المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
كلية الشريعة بالرياض
قسم أصول الفقه

القواعد الفقهية في كتاب بدائع الصنائع

للكاساني (ت ٥٨٧هـ)

من أول كتاب الإجارة حتى آخر كتاب الوقف والصدقة

(بحث استقرائي مع دراسة القواعد المهمة)

رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في أصول الفقه

إعـــداد

عبدالعزيز بن عبدالرحمن بن عبدالعزيز البليهد

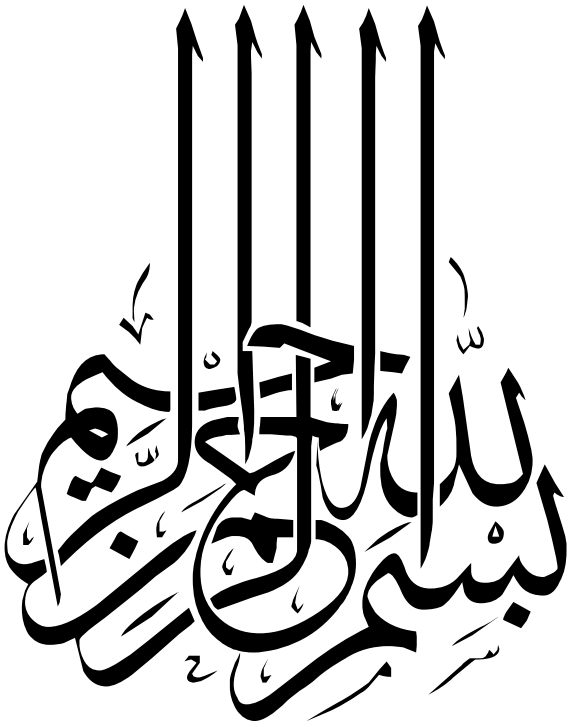
إشـــراف

الأستاذ الدكتور/ أحمد بن عبدالله الضويحي

الأستاذ بقسم أصول الفقه بكلية الشريعة بالرياض

العام الجامعي

١٤٣٠ – ١٤٣١هـ


بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه، ونستغفره، ونستهديه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صلوات ربي وسلامه عليه وعلى آله وصحبه أجمعين أما بعد: -

فإنه من المعلوم بالضرورة أن الله ما خلق الخلق إلا لعبادته، قال تعالى: $Br â (الذاريات: ٥٦). ولأجل تحقيق هذه الغاية أرسل الله جل وعلا رسله مبشرين ومنذرين وكان خاتم رسله وخير أنبيائه محمد ﷺ الذي أكمل الله به شرائعه، فكانت شريعته كاملة، قال تعالى: (المائدة: ٣). **ولهذا نهض العلماء ببيان هذه الشريعة فألفوا الكتب وصنفوا التصانيف، فكانوا أعلام هداية ومنابر للفتيا، يأتيهم من يستفتيهم فيفتونه، وقد يدونون فتاواهم لنقلها إلى من ورائهم، ومع اتساع العالم الإسلامي وكثرة الفتاوى وازدياد المسائل وتعدد المذاهب قام بعض من منَّ الله عليه بالفقه في الدين بجمع الفروع الفقهية تحت قواعد معينة هي القواعد الفقهية، ولأهمية هذه القواعد والحاجة إليها اعتنى بها العلماء وألفوا فيها المؤلفات، وكتبوا فيها على مناهج متعددة، وكان أول من قعَّد القواعد الإمام أبو طاهر الدباس الذي جمع سبع عشرة قاعدة في المذهب الحنفي ثم جاء بعده أبو الحسن الكرخي ثم أبو زيد الدبوسي.واستمرت جهود العلماء في هذا الفن، فظهرت جملة من الكتب المصنفة فيه استقلالاً، كما أولاها الفقهاء عناية وتطرقوا لها في المذاهب المختلفة، ومن أبرز هذه الكتب كتاب «بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع» للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الملقب بملك العلماء – رحمه الله –**

الذي تميز كتابه بكثرة القواعد الفقهية وبصيغ مختلفة نابعة من عظيم فضل الله على هذا العالم وتبحره في الفقه.

وبما أنني – ولله الحمد - قد اجتزت السنة التمهيدية في مرحلة الماجستير في قسم أصول الفقه بتقدير يؤهلني لتسجيل رسالة الماجستير، فقد وقع اختياري بعد الاستشارة والاستخارة على موضوع ذي صلة بالقواعد الفقهية، وجعلت عنوانه: **"القواعد الفقهية في كتاب بدائع الصنائع للكاساني (ت ٥٨٧هـ) من أول كتاب الإجارة إلى آخر كتاب الوقف والصدقة"** (بحث استقرائي مع دراسة القواعد المهمة).

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

تتلخص أهمية الموضوع في النقاط التالية:

١ – كونه يتعلق بالقواعد الفقهية، ولا يخفى على أحد أهمية هذا الفن، التي أفصح عنها القرافي رحمه الله وأوجز في قوله: «... وهذه القواعد مهمة في الفقه، عظيمة النفع، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، وتتضح مناهج الفتوى وتكشف فيها تنافس العلماء، وتفاضل الفضلاء... ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات؛ لاندراجها في الكليات، واتحد عنده ما تناقض عند غيره»(١).

وكذلك الإمام السيوطي رحمه الله بقوله: «اعلم أن فن الأشباه والنظائر فن عظيم، به يطلع على حقائق الفقه ومداركه، ومآخذه وأسراره، ويتمهر في فهمه واستحضاره، ويقتدر على الإلحاق والتخريج، ومعرفة المسائل التي ليست مسطورة، والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على ممر الزمان»(٢).

---

(١) الفروق ج ١، ص ٦.

(٢) الأشباه والنظائر، (ص ٣١).

وسأحاول في هذا البحث أن أساهم في الكشف عن هذه القواعد التي تعتبر القسم ثاني من أصول الشريعة الإسلامية، فهي تشتمل على أصول وفروع، وأصولها قسمان هما: أصول الفقه، والقواعد الفقهية الكلية.

قال القرافي رحمه الله مبيناً ذلك: « ... فالشريعة المحمدية اشتملت على أصول وفروع، وأصولها قسمان: أحدهما: المسمى بأصول الفقه....

والقسم الثاني: قواعد كلية فقهية جليلة، كثيرة العدد، عظيمة المدد، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى... » (١).

٢ – كثرت النوازل الفقهية التي تتطلب نوعاً من الاجتهاد القائم على النظر في القواعد الفقهية والأصول العامة والتخريج عليها، فالتركيز على معرفة القواعد الفقهية في مثل هذه الأبواب ودراستها يفسح المجال أمام المجتهدين والفقهاء، للاجتهاد في القضايا المستجدة والنوازل الفقهية المعاصرة، كالحقوق المعنوية، والخلوات، ونظام التأمين، والنقود والأوراق المالية والتجارية، ومعاملات المصارف الإسلامية، وغير ذلك من الموضوعات التي لا يستغنى عن معرفة أحكامها الشرعية؛ نظراً لمسيس الحاجة إليها، وعدم وجود نصوص تفي بأحكامها، أو خاصة بها.

٣ – أهمية هذا الكتاب – بدائع الصنائع - في مذهب الحنفية بل هو من الكتب المعتمدة فيه، فهو مليء بالقواعد الفقهية، وبصيغ متعددة، مما يدل على تمكن المؤلف – رحمه الله – في هذا المجال، لاسيما وأن وفاته كانت عام ٥٨٧هـ، ومن المعلوم أن أكثر الكتب التي اشتملت على القواعد والضوابط الفقهية لم تظهر إلا في القرن السابع أو الثامن الهجري.

---

(١) الفروق ١/٦.

أسباب اختياره:

١ – إن دراسة مثل هذا الموضوع تتيح الفرصة أمام الباحث للاطلاع على قدر كبير من كتب القواعد الفقهية وكتب الأشباه والنظائر وغيرها، وتنمي لديه الملكة التي يتمكن بها من ربط القواعد الفقهية بالفروع الفقهية المندرجة تحتها.

٢ – الإسهام في إكمال ما بدأ به الأخ: بدر بن راشد العبداللطيف، حيث قام بجمع ودراسة القواعد الفقهية من أول كتاب بدائع الصنائع إلى آخر كتاب الحج، حيث ظهر لي في الأبواب الأخرى من الكتب قواعد جديدة لم يتطرق لها المؤلف في أبواب العبادات، فرأيت جمع القواعد المهمة التي نص عليها المؤلف من أول كتاب الإجارة إلى آخر كتاب الوقف والصدقة في هذا البحث.

أهداف الموضوع:

١ – جمع واستقراء القواعد الفقهية في كتاب بدائع الصنائع من كتاب الإجارة إلى آخر كتاب الوقف والصدقة، وإبرازها مع دراسة القواعد المهمة منها.

٢ –إثراء علم القواعد الفقهية بذكر صيغ جديدة لهذه القواعد، وذكر أصولها وأدلتها والتفريع عليها.

٣ - إبراز عناية العلماء المتقدمين بالقواعد الفقهية والاستدلال بها على الفروع الفقهية.

الدراسات السابقة:

هذا الموضوع جزء من مشروع استقراء القواعد الفقهية من كتاب بدائع الصنائع للكاساني، والذي بدأ به الباحث: بدر بن راشد العبداللطيف وكان نصيبه من أول الكتاب حتى آخر كتاب الحج.

وبعد البحث في قوائم الرسائل العلمية وفهارس المكتبات وقواعد المعلومات لم أجد من تناول هذا الموضوع. وغاية ما وجدت دراسات مماثلة تخدم كتباً فقهية أخرى منها:

١ – القواعد والضوابط الفقهية الواقعة في التحرير شرح الجامع الكبير، لجمال الدين الحصيري (تعليقاً وتطبيقاً).

وهي رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في أصول الفقه، من إعداد الباحث: علي بن أحمد غلام محمد الندوي في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى فرع الفقه وأصوله في العام الجامعي ١٤٠٩هـ.

٢ – القواعد الفقهية في بابي العبادات والمعاملات من خلال كتاب المغني لابن قدامة.

وهي رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراة في أصول الفقه، من إعداد الباحث: عبدالله بن عيسى العيسى من كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض في العام الجامعي ١٤٠٩هـ.

٣ – القواعد والضوابط الفقهية في كتاب الأم للإمام الشافعي جمعاً وترتيباً ودراسة.

وهي رسالة مقدمة من الباحث: عبدالوهاب بن أحمد خليل بن عبدالحميد، لنيل درجة الماجستير في أصول الفقه من كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، في العام الجامعي ١٤١٨هـ - ١٤١٩هـ.

٤ – القواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند شيخ الإسلام ابن تيمية، جمعاً ودراسة، وهي رسالة مقدمة من الباحث: عبدالسلام بن إبراهيم بن محمد الحصين لنيل درجة الماجستير في أصول الفقه من كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود

الإسلامية بالرياض في العام الجامعي ١٤١٨هـ.

٥ – القواعد والضوابط الفقهية عند شيخ الإسلام ابن تيمية في كتاب الطهارة والصلاة. وهي رسالة مقدمة من الباحث: ناصر بن عبدالله الميمان لنيل درجة الماجستير في الفقه من جامعة أم القرى للعام الجامعي ١٤١٣هـ.

٦ – القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة، وهي رسالة مقدمة من الباحث: محمد بن عبدالله الصواط لنيل درجة الماجستير في الفقه من جامعة أم القرى للعام الجامعي ١٤١٨ – ١٤١٩هـ.

٧ – القواعد والضوابط الفقهية عند شيخ الإسلام ابن تيمية في الأيمان والنذور، وهي رسالة مقدمة من الباحث: محمد بن عبدالله التمبكتي لنيل درجة الماجستير في الفقه من جامعة أم القرى للعام الجامعي ١٤١٩هـ.

٨ – القواعد الفقهية من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبدالوهاب البغدادي المالكي، وهي رسالة مقدمة من الباحث: محمد الروكي لنيل درجة الماجستير من جامعة محمد السادس بالمغرب للعام الجامعي ١٤٠٩هـ.

٩ – القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية. وهي رسالة مقدمة من الباحث: عبدالمجيد جمعة الجزائري لنيل درجة الماجستير من المعهد العالي لأصول الدين بالجزائر.

* وتتميز دراستي عما سبق من الدراسات بأمور:

١ – إثراء علم القواعد الفقهية، وذلك نابع من كثرة القواعد الفقهية في الكتاب وبصيغ مختلفة، وبعضها لم يأخذ نصيبه من الدراسة من قبل.

٢ – عنايتها بالقواعد الفقهية عند الحنفية خصوصاً.

٣ – الاهتمام بهذا الكتاب العظيم «بدائع الصنائع» والالتزام باستخراج جميع القواعد الفقهية فيه، من أول كتاب الإجارة إلى آخر كتاب الوقف والصدقة مع دراسة القواعد المهمة منها.

تقسيمات البحث:

تتكون الخطة من: مقدمة، وتمهيد، وفصلين، وخاتمة.

المقدمة، وتشتمل على ما يلي:

١ - الافتتاح بما يناسب.

٢ - أهمية الموضوع وأسباب اختياره.

٣ - أهداف الموضوع.

٤ - الدراسات السابقة.

٥ - خطة البحث.

٦ - منهج البحث.

التمهيد، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التعريف بالكتاب والمؤلف، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التعريف بالكتاب.

المطلب الثاني: التعريف بالمؤلف.

المبحث الثاني: جهود الحنفية في علم القواعد الفقهية ومكانة الكاساني في هذا الفن، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: جهود الحنفية في علم القواعد الفقهية.

المطلب الثاني: مكانة الكاساني في هذا الفن.

الفصل الأول: القواعد المتحدة الموضوع، وفيه واحد وعشرون مبحثاً.

المبحث الأول: قواعد في النيات والمقاصد، وفيه ثلاثة مطالب.

١ - المطلب الأول: قاعدة "العبرة في العقود لمعانيها لا لصور الألفاظ".

٢ - المطلب الثاني: قاعدة "الوسيلة إلى الحرام حرام".

٣ - المطلب الثالث: قاعدة "اليمين مما لا تجري فيه النيابة".

المبحث الثاني: قواعد في اليقين والشك، وتحته سبعة مطالب:

٤ - المطلب الأول: قاعدة " الثابت بيقين لا يزول بالشك".

٥ - المطلب الثاني: قاعدة "غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك".

٦ - المطلب الثالث: قاعدة "اعتبار الحقائق هو الأصل".

٧ - المطلب الرابع: قاعدة "الأصل في الأبضاع الحرمة والحظر".

٨ - المطلب الخامس: قاعدة "اعتبار الغالب وإلحاق المغلوب بالعدم هو الأصل في أحكام الشرع".

٩ - المطلب السادس: قاعدة "الظاهر بقاء ما كان على ما كان".

١٠ - المطلب السابع: قاعدة "الأصل في بني آدم الحرية".

المبحث الثالث: قواعد في التيسير ورفع الحرج، وتحته أربعة مطالب:

١١ - المطلب الأول: قاعدة "قد يجعل المعدوم حقيقة موجود تقديراً عند تحقق الحاجة والضرورة".

١٢ - المطلب الثاني: قاعدة "الحرج إنما يؤثر في حقوق الله عز وجل بالإسقاط لا في حقوق العباد".

١٣ - المطلب الثالث: قاعدة "الحرمات قد يسقط اعتبارها لمكان الضرورة".

١٤ - المطلب الرابع: قاعدة "الثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة"

المبحث الرابع: قواعد في دفع الضرر، وفيه ثمانية مطالب:

١٥ - المطلب الأول: قاعدة "اليد دليل الملك".

١٦ - المطلب الثاني: قاعدة "دفع الضرر بالضرر متناقض".

١٧ - المطلب الثالث: قاعدة "المبتلى ببليتين يختار أهونهما".

١٨ - المطلب الرابع: قاعدة "الضرر منفي".

١٩ - المطلب الخامس: قاعدة "لا ضرر ولا إضرار في الإسلام".

٢٠ - المطلب السادس: قاعدة "الضرر واجب الدفع ما أمكن".

٢١ - المطلب السابع: قاعدة "من قضى عن غيره مضطراً من مال نفسه لا يكون متبرعاً ويرجع عليه".

٢٢ - المطلب الثامن: قاعدة "ليس لعرقٍ ظالم حق".

المبحث الخامس: قواعد في العرف، وفيه سبعة مطالب.

٢٣ - المطلب الأول: قاعدة "المعروف كالمشروط".

٢٤ - المطلب الثاني: قاعدة "العرف قاضٍ على الوضع".

٢٥ - المطلب الثالث: قاعدة "إذا كانت الإشارة مفهومة قامت الإشارة مقام العبارة".

٢٦ - المطلب الرابع: قاعدة "المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة كما يتقيد نصاً".

٢٧ - المطلب الخامس: قاعدة "عرف المسلمين وعاداتهم حجة مطلقة".

٢٨ - المطلب السادس: قاعدة "مبنى الأيمان على العرف ذكراً وتسمية".

٢٩ - المطلب السابع: قاعدة "الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر".

المبحث السادس: قواعد في الأحكام الشرعية، وفيه ثلاثة مطالب.

٣٠ - المطلب الأول: قاعدة "ما اجتمع الحلال والحرام في شيء إلا وقد غلب الحرام الحلال".

٣١ - المطلب الثاني: قاعدة "المباح يملك بالاستيلاء إذا لم يكن مملوكاً لغيره".

٣٢ - المطلب الثالث: قاعدة "اختلاف السبب يوجب اختلاف الحكم".

المبحث السابع: قواعد في التبع والمتبوع، وفيه خمسة مطالب.

٣٣ - المطلب الأول: قاعدة: "حكم التبع حكم الأصل".

٣٤ - المطلب الثاني: قاعدة "كل من ملك التجارة يملك ما هو من توابعها".

٣٥ - المطلب الثالث: قاعدة "الشيء قد يثبت ضمناً لغيره وإن كان لا يثبت مقصوداً".

٣٦ - المطلب الرابع: قاعدة "براءة الأصيل توجب براءة الكفيل".

٣٧ - المطلب الخامس: قاعدة "الشيء يستتبع ما هو دونه ولا يستتبع ما هو فوقه أو مثله".

المبحث الثامن: قواعد في التصرفات، وفيه خمسة مطالب.

٣٨ - المطلب الأول: قاعدة "أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن".

٣٩ - المطلب الثاني: قاعدة "تصرف العاقل محمول على الوجه الأحسن ما أمكن".

٤٠ - المطلب الثالث: قاعدة "الأصل أن يكون تصرف الإنسان لنفسه لا لغيره".

٤١ - المطلب الرابع: قاعدة "التصرف الشرعي لا وجود له بدون الأهلية".

٤٢ - المطلب الخامس: قاعدة "اللعب إذا تعلقت به عاقبة حميدة لا يكون حراماً ".

المبحث التاسع: قواعد في البدل والمبدل، وفيه ستة مطالب:

٤٣ - المطلب الأول: قاعدة "بدل الشيء يقوم مقامه كأنه هو".

٤٤ - المطلب الثاني: قاعدة "الوارث يقوم مقام المورث فيما ورثه".

٤٥ - المطلب الثالث: قاعدة "مبنى المعاوضة على المساواة ".

٤٦ - المطلب الرابع: قاعدة "الرسول قائم مقام المرسل".

٤٧ - المطلب الخامس: قاعدة "القبضان إذا تجانسا ناب أحدهما عن الآخر وإذا اختلفا ناب الأعلى عن الأدنى".

٤٨ - المطلب السادس: قاعدة "القدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف".

المبحث العاشر: قواعد في إعمال الكلام وإهماله، وفيه أربعة مطالب:

٤٩ - المطلب الأول: قاعدة "اختلاف الأسامي دليل اختلاف المعاني في الأصل".

٥٠ - المطلب الثاني: قاعدة "الدلالة لا تعتبر إذا وجد الصريح ".

٥١ - المطلب الثالث: قاعدة "ذكر بعض ما لا يتجزأ شرعاً ذكر لكله".

٥٢ - المطلب الرابع: قاعدة "المطلق يجرى على إطلاقه إلا لدليل".

المبحث الحادي عشر: قواعد في الضمان، وفيه تسعة مطالب:

٥٣ - المطلب الأول: قاعدة "الأجرة مع الضمان لا يجتمعان".

٥٤ - المطلب الثاني: قاعدة "كل غار ضامن للمغرور بما لحقه من العهدة".

٥٥ - المطلب الثالث: قاعدة "الخراج بالضمان".

٥٦ - المطلب الرابع: قاعدة "ما هلك بما هو مأذون فيه لا ضمان عليه فيه".

٥٧ - المطلب الخامس: قاعدة "المضمونات تملك بالضمان".

٥٨ - المطلب السادس: قاعدة "من اضطر إلى مال الغير في مخمصة كان له أن يتناوله بالضمان".

٥٩ - المطلب السابع: قاعدة "على اليد ما أخذت حتى ترده".

٦٠ - المطلب الثامن: قاعدة "جرح العجماء جبار".

٦١ - المطلب التاسع: قاعدة "إتلاف مال مملوك للغير بغير إذنه يوجب الضمان".

المبحث الثاني عشر: قواعد في الحقوق، وفيه ثلاثة مطالب:

٦٢ - المطلب الأول: قاعدة "الحقوق تتعلق بالعاقد".

٦٣ - المطلب الثاني: قاعدة "الحق إذا ثبت لا يسقط إلا بالإسقاط".

٦٤ - المطلب الثالث: قاعدة "الإقالة فسخ مطلق في حق الكل".

المبحث الثالث عشر: قواعد في الإقرار والإنكار، وفيه أربعة مطالب:

٦٥ - المطلب الأول: قاعدة "اليمين في أصول الشرع على المنكر".

٦٦ - المطلب الثاني: قاعدة "الإقرار حجة قاصرة".

٦٧ - المطلب الثالث: قاعدة "يجوز أن يصدق الإنسان في إقراره في حق نفسه ولا يصدق في حق غيره إذا تضمن إبطال حق الغير".

٦٨ - المطلب الرابع: قاعدة "الإقرار إذا صح لا يحتمل الرجوع عنه".

المبحث الرابع عشر: قواعد في من يؤخذ قوله عند الاختلاف، وفيه ثلاثة مطالب:

٦٩ - المطلب الأول: قاعدة "القول قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه

ولكن مع يمينه".

٧٠ - المطلب الثاني: قاعدة "القول قول المنكر عند عدم البينة مع يمينه".

٧١ - المطلب الثالث: قاعدة "الاختلاف متى وقع في تعيين نفس المقبوض فإن القول قول القابض".

المبحث الخامس عشر: قواعد في البينات، وفيه سبعة مطالب:

٧٢ - المطلب الأول: قاعدة "البينة المثبتة أولى".

٧٣ - المطلب الثاني: قاعدة "البينة على المدعي".

٧٤ - المطلب الثالث: قاعدة "البينة حجة من حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن".

٧٥ - المطلب الرابع: قاعدة "يستدل بالحال على الماضي".

٧٦ - المطلب الخامس: قاعدة "الشهادة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضي".

٧٧ - المطلب السادس: قاعدة "الثابت بالبينة كالثابت حساً ومشاهدة".

٧٨ - المطلب السابع: قاعدة "النكول بذل وإقرار".

المبحث السادس عشر: قواعد في الشروط، وفيه مطلبان:

٧٩ - المطلب الأول: قاعدة "الأصل في الشروط اعتبارها ما أمكن".

٨٠ - المطلب الثاني: قاعدة "المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط ".

المبحث السابع عشر: قواعد في الأكثر والأقل، وفيه ثلاثة مطالب:

٨١ - المطلب الأول: قاعدة "للأكثر حكم الكل فيما بني على التوسعة في أصول الشرع ".

٨٢ - المطلب الثاني: قاعدة "الكثير لا يكون تبعاً للقليل ".

٨٣ - المطلب الثالث: قاعدة "الأقل يدخل في الأكثر ".

المبحث الثامن عشر: قواعد في الثبوت والسقوط وفيه أربعة مطالب:

٨٤ - المطلب الأول: قاعدة "الثابت دلالة كالثابت نصاً ".

٨٥ - المطلب الثاني: قاعدة "الإبراء إسقاط ".
٨٦ - المطلب الثالث: قاعدة "الثابت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية ".
٨٧ - المطلب الرابع: قاعدة "الساقط متلاش فلا يحتمل العود ".
المبحث التاسع عشر: قواعد في العقود، وفيه أربعة مطالب:
٨٨ - المطلب الأول: قاعدة "الدراهم والدنانير لا يحتملان التعيين شرعاً في عقود المعاوضات ".
٨٩ - المطلب الثاني: قاعدة "السلامة – في العقد – مشروطة دلالة فتكون كالمشروطة نصاً ".
٩٠ - المطلب الثالث: قاعدة "المنافع لا تقوم إلا بالعقد ".
٩١ - المطلب الرابع: قاعدة "جهالة المعقود عليه توجب فساد العقد ".
المبحث العشرون: قواعد في البيع، وفيه ستة مطالب:
٩٢ - المطلب الأول: قاعدة "المعدوم لا يحتمل البيع".
٩٣ - المطلب الثاني: قاعدة "الثمن يقابل الأصل لا الصفة".
٩٤ - المطلب الثالث: قاعدة "تفريق الصفقة قبل تمامها باطل ".
٩٥ - المطلب الرابع: قاعدة "البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض ".
٩٦ - المطلب الخامس: قاعدة "الأصل أن الربح إنما يستحق عندنا إما بالمال وإما بالعمل وإما بالضمان ".
٩٧ - المطلب السادس: قاعدة "كل ما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه ".
المبحث الحادي والعشرون: قواعد الإجازة، وفيه مطلبان:
٩٨ - المطلب الأول: قاعدة "الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ".
٩٩ - المطلب الثاني: قاعدة "الإجازة لا تلحق المعدوم ".
الفصل الثاني: قواعد غير متحدة الموضوع، وفيه ثمانية مباحث:
١٠٠ - المبحث الأول: قاعدة "الشركة في الأعيان عيب ".
١٠١ - المبحث الثاني: قاعدة "الملك في باب الهبة يقع بالقبض".

١٠٢ - المبحث الثالث: قاعدة "البقاء أسهل من الابتداء".

١٠٣ - المبحث الرابع: قاعدة "اختلاف الملك بمنزلة اختلاف العين ".

١٠٤ - المبحث الخامس: قاعدة "التقدير الشرعي يمنع من الزيادة عليه إلا بدليل ".

١٠٥ - المبحث السادس: قاعدة "مبنى الوكالة على الخصوص ".

١٠٦ - المبحث السابع: قاعدة "ما لا فائدة فيه يلغو ويلحق بالعدم ".

١٠٧ - المبحث الثامن: قاعدة "المشغول بنفسه لا يشتغل بغيره ".

الخاتمة، وتتضمن ما يلي:

١ – أهم النتائج.

٢ – التوصيات والمقترحات.

الملحق:

ويتضمن جميع القواعد التي تم استخلاصها من أول كتاب الإجارة حتى آخر كتاب الوقف والصدقة ولم تتم دراستها مع إعطاء نبذة عن كل قاعدة.

الفهارس، وهي على النحو الآتي:

١ – فهرس الآيات.

٢ – فهرس الأحاديث.

٣ – فهرس الآثار.

٤ – فهرس الأشعار.

٥ – فهرس الحدود والمصطلحات.

٦ – فهرس القواعد الفقهية.

٧ – فهرس المسائل الفقهية.

٨ – فهرس الأعلام.

٩ – فهرس الفرق والمذاهب.

١٠ – فهرس المصادر والمراجع.

١١ – فهرس الموضوعات.

منهج البحث:

سوف أتبع في دراسة هذا الموضوع المنهج الآتي:

أولاً: منهج الكتابة في الموضوع ذاته.

ويكون على ضوء النقاط الآتية:

١ – استخلاص القواعد الفقهية الموجودة في كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع من أول كتاب الإجارة حتى آخر كتاب الوقف والصدقة وذلك عن طريق التتبع الدقيق، والقراءة المتأنية، وعلى أساس أن القاعدة الفقهية هي: « قضية كلية تتضمن أحكاماً تشريعية من أكثر من باب فقهي » وأسجل كل ما يمر بي مما يتعلق بتلك القواعد من شرح أو استدلال أو تمثيل وأضمه إلى ما سبق رصده.

وقد اعتمدت في ذلك على النسخة المطبوعة بدار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م تحقيق: محمد عدنان بن ياسين درويش، والتي جاءت في ستة أجزاء، وكان نصيبي منه يقع من أول صفحة (١٤) من الجزء الرابع إلى آخر صفحة (٣٣١) من الجزء الخامس، فأسأل الله الإعانة والتوفيق والسداد.

٢ – إبقاء صيغ القواعد كما أوردها الإمام الكاساني في « بدائع الصنائع » دون تعديل أو زيادة إلا عند الضرورة، وإن كان للقاعدة أكثر من صيغة فإني أذكرها جميعاً مع اختيار أفضلها.

٣ – ترتيب ما اجتمع لدي من القواعد، بضم القواعد ذات الموضوع الواحد إلى بعضها في مبحث واحد، أما القاعدة المنفردة في موضوعها فإني أفردها بمبحث مستقل بها.

٤ – فرز القواعد المهمة لدراستها ويكون المقياس في الأهمية هو:

أ – كثرة تكرار القاعدة في الكتاب.

ب – كثرة التفريع عليها خارج الكتاب.

ج – مشابهة صيغتها لصيغ القواعد المعروفة.

د – وجود مادة علمية لشرحها.

٥ – دراسة كل قاعدة من القواعد المهمة من خلال العناصر الآتية:

أ – معنى القاعدة.

ب – دليل القاعدة.

ج – التمثيل على القاعدة من الجزء المخصص لي.

ويكون معنى القاعدة ودليلها، والتمثيل لها من كلام الكاساني ما وجدت إلى ذلك سبيلاً، وإلا فإني أتمم المقام بما يحتاج مع التنبيه والإشارة إلى ذلك.

٦ – ذكر جميع القواعد التي تم استخلاصها مما لم تتم دراسته في ملحق بآخر الرسالة مع إعطاء نبذة عنها.

٧ – تكون دراسة التعريفات على النحو الآتي:

أ – التعريف اللغوي، ويتضمن الجوانب الآتية: الجانب الصرفي، جانب الاشتقاق، جانب المعنى اللغوي للفظ.

ب – التعريف الاصطلاحي: ويتضمن ذكر أهم تعريفات العلماء والموازنة بينها وصولاً إلى التعريف المختار، وشرحه.

ج – ذكر المناسبة بين التعريف اللغوي والتعريف الاصطلاحي.

٨ – العناية بضرب الأمثلة.

٩ – كتابة معلومات البحث بأسلوبي الخاص، ما لم يتطلب المقام ذكر الكلام بنصه، فأذكره على ما هو عليه.

ثانياً: منهج التعليق والتهميش، ويكون على ضوء النقاط التالية:

١ – بيان أرقام الآيات وعزوها لسورها، فإن كانت آية كاملة قلت: الآية رقم:

(...) من سورة (كذا)، وإن كانت جزءً من آية قلت: الآية رقم (...) من سورة (كذا).

٢ – أتبع في تخريج الأحاديث والآثار المنهج الآتي:

أ – بيان من أخرج الحديث أو الأثر بلفظه الوارد في البحث، فإن لم أجد الحديث أو الأثر بلفظه أخرجه بنحو اللفظ الوارد في البحث، فإن لم أجد الحديث أو الأثر بلفظه أو بنحوه فأذكر ما ورد في معناه.

ب – أحيل على مصدر الحديث أو الأثر بذكر الكتاب والباب، ثم بذكر الجزء والصفحة، ورقم الحديث أو الأثر إن كان مذكوراً في المصدر.

ج – إن كان الحديث بلفظه في الصحيحين أو أحدهما فأكفي بتخريجه منهما.

د – إن لم يكن في أي منهما خرجته من المصادر الأخرى المعتمدة، مع ذكر ما قاله أهل الحديث فيه.

٣ – أتبع في عزو الأشعار إلى مصادرها المنهج الآتي:

أ – إن كان لصاحب الشعر ديوان وثقت شعره من ديوانه.

ب – إن لم يكن له ديوان وثقت الشعر مما تيسر من دواوين الأدب واللغة.

٤ – أعزو نصوص العلماء وآراءهم لكتبهم مباشرة، ولا ألجأ للعزو بالواسطة إلا عند تعذر الأصل.

٥ – أوثق نسبة الأقوال إلى المذاهب من الكتب المعتمدة في كل مذهب.

٦ – أوثق المعاني اللغوية من معجمات اللغة المعتمدة، وتكون الإحالة على معجمات اللغة بالمادة والجزء والصفحة.

٧ – أوثق المعاني الاصطلاحية الواردة في البحث من كتب المصطلحات المختصة بها أو من كتب أهل الفن الذي يتبعه هذا المصطلح.

٨ – أبين المعنى اللغوي لما يرد في البحث من ألفاظ غريبة، والبيان الاصطلاحي لما

يرد فيه من اصطلاحات تحتاج إلى بيان.

٩ – أتبع في ترجمة الأعلام المنهج الآتي:

أ – أن تتضمن الترجمة:

١ – اسم العلم، نسبه مع ضبط ما يشكل من ذلك.

٢ – تاريخ مولده، ومكانه.

٣ – شهرته، ككونه محدثاً، أو فقيهاً، أو لغوياً، والمذهب الفقهي والعقدي.

٤ – أهم مؤلفاته.

٥ – وفاته.

٦ – مصادر ترجمته.

ب – أن تتسم الترجمة بالاختصار، وأن تقتصر الترجمة على الأعلام غير المشهورين عند أهل العلم الذي انتسب إليه.

ج – أن تكون مصادر الترجمة في نوعها متناسبة مع الجانب الذي برز فيه العالم، فإن كان فقيهاً فيركز في ترجمته على كتب تراجم الفقهاء، وهي قد تكون مذهبية فيراعى فيها ذلك، وإن كان محدثاً فيركز على كتب تراجم المحدثين، وهكذا.

١٠ – أتبع في التعريف بالفرق المنهج الآتي:

أ – ذكر الاسم المشهور، والأسماء المرادفة له.

ب – نشأة الفرقة وأشهر رجالها.

ج – آراؤها التي تميزها، معتمداً في ذلك على كتب أصحابها ما أمكن ذلك، ويقتصر على التعريف بالفرق غير المشهورة.

١١ – تكون الإحالة إلى المصدر في حالة النقل منه بالنص بذكر اسمه والجزء والصفحة، وفي حالة النقل بالمعنى بذكر ذلك مسبوقاً بكلمة (انظر:...).

ثالثاً: ما يتعلق بالناحية الشكلية والتنظيمية:

١ – العناية بضبط الألفاظ التي يترتب على عدم ضبطها شيء من الغموض، أو إحداث لبس.

٢ – الاعتناء بصحة المكتوب، وسلامته من الناحية اللغوية، والإملائية، والنحوية، ومراعاة حسن تناسق الكلام، ورقي أسلوبه.

٣ – العناية بعلامات الترقيم، ووضعها في مواضعها الصحيحة فقط، ويقصد بها: النقط، والفواصل، وعلامات التعليل، والتعجب، والاستفهام، والاعتراض، والتنصيص... إلخ.

٤ – الاعتناء بانتقاء حرف الطباعة في العناوين، وصلب الموضوع، والهوامش، وبدايات الأسطر ويكون خط الكتابة للمتن مقاس (١٨) والهامش مقاس (١٤).

٥ – يوضع عند نهاية كل مسألة، أو مطلب، أو مبحث... إلخ، ما يدل على انتهائه من العلامات المميزة.

٦ – أتبع في إثبات النصوص المنهج الآتي:

أ – وضع الآيات بين قوسين مميزين، على هذا الشكل] Z، وتكون بالرسم العثماني.

ب – وضع الأحاديث والآثار بين قوسين مميزين، على هذا الشكل: (...).

ج – وضع النصوص التي نقلتها على هذا الشكل: « ..... ».

التمهيـــد

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : التعريف بالمؤلف والكتاب.

المبحث الثاني : جهود الحنفية في القواعد الفقهية ، ومكانة الكاساني في هذا الفن.

المبحث الأول

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التعريف بالكتاب.

المطلب الثاني: تعريف موجز بالمؤلف.

المطلب الأول

التعريف بالكتاب

وفيه أربعة مسائل:

المسألة الأولى: عنوان الكتاب وسبب تسميته.

المسألة الثانية: نسبته لمؤلفه.

المسألة الثالثة: سبب تأليف الكتاب ومنهج المؤلف في ذلك.

المسألة الرابعة: قيمته العلمية.

المسألة الأولى: عنوان الكتاب وسبب تسميته:

صرح الكاساني باسم هذا الكتاب في مقدمته حيث قال: «وسميته بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع»[(١)]. وكذلك من ترجم له وذكر مؤلفاته، نص على هذا الكتاب بهذا الاسم[(٢)].

والعلماء الذين نقلوا عن هذاالكتاب كثيراً ما يسمونه بـ (البدائع) [(٣)] اختصاراً لاسمه، أو (بدائع الصنائع) وهذا هو الاسم الذي اشتهر به بين العلماء المعاصرين[(٤)].

سبب تسميته:

ذكر ذلك بقوله: «وسميته (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع) إذ هي صنعة بديعة، وترتيب عجيب، وترصيف غريب، لتكون التسمية موافقة للمسمى، والصورة مطابقة للمعنى»[(٥)].

وهذا الكتاب هو الذي منَّ الله عليَّ بأن كلفت باستخراج القواعد الفقهية المبثوثة في ثناياه واخترت منه من أول كتاب الإجارة حتى آخر كتاب الوقف والصدقة.

---

(١) بدائع الصنائع (١/ ٦٤).

(٢) ينظر مثلاً: بغية الطلب في تاريخ حلب (١٠/ ٤٣٤٨) والجواهر المضية (٢/ ٢٤٤)، وتاج التراجم (ص ٣٢٨)، وكشف الظنون (١/ ٣٧١)، وهدية العارفين (١/ ٢٣٥)، والأعلام للزركلي (٢/ ٧٠).

(٣) ممن ذكره بهذا الاسم: صاحب البحر الرائق ذكره أكثر من ألف مرة بهذا الاسم، وذكر أكثر من تسعمائة مرة في رد المحتار وفي درر الحكام شرح غرر الأحكام ذكره أكثر من ١٧٠ مرة، وكذلك في فتح القدير، وفي الفتاوى الهندية أكثر من ٥٠٠ مرة، وفي الفقه الإسلامي وأدلته أكثر من ١٥٠٠ مرة، وفي المجموع قال: «وقال الكاساني الحنفي في البدائع...» (١٩/ ٤١٦)، وفي الفواكه الدواني (٣/ ٩٤٣) قال: «وعرفها صاحب البدائع من الحنفية...».

(٤) ينظر: الموسوعة الفقهية فقد ذكر فيها بهذا الاسم أكثر من ٢٠٠٠ مرة.

(٥) بدائع الصنائع (١/ ٦٤).

المسألة الثانية: نسبته لمؤلفه:

تتأكد نسبته لمؤلفه من خلال الآتي:

١ – أن جميع المصادر التي ترجمت للكاساني اتفقت على نسبة هذا الكتاب له.

٢ - أن المصنف قد نص في مقدمته على نسبة الكتاب إليه حيث قال: «وسميته: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع»[(١)].

٣ - تصريح من جاء بعده من العلماء بذلك ممن استفاد من كتابه، ومن ذلك قول صاحب حاشية رد المحتار: «كما جاء في «البدائع» هذا الكتاب جليل الشأن، لم أر له نظيراً في كتبنا، وهو للإمام أبي بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني»[(٢)].

وبهذا يتضح أن نسبة هذا الكتاب إلى الكاساني نسبة مقطوع بها وليس فيها مجال للشك.

المسألة الثالثة: سبب تأليف الكتاب ومنهج المؤلف في ذلك:

إن كتاب (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع) يعدُّ من أمهات كتب الفقه الإسلامي المقارن عموماً، والفقه الحنفي خصوصاً، التي عنيت بعرض الفروع والمسائل الفقهية، وربطها بأصولها، ثم دراستها دراسة فقهية مقارنة، وفق منهج علمي محكم، صرح به الكاساني في خطبة كتابه.

سبب تأليف الكتاب:

بدأ الكاساني ببيان الهدف من تصنيف الكتب عموماً، فقال: «إذ الغرض الأصلي والمقصود الكلي من التصنيف في كل فن من فنون العلم هو: تيسير سبيل الوصول إلى المطلوب على الطالبين، وتقريبه إلى أفهام المقتبسين»[(٣)].

ثم صرح بالهدف الخاص من تصنيف هذا الكتاب والنتائج والفوائد المرجوة

---

(١) بدائع الصنائع (١/ ٦٤).

(٢) (١/ ١٠٨).

(٣) بدائع الصنائع (١/ ٦٤).

من تطبيق هذا المنهج بقوله: «ليكون أسرع فهماً، وأسهل ضبطاً، وأيسر حفظاً، فتكثر الفائدة، وتتوفر العائدة»[١].

منهجه في تأليف الكتاب:

ذكر الكاساني منهجه الذي سيسير عليه من أجل تحقيق هذا الهدف بقوله: «ولا يلتئم هذا المراد إلا بترتيب تقتضيه الصناعة، وتوجبه الحكمة، وهو التصفح عن أقسام المسائل وفصولها، وتخريجها على قواعدها وأصولها»[٢].

والمتأمل في كتابه يجد أنه اعتنى بترتيبه ولم يلتزم بترتيب شيخه في «تحفة الفقهاء» الذي يعدُّ بمثابة المتن للكتاب، بل قدم وأخر، وربما أضاف بعض الأبواب، حتى ظهر الكتاب بهذا الترتيب الخاص به.

ومما تجدر الإشارة إليه أن الكتاب وإن كان شرحاً لمتن «تحفةالفقهاء» لكن الكاساني في شرحه لم يتبع أساليب شراح المتون، فهو لم يتناول عبارات التحفة عبارة عبارة، ويقوم بشرحها، أو يضع كلامه بين عبارات «التحفة» مكملاً وشارحاً لها، وإنما اتخذ طريقة أخرى تجعل كلامه مترابطاً واضحاً، فتجده كثيراً ما يذكر في مقدمة كل كتاب من الكتب التي ذكرها داخل كتابه مقدمة يبين فيها منهجه في إيراد مسائل هذا الكتاب.

فعلى سبيل المثال قوله في بداية «كتاب الإجارة»: «الكلام في هذا الكتاب يقع في سبعة مواضع: في بيان جواز الإجارة، وفي بيان ركن الإجارة، ومعناها، وفي بيان شرائط الركن، وفي بيان صفة الإجارة، وفي بيان حكم الإجارة، وفي بيان حكم اختلاف العاقدين في عقد الإجارة، وفي بيان ما ينتهي به عقد الإجارة»[٣]، ثم يبدأ بشرحها مبتدأ كل مسألة بقوله: «فصل».

---

(١) بدائع الصنائع (١ / ٦٤).

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق (٤ / ١٤).

وهذه الطريقة قد سبقه إليها شيخه حيث لم يلتزم في كتابه «تحفةالفقهاء» بطريقة شيخه القدوري[١] في مختصره الذي يعدُّ متناً لـ «تحفة الفقهاء». وقد صرح المصنف بذلك فقال: «وقد كثرت تصانيف مشايخنا في هذا الفن قديماً وحديثاً، وكلهم أفادوا وأجادوا، غير أنهم لم يصرفوا العناية إلى الترتيب في ذلك، سوى أستاذي، وارث السنة ومورثها: الشيخ الإمام الزاهد علاء الدين رئيس أهل السنة محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي[٢] – رحمه الله – فاقتديت به فاهتديت»[٣].

منهجه في إيراد المسائل:

أما المسائل المتفق عليها فإنه يشير إليها ويدلل عليها.

---

(١) أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان، أبو الحسين القدوري البغدادي، ولد سنة ٣٦٢هـ تفقه على أبي عبدالله محمد الجرجاني، وقد روى الحديث وكان صدوقاً، وانتهت إليه رئاسة المذهب الحنفي بالعراق، وقد عظم قدره عند العراقيين، وارتفع جاهه، وكان حسن العبارة في المناظرة، جريء اللسان، مديماً لتلاوة كتاب الله، **من مؤلفاته**: مختصر في الفقه، والتجريد، والتقريب في مسائل الخلاف، **توفي** ببغداد سنة ٤٢٨هـ.

انظر ترجمته في: تاريخ مدينة السلام للخطيب (٦/ ٣١)، والأنساب للسمعاني (١٠/ ٧٦)، ووفيات الأعيان لابن خلكان (١/ ٧٨)، وسير أعلام النبلاء (١٧/ ٥٧٤)، وتذكرة الحفاظ للذهبي (٣/ ١٠٨٦)، والوافي بالوفيات للصفدي (٧/ ٣٢٠)، والجواهر المضية للقرشي (١/ ٢٤٧)، وتاج التراجم لقطلوبغا (ص/ ٩٨)، والطبقات السنية للغزي (٢/ ١٩).

(٢) محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي، أبو بكر علاء الدين، من علماء المذهب الحنفي ومحققيه، كان شيخاً كبيراً فاضلاً جليل القدر، وقد تفقه على أبي اليسر البزدوي، وتفقه عليه الكاساني، **من مؤلفاته**: تحفة الفقهاء، وميزان الأصول في نتائج العقول، واللباب في الأصول، **توفي** سنة ٥٥٣هـ.

انظر ترجمته في: الجواهر المضية للقرشي (٣/ ٦٤، ٨٣)، وتاج التراجم لقطلوبغا (ص/ ٢٥٧)، والفوائد البهية للكنوي (ص/ ٢٠٥).

(٣) بدائع الصنائع (١/ ٦٤).

ومن ذلك قوله: «من أحكام الخمر: أنها إذا تخللت بنفسها يحل شرب الخل بلا خلاف» [١].

وقوله: «وأما المتوحش منها نحو الظباء وبقر الوحش وحمر الوحش وإيِّل الوحش فحلال بإجماع المسلمين، ولقوله تبارك وتعالى: [٢].....».

وأما المسائل المختلف فيها، فإنه يبدأ بذكر القول المختار عنده، سواء أكان الخلاف مع المذاهب الأخرى، أم كان الخلاف داخل المذهب الحنفي، ثم يذكر القول المخالف بأدلته، ثم يتبع ذلك أدلة القول الراجح عنده، ومناقشة أدلة المخالف، مصدراً ذلك بقوله: «ولنا» [٣].

وكثيراً ما يذكر سبب الخلاف بعد إيراد الأقوال [٤].

وكان يقارن في غالب المسائل بين أقوال أئمة المذاهب المشهورين، وكان حريصاً على الدقة في ذلك، وكثيراً ما يذكر المذهب الشافعي، كما هي العادة عند فقهاء الحنفية، ويشير غالباً إلى المصادر التي اعتمد عليها في نقل الأقوال [٥].

وأما منهجه في إيراد الأدلة للمسائل الخلافية، فإنه يبدأ بذكر أدلة القول المخالف لما اختاره، ثم يذكر دليل القول المختار عنده – كما سبق بيانه – وكثيراً ما يورد الأدلة مرتبة على حسب حجيتها، لكنه لم يعتن بتخريج الإحاديث والآثار من مظانها المعتمدة، فهو يستدل بالأحاديث دون عزوها، ولا يحكم عليها إلا نادراً، وربما استدل بما لا أصل له [٦]، بل ربما جمع بين حديثين في لفظ واحد [٧].

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٢٧٨).

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ١٥١).

(٣) ينظر مثلاً: بدائع الصنائع (٤/ ٥٨، ٣٤٤، ٣٧٤، ٥/ ١١، ١٩٣).

(٤) ينظر مثلاً: (٤/ ٢٥، ١٦٥، ٢٥١، ٢٣٣، ٢٧٢، ٥/ ٣٥٩).

(٥) ينظر مثلاً: (٤/ ١٧، ٢٦، ٣٠، ١٦٢، ٥٥٢، ٥/ ١٧، ٤٠، ٩٤).

(٦) ينظر مثلاً: (١/ ٤٢٠، ٢/ ١٠٨، ٤/ ٢٩٨، ٥/ ٤٥٥، ٢٩٢، ٤٤٤ – ٤٤٥، ٥/ ٣٨٣).

(٧) ينظر مثلاً: (٢/ ٢٦٦، ٤/ ١٨٥، ٤٢٦).

المسألة الرابعة: قيمة الكتاب العلمية:

يعد كتاب (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع) من أهم كتب الفقه الحنفي، بل من أهم كتب الفقه المقارن، تناول فيه مصنفه أقسام المسائل وفصولها وتخريجها على قواعدها وأصولها، بأسلوب بديع ومرتب، حتى طابق اسمه رسمه «إذ هي صنعة بديعة، وترتيب عجيب، وترصيف غريب، لتكون التسمية موافقة للمسمى والصورة مطابقة للمعنى»[(١)]. فهو موسوعة فقهية في الفقه الحنفي جمع فيه الكاساني – رحمه الله - «جملاً من الفقه مرتبة بالترتيب الصناعي، والتأليف الحكمي، الذي يرتضيه أرباب الصنعة، ويخضع له أهل الحكمة، مع إيراد الدلائل الجلية، والنكت القوية، بعبارات محكمة المباني، مؤدية المعاني»[(٢)].

مما جعله ذا قيمة علمية مهمة، أكسبت الكتاب شهرةً، جعلته يحظى باهتمام الدارسين والباحثين، حيث اعتمدوا عليه مرجعاً فقهياً لمعرفة الأحكام الشرعية للنوازل الفقهية.

ومما يدل على قيمته العلمية، فرح شيخ الكاساني بكتابه هذا، حتى إنه جعله مهراً لابنته التي امتنع من تزويجها من أبناء الملوك[(٣)].

ومن ذلك أيضاً شهرته وتداوله بين الأوساط العلمية، حتى إن بعضهم نعته بـ «الكتاب الجليل»[(٤)]، والبعض الآخر بـ «الشرح العظيم»[(٥)]، بل إن بعضهم فضله على سائر كتب الفقه الحنفي، حيث قال: «هذا الكتاب جليل الشأن، لم أر له نظير في كتبنا، وهو للإمام أبي بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني»[(٦)].

---

(١) بدائع الصنائع (١/ ٦٤).

(٢) المصدر السابق (١/ ٦٤).

(٣) ينظر: الفوائد البهية (ص ٥٣).

(٤) ينظر: الجواهر المضية (٢/ ٢٤٤).

(٥) ينظر: كشف الظنون (١/ ٣٧١).

(٦) حاشية رد المحتار (١/ ١٠٨).

ومن أبرز مظاهر قيمة هذا الكتاب، اشتماله على العديد من القواعد والضوابط الفقهية المهمة، والمنهج العلمي الذي يقوم على ربط الفروع بأصولها، وتخريج النوازل الفقهية على القواعد التي تندرج تحتها. ويعد الكاساني من أوائل العلماء الذين لفتوا الأنظار إلى جملة من القواعد والضوابط الفقهية التي اشتهرت فيما بعد، وله دور بارز في توسيع دائرة القواعد الفقهية.

ولذلك قال الندوي: «وفي القرن السادس الهجري لما شرح بعض المصادر الفقهية الأصيلة، أخذت القواعد في الاتساع، ونالت اهتمام الشارحين، ومنهم الإمام الكاساني في «بدائع الصنائع» فقد سار في هذا الشرح على نهج قويم في ربط الفروع بأصولها، وظهرت براعته في إبراز القواعد في مواطن كثيرة من الكتاب»[1].

* * *

(١) القواعد الفقهية للندوي (ص ١٤٥)، وانظر: الوجيز للبورنو (ص ٧٢)، وموسوعة القواعد الفقهية (١ / ٨٠).

المطلب الثاني
التعريف بالمؤلف

أولاً: اسمه ولقبه وكنيته:

هو: علاء الدين بن مسعود بن أحمد الكاساني، يكنى بأبي بكر، ويلقب بـ « ملك العلماء »[١].

ثانياً: ولادته ونشأته:

لم يذكر أحد ممن ترجم له – فيما أعلم – تاريخ ولادته.

وقد نشأ الكاساني في بلدة كاسان[٢] وإليها ينسب، وهي النسبة التي اشتهر بها، وقد يقال: كاشاني نسبة إليها، لأنها تسمى كاشان[٣]، وكانت أسرته تنتمي لدار الإمارة فيها.

وكاسان من المدن الواقعة على وادي الصغد وبينها وبين سمرقند اثنا عشر فرسخاً، وهي قلب مدن الصغد، وأهلها أيسر من أهل جميع المدن، وقد خرج منها جماعة من العلماء[٤]، ومنهم الكاساني الذي تتلمذ على شيخه علاء الدين

---

(١) ينظر ترجمته في: الجواهر المضية (٢/ ٢٤٤)، والفوائد البهية (ص ٥٣) وما بعدها، وكشف الظنون (١/ ٣٧١)، وبغية الطلب في تاريخ حلب (١٠/ ٤٣٤٨)، وتاج التراجم (ص ٣٢٧).

(٢) كاسان: مدينة كبيرة في أول بلاد تركستان، وراء نهر سيحون، وراء الشاش، ولها قلعة حصينة، وعلى بابها وادي اخسيكث. معجم البلدان (٤/ ٤٣٠).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٤٤٧) فقد ذكرها بهذا الاسم، وينظر: معجم البلدان (٤/ ٤٣٠)، وتاج التراجم (ص ٣٢٧)، والأعلام للزركلي (٢/ ٧٠).

(٤) ينظر: معجم البلدان (٤/ ٤٦١).

السمرقندي، وقرأ عليه معظم تصانيفه[١]، مثل: التحفة في الفقه، وشرح التأويلات في تفسير القرآن العظيم، وغيرهما، وسمع منه الحديث ومن غيره، وبرع في علمي الأصول والفروع[٢].

شرح الكاساني كتاب شيخه المسمى «تحفة الفقهاء» في هذا الكتاب الذي بين أيدينا، وعرضه على شيخه، فازداد فرحاً به، وزوجه ابنته فاطمة وجعل مهرها منه ذلك، فقال الفقهاء في عصره: «شرح تحفته فزوجه ابنته»، وخرج إلى بلاد الروم وكان محترماً بها[٣].

ثالثاً: مكانته وأخلاقه:

يعتبر الكاساني فقيهاً من فقهاء الإسلام، وعَلَماً من أعلام الحنفية الكبار، وإماماً من أئمتهم في عصره، ولذلك فقد حظي باحترام كبير، وإجلال عظيم من قبل سلاطين عصره وعلمائه، حتى لقب بـ «ملك العلماء».

لما قدم حلب رسولاً من صاحب الروم، استقبله فقهاؤها استقبال السلاطين، وعرض عليه المقام بها والتدريس بالمدرسة الحلاوية، والإشراف على مدارس الحنفية في حلب وغيرها، فأجاب إلى ذلك[٤].

وسبب مجيئه إلى حلب أنه تناظر مع فقيه بلاد الروم في مسألة المجتهِدَيْن هل هما مصيبان؟ أم أحدهما مخطئ؟

فقال الفقيه: المنقول عن أبي حنيفة – رحمه الله -: أن كل مجتهد مصيب.

---

(١) ينظر: الجواهر المضية (٢/ ٢٤٢)، وبغية الطلب (١٠/ ٤٣٤٨).

(٢) ينظر: المصدرين السابقين.

(٣) الجواهر المضية (٢/ ٢٤٤)، وتاج التراجم (ص ٣٢٨)، والفوائد البهية (ص ٥٣).

(٤) ينظر: شذرات الذهب (٢/ ٢٥٨)، وبغية الطلب (١٠/ ٤٣٤٨).

فقال الكاساني: « لا، بل الصحيح عن أبي حنيفة أن المجتهدَيْن مصيب ومخطئ، والحق في جهة واحدة، وهذا الذي تقوله مذهب المعتزلة »، وجرى بينهما كلام في ذلك، فرفع الكاساني على الفقيه المقرعة، فشكى الفقيه ذلك إلى ملك الروم، فتأذى منه ولم يقل له شيئاً[١]، وإنما قال لوزيره: هذا افتات على الرجل فاصرفه عنا.

فقال الوزير: هذا رجل كبير ومحترم، لا ينبغي أن يصرف، بل ننفذه رسولاً إلى الملك نور الدين محمود، فأرسل إلى حلب[٢].

فلما وصل إلى حلب احترمه نور الدين وأكرمه، وعرض عليه المقام بحلب والتدريس بالمدرسة الحلاوية، فأجابه إلى ذلك، ووعده بأن يعود إلى حلب بعد رد جواب الرسالة، فعاد إلى الروم، وأعاد الجواب على ملك الروم، ثم قدم حلب، فلما وصل الخبر بوصوله خرج جماعة عظيمة من الفقهاء إلى لقائه[٣].

والكاساني واسع المعرفة، كثير الاطلاع، وقد برع في كثير من العلوم، فهو أصولي فقيه، لغوي، أديب، واسع العلم، كثير الاطلاع، ولا أدل على ذلك من كتابه هذا « بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع »، والذي قال عنه بعض متأخري الحنفية: « هذا الكتاب جليل الشأن لم أر له نظيراً في كتبنا »[٤].

وكان ينظم الشعر، ومما نقل من شعره قوله:

سبقت العالمين إلى المعالي بصائب فكرة وعلو همة

---

(١) ينظر: بغية الطلب في تاريخ حلب (١٠/ ٤٣٥١).

(٢) ينظر: الجواهر المضية (٢/ ٢٤٥).

(٣) ينظر: بغية الطلب (١٠/ ٤٣٥٢).

(٤) حاشية رد المحتار على الدر المختار (١/ ١٠٨).

ولاح بحكمتي نور الهدى في ليالي بالضلالة مدلهمة
يريد الجاحدون ليطفئوه ويأبى الله إلا أن يتمه[١]

قال عنه صاحب بغية الطلب في تاريخ حلب: «كان حريصاً على تعليم العلم ونفع الطلبة، وكان فقيهاً عالماً صحيح الاعتقاد، كثير الذم للمعتزلة وأهل البدع، يصرح بشتمهم ولعنهم في دروسه، وصنَّف كتباً في الفقه والأصول، منها كتابه في الفقه الذي وسمه بـ «بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع» رتبه أحسن ترتيب وأوضح مشكلاته بذكر الدلائل في جميع المسائل، ومنها كتابه الذي وسمه بـ«السلطان المبين في أصول الدين»، وكان مواظباً على ذكر الدرس ونشر العلم»[٢].

ومما يدل على حرصه على تعليم العلم ونفع الطلبة، وتحمله المشاق من أجل ذلك أنه كثيراً ما يعرض له النقرس في رجليه ومفاصله، فكان يُحْمَل في محفة من منزلة بالمدرسة، ويخرج إلى الفقهاء بالمدرسة، ويذكر الدرس، ولا يمنعه ذلك الألم من الاشتغال بالعلم والتعليم، ولم يذكر عنه أنه أخل بدرسه[٣].

ومما يروى عنه: أنه كان يصعد إلى قلعة حلب راكباً، وينزل حيث ينزل الملك الظاهر، فاتفق أن صعد يوماً والفقهاء بأجمعهم بين يديه، فلما وصل إلى باب القلعة، قام البواب وقال: يدخل الشيخ، ويرجع الفقهاء، فلوى الشيخ عنان حصانه، وقال: يرجع الشيخ أيضاً، فبلغ الملك الظاهر، فأرسل في الحال من أدخل الشيخ والفقهاء معه[٤].

كان شجاعاً، حاضر الحجة، قوياً في المناظرة، ومن ذلك أنه لما قدم إلى دمشق حضر إليه الفقهاء، وسألوه عن فتاويه التي ظنوا أنها بخلاف المذهب الحنفي الذي

---

(١) ينظر: تاج التراجم (ص ٣٢٨).
(٢) (١٠/٤٣٤٨).
(٣) ينظر: المصدر السابق (١٠/٤٣٤٨).
(٤) ينظر: المصدر السابق (١٠/٤٣٥٣).

ينتمي إليه، وهو أمر كان مستهجناً في ذلك العصر، فنفى الكاساني ذلك، وقال: لم أقل مسألة خالفت فيها المذهب الحنفي، فاذكروا ما تدعون أني خالفت فيه المذهب، فأوردوا مسائل كثيرة أفتى بها الكاساني، فجعل يقول: ذهب إليها من أصحابنا فلان، فلم يزل كذلك حتى أنهم لم يجدوا مسألة إلا وقد ذهب إليها واحد من أصحاب أبي حنيفة – رحمه الله – فانفض المجلس[١].

رابعاً: عقيدته:

لم تشر المصادر التي ترجمت له إلى شيء من عقيدته، إلا قولهم: صحيح الاعتقاد[٢]، وهذا لا يدل على شيء، لكن المتأمل في كلامه أثناء قراءة كتابه يجد بعض العبارات التي تفيد أنه ماتريدي[٣] المعتقد، كنعته لأبي منصور الماتريدي[٤] بـ« إمام الهدى » في أكثر من موضع

---

(١) ينظر: بغية الطلب في تاريخ حلب (١٠/ ٤٣٥٠).

(٢) ينظر: المصدر السابق (١٠/ ٤٣٤٨).

(٣) الماتريدية: فرقة كلامية (بدعية) تنسب إلى أبي منصور الماتريدي، تقوم على الأسس الآتية:
أن مصدرهم بالتلقي في الإلاهيات والنبوات هو العقل، وأن معرفة الله واجبة بالعقل، والقول بالتحسين والتقبيح العقليين، والقول بعدم حجية أحاديث الآحاد في العقائد. من أشهر رجالهم: أبو اليسر البزدوي، وأبو المعين النسفي.
ينظر: شرح الأصول الخمسة (ص ٤٢، ٤٣)، والتوحيد للماتريدي (ص ٦٨، ٦٩، ١٠٢، ١٢٩، ١٣٧)، والموسوعة الميسرة في الأديان والمذاهب المعاصر (١/ ٩٥)، والماتريدية دراسة وتقويماً (ص ٥١٣).

(٤) هو محمد بن محمد بن محمود الماتريدي، أبو منصور، نسبة إلى (ماتريد) محلة بسمرقند، من أئمة المتكلمين، وهو أصولي أيضاً، ومن كبار الحنفية، إليه ينسب مذهب الماتريدية. من مصنفاته: (كتاب التوحيد) و(مآخذ الشرائع) في الفقه، و(الجدل) في أصول الفقه، توفي سنة ٣٣٣هـ. ينظر: الفوائد البهية (ص ١٩٥)، والجواهر المضية (٢/ ١٣١).

في كتابه[١]، وذكره لمسائل عقدية أخذ بمعتقد الماتريدية فيها، ومن ذلك:

قوله: «والرحمة يراد بها الجنة»[٢].

وقوله: «والوجه المضاف إلى الله تعالى يراد به الذات»[٣].

وقوله: «والغضب والسخط يراد به أثر الغضب والسخط عادة وهو العذاب والعقوبة، لا نفس الصفة»[٤].

خامساً: شيوخه:

مما لا شك فيه أن الكاساني قد تتلمذ على كثير من العلماء، لكن المصادر التي ترجمت له لم تذكر إلا أكثر شيوخه شهرة وهو: علاء الدين السمرقندي، ولم يذكر غيره من العلماء الذين تتلمذ عليهم – فيما أعلم -.

سادساً: تلاميذه:

مكانة الكاساني العلمية عالية، وقد تخرج العديد من التلاميذ على يديه، سواء عندما كان مشرفاً على بعض مدارس حلب، أم قبل ذلك حينما كان في بلاد الروم، وعلى الرغم من ذلك فإن من ترجم له فيما اطلعت عليه لم يذكر من تلاميذه أحداً؛ لكنه عرف من ترجمة بعضهم أنه تتلمذ على الكاساني، وممن يذكر أنه تتلمذ عليه:

١ – خليفة بن سليمان بن خليفة بن محمد القرشي[٥]، الذي روي عنه أنه قال عن

---

(١) ينظر مثلاً: (١/ ١٤٩، ٥١٠، ٥٤٠، ٢/ ٧٨، ١٣٦، ٢٠٣، ٣٨٦، ٤/ ٣٤).

(٢) (١٢/٣).

(٣) (١٣/٣).

(٤) (١٢/٣).

(٥) هو خليفة بن سليمان بن خليفة بن محمد القرشي، أبو السرايا، الخوارزمي الأصل، الحلبي المولد والدار،

=

شيخه: «ولم تزل حرمة الكاساني تعظم وتزيد، ويرتفع أمره عند نور الدين ومن بعده من الملوك إلى أن تناقصت في أيام الملك الناصر صلاح الدين، فلزم مكانه بالمدرسة، ثم عظم بعد ذلك أمره عند الملك الظاهر، وما زال يحترمه إلى أن مات»[(١)].

٢ – عمر بن علي بن محمد بن قشام[(٢)]، نُقِل عنه: أن نور الدين لما طلب من الكاساني التدريس بالمدرسة الحلاوية أجاب إلى ذلك، وقال: أعود وأؤدي جواب الرسالة، ثم أرجع، فمضى وبسطت له سجادة بالمدرسة، وكانت تبسط كل يوم ويجتمع الفقهاء حولها إلى أن قدم واستقل بالتدريس والنظر[(٣)].

٣ – أحمد بن محمود الغزنوي[(٤)]، صاحب المقدمة الغزنوية المشهورة، أخذ عن الكاساني وتفقه عليه، وكان معيداً لدرسه في المدرسة الحلاوية، ثم أصبح أستاذاً وانتفع به جماعة من الفقهاء[(٥)].

٤ – محمد بن سعيد بن سلامة الحلبي، أبو عبدالله المعروف بابن الركابي، تفقه عليه

= ولد سنة ٥٦٦هـ، وقيل سنة ٥٦٥هـ، قرأ الفقه على الإمام الكاساني بحلب، ورحل إلى بلاد العجم، وتفقه بها على جماعة منهم الصفي الأصفهاني، مات – رحمه الله – ثالث عشر شوال سنة ٦٣٨هـ. ينظر: الجواهر المضية (١/ ٢٣٣)، وبغية الطلب في تاريخ حلب (٧/ ٣٣٦٩).

(١) ينظر: بغية الطلب (١٠/ ٤٣٥٢ – ٤٣٥٣).

(٢) هو: عمر بن علي بن محمد بن قشام، أبو حفص الحلبي الدارقطني، عاش ثمانين سنة، تفقه على الكاساني، وكان من كبار الحنفية، ولي تدريس الجوردكية، ومات في جمادى الآخرة سنة ٦٢٣هـ. ينظر: تاريخ الإسلام (٤٤/ ١٦٢، ١٦٣).

(٣) ينظر: بغية الطلب (١٠/ ٤٣٥٢).

(٤) هو: محمد بن محمود بن سعيد الغزنوي الكاساني، تفقه على أحمد بن يوسف الحسيني العلوي، وعلى أبي بكر صاحب البدائع، كان معيداً لدرس الكاساني، فقيه أصولي صنف في الفقه (روضة اختلاف العلماء) و(مقدمته) المختصرة في الفقه المشهورة و(كتاب في أصول الفقه). ينظر: تاج التراجم (ص ١٠٤)، والطبقات السنية (٢/ ٨٩).

(٥) ينظر: المصادر السابقة.

بحلب، وعلى الإمام علي الهاشمي، فقيه أديب، ولد سنة إحدى وستين وخمسمائة، ومات بحلب في شوال سنة سبع عشرة وستمائة[١].

٥ – محمد بن أحمد بن محمد بن خميس الموصلي الحلبي، ولد سنة اثنتين وأربعين وخمسمائة بالموصل، قرأ الفقه الحنفي عليه بحلب، مات بحلب سنة اثنتين وعشرين وستمائة[٢].

٦ – محمد بن يوسف بن الخضر بن عبدالله الحلبي، عرف بابن الأبيض، واشتهر بقاضي العسكر، ولد في صفر سنة ستين وخمسمائة بحلب، ونشأ بها، تفقه على والده وعلى العلامة الكاساني، مات في رمضان فجأة سنة أربع عشرة وستمائة بحلب[٣].

٧ – نجا بن سعد بن نجا بن أبي الفضل، شمس الدين، تفقه بحلب على أبي بكر الكاساني، ودرس بمدرسة بصرى، وكتب بخطه نسخة البدائع من خط شيخه بيضها في سبعة مجلدات، وهي وقف بالمدرسة الشبيلية[٤].

٨ – أبو بكر المجلد الحنفي: نقيب المدرسة الحلاوية بحلب، كان من جملة الفقهاء بها، وكان يجلد الكتب في بيته بالمدرسة، سمع الإمام علاء الدين الكاساني[٥].

سابعاً: مؤلفاته:

لم يذكر من ترجم للكاساني من آثاره العلمية ومصنفاته إلا كتابين هما:

١ – بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، وهو الكتاب الذي سنحت لي الفرصة أن أتناول جزءاً منه لأستخرج القواعد الفقهية الموجودة فيه وأقوم بدراستها، فأسأل

---

(١) الجواهر المضية (٢/ ٣٩٧) رقم (١٠٧).

(٢) ينظر: الجواهر المضية (٢/ ٢٢ رقم ٦٠).

(٣) ينظر: المصدر السابق (٢/ ٣٩٠ رقم ١٠٠٤)، وبغية الطلب في تاريخ حلب (١٠/ ٤٣٥٠).

(٤) ينظر: الجواهر المضية (٢/ ١٩١).

(٥) ينظر: بغية الطلب (١٠/ ٤٣٦٧ – ٤٣٦٨).

الله العون والتوفيق والسداد.

٢ – السلطان المبين في أصول الدين[١].

ثامناً: وفاته:

مكـث الكاسـاني في حلـب مشـتغلاً بالتـدريس وتعلـيم النـاس والفتيـا والمناظرات إلى أن وافاه الأجل في يوم الأحد العاشر من رجب سنة ٥٨٧هـ، ودفن بجوار قبر زوجته فاطمة، بظاهر حلب[٢].

ومما نقل عنه عند موته: أنه شرع في قراءة سورة إبراهيم، حتى انتهى إلى قوله تعالى:] = > ? @ A B C D E F G I J [K M N 0 P Z [٣]. وخرجت روحه عند فراغه من قوله تعالى: [F G Z رحمه الله رحمة واسعة وأسكنه فسيح جناته[٤].

* * *

(١) ينظر: الجواهر المضية (٢/ ٢٤٤).

(٢) ينظر: الفوائد البهية (ص ٥٣)، والجواهر المضية (٢/ ٢٤٦)، وتاج التراجم (ص ٣٢٩).

(٣) الآية رقم ٢٧ من سورة إبراهيم.

(٤) ينظر: الفوائد البهية (ص ٥٣)، وبغية الطلب (١٠/ ٤٣٥٣)، والجواهر المضية (٢/ ٢٤٦)، وتاج التراجم (ص ٣٢٩).

المبحث الثاني

جهود الحنفية في علم القواعد الفقهية ومكانة الكاساني في هذا الفن

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: جهود الحنفية في علم القواعد الفقهية.

المطلب الثاني: مكانة الكاساني في هذا الفن.

المطلب الأول
جهود الحنفية في علم القواعد الفقهية

من يتتبع النصوص الشرعية، يجد في الكتاب والسنة نصوص بعضها يمثل بذاته وألفاظه قواعد تشريعية جاهزة لاستنباط الأحكام الشرعية منها، وهي تمثل قاعدة فقهية كلية، وبعضها يقدم للفقيه مادة خصبة يستطيع من خلالها أن يصوغ قدراً وافراً من القواعد(١).

وكذلك الآثار المنقولة عن الصحابة والتابعين ترى فيها تلك الملامح، بل إن مجال التقعيد الفقهي قد اتسع باتساع نطاق الإفتاء، وازدهار حركة الاستنباط، وذلك بسبب ما جدَّ من النوازل الفقهية التي دعت الفقهاء إلى ذلك(٢)(٣).

---

(١) كقوله تعالى:] يُرِيدُ ٱللَّهُ © ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ Z [سورة البقرة، من الآية: ١٨٤]، وقوله تعالى:] z } | { ~ مِنْ حَرَجٍ Z [سورة الحج، من الآية: ٨٦]، وقوله تعالى:] i j k l m n o p q Z [سورة البقرة، من الآية: ١٧٢]. وقوله ^ : «المسلمون على شروطهم». وقوله ^ : «لا ضرر ولا ضرار». وقوله ^ : (العجماء جرحها جبار» ونحو ذلك سيأتي تخريجها.

(٢) ومن ذلك قول عمر – رضي الله عنه -: «مقاطع الحقوق عند الشروط» رواه البخاري في صحيحه معلقاً: كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح (٩/٢١٧)، وقول علي – رضي الله عنه -: «من قاسم الربح فلا ضمان عليه» مصنف عبدالرزاق (٨/٢٥٣)، وقول شريح: «من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه» أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الشروط، باب ما لا يجوز من الاشتراط والثنيا في الإقرار (٣/٢٥٩).

(٣) ينظر ذلك مفصلاً في: القواعد الفقهية للندوي (ص ٨٩ وما بعدها)، وجمهرة القواعد الفقهية (ص ٢٩ وما بعدها)، والوجيز للبورنو (ص ٤٤ وما بعدها) وقد صرح بأنه استفاد ذلك من الندوي، وقواعد الفقه الإسلامي للروكي (ص ١٢٧ وما بعدها) ومقدمة تحقيق كتاب «القواعد للحصني» (١/٣٩)، والمدخل الفقهي العام (٢/٩٦٩).

وبعد أن تكونت المذاهب الفقهية المشهورة في عصر أئمة الاجتهاد، وهو العصر الذي تبلور فيه الفقه، واتضحت معالمه، وأصبح فناً مستقلاً، وجرى تدويته تدويناً علمياً مذهبياً، وأصبح له مؤلفاته الخاصة، هناك ظهرت بعض المصنفات والرسائل التي تحمل في ثناياها جملة من العبارات الرشيقة والمعاني الدقيقة، التي تصلح لأن تكون مادة علمية لهذه القواعد.

ويعد الحنفية ممن لهم قدم السبق في ذلك، ولعل أقدم مصدر فقهي يسترعي انتباه الباحث في هذا المجال هو كتاب «الخراج» لأبي يوسف[١] صاحب أبي حنيفة[٢] – رحمهما الله – ومما ورد فيه من العبارات التي يلحظ منها ما يمكن أن يعدّ

---

(١) أبو يوسف هو: يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن خُنْيس بن سعد الأنصاري الكوفي، الشهير بالقاضي أبي يوسف، ولد سنة ١١٣هـ من أشهر أصحاب أبي حنيفة، كان فقيهاً مجتهداً علامةً حافظاً للحديث والمغازي وأيام العرب، ولي قضاء بغداد، وهو أول من دُعي بقاضي القضاة، كان أثبت أهل الرأي في الحديث، قال عنه الإمام أحمد: «كان أميل إلى المحدثين من أبي حنيفة ومحمدٍ»، وهو أيضاً أول من وضع الكتب على مذهب أبي حنيفة، وأملى المسائل ونشرها، وقد قيل:«لولا أبو يوسف ما ذُكر أبو حنيفة»، وقد بلغ في العلم بما لا مزيد عليه، وكان الخليفة الرشيد يبالغ في إجلاله، **من مؤلفاته**: كتاب الخراج، والأمالي والنوادر، والجوامع، واختلاف الأمصار، **توفي** سنة ١٨٢هـ وقيل: ١٨١هـ.
انظر ترجمته في: أخبار القضاة لوكيع (٣/ ٢٥٤)، والتاريخ الكبير للبخاري (٨/ ٣٩٧)، وتاريخ مدينة السلام للخطيب (١٦/ ٣٥٩)، والانتقاء في فضائل الأئمة الثلاثةلابن عبدالبر (ص/ ١٧٢)، ووفيات الأعيان لابن خلكان (٦/ ٣٧٨)، وسير أعلام النبلاء (٨/ ٥٣٥)، والجواهر المضية للقرشي (٣/ ٦١١)، وتاج التراجم لقطلوبغا (ص/ ٣١٥)، وشذرات الذهب لابن العماد (٢/ ٣٧٦)، والفوائد البهية للكنوي (ص/ ٢٩٧).

(٢) هو: النعمان بن ثابت التميمي مولاهم الكوفي، فقيه العراق وأحد أئمة الإسلام وأحد الأئمة الأربعة، وهو أقدمهم وفاة لأنه أدرك عصر الصحابة، ورأى أنس بن مالك، وقيل: وغيره، وكان مولده سنة (٨٠هـ)، روى عن جماعة من التابعين منهم الحكم، وحماد بن أبي سليمان، وسلمة بن كهيل، وعكرمة، وعطاء، وقتادة، والزهري، وروى عنه جماعة منهم: ابنه حماد، وإبراهيم بن طهمان، وزفر، وعبدالرزاق وغيرهم.

=

بداية وتأصيلاً للتقعيد الفقهي:

١ – قوله: « ليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف »[١]، فهذه العبارة يمكن أن تكون بداية ومنطلقاً لبعض القواعد المتداولة الآن بين الفقهاء كقاعدة « اليد دليل الملك »[٢]، وقاعدة « القديم يترك على قِدَمه »[٣].

٢ – وقوله: « ولا ينبغي لأحد أن يحدث شيئاً في طريق المسلمين مما يضرهم »[٤]. فهذه العبارة يتحقق فيها معنى قواعد رفع الضرر[٥].

٣ -وقال: « ولا يجوز للإمام أن يقطع شيئاً مما فيه الضرر عليهم، ولا يسعه ذلك »[٦]. وهذه العبارة قد تكون هي البنية الأساسية لقاعدة « التصرف على الرعية منوط بالمصلحة »[٧][٨].

وكذلك كتب محمد بن الحسن[٩]، تعد من أقدم المصادر التي تضمنت

= قال الشافعي: « الناس عيال على أبي حنيفة ». وقال سفيان الثوري وابن المبارك: « كان أبو حنيفة أفقه أهل الأرض في زمانه ». توفي سنة (١٥٠هـ) ببغداد.

سير أعلام النبلاء (٦/ ٣٩٠)، البداية والنهاية (١٠/ ١١٠).

(١) كتاب الخراج (ص ٦٥ – ٦٦).

(٢) هذه القاعدة من القواعد التي سأدرسها في هذه الرسالة، ينظر (ص).

(٣) ينظر: مجلة الأحكام العدلية (م/٦).

(٤) كتاب الخراج (ص ٩٣).

(٥) ينظر قواعد الندوي (ص ٩٦).

(٦) كتاب الخراج (ص ٩٣).

(٧) ينظر: مجلة الأحكام العدلية (م/٥٨).

(٨) ينظر: قواعد الندوي، فقد استخرج من كتاب الخراج نصوصاً كثيرة وعبارات تصلح أن تكون شواهد لما ذكر، والكتاب فعلاً مليء بذلك وفيه غير ما ذكر.

(٩) **ومحمد بن الحسن هو**: محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني مولاهم الكوفي، أبو عبدالله، ولد بواسط بالعراق سنة ١٣٢هـ وقيل: سنة ١٣١هـ نشأ بالكوفة، كان محدثاً فقهياً عالماً صدوقاً، وأحد أئمة المذهب الحنفي، وأشهر أصحاب الإمام أبي حنيفة، تفقه بأبي حنيفة وأبي يوسف، وكتب عن الإمام مالك كثيراً،

=

عبارات جرت بعد ذلك مجرى القواعد، مما يدل على اهتمام علماء الحنفية الأوائل بالتقعيد، وسبقهم إلى ذلك، فإذا تأملت في كتاب الأصل – مثلاً – وجدته يعلل المسائل بتعليلات تعد من أعظم مصادر التقعيد للقواعد الفقهية وإحكام صيغها، ومن ذلك:

١ – قوله: «أمر الدين - الشاهد - الواحد فيه حجة إذا كان عدلاً»[(١)].

٢ – قوله: «الحقوق لا يجوز فيها إلا ما يجوز في الحكم»[(٢)].

٣ – وقوله: «كل من له حق فهو له على حاله حتى يأتيه اليقين على خلاف ذلك»[(٣)].

٤ – وقوله: «التحري يجوز في كل ما جازت به الضرورة»[(٤)].

٥ – وقوله: «لا يجتمع الأجر والضمان»[(٥)].

فهذه النصوص تتضمن عبارات مقعدة، مع حسن الصياغة، ووجازة التعبير، فصياغتهم للقواعد والضوابط التي تحتوي على الفروع الكثيرة المتناثرة

= وقد انتهت إليه رئاسة الفقه في العراق بعد أبي يوسف، ولي القضاء للرشيد، وكان يُضرب بذكائه المثل، **من مؤلفاته**: الأصل، والجامع الصغير، والجامع الكبير، والزيادات، والسير الصغير، والسير الكبير، **توفي** بالري سنة ١٨٩هـ وقال الرشيد:«دفنت الفقه بالري».

انظر ترجمته في: تاريخ مدينة السلام للخطيب (٢/ ٥٦١)، والانتقاء في فضائل الأئمة لابن عبدالبر (ص/ ٣٣٧)، وطبقات الفقهاء للشيرازي (ص/ ١٢٨)، ووفيات الأعيان لابن خلكان (٤/ ١٨٤)، وسير أعلام النبلاء (٩/ ١٣٤)، والجواهر المضية للقرشي (٣/ ١٢٢)، وتاج التراجم لقطلوبغا (ص/ ٢٣٧).

(١) كتاب الأصل (ص ١٦٢).

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق (٣/ ١٦٦).

(٤) المصدر السابق (٣/ ٣٤).

(٥) المصدر السابق (٣/ ٤٥).

وتحكمها، وتوظيفهم لها في كتبهم دليل على معرفتهم لها، وشيوعها عندهم.

وبهذه النماذج يتبين مدى عمق هذا الموضوع لدى الحنفية، منذ طور النشوء والتكوين[١] للقواعد الفقهية.

أما في طور النمو والتدوين فإن مما يشهد له التاريخ – ويظهر ذلك بالتتبع والاستقراء – أن فقهاء المذهب الحنفي كانوا أسبق من غيرهم في هذا المضمار.

ولعل سبب ذلك يعود إلى مقاربة طريقة التأليف في القواعد الفقهية لطريقة الحنفية في تأصيل القواعد الأصولية، فهم يتتبعون الفروع الفقهية الواردة عن الإمام أبي حنيفة وأصحابه، ويأخذون منها قواعد أصولية، وهذا قريب من المنهج المتبع لتقعيد القواعد الفقهية[٢].

ومما يؤيد ذلك:

أ – أن مذهب أبي حنيفة هو أسبق ظهوراً وتأسيساً من غيره من المذاهب الفقهية.

ب – ما عرف به الإمام أبو حنيفة وكبار أصحابه وتلامذتهم من طول باعهم في الرأي، وقوة ملكتهم في الاستدلال والتنظير، مما يجعل صياغة هذه القواعد الفقهية وحبكها حبكاً علمياً دقيقاً أمراً متوقعاً منهم.

ولذلك فإن أقدم خبر يروى في جمع القواعد الفقهية، وصياغتها بالصيغة الفقهية المأثورة عن الفقهاء، ما ورد أن أبا طاهر الدباس[٣] الحنفي قد جمع قواعد

---

(١) يقسم الفقهاء اللمحة التاريخية لتطور القواعد الفقهية إلى ثلاث مراحل هي:
١ – مرحلة النشوء والتكوين. ٢ – ومرحلة النمو والتدوين. ٣ – ومرحلة الرسوخ والتنسيق.
ينظر: القواعد الفقهية للندوي (ص ٨٩)، وجمهرة القواعد الفقهية (١/ ٢٩)، والوجيز للبورنو (ص٤٤)، وقواعد الفقه للروكي (ص ١٢٧).

(٢) ينظر: شرح المنظومة السعدية، د. الشثري (ص ٩ – ١٠)، ومقدمة تحقيق كتاب القواعد للحصني (١/ ٤١)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ١٣٥)، وجمهرة القواعد الفقهية (ص ٩٥).

(٣) هو: محمد بن محمد بن سفيان، ويعرف بأبي طاهر الدباس، من كبار علماء الأحناف، كان يوصف =

مذهب أبي حنيفة في سبع عشرة قاعدة، فعلم بذلك بعض أئمة الحنفية بهراة[١]، فسافر إلى أبي طاهر ليأخذ منه تلك القواعد.

وكان أبو طاهر ضريراً، وكان يكرر كل ليلة تلك القواعد بمسجده بعد أن يخرج الناس منه، فالتف الهروي بحصير، ولما خرج الناس أغلق أبو طاهر المسجد، وبدأ بسرد تلك القواعد، فلما عد منها سبعاً حصلت للهروي سعلة، فأحس به أبو طاهر فضربه وأخرجه من المسجد، ثم لم يكررها فيه بعد ذلك، فرجع الهروي إلى أصحابه آيساً وأملى عليهم تلك السبع[٢]، ومن جملتها القواعد الأساسية المشهورة،

= بالحفظ ومعرفة الروايات، ولي القضاء في الشام، وخرج منها إلى مكة وتوفي بها، ولا يعلم بالتحديد تأريخ وفاته، لكنه كان معاصراً للكرخي الحنفي، المتوفى سنة ٣٤٠هـ.
ينظر: الجواهر المضية (٢/ ١١٦)، والفوائد البهية (ص ١٨٧).

(١) هراة – بفتح الهاء والراء – مدينة مهمة من مدن خراسان، قال ياقوت الحموي في وصفها: «لم أر بخراسان عند كوني بها في سنة ٦٩٧ مدينة أجل ولا أعظم ولا أفخم ولا أحسن ولا أكثر أهلاً منها...» معجم البلدان (٥/ ٣٩٦).

(٢) هذه القصة ذكرها العلائي في المجموع المذهب (١/ ٣٤ – ٣٥)، والسيوطي في الأشباه والنظائر (ص ٧)، وابن نجيم في الأشباه والنظائر (ص ١٤ – ١٥).
وعند التأمل في تفاصيل هذه القصة، يمكن أن يقال: أنها حكاية غريبة ومستبعدة، وقد أورد عليها بعض العلماء عدة اعتراضات منها:
١ – ما الداعي إلى الالتفاف بالحصير مادام أبو طاهر الدباس ضرير؟ وكيف عثر عليه وهو ضرير؟ وكيف ضربه.
٢ – كيف يصدر مثل هذا التصرف من مثل هذا العالم؟ ولماذا لم يكررها بعد ذلك؟ هل هو كتمان للعلم؟ فإنه حرام.
٣ – كيف عرفوا أنها سبع عشرة قاعدة، وأنه كان يرددها كل ليلة، لو لم يسمعوها منه؟ وكيف يتصور من الحنفية أن يهملوا مثل هذه القواعد الذهبية، بل الأولى أن يعضوا عليها بالنواجذ.
ينظر ذلك كله في: غمز عيون البصائر (١/ ٣٦ – ٣٧)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ٩٧١)، والقواعد الفقهية ليعقوب الباحسين (ص ٣٢١ – ٣٢٢)، وقواعد الفقه الإسلامي (ص ١٣٨).

وهي:

١ – الأمور بمقاصدها. ٢ – اليقين لا يزول بالشك. ٣ – المشقة تجلب التيسير. ٤ – الضرر يزال. ٥ – العادة محكمة[١].

وبهذا يتبين أن القرن الرابع الهجري شهد ظهور القواعد الفقهية وشيوعها على ألسنة الفقهاء، وفي كتبهم، ولم يبق إلا أن تجرد عن غيرها وتفرد لها الكتب بالتأليف والتصنيف، وهذا ما فعله الإمام أبو الحسن الكرخي[٢]، الذي كان معاصراً لأبي طاهر الدباس، فمن المرجح أنه أخذ قواعد الدباس وزاد عليها، ووضعها في رسالة بلغت قواعدها تسعاً وثلاثين قاعدة[٣].

وتعد هذه المجموعة من القواعد الفقهية هي اللبنة الأولى في صرح هذا العلم، وبها يكون لعلماء الحنفية قصب السبق في هذا المضمار.

وفي القرن الخامس الهجري جاء أبو زيد الدبوسي الحنفي[٤] وأضاف إلى

---

(١) ينظر: غمز عيون البصائر (١/ ٣٧)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ١٣٦)، والقواعد الفقهية، د. محمد الزحيلي (١/ ٣٢)، والقواعد الفقهية، د. عبدالعزيز عزام (ص ٤١).

(٢) عبيد الله بن الحسين بن دلال البغدادي الكرخي ، أبو الحسن، ولد سنة ٢٦٠هـ كان إماماً فقيهاً أصولياً كبير القدر، زاهداً قانعاً، متعففاً عابداً، ديناً خيّراً فاضلاً، انتهت إليه رئاسة المذهب الحنفي، واشتهر اسمه، وبَعُد صيته، ونعته شمس الدين الذهبي بأنه رأس في الاعتزال، **من مؤلفاته**: الجامع الكبير، والجامع الصغير، والأشربة، **توفي** سنة ٣٤٠هـ.

انظر ترجمته في: تاريخ مدينة السلام للخطيب (١٢/ ٧٤)، وسير أعلام النبلاء (١٥/ ٤٢٦)، والبداية والنهاية (١٥/ ٢٠٩)، والجواهر المضية للقرشي (٢/ ٤٩٣)، وتاج التراجم لقطلوبغا (ص/ ٢٠٠)، ولسان الميزان لابن حجر (٥/ ٣٢١)، والفوائد البهية للكنوي (ص/ ١٣٩).

(٣) هذه الرسالة مطبوعة مع تأسيس النظر للدبوسي.

(٤) هو أبو زيد عبدالله بن عمر بن عيسى الدبوسي البخاري الحنفي، نسبة إلى دبوسية قرية بين بخارى وسمرقند، من فقهاء الحنفية وأصولييهم، قيل أنه أول من وضع علم الخلاف – الفقه المقارن – وأبرزه للوجود، توفي في بخارى سنة ٤٣٠هـ.

=

قواعد الكرخي إضافات علمية قيمة في هذا الموضوع، حيث وضع كتابه «تأسيس النظر» والذي اشتمل على ست وثمانين قاعدة.

وفي القرن السادس جاء نجم الدين أبو حفص عمر بن أحمد النسفي المتوفى سنة ٥٣٧هـ وتناول قواعد الكرخي، وذكر الأمثلة والشواهد لكل قاعدة من القواعد، والأحكام المستنبطة على المذهب الحنفي.

ومما يذكر في هذا القرن من الكتب التي يمكن أن تكون من كتب القواعد ما ذكره صاحب كتاب «هدية العارفين» من أن الإمام علاء الدين محمد بن أحمد السمرقندي (المتوفى سنة ٥٥٣)، شيخ الإمام الكاساني، له كتاب بعنوان: «إيضاح القواعد»[(١)].

واستمرت جهود الحنفية في علم القواعد الفقهية مع مرور الزمن، واعتنى بها الفقهاء شرحاً وتفريعاً وربطاً للفروع بأصولها، وانتقلت هذه القواعد وأمثلتها من كتاب إلى آخر، حتى جاء العلامة إبراهيم بن نجيم[(٢)] المصري (المتوفى سنة ٩٧٠هـ) وألف كتابه الأشباه والنظائر، الذي جمع فيه القواعد الكلية، ورتبها، وصنفها، وقسمها، وبيَّن الفروع التي تشتمل عليها، ثم ذكر أصل القاعدة، والمسائل التي تستثنى منها، ورتب كتابه على سبعة فنون.

= من مؤلفاته: «تقويم الأدلة» و«الأنوار»، و«تأسيس النظر في الأصول».
ينظر: الجواهر المضية (٢/ ٤٤٩)، وكشف الظنون (١/ ٤٦٣).

(١) (٦/ ٩٠).

(٢) **هو**: زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن محمد، المعروف بابن نجيم، ولد سنة ٩٢٦هـ كان من محققي المذهب الحنفي، علامةً بحراً فهامةً، بارعاً في الفقه والأصول، مدققاً في عدة علوم، ليس له نظير في زمنه، اشتغل بالإفتاء والتدريس والتصنيف، **من مؤلفاته**: الأشباه والنظائر، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، وفتح الغفار في شرح المنار، **توفي** سنة ٩٧٠هـ.
انظر ترجمته في: الطبقات السنية للغزي (٣/ ٢٧٥)، وشذرات الذهب لابن العماد (١٠/ ٥٢٣)، والكواكب السائرة للغزي (٣/ ١٥٤)، ومعجم المؤلفين لكحالة (١/ ٧٤٠).

المطلب الثاني
مكانة الكاساني في هذا الفن

للكاساني دور كبير، ومكانة عظيمة في مجال التقعيد الفقهي، فالمتأمل في كتابه «بدائع الصنائع» يلحظ أنه كان ذا قدرة فائقة على استحضار القواعد، وبراعة عجيبة في توظيفها في مختلف أبواب الفقه، وتخريج الفروع الفقهية عليها، وربما علل بها في بعض المسائل، إما للقول المختار عنده، أو للقول الآخر المخالف، ثم يعود عليه بالنقض من جهة أخرى غير القاعدة الفقهية[١].

قال عنه الندوي: «وفي هذا القرن السادس الهجري لما شُرح بعض المصادر الفقهية الأصيلة، أخذت القواعد في الاتساع، ونالت اهتمام الشارحين، ومنهم الكاساني (ت٥٨٧هـ) في «بدائع الصنائع» فقد سار في هذا الشرح على نهج قويم في ربط الفروع بأصولها، وظهرت براعته في إبراز القواعد في مواطن كثيرة من الكتاب»[٢].

ولعل أبرز النقاط التي تدل على مكانة الكاساني في هذا الفن ما يأتي:

١ – تصريحه في مقدمة كتابه بأنه من منهجه تخريج المسائل على قواعدها وأصولها[٣].

٢ – استحضاره للقواعد الفقهية، وتعليله للمسائل الفقهية بها، فلا تكاد تخلو مسألة من المسائل من ذكر قاعدة فقهية أو أكثر.

---

(١) ينظر مثلاً: (٤/ ٧٤، ١٣٥، ٢٣٢، ٢٥٤، ٢٧٢، ٣٤٣، ٣٨٣، ٣٩٨، ٤٠١، ٤٨٢، ٤٩٠، ٥/ ١٨٣).

(٢) القواعد الفقهية (ص ١٤٥)، وجمهرة القواعد الفقهية (١/ ١٠٦) ونقله عنه البورنو في الوجيز (ص ٧٢) ووافقه عليه.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (١/ ٦٤).

٣ – ذكره للقاعدة الواحدة بعدة ألفاظ[١]، مما يدل على تعمقه في هذا الفن، وفهمه للمعنى الذي تدور عليه ألفاظها، وهذا يفيد دارس القواعد الفقهية بالاطلاع على أكثر من لفظ للقاعدة.

٤ – كثرة القواعد الفقهية المذكورة في كتابه، وهذا فيه إشارة إلى أن هذا الفن يستحق الدراسة والاهتمام به.

٥ – اهتمامه بالتقعيد الفقهي، فتجده كثيراً ما يستدل للقاعدة من الكتاب والسنة والمعقول أو أحدها، ويفرع عليها فروعاً كثيرة تؤيدها.

٦ – التفريع على القاعدة بفروع مختلفة، مع العناية بربط الفرع بالقاعدة.

٧ – إلمامه بالقواعد الفقهية في المذاهب الأخرى، فتجده كثيراً ما يذكر مذهب الشافعي والقاعدة الفقهية التي تؤيد ذلك.

* * *

(١) ستأتي نماذج كثيرة لذلك عند ذكر ألفاظ القواعد المشروحة.

الفصل الأول

القواعد المتحدة الموضوع

وفيه واحد وعشرون مبحثاً

المبحث الأول

قواعد في النيات والمقاصد

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: قاعدة: «العبرة في العقود لمعانيها لا لصور الألفاظ».

المطلب الثاني: قاعدة: «الوسيلة إلى الحرام حرام».

المطلب الثالث قاعدة: «اليمين لا تجري فيها النيابة».

المطلب الأول:

قاعدة: «العبرة في العقود لمعانيها لا لصور الألفاظ»[١].

هذه القاعدة من القواعد المتفرعة عن القاعدة الكلية الكبرى «الأمور بمقاصدها».

وقد أوردها المؤلف بالألفاظ الآتية:

«العبرة في العقود لمعانيها لا لصور الألفاظ»[٢].

«العبرة للمعنى لا للصورة»[٣].

«العبرة في العقود لمعانيها لا عين الألفاظ»[٤].

«العبرة في العقود لمعانيها»[٥].

«العبرة في باب العقود للمعاني»[٦].

---

(١) ينظر ألفاظ هذه القاعد وأحكامها في: أصول الكرخي (ص ٨٠)، مطبوع مع تأسيس النظر، والأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/ ٢٢٢ – ٢٣٥)، والقواعد للمقري (٢/ ٥٧٢)، والمجموع المذهب (٢/ ٤٥٤ – ٤٦٩)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ١٧٤ – ١٨٥)، والمنثور في القواعد (٢/ ٣٧١ – ٣٧٤)، وتقرير القواعد وتحرير الفوائد (١/ ٢٦٧)، والقواعد للحصني (١/ ٤٠١ – ٤٢١)، وإيضاح المسالك (ص ٢٤١، ٢٤٢)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٦٦)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٢٣٤، ٣٥٥)، وترتيب اللآلي (١/ ٣٥٥)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ١٨، ١٩ م ٣)، وشرح القواعد الفقهية (ص ٥٥ – ٧٨)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (ص ١٤٧ – ١٥١)، وقاعدة الأمور بمقاصدها ليعقوب الباحسين (ص ١٢٩ – ١٤٠).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٩٥، ٥/ ١٠٩).

(٣) ينظر: المصدر السابق (٤/ ٣١٨، ٥٩٣)، (٢/ ٣١).

(٤) ينظر: المصدر السابق (٥/ ٨٢).

(٥) ينظر: المصدر السابق (٥/ ١٢٠).

(٦) ينظر: المصدر السابق (٥/ ١٩٥).

معنى القاعدة:

أولاً: شرح مفرداتها:

- قوله: «العبرة»: أي الاعتداد بالشيء في ترتب الحكم[١].
- قوله: «العقود»: جمع عقد، من الربط وهو نقيض الحل[٢]، يقال: عقد البيع كما يقال عقد الحبل، ويطلق ويراد به: ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله[٣].
- قوله: «لمعانيها»، المعاني: جمع معنى، وهو لغة المقصود ويراد به: الصور الذهنية التي دل عليها القول أو الفعل أو ما تؤول إليه حقيقة التصرف[٤].
- قوله: «صور» جمع صورة وهي تمثال الشيء وشكله[٥]. أي ما يتميز به الشيء عن غيره[٦].
- قوله: «الألفاظ»: جمع لفظ، وهو: الكلام الذي ينطق به الإنسان يقصد به التعبير عما في ضميره[٧].

ثانياً: المعنى الإجمالي للقاعدة:

كل هذه الألفاظ تعبر عن معنى واحد وهو: أن المعتبر في العقود هو المعنى المقصود من اللفظ المنطوق به عند التعاقد، وأنه هو الذي ينبني عليه العقد، وأن

---

(١) المصباح المنير، حرف العين مادة (ع ب ر) (ص ٢٠٢).

(٢) لسان العرب حرف العين، مادة (عقد) (١٠/ ٢٢٠).

(٣) المنثور في القواعد (٢/ ١٢٢)، أنيس الفقهاء (ص ١٩٨).

(٤) كشاف اصطلاحات الفنون (٣/ ١٠٨٤).

(٥) المصباح المنير مادة (ص و ر) ص ١٨٢.

(٦) كشاف اصطلاحات الفنون (٢/ ٨٢٩).

(٧) درر الحكام شرح مجلة الأحكام المادة رقم (١/ ٢١).

الكلمات التي تلفظ بها العاقد لا يلتفت إليها إذا كانت تخالف مقصوده؛ لأن المقصود الحقيقي هو المعنى، وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة؛ فالألفاظ ما هي إلا قوالب للمعاني.

ويبدو من ألفاظ القاعدة أن مجال استعمالها في العقود فقط، ولكن عند التأمل أجد أن هذا التخصيص غير مقصود وإنما هو جرياً على الغالب[١] لأنها ترد أحياناً بلفظ عام كقولهم: «العبرة للمعنى لا للصورة»[٢] وهذا ما سار عليه أبي الحسن الكرخي رحمه الله، حيث أجراها في غير العقود حين قال: «الأصل أنه يعتبر في الدعاوى مقصود الخصمين في المنازعة دون الظاهر»[٣]. فهو هنا أجراها في الدعاوى.

وبهذا يتضح أنه لا يشترط للعقود صيغة معينة إذا لم يكن لها صيغة محددة من الشرع، وأنها تنعقد بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل، فتنعقد الكفالة بلفظ الحوالة، والحوالة بلفظ الكفالة، إذا اشترط فيها براءة المدين عن المطالبة، أو عدم براءته، وينعقد البيع والشراء بلفظ الأخذ والإعطاء إذا تعارف الناس على ذلك[٤].

أما إذا تعذر التأليف بين الألفاظ والمعاني المقصودة فلا يجوز إلغاء الألفاظ.

وهذه القاعدة وقع فيها خلاف بين الفقهاء.

فعند أبي حنيفة[٥] وأكثر المالكية[٦] وأحد الوجهين عند

---

(١) شرح القواعد الفقهية للرزقاء (ص ٦٤).

(٢) بدائع الصنائع (٢/ ٦٣، ٤/ ٣١٨، ٥٩٣).

(٣) أصول الكرخي (ص ٨٠).

(٤) بدائع الصنائع (٤/ ٩٥، ٣١٩)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٢٣٢).

(٥) ينظر: المصادر السابقة.

(٦) ينظر: الموافقات (٢/ ٣٢٣)، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك (ص ٢٤)، وشرح المنهج المنتخب =

الشافعية[١] ورواية عند الحنابلة[٢] أن العبرة للمعنى لا لصور الألفاظ وهو ما يحكيه لفظ القاعدة.

أما المشهور عند الشافعية ورواية أخرى عند الحنابلة أن العبرة بصيغ العقود، ولذلك نجد أن الحنفية أوردوها بهذه الصيغة – صيغة الجزم – وأوردها بعض المالكية والشافعية والحنابلة بصيغة الاستفهام، مما يدل على أن هناك اختلاف بينهم في مضمون هذه القاعدة[٣].

وقد بين الكاساني رحمه الله أنه يجوز البيع بالتعاطي وأنه ينعقد البيع وإن لم يوجد اللفظ بين المتعاقدين، مما يدل على أن المعتبر في العقود هي المقاصد والألفاظ فقال: «البيع في اللغة والشرع اسم للمبادلة وهي مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب، وحقيقة المبادلة بالتعاطي هو الأخذ والإعطاء وإنما قول البيع والشراء دليل عليهما. والدليل عليه قوله عز وجل: á NaZÏ ‹Ú #•? ` ã ç•»gÏ š c qã? b& w) â[٤]. والتجارة عبارة عن جعل الشيء للغير ببدل وهو تفسير التعاطي، وقال سبحانه وتعالى: â 7 Í»9rêâ

á šú ï‰GçÅ{qç. $Br NGe»gÏ Mtz‘ $Ju 3* ‰GÅ '#»=Ò9$#ãÍO$ûï‰G$[٥].

أطلق سبحانه وتعالى اسم التجارة على تبادل ليس فيه قول البيع.

وقال عز وجل: â ÐG9 ž c 'Î Nç¨qÏ& ÓGj ÿR& ûüÏÏ s-ÅÅš^Ï 3* žIÓ$Ó$ Ï)

= للمنجور (٢/ ١١٦)، وأحكام القرآن لابن العربي (١/ ٣٤٣).

(١) الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/ ٢٢٢)، ولابن السبكي (١/ ١٧٤)، وللسيوطي (ص ١٦٦).

(٢) ينظر: تقرير القواعد (١/ ٢٦٧).

(٣) ينظر: القواعد للمقري (٢/ ٥٧٢)، وشرح المنهج المنتخب للمنجور (٢/ ١١٦)، والأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/ ٢٢٢)، ولابن السبكي (١/ ١٧٤)، وتقرير القواعد لابن رجب (١/ ٢٦٧).

(٤) من الآية رقم ٢٩ من سورة النساء.

(٥) الآية رقم ١٦ من سورة البقرة.

[illegible][1]. سمى سبحانه وتعالى مبادلة الجنة بالقتال في سبيل الله تعالى اشتراء وبيعاً، لقوله تعالى في آخر الآية: [illegible] وإن لم يوجد لفظ البيع.

وإذا ثبت أن حقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الأخذ والإعطاء، فهذا يوجد من الأشياء الخسيسة والنفيسة جميعاً فكان التعاطي في كل ذلك بيعاً فكان جائزاً، وهذا رد على من قال إنه يجوز التعاطي في الأشياء الخسيسة ولا يجوز في الأشياء النفيسة »[2].

أصل القاعدة:

يمكن أن يستدل لهذه القاعدة بالأدلة التي تدل على اعتبار المقاصد والمعاني في العقود وغيرها من التصرفات وعدم الاقتصار على ظواهر الكلام وهي كثيرة، منها:

١ – قوله تعالى: [illegible][3]. وقال تعالى: [illegible][4]. فبين سبحانه وتعالى أن الزوج أحقّ في الرَّجعة إذا قصد بذلك الإصلاح، لا الإضرار بالزوجة، وهذا نصٌّ في أن المقاصد هي المعتبرة وهي التي يبنى عليها العقد[5].

٢ – قوله تعالى في الخلع: [illegible]

(١) الآية رقم ١١١ من سورة التوبة.

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ٣١٩، ٣٢٠).

(٣) الآية رقم ٢٨٨ من سورة البقرة.

(٤) الآية رقم ٢٣١ من سورة البقرة.

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٣/ ٢٨٧)، وأعلام الموقعين (٣/ ٧٩).

á ¾ïî ôN ‰Gûâ[١].

وقوله تعالى:] فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ à ظَنَّآ â يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ Z [٢].

وجه الدلالة: «أن الله سبحانه وتعالى بين أن الخلع المأذون فيه والنكاح المأذون فيه إنما يباح إذا ظنا أن يقيما حدود الله»[٣].

٣ – قوله تعالى: á ÐÝÖÃžöî ÂÚš ®Ìk Ó « qãã7Ï r Ÿ‰è/ `Ïâ[٤].

وجه الدلالة: «أن الله سبحانه وتعالى قدم الوصية على الميراث إذا لم يقصد بها الموصي الضرار، فإن قصده فللورثة إبطالها وعدم تنفيذها»[٥].

٤ – قوله تعالى: á ïøã Oâ Ix ù ÑÃ ÷ x=ð 'ù $ÝÖî ®Ìk $ÿZ_ <É qÐ `Ï $ { ôJù â[٦].

وجه الدلالة: «أن الله سبحانه وتعالى رفع الإثم عمن أبطل الجنف والإثم من وصية الموصِي، ولم يجعلها بمنزلة نص الشارع الذي تحرم مخالفته»[٧].

٥ – قوله ﷺ في الحديث الذي رواه عمر بن الخطاب – رضي الله عنه -: **(إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى)**[٨].

وجه الدلالة: «أن النبي ﷺ بين في الجملة الأولى أن العمل لا يقع إلا بنية، ولهذا لا يكون عمل إلا بنية، ثم بين في الجملة الثانية أن العامل ليس له من عمله إلا

---

(١) الآية رقم ٢٢٩ من سورة البقرة.

(٢) الآية رقم ٢٣٠ من سورة البقرة.

(٣) أعلام الموقعين (٣/٧٩).

(٤) الآية رقم ١٢ من سورة النساء.

(٥) أعلام الموقعين (٣/٧٩).

(٦) الآية رقم ١٨٢ من سورة البقرة.

(٧) أعلام الموقعين (٣/٧٩، ٨٠).

(٨) رواه البخاري في صحيحه: كتاب بدء الوحي ح رقم ١ (١/٢)، ورواه مسلم في كتاب الإمارة، باب قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنية» ح رقم ١٩٠٧ (٣/١٥١٤).

ما نواه، وهذا يعمّ العبادات والمعاملات والأيمان والنذور وسائر العقود والأفعال»[١].

٦ – ما رواه عثمان بن عفان رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ^ يقول: **(من بنى مسجداً يبتغي به وجه الله بنى الله له مثله في الجنة)**[٢]..

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي ^ علَّق الحكم بنفس البناء، ولم يرو عنه ^ بأنه أمر أحداً أن يقول: وقفت هذا المسجد ولا ما يشبه هذا اللفظ[٣]، مما يدل على عدم اشتراط لفظ معين له وأن المعتبر هو القصد.

٧ – حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ^ : **(من أخذ أموال الناس يريد أداءها أدى الله عنه، ومن أخذها يريد إتلافها أتلفه الله)**[٤].

وجه الدلالة من الحديث: أن الله سبحانه وتعالى اعتبر القصد في أخذ الأموال المشروع من الناس سواء كان بيع إلى أجل أو قرض أو غير ذلك، وبنى عليه الحكم. وهذا مما يدل على أن القصود معتبرة في العقود.

٨ – وعن جابر رضي الله عنه أيضاً أنه سمع رسول الله ^ يقول: **(إن الله ورسوله حرم بيع الخمر، والميتة، والخنزير، والأصنام)**، فقيل: يا رسول الله! أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن، ويدهن بها الجلود، ويستصبح بها الناس؟ قال: **(لا، هو حرام)**، ثم قال رسول الله ^ عند ذلك: **(قاتل الله اليهود إن الله**

---

(١) أعلام الموقعين (٣/٩١).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الصلاة، باب من بنى مسجداً (١/١٢٢) ح رقم (١)، وأخرجه مسلم في كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب فضل بناء المساجد والحث عليها (٢/٦٨)ح رقم (١٢١٧ و١٢١٨)، وفي كتاب الزهد والرقائق، باب فضل بناء المساجد (٨/٢٢١) ح رقم (٧٦٦١).

(٣) ينظر: مجموع فتاوى ابن تيمية (٢٩/١٩).

(٤) أخرجه البخاري كتاب الاستقراض، باب من أخذ أموال الناس يريد أداءها، أو إتلافها، الحديث رقم ٢٣٨٧ (٣/١٥٢).

لما حرم شحومها جملوه، ثم باعوه فأكلوا ثمنه)[١].

وجه الدلالة من الحديث:

« معلوم أنه لو كان التحريم معلقاً بمجرد اللفظ وبظاهر من القول دون مراعاة المقصود للشيء المحرم ومعناه وكيفيته لم يستحقوا اللعنة لوجهين:

أحدهما: أن الشحم خرج بِجَمْلِه عن أن يكون شحماً، وصار ودكاً، كما يخرج الربا بالاحتيال... إلى أن قال:

الوجه الثاني: أن اليهود لم ينتفعوا بعين الشحم، وإنما انتفعوا بثمنه، ويلزم من راعى الصور والظواهر والألفاظ دون الحقائق والمقاصد أن لا يحرم ذلك، ولما لعنوا على استحلال الثمن – وإن لم ينص لهم على تحريمه – علم أن الواجب النظر إلى الحقيقة والمقصود لا إلى مجرد الصورة »[٢].

الفروع الفقهية التي تندرج تحت هذه القاعدة:

١ – قال المصنف: « الاستصناع إذا ضرب فيه أجلاً صار سلماً، لأنه عقد على مبيع في الذمة مؤجلاً، وهذا هو معنى السلم، والعبرة في العقود لمعانيها لا لصور الألفاظ[٣]. وهذا عند أبي حنيفة دون صاحبيه »[٤].

٢ – وقال: « إذا قال البائع خذ هذا الشيء بكذا أو أعطيتكه بكذا أو هو لك بكذا أو بذلتكه بكذا، وقال المشتري: قبلت أو أخذت أو رضيت أو هويت فإنه يتم

---

(١) أخرجه البخاري كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام حديث (٢٢٣٦) (٣/ ١١٠)، ومسلم في كتاب المساقاة والمزارعة، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام حديث (٤١٣٢) (٥/ ٤١).

(٢) أعلام الموقعين (٣/ ٩٢، ٩٣).

(٣) بدائع الصنائع (٤/ ٩٥).

(٤) هما أبو يوسف ومحمد بن الحسن.

الركن؛ لأن كل واحد من هذه الألفاظ يؤدي معنى البيع وهو المبادلة، والعبرة للمعنى لا للصورة»[١].

فبين رحمه الله أن البيع يتم بأي لفظ يدل عليه إذا كان يؤدي إلى المعنى لأن المعنى هو المقصود في العقد.

٣ - أن الإقالة بيع وليست فسخاً في حق العاقدين وغيرهما، قال: «وهذا هو قول أبي يوسف؛ لأن معنى البيع هو مبادلة المال بالمال، وهو أخذ بدل وإعطاء بدل، وقد وجد، فكانت الإقالة بيعاً لوجود معنى البيع فيها، والعبرة للمعنى لا للصورة»[٢].

٤ - إن اشترى – الوكيل – جارية بثمانمائة درهم ومثلها يُشترى بألف لزم الموكل؛ لأن الخلاف إلى خير لا يكون خلافاً معنى، والعبرة للمعنى لا للصورة[٣].

٥ - إذا وكله أن يشتري له جارية بألف حالَّة فاشترى جارية بألف نسيئة لزم الموكل؛ لأنه وإن خالف صورة فقد وافق معنى، والعبرة للمعنى لا للصورة[٤].

٦ – وقال المصنف: «من شرائط جواز شركة المفاوضة لفظ المفاوضة، وأنها لا تصح إلا بلفظ المفاوضة؛ لأن للمفاوضة شرائط لا يجمعها إلا لفظ المفاوضة أو عبارة أخرى تقوم مقامها، والعوام قلما يتفقون على ذلك، وهذه العقود في الأعم الأغلب تجري بينهم، فإن كان العاقد ممن يقدر على استيفاء شرائطها بلفظ آخر يصح وإن لم يذكر لفظها؛ لأن العبرة في العقود لمعانيها لا عين الألفاظ»[٥].

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٣١٨).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٥٩٣).

(٣) المصدر السابق (٥/ ٣٠).

(٤) ينظر: المصدر السابق (٥/ ٣٠).

(٥) ينظر: المصدر السابق (٥/ ٨٢).

٧ – وقال: «إذا قال خذ هذا المال واعمل به، على أن ما رزق الله عز وجل من شيء فهو بيننا على كذا ولم يزد على هذا فهو جائز؛ لأنه أتى بلفظ يؤدي معنى هذا العقد – عقد المضاربة – والعبرة في العقود لمعانيها لا لصور الألفاظ»[١].

٨ - قوله: «إن البيع ينعقد بلفظ التمليك بلا خلاف، وينعقد النكاح بلفظ البيع والهبة والتمليك عندنا»[٢].

٩ - «إذا دفع مالاً إلى رجل مضاربة وشرط جميع الربح للمضارب، فهذه لا تصح مضاربة وإذا لم يمكن تصحيحها مضاربة فإنها تصحح قرضاً؛ لأنه أتى بمعنى القرض، والعبرة في العقود لمعانيها»[٣].

١٠ - «إذا دفع مالاً إلى رجل وشرط جميع الربح لرب المال فهو إبضاع عندنا؛ لوجود معنى الإبضاع»[٤].

١١ - أن الرهن ينعقد بأي لفظ دل عليه، قال: «فأما لفظ الرهن فليس بشرط، حتى لو اشترى شيئاً بدراهم ودفع إلى البائع ثوباً وقال له: امسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن لأنه أتى بمعنى العقد، والعبرة في باب العقود للمعاني»[٥].

* * *

(١) المصدر السابق (٥/١٠٩).
(٢) المصدر السابق (٥/١١٠).
(٣) المصدر السابق (٥/١٢٠).
(٤) المصدر السابق (٥/١٢٠).
(٥) المصدر السابق (٥/١٩٥).

المطلب الثاني

« قاعدة الوسيلة إلى الحرام حرام »[١]

ألفاظ القاعدة:

١ - الوسيلة إلى الحرام حرام[٢].

٢ - الوسيلة إلى الشيء حكمها حكم ذلك الشيء[٣].

معنى القاعدة:

أولاً: شرح مفردات القاعدة:

الوسيلة: هي ما يتوصل بها إلى الشيء ويتقرب به[٤]، فهي الطريق أو الطريقة التي يتوصل بها إلى أمور هي المقصودة في نفسها، وعلى هذا تكون الوسيلة ليست مقصودة في ذاتها وإنما هي مسلك، يُنفذ من خلاله إلى المقصود.

ثانياً: المعنى الإجمالي للقاعدة:

قال الكاساني رحمه الله: « التصرف وسيلة إلى ما هو المقصود من التصرف فلو

---

(١) ينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: الفروق للكرابيسي (٢/ ٢٨٣)، قواعد الأحكام (١/ ١٧٦، ١٧٧)، والفروق للقرافي (٢/ ٥٩ ف ٥٨)، والقواعد النورانية (ص ١٧١)، وأعلام الموقعين (٣/ ١٠٨)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ١٢٠)، والقواعد لابن رجب، القاعدة الثانية بعد المائة (ص ٢٤٦)، والقواعد والأصول الجامعة، للسعدي (ص ١٦٤)، وجمهرة القواعد الفقهية للندوي (١/ ٤٨٠).

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ٢٩٠).

(٣) المصدر السابق (٥/ ١٠٥).

(٤) ينظر: المصباح المنير، مادة (و س ل) (ص ٣٤٠)، لسان العرب مادة (وسل) (١٥/ ٢١٣)، التعريفات للجرجاني (ص ٢٤٧).

لم يجعل محل المقصود محل الوسيلة لم يثبت معنى التوسل»[١].

فيكون المعنى أن أي شيء يتخذ ويجعل طريقاً إلى غيره موصلاً إليه فإنه يأخذ حكمه، وهذا المعنى أخذ من اللفظ الآخر للقاعدة، حيث وردت بلفظ عام، وعليه تكون الوسيلة إلى فعل الحرام محرمة، والوسيلة إلى فعل المكروه مكروهة، والوسيلة إلى فعل الواجب واجبة، والوسيلة إلى فعل المندوب مندوبة، والوسيلة إلى فعل المباح مباحة، فهي تأخذ الحكم التكليفي للمقصد من الفعل في الثواب والعقاب، وهو ما يعبر عنه الفقهاء بقولهم: «الوسائل لها أحكام المقاصد».

وبهذا يتضح أن موارد الأحكام على قسمين:

مقاصد، وهي: المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها.

ووسائل، وهي: الطرق المفضية إليها، وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحريم وتحليل[٢]، بقطع النظر عن صلاح الوسيلة أو فسادها للمقصد، فهي فرع تابع، والفرع يأخذ حكم الأصل، والتابع يعطى حكم المتبوع.

أصل القاعدة:

١ – استدل المصنف لهذه القاعدة بقوله تعالى:] ! " # $ % & ' ( ) * + , - . / Z[٣].

وجه الدلالة من الآية: أن الله سبحانه وتعالى نهى عن البيع وقت نداء الجمعة وإن كان البيع جائزاً بالأصل؛ لأنه لما كان وسيلة لترك الصلاة وهو محرم كسب التحريم[٤].

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٤٩١).

(٢) الفروق للقرافي، الفرق الثامن والخمسون (٢/ ٦١).

(٣) الآية رقم ٩ من سورة الجمعة.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٤٨٠).

٢ – قوله ^ : **(لا يبع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض)** [١].

وجه الدلالة: أن النبي ^ نهى عن بيع الحاضر للباد لمعنى في غير البيع وهو الإضرار بأهل المصر [٢].

ويمكن أن يستدل للقاعدة بالآتي:

٣ – قوله تعالى:] | { ~ **يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّوا۟ ٱللَّهَ عَدْوًۢا بِغَيْرِ عِلْمٍ** Z [٣].

وجه الدلالة من الآية: أن الله سبحانه وتعالى حرم سب آلهة المشركين، وإن كان الداعي إلى ذلك هو الحمية والدفاع عن الله سبحانه وتعالى والتنقص والإهانة والنيل من آلهتهم؛ لأن ذلك يؤدي إلى سب الله تعالى من قبلهم، وهذه مفسدة تركها وترك السبب الموصل إليها أرجح من المصلحة المترتبة على تنقص آلهتهم وسبها، ولذلك نهى الله عنها وإن كانت في الأصل جائزة؛ لأنها وسيلة إلى فعل ما لا يجوز [٤].

٤ – قوله تعالى:] **وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِن زِينَتِهِنَّ** Z [٥].

وجه الدلالة من الآية: أن الله سبحانه وتعالى منع النساء من الضرب بالأرجل وإن كان جائزاً بالأصل، لئلا يسمع الرجال صوت الخلخال فيكون ذلك وسيلة إلى إثارة دواعي الشهوة منهم إليهن [٦].

٥ – حديث النعمان بن بشير رضي الله عنه أن النبي ^ قال: **(الحلال بيِّن والحرام بيِّن، وبينهما أمور مشتبهات لا يعلمها كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات استبرأ**

---

(١) رواه مسلم في كتاب البيع، باب تحريم بيع الحاضر للباد (٥/ ٦)، رقم الحديث (٣٩٠٢).

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ٤٨٠).

(٣) الآية رقم ١٠٨ من سورة الأنعام.

(٤) ينظر: تفسير القرطبي (٢/ ٥٨)، وأعلام الموقعين (١/ ١١٠)، وتفسير السعدي (ص ٢٦٨).

(٥) الآية رقم ٣١ من سورة النور.

(٦) ينظر: تفسير القرطبي (١٢/ ٢٣٧)، وأعلام الموقعين (٣/ ١١٠)، وتفسير السعدي (ص ٥٦٦).

لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات كراعٍ يرعى حول الحمى يوشك أن يواقعه)[١].

وجه الدلالة من الحديث: أن الرسول ^ أرشد إلى ترك الشبهات وعدم الوقوع فيها، وإن كانت مباحة؛ لأنها طرق ووسائل تفضي إلى الوقوع في المحرمات.

٦ – حديث عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ^ : **(إن من الكبائر شتم الرجل والديه)**. قيل يا رسول الله! وهل يشتم الرجل والديه؟! قال: **(نعم يسب أبا الرجل فيسب أباه، ويسب أمه فيسب أمه)** [٢].

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ^ بيَّن أن شتم الوالدين من الكبائر، ولما استنكر الصحابة رضي الله عنهم وقوع ذلك، أرشدهم ^ إلى الوسيلة التي تؤدي إلى شتم الوالدين، ويفهم من الحديث أن الوسيلة حرام وهي الشتم لوالدي من يخاصم الإنسان؛ لأنها تفضي إلى سب والديه.

٧ - «أن باب سد الذرائع أحد أرباع التكليف، فإنه أمر ونهي، والأمر نوعان؛ أحدهما: مقصود لنفسه، والثاني وسيلة إلى المقصود، والنهي نوعان؛ أحدهما: ما يكون المنهي عنه مفسدة في نفسه، والثاني: ما يكون وسيلة إلى المفسدة، فصار سد الذرائع المفضية إلى الحرام أحد أرباع الدين»[٣].

---

(١) رواه البخاري: كتاب الإيمان، باب فضل من استبرأ لدينه حديث رقم ٥٢، (١ / ٢٠)، ومسلم: كتاب المساقاة، باب أخذ الحلال وترك الشبهات (٥ / ٥٠) الحديث رقم (٤١٧٨).

(٢) رواه البخاري: كتاب الأدب، باب: لا يسب الرجل والديه ح رقم ٥٩٧٣ (٨/ ٣)، ومسلم: كتاب الإيمان، باب الكبائر وأكبرها ح رقم (٢٧٣) (١ / ٧٤).

(٣) أعلام الموقعين (١٢٦/٣).

الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة:

١ – قال المصنف في شراء الجارية: «إذا ملكها بسائر أسباب الملك، لا يحل له أن يقربها قبل أن يستبرئها... أما الدواعي من القبلة والمعانقة والنظر إلى الفرج عن شهوة فلا يحل عند عامة العلماء إلا في المسبيَّة.

وجه قول العامة: ... لأن الاستمتاع بالدواعي وسيلة إلى القربان، والوسيلة إلى الحرام حرام أصله الخلوة، وهذا أولى؛ لأن الخلوة في التوسل إلى الحرام دون المس، فكان تحريمها تحريماً للمس بطريق الأولى»(١).

٢ - قول الكاساني رحمه الله في حكم الأجنبيات الحرائر: «إنما يحل النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة منها، من غير شهوة، فأما عن شهوة فلا يحل؛ ... لأن النظر عن شهوة سبب الوقوع في الحرام فيكون حراماً»(٢).

٣ - قوله رحمه الله: «من البيوع المنهي عنها بيع السلاح من أهل الفتنة وفي عساكرهم؛ لأن بيعه منهم من باب الإعانة على الإثم والعدوان، وأنه منهي عنه»(٣).

٤ - قوله رحمه الله: «ومن البيوع المنهي عنها البيع وقت النداء – وهو أذان الجمعة – لقوله تعالى: þè3ã ø8ÖQö/ `B ö4¬Á-ÿ š" Šqç #Œ) {ûZB#ä ûïÏ%©$#Š»ƒ â: á ì øŠ7ß¹r« ¼çÍ¬ 4¯) {ûÈõ³ç7ß¹ (٤). أمر بترك البيع عند النداء نهياً عن البيع، لكن لغيره وهو ترك السعي، فكان البيع في ذاته مشروعاً جائزاً لكنه يكره؛ لأنه اتصل به

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٢٩١).

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ٢٩٤).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٤٨١).

(٤) الآية رقم ٩ من سورة الجمعة.

غير مشروع وهو ترك السعي»[١].

٥ – قال المصنف: «ومما يكون من البياعات بيع الحاضر للباد، وهو أن يكون لرجل طعام وعلف لا يبيعهما إلا لأهل البادية بثمن غال، لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: **(لا يبيع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض)**[٢]. ولو باع جاز البيع؛ لأن النهي لمعنى في غير البيع وهو الإضرار بأهل المصر فلا يوجب فساد البيع كالبيع وقت النداء، وهذا إذا كان ذلك يضر بأهل البلد بأن كان أهله في قحط من الطعام والعلف، فإن كانوا في خصب وسعة فلا بأس لانعدام الضرر»[٣].

* * *

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٤٨٠).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) بدائع الصنائع (٤/ ٤٨٠).

المطلب الثالث

قاعدة «اليمين مما لا تجري فيه النيابة»[١]

اليمين: تطلق لغة: على معانٍ، منها:

أولاً: على القوة والقدرة[٢]، ومنه قوله تعالى:] \ [^ Z[٣]، أي: بالقوة[٤].

ثانياً: اليد اليمنى، ومنه قوله تعالى:] v w x y Z[٥]. أي: باليد اليمين، وسميت اليد الجارحة باليمين لفضل قوتها على الشمال عادة[٦].

ثالثاً: الحلف والقسم، ومنه قوله ^ : **(يمينك على ما يصدقك به صاحبك)**[٧].

وسمي الحلف يميناً لأنهم إذا تحالفوا ضرب كل احد منهم يمين صاحبه

---

(١) ينظر أحكام هذه القاعدة وألفاظها في: الفروق (٢/ ٣٣٣)، الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/ ٣٣٧)، والقواعد للمقري (٢/ ٥٨٢)، والمجموع المذهب في قواعد المذهب (٢/ ١٢٨، ٣٩٤)، والاعتناء في الفرق والاستثناء (٢/ ٥٩٧)، والمنثور (٢/ ٢١، ٣٧٥)، ومختصر قواعد العلائي وكلام الإسنوي (١/ ٣١٦)، والقواعد للحصني شرح مجلة الأحكام (٤/ ١٦١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (٤٦٣)، وترتيب اللآلئ في سلك الأمالي (٢/ ١١٣٣)، ودرر الحكام (٤/ ٤٩٧)، المادة رقم (١٧٤٥).

(٢) ينظر: مقاييس اللغة (١٠٧٢)، لسان العرب (١٥/ ٣٢٥) مادة (يمن)، المصباح المنير (٣٥١)، مختار الصحاح (٧٤٥)، بدائع الصنائع (٣/ ٥).

(٣) الآية رقم ٤٥ من سورة الحاقة.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٣/ ٥).

(٥) الآية رقم ٩٣ من سورة الصافات.

(٦) بدائع الصنائع (٣/ ٥).

(٧) أخرجه مسلم في كتاب الأيمان، باب: يمين الحالف على نية المستحلف، برقم (٥/ ٨٧ ح رقم ٤٣٧٣).

تأكيداً لما عقدوا[١]، فيكون اليمين لغة لفظ مشترك بيت القوة والجارحة والقسم، وإن كان الأصل في اليمين القوة، فإن الحلف بالله فيه معنى القوة على المحلوف عليه من الفعل والترك[٢]، لأنه يتقوى بها على التحصيل في المرغوب، وعلى الامتناع من المرهوب[٣].

اليمين اصطلاحاً: تقوية أحد طرفي الخبر بذكر اسم الله أو صفته على وجه مخصوص أو التعليق[٤].

وقوله: «أو التعليق» أتى بهذه الزيادة حتى يشمل الحلف بالطلاق والعتاق والنذر؛ لأن فيها معنى اليمين، فالحالف يتقوى به على الامتناع من تحصيل الشرط خوفاً من وقوع المشروط[٥].

«النيابة» لغة: بكسر النون، اسم مصدر من «ناب» عنه «ينوب» «نوباً» و«منابا»، إذا قام مقامه، وتقول: ناب عني في هذا الأمر نيابة إذا قام مقامك[٦]، وتقول: أناب زيد وكيلاً عنه في كذا، فزيد مُنيب والوكيل مُنَاب، والأمر منابٌ فيه. وتقول: ناب الوكيل عنه في كذا ينوب نيابة فهو نائب، والأمر منوب فيه وزيد منوبٌ عنه[٧].

---

(١) ينظر: طلبة الطلبة (١٤١)، المطلع على ألفاظ المقنع (٤٧٠).

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين (٤/٣).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٦/٣).

(٤) ينظر: التعريفات للجرجاني (ص٢٥٥)، كشاف اصطلاحات الفنون (ص١٥٣٨)، والتعريفات الفقهية للبركتي (ص ٢٤٤).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٦/٣).

(٦) ينظر: لسان العرب (١٤/٣٧٧) مادة (نوب)، القاموس المحيط (١٧٨)، مختار الصحاح (٦٠٢).

(٧) ينظر: المصباح المنير (٣٢٣) مادة (ن و ب).

النيابة اصطلاحاً: قيام شخص مقام غيره بإذنه بالتصرف، بحيث تنصرف آثار هذا التصرف إلى هذا الغير[١].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن اليمين تعدُّ تقوية وتوكيداً وإظهار صدق الحالف بما أخبر به، وتعتمد على الإجلال والتعظيم والعبودية لله تعالى، وهذا من تمام التوحيد[٢] وهو أمر شرعي تعبدي لا يغني فيه عن المكلف غيره، ولا يصح أن يكون شخص نائباً عن شخص آخر قد توجهت إليه اليمين ليحلف من قبله، فإن فعلها غير من كلف بها فاتت المصلحة التي طلبها الشارع وهي إجلال الحالف وتعظيمه لله سبحانه وتعالى، فلا تجوز النيابة فيها.

وقوله: «مما لا تجري فيه النيابة» «من» حرف جر ومعناها هنا التبعيض، و«ما» موصولة بمعنى «الذي» فكأنه قال: اليمين من الذي لا تجري فيه النيابة، وهذا التعبير فيه إشارة إلى ما ذكره المصنف عند كلامه عن النيابة في الحج[٣]، حيث قسم العبادات إلى ثلاثة أقسام هي: مالية محضة، وبدينة محضة، ومشتملة على البدن والمال، وبين أن البدنية المحضة هي التي لا تجوز فيها النيابة.

والقرافي[٤] في كتاب الفروق، عندما تكلم عن الفرق العاشر والمائة، قسم

---

(١) معجم لغة الفقهاء (٤٦١).

(٢) ينظر: القول المفيد على كتاب التوحيد (٦٦٢).

(٣) بدائع الصنائع (٢/ ٤٥٥، ٤٥٦).

(٤) هو شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن الصنهاجي القرافي المصري المالكي، أبو العباس، ولد سنة ٦٢٦هـ. أحد الأعلام المشهورين، انتهت إليه رئاسة الفقه على مذهب مالك، كان بارعاً في الفقه والأصول والعلوم العقلية، من مؤلفاته: تنقيح الفصول وشرحه، ونفائس الأصول، والذخيرة في الفقه، والفروق في القواعد الفقهية، والعقد المنظوم، توفي سنة ٦٨٤هـ ودفن بالقرافة.

=

العبادات إلى ثلاثة أقسام ولكن باعتبار آخر وهو اعتبار المصلحة حيث قال: «الأفعال قسمان: منها ما يشتمل فعله على مصلحة بقطع النظر عن فاعله.. ومنها ما لا يتضمن مصلحة في نفسه بل بالنظر إلى فاعله... ومنها قسم متردد بين هذين القسمين». ثم حكى الإجماع على جواز النيابة في الأول وعدم جواز النيابة في الثاني، ومنه الأيمان. أما القسم الثالث فقد ذكر خلاف العلماء فيه، كالحج[١].

ولكن يستثنى من هذه القاعدة من يصح إقراره فإنه يصح أن يحلف عن غيره، كالوكيل بالبيع، والخصومة بالرد بالعيب من جهة المالك؛ لأن إقراره صحيح هنا، ولأن اليمين إنما شرعت لرجاء النكول[٢].

أصل القاعدة:

يمكن أن يستدل لهذه القاعدة بعموم الأدلة الدالة على عدم جواز النيابة في العبادات ومنها:

١ - قوله تعالى:] أَمْ لَمْ يُنَبَّأْ بِمَا فِي صُحُفِ مُوسَىٰ ﴿٣٦﴾ وَإِبْرَاهِيمَ الَّذِي وَفَّىٰ ﴿٣٧﴾ أَلَّا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴿٣٨﴾ وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَانِ إِلَّا مَا سَعَىٰ Z [٣].

فهذه الآيات تدل على أنه ليس للإنسان إلا سعي نفسه، وعلى أن كل نفس لن تسأل ولن تُحاسب إلا على ما فعلته وكسبته من خير أو شر، فلن يحصل لها من الأجر إلا على قدر ما فعلت من الطاعات، ولن تعاقب إلا على ما اقترفته من

= [ينظر: الديباج المذهب(١ / ٢٠٥)، شجرة النور الزكية (١ / ٤٦١)، الأعلام (١ / ١٩٤)].

(١) ينظر: الفروق (٢ / ٣٣٣).

(٢) ينظر تكملة حاشية ابن عابدين (٢ / ٥٤)، بدائع الصنائع (٢ / ٤٥٥، ٤٥٦)، وترتيب الألالي (٢ / ٧٩٠).

(٣) الآيات رقم (٣٦ – ٣٩) من سورة النجم.

الذنوب، فيستحيل أن يكون الإنسان فاعلاً بفعل الغير حقيقة[١].

وأن هذا أمر قد كان مقرراً في الكتب السماوية الماضية، وأنه قاعدة عامة في كل الشرائع، وعليه فلا يحلف أحد عن أحد لما في ذلك من اعتقاد تعظيم المحلوف به وإجلاله، وهذا أمر يترتب على فعله ثواب إن كان صادقاً وعقاب إن كان كاذباً.

٢ - قوله تعالى:] وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ Z[٢].

٣ - قوله تعالى:] وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ ´ ¶ ¸ مُثْقَلَةٌ إِلَىٰ حِمْلِهَا لَا يُحْمَلْ مِنْهُ شَيْءٌ وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ إِنَّمَا تُنذِرُ الَّذِينَ يَخْشَوْنَ رَبَّهُم بِالْغَيْبِ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَمَن تَزَكَّىٰ فَإِنَّمَا يَتَزَكَّىٰ لِنَفْسِهِ وَإِلَى اللَّهِ الْمَصِيرُ Z[٣].

فهذه الآيات تدل على أنه لا يجزئ عمل أحد عن أحد، وأن وزر كل أحد عليه وأنه لا يحمل غيره عنه شيئاً من وزره ولا تبعة على أحد من وزر غيره.

٤ - من السنة قوله ^ : **(إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى)**[٤]. فيدل هذا الحديث بمفهومه على أن المرء لا يحصل على ما نواه غيره.

٥ – الإجماع على أن الأفعال التي لا تتضمن مصلحة بنفسها، بل بالنظر إلى فاعلها – ومنها الأيمان – لا تجوز فيها النيابة[٥].

٦ - أن النيابة في اليمين تنافي المقصود منه، وهو إظهار صدق الحالف وذلك بإجلال الله سبحانه وتعالى وتعظيمه والعبودية له، فلا يحصل هذا بحلف غيره عنه،

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥ / ٣٧).

(٢) الآية رقم ١٦٤ من سورة الأنعام.

(٣) الآية رقم ١٨ من سورة فاطر.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) الفروق (٢ / ٣٣٣).

ولذا يقال ليس من السنة أن يحلف أحد ويستحق غيره[١].

٧ - أنه لو صحت النيابة في العبادات البدنية - ومنها الأيمان - لصحت في الأعمال القلبية، كالإيمان وغيره من الصبر والشكر والرضا والخوف وما شابه ذلك[٢].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ - قال المصنف: «اللعان لا تجري فيه النيابة حتى لو وكل أحد الزوجين باللعان لا يصح التوكيل، لأنه بمنزلة الحد فلا يحتمل النيابة كسائر الحدود، ولأنه شهادة أو يمين وكل واحد منهما لا يحتمل النيابة»[٣].

«لو وكل رجل رجلاً بقبض دين له على رجل وغاب الطالب، فادعى الغريم أنه قد أوفاه الطالب فلا يحتاج الوكيل إلى إقامة البينة ولا إلى إحضار الطالب ليحلفه، لكن يقال للغريم: ادفع الدين إلى الوكيل ثم اتبع الطالب وحلفه إن أردت يمينه، فإن حلف وإلا رجعت عليه، لقول النبي ﷺ: **(واليمين على المدعى عليه)**[٤]، ولأن الغريم ما ادعى على الوكيل شيئاً، وإنما ادعى على الموكل فكانت اليمين عليه، واليمين مما لا تجري فيه النيابة»[٥].

* * *

(١) تهذيب الفروق مع الفروق (٢/٣٣٣).

(٢) الموافقات (٢/٢٣٠).

(٣) بدائع الصنائع (٣/٣٧٩).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الرهن، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه فالبينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ح رقم (٢٥١٤) (٣/١٨٧)، والشهادات، باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود رقم (٢٦٦٨) (٣/٢٣٣).

(٥) بدائع الصنائع (٥/٢٥، ٢٦).

المبحث الثاني

قواعد في اليقين والشك

وفيه سبعة مطالب

المطلب الأول: قاعدة: « الثابت بيقين لا يزول بالشك » .

المطلب الثاني: قاعدة: « غير الثابت بيقين لا يثبت في الشك » .

المطلب الثالث: قاعدة: « اعتبار الحقائق هو الأصل » .

المطلب الرابع: قاعدة: « الأصل في الإبضاع الحرمة والحظر » .

المطلب الخامس: قاعدة « اعتبار الغالب وإلحاق المغلوب بالعدم هو الأصل في أحكام الشرع » .

المطلب السادس: قاعدة: « الظاهر بقاء ما كان على ما كان » .

المطلب السابع: قاعدة: « الأصل في بني آدم الحرية » .

المطلب الأول

قاعدة: «الثابت بيقين لا يزول بالشك»[١][٢]

شرح ألفاظ القاعدة:

قوله: «الثابت» الثاء والباء والتاء كلمة واحدة وتعني دوام الشيء، يقال: ثبت الشيء «ثبتاً» «ثابتاً» و«ثبوتاً» أي دام واستقر[٣]، فالثابت هو الدائم المستقر.

اليقين لغة: العلم وزوال الشك[٤]، وتحقق الأمر، فهو نقيض الشك والعلم نقيض الجهل[٥]، فتقول: «يقن» الأمر «ييقن» «يقناً» من باب تعب إذا ثبت

---

(١) أورد المصنف هذه القاعدة بهذا اللفظ في مواضع كثيرة من الكتاب منها: (٤/ ٥٢، ٣٤١، ٤١٨،)، (٥/ ٢٨٧).

(٢) ينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: أصول الكرخي (ص ٨٠)، مطبوع مع تأسيس النظر، وتأسيس النظر (ص ٦)، والأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/ ٢١٨)، ولابن السبكي (١/ ١٣)، والمنثور للزركشي (٢/ ٢٤١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٥٠)، وإيضاح المسالك (ص ١٩٩)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٧٥)، وغمز عيون البصائر (١/ ١٩٣)، والفوائد الجنية حاشية على المواهب السنية شرح الفرائد البهية (ص ١٨٢)، ومجلة الأحكام العدلية وشروحها (المادة رقم ٤)، والقواعد والأصول الجامعة للسعدي (ص ٧٥)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٧٩)، والقواعد الفقهية للبركتي (١/ ١)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للحصيري (ص ١٨٩)، والقواعد الفقهية المستنبطة من المدونة الكبرى (١/ ٤٢٩)، وتطبيقات القواعد الفقهية عند المالكية من خلال كتاب البهجة شرح التحفة (ص ٤١)، وقاعدة (اليقين لا يزول بالشك) ليعقوب الباحسين (ص ٢٧ – ٦٥).

(٣) ينظر: معجم مقاييس اللغة (ص ١٧٥)، لسان العرب (٣/ ٦)، مادة (ثبت)، المصباح المنير (ص ٤٦).

(٤) ينظر: معجم مقاييس اللغة (ص ١٠٧١)، القاموس المحيط (ص ١٦٠١).

(٥) ينظر: المصباح المنير (ص ٣٥١).

ووضح [١]، ويقن الماء في الحوض إذا استقر فيه[٢]، فهو العلم الذي لا تردد معه، ويستعمل متعدياً بنفسه وبالباء، فيقال: يقنته ويقنت به[٣].

ولا يشترط في تحقق اليقين الاعتراف والتصديق بل يتصور مع الجحود[٤]، كقوله تعالى:] ! " # $ Z[٥].

اليقين اصطلاحاً: عرفه علماء الأصول بقولهم: الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع[٦].

فقوله: «الاعتقاد الجازم» قيد يخرج الظن وغلبة الظن؛ لأنه لا جزم فيهما.

وخرج بقوله: «المطابق للواقع» ما ليس مطابقاً للواقع وهو الجهل وإن كان صاحبه جازماً.

وخرج بقوله: «الثابت» اعتقاد المقلد الجازم فيما كان صواباً منه؛ لأن اعتقاده لما لم يكن عن دليل كان عرضة للزوال[٧].

---

(١) ينظر: لسان العرب (١٥/ ٣٢١) مادة (يقن).

(٢) ينظر: الكليات للكفوي (ص ٩٨٠)، غمز عيون البصائر (١/ ١٩٣).

(٣) المصباح المنير (ص ٣٥١)، ومعجم مقاييس اللغة (ص ١٠٧١)، والقاموس المحيط (ص ١٦٠١) (يقن).

(٤) الكليات للكفوي (ص ٩٨٠).

(٥) من الآية رقم ١٤ من سورة النمل.

(٦) ينظر: الإبهاج (١/ ٣٠)، ورفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب (١/ ٢٤٣)، والتقرير والتحبير (١/ ٤٠)، والكليات للكفوي (٩٧٩)، كشاف اصطلاحات الفنون (٣/ ١٥٣٧)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٧٩)، وعرفه الجرجاني بتعريف قريب من هذا فقال: هو اعتقاد الشيء بأنه كذا مع اعتقاد أنه لا يمكن إلا كذا مطابقاً للواقع غير ممكن للزوال. التعريفات (٢٥٥).

(٧) ينظر: التقرير والتحبير (١/ ٤٠)، وكشاف اصطلاحات الفنون (٣/ ١٥٣٧)، وشرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا (٧٩).

أما الفقهاء فقد عرَّفوا اليقين بتعريف مطابق لتعريفه في اللغة، فهم لا يقصرون اليقين هنا على القطع والجزم فقط، وإنما يجرون غالب الظن مجرى اليقين في بناء الأحكام الشرعية عليه.

وهذا ما قرره الكاساني بقوله: «العمل بغالب الرأي وأكبر الظن في الأحكام واجب»[(١)]، وقوله: «غالب الرأي حجة موجبة للعمل به، وأنه في الأحكام بمنزلة اليقين»[(٢)].

ويقول ابن نجيم بعد ذكره للقاعدة: «والمراد به غالب الظن»[(٣)].

ويقول المقري[(٤)]: «الظن الغالب الذي تسكن إليه النفس، ويطمئن به القلب هو المراد من اليقين ههنا، لا العلم الذي لا يحتمل النقيض»[(٥)].

ويقول النووي[(٦)]: «واعلم أنهم يطلقون العلم واليقين ويريدون بهذا الظن

---

(١) بدائع الصنائع (١/ ٢١٩).

(٢) بدائع الصنائع (٢/ ٢٦٨).

(٣) الأشباه والنظائر (٧٩).

(٤) هو أبو عبدالله محمد بن محمد بن أحمد القرشي المقري، وقيل: محمد بن أحمد، ولد بين سنتي ٧٠٧هـ - ٧١٨هـ وقيل في وفاته عدة أقوال، قال محقق كتابه «القواعد»: إن أقربها إلى الصواب أنه توفي في أواخر عام ٧٥٨هـ. من كتبه «عمل من طب لمن حب» في الفقه وأدلته، و«المحاضرات» في فوائد متنوعة. انظر: نيل الابتهاج (ص ٢٤٩)، وشجرة النور الزكية (ص ٢٣٢)، ومقدمة محقق كتاب «القواعد» (١/ ٢٣ – ٩٩).

(٥) قواعد المقري (١/ ٢٩١).

(٦) هو: يحيى بن شرف بن مري بن حسن النووي الدمشقي، أبو زكريا محيي الدين، ولد بنوى سنة ٦٣١ هـ أحد أعلام الدين، وأبرز علماء الشافعية ومحققيهم، أتقن علوماً كثيرة، و صنف تصانيف جمة، كان ورعاً زاهداً مقبلاً على العلم والعبادة، آمراً بالمعروف ناهياً عن المنكر، **من مؤلفاته**: شرح صحيح مسلم، ورياض الصالحين، ومنهاج الطالبين، وروضة الطالبين، **توفي** سنة ٦٧٦هـ.

انظر ترجمته في: تذكرة الحفاظ للذهبي (٤/ ١٤٧٠)، وطبقات الشافعية الكبرى لابن السبكي (٨/ ٣٩٥)، وطبقات الشافعية للإسنوي (٢/ ٢٨٦)، والبداية والنهاية (١٤/ ٥٣٩)، والدليل

=

الظاهر، لا حقيقة العلم واليقين، فإن اليقين هو الاعتقاد الجازم، وليس ذلك بشرط في هذه المسألة ونظائرها»[١].

وعلى هذا يكون المراد باليقين عند الفقهاء: حصول الجزم أو الظن الغالب بوقوع الشيء أو عدم وقوعه[٢]، وهذا هو المراد بلفظ اليقين الوارد بالقاعدة؛ لأنه هو الموافق لقواعد الشريعة وما جاءت به من رفع الحرج عن المكلفين وتكليفهم بما يستطيعونه؛ لأن الجزم قد يكون متعذِّراً أو عزيزاً في أغلب الأحوال، وترك العمل بغالب الظن فيه تفويت لكثير من المصالح وتعطيل لأكثر الأحكام الشرعية.

أما كون الظن الغالب قد يتطرق إليه احتمال الكذب فإن هذا لا يضره؛ لأنه «لما كان الغالب صدق الظنون بنيت عليها مصالح الدنيا والآخرة؛ لأن كذبها نادر، فلا يجوز تعطيل مصالح صدقها الغالب خوفاً من وقوع مفاسد كذب ظنونها النادر»[٣].

الشك لغة: من «شك» الأمرُ «يشك، شكًّا» إذا التبس «وشككتُ» فيه فهو يستعمل لازماً ومتعدياً وجمعه شكوك، وهو نقيض اليقين أي: مطلق التردد[٤].

قال ابن فارس[٥]: «الشين والكاف أصل واحد مشتق بعضه من بعض، وهو

= الشافي لابن تغري بردي (٢/ ٧٧٥)، وطبقات الشافعية لابن هداية الله (ص/ ٢٢٥).

(١) المجموع (١/ ٩١).

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٢٢).

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٢/ ٣٥).

(٤) لسان العرب (٨/ ١١٨)، المنثور في القواعد (٢/ ٢٤).

(٥) **هو**: أحمد بن فارس بن زكريا بن محمد بن حبيب الرازي – نسبة للري - القزويني، أبو الحسين، ولد بقزوين سنة ٣٢٩هـ من أعيان علماء اللغة المحققين، جمع بين إتقان العلماء، وظرف الكتاب والشعراء، ومذهبه في النحو على طريقة الكوفيين، كان رأساً في اللغة والأدب، مناظراً فقهياً محدثاً علامةً، كريم النفس جواد اليد، كان أول أمره شافعي المذهب، ولما تحول إلى الري قال:«أخذتني الحمية للإمام مالك أن يخلو مثل هذا البلد عن مذهبه»، فانتقل إلى التمذهب بالمذهب المالكي، **من مؤلفاته**: مقاييس اللغة، والمجمل في اللغة، وحلية الفقهاء، وغريب إعراب القرآن، **توفي** بالري سنة ٣٩٥هـ وقيل: سنة ٣٩٠هـ. **انظر ترجمته في**: ترتيب المدارك للقاضي عياض (٧/ ٨٤)، وإرشاد الأديب للحموي (١/ ٤١٠)، وإنباه الرواه

=

يدل على التداخل، من ذلك قولهم: شككته بالرمح، وذلك إذا طعنته فدخل السنان جسده...

ومن هذا الباب الشك الذي هو خلاف اليقين، سمي بذلك لأن الشاكَّ كأنه شُك له الأمران في مشك واحد، وهو لا يتقين واحداً منهما، فمن ذلك اشتقاق الشك»[(١)].

الشك اصطلاحاً: عرفه الأصوليون بأنه: «تجويز أمرين لا مزية لأحدهما على الآخر»[(٢)].

أما إن ترجَّح أحدهما على الآخر فالراجح ظن غالب وهذا هو المعتبر بمنزلة اليقين في بناء الأحكام الشرعية عليه إذا كان مستنداً إلى دليل معتبر، والمرجوح وهم.

أما تعريف الشك عند الفقهاء، فإنهم يعرفونه بتعريفه في اللغة، أي: مطلق التردد[(٣)] بين أمرين فأكثر من جهة الوجود والعدم، فلا فرق عندهم بين من يغلب على ظنه أحدهما، أو يتساوى الأمران عنده.

وهذا ما بينه النووي رحمه الله بقوله: «اعلم أن مراد الفقهاء في الشك في الماء والحدث والنجاسة والصلاة والصوم والطلاق والعتق وغيرها هو التردد بين وجود الشيء وعدمه سواء كان الطرفان في التردد سواء أو أحدهما راجحاً، فهذا معناه في

= للقفطي (١/١٢٧)، ووفيات الأعيان لابن خلكان (١/١١٨)، وسير أعلام النبلاء (١٧/١٠٣)، والوافي بالوفيات للصفدي (٧/٢٧٨)، والديباج المذهب لابن فرحون (١/١٦٣)، والبلغة للفيروزابادي (ص/٦١)، وبغية الوعاة للسيوطي (١/٣٥٢).

(١) معجم مقاييس اللغة (٤٩٩).

(٢) العدة لأبي يعلى (١/٨٣)، غمز عيون البصائر (١/١٩٣)، وقواطع الأدلة (١/٢٣).

(٣) المنثور في القواعد (٢/٢٤).

استعمال الفقهاء في كتب الفقه.

وأما أصحاب الأصول ففرَّقوا بينهما، فقالوا: التردد بين الطرفين إن كان على السواء فهو الشك والراجح ظن والمرجوح وهم»[١].

وكذلك ابن القيم حين قال: «حيث أطلق الفقهاء لفظ الشك، فمرادهم به التردد بين وجود الشيء وعدمه سواء تساوى الاحتمالان أو رجح أحدهما»[٢].

لكن ابن القيم رحمه الله ذكر أن هذا الكلام ليس على إطلاقه، وإنما هو منقوض بصور ذكر جزء منها إلى أن قال: «ونظائر ذلك شتى»[٣].

وقد وافقه على ذلك الزركشي[٤]، حيث قال بعدما عرَّف الشك عند الأصوليين: «وأما عند الفقهاء فزعم النووي أنه كاللغة في سائر الأبواب لا فرق بين المساوي والراجح، وهذا إنما قالوه في الأحداث، وقد فرقوا في مواضع كثيرة بينهما»[٥]. ثم ذكر جملة من الصور والمسائل التي تؤيد قوله.

وقد حاول الحموي[٦] رحمه الله الجمع بين مراد الفقهاء بالشك وبين مراد

---

(١) المجموع (١/ ٧٧ - ٧٨).

(٢) بدائع الفوائد (٤/ ٢٦).

(٣) بدائع الفوائد (٤/ ٢٦).

(٤) هو بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله، التركي الأصل، الزركشي، ولد سنة ٧٤٥هـ في مصر، كان فقيهاً أصولياً شافعياً، جامعاً ومؤلفاً ومحرراً، له البحر المحيط في الأصول، والمنثور في القواعد، وتشنيف المسامع شرح جمع الجوامع، والبرهان في علوم القرآن. توفي بمصر سنة ٧٩٤هـ.

[ينظر: الدرر الكامنة (٣/ ٣٩٧)، شذرات الذهب (٨/ ٥٧٢)، والأعلام (٦/ ٦٠)].

(٥) المنثور في القواعد (٢/ ٢٤).

(٦) **هو**: أحمد بن محمد الحسيني الحموي الأصل، أبو العباس شهاب الدين المصري، من محققي الحنفية، ومدققيهم، كان فقيهاً أصولياً، تولى إفتاء الحنفية، والتدريس بالقاهرة، **من مؤلفاته**: غمز عيون البصائر

=

الأصوليين بعدما وافق الزركشي على أن تفريق النووي زعم، فقال: «إنما ينبغي أن يقال: إن الظن قد يطلق عند الفقهاء على أحد شقي التردد، وذلك لأنه قد يترجح بوجه، ثم يزول الترجيح بمعارض له، فسموه ظناً باعتبار ذلك الحال، وبنوا عليه الحكم في المال فيحصل بذلك التوفيق بين كلامهم في الأصول، وكلامهم في الفروع، ولا ينبغي الجزم بأنه عند الفقهاء مطلقاً من قبيل الشك، فلا يتوهم تركهم استعماله بمعنى الطرف الراجح أصلاً فتأمل»[(١)].

فهو في هذا الكلام يبين أن المراد بالظن الذي يلحق بالشك هو الظن الراجح الذي لا يعضده دليل شرعي يستند إليه كما لو غلب على ظن الغاصب حل العين المغصوبة له بناء على احتمال جعل المالك إياه في حل منها وكما لو ظفر إنسان بمال الغير فأخذه بناء على احتمال أن المالك أباحه لمن يأخذه[(٢)]، فإنه يكون ضامناً ولا تعتبر غلبة الظن هذه مهما قويت؛ لأنها غير مستندة إلى دليل فهذا مجرد وهم، **ولا عبرة بالتوهم**[(٣)]. وهذا هو الذي صرح به ابن تيمية[(٤)] رحمه الله بقوله: «كل احتمال

= شرح الأشباه والنظائر، والدر الفريد في بيان حكم التقليد، وكشف الرمز عن خبايا الكنز، وحكم الصلاة في السفينة، **توفي** سنة ١٠٩٨هـ.

انظر ترجمته في: عجائب الآثار للجبرتي (١/ ١١٤)، والأعلام للزركلي (١/ ٢٣٩)، ومعجم المؤلفين لكحالة (١/ ٢٥٩).

(١) غمز عيون البصائر (١/ ٢٤٠، ٢٤١).

(٢) ينظر: القواعد للزرقا (٨٠/ ٨١).

(٣) درر الحكام (١/ ٧٣)، المادة (٧٤).

(٤) هو أحمد بن عبدالحليم بن عبدالسلام تقي الدين ابن تيمية، ولد بحران سنة (٦٦١هـ)، وبرع في علوم النقل والعقل، كان مجاهداً مصلحاً مجاهراً بالحق، أوذي كثيراً حتى إنه مات في سجن دمشق سنة (٧٢٨هـ)، له مصنفات كثيرة مفيدة يكفيه منها «الفتاوى» التي جمعها ورتبها الشيخ عبدالرحمن بن محمد بن قاسم (ت١٣٩٢هـ) التي طبعت بالرياض في (٣٧) مجلداً، وسيرته ومناقبه طبعت في كتب ورسائل. راجع: الأعلام (١/ ١٤٤)، شذرات الذهب (٦/ ١٨)، البداية والنهاية (١٤/ ١٣٥).

لا يستند إلى أمارة شرعية لم يلتفت إليه»[١].

ثانياً: معنى القاعدة الإجمالي:

بعد أن تبين معنى اليقين ومعنى الشك في اصطلاح الفقهاء أصبح معنى القاعدة واضحاً وجلياً، وهو أنه إذا ثبت أمر من الأمور أو حالة من الحالات ثبوتاً يقينياً، بدليل معتبر شرعاً، ثم طرأ الشك في وجود ما يزيل ذلك اليقين، فإنه لا يرتفع حكم ذلك اليقين بمجرد طروء الشك عليه؛ لأن اليقين أقوى من الشك فلا يرتفع اليقين القوي بالشك الضعيف[٢].

أصل القاعدة:

تستند هذه القاعدة إلى أدلة كثيرة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أولاً: من القرآن الكريم:

١ - قوله تعالى:] \ [^ _ ` a b c[٣].

وجه الاستدلال من الآية: أن المراد بالظن هنا هو التوهم والتخيل الذي لا يغني من اليقين شيئاً[٤]، لأنه قول غير مستند إلى برهان عندهم[٥]، فلا يستطيع أن يقف أمام العلوم والمعارف والحقائق الثابتة بالدليل والبرهان.

قال ابن جرير[٦]: «إن الشك لا يغني من اليقين شيئاً، ولا يقوم في شيء

---

(١) مجموع الفتاوى (٢١/٥٦)، قال ذلك عنما كان يتكلم عن الشك في طهارة الماء.

(٢) ينظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا (٨٢).

(٣) من الآية رقم ٣٦ من سورة يونس.

(٤) تفسير ابن كثير (٤/٢٦٨).

(٥) تفسير الكشاف (٣/٣٣٨).

(٦) هو: محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الطبري، أبو جعفر، من أهل طبرستان، ولد سنة ٢٢٤هـ طوّف الأقاليم في طلب العلم، كان إماماً جليلاً مجتهداً عالماً فقيهاً أصولياً، رأس المفسرين على الإطلاق،

=

مقامه ولا ينتفع به حيث يحتاج إلى اليقين»[١].

ثانياً: من السنة:

١ - عن عبدالله بن زيد[٢] رضي الله عنه أنه شكى إلى رسول الله ﷺ الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في صلاته، فقال: **(لا ينفتل أو لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً)**[٣].

وجه الاستدلال من الحديث: أن الشيء إذا كان ثابتاً ثبوتاً يقيناً فإنه يحكم ببقائه ولا يضره الوهم والتخيل والشك الذي يطرأ عليه بعد ثبوته.

قال النووي رحمه الله بعد ذكره لهذا الحديث: «هذا الحديث أصل من أصول

= بصيراً بمعاني كتاب الله، فقهياً في أحكامه، عارفاً بالقراءات، عالماً بالآثار والسنن، علامةً في اللغة والتاريخ وأيام الناس، من أعيان عصره، كل ذلك مع الزهد والورع، له مصنفات بديعة، **منها**: جامع البيان في تفسير القرآن، وتاريخ الأمم والملوك، وتهذيب الآثار، والتبصير في أصول الدين، **توفي** سنة ٣١٠هـ.

انظر ترجمته في: تاريخ مدينة السلام للخطيب (٢/ ٥٤٨)، وطبقات الفقهاء للشيرازي (ص/ ٩٠)، ووفيات الأعيان لابن خلكان (٤/ ١٩١)، وطبقات علماء الحديث لابن عبدالهادي (٢/ ٤٣١)، وسير أعلام النبلاء (١٤/ ٢٦٧)، وتذكرة الحفاظ للذهبي (٢/ ٧١٠)، والوافي بالوفيات للصفدي (٢/ ٢٨٤)، وطبقات الشافعية الكبرى لابن السبكي (٣/ ١٢٠)، وطبقات المفسرين للداودي (٢/ ١٠٦)، وطبقات المفسرين للأدنه وي (ص/ ٤٨).

(١) جامع البيان (٦/ ٥٦١).

(٢) هو عبدالله بن زيد بن عاصم بن كعب الأنصاري المازني البخاري، أبو محمد، اختلف في شهوده بدراً، هو الذي شارك وحشي بن حرب في قتل مسيلمة الكذاب، استشهد بالحرة سنة ٦٣هـ.
ينظر: الاستيعاب (٦/ ٢١٠)، رقم (١٥٤٠)، سير أعلام النبلاء (٢/ ٣٧٧)، الإصابة (٦/ ٩١)، رقم (٤٦٧٩).

(٣) رواه البخاري في كتاب الوضوء، باب لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن الحديث رقم (١٣٧) (١/ ٤٦) واللفظ له، ومسلم، في كتاب الحيض، باب الدليل على أن من تيقن الطهارة ثم شك في الحدث فله أن يصلي بطهارته تلك، الحديث رقم (٨٣٠) (١/ ١٨٩).

الإسلام، وقاعدة عظيمة من قواعد الفقه، وهي أن الأشياء يحكم ببقائها على أصولها حتى يتيقن خلاف ذلك، ولا يضر الشك الطارئ عليها»[(١)].

٢ - عن أبي هريرة[(٢)] رضي الله عنه قال: قال رسول الله ^ : **(إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشكل عليه أخرج منه شيء أم لا؟ فلا يخرجن من المسجد حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً)** [(٣)].

وجه الاستدلال من الحديث: أن الأمر إذا تردد بين أمرين لا مزية لأحد منهما على الآخر فلا ينظر إليه، ويعمل بالأصل وهو الحال السابق إلا إذا ترجح أحدهما بدليل أو برهان فإنه يعمل به.

قال الخطابي[(٤)] رحمه الله معلقاً على هذا الحديث: «وفي الحديث من الفقه أن

---

(١) شرح صحيح مسلم (٤/ ٤٩)، وينظر المجموع شرح المهذب (١/ ١٠٣)، حيث يقول بعد ذكره لهذا الحديث: «نبه ^ على أن الأصل واليقين لا يترك حكمه بالشك وهذه قاعدة مطرد لا يخرج منها إلا مسائل يسيرة لأدلة خاصة على تخصيصها، وبعضها إذا حقق كان داخلاً فيها».

(٢) أبو هريرة: عبدالرحمن بن صخر الدوسي، صاحب رسول الله ^ وقد اختلف في اسمه واسم أبيه في الجاهلية والإسلام اختلافاً كثيراً، كان من أكثر الصحابة حفظاً ورواية عن النبي ^ ، وكان يحفظ (٥٣٧٤) حديثاً، توفي بالعقيق سنة ٥٨هـ.

ينظر: الاستيعاب (٤/ ١٧٤٨)، شذرات الذهب (١/ ٦٣)، وفيات سنة ٥٧هـ.

(٣) رواه مسلم في صحيحه، كتاب الحيض، باب الدليل على أن من تيقن الطهارة... الحديث رقم (٨٣١)، (١/ ١٩٠).

(٤) هو: حمد – وفي بعض المصادر: أحمد- بن محمد بن إبراهيم بن خطاب البستي، أبو سليمان الخطابي، يرجع نسبه إلى زيد بن الخطاب، ولد سنة ٣١٩هـ تفقه على مذهب الإمام الشافعي، وأخذه عن أبي بكر القفال الشاشي، وأصبح من كبار العلماء في وقته، إماماً علامةً حجة حافظاً محدثاً صدوقاً، ولغوياً، وأحد الزهاد والورعين، **من مؤلفاته:** معالم السنن، وأعلام الحديث، وشأن الدعاء، والعزلة، **توفي** ببست سنة ٣٨٨هـ.

انظر ترجمته في: إرشاد الأريب لياقوت (٢/ ٤٨٦)، وإنباه الرواة للقفطي (١/ ١٢٥)، ووفيات الأعيان

=

الشك لا يزحم اليقين»[١].

ثالثاً: الإجماع:

أجمع الفقهاء على العمل بهذه القاعدة، وقد حكى الإجماع أكثر من واحد من أهل العلم.

قال القرافي: «هذا قاعدة مجمع عليها، وهي أن كل مشكوك فيه يجعل كالمعدوم الذي يجزم بعدمه»[٢].

رابعاً: العقل:

(أن اليقين أقوى من الشك، لأن اليقين حكم قطعي جازم، فلا ينهدم بالشك) [٣]، أي أن اليقين أقوى من الشك لأن فيه معنى الثبوت والاستقرار، أما الشك فهو مطلق التردد فلا يقوى على إزالة اليقين.

الفروع التي بنيت على هذه القاعدة:

- إذا انهدمت الدار المستأجرة فهل ينفسخ عقد الإجارة أو لا؟

١ – قال المصنف: «اختلفت الروايات في ذلك... ذكر في بعض الروايات[٤] أن العقد لا ينفسخ، لكن يثبت حق الفسخ؛ لأن الدار بعد الانهدام بقيت منتفعاً بها منفعة السكنى في الجملة بأن يضرب فيها خيمة، فلم يفت المعقود عليه رأساً، فلا ينفسخ العقد على أنه إن فات كله، لكن فات على وجه يتصور عوده، وهذا يكفي

= لابن خلكان (٢/ ٢١٤)، وسير أعلام النبلاء (١٧/ ٢٣)، وطبقات الشافعية الكبرى لابن السبكي (٣/ ٢٨٢)، وطبقات الشافعية للإسنوي (١/ ٤٦٧).

(١) معالم السنن (١/ ٦٤).

(٢) الفروق (١/ ٢٠١)، (الفرق العاشر)، وينظر: التمهيد (١٤/ ٣٣٩، ٣٤٠).

(٣) قاعدة اليقين لا يزول بالشك، د. يعقوب الباحسين (ص ٢١٥).

(٤) اختلفت الروايات، المراد بذلك الروايات عن محمد بن الحسن رحمه الله.

لبقاء العقد.

والأصل في ذلك: أن العقد المنعقد بيقين لا يسقط لتوهم عدم الفائدة؛ لأن الثابت بيقين لا يزول بالشك»[١].

٢ – ذكر المصنف أن عقد الاستصناع جائز بشروطه، ومنها أن لا يضرب له أجل، وإلا كان سلماً هذا عند أبي حنيفة، أما عند أبي يوسف ومحمد ابن الحسن فهذا ليس بشرط، ويعتبر استصناعاً سواء ضرب فيه أجل أو لم يضرب، هذا فيما يجوز فيه الاستصناع.

«ووجه قولهما: أن العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع، وإنما يقصد به تعجيل العمل لا تأخير المطالبة، فلا يخرج به عن كونه استصناعاً، أو يقال قد قصد بضرب الأجل تأخير المطالبة، وقد يقصد به تعجيل العمل فلا يخرج العقد عن موضوعه مع الشك والاحتمال»[٢].

٣ - إذا صار الكلب معلماً، وصاد به صاحبه ثم أكل بعد ذلك فهل يجوز أكل ما صاده قبل ذلك إن كان باقياً؟

عند أبي حنيفة لا يجوز، وعندهما يجوز.

«وجه قولهما: أن أكل الكلب يحتمل أن يكون لعدم التعليم، ويحتمل أن يكون مع التعليم لفرط الجوع، ويحتمل أن يكون للنسيان؛ لأن المعلم قد ينسى، فلا يحرم ما تقدم من الصيود مع الشك والاحتمال»[٣].

٤ - بيع الآبق لا ينعقد، لعدم القدرة على التسليم، لكن إذا أبق بعد البيع

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٥٢) بتصرف.

(٢) المصدر السابق (٤/ ٩٤ - ٩٥).

(٣) المصدر السابق (٤/ ١٧٩).

وقبل القبض فإن البيع لا ينفسخ؛ «لأن القدرة على التسليم كانت ثابتة لذا العقد فانعقد ثم زالت على وجه يحتمل عودها فيقع الشك في زوال المنعقد بيقين، والثابت بيقين لا يزول بالشك»[١].

٥ - إذا هلك أحد العبدين أو الدابتين أو غيرهما من الأشياء الذي وقع عليها خيار التعيين في البيع، «إذا هلك أحدهما قبل القبض لا يبطل البيع؛ لأنه يحتمل أن يكون الهالك هو المبيع فيبطل البيع بهلاكه، ويحتمل أن يكون غيره فلا يبطل، والبيع قد صح بيقين ووقع الشك في بطلانه فلا يبطل بالشك»[٢].

٦ - «المفقود[٣] حاله غير معلوم، يحتمل أنه حي ويحتمل أنه ميت، فلا تبين امرأته، لأن عقد النكاح ثابت بيقين، والوفاة أمر محتمل، فلا تثبت البينونة مع الشك والاحتمال»[٤].

* * *

(١) المصدر السابق (٤/ ٣٤١).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٥٢٤، ٥٢٥).

(٣) اسم لشخص غاب عن بلده ولا يعرف خبره أنه حي أو ميت. بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٧).

(٤) المصدر السابق (٥/ ٢٨٧).

المطلب الثاني:
قاعدة: «غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك»[١][٢]

شرح ألفاظ القاعدة:

تقدم بيان معنى «الثابت» و«اليقين» و«الشك» عند الكلام على القاعدة السابقة ولا حاجة إلى التكرار.

وهذه القاعدة تعتبر مكملة للقاعدة السابقة وهي: «الثابت بيقين لا يزول بالشك» فالقاعدتان تعبران عن قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» التي تعد إحدى القواعد الفقهية الكلية الكبرى.

فقاعدة: «الثابت بيقين لا يزول بالشك» توضح أن الأمر الذي ثبت واستقر لا يزيله الشك الطارئ.

أما هذه القاعدة فإنها تفيد: أن الأمر أو الحالة التي جُزم أو غلب على الظن عدم وجودها لا يمكن أن يحكم بوجودها، إذا كان مستند ذلك هو الشك والاحتمال.

وهذا هو المفهوم من طريقة المصنف لذكره للقاعدتين في أثناء كلامه على بعض الفروع التي تنطبق عليها إحدى القاعدتين، فتجده كثيراً ما يسوقهما مقترنتين وإن كان الفرع لا تنطبق عليه إلا أحدهما ومن ذلك قوله: «ما ثبت لا يبطل بالشك وغير الثابت لا يثبت بالشك»[٣].

---

(١) أورد المصنف هذه القاعدة بهذا اللفظ في مواضع كثيرة من الكتاب منها: (١/ ٣٦٩، ٢/ ٦٥٩، ٤/ ٥٢، ١٠٧، ٤١٨ ٥/ ٣٦٥، ٣٨٧، ٦/ ٤٢٠).

(٢) ينظر في أحكام هذه القاعدة المراجع المذكورة في هامش (٢) من الصفحة الأولى في القاعدة السابقة.

(٣) بدائع الصنائع (١/ ٣١٩).

وقوله: «غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك والثابت بيقين لا يزول بالشك»[١].

وقوله: «الثابت بيقين لا يزال بالشك كما أن غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك»[٢].

معنى القاعدة الإجمالي:

«أن الأمر المتيقن عدم ثبوته لا يحكم بثبوته بمجرد الشك؛ لأن الشك أضعف من اليقين فلا يعارضه ثبوتاً وعدماً»[٣].

وبعبارة أخرى: أن الأمر الذي لم يثبت بدليل أو أمارة أو أي طريق من طرق الإثبات المعتد بها، أنه يبقى على الأصل وهو العدم أو براءة الذمة وغير الثابت موافق لهذا الأصل، فلا يحكم بثبوته بمجرد طروء الشك بوجوده؛ لأن الأمر اليقيني وهو عدم ثبوته لا يعقل أن يزيله ما هو أضعف منه، ولا يعارضه إلا إذا كان مثله أو أقوى منه. فيبقى حكم الأصل باقياً ولا يُلتفت إلى الاحتمالات والشكوك التي ترد عليه[٤].

أصل القاعدة:

١ – قوله ﷺ: **(إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى ثلاثاً أم أربعاً؟ فليطرح الشك، وليبنِ على ما استيقن، ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم، فإن كان**

(١) المصدر السابق (٢/ ٦٥٩، ٤/ ٤١٨، ٥/ ٣٦٥).

(٢) المصدر السابق (٥/ ٢٨٧).

(٣) شرح الأتاسي لمجلة الأحكام العدلية (١/ ١٨).

(٤) الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية (ص ١٦٩).

صلى خمساً شفعن له صلاته، وإن كان صلى إتماماً لأربع كانتا ترغيماً للشيطان) [١].

وجه الدلالة من الحديث: هذا الحديث صريح في إطراح الشك إذا وجد مع اليقين، وأن ما لم يتيقن ثبوته لا يمكن أن يقدم على ما ثبت بيقين. فالحديث أرشد إلى أن المشكوك فيه من عدد الركعات لا يصح اعتقاد وجوده، بل يجب طرحه وعدم العمل به؛ لأن غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك.

٢ – قوله ^ : **(صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته، فإن غُمَّ عليكم فأكملوا عدة شعبان ثلاثين يوماً)** [٢].

وجه الدلالة: الحديث فيه دليل على أن الشك لا يعتد به ولا تبنى عليه الأحكام الشرعية، ومن ذلك دخول شهر رمضان؛ فإنه لا يحكم بدخوله بمجرد الشك وإنما يعمل باليقين وهو عدم خروج شهر شعبان، حتى يثبت ذلك بيقين وهو إما رؤية الهلال أو إتمام شهر شعبان ثلاثين يوماً.

قال ابن عبدالبر[٣]: « وفي حديث ابن عباس هذا من الفقه... ولهذا نهى عن

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه بهذا اللفظ، كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب السهو في الصلاة والسجود له (٢/ ٨٤)، حديث رقم (١٣٠٠).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الصيام، باب قول النبي ^ : (إذا رأيتم الهلال فصوموا) (٣/ ٣٤)، برقم (١٩٠٩)، ومسلم في صحيحه، كتاب الصيام، باب وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال (٣/ ١٢٤) برقم (٢٥٦٧).

(٣) **هو:** يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبدالبر النمري الأسدي القرطبي الأندلسي، أبو عمر، ولد سنة ٣٦٨هـ وقيل: سنة ٣٦٢هـ كان من علماء المالكية البارزين، وأحد الحفاظ المعروفين، إمام عصره، ووحيد دهره، ديناً فقيهاً حافظاً، صاحب سنة واتباع، متبحراً في الفقه والقراءات والعربية والأخبار والأنساب، ولم يكن بالأندلس مثله في الحديث، وله تآليف نافعة، قد وفقه الله فيها، **منها:** التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد ، والاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار ، وجامع بيان العلم وفضله، والاستيعاب في معرفة الأصحاب، **توفي** سنة ٤٦٣هـ.

=

صوم يوم الشك إطراحاً لإعمال الشك، وإعلاماً أن الأحكام لا تجب إلا بيقين لا شك فيه. وهذا أصل عظيم من الفقه: أن لا يدع الإنسان ما هو عليه من الحال المتيقنة إلا بيقين من انتقالها»[١].

٣ – الإجماع. فقد اتفق الأصوليون والفقهاء على اعتبار هذه القاعدة والاستناد إليها.

قال القرافي: «فهذه قاعدة مجمع عليها، وهي أن كل مشكوك فيه يجعل كالمعدوم الذي يجزم بعدمه»[٢].

وقال ابن عبدالبر: «وهذا أصل مستعمل عند أهل العلم، إذ لا تزول عن أصل أنت عليه إلا بيقين مثله، وأن لا يترك اليقين بالشك»[٣].

الفروع المبنية على هذه القاعدة:

١ - الشفعة في الدار المصالح عنها عن سكوت.

قال الكاساني: «لا تجب الشفعة في الدار المصالح عنها عن سكوت؛ لأن المدعي إن كان محقاً في دعواه كان الصلح معاوضة فتجب الشفعة، وإن كان مبطلاً لم يكن معاوضة في حق المدعى عليه فلا تجب الشفعة مع الاحتمال؛ لأن الحكم كما لا يثبت بدون

= **انظر ترجمته في:** جذوة المقتبس للحميدي (ص/٥٤٤)، وترتيب المدارك للقاضي عياض (١٢٧/٨)، والصلة لابن بشكوال (٦٤٠/٢)، وفيات الأعيان لابن خلكان (٦٦/٧)، وسير أعلام النبلاء (١٥٣/١٨)، وتاريخ الإسلام للذهبي (١٩٩/١٠)، والديباج المذهب لابن فرحون (٣٦٧/٢)، وشجرة النور الزكية لمخلوف (١١٩/١).

(١) التمهيد (٣٩/٢).

(٢) الفروق (٢٠١/١) (الفرق العاشر).

(٣) التمهيد (٣٤٠/١٤).

شرطه[١]، لا يثبت مع وجود الشك في شرطه، لأن غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك »[٢].

٢ - من شروط انعقاد البيع: أن يكون المعقود عليه مقدور التسليم عند العقد، قال الكاساني: « فإن كان معجوز التسليم عند العقد لا ينعقد، وإن كان مملوكاً له كبيع الآبق...؛ لأنه لا ينعقد إلا لفائدة ولا يفيد إذا لم يكن قادراً على التسليم، والعجز عن التسليم ثابت حالة العقد وفي حصول القدرة بعد ذلك شك واحتمال قد يحصل وقد لا يحصل، وما لم يكن منعقداً بيقين لا ينعقد لفائدة تحتمل الوجود والعدم، على الأصل المعهود: أن ما لم يكن ثابتاً بيقين أنه لا يثبت بالشك والاحتمال »[٣].

٣ - أن الإجازة تلحق تصرف الفضولي بشرائط منها:

قال الكاساني: « منها أن يكون له مجيز عند وجوده فما لا مجيز له عند وجوده لا تلحقه الإجازة؛ لأن ماله مجيز متصور منه الإذن للحال وبعد وجود التصرف فكان الانعقاد عند الإذن القائم مفيداً فينعقد، وما لا مجيز له لا يتصور الإذن به للحال، والإذن في المستقبل قد يحدث وقد لا يحدث، فإن حدث كان الانعقاد مفيداً وإن لم يحدث لم يكن مفيداً، فلا ينعقد مع الشك في حصول الفائدة، على الأصل المعهود: أن ما لم يكن ثابتاً بيقين لا يثبت مع الشك، وإذا لم ينعقد لا تلحقه الإجازة لأن الإجازة للمنعقد »[٤].

قال الكاساني: « ومنها الخلو عن احتمال الربا فلا تجوز المجازفة بأموال الربا بعضها ببعض؛ لأن حقيقة الربا كما هي مفسدة للعقد فاحتمال الربا مفسد له

---

(١) المراد بالشرط هنا هو: أن يكون عقد معاوضة؛ لأن الأخذ بالشفعة يملك على المأخوذ منه بمثل ما ملك هو.

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ١٠٧).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٣٤١).

(٤) المصدر السابق (٤/ ٣٤٥).

أيضاً...، والأصل فيه: أن كلما جازت فيه المفاضلة جاز فيه المجازفة وما لا فلا؛ لأن التماثل والخلو عن الربا فيما يجري فيه الربا لما كان شرط الصحة فلا يعلم تحقيق المماثلة بالمجازفة، فيقع الشك في وجود شرط الصحة، فلا تثبت الصحة على الأصل المعهود في الحكم المعلق على شرط إذا وقع الشك في وجود شرطه أنه لا يثبت؛ لأن غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك كما أن الثابت بيقين لا يزول بالشك»[(١)].

٥ - من شرائط ركن السلم ما يرجع إلى المسلم فيه، ومنها:

قال الكاساني: «أن يكون معلوم القدر بكيل أو وزن أو زرع يؤمن عليه فقده من أيدي الناس، فإن كان لا يؤمن فالسلم فاسد، بأن أعلم قدره بمكيال لا يعرف عياره بأن قال: بهذا الإناء، ولا يعرف ولا يعلم كم يسع... أو قال: بهذا الحجر ولا يعلم كم زنه، أو بخشبة لا يعرف قدرها؛ لأن القدرة على تسليم المبيع شرط انعقاد العقد وصحته، والقدرة على التسليم عند العقد فائتة في باب السلم؛ لأن السلم بيع المفاليس، وفي ثبوت القدرة عند محل الأجل شك، فقد تثبت وقد لا تثبت؛ لأنه إن بقي المكيال والحجر والخشبة تثبت، وإن لم يبق لا يقدر، فوقع الشك في ثبوت القدرة فلا تثبت بالشك على الأصل المعهود في غير الثابت بيقين إذا وقع الشك في ثبوته أنه لا يثبت»[(٢)].

٦ - وقال أيضاً: «ومنها: أن يكون – المسلم فيه – موجوداً من وقت العقد إلى وقت الأجل؛ لأن القدرة على التسليم ثابتة للحال، وفي وجودها عند المحل شك؛ لاحتمال الهلاك، فإن بقي حياً إلى وقت المحل ثبتت القدرة، وإن هلك قبل ذلك لا تثبت، والقدرة لم تكن ثابتة، فوقع الشك في ثبوتها فلا تثبت مع الشك»[(٣)].

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٤١٨).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٤٤٠).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٤٤٦).

٧ - قال المصنف: «إذا أسلم في حنطة موضع، أنه إن كان مما لا يتوهم انقطاع طعامه جاز السلم فيه...، وإن كان مما يحتمل أن ينقطع طعامه فلا يجوز فيه السلم، كأرض بعينها أو قرية بعينها؛ لأنه إذا احتمل الانقطاع لا على سبيل الندرة لا تثبت القدرة على التسليم... وفي ثبوت القدرة عند محل الأجل شك؛ لاحتمال الانقطاع، فلا تثبت القدرة مع الشك»[(١)]، فلا يصح العقد

٨ - «المفقود حاله غير معلوم، يحتمل أنه حي ويحتمل أنه ميت، وهذا يمنع التوارث؛ لأنه إن كان حياً يرث أقاربه ولا يرثونه، وإن كان ميتاً لا يرث أقاربه ولا يرثونه، والإرث من الجانبين أمر لم يكن ثابتاً بيقين فوقع الشك في ثبوته، فلا يثبت بالشك والاحتمال»[(٢)].

* * *

(١) المصدر السابق (٤/ ٤٤٧).

(٢) المصدر السابق (٥/ ٢٨٧).

المطلب الثالث:

قاعدة: «اعتبار الحقائق هو الأصل»[١]

معنى القاعدة:

شرح مفرداتها:

الحقائق: جمع حقيقة وهي لغة الثبوت من قول القائل: «حققْتُ» الرجل و«أحققتُه» إذا أثبته، ومن «حق» الشيء «يحق» إذا ثبت ووجب[٢]، و«حققت» الأمر «أحُقُّهُ» إذا تيقنته أو جعلته ثابتاً لازماً[٣]. وحقيقة فعيلة بمعنى مفعول، أو بمعنى فاعل أي المثبتة أو الثابتة في موضعها الأصلي[٤].

الحقيقة اصطلاحاً:

عرفها الكاساني بقوله: «الحقيقة: اسم للثابت المستقر في موضعه»[٥].

وهذا أعم مما ذكره العلماء عند تعريفهم للحقيقة، حيث عرفوها بقولهم: «هي اللفظ المستعمل فيما وضع له أولاً»[٦]. ويقابل الحقيقة المجاز وهو: اللفظ المستعمل في غير ما وضع له[٧].

---

(١) أورد المصنف هذه القاعدة بهذا اللفظ في المواضع الآتية: (....).

(٢) لسان العرب (٤/ ١٧٧)، مادة (حقق)، معجم مقاييس اللغة ٢٢٧، مادة (حق).

(٣) المصباح المنير ٧٨ مادة (ح ق ق).

(٤) شرح تنقيح الفصول (ص ٤٠)، المحصول (١/ ٢٨٥).

(٥) بدائع الصنائع (٦/ ٤٤٥).

(٦) ينظر في ذلك: الأحكام للآمدي (١/ ٢٨)، وكشف الأسرار (١/ ٩٦)، وإرشاد الفحول (١/ ١٢٠)، وقواطع الأدلة (١/ ٣٢٩)، والمعتمد (١/ ٢٨).

(٧) المصادر السابقة.

وهي تنقسم إلى ثلاثة أقسام[١]:

الأول: حقيقة لغوية: وهي اللفظ المستعمل في موضوعه الأصلي[٢]. كاستعمال لفظ الأسد للحيوان المفترس.

الثاني: حقيقة عرفية: وهي اللفظ المستعمل فيما وضع له بعرف الاستعمال اللغوي[٣]. كاستعمال لفظ الدابة لذوات الأربع.

الثالث: حقيقة شرعية: وهي اللفظ المستعمل فيما وضع له أولاً في الشرع[٤]. كاستعمال لفظ الصلاة للأقوال والأفعال المخصوصة[٥].

فيكون مراد الكاساني الحقيقة ماهية الأشياء وليست الحقيقة التي تقابل المجاز فقط.

الأصل: لغة: ما يبتنى عليه غيره[٦]، وقيل: أسفل كل الشيء[٧]، وقيل: ما منه الشيء[٨]. وقيل: ما يتفرع عنه غيره[٩]، وقيل: ما يستند تحقيق ذلك الشيء إليه[١٠].

الأصل اصطلاحاً: للأصل عند علماء الشريعة عدة إطلاقات مختلفة المعاني

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٢٥٧).

(٢) روضة الناظر، بتحقيق النملة (٢/ ٥٤٩).

(٣) شرح الكوكب المنير (١/ ١٥٠).

(٤) شرح مختصر الروضة (١/ ٤٨٨).

(٥) كشف الأسرار (١/ ٩٦)، شرح الكوكب المنير (١/ ١٤٩).

(٦) فواتح الرحموت (١/ ٨)، المعتمد (١/ ٥)، إرشاد الفحول (٣)، التعريفات للجرجاني (٣٢).

(٧) معجم مقاييس اللغة (٦٢)، لسان العرب (١/ ١١٤)، مادة (أصل).

(٨) شرح تنقيح الفصول (١٦)، شرح مختصر الروضة (١/ ١٢٣).

(٩) الإبهاج (١/ ٢٠).

(١٠) الإحكام للآمدي (١/ ٧).

وهي:

١ - الدليل. كقولهم: أصل هذه المسألة الكتاب والسنة، أي: دليلها[١].

٢ - القاعدة المستمرة. كقولهم: أكل الميتة للمضطر على خلاف الحالة المستمرة[٢].

٣ - المقيس عليه[٣]. كقولهم: الحنطة أصل يقاس عليه الأرز في تحريم الربا.

٤ - الراجح. أي على الراجح من الأمرين، كقولهم: الأصل في الكلام الحقيقة، الأصل براءة الذمة، والأصل بقاء ما كان على ما كان[٤].

وهذا الإطلاق الأخير هو المراد في هذه القاعدة[٥].

وهناك من يطلق الأصل على (المستصحب) وعند التأمل أجد أنه يعود إلى الإطلاق الرابع الذي هو الراجح[٦].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

---

(١) شرح تنقيح الفصول (ص ١٥)، كشف الأسرار (١/ ٩)، الإبهاج (١/ ٢١)، شرح الكوكب المنير (١/ ٣٩)، كشاف اصطلاحات الفنون (١/ ٨٥)، الكليات (ص ٨٧).

(٢) شرح الكوكب المنير (١/ ٣٩)، نهاية السول (١/ ١٩).

(٣) شرح تنقيح الفصول (ص ١٦)، نهاية السول (١/ ١٩)، شرح الكوكب المنير (١/ ٤٠).

(٤) شرح تنقيح الفصول (ص ١٦)، نهاية السول (١/ ١٩)، شرح الكوكب المنير (١/ ٣٩)، كشاف اصطلاحات الفنون (١/ ٨٥)، الكليات (٨٧).

(٥) ينظر: شرح تنقيح الفصول (ص ١٦).

(٦) ينظر: شرح تنقيح الفصول للقرافي (ص ١٦)، وشرح الكوكب المنير لابن النجار (١/ ٤٠) حيث مثلوا للراجح بأمثلة يجمعها الاستصحاب بأنواعه الثلاثة، وهي: ١ – استصحاب البراءة قالوا: «الأصل براءة الذمة».

٢ – استصحاب الوضع الأول فقالوا: «الأصل في الكلام الحقيقة». ٣ – استصحاب الحال، فقالوا: «الأصل بقاء ما كان على ما كان».

إن الراجح والمعتد به من الألفاظ عند الإطلاق أن تحمل على ما وضعت له أولاً، لأنه هو المتبادر إلى الذهن عند الإطلاق، وإذا دار اللفظ بين حمله على ما كان موضوعاً له أولاً ومستعملاً فيه، وبين حمله على استعماله في غير موضعه، فإنه يحمل على الحقيقة إن أمكن ما لم توجد قرينة تصرفه إلى المجاز[١].

دليل القاعدة:

دل على هذه القاعدة الأدلة الآتية:

١ - إجماع الكل على أن الأصل في الكلام الحقيقة[٢].

٢ - أن الألفاظ وضعت دلالات على المعاني للإفادة فيجب حملها عند الإطلاق على ما وضعت له أولاً[٣].

٣ - أن اللفظ إذا تجرد عن القرائن، فإما أن يحمل على حقيقته، أو على مجازه، أو عليهما، أو لا يحمل على واحد منهما.

أما حمله على مجازه فباطل؛ لأن شرط الحمل على المجاز: حصول القرينة، ولا قرينة هنا.

وأما حمله عليهما فلا يجوز؛ لأن الواضع لو قال: احملوه وحده عليهما معاً لكان اللفظ حقيقة في ذلك المجموع، ولو قال: احملوه إما على هذا أو على ذاك لكان مشتركاً بينهما، فلا يتضح المراد، وأماعدم حمله على واحد منهما فلا يجوز؛ لأنه على هذا التقدير يكون اللفظ حال تجرده من المهملات لا من المستعملات. وإذا بطلت

---

(١) ينظر: كشف الأسرار (٢/ ٦٠، ٦٥)، شرح مختصر الروضة (١/ ٥٠٣)، شرح الكوكب المنير (١/ ٢٩٤)، المدخل الفقهي للزرقاء (٢/ ١٠١١).

(٢) ينظر: المحصول للرازي (١/ ٣٤١).

(٣) ينظر: المصدر السابق (٢/ ٦١).

هذه الأقسام الثلاثة تعين الأول[١].

٤ - أن المجاز لا يتحقق إلا عند نقل اللفظ من شيء إلى شيء لعلاقة بينهما، وهذا يستدعي أموراً ثلاثة هي: وضعه للأصل، ثم نقله إلى الفرع، ثم علة النقل.
وأما الحقيقة فإنه يكفي فيها أمر واحد وهو وضعه للأصل، ومن المعلوم أن الذي يتوقف على شيء واحد أغلب وجوداً مما يتوقف على ذلك الشيء مع شيئين آخرين معه[٢].

٥ - عدم افتقار الحقيقة إلى القرينة المخلة بالتفاهم، لخفائها وعدم الاطلاع عليها أحياناً[٣].

من الفروع الفقهية المندرجة تحت هذه القاعدة:

١ - «إذا أخبر الشفيع أن الدار بيعت بألف درهم، ثم تبين أنها بيعت بمائة دينار فإن كانت قيمتها ألفاً أو أكثر فلا شفعة له، وإن كانت أقل فهو على شفعته، عند أبي حنيفة وصاحبيه[٤].

أما عند زفر[٥] فله الشفعة في الوجهين جميعاً؛ لأن الدراهم والدنانير جنسان

---

(١) ينظر: المصدر السابق (١/ ٣٣٩) وما بعدها فقد ذكر جملة أدلة لهذا القاعدة.

(٢) المصدر السابق (١/ ٣٤٠).

(٣) كشف الأسرار (٢/ ٦٠).

(٤) المراد بذلك أبو يوسف ومحمد بن الحسن، وقد تقدمت ترجمتهما.

(٥) **هو**: زفر بن الهذيل بن قيس بن سليم بن مكمل التميمي العنبري البصري، أبو الهذيل، ولد سنة ١١٠هـ من كبار أصحاب الإمام أبي حنيفة، وكان أبو حنيفة يفضله، ويقول: «هو أقيس أصحابي»، كان فقيهاً حافظاً، ذا عقل ودين وفهم وورع، ثقةً مأموناً، من بحور العلم، وأذكياء الوقت، جمع بين العلم والعبادة، ولي قضاء البصرة، **توفي** بالبصرة سنة ١٥٨هـ.
انظر ترجمته في: الطبقات الكبرى لابن سعد (٦/ ٢٧٠)، والانتقاء في فضائل الأئمة لابن عبدالبر (ص/ ٣٣٥)، وطبقات الفقهاء للشيرازي (ص/ ١٢٨)، ووفيات الأعيان لابن خلكان (٢/ ٣١٧)، وسير أعلام النبلاء (٨/ ٣٥) ، وميزان الاعتدال للذهبي (٢/ ٧١)، والبداية والنهاية (١٣/ ٤٧٥)،

=

مختلفان حقيقة، واعتبار الحقائق هو الأصل »[١].

٢ - « إذا قال المشتري: بعت منك هذه الصبرة على أنها مائة قفيز كل قفيز بدرهم، أو قال: على أنها مائة قفيز بمائة درهم، فالبيع جائز. ثم إن وجدها كما سمى فالأمر ماض ولا خيار للمشتري، وإن وجدها أزيد مما سمى، فالزيادة ترد للبائع ولا خيار للمشتري، وإن وجدها أقل مما سمى فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن، وإن شاء تركها؛ لأن الزيادة فيما لا ضرر في تبعيضه لا تجري مجرى الصفة، بل هي أصل في الحقيقة غير ملحقة بالأوصاف، والعمل بالحقيقة واجب ما أمكن »[٢].

٣ - « إذا اشترى جملة من العدديات المتقاربة، كالجوز والبيض فرأى البعض منها، فإن له الخيار لأنها مما يتفاوت في الصغر والكبر حقيقة، والأصل في الحقائق اعتبارها »[٣].

٤ - « إذا حلف لا يلبس ثوباً من نسج فلان فنسجه غلمانه، فإن كان فلان يعمل بيده لم يحنث، وإن كان فلان لا يعمل بيده حنث؛ لأن حقيقة النسج ما فعله الإنسان بنفسه، فيجب حمل الكلام على حقيقته ما أمكن »[٤].

٥ - « لو حلف لا يشرب من دجلة، حنث بالكرع[٥]؛لأنه حقيقة ولا يحنث

= والجواهر المضية للقرشي (٢/ ٢٠٧)، وتاج التراجم لقطلوبغا (ص/ ١٦٩)، والطبقات السنية للغزي (٣/ ٢٥٤)، والفوائد البهية للكنوي (ص/ ٩٩).

(١) بدائع الصائع (٤/ ١٢٠).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٣٦١).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٥٧٥).

(٤) المصدر السابق (٣/ ١١٣).

(٥) الكرع: هو أن يضع فاه على النهر فيشرب منه، بدائع الصنائع (٣/ ١٠٦).

بالشرب بيده أو بإناء»[١].

* * *

المطلب الرابع:
قاعدة: «الأصل في الأبضاع الحرمة والحظر»[٢][٣].

شرح مفردات القاعدة:

الأصل: تقدم تعريفه لغة واصطلاحاً، ولا حاجة إلى التكرار. والمراد به هنا القاعدة المستمرة[٤].

الأبضاع: جمع بُضْع كقفل وأقفال، ويطلق على الفرج والجماع، ويطلق على التزويج أيضاً، وهو اسم من باضَعَها مباضعة[٥]، إذا باشرها، فهي مفاعلة من البَضْع. وهو القطع والشق، يقال: «بضع» الإنسان اللحم «يَبْضَعُه» «بَضْعاً» و«بضَّعه» «يبضِّعه» «تبضيعاً» إذا جعله قطعاً، ويقال: «بَضَعَها» «يَبْضَعُها» إذا جامعها[٦].

---

(١) المصدر السابق (٣/١٠٦).

(٢) بدائع الصنائع (٤/٤٠١)، (٢/٥٤٢، ٥٦٠، ٤/٤٦٦، ٥/٥٢٢).

(٣) ينظر أحكام هذه القاعدة وألفاظها في: الفروق للقرافي (٣/٢٦٨ ف ١٥٧)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١٩)، والمنثور (١/٨٧)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٦١)، ولابن نجيم (ص ٨٨)، ومنظومة القواعد الفقهية للسعدي وشروحها، البيت رقم ٢٠، وإيضاح القواعد الفقهية (ص ٥٠)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٢/١١٧).

(٤) ينظر: موسوعة القواعد الفقهية (٢/١١٧).

(٥) المصباح المنير (ص ٣٢) مادة (ب ض ع).

(٦) ينظر: المصدر السابق، ومعجم مقاييس اللغة (ص ١١٩) كلمة (بضع)، والقاموس المحيط (ص

=

ولا يخرج معناه في الاصطلاح عن المعنى اللغوي.

قال الكاساني: «والمباضعة مفاعلة من البُضع وهو الجماع أو الفرج»[١].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

إن القاعدة المستمرة في وطء النساء هي الحظر والتحريم، ولا يجوز ذلك إلا بدليل مبيح من الشارع، لما في ذلك من كشف العورات وهتك الأستار واختلاط الأنساب، فلا يباح ذلك إلا بعقد النكاح الصحيح أو بملك اليمين، وما عداهما فممنوع محظور، بل إن حرمة الفروج أعظم من حرمة الأموال.

ولذلك منعت المرأة من أن تزوج نفسها، وتتصرف في بضعها سواء كانت بكراً أو ثيباً، رشيدة في مالها أم لا، دينة عفيفة أم فاجرة، أما الأموال فيجوز للرشيدة التصرف في مالها.

قال القرافي: «لأن المفسدة إذا حصلت في الأبضاع بسبب زواج غير اكفاء حصل الضرر، وتعدى للأولياء بالعار والفضيحة الشنعاء، وإذا حصل الفساد في المال لا يكاد يتعدى المرأة، وليس فيه من العار والفضيحة ما في الأبضاع والاستيلاء عليها من الأرذال الأخساء»[٢].

وقد ذهب بعض العلماء إلى أن الأصل في عقد النكاح التحريم.

ومن ذلك ما ذكره عبدالعزيز البخاري[٣] حيث قال: «الأصل في النكاح

= ٩٠٨) «البضع».

(١) بدائع الصنائع (٣/٢٥٥).

(٢) الفروق (٣/٢٤٨ ف ١٥٤).

(٣) **هو**: عبدالعزيز بن أحمد بن محمد البخاري، علاء الدين، كان من علماء الحنفية البارعين، بحراً في الفقه وأصوله، علامةً بارعاً، **من مؤلفاته**: كشف الأسرار في شرح البزدوي، وشرح المنتخب للحسامي، وشرح الهداية للمرغيناني، وصل فيه إلى كتاب النكاح، كانت وفاته سنة ٧٣٠هـ.

=

الحظر... إلا أنه أبيح للضرورة»[١].

ولكن هذا قول مرجوح، بل الأصل في عقد النكاح الجواز والحل حتى يأتي الدليل الدال على تحريمه، وهذا ما سار عليه المصنف حيث قال: «الأصل في النكاح هو الجواز حرة كانت المنكوحة أو أمة، مسلمة كانت أو كتابية»[٢].

واستدل لذلك بقوله: «لأن النكاح عقد مصلحة والأصل في المصالح إطلاق الاستيفاء»[٣].

وهناك أدلة أخرى لهذا القول منها قوله تعالى:] S T U V W Z [٤] الآية.

وجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى قد حصر المحرمات من النساء في هذه الآية، فدل ذلك على أن الباقي على الحل.

ومما يدل على ذلك أيضاً قوله تعالى في آخر الآيات:] . / 0 1 2 Z فدل ذلك على أن الأصل في عقد النكاح الجواز والحل حتى يأتي دليل يحرمه.

أصل القاعدة:

١ - الأدلة الدالة على تحريم الزنا والنهي عنه والتوعد على فعله وإيجاب الحد

= **انظر ترجمته في:** الجواهر المضية للقرشي (٢/ ٤٢٨)، وتاج التراجم لقطلوبغا (ص/ ١٨٨)، والطبقات السنية للغزي (٤/ ٣٤٥)، والفوائد البهية للكنوي (ص/ ١٢١)، والفتح المبين للمراغي (٢/ ١٤١)، والأعلام للزركلي (٤/ ١٣٧).

(١) كشف الأسرار عن أصول البزدوي (١/ ٧٤)، وينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٦١)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٨٨).

(٢) بدائع الصنائع (٣/ ٢٥٥).

(٣) المصدر السابق.

(٤) من الآية رقم ٢٣ من سورة النساء.

على فاعله ومن ذلك:

أ - قوله تعالى:] Z [\ | ^ _ ` a b Z [1].

ب - قوله تعالى:] + , - . / 0 1 2 | 4 5 6 7 8 9 : Z. [2] الآية.

جـ - قوله تعالى:] S T U V W X Y Z [\ ] ^ Z [3].

وجه الدلالة من الآيات: أن الله سبحانه وتعالى نهى عن قربان الزنى مما يدل على تحريم مقدماته سداً لذريعة الوقوع فيه، وبين عقوبة من وقع في ذلك في الدنيا مما يدل على أنه كبيرة من الكبائر، ونهى الأولياء من أن يتخذوا فتياتهم - إمائهم - وسيلة للتكسب بزناهن[4].

٢ - ما رواه أبو بكر - رضي الله عنه - عن النبي ^ أنه قال: **(إن دماءكم وأموالكم، وأعراضكم، حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا)** [5].

٣ - ما رواه أبو هريرة - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ^ : **(كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه)** [6].

---

(١) من الآية رقم ٣٢ من سورة الإسراء.

(٢) من الآية رقم ٢ من سورة النور.

(٣) من الآية رقم ٣٣ من سورة النور.

(٤) ينظر: منظومة القواعد الفقهية للسعدي، شرح د. عبدالعزيز العويد (ص ١٣٤).

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب العلم، باب قول النبي ^ : « رب مبلغ أوعى من سامع » (١/ ٢٦) رقم (٦٧)، ومسلم في كتاب الحج، باب حجة النبي ^ (٤/ ٣٩)، الحديث رقم (٣٠٠٩).

(٦) أخرجه مسلم في البر والصلة، باب تحريم ظلم المسلم، وخذله، واحتقاره، ودمه، وعرضه، وماله

=

٤ - حديث عتبة بن عامر - رضي الله عنه - أن رسول الله ^ قال: **(أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج)** [١].

بين ^ أن الأحق بالوفاء هي الشروط التي في النكاح، مما يدل على عظم أمر الفروج[٢].

٥ - قال المصنف: «الأصل في الأبضاع الحرمة والحظر، والجواز بشرطي الشهادة والولي؛ إظهاراً لشرفها؛ لكونها منشأ البشر الذين هم المقصودون في العالم، وبهن قوامها، والأبضاع وسيلة إلى وجود الجنس»[٣].

الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة:

١ - لا يجوز الجمع بين الأختين في الوطء بملك اليمين عند عامة الصحابة، مثل عمر، وعلي، وعبدالله بن مسعود، وعبدالله بن عمر - رضي الله عنهم -.

ولما سئل عثمان - رضي الله عنه - عن ذلك قال: «ما أحب أن أحله ولكن أحلتها آية وحرمتها آية، وأما أنا فلا أفعله»[٤]. يريد بذلك قوله تعالى:] ; >

= (١٠/٨) الحديث رقم (٢٥٦٤).

(١) رواه البخاري في صحيحه: كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح (٢٤٩/٣) (ح ٢٧٢١).

(٢) منظومة القواعد الفقهية للسعدي، شرح د. عبدالعزيز العويد (ص ١٣٥).

(٣) بدائع الصنائع (٤٠١/٤).

(٤) أخرجه مالك في الموطأ: كتاب النكاح، باب ما جاء في كراهية إصابة الأختين بملك اليمين، والمرأة وبنتها (٧٧٣/٣) (ح ١٩٧٤)، وعبدالرزاق في مصنفه (١٨٩/٧) (ح ١٢٧٢٨)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٤٨٣/٣) (ح ١٦٢٦٤)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب ما جاء في تحريم الجمع بين الأختين، وبين المرأة وابنتها في الوطء بملك اليمين (١٦٣/٧)، (ح ١٣٧٠٨)، تلخيص الحبير (٣٧٨/٣)، وقد صححه صاحب سلسلة الآثار الصحيحة (١٤٤/٢).

= > ? @ A B C D Z [1]. مع قوله تعالى: [| { } ~ ﴿ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ Z [2].

٢ - قال المصنف: «الأخذ بالمحرِّم أولى عند التعارض احتياطاً للحرمة؛ لأنه يلحقه المأثم بارتكاب المحرم ولا مأثم في ترك المباح، ولأن الأصل في الأبضاع هو الحرمة والإباحة بدليل، فإذا تعارض دليل الحل والحرمة تدافعا فيجب العمل بالأصل»[3].

٣ - «إذا طلَّق إحدى نسائه بعينها ثلاثاً ثم نسيها، لم يحل له أن يطأ واحدة منهن، ولا يجوز التحري في الفروج؛ لأن التحري يجوز في كل ما جاز للضرورة والفروج لا تحل بالضرورة»[4].

٤ - قال المصنف: «إذا أعتق إحدى جاريتيه بعينها، ثم نسيها، أو أعتق إحدى جواريه العشرة بعينها، ثم نسي المعتقة، فإنه يمنع من وطئهن واستخدامهن؛ لأن واحدة منهن حرة بيقين، فكل واحدة يحتمل أن تكون هي الحرة، ووطء الحرة من غير نكاح حرام، فلو قرب واحدة منهن ربما يقرب الحرة، فيمنع من ذلك صيانة عن الحرام»[5].

* * *

(١) الآية رقم ٣٠ من سورة المعارج.

(٢) من الآية رقم ٢٣ من سورة النساء.

(٣) بدائع الصنائع (٢/ ٥٤٢).

(٤) المصدر السابق (٣/ ٣٦١).

(٥) المصدر السابق (٣/ ٥٥٧).

المطلب الخامس

قاعدة: « النادر ملحق بالعدم »[١][٢]

أوردها المصنف في ثنايا كتابه بألفاظ عدة منها:

اعتبار الغالب وإلحاق المغلوب بالعدم هو الأصل في أحكام الشرع[٣].

النادر حكمه حكم الغالب[٤].

الحكم للغالب[٥].

معنى القاعدة:

أن الأمر القليل الحدوث الذي يتخلف في أكثر الأفراد، أو في أكثر الأوقات، إذا وجد هذا النادر في بعض الحالات أو في بعض الأوقات، فإنه يعتبر كالمعدوم، ولا يلتفت إليه، ولا يُبنى عليه حكم، فالحكم للغالب.

وهذه القاعدة لها صلة وثيقة بالعرف، بل إنها تمثل أحد شروطه الأساسية التي يلزم توفُّرها من أجل أن يتحقق معنى العرف، فما كان غالباً شائعاً مطرداً من

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٤٤٠، ٤٤٧، ٥٠٦، ١/ ٢٨٧، ٢/ ٢٣٥، ٣/ ١٠٠، ٦/ ٢١٣، ٢١٤). وقد اخترت هذا اللفظ ليكون عنواناً للقاعدة لأنه هو الذي اعتمده المصنف كثيراً.

(٢) ينظر في أحكام هذه القاعدة: أصول الكرخي (ص ٨١) مع تأسيس النظر، والفروق للقرافي (الفرق التاسع والثلاثون والمائتين) (٤/ ٢٤٠)، والقواعد للمقري (القاعدةالتاسعة عشر (١/ ٢٤٢)، القاعدة الكبرى (٢/ ٢٤٤)، والمنثور للزركشي (٢/ ٣٢٤)، والأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/ ٨٨)، والقواعد للحصني (٢/ ٣٦٦)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٨٣)، ومجلة الأحكام وشروحها القاعدة (م٤٢)، والوجيز في القواعد لعبدالكريم زيدان (ص ١٠٧).

(٣) بدائع الصنائع (٤/ ٤٢٣).

(٤) المصدر السابق (٤/ ٤٣٣).

(٥) المصدر السابق (٤/ ٤٢١، ٢/ ٣١، ٣/ ٤٠٩).

عادات الناس فهو المعتبر؛ لأنه بالاطراد والغلبة تكون العادة مقطوع بوجودها ولا يقدح في اعتبارها ترك العمل بها في بعض الوقائع القليلة؛ لأن العبرة للغالب الشائع لا للقليل النادر.

وتعتبر هذه القاعدة أعم من القاعدة المعروفة «إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت»[١]. لأنها تعتبر أكثر اتساعاً للمعاني منها، فالغالب الشائع هنا ليس محصوراً بأن تكون غلبة وقوعه من جهة أنه عُرْفٌ تعامل عليه الناس وائتلفوه، بل يكفي أن تكون حالات أغلبية ومظان معتبرة صالحة لبناء الأحكام عليها بسبب اطرادها وعمومها، ولا يؤثر تخلف ذلك في بعض الأفراد وفي بعض الحالات والوقائع[٢].

أصل القاعدة:

تعتبر قاعدة «اليقين لا يزول بالشك» وأدلتها دليلاً لهذه القاعدة، وذلك لأن الغالب أكثر وقوعاً من النادر، فيكون اليقين حاصلاً في وقوعه، بخلاف النادر، فإن وقوعه أمر مشكوك فيه فلا يزول اليقين بالشك.

ومن الأدلة الدالة على هذه القاعدة، ما ذكره المصنف وهو:

١ – قوله ^ : **(من اشترى شاة محفلة[٣] فوجدها مصراة[٤] فهو بخير النظرين ثلاثة أيام...)** [٥] الحديث.

---

(١) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٩٢)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١١٧)، مجلة الأحكام وشروحها (م٤١).

(٢) ينظر: جمهرة القواعد الفقهية (١/ ٥٦٥).

(٣) المحفلة هي: الشاة إذا ترك حلبها حتى اجتمع اللبن في ضرعها. طلبة الطلبة (ص ٢٣٠)، والمصباح المنير (ص ٧٧).

(٤) المصراة هي: الناقة، أو البقرة، أو الشاة يجمع ويحبس اللبن في ضرعها. تهذيب اللغة (١٢/ ١٥٧).

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب النهي للبائع ألا يُحفِّل الإبل والبقر والغنم، (٣/ ٩٢)، رقم =

وجه الاستدلال: قال الكاساني: «أن النبي ^ ذكر الثلاثة أيام في الحديث ليس للتوقيت؛ لأن هذا النوع من الخيار ليس بمؤقت بل هو بناءٌ للأمر على الغالب المعتاد»[(١)].

الفروع الفقهية المندرجة تحت هذه القاعدة:

١ - قال الكاساني: «إن الدراهم المضروبة أقسام ثلاثة: إما أن تكون الفضة فيها هي الغالبة، وإما أن يكون الغش فيها هو الغالب، وإما أن يكون الفضة والغش فيها على السواء، فإن كانت الفضة فيها هي الغالبة فحكمه حكم الفضة الخالصة لا يجوز بيعها بالفضة الخالصة إلا سواء بسواء، وكذا بيع بعضها ببعض لا يجوز إلا مثلاً بمثل؛ لأن اعتبار الغالب وإلحاق المغلوب بالعدم هو الأصل في أحكام الشرع»[(٢)].

٢ – من شروط رأس مال السلم أن يكون مقبوضاً في مجلس العقد.

قال الكاساني: «أن يكون مقبوضاً في مجلس السلم؛ لأن المسلم فيه دين والافتراق لا عن قبض رأس المال يكون افتراق عن دين بدين وهذا منهي عنه... وسواء كان رأس المال ديناً أو عيناً، عند عامة العلماء استحساناً، والقياس أنه لا يشترط قبضه في المجلس إذا كان عيناً.

وجه الاستحسان: أن رأس مال السلم يكون ديناً عادة، ولا تجعل العين رأس مال إلا نادراً، والنادر حكمه حكم الغالب فيلحق بالدين»[(٣)].

٣ – من الشروط التي ترجع إلى المسلم فيه أن يكون معلوم القدر:

= ٢١٤٨، ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب حكم بيع المصراة (٥/٦) رقم (٣٩٠٨).

(١) بدائع الصنائع (٤/٥٤٤).

(٢) المصدر السابق (٤/٤٢٣).

(٣) المصدر السابق (٤/٤٣٣).

قال الكاساني: «أن يكون معلوم القدر، بكيل أو وزن أو ذرع يؤمن عليه فقده من أيدي الناس، فإن كان لا يؤمن فالسلم فاسد، ولوكان هذا في بيع العين فإنه يجوز ذلك في ظاهر الرواية، ووجه الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن التسليم في باب السلم لا يجب عقيب العقد وإنما يجب بعد محل الأجل، فيحتمل أن يهلك الإناء قبل محل الأجل، وهذا الاحتمال إن لم يكن غالباً فليس بنادر أيضاً، وإذا هلك يصير المسلم فيه مجهول القدر، بخلاف بيع العين؛ لأنه يوجب التسليم عقيب العقد وهلاك القفيز عقيب العقد بلا فصل نادر، والنادر ملحق بالعدم، فلا يصير المبيع مجهول القدرة»[١].

٤ – ومن شروط المسلم فيه أيضاً أن يكون موجوداً من وقت العقد إلى وقت الأجل:

قال الكاساني: «أن يكون موجوداً من وقت العقد إلى وقت الأجل، وإلا لم يجز السلم. وعلى هذا يخرج ما إذا أسلم في حنطة موضع أنه إن كان مما لا يتوهم انقطاع طعامه جاز السلم فيه، كما إذا أسلم في حنطة خراسان أو العراق أو فرغانة؛ لأن كل واحد منها اسم لولاية فلا يتوهم انقطاع طعامها، وكذا إذا أسلم في طعام بلدة كبيرة كـ «سمرقند»[٢] و«بخارى»[٣] أو «كاشان»[٤] جاز؛ لأنه لا ينفد طعام هذه البلاد إلا على سبيل الندرة، والنادر ملحق بالعدم»[٥].

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٤٤٠).

(٢) بفتح أوله وثانيه ويقال لها بالعربية سمران: بلدة وراء النهر مبنية على جنوبي وادي الصغد. معجم البلدان (٣/ ٢٤٦).

(٣) بالضم، من أعظم مدن ما وراء النهر، بينها وبين جيحون يومان. معجم البلدان (١/ ٣٥٣).

(٤) مدينة بما وراء النهر، على بابها وادي اخسيكث. معجم البلدان (٤/ ٤٣٠).

(٥) بدائع الصنائع (٤/ ٤٤٧).

المطلب السادس

قاعدة: «الظاهر بقاء ما كان على ما كان»[١][٢]

معاني المفردات:

«الظاهر» لغة: من «ظهر» قال ابن فارس: «الظاء والهاء والراء أصل صحيح واحد، يدل على قوة وبروز، ومن ذلك «ظَهَرَ» الشيء «يَظْهر» «ظُهُوراً» فهو «ظاهر»، إذا انكشف وبرز»[٣].

اصطلاحاً: له إطلاقات كثيرة، متفرعة عن معناه اللغوي، الذي هو الظهور والبروز، ومن أشهرها:

١ – يطلق على الكلام الواضح، وهو: «ما دل على معنى بالوضع الأصلي أو العرفي واحتمل غيره احتمالاً مرجوحاً»[٤]، وبهذا التعريف تصبح دلالته ظنية، فيكون بهذا المعنى قسيماً للنص، فإن النص عند الجمهور هو: ما دل على معناه من غير احتمال[٥].

٢ – يطلق على دلالة الحالة التي هي قسيمة الأصل، والأصل ودلالة الحالة كلاهما

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٤٩٥، ٥/ ٢٨٧).

(٢) هذه القاعدة يتداولها الفقهاء بلفظ: «الأصل بقاء ما كان على ما كان». ينظر أحكام هذه القاعدة وألفاظها في: أصول الكرخي (ص ٨٠) مع تأسيس النظر، والمجموع المذهب في قواعد المذهب (١/ ٧٠)، والأشباه والنظائر للسبكي (١/ ١٣)، وإيضاح المسالك (ص ٣٨٦)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٥١)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٧٦)، ومجلة الأحكام العدلية وشروحها (م٥)، والوصول إلى قواعد الأصول (ص ٢٧٧)، وقاعدة اليقين لا يزول بالشك، د. يعقوب الباحسين (ص ١٠٤).

(٣) معجم مقاييس اللغة (ص ٦١٨) (ظهر)، الأحكام للآمدي (٣/ ٥٢).

(٤) الأحكام للآمدي (٣/ ٥٢)، وهذا التعريف سار عليه أكثر الأصوليين.

(٥) ينظر: كشف الأسرار للبخاري (١/ ٧٢)، شرح الكوكب المنير (٢/ ٢٤٤).

يسمى: الظاهر الضعيف، أي الذي لم يصل في الظهور إلى درجة يطرح معها احتمال خلافه[١].

ومن أحدث التعريفات التي عرف بها هذا النوع من الظواهر هو: «الحالة القائمة التي تدل على أمر راجح من الأمور»[٢]. وذلك ليخرج ما دلالته ضعيفة لا تقاوم الواقع، ولا تستطيع دفعه ومعارضته. وعلى هذا التعريف تكون دلالة الحال منقسمة إلى قسمين هما:

١ – ظاهر ضعيف. لم يصل في الظهور إلى درجة يطرح معها احتمال خلافه، وهذا يكون ظنياً وهو المراد هنا في هذه القاعدة، وهو قسيم الأصل.

٢ – ظاهر قوي. وهو الذي وصل في الظهور إلى درجة يطرح معها احتمال خلافه، وهذا يكون قطعياً. وهذا ليس مراداً هنا[٣].

وبهذا يتضح أن المراد بالظاهر في هذه القاعدة: الظاهر الضعيف بقسميه الذين هما: الأصل ودلالة الحال، وهذا لا يصلح لأن يكون دليلاً كافياً للاستحقاق على الغير وإنما يصلح حجة لإبقاء حق قائم، ودفع من يدعي خلافه دون إثبات.

وهذا ما أراده الكاساني حينما أورد القاعدة بلفظ: «الظاهر بقاء ما كان على ما كان»[٤]. فلفظ «الظاهر» ولفظ «الأصل» يدلان على معنى واحد هنا.

فتكون هذه القاعدة، قاعدة أصولية فقهية[٥]، وهي ما يعبر عنها العلماء بالاستصحاب، بقسميه[٦].

---

(١) ينظر: المدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٦٤).

(٢) ينظر: شرح القواعد الفقهية، الزرقا (ص ١٠٧).

(٣) ينظر: المصدرين السابقين.

(٤) بدائع الصنائع (٤/ ٤٩٥).

(٥) القواعد للمقري (١/ ٢٩١)، القاعدة السابعة والستون، والقواعد الفقهية للندوي (ص ٤٥٤).

(٦) ينظر: الأشباه والنظائر للسبكي (١/ ١٣)، التعريفات للجرجاني (ص ٢٦)، درر الحكام شرح مجلة =

ومنهم الكاساني حيث قال: «الثابت باستصحاب الحال يصلح لإبقاء ما كان على ما كان، ولا يصلح لإثبات ما لم يكن»[١].

وقال: «واستصحاب الحال لا يصلح حجة لإثبات ما لم يكن»[٢].

لذا كان من المناسب التعريف بالاستصحاب وبيان أقسامه ولو بصورة مختصرة.

الاستصحاب لغة: من «صحب» والصاد والحاء والباء أصل واحد يدل على مقارنة شيء ومقاربته، وكل شيء لائم شيئاً فقد استصحبه[٣].

والاستصحاب: الدعاء إلى الصحبة والملازمة، يقال: استصحبه إذا دعاه إلى الصحبة والملازمة[٤].

اصطلاحاً: الحكم ببقاء أمر كان في الزمان الأول ولم يظن عدمه[٥].

أقسام الاستصحاب[٦]:

ينقسم الاستصحاب إلى قسمين هما:

الأول: استصحاب الماضي في الحاضر، وهو «الحكم على الشيء ببقائه على الحال الذي كان عليه في الزمن السابق، ما لم يقم دليل على خلافه»[٧]. وهذا ينقسم

= الأحكام (١/ ٢٣)، حتى أن الجرجاني عرف الاستصحاب بلفظ القاعدة فقال: «الاستصحاب هو عبارة عن إبقاء ما كان على ما كان لانعدام المغير».

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٧).

(٢) المصدر السابق.

(٣) معجم مقاييس اللغة (ص ٥٦٣) مادة (ص ح ب)، المصباح المنير (ص ١٧٤) مادة (ص ح ب).

(٤) القاموس المحيط (ص ١٣٤) كلمة (صحب).

(٥) الكليات (ص ١٠٦)، التعريفات (ص ٢٦)، شرح مختصر الروضة (١٤٨/٣).

(٦) ينظر المصادر السابقة، وروضة الناظر (٢/ ٥٠٤)، الإبهاج في شرح المنهاج (١٦٨/٣).

(٧) درر الحكام لعلي حيدر (١/ ٢٣).

إلى أقسام هي:

١ – استصحاب دل العقل، أو الشرع على ثبوته ودوامه، كالملك عند جريان القول المقتضي له، وشغل الذمة عند جريان إتلاف أو التزام.

٢ – استصحاب العدم الأصلي، كنفي وجوب صلاة سادسة.

٣ – استصحاب الدليل الشرعي، كاستصحاب العموم إلى أن يرد المخصص، واستصحاب حكم النص حتى يرد الناسخ.

٤ – استصحاب الحكم العقلي، وهذا عند من يقول: إن للعقل حُكماً في بعض الأشياء إلى أن يرد الدليل السمعي.

٥ – استصحاب حال الإجماع في محل الخلاف، كالمتيمم إذا رأى الماء في أثناء الصلاة فهل يستصحب الإجماع المنعقد على صحة صلاة المتيمم عند عدم الماء، أم لا؟ وهذا القسم فيه خلاف مشهور بين العلماء.

الثاني: استصحاب الحاضر في الماضي، ومعناه: «أن الشيء على حالته الحاضرة يحكم أنه كان عليها في الزمن الماضي ما لم يقم دليل التغيير»[(١)]. ويسمى الاستصحاب المقلوب، وفي هذين القسمين وما يندرج تحت أولهما من أقسام تفصيل وخلاف بين العلماء ينظر في مظانه[(٢)].

والذي يظهر من لفظ القاعدة أن المراد هو القسم الأول، وهو استصحاب الماضي في الحاضر[(٣)]، ولكن هذا لا ينافي الاستصحاب المقلوب؛ لأن القاعدة تعني

---

(١) الوجيز للبورنو (ص ١٧٤ – ١٧٥).

(٢) ينظر تفصيل ذلك في كل من: روضة الناظر (٢/ ٥٠٤)، شرح مختصر الروضة (١٤٨/٣)، الإبهاج في شرح المنهاج (١٦٨/٣)، والبحر المحيط (٤/ ٣٣٠)، والمجموع المذهب (١/ ٧٢).

(٣) ينظر: الوجيز للبورنو (ص ١٧٤).

أن تضاف الأمور الحادثة إلى أقرب وقت من الممكن أن تكون وقعت فيه في الماضي، وهذا لا ينافي أن نستدل بالحال على الأمر الماضي حتى يأتي ما يعارضه.

معنى القاعدة الإجمالي:

أن الأمر الذي ثبت على حال في الزمان الماضي ثبوتاً أو نفياً، يبقى على حاله ولا يتغير ما لم يوجد دليل يغيره[١]. «فإذا كان للشيء حال سابقة معهودة، فإن الأصل في ذلك أن يحكم ببقائه واستمراره على تلك الحالة المعهودة التي كان عليها، حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك فيصار حينئذٍ إليه»[٢].

أصل القاعدة:

١ – قوله تعالى:] i j k l m n o p q r s t u v [الآية[٣] Z } | { z y x w

وجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى ذكر المحرمات في هذه الآية بصيغة من أقوى صيغ الحصر وهي الاستثناء بعد النفي، مما يدل على أن ماعداها باق على أصله وهي الإباحة، وقد علمت هذه الإباحة من الاستثناء، مما يدل على أن الأصل عدم التحريم، فلا تحريم إلا بدليل.

٢ – ما ثبت في الصحيحين من أنه شكي إلى النبي ^ الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة فقال ^ : **(لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً)**[٤].

---

(١) ينظر: القواعد الفقهية للندوي (ص ٤٥٣).

(٢) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٨٧).

(٣) من الآية رقم ١٤٥ من سورة الأنعام.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الوضوء، باب لا يتوضأ من الشك حتى يتيقن (١/ ٤٦) (ح١٣٧)، ومسلم في صحيحه: كتاب الحيض، باب الدليل على أن من تيقن الطهارة ثم شك في الحدث فله أن يصلي بطهارته (١/ ١٨٩) (ح٨٣٠) واللفظ له.

وجه الدلالة: أن النبي ^ حكم باستدامة الوضوء عند الاشتباه، وهذا عين الاستصحاب[١]، فقد استصحب حكم الطهارة السابق.

٣ – الإجماع.

فقد أجمع العلماء على أنه إذا تيقن بالوضوء ثم شك في الحدث جاز له أداء الصلاة ولم يجب الوضوء، ولو تيقن الحدث ثم شك في الوضوء يبقى الحدث وهذا كله استصحاب[٢].

٤ – المعقول.

وهو أن الحكم إذا ثبت بدليل ولم يثبت له معارض قطعاً ولا ظناً، يبقى بذلك الدليل[٣].

من الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة:

١ - قال الكاساني: «لو اختلف البائع والمشتري في هلاك المبيع فقال البائع: هلك بعد القبض، ولي عليك الثمن، وقال المشتري: هلك قبل القبض، ولا ثمن لك علي، فالقول قول المشتري مع يمينه؛ لأن البائع يدعي عليه القبض والثمن، وهو ينكر، ولأن الظاهر شاهد للمشتري، لأن المبيع كان في يد البائع، والظاهر بقاء ما كان على ما كان، والبائع يدعي أمراً عارضاً وهو الزوال والانتقال، فكان المشتري متمسكاً بالأصل الظاهر فكان القول قوله»[٤].

٢ – المفقود يعد حياً في حق نفسه عملاً بظاهر الحال، وهو استصحاب حياته المتيقنة

---

(١) ينظر: كشف الأسرار (٣/٥٤٨).

(٢) المصدر السابق، وينظر: البحر المحيط (٤/٣٢٩).

(٣) كشف الأسرار (٣/٥٤٨).

(٤) بدائع الصنائع (٤/٤٩٥).

سابقاً، أما في حق غيره فإنه يعد ميتاً.

وبيان ذلك: «أنه تجري عليه أحكام الأحياء فيما كان له فلا يورث، ولا تبين امرأته، كأنه حي حقيقة، وتجري عليه أحكام الأموات فيما لم يكن له، فلا يرث أحداً، كأنه ميت حقيقة؛ لأن الثابت باستصحاب الحال يصلح لإبقاء ما كان على ما كان، ولا يصلح لإثبات ما لم يكن»[(١)].

٣ – الخيار: «لو اشترى عبدين فوجدهما معيبين، فقبض أحدهما، لم يسقط خياره؛ لأنه قبض بعض المعقود عليه والصفقة لا تتم بذلك، وإنما تتم بقبض الكل؛ لأنه لو لزمه العقد في المقبوض عليه دون الآخر لتفرقت الصفقة على البائع قبل التمام، وتفريق الصفقة قبل التمام باطل، ولا يمكن إسقاط حقه عن غير المقبوض؛ لأنه لم يرض به فبقي له الخيار، إبقاءً لما كان على ما كان»[(٢)].

* * *

(١) المصدر السابق (٥/ ٢٨٧).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٥٦٦).

المطلب السابع

قاعدة: « الأصل في بني آدم الحرية »[١][٢]

شرح مفردات القاعدة:

« الحرية »: قال ابن فارس: « الحاء والراء في المضاعف له أصلان:

الأول: ما خالف العبودية، وبرئ من العيب والنقص، يقال: هو « حُرٌّ » بيِّن « الحرورِية » و« الحرية »، ويقال: طين « حُرٌّ »: لا رمل فيه.

الثاني: خلاف البرد »[٣]، والمراد هنا الأول.

والحر من الرجال خلاف العبد؛ لأنه خلص من الرق وجمعه « أحرار »، فيقال: « حَرَّرتُهُ » « تحْريراً » إذا أعتقته، والأنثى « حُرَّة » وجمعها « حرائر »[٤].

وقد عرفها الكاساني لغة بنحو ذلك فقال: « الحرية هي الخلوص، يقال: طين حر أي خالص وأرض حرة، إذا لم يكن عليها خراج »[٥].

اصطلاحاً: عرفها الكاساني بقوله: « الخلوص عن الملك والرق »[٦].

معنى القاعدة الإجمالي:

هذه القاعدة تفيد أن الراجح في بني آدم أنهم أحرار، وأما الرق فهو أمر

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٥٦٨، ٥/ ١٨٠، ٢٩٠).

(٢) ينظر في أحكام هذه القاعدة: القواعد الكبرى (٢/ ٨٢)، الأشباه والنظائر للسبكي (١/ ٢٤)، شرح المنهج المنتخب (٢/ ٩٨)، القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للندوي (ص ٣٢٢).

(٣) معجم مقاييس اللغة (ص ٢٢٣)، كلمة (حرّ).

(٤) ينظر: المصباح المنير (ص ٧٠) مادة (ح ر ر).

(٥) بدائع الصنائع (٣/ ٥٤٣).

(٦) المصدر السابق.

طارئ، سواء كان ذكراً أم أنثى، صغيراً أم كبيراً، مسلماً أم غير مسلم، فلا يباع ويشترى، أي لا يملك، ولا يضمن كما تضمن المملوكات.

هذا هو الأصل والرق خلاف الأصل؛ لأنه عارض.

أصل القاعدة:

١ – استدل المصنف لهذه القاعدة بما روي عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما أنهما حكما بكون اللقيط حراً[١][٢]. وهذا فيه دلالة على أن هذا هو الأصل في بني آدم.

٢ – من المعقول:

قال المصنف: «ولأن الناس كلهم أولاد سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام وحواء، وهما كانا حرين، والمتولد من الحرين يكون حراً، وإنما حدث الرق في البعض شرعاً بعارض الاستيلاء بسبب عارض وهو الكفر الباعث على الحراب، فيجب العمل بالأصل – وهو الحرية – حتى يقوم الدليل على وجود العارض»[٣].

من الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة:

١ - «لا تشترط الحرية في قبض الموهوب، فيجوز للعبد المحجور عليه قبض ما وهب له؛ لأن القبض من حقوق العقد، والعقد وقع للعبد فكان القبض إليه،

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٩٠).

(٢) هذا الأثر أخرجه البيهقي في كتاب اللقطة، باب من قال أن اللقيط حر لا ولاء عليه، السنن الكبرى (٦/ ٣٣٦) رقم (١٢١٣٥).

