إقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل العنوان:

إعمال الكلام أولى من إهماله وأثره في المعاملات المالية

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة إنما هي نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وإن هذه الرسالة ككل، أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل درجة أو لقب علمي أو بحثي لدى أية مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

DECLARATION

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has not been submitted elsewhere for any other degree or qualification

Student's name: اسم الطالب: **يسرى عمر العمور**

Signature: التوقيع:

Date: التاريخ: **١-١٢-٢٠١٢**

الجامعة الإسلامية-غزة
عمادة الدراسات العليا
كلية الشريعة والقانون
قسم/ أصول الفقه

إعمال الكلام أولى من إهماله
وأثره في المعاملات المالية

إعداد الطالبة:

يسرى عمر عبدالله العمور

إشراف فضيلة الأستاذ الدكتور:

ماهر حامد الحولي

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في أصول الفقه من كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة.

١٤٣٢هـ-٢٠١٢م.

بسم الله الرحمن الرحيم

الجامعة الإسلامية – غزة
The Islamic University - Gaza

عمادة الدراسات العليا
هاتف داخلي: 1150

الرقم Ref ...ج.س.غ/35/...
التاريخ Date 2012/10/06

نتيجة الحكم على أطروحة ماجستير

بناءً على موافقة عمادة الدراسات العليا بالجامعة الإسلامية بغزة على تشكيل لجنة الحكم على أطروحة الباحثة/ **يسرى عمر عبد الله العمور** لنيل درجة الماجستير في **كلية *الشريعة والقانون*/ قسم الفقه المقارن–أصول الفقه** وموضوعها:

إعمال الكلام أولى من إهماله وأثره في المعاملات المالية

وبعد المناقشة التي تمت اليوم السبت 20 ذو القعدة 1433هـ، الموافق 2012/10/06م الساعة الرابعة مساءً، اجتمعت لجنة الحكم على الأطروحة والمكونة من:

أ.د. ماهر حامد الحولي	مشرفًا ورئيسًا	.....
أ.د. مازن إسماعيل هنيّة	مناقشًا داخليًا	.....
د. رفيق أسعد رضوان	مناقشًا خارجيًا	.....

وبعد المداولة أوصت اللجنة بمنح الباحثة درجة الماجستير في **كلية *الشريعة والقانون*/قسم الفقه المقارن–أصول الفقه.**

واللجنة إذ تمنحها هذه الدرجة فإنها توصيها بتقوى الله ولزوم طاعته وأن تسخر علمها في خدمة دينها ووطنها.

والله ولي التوفيق ،،،

عميد الدراسات العليا

أ.د. فؤاد علي العاجز

P.O. Box 108, Rimal, Gaza, Palestine fax: +970 (8) 286 0800 فاكس Tel: +970 (8) 286 0700 ص.ب. 108 الرمال، غزة، فلسطين هاتف
public@iugaza.edu.ps www.iugaza.edu.ps

بسم الله الرحمن الرحيم

قَالَ تَعَالَىٰ:

﴿ مَّا يَلْفِظُ مِن قَوْلٍ إِلَّا لَدَيْهِ رَقِيبٌ عَتِيدٌ ﴾

سورة ،ق:١٨

شكر وتقدير

انطلاقاً من قوله تعالى: " **لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ** " أشكر الله- عزوجل- أولاً وآخراً، الذي هداني للدراسة في كلية الشريعة والقانون، وأرشدني إلى طريق الحق، ووفقني لمعرفة حلاله من حرامه، ومنَّ عليَّ بإتمام هذا العمل المتواضع مع رجائي أن يتقبله مني ويجعله خالصاً لوجهه الكريم.

وإيماناً بفضل الاعتراف بالجميل وتقديم الشكر والتقدير لأصحاب المعروف، أتقدم بوافر الشكر والعرفان إلى من كان عوناً لي في بحثي هذا، ونوراً يضيء الظلمة التي تقف أحياناً في طريقي وأخص بالذكر:

فضيلة الأستاذ الدكتور: **ماهر حامد الحولي** عميد شئون الطلبة

الذي شرفني بقبوله الإشراف على رسالتي، وقدم لي الأفكار والمعلومات، ولم يأل جهداً في خدمة هذا البحث متابعة، وتدقيقاً، رغم ضيق وقته، وكثرة أعبائه ومشاغله، أسأل الله- عزوجل- أن يجزيه عني خير الجزاء.

كما وأتقدم بجزيل الشكر ووافر الامتنان إلى أستاذيَّ الفاضلين عضوي المناقشة:-

فضيلة الأستاذ الدكتور: **مازن إسماعيل هنية** وزير العدل

وفضيلة الدكتور: **رفيق أسعد رضوان** عميد كلية الشريعة والقانون

على تفضلهما بقبول مناقشة هذا البحث وإثرائه بالنصائح والتوجيهات والآراء السديدة، وإخراج هذا البحث في أحسن صورة، والله أسأل أن يجزل لهم الثواب ويجعل عملهم هذا في ميزان حسناتهم.

كما وأتقدم بجزيل التقدير والعرفان إلى الشموع التي ذابت في كبرياء، لتنير كل خطوة في دربنا لتذلل لنا كل عائق يقف أمامنا، فكانوا رسلاً للعلم والأخلاق، أساتذة كلية الشريعة والقانون حفظهم الله جميعاً.

إهداء

إلى من كلت أنامله ليقدم لنا لحظة سعادة...إلى من حصد الأشواك عن دربنا ليمهد لنا طريق العلم...إلى صاحب القلب الطيب الكبير...والدي العزيز أمده الله بالصحة والعافية.....

إلى من أرضعتنا الحب والحنان...إلى رمز العطاء وبلسم الشفاء...إلى القلب الناصع بالبياض... والدتي الحبيبة أمد الله في عمرها.....

إلى القلوب الطاهرة الرقيقة، والنفوس الطيبة البريئة، إلى رياحين حياتي إخواني الأعزاء أبا عمر– أبا هشام– أبا محمد وأبنائهم.....

إلى روح من افتقدته منذ الصغر... إلى من يرتعش قلبي لذكره...إلى من رحل عنا في مقتبل العمر...أخي وحبيبي **هشام** جمعنا الله به في روضة من رياض الجنة.....

إلى أزهار النرجس التي تفيض حباً وعطراً ونقاء... إلى جسر المحبة والعطاء... والصدق والوفاء....أخواتي الغاليات.....

إليهم جميعاً أهدي رسالتي

المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، 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، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وأتباعه، وسلم تسليماً كثيراً أما بعد:

من المعلوم أن للكلام أهمية كبيرة في الحياة الإنسانية، فهو وسيلة للتواصل بين الناس، إذ بواسطته يعبر الإنسان عن أفكاره ومقاصده، فمقاصد الإنسان هي معيار صحة أفعاله، وعلى معرفتها تتوقف الكثير من الأحكام، فلما كانت خفية عنا بحيث لا يمكن الوقوف عليها، كان للكلام دور كبير في إبراز تلك المقاصد والتعبير عنها، فأضحى اللفظ دليلاً عليها، لذلك اهتم الفقهاء بهذه الألفاظ وأولوها الكثير من الاهتمام لا لذاتها، بل لما تحمله من مقاصد ومعانٍ، فأوجبوا إعمال كلام المكلف العاقل بترتيب آثاره عليه ما دام ذلك ممكناً، صيانة لكلامه عن الإلغاء والإهمال، وحماية للمقاصد التي قصدها المتكلم من كلامه من البطلان، الذي يجردها من آثارها ويجعلها لغواً.

لذلك كان لقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله دور كبير وأثر بارز في هذا المجال، لأنه يتم عن طريقها إعمال الكلام وبناء الأحكام الشرعية عليه، وبواسطتها يصان عن الإلغاء والإهمال.

أولاً: أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

١- تكمن أسباب اختياري للموضوع في أهميته، حيث تعتبر هذه القاعدة من أهم القواعد الأصولية الفقهية التي تهتم بتصحيح تصرفات المكلف القولية، وترتيب الأحكام عليها، لما يندرج تحتها العديد من القواعد التي ترسم كيفية إعمال كلام المكلف، وتصحيحه ما أمكن ذلك، طالما لم يكن مخالفاً للشرع.

٢- تعتبر هذه القاعدة أصولية، حيث تدخل في أهم مباحث الأصول-كالمطلق والمقيد،والعام والخاص، والحقيقة مع المجاز، والناسخ والمنسوخ، والمشترك مع القرينة، ودلالة الاقتضاء، والزيادة على النص،والتعارض والترجيح.

٣-من جانب آخر تعتبر هذه القاعدة فقهية حيث تدخل في أغلب أبواب الفقه التي تعتمد علي الالتزامات والعقود وما تشتمل عليه من الإيجاب والقبول، وما يدخل فيهما من الصريح والكناية والحقيقة والمجاز وما يتعذر إعماله يلغي.

٤- نظراً لدراستها من قبل الباحثين أصولياً ،حيث كتب فيها الشيخ مصطفى هرموش من ناحية أثرها في الأصول، دفعني ذلك للكتابة فيها من الجانب الفقهي، فالمجال لا يزال متسعاً للمزيد من الدراسات فيها ،لاسيما في مجال الدراسات التطبيقية مع ظهور الكثير من المعاملات المالية المستجدة، مما جعلني أتفاعل مع الموضوع باهتمام، حيث جمعت معلوماتي عن حقيقة هذه القاعدة، وأدلتها ،وأهميتها،

وتطبيقاتها الفقهية، والقواعد المندرجة تحتها، بعد أن اكتملت معلوماتي قصدت العزم على الكتابة فيها بإذن الله عزوجل.

ثانياً: الدراسات السابقة:

من خلال البحث والاستقراء المبني على المطالعة فيما كتبه الباحثون حول هذه القاعدة، ومن خلال تتبع أدلة الرسائل العلمية، تبين لي أن البحوث فيها كالتالي:

١- رسالة ماجستير بعنوان القاعدة الكلية إعمال الكلام أولى من إهمال وأثرها في الأصول، للباحث محمود مصطفي هرموش، حيث اقتصر على دراستها من ناحية أثرها في المسائل الأصولية كالمطلق والمقيد، والحقيقة والمجاز، والعام والخاص الخ...

بينما بحثي تناول دراستها نظرياً وتطبيقياً بشكلٍ عام، مقتصراً على أثرها في عقود المعاملات المالية القديمة والمعاصرة على وجه الخصوص، مبينة فروعها الفقهية في هذا المجال، وهو ما لم يتناوله هرموش خلال دراسته لهذه القاعدة.

٢- بحث قصير بعنوان إعمال الكلام أولى من إهماله، للباحث أحمد ياسين القرالة، حيث تناولها بالدراسة والتحليل بشكل مختصر.

ثالثاً/ الصعوبات التي واجهتني :

في الحقيقة واجهتني الكثير من الصعوبات أثناء إعداد هذه الرسالة أهمها ما يلي:

١- عدم توفر جميع المراجع والمصادر الورقية التي تتحدث عن علم القواعد الفقهية، والتي لها صلة بموضوع بحثنا، فلجأت إلى المكتبة الإلكترونية.

٢- انقطاع التيار الكهربائي لساعات طويلة مما شكل عائق أمامي في المطالعة وجمع المعلومات من خلال الكتب الإلكترونية، وعائق في طباعة هذا البحث، وإنجازه في وقته المحدد له.

رابعاً: خطة البحث :

خطتي مكونة من مقدمة وتمهيد وثلاثة فصول وخاتمة وهي كالتالي :

- **المقدمة :** وتشتمل على أهمية الموضوع وأسباب اختياره، والدراسات السابقة، والصعوبات التي واجهتني في إعداد الرسالة، وخطة البحث، ومنهجي في البحث.

الفصل التمهيدي

حقيقة القواعد

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: تعريف القواعد وأصلها

ويشتمل على ثلاثة مطالب :-

المطلب الأول : معنى القواعد في اللغة والاصطلاح

المطلب الثاني: الفرق بين القواعد الأصولية والفقهية

المطلب الثالث:أصل القواعد الأصولية والفقهية

المبحث الثاني: نشأة القواعد وأهميتها

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول:نشأة القواعد الأصولية والفقهية

المطلب الثاني: أهمية القواعد الأصولية والفقهية

الفصل الأول

إعمال الكلام أولى من إهماله

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول:حقيقة قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله وأصلها وشروط العمل بها

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: المعنى الإجمالي لقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

المطلب الثاني: أصل قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

المطلب الثالث: شروط إعمال الكلام

المبحث الثاني: أهمية قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله وتطبيقاتها الفقهية

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: أهمية قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

المطلب الثاني: تطبيقات قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

الفصل الثاني

القواعد المندرجة تحت قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

ويشتمل علي سبعة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة الأصل في الكلام الحقيقة

ويشتمل على أربعة مطالب:-

المطلب الأول: أصل القاعدة
المطلب الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة
المطلب الثالث:علاقة القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله
المطلب الرابع: تطبيقات القاعدة
المبحث الثاني:قاعدة إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز
ويشتمل على أربعة مطالب:-
المطلب الأول: أصل القاعدة
المطلب الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة
المطلب الثالث:علاقة القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله
المطلب الرابع: تطبيقات القاعدة
المبحث الثالث: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني
ويشتمل على أربعة مطالب:-
المطلب الأول: هل العبرة في العقود بصيغها أو بمعانيها؟
المطلب الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة
المطلب الثالث: علاقة القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله
المطلب الرابع: تطبيقات القاعدة
المبحث الرابع: ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله
ويشتمل على أربعة مطالب:-
المطلب الأول:أصل القاعدة
المطلب الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة
المطلب الثالث:علاقة القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله
المطلب الرابع: تطبيقات القاعدة
المبحث الخامس:التأسيس أولى من التأكيد
ويشتمل على ثلاثة مطالب:-
المطلب الأول: المعنى الإجمالي للقاعدة
المطلب الثاني: علاقة القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله
المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة
المبحث السادس:الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر
ويشتمل على ثلاثة مطالب:-
المطلب الأول: المعنى الإجمالي للقاعدة

المطلب الثاني: علاقة القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

المطلب الثالث:تطبيقات القاعدة

المبحث السابع: قاعدة إذا تعذر إعمال الكلام يهمل

ويشتمل على أربعة مطالب:-

المطلب الأول: المعنى الإجمالي للقاعدة

المطلب الثاني:علاقة القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة

الفصل الثالث

علاقة القاعدة بالمعاملات المالية

ويشتمل علي مبحثين:

المبحث الأول:أثر قاعدة إعمال الكلام أولي من إهماله في عقود المعاوضات المالية

ويشتمل علي مطلبين:

المطلب الأول : المعاوضات المالية العامة

المطلب الثاني : المعاوضات المالية المعاصرة

المبحث الثاني: أثر قاعدة إعمال الكلام أولي من إهماله في عقود التبرعات

ويشتمل على أربعة مطالب:-

المطلب الأول: أثر القاعدة في عقود العارية

المطلب الثاني:أثر القاعدة في عقود الهبة

المطلب الثالث:أثر القاعدة في عقود الوقف

المطلب الرابع: أثر القاعدة في عقود الوصية

الخاتمة: وتتضمن أهم نتائج البحث التي تم التوصل إليها، والتوصيات المقترحة، بالإضافة إلى الفهارس العامة.

خامساً: منهج البحث :

اتبعت المنهج الوصفي التحليلي وفق النقاط التالية:-

١- شرحت القاعدة شرحاً وافياً، شمل معناها الإجمالي، وأصلها، وشروط العمل بها، وأهميتها، وتطبيقاتها الفقهية.

٢- رتبت القواعد الفقهية السبع المندرجة تحتها على نمط يبين التفسير الصحيح لكلام المكلف ويحقق مناطه من حيث ترتيب الأحكام عليه.

٣- لم استقص كل الفروع الفقهية التي تعود إلي كل قاعدة من القواعد التي تندرج تحت القاعدة الكلية، بل اكتفيت بذكر فرعين لكل قاعدة، وذلك لكثرة هذه الفروع.

٤- اعتمدت على المراجع المعتمدة والقديمة، والمصادر الأصلية، والكتب المعاصرة ذات الاختصاص أيضاً في الوصول إلي مادة الموضوع.

٥-خرجت الأحاديث من مصادرها الأصلية، مع ذكر الحكم علي الحديث إلا ما كان في الصحيحين أو أحدهما.

٦- بينت أثر القاعدة في المسائل الفقهية المتعلقة بالمعاملات المالية القديمة والمعاصرة وهو موضوع بحثنا في هذه الرسالة.

٧-اعتمدت علي ذكر صورة المسألة والأقوال الواردة فيها ومناقشة أدلة الأقوال، وبيان سبب الخلاف فيها إن وجد، وصولاً إلي الرأي الراجح في المسألة حسب قوة الدليل.

٨- وضعت خاتمة للبحث اشتملت علي أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها .

٩- خصصت فهرس للآيات القرآنية والأحاديث النبوية والمصادر والمراجع الواردة في البحث ثم بعد ذلك وضعت فهرس للموضوعات الواردة في البحث.

الفصل التمهيدي

حقيقة القواعد

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: تعريف القواعد وأصلها

ويشتمل على ثلاثة مطالب :-

المطلب الأول : معنى القواعد في اللغة والاصطلاح

المطلب الثاني: الفرق بين القواعد الأصولية والفقهية

المطلب الثالث:أصل القواعد الأصولية والفقهية

المبحث الثاني: نشأة القواعد وأهميتها

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول:نشأة القواعد الأصولية والفقهية

المطلب الثاني: أهمية القواعد الأصولية والفقهية

المبحث الأول

تعريف القواعد وأصلها

يحتاج الفقيه المشتغل بالفقه وفروعه وأصوله إلى منهج يضبط له الفروع الفقهية المتعددة المنتشرة في كتب الفقه، التي يصعب عليه حفظها، ومنهج يحدد له كيفية استنباط أحكام هذه الفروع من أدلتها التفصيلية، فكان للقواعد هذا الدور في القيام بهذه المهمة.

لذا سأتناول– إن شاء الله –في هذا المبحث معنى القواعد وأصلها وذلك عبر المطالب الآتية:–

المطلب الأول: معنى القواعد في اللغة والاصطلاح

المطلب الثاني:الفرق بين القواعد الأصولية والفقهية

المطلب الثالث:أصل القواعد الأصولية والفقهية

المطلب الأول
معنى القواعد في اللغة والاصطلاح

القواعد لغة:

القواعد من مادة قعد يقعد قعوداً[١]، جمع قاعدة ، فهي بمعنى الأساس[٢]، وقواعد البيت أساسه، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَٰهِـۧمُ ٱلْقَوَاعِدَ مِنَ ٱلْبَيْتِ وَإِسْمَٰعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّآ ۖ إِنَّكَ أَنتَ ٱلسَّمِيعُ ٱلْعَلِيمُ ﴾"[٣]

وأيضاً قوله تعالى:" ﴿ قَدْ مَكَرَ ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ فَأَتَى ٱللَّهُ بُنْيَٰنَهُم مِّنَ ٱلْقَوَاعِدِ فَخَرَّ عَلَيْهِمُ ٱلسَّقْفُ مِن فَوْقِهِمْ ﴾"[٤].

فالقاعدة في هاتين الآيتين بمعنى الأساس: وهو ما يرفع عليه البنيان[٥].

كما وتأتي أيضاً بمعنى الاستقرار والثبات[٦]، لقوله تعالى:﴿ وَٱلْقَوَٰعِدُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ ٱلَّٰتِى لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا ﴾ [٧]

فالقواعد من النساء هن اللواتي قعدن عن الحيض وعن الولد، وليس لهن رغبة في النكاح [٨]، لما في ذلك من قعودهن واستقرارهن وثبوتهن في بيوت أزواجهن أو أوليائهن.

القواعد اصطلاحاً:

لقد عرف العلماء القاعدة بمعناها العام سواء كانت أصولية، أو فقهية، أو نحوية، وكانت جميعها متقاربة في المعنى من هذه التعريفات تعريفات ما يلي :-

١- تعريف صدر الشريعة:

القاعدة:هي القضايا الكلية[٩].

٢- تعريف التهانوي:

هي أمر كلي منطبق على جميع جزئياته عند تعرف أحكامها منه.

---

[١] الفيومي: المصباح المنير، (٦٩٩/٢)؛ رفيق العجم: موسوعة مصطلحات أصول الفقه (١١٢١/٢).

[٢] الفيومي: المصباح المنير،(٧٠٠/٢) ؛ الزبيدي: تاج العروس ،(٦٠/٩)؛الراغب الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن،(ص٤٠٩).

[٣] سورة البقرة: آية رقم،(١٢٧).

[٤] سورة النحل: آية رقم،(٢٦).

[٥] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن،(٣١٤/١٢)؛البروسوى :روح البيان (٢٣٢/١) .

[٦] ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، (١٠٨/٥).

[٧] سورة النور :آية رقم،(٦٠).

[٨] ابن العربي : أحكام القرآن، (٤١٨/٣-٤١٩)؛ القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ،(٣٣٩/١٥).

[٩] عبيد الله البخاري:التوضيح شرح التنقيح بحاشية التلويح،(٢٠/١).

وعرفها أيضاً بأنها:الكلية التي يسهل تعرف أحوال الجزئيات منها[١].

٣- تعريف العلامة التفتازاني:

هي حكم كلي ينطبق على جزئياته ليتعرف أحكامها منه[٢].

٤- تعريف ابن السبكي:

هي الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة يفهم أحكامها منه[٣].

٥- تعريف الجرجاني:

هي قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها[٤].

التعريف الراجح:

هذه التعريفات تعطي صورة واضحة لاصطلاح القاعدة بشكل عام دون تفريق بين الفقهية منها وغير الفقهية، بالإضافة إلى ذلك أن هذه التعريفات تتناول القاعدة من حيث أصلها، دون الانتباه إلى ما قد يصيبها من استثناء، مع أن الأصل في القاعدة الاطراد، والشذوذ والاستثناء طارئ، وهو ما لاحظناه في تعريف كل من صدر الشريعة والتهانوي، والتفتازاني والجرجاني، في حين تجنب ذلك ابن السبكي وأشار في تعريفه إلى أن القاعدة معرضة لشذوذ بعض جزئياتها وهو ما دل عليه بقوله "ينطبق على جزئيات كثيرة" فهو استعمل لفظ الكثرة ليدل- بمفهوم المخالفة- على أن القلة من جزئيات القاعدة هي عرضة للشذوذ والاستثناء والخروج عن قاعدتها[٥].

ويظهر لي أن التعريف الراجح هو تعريف صدر الشريعة القائل بأن القاعدة هي القضايا الكلية؛ وذلك لأنه أوجز ما قيل في حد القاعدة، فهو تعريف شامل يتناول اصطلاح القاعدة بشكل عام.

شرح التعريف:

القضايا: جمع قضية، على وزن فعيلة، بمعنى مفعولة، سميت بذلك لاشتمالها على الحكم الذي يسمى قضاءً[٦].

الكلية: المراد بها هنا القضية المحكوم على جميع أفرادها[٧]، وليس المراد بها ما كان موضوعها كلياً.

---

[١]التهانوي:كشاف اصطلاحات الفنون،(٥/١١٧٦-١١٧٧).

[٢]التفتازاني:التلويح،(١/٢٠).

[٣]السبكي:الأشباه،(١/١١).

[٤]الجرجاني:التعريفات،(ص ١٧١).

[٥]محمد الروكي:نظرية التقعيد الفقهي،(ص ٤٥-٤٦).

[٦]التفتازاني:التلويح،(١/٢٠).

[٧]حسن العطار:حاشية العطار على جمع الجوامع،(١/٣١).

تعريف الأصول:

الأصول لغة: جمع أصل، وهو ما يثبت بنفسه،ويبنى عليه غيره [١].

اصطلاحاً:يطلق الأصل عند علماء الأصول على عدة معانٍ منها:

١-الدليل: الأصل في هذا الحكم هو الكتاب، يعني الدليل مثل:الأصل في وجوب الصلاة قوله تعالى: وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ [٢]أي الدليل على ذلك[٣].

٢- القاعدة المستمرة: كقولهم: إباحة الميتة للمضطر على خلاف الأصل[٤].

٣- الراجح: كقولهم الأصل في الكلام الحقيقة، أي عند تعارض الحقيقة والمجاز فالحقيقة هي الأصل، أي الراجحة عند السامع[٥].

٤- الصورة المقيس عليها: وهي تقابل المقيس، أي الفرع في القياس،كقولهم: الخمر أصل النبيذ في الحرمة، يعني أن الحرمة في النبيذ متفرعة عن حرمة الخمر، بسبب اشتراكهما في العلة التي هي الإسكار [٦].

وأقرب هذه المعاني إلى موضوع بحثنا هو المعنى الثاني (القاعدة الكلية) وذلك لأن القاعدة الكلية إذا ثبت حكمها بنفسها كانت أصلاً شرعياً، وإلا فهي مجرد قاعدة أصولية أو فقهية أو غير ذلك.

تعريف القواعد الأصولية باعتبارها علماً أو لقباً:

لم أجد للأصوليين القدماء فيما اطلعت عليه من كتبهم تعريفاً للقاعدة الأصولية؛ وذلك لأنها كانت راسخة في أذهانهم، يفتون بمقتضاها، لذا سأقتصر على ذكر بعض تعريفات العلماء المعاصرين الذين عرفوا القواعد الأصولية، فمن هذه التعريفات:-

١- تعريف مصطفى الخن :

هي الأسس والخطط والمناهج التي يضعها المجتهد نصب عينيه عند البدء والشروع بالاستنباط، يضعها ليشيد عليها صرح مذهبه، ويكون ما يتوصل إليه ثمرة ونتيجة لها[٧].

---

[١] الفيومي:المصباح المنير،(٢١/١).

[٢] سورة البقرة:آية رقم،(٤٣-٨٣-١١٠).

[٣] شلبي:أصول الفقه،(١٥/١)؛ الزركشي:البحر المحيط،(١٧/١)؛ رفيق العجم:موسوعة مصطلحات أصول الفقه،(١٩٧/١)؛ ابن النجار:شرح الكوكب المنير،(٣٩/١).

[٤] الزركشي:البحر المحيط،(١٧/١)؛ رفيق العجم:موسوعة مصطلحات أصول الفقه،(١٩٧/١-١٩٨)؛ ابن النجار:شرح الكوكب المنير،(٣٩/١).

[٥] المراجع السابقة.

[٦] الزركشي:البحر المحيط،(١٦/١)؛ابن النجار:شرح الكوكب المنير،(٤٠/١)؛رفيق العجم:موسوعة مصطلحات أصول الفقه،(١٩٧/١-١٩٨).

[٧] مصطفى الخن:أثر الاختلاف في القواعد الأصولية،(ص ١١٧).

٢- تعريف مسعود الفلوسي:

هي مبدأ كلي يتوصل به إلى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية[١].

٣- تعريف عبد الكريم حامدي:

هي قضايا كلية تستخدم كمناهج ومعايير لاستنباط الأحكام [٢].

التعريف الراجح:

الناظر في التعريفات السابقة يرى أن القواعد الأصولية هي جزء من أصول الفقه، حيث تتناول الأسس التي يُعتمد عليها في استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها، وهو ما لاحظناه في التعريفات السابقة.

بالنسبة لتعريف الخن-رحمه الله- صياغته للتعريف غير دقيقة؛ لأنه استعمل ألفاظ متقاربة في المعنى ولا داعي إلا لواحدة منها والمتمثل في قوله: " الأسس والخطط والمناهج" وكذلك قوله: " البدء والشروع".

و قوله: " ليشيد عليها صرح مذهبه" ليس كل مجتهد يجتهد من أجل أن يشيد صرح مذهب له.

أما تعريف مسعود الفلوسي، فإن له تعريفان: الأول تعريف عام ليس بمحدد، والتعريف الثاني يُعترض عليه بأن استنباط الأحكام الشرعية العملية ليس فقط من الدليل التفصيلي، فقد نستنبطها أيضاً من الدليل الكلي، وهو الذي لا يدل على حكم معين كمطلق الإجماع.

أما تعريف حامدي استعمل قوله: "لاستنباط الأحكام" وهي جملة عامة لم تحدد ما هي الأحكام المستنبطة فكان عليه أن يقول لاستنباط الأحكام الشرعية العملية.

فلو أردنا أن نعرف القواعد الأصولية نقول بأنها: قضايا أصولية كلية، جزئياتها قضايا أصولية كلية.

تعريف الفقهية:

الفقه لغة: الفهم والعلم [٣].

اصطلاحاً: هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية[٤].

تعريف القواعد الفقهية باعتبارها علماً أو لقباً:

١- تعريف المقري:

هي كل كلي أخص من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة، وأعم من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة [٥].

---

[١] مسعود الفلوسي: القواعد الأصولية تحديد وتأصيل،(ص ١٩).

[٢] حامدي: أثر القواعد الأصولية اللغوية في استنباط أحكام القرآن،(٢٥).

[٣]الفيومي:المصباح المنير،(٦٥٦/٢)؛ الجرجاني:التعريفات،(ص ١٦٨).

[٤] الزركشي:البحر المحيط،(٢١/١).

[٥] المقري: القواعد الفقهية، (٢١٢/١).

٢- **تعريف الحموي:**

هي حكم أكثري، لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه[١].

٣- **تعريف الزرقا:**

هي أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية، تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها[٢].

٤- **تعريف الفرفور:**

هي أصول فقهية كلية أغلبية، تشتمل أحكاماً تشريعية عامة فيما يدخل تحت موضوعها [٣].

٥- **تعريف يعقوب الباحسين:**

هي قضية كلية شرعية عملية، جزئياتها قضايا كلية شرعية.

وعرفها أيضا بأنها: قضية فقهية كلية، جزئياتها قضايا فقهية كلية [٤].

التعريف المختار:

لم تسلم هذه التعريفات من اعتراضات العلماء وملاحظاتهم، لذلك نجد الكثير من الباحثين المحدثين الذين كتبوا في القواعد الفقهية، يقفون أمام هذه التعريفات موقف الحيرة، وينتقون منها ما يعتقدون أنه تعريف جامع مانع لحقيقة المعرف، وغير مخل بالشروط، فلذلك يظهر لي أن التعريف المناسب للقاعدة الفقهية هو التعريف الثاني ليعقوب الباحسين القائل بأن القواعد الفقهية هي قضية فقهية كلية، جزئياتها قضايا فقهية كلية، وذلك للأسباب التالية:

لأنه أوجز ما قيل في حد القاعدة الفقهية، وهو تعريف جامع مانع لحقيقة القاعدة الفقهية.

أن القواعد الفقهية أحكام أغلبية غير مطردة في جميع الجزئيات، لذلك قلما تخلو إحداها من مستثنيات في فروع الأحكام التطبيقية، خارجة عنها لمقتضيات خاصة بتلك المسائل تجعل الحكم الاستثنائي فيها أجود وأقرب إلى تحقيق مقاصد الشريعة في طلب المصالح ودفع المفاسد ورفع الحرج والضيق عن الخلق.

الاستثناء وعدم الاطراد لا ينقض كلية تلك القواعد ولا يقدح في عمومها، تأييداً لذلك ما قاله الشاطبي في كتابه الموافقات[٥]هو: "أن الأمر الكلي إذا ثبت كلياً فتخلف بعض الجزئيات عن مقتضاه لا يخرجه عن كونه كلياً.

ولأن الغالب الأكثري معتبر في الشريعة الإسلامية اعتبار القطعي.

---

[١] الحموي:غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر،(٥١/١).

[٢] الزرقا: شرح القواعد الفقهية،(ص ٣٤).

[٣] الفرفور :الوجيز في أصول استنباط الأحكام، (٥٤١/٢).

[٤] يعقوب الباحسين:القواعد الفقهية،(ص ٥٤).

[٥] الشاطبي:الموافقات،(٨٣/٢).

الكليات الاستقرائية صحيحة وإن تخلف عن مقتضاها بعض الجزئيات[1].

[1] الشاطبي: الموافقات، (٢/٨٤).

المطلب الثاني
الفرق بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية

إن القواعد الفقهية تشبه القواعد الأصولية، حيث بينهما قدر من التشابه، وأوجه الشبه بينهما: أن كلاً منهما عبارة عن قضية كلية، ينطبق حكمهما العام على جميع أفرادها وتتخرج عليها الفروع والجزئيات الفقهية، إضافة إلى أن كلاً منهما خادمة للفقه وأصوله سواء كانت خادمة للفقه مباشرة أو موصلة إلى معرفة الأحكام الفقهية بطريق الاستنباط، ولكن هناك قواعد مشتركة بين الفقه وأصوله، حيث تصدق عليها صفات القواعد الأصولية وصفات القواعد الفقهية كقاعدة: "الأصل بقاء ما كان على ما كان "[١]، هذه القاعدة لها تعلق بالفقه وتعلق بأصوله، فهي قاعدة فقهية من حيث تعبيرها عن حكم كلي، وقاعدة أصولية من حيث اتصالها بقاعدة الاستصحاب الأصولية، ولذلك فإن هذه القاعدة قاعدة أصولية فقهية.

غير أن هذا الاشتراك والتشابه بين القاعدتين الفقهية والأصولية لا يزيل الاختلاف والفروق بينهما، حيث سنجد اختلافاً بين القاعدتين في أمور عدة من هذه الفروق:-

١- القواعد الأصولية في حقيقتها بيان لأحكام استدلالية كلية، يتوصل من خلالها إلى الكشف عن الأحكام الشرعية كليها أو جزئيها [٢]، بينما القواعد الفقهية في حقيقتها بيان لحكم شرعي كلي، أي أنها تعبر عن أحكام شرعية كلية.

مثال علي ذلك: قاعدة: "العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب"[٣]و" ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب"[٤].

فهذه قواعد أصولية استدلالية أي تتعلق بالألفاظ ودلالتها على الأحكام، فلذلك هي وسيلة للكشف عن الحكم، وليس ذات الحكم، ولا تتضمن التعبير عنه أصلاً [٥].

بخلاف القواعد الفقهية مثل قاعدة: "الأمور بمقاصدها"[٦]، و"الضرر يزال "[٧]، و"المشقة تجلب

---

[١]السيوطي:الأشباه،(ص ٨٢)؛علي حيدر :شرح المجلة،(٢٠/١).

[٢]الكيلاني: قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي،(ص٣٥-٣٦).

[٣]ابن النجار :شرح الكوكب المنير،(١٧٧/٣)؛ الشوكاني:إرشاد الفحول،(٥٨٦/١)؛ ابن السبكي:الأشباه،(١٣٤/٢).

[٤]البصري:المعتمد،(١١٢/١)؛ التفتازاني: شرح التلويح على التوضيح،(٣٧/١)؛ أبو المظفر التميمي:قواعد الأدلة في الأصول،(١٣٢/١)؛ ابن السبكي:الأشباه،(٨٨/٢).

[٥]الكيلاني: قواعد المقاصد ،(ص٣٥-٣٦).

[٦]ابن السبكي:الأشباه والنظائر،(٥٤/١)،السيوطي: الأشباه والنظائر،(ص ١٦).

[٧]بن السبكي: الأشباه،(٤١/١)؛السيوطي:الأشباه،(ص١١٢).

التيسير"[١]، و"العادة محكمة"[٢]، و"اليقين لا يزول بالشك"[٣].

هذه قواعد فقهية تعبر عن أحكام فقهية كلية، تندرج تحتها الكثير من الجزئيات التي يتحقق فيها معنى الكلي العام.

٢- القواعد الأصولية أسبق في وجودها الذهني والواقعي من الفروع؛ لأن القواعد الأصولية بالنسبة للقواعد الفقهية بمثابة ارتباط الدليل بمدلوله، والدليل سابق لمدلوله ومتقدم عليه [٤].

بينما القواعد الفقهية متأخرة عن الجزئيات والفروع الفقهية، لأنها جمع للفروع المتشابهة، وهذا لا يكون إلا بعد وجود الفروع التي يسبق وجودها وجود القواعد الأصولية [٥].

٣- القواعد الأصولية تجمع بين الدليل والحكم فلذلك هي أقوى في الحجة والاستدلال بها على الأحكام الشرعية، بحيث يمكن للمجتهد أن يلجأ إليها دون تردد أو وجل في استنباط الحكم الشرعي من دليله التفصيلي.

مثل قاعدة: "ما ثبت على خلاف القياس، فغيره عليه لا يقاس"[٦]حيث تتصل بمصدر القياس من حيث كونه مصدراً أصلياً، وتعبر في الوقت نفسه عن حكم شرعي كلي .

بينما القواعد الفقهية تشتمل على فروع خالية من الدليل، أي لا تنهض وحدها دليلاً معتبراً يكشف عن الحكم للواقعة والجزئية مالم تعتضد بدليل آخر يسندها أو يكون لبعض هذه القواعد صفة أخري، مثل كونها معبرة عن دليل أصولي أو كونها نصاً تشريعياً ثابتاً مستقلاً مثل قاعدة: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"[٧]فهذه القاعدة كونها نصاً تشريعياً يمكن الإستناد إليها في استنباط الأحكام، وتكون ذات عنصر إلزامي[٨].

٤- القواعد الأصولية كلية، أي محكوم فيها على كل فرد من أفرادها، بينما القواعد الفقهية أغلبية، لا تندرج تحتها كل أفرادها، أي يكون الحكم فيها على أغلب الجزئيات وتكون لها مستثنيات [٩].

٥- القواعد الأصولية يستفيد منها المجتهد خاصة، لأنها تضبط له طرق استنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية.

---

[١] ابن السبكي:الأشباه،(٤٨/١)؛ السيوطي:الأشباه،(ص ١٠٢).

[٢] السيوطي:الأشباه،(ص ١١٩).

[٣] ابن السبكي:الأشباه،(١٣/١)؛السيوطي:الأشباه،(ص٧١).

[٤]أبو زهرة:مالك بن أنس حياته وعصره،(ص ٢٠٦).

[٥]الهذلي:القواعد الفقهية،(ص ٦٧)؛ الندوي:القواعد الفقهية،(ص٦٩).

[٦] علي حيدر:شرح المجلة،(٢٩/١).

[٧] المرجع السابق،(٦٦/١).

[٨]الكيلاني: قواعد المقاصد،(ص ٣٩).

[٩] الندوي:القواعد الفقهية،(ص ٦٨)؛ الهذلي:القواعد الفقهية،(ص ٦٨)؛البرهاني:سد الذرائع،(ص ١٥٥).

بينما القواعد الفقهية فيمكن أن يستفيد منها الفقيه والمتعلم والمجتهد والقاضي والمفتي، حيث إن كل قاعدة تشتمل على حكم كلي لعدد من المسائل المختلفة الأبواب، فالرجوع إليها أيسر من الرجوع إلى حكم كل مسألة على حدة [١].

٦- القواعد الأصولية محصورة في أبواب الأصول ومواضعه ومسائله، بينما القواعد الفقهية فهي كثيرة جداً ومنثورة في كتب الفقه العام و كتب الفتوى عند جميع المذاهب [٢].

في الختام هذه أهم الفروق الأساسية بين مصطلح القواعد الأصولية ومصطلح القواعد الفقهية، ولكن هذه الفروق قد تتلاشى في بعض القواعد، لأن هناك بعض القواعد متداخلة أو مشتركة بين المصطلحين، وذلك نتيجة اختلاف النظر إلى القاعدة، فالقاعدة ينظر إليها من زاويتين:

الزاوية الأولى: من حيث موضوعها، فإذا نظرنا إليها من حيث كونها دليلاً شرعياً يستنبط منه حكم كلي كانت قاعدة أصولية.

الزاوية الثانية: من حيث تعلقها، فإذا نظرنا إليها باعتبارها متعلقة بأفعال المكلفين، كانت قاعدة فقهية.

مثال على ذلك:

قاعدة "سد الذرائع"إ ذا نظر إليها باعتبار موضوعها دليلاً شرعياً كانت قاعدة أصولية، فنقول: "الدليل المثبت للحرام مثبت لتحريم ما أدى إليه".

أما إذا نظر إليها باعتبارها فعلاً للمكلف كانت قاعدة فقهية، لذلك نقول:"كل مباح أدى فعله إلى حرام فهو حرام".

قاعدة العرف: إذا فسرنا العرف باعتبار موضوعه وهو الإجماع العملي أو المصلحة المرسلة كانت القاعدة أصولية، وإذا فسرناه باعتبار تعلقه بفعل المكلف، وهو الفعل الذي غلب الإتيان به لغرض معين أو القول الذي غلب في معنى معين كانت القاعدة فقهية [٣].

وهذا يدلنا على أن الكثير من القواعد يطلق عليها القواعد الأصولية الفقهية معاً، لما بينهما من الاشتراك والتداخل بين الفقه وأصوله.

---

[١] الهذلي:القواعد الفقهية،(ص ٦٨).

[٢] البورنو :موسوعة القواعد الفقهية،(٢٧/١).

(٣)الندوي:القواعد الفقهية،(٧٠-٧١)؛ الهذلي:القواعد الفقهية،(٦٩-٧٠).

المطلب الثالث
أصل القواعد الأصولية والفقهية

أعني بأصل القواعد الأصولية والفقهية، منشأ كل قاعدة منها وأساس ورودها، فمصادر القواعد الفقهية والأصولية هي: القرآن الكريم والسنة النبوية وآثار الصحابة والتابعين واجتهادات الفقهاء، وفيما يلي بيان لهذه المصادر:-

أولاً / القرآن الكريم

القرآن الكريم هو أصل الشريعة الإسلامية وكليتها وكل ما عداه من الأدلة والمصادر راجع إليه، وذلك لاشتماله على مبادئ عامة وقواعد كلية وضوابط شرعية في آياته ونصوصه.

فهذه المبادئ العامة أكدت على كمال الشريعة الإسلامية، وجعلت هذا القرآن صالحاً للتطبيق في كل زمان ومكان، و قادراً على مسايرة المستجدات والحوادث والوقائع المتغيرة.

وأيضا جعلته مصدراً مباشراً للأئمة والفقهاء في صياغة القواعد الأصولية والفقهية، من هذه الأمثلة على ذلك:-

١- قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾"[١].

وجه الدلالة:

تعتبر هذه الآية قاعدة عامة في عدم جواز أكل أموال الناس بغير وجه حق مشروع لم يحله الله ورسوله، ولم يشرعه كالغصب والنهب واليمين الكاذبة والربا والضرر والغرر والأكساب الخبيثة والقمار والرشى وحلوان الكاهن وغيرها من فروع هذه القاعدة التي لا تعد ولا تحصي[٢].

٢- قوله تعالى :﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾[٣].

وجه الدلالة:

تعتبر هذه الآية قاعدة عامة، حيث جمعت على وجازة لفظها كل أنواع البيوع ما أحل منها وما حرم، عدا ما استثني[٤].

٣- قوله تعالى:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ ﴾ "[٥].

---

[١]سورة البقرة: آية رقم،(١٨٨).

[٢]البروسوي:روح البيان،(٣٠٥/١).

[٣] سورة البقرة:آية رقم،(٢٧٥).

[٤] القرطبي:الجامع لأحكام القرآن،(٣٩٤/٤)؛البورنو: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية،(ص ٣٠).

[٥] سورة المائدة:آية رقم،(١)

وجه الدلالة:

هو الوفاء بكل ما ألزمه الله تعالى على عباده وعقده عليهم من التكاليف والأحكام الدينية وما يعقدونه فيما بينهم من عقود الأمانات والمبايعات وسائر أنواع العقود[١].

٤- قوله تعالى : ﴿ خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡجَٰهِلِينَ ﴾[٢].

وجه الدلالة:

تضمنت هذه الآية قواعد الشريعة في المأمورات والمنهيات، فقوله: "خذ العفو" دخل فيه صلة القاطعين، والعفو عن المذنبين، والرفق بالمؤمنين، وغير ذلك من أخلاق الطيعين.

وقوله تعالى: "وأمر بالعرف" دخل فيه صلة الأرحام، وتقوى الله في الحلال والحرام، وغض الأبصار، والاستعداد لدار القرار.

أما قوله تعالى: "واعرض عن الجاهلين" دخل فيه الحض على التعلق بالعلم، والإعراض عن أهل الظلم...إلخ من الأخلاق الحميدة[٣].

فهذه الآية تعتبر قاعدة شرعية عامة حيث جمعت مكارم الأخلاق كلها فيما يتعلق بمعاملة الناس بعضهم البعض[٤].

٥- قوله تعالى : ﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلۡيُسۡرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلۡعُسۡرَ ﴾[٥].

وجه الدلالة:

هذه الآية تدل بعموم لفظها على السهولة واليسر في جميع أمور الدين[٦].

