



كلية الدراسات الإسلامية والعربية
دبي

قواعد الفقه الكلية
مستل من شرع مجلة الأحكام العدلية

أ. منير القاضي
وزير معارف
وعميد كلية الحقوق ببغداد سابقاً

رَفْعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

قواعد الفقه الكلية

مستل من شرح مجلة الأحكام العدلية

للأستاذ منير القاضي

وزير معارف

وعميد كلية حقوق بغداد سابقاً

الطبعة الأولى

تَهْيِيد:

مدلول القاعدة الفقهية،

١ - القاعدة في اللغة:

أساس الشيء وأصله، سواء كان الأساس حسياً كقاعدة البناء، أو معنوياً كقاعدة الدين^(١).

وفي الاصطلاح: عرفها التفتازاني بأنها: حكم كلي ينطبق على جزئياته ليتعرف أحكامها منه^(٢).

وعرفها شارح أشباه ابن نجيم فقال: القاعدة هي عند الفقهاء غيرها عند النحاة والأصوليين، إذ هي عند الفقهاء حكم أكثرى لا كلي، ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها^(٣).

وفي ضوء ما قرره الحموي من أن القاعدة حكم أغلبي، يمكن تعريف القاعدة بأنها حكم شرعي في قضية أغلبية يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها. ولكن، وفقاً لتعريف التفتازاني وغيره فإنه يمكن تعريف القاعدة الفقهية بأنها أصل فقهي كلي يتضمن أحكاماً تشريعية عامة من أبواب متعددة في القضايا التي تدخل تحت موضوعه^(٤).

(١) انظر تاج العروس: ٤٧٢/٢ .

(٢) انظر التلويح على التوضيح: ٢٠/١٠ .

(٣) انظر غمز عيون البصائر: ٢٢/١ .

(٤) القواعد الفقهية لعلي الندوي: ٤٥ وقارن بما ذهب إليه الدكتور الزحيلي، انظر كتابه القواعد الفقهية: ١٨ .

٢ - الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية:

أول من ميز بين القاعدتين هو الإمام القرافي فنصّ على أن الشريعة اشتملت على أصول وفروع. وأصولها قسمان:

أحدهما: المسمى بأصول الفقه، وهو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة، وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح، ونحو الأمر للوجوب، والنهي للتحريم..

والقسم الثاني: قواعد فقهية كلية، كثيرة العدد، عظيمة المدد، مشتمل على أسرار الشرع وحكمه، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى، ولم يذكر شيء منها في أصول الفقه، وإن اتفقت الإشارة إليه هناك على سبيل الإجمال، فبقي تفصيله لم يتحصل^(١).

ويمكن إدراك الفرق بين نوعي القواعد إضافة إلى ما ذكره القرافي فيما يلي:

أ - القواعد الأصولية قواعد كلية تنطبق على جميع جزئياتها أما القواعد الفقهية فإنها أغلبية وتلحقها مستثنيات.

ب- القواعد الأصولية سابقة على الفروع، أما القواعد الفقهية فإنها متأخرة في وجودها عن الفروع.

ج- القواعد الأصولية هي مجال استنباط المجتهد يستعين بها لمعرفة حكم الوقائع المستجدة. أما القواعد الفقهية فإنها مجال عمل الفقيه والمفتي ليعرف الأمر الكلي الذي ينطبق على فروع فقهية كثيرة. على أن هناك تداخلا في بعض الأحيان بين النوعين من هذه القواعد لتعدد وجهة النظر إلى بعض هذه القواعد.

(١) انظر الفرق: ١ / ٢ - ٣ .

فمثلاً: إذا نظرنا إلى سد الذرائع باعتبار أن موضوعه دليل من أدلة الأحكام الشرعية كان قاعدة أصولية.

وإذا نظرنا إليه باعتباره فعلاً للمكلف كان قاعدة فقهية كأن يقال: كل مباح أدّى فعله إلى حرام فهو حرام^(١).

٣ - الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية:

النظرية العامة في مسائل الفقه الكبرى إنما التفت إليه في بداية القرن العشرين علماء جمعوا في دارستهم المقارنة بين منهج الفقهاء ومنهج القانونيين، وفي هذا يقول الدكتور عبدالرزاق السهوري: إن الفقه الإسلامي في مراجعه القديمة لا توجد فيه نظرية خاصة للعقد، بل هو يستعرض العقود المسماة عقداً، وعلى الباحث أن يستخلص النظرية العامة للعقد من بين الأحكام المختلفة لهذه العقود المسماة، فيقف عند الأحكام المشتركة التي تسري على الكثرة الغالبة من هذه العقود^(٢). وفي ضوء هذا يتضح أن النظرية العامة هي تجميع لموضوعات فقهية تشترك في الأركان والشروط والأحكام وتؤلف بينها وحدة موضوعية لهذه الموضوعات.

وذلك مثل نظرية الملكية، ونظرية العقد، ونظرية الإثبات، ونظرية الضمان، ونظرية تحمل التبعة. إلى غير ذلك مما أفاض فيه وتناوله علماءنا في بحوثهم ورسائلهم الجامعية.

فالنظرية الفقهية العامة هي غير قاعدة الفقه الكلية إذ هذا بمثابة قواعد خاصة تجاه القواعد العامة. فيمكن أن نلمح الفرق بين النظريات العامة والقواعد الفقهية: بأن القاعدة الفقهية تقوم على حكم فقهي معين، وهذا

(١) انظر القواعد الفقهية للنسوي: ٦١ .

(٢) انظر مصادر الحق: ١٩/٦ .

الحكم موجود في الفروع المدرجة تحت القاعدة. أما النظرية الفقهية فإنها لا تتضمن حكماً فقهياً واحداً في ذاتها وإنما هي تطواف على جوانب الموضوع وما يتبعه من أحكام.

وإذا كان اعتبار دراسة الفقه الإسلامي في نطاق النظريات العامة أمراً مستحدثاً عند كثير من الباحثين المعاصرين كالسنهوري وغيره^(١) فإن التأمل في كثير مما كتبه أسلافنا: كالخراج، والأموال، والتعليل، ومجمع الضمانات، والشروط، وأدب القضاء وغيرها يجعل هذا الحكم محط نظر، ومدعاة للتأمل.

٤- نشأة القواعد الفقهية والتدوين فيها:

إن فقهاء المذهب الحنفي كان لهم السبق في تدوين القواعد الفقهية من تتبع الفروع والمسائل الجزئية وقد تظافرت الروايات على أن الإمام أبا طاهر الدباس من فقهاء القرن الرابع الهجري قد جمع أهم قواعد المذهب الحنفي في سبع عشرة قاعدة كلية. وروى أن الهروي الشافعي رحل إلي الدباس ونقل عنه بعض هذه القواعد.

ثم عمد الكرخي - وهو من أقران الدباس - إلى وضع رسالته المشهورة في القواعد التي تحتوي على سبع وثلاثين قاعدة، وتابع الكرخي في تنمية هذا اللون من التأليف أبو زيد الديبوسي من علماء القرن الخامس الهجري، والسمرقندي وابن نجيم وغيرهم.

ثم أخذ الفقهاء من مختلف المذاهب يتعرضون للقواعد عند تعليل الأحكام وترجيح الأقوال مثل الكاساني وقاضيخان والقرافي والونشريسي

(١) انظر القواعد الفقهية للندوي: ٥٤ والقواعد الفقهية للدكتور محمد الزحيلي: ٢٢.

والنووي وابن تيمية وابن القيم وابن رجب والسيوطي وابن السبكي وابن نجيم والزرکش وغيرهم.

وفي القرن السابع الهجري كان الإمام عز الدين بن عبدالسلام قد دخل هذا الميدان فألف فيه كتابه الشهير: «قواعد الأحكام في مصالح الأنام» ثم توالى المؤلفات: باسم القواعد أو الأشباه والنظائر.

٥ - من آخر من ألف في القواعد الفقهية:

لجنة من فقهاء الخلافة العثمانية كلفت بوضع مجلة الأحكام العدلية. وقد صدرت المجلة في عام ١٢٩٢هـ متضمنة أحكام المعاملات ومسائل الدعاوي وأحكام القضاء وهي أول تقنين للفقه الإسلامي على غرار القوانين الوضعية في البلاد الأوروبية.

وقد عمد واضعوا المجلة إلى أن تكون مقدمتها مجموعة من القواعد الفقهية مختارة من أهم ما تضمنه كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم أو غيره من الكتب.

وعملت المجلة بعد صدورها على جمع المحاكم النظامية في دول الخلافة فسدت في حينها فراغاً كبيراً في عالم القضاء والمعاملات بين الناس.

وقد تم عرض القواعد الفقهية في المجلة عرضاً غير مرتب مما جعل بعض القواعد المتقاربة تتباعد، والمتباعدة تتقارب.

واختلطت في هذه القواعد: الأساسية بالفرعية، والفقهية بالأصولية.

وعني كثير من العلماء بالمجلة من حيث الشرح والتوضيح والتعليق.

وكان من هذه الشروح مؤلف الاستاذ الفقيه العلامة المرحوم منير

القاضي، كان وزيراً للتربية وعضواً في المجمع العلمي، وقضى أكثر عمره

في كلية الحقوق العراقية استناداً باحثاً وعميداً.

وقد اخترنا أن يكون شرحه للقواعد في مقدمة شرح المجلة، هو الكتاب الذي يرجع إليه الطلبة في كلية الدراسات الاسلامية والعربية بدبي في مقرر القواعد الكلية.

وإذا كان مما يؤخذ على الشرح أنه سار على طريقة واضعي المجلة من السرد للقواعد وعدم التنسيق، فإننا نأمل من أستاذ المادة أن يتولى هذا الجانب المفقود فيقوم هو بدور الترتيب والتنسيق لطلبته، والتوضيح لما جاء مبهماً، والتفصيل لما جاء مجملاً، ليكمل النقص ويعود الأذهان على التقصي والبيان.

٦ - وأخيراً نود أن نشير إلى مشروع مهم وأصيل بدأ بمبادرة من ديوان صاحب السمو الشيخ زايد بن سلطان آل نهيان حفظه الله ورعاه إذ رغب الديوان إلى مجمع الفقه الاسلامي أحد مؤسسات منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة أن يتولى عمل موسوعة تجمع شتات القواعد الفقهية بجرد جميع المصنفات الفقهية مطبوعة ومخطوطة لتصنف بعد ذلك هذه القواعد وتودع في موسوعة مرتبة الترتيب المعهد للموسوعات وتسمى بـ «معلمة القواعد الفقهية».

وستكون هذه المعلمة فتحاً كبيراً للدارسين والباحثين والقضاة والمفتيين. وهو عمل نرجو أن يؤتي ثماره عما قريب إن شاء الله.

والله ولي التوفيق

المقدمة محتوية على مقالتين

« المقالة الأولى » تعريف الفقه وتصنيف أبحاثه

المقدمة (بكسر الدال المشددة) لغة بمعنى الشيء المتقدم على غيره مثل مقدمة الجيش.

وفي المصطلح العلمي تطلق على معنيين:

الأول: ما يتوقف عليه صحة الشروع في علم، مثل تعريف ذلك العلم وبيان موضوعه وغايته. فإن صحة الشروع في علم يتوقف على بيان تعريفه وموضوعه وغايته أولاً، لأن من عرف هذه الثلاثة لعلم يكون قد تصور العلم إجمالاً فيكون شروعه فيه شروعاً في شيء غير مجهول عليه جهالة مطلقة، فهو شرع صحيح. ولنقدمه في هذا المعنى تسمى «مقدمة العلم».

الثاني: طائفة مخصوصة من كلام قدمت أمام المقصود لإرتباط له فيها، وانتفاع بها فيه، سواء توقف المقصود عليها أو لم يتوقف. والمقدمة بهذا المعنى تسمى «مقدمة الكتاب» فكل مقدمة علم هي مقدمة كتاب ولا عكس.

الفقه:

هو العلم بالمسائل الشرعية العلمية المكتسبة من أدلتها التفصيلية. المراد من المسألة، القضية التي يقام الدليل على إثباتها مثل (بيع المجهول فاسد، بيع المعدوم باطل، الوديع لا يضمن الوديعة إذا هلك) ونحو

ذلك من القضايا الفقهية فأنها يقام الدليل على إثباتها كأن يقال بيع المجهول فاسد، لأنه يؤدي إلى النزاع وكل عقد يؤدي إلى النزاع فاسد. وبيع المعدوم باطل، لأن فيه غرراً والغرر ممنوع شرعاً. الوديع لا يضمن الوديعة إذا هلكت، لأنه أمين والأمين لا يضمن الأمانة إذا هلكت.

المراد من الشرعية: أن يكون إدراكها موقوفاً على خطاب الشارع، فإن كون الشيء صحيحاً أو فاسداً أو نافذاً أو موقوفاً أو لازماً. وكون الشخص ضامناً أو مكلفاً بعمل شيء، ونحو ذلك من الأحكام التي تتضمنها المسائل الشرعية، إنما تعرف من خطاب الشارع، نظير هذا في القوانين، إن معرفة كون زيد القاتل عمراً خطأ، يستحق الحبس لمدة ثلاث سنوات، يتوقف على خطاب الهيئة التشريعية المثبت في قانون العقوبات.

والمراد من العلمية: المسائل الشرعية المتعلقة بأعمال الخلس فيخرج من الفقه المسائل الشرعية المتعلقة بالعقيدة فإن هذه تدخل في علم آخر. المراد بالمستنبطة من الدلالة: أن تكون الأحكام في المسائل مستخرجة من الأدلة التي أقامها الشرع.

والأدلة الشرعية اجمالية وتفصيلية. فالاجمالية هي الكتاب والسنة والإجماع والقياس ومعنى كونها إجمالية أن الأدلة فيها جاءت مجملة. مثلاً أن الكتاب اشتمل على أوامر ونواهي من دون أن يبين فيه أن الأمر الفلاني للوجوب، والأمر الفلاني للإرشاد إلى شيء مستحسن. فالأمر من حيث هو دليل إجمالي، مثلاً جاء في الكتاب ﴿واشهدوا إذا تباعتم، وليكتب بينكم كاتب بالعدل وأوفوا بالعقود﴾.

فهل هذه الأوامر كلها للوجوب؟ أم أنها للندب؟ أم للإرشاد؟ أم أن بعضها للوجوب وبعضها لغير ذلك؟

لكن قد فصلت أحكام هذه الأدلة في علم أصول الفقه، فمن أتقن هذا العلم يعرف أن الأمر الوارد في الآية الفلانية يدل على الوجوب مثلاً فيكون ما تضمنته الآية من الحكم واجباً واجراً خلافة باطل، وعندئذ تعتبر الآية المذكورة دليلاً تفصيلاً في الحكم المذكور يستنبط منه أحكام الوقائع، فتتكون المسائل الفقهية، ولا تقف عند حد بل أنها تتزايد حسب نوع الحوادث والوقائع طول الزمن، مثلاً نعرف من علم الأصول أن الأصل في الأمر أن يكون للوجوب مالم تقم القرائن على خلاف ذلك، وبعد هذه المعرفة نستعرض الآية ﴿أوفوا بالعقود﴾ فنجدها دالة على الوجوب، فهي إذاً دليل تفصيلي نستنبط منه أحكام الوقائع المتعلقة بالعقود، فنقول تسليم المبيع إلى المشتري لازم لأنه إيفاء العقد، وتسليم المشتري الثمن إلى البائع لازم لأنه إيفاء بالعقد، وعلى هذا المقياس.

والأبحاث الفقهية تصنف إلى خمسة أقسام:

- الأول: ما يتعلق بعبادة الله تعالى، ويسمى (العبادات).
 - الثاني: ما يتعلق بأحوال الأسرة، ويسمى (الأحوال الشخصية).
 - الثالث: ما يتعلق بالمعاملات بين سائر الناس، ويسمى (المعاملات).
 - الرابع: ما يتعلق بالعقاب على الجرائم، ويسمى (العقوبات)^(١).
 - الخامس: ما يتعلق بأمور الحري، ويسمى (السير) بكسر السين وفتح الياء أو (الجهاد).
- ومن القسمين الثاني والثالث يتكون القانون المدني.

(١) القصاص والحدود والتعزير.

« المقالة الثانية »

القواعد الفقهية

القاعدة في عرف أصول الفقه: الحكم الكلي الذي ينطبق على جميع جزئياته لتعرف أحكامها، بحيث لا يشذ منها شيء مثل قولنا (العقد الباطل لا يترتب عليه حكم) فكل جزئي من العقود الباطلة لا يترتب عليه حكم، ولا يشذ عن هذه القاعدة شيء من العقود الباطلة مهما كان نوعها. فالبيع الباطل لا يترتب عليه حكم وكذلك الاجازة الباطلة والرهن ونحوها. ونظير ذلك في العربية (الفاعل مرفوع) فكل فرد من أفراد الفاعل مرفوع وليس شيء منها يخالف هذه القاعدة.

والقاعدة في عرف الفقه: حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته أو على أكثرها لتعرف أحكامها منه. وهذه القواعد التي سنبحث فيها منها ما ينطبق على جميع جزئياته ولا يخرج عن حكمه شيء منها، ما ينطبق على أكثر جزئياته وقد يخرج بعضها عن حكمه، مثلاً أن القاعدة القائلة (القديم يترك على قدمه) قد يخرج عن حكمها بعض جزئياته كما لو كان مسيل دار يصب من القديم في الطريق العام فإنه لا يترك على قدمه بل يجب سده، ذلك بناء على حكم القاعدة القائلة (الضرر لا يكون قديماً).

ومجموع القواعد المدرجة في المقالة الثانية تسع وتسعون. وليس معنى هذا أن قواعد الفقه محصورة بهذه القواعد وحدها فإن هناك قواعد كثيرة أخرى منتشرة في الكتب الفقهية لو جمع كلها لكونت كتاباً قيماً في علم الحقوق. وقد جمع الفقيه الكبير عبدالرحمن بن رجب الحنبلي المتوفي سنة

٧٩٥هـ من ذلك شيئاً كثيراً كون كتاباً جليلاً أسماه (القواعد).

- القاعدة الأولى -

الأمور بمقاصدها «م ٢»^(١)

أي إن الحكم الشرعي في الأمور التي يجريها الناس يتكيف حسب قصدهم من إجرائها فقد يعمل إنسان شيئاً بقصد فيترتب على عمله حكم ثم يعمل مثله بقصد آخر فيترتب على عمله حكم آخر وقد يعمل شخصان فعلين متماثلين لكن كل منهما يقصد من فعله غير ما يقصده الآخر فيختلف الحكم الشرعي في الفعلين باختلاف القصد.

الأمثلة:

١ - لو أخذ أحد لقطه عن قصد حفظها ليردها إلى صاحبها فإنه يكون أميناً لا ضمان عليه إذا هلكت اللقطة بيده بدون تعد منه أو تقصير، ولو أخذها على قصد أن تكون له، يكون غاصباً فيضمنها إذا هلكت في يده ولو بدون تعد منه أو تقصير، ويعرف قصده من قرائن الحال، مثلاً لو أشهد حين الالتقاط، بأن قال عندي شيء ضائع فإن سمعتم أحداً يطلبه فأرشدوه إليّ، يعرف أنه التقطها لصاحبها، وإلا يعرف أنه أخذها لنفسه، اللهم إلا إذا وجدها في محل لم يجد فيه من يشهده فيصدق

(١) لهذه القاعدة سند من الكتاب والسنة:

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿ومن يخرج من بيته مهاجراً إلى الله وسوله ثم يدركه الموت فقد وقع أجره على الله، وكان الله غفوراً رحيماً﴾ النساء: ١٠٠. قيل في سبب نزول الآية: أن رجلاً

بيمينه عن قصده.

٢ - لو قال شخص لآخر أبيعك سيارتي هذه بمائة دينار، وقصد من المضارع (أبع) زمن الحال، وقال المشتري قبلت، ينعقد البيع. وإذا قصد من المضارع زمن الاستقبال لا ينعقد البيع، لأنه يكون وعداً بالبيع لا بيعاً.

٣ - إذا دفع أحد لآخر شيئاً من المثليات على أن يبيعه يكون الربح له كاملاً (أي للمدفع له) تكون المعاملة قرضاً فيكون المثلي مضموناً على المدفوع له والربح والخسارة عليه. وإذا كان قد دفعه على أن يبيعه ويكون الربح مشتركاً بينهما، كانت المعاملة مضاربة، وكان المدفوع له مضارباً فهو أمين لا ضمان عليه إذا هلك المال بلا تعد منه ولا تقصير، ولا يتحمل شيئاً من الخسارة، ويكون الربح مشتركاً بينهما حسب الشرط. وإذا كان قد دفعه على أن يبيعه ويكون الربح كله للدافع تكون المعاملة ابضاعاً، ويكون المال أمانة بيد المدفوع له. ولكن يجب أن نعلم أن النية التي يزعمها في الأمور القولية إنما تعتبر إذا كان اللفظ

من خزاعة كان مريضاً، فلما وقع الأمر بالجهرة طلب من أهله أن يحملوه إلى رسول الله ﷺ ففعلوا، فأتاه الموت وهو بالتنعيم، فنزلت هذه الآية، فكان هذا بيان أن إدراك الأجل قبل إكمال العمل مع القصد إليه لا ينقص ثوابه ومكانته عند الله تعالى لوجود النية الصادقة عند صاحبه فعلمنا أن الأمور بمقاصدها.

وقول الله تعالى: ﴿وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين﴾ البينة: ه وقوله: ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم﴾ البقرة: ٢٢٥، ولا يخفى ما تحمله هاتان الآيتان من إعتداد بالنية وتعويل على المقصد.

وأما السنة: قوله ﷺ الذي أخرجه الأئمة المشهورون: إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينفكها، فهجرته إلى ما هاجر إليه. ففي الحدث دلالة جلية على أن تصرفات الإنسان القولية والفعلية تختلف أحكامها ونتائجها وأثارها باختلاف القصد والنية. وأحاديث استحضار النية واعتبار القصد تفوق الحصر والإحاطة والعد.

يحتملها، وإلا فلا يعتبر وجود تلك النية. مثلاً لو قال قصدت من قولي وهبتك فرسي هذه البيع، لا يعتبر هذا القصد، لأن اللفظ لا يحتمله، لأن الهبة تملك بلا عوض والبيع تملك بعوض.

- القاعدة الثانية -

العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ

والمباني «م ٣»

أي المنظور إليه في ترتيب الأحكام على العقود هو المعاني التي يقصدها العاقدون من عقودهم، لا مطلق المعاني التي تحملها الألفاظ المستعملة في صيغة العقد (أي الإيجاب والقبول)، غير أن جانب الألفاظ لا يهمل بالمرّة، لأن الألفاظ قوالب المعاني المعبرة عنها، فالظاهر في بادئ الأمر مراعاة المعاني التي تحملها الألفاظ والمعاني في الصيغة، ولكن إذا لم يمكن الجمع بين مراعاة معاني الألفاظ والمعاني التي قصدها العاقدون، يرجح جانب المعاني المقصودة ويهمل جانب الألفاظ. ويظهر قصد العاقدين من العبارات التي تلحق صيغة العقد، أو من قرينة الحال، فهي المفسرة للقصد منه، لذلك لا بد من أن يكون بين الصيغة وبين المعنى المقصود مناسبة في الجملة ليصلح أن تكون العبارة اللاحقة بالصيغة مفسرة للقصد.

الأمثلة:

١ - البيع بالوفاء (وهو البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري المبيع) رهن، لأن العقد بهذا الشرط يؤول إلى أن المال يبقى بيد

المشتري وثيقة لاستيفاء ما دفعه إلى البائع من الثمن. فالعقد وإن جرى بلفظ البيع، إلا أنه بالنظر إلى الشرط اللاحق الذي اتفق عليه الطرفان ظهر أن قصدهما من هذا العقد هو استدانة أحد العاقدين من الآخر مالاً ورهن الثاني ملكه بالدين الذي عليه. وبين البيع والرهن تناسب في الجملة، لأن في الرهن شبه معاوضة. غير أن الفقهاء جوزوا في البيع بالوفاء أن ينتفع المشتري من المال الذي أخذه من البائع، مع أن المرتهن ليس له أن ينتفع من المرهون. والسبب في ذلك الحاجة التي دعت إلى تجويز هذا البيع بهذا الشكل على ما سيأتي عند الكلام في البيع بالوفاء.

٢ - الهبة بشرط العوض بيع انتهاء: فلو قال شخص لآخر وهبتك هذا المال بدل دينار منك أو بدل فرسك هذه فقبل الآخر، فإن العقد يعتبر بيعاً انتهاءً، وإن كانت الصيغة بلفظ الهبة، لأن العبارة اللاحقة بالإيجاب فسرت العقد وبين الهبة والبيع تناسب في الجملة من حيث إن كلاً منهما لتمليك الأعيان.

٣ - الحوالة بشرط عدم براءة الأصيل كفالة والكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة. انظر المادة (٦٤٨).

٤ - اعارة المكيلات والدراهم والدنانير: فلو أعار أحد كيل حنطة لآخر فإن الحنطة تكون قرضاً مضموناً على المستعير لا عارية أمامه، بقرنية الحال لأن المكيلات والدراهم، لا ينتفع بها إلا باستهلاك أعيانها مع أن العارية إنما تكون في الشيء الذي ينتفع به مع بقاء عينه. فالعقد إذاً قرض.

٥ - الوكالة بعد الموت وصاية والوصاية في الحياة وكالة: فلو قال أحد لآخر

أوصيتك اليوم على بيع فرسي بكذا، كان وكيلاً، ولو قال له أنت وكيلي
بعد موتي، كان وصياً، وبين الوكالة والوصاية تناسب في الجملة لأن في
كل منها إنابة.

وهذه القاعدة فرع من القاعدة الأولى: لأن مفهوم القاعدة الأولى يعمها،
فإن (العقود) نوع من (الأمر).

(ويستثنى) من حكم هذه القاعدة البيع بنفي الثمن فإن مقتضى هذه
القاعدة يقتضي أن يكون هبة، إلا أن الفقهاء ذهبوا إلا أنه بيع باطل.
وقد اختلفوا في إعتبار الإجارة بنفي الأجرة عارية فمنهم من اعتبر
العقد باطلاً ولم يعتبره عارية فيكون من مستثنيات هذه القاعدة، ومنهم من
اعتبره عارية فيكون من أمثلة القاعدة. وما أدري لماذا لم يختلفوا في صورة
البيع بنفي الثمن كإختلافهم في الإجارة بنفي الأجرة؟ مع أنه لا فرق بين
المسألتين.

