

## البَابُ العَاشرُ

القواعد الكلية في الفقه الإسلامي

## الفصل التاسع والسبعون

### معنى القواعد الكلية ومكانتها الفقهية المطلب الأول: معنى القواعد الكلية

١/٧٩ - القاعدة في اللغة هي أساس البيت ونحوه. وعليه قوله تعالى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِزْهَمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَلِسْمَعِيلُ﴾ [سورة البقرة ٢]. [١٢٧]

(ر: المصباح، وغريب القرآن للسجستاني).

وفي اصطلاح النحاة هي: الضابط، بمعنى الحكم المنطبق على جميع جزئياته، كقولهم: الفاعل مرفوع، والمفعول به منصوب.

أما في اصطلاح الفقهاء فالقاعدة هي: حكم أغلبي ينطبق على معظم جزئياته (ر: حاشية الحموي على «الأشباه» الفن الأول تحت القاعدة الأولى) وذلك كقولهم: «الأمور بمقاصدها» وقولهم: «الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على خلافه». ويسمى أمثالها اليوم في الاصطلاح القانوني: «مبادئ» principle جمع مبدأ .

ويمكنا تعريفها بصورة أوضح وأدق دلالة بأن القواعد الفقهية هي: أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً شريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها.

فهي تمتاز بمزيد الإيجاز في صياغتها، على عموم معناها وسعة استيعابه للفروع الجزئية. فتصاغ القاعدة عادة بكلمتين أو ببعض كلمات

محكمة من ألفاظ العموم<sup>(١)</sup>.

٢/٧٩ - وقد سلفت الإشارة أول البحث في قسم النظريات الأساسية الكبرى إلى الفرق بين تلك النظريات والقواعد الكلية. فقد يتبنا هناك أنَّ هذه القواعد إنما هي مبادئ وضوابط فقهية يتضمن كل منها حكمًا عامًّا. أما النظريات الأساسية التي عرضناها في ذلك القسم الثاني فتتولَّ كل منها نظامًا موضوعيًّا في الفقه والتشريع. وقد تأتي القاعدة الكلية ضابطًا خاصًّا بناحية من نواحي إحدى تلك النظريات، كما تقدم.

٣/٧٩ - وهذه القواعد الفقهية هي، كما سبق أن قلنا: أحكام أغلبية غير مطردة لأنها إنما تصور الفكرة الفقهية المبدئية التي تعبَّر عن المنهاج القياسي العام في حلول القضايا وترتيب أحكامها. والقياس كثيراً ما ينحرِّم ويعدل عنه في بعض المسائل إلى حلول استحسانية استثنائية لمقتضيات خاصة بتلك المسائل، يجعل الحكم الاستثنائي فيها أحسن وأقرب إلى مقاصد الشريعة في تحقيق العدالة، وجلب المصالح، ودرء المفاسد، ودفع الربح، كما تقدم أيضًا في بحث الاستحسان.

ولذلك كانت تلك القواعد الفقهية قلما تخلو إحداها من مستثنias في فروع الأحكام التطبيقية خارجة عنها، إذ يرى الفقهاء أنَّ تلك الفروع المستثناء من القاعدة هي أليق بالتخريج على قاعدة أخرى، أو أنها تستدعي أحكاماً استحسانية خاصة.

قال مهذب فروق القرافي نقلًا عن العلامة الأمير: «من المعلوم أنَّ

(١) ألفاظ العموم في اصطلاح علم أصول الفقه هي الألفاظ الموضوعة لغة للدلالة بصيغتها أو بمعناها على أفراد كثيرة غير محصورة على سبيل الاستغراف كلفظة (المؤمنون) في قوله تعالى: ﴿إِنَّا لِلْمُؤْمِنِينَ إِلَهُهُمْ إِلَهٌ وَّلَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ﴾ لأنَّ صيغة الجمع المعرف تعم، وكلفظ «القوم»، والرهط، ومن، وما، فإنَّ معناها يقع على الجمع وإن كان لفظها مفرداً، وأنواع ألفاظ العموم مبيَّنة في بحث «العام والخاص» من كتب أصول الفقه.

أكثر قواعد الفقه أغلبية» (ر: تهذيب الفروق تحت الفرق الثاني ج ١ ص ٣٦).

ومن ثم لم تسع المجلة أن يقتصر القضاة في أحكامهم على الاستناد إلى شيء من هذه القواعد الكلية فقط دون نص آخر خاص أو عام يشمل بعمومه الحادثة المقضى فيها، لأن تلك القواعد الكلية، على مالها من قيمة واعتبار، هي كثيرة المستثنias، فهي دساتير للتتفقيه، لا نصوص للقضاء. (ر: المقالة الأولى من مقدمة المجلة).

### المطلب الثاني :

#### مكانة هذه القواعد وموقعها من أصول الشريعة

٤/٧٩ - وكون هذه القواعد أغلبية لا يغطُّ من قيمتها العلمية، وعظيم موقعها في الفقه، وقوة أثرها في التتفقيه، فإنَّ في هذه القواعد تصويراً بارعاً، وتنويراً رائعاً للمبادئ والمقررات الفقهية العامة، وكشفاً لآفاقها ومسالكها النظرية، وضبطاً لفروع الأحكام العملية بضوابط تبيّن في كل زمرة من هذه الفروع وحدة المناط، ووجهة الارتباط برابطة تجمعها وإن اختللت موضوعاتها وأبوابها.

ولولا هذه القواعد لبقيت الأحكام الفقهية فروعاً مُشتَّتةً قد تتعارض ظواهرها دون أصول تمسك بها في الأفكار، وتبرز فيها العلل الجامدة، وتعين اتجاهاتها التشريعية، وتمهد بينها طريق المقايسة والمجانسة.

يقول العلامة الشهاب القرافي في مقدمة كتاب «الفروق»:

«إنَّ الشريعة المحمدية اشتملت على أصول وفروع. وأصولها قسمان:

- أحدهما المسمى «أصول الفقه»، وأغلب مباحثه في قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ، كدلالة الأمر على الوجوب، ودلالة النهي على التحرير، وصيغ الخصوص والعموم، وما يتصل بذلك كالنسخ والترجيح.

- والثاني هو القواعد الكلية الفقهية، وهي جليلة كثيرة لها من فروع الأحكام ما لا يحصى، وهذه القواعد لم يذكر منها شيء في أصول الفقه، وقد يُشار إليها هناك على سبيل الإجمال.

وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه، وتَتَضَعُّ له مناهج الفتوى. ومن أخذ بالفروع الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه تلك الفروع واضطربت، واحتاج إلى حفظ جزئيات لا تنتهي.

ومن ضَبَطَ الفقة بقواعديه استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لأندرجها في الكليات، وتناسب عنده ما تضارب عند غيره» اه ملخصاً.

## الفصل الثمانون

### لمحة تاريخية عن صياغة القواعد الكلية

١/٨٠ - إن القواعد الكلية المأثورة في الفقه الإسلامي لم توضع كلها جملة واحدة كما توضع النصوص القانونية في وقت معين على أيدي أناس معلومين، بل تكونت مفاهيمها وصيغت نصوصها بالتدريج في عصور ازدهار الفقه ونephضته على أيدي كبار فقهاء المذاهب من أهل التخريج والترجح، استباطاً من دلالات النصوص التشريعية العامة، ومبادئه أصول الفقه، وعلل الأحكام، والمقررات العقلية.

هذا، ولا يعرف لكل قاعدة صانع معين من الفقهاء إلا ما كان منها نص حديث نبوى، كقاعدة «لا ضرر ولا ضرار» أو ما أثر عن بعض أئمة المذاهب وكبار أتباعهم من عبارات جرت بعد ذلك مجرى القواعد، كقول أبي يوسف صاحب أبي حنيفة في كتاب «الخروج» الذي وضعه للرشيد: «ليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف».

(ر: «الخروج» فصل موات الأرض، ورد المختار ٢/٢٥٧).

أما معظم تلك القواعد فقد اكتسبت صياغتها الأخيرة المأثورة عن طريق التداول والصَّفْل والتَّحْوِير على أيدي كبار فقهاء المذاهب في مجال التَّعْلِيل والاستدلال. فقد كانت تعليلات الأحكام الفقهية الاجتهادية، ومسالك الاستدلال القياسي عليها، أعظم مصدر لتعقيد هذه القواعد وإحكام صيغها، بعد استقرار المذاهب الفقهية الكبرى، وانصراف كبار أتباعها إلى

تحريرها وترتيب أصولها وأدلتها<sup>(١)</sup> (ر: ف ٢/١٣).

٢/٨٠ - والظاهر أن المذهب الحنفي، وهو أقدم المذاهب الأربع الكبرى، قد كانت الطبقات العليا من فقهائه أسبق إلى صياغة تلك المبادئ الفقهية الكلية في صيغ قواعد، والاحتجاج بها. وعنهم نقل رجال المذاهب الأخرى ما شاؤوا منها.

وكانت هذه القواعد تسمى: أصولاً، كما قال القرافي آنفأ. فكثيراً ما نرى شرائح المذهب في تعليلات الأحكام، ونرى المؤلفين في القواعد، يقولون: «من أصول أبي حنيفة، أو الأصل عند أبي حنيفة كذا وكذا» ويدركون بعض هذه القواعد، كما يرى في كتاب «تأسيس النظر» للدبosi، وفي قواعد الكرخي الآتي ذكرهما.

٣/٨٠ - ولعل أقدم خبر يروى عن جمع القواعد الكلية في المذهب الحنفي مصوغاً بصياغها الفقهية المأثورة ما رواه العلامة ابن نجيم في مقدمة كتابه «الأشباه والنظائر» من أن الإمام أبو طاهر الدباس - وهو من عاش في القرنين الثالث والرابع للهجرة كما سنرى - قد جمع أهم قواعد مذهب أبي حنيفة في سبع عشرة قاعدة كلية. وكان أبو طاهر ضريراً يكرر كل ليلة تلك القواعد بمسجده بعد خروج الناس منه. وذكر ابن نجيم أن أبو سعيد الhero الشافعي قد رحل إلى أبي طاهر ونقل عنه

(١) ومن دلائل هذا التطور في الصياغة الفقهية الفنية للقواعد أن القاعدة المشهورة الأساسية في كون الإقرار إنما يلزم صاحبه المقر، ولا يشري حكمه على غيره، نرى نصها المتداول في كتب المتأخرین، وفي المادة ٧٨ من المجلة هو: «الإقرار حجة قاصرة» بينما أن أصل هذه القاعدة في قواعد الإمام الكرخي التي سيأتي ذكرها هو بالنص التالي:

«الأصل: أن المرء يتعامل في حق نفسه كما أقر به ولا يصدق على إبطال حق الغير ولا يلزم الغير حقاً».

وهكذا كثير من القواعد المأثورة إذا قورنت نصوصها الأخيرة بأصولها القديمة.

بعض هذه القواعد<sup>(١)</sup>، ومن جملتها القواعد الخمس التي تعتبر أمهات القواعد ومباني الأحكام الشرعية من نصية واجتهادية، وهي:

- ١ - الأمور بمقاصدها ٢ - الضَّرُرُ يُزَالُ ٣ - العادَةُ مُحَكَّمَةٌ ٤ - اليقين لا يزول بالشك ٥ - المشقة تجلب التيسير<sup>(٢)</sup>.

٤/٨٠ - وأقدم مجموعة من هذه القواعد الكلية وصلت إلينا في شكل رسالة خاصة هي قواعد الإمام أبي الحسن الكرخي، وقد شرحها وأوضحتها بالأمثلة الإمام نجم الدين أبو حفص عمر النسفي الحنفي المتوفى سنة ٥٣٧ للهجرة<sup>(٣)</sup>.

والظاهر أنَّ الكرخي قد أخذ القواعد التي جمعها أبو طاهر الدباس وأضاف إليها، فقد جاءت مجموعة الكرخي بسبعين وثلاثين قاعدة، بينما رأينا آنفًا فيما رواه ابن نجيم أنَّ القواعد التي جمعها الإمام الدباس كانت سبع عشرة.

(١) يروي ابن نجيم قصة هذه الرحلة والنقل بصورة مستبعدة لا تصح تفاصيلها. ولكن الظاهر أنَّ لها أساساً ثابتاً، إذ رواها الجلال السيوطي الشافعي في كتابه «الأشباه والنظائر» (ص/ ٤ - ٥)، والكمال ابن الهمام الحنفي في «فتح القدير». (ر: مقدمة الأشباه لابن نجيم، وحاشية الحموي عليها).

(٢) وقد نظمها بعض الشافعية مشيرًا إلى أساسيتها في مذهبهم أيضًا بقوله: خمس مقررة قواعد مذهب الشافعي فكن بهن خبيرا ضرَرُ يزال، وعادة قد حكمت وكذا المشقة تجلب التيسير والشك لا ترفع به متيقناً والقصد أخلص إن أردت أجورا الإمام الكرخي والدباس كانوا متعارضين، وكلامهما من أكابر فقهاء الطبقات العليا في المذهب الحنفي، ولكن الكرخي أكثر شهرة وذكرًا.

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

والدباس: هو الإمام أبو طاهر محمد بن محمد الدباس. كان إمام أهل الرأي في العراق حفاظاً خبيراً بالروايات، ومن أتران الكرخي. وقد ولـي القضاء بالشام. (ر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية للشيخ عبد الحي اللكنوـي ص/ ١٠٩ و ١٨٧).

ويرى الناظر في قواعد الإمام الكرخي هذه أنَّ بعضَ منها ليس من قبيل القواعد بالمعنى الذي حددها للقاعدة، وإنما هو من قبيل الأفكار التوجيهية لرجال المذهب في تعليل المسائل، كقول الكرخي مثلاً فيها:

«الأصل: أنَّ كل آية تخالف قول أصحابنا فإنها تحمل على النسخ أو على الترجيح أو على التأويل من جهة التوفيق».

ونستخلص من ذلك أنَّ هذه القواعد، وهي مفاهيم ومبادئٍ فقهية كبرى ضابطة لموضوعاتها قد بدأت حركة تعقيدها وتدوينها أواخر القرن الثالث الهجري، وأنَّ معانيها الفقهية كانت مقررة لدى الأئمة المجتهدين ثُمَّ تعمَّل عملياً لهم يقيسون بها ويبيّنون عليها ويعتلّون بها، وإن كانت لم تفرد بالتدوين قبل ذلك، ولم تأخذ الصياغة التي انتهت إليها فيما بعد إلا بالصقل والتحوير. وهي غير «أصول الفقه» التي هي علمٌ يقرر الطريقة العلمية في تفسير النصوص وفهمها والاستنباط منها.

٥ - ثم جاء الإمام أبو زيد عبيد الله بن عمر الدبوسي الحنفي، فوضع كتابه «تأسيس النظر» وضمَّنه طائفة هامة من الضوابط الفقهية الخاصة بموضوعٍ معينٍ، ومن القواعد الكلية مع التفريع عليها<sup>(١)</sup>.

٦ - ثم جاء أخيراً العلامة زين العابدين إبراهيم بن نجيم المصري المتوفى سنة ٩٧٠ هـ فجمع في الفن الأول من كتابه «الأشباه والنظائر» خمساً وعشرين قاعدة، وصنفها إلى نوعين:

(١) الدبوسي من أكابر فقهاء المذهب الحنفي كان يضرب به المثل في النظر والاحتجاج الفقهى. وذكر ابن خلkan أنه أول من وضع علم خلاف الفقهاء. والمراد بعلم خلاف الفقهاء ما نسميه اليوم في اصطلاح علم الحقوق الحديث باسم: «الفقه المقارن». فالدبوسي رحمة الله أول من عنى بتنظيم البحث في الفقه المقارن بين المذاهب، وجعل منه علمًا مستقلًا.

وكتابه هذا، «تأسيس النظر» مطبوع مع قواعد الإمام الكرخي في المطبعة الأدبية بمصر.

- ١ - قواعد أساسية كالاركان في المذاهب الفقهية هي ست قواعد: الخمس المتقدمة، مضافة إليها سادسة هي قاعدة: «لا ثواب إلا بالنية»<sup>(١)</sup>.
- ٢ - تسع عشرة قاعدة أخرى في موضوعات مختلفة أقل اتساعاً وشمولاً، يتفرع عنها بعض قواعد فرعية أخرى، وأحكام كثيرة. وقد بسط ابن نجيم القول فيما يتفرع من هذه القواعد من فروع الأحكام العملية.

ثم في منتصف القرن الثاني عشر الهجري جاء الفقيه الحنفي التركي محمد أبو سعيد الخادمي، صاحب الحاشية على كتاب «الدرر شرح الغرر» فوضع متناً في أصول الفقه أسماه «مجامع الحقائق» وختمه بخاتمة جمع فيها مجموعة كبيرة من القواعد الفقهية الكلية، عرضها بنصوصها دون ما شرح، ورتبتها على حروف المعجم بحسب الحرف الأول من أول كلمة من كل منها، بلغت أربعاً وخمسين ومائة قاعدة<sup>(٢)</sup>.

وقد جاء فيها بعض قواعد من قبيل الأصول التوجيهية لرجال المذهب في تعليل المسائل، كالتي جاءت في قواعد الكرخي. وبعضها متداخل، وبما فيها كله قواعد فقهية ذات أحكام عامة دستورية، أخذ فيها الخادمي معظم ما جمعه ابن نجيم في الأشباه وأضاف إليه.

(١) لم تكن هذه القاعدة فيما نرى جديرة بأن تزداد على تلك القواعد الخمس الأمهات، بل هي فرع من عموم قاعدة «الأمور بمقاصدها» فتغنى هذه عنها. وكلها مستمدّة من الحديث النبوى القائل: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى».

على أن قاعدة «الأمور بمقاصدها» هي التي تتفق مع نص هذا الحديث في عموم الحكم، فإن كلاً منها يشمل ثواب الأعمال الأخرى كما يشمل كثيراً من نتائج التصرّفات المدنية والأعمال الجنائية التي تختلف أحكامها القضائية الدنوية، باختلاف قصد الفاعل ونيته. أما قاعدة «لا ثواب إلا بالنية»، فخاصة بالثواب الأخرى فقط.

(٢) مجامع الحقائق للخادمي مطبوع مع شرح له اسمه «منافع الحقائق» في (المطبعة العامرة) بالقسطنطينية سنة ١٣٠٨ هـ. ولقواعديه أيضاً شرح مستقل. وقد تابع الخادمي في هذا الترتيب على الحروف كتاباً في القواعد للعلامة الزركشي الشافعي المتوفى سنة ٧٩٤ هـ اسمه «المثير في ترتيب القواعد الفقهية».

٧/٨٠ - ثم جاءت مجلة الأحكام العدلية تحمل في صدرها مجموعة كبيرة من هذه القواعد، مختارة من أهم ما جمعه ابن تُجيم والخادمي، مضافاً إليه بعض قواعد أخرى. بلغت تسعًا وتسعين قاعدة في ٩٩ مادة (من المادة ٢ حتى المادة ١٠٠) استهلت بها أحكام المجلة بعد المادة الأولى التي تضمنت تعريف الفقه وتقسيم مباحثه.

٨/٨٠ - وبعد المجلة قام العلامة السيد الشيخ محمود الحمزاوي، مفتى دمشق في عهد السلطان عبد الحميد، باستقصاء القواعد والضوابط والأصول في معظم الأبواب الفقهية مما وراء قواعد المجلة. وقد جمعها في كتاب أسماه: «الفرائد البهية في القواعد والقواعد الفقهية» وأوضحتها ببعض الأمثلة ورتبها على أبواب الفقه، فكان آخر وأوسع ما جمع باسم القواعد والأصول الفقهية فيما نعلم. وهو ينشر بين القواعد أحکاماً أساسية يسميها «فوائد» وهو مطبوع بدمشق سنة ١٢٩٨ هـ.

ولكنَّ القواعد الكلية بمعناها الذي يتبناه كالتالي جاءت بها المجلة قليلة جداً فيه. وجل ما جاء فيه تحت عناوين القواعد إنما هو ضوابط جزئية أو أحكام أساسية، في موضوعات خاصة من أبواب الفقه.

وللمؤلف رسالة أخرى في قواعد أحكام الوقف خاصة.

٩/٨٠ - هذا مجلل حركة تعقيد القواعد الفقهية، ثم جمعها في المذهب الحنفي.

ويظهر من تتبع حركة التأليف في القواعد أنَّ فقهاء الشافعية، ثم الحنابلة، ثم المالكية قد تابعوا الحنفية في ذلك، ثم انتقلت إلى علماء الشيعة، بهذا الترتيب التاريخي ! .

وقد كان القرن الثامن الهجري أهفل القرون بهذه التأليف، كما يعلم من تتبع ما سجلته فهارس المكتبات الشهيرة من المؤلفات أيضاً.

ويلاحظ هنا أنَّ كثيراً من المؤلفات التي عُرِفت باسم «الأشباه

والنظائر» ككتاب الناج السبكي، وكتاب الجلال السيوطي الشافعيين، تشمل على كثير من هذه القواعد. حتى إنَّ ابنُ نجيم الحنفي ذكر في مقدمة «أشيابه» أنه أراد وضعه على غرار كتاب السبكي الشافعي.

على أنَّ أشهر ما عرف ووصل إلينا مطبوعاً من مؤلفات المذاهب الثلاثة غير الحنفي، مما يبحث في القواعد أو يحمل اسم القواعد، ثلاثة مؤلفات هامة:

١ - كتاب «قواعد الأحكام في مصالح الأنام» للإمام الفقيه الشافعي عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام المتوفى سنة ٦٦٠ هـ.

٢ - وكتاب «الفرق» للفقيه المالكي شهاب الدين أحمد بن إدريس الشهير بالقرافي المتوفى سنة ٦٨٤ هـ تلميذ العز بن عبد السلام الشافعي.

٣ - وكتاب «القواعد» للفقيه الحنبلي عبد الرحمن بن رجب المتوفى سنة ٧٩٥ هـ.

غير أنَّ هذه الكتب على عظيم قيمتها لا تتضمن القواعد بالمعنى الذي حدَّدناه لكلمة «القاعدة»، وهي النصوص الفقهية الدستورية التي تعبرُ عن أحكام كلية في بضعة ألفاظ من صيغ العموم، وإنما تتضمن تقسيمات وضوابط أساسية في موضوعات فقهية كبرى:

أ - فكتاب العز بن عبد السلام الشافعي مبنيٌ على فصول فقهية موضوعية، يضع فيها الموضوع الفقهي عنواناً في رأس الفصل، ثم يقسم الأحكام المتعلقة به، ويفصلها تفصيلاً فيه كثير من بيان حكمة التشريع. فهو أشبه بمدخل فقهي قائم.

ب - وكتاب «الفرق» للقرافي قد أوضح في مقدمته أنه قد وضعه لبيان (الفرق بين القواعد)، وأنه قد جمع فيه /٥٤٨/ قاعدة، وأوضح كلًا منها بما يناسبها من الفروع وقد جاء الكتاب مطبوعاً في أربعة أجزاء كبيرة.

غير أنَّ هذا الكتاب أيضاً، على عظيم قيمته وما تضمن من مباحث لم يسبق إليها، لم يجمع قواعد بالمعنى الذي نعنيه هنا، وإنما يريد من القواعد معنى الأحكام الأساسية في الموضوعات الفقهية الكبرى. فهو يعرض هذه الأحكام الأساسية في كل موضوعين متباينين؛ ويجلو الفروق بينهما فيها فيقول مثلاً:

(الفرق بين قاعدة الإنشاء والخبر) و(الفرق بين قاعدة ما تؤثر فيه الجهة والغرر، وقاعدة مala تؤثر فيه من التصرُّفات) و(الفرق بين قاعدة تملك المفعة وتملك الانتفاع) و(الفرق بين قاعدة العرف القولي والعرف الفعلي) وهكذا... فهو يريد بالقاعدة معنى الأحكام الأساسية في موضوع معين، لا المعنى الاصطلاحي الذي يُبنَى لها.

على أنَّ كتاب «الفروق» قد انتشرت في فصوله قواعد فقهية دستورية كثيرة متفرقة في مناسبات تعليل الأحكام ونصب الضوابط.

ج - وكتاب ابن رجب الحنبلي بنى مباحثه على مائة وستين قاعدة، وختمه بإحدى وعشرين فائدة.

وهو كذلك يضع تحت عنوان «قاعدة» موضوعاً فقهياً ثم يتناوله بإيضاح مسهب، وتفصيل مُغِّجب، وهو كتاب عظيم القيمة، يحمل من الثروة الفقهية ما يجعل عن الوصف. وقد وصفه صاحب كشف الظنون بأنه: من «العجبات».

ولكنه على كل حال ليس مجموعة قواعد فقهية ذات نصوص عامة دستورية بالمعنى السالف البيان.

## **الفصل الحادي والثمانون**

**عرض القواعد التي جاءت بها المجلة  
مرتبة، ومصنفة إلى أساسية وفرعية  
مع شرح لها موجز جداً**

١/٨١ - إن قواعد المجلة التي هي هدف بحثنا في هذا القسم الأخير من الكتاب كلها قواعد كلية ذات صياغة تشريعية فنية بالمعنى السالف البيان.

غير أنها قد جاء في بعض منها شيء من الترافق أو التداخل مع غيرها. ومن ثم وجب تصنيفها إلى صنفين:

- ١ - القواعد الأساسية التي كل منها أصل مستقل ليس متفرعاً من قاعدة أعم منه.
- ٢ - القواعد المتفرعة من تلك القواعد الأساسية.

إن لجنة المجلة لم تصنف هذه القواعد، ولم تراع التناسب والتناسق في عرضها، بل سرّدتها سرداً غير مرتب، تفرّقت وتباينت فيه القواعد المتقاربة أو المتداخلة في المعنى والموضوع. فمثلاً نجد:

- في المادة /٦٠/ قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله».
- وفي المادة /١٢/ من المجلة قاعدة: «الأصل في الكلام الحقيقة».
- وفي المادة /٦١/ قاعدة: «إذا تعذررت الحقيقة يصار إلى المجاز».

- وفي المادة /٦٢/ قاعدة: «إذا تuder إعمال الكلام يُهمّل».

مع أنَّ هذه القواعد الأربع هي حلقات من سلسلة موضوع واحد، ترسم بمجملها، وبهذا الترتيب الذي أوردناها به الآن، الدستور الأصولي المرتب في فهم النصوص، والطريقة العلمية الصحيحة في تفسيرها وكيفية العمل بها.

٢/٨١ - هذا، وبما أنَّ هذه القواعد الكلية قد أدخلت في صلب المجلة وجعلت جزءاً منها، عني جميع شرائح المجلة بشرحها شرعاً متفاوتة في الإسهاب والاقتضاب، تبين ما يتفرع عليها من أحكام فقهية، وما يستثنى منها؛ كما أفردت أيضاً بشرح خاصة بها دون سائر المجلة، فإنَّ دراسة هذه القواعد الكلية وإيضاحها مما يعطي الدرس ملائكة فقهية عاجلة، ويلقي نوراً كاشفاً على آفاق الفقه الإسلامي، ومبانيه، فيمشي الطالب في فهمه بخطوات ثابتة مكينة، وبصيرة مذكرة.

٣/٨١ - وقد كان من برنامج هدفي في هذا المدخل أن أجعل هذا القسم الثالث الأخير منه شرحاً واسعاً لهذه القواعد التي صدرت بها المجلة.

غير أنني لحظت عند وصولي إلى هذا القسم الأخير أن هذا المدخل قد طال فيه القسمان الأولان، وأنَّ هذه القواعد مشروحة شرعاً كافياً في معظم الشروح المتداولة للمجلة، وإن كان أسلوبها غير الأسلوب التعليمي الذي التزمنا السير عليه<sup>(١)</sup>.

(١) وأوسع وأجل شرح لقواعد المجلة هذه فيما رأيت هو شرح والذي الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا رحهما الله تعالى. فقد شرح هذه القواعد بمناسبة تدرسيه إياها لنا في المدرسة الثانوية الشرعية بحلب، ثم استمر يوسع شرحها ويضيف إليه كل ما يجده له صلة بإحدى هذه القواعد من فروع الأحكام والقيود والمستثنيات في مطالعاته الفقهية المستمرة وتدرسياته خلال عشرين عاماً، فكان أحفل الشروح بالفوائد والشواهد، وأجمعها للشوارد، بحيث يأخذ دارسها بأطراف الفقه. وقد أوجلته المنية عن طبعه فبقى مخطوطاً عندي. ثم يسر الله تعالى لي طبعه قبل بضع سنين بعنوان (شرح القواعد الفقهية) ثم أعدنا طبعة ثانية في دار القلم: دمشق: ١٤٠٩ هـ ١٩٨٩ م.

لذلك صرفت النظر عن التوسيع في شرح هذه القواعد، ورأيت أن أجيزة الآن بعرض نصوصها مصنفةً ومرتبةً ترتيباً جديداً، مع توضيح بعضها بتفسير يسير، وذكر بعض أمثلة من فروع كل قاعدة تشير إلى تطبيقها الفقهي، حفاظاً على حدود الغاية التدريسية في كليات الشريعة والحقوق ..

وقد ميزت في هذا التصنيف القواعد الأساسية من القواعد الأخرى المتفرعة عنها، فجاءت القواعد الأساسية أربعين، والمتفرعات تسعاً وخمسين.

وقد رتبت القواعد الأساسية الأربعين بحسب موضوعاتها. وجعلت القواعد المتعلقة بالولاية وحقوق الإدارة العامة، ثم المتعلقة بالإثبات، آخر الكل.

وقد جعلت عدد القواعد المتسلسل إلى الأخير عائداً للأربعين الأساسية، وكتبت مرتبتها العددية باللفظ لا بالرقم. وبالحرف الأسود تمييزاً لها.

أما القواعد المتفرعة منها فقد وزعتها تحت تلك القواعد الأساسية، فجعلت تحت كل منها ما يتفرع عنها من القواعد بحرف عادي، ورمزت إلى تعداد تلك القواعد المتفرعة بسلسلة الحروف الأبجدية.

وقد التزمت أن أشير بعد ذكر كل قاعدة إلى رقم مادتها في المجلة نظراً لاختلاف الترتيب، كي يسهل الرجوع إليها في المجلة وشروحها.

هذا وتسهيلاً للمراجعة سوف نسرد في نهاية شرح هذه القواعد نصوصها مجردة مرتبة على ترتيب الحروف الهجائية في أوائل كلماتها الأولى، ومشاراً بجانب كل منها إلى رقم الفصل والفقرة التي تقع فيها القاعدة وشرحها من هذا الكتاب، وإلى رقم مادتها في المجلة.

٤٤ - القاعدة الأولى: «الأمور بمقاصدها» (المجلة/٢).

أي إن أعمال الشخص وتصرفاته من قوله أو فعلية تختلف نتائجها وأحكامها الشرعية التي تترتب عليها باختلاف مقصود الشخص من تلك الأعمال والتصرفات:

- فمن قتل غيره بلا مسوغ مشروع إذا كان عامداً فل فعله حكم، وإذا كان مخطئاً فله حكم آخر.