وتعتبر هذه الآية أصل لقاعدة فقهية عظيمة ينبني عليها فروع كثيرة وهي:"المشقة تجلب التيسير"[٧]وهي إحدى القواعد الخمس الكبرى التي ينبني عليها الفقه، ويندرج تحتها قواعد فرعية مثل قاعدة:" الضرورات تبيح المحظورات "[٨]، وقاعدة: "إذا ضاق الأمر اتسع "[٩]، وقاعدة: "إذا تعذر الأصل يصار إلي البدل"[١٠].

---

[١]البروسوي:روح البيان،(٣٤٣/٢)؛القرطبي:الجامع لأحكام القرآن،(٢٤٧/٧).

[٢]سورة الأعراف:آية رقم(١٩٩).

[٣]البروسوي:روح البيان،(٣١٥/٣)؛القرطبي:الجامع لأحكام القرآن،(٤١٨/٩).

[٤] البورنو:الوجيز،(ص٣١).

[٥] سورة البقرة: آية رقم(١٨٥).

[٦] القرطبي:الجامع لأحكام القرآن،١٦٥/٠٣-١٦٦).

[٧] ابن السبكي:الأشباه،(٤٨/١)؛السيوطي:الأشباه،(ص١٠٢).

[٨] علي حيدر:شرح المجلة،(٣٣/١)؛ابن السبكي:الأشباه،(٤٥/١).

[٩] المرجع السابق،(٣٢/١).

[١٠] المرجع السابق،(٥٣/١).

فهذه بعض القواعد الكلية وجوامع الكلم الواردة في القرآن الكريم، التي تتصف بصفات الكمال من حيث الصياغة والبلاغة والفصاحة والإحكام، فلا يستغني عنها فقيه عند تقعيد القواعد الفقهية[١].

ثانيا / السنة النبوية :-

من المعلوم أن الله عزوجل امتن علينا ببعثة محمد صلى الله عليه وسلم وخصه بخصائص منها أنه أوتي جوامع الكلم، حيث قالﷺ: "أعطيت مفاتيح الكلم"[٢].

وجوامع الكلم أن يتكلم النبي ﷺبالكلام القليل الذي يكون له معان عديدة، ويشمل أحكاما متعددة .

فقد كان النبي عليه أفضل الصلاة والسلام ينطق بالحكمة القصيرة التي تخرج مخرج القاعد الكلية والمبدأ العام الذي ينطوي على أحكام وجزئيات كثيرة ومسائل وفروع فقهية متشعبة، ومن الأمثلة على ذلك:-

١- قولهﷺ: "المسلمون عند شروطهم"[٣].

وجه الدلالة:

ظاهر هذا الحديث يعتبر قاعدة عامة في وجوب احترام كل ما رضيه المتعاقدان من الشروط، إلا الشروط التي تحل الحرام وتحرم الحلال [٤].

٢- قولهﷺ وقد سئل عن حكم أنواع من الأشربة فقال عليه الصلاة والسلام: "كل مسكر حرام"[٥].

وجه الدلالة:

هذا الحديث يدل بعموم لفظه على تحريم كل مسكر، سواء كان من عصير أو نبيذ أو غيره مائع أو جامد، نباتي أو حيواني [٦].

٣- قولهﷺ: "لا ضرر ولا ضرار "[٧].

---

[١]محمد شبير:القواعد الكلية،(ص ٤٢).

[٢]صحيح البخاري،كتاب التعبير،باب(١١) رؤيا الليل(ح ٦٩٩٨)،(٣٣٤/٤).

[٣]سنن الترمذي،كتاب الأحكام،باب ماذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين المسلمين(ح ١٣٥٢) (ص٣١٨)، قال الألباني: حديث صحيح، انظر الألباني:الإرواء،(١٤٢/٥).

[٤]ابن العربي:الأحوذي،(٣٢٣/٣-٣٢٤)؛ الصنعاني: سبل السلام،(٨٠/٣-٨١).

[٥] سنن الترمذي،كتاب الأشربة،باب ما جاء كل مسكر حرام،(ح١٨٦٤) (ص٤٢٨)،قال الألباني: حديث صحيح، انظر الألباني:الإرواء،(٤٠/٨).

[٦]الصنعاني:سبل السلام،(٤٤/٤)؛ ابن العربي:الأحوذي،(٢٨٠/٤).

[٧]سنن ابن ماجه،كتاب الأحكام،باب من بنى في حقه ما يضر جاره،(ح ٢٣٤٠) (ص٤٠٠)،قال الألباني:حديث صحيح، انظر الألباني:الإرواء،(٤٠٨/٣).

وجه الدلالة:

يدل هذا الحديث على تحريم الضرر[١]بكافة أنواعه؛ لأن لا النافية تفيد استغراق الجنس، فالحديث وإن كان خبراً لكنه في معنى النهي، فيصبح المعنى: "اتركوا كل ضرر وكل ضرار "[٢]وهذا الحديث دليل لقاعدة فقهية عظيمة وهي قاعدة: "الضرر يزال "[٣].

٤- قوله ﷺ: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"[٤].

وجه الدلالة:

في هذا الحديث قاعدة فقهية كبيرة من قواعد القضاء وهو أنه لا يقبل قول أحد فيما يدعيه، لمجرد دعواه بل يحتاج إلى البينة أو تصديق المدعى عليه، فإن طلب يمين المدعى عليه فله ذلك[٥].

٥- قولهﷺ: " إنما الأعمال بالنيات،وإنما لكل امرئ ما نوى"[٦].

وجه الدلالة:

هذا الحديث من جوامع الأحاديث للأحكام الشرعية، حيث بين ابن القيم في كتابه إعلام الموقعين أن العمل لا يقع إلا بالنية، ولهذا لا يكون عمل إلا بالنية، ثم بين في الشطر الثاني من الحديث بأن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه، وهذا يعم العبادات والمعاملات والأيمان والنذور وسائر العقود والأفعال[٧].

وأيضا هذا الحديث يعتبر دليلاً على قاعدة فقهية عظيمة وهي قاعدة: "الأمور بمقاصدها"[٨].

فالمتأمل في هذه الأحاديث النبوية الشريفة يجد أنها دلت على معان عديدة، وأحكام فقهية متعددة، بعبارات مختصرة أُخذت منها قواعد فقهية عامة.

ثالثا/ آثار الصحابة والتابعين:

هناك مجموعة من الآثار التي وردت على ألسنة السلف الصالح من الصحابة والتابعين، وأصبحت فيما بعد قواعد فقهية قائمة بنفسها ومن بين هذه الآثار ما يلي :

١- قول أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه: " مقاطع الحقوق عند الشروط"[٩].

---

[١]الصنعاني:سبل السلام،(١١٥/٣)؛ البورنو: الوجيز،(ص ٣٢).

[٢]البورنو: الوجيز،(ص ٣٢).

[٣]ابن السبكي: الأشباه،(٤١/١)؛السيوطي:الأشباه،(ص ١١٢).

[٤]صحيح مسلم،كتاب الأقضية،باب اليمين على المدعى عليه(ح٤٣٦١)،(ص١٣٠).

[٥]الصنعاني: سبل السلام،(١٨٠/٤).

[٦]صحيح البخاري،كتاب بدء الوحي،باب(١) كيف بدء الوحي إلى رسول اللهﷺ ،(ح ١) (٥/١).

[٧]ابن القيم: إعلام الموقعين،(١٢٣/٣).

[٨]ابن السبكي:الأشباه والنظائر،(٥٤/١)؛السيوطي: الأشباه،(ص١٦).

[٩]صحيح البخاري،كتاب الشروط،ب(٦)الشروط في المهر عند عقدة النكاح،(٢٥١/٢).

٢- قول أمير المؤمنين علي بن أبي طالب رضي الله عنه: "ليس على صاحب العارية ضمان"[١].

٣- وقول شريح القاضي: "ليس على المستعير، ولا على المستودع غير المغل ضمان"[٢].

٤- قول إبراهيم النخعي: "كل قرض جر منفعة فلا خير فيه"[٣].

رابعا/ اجتهادات الفقهاء:

اتبع العلماء في تقعيد القواعد وإنشائها طريقتين:

الطريقة الأولى: الاستنباط

والطريقة الثانية: الاستقراء

فالقاعدة الكلية تشتمل على حكم وكلية والسبيل إلى معرفة الحكم هو الاستنباط، أما معرفة الكلية فبالاستقراء[٤]وفيما يلي بيان لهاتين الطريقتين:-

الطريقة الأولى : استنباط القواعد الفقهية من النصوص الشرعية

الاستنباط في اصطلاح الفقهاء والأصوليين: هو استخراج الأحكام الشرعية من مصادرها بواسطة القواعد الأصولية التي تقعد عملية تفسير النصوص الشرعية تفسيراً فقهياً [٥].

فلذلك ينبغي على الفقيه أولاً أن يحيط بالدليل، وما يتعلق به من قواعد أصولية قبل العمل به، ثم يستخلص القاعدة الفقهية[٦].

من أمثلة القواعد الأصولية التي تنشأ بطريق الاستنباط ما يلي :

١- "إنما يثبت الحكم بثبوت السبب"هذه قاعدة أصولية فقهية استنبطها الفقهاء المجتهدون من الإجماع ومعقول النصوص.

مثال ذلك: يثبت وجوب صلاة الظهر وتعلقها في ذمة المكلف بزوال الشمس، فزوال الشمس سبب لثبوت الوجوب للصلاة، فلو لم يثبت الزوال لم يثبت الوجوب، وقد يستدل لها بقوله تعالى:﴿ أَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِدُلُوكِ ٱلشَّمۡسِ ﴾ [٧].

---

[١]المصنف لعبد الرزاق،(١٧٩/٨).

[٢]المرجع السابق،(١٧٨/٨).

[٣]المرجع السابق،(١٤٥/٨).

[٤]محمد الروكي: نظرية التقعيد،(ص٨٣).

[٥] محمد الروكي:نظرية التقعيد،(ص ٨٠).

[٦]محمد سلام مدكور: أصول الفقه،(ص ٣٢٧).

[٧]سورة الإسراء: آية رقم(٧٨).

٢- قولهم:" إذا وجبت مخالفة أصل أو قاعدة وجب تقليل المخالفة ما أمكن "[١]، فهذه القاعدة استنبطها الفقهاء المجتهدون من معقول النصوص الرافعة للحرج والمشقة مثل قوله تعالى :﴿ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ [٢]، وقوله تعالى:﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ ﴾ [٣].
[٣].

الطريقة الثانية: الاستقراء

الاستقراء في اللغة: التتبع[٤]، من قريت البلاد واقتريتها، إذا تتبعتها وخرجت من أرض إلى أرض.

وفي الاصطلاح :" تصفح جزئيات أمر كلي لإثبات حكمها له "[٥].

والاستقراء نوعان : تام وناقص.

أ-الاستقراء التام: هو أن يثبت الحكم في كل جزئي من جزئيات الكلي [٦]، وهذا مجاله في العقليات.

ب-الاستقراء الناقص: هو أن يثبت الحكم في الكلي لثبوته في أكثر جزئياته [٧].

فالاستقراء في القواعد الفقهية ينقل الحكم إلى الكلية بعد استنباطه من النص الشرعي، فيتتبع الفقيه الجزئيات للتأكد من كلية الحكم [٨].

وقد اتبع الفقهاء المجتهدون الاستقراء الناقص في استخراج القواعد الفقهية ومن أمثلة هذه القواعد:

١- قاعدة: "الضرر يزال "[٩] هذه القاعدة استندت إلى مجموعة من النصوص الشرعية التي تشتمل على أحكام جزئية ، ومن هذه النصوص قوله تعالى: ﴿ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيۡهِنَّ ﴾ [١٠]، وقوله تعالى :﴿ وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٞ وَلَا شَهِيدٞ ﴾" [١١]"وقوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار "[١٢]

---

[١]الزرقا: شرح القواعد الفقهية،(ص ٢٨٦).

[٢] سورة البقرة: آية رقم،(٢٨٦).

[٣] سورة البقرة:آية رقم،(١٨٥).

[٤] الرازي:مختار الصحاح،(ص٥٥٩)؛الفيروز آبادي:القاموس المحيط،(٤٣٩/٤).

[٥]الزحيلي:أصول الفقه،(٩١٦/٢).

[٦]محمد الروكي:نظرية التقعيد،(ص ٧٤-٧٥).

[٧]المرجع السابق.

[٨] محمد الروكي:نظرية التقعيد،(ص ٨٦)؛محمد شبير: القواعد الكلية،(ص ٤٧).

[٩]علي حيدر:شرح المجلة،(٣٣/١)؛ ابن السبكي: الأشباه،(٤١/١)؛ السيوطي:الأشباه،(ص ١١٢).

[١٠] سورة الطلاق:آية رقم،(٦).

[١١] سورة البقرة:آية رقم،(٢٨٢).

[١٢] سبق تخريجه ص ١٣.

فمن هذه النصوص وغيرها أخذت قاعدة: "الضرر يزال"[١] وهي جزئيات في موضوعات مختلفة ولكن يجمعها المعنى العام للضرر الذي هو الأساس في تكوين القاعدة[٢].

٢- قاعدة: "العادة محكمة [٣]"، هذه القاعدة استندت إلى أدلة كثيرة من الكتاب مثل قوله تعالى: ﴿ خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡجَٰهِلِينَ ﴾[٤] وقوله تعالى :﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِ بِٱلۡمَعۡرُوفِ ﴾[٥] ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"[٦] فمن هذه النصوص الشرعية وغيرها أخذت قاعدة "العادة محكمة"[٧] وهي عبارة عن جزئيات في موضوعات مختلفة ولكن يجمعها معنى واحد وهو اعتبار العرف وتحكيمه فيما لا نص فيه [٨].

٣- قاعدة:"المشقة تجلب التيسير"[٩]وهي قاعدة رفع الحرج وقاعدة الرخص الشرعية وأدلتها كثيرة من من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

---

[١] الزرقا: شرح القواعد الفقهية،(ص ١٧٩)؛ ابن السبكي: الأشباه،(٤١/١)؛السيوطي:الأشباه،(ص ١١٢).

[٢]باحسين: القواعد الفقهية،(ص ٢١٤).

[٣]السيوطي:الأشباه،(ص ١١٩)؛ابن السبكي:الأشباه،(٥٠/١).

[٤]سورة الأعراف:آية رقم،(١٩٩).

[٥]سورة النساء:١٩.

[٦]صحيح البخاري،كتاب النفقات،باب(٩) إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف ح(٥٣٦٤)(٤٢٨/٣).

[٧]السيوطي:الأشباه،(ص ١١٩)؛ ابن السبكي:الأشباه،(٥٠/١).

[٨]البورنو:الوجيز في إيضاح قواعد الفقه،(ص ٣٤).

[٩]الزرقا:شرح القواعد الفقهية،(ص ١٥٧)؛ ابن السبكي:الأشباه،(٤٨/١)؛ السيوطي:الأشباه،(ص ١٠٢).

المبحث الثاني

نشأة القواعد وأهميتها

لاشك أن لكل علم من العلوم مراحل يمر بها قبل الوصول إلى درجة النضج والكمال، كما أن لكل علم فوائد علمية، وأهمية تعود على الفرد والمجتمع بأسره، تكمن هذه الأهمية في مجالاته المتعددة، فكان لعلم القواعد الأصولية والفقهية هذا الشأن كبقية العلوم الأخرى.

لذا سأتناول– إن شاء الله– نشأة هذه القواعد وأهميتها عبر المطالب التالية:

المطلب الأول/ نشأة القواعد الأصولية والفقهية

المطلب الثاني/ أهمية القواعد الأصولية والفقهية

المطلب الأول
نشأة القواعد الأصولية والفقهية

لقد مرت القواعد الأصولية والفقهية في تطورها بثلاثة مراحل:

المرحلة الأولى/ مرحلة النشوء والتدوين

وهو عصر الرسالة أو عصر التشريع الذي كانت فيه البذرة الأولى للقواعد الأصولية والفقهية، فمن المعلوم أن الله ﷻ امتن علينا ببعثة محمد ﷺ وخصه بخصائص منها أنه أوتي جوامع العلم؛ وجوامع الكلم أن يتكلم النبي ﷺ بالكلام القليل، الذي يكون له معان عديدة، ويشمل أحكاماً متعددة.

وإذا تأمل المرء سنة النبي ﷺ وجد فيها من ذلك الشيء الكثير، ومثال ذلك ما ورد عن عمر بن الخطاب–رضي الله عنه– قال:" هششت يوماً فقبلت وأنا صائم، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم،فقلت:صنعت اليوم أمراً عظيماً، فقبلت وأنا صائم،فقال رسولﷺ: " أرأيت لو تمضمضت بماء وأنت صائم"، قلت: لا بأس بذلك، فقال رسولﷺ: "ففيم؟"[1].

ففي هذا الحديث الشريف نرى أن النبي ﷺوضع قاعدة أصولية وهي أن القياس حجة معتبرة.

وقولهﷺ " لا ضرر ولا ضرار"[2]وقوله ﷺ " الخراج بالضمان "[3]وقوله عليه السلام: " البينة على المدعي، واليمين على من أنكر "[4].

فهذه الأحاديث الشريفة تعتبر بمثابة قواعد عامة، تنطوي تحتها فروع فقهية كثيرة، وهي بجانب كونها مصدراً للتشريع، واستنباط الأحكام تمثل قواعد كلية فقهية.

وإذا تتبعنا مصادر السنة المطهرة نجدها حافلة بمثل هذه الجوامع، وهي لا تخلو عن كونها قواعد أصولية، وفقهية ذات أهمية وشأن في الفقه الإسلامي.

المتأمل في سنة النبي ﷺ يجد أن هناك عدداً من الأحاديث النبوية قد اختصرت ألفاظها، ودلت على معان عديدة، وأحكام متعددة، فيدلنا هذا على مبدأ قواعد الفقه، ثم بعد النبي ﷺ وردت ألفاظ رشيقة عن الأئمة من الصحابة، ومن ذلك قول أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ﷺ "مقاطع الحقوق عند الشروط"[5].

---

[1]سنن النسائي، كتاب الصيام،(١٩٨/٢)،(ح٣٠٤٨)،حديث حسن صحيح.

[2]سنن ابن ماجه،كتاب الأحكام،باب من بنى في حقه ما يضر جاره،(ح ٢٣٤٠) (ص٤٠٠)،قال الألباني:حديث صحيح انظر الألباني: الإرواء،(٤٠٨/٣).

[3]سنن ابن ماجه.ك التجارات،باب الخراج بالضمان،(ح ٢٢٤٣)،(ص٣٨٥)،قال الألباني:حديث صحيح،انظر الألباني:الإرواء،(٢٧٣/٥).

[4]صحيح مسلم،كتاب الأقضية،باب اليمين على المدعى عليه(ح٤٣٦١)،(ص١٣٠).

[5]صحيح البخاري،كتاب الشروط،ب(٦)الشروط في المهر عند عقدة النكاح، (٢٥١/٢).

وقول علي–رضي الله عنه– أنه استنبط حكم شارب الخمر قياساً على حد القذف باتفاق العلة بينهما وهي الافتراء، فقال: إنه إذا شرب سكر،وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، وعلى المفتري ثمانون جلدة"[1].

ومن بعدهم التابعين، فقد كان التابعون امتداداً لعهد الصحابة–رضي الله عنهم؛ لأنهم تربوا على أيدي الصحابة، ففهموا مقاصد الشريعة، وأصول الفتيا على أساس التقعيد الأصولي.

فمن العبارات التي وردت عنهم والتي تعتبر قاعدة عامة، قول إبراهيم النخعي:" كل قرض جر منفعة فلا خير فيه"[2].

وقول شريح القاضي: "ليس على المستعير، ولا على المستودع غير المغل ضمان"[3].

فجميع هذه الأحاديث والآثار والمرويات تعتبر أمارات واضحة على وجود القواعد الأصولية والفقهية في عصر الرسول والصحابة والتابعين، إذ كانت مستقرة وراسخة في أذهانهم، يفتون بمقتضاها، ويستنبطون من خلالها، وعليها يبنون الحكم.

فهذه العصور الثلاثة:عصر الرسولﷺ ، والصحابة، والتابعين–رضوان الله عليهم– تمثل القواعد قبل تدوينها، وتعد أساساً لنشوء القواعد الأصولية والفقهية.

المرحلة الثانية:مرحلة النمو والتدوين

في عصر التدوين نجد أن الواحد من العلماء يعلل الأحكام الفقهية التي يطلقها بعلل تجمع أحكاماً فقهية من أبواب شتى، فيأخذ من تلك التعليلات قواعد فقهية.

ومن أمثلة ذلك بعد عصر التدوين أن الإمام الشافعي –رحمه الله– في كتابه الأم، ذكر عدداً من الأحكام وعللها بعلل جامعة، تشمل مسائل عديدة؛ من ذلك قوله –رحمه الله–: لا ينسب إلى ساكت قول، و قوله: الرخص لا يتعدى بها محلها، فأخذت هذه الألفاظ كقواعد فقهية عامة، ورتبت عليها أحكاماً فقهية في أبواب عديدة.

ثم بعد ذلك، وبعد هذه العصور –عصور أوائل التدوين– رغب العلماء في جمع تلك القواعد في مؤلفات خاصة، وذلك أن الفروع الفقهية متناثرة ولا يمكن الإحاطة بها، فعندما تضبط تلك القواعد يستطيع الفقيه ضبط الفروع الفقهية، فحاول العلماء التأليف في القواعد الفقهية.

ومن أوائل من ألّف في القواعد الفقهية:فقهاء المذهب الحنفي منهم أبو الحسن الكرخي، في كتابه "أصول الكرخي"، ثم ألف بعده أبو زيد الدبوسي كتابه: "تأسيس النظر" وذكر فيه عدداً من القواعد الفقهية،وعدداً من الفروع الفقهية المترتبة على تلك القواعد، وإن كان غالب ما يذكره من القواعد

---

[1] مالك بن أنس:الموطأ،(ح ٣١١٧)،(٥/١٢٣٤).

[2] المصنف لعبد الرازق،(٨/١٤٥).

[3] المرجع السابق،(٨/١٧٨).

قواعد خلافية بين الإمام أبي حنيفة وأصحابه، وبين الإمام أبي حنيفة وبقية الأئمة، كمالك والشافعي وغيرهم[١].

كما وظهر في هذه المرحلة مدرستان أصوليتان: مدرسة المتكلمين؛ التي تعني بالقواعد الأصولية المستنبطة من الكتاب والسنة واللغة،ومدرسة الفقهاء التي تعني بالقواعد الفقهية المستنبطة من مجموع فتاوى أئمة المذهب، حيث تميزت هذه المرحلة أيضاً بظهور بعض العلماء الذين جمعوا بين المدرستين الأصولية والفقهية، مما أضفوا فائدة عظيمة على طلبة العلم، بأن يجمعوا بين التأصيل والتفريع في آن واحد[٢].

المرحلة الثالثة: مرحلة الرسوخ والتنسيق

على الرغم من جهود العلماء السابقة في تدوين القواعد، إلا أنها ظلت متفرقة ومبددة في مدونات مختلفة، وأحياناً تتطرق هذه المدونات لبيان بعض القواعد الأصولية، ولم يستقر أمرها تمام الاستقرار إلى أن وضعت مجلة الأحكام العدلية في عهد السلطان الغازي عبد العزيز خان في أواخر القرن الثالث عشر الهجري ليعمل بها في المحاكم التي أنشئت آنذاك.

حيث قام الفقهاء بوضع القواعد الفقهية في مقدمة هذه المجلة بعد جمعها واستخلاصها من المصادر الفقهية، ومن بعض المدونات التي سجلت فيها تلك القواعد مثل: الأشباه والنظائر لابن نجيم،ومجامع الفقه للخادمي، حيث اشتهرت هذه القواعد من خلال هذه المجلة وارتفعت مكانتها، حيث شرحت مع شروح المجلة المشهورة، وأصبح لها صدى في كافة المجالات الفقهية والقانونية[٣].

---

[١]يعقوب الباحسين:القواعد الفقهية،(ص ٣١٦-٣١٧-٣١٨)؛عمر كامل:القواعد الفقهية،(ص٤٥-٤٦).

[٢]عدنان الشوابكة:القواعد الأصولية،(ص٢٧).

[٣]عمر كامل:القواعد الفقهية،(٤٩).

المطلب الثاني
أهمية القواعد الأصولية والفقهية

إن للقواعد الأصولية والفقهية أهمية كبرى لا يستغني عنها كل مشتغل بالفقه وفروعه وأصوله ،وتظهر أهميتها من خلال معرفة مزاياها وسماتها ،وما يمكن أن ينتج من دراستها من الفوائد، ولهذا فإن ما نذكره فيما يلي من الفوائد، يكشف عن هذا الأمر ويوضحه فمن تلك الفوائد:-

١-أنها وفرت على الفقيه وقته وجهده، من خلال ضبطها للأمور المنتشرة المتعددة؛ لأن مسائل الفروع كثيرة ويصعب استدامة حفظها فالقواعد الفقهية نظمت هذه الجزئيات والمسائل في سلك واحد، مما يمكن المجتهد من إدراك الروابط بين الجزئيات المتفرقة، فهي كما قال الإمام القرافي- رحمه الله- في كتابه الفروق: "ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب"[١].

وأيضاً كما قال ابن رجب: "تنضم له منثور المسائل في سلك واحد، وتقيد له الشوارد، وتقرب عليه كل متباعد"[٢].

٢-دراسة القواعد الفقهية تربي الملكة الفقهية، حيث تساعد الفقيه على فهم مناهج الفتوى، وتطلعه على حقائق الفقه ومآخذه، وتمكنه من تخريج الفروع لمعرفة أحكامها، قال السيوطي رحمه الله في كتابه الأشباه والنظائر: "اعلم أن فن الأشباه والنظائر فن عظيم به يطلع على حقائق الفقه ومداركه ومآخذه وأسراره، ويتمهر في فهمه واستحضاره، ويقتدر على الإلحاق والتخريج ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة، والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على ممر الزمان"[٣].

٣- إن دراسة القواعد الأصولية والفقهية تظهر مدى استيعاب الفقه الإسلامي للأحكام من خلال إيجادها الحلول لكثير من القضايا المستعصية والمباحث والأمور الشائكة[٤]، وكما أنها أيضا تمكن غير المختصين في علوم الشريعة، كرجال القانون من الاطلاع على الفقه، وإبطال دعاوى كل من ينتقصون الفقه الإسلامي، ويرمونه بأنه حلول جزئية، وليس قواعد كلية[٥].

٤- من فوائد دراسة القواعد الفقهية ما ذكره الشيخ ابن عاشور، وهو أنها وبخاصة الكبرى منها تساعد على إدراك مقاصد الشريعة؛ لأن القواعد الأصولية تركز على جانب الاستنباط، وتلاحظ جوانب التعارض والترجيح، وما شابه ذلك من القواعد التي ليس فيها شيء من ملاحظة مقاصد

---

[١] القرافي: الفروق مع هوامشه،(٦٢/١).

[٢]ابن رجب:القواعد،(٣/١).

[٣]السيوطي: الأشباه والنظائر،(ص ١٣).

[٤] البورنو:موسوعة القواعد الفقهية،(ص ٣٠)؛الهذلي:القواعد الفقهية،(ص ٩٤).

[٥] البورنو:موسوعة القواعد الفقهية،(ص ٣١)؛الهذلي:القواعد الفقهية،(ص ٩٥).

الشارع، أما القواعد الفقهية فهي مشتقة من الفروع والجزئيات المتعددة بمعرفة الرابط بينها، ومعرفة المقاصد الشرعية التي دعت إليها"[١].

مثال ذلك قاعدة: "المشقة تجلب التيسير"[٢]يفهم منها أن رفع الحرج والتيسير على العباد مقصد من مقاصد الشريعة.

فالمجتهد من خلال تعرفه على القواعد الشرعية وربطها بفروعها المتنوعة تتكشف له كثير من المدارك الشرعية، والحكم التشريعية التي بنيت عليها الأحكام الإسلامية.

٥- دراسة القواعد الفقهية توضح المنهاج الذي وصل إليه الاجتهاد في المذهب، والروابط التي بين مسائله الجزئية[٣].

٦ – إن دراسة القواعد الفقهية والإلمام بها تربي عند الباحث ملكة المقارنة بين المذاهب المختلفة ، وتوضح له وجهاً من وجوه الاختلاف وأسبابه بين المذاهب، وذلك لأن القواعد الفقهية –في أكثرها– موضع اتفاق الأئمة المجتهدين، ومواضع الخلاف فيها قليلة، فتظهر الفائدة من دراسة هذا القليل وتأمله حيث إنه سبب من أسباب الاختلاف[٤].

---

[١]ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية،(ص ٦).

[٢]الزرقا:شرح القواعد الفقهية،(ص ١٥٧)؛ ابن السبكي:الأشباه،(٤٨/١)؛ السيوطي:الأشباه،(ص ١٠٢).

[٣]الهذلي: القواعد الفقهية،(ص ٩٥).

[٤]المرجع السابق.

الفصل الأول
إعمال الكلام أولى من إهماله

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول:حقيقة قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله وأصلها وشروط العمل بها

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: المعنى الإجمالي لقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

المطلب الثاني: أصل قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

المطلب الثالث: شروط إعمال الكلام

المبحث الثاني: أهمية قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله وتطبيقاتها الفقهية

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: أهمية قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

المطلب الثاني: تطبيقات قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

المبحث الأول
حقيقة قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله
وأصلها وشروط العمل بها

تعتبر قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله من القواعد الأصولية الفقهية المتعلقة بتصحيح ألفاظ المكلف، وخطابات الشارع الحكيم، لكي نتعرف عليها أكثر لابد من بيان معناها، وأصلها من الكتاب والسنة، وشروط العمل بها

لذا سأتناول –إن شاء الله– في هذا المبحث شرحها عبر المطالب الآتية :–

المطلب الأول: المعنى الإجمالي لقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

المطلب الثاني: أصل قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

المطلب الثالث: شروط إعمال الكلام

المطلب الأول

المعنى الإجمالي لقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

يجب إعمال كلام المكلف وإعطاؤه حكماً شرعياً، متى أمكن حمله على معناه الحقيقي أو المجازي؛ لأن كلام العقلاء يجب أن يصان عن الإلغاء ما أمكن، لأن المهمل لغو، وكلام المكلف العاقل يصان عنه، فالمسلم لا يأتي بالكلام الذي لا فائدة فيه، خوفاً من المؤاخذة فيحمل كلامه على قصد مفيد[١].

مثال ذلك: لو أوصى بطبل، وله طبول لهو، وطبول حرب، فإن وصيته تحمل على كلا الطبول أيهما شاء، فإن لم تصلح طبول اللهو إلا للضرب، لم يكن لهم أن يعطوه إلا الذي للحرب إعمالاً لكلامه[٢].

مثال آخر: لو أوصى أو وقف على أولاده، فإن وصيته أو وقفه تنصرف إلى أولاده الصلبين فقط، لأنهم الحقيقة، فإن لم يكن له فإن الوصية أو الوقف تصرف إلى أولاد أولاده بطريق المجاز، وبذلك نكون أعملنا كلامه وحملناه على أقرب وجه يجعله معمولاً به من حقيقة ممكنة أو مجاز[٣].

---

[١] محمد شبير : القواعد الكلية،(ص ٢٧١)؛عبد القادر داودي: القواعد الكلية،(ص ٢٠٢)؛ محمود هرموش: القاعدة الكلية،(ص ٥٠).

[٢] السبكي:الأشباه،(١/١٧١).

[٣] المرجع السابق.

المطلب الثاني
أصل قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

يستدل لهذه القاعدة بعمومات كثيرة في الكتاب والسنة التي تصلح أن تكون أصلاً لهذه القاعدة، بالإضافة إلى المعقول وفيما يلي بيان لهذه الأدلة:-

من الكتاب:

١- قوله تعالى :﴿ وَإِذَا مَرُّواْ بِٱللَّغۡوِ مَرُّواْ كِرَامٗا ﴾[١].

٢- وقوله تعالى :﴿ وَٱلَّذِينَ هُمۡ عَنِ ٱللَّغۡوِ مُعۡرِضُونَ ﴾[٢].

٣- وقوله تعالى:﴿ وَإِذَا سَمِعُواْ ٱللَّغۡوَ أَعۡرَضُواْ عَنۡهُ ﴾[٣].

وجه الدلالة من هذه الآيات :

أن الله عزو جل في هذه الآيات ذم اللغو وهو الكلام العاري عن الفائدة، أي المهمل الساقط الذي لا يعتد به[٤]، فالإلغاء والإهمال ألفاظ مترادفة، أي بمعنى واحد، فإذا كان المهمل هو الكلام اللاغي والساقط الذي لا فائدة فيه، فينبغي أن يصان كلام المكلف العاقل عنه ولا ينزل عليه[٥].

٤- قوله تعالى :﴿ مَّا يَلۡفِظُ مِن قَوۡلٍ إِلَّا لَدَيۡهِ رَقِيبٌ عَتِيدٞ ﴾[٦].

وجه الدلالة :

تدل الآية على أن كل ما يقوله المرء معتد به على الوجه الذي يليق به، فلا إهمال لشيء يتلفظ به المكلف؛ لأن الكلام وعاء للمعاني التي يقصدها الإنسان[٧].

ثانيا/ من السنة النبوية:

ما روي عن معاذ بن جبل قال: كنت مع النبيﷺ في سفر، فأصبحت يوماً قريباً منه ونحن نسير، فقلت: يا رسول الله أخبرني بعمل يدخلني الجنة ويباعدني من النار.

---

[١] سورة الفرقان: الآية رقم،(٧٢).

[٢] سورة المؤمنون : الآية رقم ،(٣).

[٣] سورة القصص: الآية رقم، (٥٥).

[٤] الراغب الأصفهاني: المفردات ،(ص ٤٥١)؛ البروسوى : روح البيان، (٧٣/٦).

[٥] محمد شبير: القواعد الكلية،(ص ٢٧٢)؛ محمود هرموش: القاعدة الكلية،(ص ٤٩).

[٦] سورة ق : الآية رقم،(١٨).

[٧] القرطبي:الجامع لأحكام القرآن، (٤٣٩/١٩-٤٤٠).

قال: " لقد سألتني عن عظيم وإنه ليسير على من يسره الله عليه، تعبد الله ولا تشرك به شيئاً، وتقيم الصلاة ،وتؤتي الزكاة، وتصوم رمضان ،وتحج البيت، ثم قال: ألا أدلك على أبواب الخير....ألا أخبرك بملاك ذلك كله قلت: بلى يا نبي الله، فأخذ بلسانه قال : كف عليك هذا فقلت: يا نبي الله وإنا لمؤاخذون بما نتكلم به؟ فقال ثكلتك أمك يا معاذ، وهل يكب الناس في النار على وجوههم أو على مناخرهم إلا حصائد ألسنتهم"[١].

وجه الدلالة:

يدل هذا الحديث على أن المسلم العاقل مؤاخذ بكل ما يتكلم به من كلام، وما يصدر عنه من تصرفات قولية ممنوعة، فلذلك كلام العقلاء يجب أن تترتب عليه جميع آثاره الشرعية؛ لأن المؤاخذة الواردة في الحديث عامة تشمل جميع تصرفات المكلف القولية الممنوعة [٢].

ثالثا/ من المعقول:

١-إن الله سبحانه وتعالى خلق اللغات لتكون أداة للتعبير عند العقلاء، فلذلك الكلام الصادر عن العقلاء يجب حمله على معنى يترتب عليه أثر شرعي، لأن خلاف ذلك إهمال له وإلغاء، وكلام العقلاء يجب أن يصان عن الإلغاء ما أمكن[٣].

٢- إذا علم المسلم بأنه مؤاخذ بجميع ما يتلفظ به، فإنه تماماً سوف يكون كلامه بعيداً عن اللغو الذي لا فائدة فيه، فبالتالي يكون كلام المسلم محمول دائماً على الصحة والسداد، وبهذا يتحقق معنى القاعدة[٤].

---

[١]سنن الترمذي،كتاب الإيمان،باب ما جاء في حرمة الصلاة(ح ٢٦١٦)(ص ٥٩٠)؛ سنن بن ماجة ،كتاب الفتن ، باب كف اللسان في الفتنة (ح ٣٩٧٣)(ص ٦٥٦)،قال الألباني:حديث صحيح،انظر الألباني:الإرواء،(١٣٨/٢).

[٢] ابن العربي:الأحوذي،(٣٠٢/٥)؛محمد شبير : القواعد الكلية،(ص ٢٧٣).

[٣]الزرقا: المدخل الفقهي ،(١٠٠٢/٢)؛ هرموش:القاعدة الكلية،(ص٥٣).

[٤] هرموش:القاعدة الكلية،(ص٥٣).

المطلب الثالث

شروط إعمال الكلام

الشروط الواجبة لإعمال كلام العاقل تنقسم إلى قسمين: قسم منها يعود إلى المتكلم، والقسم الآخر يعود إلى الكلام نفسه.

أولاً/ الشروط التي تعود إلى المتكلم

المتكلم هو الشخص الذي يصدر عنه الكلام، ولإعمال هذه القاعدة في كلام المكلفين لابد أن تتوافر فيهم الشروط التالية :-

الشرط الأول : البلوغ

اتفق الفقهاء على أن البالغ يصحح كلامه ويصان عن الإلغاء، كما اتفقوا أيضاً على أن الصبي غير المميز الذي لا يعقل المعنى ولا يفهمه لا يصحح كلامه ويعتبر لاغياً، ولكنهم اختلفوا في اشتراط البلوغ الذي بموجبه يصحح كلام الصبي ويصان عن الإلغاء فمنهم من يشترط البلوغ لصحة كلامه، ومنهم من لا يشترط البلوغ فيصحح أقوال الصبي والتزاماته.

كاختلافهم في مسألة وصية الصبي:

تحرير محل النزاع:

١- اتفق الفقهاء على أن وصية الصبي الذي بلغ عشر سنين فما فوق جائزة[١].

٢- اختلف الفقهاء في وصية الصبي هل تجوز أو لا بد من شرط البلوغ على مذهبين:

المذهب الأول: قالوا بعدم صحة وصية الصبي، وهو مذهب فقهاء الحنفية[٢]، وقول عند الشافعية[٣].

المذهب الثاني: قالوا بصحة وصية الصبي، إذا كان يعقل وكان ابن عشر سنين، أو إحدى عشرة سنة، أو اثنتي عشرة سنة، وهو مذهب المالكية[٤]، والشافعية[٥]، والحنابلة[٦].

---

[١]؛ابن رشد:بداية المجتهد،(٣٣٤/٢)؛ النووي:المجموع شرح المهذب،(٣٨٢/١٦-٣٨٣)؛ ابن قدامة:المغني،(٥٠٨/٨-٥٠٩).

[٢]السمرقندي:تحفة الفقهاء، (٢٠٧/٣)؛ ابن عابدين: رد المحتار،(٣٣٧/١٠).

[٣] النووي:المجموع شرح المهذب،(٣٨٢/١٦-٣٨٣).

[٤] ابن رشد:بداية المجتهد،(٣٣٤/٢).

[٥] النووي:المجموع شرح المهذب،(٣٨٢/١٦-٣٨٣).

[٦] ابن قدامة:المغني،(٥٠٨/٨-٥٠٩).

أدلة أصحاب المذهب الأول:

استدل فقهاء الحنفية على عدم صحة وصية الصبي بما يلي:-

١- الوصية عقد تشبه باقي العقود، فلذلك لا تصح من الصبي لارتفاع القلم عنه كالمجنون، ولأنه ليس أهلاً للتمليك[١].

٢- الوصية تبرع محض لا يقابله عمل مالي، ولا نفع دنياوي فصار كالهبة وتنجيز العتق[٢].

أدلة الجمهور:

استدل جمهور الفقهاء على صحة وصية الصبي بما يلي:-

١- ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قيل له: إن ها هنا غلاماً يافعاً أو يفاعاً من غسان لم يحتلم وهو ذو مال ووارثه بالشام، وليس له ها هنا إلا ابنة عم، فقال عمر: فليوصِ لها بمال يقال له بئر جشم، قال عمرو بن سليم: فبعت أنا ذلك المال بثلاثين ألفاً، وابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمرو بن سليم[٣].

فجواز عمر بن الخطاب لوصية هذا الغلام دليل على صحة وصية الصبي؛ لأن الغلام حينذاك كان عمره عشر سنين حسب الروايات.

٢- في وصية الصبي نفعاً له، فلذلك صحت منه، كالإسلام والصلاة، وذلك لأن الوصية صدقة يحصل ثوابها له بعد غناه عن ملكه وماله، فلا يلحقه ضرر في عاجل دنياه ولا أخراه، بخلاف الهبة والعتق المنجز، فإنه يفوت من ماله ما يحتاج إليه، وإذا رُدت رجعت إليه، وها هنا لا يرجع إليه بالرد[٤].

الرأي الراجح:

بعد عرضنا لآراء الفقهاء في المسألة وبيان أدلتهم يظهر لي أن مذهب الجمهور القائل بصحة وصية الصبي هو الراجح وذلك للأسباب التالية:

١- قوة استدلال الجمهور على مذهبهم.

٢- أن الصبي في هذا العمر ما بين عشر إلى اثنتي عشرة سنة يكون قريب العهد بالحلم، عاقلاً يدرك حقيقة ما يتلفظ به، فلذلك يجب اعتبار كلامه، وبناء الأحكام عليه.

---

[١] الشيرازي:شرح المهذب على المجموع،(٣٨٧/١٦)؛ ابن عابدين،رد المحتار،(٣٣٧/١٠).

[٢] مودود:الاختيار،(٦٤/٥).

[٣] مالك بن أنس:الموطأ،ك الوصية،(ح٢)، (٧٦٢/٢).

[٤] الشيرازي:شرح المهذب على المجموع،(٣٨٧/١٦)؛ ابن قدامة:المغني،(٥٠٩/٨).

٣- الشرط الثاني: العقل

اتفق العلماء على أن المجنون لا ينفذ كلامه، ويعتبر التزاماته كلها لاغية ،لأن الجنون يعتبر من عوارض الأهلية ،فيرتفع به التكليف والإلزام، فكلام المجنون خارج مجال بحثنا وهو إعمال كلام العاقل وإهماله، لأن الجنون نوع من الهذيان الذي لا يترتب عليه حكماً شرعياً مفيداً.

ولكنهم اختلفوا فيما لو زال عقله بفعل من نفسه كشربه الخمر، ففي إعمال الكلام وترتيب الأحكام الشرعية عليه خلاف بين الفقهاء بحسب الفروع كاختلافهم في طلاق السكران:

تحرير محل النزاع:

١- اتفق الفقهاء على وقوع طلاق الزوج البالغ العاقل[١].

٢- اختلف الفقهاء في وقوع طلاق السكران على مذهبين:-

المذهب الأول: قالوا بوقوع طلاقه، وهو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، وقول عند الشافعية [٤]، ورواية عند الحنابلة[٥].

المذهب الثاني: قالوا بعدم وقوعه، وهو الأصح عند الشافعية[٦]، ورواية عند الحنابلة[٧].

أدلة أصحاب المذهب الأول:

استدل جمهور الفقهاء على وقوع طلاق السكران بما يلي:

١- قوله تعالى:" ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمۡ سُكَٰرَىٰ ﴾ [٨].

وجه الدلالة:

أن الله عز وجل خاطبهم وهو سكارى، فدل ذلك على أن السكران مكلف[٩].

---

[١]عبد الغني الغنيمي:اللباب شرح الكتاب،(٤٠/٣)؛ الحطاب الرعيني:مواهب الجليل لشرح مختصر خليل،(٣٠٧/٥-٣٠٨)؛ النووي:المجموع شرح المهذب،(١٩٨/١٨)؛البهوتي:كشاف القناع،(٢٠٦/٤)؛ ابن قدامة:الكافي،(٤٣١/٤).

[٢]عبد الغني الغنيمي:اللباب في شرح الكتاب،(٤٠/٣).

[٣]الحطاب الرعيني:مواهب الجليل لشرح مختصر خليل،(٣٠٨/٥).

[٤]النووي:المجموع،(١٩٨/١٨)؛ الشيرازي:شرح المهذب على المجموع،(٢٠٤/١٨).

[٥]ابن قدامة:المغني،(٣٤٦/١٠)،البهوتي:كشاف القناع،(٢٠٧/٤).

[٦]الشيرازي:شرح المهذب على المجموع،(٢٠٦/١٨).

[٧]ابن قدامة:المغني،(٣٤٧/١٠).

[٨] سورة النساء:آية رقم،(٤٣).

[٩]الشيرازي:شرح المهذب على المجموع،(٢٠٤/١٨).

أجيب على استدلالهم بأن النهي في الآية إنما هو عن أصل السكر الذي يلزم منه قربان الصلاة.