- القاعدة الثالثة -

اليقين لا يزول بالشك «م ٤»^(١)

أي أن الشك الطارئ، لا يغير حكم اليقين السابق. بمعنى أن الأصل
المتقرر المتعين لا يزول بطرود الشك عليه. فإذا كان ثبوت شيء متيقناً لا

(١) لهذه القاعدة سند من السنة النبوية الشريفة، فقد روى الإمام البخاري رضي الله عنه عن عباد
بن تميم عن عمه: أنه شكاً إلى رسول الله ﷺ الرجل الذي يخيل إليه أنه يجد الشيء في
الصلوة، فقال: لا ينفتل حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً والحديث من رواية مسلم أيضاً، بالفاظ
متفاوتة وطرق متعددة. وقد شرحه الإمام النووي فقال: هذا الحديث أصل من أصول الإسلام،

يحكم بزواله بمجرد طرء الشك بزواله، نعم إنه إذا قام الدليل على زواله
فصار زواله متيقناً، يحكم بزواله.

إن هذه القاعدة أصل للقاعدة الرابعة فما بعدها إلى الحادية عشر،
ويتفرع عليها أكثر المسائل الفقهية.

الأمثلة،

- ١ - لو قال أحد أظن أنني مدين لزيد مائة دينار. لا يعتبر قوله هذا إقراراً،
لأن براءة الذمة هي المتيقنة فلا تزول بالظن.
- ٢ - لو قال شخص: أظن أن ليس لي في ذمة زيد دين ثم أقام البينة على
أن زيداً مدين له مبلغاً من الدراهم لا يعتبر قوله السابق إبراء.
- ٣ - إذا طلب المشتري رد المبيع بخيار العيب بدعوى ظهور عيب قديم فيه،
ولدى إراءة الشيء الذي ادعى أنه عيب ويريد الرد بسببه، إلى ذوي
الخبرة، إذا اختلفا في كونه عيباً، فليس له الرد، لأن عدم كون الشيء
عيباً هو الأصل وهو لا يزول بطرء الشك.

وقاعدة عظيمة من قواعد الفقه: وهي أن الأشياء يحكم ببقائها على أصولها حتى يتيقن خلاف
ذلك، ولا يضر الشك الطارئ عليها. وإذا كان الحديث أو الأحاديث دلت على صحة الصلاة ما لم
يتيقن الحدث فإنها غير مقصورة على بيان موردها فإذا كانت الصلاة هكذا فغيرها أولى.
ثم إننا ندرك بالعقل أن اليقين أقوى وسائل الإدراك إذ به يتحقق القطع في الدلالة والمقطوع به لا
ينهدم بالشك فلو لم يأت السند من السنة لكان سند العقل قاضياً بما تدل عليه القاعدة.

- القاعدة الرابعة -

الأصل بقاء ما كان على ما كان «م ٥»

أي إذا ثبت كون الشيء في زمن على حال، فإذا لم يقد الدليل على تغيير حاله يعتبر أنه متلبس بتلك الحال، لأن البقاء هو الأصل والعدم طارئٌ ويسمى هذا الاعتبار بعرف أصول الفقه استصحاباً. وهو: الحكم ببقاء أمر محقق لم يتحقق عدمه.

والاستصحاب نوعان: مستقيم، ومعكوس. فالمستقيم هو الحكم بكون الشيء ثابتاً في الحال لتحقق ثبوته في الماضي من غير أن يقوم الدليل على عدمه. والمعكوس هو الحكم بكون الشيء ثابتاً في الماضي لتحقق ثبوته في الحال من غير أن يقوم الدليل على عدمه في الماضي.

الأمثلة على الأول،

١ - يعتبر المفقود حياً ما لم يقد الدليل على موته، لأن حياته قبل غيبته متحققه، والأصل بقاءها ما لم يقد الدليل على عدمها. ويتفرع على ذلك أن أموال المفقود لا تقسم على ورثته، وليس لزوجه أن تتزوج زوجاً غيره، إلى أن تتحقق وفاته.

٢ - ما جاء في المادة (١٧٧٧) من أنه إذا اختلف في كون المسيل الواقع في ملك أحد حادثاً أو قديماً ولم تكن لأحد الطرفين بينة ينظر فإن كان جريان الماء في المسيل قبل الخصومة معلوماً، يحكم ببقائه بعد تحليف صاحب المسيل بعدم كونه حادثاً، وإن كان غير معلوم، يحكم بسده، ويعتبر قول صاحب الملك بعد تحليفه بعدم كون المسيل جارياً من القديم.

الأمثلة على الثاني:

١ - ما جاء في المادة (١٧٧٦) من أن المستأجر والمؤجر إذا اختلفا في كون ربح الماء المأجورة قد انقطع منها الماء مدة، خلال مدة الإجارة، وطلب المستأجر تنزيل الحصة التي تصيب مدة الانقطاع من الأجرة، ولم يكن لأحد الطرفين بينة: يحكم الحال، فإن كان الماء جارياً وقت الخصومة يكون القول قول المؤجر مع اليمين ويحكم له بجميع الأجرة، وإن كان منقطعاً يكون القول قول المستأجر مع يمينه، ويحكم بتنزيل ما يصيب مدة الانقطاع من مجموع الأجرة

٢ - لو صرف الأب لنفقته شيئاً من مال ولده الغائب ثم حضر الولد وادعى أن أباه حين صرف المال لنفقته كان موسراً لا يستحق النفقة عليه، وطلب تظمينه فانكر الأب أنه كان موسراً وقت صرفه المال، ولم يكن لأحد الطرفين بينة، يحكم الحال، فإن كان الأب حين الخصومة موسراً يعتبر أنه كان موسراً أيضاً وقت صرفه المال فيحكم عليه بالضمان، وإن كان معسراً يعتبر إنه كان معسراً أيضاً وقت صرفه المال، وترد دعوى الضمان

ويستثنى من حكم هذه القاعدة ما لو ادعى الوديع رد الوديعة إلى المستودع مع انكار المستودع ذلك فإنه يصدق الوديع بيمينه مع أن الأصل بقاء الوديعة بيد الوديع، فكان الواجب اعتبار النوع الأول من نوعي الاستصحاب. ووجه هذا الإستثناء هو أن الوديع يدعي براءة ذمته من الضمان، والمودع يدعي انشغال ذمته، والأصل براءة الذمة.

- القاعدة الخامسة -

القديم يترك على قدمه «م ٦»

القديم هو الذي لم يوجد من يعرف أوله بطريق المشاهدة. والحادث بخلافه.

فالقديم الذي يرى أنه موافق للشرع إذا لم تقم حجة على كونه مخالفاً للشرع فإنه يترك على قدمه، لأن حسن الظن بالناس يقضي بكونه جاء مبنياً على حكم الشرع أي مبنياً على سبب شرعي. فإذا قامت الحجة على أنه لم يكن مبنياً على سبب شرعي فإنه يترك على قدمه. بل يزال إذا كان فيه ضرر فاحش، كما لو كان مسيل دار في الطريق العام من القديم، فإنه لا ينظر إلى القدم بل يحكم بسده لأن كونه غير مشروع ظاهر، لأن الطريق العام لا يملك رقبة ولا منفعة.

الأمثلة:

١ - إذا كانت تولية وقف قديم وغلته مشروطتين لأولاد الواقف وأولاد أولاده، وكان خالد وسعيد يتصرفان في التولية والغلة من القديم باعتبارهما من أولاد الواقف، فليس لأحدهما أن يغير هذا التصرف القديم فيمنع الآخر من الاشتراك في التولية والغلة، ويطلب منه إثبات كونه من أولاد الواقف، لأن القديم يترك على قدمه.

٢ - إذا كان مسيل دار أحد في ملك غيره من القديم فليس لصاحب الملك رفع المسيل وسده عن ملكه، لأن صاحب المسيل يعتبر مالكاً للمسيل أو لحق المسيل بوجه من الوجوه الصحيحة الشرعية، مثل الشراء والأرث

أو القسمة. فهو متصرف في ملكه، ولا يمنع أحد من التصرف في ملكه.

- القاعدة السادسة -

الضرر لا يكون قديماً «م ٧»

أي إن الضرر العام إذا كان منبعثاً من الشيء القديم فإن هذا القديم لا يترك بل يجب رفعه دفعاً للضرر العام ولا يسمح ببقائه لقدمه لأن الضرر العام فاحش، والضرر الفاحش يزال. فهذه القاعدة مقيدة للقاعدة السابقة، بخلاف الضرر الخاص فإنه إذا انبعث عن أمر قديم، لا يزال بل يترك على قدمه، لما مر من العلة فيجري فيه حكم القاعدة السابقة.

الأمثلة:

- ١ - إن الظلل الواطئة ونحوها من الأشياء الكائنة على الطريق العام والتي تضر بالمارة يجب قلعها ولا يشفع قدمها لبقائها.
- ٢ - إذا كان لأحد مجرى بالوعة أو مرحاض مثلاً يجري من القديم إلى نهر الشفة (أي النهر الذي يشرب منه عامة الناس) لا ينظر إلى قدمه ويجب سده إذ لا يتصور شرعاً أن يكون لأحد حق الإضرار بالعامه.
- ٣ - إذا كان الطريق الخاص غير المملوك لأصحابه قد سد مدخله عن الطريق العام من القديم ، فإن السد يجب رفعه لأن للعامه حق الدخول فيه عند الإزدحام، ففي سده ضرر بهم، والضرر لا يكون قديماً.

- القاعدة السابعة -
الأصل براءة الذمة «م ٨»

أي إن الراجح بالنظر والاعتبار هو أن ذمة الإنسان غير مشغولة لغيره بشيء. لأن الإنسان خلق بريئ الذمة لا حق لغيره عليه، وأن انشغال ذمته لغيره يطرأ بعد ذلك من المعاملات التي يتعاطاها. فمن ادعى خلاف هذا الأصل عليه البينة، لأنه يدعي خلاف الظاهر وخلاف الأصل، والبينة على من يدعي خلاف الظاهر وخلاف الأصل، على ما جاء في المادة (٧٧).

والذمة لغة بمعنى العهد والأمان لأن الأمان عهد، وسمي ذمة لأن نقض العهد موجب للذم. وفي اصطلاح الفقهاء هي بمعنى النفس والذات، وفي اصطلاح أصول الفقه هي وصف يصير به الشخص أهلاً لما له وعليه، هذا الوصف هو كون الشخص ولد إنساناً، فلا ذمة للحيوانات.

الأمثلة:

١ - إذا أتلّف إنسان مالاً لآخر واختلّف في مقداره إذا كان من المثليات، أو في قيمته إذا كان من القيميات، فالقول للمتلّف بيمينه والبينة على صاحب المال لإثبات الزيادة، لأن البينة تقام لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل.

٢ - لو أقر أحد بأنه غصب من زيد مالاً أو أن لزيد عنده وديعة فإن إقراره معتبر ولو كان المقر به مجهولاً، لأن الإقرار بمجهول في غير العقود التي يشترط فيها معلومية العقود عليه معتبر، غير أنه يكلف ببيان شيء ذي قيمة، فإذا بين شيئاً ذا قيمة، وادعى المقر له ازيد مما قد بين المقر،

فالقول قول المقر بيمينه وعلى المقر له البينة.

٣ - لو اختلف المؤجر والمستأجر في مقدار الأجر، فالقول قول المستأجر بيمينه وعلى المؤجر البينة. لكن لو ادعى أحد على آخر ديناً وادعى المدين أنه كان قد أوفاه فالقول للدائن وعلى المدين البينة. وليس هذا مخالفاً لهذه القاعدة لأن المدين لما أقر بالدين أصبح انشغال ذمته هو الأصل الظاهر عملاً باقراره، وأصبحت براءة ذمته خلاف الراجح وخلاف الظاهر فالبينة عليه.

- القاعدة الثامنة -

الأصل في الصفات العارضة العرم «م ٩»

الصفات نوعان:

١ - صفات أصلية: وهي الصفات التي تقارن موصوفاتها في الوجود، أي الحالات التي تعتبر موجودة عند وجود الذات، مثل البكارة في المرأة، وسلامة المبيع من العيب، وكون المأجور منتفعاً به في مدة الإجارة.

٢ - الصفات العارضة: وهي الصفات التي لا تقارن موصوفاتها في الوجود، بل تطراً بعد تحقق موصوفاتها، أي هي الحالات التي تعرض على الشيء بعد وجوده، مثل كون المرأة ثيباً، وكون المبيع معيباً وكون المبيع قد قبضه المشتري، وحصول الربح في رأس مال الشركة أو المضاربة.

والأصل في الصفات الاصلية الوجود، وعلى مدعي خلاف ذلك البينة

فإذا ادعى المشتري أن في البيع عيباً قديماً وطلب فسخ البيع بخيار العيب وأنكر البائع وجود عيب قديم، فعلى المشتري البينة، وإذا طالب المؤجر بالأجرة وادعى المستأجر بأنه لم ينتفع بالمأجور لأنه كان غير صالح للانتفاع به طول مدة الإجارة فعليه البينة.

والأصل في الصفات العارضة العدم، أي الأصل عدم هذه الصفات، أي أنها لم توجد، فعلى مدعي وجودها البينة.

ويتفرع على هذا الأمثلة الآتية:

١ - إذا اختلف المضارب ورب المال في وجود ربح، فالقول للمضارب وعلى رب المال البينة، لأن وجود الربح حالة عارضة.

٢ - إذا خسر المضارب وطلب رب المال تضمينه الخسارة بناء على أن المضارب كان قد خالف نهي رب المال عن التصرفات التي أجازها وخسر بسببها، وأنكر المضارب كون رب المال قد نهاه عن التصرفات المذكورة، فالقول للمضارب وعلى رب المال البينة، لأن النهي حالة عارضة.

٣ - لو طالب البائع المشتري بالثمن فادعى المشتري أنه لم يقبض المبيع وادعى البائع أنه قد قبضه، فالقول للمشتري وعلى البائع البينة، لأن القبض حالة عارضة.

(ويستثنى) من حكم هذه المادة مسائل منها:

أ - أن الواهب إذا أراد الرجوع عن هبته وادعى الموهوب له أن المال الموهوب قد هلك (والهالك مانع للرجوع في الهبة) فالقول للموهوب له بلا

يمين مع أن الهلاك حالة عارضة.

ب- إذا طلب المسروق منه رد عين المسروق، فادعى السارق أنه كان قد استهلك المال المسروق وأن لا حق عليه سوى أداء القيمة فالقول له بلا يمين، وعلى المالك البينة على وجود عين المال المسروق. مع أن الاستهلاك حالة عارضة.

ج- إذا تصرف الزوج بأموال زوجته في حياتها، وبعد وفاتها ادعى ورثة الزوجة أن تصرفه بأموالها كان بدون إذن منها وطلبوا تضمينه، وادعى الزوج أن تصرفه كان بإذن من زوجته فالقول قوله مع أن الإذن حالة عارضة.

وجه الاستثناء في الصورة الأولى أن الموهوب له يدعي هلاك ملكه (لأن الهبة بعد قبضها تكون ملك للموهوب له) والمرء مصدق فيما يخص ملكه الذي لا علاقة لأحد به، ولا يقال إن الواهب ذو علاقة بالمال الموهوب، لأننا نقول إن الواهب بعد القبض انقطعت علاقته بالموهوب، وإنما أثبت له الشرع حق الرجوع، وحق الرجوع حق مجرد ليس ثابتاً بنفس المال الموهوب. ووجهه في المسألة الثانية، أن السارق يدعي إجراءه فعلاً والأصل أن المرء يصدق فيما يدعي أنه قد أجراه بنفسه.

ووجهه في المسألة الثالثة أن حالة الزوجية دليل على الإذن، كما أن العادة الغالبة أن الزوجات لا يتصرفن في أموالهن بأنفسهن بل يفوضن ذلك إلى أزواجهن.

- القاعدة التاسعة -

ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد
دليل على خلافه «م - ١٠»

هذه القاعدة لا تختلف عن القاعدة الرابعة فهي تبحث عن الاستصحاب بنوعية. وتزيد هنا أن بعض الفقهاء قال إن الاستصحاب حجة في الدفع لا في الإثبات، وفرعوا على ذلك أنه إذا ثبت بزمان ملك شيء لأحد يحكم ببقاء الملك له ما لم يوجد دليل على زواله، فإذا قام الدليل فإنه يعمل به، كما لو ادعى أن هذا الشيء ملكه في الحال وشهد الشهود أنه ملكه قبل سنة فإن الشهادة مطابقة للدعوى بناء على الاستصحاب المستقيم، وهذا القول هو المشهور عند الفقهاء. ولكن قال صاحب الأشباه: الوجه الصحيح أنه ليس بحجة لا في الإثبات ولا في الدفع لأن معنى كون الشيء حجة كونه دليلاً لإثبات أمر، والدفع هو استمرار عدمه والعدم هو الأصل، فإذا ادعى زيد إرثاً من تركة عمرو وجاء الدفع بأن عمرواً مفقود فإنه يتضمن استمرار عدم الارث ما لم يقد الدليل على خلافه، وإذا ادعى زيد على عمرو بأن الدار الفلانية التي في يده هي ملكه ودفع عمرو بأنها ملكه من القديم وأثبت ذلك بالبينة، فإن هذا الدفع يتضمن استمرار عدم الملكية لغيره، والعدم هو الأصل.

- القاعدة العاشرة -

الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته «م ١١»

المراد بالحادث: هو الشيء الذي لم يكن موجوداً ثم وجد فإذا وقع اختلاف في زمن حدوث أمر فإنه ينسب إلى أقرب الأوقات إلى الحال ما لم تقم الحجة على نسبة الحدث إلى الزمن البعيد، لأن وجوده في الزمن البعيد مشكوك فيه، ووجوده في أقرب الأوقات متيقن، لأن من يزعم حدوثه في الزمن البعيد لا ينكر وجوده في الزمن القريب.

الأمثلة:

١- إذا ادعت زوجة المتوفى المطلقة أن زوجها كان قد طلقها طلاقاً بائناً في مرض الموت، لذلك إن الطلاق الواقع طلاق فارٍ، وبما أنها في العدة فهي تطلب توريثها، وادعى ورثة الزوج أن الطلاق قد وقع في حال صحة الزوج لا في مرض موته، فليس الطلاق طلاق فارٍ فلا تستحق إرثاً، فالقول قول الزوجة وعلى الورثة البينة، لأن الطلاق حادث والحادث ينسب إلى أقرب وقت.

٢- إذا ادعى من له خيار الشرط في البيع بأنه كان قد فسخ العقد ضمن مدة الخيار، وادعى الآخران الفسخ المذكور إنما كان قد جرى بعد مضي مدة الخيار، فالقول قوله لأن الفسخ حادث وهو يضاف إلى أقرب الأوقات.

٣- إذا تزوج مسلم امرأة كتابية ثم توفي عنها وعن ورثة آخرين، فادعت بأنها كانت مسلمة من قبل وفاة زوجها لذلك تطلب توريثها، وادعى

الورثة أن اسلامها كان بعد وفاة الزوج، فالقول لهم وعليها البينة.
ولهذه المادة (مستثنيات) منها:

١ - لو استأجر أحد شخصاً ليحافظ أمواله مد سنة، وبعد انتهاء السنة طالب بالأجرة فادعى المستأجر أن المال قد هلك بعد شهر من عقد الإيجار فلا يستحق سوى أجرة شهر واحد، وادعى الأخير أن المال هلك بعد تمام السنة، فالقول للمستأجر مع أنه نظراً لهذه القاعدة كان يجب أن يكون القول للأجير. ووجه الاستثناء أن المستأجر يتمسك ببراءة الذمة وهي الأصل، والأجير يتمسك بالاستصحاب وهو لا يصلح حجة للإثبات.

٢ - لو قال المقر إن إقراره كان زمن الصغر فلا ألزم به، وقال المقر له إنما كان الإقرار بعد البلوغ، فالقول للمقر وعلى المقر له البينة، مع أن الإقرار حادث وهو يضاف إلى أقرب الأوقات، ووجه الاستثناء هو ما سبق تقريره في المسألة الأولى.

- القاعدة الحادية عشرة -

الأصل في الكلام الحقيقة «م ١٢»

أي مهما أمكن حمل الكلام على معناه الحقيقي لا يحمل على معناه المجازي فالراجع في اللفظ المستعمل إرادة معناه الحقيقي مهما أمكن ذلك، لأن المعنى الحقيقي أصل في اللفظ والمعنى المجازي خلاف الأصل فيه، وكلما أمكن الأصل لا يعدل إلى خلافة.

واللفظ إما حقيقة وإما مجاز. فالحقيقة هي اللفظ المستعمل في المعنى

الذي وضع له، كلفظ (سبع) إذا أريد منه الحيوان المفترس، ولفظ (نور) إذا أريد منه (الضياء).

والمجاز هو اللفظ المستعمل في معنى غير المعنى الذي وضع له اللفظ لعلاقة بين المعنيين وقيام قرينة صارفة عن إرادة المعنى الحقيقي، كلفظ (سبع) إذا أريد منه (الانسان الظالم) ولفظ (نور) إذا أريد منه (العلم). غير أن لفظ سبع ولفظ نور إذا أطلقا لا يحملان إلا على الحقيقة أي على المعنى الذي وضع له لفظ سبع والمعنى الذي وضع له لفظ نور، اللهم إلا إذا لم يمكن ذلك فيحملان على المجاز، وذلك عند قيام القرينة المانعة لأرادة المعنى الحقيقي. فإذا قلت رأيت سبعا، يفهم من كلامك أنك رأيت حيواناً مفترساً؛ وإذا قلت سطع النور يفهم من كلامك أن الضياء قد سطع، وإذا قلت رأيت سبعا جالسا على كرسي القضاء، فهم منه أنك رأيت قاضياً ظالماً، فاستعملت لفظ سبع في هذا المعنى لوجود العلاقة بينه وبين المعنى الحقيقي، فإن الظالم يشبه الحيوان المفترس، ولا يمكن أن يراد من لفظ سبع في كلامك هذا المعنى الحقيقي لأن القرينة هي قولك (جالساً على كرسي القضاء) تمنع عن ارادة هذا المعنى الحقيقي. وإذا قلت النور يوصل الأمم إلى السعادة، يفهم منه أنك أردت من لفظ نور معنى العلم بقرينة (يوصل الأمم إلى السعادة) وبين المعنيين علاقة، فإن العلم يشبه النور من حيث إن كلا منهما يكشف الخفايا ويهدي إلى الصواب.

الأمثلة على هذه القاعدة:

١ - إذا قال أحد وقفت هذه الدار على أولادي ثم على الفقراء، وله أولاد صلب وأحفاد، فإن الوقف يصرف إلى أولاد الصلب ومن بعدهم إلى

الفقراء ولا يشمل الأحفاد، لأن (الأولاد) حقيقة في أولاد الصلب ويستعمل مجازاً في الأحفاد، وإذا أمكنت الحقيقة لا يعدل إلي المجاز. وإذا قال أحد وقفت هذا الحمام على أولادي ثم على الفقراء ولم يكن له أولاد بل أحفاد فقط فإن الوقف يصرف إلى الأحفاد أي إلى المعنى المجازي، لعدم إمكان إرادة المعنى الحقيقي، بقريئة الحال.

٢ - لو قال أحد هذه الدار لزيد يحمل كلامه على الإقرار بأن الدار ملك زيد لأن اللام (ل) حقيقة في معنى الملك. وإذا قال داري هذه لزيد بعد موتي لا يكون إقراراً بكون الدار لزيد بل إيصاء بها لزيد بقريئة إضافة الدار إليه (داري) بعد موتي.

٣ - لو قالت الحرة لخاطبها بعتك نفسي بمائة دينار، وقال الخاطب قبلت ينعقد النكاح ويحمل قولها (بعتك) على المعنى المجازي وهو (زوجتك) بقريئة الحال والمقام، لأن الحرة لا تباع ولأن المقام زواج فلا يمكن حمل اللفظ على المعنى الحقيقي.

- القاعدة الثانية عشرة -

لا عبارة للدلالة في مقابلة التصريح «م ١٣»

إن أداء المفاهيم إما أن يأتي من طريق التصريح بها، أي بأدائها بالألفاظ الصريحة الواضحة في إفادة المراد، وإما أن يأتي من طريق دلالة الحال. فإذا قلت لك خذ هذا الكتاب فإن هذا الكلام صريح في إفادة الإذن بالقبض. وإذا قلت بعتك هذا الكتاب بدينار وقلت قبلت ولم تدفع الثمن، فإن حالة البيع تدل على الإذن بالقبض. غير أن الصراحة أقوى من دلالة الحال،

فأينما وجدت الصراحة مع الدلالة واختلف المراد منهما فإن العبرة لما أفادته الصراحة، ولا عبرة لما أفادته الدلالة، فإذا تعارضتا تسقط الدلالة ويعمل بالصراحة.

الأمثلة:

١ - لو باع شخص لآخر مالا ولم يسلم المشتري الثمن وقبض المبيع في المجلس، ولم يسبق من البائع نهييه عن القبض فإن قبض المشتري يكون صحيحاً لأنه مأذون له بدلالة الحال، وليس للبائع أخذه منه وحبسه بالثمن. ولكن لو سبق للبائع أن نهى المشتري عن قبض المبيع، فإن الدلالة تسقط ولا يعتبر مأذوناً بالقبض، فإذا قبض المبيع بعد النهي. فإن للبائع استرداده وحبسه عنده بالثمن، لأن الإذن بالقبض دلالة قد سقط بالنهي الصريح المعارض للدلالة.

٢ - لو وهب شخص لآخر مالاً، فإن حالة الهبة تدل على الإذن بقبض الموهوب، فإذا قبض الموهوب له الموهوب في المجلس كان قبضه صحيحاً لأنه مأذون به دلالة، وتمت الهبة (لأن الهبة لا تتم إلا بالقبض) ويصير الموهوب له مالاً للموهوب فيصح تصرفه. لكن إذا كان الواهب قد نهى الموهوب له عن قبض الموهوب، فقبضه بعد هذا النهي فإن القبض لا يكون صحيحاً، ولا تتم الهبة، ولا يصبح الموهوب له مالاً للموهوب فلا يصح تصرفه به، لأن الإذن بالقبض دلالة قد سقط بصريح النهي المعارض للدلالة.

