

القول على الفهية

مع الشرح الموجز

جمع وإعداد
عزت عبّيد اللّعايس

دار الترمذيين

كلمة شكر وحرمان
نشكر الأستاذ فرحان طرابلسي لمشاركته
في إخراج هذا الكتاب ومراجعة ملاحظاته
أثناء الطبع
عز الدين

حقوق الطبع محفوظة

طبعة الأولى : حصص ١٣٨٥ هـ - ١٩٦٥ م

طبعة الثانية : دمشق ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م

طبعة الثالثة : دمشق ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م



للطباعة والنشر والتوزيع

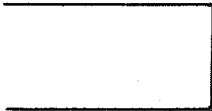
دار التربية والتعليم

حصص حورة الشياح - شارع الربيع بناء / ٤٠ ص.ب (١٧٢)

بيروت - ص.ب : ١٤/٥١٧٤

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الْقَوْلُ عَلَى الْفَهْمِ
مَعَ الشَّرْحِ الْمَوْجِزِ



الفهرس

٥	مقدمة الطبعة الثالثة
١٢	الأمر بمقاصدها م/٢
١٤	العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني م/٣
١٥	اليقين لا يزول بالشك م/٤
١٧	الأصل بقاء ما كان على ما كان م/٥
١٩	مأثبات بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه م/١٠
١٩	الأصل في الأمر المعارضة لعدم م/٩
٢٠	الأصل براءة الذمة م/٨
٢١	الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته م/١١
٢٢	لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح م/١٣
٢٣	لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان م/٥٧
٢٥	لا عبرة للتوهم م/٧٤ . لا حجة مع الاحتمال الناشئ عن دليل م/٧٣
٢٦	لا عبرة بالظن البين خطؤه م/٧٢
٢٦	المتنع عادة كالممتنع حقيقة م/٣٨
٢٨	لا ضرر ولا ضرار م/١٩
٣١	الضرر يدفع بقدر الامكان م/٣١
٣١	الضرر يزال م/٢٠
٣٢	الضرر لا يزال بمثله م/٢٥
٣٢	الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف م/٢٧
٣٢	يختار أهون الشرين م/١٩
٣٣	إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها ضرراً بارتكاب أخفها م/٢٨
٣٤	يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام م/٢٦
٣٤	درء المفسد أولى من جلب المنافع م/٣٠
٣٤	إذا تعارض المنافع والمقتضي يقدم المنع م/٤٦

٣٦	القديم يترك على قدمه م/٦
٣٨	الضرر لا يكون قديماً م/٧
٤٠	المشقة تجلب التيسير م/١٧
٤٢	الأمر إذا ضاق اتسع م/١٨
٤٣	الضرورات تبيح المحظورات م/٢١
٤٤	الضرورات تقدر بقدرها م/٢٢
٤٤	الاضطرار لا يبطل حق الغير م/٣٣
٤٥	الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة في اباحة المحظور م/٣٢
٤٦	العادة محكمة م/٣٦
٤٨	استعمال الناس حجة يجب العمل بها م/٣٧
٥٠	إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت م/٤١
٥٠	العبرة للغالب الشائع لا النادر م/٤٢
٥١	الحقيقة تترك بدلالة العادة م/٤٠
٥٢	الكتاب كالحطاب م/٦٩
٥٤	الاشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان م/٧٠
٥٤	المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً م/٤٣
٥٥	التعيين بالعرف كالتعيين بالنص م/٤٥
٥٥	المعروف بين التجار كالمشروط بينهم م/٤٤
٥٦	لا ينكر تغير الأحكام بتغيير الأزمان م/٣٩
٦١	اعمال الكلام أولى من اعماله م/٦٠
٦٢	الأصل في الكلام حقيقة م/١٢
٦٦	إذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز م/٦١
٦٦	المطلق يجري على اطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة م/٦٤
٦٧	ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله م/٦٣
٦٨	الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر م/٦٥

٦٩	السؤال معاد في الجواب م/٦٦
٧١	إذا تعذر إعمال الكلام يحمل م/٦٢
٧١	لامساغ للاجتهاد في مورد النص م/١٤
٧٢	الاجتهاد لا ينقص بمثله م/١٦
٧٤	مأثب على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس م/١٥
٧٦	إذا زال المانع عاد الممنوع م/٢٤
٧٧	ماجاز لعذر بطل بزواله م/٢٣
٧٨	ماحرم أخذه حرم اعطائه م/٣٤
٧٨	ماحرم فعله حرم طلبه م/٣٥
٧٩	من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه م/٩٩
٨٠	من سمى في نقض ماتم من جهته فسميه مرئود عليه م/١٠٠
٨١	البقاء أسهل من الابتداء م/٥٦
٨٢	يغتفر في البقاء مالا يغتفر في الابتداء م/٥٥
٨٢	التابع تابع م/٤٧
٨٣	من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته م/٤٩
٨٤	التابع لا يفرد بالحكم م/٤٨
٨٥	يغتفر في التوابع مالا يغتفر في غيرها م/٥٤
٨٦	إذا سقط الأصل سقط الفرع م/٥٠
٨٦	قد يثبت الفرع دون الأصل م/٨١
٨٧	إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه م/٥٢
٨٨	إذا تعذر الأصل يصار الى البدل م/٥٣
٨٩	الساقط لا يعود كما أن المعدوم لا يعود م/٥١
٨٩	لا يتم التبرع إلا بالقبض م/٥٧
٩٠	تبدل سبب الملك كتبدل الذات م/٩٨
٩١	الملق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط م/٨٢
٩٢	المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة م/٨٤

٩٢ يلزم مراعاة الشرط بقدر الامكان م/٨٣
٩٤ الجواز الشرعي ينافي الضمان م/٩١
٩٥ الخراج بالضمان م/٨٥
٩٦ الغرم بالغنم م/٨٧
٩٧ النعمة بقدر النعمة، والنقمة بقدر النعمة م/٨٨
٩٧ الأجر والضمان لا يجتمعان م/٨٦
٩٩ لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه م/٩٦
٩٩ الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل م/٩٥
١٠٠ لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي م/٩٧
١٠٢ يضاف الفعل الى الفاعل لا الى الأمر ما لم يكن مجبراً م/٨٩
١٠٣ المباشر ضامن وان لم يعتمد م/٩٢
١٠٣ المتسبب لا يضمن إلا بالاعتماد م/٩٣
١٠٤ اذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر م/٩٠
١٠٥ جناية المعجاء جبار م/٩٤
١٠٦ الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة م/٥٩
١٠٧ التصرف على الرعية منوط بالصلحة م/٥٨
١٠٨ يقبل قول المترجم مطلقاً م/٧١
١٠٩ دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه الظاهر م/٨٨
١١٣ المرء مؤاخذ بإقراره م/٧٩
١١٣ الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان م/٧٥
١١٤ البنية حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة م/٧٨
١١٦ البنية لاثبات خلاف الظاهر واليمين لابقاء الأصل م/٧٧
١١٦ البنية على المدعي لليمين على من أنكر م/٧٦
١١٧ لاحجة مع التناقض لكن لا يختل معه حكم الحاكم م/٨٠
١١٩ مصادر ومراجع كتاب القواعد الفقهية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

سُئِلَ النَّبِيُّ ﷺ عَنِ الْحُمْرِ؟

فَقَالَ : مَا أَنْزَلَ عَلَيَّ فِيهَا إِلَّا هَذِهِ الْآيَةُ الْجَامِعَةُ
الْفَائِذَةُ . ﴿ فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ ﴾ ﴿٧﴾ وَمَنْ

يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ ﴾ ﴿٨﴾ سورة الزلزلة

إِسْتَدَلَ النَّبِيُّ ﷺ بِعَمُومِ (مَنْ) لِمَا لَمْ يَذْكُرْ لَهُ حُكْمٌ .
لَأَنَّ صَدَقَةَ الْحُمْرِ لَيْسَ لَهَا حُكْمٌ خَاصٌّ .

فِي رِسَالَةِ لِسَيِّدِنَا عَمْرِ بْنِ الْخَطَّابِ أَرْسَلَهَا لِلْقَاضِي أَبِي مُوسَى
الْأَشْعَرِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، جَاءَ فِيهَا :

[إِعْرِفِ الْأَمْثَالَ وَالْأَشْبَاهَ ، ثُمَّ قِسِ الْأُمُورَ

عِنْدَكَ ، فَاعْمِدْ إِلَى أَحِبِّهَا إِلَى اللَّهِ وَأَشْبِهِهَا بِالْحَقِّ فِيمَا تَرَى]^(١)

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي .

مقدمة الطبعة الثالثة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين ، وعلى آله وصحبه والتابعين له بإحسان إلى يوم الدين .

وبعد : فمنذ مدة نشرت رسالة تضمنت القواعد الفقهية الموجودة في أول مجلة (الأحكام العدلية) مع شرح موجز ونفدت والحمد لله . ونظراً لفقدان الطبعة الأولى والثانية أحببت إعادة طبعتها .

واعتمدت في شرح هذه القواعد على :

أ - شرح المرحوم الشيخ محمد طاهر الأتاسي مفتي حمص على هذه القواعد طبع في حمص سنة ١٩٣٠ في مطبعة حمص .

ب - الأدلة الأصلية الأصولية للسيد محمد سعيد الغزي المطبوع سنة ١٩١٩ .

ج - مذكرة أستاذنا الشيخ محمد لطفي الفيومي حفظه

الله .

د - كتاب المدخل الفقهي العام للشيخ الزرقاء، الجزء
الثاني الطبعة السابعة - مطبعة جامعة دمشق سنة ١٩٦٣ م .
هـ - كتب أخرى متعددة كالأشباه والنظائر لابن
نجيم والأشباه للسيوطي ومن هذه الكتب وغيرها إستقيت
هذا الشرح والتعليق .
وأرجو من المولى - عز وجل - الأجر والثواب وأن
يعم نفعها كما نفع بأصولها ، إنه نعم المولى ونعم النصير .
وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .
ربيع الثاني (١٤٠٩)

عزت عبيد الدعاس
خريج الأزهر الشريف
المدرس بالمعهد العلمي الشرعي
بحمص

القواعد الفقهية :

١ - معنى القاعدة : في اللغة هي الأساس ، قال

تعالى : ﴿ وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ ﴾

البقرة ١٢٨

وفي إصطلاح الفقهاء : هي حكم ينطبق على معظم

جزئياته كقولهم : (الأمور بمقاصدها) وتسمى في الاصطلاح القانوني (المبدأ) .

والقاعدة : تمتاز بمزيد الإيجاز في صياغتها وعموم

معناها ، وسعة استيعابها للفروع الجزئية ، فتصاغ عادة من كلمتين أو بضع كلمات من ألفاظ العموم .

٢ - وهذه القواعد : أحكام أغلبية غير مطردة ، وهي

إنما تصور الفكرة الفقهية المبدئية لحل القضايا ، إلا أنه قد يُعدل عن هذه القواعد في بعض المسائل ، لمقتضيات خاصة بتلك المسائل تجعل الحكم الاستثنائي أقرب إلى مقاصد الشريعة في تحقيق العدالة ، وجلب المصالح ودرء المفسد ودفع الحرج ولهذا كان من الملاحظ أن يتنبه الناظر في هذه القواعد فهي دساتير للتفقه لانصوص للقضاء . .

٣ - مكانة هذه القواعد : ومع ما لهذه القواعد من استثناءات ، فلها قيمة علمية وموقع كبير في الفقه ، ففيها تصوير بارع للمبادئ والمقررات الفقهية العامة ، وكشف لمسالكها النظرية ، وضبط لفروع كثيرة في قواعد معدودة .
قال القرافي في مقدمة كتابه الفروق : وبقدر الإحاطة بهذه القواعد يعظم قدر الفقيه وتتضح له مناهج الفتوى ، ومن أخذ بالفروع الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه تلك الفروع واضطربت واحتاج إلى حفظ جزئيات لاتتناهى .

ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكلليات وتناسب عنده ماتضارب عند غيره (١ . هـ) بتصرف (ج ١ / ٣) .

٤ - لمحة تاريخية عن القواعد الكلية : هذه القواعد لم توضع جملة واحدة في وقت معين على أيدي أناس معلومين ، بل تكونت بالتدرج في عصور ازدهار الفقه ونهضته على أيدي كبار فقهاء المذاهب من أهل الترجيح والتخريج استنباطاً من دلالات النصوص وعلل الأحكام والمقررات العقلية .

كما لا يعرف لكل قاعدة صائغ معين إلا ما كان منها
نص حديث شريف كقاعدة (لا ضرر ولا ضرار)^(١) ومثلها
قد اكتسب الصياغة الأخيرة عن طريق الصقل والتحوير على
كبار الفقهاء بعد استقرار المذاهب الفقهية الكبرى ،
وانصراف كبار أتباعها إلى تحريرها وترتيب أصولها وأدلتها .
ويروى أن الإمام الدباس^(٢) - وقد عاش في القرنين الثالث
والرابع للهجرة - قد جمع سبع عشرة قاعدة كلية في مذهب
أبي حنيفة وقد تلاه الكرخي^(٣) المتوفى سنة (٣٤٠) هـ
بمجموعة عددها سبع وثلاثون قاعدة إلا أن بعضاً منها ليس
بمعنى القاعدة بل من قبيل الأفكار التوجيهية في تعليل

(١) ستأتي في القاعدة الثالثة رقم (١٥)

(٢) هو الإمام أبو طاهر محمد بن محمد الدباس ، كان إمام أهل الرأي في
العراق ، حفظاً وخبيراً بالروايات ، ومن أقران الكرخي ، وقد ولي القضاء
بالشام / الفوائد البهية في تراجم الحنفية للشيخ عبد الحي اللكنوي .
ص ١٠٩ .

(٣) الكرخي : هو الإمام أبو الحسن عبيد الله بن الحسين الكرخي ، نسبة إلى
كرخ العراق ، ولد سنة / ٢٦٠ هـ وتوفي سنة / ٣٤٠ هـ وانتهت إليه رئاسة
المذهب الحنفي . أ . هـ .

المسائل ، ثم جاء الإمام الدبوسي الحنفي ، فوضع كتابه تأسيس النظر ، وضمنه طائفة من الضوابط الفقهية الخاصة ، بموضوع معين ، ومن القواعد الكلية مع التفريع عليها .

ثم جاء ابن نجيم المصري المتوفى سنة (٩٧٠) هـ فجمع خمساً وعشرين قاعدة ثم جاء الفقيه الحنفي الخادمي فجمع أربعاً وخمسين ومائة قاعدة إلا أن بعضها متداخل ، وبعضها كتوجيهات للمذهب .

ثم جاءت مجلة الأحكام العدلية ، تجمع في أولها مجموعة كبيرة من هذه القواعد مختارة بلغت تسعاً وتسعين قاعدة في (٩٩) مادة من المادة الثانية حتى المادة المائة أما المادة الأولى فكانت في تعريف الفقه^(١) .

وبعد المجلة ، وضع مفتي دمشق - محمود حمزة - في كتابه الفرائد البهية في القواعد الفقهية مجموعة كبيرة أوسع

(١) ويعرف الفقه : بأنه العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية . وقد عرفت المجلة الفقه بالمادة الأولى بقولها [الفقه : علم بالمسائل الشرعية العملية] .

وهو مطبوع في دمشق سنة ١٢٩٨^(١) .

وقد نشط علماء المذاهب الأخرى الشافعية والمالكية والحنابلة في هذا الميدان منذ تأسيس هذه المذاهب .

٥ - أشهر الكتب التي اعتنت في التععيد :

أ - قواعد الكرخي وقد شرحها ابن نجيم النسفي المتوفى سنة ٥٣٧ هـ .

ب - قواعد الأحكام لابن عبد السلام الشافعي المتوفى سنة ٦٦٠ هـ .

ج - الفروق للإمام القرافي المالكي المتوفى سنة ٦٨٤ هـ .

د - والقواعد لابن رجب الحنبلي المتوفى سنة ٧٩٥ هـ .

هـ - الأشباه والنظائر للسيوطي المتوفى سنة ٩١١ هـ .

و - الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي^(٢) . ولد

(١) أعيد طبعه في دمشق بدار الفكر ١٩٨٦ .

(٢) خير طبعاته طبعة الحلبي بمصر سنة ١٣٨٧ هـ . بتحقيق عبد العزيز

الوكيل . بدأ ابن نجيم كتابه الأشباه والنظائر بالقاعدة الأولى [لا ثواب

{ لابنيه } ص ٦

بالقاهرة عام ٩٢٦ وتوفى (٩٧٠) هـ .

ز - الأشباه والنظائر للإمام السبكي الشافعي .

٦ - ترتيب هذه القواعد إلى أساسية وفرعية :

لقد جاءت هذه القواعد وفيها الكثير من الترادف والتداخل فيما بينها لذا كان من المفيد تصنيفها إلى أساسية وفرعية وقد رتبها الأستاذ الجليل الشيخ الزرقا في كتابه (المدخل الفقهي العام) إلى أساسية وفرعية وقد بلغت الأساسية الأربعين قاعدة .

وإليك هذه القواعد :

١ - القاعدة الأولى : [الأمور بمقاصدها] م / ٢ « أي المادة الثانية من مجلة الأحكام العدلية » .

الشرح : أي إن الحكم الذي يترتب على فعل المكلف ينظر فيه إلى مقصده فعلى حسبه يترتب الحكم تملكاً وعدمه ، ثواباً وعدمه ، عقاباً وعدمه ، مؤاخذه وعدمها ، ضماناً وعدمه ، فمن قتل غيره عمداً بلا مسوغ مشروع فلفعله حكم ، وإن كان خطأ فله حكم آخر ، ومن قال لآخر : خذ

هذه الدراهم ، فإن نوى التبرع بها كان هبة ، وإلا كان قرضاً واجب الإعادة ، ومن قال لزوجته : (أنت عليّ كظهر أمي) ينظر إلى نيته ، فإن نوى الظهار ، فمظاهر ، وإن نوى الكرامة ، كانت كرامة وإن نوى الطلاق كان طلاقاً ، لأن اللفظ يحتمل كل ذلك .

وَمَنْ التَّقَطَّ لُقَطَةً بقصد أخذها لنفسه كان غاصباً ، ولو التقطها بنية حفظها وتعريفها وردها لصاحبها متى ظهر كان أميناً فلا يضمنها إذا هلكت بلا تعدُّ عليها ، أو تقصير في حفظها . . . الخ .

فهذه قاعدة جامعة مستنبطة من الحديث المشهور الذي رواه الستة وهو قوله ﷺ : (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى . . . الخ)^(١) .

وبناء على إعتبار النية ، لا تصحَّ العبادة من المجنون لأنه ليس من أهل النية ولا عقوذة . . . الخ .

(١) أخرجه البخاري برقم (١) ومسلم برقم (١٩٠٧) وأبو داود برقم (٢٢٠١)

والترمذي برقم (١٦٤٧) وابن ماجه (٤٢٢٧) والنسائي (٧٥) .

ويتفرع عن هذه القاعدة ، القاعدة التالية .

٢ - [العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ
والمباني] م / ٣ .
الشرح :

العقود : جمع عقد ، والمراد أن سائر العقود ، العبرة
والعمل لمعانيها المقصودة منها ، وتبدل الألفاظ لا يصرفها عن
المقاصد التي وضعت لها بالوضع الشرعي .

فلو قال : أعرتك هذه الدار كلَّ شهرٍ بكذا أو
أعطيتك إياها بكذا ، فالأول إجارة ، والثاني بيع ، ويترتب
عليها أحكام الإجارة والبيع .

والهبة مثلاً ، إذا اشترطَ فيها العوضُ أخذت حُكْمَ
البيع ، كمن قال لآخر وهبتك هذا الشيء بكذا ، أو بشرط
أن تعطيني كذا أخذ هذا العقد حكم البيع فيرد الموهوب
بالعيب إذا ظهر به .

والكفالة بشرط عدم المطالبة تكون حوالة . والحوالة
بشرط المطالبة تكون كفالة . . . الخ .

وبيع الوفاء الذي جُوزَ للضرورة عند الحنفية (وهو البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه المبيع) فهذا بيع ولكنه في حكم الرهن لأن ذلك هو مقصود العاقدين في بيع الوفاء . والدليل على أنه في حكم الرهن أن المشتري لا يستطيع أن يبيع ما اشتراه فهو كالمرهون عنده .