وحيث قال جل وعلا في آخر الآية : چ حَتَّىٰ تَعْلَمُواْ مَا نَقُولُونَ ﴾ [1]فدل ذلك على أن السكران يقول ما لا يعلم، ومن كان كذلك فكيف يكون مكلفاً وهو غير فاهم، والفهم شرط التكليف كما تقرر في الأصول[2].

٣- عدم وقوع طلاق السكران مخالف للمقاصد الشرعية؛ لأنه إذا فعل حراماً واحداً لزمه حكمه، فإذا تضاعف جرمه بالسكر وفعل المحرم الآخر سقط عنه الحكم، مثلاً لو أنه ارتد بغير سكر لزمه حكم الردة فإذا جمع بين السكر والردة لم يلزمه حكم الردة لأجل السكر[3].

أجيب بأنا لم نسقط عنه حكم المعصية الواقعة منه حال السكر لنفس فعله المحرم الآخر وهو السكر، فإن ذلك مما لا يقول به عاقل، وإنما أسقطنا عنه حكم الصاحي فلم يكن فعله لمعصية الشرب هو المسقط عنه[4].

٣- الصحابة جعلوا السكران كالصاحي في الحد بالقذف[5].

أجيب على ذلك بأنه محل خلاف بين الصحابة[6].

٤- طلاق السكران وقع من مكلف غير مكره، فصادف ملكه،كطلاق الصاحي، ويدل على تكليفه أنه يقتل بالقتل، ويقطع بالسرقة[7].

أدلة أصحاب المذهب الثاني:

استدلوا القائلون بعدم وقوعه بما يلي:-

١- السكران زائل العقل فهو أشبه بالنائم، أو مفقود الإرادة فأشبه بالمكره؛ لأن العقل شرط التكليف[8].

---

[1] سورة النساء:آية رقم،(٤٣).

[2]الشيرازي:شرح المهذب على المجموع،(٢٠٦/١٨).

[3]الشيرازي:شرح المهذب على المجموع،(٢٠٤/١٨).

[4]المرجع السابق(٢٠٧/١٨).

[5]ابن قدامة:المغني،(٣٤٧/١٠)؛ الشيرازي:شرح المهذب على المجموع،(٢٠٦/١٨).

[6]الشيرازي:شرح المهذب على المجموع،(٢٠٦/١٨).

[7]ابن قدامة:المغني،(٣٤٧/١٠).

[8] النووي:المجموع شرح المهذب،(١٩٩/١٨)؛ابن قدامة:المغني،(٣٤٧/١٠-٣٤٨).

٢- لا يقال أن ألفاظ الطلاق ليست من الأحكام التكليفية بل من الأحكام الوضعية، وأحكام الوضع لا يشترط فيها التكليف لأنا نقول الأحكام الوضعية تقيد بالشروط كما تقيد الأحكام التكليفية، وأيضاً السبب الوضعي هو طلاق العاقل لا مطلق الطلاق بالاتفاق، وإلا ألزم وقوع طلاق المجنون[١].

الرأي الراجح:

بعد عرضنا لمذاهب الفقهاء في المسألة وبيان أدلتهم ومناقشتها، يظهر لي أن مذهب القائلين بعدم وقوع طلاق السكران هو الراجح، وذلك للأسباب التالية:-

١- من شروط صحة إعمال الكلام أن يكون المكلف الصادر عنه الكلام عاقلاً، والسكران هنا فاقد للعقل، فلذلك لا يقع طلاقه.

٢- الطلاق من الأمور الخطيرة التي لا يكون صواب الرأي فيها إلا بكمال العقل، لما يترتب على وقوعه من نتائج وخيمة تضر بكلا الطرفين، وخاصة إذا كان بينهما أطفال.

الشرط الثالث: الاختيار

أن يكون المتكلم مختاراً، لذلك اختلف الفقهاء في كلام المكرَه هل يعمل به أم يعتبر لاغياً فيهمل؟

كاختلافهم في طلاق المكرَه:

تحرير محل النزاع:

١- اتفق الفقهاء على وقوع طلاق الزوج البالغ العاقل المختار[٢].

٢- اختلف الفقهاء في طلاق المكرَه على مذهبين:

المذهب الأول: قالوا بوقوع طلاقه، وهو مذهب الحنفية[٣]، وقول عند المالكية[٤]، وقول عند الشافعية[٥].

المذهب الثاني: قالوا بعدم وقوعه إذا تحققت فيه الشروط التالية :

أن يكون المكرِه قاهراً له، ولا يقدر على دفعه كالسلطان ونحوه.

أن يغلب على ظنه نزول الوعيد به إن لم يجبه إلى ما طلبه.

---

[١] الشيرازي:شرح المهذب على المجموع،(٢٠٧/١٨).

[٢] الصنعاني:البدائع،(١٠٠/٣)؛ الحطاب الرعيني:مواهب الجليل لشرح مختصر خليل،(٣٠٧/٥)؛ النووي:المجموع شرح المهذب،(١٩٨/١٨)؛ابن قدامة:الكافي،(٤٣١/٤).

[٣] عبد الغني الغنيمي:اللباب في شرح الكتاب،(٤٠/٣).

[٤] الحطاب الرعيني: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل،(٣١٠/٥).

[٥] النووي:المجموع،(٢٠٨/١٨).

أن يكون ما يهدد به مما يلحقه ضرر به كالقتل ، والقطع، والضرب المبرح، والحبس الطويل، والاستحقار بمن يغض منه ذلك من ذوي الأقدار لأنه يصير مكرهاً بذلك[١].

وهو مذهب بعض المالكية، وقول عند الشافعية،والمعتمد عند الحنابلة[٢].

أدلة أصحاب المذهب الأول:

أن المكرَهَ قد صاراً مختاراً بالنية [٣]؛ لأنه حينما تلفظ بالطلاق كان له القصد والاختيار في التلفظ به فيحاسب عليه وكل ما في الأمر أنه غير راضٍ بالأثر المترتب على الطلاق، وهذا لا يمنع من وقوع طلاقه قياساً على الهازل فإن طلاقه يقع لورود نص شرعي فيه[٤].

أدلة أصحاب المذهب الثاني:

استدل القائلون بعم وقوعه بقوله ﷺ:" رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"[٥].

وجه الدلالة:

يدل هذا الحديث على أن حكم فعل المكرَه موضوع عنه فلا يؤاخذ به ولا يقع طلاقه[٦]،

وقوله حُمل عليه بغير حق فلم يصح كالمسلم إذا أكره على كلمة الكفر، فلا يقع طلاقه[٧].

الرأي الراجح:

بعد عرضنا لمذاهب الفقهاء في المسألة وعرض أدلتهم يظهر لي أن مذهب الجمهور القائل بعدم وقوعه إذا توفرت فيه شروط الإكراه هو الراجح،وذلك للأسباب التالية:-

١- قوة أدلة الجمهور

٢- تيسيراً على المكرَه ورفع الحرج عنه، لانتفاء شرط الاختيار وهو الرضى بإيقاع الطلاق، وهذا الشرط منتفي هنا.

٣- من شروط صحة إعمال الكلام أن يكون المكلف الصادر عنه الكلام مختاراً، والمكرَه هنا فاقداً للاختيار.

---

[١] انظر هذه الشروط،النووي:المجموع(٢٠٧/١٨-٢٠٨)؛ بن قدامة:المغني(٣٥٣/١٠).

[٢]الحطاب الرعيني: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل،(٣١٠/٥)؛ النووي:المجموع،(٢٠٧/١٨-٢٠٨) ابن قدامة:المغني،(٣٥٠/١٠).

[٣] النووي:المجموع،(٢٠٨/١٨).

[٤] الحفناوي:الوجيز في أحكام الأسرة،(ص ٢٣٥)؛ الكاساني:البدائع،(٩٩/٣).

[٥] سنن ابن ماجه في سننه،ك الطلاق،باب طلاق المكرَه والناسي،(ح٢٠٤٣)،(ص٣٥٣)،قال الألباني:حديث صحيح،انظر الألباني:الإرواء،(١٢٣/١).

[٦] ابن حجر:فتح الباري،(٣٤٦/٩-٣٥٠).

[٧] النووي:المجموع(٢٠٧/١٨)؛ بن قدامة:المغني(٣٥١/١٠).

ثانيا/ الشروط التي تعود إلى الكلام نفسه:

١- ألا يتعذر إعمال الكلام بأحد أنواع التعذر الثلاثة العادي أو العقلي أو الشرعي، وهذا ما سوف نتحدث عنه بالتفصيل في قاعدة: "إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز"[١].

٢- ألا يكون اللفظ مجملاً بحيث لا يتضح مراد المتكلم من كلامه[٢].

---

[١]ابن نجيم:الأشباه،(ص١٥٠).

[٢] انظر هذه الشروط عبد القادر داودي:القواعد الكلية،(ص ٢٠٢٠-٢٠٣)؛محمد شبير:القواعد الكلية،(ص ٢٨١)؛ محمود هرموش:القاعدة الكلية،(ص ٥٥).

المبحث الثاني
أهمية قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله
وتطبيقاتها الفقهية

تعتبر قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله محل اتفاق عند جميع العلماء، وذات أهمية عظيمة، ويظهر ذلك من خلال الفروع الفقهية المندرجة تحتها في أغلب أبواب الفقه، والتي لا حصر لها، لكي نتعرف على أهميتها، وبيان فروعها الفقهية، لذا سأتناول-إن شاء الله- في هذا المبحث أهميتها وتطبيقاتها عبر المطلبين الآتيين:-

المطلب الأول/ أهمية قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

المطلب الثاني/ تطبيقات قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

المطلب الأول

أهمية قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

إن قاعدة "إعمال الكلام أولى من إهماله"[١] ذات مكانة عظيمة، وفوائد جليلة ،حيث تلقيت بالشرح والتفريع من قبل العلماء القدامى والجدد، بالإضافة إلى أنها ذُكرت في جميع كتب القواعد الفقهية[٢]، ولكن العلماء جميعاً لم يتوسعوا في الحديث عنها؛ لأنهم لم يعتبروها من القواعد الكلية، لذلك لم يذكروا من فروعها إلا الشيء اليسير، ولكن الدراسة التي قدمها الشيخ محمود هرموش حول هذه القاعدة أثبتت أنه يمكن إضافة هذه القاعدة إلى القواعد الكلية الكبرى التي يبنى عليها الفقه الإسلامي، لما لها من علاقة بالعقود والمعاملات المالية كالبيع والإجارة والسلم والرهن والعارية والوقف والوصية والهبة والاستصناع، كما أنها أيضاً تدخل في النكاح والطلاق والعتق والإيلاء وغير ذلك.

فهذه القاعدة تعتبر موضع اتفاق عند جميع العلماء من خلال تفريعاتهم عليها و تعليلاتهم بها، وهذا زادها أهمية كبيرة، بالإضافة إلى أنها متعلقة بتصرفات المكلف القولية وتصحيح أقواله، وهو أمر ضروري عند جميع الأئمة؛ لأن تصحيح الكلام مبدأ أخذ به جميع الفقهاء.

وكذلك فإنها تدخل في بعض المباحث الأصولية التي تتعلق بالخطابات الشرعية، كتعارض الحقيقة الشرعية واللغوية في الخطاب الشرعي، ودلالة الاقتضاء والمشترك والتخصيص والتقييد والنسخ، والزيادة على النص، والتعارض والترجيح، بالإضافة إلى أن لها تأثير في بعض المباحث اللغوية: كالحروف الزائدة[٣]، ولم يقف الأمر عند هذا الحد، بل تعدى إلى أنه يندرج تحتها الكثير من القواعد الفقهية، كقاعدة: "الأصل في الكلام الحقيقة"[٤]، وقاعدة: " إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز" [٥]، وقاعدة: "إذا تعذر إعمال الكلام يهمل"[٦]

كل ذلك يدلنا على أهمية ومكانة هذه القاعدة في الشريعة الإسلامية.

---

[١] ابن السبكى:الأشباه والنظائر،(١/١٧١).

[٢] الزركشي:المنثور،(١/١٨٣)؛السيوطي:الأشباه،(ص ١٦٦)؛ابن نجيم:الأشباه،(١٣٥).

[٣] محمود هرموش:القاعدة الكلية،(ص ٤٨١).

[٤] ابن نجيم:الأشباه،(ص٧٧).

[٥] المرجع السابق،(ص١٥٠).

[٦] علي حيدر:شرح المجلة،(١/٥٤).

المطلب الثاني
تطبيقات قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

تعتبر هذه القاعدة عظيمة النفع، كثيرة الفائدة، فهي محل اتفاق عند جميع العلماء، حيث يظهر ذلك من خلال تفريعاتهم عليها وتعليلاتهم بها وأثرها الفقهي، فهي تتحدث عن تصحيح كلام العاقل، وحمله على معنى يترتب عليه حكم شرعي، لذلك يندرج تحتها الكثير من الفروع والمسائل الفقهية التي لا حصر لها، فمنها ما يتعلق بالعقود والمعاملات المالية، ومنها ما يتعلق بالنكاح والطلاق والإيلاء والأيمان وغير ذلك...

فمن هذه الفروع التي تندرج تحت قاعدتنا ما يلي:

الفرع الأول/ الطلاق المعلق على شرط

صورة المسألة: إذا قال لزوجته: إن دخلت الدار أنت طالق ، بحذف الفاء، فهل يقع طلاقه؟

تحرير محل النزاع:

١- اتفق الفقهاء على صحة تعليق الطلاق على شرط مطلقاً، إذا استوفى شروط التعليق[١].

٢- اختلف الفقهاء في وقوع الطلاق المعلق على شرط ، بحذف الفاء على مذهبين:

المذهب الأول: قالوا بعدم وقوعه ما لم تدخل، وهو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥].

المذهب الثاني: قالوا بوقوعه في الحال، وهو قول محمد بن الحسن [٦].

أدلة أصحاب المذهب الأول:

---

[١] عبد الغني الغنيمي:اللباب شرح الكتاب،(٤٦/٣)؛الشيرازي:شرح المهذب على المجموع،(٣٨٦/١٠)؛ابن قدامة:الكافي،(٤٧/٤).

[٢] ابن نجيم:الأشباه،(ص ١٥٢).

[٣] لا يوجد نص لهذه المسألة في كتب المالكية،ولكن قياس القاعدة أن لا يقع الطلاق حتى تدخل،صوناً لكلام المكلف عن الإهمال والإلغاء ما أمكن ذلك. انظر/ هرموش:القاعدة الكلية،(ص ٧٠).

[٤] السيوطي:الأشباه،(ص١٦٧).

[٥] ابن قدامة:المغني،(٤٠٤/١٠).

[٦] ابن نجيم:الأشباه،(١٥٢)؛السيوطي:الأشباه،(ص١٦٧).

أنه أتى بحرف الشرط فيدل على أنه أراد التعليق به وإنما حذف الفاء وهي مرادة ، كما يحذف المبتدأ تارة والخبر أخرى لدلالة باقي الكلام على المحذوف، ويجوز أن يكون حذف الفاء على التقديم والتأخير فكأنه أراد أنت طالق إن دخلت الدار.

فقدم الشرط وحقه التأخير ومهما أمكن حمل كلام العاقل على فائدة وتصحيحه عن الفساد واجب وفيما ذكرنا تصحيحه، وفيما ذكروه إلغاؤه[١].

أدلة أصحاب المذهب الثاني:

أنه لم يعلقه بدخول الدار، لأنه إنما يعلق بالفاء وهذه لا فاء فيها، فيكون كلاماً مستأنفاً غير معلق بشرط فيثبت في الحال[٢].

الرأي الراجح:

بعد عرضنا لمذاهب الفقهاء في المسألة وبيان حججهم، يظهر لي رأي الجمهور هو الراجح وذلك للأسباب التالية:-

١- قوة استدلال الجمهور على قولهم.

٢- أن كلامه محمول على التعليق، فلا يقع طلاقه قبل الدخول، فإن دخلت وقع طلاقه، حفظاً لكلامه من الإلغاء والإهمال، لأن إعمال الكلام أولى من إهماله، والمكلف مؤاخذ على كلامه، لذلك لا يأتي بالكلام الذي لا فائدة منه.

الفرع الثاني/ طلاق الرجعيات

صورة المسألة: إذا قال زوجاتي طوالق،وليس له إلا رجعيات، فهل يقع الطلاق على الرجعيات؟

اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية[٣] والمالكية[٤] والشافعية[٥] والحنابلة[٦] على وقوع طلاقهن قطعاً وإن كان في دخول الرجعية في ذلك مع الزوجات خلاف.

واستدلوا على قولهم بما يلي:

١-أن الزوجة الرجعية تعتبر زوجة لوجود رابطة الزوجية وهو عدم بينونتها بالطلاق البائن، ولأنها قبل انقضاء العدة سترجع إلى زوجها إذا أراد رجوعها[٧].

---

[١] ابن قدامة:المغني،(١٠/٤٤٦).

[٢] المراجع السابقة.

[٣] أسهل المدارك شرح إرشاد المسالك،(٢/١٣٨).

[٤] ابن مالك:المدونة،(٣/٣٨٧).

[٥] السيوطي:الأشباه،(ص١٦٧).

[٦] ابن قدامة:المغني،(١٠/٥٥٤)؛ابن النجار:شرح الكوكب المنير،(٢/٣٠٣).

[٧] هرموش:القاعدة الكلية،(٦٩).

٢- الرجعية تعتبر زوجة ولها أحكام الزوجة من نفقة وسكنى وغيرها وهو ما اتفق عليه الأئمة الأربعة.
٣-الرجعية زوجة يلحقها طلاقه،وظهاره، وإيلاؤه، ولعانه، ويرث أحدهما صاحبه بالإجماع، وإن خالعها صح خلعه[١].

ففي هذه الصورة الفقهاء متفقون على طلاق الرجعيات، لأنهم متفقون على أن الرجعية تعتبر زوجة ما دامت في العدة، إضافة لأدلتهم نقول بوقوع طلاق الرجعيات استناداً لقاعدتنا إعمال الكلام أولى من إهماله، لو لم نبني حكماً شرعياً على كلامه فإنا حينئذ أهملناه بالكلية، في حين كلام المكلف يجب أن يصان عن الإلغاء والإهمال.

[١] ابن قدامة:المغني،(١٠/٥٥٤).

الفصل الثاني

القواعد المندرجة تحت قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

ويشتمل علي سبعة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة الأصل في الكلام الحقيقة

ويشتمل على أربعة مطالب:-

المطلب الأول: أصل القاعدة

المطلب الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة

المطلب الثالث:علاقة القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

لمطلب الرابع: تطبيقات القاعدة

المبحث الثاني:قاعدة إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز

ويشتمل على أربعة مطالب:-

المطلب الأول: أصل القاعدة

المطلب الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة

المطلب الثالث:علاقة القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

المطلب الرابع: تطبيقات القاعدة

المبحث الثالث: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني

ويشتمل على أربعة مطالب:-

المطلب الأول: أصل القاعدة

المطلب الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة

المطلب الثالث: علاقة القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

المطلب الرابع: تطبيقات القاعدة

المبحث الرابع: ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله

ويشتمل على أربعة مطالب:-

المطلب الأول:أصل القاعدة

المطلب الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة

المطلب الثالث:علاقة القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

المطلب الرابع: تطبيقات القاعدة

المبحث الخامس:التأسيس أولى من التأكيد

ويشتمل على ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول: المعنى الإجمالي للقاعدة

المطلب الثاني: علاقة القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

المطلب الرابع: تطبيقات القاعدة

المبحث السادس:الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر

ويشتمل على ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول: المعنى الإجمالي للقاعدة

المطلب الثاني: علاقة القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

المطلب الثالث:تطبيقات القاعدة

المبحث السابع: قاعدة إذا تعذر إعمال الكلام يهمل

ويشتمل على أربعة مطالب:-

المطلب الأول: المعنى الإجمالي للقاعدة

المطلب الثاني:علاقة القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

المطلب الثالث: أسباب إهمال الكلام

المطلب الرابع: تطبيقات قاعدة إذا تعذر إعمال الكلام يهمل

المبحث الأول
قاعدة الأصل في الكلام الحقيقة

تعتبر قاعدة الأصل في الكلام الحقيقة من القواعد المندرجة تحت قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله، فهي الطريقة الأولى لكيفية إعمال كلام المكلف وحمله على ما يصح.

لكي نتعرف عليها أكثر سأتناولها- إن شاء الله- بالشرح والتحليل، وبيان أصلها، وعلاقتها بالقاعدة ،وتطبيقاتها الفقهية عبر المطالب التالية :-

المطلب الأول:أصل القاعدة

المطلب الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة

المطلب الثالث:علاقة قاعدة الأصل في الكلام الحقيقة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

المطلب الرابع: تطبيقات القاعدة

المطلب الأول
أصل القاعدة

استدل علماء الأصول واللغة على هذه القاعدة بأدلة كثيرة منها على سبيل الإجمال:

-الدليل الأول/ الإجماع

لقد أجمع علماء اللغة والفقه على أن الأصل في الكلام الحقيقة، ويؤيد صحة هذا القول ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: ما كنت أعرف معنى الفاطر حتى اختصم إليّ شخصان في بئر فقال أحدهما: فطرها لي أبي "أي أخترعها"[١].

وحكي عن الأصمعي أنه قال ما كنت أعرف الدهاق حتى سمعت جارية بدوية تقول اسقني دهاقاً، أي ملآناً، فلولا أن السابق من الإطلاق في الكلام هو الحقيقة لما فهموا تلك المعاني لجواز أن تكون مستعملة في غيرها على جهة المجاز أو تكون مترددة بين الحقيقة والمجاز[٢].

-الدليل الثاني/ السبر والتقسيم(وهو من إحدى أدوات القياس)

استدلوا على هذه العبارة بالسبر والتقسيم فقالوا أن اللفظ إذا تجرد عن القرينة فأما أن يحمل على حقيقته أو على مجازه، أو عليهما معاً أوليس على أحدهما، لا جائز أن يحمل على مجازه؛ لأن الشرط المعتبر في حمله على مجازه إنما حصول القرينة ولا قرينة هناك، ولا جائز أن لا يحمل على حقيقته ولا على مجازه؛ لأنه على هذا التقدير يخرج عن أن يكون مستعملاً بل يكون من المهملات، ولا جائز أن يحمل عليهما جميعاً، لأن الواضع لو قال احملوا هذا اللفظ عليها جميعاً لكان حقيقة في مجموعهما، وإن قال احملوه على هذا أو ذاك كان مشتركاً بينهما وحقيقة فيهما، فإذا بطلت هذه الأقسام الثلاثة كلها تعين الأول وهو حمله على حقيقته وهو المطلوب[٣].

-الدليل الثالث/ من المعقول وذلك من ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: أن واضع اللفظ للمعنى إنما يضعه له ليكتفي به في الدلالة وليستعمل فيه فكأنه قال: إذا سمعتموني أتكلم بهذا الكلام فاعلموا أنني أعني هذا المعنى، وإذا تكلم به متكلم بلغتي فليعن به هذا[٤].

---

[١] الألوسي:روح المعاني،(١٠٩/٧-١١٠)؛ الرازي:المحصول،(٣٤١/١).

[٢] الرازي:المحصول،(٣٤١/١)؛العلوي:الطراز ،(٧٩/١).

[٣] الرازي:المحصول،(٣٣٩/١-٣٤٠).

[٤] البصري:المعتمد،(٣٥/١)؛ الرازي:المحصول،(٣٤٠/١).

الوجه الثاني: أن المجاز لا يتم تحقيقه إلا عند نقله من شيء إلى شيء آخر لعلاقة بينهما، وذلك يستدعي أموراً ثلاثة :

الأمر الأول: وضعه الأصلي.

الأمر الثاني:نقله إلى الفرع.

الأمر الثالث: العلاقة التي بينهما.

أما الحقيقة فإنه يكفي فيها أمرُ واحد وهو وضعها الأصلي، ومن المعلوم أن الذي يتوقف على شيء أغلب وجوداً مما يتوقف على ذلك الشيء مع شيئين آخرين[١].

الوجه الثالث: لو لم يكن الأصل في الكلام الحقيقة لكان الأصل لا يخلو حاله إما أن يكون هو المجاز، ولا قائل به بإجماع الأمة فيجب القضاء بفساده، أو لا يكون واحداً منهما أصلاً وهو باطل أيضاً؛ لأنه يلزم منه أن يكون كلامُ الشارع متردداً بين الحقيقة والمجاز فيكون مجملاً لا يمكن فهمُ المرادِ من ظاهر خطاباته وخلاف ذلك معلوم فلا حاجة إلى إبطالهِ، ولما كان ذلك فاسداً علمنا أن الأصل في الكلام هو الحقيقة[٢].

فهذه بعض الأدلة والبراهين التي استدل بها علماء الأصول واللغة على إثبات صحة هذه القاعدة وهي أن الأصل في الكلام الحقيقة.

---

[١] السبكي:الإبهاج،(١/٣١٤)؛الرازي:المحصول،(١/٣٤٠)؛ العلوي:الطراز،(١/٧٧-٧٨).

[٢] الرازي:المحصول،(١/٣٤١-٣٤٢)؛العلوي:الطراز،(١/٧٨-٧٩).

المطلب الثاني
المعنى الإجمالي للقاعدة

لإعمال كلام المكلف – من شارع أو عاقد أو حالف أو غيرهم– يجب حمله على معناه الحقيقي الذي وضع له، لأنه المتبادر إلى الذهن عند الإطلاق، ولأن المعنى الحقيقي هو الأصل والأساس الذي ينبغي تنزيل كلام المكلف عليه، ما لم توجد قرائن ترجح إرادة المعنى المجازي؛ لأن الأصل في الكلام الحقيقة وهو ما اتفق عليه علماء الأصول واللغة والأدب[١].

مثال ذلك: لو حلف ألا يأكل لحماً فأكل سمكاً فهل يحنث؟

ذهب المالكية[٢]، وبعض الحنابلة[٣] إلى أنه يحنث إذا أكل السمك، لأن الله عزو جل سماه لحماً، وأصل التسمية حقيقة، والأصل في الكلام أن يكون محمولاً على حقيقته، فالمالكية والحنابلة هنا عملوا بالقاعدة وعليها بنوا حكمهم وهو الحنث بأكل السمك.

---

[١] محمد شبير:القواعد الكلية،(ص ٢٨٥)؛البورنو:الوجيز في إيضاح قواعد الفقه،(ص ٣١٧)؛هرموش:القاعدة الكلية،(ص ١٠٥).

[٢] الدسوقي:حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،(١٢٨/٢).

[٣] ابن قدامة: المغني،(٨١٠/٨).

المطلب الثالث

علاقة القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

هذه القاعدة اعتبرها أصحاب الأشباه والنظائر فرعاً من قاعدة "اليقين لا يزول بالشك"[١] لأن إرادة المعنى الحقيقي من خطابات الشارع وخطابات غيره هي الأصل الراجح عند الإطلاق ،بينما المجاز فلا يتبادر إلى الذهن ولا يراد إذا كان الحمل على الحقيقة ممكناً، والمجاز خلاف الأصل، فقولنا الأصل في الكلام الحقيقة أي الراجح، واليقين من الكلام الحقيقة،فلذلك نتمسك بهذا الأصل ونعتبره يقيناً ونطرح الشك في مقابلة اليقين، فنسبة الحقيقة إلى المجاز كنسبة اليقين إلى الشك،فإرادة المعنى المجازي شك لأنه خلاف الأصل واليقين أقوى من الشك[٢].

في حين اعتبرها العلماء المعاصرون مثل الشيخ مصطفى الزرقا،والشيخ الدكتور البورنو، والدكتور محمد شبير فرعاً من قاعدة"إعمال الكلام أولى من إهماله" [٣]؛ لأن كلام المكلف يجب أن يصان عن الإلغاء والإهمال،لاعتبار عقله ودينه، فإذا أردنا أن نعمل كلامه يجب أن نحمله على معناه الحقيقي ؛لأن الحقيقة هي الأصل، فإن تعذر حمله على المعنى الحقيقي فإنا نحمله على المعنى المجازي، إعمالاً له، أما إذا تعذر حمله على كلا المعنيين الحقيقي أو المجازي اعتبرناه لاغياً[٤].

وبذلك يتضح لدينا ثلاث قواعد يرسمن الطريق الذي يوضح كيفية إعمال الكلام وصونه عن الإلغاء، وهي على الترتيب التالي: "الأصل في الكلام الحقيقة " [٥]، "إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز"[٦]، "إذا تعذر إعمال الكلام يهمل"[٧].

فمن هنا يظهر لنا علاقة هذه القاعدة، بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله".

---

[١]ابن السبكي:الأشباه،(١٣/١)؛السيوطي:الأشباه،(٧١)،ابن نجيم:الأشباه،(ص٧٧).

[٢])ابن نجيم:الأشباه،(ص٦٩)؛محمد شبير:القواعد الكلية،(ص٢٨٤).

[٣] ابن السبكى:الأشباه والنظائر،(١٧١/١).

[٤] محمد شبير: القواعد الكلية،(ص ٢٨٤)؛هرموش: القاعدة الكلية،(ص ١٠٦).

[٥]ابن نجيم:الأشباه،(٧٧).)؛السيوطي:الأشباه،(٨٦)

[٦]ابن نجيم:الأشباه،(١٥٠).

[٧] علي حيدر:شرح المجلة،(٥٤/١).

المطلب الرابع
تطبيقات القاعدة

تعتبر هذه القاعدة عظيمة النفع،كثيرة الفائدة، وذلك لأنها محل اتفاق بين أئمة المذاهب المختلفة، فهي تدخل في كثير من أبواب الفقه، ويظهر ذلك من خلال فروعها الجزئية المتنوعة والأمثلة التي لا حصر لها، وفيما يلي بياناً لهذه الفروع وأقوال العلماء فيها:-

-الفرع الأول/ الحلف على الشرب

صورة المسألة: حلف ألا يشرب من ماء النهر، أو من ماء الفرات فشرب هل يحنث أم لا ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:

المذهب الأول: لا يحنث حتى يكرع بفيه، لأن حقيقة الشرب الكرع، ولا يحنث بالشرب بيده أو بإناء، وهو مذهب الإمام أبو حنيفة-رحمه الله[1].

المذهب الثاني:يحنث سواء كرع بفيه أو اغترف منه ثم شرب، وهو ما قال به أبو يوسف، ومحمد من الحنفية، والشافعية والإمام أحمد[2].

أدلة أصحاب المذهب الأول:

استدل الإمام أبو حنيفة على ذلك بأن مطلق الكلام محمول على الحقيقة وحقيقة الشرب من الفرات هو أن يكرع منه كرعاً؛ لأن كلمة(من) هنا استعملت لابتداء الغاية فتقتضي أن يكون الشرب من هذا المكان، ولن يكون شربه منه إلا أن يضع فاه عليه فيشرب منه، وهو تفسير الكرع، كما لو حلف: لا شربت من هذا الكوز، ألا ترى أنه لو شرب من إناء أخذ فيه الماء من الفرات كان شارباً من ذلك الإناء حقيقة لا من الفرات، والماء الواحد لا يشرب من مكانين من كل واحد منهما حقيقة، ولهذا لو قال شربت من الإناء لا من الفرات كان مصدقاً، ولو قال على العكس كان مكذباً، فدل أن الشرب من الفرات هو الكرع منه، وأنه ممكن ومستعمل في الجملة، كما لو حلف ألا يأكل لحماً فأكل لحم خنزير، فإنه يحنث وإن كان لا يؤكل عادة، لانطلاق الاسم عليه حقيقة تسمية ونطقاً، وبهذا يتبين أن قلة الحقيقة وجوداً لا يسلب اسم الحقيقة عن الحقيقة[3].

أدلة أصحاب المذهب الثاني:

---

[1] الكاساني:البدائع،(٦٦/٣).

[2] الكاساني: بدائع الصنائع،(٦٦/٣)؛الشيرازي:المهذب،مطبوع مع المجموع،(٣١١/١٩)؛ابن قدامة:المغني،(٥٧٩/١٣).

[3] الكاساني: بدائع الصنائع،(٦٦/٣-٦٧)باختصار.

استدل جمهور الفقهاء على قولهم بأن يمين الحالف أن لا يشرب من الفرات، والشرب والغرف يكون من مائها فحملت اليمين عليه، كما لو حلف لا شربت من هذه البئر ولا أكلت من هذه الشجرة ولا شربت من لبن هذه الشاة، وبفارق الكوز فإن الشرب في العرف منه لأنه آلة للشرب بخلاف النهر، وما ذكره أبو حنيفة يبطل بالبئر، والشاة، والشجرة،وقد سلم أنه لو استقى من البئر، أو احتلب من الشاة أو التقط من الشجرة وشرب وأكل حنث فكذا في هذه المسألة[١]، وكذلك فإن اليمين تنصرف إلى المتعارف عند أهل اللسان والمتعارف عندهم أن من رفع الماء من الفرات بيده، أو بشيء من الأواني أنه يسمى شارباً من الفرات[٢].

اعترض أبو حنيفة على استدلال الجمهور الذين قاسوا الحنث بمطلق الشرب على الحنث بأكل ما في القدر، وما يخرج من الشجرة، بأنه قياس فاسد.

وذلك لأن (من) التبعيضية في قوله والله لا آكل من هذه الشجرة أو من هذا القدر، لا يمكن جعلها لابتداء الغاية، لخروج القدر والشجرة عن أن يكونا محلاً للأكل الذي هو البلع عن مضغ، وهذا لا يتأتى فيهما، ولذلك فلم يمكن جعل (من) لابتداء الغاية فأضمر فيهما ما يتأتى فيه الأكل وهو الثمر في الشجرة والأكل في القدر[٣].

الرأي الراجح:

بعد عرضنا لأقوال الفقهاء وعرض أدلتهم في المسألة، يظهر لي أن قول أبي حنيفة –رحمه الله– القائل بعدم الحنث هو الراجح ،وذلك للأسباب التالية:

١– قوة استدلال أبي حنيفة؛ لأن حقيقة الكرع لغة من كرع، يكرعُ، كروعاً،وكرعاً: أي تناول الماء بفيه من موضعه من غير أن يشرب بكفيه ولا بإناء[٤]، فحقيقة الشرب الكرع، والأصل حمل الكلام على معناه الحقيقي.

٢– أن كلام أبي حنيفة–رحمه الله– هو الأقرب للتفريع على القاعدة.

سبب الخلاف:

هل تحمل الأيمان على نية صاحبها أم على العرف ؟ خلاف بين العلماء على مذهبين:

المذهب الأول: هو ما ذهب إليه المالكية، والحنابلة أن الأيمان مرجعها إلى نية صاحبها، وعليه فإذا نوى بيمينه ما يحتمله انصرفت يمينه إليه سواء كان ما نواه موافقا لظاهر اللفظ مثل: أن ينوي باللفظ موضوعه وغرضه الأصلي وهو ما يتبادر إلى الأذهان، كأن يريد باللفظ العام العموم، وبالخاص الخصوص، وبالمطلق الإطلاق وهكذا.

---

[١] النووي: المجموع،(١٦/٣١١–٣١٢)؛ ابن قدامة: المغني،(١٣/٥٧٩).

[٢] الكاساني: بدائع الصنائع،(٣/٦٦).

[٣] المرجع السابق،(٣/ ٦٦)باختصار.

[٤] ابن منظور :لسان العرب،(٤٣/٣٨٥٨)،مادة كرع.

أو مخالفاً لظاهر اللفظ مثل: أن ينوي بالعام الخاص، كأن يحلف أن لا يأكل لحماً، وقصده لحماً معيناً، أو فاكهة معينة،أو يريد بالخاص العام، كأن يحلف لا يشرب له من ماء من عطش وينوي قطع كل ماله فيه منه.

فالمالكية والحنابلة يرون أن هذه الأيمان كلها ترجع إلى نية الحالف، فإن لم تكن له نية فعلى الباعث ويسمونه البساط، وإن لم يكن هناك باعث فعلى العرف، وإلا فعلى اللغة أي الوضع اللغوي[١].

المذهب الثاني: هو ما ذهب إليه أبو حنيفة، والشافعي –رضي الله عنهما–، أنه لا عبرة بالنية؛ لأن الحنث مخالفة ما عقد عليه اليمين، واليمين لفظه فلو احنثناه على ما سواه لأحنثناه على ما نوى لا على ما حلف؛ ولأن النية بمجردها لا تنعقد بها اليمين فكذلك لا يحنث بمخالفتها[٢].

–الفرع الثاني/ الحلف على الكلام

صورة المسألة: لو قال والله لا أكلم فلاناً، فأشار إليه أو راسله، فهل يحنث أم لا ؟

اختلف العلماء في هذه المسألة على مذهبين، تبعاً لاختلافهم في الكلام هل هو حقيقة في المشافهة والإشارة، أو حقيقة في المشافهة مجاز في الإشارة والكتابة؟

المذهب الأول: قالوا بعدم الحنث، وينسب هذا القول لجمهور الفقهاء، من الحنفية، والشافعية في الجديد، ووجه للحنابلة، وهو قول الإمام ابن حزم الظاهري[٣].

المذهب الثاني: قالوا بالحنث ما لم ينو المشافهة وينسب هذا القول للإمام مالك، والشافعية في القديم، وأكثر أصحاب الإمام أحمد[٤].

أدلة المذهب الأول:

استدل جمهور الفقهاء على قولهم بما يلي:

١– أن الكتابة والمراسلة ليستا بتكلم في الحقيقة لأنه يصح نفيهما فيقال ما كلمته ولكن كاتبته أو راسلته، فقد جاء في البدائع: " لو حلف أن لا يكلم فلاناً فكتب إليه رسالة فانتهى الكتاب إليه، أو وصل الرسول إليه فبلغ الرسالة لا يحنث؛ لأن الكتابة لا تسمى كلاماً وكذا الرسالة"[٥].

---

[١] الحطاب الرعيني: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل،(٤/٤٣٨–٤٣٩–٤٤٠)؛ البهوتي:كشاف القناع على متن الإقناع،(٥/٢١٤).

[٢] النووي: المجموع،(١٩/٢١٦).

[٣] السرخسي:المبسوط،(٩/٢٣)؛ الكاساني:البدائع،(٣/٤٨) ؛الشيرازي:شرح المهذب على المجموع،(١٩/٣٢٧)؛ابن قدامة المقدسي: الكافي،(٦/٥٦–٥٧) ؛ابن حزم:المحلى،(٨/٤٢٦).

[٤] ابن مالك:المدونة الكبرى،(٣/١٣٠–١٣١) ؛الشيرازي:شرح المهذب على المجموع،(١٩/٣٢٧) ؛ ابن قدامة المقدسي: الكافي،(٦/٥٦).

[٥] الكاساني:بدائع الصنائع،(٣/٤٨).

٢- أن الكلام غير الرسالة وما يؤيد صحة ذلك قوله تعالى:﴿ يَٰمُوسَىٰٓ إِنِّي ٱصۡطَفَيۡتُكَ عَلَى ٱلنَّاسِ بِرِسَٰلَٰتِي وَبِكَلَٰمِي ﴾ [١] فالعطف هنا يقتضي المغايرة[٢].

أدلة أصحاب المذهب الثاني:

استدلوا بقوله تعالى :﴿ وَمَا كَانَ لِبَشَرٍ أَن يُكَلِّمَهُ ٱللَّهُ إِلَّا وَحۡيًا أَوۡ مِن وَرَآيِٕ حِجَابٍ أَوۡ يُرۡسِلَ رَسُولٗا فَيُوحِيَ بِإِذۡنِهِۦ ﴾ [٣].

وجه الدلالة:

استثنى الرسول من التكلم والأصل في الاستثناء أن يكون على أصله، وهو كون المستثنى من جنس المستثنى منه، ولأنه وضع لإفهام الآدميين فأشبه الخطاب[٤].

الرأي الراجح:

بناءً على القاعدة يظهر لي أن مذهب الجمهور،القائل بعدم الحنث إذا حلف أن لا يكلم إنساناً ثم راسله هو الراجح؛ وذلك للأسباب التالية:-

١- قوة استدلالهم.

٢- حقيقة الكلام المشافهة والرسالة مجاز عن الكلام، والأصل حمل الكلام على معناه الحقيقي الذي وضع له، لذا يجب تنزيل كلام المكلف عليه.

---

[١] سورة الأعراف،آية رقم(١٤٤).

[٢] هرموش:القاعدة الكلية،(ص١٤٦).

[٣] سورة الشورى:آية رقم(٥١).

[٤]القرطبي:الجامع لأحكام القرآن،(١٨/٥٠٧-٥٠٨)؛ النووي:المجموع،(١٩/٣٢٦)؛ ابن قدامة المقدسي:الكافي،(٦/٥٧)؛ هرموش:القاعدة الكلية،(ص ١٤٧).

المبحث الثاني
قاعدة إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز

تعتبر قاعدة إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز من القواعد المندرجة تحت قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله، لما لها علاقة بهذه القاعدة من تصحيح تصرفات المكلف القولية، حيث تعتبر المرحلة الثانية في كيفية إعمال كلام المكلف وحمله على ما يصح.

لذا سأتناولها– إن شاء الله– بالشرح والتحليل، وبيان أصلها، وعلاقتها بالقاعدة، وتطبيقاتها الفقهية، عبر المطالب التالية :–

ويشتمل على خمسة مطالب:–

المطلب الأول: أصل القاعدة

المطلب الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة

المطلب الثالث:علاقة القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

المطلب الرابع: تطبيقات القاعدة

المطلب الأول
أصل القاعدة

في الحقيقة إثبات هذه القاعدة متوقف على إثبات وقوع المجاز في اللغة، فإذا ثبت وقوع المجاز في اللغة ثبتت هذه القاعدة ، والعكس هو الصحيح؛لأن ثبوت هذه القاعدة فرع عن ثبوت المجاز في اللغة، وذلك لأن هذه القاعدة تقضي بأن الحقيقة إذا تعذرت أو هجرت فإنه يصار إلى المجاز حفظاً لكلام المكلف العاقل عن الإهمال والإلغاء، وعليه كل من أنكر وقوع المجاز في اللغة كالأستاذ أبي إسحاق الاسفراييني، وأبي علي الفارسي،وابن داود الظاهري، وابن خويز منداد المالكي، وفريق من متأخري الحنابلة أنكر تعذر الحقيقة، وقالوا أن الكلام سواء كان من الشارع أو من غيره جميعه محمول على حقيقته[1].

أما من قال بوقوع المجاز في اللغة ،أقر بأن الحقيقة تتعذر، ولإعمال كلام المكلف لابد من حمله على المجاز ومن هؤلاء: الإمام فخر الدين الرازي، والبيضاوي، والآمدي، والزركشي من علماء الأصول، والعلوي، والجاحظ من علماء اللغة[2].

---

[1] السبكي:الإبهاج،(٢٩٦/١)؛ الآمدي:الإحكام،(٦٧/١)؛ الرازي:المحصول،(٣٣٣/١)؛ الشنقيطي:المذكرة،(ص ٨٤).

[2] الرازي:المحصول،(٣٣٣/١)؛الزركشي:البحر المحيط،(١٨٢/٢)؛ السبكي:الإبهاج،(٢٩٦/١)؛ الآمدي:الإحكام،(٦٧/١)؛ العلوي: الطراز،(٨٣/١)؛الجاحظ:الحيوان،(٢٥/٥)؛ هرموش:القاعدة الكلية،(ص ١٥٨).

المطلب الثاني
المعنى الإجمالي لقاعدة

هذه القاعدة تنص على أن الكلام، إذا تعذر حمله على الحقيقة ،يجب حمله على المجاز، لأن الحقيقة هي الأصل الراجح المقدم في الاعتبار، والمجاز فرع عنها[١]، ولكنها قد تترك في بعض الحالات فحينئذ يتعين المصير إلى المجاز، فمن الأسباب التي تؤدي إلى تركها:

١- تعذر الحقيقة عقلاً، أو شرعاً، أو عرفاً ومثال التعذر العقلي: أن يقول لمن هو أكبر سناً منه أنت ابني.

والتعذر الشرعي: مثل النكاح فإنه حقيقة في الوطء، مجاز في العقد، فلو قال رجل لأجنبية: إن نكحتك فعبدي حر ينصرف يمينه إلى المعنى المجازي وهو العقد دون الوطء لحرمة وطء الأجنبية، أما لو قال هذا لزوجته عند الحنفية ينصرف إلى معناه الحقيقي حتى لو أبانها ثم تزوجها لا يحنث ما لم يطأها[٢].

أما التعذر العرفي أو العادي: ومثاله من حلف أن لا يأكل من هذه القدر، فإنه محال في العادة، فيحمل على المجاز، وهو الأكل مما في القدر.

٢- أن تكون الحقيقة مهجورة شرعاً أو عرفاً.