٣ - لو دخل شخص إلي حانوت عرضت فيه أشياء لسوم نظر المشتريين فأخذ منها شيئاً لينظره للشراء فسقط من يده بدون تعد منه ولا تقصير

فهلك، لا ضمان عليه، لأن حالة العرض لسوم النظر دلالة على الإذن بأخذه للنظر في شرائه. ولكن لو نهي صاحب الحانوت هذا الشخص من أخذ شيء من الأشياء المعروضة، فأخذه بعد النهي فسقط من يده فهلك، فإن عليه الضمان ولو لم يكن مقصراً ولا متعدياً، لأن الإذن بالأخذ دلالة قد سقط بالنهي الصريح المعارض لهذه الدلالة.

- القاعدة الثالثة عشرة -

لا مساع للاجتهاد في مورد النص «م ١٤»

أي لا يسوغ الاجتهاد في قضية شرعية ورد النص بحكمها. لأن الاجتهاد إنما يكون فيما لا نص فيه. ومعنى الاجتهاد هو بذل الجهود لنيل المقصود، وفي عرف أصول الفقه هو بذل الجهود للوصول إلى العلم أو الظن بحكم قضية شرعية من دليل شرعي.

الأمثلة:

- ١ - ورد النص بمنع لعب القمار، فلا مساع للاجتهاد باجازاته.
- ٢ - ورد النص بأن البينة على المدعي واليمين على من أنكر فلا مساع للاجتهاد يجعل اليمين على المدعي.
- ٣ - ورد النص بأن للأم السدس إذا كان للمتوفى ولد أو أخوة متعددون، فلا يجوز الاجتهاد باعطائها أكثر من ذلك.

- القاعدة الرابعة عشرة -

ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه «م ١٥»

أي إن ما ورد جوازه بالنص على خلاف القياس فإنه يبقى مقصوراً على موردته، ولا يجوز أن يطبق حكمه على شيء آخر يشبهه لم يرد النص بتجويز ذلك الحكم فيه.

أي إذا ظهر من تتبع النصوص أن الشريعة اعتمدت في نوع من التصرفات مبدأً خاصاً، ثم ورد نص بحكم يخالف هذا المبدأ في جزئي من هذا النوع، فإنه لا يجوز أن يقاس على هذا الجزئي آخر من هذا النوع مثلاً ظهر من النصوص أن مبدأ الشريعة هو عدم جواز بيع المعدوم. ولكن وردت نصوص خاصة في جواز بيع المعدوم في بعض الصور، فهذا الجواز يجب أن يقصر على الصور التي ورد فيها دون غيرها. ولا يقاس غيرها عليها. ومعنى القياس هو حمل مسألة على مسألة أخرى في الحكم لاشتراكهما في العلة.

الأمثلة:

- ١ - لا يجوز بيع ثمار الأشجار قبل ظهورها قياساً على الاستصناع، لأن الاستصناع ثبت على خلاف القياس بنص خاص به فلا يقاس عليه غيره.
- ٢ - الشفعة ثبتت على خلاف القياس لأنها تتضمن إستملاك شخص ملك

غيره جبراً عليه. وهو خلاف المبدأ المعروف في الشرع. فلا يجوز أن يسمح لشخص أن يستملك مال شخص آخر بغير طريق الشفعة قياساً على الشفعة. كما أنه لا يجوز الاعتياض عن الشفعة لأنها حق مجرد والحقوق المجردة لا يعتاض عنها.

٣ - إذا اختلف البائع والمشتري في مقدار المبيع أو الثمن وعجزا عن اقامة البينة فالحكم أنهما يتحالفان ويترادان، أي يرد المشتري المبيع إلى البائع، ويرد البائع الثمن إلى المشتري أي يفسخ البيع. وقد ثبت هذا الحكم بنص خاص مخالفاً للمبدأ والأصل المعروف من أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر. فكان القياس في صورة ما إذا اختلفا في مقدار الثمن مثلاً وعجز البائع عن إثبات الزيادة أن يحلف المشتري ولا يحلف البائع ولا يفسخ البيع، فلا يقاس على هذا الحكم إذا اختلف المؤجر والمستأجر في مقدار الأجرة.

- القاعدة الخامسة عشرة -

الإجتهاد لا ينقض بمثله «م ١٦»

أي إذا اجتهد مجتهد في مسألة فحكم فيها حسب ما أوصله إليه اجتهاده الصحيح، فإن حكمه هذا لا يجوز ابطاله باجتهاد آخر، سواء كان هذا الاجتهاد الثاني من نفس المجتهد الأول أو مجتهد آخر. والسبب في ذلك أن الاجتهاد الثاني مثل الأول في القوة إذ كل منها اجتهاد، ولأنه إذا سوغنا إبطال اجتهاد لإجتهد آخر، لا يستقر لدينا حكم في مسألة، ولأن الاجماع قد انعقد على هذا المبدأ، فإذا اجتهد مجتهد في مسألة بحكم، ثم اجتهد هو

أو غيره في مسألة أخرى من عين المسألة الأولى بحكم يخالف لإجتهد الأول، فإن الحكم في المسألة الأولى يبقى نافذاً على حاله ولا يبطل. وكذلك الأمر في حكم القاضي في المسائل الاجتهادية فإن حكمه إذا وافق رأي مجتهد فإنه يجب أن يعتبر حكمه ولا يلغى. مثلاً لو حكم القاضي بعدم لزوم الوقف في دعوى رفعت عليه أخذاً برأي الإمام أبي حنيفة، فإن حكمه صحيح ويجب ألا يلغى حكمه في القضية المذكورة أخذاً برأي أبي يوسف ومحمد، لأن الإجتهد لا ينقض بمثله. لكن إذا أمر ولي الأمر بإتباع إجتهد مجتهد خاص في مسألة فإن الحكم بخلاف ذلك الإجتهد يلغى، لذلك لا يجوز الحكم خلافاً لما جاء في المجلة والقوانين الأخرى، وإن كان الحكم صادراً من مجتهد أو موافقاً لرأي مجتهد. وكذلك لا يجوز الحكم مخالفاً لما جاء في قانون الأحوال الشخصية، وإن كان الحكم صادراً من مجتهد أو موافقاً لرأي مجتهد. ولكن يجب أن نعلم أنه ليس لدينا قانون في الأحوال الشخصية^(١) بل نحن موكولون إلى الكتب الفقهية وتابعون للطريقة المقررة هناك في كيفية الأخذ بالأحكام المختلف فيها بين المجتهدين. وإذا كان الحكم مبنياً على الغلط فإنه يلغى أيضاً مثل أن يحكم القاضي بحكم مخالف للشرع، وأن يحكم الحاكم بحكم مخالف للقانون.

الأمثلة:

١ - لو حكم القاضي بالفرقة بين الزوجين بناء على مرور أربع سنين على فقهه، ينبغي أن لا ينقض حكمه لموافقته إجتهداً صحيحاً، وإن خالف هذا إجتهد الحنفية.

(١) هذا الكتاب وضع قبل صدور قانون الأحوال الشخصية.

٢ - لو حكم القاضي بلزوم وقف أخذاً برأي الأمامين، ينبغي ألا يبطل الحكم لموافقته قولاً مجتهداً فيه.

٣ - إذا حكم القاضي بوقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد طلاقة واحدة. ينبغي ألا يبطل الحكم لموافقته رأياً مجتهداً فيه.

لكن يجب ألا ننسى أن ولي الأمر إذا أمر بإتباع القضاة رأي مجتهد خاص في مسألة فإن حكمه يبطل إذا حكم بغير ذلك الرأي.

القاعدة السادسة عشرة: المشقة تجلب التيسير «م ١٧»^(١) القاعدة السابعة عشرة : إذا ضاق الأمر اتسع «م ١٨»

إن مفاد هاتين القاعدتين واحد. والمقصود منهما أن العسر سبب للتسهيل في تشريع الأحكام، فإذا ظهرت مشقة في أمر يأتي الشرع بأحكام

(١) هذه القاعدة تعود إلى رفع الحرج. وكما يقول الشاطبي: «إن الأدلة على رفع الحرج في هذه الأمة بلغت مبلغ القطع». وإنما كانت قطعية لاستنادها إلى نصوص من كتاب الله تعالى وسنة رسوله ﷺ وهي نصوص قطعية في دلالتها.

فمن الكتاب الكريم:

قول الله تعالى: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ الحج: ٧٨، وقوله تعالى: ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾ البقرة: ١٨٥، وقوله تعالى: ﴿لا يكلف الله نفساً إلا وسعها﴾ البقرة: ٢٨٦ إلى آيات كثيرة تقرر رفع الحرج عنا في التكليف وتدفع عن العباد الإصر والأغلال، وتكشف عن أن الله سبحانه أراد التخفيف عنا رحمة ولفظاً.

ومن السنة:

فقد عقد الإمام البخاري رضي الله عنه باباً نص فيه على أن «الدين يسر» وقول النبي ﷺ: «أحب الدين إلى الله الحنيفية السمحة». وروى فيه حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «إن الدين يسر، وإن يشاد الدين أحد إلا غلبه، فسددوا، وقاربوا، وأبشروا، واستعينوا بالغوطة والروحة وشيء من الدلجة» وروى أيضاً عن أنس عن النبي ﷺ قال: يسروا ولا تعسروا وبشروا ولا تنفروا». صحيح البخاري: ١/١٦، ٢٧، إلى غير ذلك مما أوردته كتب الصحاح. فهذه نصوص قاطعة من الكتاب والسنة تدل على التخفيف والتيسير ورفع الحرج.

تهون المشقة وتسهلها. فهذا المبدأ أساس في التشريع الإسلامي، على ما هو مقرر في علم تاريخ التشريع، كما أن التدرج في التشريع مبدأ من مبادئه.

والأصل في هاتين القاعدتين الآيتان الشريفتان: ﴿ما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾ فالعسر سبب من أسباب التخفيف والتسهيل في فرض الأحكام. إذ أن أسباب التخفيف والتسهيل في الأحكام سبعة: العسر، الإكراه، المرض، السفر، النسيان، الجهل، النقص المادي أو المعنوي في الإنسان، ومرجع هذه الأمور هو المشقة فإن التشريع إذا لم يلاحظ هذه الأمور السبعة، عند فرض الأحكام، تنشأ مشقة على المكلفين بها، والمشقة مما يجب دفعها قدر الإمكان. وكذلك المجتهد إذا لم يلاحظ هذه الأمور في إجهاده في مسألة، قد يسوقه الإجهاد إلى ما يباه التشريع، وهو التكليف الشاق.

إن مراعاة هاتين القاعدتين المعقولتين المبنيتين على الأصلين القويين مع مراعاة القواعد الفقهية المقررة في سائر المذاهب، يسهل علينا الأمر في وضع قانون مدني يجاري القوانين المدنية الأخرى، ويلائم العصر الحاضر مع انطباقه على روح الشرع الإسلامي الذي هو أعلى تراث شرقي كنزه الشرق القديم للشرق الحديث. وإن الأسس التي جرى عليها التشريع الإسلامي، هي التي جعلت الفقه الإسلامي أغزر مورداً للتشريعات التي تقتضيها العصور المختلفة في الأمكنة المختلفة.

ولقد بني الشرع على هاتين القاعدتين أكثر التشريعات، فشرع القرض، والحوالة، والحجر، والوصية، والسلم، والإقالة، والرهن، والشركة، والصلح، والوكالة، والإجارة، والمزارعة، والمساقاة، والمضاربة، والعرية، والطلاق، ونقل

الشهادة، وإعفاء من كان له عذر من الجندية، ونحو هؤلاء من المعاملات والإسقاطات. فإن الإجارة مثلاً تتضمن الإنتفاع من ملك الغير، والوكالة مثلاً تتضمن الإستعانة بعمل الغير، فإذا لم يشرع جوازهما بدعوى أن ليس لأحد أن يستولي على منفعة غيره ولا أن يستفيد من عمل غيره لنشأت مشقة وتوقف في المعاملات، والمشقة يجب دفعها، فجوزت الإجارة والوكالة. ومن أراد التوسع في الموضوع فليراجع كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم وشرحه.

الأمثلة:

١ - إن البيع بالوفاء، إنما اجتهد المتأخرون من الفقهاء بجوازه بناء على اللزوم الذي نشأ لإستدانة الناس من ذوي الثروة، وعدم موافقة هؤلاء على الإدانة من دون أن يحصلوا على منفعة، والربا باطل لا يستطيع الدائنون الإنتفاع من طريقه، فجوز بعض المجتهدين البيع بالوفاء الذي قد يؤدي إلي أن ينتفع الدائن من المبيع طول مدة الدين، إذ لو لم يجوزوا هذا العقد لعسر الأمر. ثم جوزوا أيضاً بيع الإستغلال (م ١١٩) لهذا السبب أيضاً، إذ قد يضطر الشخص إلى بيع ملكه وفاء ولأماوى له فهو مضطر إلى السكنى فيه، فجوزوا له أن يبيع داره مثلاً وفاء على أن يستأجره من المشتري إذ لو لم يشرعوا هذا العقد لضاق الأمر.

٢ - شرع جواز نكاح المرأة التي لم يرها الخاطب علي أنه ليس له خيار الرؤية، لأن العادة جرت عند الأكثرية الساحقة في الشرق أن لا تسمح بسفور النساء. فإذا لم يجوز نكاح المرأة من دون أن يراها الخاطب

لعسر أمر الزواج وكذلك الأمر لو شرع له خيار الرؤية.

٣ - بيع المال بعد رؤية نمودجه مسقط لخيار الرؤية، إذ لو بقى الخيار إلى أن يرى كل المبيع لتوقف كثير من معاملات البيع خصوصاً في الكميات الكبيرة، وعلى الأخص إذا كان المال في بلد غير بلد المشتري.

- القاعدة الثامنة عشرة -

لا ضرر ولا ضرار «م ١٩»

أي لا يجوز لأحد أن يضر غيره في ماله أو بدنه أو عرضه، لأن ذلك ظلم والظلم غير جائز لا عقلاً، ولا ديناً، ولا عرفاً. ولا يجوز لمن ضره أحد أن يوقع ضرراً على هذا الضرار مقابلة لضرره. بل عليه أن يراجع القضاء لتعويض ضرره. إذ لو جازت مقابلة الضرر لسادت الفوضى واختل النظام. إن مفهوم القاعدة عام لكل ضرر ولكن المراد هو الضرر الفاحش مطلقاً والضرر الذي ينشأ من فعل المرء أمراً غير مشروع. وأما الضرر غير الفاحش الذي ينشأ من فعل شيء مشروع فليس بممنوع، كما لو بني أحد في ملكه جداراً سد نافذة غرفة جاره. وكذلك مقابلة الضرر بالضرر فإن ممنوع هو المقابلة بغير حق أما إذا كانت هذه المقابلة حقاً معترفاً به في الشرع فليست بممنوعة كما في العقوبات التي تنزل بالمجرمين فإن إنزال العقوبة بهم مقابلة لضررهم، ولكن هذه المقابلة حق شرعي لولي الأمر. وتخصيص العموم في هذه المادة مفهوم من الأحكام والقواعد الأخرى المقررة في الشريعة.

الأمثلة،

- ١ - ليس لأصحاب الطريق الخاص سده لأن ذلك ضرر بالعابرين في الطريق العام إذ أنهم عند الإزدحام يلجئون إليه.
- ٢ - إذا كان لأحد حق المرور من عرصه فليس لصاحب العرصه منعه من المرور فيها.
- ٣ - إذا أتلّف أحد مال آخر فليس لصاحب المال أن يتلف مالا للمتلف بل عليه أن يراجع القضاء لتلافي ضرره.

- القاعدة التاسعة عشرة (١) -

الضرر يزال «م» ٢٠»

أي إنه تلزم إزالته عند طلب المضرور ذلك، لأنه ظلم والظلم تجب إزالته وإن المادة ٢١، ٢٢، ٢٥، ٢٨، ٣٠، ٣٢، فروع لهذه القاعدة. وقد بنى على هذه القاعدة كثير من أبواب الفقه. من ذلك الرد بالعيب وبسائر أنواع

(١) لهذه القاعدة سند من الكتاب والسنة:

أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿ولا تمسكوهن ضراراً لتعنتوا﴾ وقوله: ﴿ولا تضاروهن لتضيّقوا عليهن﴾ الطلاق: ٦ .

وقوله تعالى: ﴿وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضراراً لتعنتوا﴾ البقرة: ٢٢١ .

وقوله: ﴿لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده﴾.

ومن السنة: ما رواه الحاكم عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار، من ضار ضاره الله، ومن شاق شاق الله عليه». وقد روى الإمام البخاري في صحيحه آخر الحديث: «من شاق شق الله عليه يوم القيامة».

وقد ذكر الإمام الشاطبي أن حديث: «لا ضرر ولا ضرار» وإن كان من الأدلة الظنية إلا أنه داخل تحت أصل قطعي في هذا المعنى، حيث إن الضرر والضرار مبثوث منعه في الشريعة كلها في وقائع جزئيات، وقواعد كلييات. «الموافقات: ٩/٣».

الخيارات، والحجر بسائر أنواعه، والشفعة، وإلزام من يريد الصعود علي شجرة مثلاً وهي تطل على عورات الجيران أن يخبرهم قبل الصعود (فإن لم يفعل يأمر القاضي بمنعه من الصعود لأي غرض كان صعوده)، واتخاذ التدابير الطبية لمنع الأمراض، ولزوم قمع الفتن.

وإزالة الضرر يكون علي أربعة وجوه:

١ - بلا إحداث ضرر على أحد بهذه الإزالة.

٢ - بإحداث ضرر على الغير أقل من الضرر الأول.

٣ - بإحداث ضرر على الغير مثل الضرر الأول.

٤ - بإحداث ضرر على الغير أكبر من الضرر الأول.

فإزالة الضرر بأحد الوجهين الأخيرين غير جائز، لأن الظلم لا يجوز أن

يرفع بإحداث ظلم مثله أو أشد منه.

الأمثلة:

١ - من أحدث في ملكه مدبغة يتأذى منها الجيران بحيث لا يستطيعون السكنى في دروهم بسبب ما تنتشره من الروائح المنتنة فإنه يكلف بدفع الضرر بالطرق الممكنة.

٢ - لو كان لأحد مجرى ماء يمر من عرصة الغير فإذا تشقق المجري وفاض الماء يكلف صاحب المجري بدفع الضرر عن العرصة، بترميم المجرى.

٣ - إذا أبي المدين عن دفع الدين الذي عليه فللحاكم أن يأمر ببيع أمواله لإيفاء الدين بناءً على طلب الدائن.

- القاعدة العشرون -

الضرورات تبيح المحظورات «م ٢١»

أي إن الأشياء الممنوعة تباح وقت الضرورة، فالضرورة من الأعذار المرخصة لا جراء فعل ممنوع، فالإكراه الملجئ مثلاً عذر يبيح للمكره (بفتح الراء) إتلاف مال الغير، والمسغبة تبيح للمرء أن يأخذ مال الغير جيراً عليه ويأكله علي أن يدفع له العوض ضماناً. غير أنه يشترط في الضرورة المبيحة لفعل ممنوع ألا تكون أقل خطراً منه فإن كانت أقل فإن الفعل الممنوع لا يكون مباحاً، كما لو هدد ذو سلطان أحداً، بقطع يده إذا لم يقتل زيداً مثلاً، فإن قطع اليد أقل خطراً من قتل النفس فلا يحل قتل النفس حذراً من قطع اليد.

الأمثلة:

- ١ - إذا حدث حريق فإنه يسوغ الاذن بهدم البيوت المجاورة لمنع السريان.
- ٢ - إذا أشرفت سفينة على الغرق قي البحر يجوز لصاحب السفينة رمي شيء من الحمولة العائدة لغيره تخليصاً للنفوس من الغرق.
- ٣ - إذا هجمت دابة أحد على شخص ولم يستطع التخلص من شرها إلا بقتلها يجوز له أن يقتلها.

- القاعدة الحادية والعشرون - الضرورات تقدر بقدرها «م ٢٢»

أي ما أبيع للضرورة يقدر بقدر ما يدفع الضرورة فلا يباح ما يتجاوز هذا الحد، فالأجدر أن تكون العبارة لصياغة هذه القاعدة هكذا، (ما أبيع للضرورة يقدر بقدرها)، وهذه القاعدة مقيدة للقاعدة السابقة، المفهوم منها إطلاق الإباحة للضرورة.

إن الأشياء لا يخلو استعمالها من أن يكون للضرورة، أو الحاجة، أو المنفعة، أو الزينة، أو الفضول.

والضرورة هي أن المرء إذا لم يستعمل الشيء فإنه يتيقن هلاكه. أو تلقيه خطراً جسيماً، والحاجة هي أنه إذا لم يستعمل الشيء لا يهلك ولكنه يتحمل مشقة، والمنفعة هي أنه إذا استعمل الشيء ينال فائدة، إلا إنه لا يهلك ولا يتحمل مشقة لو لم يستعمله، والزينة هي أن يقصد من استعمال الشيء مجرد التزين، والفضول هو لا ينال المرء من استعمال الشيء ضرر أو حاجة ولا جلب منفعة أو زينة. والشيء الممنوع لا يباح استعماله إلا للضرورة، وإذا استعمل للضرورة فإنما يباح بقدر ما يدفع الضرورة.

الأمثلة،

١ - إذا أحدث أحد شباكاً مطلاً على مقر نساء جاره انما يكلف بقدر ما يدفع وقوع النظر.

٢ - إذا أشرف أحد على الهلاك من الجوع فيباح له أن يتناول من طعام غيره بقدر ما يدفع به الهلاك على أن يدفع لصاحبه العوض.

٢ - إذا هجمت دابة أحد على شخص واستطاع التخلص منها بإستعمال ما يكسر عضواً منها لا يباح له قتلها، على أن يضمن الضرر لصاحب الدابة.

- القاعدة الثانية والعشرون -

ما جاز لضرر بطل بزواله «م ٢٣»

أي أن الشيء الذي حكم بجوازه بناء على عذر، ولولاه لم يجز، إذا زال العذر المسبب لجوازه بطل ذلك الجواز، لأن المسبب يزول بزوال السبب.

الأمثلة:

١ - إذا حدث عيب في المأجور جاز للمستأجر فسخ العقد مع أن الأصل في العقود اللازمة عدم جواز فسخها من أحد الطرفين بعد تأكده، ولكن جواز الفسخ هنا قد شرع بسبب العذر وهو نقص المنفعة المعقود عليها. فإذا زال هذا العذر بأن زال العيب عن المأجور قبل الفسخ، بطل جواز الفسخ، ورجع العقد إلى حالته السابقة من اللزوم.

٢ - إن نقل الشهادة، أي الشهادة على الشهادة، إنما شرع لعذر المرض أو السفر أو ما يشبههما من الأعذار المانعة من حضور الشاهد لأداء الشهادة ككون المرأة مخدرة، أي من عاداتها أنها لا تخالط الرجال. فإذا زال العذر بأن حضر الشاهد الغائب أو زال مرضه بطل جواز نقل شهادته.

٣ - إذا استأجر أحد من شخص داراً وتسلم المستأجر وكان قسم من

الدار مشغولاً بمال المؤجر، فإن المستأجر مخير بين أن يبقي عقد الإيجار في القسم غير المشغول بحصته من تمام الأجرة، وبين أن يفسخ العقد، غير أن المؤجر إذا أخلى القسم المشغول بماله من الدار بطل جواز فسخ المستأجر للعقد، لأن هذا الفسخ إنما جاز للعذر فيبطل بزواله.

- القاعدة الثالثة والعشرون -

« إذا زال المانع عاد الممنوع » (م ٢٤)

أي إن الشيء إذا كان جائزاً مشروعاً في الأصل ثم طرأ ما يمنع جوازه ومشروعيته، فإذا زال هذا المانع عاد جواز المشروعية إلى ذلك الشيء فهذه القاعدة عكس القاعدة السابقة.

الأمثلة:

- ١ - إذا تعيب المبيع بيد المشتري ثم ظهر فيه عيب قديم فليس للمشتري رد المبيع بخيار العيب، لوجود المانع وهو العيب الحادث بيده بل له الرجوع عليه بنقصان الثمن (م ٣٤٥) لكن إذا زال المانع وهو العيب الحادث عاد الممنوع وهو جواز الرد بالعيب القديم (م ٣٤٧).
- ٢ - إذا وهب أحد عرصة لشخص فبنى الموهوب له فيها بناء فليس للواهب حق الرجوع عن الهبة، بسبب المانع وهو البناء الذي هو زيادة متصلة بالموهوب، لكن إذا إنهدم البناء زال المانع، وعاد للواهب حق الرجوع عن الهبة الذي كان مشروعاً له.

٣ - لو اشترى أحد فرساً من شخص لم يكن قد رآها فبعد أن قبضها منه ولدت فإن خيار رؤية المشتري يسقط فليس له الرد بخيار الرؤية، لأنه لو ردها بدون النتاج يكون قد استفاد من غيره شيئاً بلا عوض وهو إثراء بلا سبب. وإن ردها مع النتاج يكون البائع قد حصل علي شيء لم يكن مملوكاً له لأن النتاج قد حصل على ملك المشتري، لأن الأم كانت مملوكة للمشتري عند الولادة، لكن إذا زال المانع بأن مات النتاج، عاد الممنوع وهو الرد بخيار الرؤية. ألهم إلا إذا كان هناك مانع آخر كتصرف المشتري بالفرس تصرف الملاك.

- القاعدة الرابعة والعشرون -

الضرر لا يزال بمثله «م ٢٥»

أي لا يجوز أن يزال ضرر بإحداث ضرر مثله لأن الضرر ظلم ورفع الظلم يكون بالعدل لا بظلم مثله. فهذه القاعدة مقيدة لإطلاق القاعدة التاسعة عشرة، فالضرر لا يزال بإحداث ضرر خاص مثله.

الأمثلة:

- ١ - إذا اتخذ أحد حرفة في سوق فليس لمن في السوق من أرباب تلك الحرفة منعه بدعوى أن إشتغاله يؤدي إلى كساد في عملهم.
- ٢ - لو حدث في المبيع عيب بيد المشتري ثم ظهر فيه عيب قديم فليس للمشتري الرد بخيار العيب لأن في جواز هذا الرد إضراراً بالبائع، فلا يجوز دفع الضرر عن المشتري بإضرار البائع، بل للمشتري الرجوع

على البائع، بنقصان الثمن بسبب العيب القديم.
٣ - لو كان الملك المشترك غير قابل للقسمة، فإذا طلب أحد الشركاء قسمته لايجاب طلبه لأن بهذه القسمة ضرراً، فلا يدفع ضرر الشركة بإحداث هذا الضرر.