(٣) بدائع الصنائع (٥/ ٢٩٠) و(٤/ ٥٦٨)، وينظر: القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ٣٢٢).

ولأن الأصل في بني آدم الحرية، والرق عارض »[١].

٢ - « إذا ادعى أحدهما أن اللقيط ابنه، وادعى الآخر أنه عبده، يقضي للذي ادعى أنه ابنه لأنه يدعي الحرية، والآخر يدعي الرق، فبينة الحرية أقوى؛ لأن معه الأصل والأصل في بني آدم الحرية »[٢].

٣ - « لا تحل للرائي الشهادة بالملك لصاحب اليد في العبد أو الأمة، وإن رآه يستعمله استعمال الملاك من غير منازع، وإن وقع في قلبه أنه له، إلا إذا أقرا بأنفسهما بالرق، وكان الواحد منهما كبيراً يعبر عن نفسه، لأن الكبير في يد نفسه ظاهر، إذ الأصل هو الحرية في بني آدم، والرق عارض، فكانت يده إلى نفسه أقرب من يد غيره فلم تصلح يد غيره دليل الملك فيه »[٣].

٤ – قال المصنف: « لو ادعى غلاماً كبيراً أنه عبده، وقال الغلام: أنا حر، فالقول قول الغلام؛ لأنه ادعاه في حال هو في يد نفسه، فكان القول قوله؛ لأنه متمسك بالأصل وهو الحرية ».

* * *

(١) بدائع الصنائع (٥ / ١٨٠).

(٢) المصدر السابق (٥ / ٣٨٠).

(٣) المصدر السابق (٥ / ٤٠١).

المبحث الثالث

قواعد في التيسير ورفع الحرج

وفيه أربعة مطالب وهي :

المطلب الأول : قاعدة « قد يجعل المعدوم حقيقة موجوداً تقديراً عند تحقق الحاجة والضرورة » .

المطلب الثاني : قاعدة « الحرج إنما يؤثر في حقوق الله عز وجل في الإسقاط لا في حقوق العباد » .

المطلب الثالث : قاعدة « المحرمات قد يسقط اعتبارها لمكان الضرورة » .

المطلب الرابع : قاعدة « الثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة » .

المطلب الأول:
قاعدة: «قد يجعل المعدوم حقيقة موجوداً تقديراً عند تحقق الحاجة والضرورة»[١][٢].

معاني مفردات القاعدة:

الحاجة لغة: أصلها (حوج) قال ابن فارس: «الحاء والواو والجيم أصل واحد وهو الاضطرار إلى الشيء، فالحاجة واحدة الحاجات، والحوجاء الحاجة»[٣].

الحاجة اصطلاحاً: هي «ما يسبب فقدها عسراً وحرجاً»[٤].

وعرفها الشاطبي[٥] بقوله: «هي الشيء المفتقر إليه من حيث التوسعة ورفع

---

(١) بدائع الصنائع (٤/٥٩).

(٢) ينظر في أحكام هذه القاعدة: قواعد الأحكام (٢/٢٠٥)، والفروق للقرافي (١/١٢٩ ف ٣)، و(ف٥٦) (٢/٥١ ف ٥٦)، و(ف١٠٨) (٢/٣٢٨ ف ١٠٨) وف١٧١ (٣/٣٣٩ ف ١٧١)، (٣/٣٨٣ ف ١٨٣)، - وقد تكلم عنها القرافي في كتابه الأمنية في إدراك النية، وذكر لها أمثلة كثيرة -، والقواعد للمقري (٢/٥٠١)، القاعدة (٢٥٩)، والأشباه والنظائر للسبكي (١/١١٠)، وإيضاح المسالك (ص ٢٤٦ ف ٥١)، القواعد لتقي الدين الحصني (٢/٢٣٨)، وموسوعة القواعد الفقهية (٤/٤٤٤)، العدة للقاضي أبي يعلى (٢/٣٨٦)، المستصفى (١/٨٥)، الإحكام لابن حزم (١/٢١٩)، وشرح تنقيح الفصول (ص ٦٥)، والإبهاج (١/١٥١)، وشرح الكوكب المنير (١/٥١٣).

(٣) (ص ٢٦٨) كلمة (حوج).

(٤) الموسوعة الفقهية الميسرة (١/٦٩٥).

(٥) هو إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، أبو إسحاق، أحد الأئمة النظار، والجهابذة الأخيار، أصولي فقيه، محدث بارع، ونحوي شهير، له استباطات جليلة، وفوائد لطيفة، وأبحاث شريفة، تدل على إمامته وجلالته، وكان أحد فقهاء المالكية في الأندلس في القرن الثامن، من مصنفاته: الموافقات في أصول الشريعة، والاعتصام، والإفادات والإنشادات، وشرح على الخلاصة في النحو، توفي عام ٧٩٠هـ.
ينظر: «شجرة النور الزكية» (٢/٢٩)، و«الفكر السامي» (٤/٢٩١، و«معجم المؤلفين» (١/٧٧).

الضيق والمؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوات المطلوب»[١].

والتعريفان متقاربان، حيث أن كل واحد منهما يدل على أن المراد بالحاجة ما يؤدي فقده إلى الحرج والضيق، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد والهلاك.

«الضرورة» لغة: من ضرَّ يضرُّ ضرًّا.

قال ابن فارس: «الضاد والراء ثلاثة أصول، الأول: خلاف النفع، والثاني: اجتماع الشيء، والثالث: القوة»[٢].

والمراد هنا الأول؛ لأنه يطلق ويراد به الحاجة[٣]، ومنه الاضطرار وهو: الاحتياج إلى الشيء[٤].

وأما الضرورة في الاصطلاح فقد اختلفت عبارات العلماء في تعريفها، وإن كانت متقاربة في معانيها، ويبدو لي أنها لا تشمل المعنى الكامل للضرورة؛ لأنها مقتصرة على معنى الضرر الحاصل من جهة الغذاء[٥].

ولعل التعريف المختار للضرورة هو: حالة تطرأ على الإنسان، بحيث لو لم

---

(١) الموافقات (١/ ٥١٣).

(٢) معجم مقاييس اللغة (ص ٥٧٤) كلمة (ضرّ).

(٣) القاموس المحيط (ص ٥٥٠) كلمة (ضرّ).

(٤) معجم مقاييس اللغة (ص ٥٧٤).

(٥) ومن هذه التعريفات، تعريف أبي بكر الجصاص حيث قال: «الضرورةهي خوف الضرر أو الهلاك على النفس أو بعض الأعضاء يترك الأكل» أحكام القرآن (١/ ١٥٠)، وعرفها الزركشي بقوله: «الضرورة: بلوغه حداً إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب». المنثور في القواعد (٢/ ٦٩)، وعرفها المالكية بقولهم: «هي الخوف على النفس من الهلاك علماً أو ظناً»، حاشية الدسوقي والشرح الكبير (٢/ ١١٥)، وعرفها ابن قدامة بقوله: «الضرورة المبيحة هي التي يخاف التلف بها إن ترك الأكل» المغني (١١/ ٧٤).

تراع لجزم أو خيف أن تضيع مصالحه الضرورية[١].

وسبب اختيار هذا التعريف؛ لأنه جامع في نظري كل أنواع الضرورة، وهي حفظ الدين، والنفس، والعقل، والعرض، والمال.

وبهذا يتضح الفرق بين الضرورة والحاجة وهو: أن الاضطرار ظرف قاهر، يجوز بسببه ارتكاب المحظور شرعاً، وذلك من أجل المحافظة على إحدى الضروريات الخمس وهي: الدين، والنفس، والعرض، والعقل، والمال.

أما الحاجة فهي التي لا تتوقف عليها صيانة الضروريات الخمس، ولا حمايتها، وإنما يترتب على عدم استجابة المكلف إليها عسر وصعوبة.

وأن الأحكام الاستثنائية التي ثبتت بسبب الضرورة، غالباً ما تكون إباحتها مؤقتة تزول بزوال الاضطرار، وتتقيد بالشخص المضطر وبقدر الضرورة، لأن الإباحة وردت على محظور بنص شرعي.

أما الأحكام المبنية على الحاجة فهي تخالف القواعد العامة لا النص، ويكون الحكم الثابت بها يتصف بصفة الدوام والاستقرار ويستفيد منها المحتاج وغيره[٢].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أفادت القاعدة أنه يقدر وجود المعدوم حكماً وإن عدم حقيقة، وتبنى عليه الأحكام الشرعية، وذلك إذا تحقق وجود الحرج والمشقة إن لم يعمل بذلك، ويفهم منه أنه إذا لم تدع الضرورة إلى ذلك، فإنه لا يجوز التقدير حينئذ؛ لأنه خلاف الأصل[٣].

---

(١) رفع الحرج للباحسين (ص ٤٣٨).

(٢) نظرية الضرورة الشرعية للزحيلي (ص ٢٧٤)، وقاعدة المشقة تجلب التيسير د. اليوسف (ص ٣٩٢)، والممتع في القواعد الفقهية (ص ٢٠٧).

(٣) الفروق للقرافي (٢/ ٣٢٨ - ٣٢٩ ف ١٠٨).

أصل القاعدة:

استدل المصنف لهذه القاعدة ضمن استدلاله لمشروعية الإجارة وجوازها؛ لأنها تعدُّ بيع منفعة، والمنفعة حال العقد معدومة، والمعدوم لا يحتمل البيع؛ لأنه بيع ما ليس عند الإنسان وقد نهى عنه رسول الله ﷺ [(١)]، لكنها جعلت موجودة عند العقد هنا بحكم الضرورة[(٢)]، ومن الأدلة التي ساقها ما يأتي:

١ – قوله تعالى في سياق قصة موسى: **{ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ }** [(٣)].

وجه الدلالة: أي على أن تكون أجيراً لي، أو على أن تجعل عوضي من إنكاحي ابنتي إياك رعي غنمي ثماني حجج، يقال: آجره الله تعالى، أي: عوضه وأثابه[(٤)]. فجعل العوض هنا منافع معدومة تأتي تباعاً ولكنها جعلت كالموجودة عند العقد ضرورة. ومعلوم أن ما قصه الله علينا من شرائع من قبلنا، من غير نسخ، يعدّ شريعة لنا مبتدأة ويلزمنا على أنه شريعتنا لا على أنه شريعة من قبلنا، على المختار

---

(١) يريد في ذلك حديث حكيم بن حزام – رضي الله عنه – قال: يا رسول الله: يأتيني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي، أفأبتاعه له من السوق؟ فقال ﷺ: **(لا تبع ما ليس عندك)**. الحديث رواه أبو داود (كتاب البيوع والإجارات، باب: في الرجل يبيع ما ليس عنده رقم (٣٥٠٥)، (٣/٣٠٢)، واللفظ له، والترمذي (كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم (١٢٣٢) (٣/٥٣٤)، وقال: «هذا حديث حسن». والنسائي (كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع رقم (٤٦١٣)، (٧/٢٨٩). وابن ماجه (كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن رقم (٢١٨٧)، (٢/٧٣٧). وأحمد في مسنده (٢٤/٢٦، ٢٨، ٣١، ٣٤١) رقم (١٥٣١١، ١٥٣١٢، ١٥٣١٥، ١٥٥٣٧). وقد صحح الحديث ابن حزم في المحلى (٨/٥١٩)، وصاحب البدر المنير (٦/٤٤٨)، وكذلك نصب الراية (٤/٩)، والتلخيص الحبير (٣/١٠).

(٢) بدائع الصنائع (٥/٣١٩)، وينظر في ذلك قواعد الأحكام (٢/٢٠٩).

(٣) من الآية رقم ٢٧ من سورة القصص.

(٤) بدائع الصنائع (٤/١٤).

عند الأصوليين [١].

٢ – قوله تعالى: { فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ } [٢]. وهذا نص في أن من أرضعت تأخذ أجرها وهو في المطلقات[٣]، حيث إنه عقد على معدوم فجعل كالموجود للضرورة.

٣ – ما ثبت عن رسول الله ^ أنه قال: **(ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، ومن كنت خصمه خصمته، رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراماً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره)** [٤].

وجه الدلالة: أمر النبي ^ من استأجر أجيراً أن يبادر بإعطائه حقه من الأجرة وأن لا يماطل وأن لا يجحد الأجرة، مما يدل على جواز الإجارة، والإجارة عقد على منافع، والمنافع معدومة حال العقد ولكنها جعلت كالموجودة للضرورة.

٤ – الإجماع. فإن الأمة أجمعت على ذلك حيث إنهم كانوا يعقدون عقد الإجارة من زمن الصحابة رضي الله عنهم إلى يومنا هذا من غير نكير فلا يعبأ بخلاف من خالف[٥].

وأيضاً استدل المصنف لهذه القاعدة ضمن استدلاله لجواز الاستصناع؛ لأنه «عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل»[٦]، فهو بيع ما ليس عند الإنسان لا على

---

(١) ينظر: الأدلة على حجية شرع من قبلنا: أصول السرخسي (٢/ ٩٩)، المعتمد في أصول الفقه (٢/ ٣٣٦)، روضة الناظر (٢/ ٥١٧)، بتحقيق د. النملة.

(٢) من الآية رقم ٦ من سورة الطلاق.

(٣) بدائع الصنائع (٤/ ١٤).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب البيوع، باب إثم من باع حراً، (٣/ ١٠٨) (ح ٢٢٢٧).

(٥) بدائع الصنائع (٤/ ١٦).

(٦) المصدر السابق (٤/ ٩٤).

وجه السلم، إذاً هو بيع معدوم[١]، ولكن ألحق بالموجود لمسيس الحاجة إليه، كالمسلم فيه.

قال العز بن عبدالسلام[٢]: «ولا يعرى شيء من العقود والمعاوضات عن جواز إيراده على معدوم»[٣]، وقد ذكر خمسة عشر مثالاً على إعطاء المعدوم حكم الموجود[٤].

ومما يمكن أن يستدل به لهذه القاعدة قوله تعالى:] $ % & ' ( ) * + Z[٥].

وجه الدلالة:

«فلا يخفى أنه أمر باجتناب بعض ما ليس بإثم خشية من الوقوع فيما هو إثم وذلك هو الاحتياط»[٦].

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٤٤٤).

(٢) **العز ابن عبدالسلام هو**: عبدالعزيز بن عبدالسلام بن القاسم بن الحسن بن محمد بن المهذب، أبو محمد السلمي الدمشقي المصري، ويُعرف بالعز ابن عبدالسلام، ويلقب بسلطان العلماء؛ لسعة علمه، ولد سنة ٥٧٧هـ وقيل: ٥٧٨هـ كان علامة فقيهاً أصولياً، قوياً في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر زاهداً، انتهت إليه رئاسة المذهب الشافعي، **من مؤلفاته**: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ومختصر قواعد الأحكام، والإشارة إلى الإيجاز في بعض أنواع المجاز، والإمام في بيان أدلة الأحكام، والتفسير، واختصار النهاية، **توفي** سنة ٦٦٠هـ.

انظر ترجمته في: طبقات الشافعية الكبرى لابن السبكي (٨/ ٢٠٩)، وطبقات الشافعية للإسنوي (٢/ ٨٤)، والبداية والنهاية (١٧/ ٤٤١)، والنجوم الزاهرة لابن تغري بردي (٧/ ١٨٢)، وطبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (٢/ ١٠٩)، وطبقات الشافعية لابن هداية الله (ص/ ٢٢٢)، وشذرات الذهب لابن العماد (٧/ ٥٢٢).

(٣) قواعد الأحكام (٢/ ٢٠٩).

(٤) المرجع السابق (٢/ ٢٠٥ وما بعدها).

(٥) من الآية رقم ١٢ من سورة الحجرات.

(٦) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ١١٠). حيث استدل لها بهذه الآية ثم قال: «وهذا استنباط جيد».

الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة:

١ – كيفية ثبوت العقد في الإجارة المطلقة.

قال المصنف: «حكم الإجارة المطلقة هو ثبوت الملك في العوضين عقيب العقد بلا فصل، ووجه ذلك: أن الإجارة وجدت مطلقة والمعاوضة المطلقة تقتضي ثبوت الملك في العوضين عقيب العقد كالبيع، لكن الملك لا بد له من محل تثبت فيه منافع المدة المعلومة في الحال حقيقة، فتجعل موجودة تصحيحاً للعقد، وقد يجعل المعدوم حقيقة موجوداً تقديراً عند تحقق الحاجة والضرورة»[١].

٢ – جواز السلم. فهو: «عقد على مبيع في الذمة بثمن مقبوض في مجلس العقد» إذاً هو عقد على معدوم، ولكنه جوز لحاجة الناس[٢].

٣ – صحة عقد المضاربة. إذ هي: «استئجار بأجر مجهول بل بأجر معدوم، ولعمل مجهول»[٣].

٤ – الاستصناع: فهو «عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل»، فهو بيع معدوم ولكنه عقد جائز[٤].

* * *

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٥٩).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٩٤).

(٣) المصدر السابق (٥/ ١٠٨).

(٤) المصدر السابق (٤/ ٩٣).

المطلب الثاني
قاعدة « الحرج إنما يؤثر في حقوق الله عز وجل بالإسقاط لا في حقوق العباد »[١][٢].

شرح مفردات القاعدة:

الحرج لغة: قال ابن فارس: « الحاء والراء والجيم، أصل واحد، وهو معظم الباب وإليه مرجع فروعه، وذلك تجمُّع الشيء وضيقه، ومن ذلك، الحرج: الإثم، والحرج: الضيق »[٣].

فيكون الحرج في اللغة: أضيق الضيق[٤].

الحرج اصطلاحاً: « ما فيه مشقة فوق المعتاد »[٥].

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٧٥).

(٢) هذه القاعدة وردت في كتب القواعد بلفظ آخر وهو: « الاضطرار لا يبطل حق الغير »، ولكن لفظ المصنف يعتبر أشمل، لأنه يتبين به حكم حق الله سبحانه عند وقوع الحرج وهو أنه يجوز إسقاطه، ويتبين حكم حق العباد بأنه وإن اضطر إلى إتلافه فإنه لا يكون هدراً وإنما يضمن، وبهذا يتضح أن لفظ القاعدة يعتبر قيداً لقاعدة « الضرورات تبيح المحظورات ». ومن مصادر هذه القاعدة: القواعد والضوابط الفقهية في كتاب الأم بلفظ: « الحاجة لا تحق لأحد أن يأخذ مال غيره » (ص ١٥٠)، وترتيب اللآلئ (١/ ٣٤٥)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٤٢م٣٣)، وشرح القواعد الفقهية للزرقاء (ص ٢١٣)، المدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٠٥، ٨١/ ٣٤م٣٣)، موسوعة القواعد الفقهية (٢/ ٢٠٨)، وكتاب المشقة تجلب التيسير لـ .د. صالح اليوسف (ص ٤٨٩)، الممتع في القواعد الفقهية (ص ١٩٩).

(٣) معجم مقاييس اللغة (ص ٢٤٠). وينظر: لسان العرب (٤/ ٧٤) مادة (حرج).

(٤) لسان العرب (٤/ ٧٤) مادة (حرج).

(٥) الموافقات (٢/ ١٥٩).

المعنى الإجمالي للقاعدة:

إن العسر والعناء الخارجين عن حد الاحتمال عادة، يقتضي تغير الحكم الشرعي من الحرمة إلى الإباحة، كأكل الميتة، أو يقتضي الترخيص في فعله مع بقاء حرمته ككلمة الكفر، لكن هذا التصرف الذي يستباح به الأمر المحرم لأجل الضرورة، إذا تعلق بإتلاف حق لآدمي أو تفويته فإنه لا يبطل حق الغير(١)، سواء كان الاضطرار بأمر سماوي كالمجاعة والحيوان الصائل، أو غير سماوي كالإكراه الملجئ(٢).

والمتأمل في لفظ القاعدة يجد أنه يفيد أن حقوق العباد لا تسقط بأي حال من الأحوال إلا برضى من له الحق وهذا هو مذهب الحنفية(٣)، ولكن هذا ليس عاماً، فقد يكون هناك اضطرار وحرج يسقط معه حق الغير، وهذا الملحظ أشار إليه ابن رجب(٤) – رحمه الله – عند صياغته للقاعدة السادسة والعشرين حين قال: «من أتلف شيئاً لدفع أذاه له لم يضمنه، وإن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه»(٥).

أصل القاعدة:

استدل المصنف لهذه القاعدة بما يأتي:

---

(١) ينظر: درر الحكام (١/ ٤٣ م ٣٣)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٠٥)، والوجيز للبورنو (ص ٢٤٤)، والممتع في القواعد الفقهية (ص ١٩٩).

(٢) القواعد الفقهية، لعبدالعزيز عزام (ص ٥٣٣).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٢/ ٤٢٩).

(٤) هو زين الدين عبدالرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن البغدادي، ثم الدمشقي الحنبلي، ولد ببغداد في ربيع الأول سنة ٧٣٦هـ، وأكثر الاشتغال حتى مهر، وقرأ القرآن بالروايات، وأكثر عن الشيوخ حتى خرَّج لنفسه مشيخة مفيدة. وصنف شرح علل الترمذي، والقواعد الفقهية أجاد فيه، وشرح قطعة من صحيح البخاري. مات في رجب سنة ٧٩٥هـ.

(٥) القواعد في الفقه الإسلامي (ص ٣٧، ق ٢٦).

١ – قوله تعالى: { فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ } [١].

وجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى أجاز لمن أصابته مشقة زائدة عن المعتاد ووقع في ضيق وحرج، أن يتناول من مال الغير ما يسد رمقه بشرط أن يضمنه[٢].

٢ – قوله تعالى:] 0 1 2 3 Z[٣].

وجه الدلالة:

«إلا ما دعتكم شدة المجاعة إلى أكله، والاستثناء من التحريم إباحة، فإذا تحقق الاضطرار يباح له التناول... كما في حال المخمصة»[٤].

ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة بما يلي:

٣ – قال الله تعالى: { وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا } [٥].

ووجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى بين أن مال المرأة لا يحل للزوج منه شيء، إلا إذا طابت نفسها بذلك؛ لأن مالها ملك لها، فهو ممنوع منه لأنه ملكها، مباح له إذا طابت به نفسها[٦].

وبهذا يتبين أن كل مملوك يحرم على غير مالكه أن يتصرف فيه، إلا إذا طابت به نفس مالكه، فإنه يكون مباحاً بإباحة مالكه له، سواء كان المالك رجلاً أو امرأة.

---

(١) من الآية رقم ٣ من سورة المائدة.

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ٣١٠).

(٣) من الآية رقم ١١٩ من سورة الأنعام.

(٤) بدائع الصنائع (٦/ ١٨٥).

(٥) الآية رقم ٤ من سورة النساء.

(٦) أحكام القرآن للكيا هراسي (١/ ١٧٨).

٤ – واستدل المصنف بحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ^ قال في خطبته في حجة الوداع: **(إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا، في شهركم هذا)** [(١)].

٥ – وبحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ^ قال: **(كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه)** [(٢)].

أورد المصنف هذه الأحاديث في باب الإكراه ثم قال: «ومن هذا النوع إتلاف مال المسلم؛ لأن حرمة مال المسلم حرمة دمه على لسان رسول الله ^ ، فلا يحتمل السقوط؛ إلا أنه رخص له الإتلاف لعذر الإكراه وحال المخمصة»[(٣)].

ففي هذه الأحاديث دلالة واضحة على أن الأصل هو حرمة مال الغير، وأنه لا يحق لأحد أن يتصرف بمال غيره إلا بطيب نفس منه.

الفروع الفقهية المندرجة تحت هذه القاعدة:

١ – من أتلف مال غيره نائماً أو خاطئاً أو أصابته مخمصة فأكل طعام غيره، وجب عليه الضمان، ولم يجعل معذوراً في مباشرة الفعل الذي لا بد له منه[(٤)]؛ لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير.

٢ - قال المصنف: «إذا كان الأجير مشتركاً، وحصل منه الإتلاف من غير قصد، كالقصار إذا دق الثوب فتخرق أو ألقاه في النورة فاحترق، أو الملاح غرقت

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحج، باب الخطبة أيام منى (٢/ ٢١٥) (ح ١٧٣٩)، ومسلم في صحيحه، كتاب القسامة، باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال (٥/ ١٠٧) (ح ٤٤٧٧).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه، في البر والصلة، باب: ظلم المسلم، وخذله، واحتقاره، ودمه، وعرضه، وماله (٨/ ١٠) (ح ٦٧٠٦).

(٣) بدائع الصنائع (٦/ ١٨٦).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٣/ ٣٥١)، (٤/ ٣١٠)، (٦/ ٦١، ١٦٩).

السفينة من عمله، ونحو ذلك فإنه يضمن في قول أصحابنا الثلاثة[١]، لأن المأذون فيه الدق المصلح لا المفسد، أما أنه لا يمكنه التحرز عن الفساد إلا بحرج فهذا مسلم، لكن الحرج إنما يؤثر في حقوق الله بالإسقاط لا في حقوق العباد»[٢].

٣ – عقد الإجارة. «لو مات أحد ممن وقع له عقد الإجارة قبل انقضاء المدة، وفي الأرض المستأجرة زرع لم يستحصد، فإنه يترك ذلك في الأرض إلى أن يستحصد، ولا ينفسخ العقد؛ ويكون على المستأجر أو على ورثته ما سمي من الأجر؛ لأن في الحكم في انفساخ العقد وقلع الزرع ضرراً بالمستأجر، وفي الإبقاء من غير عوض ضررٌ بالوارث، فيبقى الزرع إلى أن يستحصد بالأجر دفعاً للضرر»[٣].

٤ – «لو انتهت مدة إجارة الظئر[٤]، وقد صار الصبي لا يأخذ من لبن غيرها ولم يستغن عن ذلك بالطعام، وامتنعت من إرضاعه، فإنها تجبر على ذلك، ولكن بأجرة المثل»[٥].

* * *

(١) المراد بذلك: أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن رحمهم الله.

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ٧٤).

(٣) بدائع الصنائع (٤/ ٩١).

(٤) بالكسر، هي العاطفة على ولد غيرها المرضعة له. القاموس المحيط (ص ٥٥٥) مادة (ظئر).

(٥) بدائع الصنائع (٤/ ٥٧، ٥٨).

المطلب الثالث

قاعدة: «المحرمات قد يسقط اعتبارها لمكان الضرورة» [١][٢]

معاني مفردات القاعدة:

«الضرورة» تقدم تعريفها لغة واصطلاحاً، والفرق بينها وبين الحاجة [٣].

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٢٩٤، ٢٩٩).

(٢) هذه القاعدة وردت في كتب القواعد الفقهية بلفظ: «الضرورات تبيح المحظورات». ينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/ ٣٥٣)، وقواعد العلائي (١/ ٩٧ وما بعدها)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٤٥، ٤٩)، والمنثور في القواعد (٢/ ٦٨)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٤)، وإيضاح المسالك (ص ٣٦٥ ق ٩٧)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٠٧)، وترتيب اللآلئ (٢/ ٨٠٤)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٣٧ م ٢١)، وشرح القواعد الفقهية للزرقاء (ص ١٨٥)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٠٣، ٨١/ ٣٢)، والقواعد والأصول الجامعة للسعدي (ص ٣٨)، وقاعدة المشقة تجلب التيسير لليوسف (٣٧٦)، والوجيز للبورنو (ص ٢٣٤)، وشرح منظومة السعدي في القواعد، للعويد (ص ١١٣)، والممتع في القواعدالفقهية (ص ١٩١). وهناك من العلماء من يزيد قيد في لفظ القاعدة فيقول: «الضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها» وهذا عند السيوطي ومثل له بأمثلة منها: «لو أكره على القتل والزنا، فلا يباح واحد منهما بالإكراه، لما فيهما من المفسدة التي تقابل حفظ مهجة المكره، أو تزيد عليها، وما لو دفن بلا تكفين فلا ينبش، فإن مفسدة هتك حرمته أشد من عدم تكفينه الذي قام الستر بالتراب مقامه». الأشباه والنظائر (ص ٨٤).

وقد وافقه على ذلك ابن نجيم حين قال: «ذكر أصحابنا – رحمهم الله – ما يقيده». الأشباه والنظائر (ص ١٠٧).

وبهذا يتضح «أن الضرورات لا تبيح كل المحظورات بل يجب أن تكون المحظورات دون الضرورات، أما إذا كانت الممنوعات أو المحظورات أكثر من الضرورات فلا يجوز إجراؤها ولا تصبح مباحة» درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١٠/ ٣٨).

وهذا اللفظ الذي هو قولهم «بشرط عدم نقصانها عنها» فيه نوع إطلاق، لأنه يفهم من ظاهره أن المحظورات تباح مع الضرورات المساوية لها، فلو حذف لفظ «عدم» لكان أولى، وهذا ما أشار إليه الفاداني المكي في الفوائد الجنية (ص ٢٤٩).

(٣) ينظر: المطلب الأول من المبحث الثالث من الفصل الثاني (ص ١٢٣).

وكان معنى الضرورة الاصطلاحي هو: حالة تطرأ على الإنسان، بحيث لو لم تراع لجزم أو خيف أنه تضيع مصالحه الضرورية[١].

معنى القاعدة إجمالاً:

أن ما كان محظوراً شرعاً، فإنه يباح في حالة الاضطرار أو الحاجة الشديدة، ولكن بشرط أن يكون المحظور دون الضرورة.

وهذه القاعدة ذكرها ابن السبكي[٢] في أشباهه عند كلامه على قاعدة «الضرر يزال»[٣] ثم كررها عندما تكلم عن قاعدة «المشقة تجلب التيسير»[٤]، والسيوطي[٥] أيضاً ذكرها في أشباهه وعدَّها من القواعد المتعلقة بقاعدة «الضرر

---

(١) رفع الحرج للباحسين (ص ٤٣٨).

(٢) هو تاج الدين عبدالوهاب بن الشيخ تقي الدين علي بن عبدالكافي بن علي، السبكي، نسبة إلى «سبك» مدينة في مصر، ولد سنة ٧٢٧هـ، أحد أئمة الشافعية الكبار، أصولي فقيه مجتهد، من بيت علم وولاية شرعية، وانتهت إليه رياسة القضاء والمناصب في الشام، من تصانيفه: شرح مختصر ابن الحاجب، شرح المنهاج للبيضاوي، والأشباه والنظائر في القواعد الفقهية، وطبقات الفقهاء الكبرى، وجمع الجوامع في الأصول. وتوفي بالطاعون سنة ٧٧١هـ.

[ينظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (٢/ ٢٥٦)، والبداية والنهاية (١٤/ ٣١٦)، والدرر الكامنة (٢/ ٤٢٥)].

(٣) ينظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٤٥).

(٤) المصدر السابق (١/ ٤٩).

(٥) **السيوطي هو**: عبدالرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي أو الأسيوطي، أبو الفضل جلال الدين، ولد سنة ٨٤٩هـ من علماء المذهب الشافعي، وقد ادعى بلوغ رتبة الاجتهاد المطلق في الشريعة مع انتسابه إلى المذهب الشافعي، كان مكثراً من التآليف، مشاركاً في كثيرٍ من العلوم، يقول عن نفسه:«رُزقت التبحر في سبعة علوم: التفسير، والحديث، والفقه، والنحو، والمعاني، والبيان، والبديع، على طريقة العرب البلغاء، لا على طريقة العجم وأهل الفلسفة»، وقد تفرغ بعد سن الأربعين للعبادة والتصنيف، **من مؤلفاته**: الرد على من أخلد إلى الأرض، والأشباه والنظائر، وبغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، والدر المنثور في التفسير بالمأثور، وحسن المحاضرة في أخبار مصر والقاهرة، والكوكب

=

يزال»[١].

وهذا العمل يفسر لنا اختلاف من جاء بعدهم في القاعدة التي تتفرع عنها هذه القاعدة، فمنهم من فرعها على قاعدة «الضرر يزال» ومنهم من فرعهاعلى قاعدة «المشقة تجلب التيسر» وهذا الأخير هو السائد في أكثر كتب القواعد المؤلفة حديثاً[٢]، ولعل هذا هو الأقرب لمضمون القاعدة، لأن معنى السماحة واليسر ورفع الحرج من مدلولاتها، كما أن النصوص القرآنية التي تناولت الضرورة عبرت بالمغفرة والرحمة للمضطر وفي ذلك معنى التخفيف والتيسر على المكلف.

قال العز بن عبدالسلام: «فالضرورات مناسبة لإباحة المحظورات جلباً لمصالحها، والجنايات مناسبة لإيجاب العقوبات درءاً لمفاسدها»[٣].

أصل القاعدة:

١ – عمومات الأدلة الدالة على يسر الشريعة ورفعها للحرج ودفعها للمشقة.

ومن الأدلة الدالة عليها خاصة ما ورد في القرآن الكريم من استثناء حالات الاضطرار الطارئة، ومن ذلك:

= الساطع في نظم جمع الجوامع في أصول الفقه، وشرح الكوكب الساطع، والجامع الصغير في أحاديث البشير النذير، والجامع الكبير، والإتقان في علوم القرآن، **توفي** سنة ٩١١هـ.

انظر ترجمته في: الكواكب السائرة للغزي (١/ ٢٢٦)، والضوء اللامع للسخاوي (٤/ ٦٥)، وحسن المحاضرة للسيوطي (١/ ٣١٠)، وشذرات الذهب لابن العماد (١٠/ ٧٤)، والبدر الطالع للشوكاني (ص/ ٣٣٧)، وجامع كرامات الأولياء للنبهاني (٢/ ٦٢)، والأعلام للزركلي (٣/ ٣٠١).

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٤).

(٢) ينظر في ذلك – مثلاً – الوجيز للبورنو (ص ٢٣٤)، القواعد الفقهية الكبرى أ. د. السدلان (ص٢٥٤)، المشقة تجلب التيسير، أ.د. اليوسف (ص ٣٧٤)، الممتع في القواعد الفقهية، د. الدوسري (ص ١٩١)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة د. محمد الزحيلي (١/ ٢٧٦)، الوجيز، د. عبدالكريم زيدان (ص ٦٧)، القواعد الفقهية، د. عبدالعزيز عزام (ص ١٤٧) وغيرهم.

(٣) قواعد الأحكام (٢/ ٧).

١ – قوله تعالى: { وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ } [١].

٢ – قوله تعالى: { فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ } [٢].

٣ – قوله تعالى: { فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ } [٣].

٤ – قوله تعالى: { فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ } [٤].

وجه الدلالة:

أن هذه الآيات أفادت صراحة استثناء حالة الضرورة، فمن تلبس بالضرورة فإنه يباح له تناول المحرمات حفاظاً على النفس من الهلاك، والاستثناء من التحريم إباحة[٥].

الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة:

١ – يكره التربع في أثناء الجلوس في الصلاة؛ لأن الجلوس على الركبتين أقرب إلى الخشوع فكان أولى، أما في حال العذر فلا يكره؛ لأن مواضع الضرورة مستثناة من قواعد الشرع[٦].

٢ – الصيد: يجوز الاصطياد بالجوارح المعلمة، فإذا لم يجرح الصائد المصيد بأن خنقه أو صدمه فهل يحل؟

روي عن أبي حنيفة ، وأبي يوسف أنه يحل؛ لأن الكلب يأخذ الصيد على حسب ما يتفق له، فقد يتفق له الأخذ بالجرح، وقد يتفق بالخنق والصدم، والحال حال ضرورة،

---

(١) من الآية رقم ١١٩ من سورة الأنعام.

(٢) من الآية رقم ٣ من سورة المائدة.

(٣) من الآية رقم ١٤٥ من سورة الأنعام.

(٤) من الآية رقم ١٧٣ من سورة البقرة.

(٥) بدائع الصنائع (٢/ ٢٤٨، ٣٩٥، ٦/ ١٨٥).

(٦) المصدر السابق (١/ ٥٠٦).

فيوسع الأمر فيه ويجعل الخنق والصدم كالجرح، كما وسع في الذبح[١].

٣ – الأضحية: على القول بوجوب الأضحية، فإنها «لا تجب على المسافر، لأنها لا تتأدى بكل مال ولا في كل زمان، بل بحيوان مخصوص في وقت مخصوص، والمسافر لا يظفر به في كل مكان في وقت الأضحية، فلو أوجبناها عليه لاحتاج إلى حمله في السفر وهذا فيه من الحرج ما لا يخفى، أو احتاج إلى ترك السفر، وفيه ضرورة، فدعت الضرورة إلى امتناع الواجب»[٢].

٤ – النظر إلى المرأة الأجنبية: لا يجوز النظر إلى المرأة الأجنبية، ولكن «لو دعي إلى شهادة أو كان حاكماً فأراد أن ينظر إليها ليجيز إقرارها – على نفسها - فلا بأس أن ينظر إلى وجهها، وإن كان لو نظر إليها لاشتهى، أو كان أكبر رأيه ذلك؛ لأن الحرمات قد يسقط اعتبارها لمكان الضرورة»[٣].

٥ – «يحل للرجل أن ينظر من الرجل الأجنبي إلى سائر جسده، إلا ما بين السرة والركبة، إلا عند الضرورة فلا بأس، كأن يريد أن يختنه أو أن يداويه في موضع العورة»[٤].

* * *

(١) المصدر السابق (٤/ ١٦٢).

(٢) المصدر السابق (٤/ ١٩٥).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٢٩٤).

(٤) المصدر السابق (٤/ ٢٩٨).

المطلب الرابع

قاعدة: « الثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة »[١]

ألفاظ القاعدة:

أورد المصنف هذه القاعدة بالألفاظ الآتية:

« الثابت ضرورة يتقدر بقدر الضرورة »[٢].

« الثابت بالضرورة يتقيد بقدر الضرورة »[٣].

وكثيراً ما يعتمد المصنف على أن الثابت ضرورة يتقدر بقدر الضرورة[٤].

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٢٩٩).

(٢) المصدر السابق (٣/ ١٦٥).

(٣) المصدر السابق (٣/ ٢٩٤).

(٤) ينظر في ذلك المصدر السابق (١/ ٩٠، ١٨٥، ٢٩١، ٣/ ١٦٥، ١٧٨، ٥٩٤، ٦/ ٦٣)، وهذه القاعدة بهذا اللفظ أو قريباً منه قد بحثها العلماء في كتبهم ومن ذلك: قواعد الأحكام (٢/ ٢٨٧)، الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/ ٣٧٢)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٤٥)، المنثور للزركشي (٢/ ٧٠)، مختصر قواعد العلائي والإسنوي (١/ ١٩٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٤)، ولابن نجيم (ص ١٠٧)، ترتيب اللآلئ (١/ ٥٨٦)، وشروح مجلة الأحكام العدلية المادة (٢٢)، ومنها، درر الحكام (١/ ٣٨)، شرح المجلة لسليم رستم (١/ ٣٠)، شرح القواعد للزرقاء (ص ١٨٧)، المدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٠٤)، وأيضاً ينظر منظومة القواعد الفقهية للسعدي البيت رقم (١٧) وشروحها، ومنها شرح أ.د. أبا الخيل (ص ٦٢)، وشرح د. العويد (ص ١١٥)، والأسمري (ص ٦٠)، ود. الكبي (ص ٦٢)، وأ. د. الشثري (ص ٧٣).

وأيضاً ينظر: القواعد الفقهية الكبرى أ. د. صالح السدلان (ص ٢٧٢)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٤/ ٥٤٣)، والوجيز للبورنو (ص ٢٣٩)، قواعد الفقه الكلية (ص ١٩٨)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة د. محمد الزحيلي، والوجيز د.زيدان (ص ٧٣)، وكتاب المشقة تجلب التيسير أ.د. اليوسف (ص ٣٨٧)، والممتع في القواعد الفقهية، د. الدوسري (ص ١٩٥).

معنى القاعدة إجمالاً:

أن الشيء الذي يستباح به الأمر المحرم بناء على الضرورة، إنما جاز بالقدر الذي تندفع به الضرورة فحسب، ولا يجوز استباحته أكثر مما تزول به الضرورة، فلا يسترسل ويتوسع في استباحة المحظور، وإنما يقتصر على قدر ما تندفع به الضرورة[١]، فهذه القاعدة تعتبر قيداً للقاعدة السابقة وهي: «الضرورات تبيح المحظورات».

أصل القاعدة:

مما يدل على هذه القاعدة:

١ – قوله تعالى: { **فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ** } [٢].

٢ – قوله تعالى: { **فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ** } [٣].

٣ – قوله تعالى: { **فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ** } [٤].

وجه الدلالة من الآيات: يؤخذ من قوله تعالى: **(غير باغ ولا عادٍ)** قال ابن تيمية رحمه الله: «أكثر المفسرين قالوا: المراد بالباغي الذي يبغي المحرم من الطعام مع قدرته على الحلال، والعادي الذي يتعدى القدر الذي يحتاج إليه، وهذا التفسير هو الصواب»[٥].

فهذه الآيات تدل على جواز الترخص لمن اضطر إلى المحظور، ولكن هذه

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقاء (١٨٦).

(٢) من الآية رقم ١٤٥ من سورة الأنعام.

(٣) من الآية رقم ١١٥ من سورة النحل.

(٤) من الآية رقم ١٧٣ من سورة البقرة.

(٥) مجموع الفتاوى (٢٤/ ١١١).

الرخصة تكون بقدر ما تندفع به الضرورة فحسب، فإذا استغل هذه الرخصة المقدرة، بأن أخذ قدراً أكثر مما تزال به الضرورة فهو آثم.

الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة:

١ - الخرق التي فوق الجرح يجوز المسح عليها، في الغسل إذا كان الغسل يضره، أو لا يضره ولكنه يخاف الضرر من جهة أخرى، ولا يجوز له أن يمسح على الخرقة الزائدة على رأس الجراحة بل لا بد أن يحلها ويغسل ما تحتها إن كان ذلك لا يضر بالجرح؛ لأن الجواز لمكان الضرورة فيقدر بقدر الضرورة[١].

٢ – الاستنجاء:

كيفيته: «ينبغي أن يرخي نفسه إرخاء تكميلاً للتطهير، وينبغي أن يبتدئ بأصبع، ثم بأصبعين، ثم بثلاث أصابع؛ لأن الضرورة تندفع به، ولا يجوز تنجيس الطاهر من غير ضرورة»[٢].

٣ – قال المصنف: «إذا كان بالمرأة جرح أو قرح في موضع لا يحل للرجال النظر إليه فلا بأس أن تداويها المرأة إذا علمت المداواة، لكن إذا لم يوجد امرأة تعلم المداواة، وخيف عليها الهلاك، أو بلاء، أو وجع لا تحتمله، فإنه يداويها الرجل، لكن لا يكشف منها إلا موضع الجرح، ويغض بصره مااستطاع، لأن الثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة»[٣].

٤ – من أصابته مخمصة ولم يجد إلا ميتة فإن له أن يتناول منها ما يسد رمقه[٤].

٥ – كذلك من غص بلقمة وليس عنده ما يدفع به الغصة إلا الخمر مثلاً، فله أن

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (١/ ٩٠).

(٢) المصدر السابق (١/ ١١٠).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٢٩٩).

(٤) المصدر السابق.

يتناول من الخمر ما يدفع به الغصة ولا يزيد على ذلك؛ لأن الثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة[١].

* * *

(١) المصدر السابق.

المبحث الرابع
قواعد في دفع الضرر

وتحته ثمانية مطالب

المطلب الأول: قاعدة « اليد دليل الملك » .

المطلب الثاني: قاعدة « دفع الضرر بالضرر متناقض » .

المطلب الثالث: قاعدة « من ابتلي ببليتين فعليه أن يختار أهونهما » .

المطلب الرابع: قاعدة « الضرر منفي » .

المطلب الخامس: قاعدة « لا ضرر ولا إضرار في الإسلام » .

المطلب السادس: قاعدة « الضرر واجب الدفع ما أمكن » .

المطلب السابع: قاعدة « من قضى عن غيره مضطراً من مال نفسه لا يكون متبرعاً ويرجع عليه » .

المطلب الثامن وفيه قاعدة « ليس لعرق ظالم حق » .

المطلب الأول
قاعدة: «اليد دليل الملك»[١]

معاني مفردات القاعدة:

«اليد» لغة: قال ابن فارس: «الياء والدال: أصل بناء اليد للإنسان وغيره، ويستعار في المنة والإحسان»[٢]. وتطلق «اليد» على القوة والقدرة، و«يده عليه» أي: سلطانه، «والأمر بيد فلان» أي: في تصرفه، و«الأرض في يد فلان» أي: في ملكه[٣].

المراد باليد هنا: صاحب اليد، وصاحب اليد هو: من كانت العين تحت يده، بحيث يتصرف فيها تصرف الملاك[٤]. وعبر باليد هنا لأنها آلة القبض والتصرف[٥].

معنى القاعدة الإجمالي:

أن من وضع يده على شيء مباح، أو كان سلطانه عليه، وكان له حق كامل التصرف فيه، وادعى أنه ملكه، ولم يوجد معارض لما يدعيه، أو وجد المعارض

---

(١) بدائع الصنائع (٢/ ٦١٢، ٣/ ٤٥٣، ٤/ ١١٢، ٥/ ٨٤، ٥/ ٣٥٦، ٦/ ٣٢١)، وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: فتاوى السبكي (٢/ ٣٩٠)، وقواعد الأحكام (٢/ ٢٤١)، والفروق (٤/ ١٧١ ف ٢٣٤)، والمنثور في القواعد للزركشي (٢/ ٤١٩)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (٤/ ٣٤٤)، والقواعد الفقهية للندوي (ص٣٤١)، وجمهرة القواعد الفقهية للندوي (٢/ ٩٩٤)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١٢/ ٣٤١)، وتبيين الحقائق (١٢/ ٢٤٧)، والذخيرة في الفقه المالكي (٦/ ٢٥١، ٢٥٢)، والمغني (١٢/ ١٣٠).

(٢) معجم مقاييس اللغة (ص ١٠٦٩).

(٣) ينظر: المصدر السابق. والقاموس (ص ١٧٣٦)، والمصباح المنير (ص ٣٥٠)، والكليات (ص٩٨٣)، كل ذلك في مادة (يد).

(٤) ينظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٤/ ٣٣١).

(٥) ينظر: المنثور للزركشي (٢/ ٤١٩).

ولكن ليس معه بينة تؤيد معارضته، فإنه يحكم لصاحب اليد بملك هذا المباح استناداً إلى الظاهر.

واليد: حسية، ومعنوية[١].

فالحسية: هي اليد الجارحة.

وأما المعنوية فيراد بها: الاستيلاء على الشيء بالحيازة، وهي على ثلاثة أقسام بينها ابن القيم بقوله[٢]:

١ – «يد يعلم أنها مبطلة وظالمة، كمن رأى إنساناً يعدو وبيده عمامة، وعلى رأسه عمامة، وآخر خلفه حاسر الرأس ممن ليس شأنه كذلك، فإنا نقطع أن العمامة التي بيده للآخر، ولا يلتفت إلى تلك اليد.

٢ – يد يعلم أنها محقة عادلة، كمن يشاهد في يده دار يتصرف فيها بأنواع التصرف مدة طويلة، من غير منازع ولا مطالب، مع عدم سطوته وشوكته، فجاء من يدعي أنه غصبها منه مع مشاهدته له هذه المدة الطويلة، وسكوته عن المطالبة مع إمكان طلبه، فهذا مما يعلم فيه كذب المدعي، وأن يد المدعى عليه محقة، فلا تسمع الدعوى عليها.

٣ – يد محتملة أن تكون محقة، وأن تكون مبطلة، فهذه التي تسمع الدعوى عليها، ويحكم بها عند عدم ما هو أقوى منها».

وهذا القسم هو المراد بلفظ القاعدة وهي بالنسبة للقرب والاتصال على مراتب بعضها أقوى في الدلالة من بعض[٣]:

---

(١) ينظر: المنثور للزركشي (٢/ ٤١٩).

(٢) ينظر: الطرق الحكمية (ص ١١٣ – ١١٦).

(٣) ينظر ذلك في: قواعد الأحكام (٢/ ٢٤٣)، الفروق للقرافي (٤/ ١٧١ ف ٢٣٤)، المنثور للزركشي (٢/ ٤٢٠).

وأعلاها: ما اشتد اتصاله بالإنسان، كثيابه التي هو لابسها وعمامته، ودراهمه التي في جيبه، فهذا الاتصال أقوى الأيدي، لاحتوائه عليها، ودنوِّه إليها.

الرتبة الثانية: البساط الذي هو جالس عليه، أو الدابة التي هو راكبها.

الرتبة الثالثة: الدابة التي هو سائقها أو قائدها، فإن يده في ذلك أضعف من يد راكبها.

الرتبة الرابعة: الدار التي هو ساكنها، ودلالتها دون دلالة الراكب والسائق والقائد؛ لأنه غير مستول على جميعها.

وعليه إذا اجتمعت الأيدي فإنها تقدم أقوى الأيدي على أضعفها، فلو تنازع ساكنا الدار سوي بينهما بعد أيمانهما؛ لاستوائهما في الاتصال، ويقدم راكب الدابة مع يمينه على السائق؛ لأنه أقرب اتصالاً، وهكذا في سائر المراتب[١].

وبهذا يتضح أن لفظ القاعدة ليس على إطلاقه، فلا تكون اليد دليلاً للملك في كل حال، وإنما تكون كذلك إذا جهل حالها وكانت محتملة لأن تكون محقة، أو أن تكون مبطلة، وفي هذه الحال يحكم لها بالملك، عملاً بالظاهر، إذا لم تقم بينة تدل على خلاف الظاهر.

أصل القاعدة:

استدل المصنف لهذه القاعدة[٢] بحديث جابر بن عبدالله رضي الله عنه: «أن رجلاً ادعى بين يدي رسول الله ^ نتاج ناقة في يد رجل وأقام البينة عليه، وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك فقضى رسول الله ^ بالناقة لصاحب اليد»[٣].

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٣٥١).

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الدعاوى والبينات، باب المتداعيين يتنازعان شيئاً في يد أحدهما... (١٠/ ٢٥٦)، (ح ٢١٠١٣)، والدارقطني في سننه، كتاب الأقضية والأحكام رقم ٢١ (٤/ ٢٠٩)، وقال في التلخيص الحبير: «إسناده ضعيف» (٤/ ٤٩٩).

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي ^ اعتبر اليد لما استوت البينتان عنده، فقضى بالناقة لمن هي بيده، وهذا يدل على اعتبار اليد عند استواء البينتين، أو عند عدم البينة.

٢ – قوله ^ : **(البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه)** .

وجه الدلالة من الحديث: دل الحديث على أن المدعي يحتاج إلى البينة؛ لأنه ليس بصاحب يد، أما المدعى عليه، فلا تلزمه البينة، وإنما يلزمه اليمين؛ لأن معه ما يعضد قوله وهو ظاهر اليد فيكتفى منه باليمين.

قال المصنف: «وذو اليد ليس بمدع فلا تكون البينة حجته، والدليل على أنه ليس بمدع ما ذكرنا من تحديد المدعي أنه اسم لمن يخبر عما في يد غيره لنفسه، والموصوف بهذه الصفة هو الخارج لا ذو اليد، لأنه – ذو اليد – يخبر عن نفسه لنفسه فلم يكن مدعياً، والبينة حجة المدعي لقوله ^ : **(البينة على المدعي)**»[(١)].

الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة:

١ – قال المصنف: «قالوا في الصغير في يد رجل قال لرجل: هذا عبدك أو دعتنيه فجحد، قال محمد[(٢)]: استحلفه بالله عز وجل ما أودعته، فإن حلف قضيت بنفقته على الذي هو في يده؛ لأنه أقر برقه ثم أقر به لغيره وقد رد الغير إقراره فبقي في يده، واليد دليل الملك، فيلزمه نفقته»[(٣)].

٢ – قال المصنف: «إذا اشتركا في عمل من الأعمال المباحة كالصيد والحطب والحشيش في البراري وما أشبه ذلك، فإن أخذ كل واحد منهما على انفراد من ذلك شيئاً ثم خلطاه وباعاه، فإن كان مما يعلم كيله أو وزنه أو قيمته قسم الثمن بينهما على

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٣٤٨).

(٢) المراد محمد بن الحسن رحمه الله.

(٣) بدائع الصنائع (٣/ ٤٥٣).

قدر الكيل أو الوزن أو بالقيمة، وإن لم يعلم الكيل أو الوزن أو القيمة، يصدق كل واحد منهما فيما يدعيه إلى النصف من ذلك، مع اليمين على دعوى صاحبه، لأن الشيء في أيديهما، واليد دليل الملك من حيث الظاهر، والتساوي في دليل الملك وهو الأخذ والاستيلاء يوجب التساوي في الملك»[١].

أورد المصنف قاعدة للحكم بالملك باليد عند الحنفية إذا وقعت المنازعة في سبب ملك، فقال: «الأصل: أن المنازعة إذا وقعت في سبب ملك لا يحتمل التكرار كان بمنزلة النتاج[٢]فيقضى لصاحب اليد، فإذا وقعت في سبب ملك يحتمل التكرار لا يكون في معنى النتاج ويقضى للخارج[٣]، وإن أشكل الأمر في الملك أنه يحتمل التكرار أو لا، يقضى للخارج أيضاً»[٤].

ثم فرع فروعاً على ذلك ومنها:

١ – لو اختلفا في جارية فقال الخارج: إنها ولدت في ملكي من أمتي هذه، وقال صاحب اليد كذلك يقضى لصاحب اليد.

٢ – لو اختلفا في اللبن، فأقام كل واحد منهما البينة أنه له حلب في يده وفي ملكه، فإنه يقضى لصاحب اليد؛ لأن اللبن الواحد لا يحتمل الحلب مرتين فكان بمعنى النتاج.

٣ – لو ادعى كل واحد منهما أن الشاة التي حلب منها اللبن نتجت عنده فإنه يقضى لصاحب اليد بالشاة واللبن جميعاً.

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٨٤).

(٢) النتاج عرفه المصنف بقوله: هو الولادة في الملك. أي: هو ما ينتج مما هو مملوك. بدائع الصنائع (٥/ ٣٥١).

(٣) الخارج: قال الكاساني: «هو اسم لمن يخبر عما يد غيره لنفسه»، بدائع الصنائع (٥/ ٣٤٨). وعرف بأنه: من لم يضع يده على العين ولم يتصرف بها تصرف الملاك، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٤/ ٣٣٢).

(٤) بدائع الصنائع (٥/ ٣٥٢).

٤ – لو اختلفا في جبن وأقام كل واحد منهما البينة أنه له صنعت في ملكه، يقضى لصاحب اليد؛ لأن اللبن الواحد لا يحتمل أن يصنع جبناً مرتين فكان بمنزلة النتاج[١].

ثم ذكر مثالاً لما يحتمل التكرار فقال:

١ – لو اختلفا في الأرض والنخل، وادعى كل واحد منهما أنها أرضه غرس النخل فيها، يقضى بها للخارج؛ لأن هذا ليس من معنى النتاج؛ لأن النتاج سبب لملك الولد، والغرس ليس بسبب لملك الأرض، وكذا الغرس مما يحتمل التكرار فلم يكن في معنى النتاج[٢].

* * *

(١) ينظر هذه الفروع في المصدر السابق.

(٢) المصدر السابق (٥ / ٣٥٢) وقد ذكر أمثلة على ذلك هنا.

المطلب الثاني
قاعدة: دفع الضرر بالضرر متناقض »[١][٢]

معاني مفردات القاعدة:

«الضرر» لغة: من « ضرّ » قال ابن فارس: « الضاد والراء، ثلاثة أصول، الأول خلاف النفع، والثاني اجتماع الشيء، والثالث القوة »[٣]، وهو « بضم الضاد اسم وبفتحها مصدر (ضرَّهُ) (يضُرُّهُ) من باب « قتل » إذا فعل به مكروهاً، و« أضرَّ » به فهو يتعدى بنفسه ثلاثياً وبالباء رباعياً... فكل ما كان سوءَ حالٍ وفقر وشدة في بدن فهو « ضُرّ » بالضم وما كان ضد النفع فهو بالفتح »[٤]. وجمعه « أضُرٌّ » والضرر هو النقصان في الشيء، يقال: دخل عليه ضرر في ماله[٥]. ويطلق على الضيق.

فالضرر لغة يطلق على عدة معانٍ منها: ضد النفع، والضيق والشدة، كما يطلق على النقصان يدخل في الشيء ومنه النقص في الأموال والأنفس وغير ذلك.

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ١١٩، ١٢٨، ٥/ ٢٧٧).

(٢) هذه القاعدة عبر عنها العلماء بقولهم: « الضرر لا يزال بالضرر »، ينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٤١)، والمنثور للزركشي (٢/ ٧١)، وقواعد ابن رجب (١/ ٣٥٩) ق ٥٠، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٦)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٠٨)، وترتيب اللآلي (٢/ ٨٠٧)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٤٠ م ٢٥)، وشرح المجلة لسليم رستم (ص ٣١)، وشرح القواعد الفقهية للزرقاء (ص ١٩٥)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ٩٩٤، م٢٥)، والوجيز للبورنو (ص ٢٥٩)، وموسوعة القواعد الفقهية (٦/ ٢٥٧، ١٢/ ٢٧١)، والقواعد الفقهية د. عبدالعزيز عزام (ص ١٣٨)، والقواعد الكلية، د. محمد شبير (ص ١٨٥)، والقواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية للحصين (١/ ١٩٣).

(٣) معجم مقاييس اللغة (ص ٥٧٤)، مادة (ضرّ).

(٤) المصباح المنير (ص ١٨٦) مادة (ضرّ)..

(٥) لسان العرب (٩/ ٣٢) مادة (ضرّ)، والمصادر اللغوية السابقة.

الضرر اصطلاحاً: عرفه الفقهاء بقولهم: إلحاق المفسدة بالغير مطلقاً[١].

وعند التأمل أجد أن هذا التعريف مقصور على الضرر الملحق بالغير فقط، فيكون هذا التعريف غير جامع، ولعل التعريف المختار للضرر هو: «الإخلال بمصلحة مشروعة، للنفس، أو الغير، تعدياً أو تعسفاً أو إهمالاً»[٢]. فإذا اختلت المصلحة التي قصدها الشارع بالمحافظة على الضروريات الخمس وهي: الدين والنفس والعقل والعرض والمال، فقد حصل الضيق والشدة والنقص.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

الأصل أن الضرر إذا وقع فإنه يجوز رفعه، بل يجب رفعه وإزالته دون ضرر، لكن إذا تسببت إزالة هذا الضرر بإحداث ضرر آخر، فحينئذ لا يرفع ولا يزال، أي لا يزال الضرر بارتكاب ضرر آخر، سواء كان مثله أو أعلى منه، أما إذا ترتب على إزالته ضرر أدنى منه فيجوز ذلك؛ لأن هذه القاعدة مقيدة بقاعدة أخرى وهي: «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف»[٣].

وبهذا يتبين أن هذه القاعدة، أعني قاعدة «دفع الضرر بالضرر متناقض» تعد قيداً للقاعدة الكلية الكبرى وهي قاعدة: «الضرر يزال»[٤]. فالقاعدة الأم تفيد أن الضرر لا بد أن يزال وهذه القاعدة تفيد أنه لا يزال بضرر آخر.

وهذا ما أشار إليه ابن السبكي عند كلامه على قاعدة «الضرر يزال» حيث

---

(١) المجموع المذهب (٢/ ٣٧٦، ٣٧٧)، والفوائد الجنية (ص ٢٤٦)، وشرح القواعد الفقهية (ص ١٦٥ م١٩)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ٩٩٠).

(٢) الضرر في الفقه الإسلامي، لأحمد موافي (١/ ٩٧).

(٣) بدائع الصنائع (٤/ ٣١٠)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٠٩)، ومجلة الأحكام العدلية، المادة (٢٧).

(٤) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٤١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٣)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٠٥).

قال: «ويدخل فيها الضرر لا يزال بالضرر» وهو كعائد العود[١] على قولهم: «الضرر يزال» فشأنهما شأن الأخص مع الأعم في الحقيقة، بل هم سواء لأنه لو أزيل بالضرر لما صدق الضرر يزال»[٢].

أصل القاعدة:

يمكن أن يستدل لهذه القاعدة بما يأتي:

١ – عن أنس رضي الله عنه قال: «جاء أعرابي فبال في طائفة المسجد، فزجره الناس، فنهاهم النبي ^، فلما قضى بوله أمر النبي ^ بذنوب من ماء فأهريق عليه»[٣].

وجه الدلالة من الحديث: أن بول الأعرابي في المسجد يعدّ ضرراً تجب إزالته، ولكن لما كان سيترتب على إزالة هذا الضرر ضرر آخر أكبر منه، كانتشار النجاسة في المسجد واحتباس البول وتنجيس بدن الأعرابي وثيابه وغير ذلك، أمرهم النبي ^ بتركه، فقدم النبي ^ احتمال الضرر الأخف لن محاولة إزالته ستوؤدي إلى ضرر أشد.

٢ – «إقرار النبي ^ لعبدالله بن أبي وأمثاله، من أئمة النفاق والفجور لما لهم من أعوان، فإزالة منكره بنوع من عقابه، مستلزمة إزالة معروف أكثر من ذلك، يغضب قومه وحميتهم ونفور الناس إذا سمعوا أن محمداً يقتل أصحابه»[٤].

---

(١) الأشباه والنظائر (١/ ٤١)، هكذا في المطبوع، وعند السيوطي نقلها بلفظ (يعود) ولعله أقرب إلى الصواب، الأشباه والنظائر (ص ٨٦).

(٢) الأشباه والنظائر (١/ ٤١).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوضوء، باب صب الماء على البول في المسجد (١/ ٦٥)، حديث (٢٢١) واللفظ له، ومسلم في صحيحه، كتاب الطهارة، باب وجوب غسل البول وغيره من النجاسات إذا حصلت في المسجد (١/ ١٦٣) حديث (٦٨٥).

(٤) مجموع الفتاوى لابن تيمية (٢٨/ ١٣١).

الفروع المبنية على هذه القاعدة:

١ – قال المصنف: «إذا طلب الشفيع الشفعة بأي لفظ يدل عليها فله ذلك، ويستقر حقه بالأخذ بالشفعة أبداً حتى يسقطها بلسانه، وهو قول أبي حنيفة، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف. وفي رواية أخرى: إذا ترك المخاصمة إلى القاضي في زمان يقدر فيه على المخاصمة بطلت شفعته، ولم يؤقت لذلك وقتاً.

أما على قول محمد وزفر: فإنه يؤقت له شهر، فإذا مضى شهر بعد الطلب ولم يطلب من غير عذر بطلت شفعته وهو رواية عن أبي يوسف.

وجه هذا القول: أن حق الشفعة ثبت لدفع الضرر عن الشفيع، ولا يجوز دفع الضرر عن الإنسان على وجه يتضمن الإضرار بغيره»[(١)].

٢ - قال المصنف: «إذا طالب الشفيع بالشفعة فإن القاضي يقضي له بها، سواء حضر الثمن أو لا في ظاهر الرواية، وللمشتري أن يحبس الدار حتى يستوفي الثمن من الشفيع.

وقال محمد بن الحسن: ليس ينبغي للقاضي أن يقضي بالشفعة حتى يحضر الشفيع المال؛ لأن حق الشفعة إنما يثبت لدفع ضرر الدخيل عن الشفيع، والقضاء قبل إحضار الثمن يتضمن الضرر بالمشتري، لاحتمال إفلاس الشفيع ودفع الضرر عن الإنسان بإضرار غيره متناقض»[(٢)].

٣ – قال المصنف: «من شروط التملك بالشفعة: أن لا يتضمن التملك تفريق الصفقة على المشتري؛ فإن تضمن فليس للشفيع أن يتملك؛ لأن في التفريق ضرر بالمشتري، وهو ضرر الشركة، ودفع الضرر بالضرر متناقض»[(٣)].

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ١١٩).

(٢) المصدر السابق (٤/ ١٢٨).

(٣) المصدر السابق.

٤ – قال المصنف: «إذا كان النهر بين شريكين له خمس كُوىً[١] من النهر الأعظم، ولأحد الشريكين أرض في أعلى النهر، وللآخر أرض في أسفله، فأراد صاحب الأعلى أن يسد شيئاً من تلك الكوى، لما يدخل من الضرر في أرضه، ليس له ذلك إلا برضا شريكه؛ لأنه يتضرر به شريكه، فلا يجوز له دفع الضرر عن نفسه بإضرار غيره»[٢].

* * *

(١) جمع كوة، كقرية وقرى، وهي: الخرق في الحائط والثقب في البيت ونحوه. لسان العرب (٣/ ١٤٠)، ومختار الصحاح (ص ٥١٤)، والمصباح المنير (ص ٢٨١)، مادة (كوى، كواء).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٧).

المطلب الثالث

قاعدة «من ابتلي ببليتين فعليه أن يختار أهونهما»[١]

هذه القاعدة يعبر عنها العلماء بقولهم: «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف»[٢].

أو لفظ: «إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما»[٣].

وهذه القاعدة تعدّ من مستثنيات قاعدة «الضرر لا يزال بالضرر» التي عبر عنها المصنف بقوله: «دفع الضرر بالضرر متناقض»[٤].

ولذلك قال ابن نجيم[٥] بعد أن ذكر هذه القاعدة[٦] نقلاً عن

---

(١) بدائع الصنائع (١/ ٣٠٧، ٤/ ٣١٠)، وينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١١١).

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٠٩، وترتيب اللآلي (١/ ٣١٢ ق ٢٤)، وشرح المجلة لسليم رستم (ص ٣١ م٢٧)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٤٠)، وشرح القواعد الفقهية للزرقاء (ص ١٩٩)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ٩٩٤)، والقواعد الفقهية الكبرى، أ.د. السدلان (ص ٥٢٧)، والقواعد الفقهية د. محمد الزحيلي (١/ ٢١٨).

(٣) قواعد الأحكام (١/ ١٣٠)، والفروق للقرافي (٣/ ٢١، ف ١١٧)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٤٥)، وقواعد ابن رجب (ص ٢٦٥ ق ١١٢)، والقواعد للمقري (٢/ ٤٥٦ ق ٢١٢)، والمنثور في القواعد (١/ ٢١١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٧)، وإيضاح المسالك (ص ٣٧٠ ق ١٠١)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١١١)، ومجلة الأحكام العدلية وشروحها المادة رقم (٢٨).

(٤) ينظر (ص ١٥٠) من هذا البحث.

(٥) زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن محمد، المعروف بابن نجيم، ولد سنة ٩٢٦هـ كان من محققي المذهب الحنفي، علامةً بحراً فهامةً، بارعاً في الفقه والأصول، مدققاً في عدة علوم، ليس له نظير في زمنه، اشتغل بالإفتاء والتدريس والتصنيف، **من مؤلفاته**: الأشباه والنظائر، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، وفتح الغفار في شرح المنار، **توفي** سنة ٩٧٠هـ.

انظر ترجمته في: الطبقات السنية للغزي (٣/ ٢٧٥)، وشذرات الذهب لابن العماد (١٠/ ٥٢٣)، والكواكب السائرة للغزي (٣/ ١٥٤)، ومعجم المؤلفين لكحالة (١/ ٧٤٠).

(٦) الأشباه والنظائر (ص ١١١) وذكره في البحر الرائق (١/ ٢٨٩).

الزيلعي[١] في باب شروط الصلاة: «ثم الأصل في جنس هذه المسألة أن من ابتلي ببليتين وهما متساويتان يأخذ بأيهما شاء، وإن اختلفتا يختار أهونهما؛ لأن مباشرة الحرام لا تجوز إلا للضرورة، ولا ضرورة في حق الزيادة»[٢].

معاني مفردات القاعدة:

«ببليتين» مثنى «بلوى» وهي: اسم من «بلى» الله «يبلو» فتقول: بَلَوت أبلي بلاءً وابتلاءً[٣].

قال ابن فارس: «الباء واللام والواو والياء، أصلان: أحدهما إخلاق الشيء، والثاني: نوع من الاختبار، ويحمل عليه الإخبار أيضاً»[٤] والمراد هنا الثاني.

وقال: «وأما الأصل الثاني: فقولهم: «بُلي» الإنسان و«ابتُلي» وهذا من الامتحان، وهو الاختبار»[٥].

ويكون البلاء بالخير والشر، والله يبلو العبد بلاء حسناً وبلاءً سيئاً[٦]، لكي

---

(١) هو عثمان بن علي بن محجن بن يونس الزيلعي، فخر الدين أبومحمد- وفي بعض المصادر: أبو عمرو- من أعيان المذهب الحنفي، كان علامةً مشهوراً بمعرفة الفقه والنحو والفرائض، قدم القاهرة سنة ٧٠٥هـ ودرَّس بها وأفتى وصنف ونشر الفقه، وانتفع الناس به، **من مؤلفاته**: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، وشرح الجامع الكبير، **توفي** بالقرافة سنة ٧٤٣هـ.

انظر ترجمته في: الجواهر المضية للقرشي (٢/ ٥١٩)، وتاج التراجم لقطلوبغا (ص/ ٢٠٤)، وحسن المحاضرة للسيوطي (١/ ٤٤٠)، والفوائد البهية للكنوي (ص/ ١٥٠).

(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (١/ ٩٨).

(٣) لسان العرب (٢/ ١٥١)، مادة (بلا).

(٤) معجم مقاييس اللغة (ص ١٣٤).

(٥) المصدر السابق (ص ١٣٥).

(٦) المصدر السابق، والمصباح المنير (ص ٣٧)، والقاموس المحيط (ص ١٦٣٢)، والكليات للكفوي (ص ٣٤) و(ص ٢٤٩).

يختبره في صبره وشكره، ويقال في الخير أبليته أبليه إبلاء، وفي الشر بلوته بلاء[١].

ومعناه في الاصطلاح لا يخرج عن معناه اللغوي حيث عرف بـ: التكليف بأمر شاق[٢].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أنه إذا اجتمع ضرران أو دار الأمر بين ضررين، واضطر الإنسان إلى ارتكاب أحدهما لوجود ضرورة تبيح له ذلك، فإن الضرر ليس على درجة واحدة دائماً، فقد يكون أحدهما أشد من الآخر، ففي هذه الحالة يجب عليه أن يختار الأخف ويرتكبه، ولا يجوز له أن يرتكب الأعظم ضرراً؛ لأن الزيادة على الأخف زيادة محرمة لا ضرورة إليها، والشريعة إنما جاءت لمنع المفاسد، وإذا تعذر منع الجميع دفع الأكثر فساداً فالأكثر، لأن القصد تعطيل المفاسد وتقليلها بحسب الإمكان.

أصل القاعدة:

١ – استدل المصنف[٣] لهذه القاعدة بحديث عائشة رضي الله عنها قالت: «**ما خير رسول الله ^ بين شيئين إلا اختار أهونهما**»[٤].

وجه الدلالة: أن النبي ^ كان يختار الأيسر والأهون من الأمور التي يقع التخيير فيها، وبما أنه ^ هو القدوة والأسوة في أفعاله، فإنه يجب التأسي به واختيار

---

(١) الكليات للكفوي (ص ٣٤)، وقال ابن الأثير: لا فرق بينهما، واستدل بقوله تعالى: **(ونبلوكم بالشر والخير فتنة)** [الأنبياء: ٣٥] النهاية في غريب الحديث والأثر (١/ ٤١١).

(٢) الكليات للكفوي (ص ٣٤)، وينظر: القاموس المحيط (ص ١٦٣٢) مادة (بلي)، وتاج العروس (١/ ٨٣٩٩).

(٣) بدائع الصنائع (١/ ٣٠٧).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الحدود، باب إقامة الحدود والانتقام لحرمات الله بلفظ: «... إلا اختار أيسرهما» (٨/ ١٩٨) ح (٦٧٨٦)، ومسلم في صحيحه، الفضائل، باب مباعدته ^ للآثام واختياره من المباح أسهله وانتقامه لله عند انتهاك حرماته (٧/ ٨٠) ح (٦١٩٣).

الأهون والأخف ضررا.

ومن الأدلة الدالة على هذه القاعدة:

١ – قوله تعالى: { **يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ وَصَدٌّ عَنْ سَبِيلِ الله وَكُفْرٌ بِهِ وَالمَسْجِدِ الحَرَامِ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِ مِنْهُ أَكْبَرُ عِنْدَ الله وَالفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ القَتْلِ وَلَا يَزَالُونَ يُقَاتِلُونَكُمْ حَتَّى يَرُدُّوكُمْ عَنْ دِينِكُمْ إِنِ اسْتَطَاعُوا وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالآَخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ** } [(١)].

وجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى قدم القتل وإن كان فيه شر وفساد؛ لأن ضرر الفتنة وهو الوقوع في الكفر أشد من ضرر قتل النفس[(٢)].

قال ابن تيمية: «وإن كان قتل النفوس فيه شر، فالفتنة الحاصلة بالكفر وظهور أهله أعظم من ذلك فيدفع أعظم الفسادين بالتزام أدناهما»[(٣)].

٢ – حديث أنس رضي الله عنه: «أن أعرابياً قام إلى ناحية في المسجد فبال فيها فصاح به الناس، فنهاهم رسول الله ^ عن ذلك، فلما قضى بوله أمر النبي ^ بذنوب[(٤)] من ماء فأهريق عليه».

قال الإمام النووي: «وفيه الرفق بالجاهل وتعليمه ما يلزمه من غير تعنيف، ولا إيذاء إذا لم يأت بالمخالفة استخفافاً أو عناداً، وفيه دفع أعظم الضررين باحتمال أخفهما...، لأنه لو قطع عليه بوله لتنجست ثيابه وبدنه ومواضع كثيرة من

---

(١) الآية رقم ٢١٧ من سورة البقرة.

(٢) ينظر: القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين لابن القيم، للجزائري (ص٣٣٣).

(٣) مجموع الفتاوى (١٠/ ٥١٣).

(٤) الذنوب: الدلو المليء بالماء، وقال ابن السكيت: التي فيها ماء قريب من الملء، تؤنث وتذكر ولا يقال لها وهي فارغة ذنوب، مختار الصحاح (ص ١٩٧).

المسجد »[١].

ففي هذه الحادثة تقابل ضرران، الأول: زيادة تنجيس المسجد إذا استمر الأعرابي يبول فيه، والثاني: تنجيس بدنه وثيابه ومواضع كثيرة من المسجد لو قام من مكانه وحاول أن يقطع بوله، وهذا أشد من الأول، فالنبي ^ نهى الصحابة رضي الله عنهم عن زجر هذا الأعرابي؛ دفعاً للضرر الأشد باحتمال الضرر الأخف.

٣ – قال العلائي[٢]: « وأصل هذه القاعدة قصة الحديبية[٣]، ومصالحة النبي ^ يومئذ المشركين على الرجوع عنهم، وأن من جاء من أهل مكة مسلماً رده إليهم، ومن راح من المسلمين إليهم لا يردونه، وكان في ذلك إدخال ضيم على المسلمين وإعطاء الدنية في الدين... »[٤].

وجه الدلالة من ذلك: أن هذا الشرط فيه ضرر على المسلمين، ولذلك استشكله عمر رضي الله عنه؛ لأن فيه إذلالاً للمسلمين وعدم المكافأة بين الفريقين،

---

(١) شرح صحيح مسلم للنووي (٣/١٩١).

(٢) **العلائي هو**: خليل بن الأمير كيكلدي بن عبدالله العلائي، صلاح الدين أبو سعيد، ولد بدمشق سنة ٦٩٤هـ كان حافظاً ثبتاً ثقة، عارفاً بأسماء الرجال والعلل والفنون، فقيهاً أصولياً متكلماً، نحوياً أديباً شاعراً، شافعي المذهب، أشعري المعتقد، تولى التدريس بدمشق وبالقدس، **من مؤلفاته** : إحكام العنوان لأحكام القرآن، والأحكام الكبرى، وتصحيح حديث القلتين ، وإجمال الإصابة في أقوال الصحابة، وتحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد، وتلقيح الفهوم في صيغ العموم، والمجموع المذهب في قواعد المذهب، **توفي** بالقدس سنة ٧٦١هـ.

ينظر ترجمته في : تذكرة الحفاظ للذهبي (٤/١٥٠٧)، وطبقات الشافعية الكبرى لابن السبكي (١٠/٣٥)، وطبقات الشافعية للإسنوي (٢/٢٣٩)، والدرر الكامنة لابن حجر (٢/٩٠)، والبدر الطالع للشوكاني (ص/٢٥٦).

(٣) رواه البخاري، كتاب المغازي، باب الصلح مع المشركين (٣/٢٤٢)، الحديث رقم (٢٧٠٠)، ورواه مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب صلح الحديبية (٥/١٧٤) الحديث رقم (٤٧٣٢).

(٤) المجموع المذهب في قواعد المذهب (ص ٣٨٣، ٣٨٤).

ومع ذلك قبله النبي ^ لأنه يرى أن قبول هذا الشرط وإن كان فيه ضرر فإنه أخف من ضرر حصول القتل للمسلمين الذين بمكة[١].

ولذلك قال الله تعالى: **{ وَلَوْلَا رِجَالٌ مُؤْمِنُونَ وَنِسَاءٌ مُؤْمِنَاتٌ لَمْ تَعْلَمُوهُمْ أَنْ تَطَئُوهُمْ فَتُصِيبَكُمْ مِنْهُمْ مَعَرَّةٌ بِغَيْرِ عِلْمٍ }** [٢].

٤ – ما روته عائشة رضي الله عنها قالت: قال النبي ^ : **(يا عائشة لولا قومك حديثٌ عهدهم بكفر لنقضت الكعبة، فجعلت لها بابين: باب يدخل الناس منه، وباب يخرجون)** [٣].

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي ^ ، عزم على تغيير البيت ورده على قواعد إبراهيم، ولم يمنعه من ذلك مع قدرته عليه إلا خشية وقوع ما هو أعظم منه، وهو ارتداد القوم وتنفيرهم من الدين [٤].

قال الحافظ ابن حجر [٥] عند ذكره ما يستفاد من الحديث: «ومنه ترك إنكار

---

(١) الممتع في القواعد الفقهية (ص ٢٤٢).

(٢) من الآية رقم ٢٥ من سورة الفتح.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب العلم، باب من ترك بعض الاختيار مخافة أن يقتصر فهم الناس عنه فيقعوا في أشد منه (١/ ٤٣)، الحديث رقم (١٢٦) واللفظ له. ومسلم في صحيحه: كتاب الحج، باب نقض الكعبة وبناها (٤/ ٩٨) الحديث رقم (٣٣٠٨).

(٤) ينظر: إعلام الموقعين (٣/ ١٢).

(٥) هو أحمد بن علي بن محمد بن حجر الكناني العسقلاني، أبو الفضل شهاب الدين، المعروف بابن حجر، ولد بمصر سنة ٧٧٣هـ كان علامةً إماماً في علم الحديث، وأحد كبار حفاظ زمانه، عالماً بالرجال، بارعاً في الجرح والتعديل، وحامل لواء السنة النبوية، شافعي المذهب، وقد تولى القضاء والتدريس، وانتفع به الناس، وله مصنفات كثيرة مشهورة، **من مؤلفاته:** فتح الباري شرح صحيح البخاري، والتلخيص الحبير، وتهذيب التهذيب، ولسان الميزان، والإصابة في تمييز الصحابة، **توفي** سنة ٨٥٢هـ.
ينظر ترجمته في: الضوء اللامع للسخاوي (٢/ ٣٦)، ووجيز الكلام له (٢/ ٦٢٢)، والذيل على رفع الأصر له (ص/ ٧٥)، ودرة الحجال لابن القاضي (١/ ٦٤)، وشذرات الذهب لابن العماد

=

المنكر خشية الوقوع في أنكر منه» [١].

الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة:

١ – قال المصنف: «إن لم يجد ما يستره إلا ثوباً نجساً كله، أو الطاهر منه أقل من الربع، فإنه يجب عليه أن يصلي في ذلك الثوب، ولا تجزئه الصلاة إلا مع الثوب، لأن ترك استعمال النجاسة فرض، وستر العورة فرض، إلا أن ستر العورة أهمهما وآكدهما؛ لأنه فرض في الأحوال أجمع وفرضية ترك استعمال النجاسة مقصودة على حالة الصلاة فيصار إلى الأهم، ولأنه لو صلى عرياناً كان تاركاً فرائض منها ستر العورة والقيام والركوع والسجود، ولو صلى في الثوب النجس كان تاركاً فرضاً واحداً وهو ترك استعمال النجاسة فقط، فكان هذا الجانب أهون، ومن ابتلي ببليتين فعليه أن يختار أهونهما» [٢].

٢ – قال المصنف: «إذا خاف الإمام الهلاك على أهل المصر أخذ الطعام من المحتكرين وفرقه عليهم، فإذا وجدوا ردوا عليه مثله، لأنهم اضطروا إليه ومن اضطر إلى مال الغير في مخمصة كان له أن يتناوله بالضمان» [٣].

٣ – إذا ماتت امرأة حامل فاضطرب في بطنها ولد، فإن كان في أكبر الرأي أنه حي، يشق بطنها، لأنا ابتلينا ببليتين فنختار أهونهما، وشق بطن الأم الميتة أهون من إهلاك الولد الحي [٤].

* * *

= (٩/٣٩٥)، والبدر الطالع للشوكاني (ص/١٠٣).

(١) فتح الباري شرح صحيح البخاري (١/٢٢٥).

(٢) بدائع الصنائع (١/٣٠٧).

(٣) المصدر السابق (٤/٣١٠).

(٤) المصدر السابق.

المطلب الرابع
قاعدة: «الضرر منفي» [١]

أوردها المصنف بهذا اللفظ.

وبلفظ: «الحرج منفي»[٢].

هذه القاعدة عبر عنها بعض العلماء بقولهم: «الضرر يزال» [٣]، وعند التأمل أجد أن بينهما فرقاً، فعبارة المصنف تدل أن الضرر لا يُقر أصلاً في الشريعة، والعبارة الأخرى تدل على أن الضرر قد يقع على المكلف، فإذا وقع فإن الشريعة لا تقره،

---

(١) بدائع الصنائع (٣/ ٥٣١، ٤/ ٣٢٣).

(٢) المصدر السابق (١/ ٤٣٢، ٢/ ٢٦٤، ٢٧٦، ٤/ ٧٤)، وينظر في هذه القاعدة: الفروق للقرافي (٣/ ٤٢ ف١٢١)، والقواعد للمقري (٢/ ٤٣٢)، وتهذيب الفروق (٣/ ٤١ ف ١٢١)، والقواعد والأصول الجامعة للسعدي (ص ٩٩)، جمهرة القواعد الفقهية، د. علي الندوي (١/ ١٤١)، والمحصول (٦/ ١٨١)، والمغني (١٤/ ١٠٣)، كشاف القناع (١/ ١٩١، ١٩٨).

(٣) ينظر: المجموع المذهب (٢/ ٣٧٥)، ذكرها بلفظ (الضرر المزال) ولعل هذا خطأ من الناسخ؛ لأنها بلفظ (المزال) تصبح صفة لـ (الضرر) ولا يستقيم المعنى، فلو حذفت (ال) التعريف لصار لفظ (مزال) خبر لـ (الضرر) وبهذا يستقيم المعنى، وهذا اللفظ (الضرر مزال) ذكره تقي الدين الحصني في كتابه القواعد (١/ ٣٣٣)، وذكرها ابن السبكي بلفظ (الضرر يزال) (١/ ٤١)، وكذلك السيوطي في الأشباه والنظائر (ص ٨٣)، وابن نجيم في الأشباه والنظائر (ص ١٠٥)، وكذلك في ترتيب اللآلي (٢/ ٨٠١)، وفي المواهب السنية شرح الفرائد البهية وحاشيتها (ص ٢٤٦)، ومجلة الأحكام العدلية المادة (٢٠)، وشروحها ومنها: شرح سليم رستم (١/ ٢٩)، وعلي حيدر (١/ ٣٧)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ١٧٩)، المدخل الفقهي العام (٢/ ٩٩٣)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ٢٠٥)، وجمهرة القواعد الفقهية للندوي (١/ ١٥٦)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١/ ٤٨، ٧٠، ٦/ ٢٦١)، والقواعد الفقهية، د. محمد الزحيلي (١/ ٢١٠)، والممتع في القواعد الفقهية (ص ٢٢٣).

وتجب إزالته عن المتضرر، ومنهم من عبر عها بلفظ: «الضرر مزال»[١]

ولعل هذا التعبير أقرب إلى عبارة المصنف.

«الضرر» تقدم تعريفه وهو أنه: لغة: مأخوذ من الضرِّ وهو ضد النفع، ويأتي بمعنى الضيق والنقص[٢].

اصطلاحًا: إخلال بمصلحة مشروعة للنفس أو الغير، تعدياً، أو تعسفاً، أو إهمالاً[٣].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة تفيد أن الضرر منفي، ونفي الضرر يدل على وجوب دفعه قبل وقوعه، بأي طريقة من طرق الوقاية الممكنة، لأن الوقاية خير من العلاج، فهي وردت بصيغة الماضي، لتبين أن الضرر لم يكن مشروعًا ابتداءً، ولن تجد حكماً يلزم منه ضرر سواء كان ذلك الحكم تكليفياً أو وضعياً.

أما ما أذن الله به من الضرر كالقصاص والحدود وسائر العقوبات والتعازير فإنه غير مقيد للقاعدة إجماعاً[٤]، ومستثنى منها، بل لا يدخل تحتها، لأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، على أنها لم تشرع في الحقيقة إلا لدفع الضرر[٥].

أصل القاعدة:

١ – ورد في الكتاب الكريم نصوص تدل على النهي عن الضرر والمضارة ومنها:

---

(١) ينظر: القواعد للحصني (١/ ٣٣٣).

(٢) معجم مقاييس اللغة (ص ٥٧٤)، المصباح المنير (ص ١٨٦)، لسان العرب (٩/ ٣٢)، مادة (ضرّ).

(٣) ينظر: الضرر في الفقه الإسلامي (١/ ٩٧).

(٤) شرح القواعد الفقهية للزرقاء (١٦٥)، وجامع العلوم والحكم (ص ٣٦٤) شرح الحديث رقم (٣٢).

(٥) المصدر السابق.

أ – قوله تعالى: { وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا } [١].

ب – قوله تعالى: { لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا } [٢].

جـ - قوله تعالى: { وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ } [٣].

د – قوله تعالى: { مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارّ } [٤].

وجه الدلالة من الآيات: دلت هذه الآيات على أن كل ما يضر الإنسان فهو محرم، ومن يستقرئ أحكام الشريعة في كل جزئياتها يدرك تماماً أن الشارع الحكيم قصد من ذلك تحريم كل أنواع الضرر.

٢ – قول النبي ^ : **(لا ضرر ولا ضرار)** [٥].

---

(١) من الآية رقم ٢٣١ من سورة البقرة.

(٢) من الآية رقم ٢٣٣ من سورة البقرة.

(٣) من الآية رقم ٢٨٢ من سورة البقرة.

(٤) من الآية رقم ١٢ من سورة النساء.

(٥) هذا الحديث له عدة طُرق منها:

الطريق الأول: ما أخرجه ابن ماجه في سننه في كتاب الأحكام باب من بنى في حقه ما يضر بجاره الحديث رقم (٢٣٤٠) (٢/ ٧٨٤)، والإمام أحمد في «مسنده (٣٧/ ٤٣٨) الحديث رقم (٢٢٧٧٨) من طريق موسى بن عقبة حدثنا إسحاق بن يحيى بن الوليد عن عبادة بن الصامت –رضي الله عنه-.. فذكره.

فالحديث ضعيف؛ لأن في سنده انقطاعاً بين إسحاق وعبادة، ولذا قال البوصيري في الزوائد: في حديث عبادة هذا إسناد رجاله ثقات، إلاَّ أنه منقطع لأن إسحاق بن الوليد، قال عنه الترمذي وابن عدي: «لم يُدرك عبادة بن الصامت»، وقال البخاري: «لم يلقَ عبادة».

وقال الحافظ في الدراية ص٣٧٣: «وفيه انقطاع».

وإسحاق بن يحيى بن الوليد، قال الحافظ في التقريب: «أرسل عن عبادة وهو مجهول الحال»، وقال في التهذيب (٢/ ٤٩٣): «روى عن عبادة ولم يدركه»، وقال الذهبي في الميزان (١/ ٢٠٤): «قال ابن عدي: عامة أحاديثه غير محفوظة.

=

= **الطريق الثاني**: وهو من حديث عبدالله بن عباس –رضي الله عنه-، ويرويه عنه عكرمة وله عنه طريقان:

١/ عن جابر الجعفي عن عكرمة عن ابن عباس –رضي الله عنهما- به فذكره.

أخرجه ابن ماجة في سننه في كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، الحديث رقم (٢٣٤١) (٢/ ٧٨٤)، وأخرجه أحمد في مسنده (٥/ ٥٥) الحديث رقم (٢٨٦٥) وفيه: جابر الجعفي، وهو متروك الحديث، ذكره البخاري في الضعفاء الصغير (٤٩) وقال: «تركه يحيى، وابن مهدي». وقال النسائي في الضعفاء والمتروكين: «جابر بن يزيز الجعفي متروك، كوفي».

٢/ عن داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي ^ قال: «**للجار أن يضع خشبته على جدار جاره وإن كره، والطريق الميتاء سبعة أذرع، ولا ضرر ولا ضرار**».

وهذا الطريق عند الدارقطني في سننه (٤/ ٢٢٨)، وداود بن الحصين ثقة إلا في روايته عن عكرمة كما قاله الحافظ، وقال ابن معين: ثقة، وقال علي بن المديني: ما روى عن عكرمة فمنكر، قال: وقال ابن عيينة: كنا نتقي حديث داود، وقال أبو داود: أحاديثه عن شيوخه مستقيمة، وأحاديثه عن عكرمة مناكير». ينظر: التهذيب (٨/ ٣٨٠ – ٣٨١)، الميزان (٢/ ٥).

فيتلخَّص مما سبق من كلام الحفَّاظ: أن روايته عن عكرمة منكرة.

الطريق الثالث: حديث أبي سعيد الخدري –رضي الله عنه-...».

أخرجه الدارقطني في سننه (٣/ ٧٧) الحديث رقم (٢٨٨)، والحاكم (٢/ ٦٦) الحديث رقم (٢٣٤٥)، والبيهقي (٦/ ٦٩) الحديث رقم (١١١٦٦) وقال: «تفرد به عثمان بن محمد» وهو ضعيف، وهو من طريق عثمان بن محمد بن عثمان بن ربيعة حدثنا عبدالعزيز الدراوردي عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، وزاد: «من ضار ضرَّه الله،ومن شاق شقّ الله عليه»، مع أن الحاكم في مستدركه (٢/ ٦٦)، قال: «صحيح الإسناد على شرط مسلم» ووافقه الذهبي، ولكن الحديث بهذا الطريق ضعيف لوجود هذا الرجل فيه وهو عثمان.

الطريق الرابع: من حديث جابر رضي الله عنه عند الطبراني في الأوسط (٥/ ٢٣٨) الحديث رقم (٥١٩٣) من طريق محمد بن إسحاق عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع بن حبان عن جابر رضي الله عنه بلفظ: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» قال الطبراني بعد أن ساقه: «لم يروه عن محمد بن يحيى إلا ابن إسحاق» ومحمد بن إسحاق صدوق لكنه مدلس وقد عنعنه، وقال عنه المناوي في فيض القدير (٦/ ٥٥٩): «حسنه النووي في الأربعين قال: ورواه مالك مرسلاً وله طرق يقوي بعضها بعضاً. وقال العلائي: «للحديث شواهد ينتهي مجموعها إلى درجة الصحة أو الحسن المحتج به».

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي ^ نفى الضرر مطلقاً، لأنه نكرة في سياق النفي فيعم، فيكون المراد من قوله ^ : **(لا ضرر)** أنه لا يجوز الضرر في ديننا مطلقاً وهذا ما تفيده القاعدة.

قال ابن رجب: «ومما يدخل في عموم قوله ^ : **(لا ضرر)** أن الله لم يكلف عباده فعل ما يضرهم البتة، فإن ما يأمرهم به هو عين صلاح دينهم ودنياهم، وما نهاهم عنه هو عين فساد دينهم ودنياهم»[(١)].

الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة:

١ - قال المصنف: «إذا أوجب البيع في العبد فقبل في الجارية لا ينعقد البيع، وكذا إذا أوجب في العبدين فقبل في أحدهما؛ لأن القبول في أحدهما تفريق الصفقة على البائع والصفقة إذا وقعت مجتمعة من البائع لا يملك المشتري تفريقها قبل التمام؛ لأن من عادة التجار ضم الرديء إلى الجيد ترويجاً للرديء بواسطة الجيد، فلو ثبت للمشتري ولاية التفريق لقبل في الجيد دون الردئ، فيتضرر به البائع، والضرر منفي»[(٢)].

٢ – من شروط جواز فسخ البيع قيام الخيار، ومنها علم صاحبه بالفسخ؛ لأن الفسخ لو نفذ بغير علم صاحبه لتضرر به صاحبه فلا ينفذ دفعاً للضرر.

وبيان الضرر: أن صاحبه إذا لم يعلم بالفسخ فتصرف في المبيع بعد مضي مدة الخيار، على ظن أنه ملكه، فلو جاز الفسخ من غير علمه لتبين أنه تصرف في ملك غيره، وهذا سبب لوجوب الضمان فيتضرر به[(٣)]، والضرر منفي في الشرع.

٣ – إذا كان العبد مملوكاً لشخصين فأعتق أحدهما نصيبه، فما حكم نصيب

---

(١) جامع العلوم والحكم (ص ٣٧٠)، شرح الحديث رقم (٣٢).

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ٣٢٣).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٥٤٣).

الآخر؟ في المسألة أقوال والراجح: أنه يعتق ولا خيار للشريك وإنما له الضمان لا غير إن كان المعتق موسراً، وإن كان معسراً فله السعاية[١] لا غير، لأن العتق وإن ثبت في نصيب المعتق على طريق الاقتصار عليه، لكن في الإعتاق حق لله عز وجل وحق للعبد بالإجماع، وإنما اختلفوا في الرجحان، فالقول بالتمليك إبطال الحقين وهذا لا يجوز، وكذا فيه إضرار بالمعتق؛ بإهدار تصرفه من حيث الثمرة للحال، وإضرار بالعبد من حيث إلحاق الذل به في استعمال النصف الحر، والضرر منفي[٢].

* * *

(١) السعاية: هي أخذ الصدقات، وسعاية العبد إذا كوتب أن يسعى فيما يفك رقبته. معجم مقاييس اللغة (ص ٤٥٩)، مادة (سعو)، المصباح المنير (ص ١٤٥)، مادة (س ع ي).

(٢) بدائع الصنائع (٣/٥٣١).

المطلب الخامس

قاعدة: «لا ضرر ولا إضرار في الإسلام»[(١)][(٢)].

هذه القاعدة بلفظها نص حديث نبوي[(٣)]، وهذا يعطي القاعدة قوة، ويجعلها دليلاً شرعياً يمكن أن تبنى الأحكام الشرعية عليها.

وعلى هذا فهي أصل عظيم من أصول الإسلام «وركن من أركان

---

(١) بدائع الصنائع (٢/ ٦٣٢)، (٣/ ٣٤٧)، (٤/ ٣٥٠)، (٥/ ١٦٨، ٣٩٧)، (٦/ ١٦٥)، أوردها المصنف في هذه المواضع بلفظ: «إضرار» بالهمزة، ولم يذكرها في كتابه «بدائع الصنائع» بلفظ «ضرار»، وقد بحثت عن أصل اللفظ الذي ذكره المصنف فلم أجده إلا عند الدارقطني في سننه (٤/ ٢٢٨) الحديث رقم ٨٤ و٨٥.

ولكن ذكر ابن رجب أن هذا الحديث وقع بلفظ «إضرار» بالهمزة، في بعض روايات ابن ماجه، والدارقطني، ثم قال: بل وفي بعض نسخ الموطأ، ولكنه قال بعد ذلك: «وأنكرها آخرون وقالوا: لا صحة لها».

وأنكر ابن دقيق العيد في شرحه للأربعين النووية هذه الرواية وقال عند شرحه للحديث الثاني والثلاثين: «وهو على ألسنة كثير من الفقهاء والمحدثين (لا ضرر ولا إضرار) بهمزة مكسورة قبل الضاد ولا صحة لها» (ص ٨٢).

(٢) ينظر في أحكام هذه القاعدة: المجموع المذهب (٢/ ٣٧٥)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٤١)، والقاعدة الذهبية في المعاملات المالية (لا ضرر ولا ضرار) لابن رجب، والقواعد، للحصني (ص ٣٣٤)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٣)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (١٠٥)، وترتيب اللآلي (٢/ ٨٠٢)، ومجلة الأحكام العدلية (م ١٩)، وشرح المجلة لسليم رستم (١/ ٢٩)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٣٦)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ١٦٥)، والمدخل الفقهي (٢/ ٩٨٩)، والقواعد والأصول الجامعة (ص ٩٩ ق ١٥)، والوجير للبورنو (ص ٥)، وجمهرة القواعد الفقهية (١/ ١٣٩) والممتع في القواعد القهية (ص ٢١١).

(٣) تقدم تخريجه بلفظ: «لا ضرر ولا ضرار» (ص ١٦٤).

الشريعة»[١]، فلفظها عام يشمل أكثر الأمور الدنيوية، وتدخل في كثير من أبواب الفقه، «إذ يرجع إليها نحو النصف أو أكثر من أبواب الفقه ومسائله»[٢].

ومن العلماء من يعبر عنها بلفظ: «الضرر يزال»[٣]، ويجعل الحديث أصلاً لها، ولكن التعبير بصيغة الحديث عن القاعدة أشمل وأعم، حيث إنه يشمل نفي الضرر ابتداء ومقابلة[٤]، فهي أساس لمنع الفعل الضار مطلقاً، سواء كان بدفعه قبل الوقوع، أو رفعه بعد الوقوع، بما يمكن من التدابير التي تزيل آثاره، وتمنع تكراره[٥]؛ وذلك لأن «النكرة المنفية – لا ضرر – تعم، وهذا النفي ليس وارداً على الإمكان ولا الوقوع قطعاً؛ بل على الجواز، وإذا انتفى الجواز ثبت التحريم وهو المدعى»[٦].

وحاصل هذه القاعدة «يرجع إلى تحصيل المصالح أو تقريرها، بدفع المفاسد، واحتمال أخف المفسدتين لدفع أعظمهما»[٧].

فهي بناء على ذلك تعدّ سنداً لمبدأ الاستصلاح، في جلب المصالح ودرء المفاسد.

الفرق بين الضرر والضرار:

اختلف العلماء في ذلك على قولين هما:

---

(١) المدخل الفقهي (٢/ ٩٩٠).

(٢) المجموع المذهب (٢/ ٣٨٢).

(٣) ينظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٤١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٤)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٠٥).

(٤) ينظر: الوجيز للبورنو (ص ٥).

(٥) ينظر: المدخل الفقهي العام (٢/ ٩٩٠).

(٦) نهاية السول (٣/ ١٢٨).

(٧) ينظر: المجموع المذهب (٢/ ٣٨٢).

القول الأول: أنهما لفظتان بمعنى واحد، وردتا في الحديث على وجه التأكيد[١].

القول الثاني: أن بينهما فرقاً، إعمالاً لقاعدة: «التأسيس خير من التأكيد»[٢].

وهؤلاء اختلفوا في الفرق بينهما على أقوال[٣]:

القول الأول: إن «الضرر» اسم و«الضرار» فعل ومعناهما:

لا ضرر: لا يدخل على أحد ضرراً لم يدخله على نفسه.

لا ضرار: لا يضار أحد أحداً.

القول الثاني: الضرر الذي لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة.

الضرار: الذي ليس لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة[٤].

القول الثالث: الضرر: إحداث ضرر بالغير ابتداءً.

الضرار: إيقاع الضرر على وجه المقابلة[٥].

القول الرابع: الضرر: أن يضره من غير أن ينتفع.

---

(١) ينظر: التمهيد لابن عبدالبر (١٠/ ١٥٨)، وشرح الأربعين لابن دقيق العيد (ص ٨٣)، والقاعدة الذهبية في المعاملات الإسلامية، لابن رجب (ص ٣٨)، وغمز عيون البصائر (١/ ٢٧٤)، ولم ينسب هذا القول إلى أحد بعينه.

(٢) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٧٦).

(٣) ينظر في ذلك: التمهيد لابن عبدالبر (٢٠/ ١٥٨)، والقاعدة الذهبية لابن رجب (ص ٣٨)، وشرح الأربعين لابن دقيق العيد (ص ٨٣)، والمجموع المذهب (٢/ ٣٧٦)، ولسان العرب (٩/ ٣٢)، مادة (ضرَّ)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٠٦)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٣٦ م١٩)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ١٦٥)، والممتع في القواعد الفقهية (ص ٢١٣).

(٤) ينظر:المصادر السابقة، وجامع العلوم والحكم (ص ٣٦٤)، وذكر أن ابن عبدالبر وابن الصلاح قد رجَّحا هذا المعنى.

(٥) ينظر: المصادر السابقة، وفيض القدير (٦/ ٥٥٩).

الضرار: أن يضره ابتداءً[١].

والأظهر أن الراجح من هذه الأقوال هو القول الثالث؛ لأن لفظ « لا ضرار » من باب قاتل قتالاً فهو مصدر قياسي من فَاعَلَ فِعَالاً، الذي يدل على المشاركة[٢]؛ ولأنه يشمل هذه المعاني كلها.

تنبيه:

عموم هذه القاعدة يقتضي نفي الضرر مطلقاً، ولكن هذا ليس على إطلاقه، وإنما هو مخصوص ومقيد بالضرر الذي لم يكن على وجه حق، فهذا هو المنفي، أما ما كان بحق فلا يشمله لفظ القاعدة.

قال ابن رجب: « وبكل حال فالنبي ^ إنما نفى الضرر والضرار بغير حق، فأما إدخال الضرر على أحد بحق، إما لكونه تعدى حدود الله، فيعاقب بقدر جريمته، أو كونه ظلم غيره، فيطلب المظلوم مقابلته بالعدل، فهذا غير مراد قطعاً، وإنما المراد إلحاق الضرر بغير حق »[٣].

أصل القاعدة:

١ – قال تعالى:] , - . / Z [٤].

وجه الدلالة: أن بعض الأزواج قد يضار زوجته بإمساكها، وهو لا يريدها، وإنما يقصد إطالة العدة، أو نحو ذلك من الأغراض التي تدخل الضرر على الزوجة، فنهت الآية عن هذا النوع من الضرر[٥].

---

(١) ينظر: غمز عيون البصائر (١/ ٢٧٤).

(٢) ينظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ١٦٥).

(٣) جامع العلوم والحكم (ص ٣٦٤).

(٤) من الآية رقم ٢٣١ من سورة البقرة.

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٣/ ٢٨٤، ٢٨٧)، وتفسير ابن جرير (٥/ ٧ - ٨)، وتفسير القرطبي (٣/ ١٥٦).

٢ – قوله تعالى:] μ ¶ ، بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ Z [١].

وجه الدلالة: أن في الآية نهياً من الله سبحانه وتعالى لكل من أبوي المولود عن مضارة صاحبه، وأن ذلك حرام عليهما[٢].

٣ – قوله تعالى:] ') (* Z [٣].

وجه الدلالة: أن المراد بقوله سبحانه وتعالى: (لتضيقوا عليهن) أي في المسكن الذي تسكنوهن فيه وأنتم تجدون سعة من المنازل، أن تطلبوا التضييق عليهن، وهذا فيه نهي عن الإضرار بالمطلقة من النساء حتى تنقضي عدتها[٤]، وهذا مما يدل عليه لفظ القاعدة.

٤ – عن سمرة بن جندب[٥] رضي الله عنه، أنه كانت له عضد[٦] من نخل، في حائط رجل من الأنصار، قال: ومع الرجل أهله، قال: فكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به ويشق عليه، فطلب إليه أن يبيعه، فأبى، فطلب إليه أن يناقله، فأبى، فأتى النبي ^ فذكر ذلك له، فطلب إليه النبي ^ أن يبيعه، فأبى، فطلب إليه أن يناقله، فأبى، قال: **(فهبه له ولك كذا وكذا)** أمراً رغبة فيه، فأبى، فقال ^ : **(أنت**

---

(١) من الآية رقم ٢٣٣ من سورة البقرة.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٣/٤١٧، ٤٤١، ٤٥٥)، وتفسير القرطبي (٣/١٦٧).

(٣) من الآية رقم ٦ من سورة الطلاق.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٣/٤١٧)، وتفسير ابن جرير (٢٣/٤٥٧).

(٥) سمرة بن جندب – بضم الدال وفتحها وقيل أنها مثلثة – ابن هلال بن جريج بن مرة الفزاري، كان من الحفاظ المكثرين في الرواية عن النبي ^ ، وكان شديداً على الحرورية، مات سنة ٥٨ وقيل ٥٩ وقيل ٦٠. ينظر: الطبقات الكبرى لابن سعد (٨/٣٤)، (٧/٤٩)، الاستيعاب (٤/٢٥٦)، رقم (١٠٦٣)، الإصابة (٤/٢٥٧) رقم (٣٤٦٨).

(٦) عضد: يقال للطريقة من النخل: عضد؛ لأنها متساطرة في جهة. الفائق للزمخشري (٢/٤٤٢).

مضار) فقال ^ للأنصاري: **(اذهب فاقلع نخله)** [١].

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي ^ أمر برفع الضرر الذي لحق الأنصاري ولو أدى ذلك إلى إلحاق النقص بالمضار[٢].

الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة:

١ - تجب الزكاة في السائمة وإن كانت صغاراً، وهذا قول زفر، ولأبي يوسف أنه لابد من الإيجاب في الصغار، لكن ما الذي يجب فيها إذا بلغت نصاباً وهي صغاراً؟ هل تؤخد الكبار؟ هل يجب فيها مسنة؟

الصحيح أنه يجب فيها واحدة منها، وذلك مراعاة للجانبين؛ لأن في إيجاب المسنة إضراراً بالملاك؛ لأن قيمتها قد تزيد على قيمة النصاب، وهذا فيه إجحاف بأرباب الأموال، وفي نفي الوجوب إضرار بالفقراء فكان العدل في إيجاب واحدة منها[٣]، لأنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام.

٢ - لو استأجر رجلاً ليحفر له بئراً فحفر بعضها فوجدها صلبة، أو خرج حجر، أو وجدها رخوة، بحيث يخاف التلف، كان هذا عذراً يفسخ به العقد؛ لأنه يعجز عن المضي في موجب العقد إلا بضرر[٤].

---

(١) رواه أبو داود في سننه، كتاب الأقضية، باب في القضاء (٣/ ٣٥٢) الحديث رقم (٣٦٣٨)، والبيهقي في السنن الكبرى: كتاب إحياء الموات، باب من قضى فيما بين الناس بما فيه صلاحهم ودفع الضرر عنهم على الاجتهاد (٦/ ١٧٥) الحديث رقم (١١٦٦٣). قال عنه الألباني: «ضعيف» سلسلة الأحاديث الضعيفة (٣/ ٥٥٦)، وقال ابن حزم في المحلى (٩/ ٢٩): «هذا منطقع؛ لأن محمد بن علي لا سماع له من سمرة».

وقال ابن كثير في إرشاد الفقيه (٢/ ٦٥): «رواه أبو داود بإسناد حسن».

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٩٢).

(٣) بدائع الصنائع (٢/ ١٢٨).

(٤) ينظر: المصدر السابق (٤/ ٥٥).

٣ - إذا مرضت الظئر فإن عقد الإجارة ينفسخ؛ لأن الصبي يتضرر بلبن المرأة المريضة، والمرأة تتضرر بالإرضاع في المرض أيضاً، فيثبت حق الفسخ من الجانبين[١].

٤ – النجش هو: أن يمدح السلعة ويطلبها بثمن، ثم لا يشتريها بنفسه، ولكن ليسمع غيره، فيزيد في ثمنها، وهذا منهي عنه؛ لأنه احتيال للإضرار بأخيه المسلم[٢].

٥ - من شروط صحة الهبة: أن تكون ممن يملك التبرع؛ لأن الهبة تبرع فلا يملكها من لا يملك التبرع.

قال المصنف: « فلا يجوز التبرع بمال الصغير من غير شرط العوض بلا خلاف؛ لأن المتبرع بمال الصغير قربانٌ لماله لا على وجه الأحسن...، ولأنه إذا لم يقابله عوض دنيوي كان التبرع ضرراً محضاً[٣]، والرسول ^ يقول: **(لا ضرر ولا إضرار في الإسلام)** [٤].

* * *

(١) ينظر: المصدر السابق (٤/ ٥٨).

(٢) ينظر: المصدر السابق (٤/ ٤٨١).

(٣) ينظر: المصدر السابق (٥/ ١٦٨).

(٤) تقدم تخريجه (ص).

المطلب السادس

قاعدة: « الضرر واجب الدفع ما أمكن »[١][٢]

معاني مفردات القاعدة:

الدفع لغة: قال ابن فارس: الدال والفاء والعين: أصل واحد مشهور، يدل على تنحية الشيء.

يقال: « دَفَعْتُ » الشيء « أدفعُه » « دَفْعاً »، و« دافع » الله عنه السوء « دفاعاً »[٣].

ودفعته دفعاً أي: نحيته فاندفع، ودافعت عنه مثل حاججت، ودفعت القول رددته بالحجة[٤].

---

(١) بدائع الصنائع (٢/ ٥١٨)، (٤/ ٥٦٣، ٥٦٤، ٥٨٤)، (٥/ ١٢٩).

(٢) ينظر أحكام هذه القاعدة وألفاظها في: قواعد ابن رجب (١/ ٤٤٩، ق ٦٠)، وترتيب اللالي (٢/ ٨١٠)، وقواعد البركتي (ص٨٨ ق ١٦٨)، وشرح المجلة لسليم رستم (٢/ ٣٢م ٣١)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٤٢م٣١)، وشرح القواعد للزرقا (ص ٢٠٧ م٣١)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ٩٩٢، ٨١/ ١٩)، والوجيز للبورنو (ص ٢٥٦)، وموسوعة القواعد الفقهية له أيضاً (٥/ ٣٣٤)، (٦/ ٢٥٩)، (٧/ ٥٣٤)، والقواعد الفقهية د.محمد الزحيلي (١/ ٢٠٨)، والقواعد الفقهية الكبرى، أ.د. السدلان (ص ٥٠٨)، والقواعد الكلية والضوابط الفقهية محمد عثمان شبير (ص١٨٤)، وموسوعة القواعد الفقهية لعطية رمضان (ص٤٩)، وشرح تحفة أهل الطلب في تجريد أصول قواعد ابن رجب د. عبدالكريم اللاحم (ص ١٩٧)، وشرح منظومة القواعد الفقهية للسعدي، د.العويد (ص ٨٧)، والوجيز د. زيدان (ص ٩١ ق ٣٣)، وقواعد الفقه الكلية (ص٢٢١)، والممتع في القواعد الفقهية د. مسلم الدوسري (ص ٢٢٧).

(٣) معجم مقاييس اللغة (ص ٣٤١) مادة (دفع).

(٤) المصباح المنير (ص ١٠٤) مادة (د ف ع).

اصطلاحاً: الدفع هو صرف الشيء قبل الورود[١].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن مما تقرر شرعاً أن الضرر إذا وقع يجب رفعه وإزالته، وهذه القاعدة تفيد أن دفع الضرر قبل وقوعه واجب أيضاً بكل الوسائل والإمكانيات المتاحة؛ لأن الدفع أسهل من الرفع، وأن يكون ذلك بقدر الإمكان، فإن لم يتيسر دفعه وإزالته بالكلية، فيزال بقدر ما يمكن؛ لأن هذا خير من تركه كما هو، مع إمكان تقليله، فالتكليف حسب الاستطاعة، فالعمل بهذه القاعدة موافق لقاعدة المصالح المرسلة والسياسة الشرعية، فهي من باب سد الذرائع.

أصل القاعدة:

١ – قوله تعالى:] 8 9 : ; < = > ? Z [٢].

وجه الدلالة: أن عدم طاعة الزوجة لزوجها فيما تلزمها طاعته يعد ضرراً على الزوج، ففي هذه الحالة يكون للزوج ولاية التأديب لدفع هذا الضرر، فله أن يؤدبها لكن على الترتيب، فظاهر الآية وإن كان بحرف الواو الموضوعة للجمع المطلق، لكن المراد منه الجمع على سبيل الترتيب والواو تحتمل ذلك[٣].

٢ – قوله تعالى:] **وَأَعِدُّواْ © مَّا ٱسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ** Z [٤].

وجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى أمر المؤمنين بإعداد القوة التي تدفع ضرر الأعداء وترهبهم وتخوفهم، وجعل ذلك على قدر الاستطاعة، مما يدل على أن دفع

---

(١) الكليات للكفوي (ص ٤٥٠).

(٢) من الآية رقم ٣٤ من سورة النساء.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٢/ ٦٥٠).

(٤) من الآية رقم ٦٠ من سورة الأنفال.

الضرر واجب ولكن على قدر الإمكان[١].

٣ – قوله تعالى:] w x y z Z [٢].

٤ – قوله ^ : **(وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم)** [٣].

وجه الدلالة من الآية والحديث: أن دفع الضرر قبل وقوعه، أو رفعه بعد وقوعه، مما أمر به، فيكون واجباً وفعله من التقوى، ولكن حسب الاستطاعة بدلالة الآية والحديث، فيتبين من ذلك أن دفع الضرر واجب ولكن حسب الإمكان[٤].

الفروع المبنية على هذه القاعدة:

١ - قال المصنف: «من شروط جواز فسخ عقد البيع: أن لا يتضمن الفسخ تفريق الصفقة على البائع قبل التمام، فإن تضمن ذلك فلا يجوز إلا أن يرضى به البائع؛ لأن تفريق الصفقة على البائع قبل التمام إضرار، والضرر واجب الدفع ما أمكن» [٥].

٢ - إذا غصب إنسان من آخر مثلياً واستهلكه، وجب عليه رد مثله، فإن لم يوجد المثل، يجب عليه رد قيمته، دفعاً للضرر عن المغصوب منه[٦].

---

(١) ينظر: الوجيز للبورنو (ص ٢٥٦)، شرح القواعد السعدية د. العويد (ص ٩٨)، الممتع للدوسري (ص ٢٢٨).

(٢) سورة التغابن، من الآية: ١٦.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب الاقتداء بسنن رسول الله ^ (٩/ ١١٧) الحديث رقم (٧٢٧٥)، ومسلم في صحيحه، باب فرض الحج مرة في العمر (٤/ ١٠٢) الحديث رقم (٣٣٢١).

(٤) ينظر: الممتع في القواعد الفقهية (ص ٢٢٨).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٥٦٣).

(٦) ينظر: المصدر السابق (٦/ ١٧١).

٣ - إذا باع المشتري الشقص المشفوع ثم جاء الشفيع، كان له أن يفسخ البيع ويأخذ المبيع بالشفعة، دفعاً للضرر عن نفسه[١].

٤ - شرع الحجر على السفيه لدفع ضرر سوء تصرفاته المالية[٢].

* * *

(١) ينظر: المصدر السابق (٢/ ٦٢٤).

(٢) ينظر: المصدر السابق (٦/ ١٧٣).

المطلب السابع
قاعدة: « من قضى دين غيره مضطراً من مال نفسه لا يكون متبرعاً ويرجع عليه »[١]

معاني مفردات القاعدة:

متبرعاً: لغة: من « برع » قال ابن فارس: « والباء والراء والعين، أصلان:

أحدهما: التطوع بالشيء من غير وجوب.

الثاني: التبريز والفضل.

تقول: « بَرَعَ » « يَبْرَعْ » « بُرُوعاً » و« بَراعة » وهو « يتبرَّع » من قبل نفسه بالعطاء، أي: تفضل بما لا يجب عليه »[٢]، و« بَرُعَ » « براعة » فهو « بارع » على وزن

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٤٩). وينظر أحكام هذه القاعدة وألفاظها في: الفروق للقرافي (٣/ ٣٤٠ ف ١٧١)، ومجموع الفتاوى لابن تيمية (٣٤/ ١٣٤)، وإعلام الموقعين (٣/ ٤)، والمنثور للزركشي (١/ ٧٢)، والقواعد لابن رجب (ص ١٤١ ق ٧٤، ص ١٤٣ ق ٧٥)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٢٤٤)، وغمز عيون البصائر (٢/ ٣٠٠)، وشرح المجلة لسليم رستم (١/ ٣٩٩، ٤٠٠ م ٧٢٥)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ١٣٨ م٧٢٥)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٤٨٥)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٨٩)، وتحفة أهل الطلب في تجريد أصول قواعد ابن رجب (ص ٧٦، ٧٧)، وشروح منظومة القواعد الفقهية للسعدي شرح البيت رقم ٤٤ ومنها شرح الشثري (ص ١٥٤) وشرح الزامل (ص ٢٠٢)، وشرح الكبي (ص ١٤٥)، وشرح الأسمري (ص١٢٠)، وينظر: جمهرة القواعد الفقهية (٢/ ٩٦٩)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ٤١٥)، وموسوعة القواعد الفقهية (١/ ٢٦٦)، (١١/ ١٠٢٧)، والقواعد الفقهية د. محمد الزحيلي (٢/ ٨٣١)، والقواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية لعبدالسلام الحصين (٢/ ٢٩٥)، والقواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين لعبدالمجيد الجزائري (ص ٥٨٠).

(٢) معجم مقاييس اللغة (ص ١٠٥).

ضخم ضخامة، إذا تم في كل فضيلة وجمال وفاق أصحابه في العلم وغيره[١].

اصطلاحاً: التبرع: التطوع بالشيء، وفعلت كذا متبرعاً أي متطوعاً[٢].

وعليه فالتبرع لا يخرج عن كونه بذل المكلف مالاً أو منفعة لغيره في الحال أو المآل، بلا عوض بقصد البر أو المعروف غالباً[٣].

معنى القاعدة الإجمالي:

هذه القاعدة تتعلق بقضاء الحقوق عن الغير، والمقصود هنا الحقوق التي لا تتمحض أن تكون عبادة، مثل سداد الدين ومثل النفقة، فإن من أدى عن غيره حق من هذه الحقوق مجبراً على ذلك ومضطراً فيه أي ليس باختياره، فله الرجوع على المدين ليستوفي منه ما دفعه عنه، ويجب على المدفوع عنه أن يؤدي إليه ما دفعه عنه.

أما تقييد المصنف القضاء بالدين فإنه ليس مراداً؛ لأنه مثل لها بغير ذلك من الحقوق الواجبة[٤].

أصل القاعدة:

١ – قال الله تعالى:] z } | { ~ ﴿لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ © رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا μ ¶ ¸ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا à اللَّهَ â تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ Z [٥].

---

(١) المصدر السابق، ولسان العرب (٢/ ٦٥)، والقاموس المحيط (ص ٩٠٧)، المصباح المنير (ص ٢٨) الكل في مادة (ب ر ع).

(٢) ينظر: أنيس الفقهاء (ص ٢٥١).

(٣) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (ص ٣٤٨١)، كلمة (بَرع).

(٤) ينظر في ذلك بدائع الصنائع (٤/ ٥٠٨، ٦٠٥)، (٥/ ١٩٦، ١٩٨، ٢٤٠، ٢٤١، ٢٤٢، ٢٤٩).

(٥) الآية رقم ٢٣٣ من سورة البقرة.

وقال تعالى:] 6 7 8 9 : Z[1].

وجه الاستدلال من الآيتين: أن فيهما إيجاب نفقة المرضعة من رزق وكسوة على المولود له وهو الأب لأجل الولد[2]، فلو كان الأب معسراً غير عاجز عن الكسب والأم موسرة، فالنفقة على الأب، لكن تؤمر الأم بالنفقة ثم ترجع بها على الأب إذا أيسر؛ لأنها تصير ديناً في ذمته إذا أنفقت بأمر القاضي[3].

الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة:

١ – قال المصنف: «لو باع من اثنين فنقد أحدهما حصته من الثمن، كان للبائع حق حبس المبيع حتى يقبض ما على الآخر. فإن غاب أحدهما لم يجبر الآخر على تسليم كل الثمن... لكن إن اختار الحاضر ذلك، ونقد كل الثمن وقبض المبيع هل يكون متبرعاً فيما نقد أم لا؟ اختلف فيه:

قال أبو حنيفة ومحمد: لا يكون متبرعاً فيما نقد.

وقال أبو يوسف: هو متبرع في حصته؛ لأنه قضى دين غيره بغير أمره فكان متبرعاً.

ولهما: أنه قضى دين صاحبه بأمره دلالة فلا يكون متبرعاً، كما لو قضاه بأمره نصاً.

ودلالة ذلك: أنه لما غاب قبل نقد الثمن مع علمه أن صاحبه استحق قبض نصيبه من المبيع بتسليم حصته من الثمن ولا يمكنه الوصول إليه إلا بتسليم كل الثمن، كان إذناً له بتسليم حصته من الثمن فكان قاضياً دينه بأمره دلالة فلم يكن متطوعاً ويرجع

---

(١) من الآية رقم ٦ من سورة الطلاق.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٣/ ٤٤٠).

(٣) ينظر: المصدر السابق (٥/ ٤٤٤).

عليه بما دفع»[١].

٢ – قال المصنف: «من أعار ماله إنساناً ليرهنه بدينه فرهن، ثم أفتكَّه الغير من مال نفسه لا يكون تبرعاً، ويرجع على الراهن؛ لأن الراهن لما علم أنه علق مال الغير بدينه ولا يزول العلوق إلا بانفكاكه فكان إذناً له بالفكاك دلالة»[٢].

٣ – قال المصنف: «لو قضى الولد دين أبيه – المتوفى - وافتك الرهن لم يكن متبرعاً، ويرجع بجميع ما قضى على أبيه؛ لأنه مضطر إلى قضاء الدين، إذ لا يمكنه الوصول إلى ملكه إلا بقضاء الدين كله، فكان مضطراً فيه فلم يكن متبرعاً، بل يكون مأموراً بالقضاء من قبل الأب دلالة، فكان له أن يرجع عليه بما قضى»[٣].

٤ – قال المصنف: «من استعار من إنسان عبده ليرهنه بدين نفسه فرهن، ثم أن المعير قضى دين المستعير وافتكَّ الرهن، فله أن يرجع بجميع ما قضى على المستعير»[٤].

٥ – قال المصنف: «إذا كان الأب معسراً غير عاجز عن الكسب، والأم موسرة، فالنفقة على الأب، لكن تؤمر الأم بالنفقة، ثم ترجع بها على الأب إذا أيسر؛ لأنها تصير ديناً في ذمته إذا أنفقت بأمر القاضي»[٥].

* * *

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٥٠٨).

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق (٥/ ١٩٦).

(٤) المصدر السابق.

(٥) المصدر السابق (٣/ ٤٤٤).

المطلب الثامن
قاعدة: « ليس لعرق ظالم حق »[١]

العِـرْق: بـكسر العـين وسـكون الـراء: أصـل الشيء، والجمـع « أعـراق » و« عروق ».

ويقـال: رجـل « مُعْـرِق » في الحسـب والكـرم، أي: عريـق النسـب أصـيل، ويستعمل في اللؤم أيضاً[٢].

والعِرْق: عِرْق الشجرة وعِرْق الجسد، ويجمع على « عُرُوقٌ »[٣]. وعروق كـل شيء: أطناب تتشعب من أصوله[٤].

وهذه القاعدة تعد من جوامع الكلم، فهي جزء مـن حـديث شريـف نصـه:

---

(١) بدائع الصنائع (٥ / ٢٨٤)، وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: المنثور للزركشي (١ / ٣٨٥)، والقواعد لابن رجب (ص١٦٠ ق ٧٩)، وتهذيب الفروق مطبوع حاشية على الفروق (١ / ٣٧٠ ف ٣٩)، (٤ / ٢٤ ف٢٠٥)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢ / ٥٧٥ م٩٠٦) وهؤلاء لم يذكروا هذا النص على أنه قاعدة فقهية، وإنما ذكروه في معرض الاستدلال لبعض الفروع الفقهية - وذكر د. يعقوب الباحسين في كتابه القواعد الفقهية (ص ١٩٩) أنه ربما كان أول من ذكر هذا النص على أنه قاعدة الشيخ أحمد الزرقاء في كتابه شرح القواعد الفقهية (ص ٤٨٥)، ثم تابعه مَن بعده على ذلك - وينظر في ذلك: المدخل الفقهي العام (٢ / ١٠٩٠)، (٨٣/ ٢٦ – ٢٧)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ٢٧٩ – ٢٨٠)، وجمهرة القواعد الفقهية للندوي أيضاً (١ / ٢٠٦)، والقواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، د.محمد بكر إسماعيل، القواعد الفقهية للباحسين (ص ١٩٩)، والوجيز في إيضاح القواعد للبورنو (ص ٣٧٤)، والوجيز في شرح القواعد لعبدالكريم زيدان (ص ١٩٠).

(٢) ينظر: لسان العرب (١٠ / ١١٦) (عرق).

(٣) ينظر: المصباح المنير (ص ٢١٠) مادة (ع ر ق).

(٤) ينظر: معجم مقاييس اللغة (ص ٧٣٣) (عرق).

(من أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق) [١].

روي بتنوين القاف في قوله: (لعرقٍ) وهو الأكثر[٢] فيكون المعنى: «ليس لعرق شجرة تعدى إلى أرضٍ أخرى من تحتها ونبت حق قرار، فيكون قوله: (ظالم) نعتاً للعرق»[٣].

وروي بغير تنوين القاف على الإضافة؛ فيكون المعنى: «ليس لعرق رجل ظالم غرسه في أرض غيره فنبت حق القرار»[٤]. فيكون قوله: (ظالم) مضاف إليه.

قال الشافعي: «العروق أربعة: عرقان ظاهران، وعرقان باطنان، فأما العرقان الباطنان: فالبئر، والعين، وأما العرقان الظاهران فالغرس والبناء، فمن

---

(١) أخرجه البخاري تعليقاً في كتاب الحرث والمزارعة، باب: من أحيا أرضاً مواتاً (٣/١٣٩)، وأبو داود في الخراج، باب: في إحياء الموات (٣/١٤٢) الحديث رقم (٣٠٧٥)، والترمذي في الأحكام، باب: ما ذكر في إحياء أرض الموات (٣/٦٦٢) الحديث رقم (١٣٧٨)، عن سعيد بن زيد رضي الله عنه، وقال الترمذي: «حسن غريب».

«وقد رواه بعضهم عن هشام بن عروة عن أبيه عن النبي ^ مرسلاً»، فأخرجه أبو داود: الخراج، باب: في إحياء الموات ح (٣٠٧٤)، عن عروة بن الزبير قال: قال رجل من الصحابة عن رسول الله ^، وحسنه الحافظ في البلوغ (٨٩٧)، قال عنه الألباني في الإرواء، باب: إحياء الموات (١٥٥١): «صحيح».

وقد روي أيضاً عن عائشة رضي الله عنها مرفوعاً عند الطيالسي (١٤٤٠)، والدارقطني (٤/٢١٧)، والبيهقي (٦/١٤٢)، وعن عبادة بن الصامت رضي الله عنه في زيادات عبدالله على «المسند» (٥/٣٢٦)، والطبراني في الكبير كما في المجمع (٤/١٧٤) ح (٦٨٧٧)، قال الحافظ في الفتح (٥/١٩): «وفي أسانيدها مقال ولكن يتقوى بعضها ببعض».

(٢) ينظر: فتح الباري (٥/١٩).

(٣) ينظر: طلبة الطلبة (ص ٣١٢).

(٤) ينظر: المصدر السابق نفس الصفحة، وكذلك النهاية في غريب الحديث (٣/٤٤٥)، وبداية المجتهد، كتاب الغصب (٢/٢٢٣).

غرس أرض رجل بغير إذنه فلا غرس له»[١].

قال المصنف: «روي منوناً ومضافاً، فالمنون هو: أن تنبت عروق أشجار إنسان في أرض غيره بغير إذنه، فلصاحب الأرض قلعها حشيشاً»[٢].

فيكون المراد بالعرق الظالم: أن يجيء الرجل إلى أرض قد أحياها رجل قبله فيغرس فيها غرساً غصباً، أو يزرع، أو يحدث فيها شيئاً ليستوجب به الأرض[٣].

فالظلم هنا صفة راجعة إلى صاحب العرق، أي: ليس لذي عرق ظالم فيه حق.

ولهذا فإن كل من اعتدى على أرض، بحفر، أو غرس، أو بناء، ظلماً وعدواناً، فإن هذا الفعل لا يكسبه حقاً، فلا يستحق تملكه بالقيمة، ولا البقاء فيه بأجرة المثل، وعليه إزالة ما أحدثه في الأرض، ويقاس على الأرض غيرها من المغصوبات[٤].

فالقاعدة تعد أساساً يبنى عليه تحقيق العدل، ورفع الظلم، وصد العدوان أيّاً كان نوعه، وأياً كان مكانه وزمانه.

أصل القاعدة:

١ – هذه القاعدة جزء من حديث نبوي، قال فيه رسول الله ﷺ: **(من أحيا أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق)**.

٢ – الإجماع. فقد أجمع العلماء على أن من غرس غرساً، أو أنبت نباتاً في غير أرضه، ظلماً وعدواناً، أنه يؤمر بقلعه[٥].

---

(١) الأم (٦/ ٢٤٢)، وينظر: معجم مقاييس اللغة (ص ٧٣٤).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٤).

(٣) ينظر: لسان العرب (١/ ١١٧) مادة (عرق).

(٤) ينظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ٥٧٥)، وشرح القواعد الفقهية للزرقاء (ص ٤٨٩)، والمدخل الفقهي (٢/ ١٠٩٠)، والوجيز، د. زيدان (ص ١٩٠).

(٥) ينظر: بداية المجتهد، كتاب الغصب (٢/ ٢٢٢)، والمغني (٥/ ٣٧٩).

الفروع المبنية على القاعدة:

١ - قال المصنف: «إذا نبتت عروق أشجار إنسان في أرض غيره، بغير إذنه، فلصاحب الأرض قلعها حشيشاً»[(١)].

٢ - قال المصنف: «إذا بنى المشتري بناءً، أو غرس، أو زرع، ثم حضر الشفيع يقضى له بشفعة الأرض، ويجبر المشتري على قلع البناء والغرس وتسليم الساحة إلى الشفيع، إلا إذا كان في القلع نقصان الأرض فللشفيع الخيار، إن شاء أخذ الأرض بالثمن، والبناء والغرس بقيمته مقلوعاً، وإن شاء أجبر المشتري على القلع»[(٢)].

٣ - قال المصنف: «إذا زرع الغاصب الأرض المغصوبة، فإنه يؤمر بالقلع، ولا يترك إلى وقت الحصاد بأجر؛ لأن الترك في الإجارة لدفع الضرر عن المستأجر نظر له، لأنه زرع بإذن المالك، أما الغاصب فظالم متعد في الزرع فلا يستحق النظر بالترك، مع أنه هو الذي أضر بنفسه، حيث زرع أراضي غيره بغير حق»[(٣)].

* * *

(١) بدائع الصنائع (٥ / ٢٨٤).

(٢) المصدر السابق (٤ / ١٣٥).

(٣) المصدر السابق (٤ / ٩٢).

المبحث الخامس
قواعد في العرف،

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: قاعدة « المعروف كالمشروط » .

المطلب الثاني : قاعدة « العرف قاض على الوضع » .

المطلب الثالث : قاعدة « إشارة الأخرس المفهومة تقوم مقام العبارة » .

المطلب الرابع : قاعدة « المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة كما يتقيد نصاً » .

المطلب الخامس : قاعدة « عرف المسلمين وعادتهم حجة مطلقة » .

المطلب السادس : قاعدة « مبنى الأيمان على العرف ذكراً وتسمية » .

المطلب السابع : قاعدة « الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر » .

المطلب الأول
قاعدة: « المعروف كالمشروط »[١]

ذكرها المصنف بهذا اللفظ وبلفظ: « المعتاد كالمشروط »[٢].

« المعروف بالعرف كالمشروط بالشرط »[٣][٤].

وهذه القاعدة على اختلاف ألفاظها، معناها ومؤداها واحد؛ لكن يمتاز النص الأول بالإيجاز والاختصار، والثاني أتى بلفظ مرادف للعرف، وهو لفظ

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٩٧).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٧٦).

(٣) ينظر: المصدر السابق (٤/ ٣٧١).

(٤) ينظر في أحكام هذه القاعدة: القواعد الكبرى (٢/ ٢٣٠)، والمجموع المذهب في قواعد المذهب (قواعد العلائي) (١/ ١٤٥)، والمنثور للزركشي (٢/ ١٠٠)، والقواعد لابن رجب (ص ١٤١ ق ٧٤)، والأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/ ٧٨)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٩٦)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٢٢)، والفرائد البهية مع شرحها المواهب السنية وحاشيتها الفوائد الجنية (ص ٢٧٧)، وترتيب اللآلي (٢/ ٨٤١)، وغمز عيون البصائر (١/ ٣١١)، وشرح المجلة لسليم رستم (١/ ٣٧، م ٤٣)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٥١ م ٤٣)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٢٣٧)، والمدخل الفقهي العام (١/ ١٠٠٩، ٨١/ ٤٣)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للندوي (ص ٣٩٦)، وقواعد الفقه الإسلامي للروكي (ص ٢٢١)، والقواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة للصواط (١/ ٣٥٠)، والقواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين للجزائري (ص ٣٦٦)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ٦٥)، والقواعد الفقهية للباحسين (ص ٢٣٩)، وقاعدة (العادة محكمة) للباحسين (ص ١٩٥)، والقواعد الفقهية الكبرى للسدلان (ص ٤٥٠)، والقواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه (ص ١٦٠)، والقواعد الفقهية د.محمد الزحيلي (١/ ٣٤٥)، والوجيز في القواعد الفقهية لعبدالعزيز عزام (ص ٢٤٨)، والوجيز للبورنو (ص٣٠٦)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٤/ ٥٣٧، ٦/ ٣٣٧، ١٠/ ٧٤٩).

« العادة »، أما اللفظ الثالث فقد أتى موافقاً لمنصوص كتب القواعد[١].

معاني مفردات القاعدة:

المعروف لغة: ضد المنكر[٢]، وهو الخير والرفق والإحسان[٣].

المعروف اصطلاحاً: كل ما سكنت إليه النفس واستحسنته، لحسنه عقلاً أو شرعاً، أو عرفاً[٤].

المشروط: **الشَّرْط لغة**: بسكون الراء، العلامة، ومنه (أشراط الساعة) أي علاماتها[٥].

قال ابن فارس: « الشين والراء والطاء، أصل يدل على عَلَم وعلامة، من ذلك الشرط: العلامة، وأشراط الساعة: علاماتها »[٦].

وقال بعضهم: الذي بمعنى العلامة الشرط بفتح الراء[٧].

وعند التأمل في كلام العلماء يمكن الجمع بينهما، حيث إنهم عرفوا « الشَّرْط » بسكون الراء بأنه: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه[٨].

فالشرط – بالفتح – يجمع على « أشراط » ومنه « الاشتراط » وهو: العلامة

---

(١) ينظر: مجلة الأحكام العدلية وشروحها المادة رقم (٤٣).

(٢) ينظر: لسان العرب (١٠/ ١١٢)، والقاموس المحيط (ص ١٠٨٠)، ومختار الصحاح (ص ٣٧٥)، مادة (عرف).

(٣) ينظر: المصباح المنير (ص ٢١٠)، ولسان العرب (١٠/ ١١٢)، مادة (عرف).

(٤) ينظر: الكليات (ص ٨٠٤)، ولسان العرب (١٠/ ١١٢)، مادة (عرف).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٣/ ٣٧)، وأصول السرخسي (١/ ٣٠٢).

(٦) معجم مقاييس اللغة (ص ٥٣٣).

(٧) ينظر: لسان العرب (٨/ ٥٦)، والقاموس المحيط (ص ٨٦٩)، والمصباح المنير (ص ١٦٢)، ومختار الصحاح (ص ٢٩٤)، كلها في مادة (شرط).

(٨) ينظر: لسان العرب (٨/ ٥٦)، والقاموس المحيط (ص ٨٦٩)، والكليات (ص ٥٢٩)، وبدائع الصنائع (١/ ٢٨٢، ٣/ ٥١٧).

التي يجعلها الناس بينهم[١]، فيكون الشرط والمشروط: هو تلك العلامة الملتزم بها.

الشرط اصطلاحاً: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم، لذاته[٢].

معنى القاعدة الإجمالي:

هذه القاعدة متفرعة عن قاعدة «العادة محكمة»[٣]، فهي تعبر عن سلطان العرف العملي[٤] العام وتنزيله منزلة النطق الصريح، ما لم يخالف نصًّا صحيحاً[٥]، فما تعارف عليه الناس في معاملاتهم، أو اعتادوا التعامل به لا يحتاج إلى ذكر صريح في العقد، وهو يقوم مقام الشرط في الالتزام والتقييد إذا توفرت فيه شروط اعتبار العرف[٦]، ومنها: أن لا يكون مخالفاً لنص من نصوص الشريعة الإسلامية.

أصل القاعدة:

١ – ما رواه المسور بن مخرمة قال: سمعت رسول الله ^ وهو على المنبر يقول: **(إن بني هشام بن المغيرة استأذنوني أن ينكحوا ابنتهم علي بن أبي طالب، فلا آذن لهم، ثم لا آذن لهم، ثم لا آذن لهم، إلا أن يحب ابن أبي طالب أن يطلق ابنتي وينكح ابنتهم، فإنما ابنتي بضعة مني يريبني ما رابها، ويؤذيني ما آذاها)** [٧].

---

(١) ينظر: لسان العرب (٨/٥٦).

(٢) ينظر: الفروق للقرافي (١/١٠٦)، وشرح تنقيح الفصول (ص ٢٤١)، والبحر المحيط (٢/٤٦٦)، وشرح الكوكب المنير (١/٤٥٢)، وشرح مختصر الروضة (١/٤٣٥).

(٣) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٩)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١١٥)، مجلة الأحكام العدلية (المادة ٣٦) وشروحها.

(٤) العرف العملي هو: اعتياد الناس على شيء من الأفعال العادية، أو المعاملات المدنية. المدخل الفقهي العام (٢/٨٧٦).

(٥) ينظر: المدخل الفقهي العام (٢/١٠٠٩ - ٨١/٤٣).

(٦) سيأتي ذكر هذه الشروط عند دراسة قاعدة «العرف قاض على الوضع».

(٧) أخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب ذب الرجل على ابنته في الغيرة والإنصاف (٧/٤٧) الحديث

=

وجه الدلالة من الحديث:

أن العرف قد دل على أن ابنة رسول الله ^ ممن لا يمكن إدخال ضرَّة عليها، فجعل النبي ^ هذا العرف بمنزلة المشترط لفظاً في العقد، يملك المشترط الفسخ بفواته، حيث قال ^ : **(إلا أن يحب ابن أبي طالب أن يطلق ابنتي وينكح ابنتهم)**.

وهذا ما قرره ابن القيم بعد ذكره لهذا الحديث، حيث قال: « فيؤخذ من هذا أن المشروط عرفاً كالمشروط لفظاً، وأن عدمه يملك الفسخ لمشترطه، ... فلو فرض أن المرأة من بيت لا يتزوج الرجل على نسائهم ضرة، ولا يمكنونه من ذلك، وعادتهم مستمرة بذلك، كان كالمشروط لفظاً.

وعلى هذا فسيدة نساء العالمين، وابنة سيد ولد آدم أجمعين أحق النساء بهذا، فلو شرطه – على -[1] علي في صلب العقد كان تأكيداً لا تأسيساً »[2].

٢ – عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ^ قال: **(لا تصرُّوا[3] الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعدُ، فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها، إن شاء أمسك، وإن شاء ردَّها وصاعاً من تمر)** [4].

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ^ جعل للمشتري الخيار في إمضاء البيع أو ردِّه إذا اكتشف أنها

= رقم (٥٢٣٠)، ومسلم واللفظ له في كتاب فضائل الصحابة، باب من فضائل فاطمة بنت النبي ^ (١٤٠/٧)، الحديث رقم (٢٤٤٩).

(١) هذه الزيادة لم أجدها في المصدر فلعلها سقطت من الطابع.

(٢) زاد المعاد (١١٨/٥).

(٣) أي: لا تجمعوا اللبن في ضرعها عند إرادة بيعها، حتى يعظم ضرعها، فيظن المشتري أن كثرة لبنها عادة لها مستمرة. شرح النووي على صحيح مسلم (٣٠٢/٥).

(٤) رواه البخاري: كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم (٩٢/٣) الحديث رقم (٢١٤٨)، واللفظ له، ومسلم: كتاب البيوع، باب حكم بيع المصراة (٦/٥) الحديث رقم (٣٩٠٨).

مصراة؛ « فسلامة المبيع من العيوب مطلوبة المشتري عادة؛ لأن غرضه الانتفاع بالمبيع، ولا يتكامل انتفاعه إلا بقيد السلامة، فتكون السلامة مشروطة في العقد دلالة »[١].

فروع على القاعدة:

١ – قال المصنف: « إذا استأجر عبداً للخدمة فظهر أنه سارق؛ فإن له أن يفسخ الإجارة؛ لأن السلامة من العيوب مشروطة دلالة فتكون كالمشروطة نصّاً »[٢].

٢ – قال المصنف: « لو تكارى رجل دابة ليركبها فضربها فعطبت، أو كبحها باللجام فعطبها ذلك، فإنه ضامن، إلا أن يأذن له صاحب الدابة في ذلك عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: نستحسن أن لا نضمنه إذا لم يتعدَّ في الضرب المعتاد والكبح المعتاد.

وجه قولهما: أن ضرب الدابة وكبحها معتاد متعارف، والمعتاد كالمشروط »[٣].

٣ – قال المصنف: « إذا اشترى شجرة بغير أرضها للقلع، دخل فيها أصلها، ويجبر المشتري على القلع، وله أن يقلعها بأصلها؛ لكن قلعاً معتاداً متعارفاً، وليس له أن يحفر الأرض إلى ما يتناهى إليه العروق؛ لأن المعروف بالعرف كالمشروط بالشرط »[٤].

٤ – قال المصنف: « إذا سافر أحد الشركاء بالمال، وقد أُذن له بالسفر، أو قيل له اعمل برأيك، أو عند إطلاق الشركة على الرواية الصحيحة عن أبي حنيفة

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٥٤٣).
(٢) المصدر السابق (٤/ ٥١).
(٣) المصدر السابق (٤/ ٧٦).
(٤) المصدر السابق (٤/ ٣٧١).

ومحمد، فإن له أن ينفق من جملة المال على نفسه، في كرائه، ونفقته، وطعامه، وإدامه، من رأس المال... استحساناً؛ لأن عادة التجار الإنفاق من مال الشركة، والمعروف كالمشروط»[١].

* * *

(١) المصدر السابق (٥/ ٩٦ - ٩٧).

المطلب الثاني
قاعدة: «العرف قاض على الوضع»[١]

شرح مفردات القاعدة:

العرف لغة: تدل مادته على تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض، وعلى السكون والطمأنينة، فمن الأول عرف الفرس، وسمي بذلك لتتابع الشعر فيه، ومن الثاني: المعروف؛ لأن النفس تسكن إليه وتطمئن به[٢].

اصطلاحاً: ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقَّته الطباع السليمة بالقبول[٣].

والعرف يعد دليلاً شرعياً من الأدلة المختلف فيها عند علماء الأصول[٤].

ومما يدل على اعتبار العرف والرجوع إليه، وبناء بعض الأحكام الشرعية عليه ما يأتي:

١ – قوله تعالى:] h i j k l Z[٥].

٢ – وقوله تعالى:] **وَعَاشِرُوهُنَّ** ´ Z[٦].

وجه الدلالة:

أن الله – سبحانه وتعالى – أرشد كلاً من الزوجين إلى المعاشرة بالمعروف

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٣١٨)، وينظر: ترتيب اللآلي (١/ ٥٨٢، ٢/ ٨٥٨)، وموسوعة القواعد الفقهية (٦/ ٤٠٣)، والموسوعة الفقهية الكويتية (١/ ١٠٠٥٧).

(٢) ينظر: معجم مقاييس اللغة (ص ٧٣٢٨)، مادة (عرف)، ولسان العرب (١٠/ ١١٣)، مادة (عرف).

(٣) التعريفات للجرجاني (ص ١٥٢)، والكليات للكفوي (ص ٦١٧).

(٤) ينظر: تقويم أصول الفقه وتحديد أدلة التشريع (١/ ٢٩٤)، وشرح الكوكب المنير (٤/ ٤٣٥).

(٥) من الآية رقم ٢٨٨ من سورة البقرة.

(٦) من الآية رقم ١٩ من سورة النساء.

المعتاد، الذي تسكن إليه النفس ويطمئن به القلب، وأن لكل واحد منهما حقوقاً على الآخر، وذلك حسب ما يتعارف عليه الناس وترتضيه العقول السليمة.

وقد بيَّن المصنف معنى ذلك بقوله: «إن المعاشرة بالمعروف هي: أن يعاملها بما لو فُعِلَ بك مثل ذلك لم تنكره، بل تعرفه وتقبله وترضى به، وكذلك من جانبها هي – فهي – مندوبة إلى المعاشرة الجميلة مع زوجها – وذلك – بالإحسان باللسان، واللطف بالكلام، والقول المعروف الذي تطيب به نفس الزوج»[(١)].

وقال: «إن الذي عليهن من حيث الفضل والإحسان هو أن يحسنَّ إلى أزواجهن بالبر باللسان والقول بالمعروف»[(٢)].

٢ – قوله تعالى:] وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ ۞رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ Z [(٣)].

وجه الدلالة:

أن الله – سبحانه وتعالى – أوجب نفقة المرضع وكسوتها باسم الرزق؛ ورزق الإنسان كفايته في العرف والعادة[(٤)].

٣ – أن هند[(٥)] امرأة أبي سفيان[(٦)] قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح

---

(١) بدائع الصنائع (٢/ ٦٥١).

(٢) المصدر السابق.

(٣) من الآية رقم ٢٣٣ من سورة البقرة.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٣/ ٤٢٩).

(٥) هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف القرشية، إحدى الصحابيات، وهي أم معاوية t، شهدت أحداً وهي كافرة مع زوجها أبي سفيان بن حرب، كانت تُؤلّب على المسلمين، أسلمت عام الفتح بعد إسلام زوجها أبي سفيان، وأقرهما رسول الله r على نكاحهما، **توفيت** في خلافة عمر بن الخطاب t في اليوم الذي توفي فيه والد أبي بكر الصديق أبو قحافة y، وقيل: إنها **توفيت** في خلافة عثمان بن عفان t .

انظر ترجمتها في: الاستيعاب لابن عبدالبر (ص/ ٩٤٢)، وأسد الغابة لابن الأثير (٦/ ٢٩٢)، والإصابة لابن حجر (٨/ ١٥٥).

(٦) هو صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف بن قصي بن كلاب، رأس قريش وقائدهم يوم

=

وأنه لا يعطيني ما يكفيني وولدي، فقال ^ : **(خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف)** متفق عليه[١].

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ^ نص على الكفاية، وأحال تقدير ذلك إلى العرف والعادة[٢].

ولكن الفقهاء ذكروا شروطاً لا بد من توفرها في العرف، حتى يعتبر ويمكن تحكيمه، وهي:

١ – أن يكون العرف مطرداً أو غالباً، وذلك بأن يكون العمل به مستمراً وشائعاً في جميع الحوادث أو أغلبها، ولذلك قال الفقهاء: «إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت»[٣].

٢ – أن يكون العرف قائماً وموجوداً وقت إنشاء التصرف[٤]، وذلك بأن يكون العرف وجوده سابقاً على وقت التصرف، ثم يستمر هذا الوجود إلى زمان

= أحد ويوم الخندق، أسلم يوم الفتح، وحسن إسلامه، كان من دهاة العرب، ومن أهل الرأي والشرف فيهم، شهد حنيناً وقتال الطائف، وقُلِعت عينه يومذاك، ثم قلعت الأخرى يوم اليرموك، كانت ابنته تحت رسول الله ^ ، توفي بالمدينة سنة ٣١هـ، وقيل ٣٢هـ، وقيل ٣٣هـ، أو ٣٤هـ.

ينظر: سير أعلام النبلاء (٢/ ١٠٥)، والإصابة (٣/ ٢٣٧).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف (٧/ ٨٥) الحديث رقم (٥٣٦٤) واللفظ له. ومسلم في صحيحه: كتاب الأقضية، باب قضية هند (٥/ ١٢٩) الحديث رقم (٤٥٧٤).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٣/ ٤٢٩).

(٣) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٩٢)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١١٧)، والعرف والعادة في رأي الفقهاء (ص ١٠٥).

(٤) ينظر: المجموع المذهب (١/ ٤٢٨)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٩٦)، والقواعد للحصني (١/ ٣٨٧).

التصرف فيقارنه سواء كان ذلك التصرف قولاً أو فعلاً[١].

٣ – أن لا يعارض العرفَ تصريحٌ بخلافه، أما إذا وجد تصريح بخلافه فإنه يعمل بالتصريح وتبطل دلالة العرف، وقد تقرر عند الفقهاء أنه « لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح »[٢].

٤ – أن لا يعارض العرف نص شرعي خاص[٣]، بحيث يؤدي العمل به إلى تعطيل النص، كما لو تعارف الناس على التعامل بالربا، فإن هذا العرف لا ينظر إليه ويسقط اعتباره.

قال السرخسي: « وكل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر »[٤].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة تتفرع عن قاعدة « العادة محكمة »[٥]؛ لأنها تتعلق بأحد أقسام العرف وهو العرف القولي[٦]، فموضوع هذه القاعدة هو: العمل عند التعارض بين

---

(١) ينظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء (ص ١١٨).

(٢) ينظر: مجلة الأحكام العدلية وشروحها (م ١٢).

(٣) ينظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء (ص ١١٣)، وقاعدة العادة محكمة (ص ٧٠)، والقواعد الكلية (ص ٢٤٥).

(٤) المبسوط (١٢/ ٣٤٨).

(٥) ينظر: الأشباه والنظائر للسبكي (١/ ٥٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٩)، ولابن نجيم (ص ١١٥).

(٦) ينقسم العرف باعتبار موضوعه أو متعلقه إلى قسمين هما: قولي أو لفظي، وعملي.

أ – القولي أو اللفظي: هو ما يسمى بالحقيقة العرفية وهو: أن يشيع بين الناس استعمال بعض الألفاظ أو التراكيب في معنى معين، بحيث يصبح ذلك المعنى هو المفهوم المتبادر منها عند الإطلاق بلا قرينة (المدخل الفقهي العام ٨٧٥).

ب – العملي: هو اعتياد الناس على شيء من الأفعال العادية أو المعاملات المدنية. (المدخل الفقهي

=

العرف واللغة، وهذا كثيراً ما يعبر عنه الفقهاء بلفظ: «الحقيقة تترك بدلالة العادة»[(١)]، لأن المراد بالحقيقة هنا الحقيقة اللغوية.

فيكون المعنى: إذا كان الأصل في الكلام الحقيقة، فإنه يجب استعمال كل لفظ في معناه الحقيقي، ولكن قد يهجر المعنى الحقيقي عرفاً وعادة، فيكون الحكم في ذلك متعذراً أو كالمتعذر، فإنه يترك، ويحمل الكلام على المعنى الذي دلَّ عليه العرف والعادة.

وبهذا يتضح أنه قد تنشأ لغة جديدة، فتكون هي المعتبرة في تنزيل كلام الناس عليها.

ومن ذلك اللغة العامية في كل مكان؛ فإنها من هذا القبيل، فيحمل كلام الناس فيها على معناه المتعارف عليه بينهم، وهذه قد تختلف في بلد عن آخر، فيعتبر في كل مكان عرفه الخاص في التخاطب[(٢)].

= العام ٨٧٥).

(١) ينظر في أحكام هذه القاعدة: تأسيس النظر (ص ٧٥)، والقواعد الكبرى (٢/ ٢٢٦)، والفروق للقرافي (١/ ٣١٧ ف ٢٨)، والمجموع المذهب (٢/ ٤٧٦)، والمنثور للزركشي (٢/ ١١٣)، والقواعد لابن رجب (ص ٢٩٥، ق ١٢١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٩٣)، ولابن نجيم (ص ١٢١)، وغمز عيون البصائر (١/ ٣١١)، وترتيب اللآلي (١/ ٦٤٧)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٤٨ م٤٠)، وشرح المجلة لسليم رستم (١/ ٣٦ م ٤٠)، وشرح القواعد للزرقا (ص ١٣١)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ٨٨٠ فقرة ٣/ ٦٩، ٢/ ١٠٠٩ فقرة ٨١/ ٤٠م) والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ١٤٢)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٥/ ١٥٣، ٦/ ٤٠٣)، والوجيز في إيضاح القواعد الفقهية (ص ٢٨٨)، وشرح تحفة أهل الطلب في تجريد قواعد ابن رجب أ.د اللاحم (ص ٣٢٩)، وقاعدة العادة محكمة للباحسين (ص ١٧٣)، والقواعد الفقهية د. الزحيلي (١/ ٣٣٥)، والقواعد الكلية والضوابط الفقهية د. محمد عثمان شبير (ص ٢٥٣)، والوجيز في القواعد الفقهية أ.دعبدالعزيز عزام (ص ٢٤٢)، والممتع في القواعد الفقهية (ص ٢٩١).

(٢) ينظر: مجموعة رسائل ابن عابدين (٢/ ١٣٧ – ١٣٨)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ٨٨٣).

ولذلك قرر الفقهاء: أن على المفتي عندما يُستفتى في مسألة أن لا يفتي حتى يسأل المستفتي إن كان من بلدة أخرى عن معنى اللفظ واستعماله في بلده[١].

فإذا تعارض العرف اللفظي مع الحقيقة اللغوية فأيهما يقدم؟

هذه المسألة محل خلاف بين العلماء.

فالحنفية[٢] والمالكية[٣] والأقل من الشافعية يرون تقديم العرف على الحقيقة اللغوية، وأكثر الشافعية يرون تقديم اللغة[٤].

أما الحنابلة فعندهم تفصيل في ذلك حاصله: أن العرف إن كان ظاهراً بحيث أصبح حقيقة عرفية، فإنه يقدم على اللغة، وإن لم يكن العرف ظاهراً ففي المقدم خلاف عندهم[٥][٦].

ومما ينبغي التنبيه إليه «أن لا تهولنا هذه الاختلافات في الآراء، فإن مرد أكثرها هو الاجتهاد في تحقيق المناط، والتأكد من وجود العادة، واستيفاء شروطها»[٧].

أصل القاعدة:

١ – قال المصنف: «والأصل فيه: ما روي أن رجلاً جاء إلى ابن عباس رضي الله

---

(١) ينظر: الفروق للقرافي (١/ ٣٢٢ ف ٢٨)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٤٩).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٣/ ٩٤)، وتأسيس النظر (ص ٧٥)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٢١)، وترتيب اللآلي (٢/ ١٠١٠).

(٣) ينظر: الفروق للقرافي (١/ ٣١٧)، وشرح تنقيح الفصول (ص ١١١).

(٤) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٩٣)، والإحكام للآمدي (٣/ ١٤)، والمجموع المذهب (٢/ ٤٧٦).

(٥) ينظر: القواعد لابن اللحام (ص ١٢٢)، وشرح الكوكب المنير (١/ ١٩٥).

(٦) ينظر في ذلك كله: البحر المحيط (٢/ ٢٢٧)، وشرح تنقيح الفصول (ص ١١١)، والقواعد لابن اللحام (ص ١٢٢)، ففي هذه المراجع تصوير للمسألة تصويراً كاملاً وتحرير محل النزاع فيها.

(٧) قاعدة «العادة محكمة» للباحسين (ص ١٧٦).

عنهما وقال: إن صاحباً لنا مات، وقد أوصى ببدنة، أفتجزئ عنه البقرة؟ فقال ابن عباس رضي الله عنهما: ممن صاحبكم؟ فقال السائل: من بني رباح، فقال ابن عباس رضي الله عنهما: متى اقتنت بنو رباح البقر؟!! إنما البقر للأزد وذهب وَهْمُ صاحبكم إلى الإبل »[(١)(٢)].

وجه الدلالة من ذلك:

أنه أوجب على الناذر الإبل لإرادته ذلك ظاهراً[(٣)]، فالظاهر أن المتكلم يقصد بكلامه ذلك، فيحمل عليه مطلق اللفظ، فيعتبر هذا الحديث أصلاً أصيلاً في حمل مطلق الكلام على ما يذهب إليه أوهام الناس[(٤)]، ولا شك في أن أوهام الناس تذهب إلى المعنى العرفي فيما له معنى لغوي ومعنى عرفي.

الفروع المبنية على القاعدة:

١ – قال المصنف: « إذا كان الإيجاب والقبول في البيع بصيغة الماضي، كأن يقول البائع: بعت، ويقول المشتري: اشتريت، فإنه يتم ركن البيع؛ لأن هذه الصيغة وإن كانت للماضي وضعاً، لكنها جعلت إيجاباً للحال في عرف أهل اللغة والشرع، والعرف قاض على الوضع »[(٥)].

٢ – قال المصنف: « ولو دفع – الموكل إلى الوكيل – دراهم، ووكله أن يشتري بها طعاماً، فهو على الحنطة والدقيق، لا على الفاكهة واللحم والخبز؛ لأن الطعام

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٣/٥٨).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه في البدن من قال لا تكون إلا من الإبل (٣/٣٢٧) الحديث رقم (١٤٠٥٧).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٢/٤٧٤)، وعبر المصنف بـ « الناذر » لأنه ساق الأثر هنا بلفظ: « أن صاحباً لنا أوجب على نفسه » بدلال من كلمة « أوصى... ».

(٤) ينظر: المصدر السابق (٣/٥٨).

(٥) المصدر السابق (٤/٣١٨).

في الحقيقة وإن كان اسماً لما يطعم، لكنه ينصرف إلى الحنطة والدقيق بقرينة الشراء في العرف»[١].

٣ – قال المصنف: «لو قال: اشتر لي بدرهم لحماً، ينصرف إلى اللحم الذي يباع في السوق، ويشتري الناس منه في الأغلب من لحم الضأن والمعز والبقر والإبل إن جرت العادة بشرائه، ولا ينصرف إلى المشوي والمطبوخ، إلا إذا كان مسافراً ونزل خاناً، ودفع إلى إنسان درهماً ليشتري به لحماً، ولا إلى لحم الطير والوحش والسمك، ولا إلى شاة حية، ولا إلى مذبوحة غير مسلوخة، لانعدام جريان العادة باشترائه»[٢].

٤ – قال المصنف: «ولو وكله أن يشتري سمكاً بدرهم فهو على الطري الكبار، دون المالح والصغار؛ لأن العادة شراء الطري الكبار منه دون المالح ودن الصغار»[٣].

٥ – قال المصنف: «ولو وكله بشراء الرأس، فهو على النيء، دون المطبوخ والمشوي، وهو على رأس الغنم دون البقر والإبل، إلا في موضع جرت العادة بذلك»[٤].

٦ – قال المصنف: «ولو وكله بشراء البيض فهو على بيض الدجاج، وإن كانت اليمين المنعقدة عليه تقع على بيض الطيور»[٥].

* * *

(١) المصدر السابق.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق.

(٥) المصدر السابق، وقد ذكر المصنف فروعاً أخرى ولولا خوف الإطالة لذكرتها.

المطلب الثالث
قاعدة: «إشارة الأخرس المفهومة تقوم مقام العبارة»

هذه القاعدة أخذتها من قول المصنف: «يجوز بيع الأخرس وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك؛ لأنه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك قامت الإشارة مقام العبارة»[(١)] ومن مواطن أخرى في كتابه[(٢)].

الأخرس لغة: مأخوذ من مادة «خرس» وهذه المادة لها أصول ثلاثة:

الأول: جنس من الآنية، والثاني: عدم النطق، والثالث: نوع من الطعام[(٣)].

والمراد به هنا الثاني: تقول: «خَرِسَ خَرَساً» وهو أَخْرَسُ، ومنه: جملٌ أخرس، أي:

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٣٢٢).

(٢) ينظر: المصدر السابق (٢/ ٤٨٨، ٣/ ١٦٠، ٦/ ٢٥٧).

وينظر في أحكام هذه القاعدة: القواعد الكبرى (٢/ ٢٣٦)، والقواعد الصغرى (ص ١٠٥)، والقواعد النورانية (ص ١٩٦)، والمجموع المذهب (٢/ ٥٢)، والمنثور للزركشي (١/ ٧٨)، والأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/ ٧٦)، والقواعد للحصني (٣/ ٢٠٦)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٣١٢)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٣٧٩)، وغمز عيون البصائر (٣/ ٤٥٤)، وترتيب اللآلي (١/ ٣١٠)، وشرح المجلة لسليم رستم (١/ ٤٩ م ٧٠)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٧٠ م ٧٠)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٣٥١)، والمدخل الفقهي العام (١/ ٤١٣، ٣٠/ ٨)، والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها أ.د السدلان (ص ٤٧٥)، والوجيز للبورنو (ص ٣٠٢)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١/ ٣٩٩)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ٢٤٦)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ٤٨٠)، والقواعد الكلية والضوابط الفقهية أ.د محمد عثمان شبير (ص ٢٥٦)، والوجيز في القواعد الفقهية د. عبدالعزيز عزام، والممتع في القواعد الفقهية د.مسلم الدوسري (ص ٣٠٧). والقواعد والضوابط الفقهية في المغني من كتاب النكاح إلى آخر كتاب النفقات د.آل عبدالعظيم (ص ١٠٩)، قاعدة (العادة محكمة) للباحسين (ص ٢١٠).

(٣) ينظر: معجم مقاييس اللغة (ص ٢٩١)، مادة (خرس).

لا ثقب لشفتيه يخرج منه هديره فهو يردده فيها، وناقة خرساء: لا يسمع لها رغاء. ولبن أخرس، أي: خاثر لا يسمع له في الإناء صوت[١].

والخَرَسْ: ذهاب الكلام عيّاً أو خلقة[٢].

الإشارة لغة: من «أَشَار» إليه بيده «إشارةً» و«تشويراً» إذا لوح بشيء يفهم من النطق[٣].

فتكون الإشارة هي: الإيماء أو التلويح بشيء يفهم منه ما يفهم من النطق[٤]. وتكون باليد أو العين أو الحاجب[٥].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن الإشارة المعهودة من الأخرس، أو المعروفة مقاصده منها، سواء كانت باليد، أو العين، أو الحاجب، أو غير ذلك، تعتبر كبيان الناطق في بناء الأحكام عليها؛ لأن الأخرس لو لم تعتبر إشارته لما صحت معاملته، ولكان عرضة للوقوع في الحرج الشديد، ولحقه من المشقة والضيق ما لا يحتمله الإنسان.

وتعتبر إشارة الأخرس المعهودة، وتقوم مقام عبارة الناطق شرعاً، في كل تصرفاته ومعاملاته من نكاح[٦]، وطلاق[٧]، وظهار[٨]، وبيع وشراء[٩]،

---

(١) ينظر: المصدر السابق ولسان العرب (٥/ ٤٣، ٤٤)، والقاموس المحيط (ص ٦٩٦)، كلها في مادة (خرس).

(٢) ينظر: لسان العرب (٥/ ٤٣)، والكليات للكفوي (ص ٤٣٢)، والمطلع على ألفاظ المقنع (ص ٤١١).

(٣) ينظر: مختار الصحاح (ص ٣٠٨)، المصباح المنير (ص ١٧٠)، مادة (شور).

(٤) ينظر: الكليات للكفوي (ص ١٢٠)، قاعدة (العادة محكمة) للباحسين (ص ٢١٠).

(٥) ينظر: لسان العرب (٨/ ١٦٠)، والقاموس المحيط (ص ٥٤٠)، مادة (شور).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٢/ ٤٨٨).

(٧) ينظر: المصدر السابق (٣/ ٣١٠).

(٨) ينظر: المصدر السابق (٦/ ٥٦٥).

(٩) ينظر: المصدر السابق (٤/ ٣٢٢).

ويمين[١]، وعتق[٢]، وإقرار[٣]، ونكول، ووصية، إلى غير ذلك من الأحكام.

وهذا من باب الاستحسان بالضرورة لما يصيب الأخرس من ضرر وحرج وضيق لو لم تعتبر إشارته[٤].

ويستثنى من ذلك الحدود والشهادة فلا تقبل إشارة الأخرس فيها.

أما الحدود فلأنه من باب درء الحدود بالشبهات؛ ولأن مبنى الحدود على صريح البيان[٥].

وأما الشهادة فلأن الأداء يختص بلفظ الشهادة – أشهد – بإجماع الفقهاء، حتى لو قال: أُخبر أو أعلم، أو أتيقن لا يقبل[٦]، ولفظة الشهادة لا تتحقق من الأخرس.

هذا عند الحنفية[٧]، والحنابلة[٨]، وقولٌ عند الشافعية[٩].

أما عند المالكية[١٠]، والقول الآخر عند الشافعية: أنه تقبل شهادة الأخرس إذا كانت مفهومة.

قال المصنف: « لا تقبل شهادة الأخرس؛ لأن مراعاة لفظة الشهادة شرط

---

(١) ينظر: المصدر السابق (٣/٨٨).

(٢) ينظر: المصدر السابق (٣/٤٧٧).

(٣) ينظر: المصدر السابق (٦/٢٥٧).

(٤) ينظر: المصدر السابق.

(٥) ينظر: المصدر السابق (٥/٥١٢).

(٦) ينظر: تبيين الحقائق (٤/٢١٠).

(٧) ينظر: بدائع الصنائع (٥/٤٠٢).

(٨) ينظر: الإقناع (٢/٢٨٠).

(٩) ينظر: المجموع (٢٠/٢٢٦).

(١٠) ينظر: تفسير القرطبي (١٣/٤٤٨)، المدونة (٣/١١٧).

صحة أدائها، ولا عبارة للأخرس أصلاً فلا شهادة له»[١].

وكذلك اللعان فلا يقبل من الأخرس؛ لأن اللعان شهادات، ولا شهادة للأخرس[٢].

قال ابن نجيم: «الإشارة من الأخرس معتبرة وقائمة مقام العبارة في كل شيء، من بيع وإجارة وهبة ورهن ونكاح وطلاق وعتاق وإبراء وإقرار وقصاص إلا في الحدود ولو حد قذف، وهذا مما خالف فيه القصاص الحدود فلا يثبت بالإشارة... ويزاد عليها الشهادة فلا تقبل شهادته»[٣].

قال المصنف: «القصاص غير مبني على صريح البيان – فيقبل الإقرار به من الأخرس»[٤].

هذا إذا كان الخرس أصلياً، أما إذا كان غير أصلي بل طارئاً، ويسمى معتقل اللسان فلا تعتبر إشارته إلا إذا امتد خرسه، هذا عند الحنفية، ومنهم من قال: إلى سنة، ومنهم من قال: إلى وفاته[٥]، وقال بهذا القول الحنابلة[٦]، أما الشافعية[٧] فعندهم سواء.

وعلل الحنفية ذلك بقولهم: لأنه لم يقع اليأس من نطقه، وإقامة الإشارة مقام العبارة عند وقوع اليأس من النطق؛ لأجل الضرورة، ولا ضرورة هنا[٨].

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٤٠٢).

(٢) ينظر: المصدر السابق (٣/ ٣٨٢).

(٣) الأشباه والنظائر (ص ٣٧٩).

(٤) بدائع الصنائع (٦/ ٢٥٧).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٥٧)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٣٧٩).

(٦) ينظر: الإنصاف (٧/ ١٨٨).

(٧) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٣١٤).

(٨) ينظر: المبسوط (باب طلاق الأخرس) (٦/ ٢٥٨).

أصل القاعدة:

١ – قال المصنف: والأصل في قيام الإشارة مقام العبارة قوله تعالى خطاباً لمريم عليها السلام:] + , - . / Z [١].

وجه الدلالة:

قال المصنف: «صوماً» أي صمتاً وإمساكاً[٢]، وذلك على الإشارة لا على القول منها، وقد سماها الله تعالى قولاً، فدل على أنها تعمل عمل القول»[٣].

قال القرطبي[٤]: «الإشارة بمنزلة الكلام، وتُفهِم ما يُفهم القول، كيف لا، وقد أخبر الله تعالى عن مريم فقال:] M N Z، وفهم منها القومُ مقصودَها وغرضَها، فقالوا:] Q R Z»[٥].

٢ – قوله تعالى:] \ [^ _ a b c d e f g h Z i [٦].

قال القرطبي: «في الآية دليل على أن الإشارة تنزل منزلة الكلام[٧]...؛ لأن

---

(١) من الآية رقم ٢٦ من سورة مريم.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٠٩).

(٣) بدائع الصنائع (٣/ ٤٧٥).

(٤) هو محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري، الأندلسي، القرطبي، أحد فقهاء المالكية، وأحد كبار المفسرين، كان ذا زهد وورع، ولم يكن شديد التعصب لمذهبه، من مصنفاته: الجامع لأحكام القرآن، والكتاب الأسنى في أسماء الله الحسنى، والتذكار في أفضل الأذكار، وغيرها. توفي سنة ٦٧١هـ.
[ينظر: الديباج المذهب (٢/ ٢٨٧)، وطبقات المفسرين للداودي(٢/ ٦٩)، وطبقات المفسرين للسيوطي (ص٣٨)].

(٥) الجامع لأحكام القرآن (١٣/ ٤٤٨).

(٦) من الآية رقم ٤١ من سورة آل عمران.

(٧) ينظر: الجامع لأحكام القرآن (٥/ ١٢٣).

الرمز في اللغة: الإيماء بالشفتين، وقد يستعمل في الإيماء بالحاجبين والعينين واليدين، وأصله الحركة[١]»، فهو إشارة وسماه الله تكليماً، فدل على أنه يقوم مقام الكلام.

٣ – عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ^ : **(الشهر هكذا وهكذا)** يعني ثلاثين، ثم قال: **(وهكذا وهكذا)** يعني تسعاً وعشرين، يقول مرة عشرين ومرة تسعاً وعشرين[٢].

وجه الدلالة:

أن النبي ^ جعل إشارته بأصابع يديه بياناً أن الشهر يكون ثلاثين يوماً ويكون تسعاً وعشرين يوماً وهذا فيه إقامة الإشارة مقام العبارة[٣].

٤ – أورد البخاري رحمه الله في صحيحه – باب الإشارة في الطلاق والأمور – أربعة عشر حديثاً معلقة وموصولة ومنها:

عن أبي هريرة – رضي الله عنه – قال: «قال أبو القاسم ^ : في الجمعة ساعة لا يوافقها عبد مسلم قائم يصلي فسأل الله خيراً إلا أعطاه، وقال بيده ووضع أنملته على بطن الوسطى والخنصر، قلنا يزهدها»[٤].

وجه الدلالة من الحديث:

«أن النبي ^ جعل وضع أنملته على بطن الوسطى والخنصر إشارة إلى قلة زمن الساعة التي يجاب فيها الدعاء بالخير يوم الجمعة، أو إشارة إلى وقتها عند من

---

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب اللعان (٦٨/٧)، الحديث رقم (٥٣٠٢)، ومسلم في صحيحه، كتاب الصيام، باب وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال والفطر لرؤية الهلال (١٢٣/٣) الحديث رقم (٢٥٥٨).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (١٧٥/٣).

(٤) صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب الإشارة في الطلاق والأمور (٥٦/٧) الحديث رقم (٥٢٩٣، ٥٢٩٤، ٥٢٩٥) وينظر الأحاديث رقم (٥٢٩٦، ٥٢٩٧، ٥٢٩٨، ٥٢٩٩).

يقول: إن وقت ساعة الجمعة في وسط يوم الجمعة؛ لأنه وضع الأنملة وسط الكف »[١].

قال ابن حجر في آخر كلامه على أحاديث الباب المذكورة: « قال ابن بطال[٢]: ذهب الجمهور إلى أن الإشارة المفهمة تنزل منزلة النطق، وخالفه الحنفية في بعض ذلك، ولعل البخاري رد عليهم بهذه الأحاديث التي جعل فيها النبي ^ الإشارة قائمة مقام النطق.

وإذا جازت الإشارة في أحكام مختلفة في الديانة فهي لمن لا يمكنه النطق أجوز »[٣].

٥ – ذكر البخاري أيضاً في أول باب (اللعان) خمسة أحاديث كل واحد منها فيه الدلالة على أن الإشارة كالنطق منها:

أ – حديث سهل بن سعد الساعدي صاحب رسول الله ^ قال: قال رسول الله ^ : **(بعثت أنا والساعة كهذه من هذه أو كهاتين، وقرن بين السبابة والوسطى)**[٤].

ب – عن سهل قال: قال رسول الله ^ : **(أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا،**

---

(١) أضواء البيان (٣/٤٠٦).

(٢) هو أبو الحسن، علي بن خلف بن عبدالملك بن بطال القرطبي، يُعرف بابن اللحام، والمحدث، والفقيه المالكي، وكان نبيلاً جليلاً، من مؤلفاته: شرحه على صحيح البخاري، والاعتصام في الحديث، توفي سنة ٤٤٩هـ.

[ينظر: ترتيب المدارك (٢/٣٦٥)، والديباج المذهب ٢(/٩٦)، وشجر النور الزكية (١/٢٧٦)، وشذرات الذهب (٥/٢١٤)].

(٣) فتح الباري (٩/٥٢٨)، وذكره ابن بطال في شرح صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب الظهار (٧/٢٥٦).

(٤) صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب اللعان (٧/٦٨) الحديث رقم (٥٣٠١).

وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما شيئاً) [١].

٦ – أنه لو لم تعتبر إشارة الأخرس لما صحت معاملته لأحد من الناس، ولأصابه من المشقة والضيق والحرج ما لا يحتمل، إن لم يجد أحداً يقضي له مصالحه نيابة عنه، ووجود النائب في كل حال متعذر، وكيف تقبل نيابته إذا لم تعتبر إشارته[٢].

الفروع المبنية على هذه القاعدة:

١ – قال المصنف: «كما ينعقد النكاح بالعبارة ينعقد بالإشارة من الأخرس، إذا كانت إشارته معلومة»[٣].

٢ – قال المصنف: «إذا حلف لا أظهر سرك لفلان، أو لا أفشي، أو حلف ليكتمن سره، أو ليسترنه، أو ليخفينه، فكلم فلاناً بسره، أو كتب إليه فبلغه الكتاب، أو أرسل إليه رسولاً فبلغه الرسالة، أو سأله فلان عن ذلك وقال: أكان من الأمر كذا؟ فأشار الحالف برأسه أي نعم، فهو حانث؛ لوجود شرط الحنث وهو إظهار السر إذ الإظهار: إثبات الظهور، وذلك لا يقف على العبارة بل يحصل بالدلالة والإشارة... والإفشاء والإظهار من الأخرس إنما يكون بالإشارة فيحنث»[٤].

٣ – قال المصنف: «لو حلف لا يستخدم فلانة، فاستخدمها بكلام، أو أمرها بشيء من خدمة، أو أشار إليها بالخدمة، فقد استخدمها، فهو حانث؛ لأن الاستخدام طلب الخدمة، وقد وجد، ولو كان – يمينه هذا – وهو صحيح ثم خرس فصار لا يقدر على الكلام كانت أيمانه على الإشارة فيحنث»[٥].

---

(١) المصدر السابق (ح ٥٣٠٤).

(٢) ينظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (ص ٣٠٢).

(٣) بدائع الصنائع (٢/ ٤٨٨).

(٤) المصدر السابق (٢/ ٨٧).

(٥) المصدر السابق (٢/ ٨٨).

٤ – قال المصنف: «التكلم بالطلاق ليس بشرط، فيقع الطلاق بالكتابة المستبينة، وبالإشارة المفهومة من الأخرس؛ لأن الكتابة المستبينة تقوم مقام اللفظ، والإشارة المفهومة تقوم مقام العبارة»[١].

٥ – قال المصنف: «التكلم بالظهار ليس بشرط، فإنه يصير مظاهراً بالكتابة المستبينة، وبالإشارة المعلومة من الأخرس»[٢].

٦ – قال المصنف: «يجوز بيع الأخرس وشراؤه، إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك؛ لأنه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك قامت الإشارة مقام عبارته»[٣].

٧ – قال المصنف: «الإقرار: ... حقوق العباد وهي المال من العين والدين والنسب والقصاص والطلاق والعتاق ونحوها، لا يشترط لصحة الإقرار بها العبارة، فإن الأخرس إذا كتب الإقرار بيده أو بما يعرف أنه إقرار بهذه الأشياء يجوز؛ لأن للأخرس إشارة معهودة، فإذا أتى بها يحصل العلم بالمشار إليه»[٤].

* * *

(١) المصدر السابق (٣/ ١٦٠، ٤٧٧).

(٢) المصدر السابق (٣/ ٣٦٥).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٣٢٢).

(٤) المصدر السابق (٦/ ٢٥٧).

المطلب الرابع

قاعدة: « المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة كما يتقيد نصاً »

أوردها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: « المطلق ينصرف إلى المتعارف »[٢].

ولفظ: « المطلق ينصرف إلى المعهود المتعارف »[٣].

ولفظ: « مطلق الكلام ينطلق إلى المتعارف »[٤].

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٣٢٠، ٣٢١).

وينظر أحكام هذه القاعدة وألفاظها في الكتب الآتية: تأسيس النظر للدبوسي (ص ١٥)، والقواعد الكبرى (٢/ ٢٢٥)، والقواعد النورانية (ص ٢٠٤)، والمجموع المذهب (١/ ١٤٣)، والفروق للقرافي (١/ ٣١٢ ف ٢٨)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٥١)، والمنثور للزركشي (٢/ ١٠١)، والقواعد لابن رجب (ص ٢٩٥ قاعدة ١٢)، والقواعد للحصني (١/ ٣٦٣)، وإيضاح المسالك (ص ٣٩٣)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٩٨)، ولابن نجيم (ص ١١٧)، وغمز عيون البصائر (١/ ٣١٢، ٢/ ١٧٤)، وشرح المجلة لسليم رستم (١/ ٤٥ م٦٤)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٦٢ م ٦٤، ٢٣٢ م ٢٥١، ٦٢٥ م ٥٤١، ٦٣٩ م ٥٥٦، ٦٥٨ م ٥٧٢، ٢/ ٣٥٨ م ٨١٦)، وشرح القواعد للزرقا ص ٣٢٣، والمدخل الفقهي العام (٢/ ١٠١٢ – ٨١/ ٥٠ج)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ٤٩٥)، والقواعد الفقهية من خلال كتاب المغني لابن قدامة للإدريسي (ص ٢٠٥)، وقواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبدالوهاب المالكي لـ د. محمد الروكي (ص ٢٢١)، وشرح تحفة أهل الطلب في تجريد قواعد ابن رجب أ.د اللاحم (ص ٣٩٣)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ١٨٠، ٤٥٩)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (ص ٣٢٤)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو أيضاً (١٠/ ٦٧٦)، وقاعدة العادة محكمة للباحسين (ص٢٤١)، وأغلب هؤلاء يتطرقون لأحكام هذه القاعدة عند دراستهم لقاعدة « المطلق يجرى على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة ».

(٢) المصدر السابق (١/ ٢٣، ٣/ ٦٠، ٤/ ٣٦، ٣٨٣، ٤٦٣).

(٣) المصدر السابق (١/ ١٢٧).

(٤) المصدر السابق (١/ ١٧٦، ٣/ ٩٤، ٩٩).

ولفظ: «المطلق تعتبر فيه العادة»[١].

ولفظ: «المطلق محمول على العادة»[٢].

شرح مفردات القاعدة:

المطلق لغة: اسم مفعول[٣]، مأخوذ من «طَلُقَ» ككرُمَ يقال: هو «طَلِيق» و«طُلُق» و«طالِق» و«مُطْلَق» إذا خُلِّي عنه، و«التطليق» هو: التخلية والإرسال وحل العقد[٤]. فمادته يدور معناها على الانفكاك والتخلية[٥].

قال ابن فارس: «الطاء واللام والقاف أصل صحيح مطرد وهو يدل على التخلية والإرسال. يقال: «انطلق» الرجل «ينطلق» «انطلاقاً»، ثم ترجع الفروع إليه؛ تقول: أطلَقْتُه إطلاقاً، و«الطَّلْق»: الشيء الحلال كأنه خُلِّي عنه فلم يُحظر»[٦].

المطلق اصطلاحاً: هو اللفظ المتناول لواحد غير معين باعتبار حقيقة شاملة لجنسه[٧].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة تتعلق بدلالة اللفظ عند الإطلاق، وتختص بالعرف القولي[٨]، فهي تبين أن الكلام إذا كان مطلقاً فإنه يقيد مدلوله بما تعارف عليه الناس، وعلى ما

---

(١) المصدر السابق (٣/ ١١).

(٢) المصدر السابق (٤/ ١١).

(٣) المصباح المنير (ص ١٩٥) مادة (طلق).

(٤) ينظر: لسان العرب (٩/ ١٣٧) مادة (طلق).

(٥) ينظر: المصادر اللغوية السابقة والقاموس المحيط (ص ٨١٧) مادة (طلق).

(٦) ينظر: معجم مقاييس اللغة (ص ٣٩٥).

(٧) ينظر: روضة الناظر وجنة المناظر تحقيق أ.د. النملة (٢/ ٧٦٣)، وشرح الكوكب المنير (٣/ ٣٩٢)، والمطلع على ألفاظ المقنع (ص ٤٨٠)، وشرح القواعد للزرقا (ص ٣٢٣).

(٨) العرف القولي هو: أن تكون عادة أهل العرف يستعملون اللفظ في معنى معين ولم يكن ذلك لغة. الفروق للقرافي (١/ ٣١٢).

شاع بينهم في معاملاتهم، من المعاني لتلك الألفاظ، وهذا دليل على سلطان العرف والعادة « فكل متكلم يحمل كلامه على لغته وعرفه، فينصرف إلى المعاني المقصودة بالعرف حين التكلم، وإن خالفت المعاني الحقيقية التي وضع لها اللفظ في أصل اللغة »[١].

ومعنى تقييد المطلق بالعرف القولي: أنه إذا ورد لفظ « الدابة » مثلاً في نص شرعي فهل يحمل على المعنى اللغوي؟ وهو: كل ما يدب على الأرض، أو على ذوات الأربع التي جرت العادة بإطلاقه عليها[٢]؟

الصحيح أنه يحمل على ما جرت به العادة، وهذا ما اتفق عليه الأصوليون[٣].

قال القرافي: « القاعدة أن من له عرف وعادة في لفظ إنما يحمل لفظه على عرفه، فإن كان المتكلم هو الشرع حملنا لفظه على عرفه، وخصصنا عموم لفظه في ذلك العرف إن اقتضى العرف تخصيصاً، أو على المجاز إن اقتضى المجاز وتركنا الحقيقة، أو إضمار أو غيره، وبالجملة دلالة العرف مقدمة على دلالة اللغة؛ لأن العرف ناسخ للغة، والناسخ يقدم على المنسوخ »[٤].

وهذه القاعدة تعد من القواعد الأصولية التي جرت مجرى القواعد الفقهية[٥].

أصل القاعدة:

١ – استدل المصنف بقوله تعالى:] **وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن** ´ μ ¶ ¸

(١) المدخل الفقهي العام (٢/ ٨٨٠ – ٣/ ٦٩).

(٢) ينظر: المجموع المذهب (١/ ١٥٧).

(٣) مسلم الثبوت (١/ ٣٤٥)، قواعد الحصني (١/ ٣٩٠).

(٤) شرح تنقيح الفصول (ص ١٩٦).

(٥) القواعد الفقهية للندوي (ص ١٨٠، ٤٥٩).

فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ Z [١]. على أن المراد بالفريضة المهر المفروض في العقد لا الزيادة التي على المهر بعد تسمية المهر؛ لأن هذا هو المتعارف، فينصرف المطلق إليه فلا تلحق بالمهر، وعليه فلا يجب تنصيفها في الطلاق قبل الدخول[٢].

٢ – قوله تعالى:] ! " # $ % & ' ( ) * + , - . / 0 1 2 Z [٣].

قال المصنف: «المراد منه الغسل بالماء؛ لأن الغسل المطلق ينصرف إلى الغسل المعتاد وهو الغسل بالماء»[٤].

٣ – استدل المصنف بما روي عن النبي ^ أنه قال: **(المستحاضة تتوضأ لكل صلاة)**[٥]، على أن مطلق «الصلاة» ينصرف إلى المعهود المتعارف وهو وقت الصلاة[٦]، مما يدل على أن المطلق يتقيد بالعرف والعادة، وعليه فإن أصحاب الأعذار كالمستحاضة والمبطون، ومن به سلس البول، ومن به رعاف دائم أو ريح، ونحو ذلك ممن لا يمضي عليه وقت صلاة إلا ويوجد ما ابتلي به من

---

(١) من الآية رقم ٢٣٧ من سورة البقرة.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٢/ ٥٩٦).

(٣) سورة المائدة، من الآية: ٦.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (١/ ٩٣).

(٥) أخرجه أبو داود في سننه: كتاب الطهارة، باب من قال: تغتسل من طهر إلى طهر (١/ ١١٩) الحديث رقم (٢٩٧)، وصححه الألباني في صحيح أبي داود (٢/ ٧١)، وأخرجه الترمذي في سننه: أبواب الطهارة، باب ما جاء في المستحاضة أنها تغتسل عند كل صلاة (١/ ٢٢٩) الحديث رقم (١٢٩)، والنسائي في سننه: كتاب الطهارة، باب ذكر الأقراء (١/ ٢٠) الحديث رقم (٢٠٩)، قال عنه الألباني: صحيح الإسناد، الثمر المستطاب (ص ٤٠)، وابن ماجه في سننه: باب ما جاء في المستحاضة التي قد عدت أيام إقرائها قبل أن يستمر بها الدم (١/ ٢٠٤) الحديث رقم (٦٢٥)، قال عنه الألباني: صحيح.

(٦) ينظر: بدائع الصنائع (١/ ١٢٧).

الحدث فيه، فخروج النجس من هؤلاء لا يكون حدثاً في الحال مادام وقت الصلاة قائماً[١].

ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة:

١ – ما ذكره القرافي بقوله: «أن العرف ناسخ للغة، والناسخ مقدم على المنسوخ»[٢].

٢ – أن العرف هو المتبادر عند الإطلاق والمعنى اللغوي مهجور فيقدم المتبادر على المهجور[٣].

الفروع على القاعدة:

١ – من استأجر داراً فإن «له أن يربط في الدار دابته وبعيره وشاته؛ لأن ذلك من توابع السكنى، وقيل: إن هذا الجواب على عادة أهل الكوفة، والجواب فيه يختلف باختلاف العادة؛ فإن كان في موضع جرت العادة بذلك فله ذلك، وإلا فلا»[٤]؛ لأن مطلق العقد ينصرف إلى المعتاد.

«وليس له أن يقعد فيها من يضر بالبناء ويوهنه من القصار والحداد والطحان؛ لأن ذلك إتلاف العين، ولأنه لم يدخل تحت العقد إذ الإجارة بيع المنفعة لا بيع العين؛ ولأن مطلق العقد ينصرف إلى المعتاد»[٥].

٢ – قال المصنف في شأن عقد العارية إن كان مطلقاً: «بأن أعار دابته إنساناً ولم يسم مكاناً ولا زماناً ولا الركوب ولا الحمل فله أن يستعملها في أي مكان وزمان شاء، وله أن يركب أو يحمل؛ لأن الأصل في المطلق أن يجرى على إطلاقه...؛

---

(١) ينظر: المصدر السابق (١/ ١٢٦).

(٢) شرح تنقيح الفصول (ص ١٩٦).

(٣) ينظر: البحر المحيط (٢/ ٥٢٥)، وشرح الكوكب المنير (١/ ١٠٧).

(٤) بدائع الصنائع (٤/ ٢٩).

(٥) المصدر السابق.

إلا أنه لا يحمل عليها ما يعلم أن مثلها لا يطيق بمثل هذا الحمل ولا يستعملها ليلاً ونهاراً ما لا يستعمل مثلها من الدواب لذلك عادة، حتى لو فعل فعطبت يضمن؛ لأن العقد وإن خرج مخرج الإطلاق لكن المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة كما يتقيد نصاً»[١].

٣ – قال المصنف: «لو أعاره داراً ليسكنها بنفسه، فله أن يسكنها غيره؛ لأن المملوك بالعقد السكنى والناس لا يتفاوتون فيه عادة، فلم يكن التقييد بسكناه مفيداً فيلغو، إلا إذا كان الذي يسكنها إياه حداداً أو قصاراً ونحوهما، ممن يوهن عليه البناء، فليس له أن يسكنها إياه، ولا أن يعمل بنفسه ذلك؛ لأن المعير لا يرضى به عادة، والمطلق يتقيد بالعرف والعادة، كما في الإجارة»[٢].

٤ – قال المصنف في خطبة الجمعة: «قال أبو يوسف ومحمد:الشرط أن يأتي بكلام يسمى خطبة في العرف. وقال الشافعي: الشرط أن يأتي بخطبتين بينهما جلسة، لأن الله تعالى قال:] * + , - Z [٣]،وهذا ذكر مجمل ففسره النبي ^ بفعله وتبين أن الله تعالى أمر بخطبتين.

ولهما: أن المشروط هو الخطبة، والخطبة في المتعارف: اسم لما يشتمل على تحميد الله والثناء عليه، والصلاة على رسوله ^ ، والدعاء للمسلمين، والوعظ والتذكير لهم، فينصرف المطلق إلى المتعارف»[٤].

٥ – قال المصنف: «إن تزوجها على بيت وخادم، فلها بيت وسط مما يجهز به النساء، وهو بيت الثوب لا المبنى، فينصرف إلى فرش البيت في أهل الأمصار، وفي

---

(١) المصدر السابق (٥ / ٣٢٠).

(٢) المصدر السابق (٥ / ٣٢١).

(٣) سورة الجمعة، من الآية: ٩.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (١ / ٥٩٠).

أهل البادية إلى بيت الشعر، ولها خادم وسط؛ لأن المطلق من هذه الأصناف ينصرف إلى الوسط، لأن الوسط منها معلوم بالعادة»[١].

٦ – قال المصنف: «من قال لغلامه: اسق هذه الأرض، وكانت الأرض لا تصلح للزراعة إلا بثلاث مرات صار مأموراً به، وإن كانت تصلح بالسقي مرة واحدة صار مأموراً به.

٧ - ومن قال لغلامه: اضرب هذا الذي استخف بي، ينصرف إلى ضرب يقع به التأديب عادة ويحصل به المقصود وهو الانزجار.

٨ - ومن أصابت ثوبه نجاسة فقال لجاريته: اغسليه، لا تصير مؤتمرة إلا بغسل محصل للمقصود وهو طهارة الثوب.

وهذا مما يدل على أن الأمر المطلق ينصرف إلى ما هو المقصود من الفعل في المتعارف والعرف»[٢].

* * *

(١) المصدر السابق (٢/٥٧٣).

(٢) المصدر السابق (٣/١٩٥).

المطلب الخامس

قاعدة: « عرف المسلمين وعادتهم حجة مطلقة »[1]

شرح مفردات القاعدة:

العرف: تقدم تعريفه لغة واصطلاحاً، وأنه ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول.

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٤٦٤).

وهذه القاعدة معناها يتفق مع معنى القاعدة الكبرى « العادة محكمة » لذلك يحسن الرجوع إلى كلام الفقهاء عنها وذلك في الكتب التالية: قواعد الأحكام (٢/ ٢٢٥)، والأشباه والنظائر (١/ ١٥٦)، والقواعد النورانية (ص ٢٠٨)، والمجموع المذهب (١/ ١٣٧)، والأشباه والنظائر للسبكي (١/ ٥٠)، والموافقات (٢/ ٢٨٦)، والقواعد للمقري (١/ ٣٤٥ ق ١١٧)، وقواعد ابن رجب (ص ٢٩٥ ق ١٢١)، والمنثور للزركشي (٢/ ٩٦)، والقواعد للحصني (١/ ٣٥٧)، ومختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي (١/ ٢٥٢)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٩)، ولابن نجيم (ص ١١٧)، وترتيب اللآلي (٢/ ٨٢١)، وغمز عيون البصائر (١/ ٢٩٥)، والفوائد الجنية (ص ٢٦٦)، والقواعد والأصول الجامعة للسعدي (ص ٨٢)، وشرح منظومة القواعد للسعدي أ.د الشثري (ص ١٠٤)، ود.العويد (ص ١٩٧)، وشرح تحفة أهل الطلب أ.د. اللاحم (ص ٣٩١)، وشرح المجلة لسليم رستم (١/ ٣٤ م٣٦)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٤٤ م٣٦)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٢١٩)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٠٨ – ٣٦/ ٨١)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ٢٩٣)، والقواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه د. محمد بكر إسماعيل (ص ١٥٢)، والقواعد الفقهية د. محمد الزحيلي (١/ ٢٩٨)، والقواعد الكلية أ.د. محمد عثمان شبير (ص ٢٢٩)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للندوي (ص ١١٧)، وقواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف (ص ٢١٦)، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب البهجة في شرح التحفة (ص ١٤)، والقواعد الفقهية من خلال كتاب المغني لابن قدامة (ص ١٩٩)، والقواعد الفقهية الخمس الكبرى والقواعد المندرجة تحتها من مجموع فتاوى ابن تيمية (ص ٤٥١)، وقاعدة « العادة محكمة » لـ أ.د. الباحسين، والممتع في القواعد الفقهية (ص ٢٧٦).

العادة لغة: من «عود»، وقال ابن فارس: «العين والواو والدال، أصلان صحيحان يدل أحدهما على تثنية في الأمر، والآخر جنس من الخشب، فمن الأول: «العادة» وهي الدربة والتمادي في شيء حتى يصير له سجيَّة»[(١)].

وسميت بذلك لأن صاحبها يعاودها، أي: يرجع إليها مرة بعد أخرى[(٢)].

يقال: «تعوَّد» الشيء و«عادَه» و«عاوده» «معاوَدة» و«عواداً» و«استعادة» و«أعاده»، أي صار له عادة، و«عوَّده» الشيء جعله يعتاده[(٣)].

فيكون معنى العادة: هو الديدن؛ أي: الدأب على الشيء والاستمرار عليه، وتجمع على «عادات» و«عوائد» [(٤)].

اصطلاحاً: عرفت العادة بعدة تعريفات[(٥)].

كقولهم: هي ما استمر الناس عليه على حكم المعقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى[(٦)].

ويؤخذ على هذا التعريف: أنه غير جامع فقوله «الناس» يدل على أن المراد الجمع أي جميع الناس وعلى هذا فلا يشمل العادة الفردية، وأيضاً لا يشمل العادة التي يكون منشؤها غير العقول[(٧)]، كعادة النساء في الحيض ونحو ذلك.

---

(١) مقاييس اللغة (ص ٦٩٢).

(٢) ينظر: المصباح المنير (ص ٢٢٥) مادة (عود).

(٣) ينظر: لسان العرب (١٠/ ٣٢٥)، والقاموس المحيط (ص ٣٨٧) مادة (عود).

(٤) ينظر: المصادر السابقة مادة (ع و د).

(٥) ينظر في ذلك: شرح تنقيح الفصول (ص ٤٢٥)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١١٥)، نقلاً عن «السراج الهندي» في (شرح المغني) وترتيب اللآلي (٢/ ٨٢٥)، والعرف والعادة في رأي الفقهاء (ص ٣٢)، والعادة محكمة (ص ٢٥ – ٢٦).

(٦) ينظر: التعريفات للجرجاني (ص١٤٩)، والتعريفات الفقهية للبركتي (ص١٤١)، والكليات للكفوي (ص٦١٧).

(٧) ينظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء (ص ٣١).

وهناك تعريفات أخرى لا يسع المجال لذكرها ولا تخلو من الاعتراض عليها، ولعل المختار منها أن العادة هي: الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية[١]، ولم تنكره العقول والفطر السليمة[٢].

المتكرر: يعني كل متكرر من قول أو فعل، سواء من فرد أو جماعة، ويخرج بذلك الأمر الطارئ الذي يحدث مرة واحدة، فلا تثبت به العادة، أما ما قرره الفقهاء من أن عادة الحائض تثبت بالمرة الواحدة، فهذا مبني على غلبة الظن بعدم التخلف بعد حصولها مرة واحدة[٣].

من غير علاقة عقلية: هذا قيد يخرج ما كانت علاقته عقلية كتكرار حدوث الأثر كلما حدث مؤثر بعلاقة العلية[٤]، فلا يعتبر من قبيل العادات، كتحرك الخاتم بحركة الإصبع، وتبدل مكان الشيء بحركته[٥].

ولم تنكره العقول والفطر السليمة: هذا قيد يخرج ما أنكرته العقول الصحيحة والفطر السليمة، وإن كان متكرراً وموجوداً واعتاده الناس، كالتعامل بالربا، وتعاطي المسكرات، ومظاهر الانحلال ونحو ذلك. فهذا لا يدخل في العادة في اصطلاح الفقهاء، وإن كان يسمى عادة لغة[٦].

ومن خلال التعريف الاصطلاحي للعرف وللعادة يتبين أن بينهما عدة فروق، أهما ما يأتي[٧]:

---

(١) ينظر: التقرير والتحبير (١/ ٣٥٠)، المدخل الفقهي العام (٢/ ٨٧١ – ٨/ ٦٧)، قاعدة العادة محكمة (ص ٢٧)، العرف والعادة في رأي الفقهاء (ص ٣١).

(٢) ينظر القواعد المشتركة بين أصول الفقه والقواعد الفقهية (ص ٥٣٢).

(٣) ينظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء (ص ٣١).

(٤) ينظر: المصدر السابق.

(٥) ينظر: المدخل الفقهي العام (٢/ ٨٧١).

(٦) ينظر: القواعد المشتركة بين أصول الفقه والقواعد الفقهية (ص ٥٣٢ – ٥٣٣).

(٧) ينظر في الفروق بين العادة والعرف: المدخل الفقهي العام (٢/ ٨٧٤) و«العادة محكمة» (ص ٤٩)،

=

١ – أن العادة أعم من العرف؛ لأن العرف مخصوص بالأمر الذي يكون منشأه العقل، أما العادة فهي تشمل ما نشأ من جهة العقل وما نشأ من جهة الطبيعة كتأثير المناخ المحيط في أيام الحيض وفي البلوغ ونحو ذلك.

٢ – أن العرف أخص من العادة؛ لأن العادة قد تكون فردية وقد تكون مشتركة، أما العرف فإنه مخصوص بعادة مجموعة من الناس، وعليه: فإن كل عرف عادة وليست كل عادة عرفاً[١].

معنى القاعدة الإجمالي:

هذه القاعدة تفيد أن ما تعارف المسلمون عليه، وما اعتادوه من الأمور، إذا لم يكن مخالفاً للشرع، فإنه يكون حجة، يجب الرجوع إليه، والعمل بموجبه، وبناء الأحكام الشرعية عليه.

وهذه القاعدة يتفق معناها مع معنى القاعدة الكبرى التي تعتبر إحدى القواعد الخمس الكبرى المتفق عليها، وهي قاعدة «العادة محكمة»، وهي شاملة في معناها العرف العملي والعرف القولي[٢].

أصل القاعدة:

الأدلة على اعتبار العرف كثيرة، من الكتاب والسنة، وسأكتفي بذكر بعضها ومن ذلك:

من القرآن:

ورد لفظ المعروف والعرف في تسعة وثلاثين موضعاً في القرآن[٣]، منها:

١ – قوله تعالى:] E F G H I J K Z [٤].

= والقواعد المشتركة بين أصول الفقه والقواعد الفقهية (ص ٥٣٩).

(١) ينظر: المدخل الفقهي العام (٢/ ٨٧٤).

(٢) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٩)، ولابن نجيم (ص ١١٧).

(٣) المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم (ص ٥٦٢)، مادة (ع ر ف).

(٤) من الآية رقم ١٩٩ من سورة الأعراف.

وجه الدلالة:

أن الله سبحانه وتعالى أمر بالأخذ بكل ما هو معروف ومستحسن مما تطمئن له النفوس إذا لم يخالف الشريعة.

٢ – قوله تعالى:] h i j k l Z [(١).

ذكر ابن القيم أنه يدخل في هذه الآية جميع الحقوق التي للمرأة وعليها، وأن مرد ذلك إلى ما يتعارفه الناس بينهم، ويعدوه معروفاً لا منكراً(٢).

٣ – قوله تعالى:] وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ ۞رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ Z (٣).

٤ – قوله تعالى:] وَعَاشِرُوهُنَّ ´ Z (٤).

وجه الدلالة:

أن الله – سبحانه وتعالى – أوجب النفقة باسم الرزق مطلقاً عن التقدير، ورزق الإنسان كفايته في العرف والعادة، فدل ذلك على اعتبار العرف في ذلك(٥).

قال العز بن عبدالسلام: «وكذلك السكنى وماعون الدار يرجع فيهما إلى العرف من غير تقدير، والغالب في كل ما رد إلى المعروف أنه غير مقدر، وأنه يرجع فيه إلى ما عرف في الشرع أو إلى ما يتعارفه الناس»(٦).

٥ - قوله تعالى:] فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ ´ µ ¶ ¸ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ Z(٧).

---

(١) من الآية رقم ٢٢٨ من سورة البقرة.

(٢) ينظر: إعلام الموقعين (١/ ٢٥٢).

(٣) من الآية رقم ٢٣٣ من سورة البقرة.

(٤) من الآية رقم ١٩ من سورة النساء.

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٣/ ٤٢٩).

(٦) قواعد الأحكام (١/ ١٠١).

(٧) من الآية رقم ٨٩ من سورة المائدة.

وجه الدلالة:

الله – سبحانه وتعالى – أحال على عرف الناس في تقدير مقدار الطعام ونوعه، وهذا مما يدل على اعتبار العرف.

قال ابن تيمية: « فأمر الله تعالى بإطعام المساكين من أوسط ما يطعم الناس أهليهم، وقد تنازع العلماء في ذلك هل ذلك مقدر بالشرع أو يرجع فيه إلى العرف، وكذلك تنازعوا في نفقة الزوجة، والراجح في هذا كله أنه يرجع فيه إلى العرف، فيطعم كل قوم مما يطعمون أهليهم »[(١)].

٥ - قوله تعالى:] | { ~ لِيَسْتَـْٔذِنكُمُ ٱلَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ وَٱلَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا۟ ٱلْحُلُمَ مِنكُمْ ثَلَـٰثَ مَرَّٰتٍ ۚ مِّن قَبْلِ صَلَوٰةِ ٱلْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُم مِّنَ ٱلظَّهِيرَةِ وَمِنۢ بَعْدِ صَلَوٰةِ ٱلْعِشَآءِ ۚ ثَلَـٰثُ عَوْرَٰتٍ لَّكُمْ ۚ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌۢ بَعْدَهُنَّ ۚ طَوَّٰفُونَ عَلَيْكُم بَعْضُكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ ۚ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ ٱللَّهُ لَكُمُ ٱلْـَٔايَـٰتِ ۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ Z [(٢)].

وجه الدلالة:

أن الله – سبحانه وتعالى – أذن للمملوك بالدخول في بيت سيده من غير استئذان إلا في هذه الأوقات الثلاث؛ لأن هذه أوقات التجرد وظهور العورة عادة[(٣)]، فانبنى الحكم الشرعي على ما كانوا يعتادونه[(٤)].

٦ - ومما يدل على هذه القاعدة ما استدل به المصنف إذ قال: « وعرف المسلمين وعادتهم حجة مطلقة[(٥)]، قال النبي عليه الصلاة والسلام: **(ما رآه المسلمون حسناً**

---

(١) ينظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام (٢٦/ ١١٣).

(٢) الآية رقم ٥٨ من سورة النور.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٣٠٠).

(٤) ينظر: المجموع المذهب (١/ ١٣٨).

(٥) بدائع الصنائع (٤/ ٤٦٤).

فهو عند الله حسن)[1] .

وجه الدلالة:

أن ما تعارف عليه المسلمون فقد رأوه حسناً، وما رأوه حسناً فهو حسن عند الله ومقرر في الشريعة فيكون حقاً وحجة.

---

(١) قال العلائي في المجموع المذهب (١/ ١٣٨): «لم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً، ولا بسند ضعيف بعد طول البحث عنه، وكثرة الكشف والسؤال، وإنما هو من قول عبدالله بن مسعود رضي الله عنه موقوفاً عليه». ثم استدل لهذه القاعدة «العادة محكمة» بأدلة كثيرة يحسن الرجوع إليها.
وهذا الحديث رواه الإمام أحمد في مسنده (٦/ ٨٤) ح (٣٦٠٠)، من حديث: «إن الله نظر في قلوب العباد» وإسناده حسن من أجل عاصم – وهو ابن أبي النجود – وبقية رجاله ثقات رجال الشيخين غير أبي بكر – وهو ابن عياش -، فمن رجال البخاري، وأخرج له مسلم في «المقدمة».
وأخرجه البزار (١٣٠) «زوائد»، والطبراني في «الكبير» (٨٥٨٢) من طريق أبي بكر بن عياش، بهذا الإسناد، قال البزار: رواه بعضهم عن عاصم، عن أبي وائل، عن عبدالله. وأورده الهيثمي في «المجمع» (١/ ١٧٧ – ١٧٨)، ونسبه إلى أحمد والبزار والطبراني، وقال: رجاله موثقون.
وأخرجه بنحوه الطيالسي (٢٤٦)، ومن طريقه أبو نعيم في «الحلية» (١/ ٣٧٥ – ٣٧٦)، والطبراني في «الكبير» (٨٥٨٣)، والخطيب في «الفقيه والمتفقه» (١/ ١٦٦ – ١٦٧)، والبغوي في «شرح السنة» (١٠٥)، من طرق عن المسعودي، عن عاصم، عن أبي وائل، عن عبدالله.
وأخرجه الطبراني في «الكبير» (٨٥٩٣) من طريق عبدالسلام بن حرب، عن الأعمش، عن أبي وائل، عن عبدالله.
وقوله: «فما رأى المسلمون حسناً...» أخرجه الخطيب بنحوه في «الفقيه والمتفقه» (١/ ١٦٧)، من طريق أبي معاوية، عن الأعمش، عن مالك بن الحارث، عن عبدالرحمن بن يزيد، قال: قال عبدالله. وأورد طرقه الدارقطني في «العلل» (٥/ ٦٦ – ٦٧) برقم (٧١١).
وقد روي نحوه مرفوعاً من حديث أنس عند الخطيب في «تاريخه» (٤/ ١٦٥)، لكن في إسناده أبو داود سليمان بن عمرو النخعي، قال البخاري: متروك، وقال يحيى بن معين: معروف بوضع الحديث، وقال يزيد بن هارون: لا يحل لأحد أن يروي عنه. وقد ذكره الألباني في السلسلة الضعيفة (٢/ ١٧) وقال: هذا الحديث لا أصل له إنما يعرف من كلام ابن مسعود.

٧ - ما روي أن هند امرأة أبي سفيان قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وأنه لا يعطيني ما يكفيني وولدي، فقال ﷺ: **(خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف)** [١].

وجه الدلالة:

قال المصنف: «نص عليه الصلاة والسلام على الكفاية فدل أن نفقة الزوجة مقدرة بالكفاية»[٢]. والكفاية يحكمها العرف والعادة.

الفروع المبنية على القاعدة:

١ – يجوز استئجار الظئر بطعامها وكسوتها عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز لجهالة الأجرة وهي الطعام والكسوة.

وعند أبي حنيفة أن الجهالة لا تمنع صحة العقد لعينها، بل لإفضائها إلى المنازعة، وجهالة الأجرة في هذا الباب لا تفضي إلى المنازعة، لأن العادة جرت بالمسامحة مع الأظئار والتوسيع عليهن شفقة على الأولاد[٣]. فتعتبر العادة هنا.

٢ – قال المصنف: «عن أبي يوسف: امرأة ولدت يوم النحر قبل أن تطوف فأبى الجمال أن يقيم، قال: هذا عذر لأنه لا يمكن الخروج من غير طواف، ولا سبيل إلى إلزام الجمال للإقامة مدة النفاس لأنه يتضرر، إذ هي مدة ما جرت العادة بإقامة القافلة قدرها فيجعل عذراً في فسخ الإجارة»[٤].

«وإن كانت قد ولدت قبل ذلك وقد بقي من مدة نفاسها كمدة الحيض، أو أقل أجبر الجمال على المقام معها؛ لأن هذه المدة قد جرت العادة بمقام الحاج فيها بعد

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) بدائع الصنائع (٣/ ٤٢٩).

(٣) ينظر: المصدر السابق (٤/ ٤٨).

(٤) المصدر السابق (٤/ ٥٥).

الفراغ من الحج»[١].

٣ – قال المصنف: «إذا انقضت مدة الإجارة وفي الدار تراب من كنسه، فعليه أن يرفعه، لأنه حدث بفعله فيلزمه نقله، كالكناسة والرماد، لكنهم استحسنوا وجعلوا ذلك على صاحب الدار، للعرف والعادة، إذ العادة بين الناس أن ما كان مغيباً في الأرض فنقله على صاحب الدار فحملوا ذلك على العادة»[٢].

٤ – إذا استأجر رجل رجلاً يضرب له لبناً: فإن الزنبيل والملبن على صاحب اللبن وهذا مبني على العادة[٣].

٥ – قال المصنف: «وقالوا في الخياط: أن السلوك عليه؛ لأن عادتهم جرت بذلك»[٤].

٦ – وقال «وقالوا في الدقيق الذي يصلح به الحائك الثوب إنه على صاحب الثوب، فإن كان أهل بلد يتعاملون بخلاف ذلك فهو على ما يتعاملون»[٥].

٧ – وقال: «وقالوا في الطباخ إذا استؤجر في عرس: إن إخراج المرق عليه، ولو طبخ قدراً خاصة ففرغ منها، فله الأجر، وليس عليه من إخراج المرق شيء وهو مبني على العادة يختلف باختلاف العادة»[٦].

* * *

(١) المصدر السابق.

(٢) المصدر السابق (٤/ ٧٠).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٧١).

(٤) المصدر السابق.

(٥) المصدر السابق.

(٦) المصدر السابق.

المطلب السادس
قاعدة: « مبنى الأيمان على العرف ذكراً وتسمية »[١]

أوردها المصنف بهذا اللفظ، وبلفظ: « الأيمان محمولة على العرف والعادة »[٢].

ولفظ: مبنى الأيمان على معاني كلام الناس »[٣].

ولفظ: الأيمان محمولة على العادة »[٤].

ولفظ: « مبنى الأيمان على العادة »[٥].

مفردات القاعدة:

الأيمان لغة: جمع يمين، وهو القوة، والحلف واليمين من الأسماء المترادفة

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٣٤).

وينظر أحكام هذه القاعدة وألفاظها في: الفروق للقرافي (١/ ١٥٢ ف ٣، ٢/ ١٦٥ ف ٧٣)، وإدرار الشروق (مطبوع مع الفروق) (١/ ١٥٣ ف٣، ٢/ ١٦٦ ف ٧٣)، وتهذيب الفروق (١/ ١٥٢ ف٣، ٢/ ١٦٦ ف ٧٣)، والأشباه والنظائر لابن الوكيل (١/ ٣٤)، والمجموع المذهب (١/ ١٨٣)، والمنثور للزركشي (٢/ ١١٤)، والقواعد لابن رجب (ص ٣ القاعدة الأولى وينظر ص ٤١٤ وص ٤٥٠)، والقواعد لتقي الدين الحصني (١/ ٤٢٩)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٩٣)، ولابن نجيم (ص ١٢١)، وترتيب اللآلي (١/ ٤١٣)، وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب (البهجة في شرح التحفة) (ص ١٥)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ١٤٠ و٤٨٢)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (ص ١٥٧)، وموسوعة القواعد الفقهية له أيضاً (٢/ ٣١٢، ٣٤١، ٣٤٤، ٣/ ٧٦)، والممتع في القواعد الفقهية (ص ٩٥).

(٢) المصدر السابق (٢/ ٤٩٦).

(٣) المصدر السابق (٣/ ٩١).

(٤) المصدر السابق (٣/ ١٣٠).

(٥) المصدر السابق (٣/ ٦٦).

الواقعة على مسمى واحد[١]، وسمي الحلف يميناً لأن المتحالفين كأن أحدهما يصفق بيمينه على يمين صاحبه[٢].

اصطلاحاً: تقوية أحد طرفي الخبر بذكر الله تعالى أو التعليق[٣].

واليمين هنا لا يقصد بها اليمين بالله تعالى فقط، ولكن يقصد بها أيضاً الطلاق والعتق والإيلاء؛ لأن الحالف يتقوى بها على الامتناع من المرهوب، وعلى التحصيل في المرغوب[٤].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة تفيد أن الأيمان مبنية في دلالة ألفاظها على العرف ولا ينظر إلى النيات والمقاصد ولا إلى المعاني اللغوية للألفاظ، وهذا عند الحنفية[٥] والشافعية[٦] في قول، أما عند المالكية فإن الأيمان عندهم مبنية على النية أولاً ثم على الحال فإن عدما فعلى العرف وإلا فعلى الوضع اللغوي[٧]، والحنابلة يقولون مبنى الأيمان على النيات إذا احتملها اللفظ ولم يكن ظالماً، سواء كان موافقاً لظاهر اللفظ أم مخالفاً له[٨].

أصل القاعدة:

١ – قال المصنف بعد بيانه لأعيان الشروط التي تعلق بها الطلاق والعتاق:

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٣/٥)، والقاموس المحيط (ص ١٦٠١) مادة (يمن).

(٢) ينظر: معجم مقاييس اللغة (ص ١٠٧٢) مادة (يمن).

(٣) ينظر: التعريفات للجرجاني (ص ٢٥٥)، والتعريفات الفقهية للبركتي (ص ٢٤٤).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٣/٦، ٢٦١).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٣/٥٨).

(٦) ينظر: المنثور (٢/١١٣ – ١١٥).

(٧) ينظر: إدرار الشروق على أنوار الفروق (١/٣١٦)، وتهذيب الفروق (١/٣١٨)، مطبوعة مع الفروق.

(٨) ينظر: المغني (٨/٣٤٨).

« والأصل فيه: ما روي أن رجلاً جاء إلى ابن عباس – رضي الله عنهما – وقال: إن صاحباً لنا مات وأوصى ببدنة أفتجزئ عنه البقرة؟ فقال ابن عباس – رضي الله عنهما -: ممن صاحبكم؟ فقال السائل: من بني رباح، فقال ابن عباس – رضي الله عنهما -: متى اقتنت بنو رباح البقر إنما البقر للأزد وذهب وَهْمُ صاحبكم إلى الإبل »[١].

وجه الدلالة:

قال المصنف: « فهذا أصل أصيل في حمل مطلق الكلام على ما يذهب إليه أوهام الناس »[٢]، لأنه فسر كلام الموصي بما يتناسب مع العرف السائد عند قومه، « فأوجب على الناذر الإبل لإرادته ذلك ظاهراً »[٣].

٢ – استدل المصنف على ذلك بكلام العرب حيث قال: « يؤيد ما قلنا: أن الغريم يقول لغريمه: « والله لأجرَّنَّك في الشوك »، يريد به شدة المطل دون الحقيقة »[٤].

٣ – وفي معرض الرد على من قال: الأيمان محمولة على ألفاظ القرآن، قال المصنف: « أن هذا القول غير سديد، بدليل أن من حلف لا يجلس في سراج فجلس في الشمس، لا يحنث، وإن سمى الله تعالى الشمس سراجاً بقوله عز وجل:] H I J Z [[٥]. ولذا من حلف لا يجلس على بساط فجلس على

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) بدائع الصنائع (٣/٥٨).

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق.

(٥) من الآية رقم ١٦ من سورة نوح.

الأرض لا يحنث وإن سماها الله – سبحانه وتعالى – في القرآن العظيم بساطاً، بقوله تعالى:] X Y Z [\ Z [1].

وكذا من حلف لا يمس وتداً فمس جبلاً، لا يحنث، وإن سمى الله – عز وجل – الجبل وتداً بقوله تعالى:] 9 : Z [2][3].

٤ – ما روي عن بريدة – رضي الله عنه – أنه قال: كنت مع النبي ^ في المسجد فقال لي: **(إني لأعلم آية لم تنزل على نبي بعد سليمان بن داود عليه الصلاة والسلام إلا علي)**، فقلت: وما هي يا رسول الله؟ فقال: لا أخرج من المسجد حتى أعلمكها، فلما أخرج إحدى رجليه، فقلت في نفسي لعله قد نسي، فقال لي: بم تفتتح القراءة؟ قلت: ببسم الله الرحمن الرحيم، فقال ^ : **(هي هي)**[4].

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ^ لم يعتبر هذا القدر خروجاً جرياً على عادة الناس، ولو كان خروجاً لكان تأخير التعليم إليه خلفاً في الوعد، ولا يتوهم ذلك بالأنبياء عليهم

---

(١) من الآية رقم ١٩ من سورة نوح.

(٢) من الآية رقم ٧ من سورة النبأ.

(٣) وهذا مما اتفق عليه الفقهاء، ينظر في ذلك: بدائع الصنائع (٣/٥٨)، وتهذيب الفروق مع الفروق (٣/٢٨٣ ف ١٦٠)، والمنثور للزركشي (٢/١١٠).

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: كتاب الأيمان، باب ما يقرب من الحنث لا يكون حنثاً (١٠/٦٢) الحديث رقم (٢٠٥١٧) وقال عنه: «إسناده ضعيف». والدارقطني في سننه، باب وجوب قراءة بسم الله الرحمن الرحيم في الصلاة والجهر بها واختلاف الروايات فيها (١/٣١٠)، الحديث رقم (٤٩)، والطبراني في الأوسط (١/١٩٦)، وقال: «لم يرو هذا الحديث عن بريدة إلا عبدالكريم ولا عن عبدالكريم إلا يزيد أبو خالد تفرد به سلمة بن صالح، وسلمة وعبدالكريم ضعيفان. ينظر: تخريج الأحاديث الضعاف من سنن الدارقطني (ص ١٠٢).

الصلاة والسلام، وهذا مما يدل على اعتبار العادة في الأيمان[١].

الفروع المبنية على القاعدة:

١ – قال المصنف: «لو حلف لا يشتري طعاماً فإنه يقع على الحنطة ودقيقها، وكان ينبغي أن يقع على جميع المطعومات... إلا أنه في الاستحسان يقع على الحنطة ودقيقها، لأن البيع لا يتم بنفسه بل بالبائع، وبائع الحنطة يسمى بائع الطعام في العرف»[٢].

٢ – قال المصنف: «... حلف لا يشتري حديداً فاشترى سيفاً، لم يحنث لأن بائعه لا يسمى حداداً»[٣].

٣ – قال المصنف: «وروي عن أبي يوسف فيمن حلف لا يأكل طعاماً فاضطر إلى ميتة فأكل منها لم يحنث...؛ لأن إطلاق اسم الطعام لا يتناوله، فلا يسمى طعاماً عرفاً وعادة؛ لأنه لا يؤكل عادة ومبنى الأيمان على معاني كلام الناس»[٤].

٤ – قال المصنف: «وعن أبي يوسف ومحمد فيمن حلف لا يركب حراماً، قال: هذا على الزنا؛ لأن الحرام المطلق ينصرف إلى الحرام لعينه وهو الزنا، ولأنه يراد به الزنا في العرف، فينصرف إليه»[٥].

٥ – قال المصنف: «وسئل محمد عن رجل حلف لا يأكل خبزاً مأدوماً، فقال: الخبز

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٣/٦٠).

(٢) المصدر السابق (٣/٩١).

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق.

(٥) المصدر السابق (٣/٩٢).

المأدوم الذي يثرد ثرداً في المرق، والخل وما أشبهه، فقيل له: فإن ثردَهُ في ماء وملح؟ فلم ير ذلك مأدوماً؛ لأن من أكل خبزاً بماء لا يسمى مؤتدماً في العرف»[١].

٦ – قال المصنف: «ولو حلف لا يأكل لحماً، فأي لحم أكل من سائر الحيوان، غير السمك يحنث، ثم يستوي فيه المحرم وغير المحرم، والمطبوخ والمشوي والضعيف...؛ لأن اسم الحيوان يتناول الكل، وإن أكل سمكاً لا يحنث وإن سماه الله عز وجل لحماً في القرآن العظيم بقوله تعالى:] **لَحْمًا طَرِيًّا** Z [٢]. لأنه لا يراد به عند الإطلاق اسم اللحم»[٣].

* * *

(١) المصدر السابق (٣/٩٣).

(٢) من الآية رقم ١٤ من سورة النحل.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٣/٩٣)، وذكر المصنف فروعاً كثيرة لا يسع المجال لذكرها.

المطلب السابع
قاعدة: «الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر»[١]

أوردها المصنف بهذا اللفظ.

وبلفظ: «الكتاب من الغائب خطابه»[٢].

وبلفظ: «الكتاب بمنزلة الخطاب من الكاتب»[٣].

ولفظ: «الكتابة المرسومة جارية مجرى الخطاب»[٤].

ولفظ: «كتاب الغائب خطابه»[٥].

الكتاب: مصدر «كَتَبَ» «يَكْتُب» «كَتْباً» و«كتابة» و«كتاباً»، و«كتبه»: خطه.

---

(١) بدائع الصنائع (٥/٤٣).

وهذه القاعدة وردت في أكثر كتب القواعد مختصرة بلفظ: «الكتاب كالخطاب» كما وردت باللفظ المثبت أعلاه وألفاظ أخرى في كتب قواعد الفقه، وينظر في أحكام هذه القاعدة وألفاظها: القواعد النورانية (ص ٢٠٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٣٠٨)، ولابن نجيم (ص ٣٧٤)، وغمز عيون البصائر (٣/٤٤٧)، وترتيب اللآلي (٢/٩١٧)، وشرح المجلة لسليم رستم (١/٤٩م ٦٩)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٦٩ م٦٩)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٣٤٩)، والمدخل الفقهي العام (١/٤١٢ – ٣٠/٧، ٢/٨٩٣ – ٦٩/١٠)، والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها أ.د. السدلان (ص ٤٦٥)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (ص ٣٠١)، وموسوعة القواعد الفقهية له أيضاً (٧/٢٧٢)، والقواعد والضوابط المستلخصة من التحرير (ص ١٤٥)، والقواعد الفقهية د. محمد الزحيلي (١/٣٣٩)، وقاعدة العادة محكمة للباحسين (ص ٢٠٧)، والممتع في القواعد الفقهية (ص ٣٠٣).

(٢) المصدر السابق (٢/٤٨٨).

(٣) المصدر السابق (٢/٤٩١).

(٤) المصدر السابق (٣/١٧٤).

(٥) المصدر السابق (٤/٣٢٥).

والكتاب: ما كتب فيه[١]، وتطلق «الكِتْبَةُ» و«الكِتَاب» على المكتوب[٢].

وفي معجم المقاييس: «الكاف والتاء والباء أصل صحيح واحد يدل على جمع شيء إلى شيء، من ذلك «الكِتَاب» و«الكِتابة»، يقال: كتبتُ الكتاب أكتُبُهُ كَتْباً»[٣].

قال المصنف: «والكتاب يذكر بمعنى الأجل، قال تعالى:] : ; > = < ? @ A Z [٤]. أي أجل لا يتقدم ولا يتأخر.

ويذكر بمعنى الكتاب المعروف وهو المكتوب»[٥].

وعليه فيكون الكتاب: مصدر سمي به المكتوب تسمية للمفعول باسم المصدر[٦]، على التوسع الشائع.

الخطاب: قال ابن فارس: «الخاء والطاء والباء، أصلان:

أحدهما: الكلام بين اثنين، يقال: «خاطبه» «يخاطبه» «خطاباً»، و«الخُطبة» من ذلك.

وأما الأصل الآخر فهو اختلاف لونين»[٧].

ويراد به الأول، فهو الكلام بين متكلم وسامع[٨].

---

(١) ينظر: لسان العرب (١٣/ ١٧)، مادة (كتب).

(٢) ينظر: المصباح المنير (ص ٢٧٠)، مادة (كتب)، وينظر أيضاً في ذلك كله: القاموس المحيط (ص ١٦٥) مادة (كتب).

(٣) (ص ٨٨٥).

(٤) الآية رقم ٤ من سورة الحجر.

(٥) بدائع الصنائع (٣/٦٠٧).

(٦) ينظر: الكليات للكفوي (ص ٧٦٦)، والقواعد الكلية أ.د. محمد عثمان شبير (ص ٢٥٥)، وقاعدة «العادة محكمة» للباحسين (ص ٢٠٧)، والممتع في القواعد الفقهية (ص ٣٠٣).

(٧) معجم مقاييس اللغة (ص٣٠٤)، وينظر: لسان العرب (٥/ ٩٨)، ومختار الصحاح (ص١٥٨)، مادة (خطب).

(٨) ينظر: المصباح المنير (ص ٩٢)، ولسان العرب (٥/ ٩٨)، مادة (خطب).

وهو: «اللفظ المتواضع عليه المقصود به إفهام من هو متهيئ لفهمه»[١].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة: أن الكتاب والخط معتبر في الدلالة على ما في النفس كالخطاب الشفوي، فيصار إليه عند الحاجة، ويعمل بالكتاب المكتوب على الوجه المتعارف ويعتبر حجة على من حرره[٢].

أصل القاعدة:

١ – استدل المصنف لهذه القاعدة بقوله: «ألا ترى أن رسول الله ^ كان يبلغ بالخطاب مرة، وبالكتاب أخرى، وبالرسول ثالثاً، وكان التبليغ بالكتاب والرسول كالتبليغ بالخطاب، فدل ذلك على أن الكتابة المرسومة بمنزلة الخطاب»[٣].

ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة بالآتي:

٢ –قوله تعالى:] a b c d e f g h i j k Z [٤].

وجه الدلالة:

قال القرطبي: «في الآية: أنه إذا ورد على إنسان كتاب بالتحية أو نحوها، ينبغي أن يرد الجواب؛ لأن الكتاب من الغائب كالسلام من الحاضر»[٥].

ففي هذه الآية دليل على جواز إرسال الكتب إلى المشركين من الإمام لإبلاغ الدعوة والدعاء إلى الإسلام، وأن الحجة تقوم على من بلغته الدعوة بالكتابة كمن خوطب بها مشافهة.

---

(١) ينظر: الكليات للكفوي (ص ٤١٩)، والأحكام للآمدي (١/ ٩٥).

(٢) ينظر: الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية (ص ٣٠١).

(٣) بدائع الصنائع (٣/ ١٧٤).

(٤) من الآيات رقم ٢٨، ٢٩، ٣٠، ٣١ من سورة النمل.

(٥) تفسير القرطبي (١٣/ ١٩٣).

٣ – قوله ^ : **(إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تتكلم أو تعمل به)**[١].

وجه الدلالة:

أن من همَّ بشيء ولم يتكلم به أو يعمل به، وإنما كان مجرد حديث نفس فإنه لا يؤاخذ بذلك، ولا يبنى على ذلك حكم شرعي، ويفهم من هذا أن من كتب فقد عمل[٢]، ومن عمل شيئاً فإن عمله معتبر ويؤخذ به كأنه تكلم به، والكتاب كالخطاب.

ولكن ذكر المصنف شروطاً يجب توفرها، من أجل أن تعمل هذه القاعدة، وهي:

١ – أن يكون الكتاب مستبيناً، بأن يكون ظاهراً واضحاً.

قال المصنف: «وإن كتب كتابة غير مستبينة، بأن كتب على الماء أو على الهواء فذلك ليس بشيء، حتى لا يقع به الطلاق وإن نوى؛ لأن ما لا تستبين به الحروف لا يسمى كتابة فكان ملحقاً بالعدم»[٣].

٢ – أن يكون الكتاب مرسوماً، أي أن يكون مكتوباً على الوجه المعتاد، في الخط والمخطوط عليه.

قال المصنف: «وإن كتب كتابة مرسومة على طريق الخطاب والرسالة، مثل أن يكتب: أما بعد. يا فلانة فأنت طالق، أو: إذا وصل كتابي إليك فأنت طالق يقع به

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأيمان والنذور، باب: إذا حنث ناسياً في الأيمان (١٦٨/٨) الحديث رقم (٦٦٦٤)، ومسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب: تجاوز الله عن حديث النفس والخواطر بالقلب إذا لم تستقر (٨١/١) الحديث رقم (٣٤٧) واللفظ له.

(٢) ينظر: القواعد النورانية (ص ٢٠٠). قال ابن تيمية: «بل قد نص على أن الطلاق يقع بالقول وبالفعل، واحتج على أنه يقع بالكتاب بقول النبي ^ : (إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تتكلم به أو تعمل به) قال: وإذا كتب فقد عمل» مجموع الفتاوى (٩/٢٩).

(٣) بدائع الصنائع (١٧٣/٣).

الطلاق...؛ لأن الكتابة المرسومة جارية مجرى الخطاب»[١].

٣ – أن يكون الكتاب من الغائب، فلا يقبل الكتاب من الحاضر إلا إذا كان لا يستطيع الكلام، أو مما لا يحتاج إلى القبول من الطرف الثاني، بحيث يكون مما يستقل به الإنسان، وهذا يفهم من لفظ القاعدة ومن كلام المصنف أثناء تطرقه إلى الفروع المبنية على هذه القاعدة[٢].

الفروع على القاعدة:

١ – قال المصنف: «وكما ينعقد النكاح بالعبارة ينعقد بالكتابة؛ لأن الكتاب من الغائب خطابه»[٣].

«فلو أرسل إليها رسولاً، وكتب إليها بذلك كتاباً فقبلت بحضرة شاهدين سمعا كلام الرسول وقراءة الكتاب، جاز ذلك لاتحاد المجلس من حيث المعنى؛ لأن كلام الرسول ككلام المرسِل، لأنه ينقل عبارة المرسل، وكذا الكتاب بمنزلة الخطاب من الكاتب»[٤].

٢ – إذا حلف أن لا يبلغ أحداً أو لا يخبر أحداً، أو لا أذكر أحداً بشيء، أو لا أذكر شيئاً، ثم كتب ذلك فإنه يحنث بالكتابة، لأنها كالخطاب[٥].

٣ – قال المصنف: «التكلم بالطلاق ليس بشرط، فيقع الطلاق بالكتابة المستبينة

---

(١) المصدر السابق (٣/١٧٣)، والمستبينة غير المرسومة هي: أن يكتب مكتوباً على غير ما هو متعارف بين الناس كأن يكون مكتوباً على حائط أو ورق شجر.

(٢) ينظر: المصدر السابق (٣/١٧٣) و(٢/٤٨٨) (٤/٣٢٥)، والممتع في القواعد الفقهية (ص ٣٠٤ – ٣٠٥).