فالحقيقة المهجورة شرعاً: هي ما نهى الشرع عنها كالتوكيل في الخصومة، فحقيقة الخصومة هي المنازعة، ولكنها مهجورة شرعاً، فتنصرف الوكالة إلى المجاز.

أما الحقيقة المهجورة عرفاً: كمن حلف أن لا يأكل هذا الدقيق فإن أكل عين الدقيق متصور فعله، لكن الناس تركوه وهجروه فينصرف أكل الدقيق إلى كل ما يصنع منه كالخبز والكعك وغيره[٣].

٣-من أسباب ترك الحقيقة، الدلالة، وهو أن تدل دلالة الكلام، أو السياق، أو العرف، أو قصد المتكلم على ترك المعنى الحقيقي، فحينئذ يصار إلى المعنى المجازي.

---

[١] محمد شبير: القواعد الكلية،(ص ٢٨٥)؛ البورنو:الوجيز في إيضاح قواعد الفقه،(ص ٣١٩)؛ هرموش:القاعدة الكلية،(ص ١٩٩).

[٢] السرخسي:أصوله،(١/١٩٩).

[٣] المرجع السابق،(١/١٩٠-١٩١).

– ومثال ترك الحقيقة بدلالة في نفس الكلام أن يقول: كل مملوك لي فهو حر، لم يدخل العبد المكاتب، ولا من أعتق بعضه إلا إذا نوى دخول؛ لأن لفظ المملوك يطلق على المملوك من كل وجه، والمكاتب ليس بمملوك من كل وجه.

– ومثال دلالة سياق الكلام: إذا قال المسلم للحربي إنزل فنزل كان آمناً، أما إذا قال: إنزل إن كنت رجلاً لا يكون آمناً [1].

– ومثال دلالة العرف والعادة: كالنذر بالصلاة، فهي في اللغة تطلق على الدعاء، ثم نقلت بالعادة أو الشرع إلى الأركان المعهودة فلا يتحقق النذر بمجرد الدعاء.

– ومثال دلالة قصد المتكلم: أن يقول المؤجر في إيجابه أعرتك هذه الدار كل شهر بكذا، أو أعطيتك إياها بمائة دينار.

فالعقد إجارة ويترتب عليه أحكام الإجارة؛ لأن اللفظ لا يخرج العقد عن معناه وعن المقصد الذي وضع له[2].

---

[1] السرخسي:أصوله،(١/١٩٢-١٩٣).

[2] انظر هذه الأسباب: محمد شبير: القواعد الكلية،(ص ٢٨٥-٢٨٦)؛ هرموش:القاعدة الكلية،(ص ٢٠٠-٢٠١-٢٠٢-٢٠٣).

المطلب الثالث

علاقة القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

تعتبر قاعدة إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز فرعاً عن قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله، لأنه إذا كان إعمال الكلام أولى من إهماله، فكان لابد من حمله على معناه الحقيقي أولاً، فإذا تعذر ذلك، حملناه على المعنى المجازي، صوناً لكلام المكلف عن الإهمال[1].

[1] محمد شبير: القواعد الكلية،(ص ٢٨٥)؛ هرموش:القاعدة الكلية،(ص ١٩٩).

المطلب الخامس
تطبيقات القاعدة

لهذه القاعدة فروع فقهية كثيرة جداً، سأذكر بعضاً من هذه الفروع، وأقوال العلماء فيها:-

-**الفرع الأول/** الحلف على الأكل

صورة المسألة: لو حلف لا يأكل من هذه الشجرة فأكل من ثمرها، أو ثمنها، هل يحنث لتعذر أكل عينها؟

أجمع جمهور الأصوليين والفقهاء على أن من حلف لا يأكل من هذه الشجرة، فإن يمينه تنصرف إلى ما يخرج منها، إن كان مأكولاً أو إلى ثمنها إن لم يخرج منها ما يؤكل، لتعذر أكل عين الشجرة التي هي الأخشاب، والورق والأغصان[1]، جاء في شرح المنار ما نصه:" إذا كانت الحقيقة متعذرة وهي التي لا يوصل إليها إلا بمشقة،أو مهجورة، وهي ما يمكن وصوله إلا أن الناس هجروه، وتركوه صير إلى المجاز بالإجماع، كما لو حلف لا يأكل من هذه النخلة، والمجاز فيه ألا يأكل من ثمرها وإن لم يكن لها ثمر فبثمنها، ولو تكلف وأكل عين الشجرة، لا يحنث على الصحيح، هذا إذا لم يكن له نية، فإذا نوى شيئاً يقع على ما نوى إذا كان اللفظ محتملاً لذلك"[2].

فاتفاق جميع الأئمة على مثل هذه الفروع، والمسائل يدل على اتفاقهم على الأصل الذي خُرِجَتْ عليه هذه الفروع، وأنه مطرد في جميع المذاهب الفقهية.

-**الفرع الثاني/** الحلف على الأكل

صورة المسألة: لو حلف لا يأكل من هذا الدقيق ،أو من هذا العجين، هل يحنث بأكل عينه، أو بأكل ما اتخذ له كالخبز والكعك والفطيرة ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:-

---

[1] حاشية الرهاوي على شرح المنار،(ص ٤١٠)؛ ابن مالك: المدونة الكبرى،(١٢٧/٣)؛ السيوطي:الأشباه،(٨٧)؛ ابن النجار:شرح الكوكب المنير،(١٩٦/١).

[2] حاشية الرهاوي على شرح المنار،(ص ٤١٠).

المذهب الأول: يحنث بأكل كل شيء يخرج منه كالخبز والكعك والفطيرة، ولا يحنث بأكل عين الدقيق أو العجين وإن كان الحقيقة، وينسب هذا المذهب لجمهور الحنفية[١] والمالكية[٢]وأبو العباس من الشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

المذهب الثاني: لا يحنث بما يخرج منه، وإنما يحنث فقط بأكل عينه[٥]، وهو مذهب الشافعية.

أدلة أصحاب المذهب الأول:

استدل الجمهور على قولهم بما يلي:-

١- أن الحقيقة هنا هجرت تماماً، وماتت بحيث لا يتبادر إلى الذهن من قول القائل "لا آكل هذا الدقيق، أو العجين، إلا ما يخرج منه كالخبز، والكعك، والحقيقة إذا تعذرت، أو هجرت تعين المجاز.

٢- أن اليمين تنعقد على العين والعين باقية وزوال الصفة لا يؤثر في جوهرها، وهو ما استدل به أبو العباس على ذلك[٦].

أدلة أصحاب المذهب الثاني:

استدل الشافعية على قولهم بأن اليمين تعلقت على العين والصفة، فكما أنه لا يحنث بغير العين لا يحنث بغير الصفة[٧].

الرأي الراجح:

بعد عرضنا لمذاهب الفقهاء في المسألة وبيان أدلتهم، يظهر لي أن المذهب الأول القائل بالحنث بأكل كل ما يخرج من الدقيق هو الراجح للأسباب التالية:

١- قوة استدلال الجمهور

٢- عملاً بقاعدة إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز، فالحقيقة هنا متعذرة، لأنه يستحيل عرفاً أكل عين الدقيق أو العجين، لذا نحمل كلامه على المجاز وهو أكل ما يخرج من الدقيق والعجين كالخبز والكعك... وإلخ.

---

[١] حاشية الرهاوي على شرح المنار،(ص ٤١٠)؛عبد الغني الغنيمي: اللباب في شرح الكتاب،(١٥/٤-١٦).

[٢] ابن مالك:المدونة الكبرى،(١٢٧/٣).

[٣]النووي:المجموع،(٢٨٦/١٩).

[٤]البهوتي:كشاف القناع على متن الإقناع،(٢٢٣/٥).

[٥] المرجع السابق.

[٦]الشيرازي:المهذب مطبوع مع المجموع،(٢٨٦/١٩).

[٧] المرجع السابق.

٣- إعمال الكلام أولى من إهماله؛ لأن كلام المكلف يجب أن يصان عن الإلغاء والإهمال، وذلك بحمله على ما يصح ما أمكن ذلك، لأنه لو أردنا حمل كلام المكلف هنا على حقيقته، وهو أكل عين الدقيق أو العجين، فإنا حينئذٍ نهمله بالكلية ولا نرتب عليه حكماً شرعياً، لتعذر حمله على حقيقته عرفاً، فلذلك نحمله على المجاز وهو أكل ما يخرج من الدقيق أو العجين كالخبز والكعك، وهكذا نكون قد أعملنا كلامه وحفظناه من الإلغاء والإهمال.

المبحث الثالث

العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني

تعتبر قاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني من القواعد المندرجة تحت قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله، حيث تعتبر المرحلة الثالثة في كيفية إعمال كلام المكلف،لما لها علاقة بهذه القاعدة من تصحيح تصرفات المكلف القولية، لذا سأتناولها- إن شاء الله- بالشرح والتحليل، من بيان علاقتها بالقاعدة، وتطبيقاتها الفقهية، عبر المطالب التالية :-

ويشتمل على أربعة مطالب:-

المطلب الأول: هل العبرة في العقود بصيغها أو بمعانيها؟

المطلب الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة

المطلب الثالث:علاقة القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

المطلب الرابع: تطبيقات القاعدة

المطلب الأول

هل العبرة في العقود بصيغها أو بمعانيها؟

تعتبر هذه القاعدة من القواعد المختلف فيها، فقد اختلف الفقهاء في صيغ العقود، هل العبرة بلفظها أو بمعناها على مذهبين:

المذهب الأول: قالوا العبرة للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني، وهو مذهب الحنفية[١]، ووجه عند الشافعية[٢]، والحنابلة[٣].

المذهب الثاني: قالوا العبرة في العقود للألفاظ لا للمعاني، وهو قول للشافعية[٤]، والوجه الآخر عند الحنابلة [٥]، وابن حزم الظاهري[٦].

أدلة أصحاب المذهب الأول:

استدلوا على قولهم بالمعقول من وجهين:

الوجه الأول: إن الأصل في الأمر عند إطلاقه الوجوب؛ فإذا تعذر حمله عليه حملناه على الاستحباب، وأصل النهي عند إطلاقه التحريم، فإذا تعذر حمله عليه حملناه على كراهة التنزيه، لذا إذا تعذر حمل اللفظ على مقتضاه يحمل على معناه[٧].

الوجه الثاني: إن العقد إذا أمكن حمله على وجه صحيح فلا يجوز تعطيله؛ ولهذا لو باعه بعشرة دراهم وفي البلد نقود ،أحدهما غالب؛ حملناه على الغالب، طلباً للصحة[٨].

أدلة أصحاب المذهب الثاني:

واستدلوا على قولهم من الكتاب والمعقول:-

أ- من الكتاب:

---

[١]ابن نجيم:الأشباه،(٥٧/١).

[٢] الشيرازي:شرح المهذب على المجموع،(٢٠٣/٩).

[٣]ابن رجب:القواعد،(ص٤٩)،القاعدة٣٨.

[٤]المرجع السابق،(٢٠٢/٩).

[٥]ابن رجب:القواعد،(ص ٤٩)،القاعدة٣٨.

[٦]ابن حزم: المحلى،(٣٥٠/٨).

[٧]الشيرازي:شرح المهذب على المجموع،(٢٠٣/٩).

[٨]المرجع السابق،(٢٠٣/٩).

قوله تعالى:﴿ وَعَلَّمَ ءَادَمَ ٱلۡأَسۡمَآءَ كُلَّهَا ﴾[1].

وجه الدلالة:

أن الأسماء كلها توقيف من الله تعالى، لا سيما أحكام الشريعة التي لا يجوز فيها الإحداث، ولا تعلم إلا بالنصوص[2].

ب- من المعقول وذلك من وجوه:

الوجه الأول: إن هذه الصيغ موضوعة لإفادة المعاني، وتفهيم المراد منها عند إطلاقها، فلا تترك ظواهرها؛ ولهذا لو استعمل لفظ الطلاق ، وأراد به الظهار تعلق باللفظ دون المنوي[3].

الوجه الثاني: إن اعتبار المعنى يؤدي إلى ترك اللفظ، ولأنا أجمعنا على أن ألفاظ اللغة لا يعدل بها عما وضعت له في اللغة فيطلق اللفظ لغة على ما وضع له، فكذا ألفاظ العقود[4].

الوجه الثالث:أن العقود تفسد باقتران شرط مفسد، ففسادها بتغير مقتضاها أولى[5].

الوجه الرابع: الإجماع على أنه من قال لآخر: أقرضني هذا الدينار، وأقضيك ديناراً إلى شهر، فهو جائز، ولو قال: بعني هذا الدينار بدينار إلى شهر فهو ربا، والعمل واحد، وإنما فرق بينهما اللفظ[6].

اللفظ[6].

الرأي الراجح:

بعد عرضنا لمذاهب الفقهاء في هذه القاعدة يظهر لي أن مذهب القائلين باعتبار المقاصد والمعاني ما لم تكن هناك قرائن تدل على إرادة اللفظ المستعمل في صيغة العقد هو الراجح، وذلك للأسباب التالية:

١- المعتبر في أحكام الأمور هو القصد والنية ،فكذلك الاعتبار في العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها دون ظواهر ألفاظها، لأن من لم يراع المقصود في العقود وجرى مع ظواهرها يلزمه أن يبيح ما حرم الله تعالى،ويحرم ما أباحه الله ويقع في التناقض[7].

---

[1]سورة البقرة:آية رقم،(٣١).

[2] ابن حزم: المحلى،(٣٥٠/٨).

[3]الشيرازي:شرح المهذب على المجموع،(٢٠٢/٩).

[4]المرجع السابق،(٢٠٢/٩-٢٠٣).

[5]المرجع السابق،(٢٠٣/٩).

[6]المرجع السابق.

[7]محمد شبير:القواعد الكلية،(ص ١٢١).

٢- المقاصد هي حقائق المعاملات وقوامها، لذلك يكون الاعتبار لها ويبنى الحكم عليها.

٣- تصحيحاً للعقد ما أمكن، فإن كلام المكلف يجب حمله على ما يصح؛ لأن إعمال الكلام أولى من إهماله، فلو حملنا العقد على ظاهره، فإنا حينئذٍ أهملنا كلامه، ونكون قد أبطلنا هذا العقد؛ لتعارض لفظه مع معناه، فتصحيحاً له نحمله على معناه ما لم يخالف الشرع.

المطلب الثاني

المعنى الإجمالي للقاعدة

الأحكام في المعاملات تبنى على مقاصدها ومعانيها لا على ظاهر ألفاظها المستعملة في صيغة العقد؛ لأن المقصد الحقيقي هو المعنى، أما الألفاظ ما هي إلا وسيلة لذلك المقصود، وما الألفاظ إلا قوالب المعاني[١].

مثال ذلك: لو قال شخص لآخر: أعرتك سيارتي لتركبها إلى العقبة بخمسين ديناراً يكون عقد إجارة، لأن الإعارة تمليك منفعة بغير عوض، لذلك نعتبر هذا العقد عقد إجارة نظراً للمعنى، حيث اشترط فيه العوض[٢].

---

[١] عبد القادر داودي:القواعد الكلية،(ص ٨٢).

[٢] علي حيدر:شرح المجلة،(١٩/١).

المطلب الثالث

علاقة القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

هذه القاعدة اعتبرها الشيخ محمد شبير فرعاً عن قاعدة "الأمور بمقاصدها"[١]ولكن يظهر لي أنها تندرج أيضاً تحت قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله؛ لأن كلام المكلف يجب أن يصان عن الإلغاء والإهمال، فإذا أردنا أن نعمل ألفاظه من خلال هذه القاعدة يجب حملها على ظاهرها إذا كانت مطابقة للقصد، فتراعى أولاً إعمالاً لكلامه، ولكن إذا ظهرت مقاصد تعارض هذه الألفاظ وتعذر الجمع بينهما، فحينئذٍ نقدم المقاصد على الألفاظ؛ صوناً لكلام المكلف عن الإهمال[٢].

فمن هنا يظهر لنا علاقة هذه القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله.

---

[١] ابن السبكي:الأشباه،(٥٤/١)؛ السيوطي:الأشباه،(ص ١٦).

[٢] محمد شبير:القواعد الكلية،(ص ١٢٣)؛ منير القاضي: شرح المجلة،(٥٦/١)..

المطلب الرابع
تطبيقات القاعدة

علمنا سابقاً أن هذه القاعدة من القواعد المختلف فيها، ولذلك الترجيح مختلف في الفروع اختلافاً بيناً، من هذه الفروع التي تندرج تحت القاعدة ما يلي:

الفرع الأول / المساقاة بلفظ الإجارة:

صورة المسألة: استأجرتك لتتعهد نخيلي بكذا من ثمارها.

تحرير محل النزاع:

١- اتفق الفقهاء على صحة المساقاة باللفظ الصريح فيها، كلفظ ساقيتك،لأنها أصل مستقل بنفسها[١].

٢- اختلف الفقهاء في صحة انعقاد المساقاة بلفظ الإجارة على مذهبين:

المذهب الأول: قالوا بجواز انعقادها بلفظ الإجارة، وهو قول لبعض المالكية[٢]، والصحيح عند الشافعية[٣]، ووجه عند الحنابلة[٤].

المذهب الثاني: قالوا بالمنع، وهو قول لبعض المالكية[٥]، والأصح عند الشافعية[٦]، ووجه عند الحنابلة[٧].

أدلة أصحاب المذهب الأول:

استدل القائلون بجواز انعقاد المساقاة بلفظ الإجارة بما يلي:

١- أن المساقاة والإجارة بينهما مشابهة، واحتمال كل لفظ معنى الآخر، وكلاهما عقد على منافع[١].

---

[١]القرافي:الذخيرة،(١٠٤/٦-١٠٥)؛ النووي:الروضة،(٢٣٣/٤)؛ البهوتي:كشاف القناع،(٢١٩/٣).

[٢] القرافي:الذخيرة،(١٠٤/٦-١٠٥)؛ الدردير:الشرح الكبير مطبوع مع حاشية الدسوقي،(٥٤٠/٣).

[٣] النووي:الروضة،(٢٣٣/٤-٢٣٤).

[٤]البهوتي:كشاف القناع،(٢١٩/٣)؛ المرداوي:الإنصاف،(٤٦٧/٥).

[٥]القرافي:الذخيرة،(١٠٤/٦-١٠٥)؛ الدردير:الشرح الكبير مطبوع مع حاشية الدسوقي،(٥٤٠/٣).

[٦] النووي:الروضة،(٢٣٣/٤-٢٣٤).

[٧] البهوتي:كشاف القناع،(٢١٩/٣)؛ المرداوي:الإنصاف،(٤٦٧/٥).

٢- القصد من اللفظ المعنى، وقد وجد ما يدل على المراد منه[٢].

أدلة أصحاب المذهب الثاني:

استدل القائلون بالمنع بأن لفظ الإجارة صريح في غير المساقاة، فإن أمكن تنفيذه في موضوعه نفذ فيه، وإلا فلا ويعتبر إجارة فاسدة[٣].

الرأي الراجح:

بعد عرضنا لأقوال العلماء في المسألة ،يظهر لي أن المذهب القائل بصحة انعقادها هو الراجح، وذلك للأسباب التالية:-

١- العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، فقد تحققت أركان المساقاة في هذا العقد،وإن اختلف اللفظ.

٢- تصحيحاً للعقد وحمله على ما يصح، وصوناً لكلام المكلف عن الإهمال والإلغاء، لأن إعمال الكلام أولى من إهمال.

الفرع الثاني: الخُلع دون ذكر العوض:

صورة المسألة:أن يقول الزوج لزوجته: خالعتك، ولم يذكر عوضًا،فهل يقع خلعاً أو لا؟

تحرير محل النزاع:

١-اتفق الفقهاء على صحة الخلع إذا كان العوض فيه معلوماً ومتمولاً ومقدوراً على تسليمه[٤].

٢-اختلف الفقهاء في صحة وقوع الخلع إذا كان خالياً عن العوض على مذهبين:

المذهب الأول: لا يلزم شيء؛ لعدم ذكر العوض، ويقع الطلاق رجعيًّا، وهو مذهب الحنفية[٥]، وأحد قولي الشافعية[٦].

المذهب الثاني: يكون خلعًا فاسدً يوجب مهر المثل، وهو مذهب المالكية[٧]، والأصح عند الشافعية[١].

---

[١]القرافي:الذخيرة،(١٠٥/٦).

[٢]البهوتي:كشاف القناع،(٢١٩/٣).

[٣] النووي:الروضة،(٢٣٣/٤-٢٣٤).

[٤] أبي بكر الحداد:الجوهرة على مختصر القدوري،(١٣٦/٢-١٣٧)؛ابن رشد:بداية المجتهد،(٦٧/٢-٦٨)؛النووي:الروضة،(٦٩٣/٥).

[٥] أبي بكر الحداد:الجوهرة على مختصر القدوري،(١٣٧/٢)؛الكاساني:البدائع،(١٤٥/٣).

[٦]السيوطي:الأشباه،(٢٦٦/١).

[٧] ابن رشد:بداية المجتهد،(٦٨/٢).

أدلة أصحاب المذهب الأول:

استدل جمهور الفقهاء على قولهم بأن الخلع لا يكون إلا بعوض، لورود القرآن به، وقد قال تعالى:﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ [1].

أدلة أصحاب المذهب الثاني:

استدل المالكية على قولهم باطراد العرف بجريان الخلع على المال، فإذا لم يذكر المال؛ رجع إلى مهر المثل لأنه المراد [2].

الرأي الراجح:

بعد عرضنا لمذاهب العلماء يظهر لي أن المذهب الأول القائل بوقوعه طلاقاً رجعياً هو الراجح وذلك للأسباب التالية:-

١- قوة استدلالهم.

٢- الخلع صريح في بابه، ولم يجد نفاذًا في موضوعه؛ لكونه لم يذكر مالًا، والعبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

---

[1] السيوطي:الأشباه،(٢٦٦/١).

[1] سورة البقرة:آية رقم،(٢٢٩).

[2] النووي:الروضة،(٦٨٢/٥-٦٨٣)؛السيوطي:الأشباه،(٥٠/٢).

المبحث الرابع
قاعدة ذكر بعض مالا يتجزأ كذكر كله

تعتبر قاعدة ذكر بعض مالا يتجزأ كذكر كله من القواعد المندرجة تحت قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله، لما لها علاقة بهذه القاعدة من تصحيح تصرفات المكلف القولية، لذا سأتناولها- إن شاء الله- بالشرح والتحليل، من بيان علاقتها بالقاعدة ، وتطبيقاتها الفقهية، عبر المطالب التالية :-

ويشتمل على أربعة مطالب:-

المطلب الأول: أصل القاعدة

المطلب الثاني:المعنى الإجمالي للقاعدة

المطلب الثالث: علاقة القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

المطلب الرابع: تطبيقات القاعدة

المطلب الأول
أصل القاعدة

هذه القاعدة ذكرها أبو زيد الدبوسي في كتابه تأسيس النظر على أنها أصل من أصول الإمام أبي حنيفة –رحمه الله– وصاحبيه أبي يوسف ومحمد، فقد صاغها بقوله: "الأصل أن ما لا يتجزأ فوجود بعضه كوجود كله".

بينما خالفهم في ذلك زفر بن الهذيل من تلاميذ أبي حنيفة فلم يعتبر وجود بعضه كوجود كله[١].

وعبر عنها الزركشي بقوله: " مالا يقبل التبعيض يكون اختيار بعضه كاختيار كله، وإسقاط بعضه كإسقاط كله"[٢].

---

[١]أبو زيد الدبوسي:تأسيس النظر،(ص ٤٥).

[٢]الزركشي:المنثور في القواعد،(١/١٥٣).

المطلب الثاني
المعنى الإجمالي للقاعدة

أن الأشياء التي لا يمكن تجزئتها إذا ذكر بعضها فكأن الكل قد ذكر، والأحكام المترتبة على الجزء هي نفسها الأحكام المترتبة على ذكر كل ذلك الشيء[1].

ومثال ذلك: العفو عن القصاص، فإذا عفا عن بعض القاتل كان عفواً عن كله، وكذا إن عفا بعض أولياء الدم عن القاتل سقط القصاص وانقلب نصيب الباقين مالاً عند الجمهور[3]، ويعللون ذلك بأن القصاص لما كان لا يقبل التبعيض كان عفو بعض أولياء الدم مسقطاً للقصاص إلى الدية، فلا يتصور عقلاً استيفاء بعضه.

---

[1] محمد شبير :القواعد الكلية،(ص٢٩٤)؛عبد القادر داودي:القواعد الكلية،(ص ٢٠٧).

[3] ابن نجيم: الأشباه،(ص ١٨٩)؛ ابن مالك:المدونة الكبرى عن رواية سحنون عن الإمام عبد الرحمن،(٤/٤٩١-٤٩٢)؛ السيوطي:الأشباه،(ص ١٦١)؛ ابن قدامة:المغني،(٨/٣٥٢-٣٥٣).

المطلب الثالث

علاقة القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

هذه القاعدة متفرعة على قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله، ووجه تفرعها هو أن في جعل البعض يقوم مقام الكل فيما لا يقبل التبعيض إعمالاً للكلام، فلو لم يجعل ذكر بعض مالا يقبل التبعيض كذكر كله، للزم من ذلك إهمال للكلام، وإعمال الكلام أولى من إهماله"[1].

[1] محمد شبير :القواعد الكلية،(ص٢٩٣)؛عبد القادر داودي:القواعد الكلية،(ص٢٠٨)؛البورنو :الوجيز في إيضاح القواعد الكلية،(ص ٣٢٢)؛محمود هرموش:القاعدة الكلية،(ص ٢٦٣).

المطلب الرابع
تطبيقات القاعدة

تعتبر هذه القاعدة عظيمة النفع، كثيرة الفائدة، فهي تدخل في كثير من المسائل الفقهية التي لا تقبل التجزئة لتعذرها عقلا: كالشفعة، والقصاص، والطلاق، والكفالة بالنفس، ووصاية الأب، وخيار الرؤية وغيرها من الأحكام الفقهية التي لا تقبل التبعيض ويكون التعبير فيها بالجزء قائماً مقام التعبير بالكل.

وتدخل أيضا في المسائل التي لا تقبل التجزئة لإمكانية إلحاق الضرر بالغير:كلزوم الضرر على المشتري بتفريق الصفقة.

لذا سأتناول –إن شاء الله– بعضاً من هذه المسائل والفروع الفقهية مبينة آراء الفقهاء فيها:–

–الفرع الأول/ تفريق الشفعة

صورة المسألة: لو قال الشفيع للمشتري: رضيت بشرائك نصف المشفوع، هل تسقط الشفعة كلها، أو لا ؟

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية، والشافعية، والحنابلة إلى سقوط شفعته عن الكل[١].

وعللوا ذلك بأن الشفعة لا تقبل التبعيض والتجزئة، والحكمة في عدم تجزئتها أن في أخذ البعض إضراراً بالمشتري، بتبعيض الصفقة عليه، والضرر لا يزال بالضرر[٢].

أما إذا رضي المشتري بذلك زال المانع من تجزيء إسقاطها[٣].

–الفرع الثالث/ تبعيض الطلاق:

صورة المسألة: لو طلق زوجته نصف طلقة أو ربع طلقة أو جزءاً من طلقة هل تقع طلقة كاملة؟

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى وقوعه طلقة كاملة، وكذا الحكم لو أضاف الطلاق إلى جزء معين منها كرأسها، أو رجلها، أو وجهها، أو إلى جزء شائع منها

---

[١]السرخسي: المبسوط،(١٢٦/١٤)؛ العلامة الهمام:الفتاوى الهندية،(٢١٧/٥)؛ الحطاب الرعيني:مواهب الجليل لشرح مختصر خليل،(٣٩٤/٧)؛ النووي: المجموع شرح المهذب،(١٥ /١٠٤)؛ ابن قدامة: المغني،(٥٠٠/٧-٥٠١).

[٢]المراجع السابقة.

[٣]الكاساني:البدائع،(٩٨/٣).

كنصفها، أو ربعها، أو ثلثها[١].

ويعللون الحكم بأنه لما كان الطلاق لا يقبل التبعيض والتجزئة، فاختيار بعضه كاختيار كله، ووقوع بعضه كوقوع كله[٢].

أما إذا أضاف الطلاق إلى جزء تبقى الجملة بدونه كالشعر، والظفر، والسن فقد اختلف الفقهاء فيها على مذهبين:

المذهب الأول: قالوا تطلق بذلك، وهو مذهب المالكية[٣]والشافعية[٤].

المذهب الثاني: قالوا لا تطلق، وهو مذهب الحنابلة[٥].

أدلة أصحاب المذهب الأول:

استدل المالكية والشافعية على قولهم بما يلي:

١- قياس هذه الأجزاء على الإصبع، لأن الطلاق يقع بإضافته إلى الإصبع فكذلك يقع بإضافته إلى الشعر، والسن، والظفر؛ لأن هذه أجزاء تستباح بنكاحها فتطلق بطلاقها كالإصبع[٦].

٢- إن الطلاق لا يتبعض فإضافته إلى جزء منها أو إلى عضو منها كإضافته إلى جميعها، كالعفو عن القصاص؛ ولأنه أشار بالطلاق إلى ما يتصل ببدنها اتصال خلقة، فكان كالإشارة إلى جملتها وكالإشارة إلى الأعضاء الخمسة[٧].

أدلة أصحاب المذهب الثاني:

استدل الحنابلة على قولهم بأن السن، والظفر، والشعر أجزاء تنفصل عنها في حال السلامة ولا تؤثر في الجملة شيئاً، ولأنها لا تزول ويخرج عوضها في الشعر، ولأنه لا روح فيه ولا ينتقض

---

[١]الكاساني:البدائع،(٩٨/٣)؛ عبد الغني الغنيمي:اللباب شرح الكتاب،(٤٥/٣)؛الحطاب الرعيني:مواهب الجليل لشرح مختصر خليل،(٣٣٨/٥-٣٣٩)؛ النووي:المجموع شرح المهذب،(٢٣٢/١٨)؛ ابن قدامة:المغني،(٢٤٢/٧-٢٤٦)؛ البهوتي: كشاف القناع،(٢٣٢/٤-٢٣٣).

[٢]المراجع السابقة.

[٣]الحطاب الرعيني:مواهب الجليل لشرح مختصر خليل،(٣٤٥/٥).

[٤]السيوطي:الأشباه،(٢٠٥).

[٥]ابن قدامة:المغني،(٢٤٢/٧)؛ البهوتي: كشاف القناع،(٢٣٤/٤).

[٦]الحطاب الرعيني:مواهب الجليل لشرح مختصر خليل،(٣٤٥/٥)؛ الدردير:الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي،(٣٨٨/٢).

[٧]النووي:المجموع شرح المهذب،(٣٣٧/١٨).

الوضوء بمسه أشبه العرق"[1].

الرأي الراجح:

يظهر لي أن المذهب الأول القائل بطلاقها بذلك هو الراجح، وذلك للأسباب التالية:-

١- قوة استدلال المالكية، والشافعية.

٢- هذه الأعضاء يحل للزوج استباحتها بالنكاح، لذا تحرم عليه بالطلاق.

ملاحظة: لا يزيد البعض على الكل إلا في مسألة واحدة وهي إذا قال : أنتِ علي كظهر أمي، فإنه صريح، ولو قال: كأمي كان كناية[2].

---

[1] ا بن قدامة:المغني،(٢٤٢/٧)؛ البهوتي: كشاف القناع،(٢٣٤/٤).

[2] ابن نجيم:الأشباه،(ص ١٨٩)؛السيوطي:الأشباه،(٢٠٦).

المبحث الخامس
قاعدة التأسيس أولى من التأكيد

تعتبر قاعدة التأسيس أولى من التأكيد من القواعد المندرجة تحت قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله، لما لها علاقة بهذه القاعدة من تصحيح تصرفات المكلف القولية، لذا سأتناولها- إن شاء الله- بالشرح والتحليل، من بيان علاقتها بالقاعدة، وتطبيقاتها الفقهية،عبر المطالب التالية :-

ويشتمل على ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول: المعنى الإجمالي للقاعدة

المطلب الثاني:علاقة القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة

المطلب الأول

المعنى الإجمالي للقاعدة

إن الكلام إذا كان يحتمل التأكيد والتأسيس تعين حمله على التأسيس، لأن في التأسيس إنشاء حكم جديد، أما التأكيد ففيه إعادة الحكم لتقريره في ذهن المخاطب، وحمل الكلام على معنى يفيد حكماً جديداً أولى، كما قالوا: "الإفادة أولى من الإعادة"[1].

مثال ذلك: لو حلف على أمر لا يفعله، ثم حلف بعد ذلك المجلس أو في مجلس آخر ألا يفعله أبداً ثم فعله، فإن يمينه الثانية والثالثة تحمل على التأسيس فتجب عليه لكل يمين كفارة، وهذه المسألة سنتحدث عنها بالتفصيل لاحقاً.

---

[1] عبد القادر داودي:القواعد الكلية،(ص ٢١٠)؛البورنو:الوجيز في إيضاح القواعد الكلية،(ص ٣٢٩)؛ محمود هرموش:القاعدة الكلية،(ص ٢٨٨).

المطلب الثاني
علاقة هذه القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

تعتبر هذه القاعدة فرعاً عن قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله، لأن في حمل الكلام على التأسيس إعمالاً له، لأن التأسيس يفيد معنى جديداً غير موجود في التأكيد، وإعمال الكلام أولى من إهماله، فتعين حمل الكلام على التأسيس لئلا يفضي الأمر إلى إهماله، وبهذا يظهر تفريع القاعدة هذه قاعدة إعمال الكلام[1].

[1] محمد شبير:القواعد الكلية،(ص ٢٨٨)؛عبد القادر داودي:القواعد الكلية،(ص ٢١٠)؛البورنو:الوجيز في إيضاح القواعد الكلية،(ص ٣٢٩)؛ محمود هرموش:القاعدة الكلية،(ص ٢٨٨).

المطلب الثالث

تطبيقات القاعدة

لهذه القاعدة أهمية كبيرة في الفقه، ويظهر ذلك من خلال تفريع العلماء عليها، فهي تدخل في أغلب أبواب الفقه، فمن هذه الفروع على سبيل الإجمال ما يلي:-

-الفرع الأول / تكرار الطلاق

صورة المسألة: لو قال لزوجته: أنت طالق، طالق، طالق بحذف المبتدأ، أو بإثباته نحو: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، فهل يحمل كلامه على التأسيس فيقع طلاقه ثلاثاً، أو على التوكيد فيقع واحدة ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:

المذهب الأول: قالوا بحمل كلامه على التأسيس، فيقع طلاقه ثلاثاً قضاءً لا ديانةً وهو المعتمد عند الحنفية سواء نوى التأكيد أم لم ينو، وقال الزيلعي يقع ديانة لا قضاء[١].

المذهب الثاني: قالوا بحمل كلامه على التأسيس، فيقع طلاقه ثلاثاً، ما لم ينو التأكيد، وهو مذهب المالكية[٢]، الشافعية[٣] والحنابلة[٤].

الرأي الراجح:

بعد عرضنا لمذاهب الفقهاء في المسألة يظهر لي أن كلامه يحمل على التأسيس، فيقع طلاقه ثلاثاً، وخاصة إذا كرر لفظ الطلاق بعطف، لأن العطف ينافي التأكيد [٥]، بالإضافة إلى أن العطف يقتضي المغايرة، وهي قرينة مانعة من إرادة التأكيد، فيحمل كلامه على التأسيس.

وهو القول الأقرب للتفريع على القاعدة، لأن الكلام هنا دار بين حمله على التأسيس والتأكيد، فلما كانت القاعدة تنص على أن التأسيس أولى من التأكيد، حملناه على التأسيس والله أعلم.

---

[١] الزيلعي: تبين الحقائق،(٨٢/٢)،اب الكنايات؛الكاساني:البدائع،(١٠٢/٣).

[٢] الحطاب الرعيني:مواهب الجليل لشرح مختصر خليل،(٣٣٤/٥-٣٣٥).

[٣] الغزالي:الوسيط،(٤٠٧/٥)؛ النووي:المجموع شرح المهذب،(٢٧٦/١٨).

[٤] البهوتي: كشاف القناع،(٢٣٤/٤-٢٣٥).

[٥] الدسوقي:حاشيته،(٣٨٥/٢).

الفرع الثاني / تكرار الحلف

صورة المسألة: لو حلف على أمر لا يفعله ثم حلف بعد ذلك المجلس أو في مجلس آخر ألا يفعله أبداً ثم فعله، فهل تحمل يمينه الثانية والثالثة على التأسيس فتجب عليه لكل يمين كفارة، أو على التأكيد فتجب كفارة واحدة؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:

المذهب الأول: قالوا بحمل كلامه على التأسيس مطلقاً سواء نوى التأكيد أم لم ينو ،فتجب عليه ثلاث كفارات، وهو مذهب الحنفية [١]، وبعض المالكية [٢]، وبعض الشافعية [٣].

المذهب الثاني: قالوا بحمل كلامه على التأكيد، فتلزمه كفارة واحدة، وهو المعتمد عند المالكية[٤]، والأصح عند الشافعية[٥]، وهو مذهب الحنابلة [٦].

أدلة أصحاب المذهب الأول:

استدل جمهور الفقهاء على قولهم بأنه لما أعاد المقسم عليه مع الاسم الثاني علم أنه أراد به يميناً أخرى، إذ لو أراد الصفة أو التأكيد لما أعاد المقسم عليه[٧].

أدلة أصحاب المذهب الثاني:

استدل القائلين بحمل كلامه على التأكيد بأن سبب الكفارة واحد، والظاهر أنه أراد التأكيد[٨].

الرأي الراجح:

يظهر لي من خلال ما سبق أن مذهب الجمهور القائل بحمل كلامه على التأسيس ويجب عليه ثلاث كفارات هو الراجح وذلك للأسباب التالية:-

١- قوة استدلال الجمهور.

٢- عملاً بقاعدة التأسيس أولى من التأكيد، لأن الكلام هنا دار بين حمله على التأسيس والتأكيد.

---

(١) بينما خالفهم الكرخي فقال إذا ادعى التوكيد صدق ديانة ؛ لأن الحكم المتعلق باليمين بالله تعالى هو وجوب الكفارة. انظر/ الكاساني:البدائع،(١٠/٣).

(٢) ابن مالك: المدونة،(١١٥/٣).

(٣) النووي:الروضة،(٧١/٨).

(٤) ابن مالك:المدونة،(١١٥/٣)؛ الحطاب الرعيني:مواهب الجليل لشرح مختصر خليل،(٤٢٥/٤-٤٢٦).

(٥) النووي:الروضة،(٧١/٨).

(٦) البهوتي: كشاف القناع،(٢١٣/٥).

(٧) الكاساني:البدائع،(١٠/٣).

(٨) البهوتي: كشاف القناع،(٢١٣/٥).

المبحث السادس

الوصف في الغائب معتبر وفي الحاضر لغو

تعتبر قاعدة الوصف في الغائب معتبر وفي الحاضر لغو من القواعد المندرجة تحت قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله، لما لها علاقة بهذه القاعدة من تصحيح تصرفات المكلف القولية، لذا سأتناولها- إن شاء الله- بالشرح والتحليل، من بيان علاقتها بالقاعدة، وتطبيقاتها الفقهية،عبر المطالب التالية :-

ويشتمل على ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول: المعنى الإجمالي للقاعدة

المطلب الثاني: علاقة القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة

المطلب الأول

المعنى الإجمالي للقاعدة

تنص هذه القاعدة على أن العين إذا كانت موجودة في مجلس العقد مشاراً إليها، فالوصف لا قيمة له، ولا يترتب عليه حكم، أما إذا كانت غائبة عن مجلس العقد فحينئذ يكون الوصف معتبراً، ومعتداً به، و يتعلق به الحكم ولا يستغنى عنه بحال من الأحوال[١].

ومثال ذلك: ما لو أراد البائع بيع فرس أشهب حاضر في مجلس التعاقد، وقال في إيجابه : بعتك هذا الفرس الأدهم وأشار إليه، وقبل المشتري صح البيع ولغا وصف الأدهم، وتعلق البيع بالمشار إليه، وهذا معنى قوله وفي الحاضر لغو.

بخلاف ما لو باع فرساً غائباً وذكر أنه أشهب والحال إنه أدهم لا يصح البيع؛ لأن العين غائبة والعين الغائبة يكون تعينها بالوصف، وهذا معنى قوله"والوصف في الغائب معتبر"[٢].

---

[١]علي حيدر أفندي: شرح المجلة،(٥٨/١)؛ الحموي:غمز عيون البصائر،(١٣٠/٣)؛عبد القادر داودي:القواعد الكلية،(ص ٢١٢).

[٢] علي حيدر أفندي: شرح المجلة،(٥٨/١).

المطلب الثاني

علاقة القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

هذه القاعدة لها علاقة بقاعدة إذا تعذر إعمال الكلام يهمل؛ لأن هذه القاعدة تتحدث عن أسباب إلغاء الكلام، وهو إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي والمجازي فإنه يهمل، وقاعدة الوصف في الغائب معتبر وفي الحاضر لغو، تعتبر تكملة لهذه الأسباب، وهو أن الكلام يلغو إذا لم يطابق الواقع ولم يصادف محله؛ لأن الشخص إذا قال بعتك هذا الثوب الأحمر، أو هذا الحصان الأدهم وأشار بإصبعه إلى ثوب أبيض، أو إلى حصان أشهب فالبيع ينعقد صحيحاً، أما وصفه فيعتبر لاغياً، لعدم مطابقته الواقع؛ ولأنه لم يصادف محله لوقوعه على ضده وهو الثوب الأبيض، أو الحصان الأشهب[١].

بالإضافة إلى ذلك هذه القاعدة تعتبر بمثابة قيد في قاعدة"إعمال الكلام أولى من إهماله" أي أنه يشترط لإعمال الكلام ألا يكون مخالفاً للواقع، كأن يصف العين الحاضرة بوصف كلامي مخالف للواقع المشاهد والمشار إليه، فحينئذ يلغو هذا الوصف الكلامي[٢].

---

[١]علي حيدر أفندي: شرح المجلة،(٥٨/١)؛ الحموي:غمز عيون البصائر،(١٣٠/٣)؛عبد القادر داودي:القواعد الكلية،(ص ٢١٢).

[٢]محمد شبير: القواعد الكلية،(ص ١٩٦).

المطلب الثالث

تطبيقات القاعدة

لهذه القاعدة فروع فقهية كثيرة،فهي تدخل في كثير من مسائل الفقه المختلفة، حيث تجري في سائر عقود المبادلة، كالبيع، والإجارة، والسلم،والنكاح وغيرها من العقود التي تعتمد على الوصف، سأذكر بعض من فروع هذه القاعدة وآراء العلماء فيها:-

الفرع الأول: بيع العين الغائبة

صورة المسألة: بعتك داري المبنية بالآجر ،المكونة من ثلاثة غرف، الواقعة في شارع كذا،المطلة على البحر كذا، بمبلغ قدره خمسون ألف دينار، فقال: قبلت،فهل يصح بيعه؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:

المذهب الأول: قالوا بصحة هذا البيع، وهو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والصحيح عند الشافعية[٣]، وقول عند الحنابلة[٤]، والظاهرية[٥].

المذهب الثاني: قالوا بعدم صحة هذا البيع، وهو الأصح عند الشافعية[٦]والأظهر عند الحنابلة[٧].

أدلة أصحاب المذهب الأول:

استدل القائلون بصحة هذا البيع بالكتاب، والسنة، والقياس، والمعقول.

١- من الكتاب:

استدلوا بعموميات آيات البيع والتجارة ومنها:

أ- قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْۚ﴾[٨]

وجه الدلالة:

---

[١]الزيلعي: تبين الحقائق،(٤/٣٢٠-٣٢١).

[٢] ابن رشد:المقدمات،(٢/١٥٥).

[٣] الشيرازي:المهذب على المجموع،(٩/٣٦٤).

[٤] ابن قدامة:المغني،(٦/٣١).

[٥] ابن حزم:المحلى،(٨/٣٣٧).

[٦]الشيرازي:المهذب،(٩/٣٦٤) مطبوع مع كتاب المجموع للنووي.

[٧]ابن قدامة:المغني،(٦/٣١).

[٨]سورة البقرة:آية رقم،(٢٧٥).

الآية عامة، تبيح البيع مطلقاً، فاللفظ على عمومه يشمل المبيع الحاضر، والغائب الموصوف في الذمة، ولم يرد نص من القرآن أو السنة يحرم هذا النوع من البيوع[١].

ب_قوله تعالى :﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ ﴾ [٢].