- القاعدة الخامسة والعشرون - يتحمل الضرر الخاص لرفع ضرر عام «٢٦»

الضرر العام ليس مثل الضرر الخاص، بل هو أشد منه، فإذا دفع الضرر العام يتحمل الضرر الخاص لا يكون الضرر قد دفع بمثله.

الأمثلة:

- ١ - يمنع الطبيب الجاهل، والمحامي الجاهل، والمفتي الماجن (وهو الذي يعلم الناس الحيل الشرعية أو القانونية) والمكاري المفسد، ونحو هؤلاء عن مزاوله التطبيب، والإفتاء، والمعاقدة على الكراء، لما في ذلك من الضرر العام، وإن كان هذا المنع ضاراً بهم.
- ٢ - إذا شب حريق في محل ساغ لولي الأمر أن يأمر بهدم الدور المجاورة للحريق منعاً لسريانه، دفعاً للضرر العام. والمراد من ولي الأمر في العصر الحاضر، من خوله القانون هذه السلطة، ولا ضمان على الهادم لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان.
- ٣ - لو كان جدار أحد على الطريق العام مائلاً للإنهدام فإنه يجبر على هدمه دفعاً للضرر العام.

- القاعدة السادسة والعشرون -
الضرر الأشد يزال بالضرر الأخر «م ٢٧»

أي إذا تعارض عندنا ضرران وكان أحدهما يسيراً والآخر شديداً بالنظر إلى الأول، فإنه يجوز إجراء الضرر اليسير لدفع الضرر الشديد.

الأمثلة،

١ - إذا بني المشتري في المشفوع بناء كان الشفيع مخيبراً بين أن يترك الشفعة وبين أن يملك المشفوع بثمنه وقيمة البناء الذي أحدثه المشتري فيه، وليس له أن يملك المشفوع بثمنه ويجبر المشتري على هدم بنائه فهنا قد تعارض ضرران، ضرر على الشفيع وهو تحمله قيمة البناء علاوة على ثمن المبيع، وضرر المشتري وهو لزوم هدمه بناءه. ولا شك أن ضرر الشفيع أخف لأن تحمله قيمة البناء بعوض بخلاف المشتري لو أجبر على الهدم فإن ضرره يكون بلا مقابل يعوضه، فيدفعه ضرر المشتري بتحمل ضرر الشفيع.

٢ - لو دخل رأس فرس في أنية أحد ولم يمكن تخليص الفرس من الأنية إلا بقطع رأس الفرس أو كسر الأنية. فإن كانت الفرس أعلى قيمة من الأنية فإن لصاحب الفرس أن يملك الأنية بقيمتها جبراً على صاحبها. وإن كانت الأنية أغلى قيمة من الفرس فإن لصاحب الأنية أن يملك الفرس جبراً على صاحبها.

٣ - إذا كانت مزرعة أحد في مرتفع من النهر الذي لها حق الشرب فيه، بحيث لا يصل إليها الماء إلا وقت طغيان الماء، فإن لصاحب المزرعة أن

يسد النهر كلا أو بعضاً عن شركائه لسقي أرضه ولا يكلف لأخذ الماء
بنصب مضخة أو دالية. لأن سد الماء عن الشركاء موقتاً ضرر يسير
بالنسبة لتكليف نصب مضخة أو رافعة أخرى.

- القاعدة السابعة والعشرون -

إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها ضرراً

فيتحمل أخفهما «م ٢٨»

أي أن طريق التخلص من تعارض مفسدتين لا بد من وقوع أحدهما،
وإحداهما عظيمة بالنسبة إلى الثانية، هو أن يعمد إلى الثانية مراعاة لجانب
العظيمة، لأن خطرهما أشد.
وهذه القاعدة متحدة في المفهوم بالقاعدة السابقة من كل وجه. فالأمثلة
المضروبة هناك تضرب هنا.

- القاعدة الثامنة والعشرون -

يختار أهون الشرين «م ٢٩»

أي من إبتلى ببليتين وكانت أحداهما هيئة بالنظر إلى الأخرى، عليه أن
يختار الهيئة مراعاة للأخرى، لأن ضررها أخف.
وهذه القاعدة لا تخالف القاعدة السابقة إلا في العبارة.

- القاعدة التاسعة والعشرون -

درء المفسد أولى من جلب المنافع «م ٣٠»

أي إذا تعارضت مفسدة مع منفعة بأن كان الحصول على المنفعة لا يأتي إلا بإجراء المفسدة، فإن المفسدة تدرأ أي تدفع بترك المنفعة وعدم جلبها. والأمثلة هي ما سبق ضربها عند الكلام على القاعدة (٢٥) والقواعد (٢٦ و ٢٧ و ٢٨) فإن في جميعها قد درئت المفسد بترك المنافع. ومن الأمثلة أيضاً، إن المرء يمنع عن التصرف في ملكه إذا كان تصرفه بضر بجاره ضرراً فاحشاً. وقد مر الكلام عن الضرر الفاحش.

- القاعدة الثلاثون -

الضرر يدفع قدر الإمكان «م ٣١»

أي إن الضرر الذي يجب دفعه علي ما تقر في القواعد السابقة، يجب أن يدفع بالوجه الذي يمكن دفعه به فلا يترك، ولا يتجاوز فيه إلي أكثر من القدر الممكن الدفع به.

الأمثلة،

- ١ - من غصب مالا لأحد فهلك، لزم تضمين الغاصب مثل المال إذا كان مثلياً، وإذا كان مثله منقطعاً يضمن قيمته في يوم الغصب وفي مكانه، فلا يعتمد إلى القيمة عند وجود المثل، ولا يترك الضمان إذا انقطع المثل.
- ٢ - إذا كان المستأجر يخرب المأجور ولم يقدر المؤجر علي منعه فإن له

مراجعة الحاكم وطلب فسخ الإجارة، ففسخ الإجارة، هو القدر الممكن لدفع الضرر فلا يتجاوز إلى حبس المستأجر لمنعه من التخريب، ولا يرد طلب المستأجر الفسخ لدفع الضرر عنه.

٣ - إذا كان شبك أحد مطلقاً علي مقر نساء جاره فإذا سد صاحب الشباك شبابه بتثبيت ستار مانع من النظر، يكون قد دفع الضرر، ولا يكلف ببناء الشباك، لأن ما قام به قد أمكن به دفع الضرر.

- القاعدة الحادية والثلاثون -

الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة «٣٢»

فالعامة هي التي لا تخص ناساً دون ناس وقطراً دون قطر بل تتحقق بالنظر لسائر الناس في سائر الاقطار، كحاجة الناس إلى الإتجار والإستئجار وحاجتهم إلى الإستصناع.

والخاصة هي التي يختص بناس دون ناس ومجتمع دون مجتمع، وصنف دون صنف، كالحاجة التي طرأت علي أهل بخارى وأهل مصر لمعاملة البيع بالوفاء فجوزه الحنفية وأسموه (البيع بالوفاء). وجوزه الشافعية وأسموه (الرهن المعاد)، وكحاجة التجار إلى اعتبار البيع بالنموذج مسقطاً لخيار الرؤية، فالحاجة سواء أكانت عامة أو خاصة تنزل منزلة الضرورة. فيحق للمشرع والمفتي أن يشرع ويفتي بجواز المعاملات التي اقتضتها الحاجة ولم تكن منصوصاً على عدم جوازها.

الأمثلة،

١ - جاز عقد الإيجار على أن تكون الأجرة نقداً أو منفعة تغاير منفعة المأجور (مع أن المنفعة المعقود عليها معدومة وقت العقد) لحاجة الناس إلى الاعتياض عن المنافع التي يمتلكونها بالنقد، وحاجتهم إلى استبدال المنافع التي يملكونها بمنفعة ليست من جنسها، ولهذا لم يجز إيجار بيت بمنفعة بيت، وإيجار حمام بمنفعة حمام، لإتحاد جنس المنفعة فلا حاجة إلى هذا النوع من الاستبدال.

٢ - جوز الدخول في الحمام بالبدل المعلوم مع أن مدة المكث فيه مجهولة ومقدار الماء الذي يصرفه المستحم مجهول، لأن الحاجة تدعو إلى جواز ذلك. وعلى هذا يقتضي تجويز المعاملات الجارية في الفنادق بخصوص السكنى والخدمة والأكل والشرب للنازل، فإن كمية ما يأكله ويشربه النازل مجهولة ومن يقوم بالخدمة غير معلوم، ولكن حاجة الناس إلى هذه المعاملة متحققة.

٣ - جاز عقد السلم (مع أن المبيع معدوم وقت العقد) لحاجة المفاليس إلى الدراهم. وعلى هذا يلزم جواز العقد المسمى عندنا بالضمان والإلتزام، لحاجة أصحاب البساتين إلى الدراهم في الوقت التي لم تظهر فيه ثمرات بساتينهم.

- القاعدة الثانية والثلاثون -

الإضرار لا يبطل حق الغير «م ٣٣»

الإضرار: هو أن يضطر الإنسان إلى عمل ممنوع. وهو يبيح للمضطر

أن يوقع ذلك العمل الممنوع، لأن الضرورات تبيح المحضورات، ولكن إذا نشأ من إجراء العمل الذي أباحته الضرورة حق للغير فإن هذا الحق لا يبطل من أجل الإضطرار بل لصاحب الحق أن يتمسك به.

والإضطرار نوعان: سماوي وهو الذي يتأتى من سبب داخلي في المضطر كالجوع، والتعب والعطش وغير سماوي وهو الذي يتأتى من سبب خارجي عنه، كالإكراه. وهو بنوعية لا يبطل حق الغير.

الأمثلة:

١ - لو استأجر أحد سفينة لمدة ثلاثة أيام ليحمل فيها مالا إلى بلد، فإذا انقضت مدة الإجارة والسفينة لم تزل في البحر فإن الإيجار يعتبر مستمراً بحكم الإضطرار، إلى أن تصل السفينة ساحل البحر، ولكن هذا الإضطرار لا يبطل حق صاحب السفينة من ساحل البحر، ولكن هذا الإضطرار لا يبطل حق صاحب السفينة من الأجرة عن المدة الزائدة على مدة الإجارة، بل له أن يستوفي عنها أجر المثل.

٢ - إذا أكره أحد شخصاً على إتلاف مال أحد فأتلفه المكره، فإن صاحب المال لا يبطل حقه بل له أن يضمن المكره (بالكسرة) إذا كان الإكراه ملجئاً، وأن يضمن المكره (بالفتح) إذا كان الإكراه غير ملجئاً.

٣ - لو اضطر سائق السيارة إلى أن يسحق مال أحد فإن عليه الضمان والإضطرار لا يخلصه من ذلك.

لا يقال: ما الفائدة إذاً من إباحة العمل الممنوع؟

لأن الفائدة هي تخلص المضطر من طائلة العقاب واللوم والإثم. وإن هذه القاعدة مقيدة لإطلاق القاعدة التسعين التي سيأتي البحث فيها، وهي (الجواز الشرعي ينافي الضمان).

- القاعدة الثالثة والثلاثون -
ما حرم أخذه حرم إعطاؤه «م ٣٤»

أي إذا كان أخذ شيء حراماً ممنوعاً على الناس فإعطاؤه حرام ممنوع أيضاً، أي أن الحرمة على كل من الآخذ والمعطي فهو ممنوع عليهما، لذلك يترتب العقاب على المعطي كما يترتب على الآخذ، وقد يترتب على المعطي الضمان أيضاً كما يترتب على الآخذ:

١ - إذا أعطى أحد لآخر رشوة فإن العقاب يترتب على الراشي والمرتشي.
٢ - إذا أعطى الوصي رشوة من مال الصغير لقضاء مصلحة تعود للصغير فإن على الوصي أن يضمن للصغير ما أعطاه كما أن عليه العقاب القانوني.

٣ - إذا أعطى الصيدلي لأحد سماً بلا وصفة الطبيب فإن عليه العقاب، لأن أخذ السم لغير الدواء حرام ممنوع فإعطاؤه كذلك.

لكن إذا كان الإعطاء قد اقتضته الضرورة فإنه لا حرمة على المعطي ولا يترتب عليه ضمان، لأن الضرورات تبيح المحضورات: كما لو كانت دار الوقف قد تهدمت وليس للوقف غلة تعمر بها ولا راغب في استئجارها بالإجارتين ولا راغب في استبدالها، فإضطر المتولي إلى استقراض نقود بفائض معتاد لتعميرها فعمرها ودفغ الفائض من غلة الوقف فلا ضمان عليه، وكذلك لو دفع الوصي شيئاً من مال الصغير لتخليص أمواله الأخرى من غاصب لا يقدر على تخليص المال منه بغير تلك الطريقة.

- القاعدة الرابعة والثلاثون -
ما حرم فعله حرم طلبه «م ٣٥»

أي: إن الفعل إذا كان حراماً ممنوعاً فإنه يحرم علي كل أحد أن يطلب من غيره إجراء ذلك الفعل الحرام، حتي إنه إذا حرضه علي ذلك قد يترتب عليه عقاب.

الأمثلة:

- ١ - إذا حرض أحد امرأة علي الفاحشة فإن عليه عقابا.
 - ٢ - إذا طلب الحاكم من أحد رشوة فعليهِ عقاب.
 - ٣ - إذا طلب أمر الجند في محاولة من جنوده ممالأة العدو فعليهِ عقاب.
- فإن هذه الأفعال كلها حرام فطلبها حرام أيضاً.

- القاعدة الخامسة والثلاثون^(١) -
العادة محكمة «م ٣٦»

أي: إن العادة سواء كانت عامة أو خاصة تجعل حكما لإثبات حكم شرعي لم يرد به نص.

والعادة عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند ذوي الطباع السليمة. فلا تتحقق العادة إلا بالتكرار الكثير ولا تثبت بوقوع الشيء بطريق الصدفة والإتفاق. وهي والعرف من حيث المصدر متحدان فما يصدق عليه أنه عادة يصدق عليه أنه عرف.

والعرف نوعان: لفظي وعملي

العرف اللفظي:

هو أن يتعارف جماعة من الناس إطلاق لفظ على معنى خاص بحيث لا

(١) يراد بالعادة ما قصده الإمام شريح القاضي في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه من قوله للغزاليين: «سنتكم بينكم» وعنون البخاري فقال: «باب من أجرى أمر الأمصار علي ما يتعارفون بينهم...» وشرح العيني قول الإمام شريح: «سنتكم بينكم فقال: يعني عادتكم وطريقتكم بينكم معتبرة». عمدة القاري: ١٦/١٢. ولهذه القاعدة سند من الكتاب والسنة.
فمن الكتاب:

قوله تعالى: ﴿ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف﴾ البقرة: ٢٢٨، وقوله تعالى: ﴿وعاشروهن بالمعروف﴾ النساء: ١٩، وقد بين القرطبي ما يدل عليه المعروف فقال: «العرف والمعروف والعارفة: كل خصلة حسنة ترتضيها العقول وتطمئن إليها النفوس»، الجامع: ٣٤٦/٧.
ومن السنة:

ما رواه الإمام البخاري: أن فاطمة بنت أبي حبيش سألت النبي ﷺ، قالت: «إني أستحاض فلا أظهر، أفأدع الصلاة؟ فقال: لا، إن ذلك عرق، ولكن دعي الصلاة قدر الأيام التي كنت تحيضين فيها ثم إغتسلي وصلّي». الصحيح ٨٩/١، فقد ردّها إلي العادة التي كان عليها أمرها.
ومنها قضاء رسول الله ﷺ: أن حفظ الحوائط بالنهار على أهلها، وأن حفظ الماشية على أهلها، وأن على أهل الماشية ما أصابت ماشيتهم بالليل». سنن أبي داود: ٤٨٤/٩ فقيه قضاء النبي ﷺ بين الناس في حفظ الحوائط والمواشي بما هو معتاد بينهم ومتعارف عليه عندهم.

يفهم بينهم من ذلك اللفظ غير ذلك المعني. كتعارف الناس إطلاق لفظ (دابة) على الحيوان ذي القوائم الأربع، مع أنه في أصل وضعه يطلق على كل حيوان يدب على وجه الأرض، وكتعارف أرباب القانون إطلاق كلمة (مادة) على طائفة من كلام القانون تتضمن حكماً مثلاً مع أن كلمة مادة في أصل الوضع تطلق على ما به قوام الشيء، وكتعارف النحاة إطلاق كلمة (فاعل) على الإسم المرفوع المسند إليه فعل معلوم مع أنه في أصل الوضع يطلق على كل شيء يعمل شيئاً، فمن عمل شيئاً فهو فاعله.

العرف العملي:

هو تعارف جماعة من الناس إستعمال شيء، كإستعمال أهل بغداد خبز الحنطة في طعامهم، فلو قلت لأحدهم أكلت خبزاً لا يفهم منه إلا خبز الحنطة، وكإستعمال بعض القبائل خبز الشعير في طعامهم، فلو قلت لأحدهم اشتريت خبزاً لا يفهم من قولك إلا خبز الشعير.
والعرف أيضاً إما عام أو خاص

العرف العام:

هو الذي لم يستند إلى طائفة مخصوصة من الناس ولا يعرف واضعه.

العرف الخاص:

هو الذي يستند إلى طائفة مخصوصة من الناس، كتعارف التجار على شيء وتعارف أرباب صنعة على شيء.

الأمثلة :

- ١ - كل ما جرى عرف البلدة علي أنه من مشتملات المبيع فإنه يدخل في المبيع من غير ذكر. مثلاً عند بيع الدار المنشأة على الطراز الحديث عندنا تدخل الحديقة المحيطة بها، لأن العرف اعتبر هذه الحديقة من جملة مشتملات المبيع.
- ٢ - إذا اشترى أحد مائة دينار يجوز له أن يدفع الثمن من أنصاف الدينار وأرباعه ولا يجبر على أداء الدنانير لأن العرف جرى بذلك.
- ٣ - كل ما كان من توابع العمل ولم يشترط على الأجير يتبع فيه عرف البلد، كما أن الخيط على الخياط.
- ٤ - غير المسكوك من الذهب والفضة إذا جرى التعامل فيه بين الناس عرفاً فهو بحكم النقود، وإلا ففي حكم العروض.
- ٥ - لا يلزم المستأجر إطعام الأجير إلا إذا كان عرف البلدة كذلك.

- القاعدة السادسة والثلاثون -

استعمال الناس حجة يجب العمل بها «م ٣٧»

أي: إن التعامل الجاري بين الناس إذا لم يكن مخالفاً للنص، حجة يجب الرجوع إليها والعمل بها، وبعبارة أخرى إن العرف العملي غير المخالف للنص يجب الحكم والفتوى بموجبه. وهذا سواء كان التعامل عاماً أو خاصاً، غير أنه إذا كان خاصاً فإنه يعتبر حجة للحكم في الوقائع عند أصحاب هذا التعامل الخاص، ولا يحكم بموجبه في الوقائع الجارية عند غيرهم.

والسبب في اعتبار التعامل حجة هو أنه أشبه شيء بالإجماع، فكما أن الإجماع أعتبر حجة شرعاً فهكذا ما هو أشبه شيء به، ولأن إتفاق الناس على شيء غير مصادم للنص الشرعي دليل على أنه غير باطل، بل إن فيه إشعاراً بأنه متوارث من مصدر التشريع. أما إذا كان التعامل مخالفاً للنص الشرعي فلا يعتد به لأن الدلالة على بطلانه ظاهرة حينئذ، فيجب اتباع النص وبطلان العمل بالتعامل. كما لو تعامل الناس الربا، فتعاملهم هذا مصادم للنص فهو تعامل باطل لا يجوز اتباعه شرعاً. غير أن أبا يوسف ذهب إلي أن النص إذا كان مبنياً على العرف المألوف وقت ورود النص ثم جاء التعامل بعد ذلك مخالفاً للنص لتبديل العرف، فإن العمل حسب هذا العرف والتعامل صحيح، لأنه عبارة عن العمل بعرف جديد قام مقام عرف سابق، وقد كان النص مبنياً على العرف السابق لا على حجة أخرى، فلا يلزم من ذلك مخالفة النص، مثلاً إن الحنطة كانت تباع في المدينة كيلاً، وقد جاء الحديث الشريف بأن الحنطة تباع بمثلها كيلاً بكيل بلا زيادة. فلو بيعت الحنطة بمثلها مناً بمن مثلاً أي وزناً، نظراً إلى عرفنا من بيع الحنطة وزناً، فهل البيع صحيح؟ ذهب أبو يوسف إلى الصحة وإن كان هذا التعامل جاء على خلاف النص من لزوم بيعها بمثلها كيلاً، لأن هذا النص كان مبنياً على عرف ذلك العصر، وأن القصد من مفهوم النص هو أن الحنطة إذا بيعت بمثلها يجب أن يكون العوضان متساويين، غير أن مقياس التساوي في ذلك العصر كان بالكيل، ومقياسه في عرفنا بالوزن. فالمخالفة للنص في هذه المعاملة ظاهرية لا حقيقية بل إنها في الحقيقة موافقة للنص، وهو عدم وجود الزيادة في أحد العوضين.

الأمثلة،

- ١ - إعطاء مستغلات الوقف بالإجارتين أو بالمقاطعة إنما صح لتعامل الناس بذلك، وإلا فإنه نظراً لكون هذه الإجارة لا إلى مدة معينة يجب أن تكون فاسدة.
- ٢ - انتقال الأراضي الأميرية إلى ورثة المتصرف بها مع أنها ليست ملكاً للمتصرف إنما صح لجريان التعامل بذلك. ثم قد جاء القانون مؤيداً لهذا التعامل.
- ٣ - إذا استعان تاجر بتاجر آخر في بيع أمواله، وطلب المعين من المستعين أجره عن عمله، ينظر في ذلك إلى عرف التجارة فإن كان العرف قد جرى بأن يأخذ مثل هذا المعين أجره، كان له الأجرة المتعارفة، وإلا فلا أجره له.
- ٤ - إذا وكل أحد شخصاً لخصومة عنه ولم يشترط له أجره، فإن كان الوكيل ممن اتخذ الوكالة حرفة كان له أجر المثل لأن التعامل جرى على ذلك، وإن لم يكن ممن اتخذوا الوكالة حرفة كان متبرعاً لا أجره له.

- القاعدة السابعة والثلاثون -

المتنع عادة كالممتنع حقيقة «م ٣٨»

أي أن ما كان حسب العادة، من الأمور الممتنع وقوعها، فإنه يعتبر بحكم الممتنع في نفس الأمر والواقع، أي بحكم المستحيل، وتكون العادة هي المعول عليها في الحكم. ولا ينظر فيه إلى الإمكان العقلي. وهذه القاعدة والتي قبلها وما بعدها إلى القاعدة الخامسة والأربعين

كلها فروع من القاعدة الخامسة والثلاثين.

الأمثلة،

- ١ - لو ادعى المعروف بالفقر أنه قد أقرض زيدا مبلغاً كبيراً من النقود دفعة، لا تسمع دعواه لإمتناع زعمه عادة، كذلك لو ادعى أن زيداً قد غصب منه أموالاً عظيمة دفعة واحدة. وتقدير كبر المبالغ وعظم المال، ينظر فيه إلى حال المدعي.
- ٢ - إذا أقر أحد لآخر بشيء ثم ادعى أنه كان كاذباً في إقراره لا تسمع دعواه بالكذب، لأن الإنسان لا يقر على نفسه بالكذب، حسب العادة، ولكن يحلف المقر له على عدم الكذب في الإقرار على قول أبي يوسف الذي أخذت به المجلة.
- ٣ - إذا ادعى أحد أن زيداً المعروف أنه في غيابة السجن قد غصب فرسه يوم الدعوى لا تسمع دعواه لإمتناع ذلك عادة.

- القاعدة الثامنة والثلاثون -

لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان «م ٣٩»

أي أن الأحكام الجزئية في الوقائع إذا كانت مبنية على العرف في زمن، فقد تتبدل في أمثالها من الوقائع في زمن آخر، لتبدل العرف والعادة في هذا الزمن. فإن العادات قد تتبدل بتبدل الأزمان، فالأحكام المبنية عليها تتبدل أيضاً تبعاً لتبدلها. مثلاً إذا جرى العرف في بغداد على أن إطعام الأجير على المستأجر، فإذا طلب الأجير من المستأجر الطعام المعتاد وأبى

المستأجر عن ذلك نحكم على المستأجر بدفع الطعام المعتاد إلى أجييره، ثم لو مرت الأيام وتبدل العرف فكان المتعارف أن المستأجر لا يتحمل إتمام الأجير، فإذا طلب الأجير من المستأجر الطعام اليومي منه وأبى المستأجر عن ذلك لا نحكم للأجير على المستأجر بشيء. فهنا قد تبدل الحكم بتبدل العرف بتبدل الزمان.

أما الأحكام الكلية المبنية على البرهان لا على العادة فإنها لا تتبدل مهما تبدلت الأزمان، لأن البرهان قائم لم يتغير فلا يتبدل الحكم، مثلاً أن الحكم بلزوم البيع الخالي من الخيارات لا يتبدل. لإستناده إلى البرهان لا إلى العادة.

الأمثلة:

١ - لم يشترط الإمام أبو حنيفة تزكية الشهود لا سراً ولا علناً، لأن الناس لم يكونوا ليجرأوا على شهادة الزور في عصره نظراً لما ألقوه من التربية الدينية، ولكن لما رأى من بعده من كبار الفقهاء أن التربية الدينية قد ضعفت ولم يبال الناس بشهادة الزور شرطوا تزكية الشهود سراً وعلناً.

٢ - منافع المصوب غير مضمونة عند الحنفية بناء على أن المنافع ليست أموالاً وإنما تقوم بالعقد، ولولا العقد لما حصل منها مال فهي ليست بأموال عرفاً. ثم لما رأى المتأخرون أن الناس صاروا يجرأون على غصب مال اليتيم والوقف لضعف المحامي عنهم أو لعدم وجود من يحميهم، حكموا بأن منافع المصوب مضمونة إذا كان المصوب مال يتيم أو وقفاً. كما حكموا بأن المصوب إذا كان معداً للإستغلال فإن منافعه تكون مضمونة أيضاً لأن إعداده للإستغلال جعل المنافع بحكم

الأموال عرفاً، فكانت مضمونة.