(٣) بدائع الصنائع (٢/٤٨٨).

(٤) المصدر السابق (٢/٤٩٠ – ٤٩١).

(٥) ينظر: المصدر السابق (٣/٨٩).

وبالإشارة المفهومة من الأخرس؛ لأن الكتابة المستبينة تقوم مقام اللفظ »[١].

٤ – قال المصنف: « وكذا التكلم بالظهار ليس بشرط، حتى يصير مظاهراً بالكتابة المستبينة وبالإشارة المعلومة من الأخرس »[٢].

٥ – قال المصنف: « إذا كتب رجل إلى رجل: أما بعد فقد بعت عبدي فلاناً منك بكذا، فبلغه الكتاب، فقال في مجلسه: اشتريت – صح البيع – لأن خطاب الغائب كتابه، فكأنه حضر بنفسه وخاطب بالإيجاب، وقبل الآخر في المجلس »[٣].

٦ – قال المصنف: « وكذا في الإجارة والكتابة يشترط اتحاد المجلس للانعقاد إلا إذا كان عن الغائب قابل أو بالرسالة أو بالكتابة كما في البيع »[٤].

٧ – قال المصنف: « يخرج الوكيل عن الوكالة بالعزل إذا علم بذلك، وإن كان غائباً فكتب إليه الموكل كتاب العزل، فبلغه الكتاب، وعلم بما فيه انعزل؛ لأن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر »[٥].

* * *

(١) المصدر السابق (٣/ ١٦٠، ١٧٣).

(٢) المصدر السابق (٣/ ٣٦٥).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٣٢٥) بتصرف يسير.

(٤) المصدر السابق.

(٥) المصدر السابق (٥/ ٤٣).

المبحث السادس
قواعد في الأحكام التكليفية

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: قاعدة «ما اجتمع الحلال والحرام في شيء إلا وقد غلب الحرامُ الحلالَ».

المطلب الثاني: قاعدة «المباح يملك بالاستيلاء إذا لم يكن مملوكاً لغيره».

المطلب الثالث: قاعدة «اختلاف السبب يوجب اختلاف الحكم».

المطلب الأول

قاعدة: « ما اجتمع الحلال والحرام في شيء إلا وقد غلب الحرامُ الحلالَ » [١]

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٨٥، ٢٨٥، ٤١٨).

وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في قواعد الأحكام (١/ ١٣٦)، والفروق للقرافي (٢/ ٣٠٨ ف١٠٤، ٣/ ٣٧١ ف٢٠٠، ٤/ ٣٦٩ ف٢٥٦)، والأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/ ١٩٨)، والقواعد للمقري (٢/ ٤٤٣ ق٢٠١)، والمجموع المذهب (١/ ٢٦٩)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ١١٧)، والمنثور للزركشي (١/ ٥٠)، والقواعد لابن رجب (ص ٣٦٣ ق ١٥٨)، والقواعد لتقي الدين الحصني (٢/ ٩٠)، وإيضاح المسالك (ص ٢١٩ ق ٣٤)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٠٥)، ولابن نجيم (ص ١٣٤)، وترتيب اللآلي (١/ ٢٩٠)، والمواهب السنية وحاشيتها الفوائد الجنية (ص ٣٣١)، ومجلة الأحكام العدلية م٤٦، وشرح المجلة لسليم رستم (١/ ٣٨ م٤٦)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٥٢م٤٦)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٢٤٣)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ٩٩٦ – ٩٩٧ – ٨١/ ٢٦ – ٢٧)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ١٧١، ١٧٧)، وجمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية للندوي أيضاً (١/ ٥١٤)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (ص ٢٦٦)، وموسوعة القواعد الفقهية له أيضاً (١/ ٤٢١)، والقواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه (ص ١٢٢)، والوجيز في شرح القواعد الفقهية د. عبدالكريم زيدان (ص ١٧١)، والقواعد الكلية والضوابط الفقهية د. محمد عثمان شبير (ص ٣٢٥)، وقواعد المصلحة والمفسدة عند شهاب الدين القرافي من خلال كتابه الفروق (ص ٢١٦)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ١٣٢)، وقواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف (ص ٢٧٤)، والقواعد والضوابط الفقهية في كتاب الأم (ص ١٩٨)، والقواعد الفقهية الخمس الكبرى والقواعد المندرجة تحتها من مجموع فتاوى ابن تيمية د. إسماعيل علوان (ص ٣٨٤)، والقواعد الفقهية من خلال كتاب المغني لابن قدامة د. الإدريسي (ص ٤٧٨)، والقواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين للجزائري (ص ٤٠٠).

ولفظ القاعدة حديث أورده جماعة، قال العراقي: لا أصل له. وقال ابن السبكي في الأشباه والنظائر (١/ ١١٧) نقلاً عن البيهقي: هو حديث رواه جابر الجعفي – رجل ضعيف – عن الشعبي عن ابن مسعود وهو منقطع، قال ابن نجيم في الأشباه والنظائر (ص ١٣٤): « أخرجه عبدالرزاق موقوفاً على ابن مسعود رضي الله عنه، وذكره الزيلعي شارح « الكنز » في كتاب الصيد مرفوعاً ». وينظر في ذلك:

=

معاني مفردات القاعدة:

الحلال لغة: قال ابن فارس: «الحاء واللام فروع كثيرة ومسائل، وأصلها كلها عندي فتح الشيء، لا يشذّ عنه شيء، تقول: «حَلَلْتُ» العقدة «أحلُّها حَلاًّ» إذا فتحتها[(١)].

ومنه «حَلَّ» الشيء «يَحِلُّ» بالكسر «حِلاًّ» خلاف حرم فهو «حَلالٌ» و«حَلٌّ» أيضاً وَصْفٌ بالمصدر ويتعدى بالهمزة والتضعيف فيقال: «أحْلَلْتُهُ» و«حَلَلْتُهُ»[(٢)].

اصطلاحاً: هو المطلق بالإذن من جهة الشرع[(٣)].

فهو بهذا التعريف يعد أعم من المباح حيث إنه يشمل ما عدا الحرام، من المباح، والمندوب، والواجب، والمكروه مطلقاً عند الجمهور وتنزيهاً عند الحنفية، من حيث جواز الإتيان به وعدم امتناعه شرعاً، ولهذا فقد يكون الشيء حلالاً ومكروهاً في آن واحد، كالطلاق مثلاً، وعليه فكل مباح حلال ولا عكس[(٤)].

الحرام لغة: قال ابن فارس: «الحاء والراء والميم أصل واحد وهو المنع[(٥)]، والتشديد، فالحرام: ضد الحلال، قال تعالى:] P O N M L K

= المقاصد الحسنة (ص ٥٧٤ ح ٩٤)، وكشف الخفاء (٢/ ٢١٠ رقم ٢١٨٦). أما المصنف فقد ذكره موقوفاً على ابن مسعود رضي الله عنه، بدائع الصنائع (٤/ ١٨٥، ٤١٨)، وأخرجه عبدالرزاق موقوفاً على ابن مسعود في كتاب الطلاق، باب الرجل يزني بأم امرأته وابنتها وأختها، المصنف (٧/ ١٩٨ – ١٩٩، ح رقم ١٢٧٦١)، وكذا البيهقي في كتاب النكاح، باب الزنا لا يحرم الحلال، السنن الكبرى (٧/ ٢٧٥)، ح رقم ١٣٩٦٩.

(١) معجم مقاييس اللغة (ص ٢٢٨)، مادة (حل).

(٢) المصباح المنير (ص ٧٩)،مادة (ح ل ل).

(٣) الكليات للكفوي (ص ٤٠٠).

(٤) ينظر: المستصفى (١/ ٧٤)، ومسلم الثبوت (١/ ١٠٣).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٣/ ٢٦٥) فقد عرفه بذلك.

Q Z [١]، وحريم البئر: وهو ما حولها، يحرم على غير صاحبها أن يحفر فيه، وتقول: أحرم الرجل بالحج؛ لأنه يحرم عليه ما كان حلالاً من الصيد والنساء وغير ذلك »[٢].

اصطلاحاً: ما يذم شرعاً فاعله[٣].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أنه إذا اجتمع في مسألة ما من المسائل وجهان: أحدهما يقتضي التحريم، والآخر يقتضي الحل، فإنه يرجح جانب التحريم على جانب الحل؛ لأن في ذلك عملاً بالاحتياط، ودرء للمفسدة المترتبة على ارتكاب المحرم.

وتعتبر هذه القاعدة من المرجحات عند التعارض، فإذا تعارض دليلان أحدهما يقتضي التحريم، والآخر يقتضي الحل قُدِّم دليل التحريم[٤]؛ لأن الشرع حريص على اجتناب المنهيات أكثر من حرصه على الإتيان بالمأمورات، لكنه قيد ذلك بما إذا كان الحرام هو الغالب، أما إذا كان الحلال هو الأغلب فإنه يغلب جانب الحِل.

قال المصنف: « وروي عن أبي حنيفة – رضي الله عنه – أنه قال: كل شيء أفسده الحرام والغالب عليه الحلال فلا بأس ببيعه »[٥].

---

(١) الآية رقم ٩٥ من سورة الأنبياء.

(٢) معجم مقاييس اللغة (ص ٢٣٨)، مادة (حرم).

(٣) ينظر: الإبهاج في شرح المنهاج (١/ ٥٨)، والأحكام للآمدي (١/ ١١٣)، والمستصفى (١/ ٧٦)، والمحصول (١/ ١٠١).

(٤) ينظر: البحر المحيط (٦/ ١٧٠)، وأصول السرخسي (٢/ ٢٠)، والأحكام للآمدي (٤/ ٢٥٠)، والمستصفى (٢/ ٣٩٨)، وشرح مختصر الروضة (٣/ ٧٢٩)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٠٦)، ولابن نجيم (ص ١٤٤)، والمنثور (ص ٥٠).

(٥) بدائع الصنائع (٤/ ٣٣٦).

وهو ما ذكره العز بن عبدالسلام بقوله: «وإذا كانت المصلحة أعظم من المفسدة حصلنا المصلحة مع التزام المفسدة»[١].

واختلف في مجال إعمال القاعدة: فعند الحنفية العمل بالقاعدة عند تعارض الحلال والحرام، سواء كان الحلال واجباً أو مباحاً[٢]، ووافقهم المالكية في ذلك[٣]، وأما الحنابلة فقالوا: ترك الحرام أولى من فعل المندوب[٤]، أما عند الشافعية فقد خصصوا القاعدة بالحلال المباح دون الحلال الواجب[٥].

أصل القاعدة:

١ – قال المصنف: «والأصل في ذلك: ما روي عن رسول الله ^ أنه قال لوابصة[٦] ابن معبد – رضي الله عنه -: **(الحلال بيِّن والحرام بيِّن، وبينهما أمور مشتبهات، فدع ما يريبك إلى ما لا يريبك)**»[٧].

---

(١) قواعد الأحكام (١/ ١٣٦)، وينظر: المجموع المذهب (١/ ١٣٠).

(٢) قال الحموي: «إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام، يعني سواء كان الحلال مباحاً أو واجباً وخص الشافعية الحلال بالحلال المباح» غمز عيون البصائر (١/ ٣٣٥).

(٣) قال القرافي: «فإن اختلفوا هل هو حرام أو واجب فالعقاب متوقع على كل تقدير فلا ورع إلا أن نقول: إن المحرم إذا عارضه الواجب قُدِّم على الواجب؛ لأن رعاية درء المفاسد أولى من رعاية حصول المصالح، وهو الأنظر فيقدم المحرم» الفروق (٤/ ٣٦٩ ف ٢٥٦).

(٤) المغني (١/ ٤٣١).

(٥) قال الزركشي: «قول الأصوليين: إذا اختلط الحلال بالحرام وجب اجتناب الحلال موضعه في الحلال المباح، أما إذا اختلط الواجب بالمحرم روعي مصلحة الواجب» الدر المنثور (١/ ٥٥).

(٦) هو وابصة بن معبد بن عتبة بن الحارث بن مالك بن الحارث أبو سالم، ويقال له: أبو الشعثاء، ويقال: أبو سعيد الأسدي، أسد خزيمة، وفد على النبي ^ سنة تسع ثم رجع إلى بلاد قومه، ثم نزل الجزيرة، عاش حتى قرب سنه تسعين. ينظر: الطبقات الكبرى (٧/ ٤٧٦)، والتاريخ الكبير للبخاري (٨/ ٢٦٤٧)، والجرح والتعديل (٩/ ٤٧)، والاستيعاب (٤/ ١٥٦٣).

(٧) ينظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٦٦)، (٣/ ٣٦٠)، (٤/ ١٨٦، ٤٢٦، ٤٦٥) ذكره المصنف بهذا اللفظ في =

وجه الدلالة:

أن النبي ^ أرشد إلى ترك المشتبه به، الذي اجتمع فيه الحلال والحرام وذلك تغليباً للحرام.

ويمكن أن يستدل للقاعدة بالآتي:

٢ – عن عدي[١] بن حاتم – رضي الله عنه – قال: سألت رسول الله ^ فقلت: إنا قوم نصيد بهذه الكلاب، فقال: **(إذا أرسلت كلابك المعلَّمة وذكرت اسم الله عليها فكل مما أمسكن عليك، وإن قتلن، إلا أن يأكل الكلب، فإن أكل فلا تأكل، فإني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه، وإن خالطها كلاب من غيرها فلا تأكل)**[٢].

وجه الدلالة من الحديث:

أن قوله ^ : **(وإن خالطها كلاب من غيرها فلا تأكل)** فيه تصريح بأنه لا

= هذه المواضع كلها عن وابصة بن معبد رضي الله عنه، ولم أجده عن وابصة بهذا اللفظ في كتب المتون التي اطلعت عليها، فلعله جمع بين حديثين ليفسر بالثاني الأول، والحديثان: أحدهما تقدم قريباً، والآخر هو قوله ^ : (دع ما يريبك إلى ما لا يريبك). وهذا الحديث أخرجه الترمذي (٤/٦٦٨)، رقم (٢٥١٨) وقال: هذا حديث حسن صحيح. والنسائي في سننه، الحث على ترك الشبهات (٨/٣٢٧)، الحديث رقم (٥٧١١)، وقال عنه الألباني: « صحيح ». والبيهقي في سننه، باب: كراهية مبايعة من أكثر ماله من الربا أو ثمن الحرام (٥/٣٣٥)، الحديث رقم (١٠٦٠١)، والحاكم (٢/١٥) الحديث رقم (٢١٦٩) وصححه ووافقه الذهبي.

(١) هو عدي بن حاتم بن عبدالله بن سعد الطائي، أبو طريف، صحابي شهير أسلم سنة تسع، وقيل سنة عشر، وكان نصرانياً قبل ذلك، وثبت على إسلامه في الردة، حضر فتوح العراق وشهد صفين مع علي رضي الله عنه، ومات سنة ٦٧ وقيل ٦٨هـ، وله مائة وعشرون سنة. ينظر: الإصابة (٤/٤٦٩)، وأسد الغابة (٣/٥٠٥)، الاستيعاب (٣/١٠٥٧)، وتاريخ دمشق لابن عساكر (٤٠/٦٦)، وشذرات الذهب (١/٧٤).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الذبائح والصيد، باب إذا أكل الكلب (٧/١١٣) الحديث رقم (٥٤٨٣)، ومسلم في كتاب الصيد والذبائح، باب: الصيد بالكلاب المعلمة (٦/٥٦) الحديث رقم (٥٠٨٢) واللفظ له.

يحل أكل ما شكَّ في حلِّه، وهو الصيد الذي اشترك في إمساكه الكلاب المعلَّمة وغير المعلَّمة، فهذا اجتمع فيه الوجه المبيح والمحرم، ولم يتميز أحدهما من الآخر، ولهذا نهى رسول الله ﷺ عن أكله تغليباً لجانب التحريم(١).

٣ – قول عثمان – رضي الله عنه – لما سئل عن الجمع بين الأختين بملك اليمين، فقال: «أحلتهما آية(٢)، وحرمتهما آية(٣)، والتحريم أحب إلينا»(٤).

وجه الدلالة:

أن ذلك إشارة منه إلى تعارض دليلي الحل والحرمة، فلا نثبت الحرمة مع التعارض، فدل ذلك على أن «الأخذ بالمحرم أولى عند التعارض، احتياطاً للحرمة؛ لأنه يلحقه المأثم بارتكاب المحرم ولا مأثم في ترك المباح»(٥).

٤ – قوله تعالى:] ´ µ ¶ ¸ ﴿ قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا Z (٦).

وجه الدلالة:

أن الله سبحانه وتعالى حرم الخمر والميسر حين غلبت المفسدة على ما فيهما من المنافع، إذ لا نسبة بين ما فيها من المنفعة مع ما يترتب عليهما من المفاسد الظاهرة(٧).

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٧٧، ١٨٦)، وشرح النووي لصحيح مسلم (١٣/ ٦٤)، فتح الباري (٩/ ٧٥١).

(٢) قال المصنف: وهي قوله تعالى:] إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا © أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ Z سورة المعارج، الآية: ٣٠.

(٣) قال المصنف: وهي قوله تعالى:] | { ~ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ Z سورة النساء، من الآية: ٢٣.

(٤) أخرجه البيهقي في سننه، كتاب النكاح، باب ما جاء في تحريم الجمع بين الأختين (٧/ ١٦٣ – ١٦٤)، والدارقطني في سننه، كتاب النكاح (ح ٣٦٨٣ – ٣٦٨٥ – ٣٦٨٦)، (٣/ ١٩٦).

(٥) بدائع الصنائع (٥/ ٥٤٢).

(٦) من الآية رقم ٢١٩ من سورة البقرة.

(٧) ينظر: المجموع المذهب (١/ ١٢٩) بتصرف يسير. وينظر: قواعد الأحكام (١/ ١٣٦).

٥ – عن أبي هريرة – رضي الله عنه – عن النبي ^ قال: **(دعوني ما تركتكم، فإنما أهلَكَ مَنْ كان قبلكم كثرة سؤالهم، واختلافهم على أنبيائهم، فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم)** [(١)].

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ^ أمر باجتناب جميع المحرمات بلا استثناء، فإذا اختلط حرام بحلال، وَجَبَ تَرْك الجميع تغليباً للحرام على الحلال، امتثالاً للحديث.

قال ابن رجب: « يؤخذ منه أن النهي أشد من الأمر؛ لأن النهي لم يرخص في ارتكاب شيء منه، والأمر قيد بحسب الاستطاعة، وروي هذا عن الإمام أحمد » [(٢)].

٦ – حديث النعمان بن بشير[(٣)] – رضي الله عنه – قال: سمعت رسول الله ^ يقول: **(إن الحلال بيِّنٌ وإن الحرام بيِّن، وبينهما مشتبهات لا يعلمهنَّ كثيرٌ من الناس، فمن اتَّقى الشُّبهات استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام، كالراعي يرعى حول الحمى، يوشك أن يرتع فيه، ألا وإن لكل مَلِكٍ**

---

(١) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب الاقتداء بسنن رسول الله ^ (٩/١١٧) الحديث رقم (٧٢٨٨) واللفظ له. ومسلم، كتاب الحج باب: فرض الحج مرة في العمر (٤/١٠٢) الحديث رقم (٣٣٢)، وكتاب الفضائل، باب: توقيره ^ (٧/٩١) الحديث رقم (٦٢٦٤).

(٢) جامع العلوم والحكم (ص ١١٨).

(٣) هو النعمان بن بشير بن سعد بن ثعلبة بن خلاس الأنصاري الخزرجي، ولد في ربيع الآخر على رأس أربعة عشر شهراً من مقدِم رسول الله ^ المدينة، وكان أول مولود ولد للأنصار بعد الهجرة، وكان – رضي الله عنه – أميراً على الكوفة لمعاوية سبعة أشهر، ثم كان أميراً على حمص لمعاوية ثم ليزيد، فلما مات يزيد صار من أتباع ابن الزبير، فخافه أهل حمص فأخرجوه منها، واتبعوه وقتلوه، وذلك سنة ٦٥هـ. ينظر: أسد الغابة (٤/٥٥٠)، الإصابة (٦/٤٤٠)، وطبقات ابن سعد (٦/٥٣)، والاستيعاب لابن عبدالبر (٣/٥٥١)، وتاريخ دمشق لابن عساكر (٢٦/١٦٠)، وسير أعلام النبلاء (٣/٤١١)، والبداية والنهاية (٨/٢٤٧)، والأعلام (٨/٣٦).

حِمَى، ألا وإن حمى الله محارمه، ألا وإن في الجسد مضغة إذا صَلُحت صَلُحَ الجسد كله، وإذا فسدت فسد الجسد كله ألا وهي القلب) [١].

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ^ بيَّن أن الأشياء ثلاثة أقسام: حلال بيِّن وواضح لا يخفى حِلّه، وحرام بيِّن واضح الحرمة، وبين الأمرين أمور مشتبهة تشتبه على كثير من الناس، هل هي من الحلال أم من الحرام[٢]. ثم أرشد ^ إلى تجنُّبها استبراء للدين، وصيانة للعرض، فإذا تردد الشيء بين الحِلِّ والحرمة، كان الأولى والأحوط ألا يقربه حتى لايؤدي ذلك إلى الوقوع في المعصية، إذ الوقوع في الشبهات يقود إلى الحرام[٣].

الفروع المبنية على القاعدة:

١ – قال المصنف: «إذا طلق الرجل امرأة بعينها من نسائه ثلاثاً، ثم نسي المطلقة، فلا يحل له أن يطأ واحدة منهن حتى يعلم التي طلق فيجتنبها؛ لأن إحداهن محرمة بيقين، وكل واحدة منهما يحتمل أن تكون هي المحرمة، فلو وطئ واحدة منهما وهو لا يعلم بالحرمة فربما وطئ المحرمة»[٤].

٢ – قال المصنف: «لو أن رجلين رمى كل واحد منهما صيداً – واحداً – بسهم، ... فوقذه سهم الأول وأخرجه عن الامتناع، ثم أصابه سهم الثاني فهذا على وجوه:

إن مات من الأول أكل، وعلى الثاني ضمان ما نقصته جراحته؛ لأن السهم

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان، باب فضل من استبرأ لدينه (١/ ٢٠) الحديث رقم (٥٢)، ومسلم في كتاب المساقاة، باب أخذ الحلال وترك الشبهات (٥/ ٥٠) الحديث رقم (٤١٧٨) واللفظ له.

(٢) ينظر: جامع العلوم والحكم (ص ٨٦).

(٣) ينظر: شرح النووي لصحيح مسلم (١١/ ٢٤)، وفتح الباري (١/ ١٦٩).

(٤) بدائع الصنائع (٣/ ٣٦٠).

الأول وقع به وهو صيد، فإذا قتله حل، وقد ملكه الأول بالإصابة، فالجراحة الثانية نقص في ملك الأول فيضمها الثاني، وإن مات من الجراحة الثانية لم يؤكل؛ لأن الثاني رمى إليه وهو غير ممتنع فصار كالرمي إلى الشاة... وإن مات من الجراحتين لم يؤكل؛ لأن أحد الرميين حاظر والآخر مبيح فالحكم للحاظر احتياطاً»[١].

٣ – قال المصنف: «وإن سمع - الصائد – حساً، ولكنه لا يعلم أنه حس صيد أو غيره، فأرسل فأصاب صيداً لم يؤكل؛ لأنه إذا لم يعلم استوى الحظر والإباحة، فكان الحكم للحظر احتياطاً»[٢].

٤ – قال المصنف: «إذا رمى صيداً وهو يطير فأصابه، فسقط على جبل ثم سقط منه على الأرض فمات، فلا يؤكل...، لأنه يحتمل أنه مات من الرمي، ويحتمل أنه مات بسقوطه من الجبل»[٣].

ثم قال: «وكذلك لو كان على جبل فأصابه فسقط منه شيء على الجبل ثم سقط على الأرض فمات، أو كان على سطح فأصابه فهوى فأصاب حائط السطح ثم سقط على الأرض فمات، أو كان على نخلة، أو شجرة فسقط منها على جذع النخلة، أو ندَّ من الشجرة ثم سقط على الأرض فمات، أو وقع على رمح مركوز في الأرض وفيه سنان فوقع على السنان ثم وقع على الأرض فمات، أو أصاب سهمه صيداً فوقع في الماء فمات فيه لا يحل؛ لأنه يحتمل أنه مات بالرمي، ويحتمل أنه مات بهذه الأسباب الموجودة بعده»[٤].

---

(١) المصدر السابق (٤/ ١٨٢ – ١٨٣).

(٢) المصدر السابق (٤/ ١٨٤).

(٣) المصدر السابق (٤/ ١٨٦).

(٤) المصدر السابق.

٥ – قال المصنف: « إذا اجتمع على الصيد مُعلَّم وغير معلَّم أو مسمى عليه وغير مسمى، فإنه لا يؤكل؛ لاجتماع سببي الحظر والإباحة ولم يعلم أيهما قتله »[١].

٦ - ثم قال: وكذلك « لو أرسل مسلم كلبه فاتبع الكلب كلب آخر غير معلَّم لكنه لم يرسله أحد ولم يزجره بعد انبعاثه، أو سبع من السباع أو ذو مخلب من الطير مما يجوز أن يعلم فيصاد به، فرد الصيد عليه ونهشه، أو فعل ما يكون معونة للكلب المرسل، فأخذه الكلب المرسل وقتله، لا يؤكل؛ لأن رد الكلب ونهشه مشاركة في الصيد فأشبه مشاركة المعلَّم وغير المعلم، والمسمى عليه وغير المسمى عليه »[٢].

* * *

(١) المصدر السابق (٤/ ١٨٧).

(٢) المصدر السابق.

المطلب الثاني
قاعدة: «المباح يملك بالاستيلاء إذا لم يكن مملوكاً للغير»

أوردها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: «سبب ثبوت الملك في المباحات الأخذ والاستيلاء»[٢].

ولفظ: «لا يملك المباح إلا بالاستيلاء»[٣].

ولفظ: «الملك في المباح إنما يثبت بالاستيلاء عليه»[٤].

شرح مفردات القاعدة:

المباح لغة: اسم مفعول من «بوح».

قال ابن فارس: «الباء والواو والحاء أصل واحد، وهو سعة الشيء وبروزه

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٤).

وينظر أحكام هذه القاعدة في: قواعد الأحكام (٢/ ١٧١)، ومجموع فتاوى ابن تيمية (١٧/ ٤٩١)، والقواعد النورانية (ص ٤٤١)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (٢/ ٢٣٢، ٢٩٩)، والمنثور للزركشي (١/ ١٥، ٣/ ٣١٦)، وزاد المعاد (٢/ ٢٤٧)، والقواعد للحصني (٢/ ٩٨)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٣٢٥)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٣١٩، ٣٤١، ٣٨٢)، وغمز عيون البصائر (٣/ ٢٢٤، ٣١٨، ٣٤٣)، والقواعد الفقهية من خلال كتاب المغني لابن قدامة، د. عبدالواحد الإدريسي (ص ٤٠٨)، وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب (البهجة شرح التحفة) الصادق الغرياني (ص ٢٤٠ ق ١٤٥)، والقواعد والأصول الجامعة للسعدي تعليق ابن عثيمين (ص ١٢٧)، والكتاب نفسه تحقيق: أ.د. خالد المشيقح (ص ٧٥)، وتيسر اللطيف المنان في خلاصة تفسير القرآن للسعدي (ص ١٦٧)، وشرح القواعد السعدية للشيخ عبدالمحسن الزامل (ص ١٧٨)، والقواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام، د. إبراهيم الحريري (ص ١٧٠)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٩/ ٤١٤).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٨٤).

(٣) المصدر السابق (٥/ ٢٨٢).

(٤) المصدر السابق (٥/ ٢٨٢)

وظهوره، فالبوح جمع «باحة» وهي عَرْصَةُ الدار».

ومن هذا الباب «إباحة الشيء، وذلك أنه ليس بمحظور عليه، فأمره واسع غير مضيق»[١].

تقول: «باح» الشيء «بَوْحاً» و«إباحة» من باب «قال» فهو يتعدى بالحرف فتقول: باح به صاحبه، وبالهمزة فيقال: «أباحه» ومنه: أباح الرجل ماله، إذا أذن في الأخذ والترك وجعله مطلق الطرفين[٢].

فالمباح لغة: اسم مفعول مشتق من الإباحة وهو يطلق على الإظهار والإعلان، ويطلق ويراد به الإطلاق والإذن.

اصطلاحاً: ما أذن الله سبحانه في فعله وتركه، غير مقترن بذم فاعله وتاركه ولا مدحه[٣].

ما ليس له مالك محترم ولا هو من الاختصاصات[٤].

والمراد به هنا: «ما بقي على خلقته ولم يملكه مالك»[٥].

الملك لغة: من «مَلَكَ» «يَمْلُكُ» «مَلْكاً»، قال ابن فارس: الميم واللام والكاف أصل صحيح يدل على قوة في الشيء وصحّة، يقال: أملك عجينه: قوى عجنه وشده، وملّكت الشيء: قوّيته، وهذا هو الأصل.

ثم قيل: «مَلَك» الإنسان الشيء «يَمْلكه» «مَلْكاً»، والاسم «المُلْك» لأن

---

(١) معجم مقاييس اللغة (ص ٩٤٣) مادة (بوح).

(٢) ينظر: المصباح المنير (ص ٣٩)، والقاموس المحيط (ص ٢٧٤)، كلها مادة (بوح).

(٣) ينظر: روضة الناظر بتحقيق أ.د. النملة (١/ ١٩٤)، وينظر تعريف المباح: المستصفى (١/ ٦٦)، والإحكام للآمدي (١/ ١٢٣).

(٤) القواعد والأصول الجامعة (١٢٧).

(٥) موسوعة القواعد الفقهية (٩/ ٤١٤).

يده فيه قوية صحيحة[١]، والفاعل «مالِك» والجمع «مُلاَّك»، والشيء «مملوك»[٢].

اصطلاحاً، قيل: القدرة على التصرفات التي لا تتعلق بها تبعة ولا غرامة دنيا ولا آخرة[٣].

والمصنف رد هذا التعريف وقال: «ممنوع أن الملك هو القدرة على التصرف، بل هو اختصاص المالك بالمملوك»[٤].

وعرفه بقوله: «هو الاختصاص بالمحل في حق التصرف»[٥].

وقوله: «الاختصاص بالمملوك انتفاعاً وتصرفاً»[٦].

فقوله: «الاختصاص» يفيد أن المملوك لا يملك، كما أن المكسور لا يكسر؛ لأن اجتماع الملكين في محل واحد محال.

الاستيلاء لغة: استفعال من «ولي» قال ابن فارس: «الواو واللام والياء أصل صحيح يدل على قرب – ودنو – يقال: تباعد بعد «وَلي» أي: قرب»[٧]، وجلست مما «يليه» أي: يقاربه، و«وَليتُ» الأمر «أليهِ» «وِلايةً» «تولَّيتُهُ» و«وَليتُ» البلد وعليه و«وليتُ» على الصبي والمرأة، فالفاعل «والٍ» والجمع «وُلاةٌ» والصبي والمرأة «مَوْلي» عليه و«الولاية» بالفتح والكسر: النصرة»[٨].

---

(١) ينظر: معجم مقاييس اللغة (ص ٩٦٠) (ملك).

(٢) ينظر: المصباح المنير (ص ٢٩٨) (م ل ك).

(٣) ينظر: المنثور (٢/ ٣١٠).

(٤) بدائع الصنائع (٤/ ٢٦٩).

(٥) بدائع الصنائع (٦/ ١٠٨).

(٦) المصدر السابق (٣/ ٤٥٣).

(٧) معجم مقاييس اللغة (١٠٦٤) مادة (ولي).

(٨) ينظر: المصباح المنير (ص ٣٤٦) مادة (و ل ي).

اصطلاحاً: الغلبة على الشيء والتمكن منه[١].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

إن من تمكن من شيء وغلب عليه، فإنه يملكه ويكون له حق التصرف فيه، إذا كان هذا الشيء مما بقي على أصل خلقته ولم يملكه أحد؛ لأن المملوك لا يملك، كما أن المكسور لا يكسر، والخالي عن الملك هو المباح، والمثبت للملك في المال المباح الاستيلاء لا غير[٢].

أصل القاعدة:

١ – استدل المصنف لهذه القاعدة بقوله: «لقوله عليه الصلاة والسلام: **(المباح لمن سبق إليه)**»[٣].

وجه الدلالة من الحديث واضح وهو أن من سبق إلى ما لم يملك فإنه أحق به، وله حق التصرف فيه.

٢ – استدل المصنف أيضاً بقول النبي ^ : **(مِنى مباح لمن سبق)**[٤].

---

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٣٨٢).

(٣) هذا الحديث ذكره المصنف بلفظه المذكور أعلاه في كتابه بدائع الصنائع (٥/٤٥٥)، وفي (٥/٢٩٢)، وكذلك في (٦/١١٧)، والحديث بهذا اللفظ لم أجده فيما اطلعت عليه من كتب المتون وشروحها، ولكن الحديث له ما يعضد معناه كقوله ^ : (منى مناخ لمن سبق) وقوله ^ : (من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به). وقوله ^ : (من أحيا أرضاً ميتة فهي له).

(٤) لم أجده بهذا اللفظ (مباح) وإنما وجدته بلفظ (مناخ)، أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الحج عن رسول الله ^ ، باب: ما جاء أن مِنى مناخ من سبق (٣/٢٢٨) الحديث رقم (٨٨١)، قال الترمذي: حديث حسن صحيح. وابن ماجه في سننه، كتاب المناسك، باب النزول بمنى (٢/١٠٠٠) الحديث رقم (٣٠٠٦). وأخرجه الإمام أحمد في المسند. ينظر: (٤٢/٣٤٩، ٤٧١) ح (٢٥٥٤١) وح (٢٥٧١٨)، والبيهقي في السنن الكبرى (٥/١٣٩)، وصححه الحاكم في المستدرك (١/٤٦٦) الحديث رقم (١٧١٤)، ووافقه الذهبي على ذلك.

وجه الدلالة من الحديث:

أن السبق من أسباب الترجيح في الجملة، فمن سبقت يده إلى شيء مما ليس له مالك محترم ولا هو من الاختصاصات فإنه أحق به من غيره[١].

قال ابن تيمية: «ولهذا كانت مِنى وغيرها من المشاعر، من سبق إلى مكان فيها فهو أحق به حتى ينتقل عنه... كمنافع السوق والمساجد والطرقات التي يحتاج إليها المسلمون، فمن سبق إلى شيء منها فهو أحق به»[٢].

٣ – قال المصنف: لقوله ^ : **(الصيد لمن أخذه)** [٣].

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ^ جعل الأخذ من أسباب ثبوت الملك، والآخذ هو المستولي، فمن استولى على مال مباح غير مملوك لأحد فإنه يملكه، وهذا ما يفيده لفظ القاعدة.

ويمكن أن يستدل للقاعدة بالآتي:

٤ – قوله تعالى:] **يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا قِيلَ لَكُمۡ تَفَسَّحُواْ فِي ٱلۡمَجَٰلِسِ فَٱفۡسَحُواْ يَفۡسَحِ ٱللَّهُ لَكُمۡ** Z[٤].

وجه الدلالة:

أن من سبق إلى مكان فهو أحق به من غيره، ولا يجوز لأحد أن يقيمه منه،

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥/٢٨٥).

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية (١٧/٤٩٠، ٤٩١).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٢/٤٤٤، ٤٤٥)، (٥/٣٨٢، ٣٨٣)، ذكره المصنف بهذا اللفظ في هذه المواضع، قال عنه ابن حجر في الدراية: لم أجد له أصلاً. الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/٢٥٥)، وقال عنه الزيلعي: «غريب». نصب الراية (٤/٣١٨)، والمصنف لم يعزه إلى أحد.

(٤) من الآية رقم ١١ من سورة المجادلة. وتفسحوا: أي توسعوا، ومنه قولهم: بلد فسيح، تفسير القرطبي (٢٠/٣١٧).

ولكنه مأمور بأن يوسع لأخيه ما لم يتأذَّ بذلك.

قال القرطبي: «الصحيح في الآية أنها عامة في كل مجلس اجتمع المسلمون فيه للخير والأجر... فإن كل واحد أحق بمكانه الذي سبق إليه، ولكن يوسع لأخيه ما لم يتأذَّ بذلك، فيخرجه الضيق عن موضعه»[١].

٥ – قوله ^ : **(من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به)** [٢].

وهذا الحديث نص في المسألة، ووجه الدلالة منه واضح وهو: أن الأصل في المباحات أن من سبق إليها فهو أحق بها؛ لأنها مباحة في الأصل ولا يملكها أحد[٣].

٦ – الإجماع: فقد ورد الإجماع على بعض الأشياء المباحة أنها تملك بالاستيلاء عليها، قال المصنف: «الماء وإن كان مباحاً في الأصل، فإن المباح يملك بالاستيلاء إذا لم يكن مملوكاً لغيره، كما إذا استولى على الحطب والحشيش والصيد، فمن استولى على الماء فإنه يجوز له بيعه كما يجوز بيع هذه الأشياء، وكذا السقاؤون يبيعون المياه المحروزة في الظروف، به جرت العادة في الأمصار، وفي سائر الأعصار، من غير نكير، فلم يحل لأحد أن يأخذ منه فيشرب من غير إذن مالكه»[٤].

قال السعدي[٥]: «ومن أحكامه الكلية – أي: القرآن - أن من سبق إلى مباح

---

(١) تفسير القرطبي (٢٠/٣١٧).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه: كتاب الخراج، باب إقطاع الأرضين (٣/١٤٢) الحديث رقم (٣٠٧٢)، والبيهقي في الكبرى: كتاب إحياء الموات، باب من أحيا أرضاً ميتة ليست لأحد ولا في حق أحد فهي له (٦/١٤١)، الحديث رقم (١١٥٥٩) و(١٠/١٣٩). قال الألباني في إرواء الغليل (٦/٩) عن إسناده: «وهذا إسناد ضعيف مظلم».

(٣) ينظر: شرح القواعد السعدية للشيخ عبدالمحسن الزامل (ص ١٧٨).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٥/٢٧٤).

(٥) عبدالرحمن بن ناصر السعدي، ولد بعنيزة سنة ١٣٠٧هـ كان من كبار فقهاء الحنابلة في وقته، علامةً فقيهاً أصولياً بارعاً، جليل القدر محققاً، كريم الخلق زاهداً ورعاً، وقد صنف كتباً في الفقه والأصول

=

فهو أحق به »[١].

الفروع المبنية على القاعدة:

١ – قال المصنف: « الماء الذي يكون في الحياض والآبار والعيون ليس مملوكاً لأحد، بل هو مباح في نفسه، سواء كان في أرض مباحة أو مملوكة... إلا أنه إذا جعله في إناء وأحرزه، فقد استولى عليه وهو غير مملوك لأحد فيصير مملوكاً للمستولي، كما في سائر المباحات الغير المملوكة، إلا أنه إذا كان في أرض مملوكة فلصاحبها أن يمنعهم من الدخول في أرضه، إذا لم يضطروا إليه، بأن وجدوا غيره »[٢].

٢ – قال المصنف: « الكلأ الذي ينبت في أرض مملوكة مباح غير مملوك، إلا إذا قطعه صاحب الأرض وأحرزه؛ لأنه استولى على مال مباح غير مملوك فيملكه »[٣].

ثم قال: « ولو أراد أحد أن يدخل ملكه لاحتشاش الكلأ، فإذا كان يجده في موضع آخر له أن يمنعه من الدخول، وإن كان لا يجده فيقال لصاحب الأرض: إما أن تأذن له بالدخول وإما أن تحش بنفسك فتدفعه إليه، كالماء الذي في الآبار والعيون والحياض التي في الأراضي المملوكة »[٤].

= والقواعد والتفسير، وجلس للتدريس وعمره ثلاث وعشرون سنة، وكان يُعلم ويتعلم، وفي سنة ١٣٥٠هـ انتهت إليه رئاسة العلم في القصيم، واشتهر أمره، وارتفع قدره، **من مؤلفاته**: تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، ومنهج السالكين وتوضيح الفقه في الدين، والفروق والتقاسيم البديعة النافعة، ومنظومة في القواعد الفقهية، **توفي** سنة ١٣٧٦هـ.

انظر ترجمته في: الأعلام للزركلي (٣/ ٣٤٠). ومشاهير علماء نجد لآل الشيخ (ص/ ٣٩٢)، وعلماء نجد لابن بسام (٣/ ٢١٨)، وروضة الناظرين للقاضي (١/ ٢٢٠).

(١) تفسير اللطيف المنان في خلاصة تفسير القرآن (ص ١٦٧).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٤ – ٢٧٥).

(٣) المصدر السابق (٥/ ٢٨١).

(٤) المصدر السابق.

٣ – قال المصنف: «وكذلك المروج المملوكة في حكم الكلأ»[١]. أي أن الكلأ الموجود في المروج المملوكة حكمه حكم الكلأ؛ لأن الكلأ غير مقصود من المرج المملوك بل المقصود هو الزراعة.

٤ – قال المصنف: «السمك مباح الأصل، لقوله تعالى:] ! " # $ % & ' Z [٢]. ولقوله عليه الصلاة والسلام: **(أحلت لنا ميتتان ودمان)**[٣] الحديث، فلا يصير مملوكاً إلا بالأخذ والاستيلاء، فلو حظر السمك في حظيرة، فإن كان مما يمكن أخذه بغير صيد، يملكه بنفس الحظر؛ لوجود الاستيلاء، وإثبات اليد عليه، وإن كان لا يملك أخذه إلا بصيد، لا يملكه صاحب الحظيرة؛ لأنه ما استولى عليه، ولا يملك المباح إلا بالاستيلاء»[٤].

٥ – قال المصنف: «وعلى هذا سائر المباحات، كالطير إذا باضت أو فرخت في أرض إنسان، أنه يكون مباحاً ويكون للآخذ لا لصاحب الأرض؛ لأن الملك في المباح إنما يثبت بالاستيلاء عليه، والآخذ هو المستولي دون صاحب الأرض»[٥].

---

(١) المصدر السابق (٥/ ٢٨٢)، والمروج جمع مرج وهو مرعى الدواب. القاموس المحيط (ص ٢٦٢).

(٢) سورة المائدة، من الآية: ٩٦.

(٣) أخرجه ابن ماجه: كتاب الأطعمة، باب الكبد والطحال (٢/ ١١٠٢) الحديث رقم (٣٣١٤)، والدارقطني، باب الصيد والذبائح وغير ذلك (٤/ ٢٧٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (١/ ٢٥٤)، الحديث رقم (١١٢٨ و١١٢٩) و(٩/ ٢٥٧) باب ما جاء في أكل الجراد الحديث رقم (١٨٧٧٦)، وباب ما جاء في الكبد والطحال (١٠/ ٧) الحديث رقم (١٩٤٨١) من طرق عن عبدالرحمن بن زيد بن أسلم وقال: هذا إسناد صحيح وهو في معنى المسند، وقد رفعه أولاد زيد بن أسلم عن أبيهم، وأولاد زيد بن أسلم: عبدالله وعبدالرحمن وأسامة كلهم ضعفاء جرحهم يحيى بن معين، وكان أحمد بن حنبل وعلي بن المديني يوثقان عبدالله بن زيد، ثم رجح البيهقي وقفه.

(٤) بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٢).

(٥) المصدر السابق.

ثم قال – رحمه الله -: «ولو رد صاحب الدار باب الدار عليه – أي الطير – بعد الدخول يملكه إن أمكنه أخذه بغير صيد؛ لوجود الاستيلاء منه.

وكذلك لو نصب شبكة فتعلق بها صيد تعلقاً لا خلاص منه فهو لناصب الشبكة، سواء كانت الشبكة له أو لغيره، كمن أرسل بازي إنسان بغير إذنه فأخذ صيداً، أو أغرى كلباً لإنسان على صيد فأخذه، فكان للمرسل والمغري لا لصاحبه»[1].

* * *

(١) المصدر السابق.

المطلب الثالث

قاعدة: «اختلاف السبب يوجب اختلاف الحكم»

ذكرها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: «اختلاف الملك بمنزلة اختلاف العين»[٢].

ولفظ: «العين تختلف باختلاف أسباب الملك حكماً»[٣].

ولفظ: «اختلاف الملكين بمنزلة اختلاف العينين»[٤].

ولفظ: «اختلاف الملكين بمنزلة اختلاف العقدين»[٥].

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٥٤٧).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٤٢٨).

(٣) المصدر السابق (٣/ ٦١٦).

(٤) المصدر السابق (٥/ ١٨٥).

(٥) المصدر السابق (٤/ ٥٨٦).

وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: قواعد الأحكام (٢/ ٧)، والقواعد للمقري (١/ ٢٥٦، ٢٧٠)، وقواعد ابن رجب (ص ٥١ ق٤٠)، وإيضاح المسالك (ص ١٤٢)، وشرح المنهج المنتخب (١/ ١١٧)، وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية للغرياني (ص ٢٣، ٨٠)، وشرح تحفة أهل الطلب أ.د. اللاحم (ص ١٢٢)، وغمز عيون البصائر (٢/ ١٣٨ – ١٣٩)، وكثيراً ما ترد هذه القاعدة في كتب قواعد الفقه بلفظ: «تبدل سبب الملك كتبدل الذات» أو لفظ: «اختلاف الأسباب بمنزلة اختلاف الأعيان» وهذه الألفاظ بمعنى واحد فـ «تبدل سبب الملك» بمعنى «اختلاف الأسباب» و«كتبدل الذات» بمعنى «بمنزلة اختلاف الأعيان» وهذا المعنى هو ما عبر عنه المصنف بقوله: «العين تختلف باختلاف أسباب الملك» (٣/ ٦١٦)، أما اللفظ المثبت أعلاه فإنه يعتبر أعم وأوضح، فهو يشمل سبب الملك وغيره من الأسباب التي يؤثر اختلافها في الحكم.

ينظر في ذلك: ترتيب اللآلي (١/ ٢٦٤، ٤٧٦)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ١١٨)، وجمهرة القواعد الفقهية للندوي (١/ ٣٥٦)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (ص ٣٤٥)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١/ ٢٠٤)، (٣/ ١٧١)، والوجيز في القواعد الفقهية أ.د.

=

شرح مفردات القاعدة:

السبب لغة: قال المصنف: «اسم لما يتوصل به إلى الشيء»[١] أي: كل شيء يتوصل به إلى غيره[٢]، فقيل: هذا (سبب) هذا، وهذا (مُسبَّبٌ) عن هذا، والجمع (أسباب) [٣].

اصطلاحاً: ما يلزم من وجوده الوجود، ومن عدمه العدم، لذاته[٤].

فقوله: «ما يلزم من وجوده الوجود» احترازاً من الشرط؛ لأنه لا يلزم من وجوده الوجود ولا العدم، كحولان الحول، شرط لوجوب الزكاة ولا يلزم من وجوده وجوب الزكاة، لاحتمال فقره، ولا عدم وجوب الزكاة لاحتمال غناه.

وقوله: «ويلزم من عدمه العدم» احترازاً من المانع؛ لأنه لا يلزم من عدمه وجود ولا عدم، كالدين يلزم من وجوده عدم الزكاة، ولا يلزم من عدمه وجوب الزكاة؛ لاحتمال فقره.

= عزام (ص ٣١٧)، والقواعد الفقهية د. محمد الزحيلي (١/ ٥٢٧)، وموسوعة القواعد الفقهية المنظمة للمعاملات المالية... عطية رمضان (ص ١٠٤)، والممتع في القواعد الفقهية (ص ٤٠٥)، ومجلة الأحكام الشرعية (ص ٨٣م ٤٠)، ومجلة الأحكام العدلية وشروحها للمادة رقم (٩٨) ومن ذلك شرح المجلة لسليم رستم (ص ٦٢ م٩٨)، ودرر الحكام (١/ ٩٨، م٩٨)، وشرح القواعد الفقهية للزرقاء (ص ٤٦٧)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٣١ – ٨١/ ٧٦)، وقواعد الفقه الكلية (ص ٣١٦).

(١) بدائع الصنائع (٣/ ٣٥).

(٢) ينظر: لسان العرب (٧/ ١٠٠)، والمصباح المنير (ص ١٣٨) مادة (س ب ب)، والقاموس المحيط (ص ١٢٣) مادة (سبه).

(٣) المصباح المنير (ص ١٣٨)، ولسان العرب (٧/ ١٠٠).

(٤) ينظر: شرح تنقيح الفصول (ص ٧٦)، وإعلام الموقعين (٣/ ٢٠٤)، وهناك تعريفات أخرى للسبب، ينظر ذلك في: التعريفات للجرجاني (ص ١٢٠)، والتعريفات الفقهية للبركتي (ص ١٠٠)، والإحكام للآمدي (١/ ١٢٧).

وقوله: «لذاته» أي: لذات السبب، احترازاً مما لو قارن السبب فقدان شرط، أو وجود مانع.

الحكم لغة: قال ابن فارس: «الحاء والكاف والميم أصل واحد وهو المنع، وأول ذلك «الحُكْمْ»، وهو المنع من الظلم، وسميت «حَكمَة» الدابة؛ لأنها تمنعها، يقال: «حَكَمْتُ» الدابة و«أحْكمْتُها»، ويقال: «حَكَمْتُ» السفيه و«أحْكَمْتُه» إذا أخذت على يديه»[(١)].

وفي المصباح المنير: «الحُكْمُ» القضاء، وأصله المنع. يقال: «حَكَمْت» عليه بكذا، إذا منعته من خلافه، و«حَكَمْتُ» بين القوم: فصلت بينهم، فأنا «حَاكِمٌ» و«حَكَمٌ» والجمع «حُكَّامٌ» ويجوز بالواو والنون، ومنه اشتقت «الحِكْمةُ»؛ لأنها تمنع صاحبها من أخلاق الأراذل[(٢)].

اصطلاحاً: خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين، بالاقتضاء، أو التخيير، أو الوضع[(٣)].

وهو في عرف الفقهاء: مدلول خطاب الله[(٤)].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أنه إذا تغير السبب الذي بني عليه الحكم الذي يعتبر هو علة الحكم، فإن حكم ذلك الشيء يختلف ويتبدل تبعاً لتبدل تلك العلة، وإن لم يتبدل هو حقيقة.

---

(١) معجم مقاييس اللغة (ص ٢٥٨)، مادة (حكم) وينظر القاموس المحيط (ص ١٤١٥) مادة (الحكم).

(٢) (ص ٧٨)، وينظر المصادر السابقة مادة (حكم).

(٣) ينظر: شرح التلويح على التوضيح (١/ ١٣)، والمستصفى (١/ ٥٥)، وينظر أيضاً تعريف الحكم في المحصول (١/ ٨٩)، والإحكام للآمدي (١/ ٩٠)، وشرح تنقيح الفصول (٦٤)، شرح مختصر الروضة للطوفي (١/ ٢٤٧)، والإبهاج (١/ ٤٣)، وشرح الكوكب المنير (١/ ٣٣٤)، وفوات الرحموت (١/ ٥٤)، وإرشاد الفحول (١/ ٣٥).

(٤) ينظر: المصادر السابقة.

أصل القاعدة:

١ – قال المصنف[١]: «والأصل فيه ما روي: «أن بريرة – رضي الله عنها – كانت يتصدق عليها، وكانت تهدي ذلك إلى رسول الله ^ ، وكان يأكل منه ويقول: **(هو لها صدقة ولنا هدية)** [٢].

وجه الدلالة:

أن اللحم الذي أهدي إلى النبي ^ هو عين اللحم الذي تصدق به على بريرة، ومن المعلوم أن النبي ^ تحرم عليه الصدقة، لكن النبي ^ ملكه عن طريق الهدية، فجعل النبي ^ اختلاف سبب الملك موجباً لاختلاف الحكم، وهذا ما تفيده القاعدة.

قال النووي: «فيه دليل على أنه إذا تغيرت الصفة تغير حكمها، فيجوز للغني شراؤها من الفقير وأكلها إذا أهداها إليه، وللهاشمي ولغيره ممن لا تحل له الزكاة ابتداء» [٣].

٢ – عن أم عطية الأنصارية – رضي الله عنها – قالت: دخل النبي ^ على عائشة – رضي الله عنها – فقال: **(هل عندكم شيء؟)** فقالت: لا، إلا شيء بعثت به إلينا نسيبة من الشاة التي بعثت بها من الصدقة، فقال ^ : **(قد بلغت محلها)** [٤].

---

(١) بدائع الصنائع (٦١٦/٣).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الهبة وفضلها، باب قبول الهدية ح (٢٤٣٩) واللفظ له. ومسلم، كتاب الزكاة، باب: إباحة الهدية للنبي ^ وإن كان المهدي ملكها بطريق الصدقة ح (١٠٧٤ – ١٠٧٦).

(٣) شرح النووي لصحيح مسلم (١٤٢/١٠).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الزكاة، باب إذا تحولت الصدقة (١٥٨/٢) الحديث رقم (١٤٩٣)، وكتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب من قبل الهدية (٢٠٤/٣) الحديث رقم (٢٥٧٩)، ومسلم في صحيحه: كتاب الزكاة، باب: إباحة الهدية للنبي ^ وإن كان المهدي ملكها =

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ^ بين أنها لما تصرفت فيها بالهدية انتقلت من حكم الصدقة إلى حكم الهدية، ومن المعلوم أن النبي ^ تحرم عليه الصدقة وتحل له الهدية، وهذا مما يدل على أن اختلاف السبب موجب لاختلاف الحكم.

قال ابن حجر: «وهذه نظير قصة بريرة»[(١)].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «إن طيب – المحرم – عضواً كاملاً كالرأس والفخذ والساق ونحو ذلك، فعليه دم، وإن طيب أقل من عضو فعليه صدقة، وقال محمد[(٢)]: يقوم ما يجب فيه الدم فيتصدق بذلك القدر، حتى لو طيب ربع عضو فعليه من الصدقة قدر قيمة ربع شاة...؛ لأن تطييب عضو كامل ارتفاق كامل، فكان جناية كاملة، فيوجب كفارة كاملة، وتطييب ما دونه ارتفاق قاصر، فيوجب كفارة قاصرة، إذ الحكم يثبت على قدر السبب»[(٣)].

٢ – يجب العدل بين الزوجات في حقوقهن... ويستوي في القسم البكر والثيب، والشابة والعجوز، والقديمة والحديثة، والمسلمة والكتابية؛ لأنهما يستويان في سبب وجوب القسم وهو النكاح، فتستويان في وجوب القسم.

ولو كانت إحداهما حرة والأخرى أمة – فلا يجب القسم – فللحرة يومان وللأمة يوم...؛ لأنهما ما استويا في سبب الوجوب وهو النكاح؛ فإنه لا يجوز نكاح الأمة بعد نكاح الحرة ولا مع نكاحها، وكذا لا يجوز للعبد أن يتزوج بأكثر من اثنتين

= بطريق الصدقة (٣/ ١٢٠) الحديث رقم (٢٥٤١).

(١) فتح الباري (٣/ ٣٥٧).

(٢) المراد محمد بن الحسن رحمه الله.

(٣) بدائع الصنائع (٢/ ٤١٥).

وللحر أن يتزوج بأربع نسوة، فلم يستويا في السبب فلا يتساويان في الحكم »[١].

٣ – قال المصنف: « يجوز للمكاتب قبول الصدقات، لقوله تعالى في آية الصدقات:] ? @ Z [٢]. قيل في التفسير ما أداها المكاتبون[٣]، ويحل للمولى أن يأخذ ذلك من قضاء من المكاتبة، ويحل له تناوله بعد العجز، وإن كان المولى غنياً؛ لأن العين تختلف باختلاف أسباب الملك حكماً وإن كانت عيناً واحدة حقيقة »[٤].

٤ – قال المصنف: « من شرائط ثبوت الخيار – خيار العيب -[٥] اتحاد الحال في العيوب الثلاثة – البول والإباق والسرقة – فإن اختلف لم يثبت حق الرد، بأن أبق أو سرق أو بال على الفراش في يد البائع وهو صغير عاقل، ثم كان ذلك في يد المشتري بعد البلوغ؛ لأن اختلاف الحال دليل اختلاف سبب العيب، واختلاف السبب يوجب اختلاف الحكم »[٦].

٥ – قال المصنف: « ولو خرج المبيع من ملك المشتري، فاشتراه البائع من المالك الثاني بأقل مما باعه قبل نقد الثمن جاز؛ لأن اختلاف الملك بمنزلة اختلاف العين »[٧].

٦ – قال المصنف: « ولو باعه المشتري من غير البائع، فعاد المبيع إلى ملك البائع،

---

(١) المصدر السابق (٢/ ٦٤٨) مختصراً.

(٢) من الآية رقم ١٧٧ من سورة البقرة.

(٣) ينظر تفسير الطبري (٣/ ٨٤)، وابن كثير (١/ ٤٨٧).

(٤) بدائع الصنائع (٣/ ٦١٦).

(٥) فسَّر المصنف العيب الذي يوجب الخيار بقوله: « كل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصاناً فاحشاً أو يسيراً فهو عيب يوجب الخيار، وما لا فلا » المصدر السابق (٤/ ٥٤٤).

(٦) المصدر السابق (٤/ ٥٤٧).

(٧) المصدر السابق (٤/ ٤٢٨).

فاشتراه المشتري بأقل مما باع فهذا لا يخلو: إما إن عاد إليه بملك جديد، وإما إن عاد إليه على حكم الملك الأول، فإن عاد إليه بملك جديد كالشراء والهبة والميراث... ونحو ذلك من أسباب تجديد الملك، جاز الشراء منه بأقل مما باع؛ لأن اختلاف الملك بمنزلة اختلاف العين»[١].

٧ – قال المصنف: «إذا باع المشتري شراءً فاسداً المُشْتَرى، أو وهبه، أو تصدق به، بطل حق الفسخ وعلى المشتري القيمة أو المثل؛ لأنه تصرف في محل مملوك له فنفذ تصرفه... ولو اشتراه ثانياً، أو عاد إليه بسبب مبتدأ، لا يعود الفسخ؛ لأن الملك اختلف لاختلاف السبب، فكان اختلاف الملكين بمنزلة اختلاف العقدين»[٢].

٨ – قال المصنف: «من العوارض المانعة من الرجوع في الهبة: خروج الموهوب من ملك الواهب بأي سبب كان، من البيع والهبة والموت ونحوها؛ لأن الملك يختلف بهذه الأشياء... واختلاف الملكين بمنزلة اختلاف العينين»[٣].

* * *

(١) المصدر السابق.

(٢) المصدر السابق (٤/ ٥٨٥ – ٥٨٦).

(٣) المصدر السابق (٥/ ١٨٥).

المبحث السابع
قواعد في التابع والمتبوع

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: قاعدة « حكم التبع حكم الأصل » .

المطلب الثاني: قاعدة « كل من ملك التجارة يملك ما هو من توابعها » .

المطلب الثالث: قاعدة « الشيء قد يثبت ضمناً لغيره وإن كان لا يثبت مقصوداً » .

المطلب الرابع: قاعدة « براءة الأصيل توجب براءة الكفيل » .

المطلب الخامس: قاعدة « الشيء يستتبع ما هو دونه ولا يستتبع ما هو فوقه أو مثله » .

المطلب الأول

قاعدة: « حكم التبع حكم الأصل »

ذكرها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: « الحكم في التبع يثبت بعلة الأصل »[٢].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (١/ ٦٧، ٢٦٤، ٣٦٢)، (٤/ ١٣٢، ٣١٦، ٥٧٣)، (٦/ ٢٩، ٣٧٣).

(٢) المصدر السابق (٤/ ١٥٩).

وهذه القاعدة ذكرها الفقهاء في كتبهم بألفاظ قريبة من هذا اللفظ كقولهم: « التابع لا يفرد بحكم » و« التابع تابع » وينظر أحكام هذه القاعدة وألفاظها في: الفروق للقرافي (٣/ ١٧٥ ف ١٣٩)، والقواعد للمقري (٢/ ٥٢٥ ق ٢٩٤)، والقواعد لابن رجب (ص ٣٩٥ ق ١٦٠ وص ٤٢٣ المسألة السابعة)، والمنثور للزركشي (١/ ١٢٨)، وإيضاح المسالك (ص ٢٤٩ ق ٥١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١١٧)، ولابن نجيم (ص ١٤٦)، وشرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب (١/ ٣٥٩)، والفرائد البهية وشرحها مع الفوائد الجنية (ص ٣٨١)، والأقمار المضيئة (ص ١٦٢)، وغمز عيون البصائر (١/ ٣٦١)، وترتيب اللآلي (١/ ٤٥٩)، والقواعد والضوابط الفقهية المستخلصة من التحرير (ص ٤٨٥)، والقواعد الفقهية الفقهية المستنبطة من المدونة الكبرى (٢/ ٦٤٥ ق ١٥١)، وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك للونشريسي وشرح المنهج المنتخب للمنجور (ص ١٨٧)، وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب البهجة شرح التحفة (ص ٣٠٤ ق ٢٠٠)، وشرح المجلة لسليم رستم باز (١/ ٣٩ م٤٧، ٤٨)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٥٢، م ٤٧، ٤٨)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٢٥٧)، بلفظ « التابع لا يفرد بحكم ما لم يصر مقصوداً »، والمدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٢٤ – ٨١/ ٦٨ب)، والقواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه (ص ١٣٠)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ٤٠٢)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (ص ٣٣١ – ٣٣٣)، وموسوعة القواعد الفقهية (١/ ٣٠٣)، (٣/ ١٦٤)، (٤/ ٥٠٩)، والقواعد الفقهية د. الزحيلي (١/ ٤٤١)، والممتع في القواعد الفقهية (ص ٣٢٧)، وقواعد الفقه الكلية (ص ٢٩٢)، والوجيز في القواعد الفقهية (ص ٢٨٦)، والوجيز في شرح القواعد الفقهية (ص ١١٠ – ١١١)، وإيضاح القواعد الفقهية (ص ٩٩)، والقواعد الكلية والضوابط الفقهية (ص ٣٠٠).

شرح مفردات القاعدة:

التبع لغة: «تَبِعَهُ» «يَتْبَعْهُ» «تَبَعاً»[١].

قال ابن فارس: «التاء والباء والعين أصل واحد، لا يشذ عنه من الباب شيء، وهو التُلُو والقَفُو، يقال: «تَبِعْتُ» فلاناً إذا تلوته و«اتَّبَعْتُه» و«أَتْبَعْتُهُ» إذا لحقته»[٢].

فتقول: تَبِعَ زيدٌ عمراً، أي: مشى خلفه أو مر به فمضى معه، والمصلي «تَبَعٌ» لإمامه أي: يحذو حذوه ويقتدي به. ويكون واحداً وجمعاً، ويجوز جمعه على «أَتْباع» مثل سبب وأسباب[٣]. فيكون معنى التبع: هو ما لحق غيره ولو من جهة واحدة[٤].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أنه إذا كان الشيء تابعاً لغيره، فإنه يلحق متبوعه في الحكم، فلا يفرد بحكم، ولا يقصد بالعقد، ويسري عليه ما يسري على متبوعه.

والمقصود بالتبع هنا: ما كان جزءاً من غيره، كالعضو من الحيوان أو فروع الأشجار، أو كالجزء في الاتصال الخلقي ولكنه قابلاً للانفصال عنه، كالجنين والثمار، أو كان من ضروراته كالمفتاح مع القفل، والطريق للدار، والنقل والتفريغ في الأشياء المباعة، أو كان وصفاً فيه كالشجر والبناء القائمين في الأرض[٥].

أصل القاعدة:

المستقرئ لأحكام الشريعة يجد أنها تجعل للتابع حكم المتبوع، ومن ذلك ما ذكره المصنف حيث استدل لهذه القاعدة بالآتي:

---

(١) كتاب العين (ص ٩٨)، مادة (تبع).

(٢) معجم مقاييس اللغة (ص ١٦١)، مادة (تبع).

(٣) المصباح المنير (ص ٤٢)، والقاموس المحيط (ص ٩١١)، كلها في مادة (تبع).

(٤) التعريفات للجرجاني (ص ٥٤).

(٥) ينظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٢٠٩ م٢٣٠ – ٢٣٣).

١ – قوله ^ : **(ذكاة الجنين ذكاة أمه)** [١].

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ^ ألحق الجنين بأمه من حيث الذكاة، فإذا حصل وأن ذُكيت أمه فقد حصلت تذكيته أيضاً، فلو خرج ميتاً بعد تذكية أمه فإنه يؤكل؛ لكونه تابعاً لها.

وهذا هو قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن، أما أبو حنيفة وزفر، والحسن بن زياد[٢] من الحنفية فإنهم يقولون: لا يؤكل الجنين إذا خرج ميتاً وإن كان كامل الخلق[٣].

٢ – قوله ^ : **(من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع)** [٤].

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الضحايا، باب ما جاء في ذكاة الجنين (٣/٦٣) الحديث رقم (٢٨٣٠)، عن جابر. والترمذي في سننه، كتاب الأطعمة، باب: ما جاء في ذكاة الجنين (٤/٧٢) الحديث رقم (١٤٧٦)، وقال عنه: حديث حسن صحيح. وقال: والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ^ وغيرهم. وأخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الذبائح، باب: ذكاة الجنين ذكاة أمه (٢/١٠٦٧) الحديث رقم (٣١٩٩). وأخرجه الحاكم في المستدرك: كتاب الأطعمة (٤/١٢٧) الحديث رقم (٧١٠٩) وقال: «هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه» ووافقه الذهبي.

(٢) الحسن بن زياد الؤلؤي الكوفي، أبو علي، فقيه العراق، تتلمذ على الإمام أبي حنيفة وصاحبيه، كان علامةً يقظاً حافظاً للروايات عن أبي حنيفة، رأساً في الفقه، تولى قضاء الكوفة، ولم يخرّج له أصحاب الكتب الستة؛ لضعفه، وكان الحسن يقول:«كتبتُ عن ابن جريج اثني عشر ألف حديث، كلها يحتاج إليها الفقهاء»، وقد كذَّبه ابنُ معين، وقال عنه يحيى بن آدم:«ما رأيتُ أفقه من الحسن بن زياد»، **من مؤلفاته**: المقالات، وأدب القاضي، والخراج، ومعاني الإيمان، **توفي** سنة ٢٠٤هـ.

انظر ترجمته في: تاريخ مدينة السلام للخطيب (٨/٢٧٥)، وطبقات الفقهاء للشيرازي (ص/١٢٩)، وسير أعلام النبلاء (٩/٥٤٣)، وميزان الاعتدال للذهبي (١/٤٩١)، والجواهر المضية للقرشي (٢/٥٦)، ومختصر الكامل للمقريزي (ص/٢٦٧)، وتاج التراجم لقطلوبغا (ص/١٥٠)، وشذرات الذهب لابن العماد (٣/٢٥).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٤/١٥٩).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب: من باع نخلاً قد أبرت، أو أرضاً مزروعة أو بإجارة (٣/١٠٢) الحديث رقم (٢٣٠٤)، وكتاب الشروط، باب إذا باع نخلاً قد أبرت (٣/٢٤٧) الحديث

=

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ^ جعل الثمرة التي في النخل المؤبر للبائع؛ لأنها حصلت في أثناء ملكه للمبيع، (ولأن قيام الثمر بالشجر وقيام الشجر بالأرض فكانت تبعاً للأرض بواسطة الشجر فيملكها تبعاً لملكه، وللشفيع أن يأخذها مع الأرض بالثمن الأول)[١].

٣ – الإجماع: فقد أجمع العلماء على العمل بهذه القاعدة من حيث الجملة، حيث اتفق العلماء على أنه يدخل في بيع الدار الأرض وكل بناء حتى حمامها[٢]، وذكر ابن المنذر[٣]، الإجماع على أن الجنين إذا خرج ميتاً أن ذكاته بذكاة أمه[٤].

٤ – المعقول: فإن التابع متصل بالمتبوع اتصال خلقه كما في الجنين يتغذى بغذاء الأم فتكون ذكاته كذكاة عضو من أعضائها[٥]، واتصال حكم؛ يباع ببيعها، ويعتق

= رقم (٢٧١٦). ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب: من باع نخلاً عليها ثمر (١٥٤٣).

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٣٢، ١٣٣).

(٢) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة للدمشقي (ص ١٣٦).

(٣) محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ، أبوبكر، كان أحد الأئمة الأعلام، وشيخ الحرم ومفتيه، علامة فقيهاً محدِّثاً حافظاً، زاهداً ورعاً ديناً، وعداده من فقهاء الشافعية، قال عنه محيي الدين النووي:«له من التحقيق في كتبه ما لا يقاربه فيه أحد»، **من مؤلفاته** : الإشراف في معرفة الخلاف، والأوسط في السنن والإجماع والاختلاف، والإجماع، والإقناع، والتفسير، **توفي** بمكة سنة ٣١٨هـ.

انظر ترجمته في: تهذيب الأسماء واللغات للنووي (٢/ ١٩٦) ، ووفيات الأعيان لابن خلكان (٤/ ٢٠٧)، وطبقات علماء الحديث لابن عبدالهادي (٢/ ٤٩٣)، وتذكرة الحفاظ للذهبي(٣/ ٧٨٢) ، وسير أعلام النبلاء (١٤/ ٤٩٠)، وطبقات الشافعية الكبرى لابن السبكي(٣/ ١٠٢)، وطبقات الشافعية للإسنوي (٢/ ٣٧٤)، ولسان الميزان لابن حجر (٦/ ٤٨٢)، وطبقات الشافعية لابن هداية الله (ص/ ٥٩).

(٤) الإجماع (ص ٢٥) فقرة (٢٢١)، والمغني (١١/ ٥٢)، وموسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي (٢/ ٤٤٧ – ٤٤٨) فقرة (١٥٣٧)، قلت: إلا ما روي عن أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد كما تقدم قريباً.

(٥) ينظر: المغني لابن قدامة (١١/ ٥٢).

بعتقها، (والحكم في التبع يثبت بعلة الأصل)، فلا يشترط له علة على حدة لئلا ينقلب التبع أصلاً[١].

٥ - «ولأن الذكاة في الحيوان تختلف على حسب الإمكان فيه والقدرة، بدليل الصيد الممتنع والمقدور عليه والمتردية والجنين لا يتوصل إلى ذبحه بأكثر من ذبح أمه فإفراده بحكم يشق على المكلفين، فيلحق التابع بالمتبوع دفعاً للحرج[٢].

الفروع المبنية على القاعدة:

١ – قال المصنف: «يملك الشفيع بالشفعة ما ملكه المشتري بالشراء، سواء ملكه أصلاً، أو تبعاً، إذا كان متصلاً وقت التملك بالشفعة، وذلك نحو البناء والغرس والزرع والثمر...؛ لأن الحق إذا ثبت في العقار يثبت فيما هو تبع له؛ لأن حكم التبع حكم الأصل»[٣].

٢ - «إذا خرج الجنين بعد ذبح أمه ميتاً كامل الخلق، فعند أبي حنيفة رضي الله عنه، لا يؤكل وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهما الله، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله،: لا بأس بأكله، واحتجوا بقول النبي ^ : **(ذكاة الجنين بذكاة أمه)** [٤]، فيقتضي أنه يتذكى بذكاة أمه؛ ولأنه تبع لأمه حقيقة وحكماً»[٥].

٣ – «لا يجوز للرجال لبس الحرير إذا كان كثيراً، أما إذا كان قليلاً كأعلام الثياب والعمائم قدر أربعة أصابع فما دونها فلا يكون، وكذا العلم المنسوج بالذهب؛

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٥٩).

(٢) ينظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية (ص ٣٠٢).

(٣) بدائع الصنائع (٤/ ١٣٢).

(٤) تقدم تخريجه بلفظ: «ذكاة الجنين ذكاة أمه»، أما اللفظ «بذكاة» فلم أجده فيما اطلعت عليه من كتب السنة وإنما هو في كتب الفقه.

(٥) بدائع الصنائع (٤/ ١٥٩).

لأنه تابع والعبرة للمتبوع »[١].

٤ - « الإناء المضبب بالذهب لا بأس بالأكل والشرب فيه عند أبي حنيفة – رضي الله عنه – وهو قول محمد...؛ لأن هذا القدر من الذهب الذي عليه هو تابع له، والعبرة للمتبوع دون التابع »[٢].

٥ - ثم قال المصنف: « وعلى هذا الخلاف الجلوس على السرير المضبب والكرسي والسرج واللجام والركاب والثفر[٣] المضببة، وكذا المصحف المضبب، وكذا حلقة المرأة إذا كانت من الذهب، ولبس ثوب فيه كتابة بذهب على هذا الاختلاف »[٤].

٦ - ثم قال: « أما السيف المضبب والسكين فلا بأس به بالإجماع... ولا بأس بشد الفص بمسمار الذهب لأنه تبع للفص، والعبرة للأصل دون التبع »[٥].

٧ – قال المصنف: « إذا حدثت زيادة في المبيع بيعاً صحيحاً قبل القبض وكانت متصلة ومتولدة من الأصل – كالحسن والجمال والكبر والسمن والسمع وانجلاء بياض إحدى العينين – فإنها لا تمنع الرد بالعيب؛ لأن هذه الزيادة تابعة للأصل حقيقة لقيامها بالأصل فكانت مبيعة تبعاً، والأصل أن ما كان تابعاً في العقد يكون تابعاً في الفسخ؛ لأن الفسخ رفع العقد فينفسخ العقد في الأصل بالفسخ فيه مقصوداً، وينفسخ في الزيادة تبعاً للانفساخ في

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٣١٣ – ٣١٤).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٣١٥).

(٣) الثفر: ما يجعل تحت ذنب الدابة ويشد به الفرج ومنه استثفر الرجل بثوبه إذا اتزر به ثم رد طرف إزاره من بين رجليه فغرزه في حجزته من ورائه، جمهرة اللغة (١/ ٢٠٢).

(٤) بدائع الصنائع (٤/ ٣١٥).

(٥) المصدر السابق.

الأصل»[١].

٦ – في خيار الرؤية، قال المصنف: «إذا رأى المشتري بعض المبيع دون البعض الآخر، وكان ما رآه مقصوداً بنفسه وما لم يره تبعاً لما رآه، فلا خيار له، سواء كان رؤية ما رآه تفيد له العلم بحال ما لم يره أولا تفيد؛ لأن حكم التبع حكم الأصل، فكان رؤية الأصل رؤية التبع»[٢].

٨ – قال المصنف: «للعدل أن يبيع الزوائد المتولدة من الرهن؛ لأنها مرهونة تبعاً للأصل، لثبوت حكم الرهن فيها وهو حق الحبس تبعاً، فله أن يبيعها كما له أن يبيع الأصل»[٣].

* * *

(١) المصدر السابق (٤/ ٥٦٠).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٥٧٣).

(٣) المصدر السابق (٥/ ٢١٧).

المطلب الثاني

قاعدة: « كل من ملك التجارة يملك ما هو من توابعها »[١]

هذه القاعدة من القواعد المتفرعة عن قاعدة « من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته »[٢]. التي تعدُّ فرعاً عن قاعدة « التابع تابع » لأنها تتناول الأصول والتوابع المتعلقة بالبيع والشراء.

وهذه القاعدة « أصل مهم يعوّل عليه في المسائل المتعلقة بالصبي المأذون[٣] والعبد المأذون »[٤].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن من ملك أن يبيع ويشتري ويتصرف تصرف التجار، فإنه يملك ما هو لوازم ذلك وتوابعه العقلية أو العرفية، ولو لم يشترط ذلك في العقد.

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٣٥١)، وجمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية (١/ ٥٨٣).

(٢) ينظر: ترتيب اللآلئ (٢/ ١٠٩٩)، وشرح المجلة لسليم رستم باز (١/ ٤٠/ م٤٩)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٥٣م٤٩)، وشرح القواعد للزرقا (ص ٢٦١)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٢٣ – ٨١/ ٦٧أ)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ١٥٠)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (ص ٣٣٤)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١١/ ١٠٩٦)، والقواعد الفقهية د. الزحيلي (١/ ٤٣٩)، والقواعد الكلية والضوابط الفقهية د. محمد عثمان شبير (ص ٣٠٦)، والممتع في القواعد الفقهية د. مسلم الدوسري (ص ٣٢٥)، وموسوعة القواعد الفقهية المنظمة للمعاملات المالية (ص ٧٢)، وقواعد الفقه الكلية (ص ٢٩٢).

والمراد بالضرورة هنا: اللزوم لا الاضطرار، أي: ملك ما هو من لوازمه وتوابعه ومتمماته.

(٣) من الإذن والمراد المأذون له والفقهاء يحذفون الصلة تخفيفاً. والإذن لغة: الإعلام. وفي الشرع: فك الحجر وإطلاق التصرف لمن كان ممنوعاً شرعاً، طلبة الطلبة (ص ٣٢٩)، وأنيس الفقهاء (ص ٢٦٣)، والتعريفات (ص ١٩).

(٤) ينظر: جمهرة القواعد الفقهية للندوي (١/ ٥٨٣)، وأنيس الفقهاء (ص ٢٦٣).

أصل القاعدة:

١ – استدل المصنف لذلك في معرض كلامه على ما يملكه المكاتب وعلى ما يملكه المأذون بما روي أن سلمان – رضي الله عنه – أهدى إلى رسول الله ^ وكان مكاتباً فقبل منه ذلك[١].

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ^ قبل الهدية من المملوك المكاتب، وهذا مما يدل على أنه يجوز للمكاتب أن يفعل ذلك؛ لأنه وسيلة إلى أداء مال الكتابة فهو يجلب قلوب الناس فيحملهم ذلك على الإهداء إليه والتعامل معه في التجارة، فيتمكن من أداء بدل الكتابة، فهو من عمل التجار ومن ضرورات التجارة[٢].

٢ – قال المصنف ولما روي «أن رسول الله ^ كان يجيب دعوة المملوك»[٣].

وجه الدلالة من ذلك:

أن النبي ^ كان يجيب دعوة المملوك، وهذا يعدُّ دليلاً على جواز الإذن للمملوك بالتجارة، وأنه إذا كان المملوك يملك التجارة بالإذن فإنه يملك ما هو من

---

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٣٩/١٢٧)، الحديث رقم (٢٣٧٢٢)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢/٨)، والطبراني في الكبير (٦٠٦٦)، والحاكم (٢/٢٠) الحديث رقم (٢١٨٣)، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح، ووافقه الذهبي، وقال عنه شعيب الأرناؤوط: «صحيح».

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٣/٦١٣).

(٣) أخرجه الترمذي في سننه: كتاب الجنائز، باب آخر (٣/٣٣٧)، وابن ماجه في سننه، كتاب التجارات، باب ما للعبد أن يعطي ويتصدق (٢/٧٧٠) الحديث رقم (٢٢٩٦)، وكتاب الزهد، باب البراءة من الكبر والتواضع (٢/١٣٩٨) الحديث رقم (٤١٧٨)، وقال عنه الألباني: «ضعيف»، وأخرجه الحاكم في المستدرك، تفسير سورة (ق) (٢/٥٠٦)، الحديث رقم (٣٧٣٤)، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه. وقال عنه الذهبي: «صحيح». قال عنه الترمذي: «لا نعرفه إلا من حديث مسلم بن كيسان الأعور وهو يضعَّف».

توابعها وما هو من ضروراتها كالتبرع بالطعام اليسير وهبته، وإلا لما كان النبي ﷺ ليجيب دعوته[١].

وجاء في «الهداية» في حق المكاتب قال: «ولا يهب ولا يتصدق إلا بالشيء اليسير؛ لأن الهبة والصدقة تبرع، وهو غير مالك ليملكه، إلا أن الشيء اليسير من ضرورات التجارة؛ لأنه لا يجد بدًّا من ضيافة وإعارة ليجتمع عليه المجاهِزون[٢]، ومن ملك شيئاً يملك ما هو من ضروراته وتوابعه»[٣].

الفروع الفقهية المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «للمكاتب أن يحط شيئاً بعد البيع، لعيب ادعي عليه، أو يزيد في ثمن شيء قد اشتراه؛ لأنه بالكتابة صار مأذوناً بالتجارة وهذا من عمل التجارة»[٤].

٢ – ثم قال: «وله – المكاتب – أن يرد ما اشترى بالعيب إذا لم يرض به، سواء اشترى من أجنبي أو من مولاه»[٥].

٣ – وقال: «وله الشفعة فيما اشتراه المولى، وللمولى الشفعة فيما اشتراه المكاتب؛ لأن أملاكهما متميزة»[٦].

٤ – وقال: «وله – المكاتب – أن يأذن لعبده في التجارة؛ لأنه من باب

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢١٢).

(٢) جمع مُجْهَزْ وعند العامة الغني من التجار وكأنه أريد المجهِّز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع ويسافر به، وحُرِّف إلى المجاهز، المغرب في ترتيب المعرب (١/ ١٧١).

(٣) الهداية شرح بداية المبتدي للمرغيناني (٢/ ٢٨٤).

(٤) بدائع الصنائع (٣/ ٦١٢).

(٥) المصدر السابق.

(٦) المصدر السابق.

الاكتساب»[١].

٥ – ثم قال: «ويملك – المكاتب – الإجارة والإعارة والإيداع؛ لأن الإعارة من التجارة، ولهذا ملكها المأذون بالتجارة، والإعارة والإيداع من عمل التجار وضرورات التجارة»[٢].

٦ – قال المصنف: «ويجوز إقراره – المكاتب – بالدين واستيفاؤه؛ لأن ذلك من ضرورات التجارة، والمكاتبة إذن بالتجارة، فكان هو إذناً بما هو من ضرورات التجارة»[٣].

٧ – قال المصنف: «للولي أن يدفع مال الصغير مضاربة، وله أن يبضع، وله أن يوكل بالبيع والشراء والإجارة والاستئجار، لأن هذه من توابع التجارة، فكل من ملك التجارة يملك ما هو من توابعها»[٤].

ومن أحكام الصبي المأذون له في التجارة.

٨ – قال المصنف: «له أن يؤخر الدين سواء كانت له بينة أو لا؛ لأن تأخير الدين من أعمال التجارة والصبي المأذون في التجارة كالبائع.

٩ - ولو صالح الصبي المأذون من المسلم فيه على رأس المال جاز؛ لأن الصلح من المسلم فيه على رأس المال إقالة للعقد؛ والإقالة من باب التجارة.

١٠ - وكذلك لو اشترى سلعة وظهر بها عيب فصالح البائع على أن قبلها جاز؛ لأن الثمن أنفع من المبيع المعيب عادة[٥].

---

(١) المصدر السابق.

(٢) المصدر السابق (٣/٦١٣).

(٣) المصدر السابق (٣/٦١٥).

(٤) المصدر السابق (٤/٣٥١).

(٥) ينظر ذلك وغيره من الفروع في المصدر السابق (٥/٤٨).

١١ - وقال: «يصح الإيداع من الصبي المأذون؛ لأن ذلك مما يحتاج إليه التاجر فكان من توابع التجارة فيملكه الصبي المأذون كما يملك التجارة»[١].

ومن أحكام شركة العنان وشركة المفاوضة.

١٢ – قال المصنف: «وله – أحد الشريكين – أن يبضع مال الشركة؛ لأن الشركة تنعقد على عادة التجار، والإبضاع من عادتهم، ولأن له أن يستأجر من يعمل في البضاعة بعوض فالإبضاع أولى؛ لأن استعمال البضع في البضاعة بغير عوض.

١٣ - وله أن يودع؛ لأن الإيداع من عادة التجار، ومن ضرورات التجارة أيضاً؛ لأنه لا بد للتاجر منه؛ لأنه يحتاج إلى ذلك عند اعتراض أحوال نفع عادة، لأن له أن يستحفظ المودع بأجر فبغير أجر أولى»[٢].

١٤ – وقال: «وله أن يوكل بالبيع والشراء استحساناً؛ لأن الشركة تنعقد على عادة التجار والتوكيل بالبيع والشراء من عادتهم؛ ولأنه من ضرورات التجارة؛ لأن التاجر لا يمكنه مباشرة جميع التصرفات بنفسه فيحتاج إلى التوكيل، فكان التوكيل من ضرورات التجارة»[٣].

١٥ – وقال: «وله أن يستأجر أجير الشيء من تجارتها، لأن الإجارة من التجارة، حتى يملكها المأذون في التجارة، وهو من عادات التجار أيضاً ومن ضرورات التجارة أيضاً»[٤].

١٦ – وقال: «وله أن يحتال؛ لأن الحوالة من أعمال التجارة؛ لأن التاجر

---

(١) المصدر السابق (٥/ ٣٠٧، ٣١٩).

(٢) المصدر السابق (٥/ ٩٢).

(٣) المصدر السابق (٥/ ٩٣).

(٤) المصدر السابق.

يحتاج إليها لاختلاف الناس في الملاءة والإفلاس»[١].

١٧ - قال المصنف: «يجوز – الرهن – من الصبي المأذون والعبد المأذون؛ لأن ذلك من توابع التجارة فيملكه من يملك التجارة[٢].

١٨ - وفي «كتاب المأذون» قال المصنف: «كل ما كان من باب التجارة أو توابعها أو ضروراتها، يملكه المأذون وما لا فلا»[٣].

* * *

(١) المصدر السابق (٥ / ٩٤).

(٢) المصدر السابق (٥ / ١٩٥).

(٣) المصدر السابق (٦ / ٢١٣).

المطلب الثالث

قاعدة: «الشيء قد يثبت ضمناً لغيره وإن كان لا يثبت مقصودا»

أوردها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: «قد يثبت بمقتضى الشيء ما لا يثبت به مقصوداً»[٢].

---

(١) بدائع الصنائع (٤/٥٧٧، ٥/٧٧).

(٢) المصدر السابق (٢/٢٢٣).

وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: أصول الكرخي (ص ١١٤) مع تأسيس النظر بلفظ: «قد يثبت الشيء تبعاً وحكماً وإن كان قد يبطل قصداً»، وتأسيس النظر معه أصول الكرخي (ص ٤٤) بلفظ: «يجوز أن يصير تابعاً لغيره وإن كان له حكم نفسه بانفراده» ولها ألفاظ أخرى وأحكام تجدها في: الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/٤٢٦)، وبدائع الفوائد المجلد الثاني جـ٣ و٤ (٤/٢٧)، والقواعد للمقري (٢/٤٣٢ ق ١٨٧)، وإيضاح المسالك للونشريسي (ص ٢٤٩ ق ٥١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٢٠)، ولابن نجيم (ص ١٤٨)، والقواعد لابن رجب (ص ٣٢٢ ق ١٣٣)، والمنثور للزركشي (٢/٤٢٤)، وترتيب اللآلي (٢/٨٨٩)، وغمز عيون البصائر (١/٣٦٥)، والأقمار المضيئة (ص ١٦٦)، والفرائد البهية وشرحها وحاشيتها (ص ٣٩٠)، وشرح المجلة لسليم رستم باز (١/٤١ م٥٤)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٥٥)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٢٩١)، والمدخل الفقهي العام (٢/١٠٢٥ – ٨١/٦٩)، القواعد والأصول الجامعة... للسعدي تعليق الشيخ ابن عثيمين (ص ١٨٥)، وتحقيق: د. خالد المشيقح (ص ١٠٠)، وشرح منظومة السعدي د. سعد الشتري (ص ١٠٢)، ود. العويد (ص ١٩٣)، والزامل (ص ٢٥٤) البيت رقم ٢٧. وكتاب الممتع في القواعد الفقهية (ص ٣٣٧)، والقواعد الكلية والضوابط الفقهية د. محمد عثمان شبير (ص ٣٠٨)، وإيضاح القواعد الفقهية للحجي (ص ١٠٢)، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة (١/٤٤٧)، وقواعد الفقه الكلية (ص ٢٩٥)، والقواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه (ص ١٣٣)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (ص ٣٤٠)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١٢/٤٠٨)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للندوي (ص ٤٩١)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ٥٨، ٤٢٣)، والقواعد الفقهية من خلال كتاب المغني لابن قدامة للإدريسي (ص ٣٢٧)، والقواعد الفقهية المستخرجة من كتاب أعلام الموقعين لعبدالمجيد الجزائري (ص ٢٣٠)،

=

معاني مفردات القاعدة:

ضِمناً: قال ابن فارس: «الضاد والميم والنون أصل صحيح وهو جعل الشيء في شيء يحويه»[١]، وكل شيء أحرز شيء فقد ضمنه[٢].

فتقول: «ضَمَّنتهُ» كذا: جعلته محتوياً عليه «فتضَمَّنَهُ» أي: فاشتمل عليه واحتواه[٣]. وفي «ضِمْنِ» كلامه كذا، أي: في مطاويه ودلالته[٤].

ومعناه الاصطلاحي لا يخرج عن معناه اللغوي فهو: اشتمال شيء على شيء واحتوائه له.

مقصوداً: من «قصد يقصد قصداً»، والقصد لغة: قال ابن فارس: «القاف والصاد والدال أصول ثلاثة يدل أحدها على إتيان شيء وأمَّه، والآخر على كسر وانكسار، والثالث على اكتناز في الشيء»[٥].

والمراد هنا الأول فتقول: «قَصَدْتُهُ، قَصْداً، ومَقْصَداً» من باب «ضَرَب» إذا طلبته بعينه، وإليه «قَصْدِي» و«مقصَدي» بفتح الصاد، واسم المكان بكسرها[٦].

وعليه فيكون معنى القصد: الاعتماد والتوجه إلى الشيء وإتيانه[٧].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة متفرعة عن القاعدة العامة «التابع تابع»[٨].

= وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب البهجة في شرح التحفة (ص ٣٠٥)، وقواعد وضوابط التيسير في الشريعة، د. عبدالرحمن العبداللطيف (ص ٣٥٣).

(١) معجم مقاييس اللغة (ص ٥٧٩)، مادة (ضمن).

(٢) ينظر: العين (ص ٥٥٤).

(٣) ينظر: المصباح المنير (ص ١٨٩).

(٤) ينظر: القاموس المحيط (ص ١٥٦٤) كلها في مادة (ضمن).

(٥) معجم مقاييس اللغة (ص ٨٥٩) مادة (قصد).

(٦) ينظر: المصباح المنير (ص ٢٦٠)، والعين (ص ٧٩٢)، كلها مادة (قصد).

(٧) ينظر: المعاجم اللغوية السابقة، والمقاصد الشرعية، تعريفها، أمثلتها، حجيتها (ص ٢٢).

(٨) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١١٧)، ولابن نجيم (ص ١٤٦).

ومعناها: أن الشيء قد يكون له حكم خاص إذا كان منفرداً عن غيره، ويجب توفُّر جميع الشروط الشرعية المطلوبة فيه؛ لأنه مقصود في نفسه.

ولكن إذا اشترك مع غيره وصار تابعاً له فإنه يتساهل في استيفاء بعض هذه الشروط ويتسامح فيها؛ لأنه تابعٌ لغيره فيأخذ حكم متبوعه[١].

أصل القاعدة:

قوله ^ : **(ذكاة الجنين ذكاة أمه)** [٢].

وجه الدلالة من الحديث:

أن الجنين الذي في بطن الناقة أو الشاة ونحوهما إذا خرج ميتاً قبل ذكاة أمه فإنه يكون حراماً، أما إذا خرج ميتاً بعد ذكاة أمه فإنه يكون حلالاً كالمذكى[٣]، بعدِّه تبعاً لأمه، وهذا ما يفيده لفظ القاعدة، فيُعدَّ هذا الحديث نصاً في الموضوع.

ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة بأحاديث وردت في السنة النبوية، ثبتت بها أحكام لبعض الفروع الفقهية حال كونها تبعاً تخالف حكمها إذا كانت منفردة، ومن ذلك:

١ – ما صح عن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – قال: **(نهى نبي الله ^ عن لبس الحرير إلا موضع إصبعين أو ثلاث أو أربع)**[٤].

---

(١) ينظر: الوجيز للبورنو (ص ٣٤٠).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) هذا قول الجمهور ولم يخالف إلا أبا حنيفة وزفر والحسن بن زياد من الحنفية، وقد حكى ابن المنذر الإجماع على ذلك، الإجماع (ص ٢٥).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب اللباس، باب: لبس الحرير وافتراشه للرجال وقدر ما يجوز من ذلك (٧/١٩٣) الحديث رقم (٥٨٢٩)، بلفظ: «نهى عن الحرير إلا هكذا وأشار بإصبعه...»، ومسلم، كتاب اللباس والزينة، باب: تحريم استعمال إناء الذهب والفضة على الرجال والنساء، وخاتم الذهب والحرير على الرجال وإباحته للنساء، وإباحة العلم ونحوه للرجل ما لم يزد على أربعة أصابع (٦/١٤١) الحديث رقم (٥٥٣٨) واللفظ له.

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ^ رخص بهذا القدر من الحرير، إذا كان في أطراف الثوب أو القلنسوة أو العمامة؛ لأن لابسه لا يسمى لابس الحرير، حيث كان تابعاً لغيره، وهذا مما يدل على ثبوت الشيء ضمناً وإن كان لا يثبت مقصوداً.

قال المصنف: «إذا كان الحرير قليلاً كأعلام الثياب والعمائم قدر أربعة أصابع فما دونها، فلا يكره، وكذا العلم المنسوج بالذهب؛ لأنه تابع لغيره والعبرة للمتبوع»(١).

واستدل المصنف على ذلك بالإجماع حيث قال: «وكذا جرت العادة بتعمم العمائم ولبس الثياب المعلمة بهذا القدر في سائر الأعصار من غير نكير فيكون إجماعاً»(٢).

٢ – عن ابن عمر – رضي الله عنهما – أن رسول الله ^ قال: **(من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع)** (٣).

مع حديث ابن عمر أيضاً: (أن رسول الله ^ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، نهى البائع والمبتاع»(٤).

قال ابن حجر: «والجمع بين حديث التأبير وحديث النهي عن بيع الثمرة قبل بدو الصلاح سهل؛ بأن الثمرة في بيع النخل تابعة للنخل، وفي حديث النهي

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٣١٤).

(٢) المصدر السابق.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) رواه البخاري في صحيحه: كتاب البيوع، باب: بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (٣/ ١٠٠) الحديث رقم (٢١٩٤)، ومسلم في كتاب البيوع، باب: النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع (٥/ ١١) الحديث رقم (٣٩٤١).

مستقلة، وهذا واضح جداً»[١].

٣ – ما رواه عبدالله بن عمر – رضي الله عنهما – عن رسول الله ^ : **(أنه نهى عن بيع حبل الحبلة)** [٢][٣] متفق عليه.

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ^ نهى عن بيع الولد الذي في البطن[٤]، وقد انعقد الإجماع على ذلك[٥]، مع أن الفقهاء قد اتفقوا على أنه يجوز بيع الناقة والشاة ونحوهما إذا كان في بطنها ولد، حيث لم يرد دليل المنع فيبقى الحكم على الأصل وهو الحل.

ونظائر ذلك كثير في الشريعة، من الأشياء التي يختلف حكمها في حال الانفراد فتأخذ حكماً خاصاً بها، وفي حال التبع لغيرها لها حكم متبوعها.

قال النووي – رحمه الله -: «وقد يحتمل بعض الغرر تبعاً، إذا دعت إليه الحاجة، كالجهل بأساس الدار، وكما إذا باع الشاة الحامل، أو في ضرعها لبن، فإنه يصح البيع؛ لأن الأساس تابع للظاهر من الدار؛ ولأن الحاجة تدعو إليه، فإنه لا يمكن رؤيته. وكذا القول في حمل الشاة ولبنها»[٦].

---

(١) فتح الباري (٤/ ٤٠٣).

(٢) حبل الحبلة: هو نتاج النتاج وهو أن يقول بعت منك ولد ولد هذه الناقة. طلبة الطلبة، (ص ٢٢٩).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب: بيع الغرر وحبل الحبلة (٣/ ٩١) الحديث رقم (٢١٤٣)، ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب: تحريم بيع حبل الحبلة (٥/ ٣) الحديث رقم (٣٨٨٢).

(٤) فسر بعض الفقهاء المراد بالنهي الوارد في الحديث بأنه: النهي عن بيع ولد الحبلى، ومنهم المصنف، ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٣٢٨).

(٥) قال ابن المنذر: وأجمعوا على فساد بيع حبل الحبلة، وما في بطن الناقة، وبيع المجر: وهو بيع ما في بطون الإناث. الإجماع (ص ٥٢) فقرة (٤٧٣).

(٦) شرح صحيح مسلم للنووي (١٠/ ١٥٦).

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – إذا صام الناس رمضان بشهادة واحد برؤية هلال رمضان فهل لهم أن يفطروا عند تمام العدد؟ أو لا بد من شهادة الشهود برؤية هلال شوال؟

عند محمد بن الحسن: أنهم يفطرون عند كمال العدد؛ لأن الصوم وقع في أول الشهر، وذلك لعدم اتهام الشاهد بأن يتعجل يوماً مكان يوم، ولأن كمال العدد لم يثبت بشهادة الواحد مقصوداً بل بمقتضى الشهادة، وقد يثبت بمقتضى الشيء ما لا يثبت مقصوداً.

٢ - ثم قال: «كالميراث بحكم النسب الثابت أنه يظهر بشهادة القابلة بالولادة وإن كان لا يظهر بشهادتها مقصوداً»[(١)].

٣ – قال المصنف: «إذا قال: لله علي أن أعتكف شهر رجب، فإنما أوجب عليه الدخول في الاعتكاف في الليل؛ لأن الليالي دخلت في الاعتكاف المضاف إلى الشهر، لضرورة اسم الشهر، إذ هو اسم للأيام، والليالي دخلت تبعاً لا أصلاً ومقصوداً، فلا يشترط لها ما يشترط للأصل»[(٢)].

٤ – قال المصنف: «لو حلف لا يشتري جدياً فاشترى شاة حاملاً بجدي، وكذلك لو حلف لا يشتري لبناً فاشترى شاة في ضرعها لبن، وكذلك لو حلف لا يشتري مملوكاً صغيراً، فاشترى أمة حاملاً، وكذلك لو حلف لا يشتري دقيقاً فاشترى حنطة. وقالوا: لو حلف لا يشتري شعيراً فاشترى حنطة فيها شعير لم يحنث؛ لأن الشعير – وما سبق – ليس بمعقود عليه مقصوداً وإنما يدخل في العقد تبعاً»[(٣)].

٥ – قال المصنف: «إذا أدى – المكاتب الكتابة – أو بدل الكتابة عتق ويعتق ولده

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٢٣).

(٢) المصدر السابق (٢/ ٢٧٥).

(٣) المصدر السابق (٣/ ١٣٠).

المولود في الكتابة؛ بأن ولد للمكاتب ولد من أمة اشتراها؛ لأنه صار مكاتباً تبعاً للأب فيثبت فيه حكم الأصل»[١].

٦ – قال المصنف: «ومما ينفسخ به البيع ممن له خيار العيب ما إذا وجد من البائع – من التصرف – في المبيع ما لو وجد منه في الثمن لكان إجازة للبيع يكون فسخاً للبيع... فالإقدام على ذلك يكون فسخاً للعقد دلالة وهذا النوع لا يقف على علم صاحبه بلا خلاف،... لأن الانفساخ ههنا لا يثبت بالفسخ مقصوداً، وإنما يثبت ضمناً لغيره، فلا يشترط له ما يشترط للفسخ مقصوداً، كبيع الشرب والطريق أنه لا يجوز مقصود ويجوز تبعاً للأرض»[٢].

٧ – الوكيل بالقبض: «إذا قبض الوكيل بالقبض المبيع وهو يراه فإنه يسقط خيار الرؤية عند أبي حنيفة؛ لأن الوكيل عنده لا يملك إبطال خيار الرؤية مقصوداً، كما أن الموكل لا يملك ذلك، وإنما يبطل خيار الرؤية بالقبض؛ لأن هذا من لوازم القبض، والوكيل بالشيء وكيل بإتمام ذلك الشيء، والشيء قد يثبت ضمناً لغيره وإن كان لا يثبت مقصوداً»[٣].

٨ – خيار الرؤية لا يسقط بالإسقاط لا قبل الرؤية ولا بعدها[٤]، وإنما ثبت شرعاً لحكمة فيه فكان ثابتاً حقاً لله تعالى؛ وما ثبت حقاً لله تعالى فالعبد لا يملك التصرف فيه إسقاطاً مقصوداً؛ لأنه لا يملك التصرف في حق غيره مقصوداً،

---

(١) المصدر السابق (٣/ ٦٢٧).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٥٤٠).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٥٧٧).

(٤) قال المصنف مبيناً سبب ذلك: «أما قبلها؛ لأن أوان ثبوت الخيار هو أوان الرؤية فقبل الرؤية لا خيار، وإسقاط الشيء قبل ثبوته وثبوت سببه محال، وأما بعد الرؤية فلأن الخيار ما ثبت باشتراط العاقدين؛ لأن ركن العقد مطلق عن الشرط نصاً ودلالة، وإنما يثبت شرعاً لحكمة فيه، فكان ثابتاً حقاً لله تعالى» بدائع الصنائع (٤/ ٥٧٩).

لكنه يحتمل السقوط بطريق الضرورة بأن يتصرف في حق نفسه مقصوداً، ويتضمن ذلك سقوط حق الشرع، فيسقط حق الشرع ضمن التصرف في حق نفسه، ويجوز أن يثبت الشيء بطريق الضرورة وإن كان لا يثبت مقصوداً[١].

٩ – قال المصنف: «الوكيل بالبيع إذا عزله الموكل ولم يعلم به فإنه لا ينعزل، ولو باع الموكل بنفسه ينعزل»[٢].

١٠ – الوكالة العامة من غير بيان لا تصح حالة الانفراد، وكذلك الكفالة بمجهول لا تصح حالة الانفراد، أما إذا كانت الوكالة العامة ضمن شركة العنان أو المفاوضة تصح، وكذلك الكفالة بمجهول إذا كانت ضمن شركة المفاوضة فإنها تصح؛ «لأنها لا تثبت في العقد مقصوداً بل ضمناً للشركة، وقد يثبت الشيء ضمناً وإن كان لا يثبت مقصوداً، ويشترط للثابت مقصوداً ما لا يشترط للثابت ضمناً وتبعاً»[٣].

* * *

(١) المصدر السابق.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق (٥/ ٧٧).

المطلب الرابع
قاعدة: «براءة الأصيل توجب براءة الكفيل»[(١)]

معاني مفردات القاعدة:

البراءة لغة: من برأ، قال ابن فارس: «الباء والراء والهمزة، أصلان، ترجع إليهما فروع الباب.

---

(١) بدائع الصنائع (٥/٥)، وينظر أحكام هذه القاعدة وألفاظها في: المنثور للزركشي (٢/١٥٤)، وإيضاح المسالك (ص ٢٦٦ قاعدة ٥٨)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١١٩)، ولابن نجيم (ص ١٤٦ و٢٤٢، ٢٤٤)، فهؤلاء ذكروها عند كلامهم على قاعدة «يسقط الفرع إذا سقط الأصل» وينظر أيضاً: الفوائد الزينية لابن نجيم (ص ٤٠)، الفائدة التاسعة، و(ص ١١٣) الفائدة (١١٩)، وترتيب اللآلي (٢/١٧٦) ذكرها ضمن فروع قاعدة «يسقط الفرع إذا سقط الأصل» وغمز عيون البصائر (٢/٣٠١ و٣/١٧ و٤/٢٦٤)، والمواهب السنية وحاشيتها (ص ٣٨٦)، والأقمار المضيئة (ص ١٦٤)، وشرح المجلة لسليم رستم باز (١/٣٦٥ م٦٢٢ وص ٤٠ م٥٠)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٨٣٦ م٦٦٢) و(١/٥٣ م٥٠)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٢٦٣)، والمدخل الفقهي العام (٢/١٠٢٥ – ٨١/٧٠)، ومجلة الأحكام الشرعية (ص ٣٦٣ مادة ١١٠٩)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ٣٩١)، وجمهرة القواعد الفقهية (١/٥٢٠)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ٤٨٢)، والقواعد الفقهية المستنبطة من المدونة الكبرى (٢/٦٧١ قاعدة ١٦٣) وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال إيضاح المسالك وشرح المنهج (ص ٢١٣ قاعدة ٥٤ وص ٤٢٧ قاعدة ١٢٥) ومن خلال البهجة شرح التحفة (ص ٤٧ قاعدة ١٤)، والقواعد والضوابط الفقهية في كتاب المغني لابن قدامة أ.د. محمد السعدان (ص ٢٠٦)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (ص ٣٣٦)، وموسوعة القواعد الفقهية له أيضاً (٣/٤١)، والقواعد الكلية د. محمد شبير (ص ٣٠٧)، والقواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه (ص ١٣١)، والممتع في القواعد الفقهية (ص ٣٣٢)، والقواعد الفقهية د. محمد الزحيلي (ص ٤٥٠)، قاعدة ٧٣، وإيضاح القواعد الفقهية (ص ١٠٠)، والوجيز في شرح القواعد الفقهية د. عبدالكريم زيدان (ص ١١٤)، والقواعد الفقهية، د. عبدالعزيز عزام (ص ٥٢٠)، وموسوعة القواعد الفقهية إعداد عطية رمضان (ص ٧١).

أحدهما: الخلق. يقال: «بَرَأ» الله الخلق «يَبْرَؤهم» «بَرْءَاً»، والبارئ الله جل ثناؤه.

والثاني: التباعد من الشيء ومزايلته – وهو المراد هنا - «من «البُرْء» وهو السلامة من السقم»[١]، يقال: «بَرَأ، يَبْرَأ، ويَبْرُؤ بَرْءاً ويُبْرُءاً... وبرئ، يَبْرَأ بمعناه. ومن ذلك: البراءة من العيب والمكروه، وكذلك: «بارأت» شريكي و«أبرأت» من الدين والضمان[٢].

والمعنى الاصطلاحي للبراءة لا يخرج عن معناها اللغوي، فالبرء: خلوص الشيء من غيره، إما على سبيل التقصي، كقولهم: «برئ المريض من مرضه، والبائع من عيوب معيبه، وصاحب الدين من دينه، أو على سبيل الإنشاء كقولهم: «بَرَأ الله الخلق»[٣].

فالإبراء: جعل المدين – مثلاً – بريئاً من الدين، أو الحق الذي عليه.

والتبرئة: إسقاط الشخص حقاً له في ذمة آخر، أو قبله[٤].

فتكون البراءة: هي السلامة من الذنب والعيب وغيرهما والتخلص من الشبهة[٥].

الأصيل لغة: مشتق من «أصل» وأصل الشيء أساسه، وما يستند وجود ذلك الشيء إليه، ويطلق الأصيل على الأصل، ويأتي بمعنى الوقت بعد العصر إلى غروب الشمس، والأصيل: العشي[٦].

---

(١) معجم مقاييس اللغة (ص ١١١).

(٢) ينظر: كتاب العين مرتب على وقف الترتيب الألفبائي (ص ٦٣).

(٣) ينظر: مختار الصحاح (ص ٤٤)، والمصادر السابقة، ولسان العرب (٢/ ٤٧)، مادة (برأ).

(٤) الموسوعة الفقهية (١/ ١٤٢).

(٥) التعريفات للبركتي (ص ٤٣).

(٦) ينظر: معجم مقاييس اللغة (ص ٦٢)، ولسان العرب (١/ ١١٤)، والقاموس المحيط (ص ١٢٤٢)، =

وفي اصطلاح الفقهاء لا يخرج عن هذين المعنيين اللغويين والمراد به هنا: المدين، أو من عليه الدين والمطالب به ابتداء[١].

الكفيل: الكفالة لغة: هي مصدر «كَفَلَ به» «كَفْلاً» و«كُفُولاً» و«كَفَالة» وكفلت عنه: تحملت، والكفيل الضامن للشيء[٢].

الكفالة في اصطلاح الفقهاء: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقاً، بنفس أو بدين أو عين[٣].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة متفرعة عن قاعدة «إذا سقط الأصل سقط الفرع»[٤] التي تُعدُّ من القواعد المتفرعة عن القاعدة العامة «التابع تابع»، فكثيراً ما يتكلم عنها الفقهاء عند كلامهم عن حكم التابع إذا سقط متبوعه.

والذي يتبين من هذه القاعدة: أنه إذا كان في ذمة إنسان حق من الحقوق، وقدم كفيلاً يضمن هذا الحق الذي عليه، ثم إن برئ الأصيل – المدين –من المكفول به، إما بتأدية الدين، أو أبرأه الدائن من الدين، أو قال الدائن – المكفول له – ليس لي حق على الأصيل مطلقاً، أو وهبه إياه، أو إذا كانت الكفالة بالنفس سلم المكفول به نفسه إلى المكفول له، فإن الأصيل يبرأ والحالة هذه، ولا يجوز للدائن بعد ذلك مطالبة الكفيل بالدين؛ لأن المدين في الدين أصل والكفيل فرع، فبسقوط الحق عن

= والكليات للكفوي (ص ١٢٩)، كلها في مادة (أصل).

(١) ينظر: الموسوعة الفقهية مادة (أصل)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٣/ ٤١).

(٢) ينظر: كتاب العين (ص ٨٤٩)، ولسان العرب (١٣/ ٩١)، ومختار الصحاح (ص ٤٩٤)، كلها في مادة (كفل).

(٣) رد المحتار على الدر المختار (٥/ ٤١٤).

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١١٩)، ولابن نجيم (ص ١٤٦)، وقد سبقت الإشارة إليها عند العزو إلى مصادر القاعدة.

الأصل يسقط عن الفرع لأنه تبعٌ، أما إذا أبرأ الطالب – المكفول له – الكفيل فإنه يبرأ وحده دون الأصيل؛ لأن الأصل لا يأخذ حكم الفرع، وهذا باتفاق الفقهاء[١].

أصل القاعدة:

يمكن أن يستدل لهذه القاعدة بدليل عقلي وهو: أن الأصيل أصل والكفيل فرع والأصل هو ما يبنى عليه غيره، والفرع هو: ما بني على غيره، فإذا سقط الأصل سقط الفرع؛ لأن الفرع لا يثبت والأصل غير ثابت وهذا من المسلمات العقلية.

ويدل لهذا قوله تعالى:] ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا كَلِمَةً طَيِّبَةً كَشَجَرَةٍ طَيِّبَةٍ أَصْلُهَا ثَابِتٌ وَفَرْعُهَا فِى ٱلسَّمَآءِ Z [٢] ففي الآية دليل على أن ثبات الأصل ورسوخه، وكونه آمناً من الزوال، سبب في ارتفاع الفرع وثبوته وقوته في التصاعد، ويفهم منه أن الأصل إذا لم يكن بهذه الصفة فإنه معرض للزوال وبسقوطه يسقط الفرع؛ لأنه مبني عليه.

الفروع الفقهية المندرجة تحت القاعدة:

ذكر المصنف تحت هذه القاعدة جملة من الفروع الفقهية بعضها يتعلق بالكفيل بالمال، وبعضها يتعلق بالكفيل بالنفس، وبعضها يتعلق بالكفيل بالأعيان، ومن الفروع المتعلقة بالكفيل بالمال ما يأتي:

١ – ذكر المصنف: أن الكفيل بالمال يخرج من الكفالة بأداء المال إلى الطالب أو ما هو في معنى الأداء، سواء كان الأداء من الكفيل أو من الأصيل؛ لأن حق

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٦١٣)، ومواهب الجليل (٥/ ١١٠)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص١١٩)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٦٠٥).

(٢) من الآية رقم ٢٤ من سورة إبراهيم.

المطالبة التوصل إلى الأداء، فإذا وجد فقد حصل المقصود فينتهي حكم العقد[١].

٢ – يبرأ الكفيل ويخرج من الكفالة إذا وهب الطالب المال من الكفيل أو من الأصيل؛ لأنها بمنزلة الأداء وبالأداء تبرأ ذمة الأصيل فيبرأ الكفيل من الكفالة[٢].

٣ – يبرأ الكفيل من الكفالة بالإبراء، فإذا أبرأ الطالب الكفيل أو الأصيل برأت ذمة الأصيل وخرج الكفيل من الكفالة[٣].

أما إذا أبرأ الطالب الكفيل فلا يبرأ الأصيل؛ لأن إبراء الكفيل إبراء عن المطالبة لا عن الدين، إذ لا دين عليه وليس من ضرورة إسقاط حق المطالبة عن الكفيل سقوط أصل الدين عن الأصيل[٤].

٤ – قال المصنف: « وكذا – يخرج الكفيل من الكفالة – إذا أحاله المطلوب بمال الكفالة على رجل وقبله؛ لأن الحوالة مبرئة عن الدين والمطالبة جميعاً عند عامة مشايخنا، وعند بعضهم مبرئة عن المطالبة وإبراء الكفيل والأصيل مخرج عن الكفالة[٥].

٥ – قال المصنف: « وكذلك الكفيل يخرج عن الكفالة بالصلح كما يخرج بالحوالة »[٦].

ثم ذكر ثلاث حالات للصلح منها حالتان يبرأ فيهما الكفيل والأصيل جميعاً:

« **إحداهما**: أن يقول الكفيل للطالب صالحتك من الألف على خمسمائة على أني والمكفول عنه بريئان من الخمسمائة الباقية، ويكون الطالب في الخمسمائة التي وقع عليها الصلح بالخيار، إن شاء أخذها من الكفيل، ثم الكفيل يرجع بها على

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٦١٣).

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق.

(٥) المصدر السابق (٤/ ٦١٤).

(٦) المصدر السابق.

الأصيل، وإن شاء أخذها من الأصيل[١].

والثانية: أن يقول صالحتك على خمسمائة مطلقاً عن شرط البراءة أصلاً، لما ذكرنا[٢] أن الإبراء المضاف إلى المال المجرد عن شرط البراءة المضافة إلى الكفيل إبراء عن الدين والدين واحد، فإذا سقط عن الأصيل سقطت المطالبة عن الكفيل»[٣].

ومن الفروع المتعلقة بالكفيل بالنفس ما يأتي:

٦ – يخرج الكفيل بالنفس من الكفالة بواحد من الأمور الآتية:

أ – بتسليم النفس إلى الطالب وهو التخلية بينه وبين المكفول بنفسه، في موضع يقدر على إحضاره مجلس القاضي، سواءاً كان التسليم من الأصيل أم من الكفيل، فإنهما يبرآن؛ لأن التسليم في مثل هذا الموضع محصل للمقصود من العقد، وهو إمكان استيفاء الحق بالمرافعة إلى القاضي[٤].

ب – تبرئة الطالب الأصيل، قال المصنف: «ولو أبرأ – الطالب – الأصيل برئا جميعاً؛ لأن الكفالة بمضمون على الأصيل، وقد بطل الضمان بالإبراء، فينتهي حكم الكفالة»[٥].

ج – موت الكفيل، لأن الكفالة بمضمون على الأصيل، وقد سقط الضمان عنه فيسقط عن الكفيل[٦].

ومن الفروع المتعلقة بالكفيل بالأعيان:

يخرج الكفيل بالأعيان المضمونة بنفسها والأفعال المضمونة عن الكفالة

---

(١) المصدر السابق.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق (٤/ ٦١٥).

(٤) المصدر السابق.

(٥) المصدر السابق (٤/ ٦١٦).

(٦) المصدر السابق.

بأحد أمرين:

الأول: تسليم العين المضمونة بنفسها إن كانت قائمة، أو تسليم مثلها أو قيمتها إن كانت هالكة، ويحصل الفعل المضمون وهو التسليم والحمل، فإذا حصل هذا برئا جميعاً الأصيل والكفيل[١].

الثاني: الإبراء. فإذا أبرأ من له الحق الأصيل فقد برأ، ويبرأ ببرائته الكفيل، وإن أبرأ الكفيل فلا يبرأ الأصيل؛ لأن الأصل لا يأخذ حكم الفرع[٢].

٧ - قال المصنف: «إذا وهب – صاحب الدين – الدين من الأصيل برئ الكفيل؛ لأن هذا وأداء المال سواء؛ لأنه لما وهبه منه فقد ملك ما في ذمته، كما إذا أدى، ومتى برئ الأصيل برئ الكفيل؛ لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل»[٣].

٨ - ثم قال: «ولو مات الطالب فورثه الكفيل يرجع على الأصيل، ولو ورثه الأصيل يبرأ الكفيل؛ لأن الإرث من أسباب الملك فيملكه الأصيل، ومتى ملكه برئ، فيبرأ الكفيل كما إذا أدى»[٤].

* * *

(١) المصدر السابق.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق (٥/٥).

(٤) المصدر السابق.

المطلب الخامس

قاعدة: « الشيء يستتبع ما هو دونه ولا يستتبع ما هو فوقه أو مثله »

أوردها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: « التبع لا يستتبع الأصل »[٢].

وبلفظ: « التابع لا يستتبع المتبوع »[٣].

ولفظ: « الشيء لا يتبع ما بعده ولا يستتبع ما قبله »[٤].

ولفظ: « ما كان تابعاً لغيره في حكم لا يستتبع غيره في ذلك الحكم »[٥].

ولفظ: « الشيء لا يستتبع مثله »[٦].

ولفظ: « التبع لا يستتبع غيره »[٧].

شرح مفردات القاعدة:

يستتبع: فعل مضارع من « اسْتَتْبَعَ » تقول: « استتبع عمرو زيداً: طلب منه أن

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٩٣).

وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: المنثور للزركشي (١/ ١٣٠)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ٤٨٣)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (٣/ ٤٠٢م ١٣٧٩)، وشرح المجلة لسليم رستم (٢/ ٧٣٤م ١٢٧٩)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٣/ ١٦٣، ٨/ ٨٢٥)، ومن كتب الفقه: الهداية (٢/ ١٠)، وحاشية ابن عابدين (١/ ٤٧٧، ٤/ ٤٤٣)، والمجموع (١١/ ٣٣٢).

(٢) المصدر السابق (١/ ١٨٥).

(٣) المصدر السابق (١/ ٤٣٦).

(٤) المصدر السابق.

(٥) المصدر السابق (٤/ ٥١٩).

(٦) المصدر السابق (٥/ ٩٢، ١٠٠، ١٢٢، ١٣٣).

(٧) المصدر السابق (٦/ ١٢٦).

يتبعه. واستتبع الكلب: جعله يتبعه[١]، وفي الحديث: **(ليستتبعني)** [٢] أي: يطلب مني أن أتبعه ليطعمني[٣].

فيكون معنى يستتبع: يطلب من غيره أن يتبعه حسياً أو معنوياً.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

المراد بكلمة «الشيء» في القاعدة هو التابع، وهذا يفهم من خلال السياق؛ لأن المصنف فرع عليها فروعاً فقهية تدل على ذلك، كما سيأتي.

وعليه فيكون معنى القاعدة: أن التابع لما كان متفرعاً عن أصل وتابعاً له في الوجود أو الحكم، فإنه لا يكون متبوعاً، فلا يستتبع غيره في ذلك الحكم وتلك الجهة التي هو تبع فيها، أي: أنه لا يصير أصلاً لتابع آخر أعلى منه رتبة أو مساوٍ له.

أصل القاعدة:

١ – قال الله تعالى:] / 0 1 2 3 4 5 6 7 8 9 :
; < = > ? @ A B C D E F G H I J K L M Z
الآية[٤].

وجه الدلالة من الآية:

أن الله سبحانه وتعالى بيَّن أنه لو كان رسول الله ^ يعمل في الأمور بآراء من

---

(١) ينظر: لسان العرب (٢/ ٢٧) مادة (تبع).

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: باب المسلم يبيت في المسجد (٢/ ٤٤٦)، وقال: رواه البخاري في الصحاح عن أبي نعيم، والذي عند البخاري في صحيحه: كتاب الرقاق، باب كيف كان عيش النبي ^ وأصحابه (٨/ ١٢٠) الحديث رقم (٦٠٨٧) بلفظ: «ليشبعني». أما لفظ: «يستتبعني» الذي عند البيهقي فقد قال عنه الحاكم: «صحيح على شرط الشيخين» ووافقه الذهبي على ذلك، المستدرك (٣/ ١٧) الحديث رقم (٤٢٩١).

(٣) فتح الباري (١١/ ٢٨٥)..

(٤) الآيتان رقم ٦، ٧ من سورة الحجرات.

عنده من الصحابة، ويقبل منهم أكثر ما يقولونه له، لنالهم العَنَت وهو الشدة والمشقة، لأنهم يريدون استتباع رأيه لرأيهم وطاعته لهم.

« فكأنه قيل: يا أيها الذين آمنوا تبينوا إن جاءكم فاسق بنبأ، ولا تكونوا أمثال هؤلاء، ممن استفزه النبأ قبل أن يعرف صدقه، ثم لا يقنعه ذلك حتى يريد أن يستتبع رأي من هو المتبوع على الإطلاق فيقع هو ويقع غيره في العنت والإرهاق، واعلموا جلالة رسول الله ^ وتفادوا عن أشباه هذه الهنات »[1]. فأنتم تبع له والتابع لا يستتبع من هو فوقه.

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: « إذا تلا آية السجدة خارج الصلاة وسجد لها، ثم افتتح الصلاة وأعادها في ذلك المكان – فإنه يجب عليه أن – يسجد للمتلوة في الصلاة... لكون الموجودة خارج الصلاة تابعة للموجودة في الصلاة، والتابع لا يستتبع المتبوع، فلا تصير السجدة لتلك التلاوة مانعة من لزوم السجدة بهذه التلاوة »[2].

ثم قال: « وعلى هذا إذا سمع من غيره آية السجدة، ثم شرع في الصلاة في ذلك المكان، وتلا تلك الآية بعينها في الصلاة، فهذا والذي تلا بنفسه، ثم شرع في الصلاة مكانه، ثم أعادها سواء »[3].

٢ – قال المصنف: « لو اشترى أرضاً فيها أشجار مثمرة، فإن لم يكن الثمر موجوداً وقت العقد، وحدث بعده قبل القبض، فأكله البائع، فقد صار له حصة من الثمن عندنا؛ لصيرورته مقصوداً بالإتلاف على ما بينا، لكن الكلام في كيفية

---

(١) روح المعاني (١٣ / ٣٠٠).

(٢) بدائع الصنائع (١ / ٤٣٦).

(٣) المصدر السابق (١ / ٤٣٧).

أخذ الحصة فاختلف أصحابنا فيها:

فقال أبو حنيفة ومحمد: يأخذ الحصة من الشجر والأرض جميعاً، فيقسم الثمن على الشجر والأرض والثمر أثلاثاً، فيُسْقِطْ ثلث الثمن بإتلاف البائع؛ لأن الشجر تابع للأرض في البيع... وما كان تابعاً لغيره في حكم، لا يستتبع غيره في ذلك الحكم»[١].

٣ - ثم قال: «ونظير مسألتنا: ما لو اشترى جارية فولدت ولداً قبل القبض، ثم ولد ولدها ولداً، لا يكون للولد الثاني حصة من الولد الأول؛ لأن الأول في نفسه تابع فلا يستتبع غيره»[٢].

٤ – قال المصنف في شركة العنان[٣]: «ليس لأحد شريكي العنان أن يشارك – شركة عنان – إلا أن يؤذن له بذلك؛ لأن الشيء لا يستتبع مثله»[٤].

٥ - ثم قال: «وله أن يدفع مال الشركة مضاربة؛ لأن شركة العنان فوق المضاربة؛ لأنها توجب الشركة في الأصل والفرع، والمضاربة توجب الشركة في الفرع لا في الأصل، والشيء يستتبع ما هو دونه ولا يستتبع ما هو فوقه أو مثله»[٥].

٦ - ثم قال: «ولا يملك المضارب أن يدفع المال مضاربة بمطلق العقد؛ لأن

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٥١٩).

(٢) المصدر السابق.

(٣) شركة العنان: أن يشترك الرجلان في نوع بزّ أو متاع أوفي عموم التجارة، وسمي هذا النوع عناناً؛ لأنه يقع على حسب ما يعن لهما في كل التجارات أو في بعضها دون بعض، وعند تساوي المالين، أو تفاضلهما. وتتضمن الوكالة لا الكفالة. بدائع الصنائع (٥/ ٧٥)، والكليات (ص ٥٣٧)، والتعريفات (ص ١٢٩).

(٤) بدائع الصنائع (٤/ ٥١٩).

(٥) المصدر السابق.

المضاربة مثل المضاربة، والشيء لا يستتبع مثله فلا بد من الإذن[١].

٧ - وقال: «وله أن يوكل – غيره – بالبيع والشراء استحساناً... ولأن الشركة أعم من الوكالة، والوكالة أخص منها، والشيء يستتبع دونه ولا يستتبع مثله»[٢].

٨ – وفي شأن شركة المفاوضة[٣] قال المصنف: «ويجوز – لأحد شريكي المفاوضة – أن يشارك شركة عنان في قول أبي يوسف ومحمد؛ لأن شركة العنان أخص من شركة المفاوضة، فكانت دونها فجاز أن تتضمنها المفاوضة، كما تتضمن العنان المضاربة؛ لأنها دونها فتتبعها»[٤]. وعند أبي حنيفة لا يجوز له ذلك إلا بإذن الشريك الآخر[٥].

ثم ذكر أنه إذا فاوض فإنه لا يجوز عند أبي يوسف ورواية عن أبي حنيفة؛ لأن المفاوضة مثل المفاوضة والشيء لا يستتبع مثله[٦].

٩ - ثم قال: «وله أن يوكل من يعمل في المال؛ لأنه من عادة التجار وضرورات التجارة... ولأن المضاربة أعم من الوكالة، ويجوز أن يستفاد بالشيء ما هو دونه»[٧].

---

(١) المصدر السابق (٥/ ١٣٣).

(٢) المصدر السابق.

(٣) شركة المفاوضة: هي نوع من شركة العقد: أي أن يقول أحدهما شاركتك في كذا ويقبل الآخر، وتتضمن الوكالة والكفالة، ويتساويان مالاً وتصرفاً وديناً، وقيل: هي من التفويض؛ لأن كل واحد منهما يفوض التصرف إلى صاحبه على كل حال. ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٧٥)، والتعريفات (ص ١٢٩)، والكليات للكفوي (ص ٥٣٧).

(٤) بدائع الصنائع (٥/ ٩٩ – ١٠٠).

(٥) ينظر: المصدر السابق (٥/ ١٠٠).

(٦) ينظر: المصدر السابق (٥/ ١٠٠، ١٢٢).

(٧) المصدر السابق (٥/ ١٢٢).

١٠ - وقال: «وله أن يأذن لعبيد المضاربة بالتجارة في ظاهر الرواية؛ لأن الإذن بالتجارة من التجارة ومن عادة التجار أيضاً.

وعن محمد: أنه لا يملك ذلك بإطلاق المضاربة؛ لأن الإذن بالتجارة أعم من المضاربة فلا يستتبع ما هو فوقه»[١].

* * *

(١) بدائع الصنائع (٥/١٢٣).

المبحث الثامن
قواعد في التصرفات

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: قاعدة « أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن » .

المطلب الثاني: قاعدة « تصرف العاقل محمول على الوجه الأحسن ما أمكن » .

المطلب الثالث: قاعدة « الأصل أن يكون تصرف الإنسان لنفسه لا لغيره » .

المطلب الرابع: قاعدة « التصرف الشرعي لا وجود له بدون الأهلية » .

المطلب الخامس: قاعدة « اللعب إذا تعلقت به عاقبة حميدة لا يكون حراماً » .

المطلب الأول

قاعدة: « أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن »[١]

معاني مفردات القاعدة:

الأمور: جمع « أمر »، قال ابن فارس: « الهمزة والميم والراء أصول خمسة: الأمر من الأمور، والأمر ضد النهي، والأمر النماء والبركة، والمَعْلَم بفتح الميم، والعَجَب »[٢].

فالأمر الذي يجمع على « أمور » هو الذي بمعنى الحال والشأن[٣] وهو المراد هنا، ومنه قوله تعالى:] وَمَآ أَمۡرُ فِرۡعَوۡنَ بِرَشِيدٖ Z [٤]. أي: حال فرعون، ويقال: أمر فلان مستقيم، وأموره مستقيمة[٥] أي: حاله وشأنه، فهو يشمل جميع تصرفاته الفعلية والقولية والاعتقادية[٦].

الصلاح لغة: قال ابن فارس: « الصاد واللام والحاء، أصل واحد، يدل على خلاف الفساد »[٧]، وهو نقيض الطلاح[٨]، تقول: « صَلَحَ » الشيء « صُلُوحاً » من

---

(١) بدائع الصنائع (٣/٣٣٦، ٥/٣٣، ٥/٥٢، ٥/٥٣)، وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: أصول الكرخي مطبوع مع تأسيس النظر (ص ١١١)، والفروق للقرافي مع أدرار الشروق وتهذيب الفروق (٢/١٤٩ و٧٠ و٣١٩ و١٠٦)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٩٤، ١٠٢)، وغمز عيون البصائر (١/٢٦٤)، وترتيب اللآلي (٢/٨٦٤)، وموسوعة القواعد الفقهية (١/٤٤٨)، والقواعد والضوابط الفقهية القرافية د. عادل قوته (١/٣٩٢). وينظر: الهداية (٢/١٥٦).

(٢) معجم مقاييس اللغة (ص ٧٣) مادة (أمر).

(٣) ينظر: المصباح المنير (ص ١٦) مادة (أمر).

(٤) من الآية رقم ٩٧ من سورة هود.

(٥) ينظر: لسان العرب (١/١٥٠)، مادة (أ م ر).

(٦) ينظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/١٩)، والمدخل الفقهي العام (١/٣٧٩ – ١/٢٧)، والممتع في القواعد الفقهية (ص ٧٠).

(٧) معجم مقاييس اللغة (ص ٥٥٠) مادة (صلح).

(٨) ينظر: كتاب العين (ص ٥٢٦) مادة (صلح).

باب قَعَدَ، و« صَلاحاً » أي: زال عنه الفساد[١]، والصلاح مصدر « صَلَحَ »[٢].

الصلاح في اصطلاح الفقهاء: استقامة الحال على ما يدعو إليه العقل[٣].

السداد لغة: من « سدّ »، قال ابن فارس: « السين والدال أصل واحد، وهو يدل على ردم شيء وملاءمته، من ذلك « سَدَدْتُ » الثلمة « سدًّا »، وكل حاجز بين الشيئين سدّ، ومن ذلك « السَّديد » ذو « السَّداد » أي: الاستقامة، كأنه لا ثلمة فيه[٤]، و« السَّداد » مصدر وهو: الصواب من القول والفعل، وإصابة القصد، تقول: سددك الله: أي وفقك للقصد والرشاد[٥].

السداد اصطلاحاً: هو الإصابة في النطق والتدبير والرأي[٦].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أفادت هذه القاعدة أن جميع ما يصدر عن المسلم بإرادته، من تصرف فعلي أو قولي، يجب حمله على المحمل الحسن الصحيح، إذا كان يترتب عليه حقوق شرعية؛ لأن المسلم بتحقيقه للإيمان والإسلام، وبمراقبته لله عز وجل، لا يتصرف إلا تصرفاً مستقيماً صواباً، موافقاً لما تتطلبه الشريعة الإسلامية.

« ولا يمكن حمل أي تصرف صدر عن مسلم على غير ذلك، إلا إذا ظهر دليله وقامت حجته، لأننا أمرنا بإحسان الظن بأهل القبلة »[٧].

---

(١) ينظر: المصباح المنير (ص ١٨٠) مادة (ص ل ح).

(٢) طلبة الطلبة (ص ٢٩٢).

(٣) الكليات للكفوي (ص ٥٦١)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (٤/ ٧)، وأنيس الفقهاء (ص ٢٤١).

(٤) ينظر: معجم مقاييس اللغة (ص ٤٥٥)، مادة (سد). والمعجم الوسيط (١/ ٤٢٣).

(٥) ينظر: كتاب العين (ص ٤١٦) مادة (سد)، والمصباح المنير (ص ١٤٢)، ومختار الصحاح (ص ٢٥٥)، كلها مادة (س د د).

(٦) غريب الحديث لأبي عبيد (٢/ ٦٢).

(٧) موسوعة القواعد الفقهية (١/ ٤٤٨).

هذا إذا كان ذلك ممكناً، أما إذا وجد ما يعكر صفو هذا المحمل، من ريبة أو تهمة فلا بد من التثبت حينئذ، « لأن التهمة إذا تمكنت من فعل الفاعل حكم بفساد فعله »[١].

أصل القاعدة:

١ – قوله تعالى:] C B D E F G H I J K L M Z[[٢].

وجه الدلالة من الآية:

أن الله سبحانه وتعالى أرشد المؤمنين لما يجب عليهم أن يفعلوه تجاه مثل الاتهامات الباطلة التي رمى بها أهل الإفك عائشة – رضي الله عنها – مما يدل على أنه يجب حمل تصرفات المسلم التي خفي أمرها على الصلاح والسداد، إذا كان ذلك ممكناً.

قال الجصاص[٣] عند تفسيره لهذه الآية: « وهذا يدل على أن الواجب لمن كان ظاهره العدالة أن يُظن به خيراً، ولا يُظنّ به شراً، وهو يوجب أن يكون أمور المسلمين في عقودهم وأفعالهم وسائر تصرفهم محمولة على الصحة والجواز، وأنه غير جائز حملها على الفساد، وعلى ما لا يجوز فعله، بالظن والحسبان »[٤].

وقال أيضاً: « وهذا يدل أيضاً على صحة قول أبي حنيفة في أن المسلمين

---

(١) تأسيس النظر (ص ٢٧).

(٢) من الآية رقم ١٢ من سورة النور.

(٣) أحمد بن علي الرازي، الجصاص، إمام الحنفية بعد شيخه الكرخي، ولد سنة ٣٠٥هـ، ومات سنة ٣٧٠هـ، من مؤلفاته: (أحكام القرآن)، (الفصول في الأصول)، ينظر ترجمته في: الطبقات السنية (١/ ٤١٢)، وتاريخ بغداد (٤/ ٣١٤)، والأعلام للزركلي (١/ ١٧١)، وموسوعة الأعلام (١/ ١٠٦)، وتاج التراجم (١/ ٩٦)، ومعجم المؤلفين (٢/ ٧)، طبقات الحنفية (١/ ٨٤)، وهدية العارفين (١/ ٣٥).

(٤) أحكام القرآن (٥/ ١٦١).

عدول ما لم تظهر منهم ريبة»[١].

٢ – قوله تعالى:] ! " # $ % & ' ( ) * + Z [٢] الآية.

وجه الدلالة من الآية:

أن الله سبحانه وتعالى أمر باجتناب كثيراً من الظن السيئ بأهل الخير وبمن لا يعلم عنه فسق؛ لأنه قد يترتب عليه قول باطل، أو فعل سوء، أو تعطيل معروف، أو إبطال حق فيكون إثماً كبيراً، ويفهم من ذلك أنه يجب حمل ظاهر الناس على الصلاح والسداد ما لم يتبين خلاف ذلك.

قال ابن كثير: «يقول الله تعالى – ذلك – ناهياً عباده المؤمنين عن كثير من الظن، وهو التهمة والتخون للأهل والأقارب والناس في غير محله؛ لأن بعض ذلك يكون إثماً محضاً فليجتنب كثير منه احتياطاً»[٣].

قال القرطبي: «ومحل التحذير والنهي إنما هو تهمة لا سبب لها يوجبها، كمن يتهم بالفاحشة أو بشرب الخمر مثلاً، ولم يظهر عليه ما يقتضي ذلك»[٤].

٣ – عن أبي هريرة – رضي الله عنه – عن النبي ^ قال: **(إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث)** [٥].

قال ابن حجر: «هذا الحديث يوافق قوله تعالى:] $ % & ' (* + Z [٦] فدل سياق الآية على الأمر بصون عرض المسلم غاية الصيانة

---

(١) المصدر السابق.

(٢) من الآية رقم ١٢ من سورة الحجرات.

(٣) تفسير القرآن العظيم (٧/ ٣٧٧).

(٤) تفسير القرطبي (١٦/ ٣٣١).

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الأدب، باب ما ينهى عن التحاسد والتدابر وقوله تعالى: (ومن شر حاسد إذا حسد) (٨/ ٢٣) الحديث رقم (٦٠٦٤)، ومسلم في صحيحه: كتاب البر والصلة، باب تحريم الظن والتجسس والتنافس والتناجش ونحوها (٨/ ١٠) الحديث رقم (٦٧٠١).

(٦) من الآية رقم ١٢ من سورة الحجرات.

لتقدم النهي عن الخوض فيه بالظن»[١].

٤ – عن عائشة رضي الله عنها قالت: «قالوا يا رسول الله إن هاهنا أقواماً حديث عهدهم بشرك، يأتونا بلحمان لا ندري يذكر اسم الله عليها أم لا، قال: **(اذكروا أنتم اسم الله وكلوا)** [٢].

وجه الدلالة من الحديث:

أن قوله ^ : (كلوا) فيه إشارة إلى أنه لا يلزم أن يعلموا عن حال ما يجلبه المسلمون إلى أسواق المسلمين، وكذا ما ذبحه الأعراب من المسلمين، هل سمي عليه أو لا؟ لأنهم قد عرفوا التسمية وحكمها، والمسلم لا يظن به في كل شيء إلا الخير حتى يتبين خلاف ذلك[٣].

قال الجصاص: «فلو لم تكن التسمية من شرط الذكاة لقال: وما عليكم من ترك التسمية، ولكنه ^ قال: (كلوا) لأن الأصل أن أمور المسلمين محمولة على الجواز والصحة، فلا تحمل على الفساد وما لا يجوز إلا بدلالة»[٤].

ويوضح ذلك ما ذكره ابن كثير بقوله:

«ووجه الدلالة – من الحديث – أنهم فهموا أن التسمية لا بد منها، وأنهم خشوا ألا تكون وجدت من أولئك، لحداثة إسلامهم، فأمرهم بالاحتياط بالتسمية عند الأكل، لتكون كالعوض عن المتروكة – التسمية – عند الذبح إن لم تكن وجدت، وأمرهم بإجراء أحكام المسلمين على السداد»[٥].

---

(١) فتح الباري (١٠/ ٤٨١).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب التوحيد، باب السؤال بأسماء الله تعالى والاستعاذة بها (٩/ ١٤٦) الحديث رقم (٧٣٩٨).

(٣) ينظر: سبل السلام (٧/ ٣١١).

(٤) أحكام القرآن (٤/ ١٧٣).

(٥) تفسير القرآن العظيم (٣/ ٣٢٤).

الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة:

١ – قال المصنف: «وقال محمد في عدة الطلاق – البائن – أنها إذا حبلت، فإن لم يعلم أنها حبلت بعد الطلاق، ثم جاءت بولد لأكثر من سنتين فقد حكمنا بانقضاء عدتها بعد[١] الوضع لستة أشهر حملاً لأمرها على الصلاح، إذ الظاهر من حال المسلمة أن لا تتزوج في عدتها، فيحكم بانقضاء عدتها قبل التزوج والله الموفق»[٢].

٢ – المعتدة من طلاق رجعي ليس لها أن تخرج إلى سفر، سواء كان سفر حج فريضة أو غير ذلك لا مع زوجها ولا مع محرم غيره، حتى تنقضي عدتها أو يراجعها.

قال المصنف: «وليس لزوجها أن يسافر بها عند أصحابنا الثلاثة، وقال زفر: له ذلك. وقال بعضهم: إنما قال ذلك لأن المسافرة بها رجعة عنده دلالة، ووجهه: أن إخراج المعتدة من بيت العدة حرام، فلو لم يكن من قصده الرجعة لم يسافر بها ظاهراً، تحرزاً عن الحرام فيجعل المسافرة بها رجعة دلالة، حملاً لأمره على الصلاح، صيانة له عن ارتكاب الحرام»[٣].

٣ – قال المصنف: «إذا كانت معتدة عن طلاق بائن وهي من ذوات الأقراء، ولم تكن أقرَّت بانقضاء العدة، فجاءت بولد إلى سنتين عند الطلاق، لزمه؛ لأنه يحتمل أن يكون العلوق من وطء حادث بعد الطلاق، ويحتمل أن يكون من

---

(١) لعل المراد «قبل» ولعل ما في المبسوط يوضح ذلك حيث قال السرخسي: «أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا: حمل أمرها على الصلاح واجب ما أمكن، فلو جعلنا هذا الولد عن علوق في العدة كان فيه حمل أمرها على الزنى، ولو جعلناه كأن عدتها قد انقضت وتزوجت بزوج آخر وعلقت منه كان فيه حمل أمرها على الصلاح فتعين هذا الجانب». المبسوط (٦/٤٦)، باب العدة وخروج المرأة من بيتها. وقد أشار المصنف إلى مثل ذلك في (٣/٣٣٧) من بدائع الصنائع.

(٢) بدائع الصنائع (٣/٣١٨).

(٣) المصدر السابق (٣/٣٢٦ – ٣٢٧).

وطء وجد في حال قيام النكاح، وكانت حاملاً وقت الطلاق؛ لأن الولد يبقى في البطن إلى سنتين بالاتفاق، وهذا أظهر الاحتمالين؛ إذ الظاهر من حال المسلمة أن لا تتزوج في العدة، وحمل أمور المسلمين على الصلاح والسداد واجب ما أمكن، فيحمل عليه »[١].

٤ – قال المصنف: « إذا تزوجت المعتدة[٢] بزوج آخر، ثم جاءت بولد لأقل من سنتين منذ طلقها الأول أو مات، ولأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني، فالولد للأول؛ لأنه لا يحتمل أن يكون من الثاني، إذ المرأة لا تلد لأقل من ستة أشهر، ويحتمل أن يكون من الأول؛ لأن الولد يبقى في بطن أمه إلى سنتين، وفي الحمل عليه حمل أمرها على الصلاح وأنه واجب ما أمكن »[٣].

٥ – قال المصنف في بيان ما يظهر به حكم الإعتاق: « إذا أضاف صيغته إلى أحدهما بعينه ثم نسيه...، فلا خلاف في أن أحدهما حر قبل البيان... والبيان في هذا النوع إظهار وتعيين لمن نزل فيه العتق – ويلزمه ذلك – وهو نوعان نص ودلالة أو ضرورة، أما النص فنحو أن يقول المولى لأحدهما عينا هذا الذي كنت أعتقته ونسيت، أما الدلالة أو الضرورة فهي أن يقول أو يفعل ما يدل على البيان.

فإن كن عشراً فوطئ إحداهن، تعينت الموطوءة للرق حملاً لأمره على الصلاح، وكذا لو وطئ الثانية والثالثة إلى التاسعة فتتعين الباقية وهي العاشرة للعتق؛ لأن فعله محمول على الجواز ولا جواز له إلا في الملك »[٤].

ثم قال: « ولو ماتت واحدة منهن قبل البيان، فالأحسن أن لا يطأ الباقيات

---

(١) المصدر السابق (٣/٣٣٦).

(٢) سواء كانت عدة وفاة أو عدة فراق من طلاق وغيره، ينظر: بدائع الصنائع (٣/٣٤٠).

(٣) المصدر السابق (٣/٣٤٠).

(٤) المصدر السابق (٣/٥٥٨ – ٥٥٩).

قبل البيان، لاحتمال أن تكون المعتقة فيهن، فلو أنه وطئهن قبل البيان جاز؛ لأن فعل المسلم العدل محمول على الجواز ما أمكن، وأمكن هاهنا؛ بأن يحمل على أنه قد تذكر أن المعتقة منهن هي الميتة»[١].

٦ – «الوكيل بشراء شيء غير معين إذا اشترى شيئاً ولم تحضره نية – هل هو لنفسه أم للموكل – واتفقا عليه فإنه يحكم فيه الثمن، فإن أدى الوكيل الثمن من دراهم نفسه فالمشترى له، وإن أداه من دراهم موكله فالمشترى لموكله. هذا عند أبي يوسف وعند محمد يكون الشراء للوكيل.

وجه قول أبي يوسف: أن أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن وذلك في تحكيم الثمن»[٢].

٧ – «إذا كان المدعى دراهم أو دنانير فصالح منها عن إقرار، فإن صالح على أقل من حقه قدراً ووصفاً، بأن صالح من الألف الجياد على خمسمائة نبهرجة، جاز، ويحمل على استيفاء بعض عين الحق أصلاً، والإبراء عن الباقي أصلاً ووصفاً؛ لأن أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن.

ولو حمل على المعاوضة لأدى إلى الربا؛ لأنه يصير بائعاً ألفاً بخمسمائة وأنه ربا، فيحمل على استيفاء بعض الحق والإبراء عن الباقي»[٣].

٨ – قال المصنف: «لو ادعى ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم إلى شهر جاز، وطريق جوازه بأن يجعل حطاً لا معاوضة؛ لأنه لو جعل معاوضة لبطل؛ لأنه يصير بعض المائة عوضاً عن الدنانير والبعض عوضاً عن الدراهم فيصير بائعاً تسعمائة بخمسين فيكون ربا، وأمور المسلمين محمولة على الصلاح

---

(١) المصدر السابق (٣/ ٥٥٩).

(٢) المصدر السابق (٥/ ٣٢).

(٣) المصدر السابق (٥/ ٥٢).

والسداد ما أمكن، وأمكن أن يجعل حطاً للدنانير أصلاً وبعض الدراهم وذلك تسعمائة، وتأجيل البعض وذلك مائة إلى شهر»[١].

* * *

(١) المصدر السابق (٥/٥٣).

المطلب الثاني
قاعدة: « تصرف العاقل واجب الاعتبار ما أمكن »

أوردها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: « تصرف العاقل محمول على الوجه الأحسن ما أمكن »[٢].

ولفظ: « تصرف العاقل يحمل على الصحة ما أمكن »[٣].

ولفظ: « تصرف العاقل تجب صيانته عن النقص والإبطال ما أمكن »[٤].

ولفظ: « اعتبار تصرف العاقل واجب ما أمكن »[٥].

شرح مفردات القاعدة:

التصرف في اللغة: مصدر « تصرَّف » يقال: فلان « يَصْرِفْ » و« يتَصرَّف » و« يصْطَرِف » لعياله أي: يكتسب لهم، و« الصَّرْفُ » الحيلة، ومنه قولهم: إنه ليتصرف في الأمور[٦] إذا عالجها وقلبها من حال إلى حال. فالتصرف هو: « التقلب في الأمور

---

(١) بدائع الصنائع (٣/١٢٦ و٥١٧ و٥/٢٦٦ و٣١٢ و٣٢١). واخترت اللفظ المثبت أعلاه لكثرة وروده في الكتاب، ولأنه أوجز عبارة وأوضح حكماً.

وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٢٧٤ و٣٩٠)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٣٢٨)، ولابن نجيم (ص٣٩١)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ٤٢٤)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٥٩م٦٠ و١/١٤١، م١٧٢ و١/٧٣٠م ٦١٢ و٤/٣٠ م١٥٤٥، و٤/٥١ م١٥٥٢)، والهداية (٢/٢١٢ و٢١٥)، وحاشية رد المحتار (٣/١٢٤) وتكملتها (٢/٣٨٣)، والمجموع (٢٠/٣٣٩) وإعلام الموقعين (٣/٢٩١).

(٢) بدائع الصنائع (٤/٣٤٤).

(٣) المصدر السابق (٣/٥٦٧ و٦/٢٦٥، ٤٣٢).

(٤) المصدر السابق (٥/٤٧٤، ٦/٢٠٣، ٤٩٥).

(٥) المصدر السابق (٥/٢٦٦).

(٦) ينظر: كتاب العين (ص ٥١٦)، ولسان العرب (٨/٢٢٩)، ومختار الصحاح (ص ٣١٤)، كلها مادة

=

والسعي في طلب الكسب»[١].

واصطلاحاً: كل ما يصدر عن الشخص بإرادته، ويرتب الشرع عليه نتائج حقوقية[٢].

والتصرف نوعان: فعلي وقولي.

الفعلي: ما كان مصدره عملاً فعلياً غير اللسان، بمعنى أنه يحصل بالأفعال لا بالأقوال، مثل: إحراز المباحات، والغصب، والإتلاف، واستلام المبيع، وغير ذلك.

القولي: هو الذي يكون منشؤه اللفظ دون الفعل، ويدخل فيه الكتابة والإشارة، وهذا نوعان: تصرف قولي عقْدي، وتصرف قولي غير عقدي.

١ – التصرف القولي العَقْدي: هو الذي يتكون من جانبين، ويكون فيه اتفاق إرادتين.

مثاله: الإجارة والبيع والنكاح والوكالة. وسائر العقود التي لا تتم إلا بوجود طرفين الموجب والقابل ولا تتم إلا برضاهما.

٢ – التصرف القولي غير العقدي، وهذا نوعان:

أ – ما يتضمن إرادة إنشائية وعزيمة مبرمة من صاحبه على إنشاء حق أو إنهائه أو إسقاطه.

مثاله: الوقف والطلاق والإعتاق والإبراء، وغير ذلك من التصرفات ذات الإرادة المنفردة أي التي ينفرد بها المتصرف. وهذا النوع قد يسمى عقداً لما فيه من العزيمة المنشئة، أو المسقطة للحقوق.

ب – التصرف القولي الذي لا يتضمن إرادة منشئة، أو منهية، أو مسقطة للحقوق، بل هو صنف آخر من الأقوال التي تترتب عليها أحكام شرعية.

= (صرف).

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية (١٢/ ٧١) كلمة (تصرف).

(٢) المدخل الفقهي العام (١/ ٣٧٩)، والموسوعة الفقهية الكويتية (١٢/ ٧١) كلمة (تصرَّف).

مثاله: الدعوى والإقرار والإنكار.

وهذا النوع تصرف قولي محض ليس فيه أي شبه عَقْدي.

والتصرف بنوعيه القولي والفعلي يشمل جميع ما يصدر من العاقل، سواء كان ذلك عبادة، أو معاملة، أو أحوال شخصية، أو غير ذلك، لأنه لا تخرج عن كونه أقوالاً أو أفعالاً والتصرف يشمل الأقوال والأفعال[1].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة تفيد أن تصرفات المسلم العاقل يجب اعتبارها، وحملها على المحمل الحسن الصحيح، وتجب صيانتها عن النقض والإبطال ما أمكن ذلك، فالعاقل عموماً لا يتصرف تصرفاً فاسداً؛ لأن عقله يمنعه من ذلك، والمسلم يمنعه عقله ودينه من الحرام.

وهذه القاعدة تعتبر مرادفة في المعنى للقاعدة السابقة، وعليه فجميع ما ذكر هناك من استدلال ومن فروع فقهية يذكر هنا، ولكني أحببت إفراد هذا اللفظ بالدراسة لأمرين هما:

١ – اهتمام المصنف بهذا اللفظ، فقد ذكره في كتابه أكثر من خمس عشرة مرة، وذكر فروعاً فقهية تندرج تحته، فأحببت أن أذكر ما تيسر منها وأحيل إلى مواطن الباقي من الكتاب لتعم الفائدة.

٢ – أنها وردت بلفظ «العاقل» في جميع مواردها بدلاً من لفظ «المسلمين» في القاعدة السابقة، فهل هو قيد لازمٌ له مفهومه المعتبر؟ أم هو صفة كاشفة ووصف خرج مخرج الغالب ولا مفهوم له؟

أي هل يجب اعتبار تصرفات العاقل وحملها على الصحة ما أمكن ذلك،

---

(١) ينظر في ذلك كله: المدخل الفقهي العام (١/ ٣٧٩ – ٣٨١)، والموسوعة الفقهية الكويتية مادة (تصرَّف)، والقواعد والضوابط الفقهية القرافية (١/ ٣٩٤ – ٣٩٥) بتصرف.

سواء كان مسلماً أو كافراً، أم لا بد أن يكون مسلماً؟

الذي يظهر أنه لا مفهوم له، فالأصل في تصرفات الكفار أنها وإن كان الغالب فيها أنها غير صحيحة شرعاً، فإنا نحملها على الصحة إذا خفي علينا الأمر وأمكن أن نحملها على ذلك.

قال ابن السبكي: «قاعدة: الاعتبار في تصرفات الكفار باعتقادنا لا باعتقادهم.... ومن ثم إذا أتونا بما نتيقن أنه من ثمن خمر لا نأخذه في الجزية»[(١)].

ويفهم من هذا أنه إذا خفي علينا حاله فإنا نحمله على الصحة.

قال الإمام أبو بكر بن العربي[(٢)]: «ظنت طائفة أن معاملتهم لا تجوز، وذلك لما في أموالهم من الفساد، والصحيح: جواز معاملتهم مع رباهم واقتحامهم ما حرم الله سبحانه عليهم، فقد قام الدليل على ذلك قرآناً وسنَّة، قال الله تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ ۖ حِلٌّ لَّهُمْ﴾[(٣)].

وقد عامل النبي ﷺ اليهود، ومات ودرعه مرهونة عند يهودي في شعير

---

(١) الأشباه والنظائر (١/ ٢٧٤، ٣٩٠).

(٢) هو: محمد بن عبدالله بن محمد بن عبدالله المعافري الأندلسي، أبو بكر المعروف بابن العربي، من أهل أشبيلية، ولد سنة ٤٦٨ هـ من أعيان علماء المذهب المالكي في وقته، كان إماماً عالماً فقيهاً أصولياً، حافظاً متبحراً في العلوم، متفنناً فيها، أشعري المعتقد، وقد رحل إلى المشرق، وتفقه بأبي حامد الغزالي، ثم رجع إلى الأندلس، وقدم إشبيلية بعلم كثير، لم يُدخله أحدٌ قبله ممن كانت له رحلة للمشرق، وقد صنف مؤلفات مفيدة، منها: عارضة الأحوذي في شرح جامع الترمذي، والمسالك في شرح موطأ الإمام مالك، وأحكام القرآن، والمحصول في أصول الفقه، والعواصم من القواصم، وقانون التأويل، توفي بالعدوة سنة ٥٤٣ هـ ودفن بفاس.

انظر ترجمته في: الغنية للقاضي عياض (ص/ ٦٦)، والصلة لابن بشكوال (٢/ ٥٥٨)، ووفيات الأعيان لابن خلكان (٤/ ٢٩٦)، وسير أعلام النبلاء (٢٠/ ١٩٧)، وسلوة الأنفاس للكتاني (٣/ ٢٤٤)، وشجرة النور الزكية لمخلوف (١/ ١٣٦)، والفكر السامي للحجوي (٤/ ٢٢١).

(٣) من الآية رقم ٥ من سورة المائدة.

أخذه لعياله[١].

إلى أن قال: «والحاسم لداء الشك والخلاف، اتفاق الأئمة على جواز التجارة مع أهل الحرب»[٢].

وهذه النصوص ونظائرها وإن كان فيها دليل على تصحيح تصرفات المسلمين مع غيرهم فإن فيها أيضاً دليلاً على إثبات ملكيتهم لما في أيديهم، وتصحيحاً لتصرفاتهم فيها، واعتبار آثار معاملاتهم وما يترتب عليها من حقوق، وهذا هو المراد من لفظ القاعدة.

أصل القاعدة:

سبق أن ذكرت أن هذه القاعدة بمعنى القاعدة السابقة «أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن» وعليه فيكون ما ذكر من نصوص شرعية استدلالاً للقاعدة هناك أدلة لهذه القاعدة.

وأيضاً فقد ذكر المصنف حديثاً استدل به لهذه القاعدة فقال: «روي عن النبي ^ أنه دفع ديناراً إلى حكيم بن حزام[٣] – رضي الله عنه – وأمره أن يشتري له أضحية فاشترى شاتين ثم باع إحداهما وجاء بدينار وشاة إلى النبي ^ فدعا له بالبركة وقال عليه الصلاة والسلام: **(بارك الله في صفقة يمينك)**»[٤].

---

(١) أحكام القرآن (١/ ٥١٤ – ٥١٥).

(٢) المصدر السابق (١/ ٥١٥).

(٣) هو حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبدالعزى، أبو خالد، صحابي، وهو ابن أخ خديجة أم المؤمنين، مولده في مكة (في الكعبة)، أسلم يوم الفتح، روى عن الرسول ^ (أربعين حديثاً)، عمِّر طويلاً، قيل: (١٢٠سنة)، توفي بالمدينة سنة (٥٤هـ)، وقيل: سنة (٥٠هـ)، أو (٥٨هـ) أو (٦٠هـ). ينظر: تهذيب التهذيب (٢/ ٣٨٤)، والإصابة (٢/ ١١٢).

(٤) رواه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب: في المضارب يخالف (٣/ ٢٦٥) برقم (٣٣٨٨)، والدارقطني (٣/ ٩)، والبيهقي، كتاب القراض، باب المضارب يخالف بما فيه زيادة لصاحبه (٦/ ١١٢ =

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ^ أقره على ما فعل ودعا له بالبركة، وإن لم يكن مأموراً ببيع الشاة، وهذا يدل على انعقاد تصرفه وعلى صحة بيعه، وإلا لأنكر عليه النبي ^ ، فالنبي ^ حمل تصرفه على الوجه الأحسن، حيث قصد البر والإحسان إلى النبي ^ [1].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – ذكر المصنف: أنه إذا حلف ألا يركب دابة فلان هذه، أو لا يدخل دار فلان هذه أو لا يكلم عبد فلان هذا، أو لا يلبس ثوب فلان هذا، أي: إذا جمع بين إضافة الملك والإشارة، ثم خرج المحلوف عن ملك صاحبه، وركب أو دخل أو كلم أو لبس فعند محمد أنه يحنث، وعندهما لا يحنث.

= – ١١٣) برقم (١١٩٥٢) كلهم من طريق سفيان حدثني أبو حصين عن شيخ من أهل المدينة عن حكيم بن حزام أن رسول الله ^ بعث معه بدينار يشتري له أضحية، فاشتراها بدينار وباعها بدينارين، فرجع فاشترى له أضحية بدينار. وجاء بدينار إلى النبي ^ فتصدق به النبي ^ ودعا له أن يبارك له في تجارته.

وإسناده ضعيف؛ لأن فيه رجلاً لم يسم وبه أعله البيهقي (٦/ ١١٣) ونقل الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير (١٢/٣) عن البيهقي أنه قال: ضعيف من أجل هذا الشيخ، ونقل أيضاً عن الخطابي أنه قال: هو غير متصل؛ لأن فيه مجهولاً لا يدري من هو؟ أ.هـ

ورواه الترمذي، كتاب البيوع، باب آخر (٣/ ٥٥٨) (١٢٥٧) قال: حدثنا أبو كريب حدثنا أبو بكر بن عياش عن أبي حصين عن حبيب عن حكيم بن حزام أن رسول الله ^ بعث حكيم بن حزام يشتري له أضحية بدينار، فاشترى أضحية. فأربح فيها ديناراً، فاشترى أخرى مكانها. فجاء بالأضحية والدينار إلى رسول الله ^ فقال: ضح بالشاة وتصدق بالدينار.

ورجاله لا بأس بهم. لكن قال الترمذي (٤/ ٢٥٧): حديث حكيم بن حزام، لا نعرفه إلا من هذا الوجه وحبيب بن أبي ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام! وقال ابن التركماني «الجوهر النقي» (٦/ ١١٣): «ورجال هذا السند على شرط البخاري. وقال الترمذي: حبيب لم يسمع... أ.هـ».

التلخيص الحبير (١٢/٣)، ونصب الراية (٤/ ٩٠ – ٩١).

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٣٤٤).

وجه قولهما: أن الحالف لما جمع بين الإضافة والإشارة لزم اعتبارهما ما أمكن، لأن تصرف العاقل واجب الاعتبار ما أمكن وقد أمكن اعتبار الإضافة هنا مع وجود الإشارة، فكأنه قال: لا أركب هذه مهما دامت لفلان ملكاً[١].

٢ – قال المصنف: «إذا كان العتق مضافاً إلى وقت، فيشترط وجود الملك وقت الإضافة، لأن إضافة الإعتاق إلى وقت إثبات العتق في ذلك الوقت لا محالة، ولا ثبوت للعتق بدون الملك... وإذا لم يكن – الملك – موجوداً كان الظاهر بقاءه على العدم، فلا يثبت العتق في الوقت المضاف إليه لا محالة فيكون خلاف تصرفه، والأصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي أوقعه»[٢].

٣ – إذا قال لعبده: أنت حر بعد موتي بشهر... فالقياس أنه باطل.

وجه القياس: «أنه لما علق العتق بمضي شهر بعد الموت فلما مات انتقل الملك فيه إلى الورثة، ولم يبق إلا مضي الزمان وهو الشهر فلا يحتمل ثبوت العتق به فيبطل، إلا أنهم استحسنوا فجعلوه وصية بالإعتاق، لأن تصرف العاقل يحمل على الصحة ما أمكن وأمكن حمله على الوصية بالإعتاق بعد مضي شهر بعد الموت فيحمل عليها»[٣].

٤ – إذا قال – الدائن – للمدين: صالحتك من الألف الذي عليك على خمسمائة، على أن تعطينيها اليوم، ولم يقل فإن لم تعطني اليوم فالألف عليك، أي: لم ينص على شرط العدم، فإن أعطاه اليوم برئ عن خمسمائة بالإجماع، وإذا لم يعطه حتى مضى اليوم بطل الصلح، والألف عليه عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف: الصلح ماض وعليه خمسمائة فقط.

---

(١) ينظر: المصدر السابق (٣/١٢٦).

(٢) المصدر السابق (٣/٥١٧).

(٣) المصدر السابق (٣/٥٦٦ – ٥٦٧).

وجه قولهما: أن شرط التعجيل في هذه الصورة شرط انفساخ العقد عند عدمه بدلالة حال تصرف العاقل، لأن العاقل يقصد بتصرفه الإفادة دون اللغو واللعب والعبث، ولو حمل المذكور على ظاهر شرط التعجيل للغا[١].

٥ – قال المصنف: «إذا زاد الراهن الرهن وفيه نماء، بأن رهن جارية قيمتها ألف بألف فولدت ولداً يساوي ألفاً ثم زاده عبداً قيمته ألف...، والأم قائمة لم تهلك...، وجعل المزيد زيادة على الولد، فهو رهن مع الولد خاصة، ولا يدخل في حصة الأم؛ لأن الأصل وقوع تصرف العاقل على الوجه الذي أوقعه وقد جعله زيادة على الولد فيكون زيادة معه، فيقسم الدين أولاً على الأم والولد على قدر قيمتهما، تعتبر قيمة الأم يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكاك، ثم ما أصاب الولد يقسم عليه وعلى العبد الزيادة، على قدر قيمتهما وتعتبر قيمة الولد يوم الفكاك، وقيمة الزيادة وقت الزيادة وهو وقت قبضها»[٢].

٦ – قال المصنف: «من أحكام المزارعة[٣] الفاسدة: أن أجر المثل في المزارعة الفاسدة يجب مقدراً بالمسمى عند أبي يوسف، وعند محمد يجب تاماً، وهذا إذا كانت الأجرة، وهو حصة كل واحد منهما مسماة في العقد.

وجه قول محمد – رحمه الله -: أن الأصل في الإجارة وجوب أجر المثل؛ لأنها عقد معاوضة وهو تمليك المنفعة بعوض، ومبنى المعاوضة على المساواة بين البدلين.

وجه قول أبي يوسف – رحمه الله -: أن الأصل ما قاله محمد وهو وجوب أجر المثل بدلاً عن المنافع، قيمة لها؛ لأنه هو المثل، بالقدر الممكن، لكن مقدراً

---

(١) المصدر السابق (٥ / ٥٤) بتصرف.

(٢) المصدر السابق (٥ / ٢٣٠).

(٣) المزارعة: من الزرع وهو الإنبات وفي عرف الشرع: عبارة عن العقد على زراعة الأرض ببعض الخارج منها بشرائطه الموضوعة له شرعاً، المصدر السابق (٥ / ٢٥٤).

بالمسمى؛ لأنه كما يجب اعتبار المماثلة في البدل في عقد المعاوضة بالقدر الممكن، يجب اعتبار التسمية بالقدر الممكن؛ لأن اعتبار تصرف العاقل واجب ما أمكن، وأمكن ذلك بتقدير أجر المثل بالمسمى »[١].

٧ – قال المصنف: « إذا قال المودِع للمودَع: أخبئها – الوديعة – في هذا البيت، وأشار إلى بيت معين في داره فخبأها في بيت آخر في تلك الدار، لا تدخل في ضمانه؛ لأن البيتين من دار واحدة لا يختلفان في الحرز عادة، هذا عندنا.

وعند الشافعي تجب مراعاة الشروط في المواضع كلها؛ لأن الأصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي أوقعه فلا يترك هذا الأصل إلا لضرورة ولم توجد وصار كالدارين.

والجواب: نعم إذا تعلقت به عاقبة حميدة، فأما إذا خرج مخرج السفه والعبث فلا »[٢].

٨ - قال المصنف: « إذا كان عقد الإعارة مقيداً، فيراعى فيه القيد ما أمكن؛ لأن أصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي تصرف، إلا إذا لم يمكن اعتباره لعدم الفائدة ...، لأن ذلك يجري مجرى العبث »[٣].

٩ – قال المصنف: « تؤكل ذبيحة الكتابي إذا لم يشهد ذبحه، ولم يسمع منه شيء، أو سمع وشهد منه تسمية الله تعالى وحده؛ لأنه إذا لم يسمع شيئاً يحمل على أنه قد سمى الله تبارك وتعالى وجرَّد التسمية تحسيناً للظن به كما بالمسلم »[٤].

١٠ – قال المصنف: « من أحكام اللقيط: أن نسبه من المدعي – ذلك – يحتمل

---

(١) المصدر السابق (٥ / ٢٦٦).

(٢) المصدر السابق (٥ / ٣١٢).

(٣) المصدر السابق (٥ / ٣٢١).

(٤) المصدر السابق (٤ / ١٦٥).

الثبوت شرعاً؛ لأنه مجهول النسب، فلو ادعى الملتقط أو غيره أنه ابنه تسمع دعواه من غير بينة...؛ لأنه عامل أخبر بأمر محتمل الثبوت، وكل من أخبر عن أمر والمخبر به محتمل الثبوت يجب تصديقه، تحسيناً للظن بالمخبر، هذا هو الأصل، إلا إذا كان في تصديقه ضرر بالغير، وهاهنا في التصديق وإثبات النسب نظر من الجانبين جانب اللقيط بالوصول إلى شرف النسب والحضانة والترتيب، وجانب المدعي بولد يستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية، وسواء كان المدعي مسلماً أو ذمياً أو عبداً»[1].

* * *

(١) المصدر السابق (٥/ ٢٩٣)، وينظر هذه المسألة أيضاً في (٥/ ٣٧٧).

المطلب الثالث

قاعدة: « الأصل أن يكون تصرف الإنسان لنفسه لا لغيره »[١]

المعنى الإجمالي القاعدة:

أفادت القاعدة أن جميع ما يصدر من المكلف من أقوال وأفعال يستطيع بها أن ينشئ أمراً، أو يترتب عليها أمر، كألفاظ البيع والإجارة والنكاح والإقرار والحدود والجنايات، فإن القاعدة المستمرة في ذلك أن ما يترتب على ذلك من أحكام شرعية فإنها تلزمه هو دون غيره.

قال العز بن عبدالسلام: « كل من جاز له الشراء لنفسه ولغيره، فإنه لا ينصرف إلى غيره إلا بنية تميزه عن الشراء لنفسه.

وكذلك لو ملك التصرف بأسباب مختلفة، كالوكيل والوصي، فإنه يملك الشراء لنفسه ولموكله ويتيمه، فلو أطلق الشراء على الذمة لانصرف إلى نفسه؛ لأنه الغالب من أفعاله، ولا ينصرف إلى موكله ولا إلى يتيمه إلا بنية »[٢].

أصل القاعدة:

١ - استدل المصنف لهذه القاعدة بقوله تعالى: ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ﴾[٣].

وقوله تعالى: ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَانِ إِلَّا مَا سَعَىٰ﴾[٤] عند كلامه على مسألة: حكم

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٣٤٦، ٥/ ٣٣، ١٦١، ٢٦٧، ٢٩٦، ٢/ ٢٢٦، ٣/ ٥٠٠)، وينظر أحكام هذه القاعدة: في قواعد الأحكام (١/ ٣١٥)، والفروق للقرافي (٢/ ٣١٩ ف١٠٦)، وتهذيب الفروق مطبوع الفروق وإدرار الشروق (٢/ ٣٢١)، والمنثور في القواعد للزركشي (١/ ١٧٩ – ١٧٩)، والمجموع المذهب (٢/ ٢٤٦)، وقواعد الحصني (٤/ ١٥)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٢/ ٩٣).

(٢) القواعد الكبرى (قواعد الأحكام) (١/ ٣١٥).

(٣) من الآية رقم ١٣٤ من سورة البقرة.

(٤) من الآية رقم ٣٩ من سورة النجم.

شراء الفضولي[١] حيث قال: «الأصل أن يكون تصرف الإنسان لنفسه لا لغيره، قال الله تعالى:] لَهَا مَا كَسَبَتْ Z. وقال عز من قائل:] وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَانِ إِلَّا مَا سَعَىٰ Z. وشراء الفضولي كسبه حقيقةٌ، فالأصل أن يكون له إلا إذا جعله لغيره»[٢].

وكرر ذلك عند كلامه على مسألة: حقوق العقد هل ترجع إلى الوكيل أو إلى الموكل.

ومسألة ضمان اللقطة[٣].

وجه الدلالة من الآية الأولى:

أن الله سبحانه وتعالى بين أن الإنسان إذا فعل فعلاً يعود عليه منه نفع أو ضرر، فإنه سيحاسب على ذلك هو وحده لا سواه، فإن خيراً فخير، وإن شراً فشر، مما يدل على اختصاص منفعة الفعل بفاعله، واقتصار مضرته عليه وهذا ما يفيده معنى القاعدة.

وجه الدلالة من الآية الثانية:

أن الله سبحانه وتعالى أخبر أن الإنسان لا يستحق ولا يملك شيئاً إلا بسعيه، أما سعي غيره فهو ملك لساعيه، وهذا يدل على أن ما يصدر عن المكلف من تصرفات فإن تبعتها تعود إليه لا إلى غيره.

قال الجصاص: «قوله تعالى:] لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا Z[٤]. هو مثل قوله تعالى:] وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا Z [٥]. وقوله تعالى:] وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَانِ إِلَّا مَا

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٣٤٦).

(٢) المصدر السابق (٥/ ٣٧).

(٣) المصدر السابق (٥/ ٢٩٦).

(٤) من الآية رقم ٢٨٦ من سورة البقرة.

(٥) من الآية رقم ١٦٤ من سورة الأنعام.

سَعَىٰ Z[١]. وفيه الدلالة على أن كل واحد من المكلفين فأحكام أفعاله متعلقة به دون غيره، وإن أحداً لا يجوز تصرفه على غيره ولا يؤاخذ بجريرة سواه»[٢].

٢ - واستدل المصنف أيضاً بقوله تعالى:] à عَمِلَ â فَلِنَفْسِهِۦ Z [٣].

وجه الدلالة:

حيث قال: «ومنها – شروط الإجارة – أن لا ينتفع الأجير بعمله، فإن كان ينتفع به لم يجز؛ لأنه حينئذ يكون عاملاً لنفسه، فلا يستحق الأجر، ولهذا قلنا إن الثواب على الطاعات من طريق الإفضال لا الاستحقاق؛ لأن العبد فيما يعمله من القربات والطاعات عامل لنفسه، قال سبحانه وتعالى:] à عَمِلَ â فَلِنَفْسِهِۦ Z. ومن عمل لنفسه فلا يستحق الأجر على غيره»[٤].

الفروع المبنية على القاعدة:

١ – قال المصنف: «إذا قال لعبد لا يملكه: إن ملكتك فأنت حر أو إن اشتريتك فأنت حر، فهذا صحيح عندنا، حتى لو اشتراه أو ملكه يعتق، وإن لم يكن الملك موجوداً وقت التعليق.

لأن مطلق الشراء ينصرف إلى الشراء المتعارف وهو الشراء لنفسه... فكأنه قال: إن اشتريتك شراء موجباً للملك فأنت حر، فإذا اشتراه شراء موجباً للملك فقد وجد الشرط فيعتق»[٥].

٢ – قال المصنف: «إذا اشترى الفضولي شيئاً لغيره وأضاف العقد إلى نفسه، كان

---

(١) من الآية رقم ٣٩ من سورة النجم.

(٢) أحكام القرآن (٢/ ٢٧٩).

(٣) من الآية رقم ٤٦ من سورة فصلت.

(٤) بدائع الصنائع (٤/ ٤٦).

(٥) المصدر السابق (٣/ ٥٠٠).

المشترى له، سواء وجدت الإجازة من الذي اشترى له أو لم توجد، لأن الشراء إذا وجد نفاذاً على العاقد نفذ عليه ولا يتوقف؛ لأن الأصل أن يكون تصرف الإنسان لنفسه لا لغيره»[١].

٣ – قال المصنف: «الوكيل بشراء شيء بغير عينه يكون مشترياً لنفسه إلا أن ينوبه للموكل؛ لأن الأصل أن يكون الإنسان متصرفاً لنفسه لا لغيره.

ثم قال: «فإذا اشترى شيئاً ولم تحضره نية واتفقا عليه، فإنه يحكم فيه الثمن، فإن أدى الوكيل الثمن من دراهم نفسه فالمشترى له، وإن أداه من دراهم موكله فالمشترى لموكله، هذا عند أبي يوسف لأن أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن.

أما عند محمد: يكون الشراء للوكيل؛ لأن الأصل أن يكون الإنسان متصرفاً لنفسه لا لغيره، فكان الظاهر شاهداً للوكيل، فكان المشترى له»[٢].

٤ – قال المصنف: «إذا اشترى المضارب عبداً بألف درهم وهي مال المضاربة ففقد المال، فقال رب المال: اشتريته على المضاربة ثم ضاع المال، وقال المضارب: اشتريته بعدما ضاع وأنا أرى أن المال عندي فإذا قد ضاع قبل ذلك، فالقول قول المضارب؛ لأن الأصل في كل من يشتري شيئاً أنه يعتبر مشترياً لنفسه»[٣].

٥ – قال المصنف: «ومما ينفسخ به عقد المزارعة موت صاحب الأرض، سواء مات قبل الزراعة أو بعدها، وسواء أدرك الزرع، أو هو بقل، لأن العقد أفاد الحكم له دون وارثه، لأنه عاقد لنفسه، والأصل: أن من عقد لنفسه بطريق الأصالة

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٣٤٦).

(٢) المصدر السابق (٥/ ٣٣) بتصرف يسير.

(٣) المصدر السابق (٥/ ١٦١).

فحكم تصرفه يقع له لا لغيره إلا لضرورة»[١].

٦ - قال المصنف: «إذا أخذ الملتقط اللقطة – لصاحبها – لا لنفسه، فإنها تعتبر أمانة، لأنه أخذها على سبيل الأمانة فكانت يده يد أمانة كالمودع.

فلو هلكت بيده وجاء صاحبها وصدقه في الأخذ له، لا يجب عليه الضمان بالإجماع وإن لم يشهد. وإن كذبه في ذلك، فكذا عند أبي يوسف ومحمد، أشهد أو لم يشهد، ويكون القول قول الملتقط بيمينه. أماعند أبي حنيفة: فإن أشهد فلا ضمان عليه، وإن لم يشهد فعليه الضمان لأمرين هما:

الأول: أن أخذ مال الغير بغير إذنه سبب لوجوب الضمان في الأصل، وجهة الأمانة لا تعرف إلا بالإشهاد.

الثاني: أن الأصل أن عمل كل إنسان له لا لغيره، لقوله سبحانه وتعالى:] وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ Z [٢]. وقوله تعالى:] لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا ´ Z[٣].فكان أخذه اللقطة في الأصل لنفسه لا لصاحبها»[٤].

* * *

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٦٧).

(٢) من الآية رقم ٣٩ من سورة النجم.

(٣) من الآية رقم ٢٨٦ من سورة البقرة.

(٤) بدائع الصنائع (٥/ ٢٩٦).

المطلب الرابع

قاعدة: « التصرف الشرعي لا وجود له بدون الأهلية والمحلية »[١]

وذكرها المصنف بلفظ: « التصرف الصادر من غير الأهل وفي غير محله يكون ملحقاً بالعدم »[٢].

وبلفظ: « الأصل في التصرف الصادر المضاف إلى المحل هو الصحة »[٣].

معاني مفردات القاعدة:

الأهلية: مصدر صناعي[٤] لكلمة « أهل » وهي لغة: تطلق على معنى الجدارة والكفاية لأمر من الأمور، يقال: فلان أهل للرئاسة أي هو جدير بها، وفلان أهل للعظائم، أي: كفؤ لها[٥].

فالأهلية كونه أهلاً لكذا، أي: صلاحيته لكذا[٦].

اصطلاحاً: أما في اصطلاح علماء الشرع فالأهلية تنقسم إلى قمسين هما:

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٥٩١)، بهذا اللفظ. وينظر أحكام هذه القاعدة وألفاظها في: قواعد ابن رجب (ص ٣٠٦)، قاعدة (١٢٦) و(ص ٣٩٩)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٩٥)، وغمز عيون البصائر (٣/ ٣٥١)، والهداية (١/ ٢٣٧)، وتبصرة الحكام (١/ ٩٠).

(٢) المصدر السابق (٢/ ٤٤١).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٣٩١).

(٤) ياء النسب إذا ألحقت وبعدها التاء أفادت معنى المصدر، ويسمى عند علماء الصرف بالمصدر الصناعي، الموجز في قواعد اللغة العربية لسعيد بن محمد الأفغاني (١/ ١٩١)، ضياء السالك إلى أوضح المسالك إلى ألفية ابن مالك (٣/ ٤٩).

(٥) ينظر: المدخل الفقهي العام (٢/ ٧٨٣ – ٤/ ٥٩)، ورفع الحرج لباحسين (ص ١٧٥).

(٦) ينظر: أصول السرخسي (٢/ ٣٤٠)، وأصول البزدوي (٤/ ٣٣٥)، مع كشف الأسرار، والتقرير والتحبير (٢/ ٢١٢).

أهلية وجوب، وأهلية أداء[١].

١ – أهلية الوجوب هي: صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه[٢].

٢ – أهلية الأداء هي: صلاحية الشخص لصدور الفعل عنه على وجه يعتد به شرعاً[٣].

فأهلية الوجوب ثابتة لكل إنسان سواء كان ذكراً أو أنثى، في جميع مراحل حياته حتى وإن كان جنيناً[٤]، فكل إنسان أياً كان، له أهلية الوجوب ولا يوجد إنسان عديم أهلية الوجوب؛ لأن أهليته للوجوب هي إنسانيته[٥]، فأساس ثبوت أهلية الوجوب للإنسان هو «الحياة» لأنه بالحياة تكون للإنسان ذمة وهذه الأهلية تثبت للإنسان بناء على ثبوت الذمة فيه، فهي تلازمه مدى الحياة ولا تفارقه حتى الموت[٦].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (١/ ١٤٢)، والمصادر السابقة، وقد قسم الفقهاء كل قسم إلى قسمين: كاملة وناقصة، بحسب قدرتي العقل والبدن المتحققتين في الشخص، وهما تختلفان تبعاً لمراحل الحياة التي يمر بها الإنسان. ينظر أيضاً في ذلك: التوضيح (٢/ ١٦٤)، والتحرير مع شرحه التقرير والتحبير (٢/ ٢١٢)، ورفع الحرج (ص ١٧٦).

(٢) ينظر: كشف الأسرار للبخاري (٤/ ٣٣٥)، والتقرير والتحبير (٢/ ٢١٢)، والتلويح (٢/ ١٦١).

(٣) ينظر: التلويح (٢/ ١٦١)، والتقرير والتحبير (٢/ ٢١٢).

(٤) ينظر: أصول السرخسي (٢/ ٣٣٣)، وأصول البزدوي مع كشف الأسرار (٤/ ٣٣٨)، والتوضيح (٢/ ١٦٣).

(٥) علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامي لعبدالوهاب خلاف (ص ١٢٨).

(٦) بدائع الصنائع (٥/ ٤٤، ٤٥، ١٠٥)، وذهب بعض الفقهاء إلى أن ذمة الإنسان تبقى بعد الموت على نحو ما. ينظر في ذلك: أصول البزدوي مع كشف الأسرار (٤/ ٤٣٥ – ٤٣٦)، والقواعد لابن رجب (ص ١٩٣)، والوجيز في أصول الفقه لعبدالكريم زيدان (ص ١١٠).

والذمة لغة: العهد، لأن نقضه يوجب الذم، قال تعالى:] \ [^ _ ` a b Z [التوبة: =

أما أهلية الأداء فهي «صلاحية الإنسان لأن يطالب بالأداء، ولأن تعتبر أقواله وأفعاله وتترتب عليها آثارها الشرعية، بحيث إذا صدر منه تصرف كان معتداً به شرعاً، وإن أدى عبادة كان أداؤه معتبراً ومسقطاً للواجب، وإذا جنى على غيره أخذ بجنايته مؤاخذة كاملة وعوقب عليها بدنياً ومالياً»[١].

ولا يمكن ذلك إذا لم يتوفر لديه أدنى حد كافٍ من الفهم لتكون ممارسته لها عن قصد صحيح معتبر.

وبهذا يتضح أن أهلية الأداء هي المرادة هنا؛ لأنها تعتبر هي الأساس لممارسة الأعمال والتصرفات الشرعية؛ لأن التصرفات الشرعية تعتمد قصد الفاعل وإرادته، فلا بد في ممارستها من وجود التمييز والعقل[٢]. فمن بلغ الحلم عاقلاً فإن أهلية الأداء عنده كاملة، ما لم يوجد ما يدل على اختلال عقله أو نقصه.

المحلية: مصدر صناعي لكلمة (محل) ومعناه لغة: المنزل، أي: المكان الذي يحل فيه، الذي هو نقيض المرتحل[٣]، و(حلَّ) بمعنى نزل[٤].

فيكون المراد بالمحلية: مناسبة الظرف الذي وقع فيه التصرف لترتب الأحكام الشرعية عليه[٥].

= ١٠]، وفي الشرع: وصف يصير به الإنسان أهلاً لما له وعليه، التوضيح (٢/ ١٦١)، وفي كشف الأسرار: المراد بالذمة في الشرع نفس ورقبة لها ذمة وعهد أي عهد سابق، فالمراد بالوجوب في الذمة في قولهم: وجب في ذمته كذا الوجوب في محل ثبت فيه للعهد الماضي وهو النفس أو الرقبة (٤/ ٣٣٨).

(١) الوجيز لعبدالكريم زيدان (ص ٩٣)، ورفع الحرج للباحسين (ص ١٧٦).

(٢) ينظر: المدخل الفقهي العام (٢/ ٧٨٧ – ١١/ ٥٩) بتصرف، وهذا ما قرره المصنف في مسائل كثيرة، بدائع الصنائع (٤/ ٣٢١، ٥/ ٨، ١٦، ٤٨، ١٨٠، ٢٠٤، ٣٠٧، ٤٦٤).

(٣) ينظر: كتاب العين (ص ٢٠٥)، مادة (حل) والقاموس المحيط (ص ١٢٧٤) مادة (حلل).

(٤) ينظر: معجم مقاييس اللغة (ص ٢٢٨) مادة (حل).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٣٢٧)، والموسوعة الفقهية (٣٦/ ٢٣٣).

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن الأقوال والأفعال التي تبنى عليها الأحكام الشرعية من عبادات أو معاملات أو غير ذلك، لا عبرة لها ولا يعتد بها إذا صدرت ممن ليس أهلاً لذلك، كالصغير والمجنون، وكذلك إذا وقعت في غير محلها فإنه لا يعتد بها.

أصل القاعدة:

١ – قوله تعالى:] لَا يُكَلِّفُ ©نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا Z [(١).

وجه الدلالة من الآية:

أن الإنسان قبل التمييز وقبل القدرة على أداء الواجبات لا يمكن أن يكلف بشيء من العبادات، ولا يؤاخذ بتصرفاته؛ لأن ذلك تكليف ما لا يطاق، وهذا منفي بنص الآية(٢).

قال المصنف: «الإيجاب على غير الأهل تكليف ما ليس في الوسع»(٣).

٢ – قوله تعالى:] Z X W V U T S R[(٤).

٣ – قوله تعالى:]] \ [^ _ ` a Z[(٥).

وجه الدلالة من الآيتين:

أنه لا يتصور وجود الأداء على الوجه المشروع، أي: قصد التقرب إلى الله، بعد وجود أصل العقل وقبل اكتماله، أو بعد اكتماله ولكن طرأ عليه ما يذهبه كالجنون، أو يضعفه كالعته، أو يحول دون فهمه كالنوم والإغماء، وأن في إلزام ذلك

---

(١) من الآية رقم ٢٨٦ من سورة البقرة.

(٢) ينظر أصول السرخسي (٢/ ٣٤٠).

(٣) بدائع الصنائع (١/ ٥٦١).

(٤) من الآية رقم ٦ من سورة المائدة.

(٥) من الآية رقم ١٥٧ من سورة الأعراف.

والحالة هذه من معنى الحرج والإضرار ما لا يخفى، وهذا منفي بنص الآيتين[١].

٤ – عن عائشة – رضي الله عنها – أن رسول الله ^ قال: **(رُفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ)**[٢].

وجه الدلالة:

أن النبي ^ بين حكم تكليف هؤلاء الثلاثة، بقوله ^ : « رفع القلم » وعند التأمل في العلة المشتركة بينهم والتي جعلت مناطاً للحكم نجد أنها عدم الفهم، أي عدم أهلية الأداء، وهذا ما يفيده معنى القاعدة.

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – ذكر المصنف أن العلم بأوصاف المبيع والثمن بعد العلم بالذات ليس بشرط لصحة البيع، وأن الجهل بها ليس بمانع من الصحة، لكنه شرط لزوم، فيصح بيع ما لم يره المشتري، لكنه لا يلزم، فله الخيار إذا رآه[٣].

ثم قال: « لأن ركن البيع صدر عن أهله مضافاً إلى محل هو خالص ملكه

---

(١) ينظر: أصول السرخسي (٢/ ٣٤١).

(٢) ذكره المصنف بهذا اللفظ في مواضع من كتابه منها (٢/ ٢٣٣ و٦/ ٧ و٦٨ و١٧٧) وأخرجه أبو داود (٤/ ٢٤٣) الحديث رقم (٤٤٠٠) بلفظ: « ... وعن المبتلى حتى يبرأ، وعن الصبي حتى يكبر » وقال عنه الألباني: صحيح. والترمذي في سننه، كتاب الحدود، باب في من لا يجب عليه الحد (٤/ ٣٢)، الحديث رقم (١٤٢٣) وقال عنه الترمذي: « حسن غريب ». والنسائي في سننه: كتاب الطلاق، باب ما لا يقع طلاقه من الأزواج (٦/ ١٥٦) الحديث رقم (٣٤٣٢)، وابن ماجة (١/ ٦٥٨) الحديث رقم (٢٠٤١)، بلفظ: « وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق » وقال عنه الألباني: صحيح. وأخرجه الإمام أحمد في المسند (٤١/ ٢٢٤) الحديث رقم (٢٤٦٩٤) و(٤٢/ ٥١) الحديث رقم (٢٥١١٤)، وابن حبان في صحيحه، باب التكليف، ذكر الأخبار عن العلة التي من أجلها إذا عدمت رفعت الأقلام عن الناس (ح ١٤٢). قال عنه شعيب الأرناؤوط: صحيح على شرط مسلم.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٣٦٥) بتصرف.

فيصح كشراء المرئي، وهذا لأن وجود التصرف حقيقة بوجود ركنه، ووجوده شرعاً لصدوره من أهله وحلوله في محله»[١].

٢ – قال المصنف: «أما بيع المشتري العقار قبل القبض فجائز عند أبي حنيفة، وأبي يوسف استحساناً،... ولأن الأصل في ركن البيع إذا صدر من الأهل في المحل هو الصحة، والامتناع لعارض الغرر، وهو غرر انفساخ العقد بهلاك المعقود عليه، ولا يتوهم هلاك العقار فلا يتقرر الغرر، فيبقى بيعه على حكم الأصل»[٢].

٣ – قال المصنف: «وأما البيع الباطل فهو: كل بيع فاته شرط من شرائط الانعقاد من الأهلية والمحلية وغيرهما... ولا حكم لهذا البيع أصلاً؛ لأن الحكم للموجود ولا وجود لهذا البيع إلا من حيث الصورة؛ لأن التصرف الشرعي لا وجود له بدون الأهلية والمحلية شرعاً، كما لا وجود للتصرف الحقيقي إلا من الأهل في المحل حقيقة، وكذلك نحو: بيع الميتة والدم والعذرة والبول وبيع الملاقيح والمضامين[٣] وكل ما ليس بمال وكذا بيع صيد الحرم والإحرام؛ لأنه بمنزلة الميتة، وكذا بيع الحر؛ لأنه ليس بمال...»[٤].

٤ – قال المصنف: «ليس للوكيل بالبيع أن يوكل غيره إلا إذا قيل له: اعمل برأيك وغير ذلك مما يدل على العموم، فإن وكل غيره بالبيع فباع الثاني بحضرة الأول

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٣٦٦).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٣٩٦).

(٣) الملاقيح ما في ظهور الجمال، والمضامين ما في بطون الإناث. قال المزني: وأنا أحفظ في لسان العرب أن الشافعي يقول: المضامين ما في ظهور الجمال، والملاقيح ما في بطون الإناث، لسان العرب (١٣/ ٢١٩) مادة (لقح). وهذا ما ذكره المصنف بقوله: المضمون ما في صلب الذكر، والملقوح ما في رحم الأنثى. بدائع الصنائع (٤/ ٣٣٧).

(٤) بدائع الصنائع (٤/ ٥٩١).

جاز، وإن باع بغير حضرته لا يجوز إلا أن يجيزه الأول والموكل.

وكذا إذا باعه فضولي ثم بلغ الوكيل أو الموكل فأجاز يجوز، هذا عند أصحابنا الثلاثة... لأن عبارة الوكيل ليست مقصود الموكل بل المقصود رأيه، فإذا باع الثاني بحضرته فقد حصل التصرف برأيه فنفذ، وإذا باعه لا بحضرته أو باع فضولي فقد خلا التصرف عن رأيه فلا ينفذ، ولكنه ينعقد موقوفاً على إجازة الوكيل أو الموكل؛ لصدور التصرف من أهله في محله »[١].

٥ – قال المصنف: « ومن الشرائط التي ترجع إلى المصالح عليه: أن يكون مالاً متقوماً، فلا يصح الصلح على الخمر والخنزير من المسلم؛ لأنه ليس بمال متقوم في حقه، وكذا لو صالح على دن من خل فإذا هو خمر لم يصح؛ لأنه تبين أنه لم يصادف محله »[٢].

* * *

(١) المصدر السابق (٥ / ٢٩).

(٢) المصدر السابق (٥ / ٥٩).

المطلب الخامس

قاعدة: «اللعب إذا تعلقت به عاقبة حميدة لا يكون حراماً»[١]

معاني مفردات القاعدة:

اللعب: بفتح اللام وكسر العين، ويجوز تخفيفه بكسر اللام وسكون العين[٢]، تقول: «لعب»، «يلعبُ»، «لَعِباً»، و«لَعْباً» و«لعَّب» و«تلاعب» و«تلعَّب» مرة بعد أخرى[٣]، وهو لغة: ضد الجد.

قال ابن فارس: «اللام والعين والباء كلمتان يتفرع منهما كلمات:

إحداهما: اللعب، معروف، و(التّلعابة): الكثير اللعب، و(المَلْعب): مكان اللعب، و«اللِّعبة»: اللون من اللعب، و«اللَّعْبة» المرة منها. والكلمة الأخرى: اللُّعاب: ما يسيل من فم الصبي»[٤].

ويقال لكل من عمل عملاً لا يجدي عليه نفعاً: إنما أنت لاعب[٥]، ومنه قوله تعالى:] ´ µ ¶ ¸ أَنتَ مِنَ ٱللَّٰعِبِينَ Z [٦].

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٥)، وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: الأشباه والنظائر لابن الوكيل (١/ ٢٩٩)، والمجموع المذهب في قواعد المذهب (٢/ ٣٠٦)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٤٣٠)، والموافقات للشاطبي (١/ ١٢٩)، ومختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي (٢/ ٦٢٢)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٢٦٩)، وغمز عيون البصائر (٢/ ٤١٥ و٤/ ٣١٨)، والقواعد والضوابط المتضمنة للتيسير، العبداللطيف (٢/ ٧٤٥)، والقواعد والضوابط الفقهية من كتاب المغني... لعبدالمجيد السبيل (ص ٢٢٨).

(٢) ينظر: المصباح المنير (ص ٢٨٥)، مادة (ل ع ب).

(٣) ينظر: لسان العرب (١٣/ ٢٠٥) مادة (لعب). وينظر: أصول البزدوي مع كشف الأسرار (٤/ ٤٩٦).

(٤) معجم مقاييس اللغة (ص ٩٢١) مادة (لعب).

(٥) ينظر: لسان العرب (١٣/ ٢٠٥).

(٦) من الآية رقم ٥٥ من سورة الأنبياء.

اصطلاحاً: طلب الفرح بما لا يحسن أن يطلب به. وقيل: ترك ما ينفع بما لا ينفع[١].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن أي تصرف يقوم به الإنسان، إذا كان لا يجدي نفعاً، ولم يقصد به قصداً صحيحاً، ولم يكن فيه ضرورة في الحال ولا منفعة في المآل، فإن الأصل فيه الحرمة[٢].

لكن يستثنى ما إذا ترتب على ذلك عواقب حميدة، كتشحيذ الخاطر وتذكية الفهم، والعلم بتدابير الحرب ومكايده، مما يكون رياضة وتعلمًا لأسباب الجهاد، أو غير ذلك من العواقب الحميدة، فإنه يكون جائزاً إذا استجمع شرائط الجواز[٣].

أصل القاعدة:

الكلام في هذه القاعدة مبني على أن الأصل في اللعب واللهو الحرمة، إلا ما دل الدليل على إباحته، فإنه يكون مستثنى من التحريم؛ مما يدل على أن عاقبته حميدة. وهذا هو مذهب الحنفية[٤] والمالكية[٥].

---

(١) ينظر: الكليات للكفوي (ص ٧٩٩).

(٢) هذا هو مذهب الحنفية والمالكية. ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٥)، والجامع لأحكام القرآن (٨/ ٣٣٧)، قال القرطبي: روى يونس عن أشهب قال: سئل مالك عن اللعب بالشطرنج فقال: «لا خير فيه، وليس بشيء وهو من الباطل، واللعب كله باطل، وينبغي لذي العقل أن تنهاه اللحية والشيب عن الباطل» (تفسيرالقرطبي (٨/ ٣٣٧).

(٣) بائع الصنائع (٥/ ٣٠٥)، وسيأتي ذكر هذه الشروط.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٥)، والهداية شرح البداية (٢/ ٤٢٤).

(٥) ينظر: الجامع لأحكام القرآن (٨/ ٣٣٧)، أما الشافعية والحنابلة فإنهم يرون أن الأصل في الأشياء الإباحة فما لم يرد الدليل على تحريمه فهو على الأصل، ينظر: المجموع (٢٠/ ٢٢٨)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٤٣٠)، ومختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي (٢/ ٦٢٢)، والمغني (١٢/ ٣٦)، قال ابن السبكي: «ذكر بعضهم أن أصل قاعدة مذهبنا أن اللهو واللعب أصلهما على

=

وعند استقراء نصوص الشريعة أجد أنه ورد ذكر اللهو واللعب في معرض الذم والتقبيح كقوله تعالى:] . / 0 1 2 3 Z[1]. وقوله تعالى:] q r s t u v x y z { | | ~ تَعْقِلُونَ Z[2]. وقوله تعالى:] ! " # $ % & ' Z[3].

ومما يمكن أن يستدل به لهذا القاعدة ما يأتي:

١ – قوله تعالى:] فَمَاذَا بَعْدَ الْحَقِّ إِلَّا الضَّلَالُ فَأَنَّى تُصْرَفُونَ Z[4].

وجه الدلالة:

أن الله سبحانه وتعالى بين أنه ليس بعد الحق إلا الضلال[5]، فلا واسطة بينهما، فمن لم يكن على حق فهو على ضلال، وما لا فائدة فيه وليس له عاقبة حميدة فهو من الضلال.

ذكر القرطبي: أنه روي عن الإمام مالك أنه قال: «اللعب بالشطرنج والنرد من الضلال، ولا خير فيه، وليس بشيء وهو من الباطل، واللعب كله من الباطل، فماذا بعد الحق إلا الضلال»[6].

= الإباحة خلافاً لمالك، وهذه العبارة لا أعرف أحداً من الأصحاب قالها، ولكنها قضية أن أصول الأشياء على عدم التحريم» (١/ ٤٣٠)، لكن ابن خطيب الدهشة صرح بأن الأصل في اللهو واللعب في المذهب الشافعي الإباحة وأن مذهب الإمام مالك هو التحريم. (مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي (٢/ ٦٢٢).

(١) من الآية رقم ٧٠ من سورة الأنعام.

(٢) الآية رقم ٣٢ من سورة الأنعام.

(٣) من الآية رقم ٦٤ من سورة العنكبوت.

(٤) من الآية رقم ٣٢ من سورة يونس.

(٥) الضلال حقيقته: الذهاب عن الحق، أخذ من ضلال الطريق وهو العدول عن سمته، يقال: ضل الطريق وأضل الشيء إذا أضاعه. أحكام القرآن (٨/ ٣٣٧).

(٦) المصدر السابق.

٢ – قوله تعالى:] @ A B C D E F G H I J K Z [(١).

وجه الدلالة:

أن الله سبحانه وتعالى توعد بالعذاب المهين كل من يشتري ما يلهي عن طاعة الله، ويصد عن مرضاته، ليضل الناس عن طريق الهدى إلى طريق الضلال.

قال السعدي: «لهو الحديث» أي: الأحاديث الملهية للقلوب، الصادة لها عن أجلّ مطلوب، فدخل في هذا كل كلام محرم، وكل لغو وباطل وهذيان من الأقوال المرغبة في الكفر، والفسوق، والعصيان، ومن أقوال الرادين عن الحق، المجادلين بالباطل ليدحضوا به الحق، ومن غيبة ونميمة، وكذب، وشتم، وسب، ومن غناء، ومزامير شيطان، ومن الماجريات الملهية التي لا نفع فيها في دين ولا دنيا» (٢).

وقد فسر جمهور العلماء لهو الحديث في الآية بأنه الغناء (٣).

قال ابن بطال: «فدلت الآية على أن الغناء وجميع اللهو إذا شغل عن طاعة الله وعن ذكره فهو محرم» (٤).

٣ – استدل المصنف على أن اللعب حرام في الأصل إلا ما تعلقت به عاقبة حميدة بقوله ^ : **(كل لعب حرام إلا ملاعبة الرجل امرأته وقوسه وفرسه)** (٥).

---

(١) من الآية رقم ٦ من سورة لقمان.

(٢) تفسير السعدي (ص ٦٤٧).

(٣) ينظر: تفسير ابن كثير (٣/ ٥٣٥)، والجامع لأحكام القرآن (٨/ ٣٣٧)، وشرح صحيح البخاري لابن بطال (٩/ ٧٠).

(٤) شرح صحيح البخاري (٩/ ٧١).

(٥) أخرجه أبو داود، كتاب الجهاد، باب في الرمي عن عقبة بن عامر رضي الله عنه بلفظ: (ليس من اللهو...) (٢/ ٣٢٠) الحديث رقم (٢٥١٥)، والترمذي: كتاب فضائل الجهاد، باب ما جاء في فضل الرمي في سبيل الله بلفظ: (كل ما يلهو به الرجل المسلم باطل إلا...) (٤/ ٢٧١) الحديث رقم (١٦٣٧) وقال عنه: هذا حديث حسن صحيح، والنسائي: كتاب الخيل، باب تأديب الرجل فرسه

=

وجه الدلالة:

أن النبي ^ ذكر حكم اللعب وصدره بكلمة «كل» التي هي من صيغ العموم، واستثنى الملاعبة بهذه الأشياء المخصوصة، فبقيت الملاعبة بما وراء هذه الأشياء على أصل التحريم، إلا ما ورد الشرع بإباحته[١].

٤ – وقوله ^ : **(لا سبق إلا في خف، أو حافر، أو نصال)** [٢].

وجه الدلالة:

أن النبي ^ بين أنه لا يجوز السبق؛ لأنه لعب، واللعب حرام في الأصل إلا أن اللعب في هذه الأشياء مستثنى من التحريم؛ لما في ذلك من العواقب الحميدة وهي الرياضة والاستعداد لأسباب الجهاد في الجملة[٣].

٥ – وحديث عائشة رضي الله عنه قالت: سابقت رسول الله ^ فسبقته، فلما حملت

= (٦/٢٢٢) الحديث رقم (٣٥٧٨) كلها قال عنها الألباني: ضعيف. وأخرجه الحاكم في مستدركه: كتاب الجهاد (ح٢٤٦٧) (٢/١٠٤) وقال: حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي في تصحيحه للحديث. والبيهقي: كتاب السبق والرمي، باب التحريض على الرمي بلفظ: (ليس من اللهو) (١٠/١٣ – ٢١٨) الحديث رقم (١٩٥١٥ – ٢٠٧٦٤)، وذكره المصنف بهذا اللفظ المثبت أعلاه في مواضع من كتابه منها (٤/٣٠٥ و٥/٣٠٥ و٤٠٣) ولم أجده في ما اطلعت عليه من كتب السنة بلفظ (كل لعب حرام) وإنما بلفظ (باطل) أو (ليس من اللهو).

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥/٣٠٥).

(٢) أخرجه أبو داود، كتاب الجهاد، باب في السبق (٢/٣٣٤) الحديث رقم (٢٥٧٦)، والترمذي، كتاب الجهاد: باب: ما جاء في الرهان والسبق (٤/٢٠٥) الحديث رقم (١٧٠٠)، والنسائي، كتاب الخيل، باب السبق (٦/٢٢٦) الحديث رقم (٣٥٨٥)، وابن ماجه: كتاب الجهاد، باب السبق والرهان (٢/٩٦٠)، الحديث رقم (٢٨٧٨)، والبيهقي، كتاب السبق والرمي، باب: لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل، كلها من طريق أبي ذئب عن أبي هريرة به. وقال الترمذي: حديث حسن، وأقره البغوي وصححه ابن حبان، وقال الألباني: «صحيح».

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٥/٣٠٥).

اللحم سابقته فسبقني، فقال: **(هذه بتلك)** [١].

وجه الدلالة:

أن فعل النبي ^ هذا بيان أن ملاعبة الأهل مستثنى من الأصل وهو التحريم، لما في ذلك من كمال حسن المعاشرة مع الأهل لتعلق عواقب حميدة في ذلك[٢].

٦ – قوله ^ : **(ما أنا من دد ولا الدد مني)** [٣][٤].

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ^ تبرأ من الدد وهو اللهو واللعب، وهذا مما يدل على عدم

---

(١) أخرجه أبو داود، كتاب الجهاد: باب في السبق على الرجل (٢/ ٣٣٤) الحديث رقم (٢٥٨٠)، والنسائي في السنن الكبرى، كتاب عشرة النساء: باب مسابقة الرجل زوجته (٨/ ١٧٧) الحديث رقم (٨٨٩٣)، وابن ماجه، كتاب النكاح، باب حسن معاشرة النساء (١/ ٣٣٦) الحديث رقم (١٩٧٩)، والبيهقي في السنن الكبرى: كتاب السبق والرمي، باب ما جاء في المسابقة بالعدو (١٠/ ١٧) الحديث رقم (١٩٥٤٣).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٥ – ٣٠٦).

(٣) أخرجه البخاري في الأدب المفرد عن أنس بن مالك رضي الله عنه، بلفظ: (لست من دد...) باب الغناء واللهو (ح ٧٨٥) (١/ ٢٧٤)، قال عنه الألباني: صحيح. والبيهقي في السنن الكبرى: كتاب الشهادات، باب من كره كل ما لعب الناس به (١٠/ ٢١٧) (ح ٢٠٧٥٤)، والطبراني في الأوسط (١/ ١٣٢) (ح رقم ٤١٣). قال الهيثمي (٨/ ٢٢٥): رواه البزار (٢/ ٢٧٣) رقم (٦٢٣١)، والطبراني في الأوسط وفيه يحيى بن محمد بن قيس وقد وثق، ولكن ذكروا هذا الحديث من منكرات حديثه، وقال الذهبي: قد تابعه عليه غيره. وعن معاوية أخرجه الطبراني في الكبير (١٩/ ٣٤٣) رقم (٧٩٤)، قال الهيثمي (٨/ ٢٢٦): رواه الطبراني عن محمد بن أحمد بن نصر الترمذي عن محمد بن عبدالوهاب الأزهري، ولم أعرفهما، وبقية رجاله ثقات. وعن جابر أخرجه أبو بكر الإسماعيلي في معجم شيوخه (١/ ٣٤١) رقم (٢٣)، قال الألباني في سلسلة الأحاديث الضعيفة (ح ٢٤٥٣): ضعيف، والدد: اللهو واللعب، غريب الحديث لابن سلام (١/ ٤٠).

(٤) بدائع الصنائع (٤/ ٣٠٦).

مشروعية ذلك.

فاللعب واللهو اللذين ورد النهي عنهما في هذه النصوص الشرعية تدور حقيقتهما حول ما لا ينتفع به، وهو الباطل والعبث الذي هو ضد الحق وضد الجد، أما ما استثني مما ظاهره اللهو والعبث، فإنه في الحقيقة ليس من ذلك، لما يترتب عليه من فضائل وفوائد وعواقب حميدة، ولذلك عد من الجد، وإن كان ظاهره لعباً؛ لأن الوسائل لها أحكام المقاصد، كما أن بعض الأعمال التي ظاهرها الجد قد تعد من قبيل اللهو واللعب إذا كانت خالية من القصد الحسن والهدف الأخروي، أو كانت مما يشغل عن طاعة الله.

قال ابن حجر: «قوله باب: كل لهو باطل إذا شغل عن طاعة الله... أي كمن التهى بشيء من الأشياء مطلقاً، سواء كان مأذوناً في فعله، أو منهياً عنه، كمن اشتغل بصلاة نافلة، أو بتلاوة، أو ذكر، أو تفكر في معاني القرآن مثلاً حتى خرج وقت الصلاة المفروضة عمداً، فإنه يدخل تحت الضابط، وإذا كان هذا في الأشياء المرغب فيها، والمطلوب فعلها، فكيف حال من دونها»[(١)].

وقال أيضاً: «والأصل التنزه عن اللعب واللهو فيقتصر على ما ورد فيه النص وقتاً وكيفية تقليلاً لمخالفة الأصل»[(٢)].

ولهذا اشترط العلماء لجواز اللعب شروطاً هي[(٣)]:

١ – أن لا يكون فيه دناءة يترفع عنها ذوو المروءات.

٢ – أن لا يتضمن ضرراً لإنسان أو حيوان، كالتحريش بين الديوك والكلاب ونطاح الكباش والتفرج على هذه الأشياء فهذا حرام.

---

(١) فتح الباري (١١/ ٩١).

(٢) المصدر السابق (٢/ ٤٤٣).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٥ و٤٠٣)، والمغني لابن قدامة (١٢/ ٣٦ و٣٩).

٣ – أن لا يكون مشغلاً عن واجب.

٤ – خلوه من القمار وهو الرهان بين اللاعبين.

الفروع المبنية على هذه القاعدة:

١ – قال المصنف: «ويكره اللعب بالنرد[١] والشطرنج[٢] والأربعة عشر[٣]، وهي لعب تستعمله اليهود؛ لأنه قمار أو لعب وكل ذلك حرام»[٤].

٢ – قال المصنف: «والذي يلعب بالحمام إن كان لا يطيرها لا تسقط عدالته، وإن كان يطيرها تسقط عدالته؛ لأنه يطلع على عورات النساء، ويشغله ذلك عن الصلاة والطاعات»[٥].

٣ – قال المصنف: «السباق[٦] لا يجوز إلا أن يكون في الأنواع الأربعة: الخف، والحافر، والنصل، والقدم لا في غيرها، لما روى عليه الصلاة والسلام أنه قال: **«لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصال»**، إلا أنه زيد عليه السبق في القدم

---

(١) النرد: بفتح فسكون لفظ معرَّب، لعبة تعتمد على الحظ، ذات صندوق وحجارة وفصين، وتنقل فيها الحجارة على حسب ما يأتي به الفص (الزهر) وتعرف عن العامة بالطاولة. وأول من وضعها أردشير بن بابك من ملوك الفرس، ويقال لها أيضاً: نردشير، ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٩١٢)، والقاموس المحيط (ص ٤١١) مادة (النرد)، والقاموس الفقهي لغة واصطلاحاً (١/ ٣٥٠).

(٢) الشطرنج: بكسر الشين لعبة تلعب على رقعة ذات أربعة وستين مربعاً، وتمثل دولتين متحاربتين باثنتين وثلاثين قطعة تمثل الملكين والوزيرين، والخيال والقلاع والفيلة والجنود. المعجم الوسيط، باب الشين (١/ ٤٨٢).

(٣) الأربعة عشر هي: قطع خشب يحفر فيها حفر في ثلاثة أسطر يجعل فيها حصى صغار يلعب بها وقد تسمى (الحزة) وتسمى (المنفلة). روضة الطالبين (١١/ ٢٢٦)، ومغني المحتاج (٤/ ٤٢٨).

(٤) بدائع الصنائع (٤/ ٣٠٥).

(٥) المصدر السابق (٥/ ٤٠٣).

(٦) السباق (فعال) من السبق) وهو: أن يسابق الرجل صاحبه في الخيل أو الإبل ونحو ذلك، فيقول: إن سبقتك فكذا، أو إن سبقتني فكذا، ويسمى أيضاً رهاناً فعالاً من الرهن. بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٥).

بحديث سيدتنا عائشة رضي الله عنها[١] ففيما وراءه بقي على أصل النفي؛ ولأنه لعب واللعب حرام في الأصل، إلا أن اللعب بهذه الأشياء صار مستثنى من التحريم شرعاً، لقوله عليه الصلاة والسلام: **(كل لعب حرام إلا ملاعبة الرجل امرأته وقوسه وفرسه)** [٢]. حرم عليه الصلاة والسلام كل لعب واستثنى الملاعبة بهذه الأشياء المخصوصة فبقيت الملاعبة بما وراءها على أصل التحريم إذ الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا، فصارت هذه الأنواع مستثناة من التحريم، فبقي ما وراءها على أصل الحرمة؛ ولأن الاستثناء يحتمل أن يكون لمعنى لا يوجد في غيرها وهو الرياضة والاستعداد لأسباب الجهاد في الجملة، فكانت لعباً صورة ورياضة وتعلم أسباب الجهاد، ولئن كان لعباً لكن اللعب إذا تعلقت به عاقبة حميدة لا يكون حراماً »[٣].

٤ – ثم قال المصنف: « ولهذا استثني ملاعبة الأهل لتعلق عاقبة حميدة بها، وهو انبعاث الشهوة الداعية إلى الوطء، الذي هو سبب التوالد والتناسل والسكنى وغير ذلك من العواقب الحميدة »[٤].

* * *

(١) يشير إلى ما روت عائشة رضي الله عنها قالت: سابقت رسول الله ^ فسبقته، فلما حملت اللحم، سابقته فسبقني، فقال: هذه بتلك. وهذا الحديث سبق تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٥).

(٤) المصدر السابق (٥/ ٣٠٥ – ٣٠٦).

المبحث التاسع
قواعد في البدل والمبدل

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: قاعدة « بدل الشيء يقوم مقامه كأنه هو ».

المطلب الثاني: قاعدة « الوارث يقوم مقام المورث فيما ورثه ».

المطلب الثالث: قاعدة « مبنى المعاوضة على المساواة ».

المطلب الرابع: قاعدة « الرسول قائم مقام المرسل ».

المطلب الخامس: قاعدة « القبضان إذا تجانسا ناب أحدهما عن الآخر وإذا اختلفا ناب الأعلى عن الأدنى ».

المطلب السادس: قاعدة « القدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخُلْف ».

المطلب الأول

قاعدة: «بدل الشيء يقوم مقامه كأنه هو»[١]

ألفاظ القاعدة:

أوردها المصنف بألفاظ أخرى منها:

«خلف الشيء يقوم مقامه كأنه هو»[٢].

«عوض الشيء يقوم مقامه ويسد مسده كأنه هو»[٣].

«البدل يقوم مقام المبدل»[٤].

---

(١) ذكرها المصنف بهذا اللفظ في كتابه بدائع الصنائع (١/ ٣٥٥) و(٢/ ٩٠، ٩٨)، و(٥/ ٢٠٧، ٢٢٥، ٢٢٧) و(٦/ ٢٦٠).

(٢) المصدر السابق (٢/ ٢٢٩) و(٤/ ٢٤٣، ٣٥٣، ٣٩٧).

(٣) المصدر السابق (٣/ ٦٢٧).

(٤) المصدر السابق (٢/ ٩١) و(٦/ ٥٠٦).

وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: القواعد الكبرى (٢/ ١٢)، والأشباه والنظائر لابن الوكيل (١/ ٣١٢)، والقواعد للمقري (٢/ ٤٦٩ قاعدة ٢٢٦)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٢٠٤)، والمنثور في القواعد للزركشي (١/ ١١٦)، والقواعد لابن رجب (ص ٢٠ قاعدة ٢٦ وص ٣٤٠ قاعدة ١٤٣)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٥٣٧)، وشرح المنهج المنتخب (٢/ ٢٨)، وترتيب اللآلي (١/ ٢٥٧)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٥٥) م٥٣ وشرح المجلة لسليم رستم باز (١/ ٤١ م٥٣)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٢٨٧) م ٥٣، والقواعد والأصول الجامعة للسعدي (ص ٨٠)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٢٨ – ٨١/ ٧٣)، ومجلة الأحكام الشرعية (ص ١٠١) م ١٤٣، والقواعد الفقهية للندوي (ص ٣٨٧)، والقواعد المستخلصة من التحرير (ص ٤٨٢ و٤٨٧)، وقواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للروكي (ص ٢٧٧)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١/ ٢٦٧ و٣/ ٢٨)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (ص ٢٤٦)، والممتع في القواعد (ص ٣٤٩)، والقواعد الفقهية للزحيلي (٢/ ٨٠٦)، والقواعد الضوابط الفقهية للحصين (٢/ ١٥).

ولفظ: «البدل عند العجز عن الأصل أو تعذر تحصيله يقوم مقام الأصل»[١].

وعند التأمل يتبين أن اللفظ المعنون به للقاعدة والألفاظ الأخرى المذكورة أعلاه عدا اللفظ الأخير تفيد أن البدل يقام مقام المبدل ويعطى حكمه، دون التعرض لسبب الانتقال من المبدل إلى البدل.

أما اللفظ الأخير ففيه إشارة إلى أنه لا يسوغ الانتقال من المبدل إلى البدل إلا إذا وجد ضرورة أو حاجة يتعسر أو يتعذر معها فعل الأصل والقيام به على الوجه الأكمل، فإنه والحالة هذه يتم الانتقال من الأصل إلى البدل ويقوم البدل مقام المبدل ويسد مسده[٢].

معاني مفردات القاعدة:

بدل الشيء لغة: «البَدَلْ» و«البِدْل» و«البَدِيل» كلها بمعنى واحد، كشبه وشبه وشبيه، وتجمع على «أبدال».

وبدل الشيء: غيره[٣] والخلف منه.

وتبديل الشيء: تغييره وإن لم يأت ببدله، بمعنى غيرت صورته تغييراً.

فالإبدال، الأصل فيه: جعل شيء مكان شيء آخر، والتبديل، الأصل فيه: تغيير الشيء عن حاله[٤].

والبدل في الاصطلاح: ما يقام مقام الشيء ويوقع موقعه على جهة

---

(١) بدائع الصنائع (١/ ٣٥٧، ٥٨٠، ٢/ ٢٦٥).

(٢) وهذا اللفظ الأولى أن يكون هو النص المعتمد للقاعدة، وحيث إنه لم يكن موجوداً في الجزء المخصص لي دراسته من الكتاب لم أعنون به.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٤٣٤).

(٤) ينظر: لسان العرب (٢/ ٣٨)، والمصباح المنير (ص ٢٦)، والقاموس المحيط (ص ١٢٤٧)، ومختار الصحاح (٤٣) كلها في مادة (بدل).

التعاقب[١].

والمراد به هنا ما ذكره الكاساني، حيث قال: «بدل الشيء: ما يجب بسبب الأصل عند عدمه، كالتيمم مع الوضوء، وغير ذلك»[٢].

والمبدل: قال الكاساني: «هو الذي يشترط عدمه لجواز إقامة البدل مقامه»[٣].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أفادت القاعدة أن الشيء الذي يقام مقام المأمور به، يأخذ حكمه ويسد مسدَّه، ويحقق المصلحة المقصودة منه على الوجه الأكمل.

ولكن هذا الكلام ليس على إطلاقه، فقد ذكر المصنف قيوداً للقاعدة، وذلك في ثنايا كلامه عندما يستشهد بها على الفروع المبنية عليها، وهي:

١ – العجز عن فعل الأمر الأصلي، أو تعذر تحصيله، أو إذا كان بالقيام به جهد ومشقة[٤].

٢ – عدم القدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل[٥].

٣ – أن يكون البدل مساويًا للمبدل، أو أقل منه؛ فلا يقوم الشيء مقام ما هو فوقه[٦].

---

(١) ينظر: معجم الفروق اللغوية (١/ ٢٦٠)، والموسوعة الفقهية الميسرة (١/ ٣٤٢).

(٢) المصدر السابق (٢/ ٦٠٢).

(٣) المصدر السابق (٣/ ٣٠٧).

(٤) المصدر السابق (١/ ٣٥٧، ٣/ ٣٠٧، ٤/ ٢٥٢).

(٥) المصدر السابق (١/ ٩٢–٩٣)، (١/ ١٦٨، ١٨٩، ١٩٢، ٥٦٢، ٥٨٠، ٢/ ٣٨٨، ٣/ ٢٧٤، ٤/ ٢٥٤، ٢٥٥).

(٦) المصدر السابق (٢/ ٦٠٤، ٤/ ٢٦٧).

أصل القاعدة:

١ – قوله تعالى بعدما أوجب صيام شهر رمضان:] K J I H G F E ZO N M L [(١).

٢ – قوله تعالى بعدما أوجب الطهارة بالماء:] فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا Z(٢).

٣ – قوله تعالى:] فَإِذَا أَمِنتُمْ فَمَن تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ ۚ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ ۗ تِلْكَ â كَامِلَةٌ Z(٣).

٤ – قوله تعالى:] \ [Z Y X W V U T S R ZaÞ _ ^] [(٤).

وجه الدلالة من الآيات:

أن الله سبحانه وتعالى شرع فيها الانتقال من الأصل إلى البدل، وذلك عند تعذر البدل، أو حصول المشقة والحرج للمكلف في تحصيله.

الفروع المبنية على القاعدة:

١ –قال المصنف: «وله أن يبيع هذه الأشياء – كجلد الأضحية وشحمها ولحمها وأطرافها ونحو ذلك – بما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه من متاع البيت كالجراب والمنخل؛ لأن البدل الذي يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقوم مقام المبدل، فكأن المبدل قائمٌ معنى فكان الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد، بخلاف البيع بالدراهم والدنانير؛ لأن ذلك مما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه»(٥).

---

(١) من الآية رقم ١٨٤ من سورة البقرة.

(٢) من الآية رقم ٤٣ من سورة النساء، وقد استدل به المصنف لهذه القاعدة، ينظر: بدائع الصنائع (١/ ١٨٦، ٣/ ٣٠٧، ٤/ ٢٥٢).

(٣) من الآية رقم ١٩٦ من سورة البقرة.

(٤) من الآية رقم ٢٥ من سورة النساء.

(٥) بدائع الصنائع (٤/ ٢٢٥).

٢ – قال المصنف: «الوفاء بالمنذور به نفسه حقيقة إنما يجب عند الإمكان، أما عند التعذر فإنما يجب الوفاء به تقديراً بخلفه؛ لأن الخلف يقوم مقام الأصل كأنه هو»[١].

٣ – قال المصنف: «لو نذر الشيخ الفاني بالصوم، يصح نذره، وتلزمه الفدية؛ لأنه عاجز عن الوفاء بالصوم حقيقة، فيلزمه الوفاء به تقديراً بخلفه، ويصير كأنه صام»[٢].

٤ – قال المصنف: «وعلى هذا يخرج أيضاً النذر بذبح الولد، أنه يصح عند أبي حنيفة عليه الرحمة ومحمد رحمه الله، ويجب ذبح الشاة؛ لأنه إن عجز عن تحقيق القربة بذبح الولد حقيقة لم يعجز عن تحقيقها بذبحه تقديراً بذبح خلفه وهو الشاة، كما في الشيخ الفاني إذا نذر الصوم»[٣].

٥ – قال المصنف: «ولو باع الراهن الرهن، توقف نفاذ البيع على إجازة المرتهن، إذ أجاز جاز؛ لأن عدم النفاذ لمكان حقه، فإذا رضي ببطلان حقه زال المانع وكان الثمن رهناً، وهذا ظاهر الرواية... لأن الثمن بدل المرهون فيقوم مقامه، وبه تبين أنه ما زال حقه بالبيع؛ لأنه زال إلى خلف، والزائل إلى خلف قائم معنى، فيقام الخلف مقام الأصل»[٤].

وقال في موضع آخر[٥]: «الرهن بالشيء رهن ببدله في الشرع؛ لأن بدل

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٢٤٣).

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق (٥/ ٢١١ – ٢١٢).

(٥) عند كلامه عند مسألة: الرهن بمهر المثل هل يكون رهناً بالمتعة وهذا قول محمد بن الحسن، أو لا يكون وهو قول أبي يوسف، وما نقلته هو وجه قول محمد بن الحسن رحم الله الجميع. بدائع الصنائع (٥/ ٢٢٥).

الشيء يقوم مقامه كأنه هو، لهذا كان الرهن بالمغصوب رهناً بقيمته عند هلاكه، والرهن بالمسلم فيه رهنٌ برأس المال عند الإقالة، والمتعة، بدل عن نصف المهر؛ لأنه يجب بالسبب الذي يجب به مهر المثل وهو النكاح عند عدمه».

* * *

المطلب الثاني
قاعدة «الوارث يقوم مقام المورث»[١]

معاني مفردات القاعدة:

الوارث لغة: اسم فاعل من «وَرِثَ»، تقول: «وَرِثَ» فلانٌ أباه، «يَرِثَهُ» «وِرَاثةً» و«مِيْراثاً» و«مَيْرَاثاً»، و«أوْرَثْ» الرجلُ ولده مالاً إيراثاً حسناً.

وتقول: «وَرِثْتُ» فلاناً مالاً «أرثه وِرْثاً ووَرْثاً»، إذا مات مورثك فصار ميراثه إليك.

والوارث: صفة من صفات الله عز وجل، وهو: الباقي الدائم[٢].

اصطلاحاً: من ينتقل إليه مال الميت بتمليك الله تعالى إياه[٣].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أفادت القاعدة: أن من ينتقل إليه ما للميت من حقوق وأموال، يقوم مقامه

---

(١) أورد المصنف هذه القاعدة بهذا اللفظ في مواضع من كتابه بدائع الصنائع ومنها: (٢/ ٦١١، ٦٥٩، ٣/ ٥٥٤، ٤/ ٤٢٨، ٥/ ١٧). وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في الكتب الآتية: الفروق للقرافي ومعه إدرار الشروق وتهذيب الفروق (٣/ ٤٥٥ و١٩٧)، والمجموع المذهب للعلائي (٢/ ٤١٥)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٣٦٤)، والموافقات (٣/ ٣١٠ و٤/ ٢٤٨)، والمنثور للزركشي (١/ ٢٩٧ و٢/ ٣٨٣)، والقواعد لابن رجب (ص ٣٤١ قاعدة ١٤٤)، والقواعد للحصني (٤/ ١٨٧)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٤٧٢)، ولابن نجيم (ص ٣٨٥)، وغمز عيون البصائر (٣/ ٤٦٩)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٦٩٢ و٢/ ٣٣٠ و٤/ ٥٩)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٣٨٠).

(٢) ينظر: لسان العرب (١٥/ ١٨٩)، والمصباح المنير (ص ٣٣٧)، والقاموس المحيط (ص ٢٢٧)، كلها في مادة (ورث).

(٣) ينظر: التحرير والتنوير (٢/ ٤١٤)، ومعجم لغة الفقهاء (١/ ٤٩٧).

ويسد مسدَّه، فيثبت له ما كان ثابتاً للميت من الأعيان والحقوق[١]، وأنه يملك ذلك بطريق الخلافة عن الميت[٢].

ولكن هذا اللفظ ليس على عمومه، بل من الحقوق ما ينتقل إلى الوارث ومنها ما لا ينتقل.

وضابط ذلك[٣]: أن كل ما كان متعلقاً بالمال أو يدفع به ضرراً عن الوارث في عرضه، أو كان راجعاً إلى التشفي، كالقصاص وحد القذف فإنه يورث.

أما ما كان متعلقاً بنفس المورث وشهوته وعقله فإنه لا ينتقل إلى الوارث.

وسبب التفريق في ذلك: «أن الورثة يرثون المال، فيرثون ما يتعلق به تبعاً له، ولا يرثون عقله ولا شهوته ولا نفسه، فلا يرثون ما يتعلق بذلك، وما لا يورث لا يرثون ما يتعلق به»[٤][٥].

أصل القاعدة:

١ – استدل المصنف لهذه القاعدة بما ورد عن النبي ^ أنه قال: **(من ترك مالاً أو حقاً فلورثته)**[٦][٧].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥/٥٢٣).

(٢) ينظر: المصدر السابق (٤/٥٨٧)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٣٨٥).

(٣) ينظر هذا الضابط في: الفروق (٣/٣٥٦)، وتهذيب الفروق مع الفروق (٣/٣٥٦) الفرق (١٩٧)، والمجموع المذهب (٢/٤١٥)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٣٦٤)، والمنثور في القواعد (١/٢٩٧)، والقواعد للحصني (٤/١٨٧).

(٤) ينظر: الفروق (٣/٣٥٦)، وهو ما ذكره ابن السبكي في الأشباه والنظائر (١/٣٦٤).

(٥) ينظر في ذلك كله ما ذكره المؤلف في المواضع الآتية: (٣/٦٣٤، ٤/١٢٤، ٣٥٧، ٥٢٦، ٥٣٤، ٥/٢١٩، ٤٣٥، ٥٢٣)، فقد ذكر بعض الفروع الفقهية التي تدل بجملتها على هذا الضابط، وإن كان فيه خلاف بين العلماء عند التطبيق في هل هذا متعلق بالمال أو لا؟

(٦) ذكره المصنف في بدائع الصنائع (٤/٣٥٤ – ٥٣٥، ٦٠٠ و٥/٥٢٣).

(٧) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الفرائض، باب قوله ^: «من ترك مالاً فلأهله» (٨/١٨٧) =

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ^ جعل الأموال والحقوق المتروكة التي كانت للميت، من نصيب الوارث، وأنه يملكها بوفاة المورِّث، ومن لوازم الملك جواز التصرف فيها، والمطالبة بها.

٢ – ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة بقوله تعالى:] .....وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ Z[١].

وجه الدلالة من الآية:

أن الله سبحانه وتعالى جعل الإرث سبباً لوجوب النفقة على الوارث في حالة العجز والإعسار، وهذا يقتضي كون الوارث أحق بمال المورث بعد موته من سائر الناس[٢].

٣ – أنه لو لم يقم الورثة مقام مورثهم بأخذ ماله من حقوق وإعطاء ما عليه من التزامات لضاعت حقوق الناس وأصابهم حرج شديد في التعامل، فلزم أن يقوم الوارث مقام مورثه، صيانة لحقوق الناس ورفعاً للحرج عنهم.

الفروع المبنية على هذه القاعدة:

١ – قال المصنف: «لو خرج المبيع من ملك المشتري، فمات المشتري، فاشتراه البائع من وارثه بأقل مما باع قبل نقد الثمن، لم يجز؛ لأن الملك هنا لم يختلف، وإنما قام

= الحديث رقم (٦٧٣١)، وباب ميراث الأسير (٨/ ١٩٣) الحديث رقم (٦٧٦٣)، ومسلم في صحيحه، كتاب الفرائض، باب: من ترك مالاً فلورثته (٥/ ٦٣) الحديث رقم (٤٢٤٦) لكنها بلفظ لم يرد فيه «أو حقاً» كما في سياق المؤلف، وبحثت عنها في كتب السنة التي وقعت في يدي ولم أجدها. وقال الحافظ ابن حجر: «أورده الشافعي بلفظ: (من ترك حقاً) ولم أره» التلخيص الحبير (٣/ ١٣٧)، وإنما ذكره الفقهاء في كتبهم، وما ذكره المؤلف يعتبر أصرح في الدلالة على القاعدة.

(١) من الآية رقم ٢٣٣ من سورة البقرة.

(٢) ينظر: تفسير ابن كثير (١/ ٦٣٥)، والقرطبي (٣/ ١٧٠)، وكشف الأسرار عن أصول البزدوي (٢/ ٣١٧ – ٣٨) والفقه الإسلامي وأدلته (١٠/ ٨٦، ١٤٦).

الوارث مقام المشتري، بدليل أنه يرد بالعيب ويُرد عليه»[١].

٢ – ثم قال المصنف: «وكذا لو كان المبيع جارية فاستولدها الوارث، أو كان داراً فبنى عليها، ثم ورد الاستحقاق، فأخذ منه الولد ونقض عليه البناء كان للوارث أن يرجع على بائع المورث بقيمة الولد وقيمة البناء، كما كان يرجع المشتري لو كان حياً؛ لأن الوارث قائم مقام المشتري، فكان الشراء منه بمنزلة الشراء من المشتري»[٢].

٣ – قال المصنف: «إذا اشترى رجل عبداً بألف درهم، وقال المشتري: زدتك خمسمائة أخرى ثمناً وقَبِلَ البائع، أو قال البائع زدتك هذا العبد الآخر، أو قال هذا الثوب مبيعٌ وقَبِلَ المشتري، جازت الزيادة، كان الثمن في الأصل ألف وخمسمائة والمبيع في الأصل عبدان، أو عبد وثوب، سواء كان ذلك قبل القبض أو بعده... وعلى هذا الخلاف الزيادة في القيمتين من الوارثين بعد موت العاقدين؛ لأن الوارث خلف المورث في ملكه القائم بعد موته»[٣].

٤ – قال المصنف: «لو باع الوارث تركة الميت بعد موته وهو لا يعلم موته جاز بيعه، فكذا الوصي...؛ لأن الوصي خلف عن الموصي قائم مقامه كالوارث»[٤].

٥ – قال المصنف: «لو قال – الموصي – عبدي هذا وهذا لفلان وصية، وهما يخرجان من الثلث، كان للورثة أن يعطوه أيهما شاؤوا؛ لما ذكرنا أن الوارث يقوم مقام المورث في جهالة يمكن إزالتها»[٥].

* * *

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٤٢٨).