- ومن قال لآخر: خذ هذه الدر衙م، فإن نوى التبرع كان هبة، وإنما كان قرضاً واجب الإعادة.

- ومن التقط اللقطة بقصد أخذها لنفسه كان غاصباً، ولو التقطها بنية حفظها وتعريفها وردها لصاحبها متى ظهر كان أميناً؛ فلا يضمنها إذا هلكت بلا تعذر منها أو تقدير في حفظها، وهلم جراً...

**ما يتفرع عنها من القواعد**

٤٥ - «العبرة في العقود للمقاصد والمعانى لا للألفاظ والمبانى»

(المجلة/٣)<sup>(١)</sup>.

- فيبيع الوفاء تجري فيه أحكام عقود عديدة أبرزها أحكام الرهن. لأن هذا هو مقصود العاقدين في بيع الوفاء (ر: ف ٤٦/٨).

- والهبة إذا اشترط فيها دفع عوض، كمن قال لآخر وهبتك هذا الشيء بكذا أو بشرط أن تعطيني كذا، أخذ العقد أحكام البيع لأنه أصبح في معناه رغم استعمال العائد لفظ الهبة: فيرد الموهوب بالعيوب، وكذا يسترد الموهوب له العوض المدفوع إذا استحق<sup>(٢)</sup> الموهوب من يده، وكذا سائر أحكام البيع.

(١) ورد في كتاب «البساط» للسرّخي (ج ٢٢/٢٣) قوله: «... لأن العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ». وهذه الصيغة لقاعدة مقررة في المذهب الحنفي قبل عهد الإمام السرّخي حتى علل بها.

(٢) تقدم معنى الاستحقاق فلينظر (ف ٣٧/٢ الحاشية)

- والكافلة إذا اشترط فيها عدم مطالبة الدائن للمدين المكفول انقلبت حواله وأخذت أحكامها لأنها تصبح في معناها؛ وكذا الحواله إذا اشترط فيها للدائن الحق في أن يطالب كلاً من المدين المحيل والشخص المحال عليه معاً انقلبت كفالة. (ر: ف ٤٦ / ٥ - ٦).

#### ٦/٨١ القاعدة الثانية: «اليقين لا يزول بالشك» (م/٤)

أي إذا ثبت أمرٌ من الأمور أو حالة من الحالات ثبوتاً يقينياً، أي قطعياً، ثم وقع الشك في وجود ما يزيله، يبقى الأمر المتيقن هو المعتبر إلى أن يتحقق السبب المزيل.

هذه القاعدة أصلٌ شرعيٌ يدعمه العقل، والقرآن، والستة النبوية:

- فمن جهة العقل: اليقين أقوى من الشك، لأن في اليقين حكماً قطعياً جازماً، فلا ينعدم بالشك.

- ومن جهة القرآن ورد قوله تعالى: ﴿وَمَا يَئِنُّ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَلَّا إِنَّ الْقَلْنَدَ لَا يَقِنُ مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً إِنَّ اللَّهَ عَلَيْمٌ بِمَا يَعْلَمُونَ﴾ [يونس ٣٦ / ١٠].

والحق هنا بمعنى الحقيقة الواقعية كاليقين.

- ومن جهة السنة: ورد في الأحاديث النبوية الصحيحة أن المتصحّى إذا شك في انتقاده فهو على وضوئه السابق المتيقن، وتتصحّ به صلاته حتى يتحقق وجود ما ينقضه، ولا عبرة بذلك الشك.

واستناداً إلى هذا الحكم الشرعي وأمثاله بُنيت هذه القاعدة الحاكمة في جميع الأمور، من عبادات ومعاملات وعقوبات وأفضية في سائر الحقوق والالتزامات:

- فإذا ثبت دين على شخص، ثم مات وشككتنا في وفاته فالدين باق.

- وإذا ثبت إبراء الدائن مدنه، ووقع الشك في رد المدين للإبراء، فالإبراء نافذ والدين ساقط.

- وإذا ثبت عقدٌ بين اثنين وقع الشك في فسخه فالعقد قائم.

- وإذا هلكت الوديعة عند الوديع، وشككنا في أنها هلكت بتعديه عليها أو بتقصيره في حفظها (فيضمنها) أو أنها هلكت قضاة وقدراً (فلا يضمنها) فإنه يعتبر غير ضامن، لأنَّ صفة الأمانة هي المتيقنة عند العقد فلا تزول بالشك في حصول التعدي أو التقصير. وهكذا يقال في كل مشابه.

### ما يتفرع عنها من القواعد:

٧/٨١ - أ. «الأصل بقاء ما كان على ما كان» (م/٥).

هذا الأصل يسمى: الاستصحاب، وهو اعتبار الحالة الثابتة في وقت ما مستمرة فيسائر الأوقات حتى يثبت انقطاعها أو تبدلها.

فلو أدعى المقترض دفع الدين إلى المقرض، أو أدعى المشتري دفع الشمن إلى البائع، أو أدعى المستأجر دفع الأجرة إلى المؤجر، وأنكر المقرض أو البائع أو المؤجر، كان القول لهؤلاء المنكرين مع اليمين. أي أنَّ هذه الديون تعتبر باقية في ذمم الملتزمين بها ما لم يثبتوا الدفع، لأنها كانت مستحقة عليهم بيقين، فالأصل بقاوتها في ذممهم حتى يثبت سقوطها، وإنما لهم تحليف الدائنين اليمين على عدم القبض، فإذا حلقوا قضي لهم.

٨/٨١ - ب - «ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليلاً على خلافه» (م/١٠).

هذه القاعدة في معنى سابقتها؛ وجميع أمثلتها في الأحكام العملية واحدة.

٩/٨١ - ج - «الأصل في الأمور العارضة العدم» (م/٩).

المراد بالأمور العارضة ما كان عدمه هو الحالة الأصلية أو الغالبة، فيكون العدم هو المتيقن لأنَّ الحالة الطبيعية، ويكون تغيره إلى الوجود عارضاً مشكوكاً فيه.

- فلو أدعى شخص على آخر أنه عقد معه عقداً أو أتلف له مالاً أو ارتكب جريمة، وأنكر الآخر، فالقول لهذا حتى يثبت المدعى هذه الأفعال، لأنها أمور عارضة، وإن الحالة الأصلية المتيقنة قبلًا هي عدمها.

. وهكذا لو تباعي اثنان فأدعى أحدهما بعد ذلك أنه اشترط في العقد لنفسه الخيار، ويريد الفسخ والرد، وأنكر الآخر هذا الاشتراط فالقول للمنكر بيمينه حتى يثبت الخيار من يدعيه، ذلك لأن الاشتراط أمر عارض، فالحالة الطبيعية الأصلية في العقد هي خلوه عن الشروط الزائدة فيكون عدمها هو المتيقن، وجودها مشكوك فيه يحتاج إلى إثبات.

- وكذلك لو اختلف المتباعيان في صحة الدائبة المبيعة أو مرضها، فالقول للبائع في زعم الصحة، لأن المرض هو العارض، وإن السلامة هي الحالة الطبيعية الأصلية.

- وكذا لو زعم ورثة عاقد أن مورثهم كان حين التعاقد مجنوناً فعقده باطل، وأنكر الخصم، اعتبر العاقد عاقلاً حتى يثبت جنونه، لأن الجنون آفة عارضة، والأصل سلامة العقل فكان الظاهر شاهداً لمدعاه<sup>(١)</sup>.

#### ملاحظة:

نص هذه القاعدة في المجلة: «الأصل في الصفات العارضة عدم» . والفقهاء كثيراً ما يعبرون في تعليقاتهم بلفظ «الأمور» بدلاً من «الصفات» وهذا هو المراد بالقاعدة، فإن القاعدة لا يقتصر شمولها على الصفات كالجنون والمرض مثلاً، بل تشمل الأمور المستقلة، مثل العقود والإتفاقيات، كما يتضح من الأمثلة السابقة.

---

(١) المبدأ المقرر في المذهب الحنفي أنه عند الاختلاف في صحة العقد ويطلبانه فالقول مبدئياً لمدعى البطلان وعلى متى الصحة الإثبات، لأن الباطل معدوم والأصل عدم.

لكن يظهر أن هذا مقيد بما إذا لم يكن ظاهر الحال شاهداً لمدعى الصحة دون البطلان كما هنا (ر: «القول الحسن» بحث الاختلاف في الصحة والتلجمة من باب البيع ص/ ١٠٢ الطبعة الحجرية سنة ١٢٧٦).

فلذا اخترنا التعبير في القاعدة بلفظ «الأمور العارضة».

١٠ - د - «الأصل براءة الذمة» (م/٨).

لأنَّ المرأة يولد خالياً من كلَّ ذَنْبٍ أو التزام أو مسؤولية. وكلَّ شغل لذمته بشيءٍ من الحقوق إنما يطرأُ بأسباب عارضة بعد الولادة، والأصل في الأمور العارضة العدم، كما رأينا في المادة السالفة.

فمن أدعى على غيره التزاماً بدين أو بعملٍ ما، مهما كان سببه، من عقد أو إتلاف أو أي سبب آخر من أسباب الضمان، فعليه هو الإثبات إذا أنكر الخصم، لأنَّ هذا الشخص يتمسَّك بحالةٍ أصلية هي براءة الذمة، فيكون ظاهر الحال شاهداً له ما لم يثبت خلافه.

١١ - ه - «الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته» (م/١١).

كثيراً ما تختلف أحكام الحوادث ونتائجها باختلاف تاريخ حدوثها. فعند التنازع في تاريخ الحادث يحمل على الوقت الأقرب إلى الحال حتى يثبت الأبعد. لأنَّ الوقت الأقرب قد اتفق الطرفان على وجود الحادث فيه، وإنفرد أحدهما بزعم وجوده قبل ذلك.

فوجود الحادث في الوقت الأقرب متيقن، وفي الأبعد مشكوك (من شرح والدي رحمة الله على القواعد).

وعلى هذا فروع كثيرة:

- منها ما لو تبيَّن في المبيع عيب بعد القبض، فزعم البائع حدوثه عند المشتري، وزعم المشتري وجوده عند البائع، فإنه يُعتبر حادثاً عند المشتري، فليس له فسخ البيع حتى يثبت أنه قديم عند البائع، إلا أن يكون العيب مما لا يحدث مثله، بل هو من أصل الخلقة، كالخَيْفَ في الفرس<sup>(١)</sup>.

(١) الخَيْفَ (بفتحتين) أن تكون إحدى العينين سوداء والأخرى زرقاء، والوصف منه: أخفيف، وزان (أبيض وأسود).

- وكذا لو اشتري شخص شيئاً على أنه بال الخيار مدة معينة، ثم جاء بيرده بعد انقضاء مدة الخيار زاعماً أنه قد فسخ البيع قبل انقضائه، وزعم البائع أنَّ المدة قد انقضت وهو ساكت فلزم البيع، وأنه قد فسخ بعد انقضائه. فالمعتبر في هذه قول البائع، ولا يحق للمشتري الرد حتى يثبت أنه قد فسخ في مدة الخيار.

هذا، وإنْ لهذه القاعدة مستثنias كثيرة، لأنها مقيدة في نظر الفقهاء بأنَّ الحادث إنما يضاف إلى أقرب أوقاته مالم تؤدِّ هذه الإضافة إلى نقض أمر ثابت.

(ر: شرح المجلة للعلامة علي حيدر تحت هذه القاعدة).

١٢/٨١ - و - «لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح» (م/١٣)

هذه القاعدة مجالها في الأحكام المتعلقة بالتعبير عن الإرادة، من إيجاب وقبول، وإذن ومنع، ورضى ورفض، ونحو ذلك.

إنَّ تعبير دلالة الحال عن الإرادة إنما هو خلف عن الكلام الصريح عند عدمه. فإذا وجد التصريح بخلاف ما تفيده دلالة الحال لم يبق للدلالة هذه الخلفية والنيابة في التعبير، لأنَّ دلالة التصريح يقينية، ودلالة الحال والقرائن محل شك.

ولا فرق في التصريح بين القول والكتابة.

- وعلى هذا نصَّ الفقهاء أنَّ للبائع حقُّ احتجاس المبيع عن المشتري حتى يدفع هذا إليه الثمن (مالم يكن مؤجلاً) فإذا قبض المشتري المبيع قبل دفع ثمنه، والبائع ناظر ساكت، اعتبر ذلك إذناً منه دلالة، فيسقط حقه في احتجاس المبيع، وليس له إلا مطالبة المشتري بالثمن. لكن إذا صرَّح البائع للمشتري أنه لا يسمح له بأخذ المبيع قبل دفع الثمن، فأخذذه المشتري قبل الدفع والبائع ساكت، لا يعتبر عندئذ سكوته إذناً منه، بل له استرداد المبيع، واحتجاسه عن المشتري حتى يدفع الثمن.

- وكذلك قالوا: إذا فقد صك الوقفية يتبع في مصارف غلة الوقف تعامل المتولين السابقين، فيعمل به لأن تسلسل عملهم على طريقة واحدة فيه دلالة على أن هذه الطريقة هي التي شرطها الواقف. ولكن إذا وجد للوقف صك مسجل، والمتولون يعملون بخلافه، فلا عبرة لتعاملهم المخالف لصراحة شرط الواقف.

يتضح مما سلف أن المراد بهذه القاعدة حالة تعارض الدلالة مع تصريح قائم في وقت واحد. أما لو وجدت الدلالة وحدها وأخذت حكمها، ثم وجد تصريح متاخر بخلاف مدلولها، فلا عبرة عندئذ لهذا التصريح، ولا يرفع الحكم الذي تقرر بتلك الدلالة، كتصريح البائع للمشتري بعدم موافقته على قبض المبيع قبل نقد الثمن، بعد ما أخذه المشتري والبائع شاهد ساكت؛ فتصريحه عندئذ لا عبرة له.

وقد تقدم لنا الاستشهاد بهذه القاعدة في بعض المناسبات فلتنتظر (ف: ٤/٧٠).

١٣/٨١ - ز - «لا يناسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان» (م/٥٧).

لأن عدم القول هو المتيقن، ودلالة السكوت مشكوك فيها ما لم تدعها قرائن مرجحة:

- فلو رأى الشخص بعض ماله في يد غيره يبيعه وظل ساكتاً، كان له أن يدعى به بعد ذلك، ولا يعتبر سكوته عند البيع اعترافاً بالملکية للبائع ولا إجازة للبيع<sup>(١)</sup>.

(١) هذا ما لم يكن البائع زوجاً أو قريباً محرياً من الشخص المدعى. فإن كان البائع زوجاً أو قريباً يعتبر سكوت زوجه أو قريبه عند البيع اعترافاً منه بأنه لا حق له في المبيع. وهذا استحسان منعاً للتلاعب والتغزير بواسطة الأقارب، ولأن الخلطة بينهما قريبة تجعل من سكوته اعترافاً بتفاذ البيع. والقياس عدم الفرق بين القريب والغريب. (من شرح والذي رحمة الله على القواعد).

- وكذلك لو سكتت زوجة العينين سنتين لا يكون سكوتها رضاً مسقطاً حقها في التفريق القضائي بينها وبين زوجها.

والمراد بمعرض الحاجة الذي يكون فيه السكوت في حكم البيان والتعبير: كل موطن يلزم فيه التكلُّم لدفع ضرر أو غرر، أو يكون فيه السكوت طريقة عرفية للتعبير. وعلى هذا:

أ - لو سأل القاضي المُدَعِّى عليه عما يقول في دعوى المُدَعِّى، فاعتضم بالسكوت، يعتبر منكراً للدعوى فيكلف المدعى الإثبات.

وإذا عجز عن الإثبات وطلب التحليف، فعرضت اليمين على المُدَعِّى عليه، فسكت أيضاً دون أن يحلف أو ينكِّل، يعتبر ناكلاً عن اليمين ويقضي عليه، لأنَّ توقف سير المحكمة على كلامه يضرُّ المُدَعِّى.

ب - وكذا لو علم الشفيع<sup>(١)</sup> ببيع العقار الذي له فيه حق الشفعة، فسكت عن طلبها، يعتبر سكوته تسليناً مُسقطاً لشفعته، كي لا يعمد الشفيع إلى تغريم المشتري بهذا السكوت حتى يبني أو يغرس؛ ثم يطلب الشفيع أخذ العقار.

ج - ولو سكتت الفتاة البكر عند استئذانها لوليهما لها بالتزويج، أو زوجها الولي دون استئذانها ثم بلغها العقد فسكتت، اعتبر سكوتها إذناً في الحالة الأولى، وإجازة في الثانية، لدلالة الحال، كما تقدم ببيانه في مناسبات عدة (ر: ف ٧/٣ و ٦٩/١٠).

#### ١٤/٨١ - ح - «لا عبرة للتورم» (م/٧٤).

المراد بالتورم الاحتمال العقلي البعيد النادر الحصول. فهذا لا يبني عليه حكم، ولا يمنع القضاء، ولا يؤخِّر الحقوق.

- فلو شهد الشهود بانحصر إرث المتوفى بوارث أو بورثة معينين

(١) تقدَّم أيضًا معنى الشفعة والشفيع فلينظر (ف ٢٣/٧ الحاشية).

وقالوا: لا نعلم له وارثاً غيرهم، يقضى لهم بالإرث، ولا عبرة لاحتمال ظهور وارث آخر، لأن ذلك موهوم، فلا يعوق القضاء.

- وكذلك لو أثبت الدائون ديونهم على مفلس أو على تركته، وقال الشهود: لا نعلم له غريماً آخر، يعطى المال للحاضرين.

- وكذا أمر الشهود الثقات: يعتمد على شهادتهم ويقضي بها، ولا عبرة لاحتمال خطتهم أو كذبهم.

١٥/٨١ - ط - «لا حجة مع الاحتمال الناشئ عن ذليل» (م/٧٣)

أصل هذه القاعدة ما في «تأسيس النظر» للدبوسي (ص/١٩):  
«إن التهمة إذا تمكنت من فعل الفاعل حكم بفساد فعله».

ومعنى تمكن التهمة أن لها مؤيداً من ظاهر الحال وليس مجرد توهם.

- وعلى هذا لا تقبل شهادة الزوجين وشهادة الأصول والفروع بعضهم البعض: ولا شهادة الأجير الخاص لمستأجره، لتمكن التهمة الناشئة عن علاقة قد تدفع إلى تحزب مرتب يجب أن تتجزأ الشهادة عنه.

- ولو أقرَّ شخص في مرض موته لبعض ورثته بدين لا ينفذ إقراره إلا بتصديق باقي الورثة، لأن احتمال اتخاذ هذا الإقرار مطية لترجيح المُقرَّ له على غيره في الإرث هو احتمال قويٌ تدل عليه حالة مرض الموت.

- ومثل ذلك ما لو أقرَّ في مرض موته بدين يُزاحم بقية الديون الناشئة في حال الصحة، وتركته ضيقة، فإن ديون الصحة تكون ممتازة.. أي أنها تستوفى قبل الديون التي ليس لها بُيُّنة سوى الإقرار في مرض الموت.

فلو كان الاحتمال لا دليل عليه لا عبرة له، كما لو كان الإقرار في حال الصحة، فإنه تصرف طبيعي، فينفذ ولا تقدح فيه هذه الاحتمالات، لأنها عندئذ مجرد توهם.

. ١٦ - ي - «لا عبرة بالظن البين خطوه» (م/٧٢).

الظن: هو اعتقاد الاحتمال الراجح الذي ظهر رجحانه على نقيضه بدليل معتبر. فإذا ازداد قوة حتى أصبح خلافه موهوماً: فهو غالب الظن.  
والشك: تساوي الاحتمالات دون رجحان لأحدها.

ومعنى القاعدة: أنه إذا بني حكم واستحقاق على ظن ثم تبين خطوه بطل.

- فلو دفع المدين الدين، ثم دفعه عنه وكيله أو كفيليه جاهلاً أداء الأصيل، وكذا العكس، يسترد الدافع الثاني ما دفع.

- وكذا كل من دفع شيئاً على ظن وجوبه، أو صالح عن حق مدعى به عليه، ولم يكن قد أقرّ به، ثم تبين عدم الحق فله استرداد ما دفع.

أما إذا لم يكن الدفع على ظن الوجوب، بل بقصد التبرُّع، فإنه يجري عليه حكم الهبة، ويكون عندئذ من فروع القاعدة الأولى «الأمور بمقاصدها».

. ١٧ - ك - «الممتنع عادة كالمنتزع حقيقة» (م/٣٨).

الممتنع حقيقة هو الذي لا يمكن وقوعه. فهذا لا يقبل الادعاء به، بل يرفض، كمن أدعى على مساوته سنة أنه ابنه أو أبوه.

والمنتزع عادة هو الذي لا يعهد وقوعه وإن كان فيه احتمال عقلي بعيد. فلو أدعى شخص معروف بالفقر على آخر أموالاً جسمية لا يُعرف أنه أصاب مثلها بارث أو غيره لا تسمع دعواه ولا تقبل له بُيُّنته، مالم يثبت مصدرأً لهذا المال.

وكذا لو أدعى المتولى أو الوصي أنه أنفق على عقار الوقف أو القاصر مبالغ غير محتملة فإنه لا يصدق ولا تقبل بُيُّنته.

. ١٨ - القاعدة الثالثة: «لا ضرر ولا ضرار» (م/١٩).

الضرر الحق مفسدة بالغير. والضرار مقابلة الضرر بالضرر.

هذه القاعدة بلفظها نصًّا حديث نبوي في رتبة الحسن، رواه مالك في الموطأ، وأخرجه ابن ماجه والدارقطني في سنتهما.

وهذه القاعدة من أركان الشريعة وتشهد لها نصوص كثيرة في الكتاب والسنّة، وهي أساس لمنع الفعل الضار، وترتيب نتائجه في التعويض المالي والعقوبة، كما أنها سند لمبدأ الاستصلاح في جلب المصالح ودرء المفاسد. وهي عدّة الفقهاء وعמדتهم وميزانهم في طريق تقرير الأحكام الشرعية للحوادث.

أ - ونصها ينفي **الضرر** نفيًا فيوجب منعه مطلقاً، ويشمل الضرر الخاص والعام. ويشمل ذلك دفعه قبل الواقع بطرق الوقاية الممكنة، ورفعه بعد الواقع بما يمكن من التدابير التي تزيل آثاره وتمنع تكراره. وتدلُّ أيضاً على وجوب اختيار أهون الشررين لدفع أعظمهما، لأنَّ في ذلك تخفيفاً للضرر عندما لا يمكن منعه بتاتاً.

ومن ثم كان إزالة العقوبات المشروعة بال مجرمين لا ينافي هذه القاعدة، وإن ترتب عليها ضرر بهم، لأنَّ فيها عدلاً ودفعاً لضرر أعم وأعظم.

ب - والمقصود بمنع الضرار نفي فكرة الثأر المحسن الذي يزيد في الضرر ولا يفيد سوى توسيع دائرته، لأنَّ الإضرار ولو على سبيل المقابلة لا يجوز أن يكون هدفاً مقصوداً وطريقاً عامة، وإنما يلجأ إليه اضطراراً، عندما لا يكون غيره من طرق التلافي والقمع أفضل منه وأنفع.

فمن أتلف مال غيره مثلاً لا يجوز أن يقابل بإتلاف ماله، لأنَّ ذلك توسيع للضرر بلا منفعة، وأفضل منه تضمين المتلف قيمة ما أتلف، فإنَّ فيه نفعاً بتعويض المضرور وتحويل الضرر نفسه إلى حساب المعتدي، فإنه سيَّان بالنسبة إليه إتلاف ماله وإعطاؤه للمضرور لترميم الضرر الأول.

فأصبحت مقابلة الإنلاف بالإإنلاف مجرد حماقة.

وذلك بخلاف الجنائية على النفس والبدن مما شرع فيه القصاص. فمن قتل يقتل ، ومن قطع يقطع ، لأن هذه الجنائيات لا يقمعها إلا عقوبة من جنسها ، كي يعلم الجاني أنه في النهاية كمن يعتدي على نفسه . وكل عقوبة أخرى لا تعيد للمجنى عليه ما فقد من نفس أو عضو ، فتظل حزازات النفوس كامنة تندفع إلى الثأر ، وتجرّ وراءها ذيول الوبيلات والفساد . فيبقى طريق القصاص في الجنائيات على النفوس والأعضاء أفعى ، لأنه أعدل وأقمع .

أما إنلاف المال ، فإن التضمين فيه هو التدبير السديد المفيد دون مقابلة الإنلاف بالإإنلاف .

وعلى هذه القاعدة بنى الفقهاء أحکاماً لا تحصى من شتى الأبواب ، فقرروا أنه :

١ - لو انتهت مدة إجارة الأرض الزراعية قبل أن يستحصد الزرع تبقى في يد المستأجر بأجر المثل حتى يستحصد ، منعاً لضرر المستأجر بقلع الزرع قبل أوانه .

٢ - ولو باع شيئاً مما يسرع إليه الفساد كالفاواكه مثلاً ، وغاب المشتري قبل نقد الثمن وقبض المبيع ، وخيف فساده ، فللبائع أن يفسخ البيع وبيع من غيره ، دفعاً لضرره (رد المحتار من متفرقات البيوع) .

٣ - ولو اشتري شيئاً وأجره ، ثم أطلع على عيب قديم فيه ، يعتبر هذا عذراً له يسوغ له فسخ الإجارة ليتمكن من رده على بائعه إزالة للضرر عن نفسه ، والإجارة تفسخ بالأعذار كما تقدم (ف ٤٠ / ٧) .

٤ - وجميع صور الاضطرار إلى دفع الدين عن الغير بلا إذنه ، حيث لا يعتبر الدافع متبرعاً ، بل يتحقق له الرجوع على المدين بما دفعه عن ذاته منعاً للضرر عن نفسه كما تقدم ، هي من فروع هذه القاعدة .

٥ - ويجوز حبس المشهورين بالدعارة والفساد حتى تظهر توبتهم، ولو لم يثبت عليهم جرم معين بطريق قضائي، دفعاً لشرطهم، لأنهم قد يحتاطون ويتحفظون، فقد يملأون الدنيا فساداً وأضراراً، ولا يمكن إثبات شيء عليهم بطريقه القضائي. (ر: «معين الحكم» القسم الثالث في القضاء بالسياسة الشرعية ص ٢١٥ و ٢١٨).

٦ - وأوجب الفقهاء احترام الحقوق القديمة من منافع ومرافق وتصروفات، ولو لم يكن في أيدي أصحابها وثائق مثبتة، لأن في إزالتها إضراراً بهم، مالم يثبت إحداثها بطريق غير مشروع، أو يكن فيها ضرر بحقوق العامة، كما سيأتي.

إلى غير ذلك من الفضول والأحكام الفقهية الكثيرة.

### ما يتفرع عنها من القواعد

١٩/٨١ أ - «الضرر يدفع بقدر الإمكان» (٣١)

هذه القاعدة تعبر عن وجوب دفع الضرر قبل وقوعه، بكل الوسائل الكافية الكافية، وفقاً لقاعدة المصالح المرسلة والسياسة الشرعية. لأن الوقاية خير من العلاج، وذلك بقدر الإمكان، لأن التكليف الشرعي على حسب الاستطاعة.

وفي ميدان المصالح العامة:

شرع الجهاد لدفع شر الأعداء، ووجبت العقوبات لقمع الإجرام وصيانة الأمن الداخلي، ووجب سد ذرائع الفساد وأبوابه من جميع أنواعه، إلى غير ذلك من التدابير الالزامية لدفع الشر والحيلة دونه.

وفي ميدان الحقوق الخاصة:

- شرع حق الشفعة لمقاصد، منها دفع ضرر سوء الجوار.
- وشرع الحجر على السفيه لدفع ضرر سوء تصرفاته عن نفسه وأسرته.

- وشرع الحَجْر على المدين المُفليس منعاً لضرر الدائنين من تصرفاته .  
- وحُقُّ القاضي منع المدين من السفر بناء على طلب الدائن حتى يوكِل وكيلًا عنه بالخصوصة ، ولم يصح منه عزل هذا الوكيل مادام هو مسافراً منعاً لضرر الدائن (ر: ف ٦/٤٠) .

- وشرع الإجبار القضائي على قسمة المال المشترك القابل للقسمة بناء على طلب أحد الشركاء دفعاً لضرر شركة الملك (ر: ف ٨/٢٤) .

- وقرروا إجبار الشريك على المساهمة في نفقات تعمير العقار المشترك أو ترميمه إذا توهن وكان غير قابل للقسمة . وإذا لم يفعل فالشريك الآخر أن يعمره ويحبسه عند بقعة القضاء أو يستغله كله حتى يستوفي .

- وقد شرعت بعض الخيارات في العقود لدفع الضرر ، كما في خيار الشرط وختار الرؤية وختار التعيين في البيوع ، لحاجة بعض المشترين إلى التروي والاستشارة قبل البت (ر: ف ٧/٣ تاسعاً و ٨/٣٦ و ٢/٥٥) .

#### ٢٠ - ب - «الضرر يزال» (م/٢٠) .

هذه القاعدة تعبر عن وجوب رفع الضرر وترميم آثاره بعد الواقع .  
- ففي ميدان الحقوق العامة ، إذا سُلِطَ الإنسانُ ميزابه على الطريق العام بحيث يضرُّ بالمارين ، فإنه يزال ؛ وكذلك إذا تعدى على الطريق ببناء أو غيره .

- وفي ميدان الحقوق الخاصة ، يضمن المُثِلِّف عِوضَ ما أتلف ، للضرر الذي أحده .

- وإذا طالت أغصانُ شجرة لشخص وتدللت على دار جاره فأضررته يُكلف رفعها أو قطعها .

- وقد شرَّعَ كثير من الخيارات في العقود لإزالة الأضرار الواقعَة على أحد المتعاقدين كختار العيب ، وختار الغبن بالتغيير ، وختار تفريق الصفقة (ر: ف ٢/٣٧) .

٢١/٨١ - ج - «الضرر لا يزال بمثله» (م/٢٥).

هذه القاعدة تضع قيداً يقيد سبقتها. فإن إزالة الضرر لا يجوز أن تكون بإحداث ضرر مثله، لأن هذا ليس إزالة. ويفهم من ذلك أنه لا تجوز إزالته بضرر أعظم منه بحكم الأولوية.

- وعلى هذا: لو لم يجد الإنسان المحتاج إلى دفع الهلاك عن نفسه جوعاً إلا مالاً محتاج مثله لا يجوز له أخذه.

- ولا تفرض النفقة للفقير على قريبه إذا كان فقيراً مثله.

- وكذا لا يجبر الشريك على قسمة المال المشترك غير القابل للقسمة، لأن في قسمته ضرراً أعظم من ضرر الشركة (وفي القانون اليوم يزال هذا الشيوع بالبيع وتوزيع الثمن).

- وإذا ظهر في المبيع عيب قديم، وحدث فيه عند المشتري عيب جديد، امتنع رد المبيع بالعيوب القديمة، لأن البائع عندئذ يتضرر بالعيوب الحادث، بل يزال ضرر المشتري بالتزام البائع بالتعويض عن العيب القديم ما لم يرض برد المبيع مع عيوب الحادث.

