

كتاب الفتن في الحج وقبلها

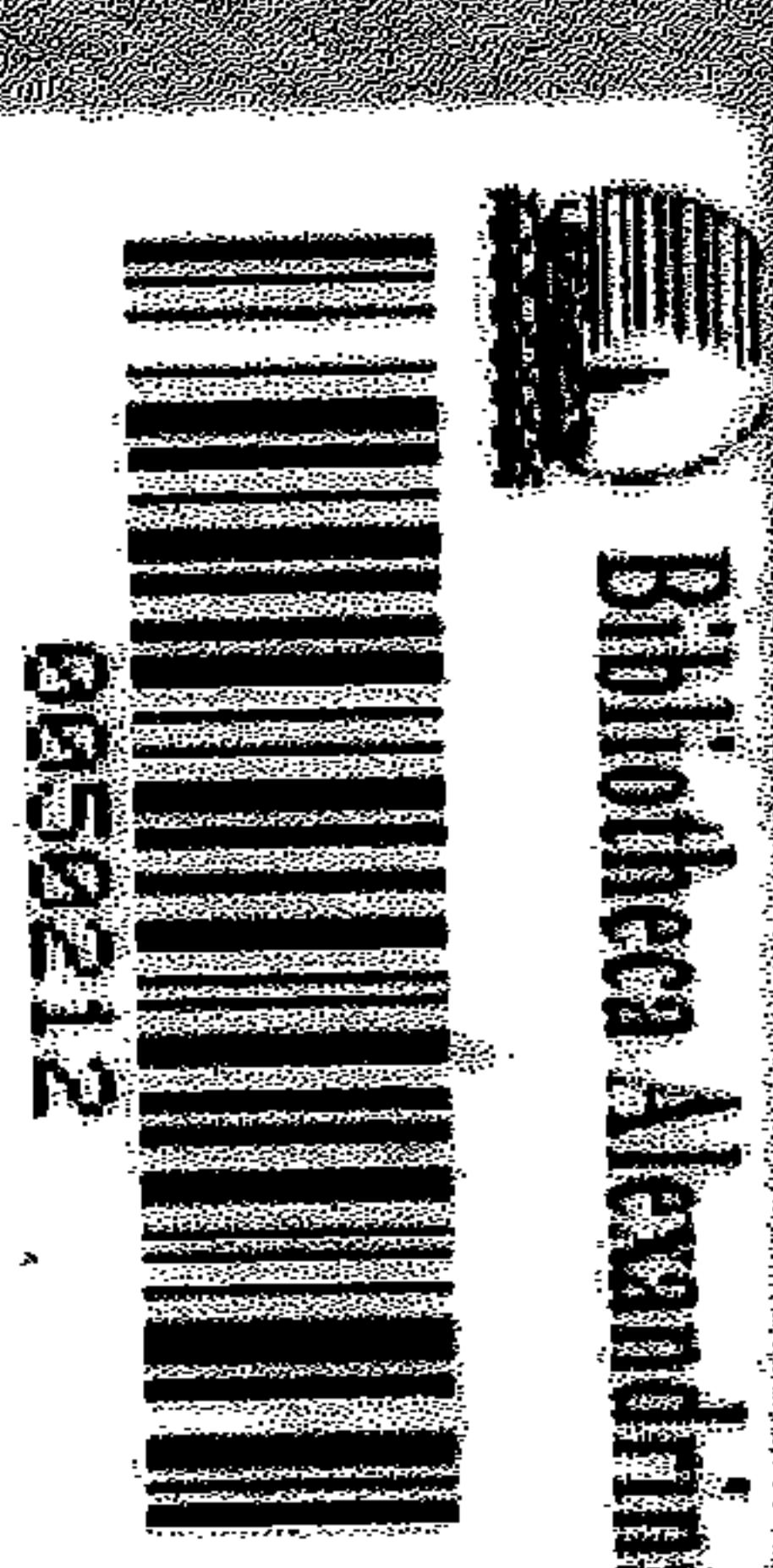
من تأليف العلام المصري

# الكتاب في الحج وقبلها

لدراسة التشريعية الإسلامية

والفقه والتشريع

المكتبة الكندية



## الباب الرابع أهم القواعد والنظريات الفقهية المبحث الأول

### (القواعد الفقهية العامة)

١٨١ - القواعد الفقهية هي القواعد الكلية أو الأكثرية التي تحكم الفروع الفقهية المتشابهة ، وهي من قبيل الأحكام الفقهية لا الأحكام الأصولية إذ هي وإن كانت كليلة إلا أن موضوعها هو فعل المكلف . فقاعدة (لا ثواب إلا بالنية) مثلا هي حكم على فعل المكلف بأنه لا يستحق عليه الشواب إلا إذا كان قد نوى به القرية ، وهذا بخلاف الأحكام الأصولية والتي تعرف بالقواعد الأصولية فإن موضوعها هو الدليل الشرعي وأحواله والأحكام وأحوالها .

ولما كانت القواعد الفقهية لا تخرج عن كونها أحكاما فقهية فقد أطلق عليها القواعد الفقهية تفريقا لها عن الأحكام الفقهية الجزئية الخاصة التي تندرج تحت هذه القواعد العامة .