٣ - كان في الأزمان السابقة يحكم بسقوط خيار الرؤية في شراء الدار إذا كان المشتري قد رأى غرفة من غرفها ولم ير سائر غرفها لأن الدور في ذلك العصر كانت تبني غرفها على طراز واحد. أما اليوم فلا يسقط خيار الرؤية إذا لم ير جميع محتوياتها لأن غرف الدار في عصرنا وسائر محتوياتها تبني على طراز مختلف، فقد تبدل الحكم لتبدل العرف.

- القاعدة التاسعة والثلاثون -

الحقيقة تترك بدلالة العادة «م ٤٠»

أي أن العادة قد تكون هي القرينة المانعة عن إرادة المعنى الحقيقي فيذهب حينئذ إلى المعنى المجازي ويترك المعنى الحقيقي. وقد تقدم الكلام في شرح القاعدة الحادية عشرة عن الحقيقة والمجاز، وقد بينا هناك أن لا بد للمجاز من قرينة مانعة عن إرادة المعنى الحقيقي، وأن هذه القرينة إما لفظية أو حالية، فاللفظية هي أن يوجد في الكلام لفظ يصرف الفهم عن إرادة المعنى الحقيقي للفظ آخر مقرون به، كما سبق في المثال المضروب هناك، والقرينة الحالية هي أن تكون الحالة الراهنة مانعة عن إرادة المعنى الحقيقي من اللفظ، كالعادة فإنها حالة قد تصرف الفهم عن إرادة المعنى الحقيقي من اللفظ، مثلاً إذا قال صاحب شجرة لأحد كل من هذه الشجرة فأكل هذا من ثمرها لا ضمان عليه لأنه يعتبر مأزونا بالأكل من ثمرها بدلالة العادة، فإن قول صاحب الشجرة كل من هذه الشجرة

يحمل على المعنى المجازي أي من ثمرها لأن أكل نفس الشجرة متعذر عادة، وليس لصاحب الشجرة طلب ضمان منه بدعوى أنه إنما أذن بالأكل من نفس الشجرة لا من ثمرها.

وهنا بحث فصله علماء الأصول وهو:

١ - إن المعنى الحقيقي إذا كان غير مستعمل لسبب كونه متعذراً أو مهجوراً شرعاً أو مهجوراً عادة، فلا خلاف في أنه يصار إلى المعنى المجازي، فلو حلف أحد أنه لا يأكل من هذه الشجرة، فيما أن الأكل من نفس الشجرة متعذر فإنه يصار إلى المعنى المجازي، فإن كانت الشجرة من الأشجار المثمرة يحمل الكلام على إرادة الثمر، فإذا أكل من ثمرها حنث وإذا أكل من نفس الشجرة لا يحنث، وإذا كانت الشجرة من الأشجار غير المثمرة، يحمل الكلام على ثمن الشجرة. فإذا أكل بثمنها من الطعام حنث، وإن أكل من نفس الشجرة لا يحنث، حملاً للكلام على المعنى المجازي، لأن المعنى الحقيقي هنا غير مستعمل لتعذر إرادته. وكذلك إذا حلف أحد بأنه لا يضع قدمه في دار فلان، فإن كلامه يحمل على المعنى المجازي وهو الدخول حتى لو دخل دار فلان ركباً حنث، ولو مد رجله في دار فلان لا يحنث. لأن المعنى الحقيقي من كلامه مهجور بدلالة العادة.

وكذلك لو قال شخص لآخر وكلتك على الخصومة مع فلان، يحمل كلامه على المعنى المجازي وهو التوكيل على الجواب في الدعوى، لأن المعنى الحقيقي لكلامه (وهو النزاع) مهجور شرعاً لحرمة المنازعة مع الناس.

٢ - إن المعنى الحقيقي إذا كان هو المستعمل دون المجازي أو إن كلا من

المعنيين الحقيقي والمجازي مستعمل بصورة متساوية، أو إن استعمال المعنى المجازي أقل، فلا خلاف في أن المعنى الحقيقي هو الذي يراد عند الإطلاق.

٣ - إذا كان استعمال اللفظ في معناه المجازي أكثر من استعماله في معناه الحقيقي، فذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن المعنى الحقيقي هو الذي يجب أن يراد عند الإطلاق لأنه هو الأصل ولا يذهب إلى المعنى المجازي إلا للقرينة وذهب أبو يوسف ومحمد إلى أن المعنى المجازي هو الذي يجب أن يراد لأنه هو الغالب في الاستعمال فكأن العرف جرى على إرادته. مثلاً حلف أحد أنه لا يأكل من هذه الحنطة فإنه يحنث عند أبي حنيفة إذا أكل من نفس الحنطة نية أو مقلية أخذاً بالمعنى الحقيقي، وإن كان الاستعمال الغالب في هذا الكلام أن يراد المعنى المجازي وهو خبزها وسائر ما يعمل منها، ويحنث عند أبي يوسف ومحمد إذا أكل من عين الحنطة أو إذا أكل من خبزها وسائر ما يعمل منها أخذاً بعموم المجاز. ومعنى عموم المجاز أن يراد من اللفظ معنى يعم المعنى الحقيقي والمعنى المجازي. فإذا حلف أنه لا يأكل من هذه الحنطة يراد من الكلام أنه لا يأكل من مادة هذه العين، فإذا أكل من نفس الحنطة أو سائر ما يعمل منها يكون حانثاً.

الأمثلة:

١ - الإقرار المعلق على شرط باطل لأنه إخبار، والإخبار لا يقبل التعليق، ولكن إذا علق بزمان صالح لطلول الأجل في عرف الناس يحمل على الإقرار بالدين المؤجل، مثلاً لو قال أحد لآخر إذا وصلت إلى المحل

الفلاني فإني مدين لك بكذا يكون إقراره باطلاً، غير أنه إذا قال إن أتى الشهر الفلاني فإني مدين لك بكذا، يحمل على الإقرار بالدين المؤجل لإقتضاء العادة ذلك.

٢ - الإقرار المعلق على الموت يحمل على الإشهاد بأن في ذمته ديناً، كيلا ينكره الورثة، فلو قال أحد إذا مت فإني مدين لفلان بكذا درهماً، فإنه يحمل على الإشهاد وثبت الدين في ذمته سواء بقي حياً أو مات بعد ذلك، للعرف.

٣ - الإبراء المعلق على الشرط باطل، إلا أنه إذا علق أحد الإبراء على موته كان وصية، فلو قال إذا مت فقد أبرأتك من الدين الذي في ذمتك كان أيساء له بالدين، للعرف.

- القاعدة الأربعون -

العبرة للغالب الشائع لا للنادر «م ٤١»

أي: إن الاعتبار في بناء الأحكام على العادة هو النظر إلى الأحوال الشائعة الغالبة الوقوع ولا ينظر فيها إلى الأحوال النادرة الوقوع فالأحكام لا تبني على حالة نادرة لأن النادر والمغلوب تابع للغالب.

الأمثلة،

١ - بحكم بموت المفقود إذا أكمل التسعين من عمره لأن الغالب أن الإنسان لا يعيش أكثر من ذلك، وخلاف ذلك نادر أو قليل جداً.

٢ - إذا أكمل الشخص من عمره خمس عشرة سنة يحكم ببلوغه، لأن

الغالب أن الإنسان يبلغ عند وصوله هذا السن.

٣ - يحكم بإنتهاء مدة الحضانة للطفل الذكر ببلوغه سبع سنين وللبنات ببلوغها تسع سنين، لأن الغالب إذا بلغ الطفل الذكر سبع سنين يقتدر على مداراة نفسه في الأكل والشرب واللباس ونحو ذلك، وإن البنات إذا بلغت تسع سنين تصل إلى مرتبة النساء وخلاف ذلك نادر أو قليل، والعبارة للغالب.

- القاعدة الحادية والرابعون -

أنهما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت «٤٢»

أي: إن العادة المعتبرة في القاعدة الأنفة الذكر هي المطردة التي لا تتخلف أبداً أو الغالبة التي قد تتخلف قليلاً. أما العادة المغلوبة فلا عبارة بها، فلا تكون حجة للعمل بها، ولا تكون حكماً يرجع إليها عند المنازعات، ولا تترك الحقيقة بها، ولا تتغير الأحكام بتغيرها.

وهذه القاعدة فرع من القاعدة السابقة، والأمثلة المضروبة هناك تصلح هنا أيضاً. ويجب أن نعلم أيضاً أن العادة الغالبة الشائعة إنما تعتبر إذا كانت مقارنة للواقعة المطلوب إعطاء الحكم فيها، أما العادة التي كانت شائعة قبل وقوع الحادثة المطلوب إعطاء الحكم فيها فلا ينظر إليها.

- القاعدة الثانية والأربعون -
المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً «م ٤٣»

أي: إن الأمور المعتادة بين الناس والمعروفة بينهم في المعاملات تعتبر كأنها مشروطة عند إجرائها، فإذا جرى العقد مثلاً على شيء وكانت هناك أمور تعتبر من لوازم العقد على أحد الطرفين حسب العادة، كانت تلك الأمور كالمشروطة صراحة في العقد فيجب القيام بها.

الأمثلة:

- ١ - إذا استعمل أحد مال غيره المعد للإستغلال فعليه أجر المثل، لأن المعروف أن المعد للإستغلال لا يستعمل إلا بأجرة.
- ٢ - متولي الوقف يستحق أجرة المثل ولو لم يشرط له الواقف أجره لأن المعهود والمعروف أن المتولي لا يتحمل كلفة التولية بلا أجرة.
- ٣ - إذا دفعنا ثياباً إلى الخياط ليخيطها فعليه الخيوط والأزرار وسائر ما يقتضي لخياطة الحلة، لأن هذا هو المعروف عندنا.

لكن إذا صرح عند العقد مثلاً بمخالفة المعروف عرفاً فالعبرة حينئذ تكون للمصرح به لا إلى المعروف عرفاً، كما لو صرح عند دفع الثياب إلى الخياط بأن يكون ما يقتضي لخياطة الحلة من أزرار وخيوط ونحوها على صاحب الثياب، فلا ينظر إلى المعروف في عرفنا من أن يتحملها الخياط.

- القاعدة الثالثة والأربعون -

المعروف بين التجار كالمشروط بينهم «م ٢٤»

هذه القاعدة داخلة في مفهوم القاعدة السابقة دخول الخاص تحت العام، فإن القاعدة السابقة تبحث في المعروف بين الناس مطلقاً، وهذه تبحث في المعروف بين التجار، فالمعروف بين التجار في معاملاتهم التجارية هو كالمشروط بينهم، فيلزم اعتباره ولو لم يشترط عند إجراء المعاملات.

الأمثلة:

- ١ - لو باع أحد التجار بضاعة من غير أن يصرح بكون الثمن حالا أو مؤجلاً إلى مدة معلومة أو مقسطاً، وكان عرف التجار جارياً بكون الثمن في مثل بيع ذلك الشيء مقسطاً إلى مدد معروفة بينهم، فإن البيع الواقع يعتبر مقسطاً إلى تلك المدد.
- ٢ - إذا أمر أحد التجار شخصاً ببيع أمواله فباع المأمور المال وأرسل الثمن إلى الأمر بيد شخص أمين حسب ظنه، فهرب الرسول بالثمن، فإن كان المعروف بين التجار أن وكلاءهم يرسلون إليهم أموالهم بيد من يآتمنون، فلا ضمان على المأمور المذكور، والافعليه الضمان.
- ٣ - إذا تعارف التجار بأن يطرح من وزن المال المشتري كذا في المائة، فإذا باع أحدهم شيئاً من ذلك وجب هذا الترك.

- القاعدة الرابعة والأربعون -

التعيين بالعرف كالتعيين بالنص «م ٢٥»

أي: إن التخصيص عرفاً كالتخصيص نصاً، فإذا كان العرف يخص بعض التصرفات بشيء وجب مراعاة هذا التخصيص في المعاملات كما لو نص على هذا التخصيص عند إجراء المعاملات. وهذه القاعدة والقاعدتان السابقتان من باب واحد.

الأمثلة:

- ١ - لو أذن صاحب دابة الكراء المستأجر بضربها فليس له أن يضرب إلا على الموضع المعتاد الضرب عليه عرفاً، فإن ضربها على غير ذلك فهلكت ضمن.
- ٢ - التوكيل بالبيع يحمل على البيع بلا ضرر، لأن هذا التخصيص هو المعروف، فليس للوكيل بيع شيء يضره التبويض أن يبيع نصفه. لأن ذلك يجلب ضرر إشتراك الغير مع الموكل.
- ٣ - إذا كانت الإعارة مطلقة كان للمستعير استعمال العارية في أي مكان وزمان شاء، على الوجه الذي يريده، لكن يتقيد ذلك بالعرف، فإذا أعار أحد دابته إلى شخص إعارة مطلقة فللمستعير أن يركبها إلى حيث شاء في الوقت الذي يريده، ولكن ليس له أن يذهب بها إلى المحل الذي مسافة الذهاب إليه ساعتان في ساعة واحد.

- القاعدة الخامسة والأربعون -

إذا تعارض المانع والمقتضي يغرم المانع «م ٤٦»

أي إذا تعارض في شيء أمران، أحدهما يقتضي اعتبار عمل والثاني يقتضي عدم اعتبار ذلك العمل، يرجح المانع، ويوقف المقتضي.

الأمثلة:

١ - إذا باع الراهن الرهن وهو قبيح يد المرتهن لا ينفذ البيع بحق المرتهن. فهنا إن كون المرهون ملك الراهن يقتضي نفاذ البيع، وإن كون المرهون محبوساً عند المرتهن، يقتضي عدم نفوذ البيع بحقه، إذ لو اعتبر نافذاً بحقه لزال الحبس الذي هو من أهم أحكام الرهن، فقدم المانع على المقتضى.

٢ - إذا كان الدور الأول في دار لشخص والدور الثاني منها لشخص آخر، فليس لأحدهما أن يتصرف في ملكه تصرفاً يضر بالآخر بلا إذنه، لتعلق حق الآخر به، وهو المانع، مع أن كون الشيء مملوكاً لشخص يقتضي جواز تصرف المالك به كيفما يشاء.

٣ - لو باع أحد ماله المعلوم مع مال آخر مجهول جهالة فاحشة، بعقد واحد، كان البيع فاسداً، فإن معلومية ماله تقتضي صحة البيع، ولكن الجهالة الفاحشة في المال الآخر تمنع الصحة فقدم المانع.

- القاعدة السادسة والأربعون -

التابع تابع «م ٤٧»

أي: إن التابع للشيء في الوجود تابع له في الحكم فيترتب عليه الحكم الثابت لمتبوعه.

الأمثلة:

- ١ - إذا بيع حيوان في بطنه جنين يدخل الجنين في البيع تبعاً.
- ٢ - إذا باع أحد لآخر بستاناً، فالثمرة التي تحصل بعد العقد وقبل تسليم المبيع إلى المشتري تكون للمشتري، لأنها تابعة للمبيع في الوجود.
- ٣ - زوائد المغصوب كصوف الغنم المغصوبة وألبانها تعود إلى المغصوب منه، لأن المغصوب ملكه والزوائد تابعة للمغصوب في الوجود.

- القاعدة السابعة والأربعون -

التابع لا يفرد بالحكم «م ٤٨»

أي: إن التابع للشيء في الوجود لا يجوز أن يفرد بحكم خارج عن حكم متبوعه، لأنه عند وجوده يلحقه حكم متبوعه، فلا يمكن أن يفرد بالحكم.

الأمثلة:

- ١ - لا يجوز بيع الجنين في بطن أمه ولا هبته.
- ٢ - لا يجوز بيع حق الشرب وحق المرور منفرداً، لأنهما تابعان فلان

يستقلان بحكم عن متبوعهما.

٣ - لا تجوز الهبة للجنين لأنه تابع لأمه فلا يفرد بحكم.

وتستثني من هذه القاعدة مسائل منها:

- ١ - يصح الأقرار للجنين بمال بسبب صالح أي بسبب معقول، فإذا ولد الجنين لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار كان مالاً للمقر به. مثلاً لو أقر بأن للجنين عليه مائة دينار لأبيه المتوفي، فإن الإقرار صحيح، وكذا لو أقر للجنين بسيارة لأبيه المتوفي صح الإقرار.
- ٢ - يثبت للجنين حق الإرث من أبيه بشرط أن يولد حياً.
- ٣ - تصح الوصية للجنين، كما لو أوصى أحد لجنين بشيء فإذا ولد لأقل من ستة أشهر من زمن الوصية فإنه يملك الموصى به.
- ٤ - يصح إبراء الكفيل دون الأصيل، مع أن الكفالة تابعة لأصل الدين.
- ٥ - للمرتهن أن يسقط حق حبس الرهن مع أن حق الحبس تابع للرهن.

- القاعدة الثامنة والأربعون -

من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته «م ٤٩»

أي: إن المالك لشيء يملك ما هو من الأمور الضرورية له في الإنتفاع.

الأمثلة،

- ١ - إذا اشترى أحد داراً ملك الطريق الخاص الموصلة إليها لأن الطريق ضروري للدار لأنه لا ينتفع بالدار بدونها.

- ٢ - من ملك عرصة ملك علوها، لأنه من ضرورياتها.
٣ - من ملك داراً ملك ما هو من ضرورياته كالمطبخ ونحوه.

- القاعدة التاسعة والأربعون -

إذا سقط الأصل سقط الفرع «م ٥٠»

أي: إن التابع يسقط بسقوط متبوعه.

الأمانة:

- ١ - إذا أبريء الأصيل بريء الكفيل، لأن إلام ذمة الكفيل فرع من إلام ذمة الأصيل وتابع له.
٢ - إذا مات الموكل أو جن انعزل الوكيل، لأن تصرف الوكيل فرع من تصرف الموكل، فإذا سقط تصرف الموكل سقط تصرف الوكيل.
٣ - إذا هلك المبيع بيد البائع سقط الثمن عن المشتري، لأن الثمن عوض عن المبيع ومتفرع عليه.

- القاعدة الخمسون -

الساقط لا يعود كما أن المعدوم لا يعود «م ٥١»

أي: إن الحقوق التي تقبل الإسقاط، إذا سقطت فإنها لا تعود بعد سقوطها، أما الحقوق التي لا تقبل الإسقاط فإنها لا تسقط بالإسقاط.

الأمثلة،

- ١ - أسقط البائع حق حبسه المبيع بالثمن فليس له أن يحبس المبيع بعد ذلك إلى أن يستوفي الثمن.
- ٢ - إذا بنى صاحب العرصه بناء في العرصه التي فيها حق المرور بإذن صاحب المرور سقط حقه فلا يعود بعد ذلك ولو تهدم البناء.
- ٣ - إذا أجاز الوارث وصية مورثه بأكثر من الثلث بعد موت مورثه ليس له بعد ذلك الرجوع عن هذه الإجازة.

لكن إذا أسقط الوارث حقه من الإرث فإنه لا يسقط، وكذلك إذا أسقطت الزوجه حقه من النفقة بلا عوض، أو أسقط الواهب حقه من الرجوع. لأن هذه الحقوق لا تقبل السقوط. والحقوق التي لا تقبل السقوط هي حقوق الملكية وشبهها. راجع رسائل ابن نجيم.

- القاعدة الحادية والخمسون -

إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه «م ٥٢»

أي إذا كان ثبوت الشيء قد حصل في ضمن ثبوت شيء آخر، فإذا بطل هذا الشيء الآخر، بطل الشيء الذي في ضمنه. بعبارة أخرى. إذا بطل المتضمن (بكسر الميم) بطل المتضمن (بفتح الميم). والمتضمن إما (حقيقي) كالأذن بالقتل، الداخل ضمن البيع، فيما لو باع أحد دمه لآخر كأن يقول له: بعتك دمي، فإن هذا البيع يتضمن الإذن بالقتل حقيقة، وإما (حكمي) كما لو أجر الموقوف عليه مال الوقف وأذن للمستأجر أن يبني فيه عمارة، فالإذن

بالعمارة غير داخل ضمن الإجارة ولكنه مسبب (بفتح الباء) على الإجارة والمسبب في حكم الداخل ضمن سببه، لأنه مترتب عليه. وقد يؤدي المقصود من القاعدة، بقاعدة أخرى أصرح عبارة وأشمل قصداً وهي المبني على الفاسد فاسد.

الأمثلة:

- ١ - التعاطي المبني على البيع الباطل أو الفاسد لا يثبت به البيع الصحيح. فلو باع أحد ما ليس ملكه، ثم انه تملك المبيع بعد ذلك بوجه من الوجوه وسلمه إلى المشتري بناء على عقد البيع السابق وقبض منه الثمن، فيما أن العقد السابق باطل فالتعاطي المبني عليه باطل أيضاً لا يثبت به بيع صحيح، مع أن هذا التعاطي لو وقع بين البائع والمشتري، لا بناء على العقد السابق، بل استئنافاً لبيع جديد لحصل به بيع صحيح.
- ٢ - لو قال أحد لآخر بعثك دمي بمائة دينار وقبل الآخر، ثم إنه قتل البائع بناء على أن البيع يتضمن الإذن بالقتل (من حيث أنه إذا ملك الشخص نفسه لغيره فقد جعل نفسه تحت تصرف الغير فهو مأذون ضمناً بالتصرف فيه كيفما يشاء لأن المالك يتصرف في ملكه كما يريد ويختار) فعلى القاتل القصاص، لان البيع باطل، فالإذن الذي في ضمنه باطل أيضاً، فيكون القتل قد وقع اعتباطاً بدون إذن من المقتول، وذلك يوجب القصاص بخلاف ما لو أمر أحد آخر أن يقتله فقتله بناء على الأمر، فإن على القاتل الدية لا القصاص لوجود شبهة الأمر.
- ٣ - لو وقع الصلح بين المدعي والمدعى عليه، وفي ضمن المصالحة قد أبرأ أحدهما الآخر، أو أن المدعى عليه أقر للمدعي بملكيته للمصالح عليه،

ونظم المتصالحان صكاً منظماً من الكاتب العدل، ثم تبين أن عقد الصلح الواقع فاسد (كما لو كان المصالح عليه عن دين فرساً مجهولة) فالإبراء أو الإقرار الواقع ضمن هذه المصالحة باطل أيضاً، فليس للمقر له، أو المبرأ أن يتمسك بعد ذلك بهذا الإقرار أو الإبراء.

ويستثنى من حكم هذه القاعدة:

ما إذا تصالح الشفيع عن الشفعة على مال أو باع حق شفيعته إلى المشتري فإن الشفعة تسقط ضمن الصلح أو البيع، مع أن الصلح أو البيع باطل (لأن الشفعة حق مجرد لا يقبل الإعتياض عنه)، فكان يجب أن يبطل ما في ضمنه وهو سقوط الشفعة، وأن يعود حق الشفعة كما كان. وسبب هذا الإستثناء هو أن الشفعة حق ضعيف فالسقوط يؤثر فيه ولو كان ضمنياً، ولأن الساقط لا يعود.

- القاعدة الثانية والخمسون -

إذا بطل الأصل يصار إلى العوض «م ٥٣»

أي: إن الشيء الواجب الإيفاء به، إذا تعذر إيفاؤه بنفسه، لسبب ما، فإنه يجب إيفاء بدله، لأن البديل قائم مقام المبدل، بمعنى إذا أمكن الإيفاء بنفس الشيء الواجب، فلا يجوز أن يصار إلى البديل، بل يلزم أن يصار إلى نفس الشيء فيوفى، لأنه هو الواجب لا بد له. وقد أمكن القيام بنفس الواجب فلا يسد غيره مسده.

الأمثلة،

١ - إذا كان المغصوب قائماً بيد الغاصب وجب رده إليه، ولا يصار إلى مثله إذا كان مثلياً، أو إلى قيمته إذا كان قيمياً، لأن الواجب هو رد الأصل، وقد أمكن، لقيامه بيد الغاصب، فلا يذهب إلى عوضه. نعم إذا لم يكن المغصوب في يد الغاصب فإنه يضمن مثله أو قيمته لتعذر الإيفاء بالأصل، فيصار إلى البدل.

٢ - لو أتلف أحد مال غيره، يضمن مثله إن كان المستهلك مثلياً، وقيمه إن كان قيمياً، لتعذر الإيفاء بالأصل، وهو المال الذي قد أتلف، فيصار إلى بدله.

٣ - إذا استأجر أحد داراً لشهر مثلاً، فإذا كان عقد الإيجار جري في غرة الشهر، فإنه ينتهي بإنتهاء الشهر مهما كان عدد أيامه، ولكن إذا جرى بعد مرور أيام من الشهر، فيما أنه يتعذر الإيفاء بالعقد لمدة نفس الشهر، يصار إلى البدل وهو الشهر التقديري، وهو ثلاثون يوماً.

- القاعدة الثالثة والخمسون -

يغتفر بالتابع ما لا يغتفر في المتبوع «م ٥٤»

أي: إن الشروط الواجب مراعاتها في الشيء المقصود بالذات لا يطلب مراعاتها في الأشياء الثابتة تبعاً وحكماً. وبعبارة أخرى إن ما لا يجوز في الأمور المطلوبة قصداً، يجوز في الأمور الحاصلة ضمناً.

١ - لو وكل المشتري البائع على قبض المبيع، لا يجوز، لأن الشخص الواحد لا يجوز أن يكون مسلماً ومستلماً؛ إذ لا بد من المغايرة بين المسلم والمستلم، فلو أن المبيع هلك بيد البائع بعد هذا التوكيل فإنه يهلك على حسابه لا على حساب المشتري، أي يكون مضموناً عليه بالثمن. لكن لو دفع المشتري إلى البائع أكياساً وأمره بكيل الطعام المبيع ووضعه في الأكياس، أو أمره بطحن الطعام ففعل البائع ذلك، كان هذا العمل قبضاً من المشتري، فلو هلك المبيع بيد البائع بعد هذه العملية فإنه يهلك على حساب المشتري، مع أنه في الحقيقة لم يتسلم شيئاً وإنما البائع أجرى عملاً بأمر المشتري، وهو الكيل والوضع في الأكياس أو الطحن، وهذا العمل يتضمن تسليم البائع المبيع إلى نفسه نيابة عن المشتري وهذا في الحقيقة وكالة بالقبض، ولكن لما كان المقصود بالأمر هو التوكيل بإجراء الوزن والوضع في الأكياس أو الطحن وهو توكيل صحيح لا غبار عليه، وقد تضمن هذا التوكيل التوكيل بالقبض أيضاً، فبما أن التوكيل بالقبض في هذه الصورة ضمنى تبعية لم يلاحظ فيه لزوم مغايرة القابض والمقبوض.

