

**INTERNATIONAL ISLAMIC
UNIVERSITY**
Islamabad-Pakistan
Faculty of Shariah & Law
Dept. of Shariah



الجامعة الإسلامية العالمية
إسلام آباد - باكستان
كلية الشريعة والقانون
قسم الشريعة

**القواعد والضوابط الفقهية في المعاملات المالية المستخرجة من
كتاب المبسوط في شرح الكافي للإمام محمد بن أحمد السرخسي
(دراسة تحليلية تطبيقية)**

رسالة علمية مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة

إعداد الطالب

مصعب افتخار خان دراني

رقم التسجيل:

37-FSL/PhDIJ/S13

إشراف

أ. د. محمد طاهر حكيم

استاذ وعميد كلية الشريعة والقانون



العام الجامعي ٢٠١٨-٢٠١٩ م



PHD

١٤١ هـ ٢٩٧

د ر ق

V.1

فقه إسلامي - بحوث
فقه إسلامي - قواعد
فقه إسلامي - ضوابط
فقه إسلامي - معاملات مالية
فقه إسلامي - المبسوط
فقه إسلامي - الإمام السرخسي

ACCEPTANCE BY THE VIVA VOCE COMMITTEE

TITLE OF THESIS:

القواعد والضوابط الفقهية في المعاملات المالية المستخرجة من كتاب المبسوط في شرح
الكافي للإمام محمد بن أحمد الشرحسي (دراسة تحليلية تطبيقية)

Submitted by: Musaab Iftikhar Khan Durrani

Reg. No. 37-FSL/Ph.DU/S13

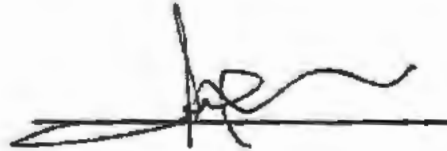
1. Prof. Dr. Muhammad Tahir Hakeem
Dean, FSL, IIUI/
Supervisor



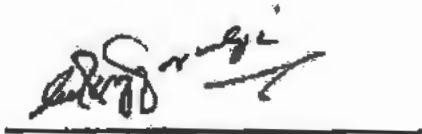
2. Dr. Qasim Ashraf Noor
Assistant Professor Shariah, FSL, IIUI/
Internal Examiner



3. Dr. Shams ul Haq Hanif
HOD, Islamic Studies,
Peshawar Medical College, Peshawar/
External Examiner-I



4. Prof. Dr. Muhammad Yousaf Farooqi
Ex. Dean/ Director, IIUI/
External Examiner-II



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الإهداء

أهدي بحشي وثمره جهدي المتواضع

إلى والديّ الكريمين

اللذين ربّاني صغيراً، وأخلصاني الدعوات الصالحات، وحثّاني وأعاناني على
تحصيل العلم الشرعي منذ نعومة أظفاري، وكابدا المشاق والصّعاب في سبيله.
أرجو الله عزوجل أن يمدّ في عمرهما على البرّ والطاعة، وأن يعينني على برهما
والإحسان إليهما.

إلى أهلي وأولادي

الذين أحاطوني دائماً بفائق رعايتهم، وتفانوا في خدمتي والسهر على راحتي،
وقاسموني التعب والعناء، ونذروا أوقاتهم الثمينة ليشاركوني رحلة البحث.

وإلى كلّ من علّمني حقّ صرّث إلى ما صرّث إليه

أهدي إلى الجميع هذا العمل المتواضع.

مُقَدِّمَةٌ

الحمد لله كما يحب ويرضى، وله الشكر والثناء الحسن الجميل، كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، والصلاة والسلام على نبيِّنا المصطفى، الذي بعثه الله رحمة للبشرية جمعاء؛ ليعلمها الخير، ويفقهها في دينها الذي به سعادتها الدنيوية والأخروية، وبه يصلح أمرها، وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين، وأصحابه الغر الميامين، الذين ورثوا العلم الرباني والمهدي النبوي، وورثوه لمن بعدهم حتى تأصلت أصوله في الدنيا، وتقدت قواعده في الآفاق، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد؛ فلا يخفى على كل دارس للعلوم الشرعية ممارس لها أن الفقه منها بمنزلة عظيمة، وقمة شامخة، ومرتبة مشرقة على جميع العلوم، فهو ثمرة العلوم الشرعية وجنتها، وعليه مدارها وزخاها؛ إذ به يعرف التميز بين الحلال والحرام، وله يدين الخاص والعام، ويغض له العالم والجاهل، ويقبل عليه المفتي والمستفتي.

والفقه ليس مجرد حفظ الفروع والمسائل، وترجيح التعليقات والدلائل بل حقيقة الفقه هو الاستنباط، وحصول الملكة الفقهية؛ لأنه مما يؤهل المتفقه ويرقى به درجات الفقاهة. كما أن التمرس على الاستنباط من أهم ما يفتح المدارك، ويرقي الملكة للوقلة، وينمي العقل الفقهي المتطلع للقدرة على الاستنباط والترجيح، والإلحاق والتخريج، وتفريع الجزئيات على الكليات.

ومن أجل ما يزيد في العقل الفقهي وينمي الملكة، ويوسع المدارك: علم القواعد الفقهية التي تمثل قمة الفقه الإسلامي، وزبدته وعصارته، ويدوم البحث عن هذه القواعد، وترديد تعلمها، وعرضها وتحليلها، تبدو العقلية الفقهية الواسعة العميقة، وقدرتها على التجميع والتأصيل.

وما يزيد من أهمية هذا الفن الجليل ما جد في العصر الزاهر من أحداث ونوازل لم تكن معروفة من قبل، تتطلب معرفة حكم الشريعة فيها، وما من شك أن في هذه القواعد خير إسعاف للفقهاء والمفتين في حل ما يعن لهم من قضايا مستجدة.

ونظراً لهذه الأهمية البالغة للقواعد والضوابط الفقهية، وعظيم نفعها، وبالحاجة إليها في الاهتمام بها كلما احتاج الفقيه إلى معرفة حكم نازلة، وأيضاً رغبتي في التأصيل العلمي، تأصيلاً يمكنني من النظر في نصوص الشرع، وأقوال السلف من الصحابة والتابعين، وفهمها كما فهمها العلماء من بعدهم إلى يومنا هذا، تأصيلاً يوهلي لتخريج الفروع على الأصول، وإلحاق المسكوت عنها من النوازل المستجدة بالمنطوق بها في الأحكام الشرعية، رغبت الكتابة في هذا الجانب، وأن تكون رسالتي لنيل الدرجة العالمية العالية (الدكتوراه) في القواعد والضوابط الفقهية.

وآثرت أن تكون رسالتي في إطار دراسة تجمع بين نظرية وتطبيقية، ونكمن تلك من خلال النظر في مؤلف من مؤلفات أئمة الفقه في الشأن، ولما كان البحث في القواعد والضوابط يزداد أهمية بحسب قيمة المصنّف الفقهي الذي تدرس من خلاله، وبعد اطلاعي الواسع من خلال تصحفي كتاب (المبسوط في شرح الكافي) تأليف: شمس الأئمة محمد بن أحمد السرخسي - رحمه الله -، فإني وجدت بين دفتيه جملة كثيرة من القواعد والضوابط الفقهية التي ينشرها الإمام أثناء عرضه للمسائل الفقهية، يقف الباحث فيها على عظمة الفقه ولذته، وأعجبت بقيمة الكتاب العلمية لدى أهل العلم، وأسلوبه البين غير المتكلف، وعباراته السلسة البسيطة، ومنتهجه القويم، وكثرة ورود القواعد الفقهية والمسائل المخرجة عليها إلى غير ذلك من الأسباب، الأمر الذي دعاني إلى اختيار هذا الموضوع، واستخراج ما اشتمل عليه المبسوط من القواعد والضوابط الفقهية، ثم تصنيف هذه القواعد حسب ورودها. ومجموع ما قد تمّ دراسته في هذه الرسالة: مائتان واثنان وخمسون قاعدة، وستة وستون ضابطاً فقهيّاً، وهي المسائل المستخرجات من كتاب المبسوط، وتمت دراستها دراسة وافية موعبة؛ بجمع كلام الإمام السرخسي - رحمه الله - عليها، وشرحها شرحاً منهجياً من حيث تأصيلها، وبيان مفرداتها ومعناها، وتوثيقها من شتى كتب الفقه والأصول والقواعد الفقهية، ثم ذكر التفرعات المخرجة عليها، والتطبيقات على النوازل من أبواب المعاملات المالية المختلفة، وآخر ذلك الاستثناءات إن وجدت.

وأجمل فيما يلي بالإضافة لما سبق أهمية الموضوع وسبب اختياره في النقاط التالية على ما جرت به عادة الباحثين، وتقتضيه منهجية البحث العلمي.

أ- أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

لقد كان من أهمية الموضوع وأسباب اختياري له -بالإضافة إلى ما تقدم ذكره آنفاً- ما يلي:

- ١- خصوصية علم القواعد والضوابط الفقهية وبكارتته -في بعض مباحثه- فهو جدير بدراسته وإيرازه وإفراجه بمؤلفات مستقلة.
- ٢- كون علم القواعد والضوابط الفقهية -إلى جانب ما بذل فيه من جهود قيمة- لا يزال بحاجة ماسة إلى خدمته والعناية به وتأصيله وتنسيقه، وترتيبه وتنظيمه.
- ٣- حاجة الأمة الإسلامية -في هذا العصر خاصة- إلى علم القواعد والضوابط الفقهية ولا سيما المتعلقة بالمعاملات المالية؛ لإيجاد الحلول ومعرفة الأحكام لكثير مما يجد من المضلات والنوازل في هذا المجال.
- ٤- إن فقه المعاملات المالية بحاجة إلى تنامي البحوث والدراسات، وتنوع الآراء العلمية واجتهادات العلماء، وإلى جمع معانيه، وضبط أحكامه المتناثرة؛ كي يستوعب ما يجد من أقضية ونوازل، وما حدث من

تصرفات وتعامل، ومما يقرب فقه المعاملات المالية، ويذلل صعبه: تحديث عرضه، وضبط فروعه ومسائله المتشعبة، وتأصيل قواعده الحاكمة لأفراده، وهذه الرسالة جاءت تحقيقاً لهذه الأمور.

٥- شمول القواعد الفقهية لكثير من أبواب الفقه مما يجعل الباحث في رحلة علمية ممتعة ومفيدة مع كل قاعدة، في تتبع فروعها ونظائرها واقتناص شواردها، والتغريب عن مواطنها ومكانها، فيرجع من رحلته بعلم وفير وصيد ثمين.

٦- ما ظهر من منهجية جديدة للكتابة في القواعد الفقهية تتمثل في استخراج القواعد من كتب الفقهاء وإبرازها وتأصيلها وذكر فروعها، كالمشروع الذي تم إنجازها بالاشتراك بين مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ومؤسسة زايد للأعمال الخيرية والإنسانية، وقد سمي المشروع بـ "معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية"^١، وكذلك إنجاز مشروعات القواعد الفقهية والأصولية بشكل الرسائل العلمية في الجامعات الرائدة التي يأتي ذكرها قريباً، فأردت أن أساهم في هذه الجهود بقدر استطاعتي.

٧- يُعد كتاب المبسوط مصدراً أساسياً في المذهب الحنفي، ويشتمل على كثير من القواعد والضوابط الفقهية كما نوه إليه الدكتور علي أحمد النجدي في خاتمة رسالته الدكتوراه^٢، وعلى هذا فالكتاب جدير بالدراسة واستخراج القواعد والضوابط الفقهية للكونية فيه، وبيانها مع ذكر تطبيقاتها المعاصرة.

٨- علو شأن المذهب الحنفي في فقه المعاملات المالية، وسعة دائرته، وخصوبة قواعده الحاكمة لذلك، والمعيرة عن طبيعته فيها.

٩- مكانة مؤلف المبسوط الإمام المرحوم -رحمه الله- حيث لُقّب بشمس الأئمة، وعدّ من نوادر علماء المسلمين بما أُعطي من صفاء الذهن، وحنّة الدّعاء، وقوّة الحفظ، وسرعة الاستحضار، والاطلاع على مواطن الخلاف وغيرها من الأمور التي جعل الناس يأخذون عنه ويعتمدون عليه إلى زماننا هذا، ولا زالت آراؤه معينة لأهل العلم ورواد المكتبات العلمية.

١٠- تكمن أهمية الموضوع في أنه يساهم في تكوين ملكة التعليل والتأصيل بالقواعد الفقهية لدى الباحثين في مجال الفقه والأصول.

١١- مع هذه الأهمية، فإنه -حسب علمي- لم يكتب في هذا الجانب من هذا الكتاب إلا اليسير، فقصدت إبرازه ليكون معيناً -بعد الله تعالى- لقارئ هذا الكتاب على فهمه.

^١ صدرت عن المجموعة الطباعية للنشر والتوزيع بلبان، وتقع في واحد وأربعين مجلداً مع مجلد آخر يحتوي على أسطوانة إلكترونية للموسوعة. وقد تم إنجازها بالاشتراك بين مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ومؤسسة زايد للأعمال الخيرية والإنسانية بأبي ظبي، دولة الإمارات العربية المتحدة.

^٢ القواعد والضوابط الفقهية المستخلصة من التحرير شرح الجامع الكبير للإمام جمال الدين الحصري (دراسة وتطبيقاً)، نوقشت في كلية الشريعة بجامعة أم القرى عام: ١٤٠٩هـ: ص ٤٧١.

١٢- حاولت من خلال هذه الرسالة إبراز المنهج التعليمي الذي سلكه الإمام المرخسي -رحمة الله في ضبط المسائل الفرعية حيث عُلِّل تلك المسائل بعد سردها بالقواعد للاستدلال والتوجيه والترجيح، فمعرفة المنهج التعليمي بالقواعد الفقهية ودقائقه من الأهمية بمكان لاسيما للدارس الفقه وأصوله.

١٣- إشادة بعض مشايخي وعلى رأسهم الدكتور عبد الله رزق المزيني -الأستاذ المساعد في جامعة الأجساء حالياً- بأهمية للموضوع، وتنويههم بفائدة الكتابة فيه، فأخذت بمشورتهم، واستعنت بالله في الخوض في الموضوع رغم صعوبته، وقلة بضاعي، رغبة في كسب خبرة وزيادة في العلم.

ب- إشكالية الدراسة

يمكن تحديد إشكالية الدراسة في الأسئلة الآتية:

ما هو منهج الإمام السرخسي في تناول القواعد والضوابط الفقهية من خلال المبسوط؟ وما هي الأساليب التي استخدمها في صياغتها؟ وكيف دُلِّل للقواعد الفقهية وفُزَّع عليها من شتى أبواب المعاملات المالية؟ وكيف كان احتجاجة بالقواعد الفقهية على المسائل وتعليله بها؟ وبم تميز به في إيراد القواعد الفقهية عن غيره؟ وما كميّة القواعد التي وردت في كتب المعاملات المالية في المبسوط؟ وما هي التفسيرات المستثناة من القواعد؟ وكيف يمكن الاستفادة من هذه القواعد في نوازل المعاملات المالية؟ وما مدى تفعيل هذه القواعد الفقهية في العصر الراهن؟ وهل لها صلاحية التجدد بمرور الزمن؟

ت- الدراسات السابقة في الموضوع

بعد الاستقراء والتتبع للبحوث العلمية والرسائل الجامعية التي نوقشت وكذلك المسجلة في بعض الجامعات وجدت أربع رسائل علمية تتعلق بموضوع رسالتي، وفيما لي وصف شامل لها وبيان أوجه الاختلاف فيها:

١- القواعد الفقهية في كتاب المبسوط للإمام السرخسي وما تخرج عليها من الفروع (جمع ودراسة)، للباحث: أحمد لطفي زكي موسى شلي، بإشراف الأستاذ الدكتور جودة عيد الغني بسيوني والأستاذين الآخرين، وهي رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في جامعة الأزهر مصر التي نوقشت في عام ٢٠١١م، وتقع في ألف وأربعمائة وخمس وعشرين صفحة.

وصف الرسالة وبيان أوجه الاختلاف: قسم الباحث رسالته على قسمين، جعل القسم الأول على ثلاثة فصول، تناول فيها: التعريف بالمفردات الواردة في عنوان البحث. أما القسم الثاني فمشمول على أربعة أبواب تناول فيها: القواعد الفقهية الكبرى وغير الكبرى وتطبيقاتها عند الإمام السرخسي، وقواعد في

الأبواب الفقهية المختلفة وتطبيقاتها عند الإمام السرخسي، وقواعد فقهية متنوعة؛ كقواعد في العمل بالظاهر، وقواعد في الوسائل والمقاصد ونحوها، وتطبيقاتها عند الإمام السرخسي.

أما أوجه الاختلاف فيمكن إجمالها في النقاط التالية:

أولاً: اعتمد منهج الباحث على دراسة استقرائية فحسب، أما منهجي فيعتمد على دراسة تحليلية تطبيقية.

ثانياً: اتقى الباحث القواعد من مختلف الكتب الفقهية في المبسوط من دون أن يلتم بدراسة قواعد فقهية من كتب معينة بينما التزمت في رسالتي بدراسة قواعد فقهية الواردة في كتب للمعاملات المالية.

ثالثاً: لم يستوعب الباحث القواعد وإلا خرجت الرسالة بأضعاف حجمها الحالي؛ بينما استوعبت رسالتي جميع القواعد والضوابط الفقهية التي وردت في كتب المعاملات المالية والتي بلغ عددها تسعة وعشرين كتاباً، وكان عدد القواعد المدروسة ثلاثمائة وسبع عشرة قاعدة وضابطاً فقهياً.

رابعاً: تبين لي من خلال عناوين الأبواب والفصول بأن الباحث اكتفى بتلك التطبيقات التي وردت في المبسوط دون ما جاءت في كتب الفقه، والأصول، والقواعد الفقهية وبالتالي فهو لم يخرج من إطار المبسوط في دراسة القواعد. أما رسالتي فقد أكترت فيها من إيرادات التطبيقات من غير كتاب "المبسوط".

خامساً: خلو الرسالة من جانب التطبيقات للمعاصرة للقواعد الفقهية؛ بينما اشتملت رسالتي على جانب التطبيقات للمعاصرة للقواعد التي تحمل طابع الجدة. كما حاولت جاهداً ترك إيرادات تلك التفريعات التي لا يتصور وقوعها في العصر الراهن؛ نحو التفريعات المتعلقة بمسائل الإمام والعبد.

سادساً: لم يذكر الباحث في منهجه أنه يوثق القواعد الفقهية المستخرجة من المبسوط، من مدونات فقهية وأصولية؛ بينما اعتنيت بجانب التوثيق كثيراً، ونادراً ما توجد قاعدة فقهية في رسالتي من دون التوثيق.

٢- المنهج الفقهي والقواعد الفقهية عند الإمام السرخسي من خلال كتابه المبسوط، للباحث: محمد أمين عبد الوهاب الزهر، بإشراف الدكتور صالح القلبي، وهو بحث مقدّم لنيل درجة الماجستير في قسم الفقه الإسلامي ومذاهبه بكلية الشريعة في جامعة دمشق سوريا، وقد نوقش في عام ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٥م.

وصف الرسالة وبيان أوجه الاختلاف: وعمل الباحث في بحثه يتمثل في بيان منهج الإمام السرخسي - رحمه الله - في استنباط الأحكام بإيجاز، وكيفية نقله للأراء والأدلة، ومناقشته لها في كتابه المبسوط. وقد قام الباحث باستقراء واستخراج القواعد الفقهية من كتاب المبسوط للسرخسي بقدر الإمكان وصنفها باعتبارات متعددة، ثم أتبع ذلك بتصنيف يتوافق مع التوزيع الفقهي كما في المبسوط. ووجه الاختلاف

هو أن الباحث لم يتعرض في رسالته لذكر المسائل المتفرعة عن القواعد الفقهية والتطبيقات المعاصرة عليها، وبالتالي فإنه لم يستقص دراسة القواعد الفقهية من جميع الجوانب.

٣- القواعد الفقهية في كتاب البيوع من كتاب المبسوط للإمام السرخسي (دراسة فقهية مقارنة)، للباحثة: عائشة علي العمري، بإشراف الدكتور أسامة عدنان الغنميين. وهو بحث مقدّم لنيل درجة الماجستير في قسم الفقه وأصوله، بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية في جامعة اليرموك الأردن، وقد نوقش البحث في عام ١٤٣٦هـ-٢٠١٥م.

وصف الرسالة وبيان أوجه الاختلاف: ولم أعر إلا على ملخص هذا البحث وقد ذكرت فيه الباحثة بأن الدراسة هدفت إلى استخراج القواعد الفقهية من كتاب البيوع، واستخلاصها، وشرحها، ودراستها، وتحليلها، وتوضيح ما يتعلق بها من أحكام، مؤيدة بالأدلة الشرعية من القرآن والسنة، وبيان بعض التطبيقات القديمة والمعاصرة على كل قاعدة مع الشرح والتفصيل. وعليه فإن البحث مقتصر على استخراج القواعد الفقهية من كتاب البيوع دون ما عداها ودراستها دراسة تحليلية وتطبيقية.

٤- الاختيارات الفقهية للإمام السرخسي في المعاملات المالية من خلال كتابه المبسوط (دراسة مقارنة)، للباحث: حرم مقبول الطيب، بإشراف أحمد بابكر خليل. وهو بحث مقدّم لنيل درجة الماجستير في الشريعة، بكلية الشريعة والقانون في جامعة أم درمان الإسلامية السودان، وقد نوقش في عام ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م. ويقع في ٢٧٨ صفحة. (لم أتمكن من العثور على نص البحث أو ملخصه).

أما بالنسبة للدراسات التي أجريت حول القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بالمعاملات المالية عمومًا فهي كثيرة جداً، أغلبها عبارة عن الرسائل العلمية التي أنجزت في الجامعات الرائدة، أذكر منها ما يلي:

١- القواعد والضوابط الفقهية القرافية -زمرة التمليكات المالية- للباحث عادل بن عبد القادر قوته بإشراف د. عبد الوهاب بن إبراهيم أبو سليمان. وهي رسالة مطبوعة قدّمت لنيل درجة الدكتوراه في الفقه الإسلامي من جامعة أم القرى، بمكة المكرمة، وقد نوقشت عام ١٤٢٢هـ.

٢- القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية، للباحث: عمر عبد الله كامل، بإشراف الدكتور عبد الجليل القرشناوي. وهي رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في كلية الدراسات العربية والإسلامية بجامعة الأزهر الشريف، وتقع في ٦٦٥ صفحة.

٣- موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي للدكتور علي أحمد الندوي. توزيع دار عالم المعرفة. وقد طبعت في عام ١٤١٩هـ/١٩٩٩م.

٤- جبهة القواعد الفقهية في المعاملات المالية، للباحث: الدكتور علي أحمد الندوي، طبعته شركة الراجحي المصرفية للاستثمار بالرياض عام ١٤٢١هـ، ويقع في ثلاث مجلدات ضخمة.

٥- موسوعة القواعد الفقهية المنظّمة للمعاملات المالية الإسلامية ودورها في توجيه النظم المعاصرة، للباحث: عطية عدلان، بإشراف: سعيد أبو الفتوح البسيوني، طبعها دار الإيمان إسكندرية في مجلد ضخيم يقع في ٦٢٧ صفحة. وهي في الأصل بحث تقدم به لنيل درجة الماجستير في الجامعة الأمريكية المفتوحة بالقاهرة عام ٢٠٠٥م.

٦- القواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية -جمعا ودراسة- للباحث عبد السلام بن إبراهيم الحصين. وهو بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في أصول الفقه من جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، بالرياض. وقد طبعته دار التأصيل عام ١٤٢٢هـ/٢٠٠٢م.

٧- القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية للقاضي الدكتور عبد الغفور محمد البياتي، وهو كتاب مطبوع في مجلد واحد من إصدار دار الكتب العلمية بيروت.

٨- القواعد الفقهية وتطبيقاتها الفقهية والقانونية للدكتور أحمد ياسين القرالة، وهو كتاب مطبوع في مجلد واحد من إصدار الأكاديميون للنشر والتوزيع عمان-الأردن.

ث- منهجي في البحث

أما المنهج الذي سلكته والتزمت به في رسالتي يعتمد على دراسة تحليلية تطبيقية، حيث قمت باستقراء القواعد الفقهية والمادة العلمية المطلوبة من كتب المعاملات المالية في المبسوط، ثم صنفتها ورتبتها، وحللتها وذكرتها تطبقاً وفق أصول البحث العلمي المعتمدة؛ للوصول في النهاية إلى نتائج داعمة للبحث العلمي.

ج- خطوات البحث:

أما تفصيل خطوات منهج البحث فهو على النحو الآتي:

١- قمت بقراءة جميع الكتب والأبواب المتعلقة بالمعاملات المالية من كتاب المبسوط للإمام السرخسي -رحمه الله- بغية استخراج ما ورد فيها من القواعد والضوابط، وجمعت كل ما يشبه قواعد كلية أو ضوابط جزئية، ثم قمت بعملية السبر والتقسيم فأبعدت قواعد أصولية محضة، وما تكرر من ألفاظ القواعد والضوابط بضم بعضها إلى البعض. وما يوهم أنه قاعدة أو ضابط فقهي لكنه في الأصل حكم فقهي صاغه المؤلف في صورة قاعدة أو ضابط فقهي.

٢- رتبت القواعد والضوابط حسب ترتيب المصنف لكتب المعاملات المالية في المبسوط وقد بلغ عددها تسعة وعشرين كتاباً. كما رتبت القواعد والضوابط وفق الأرقام التسلسلية.

٣- ذكرت محل ورود القاعدة أو الضابط من الكتاب بذكر سياقها، ونص المؤلف والموضع الذي أخذت منه هذا اللفظ.

٤- رتبت القواعد حسب أول ذكر لها من كتب المعاملات المالية في المبسوط واخترت من لفظ القاعدة أو الضابط ما كان جامعاً ومائتاً.

- ٥- عززت القواعد والضوابط الفقهية إلى أماكن وجودها في كتاب المبسوط، وما وقفت عليه من كتب القواعد الفقهية، وكتب الفقه في المذهب الحنفي والمذاهب الأخرى، مع توثيقها وتأصيلها وذكر ما شامها أو ما اندرج تحتها.
- ٦- بينت معاني الكلمات الغريبة الواردة والمصطلحات العلمية في القاعدة أو الضابط بإيجاز.
- ٧- ذكرت المعنى الإجمالي للفقه للقاعدة أو الضابط، وبينت موقف المذاهب الفقهية منها من خلال توثيق القاعدة.
- ٨- ذكرت الخلاف في القاعدة على وجه التفصيل بإيراد أقوال فقهاء المذاهب الأربعة، وأدلتهم النقلية والعقلية، وبينت الراجح من الأقوال وسبب الترجيح.
- ٩- انتهجت الترتيب الزمني عند ذكر الأئمة الأربعة؛ فقدمت أبا حنيفة، فمالكاً، فالشافعي، ثم أحمد - رحمهم الله -، وكذلك عند ذكر مذاهبهم الفقهية.
- ١٠- ذكرت الأصل الذي تستند إليه القاعدة ولاسيما إذا كانت جزءاً من النصوص الشرعية، والدال على حجيتها في الغالب من دون التزام بذكر أدلتها.
- ١١- حاولت جاهداً الإحاطة بأكبر قدر ممكن لجوانب القواعد المدروسة، وتوظيفها في دراسة المسائل الفقهية بغية مزيد الاستفادة.
- ١٢- ملت للقاعدة أو الضابط ببعض الفروع الفقهية المندرجة تحتها حسب الإمكان والتطبيقات المعاصرة من غير التزام بعدد معين. كما نوهت نادراً إلى اختلاف الفقهاء في المسائل المنفردة عن القاعدة أو الضابط.
- ١٣- ذكرت بعض مستثنيات القاعدة في الغالب إن وجدت.
- ١٤- عززت الآيات إلى أرقامها وسورها في المصحف الشريف مع إخراجها مضبوطة بالشكل.
- ١٥- قمت بتخريج الأحاديث النبوية عند أول ورودها في البحث، فإن كان الحديث في الصحيحين أو في أحدهما اكتفيت به؛ وإن كان في غيرها اعتنيت ببيان من خرجه من كتب السنن مع ذكر أقوال أهل العلم فيه من حيث الصحة والضعف. وخرجت الآثار من مظانها عند أول ورودها في البحث.
- ١٦- وثقت الأقوال والمسائل الفقهية من مظانها المتخصصة المعتمدة.
- ١٧- عرفت بجميع الأعلام الذين وردت أسماءهم إلا من استغنى بشهرته عن التعريف به؛ كالصحاباء، والأئمة الأربعة، والصالحين، وابن تيمية، وأصحاب الكتب الستة مثلاً.
- ١٨- شرحت ما يحتاج إلى بيان من الألفاظ الاصطلاحية والكلمات الغريبة الواردة في الرسالة.
- ١٩- استفدت في إيراد التطبيقات المعاصرة من شتى البحوث والرسائل العلمية الجامعية المتاحة في هذا المجال، ولاسيما "موسوعة القواعد الفقهية" ل محمد صديقي البورنوي، و"معلمة زايد للقواعد الفقهية"

والأصولية"، و"موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي" للدكتور علي أحمد الندوي وغيرها.

٢٠- ذكرت الخاتمة في النهاية، وفيها أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال البحث والتوصيات.

٢١- قمت بعمل ثمانية فهارس للرسالة، وهي على النحو التالي:

أولاً: فهرس الآيات القرآنية

ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية والآثار

ثالثاً: فهرس الأعلام المترجم لهم

رابعاً: فهرس الأماكن والبلدان

خامساً: فهرس الكلمات الغريبة

سادساً: فهرس المصادر والمراجع

سابعاً: فهرس القواعد والضوابط الفقهية مرتبة على حروف المعجم

ثامناً: فهرس الموضوعات

ج- خطة البحث

اقتضت طبيعة هذه الرسالة، والمادة العلمية المجمعة فيها، ومنهجها أن تتكوّن خطة البحث -بمشيئة الله تعالى- من: مقدمة، وتعميد، وقسمين رئيسين، وخاتمة.

● المقدمة، وذكرت فيها:

- الافتتاحية
- أهمية الموضوع
- بيان سبب اختيار الموضوع
- مشكلة البحث
- الدراسات السابقة في الموضوع
- منهج البحث
- الشكر والتقدير

• **تجهيد في التعريف بالمعاملات المالية والقاعدة الفقهية والمصطلحات المقارنة لها، وفيه أربعة مطالب:**

المطلب الأول: تعريف المعاملات المالية وبيان أنواعها

المطلب الثاني: تعريف القاعدة الفقهية، والفرق بينها وبين القاعدة الأصولية

المطلب الثالث: تعريف الضابط الفقهي، والفرق بينه وبين القاعدة الفقهية

المطلب الرابع: مدى الاحتجاج بالقاعدة الفقهية، وبمجال تطبيقها

• **القسم الأول: في ترجمة المؤلف: الإمام السرخسي والتعريف بكتابه المبسوط، وفيه فصلان:**

الفصل الأول: ترجمة المؤلف: الإمام السرخسي، وتحت ثمانية مباحث وهي كالآتي:

المبحث الأول: اسمه، ومولده، ونشأته

المبحث الثاني: شيوخه ورحلاته في طلب العلم

المبحث الثالث: مكاتبه العلمية

المبحث الرابع: تلامذته

المبحث الخامس: آثاره العلمية

المبحث السادس: محنته

المبحث السابع: ثناء العلماء عليه

المبحث الثامن: وفاته

الفصل الثاني: التعريف بكتاب المبسوط وتنويه العلماء بشأنه، وتحت خمسة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بكتاب المبسوط وسبب تأليفه

المبحث الثاني: موضوع الكتاب ونسبته لمؤلفه

المبحث الثالث: منهج المؤلف في التأليف

المبحث الرابع: منهجه في ذكر القواعد والضوابط الفقهية وصياغته لها

المبحث الخامس: أهمية الكتاب، وبيان مزاياه

المبحث السادس: تنويه العلماء بشأن الكتاب

• **القسم الثاني:** دراسة تحليلية وتطبيقية للقواعد والضوابط الفقهية في المعاملات المالية من كتاب المبسوط للإمام الميرغني. وتمتته فصلاً:

الفصل الأول: الكلام في القواعد الفقهية الواردة في كتب المعاملات المالية المستخرجة من كتاب المبسوط، وهو مؤرّع على المباحث الآتية:

المبحث الأول: كتاب العتق

المبحث الثاني: كتاب المكاتب

المبحث الثالث: كتاب الولاء

المبحث الرابع: كتاب القبط

المبحث الخامس: كتاب اللقيطة

المبحث السادس: كتاب الغصب

المبحث السابع: كتاب الوديعة

المبحث الثامن: كتاب العارية

المبحث التاسع: كتاب الشركة

المبحث العاشر: كتاب الوقف

المبحث الحادي عشر: كتاب الهبة

المبحث الثاني عشر: كتاب البيوع

المبحث الثالث عشر: كتاب الصرف

المبحث الرابع عشر: كتاب الشفعة

المبحث الخامس عشر: كتاب القسمة

المبحث السادس عشر: كتاب الإجازات

المبحث السابع عشر: كتاب الوكالة

المبحث الثامن عشر: كتاب الكفالة

المبحث التاسع عشر: كتاب الصلح

المبحث العشرون: كتاب الرهن

المبحث الحادي والعشرون: كتاب المضاربة

المبحث الثاني والعشرون: كتاب المزارعة

المبحث الثالث والعشرون: كتاب الحجر

المبحث الرابع والعشرون: كتاب المأذون الكبير

المبحث الخامس والعشرون: كتاب الوصايا

المبحث السادس والعشرون: كتاب العين والدين

المبحث السابع والعشرون: كتاب العتق في المرض

المبحث الثامن والعشرون: كتاب الخيل

المبحث التاسع والعشرون: كتاب الكسب

الفصل الثاني: الكلام في الضوابط الفقهية الواردة في كتب المعاملات المالية المستخرجة من كتاب المبسوط.

وهو موزع على أربعة وعشرين مبحثًا الآتية:

المبحث الأول: الضوابط الفقهية في كتاب العتق

المبحث الثاني: الضوابط الفقهية في كتاب المكاتب

المبحث الثالث: الضوابط الفقهية في كتاب الولاء

المبحث الرابع: الضوابط الفقهية في كتاب القبط

المبحث الخامس: الضوابط الفقهية في كتاب اللقيطة

- المبحث السادس: الضوابط الفقهية في كتاب الغصب
- المبحث السابع: الضوابط الفقهية في كتاب الوديعة
- المبحث الثامن: الضوابط الفقهية في كتاب العارية
- المبحث التاسع: الضوابط الفقهية في كتاب الشركة
- المبحث العاشر: الضوابط الفقهية في كتاب الوقف
- المبحث الحادي عشر: الضوابط الفقهية في كتاب الهبة
- المبحث الثاني عشر: الضوابط الفقهية في كتاب البيوع
- المبحث الثالث عشر: الضوابط الفقهية في كتاب الصرف
- المبحث الرابع عشر: الضوابط الفقهية في كتاب الشفعة
- المبحث الخامس عشر: الضوابط الفقهية في كتاب القسمة
- المبحث السادس عشر: الضوابط الفقهية في كتاب الإجازات
- المبحث السابع عشر: الضوابط الفقهية في كتاب الوكالة
- المبحث الثامن عشر: الضوابط الفقهية في كتاب الكفالة
- المبحث التاسع عشر: الضوابط الفقهية في كتاب الصلح
- المبحث العشرون: الضوابط الفقهية في كتاب المضاربة
- المبحث الحادي والعشرون: الضوابط الفقهية في كتاب المزارعة
- المبحث الثاني والعشرون: الضوابط الفقهية في كتاب المأذون الكبير
- المبحث الثالث والعشرون: الضوابط الفقهية في كتاب الوصايا
- المبحث الرابع والعشرون: الضوابط الفقهية في كتاب الخيل.

شكر وتقدير

هذا ما وفقت إليه بفضل الله تعالى من إتمام هذه الرسالة المتواضعة، فقد يسر لي وأعان على إخراجها وجمع القواعد والضوابط الفقهية من خلال كتاب المبسوط في شرح الكافي، لشمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -، وقد بذلت في ذلك من الجهد، والكد ما أمكنتي وقدرت عليه، معترفاً بقلّة بضاعتي العلمية، غير مدّعٍ للكمال، ولا البعد عن الخطأ والزلل، فما كان التوفيق حلقي فيه فذلك بمحض فضل من الله تعالى، وله الحمد والمنة أولاً وأخيراً، وما كان فيه من خطأ وزلة؛ فهذا من عمل البشر، وحسبي أنّي قد بذلت فيه جهدي.

ثم أتوجه بالشكر والامتنان إلى والدي الكريمين على حسن تربيتهما وإرشادهما لي في تلقي العلوم الشرعية والعربية داخل البلاد وخارجها، وصبرهما على طول الفراق احتساباً لما عند الله، أسأل الله الكريم أن يحفظهما، ويرزقهما حسن الخاتمة، وأن يرحمهما ويرحمهما كما ربياني صغيراً.

ومن الواجب عليّ أن أتقدّم بالشكر الجزيل والعرفان الجميل لشيختي وأستاذتي ومشرقتي فضيلة الأستاذ الدكتور محمد طاهر حكيم - حفظه الله تعالى، الذي ظلّ منذ صدور قرار الموافقة على الرسالة والإشراف دائم التوجيه والإرشاد، وحسن المتابعة، فأشكره على حسن تعاوني، وأخلاقه الفاضلة الكريمة معي خلال إعداد هذه الرسالة، وعلى جهده الذي بذله، ووقته الخاص الذي أثري به عليّ نفسه لقراءة هذه الرسالة، وتحثّم العناء، وعلى توجيهه الدائم والسديد، ومتابعته الدقيقة والمتواصلة؛ حتى خرجت هذه الرسالة على هذه الصورة بفضل الله سبحانه، ثم بفضل جهوده؛ فله مني جزيل الشكر والثناء، ومن الله حسن الثواب وعظيم الجزاء، وخير المثوبة، وبارك الله له في عمره ووقته وعمله وأهله، ووفقني وإياه لما فيه رضا في الدنيا والآخرة؛ إنه سميع قريب وبالإجابة جدير.

ولا أنسى أن أشكر لأستاذتي فضيلة الدكتور عبد الله رزق المزيني الذي أرشدني إلى هذا الموضوع القيم، وشجعتني بالكتابة فيه، ولم يكف بذلك بل قام بمراجعة الخطة المبدئية للرسالة، وصوّب الأخطاء فيها قبل التقديم بها إلى الكلية، فله مني جزيل الشكر والعرفان.

كما يجب عليّ أن أتقدم بالشكر والتقدير للقائمين من الإداريين والأساتذة على شؤون الجامعة الإسلامية العالمية بإسلام آباد، التي قضيت في رحابها عقداً من الزمن، طالباً ومعلّماً، وأخص بالشكر منهم من كان له يد العون في تربيتي وتعليمي خلال المراحل التعليمية.

وأتوجه بجزيل الشكر وكامل التقدير وخالص الدعاء لأهلي وأولادي الذين ساعدوني في إنجاز هذا العمل الشاق، وتحملوا معي في سبيله المشاق والصعوبات، وإلى كل من قلّم لي عوناً، ونصحاً، وتشجيعاً بأي شكل كان، فجزاهم الله خير الجزاء.

والله أسأل أن يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه الكريم، وابتغاء مرضاته، وأن يجعله من الباقيات الصالحات؛ إنه جواد كريم.

وصلّى الله وسلّم وبارك وأنعم على نبينا وقدوتنا محمد، وعلى آله، وأصحابه، ومن سار على نهجهم، واقتفى أثرهم بإحسان إلى يوم الدين.