٢٢/٨١ - د - «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف» (م/٢٧).

هذه القاعدة تصريح بمفهوم المخالفة المستفاد من سبقتها: ففترض النفقة للفقراء على الأغنياء من الأقارب، لأن ضرر الأغنياء بفرضها أخف من ضرر الفقراء بعده.

- ولو بني مشتري الأرض فيها أو غرس، ثم ظهر لها مستحق، فإذا كانت قيمة البناء أكثر حق للمشتري أن يتملك الأرض بقيمتها جبراً على صاحبها المستحق، والعكس بالعكس.

- وكذا لو ابتلت دجاجة شخص لولوة ثمينة لغيره فلصاحب اللولوة أن يتملك الدجاجة بقيمتها كي يذبحها ويستخرج لولوته.

يمكن أن يستدل لهذه القاعدة ما جاء في القرآن الكريم في قصة موسى عليه السلام مع الخضر (سورة الكهف، الآيات ٦٥ - ٨٢) حين رافقه موسى على أن لا يسأله عن شيء يفعله حتى يحدث له الخضر منه ذكرًا. فلما ركبا في السفينة خرقها الخضر فقال له موسى: أخرقتها لتفرق أهلها، لقد جئت شيئاً إمراً! فقال له الخضر: ألم أقل إنك لن تستطيع معي صبراً؟ ثم لما فارقه قال الخضر: سأبئنك بما لم تستطع عليه صبراً... «أما السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر، فأردت أن أعييها وكان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصباً... وما فعلته عن أمري». فقد أوحى الله إليه أن يخرب السفينة لينقذ أصحابها من ضرر أعظم وهو أن يغتصبها الملك الظالم.

. ٢٣/٨١ - هـ - «يختار أهون الشررين» (م/٢٩).

. ٢٤/٨١ - و - «إذا تعارض مفسدتان رُوعي أعظمهما ضرراً بارتکاب أخفهما» (م/٢٨).

هاتان القاعدتان في معنى القاعدة التي قبلهما. ويتفرّع عنهما:

- جواز شق بطن المرأة الميّة لإخراج الجنين إذا كانت تُرجى حياته.
- وجواز السكوت عن إنكار المنكرات إذا كان يتّرتب على إنكارها ضرر أعظم.

. ٢٥/٨١ - ز - «يتحمّل الضرر الخاص للدفع ضرر عام» (م/٢٦).

- فيُنجز على الطبيب الجاهل والمفتى الماجن، والمُكاري المفلس<sup>(١)</sup>، وإن تضرروا بذلك، دفعاً لضررهم عن الجماعة في أرواحها ودينهما وأموالها.

(١) المُكاري (بضم اليم) هو الذي يتعاقد مع راغبي السفر لنقلهم أو نقل أممتهم على دوابه. وهو في الماضي كمركز السفريات والنقل في عصرنا اليوم.

- وبيع القاضي على المحتكرين أموالهم المحتكرة، وإن أضرهم ذلك دفعاً لضرر الاحتكار عن العامة.
- ويجوز التسعير، أي تحديد الأسعار على الباعة، عند تجاوزهم وغلوهم فيها.

- وكذلك يجوز، بل يجب، هدم الدور الملاصقة للحريق، منعاً لتجاوزه إذا خيف سريانه

٢٦/٨١ - ح - «أَذْنَةُ الْمَفَاسِدِ أُولَى مِنْ جَلْبِ الْمَنَافِعِ» (م/٣٠).  
لأنَّ للمفاسد سريانًا وتوسعاً كالوباء والحريق. فمن الحكمة والحزم القضاء عليها في مدها، ولو ترتب على ذلك حرمان من منافع أو تأخير لها. ومن ثم كان حرص الشارع على منع المنهيات أقوى من حرصه على تحقيق المأمورات.

وقد روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «ما نهيتكم عنه فاجتنبوه، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم».

- وعلى هذا يجب شرعاً منع التجارة بالمحرمات من خمر ومخدرات ولو أنَّ فيها أرباحاً ومنافع اقتصادية.

- ويمنع مالك الدار من فتح نافذة تطل على مقرِّ نساء جاره ولو كان له فيها منفعة.

- وكذا يمنع كل جار من أن يتصرف في ملكه تصرفاً يضر بجيرانه، كاتخاذ معصرة أو فرن يؤذيان الجيران بالرائحة أو الدخان<sup>(١)</sup>.

- ويحظر على الطيب الجاهل ونحوه.

- ويمنع الاحتكار والتعدى في الأسعار كما تقدُّم في القاعدة السابقة.

(١) وهذا غاية ما وصل إليه التفكير القانوني الحديث في نظرية منع «التعسف في استعمال الحق» (ر: ف ٦٩/٧ الحاشية).

٢٧/٨١ ط - «إذا تعارض المانع والمقتضي ينقدم المانع» (م/٤٦).

أي إذا كان للشيء أو العمل محاذير تسلتزم منعه، ودوع تقتضي تسويقه. يرجع منعه، لأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح كما سلف بيانه في المادة السابقة.

وعلى هذا الأساس:

١ - يمنع الشريك من التصرف في المال المشترك بصورة تضرُّ شريكه، لأن حق شريكه مانع وإن كان حق نفسه مقتضياً.  
وكذا أحد صاحبي السفل أو العلو في الأبنية ذات الطوابق.

٢ - وإذا أقرَّ الشخص في مرض موته لأحد ورثته ولأجنبي بدين أو عين مشتركاً لم ينفذ في حق الأجنبي أيضاً، لوجود مانع النفاذ في حق الوارث<sup>(١)</sup>.

٣ - ولو زعم الشخص أنه وكيل الملك المودع بقبض العين الوديعة، ولا بينة له على الوكالة، فأقرَّ الوديع له بالوكالة، لا يلزم بدفع الوديعة إليه، وإن كان إقراره يقتضي إلزامه بالتسليم، لأنَّ حق الملك المودع في العين يقتضي عدم تسليمها لاحتمال إنكاره التوكيل، كما تقدُّم (ر: ف ٤/٤ ثانياً).

٤ - وقالوا في تزكية الشاهد<sup>(٢)</sup>: إذا وثقه بعض المزكين وجرحه بعض، (أي طعن في صدقه وعدالته)، يرجح جانب الجرح، فيرد القاضي شهادته.

(١) ر: (ف ١٥/٨١). وهذا مبني على الرأي المشهور في الاجتهد الحنفي من عدم تجزؤ الإقرار. ولو قيل بالنفاذ في حصة الأجنبي بناء على نظرية إمكان تجزؤ الإقرار لكان وجيهأً أيضاً.

(٢) اشترطت نصوص الشريعة من الكتاب والسنّة لقبول الشهادة أن يكون الشاهد عدلاً، أي ثقة. ولما كثر التزوير أوجب الفقهاء أن يسأل القاضي عن الشاهد أهل المعرفة به، فإذا وثقوه قبل شهادته، وإلا ردّها.  
فهذا السؤال والتوضيق يسمى: تزكية الشاهد.

ملاحظة:

إن هذه القاعدة مقيدة بما إذا لم يكن المقتضي أعظم من المانع. فإن كان أعظم منه يرجع المقتضي، إذ قلما يخلو أمر من محظوظ يكون عدمه أحسن لو أمكن.

ولأنما العبرة في الأمر والنهي التشريعي لغبطة أحد الضدين: النفع أو الضرر، والخير أو الشر، على الآخر (ر: ف ٥/٥).

ولذا جاز للوسيط بين المتخاصمين أن يكذب للإصلاح بينهما. وعلى هذا الأساس أيضاً بني في الشرع حكم الاضطرار، ووضعت فيه قاعدة أن «الضرورات تتبع المحظوظات» كما سيأتي (ف ٣٢/٨١).

٢٨/٨١ - بـ - (القديم يترك على قدمه) (م ٦).

القديم في هذا المقام هو: ما لا يوجد وقت التنازع فيه من أدرك مبدأه<sup>(١)</sup>. (ر: القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة ص ١٥٣).

والمراد بهذه القاعدة أن ما كان في أيدي الناس أو تحت تصرفاتهم قدئماً من أشياء ومنافع ومرافق مشروعة في أصلها يبقى لهم كما هو، ويعتبر قدمه دليلاً على أنه حق قائم بطريق مشروع.

وعلى هذا الأساس يقرر أبو يوسف في كتاب «الخارج» أنه: «لا ينزع شيء من يد أحد إلا بحق ثابت معروف» كما تقدم (رف: ١/٨٠).

فلو كان لدار إنسان ميزاب على دار غيره، أو كان له مسيل أو بالوعة أو ممر في أرض غيره، أو تحويل لجذوع داره على جدار جاره من القديم، فأراد ذلك الغير إزالته فليس له ذلك، بل يحق لصاحبها إيقاؤه ولو

(١) بخلاف العيب القديم الذي يظهر في البيع ويجيز للمشتري فسخ البيع، فإن المراد يقصد العيب هناك أن يكون موجوداً في المبيع وهو في يد البائع قبل تسليميه للمشتري، ولو أنه قد حدث بين العقد والقبض.

لم يعرف بأي وجه وضع، لأن قدمه دليل مشروعية وضعه، كما لو كان موضوعاً في الأصل لقاء عوض، أو بطريق القسمة، ونحو ذلك من الأسباب المشروعة. فمنعه ضرر لصاحبها لا مسوغ له، إذ لو سأغ ذلك لأدى إلى إهدار معظم الحقوق بعد تقادم عهودها.

أما إذا أحدث الشخص شيئاً من ذلك في ملك غيره إحداثاً معروفاً مبدئه، فإنه يكلف إثبات سببه ومسوغه الشرعي، أو يمنع.

وأما إذا كان الشيء القديم ليس من الأمور المشروعة في الأصل فإنه ضرر يزال ولا عبره لقدمه، وهذا موضوع القاعدة التالية:

٢٩ - ك - «الضرر لا يكون قدرياً» (م/٧).

أي لا يحتاج بتقادمه، وليس المراد عدم إمكان التقادم فيه.

هذه القاعدة قيد لسابقتها: أي إن المنافع والمرافق التي يحترم قدمها هي التي لا تكون ضرراً ممنوعاً من أصله شرعاً. فإذا كانت كذلك وجبت إزالتها ولا عبرة لقدمها.

- فلو كان لدار ميزاب أو مجرى أقذار على الطريق مصر بالجامعة يزال مهما تقادم، لأنه غير مشروع في الأصل، إذ الشع لا يقر لأحد بوجه من الوجوه حقاً يضر بال العامة.

- وكذلك لو كان لإنسان نافذة وطيبة تطل على مقر نساء جاره، فإنها تزال ولو كانت قدية إلا أن تكون دار الجار هي المحدثة تحت المطلب<sup>(١)</sup>.

على أنها قد رأينا تحت القاعدة السابقة أن الممر والمسليل والبالوعة وأمثالها في دار الغير أو أرضه يُحترم قدمها، ولو كان وجودها يقيّد حرية تصرفه وذلك ضرر له.

(١) يلحظ في هذا المقام أن القوانين العقارية النافذة لدينا منذ عهد الاحتلال الفرنسي قد جاءت بأحكام جديدة في التوافذ والمطلات لم تراع فيها هذه الاعتبارات الشرعية.

فما هو الضابط في التفريق بين ما يحترم قدمه وإن أضرَ بالغير، وبين  
ما لا يحترم لأنَّه ضررٌ غير مشروع؟

لقد استنبط والدي الشيخ أحمد الزرقا رحمه الله تعالى في شرحه  
لهاتين القاعدتين ضابطاً تؤيده تعليلات نصوص الفقهاء، خلاصته:

أنَّ ما يمكن استحقاقه على الغير بأحد الأسباب المشروعة يحترم  
قدمه؛ وإلا فـلا.

فالامرُ والمآل مرتفق يمكن أن يستحق بالتعاقد أو القسمة في الملك  
المشترك وغير ذلك من الأسباب المشروعة. فيحترم قدمه عند جهل سببه.  
وضرر الخصم منه في تقيد حريته يستحق عليه أمثاله بعقد المعاوضة  
وغيره، لأنَّ كلَّ حق يكتسبه شخص على آخر هو منفعة لمكتتبه، ونوع  
ضرر خاص للآخر، ومع ذلك يستحق عليه بعقد المعاوضة وغيره، ويورث  
عن مستحقه.

ففي حالة القدم يمكن حمله على أنه في الأصل وضع بأحد الطرق  
المشروعة.

أما إضرار جماعة الناس، وإزعاجهم في مراقبتهم العامة، فإنه لا  
يمكن أن يستحق عليهم شرعاً بوجه من الوجوه.

وكذا الإطلاق على مقرَّ نساء الغير، فإنه فسق لا يستحق، ولا يقرُّه  
الشارع.

ومثل ذلك ما لو كانت بالوعة الدار القديمة تنجز آبار الجيران، فإنَّ  
قدمها على هذه الصورة لا يحترم كما نصَّ عليه الفقهاء في هذا المقام (إذ  
لا يجوز شرعاً تنجيس المياه الطاهرة دون مصلحة)، ولا يستحق ذلك على  
أحد. ولكن صاحبها يكلف إزالة ضررها بإصلاح مجزاها على شكل  
يضبطها ويمنع تسربها، فيبقى عندئذ مجرَّد مرورها من المنافع التي يمكن  
استحقاقها على الغير بوجه مشروع. فإنَّ لم يمكن إصلاحها وضبطها، أو  
لم يفعله صاحبها تزال.

٣٠ / ٨١ - القاعدة الرابعة: «المشقة تجلب التيسير» (م ١٧).  
لأنَّ في المشقات إحراجاً، والحرج منع عن المكلف بنصوص  
الشريعة.

هذه القاعدة هي من القواعد الخمس الكبرى التي تقدم أنها تعتبر من  
أسس الشريعة في جميع المذاهب (ر: ف ٣/٨٠).

ومستندتها قول الله تعالى في القرآن الكريم: **﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ**  
**وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْأَثْرَ﴾** [٢/١٨٥].

وقوله تعالى أيضاً: **﴿وَمَا جَعَلَ عَنَّكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾** [٢٢/٧٨].  
وكذلك قول الرسول عليه الصلاة والسلام: «إن الله تعالى وضع عن  
أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» (ر: ف ١٠/٢ ب).

وأمثال ذلك من نصوص الشريعة التي تبيّن سماحتها وسجاحتها.  
والمراد بالمشقة المتنية بالنصوص، والداعية إلى التخفيف والترخيص  
بمقتضى القاعدة، إنما هي المشقة المتتجاوزة للحدود العادلة.

أما المشقة الطبيعية في الحدود العادلة التي يستلزمها عادة أداء  
الواجبات والقيام بالمساعي التي تقتضيها الحياة الصالحة، فلا مانع منها بل  
لا يمكن انفكاك التكليفات المشروعة عنها، لأنَّ كل واجب لا يعرى عن  
مشقة: كمشقة العمل واكتساب المعيشة، والصلوة والصيام في حال الصحة،  
ويذل النفقات الواجبة، والجهاد لدفع غوايل الأعداء. فلكل من هذه  
التكاليف والواجبات نوع مشقة تستلزمها طبيعته وتختلف بحسبه درجتها.  
وهذا لا ينافي التكليف، ولا يوجب التخفيف، لأنَّ التخفيف فيه عندئذ  
إهمال وتفريط (ر: المواقف للشاطبي ٢/١١٩ - ١٢٣)<sup>(١)</sup>.

(١) للشاطبي رحمه الله بيان بديع وتفصيل رائع في هذا المقام من «المواقف» ج ٢ ص ١١٩ - ١٦٨. فلينظر.

- وعلى هذا الأساس جعل المرض والسفر رخصة في الواجبات الدينية، تسقط بعضها كصلة الجمعة، وتؤخر بعضها كالصيام.
- وكذلك في الحقوق المدنية: فالتقادم (مرور الزمن) المانع من المطالبة بالحق يمتنع أو يتوقف بالمعاذير، كنقص الأهلية والسفر؛ وإن كان إرجاجاً ل أصحاب الحق.
- والخطأ في الأفعال والتصرفات يبدل الأحكام العامة المقررة لها في حال العمد، لأنَّ في المواجهة على الخطأ كالعمد إرجاجاً عظيماً للمكلفين:

  - ففي الجنایات تخفف المواجهة على الخطأ إلى درجة دنيا تتناسب مع افتراض ترك الاحتياط فقط من قبل المخطيء.

- وفي الحقوق المدنية يبطل الغلط العقد تارة، ويسلب لزومه تارة أخرى، كما تقدم (ر: ف ٣٦/٥) والغلط في العقد نوع من الخطأ.
- والنسيان يعفي الشخص من المسؤولية عن ترك الواجبات الدينية، وإن كان لا تأثير له في الحقوق والقضاء.
- والإكراه يمنع إلزام المستكره بعقده، وإن كان إكراهاً مُلِجَّناً فإنَّ الشرع يقيِّم به للمستكره عذراً فيما يقدم عليه من محظورات الأفعال التي يُستكره عليها.
- وجهل الوكيل بعزل موكله له تستمر معه وكالته وتنفذ عقوده دفعاً للخرج (ر: ف ٤٠/٦).
- والاضطرار يبيح المحرمات المضطر إليها مدة وجوده كما سنرى (ر: ف ٨١/٣٢).
- وقلة عدالة الشهود توسيع قبول شهادة الأمثل فالأمثل، كما تقدم، (ر: ف ٧٧/٧).
- واعتبار عرف الناس في كثير من المواطن مبنيٌ على هذه القاعدة،

مادام لا يصادم أسس الشريعة، لأن في عدم رعاية العرف، وعدم اعتبار سلطانه، حرجاً عظيماً على الناس كما تقدم (ر: ف ٧٢/٣).

يتضح من ذلك أن المسوقة، لكي تجلب التخفيف والتيسير، لا يجب أن تكون بالغة درجة الاضطرار الملجيء، بل يكفي أن تكون في درجة الحرج والعسر مما تتكون به حاجة ظاهرة إلى تدبير يعود بالأمر إلى السهولة واليسر، وعن هذا وضعت القاعدة القائلة «الحاجة تنزل منزلة الضرورة» كما سرى في القواعد المتفقّعة.

### ما يتفرع عنها من القواعد:

٣١/٨١ - أ. «الأمر إذا ضاق أنسع» (م/١٨).

وكذلك «إذا أنسع ضاق» (ر: مرآة المجلة تحت هذه القاعدة).

- أي إذا حصلت ضرورة عارضة للشخص أو الجماعة، أو طرأ ظرف استثنائي أصبح معه الحكم الأصلي المشروع للحالات العادية محرجاً للمكلفين ومرهقاً لهم حتى يجعلهم في ضيق من التطبيق، فإنه يخفف ويُوسّع عليهم حتى يسهل، ما دامت تلك الضرورة قائمة. فهذا يعني أنه: إذا ضاق الأمر أنسع.

- فإذا انفرجت الضرورة وزالت عاد الحكم إلى أصله. وهذا يعني أنه إذا أنسع الأمر ضاق.

وهذه القاعدة في معنى سابقتها، وما قيل في تلك يقال في هذه.

٣٢/٨١ - بـ «الضرورات تُبيح المحظورات» (م/٢١).

هذه القاعدة مستفادة من استثناء القرآن حالات الاضطرار الطارئة في ظروف استثنائية بقوله تعالى: «إِلَّا مَا أَنْهَى زِينَةٌ» بعد تعداده طائفة من المحرمات.

- فيجوز كشف الطبيب على عورات الأشخاص إذا توافت عليهما مداواتهم.

- ومن خشي ال�لاك جوعاً أو عطشاً أو غصضاً في مكان ما، ولم يجد سوى الميّة، أو الخنزير، أو الخمر، أو مال شخص آخر غير مضطر مثله، جاز له، بل وجب عليه، أن يتناول منه لدفع ال�لاك.

وعلى ذلك يقاس غيره.

والذي أراه أنه لا يشترط تحقق ال�لاك بالامتناع عن المحظور، بل يكفي أن يكون الامتناع مفضياً إلى وهن لا يحتمل، أو آفة صحية.

والميزان في ذلك أن يكون ما يترتب على الامتناع أعظم محذوراً من إثبات المحظور: فصيانة النفس عن ال�لاك أعظم وأوجب من صيانة مال الغير واحترام حقه، أو من أكل الخنزير أو الميّة.

على أنَّ من المحظورات ما لا يباح بحال، وإن كان الاضطرار يخفف إنما بعضها، وهي عند فقهائنا ثلاثة: الكفر، والقتل، والزنى.

- فالتهديد ولو بالقتل لإكراه الشخص على الكفر لا يعذر في الكفر، ولكن يبيح له التظاهر به مع اطمئنان قلبه بالإيمان. على أنَّ الصبر على القتل دون هذا التظاهر أفضل له، لأنَّه أعظم لقوة الإسلام في نظر أعدائه.

- والتهديد ولو بالقتل لإكراه الشخص على قتل غيره لا يبيح له قتله وإن كان لو فعل لا يُقصاص عليه، بل على من أكرهه كما تقدَّم (ر: ف ٥/٣٤ الحاشية).

- وإكراه الرجل ولو بالقتل على الزنى لا يبيح له الإقدام شرعاً، وإن كان يُسقط عنه عقوبة الحد، لأنَّ للزنى مفاسد ذات ذيول في الأسرة والمجتمع أعظم من موت شخص. (الدر المختار في الإكراه ٥/٨٥).

٣٣/٨١ - ج - «الضرورات تقدر بقدرها» (م ٢٢).

هذه القاعدة قيد لسابقتها. فلا يُباح بالضرورة محظور أعظم ضرراً من الصبر عليها، كما أنَّ الاضطرار إنما يبيح من المحظورات مقدار ما يدفع

- الخطر، ولا يجوز الاسترسال، ومتى زال الخطر عاد الحظر.
- فإذا احتج لمداواة العورة يكشف الطبيب بمقدار ما يحتاج إلى كشفه فقط.
- وبالنسبة إلى المرأة لا يجوز أن يطلع على عورتها للتطبيب أو التوليد رجل إذا وجدت امرأة تحسن ذلك، لأن اطلاع الجنس على جنسه أخف محظوراً.

- ٣٤ - د - «الاضطرار لا يبطل حق الغير» (م/٣٣).
- وإنما يعدُّ الاضطرار معدنة تسقط الإثم وتعفي من عقوبة التجاوز على حق الغير، ولا ضرورة لإبطال الحق.
- فمن اضطر لدفع الهلاك عن نفسه أن يأكل طعام غيره فإنْ عليه ضمان قيمته.
- أما من أكره بملجئه على إتلاف مال الغير فإنْ ضمان قيمة المال على من باشر الإكراه، لأنه أولى من الفاعل بتحمل التبعية.

- ٣٥ - ه - «الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة» (م/٣٢).
- الضرورة أشد درجة وداعماً من الحاجة: فالضرورة ما يتربّب على عصيانها خطر، كما في الإكراه الملجيء، وخشية الهلاك جوحاً.
- أما الحاجة فهي ما يتربّب على عدم الاستجابة إليها عسر وصعوبة.
- والمراد بكونها عامة أن يكون الاحتياج شاملًا جميع الأمة.
- والمراد بكونها خاصة أن يكون الاحتياج لطائفة منهم كأهل بلد أو حرف، نظير ما تقدم في معنى العرف العام والخاص. وليس المراد بخصوصها أن تكون فردية.

ومعنى القاعدة: أن التسهيلات التشريعية الاستثنائية لا تقتصر على

حالات الضرورات الملحة، بل حاجات الجماعة مما دون الضرورة توجب التسهيلات الاستثنائية أيضاً، كما يتضح من التفاصيل التالية:

١ - فعلى هذا الأساس شرعت بنصوص الشريعة الأصلية أحكام من قبيل الاستثناء من قواعدها العامة للاحتياج إليها. فقد ورد مثلاً في السنة أن النبي عليه الصلاة والسلام «نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السَّلْمَ» (ر: ف ٣/٧٢).

فترخيص الشريعة في السَّلْمَ، مع أنه بيع المعدوم الذي منعه النص العام، إنما هو نظر لحاجة كثير من الناس إلى بيع منتوجاتهم واستلاف أثمانها قبل إنتاجها للاستعانته على الإنتاج، ولذا اشترط فيه تعجيل الثمن.

٢ - وعلى هذا الأساس أيضاً جواز الفقهاء في الأحكام الاجتهادية بيع الشمار التي تتلاحق في الظهور متى بدا بعضها وأمن العاهة، وإن كان معظمها معدوماً لم يد بعد، نظراً للحاجة.

٣ - وجوزوا أيضاً نزول الحمام بأجر مع جهالة المدة التي سيمكثها الشخص، وجهالة مقدار الماء الذي سيستهلكه، نظراً للحاجة أيضاً.

٤ - وجوزوا بيع الوفاء استثناء من القواعد للحاجة أيضاً (ر: ف ٤٦ .٨).

٥ - وجميع الأحكام التي قرر الفقهاء تبدلها لتغير الزمان أو فساده إنما تقرر أحكامها الجديدة وتبدل تبعاً للحاجة.

٦ - واعتبار العرف عاماً كان أو خاصاً، وتحكيمه في الأحكام، إنما هو استجابة للداعي الحاجة، كما تقدم بيانه في نظرية العرف.

يتضح من ذلك ومن بقية الأمثلة التي يوردها الفقهاء عن الضرورة والحاجة أنهاهما يفترقان في الحكم من ناحيتين:

أ - أن الضرورة تبيح المحظور سواء أكان الاضطرار حاصلاً للفرد أم

للجماعة. بخلاف الحاجة، فإنها لا توجب التدابير الاستثنائية من الأحكام العامة إلا إذا كانت حاجة الجماعة. وذلك لأنَّ لكل فرد حاجات متعددة ومختلفة عن غيره، ولا يمكن أن يقرر لكل فرد تشريع خاص به. بخلاف الضرورة فإنها حالة نادرة وقاسية.

ب - لأنَّ الحكم الاستثنائي الذي يتوقف على الضرورة هو إباحة موقته لمحظور من نوع بنص الشريعة، تنتهي هذه الإباحة بزوال الاضطرار، وتتقييد بالشخص المضطرب.

أما الأحكام التي ثبتت بناء على الحاجة فهي لا تصادم نصاً، ولكنها تخالف القواعد والقياس، وهي ثبتت بصورة عامة دائمة يستفيد منها المحتاج وغيره.

ويذلك تفارق الحاجة عن العرف الخاص أيضاً، لأنَّ الحكم الذي ثبت بالعرف الخاص يقتصر على أهل العرف فقط كما تقدم.

(من شرح والدي رحمة الله على القواعد بتصريف وإيضاح).

ويلاحظ على صياغة هذه القاعدة أن لفظ «الحاجة الخاصة» فيها يوهم لأول وهلة بأنها الحاجة الفردية، بينما المقصود كما بينا آنفاً هو حاجة طائفة من الناس، وليس جميع الناس.

يقول الشيخ العلامة العز بن عبد السلام في كتابه «قواعد الأحكام» (٢/١٨٨): «المصلحة العامة كالضرورة الخاصة...»<sup>(١)</sup>.

فالأفضل في صياغة هذه القاعدة والحاله هذه أن تصاغ كما يلي:

«الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة» وتفسر الحاجة العامة حيث أنها ما يشمل جميع الأمة أو طائفة منها، كأهل حرق أو بلد مثلاً.

---

(١) الملكية في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد السلام العبادي ٢/٢٧٦. عمان: مكتبة الأقصى، ١٣٩٥ هـ ١٩٧٥ م.

ومزيّة هذه الصيغة المعدلة أنها تُبرز مبدأ رفع الاحتج، وهو من السمات الرئيسية في الشريعة الإسلامية، من حيث هو الأساس في الأحكام الاستثنائية في حالة الضرورة الفردية، وهو نفسه الأساس هنا في باب الحاجة العامة.

٣٦/٨١ . القاعدة الخامسة: «العادة محكمة»<sup>(١)</sup> (م/٣٦).

المراد بالعادة في هذه القاعدة هو العرف بنوعيه: اللغظي والعملي. فهي تعبّر عن مكانة العرف واعتباره في الشريعة الإسلامية، وعن سلطانه الحاكم بين الناس في توزيع الحقوق والالتزامات بينهم في التعامل.

وهذه القاعدة والقواعد الآتية المترفرفة عنها قد تقدّم الاستشهاد بها والاستناد إليها في مناسبات عدّة من نظرية العرف صالحة لأن تكون شرحاً لها، وتمثيلاً لتطبيقاتها، فلا حاجة لإعادة ذلك هنا. (ر: ف ٩/٦٧ و ٩٠.١/٦٩).

ما يتفرع عنها من القواعد

٣٧/٨١ . أ - «استعمال الناس حجّة يجحب العمل بها» (م/٣٧).

هذه القاعدة في معنى أصلها القائل: «العادة محكمة»، وهي مثلها تشمل العرف اللغظي والعملي، لأنّ الاستعمال معناه هنا العادة والعرف مطلقاً.

٣٨/٨١ . ب - «إنما تعتبر العادة إذا اطّردت أو غلبت» (م/٤١).

٣٩/٨١ . ج - «العبرة للغالب الشائع لا للنادر» (م/٤٢).

هاتان القاعدتان تعبران عن بعض شرائط اعتبار العرف التي تقدّمت في بحث نظريته، وهي شريطة الاطراد أو الغلة، وقد سبق إيضاحها هناك (ر: ف ٢/٧٠).

(١) محكمة: بتشديد الكاف المفتوحة، اسم مفعول من التحكيم.

٤٠ - د - «الحقيقة تترك بدلالة العادة» (م/٤٠).

٤١ - ه - «الكتاب كالخطاب» (م/٦٩).

٤٢ - و - «الإشارات المعهودة للأخرين كالبيان باللسان» (م/

.٧٠

هذه القواعد الثلاث تضع أساس اعتبار العرف اللفظي في الكلام وما يقوم مقامه عرفاً أيضاً في التعبير من كتابة وإشارة.

وقد تقدم الاستشهاد بها في نظرتي العقود والعرف (ر: ف ٦/٣٠، ٨ - ٣/٦٩، ٥).

٤٣ - ز - «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» (م/٤٣).

٤٤ - ح - «التعيين بالغُزف كالتعيين بالنص» (م/٤٥).

٤٥ - ط - «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم» (م/٤٤).

هذه القواعد الثلاث تعبّر عن سلطان العرف العملي.

والقاعدة الثالثة منها تضع المبدأ المقرر في اعتبار العرف الخاص كعرف التجار، وأرباب الحرف والصناع، وأهل بلد معين، فإنّ له سلطاناً حاكماً كالعرف العام، لكنه يقتصر على متعارفيه دون سواهم.

وقد تقدم أيضاً في نظرية العرف ما يشرح هذه القواعد (ر: ف ٦/٦٩، ٦ - ٩).

٤٦ - ي - «لا ينكر تغير الأحكام بتغيير الأزمان» (م/٣٩).

تقدّم الكلام على هذه القاعدة مفصلاً آخر نظرية العرف (ر: ف ٥٣٩ - ٥٥٣).