والقواعد الفقهية منها ما هو أصل في ذاته لا يتفرع عن قاعدة فقهية أخرى ، ومنها ما هو متفرع عن غيره . وقد خص النوع الأول باسم القواعد الفقهية العامة وسمى النوع الثاني بالقواعد الفقهية الكلية لأنها تندرج تحت القاعدة الفقهية العامة ولأنه يتخرج تحتها فروع فقهية كثيرة لا حصر لها في نطاق موضوعها .

وهذه القواعد جاءت في كتب فقهائنا القدامي والسابقين مختلطة بما أوردوه من أحكام فقهية جزئية على سبيل التعليل لها ، والبعض الآخر منهم وخاصة المتأخرین من الفقهاء القدامي استتبع هذه القواعد من بين الفروع الفقهية المتشابهة الواردة في موضوعات متفرعة وقد ألف فيها بعضهم كتابا مستقلة وأفردوها بالبحث والدراسة . ومن أبرز هؤلاء العلماء (الحافظ عبد الرحمن بن

رجب الحنبلي) المتوفى سنة ٧٩٥ هـ صاحب (القواعد) المشهور في الفقه الحنبلي . ومنهم : جلال الدين السيوطي الشافعى المتوفى سنة ٩١١ هـ وله كتاب الأشباه والنظائر في الفقه . ومنهم : جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الأسنوى الشافعى المتوفى سنة ٧٧٢ هـ صاحب نهاية السول فى الأصول المشهور وله فى ذلك كتاب التمهيد فى تخرج الفروع على الأصول ، وكتاب الأشباه والنظائر وكتاب الفروق الفقهية .

#### ١٨٢ - القواعد الفقهية والنظريات العامة :

القواعد الفقهية العامة تقابل ما يطلق عليه رجال القانون الوضعي (النظريات العامة) ذلك أنه بالنظر السريع إلى كل منها في مضمونه يتبيّن لنا أنه عبارة عن الأساس الذي تقوم عليه الأحكام التفصيلية للموضوعات المتشابهة . لكن عند التحقيق يلاحظ أن القواعد الفقهية التي استبطنها الفقهاء القدامى في مضمونها ذات نطاق محدود في بعض تلك القواعد ينحصر في مجال العبادات كما في قاعدة (لا ثواب إلا بالنية) وبعضها ينحصر في نطاق العقود ، بينما نجد أن النظرية العامة في القانون تحكم القاعدة القانونية التي تدخل في نطاقها أيًا كان انتظامها . فالنظرية التي تتعلق بانطباق القاعدة القانونية من حيث الزمان والتي تقضي بأن انطباقها إنما يكون في وقت لاحق لصدرها وهي ما يعبر عنه بعدم رجعية القوانين تنطبق على سائر القواعد القانونية سواء كانت مدنية أم جنائية إلا ما كان هناك وجه لاستثنائه منها ، والاستثناءات عادة تكون من بناء النظرية .

وهذا هو الفرق بين القواعد الفقهية والنظريات العامة ، ومن هنا كانت القواعد الأصولية التي تتعلق بالأحكام وتقسيماتها ونطاق سريانها من حيث الزمان والمكان والأشخاص هي ما يمكن أن يطلق عليها ما يقابل النظريات العامة في القانون الوضعي من الوجهة الفقهية القانونية الاصطلاحية من جميع الوجوه وإن اختلفتا من الناحية التطبيقية ومن جهة الفروع تبعًا لاختلافهما من حيث المنشأ والمصدر والهدف .

ومن هذا يتبيّن لنا أن وضع القواعد الفقهية هي مرحلة وسطى بين الحلول الجزئية وبناء النظريات العامة . وقد وقفت جهود علماء الفقه في دراسة القواعد الفقهية عند الحد الذي وصل إليه أصحاب القواعد الفقهية السابقة ولو أن الجهد في هذا اتصلت لأمكن أن يؤدي ذلك في النهاية إلى الكشف التام عن النظرية العامة للفقه الإسلامي . ومن هنا كانت الحاجة ماسة لتعريف هذه القواعد على وجه الإجمال ولفت النظر إليها لأن دراستنا هنا دراسة عامة لا متخصصة في موضوع معين . ونحن نرى من فقهائنا المحدثين مجاهوداً عظيمًا في هذا الميدان والبعض منهم خاض في مجال النظريات المختلفة كنظريّة الحق والواجب ونظرية العقد ، ونحن معهم على الدرب نسير بإذن الله تعالى وعوفه .

### أهم القواعد الفقهية

١٨٣ - وأهم هذه القواعد الفقهية هو ما يأتي :

- ١ - الأصل في الأشياء الإباحة .
- ٢ - الأصل في العقود والتصرفات الخل والصحة .
- ٣ - الأصل براءة الذمة .
- ٤ - الأصل في الدماء والأعراض والأموال الحرمة .
- ٥ - اليقين لا يزول بالشك .
- ٦ - لا ثواب إلا بالنية .
- ٧ - الأمور بمقاصدها .
- ٨ - الضرر يزال .
- ٩ - الاجتهاد لا ينقض بمثله .
- ١٠ - التابع تابع .

١١- إعمال الكلام أولى من إهماله .

١٢- الخراج بالضمان .

١٣- لا ينسب إلى ساكت قول .

وقد سبق أن تكلمنا عن القواعد الخمس الأولى عند الكلام عن الاستصحاب  
أما القاعدة السادسة فإنها في مجال العبادات ، وقد رأينا أننا لسنا في حاجة  
إليها من حيث إن مجال دراستنا يتعلق بالمعاملات الآن .