تمهيد

في التعريف بالمعاملات المالية والقاعدة الفقهية والمصطلحات المقاربة لها

وفيه أربعة مطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف المعاملات المالية وبيان أنواعها

المطلب الثاني: تعريف القاعدة الفقهية والفرق بينها وبين القاعدة الأصولية

المطلب الثالث: تعريف الضابط الفقهي، والفرق بينه وبين القاعدة الفقهية

المطلب الرابع: مدى الاحتجاج بالقاعدة الفقهية، وبمجال تطبيقها

تمهيد

هذا التمهيد معقود للتعريف بالمعاملات المالية وذكر أقسامها، وبيان جملة من المبادئ والمصطلحات التي يكثر دورها في علم القواعد الفقهية؛ أوردتها لما لها من علاقة مباشرة بهذه الرسالة، وما رأيته في شأن الموضوع.

إن علم القواعد والضوابط الفقهية يعدّ من أعظم العلوم الشرعية نفعاً، وأهمّها للفقيه والمفتي والقاضي والحاكم، إذ به تتدرب العقول الفقهية على مأخذ الطّوّن ومدارك الأحكام الشرعية العديدة، ومن استوعب القواعد والضوابط الفقهية وأحاط بها علماً ومعرفة فقد استوعب الفقه كلّ، وانفتح له بابّ للتعرف على أحكام النوازل والمستجدات من خلال معرفة نظائر الفروع وأشباهها وضمّ المفردات والجزئيات إلى أحوالها وأشكالها المتناثرة.

ولأجل ذلك فإنّ أهل العلم اعتنوا عناية فائقة بالقواعد والضوابط الفقهية قديماً وحديثاً للاستفادة منها؛ ونظراً لتعدد مذاهب الفقهاء واختلاف طرقهم في الاستنباط، ولكثرة المسائل الفقهية وتنوعها وتشعبها؛ فقد رأى الفقهاء المتمرسون إلى أنّ الحاجة ماسة لوضع قواعد كلية وأصول عامة تجمع تلك الفروع والمسائل الكثيرة المتفرقة حتى لا يضيع طالب الحكم بين أشدات الجزئيات وأحكام المسائل المختلفة، فقام عدد من أكابر الفقهاء الذين أحاطوا علماً بمنهج كبار الأئمة السابقين وأصولهم فتمروا على علل الأحكام التي يستنبطها أولئك، واستقصوا أنواع الأحكام المتشابهة التي تجمع بين المسائل المختلفة، فجمعوا الشيء إلى شبيهه، وضمّوا التظهير إلى نظيره، وضبطوا ما تشابه وتماثل برابطٍ جامعٍ وضابطٍ واحدٍ.

فتكونت بذلك القواعد الفقهية التي تجمع كل واحدة منها المسائل المتحددة في حكمها وتنظمها بسلك واحد؛ فكان هذا العمل الجليل أساساً سليماً، لاستنباط واستخراج علل الأحكام الشرعية.

ومن هنا ازدهرت حركة التدوين والجمع للقواعد والضوابط الفقهية واتسعت دائرتها اتساعاً كبيراً، وصار علماً قائماً بذاته، وبالأخص في القرن السابع والثامن الهجري^١، فكثرت مادته وأقبل فقهاء المذاهب عليه إقبالاً شديداً، وعكفوا على تلقيه وتحصيله، وتزاحموا على الاعتراف منه، وتسابقوا إلى التنقيب عنه، وتنافسوا في الكشف عن كنوزه وذخائره. فكان هذا العلم مناراً واضحاً لجلود الشريعة وبقاء أحكامها، وتجديداً للفقه واستمراراً لصلاحيته في كلّ زمان ومكان.

^١ ينظر: كتاب القواعد الفقهية مفهومها، ونشأتها، وتطورها للذكر أحمد علي التنوي، دار القلم دمشق ط. الثالثة

ولعلني من خلال هذا التمهيد أبين المقصود بالمعاملات المالية، وأكشف عن أهمية القواعد والضوابط الفقهية في تعرف المجتهد على أحكام التوازل والواقعات المستجدة من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف المعاملات المالية وبيان أنواعها

إن مصطلح "المعاملات المالية" حادث ليس له تعريف في كتب المصطلحات الفقهية، ولمعرفة هذا المصطلح لا بد من تحليله، فهو في أصل تركيبه وصفي قد تركيب من جزئين هما: "المعاملة" و"المالية". وقبل الخوض في تعريف هذا الاصطلاح باعتبار كونه علماً لبيان من أبواب المعاملات يجدر تعريف كل جزئية من هذا المركب على حدة.

أولاً: تعريفه باعتباره مركباً وصفيًا

كلمة "المعاملات" في اللغة جمع معاملة؛ وهي مأخوذة من عاملت الرجل أعماله محاملة^١، وهي في الاصطلاح: تطلق على الأحكام الشرعية المتعلقة بالأموال الدنيوية والمنظمة لتعامل الناس في الدنيا^٢.

وصيغة "المعاملة" التفاعلية تقتضي المشاركة والتفاعل بين طرفين فأكثر غالباً. والطرفان، هما العاقدان، ولهما تسميات عديدة حيث يسميان: البائع والمشتري في باب المعاوضات، والمخيل والمحال عليه في باب الحوالة، والواهب والموهوب له في باب الهبة، والراهن والمرقن في باب الرهن، والمقرض والمقرض في باب القرض، والمضارب ورب المال في باب المضاربة، وهكذا؛ فالعاقدان هما طرفا المعاملة، والمعاملة هي عين العقد الذي يتم بينهما.

أما كلمة "المالية": فهي نسبة إلى المال، وهو في اللغة: ما ملكته من جميع الأشياء، ويطلق على كل ما يقتني ويملك من الأعيان^٣.

هذا وقد اختلفت تعريفات الفقهاء للمال؛ نظراً لاختلاف وجهات نظرهم في المعاني الاصطلاحية المرادة منه، واختلاف المآخذ والوجهة التي عرفوه منها، فمنهم من عرفه بصفته، ومنهم من عرفه بوظيفته، ومنهم من عرفه بحكمه... إلا أن المؤثر الرئيس في اختلافهم والذي كان له أثر حقيقي على الفروع، هو اختلاف أعراف الناس فيما يُعد مالاً وما لا يُعد، وذلك أنه ليس للمال حد في اللغة العربية ولا في الشرع، فاحتكم فيه إلى العرف.

^١ لسان العرب محمد بن معمر ابن منظور الأنصاري، دار صادر بيروت، ط. الثالثة/١٤١٤هـ: ٤٧٦/١١.

^٢ معجم لغة الفقهاء لمحمد رواس قلنجي وحلقة قنبي، دار الفائق، ط. الثانية ١٤٠٨هـ: ص ٤٣٨.

^٣ لسان العرب: ٦٣٦/١١، ٦٣٥.

وقد عرفه فقهاء الأحناف بتعريفات عديدة منها: "اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به، ولكن باعتبار صفة التمول والإحراز"^١، وعرف أيضًا بأنه: "المتنفع به في التصرف على وجه الاختيار"^٢.

ثانيًا: تعريفه باعتباره علمًا لباب من أبواب المعاملات

من خلال ما ذكر آنفًا في معنى جزئي هذا المصطلح يمكن تعريفه باعتباره علمًا لباب من أبواب الفقه بأن المعاملات المالية: "علم ينظم تبادل الأموال والمنافع بين الفئس بواسطة العقود والالتزامات"^٣. وعرفت بلفظ آخر: "الأحكام الشرعية المنظمة لتعامل الناس في الأموال"^٤.

ثالثًا: أنواع المعاملات المالية

تنوع المعاملات المالية في الفقه الإسلامي بحسب الاعتبارات المختلفة، وفيما يلي ذكرها:

١- التملكيات: وهي التي يكون الغرض منها تملك العين أو للثفعة، بعوض أو بغير عوض، فالتى بعوض هي عقود المعاوضات. والتي بغير عوض هي عقود التبرعات. فمن الأولى البيع والمسلم والإجارة، والمضاربة، والمزارعة، والمساواة. فكل عقد من هذه العقود فيه معاوضة من الجانبين، أي من طرفي العقد. ومن الثانية، أي عقود التبرعات، الهبة، والإعارة، والوصية والصدقة. وليس فيها معنى للمعاوضة، وإنما فيها تبرع ومعونة من جانب واحد.

٢- الإسقاطات: وهي التي يراد بها إسقاط ما للإنسان من حق، فإذا كان الإسقاط بلا بدل فهي الإسقاطات المحضة، وإن كانت بعوض فهي إسقاطات فيها معنى للمعاوضة. فمن النوع الأول الطلاق المجرد عن المال، والعفو عن القصاص بلا بدل، والتنازل عن حق الشفعة، وإبراء الدائن مدينه من الدين. ومن الثاني الطلاق على مال تدفعه الزوجة نظير طلاقها، وهو المستى بالخلع. والعفو عن القصاص على مال يدفعه الجاني.

٣- عقود التفويض والإطلاق: وهي التي تتضمن تفويض الغير وإطلاق يده في التصرف بعمل كان ممنوعًا عليه قبل هذا التفويض والإطلاق؛ كعقد الوكالة، والإيصاء.

^١ المبسوط في شرح الكافي لمحمد بن أحمد السرخسي، طبعة مؤسسة دار النوادر دمشق، الإصدار الأول عام ٢٠١٣م: ٤٩/١١.

^٢ رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين، محمد أمين بن عمر الفهشي، دار الفكر بيروت، ط. الثانية ١٩٩٢م: ٥٠٢/٤.

^٣ المعاملات المالية والأدبية لعلي الفكري، ط. مصطفى الباني الحلبي وأولاده بمصر، الأولى ١٩٤٦م: ٧/١.

^٤ أحكام المعاملات المالية بين التمسيد ومعقولة المعنى للدكتور عمر سيد عبد العزيز، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي إدارة البحوث، ط. الأولى ٢٠١٠م: ص ١٦.

٤- التقييدات: وهي تصرفات يراد بها منع شخص من تصرف كان مباحاً له من قبل، مثل عزل الوكيل أو ناظر الوقف، وعزل القضاة والأوصياء، والحجر على المأذون له بالتجارة.

٥- عقود التوثيق أو التأمينات: وهي التي يكون الغرض منها الاشتراك في العمل والربح، ومنها المضاربة والمزارعة والمساقاة.

٦- عقود الشركات: وهي التي يكون الغرض منها الاشتراك في العمل والربح، ومنها المزارعة والمضاربة.

٧- عقود الحفظ: وهي التي يقصد بها حفظ المال، كعقد الوديعة، فإن المودع يضع ماله عند المودع لديه لغرض حفظ ماله^١.

المطلب الثاني: تعريف القواعد الفقهية والفرق بينها وبين القواعد الأصولية؛ وفيه الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف القاعدة الفقهية

القاعدة في اللغة: أصل الأمر، والقواعد الأساس وأصول البناء، والقواعد: أساطين البناء التي تُعمدُ، وفي التنزيل: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ﴾^٢. وفيه: ﴿فَأَنبَأَ اللَّهُ بَنِيَّاهُم مِّنَ الْقَوَاعِدِ﴾^٣. وقواعد المودج خشبات أربعة معترضة في أسفله تركب عيدان المودج فيها^٤.

تعريف القاعدة في الاصطلاح ينبي على محورين، وهما كالآتي:

المحور الأول: تعريف القاعدة في الاصطلاح العام فقهي كان أو غير فقهي هي:

١- أمر كلي منطبق على جزئيات موضوعه^٥.

٢- القضايا الكلية^٦.

٣- قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها^٧.

^١ ينظر: للدخل للدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زهدان، ط. دار عمر بن الخطاب إسنكرية: ٣٧٥-

٣٧٦؛ والفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر دمشق، ط. الثانية ١٩٨٥م: ٢٤٤/٤-٢٤٥.

^٢ البقرة: ١٢٧.

^٣ النحل: ٢٦.

^٤ لسان العرب: ٣/٣٦٦.

^٥ كشف القناع للبهوتي منصور بن يونس، بتحقيق محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط. الأولى عام

١٤٠٩م: ١/١٦.

^٦ التوضيح بحاشية التلويح: ٢٠/١.

^٧ الصريفات للرجلاني علي بن محمد الشرف، مكتبة لبنان بيروت، ط. عام ١٣٧٨م: ص ١٧١.

فهذه التعريفات وإن اختلفت عباراتها فإنها متقاربة تؤدي معنى متوحداً حيث تفيد مجموعها أن القاعدة بمعناها العلم هو اندراج مجموعة من الجزئيات المتجانسة أو المتشابهة في حكم ما، في أصل وأساس واحد يجمعها، يطلق عليه اسم الكلّي أو الكلية، وكونه ينطبق على جميع الجزئيات إنما هو من باب التغليب، وإلا فقد تشبّه عنه بعض الجزئيات فتكون من قبيل المستثنيات^١.

وقد حاول بعض أهل العلم التخلص من استعمال لفظ (جميع) في التعريف فاستغنى عنه بلفظ (أكثر)، وجعل العبارة تفيد عدم الانطباق الكلّي التام، فجاء تعريف القاعدة عندهم بأنها:

- "حكم أكثرّي لا كلّي - ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه"^٢.
- "الأمر الكلّي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة، يفهم أحكامها منها"^٣.

المحور الثاني: تعريف الفقهاء الخاص للقاعدة الفقهية:

وقد عرف بعض الفقهاء والمعاصرين القواعد الفقهية بتعريفات أدق وأخص، ومنها ما يأتي:

عرف المقرئ^٤ - رحمه الله - القواعد الفقهية بقوله: "كلّ كلّي هو أخص من الأصول، وسائر المعاني العقلية العامة، وأعم من العقود، وجملّة الضوابط الفقهية الخاصة"^٥.

وعرفها الدكتور علي أحمد الندوي بأنها: "أصل فقهيّ كلّي يتضمّن أحكاماً تشريعية عامة من أبواب متعددة في القضايا التي تدخل تحت موضوعه"^٦.

^١ ينظر: قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف لمحمد الروكي، الدار الشامية - بيروت، عام النشر ١٩٩٨م: ص ١١٨.

^٢ غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر لأحمد بن محمد الحموي الحنفي، دار الكتب العلمية بيروت، ط. الأولى عام ١٩٨٥م: ٥١/١.

^٣ الأشباه والنظائر للسيكي عبد الوهاب بن تقي الدين: دار الكتب العلمية، ط. الأولى عام ١٩٩١م: ١١/١.

^٤ هو محمد بن محمد بن أحمد القرشي الشهير بالمقرئ. الحق القدوة الفهامة الفقيه الأصولي الحجة النظار. تولى القضاء فقام به علماً وعملاً فحملت سيرته. ألف كتاب القواعد المحمل على ألف قاعدة ومائتي قاعدة، وحاشية بديعة على مختصر ابن الجلبج، والحقائق والرقائق في التصوف. توفي سنة سبع مائة وست وخسين الهجرية. (ينظر: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية لمحمد بن محمد مخلوف، بتعليق عبد المجيد الخليلي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط. الأولى ٢٠٠٣م: ٣٣٤/١).

^٥ قواعد الفقه بتحقيق الدكتور أحمد الحميد، جزء من رسالة الدكتوراه، طبع مركز إحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى بمكة المكرمة: ٢١٢/١، وهو الذي خلص إليه الدكتور محمد الروكي في كتابه قواعد الفقه الإسلامي: ص ١٠٨.

^٦ القواعد الفقهية: ص ٤٥.

وعند التأمل في هذين التعريفين نجد بأنهما متقاربان، فالقاعدة الفقهية باعتبار المعنى: مجموعة جزئيات تستند إلى أصل واحد، وتنضبط بأساس واحد، يشملها جميعاً أو يشمل أغلبها، والقاعدة الفقهية كغيرها من القواعد الأخرى أغلبية؛ خروج بعض الجزئيات واستثنائها منها؛ لهذا جاء في تهذيب الفروق^١: "ومن المعلوم أن أكثر قواعد الفقه أغلبية".

ولعل التعريف الدقيق للقاعدة الفقهية والأسلم من الغموض والإشكالات هو أنها: "حكم كلي - أو أغليي - فقهي ينطبق على فروع كثيرة في أكثر من باب"^٢.

وفيما يلي شرح تعريف القواعد للفقهية المختار وبيان محترزاته:

(حكم): هو التعبير السليم في وصف القاعدة من حيث كونه معظم القضية وأهم ما فيه لأنه مناط الفائدة ومناط التصديق والتكذيب.

وقيد (كلمي): بمعنى أن تكون القاعدة شاملة لجميع أفرادها الذين ينطبق عليهم معناها ولا يخلُ بكليتها خروج بعض أفرادها نظراً لمعارضة أثر أو ضرورة أو قيد أو علة مؤثرة تخرجها من هذا الاطراد فتكون مستثناة من القاعدة.

وقيد (أغليي): يفيد بأن هذه القواعد متسمة بصفة الأغلبية، وقد يندّ عن معظم القواعد بعض الفروع، وإن كان خروج تلك الفروع لا يغير صفة العموم للقواعد ولا يحطّ من قيمتها^٣.

وقيد (فقهي): نسبة إلى الفقه، ومن تعريفاته المشهورة: "العلم بالأحكام الشرعية العملية، المكتسبة من أدلتها التفصيلية"^٤. وخرج بهذا القيد القواعد غير الفقهية في العلوم والفنون الأخرى.

وكلمة (ينطبق): من الانطباق، وفسر الانطباق في التعريف بالاشتغال، فكون الكلي ينطبق على جزئيات، أي يشتمل عليها بالقوة القريبة من الفعل، لا الاشتغال بالفعل.

^١ للشيخ محمد بن علي المالكي، بمأمش كتاب الفروق للفراقي، عالم الكتب بيروت (بدون طبعة وتاريخ): ٣٦/١.

^٢ اختار هذا التعريف الدكتور عبد الرحمن الشعلان في مقدمته لتحقيق كتاب القواعد للحصني، مكتبة الرشيد، الرياض، ط. الأولى ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م: ٢٣/١.

^٣ ممي بذلك نسبة إلى لفظة: (كل)، لأن القاعدة غالباً ما تصدر بهذه اللفظة؛ كقولهم: "كل سلف جرّ نفعاً فهو ربا"، وحتى إذا لم تصدر القاعدة بلفظة "كل"، فإن معناها يتضمنها، والكل اسم مجموع المعنى ولفظه واحد.

(ينظر: التعريفات لعلي الجرجاني: ص ١٨٦).

^٤ القواعد الفقهية للدكتور علي الندوي: ص ٤٣.

^٥ المرجع السابق: ص ١٦٨.

والمراد بالجزئيات الجزئيات التي لها زيادة تعلق بتلك القضية، بأن يتوقف صدق القضية على وجودها، وهي جزئيات موضوع الموجبة المحلية^١.

كما فُتير الانطباق بحمل المفهوم الكلي على الأفراد، وهذه الأفراد هي موضوع القاعدة المعبر عنها بالجزئيات، والجزئي هو الذي يمنع تصوّره من الشركة فيه^٢.

وكلمة (على فروع كثيرة): قيد يبين مجال القاعدة الفقهية، ومحل الانطباق، والفروع هنا مساوية للجزئيات، وقيدت هنا بالكثرة للاحتراز عن جميعها.

وكلمة (في أكثر من باب): قيد احترازي، يخرج به الضابط الفقهي لاختصاصه باب واحد على ما اصطلاح عليه المتأخرون كما سيأتي الكلام عنه عند بيان الفروق الأساسية بين القواعد والضوابط الفقهية - إن شاء الله تعالى -^٣.

الفرع الثاني: الفرق بين القاعدة الفقهية وبين القاعدة الأصولية

عرفت القواعد الأصولية بكونها التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية من الأدلة^٤. ولم أجد في المراجع القديمة من فرق بينها وبين القواعد الفقهية، مع اقترابهما من بعض في طائفة من الأمور، واختلافهما في أمور آخر إلا ما جاء في مقدمة كتاب الفروق^٥ ما يوحي إلى الفرق بينهما.

وليس الفرق بين القاعدة الفقهية وبين الأصولية محل اتفاق بين العلماء بل قد حصل بينهم خلاف في ذلك، ويمكن إجمال هذه الفروق في النقاط الآتية:

١- من جهة ما يتوقف استنتاج كل منها، فالقواعد الأصولية لا يتوقف استنتاجها والتعرف عليها على كل قاعدة فقهية، بخلاف القواعد الفقهية، فإنه يتوقف على استنتاجها على القاعدة الأصولية^٦.

^١ القواعد الفقهية للدكتور يعقوب الباسين، مكتبة الرشد بالرياض، ط. الأولى، عام ١٩٩٨م: ص ٢٦.

^٢ ينظر: رسالة الدكتوراه القواعد والضوابط الفقهية للقرافي للدكتور عادل قوته: ٢٥٣/١.

^٣ للاستزادة من تعريف القاعدة وللمناقشة حولها ينظر: القواعد الفقهية، يعقوب الباسين: ص ١٣-٥٤؛ والقواعد الفقهية، النوري: ص ٣٩-٤٥؛ ومقدمة موسوعة القواعد الفقهية، البورتو: ١/٢٩-٢٤؛ ومقدمة قواعد الفقه، القرني: ١/١٠٣-١٠٨؛ ومقدمة تحقيق الجزء الأول من قواعد الحصري، عبد الرحمن الشعلان: ١/٢١-٢٤.

^٤ أصول الفقه للشيوخ أحمد عفيفي الحضري، دار الاتحاد العربي للطباعة مصر ١٩٦٩م: ص ١٣.

^٥ ٣٥٢/١.

^٦ ينظر: مقدمة القواعد للحصري للدكتور الشعلان: ص ٤٣؛ والمفصل في القواعد الفقهية للدكتور يعقوب الباسين، دار التدمرية بالرياض، ط. الرابعة ٢٠١٤م: ص ٤٣ وما بعدها.

- ٢- من جهة الموضوع، فموضوع القواعد الأصولية الأدلة، أو أنواعها، أو أعراضها، أو الأحكام، ويكون مجموعها مثبثاً كقاعدة: النهي يقتضي الفساد^١، أما القواعد الفقهية فموضوعها فعل المكلف ومجموعها حكم كقاعدة: المشقة تجلب التيسير^٢.
- ٣- من جهة كون كل منهما كلية أم لا، فالقواعد الأصولية كلية مطردة لاشتمالها على جميع جزئياتها والاستثناء نادر فيها خلافاً للقواعد الفقهية فليست كلية، بل هي أغلبية أكثرية؛ لأن لها استثناءات^٣.
- ٤- من جهة الحدة، فحدّ القاعدة الأصولية بأنها يستخرج منها حكم الجزئيات الفقهية بالواسطة، بخلاف القاعدة الفقهية التي يستخرج منها حكم الجزئيات الفقهية مباشرة^٤.
- ٥- من جهة الاستفادة منها، فالقاعدة الفقهية يمكن أن يستفيد منها الفقيه والمفتي والمتعلم والقاضي والحاكم، حيث إن كل قاعدة فقهية تتضمن حكماً كلياً لعدد من المسائل فالرجوع إليها أيسر من الرجوع إلى حكم كل مسألة على حدة. بينما الاستفادة من القاعدة الأصولية هو المجتهد خاصة، حيث يستعملها عند استنباط الأحكام الشرعية الفرعية من الأدلة^٥.
- ٦- من جهة الاستمداد، فالقاعدة الفقهية مستمدة من الدليل الشرعي أو المسائل الفرعية المتشابهة في الحكم، بينما القاعدة الأصولية مستمدة مما يستمد منه علم الأصول، وهو اللغة العربية، وعلم الكلام بضم القضية الصغرى إلى كبرائها الذي هو من قبيل الاستنباط، وتصوّر الأحكام الشرعية^٦.
- ٧- من جهة الوجود في الواقع، فالقواعد الفقهية متأخرة في وجودها الذهني والواقعي عن الفروع؛ لأنها جمع لأشتاتها وربط بينها وجمع لمعانيها، أما القواعد الأصولية فالغرض الذهني يقتضي وجودها قبل الفروع؛ لأنها القيود التي أخذ الفقيه نفسه بها عند استنتاجه^٧.

^١ ينظر: شرح المحلى على جمع الجوامع، محمد بن محمد المحلى، مطبعة دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة: ٣٥٦/٢.

^٢ شرح الكوكب للنير، ابن النجار الخنيلي محمد بن أحمد الفتوحى، تحقيق الدكتور محمد الزحيلي والدكتور نزيه حماد، مكتبة العبيكان، ط. الثانية ١٤١٨هـ/١٩٩٧م: ٤٤٥/٤.

^٣ مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد الفقهية، صالح بن محمد القحطاني، الناشر دار الصميعي للنشر والتوزيع، السعودية، ط. الأولى عام ٢٠٠٠م: ص ٨.

^٤ القواعد للمقري، القسم الدراسي: ١/١٧-١٠٨.

^٥ ينظر النظريات الفقهية للدكتور محمد الزحيلي، دار القلم دمشق/الدار الشامية بيروت، ط. الأولى ١٩٩٣م: ص ٢٠١ وما بعدها.

^٦ شرح الكوكب للنير لابن النجار: ٤٨/١؛ الأحكام في أصول الأحكام للأمدى علي بن أبي علي، بتحقيق عبد الرزاق عفيفي، الناشر للكتب الإسلامي بيروت: ٨/١.

^٧ ينظر: القواعد الفقهية للنووي، ص ٦٩.

وبالرغم من الاختلاف بينهما بجهات متعددة كما تقدم آنفاً فإنه قد يقع التداخل بينهما ويقال بالاشتراك بينهما، ويرجع هذا الأمر إلى اختلاف النظر إلى القاعدة، فإذا نظرنا إليها باعتبار أن موضوعها دليل شرعي يساعد على استنباط الأحكام من الأدلة التفصيلية كانت قاعدة أصولية. وإذا نظرنا إليها باعتبار متعلقها، وهو كونها فعلاً للمكلف، كانت قاعدة فقهية^١.

الفرع الثالث: تاريخ القواعد الفقهية: مصادرها، استمدادها، وصياغتها

إن القواعد الفقهية في نشأتها وتطورها كغيرها من العلوم الشرعية، لم تنشأ دفعة واحدة بل مرّت بمراحل عديدة، وتعاقب على إنشائها أجيال من أهل العلم، منحوها العناية والاهتمام، حتى بلغت إلى ما هي عليه من النضج والكمال، وحتى أفردت بالتدوين والكتابة عبر العصور المختلفة، وعلى هذا فإنه يجدر إلقاء نظرة تاريخية سريعة على نشأتها، وتطورها، وحركة تدوينها. وبما أن القواعد الفقهية كانت نشأتها بمراحل وأطوار فإني أجملها في الآتي:

لقد مرّت القواعد الفقهية في نشأتها بثلاثة أطوار هي: طور النشوء والتكوين، وطور النمو والتدوين، وطور الرسوخ والتنسيق، وفيما يلي بيان هذه الأطوار:

الطور الأول: طور النشوء والتكوين

هو عصر التشريع ونزول الوحي، فقد كانت البذرة الأولى لنشأة علم القواعد في هذا العصر، حيث كانت الأحاديث في كثير من الأحكام تعتبر قواعد عامة تنطوي تحتها فروع فقهية كثيرة، ومن الأمثلة عليها:

١- "لا ضرر ولا ضرار"^٢.

٢- "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"^٣.

٣- "الخراج بالضمان"^٤.

^١ القواعد الفقهية للتدوين: ص ٧٠-٧١.

^٢ أخرجه ابن ماجه في سننه من حديث عبادة بن الصامت، برقم: ٢٣٤٠، أبواب الأحكام، باب من بنى في حقّه ما يضر بجاره، وحكم عليه شعيب الأرنؤوط بأنه صحيح لغيره، والإسناد ضعيف، وللحديث شواهد كثيرة يصح بها. تحقيق شعيب الأرنؤوط لسنن ابن ماجه، دار الرسالة العالمية، ط. الأولى ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م: ٤٣٠/٣.

^٣ أخرجه الترمذي في سننه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، برقم: ١٣٤١، أبواب الأحكام، باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه: ١٩/٣، وقال الترمذي معقباً عليه: "هذا الحديث في إسناده مقال". تحقيق بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي بيروت، عام ١٩٩٨م.

^٤ أخرجه أبوداود في سننه من حديث عائشة، برقم: ٣٥٠٨، أول كتاب البيوع، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً: ٣٦٨/٥. قال شعيب الأرنؤوط معقباً عليه: "وإسناده ضعيف كسابقه". (دار الرسالة العالمية، ط. الأولى عام ٢٠٠٩م).

٤- "ما أسكر كثيره فقليله حرام".^١

قال ابن تيمية -رحمه الله-: "جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بما أوتيته من جوامع الكلم كل ما غطى العقل وأسكر ولم يفرق بين نوع ونوع، ولا تأخير لكونه مأكولاً ولا مشروباً".^٢
إلى غير ذلك من الأحاديث النبوية التي هي في ذاتها قواعد كلية جاهزة، أو قابلة لأن تصاغ منها القواعد والضوابط الفقهية، فمن تتبّع مصادر السنة النبوية يجدها حافلة بمثل هذه الجوامع التي هي بمثابة الحجر الأساس للقواعد والضوابط الفقهية.

وكذلك نُقلت آثار عن بعض الصحابة والتابعين في هذا الشأن، مثل قول عمر -رضي الله عنه-: "إن مقاطع الحقوق عند الشروط ولك ما شرطت"^٣، فهو قاعدة في باب الشروط، وكقول ابن عباس -رضي الله عنهما-: "كل شيء في القرآن: أو هو محترق، وكل شيء: فإن لم تجدوا فهو الأول فالأول"^٤. فهو قاعدة في باب الكفارات والتخيير فيها. وكقول علي -رضي الله عنه-: "من قاسم الربح فلا ضمان عليه"^٥. فهو قاعدة في مجال الفقه المالي من المضاربة^٦ والشركة. ومن عصر التابعين ما جاء عن الإمام شريح القاضي -رحمه الله- قوله: "من شرط على نفسه طائماً غير مكروه فهو عليه"^٧.

^١ أخرجه أبو داود في سننه من حديث جابر، برقم: ٦٦٧٤، أول كتاب الأشربة، باب النهي عن المسكر، تحقيق شعيب الأرنؤوط، دار الرسالة العالمية، ط. الأولى ٢٠٠٩م: ٥٢٣/٥. وأخرجه الترمذي في سننه، برقم: ١٨٦٥، أبواب الأشربة، باب ما جاء ما أسكر كثيره فقليله حرام: ٣٥٦/٣، وقال: "هذا حديث حسن غريب من حديث جابر".

^٢ مجموع فتاوى ابن تيمية، بتحقيق عبد الرحمن بن محمد، الناشر مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، السعودية، عام النشر ١٤١٦هـ: ٢٨/٣٤١.

^٣ الأثر أخرجه البخاري في صحيحه مطلقاً في كتاب الشروط، باب الشروط في الظهر عند عقد التكاح، بتحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط. الأولى ١٤٢٢هـ: ١٩٠/٣.

^٤ عنه الدكتور أحمد الزرقا من القواعد الفقهية في شرح القواعد الفقهية، دار القلم دمشق، ط. الثانية ١٤٠٩هـ: ١/٤٨٦).

^٥ أخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه، برقم ٨١٩٢، كتاب المناسك، باب بأي الكفارات شاء كفر، بتحقيق عبد الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي الهند: ط. الثانية ١٤٠٣هـ: ٣٩٥/٤.

^٦ أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، برقم: ١٥١١٣، باب ضمان القراض إذا تعدى، ولمن الربح: ٢٥٣/٨.

^٧ للمضاربة ويسمى القراض أيضاً: أن يطلع الرجل إلى آخر مالا يتجر به، ويكون الربح بينهما على ما يتفقان عليه، وتكون الوضعية إن كانت على رأس المال. (حلية الفقهاء لأحمد بن حنبل، بتحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، الشركة المتحدة للتوزيع بيروت، ط. الأولى ١٩٨٣م: ص ١٤٧).

^٨ هو شريح بن حارث الكندي قاضي الكوفة الفقيه، من أسلم في حياة النبي صلى الله عليه وسلم وانتقل من اليمن زمن الصديق، حدث عن عمر وعلي وغيرهما، وهو تدر الحديث، توفي سنة ثمان وسمعين من الهجرة. (ينظر: سير أعلام النبلاء للدعي محمد بن أحمد، ط. دار الحديث القاهرة عام ١٤٢٧هـ: ٤٩/٥ وما بعدها).

^٩ أورده البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب ما يجوز من الاشتراط والتنيا في الإقرار: ٣/١٩٨.

ومما روى عن إبراهيم النخعي^١ -رحمه الله- قوله: "كل قرض جر منفعة فلا خير فيه"^٢. ومما روى عن الشعبي^٣ قوله: "كل يمن حالت بين الرجل وبين امرأته فهي إيلاء"^٤.

ولما بدأ عصر التدوين الفقهي ظهرت طائفة كثيرة من القواعد والضوابط في ثنايا عرض مسائله، وما تفرع منها، ولم يكن العرض إليها مقصوداً لذاته، بل كانت ترد عرضاً، إما بيانا لحكم أو تعليلاً له، أو لأي سبب آخر.

وقد شمل ذلك تدوين الآراء والقواعد والضوابط التي وردت على السنة من مر ذكرهم آنفاً، من الصحابة والتابعين وغيرهم، لا على أنها قواعد، بل على أنها من الآراء والأحكام الفقهية.

ومن المصادر الفقهية القديمة المحدودة في الموضوع كتاب "الخراج" للقاضي أبي يوسف -رحمه الله-، حيث اشتمل كتابه على طائفة من القواعد والضوابط، من أمثلتها:

١- "كل من مات من المسلمين لا وارث له فماله لبيت المال"^٥.

٢- وإن أقر بحق من حقوق الناس من قذف أو قصاص من نفس أو دونهما أو مال ثم رجع عن ذلك نفذ عليه الحكم فيما كان أقر به، ولم يبطل شيء من ذلك برجوعه"^٦.

كذلك احتوى كتاب "الأم" للإمام الشافعي -رحمه الله- على بعض القواعد الفقهية التي يمكن أن تطبق الفروع عليها، منها قوله: "لا ينسب إلى ساكت قول قائل أو عمل عامل إنما ينسب إلى كل قوله وعمله"^٧. كما أن هناك عبارات مروية عن الإمام أحمد -رحمه الله- تعتبر قواعد مفيدة في أبوابها أوردها الإمام أبو داود -رحمه الله- في كتاب للمسائل كقاعدة: "كل ما جاز فيه البيع يجوز فيه الهبة والصلقة والرهن"^٨. وقاعدة: "كل شيء يشتره الرجل بما يكال أو يوزن فلا يبعه حتى يقبضه، أما غير ذلك فرخص فيه"^٩.

^١ هو إبراهيم بن يزيد بن الأسود النخعي، مفتي الكوفة، كان تابعياً ثقة، لم يحدث عن أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وقد أدرك منهم جماعة، ورأى عائشة رضي الله عنها رؤياً. توفي سنة ٩٦هـ. (معركة الثقات من رجال أهل العلم لأحمد بن عبد الله المعجلي، مكتبة الدار المدينة للثورة، ط. الأولى ١٤٠٥هـ: ٢٠٩/١).

^٢ للمصنف لعبد الرزاق: ١٤٥/٨.

^٣ هو عامر بن شراحيل، الإمام، علامة العصر، رأى علياً -رضي الله عنه- وصلى خلفه وسمع من عدة من كبار الصحابة، مات سنة أربع ومائة في الكوفة. (سير أعلام النبلاء للنهجي: ١٧١/٥-١٨٤).

^٤ للمصنف لعبد الرزاق الصنعاني: ٤٤٨/٦.

^٥ كتاب الخراج، طبعة المكتبة السلفية ومكتبتها بالقاهرة، بتحقيق طه عبد الرؤوف سعد وغيره: ص ٢٠٢.

^٦ كتاب الخراج: ١٨٢.

^٧ الأم للشافعي: دار المعرفة، بيروت: ص ١٥٢/١.

^٨ النظر: كتاب مسائل الإمام أحمد، تقديم السيد رشيد رضا، ط. الثانية، بيروت، ص ٢٠٣.

^٩ المصدر السابق: ص ٢٠٢.

قد تبين من خلال ما سبق آنفاً أن التأليف في الفقه وقواعده كان يزدهر وينمو بقليل يتجدد القضايا وتكاثرها؛ حتى إذا اكتملت المذاهب الفقهية الكبرى، ونضجت أصولها ومناهجها في الاجتهاد والاستنباط والفتوى وجاء عصر تلاميذ الأمة الذين نشروا مذاهبهم في الآفاق، ظهرت حينئذ عوامل جديدة من كثرة الفروع والجزئيات واتساع دائرة الإفتاء والقضاء لكثرة النوازل المعروضة على الفقهاء وغيرها من العوامل التي أدت بالفقه إلى أن يتطبع تأليفهم بطابع التقعيد والتأصيل، وتبرز فيه القواعد الفقهية كاملة وناضجة.

ثانياً: طور النمو والتدوين

كانت بداية القواعد الفقهية باعتبارها فناً مستقلاً في القرن الرابع الهجري وما بعده من القرون، وذلك أنه حينما كثرت الوقائع والنوازل توسع الفقهاء في وضع القواعد وضبطها حتى تحفظ من الضياع والتشتت كما فعل الكرخي^١ في كتابه: "الأصول"، والإمام أبو طاهر الديباس^٢ حيث جمع أهم قواعد المذهب الحنفي وأصوله في سبع عشرة قاعدة كلية^٣. وقد كان فقهاء المذهب الحنفي أسبق من غيرهم في هذا الباب، وذلك نتيجة التوسع عندهم في الفروع، وأخذ بعض الأصول عن فروع أئمة مذهبهم.

ويمكن تقسيم حركة التأليف في القواعد الفقهية إلى قسمين رئيسيين؛ وهما:

القسم الأول: كتب الخلاف، أو الفقه المقارن؛ وذلك لأن التأليف في الخلاف يتطلب التطلع في مناهج الاستدلال، والتمكن من ملكة الاحتجاج والتنظير، وكل ذلك يحتاج إلى الإحاطة بقواعد الفقه وأصوله التي تنبثق عنها فروعه وجزئياته؛ لذلك جاء هذا الصنف من الكتب يستوعب مادة ضخمة من القواعد الفقهية، ولا سيما تلك التي ألفها أصحابها لتأييد مذهبهم الفقهي، ونصرتة والتنظير له، والرد على مخالفيهم من فقهاء المذاهب الأخرى.

وأبرز هذه الكتب وأغزرها مادة هي تلك التي تهتم بالتفريع، وإلحاق المسكوت عنه بالمنطوق به، مثل:

١- كتاب المبسوط في شرح الكافي، للإمام محمد بن أبي سهل السرخسي (ت ٤٩٠هـ).

٢- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد ابن رشد القرطبي (ت ٥٩٥هـ).

^١ هو عبيد الله بن الحسين البغدادي الكرخي، الفقيه الإمام الزاهد، مفتي العراق، شيخ الحنفية، انتهت إليه رئاسة المذهب وانتشرت تلامذته في البلاد، وكان من العلماء العبادة، توفي سنة ٣٤٠هـ. (سير أعلام النبلاء للتذقي: ٢٨/١٢).

^٢ هو محمد بن محمد الديباس الفقيه، إمام أهل الرأي بالعراق، كان يوصف بالحفظ ومعرفة الروايات تخرج به جماعة من الأئمة. ترك التدريس في آخر عمره وسافر إلى الحجاز وجاور مكة وتفرغ للعبادة إلى أن توفي. للرجع السابق: ١١٦/٢.

^٣ ذكره جلال الدين السيوطي في الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط. الأولى ١٤١٢هـ: ص ٢٧. وزيين الدين بن إبراهيم ابن نجيم في الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط. الأولى ١٤١٩هـ: ص ١٠-١١.

^٤ ينظر: القواعد والضوابط الفقهية من خلال بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي رشد الحفيد بتأليف عبد الوهاب إنليشن، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، ط. الأولى ١٤٣٠هـ: ٧٩-٧٥/١.