وجه الدلالة:

قوله تعالى عن تراضٍ، يشترط في التجارة الحلال التراضي، وهو صفة للتجارة، وخصت التجارة دون سائر المعاوضات الأخرى لكونها أكثرها وأغلبها، وبيع العين الغائبة داخل فيه من حيث تحقق التراضي بين المتعاقدين، وكذلك في ما أحله الله[٣].

اعترض بعض الشافعية والحنابلة على استدلال الجمهور بآيتي البيع والتجارة، بأنه استدلال في غير محله؛ لأن الآية وإن سلم بأنها عامة، فقد خصصت بالأخبار التي تم الاحتجاج بها، وهي النهي عن الغرر، والملامسة وغيرها، بالإضافة إلى ذلك أن التقييد بالغائب الموصوف لا دليل عليه[٤].

أجيب على الاعتراض بأنا لا نسلم بأن البيع الغائب على الصفة يؤدي إلى غرر إذا وصف وصفاً يرفع الجهالة، ويقوم مقام الرؤية، وهذا العلم ينفي الجهالة المفضية إلى النزاع[٥].

٢- السنة:

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا تباشر المرأة المرأة فتنعتها لزوجها كأنه ينظر إليها"[٦].

وجه الدلالة:

أن النبي صلى الله عليه وسلم أقام الوصف مقام النظر في الحرمة، فكذلك يقوم الوصف في البيع مقام رؤية الموصوف[٧].

٣-القياس:

---

[١] القرطبي:الجامع لأحكام القرآن،(٢٣١/٣)؛ الشيرازي: المهذب،(٣٦٤/٩)؛ ابن قدامة:المغني،(٣١/٦).

[٢] سورة النساء: آية رقم،(٢٩).

[٣]الشوكاني:فتح القدير،(٧٣١/١).

[٤] الماوردي:الحاوي،(١٧/٥)؛ الشيرازي:المهذب،(٣٦٥/٩) مطبوع مع المجموع للنووي.

[٥]ابن رشد:المقدمات،(١٥٦/٢).

[٦] صحيح البخاري،ك النكاح،باب(١١٩) لا تباشر المرأة المرأة فتنعتها لزوجها،(ح ٥٢٤٠)،(٣٩٧/٣).

[٧]ابن رشد:المقدمات،(١٥٦/٢).

قياس بيع الغائب على الصفة على بيع الرمان، واللوز، والجوز في قشرها الأسفل، فكلها من المغيبات[١].

اعترض على هذا الدليل بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الرمان، والجوز واللوز ظاهرهما يقوم مقام باطنهما في الرؤية، مثل: صبرة الحنطة، ثم إن استتار باطنهما فيه مصلحة مثل أساس الدار، وهذا بخلاف بيع الغائب[٢].

٤- المعقول:

إن البيع على الصفة يعتبر من عقود المعاوضات، فلا تفتقر صحته إلى رؤية المعقود عليه، مثل عقد النكاح[٣].

أدلة أصحاب المذهب الثاني:

استدل القائلون بعدم صحة بيع العين الغائبة بأدلة من السنة، والقياس:-

١-السنة النبوية:

أ- حديث أبو هريرة رضي الله عنه قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر[٤].

وجه الدلالة:

النهي عام،شمل كل نهي عن بيع فيه غرر، وبيع الغائب فيه غرر؛ لأنه يتردد بين القدرة على تسليم المبيع من عدمها، فيورث المنازعة[٥].

اعترض الجمهور على استدلالهم هذا بأن بيع الغائب إذا وصف عن رؤية، وخبرة، ومعرفة فإنه ينتفي عنه الغرر المدعى[٦].

---

[١]الشيرازي: المهذب على المجموع،(٣٦٥/٩).

[٢]المرجع السابق،(٣٦٦/٩).

[٣]ابن قدامة:المغني،(٣١/٦)؛ الشيرازي: المهذب،(٣٦٥/٩).

[٤]سنن الترمذي،ك البيوع،باب ما جاء في كراهية بيع الغرر،(ص٢٩٢)،(ح١٢٣٠)،قال الألباني: حديث صحيح،انظر الألباني:الإرواء،(١٣٣/٥).

[٥] ابن العربي:الأحوذي،(١٨٩/٣-١٩٠)؛الشيرازي: المهذب،(٣٦٥/٩) مطبوع مع المجموع للنووي؛ابن تيمية:نظرية العقد،(ص ٢٢٤).

[٦]ابن حزم:المحلى،(٣٤٠/٨).

ب- استدلوا بنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الإنسان ما ليس عنده"لا تبع ما ليس عندك" [١].

وجه الدلالة:

هذا الحديث عام ويتناول كل البيوع التي ليست في حوزة البائع وقت عقد البيع، وبيع العين الغائبة يعدُ من جملة هذه البيوع[٢].

اعترض على استدلالهم بأن النهي عن بيع ما ليس عندك لا يتناول البيع الغائب؛ لأنه عند بائعه لا مما ليس عنده، ولا خلاف في لغة العرب في صدق القائل عندي ضياع ومتاع إذا كان كل ذلك في ملكه، وإنما ليس عند المرء ما ليس في ملكه فقط وإن كان في يده[٣].

٢-القياس:

قياس بطلان بيع الغائب إذا علق بالصفة، على بطلان السلم إذا علق بالعين؛ لأن الاعتماد في بيع الأعيان الغائبة على الرؤية، وهو لم يعرف بها، كما لو أسلم في شيء ولم يصفه، بطل العقد وإن شاهده؛ لأن الاعتماد في السلم على الصفة، إذ الإخلال بالرؤية في المرئيات كالإخلال بالصفة في الموصوفات، ولأن بيع الصفة إذا علق بالعين بطل، فكذلك بيع العين إذا علق بالصفة بطل[٤].

سبب الخلاف:

يرجع سبب الخلاف في مثل هذه المسائل إلى الخلاف في نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالرؤية، هل يعد جهلاً مؤثراً في البيع فيعتبر من الغرر؟ أم ليس بمؤثر فيعد من الغرر اليسير المعفو عنه؟ فالشافعي رآه من الغرر الكثير؛ ومالك رآه من الغرر اليسير، وأما أبو حنيفة رأى أنه إذا كان له خيار الرؤية أنه لا غرر هناك وإن لم تكن له رؤية[٥].

الرأي الراجح:

بعد عرضنا لأقوال العلماء في المسألة وبيان أدلتهم ومناقشتها يظهر لي أن مذهب الجمهور القائل بصحة بيع العين الغائبة إذا وجدت على ما وصفها هو الراجح وذلك للأسباب التالية:

---

[١]سنن بن ماجه،ك التجارات،باب النهي عن بيع ماليس عندك وعن ربح ما لم يضمن،(ح٢١٨٧)،(ص ٣٧٦)، قال الألباني: حديث صحيح،انظر الألباني:الإرواء،(١٣٢/٥).

[٢] ابن العربي:الأحوذي،(١٩٢/٣-١٩٣)؛ الماوردي:الحاوي،(١٦/٥).

[٣] ابن حزم:المحلى،(٣٤٠/٨).

[٤] الماوردي:الحاوي،(١٦/٥).

[٥]ابن رشد:بداية المجتهد،(١٥٦/٢)؛ السمرقندي:طريقة الخلاف،(ص ٣٥٠).

١- قوة أدلة الجمهور، وإمكان رد الاعتراضات الموجهة لهم مع الاعتراض على أدلة المذهب الثاني.

٢- عملاً بقاعدة الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر، لأن السلعة هنا غائبة عن مجلس العقد، لذلك نعتبر الوصف قائماً مقام الرؤية.

٣- تيسيراً لمعاملات الناس ورفع الحرج والمشقة، لأن حاجة الإنسان قد تضطره، وتلجئه لأن يبرم العقود على السلع الغائبة وخاصة في أيامنا هذه التي يعتمد التجار فيها عند شراء السلع من خارج البلاد على الوصف، والنماذج.

المبحث السابع
قاعدة إذا تعذر إعمال الكلام يهمل

تعتبر قاعدة إذا تعذر إعمال الكلام يهمل من القواعد المندرجة تحت قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله، حيث تعتبر المرحلة الأخيرة في كيفية إعمال كلام المكلف وحمله على ما يصح، لما لها علاقة بهذه القاعدة من تصحيح تصرفات المكلف القولية، لذا سأتناولها- إن شاء الله- بالشرح والتحليل، من بيان علاقتها بالقاعدة، وتطبيقاتها الفقهية، عبر المطالب التالية :-

ويشتمل على أربعة مطالب:-

المطلب الأول/ المعنى الإجمالي للقاعدة

المطلب الثاني/ علاقة القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

المطلب الثالث/ تطبيقات القاعدة

المطلب الأول
المعنى الإجمالي للقاعدة

هذه القاعدة تنص على أن الكلام الصادر عن المكلف إذا استحال حمله على معناه الحقيقي وجب حمله على معناه المجازي، وذلك صوناً لكلام المكلف عن الإلغاء والإهمال، فإذا لم يستقم حمله على معنى مفيد كأن يكون الكلام مخالفاً للعقل، أو مخالفاً للعادة أو مخالفاً للحس، أو مخالفاً للشرع، أو مجملاً بحيث لا يتضح المراد منه، حينئذ يعتبر هذا الكلام مهملاً أي ساقطاً ولا يتعلق به حكم[1].

مثال ذلك:

١- لو ادعى شخص صحيح اليدين على آخر أنه قطع يده ويطلب منه الديه، فإن كلامه يعتبر لغواً، لأنه كلامه مخالفاً للعقل والحس.

٢- لو ادعى أحد في حق من هو أكبر منه سناً، ومعروف النسب من غيره أنه ابنه فإنه كلامه يعتبر لغواً ،فلا يثبت نسبه، لظهور كذب المدعي عقلاً وشرعاً؛ لأن المقر به في سن لا يتصور أن يكون الطفل منه.

في المثالين السابقين تعذر إعمال الكلام لمخالفته للشرع والعقل والعرف والحس، لذا أهملناه ولم نرتب عليه حكماً شرعياً.

---

[1] محمد شبير: القواعد الكلية،(ص ٢٨٧)؛ الزرقا:شرح القواعد الفقهية،(ص ٣١٩)؛عبد القادر داودي:القواعد الكلية،(ص ٢١٥)؛هرموش:القاعدة الكلية،(ص ٢٢٥-٢٢٦).

المطلب الثاني

علاقة قاعدة القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

تعتبر قاعدة تعذر إعمال الكلام فرعاً عن قاعدة: "إعمال الكلام أولى من إهماله"؛ لأنها جاءت هنا لبيان حكم كلام المكلف في حال تعذر حمله على أحد المعنيين الحقيقي، أو المجازي فإنه حينئذ يعتبر مهملاً، أي لغواً لا اعتبار له ولا يترتب عليه أي حكم[1].

[1] محمد شبير: القواعد الكلية،(ص ٢٨٧)؛ هرموش:القاعدة الكلية،(ص ٢٢٥).

المطلب الرابع
تطبيقات القاعدة

تعتبر هذه القاعدة عظيمة الفائدة، وذلك لكثرة فروعها الفقهية التي تدخل في أغلب أبواب الفقه، سأذكر بعضاً من هذه الفروع على سبيل الإجمال وآراء الفقهاء فيها:-

-الفرع الأول/ دعوى الإقرار بالنسب

صورة المسألة: لو ادعى أحد في حق من هو أكبر منه سناً، ومعروف النسب من غيره أنه ابنه فهل يثبت نسبه ؟

اختلف الفقهاء في المسألة على مذهبين:

المذهب الأول: أنه لا يمكن إعمال كلامه حقيقة في إثبات نسبه ولا مجازاً في إعتاقه، وهو قول وأبو يوسف ومحمد من الحنفية وجمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة[١].

المذهب الثاني: يجوز إعمال كلامه مجازاً عن الحرية، وهو مذهب الإمام أبو حنيفة[٢].

أدلة أصحاب المذهب الأول:

استدل جمهور الفقهاء على مذهبهم بأن قوله لمن هو أكبر منه سناً ومعروف النسب من الغير هذا ابني، قول تحقق كذبه فيه فلم تثبت به الحرية، كما لو قال لطفل هذا أبي، ولطفلة هذه أمي، ولأن الحرية خلف عن النبوة وقد تقرر أن كل موضع لا يوجد في السبب صلاحية الانعقاد للحكم الأصلي لا ينعقد موجباً لما هو خلف عنه،فلما لم يصح هذا الكلام لإثبات النسب وهو الحكم الأصلي لم يصح لإثبات ما هو خلف عنه وهو الحرية[٣].

أدلة أصحاب المذهب الثاني:

استدل الإمام أبو حنيفة على ذلك بأن المجاز خلف عن الحقيقة من حيث التكلم فقول السيد لعبده الأكبر منه أنت ابني صحيح من جهة العربية، وإن لم يكن صحيحاً من جهة الحكم وهذا القدر كاف في حمل الكلام على المجاز[٤].

---

[١]السرخسي:أصوله،(١/١٨٥-١٨٦)؛ الدردير:الشرح الكبير على هامش حاشية الدسوقي،(٣/٤١٢)؛ الغزالي:الوسيط،(٣/٣٥٦)؛النووي: المجموع شرح المهذب،(٢٣/٣٢٣)؛ ابن قدامة:المغني،(١٤/٣٤٨).

[٢]السرخسي: أصوله،(١/١٨٥-١٨٦).

[٣] المرجع السابق.

[٤] المرجع السابق.

الرأي الراجح:

بعد عرضنا لأقوال الفقهاء وأدلتهم يظهر لي أن مذهب الجمهور القائل بعدم ثبوت نسبه هو الراجح وذلك للأسباب التالية:

١- المقر به هنا معروف النسب من غيره، فلا يصح استلحاقه بالإقرار؛ لأن النسب الثابت من شخص لا ينتقل إلى غيره.

٢- هذه الدعوى ظهر كذبها عقلاً وشرعاً؛ لأن المقر به في سن لا يتصور أن يكون الطفل منه.

٣- عملاً بالقاعدة إذا تعذر إعمال الكلام يهمل، فالكلام هنا تعذر إعماله عقلاً وشرعاً.

الفرع الثاني/الدعوى المخالفة للشرع:

صورة المسألة: قال لزوجته وهي معروفة النسب من غيره: هذه ابنتي، هل تقع الفرقة بينهما، ويثبت نسبه ؟

اتفق جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على عدم وقوع الفرقة بينهما، ولا يثبت نسبه[١]، ويعتبر كلامه لغواً.

واستدل جمهور الفقهاء على ذلك بما يلي:

١- أنه ليس بكلام موجب بطريق الإقرار في ملكه، إنما موجبه إثبات النسب، فقد صار مكذباً فيه شرعاً، فصار أصل كلامه لغواً، لأن من شروط صحة النسب ألا يكذبه الحس، أو العادة، أو الشرع[٢].

فهذه الصورة عند الإمام أبي حنيفة لا تنقاس على التي قبلها، وذلك لأن الصورة التي قبلها يتصور فيها الإقرار بالحرية مجازاً من حين ملكه له، أما الزوجة فهي غير مملوكة له فلا يتصور فيها هذا الإقرار فيقع كلامه لغواً[٣].

٣- سبب عدم بينونتها؛ لأن التبينة لا توجب الفرقة ولكنها تنافي النكاح أصلاً، واللفظ متى صار مجازاً عن غيره، يجعل قائماً مقام ذلك اللفظ، فكأنه قال: ما تزوجتها، أو ما كان بينها وبيني نكاح قط، وذلك لا يوجب الفرقة وكذلك لا تثبت به حرمتها عليه على وجه ينتفي به النكاح؛

---

[١] السرخسي: أصوله،(١٨٧/١)؛ النووي:المجموع،(٣٢٣/٢٣)؛ ابن قدامة:المغني،(٣٤٨/١٤).

[٢] السرخسي:أصوله،(١٨٧/١).

[٣]المرجع السابق.

لأن في حكم الحرمة هذا الإقرار عليها لا على نفسه، والعين هي التي تتصف بالحرمة وهو مكذب شرعاً في إقراره على غيره[1].

[1] السرخسي: أصوله،(١٨٧/١)؛ النووي:المجموع،(٣٢٣/٢٣).

الفصل الثالث

علاقة القاعدة بالمعاملات المالية

ويشتمل علي مبحثين:

المبحث الأول:أثر قاعدة إعمال الكلام أولي من إهماله في عقود المعاوضات المالية

ويشتمل علي مطلبين:

المطلب الأول : المعاوضات المالية العامة

المطلب الثاني : المعاوضات المالية المعاصرة

المبحث الثاني: أثر قاعدة إعمال الكلام أولي من إهماله في عقود التبرعات

ويشتمل على أربعة مطالب:-

المطلب الأول: أثر القاعدة في عقود العارية

المطلب الثاني:أثر القاعدة في عقود الهبة

المطلب الثالث:أثر القاعدة في عقود الوقف

المطلب الرابع: أثر القاعدة في عقود الوصية

المبحث الأول
أثر قاعدة إعمال الكلام أولي من إهماله
في عقود المعاوضات المالية

بعد أن انتهينا من الجانب النظري لقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله، من ذكر تعريفها والقواعد المندرجة تحتها وبيان علاقتها بالقاعدة نكون قد وصلنا إلى الفصل الأخير من هذا البحث الذي يتضمن الجانب التطبيقي والعملي للقاعدة، وهو ذكر الفروع والمسائل الفقهية المتعلقة بالمعاملات المالية التي تندرج تحت القاعدة.

في هذا الفصل سأتناول-إن شاء الله- هذه التطبيقات دون التطرق إلى ذكر ودراسة هذه العقود نظرياً من بيان تعريفها وأهميتها وحكمها، لكي لا نطيل البحث، ولأن هذه العقود سبق دراستها من قبل العلماء والباحثين، فالجميع تناولها بالشرح والتحليل، أرى أنه لا داعي لذكرها هنا؛ لأن موضوعنا يتحدث عن التطبيقات والفروع العملية للقاعدة وبالتالي سوف يكون هذا الفصل على وفق المباحث التالية:

المبحث الأول: أثر قاعدة إعمال الكلام أولي من إهماله

في عقود المعاوضات المالية

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول : المعاوضات المالية العامة

المطلب الثاني : المعاوضات المالية المعاصرة

المطلب الأول

المعاوضات العامة

في هذا المطلب سأتناول-إن شاء الله- الحديث عن أثر القاعدة في عقود المعاوضات المالية العامة، كالبيع، والسلم،والإقالة، والإجارة، والمضاربة، والإقرار، وسأتناول لكل عقد من هذه العقود فرعين فقط، وذلك لكثرة الفروع المندرجة تحت قاعدتنا، وسيكون ذلك عبر الفروع التالية:-

الفرع الأول: أثر القاعدة في عقود البيع

الفرع الثاني:أثر القاعدة في عقود السلم

الفرع الثالث: أثر القاعدة في عقود الإقالة

الفرع الرابع: أثر القاعدة في عقود الإجارة

الفرع الخامس: أثر القاعدة في عقود المضاربة

الفرع السادس: أثر القاعدة في عقود الإقرار

الفرع الأول

أثر القاعدة في عقود البيع

المسألة الأولى:

البيع بلفظ السلم

صورة المسألة: أن يقول شخص لآخر: أسلمت إليك هذا الثوب في هذه الدابة فهل ينعقد بيعاً أو سلماً؟

تحرير محل النزاع:

١- اتفق الفقهاء على عدم انعقاده سلماً[١]، وذلك لأن السلم بيع موصوف في الذمة، والمبيع هنا موجود ومعين، والثمن والمبيع معينان، وهذا لا يتحقق إلا في البيع، لذلك لا ينعقد سلماً هنا[٢].

٢- اختلف الفقهاء في انعقاده بيعاً على مذهبين:-

المذهب الأول: قالوا بانعقاده بيعاً نظراً للمعنى، وهو مذهب الحنفية[٣] والمالكية[٤] وبعض الشافعية[٥] والحنابلة[٦].

المذهب الثاني: قالوا بعدم انعقاده بيعاً، وهو مذهب بعض الشافعية[٧] والحنابلة[٨]، وابن حزم الظاهري[٩].

وذلك لاختلاف اللفظ ؛ لأن اسم السلم يقتضي الدينية، والدينية مع التعيين يتناقضان[١٠].

---

[١] الكاساني:البدائع،(٢٠١/٥)؛ الحطاب الرعيني: مواهب الجليل،(٤٧٧/٦)؛ الرافعي:العزيز شرح الوجيز،(٣٩٥/٤)؛البهوتي:كشاف القناع،(١٨/٣).

[٢] المراجع السابقة.

[٣] ابن عابدين: رد المختار،(٤٥٥/٧)؛الحموي:غمز عيون البصائر،(٢٦٩/٢).

[٤] المالكية لم يعثر لهم على قول في مثل هذه المسألة،ولكن الظاهر من أصولهم أنهم يعتبرون السلم بيعاً. انظر أحمد الصاوي:بلغة السالك لأقرب المسالك،(٤/٣)؛ الحطاب الرعيني:مواهب الجليل على مختصر خليل،(٤٧٧/٦)؛ زكريا الفالح،السلم والمضاربة،(ص ٤٢).

[٥] الشربيني:مغني المحتاج،(١٣٦/٢).

[٦] المرداوي:الإنصاف،(٢٦١/٤).

[٧] الشربيني:مغني المحتاج،(١٣٦/٢).

[٨] المرداوي:الإنصاف،(٢٦١/٤).

[٩] ابن حزم:المحلى،(١٠٥/٩).

[١٠] الشربيني:مغني المحتاج،(١٣٦/٢).

سبب الخلاف:

سبب الخلاف في المسألة راجع إلى هل الاعتبار بصيغ العقود، أو بمعانيها ؟ فالحنفية وبعض الشافعية والحنابلة قالوا العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، وعليه ينعقد بيعاً، وذهب البعض الآخر من الشافعية وبعض الحنابلة وهو مذهب ابن حزم الظاهري أن العبرة في العقود للألفاظ والمباني، وعليه ينعقد سلماً نظراً للفظ، وهذا السبب ينسحب على المسائل اللاحقة التي سنذكرها فيما بعد[١].

الرأي الراجح:

بعد عرضنا لأقوال العلماء في المسألة يظهر لي أن مذهب الجمهور القائل بانعقاده بيعاً هو الراجح، وذلك للأسباب التالية:-

١- اجتماع أركان البيع في هذه المسألة، ويؤيد ذلك القاعدة التي تقول: " كل ما كان صريحاً في بابه ولم يوجد نفاذ في موضوعه، كان كناية في غيره" [٢]، ولفظ السلم صريح في باب السلم، ولكنه كناية في البيع وهو المعقول.

٢- إذا لم نعتبره سلماً، فإنه ينعقد بيعاً فاسداً، ولا يترتب عليه أثر شرعي، ونكون بذلك قد أهملنا كلام المكلف، فتصحيحاً لمعاملته، وإعمالاً لكلامه نعتبره سلماً صيانة لكلامه عن الإلغاء والإهمال، لأن إعمال الكلام وحمله على أقرب وجه يجعله معمولاً به أولى من إهماله بالكلية.

المسألة الثانية:

بيع الوفاء

صورة المسألة: أن يقول المشتري بعتُ منك هذه العين بما لك عليَّ من دين أو على أنني متى قبضته فهو لي، أو يقول بعتُ منك على أن تبيعه مني متى جئت بالثمن[٣].

اختلف الفقهاء في حكم بيع الوفاء على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: قالوا باعتباره بيعاً فاسداً، وهو مذهب المتقدمون من الحنفية[٤]،و المالكية[٥]، والشافعية[٦]،

---

[١] السيوطي:الأشباه،(٢١٣)، انظر تفصيل هذه المسألة في قاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني،من هذا البحث.

[٢]ابن السبكي:الأشباه،(٢٤٩/١).

[٣] العلامة الهمام:الفتاوى الهندية،(٢٠٩/٣)؛ابن عابدين:رد المحتار على الدر المختار،(٥٤٥/٧)

[٤]العلامة الهمام:الفتاوى الهندية،(٢٠٩/٣).

[٥]أما إذا لم يشترط عليه بأن تبرع المشتري للبائع برد المبيع له فإنه ينعقد بيعاً صحيحاً،انظر: الدردير:الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي،(٧١/٣)؛أحمد الصاوي:بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير،(٦٥/٣)؛ابن مالك:المدونة،(١٣٢/٩).

[٦]الرملي: نهاية المحتاج (٤٣٣/٣)؛الزرقا:شرح القواعد الفقهية،(ص٥٨). البهوتي: كشاف القناع،(٤٦٢/٢).

والحنابلة [١].

المذهب الثاني: قالوا بانعقاده بيعاً صحيحاً، وهو قول بعض المتأخرين من الحنفية[٢]، والشافعية[٣].

المذهب الثالث: قالوا بانعقاده رهناً وليس ببيع، فيثبت له جميع أحكام الرهن فلا يملكه المشتري ولا ينتفع به إلا بإذن البائع ويضمن ما يأكله وما يتلفه ويسقط الدين بهلاكه ولا يضمن كالأمانة ويسترده عند قضاء الدين، وهو مذهب أبي شجاع السمرقندي، وعلي السعدي، والقاضي أبو الحسن الماتريدي من الحنفية[٤].

أدلة أصحاب المذهب الأول:

واستدل القائلين بانعقاده بيعاً فاسداً بما يلي:

١- أن اشتراط البائع أخذ جميع المبيع إذا رد الثمن إلى المشتري يخالف مقتضى عقد البيع وحكمه، وهو ملكية المبيع على سبيل الدوام والاستقرار، وفي هذا الشرط منفعة للبائع ولم يرد دليل معين يدل على جوازه، فيكون شرطاً فاسداً يفسد البيع باشتراطه فيه[٥].

٢- البيع على هذه الصورة لا يقصد منه حقيقة البيع بشرط الوفاء، وإنما يقصد من ورائه الوصول إلى الربا المحرم، وهو إعطاء المال إلى أجل، ومنفعة المبيع هي الربح، والربا باطل في جميع حالاته[٦].

أدلة أصحاب المذهب الثاني:

استدل القائلين بانعقاده بيعاً صحيحاً بما يلي:-

أن البيع بهذا الشرط تعارفه الناس وتعاملوا به لحاجتهم إليه، فقد كان أهالي بلخ يعتادون الإجارة الطويلة وهي غير ممكنة في الأشجار ولذلك اضطروا إلى البيع وفاء استناداً لقاعدة: " ما ضاق أمره على الناس اتسع حكمه"[٧] ولذلك جوزوه بيعاً صحيحاً،لحاجة التخلص من الربا، فلذلك لا يفسد البيع باشتراطه فيه، وإن كان مخالفاً للقواعد؛ لأن القواعد تترك بالتعامل كما في الاستصناع[٨].

أدلة أصحاب المذهب الثالث:-

استدل القائلين بانعقاد بيع الوفاء رهناً بما يلي:

---

[١] البهوتي: كشاف القناع،(٤٦٢/٢).

[٢] العلامة الهمام:الفتاوى الهندية،(٢٠٩/٣).

[٣] السيوطي:الأشباه،(١٣٩/١)؛ الزرقا:شرح القواعد الفقهية،(٥٧).

[٤] العلامة الهمام:الفتاوى الهندية،(٢٠٩/٣).

[٥]الموسوعة الفقهية(٢٦٠/٩).

[٦]المرجع السابق.

[٧] علي حيدر:شرح المجلة،(٣٢/١)؛ السيوطي:الأشباه،(ص٨٣).

[٨] ابن عابدين:رد المحتار على الدر المختار،(٥٤٦/٧)؛العلامة الهمام:الفتاوى الهندية،(٢٠٩/٣)؛الرملي:نهاية المحتاج،(٤٣٣/٣).

١- العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني، ولهذا كانت الهبة بشرط العوض بيعاً، والكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، وأمثال ذلك كثير في الفقه.

٢-هذا البيع لما شرط فيه أخذ المبيع عند رد الثمن كان رهناً؛ لأنه هو الذي يؤخذ عند أداء الدين[١].

الرأي الراجح:

بعد عرضنا لمذاهب العلماء وأدلتهم، يظهر لي أن المذهب الثالث القائل بانعقاده رهناً هو الراجح وذلك للأسباب التالية:-

١- لأن هذا العقد في حقيقته باطل، وغير صحيح؛ وذلك لأن المشتري لا يملك بيعه، وهذا الشرط مخالف لمقتضى عقد البيع الذي يقضي بحرية المشتري في التصرف فيما اشتراه.

٢- لا يمكن اعتباره رهناً لأنهما لم يقصدا الاستيثاق، بل نيتاهما متجهتان إلى جر منفعة لأحد طرفي العقد وهذا في حد ذاته ربا، فتصحيحاً لمعاملتهم، فإنا نصرفها إلى الرهن، إعمالاً لكلامهم؛ لأن إعمال الكلام وحمله على ما يصح ما أمكن ذلك أولى من إهماله بالكلية.

---

[١]الزيلعي:تبين الحقائق،(١٨٣/٥)؛ العلامة الهمام:الفتاوى الهندية،(٢٠٩/٣)؛ الموسوعة الفقهية،(٢٦١/٩).

الفرع الثاني
أثر القاعدة في عقود السلم

المسألة الأولى:

السلم بلفظ البيع

صورة المسألة: لو قال رب السلم: اشتريت منك خمسين رطلاً زيتاً صفته كذا، إلى أجل كذا بعشرة دنانير حالة، وقبل المسلم إليه، أو يقول ابتعت منك قمحاً صفته كذا وكيله كذا إلى كذا، فهل ينعقد بيعاً، أو سلماً؟

تحرير محل النزاع:

١- اتفق الفقهاء على صحة انعقاد السلم بلفظ السلم أو السلف، وكل ما اشتق منهما، كأسلفتك، وأسلمتك...إلخ[١].

٢-اختلف الفقهاء في انعقاده بلفظ البيع على مذهبين:-

المذهب الأول: قالوا بصحة انعقاد السلم بلفظ البيع إذا بين فيه إرادة السلم وتحققت شروطه، وينسب هذا القول لأبي حنيفة وصاحبيه[٢]، والمالكية[٣]، والحنابلة[٤]، ووجه عند الشافعية[٥]، وعلى قولهم ينعقد هذا العقد سلماً.

المذهب الثاني: قالوا بعدم صحة انعقاده، وينسب هذا القول لزفر من الحنفية[٦]، والوجه الصحيح عند الشافعية[٧]، وعليه ينعقد هذا العقد بيعاً.

أدلة القائلين بصحة انعقاد السلم بلفظ البيع:-

---

[١] الكاساني:البدائع،(٢٠١/٥)؛ الحطاب الرعيني: مواهب الجليل،(٤٧٧/٦)؛ الرافعي:العزيز شرح الوجيز،(٣٩٥/٤)؛البهوتي:كشاف القناع،(١٨/٣).

[٢] الكاساني:البدائع،(٢٠١/٥).

[٣] الحطاب الرعيني:مواهب الجليل،(٤٧٧/٦).

[٤] البهوتي:كشاف القناع،(١٨/٣).

[٥] الرافعي:العزيز شرح الوجيز،(٣٩٥/٤)؛الشربيني: مغني المحتاج،(١٣٦/٢-١٣٧)؛ النووي:روضة الطالبين،(٢٤٦/٣).

[٦] الكاساني:البدائع،(٢٠١/٥).

[٧] الشربيني: مغني المحتاج،(١٣٦/٢-١٣٧)؛النووي:روضة الطالبين،(٢٤٦/٣).

أن السلم بيع فينعقد بلفظ البيع، والدليل على ذلك حديث الرسول صلى الله عليه وسلم حيث روي عنه نهيه عن بيع الإنسان ما ليس عنده، وترخيصه في السلم.

فهذا يعني أن السلم بيع ما ليس عند الإنسان، فينعقد بلفظ البيع[١].

أدلة القائلين بعدم صحة انعقاد السلم بلفظ البيع:

أن السلم شرع على خلاف القياس؛ لأنه بيع المعدوم، وهو منهي عنه إلا أن الشرع ورد بجوازه بلفظ السلم بقوله "ورخص في السلم" فوجب الاقتصار عليه، لعدم إجزاء سواه[٢].

سبب الخلاف:

سبب الخلاف في المسألة راجع إلى هل الاعتبار بصيغ العقود، أو بمعانيها، فمن قال العبرة في العقود للمعاني قال بانعقادها سلماً، ومن قال العبرة للألفاظ قال بانعقاده بيعاً[٣] ؟

الرأي الراجح:

بعد عرضنا لأقوال العلماء وأدلتهم في هذه المسألة يظهر لي أن المذهب الثاني القائل بعدم انعقاده سلماً هو الراجح؛ وذلك للأسباب التالية:-

١- اجتماع أركان السلم في هذه المسألة، ويؤيد ذلك القاعدة التي تقول: " كل ما كان صريحاً في بابه ولم يوجد نفاذ في موضوعه، كان كناية في غيره" [٤]، ولفظ البيع صريح في باب البيع، ولكنه كناية في السلم، لذا ينعقد ينعقد بيعاً لأن ذلك هو المعقول.

٢- إذا اعتبرناه سلمًا؛ فإنه يتطلب شروط زائدة على شروط البيع، تتعلق بكل من رأس مال السلم، والمسلم فيه، ومتى تخلف شرطٌ من هذه الشروط؛ بطل عقد السلم، فتصحيحاً لهذه المعاملة وإعمالاً لكلام العاقد نصرفها إلى البيع، لأن إعمال كلام المكلف و حمله على ما يصح أولى من إلغاءه وإهماله.

المسألة الثانية:

السلم في الدراهم والدنانير

صورة المسألة: أن يكون رأس المال مثمناً كحنطة، أو ثوب وغيرهما ويعجل دفعه والمسَلمُ فيه هو الدراهم والدنانير.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:

---

[١] الكاساني:البدائع،(٢٠١/٥)؛ الموسوعة الفقهية،(١٩٦/٢٥).

[٢] الشربيني: مغني المحتاج،(١٣٦/٢)؛ الزحيلي: الفقه الإسلامي،(٥٩٩/٤).

[٣] السيوطي:الأشباه،(٢٦٤/١).

[٤]ابن السبكي:الأشباه،(٢٤٩/١).

المذهب الأول: قالوا بجواز السلم في الدراهم والدنانير، وهو مذهب المالكية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، والظاهرية[٤].

المذهب الثاني:قالوا بعدم جواز السلم في الدراهم والدنانير، وهو المتفق عليه عند الحنفية[٥].

أدلة أصحاب المذهب الأول:-

استدل القائلين بجواز السلم في الدراهم والدنانير بما يلي:

أن الدراهم والدنانير تثبت في الذمة صداقاً فتثبت سلماً كالعروض، ولأنه لا ربا بينهما من حيث التفاضل، ولا النساء فصح إسلام أحدهما بالآخر كالعروض في العروض[٦].

أدلة القائلين بعدم جواز السلم في الدراهم والدنانير:

أن الدراهم والدنانير لا تثبت في الذمة إلا ثمناً فلا تكون مثمنة[٧].

فعلى مذهب الحنفية هل يمكن تصحيح هذا العقد؟

يرى أبو بكر البلخي بأنه يمكن تصحيح العقد بأن ينقلب بيعاً؛ لأن لفظ السلم في مثل هذا العقد لا يخرجه عن كونه بيعاً مؤجلاً[٨].

أما عيسى بن أبان ذهب إلى عدم انعقاده بيعاً؛ لأن العقد المضاف إلى محل لا يصح في محل آخر، والمبيع في السلم هو المسلم فيه[٩].

الرأي الراجح:

بعد عرضنا لمذاهب الفقهاء وأدلتهم في المسألة يظهر لي بأن ما ذهب إليه أبو بكر البلخي القائل بإمكانية تصحيحه وانعقاده بيعاً هو الراجح؛ لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني، وتصحيح أقوال العاقدين وحملها على أقرب ما تنطبق عليه ألفاظهما أولى من تركها وإهمالها، إعمال كلام العقلاء وصونه عن الإلغاء أولى من إهماله وإهداره.

---

[١] ابن مالك:المدونة،(١٣١/٩)؛ القرافي:الذخيرة،(٢٥١/٥)؛ابن قدامة:المغني،(٤١٣/٦).

[٢] القفال الشاشي:حلية العلماء،(٣٦٣/٤)؛النووي:روضة الطالبين،(٢٤٣/٣)؛الرافعي:العزيز شرح الوجيز،(٤٢١/٤).

[٣] ابن قدامة:المغني،(٤١٣/٦).

[٤] ابن حزم:المحلى،(١١٠/٩).

[٥] ابن عابدين: رد المحتار،(٤٥٥/٧).

[٦] ابن قدامة:المغني،(٤١٣/٦).

[٧] المرجع السابق.

[٨] العلامة الهمام:الفتاوى الهندية،(١٨٥/٣).

[٩] المرجع السابق.

الفرع الثالث
أثر القاعدة في عقود الإقالة

صورة المسألة: قال المشتري للبائع قبل القبض في المال المنقول: أقلني بيعتي، فقال البائع: أقلتك، فهل يعتبر هذا العقد فسخ أو بيع؟

تحرير محل النزاع:

١- اتفق الفقهاء على أن الإقالة إذا كانت بلفظ الفسخ أو الرد أو الترك أو الرفع أو ما يفيد هذا المعنى كأن يقول خذ حقك وأعطني حقي ويقبل الآخر أنها تكون فسخاً للعقد السابق[١].

٢- اختلف الفقهاء في تكييفها، كأن يقول أحد العاقدين للآخر أقلتك، أو قايلتك، أو تقايلنا، أو لك القَيلَة، أو أقالك الله على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: قالوا بأنها فسخ في حق العاقدين، بيع جديد في حق ثالث غيرهما عند الضرورة، سواء قبل القبض أو بعده، وهو مذهب الأمام أبي حنيفة[٢].

المذهب الثاني: قالوا بانعقادها بيع في حق العاقدين وغيرهما، إلا إذا تعذر جعلها بيعاً فإنها تكون فسخاً وهو مذهب المالكية [٣]، وأبي يوسف من الحنفية[٤]، وقول عند الشافعية[٥]، ورواية عند الحنابلة[٦]، وبه قال ابن حزم الظاهري[٧].

---

[١] ابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار،(٣٣٢/٧)؛ النووي:الروضة،(١٥٣/٣)؛الرافعي:العزيز شرح الوجيز،(٢٨١/٤).

[٢] الكاساني:البدائع ،(٣٠٦/٥)؛ ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار،(٣٣٠/٧)؛الزيلعي:تبين الحقائق شرح كنز الدقائق،(٤١٦/٤).

[٣] استثنى الإمام مالك المرابحة والشفعة والطعام قبل القبض،لأن الإقالة فيهما فسخ، أما عدا ذلك فإن كانت بثمن الثمن الأول فهي إقالة،وإن كانت بغيره فهي بيع.انظر/ ابن مالك: المدونة،(٦٩/٩)؛ الدسوقي:حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (١٥٥/٣- ١٥٦).

[٤] الكاساني: البدائع، (٣٠٦/٥) ؛ ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار،(٣٣٠/٧)؛الزيلعي:تبين الحقائق شرح كنز الدقائق،(٤١٨/٤).

[٥] النووي:الروضة،(١٥٣/٣)؛الرافعي:العزيز شرح الوجيز،(٢٨١/٤)؛ الغزالي:الوسيط،(١٤٠/٣).

[٦] ابن قدامة:المغني،(١٩٩/٦)؛ ابن قدامة المقدسي:الكافي،(١٤٣/٣)؛ ابن مفلح:الفروع،(١٢٤/٤).

[٧] ابن حزم:المحلى،(٣/٩).

المذهب الثالث: قالوا بأنها فسخ ينحل به العقد في حق العاقدين وغيرهما، وهو الأصح عند الشافعية[١]، والمذهب عند الحنابلة[٢]، وهو قول محمد بن الحسن، وزفر من الحنفية[٣]، وقول داود داود الظاهري[٤].

أدلة أصحاب المذهب الأول:

١- أن الإقالة تنبئ عن الفسخ والإزالة، والأصل في الإقالة هو الفسخ في حق المتعاقدين.

٢- سبب اعتبارها بيعاً في حق الغير فذلك لأن لفظها ينبئ عن الفسخ، ومعناها ينبئ عن البيع؛ لأن فيها نقل ملك بإيجاب وقبول بعوض مالي، فجعلت بيعاً في حق غير العاقدين، والعبرة للمعنى لا للصورة، ومحافظة على حقه من الإسقاط، إذ لا يملك العاقدان إسقاط حق غيرهما[٥].

ولئلا يفوت مقصود الشارع من شرع الشفعة في بعض الصور، إذ هي قد شرعت لدفع ضرر الخلطة أو الجوار، وهو موجود في الإقالة[٦].

أدلة أصحاب المذهب الثاني:

استدل القائلون بانعقادها بيعاً في حق العاقدين وغيرهم بما يلي:-

١- إن المبيع قد عاد إلى البائع على الصفة التي خرج عليه منها فلما كان الأول بيعاً كان الثاني كذلك[٧].

٢- أن حقيقة البيع مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا موجود في الإقالة فتكون بيعاً والعبرة في العقود للمعنى لا للصورة[٨].

---

[١] النووي:الروضة،(١٥٣/٣)؛الرافعي:العزيز شرح الوجيز،(٢٨١/٤)؛ الغزالي:الوسيط،(١٤٠/٣).

[٢] ابن قدامة:المغني،(١٩٩/٦)؛ ابن قدامة المقدسي:الكافي،(١٤٣/٣)؛ ابن مفلح:الفروع،(١٦٣/٤).

[٣] الكاساني: البدائع، (٣٠٦/٥) ؛ ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار،(٣٣٠/٧)؛ الزيلعي تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق،(٤١٧/٤-٤١٨).

[٤] ابن حزم:المحلى،(٣/٩).

[٥] الكاساني:البدائع،(٣٠٦/٥) ؛ ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار،(٣٣٠/٧) ؛الزيلعي:تبين الحقائق شرح كنز الدقائق،(٤١٨/٤).

[٦] ابن عابدين:ردالمحتار على الدر المختار،(٣٣٠/٧).

[٧] ابن قدامة:المغني،(١٩٩/٦)؛ ابن قدامة المقدسي:الكافي،(١٤٣/٣)؛ ابن مفلح:الفروع،(١٢٤/٤).

[٨] الكاساني:البدائع،(٣٠٦/٥) الزيلعي تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق،(٤١٨/٤)؛ الرافعي:العزيز شرح الوجيز،(٢٨١/٤)؛ابن قدامة:المغني،(١٩٩/٦)؛ ؛ابن قدامة المقدسي:الكافي،(١٤٣/٣).

أدلة المذهب الثالث:

استدل القائلين باعتبار الإقالة فسخ بما يلي:

١- بما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: " من أقال نادماً بيعه أقال الله عثرته"[١].

وجه االدلالة :

أن الرسولﷺ سماها إقالة ولم يسمها بيعاً، والأصل في الاصطلاحات الشرعية تسمية رسول الله ﷺ[٢].

اعترض على الاستدلال بهذا الحديث بأنه إنما ورد في الحث على الإقالة، وليس فيه ما يدل على أن الإقالة فسخ للعقد السابق، ولا أنها بيع جديد، فالاستدلال بها عليه خارج عن موضع النزاع[٣].

يمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض بأن يقال إن النبي ﷺ لم يبين أن الإقالة فسخ، لأن ذلك معلوم من لغة العرب، لأنها بمعنى الرفع والإزالة والإسقاط وهذا المعنى يتحقق في الفسخ لا في البيع، ومما يؤيد ذلك ما رواه عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي ﷺ قال: " المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن يكون صفقة خيار، ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله "[٤].

والمعنى لا يحل له أن يفارقه بعد البيع خشية أن يختار فسخ البيع فالمراد بالاستقالة أن يفسخ النادم البيع.

٢- أن الإقالة في اللغة موضوعة لرفع الشيء يقال أقال الله عثرتك يعني رفعها وإذا كان كذلك وجب أن يكون رفعاً للعقد وفسخاً له[٥].

٣- أن المبيع عاد إلى البائع بلفظ لا ينعقد به البيع فكان فسخاً كالرد بالعيب ثم إن الإقالة تتقدر بالثمن الأول ولو كانت بيعاً لم تتقدر به[٦].

---

[١] صحيح ابن حبان،كتاب البيوع،باب الإقالة،(٤٠٤/١١)،(ح ٥٠٢٩)؛قال الشيخ الألباني في الإرواء:، (ح١٣٣٤)، (١٨٢/٥)رجاله ثقات رجال البخاري غير أن الفروي قد كف فساء حفظه فان كان حفظه فهو على شرط البخاري.

[٢] ابن حزم:المحلى،(٣/٩).