ومن هنا فإننا سنقتصر على بيان القاعدة الخامسة من حيث زيادة الإيضاح  
والتفصيل ثم القاعدة السابعة وما بعدها في المقاصد التالية بعد .

## المقصد الأول

### قاعدة الأمور بمقاصدها

١٨١ - معنى هذه القاعدة أن الحكم الذي يترتب على أمر ما ينشأ عن فعل المكلف أو قوله إنما يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر ، وهى تتعلق بكل الأفعال أو الأمور التكليفية المنهى عنها فى التشريع الإسلامى . وزيادة في الإيضاح نقول : إن ترك الإنسان للمحرمات المنهى عنها إن كان ذلك امثلا منه للنهى الوارد في التشريع أثيب على هذا الترك . أما إن كان الترك يتعلق بطبيعة أو استقدار لهذا الشيء بدون النظر إلى الأمر الناهي عن فعله كان ذلك أمراً عادياً وطبيعة بشرية لا ثواب عليها . فمثلاً أكل الميتة في غير ضرورة الرخصة حرام ورد النص التشريعى بتحريم الأكل منها والنهى عن فعل ذلك بحيث يترتب على مخالفة النص عقوبة دنيوية وأخروية وذلك النص هو قوله سبحانه وتعالى : ﴿حُرِّمتُ عَلَيْكُمُ الْمِيتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخَنْزِيرِ﴾ ... إلى آخر الآية .

فإذا انتهى الإنسان عن هذا الفعل رجاء أنه يتلزم النص ويطبق ما ورد بشأنه أثيب على الترك من الله سبحانه وتعالى وكان ذلك له حسنة تضاف إلى حسناته عند الله . أما إذا ترك الإنسان الأكل من الميتة لأن نفسه تعافها واستقداراً لها لكونها ميتة بدون النظر إلى ما ورد بشأنها من تحريم بمعنى أنه لو لم يستقدرها لأكل منها فإنه لا ثواب له على هذا الترك .

١٨٥ - ومفهوم هذه القاعدة أن النوايا القلبية المجردة التي لا تقترب بظاهر يفصح عنها من قول أو فعل لا يترتب عليها حكم شرعى دينوى لأن القاعدة بمنطوقها إنما تربط الحكم بالأمور الظاهرة من الأقوال أو الأفعال وإن كانت قد جعلت تحديده منوطاً بالنية والقصد من وراء تلك الأمور . ويتفرع على ذلك :

١- أن من باع أو طلق زوجته بقلبه دون أن ينطق بلسانه لا يحكم عليه ببيع أو طلاق وإن صرخ أنه كان قد نوى ذلك .

٢- من اشتري عقاراً بقصد وقفه لا يصير واقفاً له إلا بعد أن تصدر عنه عبارة الوقف وهي قوله أوقفت هذا المال على الفقراء والمساكين أو على الجمعيات الخيرية وما شابه ذلك .

٣- الوديع إذا أخذ الوديعة بقصد استهلاكها ثم أرجعها إلى موضعها دون أن يفعل ما قصده منها فتلفت بعد ذلك ، أى بعد أن أرجعها إلى مكانها وأوصلها بلا تعد منه ولا تقصير في الحفظ لا يضمن .

٤- من نوى غصب مال شخص ولم يغصبه وتلف ذلك المال في يد صاحبه لم يعد غاصباً له بمجرد نية غصبه ولا ضمان عليه وإن صرخ بأنه كان قد نوى ذلك .

١٨- ومن الواجب ملاحظته في هذا الشأن أنه عند صدور أمر من الأمور عن شخص ما فإنه لا يبحث عن نيته عند فعله ولا عن قصده الذي يهدف إلى تحقيقه به وترتيب الحكم الذي ينوي بناء على تلك النية وذلك القصد إلا حيث يكون ذلك الأمر مما يمكن أن تتعدد التوايا والقصد فيه ، وتحتفل .

أما حيث لا يكون محتملاً إلا مقصداً واحداً فإنه لا يكون هناك ما يدعو للبحث عن النية والقصد بل إنه لا يقبل من القائل أو الفاعل ادعاء نية العكس ، لأن هذا الادعاء يتلخص في أنه رغبة في التخلص من الآثار التي تترتب على قوله أو فعله ، وهو طريق ينبغي أن يسد على من يريد أن يسلكه . ومن هنا كانت الألفاظ الصريحة لا تحتاج إلى نية من حيث بناء الحكم الديني علىها ويترتب على اللفظ الصريح آثاره ، ولو ادعى من صدر منه أنه لم يقصد التلفظ به أو أنه لم يرد منه ترتيب آثاره عليه .

فمثلاً من قال لغيره : بعت لك هذه السلعة بمبلغ كذا فقال الآخر قبلت العقد وكان ذلك بيعاً يترب علىه آثاره بالنسبة للبائع والمشتري وتطبق عليه أحكام البيع والشراء ولا يقبل من البائع ادعاؤه أنه أراد بيع منافع السلعة أى إجارتها

وغير ذلك من التأويلاط التي يوردها للتخلص من آثار قوله .