٣- الذخيرة، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي (ت ٦٨٤هـ).

٤- الحاوي الكبير، لعلي بن محمد الماوردي الشافعي (٤٥٠هـ).

٥- المغني، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن قدامة المقدسي الحنبلي (ت ٦٢٠هـ).

القسم الثاني: الكتب التي ألقت أساساً في صميم القواعد الفقهية، بعد تجريدها وإفرادها عما عداها، وجعلها مستقلة؛ بحيث يقوم الفقيه بإحصائها، ثم يتولى شرحها وتحليلها، وذكر الفروع المندرجة في كل منها، مع التنبية على المستثنيات الخارجة عنها.

وهذا القسم هو الذي يقتصر عليه أغلب الباحثين حينما يريدون تعداد مؤلفات القواعد الفقهية، ومن أمثلته من الكتب المطبوعة للتداول:

١- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للإمام أبي محمد عز الدين ابن عبد السلام (ت ٦٦٠هـ).

٢- أنوار البروق في أنواء الفروق، للإمام شهاب الدين أحمد بن إدريس المشهور بالقرافي (ت ٦٨٤هـ).

٣- القواعد النوارية الفقهية، لابن تيمية الحنبلي (ت ٧٢٨هـ).

٤- كتابان: الكليات الفقهية والقواعد الفقهية، للإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد المقرئ. (ت ٧٥٦هـ).

٥- الأشباه والنظائر، لتاج الدين عبد الوهاب المتبكي (ت ٧٧١هـ).

٦- المختصر في القواعد، ليدر الدين الزركشي (ت ٧٩٤هـ).

٧- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، لعبد الرحمن السيوطي (ت ٩١١هـ).

٨- الأشباه والنظائر، لزين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي (ت ٩٧٠هـ).

وهكذا أخذ هذا العلم في الاتساع مع تعاقب الزمان في القرن الحادي عشر وما بعده، ويمكن القول بأن طور النمو والتدوين للقواعد الفقهية الذي بدأ على أيدي الإمامين: الكرخي والديلمي، أوشك أن يتم ويتسق بتلك المحاولات المتتالية الرائعة على امتداد القرون^١.

ثالثاً: طور الرسوخ والتنسيق

لم يستقر أمر القواعد الفقهية التي كانت في نشأتها الأولى مبعدة ومتفرقة وممزوجة مع فنون فقهية أخرى مثل القواعد الأصولية والفروق والألغاز إلا بعد أن وُضِعَتْ "مجلة الأحكام العدلية" على أيدي لجنة من الفقهاء ليصمم بها في المحاكم التي أنشئت في ذلك في عهد السلطان عبد العزيز خان العثماني^٢ في أواخر

^١ ينظر: القواعد الفقهية للنبوي: ص ٤١٤٩ والقواعد الفقهية للدكتور يعقوب الباسين: ص ٣١٦ وما بعدها.

^٢ هو عبد العزيز خان العثماني، السلطان الثاني والثلاثون من بني عثمان، ولد عام ١٢٤٥هـ وتبوأ كرسي الخلافة في ١٢٧٧هـ وجه عنايته إلى إصلاح العدلية، والبحرية، وإتمام المعارف، توفي عام ١٢٩٣هـ وخلفه السلطان مراد خان. (تاريخ سلاطين بني عثمان لمزتلو يوسف بك آصاف، مؤسسة المنداري للتعليم والثقافة - مصر، ط. الأولى ٢٠١٤م: ٨٥٢/٦)

القرن الثالث عشر الهجري^١ حيث قاموا بوضع القواعد في صدر المجلة بعد جمعها واستخلاصها من المصادر الفقهية ومن المدونات الأخرى كالأشباه والنظائر لابن نجيم^٢، وجامع الحقائق للخادمي^٣، وأحسنوا انتقاءها واختيارها وتنسيقها تنسيقاً قانونياً رائعاً في أوجز العبارات حتى اشتهر ذكر القواعد وذاع صيتها عن طريق المجلة، وجاءت كموسوعة فقهية في أحكام المعاملات، وصيغت أحكامها في مواد على غرار مواد القوانين الوضعية، بلغت (١٨٥١ مادة) تقع في (١٦) كتاباً، سدت فراغاً كبيراً في حينها في عالم القضاء والمعاملات الشرعية بعد أن كانت المسائل الفقهية مبددة ومتناثرة في كتب الفقه العديدة، وبعد أن كانت الفتاوى والنصوص الفقهية متعددة ومختلفة في الموضوع الواحد فظهرت بديعة مشرقه منتظمة في سلك واحد.

وبعد جولة قصيرة مع الأطوار الثلاثة ينبغي لفت النظر إلى بعض الملاحظات، وهي:

١- إن هذه القواعد التي جاءت في كتب القواعد والمدونات الفقهية الأخرى ليست كلها قواعد عامة، بل كثير منها قواعد مذهبية، تنسجم مع مذهب دون مذهب آخر.

٢- إن كثيراً من هذه القواعد قد تحتاج إلى إعادة النظر في الصياغة والسبك في قالب أحسن مما عليه الآن؛ ليسهل فهمها وتبين مراميها. وقد حاول العلماء ذلك فمثلاً القاعدة الفقهية التي جاءت عند الإمام الكرخي بهذه الصياغة: "أن المرء يعامل في حق نفسه كما أقر به ولا يصدق على إبطال حق الغير، ولا يلزم الغير حقاً"^٤، قد أعيدت صياغتها وكتابتها بأسلوب أوجز وأمثل كما في مجلة الأحكام العدلية: "الإقرار حجة قاصرة"^٥.

٣- إن الفقهاء بدأوا تقعيد القواعد الفقهية من عصور، فكلما وصلت أفكارهم إلى شيء وتبلورت صاغوها في شكل القواعد مما يسر لهم جمعها في الأخير^٦.

^١ ينظر: تاريخ الدولة العثمانية للأستاذ محمد فريد بك الهامي، بتحقيق د. إحسان حقي، دار النفائس بيروت، ط. الأولى ١٤٠١ هـ: ص ٥٤٦ وما بعدها.

^٢ هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد ابن نجيم المصري الحنفي. فقيه أصولي. كان إماماً عالماً عاملاً، ماله في زمانه نظير. حصل، وتفرد، وفنّ، وأفق وتوسر. اشتهر بتصانيفه الفائقة، منها: النجم الرائق، والرسائل والفتاوى الزينية. توفي سنة ٩٧٠ هـ. (الطبقات السنية في تراجم الحنفية لفي الدين عبد القادر التميمي، بتحقيق عبد الفتاح الحلوة، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية - القاهرة، ط. الأولى عام ١٩٧٠ م: ٢٧٥/١).

^٣ هو أبو سعيد محمد بن محمد بن مصطفى الخادمي، فقيه أصولي، من علماء الحنفية. أصله من بخارى ومولده ووفاته في قرية "خادم" من توابع قونية. له تأليف منها: مجمع الحقائق وشرحه منافع الدقائق، وحاشية على درر الحكماء. توفي عام ١١٧٦ هـ. (الأعلام لخبر الدين بن محمود الزركلي النعماني، دار العلم للملايين، ط. الخامس عشر عام ٢٠٠٢ م: ٦٨/٧).

^٤ رسالة الكرخي مطبوع مع تأسيس النظر، بتحقيق مصطفى القباني، دار ابن زيدون، مكتبة الكليات الأزهرية: ص ١١٢. (٥٨/م).

^٥ ينظر: القواعد الفقهية لأحمد علي الندوي، ص ١٥٦-١٥٧.

٤- إن مجال القواعد الفقهية رحب واسع للفقهاء في كل زمان ليستفرغوا وسعهم في صياغتها بما يسر لهم من خلالها إنزال الحكم على المستجدات والتوازل المعاصرة.

- مصادر القواعد الفقهية واستمداها

من خلال ما تقدم آنفاً يمكن تحديد العلوم التي استمدت منها تلك القواعد، وهي كالتالي:

١- النصوص الشرعية: الكتاب والسنة، وتعتبران من أهم المصادر التي تستند إليها مجموعة من القواعد الفقهية، وهي إما أن يكون النص عينه لفظ قاعدة كقاعدة: لا ضرر ولا ضرار، أو أن تكون قاعدة مستنبطة من نص معين، كقاعدة: ما أسكر كثيره فقليله حرام، أو أن تكون مستنبطة من مجموع النصوص، كقاعدة المشقة تجلب التيسير^١ فهي مستنبطة من قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِحُكْمِ آلِ يَتْرَ وَلَا يُرِيدُ بِحُكْمِ آلِ يَتْرَ...﴾^٢. وكقوله: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ...﴾^٣. ومنه حديث أنس -رضي الله عنه- مرفوعاً: "يسرّوا ولا تعسّروا، ويسرّوا ولا تنفّروا"^٤.

٢- الإجماع، ومثال القاعدة المستمدة منه: الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، فالأصل في ذلك إجماع الصحابة رضي الله عنهم^٥.

٣- آثار الصحابة والتابعين الذي وردت على السنة بعضهم عبارات كانت أساساً لمجموعة من القواعد والمصطلحات، وقد تقدمت بعضها.

٤- أقوال بعض الأئمة المجتهدين، الجارية مجرى القواعد، مما استنبطوه من الفروع الفقهية، مما سبقت الإشارة إلى بعضها، عند الحديث عن تاريخ القواعد ومصادرها.

٥- الفروع الفقهية، سواء كانت منصوبة أو مستنبطة، بالنظر فيها بعد استقراءها واستنباط المعاني الجامعة منها، مثل قاعدة: "الحز لا يدخل في العقد"^٦.

^١ المنثور في القواعد الفقهية لشيخ الإسلام محمد بن عبد الله الزركشي، وزارة الأوقاف الكويتية، ط. الثالثة ١٤٠٣هـ: ١٦٩/٣.

^٢ البقرة: ١٨٥.

^٣ الحج: ٧٥.

^٤ أخرجه البخاري في صحيحه برقم: ٦٩، كتاب العلم، باب ما كان النبي صلى الله عليه وسلم يتخوهم باللعظة والعلم كي لا ينفروا، ٢٥/١. وأخرجه مسلم في صحيحه برقم: ١٧٣٤، كتاب الجهاد والسير، باب في الأمر بالتيسير، وترك التنفير، بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، (بدون طبعة وتاريخ). ١٣٥٩/٣.

^٥ الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ١٠٢.

^٦ ينظر للسيوطي للمرخسي: ٣/١٣.

٦- اللغة العربية ومسلمات علم المنطق، كاستنتاج الجمع بين الضدين، والتلازم العقلي، كقاعدة: المتنافيان لا يجتمعان، والأجر والضمان لا يجتمعان للأخوذة من لوازم التفكير ومبادئ العقل^١.

وأغلب القواعد الفقهية التي أوردها الفقهاء المجتهدون إنما هي في مقام الاستدلال القياسي الفقهى؛ حيث تعتبر تعليقات للأحكام الفقهية الاجتهادية، ومسلك الاستدلال القياسي عليها، وهذا أيضا من أعظم مصدر لتعديد القواعد وإحكام صيغها، وتلك التي استنبطها الفقهاء المتأخرون من خلال أحكام المسائل التي أوردها الأئمة في كتبهم أو نقلت عنهم لا تخرج عن نطاق أدلة الأحكام الشرعية الأصلية، أو التبعية. وبناء على ما تقدم، ذهب كثير من الباحثين إلى تقسيمها عدة أقسام باعتبار مختلفات، منها ما يلي:

أولاً: باعتبار الشمول والامتداد إلى ثلاثة أقسام:

١- القواعد الممتدة على أبواب الفقه جميعها، ولا يخلو باب من فروعها، وهي القواعد الخمس الكبرى^٢: الأمور بمقاصدها، واليقين لا يزول بالشك، والمشبقة تجلب التيسير، الضرر يزال، والعادة محكمة.

٢- القواعد الشاملة لأبواب كثيرة إلا أنها أقل شمولاً من سابقتها، وعبر عنها السيوطي بقوله: "قواعد كلية يتخرج عليها ما لا ينحصر من الصور الجزئية"^٣، وذكر منها أربعين قاعدة^٤، منها: الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، ولا ينسب لسأكت قول، والميسور لا يسقط بالمعسور.

٣- القواعد الممتدة على أبواب معينة فحسب، وفروعها محدودة، ويطلق عليها القواعد الخاصة، من أمثلتها: الأصل في الأموال والأبضاع التحريم^٥، والأصل في العقود لزوم^٦.

ثانياً: باعتبار الاتفاق عليها وعدمه، إلى قسمين أساسيين:

القسم الأول: قواعد متفق عليها، وهي التي اتفق عليها الفقهاء في الجملة على اختلاف مذاهبهم، وإن وقع بينهم خلاف في بعض جزئياتها، وهذا يشمل نوعين:

الأول: قواعد أساسية، وتشمل القواعد الخمس الكبرى المتفق عليها، والتي تعد أمهات قواعد الإسلام، وتبنى عليها معظم المسائل والأحكام.

الثاني: قواعد كلية، وهي تلك القواعد التي يتخرج عليها ما لا ينحصر من الصور الجزئية، إلا أنها أقل اتساعاً وشمولاً من القواعد الخمس السابقة، من أمثلتها: (الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد).

^١ القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة لمحمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر دمشق، ط. الأولى ١٤٢٧هـ: ٣٩/٢.

^٢ ذكرها السيوطي في الأشباه والنظائر: ص ٧ وما بعدها.

^٣ الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ٢٠٦ وما بعدها.

^٤ ص ٢١٠ فما بعدها.

^٥ البحر المحيط في أصول الفقه لبدر الدين محمد بن عبد الله الزركشي، دار الكتي، ط. الأولى ١٩٩٤م: ١١/٨.

^٦ أنوار البروق في أنواء الفروق للقرافي أحمد بن إدريس المالكي، عالم الكتب بيروت (بدون طبعة وتاريخ): ٢٦٩/٣.

القسم الثاني: قواعد مختلف فيها، وهي التي وقع فيها خلاف بين الفقهاء في جميع المذاهب، أو داخل مذهب معين، وترتب على ذلك اختلاف في جزئياتها وتفرعاتها، وغالباً ما يورد هذا النوع بصيغة الاستفهام للتنبية على الخلاف.

وهذا النوع يكثر دوراتها في كتب الفقه، سواء الفقه المذهبي، أم فقه الخلاف وهو الذي يعرف اليوم بالفقه المقارن، في معرض الحديث عن أسباب الاختلاف في المسائل الفقهية من أمثلتها قاعدة: من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك، أعطى حكم من ملك أم لا؟^١

ثالثاً: من حيث الاستقلال والتبعية، إلى قسمين:

الأول: قواعد مستقلة، أو أصلية، ويمثلها بالقواعد الخمس الكبرى، والقواعد الأربعين التي أوردها الإمام السيوطي - رحمه الله -.

الثاني: قواعد تابعة، والمقصود بكونها تابعة، أنها تستخدم غيرها من القواعد، وذلك إما أن تكون مفرعة عن قاعدة أكبر منها، وتمثل جانباً منها، أو تطبيقاً لها في مجال معين، من أمثلتها: (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)، بالنسبة لـ (الأموال بمقاصدها). وإما أن تكون قيداً أو شرطاً في غيرها، مثل: (لا عبثة بالعرف الطارئ)؛ فإنها من تطبيقات وفروع وقواعد: (العادة محكمة)^٢.

- صياغة القواعد الفقهية

القواعد الفقهية من حيث الأسلوب الذي صيغت به ووردت إما أن يكون أسلوباً خيرياً، وإما أن يكون أسلوباً إنشائياً. وقد نجد قاعدة واحدة صاغها فقهاء مذهب ما بالأسلوب الخيري، وصاغها فقهاء مذهب آخر بأسلوب إنشائي، فعلام يدل ذلك الاختلاف في صيغ هذه القواعد؟

من خلال الدراسة لجملة من هذه القواعد يتبين بأن القاعدة الفقهية إذا وردت بصيغة الأسلوب الخيري فيكون ذلك إشارة إلى أن هذه القاعدة متفق على مضمونها بين العلماء، فمثلاً قاعدة: الأمور بمقاصدها، وقاعدة: "اليقين لا يزول بالشك"، وأمثالها متفق على مضمونها بين علماء مختلف المذاهب. وقد يكون الاتفاق على مضمون القاعدة بين علماء مذهب معين، فمثلاً قاعدة: العبثة في العقود للمقاصد وللإعاني لا للألفاظ واللباني^٣، فقد وردت عند الحنفية بهذا الأسلوب الخيري، فدل ذلك على أن مضمونها متفق عليه بينهم، وقد أوردها الشافعية بهذا النص: هل العبثة يصح العقود أو بمعانيها؟^٤.

^١ المرجع السابق: ٢١/٣.

^٢ ينظر: القواعد والطوائف الفقهية لعبد الوهاب إيليش: ٨٠-٨٣، والقواعد القرآنية لزمرة التمليكات لمالية لعادل قوته دار البشائر الإسلامية بيروت-لبنان، ط. الأولى ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م: ٢٥٦/١-٢٥٨.

^٣ الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص ١٧٤.

^٤ الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٦٦.

ثم من خلال المسائل التي أوردوها تمثيلاً لها نجد أنَّ مضمون هذه القاعدة ليس متفقاً عليه بينهم بخلاف الحنفية والمالكية.

إذاً فالقاعدة التي ترد بالأسلوب الخيري يكون ذلك دليلاً على أن مضمون هذه القاعدة ومدلولها متفق عليه بين العلماء سواء أكانوا علماء مذهب واحد أم أكثر. وأما القاعدة التي ترد بالأسلوب الإنشائي يكون ذلك دليلاً على أن مضمون القاعدة يختلف فيه بين العلماء سواء أكانوا علماء مذهب واحد أم أكثر -وهذا غالباً-. وهذا ينطبق على الضوابط الفقهية أيضاً، فما ورد منها بالأسلوب الخيري فهو يدل على أنَّ مضمونها متفق عليها. وما ورد منها بالأسلوب الإنشائي يدل على أنَّ مضمونها يختلف فيها^١.

المطلب الثالث: تعريف الضوابط الفقهية، وبيان الفرق بينها وبين القواعد الفقهية، وتحت فرعان:

الفرع الأول: تعريف الضوابط الفقهية

الضوابط في اللغة جمع ضابط وهو في اللغة اسم فاعل من الضبط، وهو لزوم الشيء وحبسه. ورجل ضابط: أي حازم وقوي شديد، فمادته اللغوية: تقييد (الحصر، والحبس، واللتزم)^٢.

أما معنى الضوابط في الاصطلاح فإن طائفة من العلماء^٣ لم تفرق بين الضابط وبين القاعدة وعرفتھا بتعريف واحد، واكتفوا بتعريف القاعدة الفقهية لاشتمالها على معنى الضابط.

والذي درج عليه جمهور الفقهاء^٤ من علماء هذا الفن هو التفريق بينهما، وذلك لاستقرار العلم ووضوح مصطلحاته وبلوغه مرحلة النضج والاستقرار فعرفوا الضوابط الفقهية بالعبارات التالية:

١- هي ما اختصَّ بباب وقُصد به نظم صور منسجمة^٥.

٢- هي قضية كلية فقهية، منطبقة على فروع من باب واحد^٦.

^١ ينظر: موسوعة القواعد الفقهية للبروني: ٩٦/١-٩٧.

^٢ المصباح للنير: ٤٧٣/٢ وعنتار الصحاح: محمد بن أبي بكر، بتحقيق يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية الدار النموذجية بيروت، ط. الخامسة ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م، ١٨٣/١.

^٣ كالإمام الكمال بن الإمام الحنفى في شرح التقرير والتحيز، دار الكتب العلمية بيروت، ط. الثانية ١٤٠٣هـ: ٢٩/١ والقيومي في المصباح للنير: ص ٢٦٣، والدكتور محمد الروكي في قواعد الفقه الإسلامي: ص ١١٣.

^٤ منهم ابن نجيم والسبكي والسيوطي في أشباههم وأبو البقاء أيوب بن موسى الكفوي في الكليات، وغيرهم كثيرون كما سيأتي. كما درج عليه جملة من الباحثين المعاصرين، وعليه مضيت في هذه الرسالة: انظر القواعد والضوابط الفقهية القرآنية لمحمد عادل قوته: ٢٦٤/١.

^٥ الأشباه والنظائر للسبكي، دار الكتب العلمية بيروت، ط. الأولى ١٤١١هـ: ١١/١.

^٦ القواعد القرآنية للدكتور قوته: ٢٦٥/١.

وبعد عرض العبارات الواردة في تعريف الضوابط الفقهية فإنه يمكن اختيار تعريف اصطلاحى جامع ومانع لها ألا وهو: "حكم كليّ فقهيّ ينطبق على فروع كثيرة من باب واحد".^١

الفرع الثاني: بيان الفرق بين الضوابط الفقهية وبين القواعد الفقهية

لم يكن التمييز بين القاعدة والضابط محل اعتبار عند المتقدمين، وهذا أمر شائع في كتب الفقه وقواعده^٢ وإن كان هناك من رسم مؤلفه بالقواعد والضوابط لكن مع عدم تطابق ما ذكره في المضمون مع المسمى - غالباً - حيث نجد الخلط بينهما.

ولعل مثل ذلك الفصل في التسمية بين القواعد والضوابط كان مرحلة أولى لبداية الفصل بينهما في المضمون^٣ حتى إذا شاع استعمال مصطلح "ضابط" وتردد على الألسنة واستقرت معرفته على مصطلح أحصى مما كان عليه أولاً، كان من المناسب الفصل بينهما في مدلول كل منهما، ليتضح حد كل واحد في تناوله للمسائل المخترجة عليه، وهذا ما حصل في المصوّر المتأخّرة حيث أصبحت كلمة "الضابط" اصطلاحاً متداولاً مستقلاً يعرف بما اختصّ بجمع فروع من باب واحد، ويعتبر التبيكي^٤ هو أول من فرق بينهما، وتبعه ابن نجيم الأشباه^٥، والسيوطي في آتباعه^٦، والكفوي^٧ في "الكليات"^٨.

^١ ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ١٣٧.

^٢ ينظر: الأشباه والنظائر لابن الوكيل، بتحقيق الدكتور أحمد العنقري، مكتبة الرشد بالرياض، الثانية عام ١٤١٨ هـ، ١/٢٧١، ٤٠٧؛ وتقرير القواعد وتحرير الفوائد: لابن رجب الحنبلي، بتحقيق مشهور آل سلمان، دار ابن عفان للنشر - السعودية، ط. الأولى ١٤١٩ هـ؛ القاعدة الثانية؛ وقواعد المقرئ ١/٢٣٧؛ فقد ذكروا في هذه لطايف ألفاظ جامعة. كما إن هناك من لم يفرق بينهما في التعريف، حيث عرفهما بتعريف واحد كابن الممام في شرح التقرير والتحيز: ٢٩/١.

^٣ وكان ذلك في منتصف القرن السابع وما بعده مثل كتاب: الأصول والضوابط للنوي، بتحقيق الدكتور محمد حسن هيتو، دار البشائر الإسلامية - بيروت، ط. الأولى ١٤٠٦ هـ؛ ص ٢١-٢٢؛ وما ذكره التركشي في المنثور: ١/٧١؛ وما أشار إليه ابن نجيم في الأشباه والنظائر، دار المكتب العلمية - بيروت، ط. الأولى عام ١٩٩٩ م؛ ص ١٠-١١.

^٤ هو عبد الوهاب بن علي التبيكي الشافعي، قاضي القضاة، قرأ على الحافظ للزي ولازم الذهبي وتخرج به. أفتى ودرس وحدث من تصانيفه: رفع الحجاب، والأشباه والنظائر وغيرها. توفي شهيداً بالطاعون سنة ٧٧١ هـ (طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة، بتحقيق د. الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب بيروت، ط. الأولى ١٤٠٧ هـ؛ ٣/١٠٤-١٠٦).

^٥ ١/١٣٧.

^٦ الأشباه والنظائر في النحو، بتحقيق عبد الإله، مجمع اللغة العربية بدمشق عام ١٤٠٧ هـ؛ ٥/١.

^٧ هو أيوب بن موسى الحسبي القريني الكفوي، صاحب (الكليات)، كان من قضاة الأحناف. غلبت بولي القضاء في (كفه) بتركيا، وبالقنس، وببغداد. وعاد إلى إسطنبول فتوفي بها في ١٠٩٤ هـ. (الأعلام للزركلي: ٢/٣٨).

^٨ طبع بتحقيق عدنان درويش، مؤسسة الرسالة بيروت بدون سنة النشر؛ ص ٧٢٨.

وأما أبرز الفروق بين القواعد الفقهية وبين القواعد الأصولية فهي كالتالي:

- ١- أن القاعدة أعم من الضابط، حيث لا تختص بباب واحد بينما الضابط يختص بباب واحد.
- ٢- الضابط يضبط الصور من غير نظر إلى مأخذها، بخلاف القاعدة فتضبط مع النظر إلى مأخذها^١.
- ٣- القاعدة قابلة للاستثناء لشمولها وعمومها، وانطباقها على أكثر من باب، ويقع ذلك كثيراً فيها. بخلاف الضابط فلا يتسامح بوجود ما يخرجه، وإلا لم يُعَدَّ ضابطاً.
- ٤- أن القاعدة في الأعم الأغلب متفق على مضمونها بين المذاهب أو أكثرها، وأما الضابط فهو يختص بمذهب معين -إلا ما ندر عمومه- بل منه ما يكون وجهة نظر خاصة لفقيه معين في مذهب، قد يخالفه فيه فقهاء آخرون من نفس المذهب^٢.
- ٥- يغلب في الضابط تجرده عن مدارك الشرع^٣، بخلاف القواعد، فمثلاً قاعدة: "المشقة تجلب التيسير"، واضح في أنَّ مدارك التيسيرات الشرعية هو للمشقة، ومثال تجرد الضوابط عن المدارك: "كل نجاسة - غير الدم - فقليلها ككثيرها"^٤.

ويجدر بالمقام ذكر معايير وضوابط التي تميز القواعد والضوابط الفقهية عن الأحكام الجزئية والفرعية. وتكون مفيدة من يهد استخراج القواعد أو الضوابط الفقهية من كتب الفقه المعروفة. وينبغي التذكير بأن التعريفات تعد من أفضل ضوابط المعرفات، ولهذا فإن ضابط تميز القاعدة يستخرج من تعريفها.

وينبغي هنا التنبيه إلى أمر هام وهو أن تعريف القواعد الفقهية بأنها قضية كلية لا يفي بالمراد؛ وذلك لأن القضايا الكلية يصح معناها حتى يشمل أحكام الجزئيات ذات التجريد والعموم. كما هو القواعد القانونية، والأحكام الفقهية الجزئية التي يمثل كل منها قضية كلية، باعتبار مجرد موضوعها وعمومها. نحو من أفطر في نهار رمضان عمداً فعليه القضاء والكفارة، ومن تكلم في صلاته عمداً بطلت صلاته. فإذا اكتفينا بتعريف القاعدة بأنها قضية كلية دخلت هذه القضايا وأمثالها في التعريف، إذ هي لا تقتصر على شخص بعينه، بل تحكم عليه بصفاته العامة التي لا تختص إلا به، وبذلك يدخل الفقه في القواعد الفقهية، ولا يصبح هناك فرق بين القواعد والأحكام.

^١ ينظر: الأقباه والنظار: للسبكي ١/١١.

^٢ ينظر: موسوعة القواعد للدكتور محمد البيروني ٣٥/١.

^٣ وهي مواضع طلب الأحكام، وهي حيث يستدل بالتصريح، كالاجتهاد (المصباح للنير للقيومي: ص ١٩٢).

^٤ بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد المالكي محمد بن أحمد، دار الحديث القاهرة: عام ٢٠٠٤م، ١/٨٨.

^٥ القواعد القرآنية: ص ٢٦٧.

ونظرا إلى أن الفقهاء لم يعدوا أمثال هذه الجزئيات قواعد، وكان مصطلحهم في القاعدة أعم من ذلك، فإننا نجد من الموافق لاستعمالاتهم ومصطلحهم أن نعرف القاعدة الفقهية بأنها: "قضية فقهية كلية جزئياتها قضايا كلية".

وبهذا تتميز عن الأحكام الجزئية أو الفرعية. التي هي قضايا كلية أيضا، لكن جزئياتها أفراد وأشخاص، لا قضايا كلية في الغالب. وبوجه عام فإن الأساس في الفرق هو أن القضية الفقهية الكلية، إن كانت جزئياتها قضايا كلية، أيضا، فهي قاعدة، أو ضابط. وإن لم تكن جزئياتها قضايا كلية، بل أفرادا وأشخاصا فهي أحكام وفروع. ومثل لهذا التمييز بالقاعدة: من ملك ظاهر الأرض يملك باطنها، جزئياتها أشخاص وأفراد، فهي تنطبق على زيد وعمرو وخالد، فهي حكم جزئي أو فرعي وليست قاعدة. على أساس أن ظاهر الأرض ليس تحته كليات أو مفاهيم عامة. بينما القاعدة: من ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته. جزئياتها قضايا كلية، فهي تنطبق على القاعدة السابقة، كما تنطبق على القواعد الأخرى.

المطلب الرابع: مدى الاحتجاج بالقواعد الفقهية ومجال تطبيقها، ونحوه فرعان:

الفرع الأول: مدى الاحتجاج بالقواعد الفقهية

ويقصد به جواز حمل القاعدة الفقهية دليلاً شرعياً لاستنباط الأحكام الشرعية منها. ويعبر بعض أهل العلم هذه المسألة للمهمة بـ (دليّة القواعد الفقهية) أي صحة جعلها دليلاً يستند إليه في استنباط الأحكام، ومدركا يؤخذ به في التعليل وال ترجيح^١.

ويجدر بالمقام تذكير محل النزاع في المسألة، فأقول بأن الحكم الشرعي يختلف باختلاف الأصل الذي يستند إليه القاعدة أو الضابط، فإن كان الأصل نصاً شرعياً أو معنى لنص شرعي فلا خلاف بحجية القواعد الفقهية المستخرجة منه لأن العمل بالقاعدة هذا عمل بالنص الشرعي، ولم يقل أحد بالمنع من العمل بالنص الشرعي، وذلك مثل قاعدة: الأمور بمقاصدها، والضرر يزال.

وقد اختلف العلماء في الاحتجاج بالقواعد الفقهية إذا لم يكن مستندها نصاً شرعياً، كأن تكون مصلحة أو قياساً أو غيره. وعند التبع والاستقراء لكلام أهل العلم فإننا نجد بأنه قد ورد عن بعضهم ما يشير بعدم

^١ المعايير الجليلية في التمييز بين الأحكام والقواعد والضوابط الفقهية للدكتور يعقوب بن عبد الوهاب الباهسين، مكتبة

الرشيد الرياض، ط. الثانية ٢٠٠٨م؛ ص ٤٠-٤٤.

^٢ ينظر: القواعد الفقهية للباحسين، ص ٢٦٥.

جواز الاستدلال بما، منهم الإمام الجويني^١ - رحمه الله - حيث قال في معرض كلامه عن قاعدتي الإباحة والبراءة الأصلية: "وغرضي بإيرادها تنبيه القرائح... وليست أقصد الاستدلال بما"^٢.

ونقل عن ابن نجيم قوله: "لا يجوز الفتوى بما تقتضيه القواعد والضوابط لأنها ليست كلية بل أغلبية"^٣.

وجاء في شرح المجلة ما نصه: "فحكام الشرع لم يقفوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد"^٤.

ولعل السبب الذي منع هؤلاء العلماء من الاستدلال بالقاعدة في إثبات الأحكام يرجع إلى ثلاثة أسباب رئيسية: -

الأول: أن هذه القواعد ثمة للفروع المختلفة وجامع ورباط لها، وليس من المعقول أن يجعل ما هو ثمة وجامع دليلاً لاستتباط أحكام الفروع.

الثاني: أن كثيراً من القواعد الفقهية استقرائية، وأن الكثير منها لم يستند إلى استقراء تام تطمئن إليه النفوس، بالإضافة إلى وجود عدد من القواعد مبنية على اجتهاد ظني محتمل للخطأ، فضعيم حكمها فيه نوع من المجازفة.

الثالث: أن معظم هذه القواعد لا تخلو من المستثنيات فقد تكون المسألة لمبحوث عن حكمها من المسائل والفروع المستثناة^٥.

ويمكن من خلال ما سبق بيان الموقف الصحيح من اعتبار القاعدة الفقهية دليلاً للاحتجاج، وذلك أن القواعد ليست على وزن واحد فهي تختلف من حيث أصولها ومصدرها ثم من حيث وجود الدليل على حكم المسألة لمبحوث عنها.

^١ هو عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني الملقب بإمام الحرمين، رئيس الشافعية بتهامة. توفي أبوه وله عشرون سنة فأقعد مكانه للتدريس، من تصانيفه: الغني، والبرهان في أصول الفقه. حضر درسه الأكابر والمجسّم العظيم من الطلبة، توفي سنة ٤٧٨هـ. (طبقات الشافعية لابن قاضي شهاب: ٢٥٥/١).

^٢ الغني غياث الأمم في التياث الظلم، بتحقيق الدكتور عبد العظيم الديب، مكتبة إمام الحرمين، ط. الثانية عام ١٤٣٢هـ، ٤٩٩/١.

^٣ غمر عيون البصائر ١٧/١، ١٣٢.

^٤ درر الحكم شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر خواجه أمين أفندي، بتعريب فهمي الحسيني، دار الجيل ط. الأولى عام ١٤١١هـ: ١٠/١.

^٥ المدخل الفقهي العام لمصطفى أحمد الزرقاء، دار القلم دمشق، ط. الأولى عام ١٤١٨هـ، ٩٣٤/٢-٩٣٥؛ القواعد الفقهية: للدوي، ص ٢٩٤؛ القواعد الفقهية للباحسن ص ٢٧٢.

ومن حيث مصادر القواعد وأصولها فإننا نجد أن هناك قواعد منصوص عليها أو معنى لنص شرعي، أو مبنية على أدلة بينة من الكتاب والسنة أو معتبرة عند العلماء، فلا خلاف بين العلماء في جواز الاحتجاج بها؛ لأن العمل بالقاعدة هنا عمل بالنص ولم يقل أحد بعدم العمل بالنص، ولكونها خرجت دليلاً شرعياً معمولاً به؛ مثل قاعدة: الأمور بمقاصدها.

وأما القواعد المستنبطة، فيختلف الحكم فيها، تبعاً للأمرين الآتيين: -

١- المصدر والدليل الذي استنبطت القاعدة عن طريقه.

٢- الاتفاق والاختلاف في القاعدة المستنبطة.

ففي الحالة الأولى، وهي مصدر ودليل القاعدة، نجد أن الحكم يختلف فيها تبعاً للآتي:

١- إن كانت القاعدة مستنبطة من النصوص فيختلف أمرها تبعاً لاتفاق العلماء أو اختلافهم. فإذا اتفقوا على ذلك كانت حجة صالحة للاستنباط؛ لأن اتفاقهم على ذلك يعني إقرارهم بصحة القاعدة، وبصحة ردها إلى النص الشرعي وبالتالي صلاحيتها لأن تبنى عليها الأحكام كالنص. وإن اختلفوا في ذلك فالقاعدة حجة صالحة للترجيح، ولتفريع الأحكام عليها، عند من استنبطها، لأنها مردودة إلى النص عنده، وحجيتها راجعة إلى حجة النص، لكنها لا تكون كذلك عند من لم يصحح الاستنباط.

٢- وأما إذا كانت مستنبطة من الاستقراء فهي حجة في الترجيح، والتفريع، والاستنباط، وتفريع الجزئيات. وإذا قام دليل على إخراج بعض جزئياتها، عمل بما يقتضيه الدليل في تلك الجزئيات، وبقيت القاعدة على حالها فيما عدا ذلك؛ لما قرره بعض الأصوليين من أن القواعد الاستقرائية لا يخرم كليتها إخراج بعض الجزئيات عنها^١.

٣- وأما القواعد المستنبطة، أو المخرجة من الطرق الأخرى كالقياس والاستصحاب والاستدلال العقلي، أو المستنبطة بطريق الاجتهاد في تحقيق المناط أو تنقيحه أو الترجيح عند التعارض فهي تابعة لنوع الدليل، ومدى الأخذ بما يترتب عليه الأحكام، ولصحة وسلامة التفريع أو الاستنباط عليه. وهي تختلف قوة وضعفاً تبعاً للاتفاق أو الاختلاف في ذلك.

^١ ينظر: شرح الكوكب المنير ٤/٤٤٩ الإجماع شرح المنهاج لعلي بن عبد الكافي السبكي وولده عبد الوهاب، دار الكتب العلمية بيروت، ط. الأولى ١٤٠٤هـ، ١٩٨٣/٣ والبحر المحيط لبدر الدين محمد الشافعي، وزارة الأوقاف الكويتية، ط. الأولى ١٤١٠هـ، ١٩/٦، تحرير القواعد المنطقية لمحمود بن محمد الرازي، مطبعة الباي الحلبي القاهرة، ط. الثانية ١٣٦٧هـ، ص ١٦٦، القواعد الفقهية للباحثين ص ٢٧٣-٢٧٦.

وفي الحالة الثانية، أي حالة الاتفاق، أو الاختلاف في القاعدة المستنبطة، فإن ذلك لا يؤثر على حجية القاعدة على من استنبطها، ووجود الاختلاف يضيق دائرة من يعمل بما ليس غير، ولكنها حجة تشرع عليها الأحكام عند من خرجها، شأنها شأن الأدلة المختلف فيها^١.

وهذا الرأي هو الأول بالترجيح والاعتبار، والموافق لعمل الكثير من الفقهاء والأصوليين في استدلالهم بالقاعدة الفقهية على كثير من الفروع والأحكام الفقهية.

يدل على ذلك استدلال القراني^٢ بنقض حكم القاضي إذا خالف قاعدة من القواعد السالبة عن المعارض، ومثل لذلك بما لو حكم القاضي بعدم وقوع الطلاق في: "المسألة السريجية"^٣ فإنه ينتقض؛ لأنه يخالف القاعدة المعروفة أن من شرط الشرط إمكان اجتماعه مع المشروط، وشرط السريجية لا يجتمع مع مشروطه أبداً؛ لأن تقدم الثلاث يمنع لزوم الطلاق بعدها^٤.

والناظر في فتاوى فقهاء المذاهب الأربعة يلحظ كثرة استشهادهم واستدلالهم بالقواعد الفقهية في إثبات الأحكام الفقهية مما يدل على أهمية الرجوع إليها واعتبارها بعد النظر في الأدلة الشرعية المحتوية^٥.

ولكي يتحقق الاستدلال المحتر بالقاعدة الفقهية لا بد من توفر شروط صحة القاعدة وضوابط تطبيقها على الواقعة المستجدة من خلال الشروط الآتية:

- ١- أن تتوفر في الوقائع الشروط الخاصة، التي لا بد منها لانطباق القاعدة عليها.
- ٢- ألا يعارضها ما هو أقوى منها، أو مثلها، سواء كان دليلاً فرعياً خاصاً معتدّاً به، أو قاعدة فقهية أخرى متفقاً عليها.

^١ ينظر: القواعد الفقهية للباحثين ص ٢٧٨-٢٨١ جصرف يسر؛ وينظر: القواعد الفقهية للتدوي ص ٣٣١ وموسوعة القواعد الفقهية للبورني ٤٨/١-٤٩؛ ومقدمة محقق كتاب القواعد للسقري: لابن حميد ١١٦/١.

^٢ هو شهاب الدين، أحمد بن إدريس القراني المالكي، الإمام العلامة الحافظ الفهامة، وحيد عصره، وفريد عصره، للمؤلف المتفطن، عمدة أهل التحقيق والرسوم؛ أخذ عن ابن الحاجب والعز بن عبد السلام، من أشهر تصانيفه: التقيح في الأصول، والذخيرة، والفروق، توفي عام ٦٨٤هـ (شجرة النور الزكية في طبقات المالكية: ١/٣٧٠).