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق (٤/ ٥١٩).

(٤) المصدر السابق (٥/ ١٧).

(٥) المصدر السابق (٦/ ٤٦٥).

المطلب الثالث

قاعدة: «مبنى المعاوضة على المساواة»[١]

معاني مفردات القاعدة:

المعاوضة لغة: بضم الميم وفتح الواو من «اعتاض» أي: أخذ العوض[٢]، والعوض كعنب هو: الخلف والبدل[٣]. فتكون المعاوضة هي: المبادلة[٤]، أي: أخذ شيء مقابل شيء أو إعطاؤه[٥].

واصطلاحاً: عقد يعطي كل طرف فيه نفس المقدار من المنفعة التي يعطيها الطرف الآخر.

المساواة لغة: مصدر «ساوى» وتكون بين المختلفين في الجنس والمتفقين فيه، وهي المماثلة والمعادلة قدراً وقيمة، ومن قولهم: هذا يساوي درهماً، أي: تعادل قيمته درهم[٦].

وفي معجم المقاييس: «السين والواو والياء «سوي» أصل يدل عل استقامة

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/٤٨٩، ٥٠٦، ٥١١، ٥٤٣، ٥/٢٢٣، ٢٦٦).

وينظر أحكام هذه القاعدة وألفاظها في: الفروق للقرافي (٣/٤١٣ ف ١٩٠)، وتهذيب الفروق مطبوع مع الفروق (٣/٤١٤)، وشرح المجلة لسليم رستم باز (١/٢٣٨ م٤٢٤)، ودرر الحكام (١/٤٥٧ م٤٢٤)، والهداية (٢/٢٨٠، ٣١٧)، ومجموع فتاوى ابن تيمية (٣٠/١٥٥ – ١٥٦، ٢٦٦)، وحاشية رد المختار على الدر المختار (٦/٣٤٩).

(٢) ينظر: المصباح المنير (ص ٢٢٦) مادة (ع و ض).

(٣) ينظر: القاموس المحيط (ص ٨٣٦) مادة (عوض).

(٤) ينظر: المصباح المنير (ص ٢٦٩) مادة (ق ب ل) حيث قال: والمقابلة والمبادلة والمعاوضة سواء.

(٥) بدائع الصنائع (٤/٣١٩، ٤٩٧)، والموسوعة الفقهية (٣٨/١٨٧).

(٦) ينظر: المصباح المنير (ص ١٥٥) مادة (س و ي).

واعتدال بين شيئين، يقال: هذا لا يساوي كذا أي لا يعادله »[١].

أما في الاصطلاح فلا يخرج معناها اصطلاحاً عن المعنى اللغوي[٢].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

إن عقود المعاوضات - وهي التي تقوم على رغبات ومتطلبات متقابلة بين الطرفين، فكل منهما يأخذ شيئاً ويعطي في مقابله شيئاً آخر - هذه العقود يشوبها شيء من المشاحة والضيق[٣]، فلا بد أن تكون مبنية على العدل والمساواة من الجانبين؛ لأنه أعظم مقاصد المعاوضات، في جميع المعاملات والعقود.

قال الكاساني: « والمساواة في المعاوضات مطلوبة المتعاوضين عادة »[٤].

وقال: « والمعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة »[٥].

وهذا ما قرره شيخ الإسلام بقوله: « المعاوضات والمقابلات الأصل فيها التعادل بين الجانبين »[٦].

وتنقسم المعاوضات إلى قسمين: محضة، وغير محضة.

المحضة هي: التي يقصد فيها المال من الجانبين، والمراد بالمال: ما يشمل المنفعة، كالبيع بأنواعه والصرف والسلم، والهبة بشرط العوض، والإجارة، ونحو ذلك، وهي المعنية بالقاعدة ومحل تطبيقاتها.

وغير المحضة هي: التي يقصد فيها المال من جانب واحد، كالخلع والهبة.

وغير المحضة ليست مرادة في هذه القاعدة، ولا تدخل في مجال القاعدة؛ لأنها

---

(١) (ص ٤٧٤) مادة (سوي). وينظر في ذلك كله لسان العرب (٧/ ٣١٠) مادة (سوا).

(٢) معجم لغة الفقهاء (١/ ٥٢٥).

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٤٥٦).

(٤) بدائع الصنائع (٤/ ٤٨٨، ٤٨٩، ٤٩٨).

(٥) المصدر السابق (٤/ ٥٤٣ – ٥٤٤).

(٦) مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٠٧).

يتسامح فيها ما لا يتسامح في غيرها.

قال المصنف: «ولا تجب الشفعة في القسمة، وإن كان فيها معنى المعاوضة؛ لأنها ليست بمعاوضة محضة»[١].

وقد وضع الكاساني شروطاً إجمالية لا بد أن تتوفر في عقود المعاوضات المحضة وهي:

١ – أن يكون المعقود عليه مما يصلح محلاً للعقد، ويمكن استيفاؤه منه، فلا يجوز الاعتياض عن الميتة والدم، ولا عن المعدوم، ولا نتاج النتاج، ولا عن المباح الذي لم يملك بالاستيلاء كالكلأ.

٢ – ألا يشتمل العقد على الغرر الذي يؤدي إلى النزاع والخلاف؛ كبيع السمك في الماء والطير في الهواء، ونحو ذلك.

٣ – أن يكون العقد خالياً من الربا.

هذه الشروط لا بد من توافرها في العوض والمعوض[٢].

ولكن الفقهاء يختلفون عند تطبيق ذلك على الفروع والجزئيات، وتتشعب آراؤهم في ذلك.

قال المصنف: «العوض في المعاوضات المطلقة قد يكون عيناً، وقد يكون ديناً، وقد يكون منفعة، لكنه يشترط القبض في بعض الأعواض، في بعض الأحوال، دون بعض»[٣].

أصل القاعدة:

يمكن أن يستدل لهذه القاعدة بالأحاديث الدالة على اشتراط المماثلة بين

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ١٠٨).

(٢) ينظر المصدر السابق (٤/ ٣٢٦) وما بعدها.

(٣) المصدر السابق (٥/ ٥١).

البدلين في الأموال الربوية، سواء كان بالوزن، أو الكيل، أو القبض، مما يدل على أن مبدأ المساواة في عقود المعاوضة مطلوب شرعاً ومن ذلك:

١ – عمومات الأدلة التي ورد فيها النهي عن أكل أموال الناس بالباطل والنهي عن الغرر؛ لأن عقود المعاوضات لم تشرع إلا من أجل أن ينتفع كل من المتعاقدين بما صار إليه، فالبائع ينتفع بالثمن والمشتري ينتفع بالسلعة، وهذا هو مقصود المعاوضة، فإذا لم يوجد التساوي فإن العقد حينئذ لا تترتب عليه المصلحة المطلوبة، ويكون فيه نوع من الغبن والغرر والجهالة المنهي عنها شرعاً، ومن ذلك: قوله تعالى:] 9 : ; < = > ? @ A B C D E F G Z [(١).

٢ – عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال: قال رسول الله ^ : **(الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح مثلاً بمثل، سواء بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد)** [(٢)].

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ^ أوجب المساواة بين البدلين.

الفروع المبنية على القاعدة:

١ – قال المصنف: «للمرأة قبل دخول الزوج بها أن تمنع الزوج عن الدخول حتى يعطيها جميع المهر، ثم تسلم نفسها إلى زوجها... فإن أعطاها المهر إلا درهماً واحداً فلها أن تمنع نفسها حتى تقبضه...؛ لأن هذا عقد معاوضة، فيقتضي

---

(١) من الآية رقم ٢٩ من سورة النساء.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً (٥/ ٤٣) الحديث رقم (٤١٤٥).

المساواة من الجانبين، والمرأة عينت حق الزوج، فيجب أن يعين الزوج حقها، وإنما يتعين بالتسليم »[١].

٢ – قال المصنف: « إذا تبايعا حنطة بحنطة مجازفة، فإن لم يعلما كيلهما، أو علم أحدهما دون الآخر، أو علما كيل أحدهما دون الآخر، لا يجوز؛ لأن التماثل والخلو عن الربا فيما يجري فيه الربا شرط لصحة العقد[٢]، ولم يعلم تحقق المماثلة بالمجازفة فلا يصح »[٣].

٣ – قال المصنف: « ولو تبايعا حنطة بحنطة وزناً بوزن متساوياً في الوزن لم يجز؛ لأن الحنطة مكيلة، والتساوي في الكيل شرط جواز البيع في المكيلات، ولا نعلم المساواة بينهما في الكيل، فكان كبيع الحنطة بالحنطة مجازفة فلا يصح البيع »[٤].

٤ – ثم قال: « وعلى هذا تخرج المزابنة والمحاقلة أنهما لا يجوزان؛ لأن المزابنة: بيع التمر على رؤوس النخل بمثل كيله من التمر خرصاً، لا يدري أيهما أكثر، والزبيب بالعنب لا يدري أيهما أكثر، والمحاقلة: بيع الحب في السنبل بمثل كيله من الحنطة خرصاً لا يدري أيهما أكثر، فكان هذا بيع مال الربا مجافزة؛ لأنه لا تعرف المساواة بينهما في الكيل »[٥].

٥ – قال المصنف: « للبائع حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن، إذا كان الثمن

---

(١) بدائع الصنائع (٢/ ٥٨٠).

(٢) لقوله ^ في حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه المتقدم: (مثلاً بمثل سواء بسواء).

(٣) بدائع الصنائع (٤/ ٤١٩).

(٤) المصدر السابق.

(٥) المصدر السابق. واستدل المصنف لذلك بما روي عن النبي ^ أنه (نهى عن بيع المزابنة والمحاقلة). أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط (٣/ ١٥٠) الحديث رقم (٢٣٨)، ومسلم في صحيحه: كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا (٥/ ١٣) الحديث رقم (٣٩٥٨).

حالاً، وليس للمشتري أن يمتنع من تسليم الثمن إلى البائع حتى يقبض المبيع، إذا كان البيع حاضراً؛ لأن البيع عقد معاوضة، والمساواة في المعاوضات مطلوبة المتعاوضين عادة.

فحق المشتري في المبيع قد تعين بالتعيين في العقد، وحق البائع في الثمن لم يتعين بالعقد؛ لأن الثمن في الذمة، فلا يتعين إلا بالقبض، فيسلم الثمن أولاً ليتعين فتتحقق المساواة»[(١)].

٦ – ثم قال: «ولو تبايعا عيناً بعين سلما معاً، لما ذكرنا أن المساواة في عقد المعاوضة مطلوبة للمتعاوضين عادة، وتحقيق المساواة ههنا في التسليم معاً، ولأن تسليم المبيع مستحق وليس أحدهما بتقدم التسليم أولى من الآخر، لأن كل واحد منهما مبيع فيسلمان معاً»[(٢)].

٧ – قال المصنف: «ولو اشترى شيئاً ولم يقبضه ولم يسلم الثمن حتى لقيه البائع في غير مصره الذي وقع البيع فيه فطالبه بالثمن، وأبى المشتري حتى يحضر المبيع لا يجبر المشتري على تسليم الثمن حتى يحضر البائع المبيع، سواء كان له حمل ومؤنة أو لم يكن... لأن البيع معاوضة مطلقة والمساواة في المعاوضات المطلقة مطلوبة عادة وشريعة»[(٣)].

* * *

(١) المصدر السابق (٤/ ٤٨٨)، وينظر (٤/ ٤٩٨، ٥٠٦)، فقد تناول المصنف هذه المسألة بالتفصيل.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق (٥/ ٢٦٦).

المطلب الرابع
قاعدة: «الرسول قائم مقام المُرْسِل»

ذكرها المصنف بهذا اللفظ[١].

وذكرها بلفظ: «كلام الرسول كلام المرسل»[٢].

ولفظ: «الرسول ينقل كلام المرسل»[٣].

ولفظ: «أداء الرسول أداء المرسل»[٤].

ولفظ: «الرسول يحكي كلام المرسل»[٥].

معاني مفردات القاعدة:

الرسول لغة: إما مأخوذ من الرِّسل وهو: الانبعاث على تؤدة، يقال: ناقة رسلة، أي سهلة السير، وإبل مراسيل أي: منبعثة انبعاثاً سهلاً[٦].

وهو متضمن لمعنى الرفق[٧]، تقول: على رسلك، إذا أمرته بالرفق.

---

(١) بدائع الصنائع (٥/٤٣).

(٢) المصدر السابق (٢/٤٨٧، ٤٩٠ – ٤٩١).

(٣) المصدر السابق (٣/١٩٩).

(٤) المصدر السابق (٣/٤٨٧).

(٥) المصدر السابق (٣/٣٢٥). وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٨٨ – ٨٩)، ولابن نجيم (ص ٣٧٤)، وترتيب اللآلي (٢/٧٣٤ قاعدة ١٣٥)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ٤٩٠)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/١٤١ م١٧٣)، وشرح المجلة لسليم رستم باز (١/٨٥م١٨١)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٣٤٩)، وقواعد الفقه للبركتي (ص ٩١ قاعدة ١٨٢).

(٦) ينظر: معجم مقاييس اللغة (ص ٣٨٢)، ولسان العرب (٦/١٥٢) مادة (رسل).

(٧) ينظر: القاموس المحيط (ص ١٣٠٠) مادة (الرسل).

وإما مأخوذ من الرَّسَل وهو: التتابع، فيقال: جاءت الإبل رسلاً أي: متتابعة، ويقال: جاءوا أرسالاً: أي متتابعين[١]. وإذا نظرنا إلى كلا الإطلاقين نجد أن لفظ الرسول المراد هنا لا يخرج عنهما.

فتقول: أرسلت رسولاً، أي: بعثته برسالة يؤديها. فهو (فعول) بمعنى (مفعول) [٢].

فيكون الرسول: هو الذي أمره المرسل بأداء الرسالة، بالتسليم، أو القبض[٣].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أفادت القاعدة أن من أمره المرسِل بأداء الرسالة، سواء كان بتسليم رسالة أو بالقبض عنه، فإنه ينوب عنه في ذلك، ويسد مسده كأنه هو، فكلمة رسول وصف مشترك بين المرسل والرسالة[٤]. فهو سفير ومعبر عن كلام المرسل ناقل كلامه إلى المرسل إليه[٥].

أصل القاعدة:

١ – استدل المصنف بقوله: قال النبي ^ : **(ألا فليبلغ الشاهد الغائب)** [٦].

وقال النبي ^ : **(نضَّر الله امرأ سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها، ثم أداها إلى من لم يسمعها)** [٧].

---

(١) ينظر: المصباح المنير (ص ١١٩) مادة (ر س ل).

(٢) ينظر: المصباح المنير (ص ١١٩) (ر س ل)، والكليات (ص ٤٧٦).

(٣) ينظر: التعريفات للجرجاني (ص ١١٣)، وتهذيب اللغة (١٢/ ٢٧٢).

(٤) ينظر: التعريفات للجرجاني (ص ١١٣ – ١١٤)، والكليات للكفوي (ص ٤٧٦).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٣/ ٤٢٥، ٥/ ٤٣).

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب العلم، باب ليبلغ الشاهد الغائب (١/ ٣٧) الحديث رقم (١٠٤). ومسلم في صحيحه، كتاب القسامة، باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال (٥/ ١٠٨) الحديث رقم (٤٤٧٨).

(٧) أخرجه أبو داود في سننه: كتاب العلم، باب فضل نشر العلم (٣/ ٣٦٠) الحديث رقم (٣٦٦٢)، =

وجه الدلالة من الحديثين:

أن كل أحد يعتبر رسول رسول الله ^ ومأموراً من صاحب الشرع بتبليغ ما سمعه من النبي ^ إلى من ورائه من المكلفين، وأنه يجب على المبلَّغ الطاعة والامتثال، والأخذ بما ورد عن رسول الله ^ ، وهذا مما يدل على أن الرسول من المولى والموكل خبره ملزم(١).

٢ - وأيضاً استدل المصنف لذلك بفعل النبي ^ حيث قال: ألا ترى أن رسول الله ^ كان يبلغ بالخطاب مرة، وبالكتاب أخرى، وبالرسول ثالثاً، وكان التبليغ بالكتاب وبالرسول كالتبليغ بالخطاب(٢).

٣ – ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة بالنصوص الشرعية التي دلت على وجوب طاعة الرسول ^ ؛ لأنه مبلِّغ عن الله سبحانه وتعالى، ولا ينطق عن الهوى، ومن ذلك:

قوله تعالى:] ! " # $ % & ' ( ) * + , - Z (٣).

وقوله تعالى:] p q r s t u v w Z (٤).

وقوله ^ : **(من أطاعني فقد أطاع الله، ومن عصاني فقد عصى الله، ومن أطاع أميري فقد أطاعني، ومن عصى أميري فقد عصاني)** (٥).

= والترمذي في سننه: كتاب العلم عن رسول الله ^ ، باب ما جاء في الحث على تبليغ السماع (٥/ ٣٤) الحديث رقم (٢٦٥٧) وقال عنه: حديث حسن صحيح. وقال عنه الألباني: صحيح. وأخرجه ابن ماجه في سننه: باب من بلغ علماً (١/ ٨٣) الحديث رقم (٢٣٠)، والحاكم في المستدرك: كتاب العلم (١/ ١٦٢) الحديث رقم (٢٩٤)، وقال: حديث صحيح على شرط الشيخين، ووافقه الذهبي.

(١) بدائع الصنائع (١/ ٣٤٤)، والمبسوط (١/ ٢٤٦، ٧/ ٣٢١).

(٢) بدائع الصنائع (٣/ ١٧٤).

(٣) الآية رقم ٨٠ من سورة النساء.

(٤) من الآية رقم ٧ من سورة الحشر.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، باب قول الله تعالى:] أَطِيعُوا۟ ٱللَّهَ وَأَطِيعُوا۟ ٱلرَّسُولَ وَأُو۟لِى ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ Z

=

وجه الدلالة من هذه الأدلة هو:

أن الله سبحانه وتعالى بين أن أمر الرسول ^ من أمر الله سبحانه وتعالى ونهيه من نهي الله عز وجل، فهو يأمر عن الله وينهى، فيجب طاعته فيما أمر واجتناب ما نهى عنه وزجر، سواء كان أمره سُمِعَ منه مباشرة أو عن طريق رسله وسعاته، ونحو ذلك[١].

الفروع المبنية على القاعدة:

١ – قال المصنف: «ثم النكاح كما ينعقد بهذه الألفاظ بطريق الأصالة ينعقد بطريق النيابة بالوكالة والرسالة؛ لأن تصرف الوكيل كتصرف الموكل، وكلام الرسول كلام المرسل»[٢].

٢ – ذكر المصنف: أنه لو قال الرجل لامرأته إن خرجت إلا بأمري فعلي كذا وكذا، فإنه لا يحنث إذا أمرها وأسمعها، أو أرسل لها رسولاً بذلك، أما إن أشهد قوماً أنه قد أمرها ثم خرجت فهو حانث[٣].

٣ – قال المصنف: «عن محمد أنه قال: إذا قال: والله لا أقول لفلان صبحك الله بخير ثم أرسل إليه رسولاً، فقال: قل لفلان يقول لك فلان: صبحك الله بخير، فإنه حانث»[٤].

٤ – قال المصنف: «ولو قال: أي عبيدي يبشرني بكذا فهو حر،... فأرسل

= (٩/ ٧٧) الحديث رقم (٧١٣٧) عن أبي هريرة رضي الله عنه، واللفظ له. ومسلم في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية وتحريمها في معصية (٦/ ١٣) الحديث رقم (٤٨٥٤).

(١) ينظر: أحكام القرآن للجصاص (٥/ ١٠)، وتفسير ابن كثير (٨/ ٦٧).

(٢) بدائع الصنائع (٢/ ٤٨٧).

(٣) المصدر السابق (٣/ ٧٤).

(٤) المصدر السابق (٣/ ٨٨).

إليه أحدهم رسولاً، فإن أضاف الرسول الخبر إلى المرسل، فقال: إن عبدك فلان يخبرك بكذا عتق العبد؛ لأن المرسل هو المبشر، وإن أخبر الرسول ولم يضف ذلك إلى العبد، لم يعتق العبد؛ لأن البشارة منه لا من المرسل»[١].

٥ – قال المصنف: «وأما الرسالة فهي: أن يبعث الزوج طلاق امرأته الغائبة على يد إنسان فيذهب الرسول إليها ويبلغها الرسالة على وجهها، فيقع الطلاق؛ لأن الرسول ينقل كلام المرسل، فكان كلامه ككلامه»[٢].

٦ – قال المصنف: «أما الرسالة فهي: أن يرسل رسوله إلى رجل ويقول للرسول: إني بعت عبدي هذا من فلان الغائب بكذا، فاذهب إليه وقل له: إن فلاناً أرسلني إليك وقال لي: قل له... فذهب الرسول وبلغ الرسالة، فقال المشتري في مجلسه ذلك: قبلت، انعقد البيع؛ لأن الرسول سفير ومعبر عن كلام المرسل، ناقل كلامه إلى المرسل إليه، فكأنه حضر بنفسه فأوجب البيع وقبل الآخر في المجلس»[٣].

٧ – قال المصنف: «وكذلك لو أرسل إليه رسولاً فبلغ الرسالة، وقال: إن فلاناً أرسلني إليك، ويقول: إني عزلتك عن الوكالة، فإنه ينعزل...؛ لأن الرسول قائم مقام المرسل معبر وسفير عنه، فتصح سفارته بعد أن صحت عبارته»[٤].

* * *

(١) المصدر السابق (٣/٨٩).

(٢) المصدر السابق (٣/١٩٩).

(٣) المصدر السابق (٤/٣٢٥).

(٤) المصدر السابق (٥/٤٣).

المطلب الخامس
قاعدة: «القبضان إذا تجانسا ناب أحدهما عن الآخر، وإذا اختلفا ناب الأعلى عن الأدنى»[١]

القبض لغة: من مادة «قبض». قال ابن فارس: «القاف والباء والضاد أصل واحد يدل على شيء مأخوذ وتجمّع في شيء، تقول: قبضت الشيء من المال وغيره قبضاً»[٢] إذا أخذته.

وهو مصدر قبَضَهُ يقبضه قبضاً، وهو خلاف البسط، وقد طابق الله سبحانه وتعالى بينهما بقوله:] وَٱللَّهُ يَقۡبِضُ وَيَبۡصُۜطُ Z [٣]. ولذا قيل لإمساك اليد عن البذل والعطاء: قبض[٤].

قال الكاساني: «والأصل في القبض الأخذ بالبراجم؛ لأنه القبض حقيقة، إلا أنه فيما لا يحتمل الأخذ بالبراجم أقيم النقل مقامه، فيما يحتمل النقل، وفيما لا يحتمله أقيم التخلية مقامه»[٥].

---

(١) ذكرها المصنف بهذا اللفظ في (٥/٢٠٥)، وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٢٣٦)، وغمز عيون البصائر (٢/٢٧٥، ٣/٢٤٣)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٥٢٠م ٢٦٢ و٢/٤١٠ م٨٤٦)، وشرح المجلة لسليم رستم باز (١/٤٦٦ م٨٤٦)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٣٠٠)، وفي الهداية (٢/٢١٩)، والفتاوى الهندية (٣/٣٠ و٤/٥١٠)، والبحر الرائق (٧/٢٨٧)، وتبيين الحقائق (٥/٩٥).

(٢) معجم مقاييس اللغة (ص ٨٤١) كلمة (قبض).

(٣) من الآية رقم ٢٤٥ من سورة البقرة.

(٤) ينظر: القاموس المحيط (ص ٨٤٠)، والمصباح المنير (٢٥٢)، ومختار الصحاح (ص ٤٤٧)، ولسان العرب (١٢/١٠) مادة (قبض).

(٥) بدائع الصنائع (٤/٤٩٨).

القبض في الاصطلاح: قال الكاساني: «معنى القبض هو: التمكين والتخلي وارتفاع الموانع عرفاً وعادة حقيقة»[١].

وقال: «هو التمكن من التصرف في المقبوض»[٢].

وقال في موضع آخر: «وأما تفسير التسليم والقبض: فالتسليم والقبض عندنا هو: التخلية والتخلي؛ وهو أن يخلي البائع بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه، فيجعل البايع مسلماً للمبيع والمشتري قابضاً له، وكذا تسليم الثمن من المشتري إلى البايع»[٣].

ثم بين ذلك بعبارة أوضح فقال: «التسليم في اللغة عبارة عن جعله سالماً خالصاً، يقال: سلم فلان لفلان، أي: خلص له، وقال الله تعالى: ﴿وَرَجُلًا سَلَمًا لِّرَجُلٍ﴾[٤]. أي: سالماً خالصاً لا يشركه فيه أحد، فتسليم المبيع إلى المشتري هو: جعل المبيع سالماً للمشتري، أي: خالصاً، بحيث لا ينازعه فيه غيره، وهذا يحصل بالتخلية، فكانت التخلية تسليماً من البائع، والتخلي قبضاً من المشتري»[٥].

معنى القاعدة:

أفادت القاعدة أن القبض نوعان - وهما: قبض مضمون وقبض أمانة - فإذا كان القبضان متجانسين؛ بأن يكون كلاهما قبضاً مضموناً، أو قبض أمانة، فإن أحدهما يقوم مقام الآخر، أما إذا كانا مختلفين فلا يقوم الأدنى مقام الأعلى، وإنما يقوم الأعلى مقام الأدنى إذا كان هو السابق؛ لأن في الأعلى مثل الأدنى وزيادة

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٣٤٢).

(٢) (٥/ ١٧١)، انظر (ص ٥٥٤) من هذه الرسالة.

(٣) المصدر السابق (٤/ ٤٩٨).

(٤) من الآية رقم ٢٩ من سورة الزمر.

(٥) بدائع الصنائع (٤/ ٤٩٨).

بخلاف الأدنى.

مثال ذلك: إذا كان الشيء في يد المشتري بغصب أو كان مقبوضاً بعقد فاسد، فاشتراه من المالك بعقد صحيح، فينوب القبض الأول عن الثاني. حتى لو هلك الشيء قبل أن يذهب المشتري إلى بيته، ويصل إليه، أو يتمكن من أخذه، كان الهلاك عليه؛ لتماثل القبضين من حيث إن كل منهما يوجب كون المقبوض مضموناً بنفسه.

وكذا لو كان الشيء في يده وديعة أو عارية، فوهبه له مالكه فلا يحتاج إلى قبض آخر، وينوب القبض الأول عن الثاني، لتماثلهما من حيث كونهما قبض أمانة.

ولو كان الشيء في يده بغصب أو بعقد فاسد، فوهبه المالك له، فكذلك ينوب ذلك عن قبض الهبة، لوجود المستحق بالعقد، وهو أصل القبض وزيادة ضمان.

أما إذا كان المبيع في يد المشتري بعارية أو وديعة أو رهن، فلا ينوب القبض الأول عن الثاني، ولا يصير المشتري قابضاً بمجرد العقد؛ لأن القبض السابق قبض أمانة فلا يقوم مقام قبض الضمان في البيع؛ لعدم وجود القبض المحتاج إليه[1].

وموضوع هذه القاعدة يتطرق له العلماء عند كلامهم على مسألة: حكم الشيء المستحق قبضه بالعقد، إذا كان بيد الشخص قبل أن يستحقه بالعقد.

ومما تجدر الإشارة إليه أن المصنف ذكر شروطاً لا بد أن تتوفر في القبض وهي[2]:

١ – أن يكون القابض أهلاً للقبض.

٢ – أن يصدر القبض ممن له ولايته.

٣ – الإذن بالقبض.

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٥٠٥، ٥/ ١٨١ وما بعدها).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٧٠ – ١٨٠).

٤ – أن يكون المقبوض غير مشغول بحق غيره.

٥ – أن يكون المقبوض منفصلاً ومتميزاً.

٦ – أن لا يكون المقبوض حصة شائعة فيما يقسم، أما فيما لا يقسم فيصح، وهذا عند الحنفية.

وذكر الحالات التي يصير به المشتري قابضاً وهي:

١ – التخلية، فإذا خلي بينه وبين المبيع فإن هذا يعتبر قبضاً.

٢ – الإتلاف. فإذا أتلفه المشتري صار قابضاً له.

٣ – إيداع المبيع عن المشتري، أو إعارته منه، أو إجارته إياه.

٤ – اتباع الجاني بالجناية على المبيع. وهذا عند أبي يوسف.

٥ – القبض السابق[١].

أصل القاعدة:

استدل المصنف لهذه القاعدة بدليل عقلي وهو: «أنه إذا كان مثله أمكن تحقيق التناوب؛ لأن المتماثلين يمكن أن ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه ويسد مسده، وإن كان أقوى منه يوجد فيه المستحق وزيادة، وإن كان دونه لا يوجد فيه إلا بعض المستحق فلا ينوب عن كله»[٢].

وقال: «لأن التجانس يقتضي التشابه، والمتشابهان ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه ويسد مسده»[٣].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «ولو أخذ – العبد الآبق – رجل فجاء إلى مولاه فاشتراه

---

(١) ينظر: المصدر السابق (٤/ ٤٩٨ – ٥٠٤).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٥٠٤).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٥٠٤).

منه جاز الشراء؛ لأن المانع هو العجز عن التسليم، ولم يوجد في حقه... فإن أحضره مع نفسه صار قابضاً له عقيب العقد بلا فصل، وإن لم يحضره مع نفسه، ينظر: إن كان أخذه ليرده على صاحبه وأشهد على ذلك، لا يصير قابضاً له ما لم يصل إليه؛ لأن قبضه قبض أمانة، وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان»[١].

٢ – ثم قال: «وإن كان أخذه لنفسه لا ليرده على صاحبه، صار قابضاً له عقيب العقد بلا فصل، حتى لو هلك قبل الوصول إليه يهلك على المشتري؛ لأن قبضه قبض ضمان، وقبض الشراء أيضاً قبض ضمان، فتجانس القبضان فتناوبا»[٢].

٣ – قال المصنف: «إذا كان المبيع في يد المشتري وكانت يده يد ضمان بنفسه، كيَدِ الغاصب فإن المشتري يصير قابضاً للمبيع بنفس العقد، ولا يحتاج إلى تجديد القبض، سواء كان المبيع حاضراً أو غائباً؛ لأن المغصوب مضمون بنفسه، والمبيع بعد القبض مضمون بنفسه، فتجانس القبضان فناب أحدهما عن الآخر»[٣].

٤ – ثم قال: «وإن كانت يده يد ضمان لغيره، كيد الراهن، بأن باع الراهن المرهون من المرتهن، فإنه لا يصير قابضاً، إلا أن يكون الرهن حاضراً، أو يذهب إلى حيث الرهن ويتمكن من قبضه، لأن المرهون ليس بمضمون بنفسه، بل بغيره وهو الدين، والمبيع مضمون بنفسه فلم يتجانس القبضان فلم يتشابها، فلا ينوب أحدهما عن الآخر»[٤].

٥ – قال المصنف: «إذا كان الموهوب في يد الموهوب له وديعة أو عارية، جازت الهبة، وصار قابضاً بنفس العقد والقبض معاً؛... لأن القبضين متماثلان،

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٣٤٢).

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق (٤/ ٥٠٤).

(٤) المصدر السابق (٤/ ٥٠٥).

لأن كل واحد منهما قبض غير مضمون... فتماثل القبضان فتناوبا ضرورة»[١].

٦ - ثم قال: «بخلاف بيع الوديعة من المودع والمستعير، فلا ينوب عن قبض البيع؛ لأنه قبض أمانة، وقبض البيع ضمان، فلم يتماثل القبضان بل الموجود أدنى من المستحق فلما يتناوبا»[٢].

٧ - ثم قال: «ولو كان الموهوب في يده مغصوباً ببيع فاسد، أو مقبوضاً على سوم الشراء[٣]،فكذا ينوب ذلك عن قبض الهبة، لوجود المستحق بالعقد، وهو أصل القبض وزيادة ضمان»[٤].

٨ - ثم قال: «ولو كان الموهوب مرهوناً في يده ذكر في الجامع: أنه يصير قابضاً، وينوب قبض الرهن عن قبض الهبة؛ لأنه قبض أمانة وقبض الرهن في حق العين قبض أمانة، فيتماثلان فناب أحدهما عن الآخر»[٥].

* * *

(١) المصدر السابق (٥/ ١٨١).

(٢) المصدر السابق.

(٣) هو أن يسمي البائع أو المشتري ثمن شيء، ثم يقبضه المساوم على وجه الشراء، لينظر فيه، أو ليريه غيره، ويقول: إن رضيته أخذته بالثمن الذي اتفق عليه، فإذا ضاع، أو هلك يضمن قيمته. حاشية رد المحتار (٥/ ١٧٦).

(٤) بدائع الصنائع (٥/ ١٨١).

(٥) المصدر السابق.

المطلب السادس
قاعدة: « القدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف »

ذكرها المصنف بهذا اللفظ[١].

ولفظ: « وجود الأصل يمنع المصير إلى الخلف »[٢].

ولفظ: « لا يجوز المصير إلى الخلف مع وجود الأصل »[٣].

ولفظ: « ولا يجوز المصير إلى البدل مع القدرة على المبدل »[٤].

ولفظ: « إنما يجوز البدل عند العجز عن الأصل »[٥].

ولفظ: « يصار إلى الخلف عند العجز عن الأصل ».

وهذه القاعدة يعبر عنها العلماء بقولهم: « إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل »[٦]. وهي كما تقدم تعتبر قيداً للإطلاق الموجود في قاعدة (بدل الشيء يقوم

---

(١) بدائع الصنائع (٢/ ٢٦٥، ٤/ ١٦١، ٥٦٧، ٥/ ٣٣٩).

(٢) المصدر السابق (١/ ١٦٨).

(٣) المصدر السابق (١/ ١٨٨).

(٤) المصدر السابق (٤/ ٢٥٤).

(٥) المصدر السابق (٥/ ٥٨٠).

(٦) ينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: الأشباه والنظائر لابن الوكيل (١/ ٣١٣)، والقواعد للمقري (٢/ ٤٦٩ قاعدة ٢٢٦)، والمجموع المذهب (٢/ ٢٢٠)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٢٠٤، ٢/ ٢٨٢)، والمنثور للزركشي (١/ ٨٨)، وتقرير القواعد (١/ ١٢٢ و٣/ ٧٤)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٥٣٧)، وترتيب اللآلي (١/ ٢٧٥)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٦٦م ٥٣)، وشرح المجلة لسليم رستم (١/ ٤١م ٥٣)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٢٨٧)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٢٨ – ٨١/ ٧٣)، ومجلة الأحكام الشرعية (ص ٨٩ م١٦ وص ١٠١ م١٤٣) وقواعد الفقه للبركتي (ص ٥٦ قاعدة ١٦ وص ١٢٢ قاعدة ٣٢٤)، والقواعد والأصول الجامعة

=

مقامه كأنه هو) .

معاني مفردات القاعدة:

الأصل: تقدم بيان معناه لغة واصطلاحاً[١]، وأنه في الاصطلاح يطلق ويراد به عدة معاني منها: الراجح، والقاعدة المستمرة، والدليل، والمقيس عليه.

والمراد به هنا: القاعدة المستمرة.

الخَلَفْ: هو العوض والبدل[٢]، وكل شيء يجيء بعد شيء فهو خلفه[٣].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

في هذه القاعدة بيان ما يكون سبباً للانتقال إلى البدل الذي يقوم مقام المبدل منه، وتبرأ الذمة بالإتيان به، وهو عدم القدرة على القيام بالأصل والإتيان به على الوجه المطلوب شرعاً، لعجز ونحوه[٤].

وهذا يتوافق مع مقاصد الشريعة المقتضية التخفيف ورفع الحرج.

ويمكن أن يدخل في عموم هذه القاعدة، ما يكون مشروعاً على سبيل التخيير، كالإفطار في رمضان في حق المسافر، مما يكون معنى التعذر فيه هو عدم

= للسعدي (ص ٨٠)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ١٥٥، ٢٠٢، ٣٨٧)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ٤٨٢)، وجمهرة القواعد الفقهية (١/ ٥٠٦)، والوجيز للبورنو (ص ٢٤٦)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١/ ٢٦٧ و٣/ ٢٥)، وقواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للروكي (ص ٢٧٧)، والقواعد الفقهية للزحيلي (١/ ٥١٨)، والممتع في القواعد الفقهية (ص ٣٤٩)، والقواعد والضوابط المتضمنة للتيسير (ص ٣٧٣)، والقواعد والضوابط الفقهية عند شيخ الإسلام ابن تيمية للميمان (ص ٣٠٩).

(١) ينظر: (ص) من هذه الرسالة.

(٢) ينظر: المصباح المنير (ص ٩٥)، والمعجم الوسيط (١/ ٢٥١).

(٣) ينظر: معجم مقاييس اللغة (ص ٣٠٩) (خلف) والكليات للكفوي (ص ٤١٤)، والقاموس الفقهي (١/ ١٢٠).

(٤) بدائع الصنائع (٤/ ٢٥٢).

القدرة على الإلزام بالأصل[١]. ويفهم من ذلك أنه إذا كان الأصل ممكناً فلا يصار إلى البدل؛ لأن هذا يؤدي إلى العمل بالبدل مع وجود المبدل، والبدل والمبدل لا يجتمعان[٢].

أصل القاعدة:

١ – استدل المصنف لذلك بقوله تعالى:] K J I H G Z L [[٣].

وجه الدلالة:

قال المصنف: « أقام الصعيد مقام الماء عند عدمه »[٤].

وقال: « جعل التيمم وضوء المسلم إلى غاية وجود الماء، والممدود إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية »[٥].

وقال: « شرط عدم الماء عند ذكر البدل وهو التيمم »[٦].

وقال: « شرط لجواز التيمم عدم وجود الماء »[٧].

٢ – وبقوله تعالى:] h i j k l m Z [[٨].

وجه الدلالة:

قال المصنف: شرط سبحانه وتعالى عدم وجود الرقبة لوجوب الصوم فلا

---

(١) بدائع الصنائع (٢/ ٢٤٦).

(٢) ينظر: المصدر السابق (٣/ ٣٥٨، ٤/ ٥٣٠).

(٣) من الآية رقم ٦ من سورة المائدة.

(٤) بدائع الصنائع (١/ ١٨٦).

(٥) المصدر السابق (١/ ١٨٨).

(٦) المصدر السابق (٣/ ٣٠٧).

(٧) المصدر السابق (٢/ ٢٩٧).

(٨) من الآية رقم ٤ من سورة المجادلة.

يجب الصوم مع القدرة على التحرير[١]، فلو لم يكن الوجود شرط لوجوب التحرير، وكان عليه وجد أو لم يجد، لم يكن لشرط عدم وجود الرقبة لوجوب الصوم معنى، فدل على أن عدم الوجود شرط الوجوب[٢].

٣ – وبقوله تعالى:] فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ Z[٣].

وجه الدلالة:

قال المصنف: «أي: فمن لم يجد واحداً منها فعليه صيام ثلاثة أيام، فلا يجب الصوم مع القدرة على واحد منها»[٤].

٤ – وبقوله تعالى:] s t u v w x Z[٥].

وجه الدلالة:

قال المصنف: «شرط سبحانه وتعالى عدم استطاعة الصيام لوجوب الإطعام، فدل على أن استطاعة الصوم شرط لوجوبه»[٦].

وقال: «أي: من لم يستطع الصيام فعليه إطعام ستين مسكيناً، فلا يجب الإطعام مع استطاعة الصيام»[٧].

٥ - واستدل أيضاً على معنى هذه القاعدة من السنة بما روي عن النبي ^ أنه قال: **(التيمم وضوء المسلم ولو إلى عشر حجج ما لم يجد الماء أو يحدث)** [٨].

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٢٥٢، ٢٥٣).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٢٥٢).

(٣) من الآية رقم ١٩٦ من سورة البقرة.

(٤) بدائع الصنائع (٤/ ٢٥٣).

(٥) من الآية رقم ٤ من سورة المجادلة.

(٦) بدائع الصنائع (٤/ ٢٥٣).

(٧) المصدر السابق.

(٨) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطهارة، باب الجنب يتيمم (١/ ١٢٩) الحديث رقم (٣٣٢) بلفظ:

=

وجه الدلالة:

قال المصنف: « جعله وضوء المسلم إلى غاية وجود الماء، أو الحدث، والمحدود إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية، ولا وجود للشيء مع وجود ما ينتهي وجوده عند وجوده »[(١)].

٦ - ومن حيث الجملة فإنه لا خلاف بين العلماء في العمل بهذه القاعدة، فقد ذكر المصنف الإجماع على مشروعية التيمم حيث قال: « وعليه إجماع الأمة »[(٢)]، ومعلوم أن التيمم بدل عن الطهارة بالماء عند تعذر الماء.

الفروع المبنية على القاعدة:

١ – قال المصنف: « الشاة إذا ندت في الصحراء، ذكاتها العقر؛ لأنه لا يقدر عليها، وإن ندت في المصر لم يجز عقرها؛ لأنه يمكن أخذها، إذ هي لا تدفع عن نفسها، فكان الذبح مقدوراً عليها، فلا يجوز العقر، وهذا لأن العقر خلف من الذبح، والقدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف، كما في التراب مع الماء »[(٣)].

٢ – في باب الكفارات، ذكر المصنف أنه إذا وجب عليه التحرير أو أحد

= « الصعيد الطيب وضوء المسلم ولو إلى عشر سنين ». وقال عنه الألباني: صحيح، والترمذي: أبواب الطهارة، عن رسول الله ^ ، باب التيمم للجنب إذا لم يجد الماء (١ / ٢١١) الحديث رقم (١٢٤) بلفظ: « إن الصعيد الطيب طهور المسلم وإن لم يجد الماء عشر سنين »، وقال عنه الألباني: صحيح، والنسائي في سننه، كتاب الطهارة، باب الصلوات بتيمم واحد (١ / ١٧١) الحديث رقم (٣٢٢) وقال عنه الألباني: صحيح. والإمام أحمد في مسنده (٣٥/ ٢٣١) الحديث رقم (٢١٣٠٤) و(ص ٢٩٧)، الحديث رقم (٢١٣٧١) و(ص ٤٤٨) الحديث رقم (٢١٥٦٨) قال عنه شعيب الأرنؤوط: صحيح لغيره، وهذا إسناد رجاله ثقات رجال الشيخين غير عمرو بن بجدان، وينظر: نصب الراية (١ /١٤٨).

(١) بدائع الصنائع (١ /١٦٨).

(٢) المصدر السابق (١ / ١٦٤).

(٣) المصدر السابق (٤ / ١٦١).

الأشياء الثلاثة – إطعام، كسوة، تحرير – وقد كان موسراً ثم أعسر فإنه يجزئه الصوم؛ لعدم القدرة على الأصل فيصير إلى البدل، ولو كان معسراً ثم أيسر لم يجزه الصوم؛ لأنه أقدر على الأصل، ولا يجوز المصير إلى البدل مع القدرة على المبدل[١].

ثم قال: «ولو شرع في الصوم – صوم الكفارة – ثم أيسر قبل تمامه لم يجز صومه...؛ لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل فلا يعتبر البدل»[٢].

٣ – قال المصنف: «من شرائط ثبوت حق الرجوع بنقصان العيب: امتناع الرد وتعذره، فلا يثبت مع إمكان الرد، حتى لو وجد به عيبٌ، ثم أراد المشتري أن يمسك المبيع مع إمكان رده على البائع ويرجع بالنقصان ليس له ذلك؛ لأن حق الرجوع بالنقصان كالخلف عن الرد، والقدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف»[٣].

٤ – قال المصنف: «إذا قال المدعي: لي بينة حاضرة، ثم أراد أن يحلف المدعى عليه، فليس له ذلك عند أبي حنيفة، وعندهما له ذلك».

لأبي حنيفة: أن البينة في كونها حجة المدعي كالأصل، لكونها كلام غير الخصم، واليمين كالخلف عليها، لكونها كلام الخصم، فلهذا لو أقام البينة ثم أراد استحلاف المدعى عليه، ليس له ذلك، والقدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف»[٤].

* * *

(١) المصدر السابق.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق (٤/ ٥٦٧).

(٤) المصدر السابق (٥/ ٣٣٩).

المبحث العاشر
قواعد في إعمال الكلام وإهماله

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: قاعدة « اختلاف الأسامي دليل اختلاف المعاني في الأصل » .

المطلب الثاني: قاعدة « الدلالة لا تعتبر إذا وجد التصريح » .

المطلب الثالث: قاعدة « ذكر بعض ما لا يتجزأ شرعاً ذكر لكله » .

المطلب الرابع: قاعدة « المطلق يجري على إطلاقه إلا لدليل » .

المطلب الأول
قاعدة: « اختلاف الأسامي دليل اختلاف المعاني في الأصل »

ذكرها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ « تغاير الأسامي دليل تغاير المعاني في الأصل »[٢].

وبلفظ: « حقائق الأسامي تتبع حصول المسميات بذواتها »[٣].

معاني مفردات القاعدة:

الأسامي: جمع « اسم » وتجمع على « أسماء »، وأصله « سِمْوٌ » مثل حِمل أو قُفل[٤]، وهو مشتق من « سَمْوتُ » لأنه تنويه ورفعه، تقول: « سَمَوتُ » و« سَمَيت » مثل « علوت » و« عليت » وسلوت وسليت[٥]، وتقديره « فْعُ »، والذاهب منه الواو؛ لأن جمعه « أسماء » وتصغيره « سُمَيٌّ »[٦].

والاسم لغة: ما وضع لشيء من الأشياء ودل على معنى من المعاني، جوهراً

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٩٣، ٤٨٣) و(٥/ ٤٨٧).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٦١٢).

(٣) المصدر السابق (٣/ ٣٨). وينظر: أحكام هذه القاعدة وألفاظها في: الفروق للقرافي (٢/ ١٤٦ و٦٩)، وتهذيب الفروق مع الفروق (٢/ ١٤٦)، وقواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف (ص ٢٨٣)، بلفظ: « أصل في اختلاف التسمية والصيغة أنه لاختلاف معاني المسميات، إلا أن يعلم بدليل أن المعنى واحد »، وينظر: التبصرة (١/ ٤٢٢ م٢)، وقواطع الأدلة (١/ ١٩١)، والحاوي الكبير للماوردي (٥/ ١٢٧ و٨/ ٢٠٤)، والمجموع (٨/ ٣٨٢).

(٤) ينظر: المصباح المنير (ص ١٥١) مادة (س م ا).

(٥) ينظر: لسان العرب (٧/ ٢٦٥ و٢٦٧) مادة (سما).

(٦) ينظر: مختار الصحاح (ص ٢٧٦)، مادة (س م ا).

كان أو عرضاً، فيشمل الفعل والحرف أيضاً، ومنه قوله تعالى:] @ A B Z C[(١)]. أي: أسماء الجواهر والأعراض كلها[(٢)].

اصطلاحاً: ما دل على معنى في نفسه دلالة مجردة عن الاقتران بأحد الأزمنة الثلاثة[(٣)].

المعاني: «الصور الذهنية، من حيث إنه وضع بإزائها الألفاظ والصور الحاصلة في العقل، فمن حيث إنها تقصد باللفظ سميت معنى»[(٤)].

الأصل: سبق تعريفه لغة واصطلاحاً، والمراد به هنا: القاعدة المستمرة.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن القاعدة المستمرة أنه إذا اختلفت الألفاظ التي جعلت للدلالة على المعاني، فإن هذا الاختلاف يعد دليلاً على اختلاف في المعنى المراد، وأن كل لفظة تدل على معنى مستقل بنفسه، مباين لغيره.

ولكن هذا الكلام ليس على عمومه، وإنما يستثنى منه ما دل الدليل على أن المعنى المراد من هذه الألفاظ واحد.

وهذا ما ذكره بعضهم بقوله: «اختلاف الأسماء يوجب اختلاف المسمى إلا ما خص بدليل»[(٥)].

---

(١) من الآية رقم ٣١ من سورة البقرة.

(٢) الكليات للكفوي (ص ٨٣)، وينظر لسان العرب (٧/٢٦٨) مادة (سما).

(٣) ينظر: التعريفات للجرجاني (ص ٢٨)، والتعريفات القهية للبركتي (ص ٢٧)، والكليات للكفوي (ص ٨٣)، ومعجم مقاليد العلوم في الحدود والرسوم (١/٨٠). والأزمنة الثلاثة: الماضي والحاضر والمستقبل.

(٤) التعريفات (ص ٢١٨).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير للماوردي (٨/٢٠٤)، وقواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف (ص ٢٨٣).

أصل القاعدة:

لم يستدل المصنف لهذه القاعدة، ولكن يمكن أن يستدل لها بدليل من اللغة وهو: أن العرب وضعوا ألفاظاً يدل كل لفظ منها على معنى معين معلوم، ينصرف الذهن إليه عند الإطلاق، وعليه فيجب أن يحمل كل اسم على مسماه، وهذا يقتضي أنه إذا اختلف الاسم اختلف المعنى المراد.

قال السمعاني[١] مقرراً ذلك: «العرب قد جعلت للأمر اسماً، وللنهي اسماً، وكذلك للتخيير والعموم والخصوص، وغير ذلك، وهو مثل ما وضعوا الأسامي المنفردة لمعاني معلومة، ووضعوا الحروف التي هي أدوات لمعاني معلومة أيضاً.

وإذا ثبت هذا فالواجب أن يكون كل شيء منها محمولاً في الأصل على ما جعل سمة له ودلالة عليه، وأن يكون معقولاً من ظاهره ما اقتضته صورته، إلا أن يرد دليل ينقله عنه إلى غيره ليصير الغرض من الكلام واللبس مرتفعاً، فالبيان حاصلاً والإشكال زائلاً، ومن حاد عن هذه الطريقة فقد جهل لغة العرب، ولم يعرف فائدة موضوعها»[٢].

وأكد المصنف ذلك بقوله: «والمرجع في معرفة الأسامي إلى أهل اللغة»[٣].

الفروع المبنية على القاعدة:

١ - قال المصنف في الاستصناع: «هو عقد على مبيع في الذمة، وقال بعضهم: هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل... والصحيح هو القول

---

(١) هو: منصور بن محمد بن عبدالجبار بن أحمد التميمي السمعاني المروزي، المشهور بأبي المظفر السمعاني، مفتي خراسان وشيخ الشافعية، كان زاهداً ورعاً حجة لأهل السنة، توفى سنة ٤٨٩هـ.
ينظر: البداية والنهاية (٦/ ١٦٤)، وطبقات الشافعية الكبرى (٥/ ٣٣٥-٣٤٦)، وسير أعلام النبلاء (١٩/ ١١٤ - ١١٩).

(٢) قواطع الأدلة (١/ ٥٠).

(٣) بدائع الصنائع (٣/ ٣٨).

الأخير؛ لأن الاستصناع: طلب الصنع فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعاً فكان مأخذ الاسم دليلاً عليه؛ ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمى سلماً، وهذا العقد يسمى استصناعاً، واختلاف الأسامي دليل اختلاف المعاني في الأصل»[١].

٢ – قال المصنف: «المبيع والثمن على أصل أصحابنا من الأسماء المتباينة...، لأن الثمن في اللغة: اسم لما في الذمة... ولأن أحدهما يسمى ثمناً والآخر مبيعاً في عرف اللغة والشرع، واختلاف الأسامي دليل اختلاف المعاني في الأصل»[٢].

٣ – الكفالة لا توجب براءة الأصيل، قال المصنف: «لأن الكفالة تنبئ عن الضم وهو ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة بما على الأصيل، أو في حق أصل الدين والبراءة تنافي الضم؛ ولأن الكفالة لو كانت مبرئة لكانت حوالة، وهما متغايران؛ لأن تغاير الأسامي دليل تغاير المعاني في الأصل»[٣].

٤ – قال المصنف: «ولأبي حنيفة: ما ذكرنا أن اللواطة ليست بزنا؛ لما ذكرنا أن الزنا اسم للوطء في قبل المرأة، ألا ترى أنه يستقيم أن يقال: لاط وما زنا، وزنا وما لاط، ويقال: فلان لوطي، وفلان زاني، فكذا يختلفان اسماً، واختلاف الأسامي دليل اختلاف المعاني في الأصل»[٤].

* * *

(١) المصدر السابق (٤/ ٩٣).

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ٤٨٢ – ٤٨٣).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٦١٢).

(٤) المصدر السابق (٥/ ٤٨٧).

المطلب الثاني
قاعدة: «الدلالة لا تعتبر إذا وجد التصريح»

ذكرها المصنف بهذا اللفظ[١].

وذكرها بلفظ «الدلالة لا تعمل مع النص بخلافه»[٢].

ولفظ: «الدلالة إنما تعتبر عند عدم النص بخلافها»[٣].

ولفظ: «فلا تعتبر الدلالة مع الصريح بخلافه»[٤].

ولفظ: «ولا معتبر بالدلالة مع التصريح بخلافها»[٥].

ولفظ: «لا دلالة مع النص بخلافها»[٦][٧].

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ١٨١).

(٢) المصدر السابق (٢/ ٣٧٠).

(٣) المصدر السابق (٢/ ٤٥٧).

(٤) المصدر السابق (٣/ ٩٣، ٤٨٦).

(٥) المصدر السابق (٣/ ٣٢٧).

(٦) المصدر السابق (٤/ ٥٠٧).

(٧) ينظر أحكام هذه القاعدة وألفاظها في: أصول الكرخي (ص ١٨١) (مطبوع مع تأسيس النظر)، وتقرير القواعد (٣/ ١٠٥ قاعدة ١٥١)، وترتيب اللآلي (١/ ٥٨٣ قاعدة ٩٦ و٢/ ٧٠٣ قاعدة ١٢٦ و٢/ ٧٨٧ قاعدة ١٥٣)، شرح المجلة لسليم رستم باز (١/ ٢٥ م١٣)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٣١ م١٣)، وشرح القواعد الفقهية (ص ١٤١)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ٩٨٥ – ١٢/ ٨١)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ٤١٧)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ١٤٧ وص ٤٨١)، وجمهرة القواعد الفقهية للندوي (١/ ٥٦٩)، والوجيز في القواعد للبورنو (ص ٢٠١)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٢/ ٣١٩ و٤/ ٥٣٩)، والقواعد الفقهية للزحيلي (١/ ١٥٤)، والقواعد والضوابط الفقهية لمحمد عثمان شبير (ص ١٥٩)، والقواعد الفقهية د.

=

معاني مفردات القاعدة:

الدلالة لغة: من «دلَّ» «يدلُّ» «دلالة». قال ابن فارس: «الدال واللام أصلان: أحدهما إبانة الشيء بإمارة تتعلمها، والآخر: اضطراب في الشيء»[(١)].

والمراد هنا الأول فهو من قولهم: دللت على الطريق ودللت إليه، والدليل: الأمارة في الشيء وهو المرشد والكاشف، تقول: وهو بيِّن الدلالة[(٢)].

اصطلاحاً: قال المصنف: «هي أن يفعل أو يقول ما يدل على البيان»[(٣)].

وقال: «اسم الدلالة يقع على القول والفعل لوجود معناها فيهما»[(٤)].

وقيل: هي كون الشيء بحالة يلزم من العلم به العلم بشيء آخر[(٥)].

الصريح: لغة: مشتق من مادة «صرح» قال ابن فارس: «الصاد والراء والحاء أصل منقاس يدل على ظهور الشيء وبروزه»[(٦)].

قال المصنف: «من قولهم: صرح فلان بالأمر، أي: كشفه وأوضحه، وسمي البناء المشرف صرحاً لظهوره على سائر الأبنية»[(٧)].

وفي «اللسان»: «الصريح: الخالص من كل شيء وهو ضد الكناية»[(٨)].

اصطلاحاً: قال المصنف: «اسم لما هو ظاهر المراد مكشوف المعنى عند

= عبدالعزيز عزام (ص ٥٢٩)، والممتع في القواعد الفقهية للدوسري (ص ١٦٣).

(١) معجم مقاييس اللغة (ص ٣٣٠) مادة (دلّ).

(٢) المصدر السباق، ولسان العرب (٥/ ٢٩١)، مادة (دلل)، والمصباح المنير (ص ١٠٥) مادة (د ل ل).

(٣) بدائع الصنائع (٣/ ٣٥٥ و٣٦١ و٥٥٨).

(٤) المصدر السابق (٣/ ٨٧).

(٥) التعريفات للجرجاني (ص ١٠٨)، وينظر: إفاضة الأنوار شرح المنار للحصني (ص ١٤٣)، والتقرير والتحبير (١/ ٢٧٧)، وتيسير التحرير (١/ ٧٨)، والتعريفات الفقهية للبركتي (ص ٩٦).

(٦) معجم مقاييس اللغة (ص ٥٦٨) مادة (صرح).

(٧) بدائع الصنائع (٣/ ١٦١).

(٨) لسان العرب (٨/ ٢٢٠).

السامع »[١].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة مجال عملها في الأحكام المتعلقة بالتعبير عن الإرادة، من إيجاب وقبول، وإذن ومنع، ورضى ورفض، ونحو ذلك[٢].

فالأصل في التعبير عن الإرادة أن يكون بالقول؛ لأنه من أوضح الدلالات على تلك الإرادة، ولأن الرضا، أو عدمه ونحو ذلك مما عليه مدار صحة العقد أمر خفي لا اطلاع لنا عليه، فنيط الحكم بسبب ظاهر وهو القول.

والمراد بالدلالة هنا غير اللفظ، من حال، أو عرف، أو إشارة، وغير ذلك[٣].

فتعبير قرائن الحال – مثلاً – أو العرف، أو الإشارة، أو غير ذلك عن الإرادة يعتبر خلف عن الكلام الصريح عند عدمه؛ لأنها في حكم الصريح، أما إذا وجد الصريح وتعارض مع الدلالة، فلا اعتبار للدلالة إذاً؛ ولا يعتد بها؛ لأن دلالة التصريح يقينية، ودلالة الحال والقرائن محل شك، واليقين لا يزول بالشك[٤].

أصل القاعدة:

لم يستدل المصنف لهذه القاعدة.

ولكن يمكن أن يستدل لها بدليل عقلي وهو: أن الأصل في الكلام الصريح؛ لأن الكلام وضع للإفهام والإعلام، والصريح هو التام في الإعلام، وإنما يعمل بالدلالة للحاجة عند فقدان الصريح، فصارت بمنزلة الضرورة التي يؤتى بها عند الحاجة، فإذا وجد الصريح فلا حاجة إلى الدلالة، فيقدم الصريح عليها عند

---

(١) بدائع الصنائع (٣/ ١٦١ و١٦٩ و٤٦٥).

(٢) ينظر: المدخل الفقهي العام (٢/ ٩٨٥ – ٨١/ ١٢).

(٣) ينظر: الوجيز للبورنو (ص ٢٠١).

(٤) ينظر: المدخل الفقهي العام (٢/ ٩٨٥).

تعارضهما[١].

تنبيه: عند التعارض يعمل بالصريح دون الدلالة، بشرط أن يأتي قبل أعمال الدلالة، أما إذا جاء الصريح بعد أن عملت الدلالة عملها أي: بعد أن عمل بالدلالة واعتبرت، فإنه لا ينظر إلى الصريح ولا يعتد به.

الفروع المبنية على القاعدة:

١ - قال المصنف: «لو أرسل مسلم كلبه وسمى فزجره مجوسي فانزجر يؤكل صيده.

ولو أرسل مجوسي كلبه فزجره مسلم فانزجر لا يؤكل صيده.

وكذلك لو أرسل مسلم كلبه وترك التسمية عمداً فاتبع الصيد ثم زجره فانزجر لا يؤكل صيده.

ولو لم يرسله أحد وانبعث بنفسه فاتبع الصيد فزجره مسلم وسمى فانزجر يؤكل صيده، وإن لم ينزجر لا يؤكل؛ لأن الإرسال هو الأصل – فيعتبر وجود التسمية عنده – والزجر كالخلف عنه، والخلف يعتبر حال عدم الأصل لا حال وجوده.

ثم بين ذلك بقوله: «وأصل آخر لتخريج هذه المسائل ما ذكره بعض مشايخنا: أن الدلالة لا تعتبر إذا وجد الصريح، وإذا لم يوجد تعتبر ففي المسائل الثلاث وجد من الكلب صريح الطاعة بالإرسال، حيث عدا بإرساله، وانزجاره طاعة للزاجر بطريق الدلالة فلا تعتبر في مقابلة الصريح، وفي المسألة الرابعة لم يوجد الصريح فاعتبرت الدلالة»[٢].

٢ –قال المصنف: «ومن شروط صحة البيع: أن يكون البدل منطوقاً به في

---

(١) كشف الأسرار للنسفي ١/ ٣٧٦) بتصرف. وينظر: الوجيز للبورنو (ص ٢٠١).

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ١٨١).

أحد نوعي المبادلة، وهي المبادلة القولية، فإن كان مسكوتاً عنه فالبيع فاسد... أما إذا نفاه صريحاً بأن قال: بعتك هذا العبد بغير ثمن أو بلا ثمن، فقال المشتري: اشتريت، اختلف المشايخ فيه: قال بعضهم: هذا والسكوت عن الثمن سواء والبيع فاسد. وقال بعضهم: البيع باطل؛... لأن عند السكوت عن ذكر الثمن يصير البدل مذكوراً بطريق الدلالة، فإذا نص على نفي الثمن بطلت الدلالة فلم يكن هذا بيعاً أصلاً»[(١)].

٣ – قال المصنف: «لو باع بثمن مؤجل، فلم يقبض المشتري – المبيع – حتى حل الأجل، هل له أجل آخر في المستقبل؟

ينظر إن ذكرا أجلاً مطلقاً؛ بأن ذكرا سنة مطلقة غير معينة فله أجل آخر، هو سنة أخرى من حين يقبض المبيع، عند أبي حنيفة، وعندهما ليس له ذلك والثمن حال، وإن ذكرا أجلاً بعينه بأن باعه إلى رمضان فلم يقبضه المشتري حتى مضى رمضان صار الثمن حالاً بالإجماع؛ لأن الأصل في الثمن شرع نظراً للمشتري لينتفع بالمبيع في الحال مع تأخر المطالبة بالثمن، ولن يحصل هذا الغرض له إلا وأن يكون اعتبار الأجل من وقت قبض المبيع، فكان هذا تأجيلاً من هذا الوقت دلالة، بخلاف ما إذا عين الأجل؛ لأنه نص على تعينه فوجب اعتبار المنصوص عليه إذ لا دلالة مع النص بخلافها»[(٢)].

٤ – قال المصنف: «لو أراد رجل أن يشرع إلى الطريق جناحاً أو ميزاباً... فإن كان ذلك مما لا يضر بالمارين حل له الانتفاع به ما لم يتقدم إليه أحد بالرفع والنقض، وإلا فلا... هذا عند أبي حنيفة – رحمه الله – لأن إشراع الجناح والميزاب إلى طريق العامة تصرف في حقهم؛ لأن هواء البقعة في حكم البقعة، والبقعة حقهم، فكذا هواؤها، فكان الانتفاع بذلك تصرفاً في حق الغير بغير إذنه وهذا حرام سواء

(١) المصدر السابق (٣/ ٣٩٩ – ٤٠٠).

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ٥٠٧).

أضرّ به أو لا، إلا أنه حل له الانتفاع بذلك قبل التقدم؛ لوجود الإذن منهم دلالة، وهي ترك التقدم بالنقض، والتصرف في حق الإنسان بإذنه مباح، فإذا وقعت المطالبة بصريح النقض بطلت الدلالة، فلا يحل ذلك»[1].

* * *

(١) المصدر السابق (٤/ ٥/ ٣٩٧).

المطلب الثالث

قاعدة: « ذكر بعض ما لا يتجزأ شرعاً ذكر لكله »

ذكرها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: « ذكر البعض فيما لا يتبعض ذكر لكله »[٢].

معنى القاعدة:

أن ما لا يقبل التجزئة، سواء كان لتعذره عقلاً: كالشفعة والقصاص والطلاق مثلاً، أو لإمكانية إلحاق الضرر بالغير: كلزوم الضرر على المشتري بتفريق الصفقة[٣]، إذا ذكر بعضه اختياراً أو إسقاطاً، فكأن الكل قد ذكر؛ لأنه إذا لم نقل بذلك لزم منه إهمال الكلام لا إعماله، والمقصود صيانة كلام العاقل من الإلغاء، ومحاولة اعتباره كلاماً صحيحاً، بالقدر الممكن، ولهذا تكون هذا القاعدة ذات

---

(١) بدائع الصنائع (٢/ ٥٦٤، ٤/ ٦٠٨).

(٢) المصدر السابق (٢/ ٣٦٥ و٣/ ١٥٧، ٢٤٥ و٦/ ٢٩٣، ٢٩٤). وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: تأسيس النظر (ص ٤٤)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ١٠٩)، والمنثور للزركشي (٢/ ٢٥٦)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٦٠)، ولابن نجيم (ص ١٨٦)، وترتيب اللالي (٢/ ٧١٥ قاعدة ١٢٩)، والفرائد البهية وحاشيتيها الفوائد الجنية والمواهب السنية (ص ٥٩٦)، والأقمار المضيئة (ص ٢٤٠)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٦١م ٦٣)، وشرح المجلة لسليم رستم باز (١/ ٤٤ م٦٣)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٣٢١)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ١٠١٣ – ٨١/ ٥١)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ١٤٥ و١٦٩ و١٧١ و١٧٧ و٢٢٩ و٤٠٩)، وجمهرة القواعد الفقهية للندوي (١/ ٥٤١)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ١٦١ و١٧٧ و١٩٥ و٤٨٨)، والوجيز للبورنو (ص ٣٢٢)، وموسوعة القواعد الفقهية (١/ ٨٠ و٢٠٥، ٢/ ١٢٧، ٥/ ٣٧٢، ١٠/ ٧٥٦)، والممتع في القواعد الفقهية (ص ٣٩١)، والقواعد الفقهية د. عبدالعزيز عزام (ص ٣٥٠)، والقواعد الكلية والضوابط الفقهية د. محمد عثمان شبير (ص ٢٩٣)، والقواعد الفقهية د.محمد الزحيلي ١/ ٣٧٥)، وقواعد البركتي (١/ ٨١ قاعدة ١٣٧).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٢٨).

مسيس بالقاعدة المشهورة: إعمال الكلام أولى من أهماله[١]، ومتفرعة عنها[٢].

أصل القاعدة:

يمكن أن يستدل لهذه القاعدة بأن يقال: أنه إذا قام الدليل على البعض، وهو مما لا يتجزأ، أوجب إكماله؛ إعمالاً للدليل بقدر الإمكان، وإلا لزم إبطال الدليل[٣].

الفروع المبنية على القاعدة:

١ – قال المصنف: «إن كان المسمى – في المهر – أقل من عشرة – دراهم – يكمل عشرة عند أصحابنا الثلاثة...؛ لأنه لما كان أدنى المقدر الذي يصلح مهراً في الشرع هو العشرة، كان ذكر بعض العشرة ذكر للكل؛ لأن العشرة في كونها مهراً لا يتجزأ، وذكر البعض فيما لا يتبعض يكون ذكراً لكله»[٤].

٢ – قال المصنف: «ولو تزوجها على ثوب معين، أو على موصوف، أو على مكيل أو موزون معين فذلك مهرها إذا بلغ قيمته عشرة، وتعتبر قيمته يوم العقد، لا يوم التسليم...، فلو كانت قيمته يوم العقد ثمانية، فلم يسلمه إليها حتى صارت قيمته عشرة، فلها ذلك ودرهمان...؛ لأنه لما سمى ما هو أدنى مالية من العشرة، كان ذلك تسمية للعشرة؛ لأن ذكر البعض فيما لا يتجزأ ذكر لكله، فصار كأنه سمى ذلك ودرهمين، ثم ازدادت قيمته»[٥].

٣ – قال المصنف: «لو قال لها: أنت طالق بعض تطليقة، أو ربع تطليقة، أو ثلث تطليقة، أو نصف تطليقة، أو جزء من ألف جزء من تطليقة، يقع تطليقة كاملة،

---

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ١٧١)، وللسيوطي (ص ١٢٨)، ولابن نجيم (ص ١٦١).

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٦١)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٣٢١)، القواعد الفقهية للندوي (ص ٤٠٩)، والوجيز للبورنو (ص ٣٢٢)، والقواعد الفقهية للزحيلي (١/ ٣٧٥).

(٣) ينظر: العناية شرح الهداية (٤/ ١٦)، وجمهرة القواعد الفقهية (١/ ٥٤١).

(٤) بدائع الصنائع (٢/ ٥٦٣).

(٥) المصدر السابق (٢/ ٥٦٤).

وهذا على قول عامة العلماء؛ لأن الطلاق لا يتبعض، وذكر البعض فيما لا يتبعض ذكر لكله.

كالعفو عن بعض القصاص أنه يكون عفواً عن الكل»[١].

٤ – قال المصنف: «ولو استثنى عتق بعض العبد يصح – الاستثناء – عند أبي حنيفة، ولا يصح عندهما، بناءً على أن العتق يتجزأ عنده، فيكون استثناء البعض من الكل فيصح، وعندهما لا يتجزأ فيكون استثناء الكل من الكل فلا يصح»[٢].

٥ – قال المصنف: «إذا أضاف – الكفالة بالنفس – إلى جزء شائع، كالنصف والثلث ونحوهما جازت؛ لأن حكم الكفالة بالنفس وجوب تسليم النفس بثبوت ولاية المطالبة، والنفس في حق وجوب التسليم لا تتجزأ، وذكر بعض ما لا يتجزأ شرعاً ذكر لكله، كما في الطلاق والعتاق»[٣].

٦ – قال المصنف: «العفو عن القصاص مما لا يتجزأ فإسقاط الحق عن البعض إسقاط عن الكل»[٤].

٧ – قال المصنف: «إذا كان الولي اثنين أو أكثر فعفا أحدهما سقط القصاص عن القاتل؛ لأنه سقط نصيب العافي بالعفو، فيسقط نصيب الآخر، ضرورة أنه لا يتجزأ»[٥].

* * *

(١) المصدر السابق (٣/١٥٧).

(٢) المصدر السابق (٣/٥٢٤).

(٣) المصدر السابق (٤/٦٠٨).

(٤) المصدر السابق (٥/١٩٠).

(٥) المصدر السابق (٦/٢٩٤).

المطلب الرابع
قاعدة: «المطلق يجري على إطلاقه إلا لدليل»

ذكرها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: «لا يجوز تقييد المطلق إلا بدليل»[٢].

شرح مفردات القاعدة:

المطلق: سبق تعريفه لغة واصطلاحاً، وأنه: اللفظ المتناول لواحد غير معين.

وعرفه المصنف بقوله: «اسم لما يتعرض للذات دون الصفات»[٣].

الدليل لغة: من «دلَّ» «يدلُّ» «دِلالة» و«دُلولة» والفتح أعلى فهو «دليل» والدليل يطلق على الدال وهو: الناصب للدليل، وقيل هو: الذاكر للدليل، ويطلق

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٧، ٩٦، ٣٨٩).

(٢) المصدر السابق (١/ ١٠٦، ١١٢، ١٨٢، ٣/ ١٢٥، ٤/ ٢٤٧، ٤٤٩، ٥/ ٣١، ٦/ ٣١٩). وينظر أحكام هذه القاعدة وألفاظها في: تأسيس النظر (ص ١٥)، والقواعد الكبرى (٢/ ٢٢٥)، والقواعد النورانية (ص ٣٤٤)، والمجموع المذهب (١/ ١٤٢)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٦٥)، والمنثور في القواعد للزركشي (٢/ ٢٧٥)، والقواعد للحصني (١/ ٣٦٣)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٩٨)، ولابن نجيم (ص ١١٧)، وغمز عيون البصائر (١/ ٦٣ و٢٣٤)، وشرح المجلة لسليم رستم باز (١/ ٤٥ م ٦٤)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٦٢ م٦٤)، وشرح القواعد الفقهية (ص ٣٢٣)، والقواعد والأصول الجامعة للسعدي (ص ١٣٧)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ١٠١٢ – ٨١/ ٥٠)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ١٨٠)، والقواعد والضوابط المستخلة من التحرير (ص ٤٩٥)، والقواعد الفقهية للزحيلي (١/ ٣٧٨)، والممتع في القواعد الفقهية للدوسري (ص ٣٨٧)، والقواعد الكلية د. محمد شبير (ص ٢٩٠)، والوجيز للبورنو (ص ٣٢٤)، وموسوعة القواعد الفقهية (١٠/ ٦٩٩).

(٣) بدائع الصنائع (٤/ ٢٧٢)، وينظر: التعريفات للبركتي (ص ٢٠٩).

أيضاً على ما يستدل به[١]، وهو المرشد والكاشف[٢]، والإطلاق الأخير هو ما تعارف عليه الفقهاء[٣].

اصطلاحاً: ما يمكن التوصل بصحيح النظر فيه إلى مطلوب خبري[٤].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن اللفظ المطلق يبقى على إطلاقه دون تقييد بوصف معين أو قيد معين، حتى يقوم الدليل على إرادة التقييد، وذلك قد يكون بنص أو دلالة حال[٥].

والتقييد بالنص مثل: ذكر لفظ خاص، من صفة: كفرسٍ عربي، أو حال[٦]: كإن دخلت راكباً، أو إضافة: كاشتر لي فرس بكر ونحو ذلك.

التقييد بدلالة الحال: كقول من قدم بلدة لغيره: استأجر لي داراً، فاستأجرها له بعد سنة مثلاً، فلا ينفذ فعل المأمور على الآمر في هذه الحال[٧].

ودلالة العرف كدلالة الحال عند الصاحبين من الحنفية، أما عند أبي حنيفة فلا يقيد المطلق بدلالة العرف[٨].

أي: «أن الإذن المطلق إذا تعرى عن التهمة والخيانة لا يختص بالعرف – عند

---

(١) ينظر: مختار الصحاح (ص ١٨٥)، مادة (د ل ل)، ولسان العرب (٥/ ٢٩١)، مادة (دلل).

(٢) ينظر: المصادر السابقة، والمصباح المنير (ص ١٠٥)، مادة (د ل ل).

(٣) ينظر: الإحكام للآمدي (١/ ٩).

(٤) ينظر تعريف الدليل في: الإحكام للآمدي (١/ ٩)، والبحر المحيط (١/ ٢٥)، والمحصول للرازي (١/ ١٠٦)، وقواطع الأدلة (١/ ٣٢).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٣/ ٢٣).

(٦) المراد بالحال هنا ما قال عنه النحويون: «وصف فضلة مذكور لبيان الهيئة». ينظر: شرح ابن عقيل (٢/ ٢٤٣).

(٧) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٢)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٣٢٢ – ٣٢٣)، والقواعد الكلية، د. محمد عثمان شبير (ص ٢٩٠ – ٢٩١).

(٨) ينظر: المصدر السابق (٥/ ٢٧).

أبي حنيفة – وعندهما يختص»[١].

وهذا الكلام ليس على إطلاقه فليس المراد من القاعدة أن المطلق أينما وقع، وكيفما كان يجرى على إطلاقه، ويحتمل على جهالته وإن كانت فاحشة، بل الذي يظهر أن ذلك ليس مطرداً أو عاماً، بل خاص بما لا تضره الجهالة الفاحشة[٢].

أصل القاعدة:

لم يستدل المصنف لهذه القاعدة مباشرة، وإنما ذكر نصوصاً شرعية ورد فيها الأمر مطلقاً وأجري على إطلاقه، ولم يختلف العلماء في ذلك، وإنما اختلفوا في المقيد، هل وجد أولاً؟ وإن وجد يعتبر أولاً؟ ومن ذلك:

١ - قوله تعالى:] L M N O P Q Z [[٣].

وجه الدلالة من الآية: أن الله سبحانه وتعالى أخبر أنه جعل الحرم آمناً مطلقاً، فيجب العمل بإطلاقه إلا ما قيد بدليل[٤].

٢ - وقول النبي ^ : **(ألا إن مكة حرام حرَّمها الله تعالى)** إلى قوله: **(لا يختلى خلاها، ولا يعضد شجرها)** إلى أن قال ^ : **(إلا الإذخر)**[٥].

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي ^ نهى عن اختلاء كل خلى وعضد كل شجر نهياً مطلقاً فيجرى على إطلاقه إلا ما قيد بدليل وهو الإذخر[٦].

---

(١) ينظر: تأسيس النظر (ص ١٥).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٢/ ٥٧٢)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٣٢٦).

(٣) من الآية رقم ٦٧ من سورة العنكبوت.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٢/ ٤٥١).

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب جزاء الصيد، باب: لا ينفر صيد الحرم (٣/ ١٨) الحديث رقم (١٨٣٣)، ومسلم في صحيحه، كتاب الحج، باب: تحريم مكة وصيدها وخلاها (٤/ ١٠٩) الحديث رقم (٣٣٦٨).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٢/ ٤٥١).

٣ - قوله تعالى:] J K L M N O P Z [(١).

وجه الدلالة من الآية: أن الله سبحانه وتعالى أمر بمسح اليد مطلقاً، دون تحديد بالرسغ، فلا يجوز التحديد بالرسغ إلا بدليل(٢).

٤ - قوله تعالى:] * + , - . / Z [(٣).

وجه الدلالة من الآية: أن الواجب في الخطبة هو مطلق ذكر الله، وذكر الله سبحانه وتعالى معلوم لا جهالة فيه فلم يكن مجملاً، فيكفي في ذلك أن يذكر الله الإمامُ بقصد الخطبة، قل الذكر أو كثر، فتقييده بذكر يسمى خطبة، أو بذكر طويل لا يجوز إلا بدليل(٤).

٥ - قوله تعالى:] E F G H I J K L M N O Z [(٥).

وجه الدلالة من الآية: قال المصنف: «أمر بالقضاء مطلقاً عن وقت معين، فلا يجوز تقييده ببعض الأوقات»(٦).

وقال: «إن الأمر بالقضاء – ورد – مطلقاً عن تعيين بعض الأوقات دون بعض فيجرى على إطلاقه»(٧).

٦ - قوله تعالى:] فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ Z [(٨).

وجه الدلالة من الآية: قال المصنف: «أمر سبحانه وتعالى بهذه الأشياء

---

(١) من الآية رقم ٦ من سورة المائدة.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (١/ ١٦٦).

(٣) من الآية رقم ٩٠ من سورة الجمعة.

(٤) بدائع الصنائع (١/ ٥٩٠).

(٥) من الآية رقم ١٨٤ من سورة البقرة.

(٦) بدائع الصنائع (٢/ ٢٦٤).

(٧) المصدر السابق (٢/ ٢٦٥).

(٨) من الآية رقم ٩٦ من سورة البقرة.

مطلقاً عن المكان، إلا أن النسك قيد بالمكان بدليل، فمن ادعى تقييد الصدقة فعليه الدليل»[١].

٧ - قوله تعالى:] 7 8 9 Z[٢].

وقولـه تعـالى:] 9 : ; < = > ? @ BA C D E F G Z[٣].

وجه الدلالة من الآيتين: دلت هاتان الآيتان دلالة عامة ومطلقة على أن البيع مشروع بالجملة، فمن ادعى التخصيص والتقييد فعليه الدليل[٤].

الفروع المبنية على القاعدة:

١ – قال المصنف: «النذر إذا أضيف إلى وقت مبهم؛ بأن قال: لله علي أن أصوم شهراً، ولا نية له، فإن الوفاء به يجب على التراخي، أي: أنه يجب في جزء من عمره غير معين وإليه خيار التعيين...؛ لأن سبب الوجوب وهو النذر وجد مطلقاً عن الوقت، والحكم يثبت على وفق السبب...، إلى أن يغلب على ظنه الفوات لو لم يصم فيضيق الوقت حينئذ»[٥].

٢ - ثم قال: «وكذا حكم الاعتكاف المضاف إلى وقت مبهم، بأن قال: لله علي أن أعتكف شهراً، ولا نية له»[٦].

٣ – ذكر المصنف: أن الوكيل بالبيع والشراء يملك شرط الخيار المؤقت بثلاثة أيام فما دونها، سواء كان لنفسه أو لصاحبه الذي عاقده؛ لأنه مأمور بالبيع

---

(١) بدائع الصنائع (٢/ ٣٩٧).

(٢) من الآية رقم ٢٧٥ من سورة البقرة.

(٣) من الآية رقم ٢٩ من سورة النساء.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٤٧٩، ٥٨٣).

(٥) المصدر السابق (٤/ ٢٤٧).

(٦) المصدر السابق.

والشراء مطلقاً، فيجرى الأمر على إطلاقه[١].

ثم قال: «وكذا المضارب، أو الشريك شركة عنان، أو مفاوضة، يملك شرط الخيار، لما قلنا»[٢].

٤ – ذكر المصنف: أنه لا يتعين مكان عقد السلم مكاناً للإيفاء عند أبي حنيفة...؛ لأنه لم يوجد ذكر المكان في العقد نصاً، فالقول بتعيين المكان شرعاً من غير تعيين العاقدين تقييدٌ لمطلق، فلا يجوز إلا بدليل[٣].

٥ – قال المصنف: «إذا كان التوكيل بالبيع مطلقاً فيراعى فيه الإطلاق عند أبي حنيفة، فيملك البيع بالقليل والكثير...؛ لأن الأصل في المطلق أن يجرى على إطلاقه، ولا يجوز تقييده إلا بدليل، كوجود تهمة، ولا يعتمد على العرف؛ لأن العرف متعارض؛ فإن البيع بغبن فاحش لغرض التوصل بثمنه إلى شراء ما هو أربح منه متعارف أيضاً، فلا يجوز تقييد المطلق مع تعارض العرف»[٤].

٦ – قال المصنف: «لأحد شريكي شركة العنان أن يبيع مال الشركة بالنقد والنسيئة؛ لأن الإذن بالبيع بمقتضى الشركة وجد مطلقاً...، وله أن يبيع بقليل الثمن وكثيره، لما قلنا، إلا بما لا يتغابن الناس بمثله؛ لأن المقصود من العقد وهو الاسترباح لا يحصل به فكان مستثنى من العقد دلالة»[٥].

٧ - ثم قال: «ولأحدهما أن يسافر بالمال من غير رضا صاحبه – وهذا عند أبي حنيفة ومحمد – لأن الإذن بالتصرف يثبت مقتضى الشركة، وأنها صدرت مطلقة

---

(١) ينظر: المصدر السابق (٤/ ٣٨٦).

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق (٤/ ٤٤٩).

(٤) المصدر السابق (٥/ ٢٧).

(٥) المصدر السابق (٥/ ٩١).

عن المكان، والمطلق يجرى على إطلاقه إلا لدليل»[١].

٨ - وقال: «وكذا المضارب والمبضع والمودع لهم أن يسافروا»[٢].

٩ – قال المصنف: «إذا كان عقد الإعارة مطلقاً، بأن أعار دابته إنساناً ولم يسم مكاناً ولا زماناً ولا الركوب ولا الحمل، فله أن يستعملها في أي مكان وزمان شاء، وله أن يركب أو يحمل؛ لأن الأصل في المطلق أن يجرى على إطلاقه، وقد ملكه منافع العارية مطلقاً، فكان له أن يستوفيها على الوجه الذي ملكها به»[٣].

* * *

(١) المصدر السابق (٥/ ٩٦).

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق (٥/ ٣٢٠).

المبحث الحادي عشر
قواعد في الضمان

وفيه تسعة مطالب:

المطلب الأول: قاعدة « الأجرة مع الضمان لا يجتمعان » .

المطلب الثاني: قاعدة « كل غار ضامن للمغرور بما لحقه من العهدة » .

المطلب الثالث: قاعدة « الخراج بالضمان » .

المطلب الرابع: قاعدة « ما هلك بما هو مأذون فيه لا ضمان عليه فيه » .

المطلب الخامس: قاعدة « المضمونات تملك بالضمان » .

المطلب السادس: قاعدة « من اضطر إلى مال الغير في مخمصة كان له أن يتناوله بالضمان » .

المطلب السابع: قاعدة « على اليد ما أخذت حتى ترده » .

المطلب الثامن: قاعدة « جرح العجماء جبار » .

المطلب التاسع: قاعدة « إتلاف مال مملوك للغير بغير إذنه يوجب الضمان » .

المطلب الأول
قاعدة: «الأجرة مع الضمان لا يجتمعان»

ذكرها المصنف بهذا اللفظ[١]، وبلفظ «الأجرة والضمان لا يجتمعان»[٢].

معاني مفردات القاعدة:

الأجرة لغة: مشتقة من مادة «أجر»، قال ابن فارس: «الهمزة والجيم والراء، أصلان يمكن الجمع بينهما، فالأول: الكراء على العمل، والثاني: جبر العظم الكسير... والمعنى الجامع بينهما: أن أجرة العامل كأنها شيء يجبر به حاله فيما لحقه من كدٍّ فيما عمله»[٣].

ويستعمل «الأجر» بمعنى «الإجارة» وبمعنى «الأُجْرة» وجمعه «أُجُور» مثل: فلس وفلوس[٤]، والأجر هو الجزاء على العمل[٥].

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ١٩، ٧٧، ٨١).

(٢) المصدر السابق (٥/ ٢١٤)، وينظر: أحكام هذه القاعدة وألفاظها في: تأسيس النظر (ص ٦٢)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٤٠١)، وترتيب اللآلي (١/ ٢٥٢ قاعدة ٧)، ودرالحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٨٩م ٨٦)، وشرح المجلة لسليم رستم باز (١/ ٥٧م ٨٦)، وقواعد الفقه للبركتى (١/ ٥٣ قا٨)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٤٣١)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٣٨ - ٨١/ ٨٤)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ٩٩ و٣٥١)، وجمهرة القواعد الفقهية (١/ ٥٠٣)، والقواعد والضوابط المستلخصة من التحرير (ص ١٣٩)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١/ ١٧٧)، والقواعد الفقهية د. محمد الزحيلي (١/ ٥٤٧).

(٣) معجم مقاييس اللغة (ص ٤٦) مادة (أجر).

(٤) ينظر: المصباح المنير (ص ٩) مادة (أ ج ر).

(٥) ينظر: لسان العرب (١/ ٥٨) مادة (أجر).

والأجرة: ما أعطيت من أجر في عمل[١].

وعرفها المصنف بقوله: الإجارة لغة: بدل المنفعة. وقال: تمليك المنفعة[٢].

والمراد بالأجر في القاعدة هو معنى الإجارة، ومعناها في اصطلاح الفقهاء: العقد على المنافع بعوض هو مال[٣].

الضمان لغة: مصدر «ضَمِن» قال ابن فارس: «الضاد والميم والنون أصل صحيح، وهو: جعل الشيء في شيء يحويه، من ذلك قولهم: ضمَّنتُ الشيء، إذا جعلته في وعائه»[٤].

تقول: ضمنتُ المال وبه «ضماناً» فأنا «ضامن» و«ضمين»، أي: التزمته، و«الضمين» هو الكفيل، فالكفالة تسمى ضماناً؛ لأنه إذا ضمنه فكأنه قد استوعب ذمته[٥].

اصطلاحاً: المراد بالضمان في القاعدة: الالتزام بقيمة العين المنتفع بها، سواء سلمت أم عطبت[٦].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن من انتفع بعين ما مقابل ما يدفعه من عوض، ثم طرأ على هذه العين

---

(١) المصدر السابق. وينظر في ذلك كله المصادر اللغوية السابقة ومختار الصحاح (ص ١١)، والقاموس المحيط (ص ٤٣٦)، مادة (أجر).

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ١٦).

(٣) ينظر: المصدر السابق، والتعريفات للجرجاني (ص ١٤)، وللبركتي (ص ١٦)، وأنيس الفقهاء (ص ٥٥)، والمعجم الوسيط (١/ ٧).

(٤) معجم مقاييس اللغة (ص ٥٧٩)، مادة (ضمن). وينظر: المصباح المنير (ص ١٨٩) مادة (ض م ن).

(٥) ينظر: المصباح المنير (ص ١٨٨)، ولسان العرب (٩/ ٦٤)، ومختار الصحاح (ص ٣٣٣)، والقاموس المحيط (ص ١٥٦٤) مادة (ضمن).

(٦) ينظر: المدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٣٨ - ٨١/ ٨٤)، وجمهرة القواعد الفقهية (١/ ٥٠٣)، والقواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي (٢/ ٦٦٧).

المنتفع بها ما يجعلها من ضمانه، فإن ذلك يسقط عنه العوض، سواء وقع الهلاك فعلاً أم لا، وذلك لئلا يجتمع الأجر والضمان في حقه؛ لأن الضمان يقتضي التملك، والمالك لا أجر عليه، والأجر يقتضي عدم التملك، فيكون بينهما منافاة فلا يجتمعان.

فمثلاً: لو استأجر شخص دابة ليركبها إلى مكان معين، فذهب بها رأساً إلى مكان آخر فإنه يعتبر متعدياً 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.

وكذا إذا لم تهلك فردها سليمة، ولو بعد شهور لا أجر عليه أيضاً؛ لأنه كان في حالة مسؤولية بضمانها لو هلكت عنده[١].

وهذه القاعدة من القواعد المذهبية فهي خاصة بمذهب الحنفية، وكتبهم حافلة بذكرها، أما غيرهم من المذاهب[٢] فلا اعتبار لها عندهم، ولا يقولون بمضمونها، ولذلك تكاد لا تجد لها ذكراً في كتبهم[٣].

ولكن المالكية وافقوا الحنفية في بعض الفروع[٤].

أصل القاعدة:

بنا الحنفية هذه القاعدة على أصل عندهم وهو: أنهم لم يعتبروا للمنافع قواماً

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٨٠)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٣٩ - ٨١/ ٨٤).

(٢) ينظر: الذخيرة (٥/ ٤٦٢)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (٢/ ٢٧٨)، والحاوي الكبير (٦/ ٣٢٦)، والمغني (٥/ ٤٣٥).

(٣) ينظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٤٣١)، المدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٣٨ - ٨١/ ٨٤)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ٣٥١)، وجمهرة القواعد الفقهية (١/ ٥٠٣)، والقواعد الفقهية للزحيلي (١/ ٥٤٧)، والقواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي (٢/ ٦٦٨).

(٤) ينظر: المدونة (٤/ ٤٧٨)، وبداية المجتهد (٢/ ١٨٧)، والموسوعة الفقهية الكويتية (٢٨/ ٢٦٢).

مالياً أصالة[١].

فهم يقولون: «إن الضمان إنما يكون بسبب التعدي، والتعدي على مال الغير غصب له، أو كالغصب، ومنافع المغصوب غير مضمونة[٢]؛ لأن المنافع معدومة، وعند وجودها فهي أعراض غير باقية[٣]، وإنما تقوم بعقد الإجارة على خلاف القياس، لمكان الحاجة الضرورية إليها[٤]، وعقد الإجارة لا يبقى مع صيرورة المستأجر ضامناً، بل يرتفع، إذ لا يمكن اعتباره مستأجراً أميناً، وغاصباً ضميناً في آن واحد، لتنافي الحالتين»[٥].

وقد اشترط الحنفية للعمل بهذه القاعدة: أن يتحد السبب والمحل في الأجر والضمان[٦].

أما إذا اختلفا فلا مانع من اجتماع الأجر والضمان؛ كما لو استأجر دابة ليركبها بنفسه فأركب معه غيره فعطبت فإنه يضمن نصف قيمتها، وتلزمه الأجرة؛ لأنه ركب بنفسه واستوفى المنفعة المعقود عليها، وهذا مأذون فيه، وأما ضمان نصف القيمة؛ فلأنه تعدى بأن أركب معه غيره وهذا غير مأذون فيه، فما هلك بما هو مأذون فيه لا ضمان عليه فيه، وما هلك بما هو غير مأذون فيه ففيه الضمان[٧].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٢/٥٦٦، ٣/٤٥٤، ٤/١٠٩، ٦/١٥٨)، وتأسيس النظر (ص ٦٢ – ٦٣).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٢/٥٦٦).

(٣) ينظر: المصدر السابق (٤/١٠٩).

(٤) ينظر: المصدر السابق (٤/١٦).

(٥) ينظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٤٣١)، والقواعد الفقهية للزحيلي (١/٥٤٧).

(٦) وهذا يفهم من تفريعات المصنف على القاعدة، ينظر على سبيل المثال: بدائع الصنائع (٤/٧٧ و٧٨). وينظر: شرح المجلة (ص ٥٧ – ٥٨)، ودرر الحكام (١/٨٩ – ٩٠)، وشرح القواعد الفقهية (ص ٤٣١)، والقواعد الفقهية، د. محمد الزحيلي (١/٥٤٧).

(٧) ينظر: بدائع الصنائع (٤/٧٨).

والمتأمل لهذه القاعدة والتفريعات المذكورة عليها، يجد أن الكلام فيها نظري محض، ولو نظر من يتبنى هذه القاعدة ويقول بها إلى البعد التطبيقي لها، لوجد أن ذلك فيه متنفس لمن أراد أن يتخذ الضمان ذريعة للهروب من الأجر[١].

فكل من أراد الانتفاع بعين لغيره بلا بدل، يمكنه أن يعقد الإجارة على غير المنفعة التي يريد، ثم يخالف إلى الانتفاع بما يريد، فيسقط عنه الأجر، ولا يبالي بضمان تلك العين عند هلاكها؛ لأنه نادر.

بل يمكنه أن يغصب العين ابتداءً، وينتفع بها، ثم يردها على حالها دون أن يدفع عوضاً لهذه المنفعة[٢].

وهذا ما قرره الدبوسي بقوله: «قال علماؤنا: أن من غصب داراً فسكنها سنين لا أجرة عليه»[٣].

وعند التتبع والتأمل في كلام علماء الحنفية – ومنهم المصنف – تجد أنهم قد تنبهوا لمثل هذا وذكروا قيوداً تخفف من هذه الآثار السلبية، ومن ذلك:

١ – أنه لا بد أن يتصدق بمنافع المغصوب؛ «لأنها مال حصل بسبب محظور، وهو التصرف في ملك الغير بغير إذنه فيتمكن فيها الخبث، فكان سبيله التصدق به»[٤].

وهذا هو قول أبي حنيفة ومحمد بن الحسن رحمهما الله، استحساناً[٥].

ولكن هذا القيد مخالف لما تقتضيه القاعدة، فمعنى القاعدة: أن من ضمن شيئاً لا يلزمه أجره، وتكون منافعه له، لئلا يجتمع الأجر والضمان.

---

(١) ينظر: المدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٣٩)، وترتيب اللآلي (١/ ٢٥٣) الحاشية رقم (١).

(٢) ينظر: المصادر السابقة.

(٣) تأسيس النظر (ص ٦٢).

(٤) بدائع الصنائع (٥/ ٥٩٧)، وينظر المصدر نفسه (٤/ ٦٧، ٥/ ٢٦٥ و٤٦٧، ٦/ ١٤٨، ١٥٩).

(٥) ينظر: المصدر السابق (٦/ ١٤٧).

وفي إيجاب التصدق بمنافع المغصوب دليل على أنها ليست حقاً للغاصب، وهذا فيه جمع بين الأجر والضمان؛ لأن كونه ملزماً أن يتصدق بها، ككونه ملزماً أن يدفعها للمالك بجامع عدم استفادته منها.

ولعل هذا هو السبب الذي جعل أبا يوسف والحسن وزفر لا يقولون بهذا القول وإنما قالوا: يحل له الانتفاع ولا يلزمه التصدق بالفضل إن كان له فضل.

وهذا يعتبر التزاماً منهم بالأصل المتقرر عندهم وهو «أن المغصوب مضمون لا شك فيه، وهو مملوك للغاصب من وقت الغصب...، فلا معنى للمنع من الانتفاع»[(١)].

٢ – استثنوا من عموم هذه القاعدة، ما إذا كان المغصوب مال وقف، أو يتيم، أو معداً للاستغلال[(٢)]، فقد أفتوا بتضمين الغاصب أجرة المثل عن منافعها[(٣)].

الفروع المبنية على القاعدة:

١ – قال المصنف: «إذا استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم شعير فحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فعطبت، يضمن قيمتها؛ لأن الحنطة أثقل من الشعير، وليس من جنسه فلم يكن مأذوناً فيه أصلاً، فصار غاصباً كل الدابة معتديا عليها فيضمن كل قيمتها، ولا أجر عليه؛ لأن الأجر مع الضمان لا يجتمعان»[(٤)].

٢ – «إذا أجر الصبي المحجور عليه نفسه بدون إذن وليه وهلك في يد المستأجر في مدة الأجرة ضمنه المستأجر؛ لأنه صار غاصباً، حيث استعمله من غير إذن المولى،

---

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) العقار أو المنقول الذي اقتناه صاحبه لتحصيل الغلة بإجارته كالضياع والدور والفنادق والعربات، العرف والعادة، لأبي سنة (ص ٣٠٤).

(٣) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٣١٧ و٤٠١).

(٤) بدائع الصنائع (٤/ ٧٧).

ولا يجب الأجر؛ لأن الأجر مع الضمان لا يجتمعان»[١].

٣ – قال المصنف: «لو استأجر أرضاً ليزرعها حنطة فزرعها رطبة[٢]، ضمن ما نقصها؛ لأن الرطبة مع الزرع جنسان مختلفان... والرطبة تضر بالأرض ما لا يضره الزرع فصار غاصباً إياها، بل متلفاً، ولا أجر له؛ لأن الأجر مع الضمان لا يجتمعان»[٣].

٤ – إذا أمر رجل إنساناً أن ينقش في فصه اسمه، فنقش اسم غيره فإنه يضمن الخاتم، ولا أجرة له؛ لأنه فوت الغرض المطلوب من الخاتم، وهو الختم، فصار كالمتلف إياه[٤].

٤ – قال المصنف: «إذا أجر – المرتهن المرهون – بغير إذن الراهن، وسلمه إلى المستأجر، فهلك في يده، فالراهن بالخيار، إن شاء ضمن المرتهن... وإن شاء ضمن المستأجر... فإن ضمن المستأجر، فالمستأجر يرجع بما ضمن على المرتهن؛ لأنه صار مغروراً من جهته... ولا أجرة عليه؛ لأن الأجرة والضمان لا يجتمعان»[٥].

٥ – قال المصنف: «لو استأجر دابة ليحمل عليها مائة رطل من قطن، فحمل عليها مثل وزنه حديداً أو أقل من وزنه، فعطبت الدابة، ضمن قيمتها...؛ لأن القطن ينبسط على ظهر الدابة والحديد يجتمع في موضع واحد، فيكون أنكى لظهر الدابة، وأعقر لها، فلم يكن مأذوناً فيه، فصار غاصباً فيضمن، ولا أجرة عليه لما قلنا»[٦].

أي: لأن الأجر والضمان لا يجتمعان.

---

(١) المصدر السابق (٤/ ١٩).

(٢) الرطبة هي: القثاء والبطيخ والباذنجان، وما يجري مجراها. المغرب (ص ١٩٠).

(٣) ينظر: المصدر السابق (٤/ ٨١).

(٤) ينظر: المصدر السابق.

(٥) ينظر: المصدر السابق (٥/ ٢١٣ – ٢١٤).

(٦) ينظر: المصدر السابق (٤/ ٧٨).

٦ - ثم قال: «وكذلك إذا استأجر ليحملها حنطة، فحمل عليها حطباتٍ، أو خشباً، أو آجراً، أو حديداً، أو حجارة، أو نحو ذلك، مما يكون أنكى لظهر الدابة، أو أعقر له، حتى عطبت يضمن كل القيمة ولا أجر عليه لما قلنا»[١].

٧ - ثم قال: «ولو استأجرها ليركبها فحمل عليها، أو استأجرها ليحمل عليها فركبها حتى عطبت ضمن؛ لأن الجنس قد اختلف، وقد يكون الضرر في أحدهما أكثر.

٨ - ولو استأجرها ليركبها فأركبها من هو مثله في الثقل، أو أخف منه ضمن؛ لأن الخلاف هنا ليس من جهة الخفة والثقل، بل من حيث الخَرَقْ[٢] والعلم، فإن خفيف البدن إذا لم يحسن الركوب يضر بالدابة، والثقيل الذي يحسن الركوب لا يضر بها، فإذا عطبت علم أن التلف حصل من خَرَقهُ بالركوب فضمن، ولا أجر عليه، لما قلنا»[٣].

٩ - ثم قال: «ولو استأجرها ليركبها إلى مكان عينه، فركبها إلى مكان آخر، يضمن إذا هلكت، وإن كان الثاني أقرب من الأول؛ لأنه صار مخالفاً، لاختلاف الطريق إلى الأماكن، فكان بمنزلة الجنس، ولا أجرة عليه لما قلنا»[٤].

* * *

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) من (خَرِقَ، خَرَقاً، فهو أخْرَق: إذا عمل شيئاً فلم يرفق فيه، والأنثى (خرقاء). المصباح المنير (ص٨٩) مادة (خ ر ق).

(٣) بدائع الصنائع (٤/ ٧٨).

(٤) المصدر السابق (٤/ ٨٠).

المطلب الثاني
قاعدة «كل غارٍّ ضامن للمغرور بما لحقه من العهدة»

ذكرها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: «الغرور يوجب الضمان»[٢].

وبلفظ: «كل من غرَّ غيره في شيء يكون ملتزماً بما يلحقه من العهدة فيه»[٣].

ولفظ: «الغرور في العقود من أسباب وجوب الضمان»[٤].

معاني مفردات القاعدة:

الغار لغة: اسم فاعل من «غرَّهُ» «يغُرُّه» «غَرًّا» و«غُرُوراً» فهو «مغرور» و«غرير» أي: خدعه، وأطمعه بالباطل فاغتر، والاسم: الغرر ومادته (غرَّ)[٥].

وتقول: هو «غِرٌّ» أي: جاهل بالأمور غافل عنها[٦].

قال ابن فارس: «الغين والراء أصول ثلاثة صحيحة: الأول: المثال، والثاني:

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٤).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٤١).

(٣) المصدر السابق (٥/ ٧٢).

(٤) المصدر السابق (٥/ ١٣٦)، وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٢٤٢)، شرح المنهج المنتخب (٢/ ٨٢)، وترتيب اللآلي (١/ ٥٣٦ قاعدة ٨٠، ٢/ ٨١٢ قاعدة ١٥٩، ٢/ ١٠٦٢ قاعدة ٢٣٠)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ١٨٠)، والقواعد والضوابط الفقهية في كتاب الأم (ص ٢٥٤).

(٥) ينظر: لسان العرب (١١/ ٢٩)، كلمة (غرر)، والقاموس المحيط (ص ٥٧٧) كلمة (غرّه)، والمصباح المنير (ص ٢٣٠)، ومختار الصحاح (ص ٤٠٧)، كلها مادة (غ ر ر).

(٦) ينظر: المصباح المنير (ص ٢٣٠)، والتعريفات للبركتي (ص ١٥٧)، وطلبة الطلبة (ص ١٦١).

النقصان، والثالث: العتق»[١].

والمراد هنا الثاني، ومنه: بيع الغرر؛ لأنه ناقص لا يتم البيع فيه أبداً[٢].

والغرور لغة: هو الباطل، وبالفتح: كل ما يغر الإنسان من مال وجاه وشهوة وشيطان[٣].

فالغرر والغرور بينهما فرق في اللغة، فالغرر هو: الخطر؛ كبيع السمك في الماء وتعريض النفس للهلاك والخطر، والغرور هو: الخديعة والإطماع في الباطل[٤].

وجاء في المصباح: الغرر الخطر... وغرته الدنيا (غُرُوراً) أي: خدعته بزينتها، فهي «غرور»[٥].

الغرر اصطلاحاً: عرفه المصنف بقوله: «الخطر الذي استوى فيه طرف الوجود والعدم بمنزلة الشك»[٦].

الغرور اصطلاحاً: تزيين الخطأ بما يوهم أنه صواب[٧].

وبهذا يتضح أن بينهما فرقاً في اصطلاح الفقهاء[٨]، فقد خصوا بيع الغرر بما

---

(١) معجم مقاييس اللغة (٧٧٠) كلمة (غرّ).

(٢) ينظر: المصدر السابق.

(٣) ينظر: المصادر اللغوية السابقة، والكليات للكفوي (ص ٦٦٣).

(٤) مختار الصحاح (ص ٤٠٧).

(٥) المصباح المنير (ص ٢٣٠) مادة (غرر).

(٦) بدائع الصنائع (٤/ ٣٦٦)، وهذا التعريف لما ذكره الجرجاني قال: «هو ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أيكون أم لا؟»، التعريفات (ص ١٦٤)، ومثله في التعريفات للبركتي (ص ١٥٧)، وعرفه بنحو ذلك ابن الشاط في إدرار الشروق مطبوع مع الفروق (٣/ ٤٣٢ ف ١٩٣) حيث قال: «هو الذي لا يدري هل يحصل أم لا؟».

(٧) ينظر: الكليات للكفوي (ص ٦٧٢).

(٨) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٣٦٦، ٣/ ٢٣٣).

جهل وجوده، أو وصفه، أو مقداره، أو تعذر تسليمه، مثل: بيع المعدوم، وبيع مجهول المقدار، أو الجنس، أو النوع، وبيع متعذر التسليم، فهذا لا خديعة فيه، ولكن فيه جهالة تمنع صحة العقد من الأصل.

أما الغرور فهي الأقوال أو الأفعال التي فيها تدليس وغش وخديعة لأحد المتعاقدين كإخفاء العيب وإظهار الحسن في السلعة الموجودة المعلومة القدر والصفة المقدور على تسليمها، فالعقد هنا صحيح في أصله، ولكن يكون للمغرور الحق في فسخ العقد، عند عدم الرضا بالعيب.

الضمان: سبق تعريفه لغة واصطلاحاً.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن كل من غرَّ غيره، بأن عرضه للهلاك، أو نقصه، أو ظلمه بغشه إياه، أو ستر عنه ما هو حظ له، فلحقه بسبب ذلك نقصان حسي أو معنوي، فإنه يضمن له تبعات هذا التغرير، «كأن يقول البائع للمشتري: إن مالي يساوي كذا – وهو لا يساوي ذلك – فخذه. أو يقول المشتري للبائع: إن مالك لا يساوي أكثر من كذا – وهو يساوي أكثر من ذلك – فبعه لي به»[(١)].

فتكون هذه القاعدة تتكلم عن حكم الغرور بمعناه الاصطلاحي المتقدم وليس الغرر. وهذا هو المفهوم من كلام المصنف عند ذكره للفروع المندرجة تحت هذه القاعدة[(٢)].

وحيث عرف من هذه القاعدة مشروعية ضمان التغرير، فإن هناك من قال إن هذا ليس على عمومه، فلا يضمن الغار للمغرور الضرر الذي لحقه بسبب تغريره له

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ١٣٠ م١٦٤)، وينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٢٤٣).

(٢) ينظر على سبيل المثال كلام المصنف في (٣/ ٢٣٢ – ٢٣٣).

إلا في ثلاث مسائل هي[١]:

الأولى: أن يكون التغرير واقعاً في ضمن عقد المعاوضة[٢]، كأن «يقول الأب لأهل السوق مثلاً: بايعوا ابني فقد أذنت له في التجارة، فإن ظهر أنه ابن غيره، رجعوا عليه للغرور»[٣].

الثانية: أن يكون التغرير في ضمن قبض يرجع نفعه إلى الدافع، كوديعة وإجارة ورهن.

«فلو رهنه عيناً ثم هلكت ثم استحقت[٤]، وضمنها المستحق للمرتهن رجع على الدافع وهو الراهن بما ضمن»[٥].

الثالثة: إذا ضمن الغار للمغرور صفة السلامة نصاً.

كأن يقول لآخر: «اسلك هذا الطريق فإنه آمن، وإن سلكته وأخذ مالك فأنا ضامن»[٦].

أصل القاعدة:

استدل المصنف لهذه القاعدة، بما روي عن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – أنه قال: «أيما رجل نكح امرأة بها جنون، أو جذام، أو برص، فمسها فلها

---

(١) ينظر هذه المسائل في: بدائع الصنائع (٢/ ٦٣٠ و٤/ ١٣، ٦١١ و٦/ ٢٢٣)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٢٤٢ – ٢٤٣)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ١٨٠ – ١٨١).

(٢) ينظر: ترتيب اللآلي فقد ذكر مؤلفه ثلاث قواعد فقهية كلها تفيد أن التغرير يكون في عقود المعاوضات، بل صرح بذلك في قوله: «الضمان بالتغرير مخصوص بالمعاوضات» (١/ ٥٣٦ قاعدة ٨٠ و٢/ ٨١٢ قاعدة ١٥٩ و٢/ ١٠٦٢ قاعدة ٢٣٠).

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٢٤٣)، وينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٢٣).

(٤) أي: تبين أنها غير مملوكة للبائع، أو مرهونة، ونحو ذلك. المدخل الفقهي العام (١/ ٥٤٢).

(٥) شرح القواعد الفقهية للزرقا، وينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢١٣ – ٢١٤).

(٦) شرح القواعد الفقهية (ص ١٨١)، وينظر: ترتيب اللالي (٢/ ٨١٢).

صداقها بما استحل منها من فرجها، وكان ذلك لزوجها غرم على وليها»[١].

وجه الدلالة:

أنه ألزم الغار بضمان ما استحقت المرأة بالمسيس من الصداق على الزوج؛ لأن الغرم في المهر لزمه بغروره[٢].

وكذلك استدل المصنف بالإجماع على ذلك حيث قال: «فإنه روي عن عمر – رضي الله عنه – أنه قضى بذلك بمحضر من الصحابة – رضي الله عنهم – ولم ينقل أنه أنكر عليه أحد فيكون إجماعاً»[٣].

ما روي أن رجلين أتيا علياً – رضي الله عنه – فشهدا على رجل أنه سرق، فقطع علي – رضي الله عنه – يده، ثم أتيا بآخر فقالا: هذا الذي سرق وأخطأنا على الأول، فلم يجز شهادتهما على الآخر، وغرمهما دية يد الأول، وقال: «لو أعلمكما تعمدتما لقطعتكما»[٤].

قال المصنف: «وكان ذلك بمحضر من الصحابة، ولم ينكر عليه أحد فكان

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ كتاب النكاح، باب ما جاء في الصداق والحباء (٣/٧٥٢) الحديث رقم (١٩٢١) (٢/٥٢٦)، والدارقطني (٣/٢٦٦) الحديث رقم (٨٢)، والبيهقي في السنن الكبرى، باب: من قال يرجع المغرور بالمهر وقيمة الأولاد على الذي غره (٧/٢١٩) الحديث رقم (١٤٠٣٠) كلها من طرق عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه قال: قال عمر. قال الألباني: ورجاله ثقات رجال الصحيحين لكنه منقطع بين سعيد وعمر. الإرواء (٦/٣٢٨).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٢/٦٣٠)، والمدونة، (٢/١٤٤)، والأم (٦/٢٧١)، والإنصاف (٤/٢٦٧).

(٣) بدائع الصنائع (٢/٦٣٠)، وممن نقل الإجماع على ذلك أيضاً القرافي في الذخيرة (٤/٤٢٦).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه معلقاً في كتاب الديات، باب: إذا أصاب قوم من رجل هل يعاقب أم يقتص منهم كلهم؟ (٩/١٠)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الجراح، باب: الاثنين أو أكثر يقطعان يد رجل معاً (٨/٤١) الحديث رقم (١٥٧٥٥) واللفظ له. والدارقطني في سننه، كتاب الحدود والجنايات (٣/١٨٢) الحديث رقم (٢٩٤)، وذكره الشافعي في كتابه الأم (٧/١٩١).

إجماعاً»[١].

وجه الدلالة من هذا الأثر:

أنه لما رجعا عن الشهادة بعد مضي الحكم، غرمهما علي – رضي الله عنه – دية اليد المقطوعة؛ لأن إتلاف اليد كان بسبب شهادتهما، والضمان في الشرع إنما يجب إما بالالتزام أو بالإتلاف، ولم يوجد الالتزام فتعين الإتلاف هنا سبباً لوجوب الضمان[٢].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «إذا تزوج رجل امرأة على أنها حرة، فولدت منه، ثم أقام رجل البينة على أنها أمته، ... فإن كان المغرور حراً فالولد حر بالقيمة بإجماع الصحابة رضي الله عنهم، ... ويرجع المغرور إلى الغار بقيمة الولد؛ لأنه صار ضامناً ما يلحقه من الغرامة في ذلك»[٣].

٢ – قال المصنف: «إذا قالت – الزوجة خالعني – على ما في بيتي من متاع، فإن كان هناك متاع فهو له، وإن لم يكن رجع عليها بالمهر؛ لأنها غرته بتسمية مال متقوم، فيلزمها ضمان الغرور، وهو رد المهر المستحق»[٤].

٣ – قال المصنف: «قال محمد: ... ميت مات من المشركين، فاستأجروا له من يحمله إلى موضع فيدفنه في غير الموضع الذي مات فيه... أن الأجير إذا علم أنه جيفة فقد نقل ما لا يجوز له نقله فلا يستحق الأجر، وإذا لم يعلم فقد غرروه بالتسمية، والغرور يوجب الضمان»[٥].

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٤٣٠).

(٢) ينظر: المصدر السابق (٥/ ٤٢٧ – ٤٣١).

(٣) ينظر: المصدر السابق (٢/ ٦٣٠).

(٤) المصدر السابق (٣/ ٢٣٣).

(٥) المصدر السابق (٤/ ٤١).

٤ – ذكر المصنف: أن العين المؤجرة لو هلكت في يد المستأجر، ثم استحقت بعد الهلاك، وضمنه المستحق، فإنه يرجع على المؤاجر...، لأنه صار مغروراً من جهته[١].

٥ – قال المصنف: «إذا أخذ الشفيع الأرض بالشفعة، وبنى عليها ثم استحقت، وأمر الشفيع بنقض البناء – فعند أبي يوسف أنه يرجع الى المشتري بالثمن وبقيمة البناء – لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء من المشتري، ولو كان اشتراه لرجع عليه، كذا إذا أخذه بالشفعة... لوجود الغرور من البائع»[٢].

٦ – قال المصنف: «إذا وكله بالقبض وكالة خاصة – به – فليس له الحق أن يوكل غيره بالقبض... فإن فعل ذلك، وقبض الوكيل الثاني لم يبرأ الغريم من الدين... وإن هلك في يده قبل أن يصل إلى الوكيل الأول ضمن القابض للغريم...، وكان له أن يرجع على الوكيل الأول؛ لأنه صار مغروراً من جهته...، وكل غار ضامن للمغرور بما لحقه من العهدة»[٣].

٧ – قال المصنف: «لو أن الموكِّل باع العبد الموكَّل ببيعه بنفسه ولم يعلم به الوكيل، فباعه الوكيل، وقبض الثمن، فهلك الثمن في يده، ومات العبد قبل التسليم إلى المشتري، ورجع المشتري على الوكيل بالثمن، رجع الوكيل على الموكِّل...؛ لأنه وإن صار معزولاً بتصرف الموكِّل، لكنه صار مغروراً من جهته، بترك إعلامه إياه»[٤].

٨ – قال المصنف: «إن قال رب المال للمضارب: على أن ما رزق الله تعالى من الربح فهو بيننا نصفان، وذلك بأن أطلق الربح ولم يضفه إلى المضارب، أي: لم يقل على أن

---

(١) ينظر: المصدر السابق (٤/ ٨٠).

(٢) المصدر السابق (٤/ ١٣٥ – ١٣٦).

(٣) المصدر السابق (٥/ ٢٤).

(٤) المصدر السابق (٥/ ٤٦).

ما رزقك الله من الربح...، ثم إن المضارب الأول دفع المال إلى غيره مضاربة بالثلثين، فنصف الربح لرب المال، ونصفه للمضارب الثاني، ويرجع الثاني على الأول بمثل سدس الربح الذي شرط له...؛ لأن الأول غرَّ الثاني بتسمية الزيادة، والغرور في العقود من أسباب وجوب الضمان »[١].

٩ – قال المصنف: « إذا أجر المرتهن العين المرهونة بغير إذن الراهن، وسلمه إلى المستأجر، فهلك في يده فالراهن بالخيار – له أن يضمن المرتهن أو المستأجر – فإن ضمن المستأجر فالمستأجر يرجع بما ضمن على المرتهن؛ لأنه صار مغروراً من جهته »[٢].

١٠ – قال المصنف: « - في عقد المعاملة –[٣] إذا لم يقل رب الأرض للعامل: اعمل برأيك فيه، فدفع العامل إلى رجل آخر معاملة...، ولو هلك في يده من عمله في أمر لم يخالف فيه أمر العامل الأول، فلصاحب النخل أن يضمن أيهما شاء...، وإن اختار تضمين الآخر يرجع على الأول لأنه غره في ذلك »[٤].

١١ – قال المصنف: « لو أودع المودَع الوديعة عند من ليس له أن يودعه، فضاعت في يد الثاني، فالضمان على الأول لا على الثاني عند أبي حنيفة، وعندهما: المالك بالخيار، إن شاء ضمن الأول، وإن شاء ضمن الثاني...، وإن ضمن الثاني يرجع بالضمان على الأول؛ لأن الأول غره بالإيداع فيلزمه ضمان الغرور »[٥].

١٢ – قال المصنف: « عقد الإعارة... إن كان مطلقاً بأن أعار دابته إنساناً ولم يسم

---

(١) المصدر السابق (٥/ ١٣٥ – ١٣٦).

(٢) المصدر السابق (٥/ ٢١٣ – ٢١٤).

(٣) هو عبارة عن العقد على العمل ببعض الخارج. بدائع الصنائع (٥/ ٢٦٩).

(٤) المصدر السابق (٥/ ٢٧٢).

(٥) المصدر السابق (٥/ ٣٠٩).

مكاناً ولا زماناً ولا الركوب ولا الحمل فله أن يستعملها في أي مكان وزمان شاء، وله أن يركب أو يحمل؛ لأن الأصل في المطلق أن يجري على إطلاقه،... لكن المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة كما يتقيد نصاً،... إلا أنه لا يملك الإجارة... فإن أجره فللمعير أن يضمن المستعير أو المستأجر...، وإن ضمن المستأجر ولم يكن عالماً بكونها عارية فإنه يرجع إلى المستعير؛ لأنه إذا لم يعلم به فقد صار مغروراً من جهة المستعير فيرجع عليه بضمان الغرور»[1].

* * *

(١) المصدر السابق (٥/ ٣٢٠).

المطلب الثالث
قاعدة: «الخراج بالضمان»[(١)]

هذه القاعدة نص حديث نبوي شريف، وهو من القواعد المهمة في الفقه الإسلامي، حيث تلقاه العلماء بالقبول، وعملوا به في كثير من أبواب المعاملات

(١) ذكرها المصنف بهذا اللفظ في مواضع كثيرة ومنها: (٢/ ١٧٤، ٣/ ٤١٨، ٤٥٣، ٥٢٨، ٦٤٨، ٤/ ٧٠، ٥/ ١١، ٨٢، ٢٨٠، ٢٩٢، ٣٠٣، ٣٠٤، ٣٣٠، ٤٦٠). وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: الفروق (٣/ ٤٦٠ ف ١٩٨)، وتهذيب الفروق مطبوع مع الفروق (٣/ ٤٦٠ ف ١٩٨)، وإعلام الموقعين (٢/ ١٦)، والمنثور في القواعد للزركشي (١/ ٣٣٨)، وتقرير القواعد (٢/ ١٥٣)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (٢/ ٤٠ – ٤١ و٢١٤)، وللسيوطي (ص ١٣٥)، ولابن نجيم (ص ١٧٦)، وترتيب اللالي (١/ ٦٨٠ قاعدة ١٢٠ و٢/ ٧٣٧ قاعدة ١٣٦) وشرح المجلة لسليم رستم باز (١/ ٥٦ م٨٥)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٨٨م ٨٥)، وشرح القواعد الفقهية (ص ٤٢٩)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٣٦ – ٨١/ ٨١)، والأقمار المضيئة (ص ١٨٤)، وشرح المنهج المنتخب (٢/ ٥٦)، وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي: إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب (ص ٤٤٠)، والفوائد الجنية (ص ٤٣٣)، والقواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه (ص ٢٠٧)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ٩٣ و٢٧٦ و٢٧٧ و٣٣١، ٤٠٦ و٤١١)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ٣٨٧)، وجمهرة القواعد الفقهية (١/ ١٨٣)، والوجيز للبورنو (ص ٣٦٥)، وموسوعة القواعد الفقهية (١/ ٤٧ و٢/ ١٨٢ و٥/ ٢٧٤ و٦/ ٥٠٢)، وإيضاح القواعد الفقهية (ص ١١٧)، والقواعد الفقهية للزحيلي (١/ ٤٧١)، والقواعد الكلية والضوابط الفقهية لمحمد شبير (ص ٣١١)، والممتع في القواعد الفقهية (ص ٣٥٧)، والقواعد الفقهية لعبدالعزيز عزام (ص ٥٠٤)، والقواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي (١/ ٢٠١)، قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف (ص ١٦١ و٢٢٦ و٢٢٨)، والقواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية (٢/ ٢٥٦)، والقواعد الفقهية المستنبطة من المدونة الكبرى (١/ ٤٦٣)، والقواعد والضوابط الفقهية في كتاب المغني لابن قدامة للسعدان (ص ٢١٧).

المالية؛ لأنه «يعبر عن أهم المبادئ في المعاملات المالية وهو مبدأ العدل»[١]، وهو أصل متفق عليه[٢].

معاني مفردات القاعدة:

الخراج لغة: قال ابن فارس: «الخاء والراء والجيم أصلان، وقد يمكن الجمع بينهما، إلا أنا سلكنا الطريق الواضح.

فالأول النفاذ عن الشيء، والثاني: اختلاف لونين.

فأما الأول: فقولنا: خرج يخرج خروجاً، والخُراج بالجسد، والخَراج والخَرْج: الإتاوة؛ لأنه مال يخرجه المعطي»[٣].

والخَرْج والخِرَاج واحد[٤]، وهو شيء يخرجه القوم في السنة من مالهم بقدر معلوم[٥].

وجمع الخَرْج: أخراج، وجمع الخراج: أخرجة، كزمان وأزمنة[٦].

قال أبو عبيد[٧]: «وكذلك معنى الخراج في كلام العرب إنما هو الكراء

---

(١) القواعد الكلية لمحمد شبير (ص ٣١١)، وينظر: جمهرة القواعد الفقهية (١/ ١٩٠).

(٢) ينظر: بداية المجتهد (٢/ ١٤١).

(٣) معجم مقاييس اللغة (ص ٢٩٤)، مادة (خرج).

(٤) ينظر: لسان العرب (٥/ ٤٠)، والمصباح المنير (ص ٨٩) مادة (خ ر ج).

(٥) ينظر: المصادر السابقة والقاموس المحيط (ص ٢٣٧).

(٦) ينظر: مختار الصحاح (ص ١٥٤) (خ ر ج).

(٧) القاسم بن سلام، أبو عبيد، ولد بهراة سنة ١٥٧هـ كان إماماً حافظاً فقيهاً محدثاً، لغوياً مشهوراً، ديناً عابداً ورعاً، كبير الشأن، أحد العلماء المبرزين، ولي قضاء طرطوس، له مصنفات سارت بها الركبان، **منها:** الغريب المصنف في علم اللسان، وكتاب الأموال، وفضائل القرآن، والطهور، **توفي** بمكة سنة ٢٢٤هـ وقيل: ٢٢٣هـ.

انظر ترجمته في: الطبقات الكبرى لابن سعد (٧/ ٣٥٥)، وتاريخ مدينة السلام للخطيب (١٤/ ٣٩٢)، ونزهة الألباء للأنباري (ص/ ١٠٩)، وإنباه الرواة للقفطي (٣/ ١٢)، ووفيات الأعيان لابن خلكان

=

والغلة، ألا تراهم يسمون غلة الأرض والدار والمملوك خراجاً»[١].

اصطلاحاً: قال أبو عبيد: «هو أن يشتري الرجل العبد فيستغله، ثم يجد به عيباً كان عند البائع: أنه يرده بالعيب وتطيب له تلك الغلة بضمانه؛ لأنه لو مات في يده مات من ماله»[٢].

قال السيوطي: «وكذا قال الفقهاء: معناه: ما خرج من الشيء: من غلة ومنفعة، وعين»[٣].

وبهذا فلا يختلف معنى الخراج في الاصطلاح عنه في اللغة، عند عامة الفقهاء، فالمراد بالخراج: ما يخرج من غلة العين، سواء كان عيناً أو منفعة[٤].

الضمان: سبق تعريفه لغة واصطلاحاً[٥]. والمراد به هنا: التعويض المالي عن الضرر[٦]. أما الباء في قوله: (بالضمان) فهي متعلقة بمحذوف تقديره: الخراج حق لمن عليه الضمان بسبب ضمانه[٧].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن المشتري إذا وجد في العين المباعة عيباً كان فيها قبل أن يشتريها، أو استحقت ووجب ردها، فإن ما خرج منها عند المشتري من عين ومنفعة وغلة، فهو

= (٤/ ٦٠)، وسير أعلام النبلاء (١٠/ ٤٩٠)، والبلغة للفيروزابادي (ص/ ١٧٢).

(١) الأموال (ص ٧٩).

(٢) المصدر السابق (ص ٨٠).

(٣) الأشباه والنظائر (ص ١٣٦).

(٤) ينظر: الفائق في غريب الحديث (١/ ٣٦٥)، وشرح المنهج المنتخب (٢/ ٥٦)، والمطلع على أبواب المقنع (ص ٢٨٣).

(٥) ينظر: (ص ١٥٠).

(٦) الموسوعة الفقهية (٢٨/ ٢٦٣).

(٧) ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر (٢/ ١٩)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (٢/ ٢١٤)، وشرح المنهج المنتخب (٢/ ٥٦).

للمشتري، لأنه لو تلفت العين المباعة عند المشتري، كان هلاكها من ماله وضمانها عليه[١].

وبعبارة أخرى: «أن استحقاق الخراج سببه تحمل الضمان، أي: تحمل تبعة الهلاك. فمنافع الشيء وغلته يستحقها من يكون هو المتحمل لخسارة هلاك ذلك الشيء لو هلك، فيكون استحقاق الثمرة في مقابل تحمل الخسارة»[٢].

أقسام الزيادة «الخراج»:

وهذا الخراج الذي هو الزيادة في العين المملوكة قسمها العلماء إلى أربعة أقسام[٣]:

الأول: زيادة متصلة ومتولدة من الأصل: كالحسن والجمال والكبر والسِّمَن والسمع وانجلاء بياض إحدى العينين ونحو ذلك.

الثاني: زيادة متصلة بالأصل، ولكنها غير متولدة منه، وإنما تحصل بفعل الإنسان: كالصبغ في الثوب، والسَّمْن أو العسل الملتوت بالسويق والبناء في الأرض ونحوها.

الثالث: زيادة منفصلة متولدة من الأصل: كالولد، والثمرة، واللبن ونحوها.

الرابع: زيادة منفصلة غير متولدة من الأصل، وإنما تحصل من المنفعة: كالكسب والصدقة والغلة والإجارة ونحوها.

---

(١) ينظر: الأموال لأبي عبيد (ص ٨٠)، والنهاية في غريب الحديث (٢/ ١٩)، والمنثور للزركشي (١/ ٣٣٨).

(٢) المدخل الفقهي العام (١٠٣٧ – ٨١ – ٨١).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٥٦٠)، وبداية المجتهد (٢/ ٢٦٥)، وروضة الطالبين (٧/ ٢٩٣)، والمغني (٤/ ٢٥٧).

أما حكم كل قسم فقد ذكره المصنف مفصلاً وإليك بيانه.

كل قسم من الأقسام الأربعة له حالتان: قبل القبض وبعده.

فالأول: وهو الزيادة المتصلة المتولدة من الأصل.

والحكم فيه قبل القبض، وبعد القبض لا يختلف وهو: أن هذه الزيادة لا تمنع الرد بالعيب، وتكون تابعة للأصل، فإذا رد المشتري الأصل بالعيب، رد الزيادة معه.

قال المصنف: « لأن هذه الزيادة تابعة للأصل حقيقة، لقيامها بالأصل، فكانت مبيعة تبعاً، والأصل أن ما كان تابعاً في العقد يكون تابعاً في الفسخ؛ لأن الفسخ: رفع العقد، فينفسخ العقد في الأصل بالفسخ مقصوداً، وينفسخ في الزيادة تبعاً للانفساخ في الأصل »[1].

الثاني: زيادة متصلة غير متولدة من الأصل.

والحكم فيه قبل القبض وبعد القبض لا يختلف أيضاً، وهو: أن هذه الزيادة تمنع الرد بالعيب، ويتعين رجوع المشتري على البائع بأرش النقص.

قال المصنف: « لأن هذه الزيادة ليست بتابعة، بل هي أصل بنفسها.

ألا ترى أنه لا يثبت حكم البيع فيها أصلاً ولا رأساً، فلو رد المبيع لكان لا يخلو: إما أن يرده وحده بدون الزيادة، وإما أن يرده مع الزيادة.

لا سبيل إلى الأول؛ لأنه متعذر، لتعذر الفصل.

ولا سبيل إلى الثاني؛ لأن الزيادة ليست بتابعة في العقد، فلا تكون تابعة في الفسخ؛ ولأن المشتري صار قابضاً للمبيع بإحداث هذه الزيادة، فصار كأنها حدثت بعد

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٥٦٠).

القبض، وحدوثها بعد القبض يمنع الرد بالعيب»[١].

الثالث: الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل.

وحكمها قبل القبض: لا تمنع الرد بالعيب، وتكون تابعة للأصل، فإن شاء المشتري ردهما جميعاً، وإن شاء رضي بهما بجميع الثمن، ولا يرد الأصل بدون الزيادة، احترازاً عن الربا؛ لأنها مبيعة تبعاً للأصل، وبالرد بدونها تبقى في يد المشتري مبيعاً مقصوداً بلا ثمن، وهذا تفسير الربا في عُرف الشرع، بل يرد الزيادة مع الأصل، وهذا لا يتضمن الربا.

والزيادة قبل القبض تطيب بالرد للبائع، لأنها حصلت في ضمانه، فلا تكون ربح ما لم يضمن، بل ربح ما ضمن[٢].

أما بعد القبض:

فإنها تمنع الرد بالعيب، فلا يحق له رد الأصل بدون الزيادة.

قال المصنف: «لأن الزيادة مبيعة تبعاً لثبوت حكم الأصل فيه تبعاً، وبالرد بدون الزيادة ينفسخ العقد في الأصل مقصوداً، وتبقى الزيادة في يد المشتري مبيعاً مقصوداً بلا ثمن، ليستحق بالبيع، وهذا تفسير الربا في عرف الشرع»[٣].

ولا يحق له رد الأصل مع الزيادة.

قال المصنف: «لأنه يؤدي إلى أن يكون الولد التابع بعد الرد ربح ما لم يضمن؛ لأنه ينفسخ العقد في الزيادة، ويعود إلى البائع، ولم يصل إلى المشتري شيء من الثمن في الفسخ، لأنه لا حصة له من الثمن، فكان الولد للبائع ربح ما لم

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٥٦١).

(٢) ينظر: المصدر السابق (٤/ ٥٦١ – ٥٦٣).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٥٦٢ – ٥٦٣).

يضمن، لأنه حصل في ضمان المشتري»[١].

ولكن إذا قبض الأصل والزيادة جميعاً ثم وجد بالأصل عيباً، له أن يرده بحصته من الثمن بعدما قسم الثمن على قدر الأصل وقت البيع، وعلى قيمة الزيادة وقت القبض، لأن الزيادة إنما تأخذ قسطاً من الثمن بالقبض»[٢].

وإن وجد العيب في الزيادة «فله أن يردها خاصة بحصتها من الثمن؛ لأنه صار لها حصة من الثمن بالقبض»[٣].

الرابع: زيادة منفصلة غير متولدة من الأصل.

وحكمها قبل القبض: لا تمنع الرد بالعيب؛ لأن هذه الزيادة ليست بمبيعة، لانعدام ثبوت حكم البيع فيها، وإنما هي مملوكة بسبب على حدة، أو يملك الأصل، فبالرد ينفسخ العقد في الأصل، وتبقى الزيادة مملوكة بوجود سبب الملك فيه مقصوداً، أو بملك الأصل، لا بالبيع، فكانت ربحاً لا رباً»[٤].

فإذا اختار المشتري الرد بالعيب ثم رد الأصل، فلمن تكون الزيادة؟

عند أبي حنيفة: أن الزيادة تكون للمشتري بغير ثمن، لكنها لا تطيب له؛ لأنها حدثت على ملكه، إلا أنها ربح ما لم يضمن فلا تطيب.

وعند أبي يوسف ومحمد: الزيادة تكون للبائع، لكنها لا تطيب له، وسبب كونها لا تطيب لأحدهما هو: أن طيبها إنما يكون بالملك والضمان، وقبل القبض لم يجتمعا في أحدهما، بل الملك للمشتري، والضمان على البائع، حتى لو هلك المبيع والحالةهذه يهلك من ماله، أما إذا رضي بالعيب واختار البيع: فالزيادة لا تطيب له

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٥٦٣).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٥٦١).

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق.

بلا خلاف؛ لأنها ربح ما لم يضمن...، ولأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع وأنه تفسير الربا»[١].

أما بعد القبض: فلا تمنع الرد بالعيب، ويرد الأصل على البائع، والزيادة للمشتري طيبة له؛ لأن هذه الزيادة ليست بمبيعة أصلاً، لانعدام ثبوت حكم البيع فيها، بل ملكت بسبب على حدة فأمكن إثبات الفسخ فيه بدون الزيادة، فيرد الأصل وينفسخ العقد وتبقى الزيادة مملوكة للمشتري بوجود سبب الملك فيها شرعاً فتطيب له»[٢].

ومما تقدم يتبين أن غلة العين يملكها من وجب عليه الضمان، ولكن يشترط لإعمال هذه القاعدة عدة شروط هي[٣]:

الشرط الأول: أن تكون الغلة منفصلة عن الأصل، سواء كانت متولدة عنه، أو غير متولدة، أما إذا كانت الزيادة متصلة، فلا تدخل في ملك المشتري إذا رد المبيع بالعيب، كالسِّمَن والكِبَر؛ لأنها نماء وليست بخراج[٤].

الشرط الثاني: أن تكون المنفعة مستندة إلى سبب مشروع: كالملك عن طريق البيع أو عن طريق الهبة، أو عن طريق الشراء، فلو كانت العين مستحقة للغير بالشفعة مثلاً، فيكون الخراج لمن بيده العين بأحد تلك الطرق، أما إذا كانت الزيادة ناتجة عن عين مملوكة بطريقة غير شرعية: كالمغصوبة والمسروقة، فإن الغاصب وإن كان ضامناً لها، فلا يباح له زيادتها.

---

(١) المصدر السابق.

(٢) المصدر السابق (٤/٥٦٣).

(٣) ينظر في ذلك: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٧٧ – ١٧٨)، والمنثور (١/٣٣٨)، والقواعد والضوابط في الضمان المالي (١/٢١٩)، والممتع في القواعد الفقهية (ص ٣٥٩)، والمدخل الفقهي العام (١٠٣٧ – ٨١/٨١)، والقواعد الكلية والضوابط الفقهية، لمحمد عثمان شبير (ص ٣١٤).

(٤) ينظر: القواعد الكلية (ص ٣١٤)، وقد تقدم قريباً رأي الحنفية في ذلك.

الثالث: أن تكون الزيادة حادثة بعد وقوع سبب الملك، كعقد البيع، أما إذا كانت قبل ذلك فلا يستحقها من وقعت تحت يده، بل يردها مع أصلها، كما هو الشأن في لبن المصراة[١]، فإنه موجود قبل البيع فيضمنه المشتري، ويرد بدله صاعاً من تمر.

وهنا ترد مسألة: هل بين هذه القاعدة وحديث المصراة تعارض؟

حديث المصراة هو ما رواه أبو هريرة – رضي الله عنه – أن النبي ^ قال: **(لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعدُ فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها، إن شاء أمسك، وإن شاء ردها وصاعاً من تمر)** [٢].

فهذا الحديث يفيد أن المشتري يضمن للبائع بدل ما أخذه من اللبن، وقاعدة « الخراج بالضمان » تفيد أن ما يحدث من المنافع في العين المباعة هو من حق المشتري؛ لأن الضمان عليه[٣]، فقدم الحنفية ما تفيده القاعدة، وعللوا ذلك بوجوه:

١ - أن حديث المصراة منسوخ، واختلف في الناسخ[٤]، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد بن الحسن.

٢ – أن حديث أبي هريرة مخالف للقياس الصحيح من كل وجه؛ لأن ضمان العدوان فيما له مثل مقدر بالمثل وفيما لا مثل له مقدر بالقيمة، وهذا حكم ثابت بالكتاب والسنة والإجماع، فيجب رد الحديث بالقياس، أو حمله على تأويل وإن

---

(١) من التصرية وهي: أن تترك الشاة أو الناقة أياماً بلا حلب حتى يجتمع اللبن في ضرعها، ليظن من يريد شراءها أنها غزيرة اللبن. معجم لغة الفقهاء (١ / ١٣٢)، ولسان العرب (٨ / ٢٣٤)، مادة (صرى). وحاشية رد المحتار (٥ / ١٦٠).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ينظر: شرح معاني الآثار (٤ / ٢١ – ٢٢)، والقواعد والضوابط الفقهية للحصين (٢ / ٢٥٩).

(٤) ينظر ذلك مفصلاً في التقرير والتحبير (٢ / ٣٢٣).

بعُد، احترازاً عن الرد[١].

أما عند أبي يوسف[٢] وجمهور الفقهاء فلا منافاة بينهما[٣].

وقد بين ذلك ابن القيم بقوله: «الخراج اسم للغلة، مثل كسب العبد وأجرة الدابة ونحو ذلك، وأما الولد واللبن فلا يسمى خراجاً، وغاية ما في الباب قياسه عليه بجامع كونهما من الفوائد وهو من أفسد القياس؛ فإن الكسب الحادث والغلة لم يكن موجوداً حال البيع، وإنما حدث بعد القبض، وأما اللبن ههنا فإنه كان موجوداً حال العقد، فهو جزء من المعقود عليه، والشارع لم يجعل الصاع عوضاً عن اللبن الحادث، وإنما هو عوض عن اللبن الموجود وقت العقد في الضرع، فضمانه هو محض العدل والقياس»[٤].

والمصنف – رحمه الله – لم يتطرق لهذه المسألة، وإنما ذكر حديث المصراة عند كلامه عن مشروعية خيار الرؤية[٥].

أصل القاعدة:

هذه القاعدة نص حديث نبوي، روي عن عائشة – رضي الله عنها – قالت: قال رسول الله ﷺ: **(الخراج بالضمان)** [٦].

---

(١) ينظر: أصول البزدوي مع كشف الأسرار (٢/٥٥٦)، وأصول السرخسي (١/٣٤١)، وأصول الشاشي (ص ٢٠١)، وكشف الأسرار (٢/٥٥٦)، وحاشية رد المحتار (٥/١٦٠).

(٢) ينظر: البحر الرائق (٦/٥١)، وحاشية رد المحتار (٢/٢٥٦)، وشرح معاني الآثار (٤/١٩).

(٣) ينظر: حاشية الدسوقي (٣/١٧٩)، والرسالة (ص ٥٥٦)، ومجموع الفتاوى (٤/٥٣٨)، وإعلام الموقعين (٢/١٦).

(٤) إعلام الموقعين (٢/١٦).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٤/٥٤٤).

(٦) رواه أبو داود: كتاب البيوع والإجارات، باب: فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً (٣/٣٠٤) الحديث رقم (٣٥١٠، ٣٥١١)، واللفظ له. والترمذي (١٢) كتاب البيوع (٥٣) باب: ما

=

= جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً رقم (٣/ ٥٨١) (١٢٨٥). وقال عنه الترمذي: حديث حسن. والنسائي: كتاب البيوع. (١٥) باب: الخراج بالضمان (٧/ ٢٥٩) الحديث رقم (٤٤٩٠)، وابن ماجه، كتاب التجارات. (٤٣)، باب: الخراج بالضمان (٢/ ٧٥٢). والدارقطني في سننه، كتاب البيوع (٣/ ٥٣) الحديث رقم (٢١٣). والبيهقي في السنن الكبرى، باب: المشتري يجد بما اشتراه عيباً وقد استغله زماناً (٥/ ٣٢١ – ٣٢٢) الحديث رقم (١٠٥١٩، ١٠٥٢٤). وأحمد في المسند (٤٠/ ٢٧٢) الحديث رقم (٢٤٢٢٤) و(٤٣/ ١٣٧) الحديث رقم (٢٥٩٩٩). والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ٢١ – ٢٢). من طريق مخلد بن خفاف عن عروة بن الزبير عن عائشة رضي الله عنها. قال الخطابي في معالم السنن (٥/ ١٦٠): «الحديث في نفسه ليس بالقوي، إلا أن أكثر العلماء استعملوه في البيع... وقال محمد بن إسماعيل [البخاري]: هذا حديث منكر، ولا أعرف لمخلد بن خفاف غير هذا الحديث».

لكن للحديث طريق أخرى، فقد رواه أبو داود (٣٥١٠)، وابن ماجه ٢٢٤٣)، والدارقطني (٣/ ٥٣)، والبيهقي (٥/ ٣٢١ – ٣٢٢)، والطحاوي (٤/ ٢٢)، من طريق مسلم بن خالد الزنجي قال: حدثنا هشام بن عروة عن أبيه به، وفي هذا الطريق ذِكْرُ قصة الحديث، وهو أن رجلاً ابتاع غلاماً، فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيباً، فخاصمه إلى النبي ^ ، فرده عليه، فقال الرجل: يا رسول الله قد استغل غلامي. فقال النبي ^ : «الخراج بالضمان». قال أبو داود بعد أن ساق هذه الرواية (٣/ ٧٨٠): «هذا إسناد ليس بذاك». قال المنذري في مختصر سنن أبي داود (٥/ ١٦١): «يشير إلى ما أشار إليه البخاري من تضعيف مسلم بن خالد الزنجي».

ولهذا ضعف ابن حزم الحديث، ووصفه في المحلى (٩/ ٨١) بقوله: «الخبر الفاسد». وقال أيضاً (٨/ ١٣٦): «وحجة جميعهم إنما هي الحديث الذي لا يصح، الذي انفرد به مخلد بن خفاف، ومسلم بن خالد الزنجي أن الخراج بالضمان».

لكن مسلماً لم ينفرد به، بل تابعه عمر بن علي المقدمي. كما عند الترمذي (١٢٨٨) وقال بعد روايته له (٣/ ٥٨٢): «هذا حديث حسن صحيح غريب من حديث هشام بن عروة»، وقال: «قد روى مسلم بن خالد الزنجي هذا الحديث عن هشام بن عروة، ورواه جرير عن هشام أيضاً، وحديث جرير يقال تدليس، دلس فيه جرير، لم يسمعه من هشام بن عرة»، وقال أيضاً: «استغرب محمد بن إسماعيل هذا الحديث، من حديث عمر بن علي. قلت: تراه تدليساً؟ قال: لا». وينظر: بيان الوهم والإيهام الواقعين في كتاب الأحكام (٥/ ٤٩٤)، وتعليق أحمد شاكر على الرسالة للشافعي (٤٤٩).

فهذه الطرق يسند بعضها بعضاً، وتتقوى ببعضها الآخر، ولهذا صحح الحديث جمع من أهل العلم، =

الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة:

١ – قال المصنف: «ردُّ المستعار على المستعير؛ لأن نفعه له على الخلوص، فكان رده عليه، لقوله ﷺ: **(الخراج بالضمان)**، ولهذا كانت نفقته عليه، فكذا مؤنة الرد»[(١)].

٢ – قال المصنف: «إذا مات المحيل في الحوالة المقيدة[(٢)]، قبل أن يؤدي المحال عليه الدين إلى المحال، وعلى المحيل ديون سوى دين المحال، وليس له مال سوى هذا الدين، لا يكون المحال أحق به من بين سائر الغرماء عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر يكون أحق به من بين سائر الغرماء، كالرهن.

ولنا: الفرق بين الحوالة والرهن، وهو أن المرتهن اختص بغرم الرهن من بين سائر الغرماء، ألا ترى أنه لو هلك يسقط دينه خاصة، ولما اختص بغرمه اختص بغنمه؛ لأن الخراج بالضمان، فأما المحال في الحوالة المقيدة فلم يختص بغرم ذلك المال»[(٣)].

٣ – قال المصنف: «أما الأنهار العظام كسيحون ودجلة والفرات ونحوها، فلا ملك لأحد فيها ولا في رقبة النهر، وكذا ليس لأحد حق خاص فيها ولا في الشرب، بل هو حق لعامة المسلمين...

ولو احتاجت هذه الأنهار إلى الكري[(٤)] فعلى السلطان كراها من بيت المال؛ لأن

= منهم: الشافعي كما في معرفة السنن والآثار للبيهقي (٨/ ١٢٤)، والترمذي كما سبق، والحاكم في المستدرك (٢/ ١٨)، ووافقه الذهبي، والبيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٣٢١ – ٣٢٢) واللخمي في مختصر الخلافيات (٣/ ٣٢٤ – ٣٢٧)، وابن القطان كما في التلخيص الحبير (٣/ ٢٢)، وغيرهم. قال الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ٢٢): «تلقى العلماء هذا الخبر بالقبول». وعلى هذا فهو حديث حسن صالح للاحتجاج به.

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٧٠).

(٢) المطلقة أن يحيل بالدين الذي على فلان ولا يقيده بالدين الذي عليه، والمقيدة أن يقيده بذلك. بدائع الصنائع (٥/ ١٠).

(٣) المصدر السابق (٥/ ١٠ – ١١).

(٤) من (كريت) النهر (كرياً) من باب (رَقى): حفرت فيه حفرة جديدة. ينظر: المصباح المنير (ص ٢٧٤) =

منفعتها لعامة المسلمين، فكانت مؤنتها من بيت المال، لقوله ^ : **(الخراج بالضمان)**.

ثم قال: « وكذا لو خيف منها الغرق فعلى السلطان إصلاح مسناتها[١] من بيت المال، لما قلنا »[٢].

٤ – قال المصنف: من الأحكام المتعلقة باللقيط[٣]، أن نفقته من بيت المال؛ لأن ولاءه له، وقد قال ^ : **(الخراج بالضمان)**.

ثم قال: « ومنها: أن عقله لبيت المال، لأن عاقلته بيت المال، فيكون عقله له، لقوله ^ : **(الخراج بالضمان)**.

ثم قال: « ومنها: أن ولاءه لبيت المال، لما قلنا »[٤].

٥ – قال المصنف: « ويجب الجعل برد الآبق المرهون، لوجود سبب الوجوب وشرطه، وهو الرد على المالك، إلا أنه يجب – الجعل – على المرتهن؛ لأن منفعة الصيانة – صيانة المال عن الضياع – رجعت إليه، ألا ترى أنه لو ضاع يسقط دينه بقدر قيمته، فإذا كانت المنفعة له، كانت المضرة عليه، لقوله ^ : **(الخراج بالضمان)**[٥].

ثم قال المصنف: « وأما بيان من يستحق عليه – الجعل – فالمستحق عليه هو

= (ك ر ى)، ومختار الصحاح (ص ٤٨٩)، والقاموس المحيط (ص ١٧١٢) (كري).

(١) المُسنَّاة في اللغة: العرم، وهو ما يبنى للسيل ليرد الماء، وحاصله: أنها ما يبنى حول الأرض ليرد السيل عنها. حاشية رد المحتار (٤/ ٣٧١).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٩ – ٢٨٠).

(٣) فعيل بمعنى مفعول، وهو اسم للطفل المفقود وهو الملقى أو الطفل المأخوذ والمرفوع عادة، فكان تسميته لقيطاً باسم العاقبة؛ لأنه يلقط عادة. بدائع الصنائع (٥/ ٢٩٠).

(٤) المصدر السابق (٥/ ٢٩٢).

(٥) المصدر السابق (٥/ ٣٠٣).

المالك إذا أبق من يده؛ لأن الجعل مؤنة الرد، ومنفعة الرد عائدة إلى المالك، فكانت المؤنة عليه؛ ليكون الخراج بالضمان»[١].

٦ – قال المصنف: «ولو وقف داره على سكنى ولده، فالعمارة على من له السكنى؛ لأن المنفعة له، فكانت المؤنة عليه، لقوله ^ : **(الخراج بالضمان)** [٢].

* * *

(١) المصدر السابق (٥ / ٣٠٤).

(٢) المصدر السابق (٥ / ٣٣٠).

المطلب الرابع
قاعدة: «ما هلك بما هو مأذون فيه لا ضمان عليه فيه»

ذكرها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ «إتلاف مال مأذون فيه لا يوجب الضمان»[٢].

وبلفظ «الإذن بإتلاف المال المحض مبيح»[٣].

وبلفظ: «المتولد من الفعل المأذون فيه لا يكون مضموناً»[٤].

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٧٨).

(٢) المصدر السابق (٦/ ١٩٠).

(٣) المصدر السابق (٦/ ١٩١).

(٤) المصدر السابق (٦/ ٣٨٢)، وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: تأسيس النظر (ص ١٨)، وقواعد الأحكام (١/ ١٤٤)، والفروق للقرافي (١/ ٣٤٠ ف ٣٢ و٤/ ٣١ ف ٢٠٧)، ووافقه ابن الشاط على الفرق ٣٢، وتهذيب الفروق (١/ ٣٤٠ و٣٢٠) مع الفروق، والأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/ ٦٦)، ولابن السبكي (١/ ١٥٢ و٢/ ٢٩٧)، والمنثور للزركشي (١/ ٣٧ و٣٧٧ و٢/ ٢٦٤)، وتقرير القواعد (١/ ٢١٢ قاعدة ٢٨ و١/ ٢٠٦ قاعدة ٢٦)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٤١)، ولابن نجيم (ص ٣٢٣)، وترتيب اللآلي (١/ ٦٠٩ قاعدة ١٠٣)، والأقمار المضيئة (ص ١٩٤)، والفوائد الجنية (ص ٤٧٦)، وشرح المجلة لسليم رستم باز (١/ ٥٩ م ٩١)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٩٢ م٩١)، ومجلة الأحكام الشرعية (ص ٤٤٣ م ١٤٢٥)، والقواعد والأصول الجامعة للسعدي تعليق الشيخ محمد بن عثيمين (ص ٩٧) قاعدة ١٤، وشرح الزامل لها (ص ١٣٧)، وشرح المنظومة السعدي للشثري (ص ١٣٣)، وللعويد (ص ٣٤٧)، وللمصلح (ص ٤٤)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٤٤٩)، والمدخل القهي العام (٢/ ١٠٣٥ – ٨١/ ٨٠)، القواعد الفقهية للندوي (ص ٣٣٦)، وجمهرة القواعد الفقهية (١/ ٥٣٧)، والوجيز للبورنو (ص ٣٦٢)، وموسوعة القواعد الفقهية له أيضاً (٥/ ٥٨)، والممتع في القواعد الفقهية (ص ٣٦٥)، والقواعد الفقهية للزحيلي (١/ ٥٣٩)، والقواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي (٢/ ٥٧١، =

الإذن لغة: قال ابن فارس: «الهمزة والذال والنون أصلان متقاربان في المعنى، متباعدان في اللفظ، أحدهما: أُذُنُ كل ذي أُذُن، والآخر: العلم والإعلام، تقول العرب: قد أذِنتُ بهذا الأمر، أي: علمت... وفعله بإذني، أي: بعلمي، ويجوز بأمري، وهو قريب من ذلك»[(١)].

وفي المصباح: «أذنت له في كذا: أطلقت له فعله، والاسم «الإذْنُ» ويكون الأمر «إذن»... و«أذِنْتُ» للعبد في التجارة فهو «مأذون» له، والفقهاء يحذفون الصلة تخفيفاً، فيقولون: العبد «المأذون» كما قالوا: محجور، بحذف الصلة، والأصل: محجور عليه، لفهم المعنى»[(٢)]. ومنه قوله تعالى: ﴿فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾[(٣)] أي: فاعلموا[(٤)].

اصطلاحاً: عرفه المصنف بقوله: فك الحجر وإزالة المانع[(٥)].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن المرء إذا فعل ما أذن له في فعله، ونشأ عن ذلك أشياء توجب الضمان، كإتلاف، أو فساد، أو ضرر، فلا ضمان عليه حينئذ؛ لوجود الإذن في التصرف الذي نتج عنه موجب الضمان.

= ٥٨٥)، وقواعد الفقه للبركتي (١/ ٧٤ قاعدة ١٠٢).

(١) معجم مقاييس اللغة (ص ٥٠ – ٥١) (أذن).

(٢) (ص ١١) (أذن)، وينظر: لسان العرب (١/ ٧٨)، والقاموس المحيط (١٥١٦)، ومختار الصحاح (ص ١٦) (أذن).

(٣) من الآية رقم ٢٧٩ من سورة البقرة.

(٤) المصادر اللغوية السابقة.

(٥) بدائع الصنائع (٤/ ٥٥٥)، وينظر: حاشية رد المحتار (٣/ ٢٧)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ٦٥٢م ٩٤٢)، وأسنى المطالب (٣/ ١٤٥)، وأنيس الفقهاء (ص ٢٦٣)، والتعريفات للجرجاني (ص ١٩)، حيث قال: «الإذن في اللغة: الإعلام، وفي الشرع: فك الحجر وإطلاق التصرف لمن كان ممنوعاً شرعاً».

ويفهم من ذلك: أنه سواء كان الإذن في التصرف ورد من الشارع، أو من صاحب الحق من الخلق فإنه يسقط الضمان.

ولكن هذا الكلام يحتاج إلى تفصيل، وهو:

أنه إذا كان الإذن من الشارع فلا يخلو من أحد أمرين هما:

الأول: أن يكون الفعل الذي ورد الإذن فيه من الشارع لا يحقق مصلحة مباشرة للمكلف، أو كان فيه دفع أذى من المال المملوك للغير الذي أتلف، فإنه لا يجب عليه الضمان، وهذا ما عبر عنه ابن رجب– رحمه الله – بقوله: « من أتلف شيئاً لدفع أذاه له لم يضمنه »[(١)].

مثاله: من صال عليه جمل مملوك لغيره، ولم يستطع دفع أذاه إلا بقتله، فهذا الفعل لا يوجب الضمان؛ لأن « الجواز الشرعي ينافي الضمان »[(٢)].

الثاني: أن يحقق الفعل المأذون فيه مصلحة خاصة بالمأذون، ولم يكن هناك أذى من المال المتلف، فإنه لا يسقط الضمان، وهذا ما عبر عنه ابن رجب بقوله: « وإن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه »[(٣)].

مثاله: لو قتل حيواناً لغيره في مخمصة ليحيي به نفسه، جاز له ذلك، وضمنه؛ لأنه وإن كان الشارع قد أذن له في ذلك بسبب الضرورة إلا أن « الاضطرار لا يبطل حق الغير »[(٤)].

أما إذا كان الإذن من المالك، وذلك بأن يأذن المالك لغيره بالتصرف في ماله، أو في ما لَهُ به اختصاص، فإن كان مأذوناً له في الأصل – ليس محجوراً عليه – وهو

---

(١) تقرير القواعد (١/ ٢٠٦ قاعدة ٢٦).

(٢) ينظر: مجلة الأحكام وشروحها (م ٩١).

(٣) تقرير القواعد (١/ ٢٠٦ قاعدة ٢٦).

(٤) ينظر: مجلة الأحكام العدلية (م٣٣).

أهل لمثل هذا التصرف، فلا ضمان عليه، وإلا فيضمن.

مثاله: الطبيب والحجام[١] والختان[٢] والخباز وغيرهم[٣].

ولذلك اشترط الفقهاء لإعمال هذه القاعدة شرطين هما:

الشرط الأول: أن لا يكون ذلك الفعل المأذون فيه مقيداً بشرط السلامة، فإن كان مقيداً بذلك فإنه لا يسقط الضمان عند الإتلاف. وهذا هو رأي أبي حنيفة وخالفه صاحباه، وهو رأي الشافعي[٤].

الشرط الثاني: أن لا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه، كما في حال الضرورة[٥].

والحنفية يقسمون الحقوق التي تثبت للمأذون بالنسبة إلى اشتراط السلامة من عدمه إلى قسمين هما:

الأول: حقوق واجبة وهذه قسمان:

أ – حقوق واجبة بإيجاب الشارع لها، كحق الإمام في إقامة الحد وفي

---

(١) الحجام: صانع الحجامة. المطلع (ص ٣٩٠)، والحجامة: امتصاص الدم بالمحجم، القاموس الفقهي (١/ ٧٨).

(٢) الخِتان: موضع القطع من الذكر والأنثى، والخَتَّان: من يقوم بالقطع. معجم لغة الفقهاء (١/ ١٩٣).

(٣) ينظر: شرح القواعد السعدية، د. سعد الشثري (ص ١٣٣) بتصرف يسير، وشرح منظومة القواعد الفقهية، د. العويد (ص ٢٤٧)، وشرحها لـ د. المصلح (ص ٤٤).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٧٦)، وتأسيس النظر (ص ١٨)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٤١)، وشرح القواعد الفقهية (ص ٤٤٩)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٣٦ – ١/ ٨١/ ٨٠).

(٥) ينظر هذه القيود في بدائع الصنائع (٤/ ٤١٠)، وتأسيس النظر (ص ١٨)، الفروق (١/ ٣٤٢)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (٢/ ٢٩٧)، والمنثور للزركشي (٢/ ٢٦٤)، وأشباه السيوطي (ص١٤١)، ودرر الحكام (١/ ٩٣)، وشرح القواعد الفقهية (ص ٤٤٩)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٣٦ – ١/ ٨١ – ٨٠)، والقواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي (٢/ ٥٧٨)، والقواعد الفقهية للزحيلي (١/ ٥٣٩)، والممتع في القواعد الفقهية (ص ٣٦٧)، والقواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير (١/ ٤١٦).

القصاص وفي التعزير، فهذه لا يشترط فيها سلامة العاقبة[١]؛ « لأن إقامة الحد مستحق عليه والتحرز عن السراية ليس في وسعه، فلو أوجبنا الضمان لامتنع الأئمة عن الإقامة خوفاً من لزوم الضمان، وفيه تعطيل الحدود »[٢].

أما إذا اقتص المجني عليه بنفسه، فقطع يد القاطع، فسرت الجراحة فمات، فعندهما لا يضمن، وعند أبي حنيفة يضمن؛ « لأن القطع ليس بمستحق على من له القصاص، بل هو مخير فيه والأولى هو العفو، ولا ضرورة إلى إسقاط الضمان بعد وجود سببه »[٣].

ب – حقوق واجبة بإيجاب العقد، كعمل الفصَّاد[٤]، والحجَّام، والختَّان، والطبيب ونحوها، وهذه أيضاً لا يشترط فيها سلامة العاقبة؛ « لأن السلامة والسراية هنا مبنية على قوة الطبيعة وضعفها، ولا يوقف على ذلك إلا بالاجتهاد، فلم يكن في وسعه الاحتراز عن السراية، فلا يتقيد العقد بشرط السلامة »[٥].

الثاني: حقوق مباحة، مثل: ضرب الزوجة بالعشوز[٦]، والانتفاع بالطريق العامة من سير وسوق مأذون فيه ونحوه، فهذا يشترط فيه سلامة العاقبة، « فإذا حصل التلف بسببه ولم يوجد الشرط – سلامة العاقبة – وقع تعدياً، والمتولد منه فيما يمكن التحرز عنه يكون مضموناً، وهذا مما يمكن الاحتراز عنه، بأن يذود

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥ / ٥٢٤) و٦ / ٣٨٢).

(٢) المصدر السابق (٦ / ٣٨٢).

(٣) المصدر السابق.

(٤) الفصد: قطع العرق حتى يسيل، تقول: فصد المريض إذا أخرج مقدار من دم وريده بقصد العلاج. معجم مقاييس اللغة (ص ٨١٩)، والقاموس المحيط (ص ٣٩١)، والمعجم الوسيط (٢ / ٦٩٠) مادة (فصد).

(٥) بدائع الصنائع (٤ / ٧٤).

(٦) المصدر السابق (٦ / ٣٨٢).

الناس عن الطريق فيكون مضموناً»[١][٢].

أصل القاعدة:

١ – استدل المصنف لذلك بقوله تعالى:] Z U TS R Q [[٣].

وجه الدلالة:

أن التصرف المأذون فيه لا يكون تعدياً، ولا ضمان إلا على المعتدي[٤].

٢ – استدل المصنف لبعض صور القاعدة، وهي الصور التي يكون الفاعل فيها محسناً بقوله تعالى:] Z w v u t s [[٥]. وبقوله تعالى:] **هَلْ جَزَآءُ ٱلْإِحْسَٰنِ إِلَّا** ´ Z [[٦].

وجه الدلالة:

أن التصرف بمال الغير بقصد الإصلاح والحفظ والصيانة يعتبر إحساناً، ولا يصلح سبباً لوجوب الضمان، ولو بدون إذن، فمع الإذن أولى[٧].

قال السعدي: «ويستدل بهذه الآية[٨] على قاعدة وهي: أن من أحسن على غيره في نفسه أو في ماله، ونحو ذلك، ثم ترتب على إحسانه نقص أو تلف، أنه غير ضامن؛ لأنه محسن»[٩].

---

(١) المصدر السابق (٦/ ٣٤٤).

(٢) ينظر في ذلك كله: الأشباه والنظائر لابن السبكي (٢/ ٢٩٧)، والموسوعة الفقهية (٢/ ٣٨٦) وما بعدها.

(٣) من الآية رقم ١٩٣ من سورة البقرة.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٣٢٣).

(٥) من الآية رقم ٩١ من سورة التوبة.

(٦) الآية رقم ٦٠ من سورة الرحمن.

(٧) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٣٢٣) بتصرف.

(٨) الآية رقم ٩١ من سورة التوبة.

(٩) تيسير الكريم الرحمن (ص ٣٤٨).

ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة بما يأتي:

١ – حديث عمران بن الحصين رضي الله عنه أن رجلاً عض يد رجل فنزع يده من فيه فوقعت ثنيتاه، فاختصموا إلى النبي ^ فقال: **(يعض أحدكم أخاه كما يعض الفحل، لا دية له)** (١).

وجه الدلالة:

قال ابن حجر: «وفيه دفع الصائل، وأنه إذا لم يكن الخلاص منه إلا بجناية على نفسه أو على بعض أعضائه ففعل به كان هدراً» (٢).

٢ - ما روي أن رسول الله ^ قال: **(من تطبَّب وهو لا يعلم منه طب فهو ضامن)** (٣).

وجه الدلالة من الحديث:

«أن الحديث بمنطوقه يدل على أن الطبيب إذا تطبب وهو غير عالم بالطب فأخطأ فإنه يضمن، ودل بمفهومه على أنه إذا كان عالماً بالطب وأخطأ فإنه لا يضمن سواء كان بالنفس أو ما دونها» (٤)؛ لأنه مأذون له في ذلك.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الديات، باب إذا عض رجلاً فوقعت ثناياه (٩/٩) الحديث رقم (٦٨٩٢).

(٢) فتح الباري (١٢/٢٢٣).

(٣) رواه أبو داود في سننه: كتاب الديات، باب: فيمن تطبب بغير علم فأعنت (٤/٣٢٠) الحديث رقم (٤٥٨٨) بهذا اللفظ، وقال: «هذا لم يروه إلا الوليد (يعني الوليد بن مسلم القرشي الدمشقي)، لا ندري هو صحيح أم لا؟». والنسائي في سننه، كتاب الطب، باب: من تطبب ولم يعلم منه طب (٨/٥٢) الحديث رقم (٤٨٣٠)، وابن ماجه في سننه: كتاب الطب، باب من تطبب ولم يعلم من طب (٢/١١٤٨) الحديث رقم (٣٤٦٦) قال الألباني: «حسن». والحاكم في كتاب الطب (٤/٢١٢)، وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي في تلخيصه.

(٤) الضمان، د. خالد المشيقح (ص ٨)، وينظر: إعلام الموقعين (٤/١٧٣)، وشرح المنظومة السعدية، د.

=

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «لا خلاف في أن المستأجَر أمانة في يد المستأجِر، كالدار والدابة وعبد الخدمة، ونحو ذلك، حتى لو هلك في يده بغير صنعه لا ضمان عليه؛ لأن قبض الإجارة قبض مأذون فيه فلا يكون مضموناً، كقبض الوديعة والعارية»[(١)].

ثم قال: «أما المستأجر فيه، كثوب القصارة، والصياغة، والخياطة، والمتاع المحمول في السفينة، أو على الدابة، أو على الجمال، ونحو ذلك،... فإن كان الأجير مشترك فهو أمانة – لا ضمان عليه – في قول أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد... وقال أبو يوسف ومحمد: هو مضمون عليه؛ إلا حَرقٌ غالب، أو غرق غالب، أو لصوص مكابرون»[(٢)].

٢ – قال المصنف: «... الجمال: إن زلقت رجله في الطريق، أو عثر فسقط وفسد حمله، ولو زحمه الناس حتى فسد لم يضمن بالإجماع؛ لأنه لا يمكنه حفظ نفسه عن ذلك، فكان بمعنى الحرق الغالب والغرق الغالب»[(٣)].

٣ – قال المصنف: «ولو وقع من يده – تلميذ الأجير المشترك – سراجٌ فأحرق ثوباً من القصارة، فالضمان على الأستاذ، ولا ضمان على التلميذ؛ لأن الذهاب والمجيء بالسراج، عمل مأذون فيه، فينتقل عمله إلى الأستاذ، كأنه فعله بنفسه، فيجب الضمان عليه»[(٤)].

٤ – قال المصنف: «لو أن رجلاً دعى قوماً إلى منزله، فمشوا على بساطه فتخرق لم

= سعد الشثري (ص ١٣٤).

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٧٢).

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق (٤/ ٧٥).

(٤) المصدر السابق (٤/ ٧٦).

يضمنوا، وكذلك لو جلسوا على وسادة؛ لأنه مأذون في المشي على البساط والجلوس على الوسادة، فالمتولد منه لا يكون مضموناً»[١].

ثم قال: «ولو قلبوا إناءً بأيديهم فانكسر، لم يضمنوا؛ لأن ذلك عمل مأذون فيه.

ولو كان رجل منهم مقلداً سيفاً، فخرق السيف الوسادة لم يضمن؛ لأنه مأذون في الجلوس على هذه الصفة.

ولو جفف القصَّار ثوباً على حبل في الطريق، فمرت عليه حمولة فخرقته، فلا ضمان على القصَّار، والضمان على سائق الحمولة؛ لأن الجناية من السائق؛ لأن المشي في الطريق مقيد بالسلامة»[٢].

٥ – قال المصنف: «وإن استأجر حماراً بسرج فأسرجه بغيره، فإن كان سرجاً يسرج بمثله الحُمُر فلا ضمان عليه، وإن كان لا يسرج بمثله الحمر فهو ضامن؛ لأن الثاني إذا كان مما يسرج به الحمر لا يتفاوتان في الضرر، فكان الإذن بأحدهما إذناً بالآخر دلالة»[٣].

* * *

(١) المصدر السابق.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدق السابق (٤/ ٧٩).

المطلب الخامس
قاعدة: «المضمونات تملك بالضمان»

ذكرها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: «المضمونات تملك باختيار الضمان مستنداً إلى وقت سبب الضمن»[٢].

وبلفظ: «المضمونات تملك عند اختيار الضمان»[٣].

وبلفظ: «المضمونات تملك عند أداء الضمان»[٤].

وبلفظ: «الضمان سبب لملك المضمون»[٥].

وبلفظ: «التضمين يقتضي تملك المضمون»[٦].

وبلفظ: «ملك المضمون بملك الضمان»[٧].

وبلفظ: «وجوب الضمان سبب لوجوب الملك في المضمون»[٨].

وهذه القاعدة تكاد تكون خاصة بالمذهب الحنفي[٩]، إلا أن المالكية قالوا

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٩٦، ٢١٧).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٥٠٢).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٦١٢)، ذكرها مرتين.

(٤) المصدر السابق (٥/ ٢٤٢، ٣٢٢، ٦/ ٣٧، ٢٤٥).

(٥) المصدر السابق (٢/ ٤٥٠).

(٦) المصدر السابق (٣/ ٥٣١).

(٧) المصدر السابق (٥/ ٢١٣).

(٨) المصدر السابق (٥/ ٤١٣، ٦/ ١٤).

(٩) ينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في تأسيس النظر (ص ٥٦)، وعيون المسائل في فروع الحنفية للسمرقندي (ص ١١٦)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٢٣١ و٣٨٦)، وغمز عيون البصائر

=

بموجبها وإن لم يذكروها بلفظها[١].

معاني مفردات القاعدة:

المضمونات لغة: جمع مضمونة أو مضمون وهو اسم للمحتوى[٢]، ومنه مضمون الكتاب: ما في طيه، ومضمون الكلام فحواه وما يُفهم منه، وقد يُجمع على مضامين[٣].

اصطلاحاً: المضمون: كل حق تصح النيابة فيه، وذلك في الأموال وما يؤول إليها[٤].

الملك: تقدم تعريفه لغة واصطلاحاً.

= (٤٧٢/٣). ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (٧٣/٢، ٥٨٣ م ٩٠٧)، وقواعد الفقه للبركتي (٤٢/١) قاعدة ٤٥، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ٤٩٦)، وتحفة الفقهاء (٩٦/٣)، والهداية (٣٣١/٢)، وأصول السرخسي (٢٩٩/٢)، وكشف الأسرار عن أصول البزدوي (٤١٦/١)، وتبيين الحقائق (١٨٦/٣).

(١) ينظر: الشرح الكبير (٤٤٦/٣)، حيث قال: «وحاصله أن الحرام لا يجوز قبوله، ولا الأكل منه ولا السكنى فيه، ما لم يفت عند الظالم، وتتعين عليه القيمة، وإلا جاز على الأرجح، ومن اتقاه فقد استبرأ لدينه وعرضه»، ويفهم من هذا الكلام أنه لو تلف المغصوب عند الغاصب، أو استهلكه – أي فات عنده – فالأرجح عندهم أن للغاصب الانتفاع به؛ لأنه وجب عليه ضمانه، ومعناه أن الغاصب يتملك بالضمان الشيء المغصوب من يوم التلف. قال الدسوقي في حاشيته: «إذا غصب دابة وذبحها لزمته القيمة بمجرد الذبح، وصارت مملوكة للغاصب، فيجوز له الأكل منها، ويجوز لغيره أن يشتري منها» (٦٨٦/٣). ولم أجدها في ما اطلعت عليه من كتب الشافعية، ولا الحنابلة، بل قالوا المضمونات لا تملك بالضمان، ووافقهم بذلك زفر من الحنفية. تفسير الرازي (١١٩/٧)، وتخريج الفروع على الأصول للزنجاني (ص ٢١٥)، وبدائع الصنائع (٤١٧/٤).

(٢) ينظر: القاموس المحيط (ص ١٥٦٥) مادة (ضمن).

(٣) ينظر: المعجم الوسيط ١/ ٥٤٥).

(٤) القوانين الفقهية (٢٤١/١).

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن من ترتب على فعله إتلاف لمال الغير، بغير إذن مالكه أو من ينوب عنه، ولزمه بسبب ذلك ضمان ذلك الشيء وغرم قيمته إن كان قيمياً، أو مثله إن كان مثلياً، فإنه يملك المضمون، ويكون ملكه له مستنداً إلى وقت سبب الضمان[١]، أي: أنه يثبت له ذلك من وقت الغصب – مثلاً – إذا ضمنه.

قال المصنف: «المضمونات تملك باختيار الضمان مستنداً[٢] إلى وقت سبب الضمان»[٣].

وقال: «الضمان في باب الغصب يجب وقت الغصب؛ لأنه هو السبب الموجب للضمان، فيثبت الملك إلى الغاصب في المغصوب في ذلك الوقت»[٤].

وذكر المصنف أنه يستثنى من ذلك ضمان الجناية على بني آدم، فإنه لا يملك به المضمون؛ لأنه لا يوجد فيه معنى المعاوضة أصلاً[٥].

حيث قال: «ولو غصب حرة، فزنا بها فماتت فعليه الحد والدية، لأن ملك الضمان في الحرة لا يوجب ملك المضمون؛ لأن المحل لا يحتمل التمليك، فلا يمتنع وجوب الحد»[٦].

أصل القاعدة:

المصنف لم يستدل للقاعدة مباشرة، وإنما ذكر أدلة تصلح أن تكون دليلاً لها،

---

(١) ينظر: تأسيس النظر (ص ٥٦).

(٢) الاستناد: «هو أن يثبت الحكم في الزمان المتأخر، ويرجع القهقرى، حتى يحكم بثبوته في الزمان المتقدم»، شرح التلويح على التوضيح (١/ ٢١٠)، وقواعد الفقه للبركتي (١/ ١٧٤).

(٣) بدائع الصنائع (٤/ ٥٠٢).

(٤) المصدر السابق (٣/ ٥٣٢).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٩٨).

(٦) المصدر السابق (٥/ ٥٣٢).

وذلك في معرض كلامه على مسألة ملك الغاصب للمغصوب بالضمان[١]، وهي:

١ - قال الله تعالى:] ^ _ ` a b c d e f Z [٢].

وجه الدلالة من الآية: أنه بالضمان يزول ملك المغصوب منه عن المضمون، ولو لم نقل بزوال ملك المغصوب منه عن المضمون، لم يكن الاعتداء بالمثل[٣].

٢ – قال المصنف[٤]: ما روي أنه – عليه الصلاة والسلام -: «أضافه قوم من الأنصار فقدموا إليه شاة مصلية» فجعل عليه الصلاة والسلام يمضغه ولا يسيغه، فقال عليه الصلاة والسلام: **(إن هذه الشاة لتخبرني أنها ذُبحت بغير حق)** فقالوا: هذه الشاة لجار لنا ذبحناها لنرضيه بثمنها، فقال عليه الصلاة والسلام: **(أطعموها الأسارى)** [٥].

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ^ أمر بالتصدق بها والتصدق بملك الغير بغير إذنه إذا كان المالك معلوماً لا يجوز، وهذا يدل على زوال ملك المالك، وأن الغاصب قد ملكها فله أن

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٦/١٤٧).

(٢) من الآية رقم ١٩٤ من سورة البقرة.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٦/١٤٦).

(٤) المصدر السابق.

(٥) أخرجه أبو داود: كتاب البيوع، باب اجتناب الشبهات (٣/٢٤٨) الحديث رقم (٣٣٣٤)، والبيهقي في السنن الكبرى: كتاب البيوع، باب كراهية مبايعة من أكثر ماله من الربا أو ثمن المحرم (٥/٣٣٥) الحديث رقم (١٠٦٠٧)، وكتاب الغصب، باب لا يملك أحد بالجناية شيئاً جنى عليه إلا أن يشاء هو والمالك (٦/٩٧) الحديث رقم (١١٣٠٨)، والدارقطني: باب الصيد والذبائح والأطعمة وغير ذلك (٤/٢٨٥) الحديث رقم (٥٤)، وأحمد في المسند (٣٧/١٨٥ – ١٨٦) الحديث رقم (٢٢٥٠٩) وقال عنه شعيب الأرناؤوط: إسناده قوي رجاله رجال الصحيح غير كليب والد عاصم فقد روى له البخاري حديث رفع اليدين، وأصحاب السنن، وهو وابنه صدوقان لا بأس بهما. وينظر: نصب الراية (٤/١٦٨).

يتصرف بها بما يشاء ولكن ليس قبل أن يرضى صاحبها.

جاء في الهداية: «أفاد الأمر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء»[١].

فالمصنف يرى عدم جواز الانتفاع بالعين المغصوبة قبل أداء الضمان، واستدل لذلك، وإن كان يرى في هذا الحديث دلالة على أن الغاصب يملك العين المغصوبة بالضمان حيث يقول عند بيانه لأدلة المانعين من الانتفاع بالعين المغصوبة قبل أداء الضمان: «ولأن الملك من وجه حصل بسبب محظور أو وقع محظوراً بذاته فلا يخلو من الخبث»[٢].

٣ – قال المصنف: «لأنه إذا زال ملك الغاصب عن الضمان، وأنه بدل المغصوب، لأنه مقدر بقيمته، ومَلَك المغصوب منه البدل بكماله، لو لم يزل ملكه عن المغصوب لاجتمع البدل والمبدل في ملك الغاصب وهذا لا يجوز»[٣]. وهذا يوحي بأن سبب تملك الغاصب للمغصوب هو تقرر الضمان عليه؛ كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد.

ولهذا نوقش هذا الدليل من قبل بعض الحنفية حيث قالوا: «ولكن هذا غلط؛ لأن الملك عندنا[٤] يثبت من وقت الغصب ولهذا نفذ بيع الغاصب وسلم الكسب له»[٥].

٤ – قال المصنف: «أنه إذا زال ملك المالك عن المغصوب، فالغاصب أثبت

---

(١) الهداية (٢/٣٣٣).

(٢) بدائع الصنائع (٦/١٤٨).

(٣) المصدر السابق.

(٤) أي عند الحنفية.

(٥) كشف الأسرار للبخاري (١/٤١٦).

يده على مال قابل للملك، لا ملك لأحد فيه، فيملكه كما يملك الحطب والحشيش بإثبات يده عليهما»[١].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «إذا استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم شعير، فحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فعطبت، يضمن قيمتها؛ لأن الحنطة أثقل من الشعير،... ولا أجر عليه،... لأن المضمونات تملك على أصل أصحابنا – بالضمان – وذا يمنع وجوب الأجرة عليه»[٢].

٢ – قال المصنف: «إن سلم إلى حداد حديداً ليعمل له إناءً معلوماً بأجر معلوم، أو – سلم – جلداً إلى خفاف ليعمل له خفاً معلوماً بأجر معلوم، فذلك جائز...، فإن عمل كما أمر استحق الأجر، وإن فسد، فله أن يضمنه حديداً مثله؛ لأنه لما أفسده فكأنه أخذ حديداً له واتخذ منه آنية من غير إذنه، والإناء للصانع؛ لأن المضمونات تملك بالضمان»[٣].

٣ – قال المصنف: «إذا غصب شاة إنسان فضحى بها عن نفسه، فإنها لا تجزيه؛ لعدم الملك، ولا عن صاحبها لعدم الإذن...، فإن ضمَّنه صاحبها قيمتها حية فإنها تجزي عن الذابح؛ لأنه ملكها بالضمان بطريق الظهور والاستناد، فصار ذابحاً شاة هي ملكه فتجزيه، لكنه يأثم؛ لأن ابتداء فعله وقع محظوراً فتلزمه التوبة والاستغفار»[٤].

٤ – ذكر المصنف أنه لو هلك المبيع بعد أن سلمه الفضولي[٥] إلى المشتري وقبل

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ١٤٦).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٧٧).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٩٦).

(٤) المصدر السابق (٤/ ٢١٧).

(٥) الفضولي: هو من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي. البحر الرائق (٦/ ١٦٠).

=

إجازة المالك للبيع، فالمالك بالخيار، إن شاء ضمَّن البائع وإن شاء ضمَّن المشتري؛ لوجود سبب الضمان من كل واحد منهما، وهو التسليم من البائع – الفضولي – والقبض من المشتري...، وأيهما اختار تضمينه برئ الآخر، ولا سبيل عليه بحال؛ لأنه لما ضمن أحدهما فقد ملك – الضامن – المضمون، فلا يملك – المالك الأول – تمليكه من غيره[١].

٥ – قال المصنف: «إذا كان المبيع مصوغاً من فضة اشتراها بدينار، فاستهلك المصوغ أجنبي قبل القبض، فاختار المشتري أن يتبع الجاني بالضمان، ونقد الدينار البايع، فافترقا قبل قبض الضمان المستهلك، لا يبطل الصرف بينهما عند أبي يوسف... لأن اختيار المشتري اتباع الجاني بالضمان تمليك من المضمون؛ لأن المضمونات تملك باختيار الضمان مستنداً إلى وقت سبب الضمان، فيصير كأن الجناية حصلت بأمر المشتري، فيصير قابضاً؛ لأن فعل الأجنبي بأمرالمشتري بمنزلة فعل المشتري نفسه»[٢].

٦ – قال المصنف: «إذا غصب كر[٣] حنطة فابتلت في يد الغاصب وانتفخت حتى صارت كراً ونصف كر، ضمن للمالك كراً مثله، فإنه يملك ذلك الكر ونصف الكر عندنا...؛ لأن الملك عندنا يثبت من وقت الغصب بالضمان»[٤].

٧ – إذا غُصب المغصوب من الغاصب، قال المصنف: «فإن للمالك أن يضمن أيهما شاء، فإن اختار تضمين أحدهما، لا يملك اختيار تضمين الآخر؛ لأن المضمونات

= وقيل: هو من يتصرف بلا ملك ولا ولاية ولا وكالة. المصدر السابق والموسوعة الفقهية (٩/ ١١٥).

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٣٤٧).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٥٠٢).

(٣) الكر: كيل معروف والجمع أكرار مثل قفل وأقفال، وهو ستون قفيز، والقفيز ثمانية مكاكيك، والمكوك صاع ونصف، فيكون اثنا عشر وسقاً. ينظر: المصباح المنير (ص ٢٧٣).

(٤) المصدر السابق (٤/ ٥١٨).

تملك عند اختيار الضمان، فإذا اختار تضمين أحدهما فقد هلك[١] المضمون فلا يملك الرجوع عنه»[٢].

ثم قال: «العبد المشترك بين اثنين – إذا – أعتقه أحدهما وهو موسر – فإنه – يثبت للشريك الساكت اختيار تضمين المعتق – أو – استسعاء العبد، فاختيار أحدهما يبطل اختيار الآخر؛ لأنه لما اختار الضمان صار نصيبه منقولاً إلى المعتق عند اختياره؛ لأن المضمونات تملك عند اختيار الضمان»[٣].

٨ – قال المصنف: «إذا باع المرتهن المرهونة بلا إذن الراهن وهلكت في يد المشتري قبل إجازة الراهن، لم يجز له الإجازة...، والراهن بالخيار، إن شاء ضمن المرتهن، وإن شاء ضمن المشتري؛ لأن كل واحد منهما صار غاصباً، المرتهن بالتسليم، والمشتري بالقبض، فإن ضمَّن المرتهن جاز البيع والثمن للمرتهن وكان الضمان رهناً؛ لأنه ملكه بالضمان فتبين أنه باع ملك نفسه فجاز»[٤].

* * *

(١) لعلها (ملك).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٦١٢).

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق (٥/ ٢١٣).

المطلب السادس

قاعدة: «من اضطر إلى مال الغير في مخمصة كان له أن يتناوله بالضمان»

أوردها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: «يجب الضمان بتناول مال الغير حال المخمصة مع إباحة التناول»[٢].

وبلفظ: «يجوز الانتفاع بملك الغير في حالة الاضطرار ببدل»[٣].

معاني مفردات القاعدة:

الاضطرار: من الضرورة، وقد تقدم تعريفها لغة وشرعاً، وذكرت أنَّ هناك من قَصَرَ معنى الضرورة على الضرر الحاصل من جهة الغذاء، ولعله هو المراد هنا.

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٣١٠).

(٢) المصدر السابق (٦/ ١٧١).

(٣) المصدر السابق (٢/ ٤٧٦).

وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: قواعد الأحكام (٢/ ٢٩٩)، والفروق للقرافي (/ ٣٤٢ ف ٣٢)، ووافقه ابن الشاط (نفس المصدر)، وتهذيب الفروق (نفس المصدر)، والأشباه والنظائر (١/ ٢٦١)، والمنثور (٢/ ٧٧)، وتقرير القواعد (١/ ٢٠٦ قاعدة ٢٦)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٠٧)، ولابن نجيم (ص ١٠٠)، وترتيب اللآلي (١/ ٣٤٥ قاعدة ٣٢)، وشرح المجلة لسليم رستم باز (١/ ٣٣ م٣٣)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٤٢ م٣٣)، وشرح القواعد للزرقا (ص ٢١٣)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٠٥، ٨١/ ٣٤)، والقواعد الفقهية الكبرى، أ.د. السدلان (ص ٢٩١)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ١٠٢)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ١٣٤)، والوجيز للبورنو (ص ٢٤٤)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٢/ ٢٠٨)، والمشقة تجلب التيسير، أ.د. اليوسف (ص ٣٨٩)، والقواعد الفقهية للزحيلي (١/ ٢٨٦)، والقواعد الكلية، محمد شبير (ص ٢٢٧)، والممتع في القواعد الفقهية (ص ١٩٩)، والقواعد الفقهية، د. عبدالعزيز عزام (ص ٥٣٣)، وشروح منظومة القواعد السعدية البيت رقم (٣١).

المخمصة لغة: بفتح المِيْمَين وسكون الخاء، من «خَمُصَ»، قال ابن فارس: «الخاء والميم والصاد، أصل واحد يدل على الضُّمر والتطامن، فالخميص: الضامر البطن.

ومن الباب: المخمصة: وهي المجاعة؛ لأن الجائع ضامر البطن»[(١)].

وفي المصباح المنير: ««خَمُصَ» الشخص «خُمْصاً» فهو «خَمِيصٌ» إذا جاع مثل: قرُب قرباً فهو قريب»[(٢)].

والمعنى الاصطلاحي لا يخرج عن المعنى اللغوي، فالمراد بالمخمصة خلو البطن من الطعام[(٣)].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أفادت القاعدة: أن المضطر يجوز له أكل مال الغير حال الضرورة، فالاضطرار يسقط عنه الإثم والمؤاخذة المترتبة على التعدي على مال الغير.

ولكن هذا الاضطرار لا يعد عذراً لإبطال حق الغير، إذ لا ضرورة إلى ذلك، ولا ينافي الضمان؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر[(٤)].

فالقصد من إباحة مال الغير بغير إذنه هو الحفاظ على حياة المضطر، وعدم إلحاق الضرر بالآخرين، فيجوز له أن يأكل من مال الغير بقدر ما يدفع به الهلاك عن نفسه، ويضمن وإن كان مضطراً.

وبهذا يتبين أن هذه القاعدة تعتبر قيداً لقاعدة «الضرورات تبيح

---

(١) معجم مقاييس اللغة (ص ٣١٣) مادة (خمص)، وينظر في ذلك: مختار الصحاح (ص ١٦٩ – ١٧٠)، ولسان العرب (٥/ ١٥).

(٢) (ص ٩٧) (خ م ص).

(٣) ينظر: معجم لغة الفقهاء (١/ ٤١٧).

(٤) ينظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٤١)، وللسيوطي (ص ٨٦)، ولابن نجيم (ص ١٠٨).

المحظورات»[١].

أصل القاعدة:

١ – استدل المصنف لهذه القاعدة لقوله[٢]: لقوله تعالى:] W X Y Z [\ [_ ` a b Z[٣].

وجه الدلالة:

لم يذكر المصنف وجه الدلالة من الآية ولكن يمكن أن يقال: دلت الآية على أن من احتاج إلى تناول شيء من المحرمات لضرورة ألجأته إلى ذلك، فإن له ذلك والله غفور رحيم. لكن بشرط أن لا يكون بفعله هذا متجانفاً لإثم، أي: متعمد المعصية، كأن يأكل من المحرم فوق الشبع، أو يأكل مال الغير بدون أن يضمنه له.

٢ – قوله تعالى:] 9 : ; < = > ? @ A B C D E F G Z[٤].

وجه الدلالة:

دلت الآية على أنه لا يحل لأحد أن يأكل مال غيره إلا برضاه، ويفهم من هذا أن من اضطر إلى أكل مال الغير لدفع الهلاك عن نفسه فإنه يضمنه.

ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة بالأدلة الدالة على حرمة مال المسلم، وأنه لا يجوز لأحد التصرف فيه إلا بإذن المالك.

وهذه الأدلة قد تقدمت عند الكلام على قاعدة: «الحرج إنما يؤثر في حقوق الله عز وجل بالإسقاط لا في حقوق العباد»[٥].

---

(١) ينظر: الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/ ٣٥٣)، ولابن السبكي (١/ ٤٥)، ولابن نجيم (ص ١٠٧).

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ٣١٠).

(٣) من الآية رقم ٣ من سورة المائدة

(٤) من الآية رقم ٢٩ من سورة النساء.

(٥) ينظر (ص ١٢٩) من هذه الرسالة.

الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة:

١ - قال المصنف: «إذا خاف الإمام الهلاك على أهل المصر أخذ الطعام من المحتكرين وفرَّقه عليهم، فإذا وجدوا ردوا عليهم مثله؛ لأنهم اضطروا إليه، ومن اضطر إلى مال الغير في مخمصة كان له أن يتناوله بالضمان»[(١)].

٢ - من خاف الهلاك على نفسه من العطش وليس عنده إلا ماء مملوك للغير، ومحرز في الأواني والظروف، فإن له أن يشرب منه قدر ما يندفع به الهلاك عن نفسه ويضمنه[(٢)].

٣ – قال المصنف: «من أصابته مخمصة فأكل طعام غيره، يجب عليه الضمان ولم يجعل معذوراً في مباشرة الفعل الذي لا بد له منه»[(٣)].

* * *

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٣١٠).

(٢) ينظر: المصدر السابق (٥/ ٢٧٤).

(٣) المصدر السابق (٣/ ٣٥١).

المطلب السابع
قاعدة: «على اليد ما أخذت حتى ترده»[(١)]

هذه القاعدة نص حديث نبوي شريف[(٢)]، يقرر مبدأ الضمان في الشريعة

---

(١) بدائع الصنائع (٣/ ٢٨٧)، و(٤/ ٧٢، ٣١٢، ٦٠١)، و(٥/ ٢٩٧، ٣٢٤، ٣٦٢، ٤٦٠)، و(٦/ ٤٤، ١٣٩ – ١٤٠، ٢٤٧، ٢٤٨، ٣١٥).

وينظر أحكام هذه القاعدة في: الفروق للكرابيسي (٢/ ٣٠)، وأصول الكرخي (ص ٨٢)، مطبوع مع تأسيس النظر، وقواعد الإحكام (٢/ ٢٦٥)، والفروق للقرافي (٢/ ٣٣٦ ف ١١١)، و(٤/ ٧٢ ف ٢١٧)، وتهذيب الفروق نفس المصدر، وترتيب الفروق (ص ٣٣٣)، والمجموع المذهب (٢/ ٢٢٤)، والمنثور للزركشي (٢/ ٧٢)، وتقرير القواعد (١/ ٢٩٤ قاعدة ٤٣) و(٢/ ٣٢٣ قاعدة ٩٠)، والاعتناء في الفرق والاستثناء (٢/ ٦٢٧، ٦٣٠)، والقواعد للحصني (٣/ ٤٢٠)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٣٦٢)، والفوائد الزينية (ص ١٢٧ ف ١٣٢)، وشرح المنهج المنتخب (٢/ ٧٢)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٩٨م ٩٧) (ص ٥١٥ م ٨٩٠)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٤٨٤)، والمدخل الفقهي العام (١/ ١٦٨ ف ١٠/ ٢) و(٢/ ١٠٤٢ ف ٨١/ ٨٧) و(ص ١٠٨٩ ف ٨٣/ ١٧)، وتحفة أهل الطلب في تجريد أصول قواعد ابن رجب للسعدي (ص ٣٤ قاعدة ٤٣) (ص ١٠٦ فاعدة ٩٠) وشرحها أ.د. عبدالكريم اللاحم (ص ٣٠٦ قاعدة ٩٠)، والقواعد والأصول الجامعة للسعدي (ص ٩٨)، وشرحها للشيخ عبدالمحسن الزامل (ص ١٤٣ قاعدة ١٤)، والوجيز في القواعد الفقهية للبورنو أيضاً (٦/ ٤٥٢)، والقواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي (١/ ١٥٥)، وقواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف (ص ٢٢٩)، والقواعد الفقهيةمن خلال كتاب المغني لابن قدامة للإدريسي (ص ٢٣٨)، وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال إيضاح المسالك (ص ٤٠١ قاعدة ١١٥).

(٢) رواه أحمد في مسنده (٣٣/ ٢٧٧ و٣١٣ و٣٢٩) الحديث رقم (٢٠٠٨٦ و٢٠١٣١ و٢٠١٥٦)، وأبو داود في سننه، كتاب البيوع والإجارات باب في تضمين العارية (٣/ ٢٢١) الحديث رقم (٣٥٦٣)، والنسائي في الكبرى، كتاب العارية والوديعة، باب المنيحة (٥/ ٣٣٣) الحديث رقم (٥٧٥١)، والترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب: ما جاء في أن العارية مؤداة (٣/ ٥٦٦) برقم (١٢٦٦)، وابن

=

الإسلامية.

معاني مفردات القاعدة:

اليد لغة: تقدم تعريفها، فهي تطلق على الجارحة المعروفة، التي هي من المنكب إلى أطراف الأصابع[(١)]، وتطلق استعارة على القوة والقدرة والنعمة والملك والسلطان والإحسان والحفظ[(٢)].

والمراد باليد هنا: حيازة الشيء، فإذا كان الشيء في حيازة الإنسان فإنه يعد تحت يده[(٣)]. والتعبير باليد من إطلاق البعض وإرادة الكل، فالمراد هنا صاحبها لأنه

= ماجه في سننه، كتاب الصدقات، باب العارية (٢/ ٨٠٢) برقم (٢٤٠٠)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٥٥) الحديث رقم (٢٣٠٢) كلهم من طريق سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي ^ بمثله. زاد أبو داود والترمذي والحاكم: ثم إن الحسن نسي. فقال: هو أمينك لا ضمان عليه، وزاد الترمذي: يعني العارية، قال الحاكم (٢/ ٥٥): هذا حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري ولم يخرجاه. أ.هـ ووافقه الذهبي. ولما نقل الزيلعي في نصب الراية (٤/ ١٦٧) قول الحاكم قال: وتعقبه الشيخ تقي الدين فقال: وليس كما قال، بل هو على شرط الترمذي. أ.هـ.
وقد أعل الحديث الحافظ ابن حجر فقال في التلخيص الحبير (٣/ ١٢٨): الحسن مختلف في سماعه من سمرة. أ.هـ. وبهذا ضعف الحديث الألباني رحمه الله في الإرواء (٥/ ٣٤٨ – ٣٤٩)، وأيضاً أعله بأن الحسن مدلس وقد عنعن. وقد صحح الحديث الترمذي (٣/ ٥٦٦) فقال: هذا حديث حسن صحيح. أ.هـ ولما نقل المنذري في مختصر السنن (٥/ ١٩٨) تحسين الترمذي قال: وهذا يدل على أن الترمذي يصحح سماع الحسن من سمرة. وفيه خلاف تقدم. أ.هـ ونقل الزيلعي في نصب الراية (٤/ ١٦٧) عن ابن طاهر أنه قال في كلامه على أحاديث الشهاب: إسناده حسن متصل، وإنما لم يخرجاه في الصحيح لما ذكر من أن الحسن لم يسمع من سمرة إلا حديث العقيقة أ.هـ.

(١) ينظر: الصحاح (ص ٢٥٤٠)، ولسان العرب (١/ ٣٠٨)، والمصباح المنير (ص ٣٥٠)، والمعجم الوسيط (٢/ ١٠٦٣)، كلها في مادة (يدي).

(٢) ينظر: المصادر السابقة، وتهذيب اللغة (١٤/ ١٦٨)، والكليات للكفوي (ص ٩٨٣)، والمطلع (ص١٨).

(٣) ينظر: المصادر السابقة.

هو المتصرف، ولكن اليد يكون بها الأخذ والعطاء.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أفادت القاعدة أن من أخذ شيئاً بغير حق كان ضامناً له، ولا تبرأ ذمته منه حتى يرده بعينه إن كان موجوداً إلى صاحبه، أو يرد بدله إن كان هالكاً[١]. ولا تبرأ ذمته إلا بذلك. فوضع اليد الذي هو القدرة على التصرف في العين وحيازتها يعتبر سبباً من أسباب الضمان. ولكن هذا ليس في جميع الأحوال؛ لأن اليد من حيث الضمان تنقسم إلى قسمين هما:

١ – يد أمانة: وهي اليد التي قبضت العين بإذن من الشارع أو من المالك، لا بقصد التملك، بل نيابة عن المالك، فكان قبضها لمنفعة المقبوض منه، كيد الوديع والوكيل وعامل المضاربة والوصي على مال اليتيم ونحوهم، فأصحاب هذه الأيدي لا يضمنون ما تلف تحت أيديهم، إذا كان بدون تعد أو تفريط؛ لأن أيديهم مؤتمنة.

٢ – يد ضمان: وهي التي قبضت العين لمنفعة القابض نفسه، وهذه قسمان هما:

أ – يد مؤتمنة: وهي التي قبضت العين لمنفعة القابض نفسه بغير تعدٍّ ولا عدوان، بل بإذن المالك، كيد البائع على المبيع قبل التسليم، فإنه من ضمان البائع قبل التسليم، ومن ضمان المشتري إذا قبضه.

ب – يد غير مؤتمنة: وهي التي قبضت المال لمنفعة القابض نفسه، دون إذن من الشارع، أو إذن من المالك، كيد الغاصب والسارق ونحوهما، فهؤلاء يضمنون بمجرد القبض مهما كان سبب التلف[٢].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٣١٢).

(٢) ينظر هذا التقسيم في بدائع الصنائع (٤/ ٥٠٤)، والفروق للقرافي (٢/ ٣٣٧) و(٤/ ٦٩ - ٧٠)، وشرح المنهج المنتخب (٢/ ٧٢)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٣٦٢)، والمجموع المذهب (٢/ ٢٢٤)، والمنثور (٢/ ٧٢)، وتقرير القواعد (٢/ ٣٢١)، والوجيز للبورنو (ص ٣٧٢).

أصل القاعدة:

١ – هذه القاعدة نص حديث شريف عن سمرة بن جندب – رضي الله عنه – عن النبي ^ أنه قال: **(على اليد ما أخذت حتى تؤديه)** [(١)].

وجه الدلالة من الحديث:

دل الحديث على أن من استولى على مال الغير بغير حق فإنه يجب عليه أن يرده إليه، وإن عجز عن رد عينه بسبب هلاكه فيجب رد قيمته وتقوم مقامه[(٢)].

٢ – واستدل المصنف[(٣)] بقوله ^ : **(لا يأخذن أحدكم متاع صاحبه جاداً ولا لاعباً، فإذا وجد أحدكم عصا صاحبه فليردها عليه)** [(٤)].

وجه الدلالة:

دل الحديث على أنه لا يجوز للمسلم الاعتداء على مال أخيه المسلم، وإن كان ذلك من طريق المزاح، وبين أنه وإن كان المأخوذ مما لا يلتفت إليه غالباً، ليكون التحذير عن أخذ ما فوقه أشد وأبلغ، ثم أرشد ^ من وجد من ذلك شيئاً أن عليه أن يرده إلى صاحبه.

---

(١) تقدم تخريجه (ص ٤٥٠).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٧٢)، والفروق للقرافي (٤/ ٧٢)، وتهذيب الفروق (٤/ ٦٩)، وعون المعبود (٩/ ٤١٦ - ٤١٧).

(٣) بدائع الصنائع (٦/ ١٤٠).

(٤) أخرجه أحمد في المسند (٢٩/ ٤٦٠) الحديث رقم (١٧٩٤٠)، والبخاري في الأدب المفرد باب ما لا يجوز من اللعب والمزاح (ص ٩٣) الحديث رقم (٢٤١) وقال عنه الألباني: «حسن» (ص ٩٣)، وأبو داود في سننه، كتاب الأدب، باب: من يأخذ الشيء على المزاح (٤/ ٤٥٨) الحديث رقم (٥٠٠٥)، والترمذي في سننه، كتاب الفتن، باب: ما جاء في: «دماؤكم وأموالكم عليكم حرام» (٤/ ٤٦٢) برقم (٢١٦٠)، والحاكم في المستدرك (٣/ ٧٣٩) الحديث رقم (٦٦٨٦)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الغصب، باب: تحريم الغصب وأخذ أموال الناس بغير حق (٦/ ٩٢)، الحديث رقم (١١٢٧٩)، وقال الترمذي: هذا حديث حسن غريب، وحسنه الألباني في الإرواء (٥/ ٣٥٠).

٣ – استدل المصنف[١] بما روي عن عمر – رضي الله عنه – أنه كان يضمن الأجير المشترك[٢] احتياطاً لأموال الناس.

٤ - ومثله عن علي – رضي الله عنه – وأنه يقول: « لا يصلح للناس إلا هذا »[٣].

٥ - « أن هؤلاء الأجراء الذين يسلم المال إليهم من غير شهود تخاف الخيانة منهم، فلو علموا أنهم لا يضمنون لهلكت أموال الناس؛ لأنهم لا يعجزون عن دعوى الهلاك »[٤].

٦ – « لأن الأخذ على هذا الوجه – أخذ مال الغير بدون إذنه – معصية، والردع عن المعصية واجب، وذلك برد المأخوذ...، حتى لو هلك في يده أو استهلك صورة ومعنى، أو معنى لا صورة ينتقل الحكم من الرد إلى الضمان؛ لأن الهالك لا يحتمل الرد »[٥].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: « المستأجر منه،كثوب القصارة، والصياغة، والخياطة، والمتاع المحمول في السفينة، أو على الدابة، أو على الجمال ونحو ذلك... إن كان الأجير

---

(١) المصدر السباق (٤/ ٧٢).

(٢) الأجير المشترك: من لا يجب عليه أن يختص بواحد سواء عمل لغيره أو لم يعمل، ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ١٣٣)، بدائع الصنائع (٤/ ١٦).

(٣) أخرجها البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الإجارة، باب: ما جاء في تضمين الأجراء (٦/ ١٢٢) برقم (١٢٠٠٠ – ١٢٠٠٢)، وقال البيهقي: قال الشافعي: وقد روي من وجه لا يثبت أهل الحديث مثله أن علي بن أبي طالب ضمن الغسال والصباغ وقال: لا يصلح للناس إلا ذلك. ثم قال البيهقي ويروى عن عمر تضمين بعض الصناع من وجه أضعف من هذا. سنن البيهقي (٦/ ١٢٢) الحديث رقم (١٢٠٠٠)، وضعفه ابن حجر. ينظر: التلخيص الحبير (٣/ ٦١)، وقال عنه الألباني في الإرواء: ضعيف (١/ ٢٩٤).

(٤) بدائع الصنائع (٤/ ٧٢).

(٥) المصدر السابق (٦/ ١٤٠).

مشتركاً، فعند أبي يوسف ومحمد هو مضمون عليه، إلا حَرقٌ غالب، أو غَرَقٌ غالب، أو لصوص مكابرون... واحتجا بما روي عن رسول الله ^ أنه قال: **(على اليد ما أخت حتى ترده)** [١][٢].

٢ – قال المصنف: «ولو عاين الوارث رجلاً أخذ مالاً من أبيه، أو أقر عنده أنه أخذ مالاً من أبيه، وادعى أنه كان وديعة له عند أبيه، أو كان ديناً له عليه، اقتضاه منه، وسعه أن يأخذه منه؛ لأنه لما عاين أخذ المال منه فقد عاين السبب الموجب للضمان في الأصل وهو الأخذ؛ لأن الأخذ في الأصل سبب لوجوب ضمان المأخوذ، وهو رد عينه إن كان قائماً، أو رد بدله إن كان هالكاً؛ لقوله ^ : **(على اليد ما أخذت حتى ترده)**» [٣].

٣ – قال المصنف: «إذا أقر الملتقط أنه أخذ اللقطة[٤] لنفسه، فلا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك؛ لأنه ظهر أنه أخذها غصباً، فكان الواجب عليه الرد إلى المالك، لقوله ^ : **(على اليد ما أخذت حتى ترده)** فإذا عجز عن رد العين يجب عليه بدلها كما في الغصب» [٥].

٤ – قال المصنف: «المستعار أمانه في يد المستعير في حال الاستعمال بالإجماع، وفي غير حال الاستعمال كذلك عندنا[٦]... والذي يغير حال المستعار من الأمانة إلى الضمان هو الإتلاف حقيقة أو معنى، بالمنع بعد الطلب، أو بعد انقضاء المدة، وبترك

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ٧٢).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٣١١ – ٣١٢).

(٤) اللقطة نوعان: نوع من غير الحيوان، وهو المال الساقط لا يعرف مالكه، ونوع من الحيوان وهو الضالة من البهائم. ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٩٥).

(٥) المصدر السابق (٥/ ٢٩٧ – ٢٩٨).

(٦) المصدر السابق (٥/ ٣٢٣).

الحفظ، وبالخلاف، حتى لو حبس العارية بعد انقضاء المدة، أو بعد الطلب قبل انقضاء المدة يضمن؛ لأنه واجب الرد في هاتين الحالتين... لقوله ^ : **(على اليد ما أخذت حتى ترده)** [١].

٥ – ذكر المصنف: أنه إذا أخطأ القاضي في حكم فإنه ينظر، فإن كان المقضي به من حقوق العباد، فإن كان مالاً وهو قائم رُد على المقضي عليه؛ لأن قضاءه وقع باطلاً، ورد عين المقضي به ممكن فيلزمه رده؛ لقول النبي – عليه الصلاة والسلام -: **(على اليد ما أخذت حتى ترده)** [٢].

* * *

(١) المصدر السابق (٥ / ٣٢٤).

(٢) ينظر: المصدر السابق (٥ / ٤٦٠).

المطلب الثامن
قاعدة: «فعل العجماء جبار»[١]

هذه القاعدة متعلقة بنظرية الضمان؛ لأنها تتعلق بضمان ما يتلفه الحيوان من مال الغير، وهي مقتبسة من الحديث النبوي الشريف الذي ورد بصيغة: (العجماء جرحها جبار)[٢].

شرح مفردات القاعدة:

العجماء: مؤنث «أعجم»، يقال «عَجُمَ» الرجل «عُجْمَة» فهو «أعجم» إذا كان لا يفصح، والمرأة عجماء، بينة العجمة، فالعُجْمة في اللسان: لكنة وعدم

---

(١) ذكرها المصنف بهذا اللفظ في بدائع الصنائع (٢/ ٤٢٩)، (٤/ ٤٩٢)، (٦/ ١٧١).
وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: الفروق للقرافي (٤/ ٧١ ف ٢١٧، ٣٣٠، ٢٣٢ ف ٢٤٧)، وترتيب الفروق (ص ٣٣٥)، وتهذيب الفروق (٢/ ٣٣٧ ف ١١١) و(٤/ ٣٣١ ف ٢٤٧)، مطبوع مع الفروق ومع إدرار الشروق، وترتيب اللآلي (١/ ٦٠٠ قاعدة ١٠٠)، ومجلة الأحكام (٩٤، ٩٢٩)، وشرحها لسليم رستم باز (١/ ٦٠ م ٩٤، ٥٢٥ م ٥٢٩)، ودرر الحكام (١/ ٩٥ م٩٤)، (٢/ ٥٣٥ م٩٢٩)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٤٥٧)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٤٨ ف ٩٢/٨١)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ٢٧٦ و٤٠٥)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ١٢٩)، والقواعد الفقهية، أ.د. الباحسين (ص ١٩٦)، والقواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه (ص ٢١٦)، والوجيز في شرح القواعد الفقهية، د. زيدان (ص ١٦٣)، والقواعد الفقهية، د. الزحيلي (١/ ٥٧٠)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٥/ ٢١)، والقواعد الكلية، د. محمد عثمان شبير (ص ٣٢٠)، ومجلة الأحكام الشرعية (ص ٤٥٠ م ١٤٤٨)، والقواعد الفقهية من المغني للإدريس (ص ٢٥٢)، والقواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي (٢/ ٦٣٩).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الديات، باب: المعدن جبار والبئر جبار (٩/ ١٥) الحديث رقم (٦٩١٢)، ومسلم في صحيحه، كتاب الحدود، باب: جرح العجماء جبار والمعدن والبئر جبار (٥/ ١٢٧) الحديث رقم (٤٥٦٢).

فصاحة[١]. وبهيمة عجماء؛ لأنها لا تتكلم، وكل من لا يقدر على الكلام أصلاً فهو أعجم ومستعجم[٢].

والمراد بالعجماء في القاعدة: البهيمة[٣].

قال المصنف: «العجماء: هي التي لا تُبين»[٤].

وقال: «العجماء: البهيمة»[٥].

جُبار بالضم من «جبر» قال ابن فارس: «الجيم والباء والراء أصل واحد، وهو في أصل اللغة: جنس من العظمة والعلو والاستقامة»[٦].

يقال: رجل جبار إذا كان طويلاً عظيماً قوياً، تشبيهاً بالجبار من النخيل[٧].

قال المصنف: «جبار، أي: هدر»[٨].

الجبار: «الهدر الذي لا أرش فيه ولا دية»[٩]. أي: «لا مؤاخذة فيه ولا ضمان»[١٠].

---

(١) ينظر: معجم مقاييس اللغة (ص ٧١٥)، والمصباح المنير (ص ٢٠٥).

(٢) ينظر: الصحاح (٦/ ٢٥٨)، مادة (عجم).

(٣) ينظر في ذلك كله المصادر اللغوية السابقة، ومختار الصحاح (ص ٣٦٠)، والقاموس المحيط (ص ١٤٦٦) كلها مادة (عجم).

(٤) بدائع الصنائع (١/ ٣٩٦).

(٥) المصدر السابق (٥/ ٢٤٦)، (٦/ ٣٣٤).

(٦) معجم مقاييس اللغة (ص ٢١٦)، مادة (جبر)، وينظر: الصحاح للجوهري (٣/ ١٧١)، والقاموس المحيط (ص ٤٦٠) مادة (جبر).

(٧) ينظر: المصادر اللغوية السابقة وتهذيب اللغة (١١/ ٤١).

(٨) بدائع الصنائع (٥/ ٢٤٦)، (٦/ ١٧١).

(٩) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد (٧/ ١٩).

(١٠) المدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٤٨ ف ٨١/ ٩٢).

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أفادت القاعدة أن ما تحدثه البهيمة من الأضرار بالغير، ليلاً أو نهاراً، سواء كان بالنفس أو بالمال، فإنه يعتبر هدراً لا ضمان فيه على صاحبها، إذا لم يصدر منه تعد أو تفريط[١]، ولكن يشترط لذلك عدة شروط ذكرها العلماء، ووجدت المصنف قد أشار إليها[٢]، وهي:

الأول: أن لا يكون الإتلاف ناتجاً عن فعل إنسان، كأن يكون راكباً أو قائداً أو سائقاً أو رديفاً أو ضارباً أو ناخساً[٣] ونحو ذلك، أما إذا كان ناتجاً عن فعل إنسان فإنه يضمن[٤].

إلا أن المصنف ذكر أنه يستثنى من ذلك «ما إذا نفحت[٥] الدابة برجلها أو بذنبها وهو يسير فإنه لا ضمان في ذلك على راكب ولا سائق ولا قائد»[٦].

وقال: «والنفح مما لا يمكن التحرز عنه، وكذا البول والروث واللعاب، فسقط اعتباره والتحق بالعدم»[٧]. واحتج المصنف لذلك بقوله ^: **(الرجل جبار)**[٨].

---

(١) ينظر: درر الحكام لعلي حيدر (١/ ٩٥)، وشرح القواعد للزرقا (ص ٤٥٧)، والقواعد الكلية، د. محمد شبير (ص ٣٢١.

(٢) ينظر في ذلك: بدائع الصنائع (٦/ ٣٣٠ – ٣٣٣).

(٣) من (نخَسَ) الدابة كنَقر أي: غرز مؤخرها أو جنبها بعود ونحوه. المصباح المنير (ص ٢٢٧)، والقاموس المحيط (ص ٧٤٤).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٣٣١).

(٥) النفح: الرفس بالرجل، أي: ضربت بحافرها، المخصص لابن سيده (٢/ ١٢١)، والمصباح المنير (ص ٣١٧)، مادة (ن ف ح).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٣٣١).

(٧) ينظر: المصدر السابق.

(٨) أخرجه أبو داود في سننه، الديات، باب: الدابة تنفح برجلها (٤/ ٣٢٢)، برقم (٤٥٩٤). والنسائي في

=

الثاني: أن لا يقع تفريط ممن كانت البهيمة في حوزته، سواء كان مالكها، أو وكيله أو أجيره، أو مستأجراً أو مستعيراً أو مودعاً أو غاصباً، فإن وقع تفريط منه وجب الضمان عليه.

قال المصنف: «ولو انفتح الرباط، وذهبت من ذلك الموضع فما عطب به شيء فهو هدر؛ لأن معنى التعدي قد زال بزوالها من موضع الوقوف»[(١)].

وقال: «ولو نفرت الدابةمن الرجل، أو انفلتت منه، فما أصابت في فورها ذلك فلا ضمان عليه...؛ لأنه لا صنع له في نفارها وانفلاتها، ولا يمكنه الاحتراز من فعلها، فالمتولد منه لا يكون مضموناً»[(٢)].

أما كون الإتلاف وقع ليلاً أو نهاراً فلا فرق عند الحنفية في ذلك خلافاً للجمهور، فالحنفية يقولون: إذا أتلفت المواشي مالاً أو آدمياً ليلاً، أو نهاراً، فلا ضمان على صاحبها، إذا لم يفرط، وإلا يضمن[(٣)].

= السنن الكبرى، كتاب العارية، الدابة تصيب برجلها (٥/٣٥٥) الحديث رقم (٥٧٥٦)، والدارقطني في سننه، كتاب الحدود والديات (٣/١٥٢)، برقم (٢٠٨ – ٢٠٩)، كلهم عن سفيان بن حسين. قال الدارقطني: لم يتابع سفيان بن حسين على قوله: (الرجل جبار) وهو وهم؛ لأن الثقات خالفوه – عن الزهري – ولم يذكروا ذلك.

وقال البيهقي في السنن الصغرى (٧/٤٣٣): وأما ما روي عن النبي ^ من (الرجل جبار) فهو غلط، والله أعلم؛ لأن الحفاظ لم يحفظوها هكذا.

قال الألباني: ضعيف، مختصر إرواء الغليل (١/٣٠١).

(١) بدائع الصنائع (٦/٣٣١).

(٢) المصدر السابق (٦/٣٣٢ – ٣٣٣).

(٣) ينظر: الهداية (٢/٥٤٠)، والبحر الرائق (٨/٤١٢)، وتكملة حاشية رد المحتار (١/١٨١)، وترتيب اللالي (١/٦٠١).

وينظر قول الجمهور وأدلته في: الفروق للقرافي (٤/٣٣٠)، وتهذيب الفروق مطبوع مع الفروق (٤/٣٣٠)، وروضة الطالبين (١٠/١٩٦)، وفتح العزيز شرح الوجيز (١١/٢٤١)، والمغني لابن

=

أصل القاعدة:

١ – استدل المصنف للقاعدة بقوله ^ : **(جرح العجماء جبار)** [١].

وجه الدلالة من الحديث:

دل الحديث على أن ما أتلفته البهيمة، بجرح أو غيره، هدر، لا يضمنه صاحبها ما لم يتعد أو يفرِّط، سواء وقع ذلك منها ليلاً أو نهاراً.

٢ – ومما استدل به المصنف للقاعدة حديث: **(الرجل جبار)** [٢].

وجه الدلالة:

دل الحديث بمنطوقه على أن ما نفحته الدابة برجلها فإنه هدر، ويفهم من ذلك أن غير الرجل ليس بهدر، فيحمل على ما إذا كان معها راكب، أو سائق، أو قائد، ويحمل حديث **(جرح العجماء جبار)** [٣] على ما إذا لم يكن معها أحد يستطيع أن يمنعها من ذلك[٤].

قال السرخسي: «الرجل جبار، أي: هدر، والمراد نفحه الدابة بالرجل وهي تسير، وهذا لأنه ليس في وسعه التحرز من ذلك؛ لأن وجه الراكب أمام الدابة لا

= قدامة (١٠/ ٣٥١)، والشرح الكبير (٥/ ٤٥٥).

(١) سبق تخريجه. أما الحديث بهذا اللفظ فقد أخرجه النسائي في السنن الكبرى، كتاب الركاز، باب ذكر الركاز (٥/ ٣٥٦) الحديث رقم (٥٨٠٣)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الزكاة، باب زكاة الركاز (٤/ ١٥٥) الحديث رقم (٧٤٣٦)، ومالك في الموطأ (٥/ ١٢٧٦) الحديث رقم (٣٢٣٤)، وأحمد في مسنده (١٦/ ١٣٤) برقم (١٠١٤٧)، قال عنه شعيب الأرناؤوط: صحيح، وهذا إسناد حسن. وبوب النووي في شرح لصحيح مسلم على هذا اللفظ الباب الحادي عشر من كتاب الحدود فقال: باب جرح العجماء والمعدن والبئرجبار (٥/ ١٢٧).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٣٣١).

خلفها، وكذلك الذنب ليس في وسعه التحرز عن ذلك»[١].

وقال: «والرجل جبار، والمراد: أن الدابة إذا رمحت برجلها فلا ضمان فيه على السائق والقائد؛ لأن ذلك لا يستطاع الامتناع منه»[٢].

٣ – الإجماع. «أجمع العلماء على أن العجماء إذا جنت جناية نهاراً، أو جرحت جرحاً لم يكن لأحد فيه سبب أنه هدر لا دية فيه ولا أرش، واختلفوا في ذلك ليلاً»[٣].

الفروع المبنية على القاعدة:

١ – قال المصنف: «ولو كان المشترى حيوانين سوى بني آدم، فقتل أحدهما الآخر – قبل القبض – تسقط حصته من الثمن والمشتري بالخيار، إن شاء أخذ الباقي بحصته من الثمن وإن شاء ترك؛ لأن فعل العجماء جبار، فكأنه اشترى حيوانين ثم مات أحدهما قبل القبض حتف أنفه»[٤].

٢ – قال المصنف: «جناية البهيمة على جنسها هدر، لما روي عن النبي ^ أنه قال: **(جرح العجماء جبار)** أي: هدر، والعجماء: البهيمة»[٥].

ثم قال: «وكذلك جنايتها على خلاف جنسها؛ لعموم الحديث»[٦].

٣ – قال المصنف: «ولو نفحت الدابة برجلها، أو بذنبها، وهو يسير فلا ضمان في ذلك على راكب ولا سائق ولا قائد...؛ لأن النفح مما لا يمكن التحرز عنه»[٧].

---

(١) المبسوط (٧/ ٤١٤).

(٢) المصدر السابق (٦/ ٢٤٥).

(٣) التمهيد لابن عبدالبر (٧/ ٢١).

(٤) بدائع الصنائع ٤/ ٤٩٢).

(٥) المصدر السابق (٥/ ٢٤٦).

(٦) المصدر السابق.

(٧) المصدر السابق (٦/ ٣٣١).

٤ - ثم قال: «وكذا البول والروث واللعاب فسقط اعتباره والتحق بالعدم»[١].

٥ - وقال: «ولهذا سقط اعتبار ما ثار من الغبار من مشي الماشي، حتى لو أفسد متاعاً لم يضمن»[٢].

٦ - وقال: «وكذا ما أثارت بسنابكها[٣] من الغبار، أو الحصى الصغار لا ضمان فيه، لما قلنا كذا هذا»[٤].

٧ - وقال: «ولو كبح الدابة باللجام فنفحت برجلها، أو بذنبها فهو هدر؛ لعموم البلوى به»[٥].

٨ - وقال: «لو أرسل طيراً فأصاب شيئاً في فوره ذلك، لا يضمن ذلك بالإجماع...؛ لأنه يفعل ذلك باختياره وفعله جبار»[٦].

* * *

(١) المصدر السابق.

(٢) بدائع الصنائع (٦/ ٣٣١).

(٣) السنابك: جمع سنبك وهو طرف مقدم الحافر. ينظر: المصباح المنير (ص ١٣٧).

(٤) بدائع الصنائع (٦/ ٣٣١).

(٥) المصدر السابق.

(٦) المصدر السابق (٦/ ٣٣٣).

المطلب التاسع

قاعدة: « إتلاف مال مملوك للغير بغير إذنه يوجب الضمان »[١]

وذكرها المصنف بلفظ: « إتلاف مال مملوك لصاحبه يوجب الضمان »[٢].

وبلفظ: « إتلاف مال الغير بغير إذنه سبب لوجوب الضمان »[٣].

وبلفظ: « إتلاف مال مملوك للغير بغير إذنه لا حق له فيه يوجب الضمان »[٤].

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٣٧).

(٢) المصدر السابق (٥/ ٢٨٣).

(٣) المصدر السابق (٥/ ٣١٦).

(٤) المصدر السابق (٦/ ١٦٣).

وينظر أحكام هذه القاعدة وألفاظها في: قواعد الأحكام (١/ ١٤٥) و(٢/ ٢٦٥)، والفروق للقرافي (٢/ ٣٣٦ ف١١١)، (٤/ ٦٨ ف٢١٧)، وإعلام الموقعين (٣/ ٢٤٧)، والمجموع المذهب (٢/ ٢٢٤)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (٢/ ١٦٩)، والمنثور (٢/ ٧٢)، وتقرير القواعد (٢/ ٣١٦ قاعدة ٨٩)، والقواعد للحصني (٣/ ٤٢٠)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٩٢، ٢٠٤، ٣٦٢)، ولابن نجيم (ص ٣١٥ – ٣١٦، ٤٠١)، شرح المنهج المنتخب (٢/ ٧٢)، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية (ص ٣٩٧ قاعدة ١١٥)، وغمز عيون البصائر (٣/ ٢١١)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٩٦م ٩٦) و(٢/ ٥١٢م٨٩٠) و(٢/ ٥١٩ م٨٩١)، و(٢/ ٦١٦م٩٢٤)، وشرح المجلة لسليم رستم باز (١/ ٦١م٩٦، م ٨٩٠ وم٨٩١) (ص ٤٨٨، ٤٨٩)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٢١٣، ٤٦١)، وتحفة أهل الطلب (ص ١٠٥ قاعدة ٨٩)، وشرحها أ.د. اللاحم (ص ٣٠٠)، شرح القواعد السعدية، الزامل (ص ١٣٧)، والقواعد الكلية، د. شبير (ص ٣١٤)، والوجيز، د. زيدان (ص١٥٤)، والوجيز، د. عزام (ص ٣٧٨)، والقواعد الفقهية له أيضاً (ص ٥٠٥)، والقواعد الفقهية، د. الزحيلي (ص ٥٥١)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٤٠ ف ٨١/ ٨٥)، والقواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي (١/ ٣٥٥).

معاني مفردات القاعدة:

الإتلاف لغة: بسكون التاء مصدر «أتْلَف».

قال ابن فارس: «التاء واللام والفاء كلمة واحدة، وهو ذهاب الشيء، يقال: تَلِفَ يتْلَفُ تَلَفاً، وأرض مَتْلَفَة والجمع: متالِف»[١].

وفي الصحاح: «التَّلَفْ: الهلاك، وقد تلِفَ الشيء، وأتلفه غيره، ورجل متلاف، أي: كثير الإتلاف لماله»[٢].

وفي لسان العرب: «المتالف المهالك، وأتلف فلان ماله إتلافاً: إذا أفناه إسرافاً»[٣].

اصطلاحاً: عرفه المصنف بقوله: «إتلاف الشيء: إخراجه من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة»[٤].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أفادت القاعدة أن من تعدى على مال الغير بغير إذنه[٥]، وأخرجه من كونه منتفعاً به المنفعة المقصودة منه عادة وعرفاً[٦]، فإنه يضمن التلف الذي يتولد من فعله هذا.

كأن يباشر ذلك بسبب يقتضي الإتلاف، كالقتل، والإحراق، أو ينصب سبباً

---

(١) معجم مقاييس اللغة (ص ١٥٧) (تلف).

(٢) الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربية (٥/ ١٩) (تلف).

(٣) (٢/ ٢٣٢)، مادة (تلف). وينظر في ذلك: المصباح المنير (ص ٤٤) (ت ل ف)، والقاموس المحيط (ص١٠٢٦) (تلف)، ومختار الصحاح (ص ٧٢) (تلف).

(٤) بدائع الصنائع (٦/ ١٦٥).

(٥) لو حذف الضمير لكان أولى (إذن)؛ ليشمل إذن الشارع أيضاً، المدخل الفقهي العام (١/ ١٠٤٠ف ٨٥/٨١).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ١٦٥).

عدواناً، فيحصل به الإتلاف، بأن يؤجج ناراً في يوم ريح عاصف فيتعدى إلى إتلاف مال الغير ونحو ذلك[١].

ولوجوب الضمان بسبب الإتلاف شروط ذكرها المصنف، وهي[٢]:

١ – أن يكون المتلف مالاً، فلا يجب الضمان بإتلاف الميتة والدم وجلد الميتة وغير ذلك مما ليس بمال.

٢ – أن يكون متقوماً، فلا يجب الضمان بإتلاف الخمر والخنزير على المسلم، سواء كان المتلِف مسلماً، أو ذمياً؛ لسقوط تقوم الخمر والخنزير في حق المسلم.

٣ – أن يكون المتلِف من أهل وجوب الضمان عليه، حتى لو أتلفت مال مسلم بهيمة لا ضمان على مالكها؛ لأن فعل العجماء جبار، فكان هدراً.

٤ – أن يكون في الوجوب فائدة، فلا ضمان على المسلم في إتلاف مال الحربي، ولا على الحربي بإتلاف مال المسلم في دار الحرب، وكذا لا ضمان على العادل إذا أتلف مال الباغي، ولا على الباغي إذا أتلف مال العادل؛ لأنه لا فائدة في الوجوب؛ لعدم إمكان الوصول إلى الضمان، لعدم الولاية.

قال المصنف: «وإن شئت قلت: ومنها أن يكون مملوكاً، فلا يجب الضمان بإتلاف المباحات التي لا يملكها أحد، والتخريج على شرط التقوم أصح؛ لأن كون الشيء مملوكاً في نفسه ليس بشرط لوجوب الضمان؛ فإن الموقوف مضمون بالإتلاف وليس بمملوك أصلاً»[٣].

وقال: «فأما العصمة فليست بشرط لوجوب ضمان المال؛ إلا أن الصبي

---

(١) ينظر: تقرير القواعد (٢/ ٣١٦).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ١٦٩ – ١٧١).

(٣) المصدر السابق (٦/ ١٧٠).

مأخوذ بضمان الإتلاف، وإن لم تثبت عصمة المتلف في حقه»[١].

وقال: «وكذلك العلم بكون المتلف مال الغير ليس بشرط لوجوب الضمان، حتى لو أتلف مالاً على ظن أنه ملكه ثم تبين أنه ملك غيره ضمن...، إلا أنه إذا علم بذلك يضمن ويأثم وإن لم يعلم يضمن ولا يأثم»[٢].

أصل القاعدة:

استدل المصنف لهذه القاعدة بالآتي:

١ – قوله تعالى:] ^ _ ` a b c d e f Z [٣].

وجه الدلالة:

دلت الآية الكريمة على أن من اعتدى على مال غيره فأخرجه من أن يكون منتفعاً به المنفعة المقصودة منه عادة وعرفاً، فإن لصاحب المال أن يأخذ منه بدله[٤].

٢ – وقوله ^ : **(لا ضرر ولا إضرار في الإسلام)** [٥].

وجه الدلالة:

دل الحديث على نفي الضرر «وقد تعذر نفي الضرر من حيث الصورة، فيجب نفيه من حيث المعنى بالضمان، ليقوم الضمان مقام المتلف فينتفي الضرر بالقدر الممكن»[٦].

٣ – ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة بما ورد عن أنس بن مالك[٧] رضي الله عنه «أن

---

(١) المصدر السابق (٦/ ١٧١).

(٢) المصدر السابق.

(٣) من الآية رقم ١٩٤ من سورة البقرة.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ١٦٥)، وتيسر الكريم الرحمن (ص ٨٩).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ١٦٥).

(٧) هو الصحابي الجليل أنس بن مالك بن النضر بن ضمضم أبو حمزة الأنصاري، الخزرجي النجاري

=

النبي ^ كان عند بعض نسائه فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم بقصعة فيها طعام، فضربت بيدها فكسرت القصعة، فضمها وجعل فيها الطعام، وقال: **(كلوا)** وحبس الرسول القصعة حتى فرغوا فدفع القصعة الصحيحة وحبس المكسورة»[(١)].

وفي لفظ: «**طعام بطعام، وإناء بإناء**»[(٢)].

وجه الدلالة:

أن النبي ^ أوجب الضمان على من قام بإتلاف مال الغير بغير إذنه.

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «ولو اختلف الخياط ورب الثوب، فقال رب الثوب: أمرتك أن تقطعه قباء[(٣)]، وقال الخياط: أمرتني أن أقطعه قميصاً[(٤)]، فالقول قول رب الثوب مع يمينه عندنا، والخياط ضامن قيمة الثوب، وإن شاء رب الثوب أخذ الثوب

= المدني، خادم رسول الله ^ ، ولد قبل الهجرة بعشر سنين، روى عن النبي ^ علماً كثيراً، ودعا له النبي ^ أن يطول عمره ويكثر ولده، كما روى عن أبي بكر وعمر وعثمان وغيرهم، وحدث عنه الحسن وابن سيرين ولاشعبي وآخرون، مات سنة ٩٣هـ، وقيل غير ذلك.

ينظر: طبقات ابن سعد (٧/ ١٢)، وسير أعلام النبلاء (٣/ ٣٩٥).

(١) أخرجه بهذا اللفظ البخاري في صحيحه، كتاب المظالم والغصب، باب: إذا كسر قصعة أو شيئاً لغيره (٣/ ١٧٩) الحديث رقم (٢٤٨١).

(٢) أخرجه بهذا اللفظ الترمذي في سننه، كتاب الأحكام، باب ما جاء فيمن يكسر له شيء ما يحكم له من مال الكاسر (٣/ ٦٤٠) برقم (١٣٥٩)، وقال: حديث حسن صحيح، وصححه الألباني (المصدر نفسه).

والقصعة: وعاء يؤكل فيه ويثرد، وكان يتخذ من الخشب غالباً. ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٧٤٠).

(٣) القباء: ثوب ضيق من ثياب العجم. ينظر: المطلع (ص ٢٠٨).

(٤) القميص: ثوب مخيط بكمين غير مفرج يلبس تحت الثياب ولا يكون إلا من قطن أو كتان. ينظر: تاج العروس (١٨/ ١٢٨).

وأعطاه أجرة مثله...؛ لأن الخياط بقطعه الثوب لا على الصفة المأذون فيها صار متصرفاً في ملك غيره بغير إذنه فصار متلفاً الثوب عليه فيضمن قيمته»[١].

٢ – قال المصنف: «إن هلك – المبيع كله قبل القبض – بفعل أجنبي[٢] فعليه ضمانه، لا شك فيه، لأنه أتلف مالاً مملوكاً لغيره بغير إذنه ولا يد له عليه، فيكون مضموناً»[٣].

٣ – قال المصنف في عقد المضاربة[٤]: «ولو قال: خذ هذا المال فاشتر به هروياً بالنصف، أو رقيقاً بالنصف، ولم يزد على هذا شيئاً، فاشترى كما أمره فهذا – عقد – فاسد، وللمشتري أجر مثل عمله فيما اشترى، وليس له أن يبيع ما اشترى من غير إذن الآمر؛ لأنه أمره بالشراء لا بالبيع...، فإن باع منه شيئاً لا ينفذ بيعه من غير إجازة رب المال، ويضمن قيمته إن لم يقدر على عينه، لأنه صار متلفاً مال الغير بغير إذنه»[٥].