٤٧ - القاعدة السادسة: «إعمال الكلام أولى من إهماله» (م/

.٦٠

إعمال الكلام: إعطاؤه حكماً. وإهماله: عدم ترتيب ثمرة عملية عليه. ومعنى القاعدة أنَّ اللفظ الصادر في مقام التشريع أو التصرف إذا كان حمله على أحد المعانٍ الممكنة لا يترتب عليه حكم، وحمله على معنى آخر يترتب عليه حكم، فالواجب حمله على المعنى المفيد لحكم جديد، لأنَّ خلافه إهمال وإناء، وإنَّ كلام العقلاة يُصان عن الإلغاء ما أمكن (ر: القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة ص/١٥٥).

- وعلى هذا: لو أقرَّ شخص بـألفٍ عليه لآخر بموجب صك ولم يبيّن منشأها، ثم أقرَّ ثانية في صك آخر بـألفٍ كذلك، يُطالب بالآلفين ولا يقبل قوله إنَّهما واحد.

- ومثل ذلك لو أوصى بمائة في وجوه الخير، ثم أوصى بمائة كذلك تعتبر الوصية مائتين، ولا يقبل قول الورثة إنه أراد بالثانية عين الأولى.

- وكذا لو طلق زوجته بقوله: أنت طالق أنت طالق، تعتبر في نظر القضاء طلقتين، ولا تحمل الثانية على أنها تأكيد للأولى، مالم تقم قرينة على قصد التأكيد، لأنَّ الأصل في الكلام التأسيس لا التأكيد.

أما في حكم الديانة إذا كان ناوياً التأكيد فهما واحدة.

ومعنى التأسيس أن يفيد الكلام فائدة جديدة غير ما أفاده سابقه.

وقد تفرَّعت عن هذه القاعدة قواعد عدة ترسم كيفية إعمال الكلام الذي أوجبته هذه القاعدة، وتبيّن الطرق الراجحة المعقوله فيه. وهي القواعد التالية:

### ما يتفرَّع عنها من القواعد

٤٨/٨١ - ١ - «الأصل في الكلام الحقيقة» (م/١٢).

«الحقيقة» هي المعنى الأصلي الذي وضع له اللفظ.

ويقابلها «المجاز»، وهو كل معنى آخر لم يوضع له اللفظ، ولكن بيته

ويبين المعنى الحقيقي علاقة توسيع للمتكلم أن يقصده بذلك اللفظ اعتماداً على قرينة تدل على أنه قد أراده دون المعنى الحقيقي.

فلفظ «المحكمة» مثلاً حقيقة معناه هو مكان الحاكم. فإذا أريد به الحاكم نفسه، كما في قولنا: حكمت المحكمة، كان مجازاً.

ولفظ «القتل» حقيقة معناه إزهاق الروح. فإذا استعمل بمعنى الضرب الموجع كان مجازاً.

ومعنى القاعدة: أن إعمال كلام المتكلم، من شارع وعائد وحالف وغيرهم، يجب فيه حمل ألفاظه على معانيها الحقيقة عند الخلو عن القرائن التي ترجح إرادة المجاز.

- فلو قال لآخر: وهبتك هذا الشيء، فأخذته المخاطب، ثم ادعى القائل أنه أراد بالهة البيع مجازاً، وطلب ثمناً، لا يقبل قوله، لأن الأصل في الكلام الحقيقة، وحقيقة الهبة تملك بلا عوض.

بخلاف ما إذا قال له: وهبتك بدینارین، فإن ذكر الدینارین على سبيل العوضية قرينة على أنه أراد بالهة البيع مجازاً، فيحمل عليه.

- وكذا لو وقف الواقف على «أولاده» دخل الأبناء مع البنات، لأن لفظ «الولد» حقيقة فيهما.

- وكذا لو وقف على «أولاد أولاده» دخل في الوقف أولاد البنات.

ولو أوصى لأولاد فلان، وكان لفلان أولاد صليبيون وحقدة، انتصرت الوصية إلى الأولاد الصليبيين - أي الطبقة الأولى من ذريته - لأن المعنى الحقيقي للفظ «الأولاد».

٤٩/٨١ - ب - «إذا تعلّرت الحقيقة ينصار إلى المجاز» (م/٦١)

لأن المجاز عندئذ يتبعن طريقاً لإعمال الكلام، واجتناب إهماله:

- فلو وقف على «أولاده» ولم يكن له حين الوقف إلا حقدة،

انصرف الوقف إليهم على سبيل المجاز، لأن المعنى الحقيقي للفظ الأولاد - وهو الأولاد الصليبيون - متعدد، والحفيد يسمى ولداً، مجازاً، فيُصرف اللفظ إليه، وذلك خيرٌ من إهmalه.

- ومثل تعذر الحقيقة تعسرها، كمن حَلَفَ ليأكلنَّ من هذه الشجرة، فإن حقيقة الأكل منها هو أكل خشبها. وذلك عسير، فيكون قرينة على إرادة المجاز، وهو الأكل من ثمرها، فينصرف المعنى إليه. وهذا هو العرف اللغطي أيضاً في مثل هذه اليمين، كما تقدم في نظرية العرف.

٥٠/٨١ ج - «المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة» (م/٦٤).

الإطلاق والتقييد هما من صفات الألفاظ.

فاللفظ المطلق هو ما دلَّ على أمر مجرَّد عن القيود التي توجب فيه بعض الأوصاف أو الحدود. واللفظ المقيد هو الذي يكون محدوداً بشيء من تلك القيود. فلفظ (فرس) مطلق. و (فرس بيضاء) مقيد بوصف البياض. ولفظ (مكان) مطلق. و (مكان الأكل) مقيد.

حالات الإطلاق:

فلو وكل شخص آخر بشراء (فرس) فاشتراها حمراء، فقال الموكِّل: إنما أردت بيضاء، يلزم بما اشتراها الوكيل، لأنَّ كلامه مطلق فيجري على إطلاقه.

- وكذا إذا وكله بشراء مтайع ما فاشتراه له بشمن المثل، فقال الموكِّل إنما أردت أن تشتريه من السوق الفلانية، أو بشمن أقل: فلا عبرة لقوله، وينفذ عليه الشراء، لأنَّ أمره للوكييل مطلق عن القيود، فيجري على إطلاقه.

- وعقد الإعارة المطلق يسُوَّغ المستعير جميع وجوه الانتفاع بالحدود المعتادة، فلا يتقيَّد بمكان أو زمان أو طريقة مما ليس عليه دليل.

## الفصل (٨١) شرح قواعد المجلة وتصنيفها

حالات التقييد:

أما إذا وجد ما يفيد تقييد المطلق من نص أو دلالة ببعض القيود فإنه يتقيّد:

فالتجييد بالنص كما لو قال الموكّل لوكيله في البيع مثلاً: «بع  
عشرين» فلا ينفذ بيده بأقل.

وإذا حدد المعير للمستعير مدة فإنه لا يملك الانتفاع بعدها.

- والتجييد بالدلالة كما لو وكل حمّال غيره بشراء حصان فاشترى له حصاناً أصيلاً من خيل السباق الثمينة، فإنه لا ينفذ عليه الشراء لأنّ حالته تبيّن بأنّ المراد حصان للتحميل، وإن كان اللفظ مطلقاً.

وكذا لو كلف شخص غيره بشراء أضحية فشرّاها له بعد انقضاء العيد، أو وكله بشراء مدفأة فاشترتها له بعد انقضاء الشتاء، أو باستئجار دار فاستأجرها له بعد سنة مثلاً، فكل ذلك لا ينفذ على الأمر لقيام دلالة التقييد الزمني.

ودلالة العرف كدلالة الحال في التقييد عند أبي يوسف ومحمد. فلو وكل شخص غيره ببيع شيء تقييد بشمن المثل وبالنقد، فلا يملك بيده بأقل أو بالنسبة، نظراً للعرف. وكذا لو وكله بإيجار داره لم يملك إيجارها مدة طويلة لسنين.

وعند أبي حنيفة يملك ذلك نظراً للإطلاق. ورأي الصاحبين أوجه كما هو ظاهر.

واتفقوا على أنّ وكيل الشراء يتقيّد بشمن المثل، فلا ينفذ على الموكّل شراؤه بأكثر منه.

٥١ / ٨١ - د - «ذكر بعض مالا يتجزأ كذكر كلّه» (م/٦٣).

- فتطليق الرجل نصف امرأته أو ربعها مثلاً تطلق به كلّها.

وتطبيقه إياها نصف طلقة تقع به طلقة.

- وفي الكفالة بالنفس (ر: ف ٤٦ / ٥) إذا كفل الكفيل ربع الشخص  
كان كفلاً بالشخص لعدم إمكان التجزئة.

بخلاف الكفالة بالمال، فلو كفل بجزء من الدين كربعه أو خمسه، أو  
كفل بمبلغ محدود منه لم يكن كفلاً بأكثر، لأنه مما يتجزأ.

وكذا لو أبراً الدائن مدعيه عن جزء فقط من الدين برء عن ذلك  
الجزء فقط.

#### الاستثناءات:

هذا، وقد استثنوا من هذه القاعدة ما لو قال شخص آخر: نصفي  
كفيل لك بدين فلان، فإن الكفالة لا تنعدم.

٥٢/٨١ - هـ - «الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر» (م ٦٥).

تقدّم الكلام على هذه القاعدة في نظرية العقود (ف ٣٦ / ٥).

٥٣/٨١ - و - «السؤال معاد في الجواب» (م ٦٦).

أي إذا وردَ جواب بإحدى الأدوات المجملة مثل (نعم. وبلى) بعد  
سؤال مفصل، يُعتبر الجواب مشتملاً على ما في السؤال من تفصيل، لأن  
مدلولات هذه الأدوات يعتمد على ما قبلها.

فإذا سُئل: هل لفلان عليك كذا وكذا بسبب كذا، فأجاب: نعم؛ أو  
سئل: أليس له عليك كذا، فأجاب: بلى، كان مقتراً بجميع ما ورد في  
السؤال، ولو لم يكرره.

٥٤/٨١ - ز - «إذا تعلّر إعمال الكلام بهمل» (م ٦٢).

التعلّر في إعمال الكلام هو أن لا يمكن حمله على معنى صحيح  
ولو مجازاً، فيكون لغواً، فيهمل.

والتعذر قد يكون حسياً أو شرعاً:

أ - فالتعذر الحسي كما لو ادعى شخص على غيره أنه قطع يده أو اعترف بأنه قطع يد غيره، واليد في الحالين قائمة مشهودة. ومثل ذلك ما لو أقرَّ شخص لمساويه ستاً، أو ثابت النسب من غيره، أنه ابنه.

ب - وأما التعذر الشرعي فكما لو أقرَّ شخص بأنَّ أخته ترث ضعفي حصته من تركة أبيه. فكل ذلك كلام مهملاً غير ملزم.

بخلاف ما إذا اعترف لها أنها تستحق مقداراً من المال في التركة مساواً لحصته أو أكثر منها ولم يعين أنه من طريق الإرث، فإنَّ هذا الإقرار صحيح ملزم لأنَّ استحقاق الأخت ما أقرَّ لها أخوها به ممكن بأسباب كثيرة مشروعة، كما لو كانت قد أقررت موئلها قبل موته مبلغاً من المال.

- ولو كفل شخصاً ولم يبين أنها كفالة بالنفس أو بالمال لا تصح لاختلاف أحکامهما وعدم معرفة المقصود، فيتعذر التنفيذ (رد المحثار أوائل الكفالة).

٥٥- القاعدة السابعة: «لا مساغ للاجتهاد في مورد النص» (م/١٤).

النص: خطاب الشارع، وهو آيات القرآن والأحاديث النبوية الصحيحة، أي الثابتة.

ولكن المراد بالنص هنا ما يشمل الإجماع الثابت بالنقل الصحيح.

والاجتهاد: بذل الجهد العلمي في استنباط الأحكام الشرعية من أدلةها، وهو نوعان:

- اجتهاد الفقهاء في فهم النص التشريعي.

- واجتهادهم في قياس حكم لا نصُّ فيه على حكم منصوص عليه.

أ - فأما الاجتهاد في فهم النص فلا بد منه مع وجود النص لمعرفة

تطبيقه. ولكن محله إنما هو عند غموض النص واحتماله وجوهاً مختلفة في تفسيره وتطبيقه.

فإذا كان النصُّ صريحاً واضحاً في إفاده الحكم الذي ورَدَ لأجله بصورة لا تحتمل التأويل لم يجز تأويلاً بما يخرجه عن ظاهره، أو لا يحتمله.

فمثلاً قول الرسول عليه الصلاة والسلام: «البينة على المدعى واليمين على من أنكر» صريح واضح في قبول البينة من المدعى لأجل الإثبات. فلا يسع لأحد أن يجتهد في فهمه بعكس هذا التوزيع، فيقبل البينة من المدعى عليه، ولا يقبلها من المدعى، أو يجعل الخيار للحاكم في تكليف من يشأه من الخصميين المتقاضيين بالبينة أو اليمين، ومنع الآخر منها.

أما قبول بيئنة معاكسة من المدعى عليه للترجيح بينها وبين بيئنة المدعى فإنه لا ينافي هذا النص، لأنَّ هذا التدبير لا يمنع المدعى من الإثبات الذي منحه إياه النص، وإنما هو وسيلة لتمحيص البيانات والقضاء بالأقوى.

ب - وأما الاجتهاد عن طريق القياس، فلا يجوز الالتجاء إليه مع وجود نص ثابت في الحكم المطلوب معرفته، لأنَّ محل القياس إنما هو عند عدم النص.

على أنه قد يوجد حديث نبويٌّ مرويٌّ في موضوع فيراه بعض الفقهاء صحيحاً (أي رواهه كلهم ثقات يعتمد على روايتهم) فيأخذ به ويترك القياس المخالف له، بينما لا يراه غيره بالغاً درجة الصحة، فيتركه ويلجأ إلى القياس.

يستخلص من ذلك أنَّ الاجتهاد الممنوع في مورد النص هو ما كان مصادماً لنص ثابت وواضح في المعنى الذي ورد فيه وضوحاً لا يحتمل التأويل<sup>(١)</sup>.

(1) وهو ما يسمى في علم أصول الفقه: قطعي الثبوت والدلالة.

وهذا مبدأ مقرر في النظر القانوني أيضاً، فلا مجال للقضاء أن يجتهدوا في أحکامهم مع وجود نص قانوني صريح بخلاف اجتهادهم، لأنّ مهمة القاضي التطبيق لا التشريع.

. ٥٦ - القاعدة الثامنة: «الاجتهد لا ينقض بمثله» (م/١٦).

فمن اجتهد في حكم حادثة فأفتى بها أو قضى، ثم وقعت أخرى نظيرها فتبدل فيها اجتهاده إلى حكم مخالف، لا تنقض فتواه أو قضاوته السابقان، وإنما يعمل باجتهاده الجديد في الحادثة الجديدة، إذ لو ساغ نقض العمل بالفتاوی والأحكام الاجتهادية كلما تبدل اجتهاد المجتهد لما استقر حكم في حادثة، لأنّ الاجتهد عُزْضٌ للتبدل دائمًا بتبدل وجهات النظر في الدليل.

وقد اشتهر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قضى في حادثة بحکم، ثم رفع إليه نظيرها فتبدل اجتهاده، وقضى فيها بخلاف قضائه الأول، فقيل له في ذلك فأجاب: «تلك على ما قضينا وهذه على ما نقضى». وقد جرت كلامته هذه مجرى الأمثال (ر: حاشية الحموي على «الأشباه» لابن نجيم تحت هذه القاعدة ١٤١/١).

وهذا مبدأ قانوني مقرر أيضًا؛ فإن محاكم النقض العليا، التي يعود إليها النقض والإبرام، إذا تبدل اجتهادها القضائي في حادثة أو في فهم مادة قانونية لا يسري ذلك على ما مضى؛ فلا ينقض ما قد ثبت فيه من قضايا، وإنما يعمل باجتهادها الجديد في القضايا الجديدة.

وكما لا ينقض اجتهاد المجتهد بتبدل اجتهاده نفسه لا ينقض باجتهاد مجتهد غيره، بل على كل مجتهد أن يحترم اجتهاد سواه، لعدم المرجح بعد تحقق رتبة الاجتهد فيهما.

. ٥٧ - القاعدة التاسعة: «ما ثبت على خلاف القياس لا يقاس عليه»، أو: «ما ثبت على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس» (م/١٥).

رأينا في مناسبات عده أن كثيراً من الأحكام تقرره الشريعة على خلاف القياس، أي تعطيه حكماً استثنائياً على خلاف مقتضى القواعد العامة السارية على أمثاله، لوجود اعتبارات تشريعية خاصة به.

فالوصية مثلاً تمليك مضارف لحالة ما بعد الموت، وهي الحالة التي تنقطع فيها حقوق الشخص في أمواله، وتعلق بها حقوق ورثته. فالوصية ثابتة على خلاف القياس، لأن الشارع أراد أن يفتح بها للشخص باباً يتدارك به ما فاته من أعمال البر والإحسان التي قد تشنّج بها نفسه حال الحياة خشية من الاحتياج.

فلا يجوز أن يقاس عليها تجويز إضافة غيرها من التصرفات إلى ما بعد الموت كالهبة والإعارة، والبيع والإجارة مثلاً، بأن يعقدها الشخص في حياته عقداً مضارفاً إلى ما بعد الموت.

أما لو أوصى بأن يباع بعد موته شيء معين من تركته لفلان بنصف قيمته مثلاً، أو أن يعار له، فهذا سانع لأنه وصية بالبيع أو الإعارة، لا عقد حاضر مضارف الأثر إلى ما بعد الموت.

#### ملاحظة:

ويجب أن يلحظ أن ما ثبت على خلاف القياس يمكن أن يقاس عليه في العلة التي خالف فيها القياس، كدفع الحرج، وسد الذرائع حيثما دعت الحاجة إليهما.

هذا، وقد قالوا: إن أحكام الوقف تستفي بطرق القياس من أحكام الوصية، فتقاس مثلاً مسؤولية متولي الوقف على مسؤولية الأووصياء في تنفيذ الوصية.

٥٨/٨١ - القاعدة العاشرة: «إذا زال المانع عاد الممنوع» (م/٢٤).

تقدم أول نظرية العقود في البحث عن المانع شرح هذه القاعدة (ر: ف ٧/٢٨).

### ما يتفرّع عنها من القواعد

٥٩/٨١ - «ما جاز لعذر بطل بزواله» (م/٢٣).

- ففي أمور الديانة: إذا زال المرض المسوغ للإفطار خلال رمضان وجوب الصيام فيما بقي.

وإذا زال الأضطرار المبيح للمحظوظ ارتفعت الإباحة. وهكذا...

- وفي الأمور القضائية: إذا شب حريق في دار؛ فأخرج صاحبها ما عنده من ودائع وسلمها لبعض الجيران، فهو معذور في ذلك، ولا يضمّنها إن تلفت، فإذا انتهى الحريق فتركها عندهم فهلكت كان مقصراً، فيضمّنها لزوال عذرها الذي سُوّغ وضعها لديهم.

٦٠/٨١ - القاعدة العادبة عشرة: «ما حرم أخذه حرم إعطاؤه» (م/٣٤).

وذلك لأنّ الإعطاء عندئذ إعانةً وتشجيع على أخذ المحرم، فيكون المعطي شريك الآخذ في الإثم.

وعلى هذا لا يجوز إعطاء الرّشوة، والربا، والأجرة على النّياحة، وعلى سائر الأعمال الفسقية، كما لا يجوز أخذ ذلك.

الاستثناءات:

ويستثنى من هذه القاعدة ما يدفع للأشرار والهجانين للتخلص من أذاهم ولسانهم عند فقدان السلطان الواقع، وما يدفعه المستقرض بالربا في حالة الأضطرار إلى الاستقرار، وما يدفعه الوصي من بعض مال البٰيْتِ إلى غاصِبِه لتخلص الباقي إذا لم يمكن تخلصه دون ذلك.

ففي جميع ذلك وأمثاله تكون الحرمة فيه على الآخذ دون المعطي.

### ما يتفرّع عنها من القواعد

٦١/٨١ - «ما حرم فعله حرم طلبه» (م/٣٥).

لأنَّ السكوت على المحرّم غير جائز شرعاً، بل يجب إنكاره وتغييره.  
فطلبه محرّم كذلك بحکم الأولوية.

الاستثناءات:

فتكليف الشخص غيره بفعل جريمة مثلاً يستحق به نصيباً من العقوبة.  
يستثنى من القاعدة جواز طلب المدعي تحليف خصميه اليمين مع  
علمه بكذبه فيها.

٦٢/٨١ - القاعدة الثانية عشرة: «من استعجل الشيء قبل أوانه عُوقب  
بحرماته» (م/٩٩).

هذه القاعدة من باب السياسة الشرعية في القمع وسد الذرائع.  
- مثال ذلك أنَّ الإرث والوصية وقتهما الشرعي بعد موت المؤرث  
والوصي. فلو قُتل شخصٌ مؤرثه أو الوصي له بلا مسوغٍ شرعي يحرّم  
بذلك من الإرث أو الوصية.

- وكذلك لو طلق الرجل زوجته طلاقاً بانياً في مرض موته ومات  
خلال عدتها ترث منه في الاجتهد الحنفي، لدلالة مرض الموت على  
قصده حرمانها من الإرث، فيرد قصده عليه. وهذا يسمى: طلاق الفرار،  
لأنَّ قصد فاعله التهرب به من إرث امرأته.

وهذا الحكم هو من صور منع «التعسُّف في استعمال الحق» في الفقه  
الإسلامي (ر: ف ٧/٥ العhashia و ٥/٢٧).

وقد نقل عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أفتى في المرأة التي  
يطلقها زوجها فتزوج غيره قبل انقضاء عدتها بأنها تحرم على هذا الزوج  
الثاني إن دخل بها حرمة مؤبدة، معاملة لها بنقيض مقصودها بمقتضى  
السياسة الشرعية في المصالح المرسلة (ر: تاريخ الفقه الإسلامي، من وضع  
كلية الشريعة في الأزهر ص/٤٧).

هذا، وإن لنا ملاحظة على صياغة هذه القاعدة، واقتراح صياغة جديدة لها في ملحق هذا الفصل، فلتتظر فيه.

٦٣/٨١ - القاعدة الثالثة عشرة: «من سعى في نقض ما تمّ من جهته فسعيه مردودٌ عليه» (م/١٠٠).

- وعلى هذا: لا يصحُّ من المقرّ أن يرجع عن إقراره السابق بحجّة الخطأ فيه.

- ولو تقاسم الورثة التركة، ثم أدعى أحدهم أنها ملكه وأراد نقض القسمة لا تسمع دعواه (المجلة/١٦٥٦) لأن إقدامه على المقاومة هو إقرار ضمني بحقوق من قاسمهما فيها.

- ولو باع شيئاً أو اشتري، ثم ادعى أنه كان فضولياً عن شخص آخر ولم يقبل بعقده لا يسمع منه هذا الادعاء.

- وكذلك لو كفل شخص بالذكر<sup>(١)</sup> لمشتري العقار، ثم جاء يطلب أخذنه بالشفعه، أو يدعى ملكيته، لا يقبل منه.

#### الاستثناءات:

يسنتنى من هذه القاعدة ما له مساس بحق قاصر أو وقف أو بحقوق الجماعة.

- فالغبن الفاحش مثلاً في بيع مال القاصر، أو إيجار عقار الوقف لا ينفذ.

فلو باع الأب أو الوصي مال القاصر، أو آجر المتولي عقار الوقف، ثم ادعوا وقوع غبن فاحش فيه تسمع الدعوى منهم.

- وكذا إذا اشتري شخص أرضاً ثم ادعى أنَّ بائعها كان وقفها مسجداً

(١) تقدم معنى الكفالة بالذكر، أو ضمان الدرك، فلينظر ٥/٤٦.

أو مقبرة تسمع دعوه، كل ذلك صيانة لحقوق القاصرين والجماعة. وإذا ثبت ذلك ينقض العقد. (من شرح والدي رحمة الله على القواعد).

٦٤/٨١ - القاعدة الرابعة عشرة: «البقاء أسهل من الابتداء» (م/٥٦).

كما أن الدفع أسهل من الرفع.

وعلى هذا يمكن أن يغتفر اختلال بعض شرائط العقود في حال استمرارها بعد وجودها، ولا يغتفر ذلك في حال انعقادها.

ويتجلى ذلك في أمثلة القاعدة التالية المتفرعة عنها:

### ما يتفرّع عنها من القواعد

٦٥/٨١ - «يغتفر في البقاء مالا يغتفر في الابتداء» (م/٥٥).

وذلك لأن البقاء أسهل، كما أفادته القاعدة السابقة:

- ومن أمثلتها ما تقدم من أن عقد الإجارة يشترط لصحته أن يكون المأجور متميزاً لا حصة شائعة. وكذلك الهبة فيما يتحمل القسمة.

ولكن الفقهاء اغتربوا الشيوخ الطارئ فيهما دون المقارن: (ر: ف ٩/٢٥ - ١٠)، وقواعد الحمزاوي ص/٢٠٥) لأن الطارئ يكون في حالة بقاء العقد دون ابتدائه.

- وكذلك لو كان لمجموعة أشياء ثمن مجمل، فاشترى شخص أحدها بحصته من ثمنها لم يصبح لجهة ثمنه عند العقد، وهذا يسمى: البيع بالحصة.

ولكن لو اشتراها كلها ثم استحق من يده بعضها، فله أن يرجع على البائع بثمن ما استحق، ويبقى البيع في الباقى بحصته من الثمن. (انظر في معنى الاستحقاق ف ٣٧/٢).

٦٦/٨١ القاعدة الخامسة عشرة: «التاج تاج» (م/٤٧).

أي إن التابع لغيره في الوجود يتبعه في الحكم، فيسري عليه ما يسري على متبوعه. والتابع هو ما كان جزءاً من غيره، أو كالجزء في الاتصال الخلقي، كالعضو من الحيوان، والجنين في بطن أمه، والصوف على الغنم، واللبن في الصُّرْع؛ أو كان من ضرورات الشيء كالمفتاح من القفل.

- ولو بيعت شاة دخل في البيع صوفها فليس للبائع جزءه. ولو بيعت بقرة حامل دخل جنينها، أو قفل دخل مفتاحه، ولو لم يصرح بذلك في العقد.

- ولو أقرَّ شخص لآخر بملكية سيف متنازع عليه دخل في الإقرار قرابة وحمائله.

- وزواائد الرهن، كولد الدابة المرهونة، تبقى في يد المرتهن تبعاً لأصلها.

### ما يتفرّع عنها من قواعد

٦٧/٨١ - أ - «من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته» (م/٤٩).

- وعلى هذا قرر الفقهاء:

- أنَّ ملك الأرض يستتبع ملك ما فوقها وما تحتها: فيبني صاحبها الطباق، ويحرفر في الأعمق إلى ما يشاء علواً وسفلاً<sup>(١)</sup>.

- وأنَّ من يشتري داراً واقعة في سكة غير نافذة مشتركة بين عدة دور يملك بحكم التبعية حصة الدار من الطريق في هذه السكة ولو لم ينص عليها في العقد.

(١) هذا لا ينافي شرعاً تقيد ارتفاع الأبنية في المدن اليوم وفقاً لأنظمة البلديات، وفاقاً لقاعدة المصالح المرسلة.

ولا يقتصر حكم هذه القاعدة على ملك العين، بل يشمل ملك التصرف أيضاً.

- فلو عرض الدلال ما كلف بيعه على رب دكان، وتركه عنده فهو رب هذا به، لم يضمن الدلال، لأن تركه عنده من ضرورات هذا البيع، فيسوع للدلال ولا يكون به مقصراً.

(من شرح والدي رحمة الله على القواعد، نقاً عن الفصل /٣٢/ من جامع الفصولين).

٦٨/٨١ - ب - «التابع لا يفرد بالحكم» (م/٤٨).

هذه القاعدة مضطربة التطبيق والفروع لأن صيغتها فيما يظهر أعم من موضوعها، ولذا يذكر لها الشراح مستثنيات كثيرة.

أ - فالمراد بها فيما اعتقد: أن التابع الذي هو من قبيل الجزء أو كالجزء من غيره لا يصلح أن يكون محلًا في العقود، أي معقوداً عليه بخصوصه:

- بيع عضو من الغنمة وهي حيّة باطل ولو ذبحت بعد ذلك وأمكن فصله.

- وبيع جنين الدابة الحامل دون أمه باطل. واستثناؤه من بيع أمه يعتبر شرطاً مفسداً للبيع.

- وكذا شأن اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم.

ب - أما فيما وراء هذا النطاق فالتابع يمكن أن يفرد بالأحكام كما في حالة التعدي:

- فإذا ولدت الدابة المغصوبة لا يعتبر ولدتها مغصوبياً لأن الغاصب ما أزال عنه يد مالك، وإنما حصل في يده حصولاً (ر: ف ٩/٢٣) وكذا لو هلك بلا تعدي منه أو تقصير لا يضمنه، ولكن لو أتلفه هو يضمنه.

وكذا لو ضرب بطن امرأة حامل فأسقطت جنيناً ميتاً يضمن الضارب ديته التي تسمى «غُرزة» ولو كان تابعاً لأمه.

- وكذلك أثبتوا للجنين أهلية وجوب ناقصة يستحق بمقتضاهما حقوقاً أربعة، منها: إرثه من مورثه، والوصية له بشرط أن يولد حياً كما تقدم في نظرية الأهليات (ر: ف ٤/٦٠).

- ويجوز بيع المفتاح دون قفله، والرِّسن دون دابته، وإن كانوا كلاماً «تابعين» يدخلان في بيع القفل والدابة معًا تبعاً دون ذكر في العقد، لأنَّ هذه القاعدة كما استظهرنا هي خاصة بما كان من التوابع جزءاً أو كالجزء، فعندئذ لا يصلح مستقلاً في التعاقد.

وبهذا الفهم في هذه القاعدة يزول الاضطراب من طريق تطبيقها كما يزول استثناء كثير من مستثنياتها فتصبح منطبقاً عليها.

٦٩/٨١ - ج - «يغضر في التوابع ما لا يغتر في غيرها» (م/٥٤).  
أي إنَّ الشرائط الشرعية المطلوبة في محل التصرفات يجب توافرها جميعاً في المحل الأصلي، ويساهم بها في توابعه.  
- ففي الوقف مثلاً يشترط أن يكون الموقوف مالاً ثابتاً، أي عقاراً، فلا يصح وقف المنقولات، إلا ما تعرف كوقف الكتب وأدوات الجنائز (ر: ف ٥/٦٧).

لكن لو وقف عقاراً كقرية أو دار بما فيه من منقولات صح الوقف في هذه المنقولات أيضاً تبعاً للعقار.

٧٠/٨١ - د - «إذا سقط الأصل سقط الفرع» (م/٥٠).  
ولا عكس، أي لا يلزم من سقوط الفرع سقوط الأصل:  
- فلو أبرا الدائن المدين برِّء كفيليه أيضاً وسقط رهنه إن كان الدين موئقاً بكفيل أو رهن.