[٣] المرجع السابق

[٤] سنن الترمذي،ك البيوع،باب(٢٦) ما جاء في البيعين بالخيار مالم يتفرقا،(ح١٢٤٧)،(ص٢٩٧)؛سنن النسائي،ك البيوع،باب وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما بأبدانهما،(ح٤٤٧٧)،(،(٢٨٤/٧)؛سنن ابن ماجه،ك البيوع،باب البيعان بالخيار مالم يتفرقا،(ح٢١٨١)،(ص٣٧٥)،قال الألباني:حديث صحيح،انظر الألباني:الإرواء،(١٥٣/٥).

[٥] الكاساني:البدائع،(٣٠٦/٥)؛ ابن قدامة:المغني،(١٩٩/٦)؛ابن منظور:لسان العرب،(٣٧٥/١١)،مادة قيل.

[٦] ابن قدامة:المغني،(٢٠٠/٦)؛ابن قدامة المقدسي: الكافي،(١٤٣/٣).

٤- أن البيع والإقالة اختلفا اسما فيختلفان حكماً . هذا هو الأصل، فإذا كانت رفعاً لا تكون بيعاً لأن البيع إثبات والرفع نفي وبينهما تناف فكانت الإقالة على هذا التقدير فسخاً محضاً، فتظهر في حق الناس كافة[١].

الرأي الراجح:

من خلال عرضنا لمذاهب الفقهاء وأدلتهم التي استدلوا بها في هذه المسألة يظهر لي أن القول باعتبار الإقالة فسخاً هو الراجح وذلك للأسباب التالية:

١- قوة أدلة من قالوا بأن الإقالة فسخ، وصراحتها في الدلالة على المراد.

٢- أن المعنى الحقيقي للإقالة لغة واصطلاحاً هو الفسخ والإزالة، فقد أطلق عليها أهل اللغة والفقه عند تعريفهم لها معنى الفسخ والترك والإسقاط والرفع، وفي ذلك دلالة واضحة على أن أصل الإقالة هو الفسخ ، بخلاف البيع الذي وضع لإثبات الملك.

٣- أن الإقالة لا مجاز لها لتحمل عليه عند تعذر معناها الحقيقي- وهو الفسخ- لأن البيع والفسخ ضدان واستعارة أحدهما للآخر لا تجوز.

٤- لفظ الإقالة ينبئ عن الرفع والفسخ،والأصل إعمال الألفاظ في مقتضياتها الحقيقية، فصيانة لكلام المكلف عن الإلغاء نحمل الإقالة على المعنى الحقيقي لها وهو الفسخ ؛ لأن إعمال كلامه وحمله على ما يصح أولى من إهماله.

---

[١] هذا الدليل لزفر استدل به على أن الإقالة فسخ، الكاساني:البدائع،(٥/٣٠٦).

الفرع الرابع
أثر القاعدة في عقود الإجارة

المسألة الأولى:

الإجارة بلفظ البيع

صورة المسألة : لو قال شخص لآخر: بعتك منفعة هذه الدار شهرًا بكذا.

تحرير محل النزاع:

١- اتفق الفقهاء على صحة الإجارة باللفظ الصريح فيها، كلفظ الإجارة والاستئجار، والاكتراء، والإكراء؛ لأنهما موضوعان لها[١].

٢- اختلف الفقهاء في صحة انعقاد الإجارة بلفظ البيع على مذهبين:

المذهب الأول: قالوا بصحة انعقادها بلفظ البيع، وهو مذهب المالكية [٢]، والحنابلة [٣]، والصحيح عند الشافعية[٤]، والأظهر عند الحنفية بشرط التوقيت[٥].

المذهب الثاني:قالوا بعدم صحة انعقاد الإجارة بلفظ البيع، وهو مذهب الحنفية في قول مرجوح [٦]، والأصح عند الشافعية [٧].

أدلة أصحاب المذهب الأول:-

استدل القائلين بصحة انعقاد الإجارة بلفظ البيع بما يلي:-

---

[١] الكاساني:البدائع،(١٧٤/٤)؛ الدسوقي:حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،(٢/٤)؛ الشربيني:مغني المحتاج،(٤٢٨/٢)؛البهوتي: شرح منتهى الإرادات،(٧/٤)؛ ابن قدامة:المغني،(٧/٨).

[٢] ابن مالك:المدونة،(٢١٩/١٠).

[٣] ابن قدامة:المغني،(٧/٨) ؛ابن مفلح:الفروع،(١٣٤/٧-١٣٥)؛ البهوتي:كشاف القناع على متن الإقناع،(٢٣٠/٣)؛ البهوتي:شرح منتهى الإرادات دقائق أولى النهى لشرح المنتهى،(٧/٤).

[٤] النووي:الروضة،(٢٤٨/٤)؛الغزالي:الوسيط،(١٥٤/٤)؛ الرملي:نهاية المحتاج،(٥/-٢٦٤٢٦٣)؛ الشربيني:مغني المحتاج،(٤٢٩/٢).

[٥] ابن عابدين:رد المحتار،(٦/٩)؛ الحموي:غمز عيون البصائر،(٢٦٨/٢).

[٦] ابن عابدين:رد المحتار،(٦/٩).

[٧] الشربيني:مغني المحتاج،(٤٢٩/٢) ؛ النووي:الروضة،(٢٤٨/٤)؛الغزالي:الوسيط،(١٥٤/٤)؛ الرملي:نهاية المحتاج،(٥/-٢٦٤٢٦٣).

١- أن الإجارة نوع من البيع فتنعقد بلفظه كالصرف[١].

٢- المنافع بمنزلة الأعيان فإنه يصح الاعتياض عنها وتضمن بالتعدي[٢].

أدلة أصحاب المذهب الثاني:-

استدل القائلين بعدم صحة انعقاد الإجارة بلفظ البيع بعدة أدلة منها:

١- أن لفظ البيع موضوع تلك الأعيان فلا يستعمل في المنافع[٣].

٢- أن بيع المعدوم باطل فلا يصح تمليكاً بلفظ البيع والشراء[٤].

الرأي الراجح:

بعد عرضنا لمذاهب الفقهاء وأدلتهم التي استدلوا بها في هذه المسألة يظهر لي أن المذهب الأول القائل بانعقادها بلفظ البيع هو الراجح، وذلك للأسباب التالية:

١- اشتمال العقد على معنى الإجارة، وذلك من خلال اجتماع أركان الإجارة فيه من ذكر المدة والأجرة، والعبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني.

٢- لفظ "بعتك" صريح في بابه، ولكنه لم يجد نفاذاً في موضوعه، فاعتبرناه كناية في غيره وهو الإجارة.

٣- لو لم نعتبره إجارة ، فإنه يكون بيعاً فاسداً، ونكون بذلك قد أهملنا كلامه، وإعمال الكلام وحمله على ما يصح أولى من إهماله وعدم بناء حكم صحيح عليه.

المسألة الثانية:

الإجارة بلفظ المساقاة:

وصورة المسألة: أن يقول مالك البستان للعامل: أساقيك على هذه النخيل مدة كذا بدراهم معلومة، فهل تصح الإجارة بلفظ المساقاة ؟

---

[١] البهوتي:كشاف القناع على متن الإقناع،(٣/٢٣٠).

[٢] الشربيني:مغني المحتاج،(٢/٤٢٩)؛البهوتي:شرح منتهى الإرادات دقائق أولى النهى لشرح المنتهى،(٤/٧).

[٣] الشربيني:مغني المحتاج،(٢/٤٢٩) ؛ النووي:الروضة،(٤/٢٤٨)؛الغزالي:الوسيط،(٤/١٥٤)؛ الرملي:نهاية المحتاج،(٥/-٢٦٤٢٦٣).

[٤] ابن عابدين:رد المحتار على الدرالمختار،(٩/٦).

تحرير محل النزاع:

١- اتفق الفقهاء على صحة الإجارة باللفظ الصريح فيها، كلفظ الإجارة والاستئجار، والاكتراء والإكراء[١] ونحو ذلك...

٢- اختلف الفقهاء في انعقاد الإجارة بلفظ المساقاة على مذهبين:

المذهب الأول: قالوا بجواز انعقادها بلفظ المساقاة، وهو مذهب الإمام مالك[٢]، والصحيح عند الشافعية[٣]، وبعض الحنابلة[٤].

المذهب الثاني: قالوا بالمنع، وهو قول لابن رشد، وابن القاسم من المالكية[٥]، والأصح عند الشافعية[٦].

أدلة أصحاب المذهب الأول:

استدل القائلين بصحة انعقادها بما يلي:

١- أن المتعاقدين إن عرفا المقصود انعقدت، انعقدت بأي لفظ كان من الألفاظ التي عرف به المتعاقدان مقصودهما، وهذا عام في جميع العقود فإن الشارع لم يحد حداً لألفاظ العقود بل ذكرها مطلقة[٧].

٢- الإجارة و المساقاة بينهما مشابهة، واحتمال كل لفظ معنى الآخر[٨].

أدلة أصحاب المذهب الثاني:

استدل المانعين انعقاد الإجارة بلفظ المساقاة بأن لفظ الإجارة صريح في غير المساقاة، فإن أمكن تنفيذه في موضوعه، نفذ فيه، وإلا فلا[٩].

---

[١] الكاساني:البدائع،(١٧٤/٤)؛ الدسوقي:حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،(٢/٤)؛ الشربيني:مغني المحتاج،(٤٢٨/٢)؛البهوتي: شرح منتهى الإرادات،(٧/٤)؛ ابن قدامة:المغني،(٧/٨).

[٢] أحمد الصاوي:بلغة السالك على الشرح الصغير،(٤٥٥/٣)؛ الدسوقي:حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،(٥٤٠/٣)؛ القرافي:الذخيرة،(١٠٤/٦).

[٣] النووي: الروضة،(٢٣٤/٤).

[٤] المرداوي:الإنصاف،(٤/٦)؛ البهوتي:كشاف القناع عن متن الإقناع،(٢٣٠/٣).

[٥] أحمد الصاوي:بلغة السالك على الشرح الصغير،(٤٥٥/٣)؛ الدسوقي:حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،(٥٤٠/٣).

[٦] النووي: الروضة،(٢٣٤/٤).

[٧] المرداوي:الأنصاف،(٤/٦)؛ البهوتي:كشاف القناع عن متن الإقناع،(٢٣٠/٣).

[٨] النووي:الروضة،(٢٣٤/٤).

[٩]) المرجع السابق.

سبب الخلاف:

سبب الخلاف في المسألتين الأولى والثانية راجع إلى أن الاعتبار باللفظ أو المعنى، فمن قال العبرة في العقود للمعاني قال بانعقادها إجارة، ومن قال العبرة في العقود للألفاظ قال بانعقادها بيعاً في المسألة الأولى، وفي المسألة الثانية قال بانعقادها مساقاة [1] ؟

الرأي الراجح:

بعد عرضنا لأقوال الفقهاء في المسألة، يظهر لي أن المذهب الأول القائل بجواز انعقادها هو الراجح ؛ وعليه تنعقد إجارة صحيحة، وإن اختلف اللفظ؛ وذلك للأسباب التالية:-

١- تحقق أركان الإجارة فيه من ذكر المدة والأجرة، بخلاف المساقاة التي ليس فيها دراهم، وليس لها مدة معينة، بل أجرتها جزء من الثمرة ، ومدتها بنضوج الثمر.

٢- العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني، فيحمل كلام المكلف على الإجارة، تصحيحاً لكلامه وصوناً له من الإلغاء؛ لأن إعمال الكلام وحمله على ما يصح أولى من إهماله.

---

[1] النووي: الروضة،(٤/٢٣٤)؛السيوطي:الأشباه،(١/٢٦٥).

الفرع الخامس
أثر القاعدة في عقود المضاربة

المسألة الأولى:

المضاربة على أن الربح كله للمضارب

صورة المسألة: أن يقول المالك للعامل: قارضتك على أن يكون جميع الربح لك، فهل ينعقد قراضاً أو قرضاً؟

تحرير محل النزاع:

١- اتفق الفقهاء على أن يكون الربح مشتركاً بين المتعاقدين، بحيث يأخذ رب المال حصته بماله، والمضارب يأخذها بعمله[١].

٢- اختلف الفقهاء في صحة انعقاد المضاربة على أن يكون الربح كله للمضارب على مذهبين:

المذهب الأول: قالوا بانعقاده قرضاً، وهو مذهب الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والأصح عند الشافعية[٤]، والحنابلة[٥].

المذهب الثاني: قالوا بانعقاده قراضاً صحيحاً، وهو القول الثاني عند الشافعية[٦].

استدل القائلين بانعقادها قرضاً بما يلي:-

١- أنه أتى بمعنى القرض والعبرة في العقود لمعانيها[٧] .

---

[١] الكاساني:البدائع،(٨٣/٦)؛ ابن رشد:بداية المجتهد،(٢٣٦/٢)؛ النووي:الروضة،(٢٠٣/٤)؛ المرداوي:الإنصاف،(٤١٢/٥).

[٢] الكاساني:البدائع،(٨٦/٦).

[٣] ما لم يشترط العامل على رب المال عدم ضمانه، أو يكون العقد بلفظ القراض، فيكون الضمان في هاتين الصورتين على رب المال، فإن اجتمع أن يكون العقد بلفظ القراض واشترط رب المال على العامل الضمان، فسد العقد، كأن يقول رب المال للعامل : خذ هذا المال واعمل به قراضاً، ولك جميع ربحه، على أن تكون ضامناً لرأس المال إن هلك أو خسرته فسد ذلك القراض، وحينئذ هل يكون الربح للعامل كما شرطاه أو يرد إلى قراض مثله. انظر الدسوقي:حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،(٥٢٣/٣)؛ ابن رشد: بداية المجتهد،(٢٣٨/٢).

[٤] النووي:الروضة،(٢٠٣/٤)؛ الرملي:نهاية المحتاج،(٢٢٦/٥).

[٥] ابن قدامة:المغني،(١٤٢/٧).

[٦] النووي:الروضة،(٢٠٣/٤)؛ الرملي:نهاية المحتاج،(٢٢٦/٥).

[٧] الكاساني:البدائع،(٨٦/٦).

٢- انتقل من الأمانة إلى الذمة لذلك يصبح قرضاً[١].

٣- تخلف شرط القراض؛ لأن من شروطه أن يكون الربح مشترك بين العاملِ ورب المال، فإذا كان الربح كله للعامل فسد القراض؛ لمخالفته مقتضى العقد، فيكون له أجرة المثل سواء أكان عالمًا بالفساد أم كان غير عالم؛ لأنه طامع فيما أوجب له الشرع من الأجرة[٢].

سبب الخلاف:

هو إعمال الألفاظ والمباني، أو ترجيح المقاصد والمعاني والقرائن، فمن قال العبرة بالألفاظ قال ينعقد قراضاً، ومن قال العبرة بالمعاني جعله قرضاً[٣].

الرأي الراجح:

بعد عرضنا لأقوال الفقهاء في المسألة وعرض أدلتهم يظهر لي أن مذهب الجمهور القائل بانعقاده قرضاً هو الراجح للأسباب التالية:

١- قوة أدلة الجمهور التي استدلوا بها.

٢-هذا العقد اشتمل على شرط مخالف لمقتضى عقد المضاربة ؛ والأصل في المضاربة أن يكون الربح مشتركاً بين المالك والعامل.

٣- لأنه لا يمكن تصحيحه مضاربة فيصحح قرضاً بناءاً على معناه، وإعمالاً لأقوال العاقدين وحملها على أقرب ما تنطبق عليه ألفاظهما، لأن إعمال الكلام أولى من إهماله.

المسألة الثانية:

المضاربة دون ذكر نسبة الربح:

صورة المسألة: أن يقول رب المال للعامل: قارضتك على أن لك في الربح شركاً، أو شركة، أو نصيباً.

تحرير محل النزاع:

١- اتفق الفقهاء على أنه يشترط لصحة المضاربة أن يكون نصيب كل من العاقدين من الربح

---

[١] الدسوقي:حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،(٣/٥٢٣).

[٢] الرملي:نهاية المحتاج،(٥/٢٢٦).

[٣] السيوطي:الأشباه،(١/٢٦٥).

معلوماً؛ لأن المعقود عليه هو الربح، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد[١].

٢- اختلف الفقهاء في صحة المضاربة دون ذكر نسبة الربح على مذهبين:

المذهب الأول: قالوا بفساد العقد، وهو مذهب الحنفية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، والظاهرية[٥].

المذهب الثاني: قالوا بجواز القراض مع جهالة نسبة كل من العاقدين في الربح وهو مذهب المالكية[٦].

أدلة أصحاب المذهب الأول:-

استدل القائلين بفساد هذا العقد بما يلي:-

أن المعقود عليه في عقد المضاربة هو الربح، وهو مجهول، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد[٧]؛ لأن المضاربة لا تصح إلا على قدر معلوم[٨] .

أدلة أصحاب المذهب الثاني:-

أن الشركة لما احتملت النصف وغيره، كانت بمنزلة أن لم يذكرا شيئاً بينهما، وعمل العامل من غير شروط، فله قراض مثله[٩].

الرأي الراجح:

بعد عرضنا لمذاهب العلماء وبيان أدلتهم التي استدلوا بها في هذه المسألة أرى أن قول المالكية القائل بجواز انعقاده هو الراجح ؛ لأنه يمكن إعمال قولهم بإحالته إلى قراض المثل، ويكون الربح بينهما مناصفة، وبهذا لم يبق نصيب كل منهما في الربح مجهولاً، ولأن تصحيح العقود وحملها على ما يصح وترتيب حكم مفيد عليها ما أمكن ذلك، أولى من الحكم بفسادها وإهمالها.

---

[١] الكاساني:البدائع،(٨٦/٦)؛القرافي:الذخيرة،(٣٨/٦)؛ ابن رشد:بداية المجتهد،(٢٣٦/٢)؛ النووي:الروضة،(٢٠٣/٤)؛ المرداوي:الإنصاف،(٤١٢/٥).

[٢] الكاساني:البدائع،(٨٦/٦).

[٣] النووي:الروضة،(٢٠٣/٤).

[٤] ابن قدامة:المغني،(١٤٢/٧)؛المرداوي:الإنصاف،(٤١٢/٥).

[٥] ابن حزم:المحلى،(٢٤٧/٨-٢٤٨).

[٦] الدسوقي:حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،(٥١٩/٣)؛أحمد الصاوي:بلغة السالك لأقرب المسالك،(٤٣٧/٣)؛ ابن مالك: المدونة،(٩١/١٢-٩٢)؛ القرافي:الذخيرة،(٣٨/٦).

[٧] الكاساني:البدائع،(٨٦/٦).

[٨] ابن قدامة:المغني،(١٤٢/٧).

[٩] ابن مالك: المدونة،(٩١/١٢-٩٢).

الفرع السادس
أثر القاعدة في عقود الإقرار

المسألة الأولى:

الإقرار بشيء ثم وصله بما يسقطه

صورة المسألة: كأن أقر بألف ثم قال: من ثمن خمر، أو خنزير، أو ثمن مبيع هلك قبل أن أقبضه...

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:

المذهب الأول: قالوا بإلزامه الألف ولا يقبل تفسيره بعد ذلك بأنه من ثمن خمر أو خنزير، وهو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[١]، والمالكية[٢]، وقول عند الشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

المذهب الثاني: قالوا بقبول تفسيره، فلا يلزمه الألف، وهو مذهب أبو يوسف، ومحمد صاحبا أبي حنيفة[٥] –رحمهما الله– والقول الآخر عند الشافعية[٦].

أدلة أصحاب المذهب الأول:–

أنه لما قال: له علي ألف فقد أقر بعمارة ذمته بهذا الألف، وقوله من ثمن خمر، أو خنزير إبطال لما أقر به، ورجوع عن الإقرار؛ لأن ذمة المسلم لا تحتمل ثمن الخمر والخنزير فكان رجوعاً[٧].

أدلة أصحاب المذهب الثاني:–

أن المقر به مما لا يحتمل الوجوب في ذمة المسلم؛ لأنه ثمن خمر أو خنزير وذمة المسلم لا تحتمله

---

[١] عبد الغني الغنيمي:اللباب شرح الكتاب،(٨٢/٢)؛ الكاساني: البدائع،(٢١٦/٧).

[٢] المالكية يلزمون المقر له باليمين ، انظر:الدردير: الشرح الكبير على هامش حاشية الدسوقي،(٤٠٣/٣)؛الحطاب الرعيني: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل،(٢٣٠/٧)؛أحمد الصاوي:بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير،(٣٣٨/٣).

[٣] النووي:المجموع شرح المهذب،(٣١١/٢٣)؛ الغزالي: الوسيط،(٣٤٨/٣).

[٤] ابن قدامة:المغني،(٢٧٨/٧)؛ ابن قدامة المقدسي:الكافي،(٢٧٥/٦).

[٥] عبد الغني الغنيمي:اللباب شرح الكتاب،(٨٢/٢)؛ الكاساني: البدائع،(٧/ ٢١٦).

[٦] النووي:المجموع شرح المهذب،(٣١١/٢٣)؛ الغزالي: الوسيط،(٣٤٨/٣).

[٧] الكاساني: البدائع،(٢١٦/٧) ؛أحمد الصاوي:بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير،(٣٣٨/٣)؛ هرموش:القاعدة الكلية،(ص ٦٦).

فلا يصح إقراره أصلاً[1].

الرأي الراجح:

من خلال عرضنا لمذاهب الفقهاء وأدلتهم التي استدلوا بها في المسألة، يظهر لي أن مذهب الجمهور القائل بإلزامه الألف هو الراجح، وذلك للأسباب التالية:

١- قوله من ثمن خمر أو خنزير رجوعاً عما أقر به، وهروباً من حقوق العباد التي لا يصح الرجوع فيها؛ لأن مبناها على المشاحة بخلاف حقوق الله تعالى التي يصح الرجوع فيها لأن مبناها على المسامحة، كما لو أقر بالزنا مثلاً ثم رجع فإنه يصح رجوعه.

٢-استناداً لقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله، لأن كلام المكلف يجب أن يصان عن الإهمال والإلغاء.

المسألة الثانية:

تكرار الإقرار

صورة المسألة: لو أقر محمد بأنه مدين لزيد بألف دينار دون أن يذكر سبب الدين وأعطاه سنداً بذلك ثم أقر لزيد نفسه مرة ثانية بألف دينار وأعطاه أيضاً سنداً بذلك ولم يتبين سبب الدين، فهل يحمل إقراره الثاني على التأسيس فيلزمه الألفي دينار، أو على التأكيد فيلزمه ألف فقط؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:

المذهب الأول: قالوا بحمل كلامه على التأسيس، فيكون مقراً بألفي دينار، وهو مذهب الحنفية[2]، والمالكية[3] .

المذهب الثاني: قالوا بحمل كلامه على التأكيد فيلزمه ألف دينار فقط ، وهو مذهب الشافعية[4]، والحنابلة[5].

---

[1] الكاساني: البدائع،(٢١٦/٧)؛ هرموش:القاعدة الكلية،(ص ٦٦).

[2] الكاساني:البدائع،(٢٢٢/٧)؛العلامة الهمام: الفتاوى الهندية،(١٨٢/٤-١٨٣).

[3] أحمد الصاوي:بلغة السالك لأقرب المسالك،(٣٤١/٣-٣٤٢)؛الدردير:الشرح الصغير ،نفس الجزء والصفحة.

[4] النووي: الروضة،(٤٠/٤-٤١).

[5] الحنابلة لم يعثر لهم على قول في مثل هذه المسألة،ولكن الظاهر من أصولهم في الإقرار أن الإقرار باللفظ لا يتكرر،فلو قال له علي درهم ثم سكت ساعة ثم قال له علي درهم لم يلزمه غير الأول. انظر ابن اللحام:القواعد الأصولية،(ص ١٧٦-١٧٧).

أدلة أصحاب المذهب الأول:-

أن الألف المذكور في الإقرار الثاني غير الألف الأول المذكور في الإقرار الأول؛ لأنه ذكر كل واحد من الألفين منكراً، والأصل أن النكرة إذا كررت يراد بالثاني غير الأول، لقوله تعالى: فَإِنَّ مَعَ ٱلۡعُسۡرِ يُسۡرًا ۝٥ إِنَّ مَعَ ٱلۡعُسۡرِ يُسۡرًا [1]حتى قال ابن عباس- رضي الله عنه- لن يغلب عسر يسرين[2].

أدلة أصحاب المذهب الثاني:-

الإقرار إخبار وتعدد الخبر لا يقتضي تعدد المخبر عنه، فينزل على واحد، إلا إذا عرض ما يمنع ذلك فيحكم بالمغايرة[3].

سبب الخلاف

من خلال ما سبق يظهر لي أن سبب الخلاف في المسألة هو اختلاف الفقهاء في هل يحمل تكرار الكلام على التأسيس أو التأكيد؟

من قال بحمل على التأكيد قال بإلزامه ألف دينار فقط، ومن قال بحمل كلامه على التأسيس، ألزمه الألفي دينار.

الرأي الراجح:

بعد عرضنا لمذاهب الفقهاء وأدلتهم يظهر لي أن المذهب الأول القائل بحمل كلامه على التأسيس ما لم تكن هناك قرائن تدل على التأكيد، فيلزمه ألفي دينار وذلك للأسباب التالية:

١- قوة استدلالهم.

٢- عملاً بقاعدة التأسيس أولى من التأكيد، فالكلام هنا دار بين التأسيس والتأكيد وحمله على التأسيس أولى، لأن المكلف لا يأتي بالكلام الذي لا فائدة فيه، خوفاً من المؤاخذة فيحمل كلامه على قصد مفيد، فلو لم نعتبر إقراره الثاني، فإنا قد أهملنا كلامه، وإعمال الكلام أولى من إهماله.

---

[1] سورة الشرح: آية رقم(٥-٦).

[2] الكاساني:البدائع،(٢٢٢/٧).

[3] النووي:الروضة،(٣٩/٤).

المطلب الثاني

المعاوضات المالية المعاصرة

ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: الحسابات الجارية

الفرع الثاني: التعاقد بالوسائل المستحدثة

الفرع الأول

الحسابات الجارية

حقيقة الحساب الجاري:

الناظر في كتب الباحثين المعاصرين الذين كتبوا في هذه المسائل، سواء أكانت من الناحية الشرعية أم القانونية، أم الاقتصادية البحتة، يلحظ اختلاف المسميات التي أطلقوها على الحساب الجاري مع اتحاد المضمون، من هذه التسميات:

١- الحساب الجاري.

٢- الحساب تحت الطلب.

٣- الوديعة الجارية.

٤- الوديعة المتحركة.

٥- الودائع تحت الطلب.

٦- ودائع الحساب الجاري.

تعريف الحساب الجاري:

الحساب لغة: مأخوذ من الفعل حسب، والحاء والسين والياء أصول أربعة، أحدها: العدّ، وثانيها: الكفاية، والحسابُ والحِسابة: عدك الشيء، وحسب الشيء يحسبه بالضم حسباً وحساباً وحسابة: أي عدّه[١].

ونقل ابن منظور عن الأزهري قوله: وإنما سمي الحساب في المعاملات حساباً؛ لأنه يُعلم به ما فيه كفاية ليس فيه زيادة على المقدار ولا نقصان[٢].

الجاري لغة: الجيم والراء والياء أصل واحد، وهو انسياق الشيء، يقال: جرى الماء يجري جرية وجرياً وجرياناً[٣].

الحساب الجاري اصطلاحاً: هي المبالغ التي يودعها أصحابها في البنوك بقصد أن تكون حاضرة التداول، والسحب عليها لحظة الحاجة بحيث ترد بمجرد الطلب، ودون توقف على أي إخطار سابق من أي نوع [٤].

---

[١] الفيومي:المصباح المنير،(١٨٤/١).

[٢] ابن منظور:لسان العرب،(٨٦٦/١٠)،مادة حسب.

[٣] ابن فارس:معجم مقاييس اللغة،(ص ١٩٥).

[٤] عبدالعزيز خياط:الودائع المصرفية،(ص ٥٠).

وسمي جارياً لأن طبيعته تجعله في حركة مستمرة من زيادة بالإيداع، أو نقصان بسبب ما يطرأ عليه من قيود بالسحب والإيداع فتغير من حالته[١].

التكييف الفقهي للحسابات الجارية:

اختلفت آراء الفقهاء والباحثين المعاصرين في التكييف الفقهي للحسابات الجارية على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إنها قرض؛ فالمودع هو المقرض، والمصرف هو المقترض، وهذا قول أكثر الفقهاء والباحثين المعاصرين[٢].

القول الثاني: إنها وديعة بالمعنى الفقهي، وقال به بعض الباحثين المعاصرين[٣]، وبه أخذ بنك دبي الإسلامي[٤].

القول الثالث: إنها تدخل تحت عقد الإجارة .

أي أن الإجارة واقعة على النقود، وأن ما يدفعه المصرف لصاحب النقود هو أجر لاستعمال هذه النقود، وهذا القول نقله بعض الباحثين ولم ينسبه لأحد، وانتقد بأنه قول من أراد أن يستحل فوائد الربا من البنوك[٥].

أدلة أصحاب القول الأول:-

استدل القائلين بأن الودائع المصرفية تعتبر قرض بما يلي:

١- إن المال في الحساب الجاري عبارة عن نقود يضعها صاحب الحساب وهو يعلم أن المصرف يتصرف فيها، ويخلطها بالأموال التي لديه بمجرد استلامها وإدخال بياناتها بالحاسب، ثم يستثمرها، وقد دفعها إليه راضياً بذلك فكان إذناً بالتصرف؛ فهذه الأموال في حقيقتها قرض وليست وديعة[٦].

٢- أن المصرف يملك المال في الحساب الجاري، ويتصرف فيه فيكون قرضاً، وليس إيداعاً، إذ في عقد الإيداع لا يملك الوديع الوديعة، وليس له أن يتصرف فيها، والعبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني، وتسميتها وديعة إنما هو على سبيل المجاز لا الحقيقة لعدم توفر حقيقة الوديعة فيها[٧].

---

[١] عمر عبدالله كامل:القواعد الفقهية الكبرى،(٣٩٢/٣).

[٢]الفقي: الأداء الاقتصادي للمصارف الإسلامية،(ص ١٣٨)؛حسن الأمين:الودائع المصرفية،(ص ٢٣٢)؛علي السالوس: ودائع البنوك بين عقود القرض والوديعة والإجارة،(ص ٣٠)؛ رفيق المصري: بحوث في المعاملات المصرفية،(ص٢٠٣)؛محمد عثمان شبير: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي،(ص ٢٢٢).

[٣] أي بالمعنى الشرعي وهي كل مال تثبت عليه اليد الحافظة، انظر الغزالي:الوسيط،(٤٩٧/٤)؛الفقي:الأداء الاقتصادي للمصارف الإسلامية،(ص ١٣٩)؛ حسن عبدالله الأمين: الودائع المصرفية النقدية،(ص ٢٣٣)؛عبد العزيز الخياط:الودائع المصرفية،(٥١) ؛محمد عبدالله:التكييف الشرعي لحسابات المصارف،(ص ٣٧).

[٤] رفيق المصري: بحوث في المعاملات المصرفية،(ص١٩٠).

[٥]علي السالوس: ودائع البنوك بين عقود القرض،والوديعة،والإجارة،(ص٣٠).

[٦] رفيق المصري: بحوث في المعاملات المصرفية،(ص٢٠١).

[٧]علي السالوس: ودائع البنوك بين عقود القرض،والوديعة،والإجارة،(ص٣٠-٣١).

٣- أن المصرف يعد ضامناً لأموال الحساب الجاري برد مثلها، ولو كانت هذه الأموال وديعة بالمعنى الحقيقي لما ضمنها المصرف، والمديونية والضمان ينافيان الأمانة، بل لو شرط رب الوديعة على الوديع ضمان الوديعة لم يصح الشرط ؛ لأنه شرط ينافي مقتضى العقد، وكذلك لو قال الوديع: أنا ضامن للوديعة لم يضمن ما تلف بغير تعد أو تفريط؛ لأن ضمان الأمانات غير صحيح، وهذا على خلاف المعمول به في المصارف قول على أن مال الحساب الجاري قرض وليس وديعة[١].

٤- من المعلوم أن المصرف لا يأخذ أموال الحسابات الجارية كأمانة يحتفظ بعينها لترد إلى أصحابها، وإنما يستهلكها ويستثمرها في أعماله، ومن عرف أعمال البنوك علم أنها تستهلك نسبة كبيرة من هذه الحسابات، وتلتزم برد مثلها، وهذا واضح في أموال الحسابات الجارية التي تدفع بعض المصارف عليها فوائد ربوية، فما كان المصرف ليدفع هذه الفوائد مقابل الاحتفاظ بالأمانات وردها إلى أصحابها فقط[٢].

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل القائلين بأن الودائع المصرفية تعتبر وديعة بما يلي:

١- أن أموال الحساب الجاري عبارة عن مبالغ توضع لدى المصرف ويسحب منها في الوقت الذي يختاره المودع، وذلك كل ما يطلب في الوديعة الحقيقية، ولا توجد أي شائبة في ذلك [٣].

٢- أن المصرف لا يتسلم هذه الوديعة على أنها قرض، بدليل أنه يتقاضى أجرة (عمولة) على حفظ الوديعة تحت الطلب، بعكس الوديعة لأجل التي يدفع هو عليها فائدة[٤].

٣- أن المصرف يتعامل بحذر شديد عند استعمال أموال الحسابات الجارية والتصرف فيها، ثم يبادر بردها فوراً عند طلبها مما يدل على أنها وديعة[٥].

نوقش بأن هذا التصرف من المصرف لا يغير من حقيقة العقد، والواقع أن المصرف يتصرف في مال الحساب الجاري بخلاف ما ذُكر حيث يقوم بخلطها بماله ومال العملاء الآخرين بمجرد استلامها، ثم يتصرف فيها كما لو كانت ملكه.

وأما كونه يبادر بردها عند طلبها فهذا لا ينفي كونها قرضاً؛ لأن المقرض له طلب بدل القرض في

---

[١] علي السالوس: حكم ودائع البنوك،(ص ٥٢)؛ محمد أحمد سراج: النظام المصرفي الإسلامي،(ص ٨٨)؛ عمر المترك : الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية،(ص ٣٤٧).

[٢] علي السالوس: حكم ودائع البنوك بين عقود القرض والوديعة والإجارة،(ص ٣٠)؛ رفيق المصري: بحوث في المعاملات المصرفية،(ص٢٠١).

[٣] حسن عبدالله الأمين: الودائع المصرفية النقدية،(ص ٢٣٣) ؛محمد عبدالله:التكييف الشرعي لحسابات المصارف،(ص ٣٧).

[٤] حسن عبدالله الأمين: الودائع المصرفية النقدية،(ص ٢٣٣).

[٥] المرجع السابق ،(ص ٢٣٤).

الحال مطلقاً[1]؛ لأن القرض يثبت في الذمة حالاً فكان له طلبه كسائر الديون الحالة، ولأنه سبب يوجب رد المثل أو القيمة فكان حالاً [2].

وكذلك فإن المبادرة بردها عند طلبها فيه حفاظ على سمعة المصرف وتحفيز للتعامل معه، وفي هذا التعامل فوائد ترجع إلى المصرف، كما هو معلوم.

٤- أن المودع عندما يدفع المال في الحساب الجاري للمصرف لا يقصد أبداً أن يقرض المصرف، ولا أن يشاركه في الأرباح العائدة للمصرف من استغلال لمال المودع ومال غيره، وإنما مقصوده – أي المودع – حفظ ماله ثم طلبه عند الحاجة إليه وهذا مقتضى عقد الوديعة؛ فلا يسمى فعله إقراضاً[3].

نوقش بأن كون المودع لا يقصد إقراض المصرف لا يؤثر في حقيقة العقد؛ لأن عامة المتعاملين مع المصارف لا يدركون الفرق بين معنى القرض ومعنى الوديعة، ولا يستحضرون الفروق بينهما، فهم لا تهمهم المصطلحات بقدر ما تهمهم النتائج والغايات، والحاصل أن المتعاملين مع المصارف بوضع أموالهم في الحسابات الجارية يريدون حفظ أموالهم مع ضمانها من المصرف، وهذا في حقيقته قرض لا وديعة، ومن المعلوم كذلك أن المصرف لا يقبل حفظ هذه الأموال إلا لأجل التصرف فيها، وهذا هو معنى القرض، والقاعدة أن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني[4].

الرأي الراجح:

بعد عرضنا لأقوال الفقهاء والعلماء المعاصرين وعرض أدلتهم التي استدلوا بها يظهر لي أن القول الأول القائل بأن الأموال التي يضعها أصحابها في حساب جارٍ لدى المصرف تعتبر قرضاً وليست وديعة هو الراجح، وذلك للأسباب الآتية:

١- أن تعريف القرض وأحكامه متمشية مع هذه المسألة؛ فقد عرف القرض بأنه "عبارة عن دفع مال إلى الغير؛ لينتفع به ويرد بدله"[5] ومال الحساب الجاري يدفعه صاحبه إلى المصرف، لينتفع به ويرد بدله.

٢- أن صاحب الحساب الجاري يعلم أن المصرف الذي يتلقى ماله لن يحتفظ له بهذا المال ساكناً مستقراً في صناديقه ليعيده بعينه عند الطلب، بل إنه سوف يختلط بغيره من الأموال وبأموال المصرف، كما أن المصرف سوف يستعمل هذه الأموال في أعماله واستثماراته، وهذا يعني أن

---

[1] البهوتي: كشاف القناع (٣٨/٣).

[2] البهوتي:كشاف القناع،(٣٨/٣-٣٩).

[3] حسن عبدالله الأمين: الودائع المصرفية النقدية،(ص ٢٣٣-٢٣٤).

[4] المرجع السابق

[5] المرداوي: الإنصاف ،(١٢٣/٥).

المصرف لن يعيد عين المال، بل يعيد مثله عند الطلب، وهذه الأموال في حقيقتها قروض لا ودائع[١].

٣- أن صاحب المال إذا وضعه في حساب جارٍ لا يقصد مجرد الحفظ فقط ، بل يريد الحفظ والضمان معاً، بدليل أنه لا يقوم على الإيداع ما لم يكن المال مضموناً، وكذلك المصرف لا يقبل هذه الأموال لحفظها فقط، بل للانتفاع بها مع ضمانها، وهذه حقيقة القرض.

٤- في القرض يضمن المقترض، وفي الوديعة يضمن المودع – ما لم يكن المودع مفرطاً – وكل منهما ضامن لأنه مالك، وعلى هذا فالوديعة في العرف المصرفي القائم قرض في الشرع الإسلامي[٢].

٥- أن القاعدة الفقهية المشهورة نصت على أن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، وتسمية هذا العقد بين صاحب المال والمصرف وديعة لا يغير من حقيقة العقد على أنه قرض، وإنما سمي وديعة أو إيداعاً[٣]؛ لأن هذه الكلمة استعملت بمعناها اللغوي؛ فإنها فعيلة من "ودع يدع: بمعنى أنها متروكة عند المودع، وهو المصرف هنا بغض النظر عن كونها أمانة أو مضمونة.

٦- في حمل هذا العقد على معناه ومقصده الحقيقي إعمال لكلام المتعاقدين، لأنه لو اعتبرناه وديعة نكون قد أبطلنا هذا العقد لاشتماله على شروط مخالفة لمقتضى عقد الوديعة، بالإضافة إلى ذلك أن أحكام الحسابات الجارية مختلفة تماماً عن أحكام الوديعة بمفهومها الشرعي التي وضعت له.

---

[١] رفيق المصري: بحوث في المعاملات المصرفية،(ص٢٠١-٢٠٢).

[٢] المرجع السابق(ص٢٠٣).

[٣] رفيق المصري: بحوث في المعاملات المصرفية،(ص٢٠٤)؛ عمر المترك : الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية،(ص ٣٤٨).

الفرع الثاني

التعاقد بالوسائل المستحدثة

لقد تطورت وسائل التعاقد بعد ظهور وسائل الاتصال الحديثة المتطورة، كالهاتف، والفاكس، والتلكس، واللاسلكي، والبرق، والإذاعة، والإنترنت المكتوب، والمسموع، والمشاهد مع الكتابة، والتلفاز بعد ما كانت قاصرة قديماً على التعاقد الشخصي المباشر بين الحاضرين، أو التعاقد بالرسول أو بالكتابة بين الغائبين، وتنقسم هذه الوسائل إلى قسمين:

القسم الأول: التعاقد عبر وسائل نقل اللفظ

تقوم هذا الوسائل بنقل الأصوات بألفاظها بوسائط سلكية أو لا سلكية، من أمثلة هذه الوسائل التي يتم التعاقد بواسطتها اليوم ما يلي:

١-الهاتف:

هو جهاز كهربائي ينقل الأصوات من مكان إلى آخر[١].

صورة التعاقد عبر الهاتف:

يقوم أحد المتعاقدين بعمل اتصال بالمتعاقد الآخر، وبمجرد فتح الخط وسماعه للطرف الآخر، والتعرف عليه، يستعرضان تفاصيل الصفقة بعد رؤيتها، أو وضعها، يقول له: بعني كذا، فيرد الطرف الثاني عليه بالقبول[٢].

٢-المذياع أو الراديو:

وهو جهاز لنقل الكلام وغيره عن طريق الجهاز اللاسلكي[٣].

صورة التعاقد عبر المذياع:

يقوم المذياع ببث مواد إعلامية إخبارية ويلتقطها الناس في أجهزتم الصغيرة التي تسمى المذياع أو الراديو أو المحطات الإذاعية عندما تتوارد محطات الاستماع على ترددات هذه المحطات الطويلة والمتوسطة والقصيرة، ولكن هذه المحطات ترسل فقط أما استقبالها فيكون عن طريق أجهزة الهواتف وغيرها[٤].

---

[١] قلعجي:معجم مصطلحات الفقهاء،(ص ٤٦٢)؛ أنيس:المعجم الوسيط،مادة تَلِفَ،(ص ٨٧).

[٢] محمد عوضين:أسس التعاقد،(ص ١٨٨).

[٣] محمد معوض:المدخل إلى فنون العمل التلفزيوني،(ص١١).

[٤] محمد عوضين:أسس التعاقد،(ص ١٨٨).

٣-التلفاز:

هو جهاز لنقل الصور والأصوات بواسطة الأمواج الكهربائية[١].

صورة التعاقد عبر التلفاز:

يقوم التلفاز بعرض بعض المنتوجات على الشاشة مع الدعاية التجارية لها، وبيان مزاياها واستخداماتها، وتحديد أوصاف المنتج،أو السلعة وثمنها ثم يتم القبول عن طريق الاتصال هاتفياً[٢].

فالتعاقد عبر التلفاز يتميز بنقل الصوت والصورة معاً، مما يجعله أكثر أمناً وأقل تزويراً أو تكاد نسبة التزوير معدومة بالنسبة للوسائل السابقة.

حكم التعاقد عبر وسائل نقل اللفظ:

رغم حداثة هذه الوسائل، إلا أن جاء الفقه الإسلامي بأحكام واضحة يمكن أن نسترشد من خلالها على الحكم الشرعي في إبرام العقود عبر هذه الوسائل، التي لا يجتمع المتعاقدان فيها في مكان واحد.

وعليه من خلال النظر في التعاقدات الشرعية، إذ يتم فيه نقل ألفاظ الموجِب للمُوجَب له، ويمكن أن نستدل ببعض نصوص الفقهاء واعتبارها أساساً لصحة التعاقد عبر وسائل نقل اللفظ كالهاتف وغيره، من هذه النصوص ما يلي:

١- يقول الإمام النووي: «لو تناديا وهما متباعدان وتبايعًا صح البيع بلا خلاف[٣].

٢-يقول الشاطبي: " اللفظ إنما هو وسيلة إلى تحصيل المعنى المراد، والمعنى المقصود"[٤].

فعدم رؤية أحدهما للآخر ليس له علاقة بصحة العقود أو عدمها؛ لأن المطلوب في باب العقود سماع الإيجاب والقبول والتقاؤهما، أو إدراكهما بأي وسيلة كانت.

ولأن الأساس في العقود هو صدور ما يدل على الرضا بصورة واضحة مفهومة كما تدل على ذلك نصوص الفقهاء وذلك متحقق في المهاتفة؛ حيث إن التعبير يتم من خلال اللفظ الذي هو محل الاتفاق بين الفقهاء، وما الهاتف إلا وسيلة لتوصيل الصوت فحسب، وليس وسيلة جديدة، فالقاعدة الأساسية في العقود تحقيق الرضا للطرفين والتعبير عنه، وإظهاره بأي وسيلة مفهومة.

---

[١] أنيس: المعجم الوسيط،مادة تلف،(ص ٨٧).

[٢] الرملاوي:التعاقد بالوسائل المستحدثة،(ص٩٣).

[٣] الشيرازي: شرح المهذب على المجموع،(٩/٢١٤).