٤ – قال المصنف: «يجوز رهن مال الغير بإذنه... فإن كان – الإذن - مقيداً بأن سمى قدراً، أو جنساً، أومكاناً، أو إنساناً، يتقيد به، حتى لو أذن له أن يرهنه بعشرة لم يجز له أن يرهنه بأكثر منها ولا بأقل...، وكذلك لو أذن له أن يرهنه بجنس لم يجز له أن يرهنه بجنس آخر...، وكذا إذا أذن له أن يرهنه بالكوفة لم يجز له أن يرهنه بالبصرة...، وكذا إذا أذن له أن يرهنه من إنسان بعينه لم يجز له أن يرهنه من غيره...، فإن خالف في شيء مما ذكر فهو ضامن لقيمته إذا هلك؛ لأنه تصرف في

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٨٦ – ٨٧).

(٢) المراد بالأجنبي هو من ليس ببائع ولا مشترٍ ولا مبيع. ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٤٨٩ – ٤٩٠).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٤٩٠).

(٤) هي: عقد شركة في الربح بمال رجل وعمل من آخر. التعريفات (ص ٢١٦).

(٥) بدائع الصنائع (٥/ ١١٠).

ملك الغير بغير إذنه »[١].

٥ – قال المصنف: « وإذا كان في الرهن نماء، كاللبن والولد فاستهلكه المرتهن، أو الراهن، أو أجنبي... فعليه ضمانه، أما وجوب الضمان على الأجنبي والمرتهن فظاهر؛ لأن الزيادة ملك الراهن، وإتلاف مال مملوك للغير بغير إذنه يوجب الضمان »[٢].

٦ – قال المصنف: « ولو أن بقَّاراً رعى بقراً في أجمة مملوكة لإنسان، فليس له ذلك وهو ضامن لما رعى وأفسد من القصب لما ذكرنا، أن منفعة الأجمة القصب والحطب وهما مملوكان لصاحب الأجمة، وإتلاف مال مملوك لصاحبه يوجب الضمان »[٣].

٧ – قال المصنف: « ومما يغير حال المعقود عليه من الأمانة إلى الضمان: الإتلاف حقيقة أو معنى، وهو إعجاز المالك عن الانتفاع بالوديعة؛ لأن إتلاف مال الغير بغير إذنه سبب لوجوب الضمان »[٤].

* * *

(١) المصدر السابق (٥ / ١٩٧).

(٢) المصدر السابق (٥ / ٢٣٧).

(٣) المصدر السابق (٥ / ٢٨٣).

(٤) المصدر السابق (٥ / ٣١٦).

المبحث الثاني عشر
قواعد في الحقوق

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: قاعدة « الحقوق تتعلق بالعاقد » .

المطلب الثاني: قاعدة « الحق إذا ثبت لا يسقط إلا بالإسقاط » .

المطلب الثالث: قاعدة « الإقالة فسخ مطلق في حق الكل » .

المطلب الأول
قاعدة: « الحقوق تتعلق بالعاقد »[١]

وذكرها المصنف بلفظ: « حقوق العقد مقتصرة على العاقد »[٢].

ولفظ: « حقوق العقد ترجع إلى العاقد »[٣].

ولفظ: « حقوق البيع وكل عقد هو مبادلة المال بالمال يرجع إلى العاقد »[٤].

معاني مفردات القاعدة:

الحق لغة: من « حقَّ » الأمر « حقاً » و« حقة » و« حقوقاً »: صح وثبت، و« يَحِقُّ » عليك أن تفعل كذا: يجب، و« يَحُقُّ » لك أن تفعل كذا: يسوغ، وهو حقيق بكذا: جدير، وحقيق عليَّ ذلك: واجب، وأنا حقيق على كذا: حريص[٥].

قال ابن فارس: « الحاء والقاف أصل واحد، وهو يدل على إحكام الشيء وصحته، فالحق: نقيض الباطل »[٦]، وهو واحد الحقوق[٧]. والحق: من أسماء الله

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٩).

(٢) المصدر السابق (٥/ ٤٨٩).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٥٧، ٤٥٤)، (٥/ ٩٤، ٩٥، ١٦١).

(٤) المصدر السابق (٣/ ٥٩٩) و(٤/ ٣٢٢)، (٥/ ٢٣، ١٢٥، ٢١٧). وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٣/ ٣٩٨ م١٣٧٧) و(٣/ ٥٤٨م ١٤٦٠)، وشرح المجلة لسليم رستم باز (٢/ ٧٣٢ م١٣٧٧)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٢٦٩)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٥/ ١٤٥)، وتحفة الفقهاء (٢/ ١٠١ و٣٣١)، والهداية (٢/ ٢٢٩)، والمبسوط (٤/ ٥٢)، (٥/ ٥٩)، (٦/ ١٩٦، ٢٥٩)، والشرح الكبير (٤/ ٥١٩)، والإنصاف (٥/ ٣٧٥).

(٥) ينظر: المخصص لابن سيده (١/ ٢٥٩)، والمعجم الوسيط (١/ ١٨٧).

(٦) معجم مقاييس اللغة (ص ٢٢٧)، مادة (حق).

(٧) ينظر ذلك كله في: الصحاح للجوهري (٥/ ١٤٧)، والقاموس المحيط (ص ١١٢٩)، والمصباح المنير =

سبحانه وتعالى[١].

واصطلاحاً: الحكم المطابق للواقع[٢].

ويؤخذ على هذا التعريف أنه إن أريد بالحكم: خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخييراً أو وضعاً، فالحق ليس بخطاب الشارع إنما هو أثر الخطاب.

وإن أريد بالحكم: أثر الخطاب، فالأثر لا يقتصر على الشيء اللازم بل يشمل المباح ويشمل الأحكام الوضعية التي ليست حقاً لأحد مع أنها حكم ثابت فيكون التعريف غير مانع.

ويمكن أن نعرفه بأنه: «اختصاص ثابت شرعاً لتحقيق مصلحة يقتضي سلطة أو تكليف»[٣].

«فالاختصاص هو جوهر الحق وميزته، وقولنا: ثابت شرعاً: إشارة إلى أن مصدر الحق هو الشرع، فحيث أقره الشرع ثبت، وتحقيق المصلحة هي ثمرة الحق وغايته، وأما موضوعه: فهو ما يقتضيه من سلطة أو تكليف»[٤].

حقوق العقد هي: الأعمال والالتزامات التي لا بد منها للحصول على حكمه أو على الغاية والغرض منه[٥].

= (ص ٧٨) مادة (ح ق ق)، ومختار الصحاح (ص ١٣١) (ح ق ق)، وينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٣٤).

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٤)، والمصادر اللغوية السابقة.

(٢) ينظر: التعريفات للبركتي (ص٨٠)، والتعريفات للجرجاني (ص ٩٤)، وأنيس الفقهاء (ص ٢١٢).

(٣) ينظر: الحق في الشريعة الإسلامية، للأستاذ عثمان جمعة ضميريه، بحث منشور في مجلة البحوث الإسلامية (٤٠/ ٣٥٨).

(٤) المصدر السابق.

(٥) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته (٤/ ٣٠٠٨).

المعنى الإجمالي للقاعدة:

العقد لا بد له من عاقدين، والعاقدان إما أن يكونا أصليين، أي: كل منهما تعود نتائج العقد إليه. وإما أن يكونا وكيلين عمن تعود نتائج العقد إليهما، وإما أن يكون أحدهما أصيلاً والثاني وكيلاً.

ولفظ القاعدة يدل على أن حقوق العقد تتعلق بالعاقد سواء كان وكيلاً أو أصيلاً، وسواء كان العقد بيعاً أو شراءً أو نكاحاً أو إجارةً أو غير ذلك.

ولكن المتأمل في ذلك يجد أن المسألة فيها تفصيل وهو:

أن العقد إذا وقع بين أصيلين، أو بين أصيل وكفيل، فإن الأصيل تتعلق به حقوق العقد بلا خلاف، أيًّا كان نوع العقد.

أما إن كان أحدهما وكيلاً أو كلاهما وكيلين فهذا لا يخلو من أحد أمرين:

الأول: أن يلزم الوكيل إضافة العقد إلى الموكل، ولا يجوز له أن يضيفه إلى نفسه كالزواج والطلاق والخلع والصلح عن دم، والكتابة، والصلح عن إنكار ونحوه[1]، فحقوق العقد في هذا تكون للموكل وعليه، لا للوكيل.

قال المصنف: «وكل عقد يحتاج فيه إلى إضافته إلى موكل فحقوق هذه العقود تكون للموكل وعليه، والوكيل فيها سفيراً أو معبراً محضاً، حتى أن وكيل الزوج في النكاح لا يطالب بالمهر وإنما يطالب به الزوج...، ووكيل المرأة في النكاح لا يملك قبض المهر، وكذا الوكيل بالكتابة والخلع لا يملك قبض بدل الكتابة والخلع إن كان وكيل الزوج...» [2].

الثاني: قال المصنف: «كل عقد لا يحتاج – الوكيل – فيه إلى إضافته إلى الموكل ويكتفي فيه بالإضافة إلى نفسه، فحقوقه راجعة إلى العاقد؛ كالمبيعات

---

(١) كالهبة والصدقة والإعارة والإيداع والرهن والقرض. ينظر: بدائع الصنائع (٣/٣٨).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٥/٣٧)، ذكر ذلك مجملاً وفصله في مواضع منها: (٣/١٣٦، ٥٩٩، ٦٣٥)، و(٤/٢٢، ٥٧، ٣٢٢، ٣٤٨، ٤٣٥، ٤٥٤، ٥٥٥، (٥/١٦، ٢٠، ٢٣، ٣٨، ٩٥، ٢١٧).

والأشربة والإجارات والصلح الذي هو في معنى البيع...، ويكون الوكيل في هذه الحقوق كالمالك والمالك كالأجنبي، حتى لا يملك الموكل مطالبة المشتري من الوكيل بالثمن»[١].

أما إذا أضاف الوكيل العقد إلى الموكل، كأن يقول: اشتريت لفلان مثلاً، فإن الحقوق ترجع إلى الموكل، ولا يطالب الوكيل بشيء؛ لأنه في هذه الحالة يكون سفيراً ومعبراً محضاً عن الأصيل.

ويستثنى من ذلك ما إذا كان العاقد ليس محلاً للمسؤولية والتزام الحقوق، كالصبي، والمحجور عليه، والقاضي، وأمين القاضي ونحوه، فالحقوق حينئذ ترجع إلى الموكل نفسه لا إلى الوكيل[٢].

قال المصنف: «إنما تلزمه – الوكيل - العهدة وترجع الحقوق إليه إذا كان من أهل العهدة، أما إذا لم يكن بأن كان صبياً أو محجوراً فينفذ بيعه وشراؤه، وتكون العهدة – حقوق العقد – على الموكل لا عليه؛ لأن ذلك من باب التبرع، والصبي ليس من أهل التبرع، لكونه من التصرفات الضارة المحضة، فيقع محضاً لحصول التجربة والممارسة له في التصرفات»[٣].

وقال: «وأما القاضي أو أمينه فلا تلزمه – حقوق العقد -؛ لأن الولاية للقاضي إنما تثبت شرعاً نظراً لمن وقع له العقد، فلو لزمه العهدة لامتنع عن النظر خوفاً من لزوم العهدة»[٤].

---

(١) المصدر السابق (٥/ ٣٦).

(٢) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته (٤/ ٣٠٠٨ – ٣٠١٠).

(٣) بدائع الصنائع (٥/ ٣٨).

(٤) المصدر السابق (٤/ ٥٥٥).

أصل القاعدة:

استدل المصنف لذلك بالآتي:

١ - بقوله: «ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة...؛ لأن عقده كلامه القائم بذاته حقيقة، ويستحيل أن يكون الإنسان فاعلاً بفعل الغير حقيقة، وهذه حقيقة مقررة بالشريعة، قال الله تعالى:] وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ Z[(١)]. وقال عز شأنه:] لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا ٓ Z[(٢)(٣)].

٢ - وقال: «وكان ينبغي أن يكون أصل الحكم له - الوكيل - أيضاً؛ لأن السبب وجد منه حقيقة وشرعاً، إلا أن الشرع أثبت أصل الحكم للموكل؛ لأن الوكيل إنما فعله له بأمره وإنابته، وفعل المأمور مضاف إلى الآمر، فتعارض الشبهان، فوجب اعتبارهما بقدر الإمكان.

فعملنا بشبه الأمر والإنابة بإيجاب أصل الحكم للموكل، ونسبة الحقيقة المقررة بالشريعة بإثبات توابع الحكم للوكيل توفيراً على الشبهين حظهما من الحكم»[(٤)].

٣ – وقال: «ولا يمكن الحكم بالعكس، وهو إثبات أصل الحكم للوكيل وإثبات التوابع للموكل؛ لأن الأصل في نفاذ تصرفات الوكيل هو الولاية؛ لأنها علة نفاذه إذ لا ملك له، والموكل أصل في الولاية والوكيل تابع له؛ لأنه لا يتصرف بولاية نفسه، لعدم الملك، بل بولاية مستفادة من قبل الموكل فكان إثبات أصل الحكم للموكل.

---

(١) الآية رقم ٣٩ من سورة النجم.

(٢) من الآية رقم ٢٨٦ من سورة البقرة.

(٣) بدائع الصنائع (٥/ ٣٧).

(٤) المصدر السابق.

وإثبات التوابع للوكيل وضع الشيء في موضعه وهو حد الحكمة، وعكسه وضع الشيء في غير موضعه وهو حد السفه، بخلاف النكاح وأخواته؛ لأن الوكيل هناك ليس بنائب عن الموكل، بل هو سفير ومعبر بمنزلة الرسول»[١].

٤ – ويمكن أن يستدل للقاعدة بما روي عن النبي ^ : (أنه استسلف بكراً فجاءته إبل من الصدقة قال أبو رافع[٢] – رضي الله عنه – فأمرني رسول الله ^ أن أقضي الرجل بكرة، فقلت لا أجد في الإبل إلا جملاً خياراً رباعياً، فقال رسول الله ^ : **(أعطه إياه فإن خير الناس أحسنهم قضاء)** [٣].

وجه الدلالة من الحديث:

أن أمر النبي ^ أبا رافع بأن يقضيه من إبل الصدقة فيه دلالة على «أن النبي ^ إنما اشترى البعير للصدقة لا لنفسه؛ لأنه لو كان اشتراه لنفسه لم يكن ليقضيه من إبل الصدقة؛ لأنه لم يكن تحل له الصدقة، وهذا يدل على أن من اشترى لغيره يلزمه ثمن ما اشترى، وأن حقوق العقد متعلقة به دون المشترى له؛ لأن النبي ^ لم يمنعه اقتضاءه ومطالبته به»[٤].

---

(١) المصدر السابق (٥ / ٣٧ – ٣٨).

(٢) أبو رافع مولى رسول الله ^ ، اختلف في اسمه، فقيل: أسلم، وقيل: إبراهيم، وقيل: صاحل، وقيل غير ذلك، كان قبطياً، وكان للعباس فوهبه للرسول ^ ، أسلم بمكة وشهد أحداً والخندق على متاع رسول الله ^ ، أعتقه الرسول ^ لما بشره بإسلام العباس، وزوَّجه مولاته سلمى، وشهد فتح مصر، وتوفي سنة ٤٠هـ.

ينظر ترجمته في: سير أعلام النبلاء (٣/ ١٠).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب المساقاة، باب من استسلف شيئاً فقضى خيراً منه و«خيركم أحسنكم قضاءً» (٥ / ٥٤) الحديث رقم (٤١٩٢)..

(٤) ينظر: أحكام القرآن للجصاص (٢/ ١٩٩ – ٢٠٠).

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – ذكر المصنف «أن العبد المأذون، إذا أجر نفسه لمدة سنة، ثم أعتقه بعد مضي ستة أشهر فإنه بالخيار، إن شاء أمضى الإجارة، وإن شاء فسخ، ... فإن اختار الإجارة لم يكن له أن يرفضها بعد ذلك؛ لأنه باختياره الإجارة أبطل حق الفسخ فلا يحتمل العود، وقبض الأجرة كلها للمولى، وليس للعبد أن يقبض الأجرة، إلا بوكالة من المولى؛ لأن العاقد هو المولى وحقوق العقد ترجع إلى العاقد»[(١)].

٢ – قال المصنف: «وأما بيان من يمتلك منه شقص المشفوع فيه، فالشفيع يتملك من الذي في يده، إن كان في يد البائع أخذه منه ونقده الثمن والعهدة عليه، وإن كان في يد المشتري أخذه ودفع الثمن إليه والعهدة عليه، سواء كان المشتري عاقداً لنفسه أو لغيره؛ بأن كان وكيلاً بالشراء وقبض الدار ثم حضر الشفيع،... لأن الشفعة من حقوق العقد، وأنها راجعة إلى الوكيل، والوكيل في الحقوق أصيل بمنزلة المشتري لنفسه»[(٢)].

٣ – قال المصنف: «وتجوز الحوالة برأس مال السلم على رجل حاضر والكفالة به، لوجود ركن هذه العقد مع شرائطه، فيجوز كما في سائر العقود...، فإن قبض المسلم إليه رأس مال السلم من المحال عليه، أو الكفيل، أو من رب السلم، فقد تم العقد بينهما، إذا كان في المجلس، سواء بقي الحويل والكفيل أو افترقا بعد أن كان العاقدان في المجلس. وإن افترق العاقدان بأنفسهما قبل القبض بطل السلم وبطلت الحوالة والكفالة، وإن بقي المحال عليه والكفيل في المجلس، فالعبرة لبقاء العاقدين وافتراقهما لا لبقاء الحويل والكفيل وافتراقهما؛ لأن القبض من حقوق العقد، وقيام

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٥٧).

(٢) المصدر السابق (٤/ ١٣٦).

العقد بالعاقدين فكان المعتبر مجلسهما»[١].

٤ – ذكر المصنف «أن من شروط صحة الصرف قبض البدلين قبل الافتراق...، «والمعتبر بالافتراق افتراق المتعاقدين، سواء كانا مالكين، أو نائبين عنهما، كالأب والوصي والوكيل؛ لأن القبض من حقوق العقد، وحقوق العقد تتعلق بالعاقدين، فيعتبر افتراقهما»[٢].

٥ – قال المصنف: «وتجوز الحوالة ببدل الصرف، إذا كان المحتال عليه حاضراً، وكذلك الكفالة، وكذلك الرهن به والصرف على حاله، فإن قبض من المحتال عليه، أو من الكفيل، أو هلك الرهن بيد المرتهن في المجلس، فالصرف ماض على الصحة، وإن افترق المتصارفان قبل القبض وهلك الرهن، بطل الصرف،... والعبرة لبقاء العاقدين في المجلس وافتراقهما عنه، لا لبقاء المحال عليه والكفيل وافتراقهما؛ لما ذكرنا أن القبض من حقوق العقد فيتعلق بالعاقدين فيعتبر مجلسهما»[٣].

٦ – قال المصنف: «الخصومة في البيع تلزم البائع، سواء كان حكم العقد[٤] له أو لغيره، بعد أن كان من أهل أن تلزمه الخصومة، إلا القاضي أو أمينه، كالوكيل والمضارب والشريك والمكاتب والمأذون والأب والوصي؛ لأن الخصومة في العيب من حقوق العقد، وحقوق العقد في هذا الباب راجعة إلى العاقد إذا كان أهلاً»[٥].

٧ – قال المصنف: «وليس للوكيل بالبيع أن يبيع من نفسه؛ لأن الحقوق تتعلق

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٤٣٥).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٤٥٤).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٤٥٨).

(٤) هو الغرض والغاية المقصودة منه. (الفقه الإسلامي وأدلته (٤/ ٣٠٠٨).

(٥) بدائع الصنائع (٤/ ٥٥٥).

بالعاقد، فيؤدي إلى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلِّماً ومتسلماً، مطالِباً ومطالَباً، وهذا محال»[١].

* * *

(١) المصدر السابق (٥/ ٢٩).

المطلب الثاني
قاعدة: « الحق إذا ثبت لا يسقط إلا بالإسقاط »

ذكرها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: « إسقاط الحق بعد وجود سبب الوجوب جائز »[٢].

وبلفظ: « الإنسان بسبيل من التصرف في حقه استيفاء وإسقاطاً »[٣].

وبلفظ: « ما ثبت حقاً للعبد يحتمل السقوط بإسقاطه مقصوداً »[٤].

وبلفظ: « الإنسان يملك التصرف في حق نفسه مقصوداً استيفاء وإسقاطاً »[٥].

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ١٢٣).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٦٠).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٥٥٧، ٥٧٠).

(٤) المصدر السابق (٢/ ٨٩٥)، (٥/ ٥٧٩).

(٥) المصدر السابق (٥/ ٥٧٩)، (٦/ ٢٩٨). وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في:
قواعد الأحكام (١/ ٣٥٤)، (٢/ ١٥١)، والفروق للقرافي (١/ ٢٥٦ ف٢٢)، و(٢/ ٢٠١ ف٧٩)، وترتيب الفروق (ص ٢٩١)، وتهذيب الفروق مطبوع مع الفروق (١/ ٢٥٦ ف ٢٢) و(٢/ ٢٠١ ف٧٩)، والمنثور للزركشي (١/ ٢٩٦)، وإيضاح المسالك (ص ٢٢٥ قاعدة ٣٦)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٣٥٠)، وشرح المنهج المنتخب (١/ ٤٦٧)، وترتيب اللآلي (١/ ٥٢٢ قاعدة ٧٦١ و٢/ ٧٤١ قاعدة ١٣٧)، وشرح المجلة لسليم رستم باز (١/ ٤٠م ٥١ و(٢/ ٨٤٧ م ١٥٦١)، ودرر الحكام لعلي حيدر (١/ ٥٤ م٥١ و(٣/ ٢٤٣ م١٢٢٧) و(٤/ ٦٧م ١٤٦١) و(٤/ ٦٨م ١٥٦٢)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٢٦٧) حيث قال: « لم أر من ذكر ضابطاً جامعاً لما يسقط من الحقوق بإسقاط صاحبه له وما لا يسقط، وبعد إعمال الفكر وإجالة النظر في الفروع السابقة ظهر لي من خلالها ضابط يغلب على الظن صدقه وصحته وهو: أن كل ما كان حقاً، صاحبه عامل فيه لنفسه، وكان قائماً حين الإسقاط خالصاً للمسقط، أو غالباً، ولم يترتب على إسقاطه تغيير وضع شرعي، وليس

=

معاني مفردات القاعدة:

الحق: تقدم تعريفه لغة واصطلاحاً.

الإسقاط لغة: قال ابن فارس: «السين والقاف والطاء أصل واحد يدل على الوقوع، وهو مطرد. من ذلك: سَقَطَ الشيء يسقُط سُقُوطاً، والسَّقَطْ: ردئ المتاع، والسِّقاط والسَّقْط: الخطأ من القول والفعل»[(١)].

وفي المصباح المنير: «سقط سقوطاً: وقع من أعلى إلى أسفل، ويتعدى بالألف، فيقال: «أسْقَطْتُهُ»، وأسْقَطَتْ الحامل بالألف: ألقت (سِقْطاً)، والسقطة هي الوقعة»[(٢)].

فالإسقاط هو: الإيقاع والإلقاء[(٣)].

الإسقاط اصطلاحاً: إزالة الملك أو الحق لا إلى مالك ولا إلى مستحق[(٤)].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أنه إذا ثبت حق من الحقوق لشخص ما، ذكراً كان أو أنثى، صغيراً أو كبيراً،

= متعلقاً بتملك عين على وجه متأكد، يسقط بالإسقاط، وما لا فلا».

وينظر أيضاً أحكام هذه القاعدة في: المدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٢٨ ف ٨١/ ٧٤)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ١١٢) و(ص ٤١٠)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٥/ ١٢٤)، والوجيز للبورنو أيضاً (ص ٣٦٩)، والقواعدالكلية د. شبير (ص ٣٨٨)، والقواعد الفقهية د. محمد الزحيلي (١/ ٥٢١)، وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب (ص ١٣٩)، والقواعد الفقهية للدعوى القضائية (٢/ ٦٨٧ وما بعدها)، ومجلة البحوث الإسلامية (٤٠/ ٣٤٩)، والقواعد الفقهية د. عبدالعزيز عزام (ص ٤٩٨)، وموسوعة القواعد الفقهية المنظمة للمعاملات المالية (ص ٨٧)، وجمهرة القواعد الفقهية (١/ ٥٤٥).

(١) معجم مقاييس اللغة (ص ٤٦٣).

(٢) (ص ١٤٦).

(٣) ينظر: المصادر السابقة ولسان العرب (٧/ ٢٠٧)، ومختار الصحاح (ص ٢٦٦) كلها مادة (س ق ط).

(٤) ينظر: الموسوعة الفقهية (١/ ١٤٣) و(٤/ ٢٢٥) و(٤٤/ ٩٣)، والقواعد الكلية، د. شبير (ص ٣٨٩).

حراً أو عبداً، فإنه لا يجوز إسقاطه ولا يسقط من نفسه بمجرد التقادم ومرور الزمن وطول الأجل، وإنما يسقط بإسقاط صاحبه له دون غيره[١].

فلفظ القاعدة يفيد أن أي حق من الحقوق الثابتة يسقط بالإسقاط، ولكن هذا ليس على إطلاقه بل مقيد بقيود ذكرها العلماء[٢]، ونص عليها المؤلف في ثنايا التفريع على القاعدة، وهذه القيود منها ما هو خاص بالمسقِط بكسر القاف، أو المسقط عنه، أو محل الإسقاط وهو الحق الذي يرد عليه الإسقاط سواء كان بعوض أو بغير عوض وهي:

١ – الشروط العائدة إلى المسقِط:

أ – أن يكون ممن يصح تصرفه وتبرعه، بأن يكون بالغاً عاقلاً غير محجور عليه لسفه أو دين، فلا يصح إسقاط الصبي والمجنون والسفيه.

ب – أن يكون مختاراً، فلا يصح إسقاط المكرَه.

ج – أن يكون مالكاً لما يتصرف فيه عاملاً فيه لنفسه، فلا يصح إسقاط من يعمل فيه لغيره، كناظر الوقف ووصي اليتيم.

٢ – الشروط العائدة إلى المسقط عنه: أن يكون معلوماً، معيناً، موجوداً وقت الإسقاط، فلا يصح الإسقاط عن مجهول أو ميت.

٣ – الشروط العائدة إلى المسقَط – بفتح القاف -:

---

(١) ينظر: الموسوعة الفقهية (٥ / ١٢٤) بتصرف يسير.

(٢) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٣٥٠ وما بعدها) وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٢٦٧ – ٢٧٠)، والمدخل الفقهي العام (٢ / ١٠٢٩ – ١٠٣٠)، والقواعد الكلية، د. محمد عثمان شبير (ص ٣٩١)، وموسوعة القواعد الفقهية المنظمة للمعاملات المالية الإسلامية (ص ٨٧)، ومجلة البحوث الإسلامية (٤٠ / ٣٦٧)، والقواعد الفقهية للدعوى القضائية (٢ / ٦٩١ – ٦٩٢)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (ص ٣٦٩ – ٣٧٠)، والقواعد الفقهية د. محمد الزحيلي (١ / ٥٢٠).

أ – أن يكون الحق قائماً حين الإسقاط، فلا يصح إسقاط الحق قبل وجوبه: كإسقاط الزوجة نفقتها عن زمن مستقبل. قال المصنف: «إسقاط الشيء قبل ثبوته وثبوت سببه محال»[١].

ب – أن لا يكون عيناً من الأعيان؛ لأن إسقاط الأعيان لا يفيد زوال الملك عن العين، كقول الوارث أسقطت حقي من الميراث[٢]. قال المصنف: «إسقاط الأعيان لا يعقل»[٣].

ج – أن يكون قابلاً للإسقاط شرعاً، «فما ثبت حقاً لله تعالى خالصاً لا يقدر العبد على إسقاطه مقصوداً كخيار الرؤية»[٤]، وكذلك الإبراء عن رأس مال السلم قبل قبضه «لأنه مستحق القبض حقاً للشرع فلا يملك إسقاطه بنفسه بالإبراء»[٥].

د – أن يكون خالصاً للمسقِط، فلا يجوز إسقاط حق تعلق به حق للغير، «لأن حق الإنسان لا يسقط من غير إسقاطه»[٦]، كما في الحدود والتعازير.

قال المصنف: «العفو عن حق الغير لا يصح»[٧].

أصل القاعدة:

١ – استدل المصنف بقوله تعالى:] Z Y [\ ] [^ _ ` | b c

v u | s r q p o n m l k j i | g f e d

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٣/ ٤٣٤، ٤٣٩).

(٢) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٣٥٠).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٥٧٩)، (٣/ ٤٣٤)، (٤/ ١٢٠)، (٤/ ٥٣٤).

(٤) بدائع الصنائع (٤/ ٤٣٤) و(٥/ ١٧٢).

(٥) المصدر السابق (٤/ ٥٨٥).

(٦) المصدر السابق (٣/ ٢٣٨).

(٧) المصدر السابق (٥/ ٦١).

w x y { | } ~ { | } ~ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٌ Z[١].

وجه الدلالة من الآية:

دلت الآية على أن لولي الدم أن يسقط حقه في القصاص إذا كان أهلاً لذلك، ويأخذ الدية من القاتل[٢].

قال المصنف: «لأن القصاص حق للمولى، ولصاحب الحق أن يتصرف في حقه استيفاءً وإسقاطاً إذا كان من أهل الإسقاط والمحل قابل للسقوط، ولهذا يملك العفو»[٣].

٢ – قوله تعالى:] وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن ´ µ ¶ ¸ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ ۚ وَأَن تَعْفُوٓا۟ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ۚ وَلَا تَنسَوُا۟ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ Z[٤].

وجه الدلالة من الآية:

دلت الآية أن للمطلقة أن تعفو عن ما ثبت لها بعقد النكاح وقبل المسيس وهو نصف المهر إن كانت من أهل الإسقاط، وإلا فيعفو الولي عن ذلك؛ لأن الأمر فيه إليه.

قال المصنف: «والعفو إسقاط»[٥].

وقال ابن العربي: «الواجب لهن من الصداق أذن الله تعالى لهن في إسقاطه بعد وجوبه، إذ جعله خالص حقهن، يتصرفن بالإمضاء والإسقاط كيف شئن، إذا

---

(١) الآية رقم ١٧٨ من سورة البقرة.

(٢) ينظر: القواعد الكلية (ص ٣٩٠) بتصرف يسير.

(٣) بدائع الصنائع (٦/ ٢٩٨) و(٥/ ٦١).

(٤) الآية رقم ٢٣٧ من سورة البقرة.

(٥) بدائع الصنائع (٥/ ١٧٢)، وينظر أحكام القرآن للجصاص (١/ ١٨٩).

ملكن أمر أنفسهن في الأموال ورشدن»[١].

وقال الشافعي: «دلت هذه الآية على أن على الرجل أن يسلم إلى المرأة نصف مهرها، كما كان عليه أن يسلم إلى الأجنبيين من الرجال ما وجب لهم، وأنها مسلطة على أن تعفو عن مالها، وندب الله – عز وجل – إلى العفو، وذكر أنه أقرب للتقوى، وسوى بين الرجل والمرأة فيما يجوز من عفو كل واحد منهما ما وجب له»[٢].

٣ – قوله تعالى:] وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۚ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ ۖ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ Z[٣].

وجه الدلالة من الآية:

دلت الآية على أن إسقاط الدين عن المعسر والتنفيس عليه بإغنائه خير من الإنظار إلى الميسرة وأكثر ثواباً، حيث جعله الله صدقة؛ لأن فيه تفريج الكرب وإغاثة الملهوف، مما يدل على جواز إسقاط الحق بعد ثبوته، وأنه قد يثاب على ذلك.

قال الجصاص: «يعني – والله أعلم – أن التصدق بالدين الذي على المعسر خير من إنظاره به»[٤].

٤ – قوله ^ : **(من سره أن ينجيه الله من كرب يوم القيامة فلينفس عن معسر أو يضع عنه)** [٥].

وجه الدلالة من الحديث:

حث النبي ^ صاحب الحق على إسقاط حقه عن المدين إذا كان معسراً

---

(١) أحكام القرآن (١ / ٢١٩).

(٢) أحكام القرآن للشافعي (١ / ١٣٩).

(٣) من الآية رقم ٢٨٠ من سورة البقرة.

(٤) أحكام القرآن (٢ / ٢٠٤).

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب فضل إنظار المعسر (٥ / ٣٣) الحديث رقم (٤٠٨٣).

ورغَّب في ذلك، مما يدل على أن لصاحب الحق أن يسقط حقه بعد ثبوته، بل إنه يثاب على ذلك والحالة هذه.

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «إذا أبرأ المؤاجر المستأجر من الأجرة... قال محمد: إن كان ديناً جاز... لأن الإبراء إسقاط، وإسقاط الحق بعد وجود سبب الوجوب جائز، كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت، وسبب الوجوب هنا موجود وهو العقد المنعقد»[(١)].

٢ – قال المصنف: «مما يبطل حق الشفعة بعد ثوبته، قول الشفيع: أبطلت الشفعة، أو أسقطتها، أو أبرأتك عنها، أو سلمتها ونحو ذلك؛ لأن الشفعة خالص حقه فيملك التصرف فيه استيفاء وإسقاطاً كالإبراء عن الدين والعفو عن القصاص ونحو ذلك»[(٢)].

٣ – قال المصنف: «لو صالح المشتري الشفيع من الشفعة على مال، لم يجز الصلح، ولم يثبت العوض، وبطل حق الشفعة،... وأما بطلان حق الشفيع في الشفعة؛ فلأنه أسقطه بالصلح، فالصلح وإن لم يصح فإسقاط حق الشفعة صحيح؛ لأن صحته لا تقف على العوض[(٣)]، بل هو شيء من الأموال لا يصلح عوضاً عنه، فالتحق ذكر العوض بالعدم فصار كأنه سلم بلا عوض»[(٤)].

٤ – قال المصنف: «يجوز الإبراء عنه – المسلم فيه قبل قبضه -؛ لأن قبضه ليس

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٦٠).

(٢) المصدر السابق (٤/ ١٢٠).

(٣) في طبعة دار إحياء التراث وهي المعتمدة لدي (العرض) وما أثبته هو الصحيح؛ لأنه يناسب سياق الكلام وهو الموجود في طبعة دار الكتاب العربي.

(٤) المصدر السابق (٤/ ١٢٢).

بمستحق على رب السلم، فكان هو بالإبراء متصرفاً في خالص حقه بالإسقاط فله ذلك»[١].

٥ – قال المصنف: «شرط البراءة عن العيب في البيع عندنا صحيح، فإذا أبرأه فقد أسقط حق نفسه، فصح الإسقاط فيسقط ضرورة»[٢].

٦ – قال المصنف: «مما يمنع الرد بالعيب ويسقط به الخيار بعد ثوبته: الرضا بالعيب بعد العلم به... كأن يقول: رضيت بالعيب، أو أجزت هذا البيع، أو أوجبته، وما يجري هذا المجرى... والحاصل: أن كل تصرف يوجد من المشتري بعد العلم بالعيب يدل على الرضا بالعيب يسقط الخيار ويلزم البيع»[٣].

٧ – وقال المصنف: «ومنها «أي مسقطات خيار الرد بالعيب» إبراء المشتري عن العيب؛ لأن الإبراء إسقاط وله ولاية الإسقاط؛ لأن الخيار حقه، والمحل قابل للسقوط، ألا ترى كيف احتمل السقوط بالإسقاط صريحاً، فإذا أسقطه يسقط»[٤].

٨ – قال المصنف: «وأما بيان ما يبطل به حق الرجوع بعد ثوبته وما لا يبطل: فحق الرجوع يبطل بصريح الإبطال وما يجري مجرى الصريح، نحو قوله أبطلته، أو أسقطته، أو أبرأتك عنه، وما يجرى هذا المجرى؛ لأن خيار الرجوع حقه، كخيار الرد... والإنسان بسبيل من التصرف في حقه استيفاء وإسقاطاً»[٥].

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٤٥١).

(٢) المصدر السابق (٥/ ٥٤٨).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٥٥٦ – ٥٥٧).

(٤) المصدر السابق (٤/ ٥٥٧).

(٥) المصدر السابق (٤/ ٥٧٠).

٩ – قال المصنف: «أما ما يسقط خيار الرؤية بعد ثبوته ويلزم البيع في الأصل نوعان: اختياري وضروري، والاخيتاري نوعان: صريح وما يجري مجرى الصريح، ودلالة، أما الصريح وما في معناه فنحو أن يقول: أجزت البيع، أو رضيت، أو اخترت، أو ما يجري هذا المجرى – وذلك بعد الرؤية -.

وأما الدلالة: فهو أن يوجد من المشتري تصرف في المبيع بعد الرؤية يدل على الإجازة والرضا»[1].

* * *

(١) المصدر السابق (٤/ ٥٧٧).

المطلب الثالث

قاعدة: « الإقالة فسخ مطلق في حق الكل »[١]

ذكرها بهذا اللفظ[٢].

وبلفظ: « الإقالة فسخ »[٣].

معاني مفردات القاعدة:

الإقالة لغة: بكسر الهمزة، مصدر « أَقَال » « يُقيلُ »، ومنه: أقال الله عثرته إذا رفعه من سقوطه[٤]، و« أقالَه » البيع « إقالة » وهو فَسْخُه، وربما قالوا: « قاله » البيع،

---

(١) هذا على رأي زفر من الحنفية، ووافق في ذلك رأي الشافعية والحنابلة، وسيأتي زيادة إيضاح لذلك قريباً.

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ٥٩٥).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٣٩٧، ٣٩٨، ٤٥٢، ٥١١٣، ٥٩٣)، (٥/ ١٩٣).

وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: الأشباه والنظائر لابن الوكيل (١/ ٣٠٧)، والمجموع المذهب (٢/ ١٠٨)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٢٩٠)، (٢/ ٣٠٥)، والمنثور (٢/ ١٧١)، وتقرير القواعد (٣/ ٣٠٩)، وإيضاح المسالك (ص ٣٤٦ قاعدة ٩١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٧٢)، ولابن نجيم (ص ٢٣٩)، وغمز عيون البصائر (٢/ ٢٦٨، ٢٨٥، ٢٨٦)، وشرح المنهج المنتخب (١/ ٣٤٩)، وشرح المجلة لسليم رستم باز (ص ٩٠ – ٩٥) م١٩٠ – ١٩٦)، ودرر الحكام لعلي حيدر (١/ ١٣٠م ١٦٣ و١/ ١٦٥ – ١٧٥ م١٩٠ – ١٩٦)، والمدخل الفقهي العام (١/ ٦٢٤ ف ٤٦/ ٢٥)، وإيضاح القواعد الفقهية للحجي (ص ١٨٧)، والقواعد الفقهية د. عبدالعزيز عزام (ص ٤٠٤)، والقواعد الفقهية د. محمد الزحيلي (٢/ ٩٠٩، ٩٤٣، ٩٩٧)، تحفة أهل الطلب (ص ١٩٢) وشرحها (ص ٤٩٣)، والقواعد الفقهية المستنبطة من المدونة الكبرى (٢/ ٧٧٨ قاعدة ٢٠٧)، وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب (ص ٣٠٠)، ومثله من خلال كتاب البهجة شرح التحفة (ص ٢٢٩).

(٤) ينظر: المصباح المنير (ص ٢٦٩) (ق ي ل).

بغير ألف وهي لغة قليلة، و« استقاله » البيع فأقاله إياه[١]، و« المقايلة والمبادلة والمعاوضة » سواء[٢].

« يقال: أقاله يُقيلُه إقالة، وتقايلا: إذا فسخا البيع، وعاد المبيع إلى مالكه والثمن إلى المشتري، إذا كان قد ندم أحدهما أو كلاهما، وتكون الإقالة في البيعة والعهد »[٣].

قال المصنف: « الإقالة في اللغة: عبارة عن الرفع، يقال في الدعاء: اللهم أقلني عثراتي، أي: ارفعها »[٤].

اصطلاحاً: قال المصنف: « إلحاق ما سلف بالعدم »[٥].

وقيل: هي رفع العقد بعد وقوعه[٦]. وهذا قريب من تعريف المصنف، فالرفع هو الفسخ. « وفسخ العقد رفعه من الأصل كأن لم يكن »[٧]. وهذا هو العدم.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أنه إذا ندم أحد المتعاقدين بعد لزوم العقد، وأراد الرجوع عن العقد، وطلب

---

(١) ينظر: المصدر السابق، ومختار الصحاح (ص ٤٨١)، ولسان العرب (١٢/ ٢٣٧)، والقاموس المحيط (ص ١٣٥٩) كلها مادة (قيل).

(٢) ينظر: المصباح المنير (ص ٢٦٩).

(٣) لسان العرب (١٢/ ٢٣٨).

(٤) بدائع الصنائع (٤/ ٥٩٣).

(٥) المصدر السابق (٤/ ٣٩٥).

(٦) ينظر: الكليات للكفوي (ص ١٥٩)، وأنيس الفقهاء (ص ٢٠٨)، والمدخل (ص ٦٢٦)، وهناك من عرفها بتعريف قصرها به على إقالة البيع حيث قال: « رفع عقد البيع وإزالته ». ينظر: تعريفات البركتي ومجلة الأحكام العدلية (م ١٦٣).

(٧) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٣٩٨).

من الطرف الآخر إقالته، ورضي الطرف الآخر بذلك، فإنها تعتبر فسخاً للعقد، وليست بيعاً جديداً، وفسخ العقد رفعه من الأصل كأن لم يكن[١].

ولفظ القاعدة يوافق رأي زفر من الحنفية، حيث قال: إن الإقالة فسخ في حق الناس كافة[٢]. وهو قول الشافعية[٣] والحنابلة[٤].

أما المالكية فيرون أن الإقالة بيع من البيوع، إلا في ثلاث مسائل: المرابحة، والطعام، والشفعة[٥].

أما الحنفية فقد اختلفوا في ماهية الإقالة، وبيان ذلك:

عند أبي حنيفة: الإقالة فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق ثالث، سواء كان قبل القبض أو بعده. وروي عنه – رحمه الله – أنها فسخ قبل القبض، بيع بعده[٦].

وقال أبو يوسف: إنها بيع جديد في حق العاقدين وغيرهما، إلا أنه لا يمكن أن تجعل بيعاً، فتجعل فسخاً.

دليله: أن معنى البيع هو مبادلة المال بالمال، وهو أخذ بدل وإعطاء بدل، وقد وجد فكانت الإقالة بيعاً لوجود معنى البيع فيها، والعبرة للمعنى لا للصورة[٧]، ولهذا أعطي حكم البيع في كثير من الأحكام...، وكذا اعتبر بيعاً في حق الثالث عند

---

(١) المصدر السابق.

(٢) ينظر: المصدر السابق (٤/ ٥٩٣).

(٣) ينظر: الأشباه والنظائر لابن الوكيل (١/ ٣٠٧)، ولابن السبكي (١/ ٢٩٠)، وللسيوطي (ص ١٧٢).

(٤) ينظر: تقرير القواعد (٣/ ٣٠٩).

(٥) ينظر: إيضاح المسالك (ص ٣٤٧)، وشرح المنهج المنتخب (١/ ٣٥٠).

والمرابحة هي: بيع ما اشتراه البائع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح. بدائع الصنائع (٤/ ٥٩٨).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٥٩٣).

(٧) تقدم الكلام عن هذه القاعدة (ص ٥٢).

أبي حنيفة[١].

وقال محمد: إنها فسخ، إلا أنه لا يمكن أن تجعل فسخاً فتجعل بيعاً للضرورة[٢].

وقال زفر: إنها فسخ في حق الناس كافة[٣].

دليل من قال: إنها فسخ هو:

أن الإقالة في اللغة عبارة عن الرفع، يقال في الدعاء: اللهم أقلني عثراتي، أي: ارفعها، والأصل أن معنى التصرف شرعاً ما ينبئ عنه اللفظ لغة، ورفع العقد فسخه.

ولأن البيع والإقالة اختلفا اسماً، فيختلفان حكماً؛ لأن اختلاف الأسامي دليل اختلاف المعاني في الأصل[٤]، فإذا كانت رفعاً لا تكون بيعاً؛ لأن البيع إثبات، والرفع نفي، وبينهما تناف، فكانت الإقالة على هذا التقدير فسخاً محضاً[٥].

أما دليل أبي حنيفة على أنها بيع في حق ثالث: فلأن كل واحد من المتعاقدين يأخذ رأس ماله ببدل وهذا معنى البيع، إلا أنه لا يمكن إظهار معنى البيع في حق المتعاقدين لاختلاف البيع والإقالة في الاسم، فأظهرناه في حق الثالث.

ثمرة هذا الاختلاف:

قال المصنف: «وثمرة هذا الاختلاف – تظهر فيما – إذا تقايلا ولم يسميا الثمن الأول، أو سميا زيادة على الثمن الأول، أو أنقص من الثمن الأول، أو سميا جنساً آخر سوى الجنس الأول، قل أو كثر، أو أجلا الثمن الأول.

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/٥٩٣).

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق.

(٤) هذه القاعدة سبق شرحها. ينظر (ص ٣٧٧).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٤/٥٩٣).

فعند أبي حنيفة: أن الإقالة على الثمن الأول – إن وجد – وتسمية الزيادة والنقصان والأجل والجنس الآخر باطلة، سواء كانت الإقالة قبل القبض أو بعدها، والمبيع منقول، أو غير منقول؛ لأنها فسخ في حق العاقدين، والفسخ رفع العقد، فيكون بالثمن الأول ضرورة، ولا يختلف بين ما قبل القبض وبين ما بعده، وبين المنقول وغير المنقول، وتبطل تسمية الزيادة والنقصان والجنس الآخر والأجل، وتبقى الإقالة صحيحة؛ لأن إطلاق تسمية هذه الأشياء لا يؤثر في الإقالة؛ لأن الإقالة لا تبطلها الشروط الفاسدة»[(١)]. والحكم هكذا على قول زفر أيضاً.

وعلى قول أبي يوسف: تصح الإقالة بما ذكرا من الثمن، وشرطا من الزيادة والنقصان، إذا كان بعد القبض؛ لأنها بيع جديد.

وإن كان قبل القبض، والمبيع عقاراً، فكذلك؛ لأنه يمكن جعله بيعاً.

وإن كان منقولاً، فالإقالة فسخ؛ لأنه لا يمكن جعلها بيعاً؛ لأن بيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز.

وروي عنه: أن الإقالة بيع على كل حال، فكل ما لا يجوز بيعه لا تجوز إقالته، فعلى هذه الرواية لا تجوز الإقالة عنده في المنقول قبل القبض؛ لأنه لا يجوز بيعه[(٢)].

وعلى قول محمد: إن كان قبل القبض فالإقالة تكون على الثمن الأول، كما قال أبو حنيفة؛ لأنه لا يمكن جعلها قبل القبض بيعاً، لأن بيع المبيع قبل القبض لا يجوز عنده منقولاً كان أو عقاراً.

وإن كان بعد القبض: فإن تقايلا من غير تسمية الثمن أصلا، أو سمَّيا الثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان، أو نقصا عن الثمن الأول، فالإقالة على الثمن الأول وتبطل تسمية النقصان وتكون فسخاً أيضاً، كما قال أبو حنيفة، أنها فسخ في

(١) ينظر: المصدر السابق (٤/ ٥٩٤).

(٢) ينظر: المصدر السابق (٤/ ٥٩٣).

الأصل، ولا مانع من جعلها فسخاً. وإن تقايلا عن الزيادة، أو على الثمن الأول، أو على جنس آخر سوى جنس الثمن الأول قل أو كثر، فالإقالة على ما سميا ويكون بيعاً عنده؛ لأنه لا يمكن جعلها فسخاً ههنا[١].

شروط صحة الإقالة:

ذكر المصنف شروطاً لصحة الإقالة هي[٢]:

١ – رضا المتقايلين، أما على أصل أبي يوسف فظاهر؛ لأنه بيع مطلق والرضا شرط صحة البياعات، وأما على رأي أبي حنيفة ومحمد وزفر – جمهور الحنفية -: فلأن الإقالة فسخ العقد، والعقد وقع بتراضي العاقدين، فكذا فسخه.

٢ – اتحاد المجلس؛ لأن معنى البيع موجود فيها فيشترط لها المجلس، كما يشترط للبيع.

٣ – تقابض بدلي الصرف في مجلس إقالة الصرف. وهذا على أصل أبي يوسف ظاهر، وكذلك على أصل أبي حنيفة؛ لأن قبض البدلين إنما وجب حقاً لله تعالى، والإقالة على أصله وإن كانت فسخاً في حق المتعاقدين، فهي بيع جديد في حق ثالث، وحق الشرع هنا بمثابة ثالث، فتكون الإقالة بيعاً في حقه.

٤ – أن يكون المبيع – محل العقد – محتملاً للفسخ. وهذا عند أبي حنيفة وزفر؛ لأن الإقالة فسخ للعقد عندهما، فإن لم يكن محتملاً للفسخ؛ بأن ازداد زيادة تمنع الفسخ لا تصح الإقالة عندهما.

وعند أبي يوسف ومحمد هذا ليس بشرط.

أما على أصل أبي يوسف: فلأنها بعد القبض بيع مطلق، وهو بعد الزيادة محتمل للبيع، فبقي محتملاً للإقالة.

---

(١) ينظر ذلك كله في: بدائع الصنائع (٤/ ٥٩٢ – ٥٩٥) بتصرف.

(٢) ينظر هذه الشروط في المصدر السابق (٤/ ٥٩٧) باختصار غير مخل.

وأما على أصل محمد: لأنه وإن كانت الإقالة فسخاً عنده، لكن عند الإمكان، ولا إمكان ههنا، لأنه إذا حصلت زيادة في المبيع يتعذر الفسخ، ويصح البيع فتجعل بيعاً لضرورة الصحة.

٥ – قيام المبيع وقت الإقالة، فإن كان هالكاً وقت الإقالة لم تصح؛ لأن الإقالة رفع العقد، والمبيع محله.

أما قيام الثمن وقت الإقالة فليس بشرط.

ووجه الفرق: أن إقالة البيع: رفعه، فكان قيامها بالبيع، وقيام البيع بالمبيع، لا بالثمن؛ لأنه هو المعقود عليه.

تنبيه: هذه القاعدة ليست مختصة بالبيع، بل تقع في جميع العقود اللازمة، سوى عقد النكاح[(١)].

قال المصنف: «تنفسخ - الكتابة – بالإقالة؛ لأنها من التصرفات المحتملة للفسخ، لكون المعاوضة فيها أصلاً فتجوز إقالتها، كسائر المعاوضات»[(٢)].

أصل القاعدة:

١ - استدل من قال: إن الإقالة فسخ بما روي عن النبي ^ أنه قال: **(من أقال مسلماً أقال الله عثرته يوم القيامة)** [(٣)].

---

(١) ينظر: شرح المجلة (١/ ٧٤)، ودرر الحكام (١/ ١٣٠)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ٦٢٥).

(٢) بدائع الصنائع (٣/ ٦٣٤).

(٣) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الإجارة، باب في فضل الإقالة (٣٤٦٠)، وابن ماجه، كتاب التجارات، باب الإقالة (٢/ ٧٤١) الحديث رقم (٢١٩٩)، وأحمد (١٢/ ٤٠٠) الحديث رقم (٧٤٢١)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٥٢) الحديث رقم (٢٢٩١)، وابن حبان في صحيحه: كتاب البيوع، باب الإقالة (١١/ ٤٠٥)، والبيهقي، كتاب البيوع، باب من أقال المسلم إليه بعض السلم وقبض بعضاً (٦/ ٢٧) الحديث رقم (١٠٩١١) من طرق عن الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ^ : «من أقال مسلماً أقال الله عثرته».

=

وجه الدلالة:

أن النبي ^ سماها إقالة ولم يسمها بيعاً، واتبعه المسلمون على ذلك، والأسماء الشرعية لا تؤخذ إلا عن رسول الله ^ ، فثبت استعمال الرسول ^ لفظ الإقالة في رفع العقد واعتباره كأن لم يكن، فكانت الإقالة فسخاً للعقد السابق.

٢ – أن الإقالة في اللغة: عبارة عن الرفع، يقال في الدعاء: اللهم أقلني عثراتي، أي: ارفعها، والأصل أن في معنى التصرف شرعاً ما ينبئ عنه اللفظ لغة، ورفع العقد فسخه، أي: أن الأصل حمل الحقائق الشرعية على المعاني اللغوية؛ لأن الأصل عدم التغيير.

٣ – أن البيع والإقالة اختلفا اسماً فيختلفا حكماً.

دليل من قال أنها بيع:

١ – أن معنى البيع هو: مبادلة المال بالمال، وهو أخذ بدل، وإعطاء بدل، وقد وجد، فكانت الإقالة بيعاً؛ لوجود معنى البيع فيها، والعبرة للمعنى لا للصورة[(١)].

اعترض على هذا الاستدلال بأننا: إذا سلمنا أن من مقتضيات الإقالة مبادلة المال بالمال بالتراضي، فإنا لا نسلم أن الإقالة بيع؛ لأن البيع ما كان مفيداً لهذه المبادلة، لا تراجعاً بطريق الرفع، فمسمى لفظ البيع هو المبادلة شرعاً، أو بقيد أن لا يكون تراجعاً، والأحكام الشرعية تختلف باختلاف الاصطلاح في الألفاظ[(٢)].

= وإسناده قوي ورجاله رجال الشيخين، ورواه عن الأعمش كل من حفص بن غياث ومالك بن سعير. قال ابن حبان كما في «الإحسان» (١١/ ٤٠٥ – ٤٠٦): ما روى عن الأعمش إلا حفص بن غياث ومالك بن سُعير. وما روى عن حفص إلا يحيى بن معين ولا عن مالك بن سعير إلا زياد بن يحيى الحساني. أ.هـ.

وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين. أهـ. ووافقه الذهبي، والألباني في «الإرواء» (٥/ ١٨٢).

(١) ينظر بدائع الصنائع (٥/ ٥٩٣).

(٢) نظرية الإقالة في الفقه الإسلامي (ص ٦٩)، نقلاً عن القواعد الفقهية، د. عزام (ص ٤٠٨).

والراجح – والله أعلم – أن الإقالة فسخ للعقد السابق وليست بيعاً؛ لقوة أدلته وضعف أدلة المخالفين.

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «ينتهي عقد الإجارة بالإقالة؛ لأنه معاوضة المال بالمال، فكان محتملاً للإقالة كالبيع»[(١)].

٢ – قال المصنف: «قبض - بدل الصرف – في مجلس الإقالة شرط بقاء الإقالة على الصحة، حتى لو تقايلا الصرف وتقابضا قبل الافتراق، مضت الإقالة على الصحة، وإن افترقا قبل التقابض بطلت الإقالة»[(٢)] وقد سبق تفصيل ذلك قريباً[(٣)].

٣ – قال المصنف: «ولو تبايعا – الجارية – بيعاً صحيحاً، ثم تقايلا، فإن كانت الإقالة قبل القبض، فالقياس أنه يجب الاستبراء...، وفي الاستحسان لا يجب...؛ لأن الإقالة قبل القبض فسخ، والفسخ رفع من الأصل وإعادة إلى قديم الملك كأنه لم يزل عن ملك البائع...، وإن كانت الإقالة بعد القبض يجب»[(٤)]. وهذا قول أبي يوسف ومحمد ورواية عن أبي حنيفة – رحمهم الله -. «أما عند أبي يوسف؛ فلأن الإقالة بيع جديد فكانت استحداثاً للملك مطلقاً، وأما عند أبي حنيفة ومحمد وإن كان فسخاً، لكن في حق العاقدين، أما في حق ثالث فبيع جديد، والاستبراء يجب حقاً للشرع، فاعتبر حق الشرع ثالثاً في حق وجوب الاستبراء احتياطاً»[(٥)].

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٩٠).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٤٥٨).

(٣) ينظر (ص ٤٩٤) من هذه الرسالة.

(٤) المصدر السابق (٤/ ٥١٣).

(٥) المصدر السابق.

٤ – قال المصنف: « إذا كان المشترى داراً، ولها شفيع، فقضي له بالشفعة، ثم طلب منه المشتري أن يسلم الشفعة بزيادة على الثمن الأول، أو بجنس آخر.

فعند أبي حنيفة ومحمد وزفر رحمهم الله -: أن الزيادة باطلة، وكذا تسمية الجنس الآخر؛ لأنه لما قضي للشفيع بالشفعة، فقد انتقلت الصفقة إليه بالثمن الأول، فالتسليم بالزيادة على الثمن الأول، أو بجنس آخر، يكون إقالة على الزيادة على الثمن الأول، أو على جنس آخر فتبطل التسمية، ويصح التسليم بالثمن الأول. وهذاعند أبي حنيفة وزفر. كما تقدم.

وعند محمد: لأنه لا يرى جواز بيع المبيع العقار قبل القبض فيبقى فسخاً على الأصل.

أما عند أبي يوسف: فالزيادة صحيحة، وكذلك تسمية جنس آخر؛ لأن الإقالة عنده بيع ولا مانع من جعلها بيعاً، فتبقى بيعاً على الأصل »[1].

٥ – قال المصنف: « لو تقايلا البيع في المنقول، ثم إن البائع باعه من المشتري ثانياً قبل أن يسترده من يده، يجوز البيع، وهذا يطرد على أصل أبي حنيفة ومحمد وزفر – رحمهم الله -.

أما على أصل زفر: فلأن الإقالة فسخ مطلق في حق الكل.

وعلى أصل أبي حنيفة: فإنه فسخ في حق العاقدين، والمشتري أحد العاقدين.

وعلى أصل محمد: فإنه فسخ عند عدم المانع من جعله فسخاً، ولا مانع ههنا من جعله فسخاً، بل وجد المانع من جعله بيعاً؛ لأن بيع المبيع المنقول من قبل القبض لا يجوز.

وأما على أصل أبي يوسف: فلا يطرد؛ لأن الإقالة عنده بعد القبض بيع مطلق، وبيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز بلا خلاف بين أصحابنا، فكان هذا

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٥٩٥).

الفعل حجة عليه إلا أن يثبت عنه الخلاف فيه»[١].

٦ – قال المصنف: «- لو تقايلا البيع في المنقول – ثم إن البائع باعه من غير المشتري، لا يجوز، وهذا على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف يطرد.

أما على أصل أبي يوسف؛ فلأن الإقالة بعد القبض بيع جديد في حق العاقدين وغيرهما، إلا لمانع ولا مانع من جعلها بيعاً ههنا...

وأما على أصل أبي حنيفة، فهي وإن كانت فسخاً لكن في حق العاقدين، أما في حق غيرهما فهي بيع، والمشتري غيرهما فكان بيعاً في حقه، فيكون بيع المنقول قبل القبض وهذا لا يجوز.

وأما على أصل محمد وزفر فلا يطرد؛ لأنها عند زفر فسخ في حق العاقدين وغيرهما، وعند محمد الأصل فيها الفسخ إلا لمانع، ولم يوجد المانع فبقي فسخاً في حق الكل»[٢].

٧ – قال المصنف: «إذا اشترى داراً ولها شفيع، فسلم الشفعة، ثم تقايلا البيع، أو اشتراها ولم يكن بجنبها دار ثم بنيت بجنبهادار ثم تقايلا البيع، فإن الشفيع يأخذها بالشفعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن الإقالة بيع جديد في حق الكل على أصل أبي يوسف، ولا مانع من جعلها بيعاً.

وعلى أصل أبي حنيفة بيع في حق غير العاقدين، والشفيع غيرهما فيكون بيعاً في حقه فيستحق.

وأما على قياس أصل محمد وزفر لا يثبت حق الشفعة؛ لأنها فسخ مُطلق عند زفر، وعلى أصل محمد فسخ ما أمكن، وههنا ممكن»[٣].

---

(١) المصدر السابق.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق (٤/ ٥٩٦).

المبحث الثالث عشر
قواعد الإقرار والإنكار

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: قاعدة « اليمين في أصول الشرع على المنكِر » .

المطلب الثاني: قاعدة « الإقرار حجة قاصرة » .

المطلب الثالث: قاعدة « يجوز أن يصدق الإنسان في إقراره في حق نفسه ولا يصدق في حق غيره إذا تضمن إبطال حق الغير » .

المطلب الرابع: قاعدة: « الإقرار إذا صح لا يحتمل الرجوع عنه » .

المطلب الأول
قاعدة: «اليمين في أصول الشرع على المنكر»

ذكرها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: «اليمين وظيفة المنكر في أصول الشرع»[٢].

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٨٥).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٨٥، ٥/ ٣٨٨، ٦/ ٣٥٧)، وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: قواعد الأحكام (٢/ ٥٣)، والفروق للقرافي (٤/ ١٦٠ ف٢٣٢)، وتهذيب الفروق مطبوع مع الفروق (٤/ ١٦٠ ف٢٣٢)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٤٤١)، والموافقات (٤/ ٩٢)، والمجموع المذهب (٢/ ٤٩١)، والمنثور (٢/ ٤٢٨)، وقواعد الحصني (٤/ ٢٤٤)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٥٠٨)، والفوائد الزينية (ص ٥٨ ف٥٠)، وشرح المنهج المنتخب (٢/ ١٣٦)، ومجلة الأحكام العدلية (م٧٦) و شرح المجلة لسليم رستم باز (١/ ٥١م٧٦)، ودرر الحكام لعلي حيدر (١/ ٧٤م٧٦)، والقواعد والأصول الجامعة للسعدي تعليق الشيخ محمد بن عثيمين (ص ٨٨ قاعدة ١٠)، وشرحها للزامل (ص ١٠٦)، ود. المشيقح (ص ٥٥)، وشرح القواعد للزرقا (ص ٣٦٩)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٥٦ ف٨١/ ١٠١)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ٢٧٦، ٣٣١، ٤٠٠)، والقواعد الفقهية د. الباحسين (ص ١٩٧)، والوجيز للبورنو (ص ٣٦)، حيث عبر عنها بقوله: «الأيمان في جميع الخصومات موضوعة في جانب المدعى عليه إلا في القسامة».

وينظر أيضاً: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٣/ ١٣٣، ٨/ ٦٦٩)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية د. محمد شبير (ص ٣٣٩)، والقواعد الفقهية للزحيلي (١/ ٥٨٩)، والقواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه (ص ١٧٢)، وموسوعة القواعد الفقهية المنظمة للمعاملات الإسلامية (ص ٨٢)، وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب (ص ٤٧٢)، ومثله من خلال البهجة في شرح التحفة (ص ٣٤ قاعدة ٩)، والقواعد الفقهية للإدريسي (ص ٢٦١)، والقواعد والضوابط الفقهية من كتاب المغني لعبدالحميد السبيل (ص ٣٠٩).

معاني مفردات القاعدة:

اليمين: تقدم تعريفه لغة واصطلاحاً. وأنه لغة: يطلق على الحلف والقسم.

واصطلاحاً: تقوية أحد طرفي الخبر بذكر اسم الله تعالى على وجه مخصوص أو التعليق، وهذا التعريف لليمين بمعناه العام(١).

ولأن المراد هنا اليمين القضائية لا عموم اليمين، فإن تعريف اليمين القضائية اصطلاحاً هو: تأكيد ثبوت الحق أو نفيه أمام القاضي بذكر اسم الله أو صفة من صفاته(٢).

المنكِر: لغة: من «أنكر»، قال ابن فارس: «النون والكاف والراء، أصل صحيح، يدل على خلاف المعرفة التي يسكن إليها القلب، ونَكِرَ الشيء وأنكره: لم يقبله قلبه ولم يعترف به لسانه»(٣). والإنكار: الجحود.

والإنكار خلاف الاعتراف، فيكون المنكر هو: فاعل الإنكار.

ولا يخرج معناه الاصطلاحي عن المعنى اللغوي: فالمنكر هو من جحد الدعوى الموجهة ضده.

والمراد به هنا: المدعى عليه، فمن هو المدعي ومن هو المدعى عليه؟

قال المصنف: «اختلفت عبارات المشايخ في تحديدهما:

فقال بعضهم: المدعي: من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها، والمدعى عليه: من إذا ترك الجواب يجبر عليه.

وقال بعضهم: المدعي: من يلتمس قبل غيره لنفسه عيناً، أو ديناً، أو حقاً،

---

(١) ينظر: (ص ٦٨) من هذه الرسالة.

(٢) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته (٨/ ٦٠٦٤).

(٣) معجم مقاييس اللغة (ص ١٠٠٩) (نكر). وينظر: المصباح المنير (ص ٣٢١) (ن ك ر)، ولسان العرب (١٤/ ٣٥٢) (نكر).

والمدعى عليه: من يدفع ذلك عن نفسه.

وقال بعضهم: ينظر إلى المتخاصمين، أيهما كان منكراً، فالآخر يكون مدعياً.

وقال بعضهم: المدعي: من يخبر عما في يد غيره لنفسه، والمدعى عليه: من يخبر عما في يد نفسه لنفسه.

فينفصلان بذلك عن الشاهد، والمقر.

فالشاهد: من يخبر عما في يد غيره لغيره.

والمقر: من يخبر عما في يد نفسه لغيره»[(١)].

فهذه التعريفات تدل على أن بينهما لبساً، وقد يشكل على القاضي في بعض الأحيان، فلا يعرف على وجه الدقة من هو المدعي، ومن هو المدعى عليه، «فإنهما يلتبسان، فليس كل طالب مدعياً، وليس كل مطلوب مدعى عليه»[(٢)].

وليس من الممكن القول بأن هذا التعريف أو ذاك هو الضابط لهذه المسائل دون سواه، ولكن المتأمل في هذه التعريفات يجد أن الكلام فيها يدور حول شيء واحد «وهو أن المتمسك بالأصل هو المدعى عليه، ومن أراد النقل عنه فهو المدعي»[(٣)].

وبما أن القاضي ملزم بالتمييز بينهما لأنه «لا يمكنه الحكم في واقعة إلا بعد فهم المدعي من المدعى عليه، وهو أصل القضاء»[(٤)]. فإنه يبقى الإشكال في تحديد المتمسك بالأصل منهما.

---

(١) بدائع الصنائع (٥/٣٣٦)، وينظر: الفروق للقرافي (٤/١٦٠)، وشرح المنهج المنتخب (٢/١٣٦)، والمجموع المذهب (٢/٤٩١)، وقواعد الحصني (٤/٢٤٥)، والمغني (١٢/١٦٣)، والإنصاف (١١/٣٦٩).

(٢) الفروق (٤/١٦٠).

(٣) تبصرة الحكام (١/١٠٥).

(٤) الموافقات (٤/٩٢).

وهذا ما أشار إليه ابن فرحون[١] بعد أن عرف المدعي والمدعى عليه وأثار الإشكال، حيث قال: «بل ههنا ما هو آكد، واعتباره أنفع بما قدمنا ذكره، وهو استصحاب الحال، فإنها هي الأصل المعتمد عليه في مقتضى النظر، ولا تردد في ذلك، ولا إشكال إذا لم يعارض الحال الحال. ولكن قد يعترض حالان، استصحاب أحدهما يضاد استصحاب الآخر، فههنا يقع الإشكال، فيختلف أهل النظر من الأئمة في تمييز المدعي من المدعى عليه، ويفتقر كل واحد منهما إلى ترجيح الحالة التي استصحبها»[٢].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أفادت القاعدة: أن مما تقرر شرعاً أن المدعى عليه إذا أنكر المدعى به، ولم تكن للمدعي بينة تثبت دعواه، فإن اليمين تطلب من المدعى عليه[٣]؛ لأنه متمسك بالظاهر وهو النفي، والأصل براءة الذمة وفراغها عما ادعي به عليه، وهذا متمسك قوي.

فيكتفى منه بالحجة الضعيفة وهو اليمين؛ لأنه أقوى المتداعيين.

---

(١) **هو**: إبراهيم بن علي بن محمد بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون اليعمري المدني، أبو الوفاء برهان الدين، ولد بالمدينة، ونشأ بها، كان إماماً فقيهاً مالكياً أصولياً محققاً، ونحوياً بارعاً، جامعاً للفضائل، فريد وقته، واسع العلم، فصيح القلم، ذا معرفة بالوثائق والرجال وطبقاتهم، تولى القضاء بالمدينة، وأظهر مذهب الإمام مالك بعد خموله، **من مؤلفاته**: تبصرة الحكام في الأقضية ومناهج الأحكام، والديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، وكشف النقاب الحاجب عن مصطلح ابن الحاجب، توفي سنة ٧٩٩هـ وعمره نحو من سبعين عاماً.

انظر ترجمته في: الدرر الكامنة لابن حجر (١/ ٤٨)، وإنباء الغمر له (٣/ ٣٣٨)، وشذرات الذهب لابن العماد (٨/ ٦٠٨)، ودرة الحجال لابن القاضي (١/ ١٨٢)، ونيل الابتهاج للتنبكتي (ص/ ٣٣)، وشجرة النور الزكية لمخلوف (١/ ٢٢٢).

(٢) تبصرة الحكام (١/ ١٠٦).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٤).

قال ابن القيم: « وقاعدة الشريعة أن اليمين تكون، من جنبة أقوى المتداعيين؛ فلما كان جانب المدعى عليه قوياً بالبراءة الأصلية، شرعت اليمين في جانبه »[١].

قال المصنف: « واليمين وإن كانت مؤكدة بذكر اسم الله – عز وجل – لكنها كلام الخصم فلا تصلح حجة مظهرة للحق، وتصلح حجة المدعى عليه؛ لأنه متمسك بالظاهر وهو ظاهر اليد، فحاجته إلى استمرار حكم الظاهر »[٢].

شروط اليمين:

هناك شروط ذكرها المصنف يجب توافرها حتى تجب اليمين القضائية وهي[٣]:

١ – أن يكون الحالف مكلفاً « بالغاً عاقلاً » مختاراً، فلا يُحلَّف الصبي والمجنون، ولا تعتبر يمين النائم والمستكره.

٢ – الإنكار. أن يكون المدعى عليه منكراً حق المدعي، فإن كان مقراً فلا حاجة للحلف؛ لأنها وجبت للحاجة إلى دفع التهمة، وهي تهمة الكذب في الإنكار.

٣ – الطلب من المدعي؛ لأنها وجبت على المدعى عليه حقاً للمدعي، وحق الإنسان قبل غيره واجب الإيفاء عند طلبه.

٤ – عدم البينة الحاضرة، وهو شرط عند أبي حنيفة، وعندهما ليس بشرط.

٥ – أن لا يكون المدعى حقاً لله – عز وجل – فلا يجوز الاستحلاف في الحدود الخالصة حقاً لله – عز وجل – كحد الزنا والسرقة والشرب.

٦ – أن يكون المدعى محتملاً للإقرار به شرعاً، بأن كان لو أقر به صح إقراره، فإن لم يكن لم يجز فيه الاستحلاف.

---

(١) زاد المعاد (٥ / ٣٢٩).

(٢) بدائع الصنائع (٥ / ٣٣٧).

(٣) ينظر ذلك في المصدر السابق (٥ / ٣٣٨ – ٣٤٠).

٧ – أن تكون اليمين منه شخصياً، فلا تقبل النيابة في اليمين[١].

٨ – أن يكون المدعى مما يحتمل البذل مع كونه محتملاً للإقرار، وهو شرط عند أبي حنيفة، وعندهما لا يشترط.

وهذا الشرط الأخير مبني على مسألة وهي هل النكول بذل أو إقرار؟

عند أبي حنيفة بذل، وعندهما إقرار فيه شبهة، وسيأتي الكلام على هذه المسألة مفصلاً.

ولكونه عند أبي حنيفة بذل، فإنه قال: لا يجري استحلاف في سبعة أشياء، هي: النكاح، والرجعة، والفيء في الإيلاء، والنسب، والرق، والولاء، والاستيلاد، « لأن النكول يحتمل الإقرار ويحتمل البذل، فالعاقل الدين كما يتحرج عن اليمين الكاذبة، يتحرج عن التغيير والطعن باليمين ببذل المدعى، إلا أن حمله على البذل أولى؛ لأنا لو جعلناه إقراراً لكذبناه، لما فيه من الإنكار، ولو جعلناه بذلاً لم نكذبه؛ لأنه يصير في التقدير كأنه قال: ليس هذا لك، ولكني لا أمنعك عنه ولا أنازعك فيه، فيحصل المقصود من غير حاجة إلى التكذيب، وإذا ثبت أن النكول بذل وهذه الأشياء لا تحتمل البذل فلا تحتمل التحليف؛ لأنه إنما يستحلف المدعى لينكل المدعى عليه فيقضي عليه، فإذا لم يحتمل النكول لم يحتمل التحليف »[٢].

وعندهما: أن النكول إقرار، فيجري الاستحلاف في هذه الأشياء وفي غيرها.

أصل القاعدة:

١ - استدل المصنف لهذه القاعدة بقوله ^ : **(البينة على المدعي واليمين على**

---

(١) هذا الشرط لم يذكره المصنف هنا ولكنه يفهم من كلامه عن قاعدة « الأيمان لا تدخلها النيابة »، وقد تقدم شرحها.

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٣٤٠ – ٣٤٢).

المدعى عليه) [١].

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ^ جعل البينة حجة المدعي، واليمين حجة المدعى عليه وهو المنكر[٢]، وهذا ما يفيده لفظ القاعدة.

٢ - وفي لفظ: **(واليمين على من أنكر)** [٣].

---

(١) أخرجه الترمذي في سننه من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال: «هذا حديث في إسناده مقال، ومحمد بن عبيدالله العزرمي يضعف في الحديث من قبل حفظه، ضعفه ابن المبارك وغيره.
سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب: ما جاء في أن البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه،(٦٢٦/٣) الحديث رقم (١٣٤١).
وأخرجه الدارقطني بسنده إلى عمر بن الخطاب مرفوعاً بهذا اللفظ، كتاب الأقضية والأحكام، (١١٠/٣) الحديث رقم (٩٨).
وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص (٢٠٨/٤): «وإسناده ضعيف»، وصححه جماعة منهم الحافظ ابن رجب، والألباني، جامع العلوم والحكم (٣٧٢)، وإرواء الغليل (٣٠٧/٨).
ويشهد له قوله ^ فيما رواه ابن عباس رضي الله عنهما: (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه). أخرجه الشيخان، صحيح البخاري، كتاب التفسير، سورة آل عمران، باب رقم (٦٠) (٤٣/٦)، الحديث رقم (٤٥٥٢)، وصحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه (١٢٨/٥) الحديث رقم (٤٥٦٧).
فقوله: «المدعى عليه» أي المنكر، ولم يذكر في هذا الحديث أن البينة على المدعي، لأنه ثابت مقرر في الشرع، فكأنما قال: البينة على المدعي، فإن لم يكن له بينة، فاليمين على المدعى عليه، تحفة الأحوذي (٤٧٦/٤).
وقال الترمذي: «العمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ^ وغيرهم أن البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه.
تحفة الأحوذي (٤٧٦/٤).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٣٣٧/٥)، (٣٥٤/٦، ٣٥٧).

(٣) هذه رواية للبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الدعاوى والبينات، باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه (٢٥٢/١٠) الحديث رقم (٢٠٩٩٠)، وإسنادها قوي، وقد وردت من حديث عمرو بن

=

وجه الدلالة من الحديث:

« أن النبي ^ أوجب جنس اليمين على جنس المنكرين، فلو وجبت يمين لا على منكر، لم يكن جنس اليمين على جنس المنكرين، وهذا خلاف النص »[(١)].

قال السعدي: « هذا الحديث عظيم القدر، وهو أصل كبير من أصول القضايا والأحكام، فإن القضاء بين الناس إنما يكون عند التنازع...، فبين ^ أصلاً يفض نزاعهم، ويتضح به المحق من المبطل.

فمن ادعى عيناً من الأعيان، أو ديناً، أو حقاً من الحقوق وتوابعها على غيره، فأنكر ذلك الغير، فالأصل مع المنكر.

فهذا المدعي إن أتى ببينة تثبت ذلك الحق، ثبت له، وحكم له به، وإن لم يأت ببينة، فليس له على الآخر إلا اليمين »[(٢)].

٣ – المعقول.

قال المصنف: « لأن المدعي يدعي أمراً خفياً فيحتاج إلى إظهاره، وللبينة قوة الإظهار؛ لأنها كلام من ليس بخصم فجعلت حجة المدعي.

= شعيب عن أبيه عن جده. قال النووي: في شرح مسلم (١٢/ ٢ – ٣) قال القاضي عياض – رضي الله عنه – قال الأصيلي: لا يصح مرفوعاً إنما هو قول ابن عباس، كذا رواه أيوب ونافع الجمحي عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس: قال القاضي: « قد رواه البخاري ومسلم من رواية ابن جريج مرفوعاً » اهـ.. ثم قال النووي: وقد رواه أبو داود والترمذي بأسانيدهما عن نافع بن عمر الجمحي عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس عن النبي ^ مرفوعاً. قال الترمذي: حديث حسن صحيح. وجاء في رواية البيهقي وغيره بإسناد حسن أو صحيح زيادة عن ابن عباس عن النبي ^ . اهـ.

وقال ابن رجب: وقد استدل الإمام أحمد وأبو عبيد بأن النبي ^ قال: « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » وهذا يدل على أن اللفظ عندهما صحيح محتج به. أهـ. جامع العلوم والحكم (٣٧٢ – ٣٧٣).

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٣٨٩)، والتقرير والتحبير (٣/ ٤٠٩)، والفروق (٤/ ٢١٩).

(٢) بهجة قلوب الأبرار (ص ١٣٥)، وينظر: شرح الأربعين النووية لابن دقيق العيد (ص ١٩٦).

واليمين وإن كانت مؤكدة بذكر اسم الله – عز وجل – لكنها كلام الخصم فلا تصلح حجة مظهرة للحق، وتصلح حجة المدعى عليه؛ لأنه متمسك بالظاهر، وهو ظاهر اليد فحاجته إلى استمرار حكم الظاهر، واليمين وإن كانت كلام الخصم فهي كافٍ للاستمرار فكان جعل البينة حجة المدعي وجعل اليمين حجة المدعى عليه وضع الشيء في موضعه، وهو حد الحكمة»[(١)].

ويمكن أن يستدل للقاعدة بالآتي:

٤ – عن ابن أبي مليكة[(٢)] قال: «كتبت إلى ابن عباس – رضي الله عنهما – فكتب إلي: إن النبي ^ قضى أن اليمين على المدعى عليه»[(٣)].

٥ – عن علقمة بن وائل[(٤)] عن أبيه قال: جاء رجل من حضرموت، ورجل من كندة إلى النبي ^ فقال الحضرمي، يا رسول الله إن هذا قد غلبني على أرض لي كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرض في يدي، أزرعها ليس له فيها حق، فقال النبي ^ للحضرمي: ألك بينة؟ قال: لا، قال: فلك يمينه، قال: يا رسول الله إن الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه، وليس يتورع من شيء، فقال: **(ليس لك منه إلا**

---

(١) بدائع الصنائع (٥/٣٣٧).

(٢) هو: عبدالله بن عبيدالله بن أبي مليكة يقال: اسم أبي مليكة: زهير بن عبدالله بن جدعان بن عمرو بن كعب، التميمي المدني، أدرك ثلاثين من الصحابة، ثقة فقيه وكان عالماً مفتياً صاحب حديث، توفي سنة ١١٧هـ.
ينظر: الجرح والتعديل (٥/٩٩)، تذكرة الحفاظ (١/١٠١)، الثقات لابن حبان (٥/٢) رقم (٣٥٦٠)، الثقات للعجلي (٢/٦٢) رقم (٩٧٧).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الرهان، باب: إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه فالبينة على المدعي واليمين على المدعى عليه (٣/١٨٧) الحديث رقم (٢٥١٤). ومسلم في صحيحه، الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه (٥/١٢٨) الحديث رقم (٤٥٦٧).

(٤) هو: علقمة بن وائل بن حجر الحضرمي الكندي الكوفي التابعي، روى عن أبيه، كان ثقة، قليل الحديث. ينظر: تهذيب التهذيب (٧/٢٨٠)، والثقات لابن حبان (٥/٢٠٩)، وتهذيب الكمال (٢٠/٣١٢)، ولسان الميزان (٩/٣٧٤)، وتهذيب الأسماء واللغات للنووي (١/٣١٤).

ذلك)، فانطلق ليحلف، فقال رسول الله ^ لما أدبر: **(أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلماً ليلقين الله وهو عنه معرض)** [١].

٦ – حديث الأشعث بن قيس قال: كان بيني وبين رجل من اليهود أرض، فجحدني، فقدمته إلى النبي ^ فقال لي رسول الله ^ : ألك بينة؟ قال: قلت: لا، قال: فقال لليهودي: احلف، قال: قلت: يا رسول الله إذاً يحلف ويذهب بمالي، قال: فأنزل الله تعالى:] **إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا** Z إلى آخر الآية[٢].

وجه الدلالة من الحديثين:

أن النبي ^ ألزم المدعى عليه باليمين لما أنكر الحق المدعى به، ولم يكن للمدعي بينة على دعواه.

٧ – الإجماع. فقد أجمع العلماء على أن البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه[٣].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «وأما حكم اختلاف المتعاقدين في عقد الإجارة، فإن اختلفا في مقدار البدل، أو المبدل، والإجارة وقعت صحيحة، ينظر، إن كان اختلافهما قبل استيفاء المنافع تحالفا...، لأن اليمين في أصول الشرع على المنكر، وكل واحد منهما منكر من وجه ومدع من وجه آخر؛ لأن المؤاجر يدعي على المستأجر زيادة الأجرة والمستأجر منكر، والمستأجر يدعي على المؤاجر وجوب تسليم المستأجر بما يدعي من الأجرة والمؤاجر ينكر، فكان كل واحد منهما منكر من

---

(١) رواه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب: وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار (١/ ٨٦) الحديث رقم (٣٧٥).

(٢) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الخصومات، باب كلام الخصوم بعضهم في بعض (٣/ ١٦٠) الحديث رقم (٢٤١٧).

(٣) ينظر: الإجماع لابن المنذر (ص ٢٩ ف ٢٥٦)، وينظر: شرح الأربعين النووية لابن دقيق العيد (ص ١٩٧) حيث قال: «أجمع العلماء على استحلاف المدعى عليه في الأموال».

وجه، واليمين وظيفة المنكر في أصول الشرع»[١].

٢ – قال المصنف: «إذا قال المشتري: اشتريت بمائة دينار، وقال الشفيع لا بل بألف درهم، فالقول قول المشتري؛ لأن الشفيع يدعي عليه التملك بهذا الجنس، وهو ينكر، فكان القول قول المنكر مع يمينه»[٢].

٣ – قال المصنف: «وإن وقع الاختلاف في قدر الثمن بأن قال المشتري: اشتريت بألفين، وقال الشفيع: بألف، فالقول قول المشتري مع يمينه، وعلى الشفيع البينة أنه اشتراه بألف؛ لأن الشفيع يدعي التملك على المشتري بهذا القدر من الثمن، والمشتري ينكر، فكان القول قول المنكر»[٣].

٤ – قال المصنف في خيار الرؤية: «ولو اختلفا في التغير وعدمه، فقال البائع: لم يتغير، وقال المشتري: قد تغير، فالقول قول البائع؛ لأن الأصل عدم التغير والتغير عارض، فكان البائع متمسكاً بالأصل، والمشتري مدعياً أمراً عارضاً، فكان القول قول البائع، لكن مع يمينه؛ لأن حق الرد أمر يجري فيه البذل والإقرار، فيجري فيه الاستحلاف؛ ولأن المشتري بدعوى التغير يدعي حق الرد، والبائع ينكر، فكان القول قوله»[٤].

٥ – وقال: «ولو اختلفا فقال البائع للمشتري: رأيته وقت الشراء، وقال المشتري: لم أره، فالقول قول المشتري؛ لأن عدم الرؤية أصل، والرؤيةعارض، فكان الظاهر شاهداً للمشتري، فكان القول قوله مع يمينه؛ ولأن البائع بدعوى الرؤية يدعي عليه إلزام العقد، والمشتري ينكر فكان القول قوله»[٥].

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٨٥).

(٢) المصدر السابق (٤/ ١٣٧).

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق (٤/ ٥٧٣).

(٥) المصدر السابق (٤/ ٥٧٣).

٦ – قال المصنف: «ولو كفل بماله على فلان، فقامت البينة عليه بألف ضمنها الكفيل؛ لأنه تبين أنه كفل بمضمون على الأصيل، وإن لم تقم البينة، فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يقر به، أما القول قوله في المقر به؛ لأنه مال لزم بالتزامه، فيصدق في القدر الملتزم، كما إذا أقر على نفسه بمال مجهول، وأما اليمين؛ فلأنه منكر الزيادة، والقول قول المنكر مع يمينه في الشرع»[(١)].

٧ – قال المصنف: «ولو قبض المحال مال الحوالة ثم اختلفا، فقال المحيل: لم يكن لك علي شيء، وإنما أنت وكيلي في القبض، والمقبوض لي، وقال المحال: لا، بل أحلتني بألف كانت لي عليك. فالقول قول المحيل مع يمينه؛ لأن المحال يدعي عليه ديناً وهو ينكر، والقول قول المنكر عند عدم البينة مع يمينه»[(٢)].

٨ – قال المصنف: «ولو دفع المودع الوديعة إلى رجل وادعى أنه قد دفعها إليه بأمر صاحب الوديعة، وأنكر صاحب الوديعة الأمر، فالقول قوله مع يمينه أنه لم يأمره بذلك؛ لأن المودع يدعي عليه الأمر وهو ينكر، والقول قول المنكر مع يمينه»[(٣)].

* * *

(١) المصدر السابق (٤/ ٦١١).

(٢) المصدر السابق (٥/ ١٤).

(٣) المصدر السابق (٥/ ٣٩).

المطلب الثاني
قاعدة: « الإقرار حجة قاصرة »

أوردها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: « إقرار المقر يلزمه دون غيره »[٢].

ولفظ: « إقرار الإنسان حجة في حق نفسه لا في حق غيره »[٣].

ولفظ: « الإقرار حجة مقتصرة على المقر خاصة »[٤].

ولفظ: « إقرار المقر حجة في حقه »[٥].

---

(١) بدائع الصنائع (٣/٤٣٦، ٤/١١٣، ٥٥٥، ٥/٩٧).

(٢) المصدر السابق (٤/٥٥٥).

(٣) المصدر السابق (٤/٦١١، ٥/٤٠، ٤٨٢، ٦/٢٦٤).

(٤) المصدر السابق (٥/٣٤٨).

(٥) المصدر السابق (٥/٤٠، ٥١٣، ٦/٣١١).

وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: أصول الكرخي مطبوع مع تأسيس النظر (ص ٨١)، وقواعد الأحكام (٢/٩٢، ٢٤٢)، والفروق للقرافي (١/٣٣ ف الأول، ٤/٢١٥ ف ٢٣٢)، وترتيب الفروق (ص ٣٤٣)، وتهذيب الفروق مطبوع مع الفروق (١/٣٤ ف الأول، ٤/٢٢٩ ف ٢٣٢)، والأشباه والنظار لابن الوكيل (٢/١٢٥)، والمجموع المذهب (٢/٤٠٢)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٣٣٠)، والمنثور للزركشي (١/٩٤)، والقواعد للحصني (٤/١٧١)، ومختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي (١/٣٣٢)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٤٦٤)، وإيضاح المسالك (ص ٣٩٨)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٢٨٥)، والفوائد الزينية (ص ٥١ ف ٣٥ وص ١٣٢ و١٤٤)، وغمز عيون البصائر (٣/٥٠)، وترتيب اللآلئ (١/٣٨١)، درر الحكام لعلي حيدر (١/٧٧م ٧٨)، وشرح المجلة لسليم رستم باز (١/٥٢م ٧٨)، وشرح القواعد للزرقا (ص ١٦٧، ٣٩٥، ٤٠١)، والمدخل الفقهي العام (٢/١٠٥٥ ف ٩٩/٨١)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ١٢٥، ١٤٨، ١٥٧)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ٤٨١)، وموسوعة القواعد

=

معاني مفردات القاعدة:

الإقرار لغة: من قولهم: «قَرّ» الشيءُ «يُقرُّ» «قراراً»: إذا ثبت.

قال ابن فارس: «القاف والراء، أصلان صحيحان، يدل أحدهما على برد، والآخر على تمكُّن.

فالأول: «القُرُّ» وهو: البرد.

والثاني: التمكن، يقال: «قرَّ واستقرَّ»[١]. وهو المراد هنا.

ومنه: الإقرار: ضد الجحود، وذلك أنه إذا أقر بحق فقد أقرَّه قرارَهُ، ويتعدي بالباء فتقول: أقر به[٢].

والإقرار بالشيء: تقريره وضد إنكاره، وهو تنكيره، أي: تغييره[٣].

ومن معاني الإقرار: الإيقان والاعتراف[٤]، فهو مصدر «أقرَّ».

يقال: أقرَّ يقرُّ إقراراً: إذا اعترف، فهو مقِرٌّ، والشيء مقرٌّ به[٥].

وقرره بالشيء: حمله على الإقرار به[٦].

اصطلاحاً: عرفه المصنف بقوله: «الإقرار: إخبار عن أمر سابق»[٧].

= الفقهية للبورنو (٢/ ٢٢٦)، والوجيز له أيضاً (ص ٣٥٦)، والقواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه (ص١٧٦)، والقواعد الكلية د. محمد عثمان شبير (ص ٣٥٠)، والوجيز في شرح القواعد الفقهية (ص ١٤٠)، والقواعد الفقهية للزحيلي (١/ ٥٨٢)، والقواعد والضوابط الفقهية في كتاب الأم (ص ٥٧٦)، وقواعد الفقه الإسلامي للروكي (ص ٢٧٠)، القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة (٢/ ٨٣).

(١) معجم مقاييس اللغة (٨٢٤ – ٨٢٥) مادة (قرَّ).

(٢) ينظر: المصدر السابق، والكليات للكفوي (ص ١٦٠).

(٣) طلبة الطلبة (ص ٢٧٧).

(٤) ينظر: الصحاح للجوهري (٥/ ٨٨) (ص ١٤٠٣)، والمصباح المنير (ص ٢٥٧) مدة (ق ر ر).

(٥) ينظر: المطلع (ص ٥٠٥).

(٦) ينظر: مختار الصحاح (ص ٤٥٦) (ق ر ر).

(٧) بدائع الصنائع (٣/ ٥٥٢).

وقال: «إخبار عن أمر كائن»[١].

وقال: «إخبار عن ثابت في الذمة»[٢].

الحجة: الدليل والبرهان والجمع «حُجَجْ» مثل غرفة وغرف، تقول: «حاجَّهُ» «مُحاجةً» «فحجَّهُ» «يحجُّهُ» إذا غلبه بالحجة[٣]. ويقال: برهن عليه، أي: أقام الحجة[٤].

اصطلاحاً: ما دل على صحة الدعوى[٥].

قاصرة: اسم فاعل من قَصَرَ يقصر قصراً، والقصر معناه الحبس[٦].

والمراد هنا: «حابسةٌ أثر الإقرار عن غير المقر وعلى المقر فقط»[٧].

فالحجة القاصرة: هي التي اقتصرت قوتها الإثباتية على المقر نفسه، ولم تتجاوزه إلى غيره[٨].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أفادت القاعدة أن الإنسان إذا أثبت بإقراره حقاً لغيره على نفسه؛ فإن إقراره يلزمه هو ولا يتعداه إلى غيره ما لم يصدقه ذلك الغير؛ لأن المقر لا ولاية له إلا على

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٣٧٢، ٦/ ٢٣٥، ٢٤٣، ٢٦٤).

(٢) المصدر السابق (٦/ ٢٣٥). وينظر: تعريفات مختصرة ذكرها المؤلف في (٣/ ٤١٤، ٥/ ٥١٣، ٥٢٠، ٦/ ٢٠٧، ٢٤٠)، وينظر قريباً من هذا التعريف في الهداية (٢/ ١٩٧)، حاشية رد المحتار (٦/ ١٤٤)، والفروق (١/ ٣٣ ف ١)، ومختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي (١/ ٣٣٢)، والمطلع (ص ٥٠٥).

(٣) ينظر: المصباح المنير (ص ٦٧) (ح ج ج)، ولسان العرب (٤/ ٣٨) (حجج)، والتعريفات للجرجاني (ص ٨٧).

(٤) ينظر: الصحاح (١/ ٣٠٤) (حجج).

(٥) ينظر: التعريفات للبركتي (ص ٧٧)، والجرجاني (ص ٨٧).

(٦) ينظر: الصحاح (ص ٧٩٥) (قصر).

(٧) ينظر: الوجيز (ص ٣٥٦).

(٨) ينظر: القواعد الكلية للبورنو (ص ٣٥٠).

نفسه، فله أن يلزم نفسه بما يشاء، وليس له أن يلزم غيره بشيء[١].

« ولأنه من المحتمل أن يكون المقر كاذباً في إقراره، ومتواطئاً مع المقر له لإضاعة حق شخص ثالث »[٢].

شروط الإقرار:

ويشترط لصحة الإقرار شروطاً ذكرها المصنف[٣]، منها العامة ومنها الخاصة:

أولاً: الشروط العامة التي تعم الأقارير كلها، وهي:

١ – العقل، فلا يصح إقرار المجنون والصبي الذي لا يعقل، أما البلوغ فليس بشرط، فيصح إقرار الصبي العاقل بالدين والعين.

٢ – الطوع. فلا يصح إقرار المنكر[٤].

٣ – أن لا يكون متهماً في إقراره؛ لأن التهمة تخل برجحان الصدق على جانب الكذب في إقراره.

٤ – أن يكون المقر معلوماً؛ لأنه إذا لم يكن معلوماً لا يتمكن المقر له من المطالبة، فلا يكون في هذا الإقرار فائدة فلا يصح.

ولا تشترط الحرية: فيصح إقرار العبد المأذون بالدين والعين، وكذا بالحدود والقصاص. ولا تشترط الصحة، حتى يصح إقرار المريض في الجملة.

ولا يشترط الإسلام؛ لأنه في الإقرار على نفسه غير متهم.

أما الشروط التي تخص بعض الأقارير دون بعض، فمعرفتها متوقفة على

---

(١) ينظر: المدخل الفقهي العام (٢/١٠٧٣ ف ٨٢/١١)، والوجيز (ص ٣٥٦)، والقواعد الكلية (ص ٣٥١).

(٢) المدخل الفقهي العام (٢/١٠٧٣ ف ٨٢/١١).

(٣) ينظر ذلك في: بدائع الصنائع (٦/٢٥٦).

(٤) ينظر: المصدر السابق أيضاً (٦/٢٠٥).

معرفة المقر به، وفيها تفصيل[١]، هو:

أن المقر به نوعان: حق الله، وحق العباد.

حق الله نوعان:

الأول: حق خالص لله تعالى، وهو حد الزنا والسرقة والشرب.

الثاني: نوع للعبد فيه حق لله، وهو حد القذف.

وهذان القسمان ذكر المصنف شروطهما مفصلة في مواضع من كتابه[٢]، يمكن الرجوع إليها، ولكنه ذكر شروطاً عامة للحدود وهي:

١ – البلوغ، فلا يصح إقرار الصبي في شيء من الحدود.

٢ – النطق، فلا بد أن يكون الإقرار بالخطاب والعبارة، دون الكتاب والإشارة[٣].

أما حق العباد: فهو المال من العين والدين والنسب والقصاص والطلاق والعتاق ونحوها. فهذه لا يشترط لصحة الإقرار بها ما يشترط لصحة الإقرار بحقوق الله تعالى، والإقرار بحقوق العباد نوعان:

نوع يرجع إلى المقر له، وهذا شرط واحد وهو: أن يكون معلوماً، سواء كان موجوداً أو حملاً.

ونوع يرجع إلى المقر به. وهذا فيه تفصيل: هل هو إقرار بالعين، أو بالدين أو بالنسب. وقد تناولها المصنف بالتفصيل[٤].

ما يبطل به الإقرار بعد وجوده:

يبطل الإقرار بعد وجوده بشيئين:

---

(١) ينظر: المصدر السابق (٦/ ٢٥٧).

(٢) ينظر: المصدر السابق (٥/ ٥١٢) وما بعدها.

(٣) المصدر السابق (٦/ ٢٥٦).

(٤) المصدر السابق (٦/ ٢٥٧)، ولولا خوف الإطالة لذكرتها.

١ – تكذيب المقر له في أحد نوعي الإقرار، وهو الإقرار بحقوق العباد.

٢ – رجوع المقر عن إقراره فيما يحتمل الرجوع، وهو الإقرار بحقوق الله سبحانه وتعالى الخالصة، كحد الزنا[١]، أما حقوق العباد فلا تحتمل الرجوع[٢].

قال المصنف: «والرجوع عن الإقرار يصح في حقوق الله تبارك وتعالى لا في حقوق العباد»[٣].

أصل القاعدة:

هذه القاعدة أشار إليها الكرخي في أصوله، ونصها مأخوذ من قوله: «الأصل: أن المرء يعامل في حق نفسه كما أقر به، ولا يصدق على إبطال حق الغير، ولا بإلزام الغير حقاً»[٤].

ويمكن أن يستدل لها بما يأتي:

١ – قال المصنف: «وقد روي عن النبي ^ أنه قال: **(لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما دون أرش الموضحة)**[٥].

---

(١) المصدر السابق (٥/ ٥٣٠، ٦/ ٢٧٠).

(٢) المصدر السابق (٦/ ٢٣٥).

(٣) المصدر السابق (٦/ ٢٢٥)، وسيأتي بيان ذلك بالتفصيل.

(٤) أصول الكرخي مطبوع مع (تأسيس النظر) (ص ٨١).

(٥) هذا الحديث روي عن جماعات موقوفاً عليهم؛ رواه الدارقطني في سننه: كتاب الحدود والديات وغيره، (٣/ ١٧٧) الحديث رقم (٢٧٦)، والبيهقي في السنن الكبرى: كتاب الديات، باب من قال: لا تحمل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً (٨/ ١٠٤) الحديث رقم (١٦١٣٧)، من رواية عامر عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «العمد والعبد والصلح والاعتراف لا تعقله العاقلة». قال البيهقي: كذا قال عامر عن عمر، وهو عن عمر منقطع، والمحفوظ أنه عن عامر الشعبي» أهـ. وفي البدر المنير (٨/ ٤٧٦) قال: قلت: هو ضعيف؛ لأن فيه عبدالملك بن حسين وقد ضعفوه، ورواه الدارقطني من هذا الطريق. وقال البيهقي (٨/ ١٠٤) الحديث رقم (١٦١٣٩): وروي عن ابن عباس أيضاً أنه قال: وذكره. وأخرجه البيهقي أيضاً (المصدر نفسه) بإسناده عن أبي الزناد، عن الفقهاء من

=

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ^ بين أن العاقلة لا يجب عليها دية ما وجب بالإقرار بالقتل خطأ وأنه يختلف عما وجب بنفس القتل خطأ، فلا يصدق في حق العاقلة، ولا تتحمل العاقلة شيئاً من الدية إلا إن صدقوه، وهذا يدل على أن إقرار المقر حجة في حقه لا في حق غيره(١).

ويمكن أن يستدل للقاعدة بالآتي:

٢ – قوله تعالى:] " # $ % & ' ( ) * + , Z(٢).

وجه الدلالة من الآية:

دلت الآية على أن شهادة الإنسان فيها بيان للحق سواء كان عليه أو على غيره، وشهادته على نفسه هي إقراره بما عليه من الحق لخصمه، وهذا هو الإقرار، فيكون الإقرار مشروعاً ويقتصر على المقر(٣).

٣ – عن أبي هريرة، وزيد بن خالد (٤) قالا: كنا عند النبي ^ فقام رجل فقال:

= أهل المدينة أنهم كانوا يقولون: وذكره.

والمعروف في كتب الحديث ما في سنن الدارقطني: كتاب الحدود والديات وغيره (١٧٨/٣) الحديث رقم (٢٧٨) من حديث ابن وهب عن الحارث بن نبهان، عن محمد بن سعيد عن رجاء بن حيوة عن جنادة بن أبي أمية عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن رسول الله ^ قال: (لا تجعلوا على العاقلة من دية المعترف شيئاً). وهذا إسناد ضعيف؛ لأن الحارث متروك منكر الحديث كما قال أحمد والبخاري والنسائي، ومحمد بن سعيد قال عنه أحمد: حديثه حديث موضوع. ينظر: التلخيص الحبير (٤/ ٩٣)، والدراية (٢/ ٢٨٠)، ونصب الراية (٤/ ٣٧٩)، والبدر المنير (٨/ ٤٧٥).

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٣٠٦، ٣١١).

(٢) سورة النساء، من الآية: ١٣٥.

(٣) تفسير الطبري (٩/ ٣٠٢)، والنكت والعيون (١/ ٥٣٥)، والمحرر الوجيز (٢/ ٢٠٨)، وتفسير البيضاوي (٢/ ٢٦٥).

(٤) زيد بن خالد الجهني، كان صاحب لواء جهينة يوم الفتح، وحديثه في الصحيحين وغيرهما، قيل مات =

أنشدك الله إلا قضيت بيننا بكتاب الله، فقام خصمه وكان أفقه منه فقال: اقض بيننا بكتاب الله وأذن لي، قال: **(قل)**، قال: إن ابني كان عسيفاً[١] على هذا فزنى بامرأته فافتديت منه بمائة شاة وخادم، ثم سألت رجالاً من أهل العلم فأخبروني أن على ابني جلد مائة وتغريب عام، فقال النبي ^ : **(لأقضين بينكما بكتاب الله، أما الوليدة والغنم فرد عليك، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام، وأما أنت يا أنيس[٢] فاغد على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها)** فغدا عليها أنيس فرجمها[٣].

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ^ لم يأمر برجم الزانية استناداً على إقرار الزاني – العسيف – بالزنا بها، وإنما قال ^ : (فإن اعترفت فارجمها) مما يدل على أن المرء مؤاخذ بإقراره، ولا يتعداه إلى غيره ما لم يوافقه ذلك الغير.

٤ – حديث ماعز – رضي الله عنه – وكذلك الغامدية وهو: عن بريدة – رضي الله عنه – أن ماعز بن مالك الأسلمي أتى رسول الله ^ فقال: يا رسول الله إني قد ظلمت نفسي وزنيت، وإني أريد أن تطهرني، فرده، فلما كان من الغد أتاه فقال: يا رسول الله إني قد زنيت، فرده الثانية، فأرسل رسول الله ^ إلى قومه فقال:

= سنة ثمان وسبعين بالمدينة وله خمس وثمانون سنة، ويل ٦٨هـ، وقيل مات قبل ذلك في خلافة معاوية بالمدينة، ينظر: الاستيعاب (٢/ ٥٤٩)، والإصابة (٢/ ٦٠٣)، وتهذيب الكمال (١٠/ ٦٣)، والوافي بالوفيات (٥/ ٧).

(١) قال البخاري: قال مالك: والعسيف الأجير. صحيح البخاري (٦/ ٢٤٤٦).

(٢) صحابي مشهور، وهو أنيس بن الضحاك الأسلمي معدود في الشاميين، وقيل: هو أنيس بن مرثد، والأول هو الصحيح المشهور، وأنه أسلمي والمرأة أسلمية. شرح النووي على مسلم (٦/ ١٣٠)، والإصابة (١/ ١٣٨)، والوافي بالوفيات (٣/ ٣١٣).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الصلح، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود (٣/ ٢٤٠) الحديث رقم (٢٦٩٥ و٢٦٩٦). ومسلم في صحيحه، الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنا (٥/ ١٢١) الحديث رقم (٤٥٣١).

(أتعلمون بعقله بأساً، أتنكرون منه شيئاً؟) فقالوا: ما نعلمه إلا وفي العقل، من صالحينا فيما نرى، فأتاه الثالثة، فأرسل إليهم أيضاً فسأل عنه، فأخبروه أنه لا بأس به ولا بعقله، فلما كان الرابعة حفر له حفرة ثم أمر به فرجم.

قال: فجاءت الغامدية فقالت: يا رسول الله إني قد زنيت فطهرني، وإنه ردها، فلما كان الغد، قالت: يا رسول الله لم تردني؟ لعلك أن تردني كما رددت ماعزاً، فوالله إني لحبلى، قال ^ : **(إما لا فاذهبي حتى تلدي)** فلما ولدت أتته بالصبي في خرقة، قالت: هذا قد ولدته، قال ^ : **(اذهبي فارضعيه حتى تفطميه)** فلما فطمته أتته بالصبي في يده كسرة خبز، فقالت: هذا يا نبي الله قد فطمته، وقد أكل الطعام، فدفع الصبي إلى رجل من المسلمين، ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها، وأمر الناس فرجموها[(١)]، الحديث.

وجه الدلالة:

أن النبي ^ أقام الحد على من أقر عنده بالزنا، ولم يذكر أنه بحث عن الطرف الآخر مما يدل على أن الإقرار حجة على المقر ولا يتعداه إلى غيره.

٥ – لأن ولاية الإقرار قاصرة عن الغير، فيقتصر أثر الإقرار على المقر نفسه[(٢)]، ويؤخذ بمقتضى الإقرار، لأن الإنسان غير متهم على نفسه[(٣)].

الفروع المبنية على القاعدة:

١ – قال المصنف: « وعلى هذا يخرج ما ذكر عن محمد أنه قال: في حائط بين دارين لكل واحد منهما عليه خشبة، ولا يعلم أن الحائط بينهما إلا بالخشبة، فبيعت إحدى

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه، الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا (٥/ ١٢٠) الحديث رقم (٤٥٢٨).

(٢) ينظر: الهداية (٢/ ١٩٧).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١١، ٥/ ٥١٥، ٦/ ٨٩، ٢٣٦، ٢٥٦).

الدارين، فإن أقام الآخر بينة أن الحائط بينهما فهو أحق من الجار لأنه شريك، وإن لم يقم البينة لم أجعله شريكاً...، قال: ولو أقر البائع قبل البيع أن الحائط بينهما لم أجعل له بهذا شفعة».

٢ – وقال: «فهذا بمنزلة دار في يد رجل، أقر أنها لآخر، فبيعت إلى جنبها دار فطلب المقر له الشفعة، فلا شفعة له حتى يقيم البينة أن الدار داره، لأن الملك في الموضعين جميعاً ثبت بالإقرار وأنه حجة قاصرة، فيظهر في حق المقر في المسألة الأولى، وفي المسألة الثانية يظهر في حق المقر له خاصة، ولا يتعدي إلى المشتري»[(١)].

٣ – قال المصنف: «وعن أبي يوسف: في رجل في يده دار عرف القاضي أنها له، فبيعت دار إلى جنب داره، فقال الشفيع بعد بيع الدار التي فيها الشفعة: داري هذه لفلان، وقد بعتها منه منذ سنة، وقال هذا في وقت يقدر على الأخذ بالشفعة، أو طلبها لنفسه.

قال – أبو يوسف -: لا شفعة له في الدار، حتى يقيم المقر له بينة على المشتري، أما المقر له فلما ذكرنا: أن الملك الثابت بالإقرار ليس بثابت بحجة مطلقة، لكون الإقرار حجة قاصرة، فلا يظهر في حق الاستحقاق على المشتري»[(٢)].

٤ – قال المصنف: «- إذا أقر – رجل أنه مولى لفلان مولى عتاقة...، فإن كان له أولاد كبار فأنكروا ذلك وقالوا: أبونا مولى العتاقة لفلان آخر، فالأب مصدق على نفسه، والأولاد مصدقون على أنفسهم؛ لأنه لا ولاية للأب على الأولاد الكبار، فلا ينفذ إقراره عليهم، ويصح إقرارهم على أنفسهم»[(٣)].

٥ – قال المصنف: «ولو كفل بنفسه فإن لم يواف به فعليه ما يدعيه الطالب، فإن

---

(١) المصدر السابق (٤/ ١١٢ – ١١٣).

(٢) المصدر السابق (٤/ ١١٣).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٧).

ادعى الطالب ألفاً ولم تكن له بينة...، أو أقر بها المطلوب فلا يلزم الكفيل ذلك؛ لأن إقراره حجة عليه لا على غيره فلا يصدق على الكفيل »[١].

٦ – قال المصنف: « الوكيل ببيع العبد إذا قال – قبل أن يستلم العبد -: بعته من هذا الرجل وقبضت منه الثمن، وهلك الثمن في يدي، أو قال دفعته إلى الموكل...، فإن كذَّبه بالبيع، أو صدقه بالبيع وكذبه في قبض الثمن، فإن الوكيل يصدق في البيع ولا يصدق في قبض الثمن في حق الموكل؛ لأن إقرار الوكيل في حق نفسه جائز عليه »[٢].

٧ – قال المصنف: « - في شركة العنان – ولو أقر – أحدهما – بدين، لم يجز على صاحبه؛ لأن الإقرار حجة قاصرة، فلا يصدق في إيجاب الحق على شريكه »[٣].

٨ – وقال: « ولو أقر بجارية في يده من تجارتهما إنها لرجل، لم يجز إقراره في نصيب شريكه، وجاز في نصيبه، لما ذكرنا: أن إقرار الإنسان ينفذ على نفسه لا على غيره »[٤].

* * *

(١) المصدر السابق (٤/ ٦٠٤).

(٢) المصدر السابق (٥/ ٤٠ – ٤١).

(٣) المصدر السابق (٥/ ٩٧).

(٤) المصدر السابق (٥/ ٩٧).

المطلب الثالث

قاعدة: « يجوز أن يصدق في إقراره في حق نفسه، ولا يصدق في حق غيره إذا تضمن إبطال حق الغير »

أوردها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: « الإقرار إذا تضمن إبطال الغير لا يصح »[٢].

معنى القاعدة:

هذه القاعدة نص عليها الكرخي في كتابه حيث قال: « الأصل: أن المرء يعامل في حق نفسه كما أقر به، ولا يصدق على إبطال حق الغير، ولا بإلزام الغير حقاً »[٣]. وهي – كما تقدم – تعتبر أصلاً للقاعدة السابقة[٤]، ومنها أُخذ لفظها، ولفظ هذه القاعدة فيه زيادة معنى آخر.

وهو: أن الإقرار وإن كان حجة في حق المقر، إلا أنه لا يعتبر دليلاً يبطل به ما ثبت للغير من حقوق؛ لأنه مجرد دعوى تحتاج إلى دليل أو شهادة على الغير، فهو لا يخرج عن كونه زعماً مجرداً من المقر لا دليل عليه، فيلزم به صاحبه دون غيره.

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٤٧٩).

(٢) المصدر السابق (٥/ ٣٧٧)، وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: أصول الكرخي مطبوع مع (تأسيس النظر) (ص ٨١)، وقواعد الأحكام (٢/ ٩٣)، والفروق للقرافي (١/ ٣٣ ف١)، والمنثور (١/ ٩٤)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٤٦٥)، وترتيب اللآلي (١/ ٣٩٥ قاعدة ٤٥)، وقواعد البركتي (١/ ١٣، ١١٩)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٧٣ ف ١١/٨٢)، والوجيز للبورنو (ص ٣٥٦)، وموسوعة القواعد الفقهية (٢/ ٢٢٦)، والهداية (٢/ ٢٠٦)، والتقرير والتحبير (٢/ ٤٢).

(٣) أصول الكرخي مطبوع مع (تأسيس النظر) (ص ٨١).

(٤) قاعدة (الإقرار حجة قاصرة) ينظر: (ص ٥١٤).

« ولأنه من المحتمل أن يكون المقر كاذباً في إقراره، ومتواطئاً مع المقر له لإضاعة حق شخص ثالث »[١].

ويفهم من ذلك: أنه إذا لم يتضمن إبطال حق الغير، وإنما تضمن إثبات حق الغير فإنه يعتبر[٢].

أصل القاعدة:

ما ذكر دليلاً للقاعدة السابقة هو دليل لهذه القاعدة، ووجه الاستدلال من الأدلة واحد.

ويمكن أن يزاد لهذه القاعدة بخصوصها لزيادة معناها دليلاً ذكره المصنف بقوله: « الإقرار إذا تضمن إبطال حق الغير، فلا يصدق في حق ذلك الغير؛ لأن الإقرار تصرف على نفس المقر؛ فإذا تضمن إبطال حقه حق الغير كان دعوى أو شهادة على غيره من ذلك الوجه فيصدق على نفسه لا على غيره »[٣].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: « إذا أجر داره، ثم أقر بها لإنسان، فإن إقراره ينفذ في حق نفسه، ولا ينفذ في حق المستأجر، بل يتوقف إلى أن تمضي مدة الإجارة، فإذا مضت نفذ الإقرار في حقه أيضاً فيقضى بالدار للمقر له »[٤].

٢ – قال المصنف: « لو ادعى واحد من الغانمين ولداً صغيراً من السبي أنه ولده قبل القسمة أو البيع، صحت دعوته ويكون ولده، ثم ينظر: إن كان معه علامة الإسلام كان مسلماً ولا يسترق، وإن لم يكن معه علامة الإسلام، يثبت نسبه من المدعي ولكنه يسترق؛ لأن دعوته وإن صحت في حق ثبات النسب، واستندت إلى

---

(١) المدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٧٣ ف ٨٢/ ١١).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٣/ ٢٠٥، ٥/ ٩٧، ٢٩١، ٦/ ١٩٨).

(٣) المصدر السابق (٥/ ٢٩١).

(٤) المصدر السابق (٤/ ٦٩).

وقت العلوق، لكنها لم تصح ولم تستند في حق الاسترقاق؛ لأن فيه إبطال حق الغانمين فلا يصدق في إبطال حق الغير»[١].

٣ – وقال: «ويجوز أن يصدق الإنسان في إقراره في حق نفسه، ولا يصدق في حق غيره إذا تضمن إبطال حق الغير، كمن أقر بحرية عبد إنسان ثم اشتراه، صح الشراء وعتق عليه[٢]، ولا يرجع بالثمن على البائع»[٣].

٤ – قال المصنف: «ولو دفع إلى الوكيل مالاً وقال: اقضه فلاناً عن ديني، فقال الوكيل: قد قضيت صاحب الدين فادفعه إلي، وكذبه صاحب الدين، فالقول قول الوكيل في براءة نفسه عن الضمان، والقول قول الطالب في أنه لم يقبضه، حتى لا يسقط دينه عن الموكل؛ لأن الوكيل أمين فيصدق في دفعه الضمان عن نفسه، ولا يصدق على الغريم في إبطال حقه، وتجب اليمين على أحدهما لا عليهما»[٤].

٥ – قال المصنف: «ولو كان المال مضموناً على رجل، كالمغصوب في يد الغاصب، أو الدين على الغريم، فأمر الطالب أو المغصوب منه أن يدفعه إلى فلان، فقال المأمور: قد دفعت إليه، وقال فلان: ما قبضت، فالقول قول فلان أنه لم يقبض، ولا يصدق الوكيل على الدفع إلا ببينة أو بتصديق الموكل...، فإذا صدقه فقد أبرأه عن الضمان، ولكنهما لا يصدقان على القابض، ويكون القول قوله أنه لم يقبض مع يمينه؛ لأن قولهما حجة في حق أنفسهما لا في إبطال حق الغير»[٥].

٦ – قال المصنف: «ولو بلغ – اللقيط – فأقر أنه عبد فلان، نظر... فالظاهر أنه لا يقر على نفسه بالرق، فصح إقراره، إلا أنه لا يعتبر في إبطال ما – كان – يفعله من

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٤٧٨).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٤٧٩).

(٣) المصدر السابق (٥/ ٢٩١).

(٤) المصدر السابق.

(٥) المصدر السابق (٥/ ٣٩).

التصرفات، من الهبة والكفالة والإعتاق والنكاح، ونحوها من التصرفات التي لا يملكها العبد، حتى لا تنفسخ...؛ لأن هذا إقرار تضمن إبطال حق الغير؛ لأن حريته ثابتة من حيث الظاهر، فلا يصدق في حق ذلك الغير»[1].

* * *

(١) المصدر السابق (٥/ ٣٩).

المطلب الرابع
قاعدة: «الإقرار إذا صح لا يحتمل الرجوع عنه»

أوردها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: «الرجوع يقبل في الحدود ولا يقبل في المال»[٢].

ولفظ: «الرجوع عن الإقرار يصح في حق سقوط الحد ولا يصح في حق ضمان المال والقصاص»[٣].

ولفظ: «الإقرار في حقوق العباد لا يحتمل الرجوع»[٤].

ولفظ: «الرجوع عن الإقرار في حق العباد لا يصح»[٥].

معاني مفردات القاعدة:

الإقرار: تقدم تعريفه لغة واصطلاحاً.

الرجوع لغة: مصدر «رَجَعَ» «يَرْجِعُ» «رُجُوعاً» و«رَجْعاً»[٦].

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٥٧).

(٢) المصدر السابق (٦/ ٤٣).

(٣) المصدر السابق (٦/ ٥٦).

(٤) المصدر السابق (٦/ ٢٣٥).

(٥) المصدر السابق (٦/ ٢٣٦)، وقريباً منه في (٦/ ٢٤٠).

وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: قواعد الأحكام (٢/ ٢١٦)، والفروق للقرافي (٤/ ٩٢ ف٢٢٢)، وترتيب الفروق (ص ٣٤٣)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٣٣٨ و٣٩٩)، والمنثور (١/ ٩٤)، وتقرير القواعد (٢/ ٢٢، ٣٤٤، ٥٤٢)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٤٦٥)، وترتيب اللآلي (٢/ ٧٢٥ ق١٣١)، وشرح المجلة لعلي حيدر (١/ ٧٩، ٤/ ١٢٠ م١٥٨٨)، ولسليم رستم (٢/ ٨٧٦م ١٥٨٨)، والقواعد والضوابط الفقهية في كتاب الأم (ص ٥٨٤).

(٦) ينظر: لسان العرب (٦/ ١٠٧)، والقاموس المحيط (ص ٩٣٠) كلمة (رجع).

تقول: رجوعاً، إذا رجع بنفسه، ويكون هنا لازماً، كقوله تعالى:] 0 N M Z P[(١).

وإذا أرجعه غيره نقول: «رَجْعا» ويكون متعدياً، كقوله تعالى:] e d Z i h g f[(٢)(٣).

قال ابن فارس: «الراء والجيم والعين، أصل كبير مطرد منقاس، يدل على رد وتكرار.

تقول: رجع يرجع رُجوعاً إذا عاد»(٤).

ومن هنا قيل: «رجع في هبته إذا أعادها إلى ملكه»(٥).

والمعنى الاصطلاحي لا يخرج عن المعنى اللغوي.

فالرجوع هو: العود إلى الحالة الأولى، ونقض التصرف الأول، يقال: رجع في كلامه؛ إذا رجع عن قراره ونقض قوله السابق(٦).

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن الإقرار إذا صدر ممن هو أهل لذلك، وتوفرت فيه شروط صحة الإقرار(٧)، فإنه لا يقبل من المقر رجوعه عما أقر به، بأي حال من الأحوال، ويلزمه ما يترتب على ذلك من تبعة.

---

(١) من الآية رقم ٣١ من سورة يس.

(٢) من الآية رقم ٨٣ من سورة التوبة.

(٣) ينظر: المصادر اللغوية السابقة والكليات للكفوي (ص ٤٧٨).

(٤) معجم مقاييس اللغة (ص ٤٢٢) كلمة (رجع).

(٥) المصباح المنير (ص ١١٦) مادة (ر ج ع).

(٦) ينظر: معجم لغة الفقهاء (ص ٢٢٠)، والكليات للكفوي (ص ٤٧٨).

(٧) تقدم ذكرها بالتفصيل، ينظر (ص ٥١٧).

قال العز بن عبدالسلام: «وهو أقوى الحجج»[١].

وعليه فإن الأصل في الإقرار اللزوم وثبوت حق المقر له على من أقر، قال القرافي: «الأصل في الإقرار اللزوم من البر والفاجر؛ لأنه على خلاف الطبع»[٢].

ولكن الحقوق المقر بها أقسام، كما تقدم بيانه، فهل جميع الأقارير لا تبطل بعد وجودها وصحتها؟

ولبيان ذلك أقول:

ذكر المصنف أن الحقوق المقر بها تنقسم إلى ثلاثة أقسام[٣]:

١ – حقوق الآدميين.

٢ – حقوق الله سبحانه وتعالى التي لا تدرأ بالشبهات، كالزكاة، والكفارات، والتعزير.

٣ – الحدود وهذه قسمان:

أ – الحدود الخالصة لله سبحانه وتعالى، كحد الزنا، والسرقة، والشرب.

ب – ما للعبد فيه حق وهو حد القذف، وهذا يلحق بالقسم الأول (حقوق الآدميين).

حكم الرجوع عن الإقرار في هذه الأقسام:

أما حقوق الآدميين، كالمال من العين والدين، والنسب، والقصاص، والطلاق، والعتاق ونحوها، وحقوق الله سبحانه وتعالى التي لا تدرأ بالشبهات كالزكاة والكفارات والتعازير، فهذه إذا ثبت منها شيء بالإقرار فلا أثر للرجوع عن الإقرار، ولا يقبل فيه ذلك[٤].

---

(١) قواعد الأحكام (٢/ ٥٤).

(٢) الفروق للقرافي (٤/ ٩٢ ف ٢٢٢).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٥٧).

(٤) ينظر: المصدر السابق (٥/ ٥٣٠)، (٦/ ٢٣٥، ٢٣٦، ٢٤٠)، والأشباه والنظائر لابن نجيم =

وهذا بالاتفاق، قال ابن قدامة[١]: «أما حقوق الآدميين وحقوق الله تعالى التي لا تدرأ بالشبهات كالزكاة والكفارات فلا يقبل رجوعه عنها، ولا نعلم في هذا خلافاً»[٢].

أما الرجوع عن الإقرار في الحدود الخالصة لله تعالى، فهذا الذي وقع فيه الخلاف بين الفقهاء على النحو الآتي:

القول الأول: أن الإقرار في الحدود الخالصة لله سبحانه يحتمل الرجوع، فإذا رجع المقر عن إقراره بذلك فإنه يقبل رجوعه وهذا قول الحنفية[٣] والشافعية[٤] والحنابلة[٥] وهو الرواية المشهورة عند المالكية[٦].

القول الثاني: أنه لا يحتمل الرجوع، فلا يقبل رجوع المقر عن ما أقر به. وهذا القول ذهب إليه بعض السلف[٧]، وأهل الظاهر[٨]، وهو اختيار شيخ الإسلام[٩]،

= (ص١٥٧).

(١) هو عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، أحد كبار فقهاء الحنابلة، ولد سنة ٥٤١هـ، فقيه أصولي محدث، مجتهد بارع، عرف عند المتأخرين بـ «شيخ الحنابلة» من مصنفاته: المغني، والكافي، والمقنع، والعمدة، وهي كلها في الفقه، وله روضة الناظر في أصول الفقه، توفي سنة ٦٢٠هـ.
[ينظر: الذيل على طبقات الحنابلة ٢/ ١٠٥، وسير أعلام النبلاء ٢٢/ ١٦٥، والبداية والنهاية ١٣/ ٩٩، والمقصد الأرشد ٢/ ١٥].

(٢) المغني (٥/ ٢٨٨).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٥٣٠، ٦/ ٢٧٠)، والهداية (١/ ٣٦٣).

(٤) ينظر: المنثور للزركشي (١/ ٩٤)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٤٦٥).

(٥) ينظر: المغني (٥/ ٢٨٨)، والكافي (٤/ ٥٨٧).

(٦) ينظر: بداية المجتهد (٢/ ٣٦٠، ٣٧٢)، والشرح الكبير للدردير (٤/ ٣٤٦).

(٧) ينظر مصادر القول الأول.

(٨) ينظر: المحلى (٨/ ٢٥٢).

(٩) ينظر: مجموع الفتاوى (١٦/ ٣١ – ٣٢).

ورجحه الشيخ ابن عثيمين[١].

أما المصنف فلم يذكر إلا القول الأول، واستدل له بأدلة، هي:

١ – « لأنه يحتمل أن يكون صادقاً في الرجوع، وهو الإنكار، ويحتمل أن يكون كاذباً فيه، فإن كان صادقاً في الإنكار يكون كاذباً في الإقرار، وإن كان كاذباً في الإنكار يكون صادقاً في الإقرار، فيورث شبهة في ظهور الحد، والحدود لا تستوفى مع الشبهات »[٢].

يريد بذلك النصوص الشرعية التي تدعو إلى درء الحدود بالشبهات ومن ذلك: قوله ^ : **(ادرأوا الحدود بالشبهات)** [٣]،وقوله ^ : **(ادرأوا الحدود ما استطعتم)** [٤]. وقوله: ^ : **(ادفعوا الحدود ما وجدتم لها**

---

(١) ينظر: الشرح الممتع (١٤/٢٦٧).

(٢) بدائع الصنائع (٥/٥٣٠).

(٣) رواه البيهقي: كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات (٨/٢٣٨)، قال: أخبرنا أبو بكر بن الحارث أنبا أبو محمد بن حيان قال: قرئ على ابن أبي عاصم حدثنا الحسن بن علي حدثنا سهل بن حماد، حدثنا المختار بن نافع، حدثنا أبو حيان التيمي عن أبيه عن علي – رضي الله عنه – قال: قال رسول الله ^ : (ادرأواالحدود ولا ينبغي للإمام أن يعطل الحدود).

وإسناده ضعيف جداً؛ لأن فيه المختار بن نافع التيمي، وأبا إسحاق التمار، وهو متروك. وبه أعل الحديث البيهقي (٨/٢٣٨).

ورواه الدارقطني: كتاب الحدود والديات وغيره (٣/٨٤)، الحديث رقم (٩) قال: حدثنا محمد بن القاسم بن زكريا، حدثنا أبو كريب، حدثنا معاوية بن هشام عن مختار التمار عن أبي مطر عن علي قال: سمعت رسول الله ^ يقول: (ادرأوا الحدود).

وفي هذا الإسناد أيضاً المختار التمار وهو متروك. وبه أعله الزيلعي في « نصب الراية » (٣/٣٠٩).

(٤) رواه الترمذي: كتاب الحدود عن رسول الله ^ ، باب ما جاء في درء الحدود (٤/٣٣)، الحديث رقم (١٤٢٤)، والحاكم: كتاب الحدود (٤/٤٢٦) الحديث رقم (٨١٦٣)، والبيهقي: كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات (٨/٢٣٨) الحديث رقم ()، والدارقطني (٣/٨٤) كلهم من طريق

=

مدفعاً) [١].

٢ – ولما ورد أن ماعزاً – رضي الله عنه – لما أقر بين يدي رسول الله ^ بالزنا لقنه

= يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري عن عروة عن عائشة به مرفوعاً إلا البيهقي فإنه رواه موقوفاً على عائشة.

وإسناده ضعيف، لأن فيه يزيد بن زياد القرشي الدمشقي، وهو ضعيف.

ولما قال الحاكم كتاب الحدود (٤/٤٢٦) الحديث رقم (٨١٦٣): هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه. أ.هـ تعقبه الذهبي فقال في «التلخيص»: يزيد بن زياد شامي متروك. أ.هـ. وقال الترمذي (٤/٣٣): حديث عائشة لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي ^، ورواه وكيع عن يزيد بن زياد نحوه ولم يرفعه، ورواية وكيع أصح. وقد رُوي نحو هذا عن غير واحد من أصحاب النبي ^ أنهم قالوا مثل ذلك. ويزيد بن زياد الدمشقي ضعيف في الحديث. ويزيد بن أبي زياد الكوفي أثبت من هذا وأقدم. أ.هـ.

ولما رواه البيهقي (٨/٢٣٨) من طريق عبدالله بن هاشم حدثنا وكيع عن يزيد فذكره موقوفاً.

قال عقبه: تفرد به يزيد بن زياد الشامي عن الزهري وفيه ضعف ورواية وكيع أقرب إلى الصواب، والله أعلم. ورواه رشدين بن سعد عن عقيل عن الزهري مرفوعاً. ورشدين ضعيف. أ.هـ.

ولما ذكر الحافظ ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٤/٦٣) الحديث المرفوع قال: «في إسناده يزيد بن زياد الدمشقي وهو ضعيف». اهـ. وكذا قال في «الدراية» (٤/٩٤).

وقال الألباني في «الإرواء» (٨/٢٥): وهو ضعيف مرفوعاً وموقوفاً؛ فإن مداره على يزيد بن زياد الدمشقي وهو متروك. أ.هـ.

(١) رواه ابن ماجه: كتاب الحدود (٢/٨٥٠) الحديث رقم (٢٥٤٥) باب الستر على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات قال: حدثنا عبدالله بن الجراح حدثنا وكيع عن إبراهيم بن الفضل عن سعيد بن أبي سعيد عن أبي هريرة مرفوعاً بمثله.

ورواه أبو يعلى الموصلي في مسنده من طريق وكيع به كما في «نصب الراية» (٣/٣٠٩).

وإسناده ضعيف؛ لأن فيه إبراهيم بن الفضل المخزومي المدني. وهو ضعيف، ضعفه أحمد وابن معين وأبو زرعة وأبو حاتم والبخاري والترمذي والنسائي. وأبو أحمد الحاكم والساجي وابن حبان والدارقطني.

وبه أعل الحديث البوصيري في تعليقه على زوائد ابن ماجه، وأيضاً الألباني كما في «الإرواء» (٨/٢٦).

الرجوع، فقال – عليه الصلاة والسلام -: **(لعلك قبَّلت، أو غمزت، أو نظرت)**[١].

وجه الدلالة من الحديث:

أنه لو لم يكن الحد محتملاً للسقوط بالرجوع، لما كان للتلقين فائدة ومعنى[٢].

٣ – قوله ^ لما هرب ماعز وذُكِر ذلك له: **(هلا تركتموه)** [٣].

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب الحدود، باب: هل يقول الإمام للمقر: لعلك لمست أو غمزت (٨/ ٢٠٧) الحديث رقم (٦٨٢٤)، ومسلم في صحيحه، كتاب الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنا (٥/ ١١٩) الحديث رقم (٤٥٢٠).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٥٣٠).

(٣) أخرجه النسائي في «الكبرى» كتاب الرجم، إذا اعترف بالزنا ثم رجع عنه (٦/ ٤٣٩) الحديث رقم (٧١٧٠) من طريق يعقوب، عن أبيه، قال حدثني محمد بن إبراهيم عن أبي الهيثم. وهذا إسناد ضعيف لجهالة حال أبي الهيثم بن نصر بن دهر الأسلمي، فقد انفرد برواية عنه محمد بن إبراهيم بن الحارث التيمي، ولم يؤثر توثيقه عن أحد، يعقوب: هو ابن إبراهيم بن سعد الزهري.

وأخرجه النسائي في «الكبرى» (٧٢٠٧)، والدارمي: كتاب الحدود، باب المعترف يرجع عن اعترافه (٢/ ٢٣٢) الحديث رقم (٢٣١٨)، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» باب بيان مشكل ما ورى عنه عليه السلام في صلاته على الجهنية التي رجمها بإقرارها عنده بالزنا، وفي تركه الصلاة على ماعز الذي رجمه بإقراره عنده (١/ ٣٨٠) الحديث رقم (٤٣٤) من طريق يزيد بن زريع، عن محمد بن إسحاق، به. زاد النسائي بإثره أن ابن إسحاق استنكر لهذاالحديث، ثم حدثه به عاصم بن عمر بن قتادة، عن الحسن بن محمد بنالحنفية، عن جابر بن عبدالله.

وأخرجه ابن أبي شيبة: كتاب الحدود، باب في الزاني كم مرة يرد، وما يصنع به بعد إقراره (١٠/ ٧٧ – ٧٨) الحديث رقم (٢٩٣٧٦)، والنسائي في «الكبرى» (٧٢٠٦) من طريق أبي خالد الأحمر، عن محمد بن إسحاق، قال: أخبرني محمد بن إبراهيم، عن أبي عثمان بن نصر الأسلمي، عن أبيه، فذكر الحديث، فسماه أبا عثمان بن نصر، وهو وهم، وصوابه: أبو الهيثم بن نصر الأسلمي، نبه عليه الحافظ المزي في «تحفة الإشراف» (٩/ ٩) الحديث رقم (١١٥٩٢)، و«تهذيب الكمال» (٣٤/ ٣٨٣ – ٣٨٤) الحديث رقم (٧٦٨٥). وله شاهد من حديث أبي هريرة عند الترمذي في سننه: كتاب الحدود عن رسول الله

=

وجه الدلالة من الحديث:

في هذه الرواية دليل على أن الهروب دليل الرجوع، وأن الرجوع مسقط للحد[١].

٤ – أن النبي ^ لما أتي بلص قد اعترف اعترافاً، ولم يوجد معه متاع، قال له رسول الله ^ : (وما إخالك سرقت، قال: بلى، فأعاد عليه مرتين، أو ثلاثاً، فأمر به فقطع) الحديث [٢].

وجه الدلالة من الحديث:

دل الحديث على أنه لو لم يكن الإقرار محتملاً للرجوع ومسقطاً للحد لم يكن للتلقين معنى وفائدة[٣].

= ^ ، باب ما جاء في درء الحد عن المعترف (٤/ ٣٦) الحديث رقم (١٤٢٨)، والنسائي في «الكرى» كتاب الرجم، إذا اعترف بالزنا ثم رجع عنه (٦/ ٤٣٦) الحديث رقم (٧١٦٦)، وابن ماجه: كتاب الحدود، باب الرجم (٢/ ٨٥٤) الحديث رقم (٢٥٥٤)، وقال الترمذي: هذا حديث حسن، وقال الألباني: حسن صحيح.

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٥٣٠ و٦/ ٢٧٠).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه: كتاب الحدود، باب في التلقين في الحد (٤/ ٢٣٤) الحديث رقم (٤٣٨٢)، والنسائي في سننه: كتاب قطع السارق، باب تلقين السارق (٨/ ٦٧) الحديث رقم (٤٨٧٧)، وقال عنه الألباني: «ضعيف» وابن ماجه في سننه: كتاب الحدود، باب تلقين السارق (٢/ ٨٦٦) الحديث رقم (٢٥٩٧)، وقال عنه الألباني: «ضعيف». ورواه أحمد في مسنده (٣٧/ ١٨٤) وقال عنه شعيب الأرنؤوط: «صحيح لغيره». ومدار الحديث على أبي المنذر مولى أبي ذر وهو رجل مجهول، قال عبدالحق: أبو المنذر المذكور في إسناده لا أعلم روى عنه إلا إسحاق بن عبدالله بن أبي طلحة، وله شاهد من حديث أبي هريرة عند الطحاوي في شرح معاني الآثار: كتاب الحدود، باب الإقرار بالسرقة التي توجب القطع (٣/ ١٦٨) الحديث رقم (٤٩٧٩)، والبيهقي في السنن الكبرى: كتاب السرقة، باب ما جاء في الإقرار بالسرقة والرجوع عنه (٨/ ٢٧٥ – ٢٧٦) وإسناده صحيح. فيكون الحديث صحيح لغيره. ينظر: تعليق شعيب الأرنؤوط على مسند أحمد (٣٧/ ١٨٤).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٥٣٠، ٦/ ٢٧٠).

٥ – لأن الرجوع خبر محتمل للصدق كالإقرار وليس أحد يكذبه فيه فتتحقق الشبهة في الإقرار، بخلاف ما فيه حق العبد كالقصاص والقذف، لوجود من يكذبه، ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع[١].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «إن جاءت – زوجته – بولدين في بطن، فأقر بأحدهما ونفى الآخر، فإن أقر بالأول ونفى الثاني لاعن، ولزمه الولدان جميعاً...، لأن إقراره بالأول إقرار بالثاني...، فإذا نفى الثاني فقد رجع عما أقر به، والنسب المقر به لا يحتمل الرجوع عنه»[٢].

٢ – قال المصنف: «لو قال – رجل -: أعتقت عبدي وأنا مجنون، ولم يعلم له جنون، لا يصدق؛ لأنه إذا أضافه إلى حالة لا يتيقن وجودها فالظاهر أنه أراد الرجوع عما أقر به، فلا يقبل منه»[٣].

٣ – قال المصنف: «إذا قال البائع: بعتك عبدي أمس بألف درهم فلم تقبل، وقال المشتري: بل قبلت، فالقول قول المشتري؛ لأن البيع لا يكون بيعاً إلا بعد قبول المشتري، فإذا قال: بعتك، فقد أقر بالقبول، فبقوله لم تقبل يريد الرجوع عما أقر به وإبطال ذلك فلم يقبل»[٤].

٤ – قال المصنف: «لو شهدا أنه قال: هذا حر بعد موتي؛ لا بل هذا، كانا جميعاً مدبرين، ويعتقان بعد موته من ثلثه؛ لأنه لما قال هذا حر بعد موتي فقد صار مدبراً، فلما قال: لا بل هذا، فقد رجع عن الأول وتدارك بالثاني، ورجوعه لا يصح

---

(١) الهداية (١/ ٣٦٤).

(٢) بدائع الصنائع (٣/ ٣٩٢).

(٣) المصدر السابق (٣/ ٣٨٠).

(٤) بدائع الصنائع (٣/ ٥٠٨).

وتداركه صحيح، كما إذا قال لإحدى امرأتيه: هذه طالق، لا بل هذه»[١].

٥ – قال المصنف: «من اشترى عبداً، ثم أقر أن البائع قد أعتقه، وأنكر البائع، فإن إقراره ينقلب عليه ويجعل معتقاً»[٢].

٦ – قال المصنف: «قال محمد: لو قال هذا ابنك وسكت، فلم يصدقه صاحبه حتى قال: هو ابني معك، فهو موقوف، فإن قال صاحبه: هو ابني دونك، فهو كما قال؛ لأنه أقر له بالنسب ابتداءً وسكت، فقد استقر إقراره ووقف على التصديق، فقوله بعد ذلك: هو ابني، يتضمن إبطال الإقرار فلا يسمع»[٣].

٧ – ذكر المصنف: أن المضارب إذا أقر أنه عمل بالمال وأن في يده عشرة آلاف وسكت، ثم قال: علي فيها ألف أو ألفان، لم يصدق؛ لأنه لما سكت فقد أقر بالربح، فإذا قال: علي دين ألف رجع عما أقر به؛ لأن الربح لا يكون إلا بعد قضاء الدين، والإقرار إذا صح لا يحتمل الرجوع عنه»[٤].

٨ – قال المصنف: «رجوع السارق عن الإقرار بالسرقة لا يوجب القطع، ويضمن المال؛ لأن الرجوع يقبل في الحدود، ولا يقبل في المال؛ لأنه يورث شبهة في الإقرار، والحد يسقط بالشبهة ولا يسقط المال.

فلو أن رجلين أقرا بسرقة ثوب يساوي مائة درهم، ثم قال أحدهما: الثوب ثوبنا لم نسرقه، أو قال: هذا لي، درئ القطع عنهما؛ لأنهما لما أقرا بالسرقة فقد ثبتت الشركة بينهما في السرقة، ثم لما أنكر أحدهما فقد رجع عن إقراره، فبطل الحد عنه

---

(١) المصدر السابق (٣/ ٥٨١).

(٢) المصدر السابق (٣/ ٥٨٦، ٤/ ٥).

(٣) المصدر السابق (٣/ ٥٨٧).

(٤) المصدر السابق (٥/ ١٥٧).

برجوعه، فيورث شبهة في حق الشريك لاتحاد السرقة[١].

٩ – قال المصنف: «لو أقر – لفلان علي ألف درهم – بشرط الخيار، بطل الشرط، وصح الإقرار؛ لأن الإقرار إخبار عن ثابت في الذمة، وشرط الخيار فيه معنى الرجوع، والإقرار في حقوق العباد لا يحتمل الرجوع»[٢].

١٠ – قال المصنف: «أما استثناء الكل من الكل، بأن يقول: لفلان علي عشرة دراهم إلا عشرة دراهم فباطل، وعليه عشرة كاملة؛ لأن هذا ليس باستثناء، إذ هو تكلم بالحاصل بعد الثنيا، ولا حاصل ههنا بعد الثنيا، فلا يكون استثناء، بل يكون إبطالاً للكلام ورجوعاً عما تكلم به، والرجوع عن الإقرار في حق العباد لا يصح، فبطل الرجوع وبقي الإقرار»[٣].

* * *

(١) المصدر السابق (٦/ ٤٣).

(٢) المصدر السابق (٦/ ٢٣٥).

(٣) المصدر السابق (٦/ ٢٣٦).

المبحث الرابع عشر
قواعد في من يؤخذ قوله عند الاختلاف

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: قاعدة « القول قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه ولكن مع يمينه » .

المطلب الثاني: قاعدة « القول قول المنكر عند عدم البينة مع يمينه » .

المطلب الثالث: قاعدة « الاختلاف متى وقع في تعيين نفس المقبوض فإن القول قول القابض » .

المطلب الأول
قاعدة: «القول قول الأمين مع اليمين»

ذكرها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: «القول قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه لكن مع اليمين»[٢].

وبلفظ: «القول قول الأمين في إسقاط الضمان عن نفسه لا في التسليم إلى غيره»[٣].

معاني مفردات القاعدة:

الأمين: لغة: اسم مشتق من الأمانة[٤]، والأمانة والأمان بمعنى واحد، تقول: أَمِنْتُ فأنا «أَمِنٌ» و«آمَنْتُ» غيري، من الأمْن والأمَان، والأمنُ: ضد

(١) بدائع الصنائع (٤/٧٣، ٥/٢٩٦).

(٢) المصدر السابق (٥/٤٠).

(٣) المصدر السابق (٥/١٥٢). وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: أصول الكرخي مطبوع مع (تأسيس النظر) (ص ٨٢)، وقواعد الأحكام (٢/٧٣)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٣٦١، ٢٧٨)، والمنثور للزركشي (١/١٠٩)، وتقرير القواعد (١/٣١٥ قاعدة ٤٤)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٥٣، ٥٠٠)، ولابن نجيم (ص ٧٨، ٢٥٠، ٣٠٧)، وغمز عيون البصائر (٣/١٥٦)، وشرح المنهج المنتخب (٢/٨٧)، ودرر الحكام لعلي حيدر (٤/٥٥١ م١٧٧٤)، وشرح المجلة لسليم رستم باز (٢/١١٤٣)، وتحفة أهل الطلب (ص ٣٨)، والقواعد والأصول الجامعة (ص ١٣١ قاعدة ٢٦) تعليق محمد بن عثيمين و(ص ١٨٦) من شرح الزامل لها، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٤٨٢)، والمدخل الفقهي العام (ص ١٠٨٦) (ف ٨٣/٥ – ٤ وف ٨٣/٧ – ٦)، وشرح تحفة أهل الطلب (ص ١٤٠)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٢/٢٨٣، ٧/٢٣٣)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ٤١٨)، وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية للغرياني (ص ٤٠٥ قاعدة ١١٦).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٣/١٢).

الخوف، والأمانة: ضد الخيانة، وتقول: رجل أَمِنٌ وأمين بمعنى واحد[١]، أي: مأمون به ثقة[٢].

قال ابن فارس: «الهمزة والميم والنون أصلان متقاربان: أحدهما: الأمانة التي هي ضد الخيانة، ومعناها سكون القلب، والآخر التصديق»[٣].

والمراد به اصطلاحاً: كل من وقع المال بيده بإذن الشارع، أو بإذن مالكه. فالذي بإذن الشارع؛ مثل مال اليتيم، والذي بإذن مالكه، مثل: الوديعة[٤].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

معنى هذه القاعدة: أنه إذا تردد الأمر بين صدق الأمين وعدمه، فيما يدعيه من هلاك المدعى به، أورده، ونحو ذلك مما يدفع به الضمان عن نفسه، ولا توجد بينة لدى المدعي تؤيد دعواه، فإنه والحالة هذه يكون القول قول الأمين، ولكن مع يمينه، لكن هذا مشروط بأن يكون كلامه موافقاً لظاهر الحال[٥]، «لأنه يجب العمل بالظاهر حتى يقوم الدليل بخلافه»[٦].

هذا إذا كان يريد أن ينفي الضمان عن نفسه فقط.

أما إذا تضمن كلامه إلزام الغير بالضمان، فإنه لا يقبل في حق ذلك الغير، «لأن الظاهر لا يصلح للإلزام على الغير فلا بد من الإتيان بالبينة»[٧].

والمراد بكون القول قوله: أنه غير مطالب ببينةٍ تثبت دعواه وهذا بالاتفاق.

---

(١) ينظر لسان العرب (١/ ١٦٣ – ١٦٥)، والمصباح المنير (ص ١٨)، والقاموس المحيط (ص ١٥١٨).

(٢) ينظر: القاموس المحيط (ص ١٥١٨) مادة (أمن).

(٣) معجم مقاييس اللغة (ص ٧١) (أمن) وينظر مختار الصحاح (ص ٢٨).

(٤) ينظر: القواعد والأصول الجامعة، شرح ابن عثيمين (ص ١٣١).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٢/ ١٣٩، ٥/ ٢٢٣).

(٦) المصدر السابق (٥/ ٢٧٨).

(٧) المصدر السابق (٥/ ٥١٩).

قال السمعاني: «أهل العلم اتفقوا على أن القول في الدعاوى، قول المدعى عليه، ومعنى قولهم: إن القول قوله؛ أنه لا دليل عليه»[١].

أصل القاعدة:

١ – قوله تعالى: (W VU T S R Q P O N) [٢].

وجه الدلالة:

قال المصنف: «إن الله سبحانه وتعالى نهاهن عن الكتمان، والنهي عن الكتمان أمر بالإظهار، إذ النهي عن الشيء أمر بضده، والأمر بالإظهار أمر بالقبول، فلزم قبول قولها وخبرها بانقضاء العدة»[٣].

أي: أن المرأة أمينة في إخبارها عن انقضاء العدة، ولهذا وعظت بترك الكتمان، مما يدل على أن قولها مقبول في ذلك.

قال الجصاص: «لما وعظها بترك الكتمان دل على أن القول قولها في وجود الحيض أو عدمه، وكذلك في الحبل؛ لأنهما جميعاً مما خلق الله في رحمها، ولولا أن قولها فيه مقبول لما وعظت بترك الكتمان»[٤].

قال القرطبي: «المعنى المقصود من الآية: أنه لما دار أمر العدة على الحيض والأطهار، ولا اطلاع عليهما إلا من جهة النساء، جعل القول قولها إذا ادعت انقضاء العدة، أو عدمها وجعلهن مؤتمنات على ذلك»[٥].

---

(١) قواطع الأدلة (٢/ ٤٠).

(٢) من الآية رقم ٢٢٨ من سورة البقرة.

(٣) بدائع الصنائع (٣/ ٢٩٣).

(٤) أحكام القرآن (٢/ ٦٤، ٢١١)، وينظر: أحكام القرآن لابن العربي (١/ ١٨٦).

(٥) الجامع لأحكام القرآن (٣/ ١١٨).

٢ – قوله تعالى: (; > = < ? @ A B C D E) [١].

وجه الدلالة:

« أن الله سبحانه وتعالى لما وعظه بترك البخس دل ذلك على أن القول قوله فيه ولولا أنه مقبول القول لما كان موعوظاً بترك البخس »[٢].

٣ – قوله تعالى: (8 9 : ; < = > ? @) [٣].

وجه الدلالة:

« دلت الآية على أن الشاهد إذا كتم، أو أظهر كان المرجع إلى قوله فيما كتم وفيما أظهر، لدلالة وعظه إياه بترك الكتمان على قبول قوله فيها »[٤].

والجصاص لما ساق هذه الآيات وذكر وجه الدلالة منها قال: « وذلك كله أصل في أن كل من اؤتمن على شيء فالقول قوله فيه، كالمودع إذا قال ضاعت الوديعة، أو قال رددتها، وكالمضارب والمستأجر وسائر المأمونين على الحقوق »[٥].

٤ – قوله ^ : « **البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه** »[٦].

وجه الدلالة:

أن الرسول ^ جعل القول قول من ادعي عليه دون المدعي، وأوجب عليه اليمين، مما يدل على وجوب الرجوع إلى قوله[٧].

---

(١) من الآية رقم ٢٨٢ من سورة البقرة.

(٢) أحكام القرآن للجصاص (٢/ ٦٥، ٢١١).

(٣) سورة البقرة، من الآية: ٢٨٣.

(٤) أحكام القرآن للجصاص (٢/ ٦٥، ٢١١).

(٥) المصدر السابق.

(٦) سبق تخريجه.

(٧) ينظر: أحكام القرآن للجصاص (٢/ ٢١١).

قال الجصاص: «وهذا معنى قوله تعالى: (E D C B) في إيجاب الرجوع إلى قوله»[١].

٥ – الإجماع: نقل ابن المنذر الإجماع على اعتبار قول المؤتمن مع يمينه في ضياع الوديعة حيث قال: «وأجمعوا على أن المودع إذا أحرز الوديعة ثم ذكر أنها ضاعت، أن القول قوله مع يمينه»[٢].

وقال ابن العربي: «لا خلاف بين الأمة أن العمل على قولها – المرأة – في دعوى الشغل للرحم والبراءة ما لم يظهر كذبها»[٣].

وقال: «إذا قالت المرأة: انقضت عدتي، قبل قولها في مدة تنقضي في مثلها العدة عادة من غير خلاف»[٤].

فهذا يدل على اعتبار هذه القاعدة من حيث الجملة[٥].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «لو اختلف الأجير وصاحب الثوب، فقال الأجير: رددت، وأنكر صاحبه، فالقول قول الأجير في قول أبي حنيفة؛ لأنه أمين عنده في القبض، والقول قول الأمين مع اليمين»[٦].

٢ – قال المصنف: «لو دفع إليه مالاً وقال: اقضه فلاناً عن ديني، فقال الوكيل: قد

---

(١) المصدر السابق.

(٢) الإجماع (ص ٦٢).

(٣) أحكام القرآن (١ / ١٨٦).

(٤) المصدر السابق (١ / ١٨٧).

(٥) ذكر ابن رجب – رحمه الله – تفصيلاً لهذه المسألة يحسن الرجوع إليه في كتابه تقرير القواعد عندما تكلم عن القاعدة (٤٤) حين بدأها بقوله: «القاعدة الرابعة والأربعون في قبول قول الأمناء في الرد والتلف..» تقرير القواعد (١ / ٣١٥).

(٦) بدائع الصنائع (٤ / ٧٣).

قضيت صاحب الدين فادفعه إلي، وكذبه صاحب الدين، فالقول قول الوكيل في براءة نفسه عن الضمان، والقول قول الطالب في أنه لم يقبضه، حتى لا يسقط دينه عن الموكل؛ لأن الوكيل أمين فيصدق في دفعه الضمان عن نفسه، ولا يصدق على الغريم في إبطال حقه»[(١)].

٣ – وقال: «وكذلك لو أودع ماله رجلاً، وأمره أن يدفع الوديعة إلى فلان، فقال المودع: دفعت، وكذبه فلان، فهو على التفصيل الذي ذكرنا»[(٢)] أي: أنه يصدق في دفعه الضمان عن نفسه ولا يصدق في إلزامه غيره الضمان.

٤ – قال المصنف: «ولو دفع إلى إنسان مالاً ليقضي دينه، فقضاه الموكل بنفسه ثم قضاه الوكيل، فإن كان الوكيل لم يعلم بما فعله الموكل فلا ضمان على الوكيل، ويرجع الموكل على الطالب بما قبض من الوكيل، وإن علم بأن الموكل قد قضاه بنفسه فهو ضامن؛ لأن الموكل لما قضاه بنفسه فقد عزل الوكيل، إلا أن عزل الوكيل لا يصح إلا بعد علمه...، والقول قول الوكيل في أنه لم يعلم بدفع الموكل، لأن القول قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه لكن مع اليمين»[(٣)].

٥ – قال المصنف: «الوكيل ببيع العبد، إذا قال: بعت وقبضت الثمن وهلك. فإن كان الموكل لم يسلم العبد إلى الوكيل، فقال الوكيل: بعته من هذا الرجل، وقبضت منه الثمن، وهلك الثمن في يدي، أو قال دفعته إلى الموكل...، فإن صدقه الموكل في البيع وقبض الثمن وكذبه في الهلاك، أو الدفع إليه، فالقول قول الوكيل في دعوى

---

(١) المصدر السابق (٥ / ٣٩).

(٢) المصدر السابق (٥ / ٣٩).

(٣) المصدر السابق (٥ / ٤٠).

الهلاك، أو الدفع إليه، مع يمينه؛ لأنه أمين»[١].

٦ – قال المصنف: «القول قول المضارب في دعوى الهلاك والضياع والهلاك في المضاربة الفاسدة مع يمينه؛ لأن المال أمانة في يده»[٢].

٧ – وقال: «ولو اقتسما الربح ثم اختلفا، فقال المضارب: قد كنت دفعت إليك رأس المال قبل القسمة، وقال رب المال: لم أقبض رأس المال قبل ذلك، فالقول قول رب المال...، والمضارب وإن كان أميناً لكن القول قول الأمين في إسقاط الضمان عن نفسه لا في التسليم إلى غيره»[٣].

٨ – ذكر المصنف: أن الملتقط إذا أخذ اللقطة على أنها أمانة فتلفت، ثم جاء صاحبها ولم يصدقه في ذلك، فإن القول قول الملتقط مع يمينه، وهذا عند أبي يوسف ومحمد بن الحسن رحمهما الله؛ لأن «الظاهر أنه أخذها لا لنفسه؛ لأن الشرع إنما مكنه من الأخذ بهذه الجهة، فكان إقدامه على الأخذ دليلاً عى أنه أخذ بالوجه المشروع، فكان الظاهر شاهداً له، فكان القول قوله ولكن مع الحلف؛ لأن القول قول الأمين مع اليمين»[٤].

* * *

(١) المصدر السابق (٥/ ٤٠ – ٤١).

(٢) المصدر السابق (٥/ ١٤٧، ١٥٢).

(٣) المصدر السابق (٥/ ١٥٢).

(٤) المصدر السابق (٥/ ٢٩٦).

المطلب الثاني
قاعدة « القول قول المنكر عند عدم البينة مع يمينه »

أوردها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: « القول قول المنكر مع يمينه في الشرع »[٢].

وبلفظ: « القول قول المنكر مع يمينه »[٣].

وبلفظ: « القول قول المنكر في الشرع »[٤].

وبلفظ: « القول قول المنكر »[٥].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أنه عندما يكون كلا الخصمين مدعياً ومدعى عليه، ولا يوجد بينة لأحدهما تؤيد قوله، فحينئذ لا بد من توجيه اليمين على أحدهما، ولا توجه إلا على من يتمسك بالأصل الذي هو براءة الذمة، أو يشهد له ظاهر الحال، وهذا هو المنكر وهو المدعى عليه، فيكون القول قوله مع اليمين إذا عدمت بينة الخصم.

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٤).

(٢) المصدر السابق (٦/ ٦١١).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٨٨، ١٣٧، ٥/ ٣٩، ٦/ ٢٤٤، ٢٤٨، ٣٣٨، ٤٠٠).

(٤) المصدر السابق (٢/ ٦٠٥، ٥/ ٣٩٤، ٦/ ١٦٤).

(٥) المصدر السابق (٢/ ٥٠٨، ٣/ ٢٣٥، ٣٤٢، ٤/ ١٣٧، ٥/ ١٩٨، ٦/ ٢٥٠).

وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: الفروق للكرابيسي (١/ ٨٢، ١٣٧، ١٨١، ٢٣٣)، وأصول الكرخي مطبوع مع تأسيس النظر (ص ٨٠٩)، والفروق للقرافي (٣/ ٢٧٦ ف ١٦٠)، وإعلام الموقعين (٣/ ٢٦٤)، والمنثور (١/ ١٩١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٥٣)، ولابن نجيم (ص ٧٨، ٨٢)، وغمز عيون البصائر (٣/ ١١٤)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٧/ ٢٢٩)، وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب البهجة شرح التحفة (ص ٣٤) قاعدة (٩). وينظر: تحفة الفقهاء (٢/ ٢٤، ٣١٥)، والهداية (١/ ١٠٥).

قال المصنف: «وكل من جعلنا القول قوله في هذا الباب فهو مع يمينه»[(١)].

أصل القاعدة:

١ – استدل المصنف لهذه القاعدة بقول النبي ^ : «**لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه**»[(٢)].

وفي لفظ: «**اليمين على من أنكر**»[(٣)].

وجه الدلالة:

أن النبي ^ جعل اليمين في جانب المدعى عليه وهو متمسك بالأصل الذي هو براءة الذمة، وهذا هو المنكر، مما يدل على أن قوله مقبول، فيكتفى منه باليمين.

٢ – قال المصنف: «واليمين وإن كانت مؤكدة بذكر اسم الله تعالى لكنها كلام الخصم، فلا تصلح حجة مظهرة للحق، وتصلح حجة المدعى عليه؛ لأنه متمسك بالظاهر، وهو ظاهر اليد، فحاجته إلى استمرار حكم الظاهر.

واليمين وإن كانت كلام الخصم فهي كافية للاستمرار، فكان جعل البينة حجة المدعي وجعل اليمين حجة المدعى عليه وضع الشيء في موضعه، وهو حد الحكمة»[(٤)].

الفروع المبنية على هذه القاعدة:

١ – قال المصنف: «القصار مع رب الثوب إذا اختلفا في مقدار الأجرة، ولا بينة لهما، فالقول قول رب الثوب مع يمينه؛ لأن القصار يدعي عليه زيادة ضمان وهو

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٥٤).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب التفسير، سورة آل عمران، باب رقم (٦٠) (٦/ ٤٣) الحديث رقم (٤٥٥٢)، ومسلم في صحيحه من حديث ابن عباس رضي الله عنهما في كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه (٥/ ١٢٨) الحديث رقم (٤٥٦٧) واللفظ له.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) بدائع الصنائع (٥/ ٣٣٧).

ينكر، فكان القول قوله مع يمينه »[١].

٢ – قال المصنف: « رجل دفع غزلاً إلى حائك ينسجه ثوباً، وأمره أن يزيد في الغزل رطلاً من عنده مثل غزله، على أن يعطيه ثمن الغزل وأجرة الثوب دراهم مسماة، فاختلفا بعد الفراغ من الثوب، فقال الحائك: قد زدت، وقال رب الثوب: لم تزد، فالقول قول رب الغزل مع يمينه على علمه؛ لأن الصانع يدعي على صاحب الثوب الضمان وهو ينكر، فكان القول قول المنكر مع يمينه »[٢].

٣ – في بيان حكم اختلاف الشفيع والمشتري، قال المصنف: « إذا قال المشتري: اشتريت بمائة دينار، وقال الشفيع: لا، بل بألف درهم، فالقول قول المشتري؛ لأن الشفيع يدعي عليه التملك بهذا الجنس، وهو ينكر، فكان القول قول المنكر مع يمينه »[٣].

٤ – وقال أيضاً: « إذا قال المشتري: اشتريت بألفين، وقال الشفيع: بألف، فالقول قول المشتري مع يمينه، وعلى الشفيع البينة أنه اشتراه بألف؛ لأن الشفيع يدعي التملك على المشتري بهذا القدر من الثمن، والمشتري ينكر، فكان القول قول المنكر »[٤].

٥ – قال المصنف: « لو اشترى داراً بعرض...، وبقي للشفيع حق الشفعة بقيمة العرض...، ثم اختلف الشفيع والبائع في قيمة العرض، فالقول قول البائع مع يمينه؛ لأن الشفيع يدعي عليه التملك بهذا القدر من الثمن وهو ينكر »[٥].

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٨٧).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٨٨).

(٣) المصدر السابق (٤/ ١٣٧).

(٤) المصدر السابق.

(٥) المصدر السابق (٤/ ١٣٨).

٦ – قال المصنف: « لوهدم المشتري بناء الدار – التي اشتراها – حتى سقط عن الشفيع قدر قيمته من الثمن، ثم اختلفا في قيمة البناء – فقط دون قيمة الساحة – فالقول قول المشتري مع يمينه؛ لأن الشفيع يدعي على المشتري زيادة في السقوط وهو ينكر »[١].

٧ – قال المصنف: « وإن اختلفا في صفة الثمن، بأن قال المشتري: اشتريت بثمن معجل، وقال الشفيع: لا، بل اشتريته بثمن مؤجل، فالقول قول المشتري...، لأن الأجل يثبت بالشرط، فالشفيع يدعي عليه شرط التأجيل، وهو ينكر فكان القول قوله »[٢].

٨ – قال المصنف: « لو ادعى المشتري الشراء بثمن مؤجل، وادعى البائع التعجيل، فالقول قول البائع؛ لأن التأجيل لا يثبت إلا بشرط يوجد من البائع، وهو منكر للشرط فكان القول قوله »[٣].

٩ – قال المصنف: « لو أنكر البائع البيع والمشتري يدعيه، فالقول قول البائع؛ لأنه أنكر زوال ملكه ولم يدع على المشتري فعلاً، فكان القول قوله »[٤].

١٠ – قال المصنف، في خيار الرؤية: « لو اختلفَ – المتبايعان – فقال البائع للمشتري: رأيته وقت الشراء، وقال المشتري: لم أره، فالقول قول المشتري؛ لأن عدم الرؤية أصل والرؤية عارض، فكان الظاهر شاهداً للمشتري، فكان القول قوله مع يمينه، ولأن البائع بدعوى الرؤية يدعي عليه إلزام العقد والمشتري ينكر فكان القول قوله »[٥].

---

(١) المصدر السابق (٤/ ١٣٩).

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق (٤/ ١٤١).

(٤) المصدر السابق.

(٥) المصدر السابق (٤/ ٥٧٣).

١١ – وقال: «ولو اختلفا في التغير وعدمه فقال البائع: لم يتغير، وقال المشتري: قد تغير، فالقول قول البائع؛ لأن الأصل عدم التغير...، ولأن المشتري بدعوى التغير يدعي حق الرد، والبائع ينكر، فكان القول قول المنكر»[١].

* * *

(١) المصدر السابق (٤/ ٥٧٣).

المطلب الثالث
قاعدة: «الاختلاف متى وقع في تعيين نفس المقبوض فإن القول قول القابض»

أوردها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: «القول قول القابض في قدر ما قبض»[٢].

معاني مفردات القاعدة:

القبض لغة: خلاف البسط، وهو مصدر «قَبَضْتُ»، «قبضاً»، تقول: قبضت مالي قبضاً.

و«قَبَضَهُ» «يقْبضهُ» «قبضاً»، والقبض: جمع الكف على الشيء، وقبضت الشيء قبضاً: أخذته.

و«القَبْضَة»: ما أخذت بجمع كفك كله، فإذا كان بأصابعك فهي: القبصة،

---

(١) بدائع الصنائع (٤/٥٧٣).

(٢) المصدر السابق (٤/٤٢٢). وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: الفروق للكرابيسي (٢/٩٢)، وقواعد الأحكام (٢/١٥٢)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٣٦٢)، والمنثور للزركشي (٢/١٨٣)، وتقرير القواعد (١/٢٩٤ قاعدة ٤٣، ٢/٣٣٤ قاعدة ٩٣)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٥٠٠)، ولابن نجيم (ص ٨٢)، والفوائد الزينية (ص ٥٥ ف ٤١)، وغمز عيون البصائر (٢/٣٦٧، ٣/٢٧)، وترتيب اللآلي (٢/٩١٣ قاعدة ١٨٣)، وشرح المجلة لعلي حيدر (١/١٥٧ م ١٨٦، ٢/٥١٦ م٨٩٠، ٣/٤٤٠ م١٤١٣، ٤/٥٥٧ م١٧٧٦)، وتحفة أهل الطلب مع شرحها (ص ١٣١ قاعدة٤٣، و(ص٣١٣ قاعدة ٩٣)، وشرح القواعد السعدية للزامل (ص ١٣٧)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٢٩٩، ٤٨٥)، والمدخل الفقهي العام (٢/١٠٨٩ ف ١٨٣، ١٩ – ١٨)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٢/٤٨ و٧/٢٢٧)، وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب البهجة في شرح التحفة (ص ٢٤٦) قاعدة ١٤٩، بلفظ: «القول قول الحائز»، والهداية (٢/٥٢).

بالصاد. وصار الشيء في قبضتي، أي: في ملكي[١].

قال ابن فارس: «القاف والباء والضاد، أصل واحد صحيح يدل على شيء مأخوذ، وتجمع في شيء، تقول: قبضت الشيء من المال وغيره قبضاً»[٢].

اصطلاحاً: عرفه المصنف بقوله: «التمكين والتخلِّي وارتفاع الموانع عرفاً وعادة حقيقة»[٣].

وبقوله: «هو التمكن من التصرف في المقبوض»[٤].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أنه متى وقع الخلاف في تعيين قدر الشيء المقبوض، أو جنسه، أو نوعه، أو صفته[٥]، فإنه يقدم في تعيين ذلك، من كان المراد تعيينه بيده وفي تصرفه فعلاً، أو حكماً، وهو القابض، ولكن بيمينه[٦].

والمراد بالقبض هنا: القبض بقسميه، قبض الأمانة كقبض الوديعة والعارية، أو قبض الضمان كقبض الرهن والمغصوب. ولذلك عبر عنها بعضهم بقوله: «القول قول القابض ضميناً كان أو أميناً»[٧].

---

(١) ينظر: لسان العرب (١٢/ ١٠)، مادة (قبض)، ومختار الصحاح (ص ٤٤٧ – ٤٤٨)، والمصباح المنير (ص ٢٥٢) مادة (ق ب ض).

(٢) معجم مقاييس اللغة (ص ٤٨١) مادة (قبض).

(٣) بدائع الصنائع (٤/ ٣٤٢).

(٤) المصدر السابق (٥/ ١٧١).

(٥) ينظر: المصدر السابق (٤/ ٥٢٥).

(٦) ينظر: المصدر السابق (٥/ ١٥٤) حيث قال المصنف: «وكل من جعلنا القول قوله في هذا الباب فهو مع يمينه».

(٧) ينظر: الهداية (٢/ ٢٣٤)، والمبسوط (١٣/ ٨٨، ١٥/ ٢٩٧، ١٨/ ٢٢).

أصل القاعدة:

١ – قوله تعالى: (; > = < ? @ A B C D E) [١].

وجه الدلالة:

أن الله سبحانه وتعالى رد الإملاء إلى من عليه الحق، ووعظه بأن لا يبخس منه شيئاً، وهذا يدل على أن القول قوله في قدر ما قبض من المال.

قال الجصاص: «ووعظه الذي عليه الحق في ترك البخس دليل على أن المرجع إلى قوله فيما عليه»[٢].

٢ – قوله ^ : «**البينة على المدعي، واليمين على من أنكر**»[٣].

وجه الدلالة:

أن النبي ^ جعل اليمين على المنكر؛ لأنه متمسك بالأصل، والقابض متمسك بالأصل فيكون القول قوله بيمينه.

٣ – الإجماع، قال ابن قدامة: «قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنهم من أهل العلم أن القول قول العامل في قدر رأس المال»[٤].

٤ – أن الطالب يدعي وجود زيادة في قدر المقبوض، أو صفته، أو جنسه ونحو ذلك، والقابض ينكر تلك الزيادة، فيكون القول قوله بيمينه؛ لأن عدم الزيادة أصل ووجودها عارض، فكان القابض متمسكاً بالأصل، والآخر يدعي أمراً عارضاً، فكان الظاهر شاهداً للقابض، فيكون القول قوله بيمينه[٥].

---

(١) من الآية رقم ٢٨٢ من سورة البقرة.

(٢) أحكام القرآن (٢/ ٢١١).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) المغني (٥/ ١٩٢)، وينظر: الإجماع لابن المنذر (ص ٥٨)، والمراد بالعامل: هو العامل في مال المضاربة.

(٥) ينظر: بدائع الصائع (٤/ ٥٠٥).

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

قال المصنف: «عن محمد: في رجل دفع إلى نداف[١] ثوباً وقطناً يندف عليه، وأمره أن يزيد من عنده ما رأى، ثم إن صاحب الثوب أتاه وقد ندف على الثوب عشرين أستاراً من قطن فاختلفا، فقال صاحب الثوب: دفعت إليك خمسة عشر، وأمرتك أن تزيد عليه خمسة. وقال النداف: دفعت إليَّ عشرة وأمرتني أن أزيد عليه عشرة، فزدت عليه عشرة، فصاحب الثوب في هذا بالخيار، إن شاء صدقه ودفع إليه عشرة أساتير وأخذ ثوبه، وإن شاء أخذ قيمة ثوبه ومثل عشرة أساتير قطن وكان الثوب للنداف؛ لأن النداف يزعم أنه فعل ما أمر به، وصاحب الثوب يدعي الخلاف، فكان القول قوله فيما أمر به، والقول قول النداف في مقدار ما قبض»[٢].

٢ – وقال المصنف: «وإن قال صاحب الثوب: دفعت إليك خمسة عشر أستاراً من قطن وأمرتك أن تزيد عليه عشرة وتنقص إن رأيت فلم تزد إلا خمسة أساتير. وقال النداف: دفعت إلي عشرة، وأمرتني أن أزيد عشرة فزدتها، فالقول قول النداف؛ لأن صاحب الثوب يدعي أنه دفع إليه خمسة عشر أستاراً، فكان القول قول النداف في مقداره»[٣].

٣ – قال المصنف: «في رجل أعطى رجلاً ثوباً ليقطعه قباءً محشواً، ودفع إليه البطانة والقطن، فقطعه وخاطه وحشاه، واتفقا على العمل والأجر، فإن الثوب ثوب رب الثوب والقطن قطنه، غير أن رب الثوب إن قال: أن البطانة ليست بطانتي، فالقول في ذلك قول الخياط مع يمينه...، لأن البطانة أمانة في يد الخياط فكان القول قوله

---

(١) الندف: طرق القطن بالمندفة، والمندفة: خشبة يطرق بها الوتر ليرق القطن. والنداف هو من يقوم بطرق القطن بالمندفة. مختار الصحاح (ص٥٥٩)، ولسان العرب (١٤/ ٢٢٤)، والقاموس المحيط (ص١١٠٥)، مادة (ندف).

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ٨٨ - ٨٩).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٨٩).

فيها»[١].

٤ – قال المصنف: «فيمن أعطى حمالاً متاعاً ليحمله من موضع بأجر معلوم فحمله، ثم اختلفا فقال رب المتاع: ليس هذا متاعي، وقال الحمال: هو متاعك، فالقول قول الحمال مع يمينه»[٢].

٥ – قال المصنف: «لو استقرض تراب المعدن جاز، وعلى المستقرض مثل ما خلص منه وقبض؛ لأن القرض وقع على ما يخلص من التراب، والقول قول القابض في قدر ما قبض وخلص»[٣].

٦ – قال المصنف: «لو اختلف البائع والمشتري في قدر المقبوض من المبيع، فالقول قول المشتري لأنه متمسك بالأصل وهو عدم القبض»[٤].

٧ – قال المصنف: «الأصل أن الاختلاف متى وقع بين صاحب الدين وبين المديون في قدر الدين أو في جنسه أو نوعه أو صفته، كان القول قول المديون مع يمينه، لأن صاحب الدين يدعي عليه زيادة وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه»[٥].

٨ – قال المصنف في خيار الرؤية: «لو أراد المشتري الرد، فاختلفا، فقال البائع: ليس هذا الذي بعتك، وقال المشتري: هو ذاك بعينه، فالقول قوله أنه بعينه...؛ لأن اختلافهما في الحقيقة راجعٌ إلى المقبوض، والاختلاف متى وقع في تعيين نفس المقبوض، فإن القول فيه قول القابض»[٦].

٩ – قال المصنف: «إذا قال رب المال: كان رأس مالي ألفين وشرطت لك ثلث

---

(١) المصدر السابق.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق (٤/ ٤٢٢).

(٤) المصدر السابق (٤/ ٥٠٥).

(٥) المصدر السابق (٤/ ٥٢ – ٥٢٦).

(٦) المصدر السابق (٤/ ٥٧٣).

الربح، وقال المضارب: رأس المال ألف وشرطت لي نصف الربح، فإن كان في يد المضارب ألف درهم يقر أنها مال المضاربة فالقول قول المضارب في أن رأس المال ألف، والقول قول رب المال أنه شرط ثلث الربح...، لأنهما اختلفا في مقدار المقبوض فكان القول قول القابض»[1].

* * *

(١) المصدر السابق (٥/ ١٥٣ – ١٥٤).

المبحث الخامس عشر
قواعد في البينات

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: قاعدة « البينة المثبتة أولى » .

المطلب الثاني: قاعدة « البينة على المدعي » .

المطلب الثالث: قاعدة « البينة حجة من حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن » .

المطلب الرابع: قاعدة « يستدل بالحال على الماضي » .

المطلب الخامس: قاعدة « الشهادة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضي » .

المطلب السادس: قاعدة « الثابت بالبينة كالثابت حساً ومشاهدة » .

المطلب السابع: قاعدة « النكول بذل أو إقرار » .

المطلب الأول
قاعدة «البينة المثبتة أولى»

أوردها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: «البينة المثبتة للزيادة أولى»[٢].

وهي قاعدة فقهية أصولية، وأصل في باب التعارض والترجيح[٣].

معاني مفردات القاعدة:

البينة لغة: بوزن فيعلة مأخوذ من البيان أو البين، تقول: بان الشيء بياناً إذا

---

(١) بدائع الصنائع، حيث علل بها المصنف في مواضع كثيرة من كتابه ومنها (٤/ ٨٥، ٨٦، ٨٧، ١٤٠، ٤٩٥، ٥٠٦، ٥/ ١٥٣، ١٥٥، ١٦١، ٢٢٧، ٢٥٢، ٢٥٣، ٥٣٩).

(٢) المصدر السابق (٥/ ١٥٣). وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: الفروق للقرافي (٣/ ١٢٥ ف ١٣٠، ٤/ ١٣٨ ف ٢٢٨، ٤/ ٣٦٩ ف ٢٥٦)، وترتيبها (ص ٣٧٠)، وإدرار الشروق لابن الشاط مطبوع مع الفروق (٤/ ٣٦٩ ف ٢٥٦)، وتهذيب الفروق مطبوع مع الفروق (٣/ ١٢٥ ف ١٣٠)، والمنثور للزركشي (١/ ٢٤)، وشرح المنهج المنتخب (٢/ ٦٨)، وغمز عيون البصائر (٢/ ٢١٩)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ٤٨٣)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ١٣١)، وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب البهجة (ص ٨٤ قاعدة ٤٠)، ومثله من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب (ص ٣٩٢ قاعدة ١١٣)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١٠/ ٤٩٧)، والقواعد الفقهية للزحيلي (١/ ٦٦٩).

وينظر: الهداية (٢/ ١٧٦)، والمبسوط (٢٢/ ٨٠)، والذخيرة (١٣/ ٢٤٧)، والشرح الكبير للدردير (٤/ ١٥٣)، وفتح الباري (١/ ٢٧، ٢/ ٥٥٥، ٣/ ٣٥٠).

(٣) ينظر الكلام على تقديم المثبت على النافي في كتب الأصول ومنها: المستصفى (٢/ ٤٠٥)، والإحكام للآمدي (٤/ ١٣٤)، وشرح التلويح على التوضيح (٢/ ١١٠)، والتقرير والتحبير (٣/ ٧٧)، وشرح الكوكب المنير (٤/ ٦٨٥)، وشرح مختصر الروضة (٣/ ٧٠٠)، قال ابن منجور: «ومن الأصول والقواعد من أثبت أولى ممن نفى» شرح المنهج المنتخب (٢/ ٦٨).

ظهر، وأبنته: أظهرته[١]، وبها يظهر الحق من الباطل ويفصل بينهما، ولذا أطلق عليها البينة، فهي اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، سواء كانت أمارات أم قرائن، أم شهود[٢].

اصطلاحاً: اسم لكل ما يبين الحق ويظهره. وقيل: تطلق على الشهادة، وقيل: تطلق على الشاهد واليمين[٣]، والأول أولى.

الإثبات لغة: مصدر «أثبت» الشيء «يثبته» «إثباتاً» ويتعدى بالهمزة والتضعيف فيقال: «أثبته وثبَّته» والاسم «الثبات»، وثبت الأمر: صح[٤].

قال ابن فارس: «الثاء والباء والتاء كلمة واحدة، وهي دوام الشيء، يقال: ثبت ثباتاً وثبوتاً»[٥].

اصطلاحاً: الحكم بثبوت شيء آخر[٦]، وضده النفي.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أفادت القاعدة أنه إذا تساوت البينتان في القوة بحيث تساويا في العدد والعدالة والتأريخ ونحو ذلك، ثم تعارضتا، بحيث أثبتت إحداهما شيئاً والأخرى نفته فالمثبتة أولى بالقبول من غيرها؛ لأنها تثبت أمراً بخلاف الظاهر وما شرعت البينات إلا لهذا[٧].

وكذلك إذا أثبتت إحداهما شيئاً لم تثبته الأخرى فالمثبتة للزيادة تقدم على

---

(١) ينظر: معجم مقاييس اللغة (ص ١٤٧)، ومختار الصحاح (ص ٦٦)، ولسان العرب (٢/ ١٩٨)، مادة (بين)، ومجمع الأنهر (٣/ ٣٤٨)، والمغرب (١/ ٩٨).

(٢) ينظر: إعلام الموقعين (١/ ٧١)، والتوقيف على مهمات التعاريف (ص ١٥٤)، والمغرب (١/ ٩٨).

(٣) ينظر: إعلام الموقعين (١/ ٧١)، والطرق الحكمية (ص ١٢).

(٤) ينظر: المصباح المنير (ص ٤٦)، والقاموس المحيط (ص ١٩٠)، ولسان العرب (٣/ ٦) مادة (ثبت).

(٥) معجم مقاييس اللغة (ص ١٧٥)، مادة (ثبت).

(٦) ينظر: التعريفات للجرجاني (ص ١٣)، وللبركتي (ص ١٦)، والكليات للكفوي (ص ٣٩).

(٧) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٤٩٥).

غيرها؛ لأن معها زيادة علم.

أصل القاعدة:

١ – استدل المصنف لهذه القاعدة بقوله: «لأنها تثبت أمراً بخلاف الظاهر، وما شرعت البينات إلا لهذا»[(١)]. ولهذا لا يقال إن النافي مقدم على المثبت لأنه متمسك بالأصل.

وقال: «إنما كانت بينة الزيادة أولى؛ لأنه لا معارض لها في قدر الزيادة، فيجب العمل بها في ذلك القدر لخلوها عن المعارض – فيه – ولا يمكن – العمل بها في ذلك القدر – إلا بالعمل في الباقي، فيجب العمل بها في الباقي ضرورة وجوب العمل بها في الزيادة»[(٢)].

٢ - وقال المصنف: «لأن البينة المظهرة للزيادة مثبتة والآخرى نافية والمثبت يترجح على النافي»[(٣)].

قال الآمدي[(٤)]: «وأما تقديم الشهادة المثبتة على النافية، وإن كانت معتضدة بأصل براءة الذمة، فإنما كان لاطلاع المثبت على السبب الموجب لمخالفة براءة الذمة، وعدم اطلاع النافي عليه»[(٥)].

---

(١) بدائع الصنائع (٤/١٣٨).

(٢) المصدر السابق (٤/٤٩٥، ٥٣٩).

(٣) المصدر السابق (٤/١٣٨، ٥/٣٦١)، وينظر: الهداية (٢/١٧٧).

(٤) هو علي بن أبي علي بن محمد التغلبي الآمدي، ولد بآمد، وهي مدينة كبيرة مجاورة لبلاد الروم، ونزل ببغداد ثم مصر، له يد باسطة في الحكمة والمنطق والكلام والأصول، كان حنبلياً ثم شافعياً، كان من الأذكياء حتى قيل لم يكن في زمانه أحفظ منه، من مؤلفاته: غاية الأمل في علم الجدل، والإحكام في أصول الأحكام، وغاية المراد في الكلام، توفي سنة ٦٢١هـ.
[ينظر: طبقات الشافعية الكبرى ٤/٤١٥، وفيات الأعيان ٢/١٣٩، وشذرات الذهب ٧/٢٥٣، وسير أعلام النبلاء ٢٢/٣٤٦].

(٥) الإحكام (٤/١٣٤)، ولا يخفى أن في المسألة قولاً آخر وهو عدم تقديم البينة المثبتة. ينظر: المستصفى (٢/٤٠٥)، مطبوع معه فواتح الرحموت، والبحر المحيط في أصول الفقه (٤/٤٧٦)، وشرح الكوكب

=

٣ – اتفاق العلماء على تقديم رواية المثبت على رواية النافي، كتقديمهم لحديث بلال – رضي الله عنه – أن النبي ﷺ صلى في الكعبة[١]،على حديث الفضل أنه لم يصل فيها»[٢]. فأخذ الناس بشهادة بلال لأنها مثبتة وتُرك قول الفضل.

قال ابن حجر: «المثبت مقدم على النافي، وهو وفاق أهل العلم إلا من شذ، ولاسيما إذا لم يتعرض إلا لنفي علمه»[٣].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «وأما حكم اختلاف العاقدين في عقد الإجارة؛ فإن اختلفا في مقدار البدل أو المبدل، والإجارة وقعت صحيحة، ينظر إن كان اختلافها قبل استيفاء المنفعة...، وأقاما جميعاً البينة، فإن كان الاختلاف في البدل فبينة المؤاجر أولى؛ لأنها تثبت زيادة الأجرة، وإن كان الاختلاف في المبدل، فبينة المستأجر أولى؛ لأنها تثبت زيادة المنفعة»[٤].

٢ – وقال: «فإن ادعى المؤاجر فضلاً فيما يستحقه من الأجر، وادعى المستأجر

= المنير (٤/ ٦٨٦).

(١) حديث بلال أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الحج، باب الصلاة في الكعبة (٢/ ١٨٤) الحديث رقم (١٥٩٩). وينظر أمثلة أخرى لتأصيل القاعدة في فتح الباري (٢/ ٧٨، ٧/ ٤٧٨، ١٢/ ٨٥)، وشرح النووي لصحيح مسلم (١٦/ ٣٥).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشهادات، باب: إذا شهد شاهد أو شهود بشيء فقال آخرون: ما علمنا بذلك، يحكم بقول من شهد (٣/ ٢٢١)، وكتاب الزكاة، باب العشر فيما يسقى من ماء السماء وبالماء الجاري (٢/ ١٥٥) الحديث رقم (١٤٨٣) كلها معلقة، وأخرجه الترمذي في سننه، باب ما جاء في الصلاة في الكعبة (٣/ ٢٢٣)، الحديث رقم (٨٧٤) وقال عنه الألباني: «صحيح». وأحمد في مسنده (١/ ٢١١) الحديث رقم (١٨٠١) وقال عنه شعيب الأرنؤوط: إسناده حسن ورجاله رجال الشيخين غير ابن إسحاق.

(٣) فتح الباري (٥/ ٣١٤).

(٤) بدائع الصنائع (٤/ ٨٥).

فضلاً فيما يستحق من المنفعة؛ بأن قال المؤاجر: أجرتك هذه الدابة إلى القصر بعشرة، وقال المستأجر: إلى الكوفة بخمسة، أو قال المؤاجر: أجرتك شهراً بعشرة، وقال المستأجر: شهرين بخمسة...، وأقاما جميعاً البينة، قبلت بينة كل واحد منهما على الفعل الذي يستحقه بعقد الإجارة، فيكون إلى الكوفة بعشرة وشهرين بعشرة؛ لأن بينة كل منهما تثبت زيادة، لأن بينة المؤاجر تثبت زيادة الأجر، وبينة المستأجر تثبت زيادة المنفعة، فتقبل كل واحدة منهما على الزيادة التي تثبتها»[1].

٣ – قال المصنف: «إن اختلفا فيما وقع عليه البيع، أنه وقع عليه بصفقة واحدة، أم بصفقتين؟ نحو ما إذا اشترى داراً، فقال المشتري: اشتريت العرصة على حدة بألف، والبناء بألف، وقال الشفيع: لا، بل اشتريتهما جميعاً بألفين، والدار لي ببنيانها...، وأقاما جميعاً البينة، ولم يؤقتا وقتاً، فالبينة بينة المشتري عند أبي يوسف وعند محمد البينة بينة الشفيع.

وجه قول محمد: أن بينة الشفيع أكثر إثباتاً؛ لأنها تثبت زيادة استحقاق، وهو استحقاق البناء، فكانت أولى بالقبول.

وجه قول أبي يوسف: أن بينة المشتري أكثر إثباتاً؛ لأنها تثبت زيادة صفقة فكانت أولى بالقبول»[2].

٤ – قال المصنف: «ولو اختلف البياع والمشتري في هلاك المبيع، فقال البائع: هلك بعد القبض ولي عليك الثمن، وقال المشتري: هلك قبل القبض ولا ثمن لك علي...، وأقاما جميعاً البينة، فإنه يقضى ببينة البائع؛ لأنها تثبت أمراً بخلاف الظاهر وما شرعت البينات إلا لهذا، ولأنها أكثر إظهاراً؛ لأنها تظهر القبض والثمن فكانت

---

(١) المصدر السابق.

(٢) المصدر السابق (٤/ ١٤٠).

أولى بالقبول»[١].

٥ – قال المصنف: «ولو اختلفا – البائع والمشتري – فقال أحدهما: فسخنا البيع، وقال الآخر: لا، بل أجزنا البيع جميعاً...، وكان الاختلاف بعد مضي مدة الخيار...، وقامت لهما بينة، فالبينة بينة مدعي الفسخ؛ لأنها تثبت أمراً بخلاف الظاهر، والبينات شرعت له»[٢].

٦ – قال المصنف: «ولو اقتسما الربح، ثم اختلفا، فقال المضارب: قد كنت دفعت إليك رأس المال قبل القسمة، وقال رب المال: لم أقبض رأس المال قبل ذلك... وأقاما البينة، فالبينة بينة المضارب؛ لأنها تثبت إيفاء رأس المال»[٣].

٧ – قال المصنف: «إن اختلفا – المضارب ورب المال – في العموم والخصوص – عموم التجارات أو عموم الأمكنة أو عموم الأشخاص – أو اختلفا في الإطلاق والتقييد كأن يقول: أذنت لك أن تتجر في الحنطة دون ما سواها...، وقامت لهما بينة فالبينة بينة من يدعي العموم في دعوى العموم والخصوص؛ لأنها تثبت زيادة، وفي دعوى التقييد والإطلاق، البينة بينة مدعي التقييد؛ لأنها تثبت زيادة فيه»[٤].

٨ - قال المصنف: «ولو قال رب المال: شرطت لك نصف الربح، وقال المضارب: شرطت لي مائة درهم، أو لم تشترط لي شيئاً ولي أجرة المثل...، وأقام رب المال البينة على شرط النصف، وأقام المضارب البينة على أنه لم يشترط شيئاً، فالبينة بينة رب المال؛ لأنها مثبتة للشرط، وبينة المضارب نافية، والمثبتة أولى»[٥].

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٤٩٥).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٥٣٩).

(٣) المصدر السابق (٥/ ١٥٢).

(٤) المصدر السابق (٥/ ١٥٣).

(٥) المصدر السابق (٥/ ١٥٥).

٩ – قال المصنف: « ولو قال المضارب: أقرضتني المال والربح لي، وقال رب المال: دفعت إليك مضاربة أو بضاعة...، وأقاما البينة، فالبينة بينة المضارب؛ لأنها تثبت التمليك »[١].

١٠ – وقال: « ولو قال المضارب: دفعت إلي مضاربة، وقال رب المال: أقرضتك،... وأقاما البينة، فالبينة بينة رب المال؛ لأنها تثبت أصل الضمان »[٢].

١١ – قال المصنف: « إذا اختلفا فقال: لم ألبسه – الثوب – ولكنه تخرق، وقال المرتهن: لبستَه فتخرق، فإن أقام الراهن البينة أنه تخرق في ضمان المرتهن، وأقام المرتهن البينة أنه تخرق بعد خروجه من الضمان، فالبينة بينة الراهن؛ لأن بينته مثبتة؛ لأنها تثبت الاستيفاء، وبينة المرتهن تنفي الاستيفاء فالمثبتة أولى »[٣].

* * *

(١) المصدر السابق.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق (٥/ ٢٢٧)، وللاستزادة ينظر (٥/ ٢٥٢).

المطلب الثاني
قاعدة «البينة على المدعي»[١]

ذكرها المصنف بهذا اللفظ.

وبلفظ: «البينة حجة المدعي»[٢].

تقدم التعريف بمفردات القاعدة.

فالبينة «في الأصل وصف مؤنث بيِّن، أي: الواضحة، فهي صفة جرت على موصوف محذوف للعلم به في الكلام، أي: دلالة بينة، أو حجة بينة، ثم شاع إطلاق هذا الوصف فصار اسماً للحجة المثبتة للحق التي لا يعتريها شك، وللدلالة الواضحة»[٣].

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ١٣٨، ٥/ ٣٣٦، ٣٤٢، ٣٦٢، ٦/ ٣٥٤).

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ١٣٨، ٥/ ٣٣٦، ٣٦١).

وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: أصول الكرخي (ص ٨٠)، وقواعد الأحكام (١/ ١٠٢)، والفروق للقرافي (٤/ ١٩٤ ف ٢٣٨)، والموافقات (٢/ ٢٧٠، ٤/ ٩٢)، والمجموع المذهب (٢/ ٤٩١)، والقواعد للحصني (٤/ ٢٤٤)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٥٠٨)، وغمز عيون البصائر (٢/ ٣٦٦)، وشرح المجلة لسليم رستم باز (١/ ٥١م ٧٦)، وشرحها لعلي حيدر (١/ ٧٤ م ٧٦)، والقواعد والأصول الجامعة تعليق محمد بن عثيمين (ص ٨٨ قاعدة ١٠)، وتحقيق د. خالد المشيقح (ص ٥٥)، وشرح الزامل لها (ص ١٠٦)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٣٦٩)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٥٦ ف ١٠١/ ٨١)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ٢٧٦، ٣٣١، ٤٠٠)، وجمهرة القواعد الفقهية (١/ ١٩٧)، القواعد الفقهية من المغني للإدريسي (ص ٢٦١)، والقواعد الكلية محمد عثمان شبير (ص ٣٣٩)، وموسوعة القواعد الفقهية المنظمة للمعاملات الفقهية (ص٨٢)، والقواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه (ص ١٧٢)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٣/ ١٣٣)، والقواعد الفقهية د. الزحيلي (١/ ٥٨٩)، والوجيز في القواعد الفقهية، د. عبدالكريم زيدان (ص ١٣٤).

(٣) التحرير والتنوير (٦/ ١٣١).

قال ابن القيم: « والبينة والدلالة والحجة والبرهان والآية والتبصرة والعلامة والأمارة متقاربة في المعنى »[١].

وقال: « وبالجملة فالبينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره[٢]، ومن خصها بالشاهدين، أو الأربعة، أو الشاهد لم يوف مسماها حقه، ولم تأت البينة قط في القرآن مراداً بها الشاهدين، وإنما أتت مراداً بها الحجة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة »[٣].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن عبء الإثبات يقع على كاهل المدعي، وأن عليه ما يصحح دعواه ليحكم له[٤].

ولما كان جانب المدعي ضعيفاً؛ لأنه يدعي أمراً خفياً، جعلت الحجة القوية واجبة عليه وهي البينة[٥]؛ لأن فيها قوة الإظهار، لكونها كلام من ليس بخصم[٦].

وهذه القاعدة تعتبر من أهم القواعد القضائية، حيث إن باب الدعاوى مستند إليها، فلو ادعى أصلح الناس على أكذب الناس لكانت البينة على المدعي واليمين على من أنكر[٧].

---

(١) الطرق الحكمية (ص ١٢).

(٢) ينظر: تبصرة الحكام (١/ ١٧٢).

(٣) الطرق الحكمية (ص ١٢).

(٤) المصدر السابق.

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٣٣٨) حيث قال المصنف: « وعلى كلمة إيجاب ».

(٦) ينظر: المصدر السابق (٥/ ٣٣٧)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٣٦٩)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ٤٠٠)، والقواعد الفقهية للزحيلي (١/ ٥٨٩)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٣/ ١٣٣).

(٧) ينظر: الموافقات (٢/ ٢٧١، ٤/ ٩٢).

قال الشاطبي: « ولم يستثن من ذلك أحد، حيث إن رسول الله ^ احتاج إلى البينة في بعض ما أنكر فيه مما كان اشتراه، فقال ^ : « **من يشهد لي؟** » حتى شهد له خزيمة بن ثابت[١]، فجعلها شهادتين فما ظنك بآحاد الأمة »[٢].

أصل القاعدة:

١ – استدل المصنف لهذه القاعدة بقول النبي ^ : « **البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه** »[٣].

وجه الدلالة من الحديث:

« أن النبي ^ جعل البينة حجة المدعي واليمين حجة المدعى عليه »[٤].

وهذا جزء من حديث[٥] قال عنه النووي – رحمه الله -: « وهذا الحديث قاعدة كبيرة من قواعد أحكام الشرع، ففيه أنه لا يقبل قول الإنسان فيما يدعيه بمجرد دعواه، بل يحتاج إلى بينة، أو تصديق المدعى عليه، وإن طلب يمين المدعى عليه فله ذلك، وقد بين ^ الحكمة في كونه لا يعطى بمجرد دعواه؛ لأنه لو كان أعطي بمجردها لادعى قوم دماء قوم وأموالهم واستبيح، ولا يمكن المدعى عليه أن يصون ماله

---

(١) هو الصحابي خزيمة بن ثابت بن الفاكه الخطمي الأنصاري، يُعرف بذي الشهادتين، يُكنى أبا عمارة، شهد بدراً وما بعدها، وكان مع علي في صفين، فلما قُتل عمار بن ياسر رضي الله عنه، جرد سيفه فقاتل حتى قُتل، وذلك سنة ٣٧هـ.

[ينظر: الاستيعاب (٢/ ٤٤٨)، وأسد الغابة (٢/ ١٦٠)، والإصابة (٢/ ٢٣٩)].

(٢) الموافقات (٢/ ٢٧١).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) بدائع الصنائع (٥/ ٣٣٧).

(٥) وتمامه: « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر » أخرجه مسلم، كتاب الأقضية، باب: اليمين على المدعى عليه.

يصون ماله ودمه، وأما المدعي فيمكنه صيانتها بالبينة »[١].

٢ – الإجماع. فقد أجمع أهل العلم على أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه[٢].

قال السعدي: « أجمع أهل العلم على هذا الأصل الذي يحتاجه القاضي والمفتي وكل أحد. وقد قيل في تفسير قوله تعالى:] ? @ A B Z[٣] أن فصل الخطاب هو: « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » لأن به تنفصل المشتبهات وتنحل الخصومات »[٤].

٣ – من المعقول. قال المصنف: « لأن المدعي يدعي أمراً خفياً فيحتاج إلى إظهاره، وللبينة قوة الإظهار؛ لأنها كلام من ليس بخصم، فجعلت حجة المدعي »[٥].

٤ – ويمكن أن يستدل لها بحديث شهادة خزيمة المشهور، وفيه: « ... الأعرابي يقول لرسول الله ^ هلم شهيداً يشهد أني قد بايعتك – أي بعتك – قال خزيمة: أنا أشهد أنك قد بايعته، فأقبل النبي ^ على خزيمة... وجعل شهادته شهادة رجلين »[٦].

---

(١) شرح النووي على صحيح مسلم (١٢/ ٣)، كتاب الأقضية، باب: اليمين على المدعى عليه.

(٢) ينظر: الإجماع لابن المنذر (ص ٢٩).

(٣) الآية رقم ٢٠ من سورة ص.

(٤) القواعد والأصول الجامعة (ص ٥٥ – ٥٦)، تحقيق د. المشيقح.

(٥) بدائع الصنائع (٥/ ٣٣٧).

(٦) أخرجه أبو داود: كتاب الأقضية، باب إذا علم الحاكم صدق الشاهد الواحد يجوز له أن يحكم به (٣/ ٣٤٠) الحديث رقم (٣٦٠٩)، والطحاوي في « شرح معاني الآثار » (٤/ ١٤٦)، الحديث رقم (٦١١٠)، وفي « شرح مشكل الآثار » (٤٨٠٢)، والحاكم: كتاب البيوع (٢/ ٢١) الحديث رقم (٢١٨٦)، والبيهقي في السنن الكبرى: كتاب البيوع، باب ما أبيح له من الحكم لنفسه وقبول شهادة من شهد له بقوله (٧/ ٦٦) الحديث رقم (١٣١٨٢) من طريق أبي اليمان، بهذا الإسناد.

=

وجه الدلالة:

قال الشاطبي: «أن رسول الله ^ احتاج إلى البينة في بعض ما أنكر فيه مما كان اشتراه، فقال ^: (من يشهد لي) حتى شهد له خزيمة بن ثابت فجعلها شهادتين، فما ظنك بآحاد الناس»[(١)].

اتفق الفقهاء على أن الإقرار والشهادة واليمين والنكول والقسامة[(٢)] على تفصيل في الكيفية والأثر حجج شرعية يعتمد عليها القاضي في قضائه، ويعول عليها في حكمه، واختلفوا فيما وراء ذلك من طرق الإثبات، ومن ذلك القضاء بشاهد واحد ويمين من المدعي.

مسألة:

قال المصنف: «وعلى هذا يخرج القضاء بشاهد واحد ويمين من المدعي أنه لا

= والنسائي في سننه: كتاب البيوع، التسهيل في ترك الإشهاد على البيع (٣٠١/٧) الحديث رقم (٤٦٤٧)، والبيهقي: كتاب الشهادات، باب الأمر بالإشهاد (١٠/١٤٥) الحديث رقم (٢١٠٢٠) من طرق عن الزهري به.

وأخرجه أحمد في مسنده (٣٦/٢٠٥ – ٢٠٦) الحديث رقم (٢١٨٨٣)، وقال عنه شعيب الأرنؤوط: إسناده صحيح، رجاله ثقات رجال الشيخين غير عُمارة، فمن رجال السنن، وهو ثقة.

قال الخطابي في «معالم السنن» (٤/١٧٣) الحديث رقم (١٤٣٥): هذا الحديث يضعه كثير من الناس غير موضعه، وقد تذرع به قوم من أهل البدع إلى استحلال الشهادة لمن عرف عنده بالصدق في كل شيء ادعاه، وإنما وجه الحديث ومعناه: أن النبي ^ إنما حكم على الأعرابي بعلمه، إذ كان النبي ^ صادقاً باراً في قوله، وجرت شهادة خزيمة في ذلك مجرى التوكيد لقوله، والاستظهار بها على خصمه، فصارت في التقدير شهادته له وتصديقه إياه على قوله كشهادة رجلين في سائر القضايا.

(١) الموافقات (٢/٢٧١).

(٢) لغة: الوسامة وهو الحسن والجمال. وتستعمل في معنى القسم وهو: اليمين، وشرعاً: تستعمل في اليمين بالله تبارك وتعالى بسبب مخصوص وعدد مخصوص وعلى شخص مخصوص وهو المدعى عليه، على وجه مخصوص. ينظر: بدائع الصنائع (٦/٣٥٢).

يجوز عندنا خلافاً للشافعي – رحمه الله »[١].

وهذه المسألة خالف فيها الحنفية جمهور العلماء، وصورتها:

إذا كانت بينة المدعي شاهداً واحداً، في دعوى بيت أو أرض، أو مال في يد غيره، أو ما أشبه ذلك من سائر الحقوق، فهل يقال للمدعي: احلف مع شاهدك هذا ويكون شاهدك دليلاً لك، واليمين تعضده وتؤيده، أو لا يقبل منه ذلك[٢]؟

فعند الحنفية أن ذلك لا يجوز وعند الجمهور – المالكية[٣] والشافعية[٤] والحنابلة[٥] أن للمدعي أن يحلف مع الشاهد ويقبل منه ذلك.

١ – استدل الجمهور بحديث ابن عباس – رضي الله عنهما - « أن النبي ^ قضى باليمين والشاهد »[٦].

٢ – و« لأن الشهادة إنما كانت حجة المدعي لكونها مرجحة جنسية الصدق على جنسية الكذب في دعواها الرجحان، فكما يقع بالشهادة يقع باليمين، فكانت اليمين في كونها حجة مثل البينة، فكان ينبغي أن يكتفى بها، إلا أنه ضم إليها الشهادة نفياً للتهمة »[٧].

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٣٣٧).

(٢) ينظر: شرح القواعد السعدية للزامل (ص ١٠٧).

(٣) ينظر: تفسير القرطبي (٣/ ٣٩٢)، وبداية المجتهد (٢/ ٤٦٢ – ٤٦٣).

(٤) ينظر: الأم (٧/ ٧)، وروضة الطالبين (١١/ ٢٧٨)، والحاوي (١٧/ ٦٩).

(٥) ينظر: المغني (١٢/ ١١)، والشرح الكبير (١٢/ ٩٤).

(٦) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب الأقضية، باب القضاء باليمين والشاهد (٥/ ١٢٨) الحديث رقم (٤٥٦٩).

(٧) هذا الدليل ذكره المصنف ونسبه إليهم، ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٣٣٧)، ولهم أدلة أخرى في كتبهم لم يذكرها المصنف ولم يرد عليها. ينظر: بداية المجتهد (٢/ ٤٦٣)، والأم (٧/ ٧)، والحاوي (١٧/ ٦٩)، والمغني (١٢/ ١١).

قال المصنف مستدلاً لرأي الحنفية:

ولنا: الحديث المشهور[١] والمعقول[٢] ووجه الاستدلال من وجهين:

أحدهما: أن النبي عليه الصلاة والسلام أوجب اليمين على المدعى عليه، ولو جعلت حجة المدعي لا تبقى واجبة على المدعى عليه وهو خلاف النص.

الثاني: أنه عليه الصلاة والسلام جعل كل جنس اليمين حجة المدعى عليه؛ لأنه عليه الصلاة والسلام ذكر اليمين بلام التعريف فيقتضي استغراق كل الجنس، فلو جعلت حجة المدعي لا يكون كل جنس اليمين حجة المدعى عليه، بل يكون من الأيمان ما ليس بحجة، وهو يمين المدعي، وهذا خلاف النص[٣].

الجواب على أدلة الجمهور:

قال المصنف: «أما الحديث فقد طعن فيه يحيى بن معين[٤]، وقال: لم يصح

---

(١) يريد بذلك قوله ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» وقد تقدم تخريجه.

(٢) يريد بذلك ما ذكرته آنفاً، وهو قوله: «لأن المدعي يدعي أمراً خفياً فيحتاج إلى إظهاره وللبينة قوة الإظهار؛ لأنها كلام من ليس بخصم فجعلت حجة المدعي، واليمين وإن كانت مؤكدة بذكر اسم الله عز وجل لكنها كلام الخصم، فلا تصلح حجة مظهرة للحق، وتصلح حجة المدعى عليه لأنه متمسك بالظاهر وهو ظاهر اليد فحاجته إلى استمرار حكم الظاهر، واليمين وإن كانت كلام الخصم فهي كافٍ للاستمرار، فكان جعل البينة حجة المدعى وجعل اليمين حجة المدعى عليه وضع الشيء في موضعه، وهو حد الحكمة». بدائع الصنائع (٥/٣٣٧).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٥/٣٣٧).

(٤) هو: يحيى بن معين بن عون بن زياد، المري بالولاء، البغدادي، أبو زكريا، إمام في الحديث، وصفه الذهبي بسيد الحفاظ، وقال ابن حنبل: «هو أعلمنا بالرجال». وقال ابن حجر: إمام الجرح والتعديل، أصله من سرخس ومولده في قرية (نقيا). له مؤلفات كثيرة منها: «التاريخ والعلل»، و«معرفة الرجال» و«الكنى والأسماء»، مات بالمدينة حاجاً سنة ٢٣٣هـ. ينظر ترجمته في: تهذيب التهذيب (١١/٢٤٦)، ووفيات الأعيان (٢/٢١٤)، وتاريخ بغداد (١٤/١٧٧)، والأعلام للزركلي (٨/١٧٣).

عن رسول الله ^ القضاء بشاهد ويمين »[١].

وقال: « وكذا روي عن الزهري[٢] لما سئل عن اليمين مع الشاهد فقال: بدعة، وأول من قضى بها معاوية رضي الله عنه »[٣].

وقال: « وكذا ذكر ابن جريج[٤] عن عطاء بن أبي رباح[٥] أنه قال: كان القضاء الأول أن لا يقبل إلا شاهدان، وأول من قضى باليمين مع الشاهد عبدالملك بن مروان ».

وقال: « أنه ورد مورد الآحاد ومخالفاً للمشهور فلا يقبل »[٦].

ثم قال: « وبهذا يتبين بطلان مذهب الشافعي – رحمه الله – في رده اليمين إلى المدعي عند نكول المدعى عليه؛ لأن النبي ^ ما جعل اليمين حجة إلا في جانب المدعى عليه، فالرد إلى المدعي يكون وضع الشيء في غير موضعه وهذا حد

---

(١) ينظر: معرفة السنن والآثار (١٢/ ٨٦)، وذخيرة الحفاظ (٢/ ٧٩٢).

(٢) هو محمد بن مسلم بن عبيدالله بن عبدالله بن شهاب الزهري أبو بكر المدني الفقيه الحافظ، أحد الأئمة الأعلام، ولد سنة (٥٠هـ)، روى عن بكير بن عبدالله بن الأشج، وروى عنه صالح بن كيسان، وسعد بن إبراهيم، وسمع من بعض الصحابة، وكان صاحب سنة وعبادة، توفي سنة (١٢٤هـ). ميزان الاعتدال للذهبي (٤/ ٤٠)، تهذيب التهذيب لابن حجر (٩/ ٤٤٥).

(٣) ينظر: معرفة السنن والآثار (١٢/ ٨٦)، والتمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد (٢/ ١٥٤).

(٤) هو: عبدالملك بن عبدالعزيز بن جريج، أبو الوليد، رومي الأصل، من موالي قريش، لقب بفقيه الحرم (المكي)، أخذ عن عطاء ومجاهد، كان ثقة في الحديث، أول من صنف الكتب بمكة، توفي سنة ١٥٠هـ. ينظر: تذكرة الحفاظ (١/ ١٦٠)، والأعلام (٤/ ٣٥٠)، وتاريخ بغداد (١٠/ ٤٠٠).

(٥) عطاء هو : أبو محمد عطاء بن أبي رباح بن أسلم القرشي مولاهم المكي، من أجلة التابعين ، و من كبار الفقهاء، و له اليد الطولى في فقه المناسك ، و انتهت إليه الفتوى بمكة ، توفي بمكة سنة ١١٥هـ . ينظر : صفة الصفوة ٢/ ٢١١-٢١٤ و سير أعلام النبلاء ٥/ ٧٨-٨٨.

(٦) ينظر ذلك كله في بدائع الصنائع (٥/ ٣٣٧ – ٣٣٨).

الظلم »[١].

والذي يظهر لي – والله أعلم – رجحان قول الجمهور وهو جواز القضاء بالشاهد واليمين؛ لدلالة السنة على ذلك فيكون الحديث الخاص مخصص للعام[٢].

وذكر المصنف أيضاً: أن بينة ذي اليد مع الخارج لا تقبل؛ لأنه ليس بمدع، بل هو مدعى عليه، والبينة جعلت للمدعي فقط، فتلحق بينته بالعدم[٣].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: « ولو مات رجل فأخذ رجل ماله وادعى أنه وارثه، فليس للقاضي أن يمنعه منه إذا لم يخاصمه أحد؛ لأن القاضي لا يدري ألبيت المال، أو لغيره، وهو يدعي أنه له ولا مانع عنه، فلا يتعرض له، فإن خاصمه أحد سأله القاضي البينة؛ لأنه لا يد له وكان مدعياً فعليه البينة »[٤].

٢ – قال المصنف: « إذا ادعى المملوك التدبير وأنكر المولى فأقام البينة، قبلت بينته بلا خلاف »[٥].

٣ – قال المصنف: إذا اختلف المشتري والشفيع في قدر الثمن، وكان البائع قد قبض الثمن فلا يقبل قوله؛ لأنه صار أجنبياً، وقال الشفيع: اشتريتها بألف، وقال البائع: بألفين، وأقاما جميعاً البينة، فالبينة بينة الشفيع عند أبي حنيفة ومحمد، لأن البينة جعلت حجة المدعي...، والمدعي هنا هو الشفيع؛ لأنه غير مجبور على الخصومة في

---

(١) المصدر السابق (٥/ ٣٣٨)، وأحكام القرآن للجصاص (٢/ ٢٥١).

(٢) المراد بالخاص هو: حديث « قضى باليمين والشاهد » والعام هو حديث « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » وقد تقدم تخريجهما.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٣٣٨)، وتفصيل ذلك في (٥/ ٣٤٨) وما بعدها.

(٤) المصدر السابق (٤/ ١٣).

(٥) المصدر السابق (٣/ ٥٨١).

الشفعة، بل إذا تركها ترك، والمشتري مجبور على التملك عليه، بحيث لو ترك الخصومة لا يترك، فكان المدعي منهما هو الشفيع، فكانت البينة حجته»[١].

٤ – قال المصنف: «إذا اختلفا – العاقدان في عقد الإجارة – في مقدار البدل، أو المبدل، والإجارة وقعت صحيحة...، قبل استيفاء المنفعة تحالفا...، وتفسخ الإجارة، وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه...، وأيهما أقام البينة يقضى ببينته؛ لأن الدعوى لا تقابل الحجة»[٢].

٥ – وقال: «فإن ادعى المؤاجر فضلاً فيما يستحقه من الأجر، وادعى المستأجر فضلاً فيما يستحقه من المنفعة؛ بأن قال المؤاجر: أجرتك هذه الدابة إلى القصر بعشرة، وقال المستأجر: إلى الكوفة بخمسة، أو قال المؤاجر: أجرتك شهراً بعشرة، وقال المستأجر: شهرين بخمسة، فالأمر في إقامة أحدهما البينة على ما ذكرنا»[٣].

٦ – وقال: «وكذا الاختلاف في جنس الأجر، بأن قال المستأجر: استأجرت هذه الدابة إلى موضع كذا بعشرة دراهم، وقال الآخر: بدينار، فالحكم في التحالف والنكول وإقامة أحدهما البينة ما وصفنا»[٤].

٧ – ذكر المصنف: «إذا اختلف البائع والمشتري في قدر الثمن، فقال البائع: بعت بألفين، وقال المشتري: بألف، فالبينة بينة البائع؛ لأنها تظهر زيادة ألف، ولأنه هو المدعي، لأنه المخير في الخصومة إن شاء خاصم وإن شاء لا»[٥].

٨ – وقال: «وإذا اختلفا في قدر المبيع فقال البائع: بعتك هذا العبد بألف، وقال

---

(١) المصدر السابق (٤/ ١٣٨).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٨٥).

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق (٤/ ٨٦).

(٥) المصدر السابق (٤/ ١٣٨) و(٥/ ٣٦١).

المشتري: اشتريت منك هذا العبد وهذه الجارية بألف، وأقاما البينة فالبينة بينة المشتري لأنها تظهر زيادة؛ ولأنه هو المدعي، حيث إنه لو ترك الخصومة لترك»[١].

٩ – وقال: «لو اختلف الزوجان في قدر المهر، فقال الزوج: تزوجتك على ألف، وقالت المرأة: على ألفين، وأقاما البينة، يقضى ببينة المرأة؛ لأنها تظهر فضلاً، ولأن المدعي في الحقيقة هو المرأة لما قلنا»[٢].

١٠ – وقال: «وعلى هذا يخرج اختلاف المتبايعين في أجل الثمن، في أصل الأجل، أو في قدره، وأقاما البينة، أن البينة بينة المشتري؛ لأنها تظهر الزيادة، وكذا لو اختلفا في مضيه وأقاما البينة فالبينة بينة المشتري أنه لم يمض؛ لأنها تظهر زيادة»[٣].

* * *

(١) المصدر السابق (٥ / ٣٦١).

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق.

المطلب الثالث

قاعدة « البينة حجة من حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن »

أوردها المصنف بهذا اللفظ[١].

ولفظ: « البينة حجة من حجج الشرع »[٢].

ولفظ: « البينة حجة مطلقة »[٣].

ولفظ: « البينة حجة مظهرة للحق »[٤].

ولفظ: « البينة حجة القضاء »[٥].

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ١٣٨).

(٢) المصدر السابق (٥/ ٣٤٨).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٥٥٥، ٥/ ٣٨٥).

(٤) المصدر السابق (٦/ ٢٢٤).

وينظر أحكام هذه القاعدة وألفاظها في: قواعد الأحكام (٢/ ١٠٢)، والفروق للقرافي (٤/ ١٨٩) قاعدة (٢٣٩) وتهذيب الفروق مطبوع مع الفروق (٤/ ١٨٩)، والمنثور (١/ ٢٨٣)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٦٨)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٢٧٧)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ٤٨٣)، وشرح المجلة لسليم رستم (١/ ٥٢ م٧٨)، ولعلي حيدر (١/ ٧٧)، وشرح القواعد للزرقا (ص ٣٩٥، ٤١٨)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٥٥ ف ٨١/ ٩٩)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ١٤٨، ٣٩٩)، والقواعد الكلية، أ.د. محمد عثمان شبير (ص ٣٥٠)، والقواعد الفقهية د. الزحيلي (١/ ٥٨٢)، وموسوعة القواعد الفقهية (٣/ ١٢٥)، والوجيز في القواعد د. عبدالكريم زيدان (ص ١٤٠)، والقواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه (ص٧٧٦).

وينظر: الهداية (٢/ ٧٢)، والمبسوط (٦/ ٤١٤، ٤٧٨)، وحاشية ابن عابدين (٦/ ٧٣)، والشرح الكبير للدردير (٤/ ٢١٩)، والبهجة شرح التحفة (١/ ٢٣٧)، وبداية المجتهد (٢/ ٣٢٨)، وتبصرة الحكام (١/ ٢٦٤)، والمجموع (٢٠/ ١٩٠)، والحاوي الكبير (٨/ ٦٤)، والشرح الكبير لابن قدامة (٦/ ٥٩٦).

(٥) بدائع الصنائع (٥/ ٣٤٥).

المعنى الإجمالي للقاعدة:

سبق القول بأن البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره وعليه فإن المدعي إذا أتى بالأدلة والبراهين التي تبين صحة دعواه، وتدل على صدقه فيما يدعيه، فإنه يجب العمل بها ما أمكن ذلك.

وأنه لا يجوز إبطال شيء منها؛ لأن ذلك يؤدي إلى إضاعة كثير من الحقوق على أربابها، فينتشر الظلم، ويتفشى الباطل بين الناس، مما يسهل على المجرمين تحقيق مآربهم وأغراضهم السيئة، وهذا يتنافى مع مقصد الشارع في المحافظة على الحقوق، وردع المجرمين، وإقامة العدل بين الناس، قال ^ : **(لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر)**[١].

وعليه فإنه لو تعارض بينتان: «فإن أمكن ترجيح إحداهما على الأخرى يعمل بالراجح؛ لأن البينة حجة من حجج الشرع، والراجح ملحق بالمتيقن في أحكام الشرع، وإن تعذر الترجيح، فإن أمكن العمل بكل واحدة منهما من كل وجه وجب العمل به، وإن تعذر العمل بهما من كل وجه وأمكن العمل بهما من وجه وجب العمل بهما؛ لأن العمل بالدليلين واجب بقدر الإمكان، وإن تعذر العمل بهما أصلاً سقط اعتبارهما والتحقا بالعدم؛ إذ لا حجة مع المعارضة كما لا حجة مع المناقضة»[٢].

أصل القاعدة:

١ – يمكن أن يستدل لهذه القاعدة بما روي: «أن رجلين ادعيا بعيراً على عهد النبي ^ فبعث كل واحد منهما شاهدين فقسمه النبي ^ بينهما نصفين»[٣].

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٣٤٨).

(٣) أخرجه أبو داود في سننه: الأقضية، باب الرجلين يدعيان شيئاً وليس لهما بينة (٣/ ٣٤٤) الحديث رقم =

وجه الدلالة:

أن النبي ^ لم يهمل شيئاً من البينات التي ثبتت عنده وقام بإعمالها كلها، حيث جعل المدعى به بينهما نصفين.

٢ – عن جابر – رضي الله عنه -: «أن رجلاً ادعى بين يدي رسول الله ^ نتاج ناقة في يد رجل، وأقام البينة عليه، وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك فقضى رسول الله ^ بالناقة لصاحب اليد»[(١)].

وجه الدلالة:

أنه لما استوت البينتان في إظهار أولية الملك حكم النبي ^ بالناقة لصاحب اليد، وهذا يدل على أنه إذا أمكن الترجيح بين البينتين فإنه يعمل بالراجح.

٣ – حديث: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[(٢)].

وجه الدلالة:

دل الحديث بمنطوقه على أن على المدعي أن يأتي بما يصحح دعواه من الأدلة والبراهين، ودل بمفهومه على أنه متى وجدت البينة والأمارة والقرينة التي تبين الحق وتظهره فإنه يجب العمل بها.

= (٣٦١٧)، والحاكم في المستدرك: كتاب الأحكام (٤/ ١٠٧) الحديث رقم (٧٠٣٢)، وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ووافقه الذهبي على ذلك. والبيهقي في السنن الكبرى: كتاب الدعاوى والبينات، باب المتداعيين يتنازعان شيئاً في أيديهما معاً ويقيم كل واحد منهما بينة بدعواه (١٠/ ٢٥٧)، الحديث رقم (٢١٠١٧)، والنسائي في السنن الكبرى: كتاب القضاء، الشيء يدعيه الرجلان ولكل واحد منهما بينة (٥/ ٤٢٩) الحديث رقم (٥٩٥٤). وقال المنذري: رجال إسناده كلهم ثقات. ينظر: نصب الراية (٤/ ١٠٩)، والبدر المنير (٩/ ٦٩٠).

(١) سبق تخريجه، وينظر: البدر المنير (٩/ ٦٩٥)، قال: هذا الحديث ضعيف.

(٢) سبق تخريجه.

٤ – الإجماع. قال المصنف: «البينة حجة القضاء بالإجماع»[١].

٥ – والمصنف وهو يبين كيفية العمل عند وجود بينتين متعارضتين قال: «إن البينة دليل من أدلة الشرع، والعمل بالدليلين واجب بالقدر الممكن، فإن أمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من كل وجه، وإن لم يمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من وجه كما في سائر دلائل الشرع من ظواهر الكتاب والسنن المشهورة وأخبار الآحاد والأقيسة الشرعية إذا تعارضت»[٢].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف فيما إذا اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن، وقد قبض البائع الثمن: «وأقاما جميعاً البينة فالبينة بينة الشفيع عند أبي حنيفة ومحمد...، لأن البينة حجة من حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن، وههنا أمكن العمل بالبينتين في حق الشفيع، بأن يجعل كأنه وجد عقدان، أحدهما بألف والآخر بألفين؛ لأن البيع الثاني لا يوجب انفساخ البيع الأول في حق الشفيع، وإن كان يوجب ذلك في حق العاقدين»[٣].

٢ – قال المصنف: «ولو رُد المبيع على الوكيل هل له أن يرده على موكله؟

إن رده عليه ببينة قامت على العيب يرده على الموكل؛ لأن البينة حجة مطلقة، وهو نائب عنه فيلزم الموكل»[٤].

٣ – قال المصنف: «إذا ادعى الخارج أنه اشترى هذه الدار من صاحب اليد بألف درهم ونقده الثمن، وادعى صاحب اليد أنه اشتراها من الخارج ونقده الثمن، وأقام

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٣٤٥).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٣٥٤). وينظر أوجه الترجيح بين البينات في بدائع الصنائع (٥/ ٣٤٨) وما بعدها.

(٣) المصدر السابق (٤/ ١٣٨).

(٤) المصدر السابق (٤/ ٥٥٥).

كل واحد منهما البينة على ذلك، فإن أقاما البينة على الشراء من غير وقت ولا قبض لا تقبل البينتان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يقضى بالبينتين ويؤمر بتسليم المدعي إلى الخارج.

وجه قول محمد: أن التوفيق بين الدليلين واجب بقدر الإمكان، وأمكن التوفيق هنا بين البينتين بتصحيح العقدين، بأن يجعل كأن صاحب اليد اشتراه أولاً من الخارج وقبضه، ثم اشتراه الخارج من صاحب اليد ولم يقبضه حتى باعه من صاحب اليد، فيوجد العقدان على الصحة، لكن بتقدير تاريخ وقبض، وفي هذا التقدير تصحيح العقدين، فوجب القول به.

ووجه قول أبي يوسف وأبي حنيفة: أن كل مشتري يكون مقراً بكون المبيع ملكاً للبائع، فكانت دعوى الشراء من كل واحد منهما إقراراً يملك المبيع لصاحبه، فكأن البينتين قائمتان على إقرار كل واحد منهما بالملك لصاحبه، وبين موجبي الإقرارين تناف فتعذر العمل بالبينتين أصلاً»[(١)].

٤ – قال المصنف: «إذا قال – المولى لعبده -: إن أديت إلي ألفاً فأنت حر...، ثم اختلفا في مبلغ المال، فالقول قول المولى؛ لأن الاختلاف وقع في شرط ثبوت العتق إذ هو تعليق محض، فالعبد يدعي العتق على المولى وهو ينكر فكان القول قوله، وإن أقاما البينة فالبينة بينة العبد؛ لأن الأصل هو العمل بالبينتين ما أمكن؛ إذ هو عمل بالدليلين، وههنا أمكن الجمع لعدم التنافي، لأنا نجعل كأن المولى علق عتقه بكل واحد من الشرطين على حياله، فأيهما وجد عتق»[(٢)].

* * *

(١) المصدر السابق (٥/ ٣٥٠).

(٢) المصدر السابق (٣/ ٥٠٨).

المطلب الرابع
قاعدة «يستدل بالحال على الماضي» [١]

(١) بدائع الصنائع (٤/ ١٣٩، ٥/ ٢٥٢)، وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: أصول الكرخي (ص ٨٠) مطبوع مع تأسيس النظر وقواعد الأحكام (٢/ ١٠٣)، والفروق للقرافي (٤/ ١٣٧ ف٢٢٨)، وتهذيب الفروق مطبوع مع الفروق (٤/ ١٤٢ ف٢٢٨)، والأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/ ١٦٩)، والمجموع المذهب (١/ ٧٠)، والطرق الحكمية (ص ١٢)، والقواعد للمقري (١/ ٢٩١ قا٦٧)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ١٣)، والمنثور في القواعد للزركشي (١/ ١٨٤)، وتقرير القواعد (١/ ١١٧ قاعدة ١٥، ٣/ ١٦٢ قاعدة ١٥٩)، وتحفة أهل الطلب (ص ١٧٦) وشرحها (ص ٤٧٦)، والقواعد للحصني (١/ ٢٦٩ وما بعدها)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٥١)، وإيضاح المسالك (ص ٣٨٦ القاعدة ١٠٨)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٧٦ و٩٥) وشرح المنهج المنتخب (٢/ ٢٥)، وترتيب اللآلي (١/ ٣٠٧ قاعدة ٢٢، ٣١٥ قاعدة ٢٥)، وغمز عيون البصائر (١/ ١٩٨، ٢٤١، ٣/ ٢٠٨)، والأقمار المضيئة (ص ٧٩)، والفوائد الجنية (ص ١٨٥)، والقواعد والأصول الجامعة (ص ٩٠)، وشرح المنظومة السعدية (ص ٧٧)، ومجلة الأحكام العدلية (م٥)، وشروحها ومنها: لسليم رستم باز (١/ ٢٠)، ولعلي حيدر (١/ ٢٣)، وينظر: إيضاح القواعد الفقهية (ص ٤٤)، والقواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه (ص ٦٠)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ١٤٨، ١٧٧، ٢١٠، ٢٦١، ٣٣١، ٣٥٦، ٤٥٣)، وجمهرة القواعد الفقهية (١/ ٢٣٧)، والوجيز للبورنو (ص ١٧٢)، والقواعد الفقهية الكبرى أ.د. السدلان (ص ١١٣)، والقواعد الكلية د. محمد عثمان شبير (ص ١٤٥)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١/ ٨٣، ٢/ ١٠٣، ٤/ ٤٦٥، ٦/ ٣٢٠)، والممتع في القواعد الفقهية (ص ١٢٣)، وأغلب هؤلاء يدرس أحكام هذه القاعدة عند كلامه على قاعدة: «الأصل بقاء ما كان على ما كان» حيث إنها قريبة لها في المعنى؛ لأن كلاً منهما يتكلم عن الاستصحاب كما هو مذكور أعلاه. وينظر أيضاً: شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٨٧)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ٩٨٢ ف ٧/ ٨١أ)، (٢/ ١٠٦٨ ف ٦/ ٨٢)، القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة (٢/ ٧١٥)، وقواعد الإدريسي (ص ٣٩٥)، وقواعد الروكي (ص ١٨٩)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ١٦٩)، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب البهجة في شرح التحفة (ص ٢٤٧)، والقواعد المشتركة بين أصول الفقه والقواعد الفقهية (ص ٢٠١)، والقواعد والضوابط =

هذه القاعدة فقهية أصولية؛ لأنها تعبر عن أحد قسمي الاستصحاب.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

سبق الكلام عن الاستصحاب، عند شرح قاعدة: «الظاهر بقاء ما كان على ما كان»[(١)]. وأنه ينقسم إلى قسمين هما: استصحاب الماضي في الحال واستصحاب الحال في الماضي، وذكرت أن تلك القاعدة يراد بها القسم الأول وهو (استصحاب الماضي بالحاضر) أما هذه القاعدة فإنها تختص بالقسم الثاني الذي هو: استصحاب الحال بالماضي، وهو: «اعتبار حالة الشيء في الزمن الحاضر أنها حالة ذلك الشيء في الماضي، ما لم يثبت خلاف ذلك بدليل»[(٢)].

أي: أنه إذا ثبت وجود شيء ما في الوقت الحاضر، وشك في عدم وجود ذلك الشيء في الزمن الماضي، فإنه يحكم بوجوده واستمراره من الماضي، ما لم يوجد المزيل.

وهذا يسمى بالاستصحاب المقلوب[(٣)]، وعلماء الحنفية يعتبرون من أوائل

= الفقهية من كتاب المغني لابن قدامة لعبد المجيد السبيل (ص ٨٢).

(١) ينظر (ص ١١١).

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٢٣).

(٣) ينظر: الفروق للقرافي (٤/ ١٣٨ ف٢٢٨)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٣٩)، والمنثور (١/ ١٠٦)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٧٦)، ورسائل ابن نجيم (ص ٢٧١)، وشرح المجلة لسليم رستم (١/ ٢٠م٥)، ودرر الحكام لعلي حيدر (١/ ٢٣م٥، ١/ ٢٧ م ١٠، ٤/ ٣٣٤ م١٦٨٣)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٨٩)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٦٨ ف ٦/٨٢)، وقاعدة اليقين لا يزول بالشك ليعقوب الباحسين (ص ١٨١)، والقواعد المشتركة بين أصول الفقه والقواعد الفقهية للرحيلي (ص ٥٠٤)، والقواعد والضوابط الفقهية من المغني لعبدالمجيد السبيل (ص ٨٤).
وينظر: الإبهاج (٣/ ١٧٠)، والبحر المحيط (٦/ ٣٣٥)، ويسمى باستصحاب الحال في الماضي واستصحاب الماضي في الحاضر، والاستصحاب المعكوس، وتحكيم الحال، والانعطاف، والاستصحاب القهقرى، ورجعية اليقين. ينظر ذلك كله في: الاستصحاب المقلوب لـ أ.د. أحمد

=

من تكلم عن هذا النوع من الاستصحاب وكثيراً ما يسمونه بتحكيم الحال[١].

أصل القاعدة:

يستدل لهذه القاعدة بالآتي:

١ - بالأدلة الدالة على حجية الاستصحاب لأنه يعتبر نوعاً من أنواعه، وقد سبق ذكر بعض منها.

قال ابن السبكي: «واعلم أن الطريق في إثبات الحكم به – الاستصحاب المقلوب – يعود إلى الاستصحاب المعروف»[٢].

٢ - ويمكن أن يستدل لذلك بدليل عقلي وهو «أنه لو لم يكن الثابت اليوم ثابتاً أمس لكان غير ثابت، فيقتضي استصحاب أمس بأنه الآن غير ثابت، وليس كذلك، فدل على أنه ثابت»[٣].

وحاصل هذه الحجة هو: «جعل ثبوته الآن علامة على ثبوته في الزمن الماضي؛ لأنه لو لم يكن ثابتاً في الماضي لكانتا حالتا الماضي والحاضر مختلفتين، والأصل أنهما متفقتان»[٤].

٣ – أن كون الشيء على حالة معينة في الحاضر، يوجب ظن ثبوته على هذه الحال في الماضي، والظن يجب اتباعه والعمل به في الشرعيات، ولو كان ضعيفاً، حتى يوجد الدليل الناقل والمغير[٥].

= الضويحي (ص١٥ – ١٦).

(١) ينظر: المصادر السابقة، والفروع المبنية على هذه القاعدة التي سأذكرها إن شاءالله.

(٢) الإبهاج (٣/ ١٧٠).

(٣) جمع الجوامع (ص ١٠٨)، وينظر: المصدر السابق نفسه، وأضواء البيان (٢/ ١٤٣).

(٤) قاعدة اليقين لا يزول بالشك لـ د. الباحسين (ص ١٨٥)، والاستصحاب المقلوب (ص ٤٠).

(٥) ينظر: تنقيح الفصول (ص ٤٢٥)، والاستصحاب المقلوب (ص ٤٠) بتصرف يسير.

٤ - قال المصنف: «الأصل دوام الحال والتغير خلاف الأصل»[١].

وقال: «الحال شاهد صادق»[٢]، وقال: «الحال أصدق»[٣].

٥ – «أنه إذا ثبت استعمال اللفظ في هذا المدعي، فندعي أنه كان مستعملاً قبل ذلك؛ لأنه لو كان الوضع غيره فيما سبق، لزم أن يكون قد تغير إلى هذا الوضع، والأصل عدم تغيره»[٤].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «إن أنفق الأب – على نفسه – من مال ابنه – الغائب – ثم حضر الابن فقال للأب: كنت موسراً، وقال الأب: كنتُ معسراً، ينظر إلى حال الأب وقت الخصومة، فإن كان معسراً فالقول قوله، وإن كان موسراً فالقول قول الابن؛ لأن الظاهر استمرار حال اليسار والإعسار، والتغير خلاف الظاهر، فيحكم الحال»[٥].

٢ – وقال: «كالآجر مع المستأجر، إذا اختلفا في جريان الماء وانقطاعه، أنه بحكم الحال»[٦].