٢ - المنقول إذا لم يتعارف وقفه، لا يجوز وقفه، لأن المنقول لا يتأبد والتأبيد مطلوب في الوقف، ولكن إذا وقف أحد عقاراً فإن ما يتبع هذا العقار من المنقولات يكون وقفاً ولو لم يتعارف وقفه، والسبب هو أن هذا المنقول قد دخل في الوقف تبعاً فلا يشترط فيه ما يشترط في الموقوف قصداً.

٣ - لا يجوز بيع حق الشرب أو حق المرور قصداً لأنهما من الحقوق المجردة، وهي لا يعتاض عنها، ولكن يجوز بيعه تبعاً للأرض أو الدار.

ويستثنى من هذه القاعدة:

أنه لو كفل أحد بالقرض مؤجلاً كان الدين مؤجلاً في حق الكفيل ولكنه لا يتأجل في حق الأصيل تبعاً، أي لم يذهب أحد إلى القول بأن تأجيل القروض وإن لم يجرز قصداً فليكن جائزاً تبعاً في هذه القضية، فكما جاز أن يكفل به الكفيل مؤجلاً فليجز أن يؤجل في حق الأصيل أيضاً تبعاً، لجواز تأجيله في حق الكفيل. وسبب هذا الإستثناء أن الكفيل إنما كفل الدين في ذمة المكفول من حيث إنه دين. ولا يلاحظ في الكفالة منشأ الدين الصحيح. لأن المقصود بها مجرد التوثيق، فمن هذه الجهة صح التأجيل في حقه، ولم يعتبر جواز التأجيل في حق المستقرض لأنه أخذ قرضاً والقرض لا يؤجل.

- القاعدة الرابعة والخمسون -

البقاء أسهل من الابتداء «م 00»

أي: إن النظر التشريعي أو النظر الفقهي، يعتبر بقاء الشيء على حاله واستمراره عليها أسهل مما لو بدئ بإيجاد تلك الحالة وإنشائها. فلهذا نرى المشرع والفقهاء يتسامحان في الحكم ببقاء الشيء على حاله، مع أنهما لا يتسامحان في اعتبار تلك الحالة لو أريد إيجادها وإحداثها. وهذه القاعدة معقولة في الماديات فالأمر في اعتبار الأحكام بالنظر لمفهوم هذه القاعدة، هو كاعتبار مفهوم القاعدة في الماديات.

الأمثلة:

١ - لا يصح إيجار المشاع لغير الشريك، ولكن لو أجر أحد داره ثم ظهر

مستحق لنصفها فإن الإجارة للنصف الآخر تبقى صحيحة مع أنه مشاع، فقد جاز في البقاء ما لم يجز في الإبتداء.

٢ - ليس للوكيل ببيع شيء أن يوكل غيره ببيعه. ولكن لو باع ذلك الشيء فضولي وبعدهنذ أجاز الوكيل المذكور بيع الفضولي فإن البيع يكون نافذاً مع أن الإجازة اللاحقة بحكم وكالة سابقة.

٣ - لو كان لأحد داران متقابلان على الطريق العام وأراد أن ينشئ جسراً من أحدهما على الأخرى، فإنه يمنع لأنه ليس له أن يتصرف في الطريق العام بدون إذن من أولى الأمر، ولكنه لو أنشأه بوجه من الوجوه لا يهدم.

- القاعدة الخامسة والخمسون -

يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الإبتداء «م ٥٦»

أي بما أن البقاء أسهل من الإبتداء فإنه يتسامح في أمر بقاء الشيء على حاله ما لا يتسامح فيه لو أريد وضعه إبتداءً على تلك الحالة، وهذه القاعدة فرع للقاعدة التي قبلها ومسببة عنها.

الأمثلة،

١ - لا يصح هبة الحصة الشائعة من شيء قابل للقسمة، لأن القبض الكامل شرط في تمام الهبة، وهو ممكن في هبة الحصة من الشيء القابل للقسمة، وذلك بتقسيمه وتسليم الحصة الموهوبة مستقلة. ولكن لو وهب أحد لأخر داراً قابلة للقسمة مثلاً ثم استحق نصف الدار فإن الهبة في

النصف الباقي تبقى صحيحة.

- ٢ - لا يصح بيع نصف الثمرة غير الناضجة المشتركة بين إثنين لغير الشريك، لإقتضاء ذلك تضرر الشريك إذ على المشتري أن يأخذ نصفه بعد تمام العقد، وأخذ النصف يستلزم قطف الثمرة كلها ليتمكن إقرار النصف وفي هذا ضرر بين بالشريك، لكن لو باع الشريكان الثمرة المشتركة بعقد واحد ثم تراضى أحدهما مع المشتري بفسخ البيع في نصيبه فإن البيع يبقى صحيحاً في النصف الآخر.
- ٣- لا يصح تزويج المرأة بشهادة صبيين، ولكن لو بلغا وشهدا أمام القاضي بالنكاح المذكور تقبل شهادتهما ويعتبر النكاح صحيحاً.

- القاعدة السادسة والخمسون -

التبرع لا يتم إلا بالقبض «م ٥٧»

أي: إن الشيء الذي يملك مجاناً، لا تتم ملكيته للمتبرع إليه إلا بعد أن يقبض ذلك الشيء فجميع تصرفاته الواقعة بعد عقد التبرع وقبل قبض المتبرع به باطلة لورودها على ما لم يملكه.

الأمثلة:

- ١ - إذا وهب شخص لآخر سيارة فإن الموهوب له لا تتم ملكيته للسيارة إلا بعد قبضها، حتى لو مات الواهب قبل أن يقبض الموهوب له السيارة بطلت الهبة.
- ٢ - لو أعار أحد لآخر فرساً فإن المستعير لا يملك منفعتها إلا بعد قبضها.

٣ - لو أخرج أحد من جيبه مالاً ليعطيه صدقة لفقير معين، فإن الفقير لا يملك هذا المال إلا بعد قبضه، ولا يلزم مريد التصديق بشيء بمجرد إخراج المال لغرض إعطائه صدقة.

- القاعدة السابعة والخمسون -

التصرف على الرعية منوط بالمصلحة «م ٥٨»

أي: إن من كانت له ولاية على غيره، عامة أو خاصة، فتصرفه على من هو تحت رعايته مرتبط بمصلحة من يتصرف عليه، أي لا تكون تصرفاته على من في رعايته معتبرة إلا إذا كان في ذلك التصرف مصلحة له.

فلا يجوز لمجلس الأمة أن يسن القوانين المخالفة للدستور لأنها منافية لمصلحة الأمة التي ولت المجلس سن القوانين. ولا يجوز للحكومة أن تستملك ملك أحد بلا اقتضاء المنفعة العامة لاستملاكه، لأنه تصرف على من تحت ولايتها تصرفاً لا مصلحة فيه، ولا يجوز لمتولي الوقف أن يستبدل الوقف بدون سبب من الأسباب المبررة للاستبدال، لأنه تصرف لا مصلحة فيه، ولا يجوز للوصي أن يبيع مال الصغير بغير فاحش، وعلى هذا فقس.

إن هذه القاعدة أساس مهم يرجع إليه في القوانين وقد كان لها المقام الأسمى في الزمن القديم لدفع جور ذوي السلطان عن الناس أما في العصر الحاضر فقد ضمنت القوانين ذلك. فالتصرف على الرعية إذا كان مغايراً للقانون يعد باطلاً والمفروض أن التصرفات القانونية منوطة بمصلحة الرعية.

الأمثلة،

- ١ - يجوز إعفاء المتضرر من إلتزام الرسوم الأميرية ونحوها، كرسوم البلديات، لأنه تصرف فيه مصلحة.
 - ٢ - يجوز بيع فضلة الطريق العام للراغب فيها بثمن المثل.
 - ٣ - يجوز إستملاك ملك أحد الناس للمنافع العامة.
 - ٤ - ليس للحاكم أن يقضي بخلاف شرط الواقف المعتبر.
 - ٥ - ليس للوصي أن يصالح عن أموال الصغير صلحاً فيه ضرر بين، انظر المادة (١٥٥٤). وعلى هذه فقس.
- ولكن يلاحظ أن التصرفات قد تحددت بالقوانين على ما سبق ذكره فالأعمال التي لم تحرمها القوانين ينظر في تطبيقها من أولياء الأمور إلى هذه القاعدة.

- القاعدة الثامنة والخمسون -

الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة «م ٥٩»

الولاية نوعان،

- ١ - ولاية عامة: وهي الولاية على كل أحد، كولاية الملك فإنها عامة على كل من هو داخل في مملكته، وولاية الحاكم فإنها عامة على كل من هو داخل في منطقة قضاؤه، وولاية القائد العام فإنها عامة على كل من ينخرط في سلك الجيش.
- ٢ - الولاية الخاصة: وهي الولاية التي تخص شيئاً معيناً، كولاية الأب على ابنه الصغير، وولاية المتولي على الوقف الذي تحت توليته، وولاية الوصي

على من تحت وصايته.

* وهي ثلاثة أقسام:

- ١ - ولاية في النكاح والمال، وهي ثابتة للأب والجد الصحيح.
 - ٢ - ولاية في النكاح فقط، وهي ثابتة للعصبات على الترتيب ثم للأم ثم لذوي الأرحام على الترتيب.
 - ٣ - الولاية في المال فقط، وهي ثابتة للوصي ومتولي الوقف.
- ومعنى الولاية، هو نفاذ القول على الغير بدون نظر إلى رضاه أو عدم رضاه، فالولاية الخاصة بأنواعها أقوى من الولاية العامة فإذا تحققت الولاية الخاصة على شيء فلا تؤثر الولاية العامة على ذلك الشيء، فهي محجوبة بالولاية الخاصة، فولاية المتولي على الوقف أولى من ولاية القاضي عليه. لكن العامة أوسع، لهذا فإن للقاضي أن يعزل متولي الوقف إذا بدت منه خيانه.

الأمثلة:

- ١ - إذا كان للصغير ولي فليس للقاضي تزويجه حسب ولايته العامة.
- ٢ - ليس للقاضي أن يتصرف في مال اليتيم إذا كان له وصي، فليس له أن يؤجر أملاكه مثلاً.
- ٣ - ليس للقاضي أن يؤجر أملاك الوقف إذا كان للوقف متول خاص، (ويستثنى) من حكم هذه القاعدة، ما إذا كان الصغير هو ولي القتيل. فإن لوصي هذا الصغير أن يصالح عن القصاص، مع أن القاضي له أن يقتص حسب ولايته العامة، فكانت الولاية العامة هنا أقوى من الولاية الخاصة.

- القاعدة التاسعة والخمسون -

أعمال الكلام أولى من إهماله «م ٦٠»

أي لا يهمل الكلام مهما أمكن حمله على معنى، لأن الكلام صادر من عاقل، والأصل أن العاقل لا يتكلم باللغو والعبث، فكان جديراً أن يحمل كلامه على معنى قدر الإمكان، حقيقياً كان المعنى أو مجازياً.

الأمثلة:

- ١ - إذا وقف أحد ملكه على ولده ثم على الفقراء فإن كان له ولد صلب حمل الكلام عليه. وإن لم يكن له ولد صلب بل له حفيد حمل عليه أيضاً لئلا يهمل الكلام وقد أمكن أعماله. لكن إذا لم يكن له ولد مطلقاً أهمل كلامه هذا وصرف الربيع للفقراء لأنه لا يمكن إعمال الكلام.
- ٢ - يحمل الكلام أولاً على التأسيس أي أداء معنى جديد. فإذا لم يمكن ذلك وأمکن حمله على التأكيد، يحمل عليه أيضاً. فإذا لم يمكن حمله على شيء يلغي الكلام. مثلاً لو اشهد أحد على نفسه في سند بأن عليه لزيد خمسين ديناراً من دون أن يبين سبباً ثم أشهد على نفسه في سند آخر بأن لزيد عليه خمسين ديناراً. فإن اشهاد الثاني يحمل على التأسيس أي على ثبوت دين جديد في ذمته لزيد. ولا يحمل على التأكيد للاشهاد الأول. نعم إذا أقام المدين الدليل المقبول على أن الدين الثاني هو الأول يحمل الاشهاد على التأكيد. وكذلك لو قال أحد لآخر بع فرسي وبعها من فلان فإن الجملة الثانية تحمل على التأكيد لاعلى التأسيس واعتبار الكلام الثاني توكيلاً للبيع من فلان فقط، لأن قرينة الحال دالة على ذلك،

كما أن العطف يشعر بهذا المراد، فإن صاحب الفرس وكل هذا الشخص على بيع فرسه مطلقاً ممن شاء ثم نبهه أن يبيعه إلى زيد. والعطف بالواو يقتضي مطلق الجمع وليس فيها معنى الاضراب فكان الكلام تأكيداً للتوكيل بالبيع، لا تأسيساً لتوكيل جديد.

٣ - لو قال البائع للمشتري خفضت لك من الثمن عشرة دنانير فقبل المشتري ثم قال له خفضت لك من الثمن عشرة دنانير وقبل المشتري يسقط من الثمن عشرون ديناراً بحمل الكلام الثاني على التأسيس.

- القاعدة الستون -

إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز «م ٦١»

أي إذا لم يمكن حمل اللفظ على معناه الحقيقي، بأن كان إرادة المعنى الحقيقي متعذراً أو متعسراً فإنه يحمل على معناه المجازي إذا أمكن ذلك، لأن إعمال الكلام أولى من إهماله. فهذه القاعدة فرع من القاعدة السابقة.

وتعذر المعنى الحقيقي على ثلاثة أنواع:

١ - أن يكون متعذراً في الواقع وفي نفس الأمر، أو متعسراً، فإن المتعسر هنا بحكم المتعذر، كما لو وقف أحد ملكه على ولده وليس له ولد صلب بل له حفيد، فإن المعنى الحقيقي متعذر في الواقع، فيصار إلى المجاز وهو إرادة الحفيد من لفظ «ولد» الذي هو حقيقة في الصلبي.

وكما لو حلف ألا يأكل من هذه النخلة، فإنه يحمل على ألا يأكل من ثمرها. لأن المعنى الحقيقي متعسر. فإن الأكل من نفس النخلة وإن كان ممكناً إلا أنه متعسر. فهو بحكم المتعذر. لا يمكن ارادته.

٢ - أن يكون متعذراً نظراً إلى العرف. بأن كان المعنى الحقيقي مهجوراً عرفاً. وإن كان ممكناً نظراً للواقع. ويسمى هذا النوع التعذر العرفي. كما لو تعاقد تاجر مع متعهد النقل على أن ينقل أمواله إلى بلد كذا. فإن المعنى الحقيقي. وهو نقل المتعهد الأموال بنفسه مهجور عرفاً. فهو بحكم المتعذر حقيقة. فيصار إلى المجاز وهو الايصال. فيراد من النقل هنا الايصال.

٣ - أن يكون متعذراً شرعاً أو قانوناً، بأن يكون ارداة المعنى الحقيقي مهجورة شرعاً أو قانوناً، فهو إذاً يحكم المتعذر حقيقة ويسمى هذا النوع، التعذر الشرعي، كما جاد في المادة «١٥١٦» «لكل من المدعي والمدعى عليه أن يوكل من شاء بالخصومة» فإن لفظ الخصومة يتعذر شرعاً وقانوناً أن يراد منه معناه الحقيقي وهو المنازعة، لأن المنازعة حرام شرعاً، ومعاقب عليها قانوناً فيصار إلي المعنى المجازي، وهو الجواب في الدعوى، أي لكل واحد من المدعي والمدعى عليه أن يوكل غيره بالجواب عنه في الدعوى. ففي جميع الصور المذكورة حمل اللفظ على معناه المجازي لتعذر ارادة المعنى الحقيقي، ولم يهمل.

- القاعدة الحادية والستون -

إذا تعذر إعمال الكلام يهمل «م ٦٢»

أي إذا لم يمكن حمل الكلام على معنى حقيقي أو معنى مجازي فإنه يهمل ويعد لغواً من القول. وكذلك إذا كان اللفظ مشتركاً «وهو ما وضع لأكثر من معنى بأوضاع متعددة كلفظ «عين» فإنه وضع للباصرة ووضع

أيضاً لينبوع الماء وللعضو في مجلس الأعيان وللربيئة» ولم تقم قرينة على ترجيح ارادة أحد معانيه. فإنه يهمل.

الأمثلة:

١ - إذا أقر خالد بأن زيداً الذي هو أكبر منه سناً ولده. فإن لفظ «ولد» لا يمكن حمله على المعنى الحقيقي ولا على المعنى المجازي لتعذر ذلك في الواقع ونفس الأمر. وكذا لو توفى بكر وترك أيضاً ابناً وبناتاً وأقر الإبن بأن لأخته من الإرث نصف المال. فإن كلامه يهمل لتعذر ذلك شرعاً لأن نصيب البنت نصف نصيب الإبن.

٢ - لو قال أحد أوصيت يثلث مالي للعين. وكان في البلد عضو من أعضاء مجلس الأعيان، وفي البلد أيضاً ربيئة نو شهرة أيضاً، كانت الوصية باطلة لأن الموصى له مجهول فإن ارادة كل من المعنيين محتملة ولا مرجح لارادة أحدهما على الآخر.

٣ - لو قال من له أربع نسوة، لامرأة تزوجتك على مهر قدره كذا، كان لغواً إذ لا يمكن حمل قوله تزوجتك على معناه الحقيقي لتعذر ذلك شرعاً ولا على معنى مجازي لعدم قرينة على ارادة معنى مجازي فيهمل

- القاعدة الثانية والستون -

ذكر بعض ما يتجزأ كذكر كله «م ٦٣»

أي: إن الأشياء التي لا يمكن تجزئتها إذا ذكر بعضها، فكأن الكل قد ذكر، وإذا جرى تصرف على بعضها فإن التصرف يشمل الكل.

الأمثلة،

- ١ - لو قال أحد في معرض الكفالة بالنفس أنا كفيل بنصف زيد كان كفيلاً بنفس زيد، لأن النفس واحدة لا تتجزأ فذكر بعضها كذكر كلها.
- ٢ - لو تزوج أحد امرأة وذكر لها خمسة دراهم مهراً لزمه عشرة، لأن أقل المهر لا يقبل التجزئة، فذكر بعضه كذكر كله.
- ٣ - الشفعة حق مجرد واحد لا يتجزأ، فإذا سلم الشفيع الشفعة بنصف المشفوع سقطت شفيعته عن الكل، والسبب في أن الشفعة لا تتجزأ، هو أنها لو تجزأت لما حصل الغرض الذي من أجله شرعت الشفعة، وهو دفع ضرر الشريك أو الجار، لأن الشفيع إذا رضي بأن يملك المشتري قسماً من المشفوع فقد رضي بشركة هذا المشتري أو بجواره، فلا يبقى لشفيعته معنى أو غرض معقول.
- ٤ - لو أسقط ولي القصاص بعضه سقط القصاص ولزمت الدية. (ويستثنى) من هذه القاعدة ما إذا قال أحد لآخر نصفي كفيل لك بدينك الذي على زيد، فإنه لا تنعقد الكفالة.

- القاعدة الثالثة والستون -

المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التغيير

نصاً أو دلالة «م ٦٤»

المطلق هو اللفظ الشائع في أفراد مفهومه على سبيل البدل من غير تخصص ببعضها، كلفظ رجل فإنه يحتمل كل فرد ذكر بالغ من بني آدم. فإذا قلت لك، اعط رجلاً درهماً فإذا سلمت الدرهم لأي ذكر بالغ من بني

أدم، بكون قد امتثلت الأمر، والمقيد هو اللفظ الذ تخصص شيوعه في بعض أفراد مفهومه. كما إذا وصف الرجل بأن يكون أبيض، أو يكون في المدرسة أو نحو ذلك.

والمطلق يجري على إطلاقه، إلا إذا قام التقييد نصاً أو دلالة فإنه يتحدد ويضيق شيوعه حسب مفهوم القيد.

الأمثلة،

١ - إذا أعار أحد لآخر شيئاً ولم يعين المنتفع. كانت الإعارة مطلقة فللمستعير أن يستعمل العارية حسب الإطلاق فله أن ينتفع منها الانتفاع المعتاد بنفسه، وله أن يعيره لغيره، لكن لو قيده المعير بأن قال له قد أعرتك هذا الشيء على أن تنتفع به بنفسك، كانت الإعارة مقيدة فليس للمستعير أن يعير ذلك الشيء لغيره.

٢- إذا وكل أحد شخصاً ببيع شيء من غير أن يقيده بثمن معين كانت الوكالة مطلقة، للوكيل أن يبيع ذلك الشيء لمن شاء وبأي ثمن شاء، كما أن له أن يبيع كل ذلك الشيء أو بعضه، لكن إذا قيده بثمن معين فليس له مخالفة ذلك. كما أن المبيع إذا كان من الأشياء الذي يضرها التبويض، لم يكن للوكيل أن يبيع بعضه، لأن هذا التقييد معروف من دلالة العادة فإن العادة أن الوكيل لا يجوز أن يقوم بعمل مضر بموكله، وبيع البعض مما يضره التبويض ضرر بالوكيل لاداء ذلك إلى اشتراك المشتري معه. والشركة ضرر لا يتحمل بدون اختيار.

٣ - لو وكل المكاري أحداً بشراء حصان له، فإنه يحمل بدلالة الحال على حصان يناسب حال المكاري، وهو الحصان الهجين، فلو اشترى له

فرساً أصيلاً ذا قيمة عالية كان الفرس للوكيل لا للموكل.

- القاعدة الرابعة والستون -

الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر «م ٦٥»

أي لا عبرة بالأوصاف التي ذكرت لتعريف الشيء المشاهد المشار إليه لأنه معروف بالمشاهدة والإشارة وهما أبلغ من التوصيف، ولكنها تعتبر في تعريف الشيء الغائب وتعيينه، لأن الغائب لا يعرف ولا يتعين، إلا بالتوصيف. فإذا قصد أحد تعريف شيء، فذكر جنسه ووصفه، فإن كان الموصوف حاضراً مشاركاً إليه وهو من الجنس المذكور، فالوصف يكون لغواً لا يلتفت إليه عند الحكم. وإذا كان الموصوف غائباً فالوصف معتبر منظور إليه عند الحكم.

الأمثلة،

١ - لو أراد البائع بيع فرس أشهب حاضر في المجلس، وقال في إيجابه بعت هذا الفرس الأدهم وأشار إليه، وقبل المشتري صح البيع، ولغا وصف الأدهم، وأما لو باع فرساً غائباً وذكر أنه أشهب والحال أنه أدهم لا ينعقد البيع لازماً، بل للمشتري الفسخ بخيار الوصف. ولو تبين أن المبيع الحاضر المشار إليه ليس فرساً بل بغلاً مثلاً، كان البيع باطلاً لوروده على معدوم وقت العقد إلا إذا كان كل من العاقدين يعلم أن المبيع المشار إليه بغل فالتعيين حينئذ بالإشارة وحدها يكفي لصحة البيع.

٢ - لو قال المدعي بحضور الحاكم أن هذه السيارة الحمراء ملكي وشهد الشهود كذلك، مشيرين إليها مع أنها صفراء تقبل الدعوى والشهادة، لأن الوصف هذا لغو.

٣ - لو قال شخص لآخر وكلتك على شراء هذا الثوب الأخضر فاشتراه الوكيل وإذا هو أسود، صح شراؤه لموكله، وليس للموكل عدم اعتبار الشراء له بدعوى أنه ليس الموكل على شرائه. لأن الوصف لغو والعبرة للتعين بالإشارة.

- القاعدة الخامسة والستون -
السؤال معاد في الجواب «م ٦٦»

أي: إن ما قيل في السؤال المجاب عنه بالتصديق يعتبر معاداً ضمن الجواب، فكأن المجيب قد تكلم به على صورته الأصلية وأعادته جزءاً في جوابه.

الأمثلة:

- ١ - إذا قال الحاكم للمدعى عليه: إن المدعى يدعي عليك بألف دينار فأجاب نعم، يكون قد أقر بالألف، لأنه يعد أنه قال: نعم على ألف دينار. وكذلك لو قال له هل تعترف بجميع ما في هذا الصك فأجاب نعم.
- ٢ - لو قال أحد للمريض مرض الموت هل أوصيت بثلاث ماله وجعلتني وصياً لتنفيذ الوصية فأجاب: جعلت. يكون قد أوصى بثلاث ماله وجعل السائل وصياً لتنفيذ وصيته.
- ٣ - لو قال أحد لآخر أخذت مالك هذا بألف، فأجاب المخاطب: نعم، ينعقد البيع.

- القاعدة السادسة والستون -
لا ينسب إلي ساكت قول لكن السكوت في معرض
الحاجة بيان «٦٧»

أي: إنه لا يقال للساكت إنه قال كذا، ولكن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان، فهذه القاعدة تحتوي على فقرتين كل منهما قاعدة بذاتها:

الأولى: لا ينسب إلى ساكت قول.
الثانية: السكوت في معرض الحاجة بيان.

الأمثلة:

- ١ - لو سكن أحد في دار شخص وهي غير معدة للإستغلال فسكت صاحبها، لا تعد الدار مأجورة، لأنه لا ينسب إلي ساكت قول.
- ٢ - من رأى أحداً يتلف ماله فسكت، لا يعد المتلف مأذوناً.
- ٣ - إذا أفاد المريض مرض الموت في محضر جماعة بأنه ليس مديناً لأحد ثم مات، فادعى أحد كان حاضراً مقداراً من الدين على المتوفي تسمع دعواه، ولا يعد سكوته عندما نفى المريض أن يكون عليه دين اعترافاً بأن لا دين له على المريض، إذ لا ينسب لساكت قول.
- ٤ - إذا أخذ المشتري المبيع الذي لم يدفع ثمنه، بحضور البائع فسكت، يكون سكوته إذناً بالقبض، لأن السكوت في معرض الحاجة بيان.
- ٥ - من سكن في دار أحد غصباً أو عارية، فأنذره صاحب الدار بأن عليه أن يدفع عن كل شهر دينارين، وإلا فليخرج، فسكت ولم يخرج يعد مستأجراً للدار بالمبلغ المذكور لكل شهر.
- ٦ - إذا رأى المرتهن الراهن يبيع الرهن فلا يكون سكوته إجازة.