وأيضاً الأقوال التي يترب على أدائها صريحة عقوبة ما كالنسب أو القذف عوقب الشخص ولا نظر إلى ما يدعى بأنه لم يقصد الإيذاء . فمثلاً إذا قال إنسان لأخر يا زانى أو يا فاسق أو يا ابن الزانية ، كان قوله هذا قدماً يوجب عليه الحكم بمقتضاه وهو الجلد ثمانون جلدة ، ولم يقبل ادعاوه بأنه لم يقصد رميء بالزنا لغة أي قصده بأنه ينظر إلى محركات غيره والنظر يعتبر زنا لحديث «العينان تزنيان» لأن هذا القصد أمر خفي لا نطلع عليه ومن هنا كان بناء الأحكام على حقائق الأشياء والألفاظ حتى تكون الأحكام والقواعد ثابتة ومستقرة ومعروفة للجميع .

وكذلك الأفعال التي لا تتحمل إلا قصدًا واحدًا تعتبر كالألفاظ الصريحة في عدم الالتفات إلى نية الفاعل ولا إلى ما يدعى من ذلك القصد الذي كان يريد كالقتل والسرقة ، فمن قتل شخصاً بألة تقتل غالباً مع تعمد الفعل وكأنه طعن شخص آخر في رقبته بخنجر لا يستعمل عادة إلا في القتل (كالجنبية مثلاً) فقتله اعتبر قاتلاً ولو زعم أنه كان يقصد مداعبته أو إرهابه أو نحو ذلك .

ومن ضبط في متزل غيره من غير إذن صاحبه ويذلون عذر واضح مقبول وهو يحمل متاعاً منه أو مالاً اعتبر سارقاً ولو أدعى أنه كان لا يقصد السرقة أو أنه أراد حماية المال في مكان آخر أمين لأنه علم أو ظن أن المال سيتلف لأن حريقاً سيشب في المتزل بعد قليل .

على أن ما كان من الألفاظ صريحاً ولكنه كان يحتمل الدلالة على غير المعنى المشتهر استعماله فيه لغة فإن نية المعنى الآخر له تؤثر في عدم ترتيب آثاره عليه ديانة ولكن لا تأثير لها قضاء ، فمن قال لامرأته أنت طالق من كل قيد يريد بذلك إطلاق حرية التصرف ، لا يقع طلاقه ديانة أي فيما بينه وبين الله تعالى ويقع قضاء بمعنى أنه لو عرض على القاضي لحكم وقوعه ولا يلتفت إلى نية الزوج .

وكذا لو كان قد أراد النطق بلفظ آخر غير لفظ الطلاق فسبقه لسانه إلى النطق

دون قصد لا يقع طلاقه ديانة ويقع قضاء ، أما لو تلفظ بالطلاق هازلا وقع طلاقه ديانة وقضاء لأن الشارع الإسلامي قرر أن هزل الطلاق كجده لأنه لا يتحمل الهزل لخطره وعظم شأنه ، وكذا الزواج والرجعة واليمين والردة ، فلو قال : إنه يهودي أو نصراني هازلا صار مرتدًا .

أما الألفاظ غير الصريحة والأفعال التي تمارس لأغراض متعددة فإن حكمها يختلف باختلاف قصد المتكلف بها أو الفاعل لها ، ومن هذا القبيل استعمال صيغة المضارع غير المقربون بما يحضه للاستقبال ، كالسين وسوف في العقود ، إذا أراد بها قائلها الحال انعقد العقد بعبارته وإذا قال نويت بها المستقبل كانت عبارته مجرد وعد ، وذلك كقول القائل أبيع وأشتري .

ومن هذا القبيل أيضاً كنایات الطلاق فلو قال رجل لامرأته أنت محلولة من قيده كان ذلك يتحمل أنها محلولة من قيد الزواج أي أنها طالق كما يتحمل أنها في حل بجميع تصرفاتها وشئونها الشخصية أو المنزلية أو الزوجية وغير ذلك ويقبل تفسير نية الزوج في ذلك ويعمل به قضاء .

ومن هذا القبيل في مجال الأفعال ما لو نصب إنسان فخا فوقه فيه صيد ، إن كان قد نصبه من أجل الصيد صار الصيد ملوكا له إن وقع فيه وعد آخره بغير إذنه غاصبا ، وإن كان قد نصبه لتجفيفه بعد غسله لم يعد مالكا للصيد الذي يقع فيه ومن أخذه يكون حائزًا لمباح والقرائن هي التي تحدد ذلك .

ولو وجد لقطة فأخذها إن كان أخذه لها بقصد تملكها كان غاصبا ولو تلفت في يده كان ضامنا لها . وإن كان قد أخذها ليسلمها إلى صاحبها أو ليسلمها للشرطة لتقوم بتسليمها لصاحبها كان أمينا عليها ولو تلفت في يده قبل تسليمها من غير تعد منه ولا تقصير لم يكن ضامنا ، ويقبل تفسيره لقصده في ذلك بالقرائن التي تؤيده في قوله وتفسيره .

وإذا تلفظ شخص بصيغة عقد وأراد منها عقداً آخر اعتبرت نيته في ذلك وقبل تفسيره إن كان اللفظ يتحمل العقدتين معًا وقامت القرائن الدالة على إرادته .