٣ – قال المصنف: «لو كان شريك المعتق في العبد صبياً أو مجنوناً له أب، أو جد، أو وصي، فوليه، أو وصيه بالخيار إن شاء ضمن المعتق وإن شاء استسعى العبد... فإن اختار التضمين واختلفا في اليسار والإعسار وكان الإعتاق متقدماً، فقال المعتق: أعتقت عام الأول وأنا معسر، ثم أيسرت، فيعتبر ذلك الوقت، وقال الآخر: بل

---

(١) بدائع الصنائع (٣/ ٥٣٤).

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق.

(٤) البحر المحيط (٤/ ٣٣٥).

(٥) بدائع الصنائع (٣/ ٤٥١).

(٦) المصدر السابق.

أعتقته عام الأول وأنت موسر، فالقول قول المعتق وعلى الشريك إقامة البينة؛ لأن حالة اعتبار اليسار والإعسار شاهد للمعتق فيحكم الحال»[١].

٤ – وقال: «إذا اختلف صاحب الرحى والطحان في انقطاع الماء وجريانه، فإنه يحكم الحال»[٢].

٥ – وقال: «لو اختلفا في حال العتق، فقال المعتق: أعتقته قبل هذا، وكانت قيمته كذا، وقال الآخر: أعتقته اليوم وقيمته أكثر، أو قال المعتق: أعتقته اليوم، وقيمته كذا، وقال الآخر: بل أعتقته قبل ذلك، وقيمته كانت أكثر، رجع إلى قيمته في الحال؛ لأن الحال إذا شهدت لأحدهما فالظاهر أن قيمته كانت كذلك وقت الإعتاق، إذ الأصل دوام الحال والتغير خلاف الأصل، فكان الظاهر شاهداً له.

فأشبه اختلاف صاحب الطاحونة مع الطحان في انقطاع الماء وجريانه، أنه يحكم الحال فيه كذا هذا»[٣].

٦ – قال المصنف: «ولو اختلف المولى والمعتقة، في ولدها، فقال المولى للمعتقة: ولدتيه قبل العتق وهو رقيق، وقالت: ولدته بعد العتق وهو حر، يحكم فيه الحال، إن كان الولد في يدها فالقول قولها، وإن كان في يد المولى فالقول قوله؛ لأنه إذا كان في يدها كان الظاهر شاهداً لها، وإذا كان في يده كان الظاهر شاهداً له»[٤].

٧ – قال المصنف: «ولو اختلفا فقال المولى: ولد قبل العقد، وقالت المكاتبة: بعد العقد، ينظر: إن كان الولد في يد المولى، فالقول قوله أنه انفصل قبل العقد، وإن كان

---

(١) المصدر السابق (٣/ ٥٣٣ – ٥٣٤).

(٢) المصدر السابق (٣/ ٥٣٤).

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق (٣/ ٥٧٩).

في يد الأمة، فالقول قولها، ويحكم فيه الحال»[١].

٨ – وقال: «كمن استأجر عبداً ومضت مدة الإجارة، ثم اختلفا، فادعى المستأجر الإباق، والمؤاجر ينكر، أنه ينظر: إن كان في الحال آبقاً فالقول قول المستأجر، وإن لم يكن في الحال آبقاً فالقول قول المؤاجر»[٢] تحكيماً للحال.

٩ – وقال أيضاً: «وكذلك هذا في الطاحونة، إذا اختلفا في انقطاع الماء وجريانه، فإن كان في الحال منقطعاً فالقول قول المستأجر، وإن كان جارياً فالقول قول المؤاجر»[٣].

١٠ – قال المصنف: «إن قالت: ولدته بعد عتقي بخمسة أشهر فهو مولى الموالي، وقال الزوج: ولدتيه بعد عتقك بستة أشهر فالقول قول الزوج؛ لأن الولد ظهر في حال يكون ولاؤه لمولى الأب والمرأة تدعي أنها ولدت في حال يكون ولاؤه لمولى الأم، فكان الحال شاهداً للزوج فلا يقبل قولها إلا ببينة»[٤].

١١ – وقال: «ونظير هذا الزوج والمرأة إذا اختلفا فقال أحدهما: كان النكاح قبل ستة أشهر والولد من الزوج، وقال الآخر: كان النكاح منذ أربعة أشهر، فالقول قول الذي يدعي أن النكاح قبل ستة أشهر؛ لأن الولد ظهر في حال إثبات النسب من الزوج وهو حال قيام النكاح»[٥].

١٢ – قال المصنف: «ولو هدم المشتري بناء الدار حتى سقط عن الشفيع قدر قيمته من الثمن...، ثم اختلفا في قيمة البناء والساحة جميعاً، فإن الساحة تقوم الساعة؛

---

(١) المصدر السابق (٣/٦٢٧ – ٦٢٨).

(٢) المصدر السابق (٣/٦٢٨).

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق (٤/٧).

(٥) المصدر السابق.

والقول في قيمة البناء قول المشتري، أما تقويم الساحة الساعة فلأنه يمكن معرفة قيمتها للحال، فيستدل بالحال على الماضي ولا يمكن تحكيم الحال في البناء؛ لأنه تغير حاله»[١].

١٣ – قال المصنف: «ولو اختلفا – المتبايعان – في الفسخ والإجازة، فإن كان -اختلافهما – بعد مضي المدة، فقال أحدهما: مضت المدة بعد الفسخ، وقال الآخر: بعد الإجازة، فالقول قول من يدعي الإجازة؛ لأن الحال حال الجواز، وهو ما بعد انقضاء المدة فترجح جانبه بشهادة الحال، فكان القول قوله»[٢].

١٤ – وقال: «ولو كان اختلافهما بعد مضي مدة الخيار، فالقول قول من يدعي الإجازة أيهما كان؛ لأن الحال حال الجواز، وهي ما بعد مضي المدة»[٣].

١٥ – قال المصنف: «ولو كان الرهن عبداً فاعور، فاختلفا فقال الراهن: كانت القيمة يوم الرهن ألفاً، فذهب بالاعوار النصف خمسمائة، وقال المرتهن: لا، بل كانت قيمته يوم الرهن خمسمائة، وإنما ازداد بعد ذلك، فإنما ذهب من حقي الربع (مائتان وخمسون) فالقول قول الراهن؛ لأنه يستدل بالحال على الماضي فكان الظاهر شاهداً له»[٤].

* * *

(١) المصدر السابق (٤/ ١٣٩).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٥٣٩).

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق (٥/ ٢٥٢).

المطلب الخامس
قاعدة: «الشهادة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضي»

أوردها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: «البينة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضي»[٢].

وبلفظ: «الشهادة لا تصير حجة ملزمة إلا بقضاء القاضي»[٣].

معاني مفردات القاعدة:

الشهادة لغة: مصدر «شهد»، قال ابن فارس: «الشين والهاء والدال أصل يدل على حضور وعلم وإعلام، لا يخرج شيء من فروعه عن هذا الذي ذكرناه، من ذلك الشهادة، يجمع الأصول التي ذكرناها من الحضور، والعلم، والإعلام، يقال: شهد يشهد شهادة، والمشهد: محضر الناس»[٤].

والشهادة: خبر قاطع[٥]. فهي إخبار بما قد شوهد سواء كان مشاهدة عيان،

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٣١١).

(٢) المصدر السابق (٥/ ٤١٢).

(٣) المصدر السابق (٥/ ٤١٧).

وينظر في: الفروق للكرابيسي (١/ ٣٥٥)، والقواعد للندوي (ص ٣٩٩)، وموسوعة القواعد الفقهية (٣/ ١٣٧ و٦/ ١٧٥)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ٤٨٣). وينظر: المبسوط (٦/ ١٤٢، ١٦٨، ٣٧٨، ٤٣٨)، والمحيط البرهاني (٨/ ٤٧٥، ٦/ ٦٢٢، ١٠/ ١٧٩)، وتبيين الحقائق (٥/ ٤)، والبحر الرائق (٦/ ١٥١، ٧/ ٧١، ١٢١)، وحاشية رد المحتار (٥/ ٣٢٤). وأصول السرخسي (٢/ ٢٥٠).

(٤) معجم مقاييس اللغة (ص ٥١٧) (شهد).

(٥) ينظر: مختار الصحاح (ص ٣٠٣) (ش هـ د)، والقاموس المحيط (ص ٣٧٣).

أو مشاهدة إيقان[١].

والمشاهدة: المعاينة[٢]. و« شَهِدَ » كعَلِمَ وكرُمَ وقد تسكن هاؤها، « شُهوداً »: حَضَرهُ، فهو « شاهد » وجمعه: شُهود، وشُهْد، و: شهد لزيد بكذا، أي: أدى ما عنده من الشهادة[٣].

قال القرطبي: « ورد « شهد » في كتاب الله تعالى بأنواع – بمعان – مختلفة، منها: قوله تعالى:] Y Z] \ Z [٤]. قيل معناه: أحضروا.

ومنها: شهد بمعنى: قضى أي علم... كقوله تعالى:] 4 5 6 7 8 9 : Z [٥].

ومنها: شهد بمعنى: أقر، كقوله تعالى:] i j Z [٦].

ومنها: شهد بمعنى: حكم، قال الله تعالى:] r s t u Z [٧].

ومنها: شهد بمعنى حلف كما في اللعان، وشهد بمعنى: وصى، كقوله تعالى:] Q R S T U Z [٨][٩].

وأما الشهادة في الاصطلاح: فقد عرفها المصنف بقوله: « الإخبار عن كون

---

(١) ينظر: طلبة الطلبة (ص ٢٦٩)، والمطلع (ص ٤٩٦).

(٢) مختار الصحاح (ص ٣٠٣).

(٣) ينظر: القاموس المحيط (ص ٣٧٢) (الشهادة).

(٤) من الآية رقم ٢٨٢ من سورة البقرة.

(٥) من الآية رقم ١٨ من سورة آل عمران.

(٦) من الآية رقم ١٦٦ من سورة النساء.

(٧) من الآية رقم ٢٦ من سورة يوسف.

(٨) من الآية رقم ٦ من سورة المائدة.

(٩) تفسير القرطبي (٦/٣٤٨).

ما في يد غيره لغيره»[١]. فيكون الشاهد هو: «من يخبر عما في يد غيره لغيره»[٢].

وبهذا يتميز الشاهد عن المدعي وعن المقر، فالمقر: من يخبر عما في يد نفسه لغيره، والمدعي: من يخبر عما في يد نفسه لنفسه[٣].

القضاء لغة: مصدر «قضى» «يقضي» «قضاء»، فهو «قاضٍ»، إذا حكم وفصل[٤].

قال ابن فارس: «القاف والضاد والحرف المعتل أصل صحيح، يدل على إحكام أمر وإتقانه وإنفاذه لجهته، قال تعالى:] ! " # $ % Z [٥]. أي: أحكم خلقهن»[٦].

والقضاء: الحكم، قال سبحانه وتعالى:] فَٱقْضِ مَآ أَنتَ قَاضٍ Z [٧]. أي: اصنع واحكم، ولذلك سمي القاضي قاضياً؛ لأنه يحكم الأحكام وينفذها[٨].

وللقضاء إطلاقات لغوية أخرى ترجع كلها إلى ما ذكر من إحكام الشيء وإتقانه وتمامه ومن ذلك: إطلاقه على الحتم والأمر، كقوله تعالى:] g h i j k l m n Z [٩]. أي: أمر وألزم.

وعلى الأداء، تقول: قضيت ديني أي أديته، ومنه قوله تعالى:] 8 9

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٣٩٨).

(٢) المصدر السابق (٥/ ٣٣٦).

(٣) المصدر السابق.

(٤) ينظر: لسان العرب (١٢/ ١٣١).

(٥) من الآية رقم ١٢ من سورة فصلت.

(٦) معجم مقاييس اللغة (ص ٨٦١) كلمة (قضي).

(٧) من الآية رقم ٧٢ من سورة طه.

(٨) معجم مقاييس اللغة ومختار الصحاح (ص ٤٦٥) (ق ض ى).

(٩) من الآية رقم ٢٣ من سورة الإسراء.

: Z [١]. أي: أديتموها، وعلى الإبلاغ، كقوله تعالى:] وَقَضَيْنَآ إِلَيْهِ ´ μ Z[٢].

وعلى العهد والوصية، كقوله تعالى:] P Q R S T U Z[٣] أي: عهدنا ووصينا.

وعلى الإتمام، كقوله تعالى:] فَلَمَّا قَضَيْنَا عَلَيْهِ ٱلْمَوْتَ Z [٤]، أي: أتممنا عليه الموت.

وعلى بلوغ الشيء ونواله، تقول: قضيت وطري، أي: بلغته ونلته، وقضيت حاجتي كذلك[٥].

وأما القضاء في الاصطلاح: فقد عرفه المصنف بقوله: «هو الحكم بين الناس بالحق، والحكم بما أنزل الله عز وجل»[٦].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

الشهادة تعتبر من أهم طرق الإثبات، فهي دليل حق وحجة حقيقية أمام القضاء؛ لإظهار الحقوق لأهلها، ونورٌ جليٌّ للقضاة يهتدون به في إحقاق تلك الحقوق، ودفع المظالم ورفعها عن المظلومين.

وهي وسيلة عظيمة وجليلة لدفع التظالم، ولإثبات الحقوق وردها إلى أهلها إذا اعتدي عليها، وبها يتمكن القضاة من توقيع العقوبة على من يستحقها، وبها

---

(١) من الآية رقم ١٠٣ من سورة النساء.

(٢) من الآية رقم ٦٦ من سورة الحجر.

(٣) من الآية رقم ٤ من سورة الإسراء.

(٤) من الآية رقم ١٤ من سورة سبأ.

(٥) ينظر في ذلك كله: مختار الصحاح (ص ٤٦٥ – ٤٦٦)، ولسان العرب (١٢/ ١٣١ – ١٣٢)، والمصباح المنير (ص ٢٦٢) (ق ض ى).

(٦) بدائع الصنائع (٥/ ٤٣٨).

يترجح قول المدعي على قول المدعى عليه[١].

ولكن هذه الشهادة، يسقط اعتبارها، ولا تقوم بها حجة إذا لم يعتمدها القاضي ويبني عليها حكماً شرعياً؛ لأن القاضي قد يقبل هذه الشهادة أو يردها، ولأن الشاهد نفسه قد يرجع عن الشهادة لأمر ما، أما بعد القضاء بموجب الشهادة فليس للقاضي اجتهاد في إبطالها، ولا يجوز له أن ينقض قضاءه.

شروط الشهادة:

ذكر المصنف أن شروط الشهادة نوعان: شروط تحمل، وشروط أداء.

أما شروط التحمل عند الحنفية فهي ثلاثة[٢]:

١ – العقل وقت التحمل، فلا يصح التحمل من المجنون والصبي الذي لا يعقل؛ لأن تحمل الشهادة عبارة عن فهم الحادثة وضبطها، ولا يحصل ذلك إلا بآلة الفهم والضبط وهي العقل.

٢ – أن يكون الشاهد بصيراً وقت التحمل، فلا يصح التحمل من الأعمى عند الحنفية[٣]، وعند الجمهور[٤] يصح تحمل الأعمى فيما يجري فيه التسامع[٥] إذا تيقن الصوت وقطع بأنه فلان.

٣ – أن يكون التحمل بمعاينة المشهود به بنفسه لا بغيره، أو عن علم، لقوله عليه الصلاة والسلام لرجل: «ترى الشمس؟ قال: نعم، قال: على مثلها فاشهد أو

---

(١) ينظر: تبصرة الحكام (١/ ١٧٥) وما بعدها، ومجلة البحوث العلمية (٢٥/ ١٣١).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٣٩٨ – ٣٩٩).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٣٩٢).

(٤) ينظر: تبصرة الحكام (١/ ١٧٥) وما بعدها، والمهذب (٢/ ٣٣٤)، والمغني (١٢/ ٦١، ٦٢)، والشرح الكبير (١٢/ ٦٧).

(٥) التسامع: هو أن يشتهر ذلك ويستفيض وتتواتر به الأخبار عنده من غير تواطؤ. ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٣٩٩).

دع»[1].

ولا يعلم مثل الشمس إلا بالمعاينة بنفسه، فلا تطلق الشهادة بالتسامع إلا في أشياء مخصوصة، وهي النكاح والنسب والموت، فله تحمل الشهادة فيها بالتسامع

(١) رواه الحاكم في المستدرك: (٤/ ١١٠) كتاب الأحكام الحديث رقم (٧٠٤٥) ، والبيهقي في السنن الكبرى كتاب الشهادات، باب التحفظ في الشهادة والعلم بها (١٠/ ١٥٦) الحديث رقم (٢١٠٨٨) من طريق محمد بن سليمان بن مشمول، حدثنا عبيدالله بن سلمة بن وهرام عن أبيه عن طاوس عن ابن عباس قال... فذكره مرفوعاً، ورواه العقيلي في الضعفاء (٤/ ٦٩) وابن عدي في الكامل (٦/ ٢٠٧).
قال الحاكم (٤/ ١١٠): هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه. أ.هـ وتعقبه الذهبي فقال في التلخيص: واهٍ، فعمرو، قال ابن عدي: كان يسرق الحديث، وابن مشمول ضعفه غير واحد. اهـ.
وعمرو بن مالك النكري البصري الراوي عن محمد بن سليمان، ترجم له ابن عدي في الكامل (٥/ ١٥٠) وقال: منكر الحديث عن الثقات، يسرق الحديث ثم قال ابن عدي: سمعت أبا يعلى يقول: عمرو بن مالك النكري كان ضعيفاً أ.هـ لكن تابعه ابن المبارك الصنعاني، كما عند العقيلي في الضعفاء، وابن المبارك اسمه زيد وهو صدوق عابد كما في التقريب.
وأيضاً تابعه سليمان بن الشاذكوني عند ابن عدي (٦/ ٥٧) لكن إن كان هو سليمان ابن داود المنقري الشاذكوني فهو متهم، وإلا لا أدري من هو، والحديث مداره على محمد بن سليمان بن مشمول وهو ضعيف. ضعفه أبو حاتم والنسائي ونقل ابن عدي في الكامل (٦/ ٢٠٧) عن البخاري أنه قال سمعت الحميدي يتكلم في محمد بن سليمان بن مشمول. أ.هـ.
ورواه العقيلي في الضعفاء (٤/ ٧٠) بإسناده عن الحميدي وقال الحافظ ابن حجر في لسان الميزان ٥/ ٢١٠): ذكره ابن حبان في الثقات، وذكره ابن شاهين في الثقات، وزعم أن يحيى بن معين وثقه وذكره العقيلي والساجي والدولابي وابن الجارود في الضعفاء. قال ابن حزم: منكر الحديث اهـ. وقال ابن عدي في الكامل (٦/ ٢٠٨) ولمحمد بن سليمان بن مشمول غير ما ذكرت، وعامة ما يرويه لا يتابع عليه في إسناده ولا في متنه. ولهذا أعل الحديث البيهقي (١٠/ ١٥٦) فقال: محمد بن سليمان بن مشمول هذا تكلم فيه الحميدي ولم يرو من وجه يعتمد عليه. والله أعلم.
وبه أعل الحديث الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير (٤/ ٤٧٩). وينظر: نصب الراية (٤/ ٨٢)، والبدر المنير (٩/ ٦١٧).

مع الناس، وإن لم يعاين بنفسه؛ لأن مبنى هذه الأشياء على الاشتهار، فقامت الشهرة فيها مقام المعاينة.

وأما البلوغ والحرية والإسلام والعدالة: فليست من شرائط التحمل، بل من شرائط الأداء، حتى لو كان وقت التحمل صبياً عاقلاً، أو عبداً، أو كافراً، أو فاسقاً ثم بلغ الصبي وعتق العبد وأسلم الكافر وتاب الفاسق فشهدوا عند القاضي تقبل شهادتهم.

وأما شروط الأداء:

فمنها ما يرجع إلى الشاهد، ومنها ما يرجع إلى نفس الشهادة، ومنها ما يرجع إلى مكان الشهادة، ومنها ما يرجع إلى المشهود به.

أولاً: الشروط التي ترجع إلى الشاهد[١]:

١ – العقل. ٢ – البلوغ. ٣ – الحرية. ٤ – بصر الشاهد. ٥ – النطق. ٦ – العدالة. ٧ – ألا يكون محدوداً في قذف. ٨ – ألا يجر الشاهد إلى نفسه مغنماً، ولا يدفع عن نفسه مغرماً. ٩ – أن يكون عالماً بالمشهود به وقت الأداء ذاكراً له، عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه ليس بشرط. ١٠ – إسلام الشاهد إذا كان المشهود عليه مسلماً.

١١ – ألا يكون خصماً؛ لأن شهادته ستقع له فلا تقبل.

ثانياً: الشروط التي ترجع إلى نفس الشهادة[٢]:

١ – أن تكون بلفظ (أشهد) فلا تقبل بغيرها من الألفاظ، كلفظ الإخبار والإعلام ونحوهما.

٢ – أن تكون موافقة للدعوى فيما يشترط فيه الدعوى، فإن خالفتها لا تقبل.

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٣٩٩ وما بعدها).

(٢) ينظر: المصدر السابق (٥/ ٤١١ ومابعدها).

ثالثاً: الشروط التي ترجع إلى المشهود به[١]:

١ – أن تكون الشهادة بمعلوم، فإن كانت بمجهول لم تقبل.

٢ – أن يكون المشهود به معلوماً للشاهد عند أداء الشهادة، حتى لو ظن لا تحل له الشهادة وإن رأى خطه وختمه وأخبره الناس بما يتذكر بنفسه، وهذا عند أبي حنيفة، وعندهما: إذا رأى خطه وختمه له أن يشهد.

رابعاً: الشروط التي ترجع إلى المكان[٢]:

شرط واحد وهو أن تكون الشهادة في مجلس القاضي؛ لأن الشهادة لا تصير ملزمة إلا بقضاء القاضي، فتختص بمجلس القضاء.

وهناك شروط خاصة وهي[٣]:

١ – أن يكون هناك دعوى قائمة من المدعي بنفسه، أو نائبه على حق من حقوق العباد؛ لأن الشهادة شرعت هنا لتحقيق قول المدعي.

٢ – العدد في الشهادة بما يطلع عليه الرجال.

٣ – أن تتفق الشهادتان فيما يشترط فيه العدد، فإن اختلفا لم تقبل.

٤ – الذكورة في الشهادة بالحدود والقصاص، فلا تقبل فيها شهادة النساء، وأما الشهادة على الأموال فالذكورة ليست فيها بشرط، والأنوثة ليست بمانعة، بالإجماع.

٥ – وجود الرائحة في الشهادة على شرب الخمر إذا لم يكن سكران.

٦ – الأصالة في الشهادة على الحدود والقصاص، فلا تقبل النيابة في ذلك.

أصل القاعدة:

١ – استدل المصنف لهذه القاعدة بدليل عقلي فقال: «لما فيها من تهمة جر النفع، فلا

---

(١) ينظر: المصدر السابق (٥/ ٤١٦).

(٢) ينظر: المصدر السابق (٥/ ٤١٧).

(٣) ينظر: المصدر السابق (ص ٤١٧) وما بعدها.

تندفع التهمة إلا بقضاء القاضي »[١].

٢ - ويمكن أن يقال: إن الشهادة لا تكون حجة إلا بقضاء القاضي؛ لأن القاضي له الحق في أن يجتهد في قبولها أو ردها[٢].

٣ - ولأنه يصح الرجوع عنها[٣].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: « رجل رأى رجلاً قتل أباه...، أو أقر بالقتل في السر، ثم ادعى أنه قتله بقصاص، أو بردة، كان الابن في سعة من قتله...، ولو لم يعاين القتل، ولا أقر به عنده، ولكن شهد عنده شاهدان عدلان على معاينة القتل، أو على الإقرار به، لم يسعه قتله حتى يقضي القاضي بشهادتهما؛ فرقا بين الإقرار وبين الشهادة...، لأن الشهادة ليست بحجة بنفسها، بل بقضاء القاضي، لما فيها من تهمة جر النفع، فلا تندفع التهمة إلا بقضاء القاضي »[٤].

٢ – وقال: « ولو شهد عند الابن اثنان بما يدعيه القاتل، مما يحل دمه من القتل والردة، فإن كانا ممن يقضي القاضي بشهادتهما لو شهدا عنده، لا ينبغي للابن أن يعجل بالقتل، لجواز أن يتصل القضاء بشهادتهما، فيتبين أنه قتله بغير حق...

وإن كانا ممن لا يقضي القاضي بشهادتهما لو شهدا عنده، كالمحدودين في القذف والنساء وحدهن، كان في سعة من قتله، لما ذكرنا أن الشهادة ليست بحجة بنفسها، بل بقضاء القاضي »[٥].

٣ – وقال: « لو شهد شاهدان عدلان عنده: أن هذا الشيء الذي في يد فلان ملكك

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٣١١).

(٢) ينظر: الفروق للكرابيسي (١/ ٣٥٥) بتصرف يسير.

(٣) المصدر السابق.

(٤) بدائع الصنائع (٤/ ٣١١).

(٥) المصدر السابق.

ورثته عن أبيك، لا يسعه أخذه منه حتى يقضي القاضي، بخلاف الإقرار»[١].

٤ – وقال: «ولو ادعى داراً في يدي رجل: أنها له، وأقام البينة على أنها كانت في يد المدعي بالأمس، لا تقبل، وعن أبي يوسف أنها تقبل ويؤمر بالرد...

وجه ظاهر الرواية: أن الشهادة قامت على يد كانت فلا يثبت الكون للحال...، ولأن اليد قد تكون محقة، وقد تكون مبطلة، وقد تكون يد ملك، وقد تكون يد أمانة، فكانت محتملة...، والبينة ليست بحجة بنفسها، بل بقضاء القاضي، ولا وجه للقضاء بالمحتمل»[٢].

* * *

(١) المصدر السابق (٤/ ٣١٢).

(٢) المصدر السابق (٥/ ٤١٢).

المطلب السادس
قاعدة: «الثابت بالبينة كالثابت حساً ومشاهدة»

أوردها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: «الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة»[٢].

معاني مفردات القاعدة:

تقدم تعريف الثابت والبينة فلا داعي إلى التكرار.

الحسّ لغة: مصدر «أحسَّ»[٣]. قال ابن فارس: «الحاء والسين أصلان: فالأول غلبة الشيء بقتل أو غيره. والثاني: حكاية صوت عند توجع وشبهه.

فالأول: الحسُّ: القتل، قال تعالى:] P Q R Z[٤].

ومن هذا الباب قولهم: «أَحْسَسْتُ» أي: علمت بالشيء، قال الله تعالى:

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٣٩).

(٢) المصدر السابق (٥/ ٢٤٧، ٤١٢).

وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: ترتيب اللآلي (١/ ٥٧٦)، وغمز عيون البصائر (٣/ ٣٢، ١٤٧)، وشرح المجلة لسليم رستم باز (١/ ٥٠م ٧٥)، ودرر الحكام لعلي حيدر (١/ ٧٤م ٧٥)، وشرح القواعد للزرقا (ص ٨٥، ٣٦٧)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٥٤ ف ٨١/ ٩٨)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ٣٤٥)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ١٤٨، ٤٥٢)، وجمهرة القواعد الفقهية (١/ ٥٣٥)، والوجيز للبورنو (ص ٣٥١)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو أيضاً (٤/ ٥٢٧)، والممتع في القواعد (ص ٣٧٢)، والقواعد الفقهية د. عبدالعزيز عزام (ص ٥١٣).

(٣) ينظر: المصباح المنير (ص ٧٤) مادة (ح س س).

(٤) من الآية رقم ١٥٢ من سورة آل عمران.

] ; > = < ? > Z [(١)]، وهذا محمول على قولهم: قتلت الشيء علماً، فقد عاد إلى الأصل الذي ذكرناه، ويقال للمشاعر الخمس: الحواس، وهي: اللمس، والذوق، والشم، والسمع، والبصر»[(٢)].

فتقول: «أحَسَّ» الرجل الشيء «إحساساً» إذا علم به، ويتعدى بنفسه مع الألف، قال الله تعالى:] فَلَمَّآ أَحَسَّ عِيسَىٰ مِنۡهُمُ ٱلۡكُفۡرَ Z [(٣)] وربما زيدت الباء فقيل: «أحس به» على معنى شعر به[(٤)].

وأما الحس في الاصطلاح: فهو إدراك النفس ما تدركه بآلات الحس الخمس[(٥)].

المشاهدة: تقدم تعريف الشهادة لغة واصطلاحاً، والمشاهدة هنا المعاينة وهي: رؤية الشيء بصورة واضحة لا يبقى معها مجال للاشتباه[(٦)].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن الشيء إذا ثبت لدى القاضي في مجلس القضاء، بأحد الأدلة القضائية التي تسمى البينات، فإنه يكون في قوة المثبت بالمشاهدة والمعاينة في إلزام الخصم، فلا تسوغ مخالفته، وإن كان من المحتمل أن يكون الواقع بخلاف ما أفادته البينة الشرعية، ككون الشهود كذبة مستترين بالصلاح، أو وجود سبب مبرئ لم يطلع عليه أحد، ونحو ذلك من الاحتمالات. وذلك لأن كل هذه الاحتمالات تبقى في

---

(١) من الآية رقم ٩٢ من سورة مريم.

(٢) معجم مقاييس اللغة (ص ٢٢٤) مادة (حس).

(٣) من الآية رقم ٥٢ من سورة آل عمران.

(٤) ينظر: المصباح المنير (ص ٧٤)، القاموس المحيط (ص ٦٩٣)، ومختار الصحاح (ص ١٢٢) مادة (حس).

(٥) ينظر: نزهة الأعين النواظر في علم الوجوه والنظائر (٢٤٠)، والتعريفات للجرجاني (ص ٩١).

(٦) درر الحكام لعلي حيدر (١/ ٧٤).

حيز الموهومات بالنسبة للبينة الظاهرة[١]، ومن القواعد الفقهية أنه « لا عبرة للتوهم »[٢].

وهذه القاعدة من القواعد المهمة التي يرتكز عليها القضاء الشرعي، ولا ينتظم أمر القضاء إلا بمثل هذه الأصول القويمة.

فلو لم يكن الثابت بالبينة كالثابت بالحس والمشاهدة، لاستعصى على القضاة الفصل في الخصومات وظل النزاع محتدماً بين المتنازعين[٣].

قال المصنف: « احتمال العدم ثابت بالبينة، لاحتمال الكذب، فلم يكن الحكم بالبينة حكماً بالحق، فكان ينبغي ألا يجوز الحكم بها أصلاً، إلا أنها جعلت حجة لضرورة فصل الخصومات والمنازعات »[٤].

فالقاضي ليس مكلفاً بالوقوف على حقائق الأمور وواقعها، فإن هذا ليس في طاقته، وإنما مهمته أن يبني القضاء على ما يظهر ويثبت من البينات. وعليه فإنه إذا تعارض الثابت بالحس والمشاهدة مع الثابت بالبينة، فإنه يقدم الثابت بالحس والمشاهد على الثابت بالبينة.

قال المصنف في رجلين ادعى كل واحد منهما الشراء من واحد، وأقاما بينتين وكانت الدار في يد أحدهما: « صاحب اليد أولى سواء أرخ – بينته – أو لم يؤرخ، وسواء ذكر شهود القبض، أو لم يذكر؛ لأن القبض أقوى لثبوته حسًّا ومشاهدة، وقبض الآخر لم يثبت إلا ببينة تحتمل الصدق والكذب، فكان القبض المحسوس أولى.

---

(١) ينظر: المدخل الفقهي (١/ ١٠٥٤)، وجمهرة القواعد الفقهية (١/ ٥٣٥)، وموسوعة القواعد الفقهية (٤/ ٥٢٨)، والقواعد الفقهية للزحيلي (١/ ٥٨٠).

(٢) مجلة الأحكام وشروحها المادة (م ٧٤).

(٣) ينظر: القواعد والضوابط الفقهية المستخلصة من التحرير (ص ٤٥٢).

(٤) بدائع الصنائع (٥/ ٣٣٤).

فصار الحاصل: أن القبض الثابت بالحس أولى من الثابت بالخبر ومن التأريخ أيضاً، والقبض الثابت بالخبر أولى من التأريخ»[١].

ويفترق ما ثبت بالبينة عما ثبت بالحس والمشاهدة في شيء واحد، وهو أن ما كان قائماً مشاهداً لا تسمع دعوى ما يخالفه، ولا تقدم البينة عليه، ولا على الإقرار به، أما الثابت بالبينة فإنه يمكن سماع الدعوى التي تخالفه.

فلو ادعى شخص على آخر أنه قتل مورثه، ونحن نشاهد مورثه حياً، فإن هذه الدعوى لا تسمع؛ لأنها مخالفة لأمر ثابت بالعيان.

ولو ادعى شخص على آخر ديناً، وأثبته بالبينة الشرعية، ثم ادعى المدعى عليه في مجلس القضاء أن المدعي أقر بأن لا شيء له عليه، فإن هذه الدعوى تسمع؛ لأن هذه الدعوى مخالفة لأمر ثابت بالبينة[٢].

وينتج عن كون الثابت بالبينة كالثابت حسًّا ومشاهدة ثلاثة أمور هي:

١ – ألا يقبل من المدعى عليه إنكار بعد ذلك الثبوت.

٢ – وألا يسمع منه بعد القضاء ادعاء بخلاف ما قضي عليه به، إلا بسبب جديد.

٣ – أن يسري الإثبات بالبينة على غير المقضي عليه بها من ذوي العلاقة الذين تجمعهم وحدة السبب الموجب، فيعتبر الموضوع ثابتاً بالنسبة إليهم أيضاً[٣].

أصل القاعدة:

يمكن أن يستدل لهذه القاعدة بالأدلة الدالة على مشروعية إقامة البينة ومن ذلك:

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٣٥٧).

(٢) ينظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٣٦٧)، والقواعد الفقهية، د. الزحيلي (١/ ٥٨٠)، والممتع في القواعد الفقهية (ص ٣٧٤).

(٣) ينظر: المدخل الفقهي العام (١/ ١٠٥٥)، والوجيز للبورنو (ص ٣٥١)، وجمهرة القواعد الفقهية (١/ ٥٣٥)، والممتع في القواعد الفقهية (ص ٣٧٤).

١ – قوله تعالى:] Y Z] \ [^ _ ` a b c d e f g Z[1].

٢ – وقوله تعالى:] T U V W X Y Z [\ ] ^ _ Z[2].

٣ – قوله ^ : «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»[3].

وجه الدلالة من الآيتين والحديث:

«أن البينة لو لم تكن حجة وقائمة مقام المعاينة لما أمر الله عز وجل بالاستشهاد، ولما أمر رسول الله ^ بالبينة واليمين، ولما قضى عليه الصلاة السلام بهما، فدل كل ذلك على أن الثابت بالدليل قائم مقام الثابت بالمشاهدة، وذلك تيسيراً على العباد وضماناً لعدم ضياع الحقوق لو لم يقبل إلا المعاينة والمشاهدة»[4].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «ولو لم يدفع – الموكل إلى الوكيل – شيئاً، ولكنه أمره بقضاء دينه، فقال الوكيل: قضيته، وكذبه الطالب والموكل، فأقام الوكيل البينة أنه قضى صاحب الدين، قبلت بينته، وبرئ الموكل من الدين، ويرجع الوكيل على الموكل بما قضى عنه؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت حساً ومشاهدة، وقد ثبت قضاء الدين بالبينة فله أن يرجع»[5].

٢ – قال المصنف: «ولو قال المدعي: هذه الدار كانت لفلان فاشتريتها منه، وقال

---

(١) من الآية رقم ٢٨٢ من سورة البقرة.

(٢) من الآية رقم ١٠٦ من سورة المائدة.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) ينظر: الوجيز للبورنو (ص ٣٥٢).

(٥) بدائع الصنائع (٥/ ٣٩).

الذي في يده – الدار -: أودعني فلان الذي ادعيت الشراء من جهته، أو سرقتها منه، أو غصبتها تندفع عنه الخصومة من غير إقامة البينة على ذلك، لأنه ثبت كون يده يد غيره بتصادقهما، أما المدعى عليه فظاهر، وأما المدعي فبدعواه الشراء منه؛ لأن الشراء منه لا يصح بدون اليد.

وكذا لو أقام الذي في يديه البينة على إقرار المدعي بذلك؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة، ولو عاينا إقراره لاندفعت الخصومة، كذا هذا»[١].

٣ – وقال: «ولو أقام المدعي البينة، أنه ابتاعه من عبدالله، وقال الذي في يديه: أودعنيه عبدالله ذلك، تندفع الخصومة من غير بينة؛ لأنهما تصادقا على الوصول إليه من يد عبدالله فأثبتا اليد له وهو غائب»[٢].

٤ – قال المصنف: «ولو ادعى داراً في يدي رجل أنها له، وأقام البينة على أنها كانت في يد المدعي بالأمس لا تقبل، وعن أبي يوسف أنها تقبل، ويؤمر بالرد إليه...

وجه قول أبي يوسف – رحمه الله -: أن البينة لما قامت على أنها ما كانت في يده فالأصل في الثابت بقاؤه، ولهذا قبلت البينة على ملك كان؛ ولأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة»[٣].

* * *

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٣٤٧).

(٢) المصدر السابق (٥/ ٣٤٨).

(٣) المصدر السابق (٥/ ٤١٢).

المطلب السابع
قاعدة: « النكول بذل أو إقرار »

أوردها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: « النكول حجة يقضى بها في باب الأموال »[٢].

ولفظ: « النكول إما بذل أو إقرار »[٣].

ولفظ: « النكول على أصل أصحابنا بذل أو إقرار »[٤].

ولفظ: « النكول حجة عندنا »[٥].

---

(١) بدائع الصنائع (٣/ ٣٦٠، ٥٥٨، ٤/ ٨٥، ٥/ ٣١٣، ٣٨٨).

(٢) المصدر السابق (٢/ ٦٠٦، ٤/ ٨٨، ٥/ ٣٤٦، ٥١٧).

(٣) المصدر السابق (٣/ ٥٤١).

(٤) المصدر السابق (٥/ ٤٤٥).

(٥) المصدر السابق (٥/ ٣٥٩).

وينظر: أحكام هذه القاعدة في: الفروق للقرافي (٤/ ٢٠٤ الفرق ٢٣٨)، وترتيب الفروق (ص ٣٦٥)، والطرق الحكمية (ص ٨٧، ١١٦)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٤٣٥)، والمنثور للزركشي (٢/ ٣٥٤)، وتقرير القواعد (١/ ٤٥٩)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٥٠٤)، ولابن نجيم (ص ٤٣٨)، وغمز عيون البصائر (٤/ ١٩٧)، وشرح المجلة لسليم رستم باز (م ١٧٤٢ ص ١٠٩٣ وم١٧٥١ ص١١٠٦ وم١٨٢٠ ص ١١٧٩)، ولعلي حيدر (٤/ ٤٨٩ م١٧٤٢ وص ٥٠٧ م١٧٥١ وص ٦٥٠ م١٨٢٠)، وشرح القواعد للزرقا (ص ٣٨٦)، ومجلة الأحكام الشرعية (ص ٦٦٧ م ٢٣٥٠)، وقواعد الفقه للبركتي (١/ ١٣٥ قاعدة ٣٧٩)، وشرح القواعد السعدية للزامل (ص ١١٢)، والقواعد الفقهية للإدريسي (ص ٢٦٥)، وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب البهجة في شرح التحفة (ص ٧٤، ٧٦، ٢٠٩)، وتبصرة الحكام (١/ ١٦٢)، ومجلة العدل العدد (١١) (ص ١٣١)، والفتاوى الهندية (٤/ ٢١).

هذه الألفاظ تتفق في كون النكول حجة، يقضي بها في الخصومات، وتختلف في نوعيته، وسيأتي بيان ذلك.

معاني مفردات القاعدة:

النكول لغة: مصدر «نَكَلَ» قال ابن فارس: «النون والكاف واللام، أصل صحيح، يدل على منع وامتناع، وإليه يرجع فروعه»[(١)].

وفي لسان العرب: «نَكَلَ» عنه «يَنْكِل» و«يَنْكُل» «نُكُولاً»، و«نَكِلَ»: نكص.

يقال: نَكَلَ عن العدو وعن اليمين يَنْكُل، بالضم، أي: جَبُنَ»[(٢)].

وفي المصباح المنير: «نَكَلْتُ عن العدو نكولاً من باب قعد وهذه لغة الحجاز و«نَكِلَ» نَكْلا من باب تعب... وهو الجبن والتأخر»[(٣)].

وأما في الاصطلاح: فمعناه في اصطلاح الفقهاء لا يخرج عن معناه اللغوي إذْ «مراد الفقهاء من هذه اللفظة هو: الامتناع عن اليمين»[(٤)].

والنكول هو: «أن يرجع عن شيء قاله، أو عدو قاومه، أو شهادة أرادها، أو يمين تعين عليه أن يحلفها»[(٥)].

والمراد به هنا: استنكاف الخصم عن حلف اليمين الموجهة عليه من القاضي[(٦)].

---

(١) معجم مقاييس اللغة (ص ١٠٠٨).

(٢) (١٤/٣٥٦).

(٣) (ص ٣١٢).

(٤) طلبة الطلبة (ص ٩٣).

(٥) المطلع على ألفاظ المقنع (ص ٢٨٥).

(٦) ينظر: المدخل الفقهي العام (٢/١٠٦٧).

وينقسم النكول إلى قسمين: حقيقي وحكمي:

الحقيقي: هو أن يقول المدعى عليه إذا توجهت عليه اليمين: لن أحلف.

الحكمي: هو أن يعرض القاضي اليمين على المدعى عليه فيسكت ولا يجيب[١].

البذل لغة: ضد المنع. قال ابن فارس: «الباء والذال واللام كلمة واحدة، وهو: ترك صيانة الشيء، يقال: بذلت الشيء بذلاً، فأنا باذل وهو مبذول وابتذلته ابتذالاً»[٢].

تقول: «بَذَله يبذِلُه ويبذُله بَذْلاً: أعطاه وجاد به، وكل من طابت نفسه بإعطاء شيء فهو باذل له، والابتذال: ضد الصيانة»[٣].

أما في الاصطلاح فمعناه: «ترك المنع لدفع الخصومة، يعني: إعطاء المال المدعى به وإباحته»[٤].

أما الإقرار فقد تقدم تعريفه لغة واصطلاحاً.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أنه إذا امتنع المدعى عليه والموجهة إليه اليمين من قبل القاضي عن الحلف، فإن هذا التصرف يعد قرينة على صدق المدعي، فيعتبر إباحة من المدعى عليه وإعطاء للمدعى به دون منازعة، أو يعتبر إخباراً عن حق ثابت في ذمة المدعى عليه

---

(١) ينظر: الفتاوى الهندية (٤/ ٢٢)، ودرر الحكام لعلي حيدر (٤/ ٦٥٠ م ١٨٢٠)، ومجلة العدل (العدد ١١ ص ١٣٧).

(٢) معجم مقاييس اللغة (ص ١٠٤) مادة (بذل).

(٣) ينظر: لسان العرب (٢/ ٤٥)، مادة (بذل)، ومختار الصحاح (ص ٤٤)، والمصباح المنير (ص ٢٧) (ب ذ ل).

(٤) درر الحكام لعلي حيدر (٤/ ٦٥٠).

من قبل.

ومن لفظ القاعدة ومعناها يتبين أن في المسألة خلافاً في هل النكول بذل، أي: ترك الدعوى والإعراض عنها، وإباحة المال والتبرع به في سبيل قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم وهذا رأي أبي حنيفة، أو أنه إقرار. وهذا رأي الصاحبين.

قال المصنف: «وجه قولهما: أن نكول المدعى عليه دليل كونه كاذباً في إنكاره؛ لأنه لو كان صادقاً لما امتنع من اليمين الصادقة فكان النكول إقراراً دلالة، إلا أنه دلالة قاصرة فيها شبهة العدم»[1].

أي: أن نكوله عن اليمين هو بمثابة امتناعه عن اليمين الكاذبة، فيصير معترفاً بالمدعى به؛ لأنه لما نكل عن اليمين وهو قادر على أن يتخلص من الدعوى باليمين، دل ذلك على أنه لو حلف لكان كاذباً، وهذا هو دليل اعترافه.

واستدل أبو حنيفة بقوله: «أن النكول يحتمل الإقرار لما قلتم، ويحتمل البذل؛ لأن العاقل الديِّن كما يتحرج عن اليمين الكاذبة، يتحرج عن التغيير والطعن باليمين ببذل المدعى، إلا أن حمله على البذل أولى؛ لأنا لو جعلناه إقراراً لكذبناه، لما فيه من الإنكار، ولو جعلناه بذلاً لم نكذبه؛ لأنه يصير في التقدير كأنه قال: ليس هذا لك ولكني لا أمنعك عنه ولا أنازعك فيه فيحصل المقصود من غير حاجة إلى التكذيب»[2].

أي: لو جعلناه إقراراً لكان كاذباً في إنكاره، والكذب حرام وفاعله فاسق، فيفسق بالنكول بعد الإنكار، وهذا لا يليق بالعاقل، فجعلناه بذلاً وإباحة، صيانة له عما يقدح في عدالته ويجعله كاذباً.

وتظهر ثمرة هذا الخلاف في أنه عند أبي حنيفة لا يقضى بالنكول في الأشياء

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٣٤٠).

(٢) المصدر السابق (٥/ ٣٤٠ – ٣٤١).

السبعة: وهي النكاح، والرجعة، والفيء في الإيلاء، والنسب، والرق، والولاء، والاستيلاد، ولا يستحلف المنكر فيها؛ لأن النكول عنده يعتبر بذلاً وإباحة، والبذل لا يجري في هذه الأشياء.

أما النكاح: فهو أن يدعي رجل على امرأة أنها امرأته، أو تدعي امرأة على رجل أنه زوجها، وأنكر المدعى عليه ولا بينة للمدعي، وطلب يمين المنكر فلا يستحلف المنكر؛ لأن الاستحلاف للنكول والنكول بذل عنده، والنكاح لا يجري فيه البذل، فلو قالت المرأة مثلاً: لا نكاح بيني وبينك، ولكن بذلت لك نفسي، لم يصح بذلها؛ لأن الزوجية لا تباح بالبذل.

وأما الرجعة: فهو أن يقول الزوج للمطلقة بعد انقضاء عدتها: قد كنتُ راجعتكِ، وأنكرت المرأة، أو بالعكس، فلا يحلف المنكر، ولا يصح بذله نفسه للآخر.

وأما الفيء في الإيلاء: فهو أن يكون الرجل آلى من امرأته، ومضت أربعة أشهر، فقال: قد كنت فئت إليك بالجماع، فلم تبيني، فقالت: لم تفئ إلي ولا بينة، أو بالعكس، فلا يستحلف المنكر، ولا يصح بذله نفسه للآخر.

أما النسب: فنحو أن يدعي على رجل أنه أبوه، أو ابنه فينكر الرجل، أو بالعكس، فلا يستحلف المنكر، ولا يصح قوله: أبحت له أن يدعي نسبي.

أما الرق: فهو أن يدعي على رجل أنه عبده فينكر، ويقول: أنه حر الأصل لم يجر عليه رق أبداً، أو بالعكس، فلا يستحلف المنكر، ولا يقبل قوله: بذلت له نفسي ليسترقني.

أما الولاء: فهو أن يدعي على امرأة أنه أعتق أباها، وإن أباها مات وولاؤه بينهما نصفان، فتنكر أن يكون أعتقه، وأن يكون ولاؤه ثابتاً منه أو العكس، فلا يستحلف المنكر، ولا يصح بذل ذلك منه.

أما الاستيلاد: فهو أن تدعي أمة على مولاها، فتقول: أنا أم ولد لمولاي، وهذا ولدي، فينكر المولى، فلا يستحلف المولى، ولا يقبل قوله: بذلت نفسي لجعل

الأمة مستولدة مني، وفي هذه الصورة لا تتصور الدعوى إلا من جانب واحد وهو جانب الأمة؛ لأن المولى إذا ادعى الاستيلاد، ثبت ذلك بإقراره، ولا يلتفت إلى إنكار الأمة.

هذا رأي أبي حنيفة. أما عند الصاحبين فإنه يجري الاستحلاف والنكول في هذه الأشياء السبعة؛ لأن النكول عنده بذل وهذه لا تحتمل البذل وعندهما إقرار فيه شبهة، وهذه الأشياء تثبت بدليل فيه شبهة[١].

وفي دعوى الأموال يقضى بالنكول فيها بلا خلاف عند الحنفية[٢].

أما في دعوى القصاص: فعند أبي حنيفة: يقضى بالقصاص في الطرف في العمد، وبالدية في الخطأ، أما في القصاص بالنفس فلا يقضى فيه عنده لا بالقصاص ولا بالدية، لكنه يحبس حتى يقر، أو يحلف. وذلك بناء على أن النكول بذل عنده، والطرف يحتمل البذل والإباحة في الجملة.

وبيانه: أن من وقعت في يده آكلة، فأمر غيره بقطعها، فإنه يباح له قطعها صيانة للنفس، أما النفس فلا تحتمل البذل والإباحة بحال، فكان القياس أن لا يقضى فيها بالنكول عنده أصلاً، إلا أنه استحسن في الاستحلاف فيها؛ لأن الشرع ورد به في القسامة، وجعله حقاً مقصوداً في نفسه تعظيماً لأمر الدم وتفخيماً لشأنه، لكون اليمين الكاذبة مهلكة فصار بالنكول مانعاً حقاً مستحقاً عليه مقصوداً فيحبس حتى يقر، أو يحلف، بخلاف الأشياء السبعة، فإن الاستحلاف فيها للتوسل إلى استيفاء المقصود بالنكول وأنه لا يقع وسيلة إلى هذا المقصود.

أما عندهما: فلا يقضى بالقصاص في النفس والطرف جميعاً، ولكن يقضى بالأرش والدية فيهما جميعاً.

---

(١) ينظر ذلك كله في: بدائع الصنائع (٥/ ٣٤٠)، والفقه الإسلامي وأدلته (٨/ ٥٩٩٠).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٢/ ٦٠٦، ٤/ ٨٨، ٥/ ٥٠، ٣٤٦، ٣٨٧، ٥١٧).

وذلك بناءً على أن النكول عندهما إقرار فيه شبهة العدم؛ لأنه إقرار بطريق السكوت وأنه محتمل، والقصاص يدرأ بالشبهات، وإذا سقط القصاص للشبهة يجب المال.

وأما في دعوى السرقة إذا حلف على المال ونكل، يقضى بالمال لا بالقطع؛ لأن النكول حجة في الأموال دون الحدود الخالصة، لأنها لا تحتمل البذل ولا تثبت بدليل فيه شبهة.

وأما في حد القذف: إذا استحلف على ظاهر الرواية فنكل يقضى بالحد في ظاهر الأقاويل؛ لأنه بمنزلة القصاص في الطرف عند أبي حنيفة، وعندهما بمنزلة التعزير، وقال بعضهم: هو بمنزلة سائر الحدود لا يقضى فيه بشيء ولا يحلف لأنه حد. وقيل: يحلف ويقضى فيه بالتعزير دون الحد، كما في السرقة[١].

وإذا قلنا إنه يقضى بالنكول ولا ترد اليمين على المدعي وهو مذهب الحنفية[٢]، فإن ذلك يشترط له شروط هي[٣]:

١ – أن يكون النكول في مجلس القضاء، فلا يعتبر النكول الذي يحصل في غير مجلس القاضي.

---

(١) ينظر ذلك كله في: بدائع الصنائع (٥/ ٣٤٠، ٣٤٦)، بتصرف وتقديم وتأخير.

(٢) والحنابلة في المشهور عنهم، والقول الثاني أن اليمين ترد على المدعي وهو قول المالكية والشافعية وصوبه الإمام أحمد، والقول الثالث أنه لا يقضى بالنكول ولا ترد اليمين على المدعي ولكن يحبس حتى يقر أو يحلف، وهذا قول ابن حزم. والقول الرابع: أن اليمين تكون في جنبة أقوى المتداعيين وهو قول شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم. ينظر هذه المسألة في: بدائع الصنائع (٥/ ٣٤٦)، والفروق للقرافي (٤/ ٢٠٤)، والأم (٧/ ١٠١)، وأسنى المطالب (٤/ ٤٠٤)، والطرق الحكمية (ص ١١٦)، والمغني (١٢/ ١٢٤)، والإنصاف (١١/ ٢٥٦)، والمحلى (٩/ ٣٧٣).

(٣) انظرها في: الفتاوى الهندية (٤/ ٢٢)، والمنثور (٢/ ٣٥٤)، ودرر الحكام لعلي حيدر (٤/ ٦٥٠ م١٨٢٠).

٢ – أن يكون الناكل نفس المدعى عليه، فلا يقبل قول الوكيل إذا قال – مثلاً – أن موكلي لا يحلف اليمين.

٣ – أن يكون الحق لآدمي، فأما في حقوق الله فلا، كمن نكل عن الحلف أنه لم يزن مثلاً.

والأولى أن يقول القاضي للمدعى عليه بعد نكوله: إني أعرض عليك اليمين، ثلاث مرات، فإن حلفت وإلا قضيت عليك؛ لجواز أن يكون المدعى عليه ممن لا يرى القضاء بالنكول، أو يكون عنده أن القاضي لا يرى القضاء بالنكول، أو لحقه حشمة القضاء ومهابة المجلس في المرة الأولى، فكان الاحتياط أن يقول له ذلك، فإن نكل عن اليمين بعد العرض عليه ثلاثاً، فإن القاضي يقضي عليه»[(١)].

أصل القاعدة:

استدل القائلون بالقضاء بالنكول وعدم رد اليمين للمدعي ومنهم المصنف لهذه القاعدة بالأدلة الآتية:

١ – بقول النبي ^ : «**البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه**». وفي رواية: «**واليمين على من أنكر**»[(٢)].

وجه الدلالة:

من وجهين: الأول: أن النبي ^ حصر اليمين في جانب المدعى عليه، ولو جعلت حجة المدعي فلا تبقى واجبة على المدعى عليه[(٣)].

الثاني: أنه – عليه الصلاة والسلام – جعل كل جنس اليمين حجة المدعى عليه؛ لأنه ذكر اليمين بلام التعريف فيقتضي استغراق كل الجنس فلو جعلت حجة

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٣٤٤ – ٣٤٥).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) بدائع الصنائع (٥/ ٣٣٧).

المدعي لا يكون كل جنس اليمين حجة المدعى عليه، بل يكون من الأيمان ما ليس بحجة له، وهو يمين المدعي وهذا خلاف النص[١].

٢ – قال المصنف: « ولنا ما روي أن شريحاً[٢] قضى على رجل بالنكول، فقال المدعى عليه: أنا أحلف، فقال شريح: مضى قضائي[٣].وكان لا تخفى قضاياه على أصحاب رسول الله ^ ، فيكون إجماعاً منهم على جواز القضاء بالنكول »[٤].

٣ - « لأنه ظهر صدق المدعي في دعواه عند نكول المدعى عليه فيقضى له، كما لو أقام البينة »[٥].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: « حكم اختلاف العاقدين في عقد الإجارة: إن اختلفا في مقدار

---

(١) المصدر السابق.

(٢) هو: القاضي شريح بن الحارث، وقيل: ابن شراحيل بن قيس بن الجهم الكندي الكوفي ، أبو أمية، تابعي جليل، أسلم في حياة النبي r ، ولم يره، وانتقل من اليمن في خلافة أبي بكر الصديق t ، وولي القضاء ستين سنة للخلفاء: عمر وعثمان وعلي ومعاوية y إلى أيام الحجاج، فاستعفاه، فأعفاه، كان ثقة ذا عقلٍ وذكاءٍ وفطنةٍ، فقيهاً شاعراً عالماً زاهداً ورعاً، ومن أعلم الناس بالقضاء، **توفي** سنة ٨٠هـ وقيل: ٧٨هـ.

انظر ترجمته في: الطبقات الكبرى لابن سعد (٨/ ٢٥٢)، والتاريخ الكبير للبخاري (٤/ ٢٢٨)، والجرح والتعديل لابن أبي حاتم (٤/ ٣٣٢)، ووفيات الأعيان لابن خلكان (٢/ ٤٦٠)، والاستيعاب لابن عبدالبر (ص/ ٣٣٢)، وتهذيب الكمال للمزي (١٢/ ٤٣٥)، وسير أعلام النبلاء (٤/ ١٠٠)، وطبقات الشافعية الكبرى لابن السبكي (٦/ ١٨٢).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه: كتاب البيوع والأقضية، الرجل يحلف فينكل عن اليمين (٤/ ٤٢٩)، الحديث رقم (٢١٧٩٧)، وابن حزم في المحلى بسنده (٩/ ٣٧٣). وينظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ١٧٦)، ونصب الراية (٤/ ١٠١).

(٤) بدائع الصنائع (٥/ ٣٤٥).

(٥) المصدر السابق.

البدل أو المبدل والإجارة وقعت صحيحة ينظر: إن كان اختلافهما قبل استيفاء المنفعة تحالفا...، فإن كان الاختلاف في قدر البدل يبدأ بيمين المستأجر؛ لأنه منكر وجوب الأجرة الزائدة، وإن كان في قدر المبدل يبدأ بيمين المؤاجر؛ لأنه منكر وجوب تسليم الزيادة، وإذا تحالفا تفسخ الإجارة، وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه، لأن النكول بذل أو إقرار، والبدل والمبدل كل واحد منهما يحتمل البذل والإقرار»[(١)].

٢ – وقال: «وإن ادعى المؤاجر فضلاً فيما يستحق من الأجر وادعى المستأجر فضلاً فيما يستحقه من المنفعة؛ بأن قال المؤاجر: أجرتك هذه الدابة إلى القصر بعشرة، وقال المستأجر: إلى الكوفة بخمسة، أو قال المؤاجر: أجرتك شهراً بعشرة، وقال المستأجر: شهرين بخمسة، فالأمر في التحالف والنكول وإقامة أحدهما البينة على ما ذكرنا»[(٢)].

٣ – قال المصنف: «ولو اختلف الصباغ ورب الثوب، فقال رب الثوب: أمرتك – أن تصبغه – بالعصفر، وقال الصباغ: بالزعفران، فالقول قول رب الثوب مع يمينه، فإن حلف برئ، وإن نكل عن اليمين لزمه الضمان؛ لأن النكول حجة يقضى بها في هذا الباب»[(٣)].

٤ – وقال: «رجل دفع غزلاً إلى حائك ينسجه ثوباً، وأمره أن يزيد في الغزل رطلاً من عنده مثل غزله على أن يعطيه ثمن الغزل وأجرة الثوب دراهم مسماة، فاختلفا بعد الفراغ من الثوب، فقال الحائك: قد زدت، وقال رب الثوب: لم تزد. فالقول قول رب الغزل مع يمينه على عمله...، فإن حلف برئ، وإن نكل عن اليمين لزمه

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٨٤ - ٨٥).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٨٥).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٨٨).

مثل الغزل؛ لأن النكول حجة يقضى بها في هذا الباب»[١].

٥ – قال المصنف: «لو كان في يده ألف درهم، فجاءه رجلان، وادعى كل واحد منهما أنه أودعه إياها فقال المودع: أودعها أحدكما، ولست أدري أيكما هو، فهذا لا يخلو من أحد وجهين:

إما أن يصطلح المتداعيان على أن يأخذا الألف وتكون بينهما...

وإن لم يصطلحا وادعى كل واحد منهما أن الألف له، لا يدفع إلى أحدهما شيئاً؛ لجهالة المقر له بالوديعة، ولكل واحد منهما أن يستحلف المودع، فإن استحلفه كل واحد منهما فالأمر لا يخلو: إما أن يحلف لكل واحد منهما، وإما أن ينكل لكل واحد منهما، وإما أن يحلف لأحدهما وينكل للآخر...

فإن نكل لهما يقضى بالألف بينهما نصفين، ويضمن ألفاً أخرى بينهما، فيحصل لكل واحد منهما ألف كاملة؛ لأن كل واحد منهما يدعي أن كل الألف له، فإذا نكل له، والنكول بذل أو إقرار، فكأنه بذل لكل واحد منهما ألفاً، أو أقر لكل واحد منهما بألف.

ولو حلف لأحدهما ونكل للآخر قضي بالألف للذي نكل له، ولا شيء للذي حلف له؛ لأن النكول حجة من نكل له لا حجة من حلف له»[٢].

* * *

(١) المصدر السابق.

(٢) المصدر السابق (٥/ ٣١٣).

المبحث السادس عشر
قواعد في الشروط

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : قاعدة « الأصل في الشروط اعتبارها ما أمكن » .

المطلب الثاني : قاعدة « المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط » .

المطلب الأول
قاعدة « الأصل في الشروط اعتبارها ما أمكن »

أوردها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: « الأصل في الشروط اعتبارها »[٢].

وبلفظ: « كل شرط يمكن مراعاته ويفيد فهو معتبر، وكل شرط لا يمكن مراعاته ولا يفيد فهو هدر »[٣].

معاني مفردات القاعدة:

الأصل: تقدم تعريفه لغة واصطلاحاً، والمراد به هنا: القاعدة المستمرة في الشرع.

الشرط لغة: قال المصنف: « الشرط العلامة ومنه أشراط الساعة أي

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٣٧، ٣١١).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٦٣). وينظر أحكام هذه القاعدة وألفاظها في: ترتيب اللآلي (٢/ ١١٨٠، ٩٢٤)، ومجلة الأحكام (٨٣)، وشرحها لسليم رستم باز (١/ ٥٤)، ولعلي حيدر (١/ ٨٤)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٤١٩)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٣٤ ف ٨١/ ٧٩)، والقواعد المستخلصة من التحرير (ص ٤٨٩)، والوجيز للبورنو (ص ٤٠٧)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١٢/ ٤٥١)، ومنظومة القواعد الفقهية للسعدي البيت رقم (٤١ و٤٢)، وشروحها، ومنها د.الشثري (ص١٤١)، ود. العويد (ص ٢٦٠)، ود. الكبي (ص ١٣٢)، والممتع في القواعد (ص ٤١٣)، والقواعد للزحيلي (١/ ٥٣٦). والأشباه والنظائر لابن السبكي بلفظ: « ما ثبت بالشرع أولى مما يثبت بالشرط » (٢/ ١٤٩)، والمنثور في القواعد ٢/ ٢٤٠)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٤٩)، والفرائد البهية وشرحاها الأقمار المضيئة (ص ٢١٤)، والمواهب السنية مع الفوائد الجنية (ص ٥٤٣)، وإيضاح المسالك (ص ٣٠٢ قاعدة ٧٦)، وشرح المنهج المنتخب (١/ ٤٢٣)، وتطبيقات قواعد الفقه أ.د. الغرياني (ص ٢٥٩).

(٣) المصدر السابق (٥/ ٣١٢).

علاماتها، ومنه الشرطي، والشراط والمشترط، فسمي ما جعله الحالف علماً لنزول الجزاء شرطاً، حتى لو ذكره لمقصود آخر لا يكون شرطاً»[١].

قال ابن فارس: «الشين والراء والطاء، أصل يدل على علم وعلامة»[٢].

وأما الشرط في الاصطلاح، فقد عرفه المصنف بقوله: «الشرط: اسم لما جعل علماً لنزول الجزاء سواء كان موهوم الوجود أو متيقن الوجود»[٣].

وقال: «الشرط ما في وجوده في المستقبل خطر، وهو أن يكون فيما يجوز أن يوجد ويجوز أن لا يوجد»[٤].

وقال: «كل ما يتغير الشيء به ولا ينطلق عليه اسم ذلك الشيء كان شرطاً... فهذا تعريف الشرط بالتحديد»[٥].

وعرفه الأصوليون والفقهاء بأنه: «الأمر الخارج عن الماهية الذي يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته»[٦].

والمراد بالشرط هنا: الشرط التقييدي، المعرف بأنه: التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة[٧].

---

(١) بدائع الصنائع (٣/٣٧)، وينظر: لسان العرب (٨/٥٦) (شرط)، ومختار الصحاح (ص ٢٩١)، والمصباح المنير (ص ١٦١)، والقاموس المحيط (ص ٨٦٩) (ش ر ط).

(٢) معجم مقاييس اللغة (ص ٥٣٣) (شرط).

(٣) بدائع الصنائع (٣/٥١٧).

(٤) المصدر السابق (٣/٣٨).

(٥) المصدر السابق (١/٢٨٢).

(٦) ينظر: الفروق للقرافي (١/١٠٥ – ١٠٦) وتهذيب الفروق المطبوع معه (١/١٠٥)، وشرح تنقيح الفصول (ص ٢٤١)، والإبهاج (١/٢٠٥)، والبحر المحيط (٢/٤٦٦)، وشرح الكوكب المنير (١/١٧٩).

(٧) ينظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٤١٩)، والقواعد الفقهية د. عبدالعزيز عزام (ص ٥٠٢)، والمدخل الفقهي العام (٢/١٠٣٥)، والممتع في القواعد (ص ٤١٣)، والوجيز للبورنو (ص ٤٠٧)،

=

لا الشرط التعليقي الذي هو: التزام أمر لم يوجد في أمر يمكن وجوده في المستقبل. أي: ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى، سواء كان الربط بإحدى أدوات الشرط، أو بما يقوم مقامها[١].

والفرق بينهما: أن العقد المعلق بالشرط، لا بد أن يكون معدوماً قبل وجود الشرط، وما توقف حصوله على حصول شيء آخر يتأخر بالطبع عنه؛ لأنه مترتب عليه ترتب الجزاء على الشرط، فلا يكون الحكم منجزاً فيه، بل متأخراً إلى زمان وقوع الشرط، وهذا عادة يكون مستعملاً به إحدى أدوات الشرط[٢].

أما المقيد بالشرط: فإن تقييده لا يوجب تأخره في الوجود على القيد، بل يكون سابقاً عليه، كما هو ظاهر، فيكون الحكم منجزاً فيه واقعاً في الحال[٣]. وهذا يكون خالياً من أداة الشرط كقولك: بعت مالي على الشرط الفلاني[٤].

ما أمكن: أي في حدود القواعد والضوابط الشرعية، والتي لا تخرج عن نطاق الوسع والطاقة، سواء كان ذلك في العبادات أو المعاملات.

« فمن اشترط شرطاً في معاملة ما فإنما عليه تنفيذه بقدر وسعه وطاقته، وكذلك إذا كان لعبادة ما شروطاً لصحتها وجوازها فإنما يجب مراعاتها بالقدرة الممكنة، فما زاد عنها فلا اعتبار له ولا اعتداد به »[٥].

= وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١٢/ ٤٥١)، والقواعد الفقهية د. الزحيلي (١/ ٥٣٦).

(١) ينظر: المصادر السابقة.

(٢) درر الحكام لعلي حيدر (١/ ٨٥).

(٣) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٤١٩)، والقواعد الفقهية د. عزام (ص ٥٠٢)، والوجيز للبورنو (ص ٤٠٧)، والقواعد الفقهية، د. الزحيلي (١/ ٥٣٦).

(٤) درر الحكام لعلي حيدر (١/ ٨٥).

(٥) الموسوعة الفقهية للبورنو (١٢/ ٤٥١).

أقسام الشروط:

تنقسم الشروط بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام، هي:

١ – شرط جائز، وهو ما يقتضيه العقد - أي: يجب بدون شرط، كاشتراط حبس المبيع بالثمن - أو يلائمه وذلك بأن يكون راجعاً إلى صفة المبدل ككون السيارة صفتها كذا ولونها كذا، أو إلى صفة البدل، ككون الدراهم معجلة أو مؤجلة، أو لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، ولكن جرى العرف به كبيع نعل بشرط أن يحذوه البائع ويشركه، أو يكون الشرط ورد الشرع بجوازه كخيار الشرط. وهذا الشرط هو الذي تلزم مراعاته ما أمكن.

٢ – شرط فاسد. وهو ما كان بخلاف ذلك، وفيه نفع مشروط في صلب العقد من أحد المتعاقدين، غير معطوف بالواو، كشراء الدابة على أن يركبها البائع شهراً مثلاً، أو على أن يحيل البائع رجلاً بالثمن، أو كان الشرط فيه نفع لمبيع من أهل الاستحقاق كما إذا باع عبد بشرط أن يعتقه المشتري، أو كان الشرط فيه نفع لأجنبي – على الأظهر - كما لو اشترط البائع على المشتري أن يبيعه لفلان أو أن يقرض فلاناً، فإن كل ذلك مفسد للعقد.

٣ – شرط لغو. وهو ما كان بخلاف الشرطين السابقين، وهذا لا يكون ممنوع شرعاً إلا أنه لا يلزم مراعاته لعدم فائدته، أو استحالته، فيلغو[1].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أفادت القاعدة أنه يجب على العاقدين مراعاة ما اتفقا عليه من الشروط التي قيد بها العقد، بقدر استطاعتهما، بحيث لا تخالف قواعد الشريعة.

---

(١) ينظر هذا التقسيم في: شرح المجلة لسليم رستم باز (١/ ٥٤ – ٥٥)، ولعلي حيدر (١/ ٨٤)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٤١٩ – ٤٢٠)، والوجيز للبورنو (ص ٤٠٨)، والقواعد الفقهية، د.عبدالعزيز عزام (ص ٥٠٢ – ٥٠٣).

أصل القاعدة:

١ – استدل المصنف لهذه القاعدة بقوله ^ : «**المسلمون عند شروطهم**» [(١)].

وجه الدلالة من الحديث:

قال المصنف: «ظاهره يقتضي لزوم الوفاء بكل شرط إلا ما خص بدليل؛ لأنه يقتضي أن يكون كل مسلم عند شرطه، وإنما يكون كذلك إذا لزمه الوفاء به» [(٢)].

٢ – قال المصنف: «إن القيد إذا كان مفيداً فإنه يثبت، لأن الأصل في الشروط اعتبارها ما أمكن، وإذا كان القيد مفيداً كأن يمكن الاعتبار فيعتبر – ويتقيد العقد به – ويبقى مطلقاً فيما وراءه... وإذا لم يكن مفيداً لا يثبت بل يبقى مطلقاً؛ لأن ما لا

---

(١) رواه البخاري في صحيحه معلقاً: كتاب الإجارة، باب أجر السمسرة (٣/ ١٢٠)، وأخرجه أبو داود في سننه: كتاب الأقضية، باب في الصلح (٣/ ٣٣٢) الحديث رقم (٣٥٩٦)، والترمذي في سنه: كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ^ في الصلح بين الناس (٣/ ٦٣٣) الحديث رقم (١٣٥٢)، والبيهقي في الكبرى: كتاب الوقف، باب الصدقة على شرط الواقف من الأثرة والتقدمة والتسوية (٦/ ١٦٦)، والحاكم في المستدرك: كتاب البيوع (٢/ ٧٥) الحديث رقم (٢٣٠٩) كلهم من طريق كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة، قال الحاكم: رواة هذا الحديث مدنيون ولم يخرجاه، وهذا أصل في الكتاب. اهـ. قال الذهبي في تلخيص المستدرك: لم يصححه، وكثير ضعفه النسائي وقوّاه غيره. أهـ. ومع أن كثير بن زيد مختلف فيه إلا أن الإسناد فيه قوة، لهذا قال الحافظ بن حجر في التغليق (٣/ ٢٨١): أما حديث «المسلمون عند شروطهم» فروي من حديث أبي هريرة، وعمرو بن عوف، وأنس بن مالك، ورافع بن خديج، وعبدالله بن عمر وغيرهم، وكلها فيها مقال، لكن حديث أبي هريرة أمثلها. اهـ.

وقال الألباني في الإرواء (٥/ ١٤٣): فمثله حسن الحديث إن شاءالله تعالى، ما لم يتبين خطؤه، كيف وهو لم يتفرد به. أهـ.

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ٥٢١)، والمصنف استدل بهذا الحديث في مواضع كثيرة منها (٢/ ١٩١، ٤/ ١١، ٦٣، ٢٤٥، ٤٥٠، ٥٢١، ٥/ ١٣٧، ٢٦٤، ٣٠٢).

فائدة فيه يلغو ويلحق بالعدم »[١].

ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة بالأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالعقد، ومنها:

أ – قوله تعالى:] Z [ ] \ [^ Z [٢].

وجه الدلالة:

أن الله سبحانه وتعالى أمر بالوفاء بكل العقود، والمراد بها العقود المشروعة، ومن ذلك الشروط.

قال الجصاص: « وهو عموم في إيجاب الوفاء بجميع ما يشرط الإنسان على نفسه ما لم تقم دلالة تخصه »[٣].

ب – قول عمر رضي الله عنه: « مقاطع الحقوق عند الشروط »[٤].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: « عقد الإجارة لا يخلو، إما إن شُرِطَ فيه تعجيل البدل، أو تأجيله، وأما إن كان مطلقاً عن شرط التعجيل والتأجيل، فإن شرط فيه تعجيل البدل، فعلى المستأجر تعجيلها والابتداء بتسليمها، سواء كان ما وقع عليه الإجارة شيئاً ينتفع بعينه، كالدار، والدابة، وعبد الخدمة، أو كان صانعاً، أو عاملاً ينتفع

---

(١) المصدر السابق (٥/ ١٣٧).

(٢) من الآية رقم ١ من سورة المائدة.

(٣) أحكام القرآن (٣/ ٢٨٦).

(٤) رواه البخاري في صحيحه معلقاً، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح (٣/ ٢٤٩)، وفي كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح (٧/ ٢٦).

ورواه موصولاً ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب النكاح، باب في الرجل يتزوج المرأة ويشترط لها دارها (٣/ ٤٩٩) الحديث رقم (١٦٤٤٩)، والبيهقي في السنن الكبرى: كتاب الصداق، باب الشروط في النكاح (٧/ ٢٤٩) الحديث رقم (١٤٢١٦).

بصنعته أو عمله، كالخياط والقصار والإسكافي؛ لأنهما لما شرطا تعجيل البدل لزم اعتبار شرطهما؛ لقوله ^ : «**المسلمون عند شروطهم**» [١]. وملك الآجر البدل، حتى تجوز له هبته، والتصدق به، والإبراء عنه والشراء والرهن والكفالة وكل تصرف يملك البائع في الثمن في باب البيع» [٢].

٢ – وقال: «وكذا للأجير الواحد أن يمتنع عن تسليم النفس، وللأجير المشترك أن يمتنع عن إيفاء العمل قبل استيفاء الأجرة في الإجارة كالثمن في البياعات» [٣].

٣ - وقال: «وللبائع حبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن إذا لم يكن مؤجلاً» [٤].

٤ – وقال: «وإن شرط فيه تأجيل الأجرة يبتدئ بتسليم المستأجر وإبقاء العمل وإنما يجب بتسليم البدل عند انقضاء الأجل؛ لأن الأصل في الشروط اعتبارها» [٥].

٥ – قال المصنف: «إذا دفع رجل إلى رجل مالاً مضاربة على أن يعمل به في الكوفة، فليس له أن يعمل في غير الكوفة؛ لأن قوله «على أن» من ألفاظ الشرط، وإنه شرط مفيد؛ لأن الأماكن تختلف بالرخص والغلاء، وكذا في السفر خطر فيعتبر» [٦].

٦ – وقال: «وكذا لا يعطيها لمن يخرج بها من الكوفة؛ لأنه إذا لم يملك الإخراج بنفسه فلأن لا يملك الأمر بذلك أولى» [٧].

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ٦٣).

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق.

(٥) المصدر السابق.

(٦) المصدر السابق (٥/ ١٣٧).

(٧) المصدر السابق.

٧ – وقال: «لو قال: خذ هذا المال تعمل به في الكوفة، لم يجز له العمل في غيرها؛ لأن (في) كلمة ظرف فقد جعل الكوفة ظرفاً للتصرف الذي أذن له فيه، فلو جاز في غيرها لم تكن الكوفة ظرفاً لتصرفه»[١].

٨ – وقال: «ولو قال: خذ هذا المال مضاربة بالنصف على أن تشتري به الطعام، أو قال: فاشتري به الطعام، أو قال: تشتري به الطعام، أو قال: خذ هذا المال مضاربة بالنصف في الطعام، فذلك كله سواء، وليس له أن يشتري سوى الطعام بالإجماع لما ذكرنا، على أن «أن» للشرط، والأصل في الشرط المذكور في الكلام اعتباره»[٢].

٩ – وقال: «وكذلك لو ذكر جنساً آخر بأن قال: خذ هذا المال مضاربة بالنصف على أن تشتري به الدقيق، أو الخبز، أو البر، أو غير ذلك، ليس له أن يعمل من غير ذلك الجنس بلا خلاف»[٣].

١٠ – وقال: «ولو دفع إليه مالاً مضاربة، على أن يبيع ويشتري بالنقد، فليس له أن يشتري ويبيع إلا بالنقد؛ لأن هذا التقييد مفيد فيتقيد بالمذكور»[٤].

١١ – وقال: «ولو قال له: بع بنسيئة ولا تبع بالنقد، فباع بالنقد جاز؛ لأن النقد أنفع من النسيئة، فلم يكن التقييد بها مفيداً، فلا يثبت القيد، وصار كما لو قال للوكيل: بع بعشرة فباع بأكثر منها جاز، كذا هذا»[٥].

١٢ – قال المصنف: «إذا أمره بالحفظ وشرط عليه أن يمسكها – الوديعة – بيده ليلاً ونهاراً ولا يضعها فالشرط باطل، حتى لو وضعها في بيته، أو فيما يحرز فيه ماله

(١) المصدر السابق (٥/ ١٣٨).

(٢) المصدر السابق (٥/ ١٣٩).

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق (٥/ ١٤٠).

(٥) المصدر السابق.

عادة فضاعت لا ضمان عليه؛ لأن إمساك الوديعة بيده بحيث لا يضعها أصلاً غير مقدور له عادة فكان شرطاً لا يمكن مراعاته فيلغو»[١].

١٣ – وقال: «ولو أمره بالحفظ ونهاه أن يدفعها إلى امرأته، أو عبده، أو ولده الذي هو في عياله، أومن يحفظ مال نفسه بيده عادة، نظر فيه، إن كان لا يجد بداً من الدفع إليه، له أن يدفع؛ لأنه إذا لم يجد بدًّا من الدفع إليه كان النهي عن الدفع إليه نهياً عن الحفظ، فكان سفهاً فلا يصح نهيه، وإن كان يجد بدًّا من الدفع إليه ليس له أن يدفع، ولو دفع يدخل في ضمانه؛ لأنه إذا كان له منه بدّ في الدفع إليه أمكن اعتبار الشرط وهو مفيد؛ لأن الأيدي في الحفظ متفاوتة، والأصل في الشروط اعتبارها ما أمكن»[٢].

١٤ – وقال: «ولو قال: لا تخرجها من الكوفة، فخرج بها، تدخل في ضمانه؛ لأنه شرط يمكن اعتباره وهو مفيد؛ لأن الحفظ في المصر أكمل من الحفظ في السفر، إذ السفر موضع خطر إلا إذا خاف التلف عليها فاضطر إلى الخروج بها فخرج، لا تدخل في ضمانه؛ لأن الخروج بها في هذه الحالة طريق متعين للحفظ، كما إذا وقع في داره حريق، أو كان في سفينة فخاف الغرق فدفعها إلى غيره»[٣].

١٥ – وقال: «ولو قال له: احفظ الوديعة في دارك هذه، فحفظها في دار أخرى، فإن كانت الداران في الحرز سواء، أو كانت الثانية أحرز، لا تدخل في ضمانه؛ لأن التقييد غير مفيد، وإن كانت الأولى أحرز من الثانية دخلت في ضمانه؛ لأن التقييد به عند تفاوت الحرز مفيد»[٤].

---

(١) المصدر السابق (٥/ ٣١١).

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق.

ثم قال: «والأصل المحفوظ في هذا الباب ما ذكرنا: أن كل شرط يمكن مراعاته ويفيد فهو معتبر، وكل شرط لا يمكن مراعاته ولا يفيد فهو هدر»[١].

* * *

(١) المصدر السابق (٥/ ٣١٢).

المطلب الثاني
قاعدة: « المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط »

أوردها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: « المعلق بالشرط يصير كالمتكلم به عند الشرط »[٢].

ولفظ: « التعليق بالشرط يصير تنجيزاً عند الشرط »[٣].

ولفظ: « المعلق بالشرط ينزل بعد وجود الشرط »[٤].

ولفظ: « المعلق بشرط ينزل عند تحقق الشرط بتمامه »[٥].

ولفظ: « الشرط إذا كان مما يتوقف عليه ويعلم وجوده ينزل المعلق عند وجوده، وإن كان مما لا يعلم لا ينزل »[٦].

---

(١) بدائع الصنائع (٣/ ١٨٤، ٢٠٠، ٢١٠، ٣٥١، ٤/ ٥٣٠، ٦/ ٣٢٠).

(٢) المصدر السابق (٣/ ١٣٣).

(٣) المصدر السابق (٣/ ٢١٤).

(٤) المصدر السابق (٣/ ٥٢١، ٥٨٠).

(٥) المصدر السابق (٣/ ٥٢١).

(٦) المصدر السابق (٣/ ٢٤٢).

وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: الفروق للكرابيسي (١/ ٢٢٧، ٢٢٨)، والفروق للقرافي (١/ ١٦٦ ف ٤)، وإدرار الشروق (١/ ١٨٣ ف ٤) مطبوع مع الفروق، وترتيب الفروق (ص ٣٩)، والأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/ ٥، ١/ ٢٧٤)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٣٧٧ – ٣٧٩) (٢/ ٢٧ – ٣٧)، والمثنور للزركشي (١/ ٢٢٦)، وتقرير القواعد (٢/ ٥٣٤ قاعدة ١١٧ و٢/ ٥٣٨ قاعدة ١١٨)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٣٧٦)، وترتيب الآلي (٢/ ١٠٥٩ قاعدة ٢٢٩)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٢٠٥، ٢١٣، ٤٠٤)، والفوائد الزينية (ص ١٣٨ ف ١٥٨)، وغمز عيون البصائر (٢/ ١٢١، ١٦٠، ١٦٩، ٤/ ٤١)، وشرح المجلة لعلي حيدر (١/ ٨١ =

معاني مفردات القاعدة:

التعليق لغة: مصدر «علَّق»، قال ابن فارس: «العين واللام والقاف، أصل صحيح يرجع إلى معنى واحد، وهو: أن يناط الشيء بالشيء العالي، ثم يتسع الكلام فيه، والمرجع كله إلى الأصل الذي ذكرناه.

تقول: «علَّقْتُ» الشيء «أعلِّقه» «تعليقاً»، وقد «عَلِقَ» به إذا لزمه، والقياس واحد»[١].

وفي لسان العرب: «عَلِقَ» بالشيء «عَلَقاً» و«عَلِقَهُ»: نشب فيه، وهو عالق فيه، أي: نشب فيه»[٢]. فمادته تدور حول ربط الشيء بالشيء ونوطه به، ولذلك يقال: علق الثوب على الشجرة إذا كان الثوب على غصن من أغصانها، أو فرع من فروعها فاتصل به ذلك المعلق به[٣]. فكأن العقد المعلق على الشرط مربوط به لا ينفك عنه ولا يوجد إلا بوجوده[٤].

= م٨٢ ف ٤/ ١٠٩ م ١٥٨٤)، ولسليم رستم باز (١/ ٥٤ م٨٢)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٤١٥)، والمدخل الفقهي العام (١/ ٥٧٥ ف ٤٣/ ٦)، (٢/ ١٠٣٢ ف ٨١/ ٧٧)، وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من كتاب البهجة (ص٣٩٠) قاعدة ٣٧٤، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ٤٩٥)، والوجيز للبورنو (ص ٤٠١)، وموسوعة القواعد الفقهية (١٠/ ٧٦٠)، والقواعد الفقهية لـ د.عزام (ص ٥٠٠)، والممتع في القواعد الفقهية (ص ٤١١)، والقواعد الفقهية د. الزحيلي (١/ ٥٣٠)، ومن هذه المصادر ما ورد فيها مفهوم القاعدة وليس منطوقها مثل: «المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط» وقد ذكرها المصنف بهذا اللفظ، ينظر: بدائع الصنائع (١/ ٢٩٩، ٤/ ٢٤٥، ٣٣٠).

(١) معجم مقاييس اللغة (ص ٦٧٠) كلمة (علق).

(٢) (١٠/ ٢٥٣)، كلمة (علق)، وينظر: مختار الصحاح (ص ٣٨٩)، والمصباح المنير (ص ٢٢٠) مادة (ع ل ق).

(٣) ينظر: المصادر السابقة.

(٤) ينظر: الوجيز (ص ٤٠٣).

اصطلاحاً: ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون أخرى[١].

وقيل: هو التزام أمر لم يوجد في أمر يمكن وجوده في المستقبل[٢].

كالمنجز: أي كالذي يكون فيه العقد مطلقاً ساري الحكم منذ صدوره[٣].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

إذا كان من المعلوم أن الأمر المعلق على شرط يكون معدوماً قبل حصول شرطه وثبوته فإن هذه القاعدة أفادت: أن المعلق على شرط يحكم بتحققه ولزومه عند تحقق شرطه وثبوته، فيجب الوفاء بما أوجبه الشرط من التزامات.

ويعتبر التعليق أحد إطلاقات الشرط اللغوي «وهو ما يذكر في أصول الفقه من المخصصات للعموم»[٤].

وقد ذكر المصنف بعضاً من حروفه بقوله: «أما المسمى بالشرط: فما دخل فيه حرف من حروف الشرط، وهي: إن، وإذا، وإذا ما، ومتى، ومتى ما، ومهما، وأشباه أخر ذكرها أهل النحو واللغة، وأصل حروفه «إنْ» المخففة، وغيرها داخل عليها؛ لأنها لا تستعمل إلا في الشروط، وما سواها من الحروف يستعمل فيه وفي غيره»[٥].

«ويتضح من ذلك أنه في حالة التعليق، إذا وجد الشرط المعلق عليه فإنما يثبت الحكم المعلق مقتصراً لا مستنداً، أي: إنما يعتبر المعلق موجوداً عند وجود الشرط لا منذ التعليق؛ إذ لو اعتبر له بعد تحقق الشرط استناداً إلى تاريخ التعليق،

---

(١) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٤٠٤)، والبحر الرائق (٤/ ٢)، وحاشية رد المحتار على الدر المختار (٥/ ٣٧٠)، وشرح المجلة لسليم رستم (١/ ٥٤)، ولعلي حيدر (١/ ٨١)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٤١٥).

(٢) ينظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٤١٥).

(٣) ينظر: المدخل الفقهي العام (١/ ٥٧٣).

(٤) شرح الكوكب المنير (١/ ٤٥٣).

(٥) بدائع الصنائع (٣/ ٣٧).

أي: أثر رجعي، للزم ذلك تقدم المشروط على شرطه وهو خلاف المعقول»[١].

مثاله: لو قال لشخص: متى تسلمت بضاعتي الفلانية فقد وكلتك ببيعها، فقام الوكيل ببيعها قبل أن يتسلمها ربها، فإن البيع لا ينفذ عليه؛ لأنه تصرف في البضاعة قبل أن تثبت وكالته؛ لأن وكالة ذلك الشخص إنما تثبت منذ تسلم البضاعة، وقبل ذلك يكون فضولياً في بيعه[٢].

وعليه فيشترط لصحة التعليق شروطاً، هي[٣]:

١ – أن يكون الشرط المعلق عليه معدوماً في الحال، ممكن الوجود عادة في المستقبل، فالتعليق بالمحقق الوجود في الحال يعتبر تنجيزاً لا تعليقاً، كقوله: إن كانت السماء فوقنا فلك كذا.

٢ – أن يكون الشرط المعلق عليه ممكن عادة لا عقلاً، فقوله: إن لم أصعد السماء، أو إن لم أقلب هذا الحجر ذهباً يعتبر تنجيزاً.

٣ – أن لا يكون الشرط المعلق عليه مستحيلاً، كقوله: إن دخل الجمل في سم الخياط، فهذا يعتبر لغواً وباطلاً.

٤ – وجود رابط بين الجملتين إذا كان الجزاء متأخراً عن الشرط[٤]، فلا بد في التعليق من جملتين يربط بينهما بأداة الشرط «ليتصل الجزاء بالشرط فيوجد عند وجود الشرط؛ لأنه يمكن الوقوف عليه والعلم به على تقدير وجوده فلا بد من

---

(١) المدخل الفقهي العام (١/ ٥٧٩ – ٥٨٠).

(٢) المصدر السابق، بتصرف.

(٣) انظرها في: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٤٠٤)، ودرر الحكام لعلي حيدر (١/ ٨١)، وشرح المجلة لسليم رستم باز (١/ ٥٤)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٤١٥ – ٤١٦)، والمدخل الفقهي العام (١/ ٥٧٤ – ٥٧٥)، والوجيز للبورنو (ص ٤٠٣ – ٤٠٥)، والقواعد الفقهية د. الزحيلي (١/ ٥٣٠)، والقواعد الفقهية د. عزام (ص ٥٠٠)، وبدائع الصنائع (٣/ ٣٧، ٢٥٠).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٣/ ٣٩).

وصل الجزاء بالشرط بحرف الوصل»[١].

٥ – عدم وجود فاصل أجنبي بين الشرط والجزاء.

٦ – أن لا يكون الشرط ممنوعاً شرعاً.

تنبيه: ليست كل العقود والتصرفات القولية قابلة للتعليق.

ولبيان ذلك: فإن العقود وسائر التصرفات القولية الإنشائية، تنقسم بهذا الاعتبار – عند الحنفية – إلى ثمانية أقسام هي:

١ – المعاوضات المالية: كالبيع والقسمة والصلح عن مال بمال والإجارة.

٢ – النكاح.

٣ – التبرعات. أي: التمليك بلا عوض كالهبة والصدقة والوصية والوقف، ويدخل فيها الإبراء عن الدين، لمعنى التبرع فيه، وإن كان في صورة إسقاط فهو إسقاط غير محض، بل فيه معنى التمليك.

وهذه الثلاث لا تقبل التعليق مطلقاً، بل يجب أن تعقد منجزة، ويستثنى من ذلك الوصية والوقف، فإنهما يقبلان التعليق على الموت[٢].

٤ – الولايات: كتعيين الحكام والعمال.

٥ – الإطلاقات: كالوكالة، والإذن بالتجارة للصغير المميز، من قبل وليه.

٦ – التقييدات: كعزل الوكيل، والموظف، وحجر المأذون.

٧ – الالتزامات: كالكفالة بأنواعها.

وهذه تقبل التعليق بالشرط الملائم فقط[٣]، أما غير الملائم فلا.

والملائم: هو الذي يكون بينه وبين الأمر المعلق عليه مناسبة تستدعي ترتيبه

---

(١) بدائع الصنائع (٣/ ٢٥٠).

(٢) ينظر: المصدر السابق (٢/ ٥٧٧، ٣/ ٤٨، ٥٤٩، ٤/ ٦٠٣، ٦١٣، ٥/ ٥٥، ٦٣، ٦٥، ٢١٥).

(٣) ينظر: المصدر الصابق (٤/ ٦٠٢).

عليه.

مثاله: لو قال إنسان لغيره: إذا وصلت بضاعتي الفلانية، فقد وكلتك ببيعها، صح التعليق، ويصبح المخاطب وكيلاً عند تحقق الشرط المعلق عليه.

أما غير الملائم فمثاله: إن هبت الريح، أو إن نزل المطر، فأنت وكيلي، فهنا لا يصح التعليق لعدم ملاءمة الشرط(١).

٨ – الإسقاطات المحضة: كالطلاق، والإعتاق، وإسقاط الشفعة.

فهذه تقبل التعليق بالشرط مطلقاً، ملائماً كان أو غير ملائم(٢).

أصل القاعدة:

١ – قوله ^ : «**المسلمون عند شروطهم**»(٣).

وجه الدلالة:

قال المصنف: «ظاهره يقتضي لزوم الوفاء بكل شرط إلا ما خص بدليل؛ لأنه يقتضي أن يكون كل مسلم عند شرطه»(٤).

٢ – قول عمر بن الخطاب: «مقاطع الحقوق عند الشروط»(٥).

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «إذا قال: إذا قدم فلان فأمرك بيدك، فقدم فلان، فالأمر بيدها، إذا علمت في مجلسها الذي يقدم فيه فلان؛ لأن المعلق بشرط كالمنجز عند

---

(١) ينظر: المصدر السابق (٣/ ٢٢٤، ٢٢٨، ٤/ ١٢٨، ٦٠٢، ٥/ ١٥).

(٢) ينظر: المصدر السابق (٤/ ١٢٨)، ٥/ ١٥)، وينظر تفصيل ذلك كله في: بدائع الصنائع (٣/ ٤٨٤) وما بعدها حيث ذكر المصنف أنواع التعليق حين قال: «والتعليق في الأصل نوعان...». وينظر: المدخل الفقهي (١/ ٥٧١ وما بعدها ف ٤٣/ ١ – ١٥).

(٣) سبق تخريجه (ص ٦٢٣).

(٤) بدائع الصنائع (٤/ ٥٢١).

(٥) سبق تخريجه.

الشرط»[١].

٢ – وقال: «وله أن يعلقه بشرط ويضيفه إلى وقت، نحو أن يقول: إذا قدم زيد فقد خالعتك على ألف درهم، أو يقول: خالعتك على ألف درهم غداً أو رأس شهر كذا، والقبول إليها بعد قدوم وبعد مجيء الوقت، حتى لو قبلت قبل ذلك لا يصح، لأن التعليق بالشرط والإضافة إلى الوقت تطليق عند وجود الشرط والوقت، فكان قبولها قبل ذلك هدراً»[٢].

٣ – قال المصنف: «لو ضرب له – أي الشفيع – القاضي أجلاً، فقال له: إن لم تأت بالثمن إلى وقت كذا فلا شفعة لك، فلم يأت به بطلت شفعته»[٣].

٤ – وقال: «وكذا إذا قال الشفيع: إن لم أعطك الثمن إلى وقت كذا فأنا برئ من الشفعة؛ لأن هذا تعليق إسقاط حق الشفعة بالشرط، والإسقاطات مما يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعتاق ونحو ذلك»[٤].

٥ – وقال المصنف: «وإن كان معلقاً بشرط، نحو أن يقول: إن شفى الله مريضي، أو إن قدم فلان الغائب، فلله علي أن أصوم شهراً، أو أصلي ركعتين، أو أتصدق بدرهم ونحو ذلك، فوقته وقت الشرط، فما لم يوجد الشرط لا يجب بالإجماع»[٥].

٦ – وقال المصنف: «لو قال لعبدِ الغير: إن اشتريتك فأنت حر، فاشتراه على أنه بالخيار ثلاثة أيام عتق عليه بالإجماع.

أما عندهما: فظاهر؛ لأنه ملكه بنفس الشراء فوجد شرط الحنث فعتق.

---

(١) بدائع الصنائع (٣/ ١٨٤).

(٢) المصدر السابق (٣/ ٢٢٨).

(٣) المصدر السابق (٤/ ١٢٨).

(٤) المصدر السابق.

(٥) المصدر السابق (٤/ ٢٤٥).

وأما عند أبي حنيفة: فلأن المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط »[١].

٧ – وقال المصنف: « ولو قال: كفلت لك مالك على فلان حالاً، على أنك متى طلبته فلي أجل شهر جاز، وإذا طلبه منه فله أجل، ثم إذا مضى الشهر فله أن يأخذ متى شاء »[٢].

٨ – وقال: « ولو قال: ضمنت لك ما على فلان إن توى[٣]، جاز؛ لأن هذا شرط ملائم للعقد، لأنه مؤكد لمعنى التوسل إلى ما هو المقصود، وكذا لو قال: إن خرج من المصر ولم يعطك فأنا ضامن لما ذكرنا،... وكذا سائر الكفالات في التعليق بالشرط »[٤].

٩ – وقال المصنف: « وإن قال: إن لم أضربك فكل مملوك لي حر، لا يحنث قبل خروج نفسه، يعني في آخر جزء من أجزاء حياته، فيعتقون حينئذٍ؛ لأن شرط الحنث ترك الضرب، وإنه يتحقق في تلك الحالة »[٥].

١٠ – وقال المصنف: « إذا قال: طلقا امرأتي إن شئتما، فلا يملك أحدهما التطليق دون صاحبه؛ لأن المعلق بشرطين لا ينزل إلا عند وجودهما »[٦].

١١ – وقال: « ولو قال وقت التوكيل: كلما عزلتك فأنت وكيلي وكالة مستقبلة، فعزله، ينعزل، ولكنه يصير وكيلاً ثانياً، وكالة مستقبلة كما شرط؛ لأن تعليق الوكالة

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٥٣٠).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٦٠٣)، هكذا في المصدر ولعل الصحيح « وإذا طلبه منه فله أجل ».

(٣) تَوِيَ المال: هلك وذهب توىً فهو: توٍ وتاوٍ. ينظر: المغرب (ص ٦٣)، وأنيس الفقهاء (ص ٢٢١)، والقاموس المحيط (ص ١٦٣٤).

(٤) المصدر السابق (٤/ ٦٠٢).

(٥) المصدر السابق (٣/ ٢٥).

(٦) المصدر السابق (٥/ ٣٥).

بالشرط جائز»[١].

١٢ – وقال: «ولو قال لمكاتبه: إن أديت إلي خمسماية فأنت حر، فأدى خمسماية عتق؛ لأن هذا تعليق بالشرط، وذلك في حق المكاتب صحيح»[٢].

١٣ - وقال المصنف: «ولو قال الراهن للمرتهن: إن جئتك بحقك إلى وقت كذا وإلا فهو لك بدينك، أو بيع بحقك، لم يجز وهو رهن على حاله؛ لأن هذا تعليق التمليك بالشرط وأنه لا يتعلق بالشرط»[٣].

* * *

(١) المصدر السابق (٥/ ٤٤).

(٢) المصدر السابق (٥/ ٥٥).

(٣) المصدر السابق (٥/ ٢١٥).

المبحث السابع عشر
قواعد في الأكثر والأقل

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: قاعدة « للأكثر حكم الكل فيما بني على التوسعة في أصول الشرع ».

المطلب الثاني: قاعدة « كل شيء أفسده الحرام والغالب عليه الحلال فلا بأس ببيعه ».

المطلب الثالث: قاعدة: « الكثير لا يكون تبعاً للقليل ».

المطلب الأول
قاعدة: « للأكثر حكم الكل فيما بني على التوسعة في أصول الشرع »

أوردها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: « للأكثر حكم الكل »[٢].

ولفظ: « أكثر الشيء يقام مقام كله »[٣].

ولفظ: « الأكثر يقوم مقام الكل »[٤].

ولفظ: « للأكثر حكم الكل في كثير من الأحكام خصوصاً فيما يحتاط فيه »[٥].

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ١٥٨).

(٢) المصدر السابق (١/ ٦٩، ٨٦، ٨٩، ٢٨٤، ٢٩٣، ٣٣٤، ٦٤٠، ٦٤١، ٢/ ٢٨، ٣٩، ١٢٦، ١٨٥، ٣١٩، ٣/ ٦٠، ١٣٥، ٥/ ٤٠٨، ٦/ ٨٠، ٣٥٦، ٤٠٣).

(٣) المصدر السابق (١/ ١٥٥).

(٤) المصدر السابق (٢/ ٣١٦، ٤٢٣).

(٥) المصدر السابق (٢/ ٨٢).

وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: تأسيس النظر (ص ٤٥)، قواعد الأحكام (١/ ٢٧٥، ٢/ ٣١٠)، الفروق للقرافي (٤/ ٢٤٠ ف ٢٣٩)، وتهذيب الفروق – مطبوع مع الفروق – (٤/ ٢٤٠ ف ٢٣٩)، والأشباه والنظائر لابن الوكيل (١/ ٢٧٣، ٣٣٣)، والقواعد للمقري (٢/ ٥١٠، القاعدة ٢٧٢)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٩٨، ٢٧٥)، والموافقات (٣/ ١٨١)، والمنثور (٢/ ٢٧٩)، والقواعد والفوائد الأصولية (٩٦ – ٩٧)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٧٨، ١٨٢)، إيضاح المسالك (ص ١٧٠ قاعدة ١٤)، وشرح المنهج المنتخب (١/ ١١٠، ٢/ ١٢١)، ودرر الحكام لعلي حيدر (١/ ١٨٣، ٤/ ١٩٧)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ٣٨٠ – ٣٨٤)، وجمهرة القواعد الفقهية له أيضاً (١/ ٤٦٣)، والقواعد والضوابط المستلخصة من التحرير له أيضاً (ص ١١٨، =

هذه القاعدة جليلة القدر، كثيرة الدوران والذكر عند الفقهاء في مواطن التعليل والترجيح، لأنها تتفق ومنهج الشريعة الإسلامية، فهي تحقق مقصد من مقاصد الشريعة وتكشف عن إرادة اليسر بالمكلفين ورفع الحرج عن العباد.

ولهذا قال المصنف: «للأكثر حكم الكل فيما بني على التوسعة في أصول الشرع»[(١)].

وقال في حكم الأضحية: «فإن كان الذاهب – من الأذن – كثيراً يمنع جواز التضحية وإن كان يسيراً لا يمنع؛ لأن اليسير مما لا يمكن التحرز عنه، إذ الحيوان لا يخلو منه عادة فلو اعتبر – اليسير – مانعاً لضاق الأمر على الناس ووقعوا في الحرج»[(٢)]، ولهذا لما بقي أكثر الأذن أقيم مقام الأذن الكاملة في الإجزاء.

وتعتبر هذه القاعدة من الأصول القديمة التي استمر عليها العمل عند الحنفية، ويؤيد ذلك ما ورد عن الإمام محمد بن الحسن أنه قال: «قلت – لأبي حنيفة – أرأيت رجلاً توضأ ومسح على خفيه مرة واحدة بإصبع أو بإصبعين؟ قال: لا يجزيه، قلت: أرأيت إن مسح بثلاثة أصابع أو أكثر من ذلك؟ قال: يجزيه. قلت: من أين اختلفا؟ قال: إذا مسح بالأكثر من أصابعه أجزأه ذلك»[(٣)].

معاني مفردات القاعدة:

الأكثر لغة: أفعل تفضيل، تقول: هذا كثير وهذا أكثر، والكثير ضد القليل.

= ١٤١)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٢/ ٢٥٤)، والقواعد الفقهية د. الزحيلي (١/ ٣٢٥)، والقواعد الفقهية المستنبطة من المدونة الكبرى (٢/ ٥٥٥)، والقواعد والضوابط القرافية (١/ ٣٤٨)، والقواعد الفقهية المستخرجة من أعلام الموقعين (ص ٣٥٤)، وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب البهجة (ص ٢٨٩).

(١) بدائع الصنائع (٤/ ١٥٨).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٢١٤ - ٢١٥).

(٣) الأصل: (١/ ٨٩ – ٩٠).

تقول: «كَثُرَ» «يَكْثُر» بالضم فهو «كثير»[١].

قال ابن فارس: «الكاف والثاء والراء أصل صحيح، يدل على خلاف القلة»[٢].

«والكثرة»: نماء العدد، يقال: كَثُرَ الشيء يَكْثُر كثْرَة فهو كثير»[٣].

ولا يخرج معناه في الاصطلاح عن معناه اللغوي فالكثرة والقلة من أسماء المقابلة فالكثير هو ما قوبل بأقل منه.

قال المصنف: «القليل والكثير واليسير من أسماء المقابلة، فلا يكون قليلاً إلا وبمقابلته أكثر منه»[٤].

الكل لغة: بالضم اسم يجمع الأجزاء[٥]، للذكر والأنثى، فلفظه واحد ومعناه جمع، فيقال: كلٌّ حضر، وكلٌّ حضروا، على اللفظ مرة وعلى المعنى مرة أخرى[٦].

اصطلاحاً:

اسم موضوع لاستغراق أفراد المنكَّر والمعرَّف المجموع، وقد تستعمل للتكثير والمبالغة[٧].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن حكم الأكثر غالب ومقدم على الأقل، فإذا تعلق الحكم بمتعدد، ووجد

---

(١) ينظر: المصباح المنير (ص ٢٧١)، ومختار الصحاح (ص ٤٨٤) مادة (ك ث ر).

(٢) معجم مقاييس اللغة (ص ٨٨٦) كلمة (كثر).

(٣) لسان العرب (١٣ / ٢٦) كلمة (كثر).

(٤) بدائع الصنائع (٦ / ٤٣٦).

(٥) لسان العرب (١٣ / ١٠١)، والقاموس المحيط (ص ١٣٦١) كلمة (كلل).

(٦) ينظر: المصادر السابقة، ومختار الصحاح (ص ٤٩٥)، مادة (ك ل ل).

(٧) ينظر: التعريفات الفقهية للبركتي (ص ١٨٤)، والتعريفات للجرجاني (ص ١٨٦) حيث عرفها بقوله: «اسم لجملة مركبة من أجزاء».

أكثر أفراد هذا المتعدد، فإن حكمه يكون حكم الكل.

وتخلف الأقل أو عدم وجوده لا يضر في ثبوت الحكم.

ويفهم من لفظ القاعدة أن لها ارتباطاً وثيقاً بقاعدة (المشقة تجلب التيسير)[١]، حيث إنها تفيد سقوط التكليف عن المكلف بأدائه للأكثر مما كلف به، ولكن ينبغي أن يقيد ذلك بما إذا لم يتعارض ذلك مع النص الشرعي، لأنك إذا تأملت موارد تطبيق القاعدة تجد أنها «أغلبية لا كلية؛ لأن من الأمور ما لا يجوز اعتباره إلا كاملاً، ولو وجد أكثره لا يكون صحيحاً، كالصلاة، والطهارة، وقراءة الفاتحة في الصلاة»[٢]، ومنها ما قد يقام فيها البعض مقام الكل وإن لم يكن ذلك البعض هو أكثر المطلوب عمله.

قال المصنف: «الربع فما فوقه في حكم الكمال، كما في المسح على الرأس، وحلق المحرم ربع الرأس، وكما يقال: رأيت فلاناً، وإن عاينه من إحدى جهاته الأربع»[٣].

مسألة: اختلفت الروايات عند الحنفية في الحد الفاصل بين القليل الكثير.

فقيل الربع فما فوق كثير، وقيل الثلث فما فوق كثير، وقيل ما كان أكثر من الثلث فهو كثير، وما دونه قليل، وقيل النصف فما زاد كثير، وما دون النصف قليل، وقيل ما زاد على النصف فهو كثير.

قال المصنف: «واختلف في الحد الفاصل بين القليل والكثير»[٤]، فعن أبي

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٧٦)، ولابن نجيم (ص ٩٦).

(٢) موسوعة القواعد الفقهية (٢/ ٢٥٤).

(٣) بدائع الصنائع (١/ ٣٠٧).

(٤) يريد هنا مقدار ما ذهب من أذن الأضحية أو إليتها أو ذنبها أو عينها.

حنيفة – رحمه الله – أربع روايات روى محمد في الأصل[١] وفي الجامع الصغير: أنه إذا ذهب الثلث، أو أقل جاز وإن كان أكثر من الثلث لا يجوز، وروى أبو يوسف أنه إن كان ذهب الثلث لا يجوز، وإن كان أقل من ذلك جاز، وقال أبو يوسف: ذكرت قولي لأبي حنيفة رحمه الله فقال: قولي مثل قولك، وقول أبي يوسف أنه إن كان الباقي أكثر من الذاهب يجوز، وإن كان أقل منه أو مثله لا يجوز.

وروي عن أبي حنيفة – رضي الله عنه – أنه إذا ذهب الربع لم يجزه»[٢].

وقال: «واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في الحد الفاصل بين القليل والكثير[٣]، مع اتفاق الروايات على أن الثلث قليل.

وفي رواية عنه: أن ما زاد على الثلث يكون كثيراً.

وفي رواية: النصف، وفي رواية عنه: الزائد على النصف»[٤].

تنبيه: نبه المصنف – رحمه الله – على أن ما أقيم مقام الكل لا يقام أكثره مقامه. حيث قال: «وما أقيم مقام الكل، لا يقوم أكثره مقامه، كما في الرأس: أنه لما أقيم الربع فيه مقام الكل لا يقام أكثر الربع مقامه؛ وهذا لأنه لو أقيم أكثر ما أقيم مقام الكل مقامه لأقيم أكثر أكثره مقامه، فيؤدي – ذلك – إلى إبطال التقدير أصلاً ورأساً، وهذا لا يجوز»[٥].

---

(١) ينظر الأصل (٢/ ٤٩٤).

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ٢١٥)، وقد ذكر المصنف أدلة كل قول ولولا خوف الإطالة لذكرتها.

(٣) يريد هنا: مقدار الزيافة في رأس مال السلم.

(٤) بدائع الصنائع (٤/ ٤٣٨). سيأتي زيادة بيان للحد الفاصل بين القليل والكثير والأقوال في ذلك وأدلة كل قول. ينظر (ص ٦٥٥ وما بعدها).

(٥) المصدر السابق (٢/ ٤٢٣).

أصل القاعدة:

استدل المصنف للقاعدة بما روي عن النبي ^ أنه «نهى عن عضباء الأذن والقرن»[١].

قال الراوي: فسألت سعيد بن المسيب فقال: النصف فما فوق[٢].

قال المصنف: «وقال سعيد بن المسيب: العضباء التي ذهب أكثر أذنها»[٣].

وجه الدلالة:

قال المصنف: «فقد اعتبر النبي ^ الأكثر»[٤].

أي: أن النبي ^ أعطى الأكثر حكم الكل، فلم يجز التضحية بالتي ذهب أكثر أذنها.

ويمكن أن يستدل للقاعدة بقوله تعالى:] ´ µ ¶ ¸ ¹ قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا Z[٥].

---

(١) أخرجه أبو داود في السنن، كتاب الضحايا، باب: ما يكره من الضحايا (٣/ ٥٥) الحديث رقم (٢٨٠٥)، والترمذي في السنن، كتاب الضاحي، باب: التضحية بعضباء القرن والأذن (٤/ ٩٠)، الحديث رقم(١٥٠٤)، وقال عنه: حديث حسن صحيح، وابن ماجه في السنن، كتاب الأضاحي، باب: ما يكره أن يضحى به (٢/ ١٠٥١) الحديث رقم (٣١٤٥)، وأحمد في مسنده (٢/ ٦٦ ح ٦٣٣)، و(٢/ ٣١٨) الحديث رقم (١٠٦٦) قال عنه شعيب الأرناؤوط: إسناده حسن، رجاله ثقات رجال الشيخين غير جري بن كليب، وصححه الحاكم في المستدرك: كتاب الأضاحي (٤/ ٢٨٤) ووافقه الذهبي.

(٢) ينظر: مسند الإمام أحمد (٢/ ٣١٩).

(٣) بدائع الصنائع (٤/ ٢١٥).

(٤) المصدر السابق.

(٥) من الآية رقم ٢١٩ من سورة البقرة.

وجه الدلالة من الآية:

أن الله – سبحانه وتعالى – ذكر أن سبب المنع هو كون الإثم أكبر من النفع، أي: أنه جعل الحكم للأكثر وهذا ما تفيده القاعدة.

ويمكن أن يستدل للقاعدة بالنصوص الواردة في إقامة الأكثر أو البعض مقام الكل، ومن ذلك:

١ – قوله ^ : «**من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة**»[(١)].

٢ – وقوله ^ : «**من أدرك من الصبح ركعة قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح، ومن أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر**»[(٢)].

وجه الدلالة:

في الحديثين دليل على أن من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الفضل المترتب على أدائها مع الجماعة، أو أدرك وقتها، أو أدرك حكمها بالنسبة له، ولا يقال أنه أدرك الصلاة كلها ويكفيه ذلك.

قال النووي: «أجمع المسلمون على أن هذا ليس على ظاهره، وأنه لا يكون بالركعة مدركاً لكل الصلاة وتكفيه وتحصل براءته من الصلاة بهذه الركعة، بل هو متأول، وفيه إضمار، وتقديره: فقد أدرك حكم الصلاة، أو وجوبها، أو فضلها»[(٣)].

٣ – قوله ^ : «**إنما بقاؤكم فيما سلف قبلكم من الأمم، كما بين صلاة العصر إلى**

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب مواقيت الصلاة، باب من أدرك من الصلاة ركعة (١/ ١٥١) الحديث رقم (٥٨٠)، وأخرجه مسلم في صحيحه: كتاب المساجد، باب: من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك تلك الصلاة (٢/ ١٠٢) الحديث رقم (١٤٠١).

(٢) أخرجه البخاري، كتاب مواقيت الصلاة، باب: من أدرك من الفجر ركعة (١/ ١٥١) الحديث رقم (٥٧٩)، ومسلم في صحيحه: كتاب المساجد، باب من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك تلك الصلاة (٢/ ١٠٢) الحديث رقم (١٤٠٤).

(٣) شرح النووي على صحيح مسلم (٥/ ١٠٥).

غروب الشمس؛ أوتي أهل التوراة التوراة فعملوا حتى إذا انتصف النهار عجزوا فأعطوا قيراطاً قيراطاً، ثم أوتي أهل الإنجيل الإنجيل فعملوا إلى صلاة العصر ثم عجزوا فأعطوا قيراطاً قيراطاً، ثم أوتينا القرآن فعملنا إلى غروب الشمس فأعطينا قيراطين قيراطين، فقال أهل الكتابين: أي ربنا أعطيت هؤلاء قيراطين قيراطين وأعطيتنا قيراطاً قيراطاً ونحن كنا أكثر عملاً، قال: قال الله عز وجل: هل ظلمتكم من أجركم من شيء؟ قالوا: لا، قال: فهو فضلي أوتيه من أشاء»[(١)].

٤ – قوله ^ : «**مثل المسلمين واليهود والنصارى كمثل رجل استأجر قوماً يعملون له عملاً إلى الليل، فعملوا إلى نصف النهار، فقالوا: لا حاجة لنا إلى أجرك، فاستأجر آخرين، فقال: أكملوا بقية يومكم ولكم الذي شرطت، فعملوا بقية يومهم حتى غربت الشمس واستكملوا أجر الفريقين**»[(٢)].

وجه الدلالة من الحديثين:

أنه قد يُعطى من عمل بعض العمل كل الأجر المرتب على العمل كله.

وقد ذكر ابن حجر نقلاً عن بعض العلماء وجه إيراد البخاري لهذين الحديثين تحت هذا الباب «أنه قد يستحق بعمل البعض أجر الكل، مثل الذي أعطي من العصر إلى الليل أجر النهار كله، فهو نظير من يعطى أجر الصلاة كلها ولو لم يدرك إلا ركعة»[(٣)].

٥ – العرف اللغوي، فكثيراً ما يطلق لفظ كل – في اللغة – ويراد به البعض أو

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب مواقيت الصلاة، باب: من أدرك ركعة من العصر قبل الغروب (١/ ١٤٦) الحديث رقم (٥٥٧).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب مواقيت الصلاة، باب: من أدرك ركعة من العصر قبل الغروب (١/ ١٤٦) الحديث رقم (٥٥٨).

(٣) فتح الباري لابن حجر (٢/ ٣٩).

الأكثر[١].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «الأوداج أربعة: الحلقوم، والمرئ، والعرقان اللذين بينهما الحلقوم والمرئ، فإذا فري ذلك كله فقد أتى بالذكاة بكمالها وسننها، وإن فري البعض دون البعض، فعند أبي حنيفة – رضي الله عنه -: إذا قطع أكثر الأوداج وهو ثلاثة منها أي ثلاثة كانت وترك واحد يحل...؛ لأنه قطع الأكثر من العروق الأربعة، وللأكثر حكم الكل فيما بني على التوسعة في أصول الشرع»[٢].

٢ – وقال المصنف: «ولو ذهب بعض هذه الأعضاء دون بعض من الأذن والإلية والذنب والعين...، ينظر: فإن كان الذاهب كثيراً يمنع جواز التضحية – لأن للأكثر حكم الكل – وإن كان يسيراً لا يمنع»[٣].

٣ – قال المصنف: «إن كانت الفضة فيها – الدراهم – هي الغالبة؛ بأن كان ثلثاها فضة وثلثها صفراً، أو كانت ثلاثة أرباعها فضة وربعها صفراً، ونحو ذلك، فحكمها حكم الفضة الخالصة لا يجوز بيعها بالفضة الخالصة إلا سواء بسواء»[٤].

٤ – وقال: «وكذا بيع بعضها ببعض لا يجوز إلا مثلاً بمثل؛ لأن اعتبار الغالب وإلحاق المغلوب بالعدم هو الأصل في أحكام الشرع»[٥].

٥ – وذكر المصنف: إذا كان رأس مال السلم ديناً ووجد بعضه زيوفاً أو نبهرجة ولم

---

(١) ينظر: لسان العرب (٦/ ٢٠٦) كلمة (رقق)، والمصباح المنير (١/ ١٧٠) مادة (ش هـ ر)، والقاموس المحيط (ص ١٣٦١) كلمة (الكل).

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ١٥٨).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٢١٥).

(٤) المصدر السابق (٤/ ٤٢٣).

(٥) المصدر السابق.

يتجوز به المسلم إليه ورده بعد الافتراق، فإنه ينتقض العقد بقدره، وهذا عند أبي حنيفة وزفر رحمهما الله. لأنه تبين أن قبض المردود لم يصح، فتبين أن الافتراق حصل لا عن قبض رأس المال في قدر المردود فيبطل السلم بقدره، إلا أنه استحسن في القليل، وقال: إن كان قليلاً فرده واستبدل في ذلك المجلس فالعقد ماض في الكل، وإن كان كثيراً يبطل العقد بقدر المردود؛ لأن الزيافة في القليل مما لا يمكن التحرز عنه؛ لأن الدراهم لا تخلو عن ذلك فكانت ملحقة بالعدم بخلاف الكثير[١].

٦ – وقال: «وكذا هذا في الصرف»[٢].

٧ – قال المصنف: «ولو ضُرب الذمي بعض الحد فأسلم، ثم ضرب الباقي تقبل شهادته...، وهذا جواب ظاهر الرواية...، وفي رواية اعتبر الأكثر، إن وجد أكثر الحد في حال الإسلام تبطل شهادته وإلا فلا، لأن للأكثر حكم الكل في الشرع. والصحيح جواب ظاهر الرواية»[٣].

* * *

(١) المصدر السابق (٤/ ٤٣٨).

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق (٥/ ٤٠٨).

وينظر فروعاً أخرى في المصدر السابق (١/ ٦٩، ٨٩، ٩١، ١٥٥، ١٦١، ٢١٦، ٢٦٣، ٢٨٤، ٢٩٣، ٢٩٥، ٦٤٠، ٢/ ٣٩، ٣١٦، ٣١٩، ٣٢٧، ٤٢٣، ٣/ ٦٠، ٣٨٩، ٦/ ٨٠، ٣٥٦، ٤٠٣).

المطلب الثاني

قاعدة: « كل شيء أفسده الحرام والغالب عليه الحلال فلا بأس ببيعه »[١].

أوردها المصنف بهذا اللفظ.

وبلفظ: « وما كان الغالب عليه الحرام لم يجز بيعه ولا هبته »[٢].

هذه القاعدة من جملة القواعد الفقهية التي تهتم بالموازنة بين ما ينتهي إليه فعل ما من الأفعال والتصرفات من المصلحة أو المفسدة.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن اليسير المحرم إذا كان مغموراً في الكثير المباح، فإن ذلك لا يؤثر في صحة التصرفات الشرعية من التملك والأكل والبيع والشراء ونحوها.

يقول ابن نجيم: « إذا كان غالب مال المُهدي حلالاً، لا بأس بقبول هديته وأكل ماله ما لم يتبين أنه من حرام، وإن كان غالب ماله الحرام لا يقبلها ولا يأكل،

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٣٣٦).

(٢) المصدر السابق.

وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: قواعد الأحكام (١/ ١١٧، ٢/ ٢٨، ١٩٢)، والمجموع المذهب (١/ ٢٦٩)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ١١٨، ٣٨٠)، والمنثور في القواعد (١/ ٥٠، ١٩٠)، وتقرير القواعد (١/ ١٧٢ القاعدة ٢٢)، والقواعد للحصني (٢/ ٩٠)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٠٧)، ولابن نجيم (ص ١٣٧)، وغمز عيون البصائر (١/ ٣٤٠)، والفوائد الجنية (ص٣٣٧)، والوجيز للبورنو (ص ٢٦٧)، وإيضاح القواعد (ص ٨٩)، وكتاب الأصل (٣/ ٣٤)، والبيان والتحصيل (١٠/ ١٢٤، ١٨/ ٢٧٩)، وحاشية الدسوقي (٤/ ٢٧٨)، ومجموع فتاوى ابن تيمية (٢٩/ ٢٤١، ٢٧٣، ٣٢٠)، وجامع العلوم والحكم (ص ٨٩)، وأكثر هذه المصادر تتكلم عن هذه القاعدة عند ذكرهم للمستثنيات من قاعدة: « إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام »، أو « إذا اجتمع خطر وإباحته غلب الخطر ».

إلا إذا قال: إنه حلال، ورثه أو استقرضه»[١].

ويقول: «إذا اختلط الحلال والحرام في البلد فإنه يجوز الشراء والأخذ، إلا أن تقوم دلالة على أنه من الحرام»[٢].

وقال ابن رشد[٣]: في الأخذ من المال المجبي: «إن كان الغالب عليه الحرام فله حكم الحرام، وإن كان الغالب عليه الحلال فله حكم الحلال، وفيه كراهة ضعيفة»[٤].

وقال العز بن عبدالسلام: «إن غلب الحرام عليه غلبة يندر الخلاص منها، لم تجز معاملته...، وإن غلب الحلال؛ بأن اختلط درهم حرام بألف درهم حلال جازت المعاملة، كما لو اختلطت أخته من الرضاع بألف امرأة أجنبية، أو اختلطت ألف حمامة برية بحمامة بلدية»[٥].

وابن تيمية لما سئل عن حكم التعامل مع الذين غالب أموالهم حرام، مثل المكاسيين وأكلة الربا؟ قال: «إن كان الحلال هو الغالب لم يحكم بتحريم المعاملة،

---

(١) الأشباه والنظائر (ص ١٣٨).

(٢) المصدر السابق (ص ١٣٩).

(٣) هو: محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد الشيهر بالجد، أبو الوليد القرطبي، فقيه، مالكي، أصولي، من كبار فقهاء الأندلس وأئمتها، له مصنفات عديدة منها: «المقدمات الممهدات» و«البيان والتحصل» (ت ٥٢٠هـ).

انظر: الديباج المذهب (ص ٢٧٨)، وشجرة النور الزكية (ص ١٢٩)، ومعجم المؤلفين (٨/٢٢٨)، وسير أعلام النبلاء (١٩/٥٠١).

(٤) البيان والتحصيل (١٠/١٢٤)، وينظر (١٨/٥١٥، ٥٧٩).

(٥) قواعد الأحكام (١/١١٧).

وإن كان الحرام هو الأغلب، قيل بحل المعاملة، وقيل: بل هي محرمة»[١].

والمتأمل لكلام الفقهاء يجد أنهم يفرقون بين ما هو محرم لذاته وما هو محرم لغيره.

قال ابن تيمية: «الحرام نوعان: حرام لوصفه كالميتة والدم ولحم الخنزير، فهذا إذا اختلط بالماء والمائع وغيره من الأطعمة، وغير طعمه، أو لونه، أو ريحه حرمه، وإن لم يغيره ففيه نزاع... والثاني: الحرام لكسبه؛ كالمأخوذ غصباً، أو بعقد فاسد، فهذا إذا اختلط بالحلال لم يحرمه، فلو غصب الرجل دراهم، أو دنانير، أو دقيقاً، أو حنطة، أو خبزاً وخلط ذلك بماله لم يحرم الجميع لا على هذا ولا على هذا...

إلى أن قال: «فهذا أصل نافع، فإن كثيراً من الناس يتوهم أن الدراهم المحرمة إذا اختلطت بالدراهم الحلال حرم الجميع، فهذا خطأ، وإنما تورع بعض العلماء فيما إذا كانت – الدراهم الحلال – قليلة، وأما مع الكثرة فما أعلم فيه نزاعاً»[٢].

وعليه فإن الحرام إذا اختلط بالحلال فإما أن يكون اختلاط امتزاج وإما أن يكون اختلاط استيهام.

فالأول وهو: اختلاط الامتزاج وذلك بحيث لا يتميز بالإشارة، كاختلاط المائعات من الدم والخمر والبول ونحو ذلك، وهذا نوعان:

أ – اختلاط يظهر به أثر الحرام في الحلال. فهنا: يحرم الجميع؛ لأنه يتعذر الوصول إلى الحلال إلا بتناول الحرام، كما إذا وقعت النجاسة في ماء طاهر فغيرت أحد أوصافه الثلاثة.

---

(١) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٢٤١، ٢٧٣).

(٢) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٣٢٠ – ٣٢١)، وينظر كلام نحو هذا لابن القيم في بدائع الفوائد (٣/ ٢٥٧).

ب – اختلاط يستهلك به الحرام فلا يظهر له أثر في الحلال، كما إذا خالطت النجاسة الماء الكثير ولم تغير أحد أوصافه الثلاثة، فهنا: لا ينجس ويحكم بطهارته؛ لاستهلاك العين النجسة في الطاهر[١].

أما الثاني وهو اختلاط الاستيهام: فهو اختلاط الأشياء التي يمكن تمييز أفرادها عن بعض، ولكن لا يمكن تحديد العين المحرمة من غير المحرمة، وهذا له ثلاث صور هي:

الأولى: أن تختلط عين محرمة محصورة بعدد محصور من الحلال، كما لو اختلطت شاة ميتة بمذكاة، أو اختلطت أخته من الرضاعة بعشرة نسوة مثلاً، فهنا: يجب اجتناب الجميع؛ لأنه من باب ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، كما هو معروف في أصول الفقه[٢].

الثانية: أن تختلط عين محرمة محصورة بحلال غير محصور؛ كما إذا اختلطت أخت له من الرضاعة بنسوة بلد كبير، أو تختلط حمامة مملوكة بعدد كبير من الحمام غير المملوك ونحو ذلك. فهنا: لا يحرم الجميع، ويجوز له أن ينكح من شاء من تلك النساء ويصطاد ما شاء من الحمام.

الثالثة: أن تختلط عين محرمة غير محصورة بحلال غير محصور، فلا يحرم بهذا الاختلاط تناول شيء بعينه، إلا إذا تبين له أنه من الحرام[٣].

---

(١) ينظر: إحياء علوم الدين (٢/ ١٠٢ – ١٠٣)، وبدائع الفوائد (٣/ ٢٥٨)، والقواعد الكلية لمحمد شبير (ص ٣٢٩).

(٢) ينظر: الإبهاج (١/ ١٣١)، والأحكام للآمدي (١/ ١١٠)، والبحر المحيط (١/ ١٧٩)، والتقرير والتحبير (١/ ٣٨٧)، وشرح الكوكب المنير (١/ ٣٥٨).

(٣) ينظر ذلك في: قواعد الأحكام (١/ ١١٧، ٢/ ٢٨، ١٩٢)، وإحياء علوم الدين (٢/ ١٠٣)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٠٧)، ولابن نجيم (ص ١٣٨)، وإيضاح القواعد (ص ٨٩)، والقواعد الكلية والضوابط الفقهية (ص ٣٣٠).

أصل القاعدة:

يمكن أن يستدل لهذه القاعدة بما يأتي:

١ – أن النبي ^ وأصحابه كانوا يعاملون المشركين وأهل الكتاب مع علمهم بأنهم لا يجتنبون الحرام كله[١].

قال ابن بطال: «إذا اختلط المال الحلال والحرام فلا بأس به، وإنما يكره من ذلك: الشيء يعرف بعينه .... قال ابن المنذر: واحتج من رخص في ذلك: بأن الله تعالى ذكر اليهود فقال:] ! " # $ Z[٢]. وقد رهن رسول الله ^ درعه عند يهودي»[٣][٤].

٢ – أن الله سبحانه وتعالى أجاز للمؤمنين أخذ الجزية من أهل الكتاب مع أنه من المعلوم، أن أكثر أموالهم قد اختلط فيها الحرام والحلال.

قال ابن بطال: «قال الطبري: وفي إباحة الله أخذ الجزية من أهل الكتاب مع علمه بأن أكثر أموالهم أثمان الخمور والخنازير، وهم يتعاملون بالربا، أبين الدلالة على أن من كان من أهل الإسلام بيده مال لا يدري أمن حرام كسبه أم من حلال؟ فإنه لا يحرم قبوله لمن أعطيه، وإن كان لا يبالي اكتسبه من غير حله بعد أن لا يعلمه حراماً بعينه، وبنحو ذلك قالت الأئمة من الصحابة والتابعين، ومن كرهه فإنما ركب في ذلك طريق الورع»[٥].

---

(١) ينظر: جامع العلوم والحكم (ص ٨٩).

(٢) من الآية رقم ٤٢ من سورة المائدة.

(٣) يشير إلى ما أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب: شراء الحوائج بنفسه (٣/٨٠) الحديث رقم (٢٠٩٦).

(٤) شرح صحيح البخاري لابن بطال (٣/٥١١).

(٥) المصدر السابق.

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «ولا ينعقد بيع العذرة الخالصة؛ لأنه لا يباح الانتفاع بها بحال، فلا تكون مالاً إلا إذا كان مخلوطاً بالتراب والتراب غالب فيجوز بيعه؛ لأنه يجوز الانتفاع به، وروي عن أبي حنيفة – رضي الله عنه – أنه قال: كل شيء أفسده الحرام والغالب عليه الحلال فلا بأس ببيعه»(١).

٢ – وقال: «وكذلك قال محمد في الزيت: إذا وقع فيه وَدَكُ الميتة، أنه إن كان الزيت غالباً يجوز بيعه، وإن كان الودك غالباً لا يجوز بيعه؛ لأن الحلال إذا كان هو الغالب يجوز الانتفاع به... فكان مالاً فيجوز بيعه»(٢).

٣ – قال المصنف: «الماء المطلق إذا اختلط به المائعات الطاهرة يجوز التوضؤ به بلا خلاف بين أصحابنا، إذا كان الماء غالباً»(٣).

٤ – وقال: «الماء المستعمل عند من يقول أنه طاهر إذا اختلط بالطهور لا يغيره عن صفة الطهورية، إلا إذا غلب عليه، كسائر المائعات الطاهرة»(٤).

٥ – وقال المصنف: «... في رجل حلف لا يذوق من هذا اللبن شيئاً، أو لا يشرب فصب فيه ماء فذاقه، أو شربه، أنه: إن كان اللبن غالباً حنث؛ لأنه إذا كان غالباً يسمى لبناً، وكذلك لو حلف على نبيذ فصبه في خل، أو على ماء ملح فصُب على ماء عذب، ثم قال: والأصل في هذا أن المحلوف عليه إذا اختلط بغير جنسه، تعتبر فيه الغلبة بلا خلاف بين أبي يوسف ومحمد»(٥).

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٣٣٦).

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق (١/ ٩٨).

(٤) المصدر السابق (١/ ٢٢٨).

(٥) المصدر السابق (٣/ ١٠٠) وما بعدها فقد ذكر فروعاً كثيرة تندرج تحت القاعدة في مفهومها.

ويفهم من هذه الأمثلة أنه لو كانت الغلبة لغير المحلوف عليه وهو الحلال فإن الحرام لا يبنى عليه الحكم فلا يحنث في ذلك.

٦ – قال المصنف: «لو اختلط اللبن – لبن المرأة – بالطعام...؛ فإن كان الغالب هو الطعام لم تثبت الحرمة؛ لأن الطعام إذا غلب سلب قوة اللبن وأزال معناه وهو التغذي فلا يثبت به الحرمة»[(١)].

٧ – وقال: «وإن اختلط بالدواء، أو بالدهن، أو بالنبيذ يعتبر فيه الغالب»[(٢)].

٨ – وقال: «وإن اختلط بالماء يعتبر فيه الغالب أيضاً»[(٣)].

* * *

(١) المصدر السابق (٣/٤٠٨).

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق.

المطلب الثالث
قاعدة: «الكثير لا يكون تبعاً للقليل»

أوردها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: «الكثير لا يتبع القليل»[٢].

ولفظ: «القليل يتبع الكثير لا عكساً، فيدخل القليل في الكثير، ولا يدخل الكثير في القليل»[٣].

تقدم بيان معاني مفردات القاعدة.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن الكثير هو مناط الحكم، وهو غالب على القليل، فلا يكون تابعاً له، بل التابع هو القليل.

فإذا تعلق الحكم بمتعدد – مثلاً – ولم يوجد إلا القليل منه، فإن الحكم لا يتغير تبعاً للقليل.

ويتحدد موضع إعمال هذه القاعدة إذا علم الحد الفاصل بين القليل، وقد اختلفت الروايات عند الحنفية في ذلك:

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٤٢٥).

(٢) المصدر السابق (٦/ ٤٠٣).

(٣) المصدر السابق.

وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: قواعد الأحكام (١/ ٢٧٥، ٢/ ٣١٠)، والفروق للكرابيسي (١/ ٢١٤، ٢/ ١٣٧)، والفروق للقرافي (٢/ ٥٦ ف٥٧، ٤/ ٢٤٠، ف ٢٣٩)، وتهذيب الفروق مطبوع مع الفروق (٢/ ٥٥ ف ٥٧). وينظر: المحيط البرهاني (٦/ ٣٢٣)، والبيان والتحصيل (٩/ ٣٠٦)، والحاوي الكبير (١٠/ ٨٥٢).

فقيل: الربع فما فوق كثير، وقيل: الثلث فما فوق كثير، وقيل: ما كان أكثر من الثلث كثير وما دونه قليل، وقيل: النصف فما زاد كثير وما دون النصف قليل، وقيل: ما زاد على النصف فهو كثير [١].

دليل من قال: أن الربع فما فوق يعتبر كثيراً:

قال المصنف: «وجه التقدير بالربع: أنه ظهر اعتبار الربع في كثير من الأحكام، كما في حلق ربع الرأس، أنه يحل به المحرم ولا يحل بدونه، ويجب الدم إذا فعله في إحرامه ولا يجب بدونه، وكما في انكشاف الربع من العورة في باب الصلاة إنه يمنع جواز الصلاة، وما دونه لا يمنع» [٢]. وهذا عند الاستدلال على أنه يكفي مسح ربع الرأس في الوضوء.

وقال في موضع آخر: «إن الشرع أقام الربع مقام الكل في كثير من المواضع، كما في حلق ربع الرأس في حق المحرم ومسح ربع الرأس – في الوضوء – كذا ههنا» [٣].

ذكر ذلك عند ذكره للمقدار الذي يمنع جواز الصلاة من انكشاف العورة.

وقال: «وإن حلق ربع الرأس أجزأه ويكره، أما الجواز فلأن ربع الرأس يقوم مقام كله في القرب المتعلقة بالرأس، كمسح ربع الرأس في باب الوضوء» [٤].

فمن هذه النصوص يتبين أنه استدلال في محل النزاع فلا يعتبر دليلاً.

دليلهم الثاني: قال المصنف: «كما يقال: رأيت فلاناً وإن عاينه من إحدى

---

(١) تقدم نقل كلام المصنف في ذلك. ينظر: بدائع الصنائع (١/ ٣٠٦، ٤/ ٢١٥)، وينظر (ص ٦٤١) من هذه الرسالة.

(٢) المصدر السابق (١/ ٧٠).

(٣) المصدر السابق (١/ ٣٠٧).

(٤) المصدر السابق (٢/ ٣٣٠).

جهاته الأربع»[١].

دليل من قال: أن الثلث فما فوق يعتبر كثيراً وما دونه هو القليل:

قول النبي ^ في باب الوصية: «**الثلث والثلث كثير**»[٢].

وجه الدلالة:

حيث جعل النبي ^ الثلث كثيراً مطلقاً[٣].

دليل من قال أن الثلث قليل وما فوقه كثير:

قال المصنف: «لأن الشرع جوز الوصية بالثلث ولم يجوز بما زاد على الثلث، فدل على أنه إذا لم يزد على الثلث لا يكون كثيراً»[٤].

دليل من قال النصف فما فوق يعتبر كثيراً وما دونه هو القليل:

قال المصنف: «فلأن العفو هو القليل، والنصف ليس بقليل، إذ ليس بمقابلته ما هو أقل منه»[٥].

دليل من قال أن النصف قليل وما فوقه كثير:

قال المصنف: «أما التقدير بأكثر من النصف، فلأن الكثرة والقلة من الأسماء الإضافية، فلا يكون الشيء قليلاً إلا أن يكون بمقابلته كثير، وكذا لا يكون كثيراً إلا وأن يكون بمقابلته قليل، والنصف ليس بكثير، لأنه ليس بمقابلته قليل، فكان الكثير أكثر من النصف؛ لأن بمقابلته ما هو أكثر منه»[٦].

ولعل أقرب هذه الأقوال هو – والله أعلم – القول الأخير القائل أن النصف

---

(١) المصدر السابق (١/ ٣٠٧).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوصايا، باب: الوصية بالثلث (٤/ ٤) الحديث رقم (٢٧٤٤).

(٣) بدائع الصنائع (٤/ ٢١٥).

(٤) المصدر السابق.

(٥) المصدر السابق (١/ ٢٣٤).

(٦) المصدر السابق (١/ ٢٣٣ – ٢٣٤).

قليل وما فوقه كثير لقوة دليله.

أو يقال: كما ذكر المصنف: «بأنه روي عن أبي يوسف أنه قال: سألت أبا حنيفة عن الكثير الفاحش – من النجاسة – فكره أن يحد له حدًّا وقال: الكثير الفاحش ما يستفحشه الناس ويستكثرونه»[(١)].

أصل القاعدة:

يستدل لهذه القاعدة بالأدلة الدالة على أن للأكثر حكم الكل وقد تقدمت، ومنها:

١ – ما روي عن النبي ^ : «أنه نهى عن عضباء الأذن والقرن»[(٢)].

وجه الدلالة:

أن النبي ^ لم يتبع الأكثر الذاهب بالأقل الباقي فلم يجز التضحية بالعضباء وهي التي ذهب أكثر أذنها أو قرنها.

قال المصنف: «فقد اعتبر النبي ^ الأكثر»[(٣)].

٢ – ما روي أن رسول الله ^ : «نهى أن يضحى بالشرقاء[(٤)]والخرقاء[(٥)] والمقابلة[(٦)] والمدابرة[(٧)]»[(٨)].

---

(١) المصدر السابق (١/ ٢٣٣).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) بدائع الصنائع (٤/ ٢١٥).

(٤) هي المشقوقة الأذن طولا، بدائع الصنائع (٤/ ٢١٦).

(٥) أن يكون في الأذن ثقب مستدير أي المخروقة الأذن. المصدر السابق، ولسان العرب (٨/ ٦٦ شرق).

(٦) هي التي يقطع من مقدم أذنها شيء ولا يبان بل يترك معلقاً. بدائع الصنائع (٤/ ٢١٦).

(٧) هي التي يقطع من مؤخر أذنها شيء ولا يبان بل يترك معلقاً. المصدر السابق.

(٨) أخرجه أبو داود في سننه: كتاب الضحايا، باب ما يكره من الضحايا (٣/ ٥٥) الحديث رقم (٢٨٠٦)، وأخرجه الترمذي في سننه: كتاب الأضاحي، باب ما يكره من الأضاحي (٤/ ٨٦) الحديث رقم

=

وجه الدلالة:

قال المصنف: «النهي في الشرقاء والمقابلة والمدابرة محمول على الندب، وفي الخرقاء على الكثير على اختلاف الأقاويل في حد الكثير كما بينا»[(١)].

أي أن الشاهد من الحديث النهي عن التضحية بالخرقاء إذا كان الثقب قد استوعب أكثر الأذن. وإلا فيجوز ذلك، وهذا مما يدل على أنه إذا لم يبق إلا القليل من الأذن فإنه لا يجوز التضحية بها؛ لأن الكثير من الأذن لا يتبع القليل.

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «إذا كان الخارج – من الولد أثناء الولادة – أقله، لم تصر نفساء، حتى قالوا: يجب عليها أن تصلي وتحفر لها حفيرة؛ لأن النفاس يتعلق بالولادة ولم يوجد، لأن القليل يلحق بالعدم بمقابلة الكثير»[(٢)].

٢ – قال المصنف فيمن حج عن غيره: «إذا لم يبلغ المال المدفوع إليه النفقة، فأنفق من مال نفسه ومال الآمر؛ ينظر: فإن بلغ مال الآمر الكراء وعامة النفقة فالحج عن الميت لا يكون مخالفاً، وإلا فهو ضامن، ويكون الحج عن نفسه ويرد المال، والأصل فيه: أن يعتبر الأكثر ويجعل الأقل تبعاً للأكثر»[(٣)].

٣ – قال المصنف: «المحلوف عليه إذا اختلط بغير جنسه، تعتبر فيه الغلبة بلا خلاف بين أبي يوسف ومحمد غير أن أبا يوسف اعتبر الغلبة في اللون، أو الطعم، لا في الأجزاء...، واعتبر محمد غلبة الأجزاء، فقال: إذا كانت أجزاء المحلوف عليه

= (١٤٩٨)، وأخرجه النسائي في سننه: كتاب الضحايا، باب الشرقاء وهي مشقوقة الأذن (٧/٢١٧) الحديث رقم (٤٣٧٥)، وقال عنه الترمذي: حديث حسن صحيح. والحاكم في المستدرك: كتاب الأضاحي الحديث رقم (٧٥٣٢)، وصححه ووافقه الذهبي.

(١) بدائع الصنائع (٤/٢١٦).

(٢) بدائع الصنائع (١/١٦١).

(٣) المصدر السابق (٢/٤٦٠).

غالبة يحنث، وإن كانت مغلوبة لا يحنث.

وجه قول محمد: أن الحكم يتعلق بالأكثر، والأقل يكون تبعاً للأكثر فلا عبرة به»[١].

٤ – قال المصنف: «وأما النوع الثاني – من الدراهم -: ما كان الغش فيه غالباً والفضة مغلوبة، فإنه ينظر: إن كان الناس يتعاملون به وزناً لا عدداً، لا يجوز استقراضه عدداً...، وإن كانوا يتعاملون به عدداً، يجوز استقراضه عدداً؛ لأنهم إذا تعاملوا به عدداً فقد ألحقوه بالفلوس وجعلوا الفضة التي فيه تبعاً للصفر، وأنه ممكن لأنها قليلة...

أما إذا تعاملوا بها وزناً لا عدداً فبقيت وزنية، فلا يجوز استقراضه عدداً... لأن هناك لا يمكن جعل الفضة تبعاً للغش – الصفر -؛ لأنها أكثر منه أو مثله، والكثير لا يكون تبعاً للقليل»[٢].

٥ – قال المصنف: «إذا غصب جارية فحبلت عند الغاصب من زنا، أخذها المولى وضمنه نقصان الحبل، والكلام في قدر الضمان، قال أبو يوسف رحمه الله: ينظر إلى ما نقصها الحبل، وإلى أرش عيب الزنا فيضمن الأكثر ويدخل الأقل فيه، وهذا استحسان...

وجه الاستحسان: أن الجمع بين الضمانين غير ممكن... فلا بد من إيجاب أحدهما، فأوجبنا الأكثر؛ لأن الأقل يدخل في الأكثر، ولا يتصور دخول الأكثر في الأقل»[٣].

٦ – وقال: «ولو كانت الجارية زنت في يد الغاصب ثم ردها على المالك، فحدت في

---

(١) المصدر السابق (٣/ ١٠١).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٤٢٥).

(٣) المصدر السابق (٦/ ١٥٢).

يده، ونقصها الضرب ضمن الغاصب الأكثر من نقصان الضرب ومما نقصها الزنا في قول أبي حنيفة... لأن النقصانين جميعاً حصلا بسبب واحد فتعذر الجمع بين الضدين، فيجب الأكثر ويدخل الأقل فيه»[١].

٧ – وقال: «ولو كانت الجارية المغصوبة سرقت في يد الغاصب فردها على المالك فقُطِعت عنده، يضمن الغاصب نصف قيمتها، في قول أبي حنيفة – رحمه الله – لأن نقصان القطع أكثر من نقصان السرقة – العيب – ظاهراً وغالباً فدخل الأقل في الأكثر»[٢].

٨ – قال المصنف: «لو كان فيها – الكف المقطوعة – أصبع واحدة فعليه خمس دية اليد، وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى في الرواية المشهورة عنهما، يدخل القليل في الكثير أيهما كان، فينظر إلى حكومة الكف، وإلى أرش ما بقي من الأصابع، فيدخل أقلهما في أكثرهما أيهما كان؛ لأن القليل يتبع الكثير لا عكساً، فيدخل القليل في الكثير ولا يدخل الكثير في القليل»[٣].

* * *

(١) المصدر السابق (٦/ ١٥٢ – ١٥٣).

(٢) المصدر السابق (٦/ ١٥٣).

(٣) المصدر السابق (٦/ ٤٠٣).

المبحث الثامن عشر
قواعد في الثبوت والسقوط

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : قاعدة « الثابت دلالة كالثابت نصاً » .

المطلب الثاني : قاعدة « الإبراء إسقاط » .

المطلب الثالث : قاعدة : « الثابت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية » .

المطلب الرابع : قاعدة « الساقط متلاش فلا يحتمل العود » .

المطلب الأول
قاعدة: «الثابت دلالة كالثابت نصاً»

ذكرها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: «المذكور دلالة كالمذكور نصاً»[٢].

ولفظ: «الثابت دلالةً نصٌّ»[٣].

هذه القاعدة إحدى القواعد التي مجالها في الأحكام المتعلقة بالتعبير عن الإرادة[٤]، وهي في الأصل قاعدة أصولية، ولذلك تطرق الأصوليون إلى ذكرها وتفصيلها[٥].

---

(١) بدائع الصنائع (٢/ ٤٧٠، ٤/ ٩٠، ٥/ ٣٠، ٥/ ١٧٧، ٥/ ٣٢٨).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٣٠).

(٣) المصدر السابق (٦/ ٣٤١).

وينظر أحكام هذه القاعدة وألفاظها في: أصول الكرخي (ص ١١١) مطبوع مع تأسيس النظر، وقواعد الأحكام (٢/ ٢٢٥)، والقواعد النورانية (ص ٢٠٣)، والمنثور للزركشي (١/ ٤٠٠)، وتقرير القواعد (٣/ ١٠٥) القاعدة (١٥١)، وغمز عيون البصائر (١/ ١٨٥)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص١٤٥)، ومجلة الأحكام الشرعية (ص ١٠٢) قاعدة (١٥١)، والقواعد الفقهية د. الزحيلي (١/ ٣٤٥، ٣٤٩)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ٤١٧)، وجمهرة القواعد الفقهية له أيضاً (١/ ٥٦٩)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ١٠٣، ١٦٩، ١٧٧).

(٤) ينظر: المدخل الفقهي العام (٢/ ٩٨٥ – ٨١/ ١٢).

(٥) ينظر: قواطع الأدلة للسمعاني (١/ ٢٣٦)، أصول السرخسي (١/ ٢٤١)، أصول الشاشي (ص ٨٣)، وشرح تنقيح الفصول (ص ٥٠)، والأحكام للآمدي (٣/ ٦٦)، وكشف الأسرار للنسفي مع شرح نور المنار (١/ ٣٨٣)، وأصول البزدوي ومعه كشف الأسرار (١/ ١١٥، ٢/ ٣٢٩)، والقواعد والفوائد الأصولية (ص ٢٨٦)، وشرح التلويح على التوضيح (١/ ١٢٩)، والتقرير والتحبير =

معاني مفردات القاعدة:

الدلالة: سبق تعريفها لغة واصطلاحاً، وتبين أنها كون الشيء متى فُهم فُهم غيره[١].

وهي تنقسم إلى: لفظية وغير لفظية[٢].

وقيل: كون الشيء بحالة يلزم من العلم به العلم بشيء آخر[٣].

النص لغة: قال ابن فارس: «النون والصاد: أصل صحيح يدل على رفع وارتفاع وانتهاء في الشيء»[٤].

تقول: نص الشيء، إذا رفعه، وبابه «ردَّ» ، ومنه منصة العروس بكسر الميم، ونص الحديث إلى فلان: رفعه إليه، ونص كل شيء منتهاه[٥].

اصطلاحاً: ما يفيد بنفسه من غير احتمال[٦].

وقيل: ما لا يحتمل إلا معنى واحد[٧].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

الأصل في التعبير عن الإرادة أن يكون بالقول؛ لأنه من أوضح الدلالات على المقصود، ولكن اللفظ ليس مقصوداً لذاته، بل لأنه أفضل ترجمان عن الإرادة بصورة واضحة، ولذلك فإن للعاقل أن يستعمل غير ذلك، مما يؤدي إلى المعنى

= (١/ ١٤٣)، وفواتح الرحموت مطبوع مع المستصفى (١/ ٤٠٦)، وشرح الكوكب المنير (٣/ ٤٨١).

(١) ينظر: المنهاج (١/ ٢٠٤)، والتقرير والتحبير (١/ ١٣٠).

(٢) ينظر: الإبهاج (١/ ٢٠٤).

(٣) ينظر: التعريفات للجرجاني (ص ١٠٨)، والتعريفات الفقهية للبركتي (ص ٩٦).

(٤) معجم مقاييس اللغة (ص ٦٩٢) كلمة (نص).

(٥) المصدر السابق ومختار الصحاح (ص ٥٦٨)، مادة (ن ص ص)، والقاموس المحيط (ص ١٧٢٥) كلمة (نصنص).

(٦) ينظر: المستصفى (١/ ٣٨٥)، والإبهاج (٣/ ٤٢)، وروضة الناظر بتحقيق د. النملة (٢/ ٥٦٠).

(٧) التعريفات للجرجاني (ص ٢٣٧)، وللبركتي (ص ٢٢٨).

المطلوب، فلو تبين مراده من غير لفظ، كقرائن الحال أو عرف الناس وعاداتهم، أو إشارة ونحو ذلك، فإنه يجب أن تعتبر هذه الدلالة كالتعبير، وتثبت الأحكام بموجبها، ويستغنى بها عن التعبير والتصريح[١].

أصل القاعدة:

١ – استدل المصنف لهذه القاعدة بحديث بريرة، وفيه أن النبي ^ قال لها: **(إن وطئك فلا خيار لك)** [٢].

وجه الدلالة:

أن تمكينها إياه من وطئها فيه دلالة على اختيارها البقاء معه، فكأنها صرحت بذلك، ومن ثم فلا يحق لها الرجوع عن ذلك.

٢ – وبحديث عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله: **(البكر تستأذن)** قلت: إن البكر تستحي، قال: **(إذنها صماتها)** [٣].

وجه الدلالة:

أن البكر تستحي عن النطق بالإذن في النكاح لما فيه من إظهار رغبتها في الرجال، فتنسب إلى الوقاحة، فلو لم يجعل سكوتها إذناً ورضاً بالنكاح دلالة وشرط استنطاقها وأنها لا تنطق عادة لفاتت عليها مصالح النكاح مع حاجتها إلى ذلك،

---

(١) ينظر: المدخل الفقهي العام (ص ٤١٤، ٤١٨، ٤٣٧).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه: كتاب الطلاق، باب حتى متى يكون لها الخيار (٢/ ٦٧١) الحديث رقم (٢٢٣٨)، والدارقطني في سننه: (٣/ ٢٩٤) الحديث رقم (١٨٥)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب ما جاء في وقت الخيار (٧/ ٢٢٥)، الحديث رقم (١٤٦٧٠) عن طريق هشام عن عروة عن أبيه عن عائشة، قال الألباني في ضعيف أبو داود (٢/ ٢٤٢): إسناده ضعيف لعنعنة ابن إسحاق، وبه أعله المنذري والعسقلاني. أهـ.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الحيل، باب في النكاح (٩/ ٣٣) الحديث رقم (٦٩٧١)، ومسلم في صحيحه: كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت (٤/ ١٤١) الحديث رقم (٣٥٤١).

وهذا لا يجوز[١].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «إذا استأجر دابة إلى الكوفة فإنه يصح العقد وإن كان أطرافها وجوانبها متباعدة؛ لأن المكان معلوم هناك بالعادة، وهو منزله الذي بالكوفة؛ لأن الإنسان إذا استأجر إلى بلده فإنما يستأجر إلى بيته، ألا ترى أن ما جرت العادة بين المكاريين بطرح الحمولات على أول جزء من البلد، فصار منزله بالكوفة مذكور دلالة، والمذكور دلالة كالمذكور نصاً»[٢].

٢ – قال المصنف: «من شروط الإجارة: أن لا يكون بالمستأجَر عيب في وقت العقد، أو وقت القبض يخل بالانتفاع فإن كان لم يلزم العقد، حتى قالوافي العبد المستأجر للخدمة: إذا ظهر أنه سارق له أن يفسخ الإجارة؛ لأن السلامة مشروطة دلالة فتكون كالمشروطة نصاً»[٣].

٣ – وقال: «ولو أمسك الدابة في الموضع الذي استأجرها ولم يذهب بها إلى الموضع الذي استأجرها إليه، فإن أمسكها على قدر ما يمسك إلى أن يرتحل، فهلك، فلا ضمان عليه؛ لأن حبس الدابة ذلك القدر مستثنى عادة فكان مأذوناً فيه دلالة»[٤].

٤ – وقال المصنف: «إذا باع الدار على أن يضمن له الشفيع الثمن من المشتري، فضمن وهو حاضر حتى جاز البيع، فلا شفعة للشفيع؛ لأن ضمان الثمن من المشتري دلالة الرضا بالشراء وحكمه؛ لأن تمام العقد وإبرامه يتعلق به فكان دليل الرضا»[٥].

---

(١) بدائع الصنائع (٢/ ٥٠٦).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٣٠).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٥١).

(٤) المصدر السابق (٤/ ٨٠).

(٥) المصدر السابق (٤/ ١١٤).

٥ – وقال: «وأما بطلان الشفعة من طريق الدلالة: فهو أن يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه بالعقد وحكمه للمشتري، وهو ثبوت الملك له؛ لأن حق الشفعة مما يبطل بصريح الرضا فيبطل بدلالته أيضاً، وذلك نحو ما إذا علم بالشراء، فترك الطلب على الفور من غير عذر، أو قام من المجلس، أو تشاغل عن الطلب بعمل آخر على اختلاف الروايتين؛ لأن ترك الطلب مع القدرة عليه دليل الرضا بالعقد وحكمه للدخيل»[١].

٦ – وقال: «وكذا إذا ساوم الشفيع الدار من المشتري، أو سأله أن يوليه إياها، أو استأجرها الشفيع من المشتري، أو أخذها مزارعة، أو معاملة، وذلك كله بعد علمه بالشراء؛ لأن ذلك كله دليل الرضا»[٢].

٧ – قال المصنف: «لو اشترى شاة للأضحية، فأضجعها، وشد قوائمها في أيام النحر، فجاء إنسان فذبحها، جاز استحساناً؛ لوجود الإذن منه دلالة[٣].

وجه الاستحسان: أنه لما اشتراها للذبح وعينها لذلك، فإذا ذبحها غيره فقد حصل غرضه وأسقط عنه مؤنة الذبح، فالظاهر أنه رضي بذلك، فكان مأذوناً فيه دلالة»[٤].

٨ – قال المصنف: «وأما بيان ما يصير به المشتري قابضاً للمبيع...، فإن كان – المبيع – في يد البائع فأتلفه المشتري، صار قابضاً له، لأنه صار قابضاً بالتخلية، فبالإتلاف أولى...»[٥].

٩ – وكذلك لو قطع يده، أو شج رأسه، وكل تصرف نقص شيئاً؛ لأن هذه الأفعال

---

(١) المصدر السابق (٤/ ١٢٢ – ١٢٣).

(٢) المصدر السابق (٤/ ١٢٣).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٢١١).

(٤) المصدر السابق (٤/ ٢٠١).

(٥) المصدر السابق (٤/ ٥٠١).

في الدلالة على التمكين فوق التخلية ثم بالتخلية صار قابضاً ففيها أولى»[١].

١٠ – قال المصنف: «وأما بيان ما يسقط به الخيار – خيار الشرط[٢] – ويلزم البيع... ومما يسقط به خيار البائع الإجازة، والإجازة نوعان: صريح وما هو في معنى الصريح، ودلالة... أما الإجازة بطريق الدلالة فهي أن يوجد منه تصرف في الثمن يدل على الإجازة، وإيجاب البيع، فالإقدام عليه يكون إجازة للبيع دلالة.

وعلى هذا يخرج: ما إذا كان الثمن عيناً فتصرف البائع فيه تصرف الملاك، بأن باعه أو ساومه، أو أعتقه، أو دبره، أو كاتبه، أو آجره، أو رهنه، ونحو ذلك؛ لأن ذلك يكون إجازة للبيع»[٣].

* * *

(١) المصدر السابق.

(٢) خيار الشرط: هو حق يثبت بالاشتراط لأحد المتعاقدين، أو كليهما يخول صاحبه فسخ العقد خلال مدة معلومة». ينظر: الموسوعة الفقهية (٢٩/٢٦٧).

(٣) بدائع الصنائع (٤/٥٣٣).

المطلب الثاني
قاعدة: «الإبراء إسقاط»[(١)]

الإبراء مشروع في الجملة، والغالب في حكمه أنه مندوب؛ لأنه نوع من الإحسان والبر والصلة، فهو يتضمن طرح الحق عن المعسر الذي لا يستطيع سداد ما عليه من ديون، وهذا يعتبر إحساناً، ولو وقع عن من لا يعسر عليه الوفاء، فإنه من البر والصلة. ومما يدل على مشروعيته:

---

(١) ذكرها المصنف بهذا اللفظ في مواضع كثيرة في كتابه بدائع الصنائع، منها: (٢/ ٥٩١، ٣/ ٢٣٨، ٤١٩، ٤٣٤، ٤٣٨، ٤/ ٤٣٤، ٥٣٤، ٥٥٧، ٥/ ٥، ١٤، ٢٢٥، ٦/ ١٤٥).
وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: الفروق للكرابيسي (١/ ١٠٦، ٢٣٣، ٢٤٦)، وقواعد الأحكام (٢/ ١٥١)، والفروق للقرافي مع حاشيته (٢/ ٢٠٢ ف ٧٩)، ووافقه ابن الشاط على ما ذكر فيما يخص القاعدة وترتيب الفروق (ص ٢٩١) وتهذيب الفروق مطبوع معه (٢/ ٢٠٢ ف ٧٩)، والأشباه والنظائر لابن الوكيل (١/ ٣٢٢)، والمجموع المذهب (٢/ ١١٠)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ١٩٨، ٣٤٦ – ٣٤٧، ٢/ ٣٠٥)، والمنثور في القواعد للزركشي (١/ ٢٢)، وتقرير القواعد (٢/ ٧ قاعدة ٦٧، ٢/ ٤١ قاعدة ٧٠، ٢/ ٢٦٤ قاعدة ٨٥، ٣/ ١٨، قاعدة ١٣٣، ٣/ ١٩ قاعدة ١٣٣)، والقواعد للحصني (٣/ ٢٦٦)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٧١)، ولابن نجيم (ص ٢٩٣ – ٢٩٧)، والفوائد الزينية (ص ٣٩ ف ٤٠ وص ٤٠ ف ٩ وص ٩٠ ف ٨٦ وص ١١٣ ف ١١٩ وص ١٥٩ ف ٢٠١)، وغمز عيون البصائر (٣/ ١٧، ٩١ وما بعدها، ٩٦)، ودرر الحكام (١/ ٣٤٨ م ٣٤٢، ١/ ٢٤٢ م ٢٥٦، ١/ ٨٣٤ م ٦٦٠، و٢/ ٤٧٨ م ٨٧٣، ٤/ ١٤ م ١٥٣٦، ٤/ ٧٦ م١٥٦٨)، والأقمار المضيئة (ص ٢٦١)، والفوائد الجنية (ص ٦٢٥)، وترتيب اللآلي (١/ ٢١٢، ٢/ ٩٧٦)، وإيضاح القواعد الفقهية (ص ١٨٦)، والمدخل الفقهي العام (١/ ٣٦٥ ف ٢٥/ ٦، ١/ ٥٨١، ف ٤٣/ ١٣، ٢/ ١٠٢٨ ف ٨١/ ٧٤، ٢/ ١٠٩٠ ف ٨٣/ ٢٦)، وموسوعة القواعد الفقهية (١/ ١٦٠)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ٤٧٩)، والقواعد والضوابط القرافية (٢/ ٦٧٨)، ومجلة الأحكام الشرعية (ص ٥٠٣ م ١٦٥٧).

١ – قوله تعالى:] وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ Z [(١)].

وجه الدلالة:

أن المراد بـ (تصدقوا) الإبراء، فيكون الإبراء متضمناً لمصلحة الإنظار وزيادة. وهذا مما فضل فيه المندوب على الواجب، لأن الإبراء مندوب إليه والإنظار واجب، وإن كان الفرض في غير هذه الحالة أفضل[(٢)].

٢ – عن أبي قتادة – رضي الله عنه – قال: سمعت رسول الله ^ يقول: «**من سره أن ينجيه الله من كرب يوم القيامة فلينفس عن معسر، أو يضع عنه**»[(٣)].

شرح مفردات القاعدة:

الإبراء، لغة: مصدر «أبْرأ» «يُبرئ» «إبراءً». تقول: أبرأته، أي: جعلته بريئاً من حق لي عليه[(٤)].

و«بَرئ» زيد من دينه «يَبْرَأُ» من باب تعب «بَرَاءةً» سقط عنه طلبه، فهو «برئٌ» و«بارئ» و«بَرَاءٌ»، و«أبْرأتهُ» منه «وبرَّأْتُهُ» من العيب: جعلته بريئاً منه، مثل سَلِمَ وزناً ومعنى [(٥)].

---

(١) من الآية رقم ٢٨٠ من سورة البقرة.

(٢) تفسير ابن كثير (١ /٧١٧)، وتفسير السراج المنير (١ /١٥٤). قال المصنف: «الهبة والصدقة في معنى الإبراء»، بدائع الصنائع (٥ /١٣)، قال السيوطي في الأشباه والنظائر (ص ١٤٧): وقلت قديماً:

الفرض أفضل من تطوع عابد حتى ولو قد جاء منه بأكثر

إلا التطهرُ قبل وقت وابتدا ءٌ للسلام كذاك إبرا مُعْسِر

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب المساقاة، باب: فضل إنظار المعسر (٥ /٣٣) الحديث رقم (٤٠٨٣).

(٤) ينظر: المغرب في ترتيب المعرب (ص ٣٨) كلمة (برئ).

(٥) ينظر: المصباح المنير (ص ٣٠) مادة (ب رى)، والقاموس المحيط (ص ٤٢) كلمة (برأ).

وقد أبرأه الله من مرضه إبراءً[١].

قال ابن فارس: «الباء والراء والهمزة، أصلان إليهما ترجع فروع الباب: أحدهما الخلق، يقال: برأ الله الخلق يَبْرَؤُهم بَرْءاً، والبارئ الله جل ثناؤه، وقال الله تعالى:] h i j Z[٢].

والأصل الآخر: التباعد من الشيء ومزايلته، من ذلك البُرْء وهو السلامة من السقم... ومن ذلك البراءة من العيب والمكروه. ولا يقال منه إلا برئ يبرأ»[٣].

وعليه فيكون الإبراء لغة: هو التنزيه والتخليص والمباعدة عن الشيء.

اصطلاحاً: هو أن يبرئ أحد آخر بإسقاط تمام حقه الذي له عليه، أو يحط مقداراً منه عن ذمته[٤].

وإن لم يكن الحق في ذمة شخص ولا تجاهه، كحق الشفعة وحق السكنى الموصى به، فتركه لا يُعد إبراء، بل هو إسقاط محض. وعليه يكون كل إبراء إسقاطاً وليس كل إسقاط إبراء.

الإسقاط: سبق تعريفه لغة واصطلاحاً[٥]، وتبين أنه في الاصطلاح: إزالة الملك أو الحق لا إلى مالك ولا إلى مستحق.

---

(١) ينظر: لسان العرب (٢/ ٤٧) كلمة (برأ). وينظر في ذلك كله مختار الصحاح (ص ٤٤) مادة (ب ر أ)، والقاموس المحيط (ص ٤٢) كلمة (برأ).

(٢) من الآية رقم ٥٤ من سورة البقرة.

(٣) معجم مقاييس اللغة (ص ١١١ – ١١٢) كلمة (برأ).

(٤) ينظر: مجلة الأحكام العدلية (م١٥٣٦) وشروحها. وهذا يسمى إبراء إسقاط قسيم إبراء الاستيفاء، وينظر: التعريفات الفقهية الكبرى (ص ١٥)، والموسوعة الفقهية الكويتية (١/ ١٤٢)، والفقه الإسلامي وأدلته (٦/ ٤٣٦٩).

(٥) ينظر: (ص).

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن من جعل غيره بريئاً من حق له عليه، وأخلاه من تبعة ذلك، فإن هذا التصرف يعتبر إزالة للحق لا إلى مستحق، وتسقط بذلك المطالبة به؛ لأن الساقط متلاشٍ، ولا ينتقل الحق إلى المسقط عنه فـ «الساقط لا يعود»[(١)].

ومما تقدم يمكن القول بأن النسبة بين الإبراء والإسقاط هي: العموم والخصوص الوجهي[(٢)].

فيجتمعان في أن الإبراء من الدين إسقاط، وينفرد الإسقاط بـ: إذا لم يكن الحق في ذمة شخص ولا تجاهه، كحق الشفعة وحق السكنى الموصى به ونحوه.

وينفرد الإبراء: في مثل الإبراء من الدين براءة استيفاء[(٣)]، كالإبراء في الحوالة والكفالة مثلاً.

قال المصنف: «وكذا لو قال الطالب للكفيل: برئت إلي من المال؛ لأن هذا إقرار بالقبض والاستيفاء؛ لأنه جعل نفسه غاية لبراءته، والبراءة التي هي غايتها نفسه هي براءة القبض والاستيفاء وبرئا – الكفيل والأصيل – جميعاً»[(٤)].

وقال في موضع آخر: «ولو حلف الطالب ليأخذن ماله منه، أو ليقضينه، أو ليستوفينه ولم يوقت وقتاً، فأبرأه من المال أو وهبه له، حنث في يمينه، لأن الإبراء ليس بقبض ولا استيفاء، ففات شرط البر فحنث»[(٥)].

---

(١) مجلة الأحكام العدلية القاعدة رقم (٥٠).

(٢) أي أنهما يجتمعان في صورة وينفرد كل منهما بنفسه في صورة أخرى، كالحيوان والأبيض... الفروق (٣/٣٦٤ ف ١٨٠).

(٣) إبراء الاستيفاء: عبارة عن اعتراف أحد بقبض واستيفاء حقه الذي هو في ذمة الآخر، وهو نوع من الإقرار. التعريفات الفقهية (ص ١٥)، ومجلة الأحكام العدلية (م١٥٣٦).

(٤) بدائع الصنائع (٤/٦١٤).

(٥) بدائع الصنائع (٣/١٢١).

وفي هذا إشارة إلى أن الإبراء قسمان[١]:

إبراء استيفاء وهو: عبارة عن اعتراف أحد بقبض واستيفاء حقه الذي هو في ذمة الآخر. وهو نوع من الإقرار. وهذا ليس هو المراد في القاعدة.

إبراء إسقاط وهو: أن يبرئ أحد آخر بإسقاط تمام حقه القابل للإسقاط الذي هو عند الآخر، أو يحط مقداراً منه من ذمته. وهذا هو المراد في القاعدة.

وتظهر ثمرة هذا التقسيم في صورة الإبراء في الكفالة الواقع من الطالب – الدائن – إن جاء بلفظ: «برئت إلي من مالي» برئ الكفيل والمدين كلاهما؛ لأنه إبراء قبض واستيفاء، ويرجع الكفيل بالمال على الأصيل، إذا كانت الكفالة بأمره[٢]. فكأنه قال: دفعت إلي.

أما إن قال: «برئت من المال» ولم يقل «إلي» فلا رجوع له؛ لأنه إبراء إسقاط لا إقرار بالقبض. والمسألة فيها خلاف بين أصحاب أبي حنيفة[٣].

ووجه اعتبارهما قسمين: أن كلاً منهما يراد به قطع النزاع وفصل الخصومة، وعدم جواز المطالبة بعدهما.

قال ابن عابدين: «إن كلاً من الإقرار والإبراء يراد به قطع النزاع وفصل الخصومة، فالمراد منهما واحد، ولذا عبروا بكل واحد منهما عن الآخر وإن اختلفا مفهوماً»[٤].

ولا يخفى أن الإبراء المراد المذكور في القاعدة هو إبراء الإسقاط، أما إبراء

---

(١) ينظر: المنثور للزركشي ومجلة الأحكام العدلية (م١٥٣٦)، وشرحها لعلي حيدر (٤/ ١٤).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٦١٤).

(٣) ينظر: المصدر السابق.

(٤) إعلام الأعلام بأحكام الإقرار العام – ضمن رسائل ابن عابدين – (٢/ ١٠٤). وينظر: درر الحكام لعلي حيدر (٤/ ١٥)، شرح المادة (١٥٣٦) فقد ذكر الفرق بين إبراء الاستيفاء وإبراء الإسقاط وذكر تقسيمات أخرى للإبراء مفيدة. وينظر: الموسوعة الفقهية (١/ ٤٧).

الاستيفاء فإنه نوع من الإقرار[١].

والمصنف ذكر القاعدة بصيغة الجزم مما يدل على أن الإبراء عنده إسقاط وليس بتمليك كما هو مذكور عند بعض العلماء، وهذا هو قول جمهور الحنفية وهو قول بعض المالكية[٢] والشافعية[٣] والراجح عند الحنابلة[٤] (ولكنه ليس إسقاط محض بل فيه معنى التمليك)، والراجح عند المالكية والشافعية أنه تمليك.

قال المصنف: «الإبراء لا يحتمل الإضافة؛ لأنه وإن كان إسقاطاً ففيه معنى التمليك، ولهذا لا يحتمل الارتداد بالرد ولا يحتمل الإضافة إلى زمان في المستقبل نصاً كما لا يحتمل التعليق بالشرط»[٥].

ويقول في موضع آخر: «إن التمليك في الإبراء يثبت ضمناً وتبعاً للإسقاط؛ لأن اللفظ ينبئ عن الإسقاط لا عن التمليك»[٦].

ويقول: «الإبراء إسقاط حقه، فلا يعتبر فيه جانب التمليك إلا عند انشغاله بالرد، فإذا لم يوجد بقي إسقاطاً محضاً»[٧].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٦١٤)، ومجلة الأحكام (م ١٥٣٦) وشرحها لعلي حيدر (٤/ ١٤)، والتعريفات الفقهية (ص ١٥).

(٢) ينظر: الفروق للقرافي (٢/ ٢٠٢ ف ٧٩)، وحاشية الدسوقي (٤/ ١٥٨)، والتكميل (ص ٨٥)، والراجح عندهم أنه تمليك. قال الدسوقي: «وهو الراجح».

(٣) ينظر: الأشباه والنظائر لابن الوكيل (١/ ٣٢٢)، وللسيوطي (ص ١٧١)، والمجموع المذهب (٢/ ١١٠)، والمنثور للزركشي (١/ ٢٢)، قال النووي: «ويختلف الراجح باختلاف المسائل لظهور دليل الطرفين في بعضها وعكسه في بعض». ينظر: روضة الطالبين (٨/ ٢٢٣).

(٤) ينظر: المغني (٨/ ٧٠)، والشرح الكبير (٨/ ٦٢)، والمبدع (٧/ ١٤٨)، والفروع لابن مفلح (١/ ٣٣٩).

(٥) بدائع الصنائع (٤/ ٥٤٩).

(٦) المصدر السابق (٤/ ٣٨٢).

(٧) المصدر السابق (٥/ ١٤).

والمتتبع لكلام المصنف – وغيره من العلماء – يجد أن الإبراء يشتمل على كلا المعنيين: الإسقاط والتمليك، ولكن قد يتعين أحدهما تبعاً للموضوع، كالإبراء عن الأعيان، فهو للتمليك، لأن الأعيان لا تقبل الإسقاط.

قال المصنف: «ولا يجوز الإبراء عن المبيع؛ لأنه عين، والإبراء إسقاط، وإسقاط الأعيان لا يعقل»(١).

وربما كانت الغلبة لأحدهما في بعض المسائل:

قال المصنف: «ولو أبرأ المحال المحال عليه من الدين، لا يرجع على المحيل؛ لأن الإبراء إسقاط حقه، فلا يعتبر فيه جانب التمليك إلا عند انشغاله بالرد، فإذا لم يوجد بقي إسقاطاً محضاً، فلم يملك المحال عليه شيئاً فلا يرجع»(٢).

وقد يتساويان في ذلك:

قال ابن نجيم: «لو أبرأ الوارث مديون مورثه غير عالم بموته، ثم بان ميِّتاً: فبالنظر إلى أنه إسقاط يصح، وكذا بالنظر إلى كونه تمليكاً؛ لأن الوارث لو باع عيناً قبل العلم بموت المورِّث، ثم ظهر موته، صح، كما صرحوا به، فهنا بالطريق الأولى»(٣).

ومن العلماء من توسط في ذلك، قال الزركشي: «ولهذا توسط ابن السمعاني فقال: إنه تمليك في حق من له الدين، إسقاط في حق المديون؛ وذلك لأن الإبراء إنما يكون تمليكاً باعتبار أن الدين مال، وهو إنما يكون مالاً في حق من له الدين، فإن أحكام المالية إنما تظهر في حقه»(٤).

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٤٣٤، ٥/ ٦، ٦/ ١٤٥).

(٢) المصدر السابق (٥/ ١٤).

(٣) الأشباه والنظائر (ص ٢٩٥).

(٤) المنثور في القواعد (١/ ١٨).

ولعل القول الأنسب في مثل هذا ما ذكره النووي في مسألة: الطلاق الرجعي هل يقطع الملك أو لا؟ حيث قال: «قلت المختار ما اختاره الرافعي، أنه لا يطلق ترجيحاً، ونظيره القولان في أن النذر يسلك به مسلك واجب الشرع أم جائزه؟ وأن الإبراء إسقاط أم تمليك؟ ويختلف الراجح بحسب المسائل لظهور دليل الطرفين في بعضها وعكسه في بعض»[(١)].

مسألة: الإبراء لا يحتاج إلى قبول، وينعقد بمجرد الإيجاب؛ لأنه إسقاط، والإسقاطات كالطلاق والعتق لا تحتاج إلى قبول.

قال المصنف: «أما الحط فلا يشترط له المجلس ولا القبول؛ لأنه تصرف في الثمن بالإسقاط والإبراء عن بعضه فيصح من غير قبول»[(٢)].

وقال: «الإبراء يصح من غير قبول»[(٣)].

واستثنى من ذلك الإبراء عن رأس مال السلم وعن بدل الصرف، فإنه يشترط لهما القبول؛ لأن القبض شرط لصحة عقد السلم والصرف، والإبراء فيه تفويت لهذا الشرط، وفواته يوجب بطلان العقد وفسخه، وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخ العقد، بل لا بد من قبول الطرف الآخر.

فإن لم يقبل لا يصح العقد ويبقى عقد السلم على حاله.

وإن قبل تم الإبراء وانفسخ العقد، لعدم تحقق القبض المشروط.

قال المصنف: «الإبراء عن رأس مال السلم لا يجوز بدون قبول رب السلم؛ لأن قبض رأس المال شرط صحة السلم[(٤)]، فلو جاز الإبراء من غير قبوله، وفيه

---

(١) روضة الطالبين (٨/٢٢٣).

(٢) بدائع الصنائع (٤/٥٢٢).

(٣) المصدر السابق (٣/٥٠٩)، و(٤/٤٣٤).

(٤) قال المصنف: «لأنه مستحق القبض حقاً للشرع فلا يملك إسقاطه بنفسه بالإبراء» بدائع الصنائع =

إسقاط هذا الشرط أصلاً، لكان الإبراء فسخاً معنى، وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخ العقد، فلا يصح الإبراء، وبقي عقد السلم على حاله، وإذا قبل جاز الإبراء، لأن الفسخ حينئذ يكون بتراضيهما وأنه جائز، وإذا جاز الإبراء وأنه في معنى الفسخ انفسخ العقد ضرورة»[١].

وقال: «وعلى هذا يخرج الإبراء عن بدل الصرف وهبته ممن عليه والتصدق به عليه أنه لا يصح بدون قبوله»[٢].

أما الإبراء عن المسلم فيه أو عن ثمن المبيع، فيجوز من غير قبول المسلم إليه أو المشتري؛ لأن القبض ليس بشرط فيهما[٣].

مسألة: الإبراء يرتد بالرد عند الحنفية كالمالكية[٤]، وإن كانوا لا يشترطون القبول مثلهم، فهو عندهم إسقاط فيه معنى التمليك.

قال المصنف: «إلا أنه يرتد بالرد؛ لأن في الإبراء معنى التمليك على سبيل التبرع فلا يلزم دفعاً لضرر المنّة»[٥].

وقال القرافي: «... فإن المنة قد تعظم في الإبراء، وذووا المروءات والأنفات يضر ذلك بهم، لاسيما من السفلة، فجعل صاحب الشرع لهم قبول ذلك، أو رده، نفياً للضرر الحاصل من المنن من غير أهلها، أو من غير حاجة»[٦].

= (٤/ ٤٥١).

(١) المصدر السابق (٤/ ٤٣٤).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٤٥٧).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٤٣٤).

(٤) ينظر: الفروق (٢/ ٢٠٢ ف ٧٩)، والتكميل (ص ٨٥).

(٥) بدائع الصنائع (٤/ ٤٣٤).

(٦) الفروق (٢/ ٢٠٢ ف ٧٩).

والرد المعتبر في ذلك هو ما يصدر من المبرأ، أو من وارثه بعد موته[١]، وخالف محمد بن الحسن في الثاني[٢].

واستثنى الحنفية مسائل لا يرتد فيها الإبراء بالرد وهي[٣]:

١ – إذا أبرأ المحال المحال عليه، فرده لم يرتد[٤].

٢ – إذا قال المديون أبرئني، فأبرأه فرده، لا يرتد.

٣ – إذا أبرأ الطالب الكفيل فرده، لم يرتد، وقيل: يرتد[٥].

٤ – إذا قبله ثم رده لم يرتد[٦].

٥ – الإبراء لا يحتمل الإضافة إلى زمان في المستقبل[٧].

٦ – الإبراء لا يحتمل التعليق بالشرط[٨].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/٤٢٨).

(٢) المصدر السابق (٤/٦١٤).

(٣) ينظر: حاشية رد المحتار (٦/٢٧٨) و(٥/٤٥٤، ٤٧٧، ٦/١٨٢، ١٨٦)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٢٩٤).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٥/١٢).

(٥) المصدر السابق.

(٦) ينظر بقية مسائل الإبراء: أركانه، وشروطه – المبرئ والمبرأ ومحل الإبراء – وأنواعه وحكمه قبل وجوبه أو بعده أو قبل وجوبه وبعد وجود سببه، وموضوعه هل هو إبراء عن دين أو عين أو حق والحق هل هو لله أو للعباد وهل هو خاص أو عام أو حق دعوي، وحكم تعليقه، وتقييده، وإضافته وحكم الرجوع عنه. ينظر ذلك كله في الموسوعة الفقهية (١/١٤٢ وما بعدها)، والفقه الإسلامي وأدلته (٦/٤٣٦٩)، وأكثر هذه المسائل ذكرها المصنف في كتابه، ينظر ذلك في (٢/٥٩١، ٣/٢٣٩، ٣٧٩، ٤١٩، ٤٣٤، ٤٣٨، ٥٠٩، ٤/٥٢٢، ٥٣٤، ٥٤٨، ٥٥٧، ٦١٤، ٥/٥، ٩، ١٤، ٥٠، ٦٤، ٥٢١، ٥٣٩، ٦/١٤٥، ٢٠٥).

(٧) بدائع الصنائع (٤/٥٤٩).

(٨) المصدر السابق.

أصل القاعدة:

لم يذكر المصنف دليلاً خاصاً بالقاعدة، وإنما ذكر أدلة تثبت صحة الإبراء عن كل عيب، يمكن أن تجعل دليلاً للقاعدة حيث قال:

١ – الدليل على جواز الإبراء عن الحقوق المجهولة: ما روي أن رجلين اختصما إلى النبي عليه الصلاة والسلام في مواريث وأشياء قد درست، فقال لهما عليه الصلاة والسلام: «**استهما، وأوجبا الحق، وليحلل كل واحد منكما صاحبه**»[(١)].

وجه الدلالة:

أن النبي ^ أجاز الإبراء عن المجهول، وهذا مما يدل على أن الإبراء إسقاط، ولو كان الإبراء تمليكاً لم يجز ذلك، لأن تمليك المجهول لا يصح كالبيع ونحوه[(٢)].

٢ – إجماع المسلمين على جواز الإبراء عن المجهول، مما يدل على أنه إسقاط وليس تمليكاً.

قال المصنف: «وعلى هذا إجماع المسلمين من استحلال معاملاتهم في آخر أعمارهم في سائر الأعصار من غير نكير»[(٣)].

٣ – أن التمليك في الإبراء يثبت ضمناً وتبعاً للإسقاط؛ لأن اللفظ ينبئ عن الإسقاط لا عن التمليك، فيعتبر التصرف إسقاطاً لا تمليكاً، والجهالة لا تمنع صحة

---

(١) أخرجه أحمد في المسند (٤٤/ ٣٠٧ – ٣٠٨) الحديث رقم (٢٦٧١٧)، وأبو داود في سننه: كتاب الأقضية، باب في قضاء القاضي إذا أخطأ (٣/ ٣٢٨) الحديث رقم (٣٥٨٦)، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه: ما لا يحله قضاء القاضي (٧/ ٢٣٣) الحديث رقم (٢٣٤٢٨)، وأبو يعلى الموصلي في المسند (١٢/ ٣٢٤) الحديث رقم (٦٨٩٧). ومدار الحديث على أسامة بن زيد، قال ابن عبدالهادي في تنقيح التحقيق (٥/ ٧٠): هو الليثي وقد تكلم فيه أحمد وغيره، ووثقه ابن معين، وقال ابن عدي: ليس بحديثه بأس. أهـ. وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٣٢٨).

(٣) المصدر السابق.

الإسقاطات[١].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «يجوز البيع بشرط البراءة عن العيب عندنا، سواء عم العيوب كلها، بأن قال: على أني برئ من كل عيب، أو خص، بأن سمى جنساً من العيوب...، لأن الإبراء وإن كان فيه معنى التمليك...، فإن التمليك في الإبراء يثبت ضمناً وتبعاً للإسقاط»[٢].

٢ – قال المصنف: «يجوز الإبراء عنه – المسلم فيه قبل قبضه – لأن قبضه ليس بمستحق على رب السلم، فكان هو بالإبراء متصرفاً في خالص حقه بالإسقاط فله ذلك»[٣].

٣ – قال المصنف: «الحط لا يشترط له المجلس ولا القبول؛ لأنه تصرف في الثمن بالإسقاط والإبراء عن بعضه، فيصح من غير قبول»[٤].

٤ – قال المصنف: «ولو كان الخيار للمشتري، فأبرأه البائع من الثمن، قال أبو يوسف – رحمه الله -: لا يصح الإبراء؛ لأن خيار المشتري يمنع وجوب الثمن، والإبراء إسقاط، وإسقاط ما ليس بثابت لا يتصور»[٥].

٥ – قال المصنف: «ومما يمنع الرد بالعيب ويسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع: إبراء المشتري عن العيب؛ لأن الإبراء إسقاط، وله ولاية الإسقاط؛ لأن الخيار حقه والمحل قابل للسقوط»[٦].

---

(١) (ص ٣٠٨، ٣٠٩) (٤٤) ح ٢٦٧١٧.

(٢) المصدر السابق (٤/ ٣٨٢).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٤٥١).

(٤) المصدر السابق (٤/ ٥٢٢).

(٥) المصدر السابق (٤/ ٥٣٤).

(٦) المصدر السابق.

٦ – قال المصنف: « ولو أبرأ الطالب الكفيل، لا يرجع – الكفيل – على الأصيل؛ لأن الإبراء إسقاط، وهو في حق الكفيل إسقاط المطالبة لا غير، ولهذا لا توجب براءة الكفيل براءة الأصيل، فلم يكن فيه معنى تمليك الدين أصلاً، فلا يرجع »[١].

٧ – وقال: « ولو أبرأ الكفيل المكفول عنه مما ضمنه بأمره قبل أدائه، أو وهبه منه جاز، حتى لو أداه الكفيل بعد ذلك لا يرجع عليه؛ لأن سبب وجوب الحق له على الأصيل وهو العقد بإذنه موجود، والإبراء عن الحق بعد وجود سبب الوجوب قبل الوجوب جائز؛ كالإبراء عن الأجرة قبل مضي مدة الإجارة »[٢].

٨ – قال المصنف: « إذا قال – البائع -: على أني بريء من كل عيب يحدث بعد البيع فالبيع بهذا الشرط فاسد عندنا؛ لأن الإبراء لا يحتمل الإضافة؛ لأنه وإن كان إسقاطاً ففيه معنى التمليك، ولهذا لا يحتمل الارتداد بالرد ولا يحتمل الإضافة إلى زمان في المستقبل نصاً، كما لا يحتمل التعليق بالشرط، فكان هذا بيعاً أدخل فيه شرطاً فاسداً، فيوجب فساد البيع »[٣].

* * *

(١) المصدر السابق (٥ / ٥).

(٢) المصدر السابق. ويلحظ من هذا الفرع أنه يقرر مسألة: الإبراء قبل وجوبه وبعد وجود سببه.

(٣) المصدر السابق (٤ / ٥٤٩) ويلحظ من كلامه هنا أنه يقرر أن الإبراء لا يحتمل الرد ولا يحتمل الإضافة ولا يحتمل التعليق بالشرط.

المطلب الثالث
قاعدة: « الثابت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية »

ذكرها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: « الحكم المؤقت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية »[٢].

ولفظ: « الممدود إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية »[٣].

ولفظ: « الممدود إلى غاية لا ينتهي قبل وجود الغاية »[٤].

وهي قاعدة فقهية أصولية[٥].

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٩٢).

(٢) المصدر السابق (١/ ٨٨، ٤/ ٥٣٤، ٥٦٨).

(٣) المصدر السابق (١/ ١٦٨، ١٨٨).

(٤) (٢/ ٣٩٩، ٣/ ٢٩٩).

وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: الفروق للقرافي (١/ ١٤٨ ف ٣، ١/ ٢٠٥ ف ١٢، ٢٠٧)، وتهذيب الفروق مطبوع مع الفروق (١/ ١٥١ ف٣، ١/ ٢٠٥ ف١٢)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (٢/ ٢٠٤ – ٢٠٦، ٢١٩، ٢٢٩)، والمنثور للزركشي (١/ ١٤١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٢٢٥)، وموسوعة القواعد الفقهية (٥/ ١٨٩، ٦/ ٤٩٦، ٩/ ١١٢).

(٥) يتطرق الأصوليون لأحكام هذه القاعدة عندما يتكلمون عن معاني الحروف فـ (من) لابتداء الغاية و(إلى وحتى) لانتهائها، وكذلك عند كلامهم على التخصيص بالغاية، ومفهوم الغاية، وينظر في ذلك: قواطع الأدلة (١/ ٤٢، ٤٣، ٢٢٤، ٢٥٠)، وأصول السرخسي (١/ ٢١٨ وما بعدها)، وشرح تنقيح الفصول (ص ٥٠) أصول الشاشي (ص ١٥٧، ١٦٠)، وشرح مختصر الروضة (٢/ ٦٢٨، ٧٥٦)، وكشف الأسرار (١/ ١٣٢ – ١٣٥، ٢/ ٢٣٨ – ٢٦٦)، والقواعد والفوائد الأصولية (ص ١٤٣ – ١٤٤) القاعدتان ٣٤، ٣٥، والتقرير والتحبير (١/ ١٥٢، ٣٠٦، ٢/ ٧٢، ٢٨١)، ومسلم الثبوت مطبوع مع المستصفى (١/ ٢٤٤)، وإرشاد الفحول (١/ ٥٠٣).

معاني مفردات القاعدة:

الغاية، لغة: مادتها «غيي» وتصغيرها «غُيَيَّةٌ» فأصل الألف ياء، فهو من تأليف غين وياءين، ومعناها: مدى كل شيء وقصاراه، وأقصاه.

وغاية كل شيء: مداه ومنتهاه، وجمعها «غايات» و«غايٌ» كساعةٍ وساعٍ.

ومنه قولهم: هذا الشيء غاية، أي: هو منتهى هذا الجنس، أُخِذَ من غاية السبق، وهي قصبة تنصب في الموضع الذي تكون المسابقة إليه، ليأخذها السابق[(١)].

اصطلاحاً: هي ما ينتهي به، أو يمتد إليه الشيء[(٢)].

وقيل: ما لأجله وجود الشيء[(٣)].

وقد تطلق الغاية على طرفي الشيء، بدايته ونهايته، وهذا هو قولهم: هل تدخل الغايتان في الحكم، فالمراد أول الشيء المغيَّا وآخره[(٤)].

قال ابن الهمام: «إذ تطلق الغاية بالاشتراك عرفاً بين المنتهي ونهاية الشيء من طرفيه»[(٥)].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

إن ما ثبت من الأحكام، وقد وضع له نهاية ينتهي إليها، فإن وجود هذه النهاية يعتبر كافياً لإسقاط هذا الحكم.

وقد ذكر أهل اللغة والأصوليون أن كلمتي «إلى، وحتى» للغاية، أي: دالتان

---

(١) ينظر ذلك كله في: العين (ص ٧٢٦) كلمة (غيي)، ولسان العرب (١١/ ١١٣) كلمة (غيا)، والمصباح المنير (ص ٢٣٦ – ٢٣٧) مادة (غ و ي)، ومختار الصحاح (ص ٤٢١) مادة (غ ي ا)، والقاموس المحيط (ص ١٧٠) كلمة (غوى).

(٢) ينظر: التقرير والتحبير (٢/ ٧٢، ٢٨٦)، والإبهاج (٣/ ٣٢٣).

(٣) ينظر: التعريفات للجرجاني (ص ١٦٣). قلت: ولعل هذا تعريف للباعث فتكون مرادفة للعلة.

(٤) المغيا: هو الموضوع له الغاية. ينظر: المغرب (ص ٣٤٩).

(٥) التقرير والتحبير (٢/ ٨٣)، وتيسير التحرير (٢/ ١٠٩).

على أن ما بعدهما مُنتهى حكم ما قبلهما[١]، واختلفوا في دخول الغاية (أي: ما بعد حرفي حتى وإلى) في المغيَّا، (أي: حكم ما قبلهما) [٢]. ولبيان ذلك:

قال المصنف: «المؤقت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية، لكن هل تدخل الغاية – نفسها – تحت ما ضربت له الغاية»[٣].

في المسألة تفصيل هو: أن الغايات أربعة أقسام[٤]، وهي:

١ – غاية مكانية. كقولك: بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط[٥].

أو يقول: ما بين هذين الحائطين لفلان، فلا يدخل الحائطان في البيع ولا في الإقرار وهذا بالإجماع[٦].

٢ – غاية زمانية. كقوله تعالى:] P Q R S T Z [[٧]. فالغاية هنا لا تدخل في المغيا؛ لأنه لو دخلت لوجب الوصال، ولو لم تذكر الغاية هنا لما وجب بمقتضى الأمر إلا صيام ساعة[٨].

ولو شرط الخيار إلى الليل أو إلى الغد، فعند أبي حنيفة تدخل الغاية – الليل أو الغد – في المغيا، وعندهما لا تدخل[٩].

---

(١) ينظر: قواطع الأدلة (١/ ٤٢ – ٤٣)، وأصول السرخسي (١/ ٢١٨)، وأصول الشاشي (ص ١٥٧)، وشرح التلويح على التوضيح (١/ ١١٢)، وكشف الأسرار (٢/ ٢٣٨)، والتقرير والتحبير (١/ ٣٠٦)، وفواتح الرحموت (١/ ٢٤٤ – ٢٤٥) مطبوع مع المستصفى.

(٢) ينظر المصادر السابقة. وينظر: بدائع الصنائع (٣/ ٢٥١، ٤/ ٥٣٤، ٦/ ٢٥٣).

(٣) بدائع الصنائع (٤/ ٥٣٤، ٦/ ٢٥٣).

(٤) ينظر: الجوهرة النيرة (١/ ٧).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٣/ ٢٥١).

(٦) ينظر: المصدر السابق (٦/ ٢٥٧).

(٧) من الآية رقم ١٨٧ من سورة البقرة.

(٨) ينظر: بدائع الصنائع (١/ ٦٨)، وكشف الأسرار (٢/ ٢٦٧).

(٩) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٥٣٤).

٣ – غاية عددية. كقوله لامرأته: أنت طالق واحدة إلى اثنتين، أو ما بين واحدة إلى اثنتين. فعند أبي حنيفة تقع واحدة، وعندهما: هي اثنتان، وعند زفر: لا يقع شيء[١].

٤ – غاية الفعل الذي دل عليها النطق. كقولك: أكلت السمكة حتى رأسها؛ إن نصبت السين دخلت الغاية، وتكون «حتى» بمعنى «الواو» وإن خفضتها، لم تدخل وتكون «حتى» بمعنى «إلى» [٢].

وبهذا التقسيم يتبين أن بعض الغايات الثابتة غير داخلة في حكم المغيَّا، وبعضها داخل فيه، وهذا يحدث إشكالاً عند من لم تتبين له حقيقة الأمر، فلا بد من وضع ضابط يتضح من خلاله وجه الفرق بينهما.

وهذا الضابط ذكره البزدوي حين قال: «والأصل في الغاية إذا كان قائماً بنفسه، لم يدخل في الحكم، مثل قول الرجل من هذا البستان إلى هذا البستان، وقوله تعالى:] P Q R S T Z [[٣]، إلا أن يكون صدر الكلام يقع على الجملة فتكون الغاية لإخراج ما وراءها فيبقى داخلاً بمطلق الاسم»[٤].

أي: أنها إذا كانت موجودة قبل التكلم بها وليست مفتقرة في وجودها إلى المغيَّا، فإنها لا تدخل تحت الحكم الثابت للمغيَّا؛ لأنها إذا كانت قائمة بنفسها لا يمكن أن يستتبعها المغيَّا، مثل قوله: بعتك ما بين هذين الحائطين أو ما بين هذين الحائطين لفلان، فإن الغايتين لا تدخلان في البيع والإقرار. إلا إذا كان صدر الكلام واقعاً على الجملة، أي: المغيَّا والغاية جميعاً فحينئذ تدخل الغاية تحت المغيَّا. أي: إذا كان صدر الكلام يثبت الحكم في الغاية وما وراءها قبل ذكر الغاية، فإن ذكرها وجد

---

(١) ينظر: المصدر السابق (٣/ ٢٥١).

(٢) ينظر: المصدر السابق (١/ ٦٨).

(٣) من الآية رقم ١٨٧ من سورة البقرة.

(٤) أصول البزدوي مع كشف الأسرار (٢/ ٢٦٦).

لإسقاط ما وراءها، لا لإسقاطها هي، فتدخل[١].

مثل قوله تعالى:]) (* + , Z [٢]. فعامة العلماء على أنه يجب غسل المرافق؛ لأن المقصود من ذكر المرافق إسقاط ما وراءها، إذ لولا ذكرها لاستوعبت وظيفة الغسل كل اليد، فلما ذكرت تبين أنها من الذي يجب غسله من أجزاء اليد؛ لأن مطلق اليد يعني من أطراف الأصابع حتى الإبط[٣].

وبهذا التفصيل تبين منشأ الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه، حيث إن الغايات عند أبي حنيفة تنقسم إلى قسمين غاية إخراج وغاية إثبات. فغاية الإخراج تدخل تحت ما ضربت له الغاية، كما في قوله تعالى:]) (* + , Z[٤]، بخلاف غاية الإثبات فإنها لا تدخل كالتأجيل في الدين إلى غاية، فإنه لولا ذكر الغاية لم يثبت الأجل أصلاً، فكانت الغاية غاية إثبات فلم تدخل تحت ما ضربت له الغاية[٥].

وعندهما ما كان قائماً بنفسه من الغايات لا يدخل تحت حكم المغيا وما ليس مستقلاً بنفسه فيدخل تحت المغيَّا؛ لأن الأصل أن الغاية لا تدخل في صدر الكلام إلا بدليل، ولهذا سميت غاية؛ لأن الحكم ينتهي إليها.

أي: إن الأمر عندهما يدور – دخولاً وخروجاً – مع الدليل، فإذا دل الدليل على أن المراد خروج الغاية فإنها لا تدخل وإلا فتدخل.

أما عند زفر: فإن الغايتين لا يدخلان، فلا تدخل الغاية تحت ما ضربت له

---

(١) ينظر: كشف الأسرار (٢/ ٢٦٦) بتصرف.

(٢) من الآية رقم ٦ من سورة المائدة.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (١/ ٦٨)، وكشف الأسرار (٢/ ٢٦٦).

(٤) من الآية رقم ٦ من سورة المائدة.

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٥٣٤).

الغاية، لأن كلمة (من) لابتداء الغاية، وكلمة (إلى) لانتهاء الغاية، فيقال: سرت من البصرة إلى الكوفة، أي: البصرة كانت ابتداء غاية المسير، والكوفة كانت انتهاء غاية المسير، والغاية لا تدخل تحت ما ضربت له الغاية، كقولك: بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط.

والجامع بينهما أن كلا منهما فيه إيقاع ما ضربت له الغاية لا الغاية نفسها[١].

أصل القاعدة:

استدل المصنف لهذه القاعدة بأدلة، منها:

١ – قوله تعالى:]) (* + , Z [٢].

وجه الدلالة:

أن الله سبحانه وتعالى أمر بغسل اليد، واليد اسم لهذه الجارحة، من رؤوس الأصابع إلى الإبط، ولولا ذكر المرفق لوجب غسل اليد كلها، فكان ذكر المرفق لإسقاط الحكم عما وراءه[٣].

٢ – قوله تعالى:] / 0 1 Z[٤].

وجه الدلالة:

أن الله سبحانه وتعالى أمر بغسل الرجل في الوضوء، والرجل اسم يدخل تحته من أصل الفخذ حتى أطراف أصابع القدم، فلو لم يذكر الكعبين[٥] لوجب

---

(١) ينظر: المصدر السابق (٣/ ٢٥١) بتصرف. وينظر زيادة تفصيل لهذه المسألة في بدائع الصنائع (٤/ ٥٣٤، ٦/ ٢٥٣).

(٢) من الآية رقم ٦ من سورة المائدة.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (١/ ٦٨).

(٤) من الآية رقم ٦ من سورة المائدة.

(٥) الكعبان هما: العظمان الناتئان في أسفل الساق. بدائع الصنائع (١/ ٧٥).

غسل الرجل حتى أصل الفخذ، فكان ذكر الكعبين لإسقاط الحكم عما وراءهما[١].

٣ – قوله تعالى:] s t u v w x y z { | } ~ Z وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ حَتَّىٰ تَغْتَسِلُوا[٢].

وجه الدلالة:

أن الله – عز وجل – نهى الجنب عن قربان الصلاة، إذا لم يكن عابر سبيل، إلى غاية الاغتسال، فيقتضي ذلك انتهاء حكم النهي عند الاغتسال[٣].

٤ – قوله تعالى:] فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ Z[٤].

وجه الدلالة:

أن الله – عز وجل – نفى الحِل، وحد النفي إلى غاية، وهي التزوج بزوج آخر، فلا تحل للزوج الأول قبل ذلك، وهذا مما يدل على أن الحكم المحدود إلى غاية لا ينتهي قبل وجود الغاية[٥].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «ومما ينتهي به عقد الإجارة: انقضاء المدة إلا لعذر؛ لأن الثابت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية، فتنفسخ الإجارة بانتهاء المدة»[٦].

٢ – وقال: «يلزم الخيار ضرورة بمضي مدة الخيار؛ لأن الخيار مؤقت به والمؤقت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية»[٧].

---

(١) المصدر السابق.

(٢) من الآية رقم ٤٣ من سورة النساء.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (١/ ١٠٦).

(٤) من الآية رقم ٢٢٩ من سورة البقرة.

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٣/ ٢٩٥)، وللاستزادة مما ذكره المصنف من الأدلة ينظر: (١/ ١٨٨، ٥٣٨، ٣٩٩، ٢/ ٤٩٩، ٥١٥، ٣/ ١٤٤، ٣/ ٣٧٣، ٤/ ٤٧٥، ٦/ ٧٩).

(٦) بدائع الصنائع (٤/ ٩٢).

(٧) المصدر السابق (٤/ ٥٣٤).

٣ – وقال: «الملك ينتهي بالإعتاق؛ لأن الأصل في الآدمي عدم الملك والمالية، إذ الأصل فيه أن يكون حراً؛ لأن الناس كلهم أولاد آدم وحواء عليهما الصلاة والسلام، والمتولد من الحرين يكون حراً، إلا أن الشرع ضرب الملك والمالية عليه بعارض الكفر مؤقتاً إلى غاية الإعتاق، والمؤقت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية»[(١)].

٤ – وقال: «وقال بعضهم: إنه - خيار الرؤية – يثبت إلى غاية إمكان الفسخ بعد الرؤية، حتى لو رآه وأمكنه الفسخ ولم يفسخ يسقط خياره»[(٢)].

٥ – وقال: «ولو كفل بالمال وقال: إن وافيتك به غداً فأنا برئ، فوافاه من الغد – فإنه – يبرأ من المال في رواية، وفي رواية لا يبرأ.

وجه الرواية الأولى: أن هذا ليس بتعليق البراءة بشرط الموافاة، بل هو جعل الموافاة غاية للكفالة بالمال، والشرط قد يذكر بمعنى الغاية لمناسبة بينهما»[(٣)].

٦ – ذكر المصنف أن مما يفسخ عقد المزارعة ما إذا كان صاحب الأرض – الزراعية – مديناً ديناً فادحاً، ولا قضاء له إلا من ثمن هذه الأرض، ويفسخ العقد بهذا العذر إذا أمكن الفسخ.

«وإن لم يمكن الفسخ بأن كان الزرع لم يدرك ولم يبلغ مبلغ الحصاد، لا يباع في الدين ولا يفسخ إلى أن يدرك الزرع...، ويطلق – المدين – من الحبس إن كان محبوساً إلى غاية الإدراك...، فإذا أدرك يرد إلى الحبس ثانياً ليبيع أرضه ويؤدي دينه بنفسه، وإلا فيبيع القاضي عليه»[(٤)].

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٥٦٨).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٥٧٦).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٦٠٤).

(٤) المصدر السابق (٥/ ٢٦٦ – ٢٦٧).

المطلب الرابع
قاعدة: « الساقط متلاش فلا يحتمل العود »

ذكرها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: « الساقط لا يحتمل العود »[٢].

وبلفظ: « الباطل متلاشٍ »[٣].

وبلفظ: « الساقط لا يحتمل الرجوع به »[٤].

وبلفظ: « الساقط شرعاً والعدم الأصلي سواء »[٥].

ولفظ: « الباطل لا يحتمل العود »[٦].

وبلفظ: « الساقط شرعاً ملحق بالساقط حقيقة »[٧].

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٥٠٧).

(٢) المصدر السابق (٢/ ٥٨١، ٥/ ٦٢).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٥٣٩).

(٤) المصدر السابق (٥/ ٧).

(٥) المصدر السابق (٥/ ٥٣، ٦/ ١١٥، ٢٣٧).

(٦) المصدر السابق (٥/ ١٨٥).

(٧) المصدر السابق (٢/ ٢٠٦).

وينظر أحكام هذه القاعدة وألفاظها في: الفروق للكرابيسي (٢/ ٥١ – ٥٢)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٣٥٢)، وغمز عيون البصائر (٣/ ٣٦٣)، وترتيب اللآلي (٢/ ٧٤١)، وشرح المجلة لسليم رستم باز (١/ ٤٠م٥١)، ولعلي حيدر (١/ ٥٤م٥١)، وشرح القواعد الفقهية للزرقاء (ص ٢٦٥)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٢٨ ف٨١/ ٧٤)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ٤١٠)، وجمهرة القواعد الفقهية (١/ ٥٤٤)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ١١٧، ٤٤٨)، والوجيز للبورنو (ص ٣٦٩)، وموسوعة القواعد الفقهية (٦/ ٦)، والقواعد الفقهية د. محمد الزحيلي

=

معاني مفردات القاعدة:

تقدم تعريف الساقط لغة وشرعاً، ومن المعلوم أن الساقط هنا: هو الحكم الصادر، أو التصرف الذي تم، أو الحق الذي أسقطه صاحبه وأبرأ منه غريمه[١].

فالساقط صفة لموصوف محذوف تقديره: الحكم الساقط أو التصرف الساقط أو الحق الذي أسقطه صاحبه وأبرأ منه غريمه[٢].

العود، لغة: قال ابن فارس: «العين والواو والدال، أصلان صحيحان، يدل أحدهما على تثنية في الأمر، والآخر جنس من الخشب»[٣].

والمراد هنا الأول تقول: بدأ ثم عاد، والعودة: المرة الواحدة.

وعاد له وعاد إليه: رجع. وبابه «قال» فهو من «عاد» «يعود» «عوداً»[٤].

قال تعالى:] * + , - . / Z [٥]. وفي المثل: «العود أحمد»[٦]، وعاد فلان بمعروفه، إذا أحسن ثم زاد، و«عُدْتُ» المريض أعودُه «عِيادة» زرته[٧].

ولا يخرج معناه الاصطلاحي عن المعنى اللغوي، فالمراد بالعود هنا الرجوع كما صرح بذلك المصنف في بعض ألفاظ القاعدة كما تقدم.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن من تنازل عن حق له على غيره، وأبرأه منه، وأسقطه عنه، وكان هذا الحق

= (١/ ٥٢١)، والممتع في القواعد الفقهية (ص ٤٠٣)، والقواعد الفقهية د. عبدالعزيز عزام (ص٥٢٣)، والقواعد الفقهية للدعوى القضائية (٢/ ١٨٧).

(١) ينظر: الوجيز للبورنو (ص ٣٦٩)، وموسوعة القواعد الفقهية (٦/ ٦).

(٢) موسوعة القواعد الفقهية (٦/ ٦).

(٣) معجم مقاييس اللغة (ص ٦٩٢) (عود).

(٤) المصدر السابق والمصباح المنير (ص ٢٢٥)، مادة (ع و د).

(٥) من الآية رقم ٢٨ من سورة الأنعام.

(٦) ينظر: مختار الصحاح (ص ٣٩٨) (ع و د).

(٧) ينظر: المصادر اللغوية السابقة، والقاموس المحيط (ص ٣٨٦)، والمغرب (ص ٣٣٠).

من الحقوق القابلة للإسقاط[١]، فإن ذلك التنازل والإبراء يلزمه، وليس له الحق في المطالبة به بعد ذلك، إلا بسبب جديد.

والإسقاط يقع على الكائن المستحق، وهو الذي إذا سقط لا يعود، أما الحق الذي يثبت شيئاً فشيئاً، أي يتجدد بتجدد سببه فلا يرد عليه الإسقاط[٢]؛ لأن الإسقاط يؤثر في الحال دون المستقبل، ومثال ذلك: لو أسقطت الزوجة نوبتها لضرتها فلها الرجوع؛ لأنها أسقطت الكائن وحقها يثبت شيئاً فشيئاً، فلا يسقط في المستقبل، ولا يرد أن الساقط لا يعود؛ لأن العائد غير الساقط، وهذه مسألة متفق عليها[٣].

فيكون المراد بالسقوط: انعدام مقتضى الحكم، لا عدم عمله لمانع، لأنه إذا كان مقتضى الحكم موجود ولا يعمل لمانع، فإنه إذا زال المانع يعود.

وقد ذكر ابن نجيم – رحمه الله – ضابطاً لذلك، حيث قال: «والأصل أن المقتضي للحكم إن كان موجوداً والحكم معدوم فهو من باب المانع، وإن عدم المقتضي فهو من باب الساقط»[٤].

وقد ذكر بعض المتأخرين ضابطاً لما يسقط من الحقوق بإسقاط صاحبه له وما لا يسقط حيث قال: «إن كل ما كان حقاً صاحبه عامل فيه لنفسه، وكان قائماً حين الإسقاط، خالصاً للمسقط أو غالباً، ولم يترتب على إسقاطه تغيير وضع شرعي، وليس متعلقاً بتملك عين على وجه متأكد، يسقط بالإسقاط وما لا فلا»[٥].

---

(١) تقدم بيان الحقوق القابلة للإسقاط والتي لا تقبل ذلك والشروط الواجب توفرها في المسقِط والمسقَط عنه ومحل الإسقاط. ينظر: (ص ٤٨٢ وما بعدها).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٣/٢٣٩، ٤١٩).

(٣) حاشية رد المحتار على الدر المختار (٣/٦١٤).

(٤) الأشباه والنظائر (ص ٣٥٣).

(٥) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٢٦٧).

وخلاصة هذا الضابط أن الحق الذي يسقط بالإسقاط هو ما توفرت فيه صفات أربع[١]:

١ – أن يكون الحق قائماً حين الإسقاط، فلا يصح الإبراء عن دين مثلاً قبل ثبوته.

٢ – أن يكون غير متعلق بملك العين كما مر آنفاً.

٣ – أن تكون مصلحة صاحبه فيه خالصة أو غالبة فحق متولي الوقف ووصي اليتيم بإدارة الوقف وأموال اليتيم لا يسقط بالإسقاط لأنهما لا يعملان لأنفسهما، وعقوبات الحدود لا تسقط بالإسقاط؛ لأنها حق لله.

٤ – أن لا يترتب على إسقاط الحق نتيجة غير مشروعة.

أصل القاعدة:

استدل المصنف لهذه القاعدة بالآتي:

١ – قول النبي ^ : «**جيدها ورديئها سواء**»[٢].

وجه الدلالة:

أن النبي ^ أسقط اعتبار الجودة في الأموال الربوية، فلا قيمة لها شرعاً عند مقابلتها بجنسها، والساقط شرعاً ملحق بالساقط حقيقة[٣].

---

(١) ينظر: المدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٣)، وجمهرة القواعد الفقهية (١/ ٥٤٧).

(٢) هذا الحديث قال عنه الزيلعي: غريب، ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث أبي سعيد الخدري الذي أخرجه البخاري بلفظ: «أن رسول الله ^ استعمل رجلاً على خيبر فجاءه بتمر جنيب، فقال رسول الله ^ : «أكل تمر خيبر هكذا؟» قال: لا والله يا رسول الله، إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله ^ : «لا تفعل، بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيباً» صحيح البخاري (٣/ ١٠٢ ح ٢٢٠٢). ومما أخرجه مسلم قال: قال رسول الله ^ : «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، يداً بيد، فمن زاد، أو استزاد فقد أربى، الآخذ والمعطي فيه سواء» نصب الراية (٤/ ٣٧). وقال عنه ابن حجر: «لم أجده ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث أبي سعيد» الدراية (٢/ ١٥٦).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٠٦، ٤/ ٤١٠، ٥/ ٥٧، ٦/ ٢٣٧).

ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة بقوله تعالى:] Z Y [\ [ ] p o n m l k j i g f e d c b ` _ ^ y x w v u s r q { | } ~ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٌ Z [(١)].

وجه الدلالة من الآية:

أن من اقتص من قاتل وليه وسفك دمه بعد أن أسقط حقه في ذلك وأخذ الدية، أو قَبِلَها، متوعد بالعذاب الموجع الشديد؛ لأنه فعل ما ليس من حقه فعله، وهذا مما يدل على أن الساقط لا يعود[(٢)].

الفروع المبنية على القاعدة:

١ – قال المصنف: «ولو كان الثمن مؤجلاً في العقد، فلم يقبض المشتري المبيع حتى حل الأجل، فله أن يقبضه قبل نقد الثمن، وليس للبائع حق الحبس؛ لأنه أسقط حق نفسه بالتأجيل والساقط متلاشٍ فلا يحتمل العود»[(٣)].

٢ – وقال: «وكذلك لو طرأ الأجل على العقد؛ بأن أخر الثمن بعد العقد، فلم يقبض البائع حتى حل الأجل له أن يقبضه قبل نقد الثمن، ولا يملك البائع حبسه لما قلنا»[(٤)]. أي: لأنه أسقط حق نفسه بالتأجيل والساقط متلاش فلا يحتمل العود.

٣ – قال المصنف: «وأما خيار البائع والمشتري جميعاً فيسقط بما يسقطه حالة الانفراد، فأيهما أجاز صريحاً أو ما يجري مجرى الصريح، أو فعل ما يدل على الإجازة، بطل خياره ولزم البيع من جانبه، والآخر على خياره، إن شاء أجاز وإن شاء فسخ، وأيهما فسخ...، انفسخ أصلاً ورأساً ولا تلحقه الإجازة من صاحبه بعد

---

(١) الآية رقم ١٧٨ من سورة البقرة.

(٢) تفسير ابن كثير (٦/ ٤٩١)، وتفسير القرطبي (٢/ ٢٥٥).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٥٠٦ – ٥٠٧).

(٤) المصدر السابق (٤/ ٥٠٧).

ذلك...، لأن الفسخ تصرف في العقد بالإبطال، والعقد بعدما بطل لا يستحق الإجازة؛ لأن الباطل متلاشٍ»[١].

٤ – في بيان ما يرجع به الكفيل، قال المصنف: «لو أعطى – الكفيل – بالدراهم دنانير، أو شيئاً من المكيل، أو الموزون، فإنه يرجع عليه بما كفل لا بما أدى...، بخلاف ما إذا صالح من الألف على خمسمائة، أنه يرجع بالخمسمائة لا بالألف؛ لأنه بأداء الخمسمائة ما ملك ما في ذمة الأصيل وهو الألف،... فيقع إسقاطاً لبعض الحق، والساقط لا يحتمل الرجوع به»[٢].

٥ – قال المصنف: «الكفيل بالنفس إذا صالح على مال، أنه يبرئه من الكفالة، فالصلح باطل، ...، وهل تبطل الكفالة؟ فيه روايتان: في رواية لا تبطل؛ لأنه ما رضي بسقوط حقه إلا بعوض ولم يسلم له فلا يسقط حقه، وفي رواية يسقط؛ لأن الإبراء لا تقف صحته على العوض فيصح وإن لم يسلم له العوض، فإذا صح أنه إسقاط فالساقط لا يحتمل العود»[٣].

* * *

(١) المصدر السابق (٤/ ٥٣٩).

(٢) المصدر السابق (٥/ ٧).

(٣) المصدر السابق (٥/ ٦١ – ٦٢).

المبحث التاسع عشر
قواعد في العقود

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : قاعدة « الدراهم والدنانير لا يحتملان التعيين شرعاً في عقود المعاوضات » .

المطلب الثاني : قاعدة « السلامة مشروطة دلالة فتكون كالمشروطة نصاً » .

المطلب الثالث : قاعدة : « المنافع لا تقوم إلا بالعقد » .

المطلب الرابع : قاعدة « جهالة المعقود عليه توجب فساد العقد » .

المطلب الأول

قاعدة: «الدراهم والدنانير لا يحتملان التعيين شرعاً في عقود المعاوضات»

ذكرها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: «الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين»[٢].

وبلفظ: «الدراهم والدنانير على أصل أصحابنا أثمان لا تتعين في عقود المعاوضات»[٣].

وبلفظ: «الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات ويتعينان في الشركات»[٤].

معاني مفردات القاعدة:

التعيين، لغة: من «عيَّن» «يعيِّن» «تعييناً» تقول: عيَّنتُ المال لزيد، أي: جعلته عيناً مخصوصة به، وعيَّنت النية في الصوم، إذا نويت صوماً معيناً[٥].

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٤٠٥، ٥/ ٢٠٧).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٤٥٩).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٤٨٢).

(٤) المصدر السابق (٥/ ١٠٦). وينظر أحكام هذه القاعدة وألفاظها في: الفروق للكرابيسي (١/ ٧٥، ١٦٣، ٢٧٩، ٢/ ١١٤)، والفروق للقرافي (٣/ ٤٠٨ ف ١٨٩، ٤/ ٢٤ ف ٢٠٤)، والقواعد للمقري (٢/ ٣٩٩ القاعدة ١٥٠)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (٢/ ٢٧٠)، وتقرير القواعد (٣/ ٣٢٢)، وإيضاح المسالك (ص ٣٢٩) القاعدة (٨٥)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٣٤٩)، وغمز عيون البصائر (٣/ ٣٥١)، ودرر الحكام لعلي حيدر (١/ ٢٢٤ م٢٤٣)، وشرح المجلة لسليم رستم (١/ ١٢٤ م٢٤٣)، وتحفة أهل الطلب (ص ١٩٢) وشرحها (ص ٤٩٦)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ٢١٠)، وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية للغرياني (ص ٢٥٩، ٢٨٨).

(٥) ينظر: المصباح المنير (ص ٢٢٨) مادة (ع ي ن)، ولسان العرب (١٠/ ٣٥٧) كلمة (عين)، والقاموس =

وتعيين الشيء هو تخصيصه من الجملة[١].

اصطلاحاً: تعليق الحق بعين الشيء[٢].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن الأثمان النقدية كالدراهم والدنانير لا يتعلق بها الحق وإن عينت بدلاً في عقد المعاوضة كالبيع والإجارة والسلم والصلح وغيرها.

وعقود المعاوضات: هي العقود التي لا تفيد التمليك إلا بإرادة المتعاقدين، فلا يتحقق وجود اسم العقد إلا بوجود الإيجاب من أحد المتعاقدين والقبول من المتعاقد الآخر، فهي تقوم على أساس إنشاء حقوق والتزامات متقابلة بين العاقدين، يأخذ فيها كل من الطرفين شيئاً ويعطي في مقابله شيئاً، أي فيها مبادلة كالبيع والإجارة والصلح عن مال بمال والنكاح، فهذه يكون العوض فيها مقصوداً فلا بد فيها من التراضي[٣].

فلو قال: بعتك هذا الثوب بهذه الدراهم، أو بهذه الدنانير، فللمشتري أن يمسك المشار إليه، ويبدله بمثله، ولا يحق للبائع أن يطلب ذات المشار إليه، وإنما يتعين الجنس والنوع والصفة والقدر بالاتفاق[٤].

قال المصنف: «العلم بالثمن لا يحصل إلا بالتسمية، والإشارة إليه عندنا مجاز عن تسمية جنس المشار إليه ونوعه وصفته وقدره»[٥].

= المحيط (ص ١٢٧٢) (عين).

(١) ينظر: مختار الصحاح (ص ٤٠٣) مادة (ع ي ن)، والمصادر اللغوية السابقة.

(٢) ينظر: معجم لغة الفقهاء (١/ ١٣٧)، والتوقيف على مهمات التعاريف (ص ١٩٠)، والفقه الإسلامي وأدلته (٥/ ٣٣٧١).

(٣) ينظر: المدخل الفقهي العام (١/ ٦٤٠ ف ٤٧/ ١٠)، والفقه الإسلامي وأدلته (٤/ ٢٥٤٨).

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٣٤٩).

(٥) بدائع الصنائع (٤/ ٣٦٧).

وهذا هو مذهب الحنفية – إلا زفر -[١] وهو المشهور عند المالكية[٢] ورواية عن الإمام أحمد[٣]. واستثنى الحنفية والمالكية الصرف فقالوا: تتعين الدراهم والدنانير فيه؛ لاشتراط القبض فيه في المجلس[٤]،وعند الشافعية[٥]، والمشهور عند الحنابلة[٦]، أنها تتعين بالتعيين مطلقاً.

منشأ الخلاف:

منشأ الخلاف في هذه المسألة هو التمييز بين المبيع والثمن؛ فالمبيع والثمن عند الحنفية عدا زفر من الأسماء المتباينة، الواقعة على معان مختلفة، فالمبيع في الأصل اسم لما يتعين بالتعيين، والثمن في الأصل اسم لما لا يتعين بالتعيين. وهذا الأصل العام الغالب يحتمل تغييره في الحالتين بعارض من العوارض، فيصير ما لا يحتمل التعيين مبيعاً كالمسلم فيه، وما يحتمل التعيين ثمناً كرأس مال السلم، إذا كان عيناً من الأعيان[٧].

وعلى هذا فاعتبار الثمن ديناً في الذمة هو الأغلب؛ وذلك عندما يكون الثمن نقوداً أو يكون أموالاً أخرى مثلية ملتزمة بلا تعيين بالذات، كالقمح والزيت ونحوهما من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة[٨].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٤٨٢)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٣٤٩).

(٢) ينظر: الفروق للقرافي (٤/ ٢٥).

(٣) ينظر: الإنصاف (٥/ ٤٢)، والشرح الكبير لابن قدامة (٤/ ١٦٧)، والمغني (٨/ ٦٣)، وتقرير القواعد (٣/ ٣٢٢).

(٤) ينظر: مصادرهم السابقة، والموسوعة الفقهية (١٥/ ٣٠)، وبدائع الصنائع (٤/ ٤٥٩).

(٥) ينظر: روضة الطالبين (٣/ ٥٢٢)، والمجموع (٩/ ٢٦٩).

(٦) ينظر: المغني (٨/ ٦٣)، والشرح الكبير (٤/ ١٦٧)، والإنصاف (٥/ ٤٢).

(٧) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٤٨٢).

(٨) المصدر السابق (٥/ ٧٩).

أو يكون الثمن أعياناً قيمية كالحيوان والثياب ونحوهما، كما لو بيعت كمية من السكر إلى أجل بشيء من القيميات، فالسكر مبيع، والعين القيمة ثمن، ويكون المبيع سلماً؛ لأنه بيع مؤجل بمعجل[١].

أما على أصل زفر والشافعي رحمهما الله فالمبيع والثمن من الأسماء المترادفة...

محل النزاع.

قال القرافي: «أجمع الناس على أن العروض تتعين بالتعيين، وكذلك الحيوان والطعام؛ لأن لهذه الأشياء من الخصوصيات والأوصاف ما تتعلق به الأغراض الصحيحة، وتميل إليه العقول السليمة والنفوس الخاصة لما في تلك المعينات من الملاذ الخاصة بتلك الأعيان»[٢].

فيكون محل النزاع هو الدراهم والدنانير إذا عينت هل تتعين بالتعيين.

ثمرة الخلاف:

تظهر لهذا الخلاف ثمرات وفوائد كثيرة منها[٣]:

١ – أنه إذا هلكت الدراهم أو الدنانير المعينة، أو استحقت، لا ينفسخ العقد عند من يقول لا تتعين بالتعيين، وعند أولئك ينفسخ.

٢ – لو أراد المشتري أن يحبسها؛ أو يعطي البائع مثلها قدراً وصفة فله ذلك عند من يقول لا تتعين بالتعيين، وعند أولئك ليس له ذلك.

٣ – لو مات المشتري مفلساً، كان البائع أسوة للغرماء فيها عند من يقول لا تتعين بالتعيين، وعند أولئك يكون البائع أحق بها من غيره.

---

(١) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته (٥ / ٣٣٧٠).

(٢) الفروق (٤ / ٢٣ ف ٢٠٤).

(٣) انظرها في: كشف الأسرار (٣ / ٤٧١)، وتقرير القواعد لابن رجب (٣ / ٣٢٣)، والإنصاف (٥ / ٤٢).

أصل القاعدة:

استدل المصنف لهذه القاعدة بما يأتي:

١ – أن الثمن في اللغة اسم لما في الذمة، هكذا نقل عن الفراء[١] وهو إمام في اللغة.

٢ – أن أحدهما يسمى ثمناً والآخر مبيعاً في عرف اللغة والشرع، «واختلاف الأسامي دليل اختلاف المعاني في الأصل»[٢]، إلا أنه يستعمل أحدهما مكان صاحبه توسعاً؛ لأن كل واحد منهما يقابل صاحبه، فيطلق اسم أحدهما على الآخر لوجود معنى المقابلة، كما يسمى جزاء السيئة سيئة، وجزاء الاعتداء اعتداء، فأما الحقيقة فما ذكرنا.

إذا تقرر أن الثمن في اللغة اسم لما في الذمة، لم يكن محتملاً للتعيين، وإن عينه، وإنما يعتبر تعيينه هذا كناية عن بيان الجنس المشار إليه ونوعه وصفته وقدره؛ تصحيحاً لتصرف العاقل بقدر الإمكان.

٣ – أن التعيين غير مفيد؛ حيث إن كل عوض يطلب من المعيَّن في المعاوضات يمكن استيفاؤه من مثله، فلم يكن التعيين في حق استحقاق العين مفيداً فيلغو في حقه، ويعتبر في بيان حق الجنس والنوع والصفة والقدر؛ لأن التعيين في حقه

---

(١) هو: يحيى بن زياد بن عبدالله بن منظور الديلمي، مولى بني أسد (أبو بني منقر)، أبو زكريا، المعروف بالفراء، إمام الكوفيين وأعلمهم بالنحو واللغة وفنون الأدب، كان يقال: الفراء أمير المؤمنين في النحو، ولد بالكوفة، وانتقل إلى بغداد، وعهد إليه المأمون بتربية ابنيه، فكان أكثر مقامه بها، وكان فقيهاً متكلماً عالماً بأيام العرب وأخبارها، عارفاً بالنجوم والطب، من كتبه «المقصود والممدود»، و«المعاني»، و«المذكر والمؤنث» وكتاب «اللغات»، مات بطريق الحج سنة ٢٠٧هـ. ينظر: تاريخ بغداد (١٤/ ١٤٩)، والإنساب للسمعاني (٤/ ٩٢)، ووفيات الأعيان (٦/ ١٧٦)، وسير أعلام النبلاء (١٠/ ١١٦)، والأعلام (٨/ ١٤٥).

(٢) هذه قاعدة تقدمت دراستها.

مفيد[١].

٤ – ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة: بحديث ابن عمر – رضي الله عنهما – قال: قلت يا رسول الله: إني أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، آخذ هذا من هذه وأعطي هذه من هذا؟ فقال رسول الله ^ : «**لا بأس أن تأخذها بسعر يومها، ما لم تتفرقا وبينكما شيء**»[٢].

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ^ أجاز العقد وإن كان مشتملاً على هذا التصرف، ولو تعينت بالتعيين لما جاز الاستبدال، لأن ذلك يفوت القبض المستحق بالعقد، فيوجب ذلك فسخ العقد، كما لو هلك المبيع[٣].

٥ – لأنهما لو تعينا في عقود المعاوضات لانقلبا مثمنين؛ لأن المثمن اسم لعين يقابلها عوض، فلو تعينا في المعاوضات لكانا عيناً يقابله العوض، فكان مثمناً فلا يكون ثمناً، وفيه تغيير حكم الشرع فلم يتعينا[٤].

---

(١) ينظر ذلك كله في بدائع الصنائع (٤/ ٤٨٢ – ٤٨٣).

(٢) رواه أبو داود في سننه: كتاب البيوع، باب في اقتضاء الذهب من الورق (٣/ ٢٥٥) الحديث رقم (٣٣٥٦)، والنسائي في سننه: كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة (٧/ ٢٨١)، الحديث رقم (٤٥٨٢)، والترمذي في سننه: كتاب البيوع، باب ما جاء في الصرف (٣/ ٥٤١) الحديث رقم (١٢٤٢)، وابن ماجه في سننه: كتاب التجارات، باب اقتضاء الذهب من الورق والورق من الذهب (٢/ ٧٦٠) الحديث رقم (٢٢٦٢)، والإمام أحمد في مسنده (١٠/ ٣٥٩) الحديث رقم (٦٢٣٩)، كلهم عن طريق حماد بن سلمة عن سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر، وقال عنه شعيب الأرنؤوط: إسناده ضعيف لتفرد سماك برفعه. وأخرجه الحاكم في المستدرك (٢/ ٥٠) وقال: صحيح على شرط مسلم. اهـ، ووافقه الذهبي.

(٣) ينظر: تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة (٢/ ٢٥٠) بتصرف.

(٤) غمز عيون البصائر (٣/ ٣٥٣).

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «إذا كانا – رأس مال السلم والمسلم فيه – مما لا يتعينان في العقد؛ كالدراهم في الدنانير، والدنانير في الدراهم، أو الدراهم في الدراهم، والدنانير في الدنانير، أو لا يتعين المسلم فيه كالحديد في الدراهم والدنانير، لا يجوز – السلم – لأن المسلم فيه مبيع،... والمبيع مما يتعين بالتعيين والدراهم والدنانير لا يحتملان التعيين شرعاً في عقود المعاوضات، فلم يكونا متعينين، فلا يصلحان مسلماً فيهما»[(١)].

٢ – قال المصنف: «لو قال: بعت منك هذا الثوب بهذه الدراهم، أو بهذه الدنانير، كان للمشتري أن يمسك المشار إليه ويرد مثله،... ولو هلك المشار إليه لا يبطل العقد»[(٢)].

٣ – قال المصنف: «ولو اشترى بدينه، وهو دراهم، شيئاً بغير عينه؛ بأن اشترى بها ديناراً، أو فلوساً، أو هو فلوس فاشترى بها دراهم، أو دنانير، أو فلوساً، جاز الشراء لكن بشرط قبض المشترى في المجلس، حتى لا يحصل الافتراق عن دين بدين، لأن المشترى لا يتعين إلا بالقبض»[(٣)].

٤ – وقال: «إذا تبايعا عيناً بفلوس بأعيانها، بأن قال: بعت منك هذا الثوب، أو هذه الحنطة بهذه الفلوس[(٤)]، جاز، ولا يتعين وإن عينت بالإشارة إليها، حتى كان

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٤٠٥، ٤٤٧).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٤٨٢).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٤٨٦).

(٤) المراد هنا الفلوس الرائجة، وهي القطع المعدنية المسكوكة، المصطلح على ثمنيتها، ويلحق بها الأوراق النقدية المتعامل بها في العصر الحاضر. ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته (٥/ ٣٣٧٢)، قال المصنف: أما الفلوس الرائجة إن قوبلت بخلاف جنسها هي أثمان، وكذا إن قوبلت بجنسها متساوية في العدد، وإن قوبلت بجنسها متفاضلة في العدد فهي مبيعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد هي أثمان على كل

=

للمشتري أن يمسكها ويرد مثلها»[١].

٥ – وقال: «ولو هلكت قبل القبض، لا يبطل البيع؛ لأنها وإن لم تكن في الوضع أثماناً، فقد صارت ثمناً باصطلاح الناس، ومن شأن الثمن أن لا يتعين بالتعيين»[٢].

٦ – وقال: «وكذا إذا تبايعا درهماً بعينه، أو ديناراً بعينه، بفلوس بأعيانها، فإنها لا تتعين أيضاً، كما لا تتعين الدراهم والدنانير، لما قلنا، لكنّ القبض في المجلس ههنا شرط بقاء العقد على الصحة»[٣].

٧ – وقال المصنف: «وأما قيام الثمن في يد البائع هل هو شرط لصحة الإجازة أم لا؟ فالأمر لا يخلو إما أن يكون الثمن ديناً كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة...، فإن كان ديناً فقيامه في يد البائع ليس بشرط للحوق الإجازة؛ لأن الدين لا يتعين بالتعيين، فكان قيامه بقيام الذمة»[٤].