^٣ سريجية: نسبة إلى أبي العباس أحمد بن عمر بن سريج من أئمة المذهب الشافعي م ٣٠٤هـ؛ قد أفق في هذه المسألة بعدم وقوع الطلاق. والمسألة السريجية هي: أن يقول الزوج لزوجته: إن وقع عليك طلاق فأنت طالق قبله ثلاثاً. وذكر ابن تيمية هذه المسألة وبنى إنكار فقهاء الإسلام من جميع الطوائف، (ينظر: القواعد التورانية، بتحقيق أحمد الخليل، دار الجزيرة، السعودية ط. الأولى عام ١٤٢٢هـ: ١/٣٥٥-٣٥٦).

^٤ الفروق للقراني: ٤/٤٤٠؛ وانظر: تنقيح الفصول للقراني، مكتبة البحوث والدراسات بدار الفكر عام ١٤٢٤هـ: ص ٤٥٠-٤٥١.

^٥ ينظر للأمثلة القواعد الفقهية للتدوي ص ٣٣٣-٣٤٧؛ والقواعد الفقهية للباحثين ص ٢٨٠-٢٨٢.

٣- أن تكون الواقعة المطلوب تطبيق القاعدة عليها خالية من الحكم الثابت بالنص أو الإجماع فينظر للحكم المستفاد من تطبيق القاعدة، فإن كان موافقاً للحكم المستفاد من النص أو الإجماع، جاز تطبيق القاعدة؛ لأنه لا مانع من تعدد الأدلة على مسألة واحدة.

وأما إذا كان مخالفاً له فلا يجوز ذلك لكون الحكم المستفاد من تطبيق القاعدة أضعف من الحكم الثابت بالدليل، وهذا إذا كانت القاعدة ثابتة بالاستقراء المفيد للظن. وأما إذا كانت القاعدة نفسها نصاً شرعياً فإنه حينئذ يلجأ إلى القواعد والأسس العامة في باب التعارض والترجيح^١.

الفرع الثاني: مجال تطبيق القواعد الفقهية

هناك من القواعد ما هو منسج المجال في التطبيق بحيث يشمل جميع الأبواب الفقهية؛ كالقواعد الخمس العامة الكبرى، وهناك من القواعد ما يكون مجال تطبيقها في أبواب كثيرة من الفقه لكنها دون الأولى؛ كالقواعد التي ذكرها ابن نجيم في "الأشباه والنظائر"^٢ على تفاوت فيما بينها.

ومن القواعد ما هو خاص بالعبادات، فلا يدخل تحتها إلا فروع هذا الكتاب كقاعدة: "الأصل في العبادات التوقيف"^٣. وما يتعلق بالمعاملات المالية كقاعدة: "الرهن بالأمانات باطل"^٤.

وفيه من القواعد ما هو أخص من ذلك كالقواعد المختصة بكتاب الطهارة أو بكتاب الصلاة أو بكتاب الخلود، حيث لا يتعدى مجال تطبيقها هذا الكتاب أو ذاك.

ولم يبق بعد ذلك إلا ما يختص بباب واحد مما اصطلح على تسميته بالضوابط الفقهية حيث ينحصر مجال تطبيقها في باب واحد كباب الرهن، وباب المروقة ونحو ذلك.

^١ ينظر: القواعد الفقهية للباحسين: ص ١٧٥-١٧٨؛ موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للنسوي: ١/٤٩-٨٥. ولعل ما كتبه د. الباحسين فيه الأفضلية والكفاية وخصوصاً في الضوابط والشروط لهذه المسألة.

^٢ ينظر: ص ٤ من الكتاب.

^٣ الغرر البهية في شرح البهجة الوردية لتركيا محمد الأنصاري، المطبعة الميمنية، (بدون طبعة): ١/٣٩٣.

^٤ (الرهن شرعاً) هو حبس الشيء بحق يمكن أخذه منه كالدين، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء لقاسم بن عبد الله القنوي الحنفي، بتحقيق يحيى حسن مراد، دار الكتب العلمية، طبعة عام ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م:

ص ١٠٧.

^٥ الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص ٣٥٦.

القسم الأول: في ترجمة المؤلف، والتعريف بكتابه: (المبسوط)

وفيه فصلان:

الفصل الأول: ترجمة المؤلف: الإمام الشرحسي

الفصل الثاني: التعريف بكتاب المبسوط وتنويه العلماء بشأنه

الفصل الأول: ترجمة المؤلف: الإمام السرخسي

وفيه ثمانية مباحث التالية:

المبحث الأول: اسمه، ومولده، ونشأته.

المبحث الثاني: شيوخه ورحلاته في طلب العلم

المبحث الثالث: مكانته العلمية

المبحث الرابع: تلامذته

المبحث الخامس: آثاره العلمية

المبحث السادس: محنته

المبحث السابع: ثناء العلماء عليه

المبحث الثامن: وفاته

المبحث الأول: اسمه، ومولده، ونشأته

أما اسمه: فهو أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل، شمس الأئمة الشرخسبي، الحنفي، أحد الفحول الأئمة الكبار أصحاب القنون، كان إماماً، حجة، معكماً فقيهاً، مناظراً، أصولياً مجتهداً وكان يتوقّد ذكاء^١.

ينسب الشرخسبي إلى مدينة سرخس^٢ من إقليم خراسان^٣، وهي يفتح الصين والراء على ما اختاره الأكترون^٤. قال عبد القادر بن محمد القرشي^٥: "رأيت بخط الشيخ تاج الدين بن مكوم^٦ والأصرف فيها فتح الراء وإسكان الخاء ويقال أيضاً بإسكان الراء وفتح الخاء المعجمة"^٧.

^١ ينظر: الطبقات السنية في تراجم الحنفية: لفتي الدين بن عبد القادر القصبجي، رقم: ١٧٨٨ والجواهر المضية في طبقات الحنفية: لعبد القادر القرشي، الناشر مير محمد كعب خان، كراتشي: ٢٨/٢-٢٩.

^٢ نسبة إلى سرخس مدينة قلعة كبيرة واسعة من تواحي خراسان وهي بين نيسابور ومرو في وسط الطريق، بينها وبين كل واحدة منهما ست مراحل. وسرخس في الأصل اسم رجل من النصارى في زمن جيكاوس سكن هذا الموضع وعمره وأتم بناءه، وأحكم مدينته ذو القرنين. وتقع اليوم في تركمانستان. (ينظر: معجم البلدان لياقوت الحسوي، تار صادر بيروت، ط. الثانية ١٩٩٥م، ٢/٢٠٨ والأنساب لعبد الكريم بن محمد البسماني، تحقيق وتعليق الأستاذ محمد عوامة وآخرين، مجلس دائرة المعارف العثمانية حيدر آباد، ط. الأولى ١٣٩٦هـ-١٩٧٦م: ٧/٧٧).

^٣ خراسان: بلاد واسعة أول حدودها مما يلي العراق وآخر حدودها مما يلي الهند. وقد فتحت أكثر هذه البلاد عنوة وصلحاً في أيام عثمان بن عفان -رضي الله عنه- بإمرة عبد الله بن عامر، وقيل في تسبعتها بأنما من حر وهو اسم للشمس بالفارسية القرية وأصل كانه أصل الشيء ومكانه. وهي تقع اليوم بين عدة دول وهي: إيران، وتركمانستان، وأوزبكستان، وطاجيكستان (ينظر: معجم البلدان: ٢/٣٥٠ وما بعدها).

^٤ منهم: محمد بن يعقوب القموزي آبادي في القاموس المحيط، مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بيروت، ط. الثامنة ٢٠٠٥م: ١/٥٥٠ وأحمد بن محمد المشهور بابن خلكان في وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق إحسان عيسى، دار صادر بيروت، ط. ١٩٩٠م: ٤/٤٤؛ واللكوني في القوائد البهية في تراجم الحنفية بتحقيق محمد بدر الدين أبو فراس النعاني، ط. دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، عام ١٣٢٤هـ: ص ١٥٨.

^٥ هو عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي، من فقهاء الحنفية، عالم بالعراجم من حفاظ الحديث، له شرح معاني الآثار للطحاوي والصنابة في تحرير أحاديث الهداية والجواهر المضية في طبقات الحنفية. توفي بالقاهرة عام ٧٧٥هـ. (ينظر: الأعلام للزركلي: ٤/٤٢).

^٦ هو أحمد بن عبد القادر أبو محمد القصبجي، كان مقبلاً على سماع الحديث، ونسخ الأجزاء. وقد تقدم في الفقه والنحو واللغة له: الجمع المنتهية في أخبار النحاة، وتعليق على الهداية، توفي عام ٧٤٩هـ (الطبقات السنية للقرشي: ١/١١٤).

^٧ الجواهر المضية في التراجم الحنفية: ٢/٣١٥.

وفي خط ابن مكتوم أيضاً قال ابن الصلاح^١: "دخلتها فسمعت ثقات شيوخها يقولون: هي بفتح الراء فارسية ويسكنها معربة، وقال: سمعت ذلك من المعتمدين الثقات، والسنن على كل حال مفتوحة"^٢.

أما مولده: ولد خمس الأئمة بسترخس سنة أربعمائة من الهجرة النبوية ونشأ ببخارى^٣ وتعلم واشتغل بالتدريس بها، وصنف تصانيفه في أوزكند^٤ مسجوناً وقضى آخر عمره بفرغانة^٥ ومرغينان^٦.

أما عن نشأته: لم يرد في كثير من المصادر تفصيلاً وافياً عن الإمام السرخسي -رحمه الله- من ناحية نشأته ووالديه وأولاده مع العلم أنه تزوج وأنجب، ويدل على هذا كلامه في كتابه "المبسوط" في نهاية إملائه كتاب الحجة^٧ حيث جاء ما نصه: "انتهى شرح الصغار من القروع من الاستحسان إلى البيوع، بالمؤثر من المعاني مع الخير المنعوم بإملاء المتنس لرفع الباطل الموضوع، المنفي لأجله المحصور المنعوم عن الأهل والولد

^١ هو أبو عمرو عثمان ابن المفني صلاح الدين عبد الرحمن الشهرزوري الشافعي، الإمام الحافظ العلامة شيخ الإسلام، (ت ٦٤٣هـ)، صاحب "علوم الحديث" المشهور بمقدمة ابن الصلاح، أشغل، وأفتى، وجمع وألف، وتخرج به الأصحاب، وكان من كبار الأئمة. (سير أعلام النبلاء للذهبي: ١٦/٣٦٠).

^٢ الجواهر المضية في طبقات الحنفية: ٢/٣١٥.

^٣ بخارى: من أعظم مدن ما وراء النهر وأجلها، يمر إليها من آمل الشط، وبينها وبين جيحون يومان من هذا الوجه، وكانت قاعدة ملك السامانية، مدينة قديمة نزهة كثيرة البساتين واسعة القواكة جيداً مهدى بفواكهها تحسّل إلى مرو، وبينهما اثنا عشرة مرحلة، وإلى عوارزم، وبينهما أكثر من خمسة عشر يوماً، وبينها وبين سمرقند سبعة أيام أو سبعة وثلاثون فرسخاً، بينهما بلاد الصفد، وتقع حالياً في دولة أوزبكستان. (معجم البلدان: ١/٣٥٣).

^٤ أوزكند بالضم، بلد بما وراء النهر من نواحي فرغانة، ويقال: أوزجند، وكند بلدة أهل تلك البلاد معناه: القرية. وأوزكند آخر مدن فرغانة مما يلي دار الحرب، واسمها اليوم مدينة (أوزغون) تقع في جمهورية قيرغيزستان حالياً في جنوب شرق مدينة جلال آباد حالياً. (معجم البلدان: ١/٢٨٠) ومراصد الاطلاع على أسماء الأمكنة والباق لعبد المؤمن بن عبد الحق القطيعي، ط: الأولى ١٤١٢هـ، دار الجيل بيروت: ١/١٣١ والأطلس الجغرافي للعالم الإسلامي، بإشراف إبراهيم حلي، دار الشرق العربي: ص ١١٧ وقادة الفتح الإسلامي في بلاد ما وراء النهر للوكن محمود شيت حطاب، دار ابن حزم، بيروت، ط: الأولى ١٤١٨هـ/١٩٩٨م: ص ٥٤).

^٥ فرغانة: بالفتح ثم السكون، وغين معجمة، وبعد الألف تون: مدينة وكورة واسعة بما وراء النهر متاخمة لبلاد تركستان في زاوية من ناحية هيرغل من جهة مطلع الشمس على يمن القاصد لبلاد الترك، كثيرة الخير واسعة الرستاق أي القرى أو المقاطعة. يقال كان بما أربعون متراً، بينها وبين سمرقند خمسون فرسخاً، وتقع حالياً في دولة أوزبكستان. (معجم البلدان: ٤/٢٥٣).

^٦ مرغينان: بالفتح ثم للسكون، وغين معجمة مكسورة، والياء ساكنة، وتون، وآخره تون أخرى: بلدة بما وراء النهر من أشهر البلاد من نواحي فرغانة، خرج منها جماعة من الفضلاء، وتقع حالياً في دولة أوزبكستان. (المرجع السابق: ٥/١٠٨) ومراصد الاطلاع: للقطيعي: ٢/١٢٥٩.

^٧ ١٠٨/١٢

والكتاب المجموع الطالب للفرج بالدعاء والخشوع في ظلم الليالي بالبكاء والدموع، مقروناً بالصلاة على سيد أهل الجموع وعلى آله وأصحابه أهل التقى والخضوع".

ولعل السبب في عدم ورود التفاصيل عنه في المصادر يرجع إلى أنه عاش بعيداً جداً فيما وراء النهر^١، وأنه قضى شطراً من حياته في السجن بسبب اختلافه مع خاقان كما سيأتي تفصيله في المبحث السادس إن شاء الله تعالى.

المبحث الثاني: شيوخه ورحلاته في طلب العلم

يُعد القرن الثالث والرابع الهجري العصر الذهبي في رحلات العلماء حيث نشطت فيه رحلاتهم أكثر من ذي قبل، فكانوا يخرجون من بلادهم ابتغاء مرضاة الله وطباً للعلم وحرصاً على تدوين أقوال رسول الله صلى الله عليه وسلم وأفعاله وحركاته وسكناته وغزواته وشمائله، وأخذوا يعمدون من لا يرسل، قال يحيى بن معين^٢ - رحمه الله -: "أربعة لا تؤنس منهم رسلأ منهم: رجل يكتب في بلد، ولا يرسل في طلب الحديث"^٣.

وإدراكاً لهذه الحقيقة فقد رسل الإمام السرخسي - رحمه الله - إلى الأمصار المختلفة في طلب العلم، رسل إلى بغداد وهو في العاشرة من عمره مع أبيه بقصد التجارة وكان له حظ وافر مما حفظه من العلم مع وفور عقله وذكائه.

^١ بلاد ما وراء النهر: الموضع: النهر يقصد به نهر (جيحون) ويسمى اليوم بنهر (أمر داريا) يفصل بين جمهورية تركمانستان وجمهورية أوزبكستان ويسع من جنوب شرق جمهورية تركمانستان ويصب في بحر آرال شمال غرب جمهورية أوزبكستان (ينظر: الأطلس الجغرافي للعالم الإسلامي، دار الشرق العربي، ص ١١١)، وبلاد ما وراء النهر تقسم إلى خمسة أقاليم: ١- إقليم الصغد (بخارى ومقند) ٢- إقليم خوارزم مع غرب الصغد وهو الإقليم المعروف اليوم بـ (حيوه) ويشتمل على دلتا نهر جيحون (يسمى اليوم بنهر مرداريا) ينبع من جمهورية طاجيكستان ويعبر مسافة ٥٠ كم ضمن جمهورية أوزبكستان متجهاً شمالاً عابراً جمهورية كازاخستان في شمال بحر آرال. ٣- إقليم الصغانيان: في الجنوب الشرقي للسابق ٤- إقليم فرغانة في أعلى نهر سيحون ٥- إقليم الشاس: وهو اليوم إقليم (قشقد) مع التواحي التي في الشمال الغربي للمتعة حتى مصب سيحون في منافع بحر آرال. (للتوسع ينظر: قادة الفتح الإسلامي في بلاد ما وراء النهر للحطاب: ص ٢٩ وما بعدها).

^٢ هو أبو زكريا يحيى بن معين بن عون البغدادي، الإمام، الحافظ، الجليل، الثقة المأمون، شيخ المحدثين، أصله من الأتارب، وتربى ببغداد، وسمع بما وبالحجاز والجزيرة والشام. روى عنه أصحاب الكتب الستة، مات سنة ثلاث وثلاثين ومائتين ودفن بالبقيع. (تاريخ الإسلام لحمد بن أحمد الذهبي، بتحقيق الدكتور بشر عواده، دار الغرب الإسلامي، ط. الأولى ٢٠٠٣: ٩٦٥/٥).

^٣ الرحلة في طلب الحديث للخطيب البغدادي أحمد بن علي، بتحقيق نور الدين عتر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط. الأولى عام ١٣٩٥هـ: ٨٩/١.

كما رحل إلى بخارى وتلمذ علي شيخه عبد العزيز بن أحمد^١ الحلواني^٢ ولازمه وتفقه عليه حتى تخرج به وصار أواحد زمانه وخلفاً بارعاً لهذا العالم المشهور، ولم يمنعه شيء عن الاشتغال بالعلم^٣.

ويحكى أنه كان قد ابتلي بداء الإسهال في أثناء تحصيله العلم ببخارى حتى صار يضطر أن يخرج إلى الخلاء في كل يوم نحو أربعين مرة بسببه، ويذهب إلى النهر بعد كل مرة ليتوضأ وكان الهواء شديد البرودة حتى يتجمد لخير في حجرته، وكان يضم الخير إلى صدره مدة حتى يفصل من حرارة بدنه وبعد ذلك يداوم على كتابة ما حفظه^٤. وأخذ عن شيخ الإسلام علي بن محمد الشافعي^٥، ومحمد بن موسى الواسطي^٦.

المبحث الثالث: مكانته العلمية

استمد الإمام السرخسي رحمه الله - العلوم من شمس الأئمة (أي الحلواني) حتى كان بديراً تاماً، وصدرًا إماماً، لزمه وتفقه عليه ولقب بلفقه، وتخرج به حتى صار في النظر فرد زمانه، وأواحد أقرانه. وأخذ في التصنيف والتعليق، وناظر وشاع ذكره، وصنف كتاب المبسوط في الفقه في أربعة عشر مجلدًا إملاء من خاطره من غير مطالعة كتاب ولا مراجعة تعليق^٧.

^١ هو عبد العزيز بن أحمد بن نصر الملقب بشمس الأئمة مفتي بخارى وإمام أصحاب أبي حنيفة في وقته، كان عالمًا بأنواع العلوم معظّم للحديث غير أنه يتساهل في الرواية، توفي سنة ثمان وأربعين وأربعمائة بـ "كفن". (ينظر: الجواهر المنجية في طبقات الحنفية: ٣١٨/١؛ ولسان الميزان لابن حجر العسقلاني أحمد بن علي، بتحقيق دائرة المعارف النظامية الهندية، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات - بيروت، ط. الثانية ١٩٧٦ م: ٢٤/٤-٢٥).

^٢ الحلواني يفتح الحاء وسكون اللام، نسبة إلى عمل الخلو وبمعناها، ويقال: الحلواني بالضم. (ينظر: الأنساب للسمعاني: ٢١٦/٤، والقاموس المحيط للفيروز آبادي: ١/١٢٧٦).

^٣ ينظر: مسالك الأبهار في ممالك الأبهار: لشهاب الدين أحمد العمري، الجميع الثقات، أبو ظبي، ط. الأولى ١٤٣٢ هـ. ٨٠/٦-٨١.

^٤ نقل عن مقدمة كتاب المبسوط بتحقيق الدكتور يوسف قبيج ص ٢.

^٥ هو أبو الحسن علي بن محمد بن الحسين الشافعي، كان إمامًا فاضلاً وفقهًا متاظرًا. وسمع الحديث، روى عنه السرخسي "المسير الكبير". سكن بخارى مات فيها سنة إحدى وستين وأربعمائة. من أجل تصانيفه "الشف" و"شرح السير الكبير". (الأنساب للسمعاني: ١٤٥/٧-١٤٦ وتاج التراجم لابن قطلوبغا: ١/٢٠٩).

^٦ هو أبو بكر محمد بن موسى الواسطي الحنفي، الشيخ الإمام الزاهد، من مشايخ شمس الأئمة السرخسي، سكن بنسايور مدة ثم سكن بمر وتوفي فيها بعد العشرين والثلاثمائة. له تنف الحسان على مذهب أبي حنيفة النعمان. (ينظر: كشف الظنون لمصطفى بن عبد الله حاببي خليفة، ط. مكتبة المثنى - بغداد، عام النشر ١٩٤١ م: ٢/١٢٩٥).

^٧ مسالك الأبهار: لشهاب الدين بن فضل الله العمري، ٨٠/٦-٨١.

فماذا يطلب من شاهد على سعة حفظه وتوقد ذكائه أصدق من إملائه (المبسوط) ذلك الكتاب الضخم الفخم المطبوع في أربعة عشر مجلداً من الجُزء^١ عن ظهر القلب كما أطبقت على ذلك كلمات المترجمين لهذا الإمام العظيم الذي هو من مفاخر السلف علماً وورعاً.

ومما يدل على سمو مكانته أيضاً أن ابن كمال باشا^٢ -رحمه الله- عدّه من المجتهدين في المسائل التي لا رواية فيها عن صاحب المذهب وأصحابه^٣، والمجتهدون في هذه الدرجة يعتبرون في الدرجة الثالثة لا يخالفون صاحب المذهب لا في الفروع ولا في الأصول وإنما يستنبطون الأحكام في المسائل التي لا نص فيها فهو في الدرجة العالية بعد صاحب المذهب وأصحابه.

وكان له بضاعة وافرة مما حفظه من العلوم الشرعية مع وفور عقله وذكائه ويدل عليه ما حكى عنه أنه كان جالساً في حلقة الاشتغال فقبل له: حكى عن الشافعي -رحمه الله- أنه كان يحفظ ثلاثمائة كرايس. فقال: "حفظ الشافعي زكاة ما أحفظ". فحسب ما حفظه فكان اثني عشر ألف كرايس^٤.

ومما يشهد على فضله وغزارة علمه وقوة ذكائه وفطنته وتفوقه على أقرانه ما حكى عنه أنه لما أخرج من السجن كان أمير البلد قد زوّج أمهات أولاده من خدامه الأحرار، فسأل العلماء الحاضرين عن ذلك فكلمهم قالوا: نعم ما فعلت، فقال خمس الأئمة السرخسي -رحمه الله-: أخطأت؛ لأن تحت كل خادم امرأة حرة، فكان هذا تزويج الأئمة على الحرّة. فقال الأمير: اعتقت هؤلاء، وجدّدوا العقد. فسأل العلماء الحاضرين، فقالوا: نعم ما فعلت. فقال خمس الأئمة: أخطأت؛ لأنّ العدة تحب على أمتهات الأولاد بعد الاعتاق، فكان هذا تزويج من الغير في العدة فلا يجوز^٥.

المبحث الرابع: تلامذته

إن المكانة الرفيعة التي تبوأها الإمام السرخسي بعلمه الواسع وأخلاقه الكريمة لفتت أنظار الناس من علماء وطلاب فتنافسوا في الرحلة إليه والأخذ عنه ليتهلوا من علومه وليستفيدوا من أدبه وأخلاقه. ولا شك أن

^١ الجلب، بالضم: البئر، أو الكثرة الماء البعيدة القعر. (القاموس المحيط: ص ٦٥).

^٢ هو أحمد بن سليمان بن كمال باشا، كان إماماً بارعاً في مختلف العلوم، له مصنفات منها: شرح الهداية، وتفسير التقييد، وتوحيد التجريد، تولى منصب الفتوى ولم يزل فيه إلى أن توفي عام ٩٤٠هـ. (الطبقات السنية: ١/١٦٦).

^٣ مسالك الأبصار: ٨٠/٦-٨١.

^٤ ينظر: تاج العواجم: لقاسم بن قطلوبغا: ٢٣٤/١ ومسالك الأبصار في ممالك الأمصار: لفضل الله العمري: ٨٠/٦-٨١.

^٥ مسالك الأبصار في ممالك الأمصار: لفضل الله العمري: ٨١/٦، وطبقات الحنفية: لعلي بن أمر الله الحسيني المعروف بابن الحناني، دراسة وتحقيق: أ. د. عي هلال المرحان، مطبعة ديوان الوقف السني ببغداد، ط. عام ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م: ٧٦/٣.

الكشف عن أسماءهم ومعرفة أحوالهم وألوان ثقافتهم أمر يطول لذا اقتصر على المشهورين منهم. فممن تفقه عليه: عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري^١، محمود بن عبد العزيز الأوزجندی^٢، مسعود بن الحسين الكشتاني^٣، محمود بن مسعود البوزجندی^٤.

المبحث الخامس: آثاره العلمية

إمام كشمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - اشتهر بشيوخه وعلمه وفضله لا بد أن يكون له مصنفات كثيرة في العلوم التي طلبها واشتغل بها - ولو لم يصل إلينا معظمها - فهناك نصوص كثيرة تدل على كثرة تصانيفه وتنوعها. وقد حفظ التاريخ بأسماء بعض آثاره العلمية، وذكر المترجمون له عدة كتب وأنه بدأ بالتأليف في وقت مبكر، وأنه كان من أكثر فقهاء الأحناف تصنيفاً وشرحاً للمذهب، واستعمل في تصانيفه اللغة العربية وحدها.

وقد صنف كتابه صفة أشراط الساعة ومقامات القيامة في عهد تلمذته على أستاذه الحلواني، أملاه إياه أستاذه الحلواني ورتبه السرخسي. وصنف كتبه الأخرى في التجن، وأهم تصانيفه التي ذكرها أصحاب التراجم، هي:

- ١- شرح مختصر ويسمى أيضاً بـ "الكافي في فروع الحنفية" للإمام الحاكم الشهيد المروزي وهو المسمى بـ "المبسوط". وسألني الحديث عنه لاحقاً.

^١ هو أبو محمد عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري الحنفي، الملقب بـرهان الأئمة الكبير، وهو المعروف بالصدر الماضي والصدر الكبير، كان إماماً كبيراً علامة، أخذ العلم عن شمس الأئمة السرخسي وعن الحلواني وتفقه عليه. (سلم الوصول إلى طبقات الفحول لحاجي خليفة، بتحقيق محمد الأرناؤوط، مكتبة إرسكا - إسطنبول، نشر في عام: ٢٠١٠م: ٤٢٨٤/٢ والفوائد البهية: ص ٩٨)

^٢ هو محمود بن عبد العزيز الأوزجندی، القاضي، فقيه حنفي، يلقب بـشمس الأئمة علي لقب شيخه، وشيخ الإسلام، وهو جد قاضي خان (ينظر: الجواهر المضية: ٤٤٦/٣ والفوائد البهية: ص ٢٠٩).

^٣ هو أبو سعد مسعود بن الحسين بن الحسن الكشتاني الملقب بـركن الدين، كان إماماً عالماً يرجع إليه في النوازل، وكان شيخاً كبيراً. صاحب المختصر المسعودي، تفقه على شمس الأئمة السرخسي وروى عن جماعة ومات سنة عشرين وخمسمائة وستة ثلاث وسبعون. (ينظر: الجواهر المضية: ١٦٨/٢ والفوائد البهية: ص ٢١٣).

^٤ هو محمود بن مسعود بن عبد الحميد قاضي القضاة الشعبي البوزجندی، تفقه على شمس الأئمة السرخسي وكان إماماً فاضلاً مفتياً مناظراً مميّزاً، توفي بسمرقند عام ٥١٤ هـ. (ينظر: الجواهر المضية: ١٦٢/٢).

^٥ لمعرفة المزيد عن تلامذة الإمام السرخسي ينظر: طبقات الحنفية لابن الحنائي: ٤٧٧/٢ والآثار الحنفية في أسماء الحنفية: لعلي بن سلطان القاري، بتحقيق عبد المحسن عبد الله أحمد، مركز البحوث والدراسات الإسلامية العراق، ط. الأولى ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م: ٥٦٦-٥٦٧ والفوائد البهية للكنوي: ١٥٨-١٥٩.

- ٢- شرح الجامع الكبير للإمام محمد بن الحسن الشيباني^١، والمجلد الرابع منه موجود بدار الكتب المصرية^٢.
- ٣- شرح الزيادات للإمام محمد بن الحسن الشيباني، وهو كتاب مفقود، وقد أحال عليه السرخسي في المبسوط على شرح الزيادات في بعض المواضع^٣.
- ٤- النكت وهو شرح لزيادات الزيادات للإمام محمد بن الحسن الشيباني الذي اشتمل على سبعة أبواب، ألفه الإمام بعد إملائه الزيادات على الجامع الكبير استدرأكا لما فاتته من المسائل. وهو كتاب متداول مطبوع في مجلد واحد. وقد عني بتحقيق أصول هذا الكتاب الشيخ أبو الوفاء الأفغاني، وطبعه عالم الكتب وصدرت طبعته الأولى في عام ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م^٤.
- ٥- شرح الجامع الصغير للإمام محمد بن الحسن الشيباني، وتوجد له مخطوطة في إسطنبول. ويظهر أن الكتاب لم يشتهر ولم يتداول كثيرا. ولعل شهرة المبسوط قد طغت على شرحه للجامع الصغير. وقد أحال السرخسي في المبسوط على شرح الجامع الصغير في بعض المواضع. ونقل عنه بعض فقهاء الأحناف في كتبهم. وهو يشرح الكتاب على الترتيب الأصلي له^٥.
- ٦- شرح السير الكبير للإمام محمد بن الحسن الشيباني. وهو كتاب مطبوع في خمس مجلدات ضخمة طبعته الكتب العلمية بيروت لبنان عام النشر ١٤١٧هـ-١٩٩٧م. وقد قَدِّم له الدكتور كمال عبد العظيم العناني بتحقيق أبي عبد الله محمد حسن الشافعي.
- ٧- شرح "مختصر" الطحاوي في الفقه. ذكره صاحب تاج التراجم^٦ ورأى قطعة منه. وتوجد للمخطوطة لهذا الشرح في المكتبة السلিমانيّة بإسطنبول تركيا.
- ٨- أصول الفقه. بتحقيق أبي الوفاء الأفغاني عنت بنشره لجنة إحياء المعارف العثمانية بحيدر آباد دكن-الهند، وتقع طبعته الأولى في مجلدين دار الكتب العلمية بيروت-لبنان، سنة ١٤١٤هـ.

^١ للرجع السابق: ٥٦٩/١.

^٢ ذكره محقق كتاب: أصول السرخسي الشيخ أبو الوفاء الأفغاني، دار الكتب العلمية بيروت-لبنان، ط. الأولى ١٩٩٣م، ٧/١.

^٣ ٣٦/٢١، ١٢٢/٨.

^٤ كشف الظنون للحاجي خليفة: ٩٦٢/٢.

^٥ راجع للقال بعنوان: الجامع الصغير للإمام محمد بن الحسن الشيباني دراسة توثيقية تحليلية نقدية لعماد محمد بويونو كمال، دكتور مركز البحوث الإسلامية إسطنبول: ص ١٦.

^٦ لقاسم ابن قطلوبغا: ص ٢٣٥.

٩- شرح كتاب الكسب للإمام محمد بن الحسن الشيباني في جزء لطيف^١، وقد طبع الشرح وضمه السرخسي إلى آخر كتاب المبسوط.

١٠- شرح كتاب النفقات لأحمد بن عمر الشيباني المعروف بالخصاف، ذكره بعض أهل العلم وهو الآن في عداد المفقودات^٢.

١١- شرح أدب القاضي للخصاف أيضاً، وهو غير مطبوع^٣.

١٢- كتاب الخيض، وهو غير مطبوع^٤.

١٣- أمالي الإمام، شمس الأئمة^٥.

١٤- صفة أشراف الساعة، وهو كتاب لطيف نقلها من إملاء شيخه شمس الأئمة: الحلواني^٦، وهو مفقود.

١٥- كتاب قوائد الإمام^٧.

١٦- محيط السرخسي، ويقع في عشر مجلدات، ويقال له: الرضوي. صنفه أولاً، ثم لخصه. جمع فيه مسائل الفقه، مع مبادئها ومعانيها^٨.

المبحث السادس: مئنته

فقد ابتلي الإمام السرخسي -رحمه الله- مع جلاله قدره وعظيم فضله بمحنة نادرة المثال وهي أنه حبس وسجن في الحبس بسبب إصداره الفتوى بتحريم زواجه بعتيقته قبل أن تنقضي عدتها. وقد أفتى بذلك لما علم بأن الخاقان (الملك بلغة الترك) عزم أن يتزوج جارية كانت ملكاً له فأعتقها ولم ينتظر حتى تنقضي عدتها بعد الإعتاق، وخشي كل من كان في القصر تناقل هذا الخبر خوفاً من غضب الخاقان وسلطوته، ولكن الإمام السرخسي -رحمه الله- لم يأخذه في الله لومة لائم كما هو ذأب العلماء الربانيين، فصعد بالحق وأفتى

^١ تاج التراجم لقاسم ابن قطلوبغا: ص ٢٣٥.

^٢ لم أجد من ذكره في التراجم التي اعتنت بتعريف المؤلف؛ ولكن ذكره بعض محققى كتب المؤلف كالشيخ أبي الوفاء الأصفهاني محقق كتاب: "أصول السرخسي": ٧/١، وأيضاً الدكتور يوسف قبايج، محقق كتاب: "المبسوط في شرح الكافي": ص ٣.

^٣ كشف الظنون لحاجي خليفة: ٤٦/١.

^٤ المرجع السابق: ١٤٦٤/٢.

^٥ المرجع السابق: ١٦٤/١.

^٦ المرجع السابق: ١٠٧٩/١.

^٧ المرجع السابق: ١٢٩٥/٢.

^٨ المرجع السابق: ١٦٢٠/٢.

بضريح ما عزمه الخاقان، وأصر على فتواه ولم يتراجع عنه، فما كان من الخاقان إلا أن ألقاه في الحب وحبسه فيه لمدة خمسة عشر عاماً^١.

وقيل بأن سبب حبسه في السجن كانت كلمة نصيح بما الخاقان، أو بسبب اعتراضه على الخاقان في فرض الضرائب الثقيلة على الرعية على ما حققه بعض أهل العلم^٢.

ويشير المؤلف نفسه متوجعاً مسجماً إلى هذه الحنة في مختلف المواطن من كتاب المبسوط، مثل قوله عقب الفراغ من شرح العبادات: "هذا آخر شرح العبادات بأوضح المعاني، وأوجز العبارات، أملاه المحبوس عن الجمع والجماعات"^٣.

ويقول في كتاب الطلاق^٤: "هذا آخر كتاب الطلاق، المؤثر من المعاني الرقاق، أملاه المحبوس عن الانطلاق، المبطل بوحشة الفراق مصلياً على صاحب الرقاق...".

وقال أيضاً في آخر العتاق^٥: "انتهى شرح العتاق، من مسائل الخلاف، والوفاق، أملاه المستقبل للمجن بالاعتناق، والمحصور في طرف من الآفاق، حامداً للمهمين الرزاق، ومصلحاً على حبيب الخلاق، مرتجياً إلى لقائه بالأشواق وعلى آله وصحبه خير الصاحب والرفاق"^٦.

ولما وصل إلى باب الشروط من "المبسوط" حصل له الفرج فأطلق، فخرج في آخر عمره إلى فرغانة فأنزله الأمير حسن في منزله، فوصل إليه الطلبة فأكمل الإملاء بدهليز الأمير^٧. ومدة حبسه في السجن تحتل أن تكون أكثر من خمس عشرة سنة، وأطلق سراحه من السجن في تاريخ ٢٠/ربيع الأول/٤٨٠هـ^٨.

المبحث السابع: ثناء العلماء عليه

نال الإمام شمس الأئمة السرخسي -رحمه الله- منزلة علمية مرموقة بما أعطي من صفاء الذهن، وحنّة الذكاء، وبقيت أراءه وأفكاره معينة لأهل العلم ورواد المكتبات من بعده، هذا الذي جعل العلماء يعترفون

^١ تاج التواجم لابن قطلوبغا: ص ٢٣٤؛ وكتائب أعلام الأخيار من فقهاء مذهب النعمان للمختار للقاضي محمود بن سليمان الكفوي نسخة مخطوطة على صيغة بي دي ايف: ١/٢٣٧-٢٣٩.

^٢ ينظر مقدمة كتاب المبسوط بتحقيق د. يوسف قبليج: ص ٣.

^٣ المبسوط ٤/١٩٢.

^٤ المرجع السابق: ٧/٥٩.

^٥ المرجع السابق: ٧/٢١.

^٦ طبقات الخنفة: لابن الخناني: ٢/٧٥، ٧٦.

^٧ نقلاً عن مقدمة كتاب المبسوط للسرخسي بإعداد الدكتور يوسف قبليج ص ٢ وما بعدها من دون ذكر المرجع. ولم أجد ما ذكره في كتب التواجم التي اعتنت بترجمة الإمام السرخسي.

له بالفضل والعلم وهبة الله فيه؛ فسجلت كتب التراجم عباراتهم في الثناء على الإمام السرخسي دلت على
فقهه وفضله ومنزلته العلمية، منها:

- قال شهاب الدين أحمد بن يحيى العمري^١: "مصنف المبسوط، والفقيه الذي بيده منوط، استمد من
شمس الأئمة حتى كان بذراً ثامناً، وصيدراً إماماً، وبحراً يربك كل قطرة غماماً، ثم كان به أمس، ومنه
خلفاً لما غابت الشمس..."^٢.
- وقال علاء الدين ابن الحنفائي^٣: "الإمام الكبير شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - صاحب المبسوط
وغیره، أحد الفحول الأئمة الكبار أصحاب الفنون. كان إماماً، علامة، حجة، متكلماً، فقيهاً،
أصولياً، مناظراً، وكان من طبقة المجتهدين في المسائل. أخذ في التصنيف، وناظر القرآن، وظهر اسمه،
وشاع خبره..."^٤.
- وقال الإمام علي بن سلطان القارئ^٥: "وقد أتمني المبسوط في نحو خمسة عشر مجلداً، وهو في العجى
بأوزن جند محبوب، وعن أسباب الخلاص في الدنيا ميوس بسبب كلمة كان فيها من الناصحين، سالكاً
فيها طريقة الراسخين، لتكون له ذخيرة إلى يوم الدين، وإنما يتقبل الله من المتقين، وهو يتولى الصالحين،
ولا يهدي كيد الخائنين، ولا يضيع أجر المحسنين"^٦.

^١ هو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن يحيى بن فضل الله العمري؛ ولد في دمشق وسمع بالقاهرة ودمشق من جماعة،
رحل إلى بلاد كثيرة طلباً للعلم. شغل أعمالاً كثيرة وتقلب في وظائف الدولة، من مصنفاته: مسالك الأبصار، دعة
المأكي، ومختصر قلائد العقيان وغيرها. توفي يوم عرفة سنة ٧٤٩هـ. (ينظر ترجمته في مقدمة كتابه: مسالك الأبصار).

^٢ مسالك الأبصار: ١/٦هـ.

^٣ هو علاء الدين علي بن علي بن عبد القادر الحميدي الشهير بابن الحنفائي؛ ولد في الأناضول، عاش في حكم
الخلافة العثمانية وقلد للناصب في التدريس والقضاء، ألف كتباً عديدة منها: الإسماعيل في علم الأوقاف، وطبقات
الحنفية، وحاشية درر الحكم شرح غرر الأحكام. توفي في رمضان عام ٩٧٩هـ. (ينظر: معجم المؤلفين عمر بن رضا
كحالة، مكتبة المثنى ودار إحياء التراث العربي - بيروت: ١٢١٣/٤؛ ومقدمة يحيى هلال السرحان على كتاب طبقات
الحنفية لابن الحنفائي).

^٤ طبقات الحنفية: ٧٤/٢.