ومن هذا القبيل عقد الزواج بلفظ البيع أو الهبة أو التحليل عند الأحناف إذا فهم الشهود أن المراد منها الزواج ، وكذا عقد الإجارة بلفظ بيع المنفعة ونحو ذلك . ويعبر الفقهاء عن ذلك أحياناً بأن العبرة في العقود بالمقصود والمعانى لا بالألفاظ والمبانى ، ويُنْوَى على ذلك أن بيع الرفقاء وهو البيع الذي يشترط فيه البائع أنه إذا أوفى الثمن في مدة كهذا فلا يبيع بينهما يعتبر رهنا . إذ المقصود منه ليس تملك المشتري المباع ولكن تأمين دينه الذي في ذمة البائع وهذا هو معنى الرهن ، فتجرى عليه أحکامه والقرائن هي التي تبين المراد عند التفسير .

وكذلك أيضاً لو اشتري شخص ما شيئاً بالأجل ودفع إلى البائع شيئاً مملوكاً له أمانة فهو رهن . ولو أحال بدينه على شخص آخر مع بقاء ذمته مشغولة بالدين فهو عند الأحناف كفالة إن قبلها المحال عليه ، لأن الحوالة عندهم نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى . ولو أعاره نقوداً فهو قرض وليس بإعارة إذ لا يمكن الانتفاع بالنقود إلا باستهلاكها ورد مثلها وهلاك العين يفسد العارية .

٤- لو دفع إنسان لآخر مالا ثم ادعى أنه قرض وادعى الأخذ أنه مضاربة فالقول قول الأخذ يمينه لأن الأصل عدم الضمان والفرض يوجب الضمان .

٥- إذا طالبت امرأة ب النفقة المحكوم بها على زوجها بحكم قضائى فادعى الزوج أنه أرسلها إليها وأنها أخذت نفقتها ولم يكن لأحدهما بينة فالقول قول المرأة مع يمينها لأن الأصل عدم الإرسال .

٦- إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً قبل موته فادعت المرأة أنه طلقها في مرض موته وأنها لذلك تستحق في الإرث من تركته وادعى الورثة أنها طلقت في صحته وقبل مرض موته فهو ليس بضمار ولذلك لا تستحق في الميراث ولم يكن مع أي منهم بينة فالقول قول المرأة مع يمينها ، لأن الأمر الحادث المختلف على زمن وقوعه هنا هو الطلاق فيجب أن يضاف إلى الوقت الأقرب وهو مرض الموت الذي تدعى الزوجة ما لم يقدم الورثة الدليل على عكس ذلك .

٧- لو ادعى من له خيار الشرط في البيع بعد مضي مدة أنه فسخ العقد أثناء

المدة وادعى الطرف الآخر أن الفسخ بعد مضيها فالبيع لازم ، فإذا لم يكن لهما بينه فالقول قول من ادعى عدم الفسخ وهو التزوم مع يمينه ، لأنه ينبغي إضافة الفسخ إلى أقرب وقت وهو بعد مضي مدة الخيار .

-٨- لو طلق الرجل امرأته طلاقاً رجعياً فادعى بعد انتهاء عدتها أنه راجعها في أثناء العدة وادعى أنه راجعها بعد انتهاءها فالقول قول المرأة مع يمينها .

-٩- إذا ادعى الوكيل بالبيع بعد ما عزل من الوكالة أنه باع وسلم قبل العزل وادعى الموكل أنه باع وسلم بعد العزل ، فإن كان البيع قائماً فالقول قول الموكل مع يمينه لأنه ينكر الضمان والأصل عدم الضمان .

وهناك تفريعات كثيرة لا تقع تحت الحصر وقواعد كلية أخرى تقع تحت هذه القاعدة العامة، وإن كانت جميعها تدخل تحت الدليل الكلى العام الأصولى وهو «استصحاب الأصل» فقد سبق بيانه وتوضيحه .

## المقصد الثاني

### قاعدة اليقين لا يزول بالشك

١٨٧ - اليقين هو الجزم بثبوت الشيء أو عدم ثبوته ، والشك هو التردد بين الثبوت وعدمه والظن الغالب الذي يجعل الشيء من جهة الثبوت أو التفويق قريب من اليقين يأخذ حكم اليقين شرعاً . ومعنى هذه القاعدة أن اليقين الثابت أو مافق حكمه وهو الظن الغالب لا يرتفع بالشك الطارئ على خلافه ، ولا يرتفع إلا بيقين مخالف له أو بظن غالب .

والدليل على ذلك ما رواه مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً «إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشكّل عليه أخرج منه شيء أم لا ، فلا يخرجن من المسجد حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحًا» .

١٨٨ - ومن الأحكام التطبيقية على هذه القاعدة ما يأتي :

١ - إذا فقد شخص بأن غاب غيبة لا تعرف معها حياته أو موته لم يكن لورثته اقتسام تركته ما لم يثبت موته أو يحكم القاضى بموته بعد أن غالب على ظنه أنه مات بأدلة قوية ترجح هذا الظن وتقربه من اليقين كافتقاده بعد حالة حرب أو وباء أو زلزال مدمر مثلاً ، ذلك لأن حياته قبل فقده كانت ثابتة بيقين وبفقده وقع الشك فيها فلا يرفع هذا الشك الطارئ حكم اليقين .