٨ – وقال المصنف: «إذا جازت الإقالة...، وكان رأس المال – في السلم – مما لا يتعين بالتعيين، فعليه رد مثله، هالكاً كان، أو قائماً؛ لأنه قبضه عن عقد صحيح»[٥].

٩ – قال المصنف: «ولو تزوج امرأة على دراهم بعينها، أو اشترى شيئاً بدراهم بعينها، فأعطى بها رهناً لم يجز عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم، وعند زفر يجوز،

= حال. ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٤٨٣).

وقال: «الكلام فيها مبني على أصل: وهو أن الفلوس الرائجة ليست أثماناً على كل حال عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأنها تتعين بالتعيين في الجملة وتصير مبيعاً باصطلاح المتعاقدين، حتى جاز بيع الفلس بالفلسين بأعيانها عندهما.

وعند محمد: الثمنية لازمة للفلوس النافقة فكانت من الأثمان المطلقة». بدائع الصنائع (٥/ ٧٨).

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٤٨٧).

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق (٤/ ٣٤٨).

(٥) المصدر السابق (٤/ ٤٥٢، ٥٩٨).

بناء على أن الدراهم والدنانير لا تتعين في عقود المعاوضات وإن عينت، فكان الواجب على الراهن مثلها، لا عينها، فلم يكن المعين مضموناً فلم يجز الرهن به، وعنده يتعين بالتعيين، بمنزلة العوض، فكان المعين مضموناً، فجاز الرهن به»[1].

* * *

(١) المصدر السابق (٥/ ٢٠٧).

المطلب الثاني
قاعدة: «السلامة مشروطة دلالة فتكون كالمشروطة نصاً»

أوردها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: «السلامة من العيب مطلوبة عادة»[٢].

وبلفظ: «السلامة شرط في العقد دلالة»[٣].

وبلفظ: «السلامة مشروطة في العقد دلالة»[٤].

معاني مفردات القاعدة:

السلامة، لغة: من «سَلِمَ» «يسْلَمْ» «سلاماً» و«سَلامةً»، ومنه قيل للجنة:

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٥١).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٤٦٠).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٥٤٣).

(٤) المصدر السابق (٤/ ٥٧٩).

وينظر أحكام هذه القاعدة وألفاظها في: الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/ ١٨٨)، ولابن السبكي (١/ ١٦، ١٧، ٣٦، ٢٥٤)، والقواعد النورانية (ص ٤٣٢)، والمجموع المذهب (١/ ٩٠)، والمنثور (١/ ١٩٩)، والقواعد للحصني (١/ ٢٩٦)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٦٥، ٦٦، ٧٠)، ولابن نجيم (ص ٨٢)، وشرح المجلة لسليم رستم باز (١/ ٣٢م٩)، ودرر الحكام لعلي حيدر (١/ ٢٦ م٩)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٨٣، ١١٧)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ٩٨٢ ف٩/٨١)، وقاعدة اليقين لا يزول بالشك لـ أ. د. الباحسين (ص ٩٤)، والقواعد والضوابط الفقهية القرافية (٢/ ٦٠٧)، والفقهاء تطرقوا لأحكام هذه القاعدة عند تقريرهم لقاعدة «الأصل العدم» أو «الأصل في الصفات العارضة العدم» التي تعتبر إحدى القواعد المتفرعة عن القاعدة الكبرى «اليقين لا يزول بالشك» فهم يقررون أن الأصل السلامة في كل شيء سواء كان حيواناً أو نباتاً أو جماداً أو عقاراً أو غير ذلك، فإذا كان مبيعاً فإن الأصل فيه البراءة من العيوب ما لم يثبت خلاف ذلك بدليل.

دار السلام؛ لأنها دار السلامة من الآفات[١].

قال ابن فارس: «السين واللام والميم، معظم بابه من الصحة والعافية، ويكون فيه ما يشذ والشاذ عنه قليل، فالسلامة: أن يسلم الإنسان من العاهة والأذى»[٢].

فالسلامة: البراءة من العيوب[٣].

اصطلاحاً: لا يخرج معناها في اصطلاح الفقهاء عن معناها اللغوي فهي: التعري من الآفات الظاهرة والباطنة[٤].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

إن سلامة المبيع من العيب شرط ضمني في العقد؛ لأنه ما من عاقل يقدم على بذل ماله في مقام التعاقد المجرد عن القيد، إلا بقصد السلامة من العيب، وهذا أمر متعارف عليه بين الناس، فيكون العقد متضمناً شرط السلامة ولو لم يصرح به.

وهذا يفيد أن اقتضاء العقد السلامة يعتبر ضابطاً كلياً يصح الاعتماد عليه لإثبات أن الاتفاق بين المتعاقدين وقع على السليم دون المعيب، إذا حصل النزاع في ذلك ولا بينة[٥].

أصل القاعدة:

استدل المصنف لهذه القاعدة بما يأتي:

١ – «أن السلامة في المبيع مطلوبة المشتري عادة إلى آخره، لأن غرضه الانتفاع

---

(١) ينظر: لسان العرب (٧/ ٢٤١) كلمة «سلم»، ومختار الصحاح (ص ٢٧٠) مادة (س ل م)، والقاموس المحيط (ص ١٤٤٨) كلمة (السلْم).

(٢) معجم مقاييس اللغة (ص ٤٦٥) «سلم».

(٣) المصادر اللغوية السابقة.

(٤) ينظر: التوقيف على مهمات التعاريف (ص ٤١٣).

(٥) ينظر: خيار المجلس والعيب في الفقه الإسلامي، د. الطيار (ص ٩٣).

بالمبيع، ولا يتكامل انتفاعه به إلا بقيد السلامة»[١].

٢ – «أن المشتري لم يدفع جميع الثمن إلا ليسلم له جميع المبيع»[٢].

٣ – «أن العقد عقد معاوضة، والمعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة، ولا تتحقق المساواة إلا في مقابلة البدل بالمبدل، والسلامة بالسلامة، فكان إطلاق العقد مقتضياً للسلامة»[٣].

ويمكن أن يستدل للقاعدة بما روي عن العداء بن خالد[٤] قال: كتب لي النبي ^ : «**هذا ما اشترى محمد رسول الله ^ من العداء بن خالد بيع المسلم المسلم، لا داء، ولا خبثة، ولا غائلة**»[٥].

---

(١) بدائع الصنائع (٤/٥٤٣).

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق (٤/٥٤٣ – ٥٤٤).

(٤) هو العداء بن خالد بن هوذة بن ربيعة بن عمرو بن عامر بن صعصعة، وربيعة هو أنف الناقة، أسلم بعد الفتح وحنين هو ووالده وليس هو من أنف الناقة الذين مدحهم الحطيئة، هو ووالده من المؤلفة قلوبهم، عمَّر حتى عاش إلى زمن خروج يزيد بن المهلب، وكان ذلك سنة إحدى أو اثنتين ومئة. الاستيعاب (٣/١٢٣٧)، وأسد الغابة (١/٧٥٨)، والثقات لابن حبان (٣/٣١١)، وإكمال الكمال (٦/١٥٨)، والإصابة (٢/٢٥١).

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه تعليقاً: كتاب البيوع، باب: إذا بيَّن البيعان ولم يكتما ونصحا (٣/٧٦)، والترمذي في سننه: البيوع، باب ما جاء في كتابة الشروط (٣/٢٥٠) الحديث رقم (١٢١٦)، وقال عنه الترمذي: حديث حسن غريب. وقال عنه الألباني: حسن، وقال عنه ابن حجر: حسن في الجملة. ينظر تغليق التعليق (٣/٢١٩). وأخرجه ابن ماجه في سننه: كتاب التجارات، باب شراء الرقيق (٢/٧٥٦) الحديث رقم (٢٢٥١).

والداء هو: العلة، والخبثة من الخبث ضد الطيب وهو الحرام، كما أن الطيب هو الحلال، والغائلة من الاغتيال، وهو الاحتيال على العاقد من حيث لا يشعر، ليبتز منه ماله بالباطل. التلخيص الحبير (٣/٥٩).

وجه الدلالة:

أن النبي ^ بيَّن أن بيع المسلم للمسلم هو البيع الذي لا داء فيه، ولا تدليس، ولا احتيال، فدل ذلك على أن بيع المسلم يقتضي السلامة وإن لم يصرح باشتراطها[١].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «قالوا في العبد المستأجَر للخدمة إذا ظهر أنه سارق: له - أي: المؤجر – أن يفسخ الإجارة؛ لأن السلامة مشروطة دلالة فتكون كالمشروطة نصاً كما في بيع العين بالعين»[٢].

٢ – وقال المصنف: «ولو أخذ الشفيع الأرض بالشفعة، وبنى عليها، ثم استحقت وأمر الشفيع بنقض البناء، فإن الشفيع يرجع على المشتري بالثمن ولا يرجع عليه بقيمة البناء، إن كان أخذ منه، ولا على البائع أيضاً إن كان أخذ منه في ظاهر الرواية. وروي عن أبي يوسف – رحمه الله – أنه يرجع عليه.

وجه هذه الرواية: أن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء من المشتري، ولو كان اشتراه لرجع عليه، كذا إذا أخذه بالشفعة له الرجوع بقيمة البناء في الشراء، لوجود الغرور من البائع، وضمان السلامة للمشتري؛ لأن كل بائع مخبر للمشتري: أنه يبيع ملك نفسه وشارط سلامة ما يبني فيه دلالة»[٣].

٣ – قال المصنف: «يثبت الخيار – خيار العيب – بفوات السلامة عن العيب إذا وجد المبيع معيباً...، [٤] لأن السلامة مشروطة في العقد دلاله، والثابت بدلالة

---

(١) ينظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٢٥٧).

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ٥١).

(٣) المصدر السابق (٤/ ١٣٦).

(٤) المصدر السابق (٤/ ٤٦٩).

النص كالثابت بالنص فكان ثابتاً حقاً للعبد»[١].

٤ – وقال: «ولو كانت – الجارية – تحسن الطبخ والخبز في يد البائع، ثم نسيت في يده، فاشتراها فوجدها لا تحسن ذلك، ردها، وإن لم يكن ذلك مشروطاً في العقد؛ لأنها إذا كانت تحسن ذلك في يد البائع وهي صفة مرغوبة تُشترى لها الجارية عادة فالظاهر أنه إنما اشتراها رغبة فيها فصارت مشروطة دلالة، فيردها لانعدام المشروط كما لو شرط ذلك نصاً»[٢].

وبعد أن ذكر المصنف عدة عيوب قال: «والتعويل في هذا الباب على عرف التجار فما نقص الثمن في عرفهم فهو عيب يوجب الخيار وما لا فلا...؛ لأن ثبوته لفوات صفة السلامة المشروطة في العقد دلالة»[٣].

٥ – قال المصنف: «لو كان المبيع أشياء، فوجد بالكل عيباً، فأراد رد البعض دون البعض، فإن المردود: إن كان مما لو كان العيب به وحده، لكان له رده وحده، كالعبدين، والثوبين، فله ذلك؛ لأنه إذا أمسك البعض فقد رضي بعيبه، فبطل حق الرد فيه؛ لأنه تبين أن صفة السلامة لم تكن مشروطة ولا مستحقة بالعقد فيه، فصار كأنه كان صحيحاً في الأصل»[٤].

٦ – وقال المصنف: «إذا وكل رجلٌ بشراء جارية وسمى نوعها وثمنها حتى صحت الوكالة، فاشترى جارية مقطوعة اليد والرجل من خلاف، أو عوراء، لزم الموكل، وكذا إذا اشترى جارية مقطوعة اليدين، أو الرجلين، أو عمياء عند أبي حنيفة، وعندهما يلزم الوكيل.

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٥٧٩).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٥٤٥).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٥٤٦).

(٤) المصدر السابق (٤/ ٥٦٦).

وجه قولهما: أن الجارية تشترى للاستخدام عرفاً وعادة، وغرض الاستخدام لا يحصل عند فوات جنس المنفعة، فيتقيد بالسلامة عن هذه الصفة بدلالة العرف»[١].

٧ – وقال المصنف: «ولو اشترى من رجل عبداً، فطعن فيه بعيب، وخاصمه فيه، ثم صالحه على شيء، أو حط من ثمنه شيئاً، فإن كان العبد مما يجوز رده على البائع وله المطالبة بأرش العيب دون الرد، فالصلح جائز؛ لأن الصلح عن العيب صلح عن حق ثابت في المحل، وهو صفة سلامة المبيع عن عيب»[٢].

* * *

(١) المصدر السابق (٥ / ٣١).

(٢) المصدر السابق (٥ / ٦٤).

المطلب الثالث
قاعدة: «المنافع لا تقوم إلا بالعقد»

ذكرها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: «المنافع ليست بأموال متقومة بأنفسها عندنا وإنما تأخذ المالية والتقوم بالعقد»[٢].

وبلفظ: «المنافع تتقوم بالعقد الصحيح والفاسد»[٣].

معاني مفردات القاعدة:

المنافع: لغة: جمع منفعة وهي اسم من النفع، والنفع: الخير، وهو ما يتوصل به الإنسان إلى مطلوبه[٤].

---

(١) بدائع الصنائع (٤م٩٠، ٥٨٧، ٥/١٠٤).

(٢) المصدر السابق (٢/٥٦٦، ٥٩٧، ٢/٢٣٣، ٤/٨٤، ٨٦).

(٣) المصدر السابق (٢/٦٥٢، ٤/٣١، ٤٩).

وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: تأسيس النظر (ص ٦٢)، وقواعد الأحكام (١/٢٦٩، ٢/٣١٠)، والفروق للقرافي (١/٣٣٠ ف ٣٠، ٤/٩ ف ٢٠٣)، والأشباه والنظائر لابن الوكيل (١/٣٨٨)، ولابن السبكي (٢/٢٧٨)، وتقرير القواعد (١/٢٣٠)، والمنثور في القواعد (٢/٢٩٢، ٣١٤)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٣١٦)، ولابن نجيم (ص ١١٤)، والفوائد الزينية (ص ٦٢ ق ٥٥)، وترتيب اللآلي (٢/٩٨٥)، وغمز عيون البصائر (١/٢٩٣ – ٢٩٤، ٣/٨٢)، ودرر الحكام لعلي حيدر (١/١١٥ م١٢٥ وم١٢٦، ٥١٨، ٥٣٣، ٥٤٠)، وقواعد الفقه للبركتي (١/٤٦ ق ٦٦)، والمدخل الفقهي العام ١/٣٣٤ ف ٣/٢٣، ١/٣٥١ ف ٥/٢٤) (ص ٣٤٩ ق ٣/٢٤ – ٤)، وموسوعة القواعد الفقهية (٢/١٦١، ٨/٧٧٤، ٨٢٩، ١٠/٨٨٦).

(٤) ينظر: المصباح المنير (ص ٣١٨) مادة (ن ف ع)، ولسان العرب (١٤/٣٢٥) (نفع)، والقاموس المحيط (ص ٩٩١) (النفع).

قال ابن فارس: «النون والفاء والعين كلمة تدل على خلاف الضر ونَفَعَهُ ينفَعُهُ نَفْعاً ومنْفعةً وانتفع بكذا»[١].

أما المنافع اصطلاحاً فهي: الفائدة التي تحصل من استعمال العين، فكما أن المنفعة تستحصل من الدار بسكناها، تستحصل من الدابة بركوبها[٢].

وقوله: «من استعمال العين» لتخرج الفوائد المادية، كاللبن، والولد من الحيوان، والثمرة من الشجرة، وأجرة الأعيان ونحوها، فهذه تسمى: غلة وفائدة.

ففي مغني المحتاج: «المراد بالفائدة اللبن والثمرة ونحوهما، وبالمنفعة السكنى واللبس ونحوهما»[٣].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن الفوائد التي تحصل من استعمال المنافع، كسكنى الدار، وركوب الدابة، ولبس الثوب ونحو ذلك، لا تعتبر أموالاً متقومة في حد ذاتها، أي: لا قيمة لها في نفسها، فلا تضمن بالغصب والإتلاف، إلا أنها تصير مالاً متقوماً بالعقد عليها، كالإجارة والوصية، لورود النص في ذلك وجريان العرف به. وهذا هو مذهب الحنفية في هذه المسألة[٤].

أما الجمهور فقد خالفوهم في ذلك فقالوا: المنافع أموال متقومة مضمونة، كالأعيان؛ لأنها هي المقصودة من الأعيان، ولولاها ما طلبت، وعلى هذا جرى عرف الناس ومعاملاتهم، ولأن الشرع اعتبرها مالاً عندما جعلها في مقابلة المال في عقد الإجارة، الذي يعتبر من عقود المعاوضات المالية، ولأن في عدم اعتبارها أموالاً

---

(١) معجم مقاييس اللغة (ص ١٠٠٤) كلمة (نفع).

(٢) ينظر: درر الحكام لعلي حيدر (١/ ١١٥ م١٢٥).

(٣) مغني المحتاج (٢/ ٣٧٧).

(٤) ينظر: أصول السرخسي (١/ ٥٦، ٢/ ١٥٢)، وكشف الأسرار عن أصول البزدوي (١/ ٢٥٥)، وبدائع الصنائع (٤/ ١٠٧).

تضييعاً لحقوق الناس، وإغراء للظلمة في الاعتداء على منافع الأعيان التي يملكها غيرهم، وهذا لا تقره الشريعة[١].

ومنهم من قال: «المنافع ليست أموالاً على الحقيقة، بل على ضرب من التوسع والمجاز، بدليل أنها معدومة لا قدرة عليها»[٢].

والذي يظهر لي أن سبب الخلاف بين الفريقين هو: الاختلاف في تعريف المال حيث قيده الحنفية بقيد الادخار إلى وقت الحاجة، بقولهم: «المال هو ما يميل إليه طبع الإنسان، ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة، منقولاً كان، أو غير منقول»[٣].

أما غير الحنفية فلم يشترطوا إمكان الادخار لوقت الحاجة لثبوت صفة المالية، وبالتالي اعتبروا المنافع أموالاً.

قال ابن عابدين: «والتحقيق أن المنفعة ملك لا مال، لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص، والمال ما من شأنه أن يدخر للانتفاع – به – وقت الحاجة»[٤].

أصل القاعدة:

يستدل للقاعدة بما ذكره الحنفية دليلاً على أن المنافع ملك وليست بمال، وأنها لا تضمن بالغصب والإتلاف، فهي تخالف الأعيان، ومن ذلك قولهم:

١ – إنها ليست بمال؛ لأن الشيء يوصف بالمالية إذا كان متمولاً، والتمول يعني:

---

(١) ينظر: حاشية الدسوقي (٣/ ٦٨٣)، وبداية المجتهد (١/ ١٧٨)، وقواطع الأدلة (٢/ ١١٣)، وروضة الطالبين (٥/ ١٣)، وفتح العزيز (١٠/ ٢٢٤)، والمغني لابن قدامة (٦/ ٦)، والشرح الكبير (٤/ ١٨٧، ٥/ ٣٧١، ٦/ ٤)، والمبدع (٥/ ٨٢)، والفقه الإسلامي وأدلته (٤/ ٣٨٧٧، ١٠/ ٧٥٢٣)، والموسوعة الفقهية (٣٦/ ٣٢).

(٢) قاله الخطيب الشربيني، انظر/ مغني المحتاج (٢/ ٢).

(٣) حاشية رد المحتار (٥/ ٤)، ومجلة الأحكام (م ١٢٥ وم١٢٦ وم١٥٩).

(٤) حاشية رد المحتار (٥/ ٥).

صيانة الشيء، وادخاره لوقت الحاجة، والمنافع لا تبقى وقتين؛ لكونها أعراضاً، فكلما خرجت من حيز العدم إلى حيز الوجود تتلاشى، فلا يتصور فيها التمول.

أما إحرازها وتقومها إذا ورد عليها العقد، كما في الإجارة والوصية، فهذا إنما ثبت بالنص على خلاف القياس، فهو غير معقول المعنى، فلا يقاس عليه.

بمعنى أنه: لما جاز العقد شرعاً، ثبت الإحراز ضرورة، بناء عليه، فلا يثبت في غير موضع العقد(١).

٢ – أنها لو كانت أموالاً لوجب ضمانها عند الاعتداء عليها بمنافع مثلها، تحقيقاً للمماثلة في الضمان، وهي لا تضمن بمنافع مثلها، ولا تضمن بالأعيان بطريق الأولى، لاختلافهما صورة ومعنى، وعليه فليست مالاً(٢).

قال المصنف: « لأن الشيء يضمن بمثله في الأصل، والعرض لا يماثل العين »(٣).

٣ – أن المنفعة يتصرف فيها بوصف الاختصاص، وإن كانت لا تحرز ولا تدخر، وهذا شأن الأملاك لا الأموال(٤).

٤ – أن حاصل المنافع راجع إلى أفعال يحدثها الشخص المنتفع في الأعيان بحسب ارتباط المقصود بها، فيستحيل إتلافها؛ لأن تلك الأفعال كلما توجد تنتفي، والإتلاف عبارة عن قطع البقاء، وما لا بقاء له لا يتصور إتلافه، غير أن الشرع نزلها منزلة الأعيان في حق جواز العقد عليها رخصة، فتعين الاقتصار عليها(٥).

---

(١) ينظر: كشف الأسرار عن أصول البزدوي (١/ ٢٥٤ – ٢٥٥)، وأصول السرخسي (١/ ٥٦، ٢/ ١٥٢ – ١٥٣)، وبدائع الصنائع (٢/ ٥٦٦، ٥٦٧، ٥٩٧، ٣/ ٢٣٢، ٤/ ٨٦، ١٠٩).

(٢) ينظر: أصول السرخسي (١/ ٥٦)، وكشف الأسرار (١/ ٢٥٥).

(٣) بدائع الصنائع (٤/ ١٠٩).

(٤) ينظر: حاشية رد المحتار (٥/ ٥).

(٥) ينظر: تخريج الفروع على الأصول (ص ٢٢٦).

أي: أن المنافع لا وجود لها، وإنما يقدر وجودها في الإجارة ونحوها، لأجل تصحيح العقد عليها[١].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «ولو فسخ القاضي – عقد الإجارة، ثم زرع – المستأجر الأرض – أو حمل – على الدابة – أو لبس – الثوب -، أو غير ذلك، لا يجب – عليه – شيء؛ لأن القاضي لما نقض العقد فقد بطل العقد، فصار مستعملاً مال الغير من غير عقد، فصار غاصباً، والمنافع على أصلنا لا تتقوم إلا بالعقد الصحيح، أو الفاسد، ولم يوجد»[٢].

٢ – ذكر المصنف: أن الإجارة الفاسدة[٣] يجب فيها أجرة المثل، ولا يجب المسمى من الأجرة، «إلا أنه لا يزاد على المسمى في عقد فيه تسمية عند أصحابنا الثلاثة...؛ لأن المنافع عند أصحابنا الثلاثة غير متقومة شرعاً بأنفسها، وإنما تتقوم بالعقد، بتقويم العاقدين، والعاقدان ما قوماها إلا بالقدر المسمى، فلو وجبت الزيادة على المسمى لوجبت بلا عقد، وإنها لا تتقوم بلا عقد»[٤].

٣ – قال المصنف: «لو اختلف الصانع والمستأجر في أصل الأجر، كالنسَّاج والقصَّار والخفَّاف والصبَّاغ، فقال رب الثوب والخف: عملته لي بغير شرط، وقال الصانع: لا، بل عملته بأجرة درهم، أو اختلف رب الدار مع المستأجر، فقال رب الدار أجرتها منك بدرهم، وقال الساكن: بل سكنتها عارية، فالقول قول صاحب الثوب والخف وساكن الدار، في قول أبي حنيفة مع يمينه، ولا أجر عليه.

---

(١) ينظر: أصول السرخسي ١ /٥٦)، ومجلة البحوث الإسلامية العدد ٧٦، (ص ٣٤٠).

(٢) بدائع الصنائع (٤ /٣١).

(٣) هي التي فاتها شرط من شروط الصحة. المصدر السابق (٤ /٨٤).

(٤) المصدر السابق.

وكذلك لو اتفقا على أنهما لم يشترطا الأجر، لكن الصانع قال: إنما عملت بالأجر، وقال رب الثوب ما شرطت لك شيئاً...

لأن المنافع على أصلنا لا تتقوم إلا بالعقد ولم يوجد...؛ لأن العقد لا يثبت مع الاختلاف للتعارض فلا تجب الأجرة»[١].

٤ – قال المصنف: «ومما ينتهي به عقد الإجارة: موت من وقع له عقد الإجارة...؛ لأن الإجارة عندنا تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع شيئاً فشيئاً، وإذا كان كذلك فما يحدث من المنافع في يد الوارث لم يملكها المورث لعدمها...؛ لأن المنافع لا تملك إلا بالعقد، وما يحدث منها في يد الوارث لم يعقد عليه رأساً؛ لأنها كانت معدومة حال حياة المورث، والوارث لم يعقد عليها، فلا يثبت الملك فيها للوارث»[٢].

٥ – قال المصنف: «ولو كان بدل الصلح منافع، فلا شفعة في الدار المصالح عنها، سواء كان الصلح عن إنكار، أو إقرار؛ لأن بدل الصلح ليس بعين مال، فلم يكن هذا الصلح معاوضة عين المال بعين المال، وهذا من شرائط ثبوت الشفعة»[٣].

٦ – وقال: «وعلى هذا يخرج ما إذا جعل الدار مهراً؛ بأن تزوج على دار، أو جعلها بدل الخلع، بأن خالع امرأته على دار، أو جعلها أجرة في الإجارات؛ بأن استأجر بدار؛ لأن هذه معاوضة المال بالمنفعة؛ لأن حكم الإجارة ثبت في المنفعة، وكذا حكم النكاح...، والمنفعة ليست بمال، وهذا عند أصحابنا رحمهم الله»[٤].

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٨٩ - ٩٠).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٩٠).

(٣) المصدر السابق (٤/ ١٠٧، ٥/ ٦٧).

(٤) المصدر السابق (٤/ ١٠٨ – ١٠٩).

المطلب الرابع
قاعدة: « جهالة المعقود عليه توجب فساد العقد »

أوردها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: « جهالة المعقود عليه تمنع صحة العقد »[٢].

وبلفظ: « الجهالة لا تمنع صحة العقد لعينها، بل لإفضائها إلى المنازعة »[٣].

معاني مفردات القاعدة:

الجهالة، لغة: من جَهِلْتُ الشيء « جَهْلاً » و« جَهَالةً » خلاف علمته[٤].

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٣٣، ١١٨، ١١٩).

(٢) المصدر السابق (٥/ ٥٦٦).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٤٨، ٣/ ٦٠٤).

وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: الفروق للكرابيسي (٢/ ١٤٦، ١٥٤)، وقواعد الأحكام (٢/ ٢٩٩)، والفروق للقرافي (١/ ٢٧٦ ف ٢٤)، (٣/ ٤٣٢ ف ١٩٣، ٤/ ٣٣ ف ٢٠٨)، وترتيب الفروق (ص ٢٩٣، ٢٩٩، ٣١٥)، وتهذيبها (١/ ٢٧٦ ف ٢٤)، ٣/ ٤٣٢ ف ١٩٣، ٤/ ٣٣ ف ٢٠٨)، والقواعد النورانية (ص ١٧١)، والمنثور للزركشي (١/ ٨٧، ١٠٩)، وتقرير القواعد (١/ ٢٣٤) القاعدة ٣٣، ٢/ ٤١٣، والقاعدة ١٠٤، ٣/ ٣٦٤)، وشرح تحفة أهل الطلب، د. اللاحم (ص ١٠٣)، والقواعد والفوائد الأصولية (ص ١٥٢)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٣٧٩)، ولابن نجيم (ص ١١٤، ٢٨٩، ٣٩٣)، وغمز عيون البصائر (٣/ ٤١)، وترتيب اللآلي (١/ ٦١٢)، ودرر الحكام لعلي حيدر (١/ ١٧٧ م ٢٠٠، ١/ ٢١٨، م ٢٣٨)، وكذلك المسائل ذات الرقم (١٤٦٨، ١٤٥٩، ١٥٧٣، ١٥٧٥، ١٥٧٧، ١٥٧٨، ١٦١٩) من مجلة الأحكام العدلية وشروحها، وقواعد البركتي (١/ ٧٤١ القاعدة ١٠٦)، ومجلة الأحكام الشرعية (ص ٣٦٨ م ١١٣٢)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٣٢٦، ٣٨١)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ٧٤٢ ف ٥٥/ ٢ – ٣)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٥/ ٣٢، ٣٨)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ٥٨)، وجمهرة القواعد الفقهية (١/ ٣١٧)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ٤٩٢)، والقواعد الفقهية د. الزحيلي (٢/ ١٠٦٤).

(٤) ينظر: المصباح المنير (ص ٦٣) مادة (ج هـ ل)، والقاموس الحيط (ص ١٢٦٧) كلمة (جهلة).

والجهل: نقيض العلم. والجهالة: أن تفعل فعلاً بغير علم[١].

قال ابن فارس: «الجيم والهاء واللام أصلان: أحدهما خلاف العلم، والآخر الخفة وخلاف الطمأنينة، فالأول: الجهل نقيض العلم»[٢].

اصطلاحاً: لا يخرج معناها في الاصطلاح عن معناها اللغوي، والمراد بالجهالة المفسدة للعقد هي: الجهالة المتفاحشة والتي تفضي إلى المنازعة[٣].

والمراد بالنزاع هنا هو النزاع المشكل الذي يتعذر حله، وهو النزاع الذي تتساوى فيه حجة الطرفين، استناداً إلى تلك الجهالة، أي: عندما يكون في العقد جهالة تصلح متمسكاً لكل من الطرفين فيما يريد[٤].

والمراد بفساد العقد: اختلال صفة من صفاته – المطلوبة شرعاً – العارضة الطارئة غير الجوهرية فيه[٥].

والتعبير بالفساد فيه إشارة إلى مسألة وهي: أن العقد غير الصحيح ينقسم إلى قسمين عند الحنفية وهما: الفاسد والباطل[٦].

---

(١) ينظر: لسان العرب (٣/٢٢٨) كلمة (جهل)، ومختار الصحاح (ص ١٠٤) (ج هـ ل).

(٢) معجم مقاييس اللغة (ص ٢١١) كلمة (جهل).

(٣) وهذا ذكره المصنف كما تقدم ي بعض ألفاظ القاعدة. ينظر: بدائع الصنائع (٤/٢٤) مع ما ذكره في (٤/٣٤).

(٤) ينظر: المدخل الفقهي (٢/٧٤٤ ف ٢/٥٥)، والفقه الإسلامي وأدلته (٥/٣٣٤٦).

(٥) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته (٤/٣١٥٥).

(٦) أما عند الجمهور فالفاسد والباطل مترادفان. ينظر هذه المسألة في كتب أصول الفقه، ومن ذلك: البحر المحيط (١/٢٥٧)، والأحكام للآمدي (١/١٣١)، والإبهاج (١/٦٨)، وكشف الأسرار عن أصول البزدوي (١/٣٨٠)، والتقرير والتحبير (٢/٢٠٠)، والقواعد والفوائد الأصولية (ص ١١٠)، وشرح الكوكب المنير (١/٤٧٤)، ومن كتب القواعد الفقهية ينظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (٢/٩٨)، وللسيوطي (ص ٢٨٦)، ولابن نجيم (ص ٣٧٢)، وتقرير القواعد (١/٣٢٨).

فالباطل هو: ما لم يشرع بأصله ولا وصفه، والفاسد: ما كان مشروعاً بأصله – ركنه ومحله وأهلية عاقديه – دون وصفه أي: ما كان صادراً ممن هو أهل له، والمحل قابل لحكم العقد شرعاً، والصيغة سليمة، ولكن صاحب ذلك وصف منهي عنه شرعاً، كبيع المجهول جهالة فاحشة تؤدي إلى النزاع، مثل بيع دار من دور، أو ثوب من ثياب، أو شاة من قطيع، أو مؤقت بوقت مجهول، كهبوب الريح، ومجيء المطر وقدوم فلان ونحو ذلك.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

من المعلوم أن المقصود من العقود انتفاع كل من المتعاقدين بما تعاقدا عليه.

وهذه القاعدة تعبر عن شرط من الشروط التي تؤدي إلى تحقيق هذا الغرض، وهو أن يكون المعقود عليه معلوماً لدى كلا الطرفين. لأن كل جهالة في العقد، سواء في المبيع، أو الثمن، أو ما يتعلق بأحدهما، تمنع صحة العقد وتوجب فساده وبطلانه، إذا كانت هذه الجهالة جهالة متفاحشة تفضي إلى المنازعة والخصومة.

وهنا يتجلى مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية، وهو الحرص على حسم النزاعات والخصومات، التي تؤدي إلى فساد العلاقة بين المسلمين.

ويفهم من هذا أنه إذا كانت الجهالة لا تؤدي إلى النزاع كأن تكون جهالة يسيرة، أو تكون في غير عقود المعاوضات كالتبرعات والوصية والكفالة، فإنه لا يشترط فيها العلم.

الجهالة والغرر:

كثيراً ما يذكر الفقهاء كلمة الغرر[1] وكلمة الجهالة مقترنة في سياق التعليل لبعض الأحكام، مما يوحي بأنهما مترادفتان.

ولبيان ذلك أسوق ما ذكره القرافي في هذه المسألة، حيث قال:

---

(١) الغرر: هو ما يكون مجهول العاقبة، أيكون أم لا؟ التعريفات للجرجاني (ص ١٦٤).

« اعلم أن العلماء قد يتوسعون في هاتين العبارتين فيستعملون إحداهما موضع الأخرى ».

ثم يفرق بين قاعدة المجهول وقاعدة الغرر بقوله: « وأصل الغرر: هو الذي لا يدري هل يحصل أم لا؟ كالطير في الهواء، والسمك في الماء.

وأما ما علم حصوله وجهلت صفته فهو المجهول؛ كبيعه ما في كمه، فهو يحصل قطعاً، لكن لا يدري أي شيء هو ».

ويقول: « فالغرر والمجهول كل واحد منهما أعم من الآخر من وجه وأخص من وجه، فيوجد كل واحد منهما مع الآخر وبدونه.

أما وجود الغرر بدون الجهالة؛ فكشراء العبد الآبق المعلوم قبل الإباق – فهذا – لا جهالة فيه وهو غرر؛ لأنه لا يدري هل يحصل أم لا؟

والجهالة بدون الغرر كشراء حجر لا يدري أزجاج هو أم ياقوت؟ فمشاهدته تقتضي القطع بحصوله، وعدم معرفته تقتضي الجهالة به.

وأما اجتماع الغرر والجهالة فكالعبد الآبق المجهول الصفة قبل الإباق.

ثم قال: ثم الغرر والجهالة يقعان في سبعة أشياء:

١ – في الوجود كالآبق قبل الإباق.

٢ – والحصول إن علم الوجود كالطير في الهواء.

٣ – وفي الجنس كسلعة لم يسمها.

٤ – وفي النوع كعبد لم يسمه.

٥ – وفي المقدار كالبيع إلى مبلغ رمي الحصاة.

٦ – وفي التعيين كثوب من ثوبين مختلفين.

٧ – وفي البقاء كالثمار قبل بدو صلاحها، فهذه سبعة موارد للغرر والجهالة »[1].

---

(١) الفروق (٣/ ٤٣٢ – ٤٣٣ ف ١٩٣).

وزاد صاحب تهذيب الفروق موردين، حيث قال: «وبقي الجهل بالأجل إن كان هناك أجل، والجهل بالصفة، فهذه تسعة موارد للغرر من جهة الجهالة»[١].

أصل القاعدة:

يستدل لهذه القاعدة بالأحاديث الدالة على أن كل معاملة اشتملت على غرر وجهالة، في عقود المعاوضات، فهي باطلة، أي أن الذي أبطلها هو الغرر والجهالة في الشيء المقصود منها ومن ذلك:

١ – عن أبي هريرة – رضي الله عنه – قال: «نهى رسول الله ^ عن بيع الحصاة[٢] وبيع الغرر»[٣].

وجه الدلالة:

أن النبي ^ نهى عن بيع الغرر وهذا نص في المسألة، ونهى أيضاً عن التعامل بنوع من أنواع البيوع التي تشتمل على جهالة في المعقود.

٢ – عن جابر – رضي الله عنه – قال: «نهى رسول الله ^ عن بيع ضراب الجمل»[٤].

وجه الدلالة:

أن النبي ^ نهى عن أخذ الأجرة على ضراب الجمل، لأن ماء الفحل غير

---

(١) تهذيب الفروق (٣/ ٤٣٣) بهامش الفروق.

(٢) هو أن يقول المشتري أو البائع: إذا نبذت الحصاة إليك فقد وجب البيع، وقيل: هو أن يقول بعتك من السلع ما تقع عليه حصاتك إذا رميت بها، أو بعتك من الأرض إلى حيث تنتهي حصاتك. لسان العرب (٤/ ١٤٥ – ١٤٦) (حصى).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر (٥/ ٣) الحديث رقم (٣٨٨١).

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب المساقاة، باب تحريم بيع فضل الماء الذي يكون بالفلاة ويحتاج إليه لرعي الكلأ وتحريم منع بذله، وتحريم بيع ضراب الفحل (٥/ ٣٤) الحديث رقم (٤٠٨٨).

متقوم، ولا معلوم، ولا مقدور على تسليمه، وهذا فيه غرر وجهالة في المقصود.

٣ – عن أبي هريرة – رضي الله عنه – أن رسول الله ^ نهى عن الملامسة والمنابذة»[١].

وجه الدلالة:

أن النبي ^ بين أن هاتين المعاملتين باطلتان وذلك لوجود الجهالة والغرر فيهما؛ لأن انعقاد البيع ووجوبه بمجرد اللمس والنبذ من غير نظر ولا تأمل ولا تقليب للمبيع نوع من الغرر والمخاطرة[٢].

٤ – الإجماع. قال القرافي: «وبيع المجهول والغرر في الثمن غير جائز إجماعاً»[٣].

٥ – قال المصنف: «لأن الجهالة المفضية إلى المنازعة تمنع من التسليم والتسلم، فلا يحصل المقصود من العقد، فكان العقد عبثاً لخلوه من العاقبة الحميدة، وإذا لم تكن مفضية إلى المنازعة يوجد التسليم والتسلم فيحصل المقصود»[٤]. وهذا أصل مهم ينبغي التعويل عليه في الأحكام، فإن به حلاً لكثير من المشكلات.

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «لو قال: آجرتك إحدى هاتيك الدارين، أو أحد هذين العبدين، أو قال: استأجرت أحد هذين الصانعين لم يصح العقد؛ لأن المعقود عليه مجهول لجهالة محله جهالة مفضية إلى المنازعة فتمنع صحة العقد»[٥].

٢ – وقال: «لو استأجر بالوعة ليصب فيها وضوءً لم يجز؛ لأن مقدار ما يصب فيه من الماء مجهول، والضرر يختلف فيه بقلته وكثرته فكان محل المعقود عليه مجهولاً»[١].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب البيوع، باب بيع المنابذة (٣/٩٢) الحديث رقم (٢١٤٦).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٤/٣٨٩).

(٣) الفروق (٣/٤٦٥ ف ١٩٩).

(٤) بدائع الصنائع (٤/٢٤ – ٢٥، ٣٥)، وانظره في أصول السرخسي (٢/٢٠٨).

(٥) المصدر السابق (٤/٢٥).

مجهولاً »[١].

٣ – وقال: « إذا استأجر حائطاً ليضع عليه جذوعاً، أو يبني عليه سترة، أو يضع فيه ميزاباً، فإنه لا يجوز؛ لأن وضع الجذع وبناء السترة يختلف باختلاف الثقل والخفة، والثقيل منه يضر بالحائط، والضرر مستثنى من العقد دلالة، وليس لذلك المضر حد معلوم فيصير محل المعقود عليه مجهولاً »[٢].

٤ – وقال: « ومنها: - شروط الإجارة –بيان المدة في إجارة الدور والمنازل والبيوت والحوانيت وفي استئجار الظئر؛ لأن المعقود عليه لا يصير معلوم القدر بدونه، فترك بيانه يفضي إلى المنازعة »[٣].

٥ – وقال: « وكذا إذا استأجرها للزراعة، فلا بد من بيان ما يزرع فيها، أو يجعل له أن يزرع فيها ما شاء، وإلا فلا يجوز العقد؛ لأن منافع الأرض تختلف باختلاف البناء والغرس والزراعة، وكذا المزروع يختلف منه ما يفسد الأرض ومنه ما يصلحها، فكان المعقود عليه مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة فلا بد من البيان »[٤].

٦ – وقال: « لو استأجر إنساناً ليبيع له ويشتري ولم يبين المدة لم يجز؛ لجهالة قدر منفعة البيع والشراء، ولو بين المدة... جاز؛ لأن قدر المنفعة صار معلوماً ببيان المدة »[٥].

* * *

(١) المصدر السابق (٤/ ٢٦).

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق (٤/ ٢٧).

(٤) المصدر السابق (٤/ ٣٠).

(٥) المصدر السابق (٤/ ٣٢). وينظر: (٤/ ٣٣، ٤٨، ٦٧، ٣٢٣، ٣٣٨، ٣٥٥، ٣٥٨، ٣٥٩، ٣٦٠، ٣٦٥، ٣٨٤، ٤٢٢، ٤٤٠، ٤٤١، ٥/ ٧٧، ٢٦٦) وغيرها.

المبحث العشرون
قواعد في البيع

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: قاعدة « المعدوم لا يحتمل البيع ».

المطلب الثاني: قاعدة « الثمن يقابل الأصل لا الصفة ».

المطلب الثالث: قاعدة « تفريق الصفقة قبل تمامها باطل ».

المطلب الرابع: قاعدة « البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض ».

المطلب الخامس: قاعدة « الأصل أن الربح إنما يستحق عندنا إما بالمال، وأما بالعمل، وإما بالضمان ».

المطلب السادس: قاعدة « كل ما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه ».

المطلب الأول
قاعدة: « المعدوم لا يحتمل البيع »

أوردها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: « استحقاق المعدوم الذي له خطر الوجود والعدم في المعاوضة لم يرد الشرع به »[٢].

وبلفظ: « أن ما جعل غاية لا بد من وجوده إذ المعدوم لا يصلح غاية »[٣].

وبلفظ: « الالتحاق بالمعدوم لا يجوز »[٤].

وبلفظ: « تمليك المعدوم محال »[٥].

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ١٤، ٥/ ٣١٩).

(٢) المصدر السابق (٣/ ٢٣٣).

(٣) المصدر السابق (٣/ ٢٥١).

(٤) المصدر السابق (٤/ ٣٨٨).

(٥) المصدر السابق (٥/ ١٦٩).

وينظر أحكام هذه القاعدة وألفاظها في: الفروق للكرابيسي (٢/ ٥١٤)، وقواعد الأحكام (٢/ ٢٥٠)، والقواعد النورانية (ص١٧١)، وأعلام الموقعين (٢/ ٧)، وزاد المعاد (٥/ ٧١٦)، والقواعد للمقري (١/ ٣٣٣)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (٢/ ٥٠٩)، والموافقات (٢/ ١٤، ٤٦)، وتقرير القواعد (١/ ٤٩٠ القاعدة ٥٩، ٢/ ٤٣٦)، وشرح تحفة أهل الطلب (ص ١٩٢)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٤٤٩)، ولابن نجيم (ص ١١٤، ٢٣٧، ٢٣٩، ٣٨٠)، وإيضاح المسالك (ص ١٣٨)، وغمز عيون البصائر (١/ ٢٦٣، ٣١٦)، وشرح المجلة لسليم رستم باز (١/ ٩٦، ٩٨ م ١٩٧، ٢٠٥)، ودرر الحكام لعلي حيدر (١/ ١٧٧ م١٩٧، ١/ ١٨١ م٢٠٥)، وشرح القواعد للزرقا (ص ١٥٢، ٢١١، ٢١٢، ٢٦٥)، والقواعد الفقهية المستنبطة من المدونة الكبرى (١/ ٢٩٧، ٢/ ٧٠٧)، من صور البورصة بحث من إعداد اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في مجلة البحوث الإسلامية

=

معاني مفردات القاعدة:

المعدوم: لغة: «العَدَم» و«العُدْم» و«العُدُم» فقدان الشيء وذهابه، وغلب على فقدان المال وقلَّته. وأعدمني الشيء: لم أجده، وأعْدم إعْداماً وعُدْماً: افتقر[١].

قال ابن فارس: «العين والدال والميم أصل واحد يدل على فقدان الشيء وذهابه»[٢].

اصطلاحاً: نوعان: معدوم حقيقة ومعدوم حكماً.

المعدوم حقيقة: هو الذي ليس له صورة أو وجود في الخارج.

المعدوم حكماً: هو الذي حكم الشرع بعدمه وإن كان له صورة ووجود في الخارج[٣].

البيع لغة: مصدر «باعَه» «يبيعُهُ» «بَيْعاً» و«مَبيعاً»[٤]، وهو شاذ وقياسه: مَباعاً[٥]، فهو «بائع» و«بيِّعٌ» و«البيع» من الأضداد مثل الشراء، ويطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه «بائع»، لكن إذا أطلق «البائع» فالمتبادر إلى الذهن: باذل السلعة.

ويطلق البيع على المبيع فيقال: بيعٌ جيد[٦].

والأصل في البيع: مبادلة مال بمال[٧].

= (٤٨/ ٦٤).

(١) ينظر: لسان العرب (١٠/ ٦٤)، والقاموس المحيط (ص ١٤٦٦) كلمة (عدم)، ومختار الصحاح (ص ٣٦٣) والمصباح المنير (ص ٢٠٦) مادة (ع د م).

(٢) معجم مقاييس اللغة (ص ٧١٨) كلمة (عدم).

(٣) ينظر: معجم لغة الفقهاء (١/ ٤٤٠)، والموسوعة الفقهية الميسرة (٢/ ١٨١٨).

(٤) ينظر: المصباح المنير (ص ٤٠) مادة (ب ي ع).

(٥) ينظر: مختار الصحاح (ص ٦٦) مادة (ب ي ع)، ولسان العرب (٢/ ١٩٣) كلمة (بيع).

(٦) ينظر: المصادر اللغوية السابقة.

(٧) ينظر: المصباح المنير (ص ٤١).

قال ابن فارس: «الباء والياء والعين، أصل واحد وهو: بيع الشيء، وربما سمي الشرى بيعاً، والمعنى واحد»[١].

وقال المصنف: «البيع في اللغة مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب[٢]، مالاً كان أو غير مال»[٣].

وقال المصنف: «وفي عرف الشرع: هو مبادلة مال متقوم بمال متقوم»[٤].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

اشترط الفقهاء لصحة البيع شروطاً منها: أن يكون المعقود عليه – المبيع – موجوداً، فلا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم، كبيع نتاج النتاج بأن قال: بعت ولد ولد هذه الناقة، وكذا بيع الحمل؛ لأنه إن باع الولد فهو بيع المعدوم، وإن باع الحمل فله خطر المعدوم لاحتمال ولادته ميتاً، وكذا بيع اللبن في الضرع، لاحتمال عدمه بكونه انتفاخاً، وكذا بيع الزرع قبل ظهوره لاحتمال عدم نباته[٥].

وهذا الرأي متفق عليه في الجملة بين أئمة المذاهب الأربعة[٦]، ومنهم من حكى الإجماع على ذلك[٧]. وإن كان بينهم خلاف في بعض التفصيلات.

---

(١) معجم مقاييس اللغة (ص ١٤٧) كلمة (بيع).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٣٢، ٥٩١، ٤/ ٢٨٢، ٣١٨، ٣١٩، ٣٩٩، ٥/ ٢٧، ٢٩).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٥٨٢).

(٤) المصدر السابق (٤/ ٥٨٣، ٥٩١).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٣٢٦).

(٦) ينظر: المصدر السابق وحاشية رد المحتار (٥/ ٢١)، والذخيرة (٥/ ٢٥٧)، والشرح الكبير للدردير (١/ ٤٠١)، والمهذب (١/ ٢٦٢)، والمجموع (٩/ ٢٥٧)، والحاوي الكبير (٥/ ٨٧١)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٢٢٤، ٦/ ٢٨٠)، والكافي (٢/ ٤)، والشرح الكبير لابن قدامة (٤/ ٢٠٢)، وحاشية الروض المربع (٤/ ٥٤٩).

(٧) ينظر: حاشية الروض المربع (٤/ ٣٤٩)، الحاشية رقم (١) حيث قال: «إذ المعدوم لا يصح بيعه بالإجماع في الجملة».

لكن شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم أجازا بيع المعدوم عند العقد، إذا كان محقق الوجود في المستقبل بحسب العادة.

وعللوا ذلك: بأنه لم يثبت النهي عن بيع المعدوم لا في كتاب ولا في سنة ولا في كلام الصحابة، لا بلفظ عام ولا بمعنى عام، وإنما الذي ورد في السنة النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة، كما فيها النهي عن بيع الأشياء الموجودة، فليست العلة في المنع لا العدم ولا الوجود، بل الذي وردت به السنة النهي عن بيع الغرر، حتى إن الشرع صحح بيع المعدوم في بعض المواضع، فإنه أجاز بيع الثمر بعد بدو صلاحه والحب بعد اشتداده، ومعلوم أن العقد إنما ورد على الموجود والمعدوم الذي لم يخلق بعد[(١)].

ولا خلاف في استثناء بيع السلم فهو صحيح مع أنه بيع معدوم، وذلك للنصوص الواردة فيه.

أصل القاعدة:

استدل المصنف لهذه القاعدة بما يأتي:

١ – عن جابر بن عبدالله - رضي الله عنه - «أن رسول الله ^ نهى عن بيع حبل الحبلة»[(٢)(٣)].

---

(١) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٠/٥٤٣) وما بعدها، والقواعد النورانية (ص ١٧١)، وإعلام الموقعين (٢/٧)، وزاد المعاد (٥/٧١٦).

(٢) حبل الحبلة: بفتح الحاء والباء فيهما جميعاً، وهو نتاج النتاج، وهو أن يقول: بعت منك ولد ولد هذه الناقة يعني إذا ولدت هي أنثى وكبرت تلك الأنثى وولدت فذلك الولد لك بكذا، وهو بيع المعدوم فلم يجز. طلبة الطلبة (ص ٢٢٩).

(٣) رواه البخاري في صحيحه: كتاب البيوع، باب بيع الغرر وحبل الحبلة (٣/٩١) الحديث رقم (٢١٤٣)، ومسلم في صحيحه: كتاب البيوع، باب تحريم بيع حبل الحبلة (٥/٣)، الحديث رقم (٣٨٨٢).

وجه الدلالة:

أن النبي ^ حرم بيع ولد ما تحمله الناقة لأنه معدوم عند إبرام العقد.

٢ – عن ابن عمر – رضي الله عنهما – قال: «نهى رسول الله ^ عن عسب الفحل»[(١)(٢)].

وجه الدلالة:

هو نهيه ^ عن بيع عسب الفحل أو إجارته؛ لأن ذلك معدوم أثناء العقد، «ولا يمكن حمل النهي على نفس العسب وهو الضراب؛ لأن ذلك جائز بالإعارة»[(٣)].

٣ – عن حكيم بن حزام قال: قلت: يا رسول الله يأتيني الرجل يسألني البيع، ليس عندي ما أبيعه، ثم أبيعه من السوق؟ فقال ^ : «**لا تبع ما ليس عندك**»[(٤)].

وجه الدلالة:

أن النبي ^ نهى عن بيع ما ليس في ملكك وقدرتك، وهذا يفيد أن المبيع لا بد وأن يكون مملوكاً للبائع وتحت قدرته وتصرفه، وإلا فلا يجوز بيعه لأنه بيع معدوم.

---

(١) رواه البخاري في صحيحه: كتاب الإجارة، باب عسب الفحل (٣/١٢٢) الحديث رقم (٢٢٨٤).

(٢) عسب الفحل: هو إكراؤه، وقيل هو ضرابه.

(٣) بدائع الصنائع (٤/٣٢٨).

(٤) أخرجه أحمد في مسنده (٢٤/٢٦) الحديث رقم (١٥٣١١)، قال عنه شعيب الأرنؤوط: حديث صحيح لغيره. وأبو داود في سننه: كتاب الإجارة: باب: في الرجل يبيع ما ليس عنده (٣/٣٠٢) الحديث رقم (٣٥٠٥)، والنسائي في سننه، كتاب البيوع، باب: بيع ما ليس عند البائع (٧/٢٨٩) الحديث رقم (٤٦١٣)، والترمذي، كتاب البيوع، باب: ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك (٣/٥٣٤، ح ١٢٣٢)، وابن ماجه في سننه: أبواب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح مالم يضمن (٣/٣٠٨ ح ٢١٨٧)، قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

٤ – الإجماع. فقد حكي الإجماع على عدم صحة بيع المعدوم في الجملة[١].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: « لا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم كبيع نتاج النتاج؛ بأن قال: بعت ولد ولد هذه الناقة، وكذا بيع الحمل؛ لأنه إن باع الولد فهو بيع المعدوم، وإن باع الحمل فله خطر المعدوم »[٢].

٢ – وقال: « وكذا بيع اللبن في الضرع؛ لأنه له خطر، لاحتمال انتفاخ الضرع »[٣].

٣ – وقال: « وكذا بيع الثمر والزرع قبل ظهوره؛ لأنهما معدوم »[٤].

٤ – وقال: « ولا يجوز بيع الدقيق في الحنطة، والزيت في الزيتون، والدهن في السمسم، والعصير في العنب، والسمن في اللبن...؛ لأن بيع الدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون ونحو ذلك بيع معدوم »[٥].

٥ – وقال: « لو باع تبن الحنطة في سنبلها دون الحنطة، لا ينعقد؛ لأنه لا يصير تبناً إلا بالعلاج وهو الدق، فلم يكن تبناً قبله، فكان بيع المعدوم فلا ينعقد »[٦].

٦ – وقال: « وكذا بيع البزر في البطيخ غير صحيح؛ لأنه بمنزلة الزيت في الزيتون، وبيع النوى في التمر، وكذلك بيع اللحم في الشاة حية؛ لأنها إنما تصير لحماً بالذبح والسلخ، فكان بيع المعدوم لا ينعقد »[٧].

٧ – وقال: « وكذا بيع الشحم الذي في إليتها وأكارعها ورأسها، لما قلنا، وكذا بيع

---

(١) ينظر: حاشية الروض المربع (٤/ ٣٤٩).

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ٣٢٦).

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق.

(٥) المصدر السابق (٤/ ٣٢٨).

(٦) المصدر السابق.

(٧) المصدر السابق.

البحير في السمسم، لأنه إنما يصير بحيراً بعد العصر»[١].

٨ – وقال: «وعلى هذا يخرج ما إذا قال: بعتك هذا الياقوت بكذا، فإذا هو زجاج، أو قال: بعتك هذا الفص على أنه ياقوت بكذا، فإذا هو زجاج، أو قال: بعتك هذا الثوب الهروي بكذا فإذا هو مروي، أو قال: بعتك هذا الثوب على أنه مروي، فإذا هو هروي، لا ينعقد البيع؛ لأن المبيع معدوم»[٢].

* * *

(١) المصدر السابق.

(٢) المصدر السابق.

المطلب الثاني
قاعدة: «الثمن يقابل الأصل لا الصفة»

أوردها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: «الثمن يقابل الأصل دون الصفة»[٢].

وبلفظ: «الصفات المحضة لا يقابلها الثمن»[٣].

وبلفظ: «الأوصاف لا تقابل بالثمن»[٤].

وبلفظ: «الأوصاف لا قسط لها من العوض»[٥].

وبلفظ: «الأوصاف لا حصة لها من الثمن إلا إذا ورد عليها القبض أو الجناية، لأنها تصير مقصودة»[٦].

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٣٦١، ٣٦٢).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٢٦٢، ٣٦٣).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٣٦٣).

(٤) المصدر السابق (٤/ ٤٩٢).

(٥) المصدر السابق (٥/ ٢٦٠).

(٦) المصدر السابق (٤/ ٤٩٢).

وينظر أحكام هذه القاعدة وألفاظها في: الفروق للقرافي (٣/ ٤٦٢ ف ١٩٩)، وتهذيب الفروق (٣/ ٤٦٢ ف ١٩٩) مطبوع مع الفروق، والأشباه والنظائر لابن السبكي (٢/ ٦٨)، وإيضاح المسالك (ص ٢٥٤)، القاعدة (٥٣)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٣٨٧)، وشرح المنهج المنتخب (١/ ٣٦٢)، وترتيب اللآلي (٢/ ١١٤٦)، ودرر الحكام لعلي حيدر (١/ ٣٣٩، ٢/ ٥٥٥، ٣/ ٦٠٦)، وشرح القواعد للزرقا (ص ٢٥٧)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٢٤ ف ٨١/ ٦٨)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ٤٠٢)، والقواعد والضوابط المستلخصة من التحرير (ص ٤٨٢)، وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية أ. د. الغرياني (ص ١٩٣).

معاني مفردات القاعدة:

الثمن: لغة: قال ابن فارس: «الثاء والميم والنون أصلان، أحدهما: عوض ما يباع، والآخر جزء من ثمانية.

فالأول: قولهم: بعت كذا وأخذت ثمنه»[١].

والثمن: العوض، والجمع أثمان مثل سبب وأسباب، و«ثَمَّنْتُهُ» «تَثْميناً»: جعلت له ثمناً بالحدس والتخمين[٢].

والثَّمن ما تستحق به الشيء، والثَّمَن: ثمن المبيع، وثمن كل شيء: قيمته، وشيء ثمين، أي: مرتفع الثمن[٣].

قال المصنف: «الثمن في اللغة: اسم لما في الذمة»[٤].

أما في الاصطلاح فقد عرفه المصنف بقوله: «الثمن: اسم لما أزال المشتري ملكه ويده عنه، بمقابلة ما أزال البائع ملكه ويده عنه»[٥].

الأصل: تقدم تعريفه لغة واصطلاحاً، والمراد به هنا: الراجح.

الصفة: لغة: قال ابن فارس: «الصفة الأمارة اللازمة للشيء»[٦].

أما الأوصاف في الاصطلاح فقد عرفها المصنف بقوله: «كل ما يدخل في البيع من غير تسمية، كماء وشجر في أرض، وأطراف في حيوان، وجودة في الكيلي

---

(١) معجم مقاييس اللغة (ص ١٧٠) كلمة (ثمن).

(٢) ينظر: المصباح المنير (ص ٤٨)، مادة (ث م ن).

(٣) ينظر: لسان العرب (٤٣/٣) كلمة (ثمن)، ومختار الصحاح (ص ٧٩) مادة (ث م ن)، والقاموس المحيط (ص ١٥٢٩) كلمة (الثمن).

(٤) بدائع الصنائع (٤٨٢/٤). وينظر: المغرب في ترتيب المعرب (ص ٦٩).

(٥) المصدر السابق (٥٢١/٤).

(٦) معجم مقاييس اللغة (ص ١٠٥٤) كلمة (وصف).

والوزني»[١].

الفرق بين الأصل والوصف: اختلفت عبارات الحنفية في ذلك:

فقال بعضهم: ما تعيب بالتنقيص، فالزيادة والنقصان فيه وصف، وما ليس كذلك، فالزيادة والنقصان فيه أصل.

وقال بعضهم: ما لوجوده تأثير في تقدم غيره، ولعدمه تأثير في نقصان غيره فهو وصف، وما ليس كذلك فهو أصل.

وقيل: ما لا ينقص الباقي بفواته فهو أصل، وما لا يكون كذلك فهو وصف. وهذا قريب من الثاني[٢].

وعرفها المصنف بقوله: «ما تبعيضه يوجب تعيب الباقي، هذا حد الصفة في هذا الباب»[٣].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن الأوصاف التي تدخل في عقد البيع بلا ذكر، ويكون لوجودها، أو عدمه، تأثير في تقدم غيره، أو نقصانه، كالبناء والشجر في الأرض، وأطراف الحيوان ونحو ذلك، لا يقابلها شيء من الثمن إذا فقدت، إلا إذا ورد القبض عليها، أو كانت مقصودة بالإتلاف.

فلو تلف بعض المبيع قبل القبض بآفة سماوية، ونشأ عن هذا التلف نقصان في الوصف، فالمشتري بالخيار بين فسخ العقد والرجوع بالثمن، وبين قبوله ناقصاً ولا شيء له؛ لقدرته على الفسخ.

أما إذا نشأ عن التلف نقصان في القدر، بأن كان مكيلاً، أو موزوناً، أو

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٤٩٢)، وحاشية رد المحتار (٥/ ٣٣٦).

(٢) ينظر: العناية شرح الهداية (٨/ ٤٠٣).

(٣) بدائع الصنائع (٤/ ٣٦٣).

معدوداً، فالعقد ينفسخ بقدر الهالك، وتسقط حصته من الثمن، والمشتري بالخيار بين الأخذ والفسخ؛ لتفرق الصفقة.

أما إذا تلف بعض المبيع قبل القبض بفعل فاعل، فإنه يسقط ما يقابله من الثمن، سواء أكان النقصان في القدر أو في الوصف؛ لأن الأوصاف لها حصة من الثمن عند ورود الجناية عليها؛ لأنها تصير أصلاً بالفعل فتقابل بالثمن، ويكون المشتري بالخيار في الباقي، إن شاء أخذه بحصته من الثمن، وإن شاء ترك، لتفرق الصفقة عليه[(١)]. وقد وضع محمد بن الحسن – رحمه الله – ضابطاً كلياً لهذه المسألة حيث قال: «كل شيء إذا بعته وحده لا يجوز بيعه، وإذا بعته مع غيره جاز، فإذا استحق ذلك الشيء قبل القبض كان المشتري بالخيار: إن شاء أخذ الباقي بجميع الثمن، وإن شاء ترك.

وكل شيء إذا بعته وحده يجوز بيعه، فإذا بعته مع غيره فاستحق، كان له حصة من الثمن»[(٢)].

وبهذا يتضح أنه لا بد أن تكون الصفة غير مقصودة في البيع، أما إن كانت مقصودة فإنه لا بد وأن يكون لها قسط من الثمن، وهذا الفهم من اللفظ الأخير المذكور ضمن ألفاظ القاعدة.

حيث قال المصنف: «الأوصاف لا حصة لها من الثمن إلا إذا ورد عليها القبض أو الجناية لأنها تصير مقصودة بالقبض والجناية»[(٣)].

وقال: «لأن القدر في المكيل والموزون معقود عليه له حصة من الثمن

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٣٦١ – ٣٦٤)، و(٢/ ٥٩٩، ٦٠٠، ٣/ ٥٣٨، ٤/ ٤٩٢، ٥٠٠، ٥٠٥، ٥١٧، ٥٨٨، ٥/ ٢٦٠).

(٢) ينظر: المحيط البرهاني (٧/ ٦٩)، وحاشية رد المحتار (٥/ ٣٣٦) فقد نقلوا ذلك عنه.

(٣) بدائع الصنائع (٤/ ٤٩٢).

والأطراف من الحيوان جارية مجرى الأوصاف، فلا يقابلها الثمن، إلا إذا صارت مقصودة بالقبض أو بالجناية على ما بينا فيما تقدم»[١][٢].

أصل القاعدة:

استدل المصنف لهذه القاعدة بما يأتي:

١ – الإجماع. قال المصنف: «ولو هلكت الزيادة بآفة سماوية لا يسقط شيء من الثمن بالإجماع، وإن كانت مبيعة عندنا، لأنها مبيعة تبعاً بمنزلة أطراف الأم لا مقصوداً والأطراف كالأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن إلا أن تصير مقصودة بالفعل من القبض، أو الجناية، ولم يوجد»[٣].

٢ – أن الصفة تابعة للعقد قائمة به تدخل فيه من غير ذكر، والتابع لا يفرد بحكم[٤][٥].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «إذا قال: بعت منك هذا الثوب على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم، فالبيع جائز؛ لأن المبيع وثمنه معلومان، ثم إذا وجده مثل ما سمى، لزمه الثوب بعشرة دراهم ولا خيار له، وإن وجده أحد عشر ذراعاً فالزيادة سالمة للمشتري، وإن وجده تسعة أذرع لا يطرح لأجل النقصان شيء من الثمن، وهو بالخيار، إن شاء أخذ بجميع الثمن، وإن شاء ترك...؛ لأن زيادة الذرع في الذرعيات

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٥٠٥).

(٢) وهذا ما أشار إليه الشيخ أحمد الزرقا بقوله: «أما إذا صار التابع مقصوداً فإنه يفرد بالحكم» شرح القواعد (ص ٢٥٧)، ومثله عند مصطفى الزرقا في المدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٢٤)، وفي القواعد الكلية والضوابط الفقهية (ص ٣٠٥).

(٣) بدائع الصنائع (٤/ ٥١٧).

(٤) ينظر: المصدر السابق (٤/ ٣٦١).

(٥) تقدم شرح هذه القاعدة، ويمكن أن يستفاد مما ذكر هناك ويجعل أصلاً لهذه القاعدة.

جارية مجرى الصفة، كصفة الجودة والكتابة والخياطة ونحوها، والثمن يقابل الأصل لا الصفة»[١].

٢ – وقال: «إذا اشترى عبداً على أنه ليس بكاتب، أو ليس بخياط، فوجده كاتباً، أو خياطاً، أو اشترى عبداً على أنه أعور، فوجده سليم العينين، أو اشترى جارية على أنها ثيب فوجدها بكراً، - فإنها – تسلم له – الصفة الزائدة – ولا خيار للبائع»[٢].

وقال: «وإذا اشتراه على أنه جيد فوجده رديئاً، أو اشترى عبداً على أنه كاتب، أو خباز، أو صحيح العينين، فوجده غير كاتب ولا خباز ولا صحيح العينين، أو اشترى جارية على أنها بكر فوجدها ثيباً، لا يطرح شيئاً من الثمن، لكن يثبت له الخيار»[٣].

٤ – وقال: «الذرع في المذروعات إنما يجري مجرى الصفة على الإطلاق، إذا لم يفرد كل ذراع بثمن على حدة، أما إذا أفرد فلا يجري مجرى الصفة مطلقاً»[٤].

٥ – وقال: «وعلى هذا يخرج المذروعات من الأرض والخشب وغيرهما، أنه إن لم يسم لكل ذراع ثمناً، بأن قال: بعت منك هذه الأرض على أنها ألف ذراع بألف درهم، فالبيع جائز لما قلنا، ثم إن وجدها مثل ما سمى، فالأمر ماض وتلزمه الأرض كل ذراع بدرهم، وإن وجدها أزيد، فالزيادة سالمة له ولا خيار، وإن وجدها أنقص، فهو بالخيار، إن شاء أخذها بجميع الثمن، وإن شاء ترك؛ لما ذكرنا: أن زيادة الذرع في الذرعيات جارية مجرى الصفات، والثمن يقابل الأصل دون

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٣٦١).

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق (٤/ ٣٦٢).

الصفة»[١].

٦ – وقال: «وعلى هذا إذا باع مصوغاً من نحاس، أو صفر، أو ما أشبه ذلك، على أن فيه كذا منًّا، بكذا درهماً، فوجده أكثر أو أقل، فهو على التفصيل الذي ذكرناه – في المذروعات – لأن الوزن في مثله يكون ملحقاً بالصفة، بمنزلة الذرع في الذرعيات»[٢].

٧ – قال المصنف: «ولو باع مصوغاً من الفضة على أن وزنه مائة بعشرة دنانير، ولم يسم لكل عشرة ثمناً على حدة، بأن قال: بعشرة دنانير، ولم يقل: كل وزن عشرة بدينار، وتقابضا، وافترقا فالبيع جائز، ثم إن وجده على ما سمى، فالأمر ماضٍ، ولا خيار، وإن وجده أزيد، بأن كان مائتي درهم مثلاً، فالكل للمشتري بعشرة دنانير، ولا يزاد في الثمن شيء، لأن الزيادة فيه بمنزلة الصفة، والصفات المحضة لا يقابلها الثمن، وإن وجده تسعين، أو ثمانين، فهو بالخيار»[٣].

٨ – قال المصنف: «إذا هلك بعضه – المبيع – وكان قبل القبض، وهلك بآفة سماوية ينظر... وإن كان النقصان نقصان وصف، وهو: كل ما يدخل في البيع من غير تسمية كالشجر والبناء في الأرض، وأطراف الحيوان، والجودة في المكيل والموزون، فلا ينفسخ البيع أصلاً، ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن، لأن الأوصاف لا حصة لها من الثمن إلا إذا ورد عليها القبض، أو الجناية؛ لأنها تصير مقصودة بالقبض والجناية، فالمشتري بالخيار، إن شاء أخذ بجميع الثمن، وإن شاء ترك؛ لتعيب المبيع قبل القبض»[٤].

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٣٦٣).

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق (٤/ ٤٩٢).

المطلب الثالث
قاعدة: « تفريق الصفقة قبل تمامها باطل »

ذكرها المصنف بهذا اللفظ(١).

وبلفظ: « تفريق الصفقة باطل قبل التمام لا بعده »(٢).

ولفظ: « لا يجوز تفريق الصفقة قبل التمام »(٣).

هذه القاعدة من القواعد الفقهية التي تضبط حالة من الحالات التي تطرأ على عقود المعاوضات بعد إنشائها وقبل تمامها، والتي لها تأثير مباشر على الرضا المشروط شرعاً بين المتعاقدين، وذلك عندما يحدث ما يستوجب تجزئة هذا العقد الذي وقع عليه التراضي من قبل، كما لو اشترى شخص شيئاً فهلك بعضه في يد البائع قبل التسليم، أو ظهر المبيع أقل من القدر المسمى في العقد، أو كان المبيع مما تضره التجزئة، ونحو ذلك.

معاني مفردات القاعدة:

التفريق لغة: خلاف الجمع « فَرَقَهُ يَفْرُقُهُ فَرْقاً وفَرَّقه »، وقيل: فَرَقَ للصلاح

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٥٤٣، ٥٦٤، ٥٦٥، ٥٦٦).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٥٦٥).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٥٦٦).

وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: الفروق للكرابيسي (٢/ ١٠٩، ٢٦١)، والفروق للقرافي (٤/ ٧٧ ف ٢١٨)، وتهذيب الفروق (٤/ ٧٧ ف ٢١٨)، والمنثور (١/ ٢٣٣)، وتقرير القواعد (٣/ ٤٦٣)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٠٨، ١٠٩، ١١٠، ١١١، ١١٢، ١١٣، ٤٥٤)، ولابن نجيم (ص ١٤٣، ٢٣٩، ٣١٢)، والفوائد الزينية (ص ١١٣، الفائدة ١٢٠)، وترتيب اللآلي (١/ ٥٣٨، ٢/ ١٠٠٥)، وغمز عيون البصائر (١/ ٣٥٤، ٣/ ١٨٢).

فَرْقاً، وفَرَّق للإفساد تَفْريقاً، وانْفَرقَ الشيء وتفرَّق وافترق.

والتفرق والافتراق سواء، ومنهم من يجعل التفرق للأبدان والافتراق في الكلام[١].

الصفقة: من الصفق، قال ابن فارس: «الصاد والفاء والقاف، أصل صحيح يدل على ملاقاة شيء ذي صفحة لشيء مثله بقوة، من ذلك: صفقت الشيء بيدي إذا ضربته بباطن يدك بقوة.

والصفقة: ضرب اليد على اليد في البيع والبيعة»[٢].

وقيل: «هي العقد الواحد بثمن واحد»[٣].

تفريق الصفقة اصطلاحاً: أن لا يتناول حكم العقد جميع المعقود عليه، أو يتناوله ثم ينحسر عنه[٤].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

عقد المعاوضة يحتاج في تكوينه كما هو معلوم إلى: مبيع، وثمن، وبائع، ومشتر، وبيع، وشراء، وباتحاد هذه الأشياء مع بعض وتفرقها تحصل الصفقة وتفريقها. فانحسار بعض ما تناوله العقد، أو خروجه من شمولية العقد، بعد تكوينه وإنشائه وقبل تمامه، يعتبر من الحالات التي تخل في صحته وشرعيته، وتجعله باطلاً؛ وذلك لأن لها تأثيراً رجعياً على الرضا السليم السابق الذي صدر من العاقد، الذي أصبح متضرراً بعد ذلك.

---

(١) ينظر: لسان العرب (١١/ ١٦٨) كلمة (فرق)، ومختار الصحاق (ص ٤٣٢)، والمصباح المنير (ص٢٤٣) مادة (ف ر ق).

(٢) معجم مقاييس اللغة (ص ٥٤٥) (صفق).

(٣) مجلة الأحكام الشرعية (ص ١٠٨ م ١٦٨).

(٤) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٠/ ٥٧)، والخيار وأثره في العقود، د. عبدالستار أبو غدة (ص ٤٧١).

لأن ذلك الرضا لم يوجد منه إلا على أساس الوصول إلى تنفيذ العقد وفقاً لحدوده المتفق عليها[١].

والفقهاء متفقون على ضرورة اتحاد الصفقة من حيث الجملة؛ لأن من شروط انعقاد البيع المتفق عليها: أن يكون القبول موافقاً للإيجاب، إلا أنهم عند التطبيق يكون بينهم خلاف في بعض الجزئيات[٢].

قال المصنف: «أما الذي يرجع إلى نفس العقد – من الشروط – فهو: أن يكون القبول موافقاً للإيجاب، بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع وبما أوجبه، فإن خالفه؛ بأن قبل غير ما أوجبه، أو بعض ما أوجبه، أو بغير ما أوجبه، أو ببعض ما أوجبه، لا ينعقد من غير إيجاب مبتدأ موافق»[٣].

أما إذا اشتملت الصفقة على حلال وحرام، كالعقد على سلعة متقومة وغير متقومة. كأن يجمع في عقد البيع بين حر وعبد، أو بين عصير وخمر، أو بين مذكاة وميتة في صفقة واحدة «فإن لم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن لم ينعقد العقد أصلاً بالإجماع، وإن بين فكذلك عند أبي حنيفة وعندهما يجوز في العصير والعبد والذكية ويبطل في الحر والخمر والميتة»[٤].

---

(١) ينظر: المدخل الفقهي العام (ص ٤٨٩)، والفقه الإسلامي وأدلته (٥/ ٣٣٣١).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٣٢٣)، وحاشية رد المحتار (٥/ ٣١)، وكشف الأسرار (٣/ ٥٤٢)، والذخيرة (٥/ ١١١، ٧/ ٣٢٠، ٣٤٠)، والشرح الكبير للدردير (٣/ ٤٨٩)، والمجموع (٩/ ٣٧٩)، والمهذب (١/ ٢٦٩)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٠٨)، والمغني (٨/ ٤٣٦)، والشرح الكبير لابن قدامة (٤/ ٣٧)، والإنصاف (٤/ ٢٢٨)، وتقرير القواعد لابن رجب (٣/ ٤٦٣)، والشرح الممتع على زاد المستقنع (٨/ ١٨٣).

(٣) بدائع الصنائع (٤/ ٣٢٣). وقد ذكر المصنف هنا ما يوجب اتحاد الصفقة وتفريقها، سواء كان بسبب العاقدين، أو بسبب المبيع.

(٤) المصدر السابق (٤/ ٣٣٨)، وهنا ذكر المصنف دليل كل قول وفصل المسألة.

أصل القاعدة:

من لفظ القاعدة يتبين أن تفريق الصفقة لا يجوز قبل تمامها، ويفهم من ذلك أنه يجوز تفريقها بعد التمام، فمتى تتم الصفقة؟ تمام الصفقة يحصل بقبض جميع العقود لا بعضه.

وقد بين ذلك المصنف بقوله: «الصفقة قبل القبض ليست بتامة، بل تمامها بالقبض»[(١)].

وقال: «الصفقة لا تتم بقبض بعض المعقود عليه وإنما تتم بقبض الكل»[(٢)].

ثم استدل لذلك بقوله:

«والدليل على أن الصفقة لا تتم قبل القبض: أن الموجود قبل القبض أصل العقد والملك، لا صفة التأكيد.

ألا ترى أنه يحتمل الانفساخ بهلاك المعقود عليه وهو أنه عدم التأكيد، وإذا قبض وقع الأمر عن الانفساخ بالهلاك، فكان حصول التأكيد بالقبض...

وكذا ملك التصرف يقف على القبض، فيدل على نقصان الملك قبل القبض، ونقصان الملك دليل نقصان العقد.

وكذا المشتري إذا وجد بالمبيع عيباً، ينفسخ البيع بنفس الرد، كما بعد القبض. فيثبت بهذه الدلائل، أن الصفقة ليست بتامة قبل القبض»[(٣)].

ثم ذكر المصنف دليل القاعدة بقوله:

«والدليل على أنه لا يجوز تفريق الصفقة على البائع قبل تمامها، أن التفريق

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٥٥٤، ٤/ ٥٤٨، ٥٥٦).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٥٦٥، ٥٦٦).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٥٦٤).

إضرار بالبائع والضرر واجب الدفع ما أمكن»[١].

ولبيان ذلك قال: «إن المبيع لا يخلو: إما أن يكون شيئاً واحداً، وإما أن يكون أشياء حقيقة شيئاً واحداً تقديراً، والتفريق تضمن الشركة والشركة في الأعيان عيب[٢] فكان التفريق عيباً، وأنه عيب زائد عند البائع فيتضرر به البائع.

وإن كان المبيع أشياء فالتفريق يتضمن ضرراً آخر وهو لزوم البيع في الجيد بثمن الردئ؛ لأن ضم الردئ إلى الجيد والجمع بينهما في الصفقة من عادةالتجارة ترويجاً للردئ بواسطة الجيد، فمن الجائز أن يرى المشتري العيب بالردئ، فيرده فيلزم البيع في الجيد بثمن الردئ فيتضرر البائع.

فدل على أن في التفريق ضرراً فيجب دفعه ما أمكن»[٣].

ثم قال: «ولهذا لم يجز التفريق في القبول، بأن أصاب الإيجاب إلى جملةٍ، فقبل المشتري في البعض دون البعض، دفعاً للضرر»[٤].

فالمصنف بهذا يقرر أن بطلان تفريق الصفقة قبل التمام إنما هو لأجل دفع الضرر عن المتضرر سواء كان البائع أو المشتري أو أي من المتعاقدين.

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «ولو وهب المشتري نصف الدار مقسوماً وسلمه إلى الموهوب له، ثم حضر الشفيع، وأراد أن يأخذ النصف الباقي بنصف الثمن، ليس له ذلك، ولكنه يأخذ جميع الدار بجميع الثمن، أو يدع؛ لأن في أخذ البعض دون البعض تفريق الصفقة على المشتري»[٥].

---

(١) المصدر السابق.

(٢) هذه قاعدة سيأتي شرحها.

(٣) بدائع الصنائع (٤/ ٥٦٤).

(٤) المصدر السابق.

(٥) المصدر السابق (٤/ ١٠٢).

٢ – وقال: «إن قال المشتري: اشتريت صفقة واحدة، وقال الشفيع: اشتريت نصفاً ثم نصفاً، فأنا آخذ النصف، فالقول قول المشتري، يأخذ الشفيع الكل، أو يدع، لأن الشفيع يريد تفريق الصفقة، وفيه ضرر الشركة، فلا يقبل قوله إلا ببينة»[١].

٣ – قال المصنف: «إذا قال: بعت منك هذا الثوب على أنه عشرة أذرع، كل ذراع بدرهم فالبيع جائز،... إن وجده تسعة أذرع فهو بالخيار، إن شاء طرح حصة النقصان درهماً وأخذه بتسعة دراهم، وإن شاء ترك، لتفرق الصفقة عليه»[٢].

والمذروعات لا تجري مجرى الصفة إذا أفرد كل ذراع منها بثمن على حده[٣].

٤ – وقال: «وعلى هذا جميع المذروعات من الأرض والخشب وغيرهما...، إن سمى لكل ذراع ثمناً على حده، بأن قال: كل ذراع بكذا فالبيع جائز...، وإن وجده أنقص تسقط حصته من الثمن وله الخيار، لتفرق الصفقة»[٤].

٥ – قال المصنف: «ولو قبض نصف المبيع دون النصف فأشرك رجلاً، لم يجز فيما لم يقبض، وجاز فيما قبض؛ لأن الإشراك نوع بيع، والمبيع منقول فلم يكن غير المقبوض محلاً له شرعاً، فلم يصح في غير المقبوض وصح في قدر المقبوض، وله الخيار، لتفرق الصفقة عليه»[٥].

٦ – قال المصنف: «ولو حدث في المبيع في يد المشتري ما يمنع الرد على البائع، بطل خياره،... وذلك لفوات شرط الرد وهو أن يكون ما قبض كما قبض؛ لأنه إذا انتقص شيء منه فقد تعذر رد القدر الفائت، فتقرر على المشتري حصته من الثمن؛

---

(١) المصدر السابق (٤ / ١٤٠).

(٢) المصدر السابق (٤ / ٣٦٢).

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق (٤ / ٣٦٣).

(٥) المصدر السابق (٤ / ٣٩٥).

لأن فواته حصل في ضمان المشتري، فلو رد الباقي، كان ذلك تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وهذا لا يجوز»[١].

٧ – وقال: «ولو تعيب المبيع في يد البائع...، وكان بفعل البائع، بطل البيع؛ لأن ما انتقص بفعله فهو مضمون عليه، حتى يسقط من المشترى حصة قدر النقصان من الثمن، فالإجازة – في البعض دون البعض – تتضمن تفريق الصفقة على المشتري قبل التمام»[٢].

وقال: «ومنها – شرائط جواز الفسخ بالعيب -: أن لا يكون في الفسخ تفريق الصفقة، حتى لا يملك الإجازة في البعض دون البعض؛ لأنه تفريق الصفقة قبل تمامها وأنها باطل»[٣].

٨ – قال المصنف: «إذا وجد المشتري المبيع معيباً، فأراد رد بعضه دون بعض قبل القبض، فجملة الكلام فيه: أن المبيع لا يخلو: إما أن يكون شيئاً واحداً حقيقة وتقديراً، كالعبد، والثوب، والدار، والكرم، والمكيل، والموزون، والمعدود المتقارب في وعاء واحد، أو صبرة واحدة، وإما أن يكون أشياء متعددة كالعبدين والثوبين والدابتين، والمكيل والموزون، والمعدود في وعائين، أو صبرتين، وكل شيئين ينتفع بأحدهما فيما وضع له بدون الاخر.

وإما أن يكون شيئين حقيقة وشيئاً واحداً تقديراً، كالخفين، والنعلين، والمكعبين، ومصراعي الباب، وكل شيء لا ينتفع بأحدهما فيما وضع له بدون الآخر؛ فلا يخلو: إما أن يكون المشتري قبض كل المبيع، وإما إن لم يقبض شيئاً منه، وإما أن قبض البعض دون البعض.

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٥٣٧).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٥٤١).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٥٤٣).

والحادث في المبيع لا يخلو: إما أن يكون عيباً، أو استحقاقاً.

أما العيب فإن وجده ببعض المبيع قبل القبض لشيء منه، فالمشتري بالخيار، إن شاء رضي بالكل، ولزمه جميع الثمن، وإن شاء رد الكل.

وليس له أن يرد المعيب خاصة بحصته من الثمن، سواء كان المبيع شيئاً واحداً، أو أشياء؛ لأن الصفقة لا تمام لها قبل القبض، وتفريق الصفقة قبل تمامها باطل»[(١)].

وقال: «وإن كان قبض البعض دون البعض، فوجد ببعضه عيباً فكذلك...؛ لأن الصفقة لا تتم إلا بقبض جميع المعقود عليه، فكان رد البعض دون البعض تفريق الصفقة قبل التمام، وأنه باطل»[(٢)].

* * *

(١) المصدر السابق (٤/ ٥٦٤).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٥٦٥).

المطلب الرابع
قاعدة: «البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض»

ذكرها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: «البيع الفاسد لا يفيد الملك للمشتري قبل القبض»[٢].

ولفظ: «البيع الفاسد ينعقد وينفذ عند اتصال القبض به»[٣].

ولفظ: «البيع الفاسد لا يفيد الملك بنفسه بل بواسطة القبض»[٤].

ولفظ: «البيع الفاسد لا يفيد الحكم بنفسه بل بواسطة التسليم»[٥].

ولفظ: «الملك في العقد الفاسد يقف على القبض»[٦].

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٥٢٦، ٥٨٤، ٦/ ٢٠١).

(٢) المصدر السابق (٢/ ٢٠٢).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٣٥٥).

(٤) المصدر السابق (٦/ ٢٠٢).

(٥) المصدر السابق (٦/ ٣٢).

(٦) المصدر السابق (٤/ ٣٤٩).

وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: الفروق للكرابيسي (١/ ٢٥٠، ٢/ ٢٦٤)، والمجموع المذهب (١/ ٥٠٨)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (/ ٢٣٤، ٢٤٥، ٣٠٧)، والمنثور (١/ ٤٢، ٢/ ١٤٣)، وتقرير القواعد (١/ ٣٢٨، ٣٣٤)، والقواعد للحصني (٢/ ٢٢٥)، والاعتناء في الفرق والاستثناء (٢/ ٦٦٨)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٥، ٢٨٧، ٣٢٨)، ولابن نجيم (ص ٣٧٢)، ودرر الحكام لعلي حيدر (١/ ١٠٧ م١٠٩، ١/ ٢٩٢، م٣٠٠، ١/ ٣٩٠، م ٣٦٦، ١/ ٣٩٤ م ٣٧١، ١/ ٣٩٦ م ٣٧٢)، وشرح تحفة أهل الطلب (ص ١٤٥ – ١٥١)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٥/ ١٨٦، ٦/ ٤٢٣، ١٠/ ٦١٢، ٨١١).

معاني مفردات القاعدة:

الفاسد لغة: من فَسَدَ الشيء يَفْسُد فساداً وفُسُوداً فهو فاسد[١]، ضد: صلح، والمفسدة: ضد المصلحة، وفسَّدَهُ تفسيداً: أفسده، وتفاسدوا: قطعوا الأرحام، واستفسد: ضد استصلح[٢].

اصطلاحاً: هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه[٣].

ومرادهم من مشروعية أصله: كونه مالاً متقوماً، لا جوازه وصحته، فإن كونه فاسداً يمنع صحته، وإنما أطلقوا المشروعية على الأصل نظراً إلى أنه لو خلي من الوصف لكان مشروعاً، أما مع اتصافه بالوصف المنهي عنه لا يكون مشروعاً[٤].

البيع الفاسد: كل بيع فاته شرط من شرائط الصحة[٥].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

يعتبر البيع الفاسد قسماً ثالثاً من أقسام البيوع عند الحنفية، فالبيوع عندهم: صحيح وفاسد وباطل. أما الجمهور فالباطل والفاسد عندهم سواء.

قال المصنف: «وعندنا الفاسد قسم آخر وراء الجائز والباطل»[٦].

ولذا قالوا: الصحيح: هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه[٧].

والباطل: ما لم يكن مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه.

---

(١) ينظر: معجم مقاييس اللغة (ص ٨١٧) (فسد)، المصباح المنير (ص ٢٤٥) (ف س د).

(٢) ينظر: القاموس المحيط (ص ٣٩١) (فسد).

(٣) ينظر: التعريفات للجرجاني (ص ١٦٦)، والبحر الرائق (٦/ ٧٤).

(٤) ينظر: البحر الرائق (٦/ ٧٤).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٥٨٢).

(٦) المصدر السابق.

(٧) ينظر: التعريفات للبركتي (ص ٤٨)، ومجلة الأحكام (م١٠٨)، والموسوعة الفقهية الكويتية (٩/ ٥٣).

والفاسد: ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه[١].

ومثلوا للبيع الفاسد بأمثلة منها: الجهالة المفضية إلى المنازعة في المبيع أو الثمن.

ومنها: العجز عن التسليم إلا بضرر، ومنها: عدم القدرة على التسليم. ومنها: الغرر. ومنها: اشتراط شرط خارج عن الشرع. ومنها: عدم المالية، ونحو ذلك.

فهذه البيوع الفاسدة لا تفيد الملك إلا بالقبض؛ فلا ينعقد البيع ولا ينفذ التصرف في المبيع إلا بعد القبض، عندها يملك المشتري التصرفات التي ليس فيها انتفاع بعين المملوك، وتكون نافذة بلا خلاف بين الأصحاب، كالبيع والهبة والصدقة والرهن والإجارة ونحو ذلك من التصرفات الناقلة للملكية والتي ليس فيها انتفاع بعين المبيع؛ لأن هذه التصرفات تزيل حق الانتفاع بالحرام.

أما التصرفات التي فيها انتفاع بعين المملوك، كأكل الطعام ولبس الثوب وركوب الدابة وسكنى الدار، ونحو ذلك، فالصحيح أنه لا يحل، لأن الثابت بهذا المبيع ملك خبيث، والملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع، لأنه واجب الرفع، وفي الانتفاع به تقرر له وفيه تقرير الفساد، ولهذا لم يفسد الملك قبل القبض، تحرزاً عن تقرر الفساد بالتسليم؛ لأنه إذا ثبت الملك قبل القبض يجب على البائع تسليمه إلى المشتري، وفي التسليم تقرير الفساد، وإيجاب رفع الفساد على وجه فيه رفع الفاسد متناقض[٢].

---

(١) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٣٧٣)، والبحر الرائق (٦/ ٧٥)، وشرح الكوكب المنير (٣/ ٨٤)، والموسوعة الفقهية (١/ ١٨٠، ٢٦٥)، ومعجم لغة الفقهاء (١/ ١٠٣).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٥٩٠).

أصل القاعدة:

ذكر المصنف أدلة تثبت أن البيع الفاسد يفيد الملك وهي:

١ - أن هذا بيع مشروع فيفيد الملك في الجملة استدلالاً بسائر البياعات المشروعة.

والدليل على أنه بيع:

أ - أن البيع في اللغة: مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب، مالاً كان أو غير مال، قال الله سبحانه وتعالى:] أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ ٱشْتَرَوُا۟ ٱلضَّلَٰلَةَ بِٱلْهُدَىٰ فَمَا رَبِحَت تِّجَٰرَتُهُمْ Z[1].

وجه الدلالة:

أن الله سبحانه وتعالى سمى مبادلة الضلالة بالهدى اشتراء وتجارة، والتجارة مبادلة المال بالمال[2].

وقال تعالى:] إِنَّ ٱللَّهَ © مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُم بِأَنَّ لَهُمُ ٱلْجَنَّةَ Z[3].

وجه الدلالة:

أن الله سبحانه وتعالى سمى مبادلة الأنفس والأموال بالجنة اشتراءً وبيعاً، حيث قال في آخر الآية:] فَٱسْتَبْشِرُوا۟ بِبَيْعِكُمُ ٱلَّذِى بَايَعْتُم بِهِۦ Z[4].

ب - وأن البيع في عرف الشرع هو: مبادلة مال متقوم بمال متقوم، وقد وجد، فكان بيعاً.

---

(١) من الآية رقم ١٦ من سورة البقرة.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٥٨٢).

(٣) من الآية رقم ١١١ من سورة التوبة.

(٤) من الآية رقم ١١١ من سورة التوبة.

والدليل على أنه مشروع: النصوص العامة المطلقة في باب البيع ومن ذلك: قوله تعالى:] 7 8 9 Z [١].

وقوله عز شأنه:] 9 : ; < = > ? @ A B C D E F G Z [٢]، ونحو ذلك مما ورد من النصوص في هذا الباب مطلقاً، فمن ادعى التخصيص والتقييد فعليه الدليل.

٢ - الاستدلال بدلالة الإجماع أيضاً وهو: أنا أجمعنا على أن البيع الخالي عن الشروط الفاسدة مشروع ومفيد للملك، وقران هذه الشروط بالبيع ذكراً لم يصح، فالتحق ذكرها بالعدم، إذ الموجود الملحق بالعدم شرعاً والعدم الأصلي سواء، وإذا ألحق بالعدم في نفس البيع خالياً عن المفسد، والبيع الخالي عن المفسد مشروع ومفيد للملك بالإجماع، وهذا استدلال قوي[٣].

ثم ذكر المصنف أدلة من قال: «أن البيع الفاسد لا حكم له وأنه لا يفيد الملك وهم الجمهور، وأجاب عنها»[٤].

ثم ذكر المصنف دليل كون البيع الفاسد لا يفيد الملك إلا بالقبض حيث قال:

١ - «لأنه واجب الفسخ رفعاً للفساد، وفي وجوب الملك قبل القبض تقرر الفساد؛ لأنه إذا ثبت الملك قبل القبض، يجب على البائع تسليمه إلى المشتري، وفي التسليم تقرير الفساد، وإيجاب رفع الفساد على وجه فيه رفع الفساد متناقض[٥].

ولكنه اشترط أن يكون القبض بإذن البائع، فإن قبض بغير إذنه أصلاً، لا

---

(١) من الآية رقم ٢٧٥ من سورة البقرة.

(٢) من الآية رقم ٢٩ من سورة النساء.

(٣) ينظر ذلك كله في: بدائع الصنائع (٤/ ٥٨٢ – ٥٨٣).

(٤) ينظر: المصدر السابق (٤/ ٥٨٢ – ٥٨٣).

(٥) المصدر السابق (٤/ ٥٩٠).

يثبت الملك.

وعليه فلو زيد هذا القيد في لفظ القاعدة لكان أولى وذلك بأن يقال: «البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض المعتبر شرعاً».

٢ - أن البيع الفاسد قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح، فيشترط اعتماده بالقبض في إفادة الحكم؛ لأن للقبض شبهاً بالإيجاب، فصار كأن إيجاب البيع الفاسد ازداد قوة في نفسه فهو كالهبة في احيتاجه إلى ما يعضد العقد من القبض[١].

تنبيه: الملك في البيع الفاسد بعد القبض ملك غير لازم، بل هو مستحق الفسخ، أي: يجب فسخه.

أ - لأن هذا البيع وإن كان مشروعاً في ذاته، فالفساد مقترن به ذكراً، ودفع الفساد واجب، ولا يمكن إلا بفسخ العقد، فيستحق فسخه، لكن لغيره لا لعينه، حتى لو أمكن دفع الفساد بدون فسخ البيع لا يفسخ، كما إذ كان الفساد لجهالة الأجل، فأسقطاه يسقط، ويبقى البيع مشروعاً كما كان.

ب - ولأن اشتراط الربا، وشرط الخيار المجهول، وإدخال الآجال المجهولة في البيع معصية، والزجر عن المعصية واجب، واستحقاق الفسخ يصلح زاجراً عن المعصية، لأنه إذا علم أنه يفسخ فالظاهر أنه يمتنع عن المباشرة[٢].

والفسخ يكون بالقول أو الفعل الدال على ذلك من أحد المتعاقدين أو من يقوم مقامهما، أما إذا تصرف المشتري شراء فاسداً بالمشتَرى تصرفاً يقطع حق المالك بأن باعه، أو وهبه، أو تصدق به بطل حق الفسخ وعلى المشتري القيمة أو المثل لأنه تصرف في محل مملوك له فينفذ تصرفه، ولا سبيل للبائع على بعضه؛ لأنه حصل عن تسليط منه، ويطيب للمشتري الثاني، لأنه ملكه بعقد صحيح، بخلاف المشتري

---

(١) ينظر: العناية (٩/ ١٩٣).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٥٨٣ – ٥٨٤).

الأول، فلا يطيب له، لأنه ملكه بعقد فاسد[١].

قال المصنف: «والأصل في هذا أن المشتري إذا أحدث في المبيع صنعاً، أو أحدثه الغاصب في المغصوب لا يقطع حق المالك، يبطل حق الفسخ، ويتقرر حقه في ضمان القيمة، أو المثل، لا المسمى»[٢].

وقال: «لأن القبض في البيع الفاسد كقبض الغصب»[٣].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

قال المصنف: «ولو باع شيئاً بربح ده يازده[٤] ولم يعلم المشتري رأس ماله، فالبيع فاسد، حتى يعلم فيختار أو يدع...، ولو هلك المبيع قبل العلم بعد القبض فعليه قيمته؛ لأن هذا حكم البيع الفاسد، وقد تقرر الفساد بالهلاك؛ لأن بالهلاك خرج البيع عن احتمال الإجازة والرضا؛ لأن الإجازة إنما تلحق القائم دون الهالك[٥]، فتقرر الفساد فلزمته قيمته»[٦].

٢ – قال المصنف: «إذا اشترى أحدهما شراء فاسداً، بأن قال البائع: بعت منك أحد هذين العبدين بكذا – وسمى مالاً غير متقوماً كالخمر مثلاً – ولم يذكر الخيار أصلاً، فإن المشتري لا يملك واحداً منهما قبل القبض، لأن البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض، فإن قبضهما ملك أحدهما ملكاً فاسداً، وأيهما هلك لزمته قيمته – لا المسمى

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٥٨٥ – ٤٨٦) بتصرف يسير.

(٢) المصدر السابق (٤/ ٥٨٩).

(٣) المصدر السابق.

(٤) كلمة (ده) بالفارسية تعني: عشرة، وكلمة (ياز) تعني واحد، فيكون معنى الجملة: درهم لكل عشرة، أو في كل عشرة درهم. ينظر: المهذب (١/ ٢٨٩)، وكشاف القناع (٣/ ٢٣٠).

(٥) هذه قاعدة ستأتي دراستها لاحقاً.

(٦) بدائع الصنائع (٤/ ٣٥٨).

– لأنه تعين للبيع، والبيع الفاسد يوجب الملك بالقيمة »[١] لا بالمسمى.

٣ – وقال المصنف: « إذا كان الثمن عيناً وهلكت هذه العين في يد الفضولي بطل العقد، ولا تلحقه الإجازة، ويرد المبيع إلى صاحبه، ويضمن للمشتري مثله إن كان له مثل، وقيمته إن لم يكن له مثل؛ لأنه قبضه بعقد فاسد »[٢].

٤ – وقال المصنف: « ولو بيعت دار بجنب الدار المشتراة شراء فاسداً، تثبت الشفعة، لأن هذا الشراء صحيح، فيوجب انقطاع حق البائع، فيثبت حق الشفعة »[٣].

٥ – وقال: « ولو وطئ الجارية المشتراة شراء فاسداً – فلا حد عليه – فإن لم يعلقها فلا عقر عليه قبل الفسخ، وإن فسخ العقد فعليه العقر »[٤].

٦ – وقال: « ولو كاتب العبد المشترى شراءً فاسداً فقد صحت الكتابة، لوجودها في الملك، ولا سبيل للبائع إلى نقضها، لحصولها من المشتري بتسليط البائع، فلا يكون له حق النقض عليه، وعلى المشتري قيمة العبد »[٥].

٧ – وقال: « ولو كان المبيع ثوباً فقطعه المشتري وخاطه قميصاً، أو بطنه وحشاه، بطل حق الفسخ وتقرر عليه قيمته يوم القبض »[٦].

وقال: « وكذا إذا كان المبيع قطناً فغزله، أو غزلاً فنسجه، أو حنطة فطحنها، أو سمسماً أو عنباً فعصره، أو ساحة فبنى عليها، أو شاة فذبحها وشواها أو طبخها ونحو ذلك »[٧].

ثم قال: « وإنما كان كذلك؛ لأن القبض في البيع الفاسد كقبض الغصب –

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٥٢٦).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٣٤٨).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٥٩٠).

(٤) المصدر السابق.

(٥) المصدر السابق (٤/ ٥٨٦).

(٦) المصدر السابق (٤/ ٥٨٩).

(٧) المصدر السابق.

من جهة الضمان – ألا ترى أن كل واحد منهما مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة أو المثل حال هلاكه، فكل ما يوجب انقطاع حق المالك هناك، يوجب انقطاع حق البيع للبائع ههنا»[1]. أي أن كل ما يعتبر يد غصب هناك ويوجب الضمان على الغاصب يعتبر يد قبض هنا ويبطل الفسخ ويقرر الضمان بالقيمة أو المثل.

* * *

(١) المصدر السابق.

المطلب الخامس

قاعدة: «الأصل أن الربح إنما يستحق عندنا إما بالمال، وإما بالعمل، وإما بالضمان»

أوردها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: «الربح تارة يستحق بالمال وتارة بالعمل وتارة بالضمان»[٢].

معاني مفردات القاعدة:

الربح، لغة: قال ابن فارس: «الراء والباء والحاء أصل واحد يدل على شفٍّ في مبايعة.

من ذلك: رَبِحَ فلانٌ عن بيعه يَرْبَح، إذا استشف، وتجارة رابحة: يربح فيها»[٣].

ويسند الفعل إلى التجارة مجازاً، فيقال: ربحت تجارته فهي رابحة.

وربح في تجارته إذا أفضل فيها، وأرْبَحَ فيها: صادف سوقاً ذات ربح[٤].

أما في الاصطلاح فقد عرفه المصنف بقوله: «ما يملك بعقد المعاوضة»[٥].

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٨٢).

(٢) المصدر السابق (٥/ ٨٣).

وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: مجلة الأحكام العدلية (م١٣٤٧)، وشرحها لعلي حيدر (٣/ ٣٦٢)، ولسليم رستم باز (٢/ ٧١٨)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٥/ ٣٨٨).

وينظر: تحفة الفقهاء (٣/ ٧)، والبحر الرائق (٥/ ١٩٧)، وحاشية رد المحتار (٦/ ٢٠٨).

(٣) معجم مقاييس اللغة (ص ٤١٦) (ربح).

(٤) ينظر: المصباح المنير (ص ١١٣)، ومختار الصحاح (ص ٢٠٢) مادة (ر ب ح).

(٥) بدائع الصنائع (٤/ ٥٢١).

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن الإنسان لا يستحق الربح الناتج عن أي عقد من عقود المعاوضات إلا بسبب شرعي، وإلا كان ذلك أكلاً لأموال الناس بالباطل، والأسباب المشروعة لاستحقاق الربح هي:

١ – المال: والمراد به هنا كل عين ذات قيمة مادية بين الناس، فإذا كان للإنسان مال يتاجر به، ويتعامل به مع الناس، ويشغله بما هو مشروع، فإنه يستحق الربح الناتج عن ذلك، سواء كان مضاربة، أو إجارة، أو غير ذلك من الأساليب المشروعة.

٢ – العمل: وهو كل ما يقوم به الإنسان من جهد يكسب من خلاله مالاً، فإذا عمل الإنسان عملاً مشروعاً لأحد بأجر معلوم، فإن هذا الأجر يعتبر ربحاً له ويستحقه نظير ما بذله من الجهد المتفق عليه.

٣ – الضمان: كأن يتقبل الصانع – مثلاً – عملاً من الأعمال بأجر محدد ومعلوم، ويتعهد بإنجازه، ثم يتفق مع آخر على القيام بهذا العمل، بأجر أقل من الأجر الأول، وبربح هو فرق ما بينهما، لمجرد أنه ضمن إتمام العمل وإنجازه وتسليمه على الوجه المطلوب، لأن من ضمن شيئاً فله غلته، وإن لم يعمل بنفسه.

أصل القاعدة:

استدل المصنف لهذه القاعدة بقوله: «أما ثبوت الاستحقاق بالمال فظاهر، لأن الربح نماء رأس المال فيكون لمالكه، ولهذا استحق رب المال الربح في المضاربة. وأما بالعمل فإن المضارب يستحق الربح بعمله فكذلك الشريك»[(١)].

ويستدل لذلك بحديث أبي هريرة – رضي الله عنه – عن النبي ﷺ أنه قال: «**قال الله تعالى: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع**

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٨٢).

حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره»[١].

وجه الدلالة:

أن النبي ^ ذكر الوعيد على من استوفى العمل من الأجير ولم يدفع له الأجر، ويفهم منه أن الأجير قد ملك الأجر بقيامه بالعمل الذي طلب منه، وأنه أصبح ملكاً له وليس لأحد الحق في أن يمنعه منه.

وقال المصنف: «وأما بالضمان، فإن المال إذا صار مضموناً على المضارب يستحق جميع الربح ويكون ذلك بمقابلة الضمان، خراجاً بضمان بقول النبي ^ : **«الخراج بالضمان»**[٢]. فإذا كان ضمانه عليه كان خراجه له»[٣].

ثم قال: «والدليل عليه: أن صانعاً تقبل عملاً بأجر ثم لم يعمل بنفسه، ولكن قبل لغيره بأقل من ذلك، طاب له الفضل، ولا سبب لاستحقاق الفضل إلا الضمان، فثبت أن كل واحد منهما سبب صالح لاستحقاق الربح.

فإن لم يوجد شيء من ذلك لا يستحق، بدليل أن من قال لغيره: تصرف في ملكك على أن لي بعض ربحه، لم يجز، ولا يستحق شيئاً من الربح؛ لأنه لا مال، ولا عمل، ولا ضمان»[٤].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ - من أحكام شركة العنان في الأموال ذكر المصنف أن الربح يكون على قدر رأس المال، متساوياً كان أو متفاضلاً «فإذا شرطا الربح على قدر المالين متساوياً، أو متفاضلاً، فلا شك أنه يجوز، ويكون الربح بينهما على الشرط، سواء شرطا العمل

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإجارة، باب: إثم من منع أجر الأجير (٣/١١٨) الحديث رقم (٢٢٧٠).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) بدائع الصنائع (٥/٨٢).

(٤) المصدر السابق (٥/٨٣).

عليهما، أو على أحدهما»[١]. لأن استحقاق الربح إما بالمال، أو بالعمل، أو بالضمان.

٢ – وعند الحنفية ما عدا زفر ذكر المصنف أنه: «إن كان المالان متساويين فشرطا لأحدهما فضلاً على ربح، ينظر: إن شرطا العمل عليهما جميعاً جاز، والربح بينهما على الشرط...، سواء عملا جميعاً، أو عمل أحدهما دون الآخر، فالربح بينهما يكون على الشرط؛ لأن استحقاق الربح بشرط العمل لا بوجود العمل»[٢].

٣ – وقال: «وإن شرطا العمل على أحدهما، فإن شرطاه على الذي شرطا له فضل الربح جاز، والربح بينهما على الشرط، فيستحق ربح رأس ماله بماله والفضل بعمله، وإن شرطاه على أقلهما ربحا لم يجز؛ لأن الذي شرطا له الزيادة ليس له في الزيادة مال ولا عمل ولا ضمان، وقد بينا أن الربح لا يستحق إلا بأحد هذه الأشياء الثلاثة»[٣].

٤ – وقال: «وأما شركة العنان – في الوجوه – فلا يشترط لها أهلية الكفالة، ولا المساواة بينهما في ملك المشترى، حتى لو اشتركا بوجوههما على أن يكون ما اشتريا، أو أحدهما بينهما نصفين، أو أثلاثاً، أو أرباعاً، وكيفما شرطا على التساوي والتفاضل، كان جائزاً، وضمان ثمن المشترى بينهما على قدر ملكيهما في المشترى، والربح بينهما على قدر الضمان، فإن شرطا لأحدهما فضل ربح على حصته من الضمان، فالشرط باطل، ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما ثمن المشترى؛ لأن الربح في هذه الشركة إنما يستحق بالضمان، فيتقدر بقدر الضمان»[٤].

٥ – وفي شركة العنان بالأعمال قال المصنف: «إن عمل أحدهما دون الآخر بأن

---

(١) المصدر السابق.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق (٥/ ٨٧).

مرض، أو سافر، أو بطل، فالأجر بينهما على ما شرطا؛ لأن الأجر في هذه الشركة إنما يستحق بضمان العمل، لا بالعمل؛ لأن العمل قد يكون منه وقد يكون من غيره، كالقصار، والخياط، إذا استعان برجل على القصارة والخياطة، أنه يستحق الأجر، وإن لم يعمل، لوجود ضمان العمل منه»[١].

٦ – في عقد المضاربة، شرط رب المال الثلث من الربح للمضارب والثلث الآخر لرب المال والثلث الأخير لثالث سواهما «فإن كان الثالث أجنبياً، أو كان ابن المضارب، وشرط عليه العمل جاز، وكان الربح بينهم أثلاثاً، وإن لم يشترط عليه العمل لم يجز، وما شرط له يكون لرب المال، لأن الربح لا يستحق في المضاربة من غير عمل ولا مال»[٢].

* * *

(١) المصدر السابق (٥/١٠٣).

(٢) المصدر السابق (٥/١١٢).

المطلب السادس
قاعدة: «كل ما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه»[١]

معاني مفردات القاعدة:

الرهن، لغة: مصدر «رَهَنَ» تقول: رهنه الشيء يَرْهَنه رَهْناً ورَهَنَهُ عنده، كلاهما: جعله عنده رهناً. ويقال: رَهَنْتُ فلاناً داراً رَهْناً وارْتَهَنَهُ: إذا أخذه رهناً.

ورهَنَ الشيء يَرْهَن رُهُوناً: دام وثبت، فهو رَاهِن، والشيء مرهون ورهين، والمرتَهِن: الذي أخذ الرهن[٢].

وتقول: أرْهَنْتُ زيداً الثوب، إذا دفعته إليه ليرهنه عند أحد، ورَهَنْتُ الرجل كذا رَهْناً ورَهَنْتهُ عنده إذا وضعته عنده، فإن أخذته منه قلت: ارتَهَنْت منه. ويطلق الرهن على المرهون[٣].

قال ابن فارس: «الراء والهاء والنون، أصل يدل على ثبات شيء يمسك بحق، أو غيره»[٤].

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٩٨). وينظر: ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: المجموع المذهب (٢/ ٣٨٨)، والمنثور (٢/ ٢٤٣)، وتقرير القواعد (١/ ٣٨٢)، والقواعد للحصني (٤/ ١٥٧)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٤٥٧)، ولابن نجيم (ص ٣٢٢)، والاعتناء في الفرق والاستثناء (١/ ٥٠١) وترتيب اللآلي (٢/ ١٠٣٨)، وغمز عيون البصائر (٣/ ٣٤٣)، ومجلة الأحكام العدلية (م ٧٠٩) وشرحها لعلي حيدر (٢/ ٩٦)، وسليم رستم باز (١/ ٣٨٧) والقواعد الفقهية للندوي (ص ٢٤٢)، وموسوعة القواعد الفقهية (١/ ٦٤، ٩/ ١٠١)، والقواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه (ص ٢٤١)، ومجلة الأحكام الشرعية (ص ٣٢٨ م٩٥٢)، والقواعد والضوابط الفقهية في كتاب الأم للإمام الشافعي (ص ٤٩٠).

(٢) ينظر: مختار الصحاح (ص ٢٢٩) (ر هـ ن)، ولسان العرب (٦/ ٢٤٧) (رهن).

(٣) ينظر: المصباح المنير (ص ١٢٧) (ر هـ ن)، والقاموس المحيط (ص ١٥٥١) كلمة (الرهن).

(٤) معجم مقاييس اللغة (ص ٤٠٧) (رهن).

والرهن: ما وضع عند الإنسان مما ينوب مناب ما أخذ منه[١].

وهذا ما أشار إليه المصنف بقوله: الرهن لغة: الحبس[٢].

وعليه فيكون معنى الرهن لغة: الثبوت والدوام، يقال: ماء راهن، أي: راكد، ونعمة راهنة، أي: ثابتة دائمة، ويطلق أيضاً على الحبس ومنه قوله تعالى:] d e f g h Z[٣]. وقوله تعالى:]كُلُّ نَفْسٍ بِمَاكَسَبَتْ رَهِينَةٌ Z[٤][٥].

اصطلاحاً: حبس الشيء بحق يمكن أخذه منه، كالدين[٦].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن الشيء المراد رهنه يجب أن يكون صالحاً للبيع، لأجل أن تتم الفائدة المقصودة من الرهن وهي الاستيفاء منه، عند عدم الوفاء.

فلا يجوز أن يرهن شيء لا يصح بيعه، كالأشياء النجسة، أو الأشياء التي لا يصح تملكها كأدوات اللهو، والأشياء التي لا يستطيع الراهن تسليمها، ونحو ذلك.

ففي هذه القاعدة بيان أن العقود وإن اختلفت موضوعاتها وصورها فإن بين كثير منها ارتباطاً وصلة، فقد يكون بعضها قيداً لبعض، أو مكملاً له، مما يدل على أن الشريعة الإسلامية محكمة وليس فيها تناقض ومعارضات.

أصل القاعدة:

قال المصنف: « لأن في الرهن والارتهان معنى الإيفاء والاستيفاء فيشبه

---

(١) ينظر: لسان العرب (٦/ ٢٤٧)، والقاموس المحيط (ص ١٥٥١).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٢٠٠، ٢٠٥).

(٣) من الآية رقم ٢١ من سورة الطور.

(٤) الآية رقم ٣٨ من سورة المدثر.

(٥) ينظر: المراجع اللغوية السابقة، والمطلع (ص ٢٩٦).

(٦) ينظر: التعريفات للجرجاني (ص ١١٦)، وللبركتي (ص ١٠٧)، وأنيس الفقهاء (ص ٢٨٥).

البيع »[١]. أي: أن المقصود من الرهن استيفاء الدين منه، إذا تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن، ولا يمكن الاستيفاء من الشيء غير الصالح للبيع[٢].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

قال المصنف: « أما الذي يرجع إلى المرهون من الشروط فمنها:

أن يكون محلاً قابلاً للبيع، وهو أن يكون موجوداً وقت العقد، مالاً مطلقاً متقوماً مملوكاً معلوماً مقدور التسليم، ونحو ذلك.

فلا يجوز رهن ما ليس بموجود عند العقد، ولا رهن ما يحتمل الوجود والعدم.

١ – كما إذا رهن ما يثمر نخيله العام، أو ما تلد أغنامه السنة، أو ما في بطن هذه الجارية ونحو ذلك.

٢ – ولا رهن الميتة، والدم، لانعدام ماليتهما.

٣ – ولا رهن صيد الحرم والإحرام؛ لأنه ميتة.

٤ – ولا رهن الحر؛ لأنه ليس بمال أصلاً.

٥ – ولا رهن أم الولد، والمدبر المطلق، والمكاتب؛ لأنهم أحرارٌ، فلا يكونون أموالاً مطلقة.

٦ – ولا رهن الخمر والخنزير من المسلم، سواء كان العاقدان مسلمين، أو أحدهما مسلماً؛ لانعدام مالية الخمر والخنزير في حق المسلم.

٧ – ولا رهن المباحات من الصيد، والحطب، والحشيش، ونحوها؛ لأنها ليست بمملوكة في أنفسها »[٣].

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٣٨٠، ٥/ ١٩٥، ٢٣٢).

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ٩٦).

(٣) المصدر السابق (٥/ ١٩٥ – ١٩٦).

المبحث الحادي والعشرون

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : قاعدة « الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة » .

المطلب الثاني : قاعدة « الإجازة لا تلحق المعدوم » .

المطلب الأول
قاعدة: «الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة»

أوردها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: «الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة»[٢].

ولفظ: «الإجازة اللاحقة كالإذن السابق»[٣].

معاني مفردات القاعدة:

الإجازة، لغة: من جاز المكان «يَجُوزُه» «جَوُزَا» و«جَوَازاً» و«جِوازاً» سار

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٣٤٨، ٤٣١، ٤٦٠، ٤٧٢، ٥/ ٦٦، ٦/ ٢١٨).

(٢) المصدر السابق (٢/ ٤٨٨، ٤/ ٢٠).

(٣) المصدر السابق (٢/ ٤٩٧).

وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: أصول الكرخي مطبوع مع تأسيس النظر (ص ٨٣)، والفروق للكرابيسي (١/ ١٤٧)، والفروق للقرافي (٣/ ٣٨٦ ف١٨٥)، وتهذيب الفروق بحاشية الفروق (٣/ ٣٨٩ ف ١٨٥)، والأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/ ٩٠)، والمجموع المذهب (٢/ ٢٧٧)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٢٣٨، ٢/ ٢٧٤)، والمنثور للزركشي (١/ ١٨٧، ٢/ ٣٩٧)، وتقرير القواعد (٢/ ٣٧٠، ٣/ ٤٤٣)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٥، ٢٨٦)، ولابن نجيم (ص ١٤٩، ٣١٥)، وغمز عيون البصائر (١/ ٤٣٦)، وشرح المجلة لسليم رستم باز (٢/ ٧٧١ م١٤٥٣)، ولعلي حيدر (٣/ ٥٠٠ م ١٤٥٣)، وشرح تحفة أهل الطلب (ص ٣٢٤، ٥٢٤)، وشرح القواعد للزرقا (ص ٤٦١، ٤٨١)، والمدخل الفقهي العام (١/ ٦١٨ ف ٤٦/ ١٧ – (١٥)، (٢/ ١٠٨٥ ف٨٣/ ٢ – ١)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ١٤٩)، وجمهرة القواعد الفقهية (١/ ٣٢٨، ٣٣٠)، والقواعد والضوابط المستلخصة من التحرير (ص ٣١٢، ٤٦٥)، والوجيز للبورنو (ص ٣٩٠)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١/ ١٨١)، والقواعد الفقهية د. الزحيلي (١/ ٥٩٧)، والقواعد الكلية د. شبير (ص ٣٣٣).

فيه وسلكه، «وأجازه» قَطَعَهُ، و«أجَازَه» أنفذه[١].

قال ابن فارس: «الجيم والواو والزاء، أصلان، أحدهما: قطع الشيء، والآخر وسط الشيء... - والمراد هنا الأول – تقول جزت الموضع: سرت فيه، وأجزته: خلَّفْتُه وقطعته، وأجزته: نَفَذْتُه»[٢].

اصطلاحاً: عرفها المصنف بقوله: «تصرف في العقد بالتغيير وهو الإلزام لا بالإعدام»[٣].

وهذا فيه معنى الإنفاذ، فالإجازة بهذا المعنى لا تكون إلا لاحقة للتصرف، بخلاف الإذن فلا يكون إلا سابقاً عليه.

فتكون إجازة العقد: إظهار صاحب الحق موافقته على إمضاء العقد وهذا يكون بكل قول، أو فعل ينبئ عن ذلك.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

مما تقرر شرعاً أنه لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك غيره، أو حقه بغير إذنه.

ولكن إذا تصرف الإنسان فيما يملكه غيره، ببيع، أو هبة، أو إعارة، أو إجارة، أو غير ذلك، فإن هذا التصرف يكون موقوفاً على إذن صاحب الحق، ويسمى هذا المتصرف بالفضولي.

فإذا أذن صاحب الحق، وأجاز التصرف، فإن هذا الإذن يعتبر كالوكالة والإذن السابق، فيصح العقد ويظهر أثره من حين إنشاء التصرف.

وهذا عند الحنفية والمالكية، وخالف في ذلك الشافعية في المذهب الجديد

---

(١) ينظر: مختار الصحاح (ص ١٠٥) (ج و ز)، ولسان العرب (٢٣٨/٣)، (جوز)، والمصباح المنير (ص٦٣ – ٦٤) (ج و ز)، والقاموس المحيط (ص ٦٥١) (جاز).

(٢) معجم مقاييس اللغة (ص ٢١٣) (جوز).

(٣) بدائع الصنائع (٥٣٩/٤).

عندهم، وفي المذهب الحنبلي روايتان والراجح عندهم أن تصرف الفضولي باطل[١].

وذكر المصنف شروطاً لصحة تصرف الفضولي فقال: «الإجازة إنما تلحق تصرف الفضولي عندنا بشرائط»[٢] وهي:

١ – أن يكون – للعقد – مجيز عند وجوده، أي: حالة إنشائه، فما لا مجيز له عند وجوده لا تلحقه الإجازة. لأن ماله مجيز متصور منه الإذن للحال، وبعد وجود التصرف، فكان الانعقاد عند الإذن القائم مفيداً فينعقد، وما لا مجيز له لا يتصور الإذن به للحال، والإذن في المستقبل قد يحدث فتحصل الفائدة، وقد لا يحدث، فلا ينعقد مع الشك في حصول الفائدة، وإذا لم ينعقد لا تلحقه الإجازة لأن الإجازة للمنعقد[٣].

٢ – وجود البائع والمشتري – الفضولي والطرف الآخر - بحيث لو هلك أحدهما قبل الإجازة من المالك لم تلحقه الإجازة.

٣ – وجود المالك؛ بحيث لو هلك المالك قبل إجازته لا يجوز بإجازة الورثة، وهذا بالإجماع[٤].

٤ – وجود المبيع؛ بحيث لو هلك قبل إجازة المالك، لا يجوز بإجازة المالك، غير أنه إن هلك في يد المالك لم يملك شيء، وإن هلك بعد التسليم إلى المشتري فالمالك بالخيار: إن شاء ضمن البائع، وإن شاء ضمن المشتري، لوجود سبب الضمان من

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٣٤٣)، وحاشية رد المحتار (٥/ ٢٢٧)، والفروق للقرافي (٣/ ٣٨٦)، وبداية المجتهد (٢/ ١٧١)، وحاشية الدسوقي (٣/ ١٧)، وروضة الطالبين (٣/ ٣٥٤)، والمجموع (٩/ ٢٥٩)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (٢/ ٢٧٤)، وللسيوطي (ص ٢٨٥)، والمغني (٤/ ٣٢١)، والشرح الكبير لابن قدامة (٤/ ١٦)، وتقرير القواعد (٣/ ٤٤٣).

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ٣٤٥ – ٣٤٩).

(٣) ينظر: المصدر السابق (٤/ ٣٤٥) باختصار.

(٤) المصدر السابق (٤/ ٥٣٤).

كل واحد منهما[١].

والدليل على اشتراط هذه الشروط ما ذكره المصنف بقوله: «لأن الإجازة إنما تلحق القيام، وقيام العقد بهذه الأربعة، ولأن الإجازة لها حكم الإنشاء من وجه، ولا يتحقق الإنشاء بدون العاقدين والمعقود عليه، لذلك كان قيامها شرطاً للحوق الإجازة»[٢].

وهذه الشروط لا بد من تحققها لصحة الإجازة إذا كان الثمن ديناً، أما إذا كان الثمن عيناً كالعروض فلا بد من قيامه في يد البائع، فيكون هذا شرطاً يلحق بالأربعة السابقة إذا كان الثمن عيناً[٣].

تنبيه: قال المصنف: «والعقد الموقوف، إذا اتصلت به الإجازة، تستند الإجازة إلى وقت العقد»[٤]. أي أنه: «إذا وجدت الإجازة يكون لها استناد وانعطاف، أي: تأثير رجعي. فبعد الإجازة يستفيد العاقد من ثمرات العقد منذ انعقاده؛ لأن الإجازة لم تنشئ العقد إنشاءً، بل أنفذته انفاذاً، أي: فتحت الطريق لآثاره الممنوعة المتوقفة لكي تمر وتسري، فتلحق تلك الآثار بالعقد المولد لها، اعتباراً من تاريخ انعقاده، لا من تاريخ الإجازة»[٥].

أصل القاعدة:

استدل المصنف لهذه القاعدة بالآتي:

١ – عموم الآيات القرآنية الدالة على مشروعية البيع ومن ذلك:

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٣٤٧).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٣٤٨).

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق (٥/ ٣٤٢).

(٥) المدخل الفقهي العام (١/ ٥٠٦).

أ – قوله تعالى:] 7 8 9 Z [١].

ب – قولـه تعـالى:] 9 : ; < = > ? @ A B C D E F G Z [٢].

ج – قولـــه تعـــالى:] 8 9 : ; < = > ? @ A Z [٣].

وجه الدلالة من الآيات:

أن الله سبحانه وتعالى شرع البيع والشراء والتجارة وابتغاء الفضـل مـن غـير فصل بين ما إذا وجد من المالك بطريق الأصالة، وبـين مـا إذا وجـد مـن الوكيـل في الابتداء، أو بين ما إذا وجدت الإجازة من المالك في الانتهاء، وبين وجود الرضا في التجارة عند العقد، أو بعده، فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خص بدليل[٤].

٢ – عموم الأدلة الدالة على الأمر بالإحسان إلى الناس والتعاون على البر والتقوى ومن ذلك:

أ – قوله تعالى:] وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ Z [٥].

ب – قوله تعالى:] z | { ~ ٱلْمُحْسِنِينَ Z [٦].

وجه الدلالة:

أنه قد يغلـب عـلى الظـن أن الفضـولي مـا أقـدم عـلى هـذا الـتصرف إلا نظـراً

---

(١) من الآية رقم ٢٧٥ من سورة البقرة.

(٢) من الآية رقم ٢٩ من سورة النساء.

(٣) من الآية رقم ١٠ من سورة الجمعة.

(٤) بدائع الصنائع (٤/ ٣٤٤).

(٥) من الآية رقم ٢ من سورة المائدة.

(٦) من الآية رقم ١٩٥ من سورة البقرة.

لصديقه وإحساناً إليه، ليحصل على الحمد والثناء، بتحمله مباشرة التصرف الذي هو محتاج إليه، ومن ثم يحصل على الثواب من الله عز وجل بالإعانة على البر والإحسان[١].

٣ – ما روي عن النبي ^ أنه دفع ديناراً إلى حكيم بن حزام – رضي الله عنه – وأمره أن يشتري له أضحية، فاشترى شاتين ثم باع إحداهما بدينار، وجاء بدينار وشاة إلى النبي ^ فدعا له بالبركة، وقال عليه الصلاة والسلام: «**بارك الله في صفقة يمينك**»[٢].

وجه الدلالة:

أنه لما دعا له النبي ^ بالخير والبركة على ما فعل ولم ينكر عليه، دل ذلك على صحة تصرفه وانعقاد البيع، وإن كان في بادئ الأمر لم يكن مأذوناً له بذلك[٣].

٤ – ما روي أن النجاشي زوج رسول الله ^ أم حبيبة رضي الله عنها[٤].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٣٤٤).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٣٤٤) بتصرف.

(٤) أخرجه أحمد في المسند (٤٥/ ٣٩٨ – ٣٩٩) الحديث رقم (٢٧٤٠٨)، وأبو داود في سننه: كتاب النكاح، باب في الولي (٢/ ١٩١) الحديث رقم (٢٠٨٨)، والنسائي في سننه: كتاب النكاح، باب القسط في الأصدقة (٦/ ١١٩) الحديث رقم (٣٣٥٠)، وفي الكبرى: كتاب النكاح، باب التزوج على أربع مائة درهم (٥/ ٢٢٠) الحديث رقم (٥٤٨٦). والطحاوي في شرح مشكل الآثار (١٣/ ٣٨) الحديث رقم (٥٠٦١)، والدارقطني في السنن: باب المهر (٣/ ٢٤٦) الحديث رقم (١٩)، والحاكم في كتاب النكاح (٢/ ١٨١) الحديث رقم (٢٧٤١)، والبيهقي في السنن: كتاب النكاح، باب الوكالة في النكاح (٧/ ١٣٩، ٢٣٢) الحديث رقم (١٣٥٧٤)، كلهم عن معمر، عن الزهري، عن عروة، عن أم حبيبة، به، موصولاً. قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي، وقال عنه شعيب الأرنؤوط: رجاله ثقات.

وجه الدلالة:

أن ذلك لا يخلو: إما أن فعله بأمر النبي ^ أو لا بأمره، فإن كان فعله بأمره فهو وكيله، وإن كان فعله بغير أمره فقد أجازه النبي ^ ، والإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة(١).

٥ – ولأن تصرف العاقل محمول على الوجه الأحسن ما أمكن، وقد أمكن حمله على الأحسن ههنا، وهو قصد البر به والإحسان إليه بالإعانة على ما هو خير للمالك في زعمه، لعلمه بحاجته إلى ذلك(٢).

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «إذا أجر الفضولي – شيئاً – فأجاز المالك العقد، فلو أجاز قبل استيفاء المنفعة جازت، وكانت الأجرة للمالك؛ لأن المعقود عليه ما فات. ألا ترى أنه لو عقد عليه ابتداء بأمره جاز، فإذا كان محلاً لإنشاء العقد عليه، كان محلاً للإجازة إذ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

وإن أجاز بعد استيفاء المنفعة لم تجز إجازته، وكانت الأجرة للعاقد، لأن المنافع المعقود عليها قد انعدمت»(٣).

٢ – قال المصنف: «إذا طلق الفضولي امرأة البالغ، أو أعتق عبده، أو وهب ماله، أو تصدق به فإنه ينعقد – العقد – موقوفاً على الإجازة... ولو فعل ذلك على الصبي لا ينعقد؛ لأن الصبي ليس من أهل هذه التصرفات بنفسه»(٤).

٣ – قال المصنف: «إذا قال الفضولي للبائع: بع عبدك هذا من فلان بكذا، فقال:

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٢/ ٤٨٧ – ٤٨٨).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٣٤٤).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٢٠).

(٤) المصدر السابق (٤/ ٣٤٥).

بعت وقبل الفضولي البيع فيه لأجل فلان، أو قال البائع: بعت هذا العبد من فلان بكذا وقبل المشتري الشراء منه لأجل فلان، فإنه يتوقف على إجازة المشترى له؛ لأن تصرف الإنسان، وإن كان له على اعتبار الأصل، إلا أن له أن يجعله لغيره بحق الوكالة وغير ذلك، وههنا جعله لغيره فينعقد موقوفاً على إجازته»[١].

٤ – قال المصنف: «ولو قال فضولي: زوجت فلانة من فلان، وهما غائبان، فقبل فضولي آخر عند الزوج، ينعقد بلا خلاف بين أصحابنا، حتى إذا بلغهما الخبر، وأجازا جاز»[٢].

٥ – وقال: «وعلى هذا يخرج إعتاق عبد الغير بغير إذنه أنه لا ينفذ لعدم الملك، ولكن يتوقف على إجازة المالك»[٣].

٦ – وقال: «إذا كان العبد كبيراً غائباً، فجاء رجل وقبل الكتابة عنه، ورضي المولى، فإن الكتابة تتوقف على إجازة العبد، لأنه من أهل الإجازة وقت قبول الفضولي عنه، فكان مجيزاً وقت التصرف»[٤].

أما شراء الفضولي وإجارته ففيها تفصيل ذكره المصنف بقوله: «وأما الاستئجار من الفضولي فهو كشرائه، فإن أضاف العقد إلى نفسه كان المستأجر – أو المُشترى – له؛ لأن العقد وجد نفاذاً على العاقد، فينفذ عليه، وإن أضاف العقد إلى من استأجر له، ينظر إن وقعت الإضافة إليه في الإيجاب والقبول جميعاً، يتوقف على إجازته وإن وقعت الإضافة إليه في أحدهما دون الآخر لا يتوقف بل ينفذ على العاقد، لما ذكرنا في البيوع»[٥].

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٣٤٦).

(٢) المصدر السابق (٢/ ٤٩١).

(٣) المصدر السابق (٣/ ٤٨٢).

(٤) المصدر السابق (٣/ ٦٠٢).

(٥) المصدر السابق (٤/ ٢١)، وقد فصل ذلك في كتاب البيوع (٤/ ٣٤٦).

المطلب الثاني
قاعدة: «الإجازة لا تلحق المعدوم»

أورده المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: «الإجازة إنما تلحق القائم دون الهالك»[٢].

ولفظ: «الباطل لا يقف على الإجازة»[٣].

هذه القاعدة متفرعة عن القاعدة السابقة، وتعبر عن قيد من قيودها وهو: قيام المبيع.

شرح مفردات القاعدة:

تقدم بيان معاني الإجازة، والمعدوم لغة واصطلاحاً.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أنه إذا عقد الفضولي عقداً على معدوم، سواء كان معدوماً حساً، أو شرعاً، بحيث نهى الشرع عنه ومنع منه وحرمه، فإن هذا العقد لا يتم، وإن أظهر صاحب الحق موافقته على إمضائه؛ لأنه لم ينعقد أصلاً، فلا يبني عليه حكم.

وكذلك إن هلك المبيع بعد تصرف الفضولي وقبل الإجازة، فلا تلحقه الإجازة، غير أنه إن هلك في يد المالك لم يملك شيئاً، وإن هلك بعد التسليم إلى

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٢٠، ٣٩٠).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٣٥٨).

(٣) المصدر السابق (٣/ ٤٩٦، ٤/ ٥٣٩).

وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في مراجع القاعدة السابقة؛ حيث إن هذه القاعدة تعتبر قيداً من قيود إعمال القاعدة السابقة «الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة». وينظر أيضاً: موسوعة القواعد الفقهية (١/ ١٧٩).

المشتري فالمالك بالخيار، إن شاء ضمن البائع، وإن شاء ضمن المشتري، لوجود سبب الضمان من كل واحد منهما، وهو التسليم من البائع والقبض من المشتري؛ لأن تسليم مال الغير وقبضه بغير إذن صاحبه كل واحد منهما سبب لوجوب الضمان[١].

هذا إذا كان المبيع معدوماً.

أما الثمن فلا يشترط لصحة الإجازة قيامه في يد البائع إن كان ديناً، كالدراهم والدنانير، والفلوس النافقة والموزون الموصوف والمكيل الموصوف في الذمة؛ لأن الدين لا يتعين بالتعيين، فكان قيامه بقيام الذمة.

أما إن كان عيناً كالعروض، فقيامه شرط للحوق الإجازة، ولو هلكت العين في يد الفضولي بطل العقد، ولا تلحقه الإجازة، ويرد المبيع إلى صاحبه، ويضمن للمشتري مثله إن كان له مثل، وقيمته إن لم يكن له مثل، لأنه قبضه بعقد فاسد[٢].

أصل القاعدة:

استدل المصنف لذلك بقوله: « لأن الإجازة إنما تلحق القيام، وقيام العقد بهذه الأربعة – شروط -[٣]، ولأن الإجازة لها حكم الإنشاء من وجه، ولا يتحقق الإنشاء بدون العاقدين والمعقود عليه، لذلك كان قيامها شرطاً للحوق الإجازة[٤].

وقال: « وإنما شرط قيام المبيع لأنه شرط صحة الإجازة، لما عرف أن ما لا يكون محلاً لإنشاء العقد عليه لا يكون محلاً لإجازة العقد فيه »[٥].

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٣٤٧).

(٢) ينظر ذلك كله في: بدائع الصنائع (٤/ ٣٤٨).

(٣) تقدم ذكر هذه الأربعة شروط عند دراسة قاعدة « الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة » ينظر (ص٧٦٨).

(٤) بدائع الصنائع (٤/ ٣٤٨)، وينظر: (٤/ ٥٢٩).

(٥) المصدر السابق (٥/ ١١٠)، وينظر: (٤/ ٣٢٦).

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «ولو باع شيئاً بربح ده يازده (أي: العشرة إحدى عشر) ولم يعلم المشتري رأس مال، فالبيع فاسد، حتى يعلم فيختار، أو يدع...، ولو هلك المبيع قبل العلم بعد القبض فعليه قيمته، لأن هذا حكم البيع الفاسد، وقد تقرر الفساد بالهلاك، لأن بالهلاك خرج البيع عن احتمال الإجازة والرضا، لأن الإجازة إنما تلحق القائم دون الهالك، فتقرر الفساد، فلزمته القيمة»[(١)].

٢ – قال المصنف: «إذا كانت التلجئة في الإقرار بالبيع فإن اتفقا على أن يقرا ببيع لم يكن، فأقرا بذلك، ثم اتفقا على أنه لم يكن، فالبيع باطل، حتى لا يجوز بإجازتهما؛ لأن الإقرار إخبار، وصحة الإخبار بثبوت المخبر به حال وجود الإخبار، فإن كان ثابتاً كان الإخبار صدقاً، وإلا فيكون كذباً، والمخبر به ههنا وهو البيع ليس بثابت، فلا يحتمل الإجازة لأنها تلحق الموجود لا المعدوم»[(٢)].

٣ – ذكر المصنف أنه إذا أجر الفضولي شيئاً فأجاز المالك بعد استيفاء المنفعة، لم تجز إجازته، وكانت الأجرة للعاقد؛ لأن المنافع المعقود عليها قد انعدمت، والإجازة لا تلحق المعدوم[(٣)].

٤ – وقال: «وقد قالوا فيمن غصب عبداً فأجره سنة للخدمة، وفي رجل آخر غصب غلاماً، أو داراً، فأقام البينة رجل أنه له، فقال المالك: قد أجزت ما أجرت، أن مدة الإجارة إن كانت قد انقضت فللغاصب الأجر؛ لما ذكرنا أن المعقود عليه قد انعدم، والإجازة لا تلحق المعدوم»[(٤)].

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٣٥٨).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٣٩٠). وبيع التلجئة هو: ما لجأ الإنسان إليه بغير اختياره، اختيار الإيثار. المصدر (٤/ ٣٨٩).

(٣) ينظر: المصدر السابق (٤/ ٢٠).

(٤) المصدر السابق.

٥ – قال المصنف: «وأما خيار البائع والمشتري جميعاً، فيسقط بما يسقط به حالة الانفراد، فأيهما أجاز صريحاً، أو ما يجري مجرى الصريح، أو فعل ما يدل على الإجازة بطل خياره ولزم البيع من جانبه، والآخر على خياره، إن شاء أجاز وإن شاء فسخ. وأيهما فسخ صريحاً، أو ما يجري مجرى الصريح، أو فعل ما يدل على الفسخ، انفسخ أصلاً ورأساً، ولا تلحقه الإجازة من صاحبه بعد ذلك، وإنما اختلف حكم الفسخ والإجازة؛ لأن الفسخ تصرف في العقد بالإبطال، والعقد بعدما بطل لا يحتمل الإجازة، لأن الباطل متلاش»[(١)].

٦ – ذكر المصنف: «أن مما يفسخ البيع ويبطل خيار الشرط، هلاك المبيع قبل القبض، سواء كان الخيار للبائع، أو للمشتري، أو لهما جميعاً، لأنه لو كان باتاً لبطل، فإذا كان فيه خيار الشرط أولى؛ لأنه أضعف منه، وإن هلك بعد القبض، فإن كان الخيار للبائع، فكذلك يبطل البيع، ولكن تلزمه القيمة إن لم يكن له مثل، والمثل إن كان له مثل، أما بطلان البيع، فلأن المبيع صار بحال لا يحتمل إنشاء العقد عليه، فلا يحتمل الإجازة فينفسخ العقد ضرورة»[(٢)].

٧ – ذكر المصنف: «أن المرتهن إذا باع المرهون وقف العقد على إجازة الراهن، فإن أجازه جاز، وكان الثمن رهناً، وإن هلك في يد المشتري قبل الإجازة، لم تجز الإجازة، لأن قيام المعقود عليه شرط صحة الإجازة»[(٣)].

* * *

(١) المصدر السابق (٤/ ٥٣٩).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٥٤٠ – ٥٤١).

(٣) المصدر السابق (٥/ ٢١٢ – ٢١٣).

الفصل الثاني
قواعد غير متحدة الموضوع

وفيه ثمانية مباحث:

المبحث الأول: قاعدة « الشركة في الأعيان عيب » .

المبحث الثاني: قاعدة « الملك في باب الهبة يقع بالقبض » .

المبحث الثالث: قاعدة « البقاء أسهل من الابتداء » .

المبحث الرابع: قاعدة « اختلاف الملك بمنزلة اختلاف العين » .

المبحث الخامس: قاعدة « التقدير الشرعي يمنع من الزيادة عليه إلا بدليل » .

المبحث السادس: قاعدة « مبنى الوكالة على الخصوص » .

المبحث السابع: قاعدة « ما لا فائدة فيه يلغو ويلحق بالعدم » .

المبحث الثامن: قاعدة « المشغول بنفسه لا يشتغل بغيره » .

المبحث الأول
قاعدة: «الشركة في الأعيان عيب»

أوردها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: «الشقص في الأعيان عيب»[٢].

ولفظ: «الشركة عيب»[٣].

ولفظ: «الشركة في الأعيان المجتمعة عيب»[٤].

معاني مفردات القاعدة:

الشركة، لغة: قال ابن فارس: «الشين والراء والكاف أصلان، أحدهما: يدل على مقارنة وخلاف انفراد، والآخر يدل على امتداد واستقامة.

فالأول: الشِّرْكة، وهو أن يكون الشيء بين اثنين، لا ينفرد به أحدهما، ويقال: شاركت فلاناً في الشيء، إذا صرت شريكه، وأشركت فلاناً، إذا جعلته شريكاً لك[٥]».

---

(١) بدائع الصنائع (٢/ ١٠٤، ٤/ ٣٦٣، ٥٥٩، ٥٦٤، ٥٦٥، ٥٦٧، ٦/ ٥٠٤).

(٢) المصدر السابق (٢/ ١٣٣، ٥/ ٣٢، ٣٩٠).

(٣) المصدر السابق (٤/ ١٢١).

(٤) المصدر السابق (٥/ ٤٧٣).

وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: الفروق للكرابيسي (٢/ ١٠٩)، والمنثور للزركشي (٢/ ٢٠١، ٢٠٢)، ودرر الحكام لعلي حيدر (١/ ٤٦٦ م٤٣٠)، وينظر: الهداية (٢/ ٩١)، والمحيط البرهاني (٦/ ٢٢٢)، وحاشية رد المحتار (٥/ ٩٨)، والبيان والتحصيل (٤/ ١٠٧، ١٠٨)، والذخيرة (٥/ ٨١، ٩٨، ٥/ ٣٥٠، ٧/ ٢٤٠، ٩/ ٦٨)، والمجموع (١٢/ ١٧٠، ١٨٤)، وروضة الطالبين (٧/ ٢٩٥)، والمغني لابن قدامة (٨/ ١٤)، والشرح الكبير لابن قدامة (٤/ ٩٤)، والمبدع (٣/ ٣٧٨).

(٥) معجم مقاييس اللغة (ص ٥٣٥).

والشِّرْكَة والشَّرِكة سواء، أي: مخالطة الشريكين، يقال: اشتركنا، بمعنى تشاركنا، وقد اشترك الرجلان، وتشاركا، وشارك أحدهما الآخر[١].

فالخليط هو الشريك والشركة الخلطة[٢].

اصطلاحاً: هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف[٣].

وهذا التعريف يشير إلى أن الشركة نوعان هما شركة أملاك وشركة عقود.

فالاجتماع في الاستحقاق يشير إلى شركة الأملاك، والاجتماع في التصرف يشير إلى شركة العقود[٤].

العيب لغة: من «عاب» «يَعيبُ» «عَيْباً» فهو «عائب» و«عابه» صاحبه فهو «معيب» ورجل «عيَّابة»: وقَّاع في الناس، وعاب الحائط وغيره: إذا ظهر فيه عيب[٥].

ويدور لفظ العيب حول عدة معانٍ هي: الوصمة، والذم، والنقيصة، وما يخلو عنه أهل الفطرة السليمة، والمعيب: ما فيه عيب، والجمع: عيوب[٦].

اصطلاحاً: كل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصاناً فاحشاً، أو يسيراً[٧].

---

(١) ينظر: لسان العرب (٨/ ٦٧) (شرك)، والمصباح المنير (ص ١٦٢) (ش ر ك)، والقاموس المحيط (ص ١٢١٩) (الشرك).

(٢) ينظر: طلبة الطلبة (ص ٤٤).

(٣) ينظر: المغني لابن قدامة (٥/ ١٠٩)، والشرح الكبير (٥/ ١٠٩)، والإنصاف (٥/ ٣٠١)، والمطلع على ألفاظ المقنع (ص ٣١١).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٧٣).

(٥) ينظر: معجم مقاييس اللغة (ص ٦٩٥) (عيب)، والمصباح المنير (ص ٢٢٧) (ع ي ب).

(٦) ينظر: المصادر السابقة ولسان العرب (١٠/ ٣٤٧) (عيب)، والقاموس المحيط (ص ١٥٢) كلمة (العيب).

(٧) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٥٤٤).

والشركة في الأصل نوعان: شركة أملاك، وشركة عقود.

وشركة الأملاك نوعان: نوع يثبت بفعل الشريكين، ونوع يثبت بغير فعلهما.

أما الذي يثبت بفعلهما فنحو: أن يشتريا شيئاً، أو يوهب لهما، أو يوصى لهما، أو يتصدق عليهما فيقبلا، فيصير المشترى والموهوب والمتصدق به مشتركاً بينهما شركة ملك[١].

وهذا النوع من أنواع الشركة يوجب تقييداً على التصرفات ووجوه المعاملات المتعلقة بالشيء المملوك بين الشركاء، إلا بإذن الجميع واتفاقهم، إلا إذا كان التصرف لا يضر بالغير، كأن يهب أحد الشركاء حصته لبعضهم، أو لهم جميعاً.

أما الذي يثبت بغير فعلهما فالميراث؛ بأن ورثا شيئاً، فيكون الموروث بينهما شركة ملك.

أما شركة العقود فهي ثلاثة أنواع: شركة بالأموال، وشركة بالأعمال، وشركة بالوجوه[٢].

فالشركة بالأموال: هي أن يشترك اثنان في رأس مال، فيقولان: اشتركنا فيه على أن نشتري ونبيع معاً، أو شتى، أو أطلقا، على أن ما رزق الله من ربح فهو بيننا على شرط كذا.

والشركة بالأعمال: هي أن يشتركا على عمل من الخياطة، أو القصارة، أو غيرهما، فيقولا: اشتركنا على أن نعمل فيه على أن ما رزق الله عز وجل من أجرة فهي بيننا على شرط كذا.

والشركة بالوجوه: هي أن يشتركا وليس لهما مال، لكن لهما وجاهة عند الناس، فيقولا: اشتركنا على أن نشتري بالنسيئة ونبيع بالنقد، على أن ما رزق الله

---

(١) المصدر السابق (٥ / ٧٣).

(٢) المصدر السابق.

سبحانه وتعالى من ربح، فهو بيننا على شرط كذا.

وهذه الأنواع الثلاثة من أنواع شركة العقود يدخل في كل واحد منهما: العنان، والمفاوضة[١].

فالعنان، قيل: مأخوذ من العن، وهو الإعراض، يقال: عنَّ لي، أي: اعترض وظهر.

وسميت شركة العنان بذلك؛ لأنها تقع على حسب ما يعن لهما، في كل التجارات، أو في بعضها دون بعض، وعند تساوي المالين، أو تفاضلهما.

وقيل: مأخوذ من عنان الفرس، أن يكون بإحدى يديه، ويده الأخرى مطلقة يفعل بها ما يشاء.

ولذا سميت شركة العنان بذلك، لأنها لا تكون إلا في بعض الأموال، ويتصرف كل واحد منهما في الباقي كيف يشاء.

أو لأن كل واحد منهما عنان التصرف في المال المشترك لصاحبه[٢].

« أما المفاوضة، فقد قيل: إنها المساواة في اللغة.

وسمي هذا النوع من الشركة مفاوضة، لاعتبار المساواة في رأس المال والربح والتصرف وغير ذلك.

وقيل: هي من التفويض؛ لأن كل واحد منهما يفوض التصرف إلى صاحبه على كل حال »[٣].

فتبين أن هذا النوع وهو شركة العقود يكون بطريق الاتفاق بين الشركاء على استثمار الأموال، أو القيام بأعمال تهدف إلى تحصل كسب مالي يوزع على الشركاء فيما

---

(١) المصدر السابق (٥ / ٧٤).

(٢) المصدر السابق (٥ / ٧٥).

(٣) المصدر السابق.

بعد.

« وهذا فيه تقوية، وتوسيعٌ للفعالية الاقتصادية، وتعاونٌ بالمال والعمل، على إيجاد القوة اللازمة في كثير من المشروعات الإنتاجية التي يعجز عنها الفرد غالباً »[١].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة تقرر أصلاً من أصول الشريعة، وهو أن الضرر منفي[٢]، ويجب دفعه بقدر الإمكان، فهي تحقق مقصداً من مقاصد الشريعة وهو رفع الحرج والضيق عن الناس.

فإذا تفرقت الصفقة على البائع – مثلاً – بحيث قبل المشتري غير ما أوجبه البائع، أو بعضه، أو بغير ما أوجبه، أو ببعض ما أوجبه، فإن العقد لا يتم، إلا بإيجاب مبتدأ، لأن هذا يعتبر تفريقاً للصفقة، وتفريقها يتضمن الشركة، والشركة في الأعيان عيب، فيتضرر به البائع، والضرر واجب الدفع ما أمكن[٣] فيثبت له به الخيار[٤].

والذي يظهر لي أن هذه القاعدة لها صلة قوية بشركة الأملاك أكثر منها بشركة العقود؛ لأن شركة الأملاك لا يستطيع الشريك فيها أن يتصرف في حصته الشائعة من المال المشترك تصرفاً فعلياً يضر بشريكه، كاستهلاك العين، أو تغيير شكلها ونحو ذلك.

فلو قيل في صياغة القاعدة « الشركة الطارئة على الأعيان عيب » لكان أولى.

---

(١) المدخل الفقهي العام (١/ ٣٥٤).

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ٣٢٣).

(٣) ينظر: المصدر السابق (٤/ ٥٦٤).

(٤) المصدر السابق (٥/ ٤٧٣).

أصل القاعدة:

١ – ذكر المصنف دليلاً لهذه القاعدة في معرض استدلاله لعدم جواز تفريق الصفقة قبل تمامها، حيث قال: والدليل على أنه لا يجوز تفريق الصفقة على البائع قبل تمامها: أن التفريق إضرار بالبائع، والضرر واجب الدفع ما أمكن.

وبيان الضرر: أن المبيع لا يخلو إما أن يكون شيئاً واحداً، وإما أن يكون أشياء حقيقة شيئاً واحداً تقديراً، والتفريق تضمن الشركة، والشركة في الأعيان عيب، فكان التفريق عيباً، وهو عيب زائد لم يكن عند البائع فيتضرر به البائع.

٢ – أن سلامة المبيع من العيوب مطلوبة للمشتري، لأن غرضه الانتفاع بالمبيع، ولا يتم انتفاعه به، إلا إذا كان سليماً من العيوب، لأنه لم يدفع جميع الثمن إلا ليسلم له جميع المبيع، فإذا تبين أن المبيع مشترك، فاتت المساواة بين الثمن والمبيع، فلا يلزمه أخذه بالعوض كاملاً، وكان له الخيار[(١)].

٣ - «أن المقصود بالعقود هو التقابض، وبالقبض يتم العقد، ويحصل مقصوده»[(٢)].

فإذا لم يقبض المشتري المبيع كاملاً، بأن قبض بعضه ورد البعض الآخر، لم يحصل المقصود من العقد، ولم تتحقق المصلحة والمنفعة لكل منهما.

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «ولو أُخبر بشراء نصف الدار فسلَّم، ثم تبين أنه اشترى الجميع فله الشفعة، ولو أخبر بشراء الجميع فسلَّم، ثم تبين أنه اشترى النصف فالتسليم جائز ولا شفعة له، هذا هو الرواية المشهورة.

وجه الرواية المشهورة: أن التسليم في النصف للاحتراز عن الضرر، وهو ضرر الشركة، وهذا لا يوجد في الكل، فاختلف الغرض فلم يصح التسليم فبقي

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٥٤٣).

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية (٢٩/ ٢٢١).

على شفعته، وإذا صح تسليم الكل فقد سلم البعض ضرورة؛ لأنه داخل في الكل، فصار بتسليم الكل مسلماً للنصف؛ لأن الشركة عيب فكان التسليم بدون العيب تسليماً مع العيب عن طريق الأولى»[١].

٢ – وقال: «لو أوجب البائع البيع في كل العبد فقبل المشتري في نصفه، لا ينعقد البيع؛ لأن البائع يتضرر بالتفريق؛ لأنه يلزمه عيب الشركة»[٢].

٣ – وقال: «ولو باع مصوغاً من الفضة، على أن وزنه مائة بعشرة دنانير...، وسمى لكل عشرة ثمناً على حده، بأن قال: بعت منك على أن وزنه مائة بعشرة دنانير كل وزن عشرة بدينار، وتقابضا، فالبيع جائز، ثم إن وجده على ما سمى فالأمر ماضٍ ولا خيار.

وإن وجد وزنه أزيد بأن كان مائة وخمسين...، فإن علم بعد التفرق بطل البيع في ثلث المصوغ، لانعدام التقابض فيه، وله الخيار في الباقي، إن شاء رضي به بعشرة دنانير، وإن شاء رد الكل واسترد الدنانير؛ لأن الشركة في الأعيان عيب»[٣].

٤ – وقال المصنف: «إذا اشترى رجلان شيئاً ثم اطلعا على عيب فيه كان عند البائع، فلا ينفرد أحدهما بالفسخ دون صاحبه عنده، وعند أبي يوسف ومحمد ينفرد أحدهما بالفسخ، وعلى هذا الخلاف لو اشتريا شيئاً على أنهما بالخيار فيه ثلاثة أيام، أو اشتريا شيئاً لم يرياه.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنه لم يوجد شرط الرد، وثبوت حق الرد عند انعدام شرطه ممتنع.

والدليل على أنه لم يوجد شرط الرد: أن الشرط أن يكون المردود على

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ١٢١).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٣٢٣).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٣٦٣).

الوصف الذي كان مقبوضاً، ولم يوجد؛ لأنه قبضه غير معيب بعيب زائد، فلو رده لرده وهو معيب بعيب زائد، وهو عيب الشركة، لأن الشركة في الأعيان عيب، لأن نصف العين لا يُشترى بالثمن الذي يشترى به لو لم يكن مشتركاً، فلم يوجد رد ما اشترى، فلا يصح الرد، دفعاً للضرر عن البائع»[١].

٥ – وقال: «إذا قبض المشتري كل المبيع ثم وجد به عيباً، فإن كان المبيع شيئاً واحداً حقيقة وتقديراً - كالعبد، والثوب، والدار، والكرم، والمكيل، والموزون – فالمشتري بالخيار، إن شاء رضي بالكل بكل الثمن، وإن شاء رد الكل واسترد جميع الثمن، وليس له أن يرد قدر المعيب خاصة بحصته من الثمن؛ لأن فيه إلزام عيب الشركة، وأنها عيب حادث مانع من الرد.

وإن كان أشياء حقيقة، شيئاً واحداً تقديراً – كالخفين، والنعلين، ومصراعي الباب، وكل شيء لا ينتفع بأحدهما فيما وضع له بدون الآخر – فكذلك، لأن إفراد أحدهما بالرد إضرارٌ بالبائع، إذ لا يمكن الانتفاع بأحدهما فيما وضع له بدون الآخر، فكانا فيما وضعا له من المنفعة كشيء واحد، فكان المبيع شيئاً واحداً من حيث المعنى، فبالرد تثبت الشركة من حيث المعنى، والشركة في الأعيان عيب»[٢].

٦ – إذا باع الوكيل بعض ما وكل ببيعه، وكان في تبعيضه ضرر، بأن وكله ببيع عبد فباع نصفه، جاز عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: لا يجوز؛ لوجوب دفع الضرر الحاصل بالشركة في الأعيان[٣].

٧ – وقال المصنف: «الوكيل بشراء عبد بعينه، إذا اشترى نصفه فالشراء موقوف، إن اشترى باقيه قبل الخصومة لزم الموكل...، وعند زفر يلزم الوكيل، ولو خاصم

---

(١) المصدر السابق (٤/ ٥٥٩).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٥٦٥).

(٣) ينظر: المصدر السابق (٥/ ٢٨).

الموكل الوكيل إلى القاضي قبل أن يشتري الوكيل الباقي، وألزم القاضي الوكيل، ثم إن الوكيل اشترى الباقي بعد ذلك، يلزم الوكيل إجماعاً؛ لأنه خالف، وكذلك هذا في كل ما في تبعيضه ضرر، وفي تشقيصه عيب، كالعبد والأمة والدابة والثوب وما أشبه ذلك»[1].

* * *

(١) المصدر السابق (٥/ ٣٢).

المبحث الثاني
قاعدة: «الملك في باب الهبة يقع بالقبض»

أوردها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: «الملك في باب الهبة لا يثبت بدون القبض»[٢].

ولفظ: «القبض في الهبة بمنزلة الهبة»[٣].

هذه القاعدة تتكلم عن عقد من عقود التبرعات، التي لا يكفي فيها الإيجاب والقبول، ولا تعتبر تامة إلا إذا حصل تسليم العين التي هي موضوع العقد[٤].

معاني مفردات القاعدة:

الملك لغة: سبق بيان ذلك لغة وشرعاً وأن المصنف قد عرفه بقوله:

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٣٨).

(٢) المصدر السابق (٣/ ٦٣٨).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٥٩١).

(٤) ينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: الفروق للكرابيسي (١/ ٣٦١، ٢/ ٤٥)، وقواعد الأحكام (٢/ ٢٥٥)، والفروق للقرافي (٣/ ٣٤٠ ف ١٧١)، وتهذيبها (٤/ ٣٣٨ ف١٧١)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (٢/ ٢٧٥)، والمنثور للزركشي (١/ ٢٤، ٢/ ١٢٨ – ١٣٠)، وتقرير القواعد (١/ ٢٧٨، ٣٥٣، ٣٧٥)، والأشباه والنظائر (ص ٥٣، ٣١٩، ٤٦٩)، ولابن نجيم (ص ٣٨٨)، وترتيب اللآلي (١/ ٤٨١)، وغمز عيون البصائر (٣/ ٤٦٣)، وشرح المجلة لسليم رستم باز (١/ ٤٢ م٥٧، ١/ ٤٦٢م ٨٣٧)، ودرر الحكام لعلي حيدر (١/ ٥٦ م٥٧، ٢/ ٣٩٦ م ٨٣٧)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٢٩٩)، والمدخل الفقهي العام (١/ ٤١٩ ف٣٠/ ١٣، ٢/ ١٠٣، ف ٨١/ ٧٥)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ١٨٠)، وجمهرة القواعد الفقهية (١/ ٥٧٢)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ٤٨٩)، والوجيز للبورنو (ص ٣٧٦)، وموسوعة القواعد الفقهية له أيضاً (٣/ ١٧٩، ٦/ ٨٠، ٢٢٦، ٨/ ٩٥٦)، والقواعد الفقهية د. الزحيلي (١/ ٥٢٤)، وموسوعة القواعد الفقهية المنظمة للمعاملات المالية (ص ٢٠١)، والوجيز د. عبدالكريم زيدان (ص ٢٠٣).

«الاختصاص بالمملوك انتفاعاً وتصرفاً»[١].

الهبة، لغة: تقول: وهبت له «هِبَة» و«مَوهبة» و«وَهْباً» و«وَهَبَا» إذا أعطيته. والهبة: العطية الخالية عن الأعواض والأغراض[٢].

اصطلاحاً: عرفها المصنف بقوله: «تمليك العين من غير عوض»[٣].

القبض: تقدم تعريفه لغة واصطلاحاً: وأنه «التمكين والتخلي وارتفاع الموانع عرفاً وعادة وحقيقة»[٤].

أي: «التمكن من التصرف في المقبوض»[٥].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن تسليم العين المعقود عليها في عقد الهبة، يعتبر شرطاً أساساً متمماً لانعقاد العقد.

فالموهوب له لا يستطيع أن يتصرف في العين الموهوبة تصرف الملاك إلا إذا قبضها، فلو رجع الواهب قبل القبض لم تلزم الهبة، وله ذلك، ولو توفي الواهب، أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة.

وهذا هو قول الحنفية[٦] والشافعية[٧] وهو الراجح عند

---

(١) بدائع الصنائع (٣/ ٤٥٣، ٦/ ١٠٨)، وينظر (ص) من هذه الرسالة.

(٢) ينظر: معجم مقاييس اللغة (ص ١٠٦٧)، ولسان العرب (١٥/ ٢٨٨) (وهب)، ومختار الصحاح (ص٦٣٠)، والمصباح المنير (ص ٣٤٧) (و هـ ب).

(٣) بدائع الصنائع (٥/ ١٨٢)، وقريب منه في (٣/ ٦٣٨، ٤/ ١٦، ٥/ ٢١٣، ٦/ ٢٣٤)، وينظر: البحر الرائق (٧/ ٨٤)، ورد المحتار مع حاشيته (٦/ ٢٥٥).

(٤) بدائع الصنائع (٤/ ٣٤٢).

(٥) المصدر السابق (٥/ ١٧١).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٣/ ٦٣٨، ٤/ ١٢٥، ٣٩٥، ٥/ ١٧٥)، وحاشية رد المحتار (٦/ ٢٥٨)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ٥٦)، والبحر الرائق (٣/ ٩٢).

(٧) ينظر: الأم (٣/ ٢١١، ٤/ ١٠٩، ٦/ ٢٣٧)، والحاوي الكبير (٦/ ٣٤، ٢٦٣، ٧/ ٧٤)، وروضة

=

الحنابلة[١]، أما المالكية فالقبض عندهم من شروط التمام لا من شروط الصحة، فالموهوب عندهم يُملك بالعقد وإن لم يُقبض[٢].

شروط صحة القبض:

ذكر المصنف عدة شروط، لا بد من توفرها من أجل أن يكون القبض صحيحاً[٣]، وهي:

١ – أن يكون القبض بإذن المالك، والإذن نوعان: صريح، ودلالة.

فالصريح، نحو أن يقول الواهب: اقبض، أو أذنت لك بالقبض، أو رضيت، وما يجري هذا المجرى، فيجوز قبضه ولو بعد الافتراق.

أما الدلالة: فهي أن يقبض الموهوب له العين الموهوبة في المجلس ولا ينهاه المالك، هذا إذا كانت العين لا تحتاج إلى الفصل عن غيرها.

أما لو وهبه شيئاً متصلاً بغيره، مما لا تقع عليه الهبة، كالثمر المعلق على الشجر دون الشجر، أو الشجر دون الأرض، أو حلية السيف دون السيف، أو القفيز من الصبرة، أو الصوف على ظهر الغنم، وغير ذلك مما لا جواز للهبة فيه إلا بالفصل والقبض، ففصل وقبض، بدون إذن الواهب الصريح لم يجز القبض، سواء كان الفصل والقبض بحضرة المالك أو لا[٤].

٢ – أن لا يكون الموهوب مشغولاً بما ليس بموهوب، لأن معنى القبض وهو:

= الطالبين (٥/ ٧٧، ٦/ ١٢٣).

(١) ينظر: المغني لابن قدامة (٦/ ٢٧٣، ٢٨٠)، والشرح الكبير لابن قدامة (٥/ ٤٦٤، ٦/ ٢٥٠)، والشرح الممتع (١١/ ٧٠)، والإنصاف (٧/ ٩٠، ٩٢)، حيث قال: وهو المذهب.

(٢) ينظر: الشرح الكبير للدردير (٤/ ١١٤)، والبيان والتحصيل (٣/ ٣٨٨)، والذخيرة (٦/ ٢٣٠)، وبداية المجتهد (٢/ ٣٢٩).

(٣) ينظر: (٥/ ١٧٦)، وما بعدها، حيث أوردها المصنف بالتفصيل، وما ذكرته مختصراً من كلامه.

(٤) ينظر: المصدر السابق (٥/ ١٧٦، ١٧٨).

التمكن من التصرف في المقبوض لا يتحقق مع الشغل.

فإذا وهب داراً فيها متاع الواهب، وسلم الدار إليه، أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع فإنه لا يجوز؛ لأن الفراغ شرط صحة التسليم والقبض ولم يوجد.

وكذلك لو وهب جارية واستثنى ما في بطنها، أو حيواناً واستثنى ما في بطنه أنه لا يجوز؛ لأنه لو جاز لكان ذلك هبة ما هو مشغول بغيره[١].

٣ – أن لا يكون الموهوب متصلاً بما ليس بموهوب اتصال الأجزاء، لأن قبض الموهوب وحده لا يتصور، وغيره ليس بموهوب فكان هذا في معنى المشاع.

فإذا وهب أرضاً فيها زرع دون الزرع، أو شجراً عليها ثمر دون الثمر، أو وهب الزرع دون الأرض، أو الثمر دون الشجر، وخلى بينه وبين الموهوب، فإنه لا يجوز؛ لأن الموهوب متصل بما ليس بموهوب اتصال جزء بجزء فمنع صحة القبض[٢].

٤ – أن يكون المقبوض محلاً للقبض، فلو وهب ما في بطن غنمه، أو ضرعها، أو سمناً في اللبن، أو دهناً في سمسم، أو زيتاً في زيتون، أو دقيقاً في حنطة، لم يجز القبض، وإن سلطة على قبضه عند الولادة، أو عند استخراج ذلك؛ لأن الموهوب هناك ليس محل العقد؛ لكونه معدوماً، لهذا لم يجز بيعها، فلا تجوز هبتها[٣].

٥ – أن يكون القابض أهلاً للقبض، فلا يجوز قبض المجنون والصبي الذي لا يعقل.

هذا إذا كان القبض بطريق الأصالة، أما إذا كان القبض بطريق النيابة:

أ – فيشترط في القابض للصبي: الولاية بالحجر، والعيلة عند عدم الولاية. فيقبض

---

(١) ينظر: المصدر السابق (٥/ ١٧٨ – ١٧٩).

(٢) ينظر: المصدر السابق (٥/ ١٧٩).

(٣) ينظر: المصدر السابق (٥/ ١٧٩ – ١٨٠).

للصبي وليه، أو من كان الصبي في حجره، وعياله عند عدم الولي، فيقبض له أبوه ثم وصي أبيه بعده، ثم جده أبو أبيه بعد أبيه ووصيه، ثم وصي جده بعده على هذا الترتيب، سواء كان الصبي في عيالهم أو لا، وإذا غاب أحدهم غيبة منقطعة جاز قبض الذي يتلوه في الولاية، ولا يجوز قبض غير هؤلاء الأربعة مع وجود واحد منهم، فإن لم يكن أحد منهم جاز قبض من كان الصبي في حجره وعياله، ولا يجوز قبض من لم يكن في عياله، أجنبياً كان، أو ذا رحم محرماً منه؛ لأن الذي في عياله له عليه ضرب ولاية.

ب – أما الذي يرجع إلى نفس القبض فهو: أن القبض الموجود في الهبة ينوب عن قبض الهبة، سواء كان الموجود وقت العقد مثل قبض الهبة، أو أقوى منه؛ لأن المتماثلان ينوب كل واحد منهما عن الآخر، وإن كان أقوى منه يوجد فيه المستحق وزيادة. فلو كان الموهوب في يد الموهوب له وديعة، أو عارية، فوهب منه جازت الهبة وصار قابضاً بنفس العقد، ووقع العقد والقبض معاً، ولا يحتاج إلى تجديد القبض بعد العقد.

وإن كان الموهوب في يده مغصوباً، أو مقبوضاً ببيع فاسد، أو مقبوضاً على سوم الشراء، فكذا، ينوب ذلك عن قبض الهبة، لوجود المستحق بالعقد، وهو أصل القبض وزيادة ضمان.

وإن كان المقبوض مرهوناً في يده، فكذلك، ينوب قبض الرهن عن قبض الهبة؛ لأن قبض الهبة قبض أمانة، وقبض الرهن في حق العين قبض أمانة، فيتماثلان، فينوب أحدهما عن الآخر[1].

---

(١) ينظر هذا كله في المصدر السابق (٥ / ١٨٠ – ١٨١) بتصرف يسير.

وقد ذكر المصنف أن شرائط الهبة أنواع بعضها ما يرجع إلى ركن الهبة وبعضها يرجع إلى الواهب، وبعضها يرجع إلى الموهوب، وبعضها يرجع إلى الموهوب له. ينظر ذلك كله في المصدر السابق

=

أصل القاعدة:

استدل المصنف لهذه القاعدة بما يأتي:

١ – بما روي عن النبي ^ أنه قال: **(لا تجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة)**[١].

وجه الدلالة:

أن المراد بعدم الجواز هو عدم ثبوت الملك، إذ الجواز ثابت قبل القبض.

٢ – إجماع الصحابة – رضي الله عنهم – فقد روي عن أبي بكر، وعمر، وعثمان، وعلي، وابن عباس – رضي الله عنهم أجمعين – أنهم قالوا: «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة» ولم يرد عن غيرهم خلافه[٢].

٣ – ما روي أن أبا بكر الصديق – رضي الله عنه – دعى عائشة – رضي الله عنها – في مرض موته فقال: «إني كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقاً من مالي بالعالية، وإنك لم تكوني قبضتيه ولا حرزتيه، وإنما هو اليوم مال وارث»[٣].

= (٥/ ١٦٨) وما بعدها.

(١) أخرجه عبدالرزاق في المصنف: كتاب المواهب، باب الهبات (٩/ ١٠٧) الحديث رقم (١٦٢٥٩) موقوفاً على إبراهيم النخعي ولفظه: «الهبة لا تجوز حتى تقبض، والصدقة تجوز قبل أن تقبض». قال عنه الزيلعي: غريب. وقال عنه ابن حجر: لم أجده، وهو في آخر الوصايا من مصنف عبدالرزاق عن إبراهيم النخعي. وقال الألباني في سلسلة الأحاديث الضعيفة (١/ ٥٣٦) الحديث رقم (٣٦٠) لا أصل له مرفوعاً. ينظر: نصب الراية (٤/ ١٢١)، والدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ١٨٣).
والمصنف اضطرب في روايته لهذا الحديث فمرة رفعه إلى النبي ^، ومرة أوقفه على عدد من الصحابة. ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٦٢، ١٧٢، ١٧٦).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٧٦)، والمغني (٦/ ٢٧٣).

(٣) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب القضاء، باب: ما لا يجوز من النحل (٢/ ٧٥٢) الحديث رقم (١٤٣٨)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى: كتاب الهبة، باب شرط القبض في الهبة (٦/ ١٦٩) الحديث رقم (١٢٢٩٨)، وفي معرفة السنن والآثار (٩/ ٥٠) الحديث رقم (٣٨٧٧)، (قال عنه الألباني: صحيح. الإرواء (٦/ ٦١).

وهذا الأثر نص في اشتراط القبض لصحة الهبة، حيث إنه كان قد وهبها في صحته، ولم تقبضها حتى مرض، والإقباض في مرض الموت كالعطية، والعطية للوارث لا تصح.

٤ – ورد عن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – أنه قال: «من نحل نحلة لم يحزها الذي نحلها حتى تكون إن مات لوارثه فهي باطل»[(١)].

٥ – «لأنها عقد تبرع، فلو صحت بدون القبض لثبت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب بالتسليم، فتصير عقد ضمان، وهذا تغيير للمشروع»[(٢)].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «هبة الواحد من اثنين لا تجوز عند أبي حنيفة؛ لأن الملك في باب الهبة يقع بالقبض، والشيوع ثابت عند القبض، فيمنع من القبض، ويمنع من وقوع الملك»[(٣)].

٢ – وقال: «لا تصح هبة المشاع فيما يحتمل القسمة؛ لأن القبض شرط صحة الهبة،

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الهبات، باب شرط القبض في الهبة (٦/ ١٧٠) الحديث رقم (١١٧٧٨)، ومالك في الموطأ، كتاب القضاء، باب: ما لا يجوز من النحل (٤/ ١٠٩٠) الحديث رقم (٢٧٨٤)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى: باب الهبات، باب شرط القبض في الهبة (٦/ ١٧٠) الحديث رقم (١٢٣٠)، وقد ذكره المصنف بلفظ: «ما بال أحدكم ينحل ولده نحلاً، لا يحوزها ولا يقسمها، ويقول: إن مت فهو له، وإن مات رجعت إلي، وأيم الله لا ينحل أحدكم ولده نحلاً لا يحوزها ولا يقسمها فيموت إلا جعلتها ميراثاً لورثته». ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٧١) ولم أجده بهذا اللفظ فيما اطلعت عليه من كتب السنة.

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ١٧٦).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٣٨).

علل المصنف لذلك بقوله: «لأن الهبة عقد تبرع، فلو صحت في مشاع يحتمل القسمة لصار عقد ضمان؛ لأن الموهوب له يملك مطالبة الواهب بالقسمة فيلزمه ضمان القسمة فيؤدي إلى تغيير المشروع ولهذا توقف الملك في الهبة على القبض». ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٧١).

والقبض على التمام لا يتحقق مع الشياع»[١].

٣ – وقال: «ولو وهب لرجل شاة فضحى بها الموهوب له، أجزأته عن الأضحية؛ لأنه ملكها بالهبة والقبض، فصار كما لو ملكها بالشراء»[٢].

٤ – وذكر المصنف: «أن الكفيل يخرج من الكفالة إذا وهب الطالب المال من الكفيل، أو من الأصيل؛ لأن الهبة بمنزلة الأداء»[٣].

٥ – وقال: «إذا وهب داراً فيها متاع الواهب، وسلم الدار إليه، أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع، فإنه لا يجوز، لأن الفراغ شرط صحة التسليم والقبض ولم يوجد. ولو أخرج المتاع من الدار ثم سلم فارغاً جاز.

ولو وهب ما فيها من المتاع دون الدار، وخلى بينه وبين المتاع، جازت الهبة؛ لأن المتاع لا يكون مشغولاً بالدار، والدار تكون مشغولة بالمتاع، لهذا افترقا فيصح تسليم المتاع ولا يصح تسليم الدار»[٤].

٦ – وقال: «ولو جمع في الهبة بين المتاع وبين الدار الذي فيها – المتاع – فوهبهما جميعاً صفقة واحدة، وخلى بينه وبينهما، جازت الهبة فيهما جميعاً، لأن التسليم قد صح فيهما جميعاً.

وإن فرق بينهما في الهبة، بأن وهب أحدهما ثم وهب الآخر، فهذا لا يخلو، إما إن جمع بينهما في التسليم وإما أن فرق.

فإن جمع بينهما في التسليم جازت الهبة فيهما جميعاً.

وإن فرق: بأن وهب أحدهما وسلم، ثم وهب الآخر وسلم، نظر في ذلك

---

(١) المصدر السابق (٤/ ١٢٥).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٢١٨).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٦١٣).

(٤) المصدر السابق (٥/ ١٧٨).

وروعي فيه الترتيب:

إن قدم هبة الدار، فالهبة في الدار لم تجز، لأنها مشغولة بالمتاع، فلم يصح تسليم الدار، وجازت في المتاع، لأنه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه.

ولو قدم هبة المتاع جازة الهبة فيهما جميعاً»[١].

٧ – وقال: «إذا وهب أرضاً فيها زرع دون الزرع، أو شجراً عليها ثمر دون الثمر، أو وهب الزرع دون الأرض، أو الثمر دون الشجر، وخلى بينه وبين الموهوب له فلا يجوز، لأن الموهوب متصل بما ليس بموهوب، اتصال جزء بجزء، فمنع صحة القبض.

ولو جذ الثمر وحصد الزرع، ثم سلمه فارغاً جاز؛ لأن المانع من النفاذ وهو ثبوت الملك قد زال.

ولو جمع بينهما في الهبة، فوهبهما جميعاً وسلم مفرقاً جاز.

ولو فرق بينهما في الهبة، فوهب كل واحد منهما بعقد على حده، بأن وهب الأرض ثم الزرع، أو الزرع ثم الأرض، فإن جمع بينهما في التسليم جازت الهبة فيهما جميعاً، وإن فرق لا تجوز الهبة فيهما جميعاً، قدم أو أخر سواء بخلاف الفصل الأول؛ لأن المانع من صحة القبض هنا الاتصال، وأنه لا يختلف، والمانع هناك الشغل وأنه يختلف»[٢].

٨ – وقال: «نظير هذا إذا وهب نصف الدار مشاعاً من رجل ولم يسلم إليه حتى وهب النصف الباقي منه وسلم الكل أنه يجوز، ولو وهب النصف وسلم، ثم وهب الباقي وسلم لا تجوز الهبة»[٣].

٩ – وقال: «إذا وهب صوفاً على ظهر غنم فلا يجوز؛ لأن الموهوب متصل بما ليس

---

(١) المصدر السابق.

(٢) المصدر السابق (٥/ ١٨١).

(٣) المصدر السابق.

بموهوب، وهذا يمنع صحة القبض، ولو جزه وسلمه جاز، لزوال المانع »[١].

١٠ – وقال: « إذا وهب دابة وعليها حمل بدون الحمل لا تجوز – الهبة – ولو رفع الحمل عنها وسلمها فارغاً جاز »[٢].

* * *

(١) المصدر السابق.

(٢) المصدر السابق.

المبحث الثالث
قاعدة: «البقاء أسهل من الابتداء»

أوردها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: «البقاء أسهل»[٢].

ولفظ: «البقاء أسهل من حكم الابتداء»[٣].

---

(١) بدائع الصنائع (٢/ ٢٨٣، ٤/ ١٢٢، ٤٥٠، ٥٩٨، ٦/ ٤٣٢).

(٢) المصدر السابق (٣/ ٢٧٦، ٥/ ١٨٨، ٦/ ٥١٨).

(٣) المصدر السابق (٥/ ٢٠٠).

وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: تأسيس النظر (ص ٣٦)، والفروق للكرابيسي (١/ ١٠٨)، وقواعد الأحكام (٢/ ١٨١)، والفروق للقرافي (١/ ١٩٩ ف٩)، والأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/ ٢٩٦)، والقواعد للمقري (١/ ٢٧٨)، القاعدة (٥٦)، والمجموع المذهب (١/ ٣٣٦)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ١٢٧، ٣١٢ وما بعدها)، والمنثور للزركشي (١/ ٧٥، ٢/ ٨٩، ١٥٧، ٤٢٢)، وتقرير القواعد (١/ ٤٧٥، ٢/ ٤٥٣، ٣/ ٤٧٠، ٤٧١)، والقواعد للحصني (٢/ ١٩٩)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٣، ١٨٥، ١٨٦، ٣٥٥، ٣٥٦)، ولابن نجيم (ص ١٠٥، ٢٥٥)، وإيضاح المسالك (ص ١٦٣ القاعدة ١٢)، وشرح المنهج المنتخب (١/ ٢١٩)، وغمز عيون البصائر (٣/ ٣٧٢)، وترتيب اللآلي (١/ ٤٢٩)، وشرح المجلة لسليم رستم باز (١/ ٤٢م٥٦)، ودرر الحكام لعلي حيدر (١/ ٥٦م٥٦)، وشرح القواعد للزرقا (ص ٢٩٧)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٢٢ ف ٦٤/ ٨١)، والقواعد الفقهية للندوي (ص ١٤٦، ١٥١، ١٥٣، ١٧٧، ٣٥٢، ٤٣٥)، وجمهرة القواعد الفقهية (١/ ٥٢٩)، والقواعد ةالضوابط الفقهية المستخلصة من التحرير (ص ١٨١، ٤٨٣)، وإيضاح القواعد الفقهية (ص ٢٢١)، والقواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه (ص ١٣٩)، والوجيز د. عبدالكريم زيدان (ص ٢٠١)، والوجيز للبورنو (ص ٧٣، ٧٩، ٨١)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١/ ٨٠، ٤٥٦، ٣/ ٥٤، ٥/ ٨٢، ٧/ ١٥٩)، والقواعد الفقهية د. الزحيلي (١/ ٥١٦)، وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب (ص ٥٠)، ومن

=

هذه القاعدة تعتبر من القواعد الدارجة على ألسنة الفقهاء، وكثيراً ما تجدها في كتب الفقه والقواعد الفقهية، ويبدو أنها مستوحاة من استقراء الأحكام الشرعية، ومن نصوص الفقهاء.

وفي هذه القاعدة يتجلى مقصد من مقاصد الشريعة، وهو التيسير ورفع الحرج عن المكلفين في الأحكام التي يتلبسون بها، ثم يعسر عليهم الانتزاع منها وتركها[١].

قال المصنف: «البقاء أسهل من الابتداء، لهذا فرق الشرع بين الطارئ والمقارن في كثير من الأحكام»[٢].

معاني مفردات القاعدة:

البقاء لغة: من بَقِيَ الشيءُ يَبْقى بَقاءً وباقيةً: دام وثبت. ويتعدى بالألف، فيقال: أبقيته ،أبقاه وبَقَّاه وتبقَّاه واستبقاه، كلها بمعنى واحد، والاسم: البَقْوَى والبُقْيا مثل: الفتوى والفتيا[٣].

قال ابن فارس: «الباء والقاف والياء، أصل واحد، وهو الدوام. يقال: بَقيَ الشيء يَبْقى بقاءً وهو ضد الفناء»[٤].

ولا يخرج معناه الاصطلاحي عن المعنى اللغوي، قال المصنف: «الدوام هو البقاء»[٥].

= خلال كتاب البهجة (ص ٣١٩).

(١) ينظر: جمهرة القواعد الفقهية (١/ ٥٢٩).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٢٠٠).

(٣) ينظر: مختار الصحاح (ص ٥٧) (ب ق ي)، ولسان العرب (٢/ ١٢٩) (بقي)، والمصباح المنير (ص ٣٥) (ب ق ي)، والقاموس المحيط (ص ١٦٣١) (بقي).

(٤) معجم مقاييس اللغة (ص ١٢٧) (بقي).

(٥) بدائع الصنائع (٣/ ٥٩).

الابتداء، لغة: من «بَدأ به» و«بـدأَهُ» «يبْـدؤهُ» و«أبْـدأهُ» و«ابْتـدأهُ» ابتـداءً، و«بدأ» الشيء: حدث، و«أبتدأته»: أحدثته، وبدأه: فعله ابتداء[١].

والبدء: فعل الشيء أول[٢].

يقال: لك البَدْءُ والبدأة والبُدأةُ والبديئة والبداءة والبُداءة، أي: لـك أن تبـدأ قبل غيرك في الرمي وغيره[٣].

قال ابن فارس: «الباء والدال والهمزة من افتتاح الشيء، يقال: بدأت بالأمر وابتدأت، من الابتداء»[٤]. أي: قدمته على غيره وجعلته أول الأشياء[٥].

اصطلاحاً: لا يخرج معناه الاصطلاحي عن المعنى اللغوي، فابتداء الأمر هو الذي لم يتقدمه شيء أصلاً[٦].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن البقـاء عـلى أمـر مـن الأمـور، والاسـتمرار عليـه، وإن اختـل شرط مـن الشروط التي يجب توافرها ابتداء، يعتبر أسهل وأيسر من حالة الابتداء؛ لأنه يمكن أن يتجاوز عن ذلك في حال البقـاء والاستمرار، وإن كـان ذلـك لا يغتفـر في حـال الابتداء في إبرام العقد مثلاً[٧].

---

(١) ينظر: لسان العرب (٢/ ٣١) (بدأ)، والمصباح المنير (ص ٢٦) (ب د أ)، ومختار الصحاح (ص ٤٢) (ب د أ).

(٢) ينظر: المغرب (ص ٣٦)، ولسان العرب (٢/ ٣١).

(٣) المصادر اللغوية السابقة.

(٤) معجم مقاييس اللغة (ص ١٠٢) (بدأ).

(٥) ينظر: الكليات للكفوي (ص ٣٠).

(٦) ينظر: التعريفات الفقهية للبركتي (ص ١٤)، والكليات للكفوي (ص ٣٠).

(٧) ينظر: موسوعة القواعد الفقهية (٣/ ٥٤، ٥/ ٨٢).

أصل القاعدة:

١ – استدل المصنف لذلك بما ورد عن عائشة – رضي الله عنها – أنها قالت: «كأني أنظر إلى وبيص المسك في مفرق رسول الله ^ وهو محرم»[(١)].

وجه الدلالة:

أن التطيب ابتداء من محظورات الإحرام، وبقاء عينه بعد الإحرام معفو عنه بدلالة فعله ^ ، فدل ذلك على أن البقاء أسهل من الابتداء[(٢)].

٢ – عن عائشة – رضي الله عنها – قالت: «كنا نخرج مع النبي ^ إلى مكة فنضمد جباهنا بالمسك المطيب عند الإحرام، فإذا عرقت إحدانا سال على وجهها فيراه النبي ^ فلا ينهانا»[(٣)].

وجه الدلالة:

أن عدم النهي عن التلبس بما هو من محظورات الإحرام ابتداء، وعدم الأمر بإزالته يدل على أن البقاء أسهل من الابتداء.

٤ – ويمكن أن يجعل الاستصحاب دليلاً لهذه القاعدة: حيث أن الاستصحاب يكفي حجة للدفع لا للاستحقاق، لأن الدفع عبارة عن استبقاء وتقرير ما كان على ما كان عليه، والاستحقاق: نزع وابتداء، ورفع الأول أسهل، فاكتفى فيه

---

(١) أخرجه مسلم في صحيه، كتاب الحج، باب: الطيب للمحرم عند الإحرام (٤/ ١٣ ح ٢٨٩٥، ٢٨٩٦).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٢/ ٣٣٥).

(٣) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب المناسك، باب: ما يلبس المحرم (٢/ ١٠٤) الحديث رقم (١٨٣٢)، والبيهقي في السنن الكبرى، جماع أبواب ما يجزي من العمرة إذا جمعت إلى غيرها، باب المرأة تختضب قبل إحرامها وتمتشط بالطيب (٥/ ٤٨) الحديث رقم (٨٨٣٤)، وقال عنه الألباني: صحيح. صحيح أبي داود (٦/ ٩٢)، ومعنى نضمِّد: نلطخ. عون المعبود (٥/ ٢٧٦).

بالاستصحاب حجة، بخلاف الثاني، فإنه أهم فلا بد فيه من البينة[١].

قال المصنف: « لأن الثابت باستصحاب الحال يصلح لإبقاء ما كان على ما كان ولا يصلح لإثبات ما لم يكن »[٢].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: « وكذا الشيوع الطارئ – على الإجارة – فيه روايتان عن أبي حنيفة، وفي رواية تفسد الإجارة كالمقارن، وفي رواية لا تفسد وهي الرواية المشهورة عنه.

ووجهها: أن عدم الشيوع عنده شرط جواز هذا العقد، وليس كل ما يشترط لابتداء العقد يشترط لبقائه »[٣].

٢ – قال المصنف: « ولو باع الشفيع داره التي يشفع بها بعد شراء المشتري، هل تبطل شفعته؟

فهذا لا يخلو: إما إن كان البيع باتاً، وإما إن كان فيه شرط الخيار.

فإن كان باتاً لا يخلو: إماإن باع كل الدار، وإما إن باع جزءاً منها...

فإن باع جزءاً من داره، وقد باع جزءاً شائعاً منها فله الشفعة بما بقي، لأن ما بقي يصلح لاستحقاق الشفعة ابتداء، فأولى أن يصلح للبقاء؛ لأن البقاء أسهل من الابتداء »[٤].

٣ – وقال: « وإن باع جزءاً معيناً، بيتاً، أو حجرة، فإن كان ذلك لا يلي الدار التي فيها الشفعة فكذلك بطلت الشفعة؛ لأن السبب وهو جوار الملك قائم.

---

(١) ينظر: شرع القواعد الفقهية للزرقا (ص ٢٩٣)، وجمهورة القواعد الفقهية (١/ ٥٣١).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٧).

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق (٤/ ١٢٢).

وإن كان مما يلي تلك الدار، فإن استغرق حدود الدار التي فيها الشفعة، بطلت الشفعة؛ لأن الجوار قد زال، وإن بقي من حدها شيء ملاصق لما بقي من الدار، فهو على شفعته، لما ذكرنا: أن هذا القدر يصلح للاستحقاق في الابتداء، فلأن يصلح لبقاء المستحق أولى»[(١)].

٤ – وقال: «وإن كان الشفيع شريكاً وجاراً، فباع نصيبه الذي يشفع به، كان له أن يطلب الشفعة بالجوار؛ لأنه إن بطل أحد السببين وهو الشركة، فقد بقي الآخر وهو الجوار، ولهذا يستحق به ابتداء، فلأن يبقى الاستحقاق أولى»[(٢)].

٥ – قال المصنف: «إذا باع سيفاً محلى بالفضة...، أو جارية على عنقها طوق فضة بفضة مفردة، والفضة المفردة أكثر حتى جاز البيع، كان بحصة الفضة صرفاً، ويراعى فيه شرائط الصرف، وبحصة الزيادة التي هي خلاف جنسها بيعاً مطلقاً، فلا يشترط له ما يشترط للصرف...، فإن لم يوجد التقابض، أو وجد القبض من أحد الجانبين دون الآخر، بطل الصرف، لوجود الافتراق من غير قبض، وهل يبطل البيع المطلق؟

ينظر: إن كانت الفضة المجموعة مع غيرها يمكن فصلها وتخليصها من غير ضرر، كالجارية مع الطوق وغير ذلك، فالبيع جائز، وفساد الصرف لا يتعدى إلى البيع؛ لأنه إذا أمكن تخليصها من غير ضرر جاز؛ لأنهما شيئان منفصلان، ولهذا جاز بيع أحدهما دون الآخر ابتداء، فلأن يبقى جائزاً انتهاء أولى، لأن البقاء أسهل من الابتداء»[(٣)].

٦ – وقال المصنف: «وكذلك لو تقايلا والعينان قائمتان، ثم هلك أحدهما بعد

---

(١) المصدر السابق.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق (٤/ ٤٥٢).

الإقالة قبل الرد، لا تبطل الإقالة، لأن هلاك إحداهما قبل الإقالة، لما لم يمنع صحة الإقالة، فهلاكها بعد الإقالة لا يمنع بقاءها على الصحة من طريق الأولى؛ لأن البقاء أسهل من الابتداء»[١].

٧ – ذكر المصنف: أنه ليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون بغير إذن الراهن، فإذا باع المرتهن المرهون بإذن الراهن جاز، وكان ثمنه رهناً، سواء قبضه من المشتري، أو لم يقبضه، ولو هلك كان الهلاك على المرتهن، وهذا يشكل على الشرط الذي ذكرنا لجواز الرهن، وهو: أن لا يكون المرهون ديناً في ذمة المشتري، فكيف يصلح رهناً؟ والجواب: أن الدين يصلح رهناً في حال البقاء، وإن كان لا يصح ابتداءً، لأنه في حالة البقاء بدل المرهون، وبدل الرهون مرهون؛ لأنه قائم مقام المرهون كأنه هو، بخلاف حالة الابتداء»[٢].

* * *

(١) المصدر السابق (٤/ ٥٩٨).

(٢) المصدر السابق (٥/ ٢١٣).

المبحث الرابع
قاعدة: «اختلاف الملك بمنزلة اختلاف العين»

أوردها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: «اختلاف الملكين بمنزلة اختلاف العقدين»[٢].

ولفظ: «اختلاف الملكين بمنزلة اختلاف العينين»[٣].

ولفظ: «اختلاف السبب يوجب اختلاف الحكم»[٤].

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٤٢٨).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٥٨٦).

(٣) المصدر السابق (٥/ ١٨٥).

(٤) المصدر السابق (٤/ ٥٤٧).

وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: قواعد الأحكام (٢/ ٨)، والقواعد للمقري (١/ ٢٥٦ القاعدة ٣٠، ١/ ٢٧٠ القاعدة ٤٨)، وتقرير القواعد (١/ ٢٧٨) القاعدة ٤٠)، وإيضاح المسالك (ص ١٤٢ القاعدة (٤)، وشرح المنهج المنتخب (١/ ١١٧)، وغمز عيون البصائر (٢/ ١٣٩)، وترتيب اللآلي (١/ ٢٦٤، ٤٧٦)، وشرح المجلة لسليم رستم باز (١/ ٦٢ م ٩٨)، ولعلي حيدر (١/ ٩٨٨ م٩٨)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٤٦٧)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٣١ ف ٨١/ ٧٦)، ومجلة الأحكام الشرعية (ص ٨٣ م ٤٠)، وشرح تحفة أهل الطلب (ص ١٢٢)، وجمهرة القواعد الفقهية (١/ ٣٥٦)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ١١٨، ١٤٧)، والوجيز للبورنو (ص ٣٤٥)، وموسوعة القواعد الفقهية له أيضاً (١/ ٢٠٤، ٣/ ١٧١)، والوجيز د. زيدان (ص ١٦٢)، والقواعد الفقهية د. الزحيلي (١/ ٥٢٧)، والممتع في القواعد الفقهية (ص ٤٠٥)، والقواعد الفقهية د. عبدالعزيز عزام (ص ٤٩٩)، وموسوعة القواعد الفقهية المنظمة للمعاملات المالية الإسلامية (ص ١٠٤)، وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج (ص ٢٣، ٨٠).

ولفظ: «العين تختلف باختلاف أسباب الملك حكماً»[١].

معاني مفردات القاعدة:

الملك: تقدم أنه «الاختصاص بالمملوك انتفاعاً وتصرفاً»[٢]، والمراد هنا سبب الملك.

العين، لغة: تقع بالاشتراك على أشياء مختلفة، فمنها الباصرة، وعين الماء، وعين الشمس، والعين الجارية، والعين الطليعة، والعين ما ضرب من الدنانير، والعين النقد، يقال: اشتريت بالدين أو بالعين[٣].

وعين الشيء: نفسه، يقال: هو هو بعينه، ولا آخذ إلا درهمي بعينه[٤].

قال ابن فارس: «العين والياء والنون أصل واحد صحيح، يدل على عضو به يبصر وينظر، ثم يشتق منه، والأصل في جميعه ما ذكرنا»[٥].

والمراد بها هنا نفس الشيء.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

إن اختلاف وتغير الملكية في شيء ما، مما يتمول ويملك شرعاً، يؤدي إلى اعتبار أن هذا الشيء كأنه متبدل ومتغير في ذاته وحقيقته، فكأنه غيره، وإن لم يتبدل حقيقة[٦].

أصل القاعدة:

استدل المصنف للقاعدة بقوله: «والأصل في ذلك ما روي: أن بريرة – رضي

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٣/٤٥٣، ٦/١٠٨).

(٢) المصدر السابق (٣/٦١٦).

(٣) ينظر: المصباح المنير (ص ٢٢٧) (ع ي ن)، والقاموس المحيط (ص ١٥٧٢) (العين).

(٤) ينظر: مختار الصحاح (ص ٤٠٢) (ع ي ن)، والمصادر اللغوية السابقة.

(٥) معجم مقاييس اللغة (ص ٦٩٩) (عين).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٣/٦١٦)، والوجيز للبورنو (ص ٣٤٥)، وموسوعة القواعد الفقهية (١/٢٠٤، ٣/١٧١).

الله عنها – كانت يتصدق عليها، وكانت تهدي ذلك إلى رسول الله ^ وكان يأكل منه ويقول: هو لها صدقة ولنا هدية »[١].

وجه الدلالة:

أن النبي ^ كان يقبل الهدية، وإن كان المهدي قد تُصدق عليه بما أهدى على النبي ^ ، فحين اختلف سبب الملك اختلف الحكم، فكأن العين اختلفت في ذاتها.

قال النووي: « قوله ^ في اللحم الذي تُصُدِّق على بريرة به: (هو لها صدقة ولنا هدية) دليل على أنه إذا تغيرت الصفة تغير حكمها، فيجوز للغني شراؤها من الفقير وأكلها إذا أهداها إليه، وللهاشمي ولغيره ممن لا تحل له الزكاة ابتداء والله أعلم »[٢].

٢ – عن أم عطية الأنصارية – رضي الله عنها – قالت: دخل النبي ^ على عائشة – رضي الله عنها – فقال: **(هل عندكم شيء؟)** فقالت: لا، إلا شيء بعثت به إلينا نسيبة من الشاة التي بعثت بها من الصدقة، فقال: **(إنها بلغت محَلها)** [٣].

وجه الدلالة:

دل قوله ^ (بلغت محَلها) بفتح الحاء « على أنها لما تصرفت فيها بالهدية لصحة ملكها لها انتقلت عن حكم الصدقة فحلت محل الهدية، وكانت تحل لرسول الله ^ بخلاف الصدقة »[٤].

أما على القول بكسر الحاء فيكون المعنى: قد زال عنها حكم الصدقة وكانت حلالا لنا[٥].

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) شرح النووي على صحيح مسلم (١٠/١٤٢).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ينظر: فتح الباري (٣/٣٥٧).

(٥) ينظر: شرح النووي على صحيح مسلم (٧/١٨٢).

قال النووي: «وفيه دليل للشافعي وموافقيه: أن لحم الأضحية إذا قبضه المتصدق عليه، وسائر الصدقات، يجوز لقابضها بيعها، ويحل لمن أهداها إليه، أو ملكها منه بطريق آخر»[(١)].

٣ – ما ورد أن النبي ^ «أتته امرأة فقالت: إني تصدقت على أمي بجارية، وإنها ماتت، فقال ^ : **(وجب أجرك وردها عليك الميراث)** الحديث[(٢)].

وجه الدلالة:

أن النبي ^ أجاز لهذه المرأة أن تأخذ ما تصدقت به على أمها مع أن الرجوع في الصدقة منهي عنه، وذلك لاختلاف سبب الملك[(٣)].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «ولو خرج المبيع من ملك المشتري فاشتراه البائع من المالك الثاني بأقل مما باعه، قبل نقد الثمن، جاز؛ لأن اختلاف الملك بمنزلة اختلاف العين[(٤)].

٢ – وقال: «إذا مات البائع فاشترى وارثه من المشتري بأقل مما باع، قبل نقد الثمن، فإنه يجوز...، لأن وارث البائع ورث الثمن، والثمن في ذمة المشتري وما عين في ذمة المشتري لا يحتمل الإرث، فلم يكن ذلك عين ما ورثه عن البائع، فلم يكن وارث البائع مقامه فيما ورث»[(٥)].

٣ – وقال: «ولو باعه المشتري من غيره[(٦)]، فعاد المبيع إلى ملكه، فاشتراه بأقل مما

---

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه، الصيام، باب: قضاء الصيام عن الميت (٣/١٥٦) الحديث رقم (٢٧٥٣).

(٣) ينظر: القواعد والضوابط المتضمنة للتيسير (١/٧٥).

(٤) بدائع الصنائع (٤/٤٢٨).

(٥) المصدر السابق.

(٦) أي: من غير البائع.

باع، فإن عاد إليه بملك جديد كالشراء والهبة والميراث... ونحو ذلك من أسباب تحديد الملك، جاز الشراء منه بأقل مما باع؛ لأن اختلاف الملك بمنزلة اختلاف العين»[١].

٤ – وقال: «ولو لم يشتره البائع، لكن اشتراه بعض من لا تجوز شهادته له، كالوالدين والمولودين والزوج والزوجة، لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله، كما لا يجوز من البائع». وعند أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله – يجوز كما يجوز من الأجنبي.

وجه قولهما: «أن كل واحد منهما أجنبي عن ملك صاحبه، لانفصال ملكه من ملك صاحبه، فيقع عقد كل واحد منهما له لا لصاحبه، كسائر الأجانب، ثم شراء الأجنبي لنفسه جائز فكذا شراؤه لصاحبه»[٢].

٥ – وقال المصنف: «المشتري شراء فاسداً إذا باع المشترى، أو وهبه، أو تصدق به، بطل حق الفسخ، وعلى المشتري القيمة أو المثل[٣].

ولو اشتراه ثانياً، أو عاد إليه بسبب مبتدأ، لا يعود الفسخ، لأن الملك اختلف لاختلاف السبب، فكان اختلاف الملكين بمنزلة اختلاف العقدين»[٤].

٦ – وقال: «ولو أعتقه المشتري، أو دبره بطل حق الفسخ لما قلنا»[٥].

٧ – ذكر المصنف أن من العوارض المانعة من الرجوع في الهبة: «خروج الموهوب من ملك الواهب بأي سبب كان من البيع والهبة والموت ونحوها؛ لأن الملك يختلف بهذه الأشياء... واختلاف الملكين بمنزلة اختلاف العينين»[٦].

---

(١) المصدر السابق.

(٢) المصدر السابق (٤/ ٤٢٨ – ٤٢٩).

(٣) المصدر السابق (٤/ ٥٨٥).

(٤) المصدر السابق (٤/ ٥٨٦).

(٥) المصدر السابق.

(٦) المصدر السابق (٥/ ١٨٥).

المبحث الخامس

قاعدة: «التقدير الشرعي يمنع من الزيادة عليه إلا بدليل»[١]

معاني مفردات القاعدة:

التقدير، لغة: من «قَدَرْتُ» الشيء «قَدْراً» و«قَدَّرتُه» «تقديراً» وقَدْرُ الشيء وقَدَرُه: مَبْلَغه، قال تعالى:] ! " # $ % Z[٢]. والقَدَر والقَدْرُ أيضاً: ما يقدره الله من القضاء[٣].

قال ابن فارس: «القاف والدال والراء أصل صحيح يدل على مبلغ الشيء وكنهه ونهايته، فالقدر: مبلغ كل شيء. يقال: قدره كذا، أي: مبلغه، وكذلك القَدَر، وقَدَرْتُ أقْدِرُه وأقْدُرُه من التقدير وقَدَّرته أقدِّرُه، والقَدْر: قضاء الله تعالى الأشياء على مبالغها ونهاياتها التي أرادها لها وهو القَدَرُ أيضاً»[٤].

والتقدير يطلق على ثلاثة معانٍ:

«أحدها: الروية والتفكير في تسوية أمر وتهيئته.

الثاني: تقديره بعلامات يقطعه عليها.

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ٥١٦)، وينظر أحكام هذه القاعدة وألفاظها في: تأسيس النظر (ص ٧٤، ٧٧)، والأشباه والنظائر لابن الوكيل (١/ ٣٠٢)، والقواعد للمقري (١/ ٣٠٧)، والمجموع المذهب (٢/ ٢٦٢)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (٢/ ٣٠٧)، والمنثور (٢/ ٢٨٧)، والقواعد للحصني (٤/ ٣٧)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٣٩٣)، وترتيب اللآلي (١/ ٥٤٤)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١/ ٤٣٧، ٢/ ١٧٧، ٤/ ٤٤٢، ١٠/ ٨٠٠، ٨١٩، ٨٢٣).

(٢) من الآية رقم ٩١ من سورة الأنعام.

(٣) ينظر: مختار الصحاح (ص ٤٥١)، والمصباح المنير (ص ٢٥٤) (ق د ر).

(٤) معجم مقاييس اللغة (ص ٨٤٦) (قدر).

الثالث: أن تنوي أمراً بعقدِك، تقول: قدَّرتُ أمر كذا وكذا، أي: نويته وعقدت عليه»[١].

ولا يخرج معناه في الاصطلاح عن المعنى اللغوي: فالقدر والتقدير كلاهما: تبيين كمية الأشياء وتحديدها[٢].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

إن جملة الأمور التي بينها الشارع بياناً محدداً ومضبوطاً، لا يقبل الاحتمال ولا التأويل، فإنه لا مجال للرأي والاجتهاد فيها، ولا يجوز لأي من كان أن يتجاوز ذلك المقدار بالزيادة عليه، إلا إذا كان هذا التصرف قد استند إلى دليل شرعي معتبر[٣].

أصل القاعدة:

١ – استدل المصنف لهذه القاعدة بقوله تعالى:] 1 2 3 4 5 6 7 | 9 : ; < = > ? @ A B C D E F Z[٤].

وجه الدلالة:

«أن الله سبحانه وتعالى جعل مدة التربص أربعة أشهر، والوقف[٥] يوجب الزيادة على المدة المنصوص عليها، وهي مدة اختيار الفيء أو الطلاق، من يوم، أو ساعة، ولا تجوز الزيادة إلا بدليل»[٦].

٢ – قوله تعالى:] ! " # $ % & ' ( ) * + ,

---

(١) لسان العرب (١٢/ ٣٧).

(٢) ينظر: الكليات للكفوي (ص ٢٨٣، ٧٠٧)، والتعريفات للجرجاني (ص ٦٨).

(٣) ينظر: موسوعة القواعد الفقهية (١٠/ ٨١٩).

(٤) الآيتان ٢٢٦، ٢٢٧ من سورة البقرة.

(٥) الوقف هو: أن يوقف الزوج بعد مضي المدة فيخير بين الفيء إليها بالجماع وبين تطليقها. بدائع الصنائع (٣/ ٢٧٧).

(٦) المصدر السابق.

- . / 0 1 2 3 4 5 6 8 9 : ; Z الآية [١].

وجه الدلالة:

« أن هذا تقدير لعدة الوفاة بأربعة أشهر فلا تجوز الزيادة عليه إلا بدليل »[٢].

٣ – أن أعرابياً جاء إلى النبي ^ يسأله عن الوضوء، فأراه الوضوء ثلاثاً ثلاثاً ثم قال: **(هكذا الوضوء، فمن زاد على هذا فقد أساء وتعدى وظلم)** [٣].

وجه الدلالة:

أن النبي ^ بين أن القدر المشروع في الوضوء هو ثلاث مرات، ثم وصف من زاد على ذلك بالتعدي والظلم، وهذا مما يدل على أن الزيادة على ما قدر شرعاً لا تجوز إلا بدليل[٤].

٤ – بما ورد عن النبي ^ أنه قال: **(لا يتقدمن أحدكم رمضان بصوم يومٍ، أو يومين إلا أن يكون رجل كان يصوم صومه فليصم ذلك اليوم)** [٥].

وجه الدلالة:

أن النبي ^ نهى عن استقبال الشهر بيوم أو يومين، لأن ذلك يوهم الزيادة

---

(١) الآية رقم ٢٣٤ من سورة البقرة.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٣/ ٣٢١).

(٣) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطهارة، باب: الوضوء ثلاثاً (١/ ٣٣) الحديث رقم (١٣٥)، والنسائي في سننه، كتاب: الطهارة، باب الاعتداء في الوضوء (١/ ٨٨) الحديث رقم (١٤٠)، وابن ماجه في سننه، كتاب: الطهارة، باب ما جاء في القصد في الوضوء وكراهية التعدي فيه (١/ ١٤٦) الحديث رقم (٤٢٢)، وأحمد في المسند (١١/ ٢٧٧ ح ٦٦٨٤)، وقال عنه شعيب الأرناؤوط: صحيح وإسناده حسن. وقال عنه الألباني حسن صحيح.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (١/ ١١٣، ٢/ ٢٣٩).

(٥) أخرجه البخاري، كتاب الصوم، باب: لا يتقدمن رمضان بصوم يوم، ولا يومين (٣/ ٣٥) الحديث رقم (١٩١٤)، واللفظ له. ومسلم في صحيحه: كتاب الصيام، باب لا تقدموا رمضان بصوم يوم ولا يومين (٣/ ١٢٥) الحديث رقم (٢٥٧٠).

على الشهر وهذا لا يجوز شرعاً، إلا إذا وافق ذلك صوماً كان يصومه قبل ذلك، فإنه لا يعتبر مستقبلاً الشهر، فلا يوهم الزيادة عليه فيجوز[١].

٥ – قال المصنف: «لأن المقدرات سبيل معرفتها التوقيف والسمع، لا العقل»[٢].

أي: أن المقدرات الشرعية لا مجال للرأي فيها، إذ هي أوضاع وتقديرات من الشارع لا نعلم نحن عللها، ولا ندركها، بل يجب التسليم فيها لله ولرسوله ﷺ[٣].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – أنه ورد في الشريعة تحديد فروض الوضوء، وما يجب غسله ومقدار ما يغسل منها، فلا يزاد على ذلك، ومن زاد فقد تعدى[٤].

٢ – تحديد عدد الصلوات الواجبة، وركعاتها، وأوقاتها، فكل هذا ثابت ومقدر شرعاً، فلا يجوز إيجاب شيء زائد عن ذلك إلا بدليل شرعي[٥].

قال المصنف: «ومن الفروق بين التطوع والفرض – في الصلاة – أن التطوع غير مؤقت بوقت خاص، ولا مقدر بمقدار مخصوص، فيجوز في أي وقت كان، على أي مقدار كان إلا أنه يكره في بعض الأوقات، وعلى بعض المقادير كما مر، والفرض مقدر بمقدار خاص، مؤقت بأوقات مخصوصة، فلا تجوز الزيادة على قدره، وتخصيص جوازه ببعض الأوقات دون بعض»[٦].

٣ – وقال: «ومن مكروهات الصيام: أن يستقبل رمضان بيوم، أو يومين، بأن تعمد ذلك، فإن وافق ذلك صوماً يصومه فلا بأس به...، ولأن استقبال الشهر بيوم أو

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢١٧).

(٢) المصدر السابق (٦/ ٨١).

(٣) ينظر: تفسير البحر المحيط (٣/ ١٨٠).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (١/ ١١٣، ١٦٦، ٢١٣، ٢٣٩).

(٥) ينظر: المصدر السابق (١/ ٢٥٦، ٢٥٧، ٤٠٥، ٤٩٩، ٦٠٧، ٦٠٨).

(٦) المصدر السابق (٢/ ٢١).

يومين يوهم الزيادة على الشهر ولا كذلك إذا وافق ذلك صوماً كان يصومه قبل ذلك»[١].

٤ – وقال: «لا يجوز للحر أن يتزوج أكثر من أربع زوجات من الحرائر والإماء عند عامة العلماء»[٢].

٥ – ذكر المصنف: «أن حكم الإيلاء في حق الطلاق بعد مضي أربعة أشهر من غير فيء، أنها تبين منه فلا يخير الزوج بين الفيء إليها بالجماع وبين تطليقها، لأن مدة الخيار من يوم أو ساعة تعتبر زيادة على المدة المقدرة، فلا تجوز الزيادة إلا بدليل»[٣].

٦ – وذكر أن مدة عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً، فلا تجوز الزيادة عليها إلا بدليل[٤].

٧ – وذكر أن الجارية إذا كانت تحيض فإنها تستبرأ بحيضة واحدة، «عند عامة العلماء وعامة الصحابة – رضي الله عنهم – وعن معاوية – رضي الله عنه – أن استبراءها بحيضتين... والصحيح قول العامة؛ لما روي عن النبي ^ أنه قال في سبايا أوطاس[٥]: «**ألا توطأ الحبالى حتى يضعن، ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة**» والفعلة للمرة، والتقدير الشرعي يمنع من الزيادة عليه إلا بدليل»[٦].

---

(١) المصدر السابق (٢/ ٢١٧).

(٢) المصدر السابق (٢/ ٥٤٤).

(٣) المصدر السابق (٣/ ٢٧١، ٢٧٧).

(٤) المصدر السابق (٣/ ٣٢١).

(٥) أخرجه أبو داود في سننه: كتاب النكاح، باب في وطء السبايا (٢/ ٢١٣) الحديث رقم (٢١٥٩)، والبيهقي في السنن الكبرى: كتاب العدد، باب استبراء من ملك أمة (٧/ ٤٤٩) الحديث رقم (١٥٣٦٥). قال الألباني: إسناده حسن، صحيح أبي داود (٦/ ٣٧٢)، وهذا الحديث يصلح لتأصيل القاعدة وما ذكرته فيه كفاية إن شاءالله.

(٦) بدائع الصنائع (٤/ ٥١٥ – ٥١٦).

المبحث السادس
قاعدة: «مبنى الوكالة على الخصوص»

أوردها المصنف بهذا اللفظ[١].

معاني مفردات القاعدة:

الوكالة لغة: اسم من «وَكَلْتُ» الأمر إليه «وَكْلا» من باب وَعد و«وُكُولا»: فوضته إليه واكتفيت به.

والوكيل فعيل بمعنى مفعول، لأنه موكول إليه، ويكون بمعنى الحافظ ومنه (حسبنا الله ونعم الوكيل) و«وكَّلْتُه» «توكيلاً» «فتوكَّل»: قبل الوكالة، وهي بفتح الواو، والكسر لغة[٢].

قال ابن فارس: «الواو والكاف واللام، أصل صحيح يدل على اعتماد غيرك في أمرك»[٣].

وقال المصنف: الوكالة في اللغة تذكر ويراد بها الحفظ، قال الله عز وجل:] وَقَالُوا۟ حَسْبُنَا ٱللَّهُ وَنِعْمَ ٱلْوَكِيلُ Z [٤] أي الحافظ، وقال تبارك وتعالى:] Y X W V

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٩، ٧٤).

وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: الفروق للكرابيسي (٢/ ٢١٩، ٢٢٧)، وترتيب اللآلي (١/ ٣٣٩)، وشرح المجلة لسليم رستم باز (١/ ٥١ م٧٧)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ١٠٦، ٣٩١)، والوجيز للبورنو (ص ١٨٥).

(٢) ينظر: مختار الصحاح (ص ٦٢٧)، والمصباح المنير (ص ٣٤٥) (و ك ل)، ولسان العرب (١٥/ ٢٧٢) (وكل).

(٣) معجم مقاييس اللغة (ص ١٠٦٣) (وكل).

(٤) من الآية رقم ١٧٣ من سورة آل عمران.

Z [ ] Z [1]. أي: حفيظاً، وتذكر ويراد بها الاعتماد وتفويض الأمر، قال الله تعالى:] P Q R S Z [2]. وقال الله عز وجل خبراً عن سيدنا هود عليه السلام:] < = > ? @ A Z[3]. أي: اعتمدت عليه وفوضت أمري إليه»[4].

اصطلاحاً: قال المصنف: «وفي الشريعة يستعمل في هذين المعنيين أيضاً، على تقدير الوضع اللغوي وهو: تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل»[5].

وقيل: هي عبارة عن إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم[6].

الخصوص لغة: من «خصَّهُ» بالشيء «يخصُّه خصًّا وخُصوصاً وخَصُوصية وخُصُوصية» والفتح أفصح، و«خِصِّيصي وخَصَّه واختصَّه»: أفرده به دون غيره.

ويقال: «اختص فلان بالأمر، وتخصص له، إذا انفرد، وخصّ غيره واختصه ببره»[7].

قال ابن فارس: «الخاء والصاد، أصل مطرد منقاس، وهو يدل على الفرجة والثلمة...

ومن الباب: خصصت فلانًا خصوصية بفتح الخاء وهو القياس؛ لأنه إذا

---

(١) الآية رقم ٩ من سورة المزمل.

(٢) من الآية رقم ١٢ من سورة إبراهيم.

(٣) من الآية رقم ٥٦ من سورة هود.

(٤) بدائع الصنائع (٥/ ١٥).

(٥) المصدر السابق.

(٦) ينظر: الكليات للكفوي (ص ٩٤٧)، والتعريفات للبركتي (ص ٢٣٩)، ومجلة الأحكام العدلية (م١٤٤٩).

(٧) لسان العرب (٥/ ٨٠) (خصص). وينظر: مختار الصحاح (ص ١٥٨) (خ ص ص)، والمصباح المنير (ص ٩١) (خ ص ص).

أفرد واحداً فقد أوقع فرجة بينه وبين غيره والعموم بخلاف ذلك»[١].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

الأصل أن الإنسان يتصرف أصالة عن نفسه، لا وكيلاً عن غيره[٢].

فإذا كان وكيلاً عن غيره، فإن الأصل في ذلك أن تكون الوكالة في أشياء مخصوصة لا عامة. فلو قال الموكل: أمرتك بالبيع بالنقد مثلاً، وقال الوكيل: أمرتني بالبيع مطلقاً. فإن القول قول الموكل لأنه يتمسك بالأصل.

أصل القاعدة:

قال المصنف: «لأن الوكيل يتصرف بولاية مستفادة من قبل الموكل، فيملك قدر ما أفاده ولا يثبت العموم إلا بلفظ يدل عليه»[٣].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «ليس للوكيل بالبيع أن يوكل غيره، لأن مبنى الوكالة على الخصوص»[٤].

٢ – قال المصنف: «والوكيل بالبيع يملك إبراء المشتري عن الثمن، وله أن يؤخره عنه وله أن يأخذ به عوضاً، وله أن يصالح على شيء، ويحتال به على إنسان، وهذا قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يملك شيئاً من ذلك.

وجه قولهما: أن الوكيل بالإبراء وأخواته تصرف في ملك الموكل من غير إذنه، فلا ينفذ عليه كما لو فعلها أجنبي»[٥]. ومبنى الوكالة على الخصوص.

٣ – وقال: «إذا قال: اشتر لي جارية أطؤها، أو أستخدمها، أو أتخذها أم ولد،

---

(١) معجم مقاييس اللغة (ص ٢٨٥) (خصّ).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٣٣).

(٣) المصدر السابق (٥/ ٢٩).

(٤) المصدر السابق.

(٥) المصدر السابق (٥/ ٢٨).

فاشترى جارية مجوسية، أو أخته من الرضاع، أو مرتدة، أو ذات زوج، لا ينفذ على الموكل، وينفذ على الوكيل»[١].

٤ – وقال: «وكذلك إذا قال: اشتر لي جارية تخدمني فاشترى جارية مقطوعة اليدين، أو الرجلين، أو عمياء»[٢].

٥ – وقال: «وكذلك إذا قال: اشتر لي جارية تركية، فاشترى جارية حبشية، لا يلزم الموكل، ويلزم الوكيل»[٣].

* * *

(١) المصدر السابق (٥ / ٣٠).

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق.

المبحث السابع
قاعدة: «ما لا فائدة فيه يلغو ويلحق بالعدم»

ذكرها المصنف بهذا اللفظ[١].

بيان معاني مفردات القاعدة:

اللغو، لغة: من «لغا» الشيء «يلْغُو» «لَغْوا» إذا بطل، ولغا الرجل: تكلم باللغو، و«لغَا» به: تكلم به، و«ألغَيتُه» أبطلته[٢]، و«لغا» قال باطلاً[٣].

«و«اللغْو» و«اللَّغا»: السقط، وما لا يعتد به من كلام وغيره، ولا يحصل منه على فائدة ولا على نفع»[٤].

قال ابن فارس: «اللام والغين والحرف المعتل أصلان صحيحان: أحدهما: يدل على الشيء لا يعتد به، والآخر على اللهج بالشيء.

فالأول: اللغو: ما لا يعتد به من أولاد الإبل في الدية.

يقال منه: «لغا يَلغو لغْواً» وذلك في لغو الأيمان، قال الله تعالى:] ! "

---

(١) بدائع الصنائع (٥/١٣٧).

وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: الفروق للقرافي (٣/٤١٣)، وتهذيبها مطبوع مع الفروق (٣/٤١٤)، وإيضاح المسالك (ص ٣٠٢) القاعدة ٧٦، وشرح المنهج المنتخب (١/٤٢٣)، وترتيب اللآلي (٢/٩٢٤)، والمدخل الفقهي العام (١/٤٣٠ ف ٦/٣١)، القواعد الفقهية للندوي (ص ١٩٥)، والقواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (ص ٤٩٤)، وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية (ص ٢٥٩).

(٢) ينظر: المصباح المنير (ص ٢٨٦)، والقاموس المحيط (ص ١٧١٥) (اللغة) (ل غ و).

(٣) ينظر: مختار الصحاح (ص ٥١٥) (ل غ ا).

(٤) ينظر: لسان العرب (٣/٢١٣) (لغا).

$ % & Z [١].أي: ما لم تعقدوه بقلوبكم »[٢].

اصطلاحاً: لا يخرج معناه عن المعنى اللغوي، فاللغو: ما لا فائدة فيه من قول أو فعل[٣].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن الشيء إنما يراد لمقصوده وفائدته، فإذا عدم المقصود فإنه يعتبر كأن لم يوجد[٤]. فقد ينتفي الشيء بانتفاء فائدته.

والمراد بالفائدة هنا: الفائدة المعتبرة شرعاً، أما الملغاة والتي دل الشرع على إلغائها، فإنه لا يعول عليها، ولا تبنى عليها الأحكام الشرعية.

أصل القاعدة:

يمكن أن يستدل لهذه القاعدة:

١ – بقوله تعالى:] ! " # $ % & Z [٥].

وجه الدلالة من الآية:

أن اليمين التي لا يراد بها التأكيد على شيء ولم ينعقد القلب على شيء من ذلك فإنها لا تعتبر شرعاً ولا يترتب عليها حكم شرعي؛ لأنها لا فائدة فيها.

٢ – قوله ^ : **(من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله، فليس له وإن اشترط مئة شرط)** [٦].

---

(١) من الآية رقم ٢٢٥ من سورة البقرة، ومن الآية رقم ٨٩ من سورة المائدة.

(٢) معجم مقاييس اللغة (ص ٢٢٩) (لغو).

(٣) ينظر: كشف الأسرار عن أصول البزدوي (١٣٨/٣)، وأحكام القرآن لابن العربي (٤٥٥/٣).

(٤) أحكام القرآن لابن العربي (٤٦٠/٢).

(٥) سورة البقرة، من الآية: ٢٢٥.

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب المكاتب وما لا يحل من الشروط التي تخالف كتاب الله (٢٥٩/٣) الحديث رقم (٢٧٣٥) واللفظ له. ومسلم في صحيحه: كتاب العتق، باب إنما الولاء

=

وجه الدلالة:

أن المراد بقوله ^ : (ليس في كتاب الله) ما يتضمن مخالفة الأسس الشرعية التي قررها القرآن والسنة، فالتعاقد على ذلك، أو اشتراطه باطل[١].

لأن الشروط التي تتضمن مخالفة للأسس الشرعية التي قررها القرآن والسنة تعتبر لغواً، ولا يجب الالتزام بها؛ لأنها لا فائدة لها شرعاً[٢].

٣ – قال المصنف: «لأن الشرع لا يرد بما لا فائدة فيه»[٣].

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – قال المصنف: «وقالوا فيمن قال لامرأته: أنت طالق عدد شعر راحتي، أو عدد ما على ظهر كفي من الشعر، وقد حلق شعر ظهر كفه، طلقت واحدة، لأنه شبه بما لا عدد له، لأنه علق الطلاق بوجود الشعر على راحته، أو على ظهر كفه للحال، وليس على راحته ولا على ظهر كفه شعر للحال، فلا يتحقق التشبيه بالعدد، فلغا التشبيه وبقي قوله: أنت طالق، فيكون رجعياً»[٤].

٢ – وقال: «إذا قال لها: طلقي نفسك إن شئت، فقالت: أبنت نفسي، طلقت واحدة تملك الرجعة، وإن قالت: اخترت نفسي لم تطلق...، لأنها إذا قالت: أبنت نفسي فقد أتت بالأصل، وزادت صفة البينونة، فتلغو الصفة ويبقى الأصل»[٥].

٣ – وقال: «ولو قال: أحدكما حر بألف والآخر بألفين، فإن قبل بأن قال كل واحد منهما: قبلت بالمالين، أو قالا: قبلنا، عتقا، لوجود شرط عتقهما، وعلى كل واحد

= لمن أعتق (٤/ ٢١٣) الحديث رقم (٣٨٥٠).

(١) ينظر: الوجيز للبورنو (ص ٣٩٩).

(٢) ينظر: أحكام القرآن لابن العربي (٢/ ١٤٨).

(٣) بدائع الصنائع (٢/ ٥٩٤، ٦/ ٤٢).

(٤) المصدر السابق (٣/ ١٧٧).

(٥) المصدر السابق (٣/ ١٩٨).

منهما ألف.

وإن قبل أحدهما المالين جميعاً، بأن قال: قبلت بالمالين، أو قال: قبلت، أو قبل بأكثر المالين بأن قال: قبلت بالمالين، أو قال: قبلت بألفين يعتق، لوجود شرط العتق، وهو القبول... وإذا عتق لا يلزمه الألف درهم – الثاني – لأن الواجب أحد المالين، وأحدهما أقل والآخر أكثر، والجنس متحد، فيتعين بالأقل، للوجوب، ولا يخير العبد ههنا؛ لأن التخيير بين الأقل والأكثر عن اتحاد الجنس غير مفيد، لأنه يختار الأقل لا محالة»[(١)].

٤ – وقال: «ولو شرط أن يدفعه إليه عند الأمير، لا يتقيد به، حتى لو دفعه إليه عند القاضي، أو عزل الأمير وولي غيره، فدفعه إليه عند الثاني جاز، لأن التقييد غير مفيد»[(٢)].

٥ – وقال: «ولو دفع إليه على أن يعمل في سوق الكوفة فعمل في الكوفة، في غير سوقها، فهو جائز على المضاربة، استحساناً، والقياس أنه لا يجوز...

وجه الاستحسان: أن التقييد بسوق الكوفة غير مفيد؛ لأن البلد الواحد بمنزلة بقعة واحدة، فلا فائدة في التعليق بهذا الشرط، فيلغو الشرط»[(٣)].

٦ – وقال: «ولو قال له: احفظ الوديعة في دارك هذه، فحفظها في دار له أخرى، فإن كانت الداران في الحرز سواء، أو كانت الثانية أحرز، لا تدخل في ضمانه، لأن التقييد غير مفيد»[(٤)].

* * *

(١) المصدر السابق (٣/ ٥١٦).

(٢) المصدر السابق (٤/ ٦٠٤).

(٣) المصدر السابق (٥/ ١٣٨).

(٤) المصدر السابق (٥/ ٣١٠).

المبحث الثامن
قاعدة: «المشغول لا يشغل»

ذكرها المصنف بهذا اللفظ[١].

وبلفظ: «المشغول بشيء لا يحتمل الشغل بغيره»[٢].

ولفظ: «المشغول بنفسه لا يشتغل بغيره»[٣].

معاني مفردات القاعدة:

المشغول: اسم مفعول من شغل، تقول: «شَغَلْت» فلاناً فأنا «شاغِلُه» وهو «مَشْغُول»، وشُغِلْتُ عنك بكذا على لفظ ما لم يسم فاعله، وتقول: شغله الأمر «شَغْلاً» من باب نفع. فالأمر شاغل وهو «مَشْغول» والاسم «الشُّغل» بضم الغين وقد تسكن للتخفيف[٤].

---

(١) بدائع الصنائع (١/ ٣٣٨، ٦/ ٣٢٦).

(٢) المصدر السابق (٥/ ٢٠٢).

(٣) المصدر السابق (٥/ ٢٤٥).

وينظر ألفاظ هذه القاعدة وأحكامها في: المنثور للزركشي (٢/ ٢٧٣)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٥١)، والأقمار المضيئة شرح القواعد الفقهية (ص ٢١٩)، والمواهب السنية بحاشيتها الفوائد الجنية (ص ٥٥٥)، ومنظومة القواعد الفقهية للسعدي وشرحه لها (ص ١٦٥)، وشرح المنظومة السعدية د. الشثري (ص ١٥١)، وأيضاً شرحها لـ د. العويد (ص ٢٧٤)، ود. المصلح (ص ٤٨)، وأشرف عبدالمقصود (ص ٨٨)، ود. سعد الكبي (ص ١٤٤)، والأسمري (ص ١١٩)، ود.مصطفى مخدوم (ص ٧٩)، وموسوعة القواعد الفقهية (١٠/ ٦٣٠)، والقواعد الفقهية د. الزحيلي (٢/ ٧٤٧)، وإيضاح القواعد الفقهية (ص ١٤٩)، وشرح المنظومة الفضفرية (ص ٨٦)، البيت رقم (٩٢)، والقواعد الفقهية د. عبدالعزيز عزام (ص ٣٠٣).

(٤) ينظر: لسان العرب (٨/ ٩٩) (شغل)، ومختار الصحاح (ص ٢٩٧)، والمصباح المنير (ص ١٦٥) (ش غ ل).

قال ابن فارس: «الشين والغين واللام، أصل واحد يدل على خلاف الفراغ»[١].

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن الشيء إذا كان مشغولاً بأمر من الأمور فإنه لا يقبل أن يشغل بأمر آخر، لأنه سبق شغله بالأمر الأول فلا يشغل بغيره[٢].

فالمشغول هو الذي يكون موقوف التصرف على جهة من الجهات، فهذا لا يصح أن يتصرف فيه بتصرف آخر يكون مناقضاً للتصرف الأول[٣].

أصل القاعدة:

استدل المصنف بدليل يصلح أن يكون أصلاً لهذه القاعدة، وذلك عند قوله: «لا تجب الزكاة في القدر المشغول – من المال – بالدين»[٤].

قول النبي ^ : **(لا صدقة إلا عن ظهر غنى)**[٥].

وجه الدلالة:

أن المديون محتاج إلى هذا المال حاجة أصلية؛ لأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية، فإذا كان المال مشغولاً بقضاء الدين فإنه لا يشغل بإيجاب الزكاة فيه[٦].

---

(١) معجم مقاييس اللغة (ص ٥٠٧) (شغل).

(٢) ينظر: موسوعة القواعد الفقهية (١٠/ ٦٣٠)، والقواعد الفقهية، د. عزام (ص ٣٠٣).

(٣) ينظر: شرح المنظومة السعدية لـ د. الشثري (ص ١٥١)، والقواعد الفقهية، د. الزحيلي (٢/ ٧٤٧).

(٤) بدائع الصنائع (٢/ ٨٣).

(٥) أخرجه البخاري بلفظ: «خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى وابدأ بمن تعول»، كتاب الزكاة، باب: لا صدقة إلا عن ظهر غنى (٢/ ١٣٩) الحديث رقم (١٤٢٦). ومسلم في صحيحه: كتاب الزكاة، باب بيان أن اليد العليا خير من اليد السفلى (٣/ ٩٤) الحديث رقم (٢٤٣٣)، وأخرجه بهذا اللفظ الذي ذكره المصنف البخاري تعليقاً: كتاب الوصايا، باب: تأويل قوله تعالى: (من بعد وصية يوصي بها أو دين) (٤/ ٦)، والإمام أحمد في مسنده (١٢/ ٦٩ ح ٧١٥٥، ١٥/ ٣٧٦ ح ٩٦١٣) وقال عنه شعيب الأرنؤوط: إسناده صحيح على شرط مسلم.

(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٢/ ٨٣).

أي: أن المال المشغول بحاجات صاحبه الأصلية لا يشغل بالصدقة[١]، وهذا مما يدل على أن المشغول بشيء لا يشغل بغيره وهذا ما تفيده القاعدة.

ويمكن أن يستدل للقاعدة بما يأتي:

١ – بقوله تعالى:] مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ Z[٢].

وجه الدلالة:

أن الله سبحانه وتعالى قدم الدين على الميراث؛ لأن الميراث حق وضع في المال الفارغ عن حاجة الميت، فإذا مات وعليه دين مستغرق للتركة، فإن التركة تكون مشغولة بحاجته، ولا حق للورثة فيها، لأن المشغول لا يشغل[٣].

٢ – قوله ^ : **(لا يبيع أحدكم على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه)** [٤].

وجه الدلالة:

أن البائع إذا جنح إلى البيع بالثمن الذي طلبه المشتري الأول[٥]، فإنه لا يجوز لأحد أن يستام على سومه، لأن السلعة أصبحت مشغولة بالبيع الأول[٦].

وكذلك المرأة المخطوبة تكون مشغولة بالخطبة الأولى[٧]، فإذا ركن قلبها إليه فلا يحق لغيره أن يخطبها[٨].

---

(١) المصدر السابق (٢/ ٩١).

(٢) من الآية رقم ١١ من سورة النساء.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٤٨، ٦/ ٢٦١).

(٤) أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب: لا يبيع على بيع أخيه، ولا يسوم على سوم أخيه حتى يأذن له، أو يترك (٣/ ٩٠) الحديث رقم (٢١٤٠). ومسلم في صحيحه: كتاب النكاح، باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك (٤/ ١٣٨) الحديث رقم (٣٥٢).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٤٨١).

(٦) ينظر: شرح المنظومة السعدية في القواعد الفقهية، د. سعد الشثري (ص ١٥١).

(٧) المصدر السابق.

(٨) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٤٨١).

الفروع المندرجة تحت القاعدة:

١ – إذا كثرت الفوائت وضاق الوقت، فلا تقدم الفوائت على الوقتية؛ لأن الفوائت إذا كثرت تستغرق الوقت فتفوت الوقتية عن وقتها، ولأن الشرع إنما جعل الوقت وقتاً للفائتة، لتدارك ما فات، فلا يصير وقتاً لها على وجه يؤدي إلى تفويت صلاة أخرى، وهي الوقتية، ولأن جعل الشرع وقت التذكر وقتاً للفائتة على الإطلاق ينصرف إلى وقت ليس بمشغول، لأن المشغول لا يشغل »[١].