بخلاف ما لو أبرا الدائن الكفيل أو رد الرهن، فإن دين المدين لا يسقط.

٧١/٨١ - هـ - «قد يثبت الفرع دون الأصل» (م/٨١).

صيغة هذه القاعدة في المجلة: «قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل».

هذه القاعدة تبدو غريبة غير معقولة في بادئ الرأي، لأنها تنافي السنن الطبيعية. ففي الطبيعة لا يوجد فرع بلا أصل.

ولكن الأمور الحقيقة الاعتبارية تؤثر فيها عوامل تختلف عن العوامل الطبيعية. فهذه القاعدة تُعبر عن إثبات الحقوق أمام القضاء، ولا تبحث عن نشوئها في الواقع.

فوجود الفرع يستلزم في الواقع وجود الأصل الذي تفرع عنه، ولكن إثبات المسؤوليات الحقيقة على الأشخاص قد تفقد وسائله المثبتة في حق الأصل، وتتوفر في حق الفرع.

مثال ذلك: لو ادعى شخص على اثنين أن أحدهما استقرض منه مبلغاً وأن الثاني قد كفله، فاعترف الكفيل، وأنكر الآخر: وعجز المدعي عن إثبات القرض عليه، يؤخذ المبلغ من الكفيل، لأن المرأة مؤاخذة بإقرارها كما سيأتي. وليس هذا حكماً بأنه قد نشأت كفالة دون مدين مكفول، ولكن يد القضاء لا تمتد على شخص إلا بدليل مثبت، ولا دليل هنا إلا إقرار الكفيل، والإقرار حجّة قاصرة، فيسري على صاحبه ولا يسري على غيره كما سنرى.

- وكذا لو أقرَّ أحدُ شخصين مجهول النسب أنه أخوه. فهذا الإقرار يمسُّ حقوق الأب لأن فيه تحميلاً للنسب على الأب، فإنَّ كونه أخاً للمقرِّ هو فرع عن بنته لأبيه فيحتاج إلى تصديق الأب. فإذا أنكر الأب بنته ولم يمكن إثباتها بالبينة، لا تثبت بنته للأب، ولكن يؤخذ المقر بإقراره أنه

أخوه، فيقاسم ذلك الشخص حصته من ميراث الأب.

٧٢/٨١ - و - «إذا بطل الشيء بطل ما في ضمه» (م/٥٢).

ومثله قولهم: «إذا بطل المضمن بطل المضمن» (بصيغة الفاعل في الأول، وبصيغة المفعول في الثاني).

- فإذا بطل عقد بطل ما تضمنه من شروط والتزامات، لأنها تبع له..

- وإذا صالح أحد خصم المدعي على بدل، ثم اعترف المدعي بعد الصلح بأنه لم يكن له تجاهه حق، بطل الصلح فيبطل ما تضمنه من تمليك البديل، فيتحقق للمصالح استرداده.

وكما يبطل مضمون العقد ببطلانه يبطل أيضاً ما يبني عليه.

- فلو تبايعا وتم النقابض في المبيع والثمن، فأبرا كل منهما الآخر عن كل حق ودعوى تتعلق بهذا البيع، ثم استحق المبيع من يد المشتري<sup>(١)</sup>، فإنه يرجع بالثمن على البائع، لأنه لما بطل البيع باستحقاق المبيع بطل الإبراء المبني عليه.

وعلى هذا يجب أن يقال في نص القاعدة: «بطل ما في ضمه وما بني عليه».

الاستثناءات:

ولهذه القاعدة مستثنias، منها: ما لو صالح الشفيع عن حق شفعته في العقار المبيع لقاء عوض لم يصح الصلح، وسقطت شفعته بلا عوض، لأن حق الشفعة قد شرع ليمارس بالفعل دفعاً لسوء الجوار، لا ليستغل استغلالاً.

فقد بطل الصلح هنا ولم يبطل ما في ضمه من إسقاط الشفعة، لأن

(١) انظر في معنى الاستحقاق ما تقدم (ف/٣٧).

رضاه بسقوط شفعته لقاء بدل هو دليل على عدم سوء الجوار في نظره.

٧٣/٨١ - القاعدة السادسة عشرة: «إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل»

(م/٥٣).

- فيجب رد عين المغصوب ما دامت قائمة. فإذا هَلَكَ يرد بدله من مثل أو قيمة.

- وإذا تعذر رد المبيع المعيب لمانع شرعي، كما لو كان المبيع ثُواباً فصبعه المشتري، ثم ظهر فيه عيب قديم، فللمشتري أن يسترد من البائع فرق نقصان العيب.

وطريقة تحديد هذا الفرق تكون بتقويم المبيع سليماً ومعيباً، فما ينقصه العيب من قيمة السليم ينقص بنسبة من الثمن: فلو كان الثمن المتفق عليه في العقد خمسين، ثم قدرت قيمة المبيع سليماً بـ١٠٠، ومعيباً بـ٥٥، كان فرق العيب خمسين في المائة من القيمة، أي نصفها. فيسترد نصف الثمن، أي خمس وعشرون.

٧٤/٨١ - القاعدة السابعة عشرة: «الساقط لا يعود» (م/٥١).

أي أن ما يسقط من الحقوق بسبب مسقط يصبح بسقوطه معديوماً فلا يعود، كما لا يعود المعدوم.

فلو أبرا الدائن مدينة سقط الدين، فلا تمكن استعادته إذا ندم الدائن.

- ولو سُلِّمَ البائع المبيع للمشتري قبل قبض الثمن سقط حقه في احتباس المبيع لأجل استيفاء الثمن، فلا يعود له حق استرداد المبيع لأجل احتباسه بعد ذلك، وإنما له ملاحقة المشتري بالثمن كما تقدم (ر: ف ٥١ و ١٢/٨١).

- وكذا حق الارتفاق بالمرور أو المسيل لعقارات في أرض الغير أو داره: لو أسقطه صاحب العقار المرتفق سقط وليس له الرجوع فيه.

تبنيه هام:

هناك حقوق لا تسقط بالإسقاط، فإذا أسقطها صاحبها وتركها كان له أن يطالب بها بعد ذلك، لا لأنها تعود بعد السقوط، بل لأنها لم تسقط، فلا تنافي هذه القاعدة، ولا تعتبر مستثنة منها، لأنها لا تدخل تحتها.

- فمن ذلك ملكية الأعيان: فقد قدمنا في بحث خصائص الملكية أنها لا تسقط بالإسقاط؛ وإنما تنتقل بالأسباب الناقلة (ر: ف ٦/٢٥).

- ومن ذلك حق الموقوف عليه في غلة الوقف: فلو أسقطه وتركه مدة دون مدة التقادم، فله أن يعود إلى طلبه، لأنه لم يسقط (ر: قواعد الحمزاوي ص ٢٢٩).

هذا، ولم يضع فقهاؤنا ضابطاً لما يسقط وما لا يسقط من الحقوق بالإسقاط.

ولكن والذي رحمه الله في شرحه لهذه القاعدة قد استبطض ضابطاً فقهياً لتمييز ما يسقط من الحقوق بالإسقاط وما لا يسقط في الاجتهاد الحنفي، استمد من تعليقات الفقهاء عندما يعللون السقوط وعدمه. فجاء جاماً مانعاً تطبق عليه جميع أنواع الحقوق التي تسقط والتي لا تسقط.

وخلاصة الضابط أنَّ الحق الذي يسقط بالإسقاط هو ما توافرت فيه صفات أربع:

١ - أن يكون الحق قائماً حين الإسقاط. فلا يصح الإبراء عن دين مثلاً قبل نشوئه.

٢ - أن يكون غير متعلق بمتلك عين كما أسلفنا.

٣ - أن تكون مصلحة صاحبه فيه خالصة أو غالبة.

فحق متولي الوقف ووصي اليتيم في التصرف بإدارة الوقف وأموال اليتيم لا يسقط بالإسقاط، لأنهما لا يعملان لأنفسهما.

وعقوبات الحدود لا تسقط بإسقاط المجنى عليه أو ولئه الأمر، لأنها حق الله الذي يسمى: الحق العام.

بخلاف القصاص فإنّه يسقط بالإسقاط، لأنّ حق الشخص فيه هو الغالب (أي حقه في نوع العقوبة، أما أصل العقوبة فهي حق عام يمارسه السلطان لمصلحة الجماعة. فلا يسقط بإسقاط المجنى عليه أو ولئه). فبتنازل صاحب حق القصاص عن حقه تنتقل عقوبة الجاني إلى التعزير كما تقدم في نظرية المؤيدات (ر: ف ٤٩/١٥).

٤ - أن لا يترتب على إسقاط الحق نتيجة غير مشروعة.

فلو باع شخص شيئاً كان قد آجره أو رهنه قبل البيع، فللمشتري الخيار في أن يفسخ البيع ويسترد الثمن، أو يتنتظر انقضاء مدة الإجارة أو فكاك الرهن ليتسلم المبيع. فلو أسقط حقه في هذا الخيار لا يسقط على الراجع من الآراء (ر: رد المحatar باب التصرف في الرهن) وذلك لأنّه لو سقط خياره لبقي حقه في تسلّم المبيع معلقاً، وذلك ضرر ممحض غير مشروع. فمن المبادئ الشرعية أن الإنسان لا يجرّ على تحمل الضرر الممحض الذي لا يقتضيه العقد ولو رضي به (ر: الدرر باب البيع الفاسد ٢/١٧٠).<sup>(١)</sup>

(١) الذي أرى أنّ التعليل بالنتيجة غير المشروعة إنما ينطبق على حالة المبيع المرهون لا المأجور.

أ - ففي الرهن قد يباع المرهون قضائياً لاستيفاء الدين، فإذا صرّح بإسقاط المشتري السابق حقه في الفسخ يصبح حقه في تسلّم المبيع حقاً احتمالياً ممحضاً، وهذا غرر فاحش غير مشروع.

ب - أما الإجارة فإنّ لها مدة محلّدة تنتهي فيها فلا غرر. فالتعليق الصحيح عندي لعدم صحة إسقاط المشتري حقه في فسخ شرائه إذا تبيّن أن المبيع مأجور هو أن الإجارة عند فقهائنا من العقود الزمية، أي المستمرة (ر: ف ٤٧/١٤) ويصرّحون بأنّها بمثابة عقود متتجددة آتاً فاتأ. فإذا أسقط المشتري حقه في فسخ الشراء تجدد له حق جديد في الفسخ بالتجدد المفترض في عقد الإجارة.

٧٥ - «القاعدة الثامنة عشرة»: «لا يتم التبرع إلا بالقبض».

فالهبة وسائر العقود العينية الأخرى، كالإعارة والإيداع، يعتبر تسليم العين فيها عنصراً متمماً لانعقاد العقد، لا مجرد تنفيذ له. وقد تقدم إيضاح ذلك في مناسبته من نظرية العقود (ر: ف ١٣/٣٠).

٧٦ - القاعدة التاسعة عشرة: «تبديل سبب الملك كتبديل الذات»

(م/٩٨).

هذه القاعدة صيغتها في المجلة هكذا: «تبديل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات». أي كتبديل الشيء المملوك. وعلى هذا فرع الفقهاء:

- أن المشتري إذا باع المبيع، ثم اشتراه ثانيةً من مشتريه، ثم ظهر فيه عيب قديم كان موجوداً فيه عند بائعه الأول، فليس له أن يردده عليه بحكم خيار العيب، لأن المبيع قد عاد إلى ملكه بسبب جديد هو شراؤه الثاني. فليس ملكه الحاضر مستنداً إلى شرائه الأول الذي يريد فسخه الآن. فيعتبر هذا الشيء الآن بأنه غير الشيء الذي كان اشتراه من البائع الأول، لتبدل سبب الملك (ر: ف ٤٥/٢).

- وكذا لو باع الموهوب له الشيء الموهوب، أو وهبه لغيره، ثم عاد إلى ملكه بشراء أو هبة أو أي سبب جديد آخر، انقطع حق الواهب الأول من الرجوع في الهبة، لأنما الشيء الحاضر غير الموهوب السابق.

وفي الفقه الأجنبي الحديث ما يشبه هذه القاعدة. فنظرية التطهير purge في القانون الفرنسي تقاربها في الفكرة.

وبمقتضاهما لديهم يعتبر تملك العين بسبب فيه علنية وحسن نية - كشرائها بالمزاد العلني مثلاً، أو من محل تجاري معروضة فيه - مطهراً لها، أي يحررها من كل حق عيني كان لأحدٍ عليها. فيبقى لصاحب الحق العيني ملاحقة المسؤول عنه بالتعويض (ر: «موجز الحقوق الفرنسية» لدالوز ج ٢ ف ١١٠٧ - ١١١٤).

٧٧ - القاعدة المتممة العشرين» المتعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط» (م/٨٦).

لأن الشرط المتعلق عليه يصبح بارادة المتكلم واعتبار الشرع «سيما جعلياً» فيرتبط الحكم المتعلق وجوداً وعدماً بهذا الشرط كارتباط المسبب بسيبه الشرعي.

وعلى هذا يعتبر الأمر المتعلق بالشرط عدماً قبل وجود الشرط، كما أنه عندما يكون التعليق صحيحاً معتبراً يوجد الأمر المتعلق بوجود الشرط المتعلق عليه فلا يتأثر عنه.

وقد تقدم إيضاح ذلك مع أمثلته في نظرية العقود (ر: ف ٦/٢٨ و ٣/٤٣ - ٦).

### ما يتفرع عنها من القواعد

٧٨ - «المواييد بصورة التعاليق تكون لازمة» (م/٨٤).

الأصل في الوعد أنه لا يلزم صاحبه قضاء وإن كان الوفاء به مطلوباً ديانة.

فلو وعد شخص آخر بفرض أو ببيع أو بهة أو بفسخ أو بابراء أو بأى عمل حقوقى آخر، لا ينشأ بذلك حق للموعود، فليس له أن يجبره على تنفيذه بقوة القضاء.

غير أن فقهاء الحنفية لحظوا أن الوعد إذا صدر معلقاً على شرط فإنه يخرج عن معنى الوعد المجرد ويكتسي ثوب الالتزام والتعهد، فيصبح عندئذ ملزماً لصاحبـه (ر: شرح العـلامـة عـلـي حـيدـر عـلـى المـجـلة). وـذلك فيما يـظـهـر اـجـتـبـاـتـاً لـتـغـيـرـ الـموـعـود بـعـدـ ما خـرـجـ الـوعـدـ مـخـرـجـ التـعـهـدـ.

وقد قال ابن نجيم في الحظر والإباحة من «الأشباه» ٢/١١٠: «الـلاـ يـلـزـمـ الـوعـدـ إـلـاـ إـذـاـ كـانـ مـعـلـقاـ».

وعلى هذا قرر الفقهاء أنه لو قال شخص لأخر: بع هذا الشيء من فلان، وإذا لم يعطك ثمنه فأنا أعطيكه، فلم يعطه المشتري الثمن بعد المطالبة التزم به القائل.

- وكذا لو باع شيئاً بغير فاحش، فقال المشتري للبائع المغبون: إذا ردت إليّ الثمن فسخت لك البيع، كان هذا الوعد ملزماً، ويصبح البيع كبيع الوفاء الذي هو في معنى الرهن. (ر: ف ٩/١٦ في الحاشية ٤٦/٨).

#### ملاحظة:

إن الفقهاء والشراح في المذهب الحنفي لا يتسعون في التمثيل لهذه القاعدة في نطاق المعاملات بأكثر من ذلك. والظاهر أنها لا تطبق على نطاق واسع في جميع المواعيد المعلقة.

وفي الاجتهاد المالكي أربعة آراء فقهية حول لزوم الوعد بالعقد وعدم لزومه قضاء. والمشهور من هذه الآراء أنه يتعبر الوعد بالعقد ملزماً للمواعد قضاء إذا ذكر فيه سبب، ودخل الموعد تحت التزام مالي بمباشرة ذلك السبب بناء على الوعد. وذلك كما لو وعد شخص آخر بأن يقرضه مبلغاً بسبب عزمه على الزواج ليدفعه مهراً، أو لبشتري به بضاعة، فتزوج الموعد، أو اشتري البضاعة، ثم نكل الواعد عن الفرض، فإنه يُجبر قضاء على تنفيذ وعده (ر: الفروق للقرافي ٤/٢٤ - ٢٥، ورسالة الالتزام للحطاب، وهي منشورة في الجزء الأول من فتاوى فتح العلي الملك للشيخ عليش «بحث مسائل الالتزام»<sup>(١)</sup>).

وهذا وجيه جداً، فإنه يبني الإلزام بالوعد على فكرة دفع الضرر الحالى فعلاً للمواعد من تغريم الواعد: فهو أوجه من الاجتهاد الحنفي

(١) وقال أصيبح من فقهاء المالكية: يكفي للإلزام بالوعد ذكر السبب من زواج أو بناء أو غيرهما، ولو لم يباشره المواعد.

الذي يبني الإلزام على الصور اللفظية للوعود هل هي تعليقية أو غير تعليقية، فإنَّ التعليق و عدمه لا يغيِّر شيئاً من حقيقة الوعود<sup>(١)</sup>.

قال والدي الشيخ أحمد الزرقا رحمة الله في شرحه لقواعد المجلة تحت هذه القاعدة (ص ٣٥٨): «ظاهر هذه القاعدة أنها مطلقة عامة في كل وعد أتى بصورة التعليق، والحال خلافه...».

وقد ذكر العلامة علي حيدر في شرحه تحت هذه القاعدة أن المجلة قد أخذتها بنصها من ابن نجم.

هذا، ونظراً لأنَّ من المقرر في المذهب الحنفي أنَّ الأصل في الوعود المجرَّد عدم الإلزام، فإنَّ صيغة هذه القاعدة تعتبر موهمة خلاف المراد.

ويبدو أنَّ المرتكز الفقهي لهذه القاعدة هو أنَّ يصدر الوعود بصورة تُشعر بالالتزام والتعهد، (كما أشار إليه العلامة علي حيدر في تعليله للقاعدة) لأنَّه عندئذ يغُرِّ الموعود، وإصدار الوعود بصيغة التعليق على الشرط هو مما يوحي بمعنى الالتزام والتعهد أو الكفالة.

وفي ضوء ما تقدم أقترح أن تُصاغ هذه القاعدة بصيغة جديدة كما يلي:

«الموايد إذا صدرت بصورة تغُرِّ الموعود وتشعر بالالتزام فإنَّها تكون ملزِمةً للواحد».

**٧٩/٨١ - القاعدة الحادية والعشرون: «يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان» (م/٨٣).**

لما روى عن الرسول عليه الصلاة والسلام: من قوله: «المسلمون

(١) في الفقه الأجنبي الحديث يعتبر الوعود بالعقد ملزماً ضمن شرائط معينة (ر: ف ٤/٣٠ الحاشية) وبذلك جاءت المادة ١٠٣ من القانون المدني السوري الذي صدر خالماً الطبعة الثالثة من هذا الكتاب.

على شروطهم» كما تقدم (ر: ف ٢/١٠ ب و ٤١/٧).

والشرط المقصود في هذه القاعدة هو الشرط التقييدي لا التعليقي (ر: ف ٤٣/٢) فيجب احترامه وإنقاذه بقدر الإمكان.

والمراد بقدر الإمكان أن لا يخالف قواعد الشريعة في نظام العقود.

وقدمنا أن الاجتهادات المذهبية مختلفة جداً توسيعاً وتضييقاً في حدود هذه المخالفة والموافقة، وبالتالي فيما هو مقبول أو مرفوض من المشارطات العقدية، (ف ٤٢/١ - ٥) وإن أوسعها الاجتهد الحنبلي، كما أوجزنا نظرية الاجتهد الحنفي في ذلك، فليرجع إليها هناك (ف: ٤٣/١٢ - ١٤).

٨٠/٨١ - القاعدة الثانية والعشرون: «الجواز الشرعي بباقي الضمان» (م ٩١).

الضمان: هو التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير.

ومعنى هذه القاعدة أنه لا يتربّ على شخص ضمان بسبب فعله أو عدم فعله شيئاً إذا كان ذلك منه جائزأً شرعاً، لأن توسيع الشارع ذلك الفعل أو الترك يقتضي رفع المسؤولية عنه؛ وإلا لم يكن جائزأً.

وعلى هذا فروع كثيرة:

- منها ما لو حفر إنسان في ملكه الخاص حفرة، فتردى فيها حيوان لغيره، فلا يضمنه لأن حفره هذا جائز.

بخلاف ما لو حَفِرَ في الطريق العام لأنه يكون عندئذ معتدياً على حق العامة، فيضمن الضرر.

- وكذا لو حَمَلَ المستأجر الدابة المأجورة قدر المعتمد فهلكت، فإنه لا يضمنها لأن فعله جائز. أما لو حملها أكثر من المعتمد فإنه يضمنها.

- ولو امتنع الملقيط عن تسليم اللقطة لصاحبها حتى يأخذ النفقه التي

أنفقها بإذن القاضي عليها، فهلكت اللقطة في يده، لم يضمنها ولا تسقط نفقته بها لولاها، لأن امتناعه جائز؛ أما إذا لم يكن له عليها نفقة، فإنه يكون معدياً بالمنع فيضمنها.

وهذه القاعدة فيما يظهر مقيدة بأن يكون الجواز الشرعي جوازاً مطلقاً، فلو كان جوازاً مقيداً فإنه لا ينافي الضمان.

- ولذلك يضمن المضطر قيمة طعام الغير إذا أكله لدفع الهملاك عن نفسه كما تقدم (ر: ف ٣٤/٨١) مع أن أكله واجب لا جائز فقط، وذلك لأن هذا الجواز مقيد شرعاً بحفظ حقوق الغير.

- وكذا يضمن قائد الدابة وراكبها في الطريق العام ما تتلفه بقوائمها أو بفمها. وذلك لأن السير في الطريق العام، وإن كان جائزاً، هو مقيد شرعاً بشرط السلامة في كل ما يمكن التحربز منه<sup>(١)</sup>. (من شرح والدي رحمه الله على القواعد بتصريف وإيضاح).

وبهذا التخريج تقل مستثنias هذه القاعدة، فإن الشراح يعدون هذين الفرعين وأمثالهما من مستثنiasها.

وعليه كان ينبغي أن يقال في القاعدة: «الجواز الشرعي المطلق ينافي الضمان».

#### ٨١/٨١ - القاعدة الثالثة والعشرون: «الخرج بالضمان» (م/٨٥).

**خرج الشيء:** هو الغلة التي تحصل منه كمنافع الشيء، وأجرة الدابة. والضمان: تقدم تفسيره في القاعدة السابقة.

هذه القاعدة نص حديث نبوي رواه أحمد في مسنده، وأصحاب السنن الأربع، والحاكم في المستدرك، وصححه الترمذى (١٢٨٥) في البيوع

(١) ر: الدر المختار وحاشيته، باب جنایة البهيمة من كتاب الديات ٣٨٦/٥.

ومعناه: أن استحقاق الخراج سببه تحمل الضمان، أي تحمل تبعه ال�لاك. فمنافع الشيء وغلوته يستحقها من يكون هو المتحمل لخسارة هلاك ذلك الشيء لو هلك، فيكون استحقاق الثمرة في مقابل تحمل الخسارة.

وقد ورد هذا الحديث في حادثة خلاصتها أن شخصاً اشتري عبداً واستغله زماناً، ثم وجد فيه عيباً قداماً. فخاصم البائع إلى الرسول عليه الصلاة والسلام، فقضى بره على البائع. فقال يا رسول الله: إنه قد استغل غلامي! فقال عليه الصلاة والسلام: «الخراج بالضمان» (ر: كتاب «أقضية رسول الله» للقرطبي في البيوع ص/٧٦).

والخرج المقصود بهذا الحكم فيما يظهر هو ما كان غير متولد، وذلك كالمنافع والأجرة على أن يكون أيضاً مستنداً إلى حالة مشروعة، كالشراء، وفقاً لما يدل عليه مورد الحديث<sup>(١)</sup>.

أما الزواائد المتولدة؛ كولد الدابة ولبنها وصوفها وثمر الشجر، فإنها تحكم فيها قاعدة شرعية أخرى تجعلها لمالك أصلها المتولدة منه دون نظر إلى الضمان وعدمه، لأنّ من أسباب الملكية التولد من المملوك كما تقدم (ر: ف ٩/٢٣).

- ولذلك إذا ولدت الدابة المغصوبة عند الغاصب فولدها للملك لا للغاصب مع أن ضمان هلاكها على الغاصب.

- وكذا لو ولدت الدابة المبيعة عند البائع قبل تسليمها إلى المشتري فولدها ولبنها للمشتري، وليس للبائع أن ينتفع بها أو يؤجرها، مع أنّ ضمان هلاك المبيع قبل تسليمه إلى المشتري هو على البائع.

وبهذا التفسير للخراج وحالة ارتباطه بالضمان لا تكون مثل هذه

(١) فإن كان الضمان جزائياً بسبب غير مشروع كالغصب فإنه لا يبيح للضامن خراج الشيء المضمون. ولذا لا تباح للغاصب منافع المغصوب وإن كان ضامناً له.

الأحكام مشكلة على القاعدة ومستثنة منها، لأنها خارجة عن المعنى المقصود بنص الحديث.

٨٢ - القاعدة الرابعة والعشرون: «الغرم بالغنم» (م/٨٧).

هذه القاعدة تعبّر عن عكس القاعدة السابقة «الخروج بالضمان»، فتبيّد أنَّ الضمان أيضًا بالخروج. أي أنَّ التكاليف والخسارة التي تحصل من الشيء تكون على من يستفيد منه شرعاً:

- فنفقة رد العارية إلى المعير يلتزم بها المستعير. بخلاف رد الوديعة، فإن كلفته على المالك المودع، لأنَّ الإيداع لمصلحته.
- وأجرة كتابة صك المبادلة على المشتري، لأنَّها توثيق لانتقال الملكية إليه.
- ونفقة تعمير الملك المشترك وترميمه على الشركاء بنسبة حصصهم.
- وبيت المال يتحمل نفقة اللقيط، وهو الطفل المنبوذ المجهول النسب، حيث تعود أيضًا تركته إلى بيت المال إذا مات.

٨٣ - القاعدة الخامسة والعشرون: «النعممة بقدر النسمة، والنسمة

بقدر النعممة» (م/٨٨).

الجملة الأولى من هذه القاعدة ترافق قاعدة: «الخروج بالضمان».

والجملة الثانية منها ترافق القاعدة السابقة: «الغرم بالغنم».

٨٤ - القاعدة السادسة والعشرون: «الأجر والضمان لا يجتمعان»

(م/٨٦).

الأجر بدل المنفعة عن مدة ما. والضمان المقصود هنا هو الالتزام

بقيمة العين المتفع بها (ر: ف ٨٠/٨١).

هذه القاعدة حنفية النسب لا يتبناها جمهور المذاهب الفقهية الأخرى.

وهي عند الحنفية تتصل اتصالاً وثيقاً بنظرية المشهورة في عدم ضمان

الغاصب منافع المغصوب، تلك النظرية التي تقدمت الإشارة إليها وإلى انتقادها (ر: ف ٣/٧٧).

- وعلى هذه القاعدة يفرّع الحنفية أنه: لو استأجر شخص دابة مثلاً ليركبها إلى مكان معين، فذهب بها رأساً إلى مكان آخر يعتبر متعدياً في حكم الغاصب، ويخرج عن صفة الأمين التي هي الصفة الأصلية شرعاً للمستأجر، فإذا هلكت الدابة عنده قبل ردها إلى مالكها يضمن قيمتها ولا أجر عليه، لأنَّ الأجر والضمان لا يجتمعان.

- وكذا إذا لم تهلك فردها سليمة ولو بعد شهور لا أجر عليه أيضاً!! لأنَّه كان في حالة مسؤولية بضمانتها لو هلكت عنده (ر: أول بحث إجارة الدواب من الفتاوى الخانية، وقواعد الحمزاوي مسائل الإجارة ص/٨٢).

يتضح من هذه التفريعات وأمثالها أنه ليس المراد بالضمان في هذه القاعدة الضمان المتحقق الواقع فعلاً، أي بأن تهلك العين فيلتزم الشخص بقيمتها، بل المراد به في النظر الحنفي كون الشخص عرضة لضمان العين، وذلك بأن يكون بحالة يعتبر فيها هو المسؤول بقيمة العين إن هلكت، سواء أوقع ال�لاك فعلاً أم لم يقع، أي أن يكون في حالة تحمل التبعية.

وهذا في منتهى الغرابة كما ترى. فهو تفريغ نظري محض لم ينظر فيه إلى مصلحة التطبيق. فهو يفسحُ للناس مجال الاحتيال للانتفاع بأموال الغير بلا بدل، فيعقدون الإجارة على غير المنفعة التي يريدون، ثم يخالفون إلى الانتفاع بما يريدون دون التزام بعوض ولا يبالون ضمان المأجور عند ال�لاك لأنَّه نادر.

ولو أنَّ فقهاء الحنفية خصصوا القاعدة بحالة وقوع الضمان وتحقيقه، كما إذا هلكت الدابة مثلاً في هذه الحال والتزم المستأجر بقيمتها لكان لها وجه، إذ يقال أنَّ ضمان الأصل تندمج فيه المنافع مع أنَّ ذلك أيضاً غير قوي.

وجمهور المذاهب الأخرى يجتمع في نظرها الأجر والضمان. ففي هذه الحادثة مثلاً يتلزم المستأجر بأجر المثل عن المنافع التي استوفاها بلا

حق بحسب المدة، ويضمن فوق ذلك قيمة الأصل يوم الهلاك إذا هلك.  
(ر: المغني والشرح الكبير، كتاب الغصب ٤٠٢/٥ و ٤٣٦).

على أن الحنفية يقيّدون هذه القاعدة بأن لا يكون الأجر قد استقرَ على الشخص قبل صدوره في حالة ضمان للعين. فإذا كان الأجر المسمى قد استقرَ عليه قبلاً، كما لو استوفى المنفعة المعقود عليها أولاً، ثم تجاوز حتى صار متعدياً في حكم الغاصب، فإنه - وإن أصبح متحملاً لتبعة هلاك المأجور - يلزم المأجور الأجر عندهم إذا لم يهلك.

أما إذا هلك المأجور بعد التعدي قبل الرد إلى المالك فإنه يضمنه ولا أجر عليه عندئذ على كل حال، لأن دماج ضمان المنافع في ضمان الأصل.  
٨٥/٨١ - القاعدة السابعة والعشرون: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن» (م/٩٦).

عبارة القاعدة في المجلة «بلا إذنه» أي إذن المالك:

وقد رجحنا حذف الضمير ليشمل إذن الشرع.

التصرف في ملك الغير إما فعلي، وإما قولي بطريق التعاقد:  
أ - فالتصرُّف الفعلي في ملك الغير، بالأخذ، أو الاستهلاك، أو الحفر في الأرض ونحو ذلك، دون إذن يُعتبر تعدياً. والمتصرف في حكم الغاصب ضامن للضرر.