٢ - إذا أقر شخص يصح منه الإقرار لآخر قائلاً : أظن أن لك بذمتكى مبلغ كذا ، أو يقول أمام آخرين أظن أو أشك أن لفلان ابن فلان مبلغ كذا من المال بذمتكى لم أؤده إليه فإنه لا يتترتب على إقراره هذا ثبوت الدين بذمته لغيره وذلك لأن ذمته كانت بريئة قبل هذا الإقرار بيقين ، وما أفاد هذا الإقرار سوى مجرد الظن الذى هو بمثابة الشك ، فلا يرفع حكم اليقين الثابت .

٣ - لو اشترك شخص مع آخر فى تجارة فادعى شريكه عدم الربح وادعى هو الربح ولم يكن لهما بينه ، فالقول هو قول منكر الربح مع يمينه لأن الأصل عدم الربح ومن أراد المزيد فليرجع إليها فى محلها فى كتب الأصول ، وكتب القواعد الفقهية والأشباه لابن نجيم وغير ذلك .

المقصد الثالث

قاعدة الضرر يزال

١٨٩ - مفهوم هذه القاعدة أن الإنسان لا ينبغي الإضرار به سواء كان من نفسه أو من غيره ولا ينبغي له إلحاق الضرر بغيره .

وقد أخذ الفقهاء القاعدة ودليلها من قوله ﷺ فما روى عنه من جهات متعددة «لا ضرر ولا ضرار» .

١٩٠ - ويتفرع على هذه القاعدة كثير من فروع الأحكام الفقهية منها المخارات في عقود البيع والحجر على الإنسان ، والشفعة للشريك أو الجار ، والقصاص ، والحد ، والتعزير ، وتقيد حرية الإنسان في ملكه أو منفعته بما لا يضر بالغير .

١- أما الخيارات بجميع أنواعها فقد شرعت لرفع الضرر فمثلاً خيار الشرط في عقد البيع يرفع الضرر الذي يمكن أن يلحق بمن ليست له خبرة في أمور البيع أو الشراء يتربّع عليها غبته . و الخيار الرؤية فيه دفع الضرر الناتج عن كون السلعة لا تنطبق عليها الأوصاف الواردة في العقد ولا يرضي المشتري بها لو أنه كان قد رأى البيع عند العقد . أما العيب فإن رفع الضرر فيه ظاهر لا يحتاج إلى بيان .

٢- أما الموجر فأسبابه متنوعة ومنها الصغر والجنون والغفلة والسفه . فالحجر على هؤلاء ومنعهم من بعض التصرفات إنما روعى فيه رعاية مصلحتهم ورفع ضرر الاستغلال عنهم .

ومنها الحجر للدين المحيط لأنّه مراعي فيه حماية حقوق الدائنين فمنع الدين من التصرف في ماله وحجر عليه فيها حتى لا تضيع حقوقهم .

٣- وأما الشفعة فإنها تثبت للشريك لدفع ضرر القسمة وللحوار لدفع ضرر سوء  
الحوار الذي قد يلحقه من المشتري الجديد الذي قد يكون سبيلاً للثقل .

٤- أما القصاص في النفس والحدود فإنها شرعت لدفع الضرر العام عن المجتمع ومحافظة على الكليات أو الضروريات الخمس في المجتمع وهي النفس والدين والعقل والتسلب والمال .

وأما القصاص فيما دون النفس فقد شرع لدفع الضرر عن المجنى عليه بشفاء غليله لمن اعتدى عليه تمشيا مع الطبيعة البشرية وعن الجانى بحمايته من الانتقام بما هو أشد عندما يتعرض للاعتداء عليه من غيره الذى يريد أن يثار نفسه . كما أن فى مشروعته محافظة على أمن المجتمع واستقراره ، ومن أجل مصلحة الجميع شرعت التعازير لدفع الضرر العام أو الضرر الخاص سواء قبل وقوع الضرر أو بعد فعله بتلافيه ورفعه عن المضرور إن أمكن إزالته أو رفع آثاره بالتعويض المناسب عنه .

٥- أما تقييد الإنسان في منافعه أو ملكه أو تصرفه فيما يضر بالغير فيدخل تحته - دفع الضرر الفاحش بأى وجه كان إذا كان حديثا . فمثلا لو استأجر شخص حانتها واشتغل فيه حداداً أو بنى فيه تنوراً (أى مخبزا) أو معاصرة للزيوت أو مطبخا وكان موقع الحانوت فى سوق تجارة الحرير منع من ذلك لأنه ضرر فاحش ظاهر أكبر من الضرر الذى يقع عليه وحده لأن مصلحة الجميع تقدم على مصلحة الفرد.

وإذا اتخد الجار مجرى ماء لداره يكون سببا في وهن جدار غيره بما يجعله آيلاً للسقوط منع من هذا المجرى لهذا السبب السابق ولما فيه من الضرر الظاهر .

ومن هنا قرر الفقهاء حكماً عاماً في علاقات الجوار في العقار ، وهي أن تصرف الجار في ملكه مقيد بعدم الإضرار بملك جاره ضرراً محققا ولو كان عن الجار بحائل مصطنع .

وبناء على ما قرره الفقهاء في الضابط السابق فإنه إن أضر الشخص بملك غيره ضرراً محققاً إن أمكن تلافي ذلك الضرر باحتياطات تتخذ أجبر على اتخاذ تلك الاحتياطات ولا يجبر على الإزالة أما إذا كان تلافي الضرر غير ممكن فإنه

ذلك في المนาفع التي لا تكون أصلًا في ذاتها لمنع الشمس والهواء منعاً كلياً يجبر على الإزالة .