٣ - القاعدة الثالثة : [اليقين لا يزول بالشك] م / ٤ .

اليقين : الجزم بوقوع الشيء أو عدم وقوعه ، وبليه الظن الغالب وهو ترجيح أحد الطرفين . والشك : هو التردد في وقوع الشيء وعدم وقوعه على السواء .

والمعنى : أن الأمر المُتَيَقَّنُ بثبوته لا يرتفع إلا بدليل قاطع ، ولا يحكم بزواله بمجرد الشك ، لأن الشك أضعف من اليقين فلا يعارضه .

فمن يتقن الطهارة وشك بالحدث فهو متطهر .

والمفقود : وهو الذي غاب عن بلده ولا يعرف خبره أنه حي أو ميت تجري عليه أحكام الأحياء فيما كان له فلا يورث ولا تبين إمرأته لأنَّ حياته حين تغيبه مُتَيَقَّنَةٌ وموته قبل المدة المضروبة شرعاً مشكوك ، فيدخل تحت قاعدة (اليقين

لايزول بالشك) .

قال تعالى : ﴿ إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً ﴾

« يونس ٣٦ » .

وهذه القاعدة تؤيدها السنة والعقل : أما من السنة فقد ورد في الأحاديث أن المتوضىء إذا شك في إنتقاض وضوئه فهو على وضوئه السابق المتيقن ، وتصح به صلاته حتى يتحقق ماينقضه ولاعبرة بذلك الشك .

أخرج البخاري وأبو داود (سُكِّيَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ الرَّجُلُ يَجِدُ الشَّيْءَ فِي الصَّلَاةِ حَتَّى يُخِيلَ إِلَيْهِ ، فَقَالَ : لَا يَنْفُتِلُ حَتَّى يَسْمَعَ صَوْتاً أَوْ يَجِدَ رِيحاً)^(١) .

وأخرج مسلم وأبو داود والترمذي (إِذَا وَجَدَ أَحَدُكُمْ فِي بَطْنِهِ شَيْئاً فَأَشْكَلَ عَلَيْهِ أَخْرَجَ أَمْ لَا ؟ فَلَا يُخْرِجَنَّ مِنَ الْمَسْجِدِ حَتَّى يَسْمَعَ صَوْتاً أَوْ يَجِدَ رِيحاً)^(٢) .

(١) أخرجه البخاري برقم (١٣٧) ومسلم برقم (٣٦١) والنسائي برقم

(١٦٠) وابن ماجه برقم (٥١٣) وأبو داود برقم (١٧٦) .

(٢) أخرجه مسلم برقم (٣٦٢) والترمذي برقم (٧٥) وابن ماجه برقم

(٥١٦) وأبو داود برقم (١٧٧) .

ويتفرع عن هذه القاعدة الكثير من الفروع ، منها إذا ثبت عقد بين اثنين ووقع الشك في فسخه ، فالعقد قائم ، وإذا تحقق دين على شخص ثم مات وشككنا في وفائه فالدين باق .

وإذا هلكت الوديعة عند الوديع وشككنا في أنها هلكت بتعديه عليها أو تقصيره أو قضاءً وقدرأً ، فهو غير ضامن لأن صفة الأمانة هي المتيقنة عند العقد ، فلا تزول بالشك في حصول التعدي أو التقصير .

مايتفرع عن هذه القاعدة من القواعد :

٤ - أ - [الأصل بقاء ماكان على ماكان] م / ٥ .

الشرح : يعني الذي ثبت على حال في الزمان الماضي ثبوتاً أو نفيأً ، يبقى على حاله ولا يتغير مالم يوجد دليل يغيره . وهذا الأصل يسمى (الاستصحاب) .

فالمفقود الذي انقطع خبره ولم تُعلم حياته ولا موته ، فهذا حيٌ بحكم الأصل مالم يوجد دليل على موته أو يحكم بموته بعد إكمال تسعين سنة من عمره ، أو بموت أقرانه ، وعلى هذا فليس لورثته اقتسام ماله ، ولا تؤخذ وديعته

من مودعه ولا تتزوج امرأته بآخر إلى غير ذلك من الأحكام .
ولو مات مسلم ، وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة ،
بعد موته ، وقالت أسلمت قبل موته وقال الورثة : أسلمت
بعد موته .

فالقول قول الورثة ، عملاً بالاستصحاب إلا أن
تثبت، إسلامها قبل موته بالبيّنة ، ولو ادعى المقرض دفع
الدين إلى المقرض أو ادعى المستأجر دفع الاجرة إلى المؤجر ،
وأنكر المقرض أو البائع أو المؤجر ، كان القول لهؤلاء مع
اليمين ، أي : إن هذه الديون تعتبر باقية في ذمم المتزمين
بها ما لم يثبتوا الدفع لأنها كانت مستحقة عليهم بيقين ، وإنما
لهم تحليف أصحابها اليمين على عدم القبض فإذا حلفوا
قضي لهم .

ويوافق قاعدة الاستصحاب ما ذكره الأصوليون (أن
شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد نص بخلافه) .

٥ - ب - [ماثبت بزمان يحكم ببقائه مالم يوجد دليل على خلافه] م / ١٠ .

الشرح : إن وجود الشيء فيما مضى ، يعتبر باقياً باستصحاب الحال مالم يوجد ماغيره ، فلو ادعى أحد ديناً في ذمة ميت وشهد به الشهود يكفي ولا حاجة لأن يبينوا أن هذا الدين باق في ذمته إلى حين وفاته .

وإذا ادعى اثنان عيناً ، مالاً أو عقاراً ، وأقام كل واحد منهما بينة أنها ملكه ، وقد أرخا تاريخاً ينظر إلى الأسبق تاريخاً ، فمن كان أسبق تاريخاً ترجحت بينته لأنها أظهرت له الملك في وقت لاينازعه فيه الخصم فيحكم ببقاء الملك له إلى أن يثبت الخصم سبباً مزيلاً ليحكم له .

وهذه القاعدة قريبة من القاعدة السابقة (الأصل بقاء ماكان على ماكان) .

٦ - ج - [الأصل في الأمور العارضة العدم] م / ٩

الشرح : المراد بالأمور العارضة ماكان عدمه هو الحالة الاصلية أو الغالبة ، فيكون العدم هو المتيقن ، لأنه هو الحالة الطبيعية ويكون تغيره إلى الوجود عارضاً مشكوكاً فيه .

أمثلة : لو اختلف شريكا المضاربة في حصول الربح وعدمه فالقول للمضارب بيمينه ، والبينة على رب المال لاثبات الربح . (والمضاربة : عقد على الشركة بهال من أحد الجانبين والعمل في الجانب الآخر) .

والمضارب : من يستحق الربح بعمله وتعبه .

كذا لو اختلف المتبايعان في صحة الدابة المباعة أو مرضها ، فالقول للبائع في زعم الصحة ، لأن المرض هو العارض ، والسلامة هي الحالة الطبيعية الأصلية .

وكذا لو زعم ورثة عاقد أن مورثهم كان حين التعاقد مجنوناً فاقداً أهلية الأداء فعقده باطل ، وأنكر الخصم ، اعتبر العاقد عاقلاً ، حتى يثبت جنونه لأن الجنون آفة عارضة والفترة الاصلية الغالبة هي العقل السليم .

٧-د- [الأصل براءة الذمة] / م ٨

الشرح : في الأصل يولد الإنسان برىء الذمة من وجوب شيء عليه وكونه مشغول الذمة بحق خلاف الأصل .
دليل مشروعية هذه القاعدة : هذه القاعدة مأخوذة

من الحديث الشريف وهو قوله ﷺ (البينة على المدعي ،
واليمين على من أنكر)^(١)

أمثلة على هذه القاعدة : من ادعى على غيره التزاماً
أو حقاً بدين أو بعمل ، مهما كان سببه من عقد أو إتلاف أو
أي سبب آخر من أسباب الضمان فعليه هو الإثبات ، إذا
أنكر الخصم لأن هذا الخصم يتمسك بحالة أصلية ، فيكون
ظاهر الحال شاهداً له ما لم يثبت خلافه ، فإذا أتلف رجل مال
آخر ، واختلفا في مقداره يكون القول للمتلف ، والبينة على
صاحب المال لإثبات الزيادة كما سبق في الحديث الشريف .

٨ - هـ [الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته] م / ١١

الشرح : الأصل في الصفات العارضة العدم ، فإذا
وقع اختلاف في زمن حدوث أمر ينسب إلى أقرب الأوقات
حتى يثبت الأبعد ، لأن الوقت الأقرب قد اتفق الطرفان على
وجود الحادث فيه ، وانفرد أحدهما بزعم وجوده قبل ذلك ،
فوجود الأقرب متيقن وفي الأبعد مشكوك .

(١) رواه البيهقي . وابن عساكر عن ابن عمر - [الجامع الصغير] - (٣٢٢٦)

أمثلة : لو ماتت امرأة بعد أن وهبت مهرها لزوجها
فقال الزوج : وَهَبْتُ حال صحتها وقال الورثة : حال مرضها
فالقول للورثة لأن الهبة حادثة ، فتضاف لأقرب الأوقات من
الموت وهو حال المرض ، وكذا لو تبين في المبيع عيب بعد
القبض ، فزعم البائع حدوثه عند المشتري وزعم المشتري
وجوده عند البائع يعتبر حادثاً عند المشتري ، فليس له فسخ
المبيع حتى يثبت أنه قديم عند البائع ، وهكذا يضاف
الحادث إلى أقرب أوقاته .

٩ - و - [لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح] م / ١٣

الشرح : دلالة التصريح يقينية ودلالة الحال والقرائن
محل الشك ، فالتصريح أقوى من الدلالة ، فاذا تعارض
التصريح مع الدلالة فلا عبرة بالدلالة مقابل التصريح .
وعند عدم التعارض يعمل بالدلالة لأنها في حكم
التصريح .

أمثلة : فإذا دخل شخص دار آخر بإذنه ليشرب من إبريق
فوقع من يده وهو يشرب فلا ضمان عليه ، وأما إذا نهاه
صاحب الدار عن الشرب ثم أخذه ليشرب به فوقع من يده

فانكسر ضمن قيمته .

ففي صورة عدم التصريح بالنهي ، هو مأذون شرعاً بالدلالة لاضمان عليه ، والجواز الشرعي ينافي الضمان بخلاف التصريح بالنهي فإنه يعدم الدلالة ، فلا حكم لها في مقابلته . الخ فهو ضامن .

وللبائع حبس المبيع لقبض ثمنه ، فلو قبضه المشتري ورآه البائع وسكت كان إذناً بالقبض ، ولو نهاه فلا، لأن التصريح أقوى من الدلالة ، فليس له أخذه .

١٠ - ز - [لا ينسب إلى ساكت قول ، ولكن السكوت في

معرض الحاجة إلى البيان بيان] م ٥٧

الشرح : يعني انه لا يقال لساكت : إنه قال كذا لكن السكوت في ما يلزم التكلم به إقرار وبيان ، فلو سكتت زوجة العين سنين لا يكون سكوتها رضىً مسقطاً حقها في التفريق القضائي بينها وبين زوجها .

وكذا لو سكن أحد داراً غير معدة للإيجار وصاحب الدار ساكت لا يعد سكوته إيجاراً ، فليس له حق في طلب الأجرة .

وهكذا في أكثر المعاملات المرتبطة بالعقود والألفاظ الصريحة ، فلا يعد السكوت فيها قولاً . هذا وقد يكون السكوت في معرض الحاجة إلى الكلام كلاماً ، وهو في كل موطن يلزم فيه التكلم للدفع ضرر ، أو غرر ، أو توجد فيه قرينة دالة على أن السكوت طريقة عرفية للتعبير وعلى هذا : لو سأل القاضي المدعى عليه ، عما يقول في دعوى المدعي ، فاعتصم بالسكوت يعتبر منكرًا للدعوى ، فيكلف المدعي الإثبات .

وإذا عجز عن الإثبات وطلب التحليف فعرضت اليمين على المدعى عليه فسكت أيضاً دون أن يحلف ، أو ينكل يعتبر ناكلاً عن اليمين ويقضى عليه لأن توقف سير المحكمة على كلامه يضر المدعي .

ولو سكت الفتاة البكر عند استئذان وليها لها بالتزويج ، أو زوّجها الولي دون استئذانها ثم بلغها العقد فسكت ، اعتبر سكوتها إذناً أو إجازة لدلالة الحال ، وقد قال ﷺ : عن الفتاة البكر البالغة إذا استأذنها وليها في عقد نكاحها: (إذنها صماتها) . أي سكوتها.

١١ - ح - [لا عبرة للتوهم] م / ٧٤

الشرح : المراد بالتوهم الاحتمال العقلي البعيد النادر الحصول ، فهذا لا يبني عليه حكم ، ولا يمنع القضاء ، ولا يؤثر الحقوق .

أمثلة : فلو شهد الشهود بانحصار إرث المتوفى بوارث ، أو ورثة معينين ، وقالوا : (لانعلم له وارثاً غيرهم) يُقضى لهم بالإرث ، ولا عبرة لاحتمال ظهور وارث آخر ، لأن ذلك موهوم فلا يعوق القضاء .

وكذا الشهود الثقات يعتمد على شهادتهم للقضاء ولا عبرة لاحتمال خطئهم أو كذبهم .

ولو اشتبهت عليه القبلة فصلى إلى جهة دون تحرُّ واجتهاد لاتصح صلاته لابتنائها على مجرد الوهم بخلاف مالو تحرى وصلى مع غلبة الظن تصح صلاته وإن أخطأ القبلة .

١٢ - ط - [لا حجة مع الاحتمال الناشيء عن دليل] م / ٧٣
الشرح : أصل هذه القاعدة ، أن التهمة إذا تمكنت من فعل الفاعل حكم بفساد فعله .

وعلى هذا لاتقبل شهادة الزوجين ، وشهادة الأصول

والفروع بعضهم لبعض .

ولا الأجير الخاص لمستأجره ، لتمكن التهمة الناشئة
عن علاقة قد تدفع إلى تحزب مريب يجب أن تتجرد الشهادة
عنه .

١٣ - ي - [لا عبرة بالظن البين خطؤه] م / ٧٢

الشرح : أي إذا بُني حُكم أو استحقاق على ظن ثم
تبين خطؤه كان باطلاً ويجب الرجوع إلى دليل لا يتبين خطأ
الظن الحاصل منه ، فلو دفع المدين الدين ثم دفعه عنه
وكيله ، أو كفيله ، جاهلاً أداء الأصيل وكذا بالعكس ،
يسترد الدافع الثاني مادفع وكذا كل من دفع شيئاً على ظن
وجوبه أو صالح عن حق مدعى به عليه ، ثم تبين أن لاحق
عليه ، ولم يكن أقرُّ به ، فله استرداد ، مادفع، أما إذا كان
الدفع لا على ظن الوجوب بل بقصد التبرع ، فإنه يجري
عليه حكم الهبة ، وقد تقدم أن (الأمور بمقاصدها)
م / ١ .

١٤ - ك [الممتنع عادة كالممتنع حقيقة] م / ٣٨

الشرح : الممتنع حقيقة : وهو الذي لا يمكن وقوعه

كاجتماع النقيضين فهذا لايقبل الادعاء به ، بل يرد . كمن ادعى على من يساويه سناً أنه ابنه أو أبوه ، لاستحالة ذلك عقلاً .

والممتنع عادة : وهو الذي لايعهد وقوعه ، وإن كان فيه احتمال عقلي بعيد ، فلو ادعى رجل معروف بالفقر على آخر أموالاً جسيمة لايعرف أنه أصاب مثلها بإرث أو غيره ، لاتسمع دعواه ، ولا تقبل بينته ، مالم يثبت مصدراً لهذا المال .

وكذا لو ادعى المتولي أو الوصي أنه أنفق على عقار الوقف أو القاصر مبالغ غير محتملة لا يصدق ولا تقبل بينته . ويدخل في هذه القاعدة كل شيء مستبعد في العادة ، حتى لا تصدق الزوجة بعد الدخول بها بأنه لم تقبض المشروط تعجيله من المهر مع أنها منكرة للقبض ، لأن العادة أن لا تسلم الزوجة نفسها قبل قبضه .

١٥ - القاعدة الثالثة : [لا ضرر ولا ضرار] م / ١٩
الضرر : إلحاق مفسدة بالغير . والضرار : مقابلة الضرر
بالضرر

وهذه القاعدة من أركان الشريعة ، وهي أساس لمنع
الفعل الضار ولترتيب نتائجه في التعويض المالي والعقوبة .
وهي عدة الفقهاء وميزانهم في تقرير الأحكام الشرعية
للحوادث .

دليل هذه القاعدة : هذه القاعدة بلفظها نص حديث
شريف^(١) (لا ضرر ولا ضرار).

ونصها ينفي الضرر نفياً يفيد وجوب منعه مطلقاً ،
ويشمل الضرر الخاص والعام كما يفيد دفعه قبل وقوعه
بطريق الوقاية الممكنة ورفع بعد الوقوع بما يمكن من التدابير

(١) أخرجه ابن ماجه في الأحكام باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ، عن عبادة
ابن الصامت حديث ٢٣٤٠ وعن ابن عباس برقم ٢٣٤١ وعن أبي صيرمة
برقم ٢٣٤٢ بلفظ [من ضار أضر الله به] . وأخرجه مالك في موطنه في
الأقضية حديث رقم ٣١ عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه وأخرجه أحمد في
المسند ٣٢٧/٥ وأخرجه الدارقطني في سننه وهو برتبة الحسن .

التي تزيله وتمنع تكراره ، كما يفيد اختيار أهون الشرين لدفع أعظمهما لأن في ذلك تخفيفاً للضرر عندما لا يمكن منعه منعاً باتاً .

وهذه القاعدة لا ينافيها معاقبة المجرمين وإن ترتب عليها ضرر بهم لأن فيها عدلاً ودفعاً لضرر أعم وأعظم ، والمقصود بمنع الضرر نفي الازدياد في الضرر الذي لا يفيد سوى التوسع في دائرته ، لأن الأضرار ولو على سبيل المقابلة لا يجوز أن يكون هدفاً مقصوداً وطريقاً عاماً وإنما يلجأ إليه اضطراراً عندما لا يكون غيره من طرق التلافي والقمع أنفع منه .

فمن أتلف مال غيره مثلاً لا يجوز أن يقابل باتلاف ماله لأن ذلك توسيع للضرر بلا منفعة وأفضل منه تضمين المتلف قيمة المتلف فإن فيه نفعاً بتعويض المضرور ، وتحويل الضرر نفسه إلى حساب المعتدي .

أما مقابلة الاتلاف بالاتلاف فهي أولاً بالنسبة للمعتدى عليه لا تنفعه ولا تعوض عليه قيمة ضرره وثانياً بالنسبة للمعتدي لا تردعه لأنه سيان عنده إتلاف ماله أو

إعطاؤه للمضور لترميم الضرر الأول .

فأصبحت مقابلة الضرر بالضرر ، والاتلاف
بالاتلاف مجرد حماقة ليس إلا .

مايستثنى من هذه القاعدة :

وهذا بخلاف الجناية على النفس والاعضاء مما شرع
فيه القصاص ، فمن قتل يُقتل ، ومن قطع يُقطع . لأن
الجنائيات لا يحسمها إلا ماكان من جنسها ، كي يعلم الجاني
أنه في النهاية كمن يعتدي على نفسه .

وكل عقوبة أخرى لاتعيد للمجني عليه ما فقد من
نفسه أو عضو فستبقى حزازات في النفوس كامنة تندفع إلى
الثأر ، وتجرواها ذبول الويلات والفساد .

فلم يبق إلا طريق القصاص ، فإنه أعدل وأقمع ،
أما إتلاف المال فإن التضمين فيه التدبير السديد المفيد دون
مقابلة الاتلاف بالاتلاف .

وقد بني الفقهاء على هذه القاعدة الكثير من الأحكام
منها :

آ - لو انتهت مدة إجارة الأرض الزراعية قبل أن

يستحصل الزرع تبقي في يد المستأجر بأجر المثل حتى يستحصل ، منعاً لضرر المستأجر بقلع الزرع قبل أوانه .