وقد يكون مصدر الإذن الشعْر أو العرف، كما لو ذبح الراعي شاة أصبت ولا ترجي حياتها، فإنه لا يضمن (ر: القواعد الفقهية للشيخ محمود الحمزاوي في مسائل الغصب ص/١٩١).

ب - وأما التصرف القولي بطريق التعاقد، كبيع مال الغير أو هبته أو رهنه أو إجارته أو إيداعه أو غير ذلك ففيه تفصيل:

- فإن أعقبه من المتصرف تنفيذ بالتسليم أصبح تصرفاً فعلياً، وأخذ حكم الغصب.

- وإن بقي تصرفه في حَبْزِ القول كان فضولاً. والمتصرف الفضولي يتوقف عقده على إجازة المالك. ولا شيء على المتصرف إذ لا ضرر للمالك من هذه التصرفات القولية الممحضة مادام الخيار له في قبولها أو رفضها.

والإجازة تلحق الأفعال كالأقوال، فالتصرُّف الفعلي بلا إذن المالك إذا أجازه المالك بعدئذ انقلب مأذوناً.

ونفاذ تصرُّف الولي أو الوصي على القاصر ليس استثناء من القاعدة بل هو مأذون به شرعاً لأنَّه مستند إلى ولادة.

يتضح من ذلك أنَّ عدم الجواز، المعتبر به في هذه القاعدة، يفسر بمعنىين مختلفين بحسب كون التصرُّف فعلياً أو قولياً:

- ففي حالة التصرُّف الفعلي دون إذن المالك يفسر عدم الجواز بمعنى المنع الموجب للضمان.

- وفي حالة التصرُّف القولي يفسر عدم الجواز بمعنى عدم النفاذ.

### ما يتفرَّع عنها من القواعد:

٨٦ - أ. «الأمر بالتصرُّف في ملك الغير باطل» (م/٩٥).

لأنَّ فاقد الشيء لا يعطيه؛ فمن لا يملك التصرُّف لا يملك الأمر به. وعلى هذا لو أمر شخص غيره بأن يأخذ مال آخر، أو يلقنه في البحر أو يحرقه، أو أن يذبح شاته، فلا عبره لأمره، والضمان على الفاعل.

هذا إذا كان المأموم عالماً بأُنَّ المال لغير الأمر. أما لو لم يكن عالماً وأوهمه الأمر أنه له، كما لو قال له: اذبح لي شاتي هذه (بياء المتكلِّم)، فإنَّ لصاحب المال تضمين المأموم، وللمأموم أن يرجع على الأمر بما ضمن لتغريمه إياه.

- ومن الفروع الفقهية المهمة لهذه القاعدة ما لو أودع شخص بعض

ماله وقال للوديع: إذا أنا مت فادفعه لابني، ففعل، وكان للميت المودع وارث آخر، فإن الوديع يضمن، لأن الوديعة بعد موت المودع تصبح ملك الورثة جميعاً، فأمره بالدفع إلى أحدهم باطل.

وكذا لو أمره بدفعه إلى أجنبي غير وارث. (من شرح والدي رحمة الله على القواعد نقلأً عن الفصل/٢٨ من جامع الفصولين).

- ولو قال الدائن للمدين: ارم ديني في البحر فرمى هذا مقدار الدين لم يبرأ، لأن الدين شاغل للذمة اعتباراً، وليس متعلقاً بعين مال المدين. فقد رمى مال نفسه، والأمر باطل، وعليه دفع الدين. (ر: شرح هذه القاعدة للعلامة علي حيدر).

على أن هذه القاعدة مقيدة بأن لا يكون الأمر مجبراً كما سترى في القاعدة/٢٨.

٨٧/٨١ - ب - «لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي» (م/٩٧).

لأنه إذا لم يكن للشخص حق التصرف القولي في مال الغير بلا إذنه كما أفادته القاعدتان السابقتان فمقتضى الأولوية ليس لهأخذ مال الغير بلا مسوغ شرعي.

فإذا أخذه كان ضامناً حتى يرده، لقول الرسول عليه الصلة والسلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه». رواه أحمد في مسنده وأصحاب السنن الأربعة (ر: ف ٢/١٠ ب).

- وعلى هذا يلزم رد بدل الصلح<sup>(١)</sup> إذا اعترف قابضه بعد الصلح أنه لم يكن له حق.

(١) بدل الصلح: هو ما يتفق المتصالحان على أن يدفعه أحدهما للأخر حسماً للتزاع في الحق المتنازع فيه (ر: ٤٦/١٨).

- وكذا يجب رد ما دفعه الإنسان على ظن أنه مدين ثم تبيّن خلافه  
كما تقدم (ر: ف ١٦/٨١).

- وإذا التقط الشخص اللقطة لنفسه كان غاصباً ضامناً. فيجب أن  
يلتقطها بقصد حفظها وتعريفها وردها لصاحبها متى ظهر. وإن لم يظهر  
صاحبها فسيلها الصدقة.

- وعلى هذا أيضاً كان التقادم (أي مرور الزمان) إنما يمنع فقط سماع  
الدعوى بالحق أو بالعين أمام القضاء. ولكن المدعى عليه لا يسقط عنه  
الحق ولا يتملك الشيء بالتقادم، بل عليه رده في حكم الديانة، لأنَّ التقادم  
ليس سبباً مملكاً من أسباب الملكية، وإنما هو حاجز قضائي كما تقدم بيانه  
(ر: ف ٤/٢٣).

أما إذا كان أخذ مال الغير مستندًا إلى حق ثابت فإنه يجوز ولو دون  
رضى صاحب المال.

بل قد أفتى المتأخرون بأنه يجوز من جهة الديانة أخذ الدائن حقه  
الصحيح الثابت من مال المدين المماطل أو الجاحد إذا دخل في يد الدائن  
ولو بدون علم المدين، ومن غير جنس الدين، وليس مقتضياً به، وذلك  
لفساد الذم كما تقدم، وإن كان نظام القضاء في الشريعة لا يقرُّ له هذا  
الأخذ. وهذا مما يختلف فيه حكم الديانة عن القضاء (ر: ف ٤/٢ و ٢٣/  
١٠ الحاشية الأخيرة).

٨٨/٨١ - القاعدة الثامنة والعشرون: «يضاف الفعل إلى الفاعل لا  
الأمر، ما لم يكن مجبراً» (م ٨٩).

وذلك لأنَّ الأمر إذا كان مجبراً كان المأمور في حكم الآلة (ر: الدر  
المختار، وحاشيته في الإكراه ٥/٨٥).

المراد بالفعل هنا ما فيه تعد على مال أو نفس:  
- فلو أمر شخص آخر بإتلاف مال الغير، أو بحفر حفرة في الطريق

العام فوقع فيها حيوان، أو بارتكاب جريمة ففعل ذلك، كان المأمور هو المسؤول الضامن، لأنّه هو الفاعل دون الأمر.

- ومن أمر غيره بعقد متعلق بالمأمور نفسه كان المأمور العاقد هو الملتم بعده ولو أنّ العقد في غير مصلحته.

- بخلاف ما لو أكرهه الأمر على العقد، فإنّ له الخيار في الإمساء أو الفسخ بعد زوال الإكراه.

ومتى أضيف الفعل إلى الأمر لكونه مجبأً (بصيغة الفاعل) ترتب في حقه مسؤولية المكره (بصيغة الفاعل) المفصلة في بحث الإكراه من الكتب الفقهية، بحسب كون الإكراه ملجأً أو غير ملجأ. وكونه إكراهاً على تصرف قولي أو على فعل. وقد تقدّمت خلاصة عنها في بحث الإكراه من عيوب الرضا في نظرية العقود، وفي شرح القواعد (ر: ف ٣٤ / ٨١ و ٤ / ٢٢).

- والفروع الفقهية تدل على أنّ القاعدة مقيدة بأن لا يكون الفعل المأمور به لمصلحة الأمر، وإنّ كان الأمر عندئذ في حكم الوكالة يقوم فيها المأمور مقام الأمر في حدود الأمر، وينفذ عليه تصرفه.

وذلك كما لو أمره بقضاء دين على الأمر، أو بالإنفاق عليه أو بناء داره مثلاً، فإنّ المأمور عندئذ يكون كوكيل يرجع على الأمر بما دفع أو أنفق.

- والإكراه الذي يضيف الفعل إلى الأمر قد يكون حكماً تقديرياً كما لو كان الأمر سلطاناً فإنّ أمره إكراه (ر: قواعد الحجازي مسائل الغصب ص ١٩٦).

- ومثل ذلك ما لو كان الأمر بالغاً عاقلاً، والمأمور قاصراً صبياً أو مجنوناً، فإنّ المأمور يضمن أولاً نتائج ما يفعل أو يتلف، ولكنه يرجع على الأمر، لأنّ أمر الكبير العاقل للقاصر في حكم الإكراه.

بخلاف ما لو كان الأمر صبياً مثله، فإنَّ أمره غير معتبر، والضمان يستقرُ على المأمور.

- ومثل الإكراه في الحكم التغريب، كما لو قال له: احفر لي في هذا الجدار، أو في جداري هذا (بياء المتكلم)، وكان الجدار لغيره والمأمور لا يعلم، فإنه يضمن ويرجع على الأمر.

بخلاف مالو قال له: «احفر في هذا الجدار» فإنه لا تغريب فيه، والضمان على المأمور، إلا أن يكون الأمر ساكناً في الدار، فيكون عندئذ تغريباً أيضاً، لأنَّ سكانه قرينة توهם المأمور أنَّ الدار للأمر.

وعلى هذا كان ينبغي أن يقال في القاعدة: «ما لم يكن الأمر مجبراً أو مغرياً».

وفي كل موطن يضاف فيه الفعل إلى الأمر، فإنَّ الخصومة القضائية في الضمان تكون مع المأمور، أي تقام الدعوى من المتضرر على المأمور لا على الأمر. فيضمن المأمور أولاً لأنَّه مباشر، ثم يرجع على الأمر. (من شرح والدي رحمة الله نقاً عن رسالة «التحرير في ضمان الأمر والمأمور والأجير» للعلامة الشيخ محمود الحمزاوي)<sup>(١)</sup>.

٨٩/٨١ - القاعدة التاسعة والعشرون: «المباشر ضامن وإن لم يتعمد» (م/٩٢).

المباشر هو الذي يحصل الأثر بفعله. والمراد به في القاعدة من يباشر عملاً مُضِرَاً بغيره.

فمن باشر إتلافاً بأي طريقة كانت فهو ضامن سواء أكان عاماً أو مخططاً:

- فلو زلت رجل إنسان فسقط على شيء لغيره فأتلفه أو أضره، أو

(١) هذه الرسالة مطبوعة في دمشق سنة ١٣٠٣هـ.

طارت شرارة من دكان حداد فأحرقت ثوب شخص، أو انقلب طفل على آنية شخص فكسرها، كان كل أولئك ضامنين ما أتلفوا أو أفسدوا (ر: ف ١٣/٦٦ و ٥/٥٩).

٩٠/٨١ - القاعدة المتممة للثلاثين: «المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد» (م/٩٣).

المتسبب في حادثة هو الذي يفعل ما يؤدي إليها، ولا يباشرها مباشرة. والنظر الشرعي في التسبب لضرر الغير أنه:

أ - إذا انفرد التسبب في الميدان كان من موجبات الضمان بشرط أن يكون المتسبب متعمدياً.

- مثال ذلك ما لو حفر شخص حفرة في الطريق العام بدون إذنولي الأمر، أو بإذنه ولكنه أهمل بعض القيود، كما لو أذن له بالحفر على أن يضع حواجز حول الحفرة فلم يضعها، فوقع فيها حيوان أو شخص أعمى. فإنّ المتسبب، وهو الحافر، يضمن ضرر الأنفس والأموال.

- وكذا لو قطع شخص حبل قنديل معلق فسقط، أو شق زق سمن فسال، أو فتح باب قفص أو اصطبل حتى فر الطائر أو الدابة، فإنه يضمن في كل ذلك.

ب - فإذا لم يكن المتسبب متعمدياً، كمن حفر حفرة في أرضه فدخل حيوان لجاره وسقط فيها، أو حفر حفرة في الطريق العام بإذن ولبي الأمر وحوّط حولها، سقط فيها شخص أو حيوان، فلا ضمان عليه (ر: شروح المجلة للعلامة علي حيدر وغيره م/٩٢ - ٩٣).

يستخلص مما تقدم في هذه القاعدة والتي قبلها أن التعدي هو الأساس الملحظ للتضمين في حالي المباشرة والتسبب على السواء، وأن التعدي يكون:

١ - إما بتجاوز الفاعل على الشخص المضرور أو على حقوقه رأساً كما في حالة المباشرة.

٢ - وإما بتجاوزه الحدود المأذون بها شرعاً حتى تفضي إلى ضرر الغير، كما في حالة التسبُّب.

ومتى وجد التعدي لا ينظر بعد ذلك إلى التعمُّد والقصد، لأنَّ حقوق الغير مضمونة شرعاً في حالتي العمد والخطأ، بل حتى في حالة الاضطرار المبيح للمحظورات كما تقدم (ر: ف ٣٥/٨١).

فالفروع الفقهية تفيد أنَّ كلاًً من المباشرة والتسبُّب لضرر الغير موجب للضمان متى وجد التعدي بمعناه المشروح. سواء قصد الفاعل الفعل أو الضرر قصداً معتبراً أم لم يقصد.

ولذا لو صاح المجنون بدابة أحد حتى جفلت وأضررت بمال أو نفس، كان ضامناً في ماله، وإن لم يستحق عقوبة، مع أنه في ذلك متسبُّب تسبِّياً وليس مباشراً، ولا يعتبر له قصد إلى فعل أو ضرر.

يتضح من ذلك أنَّ التعبير بلفظ «التعمد» الوارد في قاعدة «المتسبُّب» هذه إنما المراد به معنى التعدي لا معنى القصد، وهو تعبير غير سديد لاسيما في قاعدة، لأنه موهم. ولم أر من نبه على ذلك من الشرائح.

ج - وأما إذا لم ينفرد التسبُّب بل اجتمع في الحادثة متسبُّب ومباشر فهذا موضوع القاعدة التالية:

**٩١/٨١ - القاعدة الحادية والثلاثون: «إذا اجتمع المباشر والمتسبُّب يضاف الحكم إلى المباشر» (م ٩٠).**

واجتماع المتسبُّب والمباشر في حادثة يكون بأن يتخلل بين عمل المتسبُّب وحدوث الحادثة فعل شخص آخر مختار.

فهذا الشخص عندئذ يكون مباشراً، فيضاف الفعل إليه لأنَّه أصلق به

من المتسبب السابق، ويكون هو الضامن للضرر ولو كان المتسبب أيضاً معتدياً، لوجود من هو أولى بتحمل التبعـة، وهو المباشر.

وعلى هذا: لو حفر شخص في الطريق العام دون إذن، فجاء شخص آخر وألقى في الحفرة حيواناً لغيره، كان هذا الملقى هو الضامن دون الحافر.

بخلاف ما لو سقط الحيوان من نفسه، فإن الحافر يضمن لانفراـد التسبب.

- وكذا لو دلَّ شخص لصاً على مال غيره فسرقه، فالضمان على اللص لا على الدال.

بخلاف ما لو دلَّ الوديع على مكان الوديعة التي عنده لصاً فسرقها، فإن الوديع يضمن هنا لأنه متـعهد بالحفظ، وهذه الدلالة خيانة أو تقـصـير، فتـوجـب عليه الضمان. ولصاحب الوديعة تضمين اللص أيضاً إن عـرفـ لأنـهـ مباشر ضامـنـ علىـ كلـ حالـ.

٩٢/٨١ - القاعدة الثانية والثلاثون: «جنـاهـةـ العـجمـاءـ جـبارـ» (مـ/٩٤).

هذه القاعدة حديث نبوـيـ لـفـظـهـ: «الـعـجمـاءـ جـرـحـهاـ جـبارـ» أخرـجهـ البخارـيـ وـمـسـلـمـ وـمـالـكـ وـأـحـمـدـ فـيـ مـسـنـدـهـ،ـ وـأـصـحـابـ السـنـنـ الـأـرـبـعـةـ عـنـ أـبـيـ هـرـيـرـةـ رـضـيـ اللـهـ عـنـهـ.

والـعـجمـاءـ الـبـهـيـمـةـ.ـ وـجـرـحـهاـ معـناـهـ هـنـاـ مـاـ يـصـدـرـ عـنـهـ مـنـ ضـرـرـ.

وـمـعـنىـ كـوـنـهـ «جـبـارـاـ» (بـضمـ الجـيمـ) أـنـ هـدـرـ لـاـ مـؤـاخـذـةـ فـيـهـ وـلـاـ ضـمـانـ.ـ وـيـلـاحـظـ فـيـ هـذـاـ الـمـوـضـوـعـ مـاـ يـلـيـ:

أـ.ـ الـمـرـادـ بـالـقـاعـدـةـ مـاـ تـفـعـلـهـ الـبـهـائـمـ مـنـ تـلـقـاءـ نـفـسـهـ.

-ـ وـذـلـكـ كـمـاـ لوـ قـطـعـتـ رـيـاطـهـ وـشـرـدـتـ أـوـ جـفـلتـ،ـ أـوـ نـفـحـتـ بـرـجـلـهـ،ـ فـأـضـرـتـ أـحـدـاـ،ـ فـلـاـ ضـمـانـ عـلـىـ صـاحـبـهـ.

- وكذلك لو اغتالت هرة شخص طائر غيره، أو ربط شخصان دابتيهما في مكان مأذون بالربط فيه فأتلفت إحداهما الأخرى، فلا ضمان على أحد.
- ب - أما لو كانت جنائية العجماء منبعثة عن فعل إنسان، كما لو كان الشخص راكباً للدابة ولو في أرضه فداست شيئاً للغير، فإنه ضامن، لأنه يعتبر مبادراً.
- وكذا لو أجهلها شخص فضررت أحدها، فإنه يضمن جنائيتها لأنه متسبب بإجهالها.

(ر: باب جنائية البهيمة والجنائية عليها في كتاب الديات في الدر المختار وحاشيته ٣٨٧/٥).

٩٣/٨١ - القاعدة الثالثة والثلاثون: «الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة» (م/٥٩).

فلا يملك القاضي أن يتصرف في مال القاصر أو الوقف مع وجود الوصي أو الممولي.

وقد تقدم الكلام على هذه القاعدة في نظرية الأهلية والولاية (ر: ف ٩/٦٦).

#### الاستثناءات:

- ويستثنى من القاعدة أن للقاضي حق إيجار عقار الوقف مدة طويلة عند الحاجة إلى التعمير، وليس للممولي ذلك.
- وكذا للقاضي إفراض مال القاصر، وليس للأب أو للوصي ذلك (ر: ف ٦/٦٢).

والسبب في هذا الاستثناء أن صيانة مال الأوقاف والأيتام هي من الحق العام. فتجاوز الحدود المسموحة للأولياء والأوصياء والقوام يعود إلى تقدير الولي العام. ولذا كان للقاضي محاسبتهم وعزلهم عند الاقتضاء

بمقتضى النظر العام (الولاية العامة)، وإن كان ليس له أن يباشر العقود عنهم مع وجودهم (من شرح والدي رحمة الله على القواعد).

#### ٩٤/٨١ - القاعدة الرابعة والثلاثون: «التصريف على الرعية منوط

بالمصلحة» (م/٥٨).

هذه القاعدة ترسم حدود الإدارة العامة والسياسة الشرعية في سلطان الولاية وتصرفاتهم على الرعية. فتفيد أنّ أعمال هؤلاء الولاية وتصرفاتهم النافذة على الرعية الملزمة لها في حقوقها العامة والخاصة يجب أن تبني على مصلحة الجماعة وتهدف إلى خيرها.

ذلك لأنّ الولاية، من الخليفة فمن دونه من العمال الموظفين في فروع السلطة الحكومية، ليسوا عملاً لأنفسهم، وإنما هم وكلاء عن الأمة في القيام بأصلاح التدابير لإقامة العدل، ودفع الظلم، وصيانة الحقوق والأخلاق، وضبط الأمن، ونشر العلم، وتسهيل المرافق العامة، وتطهير المجتمع من الفساد، وتحقيق كل ما هو خير للأمة في حاضرها ومستقبلها بأفضل الوسائل، مما يعبر عنه بالمصلحة العامة.

فكل عمل أو تصريف من الولاية على خلاف هذه المصلحة، مما يقصد به استثمار أو استبداد، أو يؤدي إلى ضرر أو فساد، هو غير جائز:

- فليس لولي الأمر أن يغفو عن عقوبات الحدود مطلقاً، ولا عن غيرها من الجرائم أو العقوبات إذا كان في ذلك تشجيع على الإجرام واستخفاف بنتائجـه.

- وكذا ليس له أن يهدى الحقوق الشخصية للمجنى عليهم بحال من الأحوال، ولا أن يبطل أقضية القضاة.

- وكذا ليس لإمام أو أمير أو قاض أن يمنع محاسبة من تحت أيديهم أموال العامة أو القاصرين، كالمتولين على الأوقاف وكالأوصياء.

- ولا أن يسمح بشيء من المفاسد المحرمة شرعاً، كالفسق والخمر والقامار، ولو بحججة جبائية الأموال والضرائب منها.

- ولا أن يولي غير أمن، أو غير كفي، عملاً من الأعمال العامة. والأصل في ذلك قول الرسول عليه الصلاة والسلام:

«ما من عبد يسترعيه الله عز وجل رعية يموت وهو غاش رعيته إلا حرم الله تعالى عليه الجنة» رواه البخاري في الأحكام، ومسلم في الإيمان. قوله عليه الصلاة والسلام أيضاً: «ما من أمير يلي أمور المسلمين، ثم لم يجهد لهم وينصح لهم كنصحه وجهده لنفسه، إلا لم يدخل معهم الجنة». رواه مسلم والطبراني. (وجملة «كنصحه وجهده لنفسه» في رواية الطبراني).

وقوله عليه الصلاة والسلام: «من استعمل رجلاً من عصابة (أي جماعة)، وفيهم من هو أرضى الله منه، فقد خان الله ورسوله والمؤمنين». (رواية الحاكم في الأحكام عن ابن عباس).

وقوله ﷺ: «لا طاعة لمحلوق في معصية الله».

رواية أحمد في المسند من حديث عمران، والحاكم بن عمرو الغفارى.

٩٥/٨١ - القاعدة الخامسة والثلاثون: «يقبل قول المترجم مطلقاً» (م/٧١).

المترجم والترجمان هو الذي يفسّر لغة بأخرى.

فإذا كان أحد المتدعين أو كلامها، أو الشهود أو بعضهم، لغتهم غير لغة الحاكم يعتمد الحاكم ترجماناً ينقل إليه الكلام.

فهذا الترجمان مؤمن وقوله حجة، بشرط أن تتوافر فيه صفتان:

١ - أن يكون عدلاً غير فاسق، لأن الفاسق غير مؤمن.

٢ - وأن يكون عالماً باللغتين علمًا كافياً يؤمن معه الخطأ والخلط.  
ولا يشترط تعدد التراجمة كنصاب الشهادة، بل يكتفي بالمترجم  
الواحد.

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

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

٩٦ - القاعدة السادسة والثلاثون: «دليل الشيء في الأمور الباطنة  
يقوم مقامه» (م/٦٨).

إن لهذه القاعدة صلة وثيقة بمبدأ القضاء بالقرائن.

الأمور الباطنة هي الحقائق الخفية المحجوبة التي يتغدر أو يتعرّض  
الاطلاع عليها، مع أنها تختلف بوجودها وعدمها الأحكام، وتحتاج إلى  
إثبات.

فالنظر الشرعي أن ما كان كذلك لا يبحث عن حقيقة وجوده في  
الواقع، بل ينظر إلى دلائله، فيقوم وجودها مقام وجوده، وترتبط الأحكام  
بتلك الدلائل وجوداً وعدماً، ولا يلتفت إلى احتمال خلافها:

- فالإرادة الحقيقية مثلاً في العقود هي خفاء، فيقوم دليلها وهو الإرادة  
الظاهرة بالإيجاب والقبول مقامها، فينعدم بهما العقد، ما لم يتحقق انتفاء  
الإرادة الحقيقية كما تقدم (ر: ف ٤/٣٢).

- واستعمال القاتل آلة قتاله دليل على قصده القتل، فلا يقبل منه ادعاء  
الخطأ، بل يقوم وجود الآلة القاتلة مقام القصد الباطني الخفي.

- وترك الادعاء بالحق مدة التقادم مع عدم المانع من الادعاء دليلاً أن  
المدعى غير محق في الواقع. فلا تقبل دعواه، إلا أن يقر خصمته فتنتفقي  
الريبة (ر: ف ٤/٢٣).

## من أين لك هذا؟

- ومن الفروع المهمة لهذه القاعدة في أعمال الإدارة العامة أن عمال الحكومة، وجباة بيت المال، ومتولى الأوقاف وكتبتها ونحوهم إذا ظهرت عليهم مظاهر الغنى وبنوا الأبنية دون أن يعرف لثرائهم مصدر، كان ذلك دليلاً على خيانتهم وارتشائهم. فيجوز عزلهم ومصادرة أموالهم، مالم يثبتوا لها مصدرأ (من شرح والدي رحمة الله على القواعد نقاً عن «الدر المختار» قبيل بحث كفالة الرجلين من كتاب الكفالة)<sup>(١)</sup>.

### ٩٧/٨١ - القاعدة السابعة والثلاثون: «المرء مؤاخذ بآثاره» (م/٧٩).

(١) وقد فعل ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فكان إذا استعمل عاملأ (موظفاً) أحصى ماله في سجل مكتوب. ثم إذا وجد عنده فضلاً ليس له مصدر صادره أو شاطره إيه على حسب قوة التهمة، ووضعه في بيت المال.  
وقد مر عمر ببناء يبني بالحجارة والجص، فقال: لمن هذا؟ فذكروا عاملأ له على البحرين. فقال: «أبْت الدراهم إِلَّا أَنْ تُخْرِجَ أَعْنَاقَهَا» وشاطره ماله.  
وكان يقول: «إِلَيْكُمْ كُلُّ خَانِ أَمْيَانِ الْمَاءِ وَالْطِينِ»:  
وقد صادر العارث بن وهب الليثي، وقال له:  
«ما قِلَاصٌ وأَعْبَدٌ بِعْنَاهَا بِمَائَةِ دِينَارٍ؟» [«القلاص» (كسر القاف) جمع «قلوص» (فتح القاف)، وهي الناقة الفتية].

- قال: خرجت ببنقة لي فاتجرت فيها.

قال: «إِنَّا وَاللهِ مَا بَعْثَنَاكَ لِلتِّجَارَةِ، أَذْهَاهَا».

- قال: أما والله لا أعمل لك بعدها.

- فقال عمر: أنا والله لا استعملك بعدها!!

(ر) سيرة عمر بن الخطاب للأستاذين القاضيين الآخرين علي وناجي الطنطاوي /١ - ٢٣٢ ، والإصابة /٤ ، ٢٢٠ - ٢٢٣ ، وعيون الأخبار لابن قتيبة /١ - ٥٣).

وهذا ما يعبر عنه المعاصرون اليوم بقاعدة: «من أين لك هذا؟» ويطالبون بسن قوانين تسوّغه، بعد أن أصبح كثيرون من رجال الحكم والموظفين على غنى واسع جديد لا يُعرف له مصدر عندهم سوى الخيانة واستغلال الوظيفة.

وقد كان في هذه المبادئ والأحكام الشرعية العلاج الشريعي المطلوب.

وقد صدر لدينا فعلاً بعد الوحدة بين مصر وسوريا «قانون الكسب غير المشروع» سنة ١٩٥٨م أوجب على كل موظف ومن سيتوظف تقديم بيان يحصي فيه كل ما لديه من أموال له أو لزوجته أو لأولاده، ولكن طبق فترة ثم أهمل.

وذلك إذا كان عاقلاً كامل الأهلية، لأن المفروض أنه أعلم من غيره بما فعل من أسباب الالتزام، وبما عليه من حقوق. وأن له ولادة على إلزام نفسه بما يشاء من طريق الإنشاء، بالعقود وغيرها من الأسباب المنشطة، فله بل عليه شرعاً، أن يكشف الحجاب عن الالتزامات المستقرة عليه، لأن كتمان حقوق الناس وهضمها حرام.

ومن الأدلة النصية الدالة على هذه القاعدة قوله تعالى في آية المداينة من سورة البقرة، بعد إرشاده إلى توثيق المداينة بالكتابة:

**﴿وَيَتَّلِكُ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَيَئْتَقَنُ اللَّهَ رَبَّهُ﴾**

فقد أمر المدين بالإملاك - أي الإملاء - واعتبر ذلك توثيقاً للدين. وهذا معنى المؤاخذة بالإقرار (ر: المبسوط للسرخسي في أول كتاب الإقرار). وهناك نصوص من السنة كثيرة.

هذا، وقد تقدمت تطبيقات هذه القاعدة في مناسبات كثيرة كافية.

**٩٨/٨١ - القاعدة الثامنة والثلاثون: «الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان»**

(م) ٧٥

المراد بالبرهان الأدلة القضائية المثبتة التي تسمى: بالبيانات.

أي أن ما ثبت لدى القاضي في مجلس القضاء باليقنة، من الحوادث أو نتائجها الشرعية، يعتبر أمراً واقعاً كأنه محسوس مُشاهَد بالعيان. فيقضي به اعتماداً على هذا التثبوت، وإن كان هناك احتمال خلافه بسبب من الأسباب، ككون الشهود كذبة مسترين بالصلاح، أو كوجود سبب مجرى في الواقع لم يطلع عليه أحد، ونحو ذلك من الاحتمالات. ذلك لأن كل هذه الاحتمالات تبقى في حيز الموهومات بالنسبة للبيانة الظاهرة، وقد تقدم أنه «لا عبرة للتوجه» (ر: ف ١٤/٨١). وأن مهمة القضاء البناء على ما يظهر ويثبت لديه، وليس القاضي مكلفاً باكتناه الحقائق في الواقع فإن هذا ليس في طاقته.

وقد تقدم قول الرسول عليه الصلاة والسلام: «إنكم لتختصمون إلى، وعسى أن يكون بعضكم أحن بحجته من الآخر فأقضي له على نحو ما أسمع». إلخ... (ر: ف ٣/٢).

ونتائج كون الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان ثلاثة.

١ - أن لا يقبل من المدعى عليه إنكار بعد ذلك ثبوت.

٢ - وأن لا يسمع منه بعد القضاء ادعاء بخلاف ما قضي عليه به، إلا بسبب جديد. (ر: «الطريقة الواضحة إلى البيئة الراجحة» للحمزاوي بحث «تهاور البيئات» ص ٢٢٩).

٣ - وأن يسري الإثبات بالبيئة على غير المقتضي عليه بها من ذوي العلاقة الذين تجمعهم وحدة السبب الموجب، فيعتبر الموضوع ثابتاً بالنسبة إليهم أيضاً، كما سرى.

### ما يتفرع عنها من القواعد

٩٩/٨١ - «البيئة حجة متعددة، والإقرار حجة قاصرة» (م ٧٨).