^٥ هو علي بن سلطان محمد، نور الدين للأمل المروني الفارسي، فقيه حنفي، من صلور العلم في عصره. صنف كتباً كثيرة
منها: تفسير القرآن، والأخبار الجنية في أسماء الحنفية، وشرح مشكاة المصابيح وغيرها، توفي عام ١٠٠٤هـ. (الأعلام
للزركلي: ١٢/٥).

^٦ الأخبار الجنية في أسماء الحنفية لعلي القارئ: ٦٦/٢هـ.

- وقال الفيروز آبادي^١: "محمد بن أحمد أبي سهل أبو بكر السرخسي الإمام شمس الأئمة صاحب المبسوط وغيره، أحد الأفراد الفحول تخرج على شمس الأئمة الحلواني فبرع وناظر الأقران..."^٢.
- وقال الشيخ عبد الحلي اللكنوي^٣: "كان إماماً، علامة، حجة، متكلماً، مناظراً، أصولياً، مجتهداً"^٤.
- وقال طاش كيري زاده: "كان عالماً أصولياً مناظراً، قد شاع أنه أُملي للمبسوط من غير مراجعة إلى شيء من الكتب"^٥.

المبحث الثامن: وفاته

وبعد هذه الحياة النشطة المباركة توفي الإمام السرخسي -رحمه الله- في حدود التسعين وأربعمائة من الهجرة^٦. وقيل: بأن وفاته كانت في سنة ثمان وثلاثين وأربعمائة من الهجرة^٧، وهو سبق قلم صوابه ثلاث وثمانين وأربعمائة فلا يبعد هذا كل البعد مما ذكر بأن وفاته كانت في حدود التسعين وأربعمائة.

^١ هو محمد بن يعقوب بن محمد الشيرازي الفيروز آبادي، من أئمة اللغة والأدب، ولد بكارزهن من أعمال شيراز، وانتقل إلى العراق، وجال في مصر والشام، ودخل بلاد الروم والهند. أشهر كتبه: القاموس المحيط، وبضائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز، وسفر السعادة وغيرها. توفي في زيباد عام ٨١٧ هـ. (الأعلام للزركلي: ١٤٦/٧).

^٢ مرقاة المفاتيح في طبقات الحنفية، نسخة مخطوطة في مكتبة شيخ الإسلام عارف حكمت بمدينة المنيرة، وزارة الحج والأوقاف، ص ١٠٠.

^٣ هو عبد الحلي بن عبد الحلیم بن أمین الله الانتصاري البتهالوي اللكنوي، كان عالماً بالحديث والتراجم من فقهاء الحنفية، صنف مصنفات عديدة منها: الآثار المرفوعة في الأحاديث الموضوعة، والفوائد البهية، والرفع والتكميل في الجرح والتعديل، توفي في ربيع الأول عام ١٣٠٤ من الهجرة. (ينظر: الإمام عبد الحلي اللكنوي علامة الهند وإمام المحدثين والفقهاء، للدكتور ولي الدين الندوي، دار القلم - دمشق، ط. الأولى عام ١٩٩٥ م).

^٤ الفوائد البهية: ص ١٥٨.

^٥ مفتاح السعادة ومهيبات السيادة في موضوعات العلوم، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، ط. الأولى عام ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م، ١٦٦/٢.

^٦ الجواهر المنجية في طبقات الحنفية: ٢٩/٢.

^٧ الفوائد البهية: ص ١٥٨.

الفصل الثاني: التعريف بكتاب المبسوط وتنويه العلماء بشأنه

وفيه خمسة مباحث التالية:

للمبحث الأول: التعريف بكتاب المبسوط وسبب تأليفه

للمبحث الثاني: موضوع الكتاب ونسبته إلى مؤلفه

للمبحث الثالث: منهج المؤلف العام في تأليفه

للمبحث الرابع: منهجه في ذكر القواعد الفقهية وصياغته لها

للمبحث الخامس: أهمية الكتاب وبيان مزاياه

للمبحث السادس: تنويه العلماء بشأن الكتاب

المبحث الأول: التعريف بكتاب: (المبسوط) وسبب تأليفه

كتاب المبسوط يعد من أهم مراجع الفقه بل أوحدها، وأكبر موسوعة في الفقه الإسلامي. وقد صنفه شمس الأئمة السرخسي -رحمه الله- شرحاً لمختصر^١ الحاكم الشهيد محمد المروزي^٢ -رحمه الله-، كما يسمى بـ "الكافي في فروع الحنفية".

أما سبب تأليف هذا الكتاب فقد بينه المؤلف في خطبة الكتاب نفسه حيث قال ما نصه:

"ومن فرغ نفسه لتصنيف ما فرعه أبو حنيفة -رحمه الله- (هو) محمد بن الحسن الشيباني -رحمه الله-. فإنه جمع المبسوط لترغيب المتعلمين واليسر عليهم بيسط الألفاظ وتكرار المسائل في الكتب ليحفظوها، شاءوا أو أبوا، إلى أن رأى الحاكم الشهيد أبو الفضل محمد بن أحمد المروزي -رحمه الله- إعراضاً من بعض المتعلمين عن قراءة المبسوط ليسط في الألفاظ وتكرار في المسائل فرأى الصواب في تأليف المختصر بذكر معاني كتب محمد بن الحسن -رحمه الله- المبسوطة فيه وحذف المكرر من مسأله ترغيباً للمفتيسين.

ثم إنني رأيت في زمني بعض الإعراض عن الفقه من الطالبين لأسباب: فمنها قصور الهمم لبعضهم حتى اكتفوا بالخلافات من المسائل الطوال، ومنها ترك النصيحة من بعض المدرسين بالتطويل عليهم بالنكات الطردية التي لا فقه تحتها، ومنها تطويل بعض المتكلمين بذكر ألفاظ الفلاسفة في شرح معاني الفقه وخلط حدود كلامهم بما؟ فرأيت الصواب في تأليف شرح المختصر لا أزيد على المعنى المؤثر في بيان كل مسألة اكتفاء بما هو المعتمد في كل باب.

وقد انضم إلى ذلك سؤال بعض الخواص من أصحابي زمن جبسي حين ساعدوني لأُنسى، أن أُملي عليهم ذلك فأجبتهم إليه، وأسأل الله التوفيق للصواب، والعصمة من الخطأ وما يوجب العقاب"^٣.

المبحث الثاني: موضوع الكتاب ونسبته إلى مؤلفه

يدور موضوع الكتاب "المبسوط" حول الأحكام الفقهية على مذهب الإمام أبي حنيفة -رحمه الله-. وأما نسبة الكتاب فهي إلى الإمام شمس الأئمة السرخسي -رحمه الله- إملاءً، وقد وردت هذه النسبة في خطبة

^١ الكتاب الأصل مخطوط تم تحقيق أجزاء منه من قبل طلاب مرحلة الماجستير بجامعة أم درمان الإسلامية السودان.

^٢ هو محمد بن محمد بن أحمد المروزي، كان عالماً كبيراً ولي قضاء بخاري ثم ولاء الأمير الحفيد صاحب خراسان من السامانية وزارته. سمع منه أئمة خراسان وحفاظها قاطبة منهم الحاكم أبو عبد الله، وصنف الكثير وجمع فأحسن من ذلك: للمختصر الكافي جمع فيه كتب الإمام محمد الشيباني للمبسوطة، وما في جوامعه المؤلفة. قتل شهيداً عند الأمير سنة أربع وثلاثين وثلاثمائة ودفن بمرو. (ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية: ١١٢/٢-١١٣؛ وتاج التراجم: ص ٢٧٢).

^٣ المبسوط: ٤-٣/١.

الكتاب كما تقدم آنفاً. كما وردت نسبة المبسوط إلى الإمام السرعسي -رحمه الله- في سائر كتب التراجم التي عنت بترجمته، وفيما يلي ذكرها:

١- يقول عبد القادر الفرشي: "أملأ المبسوط نحو خمسة عشر مجلداً..."^١

٢- قال قاسم بن قطلوبغا: "وأملأ المبسوط وهو في المسجى"^٢.

٣- قال عبد الحي الكتوي: "أملأ المبسوط نحو خمس عشرة مجلداً"^٣.

المبحث الثالث: منهج المؤلف في التأليف

أما منهجه في التأليف فقد أشار المؤلف إليه في مقدمة كتابه "المبسوط" بالتنويه إلى فريضة طلب العلم وأهمية الفقه مستنداً ببعض الآيات والأحاديث النبوية، وذكر أن أول من فرغ فيه -أي الفقه- وآلف وصنّف هو سراج الأمة أبو حنيفة -رحمه الله- وعدّ بعض من اجتاز في تأميس الفقه من أصحابه كآبي يوسف، ومحمد بن الحسن الشيباني، والحسن بن زياد اللؤلؤي^٤، وزفر بن الهذيل وغيرهم، مبيّناً بمنية كل منهم من ناحية اختصاصهم في مجال الفقه والاستنباط، وذكر أيضاً فائدة من خصوصيات أبي حنيفة وأقوال بعض كبار العلماء الذين أتوا بعده في فضله كالإمام مالك والإمام الشافعي وابن سريج^٥ -رحمهم الله جميعاً-^٦.

^١ الجواهر المضية: ٢٨٤/٢.

^٢ هو قاسم بن قطلوبغا، زيد الدين أبو العدل السوداني الحنفي، العلامة المقتن، ولد بالقاهرة، ونشأ بها، وحفظ القرآن العظيم، ثم أخذ في الجملة حتى شاع ذكره، وانتشر صيته، وأثنى عليه مشايخه، وصنّف التصانيف للفائدة، فمن تصانيفه: شرح درر البحار وتبجيح أحاديث الاختيار ورجال شرح معاني الآثار للطحاوي. توفي عام: ٨٧٩هـ عن سبع وسبعين سنة. (شعرات الذهب: ٩/٤٨٨-٤٨٧).

^٣ تاج العراجم: ٢٣٤/١.

^٤ القوائد البهية: ص ١٥٨.

^٥ هو أبو علي الحسن بن زياد اللؤلؤي، صاحب أبي حنيفة، ولي قضاء كوفة ثم استمعى عنه، وكان يختلف إلى أبي يوسف وإلى زفر، صنّف كتب المقالات، والمجرد لأبي حنيفة، وكتاب أدب القاضي وغيرها، توفي سنة أربع ومائتين من الهجرة. (ينظر: تاج العراجم لابن قطلوبغا: ص ١٥٠-١٥١).

^٦ هو أحمد بن عمر بن سريج القاضي أبو العباس البغدادي، شيخ مذهب الإمام الشافعي وحامل لوائه، تفقه على أبي القاسم الأنماطي، وله مصنفات كثيرة منها: الرد على ابن داود في القياس وآخر في الرد عليه في مسائل اعترض بها الشافعي، توفي سنة ست وثلاثمائة. (ينظر: طبقات الشافعية الكبرى للسبكي عبد الوهاب بن تقي الدين، بتحقيق د. محمود الطناحي، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، ط. الثانية ١٤١٣هـ: ٢٦/٣-٢٥).

^٧ ينظر: المبسوط: ٢-٣.

وبعد أن بين الإمام شمس الأئمة السرخسي -رحمه الله- سبب تأليف هذا الكتاب وهو كما تقدم آنفاً^١ شرع بشرح المختصر^٢ وافتتح بشرح كتاب الصلاة واختتم بكتاب الرضاح.

قسم موضوعاته الأهميات على الكتب أولاً وقد بلغ عددها ثمان وخمسون كتاباً تتخللها كتب فرعية، ثم يؤب لكل كتاب باباً باباً حسب ما يحتاج إليه، وفصل لبعض الأبواب فصلاً كما فعل من قبله من المؤلفين في تدوين الفقه، وراعى التسلسل الفكري بين الموضوعات الرئيسية ككل، وفيما بين أصولها كأجزء، بحيث توخى مناسبة منطقية لتقديم الموضوع أو تأخيره. وقد حصل في ترتيب بعض موضوعات الكتاب نوع من الاختلاط كما في كتاب السجدة^٣ وباب الاستحاضة^٤.

وإذا بدأ المؤلف بشرح موضوع كتاب من كتبه يبين قبل كل شيء معاني المصطلحات الأساسية له لغة وشرعاً^٥، ويذكر أحياناً المصطلحات المترادفة لمصطلح الكتاب ويزن الفروق الأساسية بينها. كما فعل ذلك في مستهل كتاب التحريم^٦ مستنداً بالآيات والأحاديث والآثار ومستنبطاً الأحكام الفقهية منها ومستشهداً بالأشعار لبيان المفردات. كما يبين أحياناً أهمية الموضوع بعد إيضاح المعاني كما فعل في أول كتاب الصلاة مثلاً^٧.

نجد في المبسوط ضبط بعض عباراته في نسخة المطبوعة بين القوسين الهلاليين المزخرفين أحياناً بالنجمة هكذا: ﴿﴾، ويُظن أن هذه العبارات من أصل المختصر. كما استعملت نجمة أيضاً لفصل فقرة عن الفقرة التي قبلها.

^١ ص ١٥.

^٢ المختصر يراد به الكافي الذي ألفه الإمام الحاكم الشهيد واختصر فيه كتب ظاهر الرواية الستة وتسمى "الأصول" أيضاً للإمام محمد الشيباني، وهو كتاب معتمد في نقل المذهب الحنفي. يقول ابن عابدين: "وقول السرخسي: فرأيت الصواب في تأليف شرح المختصر. لا يدل على أن مبسوط السرخسي شرح للمختصر لا شرح الكافي كما توهمه الحق الرملي في حاشية الأتجاه. فإن الكافي مختصر أيضاً لأنه اختصر فيه كتب ظاهر الرواية كما علمت. وقد أكرر النقل في غاية البيان عن الكافي بقوله: قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي والله تعالى أعلم". ينظر مجموعة رسائل ابن عابدين، شرح عقود رسم لفتي، عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، ط. الأولى عام ٢٠٠٥م: ٢١/١.

^٣ ينظر: المبسوط: ٨٠/٢ وما بعدها، حيث خلط الإمام السرخسي فيه مسائل من باب السهو الذي ذكره مستقلاً بعد بابين من كتاب السجدة.

^٤ المرجع السابق: ١٣٩/٦ وما بعدها، حيث ذكر باب الاستحاضة عقب باب المسح على الخفين مستقلاً، وكان الأولى أن يتناوله ضمن كتاب الحيض والنفاس.

^٥ المرجع السابق: ١٠٦/١.

^٦ المرجع السابق: ١٨٤، ١٨٥/١٠.

^٧ المرجع السابق: ٤٥/١.

بعد ذكر العبارة بين القوسين المتقرنين يشرحها شرحاً وافياً ويذكر آراء وأدلة فقهاء السادة الخفية، والمذاهب الفقهية الأخرى. كما يذكر آراء الفقهاء الذين لا يمثلون المذاهب الفقهية المعروفة كالحسن البصري^١، ويذكر غالباً الآراء مسندة إلى أصحابها^٢. وأحياناً يذكر الآراء من دون إسنادها إلى أصحابها، فيقول مثلاً: "وقد قال بعض الناس"^٣، ويتناقش الاختلاف فيها ويدافع عن رأيه مع إيراد الأدلة النقلية والعقلية لرأيه وللآراء المختلفة مخالفة كانت أو موافقة لرأيه وترجيحه^٤.

عقب فراغ الإمام السرخسي رحمه الله - من الاستشهاد بالأدلة نقلية كانت أو عقلية يشرح في بيان ما يعلّل به رأيه الذي يذهب إليه في مسألة فقهية وذلك عقب قوله: "ويوضحه"^٥ أو "وبين هذا"^٦. كما يذكر الأصل عنده والقول الذي يرجحه أو يختاره أحياناً بقوله: "وختبنا"^٧ أو "ولنا"^٨.

وكثيراً ما يوجه القارئ إلى الأسئلة المقدّرة بقوله: "إن قيل" أو "فإن قيل"^٩، ثم يجيب عنها بنفسه بلفظ: "قلت" أو "قلنا" أو "وبه نقول"^{١٠}.

يكثر من قوله: "وهذا ضعيف"^{١١}، أو "وهذا الاستشهاد ضعيف"^{١٢} عند نقله لآراء مخالفيه وأدلتهم واستشهاداتهم وأوجهها، ويعقب ذلك ببيان السبب لضعف موقف الخصوم.

يتناول أدلة المخالفين له في المسألة ويذكر أوجه استدلالهم منها بقصد الردّ عليها، ومن ذلك ما أورده في حكم المضمضة والاستنشاق في الوضوء والغسل قول الإمام الشافعي رحمه الله - بأنهما ستان فيهما

^١ هو الحسن بن أبي الحسن يسار البصري، نشأ بالمدينة وحفظ كتاب الله في خلافة عثمان رضي الله عنه -، وكان يوم الدار ابن عشرة سنة ثم كثر ولازم الجهاد والعلم والعمل وصار علامة من محور العلم فقيه النفس كثير الشأن رأس في أنواع الخير، مات سنة عشر ومائة. (تذكرة الحفاظ محمد بن أحمد الذهبي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط. الأولى ١٤١٩هـ، ٥٧/١).

^٢ المبسوط للسرخسي: ١١٨/٢، ١٤٩/١.

^٣ المرجع السابق: ١٤٧/١٠.

^٤ المرجع السابق: ١١٩/١، ٤/٤، ٢٠٥-٢٠٤.

^٥ المرجع السابق: ١٨٣/١.

^٦ المرجع السابق: ١٣٧/٣.

^٧ المرجع السابق: ٦٠/١.

^٨ المرجع السابق: ٧/١.

^٩ المرجع السابق: ٦٤/١.

^{١٠} المرجع السابق: ٥٥/٢٤، ٦٥/١، ٢١/١.

^{١١} المرجع السابق: ١٦٨/١، ١٣١/١، ٥٧/١.

^{١٢} المرجع السابق: ١٢٧/٣.

وذكر دليله على ذلك من القرآن الكريم: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَأَطْهَرُوا﴾^١، ثم ذكر وجه استدلاله من الآية حيث قال: "والإطهار إمرار الطهور على الظواهر من البدن، والقم في حكم الباطن بدليل أن الصائم إذا ابتلع بزاقه لم يضره، وبدليل الوضوء فالفم، والأنف موضعهما الوجه، والغسل فرض فيهما"^٢.

يفصل السرخسي - رحمه الله - أحياناً في بيان مذهب مخالفه في الرأي؛ كما في مسألة ضمان زوائد المقصوب، وهو إذا غصب الرجل جارية فازدادت عنده زيادة منفصلة فذكر بأنها مضمونة عند الشافعي ثم ذكر دليله وتعليقه للحكم بالقاعدة الفقهية: "المولود من الأصل يكون بصفة الأصل"، ثم قال: "له في بيان المذهب طريقان: أحدهما: أن الزيادة مقصورة بمباشرة من الغاصب... والثاني: هو أن غاصب للولد نسبياً..."^٣. وفيه دليل على سعة إلامه بالمذاهب الأخرى وطرقها.

ومن منهجه تحريره لسبب الخلاف عقب عرضه للآراء الخلافية في المسألة، ومن ذلك قوله: "والخلاص أن الإجماع المتأخر هل يرفع الاختلاف المتقدم؟"^٤. كما حوّل سبب الخلاف في مسألة ثبوت الحرمة بلين المرأة بعد موتها؛ حيث قال ما نصه: "... تثبت به الحرمة عندنا، وعند الشافعي: لا تثبت، وهو بناء على أصليين: أحدهما أن اللين لا يموت عندنا... وعند الشافعي: اللين يموت فيكون نجس العين"^٥.

يلتزم المصنف أدلة خصومه في الرأي مع الترجيحات ويستبعد ترجيحاتهم ببيان وجه ضعفها؛ كما في مسألة صيغة التشهد حيث ذكر بأن مالكاً - رحمه الله - تمسك فيها بصيغة عمر، والشافعي - رحمه الله - تمسك بصيغة ابن عباس - رضي الله عنهما - ثم ذكر المختار عنده ووجه ضعف ترجيح الإمامين حيث قال: "وترجيح الشافعي بعيد، فإنه يؤدي إلى تقديم الأحداث على المهاجرين الأولين ولا أحد يقول به وترجيح مالك ليس بقوي أيضاً، فإن أبا بكر - رضي الله تعالى عنه - علم الناس على منبر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - التشهد كما هو تشهد ابن مسعود فدل أن الأخذ به أولى"^٦.

يورد أقوال الصحابة بمفارهم وكبارهم كتابين مسعود وأبي موسى الأشعري وابن عمر وزيد بن ثابت وكتابين عباس وغيرهم - رضي الله عنهم - في كثير من المسائل الفقهية التي يتعرض لها في كتابه^٧. ويورد أحياناً اتفاقات الصحابة على القول الذي يختاره؛ كإيراده ما اتفقوا عليه من جلد ثياب الخمر في عهد عمر -

^١ للمائدة: ٦.

^٢ للبسوط: ٦٢/١.

^٣ للمرجع السابق: ٥٤/١١.

^٤ للمرجع السابق: ٥/١٣.

^٥ للمرجع السابق: ١٣٩/٥.

^٦ للمرجع السابق: ٢٨/١.

^٧ للمرجع السابق: ٤٣/٢.

رضي الله عنه - بعد أن كان الحد بالجريد والنعال في عهد النبي صلى الله عليه وسلم^١، كما يذكر اختلافات الصحابة في مسائل عديدة؛ كما في مسألة بيع أم الولد حيث ذكر فيها الاختلاف الواقع بين عمر وعلي رضي الله عنهما -، فقد ذكر ما نصه: "فإن هذه المسألة كان مختلفاً فيها في الصدر الأول فكان عمر رضي الله عنه - يقول بأن بيع أم الولد لا يجوز، وعلي رضي الله عنه - كان يقول: بأنه يجوز"^٢. ومن أمثله أيضاً قوله: "واختلفت الصحابة رضي الله عنهم - أن الحبر هل يتصب شرطاً لهذه الحرمة - أي حرمة زواج الربيبة - أو لا"^٣.

يعرض للمسألة الخلافية أحياناً بصيغة استفهامية ثم يجيب عنها بذكر الخلاف فيها وبيان الراجح وسبب الترجيح، ومثاله قول المصنف: "المقصود لو كانت دابة فاستهلكها الفاصب بعد الزيادة المتصلة هل يضمن قيمتها زائدة؟"، ثم يذكر الخلاف في المسألة، وأصح القول فيها والسبب في ذلك^٤.

تعددت مناقشة الإمام السرخسي رحمه الله - لدليلي القياس والاستحسان في أكثر من موضع في كتابه المبسوط، وقد أفرد كتاباً في المبسوط ناقش فيه القياس والاستحسان وبين العلاقة بينهما من حيث بيان وجه تسمية القياس بالاستحسان، بقوله: "والقياس والاستحسان في الحقيقة قياسان: أحدهما: جلي ضعيف أثره فسيقي قياساً، والآخر: خفي قوي أثره فستقي استحسان أي قياساً مستحسنًا، فالترجيح بالأثر لا بالخفاء والمظهر كالدينار مع العقب فإن الدنيا ظاهرة والعقب باطنة وترجحت بالصفاء والخلود، وقد يقوى أثر القياس في بعض الفصول فيؤخذ به، وهو نظير الاستدلال مع الطرد فإنه صحيح والاستدلال بالمؤثر أقوى منه"^٥.

يعتني المصنف كثيراً بالفقه التقديري جرياً على عادة فقهاء الأحناف، فيستطرد المسائل الفقهية الافتراضية لا سيما في أبواب الرقيق والطلاق والأيمان والتدوير، ويستعرضها استعراضاً شاملاً، ويجيب على فروضها الإجابات الضافية، وإن دل هذا فإنما يدل على قدرته الفائقة على قياس الأمر بأشياهه، واستخراج العلل والأسباب، ووجوه الفروق والموافقات. ويصدر المسائل الفرضية بأساليب مختلفة؛ كاستعماله حرف شرط (لو) مجرداً، أو بزيادة (أرأيت).

^١ المبسوط: ٧٢/٩.

^٢ المرجع السابق: ٥/١٣.

^٣ المرجع السابق: ٢٠٠/٤.

^٤ المرجع السابق: ٥٧/١١-٥٨.

^٥ المرجع السابق: ١٤٥/١٠.

يذكر أحياناً ما وقع في عصر الخلافة الراشدة من أحداث مهمة؛ كذكره حدث كتاب التاريخ المجري في عهد الفاروق وبيانه السبب الذي أدى إلى وقوع هذا الحدث حيث قال ما نصه: "والأصل في كتاب التاريخ ما روي أن عمر - رضي الله عنه - لما أراد أن يكتب إلى الأفاق قيل له إن الملوك لا يقبلون الكتاب إذا لم يكن مؤرخاً فجمع الصحابة وشاورهم في التاريخ، ثم اتفقوا على أن جعلوا التاريخ من وقت الهجرة وبقي ذلك إلى يومنا هذا"^١، وهذا يدل على مدى إلمامه بالأحداث والوقائع التاريخية.

التزم المؤلف في كتابه غالباً الصحيح من الأحاديث النبوية وآثار الصحابة والتابعين، وقد ينص على صحة الحديث المرفوع بقوله: "فقد صح في الحديث"^٢ أو "وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم قال"^٣، وأما الموقوف فإنه ينص على صحته كذلك مثل قوله: "وقد صح أن علياً - رضي الله عنه - في حروبه كان يقنت..."^٤.

وقد يضعف الإمام السرخسي - رحمه الله - الحديث إذا خالفه صحابي آخر - غير راويه -، كما ضعف حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - في مسألة حكم الوضوء مما مسته نار؛ لكونه قد رده صحابي آخر، حيث قال: "وحديث أبي هريرة - رحمه الله - ضعيف قد رده ابن عباس - رضي الله عنهما -"^٥.

وكذلك فإنه ضعف حديثه لنفس السبب في مسألة وجوب الوضوء والغسل من تغميض الميت، وغسله، وحمل الجنائز^٦. ويذكر أحياناً اختلاف الرواة في نقل الحديث والأثر المقرَّب على ذلك الاختلاف حيث قال في لفظ "الحيلة" الوارد في الحديث ما نصه: "منهم من يروي بالكسر الحيلة فيتناول بيع الحمل، ومنهم من يروي بالنصب: الحيلة، فيكون المراد بيع ما يحمل هذا الحمل بأن ولدت الناقة ثم حبلت ولدها فالمراد بيع حمل ولدها"^٧.

ومما يؤخذ على المصنف في باب الرواية اتهمه أبا هريرة - رضي الله عنه - بالنسأل في باب الرواية وتقديم القياس عليه إذا خالفته روايته وذلك جرياً على منهج فقهاء أهل الرأي، حيث قال السرخسي - رحمه الله -

^١ الميموط: ٩١/١٦.

^٢ المرجع السابق: ٤٨/١، ٧٤/٢.

^٣ المرجع السابق: ٣٦/٢.

^٤ المرجع السابق: ١٦٥/١.

^٥ المرجع السابق: ٨٠/١.

^٦ المرجع السابق: ٨٢/١.

^٧ المرجع السابق: ١٩٥/١٢.

ما نصه: "من مذهبنا أنه إنما يقبل من أحاديث أبي هريرة - رضي الله تعالى عنه - ما لا يخالف القياس، فأما ما خالف القياس الصحيح فالقياس مقدم عليه؛ لأنه ظهر تساهله في باب الرواية"^١.

يورد أثناء حديثه عن المسائل بعض الكلمات الفارسية أحياناً من دون أن يعرجها إلى العربية وذلك جرياً على عادة فقهاء بلاد ما وراء النهر؛ وذلك مثل قوله: "يسار نجاته من أو بياد خانه من أو يرد بخانه من"^٢، وقوله في موضع آخر: "فإن عقد يمينة بلسان الفارسية فقال ما نصه: "أكر فلانة رايحوا همه ما هو دي له بمراهم"^٣.

ترك الإمام السرخسي - رحمه الله - الأقيسة من أجل ورود الآثار التي تخالفها في حكم مسألة، كقوله في مسألة إيجاب ضمان على المصدق: "ولكننا تركنا القياسين للآثار..."^٤، وكذلك ترك القياس في بيع السلم للمقتضي لبطلانه حيث قال ما نصه: "ولكن تركنا القياس بالكتاب والسنة"^٥. يحيل الإمام السرخسي - رحمه الله - أحياناً إلى بعض مصنفات من سبقوه مثل: كتاب الأمالي لأبي يوسف، والمجرد وشرح المجردة لابن شجاع^٦، ومختصر أبي موسى^٧. كما يذكر أحياناً مصادر الأحاديث والآثار مثل سنن أبي داود^٨ وسنن

^١ المبسوط: ٤٠/١٣.

^٢ المرجع السابق: ٢٠٠/١٢.

^٣ المرجع السابق: ٢٢٩/٣٠.

^٤ المرجع السابق: ١٠٥/٧.

^٥ المرجع السابق: ١٢٤/١٢.

^٦ هو محمد بن الشجاع أبو عبد الله الثلجي البغدادي النخعي، من أصحاب الحسن بن زياد اللؤلؤي، وفقه أهل العراق في وقته، وللقلم في الفقه، والحديث، وقراءة القرآن. روى عنه يحيى بن آدم ووكيع، مات في ذي الحجة سنة ست وستين ومائتين مائلاً في صلاة العصر. (ينظر: الوافي بالوفيات للصفدي: ١٢٢/٣ وتاج التراجم لابن قطلوبغا: ص ٢٤٢)

^٧ المبسوط: ٧/١.

^٨ هو محمد بن عيسى، أبو عبد الله، يُعرف بـ "أبي موسى" الفقيه. ولي القضاء ببغداد في أيام للثقي. ثم عُزل، ثم أعيد في خلافة المستكفي. وكان من أهل العلم بمذهب العراقيين، وكان له سمعة حسنة ووقار تام. وكان ثقة عند الناس لا مطعن عليه في شيء مما يتولاه، وينظر فيه. وله كتاب: الكلام في أهل الدار وشرح الجامع الكبير للمشيبي. وجد مقتولاً في داره سنة ثيف وثلاثين ثلاثمائة. (تاج التراجم لابن قطلوبغا: ص ٣٣٠).

^٩ المبسوط: ٢١١/٣.

^{١٠} المرجع السابق: ٥٠٦/١ و ٢٥٢/٢.

الدارقطني^١. وقد يذكر أحياناً الاختلاف في نسبة الكتاب؛ كما في نسبة كتاب الرضاع حيث ذكر بأن المحاكم الشهيد شك في نسبة الكتاب إلى محمد بن الحسن الشيباني فإنه لم يذكره في المختصر^٢.

يذكر أحياناً زمن شرح بعض موضوعات الكتاب كما فعل لما بدأ بشرح كتاب الرضاع حيث ذكر بداية زمن شرحه وهو: في يوم الخميس الثاني عشر من جمادى الأولى لسنة سبعة وسبعين وأربعمائة^٣.

المبحث الرابع: منهجه في ذكر القواعد الفقهية وصياغته لها

قد احتوى كتاب المبسوط على كثير من القواعد والضوابط الفقهية، شأنه في ذلك شأن المؤلفين في الفقه، فقد كانوا يراعون عند بسط الأحكام الأصول التي تبنى عليها، ويجدون أنفسهم في حاجة إلى جمع ما يمكن جمعه تحت قواعد أو ضوابط كلية رغبة في الإيجاز؛ لكن ما امتاز به الكتاب هو ورود القواعد فيها بصياغات مختلفة مع النسبة إلى قائلها أحياناً، وشرحها موجزاً، ويكثر من إيراد المسائل المتفرعة عنها والمخرجة عليها. وكذلك ما امتاز به الكتاب هو أن القواعد الفقهية التي في "المبسوط" لا تتوافر أغلبها في كتب القواعد الفقهية المتداولة ولا حتى في الكتب الفقهية، فقد تفردت المصنف بذكرها وتخرج الفروع عليها.

تنوعت القواعد الفقهية التي أوردها السرخسي في "المبسوط"، منها فقهية بحتة وهي كثيرة جداً منها قاعدة: "الزعيم غارم"^٤، و "لا يستفاد أعظم الضررين عند التصريح بأدناهما"^٥، ومنها راجعة إلى أصول الفقه، أو نابعة من اللغة، ولكنها اكتسبت صيغة القواعد الفقهية بسبب ما لها من ظلال فقهية؛ كقاعدة: "قوة السبب توجب الترجيح"^٦، و "كلمة [بين] تنصبص على الاشتراك، ومطلق الاشتراك يقتضي المساواة"^٧.

وللمصنف منهج فريد في إيراد القواعد الفقهية وصياغتها حيث يتميز بسهولة العبارة وتنوعها، فهو يورد القاعدة الواحدة بعبارات متنوعة تتسم بالسلامة والإيجاز وهذا هو الأصل في القواعد الفقهية حيث تصاغ بكلمتين أو بضع كلمات محكمة من ألفاظ العموم وقد سار المصنف على هذا الأصل في أغلب قواعده

^١ المبسوط: ١٣/١٣٩.

^٢ للمرجع السابق: ٣٠/٢٨٧.

^٣ للمرجع السابق: ٣٠/٢٨٧.

^٤ للمرجع السابق: ١٩/١٦١.

^٥ للمرجع السابق: ٢٣/٨٦.

^٦ للمرجع السابق: ١٤/٩٦.

^٧ للمرجع السابق: ٢٢/٢٣.

وضوابطه، حتى إن بعض قواعده لا تتجاوز الكلمتين والثلاث؛ مثل قاعدة: المتنافيان لا يجتمعان^١، وقاعدة: لا تبع لل تبع^٢، وقاعدة: الجزء معتبر بالكل^٣.

ومن طريقته أيضاً في صياغة القواعد بأنه يجمع بين قضيتين في القاعدة لجامع بينهما في الحكم مثاله قاعدة: "الإذن في الابتداء كالإجازة في الانتهاء"، وقاعدة: "يد للمودع كيد المودع"^٤.

هذا وقد خرج عن هذا الأصل الذي سبق ذكره أنفاً قواعدُ أطلال الإمام الميرحسي -رحمه الله- في صياغتها وذلك لأسباب معينة من أشهرها ما يلي:

١- التنبيه على بعض شروط إعمال القاعدة أو تحديد مجالها؛ مثاله قاعدة: المسبب في الإلتلاف إذا كان متعدياً يجعل كالمباشر في حكم الضمان^٥.

٢- دمج قاعدتين إحداهما في الأخرى والفصل بينهما بواو التنوين؛ مثاله قاعدة: كل تفاوت ينبي على صنع العباد فذلك مفسد للعقد، وكل تفاوت ينبي على ما هو ثابت بأصل الخلقة من غير صنع العباد فهو ساقط الاعتبار^٦، و "كل عقد يجوز أن ينتقل موجباً من شخص إلى شخص فالوكيل فيه كالعاقدة لنفسه، وكل عقد لا يجوز أن ينتقل موجباً من شخص إلى شخص فالوكيل فيه يكون مغايراً"^٧.

٣- ذكره القاعدة وما يقابلها؛ مثاله قاعدة في الوصية: "كل تصرف يحتمل النقص بعد نفوذه فهو نافذ من المريض، وكل تصرف لا يحتمل النقص بعد نفوذه يتوقف من المريض"^٨.

٤- ذكر المستثنيات في القاعدة؛ مثاله قاعدة: الأصل أن كل أحد يعمل لنفسه، إلا أن يقتصر بعمله دليل يدل على أنه يعمل لغيره^٩، وقاعدة: "الألفاظ قوالب المعاني، فلا يجوز إلغاء اللفظ وإن وجب اعتبار المعنى، إلا إذا تعذر الجمع للمنافاة"^{١٠}.

^١ المبسوط: ٢٥/٦.

^٢ المرجع السابق: ٢٣٨/٧.

^٣ المرجع السابق: ٥٨/١١.

^٤ المرجع السابق: ٦٧/١٠.

^٥ المرجع السابق: ٥٤/١١.

^٦ المرجع السابق: ١٨٦/١٢.

^٧ المرجع السابق: ٣٤/١٩.

^٨ المرجع السابق: ١١٩/٧.

^٩ المرجع السابق: ٢١٢/١٢.

^{١٠} المرجع السابق: ٧٩/١٢.

٥- ذكر الفروع في القاعدة؛ مثاله قاعدة: "ما يتعين بالتعيين فالجنس وغير الجنس فيه سواء؛ كالكليات والموزونات، وما لا يتعين فالجنس وغير الجنس فيه سواء؛ كالذهب والفضة".^١

نجد بأن عبارة القواعد في المبسوط من إنشاء المصنف وصوغه غالباً، وإذا لم تكن كذلك فإنه يصدرها بذكر قائلها أو مصدرها أحياناً؛ كقوله: "أصله -أي الإمام الشافعي- أن ما لا يملك أن يشتري بنفسه لا يملك أن يأمر غيره به"^٢، وقوله: "عن أبي يوسف إن المعتبر في جميع الأشياء العرف"^٣، وقوله: "الأصل عند أبي حنيفة أنه متى أضاف كلمة كل إلى ما لا يعلم منتهاه فإنما يتناول أدناه وهو الواحد"^٤، وقوله: "إن الشيوخ الطائري -في ظاهر الرواية- كالشيوخ المقارن"^٥. فهو يعزو القاعدة الفقهية إذا لم تكن من إنشائه وصوغه، وهذا يدل على قمة الأمانة العلمية التي كان يصمم بها الإمام السرخسي، كما يدل على إحاطته واستيعابه لأصول الفقهاء وملذاهم.

ومنهج في ذكر القواعد الفقهية أنه يوردها في موضع تعليل الأحكام الفقهية، وهو ما يعرف عند الفقهاء بمسلك التعليل عند ضبط المسائل. حيث يذكرون القواعد الفقهية ثانياً لتعليل المسائل، فيسردون المسائل أولاً، ثم يعللونها بالقواعد للاستدلال والتوجيه والترجيح بين الأقوال المختلفة. وهذا هو المنهج السائد المنتشر في الكتب التي ألقت في فقه المذهب قديماً وحديثاً. وإذا قامت القاعدة على دليل ثقلي من الكتاب والسنة أو عقلي فإنه يذكره عقب القاعدة أحياناً، كل ذلك إدراكاً منه لأهمية القواعد الفقهية في بيان الأحكام وتخرج الفروع عليها، فاعتنى بما تأصيلاً ودراسة وتأليفاً، وحث على ضبطها والاعتناء بدراستها، وفي ذلك يقول الإمام السرخسي: "ومن أحكم الأصول فهماً ودراسة؛ تيسر عليه تخرجها"^٦.

وبين منهج التعليل بالقواعد الفقهية عند الإمام السرخسي -رحمه الله- جلياً بضرب بعض الأمثلة للمسائل المخرجة على القواعد الفقهية من كتاب المبسوط، وفيما يلي ذكر بعض النماذج:

١- مسألة: اشتراط الأجل في القرض

ذكر الإمام السرخسي -رحمه الله- الاختلاف في مسألة اشتراط الأجل في القرض حيث بين أولاً موقف المذهب منها وهو أن المقرض لو أجل المقرض عند القرض أو بعده مدة معلومة لا يثبت الأجل، وله

^١ المبسوط: ١٢/١٨٣.

^٢ المرجع السابق: ١٣/٧٧.

^٣ المرجع السابق: ١٢/١٤٦.

^٤ المرجع السابق: ١٢/٥.

^٥ المرجع السابق: ٢١/١١٩.

^٦ المرجع السابق: ٣/١٨٧.

المطالبة بالقرض في الحال ثم حكى الخلاف في المسألة وهو ثبوت الأجل في القرض عند الإمام مالك - رحمه الله - مع بيان دليله. ثم ذكر دليله على الحكم وعلل ذلك بقاعدة فقهية حيث قال ما نصه: "ولنا فيه طريقان: أحدهما: أن المقرض متبرع؛ ولهذا لا يصح الإقراض ممن لا يملك التبرع؛ كالعبد والمكاتب فلو لزم الأجل فيه لصار التبرع ملزماً المتبرع شيئاً، وهو الكف عن المطالبة إلى مضي الأجل، وذلك يناقض موضوع التبرع، وشرط ما يناقض موضوع العقد به لا يصح".^١

وتعني القاعدة التي علل بها السرخسي الحكم المذكور أنه إذا اشترط العاقد في العقد ما ينافي ويناقض موضوع العقد يترتب عليه عدم صحة العقد وبطلانه. ويظهر ترجيح رأيه في حكم مسألة اشتراط الأجل في القرض وهو أن لزوم الأجل في القرض يمنع المقرض عن المطالبة بالقرض إلى مضي الأجل وهو يناقض موضوع العقد الذي هو التبرع فلا يصح.