ب - لو باع شيئاً مما يسرع إليه الفساد كالفواكه مثلاً ، وغاب المشتري قبل نقد الثمن وقبض المبيع وخيف فساده ، فللبائع أن يفسخ البيع ويبيع من غيره دفعاً لضرره .

ج - يجوز حبس المشهورين بالدعارة والفساد ، حتى تظهر توبتهم ، ولو لم يثبت عليهم جرم معين قضائي ، دفعاً لشرهم ، لأنهم قد يحتاطون ويتحفظون ، فقد يملؤون الأرض فساداً ولا يمكن اثبات شيء عليهم بطريق القضاء .

١٦ - أ - [الضرر يدفع بقدر الإمكان] م / ٣١

الشرح : يجب دفع الضرر قبل وقوعه ما أمكن لأن الوقاية خير من العلاج فشرع الجهاد لمقاومة الأعداء ، ووجبت العقوبة لقمع الاجرام ، وشرع حق الشفاعة منعاً لضرر الجار ، وهكذا

١٧ - ب - [الضرر يزال] م / ٢٠

يجب رفع الضرر بعد وقوعه ، كمن سلط ميزابه على الطريق العام بحيث يضر بالمارين فإنه يزال ويضمن المتلف

عوض ما أتلف الضرر الذي أحدثه

١٨ - ج - [الضرر لا يزال بمثله] م / ٢٥

لا يجوز للانسان أن يدفع الغرق عن أرضه بإغراق أرض غيره ، ولا أن يحفظ ماله باتلاف مال غيره ، ولا يجوز للمضطر أن يتناول طعام مضطر آخر ، وهكذا . .

١٩ - د - [الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف] م / ٢٧

تطلق الزوجة للضرر والاعسار ، وإذا اضطرت الجائع لتناول الميتة أو مال الغير جاز له تناوله ، وإذا عجز مرید الصلاة عن ستر العورة أو القبلة صلى كما قدر .

٢٠ - ه - [يختار أهون الشرين] م / ١٩

يجوز شق بطن الميتة لإخراج الجنين إذا كانت تُرجى حياته ، ويجوز السكوت عن إنكار المنكر ، إذا كان يترتب

(١) في شرح محمد سعيد الغزي لهذه القاعدة في كتابه [الأدلة الأصولية شرح مجلة الأحكام العدلية] المطبوع سنة (١٩١٩) في المطبعة البطريركية .

- ذكر لهذه القاعدة الآية الكريمة . قال تعالى : ﴿ ادفع بالتي هي أحسن ﴾ الآية (٣٤ / فصلت) ويفعل الخضر عليه السلام قال تعالى : ﴿ أما السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر فأردت أن أعيبها ﴾ الآية (٧٩ / الكهف) . وهذا شرع من قبلنا وللعلماء خلاف فيه .

عليه ضرر أعظم .

٢١ - و - [إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً

بارتكاب أخفهما] م ٢٨

الشرح : إذا دار الأمر بين ضررين فيتحمل الأخف

لإزالة الأشد ، ومن فروع هذه المادة جواز شق بطن المرأة

الميتة لإخراج الجنين ، إذا كان ترجى حياته ، وإذا وقع

انسان بين أمرين : أحدهما أهون من الآخر : كما لو هدد

بالقتل على أن يرمي بنفسه من مكان مرتفع عن الأرض

مقدار ثلاثة أمتار ، يجب عليه رمي نفسه لاحتمال النجاة

فيختار أهون الشرين ، ولو هدد بالقتل أو يرمي بنفسه من

مكان عال كالمنارة له الخيار لكون المفسدتين متساويتين .

« ويجوز السكوت عن انكار المنكر إذا كان يترتب على

إنكاره ضرر أعظم !»

لقوله ﷺ : (من رأى منكراً فلغيره بيده فإن لم يستطع

فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلمه وذلك أضعف الإيمان)^(١) .

(١) أخرجه مسلم برقم (٤٩) والترمذي برقم (٢١٧٣) بلفظ [لينكره]

وأبو داود برقم (٤٣٤٠) و(١١٤١) وابن ماجه برقم (٤٠١٣)

والنسائي برقم (٥٠١١) .

٢٢ - ز - [يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام] م /

٢٦

فيحجز على الطبيب الجاهل والمفتي الماجن ، وإن
تضرروا بذلك دفعاً لضررهم عن الجماعة في أرواحها
ودينها .

٢٣ - ح - [درء المفسد أولى من جلب المنافع] م / ٣٠
لا يجوز للمالك أن يتصرف بملكه بما يضرُّ الغيرَ كاتخاذ
معصرة ويمنع الاتجار بالمحرمات ولو أدت إلى ربح ، ويمنع
الاحتكار والتعدي في الأسعار^(١) ، وجاء في كتاب الأشباه
لابن نجيم ص (٩١) ومن فروع ذلك : المبالغة في
المضمة والاستنشاق ، مسنونة ، وتكره للصائم . وتخليل
الشعر سنة في الطهارة ويكره للمحرم .

٢٤ - ط - [إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع] م / ٤٦
الشرح : إذا كان للشيء ، أو العمل محاذير تستلزم
منعه ، ودواعٍ تقتضي تسويغه يرجح منعه لما فيه من درء

(١) [إذا تعارضت مفسدة ومصلحة قدم دفع المفسدة غالباً لأن اعتناء الشرع
بالتنبيهات أشد من اعتنائه بالمأمورات] .

المفسدة ، ودرء المفسدة مقدّم على جلب المنافع ، وقد ورد حرص الشارع على منع المنهيات ، أكثر من حرصه على تحقيق المأمورات ، أخرج مسلم حديث ١٣٣٧ في الحج عن أبي هريرة والبخاري برقم [٧٢٨٨] في الإعتصام بالكتاب عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال : (فإذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم ، وإذا نهيتكم عن شيء فدعوه) وعلى هذا تمتنع شرعاً التجارة بالمحرمات من خمر ومخدرات وغير ذلك ، ولو أن فيها ربحاً .

ويمنع صاحب الدار من اتخاذ فرن أو محرك يؤذيان الجيران بالدخان أو اهتزاز الجدران أو تشويش في الأصوات ، ويمنع أيضاً صاحب الدار من اتخاذ نوافذ تطل على جاره ولو كان فيها منفعة .

ويوافق هذا في القانون الحديث (نظرية منع التعسف في استعمال الحق) كما يحجر على الطبيب الجاهل والمفتي الماجن ويمنع الاحتكار والتعدي بالأسعار كما تجري هذه القاعدة في العبادات والمعاملات ، فتمنع النساء من المساجد لصلاة الجماعة إذا حصلت مفسدة ، ويمنع الزوج من قربان

زوجته الحائض ، فالحيض يمنع والزوجية القائمة تقتضي
الاتيان فيقدم المانع . كما يمنع الراهن من بيع الرهن مادام
في يد المرتهن لأن ملكية الراهن تقتضي نفاذ بيع الرهن وتعلق
حق المرتهن ، يمنع نفاذ البيع دون رضا المرتهن وقد
تعارضاً ، فيقدم المانع .

وكذا أحد صاحبي الطوابق السفلى أو العلوى في الأبنية
فليس لأحدهما أن يفعل شيئاً مضرّاً بالآخر دون إذنه لأن حقه
التصرف بملكه وهو مقتضى ، وتعلق حق الجار مانع
فيقدم .

٢٥ - ي - [القديم يترك على قدمه] م / ٦

يعني القديم المشروع مالم يوجد دليل على خلافه يترك
على حاله ، لحسن الظن بالمسلمين أنه ماؤضع إلا بوجه
شرعي ، فعلى هذا ماكان في أيدي الناس وتصرفاتهم قديماً
من أشياء ومنافع ومرافق مشروعة في أصلها يبقى لهم كما هو
ويعتبر قدمه دليلاً على أنه حق موضوع بطريق مشروع .

فلا يُنزع شيء من يد أحد إلا بحق ثابت معروف ولو
كان لدار أحد ميزاب على دار غيره أو كان له مسيل أو بالوعة

أو عمر في أرض غيره أو كان بعض غرف بيته راكبة على جدران جاره من القديم فليس لذلك إزالته بل يحق لصاحبه إبقاؤه ولو لم يعرف بأي وجه وضع ، لأن قدمه دليل مشروعة وضعه ، إما بطريق القسمة أو لقاء عوض ، تحسیناً للظن بالمسلمين فمنعه ضرر لصاحبه لا مسوغ له ، ولو ساغ ذلك لأدى إلى إهدار معظم الحقوق بعد تقادم عهدها^(١).

(١) في سيرة الإمام النووي ، للشيخ السخاوي ص (٤٤) [كان السلطان الظاهر بيبرس قد أمر بمصادرة المساكن والدور في دمشق ممن ليس معهم إثبات تملك ، فأرسل الإمام النووي ، رحمه الله تعالى في ذلك برسالة ، ذكره بواجبات الحاكم ، وبذل النصيحة له من العلماء ، ثم بين له حقوق المشقة والضرر ، بسبب هذه الأحكام والمصادرة .

«فقال : [وقد لحق المسلمين بسبب هذه الخوطة ، (أي المصادرة) على أملاكهم أنواع من الضرر لا يمكن التعبير عنها وما طلب منهم من إثبات لا يلزمهم ، فهذه الخوطة لا تحمل عند أحد من علماء المسلمين بل من في يده شيء ، فهو ملكه لا يحل الاعتراض عليه ولا يكلف بإثباته .

والمسؤول اطلاق الناس من هذه الخوطة والإفراج عن جميعهم فأطلقهم أطلقك الله من كل مكروه فهم ضعفة ، ومنهم الأيتام والأرامل والمساكين والضعفة والصالحون وبهم تنصر وتغاث وترزق ، وهم سكان الشام المبارك جيران الأنبياء ، صلاة الله عليهم وسكان ديارهم فلهم حرمان من جهات ، فبالله أغث المسلمين يغثك الله وأرفق بهم يرفق الله بك وعجل لهم الإفراج =

والمراد بالقديم في هذه القاعدة الشيء القديم المشروع
أما القديم غير المشروع فإنه يزال كما سيأتي في القاعدة في
المادة رقم (٧) (الضرر لا يكون قديماً) .

٢٦ - ك - [الضرر لا يكون قديماً] م/٧

هذه القاعدة مستثناة من القاعدة السابقة . يعني :
كل شيء إذا كان غير مشروع وفيه ضرر يزال ولا فرق بين
قديم وحديث إذ العلة الضرر ، ولا عبرة لقدمها .

فلو كان للدار ميزاب أو مجرى أقدار على الطريق يضر
بالعامه يزال مهما تقادم لأنه غير مشروع الأصل إذ الشرع
لا يقر لأحد بوجه ما ، حقاً يضر بالغير فرداً أو جماعة .

= قبل وقوع الأمطار وتلف غلاتهم فإن أكثرهم ورثوا هذه الأملاك عن أسلافهم
ولا يمكنهم تحصيل كتب شراء ، وقد نهبت كتبهم (وإذا رفق السلطان بهم
حصل له دعاء الرسول ﷺ لمن رفق بأمته) .

ثم ختم الشيخ رسالته بقوله : «فهذه نصيحتنا الواجبة علينا للسلطان
ونرجو من فضل الله تعالى أن يلهمه الله فيها القبول، والسلام عليه ورحمة
الله وبركاته .

الحمد لله رب العالمين، وصلواته وسلامه على سيدنا محمد وآله
وصحبه .

وكانت النتيجة أن رد السلطان الأملاك لأصحابها .

وكذا لو كان لأحد أدوات مدفأة بارزة على المارة فتلحق
بهم الأضرار ، أو كان لأحد نافذة وطيئة تطل على مقر نساء
جاره فإنها تزال ولو كانت قديمة وهذه القاعدة مأخوذة من
الحديث الشريف الذي رواه مالك في الموطأ ، وأخرجه ابن
ماجه (٢٣٤٠) والدارقطني في سننها ، وهو في رتبة الحسن
(لا ضرر ولا ضرار) وهي أساس لمنع الفعل الضار ، وترتيب
نتائجه في التعويض المالي ، والعقوبة .

والضرر إلحاق مفسدة بالغير ، والضرار مقابلة الضرر
بالضرر ، واستغراق النفي في الحديث الشريف يفيد تحريم
سائر أنواع الضرر في الشرع لأنه نوع من الظلم إلا ما خصَّ
بدليل كالحدود والعقوبات .

٢٧ - القاعدة الرابعة : [المشقة تجلب التيسير] م / ١٧

وفي المشقة إحراج ، والحرج ممنوع عن المكلف بنصوص الشرع . وهذه القاعدة تعتبر من القواعد الكبرى المتفق عليها في كل المذاهب . قال تعالى : ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾^(١) . وقال تعالى : ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(٢) والحديث « ان الله تعالى وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »^(٣) والمراد بالمشقة هنا ، المشقة الزائدة عن الحدود العادية ، أما المشقة المعتادة فلا تمنع منها لتأدية التكاليف الشرعية ، كمشقة العمل واكتساب المعيشة والجهاد وهذا لا ينافي التكليف ، لأن التخفيف عندئذ إهمال .

ولهذا جعل السفر والمرض رخصة في الواجبات الدينية فيؤخر الصيام ، وتسقط الجمعة وقلة عدالة الشهود تسوغ قبول الأمثل فالأمثل .

(١) البقرة - الآية (١٨٥) .

(٢) الحج - الآية (٧٨) .

(٣) أخرجه ابن ماجه في الطلاق برقم (٢٠٤٥) عن ابن عباس .

ولو تقاسم الورثة التركة ثم ادعى أحدهم أنها ملكه
وأراد نقض القسمة لا تسمع دعواه .

ولو باع شيئاً أو اشترى ، ثم ادعى أنه كان فُضولياً عن
شخص آخر ، ولم يتقبل بعقده ، لا يسمع منه هذا الادعاء ،
الخ . . لأن في ذلك نقضاً لما تم . فلذا كان مردوداً على
صاحبه .

ويستثنى من هذه القاعدة ماله مساس ، بحق
قاصر ، أو وقف أو بحقوق الجماعة .

فالغبن الفاحش مثلاً في بيع مال القاصر ، أو إيجار
عقار الوقف لا ينفذ ، فلو باع الأب أو الوصي مال القاصر ،
أو أجر المتولي عقار الوقف ثم ادعوا وقوع غبن فاحش فيه
تسمع الدعوى منهم .

وكذا لو اشترى شخص أرضاً ثم ادعى أن بائعها كان
وقفها مسجداً أو مقبرة تسمع دعواه صيانة لحقوق القاصرين
والجماعة .

وإذا ثبت ذلك ينقض العقد .

مايتفرع عن هذه القاعدة من القواعد :

٢٨ - آ - [الأمر إذ ضاق اتسع] م / ١٨

يعني إذا ظهرت مشقة في أمر يرخص فيه ويوسع ،
وهذه القاعدة قريبة المعنى من القاعدة الأخرى وهي :
(المشقة تجلب التيسير) م / ١٧ . وهي مستنبطة من قوله
تعالى : ﴿ يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ﴾
وقوله أيضاً : ﴿ ما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾
وحدِيث : (إن الله وضع عن أمي الخطأ والنسيان وما
استكرهوا عليه)^(١) .

فإذا حصلت ضرورة عارضة للشخص أو الجماعة ،
وأصبح معها الحكم الأصلي محرراً ومرهقاً حتى يجعل المكلف
في ضيق فانه يخفف ويوسع عليه حتى يسهل .

أمثلة : المديون إذا كان معسراً ولا كفيل له بالمال يترك إلى وقت
الميسرة ، وإذا لم يستطع تأدية الدين جملة يساعد على تأديته
مقسطاً ، والمتوفى عنها زوجها يباح لها الخروج من بيتها أيام
عدتها إذا اضطرت للاكتساب ، وعدم وجود الشهود العدول

(١) أخرج ابن ماجه قسماً منه عن أبي هريرة برقم (٢٠٤٤) .

يسوغ قبول الأحسن فالأحسن ويجوز الاجارة على الطاعات
كتعليم القرآن والأذان حفظاً للشعائر الدينية من الضياع كما
أفتى بذلك المتأخرون .

ويجوز أكل الميتة ، أو من مال الغير عند الاضطرار ،
على أن يضمه حفظاً للحياة .

٢٩ - ب - [الضرورات تبيح المحظورات] م / ٢١

هذه القاعدة مستفادة من استثناء القرآن الكريم
حالات الإضطرار الطارئة في ظروف إستثنائية بقوله تعالى :
﴿ إِلَّا مَا أَضْطَرَّرْتُمُ إِلَيْهِ ﴾^(١) بعد تعداده طائفة من المحرمات
وقال تعالى أيضاً ﴿ فَمَنْ أَضْطَرَّ فِي مَخْصَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمِهِ
فَإِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾^(٢) فيجوز كشف الطيب عورات
الأشخاص إذا توقفت على هذا الكشف مداواتهم .
ويجوز للمضطر أكل الميتة ولحم الخنزير دفعاً للهلاك

(١) الأنعام - الآية (١١٩) .

(٢) المائدة - الآية (٣) .

٣٠ - ج - [الضرورات تقدر بقدرها] م / ٢٢

فلا اضطرار إنما يبيح المحظورات بمقدار ما يدفع
الخطر ، ولا يجوز الاسترسال ، ومتى زال الخطر عاد الحظر ،
وإذا احتاج ل مداواة العورة يكشف الطبيب بمقدار ما يحتاج إلى
كشفه فقط .

وكذلك مداواة عورة المرأة لا يجوز أن يطلع عليها رجل
إذا وجدت امرأة تحسن ذلك لأن إطلاع الجنس على جنسه
أخف محظوراً .

٣١ - د - [الاضطرار لا يبطل حق الغير] م / ٣٣

الاضطرار وإن كان يقتضي تغيير الحكم من الحرمة إلى
الإباحة والترخيص إلا أنه لا يبطل حق الغير ، فإذا اضطر
إنسان من الجوع فأكل من طعام آخر يضمن قيمة ما أكل ،
فلو لم يضمن لكان من قبيل إزالة الضرر بالضرر ، وهذا
مناف وغير جائز .

والإضطرار إنما هو عذر في إسقاط الإثم وسواء كان
الإضطرار سهوياً كالمجاعة ، أو كان بالإكراه الملجئ ، ففي
صورة الإكراه الضمان على المكره ، وفي غير الملجئ الضمان
على الفاعل .

٣٢ - هـ - [الحاجة تُنَزَّلُ منزلة الضرورة ، عامة كانت أو

خاصة في إباحة المحظور] م / ٣٢

الضرورة أشدُّ درجةً من الحاجة ، والضرورةُ يترتب
على عصيانها خطر ، كخشية الهلاك جوعاً ، والإكراه
الملجئ ، والحاجة يترتب على عدم الإستجابة لها عُسرٌ
وصعوبة .

ومعنى كونها عامة : أن يكون الإحتياج شاملاً لجميع
الأمة .

ومعنى كونها خاصة : أن يكون الإحتياج لطائفة منهم
كأهل بلد أو حرقة ، وليس المراد من كونها خاصة أن تكون
فردية .

ومعنى هذه القاعدة أن التسهيلات الاستثنائية
لا تقتصر على حالات الضرورة الملجئة ، بل تشمل
التسهيلات حاجات الجماعة أيضاً مما دون الضرورة .
أمثلة تطبيقية :

١ - بيع السلم : مع أنه بيع معدوم رخص لحاجة
الكثير إليه .

٢ - كذلك بيع الثمار التي تتلاحق في الظهور متى بدأ بعضها نظراً للحاجة .

٣ - نزول الحمام بأجر : مع جهالة المدة وكمية الماء للحاجة .

٤ - كذلك بيع الوفاء ، وقد مر في القاعدة م (٣) .

والفرق بين الحاجة والضرورة في الأحكام :

أ - أن الضرورة تبيح المحظور سواء الإضطرار للفرد أو للجماعة والحاجة لا تبيح المحظور إلا للجماعة .

ب - الحكم الثابت بالضرورة ينتهي بانتهاء الإضطرار بخلاف الحكم الثابت بالحاجة فهي تثبت بصورة عامة يستفيد منها المحتاج وغيره ، وهي لا تصادم النص إنما تخالف القواعد العامة والقياس .

٣٣ - القاعدة الخامسة : [العادة محكمة] م / ٣٦

أي : أن العادة تجعل حكماً لإثبات حكم شرعي .