قلنا في شرح القاعدة السابقة: إن البيئة هي الدليل القضائي المثبت. وقد تقدم أيضاً معنى كون الإقرار حجة قاصرة في مناسبات عديدة، كمن أقرَّ بدين مشترك عليه وعلى غيره، فإنَّ إقراره هذا ينفذ على نفسه فيؤخذ به في ماله ولا يسري على رفيقه مالم يصدقه.

(ر: ف ٤/٤، ١/٨٠، ١/٨١، ٧١ الحاشية، وسنوضحه قريباً أيضاً).

إن ما يثبت من الحقوق بالبيئة أمام القاضي يعتبر هو الحقيقة الواقعية، بل يعتبر كالمشاهد بالعيان بمقتضى القاعدة السابقة؛ وحينئذ يحتاج به غير المقتضي عليه أيضاً.

١٠٠/٨١ - القاعدة التاسعة والثلاثون: «البيئة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل» (م ٧٧).

سنرى قريباً في الفصل التالي معنى (الظاهر، وخلاف الظاهر، والأصل).

ومعنى هذه القاعدة يتضح من القاعدة التالية المتفرعة عنها:

### ما يتفرع عنها من القواعد

١٠١/٨١ - «البيئة على المدعى، واليمين على من أنكر» (م/٧٦).

هذه القاعدة بنصها لفظ حديث نبوى كما تقدم (ر: ف ٢/١٠).  
إن المدعى هو الذي يزعم خلاف الظاهر، فعليه الإثبات بالبيئة، كما أفادته القاعدة الأساسية السابقة.

أما المُدْعى عليه فإنه بإنكاره متمسك بالحالة الأصلية وهي براءة ذمته من المسؤلية. فيجب قبول قوله إلى أن يثبت شغل ذمته بسبب طارئ.  
ولكن لاحتمال كذب المدعى عليه في الإنكار يوثق قوله باليمين إذا طلب المدعى تحليقه عند عجزه عن الإثبات.

وهذا مبدأ عام: أن من كان القول له فهو خاضع لليمين إلا في مستثنيات محدودة<sup>(١)</sup>.

١٠٢/٨١ - القاعدة المتممة الأربعين: «لا حجة مع التناقض، لكن لا يختل معه حكم الحاكم» (م/٨٠).

(١) من هذه المستثنيات ما إذا رجع الواهب في هبته وطلب القضاء له باستردادها، فزعم الموهوب له هلاك المohoب، فالقول له في الهلاك بلا يمين.  
(ر: قواعد الحمازوي في مسائل الهبة، والدر المختار باب الرجوع في الهبة).  
والمبدأ الفقهي في هذا الاستثناء: أن كل من ادعى أمراً يملك إنشاءه في الحال فالقول له فيه بلا يمين.

فالشخص المohoب له هنا يملك استهلاك المohoب في الحال دون مسؤولية ما دام ملكاً له قبل القضاء برده إلى الواهب، فلا فائدة من تحليقه، إذ لو كان كاذباً في زعم الهلاك لاستطاع استهلاكه الآن بلا ضمان.

التناقض هو أن يصدر عن الشخص كلامان ينقض أحدهما الآخر.

وللتناقض بحث كبير، وأحكام مفصلة، وتطبيقات وتفرعات واسعة النطاق في مباحث الدعوى والشهادة والإقرار من الكتب الفقهية.

- والتناقض المقصود في هذه القاعدة هو تناقض الشاهد في شهادته المثبتة للدعوى.

فإذا وقع التناقض في شهادة الشاهد قبل القضاء بها، كما لو شهد في دعوى الدين مثلاً أن الدين قرض، ثم قال: إنه ثمن مبيع، انهدم الاحتجاج بشهادته وامتنع القضاء بها.

وأما إذا ظهر التناقض في البينة بعد القضاء بها، كما لو رجع الشهود عن شهادتهم، أو اعترفوا بما يكذبها بعد القضاء، فإن القضاء الواقع لا يبطل، بل يضمن الشهود للمحكوم عليه ما حكم عليه به.

ويشترط في رجوع الشاهد أن يكون أمام القاضي، فلو أظهر الرجوع خارج مجلس القضاء فلا عبرة لرجوعه لا قبل الحكم ولا بعده (المجلة / ١٧٣١).

وإنما لم يبطل القضاء لأنه لا يمكن الجزم بأن كلام الشهود الثاني الناقض لشهادتهم الأولى هو الصحيح دون الأول. فلو جاز الإبطال لأمكن إلغاء كثير من الأقضية عن طريق إغراء الشهود. ولذا كان من القواعد أن القضاء يصان عن الإلغاء ما أمكن.

١٠٣/٨١ - انتهى تصنيف وشرح القواعد التسع والتسعين التي صدرت بها المجلة.

وإن هذه القواعد الأخيرة (٣٥ - ٤٠) وما تفرع عنها وهي القواعد الباحثة عن الأدلة وتوزيع البينة واليمين بين الخصميين بالنظر إلى «الأصل» و«الظاهر» و«خلاف الظاهر»، وعن الإقرار وقصوره، والبينة وتعديها، وما

يتصل بذلك، هي القواعد التي تتضمن فلسفة نظام الإثبات في الشريعة الإسلامية، والترجيح القضائي بين مزاعم الخصميين المتدافعة.

ومن المفيد، لكي تكون هذه القواعد الست الأخيرة /٤٠ - ٣٥/ المتعلقة بالإثبات واضحة المفاهيم والمباني والأهداف، أن نعالج مباني الترجيح والإثبات القضائي، والمرجحات الابتدائية، والمثبتات النهائية، وقوة كل منها، ببحث تحليلي يكشف عما فيها من عناصر، وما بينها من أواصر، حتى تصبح هذه القواعد المتعلقة بنظام الإثبات مفهومة واضحة، وكذلك ما يتصل بها من القواعد السابقة التي تتضمن ما يسمى في اصطلاح الإثبات: «أصولاً أو ظواهر» يرتكز عليها القضاء في طريق الإثبات. وهذا ما سنحاوله في الفصل الثاني والثمانين التالي.

## ملحق بالفصل العادي والثمانين

صياغة جديدة مع شواهد لقاعدة «من استعجل الشيء...»  
١٠٤/٨١ - أوردنا في الفصل الثالث القاعدة الثانية عشرة «من  
استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه» (ف: ٦٢/٨١) وشرحناها  
بإيجاز.

ويلاحظ على هذه القاعدة أمران: أولهما: أن صياغتها التقليدية التي  
أنت بها المجلة تضيق نطاق القاعدة فتقتصر على سوء القصد المرتبط  
بالاستعجال. بينما حقيقة القاعدة أوسع من ذلك بكثير، إذ تشمل كل  
التصرّفات التي تقوم على سوء النية والقصد، ولو تذرع لها الشخص بوسيلة  
مشروعة، طالما كان هدفه الوصول إلى نتيجة ممتوّنة.

والملاحظة الثانية على القاعدة هي قلة الشواهد التي تذكر تحتها في  
شرح المجلة. فلهذا وذاك سأتّي لها بعدد من الأمثلة والشواهد الإضافية،  
ثم نقترح صيغة أفضل وأعمّ لهذه القاعدة.

١٠٥/٨١ - **المثال الأول:** يرى الإمام مالك رحمه الله أن من طلق  
امرأته ثم راجعها قبل انقضاء عدتها، ثم طلقها من غير أن يمسها، أنه إن  
قصد بذلك مضارتها بتطويل العدة عليها، لا تستأنف عدة جديدة، بل تبني  
على ما مضى من عدتها<sup>(١)</sup>.

١٠٦/٨١ - **المثال الثاني:** يرى الإمام مالك أن من ثُبّي عن تلقي

(١) د. فتحي الدرني: «التعسف في استعمال الحق»، رسالة دكتوراه، ص ٢٦٢. ويلاحظ  
أن المذاهب الأخرى الثلاثة لم توافق مالكاً في هذا الاجتئاد.

الرُّكبان (ر: ف ٣٥/٨) فلم يته بل عاد إليه، يعامل بنقيض قصده (وقصده احتلال الربح لنفسه دون أهل السوق) فتباع عليه السلعة التي تلقاها، فإن ربحت أشرك معه أهل السوق (أي باقي الباعة) في الربح، وإن خسرت فالخسارة عليه وحده تأدیباً له.

وهذا الاجتهد مبني على رأي مالك بأن الحكم من النهي عن تلقي الرُّكبان هي دفع الضرر عن سائر البائعين في السوق<sup>(١)</sup>.

**١٠٧ - المثال الثالث:** إن من الأحكام الفقهية المقررة في عقد المضاربة (ر: ف ٤٦/١٤) أن رأس المال لا يضمنه العامل المضارب، بل هو في يده على حكم الأمانة. فإن ربح اقتسم الربح مع رب المال على شرطهما، وإن خسر دون تعد ولا تقصير فالخسارة كلها على رب المال، ويخسر العامل جهده. فإذا خالف العامل شروط العقد بأن اشتري سلعاً نهي عن شرائها، فإنه يصبح ضامناً للمال كما في القرض، فله ربحه وعليه خسارته، وعليه رد رأس المال لصاحبه.

لكن مالكاً رحمه الله نص في الموطاً (برواية الليثي ط دار النفائس بيروت) على أن العامل في القراض (المضاربة) إذا اشتري ما نهي عنه من السلع، قاصداً بذلك أن يصبح المال مضموناً عليه فينفرد هو بربحه دون صاحبه، أنه إن فعل ذلك بهذا القصد فإن رب المال بال الخيار، إن شاء دخل معه في السلعة التي اشتراها شريكاً بحصته من الربح بحسب العقد، وإن أحب فله رأس ماله مضموناً على العامل المتعدى.

وهذا معاملة للمضارب الستيء النية بنقيض قصده تأدیباً له.

**١٠٨ - المثال الرابع:** ذكرنا سابقاً (ف ١٥/٦ ح): فتوى المولى أبي السعود التي صدر بها أمر سلطاني، بعدم نفاذ وقف المدين في القدر

(١) ابن فرحون المالكي: «دورة الغواص في محاضرة الخواص»، تحقيق وتعليق د. محمد أبو الأجفان ود. عثمان بطيخ، القاهرة؛ دار التراث، ١٩٨٠ م ص ٢٤٥ المسألة رقم ٤١٧.

الذي يتوقف عليه تسديد الدين من أمواله، قطعاً لما يلجم إلية بعض المدينين من وقف أموالهم لتهريبها من وجه الدائنين. وهذا أيضاً كما ترى معاملة للمدين سوء النية بنقيض قصده.

هذا إلى أمثلة أخرى، كتدليس البائع عيب المبيع وهو يعلمه مع اشتراطه على المشتري أنه بريء من كل عيب يظهر في المبيع، فقد قدمنا أنه عند جمهور الفقهاء (غير الحنفية) يحکم بثبوت خيار العيب للمشتري، ويرد على البائع السبئ النية قصده الماكر.

١٠٩/٨١ - صياغة جديدة مقترحة لهذه القاعدة: يلاحظ في الأمثلة الأربعية المتقدمة أنه ليس في أي منها استعجال شيء قبل أو وانه الشرعي كما صورته القاعدة المذكورة. لكن هذه الأمثلة مع ما سبقها في الفقرة ٦٢ من هذا الفصل، تشترك جميعاً في وجود سوء نية من الشخص المتصرف، وفي عقوبته برد قصده عليه، فأوجب الفقه معاملته بنقيض ما قصده، حماية للأحكام الشرعية من أن يتلاعب بها المكلف، فيحولها عن مقاصدها التي شرعت لأجلها، وسيء بذلك إلى غيره. وهذا في الحقيقة هو روح هذه القاعدة التي جاءت صياغتها قاصرة وأضيق من هدفها التشريعي الشامل.

ففي ضوء هذه الملاحظة والأمثلة والشواهد نقترح لهذه القاعدة إحدى الصيغتين التاليتين:

«يعامل السبئ النية في التصرف بنقيض قصده»، أو «من قصد بتصرفة غرضاً غير مشروع عومل بنقيض مقصوده».

## **الفصل الثاني والثمانون**

### **نظرة تحليلية في قواعد الإثبات**

#### **المرجحات الابتدائية والمثبتات القضائية**

**١/٨٢ - غاية البيئة ومشروعها:**

البيئة مشتقة من البيان وهو الظهور والوضوح.

و معناها في العرف الشرعي البرهان الخاص الحاسم الذي يدعم دعوى المدعى.

ولذلك يقول الفقهاء: «البيئة كاسمها مبينة» وهي ثلاثة أقسام:

١ - **البيئة الشخصية**، وهي الشهادة بشرطها المعروفة.

٢ - **الحججة الخطية**، وهي أنواع فصلتها المجلة في فصل خاص (م/١٧٣٦ - ١٧٣٨).

٣ - **القرينة القاطعة المذكورة** في المادة /١٧٤١/ من المجلة، وهي الأمارة البالغة حد اليقين، وقد تقدم بيانها في بحث القرائن من نظرية العرف (ر: ف ٧٥/٣).

فمن ذلك يتبيّن أن البيئة أعم من الشهادة، فالشهادة فرد من أفراد البيئة.

بناء على ذلك نقول: حينما يختلف المدعى والمدعى عليه لا بد في سبيل حسم القضية لمصلحة أحدهما على الآخر من مستند يرجح زعم أحدهما، وإلا فالترجح بلا مرجع باطل.

وهذه المستن达ات نوعان: مرجحات ابتدائية، ومثبتات:

### النوع الأول: المرجحات الابتدائية

فالمرجحات الابتدائية شيئاً هما: ١ - الأصل، ٢ - ودلالة الحال، وكلاهما يسمى: الظاهر الضعيف، أي الذي لم يصل في الظهور إلى درجة يطرح معها احتمال خلافه. وإيضاح ذلك فيما يلي:

٢/٨٢ - الأصل:

فالأصل في اللغة هو أسلف الشيء وأساسه.

وفي اصطلاح الأئمة:

الأصل هو الحالة العامة التي هي بمثابة قانون مرعي ابتداء بلا حاجة إلى دليل خاص عليه، بل يعتبر مسلماً بنفسه.

ومنهم من يُعرف الأصل بأنه: «ما يبني عليه غيره ولا يبني هو على غيره».

وأمثله ذلك في الشع كثيرة:

- فمنها قولهم: «الأصل في الأمور العارضة العدم، وفي الأمور الأصلية الوجود».

ومن شعب هذا الأصل أصول فرعية عديدة، منها أن «الأصل براءة الذمة»، وأن «الأصل سلامة المبيع من العيوب» ونحو ذلك، كما تقدم.

- وكذلك قولهم: «الأصل حين الاختلاف في بطلان عقد وصحته أن يعتبر باطلًا، وحين الاختلاف في فساده وصحته أن يعتبر صحيحاً»، ذلك لأن الاختلاف في البطلان معناه التزاع في وجود العقد وعدمه، والعدم هو السابق المعهود، أما الاختلاف بالصحة والفساد فمعناه الطعن في سلامة العقد من الشوائب بعد تسليم وجوده وانعقاده، وإن صفة السلامة من العلل هي الحالة الطبيعية الأصلية في الموجودات، كما سبق بيانه.

- وكذا قولهم: «الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته، والأصل بقاء ما كان على ما كان» إلى غير ذلك، ككثير من القواعد المتقدمة المعتبرة أصولاً في الشرع، ومنها ما يكون متفرعاً عن أصل أعم منه وداخله في شموله.

### ٣ - دلالة الحال:

وأما دلالة الحال فهي الأمارة القائمة التي تدل على شيء.

فالحالة التي تسمى «الظاهر» هي في نظر الفقهاء نوعان:

- ١ - ظاهر ضعيف لم يطرح معه احتمال خلافه كما سبق بيانه، من أصل أو دلالة حال، وهو المراد هنا بالمرجحات الابتدائية.
- ٢ - ظاهر قوي، وسيأتي الكلام عليه.

وأمثلة دلالة الحال كثيرة، وهي المعروفة بمسائل تحكيم الحال.

- وذلك كما لو زعم مستأجر الطاحون بعد انقضاء الإجراء أن الماء قد انقطع فتعطلت الرحى عن العمل وطلب إسقاط الأجرة، وزعم المؤجر عدم الانقطاع، ولا بُيَّنة، فحيثند يلتجيء القضاء إلى تحكيم الحال لترجيح أحد الزعمين: فإذا كان الماء منقطعاً حين الخصومة يترجح زعم المستأجر بالنسبة إلى الماضي، وإذا كان الماء جارياً حين الخصومة كان ظاهر الحال عدم الانقطاع بعد اتفاقهما على أنه كان جارياً عند العقد والتسليم، فيترجح زعم المؤجر ولا يسقط شيء من الأجرة حتى يثبت المستأجر الانقطاع (م/١٧٧٦<sup>(١)</sup>).

- وكذا لو أنفق الأب على نفسه من مال ابنه الذي عنده ثم اختلفا: فزعم الأب أنه أنفق وهو معسر مستحق للنفقة، فلا ضمان عليه، وزعم ابن أنه أنفق وهو موسر.

(١) أما إذا اتفقا على انقطاع الماء واختلفا في مقدار مدته فالقول للمستأجر يميئه في زعم زيادة مدة الانقطاع.

فحينئذ يلجأ إلى تحكيم حال الأب في اليسار والإعسار حين الخصومة، فيرجع القاضي بناء على ذلك زعم من تشهد له الحال منها ترجيحاً ابتدائياً إلى أن يثبت خلافه (ر: رد المحتار ٦٨٥ / ٢ أواخر التفقات).

والنظر الفقهي هنا هو أنه في مثل هذه المسائل توجد قرائن قائمة فيها نوع دلالة. فيلتتجأ إليها مبدئياً عند فقدان البرهان المثبت.

بحلaf المسائل التي لا قرائن فيها كدعوى الدين، فإنها عند فقدان البينة يتتجأ فيها إلى تلك الأصول للترجيح المبدئي، ككون الأصل براءة الذمة، وإضافة الحادث إلى أقرب أوقاته، وغيرهما.

٤/٨٢ - هذه هي المرجحات الأولية التي يترجح بها زعم أحد المتداعين على الآخر، وهي: الظاهر الضعيف بنوعيه، من أصل أو دلالة حال.

- ومن المقرر فقهاً أنَّ الأمر الظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق. فهو دليل كاف لإبقاء وضع حقوقه قائم، ودفع من يدعي خلافه دون إثبات. ولكن الظاهر ليس دليلاً كافياً للاستحقاق على الغير.

وعلى هذا الأساس تخرجت أحكام من أبواب شتى، منها أحكام المفقود.

فالمفقود يعتبر حياً عملاً بظاهر الحال، وهو استصحاب حياته المتبينة سابقاً. ذلك لأنَّ الأصل بقاء ما كان على ما كان كما تقدم. وهذا يكفي لمنع ورثته عن استحقاق تركته قبل ثبوت وفاته. ولكنه لا يكفي لأن يستحق هو ميراثاً من غيره إذا توفي أحد مورثيه بعد فقدانه، بل يوقف نصيبيه الإرثي: فإن عاد حياً أخذه، وإن رُدَّ إلى الورثة الذين كانوا يستحقونه على تقدير أنَّ المفقود ميت عند وفاة مورثه.

- على أنَّ لهذا المبدأ استثناءات في بعض فروع فقهية حكم فيها

الفقهاء بالاستحقاق استناداً إلى دلالة الظاهر. (ر: «الأشباه» لابن نجيم ١/١٠٤).

### النوع الثاني: المثبتات

- ٥ - أما المثبتات فأربعة أقسام متفاوتة الدرجات في القوة وهي:
- ١ - الإقرار.
  - ٢ - النكول: أي استنكاف الخصم عن حلف اليمين الموجه عليه من القاضي.
  - ٣ - البينة بأنواعها الثلاثة المتقدمة، وهي البينة الشخصية (أي الشهادة)، والبينة الخطية، والقرينة القاطعة.
  - ٤ - الظاهر القوي الذي ستتكلم عنه، وهو في قوة القرينة القاطعة.  
إذا تبيّن ذلك نقول: قد تتعدد الأدلة المرجحة في القضية الواحدة، وتتعارض، فيكون بعضها شاهداً لأحد الخصمين وبعضها للأخر.  
فالنظر الفقهي عندئذ في الترجيح يقوم على التفصيل التالي الذي تدل عليه فروع الأحكام:
- ٦ - تعارض الأدلة القضائية:

أولاً: إذا تعارضت المرجحات الابتدائية بعضها مع بعض، بأن كان أحد المتدعين يستند إلى أحدهما، والأخر يستند إلى غيره ففي الترجيح تفصيل:

أ - فإن كان التعارض بين أصلين فإنه يرجع اعتبار الأصل الذي هو أكثر تعلقاً بموضوع النزاع وجوبه، أو تزيده قواعد أخرى في موضوع القضية.

فمثلاً إذا تعارض أصل براءة الذمة مع غيره يرجع اعتبار براءة الذمة، لأنها أكثر قوة وثبوتاً.

مثال ذلك: مالو ادعى الوديع رد الوديعة، وأنكر المالك المودع ردّها إليه، ولا بينة، فالقول الراجح قول الوديع، لأنّ جوهر هذا النزاع يرمي إلى تضمين الوديع قيمة الوديعة بزعم أنه جحدها، أو إلى عدم تضمينه بزعم أنه ردّها، وإن كان ظاهر النزاع منصباً على رد وديعة أو عدمه.

فبالنظر إلى جوهر النزاع، وباعتبار أنّ العبرة للمقاصد والمعانى لا للألفاظ، يشهد للوديع أصل براءة الذمة.

وبالنظر إلى الصورة الظاهرة يشهد للمودع أنّ الأصل عدم الرد لكونه عارضاً، والأصل في الأمور العارضة عدم.

فيرجح اعتبار أصل براءة الذمة هنا، لأنّه هو الذي يتعلّق به جوهر النزاع، ولأنّه تؤيده أيضاً قاعدة كون الأمين مصدقاً في قوله، حتى يثبت تعديه أو تقديره.

وهذا يفسر لنا أنّ كثيراً من الفروع المستثناء من بعض القواعد المتقدمة إنما استثنى منها لأنّها أجدر بالتفريح على قاعدة أخرى.

ب - وإن كان التعارض بين الأصل ودلالة الحال ترجح دلالة الحال دائمًا لأنّها قرائن و Shawāhid قائمة تنبئ بحدوث أمر يغير حالة الأصل، فيكون بمثابة دليل على كذب تمسك من يتمسّك بذلك الأصل.

مثال ذلك: فرع اختلاف الأب والابن في يسار الأب وإعساره حين إنفاقه على نفسه من مال ابنه كما تقدم.

فإنه إذا كان الأب حين الخصومة موسرأً كان هذا أمارة ظاهرة على صحة دعوى الابن، ويكون القول له في أنّ أبيه كان موسرأً، فيضمن الأب ما أنفق على نفسه من مال ابنه مع أنّ الأصل عدم اليسار.

ولإذا كان الأب حين الخصومة معسراً كان الأمر بالعكس، أي أنه يكون القول للأب عملاً بالأصل، لأنّ الغنى أمر عارض.

فهنا حينما شهدت دلالة الحال لlabن (حال يسار الأب حين الخصومة) رجحت على الأصل الذي يتمسّك به الأب وهو عدم الغنى.

- وكذا يقال في كل فروع تحكيم الحال التي تسمى: مسائل الاستصحاب المقلوب.

وسمى مقلوباً، لأن الاستصحاب العادي هو اعتبار الوجود الماضي منسحباً إلى الزمن الحاضر (ر: ف ٧/٨١) أما هذا فيه اعتبار استناد الوجود الحاضر إلى الماضي.

فيَسَارُ الأب في حال الخصومة قد انسحب على الماضي لأنَّه اعتبر دليلاً على يساره حين الإنفاق.

ومثال ذلك يلحظ في قضية الاختلاف في انقطاع ماء الطاحون المتقدمة.

٧/٨٢ - ثانياً: أما إذا تعارض أحد المثبتات الأربع المقدمة مع أحد المرجحات الابتدائية، فلا شك أنه يصار إلى الدليل المثبت، لأنَّه برهان صريح على عدم صحة ما يتمسّك به الطرف الآخر من أصل أو دلالة حال.

- وأمثلة ذلك مستفيضة، كما لو ادعى دائنٌ على مدين، فأنكر المدين الدين، فأقام المدعي بيتة، أو أقرَّ المدين، فإنه يحكم عليه.

- وكذا لو طلب المدعي تحليفه اليمين، فتكلَّم المدعى عليه عن الحلف فإنه يحكم عليه.

وذلك لأنَّ كلاً من الإقرار والنکول والبيتة مرْجعٌ نهائياً يصار إليه لإدحاض دلالة الظاهر، وإثبات حدوث خلافه.

وعلى هذا الأساس وضعت القاعدة الفقهية القائلة: «البيتة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل» (ف: ٨١/١٠٠).

٨٢ - معنى كون «البيبة لإثبات خلاف الظاهر»:

المراد من كلمة الظاهر في قاعدة: «البيبة لإثبات خلاف الظاهر» هو الظاهر الضعيف المتقدم، من أصل أو دلالة حال.

ومعنى كون البيبة تقام لإثبات خلاف الظاهر أنها تقام لإثبات خلاف ما تدل عليه المرجحات الابتدائية.

وهذه القاعدة علة ومستند للقاعدة القائلة: **البيبة على المدعى واليمين على من أنكر.**

وذلك لأنَّ المدعى يدعي ثبوت حق له على المدعى عليه. وهذا الحق أمرٌ عارض، فالأصل عدمه، ولا يثبت إلا بمثبت. فيكون القول للمدعى عليه الذي يتمسّك بالظاهر، ولكن يحتفظ للمدعى بحق إثبات نشوء ذلك الحق الذي يدعى عليه على خصمه.

وعلى هذا الأساس قرر الفقهاء أنَّ الشهادة لا تقبل على النفي الممحض، فلا تقبل الشهادة مثلاً على أنَّ الوديع لم يرد الوديعة، أو أنَّ هذا الشيء ليس لفلان، أو أنَّ فلاناً ليس بمدين لفلان، أو لم يفعل كذا.

وذلك لأنَّ النفي هو الأصل الظاهر، بمقتضى أنَّ الأصل في الأمور العارضة، هو العدم، فالبيبات إنما يحتاج إليها لإثبات خلافه؛ ولأنَّ الشهادة على النفي مجازفة ظاهرة الريبة، فإنَّ الشهود لا يستطيعون الإحاطة بجميع الأوقات ليلاً ونهاراً، وقد يكون الأمر المشهود على نفيه قد حصل في وقت لم يطلعوا عليه.

لكن إذا كان النفي محصوراً بوقت معين تقبل الشهادة عليه، كما لو أدعى شخص على آخر أنه أقرَّ به مبلغاً في وقت، ومكان معينين، فأُتي المدعى عليه بشهود ثقَّات على أنه لم يكن في هذا المكان في ذلك الوقت (ر: م / ١٦٩٩ / وشروحها)<sup>(١)</sup>.

(١) يشترط الفقهاء في فروع الفقه الحنفي أن يكون عدد الشهود على النفي المحصور كثيراً بحيث يبلغ درجة التواتر، وبذلك جاءت المجلة، ولكن علماء أصول الفقه منهم لا يشترطون ذلك. بل يكتفون بنصاب الشهادة العادي، وهذا أوجه.

٩/٨٢ - وكون البينة لإثبات خلاف الظاهر هو المعقول، لأنَّ الظاهر ثابت بنفسه مع احتمال خلافه، فهذا الاحتمال يحتاج إلى مرجع، وذلك المرجع هو البينة.

فمن كان الظاهر شاهداً لقوله لا يحتاج إلى سلاح آخر يدفع به خصميه، فيكلف خصميه حينئذ أن يأتي إن استطاع ببرهان أقوى من حجة خصميه لكي يثبت به تغيير حالة الأصل العامة التي تذرع بها خصميه للدفاع عن نفسه، ويؤكد حدوث خلافها.

وهذا يوجب أن تكون البينة ملقة على عاتق المُدَعِّي المهاجم، لا المُدَعِّي عليه المدافع.

وهذه قاعدة في الشرع سائدة، وقد تقبلتها الشرائع الوضعية الحديثة، وتطبق تطبيقاً عاماً فيسائر الخصومات.

١٠/٨٢ - على أنه قد يوجد أحوال في الشرع يكون فيها القول والبينة كلاهما لأحد الطرفين، وذلك لعلل خاصة.

فمن هذا: ما لو زعم الوديع رد الوديعة، وكذبه المالك المودع، فإنَّ القول للوديع بيمنه كما تقدم آنفأ (ف ٦/٨٢). وكذلك قالوا: إنَّ البينة له أيضاً على الرد. لأنَّ الرد حادثة إيجابية خاضعة للإثبات، وهو يدعىها. فيقبل منه إثباتها بالشهادة.

وفائدَة البينة منه عندئذ مع أنَّ القول له بلا بينة هي أن يدفع اليمين عن نفسه، إذ لا يبقى لليمين محل مع قيام البينة. وهكذا حكم كل أمين إذا ادعى رد الأمانة.

(ر: المجلة/١٧٧٤) و«الطريقة الواضحة إلى البينة الراجحة» للحمزاوي أول مسائل الوديعة، وتنقیح الفتاوی الحامدية آخر كتاب الوديعة).

وهناك أمثلة أخرى نكتفي بها المثال المتقدم عنها<sup>(١)</sup>.

ومما تقدم تتضح فلسفة الأدلة الشرعية، ومراتب المرجحات، وأحكام تعارضها، كما يتبيّن لنا: ما هي البينة، وما هو الأصل، وما هو الظاهر، وما هو خلاف الظاهر؟

### نتيجةتان

١١/٨٢ - يترتب على ما تقدم بيانه التتيجتان التاليتان:

التيجية الأولى: البينة إنما ترجع على الظاهر الضعيف دون القوي.

وبيان ذلك فيما يلي:

إن الظاهر بحسب التعريف الذي عرفناه سابقاً نوعان:

الأول: الظاهر الضعيف الذي لم يصل في الظهور إلى درجة يطرح معها احتمال خلافه. وهذا الظاهر هو (الأصل، أو دلالة الحال) كما تقدم.

الثاني: الظاهر القوي الذي وصل في الظهور إلى درجة يطرح معها احتمال خلافه. وهذا يكون قطعياً، حتى إن الشهادة - التي يعتبر الشرع ما يثبت بها كأنه ثابت بالعيان - لا تقبل لإثبات خلافه.

- ومثال ذلك ما نقله العلامة ابن عابدين في باب الوصي من «التفقيع» أن الوصي إذا أدعى أنه أنفق على الصغير في مدة يسيرة مبلغاً عظيماً يكذبه فيه الظاهر لا يصدق في ذلك، ولا تقبل له بينة عليه، إلا أن يبيّن سبباً معقولاً، كسرقة أو حريق ونحو ذلك.

(١) يلحظ في هذا المقام أن هذه المبادئ الفقهية المنظمة للإثبات والبيانات قد أصبحت لدينا منسوخة كلها بقانون البيانات الذي صدر في سوريا خلال الطبعة الثالثة من هذا المدخل. وبمقتضاه أصبح أمر البينة ونصابها والطرف المكلف بها ومن تقبل منه، وإقامتها على النفي أو الإثبات، وقبولها أو رفضها كله عائداً إلى تقدير الحاكم وقناعته.