٢- مسألة: حكم تملك المال بلفظ يخالف ظاهر معناه

اختلف الفقهاء في مسألة تملك المال بلفظ يخالف ظاهر معناه ويرى الإمام السرخسي - رحمه الله - جوازه واحتج على ذلك بأدلة نقلية على الحكم ثم علله بقاعدة فقهية، حيث قال ما نصه: "وحيثنا في ذلك: أن هذا تملك المال بلفظ يخالف ظاهره معناه، فيكون ابتداءه معتبراً بلفظه، وانتهائه معتبراً بمعناه، كالمطالبة في المرض؛ فإن ظاهره تملك في الحال بطريق التبرع، ومعناه معنى الوصية، فيعتبر ابتداءه بلفظه حتى يبطل بعدم القبض، ولا يتم مع الشيوع فيما يحتمل القسمة، وانتهائه معتبر بمعناه حتى يكون من الثلث بعد الدين؛ وهذا لأن الألفاظ قوالب المعاني، فلا يجوز إلغاء اللفظ - وإن وجب اعتبار المعنى - إلا إذا تعذر الجمع للمنافاة".^٢

٣- مسألة: بيع الغاصب، وهو من صور عقد الفضولي

اختلف الفقهاء في بيع الغاصب، فذهب الحنفية إلى صحة عقد بيع الغاصب ونفوذه بالإجازة. ووجهة نظرهم أن بيع الغاصب لا يخرج عن كونه عقداً فضولياً توفرت فيه جميع الشروط المطلوبة للصحة، قبلزم القول بصحته ونفوذه إذا أجازه المالك. ويعبر عنه السرخسي معللاً بقوله: "فإن من أصلنا حال وقوعه يتوقف على الإجازة، وأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء، ولكن الشرط لتمام العقد بالإجازة بقاء المتعافدين والمعقود عليه والجهيز، وذلك كله باق هنا".^٣

^١ للبسوط: ٣٣/١٤.

^٢ المرجع السابق: ١٦٠/١٣.

^٣ المرجع السابق: ٦١/١١.

تميز المنهج التعليلي بالقواعد الفقهية لدى الإمام بالقوة والثبات؛ فالقواعد عنده قد حُرِّرت لفظاً وسبكاً، وقُرِّرت مضموناً ومعنى، وأُعمل بها في جميع المجالات التعليلية ولا سيما في أبواب المعاملات المالية، سواء في تقرير المسألة ابتداءً، أو في توجيه الأدلة، أو نقض دليل المخالف وإثباته؛ دليلاً كان أو قاعدة أخرى، أو كان التعليل لتقوية الدليل النقلي أو العقلي.

ولم يكن السرخسي - رحمه الله - التعليل بالقواعد الفقهية للمذهب الذي يتبناه وآراءه في المسائل فحسب بل تجلّى آراء مخالفيه في المذهب أيضاً بذكر الأصل عندهم؛ كما ذكر رأي الإمام الشافعي في أن المرأة إن تزوجها الرجل على شيء لا تبلغ قيمته عشرة دراهم فإن لها مئة، وعُلِّل رأيه بقاعدة فقهية وهي: "كل ما يصلح ثمنًا في البيع يصلح صداقًا في النكاح".^١

إن معظم القواعد والضوابط الفقهية التي وردت في المبسوط نجد لها نظيراً في الغالب بحيث يمكن توثيقها من كتب الفقه والقواعد. وبالرغم من ذلك إلا أنه تفرّد بمسئلة من القواعد والضوابط الفقهية، واستقل بصياغتها ومباحثها بالكلية عن الآخرين؛ مثاله قاعدة: "كل علة توجب الحكم في محل لا يقبل للتخلص أصلاً فهي علة باطلة"^٢، وقاعدة: "منى ثبتت المساواة بين الشيئين بالنص ثم خصّ جنس أحدهما بحكم كان ذلك تخصيصاً على ذلك الحكم في الآخر"^٣، وقاعدة: "الأصل أنه إذا قلّ المتلف قلّ الضمان، وإذا كثر المتلف كثر الضمان"^٤.

والأصل عند الإمام السرخسي أن القاعدة أو الضابط كلما كانت مهمة؛ أبدى فيها وأعاد، وكررها بنفس اللفظ أو باللفظ المقارب في أكثر من كتاب وباب في كتابه المبسوط؛ وذلك تنبيهاً على أهميتها وعظم شأنها، وكثرة تفرعاتها، والتعليل بها في مسائل عديدة والتجريح على أساسها؛ مثل قاعدة: "العقد الفاسد معتبر بالجائز من الحكم"^٥، وقاعدة: "الثابت بالبينّة كالثابت بالمعاينة"^٦، وقاعدة: "الإذن في الابتداء كالإجازة في الانتهاء"^٧.

وبالنسبة لتقسيم القواعد الفقهية باعتبار الجزم والتردد فإن جميع القواعد التي استخرجتها من المبسوط منصوغة صياغة خبرية جازمة، لا تردد فيها، ولم أجد قاعدة أو ضابطاً فقهياً صيغ بأسلوب إنشائي؛ وهو

^١ المبسوط: ٨٠/٥.

^٢ للمرجع السابق: ١١٧/١٢.

^٣ للمرجع السابق: ١٢٣/١٢.

^٤ للمرجع السابق: ٤٠/١٣.

^٥ للمرجع السابق: ٨/٨.

^٦ للمرجع السابق: ٣٦/٥.

^٧ للمرجع السابق: ١٩/٥.

ما كان مبيّناً بأداة استفهام، أو دَلَّ على استفهام. والمقصود من إيراد جميع القواعد بأسلوب خبري بأن العلماء متفقون على العمل بمضمونها، سواء كان هؤلاء العلماء من مختلف المذاهب الفقهية أم علماء مذهب فقهي معيّن. أما بالنسبة للقواعد الأصولية فإنه يصوغها أحياناً بأسلوب إنشائي؛ كما في قاعدة: "الإجماع المتأخر هل يرفع الاختلاف المتقدم؟"^١.

يُحسب المصنف في صياغة القواعد الفقهية وضوابطها التركيب الذي فيه اشتراك جملي، وهو الذي ينشأ بسببه الاحتمال في دلالة الجملة، بحيث تحتل معنيين أو أكثر، إما بسبب تنازع عاقلين أو أكثر على ضمير واحد، أو على استثناء، أو إشارة، أو اسم مبهم، أو غير ذلك مما ينشأ به الاحتمال في الجملة، فمثل هذا لا مجال له في القاعدة، ولا مدخل له في صياغتها.

كثيراً ما يذكر الإمام السرخسي الأصول عند ذكر آراء المخالفين، يعلّل بما آراءهم ويناقشها مناقشة علمية؛ كما في حكم العقد من الأعمى يبعاً كان أو شراءً، فبعد أن يبيّن موقفه من ذلك وهو الجواز، ذكر قول الإمام الشافعي - رحمه الله - فيه: وهو عدم الجواز إن كان أكنهه، وعلّل قوله بذكر الأصل الذي بنى عليه موقفه وهو: من لا يملك أن يشعري بنفسه لا يملك أن يأمر غيره به^٢.

وللتأمل في القواعد الفقهية التي أوردها المصنف في المبسوط يجد بأنها ليست على درجة واحدة من حيث رتبها العلمية، فإن منها قواعد فقهية مهمة جمة المعاني تشير إلى علل شرعية عُلمت بما الأحكام الفقهية، ومقاصد حكومية روعيت في التشريع. ومنها أصول تقرب بعض المسائل إلى الأذهان وترويض الفكر؛ لكنها لا تَمَسُّ الواقع كثيراً لاحتوائها على مسائل فرضية يستبعد وقوعها في الحال.

وبجانب القواعد الفقهية فإن المصنف أورد في "المبسوط" كثيراً من القواعد الأصولية المتعلقة بشق أبواب ومباحث أصول الفقه؛ كمبحث الأدلة ومثاله قاعدة: "خير الواحد في للمعاملات يوجب العلم من حيث الظاهر"^٣، وقاعدة: "الإجماع المتأخر هل يرفع الخلاف المتقدم؟"^٤، ومبحث طرق استنباط الأحكام من الألفاظ؛ ومثاله قاعدة: "مطلق النهي يوجب فساد المنهي عنه"^٥، وقاعدة: "الأمر يفيد الوجوب وقد يكون لبيان الجواز والإباحة"^٦، وقاعدة: "كلمة (ما) للجمع فيما لا يعقل"^٧، وقاعدة: "إذا تعدّر العيوم حُملَ

^١ المبسوط: ٥/١٣.

^٢ المرجع السابق: ٧٧/١٣.

^٣ المرجع السابق: ٦٩/١٣.

^٤ المرجع السابق: ٥/١٣.

^٥ المرجع السابق: ١٤/١٣.

^٦ المرجع السابق: ٣/٨.

^٧ المرجع السابق: ٨/١٣.

على أخصرّ الخصوص^١. ومبحث كيفية دلالة الألفاظ على الأحكام، ومثاله قاعدة: "المجاز لا يعارض الحقيقة"^٢، وقاعدة: "المشترك لا يكون حجة بدون البيان"^٣ ونحو ذلك من لباحث الأصولية. ومنهج في إيراد القواعد الأصولية بأنه يأتي بها في صيغة خبرية دون إنشائية وإن كانت خلافية، ويتناولها لأغراض عديدة منها: يوردها في معرض بيان سبب الخلاف في المسألة، أو التعليل بما والترجيح بين الأقوال المختلفة، ومناقشة أدلة المخالفين؛ كما في مسألة ركنية قراءة سورة الفاتحة في الصلاة حيث ردّ دليل الإمام مالك والشافعي -رحمهما الله- للمقتضي ركنية الفاتحة بقاعدة أصولية: "الزيادة على النصّ نسخ"، يوضحها قوله: "فتعين الفاتحة يكون زيادة على هذا النص، وهو يعدل النسخ عندنا، فلا يثبت بخبر الواحد..."^٤.

المبحث الخامس: أهمية الكتاب، وبيان مزاياه

تتجلى أهمية كتاب المبسوط للإمام السرخسي من خلال النقاط التالية:

- ١- يعتبر الكتاب من الكتب المهمة في المذهب الحنفي إذ يمثل مرحلة بداية وتأسيس الفقه وتحريره، وبعد من أهم ما يعتمد عليه في الفتوى.
- ٢- مما يمتاز به هذا الكتاب بأن مؤلفه أورد فيه كثيراً من الأحاديث النبوية، وآثار الصحابة والتابعين لهم بإحسان، مما يدل على قوة حفظه واستحضاره للأدلة والمناقشات، كما حوى فيه مسائل الأصول وهو فقه المتألف ومرجع الخلف.
- ٣- كتاب المبسوط ليس مجرد حكاية أقوال أئمة الفقه الحنفي، ولكنه يمثل نظرة فقهية اجتهادية موضوعية، فهو كتاب فكر واجتهاد تجلّت فيه شخصية مؤلفه بوضوح. كما يعدّ مفتاحاً لكتب ظاهري الرواية للإمام محمد بن الحسن الشيباني -رحمه الله-، والتي تعتبر من أهم الكتب المعتبرة والرواية الراجعة في المذهب.
- ٤- وبما غيّر به هذا الكتاب: السهولة والجزالة، فأسلوبه علمي رصين وفقهي دقيق خال من التعقيدات والمصطلحات الفلسفية والإشارات الخفية، ومن ثم جاءت أفكاره واضحة جلية بأسلوب سهل مع المتانة والدقة.

^١ للمبسوط: ٣٧/١٩.

^٢ المرجع السابق: ٦٢/٧.

^٣ المرجع السابق: ٦٨/٧.

^٤ المرجع السابق: ١٩/١.

٥- تبرز أهمية الكتاب في كونه أفضل وأوسع شروح الكافي للحاكم الشهيد، والذي يعد من كتب مسائل الأصول المعتمدة في الفقه الحنفي، حيث جمع فيه مؤلفه مسائل الأصول المروية عن أصحاب المذهب، وهي كتب ظاهر الرواية الست^١.

٦- وما يدل على أهمية الكتاب: عظم مكانة مؤلفه في العلوم المختلفة ولاسيما في الفقه والأصول حتى أثر فيمن بعده، وكان مصدر العلم للذين جاؤوا بعده فعولوا عليه واعتمدوا على كتابه في عصره إلى يومنا هذا ولاسيما في القضاء والفتوى، وفي التدريس والتصنيف.

^١ وسبقت بظاهر الرواية لأنها رويت عن محمد برواية الثقات، فهي ثابته عنه، إما متواترة أو مشهورة. كما سميت هذه الكتب بـ "الأصول"، وهي عماد النقل والمرجع الأساسي والمؤول عليه في الفقه الحنفي، ولذلك عني الفقهاء به من القديم. وتظهر لما لهذه الكتب من أهمية بالغة فإني أعرف بما هنا على سبيل الإيجاز:

أولاً- الأصول: المعروف بالمبسوط من أشهر طرقها رواية أبي سليمان الجوزجاني. وهذا أوسع كتابه وأغزرها مادة، واهتم فيها ببيان الفرق بين المسائل المتشابهة ظاهراً وبالمختلفة باطناً، لاتحاد اللغات أو اختلافه. وجدير بالذكر أن ما نشر إلى الآن من تحقيق الكتاب هو ستة عشر كتاب فقهي فقط من مجموع ثلاث وخمسين كتاب فقهي.

ثانياً- الجامع الصغير: وسبب تليفه هو أن الإمام أبا يوسف طلب من الإمام محمد بن يعقوب له كتاباً يرويه عنه عن أبي حنيفة، فجمعه له، ثم عرضه عليه، فأعجبه. وقد أشاد فقهاء المذهب بفضله حيث جعلوا حفظ مسائل هذا الكتاب ضرورياً لتفقد القضاء. وما يدل على أهميته كثرة شروحاته حيث بلغت أربعين شرحاً.

ثالثاً- الجامع الكبير: من أدق مصنفاته وأعنفها فقها، وأجلها لاحتوائه على مسائل عويصة وفروق فقهية، وبمثل ظاهرة التعليل وحيث الفروع بالأصول خير تمثيل. صنفه الإمام مرتين: صنفه أولاً فرواه عنه أصحابه، ثم أعاد النظر فيه ثانياً، فزاد فيه أبواباً ومسائل كثيرة، وصاغ عباراته في كثير من المواضع حتى صار أحسن لفظاً وأغزر معنى، فرواه عنه أصحابه. وقد شرحه عشرات من الأئمة وهي ما زالت في عداد المخطوطات.

رابعاً: السير الصغير: يعتبر أول تأليف في مجال للقانون الدولي الذي وصل إلينا بتمامه، وهو تلخيص ما ورد في كتاب أبي حنيفة في علم السير الذي أملاه على تلامذته، فرووا عنه هذا الكتاب، وزادوا فيه، وهذبوه حتى نسبت إلى أصحابها. وقد أودعه بكامله للحاكم الشهيد في "المختصر"، وحققه شيخنا أ.د/ محمد غازي، وقدم له بدراسة وافية في الإنجليزية.

خامساً: السير الكبير: وهو آخر تصنيف في سلسلة كتب ظاهر الرواية، يبرز فيها شخصية الإمام محدداً حيث يوفق كل قول بمرويات. ومن أدق مسائله "أبواب الأمان"، وقد شرحه السرخسي وتحاشى عن التكرار، وأضاف مسائل لم ينبه إليها في "شرح الزيادات" و"المبسوط". ولم يصل إلينا من الكتاب وللوجود منه هو ما أملاه السرخسي مع شرحه.

سادساً- الزيادات: صنفه الإمام محمد ليذكر فيه تلك الفروع التي لم يذكرها عند تأليف "الجامع الكبير" حيث تذكرها عقب الفراغ منه. ومنهج فيه يطابق تماماً منهجه في الجامع الكبير، فهو يسرد للمسائل عبارات دقيقة دون ذكر للأدلة. ينظر: مقدمة محقق كتاب "شرح الزيادات" تأليف قاضي خان للدكتور قاسم أشرف نور، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية

كراتشي، ط. الأولى ٢٠٠٠م: ٥٦-٥٨.

- ٧- ومن جملة مزايا الكتاب أن مؤلفه استوعب فيه جميع أبواب الفقه بأسلوب سهل، وبعبارة واضحة، وبسط في الأحكام والمناقشة، مع المقارنة مع بقية المذاهب الفقهية، ولا سيما المذهب المالكي والشافعي، وقد يذكر مذهب الإمام أحمد والظاهرية.
- ٨- لقد أكثر المصنف من التعبيرات المتواضعة في مواطن مختلفة من كتابه، والتي تدل على أدب المؤلف الجَم في نشر علومه ومعارفه بأسلوب راق، وخير مثال على ذلك إكثاره من ذكر هذه الجملة عند نهاية كل كتاب: "والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب".
- ٩- إكسابه الطالب الملكة الفقهية وتمثل في إكثاره من ذكر الفروع وتعليقاته لها، وربطه المسائل بالقواعد الفقهية، وجمعه الأشباه والنظائر والفروق بين التشابهات ومن ذكره مبني الخلاف وثمرته وغير ذلك.
- ١٠- اشتماله على القواعد الفقهية والأصولية الكثيرة؛ وهذا لاهتمام الشارح فيه بهذا الجانب عند تعليل الأحكام، فالباحثون في تطبيق القواعد على الفروع يجدون فيه مجالاً واسعاً ومادة غزيرة.
- ١١- احتوى الكتاب على انتقادات ومناقشات علمية كثيرة على فقهاء الحنفية. فبذلك فتح السرخسي باب النقاش في مسائل كثيرة وجعل الفقهاء بعده يتكلمون ويدون رأيهم فيها.
- ١٢- وما يدل على أهمية الكتاب صدور طبعاته العديدة^١، وقد اعتنيت بالتحقيق من قبل العلماء^٢، إلا إن الكتاب بحاجة إلى تحقيق وخدمة أكثر، وتخريج للأحاديث النبوية الواردة فيه وغيرها مما يحتاج إلى عزو وتدقيق وإظهار للنص بشكل سليم كما أراده المؤلف أو قريباً منه.

المبحث السادس: تنويه العلماء بشأن الكتاب

يعتبر كتاب المبسوط من أهم الكتب المعتمدة في المذهب الحنفي لكونه من أهم ما يعتمد عليه في الفتوى، وقد استوعب فيه المؤلف جميع أبواب الفقه بأسلوب سهل، وبعبارة واضحة، وبسط في الأحكام والأدلة والمناقشة، مع المقارنة مع بقية المذاهب الفقهية ولا سيما للمذهبين الشافعي والمالكي. كما يُقدّر من أوسع الكتب المطبوعة في الفقه الحنفي حيث أنه يحتوي على واحد وثلاثين جزءاً. وقد سبق في ترجمة الإمام السرخسي -رحمه الله- بأنه ألفه كله أو مجلّه إملاءً من ذاكرته وهو مسجون في سمر في أوزجند بقرغانه.

ومما يزيد من قيمة الكتاب بأنه في الأصل شرح لكتاب الكافي الذي ألفه محمد بن محمد المروزي المشهور بالحاكم الشهيد -رحمه الله- واختصر وجمع فيه كتب ظاهر الرواية الست، بل وقد عدّ العلامة محمد أمين

^١ ينظر: المبسوط: ٩٢/٧.

^٢ من الطباعات المشهورة: طبعة مطبعة السعادة المصرية عام ١٣٣١هـ بإدارة السيد محمد إسماعيل وفترام محمد السامسي المغربي (وهي أفضلها على الإطلاق)، وطبعة دار النواجر بدمشق، وطبعة دار المعركة ببيروت، وطبعة دار الفكر ببيروت، وطبعة دار الكتب العلمية ببيروت.

^٣ منهم: الدكتور يوسف قيليچ، والدكتور خليل عي الدين ليس، ومحمد حسن الشافعي وغيرهم.

ابن عابدين الشامي^١ - رحمه الله - كتاب المبسوط من أقوى الشروح لهذا الكتاب حيث قال في آياته المشهورة:

ويعلم المست كتاب الكافي	للمحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس	مبسوط شمس الأئمة السرخسي
معتمد القول ليس يفعل	بخلفه وليس عنه يعدل ^٢

وقد ذكر تقي الدين التميمي - رحمه الله - في كتابه "الطبقات السنية"^٣ أشعاراً كثيرة في مدح كتاب المبسوط للسرخسي؛ منها ما أنشده لبعضهم:

عليك بمبسوط السرخسي إنه	هو البحر والدر الثريد مسائله
ولا تعتمد إلا عليه فإنه	يجاب بإعطاء الرغائب مسائله

وقال العلامة إبراهيم بن علي الطرسوسي - رحمه الله -: "مبسوط السرخسي لا يُعمل بما يخالفه، ولا يُركن إلا إليه، ولا يُفتى، ولا يُقُول إلا إليه"^٤.

^١ هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الدمشقي الحنفي، الشهير بابن عابدين، فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره. مولده ووفاته في دمشق، له رد المحتار على الدر المختار يعرف بحاشية ابن عابدين وغيره. توفي سنة ١٢٥٢ هـ. ينظر: الأعلام للزركلي: ٤٦/٦-٤٢.

^٢ هذه الأبيات مذكورة في الرسالة الثانية من الجزء الأول لمجموعة رسائل ابن عابدين: ١/١٦. وقد أسماها المؤلف "منظومة عقود رسم المقي"، وتشتمل على سبعين بيتاً. (شركت صحافية عثمانية، إسطنبول تركيا).

^٣ هو تقي الدين بن عبد القادر التميمي الحنفي، كان فقيهاً متأدياً، جال في البلاد، وتولى القضاء بالجيزة وتوابعهاء من تصانيفه: الطبقات السنية في تراجم الحنفية، وحاشية على شرح الألفية لابن مالك في النحو، وعناصر يتيمة النهر للشمالي، توفي عام ١٠١٠ م بمصر. (ينظر: الأعلام للزركلي: ٨٥/٢-٨٦؛ وسلم الوصول إلى طبقات الفحول: ١/٣٩٤).

^٤ لم أجد الأبيات في الطبقات للتميمي، وقد نسب ابن عابدين هذه الأبيات إليه في رسائله: ١/٢١.

^٥ هو نجم الدين إبراهيم بن علي الطرسوسي، ولي منصب القضاء بدمشق بعد والده قاضي القضاة عماد الدين في سنة ٦٤٦ هـ فلفق ودرس وشيد وأسس. ونظم الفوائد وشرحها وصنف الفتاوى الطرسوسية، توفي سنة ٧٥٨ هـ. (تاج التراجم لابن قطلوبغا: ٨٩/١-٩٠).

^٦ حاشية ابن عابدين: ١/٦٤.

القسم الثاني: دراسة تحليلية وتطبيقية للقواعد والضوابط الفقهية الواردة في كتب المعاملات المالية

المستخرجة من كتاب المبسوط للإمام السرخسي

وتحتة فصلان:

الفصل الأول: الكلام في القواعد الفقهية الواردة في كتب المعاملات المالية للمستخرجة من

كتاب المبسوط

الفصل الثاني: الكلام في الضوابط الفقهية الواردة في كتب المعاملات المالية المستخرجة من

كتاب المبسوط

الفصل الأول: الكلام في القواعد الفقهية الواردة في كتب المعاملات المالية المستخرجة من كتاب المبسوط

ونحنه تسعة وعشرون مبحثاً، وهي كالتالي:

- المبحث الأول: القواعد الفقهية في كتاب العتق
- المبحث الثاني: القواعد الفقهية في كتاب المكاتب
- المبحث الثالث: القواعد الفقهية في كتاب الولاء
- المبحث الرابع: القواعد الفقهية في كتاب اللقيط
- المبحث الخامس: القواعد الفقهية في كتاب اللقيطة
- المبحث السادس: القواعد الفقهية في كتاب الغصب
- المبحث السابع: القواعد الفقهية في كتاب الوديعة
- المبحث الثامن: القواعد الفقهية في كتاب العارية
- المبحث التاسع: القواعد الفقهية في كتاب الشركة
- المبحث العاشر: القواعد الفقهية في كتاب الوقف
- المبحث الحادي عشر: القواعد الفقهية في كتاب الهبة
- المبحث الثاني عشر: القواعد الفقهية في كتاب البيوع
- المبحث الثالث عشر: القواعد الفقهية في كتاب الصرف
- المبحث الرابع عشر: القواعد الفقهية في كتاب الشفعة
- المبحث الخامس عشر: القواعد الفقهية في كتاب القسمة
- المبحث السادس عشر: القواعد الفقهية في كتاب الإجازات

- المبحث السابع عشر: القواعد الفقهية في كتاب الوكالة
- المبحث الثامن عشر: القواعد الفقهية في كتاب الكفالة
- المبحث التاسع عشر: القواعد الفقهية في كتاب الصلح
- المبحث العشرون: القواعد الفقهية في كتاب الرهن
- المبحث الحادي والعشرون: القواعد الفقهية في كتاب المضاربة
- المبحث الثاني والعشرون: القواعد الفقهية في كتاب المزارعة
- المبحث الثالث والعشرون: القواعد الفقهية في كتاب الحجر
- المبحث الرابع والعشرون: القواعد الفقهية في كتاب المأذون الكبير
- المبحث الخامس والعشرون: القواعد الفقهية في كتاب الوصايا
- المبحث السادس والعشرون: القواعد الفقهية في كتاب العين والذئب
- المبحث السابع والعشرون: القواعد الفقهية في كتاب العتق في المرض
- المبحث الثامن والعشرون: القواعد الفقهية في كتاب الحيل
- المبحث التاسع والعشرون: القواعد الفقهية في كتاب الكسب

المبحث الأول: القواعد الفقهية في كتاب العتق

١- القاعدة الأولى: [بانعدام القصد إلى الحكم ينعدم الرضا بالحكم]

أورد الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في أول كتاب العتق للتعليل بالقاعدة على نفوذ تصرف العتق على من تكلم به، والجزل به جد، حيث قال ما نصه: "... والجزل، واللعب سواء، فإنه اسم للكلام يكون على نهج كلام الصبيان لا يراد به ما وضع له، ونفوذ هذه التصرفات بوجود التكلم بما عمن هو من أهلها، ولا معتبر بقصده إلى حكمها، لأن بانعدام القصد إلى الحكم ينعدم الرضا بالحكم، وذلك لا يمنع لزوم هذه التصرفات لو قرن بما شرط الخيار".^١

توليق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في درر الحكماء شرح غرر الأحكام^٢: "بالإكراه ينعدم الرضا، ولا تأثير له في انعدام الحكم".
- ما جاء في تبين الحقائق^٣: "بالإكراه ينعدم الرضا، ولا تأثير له في إعدام الحكم".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

الرضا هو الركن الأساسي الذي لا يقوم العقد بدونه ولكي يقوم الرضا بالعقد لا بد من وجود قصد لدى المتعاقدين إلى سبب العقد. والمقصود بالقاعدة بأن القصد من التعاقد إلى سبب العقد، وهو العبارة أي إرادة التعبير لا يستلزم الرضا بحكمه أي إرادة الأثر، إذ قد يقصد إلى العبارة لغرض آخر، كدفع أذى كما في المكره أو لحوكما في الجزل. فوجود الرضا بالحكم يستلزم وجود الاختيار فيه، وفي سببه، ويستلزم كذلك الرضا بالسبب، ووجود الاختيار لا يستلزم وجود الرضا، لأن مجرد القصد إلى شيء لا يلزم منه الرغبة فيه.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- من أراد أن يقول لامرأته اسقني الماء فقال: أنت طالق، وقع الطلاق وإن لم يقصد به الزوج، لأن عدم القصد بالطلاق غير معتبر فيه^٤.

^١ المبسوط للسرخسي: ٦١/٧.

^٢ ملا خسرو محمد بن فرامرزي، نذر إحياء الكتب العربية: (بنون طيبة وتاريخ): ٥/٢.

^٣ للزليحي عثمان بن علي، مطبوع مع حاشية شهاب الدين الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية -بولاق، القاهرة، ط. الأولى ١٣١٤هـ: ٧١/٣.

^٤ الاختيار لتعليل الخيار لعبد الله بن محمود اللوصلي، بتعليق الشيخ محمود أبو دقيقة، مطبعة الحلبي - القاهرة (ومبوروها دار الكتب العلمية بيروت، ط. ١٣٥٦هـ: ١٢٤/٣).

٢- من أكره رجلاً على الزواج بامرأة فالعقد عند الخفية صحيح ولازم، لأن الإكراه وإن كان يعدم الرضا لكنه لا يعدم الاختيار.

٣- لو أن أحداً اشترط الخيار في النكاح فلا يكون مقبولاً؛ لأن اشتراط الخيار لا يمنع انعقاد أصل السبب مطلقاً، وإنما يعدم الرضا بدون، ومن ضرورة انعقاد النكاح صحيحاً للزوم فاشتراط الخيار فيه يكون فاسداً^١.

٤- لو كان لرجل على آخر ديناً، أو كفالة بنفسه، فأكره بوعيد قتل، أو حبس حتى أبرأ من ذلك الحق كان باطلاً؛ لأن صحة الإبراء تعتمد تمام الرضا، وبسبب الإكراه يعدم الرضا^٢.

٥- إذا قال البائع للمشتري في العقد: إني أبيعك هذه السلعة هزلاً أو تلجئة، ويقول المشتري: قبلت شرائها على وجه الهزل أو التلجئة، أو يقول في العقد: قد تباعنا هذا العقد تلجئة. أو يقول رجل لآخر وهو يلعب: بعني سلعتك وأنا أعطيك كذا ثمناً لها، فيقول الآخر على لعب ومباشرة: هي لك، أو قد بعناها لك بما قلت، وهو يضحك، فلا يقع الملك بهذا البيع هزلاً، وإن اتصل به القبض؛ لأن الملك غير ثابت لعدم اختيارها الحكم بالقصد إلى الهزل، فيتوقف الحكم على اختيارها له^٣.

^١ المبسوط للسرغسي: ٩٥/٥.

^٢ المرجع السابق: ٦٥/٢٤.

^٣ كشف الأسرار شرح أصول اليزدوي، لعلاء الدين البخاري، دار الكتاب الإسلامي، (بدون طبعة وتاريخ النشر): ٣٥٨/٤.

٢- القاعدة الثالثة: [كلام العاقل محمول على الصحة ما أمكن]

أورد الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في أول كتاب العتق في معرض كلامه عن الألفاظ التي يحصل بها العتق، حيث قال ما نصّه: "ثم الألفاظ التي يحصل بها العتق نوعان: صريح وكناية فالصريح لفظ العتق، والحرية، والولاء ويستوي إن ذكر هذه الألفاظ بصيغة الخبر، أو الوصف، أو النداء، إما بصيغة الخبر أن يقول قد اعتقتك أو حررتك؛ لأن كلام العاقل محمول على الصحة ما أمكن".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في البناء شرح الهداية^٢: "كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن".
- ما جاء في المفتي^٣: "الأصل في كلام العاقل أن يكون مفيداً".
- ما جاء في كشف القناع عن متن الإقناع^٤: "مهما أمكن تحمل كلام العاقل على فائدة وتصحيحه وجب".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد القاعدة بأن المسلم العاقل حينما يتكلم أو يتصرف فيجب حمل كلامه وتصرفه على الفائدة والصحة ما أمكن ذلك دون حمله على اللغو والباطل؛ لأن عقله يمنعه أن يتكلم أو يتصرف باللغو والباطل أو غير المفيد. كما إذا صبح كلامه فيجب عدم مخالفته والعمل على وفقه.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا قال الرجل لزوجته: أنت واجدة، بإضمار الطلاق فيقع الطلاق إن نوى ذلك خلافاً للإمام الشافعي^٥ - رحمه الله-؛ لأنه أمكن حمل كلام العاقل على الفائدة فيحمل عليه^٦.

^١ المبعوط: ٦٢/٧.

^٢ ليل الدين العيني محمد بن أحمد العيتابي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط. الأولى عام النشر: ٢٠٠٠م: ١٥٣/١٠.

^٣ لابن قدامة المقدسي عبد الله بن أحمد، مكتبة القاهرة، (بدون طبعة) عام النشر ١٩٦٨م: ١٢٦/٥.

^٤ للبهوتي منصور بن يونس الحنبلي، بتحقيق محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية - بيروت، (بدون طبعة) عام النشر ٢٠٠٩م: ٢٩٠/٥.

^٥ روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي يحيى بن شرف، بتحقيق زهير شاويش، المكتب الإسلامي بيروت، ط. الثالثة، ١٩٩١م: ٣٧/٨.

^٦ البناء شرح الهداية: ٣٦٢/٥.

- ٢- إذا قال البائع لآخر: بعثك هذه الناقة بكذا، فيجب حمل ذلك على إنشاء البيع، وإن كان اللفظ ماضياً؛ لأن صيغة الإخبار والإنشاء في البيع واحدة.
- ٣- لو كفل رجل رجلاً وقال له: إن لم أوافيك به غداً فعلي ألف درهم، صحت الكفالة لحملها على ألف درهم لك عليه، لا على ألف مطلقة، لأن سياق الكلام يفيد ذلك للمعنى الصحيح^١.
- ٤- لو قال أحد: له علي درهم، بل دينار، فوجبا جميعاً؛ لأنه لو لم يوجب عليه إلا درهماً، كان كلامه لغواً والأصل في كلام العاقل أن يكون مفهوماً^٢.
- ٥- لو قال شخص مسلم: شربت شراباً، فإن كلامه يحمل على ما يباح شربه ويحل، ولا يجوز حمله على شراب محرّم، أو أنه كذب في قوله.

^١ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكامناني أبو بكر بن مسعود، دار الكتب العلمية، ط. الثانية ١٩٨٦م: ٢/٦.

^٢ للفتن والشرح الكبير لابن قدامة المقدسي، بتحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مخرج للطباعة والنشر، ط. الأولى ١٩٩٦م:

٣- القاعدة الثالثة: [الأصل يُستعار للتبع، ولا يُستعار التبع للأصل]

أورد الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في أول كتاب العتق عقب ذكره التفريق بين إضافة الأصل إلى التابع والعكس، حيث قال ما نصّه: " لو أضاف لفظة الإجارة إلى المنفعة وقال أجرتك منفعة هذه الدار لا يجوز، وإذا أضاف لفظ البيع إلى عين الدار فهو عامل بحقيقته؛ لأن العين قابل للبيع فلا تحمل كناية عن الإجارة لهذا ولا معنى لما قاله: إنه ذكر الموجب، وعنى به الموجب؛ لأن الموجب حكم، والحكم لا يصلح كناية عن السبب؛ لأنه لا حكم بدون السبب، والسبب يتحقق بدون الحكم فكان الحكم كالتبع، والأصل يستعار للتبع، ولا يستعار التبع للأصل؛ لافتقار التبع إلى الأصل، واستثناء الأصل عن التبع"^١.

شرح مفردات القاعدة:

الأصل: في اللغة: من أصل الشيء أسفله، وأصل الحائط أصله، واستأصل الشيء ثبت أصله وفوي ثم كثر حتى قيل: أصل كل شيء ما يستند وجود ذلك الشيء إليه^٢.

والمراد به هنا: ما يكون قائماً بنفسه ولا يكون وجوده تبعاً لوجود غيره أو ضمن غيره. فبناء على ذلك فإن التبع أو التابع لا يقوم بنفسه وإنما يقوم بأصله وبالتالي لا يظهر مع ظهور أصله، ولا يأخذ حكماً غير حكم أصله.

التبع: لغة: كتحريج، تبعاً وتباعدة؛ مثنى خلفه، ومرّ به فمضى معه. وهو بمعنى التابع، يكون واحداً وجمعاً، ويجمع على أتباع، وقوائم الدابة^٣.

والمراد بالتبع في القاعدة: هو ما يكون تابعا لغيره في وجوده ولا يكون قائماً بنفسه.

يستعار: الفعل المبني للمجهول من استعار، وهو في اللغة: طلب العارية، واستعاره الشيء واستعاره منه: طلب منه أن يعيره إياه ... واستعاره ثوباً فأعاره إياه^٤.

فالدلالة المعجمية للفظ تؤكد أن الاستعارة نقل الشيء من حيازة شخص إلى آخر^٥.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة متعلقة بالتوابع والمقصود بها أن المكلف إذا استعار الأصل وكفى به للتبع فإن ذلك جائز دون العكس أما لو استعار التبع وكفى به للأصل فإن ذلك غير جائز؛ فالأصل يستغني عن التبع فجاز أن يستعار له، والتبع يكون مفتقراً إلى الأصل فلم يجوز أن يستعار للأصل.

^١ للبسوط: ٦٥/٧.

^٢ المصباح للنبي: ١٦/١.

^٣ القاموس المحيط للفيروز آبادي: ٧٠٦/١.

^٤ لسان العرب لابن منظور الإفريقي: ٦١٨/٤.

^٥ علوم البلاغة للدكتور محمد قاسم وهي الدين ديب، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان، ط. الأولى، عام النشر: ٢٠٠٣م.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- لو قال شخص أجرتك منفعة هذه الدار فإن ذلك لا يجوز بخلاف ما لو قال: أبيعك هذه الدار، فإن ذلك جائز؛ لأن العين قابل للبيع فلا تجعل استعارة للإجارة وكناية عنها^١.
- ٢- لو قال الموصي: أعطوه كلباً من مالي، وله كلاب يحمل الانتفاع بها ككلب حميد، أو زرع، أو ماشية أعطي واحداً منها، وإن لم يكن الكلب مالاً؛ لأن الكلاب يفتنى بالأموال، فجاز أن يستعار لها اسم المال^٢.
- ٣- لو طلق شخص زوجته ثم قال: إن راجعتك فأنت طالق فإذا انقضت عدتها فتزوجها لم تطلق؛ لأن لفظ الرجعة الذي هو تابع لا تستعار للنكاح الذي هو الأصل^٣.

^١ المبسوط للسرخسي: ٦٤/٧.

^٢ روضة الطالبين: ١١٩/٦.

^٣ حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابد بن محمد أمين بن عمر، دار الكتب العلمية - بيروت: ٣٩٩/٣.

٤- القاعدة الرابعة: [المتنافيان لا يجتمعان]

وردت هذه القاعدة في باب عتق ذوي الأرحام عقب الكلام عن نفي البتوة بين الله وبين المخلوق في النصوص، حيث قال المصنف -رحمه الله- ما نصّه: " فقد نفي البتوة بيته، وبين الخلق بإثبات العبودية فذلك تنخيص على المنافاة بينهما، والمتنافيان لا يجتمعان فإذا كانت البتوة متقررة انتضت العبودية"^١.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في شرح مختصر الطحاوي^٢: "المتنافيان لا يصح اجتماعهما".
- ما جاء في البحر الرائق^٣: "إن المتنافيين لا يجتمعان".
- ما جاء في الذخيرة^٤: "الشيء الواحد بالاعتبار الواحد لا يناسب المتنافيين".
- ما جاء في شرح مختصر الجليل^٥: "إن المتنافيين لا يُدرَج أحدهما في الآخر".
- ما جاء في بيان المختصر^٦: "من المحال تساوي المتنافيين في جميع الصفات".

شرح مفردات القاعدة:

المتنافيان: ثنية متناف، من تنافى، يتنافى، تافيا. أصله من نفى التي تدل مادته على تعرية شيء من شيء وإبعاده منه^٧. ويشمل التنافي التضاد والتناقض. فإن المتنافيين إن جاز انتفاؤهما معاً فهما ضدان -كالأحمر والأخضر-. وأما إن لم يجر انتفاؤهما معاً فهما التقيضان.