والعادة في اللغة مأخوذة من المعاودة ، بمعنى التكرار ، فهي بتكرارها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول متلقاة بالقبول من غير

علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية (من شرح
الأتاسي على المجلة ٧٩ / ١ نقلاً عن رسالة نشر العرف في بناء
بعض الأحكام على العرف لابن عابدين) رسائل ابن
عابدين ١١٢ / ١ .

وللعادات والأعراف سلطان على النفوس وتحكم في
العقول لهذا اعتبرت من ضروريات الحياة . ولهذا قالوا :
(العادة طبيعة ثانية) وفي نزاع الناس من عاداتهم حرج
شديد .

العقول والنفوس تتجه تلقائياً وعفويماً إلى المعتاد من غير
تصريح به ، فهي قابله به ، راغبة في تحقيقه تركاً أو حيازة ،
فالعادة قرينة قوية وصریحة في تفسير ماسكت عنه الطرفان ،
ففي معجل المهر ومؤجله يُعتبر كله معجلاً ، في تعامل أهل
الوبر إذا لم يصرح بخلافه ، لأن إعتيادهم ذلك ، قرينة على
الرضا به وإلاً لصرحا بخلافه ، ومفسرة لما سكتا عن
التصريح به ، والعرف قسمان : عام ، وخاص .

والعرف الخاص : هو ما كان مخصوصاً ببلد ، أو مكان
دون مكان آخر ، أو بين فئة من الناس دون أخرى ، كعرف

التجار فيما يعد عيباً ، وكعرفهم في بعض البلاد أن يكون
ثمن البضاعة مقسماً إلى عدد معلوم من الأقساط . الخ
والعرف العام : هو ما كان فاشياً في جميع البلاد بين
الناس كالاتصناع في كثير من الحاجات واللوازم ، وكتأجيل
جانب من مهور النساء في البلاد الإسلامية . . . الخ .
والعرف : إن صادم النص من كل الوجوه فهو العرف
المردود كتعارف الناس الكثير من المحرمات كشرب الخمر
والربا ، وغيرهما ، وإن لم يخالفه من كل وجه كان له تأثير في
بناء الأحكام الشرعية عليه فيترك به القياس ، ويخصص به
العام كدخول الحمام والاتصناع وغيرهما من المسائل الفقهية
الكثيرة .

قال ابن عابدين في رسالته عن العرف :

(والعرف في الشرع له إعتبار لذا عليه الحكم قد يدار)

مايتفرع عن هذه القاعدة من القواعد .

٣٤ - أ - [استعمال الناس حجة يجب العمل بها] م / ٣٧

أي : إن عادة الناس إذا لم تكن مخالفة للشرع حجة

ودليل يجب العمل بها لأن العادة محكمة .

فلو قال شخص لأحد من أهل الصنائع إصنع لي الشيء الفلاني بكذا قرشاً وقبل الصانع ذلك ، إنعقد البيع إستصناعاً .

ولو تقاوم مع نجار لصنع زورق وبين الطول والعرض وباقى الأوصاف وقبل النجار إنعقد ذلك إستصناعاً .

قال في الأشباه : إذا تعارض العرف مع الشرع قُدِّمَ عُرْفُ الإِسْتِعْمَالِ^(١) ، خصوصاً في الأيمان ، فلو حلف لا يجلس على الفراش أو البساط لا يحنث بجلوسه على الأرض ، وإن سهاها الله تعالى فراشاً وبساطاً ، وإن حلف لا يأكل لحماً لا يحنث إذا أكل السمك ، وإن سهاه القرآن لحماً ، وكذا لو حلف لا يدخل بيتاً فدخل مسجداً أو الكعبة لا يحنث وإن سمي المسجد بيتاً كما جاء في القرآن الكريم :

﴿ فِي بُيُوتِ أَذْنِ اللَّهِ أَنْ تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا أَسْمُهُ ﴾^(٢) لأن مبنى الأيمان على العرف والعادة ، لا على نفس إطلاق الاسم .

(١) أي في استعمال اللغة ، والمبدأ العام تقديم الشرع

(٢) سورة النور - الآية (٣٦) .

٣٥ - ب - [إنما تعتبر العادة إذا إطرّدت أو غلبت] م / ٤١
أي : إن العادة المعتبرة التي تُبنى عليها الأحكام
الشرعية إنما هي المطردة أو الغالبة ، وإن الشيوع في الأكثر
كاف إذ لا عبرة للأقل ، والعادة المطردة تنزل منزلة الشرط
حتى لو باع التاجر في السوق شيئاً بثمن ولم يصرح بحلول أو
تأجيل وكان المتعارف فيما بينهم أن البائع يأخذ الثمن ، كل
جمعة قدرأ معلوماً انصرف إليه بلا بيان ، لأن المعروف عرفاً
كالمشروط شرطاً .

ولو جهز الأب ابنته جهازاً ودفعه لها ، ثم ادعى أنه
عارية ولا بينة فإن كان العرف أن الأب يدفع ذلك ملكاً
لاعارية لم يقبل قوله .

ومن أوقف على درس الحديث ، ولم يعرف مراد
الواقف ، هل هو من يدرس مصطلح الحديث أو يقرأ متن
الحديث فيتبع اصطلاح البلد وعرفه .

٣٦ - ج [العبرة للغالب الشائع لا النادر] م / ٤٢

أي لا تبني الأحكام على الشيء النادر القليل ، وإنما
تبني على الغالب الشائع الكثير . كقصر الصلاة في السفر هو

رخصة مشروعة ، والعلة ، في ذلك المشقة لكنها لا تنضبط
لاختلافها بحسب الأشخاص والاحوال والازمان ، فأقيم
السفر مقامها بحيث متى وجد السفر وجد القصر ، لأن
السفر تلازمه المشقة غالباً وتختلفها في بعض المترفين لاعبرة له
لأن الحكم يراعى في الجنس والأفراد ، فيجوز قصر الصلاة
في حقهم لأن العبرة للغالب الشائع لا النادر .

٣٧ - د [الحقيقة تترك بدلالة العادة] م (٤٠)

إن الأصل في الكلام الحقيقة ، والمجاز خَلْفُ عنها :
كما تقدم في المادة (١٢) ولهذا عند عدم القرينة ينصرف اللفظ
إلى معناه الحقيقي ، إلا أنه في بعض المواضع قد يتعذر إرادة
المعنى الحقيقي ، كما لو حلف لا يأكل من هذه الشجرة
فينصرف إلى ثمرها إن كان لها ثمر ، وإلا فلتمنها ، صوتاً
لكلام العاقل عن الالغاء .

وقد لا يتعذر المعنى الحقيقي ، لكنه مهجور عرفاً
وعادة ، فيأخذ حكم المتعذر فتترك الحقيقة ويصار إلى العرف
والعادة ، كما لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان ينصرف إلى
الدخول بأي وجه كان ، راكباً أو ماشياً ، أو حافياً أو

منتعلاً ، لأنه هو المتعارف لا المعنى الحقيقي ، وهو مباشرة
القدم دخل أو لم يدخل لأنه مهجور عرفاً والعرف قاضٍ على
الوضع ، حتى لو تكلف ووضع قدمه ولم يدخل لا يعد شيئاً
ولا يحث .

٣٨ - ٥ - [الكتاب كالخطاب] م / ٦٩

فالكتابة بين الغائبين ، كالنطق بين الحاضرين ، لأن
القلم أحد اللسانين ، وقد كان ﷺ مأموراً بتبليغ الرسالة إلى
الناس كافة وبلغهم مرة بالكتاب ومرة بالخطاب ، والقرآن
أصل الدين وقد وصل إلينا بالكتاب .

ويشترط في الكتابة حتى تثبت بها الأحكام أن تكون :
أ - مستبينة : أي مكتوبة على شيء تظهر وتثبت
عليه . فلا عبرة بالكتابة في الهواء ، أو على سطح الماء ونحو
ذلك .

ب - ومرسومة : أي مكتوبة بالطريقة المعتادة بين
الناس ، بأن تكون مصدرة باسم المرسل والمرسل إليه .
ج - ومختومة أو موقعة من المرسل المتكلم .
د - وأن تكون في زماننا على قرطاس ، لا على نحو

الواح عظام ونحوها .

ثم الكتابة : إن كانت في العقود التي تتوقف على علم الآخر ورضاه ، فلا تأخذ مفعولها من بدء الكتابة ، بل من بدء وصول الكتاب ، وعند قراءته وعندها يعتبر الموجب والقابل .

فمن أراد أن يخطب امرأة يكتب إليها يخاطبها ، فإذا بلغ الكتاب المرأة المراد خطبتها أحضرت الشهود وقرأته عليهم ، وقالت زوجت نفسي منه .

وإذا كانت الكتابة فيما لا يتوقف على علم الطرف الآخر ورضاه كالطلاق بأن كتب أحد إلى زوجته ، كتاباً يقول لها فيه ، (أنت طالق) فإنها تأخذ حكمها فور الكتابة ، فيقع الطلاق حالاً . ويعمل بما وجده القاضي في أيدي القضاة الماضين ، وله رسوم في دواوينهم أي سجلات ... الخ .

٣٩ - و - [الاشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان]

٧٠ / م

يعني : إن إشارة الأخرس المعهودة بعينه أو رأسه أو حاجبه أو يده ، هي بمنزلة نطقه فتعتبر في مثل البيع والشراء ، وللنكاح والطلاق وسائر التصرفات ، وهذا استحسان بالضرورة ، كما اعتبر الشرع ذلك منه في العبادات ، فإذا حرك لسانه بالتكبير والقراءة . . . الخ . كان صحيحاً ، فلو لم يعتبر ذلك منه مات جوعاً وعطشاً ، وقد ورد أنه ﷺ أخبر بالاشارة بقوله (الشهر هكذا)^(١) . . . الخ .

٤٠ - ز - [المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً] م / ٤٣

أي المعروف المعتاد بين الناس وإن لم يذكر صريحاً فهو بمنزلة الصريح لدلالة العرف عليه . . .

(١) [الشهر هكذا] « الشهر هكذا وهكذا وهكذا - وخنس أصبعه في الثالثة يعني تسعاً وعشرين وثلاثين » .

وأخرجه أبو داود في الصوم باب ٤ ، ١٠ ، ١٢ ، ١٣ ، ١٥ ، ١٦ ، ٢٣ ، ٢٦ ، ٢٧ ، والنسائي في الصوم ١٦ ، ١٧ . وابن ماجه صيام ٨ وأحمد . ١٨٤/١

جاء في (كتاب البدائع) في كتاب الاجارة : أن توابع العقود التي لا ذكر لها في العقود تحمل على عادة كل بلد .

٤١ - ح - [التعيين بالعرف كالتعيين بالنص] م / ٤٥

والمراد نص القرآن أو الحديث ، ويعرف النص في اصطلاح الأصوليين : بأنه هو اللفظ الدال على معنى لا يحتمل غيره ومعنى هذه القاعدة أن أي حكم يترتب على التعيين بصريح النص ، يترتب على التعيين بالعرف والعادة .

فمثلاً : من قال : (عليّ الطلاق) قد أصبح هذا اللفظ في حقه معادلاً لقوله : (أنت طالق) لأن العرف سوى بينهما في الاستعمال .

ومن حلف (لا يأكل لحماً) ، لا يحنث بأكل السمك إذا كان اللحم المتعارف عليه في بلده هو لحم الضأن .

٤٢ - ط - [المعروف بين التجار ، كالمشروط بينهم] م / ٤٤

وذكر هذه المادة منفردة مع أنها داخلة في السابقة للاهتمام بشأن المعاملات التجارية فيما يقع بين التجار من المعاملات والعقود ينصرف عند الاطلاق إلى العرف والعادة .

فلو تباع تاجران شيئاً ولم يصرحا في صلب العقد أن الثمن نقدٌ أو نسيئةٌ ، وتعارفوا تأدية الثمن بعد أسبوع ، أو غيره لا يلزم المشتري أداء الثمن حالاً .

وينصرف إلى عرفهم وعاداتهم ، ومن المعروف أن العرف المعتبر هو الذي لا يصادم نصاً شرعياً ، فإن صادمه كان هذا العرف لاغياً .

٤٣ - ي - [لا يُنكر تَغْيِرُ الأحكام بتغْيِرِ الأزمان] م / ٣٩
قد يكون بعض الأحكام الشرعية ، مبنياً على عرف الناس وعاداتهم ، فإذا اختلفت العادة عن زمان مضى ، تتغير كيفية العمل بمقتضى الحكم ، وأما ما أصله على غير ذلك فلا تتغير.

فالأحكام الشرعية الاجتهادية تنظيم أوجِبُهُ الشرع يهدف إلى إقامة العدل وجلب المصالح ودرء المفاسد ، فهي ذات ارتباط وثيق بالأوضاع والوسائل الزمنية ، فكم من حكم كان تدبيراً نافعاً لبيئة في زمن معين ، فأصبح بعد جيل أو أجيال لا يوصل إلى المقصود منه أو يفضي إلى عكسه ، وعلى هذا أفتى كثير من الفقهاء في شتى المذاهب الفقهية في

كثير من المسائل بعكس ما أفتى بها أئمة مذاهبهم الأولون .
قال ابن عابدين : (كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله لحدوث ضرورة أو لفساد أهل الزمان بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر بالناس ، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد ، ولهذا نرى مشايخ المذهب (أي المذهب الحنفي) خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه ، لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به ، أخذاً من قواعد مذهبه) . / ١ هـ / .

أمثلة على تغير الأحكام بتغير الزمان :

١ - قد أثبت الشرع خيار الرؤية لمن اشترى شيئاً ولم يره .
فالفقهاء المتقدمون ، اعتاد الناس في عصرهم على بناء الدور على نسق واحد لا تفاوت بين بيوتها .

فقالوا : إن رؤية بيت واحد أي غرفة من الدار تغني عن رؤية الجميع في اسقاط الخيار ، وأخيراً اختلف طرز الانشاءات ، وصارت الدار يختلف بعض بيوتها عن بعض

بحسب عاداتهم ، أفتى المتأخرون بأنه لا بد من رؤية جميعها ، فهذا ليس اختلاف حجة وبرهان بل اختلاف عصر وزمان .

٢ - القيام بالواجبات الدينية ، لا يجوز أخذ الأجرة عليها ، كالإمامة وخطبة الجمعة ، وتعليم القرآن . . . الخ بل على المقتدر أن يقوم بذلك مجاناً لأنه واجب ديني .

غير أن المتأخرين من الفقهاء لاحظوا قعود الهمم عن هذه الواجبات فأفتوا بجواز أخذ الأجرة عليها حرصاً على تعليم القرآن ونشر العلم ، وإقامة الشعائر الدينية بين الناس .

٣ - الشهود الذين يقضى بشهادتهم في الحوادث يجب أن يكونوا عدولاً ، أي ثقات ، وهم المحافظون على الواجبات الدينية المعروفون بالصدق والأمانة . إلا أن الكثير من الفقهاء المتأخرين ، لاحظوا ندرة العدالة الكاملة لكثرة الفساد وضعف الذمم والوازع الديني ، فإذا تطلب القضاة دائماً نصاب الشرعية في الشهود ضاعت الحقوق لامتناع الإثبات فلذا أفتوا بقبول شهادة الأمثل من القوم حيث تقل

العدالة ومعنى الأمثل فالأمثل أي الأحسن فالأحسن حالاً ،
من الموجودين فلو كان في ذاته غير كامل العدالة بحدها
الشرعي ، أي أنهم تنازلوا عن اشتراط العدالة المطلقة إلى
العدالة النسبية .

٤ - في أصل المذهب الحنفي أن المدين تنفذ تصرفاته
في أمواله بالهبة والوقف وسائر وجوه التبرع ، ولو كانت ديونه
مستغرقة أمواله كلها ، باعتبار أن الديون تتعلق بذمته فتبقى
أعيان أمواله حرة ، فينفذ فيها تصرفه ، وهذا مقتضى
القواعد العامة .

ثم لما فسدت ذمم الناس ، وكثر الطمع وقل الورع ،
وأصبح المدينون يعمدون إلى تهريب أموالهم من وجه الدائنين
عن طريق وقفها أو هبتها لمن يثقون به من قريب أو صديق ،
أفتى المتأخرون من فقهاء المذهبين الحنبلي والحنفي بعدم نفاذ
هذه التصرفات من المدين إلا فيما يزيد عن وفاء الدين من
أمواله . المدخل الفقهي العام ، للشيخ الزرقا / ج ٢ - ص ٩٢٦ .

٥ - ورد في صحيح البخاري وغيره أن النبي ﷺ سئل
عن ضالة الإبل : هل يلتقطها من يراها لتعريفها وردها على

صاحبها متى ظهر (كضالة الغنم ونحوها من الأشياء الصغيرة التي يخشى عليها) فهي النبي ﷺ عن التقاطها لأنها لا يُخشى عليها ما يخشى على غيرها من الضياع ، وأمر بتركها ترد الماء وترعى الكلاً حتى يلقاها ربها ، وقد ظل هذا الحكم محافظاً عليه إلى آخر عهد عمر ، فلما كان عهد عثمان ابن عفان أمر بالتقاط ضوال الإبل وبيعها على خلاف ما أمر به رسول الله ﷺ فإذا جاء صاحبها أعطي ثمنها ، روى ذلك مالك عن ابن شهاب الزهري ، ذلك لأن عثمان رأى أن الناس قد دبَّ إليهم فساد الأخلاق والدمم وامتدت أيديهم إلى الحرام ، فهذا التدبير أصون لضالة الإبل وأحفظ لحق صاحبها خوفاً من أن تنالها يد سارق أو طامع .

فهو بذلك وإن خالف أمر رسول الله ﷺ في الظاهر إنما هو موافق لمقصوده إذ لو بقي العمل على موجب ذلك الأمر بعد فساد الزمان لآل إلى عكس مراد النبي ﷺ في صيانة الأموال ، وكانت نتيجة ضرراً^(١) .

(١) تاريخ الفقه الاسلامي - كلية الشريعة بالأزهر ص ٤٨ .

٦ - ثبت عن النبي ﷺ أنه نهى عن كتابة أحاديثه ،
وقال لأصحابه : (من كتب عني غير القرآن فليمحه)^(١) .
واستمر الصحابة والتابعون يتناقلون السنة النبوية
حفظاً وشفاهاً لا يكتبونها حتى آخر القرن الهجري عملاً بهذا
النهي .

ثم انصرف العلماء في مطلع القرن الثاني بأمر من
ال خليفة العادل عمر بن عبد العزيز (رضي الله عنه) إلى
تدوين السنة النبوية لأنهم خافوا ضياعها بموت حفظتها ،
ورأوا أن سبب نهى النبي ﷺ عن كتابتها إنما هو خشيته أن
تختلط بالقرآن ، إذ كان الصحابة يكتبون ما ينزل منه على
رقاع ، فلما عم القرآن وشاع حفظاً وكتابة ولم يبق هناك خشية
من اختلاطه بالحديث النبوي ، لم يبق موجب لعدم كتابة
السنة بل أصبحت كتابتها واجبة لأنها الطريقة الوحيدة
لصيانتها من الضياع ، والحكم يدور مع علته ثبوتاً وانتفاءً .
ما هي الأحكام التي يجب تغييرها بتغيير الزمان ؟

(١) أخرجه مسلم برقم (٣٠٠٤) وأحمد ١٢/٣ والدرمي في المقدمة .

وما هي الأحكام التي لا يجوز تغييرها بتغير الزمان ؟
 قد اتفقت كلمة فقهاء المذاهب على أن الأحكام التي
 تتبدل بتبدل الزمان وأخلاق الناس هي الأحكام الاجتهادية
 التي بنيت على القياس ودواعي المصلحة .
 فإذا أصبحت لا تتلاءم وأوضاع الزمان ومصلحة
 الناس وجب تغييرها وإلا كانت عبثاً وضرراً والشريعة منزهة
 عن ذلك ولا عبث فيها . أما الأحكام الأساسية التي جاءت
 الشريعة لتأسيسها بنصوصها الأصلية : الأمانة الناهية ،
 كحرمة الظلم ، وحرمة الزنا والربا ، وشرب الخمر والسرقه
 وكوجوب التراضي في العقد ووجوب قمع الجرائم وحماية
 الحقوق ، فهذه لا تتبدل بتبدل الزمان ، بل هي أصول
 جاءت بها الشريعة لاصلاح الزمان والأجيال .
 ولكن وسائل تحقيقها وأساليب تطبيقها قد تتبدل
 باختلاف الأزمنة والمحدثات فوسيلة حماية الحقوق مثلاً ، وهو
 القضاء كانت محاكمة تقوم على أسلوب القاضي الفرد وقضاؤه
 على درجة واحدة قطعية فيمكن أن تتبدل إلى أسلوب محكمة
 الجماعة وتعدد درجات المحاكم بحسب المصلحة الزمنية ،

التي أصبحت تقضي زيادة الاحتياط ، فالتبدل في الحقيقة في مثل هذه الأحكام ، ما هو إلا تبدل الوسائل للوصول إلى الحق ، والحق ثابت لا يتغير .