[٤] الشاطبي:الموافقات،(٢/١٣٨).

من خلال ما سبق يتبين لنا أن التعاقد عبر هذه الوسائل يعد تعاقداً بين حاضرين لأن الزمن هنا متحد بين العاقدين، فكل من العاقدين يسمع الآخر في ذات اللحظة التي يسمعها الآخر.

كما أن صوت كل من الطرفين يعد كأنهما مجتمعان بدنياً في مكان واحد، طالما الاتصال قائماً، فاجتماع الطرفين متحقق من خلال الاتصال المباشر والتام بينهما، حيث يعلم الموجب بالقبول منذ صدوره، فمجلس العقد الجامع بينهما ويعد قائماً طالما الطرفين منشغلين بالعقد[١].

من خلال ما سبق يظهر لي أن التعاقد عبر أجهزة نقل اللفظ كالهاتف مثلاً، يُعد تعاقداً صحيحاً لا غبار عليه، إذا تم الإيجاب والقبول وبقية الشروط الأخرى، وذلك عملاً بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله، فإذا تم التعاقد عبر هذه الأجهزة وفق الضوابط، فإنه يجب إعمال هذه العقود وحملها على ما يصح ما أمكن ذلك، صيانة لكلام العاقد من الإهمال والإلغاء.

ضوابط التعاقد عبر وسائل نقل اللفظ:

١- لا شك أن العقود تتم بلا خلاف عن طريق التلفون، أو الراديو أو التلفزيون أو اللاسلكي، ولكن التعاقد بها مع ذلك يبقى معه احتمال التزوير وتقليد الصوت، والدبلجة، ولذلك فالأصل هو انعقاد العقد، ولكن إذا ادعى أحدهما أن الصوت ليس له، فعليه إثبات ذلك من خلال الأدلة التي تقنع القضاء الذي هو الفيصل، لأنه المدعي " والبينة على المدعي، واليمين على من أنكر"[٢].

٢- إن العقود بالتلفون ونحوه إنها تصح فيما لا يشترط فيه القبض الفوري، أما إذا بيع ربوي بمثله فلا يصح العقد بالتلفون، إلا إذا تم القبض كأن يكون لكل واحد منهما وكيل بالتسليم عند الآخر، أو عن طريق بنك لدى كل واحد منهما فيه رصيد لكليهما، أو نحو ذلك مما يتعلق بموضوع القبض[٣] كما دل على اشتراط القبض الفوري الأحاديث الصحيحة الثابتة، وإجماع العلماء من حيث المبدأ، منها الحديث الصحيح المتفق عليه: " نهى رسول اللهﷺ عن بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، إلا سواءاً بسواء، عيناً بعين، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد"[٤].

---

[١] محمد عوضين:أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة،(ص ١٨٩-١٩٠)؛ محمد عقلة الإبراهيم:إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة،(ص١٨٨-١٨٩)؛الرملاوي:التعاقد بالوسائل المستحدثة،(ص ١٨٦).

[٢]صحيح مسلم،كتاب الأقضية،باب اليمين على المدعى عليه(ح٤٣٦١)،(ص١٣٠).

[٣] ربحي الجديلي:حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة،(ص٢٥)،بحث منشور عالإنترنيت.

[٤] أخرجه مسلم في الصحيح -كتاب المساقاة- باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا، (١٥٨٧)، (ص٦١٥)،ط دار الكتب العلمية.

٣- عدم الهزل في كلام العاقد، بحيث لا يفهم منها أي معنى من المعاني التي يرفضها العقد، والتي تحصل كثيراً بين التجار دهاءاً منهم، فمثلاً يهاتفون تجاراً لا بقصد التعاقد بل من أجل معنى آخر، كمعرفة السعر، أو معرفة نفاق البضاعة[١].

القسم الثاني: التعاقد عبر وسائل نقل المكتوب

تشمل هذه الوسائل البرقية، التلكس، والفاكس،والبريد الإلكتروني حيث تطورت هذه الوسائل بشكل رهيب حيث أصبحت من مقدور الإنسان أن ينقل ما كتبه خلال ثوان، أو دقائق معدودة، إلى المكان الذي يريده، ما دام لديهما جهاز الفاكس، أو التلكس، حيث ينقل حرفياً، بل إن الفاكس ينقل صورة منه طبق الأصل فيوصله إلى الجهاز الأخر وإن تباعدت المسافات، فمن هذه الوسائل ما يلي:

١-البرق أو التلغراف :

هو جهاز نقل الرسائل من مكان إلى مكان آخر بعيد بواسطة إشارات خاصة[٢].

صورة التعاقد عبر البرق:

يعتمد البرق على النموذج الخاص المعد لهذا الغرض فيقوم المرسل بكتابة المطلوب عليه، ثم يقوم المكتب الرئيسي للبريد بإرساله إلى بلد المرسل إليه، ثم يكتب على ورقة خاصة لترسل عن طريق موظف البريد ليسلمها باليد[٣].

٢-التلكس:

هو جهاز مرتبط بوحدة تحكم دولي ينقل المعلومات المكتوبة إلى جهاز المرسل إليه[٤].

صورة التعاقد عبر التلكس:

يتم التعاقد عبر التلكس من خلال إرسال الإيجاب في رسالة من الموجب إلى الشخص الموجه إليه الإيجاب، ثم يقوم هذا الأخير بإرسال رسالة تتضمن القبول، وينعقد العقد في اللحظة التي يعلم فيها الموجب بهذا القبول، وذلك بقراءة الرسالة[٥].

---

[١] سليمان أبو مصطفي: التجارة الإلكترونية،(ص ٧٢).

[٢] أنيس:المعجم الوسيط،مادة برق،(ص٥١).

[٣] القره داغي:حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة،(٤٨٨)؛ الرملاوي:التعاقد بالوسائل المستحدثة،(٨٥-٨٦)؛ سليمان أبو مصطفى:التجارة الإلكترونية،(ص ٧٤).

[٤] المراجع السابقة.

[٥] التهامي:التعاقد عبر الإنترنيت،(ص ٤٣).

٣- الفاكس:

هو جهاز لتحويل نسخة من رسالة إلى إشارات كهربائية ترسل عبر خطوط هاتفية[١].

صورة التعاقد عبر الفاكس:

يتم الإرسال عن طريق (الفاكس) من خلال جهازين مرتبطين بالخطوط التليفونية، حيث يضع المرسل الورقة المكتوبة في الجهاز ويضرب الأرقام للجهاز الثاني، وبعد فتح الخط، فإن صورة من تلك الورقة تنطبع على الورقة الخاصة الموجودة في الجهاز الثاني لتظهر للمرسل إليه[٢].

٤-البريد الإلكتروني:

.يسمح هذا النظام بتبادل المراسلات من وثائق، ومطبوعات، أياً كان حجمها، وإرسال رسائل جمة إلى شتى بقاع الأرض، كما ويسمح بالتبادلات المرئية بين المرسل والمستقبل، عبر الاتصال الفيديوي[٣].

حكم التعاقد بوسائل نقل المكتوب:

التعاقد الذي يتم من خلال الوسائل الإلكترونية كتابة هو تعاقد عن طريقة الكتابة سواء بسواء؛ فعن طريق الوسائل الإلكترونية يتم القيام ببرمجة خاصة تمكن الإنسان من مخاطبة الجهاز الآخر أوتوماتيكيًّا أو علميًّا وبالتالي كتابة رسالة تعاقدية فيه، وتخزينها مع توجيهه بإرسال نسخة منها إلى الجهاز الثاني المرتبط به.

وعليه يمكننا القول: إنه لا يوجد أي فارق في التعاقد من خلال الوسائل الإلكترونية والكتابة العادية؛ فهو أشبه ما يكون بخطاب صادر من شخص كلف شخصًا آخر بكتابته وإرساله إلى من وجه إليه[٤].

وبما أن التعاقد من خلال الوسائل الإلكترونية هو تعاقد عن طريق الكتابة فإنه يجدر بنا أن نبحث الحكم الشرعي في التعاقد عن طريق الكتابة، لمعرفة أقوال الفقهاء القدماء في هذه المسألة.

حكم التعاقد بطريق الكتابة:

اختلف الفقهاء في حكم التعاقد بطريق الكتابة على ثلاثة مذاهب:

---

[١] شمام: حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة،(٢/٩٠٠).

[٢] القره داغي:حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة،(٤٨٨)؛الرملاوي:التعاقد بالوسائل المستحدثة،(ص ٨٧).

[٣] سليمان أبو مصطفى:التجارة الإلكترونية،(ص ٧٦).

[٤]الرملاوي:التعاقد بالوسائل المستحدثة،(ص ١٦٨).

المذهب الأول: قالوا أن الكتابة كالخطاب؛ فالتعاقد بها جائز سواء أكان العقد بين حاضرين أم بين غائبين، وسواء أكان المتعاقدان قادرين على النطق أم عاجزين عنه، باستثناء عقد النكاح لخصوصيته، واشتراط الإشهاد فيما عدا المالكية، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية[١]، والشافعية في الراجح[٢]، والحنابلة[٣].

المذهب الثاني: قالوا بعدم صحة التعاقد بطريق الكتابة إلا لمن كان عاجزًا عن النطق والكلام فقط، وهو مذهب بعض الفقهاء، و قول عند الشافعية[٤].

المذهب الثالث: ذهبوا إلى أن الكتابة تنزل منزلة الخطاب بالنسبة للغائبين فقط، وهو ما ذهب إليه فقهاء الحنفية [٥].

أدلة أصحاب المذهب الأول:-

استدل القائلين بصحة التعاقد بالكتابة، بالكتاب، والسنة، والمعقول:-

من الكتاب:

قوله تعالى:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ ﴾ [٦].

وجه الدلالة:

إن الآية قدمت الكتابة على الشهادة في آية الدين، وهذا يدل على اعتبار الكتابة من الوسائل المعتبرة في توثيق الدين [٧].

من السنة:

عن ابن عباس رضي الله عنه-قال:بعث رسول اللهﷺ إلى كسرى،مع عبدالله بن حذافة السهمي يدعوه للإسلام[٨].

---

[١] الدسوقي: حاشيته،(٣/٣)؛ احمد الصاوي:بلغة السالك لقرب المسالك،(٣/٢).

[٢] النووي:المجموع ،(١٩٠/٩).

[٣] البهوتي:كشاف القناع،(٤٦٠/٢).

[٤] النوي:المجموع،(١٩٠/٩).

[٥] الكاساني:البدائع،(١٣٨/٥).

[٦] سورة البقرة:آية رقم، (٢٨٢).

[٧] القرطبي:الجامع لأحكام القرآن،(٤٢٣/٤)؛ابن العربي:أحكام القرآن،(٣٢٧/١-٣٢٨)؛الرملاوي:التعاقد بالوسائل المستحدثة،(ص ١٧٨).

[٨] صحيح البخاري،ك المغازي،باب،(٨٢) كتاب النبي-ﷺ- إلى كسرى وقيصر،(ح ٤٤٢٤)،(١٧١/٣-١٧٢).

٢- عن أنس بن مالك-رضي الله عنه-أن رسول الله ﷺ -" كتب إلى كسري، وإلى قيصر، وإلى النجاشي، وإلى كل جبار يدعوهم للإسلام"[١].

وجه الدلالة من الحديثين:

أن رسول الله ﷺقد استعمل الكتابة وسيلة من وسائل نشر الدعوة الإسلامية؛ فلقد خاطب رسول الله ﷺ الرؤساء والملوك ودعاهم إلى الدخول في الإسلام عن طريق الكتابة[٢]، فإذا كانت الكتابة صالحة لنشر الدعوة الإسلامية فكيف لا تكون صالحة لإنشاء العقود؟.

من المعقول:

تعتبر الكتابة وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة، فهي بمثابة اللفظ في دلالتها على المقصود[٢]، لأنها أبين وأدل على المراد، وهي تكاد أن تكون نطقاً حقيقياً[٣].

أدلة أصحاب المذهب الثاني:-

استدل القائلين بعدم صحة التعاقد بالكتابة بما يلي:

١- أن الكتابة ليست وسيلة من وسائل التعبير المعتبرة؛ حيث إنها تحتمل التزوير وإرادة تحسين الخط فقط، ومع هذا الاحتمال لا تثبت بها العقود التي ترتب عليها آثار كثيرة من حل وحرمة، ومن انتقال الملكية ونحوه [٥].

٢- أن وسائل التعبير عن الإرادة جاءت جميعها بالألفاظ، ولم يشتهر في عصر النبي ﷺ إنشاء العقود بالكتابة غير أنه يستثنى من ذلك العاجز عن النطق الذي لا يجد حيلة إلى النطق ولا يهتدي إلا عن طريق الإشارة أو الكتابة[٦].

اعترض الجمهور على أدلة الشافعية بما يلي:

١- إن دعوى عدم اشتهار التعاقد بالكتابة في عصر النبوة غير مسلم به؛ لأن الأحاديث شاهدة على استعمال النبي-ﷺ- لها في رسائله مع الملوك، للتعبير عما يريده من دعوتهم للدخول في الإسلام.

---

[١] صحيح مسلم،ك الجهاد والسير،باب(٢٧) كتب النبي-ﷺ-إلى ملوك الكفار،(ح ١٧٧٤)،(ص ٩٧٨).

[٢] ابن حجر:فتح الباري،(٧٣٣/٧)؛الرملاوي:التعاقد بالوسائل المستحدثة،(ص١٧٨).

[٢] البهوتي:كشاف القناع،(٣٣٧/٤)باختصار.

[٣] الدسوقي:حاشيته،(٣/٣)؛الشربيني:مغني المحتاج،(٥/٢)؛الرملاوي:التعاقد بالوسائل المستحدثة،(ص ١٧٧).

[٥] القره داغي:مبدأ الرضا في العقود،(٩٤٧/٢)؛الرملاوي:التعاقد بالوسائل المستحدثة،(ص ١٧٩).

[٦] القره داغي:مبدأ الرضا في العقود،(٩٤٧/٢) باختصار؛الرملاوي:التعاقد بالوسائل المستحدثة،(ص١٧٩).

ولو سلم ذلك فلا يسلم أن عدم استعمالها في عصر النبوة دليل على عدم جوازها؛ لأن مبنى هذه الدلالات على العرف، ولا دليل على منع الكتابة [١].

٢- إن دعوى احتمال التزوير يتلاشى مع وجود القرائن الدالة على نسبة الرسالة إلى صاحبها[٢].

أدلة أصحاب المذهب الثالث:-

استدل الحنفية إلى ما ذهبوا إليه بنفس الأدلة التي استدل بها أصحاب المذهب الأول، لكنهم قالوا: إن الحاجة ماسة بالنسبة للغائبين دون الحاضرين، فيترخص للغائبين دون غيرهم، فلماذا يلجأ إليها الحاضران وهما قادران على النطق الذي هو أقوى[٣].

اعترض الجمهور على أدلة الحنفية بما يأتي:

إن تقييد جواز التعاقد بالكتابة للغائبين فقط يحتاج إلى دليل، ولا دليل على ذلك، وأما الحاجة إليها بالنسبة للغائبين فهذا لا يتفق مع المبدأ السائد في الشريعة القاضي بأن الرضا هو أساس إبرام العقود[٤].

سبب الخلاف في المسألة:

يرجع منشأ الخلاف في هذه المسألة إلى الاختلاف في اعتبار الكتابة هل هي وسيلة من وسائل التعبير المعتبرة أم لا، فَمن رأى أن الكتابة وسيلة معتبرة، ذهب إلى صحة التعاقد بها، كالمالكية، وبعض الشافعية والحنابلة[٥]، ومن رأى أن الكتابة ليست وسيلة من الوسائل المعتبرة، ذهب إلى عدم صحة التعاقد بها إلا في حالة الضرورة[٦].

الرأي الراجح:

بعد عرضنا لمذاهب الفقهاء وبيان أدلتهم ومناقشتها يظهر لي أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلين بجواز إبرام العقود عن طريق الكتابة مطلقًا أي سواء أكان العقد بين غائبين أم حاضرين، وسواء أكان المتعاقدان قادرين على النطق أم عاجزين عنه هو الراجح وذلك للأسباب التالية:

---

[١] القره داغي:مبدأ الرضا في العقود،(٩٤٨/٢)؛الرملاوي:التعاقد بالوسائل المستحدثة،(ص ١٨٠-١٨١).

[٢] القرة داغي:حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة،(٥٠٨)؛الرملاوي:التعاقد بالوسائل المستحدثة،(١٨١).

[٣] القرة داغي:حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة،(٥٠٨)؛ابن القيم:إعلام الموقعين،(١١٩/٣-١٢٠).

[٤] القرة داغي:حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة،(٥٠٨)؛ القره داغي:مبدأ الرضا في العقود،(٩٤٧/٢).

[٥] الدردير :الشرح الكبير ،مع حاشية الدسوقي،(٣/٣)؛ النووي:المجموع،(١٩٠/٩)؛ البهوتي:كشاف القناع،(٤٦٠/٢).

[٦] العلامة الهمام:الفتاوى الهندية،(١٠/٣)؛ النووي:المجموع،(١٩٠/٩).

تماشياً مع قواعد الشريعة وأصولها القاضية برفع الحرج ومبادئها الخاصة بالعقود الدالة على أن الأساس هو التراضي دون النظر إلى التقيد بأية شكلية؛ لأن الكتابة أخذت نصيباً كبيراً من المعاملات،وبخاصة في عصرنا هذا الذي كثرت فيه المؤسسات، والشركات التي لا تستغني عن الكتابة وإحلالها محل الكلام فعزل العمال، وتوزيع عملهم، وبيان حصصهم، ورواتبهم،كل هذا يصح بالكتابة، فلو أهملناها ولم نعتبرها لوقع الناس في حرج ومشقة في معاملاتهم، فإعمال الكتابة أولى من إهمالها.

شيوع العمل بها قديماً وحديثاً في إبرام العقود، والتصرفات وهذا بحد ذاته دليلاً قوياً على صلاحيتها في التعبير عن الإرادة.

من خلال ما سبق يظهر لي جواز التعاقد بوسائل نقل المكتوب، كالتلغراف، والفاكس، والتيلكس، والبريد الإلكتروني، وما في معناهما، إذا كانت محفوفة بالضوابط الشرعية التي تضمن تحقيق العقد، وذلك للأسباب التالية:

١- عملاً بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله،لأن الكتابة تأخذ حكم الكلام، فالمكلف مؤاخذ بما يكتب،كما هو مؤاخذ بما يتكلم؛لذلك إعمال الكتابة أولى من إهمالها.

فإذا تم التعاقد عبر أجهزة نقل المكتوب وفق ضوابط معينة ،يجب حمله على ما يصح ما أمكن ذلك، ولا يجوز إهماله وإلغاؤه بالكلية، استناداً للقاعدة التي تقضي بوجوب إعمال كلام المكلف.

٢- مراعاة التيسير ومواكبة التطور التكنولوجي الهائل، الذي حصل في وسائل الاتصال وجريان العمل بها في إبرام العقود لسرعتها ودقتها، والاستفادة من منجزاتها.

٣- تأكيد مرونة الشريعة الإسلامية واستيعابها لكل الوقائع والحوادث والمستجدات وصلاحيتها لكل زمان ومكان.

٤- هذه الوسائل لم تتضمن محذورًا شرعيًّا، ولم تخالف نصًّا أو ضابطًا؛ فالتقيد بألفاظ أو آراء قديمة فيه عنت ومشقة وحرج على العباد.

ضوابط التعاقد عبر وسائل نقل المكتوب:

هناك عدد من الضوابط التي يجب أن تتوفر في العقود عبر وسائل نقل المكتوب، لكي تكون جائزة شرعاً، وتتمثل هذه الضوابط فيما يلي:

١- أن تكون الكتابة مستبينة: أي ظاهرة، بحيث يبقى لها أثر بعد الانتهاء من تسطيرها، فالكتابة عبر الوسائل الحديثة يبقى لها أثر فإذا كانت عبر الإنترنت تيسر للمرسل إليه طباعة الرسالة على

الورق، أو حفظها في ملف معين على جهازه[١].

٢- أن تكون مرسومة: أي أن تكتب بالطريقة المعتادة بين الناس، وذلك بذكر اسم المرسل إليه، واسم المرسل، وتوقيعه[٢].

٣- اتصال القبول بالإيجاب، ويتحقق هذا الاتصال بأن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، ومجلس التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية لنقل المكتوب هو بلوغ الرسالة، فعلى الموجب له الرد على الإيجاب في مجلس العقد، فإن صدر منه القبول قبل تغيير المجلس انعقد العقد، وإلا فلا ينعقد ، حتى وإن صدر منه ذلك في مجلس آخر، لاختلاف مجلس العقد[٣].

٤- موافقة القبول الإيجاب، لو قال بعتك بألف صحاح، فقال: بألف قراضة لا يصح البيع لعدم الموافقة، فلذلك يجب موافقة القبول للإيجاب سواء في التجارة الإلكترونية أو غيرها [٤].

٥- علم الموجِب بالقبول في التعاقد بين الغائبين، وذلك تحقيقاً لاستقراء التعامل، وعدم إيقاع الموجِب في القلق، وتمكيناً له من إثبات العقد، وإلزام القابل، فجهل الموجِب بالقبول يوقعه في حرج شديد[٥].

٦- ألا يتم التعاقد عبرها على عقد يشترط فيه القبض في مجلس العقد، كالصرف، والسلم لعدم إمكانية التقابض من خلال التجارة الإلكترونية[٦].

---

[١] سليمان أبو مصطفى:التجارة الإلكترونية،(ص٨٤)؛الرملاوي:التعاقد بالوسائل المستحدثة،(ص ١٧١).

[٢] المراجع السابقة.

[٣] الشيرازي:المهذب مع المجموع،(١٩٩/٩).

[٤] الشيرازي:المهذب مع المجموع،(٢٠٠/٩).

[٥] العلامة الهمام:الفتاوى الهندية،(١٠/٣)؛ سليمان أبو مصطفى:التجارة الإلكترونية،(ص٨٤).

[٦] نظر: القرة داغي: حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة،(٥٢٣)؛ سليمان أبو مصطفى:التجارة الإلكترونية،(ص٨٤).

المبحث الثاني

أثر قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله في عقود التبرعات

ويشتمل على أربعة مطالب:

المطلب الأول: أثر القاعدة في عقود العارية

المطلب الثاني:أثر القاعدة في عقود الهبة

المطلب الثالث:أثر القاعدة في عقود الوقف

المطلب الرابع: أثر القاعدة في عقود الوصية

المطلب الأول

أثر القاعدة في عقود الإعارة

المسألة الأولى:

الإعارة بشرط العوض

صورة المسألة: لو قال شخص لآخر: أعرتك هذه الدار شهراً من اليوم بعشرة دراهم فهل هي إجارة صحيحة، أو إعارة فاسدة؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول: قالوا بانعقادها إجارة صحيحة، وهو مذهب الحنفية[١]، والمالكية[٢]، ووجه عند الشافعية[٣].

وحجتهم أن الإعارة بغير عوض، وهذا بعوض فلذلك تنعقد إجارة نظراً للمعنى[٤].

المذهب الثاني: قالوا بانعقادها إعارة فاسدة، وهو قول عند الشافعية[٥]، ووجه عند الحنابلة[٦].

وحجتهم أن اشتراط العوض فيها يخرجها عن موضوعها[٧].

المذهب الثالث: قالوا بانعقادها قرضاً فيملك بالقبض إذا كان مكيلاً أو موزوناً، وهو قول لبعض الحنابلة[٨].

سبب الخلاف:

سبب الخلاف في المسألة راجع إلى هل الاعتبار بصيغ العقود، أو بمعانيها ؟ فمن قال العبرة في العقود للمعاني قال بانعقادها إجارة، ومن قال العبرة في العقود للألفاظ قال بانعقادها إعارة[٩].

---

[١] ابن عابدين:رد المحتار على الدر المختار،(٦/٩).

[٢] الدسوقي:حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،(٤٣٥/٣).

[٣] الشربيني:مغني المحتاج على متن منهاج الطالبين،(٣٤٤/٢)؛ النووي:الروضة،(٧٦/٤).

[٤] الدسوقي:حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،(٤٣٥/٣)؛ الشربيني:مغني المحتاج على متن منهاج الطالبين،(٣٤٤/٢)؛ النووي:الروضة،(٧٦/٤).

[٥] الشربيني:مغني المحتاج على متن منهاج الطالبين،(٣٤٤/٢)؛ النووي:الروضة،(٧٦/٤).

[٦] المرداوي:الإنصاف،(١٠٥/٦).

[٧] المرجع السابق.

[٨] المرجع السابق.

[٩] السيوطي:الأشباه،(٢٦٤/١).

الرأي الراجح:

بعد عرضنا لمذاهب العلماء يظهر لي أن مذهب الجمهور القائل بانعقادها إجارة صحيحة هو الراجح؛ وذلك للتحقق من وجود أركان الإجارة، ولتوفر معناها في هذا العقد، والعبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، وحمل كلام المكلف على ما يصح أولى من إهماله وإلغاؤه بالكلية.

المسألة الثانية:

إعارة الدراهم والدنانير

صورة المسألة: لو قال شخص لآخر: أعرني عشرة دنانير، فهل تصح هذه الإعارة ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:

المذهب الأول: قالوا بعدم جواز إعارة الدراهم والدنانير للنفقة، ويعتبر هذا العقد قرضاً، وهو مذهب الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والأصح عند الشافعية[٣]، وقول عند الحنابلة[٤].

وحجتهم بأن الإعارة تمليك المنافع، ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها، ولا سبيل إلى ذلك إلا بالتصرف في العين لا في المنفعة، وعليه لا يمكن تصحيح هذا العقد إعارة حقيقية، فيعتبر قرضاً مجازاً لوجود معنى القرض وهو مغلب على اللفظ[٥].

المذهب الثاني: قالوا بعدم جوازها وليس له أن يشتري بها، وهو وجه عند الشافعية[٦]، والحنابلة[٧].

الرأي الراجح:

بعد عرضنا لمذاهب الفقهاء وبيان أدلتهم يظهر لي أن مذهب الجمهور القائل بانعقادها قرضاً هو الراجح، وذلك للأسباب التالية:-

١- قوة استدلال الجمهور.

٢- العبرة في العقود حملها على معناها، ولأن من شروط المستعار كونه منتفعاً به مع بقاء عينه، بخلاف عارية الدراهم والدنانير التي لا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها.

---

[١] الكاساني:البدائع،(٢١٥/٦)؛ السرخسي:المبسوط،(١٤٥/١١)؛ عبد الغني الغنيمي:اللباب في شرح الكتاب،(٢٠٣/٢)؛ أبي بكر الحداد:الجوهرة على مختصر القدوري،(٤١/٢)،إذا أطلق العيرية.

[٢] القرافي:الذخيرة،(١٩٨/٦)؛ ابن مالك:المدونة،(١٦٩/١٥).

[٣] النووي:الروضة،(٧٢/٤).

[٤] المرداوي:الإنصاف،(١٠٥/٦)؛ البهوتي:شرح منتهى الإرادات،(١٠١/٤)؛ ابن قدامة:المغني،(٣٤٦/٧).

[٥] الكاساني:البدائع،(٢١٥/٦)؛ عبد الغني الغنيمي:اللباب في شرح الكتاب،(٢٠٣/٢)؛ البهوتي:شرح منتهى الإرادات(١٠١/٤)؛ أبي بكر الحداد:الجوهرة على مختصر القدوري،(٤١/٢).

[٦] النووي:الروضة،(٧٢/٤).

[٧] المرداوي:الإنصاف،(١٠٥/٦)؛ ابن قدامة:المغني،(٣٤٦/٧).

المطلب الثاني
أثر القاعدة في عقود الهبة

المسألة الأولى:

الهبة بشرط العوض

صورة المسألة : لو قال شخص لآخر: وهبتك هذه السيارة أو هذا المنزل بشرط أن تدفع لي مقداراً من المال قدره كذا، فقال:قبلت.

اختلف الفقهاء في تكييف هذه المسألة فقهياً على مذهبين:

المذهب الأول: قالوا بانعقادها بيع ابتداءً وانتهاءً، وتثبت فيها أحكام البيع من الشفعة وخيار الرؤية وخيار الرد بالعيب، وهو مذهب المالكية[١] والشافعية في الصحيح[٢]، وهو المذهب عند الحنابلة[٣]، وزفر من الحنفية[٤].

المذهب الثاني: قالوا بانعقادها هبة ابتداءً وبيع انتهاءً إذا حصل التقابض من الطرفين، وهو مذهب أبي حنيفة وصاحباه[٥]، والأظهر عند الشافعية[٦]، وقول عند الحنابلة[٧].

أدلة أصحاب المذهب الأول:

١- أن لفظ الهبة يقتضي التبرع، فيكون بيعاً نظراً للمعنى[٨].

٢- أما حجة زفر هي أن معنى البيع موجود في العقد؛ لأن البيع تمليك العين بعوض وقد وجد، إلا أنه اختلفت العبارة، واختلافها لا يوجب اختلاف الحكم كحصول البيع بلفظ التمليك[٩].

أدلة أصحاب المذهب الثاني:

---

[١] الحطاب الرعيني:مواهب الجليل لشرح مختصر خليل،(٢٩/٨-٣٠).

[٢] الشربيني:مغني المحتاج على متن منهاج الطالبين،(٥٢٢/٢)؛النووي:روضة الطالبين،(٤٤٧/٤).

[٣] المرداوي:الإنصاف،(١١٦/٧)؛ ابن قدامة :المغني،(٢٨٠/٨).

[٤] أبي بكر الحداد:الجوهرة على مختصر القدوري،(١٨/٢)؛ السمرقندي:تحفة الفقهاء،(١٦٦/٣).

[٥] السرخسي:المبسوط،(١٢-٧٩)؛ الكاساني:البدائع،(١١٩/٦)؛ عبد الغني الغنيمي:اللباب في شرح الكتاب،(١٧٧/٢)؛ الكتاب،(١٧٧/٢)؛ أبي بكر الحداد:الجوهرة على مختصر القدوري،(١٨/٢)؛ ابن عابدين:رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار،(٥١٤/٨-٥١٥).

[٦] الشربيني:مغني المحتاج على متن منهاج الطالبين،(٥٢٢/٢)؛النووي:روضة الطالبين،(٤٤٧/٤).

[٧] المرداوي:الإنصاف،(١١٦/٧)؛ ابن قدامة :المغني،(٢٨٠/٨).

[٨] الشربيني: مغني المحتاج على متن منهاج الطالبين،(٥٢٢/٢).

[٩] السرخسي:المبسوط،(٧٩/١٢-٨٠).

استدل القائلون بانعقادها هبة ابتداءً وبيع انتهاءً بأنه قد وجد في هذا العقد لفظ الهبة ومعنى البيع فيعمل بالشبهين قدر الإمكان، فيعتبر فيه القبض والحيازة عملاً بشبهة الهبة، ويثبت فيه حق الرد بالعيب وعدم الرؤية، وحق الشفعة بشبهة البيع[1].

سبب الخلاف:

سبب الخلاف في المسألة راجع إلى هل الاعتبار بصيغ العقود، أو بمعانيها ؟ فمن قال العبرة في العقود للمعاني، قال بانعقادها بيعاً، ومن قال العبرة بالألفاظ قال بانعقادها هبة[2].

الرأي الراجح:

بعد عرضنا لأقوال الفقهاء وحججهم التي احتجوا بها يظهر لي أن مذهب الجمهور القائل بانعقادها بيعاً ابتداءً وانتهاءً هو الراجح، وذلك للأسباب التالية:-

١- تعارض اللفظ مع المعنى، لأن اللفظ هبة والمعنى بيع، فلو اعتبرناه هبة يكون العقد فاسداً لاشتماله على شرط مخالف لمقتضاه وهو شرط العوض؛ والهبة تمليك بلا عوض، وإن لم نعتبره بيعاً فإنا حينئذ نهمل كلامه وإعمال كلام المكلف وحمله على ما يصح أولى من إهماله، فلذلك نعتبره بيعاً بناءاً على معناه.

٢- اشتمال هذا العقد على جميع أركان عقد البيع.

المسألة الثانية:

هبة الدين للمدين

صورة المسألة: لو قال الدائن لمن عليه الدين: وهبت الدين لك، فهل يشترط القبول أولا؟

اختلف الفقهاء في اشتراط القبول في هبة الدائن للمدين على مذهبين:

المذهب الأول: قالوا باشتراط القبول، وهو مذهب المالكية[3]، وقول عند الشافعية[4]، وزفر من الحنفية[5].

وحجتهم أن الهبة لابد فيها من القبول، وذلك اعتباراً بمعنى الإبراء[6].

المذهب الثاني: قالوا بعدم اشتراط القبول، وهو مذهب أبي حنيفة[7]،

---

[1] السرخسي:المبسوط،(١٢/٧٩-٨٠).

[2] السيوطي:الأشباه،(١/٢٦٤).

[3] ابن مالك:المدونة،(١٥/١٢٦)؛الخطاب الرعيني:مواهب الجليل لشرح مختصر خليل،(٨/٧).

[4] النووي:الروضة،(٤/٤٣٦)؛ الشربيني:مغني المحتاج على متن منهاج الطالبين،(٢/٥١٦).

[5] السرخسي:المبسوط،(١٢/٨٣-٨٤)؛ السمرقندي:تحفة الفقهاء،(٣/١٦٥).

[6] السيوطي:الأشباه،(١/٢٦٤).

[7] السرخسي:المبسوط،(١٢/٨٣-٨٤)؛ السمرقندي:تحفة الفقهاء،(٣/١٦٥)؛ أبي بكر الحداد:الجوهرة على مختصر القدوري،(٢/١٠)؛الكاساني:البدائع،(٦/١١٩).

والحنابلة[1]، وقول عند الشافعية[2].

وحجتهم أن الإبراء إسقاط حق، فلا يتوقف على قبول كإسقاط القصاص والشفعة وكالعتق والطلاق فهي لا تحتاج إلى قبول[3].

سبب الخلاف:

سبب الخلاف في المسألة راجع إلى هل الاعتبار بصيغ العقود، أو بمعانيها[4]؟

الرأي الراجح:

بعد عرضنا لأقوال المذاهب يظهر لي أن مذهب القائلين بعدم اشتراط القبول هو الراجح وذلك اعتباراً بالمعنى؛ لأن هبة الدين للمدين هي إبراء منه ولا تحتاج إلى قبول، والعبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

---

[1] ابن قدامة:المغني،(٨/٢٥٠)؛ البهوتي:كشاف القناع،(٣/٥٠١).

[2] النووي:الروضة،(٤/٤٣٦)؛ الشربيني:مغني المحتاج على متن منهاج الطالبين،(٢/٥١٦).

[3]) ابن قدامة:المغني،(٨/٢٥٠)؛ البهوتي:كشاف القناع،(٣/٥٠١).

[4] السيوطي:الأشباه،(١/٢٦٤).

المطلب الثالث
أثر القاعدة في عقود الوقف

المسألة الأولى:

الوقف على الأولاد

صورة المسألة: لو قال الواقف: وقفت هذه الأرض على أولادي، فهل يدخل أولاد الأولاد في الوقف؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:

المذهب الأول: قالوا بعدم دخولهم في الوقف، وهو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والأصح عند الشافعية[٣]، وبعض الحنابلة[٤].

المذهب الثاني: قالوا بدخول أولاد أولاده في الوقف ما لم تكن هناك قرينة مانعة من ذلك، وهو وجه عند الشافعية[٥]، والمعتمد عند الإمام أحمد–رحمه الله[٦].

أدلة أصحاب المذهب الأول:–

استدل جمهور العلماء القائلين بعدم دخولهم أن ولده حقيقة هو ولده لصلبه، ولا يدخل فيه ولد الولد؛ لأن ولد الولد يسمى ولداً مجازاً، لهذا يصح نفيه، فيقال: ما هذا ولدي، إنما هو ولد ولدي[٧].

أدلة أصحاب المذهب الثاني:–

استدل القائلين بدخول أولاد الأولاد في الوقف بما يلي:–

١– قال تعالى: ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِ ﴾[٨].

وجه الدلالة:

أن لفظ أولادكم عام يشمل ولد البنين وإن سفلوا[٩].

٢– قوله تعالى: ﴿ وَلِأَبَوَيۡهِ لِكُلِّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٞۚ فَإِن لَّمۡ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٞ ﴾[١٠].

---

[١] أبي بكر الحداد:الجوهرة النيرة على مختصر القدوري،(٢/٢٢–٢٣).

[٢] مالك:المدونة،(١٥/١٠٣).

[٣] النووي: الروضة،(٤/٤٠١).

[٤] المرداوي:الإنصاف،(٧/٧٥).

[٥] النووي: الروضة،(٤/٤٠١).

[٦] ابن قدامة:المغني،(٨/١٩٥)؛البهوتي:كشاف القناع،(٣/٤٧٨)؛المرداوي:الإنصاف،(٧/٧٥).

[٧] ابن قدامة:المغني،(٨/١٩٦)؛

[٨] سورة النساء: آية رقم،(١١).

[٩] ابن قدامة:المغني،(٨/١٩٥)؛البهوتي:كشاف القناع،(٣/٤٧٨).

وجه الدلالة:

لفظ الولد تناول ولد البنين، وكذلك كل موضع ذكر الله تعالى الولد دخل فيه ولد البنين، فالمطلق من كلام الآدمي إذا خلا عن قرينة، ينبغي أن يحمل على المطلق من كلام الله تعالى، ويفسر بما يفسر به[١].

الرأي الراجح:

بعد عرضنا لمذاهب الفقهاء وأدلتهم في المسألة، يظهر لي أن أولاد الأولاد لا يدخلون في الوقف في حال وجود أولاد لصلبه؛ لأن الأصل في الكلام الحقيقة، لأنه عند إطلاق لفظ الأولاد فإنه ينصرف إليهم.

أما في حال عدم وجودهم، ولم تكن هناك قرينة صارفة وهي تخصيص الأولاد دون أولاد الأولاد فإن الوقف يصرف إلى أولاد الأولاد بطريق المجاز، عملاً بقاعدة إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز، فالحقيقة هي أولاده لصلبه وهي متعذرة هنا، فصرنا إلى المجاز وهو أولاد الأولاد، صوناً لكلامه عن الإهمال؛ لأن إعمال الكلام وحمله على ما يصح أولى من إهماله وعدم بناء حكم مفيد عليه.

وبذلك فإنا جمعنا بين أقوال العلماء، من خلال ما سبق يتضح لي أن هذه المسألة محل اتفاق عند جمهور الفقهاء.

المسألة الثانية:

الوقف على الذرية

صورة المسألة: لو قال الواقف: وقفت على ذريتي، فهل يدخل أولاد البنات في الوقف؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين :

المذهب الأول: قالوا بدخول أولاد البنات في الوقف، وهو مذهب الحنفية[٢]والمالكية[٣]، والشافعية[٤]، ووجه عند الحنابلة[٥].

المذهب الثاني: قالوا بعدم دخول أولاد البنات في الوقف، وهو الوجه الآخر عند الحنابلة[٦].

أدلة أصحاب المذهب الأول:

استدل القائلين بدخول أولاد البنات في الوقف بما يل

---

[١٠] سورة النساء:آية رقم،(١١).

[١] ابن قدامة:المغني،(١٩٥/٨-١٩٦)؛ البهوتي:كشاف القناع،(٤٧٨/٣-٤٧٩).

[٢] أبي بكر الحداد:الجوهرة النيرة على مختصر القدوري،(٢٣/٢).

[٣] أحمد الصاوي:بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير،(٣١/٤).

[٤] الغزالي:الوسيط،(٢٥٢/٤)؛ النووي:الروضة،(٤٠٢/٤).

[٥] البهوتي:كشاف القناع،(٤٨٦/٣)؛ المرداوي: الإنصاف،(٨٢/٧).

[٦] البهوتي:كشاف القناع،(٤٨٦/٣)؛ ابن قدامة:المغني،(٢٠٢/٨)؛ المرداوي: الإنصاف،(٨٢/٧).

١- أن لفظ الذرية يتناول أولاد الذكور والإناث؛ لأن الجميع من ذريته[١].

٢- أن البنات أولاده، وأولادهن أولاد أولاده حقيقة، لقوله تعالى:﴿ وَمِن ذُرِّيَّتِهِۦ دَاوُۥدَ وَسُلَيۡمَٰنَ ﴾[٢] إلى قوله تعالى:"﴿ وَعِيسَىٰ ﴾[٣] حيث جعل عيسى عليه السلام من ذريته وهو ينسب إليه بالأم[٤].

اعترض على دخول عيسى عليه السلام في الذرية لأنه لا أب له[٥].

أجيب عن ذلك بأن عيسى عليه السلام لم يكن له أب ينسب إليه، فنسب إلى أمه لعدم أبيه، ولذلك يقال عيسى ابن مريم، وغيره إنما ينسب إلى أبيه كيحيى بن زكريا[٦].

أدلة أصحاب المذهب الثاني:-

استدل القائلين بعدم دخول أولاد البنات في الوقف بما يلي:

١- أن الله تعالى قال :﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ ﴾[٧]فدخل فيه ولد البنين دون البنات، وهكذا كل موضع ذكر فيه الولد في الإرث والحجب، دخل فيه ولد البنين دون ولد البنات[٨].

٢- أن أولاد البنات منسوبون إلى آبائهم دون أمهاتهم[٩]،لقول الشاعر:

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباعد[١٠]

٣- أن ولد الهاشمية من غير الهاشمي ليس بهاشمي،ولا ينسب إلى أبيها[١١].

الرأي الراجح:

بعد عرضنا لمذاهب الفقهاء وأدلتهم يظهر لي أن مذهب الجمهور القائل بدخول أولاد البنات في الوقف هو الراجح، وذلك لقوة أدلتهم، ولأن لفظ الذرية يشمل أولاد الذكور والإناث حقيقة، والأصل في الكلام الحقيقة.

---

[١] البهوتي:كشاف القناع،(٤٨٦/٣).

[٢] سورة الأنعام:آية رقم،(٨٤).

[٣]سورة الأنعام:آية رقم،(٨٥).

[٤] أبي بكر الحداد:الجوهرة النيرة على مختصر القدوري،(٢٣/٢)؛ أحمد الصاوي:بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير،(٣١/٤).؛البهوتي:كشاف القناع،(٤٨٦/٣).

[٥] البهوتي:كشاف القناع،(٤٨٦/٣).

[٦] ابن قدامة:المغني،(٢٠٤/٨).

[٧] سورة النساء:آية رقم،(٢٣).

[٨] ابن قدامة:المغني،(٢٠٣/٨).

[٩] ابن قدامة:المغني،(٢٠٣/٨).

[١٠] للبيت للفرزدق، انظر:أبي التمام: الحماسة،(٢٧٤/١).

[١١] ابن قدامة:المغني،(٢٠٤/٨).

المطلب الرابع
أثر القاعدة في عقود الوصية

المسألة الأولى:

الوصية للأرامل

صورة المسألة: لو قال الموصي: أوصيت لأرامل بني فلان، فهل يدخل في هذه الوصية الرجال الذين فقدوا زوجاتهم؟

تحرير محل النزاع:

١- اتفق الفقهاء على صحة الوصية للنساء اللآتي فقدن أزواجهن[١].

٢- اختلف الفقهاء في صحة الوصية للرجال الذين فقدوا زوجاتهم على مذهبين:

المذهب الأول: قالوا بعدم دخول الرجال الذين فقدوا زوجاتهم في الوصية، وهو مذهب الحنفية[٢]، ووجه ووجه عند الشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

المذهب الثاني: قالوا بدخول الرجال الأرامل في الوصية، وهو مذهب الشعبي وإسحاق[٥]، وقول عند الشافعية[٦].

أدلة أصحاب المذهب الأول:-

استدل القائلين بعدم دخول الرجال الأرامل في الوصية بما يلي:

١- الأرامل جمع أرملة، فلا يكون جمعاً للمذكر؛ لأن ما يختلف لفظ الذكر والأنثى في واحد يختلف في جمعه[٧].

٢- المعروف من كلام الناس أن لفظ الأرامل يطلق على النساء، فلا يحمل لفظ الموصي إلا عليه[٨].

٣- لو ثبت أن هذا الاسم في الحقيقة وضع للرجال والنساء، لكان أهل العرف قد خصوا به النساء، وهجرت الحقيقة حتى صارت مغمورة لا تفهم من لفظ المتكلم[٩].

---

[١] الكاساني:البدائع،(٣٤٦/٧)؛ النووي: المجموع شرح المهذب،(٤٤٦/١٦)؛ ابن قدامة:المغني،(٤٥٢/٨).

[٢] الكاساني:البدائع،(٣٤٦/٧).

[٣] النووي: المجموع شرح المهذب،(٤٤٦/١٦-٤٤٧).