وللمراد بالمتنافيين في القاعدة: هو ما يلزم من ثبوت كل منهما نفي الآخر ومن نفيه ثبوته كالحديث ووجوب البقاء^٨.

^١ المبسوط: ٧٠/٧.

^٢ للجصاص أحمد بن علي، بتحقيق الدكتور عصمت الله، دار البشائر الإسلامية ودار السراج، ط. الأولى ١٤٣١هـ: ١٩٩٩/٦.

^٣ مطبوع مع حاشية منحة الخالق لابن نجيم المصري، دار الكتاب الإسلامي، ط. الثانية ٢٠٠٥.

^٤ للقراقي أحمد بن إدريس، بتحقيق محمد بوعبيدة، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط. الأولى ١٩٩٤م: ٣٩٢/٤.

^٥ للخرشي محمد بن عبد الله، دار الفكر للطباعة - بيروت، (بلون طبعه وبلون تاريخ): ١٠٢/١.

^٦ شرح مختصر ابن الحاجب محمود بن عبد الرحمن الأصفهاني، بتحقيق محمد بقاء، دار المكتبة السمودية، ط. الأولى ١٩٨٦م: ٣٠٧/١.

^٧ مقاييس اللغة لأحمد بن فارس القزويني الرازي، بتحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، عام ١٩٧٩م: ٤٥٦/٥.

^٨ أصول الفقه لمحمد بن مفلح الحنبلي، حققه وعلق عليه وقدم له: الدكتور فهد بن محمد السدحان، مكتبة الصبيكان، ط. الأولى ١٩٩٩م: ١٤٣١/٤.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أفادت هذه القاعدة بأن الأمرين المتنافيين وهما المتخالفان المتعارضان لا يمكن اجتماعهما في حكم من الأحكام الشرعية؛ لأنَّ المكلف لا يمكنه العمل بمما جمعاً عند اجتماعهما، لأنه يلزم من ثبوت كل منهما نفي الآخر ومن نفيه ثبوته فيعذر العمل.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا كانت امرأة معتدة من طليقة بائنة أو فُرقة يخلع أو إيلاء أو ما أشبه ذلك فلا رجعة للزوج عليها؛ لأن ثبوت الرجعة بالنهي ورد بمطلق الطلاق فالمقيد بوصف البيوتة يبقى على القياس، فكون المطلقة مطلق الطلاق لا ينافي ملك النكاح كما بعد الرجعة وكونها مبانة ينافي ملك النكاح^١.
- ٢- لو استأجر الرجل دابة، ثم جحد الإجارة في بعض الطريق وجب عليه أجر ما ركب قبل الإنكار ولا يجب الأجر لما بعده عند أبي يوسف - رحمه الله -؛ لأنه بالجحود صار غاصباً والأجر والضممان لا يجتمعان لكونهما متنافيان^٢.
- ٣- لو أقر شخص على نفسه بالزنى أربع مرات، ثم سقط الحد بضرب من الشبهة، وجب المهر بصحة الإقرار، فإذا أقر أربع مرات، ثبت حكم الإقرار، وانتهى حكم الشهادة، لاستحالة أن يكون محكوماً عليه بالإقرار وبالشهادة جميعاً، لأنهما يتنافيان، ولا يصح اجتماعهما، فتحكم الشهادة مما لا يصح مع الإقرار^٣.
- ٤- لا يجتمع الحل والحرم والصحة والفساد في حق شخص واحد في محل واحد في زمن واحد؛ لأنه من باب التناهي، ونسبة التناقض في الشرع محال^٤.
- ٥- لا يجتمع العشر والخراج في أرض مسلم؛ لأنهما حقان سببهما متنافيان، وبيان تنافيهما أن الخراج وجب عقوبة؛ لأنه جزية الأرض، والزكاة وجبت طهرة وشكراً، فلا يجتمعان، كزكاة السوم والتجارة، والعشر، وزكاة القيمة^٥.

^١ المبسوط للسرخسي: ٢٥/٦.

^٢ تبين الخلفاء: ١٣٣/٥.

^٣ شرح مختصر الطحاوي: ١٩٩/٦.

^٤ تخرىج الفروع على الأصول لمحمود بن أحمد الزنجاني، بتحقيق الدكتور محمد أدهب صالح، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط. الثانية.

٥١٣٩٨: ص ٧٩.

^٥ المغني لابن قدامة: ٢٩/٣.

٥- القاعدة الخامسة: [الرضا بسبب الإللاف يمنع وجوب الضمان]

أورد الإمام السرخسي -رحمه الله- ضمن باب عتق ذوي الأرحام في معرض كلامه عن سبب وجوب ضمان العتق الذي هو الإللاف والإفساد، حيث قال ما نصّه: "والمعتق ضامن لنصيب شريكه إذا كان موسراً كما لو كان العبد بين شريكين فاشترى قريب العبد نصيب أحد الشريكين منه يضمن لشريكه الذي لم يبع إن كان موسراً، وجه قول أبي حنيفة ما قال في الكتاب؛ لأن شراء الشريك معه رضا منه بالذي يكون به العتق ومعنى هذا الكلام أن ضمان العتق يجب بالإللاف والإفساد، والرضا بالسبب يمنع وجوب مثل هذا الضمان".^١

توثيق القاعدة:

- ما جاء في التجريد^٢: "إنما يمنع الضمان سقوط المطالبة عنه، وعن قام مقامه على التأيد".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أفادت هذه القاعدة بأنه إذا ظهر الرضا بوجود سبب الإللاف ممن يتضرر بالإللاف فهذا الرضا بالسبب يمنع من المطالبة بالضمان والتعويض؛ لأنّ في رضاه إسقاط حقه في التعويض، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله-، وأما عند صاحبيه فإن كان الشريك - أي مسبب الضرر - موسراً فعليه الضمان، وإلا استسعى العبد في نصيب الشريك - إذا كان الإللاف متعلقاً بالعبد المشترك.

من تطبيقات القاعدة:

١- لو شهد الشاهدان على أنهما اشتركا في المضاربة ورأس مال كل واحد منهما ألف درهم على أن الربح بينهما أثلاثاً وصاحب الثلث الذي هو رب المال يدعي النصف، وقد ربحا فيما اشترى بعد الشهادة فلا ضمان عليهما فيه؛ لأن كل واحد منهما متمكن من فسخ الشركة بغير رضا صاحبه فأقدمهما على التصرف بعد قضاء القاضي بأن الربح أثلاث يكون رضا منهما بذلك^٣.

٢- إذا اشترى رجل دابة بما مرضى أو سيارة بما عيب - وهو يعلم أن هذا المرض ي تلف الدابة أو أن هذا العيب قد ي تلف السيارة - ثم تلفت الدابة أو السيارة، فليس للمشتري أن يطالب البائع بالتعويض؛ لأنه أقدم على الشراء وهو يعلم بالسبب المؤدي للإللاف والهلاك وهو راض به.

٣- لو أ تلف شخص سلعة شخص آخر بإذنه ورضاه، ويكون سبب الإللاف والهلاك في علمه، فإن ذلك يمنع من وجوب الضمان على المتلف للسلعة.

^١ المبسوط: ٧٢/٧.

^٢ لأحمد بن محمد القلوبي، مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، بتحقيق للدكتور محمد أحمد سراج، دار السلام بالقاهرة، ط.

الثانية ٢٠٠٦م: ٣٠١١/٦.

^٣ المرجع السابق: ١٩٤/١٦.

٦- القاعدة السادسة: [الثابت من وجه دون وجه لا يكون ثابتاً مطلقاً]

وردت هذه القاعدة في باب لوجوه من العتق عقيب بيان عدم دخول المكاتبين في كلام المولى إذا أوجب العتق لكل مملوكه، حيث قال ما نصه: "ولو قال: كل مملوك لي فهو حر، وله عبيد، وأمهات أولاد ومديرون، ومكاتبون عتقوا جميعاً إلا المكاتبين فإنهم لا يعتقون إلا أن ينوبهم؛ لأن كلمة كل توجب التعميم، وقد أوجب العتق لكل مملوك مضاف إليه بالملكية مطلقاً بقوله لي، وهذا يتحقق في العبيد، وأمهات الأولاد والمديرين؛ لأنه يملكهم رقاء، وبدا حتى يملك استغلالهم واستكسابهم، وهذا غير موجود في المكاتبين؛ فإنه يملكهم رقا لا يبدأ بل للمكاتب كالححر يبدأ حتى كان أحق بمكاسبه، ولا يملك المولى إكسابه، والثابت من وجه دون وجه لا يكون ثابتاً مطلقاً فلماذا لا يدخلون إلا أن ينوبهم".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في النهاية شرح الهداية^٢: "الثابت من وجه دون وجه لا يكون ثابتاً مطلقاً".
- ما جاء في كتاب الأصول^٣: "ما يكون ثابتاً من وجه دون وجه لا يكون مقطوعاً به".
- ما جاء في كشف الأسرار شرح أصول البزدوي^٤: "الثابت من وجه دون وجه لا يكون ثابتاً مطلقاً".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

دللت القاعدة على أن الشيء إذا ثبت من وجه دون وجه آخر، فلا يكون ثبوته مطلقاً، ولا يأخذ حكم الشيء الثابت من كل وجه؛ لأن كمال الثبوت لا يكون إلا بإطلاق الثبوت من كل وجه، وهذا لم يثبت كاملاً، من تطبيقات القاعدة:

- ١- لو استقبل شخص الخطيم^٥ في الصلاة دون البيت لا تجوز صلاته، والخطيم من البيت من وجه دون وجه؛ وهذا لأن الثابت من وجه دون وجه لا يكون ثابتاً مطلقاً.
- ٢- لو حلف شخص أنه لا يعرف الرجل، وهو يعرفه بوجهه لكنه لا يعرف اسمه لم يحنث؛ لأنه إذا لم يعرفه باسمه وإن عرفه بوجهه لم يكن عارفاً به على الإطلاق بل من وجه دون وجه^٦.

^١ للبسيط: ٧٩/٧.

^٢ ١٧٠/١٠.

^٣ للشيخ حسبي، دار المعرفة بيروت (بدون طبعة وتاريخ النشر): ١٤٩/١.

^٤ لعلاء الدين البهاري، دار الكتاب الإسلامي، (بدون طبعة وتاريخ النشر): ٩٩/٢.

^٥ الخطيم: هو اسم لموضع بينه وبين البيت فرجة يسمى للموضع خطيماً وحجراً، وتسميته بالخطيم على معنى أنه محطوم من البيت أي مكسور منه. (البسيط: ١١/٤).

^٦ للرجع السابق: ٦٥/١٢، والنهاية شرح الهداية: ١٧٠/١٠.

^٧ بدائع الصنائع: ٧٥/٣.

٣- لو باع الغاصب المضمون أو أعتقه ثم ضممه المالك قيمته نفذ بيعه ولا ينفذ عتقه والفرق بينهما أن ملك الغاصب ناقص؛ لأنه يثبت مستنداً أو ضرورة وكل ذلك ثابت من وجه دون وجه، والملك الناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق^١.

٤- من وهب ثلث كذا أو ربع كذا؛ لا يجوز حتى يقاسم؛ لأن شرط القبض منصوص عليه في الهبة، فيراعى وجوده على أكمل الجهات التي تمكن^٢.

مما يستثنى من القاعدة:

١- الوطء في نكاح مختلف فيه كنكاح المتعة^٣، والشغار^٤، والنكاح بلا ولي ولا شهود ونحوها من الأنكحة، فإنه يوجب مهر المثل ويبدراً الحد لشبهة العقد^٥.

٢- إذا سرق أحد الزوجين من مال الآخر فلا قطع عليه إذا كان المال ليس محرراً، وهذا باتفاق. وإن سرق من حرز فقيه خلاف^٦.

^١ البحر الرائق: ١٣٧/٨.

^٢ المبسوط: ٦٦/١٢.

^٣ نكاح المتعة: وهو أن يقول الرجل لامرأة: متعيني نفسك بكذا من المراهم مدة كذا، فتقول له: متعك نفسي. ولا بد من لفظ التمتع فيه. (أنيس الفقهاء في تعريف الألفاظ المتداولة بين الفقهاء لقاسم بن عبيد الله القوثي، بتحقيق: يحيى حسن مراد، دار الكتب العلمية، ط. ٢٠٠٤م: ص ٥١).

^٤ الشغار: نكاح كان في الجاهلية وهو أن يقول الرجل للآخر زوجتي أنتك أو أختك على أن أزوجك ابنتي أو أختي، على أن صدق كل واحدة منهما بضع الأخرى، كأنهما رفعاً للمهر وأخذاً للبضع، (المراجع السابق).

^٥ المغني: ٥٧/٩.

^٦ المراجع السابق: ١٣٥/٩.

٧- القاعدة السابعة: [حقوق العقد في البيع والشراء إنما تتعلق بالعقد]

وردت هذه القاعدة في باب لوجوه من العتق في معرض الحديث عن أمر المولى غيره بشراء المملوك، حيث قال المصنف -رحمه الله- ما نصّه: "وكذلك لو قال: كل مملوك أملكه إلى ثلاثين سنة وكذلك إذا قال: كل مملوك أشتريه فهو حر؛ لأن الشراء سبب للملك، وإقامة السبب مقام الحكم صحيح فإن أمر غيره فاشترى مملوكاً لم يعتق؛ لأنه جعل الشرط شراء بنفسه، ولم يوجد فإن حقوق العقد في البيع والشراء إنما تتعلق بالعقد".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في تحفة الفقهاء^٢: "حقوق العقد ترجع إلى العاقد إذا كان ممن يلزمه الخصومة".
- ما جاء في بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع^٣: "حقوق العقد مقتصرة على العاقد".
- ما جاء في الهداية لشرح بداية المجتدي^٤: "حقوق العقد ترجع إلى العاقد".
- ما جاء في المحيط البرهاني^٥: "حقوق العقد في البيع ترجع إلى العاقد، وفي النكاح لا يرجع إليه".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة بأن العاقد وهو الذي يباشر عقد البيع والشراء سواء كان أصيلاً أو وكيلًا يرجع إليه جميع حقوق العقد من مطالبة الثمن والرجوع به، أو تنازع، أو رد بعيب، أو استحقاق ونحو ذلك من حقوق العقد التي أثبتها الشارع له.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا وكل الرجل عنه شخصاً بالبيع والشراء، فعند الحنفية يجوز للوكيل أن يطالب بالثمن إذا باع دون الموكل، وعليه أن يسلم المبيع، وإذا اشترى فعليه تسليم الثمن، وضمان المهددة عليه، وهو المخاصم في العيب^٦.
- ٢- إذا اشترى أحد الشريكين مالاً فقبضه مع تأدية ثمنه يكون لازماً عليه وحده، فيطلب ثمن المال الذي اشتراه منه فقط ولا يطالب شريكه به، وهكذا قبض ثمن المال الذي باعه^٧.

^١ المبسوط للمرخومي: ٨٠/٧.

^٢ لعلاء الدين السمرقندي محمد بن أحمد، دار الكتب العلمية - بيروت، ط. الثانية ١٩٩٤م: ١٠١/٢.

^٣ ٢٣٢/٢.

^٤ لعلي بن أبي بكر المرغيناني، بتحقيق طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي - بيروت: ٢٠٧/٣.

^٥ لبرهان الدين محمود ابن مازة البخاري، بتحقيق عبد الكريم المجندي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط. الأولى ١٤٣٤هـ: ١٩٠/٣.

^٦ الشجرند للقلدوري: ٣١١٢/٦.

^٧ مجلة الأحكام العدلية للجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، بتحقيق نجيب هراويزي، نور محمد كاريخان تملرت كتب آرام باغ - كراتشي: ص ٢٦٥.

٣- إذا افترق كل من المضارب ورب المال وفي المال ديون، والمضارب كان ربح في المال، فإن الحاكم يحجره على اقتضاء الديون، فإن لم يكن في المال ربح لم يحجر على الاقتضاء؛ لأنه وكيل محض لرب المال في الاقتضاء، فترجع حقوق العقد إليه^١.

٤- لو وهب الوكيل الثمن من المشتري، أو أبرأه منه، أو حط منه، جاز كل ذلك عند أبي حنيفة ومحمد الشيباني -رحمه الله-، ويضمن الوكيل الثمن كله لو كُله في الحال؛ لأن حقوق العقد راجعة إلى العاقد وهو الوكيل^٢.

^١ الباب في شرح الكتاب للميداني عبد الغني بن طالب، بتحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية بيروت: ١٣٦/٢.

^٢ مجمع الأئمة في شرح ملتقى الأئمة لميد الرزحني دامزاد آفندي، دار إحياء التراث العربي: ٢٣٧/٢.

٨- القاعدة الثامنة: [البينة حجة في حق الكل]

أورد الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في باب لوجوه من العتق للاستدلال بما على لزوم الجنائي حكم الجناية على الحر إن قامت به البينة، حيث قال ما نصّه: " وإن كان أجنبي جنى عليه -أي المملوك- (...) إن قامت به بينة لزم الجنائي حكم الجناية على الحر؛ لأن البينة حجة في حق الكل، والثابت من الحرية بما قبل الجناية كالثابت معاينة على الحر^١.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في كثر الدقائق^١: "البينة حجة متعديّة لا الإقرار".
- ما جاء في أسنى المطالب في شرح روض الطالب^٢: "البينة حجة عامة".
- ما جاء في بحر للذهب^٣: "البينة حجة على المدعي وعلى غيره".
- ما جاء في التهذيب في فقه الإمام الشافعي^٤: "البينة حجة صريحة في إثبات الملك".

شرح مفردات القاعدة:

البينة: وهي في اللغة من بان الأمر يبين فهو بين وجاء بآقن على الأصل وأبان إبانة وبين وتبين واستبان كلها بمعنى الوضوح والانكشاف والاسم البيان وجميعها يستعمل لازماً ومتعدياً إلا الثلاثي فلا يكون إلا لازماً^٥.
أما في الاصطلاح: فهي الحجة القوية والدليل على صدق المدعي في دعواه^٦.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة بأن البينة حجة ثابتة بالأدلة الشرعية من الكتاب والسنة والإجماع، متعديّة إلى الغير تظهر في حق كافة الناس ممن لهم علاقة بالقضية، فلا يكون حكمها قاصراً على من يقيمها كما في الإقرار، بل تصدر حجة بقضاء القاضي وينفذ قضاؤه بما في حق الكافة.

^١ المبسوط للسرخسي: ٨٣/٧.

^٢ للنسفي عبد الله بن أحمد الحنفي، بتحقيق الدكتور سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية ودار السراج، ط. الأولى ٢٠١١م: ص ٤٣٤.

^٣ لذكريا بن محمد الأنصاري، دار الكتاب الإسلامي (بنون طبعة وتاريخ النشر): ١٠٢/٤.

^٤ في فروع فقه المذهب الشافعي لعبد الواحد الرويان، بتحقيق طارق قحوي السيد، دار الكتب العلمية بيروت، ط. الأولى ٢٠٠٩م: ٣٨٢/٧.

^٥ للبغوي الحسين بن مسعود، بتحقيق عادل أحمد، دار الكتب العلمية - بيروت، ط. الأولى ١٩٩٧م: ٣٢٠/٨.

^٦ ينظر: المصباح المنير للفيومي: ٧٠/١.

^٧ التصريفات الفقهية لمحمد عميم البركتي، دار الكتب العلمية (إعادة صف للطبعة القديمة في باكستان ١٩٨٦م)، ط. الأولى ٢٠٠٣م: ٤٩/٩.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- لو ادعى كل واحد من الرجلين نكاح امرأته، وأقرت لأحدهما فأقام الآخر البينة قضى القاضي بالبينة؛ لأن البينة حجة متعديّة والإقرار قاصرة^١.
- ٢- إذا ثبت الدين على التركة بالبينة يثبت في حق جميع الورثة، سواء كان الثبوت بمواجهة الوصي، أو بمواجهة أحد الورثة، ولا يحق للورثة الغائبين عن مجلس القضاء أن يطالبوا المدعي بإثبات الدين بحضورهم مرة أخرى؛ لأن البينة تصري على جميع الورثة.
- ٣- إذا قامت البينة بشهادة الشهود على أن أحداً من الناس أقرض فلاناً وفلاناً مالاً أو ضار بهما معاً، فإن المواخذه على الاثنين فيطالبان معاً برد المال.
- ٤- إذا أقام شخص دعوى استحقاق في مال اشتراه شخص من آخر، وبعد أن أنكر استحقاق المدعي للمال للمدعي به، وأثبت المدعي ملكيته له بالبينة، وكان المدعي عليه في حاجة إلى الرجوع على البائع بالثمن فيحكم بالبينة حفظاً لحق المشتري، ومنعاً للإضرار به. حتى يحق له الرجوع على البائع واسترداد ثمن المبيع.

^١ البناية شرح الهداية: ٣٨٣/٩.

٩- القاعدة التاسعة: [إيجاب البيع في المجهول باطل]

أورد الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة ضمن باب الوجوه من العتق في معرض كلامه عن بطلان عدم تعيين العبد عند بيعه وعدم رؤيته من المشتري، حيث قال ما نصه: "ولو قال: أبيعك عبداً بكذا، ولم يسمه، ولم يره المشتري فالبيع باطل؛ لأنه أوجب في مجهول، وإيجاب البيع في المجهول باطل".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بتوصيها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في الشرح الكبير على متن المقنع^٢: "بيع المجهول لا يصح إجماعاً".
- ما جاء في تبين الحقائق شرح كنز الدقائق^٣: "لا يصح بيع المجهول".
- ما جاء في المغني^٤: "المجهول لا يصح بيعه لجهالته".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

المقصود من القاعدة أن البيع في المجهول باطل؛ لأن من شروط صحة العقد ولزومه المتفق عليها في المذاهب، معرفة المبيع والعلم به قدرأ وصفة أو رؤية، والجهالة في البيع يناهض شروط صحة العقد، وهي مفضية للنزاع بين المتعاقدين. من تطبيقات القاعدة:

- ١- لو قال البائع للمشتري: بعثك جميع الأشياء التي هي ملكي وقال المشتري اشتريها وهو لا يعرف تلك الأشياء فالبيع باطل^٥.
- ٢- لو قال شخص لآخر: بعثك هذه الفرس، وما في بطن هذه الفرس الأخرى بألف، فهذا البيع باطل بكل حال من دون خلاف^٦.
- ٣- لو قال إنسان لآخر: أبيعك سيارة أو بيتاً بكذا من المبلغ، ولم يسم المفقود عليه، ولم يره المشتري فالبيع باطل؛ لأنه أوقع البيع في المجهول.

^١ المبسوط: ٨٥/٧.

^٢ لابن قدامة عبد الرحمن بن محمد، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، أشرف على طباعته محمد رشيد رضا (بدون طبعة وتاريخ): ٥/٦.

^٣ ٧/٤.

^٤ ١٧٨/٤.

^٥ مجلة الأحكام العدلية: ٤٢/١.

^٦ المرجع السابق: ١٧٨/٤.

١٠- القاعدة العاشرة: [فعل المسلم محمول على الحل ما أمكن]

أورد الإمام السرخسي هذه القاعدة ضمن باب لوجوه من العتق مستدلاً بها على جواز فيما لو تصرف المسلم في ملكه بشيء يحل له كالوطء بالنسبة للأمة والزوجة فأقدمه عليه في إحداها دليل تعيين الملك فيها وانتفاء العتق والطلاق عنهما، حيث قال ما نصه: "وبما لو قال لامرأتين له: إحداكما طالق ثلاثاً ثم وطئ إحداها تعين الطلاق في الأخرى، وهذا لأن فعل المسلم محمول على الحل ما أمكن؛ لأن عقله، ودينه يمنعه من الحرام، ووطئها جميعاً ليس بحلال له حتى لا يفتى له بذلك فكان من ضرورة حل الوطء في إحداها انتفاء العتق عنها".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بلفظها ومفادها في أكبر من مدونة فقهية وفيما يلي بيانها:

- ما جاء في بدائع الصنائع^٢: "فعل المسلم العدل محمول على الجواز ما أمكن".
- ما جاء في تبيين الحقائق^٣: "فعل المسلم يحمل على الصلاح ما أمكن".
- ما جاء في شرح الزرقاني على مختصر خليل^٤: "الأصل في فعل المسلم عدم المعصية".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

الأصل في المسلم أن تكون أفعاله وأقواله مراعى بها قواعد الشرع وأحكامه، فلا يجوز حل فعل مسلم أو كلام تكلم به على غير وجه شرعي صحيح دون دليل؛ لأن حسن الظن بالمسلمين واجب، وقد أمرنا بإحسان الظن بأهل القبلة، فلا يجوز إساءة الظن بالمسلم إذا فعل فعلاً أو قال قولاً، ونحن نعيد لفعله أو كلامه وجهاً شرعياً صحيحاً نحمله عليه.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا طالب الدائن مدينه بدين له عليه فلا يجوز له أن يسأله عن سببه؛ لأن فعل المسلم محمول على ما يحل.
- ٢- إن كل ما يوجد في أسواق المسلمين من الذبائح والمطاعم فإنه محمول على الصحة؛ لأن ما يوجد فيها بفعل المسلمين وهو محمول على الصحة.
- ٣- لو وجدنا إنساناً يبيع متاعاً أو سلعة فيجب أن نحمل ذلك على أن ما يبيعه هو ملكه أو وكيل في بيعه، وليس لنا أن نتهمه بأنه مبارق وأن المتاع مسروق، إلا إذا قامت بينة أو شبهة قوية على ذلك.

^١ الميسوط: ٨٦/٧.

^٢ ١٠٩/٤.

^٣ ١٧٧/٤.

^٤ للزرقاني عبد الباقي بن يوسف، بتحقيق عبد السلام محمد، دار الكتب العلمية بيروت، ط. الأولى ٢٠٠٢م: ٣٢١/١.

١١ - القاعدة الحادية عشرة: [الثابت بمقتضى الكلام كالثابت بالنص]

ذكرت هذه القاعدة ضمن باب الشهادة في العتق في معرض الحديث عما لبت بمقتضى الكلام فيكون بمنزلة الثابت بالنص، حيث قال ما نصّه: "وإذا قال: أول عبد يدخل علي من عبيدي فهو حر فأدخل عليه عبد ميت ثم أدخل عليه عبد حي فإنه يعتق الحي، قال: لأنه هو الأول، ولا يحتسب بالميت ولا يكون الميت أولاً، وآخره، ومعنى هذا أن الإدخال عليه للإكرام، أو الإهانة، ولا يتحقق ذلك في الميت فتصير الحياة ثابتة بمقتضى كلامه، وكأنه قال: أول عبد حي من عبيدي؛ ولأنه جازاه بالحرية، وإنما يجازي به الحي دون الميت؛ لأن الميت ليس بمحل لإيجاب العتق فيه والثابت بمقتضى الكلام كالثابت بالنص".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الأصول منها ما يأتي:

- ما جاء في أصول المرحسي^٢: "الحكم الثابت بالمقتضى كالثابت بالنص".
- ما جاء في كشف الأسرار^٣: "الثابت بضرورة النص كالثابت بالنص".
- ما جاء في الكافي شرح البردوي^٤: "المقتضى حكمه حكماً للنص".

شرح مفردات القاعدة:

مقتضى الكلام: اسم للمفعول من الاقتضاء وهو الطلب، ومنه اقتضى الدين وتقاضاه أي طلبه، وقالوا في تفسير المقتضى بأنه ما أضحى في الكلام ضرورة صدق المتكلم ونحوه، وكذلك: هو الذي لا يدل عليه اللفظ ولا يكون منطوقاً لكن يكون من ضرورة^٥.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

المشتمل في دلالة الاقتضاء بعدها كغيرها من الدلالات تهت الحكم على وجه القطع ما لم يوجد ما يصرفها إلى الظن من تأويل أو تخصيص، إذ الثابت بالاقتضاء أمر تقتضيه ضرورة صحة الكلام واستقامة العبارة. كما أنّ الحكم الثابت بدلالة الاقتضاء يشترك مع الثابت بالدلالة في الإضافة إلى النص، ولو بواسطة فصار الثابت به كالثابت

^١ الميسوط: ١٠٠/٧.

^٢ ٢٤٨/١.

^٣ ٣٣٦/٣.

^٤ لجام الدين السفناقي حسين علي، بتحقيق فخر الدين قانت، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، ط. الأولى ٢٠٠١م: ٢٧٢/١.

^٥ كشف الأسرار شرح أصول البردوي: ٧٥/١.

بالنص. وبخلاصة القاعدة: أن الثابت بدلالة الاقتضاء كالثابت بدلالة النص في إفادته الحكم قطعاً إلا عند التعارض
فترجح الدلالة على الاقتضاء.

من تطبيقات القاعدة:

١- إذا ضاقت التركة عن إيفاء كل الورثة يقسم عليهم على قدر حقوقهم، ويدخل النقص على الكل؛ لأن الله لما
جمع هذه السهام في مال لا يمتنع للكل علمنا أن المراد إلحاق النقص بالكل عملاً بإطلاق الجمع فكان ثابته
بمقتضى جمع هذه السهام، والثابت بمقتضى النص كالثابت بالنص^١.

٢- من أودع عيناً عند آخر وأمره بقضاء الديون عنها يصير ذلك أمراً بالبيع وقضاء الديون عن ثمنها^٢.

٣- إذا قال رجل لآخر: اكفل عني لفلان بكذا وكذا؛ فهذا إقرار منه بالمال إن كفل به أو لم يكفل؛ لأنه أمره
بالكفالة عنه ولا تكون إلا بعد وجوب المال على الأصيل فيقتضي أمره بذلك الإقرار وجوب المال عليه^٣.

٤- إن ذكر البيع يقتضي بالغاً، وذكر السلم يقتضي عاقداً، وذكر النكاح يقتضي ناكحاً؛ لأن ما يثبت بمقتضى
النص فهو كالمخصوص^٤.

^١ الاختيار لتحليل المختار: ٩٦/٥.

^٢ كشف الأسرار: ٣٣٦/٣.

^٣ المبسوط: ٣٠/٢٠.

^٤ أصول الميراث: ١٧٥/٢.

١٢- القاعدة التالية عشرة: [ثبوت الحكم في التبع ثبوته في المتبوع]

أورد الإمام السرخسي هذه القاعدة ضمن باب عتق العبد بين الشركاء للاستدلال على أن إعتاق أحد نصفي العبد لا يكون موجباً لإعتاق النصف الباقي، حيث قال ما نصّه: "والأصح أنه لا يتجزأ؛ لأن سببه، وهو القهر لا يتجزأ إذ لا يتصور قهر نصف الشخص دون النصف، والحكم ينفي على السبب، وكذلك الاستيلاد سببه لا يتجزأ، وهو نسب الولد فأما عتق الجنين عند إعتاق الأم ليس لأجل الاتصال، ألا ترى أن إعتاق الجنين لا يوجب إعتاق الأم والاتصال موجود، ولكن الجنين في حكم جزء من أجزائها كيدنها، ورجلها، وثبوت الحكم في التبع ثبوته في المتبوع وأحد النصفين ليس يتبع للنصف الباقي فلهذا لم يكن إعتاق أحد النصفين موجباً للعتق في النصف الباقي".^١

توثيق القاعدة:

وردت هذه القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في الكافي شرح البرقي: "ثبوت الحكم في التبع بثبوته في المتبوع".
- ما جاء في النهاية شرح الهداية: "ثبوت الحكم في التبع ثبوته في الأصل".
- ما جاء في المغني: "التابع يثبت له حكم أصله".
- ما جاء في الموافقات في أصول الشريعة: "الفرع مبني على أصله".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة بأن ما كان تابعاً لغرضه في الوجود - سواء كان جزءاً من متبوعه أو ضمن متبوعه أو من ضرورات متبوعه ولوازمه، أو فرعاً له أنه لا حكم له منفرداً بل إن الحكم الذي يثبت لأصله يثبت له. فإذا ثبت لأصله حكم فإنه يثبت له كذلك.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا صار الإمام خارجاً عن الصلاة بالتسليمة الواحدة فضحك لم يصادف ذلك حرمة الصلاة؛ وأما المقتدي إذا ضحك في هذه الحالة؛ فلائنه تبع للإمام، وثبوت الحكم في التبع ثبوته في المتبوع.^٢

^١ الميسوط: ١٠٧/٧.

^٢ ٢٢٢٩/٥.

^٣ ١٩٢/١٠.

^٤ لابن قدامة: ٩٢/٢.

^٥ للشاطبي إبراهيم بن موسى، بتحقيق مشهور آل مملحان، دار ابن عفان، ط. الأولى عام: ١٩٩٧م: ٣٨٩/٦.

^٦ لمرجع السابق: ٩٣/٢.

- ٢- إذا بيعت دابة في بطنها حمل يدخل الحمل في البيع تبعاً لأمه، ولا يجوز إفراده بالبيع.
- ٣- القفل يدخل في البيع مفتاحه، وكذلك توابع المبيع المتصلة به اتصال قرار كالأبواب والنوافذ والأحواض في بيع الدور، والأشجار في بيع الحدائق والبساتين. فكل ذلك يدخل في البيع دون ذكر.

١٣ - القاعدة الثالثة عشرة: [من احتبس ملك الغير عنده يكون ضامناً لو موسراً كان أو معسراً]

وردت هذه القاعدة ضمن باب العتق بين الشركاء واستدل بها المصنف على ضمان العبد في حالة اليسار أو الإعسار إذا كان بين شريكين وأعتقه أحدهما دون الآخر، حيث قال ما نصته بعد أن ذكر نص الحديث في ذلك: "والعنى فيه أن نصيب الشريك مال متقوم، وقد احتبس عند العبد لما قلنا أن يعد إعتاق البعض بمنع استدانة الملك فيما بقي لوجوب تكميل العتق، والدليل عليه حالة اليسار فإن حكم المحل لا يختلف بيسار المعتق، وعسرته، ومن احتبس ملك الغير عنده يكون ضامناً له موسراً كان، أو معسراً وجد منه الصنع، أو لم يوجد".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بتبصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في البحر الرائق^٢: "من احتبس مال نصيبه عند العبد فله أن يضمته".

- ما جاء في الهداية^٣: "من احتبس مال نصيبه عند العبد فله أن يضمته".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تتعلق القاعدة بما إذا كان حق شخص محبوساً عند الآخر فإن احتبس حق شخص وملكه عند آخر فله أن يضمته أي له أن يلزمه بدفع ثمن مقابل احتباس ملكه ونصيب ماليته سواء كان الضامن له موسراً - يقدر على سداد مالية نصيب الآخر -، أو معسراً - أي فقيراً معدوماً - فعليه السعاية في حصة من احتبس ملكه حتى يفلح حقه من احتباس نصيب ذلك الشخص، وسواء وجدت منه حرفة أو لم توجد فهو في جميع أحواله ضامناً.

من تطبيقات القاعدة:

- ١ - لو هبت الريح بثوب إنسان، وألقته في صبيغ إنسان فأنصبغ كان لصاحب الصبيغ أن يرجع عليه بقيمة صبغه إذا اختار صاحب الثوب إمساك الثوب^٤.
- ٢ - لو أن العدل باع الرهن كالعمارة مثلاً بمليون روية، وبعد قبض هذا المليون، تلف في يده قبل أن يعطيه للمرتحن، فالتلف على ضمان الراهن؛ لأنه وكيل عنه.
- ٣ - إذا هلك للبيع المحتبس عند البائع بفعل أجنبي فجميع الثمن مضمون عليه وإن شاء فسخ وأتيح للجاني بالضممان.

^١ الميسوط: ١٠٦/٧.

^٢ ٢٥٤/٤.

^٣ ٣٠٢/٢.

^٤ الهداية في شرح بداية للنجدي: ٣٠٢/٢، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٧٤٤/٣ - ٧٥٥.

١٤ - القاعدة الرابعة عشرة: [المخير بين الشيئين إذا اختار أحدهما تعين ذلك عليه]

أورد الإمام السرخسي - رحمه الله - هذه القاعدة ضمن باب عتق العبد بين الشركاء في معرض كلامه عن اختيار الشريك ضمان العبد ثم بدا له أمر آخر، حيث قال ما نصه: " وإن كان موسراً يوم أعتقه فاختر الشريك ضمانه ثم بدا له أن يبرئه، ويستسعي الغلام لم يكن له ذلك، وروى ابن سماعة عن محمد - رحمهما الله تعالى - أنه لو قضى القاضي له بال ضمان، أو رضي به للمعتق فليس له أن يستسعي الغلام بعد ذلك، وإلا فله ذلك. (...) وقيل: بل المسألة على روايتين وجه ظاهر الرواية أن المخير بين الشيئين إذا اختار أحدهما تعين ذلك عليه".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بلفظها أو مفادها في المذونات الفقهية، منها ما يلي:

- ما جاء في مواهب الجليل^٢: " انتفاء أحد الأمرين للمخير فيهما موجب تعين الآخر".
- ما جاء في الحاوي الكبير^٣: " المخير بين أمرين إذا عجز عن أحدهما تعين عليه الآخر".
- ما جاء في شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب^٤: " من خير بين شيئين فاختر أحدهما هل يعد كالمقتل أو لا؟".
- ما جاء في المنثور في القواعد الفقهية^٥: " ما يخير فيه إذا اختار أحد الأمرين ثم اختار الآخر قد يلزمان".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة لها صلة بالمسألة الأصولية، وهي المسألة عند الأصوليين (الواجب للمخير فيه). وهذه القاعدة تمثل رأي الأحناف تفيد القاعدة في هذه المسألة فيأثم يرون بأن المخير بين شيئين فاختر أحدهما لا يعد كالمقتل، يعني بأن الإنسان إذا وجب عليه فعل واحد من شيئين أو أكثر، ففعل أحد هذه الأشياء باختياره ورضاه كان ما فعله هو الواجب عليه عيناً دون غيره. وبالمالكية^٦ يرون بأن المخير بين شيئين إذا اختار يعد كالمقتل، كأنه ما اختار قط غير ذلك الشيء. أما الشافعية فقد ذهبوا إلى أنه لا يتعين شيء على المخير وله الرجوع إلى خيار آخر، فلو اختار الآخر بعد اختيار الأول حوّل إليه ما لم يكن الإيقاع متعيناً على المخير فإن الخيارين يتفدان في حقه^٧. أما الحنابلة

^١ المبسوط: ١١٢/٧.

^٢ للعطاب المالكي: ٨٨/٤.

^٣ لعلي الماوردي بتحقيق علي معوض وعادل، دار الكتب العلمية-بيروت، ط. الأولى ١٤١٤هـ: ٤٥٥/١١.

^٤ لأحمد بن علي المنجور، دراسة وتحقيق محمد الشيخ، أصله رسالة الدكتوراه بإشراف د/ حمد حماد، دار عبد الله الشنيطي:

٣٣٢/١.

^٥ ٢٦١/١.

^٦ شرح المنهج المنتخب: ٣٣٢/١.

^٧ المنثور: ٢٦١/١.

فذهبوا إلى أنه ما قام به للخير هو الواجب عليه، فالواجب الإتيان بإحدى الخصال وهو المشترك بين جميعها، ولا يترك الجميع لئلا يتعطل المشترك^١.
من تطبيقات القاعدة:

١- الإمام فيما حصل تحت يده من الأسارى غير بين الأمور الثلاثة كما في الواجب المختار: إن شاء قتلهم، وإن شاء استرقهم، وإن شاء تركهم أحراراً ذمة للمسلمين إلا مشركي العرب والمتردين^٢.
٢- لو خبر ولي المقتول بين القصاص والدية فاختار الدية سقط القصاص ووجهت الدية وتعين له المال، ولو عفا عن المال ثبت له القود^٣.

- العدل عامل للراهن بأمره، ومنفعته بقدر دين المرتهن، وعليه فإنه غير بين شيئين، إما أن يضمن الراهن جميع القيمة؛ لأنه كان عاملاً له، وإن شاء ضمن المرتهن بقدر ما قبض؛ لحصول المنفعة في ذلك القدر له، وإذا فعل ذلك رجع المرتهن على الراهن بدينه؛ وليس له أن يأخذها جميعاً^٤.