والحقيقة أن الأحكام الشرعية التي تتبدل بتبدل الزمان ، المبدأ الشرعي فيها واحد ، وهو احقاق الحق وجلب المصالح ودرء المفاسد ، وليس تبدل الأحكام إلا تبدل الوسائل والأساليب الموصلة إلى غاية الشارع فإن تلك الوسائل والأساليب في الغالب لم تحددها الشريعة الاسلامية ، بل تركتها مطلقة لكي يختار منها في كل زمان ما هو أصلح في التنظيم نتاجاً ، وأنجح في التقويم علاجاً (المدخل الفقهي ٢ / ٩٢٥) .

٤٤ - القاعدة السادسة : [إعمال الكلام أولى من إهماله]

٦٠ / م

يعني لا يهمل الكلام ما أمكن حمله على معنى ، ولو مجازاً ، طالما يمكن استعماله في معنى يناسبه ، فلو وقف أحد وقفاً على أولاده وليس له إلا أولاد أولاده ، حُمل عليهم صوتاً للفظ عن سقوطه وإهماله ، وذلك لأن الكلام الصادر من

العاقل يحمل على الحقيقة ما أمكن فإذا تعذرت يصار إلى
المجاز ، لتصحيح كلامه إلا إذا تعذر فيلغو .^(١)
ومن فروعها :

لوحلف لا يأكل من هذه النخلة فأكل من ثمرها أو
الدبس الذي يستخرج منها ، فإنه يحنث لأن النخلة لا يتأتى
أكل عينها ، فحمل على ما تولد منها ولو قال لزوجته الثابت
نسبها من غيره : هذه بنتي ، فهذا لغو ، لأنه تعذر حمله على
الحقيقة .

ما يتفرع عن هذه القاعدة من القواعد :

٤٥ - آ - [الأصل في الكلام الحقيقة] م / ١٢

الحقيقة لغة : من حَقَّ الشيء إذا ثبت . وهو ما
وضعت له ولم تتجاوزهُ . وفي الاصلاح : (اللفظ المستعمل
فيما وضع له) أي تعين له بحيث يدل عليه بغير قرينة . سواء
كان التعيين من جهة واضح اللغة أو غيره من شرع أو عرف
أو اصطلاح :

(١) لثلاث تعطل مصالح الناس وتزول الثقة في تعاملهم بعضهم مع بعض .

مثال الحقيقة الشرعية : الصلاة للعبادة المخصوصة .
واللغوية : كالأسد للحيوان المفترس . والحقيقة
العرفية كالدابة لما يُركب .
والاصطلاحية : كالكلمة للفظ المفرد عند
النحاة . ومقابل الحقيقة المجاز : وهو الكلمة المستعملة في
غير ما وضعت له لعلاقة مع قرينة مانعة عن إرادة الموضوع
له . ولهذا لا يصرف اللفظ عن معناه الحقيقي إلى المجازي
إلا عند عدم الامكان بأن كان المعنى الحقيقي متعذراً ،
فيحمل على المعنى المجازي ضرورة عدم إهمال كلام
العاقل .

أمثلة : لو وقف على ولده لا يدخل ولد ولده ، إن كان له ولد
لصلبه ، لأن المعنى الحقيقي للولد هو الولد الصلبي ، ولو
قال أحد لآخر وهبتك هذا الشيء ، فأخذه المخاطب ثم
ادعى الواهب أنه أراد بالهبة البيع مجازاً ، وطلب الثمن ،
لا يقبل قوله .

لأن الأصل في الكلام الحقيقة . وحقيقة الهبة تمليك
بلا عوض بخلاف ما إذا قال : وهبتك بدينار فإن ذلك قرينة

على إرادة المجاز ، ولا يصار إلى المجاز إلا عند تعذر الحقيقة
كما سيأتي في المادة م ٦١ .

٤٦ - ب - [إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز/م /٦١
لأن المجاز خلف عن الحقيقة فإذا تعذرت الحقيقة
يصار إلى المجاز لأنه عندئذ يتعين طريقاً لإعمال الكلام
واجتناب إهماله .

أمثلة : لو حلف ليأكلن من هذه الشجرة ، كان المراد
من ثمرها لا من عين خشبها . لتعذر ذلك
وكذا لو وقف على أولاده ، ولم يكن له إلا حَفْدَةٌ ،
انصرف الوقف إليهم لتعذر الحقيقة ، ولأن الحفدة يسمون
أولاداً مجازاً .

٤٧ - ج - [المطلق يجري على إطلاقه ما لم يحم دليل التقييد
نصاً أو دلالة] م /٦٤

المطلق : (هو اللفظ الشائع في جنسه بلا شمول ولا
تعيين) مثل : قوله تعالى ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَذَبْحُوا بَقْرَةً ﴾
فيصدق على أي بقرة^(١)
البقرة - الآية (٦٧) .

(١) ومن المطلق المحل بلام الجنس والنكرة في سياق نفي أو غيره .

والمقيد : (هو اللفظ الدال على الذات بصفة زائدة) .
فلو وكل شخص آخر بشراء فرس ، فاشتراها له
حمراء . فقال الموكل : إنما أردت بيضاء ، يلزم بما اشتراه
الوكيل ، لأن كلامه مطلق ، فيجري على إطلاقه ، أما إذا
وجد تقييد للمطلق ، من نص أو دلالة فإنه يتقيد ،
فالنص ، مثل أن يقول : فرساً حمراء ، أو بع هذا بكذا وكذا
قبضاً ، الخ . . .

والدلالة : مثل أن يوكل فقيراً أو متوسط الحال آخر
بشراء دار ، فيشتري له دار الأمراء ، أو الأغنياء ، فمثل هذا
لا ينفذ على الموكل ، وإن كان اللفظ مطلقاً لأن حالته تنبيه
بأن المراد دار متواضعة رخيصة . وكذا لو كلف شخص غيره
شراء أضحية فاشتراها له بعد انقضاء العيد ، الخ . . .

٤٨ - د - [ذكر بعض مالا يتجزأ كذكر كله] م / ٦٣

فلو طلق رجل زوجته نصف تطلقه ، أو ربعها مثلاً
تطلق تطلقه كاملة رجعية ، لأنها مما لا يتجزأ وكذا في الكفالة
بالنفس ، إذا كفل الكفيل ربع الشخص أو نصفه مثلاً ،
كان كفيلاً بالشخص لعدم التجزئة .

بخلاف الكفالة بالمال ، فلو كفل بجزء من الدين :
كنصفه أو خمسه . لم يكن كفيلاً بأكثر ، لأنه مما يتجزأ . وكذا
لو أبرأ الدائن مدينه عن جزء فقط من الدين برىء عن ذلك
الجزء فقط ، ومنها لو ألزم نفسه بركعة لزمه ركعتين لأن ذلك
لا يتبعض ، فذكرُ إحداهما كذكر كليهما .
٤٩ - هـ - [الوصف في الحاضر لغو ، وفي الغائب معتبر]

٦٥/م

الوصف : أن تصف الشيء بصفة تميزه عن غيره ،
والصفة هي الحالة القائمة بذات الموصوف ، واللغو : ذكره
وعدمه سيان .

فلو أراد مثلاً : البائع بيع فرس أشهب حاضر في
المجلس ، وقال في إيجابه : بعت هذا الفرس الأدهم وأشار
إليه ، وقبل المشتري صحَّ البيع ولغي وصف الأدهم .
لأن التعريف بالإشارة : أقوى من التعريف بالوصف
من حيث إنها ترفع الاشتراك واحتمال المجاز في اللفظ ، وأما
لو باع فرساً غائباً ، وذكر أنه أشهب ، والحال أنه أدهم لا
ينعقد البيع .

ملاحظة : المبيع إن كان من جنس المسمى ، فوصفه وهو مشار إليه لغو ، ووصفه غائباً معتبر ، وإن لم يكن من جنسه . فالعبرة للجنس المسمى مطلقاً حاضراً كان المشار إليه أو غائباً مثل لو قال : بعتك هذا الحجر من الماس بكذا وقبل المشتري ، ثم تبين أنه زجاج ، فالبيع باطل ، لظهور أن المشار إليه من جنس آخر ، فلا عبرة للإشارة حينئذ بل للجنس المعتبر ، إذا العقد يتعلق بها سماه ، لا بما أشار إليه بخلاف الغائب فلا تتأتى فيه الإشارة .

٥٠ - و- [السؤال معاد في الجواب] م / ٦٦

أي إذا ورد جواب بإحدى الأدوات المجملة ، كنعم ، وبلى ، بعد سؤال مفصل ، يعتبر الجواب مشتملاً على مافي السؤال من تفصيل ، لأن مدلول هذه الأدوات يعتمد على ما قبلها ، فإن سئل هل لفلان عليك كذا أو كذا بسبب كذا ؟ فأجاب : نعم .

أو سئل أليس له عليك كذا ؟ فأجاب : بلى كان مقراً بجميع ماورد في السؤال ، ولو لم يكرره ، والفرق بين نعم وبلى كما في مغني اللبيب ، أن الجواب بنعم تصديق لما قبلها

إثباتاً أو نفيًا ، فإذا قيل : قام زيد فتصديقه : نعم أي قام وتكذيبه : بلى ، فبلى في جواب النفي للإثبات ، كقوله تعالى : ﴿ زَعَمَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنْ لَنْ يُعَذِّبَهُمُ اللَّهُ بِبُحْبُوحِهِمْ وَاللَّهُ عَلِيمٌ نَبِيذٌ ﴾ .

وقد نقل عن ابن عباس في جواب قوله تعالى : ﴿ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ ؟ قَالُوا : بَلَى ﴾ (١) لو قالوا نعم لكفروا . أي لأن (نعم) لتصديق الكلام مثبتاً أو منفيًا وبلى : لإيجاب ما بعد النفي ، استفهاماً كان أو خبراً ، لكن المعتبر في أحكام الشرع العرف حتى يقام كل واحد منهما (نعم ، بلى) مقام الآخر ، خصوصاً وأن العامة لا تدرك دقائق العربية (شرح الأتاسي على المجلة ١ / ١٧٩) .

(١) قال تعالى في سورة التغابن (٧) : ﴿ زَعَمَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنْ لَنْ يُعَذِّبَهُمُ اللَّهُ بِبُحْبُوحِهِمْ وَاللَّهُ عَلِيمٌ نَبِيذٌ ﴾ .
 بلى ، وربى لتبعثن ثم لتنبؤن بما عملتم ، وذلك على الله يسير .
 وقال تعالى في سورة النحل ٣٨ : ﴿ وَأَقْسَمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ ، لَيَبْعَثَنَّ اللَّهُ مِنْ يَمِينِهِمْ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ، هُمْ كَمَا كُنْتُمْ تُبْعَثُونَ ﴾ .
 وقال تعالى أيضاً في سورة سبأ الآية (٣) : ﴿ وَقَالَ الَّذِينَ كَفَرُوا لَا تَأْتِينَا السَّاعَةُ ، قُلْ بَلَى ، وَرَبِّي لَتَأْتِيَنَّكُمْ عَالَمٌ الْغَيْبِ ﴾ .

٥١ - ز - [إذا تعذر إعمال الكلام يهمل] م / ٦٢

يعني أنه إذا لم يمكن حمل الكلام على معنى حقيقي أو مجازي أهمل ، فلو أوصى لأولاد خالد مثلاً بشيء من الأموال ، ثم تبين أنه ليس لخالد المذكور أولاد ، ولا أولاد أولاد ، فهنا تعذرت الحقيقة والمجاز ، فلذا يُعَدّ الكلام ملغى ، وتبطل الوصية هذه ومن فروع هذه القاعدة : لو ادعى أحد في حق من هو أكبر منه سناً أو معروف النسب من الغير أنه ابنه فهو لغو لظهور كذبه عقلاً .

٥٢ - القاعدة السابعة : [لا مساغ للإجتihad في مورد

النص] م / ١٤

المراد بالنص : القرآن والسنة الثابتة والإجماع .

والإجتihad : هو بذل الجهد العلمي في استنباط

الأحكام الشرعية من أدلتها .

والإجتihad نوعان : الأول : اجتihad الفقهاء في فهم

النص التشريعي . الثاني : اجتihad الفقهاء في قياس

حكم غير منصوص عليه على حكم منصوص عليه .

الإجتihad بنوعيه لازم وضروري ، ولا يجتهد في القياس

إلا عند عدم النص ، فيقاس النظر على النظر ولا يجتهد في فهم النص إلا إذا كان غامضاً ومحملاً لوجوه مختلفة في تفسيره ويراد تطبيقه ، فإذا كان النص واضحاً فلا لزوم للإجتihad فيه ، فمثلاً قول الرسول ﷺ (البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر^(١)) صريح واضح في توزيع البينة واليمين على الطرفين المتخاصمين لأجل الإثبات ، فلا يجوز الاجتهاد لصرف الحديث عن هذا التوزيع ، وشروط المجتهد والقياس تُعرف في كتب الأصول .

٥٣ - القاعدة الثامنة : [الإجتihad لا يُنقض بمثله] م / ١٦

اجتهاد المجتهد إنما هو في المسائل الظنية التي لم يرد فيها دليل قاطع ، فإذا اجتهد المجتهد في حادثة لا يجاد حكم لها ، فأفتى أو قضى ثم وقعت حادثة أخرى مثلها فتبدل

(١) حديث (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) أخرجه السيوطي في الجامع الصغير ونسبه للبيهقي في السنن وابن عساكر عن ابن عمر.

حديث (البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه) أخرجه البخاري في الرهن برقم (٢٥١٤) والترمذي برقم (١٣٤١) والنسائي برقم (٥٤٢٧) وابن ماجه برقم (٢٣٢١).

اجتهاده إلى حكم مخالف لا تنقض فتواه أو قضاؤه السابقان . إنما يعمل باجتهاده الجديد في الحادثة الجديدة ، فلو جاز ابطال العمل في الفتاوى والأحكام الاجتهادية كلما تبدل اجتهاد المجتهد فيها لما استقر حكم في حادثة ، لأن الاجتهاد عرضة للتبدل دائماً ، بتبدل وجهات النظر في الأدلة ، ولو صلى أربع ركعات إلى أربع جهات بالاجتهاد صحت صلاته .

وقد اشتهر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قضى في واقعة بحكم ثم تكررت هذه الواقعة ، فحكم بحكم آخر يخالفه ، ف قيل له أن يبطل الحكم الأول فقال : (تلك على ما قضينا ، وهذه على مانقضي) .

وهذا مبدأ قانوني أيضاً في محاكم النقض والإبرام إذا تغير اجتهادها لا يسري ، ذلك على الأحكام السابقة ، ويسمى في اصطلاحهم (بعدم رجعية القوانين) وكذلك لا ينتقض اجتهاد مجتهد باجتهاد مجتهد آخر . بل كل مجتهد عليه أن يحترم اجتهاد الآخر لعدم المرجح بعد أن يستكمل المجتهد رتبة الاجتهاد في كل منها .

ملاحظة : ينقض الاجتهاد إذا تبين مخالفته لنص قطعي .

٥٤ - القاعدة التاسعة : [ما ثبت على خلاف القياس فغيره

عليه لا يقاس] م / ١٥

معنى القاعدة : الحكم الشرعي إذا كان ثابتاً بنص القرآن أو السنة أو بالإجماع إذا كان معدولاً به عن سنن القياس أي القواعد العامة ، لا يجوز أن يقاس عليه غيره بأن يثبت مثل ذلك الحكم للغير لعله جامعة بينهما ، وذلك لوجود اعتبارات تشريعية خاصة بها ، فغير هذه المسائل لا يقاس عليها .

أمثلة :

١ - شهادة خزيمة فقد قبلها الرسول ﷺ من خزيمة وحده مع أن نصاب الشهادة اثنان ، وقد روي أبو داود أن رسول ﷺ اشترى ناقة من أعرابي وقال الأعرابي : (هَلُمَّ شهيداً ، فقال من يشهد لي ، ولم يحضرنى أحد ، فقال خزيمة تشهد لي ولم تحضرنى ؟ فقال : يارسول الله إنا نصدقك فيما تأتينا به من خبر السماء ، أفلا نصدقك فيما تخبر به من ثمن الناقة ، فقال ﷺ : من شهد له خزيمة فهو حسبه)^(١) .

(١) أخرجه أبو داود برقم (٣٦٠٧) والنسائي برقم (٤٦٥١) .

٢ - كفارة الأعرابي : في الإفطار التي رواها الستة إلا النسائي ، وخلاصتها : (أن أعرابياً واقع أهله في نهار رمضان ، فاتى النبي ﷺ فعرض عليه عتق رقبة ، فأظهر العجز ، ثم عرض عليه صيام ستين يوماً ، فأظهر العجز ، فأعطاه النبي ﷺ : تمراً يتصدق به فقال الأعرابي : ما بين لابتيها أهل بيت أفقر منا ، فقال له : أطعمه أهلك) .

٣ - بيع السلم : فقد ورد (لاتبع ماليس عندك)^(١) رواه أصحاب السنن ، لكن ورد فيما يقابله : (من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)^(٢) .

٤ - الإجارة : شرعت تسهلاً للعباد ، وهي بيع المنافع ، وهي معدومة ، فهي على خلاف القياس أي المبادئ

(١) أخرجه الترمذي في البيوع برقم (١٢٣٢) وأبو داود في البيوع برقم (٣٥٣٠) والنسائي في البيوع باب ماليس عند البائع برقم (٤٦١٣) .

(٢) أخرجه البخاري برقم (٢٢٣٩) ومسلم برقم (١٦٠٤) وأبو داود برقم (٣٤٦٣) والترمذي برقم (١٣١١) وابن ماجه برقم (٢٢٨٠) والنسائي (٤٦١٨) .

العامة ، فلا يقاس عليها .

٥ - الوصية : فإنها تمليك مضاف لما بعد الموت ، وهي حالة تنقطع فيها حقوق الإنسان في أمواله ، وتتعلق بحقوق الورثة ، وقد شرعت ليتدارك الإنسان ، مافاته من أعمال البر حال حياته ، فلا يجوز أن يقاس عليها تجويز إضافة غيرها من التصرفات إلى ما بعد الموت كالبيع والإجارة والإعارة بأن يعقدها الشخص في حال حياته مضافة لما بعد الموت .

٥٥ - القاعدة العاشرة : [إذا زال المانع عاد الممنوع]

م / ٢٤

المانع : كل ما يستلزم وجوده انتفاء غيره .
أي كل حكم إذا كان عدم جوازه لمانع فاذا زال المانع عاد الممنوع وهو الجواز .

أمثلة :

- ١ - الصبي المميز إذا تحمل شهادة ثم بلغ قبلت منه .
- ٢ - الأم التي من أهل الحضانة إذا سقط حقها من حضانة الولد لمانع كأن تزوجت من أجنبي مثلاً ثم طلقها الزوج أو مات عنها عاد حقها لزوال المانع .

٣ - المشتري إذا تبين له في مشريه عيب قديم كان عند البائع ، كان له الخيار بين القبول والرد ، ولكن إذا حدث عنده عيب جديد في المبيع كان هذا العيب مانعاً من حق الرد ، فاذا زال العيب (وهو المانع) عاد حق الرد (وهو الممنوع) .

مايتفرع عن هذه القاعدة:

٥٦ - [ماجاز لعذر بطل بزواله] م/٢٣

أي لأن جوازه كان بسبب العذر ، فهو خلف عن الأصل المتعذر فاذا زال العذر وأمكن العمل بالأصل لايعمل بالخلف ، ومعنى البطلان سقوط اعتباره فيصير في حكم العدم كالتيمم إذا وجد الماء وكلبس الحرير لمن به حكة ، ثم زالت عنه .