[٤] ابن قدامة:المغني،(٤٥٢/٨-٤٥٣).

[٥] المرجع السابق.

[٦] النووي: المجموع شرح المهذب،(٤٤٦/١٦).

[٧] النووي: المجموع شرح المهذب،(١٦/ ٤٤٧-٤٤٨)؛ ابن قدامة:المغني،(٤٥٣/٨).

[٨] النووي: المجموع شرح المهذب،(١٦/ ٤٤٧)؛ ابن قدامة:المغني،(٤٥٣/٨).

[٩] ابن قدامة:المغني،(٤٥٣/٨).

أدلة أصحاب المذهب الثاني:

استدل القائلين بدخولهم في الوصية بما يلي:

أنه قد يسمى الرجال أرامل وما يؤيد ذلك قول الشاعر:

هذي الأراملُ قد قضيت حاجتهم فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر

فلفظ الأرامل هنا شمل الذكر والأنثى إذ لا خلاف بين أهل اللسان أن اللفظ متى كان للذكر والأنثى ثم رد عليه ضمير غلب فيه لفظ التذكير وضميره، وهذا يؤيد الوجه القائل بشمول الوصية لأرامل الرجال، فيكون أرامل جمع أرمل كأكابر وأعاظم و أصاغر و أسافل، جمع أكبر وأعظم وأصغر وأسفل[1].

الرأي الراجح:

بعد عرضنا لمذاهب العلماء في المسألة وبيان أدلتهم، يظهر لي أن المذهب القائل بعدم دخول الرجال الذين فقدوا زوجاتهم في الوصية هو الراجح وذلك للأسباب التالية:

١- قوة أدلة القائلين بعدم دخولهم في الوصية.

٢- عند إطلاق لفظ الأرامل فإنه ينصرف إلى النساء اللاتي فقدن أزواجهن عرفاً، فهو المتبادر إلى الذهن، وهذا القدر كافٍ في استعماله فيهن على سبيل الحقيقة.

٣- الأصل في الكلام الحقيقة ،والمراد من الحقيقة هنا المشهورة لا المهجورة ، فلفظ الأرامل تعتبر حقيقة مشهورة ومعروفة للنساء اللاتي فقدن أزواجهن،فعند إطلاقها على الرجال فهو من باب المجاز علاقته المشابهة، فالغرض منه تشبيه حالهم بالنساء الأرامل.

المسألة الثانية:

الوصية لحي وميت

صورة المسألة: لو قال الموصي: أوصيت لزيد وبكر، فكان بكر ميتاً حين الوصية ، وزيد على قيد الحياة، فما حكم هذه الوصية؟

تحرير محل النزاع:

١- اتفق الفقهاء على أنه إذا أوصى لميت ولا يعلم حين الوصية أنه ميت، فإن الوصية باطلة في حق الميت؛ لأنه ليس من أهل التملك[2].

٢- اختلف الفقهاء فيما لو أوصى لحي، وميت ويعلم بموته على مذهبين:

---

[1] النووي: المجموع شرح المهذب،(١٦/٤٤٨).

[2] الكاساني:البدائع،(٧/٣٣٧)؛ أحمد الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير،(٤/٣١٨)؛ الأزهري: الأزهري: الفواكه الدواني على رسالة القيرواني،(٢/٢١٨)؛ النووي:المجموع شرح المهذب،(١٦/٣٩٩)؛المرداوي: الإنصاف،(٧/٢٤٧)؛ ابن حزم:المحلى،(٩/٣٢٢).

المذهب الأول: قالوا بجواز الوصية وأنها تصرف كلها للحي، وهو مذهب الحنفية[١]، وبعض الحنابلة[٢].

وحجتهم أن الميت لا يصلح محلاً لوضع الوصية فيه، كما لو أوصى لآدمي وحائط[٣].

المذهب الثاني: قالوا بأن نصفها للحي، ولورثة الميت النصف الآخر إن علم بموته فتصرف في دينه إن كان عليه دين أو تدفع لورثته، وهو مذهب المالكية[٤]، وبعض الحنابلة[٥]، والظاهرية[٦].

الرأي الراجح:

في هذه المسألة نرى أن الموصي جمع في كلامه بين ما يتعلق به الحكم وهو"الحي" ، وبين ما لا يتعلق به الحكم وهو" الميت"،وهو سبب اختلاف الفقهاء في المسألة، لذلك يظهر لي أن الوصية تصرف للحي كلها، إن لم يعلم الموصي بموته، لأن الميت حينئذٍ أصبح غير قابل للحكم ، وليس أهلاً للتملك، والموصي أوصى له على أنه ما يزال على قيد الحياة.

أما إذا كان يعلم بموته، فللحي النصف، ولورثة الميت النصف الآخر إن كان له ورثة، لأن الموصي حين أوصى للميت وهو يعلم بموته فإن له غرض معين من الوصية له، مثلاً لسداد ديونه إن كان عليه دين، أو تكفينه أو ما إلى ذلك.

فإن لم يكن للميت ورثة فإنه يصرف إلى ورثة الموصي، وبذلك نكون قد أعملنا كلام الموصي قدر الإمكان، وحملناه على أقرب ما تنطبق عليه الأحكام الفقهية،والله تعالى أعلى وأعلم.

---

[١] الكاساني:البدائع،(٣٣٧/٧)،الدبوسي:تأسيس النظر،(ص ٢٣٤).

[٢] المرداوي:الإنصاف،(٢٤٦/٧).

[٣] الكاساني:البدائع،(٣٣٧/٧)،الدبوسي:تأسيس النظر،(ص ١٨-١٩).

[٤] أحمد الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير،(٣١٨/٤)؛ الأزهري: الفواكه الدواني على رسالة القيرواني،(٢١٨/٢).

[٥] المرداوي:الإنصاف،(٢٤٦/٧).

[٦] ابن حزم:المحلى،(٣٢٢/٩).

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة علي سيد المرسلين، نبينا محمد عليه أفضل الصلاة وأتم التسليم، هذه خاتمة البحث أسال الله تعالي حسن الخاتمة، حيث توصلت من خلال دراستي هذه إلي أهم النتائج والتوصيات وهي كما يلي :

أهم النتائج:

١- وجوب إعمال كلام المكلف العاقل بترتيب آثاره عليه ما دام ذلك ممكناً، صيانة لكلامه عن الإلغاء والإهمال، وحماية للمقاصد التي قصدها المتكلم من كلامه من البطلان، الذي يجردها من آثارها ويجعلها لغواً.
٢- إعمال الكلام يكون بالطرق السائغة في العربية، لا بتمحل أي طريق لكي يعمل الكلام.
٣- شمول هذه القاعدة لعدد من القواعد التي تؤلف بمجموعها موضوعاً واحداً وهو تصحيح كلام المكلف، حيث ترسم هذه القواعد كيفية إعمال كلام المكلف، وذلك بحمله أولاً على معناه الحقيقي، ولا يجوز العدول عنه إلا إذا تعذر إعماله، فإن تعذر حمله عليه حملناه على معناه المجازي، وإن تعذر إعماله بوجه من الوجوه المعتبرة شرعاً عندها يهمل ويعتبر لغواً.

٤- أهمية هذه القاعدة فقهياً، حيث تدخل في أغلب أبواب الفقه، حيث لها فروع فقهية كثيرة في مختلف العقود البيع، والإجارة، والسلم، والإقالة، والعارية، والهبة، والوقف، والنكاح، والطلاق، والأيمان، والوصية، وغيرها من أبواب الفقه ومسائله المتعددة.

٤- التعاقد عبر وسائل نقل اللفظ يعد تعاقداً بين حاضرين لأن الزمن هنا متحد بين العاقدين،فكل من العاقدين يسمع الآخر في ذات اللحظة التي يسمعها الآخر، لذلك يجب إعمال كلامهم، وحمله على ما يصح.
٥- جواز التعاقد بالتجارة الإلكترونية عبر وسائل نقل المكتوب، من البرق، والتلكس، والفاكس، والبريد الإلكتروني، وغيرهما؛ لأن إعمال الكلام أولى من إهماله، حيث لافرق بينهما وبين الكتابة، بل إنها تتميز عن الوسائل القديمة بالدقة والسرعة.
٦- يشترط في صيغة العقد (الإيجاب والقبول) أن يكونا واضحين ودالين على إرادة التعاقد، وأن يكون القبول موافقاً للإيجاب ومتصلاً به وهذه الشروط يلزم توافرها في التعاقد عبر وسائل نقل اللفظ ووسائل نقل المكتوب الحديثة، حتى يكون صحيحاً ومعتبراً.

أهم التوصيات:

١- هناك علاقة وثيقة بين القواعد الفقهية والمسائل الأصولية، حيث لكل قاعدة من القواعد الفقهية أثر واضح في المسائل الأصولية، فهذا النوع لم يبحث بحثاً مستقلاً، إلا من بعض العلماء وهم قلة، فلذلك لابد من دراسة هذه القواعد الفقهية وعلاقتها بمسائل الأصول من قبل الباحثين والمشتغلين بعلوم الفقه وأصوله.

٢- لإتساع موضوع قاعدة إعمال الكلام أولى من إهمال، يجدر أن تضاف إلى القواعد الكلية الكبرى، التي ترد إليها أعظم مقاصد الشريعة، فتصنف معها لأهميتها ومكانتها، حيث تخص خطاب المكلف وخطاب الشارع أيضاً، وكثرة فروعها الفقهية.

٣- ضرورة دراسة القواعد الفقهية على طريقة الفقه المقارن بين المذاهب وإلحاق أكثر ما يمكن إلحاقه من المسائل والفروع المتشابهة بقاعدة تخصها ثم بحثها بحثاً فقهياً مقارناً ومستفيضاً وترجيح الرأي الراجح، أو ما كان أكثر ارتباطاً وقرباً للتفريع عليها.

و أخيراً: فإنه يجب على المرء أن يتق الله عز وجل وأن يراقبه في السر والعلن، وأن يراجع أهل العلم في ما أشكل عليه حتى يعبد الله على بصيرة .

والله أعلم وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ،،،

الفهارس العامة

فهرس الآيات القرآنية.

فهرس الأحاديث النبوية.

فهرس المراجع والمصادر.

فهرس الموضوعات.

أولاً: فهارس الآيات القرآنية

الآية	السورة	رقم الآية	مكان ورودها
وَعَلَّمَ ءَادَمَ ٱلْأَسْمَآءَ كُلَّهَا	البقرة	٣١	٦٤
وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ	البقرة	٤٣-٨٣-١١٠	٥
وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَٰهِـۧمُ ٱلْقَوَاعِدَ مِنَ ٱلْبَيْتِ وَإِسْمَٰعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّآ ۖ إِنَّكَ أَنتَ ٱلسَّمِيعُ ٱلْعَلِيمُ	البقرة	١٢٧	٣
يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ	البقرة	١٨٥	١٢-١٦
وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ	البقرة	١٨٨	١١
فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ	البقرة	٢٢٩	٧٠
وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ	البقرة	٢٧٥	١١-٨٦
يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ	البقرة	٢٨٢	١٣٢
وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ	البقرة	٢٨٢	١٦
لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا	البقرة	٢٨٦	١٦
يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ	النساء	١١	١٤٥
وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ ۚ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ	النساء	١١	١٤٣
وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ	النساء	١٩	١٧
يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ	النساء	٢٩	٨٧
يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقْرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ	النساء	٤٣	٣٣
حَتَّىٰ تَعْلَمُواْ مَا تَقُولُونَ	النساء	٤٣	٣٤
يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ	المائدة	١	١١
وَمِن ذُرِّيَّتِهِۦ دَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ	الأنعام	٨٤-٨٥	١٤٥
قَالَ يَٰمُوسَىٰٓ إِنِّى ٱصْطَفَيْتُكَ عَلَى ٱلنَّاسِ بِرِسَٰلَٰتِى وَبِكَلَٰمِى	الأعراف	١٤٤	٥٣
خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ	الأعراف	١٩٩	١٢-١٧

فَأَتَى ٱللَّهُ بُنۡيَٰنَهُم مِّنَ ٱلۡقَوَاعِدِ فَخَرَّ عَلَيۡهِمُ ٱلسَّقۡفُ مِن فَوۡقِهِمۡ	النحل	٢٦	٣
أَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِدُلُوكِ ٱلشَّمۡسِ	الإسراء	٧٨	١٥
وَٱلَّذِينَ هُمۡ عَنِ ٱللَّغۡوِ مُعۡرِضُونَ ..	المؤمنون	٣	٢٩
وَٱلۡقَوَٰعِدُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ ٱلَّٰتِي لَا يَرۡجُونَ نِكَاحٗا	النور	٦٠	٣
وَإِذَا مَرُّواْ بِٱللَّغۡوِ مَرُّواْ كِرَامٗا	الفرقان	٧٢	٢٩
وَإِذَا سَمِعُواْ ٱللَّغۡوَ أَعۡرَضُواْ عَنۡهُ	القصص	٥٥	٢٩
وَمَا كَانَ لِبَشَرٍ أَن يُكَلِّمَهُ ٱللَّهُ إِلَّا وَحۡيًا أَوۡ مِن وَرَآيِٕ حِجَابٍ أَوۡ يُرۡسِلَ رَسُولٗا فَيُوحِيَ بِإِذۡنِهِۦ	الشورى	٥١	٥٣
مَّا يَلۡفِظُ مِن قَوۡلٍ إِلَّا لَدَيۡهِ رَقِيبٌ عَتِيدٞ	ق	١٨	٢٩
وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيۡهِنَّۚ	الطلاق	٦	١٦

ثانياً :فهارس الأحاديث النبوية

الحديث	الراوي	الحكم	مكان وروده
أرأيت لو تمضمضت بماء وأنت صائم"،قلت.....	النسائي	حسن صحيح	١٩
أعطيت مفاتيح الكلم	البخاري	صحيح	١٣
إنما الأعمال بالنيات،وإنما لكل.....	البخاري	صحيح	١٤
البينة على المدعي واليمين.....	البخاري،ومسلم	صحيح	١٤-١٩
ثكلتك أمك يا معاذ ،وهل يكب الناس في النار.....	الترمذي،ابن ماجه	صحيح	٣٠

خذي ما يكفيك وولدك.....	البخاري	صحيح	١٧
الخراج بالضمان	ابن ماجه	حسن	١٩
رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم....	ابن ماجه		٣٦
كل مسكر حرام"	الترمذي	حسن صحيح	١٣
لا تباشر المرأة المرأة فتنعتها لزوجها.....	البخاري	صحيح	٨٨
لا تبع ما ليس عندك"	ابن ماجه	صحيح	٨٨
لا ضرر ولا ضرار	ابن ماجه	صحيح	٢١-١٣-١٩
المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن يكون.....	الترمذي،النسائي،ابن ماجه	صحيح	١١٠
المسلمون عند شروطهم	الترمذي	صحيح	١٣
من أقال نادماً بيعه أقال.....	ابن حبان	حسن	١٠٩
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة....	مسلم	صحيح	٨٨

فهرس المراجع والمصادر

أولاً/ القرآن الكريم، وعلومه:

القرآن الكريم

١. الأصفهاني، أبي القاسم الحسين بن محمد ، المفردات في غريب القرآن،(ت٥٠٢هـ)، تحقيق وضبط محمد سيد كيلاني.

٢. الألوسي، شهاب الدين السيد محمود البغدادي(ت١٢٧٠هـ)، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، عنى بنشره وتصحيحه والتعليق عليه للمرة الثانية السيد محمود شكري الألوسي البغدادي، ط دار إحياء التراث العربي.

٣. البروسوي، إسماعيل حقي بن مصطفى الحنفي الخلوتي، روح البيان في تفسير القرآن، ضبطه وصححه وخرج آياته عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، ط١، دار الكتب العلمية،٢٠٠٣م.

٤. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد (ت١٢٥٠هـ)، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، حققه وخرج أحاديثه د.عبد الرحمن عميرة، وضع فهارسه وشارك في تخريج أحاديثه لجنة التحقيق والبحث العلمي بدار الوفاء.

٥. ابن العربي، أبي بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي(ت ٥٤٣هـ)، أحكام القرآن،ط دار الكتب العلمية.

٦. القرطبي، أبي عبدالله محمد بن أحمد بن أبي بكر (ت ٦٧١هـ)، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق عبدالله بن عبدالله المحسن التركي،ط١،مؤسسة الرسالة،٢٠٠٦م.

ثانياً/ الحديث الشريف، وعلومه:

١. الألباني، لمحمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، إشراف محمد زهير الشاويش، ط المكتب الإسلامي.

٢. البخاري، أبي عبدالله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم، صحيح البخاري، ط دار الحديث.

٣. ابن بلبان، الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان (ت٧٣٩)، حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٩٩٣م.

٤. الصنعاني، الحافظ الكبير أبي بكر عبد الرازق بن همام (ت٢١١هـ)، المصنف، تحقيق نصوصه وتخريج أحاديثه والتعليق عليه الشيخ حبيب الرحمن الأعظمي، ط١، منشورات المجلس العلمي،١٩٧٢م.

٥. الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير اليمني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، ط دار الفجر للتراث، ٢٠٠٠م.

٦. ابن ماجه، أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني، (ت ٢٧٣هـ) السنن، حكم على أحاديثه وآثاره وعلق عليه العلامة المحدث محمد ناصر الدين الألباني، ط١، مكتبة المعارف.

٧. مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق محمد مصطفى الأعظمي، ط١، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان ، ٢٠٠٤م.

٨. مسلم، الحافظ أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري(ت ٢٦١هـ)، صحيح مسلم، تخريج صدقي جميل العطار، ط دار الفكر،٢٠٠٣ م.

٩. النسائي، السنن، شرح الحافظ جلال الدين السيوطي، حققه ورقمه ووضع فهارسه مكتب تحقيق التراث الإسلامي، دار المعرفة ابن المغيرة بن برذربه البخاري الجعفي، ط دار الحديث،٢٠٠٤م.

ثالثاً/ أصول الفقه

١. أبي يعلى، القاضي محمد بن الحسين الفراء البغدادي الحنبلي(ت٤٥٨هـ) العدة في أصول الفقه، حققه وعلق عليه وخرج نصه، د.أحمد بن علي سير المباركي، ط١ ،١٩٨٠م.

٢. الإسنوي، الإمام جمال الدين أبي محمد عبد الرحيم بن الحسن (ت ٧٧٢هـ) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، حققه وعلق عليه وخرج نصه الدكتور محمد حسن هيتو، ط ١، مؤسسة الرسالة،١٩٨٠م.

٣. الآمدي، الإمام العلامة علي بن محمد الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، علق عليه العلامة الشيخ عبد الرازق عفيفي، ط ١، دار الصميعي، ٢٠٠٣م.

٤. البرهاني، محمد هشام البرهاني، سد الذرائع في الشريعة الإسلامية، مطبعة الريحاني، ط ١٩٨٥م.

٥. البصري، أبي الحسين محمد بن علي بن الطيب البصري المعتزلي(ت١٠٤٤هـ) المعتمد في أصول الفقه، اعتنى بتهذيبه وتحقيقه محمد حميد الله بتعاون مع محمد بكر وحسن حنفي، ط ١٩٦٤م.

٦. التفتازاني، سعد الدين مسعود ابن عمر التفتازاني(ت ٧٩٢) شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، ط دار الكتب العلمية.

٧. التلمساني، الإمام الشريف أبي عبدالله محمد بن أحمد، مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول دراسة وتحقيق، محمد علي فركوس، ط١،مؤسسة الريان، ١٩٩٨م

٨. التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون، تحقيق لطفي عبد البديع، ط ١٣٨٣هـ، الناشر شركة خياط للكتب والنشر.

٩. الجويني، إمام الحرمين أبي المعالي عبد الملك بن عبدالله، البرهان في أصول الفقه، حققه وقدمه ووضع فهارسه الدكتور عبد العظيم الديب، ط دار الأنصار.

١٠. ابن حزم، أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري(ت٤٥٦هـ) الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق الشيخ أحمد محمد شاكر.

١١. حسن العطار، حاشية العطار على جمع الجوامع،على شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع،للإمام ابن السبكي، ط دار الكتب العلمية.

١٢. الدبوسي، أبي زيد الحنفي، تأسيس النظر ط١، أصول حنفي.

١٣. الرازي، الإمام الأصولي فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي، المحصول في علم أصول الفقه، دراسة وتحقيق الدكتور طه جابر فياض العلواني، ط مؤسسة الرسالة.

١٤. رفيق العجم، موسوعة مصطلحات أصول الفقه عند المسلمين، ط١، مكتبة لبنان ناشرون،١٩٩٨م.

١٥. الزحيلي، الدكتور وهبة الزحيلي، أصول الفقه، ط١، دار الفكر، ١٩٨٦م.

١٦. الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله الشافعي(ت ٧٩٤) البحر المحيط في أصول الفقه، قام بتحريره الشيخ عبد القادر عبدالله العاني، وراجعه الدكتور عمر سليمان الأشقر، ط ٢، دار الصفوة، ١٩٩٢م.

١٧. السبكي، شيخ الإسلام علي بن عبد الكافي السبكي(ت ٧٥٦هـ)،وولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي، الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول، تحقيق وتعليق الدكتور شعبان محمد إسماعيل، ط ١، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة.

١٨. السرخسي، الإمام الفقيه الأصولي أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي(ت ٤٩٠هـ)، أصول السرخسي، حقق أصوله أبو الوفا الأفغاني،ط لجنة إحياء المعارف النعمانية حيدر آباد الدكن بالهند.

١٩. السرخسي، شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة.

٢٠. الشاطبي، أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي (ت ٧٩٠هـ) الموافقات، تقديم العلامة بكر بن عبدالله أبو زيد، ضبطه وعلق عليه وخرج أحاديثه أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط١، دار ابن عفان، ١٩٩٧م.

٢١. الشنقيطي، العلامة محمد الأمين بن محمد المختار الجكني، مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر، إشراف بكر بن عبد الله أبو زيد،ط١، وقف مؤسسة سليمان بن عبد العزيز الراجحي الخيرية، دار عالم الفوائد، ١٤٢٦هـ.

٢٢. عبيد الله بن مسعود المحبوبي البخاري،(ت٧٤٧) تنقيح الأصول، ط دار الكتب العلمية.

٢٣. الغزالي، الإمام أبو حامد محمد بن محمد (ت ٥٠٥) المستصفى من علم الأصول، دراسة وتحقيق الدكتور حمزة بن زهير حافظ.

٢٤. الفرفور، محمد عبد اللطيف صالح الفرفور، الوجيز في أصول استنباط الأحكام في الشريعة الإسلامية، راجعه وقدم له الأستاذ محمد صالح الفرفور، ط دار البشائر.

٢٥. ابن القيم الجوزية، شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر بن أيوب(ت٧٥١هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، حققه وفصله وضبط غرائبه وعلق حواشيه محمد محي الدين عبد الحميد.

٢٦. ابن النجار، العلامة الشيخ محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي الحنبلي (ت ٩٧٢هـ) شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير أو المختبر المبتكر شرح المختصر في اصول الفقه، تحقيق محمد الزحيلي، والدكتور نزيه حماد، ط مكتبة العبيكات،١٩٩٣م.

رابعاً/ كتب الفقه:

١. أبي بكر بن علي بن محمد الحداد اليمني، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري ط مكتبة حقانية.

٢. الأزهري، العلامة الشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهري المالكي(ت ١١٢٦هـ) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني وهو شرح الرسالة لأبي محمد عبدالله بن أبي زيد القيرواني(ت ٣٨٦هـ)، ضبطه وصححه وخرج أحاديثه الشيخ عبد الوارث محمد علي، ط١، دار الكتب العلمية، ١٩٩٧م.

٣. البهوتي، الشيخ منصور بن يونس بن إدريس (ت١٠١٥هـ) شرح منتهى الإرادات دقائق أولى النهى لشرح المنتهى، تحقيق الدكتور عبدالله بن عبد المحسن التركي، ط١، مؤسسة الرسالة،٢٠٠٠م.

٤. البهوتي، الشيخ منصور بن يونس بن إدريس (ت١٠١٥هـ) كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق محمد أمين الضناوي، ط عالم الكتب.

٥. ابن حزم، أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد (ت ٤٥٦هـ) المحلى، تحقيق محمد منير الدمشقي، ط إدارة الطباعة المنيرية.

٦. الحطاب الرعيني، أبي عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربي (ت ٩٥٤هـ) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه الشيخ زكريا عميرات، دار عالم الكتب.

٧. الحموي، السيد أحمد بن محمد الحنفي الحموي، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر،لمولانا زين الدين العابدين إبراهيم الشهير بابن نجيم المصري ط ١، دار الكتب العلمية،١٩٨٥م.

٨. الدردير، أبي البركات سيدي أحمد الدردير، الشرح الكبير مع تقريرات للعلامة المحقق سيدي الشيخ محمد عليش، دار إحياء الكتب العربية.

٩. الدردير، الشيخ أحمد الدردير المالكي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك ط٢، نشر التجارية المتحدة.

١٠. الدسوقي، الشيخ محمد عرفه، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير مع تقريرات للعلامة المحقق سيدي الشيخ محمد عليش، دار إحياء الكتب العربية.

١١. ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي(ت٥٩٥هـ) المقدمات الممهدات، ط دار الغرب الإسلامي، ١٩٨٨م.

١٢. الرافعي، الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي(ت ٦٢٣هـ) العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق وتعليق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، ط ١، دار الكتب العلمية، ١٩٩٧م.

١٣. الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي المنوفي المصري الأنصاري الشهير بالشافعي الصغير(ت ١٠٠٤هـ) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ط دار الكتب العلمية، ١٩٩٣م.

١٤. الرهاوي، يحيى قراجا شرف الدين الرهاوي حاشية الشيخ الرهاوي على المنار، نشر دار سعادت، المطبعة العثمانية، ط١٣١٥ هـ.

١٥. الزيلعي، الإمام فخر الدين عثمان بن علي الحنفي(ت ٧٤٣هـ) تبيين الحقائق، ط١، دار الكتب العلمية،٢٠٠٠م.

١٦. السمرقندي، علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ط١، دار الكتب العلمية، ١٩٨٤م.

١٧. الشاشي، سيف الدين أبي بكر محمد بن أحمد القفال، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، حققه وعلق عليه الدكتور ياسين أحمد إبراهيم درادكه، ط١ مكتبة الرسالة الحديثة، ١٩٨٨م.

١٨. الشربيني، الشيخ شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين، للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي(ت ٦٧٦هـ)، اعتنى به محمد خليل عيتاني، ط ١ ، دار المعرفة، ١٩٩٧م.

١٩. الصاوي، الشيخ أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير ضبطه وصححه محمد عبد السلام شاهين، ط١، دار الكتب العلمية، ١٩٩٥م.

٢٠. ابن عابدين، محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، دراسة وتحقيق وتعليق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، قدم له وقرظه أ.د. محمد بكر اسماعيل، طبعة دار عالم الكتب، ٢٠٠٣م.

٢١. عبد الغني الغنيمي الحنفي، اللباب شرح الكتاب على المختصر المشتهر باسم الكتاب الذي صنفه الإمام أبو الحسين أحمد بن محمد(ت ٤٢٨هـ)، حققه وفصله وضبطه وعلق حواشيه محمد محي الدين عبد الحميد، ط المكتبة العلمية.

٢٢. عبد القادربن بدران الدمشقي، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، صححه وقدم له وعلق عليه، عبدالله عبد المحسن التركي، ط٢، مؤسسة الرسالة، ١٩٨١م.

٢٣. عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، وعليه تعليقات لفضيلة المرحوم محمود أبو دقيقة، ط دار الكتب العلمية.

٢٤. العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام، الفتاوى الهندية العالمكيرية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة، ضبطه وصححه عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، ط ١، دار الكتب العلمية،٢٠٠٠م.

٢٥. الغزالي، الشيخ الإمام حجة الإسلام محمد بن محمد بن محمد (ت ٥٠٥هـ) الوسيط في المذهب، حققه وعلق عليه أحمد محمود إبراهيم، ط١، دار السلام، ١٩٩٧م.

٢٦. ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي(ت ٦٢٠هـ) الكافي، تحقيق الدكتور عبدالله بن عبد المحسن التركي، بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات العربية والإسلامية، دار هجر.

٢٧. ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي(ت ٦٢٠هـ) المغني، تحقيق الدكتور عبدالله بن عبد المحسن التركي، والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، ط ١، دار عالم الكتب، ١٩٨٦م، ط ٢ ، ١٩٩٧م.

٢٨. القرافي، شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس المصري المالكي(ت ٦٨٤هـ) الفروق، قدم له وحققه وعلق عليه عمر حسن القيام، ط ١، مؤسسة الرسالة، ٢٠٠٣م.

٢٩. القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق الأستاذ أحمد بوخبرة، ط١، دار الغرب الإسلامي،١٩٩٤م.

٣٠. القرطبي، الإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد (ت ٥٩٥هـ) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط٦، دار المعرفة، ١٩٨٢م.

٣١. الكاساني، الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي الملقب بملك العلماء(ت ٥٨٧هـ) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط٢، دار الكتب العلمية،١٩٨٦ م.

٣٢. مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوفي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم العتقي عن إمام دار الهجرة وأوحد الأئمة الأعلام أبي عبدالله الإمام مالك بن أنس الأصبحي- رضي الله عنه-، مطبعة السعادة، حقوق الطبع محفوظة للحاج محمد أفندي سامي المغربي التونسي التاجر بالفحامين بمصر.

٣٣. الماوردي، علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق وتعليق الشيخ علي محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ط١،دار الكتب العلمية، ١٩٩٤م.

٣٤. المرداوي، علاء الدين أبي الحسين علي بن سليمان بن أحمد، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف.

٣٥. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط١٠،مطبعة طربين.

٣٦. ابن مفلح، العلامة الفقيه المحدث شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي(ت ٧٦٣هـ) الفروع، تحقيق الدكتور عبدالله بن عبد المحسن التركي، ط ١، مؤسسة الرسالة، دار المؤيد، ٢٠٠٢م.

٣٧. النووي، الإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف، المجموع، شرح المهذب للشيرازي حققه وعلق عليه وأكمله بعد نقصانه محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، حقوق الطبع محفوظة له.

٣٨. النووي، الإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي(ت ٦٧٦هـ)، روضة الطالبين تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، ط دار عالم الكتب، طبعة خاصة بموافقة من دار الكتب العلمية، ٢٠٠٣م.

٣٩. الهيتمي، ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الكبرى الفقهية، دار الكتب العلمية،ط ١٩٨٣م.

٤٠. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط ٢، دار الفكر، ١٩٨٥م.

خامساً/ كتب القواعد:

١. الباحسين ، الدكتور يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، قاعدة" الأمور بمقاصدها"، ط مكتبة الرشد.

٢. الباحسين ، يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، القواعد الفقهية ط١، مكتبة الرشد، ١٩٩٨م.

٣. البورنو، الشيخ محمد صدقي بن أحمد بن محمد البورنو أبي الحارث الغزي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ط٤، مؤسسة الرسالة،١٩٩٦م.

٤. عبد الرحمن إبراهيم زيد الكيلاني، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي عرضاً وتحليلاً، ط المعهد العالمي للفكر الإسلامي، دار الفكر.

٥. عبد القادر داودي، القواعد الكلية والضوابط في الفقه الإسلامي ط١، مركز الإمام الثعالبي للدراسات، دار ابن حزم،٢٠٠٩م.

٦. علي أحمد الندوي، القواعد الفقهية، قدم لها العلامة الجليل مصطفى الزرقا، ط منقحة ومحتوية على زيادات هامة، دار القلم.

٧. محمد عثمان شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية ط١، دار النفائس، ٢٠٠٦م.

٨. مسعود بن موسى الفلوسي، القواعد الأصولية تحديد وتأصيل ط١،مكتبة وهبة،٢٠٠٣م.

٩. البورنو، الشيخ محمد صدقي بن أحمد البورنو أبو الحارث الغزي، موسوعة القواعد الفقهية ط١، ١٤١٦هـ.

١٠. ابن رجب،زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي(ت٧٩٥هـ) القواعد، ط دار الفكر.

١١. ابن اللحام، أبي الحسن علاء الدين علي بن عباس البعلي الحنبلي (ت٨٠٣هـ) القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية، تحقيق وتصحيح محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، ١٩٥٦م.

١٢. المقري، أبو عبدالله محمد بن محمد بن احمد (ت٧٥٨هـ) القواعد، تحقيق الدكتور أحمد بن عبدالله بن حميد، ط مركز إحياء التراث الإسلامي.

١٣. الهذلي، محمد بن مسعود بن سعود العميري، القواعد الفقهية الكلية الخمس وبعض تطبيقاتها على مجتمعنا المعاصر ط١، دار ابن حزم، ٢٠٠٩م.

سادساً/ اللغة، والأدب:

١. الجاحظ ، أبي عثمان عمرو بن بحر، الحيوان، تحقيق وشرح عبد السلام محمد هارون، ط ٢،مكتبة شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي، مكتبة الجاحظ.
٢. الجرجاني، الشريف علي بن محمد، التعريفات، ط١، دار الكتب العلمية، ١٩٨٣م.
٣. الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح مطبعة مصطفى البابي، ١٩٥٠م.
٤. الزبيدي، محمد مرتضي الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس تحقيق علي هلالي، ط٢، مطبعة حكومة الكويت، ١٩٨٧م.
٥. ابن زكريا، أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، ط دار الفكر، ١٩٧٩م.
٦. الزمخشري، أبي القاسم جار الله محمود بن عمر بن أحمد الزمخشري(ت٥٣٨هـ) أساس البلاغة، تحقيق محمد باسل عيون السود،ط١،دار الكتب العلمية،١٩٩٨م.
٧. العلوي، يحيى بن حمزة بن علي بن إبراهيم العلوي اليمني، الطراز المتضمن لأسرار البلاغة وعلوم حقائق الإعجاز ط دار الكتب الخديوية،١٩١٤م.
٨. الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط ط٢، مطبعة مصطفى البابي، ١٩٥٢م.
٩. الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، ط دار الكتب العلمية،١٩٩٤م.
١٠. الكفوي، أيوب بن موسى الحسيني القريني الكفوي،(ت١٠٩٤هـ) الكليات، تحقيق عدنان درويش ومحمد المصري، ط مؤسسة الرسالة.
١١. محمد رواس قلعجي، وحامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء ط٢، دار النفائس،١٩٨٨م.
١٢. ابن منظور، لسان العرب، تولى تحقيقه العاملين بدار المعارف، عبدالله علي الكبير، محمد أحمد حسب الله،هاشم محمد الشاذلي، ط دار المعارف.

خامساً/ الكتب المعاصرة:

١. حسن عبدالله الأمين، الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام، ط١، دار الشروق،١٩٨٣م.

٢. سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنيت دراسة مقارنة، ط دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، ٢٠٠٨م.

٣. عبد الحميد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة المسلمة،ط مؤسسة المختار.

٤. علي محيي الدين علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ط١، دار البشائر الإسلامية، ١٩٨٥م.

٥. محمد ابراهيم الحفناوي، الموسوعة الفقهية الميسرة(الطلاق).

٦. محمد الروكي، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، تقديم الدكتور فاروق حمادة، ط١دار الصفاء، ودار ابن حزم، ٢٠٠٠م.

٧. محمد الطاهر بن عاشور(ت١٣٩٣هـ) مقاصد الشريعة الإسلامية، المطبعة الفنية،١٣٦٦ م.

٨. محمد سعيد محمد الرملاوي، التعاقد بالوسائل المستحدثة في الفقه الإسلامي ط١، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٧م.

٩. محمد عبد الحميد الفقي، الأداء الاقتصادي للمصارف الإسلامية وأثره في عملية التنمية الاقتصادية، ط عالم الكتب.

١٠. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ط٦، دار النفائس، ٢٠٠٧م.

١١. محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، ط٢،دار النهضة العربية،١٩٧٨م.

١٢. محمد معوض، المدخل إلى فنون العمل التلفزيوني، ط دار الفكر العربي.

١٣. الموسوعة الفقهية،وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية– الكويت،ط ٢ ،طباعة ذات السلاسل،١٩٨٣م.

١٤. نجيب عوضين، أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ط دار النهضة العربية، شركة ناس للطباعة.

١٥. هرموش، الشيخ محمود مصطفى عبود هرموش، القاعدة الكلية إعمال الكلام أولى من إهماله وأثرها في الأصول ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات، ١٩٨٧م.

سادساً/ المجلات والأبحاث:

أولاً/ المجلات

مجلة الأمة ،العدد ٢٢،لعام ١٥٠٢هـ ، من شهر شوال.

علي السالوس، ودائع البنوك بين عقود القرض،والوديعة ،والإجارة

مجلة الشريعة والدراسات افسلامية،العدد٥،لعام ١٩٨٦م.

محمد عقلة الإبراهيم، حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة–الهاتف–البرقية–التلكس.

مجلة الدراسات المالية والمصرفية،العدد ١،لعام ١٤١٥هـ

عبد العزيز الخياط، الودائع المصرفية نظرة إسلامية.

مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة ٦،العدد٦،الجزء الثاني،لعام ١٩٩٠م.

علي محيي الدين علي القره داغي، حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة.

مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة ٩،العدد١٨٢،لعام ١٩٩٦م.

محمد علي عبدالله، التكييف الشرعي لحسابات المصارف.

ثانياً/ الأبحاث

١. ربحي الجديلي، حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، بحث منشور عالإنترنيت.

٢. سعد بن عبدالله السبر، العقد بالكتابة والإشارة وآلات الاتصال الحديثة، بحث منشور عالإنترنيت.

٣. سليمان عبدالرازق أبو مصطفى، التجارة الإلكترونية في الفقه الإسلامي (رسالة ماجستير)، لعام ٢٠٠٥م.

فهرس محتويات البحث

م	المحتوي	رقم الصفحة
١.	شكر وتقدير	ب
٢.	إهداء	ت
٣.	المقدمة	ث
٤.	أهمية الموضوع وأسباب اختياره	ث
٥.	الدراسات السابقة	ج
٦.	الصعوبات التي واجهت الباحث	ج
٧.	خطة البحث	ج
٨.	منهج البحث	د
	الفصل التمهيدي **حقيقة القواعد**	
٩.	**المبحث الأول: تعريف القواعد وأصلها**	٢
١٠.	المطلب الأول : معنى القواعد في اللغة والاصطلاح	٣
١١.	المطلب الثاني: الفرق بين القواعد الأصولية والفقهية	٩
١٢.	المطلب الثالث:أصل القواعد الأصولية والفقهية	١٢
١٣.	**المبحث الثاني: نشأة القواعد وأهميتها**	١٩
١٤.	المطلب الأول:نشأة القواعد الأصولية والفقهية	٢٠
١٥.	المطلب الثاني: أهمية القواعد الأصولية والفقهية	٢٣
	الفصل الأول **إعمال الكلام أولي من إهماله**	
١٦.	**المبحث الأول:حقيقة قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله وأصلها وشروط العمل بها**	٢٧
١٧.	المطلب الأول: المعنى الإجمالي لقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله	٢٨
١٨.	المطلب الثاني: أصل قاعدة إعمال الكلام أولى من	٢٩

	إهماله	
١٩.	المطلب الثالث: شروط إعمال الكلام	٣١
٢٠.	**المبحث الثاني: أهمية قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله وتطبيقاتها الفقهية**	٣٨
٢١.	المطلب الأول: أهمية قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله	٣٩
٢٢.	المطلب الثاني: تطبيقات قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله	٤٠
	الفصل الثاني **القواعد المندرجة تحت هذه القاعدة**	
٢٣.	**المبحث الأول: قاعدة الأصل في الكلام الحقيقة**	٤٥
٢٤.	المطلب الأول: أصل القاعدة	٤٦
٢٥.	المطلب الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة	٤٨
٢٦.	المطلب الثالث:علاقة القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله	٤٩
٢٧.	المطلب الرابع: تطبيقات القاعدة	٥٠
٢٨.	**المبحث الثاني:قاعدة إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز**	٥٤
٢٩.	المطلب الأول: أصل القاعدة	٥٥
٣٠.	المطلب الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة	٥٦
٣١.	المطلب الثالث:علاقة القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله	٥٨
٣٢.	المطلب الخامس: تطبيقات القاعدة	٥٩
٣٣.	**المبحث الثالث: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني**	٦٢
٣٤.	المطلب الأول: هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها؟	٦٣
٣٥.	المطلب الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة	٦٦

٣٦.	المطلب الثالث: علاقة القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله	٦٧
٣٧.	المطلب الرابع: تطبيقات القاعدة	٦٨
٣٨.	**المبحث الرابع: ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله**	٧١
٣٩.	المطلب الأول:أصل القاعدة	٧٢
٤٠.	المطلب الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة	٧٣
٤١.	المطلب الثالث:علاقة القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله	٧٤
٤٢.	المطلب الرابع: تطبيقات القاعدة	٧٥
٤٣.	**المبحث الخامس:التأسيس أولى من التأكيد**	٧٨
٤٤.	المطلب الأول: المعنى الإجمالي للقاعدة	٧٩
٤٥.	المطلب الثاني: علاقة القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله	٨٠
٤٦.	المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة	٨١
٤٧.	**المبحث السادس:الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر**	٨٣
٤٨.	المطلب الأول: المعنى الإجمالي للقاعدة	٨٤
٤٩.	المطلب الثاني: علاقة القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله	٨٥
٥٠.	المطلب الثالث:تطبيقات القاعدة	٨٦
٥١.	**المبحث السابع: قاعدة إذا تعذر إعمال الكلام يهمل** ويشتمل على أربعة مطالب:-	٩١
٥٢.	المطلب الأول: المعنى الإجمالي للقاعدة	٩٢
٥٣.	المطلب الثاني:علاقة القاعدة بقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله	٩٣
٥٤.	المطلب الرابع: تطبيقات قاعدة إذا تعذر إعمال الكلام يهمل	٩٤

الفصل الثالث **علاقة القاعدة بالمعاملات المالية**		
٥٥.	**المبحث الأول:**أثر قاعدة إعمال الكلام أولي من إهماله في عقود المعاوضات	**٩٨**
٥٦.	**المطلب الأول** : المعاوضات المالية العامة	**٩٩**
٥٧.	**المطلب الثاني** : المعاوضات المالية المعاصرة	**١٢١**
٥٨.	**المبحث الثاني:** أثر قاعدة إعمال الكلام أولي من إهماله في عقود التبرعات	**١٣٧**
٥٩.	**المطلب الأول:** أثر القاعدة في عقود العارية	**١٣٨**
٦٠.	**المطلب الثاني:**أثر القاعدة في عقود الهبة	**١٤٠**
٦١.	**المطلب الثالث:**أثر القاعدة في عقود الوقف	**١٤٣**
٦٢.	**المطلب الرابع:**اثر القاعدة في عقود الوصية	**١٤٦**
٦٣.	الخاتمة	**١٤٩**
٦٤.	التوصيات	**١٥٠**
الفهارس العامة		
٦٥.	فهرس الآيات القرآنية.	**١٥٢**
٦٦.	فهرس الأحاديث النبوية.	**١٥٤**
٦٧.	فهرس المراجع والمصادر.	**١٥٥**
٦٨.	فهرس الموضوعات.	**١٦٦**
٦٩.	الملخص باللغتين العربية والانجليزية	**١٧٠**

الملخص

يتناول هذا البحث دراسة تحليلية تطبيقية لقاعدة من أهم القواعد الأصولية الفقهية المتعلقة بتفسير النصوص وتطبيقها، ويهدف البحث إلى بيان كيفية إعمال كلام المكلف بطريقة سليمة تعبر عن إرادته،و تلائم بين ألفاظه ومعانيها،والآثار المترتبة علي ذلك،كما ويهدف أيضاً إلى بيان فروعها الفقهية المتعلقة بالمعاملات المالية القديمة والمعاصرة.

وقد توصلت من خلال البحث إلى وجوب إعمال الكلام،إذا كان هناك وجه لإعماله بطريقة من الطرق المعتبرة لغة أو شرعاً.

Abstract

This paper deals with an analytical study applied to the base of the most important rules fundamentalism jurisprudence concerning the interpretation texts and their application, and research aims to show how the realization of speech charge properly express his will, and fit between his words and their meanings, and the implications of this, as is also designed to statement branches jurisprudence concerning financial transactions ancient and contemporary.

The findings of the research should be the realization of speech, if there is a face to the realization in some way considered a language or religiously.