٣ - « لا تجب الزكاة في المال المشغول بالدين...، لأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية...، والمال المحتاج إليه حاجة أصلية لا يكون مال الزكاة »[٢].

٤ – لا تجب الزكاة إلا في ما كان فاضلاً عن الحاجة الأصلية، لأن به يتحقق معنى النعمة وهو التنعم، وبه يحصل الأداء عن طيب النفس، إذ المال المحتاج إليه حاجة أصلية لا يكون صاحبه غنياً عنه »[٣].

٥ - « لا يثبت الإرث في المال المشغول بحاجة الميت الأصلية »[٤].

٦ – « إذا وهب صوفاً على ظهر الغنم، وجزَّه وسلمه – إياه – جاز؛ لأن الموهوب موجود مملوك للحال، إلا أنه لم ينفذ للحال لمانع وهو كون الموهوب مشغولاً بما ليس بموهوب، فإذا جزه فقد زال المانع لزوال الشغل فينفذ عند وجود القبض »[٥].

قال المصنف: من شروط صحة قبض الهبة: أن لا يكون الموهوب مشغولاً بما ليس بموهوب؛ لأن معنى القبض وهو التمكن من التصرف في المقبوض لا يتحقق

---

(١) بدائع الصنائع (١/ ٣٣٨).

(٢) المصدر السابق (٢/ ٨٣).

(٣) المصدر السابق (٢/ ٩١).

(٤) المصدر السابق (٣/ ٣٤٩).

(٥) المصدر السابق (٥/ ١٦٩).

مع الشغل»[١].

٧ – ثم قال: «وعلى هذا يخرج ما إذا وهب داراً فيها متاع الواهب، وسلم الدار إليه، أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع، فإنه لا يجوز، لأن الفراغ شرط صحة التسليم»[٢].

٨ – وقال: «وعلى هذا الأصل يخرج أيضاً: ما إذا وهب جارية واستثنى ما في بطنها، أو حيواناً واستثنى ما في بطنه، أنه لا يجوز، لأنه لو جاز لكان ذلك هبة ما هو مشغول بغيره، وأنها غير جائزة، لأنه لا جواز لها بدون القبض، وكون الموهوب مشغولاً بغيره يمنع صحة القبض»[٣].

٩ – قال المصنف: «من شرائط صحة قبض المرهون: أن يكون المرهون فارغاً عما ليس بمرهون، فإذا كان مشغولاً به، بأن رهن داراً فيها متاع الراهن، وسلم الدار، أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع، أو رهن جوالقاً دون ما فيه، وسلم الجوالق، أو سلمه مع ما فيه لم يجز؛ لأن معنى القبض هو التخلية الممكنة من التصرف، ولا يتحقق مع الشغل»[٤].

١٠ – وقال: «ولو رهن دابة عليها حمل دون الحمل، لم يتم الرهن حتى يلقى الحمل عنها، ثم يسلمها إلى المرتهن»[٥].

* * *

(١) المصدر السابق (٢/ ١٧٨).

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق (٥/ ١٧٩).

(٤) المصدر السابق (٥/ ٢٠٢).

(٥) المصدر السابق (٥/ ٢٠٣).

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على المبعوث بأكمل الرسالات، إمام المتقين، وسيد الخلق أجمعين، محمد بن عبدالله عليه وعلى آله وصحبه أفضل الصلاة وأزكى التسليم، وبعد:

فقد منَّ الله علي بإتمام هذه الرسالة التي اضطلعت فيها بجمع أهم القواعد الفقهية التي تطرق لها الكاساني في كتابه «بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع من أول كتاب الإجارة حتى آخر كتاب الوقف والصدقة»، وقد توصلت في هذه الدراسة إلى النتائج الآتية:

١ – يُعدُّ علم القواعد الفقهية من أجل العلوم الشرعية؛ لأنه يرسم الطريق للمجتهدين في استخراج الأحكام من الأدلة، ويعينهم على جمع فروع المسائل المختلفة وجزئياتها.

٢ – تعد كتب الفقه المقارن، لاسيما الموسوعية منها مصدراً من مصادر القواعد الفقهية، ويأتي كتاب بدائع الصنائع في طليعة هذه الكتب، فهو زاخر بالقواعد والضوابط الفقهية.

٣ – يمكن الاطلاع على القواعد المبثوثة في تلك المصادر وغيرها، والتعامل مع أقوال الفقهاء واجتهاداتهم القائمة على التقعيد الفقهي من الاطلاع على مناهج الفقهاء وطرائقهم في فتاواهم على فهم الواقع، ويكسب المطلع ملكة فقهية ومنهجاً علمياً قوياً يستطيع من خلالها معرفة العلاقة بين الفروع والأصول وربط القواعد بأدلتها.

٤ – يعدُّ كتاب «بدائع الصنائع» أحد المصادر الفقهية الغنية بالفوائد العلمية الشرعية الأخرى كالأصول، واللغة، ونحو ذلك.

٥ – يعد الإمام الكاساني أحد العلماء المبرزين في علم القواعد الفقهية والذين

أسهموا مساهمة فعالة في خدمة هـذا الفـن، وإثرائـه، وإعـلاء صرحـه، ويحسـب لـه أسبقية إلى الإشارة إلى بعض القواعد الفقهية، واعتناؤه بالاستدلال لبعض القواعد التي لا يظهر لها أصل، وذكره للقاعدة بأكثر من لفظ، ممـا يـدل عـلى أن لديـه ملكـة فريدة في التقعيد والتأصيل والتصور للمعنى الكلي لهذا الموضوع.

٦ – جاء إيراد الكاساني للقاعدة الفقهية على عدة صور هي:

أ – ذكرها على صورة تعليل لإثبات حكم شرعي في مسألة فقهية.

ب – إيرادها في صورة اعتراض على دليل من أدلة المخالف.

ج – إيرادهـا في صـورة دليـل للمخـالف، أو اعـتراض لـه، وتكـون مناقشـة الكاساني لقول المخالف غير موجهة للقاعدة وإنما لأمر آخر.

٧ – الـذي يظهـر لي أن الكاسـاني رأى أن القاعـدة الفقهيـة المسـتنبطة مـن الأدلـة الشرعية حجة يمكن الاستناد إليهـا في الحكـم والقضـاء إذا لم يـرد في المسـألة دليـل خاص.

هذه أهم النتائج التي خرجت بها من بحثي هذا الموضوع.

ويجدر بي أن أوصي طلاب العلم والباحثين بالعناية بهذا النوع من الدراسات أعني استخراج القواعد الفقهية من أمهات كتب الفقه مع العناية بالاستدلال لهـا، وأن تكون الدراسة فقهية مقارنة مع تمحيصها وعرضها على الأدلة الشرعية المعتبرة، والعناية بالتفريع عليها، فإن هذا مما يسهم في وضوح القاعدة، وتنمية الملكة الفقهية لدى الباحثين.

والحمد لله أولاً وآخراً، وصلى الله على سيدنا ونبينا محمد وعـلى آلـه وصـحبه أجمعين.

الباحث

ملحق
في القواعد الفقهية التي استخلصت ولم يتم دراستها

القاعدة	كلام المصنف	مكانها في الكتاب
أغراض الناس تختلف باختلاف الأجناس.	وأما الوكيل بالبيع فالتوكيل بالبيع لا يخلو إما أن يكون مطلقاً، وإما أن يكون مقيداً، فإن كان مقيداً يراعى فيه القيد بالإجماع حتى إنه إذا خالف قيده لا ينفذ على الموكل، ولكن يتوقف على إجازته إلا أن يكون خلافه إلى خير لما مر أن الوكيل يتصرف بولاية مستفادة من قبل الموكل فيلي من التصرف قدر ما ولاه. وإن كان الخلاف إلى خير فإنما نفذ لأنه إن كان خلافاً صورة فهو وفاق معنى لأنه آمر به دلالة فكان متصرفاً بتولية الموكل فنفذ، بيان هذه الجملة إذا قال بع عبدي هذا بألف درهم فباعه بأقل من الألف لا ينفذ. وكذا إذا باعه بغير الدراهم لا ينفذ، وإن كانت قيمته أكثر من ألف درهم لأنه خلاف إلى شر، لأن **أغراض الناس تختلف باختلاف الأجناس** فكان في معنى الخلاف إلى شر، وإن باعه بأكثر من ألف درهم نفذ لأنه خلاف إلى خير فلم يكن خلافاً أصلاً.	٥/ ٢٦، ٢٧
البيع تبطله الشروط الفاسدة	ولو اشترى ثوبين كل واحد بعشرة فقبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً فصالح على أن يرده بالعيب على أن يزيده في ثمن الآخر درهماً فالرد جائز وزيادة الدرهم باطل عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف: لا يجوز شيء من ذلك. وجه قوله: إن الرد بالعيب فسخ، والفسخ بيع جديد بمنزلة الإقالة **والبيع تبطله الشروط الفاسدة.**	٥/ ٦٥
	وإن تقايلا السلم في بعض المسلم فيه فإن كان بعد حل الأجل جازت الإقالة فيه بقدره إذا كان الباقي جزأ معلوماً	٤/ ٤٥٢

القاعدة	كلام المصنف	مكانها في الكتاب
	من النصف والثلث ونحو ذلك من الأجزاء المعلومة لما ذكرنا أن الإقالة شرعت نظراً، وفي إقالة البعض دون البعض ههنا نظر من الجانبين، لأن السلم بيع بأبخس الأثمان لهذا سماه ابن عباس رضي الله عنهما حسناً جميلاً، فقال رضي الله عنه: (ذلك المعروف الحسن الجميل)، والسلم في الباقي إلى أجله عند عامة العلماء. وقال ابن أبي ليلى: ينفسخ العقد في الكل، والصحيح قول العامة، لأن الإقالة وجدت في البعض لا في الكل فلا توجب انفساخ العقد في الكل لأن الحكم يثبت بقدر العلة، هذا هو الأصل وإن كان قبل حل الأجل ينظر إن لم يشترط في الإقالة تعجيل الباقي من المسلم جازت الإقالة أيضاً، والسلم في الباقي إلى أجله، وإن اشترط فيها تعجيل الباقي لم يصح الشرط والإقالة صحيحة. أما فساد الشرط فلأنه اعتياض عن الأجل وأنه لا يجوز، لأن الأجل ليس بمال فلا يجوز الاعتياض عنه. وأما صحة الإقالة فلأن الإقالة لا تبطلها الشروط الفاسدة فبطل الشرط وصحت الإقالة، وهذا على قياس قول أبي حنيفة ومحمد، لأن الإقالة عندهما فسخ. وأما على قياس قول أبي يوسف فتبطل الإقالة والسلم على حاله إلى أجله، لأن الإقالة عنده بيع جديد **والبيع تبطله الشروط الفاسدة**، والله أعلم.	
البدل يقابل الضمان	إذا اشترك رجلان ولأحدهما بغل وللآخر بعير على أن يؤاجرا ذلك فما رزق الله تعالى من شيء فهو بينهما فآجراهما بأجر معلوم في عمل معلوم وحمل معلوم أن هذه الشركة فاسدة ويقسم الأجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر البعير.	٥/ ٨٥

القاعدة	كلام المصنف	مكانها في الكتاب
	أما فساد الشركة فلأن الوكالة على هذا الوجه لا تصح. ألا ترى أن من قال لآخر أجر بعيرك على أن تكون الأجرة بيننا لا تصح الوكالة، كذا الشركة، ولأن الشركة لا تصح في أعيان الحيوان فكذا في منافعها. وأما قسمة الأجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر البعير فلأن الشركة إذا فسدت فالإجارة صحيحة لأنها وقعت على منافع معلومة ببدل معلوم ومن حكم الأجرة أن تقسم على قيمة المنافع كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين وإن لم يؤاجر البغل والبعير، ولكنهما تقبلا حمولة معلومة ببدل معلوم فحملا الحمولة على ذلك فالأجر بينهما نصفين. لأن هذه شركة العمل، لأن الحمل صار مضموناً عليها بالعقد بمنزلة عمل الخياطة والقصارة فكان البدل بينهما على قدر الضمان وقد تساويا في الضمان فيتساويان في الأجرة ولا عبرة بزيادة حمل البعير على البغل، كما لا عبرة بكثرة عمل أحد الشريكين في شركة الصنائع، لأن **البدل يقابل الضمان** والبغل والبعير هنا آلة إيفاء العمل.	
القول قول من يدعي الأصل	ولو ادعى الراهن هلاك الرهن فقال المرتهن: لم يهلك فالقول قول المرتهن مع يمينه؛ لأن الرهن كان قائماً والأصل في الثابت بقاؤه، فالمرتهن يستصحب حالة القيام. والراهن يدعي زوال تلك الحالة **والقول قول من يدعي الأصل** لأن الظاهر شاهد له.	٥/٢٢٣
	اشترى داراً بألف درهم وتقابضا، فأراد الشفيع أخذها بالشفعة فقال البائع والمشتري البيع كان بخيار البائع ولم يمض فلا شفعة لك وأنكر الشفيع الخيار فالقول قول البائع والمشتري، وعلى الشفيع البينة إن كان البيع باتاً عند أبي	٤/١٤١

القاعدة	كلام المصنف	مكانها في الكتاب
	حنيفة ومحمد رحمهما الله، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله، وروي عن أبي يوسف رواية أخرى أن القول قول الشفيع. وجه هذه الرواية: أن الظاهر شاهد للشفيع لأن البتات أصل في البيع والخيار فيه عارض فكان **القول قول من يتمسك بالأصل.**	
الإنسان لا يجبر على إتلاف ملكه	من أحكام المزارعة أن هذا العقد غير لازم في جانب صاحب البذر لازم في جانب صاحبه لو امتنع بعدما عقد عقد المزارعة على الصحة وقال: لا أريد زراعة الأرض له ذلك. سواء كان له عذر أو لم يكن، ولو امتنع صاحبه ليس له ذلك إلا من عذر، وعقد المعاملة لازم ليس لواحد منهما أن يمتنع إلا من عذر، والفرق بين هذه الجملة: أن صاحب البذر لا يمكنه المضي في العقد إلا بإتلاف ملكه وهو البذر؛ لأن البذر يهلك في التراب فلا يكون الشروع فيه ملزماً في حقه، إذ **الإنسان لا يجبر على إتلاف ملكه**، ولا كذلك من ليس البذر من قبله، والمعاملات لأنه ليس في لزوم المعنى إياهم إتلاف ملكهم، فكان الشروع في حقهم ملزماً ولا ينفسخ إلا من عذر كما في سائر الإجارات، وسواء كان المزارع كرب الأرض أو لم يكربها، لأن ما ذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل بينهما، ولا شيء للعامل في عمل الكراب.	٥/ ٢٦٤
ما كان وجوده شرطاً للصحة كان انعدامه شرطاً للإفساد	فصل: وأما الشرائط المفسدة للمعاملة فأنواع دخل بعضها في الشرائط المصححة للعقد، **لأن ما كان وجوده شرطاً للصحة كان انعدامه شرطاً للإفساد.**	٥/ ٢٧٠
ما ثبت يبقى إلى أن يوجد المزيل	إذا ادعى داراً في يد رجل أنه ورثها من أبيه وأقام البينة على أنها كانت لأبيه فنقول هذا لا يخلو من أربعة أوجه: إما أن	٥/ ٤١٢، ٤١٣

القاعدة	كلام المصنف	مكانها في الكتاب
	شهدوا أن الدار كانت لأبيه ولم يقولوا مات وتركها ميراثاً له، وإما أن قالوا: أنها كانت لأبيه مات وتركها ميراثاً له، وإما أن قالوا: أنها كانت في يد أبيه يوم الموت، وإما أن أثبتوا من أبيه فعلاً فيها عند موته. أما الوجه الأول: فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا تقبل الشهادة، وعلى قول أبي يوسف تقبل. وكذا لو شهدوا أنها كانت لأبيه مات قبلها لا تقبل. قالوا: يجب أن يكون هذا على قولهما، أما على قول أبي يوسف على ما روي عنه في الأمالي ينبغي أن تقبل. وجه قوله: أن الملك متى ثبت لأبيه بشهادتهم فالأصل **فيما ثبت يبقى إلى أن يوجد المزيل** فصار كما لو شهدوا أنها كانت لأبيه يوم الموت أيضاً. وجه قولهما: أن الشهادة خالفت الدعوى لأن المدعي ادعى ملكاً كائناً والشهادة وقعت بملك كان لا يملك كائن فكانت الشهادة مخالفة للدعوى فلا يقبل. قوله: ما ثبت يبقى؟ قلنا: نعم، لكن لا حكم لدليل الثبوت، لأن دليل الثبوت لا يتعرض للبقاء، وإنما البقاء بحكم استصحاب الحال وأنه لا يصلح حجة للاستحقاق.	
	إذا أنكر المشتري كون الدار التي يشفع بها مملوكة للشفيع أنه ليس له أن يأخذ بالشفعة حتى يقيم البينة إنها داره، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وإحدى الروايتين عن أبي يوسف. وروي عنه رواية أخرى أن هذا ليس بشرط والقول قول الشفيع ولا يحتاج إلى إقامة البينة، وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله. وجه هذه الرواية: أن الملك كان ثابتاً للشفيع في هذه الدار لوجود سبب الثبوت، **وما ثبت يبقى إلى أن يوجد المزيل،**	١١٢/٤

القاعدة	كلام المصنف	مكانها في الكتاب
	ولأن اليد دليل الملك، ألا ترى أن من رأى شيئاً في يد إنسان حل له أن يشهد له بالملك دل أن اليد دليل الملك من حيث الظاهر فكان الملك ثابتاً للشفيع ظاهراً.	
الإنسان لا يجبر على الإضرار بنفسه	وإن استأجر أرضاً فيها زرع للآجر أو شجر أو قصب أو كرم أو ما يمنع من الزراعة لم تجز، لأنها مشغولة بمال المؤاجر فلا يتحقق تسليمه فلا يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء شرعاً فلم تجز كما لو اشترى جذعاً في سقف، وكذا لو استأجر أرضاً فيها رطبة فالإجارة فاسدة، لأنه لا يمكن تسليمها إلا بضرر وهو قلع الرطبة **فلا يجبر على الإضرار بنفسه** فلم تكن المنفعة مقدورة الاستيفاء شرعاً فلم تجز.	٣٨/٤
	إذا استأجر رجلاً لما لا يصل إلى الانتفاع به من غير ضرر يدخل في ملكه أو بدنه ثم بدا له أن يفسخ الإجارة بأن استأجر رجلاً ليقصر له ثياباً أو ليقطعها أو يخيطها أو يهدم داراً له أو يقطع شجراً له أو ليقلع ضرسه أو ليحجم أو ليفصد أو ليزرع أرضاً أو يحدث في ملكه شيئاً من بناء أو تجارة أو حفر ثم بدا له أن لا يفعل فله أن يفسخ الإجارة ولا يجبر على شيء من ذلك؛ لأن القصارة والقطع نقصان عاجل في المال بالغسل والقطع وفيه ضرر وهدم الدار وقطع الشجر إتلاف المال والزراعة إتلاف البذر، وفي البناء إتلاف الآلة، وقلع الضرس والحجامة والفصد إتلاف جزء من البدن، وفيه ضرر به إلا أنه استأجره لها لمصلحة تأملها تربو على المضرة فإذا بدا له علم أنه لا مصلحة فيه فبقي الفعل ضرراً في نفسه فكان له الامتناع من الضرر بالفسخ إذ **الإنسان لا يجبر على الإضرار بنفسه.**	٥٤/٤
تعجيل الحكم قبل	وإن وقع الشرط في عقد الإجارة على أن لا يسلِّم المستأجر	٦٢/٤

القاعدة	كلام المصنف	مكانها في الكتاب
الوجوب بعد وجود سبب الوجوب جائز	الأجر إلا بعد انقضاء مدة الإجارة فهو جائز. وأما على قول أبي حنيفة الأول فظاهر، لأن الأجرة لا تجب إلا في آخر المدة، فإذا شرط كان هذا شرطاً مقرراً مقتضى العقد فكان جائزاً. وأما على قوله الآخر فالأجرة وإن كانت تجب شيئاً فشيئاً فقد شرط تأجيل الأجرة؛ والأجرة كالثمن فتحتمل التأجيل كالثمن. وأما إذا عجل الأجرة من غير شرط فلأنه لما عجل الأجرة فقد غيَّر مقتضى مطلق العقد وله هذه الولاية؛ لأن التأخير ثبت حقاً له فيملك إبطاله بالتعجيل كما لو كان عليه دين مؤجل فعجله، ولأن العقد سبب استحقاق الأجرة فالاستحقاق وإن لم يثبت فقد انعقد سببه، **وتعجيل الحكم قبل الوجوب بعد وجود سبب الوجوب جائز** كتعجيل الكفارة بعد الجرح قبل الموت.	
الثابت ضرورة يستوي فيه العلم والجهل	ولو اشترى داراً بألف ثم باعها بألفين فعلم الشفيع بالبيع الثاني ولم يعلم بالبيع الأول فأخذها بقضاء أو بغير قضاء ثم علم أن البيع الأول كان بألف فليس له أن ينقض أخذه لأنه لما أخذها بالبيع الثاني فقد ملكها وحق التمليك بالبيع الأول بعد ثبوت الملك له لا يتصور فسقط حقه في الشفعة في البيع الأول ضرورة ثبوت الملك له **والثابت ضرورة يستوي فيه العلم والجهل.**	١٠٢/٤
عند الاشتباه يجب العمل بالاحتياط	الركبة عضو مركب من عظم الساق والفخذ على وجه يتعذر تمييزه والفخذ من العورة والساق ليس من العورة، **فعند الاشتباه يجب العمل بالاحتياط.**	٢٩٨/٤
الحكم لا يزيد على قدر العلة	وكذا إذا كان بها جرح أو قرح في موضع لا يحل للرجال النظر إليه فلا بأس أن تداويها إذا علمت المداواة فإن لم تعلم	٢٩٩/٤

القاعدة	كلام المصنف	مكانها في الكتاب
	تعلم ثم تداويها، فإن لم توجد امرأة تعلم المداواة ولا امرأة تتعلم وخيف عليها الهلاك أو بلاء أو وجع لا تحتمله يداويها الرجل لكن لا يكشف منها إلا موضع الجرح ويغض بصره ما استطاع، لأن الحرمات الشرعية جاز أن يسقط اعتبارها شرعاً لمكان الضرورة كحرمة الميتة وشرب الخمر حالة المخمصة والإكراه لكن الثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة؛ لأن علة ثبوتها الضرورة **والحكم لا يزيد على قدر العلة**، هذا الذي ذكرنا حكم النظر والمس.	
انتساخ الفرضية لا يخرجه عن كونه قربة	ولا يعق عن الغلام والجارية عندنا وعند الشافعي رحمه الله العقيقة سنة. واحتج بما روي أن رسول الله ^ عق عن سيدنا الحسن وسيدنا الحسين رضي الله عنهما كبشاً كبشاً. ولنا: ما روي عن سيدنا رسول الله ^ أنه قال: نسخت الأضحية كل دم كان قبلها ونسخ صوم رمضان كل صوم كان قبله، ونسخت الزكاة كل صدقة كانت قبلها، والعقيقة كانت قبل الأضحية فصارت منسوخة بها كالعتيرة والعقيقة ما كانت قبلها فرضاً بل كانت فضلاً وليس بعد نسخ الفضل إلا الكراهة بخلاف صوم عاشوراء، وبعض الصدقات المنسوخة حيث لا يكره التنفل بها بعد النسخ، لأن ذلك كان فرضاً **وانتساخ الفرضية لا يخرجه عن كونه قربة** في نفسه والله سبحانه وتعالى أعلم.	٤/ ٣٠٥
الامتناع عن المباح أولى من ارتكاب المحظور.	رجل رأى رجلاً قتل أباه وادعى القاتل أنه قتله بقصاص أو ردة ولم يعلم الابن من ذلك شيئاً وسع الابن أن يقتله لأنه عاين السبب الموجب للقصاص في الأصل وهو القتل العمد، لقوله عليه الصلاة والسلام: (العمد قود إلا أن يُعفى أو يفادى) والقاتل يدعي أمراً عارضاً فلا يسمع إلا بحجة.	٤/ ٣١١

القاعدة	كلام المصنف	مكانها في الكتاب
	وكذلك إذا أقر بالقتل في السر ثم ادعى أنه قتله بقصاص أو بردة كان الابن في سَعَةٍ من قتله لأن الإقرار بالقتل العمد إقرار بالسبب الموجب للقصاص في الأصل على ما بينا، ولو لم يعاين القتل ولا أقر به عنده ولكن شهد عنده شاهدان عدلان على معاينة القتل أو على الإقرار به لم يسعه قتله حتى يقضي القاضي بشهادتهما فرقاً بين الإقرار وبين الشهادة. ووجه الفرق بينهما ظاهر، لأن الشهادة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضي لما فيها من تهمة جرّ النفع فلا تندفع التهمة إلا بقضاء القاضي. فأما الإقرار: فحجة بنفسه إذ الإنسان غير متهم في الإقرار على نفسه فهو الفرق، وكذلك يحل لمن عاين القتل أو سمع إقراره به أن يعين الولي على قتله لأنه إعانة لصاحب الحق على استيفاء حقه ظاهراً. ولو شهد عند الابن اثنان بما يدعيه القاتل مما يحل دمه من القتل والردة، فإن كانا ممن يقضي القاضي بشهادتهما لو شهدا عنده لا ينبغي للابن أن يعجل بالقتل لجواز أن يتصل القضاء بشهادتهما فيتبين أنه قتله بغير حق **والامتناع عن المباح أولى من ارتكاب المحظور.**	
العبرة للمتبوع دون التابع	وأما الإناء المضبب بالذهب فلا بأس بالأكل والشرب فيه عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وهو قول محمد ذكره في الموطأ، وعند أبي يوسف يكره وجه قول أبي يوسف أن استعمال الذهب حرام بالنص وقد حصل باستعمال الإناء فيكره. وجه قولهما: أن هذا القدر من الذهب الذي عليه هو تابع له، **والعبرة للمتبوع دون التابع**، كالثوب المعلَّم والجبة المكفوفة بالحرير، وعلى هذا الخلاف الجلوس على السرير المضبب	٣١٥/٤

القاعدة	كلام المصنف	مكانها في الكتاب
	والكرسي والسرج واللجام والركاب والتفر المضببة، وكذا المصحف المضبب على هذا الخلاف، وكذا حلقة المرأة إذا كانت من الذهب ولبس ثوب فيه كتابة بذهبٍ على هذا الاختلاف.	
المحرم شرعاً لا يجوز الانتفاع به للتداوي ما لا يجوز الانتفاع بجلده ولا به ولا بعظمه لا يكون مالاً	وذكر في الفتاوى أنه يجوز بيع الحية التي ينتفع بها للأدوية، وهذا غير سديد لأن **المحرم شرعاً لا يجوز الانتفاع به للتداوي** كالخمر والخنزير، وقال النبي عليه الصلاة والسلام: (لم يجعل شفاؤكم فيما حُرِّم عليكم) فلا تقع الحاجة إلى شرع البيع ولا ينعقد بيع شيء مما يكون في البحر كالضفدع والسرطان إلا السمك وما يجوز الانتفاع بجلده أو عظمه، لأن **ما لا يجوز الانتفاع بجلده ولا به ولا بعظمه لا يكون مالاً** فلا يكون محلاً للبيع.	٤/ ٣٣٥
ساعات المجلس لها حكم ساعة العقد	ولو باع مصوغاً من الفضة على أن وزنه مائة بعشرة دنانير ولم يسم لكل عشرة ثمناً على حدة بأن قال بعشرة دنانير ولم يقل كل وزن عشرة بدينار وتقابضا وافترقا فالبيع جائز. ثم إن وجده على ما سمى فالأمر ماضٍ ولا خيار وإن وجده أزيد بأن كان مائتي درهم مثلاً فالكل للمشتري بعشرة دنانير ولا يزاد في الثمن شيء لأن الزيادة فيه بمنزلة الصفة والصفات المحضة لا يقابلها الثمن، وإن وجده تسعين أو ثمانين فهو بالخيار على ما ذكرنا وإن سمى لكل عشرة ثمناً على حدة بأن قال بعت منك على أن وزنه مائة بعشرة دنانير كل وزن عشرة بدينار وتقابضا فالبيع جائز ثم إن وجده على ما سمى فالأمر ماض ولا خيار. وإن وجد وزنه أزيد بأن كان مائة وخمسين نظر في ذلك إن	٤/ ٣٦٣

القاعدة	كلام المصنف	مكانها في الكتاب
	علم ذلك قبل التفرق فله الخيار إن شاء زاد في الثمن خمسة دنانير وأخذ كله بخمسة عشر ديناراً وإن شاء ترك، لأن **ساعات المجلس لها حكم ساعة العقد.**	
الشرط الذي يخالف مقتضى العقد مفسد في الأصل	وجملة الكلام في البيع بشرط إعطاء الرهن، أن الرهن لا يخلو إما أن يكون معلوماً، أو مجهولاً، فإن كان معلوماً فالبيع جائز استحساناً، والقياس أن لا يجوز، لأن **الشرط الذي يخالف مقتضى العقد مفسد في الأصل.**	٤/ ٣٨٠
الأصل اقتصار الفساد على قدر المفسد.	ولو باع عبداً بألف وقبضه المشتري ثم اشتراه البائع وعبداً آخر قبل نقد الثمن فإن الثمن يقسم عليهما على قدر قيمتهما. ثم ينظر فإن كانت حصة العبد الذي باعه مثل ثمنه أو أكثر جاز الشراء فيهما جميعاً، أما في الذي لم يبعه فظاهر وكذا في الذي باعه لأنه اشترى ما باع بمثل ما باع أو بأكثر مما باع قبل نقد الثمن وأنه جائز. وإن كان أقل من ثمنه يفسد البيع فيه ولا يفسد في الآخر، لأن الفساد لكونه شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وذلك وجد في أحدهما دون الآخرة، وهذا على أصلهما ظاهر، وكذا على أصل أبي حنيفة فكان ينبغي أن يفسد فيهما، لأن من أصله أن الصفقة متى اشتملت على أبدال وفسدت في بعضها أن يتعدى الفساد إلى الكل، كما إذا جمع بين حر وعبد وباعهما جميعاً صفقة واحدة، وإنما لم يفسد فيهما لأن الفساد هناك باعتبار أنه لما جمع بين الحر والعبد وباعهما صفقة واحدة فقد جعل قبول العقد في أحدهما شرطاً لقبول العقد في الآخر، والحر ليس بمحل لقبول العقد فيه بيقين فلا يصح القبول فيه فلا يصح في الآخر فلم ينعقد العقد أصلاً، والفساد ههنا باعتبار شراء ما باع بأقل مما باع، وذلك وجد في أحدهما دون الآخر فيفسد في أحدهما دون	٤/ ٤٣٠

القاعدة	كلام المصنف	مكانها في الكتاب
	الآخر **لأن الأصل اقتصار الفساد على قدر المفسد**، ولهذا لو جمع بين عبدين وباع أحدهما إلى الحصاد أو الدياس أن البيع يفسد فيما في بيعه أجل ولا يفسد في الآخر. وكذا لو جمع بين قن ومدبر وباعهما صفقة واحدة يصح البيع في القن ويفسد في المدبر لوجود المفسد في أحدهما دون الآخر. كذا هذا.	
موت من عليه الدين يبطل الأجل وموت من له الدين لا يبطل.	ولو مات المسلم إليه قبل الأجل حل الدين، وكذلك كل دين مؤجل سواه إذا مات من عليه الدين. والأصل في هذا أن **موت من عليه الدين يبطل الأجل وموت من له الدين لا يبطل**؛ لأن الأجل حق المديون لا حق صاحب الدين فتعتبر حياته وموته في الأجل وبطلانه، والله عز وجل أعلم.	٤٤٩/٤
قول المرأة الواحدة في حقوق العباد غير مقبول.	امرأة سبيت وفي حجرها بنت صغيرة وقعتا في سهم رجل واحد والمرأة تزعم أنها بنتها يكره التفريق بينهما، وإن كان لا يثبت نسبها بمجرد دعواها في سائر الأحكام لأن الأخبار في كراهة التفريق وردت في حق السبايا ولا يظهر كون الصغير ولد المسبية إلا بقولها فيدل على قبول قولها في حق كراهة التفريق، ولأن هذا من باب الديانة **وقول المرأة الواحدة في الديانات مقبول** خصوصاً فيما يسلك فيه طريق الاحتياط. ولو كبرت الصغيرة في يد السابي وقد كان وطئ الكبيرة ولم يعلم من المرأة المسبية إرضاع الصغيرة لا ينبغي له أن يقرب البنت، وإن لم يثبت نسبها منها لدعوتها لاحتمال أنها بنتها من النسب أو الرضاع فلا يقربها احتياطاً، ولكن لا يمنع من قربانها في الحكم، **لأن قول المرأة الواحدة في حقوق العباد غير مقبول**، وإن لم تكن الصغيرة في حجرها وقت السبي فلا بأس	٤٧٨/٤

القاعدة	كلام المصنف	مكانها في الكتاب
	بالتفريق والجمع بينهما في الوطء، لأنه إذا لم تكن في حجرها عند السبي فلا دليل على كونها ولداً لها في حق الحكم فلا يقبل قولها أصلاً.	
الإسلام متى ورد والحرام مقبوض يلاقيه بالعفو.	إذا اشترى ذمي من ذمي خمراً أو خنزيراً على أنه بالخيار ثلاثة أيام وقبضه ثم أسلم المشتري بطل العقد عند أبي حنيفة، لأنه لم يدخل في ملك المشتري والمسلم ممنوع عن تملك الخمر بالبيع، وعندهما يلزم العقد ولا يبطل، لأنه دخل في ملك المشتري والإسلام يمنع من إخراجه عن ملكه.	٤/ ٥٣٢
الإسلام متى ورد والحرام غير مقبوض يمنع من قبضه.	ولو أسلم البائع لا يبطل البيع بالإجماع، لأن البيع باتّ في جانبه والإسلام في البيع الباتّ لا يوجب بطلانه إذا كان بعد القبض والمشتري على خياره، فإن أجاز البيع جاز ويلزمه الثمن، وإن فسخه انفسخ وصار الخمر للبائع حكماً والمسلم من أهل أن يتملك الخمر حكماً. ألا ترى أنه يتملكها بالميراث، ولو كان الخيار للبائع فأسلم البائع بطل الخيار، لأن خيار البائع يمنع خروج السلعة عن ملكه والإسلام يمنع إخراج الخمر عن ملكه بالعقد فبطل العقد. ولو أسلم المشتري لا يبطل البيع، لأن البيع بات في جانبه والبائع على خياره فإن فسخ البيع عادت الخمر إليه، وإن أجازه صار الخمر للمشتري حكماً والمسلم من أهل أن يتملكها حكماً كما في الإرث، ولو كان البيع باتاً فأسلما أو أسلم أحدهما لا يبطل البيع؛ لأن **الإسلام متى ورد والحرام مقبوض يلاقيه بالعفو** لأنه لم يثبت بعد الإسلام ملك مبتدأ لثبوتها بالعقد والقبض على الكمال وإنما يوجد بعد الإسلام دوام الملك والإسلام لا ينافيه، فإن المسلم إذا تخمر عصيره	

القاعدة	كلام المصنف	مكانها في الكتاب
	فلا يؤمر بإبطال حقه فيها. هذا كله إذا أسلما أو أسلم أحدهما بعد القبض، فأما إذا كان قبل القبض بطل البيع كيف ما كان سواء كان البيع باتاً أو بشرط الخيار لهما أو لأحدهما لأن **الإسلام متى ورد والحرام غير مقبوض يمنع من قبضه** بحكم العقد لما في القبض من معنى إنشاء العقد من وجه، فيلحق به في باب الحرمات احتياطاً على ما ذكرنا فيما تقدم، وقد تظهر فوائد هذا الأصل في فروع أخر يطول ذكرها.	
ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصاناً فاحشاً أو يسيراً فهو عيب يوجب الخيار، وما لا فلا	وأما تفسير العيب الذي يوجب الخيار وتفصيل المفسر فكل **ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصاناً فاحشاً أو يسيراً فهو عيب** يوجب الخيار، وما لا فلا نحو العمى والعور والحول والقبل، وهو نوع من الحول مصدر الأقبل وهو الذي كأنه ينظر إلى طرف أنفه والسبل وهو زيادة في الأجفان والعشا مصدر الأعشى وهو الذي لا يبصر بالليل، والخوص مصدر الأخوص وهو غائر العين، والحوض مصدر الأحوص وهو الضيق مؤخر العين، والغرب وهو ورم في الأماق وهي أطراف العين التي تلي الأنف.	٤/ ٥٤٤
عدم العيب أصل والوجود عارض.	ولو كانت البراءة مقيدة بعيب يكون عند العقد فاختلف البائع والمشتري على نحو ما ذكرنا فالقول قول المشتري؛ لأن البراءة المقيدة بحال العقد لا تتناول إلا الموجود حالة العقد والمشتري يدعي العيب لأقرب الوقتين والبائع يدعيه لأبعدهما فكان الظاهر شاهداً للمشتري، وهذا لأن **عدم العيب أصل والوجود عارض** فكان إحالة الموجود إلى أقرب الوقتين أقرب إلى الأصل والمشتري يدعي ذلك فكان القول قوله.	٤/ ٥٥٠
العمل بالأصل عند	وإن كان المشتري قبض بعض المبيع دون البعض فوجد	٤/ ٥٦٥

القاعدة	كلام المصنف	مكانها في الكتاب
التعارض أولى.	ببعضه عيباً فكذلك لا يملك رد المعيب خاصة بحصته من الثمن، سواء كان المبيع شيئاً واحداً أو أشياء، وسواء وجد العيب بغير المقبوض أو بالمقبوض في ظاهر الرواية، لأن الصفقة لا تتم إلا بقبض جميع المعقود عليه فكان رد البعض دون البعض تفريق الصفقة قبل التمام وإنه باطل. وروي عن أبي يوسف أنه إذا وجد العيب بغير المقبوض فكذلك، فأما إذا وجد بالمقبوض فله أن يرده خاصة بحصته من الثمن، فهو نظر إلى المعيب منهما أيهما كان، واعتبر الآخر به، فإن كان المعيب غير المقبوض اعتبر الآخر غير مقبوض فكأنهما لم يقبضا جميعاً، وإن كان المعيب مقبوضاً اعتبر الآخر مقبوضاً فكأنه قبضهما جميعاً، لكن هذا الاعتبار ليس بسديد لأنه في حد التعارض، إذ ليس اعتبار غير المعيب بالمعيب في القبض وعدمه أولى من اعتبار المعيب بغير المعيب في القبض بل هذا أولى، لأن الأصل عدم القبض **والعمل بالأصل عند التعارض أولى.**	
الحرمة الثابتة حقاً للشرع لا تسقط برضا العبد.	ولو حدث في المبيع أو بسببه زيادة مانعة من الرد كالولد والثمرة واللبن والأرش والعقر يرجع بالنقصان، لأن امتناع الرد ههنا لا من قبل المشتري بل من قبل الشرع لما ذكرنا فيما تقدم أنه لو رد الأصل بدون الزيادة لبقيت الزيادة مبيعاً مقصوداً بلا ثمن، وهذا تفسير الربا في متعارف الشرع وحرمة الربا تثبت حقاً للشرع، ولهذا لو تراضيا على الرد لا يُقضى بالرد، لأن **الحرمة الثابتة حقاً للشرع لا تسقط برضا العبد.**	٤/ ٥٦٨
الأصل في البيع المطلق هو اللزوم.	ما يسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع في الأصل نوعان: اختياري وضروري، والاختياري نوعان: صريح وما يجري	٤/ ٥٧٧

القاعدة	كلام المصنف	مكانها في الكتاب
	مجرى الصريح ودلالة. أما الصريح وما في معناه فنحو أن يقول أجزت البيع أو رضيت أو اخترت أو ما يجري هذا المجرى، سواء علم البائع بالإجازة أو لم يعلم، لأن **الأصل في البيع المطلق هو اللزوم**، والامتناع لخلل في الرضا، فإذا أجاز ورضي فقد زال المانع فيلزم.	
الملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع لأنه واجب الرفع.	ومنها: أن هذا الملك يفيد المشتري انطلاق تصرف ليس فيه انتفاع بعين المملوك بلا خلاف بين أصحابنا، كالبيع والهبة والصدقة والإعتاق والتدبير والكتابة والرهن والإجارة ونحو ذلك مما ليس فيه انتفاع بعين المبيع. وأما التصرف الذي فيه انتفاع بعين المملوك كأكل الطعام ولبس الثوب وركوب الدابة وسكنى الدار والاستمتاع بالجارية، فالصحيح أنه لا يحل، لأن الثابت بهذا البيع ملك خبيث، **والملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع لأنه واجب الرفع**، وفي الانتفاع به تقرر له وفيه تقرير الفساد ولهذا لم يفسد الملك قبل القبض تحرزاً عن تقرير الفساد بالتسليم.	٤/ ٥٩٠

الفهـــــارس

١ – فهرس الآيات.

٢ – فهرس الأحاديث.

٣ – فهرس الآثار.

٤ – فهرس الأشعار.

٥ – فهرس الحدود والمصطلحات.

٦ – فهرس القواعد الفقهية.

٧ – فهرس المسائل الفقهية.

٨ – فهرس الأعلام.

٩ – فهرس الفرق والمذاهب.

١٠ – فهرس المصادر والمراجع.

١١ – فهرس الموضوعات.

فهرس الآيات القرآنية

الآية	رقمها	الصفحة
سورة البقرة		
] أُوْلَـٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ ٱشْتَرَوُا۟ ٱلضَّلَـٰلَةَ بِٱلْهُدَىٰ فَمَا رَبِحَت تِّجَـٰرَتُهُمْ Z	١٦	٥٥، ٧٥١
] Z C B A @ [	٣١	٣٧٨
] Z j i h [	٥٤	٦٧١
] فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ Z	٩٦	٣٩٣
] فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ Z	١٧٣	١٣٧، ١٤٠
] Z Y [\ ] ^ _ ` b c [d e f g i j k l m n o [p q r s u v w x y [	١٧٨	٤٨٥، ٦٩٤
] ! " # $ % & ' ( ) * + [Z ,	١٨٢	٥٧
] E F G H I J K L M N O Z [	١٨٤	٣٤٦، ٣٩٣
] P Q R S T Z [	١٨٧	٦٨٤، ٦٨٥
] Q R S T U Z [	١٩٣	٤٣٤
] ^ _ ` a b c d e f Z [	١٩٤	٤٤١، ٤٦٧
] z [{ ~ ٱلْمُحْسِنِينَ Z	١٩٥	٧٧٠

الآية	رقمها	الصفحة
] فَإِذَآ أَمِنتُمْ فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلْعُمْرَةِ إِلَى ٱلْحَجِّ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ ۚ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ فِى ٱلْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ ۗ تِلْكَ â كَامِلَةٌ Z	١٩٦	٣٤٦، ٣٧٣
] يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ وَصَدٌّ عَنْ سَبِيلِ اللهِ وَكُفْرٌ بِهِ وَالمَسْجِدِ الحَرَامِ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِ مِنْهُ أَكْبَرُ عِنْدَ اللهِ وَالفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ القَتْلِ وَلَا يَزَالُونَ يُقَاتِلُونَكُمْ حَتَّى يَرُدُّوكُمْ عَنْ دِينِكُمْ إِنِ اسْتَطَاعُوا وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَZ	٢١٧	١٥٨
[´ µ ¶ ¸ ˚ قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا Z	٢١٩	٢٤٤، ٦٤٣
[! " # $ % & Z	٢٢٥	٨٢٠
[1 2 3 4 5 6 7 8 9 : ; < = > ? @ A B C D E F Z	٢٢٦، ٢٢٧	٨١١
[h i j k l Z	٢٢٨	١٩٤، ٢٢٢
[_ ` a b c d e f Z	٢٢٨	٥٦
[N O P Q R S T U V W Z	٢٢٨	٥٤٣
] فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ Z	٢٢٩	٦٨٨
] فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا ´ µ ¶ ¸ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ Z	٢٢٩	٥٧
] فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ à ظَنَّآ â يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ Z	٢٣٠	٥٧
[, - . / Z	٢٣١	٥٦، ١٦٤، ١٧١

الآية	رقمها	الصفحة
[z { | } ~ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى الْمَوْلُودِ ©رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا µ ¶ ¸ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ ۚ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ۗ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۗ وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا à اللَّهَ â تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ Z	٢٣٣	١٦٤، ١٧٢، ١٨٠، ١٩٥، ٢٢٢، ٣٥١
[! " # $ % Z	٢٣٤	٨١٢
] وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن µ ´ ¶ ¸ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ۚ وَأَن تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ۚ وَلَا تَنسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ Z	٢٣٧	٢١٤، ٤٨٥
] وَاللَّهُ يَقْبِضُ وَيَبْصُطُ Z	٢٤٥	٣٦٤
[7 8 9 Z	٢٧٥	٣٩٤، ٧٥٢، ٧٧٠
] فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ ©اللَّهِ وَرَسُولِهِ Z	٢٧٩	٤٣٠
] وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۚ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ ۖ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ Z	٢٨٠	٤٨٦، ٦٧٠
[Y Z [\ ^ _ ` a Z b c d e f g Z	٢٨٢	٥٩١، ٦٠٤
[; < = > ? @ A B C D Z E	٢٨٢	٥٤٤، ٥٥٥
] وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ Z	٢٨٢	١٦٤

الآية	رقمها	الصفحة
[8 9 : ; < = > ? @ Z	٢٨٣	٥٤٤
] لَا يُكَلِّفُ ۞ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا Z	٢٨٦	٣٢٩
] لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا ´ Z	٢٨٦	٣٢٢، ٣٢٥، ٤٧٦
[h i j k l Z	٢٨٨	١٩٤
سورة آل عمران		
[4 5 6 7 8 9 : Z	١٨	٥٩١
[[\ ] ^ _ ' a b c d e f Z g h i	٤١	٢٠٦
] فَلَمَّآ أَحَسَّ عِيسَىٰ مِنْهُمُ ٱلْكُفْرَ Z	٥٢	٦٠١
[P Q R Z	١٥٢	٦٠٠
] وَقَالُوا۟ حَسْبُنَا ٱللَّهُ وَنِعْمَ ٱلْوَكِيلُ Z	١٧٣	٨١٥
سورة النساء		
] وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا Z	٤	١٣١
] مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ Z	١١	٨٢٥
[s t u v w x y z { Z	١٢	٥٧، ١٦٤، ٨٢٥
] وَعَاشِرُوهُنَّ ´ Z	١٩	١٩٤، ٢٢٢
[S T U V W Z	٢٣	١٠٣
[	} ~ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ Z	٢٣	١٠٦
[R S T U V W X Y Z [\ ] ^ _ ` a Z	٢٥	٣٤٦

الآية	رقمها	الصفحة
[9 : ; < = > ? @ A B C D E F G Z	٢٩	٥٥، ٣٥٦، ٣٩٤، ٤٤٨، ٧٥٢، ٧٧٠
[8 9 : ; < = > ? Z	٣٤	١٧٦
[فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا Z	٤٣	٣٤٦
[s t u v w x y z {	٤٣	٦٨٨
وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ حَتَّىٰ تَغْتَسِلُوا Z		
[! " # $ % & ' ( ) * + , - Z	٨٠	٣٦١
[8 9 : Z	١٠٣	٥٩٣
[" # $ % & ' ( ) * + , Z	١٣٥	٥٢٠
[i j Z	١٦٦	٥٩١
سورة المائدة		
[Z [\ ] ^ Z	١	٦٢٣
وَتَعَاوَنُوا عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ Z	٢	٧٧٠
[K L M N O P Q R S T U Z	٣	١
[W X Y Z [\ ] _ ` a b Z	٣	١٣١، ١٣٧، ٤٤٨
وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا ٱلْكِتَٰبَ ´ µ ¶ ¸ لَّهُمْ Z	٥	٣١٤

الآية	رقمها	الصفحة
[G H I J K L Z	٦	٣٧٢
[J K L M N O Z P	٦	٣٩٣
[! " # $ % & ' ( ) * + , - . / 0 1 Z	٦	٢١٤، ٦٨٦، ٦٨٦
[R S T U V W X Z	٦	٣٢٩
[! " # $ Z	٤٢	٦٥٢
[لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ Z	٨٩	٨٢٠
[فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ ´ µ ¶ ¸ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ Z	٨٩	٢٢٢
[! " # $ % & ' Z	٩٦	٢٥٧
[T U V W X Y Z [\ ] ^ _ Z	١٠٦	٦٠٤
[Q R S T U Z	١٠٦	٥٩١
سورة الأنعام		
[* + , - . / Z	٢٨	٦٩١
[q r s t u v x y z { | | ~ تَعْقِلُونَ Z	٣٢	٣٣٥
[. / 0 1 2 3 Z	٧٠	٣٣٥
[! " # $ % Z	٩١	٨١٠

الآية	رقمها	الصفحة
[| { ~ يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّواْ ٱللَّهَ عَدْوَۢا بِغَيْرِ عِلْمٍ Z	١٠٨	٦٤
] وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِZ	١١٩	١٣١، ١٣٧
[u t s r q p o n m l k j i Z } | { z y x w v	١٤٥	١١٥
] فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌZ	١٤٥	١٣٧، ١٤٠
] وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ Z	١٦٤	٧٢، ٣٢٢
سورة الأعراف		
[[\ ] ^ _ ` a Z	١٥٧	٣٢٩
[E F G H I J K Z	١٩٩	٢٢١
سورة الأنفال		
] وَأَعِدُّواْ © مَّا ٱسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ Z	٦٠	١٧٦
سورة التوبة		
[d e f g h i Z	٨٣	٥٣٠
[s t u v w Z	٩١	٤٣٤
] فَٱسْتَبْشِرُواْ بِبَيْعِكُمُ ٱلَّذِى بَايَعْتُم بِهِۦ Z	١١١	٥٦، ٧٥١
] إِنَّ ٱللَّهَ © مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُم بِأَنَّ لَهُمُ ٱلْجَنَّةَ Z	١١١	٥٦، ٧٥١
سورة يونس		
] فَمَاذَا بَعْدَ ٱلْحَقِّ إِلَّا ٱلضَّلَٰلُ فَأَنَّىٰ تُصْرَفُونَ Z	٣٢	٣٣٥
[V W X Y Z |] \ ^ _ ` a b Z	٣٦	٨٢

الآية	رقمها	الصفحة
سورة هود		
[< = > ? @ A Z	٥٦	٨١٦
Z وَمَآ أَمۡرُ فِرۡعَوۡنَ بِرَشِيدٖ	٩٧	٣٠٢
سورة يوسف		
[r s t u Z	٢٦	٥٩١
سورة إبراهيم		
[P Q R S Z	١٢	٨١٦
[ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلٗا كَلِمَةٗ طَيِّبَةٗ كَشَجَرَةٖ طَيِّبَةٍ أَصۡلُهَا ثَابِتٞ وَفَرۡعُهَا فِي ٱلسَّمَآءِ Z	٢٤	٢٩١
[= > ? @ A B C D E F G I J K M N O P Z	٢٧	٣٨
سورة الحجر		
[: ; < = > ? @ A Z	٤	٢٣٤
[وَقَضَيۡنَآ إِلَيۡهِ ´ µ Z	٦٦	٥٩٣
سورة النحل		
[فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ Z	١١٥	١٤٠
سورة الإسراء		
[P Q R S T U Z	٤	٥٩٣
[g h i j k l m n Z	٢٣	٥٩٢
[Z [\ ^ _ ` a b Z	٣٢	١٠٤

الآية	رقمها	الصفحة
سورة مريم		
[+ , - . / Z	٢٦	٢٠٦
[; < = > ? Z	٩٢	٦٠٠
سورة طه		
] فَٱقۡضِ مَآ أَنتَ قَاضٍ Z	٧٢	٥٩٢
سورة الأنبياء		
[´ µ ¶ ¸ أَنتَ مِنَ ٱللَّٰعِبِينَ Z	٥٥	٣٣٣
[K L M N O P Q Z	٩٥	٢٤٢
سورة النور		
[+ , - . / 0 1 2 3 4 5 6 7 8 9 : Z	٢	١٠٤
[B C D E F G H I J K L M Z	١٢	٣٠٤
] وَلَا يَضۡرِبۡنَ بِأَرۡجُلِهِنَّ لِيُعۡلَمَ مَا يُخۡفِينَ مِن زِينَتِهِنَّ Z	٣١	٦٤
[S T U V W X Y Z [\ ] ^ Z	٣٣	١٠٤
[	{ ~ لِيَسۡتَـٔۡذِنكُمُ ٱلَّذِينَ مَلَكَتۡ أَيۡمَـٰنُكُمۡ وَٱلَّذِينَ لَمۡ يَبۡلُغُواْ ٱلۡحُلُمَ مِنكُمۡ © مَرَّٰتٖۚ مِّن قَبۡلِ صَلَوٰةِ ٱلۡفَجۡرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُم مِّنَ ٱلظَّهِيرَةِ وَمِنۢ بَعۡدِ صَلَوٰةِ ٱلۡعِشَآءِۚ ثَلَٰثُ عَوۡرَٰتٖ لَّكُمۡۚ لَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ وَلَا عَلَيۡهِمۡ جُنَاحُۢ بَعۡدَهُنَّۚ طَوَّٰفُونَ عَلَيۡكُم بَعۡضُكُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖۚ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ ٱللَّهُ لَكُمُ ٱلۡأٓيَٰتِۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٞ Z	٥٨	٢٢٣

الآية	رقمها	الصفحة
سورة النمل		
[! " # $ Z	١٤	٧٦
[a b c d e f g h i j k Z	٢٨	٢٣٥
سورة القصص		
] قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ ©أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ Z	٢٧	١٢٥
سورة العنكبوت		
[! " # $ % & ' Z	٦٤	٣٣٥
[L M N O P Q Z	٦٧	٣٩٢
سورة لقمان		
[@ A B C D E F G H I J K Z	٦	٣٣٦
[N O P Z	١٤	
سورة يس		
[M N 0 P Z	٣١	٥٣٠
سورة سبأ		
] فَلَمَّا قَضَيۡنَا عَلَيۡهِ ٱلۡمَوۡتَ Z	١٤	٥٩٣
سورة فاطر		
] وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٞ وِزۡرَ ¶ ۚ مُثۡقَلَةٌ إِلَىٰ حِمۡلِهَا لَا يُحۡمَلۡ مِنۡهُ شَيۡءٞ وَلَوۡ كَانَ ذَا قُرۡبَىٰٓۗ إِنَّمَا تُنذِرُ ٱلَّذِينَ يَخۡشَوۡنَ رَبَّهُم بِٱلۡغَيۡبِ وَأَقَامُواْ ٱلصَّلَوٰةَۚ وَمَن تَزَكَّىٰ فَإِنَّمَا يَتَزَكَّىٰ لِنَفۡسِهِۦۚ وَإِلَى ٱللَّهِ ٱلۡمَصِيرُ Z	١٨	٧٢

الآية	رقمها	الصفحة
سورة ص		
[? @ A B Z	٢٠	٥٧٠
سورة الصافات		
[v w x y Z	٩٣	٦٨
سورة فصلت		
[! " # $ % Z	١٢	٥٩٢
[à عَمِلَ â فَلِنَفْسِهِۦ Z	٤٦	٣٢٣
سورة الأحقاف		
[, - . / Z	١٥	
سورة الفتح		
] وَلَـوْلَا رِجَـالٌ مُؤْمِنُـونَ وَنِسَـاءٌ مُؤْمِنَـاتٌ لَمْ تَعْلَمُـوهُمْ أَنْ تَطَئُوهُمْ فَتُصِيبَكُمْ مِنْهُمْ مَعَرَّةٌ بِغَيْرِ عِلْمٍZ	٢٥	١٦٠
سورة الحجرات		
[/ 0 1 2 3 4 5 6 7 8 9 : ; < = > ? @ A B C D E G H I J K L M Z	٦، ٧	٢٩٦
[A B C D E G H I J K L M Z	٧	
[! " # $ % & ' ( ) * + Z	١٢	١٢٧، ٣٠٥
سورة الذاريات		
[C D E F G H Z	٥٦	١
سورة الطور		
[d e f g h Z	٢١	٧٦٣

الآية	رقمها	الصفحة
سورة النجم		
] أَمْ لَمْ يُنَبَّأْ بِمَا فِي صُحُفِ مُوسَىٰ ﴿٣٦﴾ وَإِبْرَاهِيمَ الَّذِي وَفَّىٰ ﴿٣٧﴾ أَلَّا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴿٣٨﴾ وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَانِ إِلَّا مَا سَعَىٰ Z	٣٦، ٣٩	٧١
] وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَانِ إِلَّا مَا سَعَىٰ Z	٣٩	٣٢١، ٣٢٢، ٣٢٣، ٣٢٥، ٤٧٦
سورة الرحمن		
] هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا ´ Z	٦٠	٤٣٤
سورة المجادلة		
[h i j k l m Z	٤	٣٧٢
[s t u v w x Z	٤	٣٧٣
] يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قِيلَ لَكُمْ تَفَسَّحُوا فِي الْمَجَالِسِ فَافْسَحُوا يَفْسَحِ اللَّهُ لَكُمْ Z	١١	٢٥٤
سورة الحشر		
[p q r s t u v w Z	٧	٣٦١
سورة الجمعة		
[! " # $ % & ' ( ) * + , - . / Z	٩	٦٣، ٦٦، ٢١٦، ٣٩٣
[8 9 : ; < = > ? @ A Z	١٠	٧٧٠
سورة التغابن		
[w x y z Z	١٦	١٧٧

الآية	رقمها	الصفحة
سورة الطلاق		
[6 7 8 9 : ; Z	٦	١٢٦، ١٨١
[' ( ) * + Z	٦	١٧٢
سورة الحاقة		
[\ ] ^ _ Z	٤٥	٦٨
سورة المعارج		
[; < = > ? @ A B C D Z	٣٠	١٠٥
سورة نوح		
[H I J Z	١٦	٢٢٩
[X Y Z [\ Z	١٩	٢٣٠
سورة المزمل		
[V W X Y Z [Z	٩	٨١٦
سورة المدثر		
[كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ Z	٣٨	٧٦٣
سورة النبأ		
[9 : ; Z	٧	٢٣٠

فهرس الأحاديث

الحديث	الصفحة
أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج	١٠٥
أحلت لنا ميتتان ودمان	٢٥٧
ادرأوا الحدود بالشبهات	٥٣٣
ادرأوا الحدود ما استطعتم	٥٣٣
ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً	٥٣٤
إذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله عليها فكل مما أمسكن عليك وإن قتلن	٢٤٦
إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم	١٧٧
إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى ثلاثاً أم أربعاً؟ فليطرح الشك	٨٩
إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشكل عليه أخرج منه شيئاً أم لا؟ فلا يخرجن من المسجد	٨٤
اذكروا أنتم اسم الله وكلوا	٣٠٦
اذهب فاقلع نخله	١٧٣
اذهبي فارضعيه حتى تفطميه	٥٢٢
استهما وأوجبا الحق	٦٧٩

الحديث	الصفحة
أعطه إياه فإن خير الناس أحسنهم قضاء	٤٧٧
ألا إن مكة حرام حرمها الله تعالى	٣٩٢
ألا فليبلغ الشاهد الغائب	٣٦٠
أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلماً ليلقين الله وهو عنه معرض	٥١١
أن أعرابياً جاء فبال في طائفة المسجد	١٥٢
إن الحلال بيِّن والحرام بين وبينهما مشتبهات	٢٤٥
إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تتكلم أو تعمل به	٢٣٦
أن المستحاضة تتوضأ لكل صلاة	٢١٤
أن النبي ^ صلى في الكعبة	٥٦٣
أن النبي ^ كان عند بعض نسائه فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم بقصعة فيها طعام	٤٦٨
أن النبي ^ كان يجيب دعوة المملوك	٢٧٥
أن النبي ^ نهى عن بيع حبل الحبلة	٢٨٤
أن النبي ^ نهى عن عضباء الأذن	٦٤٣
أن النجاشي زوج رسول الله ^ أم حبيبة رضي الله عنها	٧٧١
إن بني هشام بن المغيرة استأذنوني أن ينكحوا ابنتهم علي بن أبي طالب	١٩٠
إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم	١٠٤
إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام	١٣٢

الحديث	الصفحة
أن رجلاً ادعى بين يدي رسول الله ^ نتاج ناقة في يد رجل	١٤٦
أن رجلين ادعيا بعيراً على عهد النبي ^	٥٧٩
أن رسول الله ^ نهى عن الملامسة والمنابذة	٧٢٣
أن رسول الله ^ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها	٢٨٣
أن سلمان رضي الله عنه أهدى إلى رسول الله ^ وكان مكاتباً فقبل منه ذلك	٢٧٥
إن من الكبائر شتم الرجل والديه	٦٥
إن هذه الشاة لتخبرني أنها ذُبحت بغير حق	٤٤١
أنا وكافل اليتيم في الجنة	٢٠٩
إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى	٥٧
إنما بقاؤكم فيما سلف قبلكم من الأمم كما بين صلاة العصر إلى غروب الشمس	٦٤٥
إني لأعلم آية لم تنزل على نبي بعد سليمان بن داود	٢٣٠
إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث	٣٠٥
بارك الله في صفقة يمينك	٣١٥، ٧٧١
البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه	١٤٧، ٥٠٨
التيمم وضوء المسلم ولو إلى عشر حجج	٣٧٣
ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، رجل أعطى بن ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه	٧٥٩

الحديث	الصفحة
ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة	١٢٦
الثلث والثلث كثير	٦٥٧
جرح العجماء جبار	٤٦١
جعل رسول الله ^ شهادة خزيمة شهادة رجلين	٥٧٠
جيدها ورديئها سواء	٦٩٣
الحلال بيِّن والحرام بيِّن، وبينهما أمور مشتبهات	٦٤، ٢٤٣
خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف	١٩٦
الخراج بالضمان	٤٢٤
دعوني ما تركتكم فإنما أهلك من كان قبلكم كثرة سؤالهم	٢٤٤
ذكاة الجنين ذكاة أمه	٢٦٨
الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر	٣٥٦
الرجل جبار	٤٥٩
رفع القلم عن ثلاثة	٣٣٠
رهن رسول الله ^ درعه عند يهودي	٦٥٢
صالح النبي ^ المشركين على الرجوع عنهم يوم الحديبية	١٥٩
صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته	٩٠
الصيد لمن أخذه	٢٥٤
طعام بطعام، وإناء بإناء	٤٦٨
على اليد ما أخذت حتى تؤديه	٤٥٣

الحديث	الصفحة
على اليد ما أخذت حتى ترده	٤٥٠
على مثلها فاشهد أو دع	٥٩٥
فعل العجماء جبار	٤٥٧
في الجمعة ساعة لا يوافقها عبد مسلم قائم يصلي فسأل الله خيراً إلا أعطاه	٢٠٧
قاتل الله اليهود إن الله لما حرم شحومها جملوه، ثم باعوه فأكلوا ثمنه	٥٩
قد بلغت محلها	٢٦٢
كان بيني وبين رجل من اليهود أرض فجحدني فقدمته إلى النبي ^	٥١١
كأني أنظر إلى وبيص المسك في مفرق رسول الله ^ وهو محرم	٨٠١
كل المسلم على المسلم حرام	١٠٤، ١٣٢
كل لعب حرام إلا ملاعبة الرجل امرأته	٣٣٦
كنا نخرج مع النبي صلى الله عليه وسلم إلى مكة فنضمد جباهنا بالمسك المطيب عند الإحرام	٨٠١
لا بأس أن تأخذها بسعرها اليوم ما لم تتفرقا وبينكما شيء	٧٠٢
لا تبع ما ليس عندك	٧٣٠
لا تجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة	٧٩٣
لا تصروا الإبل والغنم	١٩١

الحديث	الصفحة
لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً	٥١٩
لا توطأ الحبالى حتى يضعن، ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة	٨١٤
لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصال	٣٤٠
لا صدقة إلا عن ظهر غنى	٨٢٤
لا ضرر ولا إضرار في الإسلام	١٦٨
لا ضرر ولا ضرار	١٦٤
لا يأخذن أحدكم متاع صاحبه جاداً ولا لاعباً	٤٥٣
لا يبيع أحدكم على بيع أخيه	٨٢٥
لا يبيع حاضر لباد	٦٧
لا يتقدمن أحدكم رمضان بصوم يوم أو يومين	٨١٢
لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً	١١٥
لا ينفتل أو لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً	٨٣
لأقضين بينكما بكتاب الله	٥٢١
لعلك قبَّلت، أو غمزت أو نظرت	٥٣٥
لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم	٥٤٩
ليستتبعني	٢٩٦
ما أنا من دد ولا الدد مني	٣٣٨
ما خير رسول الله ^ بين شيئين إلا اختار أهونهما	١٥٧
ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن	٢٢٤

الحديث	الصفحة
المباح لمن سبق إليه	٢٥٣
مثل المسلمين واليهود والنصارى كمثل رجل استأجر قوماً يعملون له عملاً إلى الليل	٦٤٥
المسلمون عند شروطهم	٦٢٢
من أحيا أرضاً ميتة فهي له	١٨٤
من أخذ أموال الناس يريد أداءها أدى الله عنه، ومن أخذها يريد إتلافها أتلفه الله	٥٨
من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة	٦٤٤
من أدرك من الصبح ركعة قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح	٦٤٤
من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له وإن اشترط مئة شرط	٨٢٠
من اشترى شاة محفلة فوجدها مصراة فهو بخير النظرين	١٠٨
من أطاعني فقد أطاع الله، ومن عصاني فقد عصا الله	٣٦١
من أقال مسلماً أقال الله عثرته يوم القيامة	٤٩٦
من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع	٢٦٩
من بنى لله مسجداً يبتغي به وجه الله بنى الله له مثله في الجنة	٥٨
من ترك مالاً أو حقاً فلورثته	٣٥٠
من تطبَّب وهو لا يعلم منه طب فهو ضامن	٤٣٥

الحديث	الصفحة
من سبق إلى من لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به	٢٥٥
من سره أن ينجيه الله من كرب يوم القيامة فلينفس عن معسر	٤٨٦، ٦٧٠
منى مباح لمن سبق	٢٥٣
نضر الله امرأ سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها	٣٦٠
نهى النبي ^ أن يضحى بالشرقاء والخرقاء والمقابلة والمدابرة	٦٥٨
نهى رسول الله ^ عن بيع الحصاة وبيع الغرر	٧٢٢
نهى رسول الله ^ عن بيع ضراب الجمل	٧٢٢
نهى رسول الله ^ عن عسب الفحل	٧٣٠
نهى نبي الله ^ عن لبس الحرير	٢٨٢
هذا ما اشترى محمد رسول الله ^ من العداء بن خالد	٧٠٨
هكذا الوضوء، فمن زاد على هذا فقد أساء	٨١٢
هلا تركتموه	٥٣٥
هو لها صدقة ولنا هدية	٢٦٢
وجب أجرك وردها عليك الميراث	٨٠٨
يا عائشة لولا قومك حديثو عهد بكفر لنقضت الكعبة	١٦٠
اليمين على المدعى عليه	٥١٠، ٥٠٨، ٥٧٣
اليمين على من أنكر	٥٠٨
يمينك على ما يصدقك به صاحبك	٦٨

فهرس الآثار

الأثر	صاحب الأثر	الصفحة
أن رجلاً جاء إلى ابن عباس رضي الله عنهما وقال إن صاحباً لنا مات	ابن عباس	٢٠٠
أن عمر رضي الله عنه كان يضمن الأجير المشترك	عمر بن الخطاب	٤٥٤
أن عمر وعلي حكما بكون اللقيط حراً	عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب	١١٩
إني كنت نحلت جذاذ عشرين وسقاً من مالي بالعالية	أبو بكر الصديق	٧٩٣
أيما رجل نكح امرأة بها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها بما استحل منها من فرجها	عمر بن الخطاب	٤١٠
لا تجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة	أبو بكر وعمر وعثمان وعلي وابن عباس	٧٩٣
لا يصلح للناس إلا هذا	علي بن أبي طالب	٤٥٤
لو أعلمكما تعمدتما لقطعتكما	علي بن أبي طالب	٤١٠
ما أحب أن أحله ولكن أحلتهما آية وحرمتهما آية	عثمان بن عفان	١٠٥
مضى قضائي	شريح	٦١٤

الأثر	صاحب الأثر	الصفحة
مقاطع الحقوق عند الشروط	عمر بن الخطاب	٦٢٣
من نحل نحلة لم يحزها الذي نحلها حتى تكون إن مات لوارثه فهي باطل	عمر بن الخطاب	٧٩٤

فهرس الأشعار

الفرض أفضل من تطوع عابد		حتى ولو قد جاء منه بأكثر	٦٧٠
إلا التطهر قبل وقت وابتدا		ء للسلام كذاك إبرا معسر	
سبقت العالمين إلى المعالي		بصائب فكرة وعلو همه	٣٣
ولاح بحكمتي نور الهدى في		ليالي بالضلالة مدلهمه	
يريد الجاحدون ليطفئوه		ويأبى الله إلا أن يتمه	

فهرس الحدود والمصطلحات

المصطلح	الصفحة
الابتداء	٨٠٠
الإبراء	٦٧٠
إبراء استيفاء	٦٧٣
إبراء إسقاط	٦٧٣
إبراء الاستيفاء	٦٧٢
الأبضاع	١٠١
الإتلاف	٤٦٥
الإثبات	٥٦١
الإجازة	٧٦٦
الأجر	٣٩٨
الأجير المشترك	٤٥٤
الأخرس	٢٠٢
الإذن	٤٣٠
الأربعة عشر	٣٤٠
الاستناد	٤٤٠
الاستيلاء	٢٥٢

المصطلح	الصفحة
الاستيلاد	٦١٠
الإسقاط	٤٨٢
الإشارة	٢٠٣
الأصل	١٠١
الأصيل	٢٨٩
الاضطرار	٤٤٦
الإقالة	٤٩٠
الإقرار	٥١٥
الأكثر	٦٣٩
الأمور	٣٠٢
الأمين	٥٤١
الأهلية	٣٢٦
أهلية الأداء	٣٢٧
أهلية الوجوب	٣٢٧
الأيمان	٢٢٧
البدل	٣٤٤
البذل	٦٠٨
البراءة	٢٨٨
برع	١٧٩

المصطلح	الصفحة
البقاء	٧٩٩
بلوى	١٥٦
البيع	٧٢٧
البيع الفاسد	٧٤٩
البينة	٥٦٠
التبع	٢٦٨
التسامع	٥٩٤
تصرُّوا	١٩١
التصرف الفعلي	٣١٢
التصرف القولي	٣١٢
التعليق	٦٢٩
التعيين	٦٩٧
التفريق	٧٤٠
التقدير	٨١٠
الثمن	٧٣٤
الجهالة	٧١٨
الحاجة	١٢٢
حبل الحبلة	٢٨٤
الحجام	٤٣٢

المصطلح	الصفحة
الحجة	٥١٦
الحجة القاصرة	٥١٦
الحرام	٢٤١
الحرج	١٢٩
الحرية	١١٨
الحسّ	٦٠٠
الحق	٤٧٢
الحكم	٢٦١
الحلال	٢٤١
الخارج	١٤٨
الخبثة	٧٠٨
الخِتان	٤٣٢
الخراج	٤١٦
الخرقاء	٦٥٨
الخصوص	٨١٦
الخطاب	٢٣٤
الخَلَف	٣٧١
خيار الشرط	٦٦٨
الداء	٧٠٨

المصطلح	الصفحة
الدفع	١٧٥
الدلالة	٣٨٢
الدليل	٣٩٠
ده يازده	٧٥٤
الذمة	٣٢٧
الذنوب	١٥٨
الربح	٧٥٧
الرجعة	٦١٠
الرجوع	٥٢٩
الرسول	٣٥٩
الرق	٦١٠
الرمز	٢٠٧
الرهن	٧٦٢
السباق	٣٤٠
السبب	٢٦٠
السداد	٣٠٣
السعاية	١٦٧
السلامة	٧٠٦
سوم الشراء	٣٦٩

المصطلح	الصفحة
الشاهد	٥٠٤
الشرط	٦١٨
الشرط الجائز	٦٢١
الشرط الفاسد	٦٢١
شرط اللغو	٦٢١
الشرقاء	٦٥٨
الشركة	٧٧٩
شركة الأملاك	٧٨١
شركة العقود	٧٨١
شركة العنان	٢٩٨
شركة المفاوضة	٢٩٩
الشركة بالأعمال	٧٨١
الشركة بالأموال	٧٨١
الشركة بالوجوه	٧٨١
الشطرنج	٣٤٠
الشهادة	٥٩٠
الصريح	٣٨٢
الصفة	٧٣٤
الصفقة	٧٤١

المصطلح	الصفحة
الصلاح	٣٠٢
الضرر	١٥٠
الضرورة	١٢٣
الضمان	٣٩٩
ضمناً	٢٨١
الظاهر	١١١
العادة	٢١٩
العجماء	٤٥٧
العرف	١٩٤
العرف العملي	١٩٠
العرف القولي	١٩٧
عسب الفحل	٧٣٠
عضد	١٧٢
عقد المضاربة	٤٦٩
عقد المعاملة	٤١٣
عقود المعاوضات	٦٩٨
العمل	٧٥٨
العنان	٧٨٢
العود	٦٩١

المصطلح	الصفحة
العيب	٧٨٠
العين	٨٠٦
الغائلة	٧٠٨
الغاية	٦٨٣
الغرر	٧٢٠
الغرور	٤٠٦
الفاسد	٧٤٩
فساد العقد	٧١٩
الفصد	٤٣٣
الفضولي	٤٤٣
القباء	٤٦٨
القبض	٣٦٤
القبض	٥٥٣
القبضة	٥٥٣
القضاء	٥٩٢
القميص	٤٦٨
الكتاب	٢٣٣
الكفيل	٢٩٠
كوة	١٥٤

المصطلح	الصفحة
اللعب	٣٣٣
اللغو	٨١٩
اللقطة	٤٥٥
المال	٧٥٨
المباح	٢٥٠
المتكرر	٢٢٠
المجاهِزون	٢٧٦
المحضة	٣٥٤
المحفلة	١٠٨
المخمصة	٤٤٧
المدابرة	٦٥٨
المزارعة	٣١٨
المساواة	٣٥٣
المشروط	١٨٩
المشغول	٨٢٣
المصراة	١٠٨
المضامين	٣٣١
المضمونات	٤٣٩
المطلق	٢١٢

المصطلح	الصفحة
المعاوضة	٣٥٣
المعدوم	٧٢٧
المعروف	١٨٩
المقابلة	٦٥٨
المقر	٥٠٤
المقيد بالشرط	٦٢٠
الملائم	٦٣٢
الملاقيح	٣٣١
الملك	٢٥١
المنافع	٧١٢
المنجز	٦٣٠
المنكِر	٥٠٣
النتاج	١٤٨
الندف	٥٥٦
النرد	٣٤٠
النسب	٦١٠
النص	٦٦٤
النكاح	٦١٠
النكول	٦٠٧

المصطلح	الصفحة
النكول الحقيقي	٦٠٨
النكول الحكمي	٦٠٨
الهبة	٧٨٩
الوارث	٣٤٩
الوسامة	٥٧١
الوكالة	٨١٥
الولاء	٦١٠
اليد	١٤٤
يد أمانة	٤٥٢
يد ضمان	٤٥٢
يد عادية	٤٥٢
يد مؤتمنة	٤٥٢
يستتبع	٢٩٥
اليمين القضائية	٥٠٣

فهرس القواعد الفقهية

القاعدة	الصفحة
الإبراء إسقاط	٦٦٩
إتلاف مال الغير بغير إذنه سبب لوجوب الضمان	٤٦٤
إتلاف مال مأذون فيه لا يوجب الضمان	٤٢٩
إتلاف مال مملوك لصاحبه يوجب الضمان	٤٦٤
إتلاف مال مملوك للغير بغير إذنه لا حق له فيه يوجب الضمان	٤٦٤
إتلاف مال مملوك للغير بغير إذنه يوجب الضمان	٤٦٤
الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة	٧٦٦
الإجازة اللاحقة كالإذن السابق	٧٦٦
الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة	٧٦٦
الإجازة إنما تلحق القائم دون الهالك	٧٧٤
الإجازة لا تلحق المعدوم	٧٧٤
الأجرة مع الضمان لا يجتمعان	٣٩٨
الأجرة والضمان لا يجتمعان	٣٩٨
اختلاف الأسامي دليل اختلاف المعاني في الأصل	٣٧٧
اختلاف السبب يوجب اختلاف الحكم	٢٥٩
اختلاف الملك بمنزلة اختلاف العين	٢٥٩، ٨٠٥

القاعدة	الصفحة
اختلاف الملكين بمنزلة اختلاف العقدين	٢٥٩، ٨٠٥
اختلاف الملكين بمنزلة اختلاف العينين	٢٥٩، ٨٠٥
الاختلاف متى وقع في تعيين نفس المقبوض فإن القول قول القابض.	٥٥٣
أداء الرسول أداء المرسل	٣٥٩
إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما	١٥٥
إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل	٣٧٠
الإذن بإتلاف المال المحض مبيح	٤٢٩
استحقاق المعدوم الذي له خطر الوجود والعدم في المعاوضة لم يرد الشرع به	٧٢٦
إسقاط الحق بعد وجود سبب الوجوب جائز	٤٨١
إشارة الأخرس المفهومة تقوم مقام العبارة	٢٠٢
الأصل أن الربح إنما يستحق عندنا إما بالمال، وإما بالعمل، وإما بالضمان	٧٥٧
الأصل أن يكون تصرف الإنسان لنفسه لا لغيره	٣٢١
الأصل في الأبضاع الحرمة والحظر	١٠١، ١٠٥
الأصل في التصرف الصادر المضاف إلى المحل هو الصحة	٣٢٦
الأصل في الشروط اعتبارها	٦١٨
الأصل في الشروط اعتبارها ما أمكن	٦١٨

القاعدة	الصفحة
الأصل في بني آدم الحرية	٧٤، ١١٨، ١٢٠
اعتبار الحقائق هو الأصل	٧٤، ٩٥، ١٠١
اعتبار الغالب وإلحاق المغلوب بالعدم هو الأصل في أحكام الشرع	٧٤، ١٠٧، ١٠٩، ٦٤٦
الإقالة فسخ	٤٩٠
الإقالة فسخ مطلق في حل الكل	٤٩٠
الإقرار إذا تضمن إبطال الغير لا يصح	٥٢٥
الإقرار إذا صح لا يحتمل الرجوع عنه	٥٢٩
إقرار الإنسان حجة في حق نفسه لا في حق غيره	٥١٤
إقرار المقر حجة في حقه	٥١٤
إقرار المقر يلزمه دون غيره	٥١٤
الإقرار حجة قاصرة	٥١٤
الإقرار حجة مقتصرة على المقر خاصة	٥١٤
الإقرار في حقوق العباد لا يحتمل الرجوع	٥٢٩
أكثر الشيء يقام مقام كله	٦٣٨
الأكثر يقوم مقام الكل	٦٣٨
الالتحاق بالمعدوم لا يجوز	٧٢٦
أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن	٣٠٢

القاعدة	الصفحة
أن ما جعل غاية لا بد من وجوده إذ المعدوم لا يصلح غاية	٧٢٦
الإنسان بسبيل من التصرف في حقه استيفاء وإسقاطاً	٤٨١
الإنسان يملك التصرف في حق نفسه مقصوداً استيفاء وإسقاطاً	٤٨١
إنما يجوز البدل عند العجز عن الأصل	٣٧٠
الأوصاف لا تقابل بالثمن	٧٣٣
الأوصاف لا حصة لها من الثمن إلا إذا ورد عليها القبض أو الجناية؛ لأنها تصير مقصودة	٧٣٣
الأوصاف لا قسط لها من العوض	٧٣٣
الأيمان محمولة على العادة	٢٢٧
الباطل لا يحتمل العود	٦٩٠
الباطل لا يقف على الإجازة	٧٧٤
الباطل متلاشٍ	٦٩٠
بدل الشيء يقوم مقامه كأنه هو	٣٤٣، ٣٧١
البدل عند العجز عن الأصل أو تعذر تحصيله يقوم مقام الأصل	٣٤٤
البدل يقوم مقام المبدل	٣٤٣
براءة الأصيل توجب براءة الكفيل	٢٨٨
البقاء أسهل	٧٩٨
البقاء أسهل من الابتداء	٧٩٨

القاعدة	الصفحة
البقاء أسهل من حكم الابتداء	٧٩٨
البيع الفاسد لا يفيد الملك بنفسه بل بواسطة القبض	٧٤٨
البيع الفاسد لا يفيد الحكم بنفسه بل بواسطة التسليم	٧٤٨
البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض	٧٤٨
البيع الفاسد لا يفيد الملك للمشتري قبل القبض	٧٤٨
البيع الفاسد ينعقد وينفذ عند اتصال القبض به	٧٤٨
البينة المثبتة أولى	٥٦٠
البينة المثبتة للزيادة أولى	٥٦٠
البينة حجة المدعي	٥٦٧
البينة حجة مطلقة	٥٧٨
البينة حجة مظهرة للحق	٥٧٨
البينة حجة من حجج الشرع	٥٧٨
البينة حجة من حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن	٥٧٨
البينة على المدعي	٥٦٧
البينة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضي	٥٩٠
التابع تابع	٢٧٤
التابع لا يستتبع المتبوع	٢٩٥
التبع لا يستتبع الأصل	٢٩٥
التبع لا يستتبع غيره	٢٩٥

القاعدة	الصفحة
التصرف الشرعي لا وجود له بدون الأهلية والمحلية	٣٢٦
التصرف الصادر من غير الأهل وفي غير محله يكون ملحقاً بالعدم	٣٢٦
تصرف العاقل تجب صيانته عن النقص والإبطال ما أمكن	٣١١
تصرف العاقل محمول على الوجه الأحسن ما أمكن	٣١١
تصرف العاقل واجب الاعتبار ما أمكن	٣١١
تصرف العاقل يحمل على الصحة ما أمكن	٣١١
التضمين يقتضي تملك المضمون	٤٣٨
التعليق بالشرط يصير تنجيزاً عند الشرط	٦٢٨
تغاير الأسامي دليل تغاير المعاني في الأصل	٣٧٧
تفريق الصفقة باطل قبل التمام لا بعده	٧٤٠
تفريق الصفقة قبل تمامها باطل	٧٤٠
التقدير الشرعي يمنع من الزيادة عليه إلا بدليل	٨١٠
تمليك المعدوم محال	٧٢٦
الثابت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية	٦٨٢
الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة	٦٠٠
الثابت بالبينة كالثابت حساً ومشاهدة	٦٠٠
الثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة	١٢١، ١٣٩، ١٤٢

القاعدة	الصفحة
الثابت بالضرورة يتقيد بقدر الضرورة	١٣٩
الثابت بيقين لا يزول بالشك	٧٥، ٧٤، ٨٦، ٨٨، ٩٣
الثابت دلالة كالثابت نصاً	٦٦٣
الثابت دلالة نص	٦٦٣
الثابت ضرورة يتقدر بقدر الضرورة	١٣٩
الثمن يقابل الأصل دون الصفة	٧٣٣
الثمن يقابل الأصل لا الصفة	٧٣٣
جهالة المعقود عليه تمنع صحة العقد	٧١٨
جهالة المعقود عليه توجب فساد العقد	٧١٨
الجهالة لا تمنع صحة العقد لعينها؛ بل لإفضائها إلى المنازعة	٧١٨
الحرج إنما يؤثر في حقوق الله عز وجل بالإسقاط	١٢٩، ٤٤٨
الحرج منفي	١٦٢
الحق إذا ثبت لا يسقط إلا بالإسقاط	٤٨١
حقائق الأسامي تتبع حصول المسميات بذواتها	٣٧٧
حقوق البيع وكل عقد هو مبادلة المال بالمال يرجع إلى العاقد	٤٧٢
حقوق العقد ترجع إلى العاقد	٤٧٢
حقوق العقد مقتصرة على العاقد	٤٧٢
الحقوق تتعلق بالعاقد	٤٧٢

القاعدة	الصفحة
حكم التبع حكم الأصل	٢٦٧
الحكم المؤقت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية	٦٨٢
الحكم في التبع يثبت بعلة الأصل	٢٦٧
الحكم للغالب	١٠٧
الخراج بالضمان	٤١٥
خلف الشيء يقوم مقامه كأنه هو	٣٤٣
الدراهم والدنانير على أصل أصحابنا أثمان لا تتعين في عقود المعاوضات	٦٩٧
الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين	٦٩٧
الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات ويتعينان في الشركات	٦٩٧
الدراهم والدنانير لا يحتملان التعيين شرعاً في عقود المعاوضات	٦٩٧
دفع الضرر بالضرر متناقض	١٥٠
الدلالة إنما تعتبر عند عدم النص بخلافها	٣٨١
الدلالة لا تعتبر إذا وجد التصريح	٣٨١
الدلالة لا تعمل مع النص بخلافه	٣٨١
ذكر البعض فيما لا يتبعض ذكر لكله	٣٨٧
ذكر بعض ما لا يتجزأ شرعاً ذكر لكله	٣٨٧

القاعدة	الصفحة
الربح تارة يستحق بالمال وتارة بالعمل وتارة بالضمان	٧٥٧
الرجوع عن الإقرار في حق العباد لا يصح	٥٢٩
الرجوع عن الإقرار يصح في حق سقوط الحد ولا يصح في حق ضمان المال والقصاص	٥٢٩
الرجوع يقبل في الحدود ولا يقبل في المال	٥٢٩
الرسول قائم مقام المرسل	٣٥٩
الرسول يحكي كلام المرسل	٣٥٩
الرسول ينقل كلام المرسل	٣٥٩
الساقط شرعاً ملحق بالساقط حقيقة	٦٩٠
الساقط شرعاً والعدم الأصلي سواء	٦٩٠
الساقط لا يحتمل الرجوع به	٦٩٠
الساقط لا يحتمل العود	٦٩٠
الساقط متلاش فلا يحتمل العود	٦٩٠
سبب ثبوت الملك في المباحات الأخذ والاستيلاء	٢٥٠
السبب يوجب اختلاف الحاكم	٨٠٥
السلامة شرط في العقد دلالة	٧٠٦
السلامة مشروطة دلالة فتكون كالمشروطة نصاً	٧٠٦
السلامة مشروطة في العقد دلالة	٧٠٦
السلامة من العيب مطلوبة عادة	٧٠٦

القاعدة	الصفحة
الشرط إذا كان مما يتوقف عليه ويعلم وجوده ينزل المعلق عند وجوده، وإن كان مما لا يعلم لا ينزل	٦٢٨
الشركة عيب	٧٧٩
الشركة في الأعيان المجتمعة عيب	٧٧٩
الشركة في الأعيان عيب	٧٧٩
الشقص في الأعيان عيب	٧٧٩
الشهادة لا تصير حجة ملزمة إلا بقضاء القاضي	٥٩٠
الشهادة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضي	٥٩٠
الشيء قد يثبت ضمناً لغيره وإن كان لا يثبت مقصوداً	٢٨٠
الشيء لا يتبع ما بعده ولا يستتبع ما قبله	٢٩٥
الشيء لا يستتبع مثله	٢٩٥
الشيء يستتبع ما هو دونه ولا يستتبع ما هو فوقه أو مثله	٢٩٥
الصفات المحضة لا يقابلها الثمن	٧٣٣
الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف	١٥٥
الضرر منفي	١٦٢، ١٦٣
الضرر واجب الدفع ما أمكن	١٧٥
الضمان سبب لملك المضمون	٤٣٨
الظاهر بقاء ما كان على ما كان	٧٤، ١١١، ١١٢، ٥٨٤

القاعدة	الصفحة
العبرة في العقود لمعانيها	٥٢، ٦٠
العبرة في العقود لمعانيها لا عين الألفاظ	٥٢، ٦٠
العبرة في العقود لمعانيها لا لصور الألفاظ	٥٢
العبرة في باب العقود للمعاني	٥٢
العبرة للمعنى لا للصورة	٥٢
العجماء جرحها جبار	٤٥٧
عرف المسلمين وعادتهم حجة مطلقة	٢١٨
العرف قاض على الوضع	١٩٤
على اليد ما أخذت حتى ترده	٤٥٠
عوض الشيء يقوم مقامه ويسد مسده كأنه هو	٣٤٣
العين تختلف باختلاف أسباب الملك حكماً	٢٥٩، ٨٠٦
الغرور في العقود من أسباب وجوب الضمان	٤٠٦
الغرور يوجب الضمان	٤٠٦
غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك	٨٨، ٨٩، ٩٠، ٩٢، ٩٣
فعل العجماء جبار	٤٥٧
القبض في الهبة بمنزلة الهبة	٧٨٨
القبضان إذا تجانسا ناب أحدهما عن الآخر، وإذا اختلفا ناب الأعلى عن الأدنى	٣٦٤

القاعدة	الصفحة
قد يثبت بمقتضى الشيء ما لا يثبت به مقصوداً	٢٨٠
قد يجعل المعدوم حقيقة موجود تقديراً عند تحقق الحاجة والضرورة	١٢١، ١٢٢
القدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف	٣٧٠
القليل يتبع الكثير لا عكساً، فيدخل القليل في الكثير، ولا يدخل الكثير في القليل	٦٥٥
القول قول الأمين في إسقاط الضمان عن نفسه لا في التسليم إلى غيره	٥٤١
القول قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه لكن مع اليمين	٥٤١
القول قول الأمين مع اليمين	٥٤١
القول قول القابض في قدر ما قبض	٥٥٣
القول قول المنكر	٥٤٨
القول قول المنكر عند عدم البينة مع يمينه	٥٤٨
القول قول المنكر في الشرع	٥٤٨
القول قول المنكر مع يمينه	٥٤٨
القول قول المنكر مع يمينه في الشرع	٥٤٨
كتاب الغائب خطابه	٢٣٣
الكتاب بمنزلة الخطاب من الكاتب	٢٣٣
الكتاب من الغائب خطابه	٢٣٣

القاعدة	الصفحة
الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر	٢٣٣
الكتابة المرسومة جارية مجرى الخطاب	٢٣٣
الكثير لا يتبع القليل	٦٥٥
الكثير لا يكون تبعاً للقليل	٦٥٥
كل شرط يمكن مراعاته ويفيد فهو معتبر، وكل شرط لا يمكن مراعاته ولا يفيد فهو هدر	٦١٨
كل شيء أفسده الحرام والغالب عليه الحلال فلا بأس ببيعه	٦٤٨
كل غار ضامن للمغرور بما لحقه من العهدة	٤٠٦
كل ما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه	٧٦٢
كل من غرَّ غيره في شيء يكون ملتزماً بما يلحقه من العهدة فيه	٤٠٦
كل من ملك التجارة يملك ما هو من توابعها	٢٧٤
كلام الرسول كلام المرسل	٣٥٩
لا تعتبر الدلالة مع الصريح بخلافه	٣٨١
لا دلالة مع النص بخلافها	٣٨١
لا معتبر بالدلالة مع التصريح بخلافها	٣٨١
لا يجوز المصير إلى البدل مع القدرة على المبدل	٣٧٠
لا يجوز المصير إلى الخلف مع وجود الأصل	٣٧٠
لا يجوز تفريق الصفقة قبل التمام	٧٤٠
لا يجوز تقييد المطلق إلا بدليل	٣٩٠

القاعدة	الصفحة
لا يملك المباح إلا بالاستيلاء	٢٥٠
اللعب إذا تعلقت به عاقبة حميدة لا يكون حراماً	٣٣٣
للأكثر حكم الكل	٦٣٨
للأكثر حكم الكل في كثير من الأحكام خصوصاً فيما يحتاط فيه	٦٣٨
للأكثر حكم الكل فيما بني على التوسعة في أصول الشرع	٦٣٨
ليس لعرق ظالم حق	١٨٣
ما اجتمع الحلال والحرام في شيء إلا وقد غلب الحرام الحلال	٢٤٠
ما ثبت حقاً للعبد يحتمل السقوط بإسقاطه مقصوداً	٤٨١
ما كان الغالب عليه الحرام لم يجز بيعه ولا هبته	٦٤٨
ما كان تابعاً لغيره في حكم لا يستتبع غيره في ذلك الحكم	٢٩٥
ما لا فائدة فيه يلغو ويلحق بالعدم	٨١٩
ما هلك بما هو مأذون فيه لا ضمان عليه فيه	٤٢٩
المباح يملك بالاستيلاء إذا لم يكن مملوكاً لغيره	٢٥٠
مبنى الأيمان على العادة	٢٢٧
مبنى الأيمان على العرف ذكراً وتسمية	٢٢٧
مبنى المعاوضة على المساواة	٣٥٣
مبنى الوكالة على الخصوص	٨١٥
المتولد من الفعل المأذون فيه لا يكون مضموناً	٤٢٩
المحرمات قد يسقط اعتبارها لمكان الضرورة	١٢١، ١٣٤

القاعدة	الصفحة
المذكور دلالة كالمذكور نصاً	٦٦٣
المشغول بشيء لا يحتمل الشغل بغيره	٨٢٣
المشغول بنفسه لا يشتغل غيره	٨٢٣
المشغول لا يشغل	٨٢٣
المضمونات تملك باختيار الضمان مستنداً إلى وقت سبب الضمن	٤٣٨
المضمونات تملك بالضمان	٤٣٨
المضمونات تملك عند اختيار الضمان	٤٣٨
المضمونات تملك عند أداء الضمان	٤٣٨
مطلق الكلام ينطلق إلى المتعارف	٢١١
المطلق تعتبر فيه العادة	٢١٢
المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة كما يتقيد نصاً	
المطلق يجري على إطلاقه إلا لدليل	٣٩٠
المطلق ينصرف إلى المتعارف	٢١١
المطلق ينصرف إلى المعهود المتعارف	٢١١
المعتاد كالمشروط	١٨٨
المعدوم لا يحتمل البيع	٧٢٦
المعروف بالعرف كالمشروط بالشرط	١٨٨
المعروف كالمشروط	١٨٨

القاعدة	الصفحة
المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط	٦٢٨
المعلق بالشرط يصير كالمتكلم به عند الشرط	٦٢٨
المعلق بالشرط ينزل بعد وجود الشرط	٦٢٨
المعلق بشرط ينزل عند تحقق الشرط بتمامه	٦٢٨
ملك المضمون بملك الضمان	٤٣٨
الملك في العقد الفاسد يقف على القبض	٧٤٨
الملك في المباح إنما يثبت بالاستيلاء عليه	٢٥٠
الملك في باب الهبة لا يثبت بدون القبض	٧٨٨
الملك في باب الهبة يقع بالقبض	٧٨٨
الممدود إلى غاية لا ينتهي قبل وجود الغاية	٦٨٢
الممدود إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية	٦٨٢
من ابتلي ببليتين فعليه أن يختار أهونهما	١٥٥
من اضطر إلى مال الغير في مخمصة كان له أن يتناوله بالضمان	٤٤٦
من قضى دين غيره مضطراً من مال نفسه لا يكون متبرعاً ويرجع عليه	١٧٩
من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته	٢٧٤
المنافع تتقوم بالعقد الصحيح والفاسد	٧١٢
المنافع لا تقوم إلا بالعقد	٧١٢

القاعدة	الصفحة
المنافع ليست بأموال متقومة بأنفسها عندنا وإنما تأخذ المالية والتقوم بالعقد	٧١٢
النادر حكمه حكم الغالب	١٠٧
النادر ملحق بالعدم	١٠٧
النكول إما بذل أو إقرار	٦٠٦
النكول بذل أو إقرار	٦٠٦
النكول حجة عندنا	٦٠٦
النكول حجة يقضى بها في باب الأموال	٦٠٦
النكول على أصل أصحابنا بذل أو إقرار	٦٠٦
الوارث يقوم مقام المورث	٣٤٩
وجوب الضمان سبب لوجوب الملك في المضمون	٤٣٨
وجود الأصل يمنع المصير إلى الخلف	٣٧٠
الوسيلة إلى الحرام حرام	٦٢
الوسيلة إلى الشيء حكمها حكم ذلك الشيء	٦٢
يجب الانتفاع بملك الغير في حالة الاضطرار ببدل	٤٤٦
يجب الضمان بتناول مال الغير حال المخمصة مع إباحة التناول	٤٤٦
يجوز أن يصدق في إقراره في حق نفسه، ولا يصدق في حق غيره إذا تضمن إبطال حق الغير	٥٢٥

القاعدة	الصفحة
يجوز بيع الأخرس وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك؛ لأنه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك قامت الإشارة مقام العبارة	٢٠٢
اليد دليل الملك	٤٢، ١٤٣، ١٤٤
يستدل بالحال على الماضي	٥٨٣
اليمين في أصول الشرع على المنكر	٥٠٢
اليمين مما لا تجري فيه النيابة	٦٨
اليمين وظيفة المنكر في أصول الشرع	٥٠٢

فهرس المسائل الفقهية

المسألة	الصفحة
بيع الآبق لا ينعقد	٨٦
المفقود حاله غير معلوم، يحتمل أنه حي ويحتمل أنه ميت، فلا تبين امرأته	٨٧
لا تجب الشفعة في الدار المصالح عنها عن سكوت	٩١
الإجازة تلحق تصرف الفضولي بشرائط	٩٢
لا تجوز المجازفة بأموال الربا بعضها ببعض	٩٣
من شرائط السلم أن يكون معلوم القدر	٩٣
المفقود حاله غير معلوم، يحتمل أنه حي ويحتمل أنه ميت، وهذا يمنع التوارث؛ لأنه إن كان حياً يرث أقاربه ولا يرثونه، وإن كان ميتاً لا يرث أقاربه ولا يرثونه	٩٤
إذا أخبر الشفيع أن الدار بيعت بألف درهم ثم تبين أنها بيعت بمائة دينار	٩٩
إذا اشترى جملة من العدديات المتقاربة	١٠٠
إذا حلف لا يلبس ثوباً من نسج فلان فنسجه غلمانه	١٠٠
إذا قال المشتري بعت منك هذه الصبرة على أنها مائة قفيز	١٠٠
لو حلف لا يشرب من دجلة حنث بالكرع	١٠٠
إذا طلق إحدى نسائه بعينها ثلاثاً ثم نسيها	١٠٦

المسألة	الصفحة
الدراهم المضروبة إما أن يكون الغش فيها هو الغالب	١٠٩
من شروط رأس مال السلم أن يكون مقبوضاً في مجلس السلم	١٠٩
من شروط المسلم فيه أن يكون موجوداً من وقت العقد إلى وقت الأجل	١١٠
لو اختلف البائع والمشتري في هلاك المبيع	١١٦
الصفقة لا تتم بقبض بعض المعقود عليه	١١٧
لا تشترط في قبض الموهوب الحرية	١١٩
إذا ادعى أحدهما أن اللقيط ابنه وادعى الآخر أنه عبده	١٢٠
السلم عقد على مبيع في الذمة بثمن مقبوض في مجلس العقد	١٢٨
عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل	١٢٨
المضاربة هي استئجار بأجر مجهول بل بأجر معدوم ولعمل مجهول	١٢٨
الإتلاف إذا حصل من الأجير بغير قصد	١٣٢
من أتلف مال غيره نائماً أو خاطئاً أو أصابته مخمصة فأكل طعام غيره	١٣٢
لو انتهت مدة إجارة الظئر وقد صار الصبي لا يأخذ من لبن غيرها	١٣٣
لو مات أحد ممن وقع له عقد الإجارة قبل انقضاء المدة	١٣٣
إذا لم يجرح الصائد المصيد بأن خنقه أو صدمه فهل يحل؟	١٣٧
يكره التربع أثناء الجلوس في الصلاة	١٣٧
على القول بوجوب الأضحية، هل تجب على المسافر؟	١٣٨
لا يجوز النظر إلى المرأة الأجنبية ولكن...	١٣٨

المسألة	الصفحة
الاستنجاء ينبغي أن يبتدئ بأصبع ثم بأصبعين	١٤١
المسح على الجبيرة والخرقة	١٤١
من أصابته مخمصة ولم يجد إلا ميتة... ومن غص بلقمة	١٤٢
لليد قسمان حسية ومعنوية	١٤٥
إذا اشتركا في عمل من الأعمال المباحة	١٤٧
لو اختلفا في اللبن فأقام كل واحد منهما البينة على أنه حلب في يده	١٤٨
المنازعة إذا وقعت في سبب الملك	١٤٨
لو اختلفا في الأرض والنخل وادعى كل واحد منهما أنها أرضه غرس النخل فيها	١٤٩
إذا طلب الشفيع الشفعة... استقر حقه حتى يسقطه بلسانه	١٥٣
للمشتري أن يحبس الدار حتى يستوفي الثمن من الشفيع	١٥٣
من شروط التملك بالشفعة أن لا يتضمن التملك تفريق الصفقة على المشتري	١٥٣
إذا كان النهر بين شريكين له خمس كوى من النهر الأعظم	١٥٤
إذا خاف الإمام الهلاك على أهل المصر أخذ الطعام من المحتكرين	١٦١
امرأة ماتت فاضطرب في بطنها ولد	١٦١
إن لم يجد ما يستره إلا ثوباً نجساً	١٦١
من شروط جواز فسخ البيع قيام الخيار وعلم صاحبه بالفسخ	١٦٦
عبد بين رجلين أعتق أحدما نصيبه فما حكم النصيب الآخر؟	١٦٧

المسألة	الصفحة
من شروط صحة الهبة أن تكون ممن يملك التبرع	١٧٤
النجش هو أن يمدح السلعة ويطلبها بثمن ثم لا يشتريها بنفسه ولكن ليسمع غيره فيزيد في ثمنها	١٧٤
إذا غصب إنسان من آخر مثلياً واستهلكه	١٧٧
من شروط جواز فسخ عقد البيع أن لا يتضمن تفريق الصفقة على البائع	١٧٧
إذا باع المشتري الشقص المشفوع ثم جاء الشفيع	١٧٨
لو باع من اثنين فنقد أحدهما حصته من الثمن وغاب الآخر	١٨١
إذا كان الأب معسراً غير عاجز عن الكسب والأم موسرة	١٨٢
لو قضى الولد دين أبيه المتوفى وافتك الرهن لم يكن تبرعاً	١٨٢
من أعار ماله إنساناً ليرهنه بدينه فرهن ثم افتكه الغير من مال نفسه	١٨٢
إذا بنى المشتري بناء أو غرس أو زرع ثم حضر الشفيع	١٨٦
إذا زرع الغاصب الأرض المغصوبة فإنه يؤمر بالقلع	١٨٦
إذا نبتت عروق أشجار إنسان في أرض غيره بغير إذنه	١٨٦
إذا استأجر عبداً للخدمة فظهر أنه سارق	١٩٢
إذا اشترى شجرة بغير أرضها للقلع	١٩٢
إذا سافر أحد الشركاء بالمال	١٩٢
لو تكارى رجل دابة ليركبها فضربها فعطبت	١٩٢
شروط إعمال العرف والعادة	١٩٦

المسألة	الصفحة
إذا كان الإيجاب والقبول في البيع بصيغة الماضي	٢٠٠
لو قال اشتر لي بدرهم لحماً ينصرف إلى اللحم الذي يباع في السوق	٢٠١
لو وكله أن يشتري سمكاً بدرهم فهو على الطري الكبار منه	٢٠١
لو وكله بشراء البيض فهو على بيض الدجاج	٢٠١
لو وكله بشراء الرأس فهو على النيء دون المطبوخ وعلى رأس الغنم دون البقر والإبل	٢٠١
ينعقد النكاح بالإشارة المفهومة من الأخرس	٢٠٩
حقوق العباد وهي المال من العين والدين والنسب والقصاص والطلاق والعتاق ونحوها لا يشترط لصحة الإقرار بها العبارة	٢١٠
يجوز بيع الأخرس وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك	٢١٠
يقع الطلاق بالكتابة المستبينة وبالإشارة المفهومة من الأخرس	٢١٠
إذا أعار دابته إنساناً ولم يسم زماناً ولا مكاناً ولا الركوب ولا الحمل	٢١٥
من استأجر داراً فإن له أن يربط في الدار دابته وبعيره وشاته	٢١٥
إن تزوجها على بيت وخادم فلها بيت وسط	٢١٦
الشرط في خطبة الجمعة أن يأتي بكلام يسمى خطبة في العرف	٢١٦
لو أعاره داراً ليسكنها بنفسه فله أن يسكنها غيره	٢١٦
امرأة ولدت يوم النحر قبل أن تطوف فأبى الجمال أن يقيم	٢٢٥
إذا انقضت مدة الإجارة وفي الدار تراب من كنسه	٢٢٦

المسألة	الصفحة
قالوافي الطباخ إذا استؤجر في عرس	٢٢٦
حلف لا يأكل طعاماً فاضطر إلى ميتة فأكل منها	٢٣١
حلف لا يركب حراماً	٢٣١
حلف لا يشتري حديداً فاشترى سيفاً	٢٣١
لو حلف لا يشتري طعاماً فإنه يقع على الحنطة ودقيقها	٢٣١
حلف لا يأكل لحماً	٢٣٢
شروط إعمال قاعدة (الكتاب كالخطاب)	٢٣٦
إذا كتب رجل إلى رجل أما بعد فقد بعت عبدي فلاناً منك بكذا	٢٣٨
يخرج الوكيل عن الوكالة بالعزل إذا علم بذلك وإن كان غائباً فكتب إليه	٢٣٨
لو أن رجلين رمى كل واحد منهما صيداً واحداً بسهم	٢٤٧
إذا رمى صيداً يطير فأصابه فسقط على جبل ثم سقط منه على الأرض	٢٤٨
إذا سمع الصائد حساً ولكنه لا يعلم أنه حس صيد أو غيره	٢٤٨
إذا اجتمع على الصيد معلم أو غير معلم أو مسمى عليه وغير مسمى	٢٤٩
الكلأ الذي ينبت في أرض مملوكة مباح غير مملوك	٢٥٦
الماء الذي يكون في الآبار والعيون والحياض ليس مملوكاً لأحد	٢٥٦
المباح لا يملك إلا بالاستيلاء عليه	٢٥٧

المسألة	الصفحة
إذا طيب المحرم أقل من عضو فعليه صدقة	٢٦٣
يجب العدل بين الزوجات في حقوقهن	٢٦٣
لو خرج المبيع من ملك المشتري فاشتراه البائع من المالك الثاني بأقل مما باعه قبل نقد الثمن جاز	٢٦٤
من العوارض المانعة من الرجوع في الهبة خروج الموهوب من ملك الواهب	٢٦٥
إذا خرج الجنين بعد ذبح أمه ميتاً كامل الخلق	٢٧١
يملك الشفيع بالشفعة ما ملكه المشتري بالشراء	٢٧١
إذا حدثت زيادة في المبيع بيعاً صحيحاً قبل القبض وكانت متصلة	٢٧٢
الإناء المضبب بالذهب لا بأس بالأكل والشرب فيه	٢٧٢
الجلوس على السرير المضبب والكرسي والسرج واللجام	٢٧٢
لا يجوز للرجل لبس الحرير إذا كان كثيراً	٢٧٢
إذا رأى المشتري بعض المبيع دون البعض الآخر	٢٧٣
للعدل أن يبيع الزوائد المتولدة من الرهن	٢٧٣
المكاتب بالكتابة يعد مأذوناً له بالتجارة	٢٧٦
من أحكام الصبي المأذون له في التجارة	٢٧٧
من أحكام شركة العنان وشركة المفاوضة	٢٧٨
إذا أدى المكاتب الكتابة أو بدل الكتابة عتق ويعتق ولده	٢٨٥
إذا قال لله علي أن أعتكف شهر رجب مثلاً فمتى يدخل في المعتكف	٢٨٥

المسألة	الصفحة
إن صاموا رمضان بشهادة واحدة برؤية هلال رمضان فهل لهم أن يفطروا عند تمام العدد؟	٢٨٥
لو حلف لا يشتري جدياً فاشترى شاة حاملاً بجدي	٢٨٥
إذا قبض الوكيل بالقبض بالمبيع والموكل يراه سقط خيار الرؤية	٢٨٦
خيار الرؤية لا يسقط بالإسقاط لا قبل الرؤية ولا بعدها	٢٨٦
ومما ينفسخ به البيع ممن له خيار العيب	٢٨٦
الكفالة بمجهول لا تصح حالة الانفراد	٢٨٧
الوكالة العامة من غير بيان لا تصح حالة الانفراد	٢٨٧
مما يبرأ به الكفيل بالمال ويخرج من الكفالة	٢٩٢
مما يخرج به الكفيل بالنفس من الكفالة	٢٩٣
إذا تلا آية السجدة خارج الصلاة وسجد لها ثم افتتح الصلاة وأعادها	٢٩٧
لو اشترى أرضاً فيها أشجار مثمرة ولم يكن الثمر موجوداً وقت العقد	٢٩٧
إذا اشترى جارية فولدت ولداً قبل القبض	٢٩٨
من أحكام شركة العنان	٢٩٨
المعتدة من طلاق بائن إذا حبلت ولم يعلم أنها حبلت بعد الطلاق	٣٠٧
المعتدة من طلاق رجعي لها أن تخرج إلى سفر	٣٠٧
إذا أضاف صيغة الإعتاق إلى أحدهما بعينه ثم نسيه	٣٠٨

المسألة	الصفحة
إذا تزوجت المعتدة بزوج آخر ثم جاءت بولد لأقل من سنتين منذ طلقها الأول أو مات، ولأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني	٣٠٨
إذا كان المدعى دراهم أو دنانير فصالح منها عن إقرار	٣٠٩
لو ادعى ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم إلى شهر جاز	٣٠٩
الوكيل بشراء شيء غير معين إذا اشترى شيئاً ولم تحضره نية	٣٠٩
أنواع التصرف فعلي وقولي	٣١٢
إذا جمع في الحلف بين إضافة الملك والإشارة ثم خرج المحلوف عن ملك صاحبه	٣١٦
إذا قال الدائن للمدين صالحتك من الألف الذي عليك على خمسمائة	٣١٧
إذا قال لعبده أنت حر بعد موتي بشهر	٣١٧
إذا كان العتق مضافاً إلى وقت	٣١٧
إذا زاد الراهن الرهن وفيه نماء	٣١٨
من أحكام المزارعة الفاسدة	٣١٨
إذا قال أخبئها – الوديعة – في هذا البيت فخبأها في بيت آخر	٣١٩
إذا كان عقد الإعارة مقيد فيراعى فيه القيد ما أمكن	٣١٩
تؤكل ذبيحة الكتابي إذا لم يشهد ذبحه ولم يسمع منه شيء	٣١٩
من أحكام اللقيط أن نسبه من المدعي ذلك يحتمل الثبوت شرعاً	٣١٩

المسألة	الصفحة
إذا اشترى الفضولي شيئاً لغيره وأضاف العقد إلى نفسه	٣٢٣
إذا قال لعبد لا يملكه إن ملكتك فأنت حر وإن اشتريتك فأنت حر	٣٢٣
إذا اشترى المضارب عبداً بألف درهم وهي مال المضاربة ففقد المال	٣٢٤
مما ينفسخ به عقد المزارعة موت صاحب الأرض	٣٢٤
إذا أخذ الملتقط اللقطة لصاحبها لا لنفسه	٣٢٥
أقسام الأهلية	٣٢٦
العلم بأوصاف المبيع والثمن بعد العلم بالذات ليس بشرط لصحة البيع	٣٣٠
البيع الباطل: كل بيع فاته شرط من شرائط الانعقاد	٣٣١
بيع المشتري العقار قبل القبض جائز	٣٣١
ليس للوكيل أن يوكل غيره إلا إذا قيل له اعمل برأيك	٣٣١
من الشرائط التي ترجع إلى المصالح عليه أن يكون مالاً متقوماً	٣٣٢
اشترط العلماء لجواز اللعب شروطاً	٣٣٩
الذي يلعب بالحمام إن كان لا يطيرها لا تسقط عدالته	٣٤٠
السباق لا يجوز إلا أن يكون في الأنواع الأربعة	٣٤٠
يكره اللعب بالنرد والشطرنج والأربعة عشر	٣٤٠
اللعب حرام، ومما استثني ملاعبة الأهل لتعلق عاقبة حميدة بها	٣٤١
شروط إقامة البدل مقام المبدل	٣٤٥

المسألة	الصفحة
يجوز بيع جلد الأضحية وشحمها ولحمها وأطرافها بما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه	٣٤٦
لو باع الراهن الرهن توقف نفاذ البيع على إجازة المرتهن	٣٤٧
لو نذر الشيخ الفاني الصوم	٣٤٧
الوفاء بالمنذور به نفسه حقيقة إنما يجب عند الإمكان	٣٤٧
يصح النذر بذبح الولد	٣٤٧
لو خرج المبيع من ملك المشتري فمات المشتري فاشتراه البائع من وارثه	٣٥١
إذا اشترى رجل عبداً بألف درهم وقال المشتري زدتك خمسمائة	٣٥٢
لو باع الوارث تركة الميت بعد موته وهو يعلم موته جاز بيعه	٣٥٢
لو قال الموصي عبدي هذا أو هذا لفلان وصية	٣٥٢
لو كان المبيع جارية فاستولدها الوارث أو كان داراً فبنى عليها ثم ورد الاستحقاق	٣٥٢
تنقسم المعاوضات إلى قمسين محضة وغير محضة	٣٥٤
هناك شروط لا بد أن تتوفر في عقود المعاوضات المحضة	٣٥٥
للمرأة قبل دخول الزوج بها أن تمنع الزوج عن الدخول حتى يعطيها جميع المهر	٣٥٦
إذا تبايعا حنطة بحنطة مجازفة	٣٥٧
للبائع حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن... وليس للمشتري أن يمنع من تسليم الثمن	٣٥٧

المسألة	الصفحة
المزابنة والمحاقلة لا يجوزان	٣٥٧
ولو تبايعا حنطة بحنطة وزناً بوزن متساوياً في الوزن لم يجز	٣٥٧
لو اشترى شيئاً ولم يقبضه ولم يسلم الثمن حتى لقيه البائع في غير مصره	٣٥٨
إذا قال والله لا أقول لفلان صبحك الله بالخير ثم أرسل إليه رسولاً	٣٦٢
لو قال أي عبيدي يبشرني بكذا فهو حر... فأرسل إليه أحدهم رسولاً	٣٦٢
البيع والطلاق وعزل الوكيل يتم بالرسالة كما يتم بالمشافهة	٣٦٣
لو أخذ العبد الآبق رجل فجاء إلى مولاه فاشتراه منه جاز الشراء	٣٦٧
إذا كان المبيع في يد المشتري وكانت يده يد ضمان بنفسه... وإن كانت يده يد ضمان لغيره	٣٦٨
إذا كان الموهوب في يد الموهوب له وديعة أو عارية جازت الهبة	٣٦٨
بيع الوديعة من المودع والمستعير	٣٦٩
لو كان الموهوب مرهوناً في يده	٣٦٩
الشاة إذا ندت في الصحراء ذكاتها العقر	٣٧٤
في كفارة اليمين إذا كان موسراً ثم أعسر فإنه يجزئه الصوم	٣٧٤
إذا قال المدعي لي بينة حاضرة ثم أراد أن يحلف المدعى عليه	٣٧٥
إذا وجد في المبيع عيباً ثم أراد المشتري أن يمسك المبيع مع إمكان رده على البائع ويرجع بالنقصان ليس له ذلك	٣٧٥

المسألة	الصفحة
الكفالة لا توجب براءة الأصيل	٣٨٠
اللواطة ليست بزنا	٣٨٠
المبيع والثمن من الأسماء المتباينة	٣٨٠
لو أرسل مسلم كلبه وسمى فزجره مجوسي فانزجر	٣٨٤
من شروط صحة البيع أن يكون البدل منطوقاً به في أحد نوعي المبادلة	٣٨٤
لو أراد رجل أن يشرع إلى الطريق جناحاً أو ميزاباً	٣٨٥
لو باع بثمن مؤجل فلم يقبض المشتري المبيع حتى حل الأجل	٣٨٥
إذا كان المسمى في المهر أقل من عشرة دراهم يكمل عشرة	٣٨٨
لو قال لزوجته أنت طالق بعض تطليقة	٣٨٨
إذا أضاف الكفالة بالنفس إلى جزء شائع	٣٨٩
العفو عن القصاص مما لا يتجزأ	٣٨٩
الاعتكاف المضاف إلى وقت مبهم	٣٩٤
النذر إذا أضيف إلى وقت مبهم	٣٩٤
لا يتعين مكان عقد السلم مكاناً للإيفاء	٣٩٥
لأحد شريكي شركة العنان أن يبيع مال الشركة بالنقد والنسيئة	٣٩٥
إذا كان عقد الإعارة مطلقاً فله أن يستعملها في أي مكان وزمان شاء	٣٩٦
شرط إعمال قاعدة (الأجر والضمان لا يجتمعان)	٤٠١

المسألة	الصفحة
إذا استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم شعير فحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فعطبت	٤٠٣
إذا أجر المرتهن المرهون بغير إذن الراهن فهلك في يده	٤٠٤
لو استأجر أرضاً ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها	٤٠٤
إذا تزوج رجل امرأة على أنها حرة فولدت منه ثم تبين أنها أمة	٤١١
مات ميت من المشركين فاستأجروا له من يحمله	٤١١
إذا أخذ الشفيع الأرض بالشفعة وبنى عليها ثم استحقت	٤١٢
إذا وكله بالقبض وكالة خاصة فليس له الحق أن يوكل غيره بالقبض	٤١٢
لو قال رب المال للمضارب على أن ما رزق الله فهو بيننا نصفان ولم يقل على أن ما رزقك الله وذلك بأن أطلق الربح	٤١٢
إذا لم يقل رب الأرض للعامل اعمل برأيك فيه فدفع العامل إلى رجل آخر معاملة	٤١٣
لو أودع المودَع الوديعة عند من ليس له أن يودعه	٤١٣
الخراج الذي هو الزيادة في العين المملوكة قسمها العلماء إلى أربعة أقسام	٤١٨
شروط إعمال قاعدة (الخراج بالضمان)	٤٢٢
إذا مات المحيل في الحوالة المقيدة قبل أن يؤدي المحال عليه الدين إلى المحال	٤٢٦

المسألة	الصفحة
الأنهار العظام كسيحون ودجلة والفرات ونحوها لا ملك لأحد فيها	٤٢٦
رد المستعار على المستعير	٤٢٦
نفقة اللقيط من بيت المال لأن ولاءه له	٤٢٧
يجب الجعل برد الآبق المرهون لوجود سبب الوجوب وشرطه	٤٢٧
لو وقف داره على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى	٤٢٨
أقسام الحقوق بالنسبة إلى اشتراط السلامة	٤٣٢
شروط إعمال قاعدة (ما هلك بما هو مأذون فيه لا ضمان عليه فيه)	٤٣٢
إن زلقت رجل الحمال في الطريق أو عثر فسقط وفسد حمله	٤٣٦
لا خلاف في أن المستأجَر أمانة في يد المستأجِر	٤٣٦
لو أن رجلاً دعى قوماً إلى منزله فمشوا على بساطه فتخرق لم يضمنوا ولو قلبوا إناء بأيديهم فانكسر لم يضمنوا	٤٣٦
لو وقع من يد تلميذ الأجير المشترك سراج فأحرق ثوباً من القصارة	٤٣٦
إذا اغتصب شاة إنسان فضحى بها عن نفسه	٤٤٣
إن سلم إلى حداد حديداً ليعمل له إناءً معلوماً بأجر معلوم فأفسده	٤٤٣
لو هلك المبيع بعد أن سلمه الفضولي إلى المشتري وقبل إجازة المالك للبيع	٤٤٣
إذا غصب المغصوب من الغاصب	٤٤٤
إذا غصب كر حنطة فابتلت في يد الغاصب وانتفخت	٤٤٤

المسألة	الصفحة
إذا أقر الملتقط أنه أخذ اللقطة لنفسه فلا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك	٤٥٥
لو عاين الوارث رجلاً أخذ مالاً من أبيه... وسعه أن يأخذه منه	٤٥٥
المستعار أمانة في يد المستعير في حال الاستعمال وفي غير حال الاستعمال	٤٥٥
إذا أخطأ الحاكم في حكم فإنه ينظر	٤٥٦
لو كان المشترى حيوانين سوى بني آدم فقتل أحدهما الآخر	٤٦٢
لو نفحت الدابة برجلها أو بذنبها وهو يسير فلا ضمان في ذلك	٤٦٢
لو أرسل طيراً فأصاب شيئاً في فوره ذلك، لا يضمن ذلك	٤٦٣
لوجوب الضمان بسبب الإتلاف شروط وهي	٤٦٦
لو اختلف الخياط ورب الثوب	٤٦٨
لو هلك المبيع كله قبل القبض بفعل أجنبي وجب عليه ضمانه	٤٦٩
إذا كان في الرهن نماء كاللبن والولد فاستهلكه المرتهن أو الراهن أو أجنبي	٤٧٠
لو أن بقَّاراً رعى بقراً في أجمة مملوكة لإنسان فليس له ذلك	٤٧٠
مما يغير حال المعقود عليه من الأمانة إلى الضمان الإتلاف	٤٧٠
تجوز الحوالة برأس مال السلم على رجل حاضر والكفالة به	٤٧٨
الشفيع يتملك الشقص المشفوع فيه من الذي هو في يده	٤٧٨

المسألة	الصفحة
العبد المأذون إذا أجر نفسه لمدة سنة ثم أعتقه سيده بعد مضي ستة أشهر	٤٧٨
تجوز الحوالة ببدل الصرف إذا كان المحال عليه حاضراً وكذلك الكفالة	٤٧٩
الخصومة في البيع تلزم البائع سواء كان حكم العقد له أو لغيره	٤٧٩
ليس للوكيل بالبيع أن يبيع من نفسه	٤٧٩
من شروط صحة الصرف قبض البدلين قبل الافتراق والمعتبر بالافتراق	٤٧٩
الشروط الواجب توفرها في مسقط الحق والمسقط عنه والمسقط	٤٨٣
إذا أبرأ المؤاجر المستأجر من الأجرة فهل يجوز؟	٤٨٧
لو صالح المشتري الشفيع من الشفعة على مال لم يجز الصلح	٤٨٧
يجوز الإبراء عن المسلم فيه قبل قبضه	٤٨٧
شرط البراءة عن العيب في البيع صحيح	٤٨٨
مما يمنع الرد بالعيب ويسقط الخيار بعد ثبوته الرضا بالعيب بعد العلم به	٤٨٨
أما ما يسقط خيار الرؤية بعد ثبوته ويلزم البيع في الأصل فنوعان	٤٨٩
شروط صحة الإقالة	٤٩٥
لو تبايعا الجارية بيعاً صحيحاً ثم تقايلا فهل يجب الاستبراء؟	٤٩٨
ينتهي عقد الإجارة بالإقالة	٤٩٨

المسألة	الصفحة
إذا اشترى داراً لها شفيع فسلم الشفعة ثم تقايلا البيع	٤٩٩
شروط يجب توافرهاحتى تجب اليمين القضائية	٥٠٦
حكم اختلاف المتعاقدين في عقد الإجارة	٥١١
إذا وقع الاختلاف في قدر الثمن أو جنسه	٥١٢
في خيار الرؤية إذا اختلفا في التغير وعدمه	٥١٢
لو دفع المودع الوديعة إلى رجل وادعى أنه دفعها إليه بأمر صاحب الوديعة	٥١٣
لو قبض المحال مال الحوالة ثم اختلفا	٥١٣
شروط الإقرار العامة والخاصة	٥١٧
ما يبطل به الإقرار بعد وجوده	٥١٨
حائط بين دارين لكل واحد منهما عليه خشبة فبيعت إحدى الدارين	٥٢٢
دار في يد رجل أقر أنها لآخر فبيعت إلى جنبها دار فطلب المقر له الشفعة	٥٢٢
إذا أقر رجل أنه مولى لفلان مولى عتاقة وأنكر أولاده الكبار ذلك	٥٢٣
في شركة العنان لو أقر أحدهما بدين لم يجز على صاحبه لأن الإقرار حجة قاصرة	٥٢٤
إن أجر داره ثم أقر بها لإنسان، فهل ينفسخ عقد الإجارة	٥٢٦
لو ادعى واحد من الغانمين ولداً صغيراً من السبي أنه ولده قبل القسمة أو البيع	٥٢٦

المسألة	الصفحة
لو بلغ اللقيط فأقر أنه عبد فلان	٥٢٧
الحقوق المقر بها تنقسم إلى ثلاثة أقسام	٥٣١
إن جاءت زوجته بولدين في بطن واحد فأقر بأحدهما ونفى الآخر	٥٣٧
لو شهدا أنه قال هذا حر بعد موتي، لا بل هذا، كانا جميعاً مدبرين	٥٣٧
لو قال أعتقت عبدي وأنا مجنون ولم يعلم له جنون	٥٣٧
لو قال البائع بعتك عبدي أمس بألف درهم ولم تقبل، وقال المشتري بل قبلت	٥٣٧
إذا أقر المضارب أنه عمل بالمال وأن في يده عشرة آلاف وسكت، ثم قال علي دين	٥٣٨
رجوع السارق عن الإقرار بالسرقة لا يوجب القطع	٥٣٨
لو قال هذا ابنك وسكت، فلم يصدقه صاحبه حتى قال هو ابني معك	٥٣٨
استثناء الكل من الكل باطل	٥٣٩
إذا اختلف القصار مع رب الثوب في مقدار الأجرة ولا بينة لهما	٥٤٩
رجل دفع غزلاً إلى حائك ينسجه ثوباً وأمره أن يزيد في الغزل واختلفا بعد الفراغ	٥٥٠
لو ادعى المشتري الشراء بثمن مؤجل وادعى البائع التعجيل	٥٥١
لو أنكر البائع البيع والمشتري يدعيه فالقول قول البائع لأنه أنكر زوال ملكه	٥٥١

المسألة	الصفحة
لو اختلفا في التغير وعدمه فقال البائع المبيع لم يتغير، وقال المشتري قد تغير	٥٥٢
رجل أعطى حمالاً متاعاً ليحمله من موضع بأجر معلوم فحمله ثم اختلفا	٥٥٧
لو اختلف البائع والمشتري في قدر المقبوض من البيع	٥٥٧
لو أراد المشتري الرد فاختلفا فقال البائع ليس هذا الذي بعتك	٥٥٧
لو استقرض تراب المعدن جاز وعلى المستقرض مثل ما خلص منه وقبض	٥٥٧
إذا اختلف رب المال والمضارب في قدر رأس المال وفيما شرط للمضارب	٥٥٨
إذا ادعى المؤاجر فضلاً فيما يستحقه من الأجر وادعى المستأجر فضلاً فيما يستحق من المنفعة	٥٦٣
إذا اختلف رب المال والمضارب في العموم والخصوص أو الإطلاق والتقييد	٥٦٥
إذا قال الراهن لم ألبس الثوب ولكنه تخرق، وقال المرتهن لبسته فتخرق	٥٦٦
إذا اختلف المشتري والشفيع في قدر الثمن	٥٧٥
لو مات رجل فأخذ رجل ماله وادعى أنه وارثه	٥٧٥
إذا اختلف البائع والمشتري في قدر الثمن	٥٧٦

المسألة	الصفحة
لو اختلف الزوجان في قدر المهر	٥٧٧
إذا ادعى الخارج أنه اشترى هذه الدار من صاحب اليد بألف درهم ونقده الثمن، وادعى صاحب اليد أنه اشتراها من الخارج	٥٨١
لو رد المبيع على الوكيل هل له أن يرده على موكله؟	٥٨١
إذا قال السيد لعبده إن أديت إلي ألفاً فأنت حر، ثم اختلفا في مبلغ المال	٥٨٢
إن أنفق الأب على نفسه من مال ابنه الغائب ثم حضر	٥٨٦
إن كان شريك المعتق في العبد صبياً أو مجنوناً له أب أو جد	٥٨٦
إذا اختلف صاحب الرحى والطحان في انقطاع الماء وجريانه	٥٨٧
لو اختلف المولى والمعتقة في ولدها	٥٨٧
إذا اختلف الزوجان فقال أحدهما كان النكاح قبل ستة أشهر والولد من الزوج، وقال الآخر كان النكاح منذ أربعة أشهر	٥٨٨
لو كان الرهن عبداً فاعور فاختلف الراهن والمرتهن على قيمته	٥٨٩
الاستصناع إذا ضرب فيه أجلاً صار سلماً	٥٩
شروط الشهادة شروط تحمل وشروط أداء	٥٩٤
رجل رأى رجلاً قتل أباه	٥٩٨
لو شهد شاهدان عدلان عنده أن هذا الشيء الذي في يد فلان ملكك ورثته من أبيك	٥٩٨
لو ادعى داراً في يدي رجل أنها له وأقام البينة	٥٩٩

المسألة	الصفحة
من شرائط جواز شركة المفاوضة لفظ المفاوضة أو ما يقوم مقامها	٦٠
ينتج عن كون الثابت بالبينة كالثابت حساً ومشاهدة ثلاثة أمور	٦٠٣
إذا قال الوكيل بسداد الدين قضيت الدين وكذبه الطالب والموكل	٦٠٤
لو قال المدعي هذه الدار كانت لفلان فاشتريتها منه، وقال الذي في يده الدار أودعني فلان الذي ادعيت الشراء من جهته أو سرقتها منه	٦٠٤
إذا دفع مالاً إلى رجل مضاربة وشرط جميع الربح للمضارب فإنه قرض ولي مضاربة	٦١
أقسام الشروط	٦١٢
يقضى بالنكول ولا ترد اليمين على المدعي إذا توفرت الشروط وهي	٦١٢
إذا دفع رجل إلى رجل مالاً مضاربة	٦٢٤
إذا أمره بحفظ الوديعة وشرط عليه أن يمسكها	٦٢٥
موارد الأحكام على قسمين مقاصد ووسائل	٦٣
ليست كل العقود والتصرفات القولية قابلة للتعليق، ولبيان ذلك	٦٣٢
إذا قال إذا قدم فلان فأمرك بيدك فقدم فلان	٦٣٣
إذا قال إن شفى الله مريضي أو إن قدم فلان الغائب فلله على أن أصوم شهراً أو..	٦٣٤
لو ضرب القاضي للشفيع أجلاً	٦٣٤

المسألة	الصفحة
إن قال إن لم أضربك فكل مملوك لي حر لا يحنث قبل خروج نفسه	٦٣٥
إذا قال الراهن للمرتهن إن جئتك بحقك إلى وقت كذا وإلا فهو لك بدينك	٦٣٦
إذا كان رأس مال السلم والمسلم فيه مما لا يتعينان في العقد	٦٤٦
الأوداج أربعة الحلقوم والمرئ والعرقان اللذان بينهما الحلقوم والمرئ	٦٤٦
لو ذهب بعض الأذن والإلية والذنب والعين فهل تجوز التضحية بها	٦٤٦
لو ضرب الذمي بعض الحد فأسلم ثم ضرب الباقي فهل تقبل شهادته	٦٤٧
اختلاط الحرام بالحلال نوعان، اختلاط امتزاج واختلاط استيهام	٦٥٠
إذا وقع في الزيت ودك الميتة	٦٥٣
رجل حلف لا يذوق من هذا اللبن شيئاً أو لا يشرب فصب فيه ماء فذاقه	٦٥٣
لا ينعقد بيع العذرة الخالصة لأنه لا يباح الانتفاع بها بحال	٦٥٣
الماء المطلق إذا اختلط به المائعات الطاهرة يجوز التوضؤ به	٦٥٣
لو اختلط لبن المرأة بالطعام أو بالدواء أو بالدهن أو بالماء	٦٥٤
إذا كان الخارج من الولد أقله لم تصر نفساء	٦٥٩
من حج عن غيره إذا لم يبلغ المال المدفوع إليه النفقة فأنفق من مال نفسه	٦٥٩

المسألة	الصفحة
من البيوع المنهي عنها بيع السلاح من أهل الفتنة وفي عساكرهم	٦٦
ومن البيوع المنهي عنها البيع وقت النداء	٦٦
زنت الجارية في يد الغاصب أو سرقت	٦٦١
لو كان في الكف المقطوعة أصبع واحدة فعليه خمس الدية	٦٦١
إذا استأجر دابة إلى الكوفة فإنه يصح العقد وإن كان أطرافها وجوانبها متباعدة	٦٦٦
بطلان الشفعة دلالة هو أن يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه	٦٦٦
من شروط الإجارة أن لا يكون بالمستأجر عيب يخل بالانتفاع	٦٦٦
لو اشترى شاة للأضحية فأضجعها وشد قوائمها في أيام النحر فجاء إنسان فذبحها	٦٦٧
مما يصير به المشتري قابضاً للمبيع	٦٦٧
ومن البيوع المنهي عنهابيع الحاضر للباد	٦٧
الحط لا يشترط له المجلس ولا القبول	٦٧٦
هناك مسائل لا يرتد فيها الإبراء في الرد	٦٧٨
لو كان الخيار للمشتري فأبرأه البائع من الثمن	٦٨٠
إذا قال البائع على أني برئ من كل عيب يحدث بعد البيع	٦٨١
لو أبرأ الطالب الكفيل لا يرجع الكفيل على الأصيل	٦٨١
أقسام الغايات	٦٨٤
خيار الرؤية يثبت إلى غاية إمكان الفسخ بعد الرؤية	٦٨٩

المسألة	الصفحة
ينفسخ عقد المزارعة ما إذا كان صاحب الأرض مديناً	٦٨٩
لو كان الثمن مؤجلاً في العقد فلم يقبض المشتري المبيع حتى حل الأجل	٦٩٤
الكفيل بالنفس إذا صالح على مال أنه يبرئه من الكفالة	٦٩٥
يرجع الكفيل بما كفل لا بما أدى	٦٩٥
لو اشترى بدينه وهو دراهم شيئاً بغير عينه بأن اشترى بها ديناراً أو فلوساً أو العكس جاز الشراء لكن بشرط	٧٠٣
لو قال بعت منك هذا الثوب بهذه الدنانير	٧٠٣
إذا تبايعا درهماً بعينه أو ديناراً بعينه بفلوس بأعيانها	٧٠٤
لو أخذ الشيفع الأرض بالشفعة وبنى عليها ثم استحقت	٧٠٩
لو كان المبيع أشياء فوجد بالكل عيباً فأراد رد البعض	٧١٠
لو كانت الجارية تحسن الطبخ والخبز في يد البائع ثم نسيت في يده	٧١٠
الإجارة الفاسدة يجب فيها أجرة المثل ولا يجب المسمى من الأجرة	٧١٦
لو اختلف الصانع والمستأجر في أصل الأجر	٧١٦
لو فسخ القاضي عقد الإجارة ثم انتفع المستأجِر من المستأجَر	٧١٦
لو كان بدل الصلح منافع فلا شفعة في الدار المصالح عنها	٧١٧
ينتهي عقد الإجارة بموت من وقع له عقد الإجارة	٧١٧
النيابة في اليمين تنافي المقصود منه	٧٢
الجهالة والغرر يقعان في سبعة أشياء	٧٢١

المسألة	الصفحة
لو استأجر بالوعة ليصب فيها وضوءاً لم يجز	٧٢٣
لو قال أجرتك إحدى هاتين الدارين أو أحد هذين العبدين	٧٢٣
إذا استأجر حائطاً ليضع عليه جذوعاً أو يبني عليه سترة أو يضع فيه ميزاباً فإنه لا يجوز	٧٢٤
من شروط الإجارة بيان المدة في إجارة الدور والمنازل	٧٢٤
اللعان لا تجري فيه النيابة	٧٣
لا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم كبيع نتاج النتاج	٧٣١
إذا قال بعت منك هذاالثوب على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم	٧٣٧
إذا اشترى عبداً على أنه ليس بكاتب	٧٣٨
الذرع في المذروعات إنما يجري مجرى الصفة على الإطلاق	٧٣٨
إذا هلك بعض المبيع بآفة سماوية قبل القبض	٧٣٩
الوزن في الموزونات إنما يجري مجرى الصفة	٧٣٩
لو باع شيئاً بربح ده يازده – درهم لكل عشرة – ولم يعلم المشتري رأس ماله فالبيع فاسد	٧٥٤
إذا كان الثمن عيناً وهلكت هذه العين في يد الفضولي بطل العقد	٧٥٥
القبض في البيع الفاسد كقبض الغصب من جهة الضمان	٧٥٥
لو بيعت دار بجنب الدار المشتراة شراء فاسداً تثبت الشفعة	٧٥٥
لو وطء الجارية المشتراة شراء فاسداً فلا حد عليه	٧٥٥
الأسباب المشروعة لاستحقاق الربح	٧٥٨

المسألة	الصفحة
في شركة العنان في الأموال يكون الربح على قدر رأس المال	٧٥٩
في شركة العنان في الوجوه لا يشترط أهلية الكفالة ولا المساواة بينهما في ملك المشتري	٧٦٠
لا يجوز رهن ما ليس بموجود عند العقد، ولا رهن ما يحتمل الوجود والعدم	٧٦٤
الإجازة تلح تصرف الفضولي بشرائط	٧٦٨
إذا طلق الفضولي امرأة البالغ	٧٧٢
إذا أجر الفضولي شيئاً فأجاز المالك العقد	٧٧٢، ٧٧٦
إذا كانت التلجئة في الإقرار بالبيع فأقرا بذلك ثم اتفقا على أنه لم يكن	٧٧٦
غصب عبداً أو غلاماً أو داراً فأجره سنة ثم قال المالك قد أجزت ما أجرت	٧٧٦
ما يفسخ البيع ويبطل خيار الشرط هلاك المبيع قبل القبض	٧٧٧
المرتهن إذا باع المرهون وقف العقد على إجازة الراهن	٧٧٧
لو أخبر بشراء نصف الدار فسلَّم ثم تبين أنه اشترى الجميع فله الشفعة	٧٨٤
إذا اشترى رجلان شيئاً ثم اطلعا على عيب فيه كان عند البائع فلا ينفرد أحدهما بالفسخ دون صاحبه عنده	٧٨٥
لو أوجب البائع البيع في كل العبد فقبل المشتري في نصفه	٧٨٥

المسألة	الصفحة
إذا باع الوكيل بعض ما وكل ببيعه وكان في تبعيضه ضرر	٧٨٦
إذا قبض المشتري كل المبيع ثم وجد فيه عيباً فإن كانالمبيع شيئاً واحداً	٧٨٦
الوكيل بشراء عبد بعينه إذا اشترى نصفه	٧٨٦
شروط صحة القبض	٧٩٠
لا تصح هبة المشاع فيما يحتمل القسمة	٧٩٤
هبة الواحد من اثنين لا تجوز عند أبي حنيفة	٧٩٤
إذا وهب داراً فيها متاع الواهب	٧٩٥
الكفيل يخرج من الكفالة إذا وهب الطالب المال من الكفيل أو من الأصيل	٧٩٥
لو وهب لرجل شاة فضحى بها الموهوب له أجزأته	٧٩٥
الشيوع الطارئ على الإجارة هل يفسد الإجارة؟	٨٠٢
لو باع الشفيع داره التي يشفع بها بعد شراء المشتري هل تبطل شفعته؟	٨٠٢
إذا باع سيفاً محلى بالفضة بفضة مفردة	٨٠٣
إن كان الشفيع شريكاً وجاراً فباع نصيبه الذي يشفع به	٨٠٣
لو تقايلا والعينان قائمتان ثم هلك أحدهما بعد الإقالة وقبل الرد	٨٠٣
ليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون بغير إذن الراهن	٨٠٤
إذا مات البائع فاشترى وارثه من المشتري بأقل مما بيع قبل نقد الثمن	٨٠٨

المسألة	الصفحة
المشتري شراء فاسداً إذا باع المشترى أو وهبه	٨٠٩
مما يمنع الرجوع في الهبة خروج الموهوب من ملك الواهب	٨٠٩
ليس للوكيل بالبيع أن يوكل غيره	٨١٧
إذا قال أحدكما حر بألف والآخر بألفين	٨٢١
إذا قال لزوجته أنت طالق عدد شعر راحتي	٨٢١
إذا قال لزوجته طلقي نفسك إن شئت فقالت أبنت نفسي	٨٢١
إذا كثرت الفوائت وضاق الوقت فلا تقدم الفوائت على الوقتية	٨٢٦
إذا وهب صوفاً على ظهر غنم	٨٢٦
لا تجب الزكاة إلا في ما كان فاضلاً عن الحاجة الأصلية	٨٢٦
لا تجب الزكاة في المال المشغول بالدين	٨٢٦
لا يثبت الإرث في المال المشغول بحاجة الميت الأصلية	٨٢٦
إذا وهب جارية واستثنى ما في بطنها أو حيواناً واستثنى ما في بطنه لا يجوز	٨٢٧
لو رهن دابة عليها حمل دون الحمل لم يتم الرهن	٨٢٧

فهرس الأعلام

العلـم	الصفحة
إبراهيم بن علي بن محمد بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون	٥٠٥
إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي	١٢٢
أبو بكر المجلد الحنفي	٣٧
أحمد بن عبدالحليم بن عبدالسلام تقي الدين ابن تيمية	٨١
أحمد بن علي الرازي = أبو بكر الجصاص	٣٠٤
أحمد بن علي بن محمد بن حجر الكناني العسقلاني = ابن حجر	١٦٠
أحمد بن فارس بن زكريا = ابن فارس	٧٨
أحمد بن محمد الحموي	٨٠
أحمد بن محمد بن إبراهيم بن خطاب = أبو سليمان الخطابي	٨٤
أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر = أبو الحسين القدوري	٢٦
أنس بن مالك	٤٦٧
أنيس بن الضحاك الأسلمي	٥٢١
بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله = الزركشي	٨٠
تاج الدين عبدالوهاب بن الشيخ تقي الدين = ابن السبكي	١٣٥
الحسن بن زياد الؤلؤي	٢٦٩
حكيم بن حزام	٣١٥

العلـم	الصفحة
خزيمة بن ثابت بن الفاكه الأنصاري	٥٦٩
خليفة بن سليمان بن خليفة بن محمد القرشي	٣٦
خليل بن الأمير كيكلدي بن عبدالله العلائي = أبو سعيد العلائي	١٥٩
زفر بن الهذيل	٩٩
زيد بن خالد الجهني	٥٢٠
زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن محمد = ابن نجيم	٤٧
زين الدين عبدالرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن البغدادي	١٣٠
سمرة بن جندب	١٧٢
شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكوفي	٦١٤
شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن الصنهاجي القرافي	٧٠
صخر بن حرب بن أمية = أبو سفيان	١٩٥
عبدالرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي =جلال الدين السيوطي	١٣٥
عبدالرحمن بن صخر الدوسي	٨٤
عبدالرحمن بن ناصر السعدي	٢٥٥
عبدالعزيز بن أحمد البخاري	١٠٢
عبدالعزيز بن عبدالسلام بن القاسم بن الحسن = العز بن عبدالسلام	١٢٧

العلـم	الصفحة
عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي	٥٣٢
عبدالله بن زيد بن عاصم بن كعب الأنصاري	٨٣
عبدالله بن عبيدالله بن أبي مليكة	٥١٠
عبدالله بن عمر بن عيسى الدبوسي	٤٦
عبدالملك بن عبدالعزيز بن جريج	٥٧٤
عبيد الله بن الحسين بن دلال البغدادي = أبو الحسن الكرخي	٤٦
عثمان بن علي بن محجن بن يونس الزيلعي = فخر الدين الزيلعي	١٥٦
العداء بن خالد بن ربيعة	٧٠٨
عدي بن حاتم بن عبدالله الطائي	٢٤٤
عطاء بن أبي رباح	٥٧٤
علقمة بن وائل بن حجر الحضرمي	٥١٠
علي بن أبي علي بن محمد التغلبي = الآمدي	٥٦٢
علي بن خلف بن عبدالملك بن بطال	٢٠٨
عمر بن علي بن محمد بن قشام	٣٦
القاسم بـن سلام	٤١٦
محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري = ابن المنذر	٢٧٠
محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي = أبو بكر السمرقندي	٢٦
محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري = القرطبي	٢٠٦
محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد	٦٤٩

العلـم	الصفحة
محمد بن أحمد بن محمد بن خميس الموصلي	٣٧
محمد بن الحسن الشيباني	٤٢
محمد بن جرير الطبري	٨٢
محمد بن سعيد بن سلامة الحلبي	٣٧
محمد بن عبدالله بن محمد بن عبدالله المعارفي = ابن العربي	٣١٤
محمد بن محمد بن سفيان	٤٤
محمد بن محمد بن محمود الماتريدي	٣٥
محمد بن محمود بن سعيد الغزنوي	٣٦
محمد بن مسلم بن عبيد الله الزهري	٥٧٤
محمد بن يوسف بن الخضر بن عبدالله الحلبي	٣٧
منصور بن محمد بن عبدالجبار بن أحمد التميمي	٣٧٩
نجا بن سعد بن نجا بن أبي الفضل	٣٧
النعمان بن بشير بن سعد الأنصاري	٢٤٦
النعمان بن ثابت التميمي	٤١
هند بنت عتبة القرشية	١٩٥
يحيى بن شرف بن مري النووي	٧٧
يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري = القاضي أبو يوسف	٤١
يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبدالبر النمري = ابن عبدالبر	٩٠

فهرس الفرق والمذاهب

الفرقة	الصفحة
الماريدية	٣٤

فهرس الأماكن

المكان	الصفحة
بخارى	١١٠
سمرقند	١١٠
كاسان	٣٠
كاشان	١١٠
هراة	٤٥

فهرس المصادر والمراجع

١. **الإبهاج في شرح المنهاج.** علي بن عبدالكافي السبكي (ت٧٥٦هـ)، وولده تاج الدين عبدالوهاب بن علي السبكي (ت٧٧١هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون تاريخ ورقم الطبعة.

٢. **الإجماع.** لابن المنذر (ت٣١٨)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

٣. **أحكام القرآن.** أحمد بن علي المكنى بأبي بكر الرازي الجصاص الحنفي، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

٤. **أحكام القرآن.** الكيا هراسي أبو الحسن علي بن محمد، تحقيق: عيسى محمد علي وعزت عبده عطية، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، طبع سنة ١٤٠٥هـ.

٥. **أحكام القرآن.** لأبي بكر محمد عبدالله المعروف بابن العربي، تحقيق: علي محمد البجاوي، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، الطبعة الثانية ١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م.

٦. **أحكام القرآن.** لمحمد بن إدريس الشافعي، تحقيق: عبدالغني عبدالخالق، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٠هـ.

٧. **الإحكام في أصول الأحكام.** سيف الدين أبي الحسن علي بن أبي علي بن محمد الآمدي، تعليق: عبدالرزاق عفيفي، الطبعة الأولى ١٣٨٧/٨/٧هـ.

٨. **إحياء علوم الدين.** محمد بن محمد الغزالي أبو حامد، دار المعرفة، بيروت.

٩. **أخبار القضاة** لوكيع محمد بن خلف بن حيان (ت:٣٠٦هـ)، **الناشر**: عالم الكتب ببيروت، الطبعة الأولى.

١٠. **الأدب المفرد.** محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، الطبعة الثالثة ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م، الأحاديث مذيلة بأحكام الألباني عليها.

١١. **إرشاد الأريب إلى معرفة الأديب** لياقوت الحموي الرومي (ت:٦٢٦هـ)، **تحقيق**: الدكتور إحسان عباس، **الناشر**: دار الغرب الإسلامي ببيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٣هـ.

١٢. **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول.** محمد علي الشوكاني، تحقيق: محمد حسن محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

١٣. **إرشاد الفقيه إلى معرفة أدلة التنبيه.** لإسماعيل بن كثير الدمشقي (ت٧٧٤)، تحقيق: بهجة يوسف محمد أبو الطيب، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ.

١٤. **الاستغناء في أحكام الاستثناء.** شهاب الدين القرافي (ت٦٨٢هـ)، تحقيق: د. طه محمد، مطبعة الإرشاد، بغداد ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.

١٥. **الاستيعاب في معرفة الأصحاب** للعلامة أبي عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبدالبر (ت:٤٦٣هـ)، تصحيح: عادل مرشد، **الناشر**: دار الأعلام، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ

١٦. **أسد الغابة في معرفة الصحابة** لأبي الحسن علي بن محمد بن عبدالكريم المعروف بابن الأثير (ت:٦٣٠هـ)، **الناشر**: دار إحياء التراث العربي ببيروت.

١٧. الأ**شباه والنظائر** ، تأليف : محمد بن عمر بن مكي بن عبد الصمد بن المرحل أبي عبد الله صدر الدين المعروف بابن الوكيل المتوفى ٧١٦هـ ، تحقيق ودراسة : د.أحمد بن محمد العنقري ، مكتبة الرشد الرياض ، الطبعة الثانية ١٤١٨هـ/١٩٩٧م

١٨. **الأشباه والنظائر** ، تاليف تاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي السبكي المتوفي سنة ٧٧١هـ ، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ١٤١١هـ/١٩٩١م

١٩. **الأشباه والنظائر على مذهب ابي حنية النعمان** ، تأليف: زين العابدين بن ايراهيم ابن نجيم المتوفى ٩٧٠هـ ، تحقيق عبد الكريم الفضيلي ، المكتبة العصرية ، الطبعة

الأولى ١٤١٨هـ/١٩٩٨م .

٢٠. **الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية** ، تأليف: جلال الدين عبد الرحمن السيوطي المتوفى ٩١١هـ ، دارالكتب العلمية ، الطبعة الاولى ١٤١١هـ / ١٩٩٠م .

٢١. **الإصابة في تمييز الصحابة** للحافظ أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني (ت:٨٥٢هـ)، **تحقيق**: علي البجاوي، **الناشر**: دار الجيل ببيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ .

٢٢. **أصول السرخسي**. لأبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت٤٩٠)، تحقيق: أبي الوفاء الأفغاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

٢٣. **أصول الشاشي**. لنظام الدين الشاشي، تقديم يوسف القرضاوي، تحقيق: محمد أكرم الندوي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى.

٢٤. **أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن**. محمد الأمين بن محمد المختار بن عبدالقادر الجكني الشنقيطي (ت١٣٩٣هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، سنة ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

٢٥. **الاعتناء في الفروق والاستثناء** ، تأليف بدر الدين بن محمد بن أبي بكر بن سليمان البكري الشافعي ، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ١٤١١هـ ١٩٩١م .

٢٦. **الأعلام (قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين)** لخير الدين الزركلي (ت:١٣٩٦هـ)، **الناشر**: دار العلم للملايين ببيروت، الطبعة الحادية عشرة، ١٩٩٥م .

٢٧. **أعلام الموقعين عن رب العالمين** ، تأليف : شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١هـ ، رتبه وضبطه وخرج آياته : محمد عبد السلام إبراهيم ، دار الكتب العلمية ، طبع عام ١٤١٧هـ / ١٩٩٦م .

٢٨. **الأعلام**: خير الدين الزركلي، ط الخامسة ١٩٨٠م، دار العلم للملايين، بيروت.
٢٩. **الأقمار المضيئة شرح القواعد الفقهية**. عبدالهادي ضياء الدين إبراهيم بن محمد بن القاسم الأهدل، مكتبة الإرشاد، صنعاء، الطبعة الأولى.
٣٠. **الأم**. محمد بن إدريس الشافعي، أبو عبدالله (ت٢٠٤هـ)، دار المعرفة، بيروت، ١٣٩٣هـ.
٣١. **الأموال**. لأبي عبدالله القاسم بن سلام (ت٢٢٤هـ)، تحقيق: محمد خليل هراس، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
٣٢. **إنباء الغمر بأنباء العمر** للحافظ أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني (ت:٨٥٢هـ)، **الناشر**: مطبعة مجلس وزارة المعارف العثمانية بحيدرأباد الدكن، ١٣٨٧هـ.
٣٣. **إنباه الرواة على أنباه النحاة** للوزير جمال الدين أبي الحسن علي بن يوسف القفطي (ت:٦٢٤هـ)، **تحقيق**: محمد أبي الفضل إبراهيم، **الناشر**: دار الفكر العربي بالقاهرة، ومؤسسة الكتب الثقافية ببيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ.
٣٤. **الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء مالك والشافعي وأبي حنيفة y** للعلامة أبي عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبدالبر (ت:٤٦٣هـ)، **اعتنى به**: عبدالفتاح أبو غدة، **الناشر**: مكتب المطبوعات الإسلامية بحلب، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.
٣٥. **الأنساب**. لأبي سعيد عبدالكريم بن محمد بن منصور التميمي السمعاني (ت٥٦٢هـ)، تقديم وتعليق: عبدالله محمد البارودي، الناشر: دار الجنان، طباعة مركز الخدمات والأبحاث الثقافية.
٣٦. **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل**. لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، تصحيح وتحقيق محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ -

١٩٨٦م.

٣٧. **أنيس الفقهاء في تعريفات الالفاظ المتداولة بين الفقهاء**، تأليف: قاسم القونوي المتوفى ٩٧٨هـ، تحقيق: الدكتور: أحمد عبد الرزاق الكبيسي، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى ١٤٢٧هـ.

٣٨. **إيضاح القواعد الفقهية**. عبدالله بن سعيد اللحجي (ت١٤١٠هـ)، عناية د. أحمد عبدالعزيز الحداد، ومعه نشوة الشجي في ترجمة الشيخ عبدالله بن سعيد اللحجي، دار الضياء للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.

٣٩. **إيضاح المسالك الى قواعد الإمام مالك**، تأليف أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، تحقيق: أحمد أبو طاهر الخطابي، طبع هذا الكتاب باشراف اللجنة المشتركة لنشر التراث الاسلامي بين حكومة المملكة المغربية وحكومة دولة الإمارات العربية المتحدة، طبع في الرباط عام ١٤٠٠هـ ١٩٨٠م.

٤٠. **الإيضاح شرح تلخيص المفتاح**. للقزويني مع شروح التلخيص، مطبعة عيسى البابي الحلبي، (من رسالة القواعد المشتركة بين أصول الفقه والقواعد الفقهية، سليمان سليم الرحيلي.

٤١. **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**. زين الدين بن نجيم الحنفي، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية.

٤٢. **البحر المحيط في أصول الفقه**. بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله الزركشي (ت٧٩٤هـ)، تحقيق: د. محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، الطبعة الأولى.

٤٣. **بدائع الفوائد**. لأبي عبدالله محمد بن أبي بكر الدمشقي المشتهر بابن قيم الجوزية (ت٧٥١هـ)، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

٤٤. **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**. لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي (ت٥٩٥)، طبعة جديدة، إشراف محمد الأحمد وضياء الدين يونس، دار إحياء

التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.

٤٥. **البداية والنهاية** للحافظ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي (ت:٧٧٤هـ)، **تحقيق**: الدكتور عبدالله بن عبدالمحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات العربية والإسلامية بدار هجر، **الناشر**: دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع بالقاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.

٤٦. **البدر الطالع بمحاسن مَنْ بعد القرن السابع** للعلامة محمد بن علي الشوكاني (ت:١٢٥٠هـ)، **تحقيق**: الدكتور حسين بن عبدالله العمري، **الناشر**: دار الفكر بدمشق، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.

٤٧. **البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير**. لابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (٨٠٤هـ)، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وعبدالله بن سليمان وياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

٤٨. **بغية الطلب في تاريخ حلب**. ابن العديم الصاحب كمال الدين عمر بن أحمد بن أبي جرادة، حققه وقدم له د. سهيل زكار، دمشق ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

٤٩. **بغية الملتمس في تاريخ رجال أهل الأندلس** لأبي جعفر أحمد بن يحيى الضبي (ت:٥٩٩هـ)، **الناشر**: المكتبة العصرية ببيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ.

٥٠. **بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة** للعلامة جلال الدين عبدالرحمن السيوطي (ت:٩١١هـ)، **تحقيق**: محمد أبو الفضل إبراهيم، **الناشر**: مطبعة عيسى الحلبي بالقاهرة، الطبعة الأولى، ١٣٨٤هـ.

٥١. **البلغة في تراجم أئمة النحو واللغة** لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزابادي (ت:٨١٧هـ)، **تحقيق**: محمد المصري، **الناشر**: جمعية إحياء التراث الإسلامي بالكويت، الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ.

٥٢. **البهجة في شرح التحفة.** لأبي الحسن علي بن عبدالسلام التسولي، تحقيق وضبط: محمد عبدالقادر شاهين، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.

٥٣. **بهجة قلوب الأبرار وقرة عيون الأخبار في شرح جوامع الأخبار.** عبدالرحمن بن ناصر السعدي، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، الطبعة الرابعة ١٤٢٣هـ.

٥٤. **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل للمسائل المستخرجة.** لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت٥٢٠هـ)، تحقيق: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

٥٥. **تاج التراجم** للعلامة أبي الفداء قاسم بن قطلوبغا (ت:٨٧٩هـ)، **تحقيق**: محمد خير رمضان، **الناشر**: دار القلم بدمشق، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ.

٥٦. **تاريخ الإسلام ووفيات مشاهير الأعلام** لشمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (ت:٧٤٨هـ)، **تحقيق**: الدكتور بشار معروف عواد، **الناشر**: دار الغرب الإسلامي ببيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.

٥٧. **التاريخ الكبير.** محمد بن إسماعيل بن إبراهيم أبو عبدالله البخاري الجعفي، تحقيق: السيد هاشم الندوي، دار الفكر.

٥٨. **تاريخ عجائب الآثار في التراجم والأخبار** للشيخ عبدالرحمن الجبرتي (ت:١٢٣٧هـ)، **الناشر**: دار الجيل ببيروت.

٥٩. **تاريخ مدينة السلام** (المعروف بتاريخ بغداد) للإمام الحافظ أبي بكر أحمد بن علي بن ثابت الخطيب البغدادي (ت:٤٦٣هـ)، **تحقيق**: الدكتور بشار عواد، **الناشر**: دار الغرب الإسلامي ببيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.

٦٠. **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام.** لبرهان الدين أبي الوفاء إبراهيم بن الإمام شمس الدين أبي عبدالله محمد بن فرحون اليعمري المالكي،

تعليق: جمال مرعشلي، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

٦١. **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق.** لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، دار النشر: دار الكتاب الإسلامي، القاهرة ١٣١٣هـ.

٦٢. **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، دار الكتب الإسلامية، القاهرة ١٣١٣هـ.**

٦٣. **التحجيل في تخريج ما لم يخرج من الأحاديث والآثار في إرواء الغليل.** عبدالعزيز بن مرزوق الطريفي.

٦٤. **التحرير والتنوير.** محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (ت١٣٩٣هـ)، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.

٦٥. **تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي.** محمد عبدالرحمن بن عبدالرحيم المباركفوري أبو العلا، دار الكتب العلمية، بيروت.

٦٦. **تحفة الأشراف بمعرفة الأطراف.** جمال الدين أبو الحجاج يوسف بن عبدالرحمن المزي (٧٤٢هـ)، تحقيق: عبدالصمد شرف الدين، طبعة المكتب الإسلامي، والدار القيمة، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

٦٧. **تحفة الفقهاء.** لعلاء الدين السمرقندي (ت٥٣٩هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٤م.

٦٨. **تحفة أهل الطلب في تجريد أصول قواعد ابن رجب.** للشيخ عبدالرحمن بن ناصر السعدي، تحقيق: د. خالد المشيقح، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، محرم ١٤٢٣هـ.

٦٩. **تخريج الأحاديث الضعاف من سنن الدارقطني.** عبدالله بن يحيى بن أبي بكر الغساني (ت٦٨٢هـ)، تحقيق: أشرف عبدالمقصود عبدالرحيم، دار عالم الكتب،

الرياض، سنة ١٤١١هـ.

٧٠. **تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في تفسير الكشاف للزمخشري.** جمال الدين أبو محمد عبدالله بن يوسف بن محمد الزيلعي (ت٧٦٢هـ)، تحقيق: عبدالله بن عبدالرحمن السعد، دار ابن خزيمة، الرياض، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ.

٧١. **تخريج الفروع على الأصول.** محمود بن أحمد الزنجاجي أبو المناقب، تحقيق: د. محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ.

٧٢. **تذكرة الحفاظ** لشمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (ت:٧٤٨هـ)، **الناشر**: دار إحياء التراث.

٧٣. **ترتيب الفروق واختصارها.** محمد بن إبراهيم البقوري (ت٧٠٧هـ)، دار ابن حزم للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ.

٧٤. **ترتيب اللآلي في سلك الأمالي** ، تأليف : الشيخ محمد بن سليمان الشهير بناظرزاده ، تحقيق : خالد بن عبد العزيز بن سليمان آل سليمان ، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ ٢٠٠٤م .

٧٥. **ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعيان مذهب مالك** للقاضي عياض بن موسى بن عياض السبتي المالكي (ت:٥٤٤هـ)، **تحقيق**: محمد بن تاويت الطبخي، **الناشر**: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمملكة المغربية، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ.

٧٦. **تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب (البهجة في شرح التحفة)**، لأبي الحسن علي بن عبدالسلام التسولي ، الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، دار ابن حزم، الطبعة الاولى ١٤٢٦هـ/ ٢٠٠٥م

٧٧. **تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك للونشريسي وشرح المنهج المنتخب للمنجور.** إعداد. أ.د. الصادق بن عبدالرحمن الغرياني، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة

الأولى ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.

٧٨. **التعريفات**، تأليف: السيد الشريف أبي الحسن علي بن محمد بن علي الحسيني الجرجاني الحنفي المتوفى ٨١٦هـ، وضع حواشيه وفهارسه: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، الطبعة الاولى ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م.

٧٩. **تغليق التعليق على صحيح البخاري**. أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ)، تحقيق: سعيد عبدالرحمن موسى القزقي، المكتب الإسلامي، دار عمار، بيروت، عمان – الأردن، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ.

٨٠. **تقرير القواعد وتحرير الفوائد**، تصنيف الإمام الحافظ زين الدين بن عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي ٧٣٦-٧٩٥هـ، تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار القيم - دار ابن عفان، الطبعة الاولى ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م.

٨١. **التقرير والتحبير**. لابن أمير الحاج الحلبي (ت٨٧٩هـ)، ضبط وتصحيح عبدالله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

٨٢. **تقويم أصول الفقه وتحديد أدلة التشريع**. لأبي زيد عبدالله بن عمر الدبوسي (ت٤٣٠)، اختصره محمد بن حسين الإرسابندي، وشرحه أمير كاتب الأتقاني، وحققه عبدالجليل عطا البكري، دار النعمان للعلوم، دمشق، الطبعة الأولى ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.

٨٣. **تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ونبذ مذهبية نافعة**. لأبي شجاع محمد بن علي بن شعيب بن الدهان، تحقيق: د. صالح بن ناصر الخزيم، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.

٨٤. **التكملة لوفيات النقلة** لأبي محمد عبدالعظيم بن عبدالقوي المنذري (ت:٦٥٦هـ)، **تحقيق**: الدكتور بشار معروف عواد، **الناشر**: مؤسسة الرسالة ببيروت، الطبعة الثالثة ١٤٠١هـ.

٨٥. **التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير**. أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٨٩م.

٨٦. **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد**. لأبي عمر يوسف بن عبدالله بن عبدالبر النمري، تحقيق: محمد مصطفى العلوي ومحمد عبدالكبير البكري، دار النشر: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب ١٣٨٧هـ.

٨٧. **تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق**. لشمس الدين محمد بن أحمد بن عبدالهادي الحنبلي (ت٧٤٤هـ)، تحقيق: سامي بن محمد بن جادالله وعبدالعزيز بن ناصر الجناني، دار النشر: أضواء الصفوة، الرياض، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.

٨٨. **تنقيح الفصول في اختصار المحصول**. شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي المالكي (ت٦٨٤هـ)، تحقيق: محمد بن عبدالرحمن الشغول، المكتبة الأزهرية للتراث ٢٠٠٥م.

٨٩. **تهذيب الأسماء واللغات** للإمام أبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت:٦٧٦هـ)، **الناشر**: دار الكتب العلمية.

٩٠. **تهذيب التهذيب**. أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

٩١. **تهذيب الكمال مع حواشيه**. يوسف بن الزكي عبدالرحمن أبو الحجاج المزي (ت٧٤٢هـ)، تحقيق: د. بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.

٩٢. **تهذيب اللغة**. لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهري، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى ٢٠٠١م.

٩٣. **التوحيد**. أبو منصور الماتريدي، تحقيق: محمد محي الدين عبدالحميد، مكتبة الخانجي، القاهرة، الطبعة الأولى ١٣٦٦هـ.

٩٤. **التوقيف على مهمات التعاريف**. محمد عبدالرؤوف المناوي، تحقيق: د. محمد

رضوان الداية، دار الفكر المعاصر، ودار الفكر، بيروت ودمشق، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ.

٩٥. **تيسير اللطيف المنان في خلاصة تفسير القرآن.** عبدالرحمن بن ناصر السعدي، طبع ونشر وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.

٩٦. **الثمر المستطاب في الفقه والسنة والكتاب.** محمد ناصر الدين الألباني، غراس للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة الأولى.

٩٧. **جامع البيان في تأويل القرآن.** محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي أبو جعفر الطبري (ت٣١٠هـ)، تحقيق: أحمد شاكر، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.

٩٨. **الجامع الصحيح (صحيح البخاري).** محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبدالله (ت٢٥٦هـ)، دار الشعب، القاهرة، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

٩٩. **الجامع الصحيح (صحيح مسلم).** لأبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، دار الجيل ودار الآفاق، بيروت.

١٠٠. **الجامع الصحيح سنن الترمذي.** محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت، والأحاديث مذيلة بأحكام الألباني عليها.

١٠١. **جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديث من جوامع الكلم.** ابن رجب (ت٧٩٥هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وإبراهيم باجس، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م. لم يذكر اسم الطابع.

١٠٢. **جامع كرامات الأولياء** ليوسف بن إسماعيل النبهاني (ت:١٣٥٠هـ)، **تحقيق:** إبراهيم عطوة عوض، **الناشر:** دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع ببيروت.

١٠٣. **الجامع لأحكام القرآن.** لأبي عبدالله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري الخزرجي، شمس الدين القرطبي (ت٦٧١هـ)، تحقيق: سمير البخاري، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، الرياض، تاريخ الطبعة ١٤٢٣هـ.

١٠٤. **جذوة المقتبس في تاريخ علماء الأندلس** لأبي عبدالله محمد بن فتوح بن عبدالله الحميدي (ت:٤٨٨هـ)، **تحقيق**: الدكتور بشار عواد معروف ومحمد بشار عواد، **الناشر**: دار الغرب الإسلامي بتونس، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ.

١٠٥. **الجرح والتعديل.** عبدالرحمن بن أبي حاتم محمد بن إدريس أبو محمد الرازي التميمي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٢٧١هـ - ١٩٥٢م.

١٠٦. **جمع الجوامع في أصول الفقه.** تاج الدين عبدالوهاب بن علي السبكي (ت٧٧١هـ)، تعليق: عبدالمنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

١٠٧. **جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية** ، تأليف الدكتور : علي بن أحمد الندوي، شركة الراجحي المصرفية للاستثمار ، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ ٢٠٠٠م .

١٠٨. **الجواهر المضية في طبقات الحنفية** لمحيي الدين أبي محمد عبدالقادر بن محمد بن محمد القرشي الحنفي (ت:٧٧٥هـ)، **تحقيق**: الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، **الناشر**: مؤسسة الرسالة ببيروت، ودار هجر للطباعة والنشر والتوزيع بمصر، الطبعة الثانية، ١٤١٣هـ.

١٠٩. **الجوهر النقي.** علاء الدين علي بن عثمان الشهير بالتركماني.

١١٠. **الجوهرة النيرة.** لأبي بكر علي بن محمد الحدادي العبادي اليمني الزبيدي (ت٨٠٠هـ).

١١١. **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير.** دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.

١١٢. **حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان**، خاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين، ويليه تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف، دار الفكر، طبع عام ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م.

١١٣. **الحاوي في فقه الشافعي**. لأبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي (ت٤٥٠هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١هـ - ١٩٩٤م.

١١٤. **حسن المحاضرة في أخبار مصر والقاهرة** للعلامة جلال الدين عبدالرحمن السيوطي (ت:٩١١هـ)، **تحقيق**: الدكتور علي محمد عمر، **الناشر**: مكتبة الخانجي بالقاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ.

١١٥. **خيار المجلس والعيب في الفقه الإسلامي**. عبدالله بن محمد بن أحمد الطيار، رسالة علمية بإشراف مناع القطاع مدير الدراسات العليا بجامعة الإمام محمد بن سعود.

١١٦. **الخيار وأثره في العقود**. د. عبدالستار أبو غدة، الكويت، مطبعة مقهوي، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ، سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية.

١١٧. **الدراية في تخريج أحاديث الهداية**. أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ)، تحقيق: السيد عبدالله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة، بيروت.

١١٨. **درة الحجال في أسماء الرجال** لأبي العباس أحمد بن محمد المكناسي الشهير بابن القاضي (ت:١٠٢٥هـ)، **تحقيق**: الدكتور محمد الأحمد أبو النور، **الناشر**: المكتبة العتيقة بتونس ودار التراث بالقاهرة.

١١٩. **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، تأليف علي حيدر، تعريب المحامي فهمي الحسيني، دار عالم الكتب، طبع عام ١٤٢٣هـ ٢٠٠٣م.

١٢٠. **الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة** للحافظ أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني (ت:٨٥٢هـ)، **الناشر**: دار الجيل ببيروت، ١٤١٤هـ.

١٢١. **الدلالات عند الأصوليين، دراسة مقارنة.** عبدالله بن صالح بن محمد العبيد، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.

١٢٢. **الدليل الشافي على المنهل الصافي** لجمال الدين أبي المحاسن يوسف بن تغري بردي (ت:٨٧٤هـ)، **تحقيق**: فهيم شلتون، **الناشر**: جامعة أم القرى، مركز البحث العلمي وإحياء التراث بمكة المكرمة.

١٢٣. **الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب** للقاضي برهان الدين إبراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون المالكي (ت:٧٩٩هـ)، **تحقيق**: الدكتور محمود أبو النور، **الناشر**: مكتبة دار التراث.

١٢٤. **ذخيرة الحفاظ.** محمد بن طاهر المقدسي (ت٥٠٧هـ)، تحقيق: د. عبدالرحمن الفريوائي، دار السلف، الرياض، سنة ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.

١٢٥. **الذخيرة.** شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب، لبنان، بيروت، سنة ١٩٩٤م.

١٢٦. **الذيل على رفع الأصر** لشمس الدين محمد بن عبدالرحمن السخاوي (ت:٩٠٢هـ)، **تحقيق**: الدكتور جودة هلال ومحمد صبيح، **الناشر**: الهيئة المصرية العامة للكتاب ٢٠٠٠م.

١٢٧. **الذيل على طبقات الحنابلة.** عبدالرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، المطبوع مع طبقات الحنابلة لأبي يعلى.

١٢٨. **رحمة الأمة في اختلاف الأئمة.** لمحمد الدمشقي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٧م.

١٢٩. **رسائل ابن نجيم.** لزين العابدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم المصري الحنفي (ت٩٧٠هـ)، تحقيق الشيخ خليل الميس، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.

١٣٠. **رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب.** تاج الدين أبي النصر عبدالوهاب بن علي

بن عبدالكافي السبكي، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبدالموجود، عالم الكتب، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

١٣١. **رفع الحرج في الشريعة الإسلامية.** د. يعقوب عبدالوهاب الباحسين، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الثالثة ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.

١٣٢. **روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني.** شهاب الدين محمود بن عبدالله الحسيني الألوسي، تحقيق: علي عبد الباري عطية، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة الطبع ١٤١٥هـ.

١٣٣. **روضة الطالبين وعمدة المفتين.** لأبي زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ)، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، سنة ١٤٠٥هـ.

١٣٤. **روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل.** موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي (ت٦٢٠هـ)، تحقيق: أ.د.عبدالكريم بن علي بن محمد النملة، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الطبعة السادسة ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.

١٣٥. **روضة الناظرين عن مآثر علماء نجد وحوادث السنين** لمحمد بن عثمان بن صالح بن عثمان القاضي، **الناشر**: مطبعة الحلبي بالقاهرة، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ.

١٣٦. **زاد المعاد في هدي خير العباد.** لابن القيم، تحقيق وتخريج وتعليق شعيب الأرناؤوط وعبدالقادر الأرناؤوط، طبعة مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.

١٣٧. **سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام.** محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، تحقيق وضبط: محمد صبحي حسن حلاق، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية ١٤٢٨هـ.

١٣٨. **سلسلة الآثار الصحيحة، أو الصحيح سنن من أقوال الصحابة والتابعين.** لأبي عبدالله الداني بن منير آل زهوي، اختصره: أحمد بن علي البلوشي.

١٣٩. **سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيء على الأمة.** محمد بن ناصر الدين بن الحجاج نوح الألباني، دار المعارف، الرياض، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

١٤٠. **سلوة الأنفاس ومحادثة الأكياس بمن أقبر من العلماء والصلحاء بفاس** لأبي عبدالله محمد بن جعفر بن إدريس الكتاني (ت:١٣٤٥هـ)، **تحقيق**: عبدالله الكتاني وحمزة محمد الكتاني ومحمد حمزة الكتاني، **الناشر**: دار الثقافة للنشر والتوزيع بالدار البيضاء.

١٤١. **سنن ابن ماجه.** محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني، تحقيق وتعليق: محمد فؤاد عبدالباقي، دار الفكر، بيروت.

١٤٢. **سنن أبي داود.** سليمان بن الأشعث السجستاني (٢٧٦هـ)، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

١٤٣. **سنن البيهقي الكبرى.** لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، تحقيق: محمد عبدالقادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

١٤٤. **سنن الدارقطني.** علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي، تحقيق: السيد عبدالله هاشم يماني المدني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م.

١٤٥. **سنن الدارمي.** عبدالله بن عبدالرحمن أبو محمد الدارمي، تحقيق: أحمد زمرلي وخالد السبع العلمي، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ، الأحاديث مذيلة بأحكام حسين سليم أسد عليها.

١٤٦. **السنن الصغرى.** لأحمد بن الحسين بن علي البيهقي أبو بكر، تحقيق: د. محمد ضياء الرحمن الأعظمي، دار النشر: مكتبة الدار، المدينة المنورة، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ - ١٩٨٩م.

١٤٧. **السنن الكبرى.** أبو عبدالرحمن أحمد بن شعيب بن علي النسائي (ت٣٠٣هـ)، تحقيق: حسن عبدالمنعم حسن شلبي، مؤسسة الرسالة.

١٤٨. **سير أعلام النبلاء** لشمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (ت:٧٤٨هـ)،

تحقيق: شعيب الأرناؤوط، **الناشر**: مؤسسة الرسالة ببيروت، الطبعة التاسعة، ١٤١٣هـ.

١٤٩. **شجرة النور الزكية في طبقات المالكية** للشيخ محمد بن محمد مخلوف (ت:١٣٦٠هـ)، **الناشر**: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ببيروت.

١٥٠. **شذرات الذهب في أخبار من ذهب** لشهاب الدين عبدالحي بن أحمد العكبري الحنبلي الدمشقي (ت:١٠٨٩هـ)، **تحقيق**: محمود الأرناؤوط، **الناشر**: دار ابن كثير بدمشق، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ.

١٥١. **شرح ابن عقيل على ألفية ابن مالك**. عبدالله بن عبدالرحمن العقيلي الهمذاني المصري (ت٧٦٩هـ)، تحقيق: محمد محي الدين عبدالحميد، دار التراث، القاهرة، دار مصر للطباعة، الطبعة العشرون ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.

١٥٢. **شرح الأصول الخمسة**. القاضي عبدالجبار الهمذاني، مكتبة وهبة، القاهرة ١٣٨٤هـ.

١٥٣. **شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه**. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، وبهامشه شرح التوضيح للتنقيح المذكور.

١٥٤. **شرح القواعد السعدية**. عبدالمحسن عبدالله الزامل، اعتنى به عبدالرحمن بن سليمان العبيد وأيمن بن سعود العنقري، دار أطلس للنشر والتوزيع، الطبعة الولى ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.

١٥٥. **الشرح الكبير**. سيدي أحمد الدردير أبو البركات، تحقيق: محمد عليش، دار الفكر، بيروت.

١٥٦. **الشرح الكبير**. لأبي الفرج عبدالرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت٦٨٢هـ)، مطبوع مع المغني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

١٥٧. **شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير**. محمد بن أحمد بن عبدالعزيز بن علي الفتوحي الحنبلي المعروف بابن النجار (ت٩٧٢هـ)، تحقيق: د.محمد الزحيلي

ود. نزيه حماد، مكتبة العبيكان، الرياض، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م. بدون رقم الطبعة.

١٥٨. **شرح المجلة.** سليم رستم باز الألباني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، بدون تاريخ الطبعة.

١٥٩. **شرح المجلة.** محمد خالد الأتاسي (ت١٣٢٦هـ) وأتمها ابنه: محمد طاهر (ت١٣٤١هـ)، باكستان، المكتبة الحبيبية، بدون رقم الطبعة وتاريخها.

١٦٠. **الشرح الممتع على زاد المستقنع.** محمد بن صالح بن محمد العثيمين (ت١٤٢١هـ)، دار النشر: دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى ١٤٢٢ – ١٤٢٨هـ.

١٦١. **شرح المنظومة السعدية في القواعد الفقهية** ، تاليف الدكتور : سعد بن ناصر بن عبد العزيز الشثري ، تخريج : عبد الله بن عمر بن طاهر ، دار اشبيليا، الطبعة الثانية ١٤٢٦هـ / ٢٠٠٥م .

١٦٢. **شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب.** أحمد بن علي المنجور (ت٩٩٥هـ)، دراسة وتحقيق: محمد الشيخ محمد الأمين، دار عبدالله الشنقيطي، الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.

١٦٣. **شرح صحيح البخاري.** أبو الحسن علي بن خلف بن عبدالملك بن بطال البكري القرطبي، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الثانية ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.

١٦٤. **شرح فتح القدير.** كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي، دار النشر: دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية.

١٦٥. **شرح مختصر الروضة.** نجم الدين أبي الربيع سليمان بن عبدالقوي بن عبدالكريم أبي سعد الطوفي، تحقيق: د. عبدالله بن عبدالمحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

١٦٦. **شرح مشكل الآثار.** لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبدالملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي (٣٢١هـ)، تحقيق: شعيب

الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

١٦٧. **شرح معاني الآثار**. لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي الحجري المصري، المعروف بالطحاوي (ت٣٢١هـ)، حققه وقدم له: محمد زهري النجار ومحمد سيد جاد الحق، عالم الكتب، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

١٦٨. **شرح منظومة القواعد الفقهية للسعدي**. د. عبدالعزيز بن محمد بن إبراهيم العويد، دار القاسم، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ.

١٦٩. **الصحاح. تاج اللغة وصحاح العربية**. لإسماعيل بن حماد الجوهري (ت٣٩٣هـ)، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة، يناير ١٩٩٠م.

١٧٠. **صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان**. محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، الأحاديث مذيلة بأحكام شعيب الأرناؤوط عليها.

١٧١. **صحيح أبي داود**. محمد ناصر الدين الألباني (ت١٤٢٠هـ)، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.

١٧٢. **صفوة الصفوة**، عبدالرحمن بن علي بن محمد أبو الفرج، تحقيق: محمود فاخوري، ود. محمد رواس قلعة جي، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

١٧٣. **الصلة في تاريخ أئمة الأندلس وعلمائهم ومحدثيهم وفقهائهم وأدبائهم** لأبي القاسم خلف بن عبدالملك المعروف بابن بشكوال (ت:٥٧٨هـ)، **تحقيق**: السيد عزت العطار الحسيني، **الناشر**: مكتبة الخانجي بالقاهرة، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ.

١٧٤. **الضرر في الفقه الإسلامي**. د. أحمد موافي، دار ابن عفان، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

١٧٥. **الضعفاء**. لأبي جعفر محمد بن عمرو بن موسى بن حماد العقيلي (ت٣٢٢هـ)، تحقيق: عبدالمعطي أمين قلعجي، دار المكتبة العلمية، بيروت، الطبعة الأولى

١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

١٧٦. **الضمان**. أ.د. خالد المشيقح.

١٧٧. **الضوء اللامع لأهل القرن التاسع** لشمس الدين محمد بن عبدالرحمن السخاوي (ت:٩٠٢هـ)، **الناشر**: دار الجيل ببيروت، ١٤١٢هـ.

١٧٨. **طبقات الحنفيَّة**. علي جَلبيّ بن أمْر الله بن عبدالقادر الحميدي الرومي الشهير بـ« ابن الحنائي »، بعناية سفيان محمد وفراس مشعل، دار ابن الجوزي في الأردن ط الأولى ١٤٢٥هـ.

١٧٩. **الطبقات السنية في تراجم الحنفية** لتقي الدين بن عبدالقادر الداري الغزي الحنفي (ت:١٠٠٥هـ)، **تحقيق**: الدكتور عبدالفتاح الحلو، **الناشر**: دار الرفاعي بالرياض، ودار هجر للطباعة والنشر والتوزيع بالقاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ.

١٨٠. **طبقات الشافعية الكبرى** للعلامة تاج الدين عبدالوهاب بن علي السبكي (ت:٧٧١هـ)، **تحقيق**: الدكتور عبدالفتاح الحلو والدكتور محمود الطناحي، **الناشر**: دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع بالقاهرة، الطبعة الثانية، ١٤١٣هـ.

١٨١. **طبقات الشافعية** لأبي بكر بن هداية الله الحسيني (ت:١٠١٤هـ)، **تحقيق**: عادل نويهض، **الناشر**: دار الآفاق الجديدة بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٠٢هـ.

١٨٢. **طبقات الشافعية** لابن قاضي شهبة، أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن قاضي شهبة، عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٧هـ، الطبعة الأولى، تحقيق: د. الحافظ عبدالعليم خان.

١٨٣. **طبقات الشافعية** للإمام جمال الدين أبي محمد بن الحسن الإسنوي (ت:٧٧٢هـ)، **تحقيق**: عبدالله الجبوري، **الناشر**: دار العلوم، ١٤٠١هـ.

١٨٤. **طبقات الفقهاء** للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت:٤٧٦هـ)، **تحقيق**: الدكتور علي محمد عمر، **الناشر**: مكتبة الثقافة الدينية بمصر، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.

١٨٥. **الطبقات الكبرى.** محمد بن سعد بن منيع أبو عبدالله البصري الزهري، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٩٦٨م.

١٨٦. **طبقات المفسرين** لأحمد بن محمد الأدنه وي (من علماء القرن الحادي عشر)، **تحقيق**: سليمان بن صالح الخزي، **الناشر**: مكتبة العلوم والحكم بالمدينة المنورة، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.

١٨٧. **طبقات المفسرين** لشمس الدين محمد بن علي بن أحمد الداودي (ت:٩٤٥هـ)، **الناشر**: دار الكتب العلمية ببيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ.

١٨٨. **طبقات المفسرين.** لعبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي، تحقيق: علي محمد عمر، مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة الأولى ١٣٩٦هـ.

١٨٩. **طبقات علماء الحديث** للعلامة أبي عبدالله محمد بن أحمد بن عبدالهادي الحنبلي (ت:٧٤٤هـ)، **تحقيق**: أكرم البلوشي وإبراهيم الزيبق، **الناشر**: مؤسسة الرسالة ببيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٧هـ.

١٩٠. **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية.** ابن القيم الجوزية (ت٧٥١هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون رقم وتاريخ الطبعة.

١٩١. **طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية** ، تأليف : الشيخ نجم الدين بن حفص النفسي المتوفى سنة ٥٣٧هـ ، تحقيق الشيخ خليل الميس ، دار القلم ، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ ١٩٨٦م .

١٩٢. **العدة في أصول الفقه.** للقاضي أبي يعلى محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء (ت٤٥٨هـ)، تحقيق وتعليق: د. أحمد بن علي بن سير المباركي، بدون ناشر، الطبعة الثانية ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.

١٩٣. **العرف والعادة في رأي الفقهاء.** د. أحمد فهمي أبو سنة، دار البصائر، القاهرة، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

١٩٤. **العلل الواردة في الأحاديث النبوية.** الحافظ أبي الحسين علي بن عمر بن أحمد بن

مهدي الدارقطني (ت٣٨٥هـ)، تحقيق وتخريج: د. محفوظ الرحمن زين الله، دار طيبة للنشر، الرياض، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

١٩٥. **علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامي**، تأليف: عبدالوهاب خلاف، دار الفكر العربي، بدون رقم الطبعة ١٤١٩هـ / ١٩٩٩م.

١٩٦. **علماء نجد خلال ثمانية قرون** للشيخ عبدالله بن عبدالرحمن آل بسام(ت:١٤٢٣هـ)، **الناشر**: دار العاصمة للنشر والتوزيع بالرياض، الطبعة الثانية، ١٤١٩هـ.

١٩٧. **العناية شرح الهداية**. محمد بن محمد البابرتي (ت٧٨٦هـ)، وهو شرح لكتاب الهداية شرح البداية للمرغيناني (ت٥٩٣هـ).

١٩٨. **عون المعبود شرح سنن أبي داود**. أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، تحقيق: عبدالرحمن محمد عثمان، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، الطبعة الثانية سنة ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.

١٩٩. **عيون المسائل في فروع الحنفية**. لأبي الليث نصر بن محمد بن إبراهيم السمرقندي (ت٣٧٥هـ)، تحقيق سيد محمد مهنا، دار الكتب العلمية، الطبعة الولى ١٣١٩هـ - ١٩٩٨م.

٢٠٠. **غريب الحديث**. لأبي سليمان حمد بن محمد الخطابي (ت٣٨٨)، تحقيق: د.عبدالكريم إبراهيم العزباوي، دار الفكر، دمشق، ١٤٠٢هـ.

٢٠١. **غريب الحديث**. لأبي عبيد القاسم بن سلام الهروي، تحقيق: د. محمد عبدالمعيد خان، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى ١٣٩٦هـ.

٢٠٢. **غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر**، تأليف: زين العابدين إبراهيم الشهير بابن نجيم المصري، شرح السيد أحمد بن محمد الحنفي الحموي، دار الكتب العلمية، الطبعة الاولى ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م.

٢٠٣. **الغنية**. للقاضي عياض بن موسى بن عياض السبتي المالكي(ت:٥٤٤هـ)،

تحقيق: ماهر زهير جرار، **الناشر**: دار الغرب الإسلامي ببيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٢هـ.

٢٠٤. **الفائق في غريب الحديث.** محمود بن عمر الزمخشري (ت٥٣٨هـ)، تحقيق: علي محمد البجاوي ومحمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعرفة، لبنان، بيروت.

٢٠٥. **الفتاوى الهندية ، في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان** ، تاليف : العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام الدين وجماعة من علماء الهند الأعلام ، تصحيح : الأستاذ سمير مصطفى رباب ، دار إحياء التراث العربي ، الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ ٢٠٠٢م.

٢٠٦. **فتح الباري شرح صحيح البخاري.** أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني، تحقيق: محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، سنة ١٣٧٩هـ.

٢٠٧. **فتح العزيز شرح الوجيز.** لأبي القاسم عبدالكريم بن محمد الرافعي (ت٦٢٣هـ)، دار الفكر.

٢٠٨. **الفتح المبين في طبقات الأصوليين** للشيخ عبدالله مصطفى المراغي، **الناشر**: المكتبة الأزهرية للتراث بالقاهرة، ١٤١٩هـ.

٢٠٩. **الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق** ، للإمام أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي المتوفى ٦٨٤هـ ، ومعه إدرار الشروق على أنواء الفروق للإمام أبي القاسم قاسم بن عبد الله بن الشاط المتوفى٧٢٣هـ ، وبحاشية الكتابين تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية ، للشيخ محمد بن علي بن حسين المكي المالكي ، ضبطه وصححه خليل المنصور ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ/١٩٩٨م .

٢١٠. **الفروق للكرابيسي** ، أسعد بن محمد بن الحسين النيسابوري الحنفي المتوفى ٥٧٠هـ ، تحقيق : الدكتور محمد طموم ، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ، الطبعة الأولى ١٤٠٢هـ /١٩٨٢م .

٢١١. **الفقه الإسلامي وأدلته**، تاليف: أ. د. وهبة الزحيلي، دار الفكر المعاصر، الطبعة العاشرة ١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م.

٢١٢. **الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي** لمحمد بن الحسن الحجوي الثعالبي (ت:١٣٧٦هـ)، **الناشر**: دار التراث، الطبعة الأولى، ١٣٩٦هـ.

٢١٣. **الفوائد البهية في تراجم الحنفية** للشيخ أبي الحسنات محمد عبدالحي بن محمد عبدالحليم اللكنوي (ت:١٣٠٤هـ)، **اعتنى به**: نعيم أشرف نور أحمد، **الناشر**: إدارة القرآن والعلوم الإسلامية بكراتشي، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.

٢١٤. **الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية شرح الفرائد البهية في نظم القواعد الفقهية (في الأشباه والنظائر على مذهب الشافعية)**، تأليف أبي الفيض محمد ياسين بن عيسى الفاداني المكي رحمه الله، دار الفكر، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ/١٩٩٧م.

٢١٥. **الفوائد الزينية في مذهب الحنفية**. زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي (ت٩٧٠هـ)، تقديم أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سليمان، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ذي الحجة ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

٢١٦. **فواتح الرحموت**. لعبدالعلي محمد بن نظام الدين الأنصاري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٣٢٢هـ، مطبوع مع المستصفى.

٢١٧. **فيض القدير شرح الجامع الصغير**. زين الدين محمد المدعو بعبدالرؤوف بن تاج العارفين بن علي المناوي (ت١٠٣١هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

٢١٨. **قاعدة الأمور بمقاصدها** دراسة نظرية وتأصيلية، للدكتور يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشد الرياض، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ/١٩٩٩م.

٢١٩. **قاعدة اليقين لا يزول بالشك دراسة نظرية تأصيلية وتطبيقية**، تأليف الدكتور: يعقوب الباحسين، مكتبة االرشد الرياض، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م

٢٢٠. **القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً**. سعدي أبو جيب، دار الفكر، سورية، دمشق،

الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

٢٢١. **القاموس المحيط** ، تأليف العلامة اللغوي مجد الدين محمد يعقوب الفيروزآبادي المتوفى ٨١٧هـ ، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الخامسة ١٤١٦هـ ١٩٩٦م .

٢٢٢. **قواطع الأدلة في الأصول**. أبي المظفر منصور بن محمد بن عبدالجبار السمعاني (ت٤٨٩هـ)، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

٢٢٣. **القواعد** ، تأليف : أبي عبد الله محمد بن محمد بن أحمد المقري المتوفي عام ٧٥٨هـ ، تحقيق ودراسة : أحمد بن عبد الله بن حميد ، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الاسلامي مكة المكرمة .

٢٢٤. **القواعد الصغرى (الفوائد في مختصر القواعد)**. العز بن عبدالسلام، تحقيق وتعليق: عادل أحمد عبدالموجود وعلي محمد معوض، مكتبة السنة، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

٢٢٥. **قواعد الفقه الإسلامي**. د. محمد الروكي، دار القلم، دمشق، مجمع الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.

٢٢٦. **قواعد الفقه**. محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، الصدف ببلشرز، كراتشي، سنة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م.

٢٢٧. **القواعد الفقهية الخمس الكبرى والقواعد المندرجة تحتها، جمعاً ودراسة من مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية**. د. إسماعيل بن حسن بن محمد علوان، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.

٢٢٨. **القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها**. أ.د. صالح بن غانم السدلان، دار بلنسية للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ.

٢٢٩. **القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين**. إعداد أبي عبدالرحمن

عبدالمجيد جمعة الجزائري، تقديم بكر عبدالله أبو زيد، دار ابن القيم، ودار ابن عفان، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ.

٢٣٠. **القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصبحي،** تاليف الدكتور : حسن زقور ، دار التراث – دار ابن حزم ، الطبعة الأولى ١٤٢٦هـ ٢٠٠٥م .

٢٣١. **القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه.** د. محمد بكر إسماعيل، دار المنار، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.

٢٣٢. **القواعد الفقهية للدعاوى القضائية وتطبيقاتها في النظام القضائي.** د. حسين عبدالعزيز آل الشيخ، دار التوحيد للنشر، الرياض، ١٤٢٠هـ.

٢٣٣. **القواعد الفقهية مفهومها نشأتها تطورها دراسة مؤلفاتها أدلتها مهماتها تطبيقاتها ،** تاليف : علي أحمد الندوي ، قدم لها العلامة الجليل الفقيه مصطفى الزرقا ، دار القلم ، الطبعة الرابع ١٤١٨هـ/ ١٩٩٨م .

٢٣٤. **القواعد الفقهية من خلال كتاب المغني لابن قدامة.** د. عبدالواحد الإدريسي، دار ابن القيم ودار ابن عفان، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

٢٣٥. **القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة.** د. محمد الزحيلي، دار الفكر، الطبعة الأولى ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.

٢٣٦. **القواعد الفقهية.** د. عبدالعزيز محمد عزام، دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.

٢٣٧. **القواعد الفقهية.** للشيخ عبدالرحمن بن ناصر السعدي. تحقيق ودراسة أ.د. سليمان بن عبدالله بن حمود أبا الخيل، لم تذكر تفاصيل الطباعة.

٢٣٨. **القواعد الفقهية، المبادئ، المقومات، المصادر، الدليلية، التطوير.** دراسة نظرية تحليلية تأصيلية تأريخية، د. يعقوب بن عبدالوهاب الباحسين، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الرياض، الطبعة الرابعة ١٤٢٥هـ -

٢٠٠٤م.

٢٣٩. **القواعـد الكـبرى الموسـوم بقواعـد الأحكـام في إصـلاح الأنـام** ، تـاليف شـيخ الإسلام: عز الدين عبدالعزيز بن عبد السلام المتوفي ٦٦٠هـ ، تحقيق : الدكتور نزيه كمال حماد – الدكتور عثمان جمعه ضميرية ، دار القلم ، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ ٢٠٠٠م.

٢٤٠. **القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية.** أ.د. محمد عثمان شبير، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٦م.

٢٤١. **القواعد المشتركة بين أصول الفقه والقواعد الفقهية.** رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراة، إعداد: سليمان بن سليم الله الرحيلي، إشراف د. عمر بن عبدالعزيز بن محمد، ١٤١٥هـ.

٢٤٢. **قواعد المصلحة والمفسدة عند شهاب الدين القرافي من خلال كتابه:** الفروق، قندوز محمد الماحي، دار ابن حزم، الطبعة الولى ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.

٢٤٣. **القواعد النورانية الفقهية** ، تأليف : شيخ الإسلام ابن تيمية ٦٦١-٧٢٨هـ ، تحقيق : د. أحمد بن محمد الخليل ، دار ابن الجوزي ، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ .

٢٤٤. **القواعد في الفقه الإسلامي** ، للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، دار الجيل ، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨ م .

٢٤٥. **القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة النافعة** ، تاليف الشيخ: عبد الرحمن بن ناصر السعدي المتوفى ١٣٧٦هـ ، تعليق الشيخ : محمد بن صالح العثيمين المتوفى ١٤٢١هـ ، عناية : أيمن بن عارف الدمشقي – صبحي محمد رمضان ، مكتبة السنة ، الطبعة الأولى بدون تاريخ .

٢٤٦. **القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة النافعة.** عبدالرحمن بن ناصر السعدي، تحقيق: أ.د. خالد المشيقح، دار الوطن للنشر، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.

٢٤٧. **القواعد والضوابط الفقهية القرافية.** د. عادل عبدالقادر محمد ولي قوته، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

٢٤٨. **القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة.** إعداد محمد بن عبدالله بن عابد الصواط، تقريظ د. أحمد بن عبدالله بن حميد، دار البيان الحديثة، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.

٢٤٩. **القواعد والضوابط الفقهية عند شيخ الإسلام ابن تيمية في كتابي (الطهارة والصلاة).** بحث مقدم للحصول على درجة الماجستير، إعداد ناصر بن عبدالله بن عبدالعزيز الميمان، إشراف د. أحمد بن عبدالله بن حميد، ١٤١٣هـ.

٢٥٠. **القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي.** د. محمد بن أحمد الجابر الهاجري، كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الطبعة الولى ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.

٢٥١. **القواعد والضوابط الفقهية في المغني من كتاب النكاح إلى آخر كتاب النفقات.** رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه، إعداد: سمير بن عبدالعزيز بن أحمد آل عبدالعظيم، إشراف د. عمر بن محمد السبيل، ١٤١٧هـ.

٢٥٢. **القواعد والضوابط الفقهية في كتاب الأم.** عبدالوهاب بن أحمد خليل بن عبدالحميد، دار التدمرية، الطبعة الأولى ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.

٢٥٣. **القواعد والضوابط الفقهية في كتاب المغني لابن قدامة من أول كتاب الحدود إلى نهاية الجزية.** رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراة في الفقه، إعداد الطالب محمد بن عبدالرحمن بن عبدالعزيز السعدان، إشراف أ.د. محمد محمد عبدالحي، ١٤٢٠هـ.

٢٥٤. **القواعد والضوابط الفقهية في كتاب المغني لابن قدامة، من كتاب القضاء إلى نهاية كتاب الدعاوى والبينات.** رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه، إعداد الطالب عبدالمجيد بن محمد بن عبدالله السبيل، إشراف د. عبدالله بن مصلح الشمالي، ١٤٢٤هـ.

٢٥٥. **القواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية.** عبدالسلام بن

إبراهيم بن محمد الحصين، دار التأصيل، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.

٢٥٦. **القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام.** د. إبراهيم محمد الحريري، دار عمار للنشر والتوزيع، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.

٢٥٧. **القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير.** للحصيري، علي أحمد الندوي، مطبعة المدني، الطبعة الأولى ١٤١١هـ - ١٩٩١م.

٢٥٨. **القواعد والفوائد الأصولية.** لأبي الحسن علاء الدين ابن اللحام علي بن عباس البعلي الحنبلي (ت٨٠٣هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

٢٥٩. **قواعد وضوابط التيسير في الشريعة.** رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، إعداد الطالب عبدالرحمن بن صالح بن إبراهيم العبداللطيف، إشراف د. أحمد بن محمود عبدالوهاب، ١٤١٥هـ.

٢٦٠. **القوانين الفقهية.** لأبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، ضبط وتصحيح: محمد أمين الضناوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.

٢٦١. **القوانين الفقهية.** لأبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي، ضبط وتصحيح: محمد أمين الضناوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.

٢٦٢. **القول المفيد على كتاب التوحيد.** محمد بن صالح بن عثيمين، خرج أحاديثه أحمد علي خلف، دار البصيرة، ٢٠٠٣م.

٢٦٣. **الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل.** عبدالله بن قدامة المقدسي، المكتب الإسلامي، بيروت.

٢٦٤. **الكامل في ضعفاء الرجال.** لأبي أحمد عبدالله بن عدي الجرجاني (٣٦٥هـ).

٢٦٥. **كتاب الأصل المعروف بالمبسوط.** لأبي عبدالله محمد بن الحسن الشيباني

(ت١٨٩هـ)، تصحيح وتعليق أبي الوفاء الأفغاني، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية.

٢٦٦. **كتاب الخراج** . للقاضي أبي يوسف يعقوب بن ابراهيم صاحب الإمام أبي حنيفة المتوفى ١٨٣هـ . دار المعرفة ، طبع عام ١٣٩٩هـ /١٩٧٩م .

٢٦٧. **كتاب العين**. لأبي عبدالرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي (ت١٩٥هـ)، طبعة جديدة فنية مصححة ومرتبة وفقاً للترتيب الألفبائي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.

٢٦٨. **كتاب القواعد** تاليف أبي بكر بن محمد بن عبد المؤمن المعروف بتقي الدين الحصني المتوفى سنة ٨٢٩هـ ، تحقيق ودراسة : د. عبد الرحمن بن عبد الله الشعلان ، مكتبة الرشد ، الطبعة الاولى ١٤١٨هـ / ١٩٩٧ م .

٢٦٩. **كتاب تأسيس النظر**. تأليف أبي زيد عبيد الله بن عمر بن عيسى الدبوسي الحنفي، ويليه (رساله) أبي الحسن الكرخي ، الناشر مكتبه الخانجي بالقاهره ، الطبعه الثانية ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م.

٢٧٠. **كتاب كشاف اصطلاحات الفنون** ، تأليف : المولوي محمد بن علي بن علي التهانوي ، دار صادر ، بدون رقم أو تاريخ الطباعة .

٢٧١. **كشاف القناع عن متن الإقناع**. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، تحقيق: هلال مصيلحي ومصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ.

٢٧٢. **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي**. علاء الدين عبدالعزيز أحمد البخاري، وضع حواشيه عبدالله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

٢٧٣. **كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون**. مصطفى بن عبدالله القسطنطيني الرومي الحنفي، دار الفكر، ١٤٢٠هـ - ١٩٨٢م.

٢٧٤. **الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية** ، أبي البقاء أيوب بن موسى

الحسيني الكوفي المتوفى ١٠٤٩هـ ، قابله على نسخته الخطية واعده للطبع ووضح فهارسه : د. عدنان درويش – محمد المصري ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الثانية ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م .

٢٧٥. **الكواكب السائرة بأعيان المائة العاشرة** لنجم الدين محمد بن محمد الغزي الدمشقي (ت:١٠٦١هـ)، **تحقيق**: الدكتور جبرائيل جبور، **الناشر**: دار الآفاق الجديدة، الطبعة الثانية، ١٩٧٩م.

٢٧٦. **لسان العرب** ، لابن منظور ، دار صادر ، الطبعة الثانية ٢٠٠٣م .

٢٧٧. **لسان الميزان** للحافظ أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني (ت:٨٥٢هـ)، اعتنى به عبدالفتاح أبو غدة، **الناشر**: مكتب المطبوعات الإسلامية بحلب، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.

٢٧٨. **الماتريدية دراسة وتقويماً**. أحمد الحربي، دار الصميعي، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤٢١هـ.

٢٧٩. **المبدع شرح المقنع**. إبراهيم بن محمد بن عبدالله بن محمد بن مفلح أبو إسحاق برهان الدين (ت٨٨٤هـ)، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.

٢٨٠. **المبسوط**. لشمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، دراسة وتحقيق: خليل محي الدين الميس، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

٢٨١. **المجتبى من السنن (سنن النسائي)**. أحمد بن شعيب أبو عبدالرحمن النسائي، تحقيق: عبدالفتاح أبو غدة، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

٢٨٢. **مجلة الأحكام الشرعية**. أحمد بن عبدالله القاري، دراسة وتحقيق د. عبدالوهاب إبراهيم أبو سليمان، ود. محمد إبراهيم أحمد علي، الناشر تهامة، المملكة العربية السعودية، جدة، الطبعة الأولى ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.

٢٨٣. **مجلة البحوث الإسلامية.** مجلة دورية تصدر عن رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، الرياض.

٢٨٤. **مجلة العدل.** مجلة فصلية علمية محكمة تعنى بشؤون الفقه والقضاء، تصدر عن وزارة العدل في المملكة العربية السعودية.

٢٨٥. **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر.** عبدالرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي المدعو بشيخي زاده (ت١٠٧٨هـ)، خرج آياته وأحاديثه خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، سنة النشر ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.

٢٨٦. **المجموع المذهب في قواعد المذهب** ، للحافظ صلاح الدين خليل كيكلدي العلائي الشافعي ٦٩٤-٧٦١هـ ، دراسة وتحقيق : د. مجيد علي العبيدي – د.أحمد خضير عباس ، دار عمار – المكتبة المكية ،طبع عام ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م

٢٨٧. **المجموع شرح المهذب.** لأبي زكريا محي الدين بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ).

٢٨٨. **مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية.** جمع وترتيب: عبدالرحمن بن محمد بن قاسم، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، ١٤١٥هـ.

٢٨٩. **مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد الفقهية.** صالح بن محمد بن حسن الأسمري، اعتنى بإخراجها متعب بن مسعود الجعيدي، دار الصميعي، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.

٢٩٠. مجموعة رسائل ابن عابدين. **للسيد محمد أمين أفندي الشهير بابن عابدين، دار إحياء التراث.**

٢٩١. **المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز.** أبو محمد عبدالحق بن غالب بن عطية الأندلسي، تحقيق: عبدالسلام عبدالشافي محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

٢٩٢. **المحصول في علم أصول الفقه.** فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي

(ت٦٠٦هـ)، تحقيق د. طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

٢٩٣. **المحلى**. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (ت٤٥٦هـ)، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

٢٩٤. **مختار الصحاح** ، تاليف زين الدين محمد أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، دار السلام ، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ ٢٠٠٧م .

٢٩٥. **مختصر إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**. محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

٢٩٦. **مختصر الكامل في الضعفاء وعلل الحديث** للعلامة تقي الدين أحمد بن علي المقريزي (ت:٨٤٥هـ)، **تحقيق**: أيمن بن عارف الدمشقي، **الناشر**: مكتبة السنة بالقاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.

٢٩٧. **مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي** ، تأليف : أبي الثناء نور الدين محمود بن أحمد الحموي الفيومي الأصل المعروف بابن خطيب الدهشة ، تحقيق : الدكتور الشيخ مصطفى محمود البنجويني ، طبع عام ١٩٨٤م .

٢٩٨. **المخصص**. لأبي الحسن علي بن إسماعيل المعروف بابن سيده، تحقيق: خليل إبراهيم جفال، دار النشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.

٢٩٩. **المدخل الفقهي العام**. مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.

٣٠٠. **المدونة الكبرى**. مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت١٧٩هـ)، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٣٠١. **المستدرك على الصحيحين**. محمد بن عبدالله أبو عبدالله الحاكم النيسابوري، تحقيق: مصطفى عبدالقادر عطا، ومعه تعليقات الذهبي في التلخيص، دار الكتب

العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.

٣٠٢. **المستصفى من علم الأصول.** للإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، ومعه كتاب فواتح الرحموت للعلامة عبدالعلي محمد بن ناظر الدين الأنصاري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٣٢٢هـ.

٣٠٣. **مسند أبي يعلى.** أحمد بن علي بن المثنى أبو يعلى الموصلي التميمي، تحقيق: حسين سليم أسد، دار المأمون للتراث، دمشق، الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

٣٠٤. **مسند الإمام أحمد بن حنبل.** للإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرناؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.

٣٠٥. **مشاهير علماء نجد** لعبدالرحمن بن عبداللطيف آل الشيخ، **الناشر**: دار حرش للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ١٣٩٤هـ.

٣٠٦. **المشقة تجلب التيسير.** أ.د. صالح بن سليمان بن محمد اليوسف، المطابع الأهلية للأوفست، الرياض، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

٣٠٧. **المصباح المنير** ، تاليف : العالم العلامة احمد بن محمد بن علي الفيومي المقري ، اعتنى به الأستاذ : يوسف الشيخ محمد ، المكتبة العصرية ، الطبعة الثانية ١٤١٨هـ/١٩٩٧م .

٣٠٨. **مصنف عبدالرزاق.** لأبي بكر عبدالرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ.

٣٠٩. **المصنف في الأحاديث والآثار.** لأبي بكر عبدالله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ.

٣١٠. **المطلع على ألفاظ المقنع** ، تأليف الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي الفتح البعلي ٦٤٥-٧٠٩هـ ، حققه وعلق عليه : محمود الأرناؤوط – ياسين محمود الخطيب ، مكتبة السوادي للتوزيع ، الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ ٢٠٠٣م .

٣١١. **معالم السنن وهو شرح سنن أبي داود.** لأبي سليمان أحمد بن محمد الخطابي البستي

(ت٢٨٨هـ)، المطبعة العلمية، حلب، الطبعة الأولى ١٣٥١هـ - ١٩٣٢م.

٣١٢. **المعجم الأوسط**. أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد وعبدالمحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين، القاهرة ١٤١٥هـ.

٣١٣. **معجم البلدان**. ياقوت بن عبدالله الحموي، دار الفكر، بيروت.

٣١٤. **معجم المؤلفين** لعمر رضا كحالة (ت:١٤٠٨هـ)، **الناشر**: مؤسسة الرسالة ببيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.

٣١٥. **المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم**. محمد فؤاد عبدالباقي، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.

٣١٦. **المعجم الوسيط**. لإبراهيم مصطفى وأحمد الزيات وحامد عبدالقادر ومحمد النجار، تحقيق: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة.

٣١٧. **معجم لغة الفقهاء**. لقلعجي وقنيبي، دار النفائس، بيروت، الطبعة الأولى ١٩٨٥م.

٣١٨. **معجم مقاليد العلوم في الحدود والرسوم**. أبو الفضل عبدالرحمن جلال الدين السيوطي، تحقيق: أ.د. محمد إبراهيم عبادة، مكتبة الآداب، مصر، القاهرة، الطبعة الأولى سنة ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.

٣١٩. **معجم مقاييس اللغة** ، لأبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا المتوفى ٣٩٥هـ ، دار إحياء التراث العربي ، الطبعة الاولى ١٤٢٢هـ ٢٠٠١ م .

٣٢٠. **معرفة السنن والآثار**. أحمد بن الحسين البيهقي، تحقيق: عبدالمعطي أمين قلعجي، جامعة الدراسات الإسلامية، دار الوعي ودار قتيبة، البلد: كراتشي بباكستان وحلب ودمشق، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.

٣٢١. **المغرب في ترتيب المعرب**. لأبي الفتح ناصر بن عبدالسيد بن علي المطرزي (ت٦١٦)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٣٢٢. **مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج**. محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر،

بيروت.

٣٢٣. **المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني.** عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ.

٣٢٤. **مفاتيح الغيب.** محمد بن عمر المعروف بفخر الدين الرازي، دار إحياء التراث، بيروت.

٣٢٥. **المقاصد الشرعية، تعريفها، أمثلتها، حجيتها.** د. نور الدين محمد الخادمي، دار إشبيليا، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

٣٢٦. **المقصد الأرشد في ذكر أصحاب أحمد.** إبراهيم بن محمد بن مفلح، تحقيق: د: عبدالرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة الرشد في الرياض، ط الأولى ١٤١٠هـ.

٣٢٧. **الممتع في القواعد الفقهية.** د. مسلم بن محمد بن ماجد الدوسري، دار زدني للطبع والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.

٣٢٨. **المنة الكبرى.** شرح وتخريج السنن الصغرى للبيهقي، لمحمد ضياء الرحمن الأعظمي، الناشر: مكتبة الرشد، الرياض، سنة ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.

٣٢٩. **المنثور في القواعد فقه شافعي** ، تأليف : أبي عبد الله بن بدر الدين بن محمد بهادر بن عبد الله الشافعي المعروف بالزركشي المتوفى ٧٤٩هـ ، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م .

٣٣٠. **المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج.** أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية ١٣٩٢هـ.

٣٣١. **المنهج إلى المنهج إلى أصول المذهب المبرج مع شرح التكميل.** الشيخ محمد الأمين بن أحمد بن زيدان الجكني (الشنقيطي) تحقيق: الحسين بن عبدالرحمن بن محمد الأمين الشنقيطي، دار الكتاب المصري، القاهرة، ودار الكتاب اللبناني، بيروت.

٣٣٢. **المهذب في فقه الإمام الشافعي.** إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، أبو إسحاق، دار الفكر، بيروت.

٣٣٣. **الموافقات في أصول الشريعة.** لأبي إسحاق الشاطبي وهو إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي (ت٧٩٠)، دار المعرفة، بيروت، لبنان، وعليه تعليق لعبدالله دراز.

٣٣٤. **مواهب الجليل شرح مختصر خليل.** للحطاب. دار الفكر، الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ.

٣٣٥. **الموسوعة الفقهية الكويتية.** وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت.

٣٣٦. **الموسوعة الفقهية الميسرة.** د. محمد روّاس قلعة جي، دار النفائس، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

٣٣٧. **موسوعة القواعد الفقهية المنظمة للمعاملات المالية الإسلامية ودورها في توجيه النظم المعاصرة.** عطية عدلان عطية رمضان، إشراف د. سعيد أبو الفتوح البسيوني، دار الإيمان للطبع والنشر، بدون رقم وتاريخ الطبعة.

٣٣٨. **موسوعة القواعد الفقهية.** د. محمد صدقي أحمد البورنو، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

٣٣٩. **الموسوعة الميسرة في الأديان والمذاهب والأحزاب المعاصرة.** دار الندوة العالمية للطباعة والنشر، الطبعة الخامسة، ١٤٢٤هـ، إشراف د. مانع الجهني.

٣٤٠. **الموطأ.** الإمام مالك بن أنس، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

٣٤١. **ميزان الاعتدال في نقد الرجال.** شمس الدين أبو عبدالله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي (ت٧٤٨هـ)، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبدالموجود، دار النشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٥م.

٣٤٢. **النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة** لجمال الدين أبي المحاسن يوسف بن تغري بردي (ت:٨٧٤هـ)، **الناشر**: دار الكتب المصرية القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣٥٧هـ.

٣٤٣. **نزهة الأعين النواظر في علم الوجوه والنظائر.** جمال الدين أبي الفرج عبدالرحمن بن الجوزي، تحقيق: محمد عبدالكريم كاظم الراضي، مؤسسة الرسالة، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

٣٤٤. **نزهة الألباء في طبقات الأدباء** لأبي البركات كمال الدين عبدالرحمن بن محمد ابن الأنباري (ت:٥٧٧هـ)، **تحقيق**: الدكتور إبراهيم السامرائي، **الناشر**: مكتبة المنار بالأردن، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ.

٣٤٥. **نزهة النواظر على الأشباه والنظائر.** لمحمد أمين بن عمر المعروف بابن عابدين (ت١٢٥٢هـ)، مطبوع حاشية على الأشباه والنظائر لابن نجيم، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

٣٤٦. **نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي.** جمال الدين أبو محمد عبدالله بن يوسف بن محمد الزيلعي (ت٧٦٢هـ)، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ودار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

٣٤٧. **نظرية الضرورة الشرعية.** د. وهبة الزحيلي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الخامسة ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

٣٤٨. **النكت والعيون.** أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، تحقيق: السيد عبدالمقصود بن عبدالرحيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٣٤٩. **النهاية في غريب الحديث والأثر.** أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناجي، المكتبة العلمية، بيروت، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

٣٥٠. **نيل الابتهاج بتطريز الديباج** لأحمد بابا التنبكتي (ت:١٠٣٦هـ)، **اعتنى به**: الدكتور عبدالحميد الهرامة، **الناشر**: دار الكاتب بطرابلس الغرب، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠م.

٣٥١. **الوافي بالوفيات** لصلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي (ت:٧٦٤هـ)، **تحقيق**: جماعة من المستشرقين الألمان، **الناشر**: دار صادر بيروت، ١٩٦٢م.

٣٥٢. **وجيز الكلام في الذيل على دول الإسلام** لشمس الدين محمد بن عبدالرحمن السخاوي (ت:٩٠٢هـ)، **تحقيق**: الدكتور بشار عواد، **الناشر**: مؤسسة الرسالة ببيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ.

٣٥٣. **الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية**، تأليف : الشيخ الدكتور محمد صدقي بن أحمد بن محمد البورنو ابي الحارث الغزي ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الرابعة ١٤١٦هـ ١٩٩٦م .

٣٥٤. **الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، د.** عبدالكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

٣٥٥. **وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان.** شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
المقدمة	٢
أهمية الموضوع وأسباب اختياره.	٣
أهداف الموضوع.	٥
الدراسات السابقة.	٦
خطة البحث.	١٣
منهج البحث.	٢١
التمهيد، وفيه مبحثان:	٣٨
المبحث الأول: التعريف بالكتاب والمؤلف،	٣٩
المطلب الأول: التعريف بالمؤلف.	٤٠
المطلب الثاني: التعريف بالكتاب.	٤٩
المبحث الثاني: جهود الحنفية في علم القواعد الفقهية ومكانة الكاساني في هذا الفن	٣٩
المطلب الأول: جهود الحنفية في علم القواعد الفقهية.	٤٠
المطلب الثاني: مكانة الكاساني في هذا الفن.	٤٨
الفصل الأول: القواعد المتحدة الموضوع، وفيه واحد وعشرون مبحثاً.	٥٠
المبحث الأول: قواعد في النيات والمقاصد.	٥١
المطلب الأول: قاعدة "العبرة في العقود لمعانيها لا لصور الألفاظ".	٥٢
المطلب الثاني: قاعدة "الوسيلة إلى الحرام حرام".	٦٢
المطلب الثالث: قاعدة "اليمين مما لا تجري فيه النيابة".	٦٨

المبحث الثاني: قواعد في اليقين والشك.....٧٤
المطلب الأول: قاعدة " الثابت بيقين لا يزول بالشك". ٧٥
المطلب الثاني: قاعدة "غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك". ٨٨
المطلب الثالث: قاعدة "اعتبار الحقائق هو الأصل".....٩٥
المطلب الرابع: قاعدة "الأصل في الأبضاع الحرمة والخطر".....١٠١
المطلب الخامس: قاعدة "اعتبار الغالب وإلحاق المغلوب بالعدم هو الأصل في أحكام الشرع".....١٠٧
المطلب السادس: قاعدة "الظاهر بقاء ما كان على ما كان".....١١١
المطلب السابع: قاعدة "الأصل في بني آدم الحرية". ١١٨
المبحث الثالث: قواعد في التيسير ورفع الحرج ١٢١
المطلب الأول: قاعدة "قد يجعل المعدوم حقيقة موجود تقديراً عند تحقق الحاجة والضرورة".....١٢٢
المطلب الثاني: قاعدة "الحرج إنما يؤثر في حقوق الله عز وجل بالإسقاط لا في حقوق العباد". ١٢٩
المطلب الثالث: قاعدة "الحرمات قد يسقط اعتبارها لمكان الضرورة".١٣٤
المطلب الرابع: قاعدة "الثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة"..١٣٩
المبحث الرابع: قواعد في دفع الضرر ١٤٣
المطلب الأول: قاعدة "اليد دليل الملك".....١٤٤
المطلب الثاني: قاعدة "دفع الضرر بالضرر متناقض". ١٥٠
المطلب الثالث: قاعدة "المبتلى ببليتين يختار أهونهما". ١٥٥
المطلب الرابع: قاعدة "الضرر منفي".....١٦٢
المطلب الخامس: قاعدة "لا ضرر ولا إضرار في الإسلام".....١٦٨

المطلب السادس: قاعدة "الضرر واجب الدفع ما أمكن".....١٧٥
المطلب السابع: قاعدة "من قضى عن غيره مضطراً من مال نفسه لا يكون متبرعاً ويرجع عليه". ١٧٩
المطلب الثامن: قاعدة "ليس لعرقٍ ظالم حق".....١٨٣
المبحث الخامس: قواعد في العرف ١٨٧
المطلب الأول: قاعدة "المعروف كالمشروط".....١٨٨
المطلب الثاني: قاعدة "العرف قاضٍ على الوضع". ١٩٤
المطلب الثالث: قاعدة "إذا كانت الإشارة مفهومة قامت الإشارة مقام العبارة". ٢٠٢
المطلب الرابع: قاعدة "المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة كما يتقيد نصاً". ٢١١
المطلب الخامس: قاعدة "عرف المسلمين وعاداتهم حجة مطلقة". ...٢١٨
المطلب السادس: قاعدة "مبنى الأيمان على العرف ذكراً وتسمية". ...٢٢٧
المطلب السابع: قاعدة "الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر". .٢٣٣
المبحث السادس: قواعد في الأحكام الشرعية. ٢٣٨
المطلب الأول: قاعدة "ما اجتمع الحلال والحرام في شيء إلا وقد غلب الحرام الحلال". ٢٤٠
المطلب الثاني:قاعدة "المباح يملك بالاستيلاء إذا لم يكن مملوكاً لغيره". ٢٥٠
المطلب الثالث: قاعدة "اختلاف السبب يوجب اختلاف الحكم". ...٢٥٩
المبحث السابع: قواعد في التبع والمتبوع ٢٦٦
المطلب الأول: قاعدة: "حكم التبع حكم الأصل". ٢٦٧

المطلب الثاني: قاعدة "كل من ملك التجارة يملك ما هو من توابعها". ٢٧٤
المطلب الثالث: قاعدة "الشيء قد يثبت ضمناً لغيره وإن كان لا
يثبت مقصوداً".....٢٨٠
المطلب الرابع: قاعدة "براءة الأصيل توجب براءة الكفيل". ٢٨٨
المطلب الخامس: قاعدة "الشيء يستتبع ما هو دونه ولا يستتبع ما هو فوقه
أو مثله".....٢٩٥
المبحث الثامن: قواعد في التصرفات ٣٠١
المطلب الأول: قاعدة "أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد
ما أمكن".....٣٠٢
المطلب الثاني: قاعدة "تصرف العاقل محمول على الوجه الأحسن
ما أمكن".....٣١١
المطلب الثالث: قاعدة "الأصل أن يكون تصرف الإنسان لنفسه
لا لغيره".....٣٢١
المطلب الرابع: قاعدة "التصرف الشرعي لا وجود له بدون الأهلية"...٣٢٦
المطلب الخامس: قاعدة "اللعب إذا تعلقت به عاقبة حميدة لا يكون
حراماً ". ٣٣٣
المبحث التاسع: قواعد في البدل والمبدل ٣٤٢
المطلب الأول:قاعدة "بدل الشيء يقوم مقامه كأنه هو". ٣٤٣
المطلب الثاني: قاعدة "الوارث يقوم مقام المورث فيما ورثه".....٣٤٩
المطلب الثالث: قاعدة "مبنى المعاوضة على المساواة ". ٣٥٣
المطلب الرابع:قاعدة "الرسول قائم مقام المرسل".....٣٥٩
المطلب الخامس: قاعدة "القبضان إذا تجانسا ناب أحدهما عن الآخر وإذا

اختلفا ناب الأعلى عن الأدنى". ٣٦٤
المطلب السادس: قاعدة "القدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف". ..٣٧٠
المبحث العاشر: قواعد في إعمال الكلام وإهماله ٣٧٦
المطلب الأول: قاعدة "اختلاف الأسامي دليل اختلاف المعاني
في الأصل". ٣٧٧
المطلب الثاني: قاعدة "الدلالة لا تعتبر إذا وجد الصريح ". ٣٨١
المطلب الثالث: قاعدة "ذكر بعض ما لا يتجزأ شرعاً ذكر لكله". ٣٨٧
المطلب الرابع:قاعدة "المطلق يجرى على إطلاقه إلا لدليل". ٣٩٠
المبحث الحادي عشر: قواعد في الضمان ٣٩٧
المطلب الأول: قاعدة "الأجرة مع الضمان لا يجتمعان".....٣٩٨
المطلب الثاني: قاعدة "كل غار ضامن للمغرور بما لحقه من العهدة"....٤٠٦
المطلب الثالث: قاعدة "الخراج بالضمان". ٤١٥
المطلب الرابع: قاعدة "ما هلك بما هو مأذون فيه لا ضمان عليه فيه". ..٤٢٩
المطلب الخامس: قاعدة "المضمونات تملك بالضمان". ٤٣٨
المطلب السادس: قاعدة "من اضطر إلى مال الغير في مخمصة كان له أن
يتناوله بالضمان". ٤٤٦
المطلب السابع: قاعدة "على اليد ما أخذت حتى ترده".....٤٥٠
المطلب الثامن: قاعدة "جرح العجماء جبار ".....٤٥٧
المطلب التاسع: قاعدة "إتلاف مال مملوك للغير بغير إذنه
يوجب الضمان ". ٤٦٤
المبحث الثاني عشر: قواعد في الحقوق ٤٧١
المطلب الأول: قاعدة "الحقوق تتعلق بالعاقد". ٤٧٢

المطلب الثاني: قاعدة "الحق إذا ثبت لا يسقط إلا بالإسقاط".....٤٨١
المطلب الثالث: قاعدة "الإقالة فسخ مطلق في حق الكل ". ٤٩٠
المبحث الثالث عشر: قواعد في الإقرار والإنكار ٥٠١
المطلب الأول: قاعدة "اليمين في أصول الشرع على المنكر". ٥٠٢
المطلب الثاني: قاعدة "الإقرار حجة قاصرة". ٥١٤
المطلب الثالث: قاعدة "يجوز أن يصدق الإنسان في إقراره في حق نفسه ولا يصدق في حق غيره إذا تضمن إبطال حق الغير". ٥٢٥
المطلب الرابع: قاعدة "الإقرار إذا صح لا يحتمل الرجوع عنه".....٥٢٩
المبحث الرابع عشر: قواعد في من يؤخذ قوله عند الاختلاف ٥٤٠
المطلب الأول: قاعدة "القول قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه ولكن مع يمينه". ٥٤١
المطلب الثاني: قاعدة "القول قول المنكر عند عدم البينة مع يمينه".....٥٤٨
المطلب الثالث: قاعدة "الاختلاف متى وقع في تعيين نفس المقبوض فإن القول قول القابض". ٥٥٣
المبحث الخامس عشر: قواعد في البينات ٥٥٩
المطلب الأول: قاعدة "البينة المثبتة أولى". ٥٦٠
المطلب الثاني: قاعدة "البينة على المدعي".....٥٦٧
المطلب الثالث: قاعدة "البينة حجة من حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن".....٥٧٨
المطلب الرابع: قاعدة "يستدل بالحال على الماضي". ٥٨٣
المطلب الخامس: قاعدة "الشهادة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضي". ٥٩٠

المطلب السادس: قاعدة "الثابت بالبينة كالثابت حساً ومشاهدة". ٦٠٠
المطلب السابع: قاعدة "النكول بذل وإقرار". ٦٠٦
المبحث السادس عشر: قواعد في الشروط ٦١٧
المطلب الأول: قاعدة "الأصل في الشروط اعتبارها ما أمكن". ٦١٨
المطلب الثاني: قاعدة "المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط ". ٦٢٨
المبحث السابع عشر: قواعد في الأكثر والأقل ٦٣٧
المطلب الأول: قاعدة "للأكثر حكم الكل فيما بني على التوسعة في
أصول الشرع ". ٦٣٨
المطلب الثاني: قاعدة "كل شيء أفسده الحرام والغالب عليه الحلال فلا
بأس ببيعه ". ٦٤٨
المطلب الثالث: قاعدة "الكثير لا يكون تبعاً للقليل ". ٦٥٥
المبحث الثامن عشر: قواعد في الثبوت والسقوط.....٦٦٢
المطلب الأول: قاعدة "الثابت دلالة كالثابت نصاً ". ٦٦٣
المطلب الثاني: قاعدة "الإبراء إسقاط ". ٦٦٩
المطلب الثالث: قاعدة "الثابت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية ". ٦٨٢
المطلب الرابع: قاعدة "الساقط متلاش فلا يحتمل العود ". ٦٩٠
المبحث التاسع عشر: قواعد في العقود ٦٩٦
المطلب الأول: قاعدة "الدراهم والدنانير لا يحتملان التعيين شرعاً
في عقود المعاوضات ".....٦٩٧
المطلب الثاني: قاعدة "السلامة – في العقد – مشروطة دلالة فتكون
كالمشروطة نصاً". ٧٠٦
المطلب الثالث: قاعدة "المنافع لا تقوم إلا بالعقد ".....٧١٢

المطلب الرابع: قاعدة "جهالة المعقود عليه توجب فساد العقد ". ٧١٨
المبحث العشرون: قواعد في البيع ٧٢٥
المطلب الأول: قاعدة "المعدوم لا يحتمل البيع".....٧٢٦
المطلب الثاني: قاعدة "الثمن يقابل الأصل لا الصفة". ٧٣٣
المطلب الثالث: قاعدة "تفريق الصفقة قبل تمامها باطل ". ٧٤٠
المطلب الرابع: قاعدة "البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض ".....٧٤٨
المطلب الخامس: قاعدة "الأصل أن الربح إنما يستحق عندنا إما بالمال
وإما بالعمل وإما بالضمان ". ٧٥٧
المطلب السادس: قاعدة "كل ما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه ".....٧٦٢
المبحث الحادي والعشرون: قواعد الإجازة ٧٦٥
المطلب الأول: قاعدة "الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ". ٧٦٦
المطلب الثاني: قاعدة "الإجازة لا تلحق المعدوم ".....٧٧٤
الفصل الثاني: قواعد غير متحدة الموضوع.....٧٧٨
المبحث الأول: قاعدة "الشركة في الأعيان عيب ".....٧٧٩
المبحث الثاني:قاعدة "الملك في باب الهبة يقع بالقبض". ٧٨٨
المبحث الثالث: قاعدة "البقاء أسهل من الابتداء".....٧٩٨
المبحث الرابع: قاعدة "اختلاف الملك بمنزلة اختلاف العين ". ٨٠٥
المبحث الخامس: قاعدة "التقدير الشرعي يمنع من الزيادة عليه إلا بدليل ". ٨١٠
المبحث السادس: قاعدة "مبنى الوكالة على الخصوص ".....٨١٥
المبحث السابع: قاعدة "ما لا فائدة فيه يلغو ويلحق بالعدم ". ٨١٩
المبحث الثامن: قاعدة "المشغول بنفسه لا يشتغل بغيره ".....٨٢٣
الخاتمة ٨٢٨

ملحق فيه جميع القواعد التي تـم استخلاصـها مـن أول كتـاب الإجـارة حتـى آخـر كتاب الوقف والصدقة – الجزء المخصص لي دراسته – ممـا لم تـتم دراسـتها مـع إعطاء نبذة عن كل قاعدة..... ٨٣٠
الفهارس ٨٤٧
فهرس الآيات. ٨٤٨
فهرس الأحاديث. ٨٦٠
فهرس الآثار. ٨٦٨
فهرس الأشعار. ٨٧٠
فهرس الحدود والمصطلحات. ٨٧١
فهرس القواعد الفقهية..... ٨٨٢
فهرس المسائل الفقهية. ٩٠٠
فهرس الأعلام..... ٩٣٠
فهرس الفرق..... ٩٣٤
فهرس الأماكن والبلدان ٩٣٤
فهرس المصادر والمراجع. ٩٣٥
فهرس الموضوعات. ٩٧٥