وفي جميع الأحوال لا يجبر على إزالة ما يسبب الضرر إذا كان قد ينفع سكن شخص أو بني داراً بجوار مخبيز فليس له أن يطالب بإزالة المخبز بسبب ما يلحقه من الضرر معه ، وذلك لأنه هو الذي دخل الضرر بإرادته واختياره .

على أنه بالنسبة للضرر العام لا يلتفت فيه إلى ما كان سببه قد ينفع أو حديثاً بل يتعمد إزالته على كل حال فمن بني مظلة على الطريق العام أو أقام جسراً عليه يضر بالمرور فيه أمر بإزالة ما أحدث ولو طال عليه الأمد .

١٩١ - ويلاحظ في جميع الأحوال عند تطبيق هذه القاعدة بالنسبة للقضايا التي تدخل تحتها مراعاة القواعد الآتية وهي :

- ١ - الضرر لا يزال بالضرر سواء كان عاماً أو خاصاً .
- ٢ - يتحمل الضرر الشخص لأجل دفع الضرر العام . كقتل نساء المسلمين وصبيانهم في الحرب إذا ترس بهم الأعداء ، والحجر على الطبيب الجاهل الذي يضر الناس ، وهدم جدار الغير الذي يميل على طريق عام يهدد الناس إذا لم يصلحه صاحبه حيث إن لكل متضرر أن يزيله أو ينقذه ، وبيع سلعة المحتكر جبراً عنه عند امتناعه من بيعها وحاجة الناس إليها وغير ذلك كثير .
- ٣ - يرتكب أخف الضررين . ومعناها أنه إذا ترتب على أمر أو فعل ضرر ولم يكن من الممكن إزالته إلا بضرر وكان أحد الضررين أعظم من الآخر فإن الضرر الأشد يزال بالأخف . فلو كان ما يمكن إزالته به أشد منه لم يجز إزالته .

ويتفق على هذه القاعدة عدة فروع منها : أنه يجوز حبس الأب بسبب امتناعه عن الإنفاق على ولده ، مع أنه لا يحبس والد في دين ولولده عليه في غير نفقة ، وذلك لأنه بامتناعه عن الإنفاق عليه سيعرضه للتلف وهو أعظم ضرراً وأشد مفسدة من حبسه فيزال به .

ومنها ما لو نصب خشبياً أو حديداً فادخله في بنائه ولم يكن ممكناً نزعه إلا بخلع البناء ، إن كانت قيمته أكثر ملك ما اغتصبه بقيمتها ، وإنما كان من حق مالك الشيء المغصوب المطالبة بنزعه أو تضمين الغاصب .

ومنها جواز شق بطون الميت لإخراج الولد إذا كانت ترجى حياته .

٤- درء المفاسد مقدم على جلب المصالح وقد سبق بيانها .

٥- الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة والدليل على ذلك جواز السلم لأنه لما كانت الحاجة إليه أنزل منزلة الضرورة حيث إنه على خلاف القياس لأنّه بيع معذوم وقد رخص فيه الشارع مع أن الأصل عدم صحة بيع المعذوم وذلك لأن النبي ﷺ أجازه حاجة الناس إليه دفعاً للحرج الذي قد يقع عنه عدم مشروعية على من ليس في يده السلعة وهو في حالة حاجة إلى الثمن . وهذا هو أساس جواز الاستصناع مع أنه بيع المعذوم وهو الشيء الذي اتفق على صناعته حاجة الناس إليه ويدخل في ذلك أيضاً بيع الوفاء حيث قد أفتى الحنفية بصحته حاجة الناس إليه في الوفاء بديونهم إن تغدر وفاؤها بغير هذا الطريق .

## المقصد الرابع

### قاعدة : الاجتهد لا ينقض بمثله

١٩٢ - هذه القاعدة تتعلق بما يصدره القاضى من الأحكام المبنية على اجتهاده إن كان مجتهداً أو على اجتهاد غيره إن كان مقلداً .

ودليل هذه القاعدة الإجماع فإن أبا بكر رضي الله عنه قد حكم في مسائل وخالفه عمر رضي الله عنه فيها ولم ينقض حكمه . وقد وافقه الصحابة على ذلك . والسبب فى ذلك أن الاجتهد الثانى ليس أقوى من الأول ، ونقض الأول بناء على الثانى المخالف له يؤدى إلى ألا يستقر حكم من الأحكام وفي ذلك مشقة شديدة على الناس ، وعدم استقرار معاملتهم .

ومفهوم هذه القاعدة أن حكم القاضى أو المجتهد إذا خالف نصاً تشريعياً صريحاً ثابتاً أو إجماعاً نقض هذا الحكم لأن النص ليس مثله بل هو أقوى من الاجتهد .

## المقصد الخامس

قاعدة : التابع تابع

١٩٣ - هذه القاعدة معناها أن التابع لا يفك عن متبوعه ، ويدخل تحت هذه

القاعدة الفروع الآتية :

- ١ - الحمل يتبع الأم في البيع ولا يجوز أن يفرد بالبيع وحده أو بالهبة .
- ٢ - المشرب والطريق يدخلان في بيع الأرض تبعاً إذا صرخ بذلك في العقد وهي ما تعرف بحقوق الارتفاق . ولا يفردان بالبيع على رأى صحيح في المذهب الحنفي .
- ٣ - إذا برئت ذمة الأصل برئت ذمة الكفيل .