وكعذر السفر المؤدي إلى إباحة الفطر ، وقصر الصلاة وترك الجمعة وكأعذار الصغر والجنون والسفه ، فإذا زال العذر يرتفع ذلك عن الجميع .

والمتوفى عنها زوجها يجوز لها الخروج إذا لم يكن لها نفقة ، ومن لديه في داره أمانات وأخرجها وسلمها للجيران

بسبب الحريق لا يضمن إذا تلفت فإذا لم يرجعها بعد الحريق
وهلك منها شيء كان مقصراً يضمن . . الخ .

٥٧ - القاعدة الحادية عشرة : [ما حرم أخذه حرم إعطاؤه]

٣٤ / م

أي كما حرم الأخذ وحرّم الإعطاء (فعلاً على الإنسان
حرّم الأمر بالأخذ إذ الحرام لا يجوز فعله ، ولا الأمر
بفعله) . لأن الإيعطاء تشجيع على أخذ المحرم فيكون
المعطي شريك الآخذ في الإثم ، فلا يجوز إعطاء الرشوة
والربا والأجرة على النياحة وعلى سائر أعمال الفسق كما لا يجوز
أخذ ذلك ويستثنى من ذلك ما يعطى للأشرار والهجائين
للتخلص من شرهم عند عدم السلطان الوازع ، وما يدفعه
الوصي من مال اليتيم لتخليص الباقي إذا لم يمكن تخليصه
إلا بذلك للضرورة .

ما يفرع عن هذه القاعدة .

٥٨ - [ما حرم فعله حرم طلبه] م / ٣٥

أي يحرم طلب الحرام كما يحرم فعله .

إذ الحرام لا يجوز فعله ، ولا الأمر بفعله ، والرشوة كما

يُحرم أخذها وإعطاؤها يُحرم أيضاً طلبها من غيره ، وكذلك شهادة الزور واليمين الكاذبة والظلم وما شاكل ذلك ، يُحرم الأخذ والتوسط والطلب . ويستثنى من هذه القاعدة :

١ - جواز طلب المدعي تحليف خصمه اليمين مع علمه بكذبه فيها ، والعلة في هذا الجواز رجاء نكول المدعى عليه .
٢ - ويستثنى أيضاً فيما إذا غضب أحد مال صبي ولا بينة لوصيه عليه ويعلم الوصي أن الغاصب يحلف كاذباً فيجوز للوصي دفع شيء له من مال الصبي لاسترداد المغصوب ، فالحرمة على الأخذ لا على المعطي للضرورة .

٥٩ - القاعدة الثانية عشرة : [من استعجل الشيء قبل أوانه

عوقب بحرمانه] م / ٩٩

هذه القاعدة من باب السياسة الشرعية في القمع وسد

الذرائع .

فكل شيء يستعمله الإنسان قبل أوانه يُحرم من النفع الذي يأتي منه عقاباً له ، فلو قتل إنسان مُورثه ، أو قتل الموصى له الموصي ، بلا مسوغ شرعي يجرمان الإرث والوصية ، وكذا لو طلق الزوج زوجته طلاقاً بائناً بلا

رضائها ، وهو في مرض موته ، ومات وهي في العدة فإنها تربه . (في الإجتهد الحنفي) لدلالة مرض الموت ، على أن قصده حرمانها من الإرث ، فيرد قصده عليه ، وهذا يسمى : (طلاق الفرار أو طلاق الفار) وهذا الحكم هو من صور (منع التعسف في استعمال الحق) في الفقه الإسلامي .

وقد نقل عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أفتى في المرأة التي يطلقها زوجها فتتزوج غيره قبل انقضاء عدتها ، بأنه تحرم على هذا الزوج الثاني ، إن دخل بها حرمة مؤبدة ، معاملة لها بنقض مقصودها ، بمقتضى السياسة الشرعية ، في المصالح المرسله .

٦٠ - القاعدة الثالثة عشرة : [من سعى في نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه] م / ١٠٠

أي لما فيه من التعارض والمنافاة بين الشيء والذي تم من قبله وبين سعيه الأخير في نقضه ، وعلى هذا لا يصح من المقر أن يرجع عن إقراره السابق بحجة الخطأ فيه .
ولو تقاسم الورثة التركة ، ثم ادعى أحدهم أنها ملكه

وأراد نقض القسمة لا تسمع دعواه ، لأن إقدامه على المقاسمة هو إقرار ضمني بحقوق من قاسمهم فيها .
ولو باع أو اشترى ، ثم ادعى أنه كان فضولياً عن شخص آخر ، ولم يقبل بعقده ، لا يسمع منه هذا الإدعاء .
ويستثنى من هذه القاعدة ماله مساس بحق قاصر أو وقف أو بحقوق الجماعة .

فالغبن الفاحش مثلاً في بيع مال القاصر ، أو إيجار عقار الوقف لا ينفذ ، فلو باع الوصي مال القاصر وادعى وقوع غبن فاحش فيه تسمع الدعوى منه وهكذا . .

٦١ - القاعدة الرابعة عشرة : [البقاء أسهل من الابتداء]

٥٦/م

ومن أمثلتها :

أ - أن هبة الحصاة المشاعة فيما يحتمل القسمة كأرض وبستان لا تصح لكن إذا وهب رجل أرضاً ، أو بستاناً من آخر فاستحق من تلك الهبة حصاة شائعة ، لا تبطل الهبة في حق الباقي مع أنه صار بعد الاستحقاق حصاة شائعة ، لأن البقاء أسهل من الابتداء ، فيغتفر فيه مالا يغتفر في

الابتداء ، ومن فروعها أن القضاء يتخصص بالزمان
والمكان ، فالحاكم المأذون بالحكم في مدة معينة لو حكم قبلها
لا ينفذ حكمه . لكن لو أجاز ذلك الحكم في المدة المأذون
فيها . صح . ومثله الوكيل بالبيع ليس له أن يوكل لكن
لو باع فضولي فأجازه صحَّ ذلك .

مايتفرع عن هذه القاعدة .

٦٢ - [يغتفر في البقاء مالا يغتفر في الابتداء] م/٥٥

وبتعبير آخر ، مالا يجوز ابتداء يجوز بقاء ، أو مالا
يثبت قصداً ، وبالذات يجوز ثبوته ضمناً وتبعاً ، لأن وجود
الشيء ابتداء لا يخلو من شروط ، وربما لا تبقى إلى الانتهاء
لانعدامها أو عروض ما ينافيها ، لأن البقاء أسهل كما في
القاعدة السابقة والأمثلة السابقة .

٦٣ - القاعدة الخامسة عشرة : [التابع تابع] م/٤٧

فإذا بيع حيوان في بطنه جنين يدخل الجنين في البيع
تبعاً . والمعنى : أن التابع لغيره في الوجود يتبعه في الحكم ،
فيسري عليه ما يسري على متبوعه ، ولا ينفرد في الحكم بل

يدخل في الحكم مع متبوعه . والتابع هو ما كان جزءاً من غيره ، أو كالجُزء في الاتصال الخلقى كالعضو من الحيوان ، فإذا بيعت الدابة وفي بطنها حمل يدخل في البيع تبعاً لأمه ، ولا يجوز إفراده في البيع .

وكذا الصوف على الغنم واللبن في الضرع وكل ما كان من ضروريات الشيء كالمفتاح للقفل فلا يفرد عن متبوعه بل يدخل تابعاً له في المبيع بلا ذكر .

مايتفرع عن هذه القاعدة من القواعد .

٦٤ - أ- [من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته] م / ٤٩

فإذا اشترى رجل داراً ملك الطريق الموصل إليها .
ومن ملك أرضاً استتبع ملكه ملك ما فوقها وما تحتها فيحفر الاعماق ويبني فوقها الطباق .

والمراد هنا بالضرورة الضرورة العقلية التي تحرك الفكر لادراك الحكم للشيء بدون ذكر أي بالبداهة ودونما انتظار دليل وبرهان ، لا الضرورة بمعنى الاضطرار .

ومن اشترى داراً واقعة في سكة غير نافذة مشتركة بين عدة دور يملك بحكم التبعية حصة الدار من الطريق في هذه

السكة ولو لم ينص عليها في العقد .

٦٥ - ب - [التابع لا يفرد بالحكم] م / ٤٨

المراد من التابع هنا التابع الذي هو من قبيل الجزء كالعضو أو كالجذء من غيره كالصوف ، لا يصلح أن يكون محلاً في العقود بل وجوده تبع لوجود متبوعه كالجنين في بطن الحيوان ، فمن حيث تعلق الاحكام ينزل التابع منزلة المعدوم في عدم جواز إفراده بالحكم فلا يصح بيع الجنين في بطن أمه منفرداً. واستثناءه من بيع أمه يعتبر شرطاً مفسداً للبيع ولا يجوز بيع عضو من الحيوان وهو حي ، ولو أمكن فصله بعد الذبح .

وكذا اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم .
وفي غير ماتقدم يمكن أن يفرد التابع بالأحكام ، كما في حالة التعدي فلو ضرب بطن امرأة حامل فأسقطت جنيناً ميتاً يضمن الضارب ديبته التي تسمى (غُرَّة) أي ما يعادل خمسين ديناراً ولو كان تابعاً لأمه .

كما يجوز بيع المفتاح دون القفل ، والرهن دون الدابة وهكذا في كل تابع لا يكون جزءاً أو كالجذء .

٦٦ - ج - [يُغْتَفَرُ فِي التَّوَابِعِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي غَيْرِهَا] م / ٥٤
أي أن الشرائط الشرعية المطلوبة في محل التصرفات
يجب توافرها جميعاً في المحل الأصلي ويتساهل بها في توابعه
ففي الوقف مثلاً يشترط أن يكون الموقوف مالاً ثابتاً ، أي
عقاراً ولا يصح وقف المنقولات ، إلا ماتعورف كوقف الكتب
وأدوات الجنائز ، لكن لو وقف عقاراً كقرية أو داراً بما فيه من
منقولات صح الوقف في هذه المنقولات أيضاً تبعاً للعقار ،
إذ يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع .
أمثلة أخرى :

- ١ - الجنين في بطن أمه المذبوحة جاز أكله لتبعيته لها في الذبح عند الشافعي لا الحنفي .
- ٢ - الرمي على المسلمين للتوصل إلى المقصود ، كما إذا ترس الكفار بهم يجوز ، مع أنه حرام قصداً .
- ٣ - لو حلف لا يشتري صوفاً ، فاشترى غنمة عليها صوف جاز ، ولا يحنث لان الصوف دخل في البيع تبعاً للشاة لا قصداً ، فاغتفر فيه فإن دخل مقصوداً يحنث ، ولو حلف لا يشتري خشباً أو آجراً فاشترى داراً لم يحنث لأن البناء يدخل

تبعاً دون تسميته فلم يكن مقصوداً بالعقد .

٦٧ - د - [إذا سقط الأصل سقط الفرع] م / ٥٠

فالشيء الذي يكون وجوده أصلاً لوجود شيء آخر يتبعه في الوجود يكون ذلك فرعاً مبتنياً عليه ، ومثالها أن براءة الأصل توجب براءة الكفيل ، فلو أبرأ ذمة مديونه تبرأ ذمة كفيله تبعاً ، فلاحق له في مطالبة الكفيل .

ولا يلزم من سقوط الفرع سقوط الأصل ، فلو أبرأ الدائن الكفيل فإن الدين لا يسقط .

٦٨ - هـ - [قد يثبت الفرع دون الأصل] م / ٨١

هذه القاعدة قد تبدو غريبة ، غير معقولة في بادئ الرأي لأنها تنافي السنن الطبيعية ، ولكن الأمور الحقيقية تؤثر فيها عوامل تختلف عن العوامل الطبيعية ، فهذه المادة تعبر عن اثبات الحقوق أمام القضاء ولا تبحث عن نشوئها في الواقع .

فوجود الفرع يستلزم في الواقع وجود الأصل الذي تفرع عنه .

ولكن اثبات المسؤوليات الحقوقية على الأشخاص قد

تفقد وسائله المثبتة في حق الأصول وتتوافر في حق الفرع .
مثال ذلك : لو ادعى شخص على اثنين أن أحدهما
استقرض منه مبلغاً وأن الثاني قد كفله ، فاعترف الكفيل ،
وأنكر الآخر ، وعجز المدعي عن إثبات القرض عليه ، يؤخذ
من الكفيل ، لأن المرء مؤاخذ بإقراره ، كما سبق ، فقد ثبت
حكم الفرع ، ولم يثبت الأصل .

وكذا لو أقر شخص، لأحد مجهول النسب أنه أخوه
فهذا الإقرار يمس حقوق الأب، لأن فيه تحميلاً للنسب على
الأب ، فإذا أنكر الأب بنوته ولم يمكن إثباتها بالبينة، لا تثبت
بُنُوتهُ للأب لكن يؤاخذ المقر بإقراره أنه أخوه فيقاسم ذلك
الشخص حصته من ميراث الأب .

٦٩ - و- [إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه] م/ ٥٢

كالصلاة المشتملة على واجبات وسنن إذا بطلت بطل
جميع ماتضمنته، وإذا بطل عقد بطل ماتضمنه من شروط
والتزامات لأنها تبع له .

وكما يبطل مضمون العقد بطلانه يبطل أيضاً ما يبني
عليه ، فلو تبايعا وتم التقابض في المبيع والثلث ، فأبرأ كل

منهما الآخر عن كل حق ودعوى تتعلق بهذا البيع ، ثم استحق المبيع من يد المشتري فإنه يرجع بالثمن على البائع ، لأنه لما بطل البيع باستحقاق المبيع بطل الإبراء المبني عليه ، ولو أكره إنسان على الإقرار بالإسلام لا يحكم بإسلامه لأن الإكراه يمنع الصحة .

٧٠ - القاعدة السادسة عشرة : [إذا تعذر الأصل يصار إلى

البدل] م / ٥٣

يعني الذي يجب أدائه هو الأصل ، فإذا تعذر إيفاءه بالفوات أو التفويت يصار إلى البدل ، والأداء هو تسليم عين الواجب كرد المغصوب على الوجه الذي ورد عليه دون نقص أو تغيير . فيجب رد عين المغصوب مادامت قائمة فإذا هلك يرد بدله من مثل أو قيمة .

وكذا كل ما هلك من الوديعة والعارية وما شاكل ذلك بالتعدي أو التقصير ، يرد بدله من مثل أو قيمة لأنه لما تعذر الأصل صير إلى البدل .

٧١ - القاعدة السابعة عشرة : [الساقط لا يعود كما أن

المعدوم لا يعود] م / ٥١

لو سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن سقط حقه في احتباس المبيع لأجل استيفاء الثمن فلا يعود له حق استرداد المبيع لأجل احتباسه بعد ذلك ، وإنما له ملاحقة المشتري بالثمن .

وهكذا فكل ما يسقط من الحقوق والواجبات بسبب مسقط يصبح معدوماً ، فلا يعود، كما لا يعود المعدوم . ولو أبرأ الدائن مدينه سقط الدين ، فلا يمكن استعادته إذا ندم الدائن .

وكذا إذا تنجست الأرض ثم جفت فطهرت ، وإذا نام عليها انسان وعرق بدنه اللاصق بها لا يتنجس وكذا إذا بليت بالماء لا تعود النجاسة لأنها سقطت بالجفاف والساقط لا يعود ، ومن فروعها أيضاً أن الورثة إذا أجازوا الزائد على الثلث سقط حقهم المتعلق بالزائد .

٧٢ - القاعدة الثامنة عشرة [لا يتم التبرع إلا بالقبض]

م / ٥٧

فإذا وهب أحد شيئاً لآخر لا تتم الهبة قبل القبض ،
وكذا الهدية والصدقة وما أشبه ذلك ، فلا بد من القبض حتى
يتم التبرع ، ولو رجع الواهب قبل القبض لم تلزم الهبة وله
ذلك ، ولو توفي الواهب أو الموهوب له بطلت الهبة .

٧٣ - القاعدة التاسعة عشرة : [تبدل سبب الملك كتبدل
الذات] م / ٩٨ .

أي كتبدل الشيء المملوك ، والأصل في هذا حديث
بريرة : (وهو أن النبي ﷺ دخل يوماً على بريرة مُعْتَقَةٌ عائِثَةٌ
رضي الله عنها ، فقدمت إليه تمراً ، وكان القدر يغلي من
اللحم ، فقال عليه الصلاة والسلام : ألا تجعلين لي نصيباً
من اللحم ، فقالت يارسول الله إنه لحم تُصَدِّقُ به عليّ ،
فقال ﷺ : لك صدقة ولنا هدية)^(١) .

يعني إذا أخذته من المالك كان صدقة عليك ، وإذا
أعطيته إيانا يصير هدية لنا ، فعلم أن تبدل المُلْكُ يوجب
تبدلاً في العين ، وعلى هذا فرع الفقهاء أن المشتري إذا باع

(١) أخرجه البخاري برقم (١٤٩٣) في الهبة - ومسلم برقم (١٥٠٤)
في الزكاة وأبو داود برقم (١٦٥٥) والنسائي برقم (٣٤٨١) وابن
ماجه في الطلاق برقم (٢٥٢١) .

المبيع ، ثم اشتراه ثانية من مشتريه ثم ظهر فيه عيب قديم كان موجوداً فيه عند بائعه الأول ، فليس له أن يرده عليه بحكم خيار العيب ، لأن تبدل سبب الملك الجديد بالشراء الثاني جعله كأنه غير المبيع الأول ، وهكذا . . .

مثال آخر : لو تصدق رجل على قريبه فمات المتصدق عليه ، وعادت الصدقة إليه بالوراثة ، ملكها وماضاع ثوابه .

وأيضاً : لو قبل الفقير الزكاة وأخذها ثم وهبها لغني حل له ذلك المال .

٧٤ - القاعدة العشرون : [المعلق بالشرط يجب ثبوته عند

ثبوت الشرط] م / ٨٢

فلو قال أحد لشخص دائن : إن سافر مدينتك اليوم ، أو إن لم يعد من سفره اليوم فأنا كفيل بمدينتك الذي لك عليه ، فإن سفر المدين ، أو عدم عودته من سفره يصبح شرطاً لثبوت الكفالة على القائل ، فلا يعتبر كفيلاً ملتزماً بأداء الدين ما لم يتحقق ذلك الشرط الذي شرطه للكفالة .
مايتفرع عن هذه القاعدة .

٧٥ - [المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة] م / ٨٣٤

الأصل في الوعد أن لا يلزم صاحبه قضاء ، وإنما كان الوفاء به مطلوباً ديانة . فلو وعد شخص آخر بقرض أو بيع أو هبة . الخ . . . فليس للموعد أن يجبر الواعد على تنفيذ وعده بقوة القضاء .

غير أن الفقهاء لحظوا أن الوعد إذا صدر معلقاً على شرط فإنه يخرج عن معنى الوعد المجرد ويكتسي ثوب الالتزام والتعهد ، فيصبح عندئذ ملزماً لصاحبه ، وذلك فيما يظهر إجتنباً لتغريب الموعد بعدما خرج الوعد مخرج التعهد .

وقد قال ابن نجيم في الحظر والإباحة من (الأشباه) : (لا يلزم الوعد إلا إذا كان معلقاً) - [١١٠ / ٢]
وعلى هذا قرر الفقهاء أنه : لو قال شخص لآخر : بع هذا الشيء من فلان وإن لم يعطك ثمنه فأنا أعطيكه ، فلم يعطه المشتري الثمن بعد المطالبة التزم به القائل بناء على وعده المعلق .

٧٦ - القاعدة الحادية والعشرون : [يلزم مراعاة الشرط

بقدر الإمكان] م / ٨٣

الأصل في الشروط إعتبارها ما أمكن ، لقول الرسول ﷺ : (المسلمون عند شروطهم : إلا شرطاً أحل حراماً ، أو حرم حلالاً)^(١) .

والمقصود من إمكانها استطاعتها ، ولا يلزم ما فوق الإستطاعة ، فلو قال المودع للمودع : إمسكها بيدك ولا تضعها ليلاً ولا نهاراً فوضعها في بيته فهلكت لم يضمها ، لأن ما شرطه عليه ليس في وسعه عادة ، ولو قال له : لا تخرج بها من بلدك فخرج بها إلى بلد آخر كان ضامناً وهكذا . . .
وإنما تكون الشروط معتبرة بقدر الإمكان إن لم تخالف قواعد الشريعة في نظام العقود فإن خالفت كانت فاسدة ، أو ملغاة .