وهذا تبيير سينه النتائج جداً في حقوق الناس إذا عمل به هكذا على إطلاقة ما لم يكن للحاكم طهر الملائكة وحكمة سليمان!!.

(ر: «التنقيح» ٣٧١/٢ نقلًا عن تلخيص الجامع الكبير للإمام محمد).

- وكذا لو أدعى أحد القراء الصعاليك المعروفيين بالفافة والعدم على أحد الأغنياء مالاً جسيماً لا يعرف أنه أصاب في حياته ما يقرب منه لا تسمع دعواه، ولا تقبل بينة عليها. (ر: ف ١٧/٨١، وكتاب «جواهر الروايات في الدعاوى والبيانات» للقاضي الشيخ محمد سليم البشتاوي ص ٢٨).

فالظاهر الذي هو من المرجحات الابتدائية هو ذلك الظاهر الضعيف.

التيجة الثانية: البينة حجة متعددة، والإقرار حجة قاصرة.

الحججة المتعددة هي التي لا تقتصر قوتها الإثباتية على من أقيمت عليه، بل تتجاوزه إلى غيره.

فالبينة حجة متعددة: أي أنها إذا أقيمت بالطريقة الشرعية المعتبرة تكون ملزمة لمن قامت عليه، وملزمة لغيره أيضاً من الناس.

بخلاف الإقرار فإنه لا يلزم إلا صاحبه المقر، لأن المقر لا ولایة له إلا على نفسه، فله أن يلزم نفسه بما يشاء، وليس له سلطة على إلزام غيره.

وإنما كانت البينة متعددة والإقرار قاصرأ، لأن المحتمل أن يكون المقر كاذباً في إقراره ومتواطناً مع المقر له لإضاعة حق شخص ثالث، فإن الإقرار إظهار وإخبار لا إنشاء؛ فهو لا يخرج عن كونه زعمًا مجرداً من المقر لا دليل عليه.

أ - فمن حيث كونه زعمًا من صاحبه يلزم به صاحبه، لأن للإنسان ولایة على نفسه، إذ يفرض أن إقراره على نفسه أقوى وأكثر إثباتاً عليه من شهادة الشهود.

لكنه لا يملك أن يقر على غيره، ولا يسري إقراره على ذلك الغير إلا بإذنابة منه وتوكيلاً.

بـ - أما البُيُّنة فإنها برهان يفرض فيه أن يكشف الواقع ويجلوه، والبرهان بالنسبة إلى سائر الناس، كما أن الواقع واقع بالنسبة إليهم جميعاً. فلا يمكن أن يعتبر الواقع موجوداً ثابتاً بالنسبة إلى شخص، ومدعوماً بالنسبة إلى آخر. فلذا كان الثابت بالبُيُّنة يحتج به على سائر الناس.

١٢/٨٢ - من أمثلة ذلك: أن من أدعى ملكية شيء في يد آخر، وأثبت دعواه بالبُيُّنة يثبت ملكه حتى بالنسبة إلى من تلقى المدعى عليه الملك منه.

ويتفرع من ذلك أنه إذا اشتري إنسان شيئاً، ثم ظهر له مستحق يدعي أنه ملك له: فإذا صدقة المشتري المدعى عليه وأقرَ له يؤمر بتسليم المدعى. وليس للمشتري عندئذ حق الرجوع على باائعه محتاجاً بأنَ المبيع ظهر له مستحق، وأن البائع قد باعه ما ليس ملكه. وذلك لأنَ إقرار المشتري للشخص المستحق هو حجة قاصرة على نفسه بمقتضى أن الإنسان مواخذ بإقارره، فلا يسري إقراره هذا على باائعه الأصلي، ولا يكون حجة ملزمة له.

لكن إذا انكر المشتري المدعى عليه ملك مدعى الاستحقاق، فأقام المستحق البُيُّنة على ملكه للمبيع الذي يدعى، وحكم على المشتري بتسليم إياه، تكون هذه البُيُّنة سارية على البائع وملزمة له، ويكون للمشتري حينئذ حق الرجوع عليه بالثمن الذي دفعه إليه دون حاجة إلى إعادة إثبات استحقاق المبيع بمواجهته.

- ونظير ذلك أيضاً ما إذا أدعى غريم ديناً على التركة بحضور أحد الورثة، فإن أقرَ الوارث بالدين على المورث يُواخذ بإقارره. ولكن يكون إقراره قاصرأ على نفسه، بمعنى أنَ المدعى المُقر له يأخذ من حصة الوارث

المقر لا من حصة بقية الورثة؛ لأنَّ إقرار رفيقهم لا يسري عليهم.

ولكن إذا أثبت الغريم الدائن حقه الذي على الميت ببينة أقامها على أحد الورثة<sup>(١)</sup>، وقضى له استناداً إلى البيينة، فإنه يستوفي دينه كله من التركة كلها ولو استغرق حصص الورثة جميعاً لأنَّ بيته سَرَّتْ عليهم.

ويستتبج من ذلك أنَّ الوارث إذا أقرَّ للمدعي بالدين الذي يدعوه على التركة كان للمدعي أنْ يطلب التمهل في الحكم حتى يقيم البينة. فإذا أقامها يحكم له بها لا بالإقرار، وذلك لكي تسري البيينة على بقية الورثة غير المقررين، فلا يحتاج إلى دعوى جديدة عليهم يثبت فيها حقه (مع أنَّ الإقرار بالنسبة إلى المقر يعتبر أقوى إلزاماً من البيينة، حتى قالوا: إنه إذا أقرَّ الشخص في الدعوى بعدما أقيمت عليه البيينة يقضي عليه بإقراره لا باليينة).

#### ١٣/٨٢ - الاستثناء:

على أنه يستثنى من قاعدة قصور الإقرار ما ذكره الفقهاء من أن الفتاة البكر البالغة إذا أقرَّ أبوها، أو أقرَّ جدها عند عدم الأب، بقبض مهرها حين تزويجها، فإنَّ إقراره يسري عليها ويثبت به القبض إنْ أنكرته هي فيما بعد (ر: الأحوال الشخصية لقדרي باشا م/٩٥).

وهذا مبنيٌ على أنَّ للأب قبض مهر ابنته البالغة بحسب العرف والعادة، وأنَّ من ملك حق القبض ملك الإقرار به، كما تقدم في نظرية العرف.

هذا ما أردنا كشفه من مبادئ نظام الترجيح والإثبات القضائي في الفقه الإسلامي بهذه النظرة التحليلية العارضة بمناسبة القواعد المتعلقة بالإثبات.

(١) من المقرر فهماً أنَّ أحد الورثة ينوب عن الباقي في كل ما يدعى به لحساب التركة أو عليها من حقوق كما في هذا المثال (ر: المجلة ١٦٤٢).

## ملحق بالفصل الثاني والثمانين

### مجمع قواعد المجلة من أساسية وفرعية

مرتبة على حروف المعجم بحسب أوائل كلماتها

١٤/٨٢ - كنا بينا أنَّ القواعد التسع والتسعين المتقدمة لم تتبع  
المجلة في سردها ترتيباً معيناً، وقد رتبناها نحن في عرضها وشرحها  
بحسب موضوعاتها ومعانيها، وقسمناها إلى أساسية وفرعية.

وقد لاحظنا أنَّ من يحتاج إلى مراجعة بعض هذه القواعد وما علقتنا  
عليها قد يصعب عليه الالهاء إلى موقعها في المجلة.

لذلك رأينا تسهيلاً لمراجعتها، أن نسرد فيما يلي نصوص تلك  
القواعد مرتبة على حروف المعجم بحسب أوائل كلماتها بعد أداة التعريف.

وقد وضعنا بعد كل قاعدة منها رقمين بين قوسين:

- أولهما مقرنون بحرف (م) إشارة إلى رقم المادة التي جاءت فيها هذه  
القاعدة من مجلة الأحكام العدلية.

- والثاني مقرنون بحرف (ف) وهو رقم الفقرة التي جاءت فيها تلك  
القاعدة في كتابنا هذا (المدخل الفقهي العام).

وإلى القارئ نصوص تلك القواعد بهذا الترتيب:

١ - الاجتهاد لا ينقض بمثله (م ١٦/ف ٥٦).

٢ - الأجر والضمان لا يجتمعان (م ٨٦/ف ٨٤).

- ٣ - إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر (م/٩٠ ف ٩١/٨١).
- ٤ - إذا بطل شيء بطل ما في ضمه (م/٦٢ ف ٥٤/٨١).
- ٥ - إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع (م/٤٦ ف ٢٧/٨١).
- ٦ - إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أحدهما (م/٢٨ ف ٢٤/٨١).
- ٧ - إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل (م/٥٣ ف ٧٣/٨١).
- ٨ - إذا تعذر إعمال الكلام بهمل (م/٦٢ ف ٥٤/٨١).
- ٩ - إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز (م/٦١ ف ٤٩/٨١).
- ١٠ - إذا زال المانع عاد الممنوع (م/٢٤ ف ٥٨/٨١).
- ١١ - إذا سقط الأصل سقط الفرع (م/٥٠ ف ٧٠/٨١).
- ١٢ - استعمال الناس حجة يجب العمل بها (م/٣٧ ف ٣٧/٨١).
- ١٣ - الإشارات المعهودة للأخرين، كالبيان باللسان (م/٧٠ ف ٤٢/٨١).
- ١٤ - الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته (م/١١ ف ١١/٨١).
- ١٥ - الأصل براءة الذمة (م/٨١ ف ١٠/٨١).
- ١٦ - الأصل بقاء ما كان على ما كان (م/٥ ف ٧/٨١).
- ١٧ - الأصل في الأمور العارضة عدم (م/٩ ف ٩/٨١).
- ١٨ - الأصل في الكلام الحقيقة (م/١٢ ف ٤٨/٨١).
- ١٩ - الاضطرار لا يبطل حق الغير (م/٣٣ ف ٣٤/٨١).
- ٢٠ - إعمال الكلام أولى من إهماله (م/٦٠ ف ٤٧/٨١).
- ٢١ - الأمر إذا ضاق اتسع (م/١٨ ف ٣١/٨١).

- ٢٢ - الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل (م/٩٥ ف/٨٦).
- ٢٣ - الأمور بمقاصدتها (م/٢ ف/٤).
- ٢٤ - إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلت (م/٤١ ف/٣٨).
- ٢٥ - البقاء أسهل من الابداء (م/٥٦ ف/٦٤).
- ٢٦ - البينة حجة متعدية، والإقرار حجة قاصرة (م/٧٨ ف/٩٩).
- ٢٧ - البينة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لبقاء الأصل (م/٧٧ ف/٨١).  
١٠٠.
- ٢٨ - البينة على المدعى والمدين على من أنكر (م/٧٦ ف/١٠١).
- ٢٩ - التابع تابع (م/٤٧ ف/٦٦).
- ٣٠ - التابع لا يفرد بالحكم (م/٤١ ف/٦٨).
- ٣١ - تبدل سبب الملك كتبديل الذات (م/٩٨ ف/٧٦).
- ٣٢ - التصرف على الرعية منوط بالمصلحة (م/٥٨ ف/٩٤).
- ٣٣ - التعين بالعرف كالتعيين بالنص (م/٤٥ ف/٤٤).
- ٣٤ - الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان (م/٧٥ ف/٥٨).
- ٣٥ - الجواز الشرعي ينافي الضمان (م/٩١ ف/٨٠).
- ٣٦ - جنائية العجماء جبار (م/٩٤ ف/٩٢).
- ٣٧ - الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة (م/٣٢ ف/٨١).  
٣٥.
- ٣٨ - الحقيقة ترك بدلة العادة (م/٤٠ ف/٤٠).
- ٣٩ - الخراج بالضمان (م/٨٥ ف/٨١).
- ٤٠ - درء المفاسد أولى من جلب المنافع (م/٣٠ ف/٢٦).

- ٤١ - دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه (م/٦٨ ف/٨١).  
٤٢ - ذكر بعض مالا يتجزأ كذكر كله (م/٦٣ ف/٨١).  
٤٣ - الساقط لا يعود كما أن المعدوم لا يعود (م/٥١ ف/٨١).  
٤٤ - السؤال معاد في الجواب (م/٦٦ ف/٨١).  
٤٥ - الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف (م/٢٧ ف/٨١).  
٤٦ - الضرر لا يزال يمثله (م/٢٥ ف/٨١).  
٤٧ - الضرر لا يكون قدّيماً (م/٧ ف/٨١).  
٤٨ - الضرر يدفع بقدر الإمكان (م/٣١ ف/٨١).  
٤٩ - الضرر يزال (م/٢٠ ف/٨١).  
٥٠ - الضرورات تبيح المحظورات (م/٢١ ف/٨١).  
٥١ - الضرورات تقدر بقدرها (م/٢٢ ف/٨١).  
٥٢ - العادة محكمة (م/٣٦ ف/٨١).  
٥٣ - العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني (م/٣ ف/٨١).  
٥٤ - العبرة للغالب الشائع لا للنادر (م/٤٢ ف/٨١).  
٥٥ - الغرم بالغنم (م/٨٧ ف/٨١).  
٥٦ - قد يثبت الفرع دون الأصل (م/٨١ ف/٨١).  
٥٧ - القديم يترك على قدمه (م/٦ ف/٨١).  
٥٨ - الكتاب كالخطاب (م/٦٩ ف/٨١).  
٥٩ - لا حجة مع الاحتمال الناشيء عن دليل (م/٧٣ ف/٨١).  
٦٠ - لا حجة مع التناقض، لكن لا يختل معه حكم الحاكم (م/٨٠ ف/٨١).  
٦١ - لا حجة مع التناقض، لكن لا يختل معه حكم الحاكم (م/١٠٢ ف/٨١).

- ٦١ - لا ضرر ولا ضرار (م ١٩ / ف ١٨).
- ٦٢ - لا عبرة بالظن بين خطأه (م ٧٢ / ف ١٦).
- ٦٣ - لا عبرة للتوهם (م ٧٤ / ف ١٤).
- ٦٤ - لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح (م ١٣ / ف ١٢).
- ٦٥ - لا مساغ للاجتهداد في مورد النص (م ١٤ / ف ٥٥).
- ٦٦ - لا يتم التبرع إلا بالقبض (م ٥٧ / ف ٧٥).
- ٦٧ - لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي (م ٩٧ / ف ٨١).  
.
- ٦٨ - لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك غيره بلا إذنه (م ٩٦ / ف ٨١).  
.
- ٦٩ - لا ينسب إلى ساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة إلى  
البيان بيان (م ٦٧ / ف ١٣).
- ٧٠ - لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان (م ٣٩ / ف ٤٦).
- ٧١ - ما ثبت بزمان يحكم ببقائه مالم يوجد دليل على خلافه (م ١٠ / ف ٨١).  
.
- ٧٢ - ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه (م ١٥ / ف ٨١).  
.
- ٧٣ - ما جاز لعدم بطل بزواله (م ٢٣ / ف ٥٩).
- ٧٤ - ما حرم أخذه حرم إعطاؤه (م ٣٤ / ف ٦٠).
- ٧٥ - ما حرم فعله حرم طلبه (م ٣٥ / ف ٦١).
- ٧٦ - المباشر ضامن وإن لم يعتمد (م ٩٢ / ف ٨٩).
- ٧٧ - المتسبّب لا يضمن إلا بالتعتمد (م ٩٣ / ف ٩٠).

- ٧٨ - المرء مؤاخذ بقراره (م/٧٩ ف/٨١). (٩٧/٨١).
- ٧٩ - المشقة تجلب التيسير (م/١٧ ف/٨١). (٣٠/٨١).
- ٨٠ - المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقدم دليل التقيد نصاً أو دلالة (م/٦٤ ف/٨١). (٥٠/٨١).
- ٨١ - المعروف بين التجار كالمشروع بينهم (م/٤٤ ف/٨١). (٤٥/٨١).
- ٨٢ - المعروف عرفاً كالمشروع شرطاً (م/٤٣ ف/٨١). (٤٣/٨١).
- ٨٣ - المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط (م/٨٢ ف/٨١). (٧٧/٨١).
- ٨٤ - الممتنع عادة كالممتنع حقيقة (م/٣٨ ف/٨١). (١٧/٨١).
- ٨٥ - من استعجل الشيء قبل أوانه عقب بحرمانه (م/٩٩ ف/٨١). (٦٢/٨١).
- ٨٦ - من سعى في نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه (م/١٠٠ ف/٨١). (٦٣/٨١).
- ٨٧ - من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته (م/٤٩ ف/٨١). (٦٧/٨١).
- ٨٨ - المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة (م/٨٤ ف/٨١). (٧٨/٨١).
- ٨٩ - النعمة بقدر النعمة، والنقطة بقدر النعمة (م/٨٨ ف/٨١). (٨٣/٨١).
- ٩٠ - الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر (م/٦٥ ف/٨١). (٥٢/٨١).
- ٩١ - الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة (م/٥٩ ف/٨١). (٩٣/٨١).
- ٩٢ - يتحملضررالخاص لمنعضررالعام (م/٢٦ ف/٨١). (٢٥/٨١).
- ٩٣ - يختار أهون الشررين (م/٢٩ ف/٨١). (٢٣/٨١).
- ٩٤ - يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر، ما لم يكن مجبراً (م/٨٩ ف/٨١). (٨٨/٨١).
- ٩٥ - يغتر في البقاء ما لا يغتر في الابتداء (م/٥٥ ف/٨١). (٦٥/٨١).

- ٩٦ - يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها (م/٥٤ ف/٦٩).
- ٩٧ - يقبل قول المترجم مطلقاً (م/٧١ ف/٩٥).
- ٩٨ - اليقين لا يزول بالشك (م/٤ ف/٦).
- ٩٩ - يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان (م/٨٣ ف/٧٩).

## الفصل الثالث والثمانون

### قواعد أخرى يحسن إلهاقها بالقواعد السابقة

#### مرتبة على حروف المعجم بحسب أوائل كلماتها

١/٨٣ - هناك بعض قواعد كلية أخرى جديرة بأن تلحق بالقواعد التسع والتسعين التي تقدم بيانها وشرحها، جمعناها من مناسباتها المختلفة في الكتب الفقهية، وبعضها عبارات مأثورة عن بعض كبار الأئمة الفقهاء خليةة بالتقعيد، ومنها ما قد تقدم ذكره في مناسبات سلفت من هذا المدخل.

وقد رأينا أن نختم تلك القواعد السابقة بها، فنذكرها سرداً دون شرح إلا بعض تعليقات يسيرة أحياناً، مع الإحالة على أماكن وجودها في هذا المدخل أو سواه.

وسنسردها فيما يلي مرتبة على ترتيب حروف المعجم بحسب أوائل كلماتها، تسهيلاً لمراجعتها وهي:

١/٨٣ - «الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة» (ر: ف ٤٦ / ١٧) والمجلة (١٤٥٣ / ٢).

٢/٨٣ - «الأصل في الأشياء الإباحة».

٩٧/١ ، وقواعد الحمزاوي في مسائل الحظر والإباحة ص ٢٨٤ ورد المحتار ١/٧ و ٣/٤٤ (أول باب استيلاء الكفار) و ٤/١٧٦ (أول باب الربا).

٤/٨٣ - «الأصل في العقد رضا المتعاقدين، ونتيجته هي ما التزمه بالتعاقد».

من كلام شيخ الإسلام ابن تيمية. وقد تقدم في بحث سلطان الإرادة العقدية (ر: ف ٤٢ / ٢٢).

ويقابل هذه القاعدة في الفقه الأجنبي المبدأ القانوني الذي جاءت به المادة / ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي القائلة: «الاتفاقات المعقودة على الوجه المشروع تقوم مقام القانون في حق عاقديها».

ويعبر عنه القانونيون العرب بقولهم «العقد شريعة المتعاقدين». وبهذا النص جاءت المادة / ١٤٨ من القانون المدني السوري.

٤ - «الأمين مصدق باليمين» (ر: المجلة / ١٧٧٤ / ٥).

٥ - «الإنفاق بأمر القاضي كالإنفاق بأمر المالك» (ر: قواعد الحمزاوي مسائل اللقطة ص / ٢٨٢).

وذلك كمن أنفق على اللقطة بأمر القاضي، فلا يكون متبرعاً بل يحق له الرجوع على مالكها متى ظهر.

وكذا المال المشترك القابل للقسمة إذا أنفق عليه أحد الشركاء بأمر القاضي.

٦ - «إنما يقبل قول الأمين في براءة نفسه لا في المزام غيره».

(ر: م / ١٧٧٤)، وقواعد الحمزاوي في مسائل الوصايا، ص / (٣٣٥).

٧ - «الباطل لا يقبل الإجازة» (ر: ف ٥٣ / ١٠).

٨ - «التعليق على كائن تنجيز».

(ر: ف ٤٣ / ٥) وقواعد الحمزاوي، مسائل الوقف، ص / (٢٣٨).

٩ - «الجهل بالأحكام في دار الإسلام ليس عذراً».

فمن باشر عملاً مدنياً أو جنائياً، ثم أراد التخلص من المسؤولية بحججة جهله الحكم الشرعي المرتب على هذا الفعل فجهله لا يعفيه من النتائج المدنية - أي المالية - مطلقاً. أما النتائج الجزائية فللجهل فيها إذا تحقق تأثير ضمن حدود تعرف في مواطنها من مباحث العقوبات.

وهذه أيضاً قاعدة تبنيها النظريات القانونية الحديثة، فإنَّ من المقرر فيها أنَّ الجهل بالقانون ليس عذراً، لأنَّ الرعية مكلفة أن تعلم به بعد إعلانه، وإنَّ لندرع كل إنسان بالجهل للتخلص من طائلة القانون.

ويستثنى من هذه القاعدة ما إذا تكلم الإنسان بما يكفر جاهلاً أنه مكفر، فإنه لا يحكم عليه بالكافر.

(ر: خاتمة «مجامع الحقائق» للخادمي، وقواعد الحمزاوي مسائل التعزير، ص/٣٢٢، ومسائل السير - أي الجهاد - ص/٣٤٦).

.١٠ - ١١/٨٣ «الحق لا يسقط بالتقادم» (ر: م / ١٦٧٤ و ف ٤ / ٢٣).

.١٢/٨٣ .١٢ - «الحكم يدور مع عنته».

فيثبت بشبتها، وينتفي باتفاقها (ر: ف ١٢/٦٩ و ٤/٧٣ و ٩/٧٣).

هذه القاعدة كثيرة الدوران على ألسنة الفقهاء وأقلامهم في مقام التعليل (ر: رسالة «تعليق الأحكام» للأستاذ محمد مصطفى شلبي، ص/٣٨ و ٤٢ و ٣١٠)<sup>(١)</sup>.

.١٣/٨٣ .١٣ - «خطأ القاضي في بيت المال».

(قواعد الحمزاوي مسائل الحدود، ص/٣١٩).

وذلك كما لو قضى القاضي بالقصاص وتم التنفيذ، ثم تبيَّن أنَّ القاتل

(١) هذه رسالة نال بها مؤلفها الفاضل درجة «أستاذ في الفقه الإسلامي» من كلية الشريعة في الأزهر، وطبعت في مطبعة الأزهر سنة ١٩٤٩/م واطلعتنا عليها في خاتم الطبعة الثالثة من هذا المدخل فوجدناها رسالة قيمة من خير ما يكتب في موضوعها العجيب.

غير المقصبي عليه، فبيت المال يضمن الديمة (ر: الدر المختار ورد المختار).

وهذا مبدأ تبنته النظريات الحديثة في مسؤولية الدولة مدنياً عن أخطاء عمالها في عملهم الحكومي، إذا لم يتعمدوا الإساءة، فإن تعمدوا كانوا هم الضامنين.

١٤/٨٣ - «الخيانة لا تتجزأ».

فلو أنَّ الوصي على عدة ترکات، أو المتولى على عدة أوقاف خان في أحدهما وجب عزله من جميعها (ر: تنقیح الفتاوی الحامدية، الباب الثامن من الوقف ٢٠٤/١).

١٥/٨٣ - «شرط الواقف كنص الشارع».

(مجمع الحقائق، وقواعد الحمزاوي مسائل الوقف ص/٢١٤).

وهذا التشبيه بنص الشارع إنما هو من ناحيتين:

١ - أنه يتبع في فهم شرط الواقف وتفسيره القواعد الأصولية التي يجب تحكيمها في تفسير نص الشارع.

٢ - أنه يجب احترامه وتنفيذ كوجوب العمل بنص الشارع، لأنَّه صادر عن إرادة محترمة، نظير الوصية.

وهذا ليس على إطلاقه، فإنَّ شروط الواقفين ثلاثة أنواع:

نوع باطل لا يعمل به؛ ونوع صحيح محترم ولكن تجوز مخالفته عند الاقتضاء، ونوع محترم مطلقاً لا تجوز مخالفته بحال. وهذا هو الذي تطبق عليه هذه القاعدة.

وقد أوضحنا هذه الأنواع الثلاثة وأمثالتها في كتابنا «أحكام الأوقاف» الجزء الأول ف/١٥١ - ١٦٥ / فليرجع إليه.

١٦/٨٣ - «الظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق».

وكذا قولهم: «الاستصحاب يصلاح للدفع لا للاستحقاق» فإن الاستصحاب هو من قبيل الظاهر (ر: ف ١٢/٨٢، والأشباء لابن نجيم ١/١٠٤).

١٧/٨٣ - ١٦ - «على اليد ما أخذت حتى تؤديه».

هذه القاعدة نص حديث نبوي كما تقدم (ر: ف ٢/١٠ و ٨٧/٨١).

١٨/٨٣ - ١٧ - «غرض الواقف مخصوص لعموم كلامه».

(قواعد الحمزاوي، مسائل الوقف، ص ٢٢٧).

استوفينا الكلام على غرض الواقف في كتابنا «أحكام الأوقاف»، ف /

١٩٢ - ١٩٥ - (وانظر القاعدة المتقدمة ف ١٥/٨٣).

١٩/٨٣ - ١٨ - «القول للقابض في مقدار المقبوض».

٢٠/٨٣ - ١٩ - «كل شرط يخالف أصول الشريعة باطل».

(هذا معنى قوله عليه الصلاة والسلام: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» (ر: ف ٧/٤١).

٢١/٨٣ - ٢٠ - «كل شهادة تضمنت جرًّا مغنم للشاهد أو دفع مغرم

عنه ترد» (قواعد الحمزاوي. مسائل الشهادات ص ١٢٠).

٢٢/٨٣ - ٢١ - «كل ما جاز بذله وتركه دون اشتراط فهو لازم

بالشرط».

(ابن القيم، ر: ف ٤٢/٤٢).

٢٣/٨٣ - ٢٢ - «كل مالك ملزم بنفقة مملوكة».

(قواعد الحمزاوي، مسائل القسمة، ص ١٦١).

٢٤/٨٣ - ٢٣ - «كل من أدى حقاً عن الغير بلا إذن أو ولایة فهو

متبرع، ما لم يكن مضطراً». (ر: قواعد الحمزاوي، مسائل الشركة، ص / ٣٥٦).

٢٤ - ٢٥ / ٨٣ - «لا ينزع شيء من يد أحد إلا بحق ثابت».

(الإمام أبو يوسف في كتاب الخراج. ر: ف ١/٨٠).

٢٦ - ٢٧ / ٨٣ - «ليس لأحد تملك غيره بلا رضاه».

ولذا يرتد الإبراء وتبطل الهبة برد المدين والموهوب له، ويبطل الوقف على شخص معين برد الموقوف عليه. وكذا الوصية إذا كان الرد بعد وفاة الموصي (ر: ف ٤٦/٢٧).

وهذا حكم التملك من قبل شخص: أما التملك بحكم الشرع فلا يشترط فيه الرضا، كما في الإرث والتولد من المملوك (ر: ف ٢٣/٩).

٢٦ - ٢٧ / ٨٣ - «ليس لعرق ظالم حق».

هذا جزء من حديث نبوى نصه: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق» رواه أبو داود والنسائي والترمذى، ويحيى بن آدم في كتاب الخراج، وأبو عبد القاسم بن سلامة في بحث إحياء موات الأرض من كتابه «الأموال» (ر: الأموال ف ٢٧٠٢ ص ٢٨٦).

والعرق هو أحد عروق الشجر، ووصفه بالظلم مجاز، والمراد ظلم صاحبه كما في «النهاية» لابن الأثير، مادة «عرق».

وهذا الحديث أساس في أن العداون لا يكسب المعتدي حقاً، فمن غصب أرضاً فزرع فيها أو غرس أو بني لا يستحق تملكها بالقيمة، أو البقاء فيها بأجر المثل. ويقاس على الأرض غيرها من المغصوبات.

٢٨ - ٢٧ / ٨٣ - «ما تشترط فيه عدة شرائط يتضي بانتفاء إحداها».

فلا يثبت الأمر المشروط ما لم توجد جميع شرائطه (ر: ف ٥/٢٨).

٢٩ - ٢٨ / ٨٣ - «مالا يتم الواجب إلا به فهو واجب» (ر: ف ٦٤/٢).

٣٠ - ٢٩ / ٨٣ - «ما وجب أداؤه فبأي طريق حصل كان وفاء».

صيغة هذه القاعدة في «تأسيس النظر» للدبosi ص ٦١ هكذا:

«الأصل عندنا أن كل فعل استحق فعله على جهة بعينها، فعلى أي وجه حصل كان من الوجه المستحق عليه، كرد الوديعة والغضب» اهـ.  
وقد صفتها نحن بالصيغة التي أثبناها.

فلو أودع الغاصب المغصوب عند مالكه بريءـ. وكذا لو باعه إيهـ بيعـ، فينتقل حق المالك إلى استرداد الشئـ. وكذا لو غصب الوديع الوديعة أو المستعير العارية ثم رهنـها عند المالك في مقابل قرضـ أخذـه منهـ، فإنـهما يبرآنـ من الغصبـ.

### ٣١/٨٢ - «مقاطع الحقوق عند الشروط».

هذه كلمة تقدمت قالها عمر بن الخطاب رضي الله عنه (ر: ف: ٤٢/١٣).

٣٢/٨٣ - «الوكيل مع الأصيل كالشخص الواحد» (قواعد الحمزاوي مسائل الدعوى ص: ٨٧).

٣٣/٨٣ - هذا آخر ما قصدنا إلى وضعـه في هذا الجزءـ الذي به يكمل «المدخل الفقهي العام»، بجزئـيه الأول والثانـي من سلسلـة «الفقـه الإسلامي في ثوابـه الجديدـ» قد تمـ والحمد للـله الذي بـنعمـته تمـ الصالـحـاتـ. ورجائيـ من الله سبحانهـ أن يوفقـني لـاتـمام السـلسلـة في الأـجزاء التـالـيةـ، إنه ولـيـ التـوفـيقـ.