## المقصد السادس

قاعدة : إعمال الكلام أولى من إهماله متى أمكن

١٩٤ - ومعنى هذه القاعدة أنه إذا تعذر إرادة الحقيقة تعين حمل الكلام على المجاز ، فلو حلف شخص مثلا - لا يأكل من هذه النخلة أو هذا الدقيق ، حتى بأكل ثمارتها وما يتبع منها كما يحث بأكل الخبز وذلك لتعذر حمل الكلام على الحقيقة حيث أن النخلة نفسها لا تؤكل ، وكذا الدقيق إلا بعد عجنه وخبزه .

وإذا تعذر الحقيقة والمجاز ولم يوجد ما يرجع أحدهما على الآخر أهمل الكلام ، ومثال ذلك لو قال لأمرأته التي لها أب معروف هذه بستي لم تحرم عليه بذلك لأن حقيقة النسب - متعلقة وهي ثابتة من غيره وإرادته المعنى المجاري وهو الحرج لا تصح لأنها زوجة حلال له شرعا .

## المقصد السابع

### قاعدة الخراج بالضمان

١٩٥ - وهذه القاعدة أصلها حديث عن رسول الله ﷺ فيما رواه أحمد وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وابن حبان من حديث عائشة رضى الله عنها عن النبي ﷺ أنه قال : «الخرج بالضمان» .

فقد روى أن رجلا ابْتَاعَ عَبْدًا فَأَقَامَ عِنْدَهُ مَا شَاءَ اللَّهُ أَنْ يَقِيمَ ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عِيَّا فَخَاصَّمَهُ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَرَدَهُ عَلَيْهِ فَقَالَ الرَّجُلُ يَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَدْ اسْتَعْمَلْتَنِي . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : «الخرج بالضمان» .

والخرج هو كل ما يخرج من الشيء مما ينتفع به ، فخراب الشجر ثمره ، وخروج الحيوان دره من اللبن ونسله .

ومفهوم هذه القاعدة أنه إذا كان الشيء في ضمان شخص فإن غلاته وثماره تكون له مدة بقائه في ضمانه ، لكن بشرط أن يكون الضمان منضما إلى الملك وهذا باتفاق .

## المقصد الثامن

### قاعدة : لا ينسب إلى ساكت قول

١٩٦ - معنى هذه القاعدة أنه إذا كان التصرف يتوقف ترتيب أثره عليه على رضاء شخص أو إذنه ، أو كان الفعل يمتنع ترتيب أثره عليه إلا إذا رضى به شخص آخر ، فسكت في كل هذه الحالات لم يعد سكوته رضا ولا إذنا ولا بد من أن يظهر منه ما يدل على رضائه أو إذنه بالقول أو بالإشارة أو الكتابة ونحو ذلك . فمن وجه الإيجاب في البيع مثلاً فسكت لم يكن سكوته قبولاً ولو اشتري شيئاً معيناً فإن سكوته لا يعد رضا بالغيب بشرط إلا يكون هناك مانع أو حائل يمنع الشخص من عدم السكوت . ومن هنا قال الفقهاء لو كان هناك حائل ما يحول بين الإنسان والتعبير عن إرادته صريحاً بالموافقة **عدّ السكوت في حقه موافقة أو إذنا بالموافقة** وذلك كالبكر في الزواج حيث إن حياءها يمنعها من التعبير عن رضاها بالزوج ولا يمنعها من الرفض فعد سكوتها رضا إذا ما سألها أبوها تقبلين الزواج من فلان ؟ فسكت فقد اعتبر السكوت منها موافقة على الزواج وإذنا للوالد بعقد العقد .

ومن الأمور التي يعد السكوت فيها رضا ما لو كان البيان مطلوباً من الشخص في حال وسكت عن التصرير بهذا البيان فإن سكوته بيان إذا كان قادرًا على التصرير بالبيان ولم يصرح .

ومثال ذلك ما لو سكت شخص عن نفي الولد عنه تهنته به بعد الولادة أو سكت عن النفي مدة لا تقبل التهنة . حيث يكون ذلك السكوت إقراراً منه بنسبة الولد إليه ، ولا يقبل منه نفيه بعد ذلك بادعائه عدم التصرير بانتسابه إليه وذلك محافظة على حق الولد الذي ثبت بالقرينة القوية ولاعتبار السكوت في البكر الصغيرة إذن ورضا بلا خلاف .

ويعتبر السكوت رضا كذلك فيما لو كان هناك نوع تسليط سابق على التصرف

كما إذا قبض الموهوب له الهبة في المجلس فسكت الواهб ، لأن الهبة نوع من الإذن بالتصرف في الموهوب حسب إرادة الموهوب له وذلك يتحقق بالفعل كما يتحقق بالقول بل إن القول هو وسيلة الفعل . فإذا قبض الموهوب له الهبة بعد الإيجاب من الواهب وسكته أى رضاه بالأخذ وعدم الاعتراض على المتسنم الآخذ وهو الموهوب له عد ذلك إذا منه بالسلط والصرف في الهبة وكان قبولا بالفعل . وإنما لو كان الواهب لا يريد التعليل أو التسلط من الموهوب له لنعه من ذلك الفعل الذي يقوم به والذي اعتبرناه دلالة على قبول المحبة بالفعل .