- القاعدة السابعة الستون -

دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه «م ٦٨»

أي إذا كان الشيء خفياً يتعسر الوقوف عليه، يقام سببه الظاهر مقامه،

لأن الإنسان لا يستطيع كشف الأمور الباطنة الخفية، وإنما يستطيع الوقوف على وجودها من دلائلها الظاهرية.

الأمثلة:

١ - إذا أوجب طالب الشراء مثلاً فإشتغل طالب البيع بما يدل على الإعراض قبل أن يصدر منه القبول، يسقط الإيجاب، فإن الإعراض من الأمور الخفية، ولكن بوقف عليه من الدلائل الظاهرة الدالة عليه كالأشتغال بما يدل عليه.

٢ - إذا ولدت المرأة لتمام ستة أشهر فصاعداً من تاريخ عقد النكاح يثبت نسب المولود من الزواج، فإن الدخول من الأمور الخفية، ويقام عقد النكاح (وهو دليله الظاهر) مقامه.

٣ - إذا اطلع المشتري على عيب في الحيوان الذي اشتراه فشرع بمداواته، فإنه يعد راضياً بالعيب، فإن الرضا من الأمور الخفية الباطنة ولكن الشروع بالمداواة دليل على ذلك الرضاء.

- القاعدة الثامنة والستون -

الكتابة كالخطاب «م ٦٩»

أي: إن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر. فكما إن الحاضرين يعقدان بالمشافهة العقود بينهما كعقد البيع، والإجارة، والكفالة، والحوالة، والرهن، ونحو ذلك فللغائبين أن يعقدا ذلك بينهما من طريق المكاتب. ولكن يشترط في الكتاب أن يكون مستبيناً أي يمكن قراءة خطه،

فإن لم يكن مستبيناً كالخط على الماء أو الهواء فلا عبرة به، وأن يكون مرسوماً أي جارياً على الرسم المعتاد من وضع الختم مثلاً في ذيل الكتاب ونحو ذلك من المراسم المتبعة في تنظيم الكتب حسب اختلاف مصادرها، وأن يكون معنوناً.

الأمثلة:

١ - لو كتب أحد لآخر في كتاب مستبين معنون مرسوم، بعثك المال الفلاني بكذا، فقبل المرسل إليه شفهيّاً في المجلس الذي قرأ فيه الكتاب، أو حرر في ذلك المجلس جواباً بالقبول ينعقد البيع.

٢ - لو كتب الموكل إلى وكيله كتاباً مستبيناً معنوناً مرسوماً يعزله به عن الوكالة فعند وصول الكتاب إليه ينعزل.

٣ - يجري عقد الإجارة بالمكاتبة (انظر المادة «٤٣٦»).

- القاعدة التاسعة والستون -

الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان «م ٧٠»

أي: إن إشارات الأخرس المعروفة مقاصده منها تعتبر كالنطق، فإذا أشار الأخرس بإشارة يقصد منها غرضاً معروفاً أنه إذا أراده يشير إليه بتلك الإشارة، يعد كانه نطق بالفاظ تدل على ذلك القصد وهذا سواء كان الأخرس يعلم الكتابة أو لم يعلمها.

والظاهر من إطلاق القاعدة ألا فرق في المسألة بين أن يكون الأخرس خلقه في الأخرس أو أن يكون طارئاً.

الأمثلة:

- ١ - يقع طلاق الأخرس بإشارته المعروفة منه للطلاق.
- ٢ - لو حررت الوصية للأخرس فقرأت وقال الحضارون أنشهد على ذلك فحرك الأخرس رأسه إشارة إلى نعم صار موجباً.
- ٣ - يعتبر إيجابه أو قبوله في سائر العقود بإشارات المعروفة.

- القاعدة السبعون -

يقبل قول المترجم «م VI»

أي: إن قول المترجم يقبل كأنه قول المترجم عنه. ولكن يشترط أن يكون المترجم عدلاً بصيراً بالترجمة.

الأمثلة:

- ١ - إذا لم يكن الحاكم يعرف لغة المدعي أو المدعى عليه فإنه يعتمد إلى مترجم عدل بصير بالترجمة فيترجم الكلام ويقبل قول المترجم كأنه كلام المترجم عنه.
 - ٢ - لو شهد الشهود أمام الحاكم بلغة لا يعرفها الحاكم فالأمر كما في المثال الأول.
- وهكذا في سائر الشؤون.

- القاعدة الحادية والسبعون -
لا عبرة بالظن المتبين خطأه «٧٢»

أي إذا فعل أحد فعلاً بناءً على ظن تبين بعد ذلك أنه خطأ فلا عبرة بذلك الفعل.

الأمثلة:

- ١ - إذا أعطي أحد لآخر مقداراً من النقود على ظن أنه مدين له بها ثم تبين أنه ليس مديناً له فإنه يستعيد منه ما قد دفعه إليه. ولا يعتبر هذا الأداء إقراراً بدين عليه.
- ٢ - إذا صالح أحد على شيء ثم تبين أن ليس عليه شيء فإن له أن يسترد بدل الصلح.
- ٣ - من أ تلف مال غيره على ظن أنه ماله بظنه فلا عبرة بظنه الخاطئ وعليه الضمان.

- القاعدة الثانية والسبعون -
لا حجة مع الإحتمال الناشئ عن دليل «٧٣»

أي: إن ما يعتبر حجة في الأصل، كالإقرار والشهادة، إذا طرأ عليه إحتمال يزيل الثقة به وكان هذا الإحتمال ناشئاً عن دليل فلا يعتبر ذلك حجة ولا يبنني عليه حكم. وأما الإحتمال المجرّد فلا يخل بما هو حجة في الأصل، لأن الإحتمال المجرّد ما هو إلا توهم، ولا عبرة بالتوهم.

الأمثلة،

١ - لو أقر أحد لأحد ورثته بدين، فإن كان في مرض موته لا يعتبر إقراره ما لم يصدقه باقي الورثة. مع أن الإقرار حجة في الأصل ملزمة للمقر، والسبب في عدم إعتبار هذا الإقرار هو احتمال كون المريض قد أقر كذباً بقصد حرمان سائر الورثة، وهذا الاحتمال ناشئ عن دليل وهو مرض الموت، أما إذا كان الإقرار في حال الصحة فإنه يعتبر ويمتلك المقر له المقر به، لأن احتمال إرادته حرمان سائر الورثة حينئذ احتمال مجرد ونوع من التوهم فلا يمنع حجية الإقرار.

٢ - لا تعتبر شهادة الأجير الخاص لمؤجره، ولا الشريك لشريكه في مال الشركة، ولا من يتعيش في نفقة شخص لذلك الشخص، ولا شهادة الأصول للفروع أو الفروع للأصول، لإحتمال جر المغنم أو دفع المغرم، أي جلب المنفعة أو دفع المضرّة انظر المادة «١٧٠٠». وهذا الاحتمال ناشئ عن دليل وهو القرابة، والتعيش بالنفقة، والشركة، واختصاص الأجير.

٣ - لا يعمل بالوقفية غير المقيدة في سجل المحكمة الموثوق به (انظر المادة «١٧٣٩»)، لاحتمال التزوير. وهو احتمال ناشئ عن دليل، وهو كونها غير مقيدة في سجل المحكمة أو مقيدة في سجل لا يوثق به.

القاعدة الثالثة والسبعون

لا عبرة بالتوهم «م ٧٤»

أي لا يبني على التوهم حكم، لأن الحكم لا يبني إلا على حجة والتوهم

لا يصلح حجة.

الأمثلة،

١ - إذا ظهر مستحق لأشياء في يد أحد فإذا ادعى هذا المستحق بأنه قد سرقت له أموال أخرى وبما أنه قد وجدت هذه الأشياء المستحقة بيد المستحق عليه فإنه يطلب منه الأموال الأخرى المسروقة، فلا تسمع دعواه لأنها مجرد توهم.

٢ - إذا كان بين شخصين أخذ وعطاء أو حساب جار، ثم تحاسبا فتبين أن لأحدهما في ذمة الآخر مبلغاً من النقود، فأعطى الذي في ذمته هذا المبلغ سنداً، فليس له أن يمتنع عن أداء ما في السند ما لم تتكرر المحاسبة مجدداً بناء على احتمال الغلط، لأن هذا الاحتمال بعد إجراء الحساب ما هو إلا توهم.

٣ - إن البلاد التي أراضيتها في الأصل عشرية أو خراجية، كالعراق، إذا كان فيها أرض موقوفة من القديم فلا يجوز الحكم بكونها من الأوقاف غير الصحيحة بناء على احتمال أن أصحابها الأقدمين قد ماتوا بلا وارث فعادت إلى بيت المال واكتسبت حكم الأراضي الأميرية فوقفت من دون أن يملكها أحد لأن هذا الاحتمال توهم ظاهر.

القاعدة الرابعة والسبعون

الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان «م ٧٥»

أي: إن الشيء الثابت بالحجة كالشهادة العادلة والصكوك الموثوق بها

هو مثل الأمر الثابت بالمعينة والمشاهدة. فكما أن هذا لا يحتمل خلافه
إحتمالاً صحيحاً فكذا الثابت بالحجة، فالمراد من البرهان هو الحجة.

الأمثلة،

١ - إذا أقام أحد الحجة المعتبرة على كون شخص قد أقر له بشيء فكما
أن الإقرار لو وقع عياناً يكون مداراً للحكم، فكذا الإقرار الثابت
بالبرهان.

٢ - لو ادعى أحد على آخر بمبلغ وأنكر المدعى عليه، فأقام المدعى الشهادة
العادلة المقبولة على ذلك فإنها تكون مداراً للحكم، ويثبت الدين في ذمة
المدعى عليه. كما يثبت هذا الدين عياناً فيما لو فرض أن المدعى عليه قد
أقر به.

٣ - لو قال أحد لآخر أنا كفيل بدينك الذي على زيد ولم يبين في أثناء
الكفالة مقدار الدين ثم أقام المكفول له البرهان على كون الدين مائة
دينار مثلاً فإن هذا المبلغ يطالب به الكفيل لثبوتة بالبرهان.

القاعدة الخامسة والسبعون

البينة على المدعي واليمين على من أنكر «م ٧٦»

أي: إن المدعي يكلف لإثبات دعواه باقامة البينة إذا كان المدعى عليه قد
أنكر الدعوى، فإذا عجز المدعي عن إقامة البينة فإن المدعى عليه تتوجه إليه
اليمين.

والمراد من البينة في عرف جمهور الفقهاء، الشهادة، بحيث أصبح لفظ

البينة عندهم مرادفاً للشهادة. وذهب بعض الفقهاء إلى أن البينة أعم من الشهادة، فإن كل ما به البيان هو بينة، وقد وسع هؤلاء الأمر ولم يقتصروا لإثبات الحقوق على مجرد الشهادة (وهو رأي شديد) فإن الفن مثلاً يصبح بينة في كثير من القضايا وبلوغ المفقود تسعين سنة من العمر بينة على وفاته.

(ومن أراد الاستفاضة في هذا الموضوع المهم فيراجع الجزء الأول من كتاب إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية، وكتاب الطرق الحكمية وهو أيضاً له). ولا توجه اليمين إلى المدعي مطلقاً عند الحنفية بناء على هذه القاعدة المستندة إلى نص الحديث الشريف المنطبق على المعقول.

الأمثلة:

١ - إذا ادعى أحد على آخر مقداراً من الدين وأنكر المدعى عليه فإذا أثبت المدعي دعواه بالبينة ثبت دعواه ويحكم له بها، وإن عجز توجه اليمين إلى المدعى عليه (بطلب المدعي) فإن حلف ترد دعوى المدعي ويحكم عليه بالمدعى به.

٢ - إذا اشترى أحد من آخر مالاً ثم ادعى البائع على المشتري بأنه قد اشترى المال بالوكالة عن فلان وأنه أضاف العقد إلى نفسه لذلك يطلب منه ثمن المبيع، لأن حقوق العقد تعود إلى العاقد، وأنكر المشتري كونه وكيلاً عن فلان زاعماً أنه رسول عن فلان، فالبينة على البائع واليمين على المشتري عند عجز البائع عن البينة.

٣ - إذا ادعت امرأة نفقة من زوجها، فأنكر المدعى عليه كونها زوجته، فعليها إثبات الزوجية بالبينة، فإذا عجزت يكلف المدعى عليه باليمين

بطلب الزوجة، فإن حلف لا تسمع الدعوى فتترد، وإن نكل يحكم عليه بالنفقة.

وذهب بعض المجتهدين إلى أن اليمين تتوجه إلى المدعي في صورتين: الأولى: إذا عجز المدعي عن البينة ونكل المدعي عليه عن اليمين فإن اليمين ترد على المدعي أي يكلف باليمين على دعواه، فإن حلف يحكم له وإلا فلا يحكم له بشيء.

وهذا رأي سديد أقرب إلى التوثق لإظهار الحق وإلى المساواة بين الطرفين فإن المدعي قد عجز والمدعي عليه قد نكل، فكان في ثبوت الحق شيء من الشبهة، فيلزم درؤها بيمين المدعي على دعواه. وقد أخذ بما يقرب من هذا الرأي القانون الوقتي للمرافعات الشرعية في المادة (٣٤). وإنما قلنا إن القانون المذكور قد أخذ بما يقرب من هذا الرأي لأن القانون قد خص رد اليمين على المدعي في الدعوى الغيابية فقط كما يظهر من صراحة المادة الآنفة الذكر.

الثانية: أن المدعي إذا أقام شاهداً واحداً وعجز عن الثاني فإنه يحلف بأن الشاهد الذي أقامه صادق في شهادته وأنه مستحق لما قد شهد به الشاهد ويحكم بهذه الشهادة.

- القاعدة السادسة والسبعون -

البينة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لإبقاء الأصل «م ٧٧»

أي: إن الأمور التي يشهد بها ظاهر الحال لا تحتاج إلى بينة وأن البينة إنما يحتاج إليها في إثبات خلاف الظاهر، وأن اليمين إنما يوجه لإبقاء الأصل، فإن الأصل براءة الذمة والمنكر يتمسك ببراءة الذمة، فاليمين إنما توجه للتوثق من بقاء هذا الإصل على حاله، وعلى هذه القاعدة بنيت أبحاث (القول لمن).

الأمثلة:

- ١ - إذا ادعى أحد على آخر بأني قد بعثك المال الفلاني وأنا صغير فالبيع غير نافذ فأطلب رد المبيع وادعى المشتري أن البائع قد باعه المال المذكور وهو بالغ، فالبيع لازم، فيما أن ظاهر الحال مع المدعى عليه فالقول قوله والبينة على المدعي لإثبات وقوع البيع في صغره.
- ٢ - إذا اختلف المتبايعان في كون البيع الواقع باتاً أو بيعاً بالوفاء فالقول قول مدعي البتات، لأنه الأصل فهو الظاهر، والبينة على مدعي الوفاء.
- ٣ - إذا اختلف المتبايعان في كون البيع وقع طوعاً أو كرهاً، فيما أن الطوع هو الأصل، فهو الظاهر، وعلى مدعي الكره البينة، (ويستثنى) من حكم هذه المادة تصديق الأمين ببراءة ذمته بيمينه (انظر المادة «١٧٧٤») فإن ادعاه هلاك الأمانة بيده مثلاً، أو ردها إلى صاحبها خلاف الظاهر، فكان عليه نظراً لمفهوم هذه القاعدة أن يقيم البينة على دعواه.

وجه الاستثناء أن صفة الأمانة التي اعترف بها المؤمن، بحكم ظاهر الحال أيضاً فصدق الأمين بالنظر إليه، فدعوى المدعي الخيانة بعد ادعائه الأمانة شبهة بالتناقض، ولأننا لو كلفنا الأمين بإثبات الرد أو هلاك الأمانة لقطعنا سبيل التأمين.

- القاعدة السابعة والسبعون -

البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة «م ٧٨»

أي: إن الإقرار لا يسري على غير المقر وبعبارة أخرى لا يسري إلى غير المحكوم عليه، وأن البينة لا تقتصر على من أقيمت عليه بل تسري إلى غيره، وبعبارة أخرى لا تقتصر على المحكوم عليه بل تسري إلى غيره فإنها حجة على المحكوم عليه وعلى من تلقى المحكوم عليه الملك عنهم، وقد تسري على جميع الناس، وذلك في أربعة مواضع:

«١» الحرية. «٢» النسب. «٣» النكاح. «٤» الولاء. فإذا ثبت بالبينة حرية أحد أو نسب شخص من شخص أو نكاح امرأة لرجل أو ولاء أحد لعتيق، لا تسمع من أحد في العالم بعد ذلك الدعوى على خلاف ما ثبت بالبينة، فإذا ثبت بالبينة كون زيد حراً، أو كون خالد ابن سعيد، أو كون هند زوجة علي، أو كون مرجان عتيق صالح، لا تسمع الدعوى من أحد كون زيد رقيقه أو كون خالد ابنه، أو كون هند زوجته.. أو كون مرجان عتيقه إلا إذا ادعى أن نكاح علي بهند باطل لأنها زوجته واثبت ذلك لأن نكاح من في عصمة زوج باطل، وزاد بعضهم ثبوت الوقف بالبينة، وهو غير صحيح فإن دعوى الملكية تسمع بعد ذلك من سائر الناس.

الأمثلة،

١ - إذا أقام من له دين في ذمة المتوفى الدعوى على أحد الورثة إضافة إلى التركة فإذا اثبت دعواه بالبينة فإن الحكم الذي يبنى على البينة المذكورة يكون شاملاً لجميع الورثة، ولكن إذا لم يثبت الدعوى بالبينة بل باقرار أحد الورثة الذي اتخذه خصماً، فإن الحكم الذي يصدر بموجبه يختص بما يصيب حصة المقر من الدين إضافة إلى التركة (انظر المادة «١٦٤٨»).

٢ - إذا أمر أحد الشريكين شريكه ببيع الدار المشتركة مثلاً ثم أقر الأمر بأن البائع قد قبض جميع الثمن فإن المشتري لا يبرأ من نصيب البائع.

٣ - إذا اشترى أحد من آخر سيارة مثلاً بمبلغ معلوم ثم ادعى بها شخص ثالث واثبت بالبينة أنها ملكه وأخذها من يد المشتري فإن للمشتري أن يرجع على البائع بالثمن وليس للبائع أن يمتنع من اعادة الثمن إليه بدعوى أن الحكم بالاستحقاق لا يسري عليه لعدم حضوره الخصومة، أما إذا لم يثبت المدعي دعواه بالبينة بل باقرار المشتري فإن للبائع أن يمتنع عن اعادة الثمن لأن الحكم بالاستحقاق لا يسري عليه لثبوته بالإقرار.

- القاعدة الثامنة والسبعون -

المرء مؤاخذ باقراره «م ٧٩»

أي: إن المرء إذا أقر بشيء فإنه يلزم بما أقر به ولا ينفعه بعد ذلك إدعاؤه الخطأ في الإقرار، ولكن إذا كذب الإقرار بحكم الحاكم فلا يعتبر الإقرار شيئاً (انظر المادة «١٥٨٧»).

الأمثلة،

- ١ - إذا أقر أحد لآخر بدين فإنه يلزم به ولا تنفعه دعوى الإيفاء، لأن هذه الدعوى رجوع عن الإقرار. اللهم إلا إذا ادعى وقوع الإيفاء بعد الإقرار فيجري الأمر حينئذ وفق المادة «١٦٣٢».
- ٢ - إذا ادعى المشتري بأن في المبيع عيباً قديماً وأقر البائع بذلك فللمشتري رد المبيع بناء على الإقرار.
- ٣ - إذا أقر الشركاء الذين اقتسموا الملك المشترك بأنهم قد استوفوا حقوقهم، فلا تسمع من أحدهم دعوى الغبن الفاحش في القسمة (انظر المادة «١١٢٧»).

- القاعدة التاسعة والسبعون -

لا حجة مع التناقض لكنه لا يختل معه حكم الحاكم «م ٨٠»

أي: إن الحجة تبطل بسبب التناقض فلا يبنى عليها حكم حينئذ ولكن إذا لحق الحجة حكم قبل وقوع التناقض فلا يختل الحكم بعد حصول التناقض. والمراد في الحجة هنا الشهادة، إذ لا عبرة بالتناقض في الإقرار. فإذا انكر المدعى عليه الدين ثم أقر به فإنه يلزم بالإقرار ولا يخل هذا التناقض بمقام الإقرار.

الأمثلة،

- ١ - لو رجع الشاهدان عن شهادتهما قبل الحكم فإنه لا تبقى شهادتهما حجة، لكن لو كان القاضي قد حكم بما شهدا به أولاً فإنه لا ينقض ذلك

الحكم وإنما يلزم الشاهدين ضمان المحكوم به، أي أن يعطياه بدله فإن كان مثلياً فهو المثل وإن كان قيمياً فهو القيمة ووجه الضمان هو أن الشاهدين سببا ضرر المحكوم عليه تعدياً وتعهداً والمسبب المعتدي المتعمد ضامن، ولا يقال إن القاضي مباشر فيلزم أن يكون عليه الضمان، لأن القاضي بعد قيام الشهادة العادلة ليس في وسعه إلا أن يحكم بحيث إنه إذا لم يحكم بعد قيام الشهادة المذكورة فإنه يستحق العزل.

- ٢ - إذا شهد الشهود بطلاق الرجل زوجته فحكم الحاكم بالطلاق ثم رجعوا عن الشهادة فإنهم يضمنون للزوج المهر المؤجل ونفقة العدة.
- ٣ - إذا شهد الشاهدان بأن زيدا قتل عمراً عمداً، فحكم الحاكم بالقصاص، وبعد أن نفذ القصاص رجع الشاهدان فإنهما يضمنان الدية.

- القاعدة الثمانون -

قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل «م ٨١»

أي قد يحكم بشيء تابع لغيره مع عدم ثبوت المتبوع وذلك لقيام الحجة على لزوم تحقق هذا الحكم.

الأمثلة:

- ١ - قال رجل لزيد على خالد كذا ديناً وأنا كفيل به، فادعى زيد على خالد بالدين المذكور فأنكره وعجز المدعي عن إثبات الدين عليه وحلفه فحلف

فإنه لا يلزم بشيء. ولكن لزيد أن يطالب الكفيل بالدين المذكور ويحكم بالزامة به بناء على إقراره. فقد ثبت التابع ولم يثبت المتبوع وثبت الفرع وهو الكفالة ولم يثبت الأصل وهو الدين.

٢ - إذا ادعت فاطمة على سعد بالنفقة لولدها فأنكر الزوجية وعجزت عن إثباتها فإن دعواها بالنفقة لا تسمع، ولكن لو ادعى الولد بعد ذلك كونه ابن سعد واثبت ذلك بدعوة سعد إياه فإنه يثبت نسبه منه، فهنا قد ثبت النسب الذي هو فرع ولم يثبت النكاح الذي هو أصل.

٣ - إذا أقر علي بأن لخالد على عمر مائة دينار وأنه قد أحاله عليه بهذا الدين فإنه يلزم بأداء المحال به إلى خالد، لكن لو أراد المحال عليه الرجوع على المحيل وأنكر عمر هذه الحوالة فعجز علي عن إثباتها فإذا حلف عمر، فإنه يبرأ. فهنا قد ثبت الفرع بدون ثبوت الأصل.

- القاعدة الحادية والثمانون -

المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط «م ٨٢»

التعليق عبارة عن ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى، كقولك إن اشترى منك زيد مالاً فأنا كفيل بتمنه، فقولك (اشترى منك زيد مالاً) جملة، وقولك: (أنا كفيل بتمنه) جملة، وقد جعل حصول مضمون الجملة الثانية مرتبطاً بحصول مضمون الجملة الأولى، وذلك بواسطة أداة الشرط (إن) مع (الفاء) وتسمى الجملة الأولى شرطاً والثانية جواباً وجزاء.

ويشترط لاعتبار التعليق أمران:

- أ - أن يكون الشرط معدوماً يمكن وجوده في زمن بعد التكلم.
ب - أن يكون التعليق الواقع مشروعاً.

فإن لم يكن الشرط معدوماً بل كان موجوداً وقت التكلم لا يكون الكلام تعليقاً بل تنجيماً في صورة التعليق فيترتب عليه أحكام التنجيز لا التعليق. مثلاً لو قال أحد إن كانت هذه الدار ملكي فهي وقف على الفقراء، وكانت ملكه وقت التكلم صح الوقف لأن الصيغة تنجيز في الحقيقة وإن كان تعليقاً صورة. بخلاف ما لو قال إن جاء سعيد من سفره فداري وقف على الفقراء، فإن الدار لا تكون وقفاً، لأن الوقف لا ينعقد بصيغة التعليق حقيقة. وإن كان التعليق الواقع غير مشروع فإنه يكون فاسداً، أي لا يترتب على ثبوت الجواب، كقولك إن قدمت إلى بغداد فقد بعثك فرسي، فبما أن تعليق البيع غير مشروع لا يلزم من حصول الشرط، وهو القدوم إلى بغداد، حصول البيع.

إن التصرفات من حيث تعليقها على ثلاثة أنواع:

- أ - ما لا يجوز تعليقه مطلقاً وهو: البيع، الإجارة، الإعارة، الهبة، الاستئجار، الصدقة، إجازة عقد (مثل إجازة عقد الفضولي)، والإقرار، الإبراء، الصلح عن مال على مال، المزارعة، المساقاة، الوقف، التحكيم، الرهن، الاقالة، تسليم الشفعة قبل البيع، إبطال رد المبيع بخيار العيب أو بخيار الشرط، عزل الوكيل، حجز المأذون.
(ويستثنى) من الإبراء تعليقه على الموت كأن يقول الدائن للمدين إذا مت فأنت بريء من الدين، فإنه صحيح إذ إنه يحمل على الوصية.

(ويستثنى) من الإقرار ما إذا علق بزمان صالح لحلول الأجل في عرف الناس، فإن إقرار المعلق حينئذ يحمل على الإقرار بدين مؤجل مثل أن يقول أحد لآخر إن أتى الشهر القلاني فأنا مدين لك بمائة دينار (انظر المادة «١٥٨٤»).

ب - ما يجوز تعليقه على الشرط الملائم فقط، وهو الشرط الذي يؤيد مقتضى العقد. وهذا النوع يشمل: الإذن بالتجارة. عزل القاضي، تولية القاضي، الإمارة، الكفالة، الإبراء عن الكفالة، الوصية، الحوالة.