فلو باع بشرط أن يجبس المبيع إلى أن يقبض الثمن ، أو بشرط أن يرهن المشتري عند البائع شيئاً معلوماً أو أن يكفل له بالثمن هذا الرجل صح البيع والشرط ، وكذا كل شرط ، هو مقتضى العقد أو مؤيد لمقتضاه . وهو الشرط الملازم ، وكذا الشرط المتعارف : كبيع ثريا كهرباء بشرط أن تعلق في مكانها أو بشرط أن تكون معها صحنونها أو بلوراتها .

(١) أبو داود برقم (٣٥٩٤) والبخاري تعليقاً بعد حديث (٢٢٧٣) .

وكذا بشرط أن يقرضه المستأجر كذا كان الشرط فاسداً
ومفسداً للعقد لأنه ليس من مقتضياته وفيه نفع لأحد
المتعاقدين ولو قال : بعثك هذا المتاع على أن لا تتبعه لأحد ،
صح البيع ، ولغا الشرط . ومثل ذلك لو قال : تزوجتك
على أن لا يكون لك مهر . صح النكاح وبطل الشرط ووجب
مهر المثل ، وإنما صح لأنه ليس فيه نفع لأحد المتعاقدين .
(وضابط الشرط المفسد هو ما تضمن منفعة زائدة على
مقتضى العقد في المفاوضات المالية) .

٧٧ - القاعدة الثانية والعشرون : [الجواز الشرعي يناق

الضمان] م / ٩١

يعني كل ماجاز للإنسان أن يفعله شرعاً ، فإذا ترتب
على فعله ضرر أو خسائر لا يضمن للمنافاة بين الجواز
الشرعي والضمان ، فلو حفر في أرضه بئراً في ملكه فتلف فيه
حيوان لا يضمن .

وكذا لو حمل المستأجر الدابة المأجورة قدر المعتاد
فهلكت فإنه لا يضمنها لأن فعله جائز . أما لو حملها أكثر من
المعتاد فإنه يضمنها وكذا لو امتنع الملتقط عن تسليم اللقطة

لصاحبها حتى يأخذ ما أنفقه بإذن القاضي فهلكت في يده لم
يضمنها لأن امتناعه جائز .

والذي يظهر من القاعدة أن الجواز الشرعي ينافي
الضمان إذا كان مطلقاً غير مقيد بحفظ حقوق الغير ، فإن
كان الجواز مقيداً بحفظ الحقوق فإنه لا ينافي الضمان . ولذا
يضمن المضطر قيمة طعام الغير إذا أكله لدفع الهلاك عن
نفسه ، مع أن أكله جائز ، بل واجب وهكذا . . .

٧٨ - القاعدة الثالثة والعشرون : [الخراج بالضمان]

٨٥/م

خراج الشيء : هو الغلة التي تحصل منه ، كمنافع
الشيء وأجرة الدابة .

والضمان : هو إلزام بتعويض مالي عن ضرر للغير .
وهذه القاعدة نص حديث نبوي صحيح أخرجه أحمد
وأصحاب السنن^(١) .

(١) [الخراج بالضمان] ، أخرجه أبو داود برقم ٣٥٠٨ - والترمذي برقم (١٢٨٥)
والنسائي برقم (٤٤٩٥) ابن ماجه برقم (٢٢٤٢) .

معناه أن : خراج الشيء يستحقه من يكون هلاك ذلك الشيء على ضمانه وحسابه ، في مقابلة الضمان ، وقد ورد هذا الحديث في حادثة ، خلاصتها : (أن شخصاً اشترى غلاماً - أي عبداً - واستغله زماناً ثم وجد فيه عيباً قديماً ، فخاصم البائع إلى رسول الله ﷺ فقضى الرسول عليه السلام برده على البائع ، فقال هذا : يارسول الله إنه قد استغل غلامي فقال ﷺ : هذا : الخراج بالضمان ، لأنه لو كان قد تلف في يده ، قبل الرد لكان من ماله) .

٧٩ - القاعدة الرابعة والعشرون : [الغرم بالغنم] م / ٨٧

هذه القاعدة تعني عكس القاعدة السابقة (الخراج بالضمان) أي أن التكاليف والخسارة التي تحصل من الشيء تكون على من يستفيد منه شرعاً ، فنفقة ردّ العارية إلى المعير يلتزم بها المستعير ، بخلاف ردّ الوديعة فإن كلفته على المودع ، لأن الإيداع لمصلحته ، وأجرة كتابة صك المبيعة على المشتري لأنها توثيق لانتقال الملكية إليه ، ونفقة تعمیر الملك المشترك وترميمه على الشركاء بنسبة حصصهم وبيت المال يتحمل نفقة اللقيط ، وهو الطفل المنبوذ المجهول

النسب فتعود إلى بيت المال تركته إذا مات . واستدل بعضهم
لهذه القاعدة بالآية : ﴿ وَهَلْ مِنْ مِثْلِ الَّذِي عَلَيْهِنَ بِالْمَعْرُوفِ ﴾

البقرة (٢٢٨)

٨٠ - القاعدة الخامسة والعشرون : [النعمة بقدر النعمة ،

والنقمة بقدر النعمة] م / ٨٨١

الجملة الأولى من هذه القاعدة ترادف قاعدة (الخراج
بالضمان) والجملة الثانية منها ترادف القاعدة السابقة :
(الغرم بالغنم) أي كل نعمة يجدها الإنسان من شيء فعلى
قدرها تكون كلفته ومشقته فتعمير الملك المشترك وترميمه
يكون كلفته على قدر الحصص ، وإذا كان حيواناً مشتركاً بين
إثنين وأبى أحدهما تربيته وراجع الآخر الحاكم يجبره الحاكم
على البيع أو على التربية لأن النعمة بقدر النقمة وهكذا .

٨١ - القاعدة السادسة والعشرون [الأجر والضمان

لا يجتمعان] م / ٨٦

الأجر بدل المنفعة عن مدة ما ، والضمان المقصود هنا
ضمان قيمة العين المنتفع بها .

أي لا يجتمع الأجر والضمان في محل واحد من أجل

سبب واحد ، لأن الضمان يقتضي التملك والمالك لا أجر عليه والأجر يقتضي عدم التملك وبينهما منافاة .

والأصل في هذا أن كل موضع لا يصير ضامناً فالأجر واجب ، وفي كل موضع يصير ضامناً ، فلا أجر عليه .

وعلى هذه القاعدة : لو استأجر شخص دابة مثلاً ليركبها إلى مكان معين بأجر معين فذهب بها رأساً إلى مكان آخر يعتبر معتدياً في حكم الغاصب ، ويخرج عن صفة الأمين التي هي الصفة الأصلية شرعاً للمستأجر . فإذا هلكت الدابة عنده قبل ردها إلى مالكها ، يضمن قيمتها ولا أجر عليه . لأن الأجر والضمان لا يجتمعان . أما إذا استقرت عليه الأجرة بأن يكون قد استوفى المنفعة المتفق عليها أولاً ثم حصلت المخالفة بتجاوز المكان أو المدة مثلاً حتى صار متعدياً في حكم الغاصب فإنه (وإن أصبح في حالة ضمان المأجور) تلزمه الأجرة فقط ، والإثم للمخالفة ، وإن هلك المأجور في هذه الحالة ، سقطت الأجرة وكان عليه الضمان ، لأن ضمان المنافع قد اندمج في ضمان الأصل (والأجر والضمان لا يجتمعان) .

(وهذه القاعدة تشهد لمذهب الحنفية وعند غيرهم من الأئمة : الغاصب ضامن ولا اعتبار لهذه القاعدة عندهم ، رضي الله عنهم أجمعين) .

٨٢ - القاعدة السابعة والعشرون : [لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه] م / ٩٦

التصرف في ملك الغير إما فعليّ (وهو الاستهلاك) بأخذ أو إعطاء فهذا يعتبر (بلا إذن) تعدياً ، والمتصرف في حكم الغاصب ، فهو ضامن للضرر .

وإما قوليّ بطريق التعاقد كبيع مال الغير أو إجارته الخ . . . فإن أعقبه من المتصرف تسليم أصبح فعلياً وأخذ حكم الغصب .

وإن بقي في حيز القول كان فضولاً . وعقد الفضولي يتوقف على إجازة المالك فإن أجازته صحّ . وإن لم يجزه بطل . والإجازة تلحق الأفعال كما تلحق الأقوال ، فالتصرف الفعلي بلا إذن المالك إذا أجازته المالك انقلب مأذوناً . ما يفرع عنها من القواعد .

٨٣ - أ - [الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل] م / ٩٥
المالك ما يملكه الإنسان وقد أثبت الشرع لصاحبه فقط

قدرة على التصرف به أما غير المالك فلا يجوز له التصرف به وذلك لأن فاقد الشيء لا يعطيه فمن لا يملك التصرف لا يملك الأمر به ، وعلى هذا لو أمر شخص غيره بأن يأخذ مال آخر ، أو يلقيه في البحر ، أو يحرقه أو أن يذبح شاته فلا عبرة لأمره والضمان على الفاعل .

هذا إذا كان المأمور عالماً بأن المال لغير الأمر ، أما لو لم يكن عالماً وأوهمه الأمر ، أنه له كما لو قال له : إذبح لي شاتي هذه (بياء المتكلم) فإن لصاحب المال تضمين المأمور وللمأمور أن يرجع على الأمر بما ضمن لتغيره إياه . وكذلك في الإيجاب الملجئ فيضمن المجر .

٨٤ - ب - [لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب

شرعي] م / ٩٧

لأن حقوق العباد محترمة ، فإن أخذها كان ضامناً حتى يردها قال ﷺ : (على اليد ما أخذت حتى تردّه)^(١) . وعلى هذا : فمن أخذ اللقطة لنفسه كان غاصباً

(١) [على اليد ما أخذت حتى تردّه] أخرجه الترمذي برقم (١٢٦٦)

وأبو داود برقم (٣٥٦١) وابن ماجه برقم (٢٤٠٠)

ونيل الأوطار (٢٩٨/٥) . واحد / ٥ ، ٨ ، ١٢ ، ١٣ .

ضامناً . بل له أن يلتقطها بقصد حفظها وتعريفها وردّها لصاحبها متى ظهر . وإن لم يظهر فسيبيلها الصدقة .

أما إذا كان الأخذ بحق ثابت فيجوز ولو دون رضی صاحب المال بل قد أفتى المتأخرون بأنه يجوز (من جهة الديانة) أخذ الدائن حقه الثابت من مال المدين المماثل والجاحد إذا دخل في يده ولو دون علمه ، ومن غير جنس دينه ، وليس مقضياً له به ، لفساد الذمم ، وإن كان نظام القضاء في الشريعة لا يقر هذا الأخذ . وهذا ما يختلف فيه حكم الديانة عن القضاء . ورد عن النبي ﷺ ، أنه قال للخصمين : (إنما أنا بشر وأنتم تختصمون إلي ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئاً فإن ما أقضي له قطعة من نار ، فبكيا وقال كل واحد منهما حقي لصاحبي ، فقال : اذهبا فتوخيا ثم استهما ثم ليحل كل واحد منكما صاحبه)^(١) .

(١) أخرجه البخاري في الشهادات برقم (٢٦٨٠) ومسلم برقم (١٧١٣) وأبو داود برقم (٣٥٨٣) والترمذي برقم (١٣٣٩) والنسائي برقم (٥٤٠٣) وابن ماجه برقم (٢٣١٧) .

٨٥ - القاعدة الثامنة والعشرون : [يضاف الفعل إلى

الفاعل ، لا إلى الأمر ما لم يكن مجبراً] م / ٨٩

لان الشرع ورد في أنه (لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق)^(١) فالعاقل المكلف إذا أمره غيره باتلاف مال أحد مثلاً أو قتله مباشرة أو تسبياً كان أمره باطلاً ، لوجوب مخالفته والباطل في حكم العدم فعلى هذا : الفعل وما يترتب عليه يضاف إلى الفاعل لا إلى الأمر ما لم يكن الأمر مجبراً - أي مُكْرَهاً - على إيقاع الفعل بالإكراه الملجئ فيضاف الفعل حينئذ وما يترتب عليه إلى الأمر ، فلو أمر شخص آخر بإتلاف مال الغير أو بحفر حفرة بالطريق العام فوقع فيها حيوان ، أو بارتكاب جريمة ففعل ذلك ، كان المأمور هو المؤاخذ والضامن ، لأنه هو الفاعل دون الآخر .

والفروع الفقهية تدل على أن هذه القاعدة مقيدة بأن

لا يكون الفعل المأمور به لمصلحة الأمر وإلا كان في حكم الوكالة ، كما لو أمره بقضاء ديون عليه أو بالانفاق عليه ، أو

(١) أخرجه أحمد بن حنبل في مسنده (ج ٥ - ص ٦٦) .

بناء داره مثلاً ، فالأمور يكون وكيلاً يرجع على الأمر بما أنفق .

٨٦ - القاعدة التاسعة والعشرون : [المباشر ضامن وإن لم يتعمد] م/٩٢

٨٧ - القاعدة التاسعة والعشرون : [المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد] م/٩٣

فلمباشر من يَحْصُلُ الضَّرُّ بفعله ، فهذا ضامن سواء كان متعمداً أو مخطئاً فلو رمى صيداً فأصاب رجلاً أو زلقت رجله فسقط على شيء لغيره فأتلفه أو أضره ، أو طارت شرارة من دكانه فأحرقت ثوب انسان ، أو انقلب طفل على شيء فأتلفه ، كان الجميع ضامنين وإن لم يتعمدوا ، لأنهم حصلت منهم المباشرة فعليهم الضمان دون الإثم ، أما المتسبب فهو الذي يكون فعله مفضياً إلى الحكم دون مباشرة اليه فهذا ينظر في أمره : فإما أن يكون في تسببه متعدياً أو لا ، فإن كان في تسببه متعدياً : مثل أن يحفر مثلاً حفرة أو بئراً في الطريق العام ، أو بأرض الغير ، دون اذن (ومثل ذلك إذا اذن له في العمل والحفر ولكن قصر حيث أهمل بعض

القيود ، فلم يضع حواجز حول الحفرة (فوق فيها حيوان أو شخص أعمى . فإن المتسبب وهو الحافر يضمن ضرر الأنفس والأموال لكونه يعد متعدياً ومثل ذلك ، لو قطع شخص حبل قنديل معلق فسقط أو رشق زق سمن فسال ، أو فتح باب قفص أو اصطبل حتى فرَّ الطائر أو الدابة ، فإنه يضمن في كل ذلك .

وإما أن يكون في تسببه غير متعدي ، مثل أن : يحفر بئراً أو حفرة في أرضه فيدخل حيوان لجاره ويسقط فيها ، أو يحفر حفرة في الطريق العام بإذن ولي الأمر ومحوطها بحاجز ، فيسقط فيها أعمى أو حيوان فلا ضمان عليه لكونه غير متعدي في تسببه .

٨٨ - القاعدة الحادية والثلاثون : [إذا اجتمع المباشر

والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر م / ٩٠

المباشر هو الذي حصل التلف مثلاً بفعله بلا واسطة ، والمتسبب هو الذي لم يحصل التلف بمباشرته وفعله ، بل كان فعله سبباً مفضياً إلى التلف .

وعلى هذا لو حفر رجل بئراً أو حفرة في الطريق العام ،

دون إذن فألقى أحد فيها حيوانا لغيره ، كان هذا الملقى هو الضامن ، دون الحافر ، لأنه هو المباشر ، فيضاف الفعل إليه لأنه الصق به من المتسبب السابق وأقوى ولو دل اساناً على مال ليسرقه ففعل . كانت العقوبة على السارق لأنه مباشر ولأنه فعل من مكلف مختار يصح اضافة الحكم إليه .
أما لو سقط في هذه الحفرة حيوان من تلقاء نفسه ولم يلقه أحد فإن الحافر يضمن . لأنه انفرد بالتسبب .

٨٩- القاعدة الثانية والثلاثون : [جنابة العجاء جبار]

٩٤/م

هذه القاعدة حديث نبوي لفظه (العجاء جرحها جبار)^(١) .

والعجاء البهيمة وجرحها بمعنى ما يصدر عنها من ضرر .

ومعنى كونه (جباراً) أنه هدر لا مؤاخذه فيه ولا ضمان على صاحبه ، والمراد بالقاعدة ماتفعله البهائم من تلقاء

(١) أخرجه البخاري في الزكاة برقم (٨٠٢) ومسلم برقم (٤٥) والترمذي برقم (١٣٧٧) وأبو داود برقم (٤٥٩٣) - انظر نيل الأوطار (٤/١٨٤) والحديث رواه أبو هريرة رضي الله عنه .

نفسها كما لو قطعت رباطها وشردت أو جفلت أو نفحت
برجلها أو بذنبها فأضرتُ أحداً ، أو ربط شخصان دابتهما في
مكان مأذون بالربط فيه فاتفلت احدهما الأخرى فلا ضمان
على أحد .

أما لو كان جناية العجاء منبعثة من الإنسان ، أو
تقصيره كانت مضمونة ، كما إذا أجفل الدابة فضربت أحداً
فإنه يضمن ، وكذا لو استهلك حيوان مال أحد ورآه صاحبه
ولم يمنعه يضمن ، وكذا لو سيب دابته في الطريق العام أو في
ملك الغير يضمن الضرر الذي أحدثته .

٩٠ - القاعدة الثالثة والثلاثون : [الولاية الخاصة أقوى من

الولاية العامة] م / ٥٩

فعلى هذا ليس للقاضي التصرف في أمور الوقف مع
وجود متوليه ، ولا التصرف في مال الصغير مع وجود وصي ولو
كان من قبله ، ولا إنكاح الصغير أو الصغيرة مع وجود ولي ،
إلا إنه إذا وجد خيانة ، أو تقصيراً فله حق العزل ، لأن ولاية
القاضي عامة وصيانة هذه الأموال من الحق العام ، فله
التقدير فيه بمقتضى النظر العام . وإن كان ليس له أن يباشر

العقود عنهم مع وجودهم (أي الأوصياء والأولياء) .
وهذا ماتقضي به الأصول المقررة في علم الادارة
والقوانين الادارية الحديثة اليوم ، وفقاً لقاعدة توزيع
الصلاحيات والمسؤوليات ومبدأ التدرج ، فليس للموظف
الرئيس ان يقوم هو بالعمل أو التوقيع العائد لمرؤوسه ولكن
اذا تمرد هذا الموظف المرؤوس عن عمله دون مبرر يعزل
وينصب غيره ليقوم بالعمل العائد اليه .

٩١ - القاعدة الرابعة والثلاثون : [التصرف على الرعية
منوط بالمصلحة] م/٥٨

هذه القاعدة ترسم حدود الادارات العامة والسياسة
الشرعية في سلطان الولاية وتصرفاتهم على الرعية ، فتفيد أن
أعمال الولاية النافذة على الرعية يجب أن تبنى على مصلحة
الجماعة وخيرها ، لأن الولاية من الخليفة فَمَنْ دونه ليسوا عمالاً
لأنفسهم ، وإنما هم وكلاء عن الأمة في القيام بأصلح
التدابير لاقامة العدل ، ودفع الظلم ، وصيانة الحقوق
والاخلاق ، وضبط الأمن ونشر العلم وتطهير المجتمع من
الفساد ، وتحقيق كل خير للأمة بأفضل الوسائل مما يعبر عنه

(بالمصلحة العامة) وكل عمل أو تصرف من الولاة على خلاف هذه المصلحة مما يقصد به استثمار أو استبداد أو يؤدي إلى ضرر أو فساد هو غير جائز.

فليس لوليّ الأمر أن يعفو عن عقوبات الحدود مطلقاً ، ولا عن غيرها من الجرائم أو العقوبات إذا كان في ذلك تشجيع على الإجرام واستخفاف بنتائجه ولا أن يهدر الحقوق الشخصية للمجنى عليهم بحال من الأحوال . ولا أن يبطل أفضية القضاة ، وكذا ليس لإمام أو أمير أو قاض أن يمنع محاسبة من تحت أيديهم أموال العامة أو القاصرين كالأوصياء والمتولين ، ولا أن يسمح بشيء من المفاصد المحرمة شرعاً ، كالفسق والخمر والقمار ، ولو بحجة جباية الأموال والضرائب منها ولا أن يولي غير أمين أو غير كفء عملاً من الأعمال العامة .