ج - ما يجوز تعليقه على مطلق الشرط، ويشمل هذا النوع الاسقاطات المحضة كالطلاق، وتسليم الشفعة، والنذر، والوكالة، والايضاء أي إقامة الوصي.

الأمثلة:

- ١ - لو قال أحد لوكيله كلما عزلتك قأنت وكيلي، فإذا عزله انعقدت وكالة جديدة.
- ٢ - إذا قال شخص لآخر إذا قدم زيد من سفره فأنا كفيل بما لك عليه من الدين تنعقد الكفالة عند قدوم زيد.
- ٣ - إذا قال شخص لآخر أوصيت لك بثلاث مالي إذا رضي فلان فإذا رضي فلان تحققت الوصية.

- القاعدة الثانية الثمانون -

يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان «م ٨٣»

أي: إن الشروط المشروعة يلزم أن تراعى مهما أمكن. والشرط هو ما يتوقف عليه الشيء وكان خارجاً عن ماهيته. والغرض من الاتيان به الزام أحد العاقدين الآخر بشيء. وهو ثلاثة أقسام

أ- الشرط الصحيح، وهو أربعة أنواع:

- ١ - ما يقتضيه العقد أي ما يدل عليه العقد ولو لم يذكر، كاشتراط تسليم المبيع واستلام الثمن، أو الانفاق على الزوجة.
- ٢ - ما يلائم العقد ويؤكد موجبه، كاشتراط أخذ رهن أو كفيل بالثمن.
- ٣ - ما يجري به العرف كشرط اصلاح الساعة المباعة، سنة، واصلاح ماكنة خياطة خلال مدة، ونحو ذلك مما جرى به العرف.
- ٤ - ما ورد به الشرع كالبيع على شرط أن للبائع أو المشتري الخيار مدة معلومة وكشرط الواقفين شروطاً لا تؤثر على أصل الوقف ولا تعطل منافعه.

ب- الشرط الفاسد:

وهو الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، ولم يرد به الشرع، ولا جرى به العرف، وفيه نفع لأحد العاقدين أو آدمي آخر غيرهما، كاشتراط البائع أن ينتفع من المبيع سنة.

ج- الشرط الباطل أو اللغو:

وهو الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولم يرد به الشرع، ولا جرى به العرف، ولا نفع فيه لأحد، كأن يشترط البائع عدم تصرف المشتري بالمبيع. فإذا كان الشرط صحيحاً وجب العمل به. وإن كان فاسداً، فسد العقد والشرط. وإن كان لغواً صح العقد وبطل الشرط. وذهب بعض المجتهدين إلى أن الشروط معتبرة مطلقاً ما لم تبح حراماً أو تحرم حلالاً أو أن تكون لا فائدة منها.

وإطلاق القاعدة التي نحن بصددنا يوافق هذا الرأي، وهي تصلح أن تكون مأخذاً للمادة (٦٤) من أصول المرافعات الحقوقية.

الأمثلة:

- ١ - إذا أجر أحد داره وشرط على المستأجر تعجيل الأجرة اتبع الشرط.
- ٢ - إذا اشترط رب المال على المضارب ألا يعمل في البلد الفلاني صح الشرط، فإذا خالف الشرط فخرس لزمة الضمان.
- ٣ - إذا اشترط الواقف شروطاً لا تؤثر على نفس الوقف فلا تعطل منافعه لزم العمل بها.

- القاعدة الثالثة والثمانون -

المواعيد بصورة التعليق تكون لازمة «م ٨٤»

أي: إن الوعد إذا صدر من أحد معلقاً على شرط وجب الوفاء به، لأن الوعد بالكيفية المذكورة يكون معنى التعهد والالتزام ظاهراً فيه، فيجب الوفاء

به. أما الوعد المجرد فليس فيه معنى التعهد والالتزام فلا يكون لازماً ولا يجب الوفاء به، وإن كان الوفاء به من محاسن الاخلاق.

الأمثلة:

١ - لو قال رجل لآخر بع هذا الشيء لفلان، وإن لم يعطك ثمنه فأنا أعطيكه، فلم يعط المشتري الثمن، لزم الرجل أداء الثمن المذكور بناء على وعده المعلق.

٢ - إذا قال أحد لآخر إذا جئت إلى داري فأني اكرمك فإنه نظراً لمفاد هذه القاعدة على الواعد أن يكرم الموعد شيئاً عند تحقق الشرط.

٣ - إذا قال شخص لآخر إذا دلتني على فلان فأني أعطيك دينارين فإذا دلاه عليه لزمه الديناران.

ويتضح من هذه الأمثلة أن لزوم المواعيد المبحوث عنها إنما يعتبر إذا كان المعلق عليه مما قد يستحق مقابلاً، أو مما يتحقق به توثيق لحق.

- القاعدة الرابعة والثمانون -

الخراج بالضمان «م ٨٥»

أي: إن انتفاع المرء من الشيء هو بمقابلة ضمان ذلك الشيء، فكما أن ضمانه عليه فنفعه راجع إليه، وبعبارة أخرى إن من يضمن شيئاً لو تلف فإنه ينتفع به في مقابلة الضمان. والخراج معناه ما يخرج ويتحصل من الملك، كزوائد الحيوانات من لبن وصوف، ونتاج الأرض من طعام، وكالركوب على الحيوان، والسكنى في الدار أو الحانوت. والضمان معناه المؤونة أي

مصاريء الشيء وفسارته.

الأملة:

١ - لورد المشتري حيواناً بختيار العيب وكان قد اسلعمله مدة لا تلممه أجرته لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان من ماله أي إن خسارته كانت عليه.

٢ - الفاصب ينلفع من المغصوب لقاء ضمانه إياه.

٣ - الشريك في شركة اللقبل يسللحق من الربح ولو لم يعمل، وذلك بسبب ضمانه العمل.

- القاعدة الخاصة واللمانون -

الأجر واللمان لا يلمان «م ٨٦»

أي: إن المل الذي فيه اللمان لا لجب فيه أجرة. والمراد من ضمان الشيء هو إعطاء ملله إن كان ملثياً وقيمه إن كان قيمياً. والسبب في عدم اجتماع الأجر واللمان هو أن في اللمان معنى اللملك فاللمان كالمالك.

الأملة:

١ - اللابة التي اسلكريل للركوب لا لحمل، فإن حملت فهلكت لزم المسلكري اللمان ولكن لا تلممه الأجرة.

٢ - من اسلأجر ثياباً ليلبسها بنفسه، فإذا ألبسها غيره فسلقت أو رللل ضمنها ولا أجرة عليه.

٣ - من غصب شيئاً غير معد للاستغلال ولا هو مال وقف أو مال يتيم. فإذا هلك في يده ضمنه ولا أجر عليه.

- القاعدة السادسة والثمانون -

الغرم بالغنم «م ٨٧»

إن من ينال نفع شيء يتحمل ضرره.

الأمثلة:

- ١ - رسوم الطابو اللازمة في تسجيل بيع العقار على المشتري لأن منفعة التسجيل المذكور عائدة إليه (انظر المادة «٢٩٢»).
- ٢ - مؤونة كربي النهر المشترك توزع على الشركاء حسب انتفاع كل واحد من الكربي (انظر المادة «١٣٢٦»).
- ٣ - من وجد في الطريق العام مقتولاً فديته علي بيت المال، ومن قتل وليس له ولي فديته لبيت المال.

- القاعدة السابعة والثمانون -

النقمة بقدر النعمة والنعمة بقدر النقمة «م ٨٨»

تحتوي هذه القاعدة على فقرتين:

الأولى:

النقمة بقدر النعمة: وهي القاعدة السادسة والثمانون «الغرم بالغنم»

بمعنى واحد.

الثانية:

النعمة بقدر النعمة: وهي القاعدة الرابعة والثمانون «الخراج بالضمان»
بمعنى واحد. ولا تختلف هذه القاعدة عن القاعدتين المذكورتين إلا باللفظ.

- القاعدة الثامنة والثمانون -

يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الآمر ما لم يكن مجبراً
«ص ٨٩»

إن الفعل ينسب إلى فاعله فالتبعة المترتبة على الفعل يتحملها فاعله إلا
إذا كان الفاعل مكرهاً (بفتح الراء) فإن الفعل ينسب حينئذ إلى المكره
(بكسر الراء) وتبعة الفعل تكون عليه.

الأمثلة:

- ١ - لو أمر أحد آخر باتلاف مال شخص فأتلفه المأمور فالضمان عليه.
- ٢ - لو باع أحد لآخر داراً وقبل أن يسلمها إلى المشتري أمر شخصاً
بهدمها فهدمها وهو يعلم أن الأمر قد باعها فإن المشتري له أن يضمن
الهادم الضرر.
- ٣ - لو أكره أحد شخصاً إكراهاً ملجئاً على إتلاف مال غيره فإن الفاعل لا
يضمن بل الضمان على من أكرهه (انظر المادة «٧٤٩» والمادة
«١٠٠٧»).

(ويستثنى) من حكم هذه القاعدة ما لو أمر العاقل البالغ صبياً بإتلاف مال أحد فأتلفه فإن الضمان لازم من مال الصبي إلا أن ولي الصبي يرجع على الأمر بما ضمن الصبي، غير أنه إذا كان الأمر صبياً أيضاً فلا يرجع ولي الصبي للمأمور على الصبي الأمر بما ضمنه المتلف.

- القاعدة التاسعة الثمانون -

إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر

«م ٩٠»

أي إذا وقع فعل وكان له مباشر ومسبب، فإن الحكم الذي يترتب على الفعل المذكور يقع على المباشر لا على المسبب، وبعبارة أخرى: يقدم الفاعل على المسبب في أمر الضمان.

الأمثلة:

- ١ - لو حفر أحد بئراً في الطريق العام فألقى شخص فيها مالا لشخص آخر فتلف، ضمن الذي ألقى المال في البئر ولا شيء على حافرهما.
- ٢ - لو دل أحد سارقاً على مال شخص فسرقه فالضمان على السارق وليس على الدال شيء.
- ٣ - إذا وضع أحد سكرأ في النهر لصرف الماء إلى سقي أرضه فإذا أكمل السقي وأبقى السكر حتى اجتمع الماء وانصب إلى مزروعات غيره فأتلفها، فإنه يكون مسبباً للضرر ويضمن من جراء تسببه، لكن لو كان انصباب الماء حصل بفعل شخص آخر قد فتح الماء المجتمع، على تلك

المزروعات فإن الضمان يكون عليه لا على المتسبب.

(ويستثنى) من حكم هذه القاعدة:

أ - ما لو دل الوديع سارقاً على الوديعة فسرقه فإن الوديع يضمن مع أنه متسبب والسارق مباشر.

وجه الاستثناء هو أن الوديع يعد حينئذٍ مقصراً في الحفظ، والوديع إذا قصر في الحفظ يضمن.

ب - إذا حكم القاضي بناء على الشهادة المعتبرة ثم رجع الشهود عن شهادتهم فإنهم يضمنون للمحكوم عليه، ما قد خسره، مع أن الشهود مسببون والقاضي مباشر.

وجه الاستثناء أن الشهود يعدون بحكم المباشرين لأن القاضي مجبر على الحكم بعد قيام الشهادة وليس في وسعه أن يمتنع عن الحكم، حتى أنه لو امتنع عن الحكم بعد توفر أسباب الحكم التي من جملتها الشهادة المعتبرة يستحق العزل.

- القاعدة التسعون -

الجواز الشرعي ينافي الضمان «م ٩١»

أي إذا كان فعل شيء جائزاً لشخص فإذا أوقع الشخص ذلك الفعل وترتب عليه ضرر لأحد فلا ضمان على الفاعل.

الأمثلة،

١ - إذا استأجر أحد دابة ليحمل عليها شيئاً فحمل عليها ما هو مثله أو أقل منه كلفة، فهلك لا ضمان عليه لأنه يجوز لمن استأجر دابة ليحملها شيئاً معيناً أن يحملها ما هو مثله أو أقل منه كلفة (انظر المادة «٦٠٥»).

٢ - إذا حفر أحد في ملكه حفرة فسقطت فيها دابة أحد فهلك لا ضمان على صاحب الحفرة.

٣ - إذا أخذ الوكيل بالبيع رهناً بالثمن ثم هلك الرهن وسقط الثمن من جراء هلاك الرهن، فلا ضمان على الوكيل لأن الوكيل يجوز له أخذ رهن بالثمن.

(ويستثنى) من حكم هذه القاعدة: ما إذا غاب أحد الشريكين في البستان فقام الآخر عليها، فعند ادراك الثمر يجوز له أن يبيع حصه شريكه من الثمرة ويحفظ ثمنها. غير أن شريكه إذا عاد فإن له ألا يجيز فعل شريكه في أمر البيع وأن يضمه حصته.

وليست المسألة الواردة في المادة (٣٢) بمسئنة من حكم هذه القاعدة لأن الشرع انما جوز للجائع المضطر أن يأكل مال غيره على شرط أن يدفع إليه ثمنه. ولم يجوز له الاكل مطلقاً.

- القاعدة الحادية والتسعون -

المباشر ضامن وان لم يتعمد «م ٩٢»

أي: إن المباشر للفعل الذي يترتب عليه الضمان يضمن مطلقاً سواء

كان متعمداً لإيقاع الضرر أم لم يكن. وسواء كان متعمداً أو غير متعمد.
لأن المباشر علة مستقلة للاتلاف فعدم التعمد لا يصلح له عذراً للتخلص
من اتلاف مال الغير.

الأمثلة:

- ١ - إذا زلق أحد وسقط على مال آخر واتلفه فإنه يضمن (م ٩١٣).
- ٢ - لو أطلق أحد في ملكه بندقية للتفكه فأصاب دابة أحد فأتلفها ضمن مع أنه غير متعمد ولا متعمد.
- ٣ - إذا استأجر أحد شخصاً لهدم جداره فسقطت ججارة في أثناء الهدم على مال أحد فأتلفته ضمن الهادم مع أنه غير متعمد ولا متعمد،

- القاعدة الثانية والتسعون -

المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد « ٩٣ »

أي: إن فعل المسبب المفضي للضرر لا يوجب ضمانه إلا إذا كان
المسبب متعمداً لفعل الضرر. وهنا شرط آخر وهو أن يكون متعمداً في فعله
كما هو المفهوم من قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان. فالمسبب إذاً لا
يضمن إلا بشرطين «الأول» أن يكون متعمداً «الثاني» أن لا يكون له حق في
إجراء الفعل الواقع. فإذا خلا فعله من أحد الشرطين فلا ضمان عليه.

الأمثلة:

- ١ - إذا جفلك دابة أحد من مشي شخص فضاعت لا ضمان على

الشخص، أما إذا أجفلها بحركة منه فإنه يضمن لأنه يكون حينئذ متعمداً متعمداً.

٢ - من أحرق الحشائش التي في أرضه فتوسع الحريق إلى أرض غيره فأحرق مالا لآخر لا ضمان عليه. لكن إذا كان إحراقه الحشيش في ظروف تدعو إلى توسع الحريق خارج أرضه كأن يكون الاحراق في وقت اشتداد الهواء فإنه يعد متعمداً فيضمن.

٣ - إذا جرى أحد بسيارة في الطريق العام على المعتاد فأحدثت السيارة خسفاً في الطريق فسقطت فيه دابة أحد فهلكت لا ضمان عليه لأنه غير متعمد.

٤ - إذا سقى أحد أرضه من النهر حسب المعتاد غير أن الماء تسرب إلى أرض مجاوريه لأسباب لا علم له بها فأتلفت لهم شيئاً لا ضمان عليه لانه غير متعمد.

- القاعدة الثالثة والتسعون -

جناية العجماء جبار «م ٩٤»

أي: إن ما تتلفه البهيمة هدر لا ضمان على صاحبها.

الأمثلة:

- ١ - إذا ادخل أحد دابته في ملك غيره بإذنه لا يضمن ما تتلفه الدابة هناك.
- ٢ - لو ربط شخصان دابتيهما في محل لهما حق الربط فيه فأتلفت إحدى الدابتين الأخرى، لا ضمان على صاحب الدابة.

٣ - إذا كانت الدابة جموحاً ولم يقدر الراكب على ضبطها، فأضرت لا يلزمه الضمان.

لكن هذا إذا لم يكن لصاحب الدابة تسبب أو تعد أو تقصير، فلو كان لصاحبها شيء من ذلك فإنه يضمن جنايتها لأنه يعتبر مسبباً. مثلاً إذا ادخل أحد الدابة في مزرعة أحد فإنه يضمن ما أتلفته الدابة. وكذلك إذا رأى أحد دابته تستهلك مال أحد فلم يمنعها، فإنه يضمن الضرر الذي أحدثته، لأنه بتقصيره يعد مسبباً متعدياً، وكذلك إذا أطلق أحد فرسه في الطريق العام فأتلقت مال أحد، فإنه يضمن.

أما إذا أطلق الدابة التي جرت العادة بسيرها في الطريق مطلقة، فإنه لا يضمن جنايتها لأنه غير متعد حينئذ.

- القاعدة الرابعة والتسعون -

الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل «م ٩٥»

أي إذا أمر أحد غيره بأن يتصرف في ملك شخص فلا عبرة بهذا الأمر فإذا تصرف المأمور وترتب على تصرفه شيء فالتبعية عليه لا على الأمر.

الأمثلة،

- ١ - إذا أمر أحد آخر بأن يحرق مال شخص، فأحرقه فالضمان على المأمور لأن أمر هذا الأمر لا عبرة به.
- ٢ - لو قال الدائن لمدينه عندما أراد أن يسلمه الدين إرمه في البحر فرماه،

فلا عبرة بهذا الأمر ويبقى الدين بحاله في ذمة المدين، لأن المال الذي بيد المدين ملكه قبل أن يقبضه الدائن.

٣ - لو قال أحد لأمر إفتح باباً في هذا الجدار ففتح المأمور باباً وظهر أن الجدار ملك الغير فالضمان على المأمور، لكن لو قال الأمر للمأمور إفتح لي في هذا الجدار باباً ففتح فإن المأمور يضمن ولكنه يرجع على الأمر بما ضمن، وكذلك الحكم لو كان الأمر ساكناً في دار وأمر أحداً بهدم جدار فيها ثم تبين أن الدار ملك الغير فإن المأمور يضمن ولكن له الرجوع على الأمر، وكذلك الحكم لو استأجر أحداً لفتح باب في جدار وظهر أن الجدار ملك الغير فإن المأمور يضمن وله الرجوع على الأمر. والحاصل أن لبطلان الأمر شرطين:

«الأول»: أن يكون التنفيذ في ملك الغير.

«الثاني»: ألا تكون للأخر ولاية ما على المال. ويتفرع على الشرط الأول أن أحداً لو أمر شخصاً بأن يتلف مال الأمر فأتلفه لا ضمان عليه لأنه يعد وكيلاً عنه في إتلاف ماله. ويتفرع على الشرط الثاني: لو أعار أحد الشركاء المال المشترك بدون إذن شركائه وأمر أحداً أن يسلم العارية إلى المستعير، فامتثل المأمور الأمر، فالضمان على الشريك لا على المأمور فيما لو هلكت العارية.

القاعدة الخامسة والتسعون

لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه «م ٩٦»

أي ليس لأحد حق التصرف في ملك غيره إلا إذا أذن له المالك وكذلك

إذا كانت له ولاية عليه، لأن الولي قائم مقام المولى عليه.

الأمثلة،

١ - ليس لأحد أن يستعمل جدار جاره بأن يضع عليه جوائز سقفه أو يركز عليه عقادة غرفته بلا إذن من جاره. وإذا فعل ذلك كان لجاره حق طلب رفع ذلك.

٢ - ليس لأحد أن يدخل ملك غيره بلا إذنه.

٣ - لا يجوز لمن ليس له حق المرور في الطريق الخاص أن يفتح عليه باباً للملكه بلا إذن من أصحاب الطريق. فإن فعل كان لكل واحد من أصحاب الطريق طلب سد الباب.

أما إذا كانت لأحد ولاية على غيره فإنه يجوز له أن يتصرف في ملك المولى عليه بما فيه مصلحة، على ما مر في قاعدة: التصرف على الرعية منوط بالمصلحة. فيجوز لولي الصغير أن يبيع مال الصغير وأن يرهنه على ما مر في نظرية العقد. ويجوز لولي الأمر أن يأمر بهدم ملك الناس لحصر الحريق ومنعه عن التوسع.

أما التصرف في ملك الغير بإذنه صراحة أو دلالة فمعتبر، فللوكيل أن يتصرف في ملك موكله ضمن حدود الوكالة، لأنه مأذون بذلك حسب وكالته وللشريك أن ينتفع بقدر حصته من الملك المشترك بغيبة شريكه، لأنه مأذون بذلك حكماً.

ويجوز للشخص أن يتصرف في ملك غيره بلا إذنه للضرورة، كما لو وقع ثوب أحد في دار غيره وخاف أن يخفيه الغير فإن له أن يدخل الدار لأخذ الثوب.

- القاعدة السادسة والتسعون -

لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي «م ٩٧»

أي ليس لأحد أن يأخذ مال غيره بسبب غير مشروع. كالغصب والسرقة. والرشوة سواء أكان الآخذ جاداً أو هازلاً. أو ناسياً. لأن حقوق الناس محترمة، والنسيان والهزل لا يكون عذراً في حقوق الناس. فإذا هلك قبل رده إليه، لزمه الضمان.

الأمثلة:

١ - إذا غصب أحد مال شخص وجب عليه رده بعينه فإن هلك قبل الرد فعليه الضمان.

٢ - إذا أخذ أحد مال شخص هازلاً وجب عليه أن يرده إليه، وإذا هلك قبل الرد لزمه الضمان.

٣ - إذا صالح أحد آخر عن الدعوى ثم ظهر بعد ذلك أن ليس له أي حق في الدعوى التي أقامها كان له أن يسترد بدل الصلح. مثلاً لو ادعى المشتري رد المبيع بخيار العيب وانكر البائع وجود العيب ثم صالح المشتري البائع على أن يبرئه من العيب المذكور، على قدر من المال، ثم ظهر أن ليس في المبيع عيب أو أن العيب كان قد زال، فإن للبائع أن يسترد بدل الصلح.

أما إذا كان أخذ مال الغير بسبب مشروع كالبيع، والهبة، فلا كلام في جوازه.

- القاعدة السابعة والتسعون -

تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات «م ٩٨»

أي: إن اختلاف الأسباب في تملك الأعيان بمنزلة اختلاف الأعيان، فإن العين الواحدة إذا تبدل سبب تملكها تعد كأنها قد بتدت، فكأنها بعد تبدل سبب التملك فيها، هي غيرها قبل تبدل السبب.

الأمثلة:

- ١ - إذا وهب شخص لآخر مالاً ثم وهبه الموهوب له لآخر أو باعه إليه، فليس للواهب الأول الرجوع عن هبته وأخذه المال المذكور، لأن المال المذكور بعد أن تبدل سبب التملك فيه، قد عد أنه غير المال الذي وهبه الواهب الأول، وكأنه مال آخر غير ماله السابق.
- ٢ - إذا باع أحد داره لشخص، ثم باعه المشتري لشخص آخر فإن للبايع الأول طلب الشفعة في الدار إذا كان حاصلها على سبب الشفعة.
- ٣ - إذا طلق رجل امرأته ثلاثاً ثم تزوجت من شخص آخر فطلقها هذا أيضاً، جاز للأول أن يتزوجها بعد ذلك، لتبدل سبب تملك التمتع بين الزوجين.

- القاعدة الثامنة والتسعون -

من استعمل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه «م ٩٩»

أي إذا كان استحقاق المرء لشيء، إنما هو في حالة لم تحن بعد فإذا

عجل وقوع تلك الحالة قبل أوانها الطبيعي فإنه يعاقب بالحرمان من استحقاق ذلك الشيء.

الأمثلة،

- ١ - من قتل مورثه بغير حق يحرم من إرثه.
 - ٢ - من أوصى لأحد بشيء، ثم قتل الموصي، فإنه يحرم من الوصية.
 - ٣ - إذا طلق الرجل زوجته في مرض موته بدون رضاها ومات وهي في العدة، فإنها ترثه ولا تحرم من الإرث بسبب الطلاق الذي وقع في غير أوانه، بقريئة مرض الموت.
- (ويستثنى) من حكم هذه القاعدة: ما لو كان لأحد في ذمة آخر دين مؤجل فقتل الدائن المدين، فإن الدين يكون حالاً بعد القتل، كما هو الأصل في جميع الديون المؤجلة بعد موت المدين

- القاعدة التاسعة والتسعون -

من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه

«م ١٠٠»

أي إذا تم أمر من قبل أحد فلا يسمع قوله ولا يعتبر عمله في إبطال ما كان قد أتمه، فلا يلتفت إلي سعيه وعمله في هذا الخصوص.

الأمثلة،

- ١- إذا باع شخص لآخر مالاً ثم ادعى أنه فضولي في البيع، فالبيع غير

نافذ، وادعى المشتري أن المبيع كان ملك البائع أو أن البائع وكيل المالك للمبيع فالبيع نافذ، فالقول قول المشتري، ولا يسمع قول البائع.

٢ - إذا أقر أحد بصدور عقد بات صحيح وربط إقراره هذا بسند. ثم ادعى بأن العقد كان وفاء أو فاسداً، فلا تسمع دعواه (المادة ١٦٥٨).

٣ - الكفيل بالدرك ليس له أن يدعي استحقاق المبيع لأن بيع الشيء المكفول بدركه، إنما تم بسبب كفالة الكفيل، فليس له أن يسعى لنقض ما تم من جهته.

(ويستثنى) من حكم هذه القاعدة: ما لو باع أبو الصغير أو متولي الوقف، أو الوصي شيئاً من مال الصغير أو الوقف، أو الشركة. ثم ادعى أن البيع قد وقع بغبن فاحش فإنه يسمع منه، وينقض البيع إذا ثبت ذلك غير أنه إذا سبق منه الإقرار المعتبر بأن البيع كان بثمن المثل فلا يسمع منه دعوى الغبن الفاحش بعد ذلك، للتناقض.

هذا ما يتعلق بشرح القواعد الفقهية شرحاً موجزاً يفي بالفائدة لمراجعة الطلاب. وسنشرع بشرح العقود المعينة من المجلة والله الموفق.

رَفْعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

www.moswarat.com

رَفَعُ

عبد الرحمن التَّجَرِّيَّ
أُسْكُنْهُ النَّيْمَ الْفَرَوَسِيَّ

www.moswarat.com