والأصل في ذلك قول الرسول ﷺ : (ما من عبد يسترعيه الله عز وجل رعية يموت وهو غاشٍ رعيته إلا حرم

الله تعالى عليه الجنة) (١) .

وقوله ﷺ : (مامن أمير يلي أمور المسلمين ثم لم يجهد لهم وينصح لهم كنصحه وجهده لنفسه ، إلا لم يدخل معهم الجنة) (٢) .

وقوله ﷺ : (من استعمل رجلاً من عصابة وفيهم من هو أرضى لله منه فقد خان الله ورسوله والمؤمنين) (٣) .

وقوله ﷺ : (لاطاعة لمخلوقٍ في معصية الخالق) (٤) .

٩٢ - القاعدة الخامسة والثلاثون : [يقبل قول المترجم

مطلقاً] م / ٧١

ورد أن النبي ﷺ أمر زيد بن ثابت أن يتعلم العبرانية فكان يترجم بها ، والمترجم من يُفسرُ لغةً بأخرى ، والترجمان مؤتمن وقوله حجة ، بشرط أن يكون عدلاً غير فاسق ، لأن

(١) البخاري برقم (٧١٥٠) ومسلم برقم (١٤٢) .

(٢) أخرجه مسلم في الأفضية برقم (١٤٢) بعد رقم (١٨٢٩) .

(٣) رواه الحاكم في المستدرک .

(٤) رواه الامام أحمد في مسنده [ج ٥ - ص ٦٦] .

الفاسق غير مؤتمن ، وان يكون عالماً باللغتين علماً كافياً يؤمن معه الخطأ والخلط ، وهذا فيما إذا لم يكن القاضي يفهم لغة المتخاصمين أو الشاهدين لدى الاستشهاد فيتخذ ترجيحاً ليفهم كلامهم بواسطته .

ولا يشترط تعدد الترجمة كنصاب الشهادة ، بل يكفي بالترجم الواحد .

ومعنى الاطلاق الوارد في القاعدة أنه يقبل قول المترجم في جميع أنواع الدعاوى والبيانات ، رجلاً كان أو امرأة .

وقد استثنى الفقهاء الجرائم الموجبة لعقوبات الحدود . فاشتروا في المترجم في دعاويها واثباتها ، أن يكون رجلاً زيادة في الاحتياط .

٩٣ - القاعدة السادسة والثلاثون : [دليل الشيء في الأمور

الباطنة يقوم مقامه الظاهر] م / ٦٨

يعني أنه يحكم بالظاهر فيما يتعسر الاطلاع على حقيقته ، فكثير من الأحكام الشرعية المعلولة التي لا تثبت إلا بثبوت عللها ، قد تكون عللها خفية يعسر الإطلاع عليها

فأقام الشرع الإمارات الدالة عليها مقامها وأثبت الحكم
بشوت الإمارات الدالة على العلة الحقيقية .

فالرضى في العقود مثلاً من الأمور الباطنة ، وهو
خفي ، ومن العسير أو المستحيل الوقوف عليه ، فجعل
الشرع الإيجاب والقبول دليلاً ، وقائماً مقامه ، وكذا تعمد
القتل من القاتل أمر خفي ، فجعل الشرع استعمال القاتل
الآلة الجارحة المفرقة للأجزاء ، أو المذهبة للأرواح دليل على
التعمد ، ولا يقبل ادعاء الخطأ ، ومن فروعها أن المشتري
إذا اشترى مالم يرَ فله الخيار عند الرؤية ، لكن إذا تصرف في
المبيع تصرف الملاك سقط خياره فقد جعل تصرفه دليل
الرضا .

يتضح من ذلك أن لهذه القاعدة صلة وثيقة بمبدأ
القضاء بالقرائن . ومن فروعها المهمة أن عمال الحكومة وجباة
بيت المال ومتولي الأوقاف وكتبته ونحوهم إذا ظهرت عليهم
مظاهر الغنى وبنوا الأبنية دون أن يعرف لثرائهم مصدر كان
ذلك دليلاً على خيانتهم وارتشائهم ، فيجوز عزلهم ومصادرة
أموالهم مالم يثبتوا لها مصدراً .

وقد فعل ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه فكان
إذا استعمل عاملاً (موظفاً) كتب ماله ، ثم إذا وجد عنده
فضلاً ليس له مصدر صادرة ، أو شاطره إياه على حسب قوة
التهمة ووضعه في بيت المال ، وقد مر ببناء يبني بالحجارة
والجص . فقال لمن هذا ؟ فذكروا عاملاً له على البحرين ،
فقال : (أَبَتِ الدَّرَاهِمُ إِلَّا أَنْ تَخْرُجَ أَعْنَاقُهَا) وشاطره ماله ،
وكان يقول : (لي على كل خائن أمينان ، الماء والطين) .
وقد صادر مال الحارث بن وهب الليثي وقال له :
ما قِلاصٌ " وَأَعْبُدُ " بعتها بمائة دينار ؟

فقال : خرجت بنفقة لي فاتجرت فيها . قال : (إنا
والله ما بعثناك للتجارة) أدها .
قال : أما والله لا أعمل لك بعدها . فقال عمر :
(أنا والله لا استعملك بعدها) .

وقد شاطرَ عَمْرُو بن العاص واليَ مصرَ ماله ، رضي
الله عنه وأرضاه .

ومن فروعها اختلاف الزوجين في متاع البيت ،
ما يكون للرجل يجعل في يد الزوج ، وما يكون للنساء يجعل

في يدها .

٩٤ - القاعدة السابعة والثلاثون : [المرء مؤاخذ بإقراره]

٧٩ / م

أي إذا كان عاقلاً كاملاً الأهلية ، لأن المفروض أنه أعلم من غيره بما فعل من أسباب الالتزام ، وبما عليه من حقوق ، وله ولاية على نفسه بإنشاء العقود وغيرها ، بل عليه شرعاً أن يكشف ما عليه من الالتزامات لأن كتماناً حقوق الناس وهضمها حرام^(١) . لذا يقول تعالى : ﴿ وَلِيْمَلِكِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلَيَسَّقِ اللَّهُ رَبَّهُ ﴾^(٢) فقد أمر المدين بالإملاء أي الاملاء ، واعتبر ذلك توثيقاً للدين ، وهذا معنى المؤاخذة بالإقرار فلولم يكن الإقرار حجة لما طلبه .

٩٥ - القاعدة الثامنة والثلاثون : [الثابت بالبرهان كالثابت

بالعيان] م / ٧٥

المراد بالبرهان الأدلة القضائية المثبتة التي تسمى (البيئات) أي ان ما ثبت لدى القاضي في مجلس القضاء بالبيئة من الحوادث الشرعية يعتبر أمراً واقعاً كأنه محسوس

(١) البقرة - الآية (٢٨٢) .

مشاهد بالعيان ، فيقضي به اعتماداً على هذا الثبوت وان كان هناك احتمال خلافه بسبب من الأسباب ، ككون الشهود كذبة متسترين بالصلاحيات أو نحو ذلك من الاحتمالات .

لأن كل هذه الاحتمالات تبقى في حيز الموهومات بالنسبة للبيئة الظاهرة وقد تقدم (لاعتباراً للتوهم) وان مهمة القضاء البناء على ما يظهر ويثبت لديه ، وليس القاضي مكلفاً باكتناه الحقائق من الواقع فان هذا ليس في طاقته .

وقد قال رسول الله ﷺ : (إنكم لتختصمون إليّ وعسى أن يكون بعضكم ألحن بحجته من الآخر فأقضي له على نحو ما أسمع ، الخ)^(١) .

ما يفرع عن هذه القاعدة من القواعد .

٩٦ - [البيئة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة] م / ٧٨

البيئة لا تصير حجة إلا بقضاء القاضي . والإقرار أقوى من البيئة لعدم التهمة فيه ، ولأنه مادام الثابت بالبرهان يعتبر كالواقع ، المحسوس ، فإنه يعتبر ثابتاً ويحتج به

(١) أخرجه البخاري في الشهادات برقم (٢٦٨٠) ومسلم برقم (١٧١٣) والترمذي برقم (١٣٣٩) .

على غير المقضي عليه أيضاً .

وإنما كان الإقرار حجة قاصرة ، لأن المقر لا ولاية له إلا على نفسه ، فله أن يلزم نفسه بما شاء وليس له سلطة على إلزام غيره . وأيضاً يحتمل أن يكون المقر كاذباً في إقراره ومتواطئاً مع المقر له لإضاعة حق شخص ثالث .

فلو أقر سعيد مثلاً أن لخالد ألفاً في ذمته ثبت ولزم الألف ، ولو قال : لخالد ألف أيضاً في ذمة عمرو لا يلزم شيء في ذمة عمرو لخالد ، لأن الإقرار لا يتعدى المقر . ومن هذا ذكر الفقهاء

ما إذا ادعى غريم ديناً على التركة بحضور أحد الورثة ، فإن أقر الوارث بدين الموروث يؤخذ بإقراره . ولكن يكون إقراره قاصراً على نفسه فيأخذ المقر له من حصته فقط ، ولا يأخذ من بقية الورثة لان إقرار رفيقهم لا يسري عليهم .

وكمّن أقرّ بدين مشترك عليه وعلى غيره ، فان قراره هذا ينفذ على نفسه فيؤخذ به في ماله ولا يسري على رفيقه مالم يصدقه ، مثال للفرق بين البينة والإقرار :

فيما لو اشترى جارية فولدت عنده لا منه ، فاستحقها رجل بيّنة فقضى القاضي بالأمر ، يتبعها ابنها ، وان أقربها المشتري له لا يتبعها ولدها لأن الاقرار حجة قاصرة .

٩٧ - القاعدة التاسعة والثلاثون : [البيّنة لاثبات خلاف

الظاهر واليمين لابقاء الأصل] م / ٧٧

فالأصل براءة ذمة المدعى عليه فاذا أنكر فهو مستمسك بالحالة الأصلية ، فيجب قبول قوله إلى أن يثبت شغل ذمته بسبب طارئ ، ولكن لاحتمال كذبه في الإنكار يوثق قوله باليمين إذا طلب المدعي تحليفه عند عجزه عن الإثبات .

وهذا مبدأ عام : ان من كان القول له فهو خاضع لليمين إلا في مستثنيات محدودة منها : مالورجع الواهب في هبته وطلب القضاء له باستردادها فزعم الموهوب له هلاك الهبة فالقول له في الهلاك بلا يمين .

مايتفرع عن هذه القاعدة من القواعد .

٩٨ - [البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر] م / ٧٦

هذه القاعدة بنصها لفظ حديث نبوي مشهور وروى

مسلم وأحمد : (لو أعطي الناس بدعواهم لادعى ناس دماء
رجال وأموالهم لكن البيّنة على المدعي)^(١) وإنما كان البيّنة على
المدعي ، لأن المدعي يدعي بخلاف الظاهر .

٩٩ - القاعدة الأربعون : [لاحجة مع التناقض لكن

لا يختل معه حكم الحاكم] م / ٨٠

التناقض المقصود في هذه القاعدة هو تناقض الشاهد
في شهادته المثبتة للدعوى ، فاذا وقع التناقض في شهادة
الشاهد قبل القضاء بها ، كما لو شهد في دعوى الدّين مثلاً
ان الدّين قرض . ثم قال : إنه ثمن مبيع ، انهدم
الاحتجاج بشهادته وامتنع القضاء بها ، وأما إذا أظهر
التناقض في البيّنة بعد القضاء بها كما لو رجع الشهود عن
شهاداتهم ، أو اعترفوا بما يكذبها بعد القضاء ، فان القضاء
الواقع لا يبطل ، بل يضمن الشهود للمحكوم عليه ما حكم
عليه به ، وإنما لا يختل حكم الحاكم . (لأن القضاء يسان
عن الإلغاء) .

(١) أخرجه مسلم برقم (١٧١١) كتاب الأفضية .

ويشترط في رجوع الشاهد أن يكون أمام القاضي ،
فلو أظهر الرجوع خارج مجلس القضاء فلا عبرة لرجوعه لا
قبل الحكم ولا بعده .

- مصادر ومراجع كتاب القواعد الفقهية -

- ١ - مذكرات في القواعد الفقهية : لأستاذنا الشيخ محمد لطفي الفيومي ، مطبوعة على آلة سحب ، عام ١٩٦١ .
- ٢ - المدخل الفقهي العام للأستاذ محمد مصطفى الزرقا ، مطبعة جامعة دمشق ، ١٩٦٣ .
- ٣ - شرح المجلة للشيخ محمد طاهر الأتاسي ، طبع (١٩٣٠) في مطبعة حمص .
- ٤ - الأدلة الأصلية الأصولية ، شرح مجلة الأحكام الفقهية . للأستاذ محمد سعيد الغزي ، طبع المطبعة البطركية ، سنة ١٣٣٨ هـ ، ١٩١٩ م .
- ٥ - الأشباه والنظائر لابن نجيم ، تحقيق عبد العزيز الوكيل ، مطبعة الحلبي ، القاهرة ، ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٨ م .
- ٦ - الأشباه والنظائر الفقهية للسيوطي ، طبع في المكتبة التجارية بمصر ، ١٣٥٩ هـ .
- ٧ - الضرورة الشرعية للدكتور وهبة الزحيلي ، مكتبة الفارابي بدمشق ، سنة ١٩٦٩ .
- ٨ - الموافقات للإمام الشاطبي .
- ٩ - ترجمة الامام النووي ، للسخاوي .
- ١٠ - الفروق للقرافي .

- ١١ - الفوائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية للشيخ محمد حمزة [١٢٣٦ - ١٣٠٥] طبع دار الفكر ، ١٩٨٦ .
- ١٢ - قواعد الأحكام للشيخ العز بن عبد السلام ، طبع مطبعة الاستقامة بمصر .
- ١٣ - العرف والعادة في رأي الفقهاء ، أحمد فهمي أبوسنة .
- ١٤ - سبل السلام للصنعاني ، مطبعة المنيرية / ١٩٤٩ .
- ١٥ - تبيين الحقائق لابن محجن الزيلعي ، طبع بولاق ، الطبعة الأولى .
- ١٦ - تيسير الوصول لابن الديبع ، طبع الخانجي .
- ١٧ - نيل الأوطار للشوكاني ، طبع المنيرية .
- ١٨ - البحر الرائق لابن نجيم ، طبع بولاق .
- ١٩ - شرح المجلة العدلية لعلي حيدر ، تعريب محمد فهمي الحسيني ، طبع الأميرية .
- ٢٠ - جامع الفصولين لابن قاضي سماوة ، طبع بولاق .
- ٢١ - المحلى لابن حزم .
- ٢٢ - الفوائد البهية ، للكنوي ، مطبعة السعادة بمصر .
- ٢٣ - صحيح البخاري - بترقيم - محمد فؤاد عبد الباقي طبع السلفية بمصر (١٣٧٠/هـ) .

٢٤ - صحيح مسلم - بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .

٢٥ - سنن الترمذي - بتحقيق عزت عبيد الدعاس ، طبع
حصص ١٩٦٥ .

٢٦ - سنن أبي داود - بتحقيق عزت عبيد الدعاس ، طبع
حصص ١٩٧١ دار الحديث .

٢٧ - سنن النسائي - بتحقيق عزت عبيد الدعاس ، طبع
حصص ١٩٦٩ .

٢٨ - سنن ابن ماجه - بتحقيق عزت عبيد الدعاس ، أحمد
عبيد الدعاس ، حصص ١٩٧٠ .

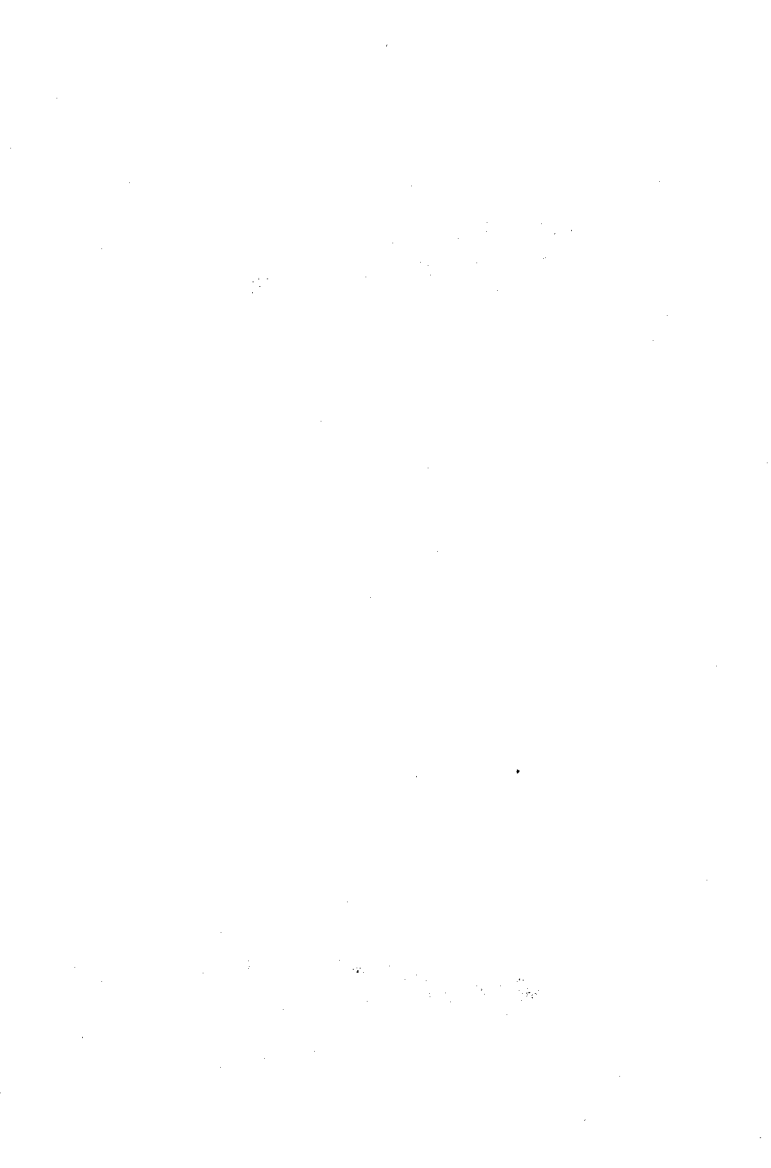
٢٩ - تاريخ الفقه الإسلامي كلية الشريعة جامعة الأزهر .

كتب للمؤلف

- ١ - سنن الترمذي . شرح الأحاديث مع تخريجها وترقيمها وفهارس للأحاديث . طبع . مطبعة الفجر . بحمص ١٩٦٥ .
- ٢ - سنن أبي داود مع شرح الخطابي وتخريج الأحاديث وفهرس عام للأحاديث . مطبعة الفجر . حمص ١٩٦٩ .
- ٣ - سنن النسائي تخريج الأحاديث والتنسيق بين شرح السيوطي والسندي مع فهرس عام للأحاديث طبع ١٩٧٠ مطابع الإرشاد بحمص .
- ٤ - سنن ابن ماجة . شرح الأحاديث وتخريجها وتحقيقها بالاشتراك مع الأستاذ أحمد عبيد الدعاس طبع حمص ١٩٧١ مطابع الأمل .
- ٥ - الشئائل المحمدية
- ٦ - رسالة في فن التجويد طبعة جديدة طبع ١٩٨٩ .
- ٧ - الواضح في شرح المقدمة الجزرية في علم التجويد طبع ١٩٨٦ .
- ٨ - رسالة في أحكام الطهارة والصلاة .

تحت الطبع

- ١ - الواضح في الفقه على المذهب الامام الشافعي .
- ٢ - المعين في الخطابة ورسائل عديدة أخرى .



القواعد الفقهية مع الشرح الموجز / عزت عبيد
الدعاس . ط . ٣ . - حمص : دار الترمذي ، ١٩٨٩ -
١٤٨ ص . ؛ ١٣ اسم .
الطبعة الأولى ١٩٦٥ .

١-١٧٠٢١٦ د ع ا ق ٢ - العنوان ٣ - الدعاس
مكتبة الأسد

الإيداع القانوني

ع - ٧٤٦ / ٦ / ١٩٨٩