- إذا غصب شخص من رجل مبلغاً مالياً فقبضه منه أجنبي فهلك عنده ثم حضر صاحبه فاختار ضمان الأجنبي بريء الغاصب منه؛ لأنه كان مخيراً بين تضمين الغاصب الأول أو الثاني فإن وكل الغاصب الأول بالقبض من الأجنبي جاز إقرار الوكيل بقبضه؛ لأن الغاصب الأول استفاد البراءة على الإطلاق بهذا الاختيار^٥.

٥- من أراد أحد التكفير عن يمين حنث فيها فعليه أن يفعل أحد ثلاثة أشياء، وهو مخير بأن يفعل أيها أراد. فإذا أعقق عن يمينه كان عتقه هو الكفارة في حقه، وكذلك إذا أطعم أو كسا عشرة مساكين. فما يفعله يكون هو الواجب في حقه، وتبرأ ذمته بفعله^٦.

من مستنبطات^٧ حدة:

- لو قال: ات علي حرام كظهر أمي، ونواهما، بخير، فما اختاره لزمه، فلو اختار الطلاق ثم الظهار نفذ؛ لأن الاختيار في الطلاق والظهار هو تعيين إيقاع فلم يقبل الرجوع عند الشافعية^٨.

^١ التحرير شرح التحرير للمرداوي علي بن سليمان، بتحقيق عبد الرحمن الجبرين، مكتبة الرشد الرياض، ط. الأولى ٢٠٠٠م، ٩١٣/٢.

^٢ العناية شرح الهداية: ٤٧٤/٥.

^٣ المشور في القواعد الفقهية: ١٤٩/١.

^٤ للموسوط: ٧٧/٢١.

^٥ للرجع السابق: ١٢٤/٢٥.

^٦ موسوعة القواعد الفقهية: ٥٤٢/١١.

^٧ المشور في القواعد الفقهية: ٢٦٢/١.

١٥ - القاعدة الخامسة عشرة: [الضمان لا يجب بالشك]

وردت هذه القاعدة ضمن باب العتق بين الشركاء في معرض الكلام عن ضمان العبد بين ثلاثة شركاء أعتق أحدهم ودير الآخر وكاتب الآخر من دون أن يعلم أولهما حيث قال ما نصّه: "وإذا كان العبد بين ثلاثة رهط فأعتق أحدهم نصيبه، ودير الآخر، وكاتب الآخر، ولا يعلم أيهم أول، فنقول: أما على قول أبي حنيفة عتق المعتق في نصيبه نافذ ولا ضمان له على أحد تقدم تصرفه أو تأخر، وتدبير المدبر في نصيبه أيضاً نافذ، وهو مخير إن شاء استسعى العبد في ثلث قيمته مدبراً وإن شاء ضمن المعتق فإذا اختار التضمين ضمنه مدس قيمته مدبراً، ورجع على العبد بمدس قيمته استحساناً، وفي القياس ليس له حق التضمين؛ لأن التدبير منه إن سبق فله حق تضمين كعتق، وإن تأخر فليس له حق تضمينه، والضمان لا يجب بالشك".^١

وثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في بدائع الصنائع^٢: "الضمان لا يجب بالشك".
- ما جاء في المحيط البرهاني^٣: "الضمان الواجب لحق العباد فغير مبني على الاحتياط، فلا يجب في موضع الشك".
- ما جاء في قرّة عين الأخيار^٤: "لا يُضمن بالشك".

شرح معنى المفردات:

الضمان في اللغة يدور حول عدة معان منها: الإلزام والإلتزام والإحتواء^٥ الكفالة^٦. أما اصطلاحاً فقد عرّف بأنه: "عبارة عن ردّ مثل المالك، إن كان مثلياً، أو قيمته إذا كان قيمياً"^٧. الشك: وهو في اللغة خلاف اليقين^٨.

^١ المبسوط: ١١٤/٧.

^٢ ٣١٩/٧.

^٣ ٤٤٣/٢.

^٤ لابن عابدين محمد علاء الدين التتدي، دار الفكر للطباعة بيروت - لبنان: ١٦٠/٧.

^٥ لقساموس المحيط للفيروز آبادي: ١٢١٢/١، والمصباح للنير: ٣٦٤/٢.

^٦ ينظر: مقاييس اللغة لابن فارس: ٣٧٢/٣.

^٧ ينظر: غمر عيون البصائر للحموي: ٦/٤.

^٨ مقاييس اللغة: ١٧٣/٣.

أما اصطلاحاً فهو التردد بين النقيضين بلا ترجيح لأحدهما على الآخر عند الشاك، وقيل: الشك: ما استوى طرفاه، وهو الوقوف بين الشيئين لا يميل القلب إلى أحدهما^١.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد القاعدة بأنه متى ما وقع الشك في حصول الإتلاف أو الاستهلاك أو وقع الشك في المتلف أو المستهلك فلا يجب الضمان ولا الغرامة على من شك في إتلافه؛ لأن الضمان يستلزم يقين الفعل من الفاعل والشك ينافيه، سواء كان شكاً في الفاعل أو شكاً في سبب الهلاك.

من تطبيقات القاعدة:

١- لو قُتِلَت الأم ثم خرج الجنين بعد ذلك منها ميتاً ففي الأم الدية، ولا شيء في الجنين عند الحنفية^٢؛ لحصول الاشتباه في هلاكه إذا انفصل بعد موتها فرمما كان ذلك بالضربة وربما كان بالتهبؤ نفسه بملاكها، ومع اشتباه السبب لا يجب الضمان.

٢- إذا كان في بطن الأم جنينان فخرج أحدهما قبل موتها، وخرج الآخر بعد موتها، وهما ميتان ففي الذي خرج قبل موتها خمسمائة درهم، وليس في الذي خرج بعد موتها شيء اعتباراً لكل واحد منهما بما لو كان وحده؛ وهذا لأنه لا سبب لموت الذي خرج قبل موتها سوى الضربة، واشتبه السبب في الذي خرج بعد موتها، ومع اشتباه السبب لا يجب الضمان^٣.

٣- لو حفر إنسان حفرة في غير ملكه بالإذن، وقام بعمل الاحتياطات اللازمة، وبالرغم من ذلك وقع في هذه الحفرة حيوان أو إنسان، ووقع الشك في استيفاء الحافر احتياطاته؛ لأنه صاحب سبب، فمع اشتباه السبب لا يجب عليه ضمان الواقع في الحفرة^٤.

^١ التعريفات: ص ١٢٨.

^٢ بدائع الصنائع: ٣٢٧/٧؛ والهداية في شرح بداية المبتدي: ٤٧٢/٤.

^٣ المبسوط: ٨٩/٢٦-٩٠.

^٤ موسوعة القواعد الفقهية: ٧١٩/١٠.

١٦- القاعدة السادسة عشرة: [كل تصرف يحتمل النقص بعد نفوذه فهو نافذ من المريض، وكل تصرف لا يحتمل النقص بعد نفوذه يتوقف من المريض]

أورد المصنف هذه القاعدة ضمن باب عتق العبد بين الشركاء ليبيان الأصل في حكم المريض المعتق لعبدته والواهب كذلك، حيث قال: "رجل أعتق عبده عند الموت، ولا مال له غيره فأمر العبد موقوف في جنايته، وشهادته، ونكاحه بغير إذن المولى وهذا بخلاف ما لو وهبه من إنسان في مرضه فإن الهبة تكون صحيحة حتى لو كانت جارية حل للموهوب له وطولها بعد الاستبراء، والأصل أن كل تصرف يحتمل النقص بعد نفوذه فهو نافذ من المريض؛ لقيام ملكه في الحال، والهبة من هذا النوع، وكل تصرف لا يحتمل النقص بعد نفوذه يتوقف من المريض"^١.

توليق القاعدة:

وردت القاعدة بتنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في فتح القدير^٢: "تصرف المريض فيما لا يحتمل النقص موقوف عنده".
- ما جاء في النكت^٣: "ما يحتمل النقص من تصرفات المريض يجعل نافذاً للحال، وما لا يحتمل النقص يجعل موقوفاً".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة تشتمل على شطرين، يفيد الشطر الأول منها بأن تصرف المريض في مرض موته فيما يحتمل أن يبطل بعد نفوذه يكون تصرفاً صحيحاً وناقذاً منه؛ لأن الذي يمكن إبطاله هو ما ثبتت صحته؛ وأما التصرف الباطل أصلاً فلا يلحقه الإبطال لبطلانه من أساسه، وهذا التصرف الذي ثبتت صحته إذا تعلق تنفيذ بعد موته ينقض، لا لعدم صحته بل لاستحالة تنفيذه كأن لا يخرج من ثلث ماله.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا أقر المريض في مرض الموت بحق لوارث لا يصح إقراره عند الحنفية؛ لأنه لا يملك في هذه الحال إنشاء مثل هذا التصرف أو تنفيذه، لأنه يتهم بمحاولة تفضيل بعض الورثة على بعض.
- ٢- لو وهب المريض في مرض موته شيئاً من ثلث ماله لآخر فإن الهبة تكون صحيحة وتعتبر وصية إلى ما بعد الموت، وجاز للموهوب له أن يتفع بالموهوب. وإن لم يخرج للموهوب ثلث ماله بطلت الهبة من أساسها.

^١ المصنف: ١١٩/٧.

^٢ ٤٦٩/٤.

^٣ للمرخسي، بتحقيق أبي الوفاء الأفغاني، عالم الكتب - بيروت، ط. الأولى ١٤٠٦ هـ: ١٠٤/١.

١٧- القاعدة السابعة عشرة: [ما تردد بين أصليين يوقر حفظه عليهما]

وردت القاعدة تحت باب العتق على المال في معرض كلامه على تعليق العتق على أداء المال، حيث قال ما نصه: "ألا ترى أن في زوجته الطلاق بهذه الصفة يكون بائناً وأن المولى لو وجد المال زيوفا فرده كان له أن يستبدله بالجيد وما تردد بين أصليين يوقر حفظه عليهما فوقرنا عليه التعليق في الابتداء لمراعاة لفظ المولى ودفع الضرر عنه ووقرنا عليه معنى الكتابة في الانتهاء دفعا للضرر والغرور عن العبد".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها في كتب الفقهاء والأصوليين منها ما يأتي:

- ما جاء في البحر الرائق شرح كثر الدقائق^٢: "ما تردد بين الأصليين توفى فيه حفظهما".
- ما جاء في التقرير والتحجير^٣: "ما تردد بين شيعين يوقر حفظه عليهما".
- ما جاء في شرح مختصر الروضة^٤: "يلحق الفرع المتعدد بين أصليين بما هو أشبه منهما".
- ما جاء في مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل^٥: "من حق الفرع إذا تداعاه أصلا وتماذيه طرفان أن يوقر عليه مقتضى الشائعتين ليلها إليهما ميلا منحنًا".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة كثير الدوران في كتب المذهب الحنفي، وفي بعض مصادر المذهب المالكي، وهي تشير إلى وجود مسائل ذوات شبهين ووجهين أحيانا، فيجتهد الفقيه في إعطاء الحكم المناسب مع مراعاة كلا الوجهين، وبذلك تعد القاعدة أصلا من أصول الترجيح. فالمقصود بالقاعدة هو أن الشيء إذا كان له شبه بأصليين مختلفين وأخذنا حفظا معتبرا من كل واحد منهما فإنه يعتبر بمذهبين الأصليين فيعطي حكما من كل منهما، أما إذا غلب أحد أصليين فإنه يعطي حكمه.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا مات الرهن عند المرغن، أو تلف بوجه من وجوه التلف، فللإمام مالك -رحمه الله- فيه قولان: التفريق بين أن يكون ما يمكن إخفاؤه وتغييبه كالثياب والحلي ونحوها، وما لا يخاب عليه كالعقار والحيوان، ففي الحالة الأولى يكون الرهن مضمونا، وفي الثانية يعتبر أمانة في يد المرغن لا يضمن إلا بالتعدي والتقصير. فهو مما

^١ المبسوط: ١٣١/٧.

^٢ ٣٨/٨.

^٣ لابن أمير جاج محمد بن محمد، دار الكتب العلمية بيروت، ط، الثانية ١٩٨٣م: ٢٧٨/٢.

^٤ للطوفي سليمان بن عبد القوي الطوفي، بتحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة بيروت ط، الأولى

١٩٩٠م: ٤٢٥/٣.

^٥ للرجحي المالكي علي بن سعيد، اعتنى به أمير الفضل الديماطي وجماعة، دار ابن حزم، ط، الأولى ٢٠٠٧م: ٣٥٢/٧.

بتجاذبه أصلاً أن يوفر عليه من حكم كل واحد منهما، فلأجل ذلك قالوا مرة بأنه أمانة، وأخرى: إنه مضمون^١.

٢- إذا كفّل للمريض بمال، ثم مات ولا دين عليه لزمه من ثلثه، ولو أقر أنه كفّل في الصحة لزمه من جميع المال، إذا لم يكن الإقرار لوarith، وبالتالي فقد أخذ شبهها بالمعاوضة من وجه، وشبه التبرع من وجه، فلشبهها بالتبرع إذا كفّل في حال المرض كان محتسباً من الثلث، ولشبهها بالمعاوضة، إذا قال: كفّلت في حال الصحة صدق ولزمه من جميع المال، فيكون فيه توفير حفظه من الشبهين^٢.

٣- الإقالة بعض القبض تأخذ شبهها من البيع وشبهها من الفسخ، وعليه فإنها تعطى حكم الفسخ في حق المتعاقدين وبيع جديد في حق غيرهما، توفيراً على الشبهين حفظهما^٣.

٤- إذا قال رجل: إن شفى الله مريضاً فعلى صلاة أربع ركعات وصيام يومين فإنه يُكفّر بينهما؛ لكونه متعدداً بين النذر المخير لله وبين اليمين بالله، وقد أخذ شبهها من كل واحد منهما، فإنه شبه اليمين من حيث كان الواجب فيه بالحنث والمخالفة بين القول والفعل، وشبه النذر لله تعالى من حيث التزم له قرينة وطاعة بشرط، ففي هذه الحالة لا يجب الجمع بينهما ووجب التخيير بينهما^٤.

٥- إذا أحرم شخص بالحج قبل أشهر الحج، فقال بعض السادة الحنفية يكون الحكم هو الكراهة، لكون الإحرام من وجه بمنزلة الأركان، ومن وجه يشبه الشرائط، فلشبهه بالشرائط يجوز قبل الوقت، ولشبهه بالأركان يكون مكروهاً، وقيل بل الكراهة؛ لأن المحرم لا يأمن من مواجهة المخطور إذا طال مكثه في الإحرام^٥.

٦- نظر القابلة وشهادتها فهو خبر من وجه، وشهادة من وجه؛ لاختصاصها بمجلس الحكم. فلاعتبره بالشهادة تعتبر فيه الحرمة ولفظ الشهادة، ولاعتبره بالخبر لا يعتبر فيه الذكورة ولا العدد^٦.

^١ عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، لأبن شاس عبد الله بن نجم المالكي، بتحقيق آ.أ. / حميد المحمر، دار الغرب الإسلامي بيروت، ط. الأولى ٢٠٠٣م: ٧٧٩/٢.

^٢ الفروق للكرائسي أسعد بن محمد الحنفي، بتحقيق د. محمد طومو، وزارة الأوقاف الكويتية، ط. الأولى ١٩٨٢م: ٢٤٧، ٢٤٨/٢.

^٣ تأسيس النظر للدهومي: ص ١٥٤.

^٤ التجريد للقدوري: ٦٤٩٣/١٢.

^٥ للمصنوع: ٦١/٤-٦٢.

^٦ للمرجع السابق: ٥٠/٦.

١٨- القاعدة الثامنة عشرة: [يستند العلوق إلى أقرب الأوقات]

أورد الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في باب عتق ما في البطن في معرض كلامه عن نسبة الولد إلى أبيه بعد عتق أمه ولها زوج حر، حيث قال ما نصّه: " وإذا أعتق أمته ولها زوج حر فولدت ولدا لسته أشهر فصاعدا بعد العتق فنقاه الزوج لأعين ولزم الولد أمه لأن الحمل قائم بين الزوجين فإنما يستند العلوق إلى أقرب الأوقات"^١.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في العناية شرح الهداية^٢: "يحال العلوق إلى أقرب الأوقات".
- ما جاء في المحيط البرهاني^٣: "العلوق حادث والأصل في الحادث أن يحال بمحدثها على أقرب الأوقات".

شرح مفردات القاعدة:

العلوق: علقت الإبل من الشجر علقا من باب قتل وعلوقا أكلت منها بأفواهها وعلقت في الوادي من باب تعب سرحت، وعلقت المرأة بالولد وكل أنثى تعلق من باب تعب أيضا حملت والمصدر العلوق^٤.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة تتعلق بالحوادث التي الأصل فيها بأن تضاف إلى أقرب الأوقات، ومن ضمن الحوادث العلوق أي حبل المرأة بالولد كما في القاعدة، فإذا وقع النزاع في زمن العلوق ولا توجد ثمة بيّنة يضاف إلى أقرب الأوقات والأزمان ما لم يثبت نسبه إلى زمن أبعد؛ لأنه المتفق على حصول الحادث فيه، وأما الوقت الأبعد فهو مشكوك فيه، ولا سيما فيما إذا انقر أحد المدعين بوجود العلوق في ذلك الزمن والآخر ينفي ذلك.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا أوصى للحمل والزوج حي فولدته لسته أشهر لم تصح الوصية؛ لأنه في الوطاء الحلال يحال بالعلوق إلى أقرب الأوقات، فلا يثبت كون الحمل موجودا وقت الوصية إلا إذا ولدته لأقل من ستة أشهر^٥.

^١ البسوط: ١٣٣/٧.

^٢ ٣٥١/٤.

^٣ ٢٧٩/٩.

^٤ المصباح للنو للقيومي: ٤٢٥/٢.

^٥ الاختيار لتعليل المختار: ٦٤، ٦٥/٥.

- ٢- إذا جاءت امرأة الصغير بالولد لأقل من سنتين بعد موت زوجها تنقضي عدتها، ويستند العلوق إلى أقرب الأوقات؛ لأن النسب لا يثبت منه^١.
- ٣- إذا أقر شخص بينة مجهول النسب مستوفيًا شروطه فإن نسب هذا المجهول يستند لوقت العلوق، ويكون ذلك مضافًا إلى أقرب الأوقات.
- ٤- لو ولدت المطلقة قبل النحول لأقل من ستة أشهر من حين الطلاق ثبت نسب المولود للتيقن بأن العلوق كان قبل الطلاق، فالعلوق يستند إلى أقرب الأوقات.

^١ المرجع السابق: ٥٢/٦.

١٩- القاعدة التاسعة عشرة: [من انتفع بملك نفسه لا يستوجب بدله على غيره بالشرط]

أورد الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة ضمن باب عتق ما في البطن في معرض كلامه عن الانتفاع بالعتق إذا كان البذل من غير المعتق، حيث قال ما نصّه: "ولو أعتق عبده بمال أجنبي وقبل الأجنبي ذلك لا يلزمه المال لأن المولى منتفع بالعتق من حيث تحصيل الثواب لنفسه في العتق والولاء في الدنيا ومن انتفع بملك نفسه لا يستوجب بدله على غيره بالشرط"^١.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في بدائع الصنائع^٢: "من لا يمكنه الانتفاع بملك نفسه إلا بالتصرف في ملك غيره فصار مطلقاً له شرعاً وله حق الرجوع بقيمة البناء مبنياً".
- ما جاء في البحر الرائق^٣: "من انتفع بملك نفسه لا أجره عليه".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

المقصود بالقاعدة بأن الذي ينتفع بشيء يملكه بنفسه لا يجب عليه أن يدفع ثمن ما ينتفع به وهو البذل إن شرط بدلاً على غيره؛ لأنه المالك للشيء المنتفع به ولا يجب ثمنه على غيره وإن التزمه وقبله؛ لأنه ليس بمالك له ومنتفع به. أما إذا أبطل المالك ملكه للشيء وشرط بدلاً على غيره والتزم ذلك الغير بدفعه عنه كان البذل منه صحيحاً.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- لو طلق الرجل امرأته بمال الغير وقبله الغير والتزم به، وجب المال عليه؛ لأن الزوج المطلق لامرأته غير منتفع بالطلاق، ولكنه يبطل لملكه فإذا شرط البذل على غيره والتزم به ذلك الغير كان صحيحاً.
- ٢- إذا استأجر الزامن الرهن من المرتهن فلا يجوز الاستحجار؛ فالرهن ملك للراهن والمرتهن ليس بمالك حتى يؤجره فلا يتأتى منه تمليك للمنافع بعوض، والراهن إنما يكتسب من الانتفاع من حيث أنه مملوك^٤.
- ٣- لو أكل الرجل طعام نفسه وشرط البذل على غيره وقبل ذلك الغير والتزم به، لا يلزمه البذل؛ لأن الذي أكل الطعام هو المنتفع به في الأصل لا ذلك الغير.

^١ الميسوط: ١٣٩/٧.

^٢ ٢٦٤/٦.

^٣ ٢٩/٨.

^٤ البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٢٩/٨.

٢٠- القاعدة العشرون: [العبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ]

أورد الإمام السرخسي - رحمه الله - هذه القاعدة ضمن باب العتق على مال في معرض كلامه عن التأجيل والتنجيم في الكتابة، حيث قال ما نصّه: "لو قال لها إذا أديت إلي ألفا كل شهر مائة فأنت حرة وقيلت فهذه مكاتبة وليس له أن يبيعها وإن أدت عتقت وإن كسرت شهرا واحدا ثم أدت إليه ذلك الشهر كان جائزا هكذا في نسخ أبي سليمان^١ ... ووجه رواية أبي سليمان - رحمه الله - أنه أتى بمعنى الكتابة حين جعل المال موجلا منجما عليه والتأجيل والتنجيم من حكم الكتابة، والعبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ"^٢.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في مناهج التحصيل^٣: "العبرة بالعبر، والمعاني لا بالصور [والمباني]."
- ما جاء في الذخيرة^٤: "القاعدة اتباع المعاني في العقود والمعاوضات".
- ما جاء في الموافقات في أصول الشريعة^٥: "المقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعادات".
- ما جاء في إعلام الموقعين^٦: "المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات".
- ما جاء في الأشباه والنظائر^٧: "هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها؟".
- ما جاء في تقرير القواعد وتحرير الفوائد^٨: "إذا وصل بالألفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها فهل يفسد العقد بذلك أو يجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه؟ فيه خلاف يلتفت إلى أن الغلب هل هو اللفظ أو المعنى؟".

^١ هو موسى بن سليمان الجوزجاني الحنفي، صاحب أبي يوسف ومحمد. حدثت عنهما وعن ابن المبارك، وكان صدوقاً، محبوباً إلى أهل الحديث. عرض عليه للمأمون القضاء، فامتنع، واعتزل بأنه ليس بأهل لذلك، فأعفاه، وأبلى عند الناس لامتناعه. من تصانيفه: السر الصغير، والرهن، ونوافر الفتوى في فروع الحنفية. (سير أعلام النبلاء للذهبي: ١٩٤/١٠-١٩٥ والجواهر المضية في طبقات الحنفية: ١٨٦/٢).

^٢ للبسوط: ١٤٦/٧.

^٣ ٨٠/١.

^٤ للقراي: ٣٣٦/٦.

^٥ للشاطبي: ٧/٣.

^٦ لابن القيم محمد بن أبي بكر، بتحقيق مشهور آل سلطنة دار ابن الجوزي السعودية، ط. الأولى ١٤٢٣هـ: ٥٤/١.

^٧ للبيوطي: ص ١٦٦ كما وردت بنفس الصيغة في المنشور في الفوائد الفقهية للزركشي: ٣٧١/٣.

^٨ لابن رجب القاعدة الثامنة والثلاثون، ص ٢٦٧.

شرح مفردات القاعدة:

العبرة: في اللغة: هي الاسم من الاعتبار، فالعبرة هي الاعتبار والاتعاظ بما مضى، أي الاعتداد به، وهو المقصود هنا، ومنه اعتبرت الشيء: أي نظرت للشيء واعتبرت ما يعتريك عبرة لذلك فتساويا عندك^١.

واصطلاحاً: الاعتبار والاتعاظ، وتكون بمعنى الاعتداد بالشيء في ترتيب الحكم^٢.

العقود: جمع عقد، وهو من عقدت الحبل عقداً من باب ضرب فانعقد، والعقد ما بمسكه ويوثقه، ومنه قيل: عقدت البيع ونحوه، وعقدت اليمين وعقدتها بالتشديد وتوكيد وعاقدته على كذا^٣.

واصطلاحاً: هو ربط أجزاء التصرف شرعاً بالإيجاب والقبول، أو هو التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً، فهو عبارة عن ارتباط الإيجاب والقبول^٤.

المعاني: جمع المعنى، وجذره عنى ومن أصولها الفصد للشيء والحرص عليه^٥. فللمعنى هو الصورة الذهنية من حيث أنه وضع بإزائها اللفظ، وبدون هذه الحثية لا تسمى معنى، وقد يكفي في إطلاق المعنى على الصورة الذهنية بمجرد صلاحيتها لأن تقصد باللفظ سواء وضع لها لفظ أم لا، والصورة الحاصلة في العقل من حيث أنها تحصل من اللفظ في العقل سميت مفهوماً ومن حيث إنها تقصد باللفظ تسمى معنى^٦.

والمقصود بما في القاعدة: ما يشمل المقاصد التي تعينها القرائن اللفظية التي توجد في عقد فتكسبه حكم عقد آخر^٧.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفرعت هذه القاعدة عن القاعدة الكبرى: الأمور بمقاصدها فنسبتها إليها كالجزي من الكل^٨، وتفيد بأن الاعتداد بالمقاصد التي عينتها القرائن التي توجد في العقد فتكسبه حكم عقد آخر، غير العقود التي وضعت لها هذه الألفاظ أصلاً، إذا قصد العاقدان هذا المعنى، ويتميز آخر أفادت القاعدة بأن الأحكام التي تتعلق بالعقود إنما تنبني على

^١ مختار الصحاح: ٤١٧٢/١ ومعجم مقاييس اللغة: ٢١٠/٤.

^٢ التوقيف على مهمات التعاريف لعبد الرؤوف المناوي تحقيق محمد رضوان الناية، دار الفكر، بيروت، ط ١: ١٤١٠هـ: ٥٠١/١.

^٣ المصباح المتوكل للفيومي: ٤٢١/٢.

^٤ التعريفات الفقهية للوكشي: ص ١٤٩.

^٥ معجم مقاييس اللغة: ١٤٦/٤.

^٦ دستور العلماء أو بجامع العلوم في اصطلاحات الفنون لعبد رب النبي، تحقيق حسن هادي فحصر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط. الأولى ١٤٢١هـ: ١٩٨/٣.

^٧ شرح القواعد الفقهية للزرقا: ص ٥٥.

^٨ المرجع السابق.

مقاصد العاقلين ونياهم إذا ظهرت وقامت عليها الدليل، ولا تكون العبرة بالإعتداد باختلاف الألفاظ والعبارات مع اتحاد مقاصدهم، وإذا لم يمكن الوقوف على المقاصد أو تعذر إعمالها فحينئذ تكون العبرة بالألفاظ.

الخلاف في القاعدة:

اختلف الفقهاء في اعتبار هذه القاعدة على قولين، هما كالآتي:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية^١ والحنابلة^٢ بأن الاعتداد بالمعنى المقصود قولاً واحداً.

القول الثاني: وعند الشافعية^٣ فخالف في المعنى والتقلب هل هو اللفظ أو المعنى؟ والمعول عندهم في العقود على الألفاظ دون المعاني^٤.

وقد استدلل الجمهور بأدلة كثيرة جداً، اذكر منها ما يلي:

- فمن الكتاب: ﴿وَتَقُولِينَ أَحَقُّ بِرَبِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾^٥، وقوله: ﴿وَلَا تُحْسِبُوهُمْ هَيَّارًا يَتَفَتَنُونَ﴾^٦ وجه الدلالة: أن في ذلك نص في أن الأصل في الرجعة أن تكون لمن قصد الإصلاح دون من قصد الإضرار^٧، وهذا دليل على أن القصد معتبر في العقود.
- ومن السنة: ما أخرجه البخاري في صحيحه^٨ عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - مرفوعاً: "إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى...".

ووجه الدلالة: أن مقصوده لا عمل إلا بالنية ولا ثواب على جميع الأعمال الشرعية إلا بالنية، وهذا يعم العبادات والمعاملات وسائر العقود والتصرفات.

^١ الدخوة للقرابي المالكية: ٣٣٦/٦.

^٢ مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى لمصطفى بن سعد السيوطي الحنبلي، المكتب الإسلامي، ط. الثانية في عام ١٤١٥ هـ: ٣٨٠/٤.

^٣ ينظر: للتطور في القواعد للزركشي: ٣٧٢/٢؛ والأشباه والنظائر للسيوطي: ص ١٦٦.

^٤ كفاية النية في شرح التتبيه لابن الرفعة أحمد الأنصاري، تحقيق مجدي محمد سرور، دار الكتب العلمية بيروت، ط. الأولى: ٢٠٠٩ م: ١٠٥/١١.

^٥ البقرة: ٢٢٨.

^٦ البقرة: ٢٢١.

^٧ إعلام الموقعين: ٩٦/٣.

^٨ كتاب بدء الوحي، برقم: ١٠١، ٦/١.

وما رواه الترمذي في سننه^١ من حديث جابر رضي الله عنهما - مرفوعاً: "صيد البر لكم حلال وأنتم حرّم، ما لم تصيدوه، أو يُصد لكم". ووجه الدلالة: كيف حرّم على المحرم الأكل ممّا صاده الحلال - أي غير المحرم - إذا كان قد صاده لأجله؟ وكيف أثر القصد في التحريم ولم يرفع ظاهر العمل^٢.

ومن المعقول: أنه لا يعقل عقد شيء بنية أخرى، وتجرى آثار العقد بصيغته غير المقصودة، وتدفع المقصود الأصلي للعقد يدعوى الأخذ بالظاهر ولا يعلم الباطن إلا الله، مادام هناك مادل عليه من القرائن، وأعمال القرينة أولى من إهمالها، وقد ذكر في إعلام الموقعين^٣ عشرة أمور لم يُرتب الله عليها حكماً - بالرغم من وجودها - لعدم قصد العبد وعقد قلبه عليها: السهو وسبق اللسان والخطأ من شدة الفرج أو الغضب، والخطأ والنسيان والإكراه، والجهل بالمعنى، ولغو اليقين.

أما أدلة الشافعية فهي متمثلة في الآتي:

- من الكتاب: «وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ»، ووجه الدلالة: بأن الله - جل في علاه - لم يجعل لنا علماً بنبات الغير ومقاصدهم حتى نعتبرها في حياتنا الدنيوية^٤، فما كان ظاهراً في اللفظ حكم به، والتحويل على النيات مما ليس لنا به علم وهو المنهي عنه هنا.
- ومن السنة: أخرج البخاري في صحيحه^٥ بسنده عن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - مرفوعاً: "إني لم أوتر أن أتنبّ عن قلوب الناس، ولا أشق بطونهم". وجه الدلالة: فإن مقصود الإنسان من العمل أمر باطني لا يعلمه إلا الله، ولم نؤمر بالبحث عنه، فوجب العمل بظواهر الألفاظ لعدم قدرتنا على علم البواطن.
- ومن المعقول: لأن الأصل في الألفاظ الظواهر، إذ تعبر عن مرادها ومعانيها، ويفهم المراد منها عند إطلاقها، فلا تترك ظواهرها؛ ولهذا لو استعمل لفظ الطلاق وأريد به الظهار أو عكسه، أخذ باللفظ دون المتوى؛ ولأن اعتبار المعنى يؤدي إلى ترك اللفظ؛ ولأن ألفاظ اللغة لا يُعدل بها عما وضعت له في اللغة فيطلق اللفظ لغة

^١ كتاب الحج، باب ما جاء في أكل الصيد للمحرم، رقم: ٨٤٦، ٢٠٣/٣. وقال: "الطلب لا تعرف له سملاً عن جابر، والعمل هذا عند بعض أهل العلم، لا يرون بالصيد للمحرم بأساً إذا لم يصد، أو يصد له".

^٢ إعلام الموقعين: ٩٨/٣.

^٣ ١٠٦/٣.

^٤ الإسراء: ٣٦.

^٥ القواعد الفقهية المستخرجة من إعلام الموقعين لعبد المجيد الجزائري، دار ابن عفان السعودية، ط. الأولى ١٤٢١هـ: ص ٢٥١ -

٢٥٢.

^٦ كتاب المغازي، باب بعث علي بن أبي طالب، رقم: ٤٠٩٤: ١٥٨١/٤.

على ما وضع له، فكذا ألفاظ العقود؛ اعتبار معناها عدول عن مقصود لفظها، ولأن العقود تُفسد باقترانها بشرط تفسد، ففسادها بتغيير مقتضاها أولى^١.

- والراجع: هو القول الأول بأن الاعتبار في العقود الشرعية للمقصد دون اللفظ، وذلك للاعتبارات الآتية:

أولاً: قوة الأدلة التي استدل بها الجمهور المقتضية لرجيح القول الأول والاعتبار في العقود للمقصد دون اللفظ.

ثانياً: إن صلاح الشريعة ومرونتها تقتضي العمل بالمقصد دون اللفظ، وذلك بمسوغات كثيرة منها؛ ما هو ثابت في القواعد من (إعمال الكلام أولى من إعماله) المادة ٦٠ من المجلة و (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)، حيث أنهما في دائرة تصحيح التصرف الذي هو أولى من الإبطال. واتساق الشريعة بالتيسير، كان لابد من العمل بالمقصد، لاسيما أن القرائن دلت عليه وأوضحته، فصار مع القرينة كالظاهر فكان اعتبار المقصد أولى من اللفظ عند ظهور القرائن الدالة على ذلك، والحاجة الصارفة له من الإهمال إلى الإعمال، ومن التعقيد إلى التيسير في شؤون العباد ومعاملاتهم أجمع^٢.

ثالثاً: ولأن الأخذ بالمعنى يوسع دائرة للمعاملات والتعامل بين الناس وفيه تيسر للتعامل، ما دام أن العاقلين يفهمان المقصود من العقد، ولأن الرضا في العقد معتبر، والرضا في مثل هذه العقود يكون على المعنى الباطن لا ظاهر اللفظ، (فالاعتبار في العقود والأفعال بمقائدها ومقاصدها دون ظواهر ألفاظها وأفعالها)، ومن لم يراع المقصود في العقود وجرى مع ظواهرها يلزمه ألا يلحق العاصر وأنه يجوز له عصر العنب لكل أحد وإن ظهر له أن قصده الخمر وأن يقضى له بالأجرة لعدم تأثير المقصد في العقد عنده^٣.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا قال رب المال للمضارب: خذ المال مضاربة، والربح كله لك فهو قرض، لا مضاربة، ويكون المال مضموناً عليه؛ لأنه أتم معنى القرض، والعبرة في العقود لمعانيها ومقاصدها، لا بألفاظها^٤.
- ٢- لو قال الرجل لأخيه اشترت منك كراة من حنطة صفتها كذا بهذا الثوب، وبين شرائط التسليم يكون سلماً، وإن لم يذكر لفظ التسليم.

^١ المجموع شرح المهذب للتوحي يحيى الدين عيسى، دار الفكر - بيروت، ومطبعة التضامن الأخوي بالقاهرة عام ١٣٤٤هـ: ١٦٣/٩.

^٢ إعلام الموقعين: ١٢٧/٣.

^٣ المرجع السابق: ٩٥/٣.

^٤ المبسوط للسرخسي: ٢٤/٢٢؛ وبدائع الصنائع: ٨٦/٦.

^٥ سحر بالضم: مكيال للعراق والجمع أكرار، وهو ستون قفيزاً والقفيز ثمانية مكاييك والمكوك صاع ونصف، فالكر على هذا الحساب اثنا عشر وسقاً. القاموس المحيط للفيروز آبادي: ص ٤٦٩؛ والمصباح المنير للفيومي: ٥٣٠/٢.

- ٣- لو شخص وهب ابنته من رجل: كان نكاحاً، ولو وهب امرأته من نفسها: كان طلاقاً، ولو وهب عبده من نفسه: كان عتقاً، ولو وهب الدين ممن عليه: كان إبراء، فاللفظ واحد، ثم اختلف العقد لاختلاف المقصود^١.
- ٤- لو اشترى أحد ثوباً بدراهم فقال للبائع: أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن قالوب رهن؛ لأنه أتى بما ينبى عن معنى الرهن وهو الحبس إلى وقت الإعطاء^٢.
- ٥- لو اشترى شخص من بئال سلعة، وقال له: خذ هذه الساعة أمانة عندك حتى أحضر لك الثمن، فالساعة لا تكون أمانة عند البئال، بل يكون حكمها حكم الرهن، وللبئال أن يقيها عنده حتى يستوفي دينه، ولا يحق للمشتري استرجاعها من البائع قبل ذلك؛ لأن العقد وإن كان لفظه أمانة إلا أن معناه ومآله رهن^٣.
- ٦- إذا قال البائع: أعطيتك هذا الشيء بكذا، أو هو لك بكذا، أو يذلتك بكذا، وقال المشتري: قبلت أو أخذت أو رضيت ونحو ذلك صح البيع؛ لأن كل واحد من هذه الألفاظ يؤدي معنى البيع، وهو المبادلة^٤.
- ٧- إذا اشترى الرجل أو استقرض أو استأجر، ونوى أن ذلك لموكله، أو لموكله كان له، وإن لم يتكلم به في العقد، وإن لم ينو له وقع الملك للعاقدة. وكذلك لو تملك للمباحات، من الصيد والحشيش وغير ذلك، ونوى أنه لموكله وقع الملك له^٥.
- ٨- إذا أهدى العامل في التضارية إلى المالك شيئاً، فالمالك مخير بين الرد، وبين القبول والكافأة عليها بالمثل، وبين أن يحسبها له من نصيبه؛ لأنه إنما أهداه لأجل المعاملة التي بينهما، وليس مقصوده التبرع^٦.

^١ المبسوط للسرخسي: ١٢/٧٩.

^٢ الهداية في شرح بداية المبتدي للمريناني: ٤٢٤/٤.

^٣ صرر للحكام لملي حيدر: ٢٢٠-٢٢١/١.

^٤ بدائع الصنائع للكاساني: ١٣٣/٥.

^٥ إقامة الدليل على بطلان التمثيل لابن تيمية عبد الحليم بتحقيق حمدي عبد المجيد، المكتب الإسلامي بيروت، ط. الأولى ١٩٩٨م:

٦٠/٦.

^٦ مجموع الفتاوى لابن تيمية عبد الحليم، بتحقيق عبد الرحمن بن محمد، ط. الأوقاف السعودية ٢٠٠٤م: ١٠٦/٣٠.

٢١- القاعدة الحادية والعشرون: [الشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله جزءاً جزءاً، وما لم يتم الشرط لا يثبت شيء من الجزاء]

أورد الإمام السرخسي رحمه الله - هذه القاعدة ضمن باب العتق على المال في معرض كلامه عن حكم إعتاق العبدین إذا اشترط المولى عليهما الأداء فأدى أحدهما، حيث قال ما نصّه: "ولو قال لعبدین له إذا أدیتما إلي ألفاً فأنتما حران فأدى أحدهما حصته لم يعتق لأن شرط العتق أداؤهما جميعاً المال، والشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله جزءاً فجزءاً وإنما ذلك من أحكام المعاوضات، وكذلك لو أدى أحدهما جميع الألف من عنده لم يعتق لأن الشرط أداؤهما فلا يتم بإداء أحدهما"^١.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في أصول السرخسي^٢: "والشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله أجزاء".
- ما جاء في النهاية شرح الهداية^٣: "والشرط يقابل المشروط جملة، ولا يقابل أجزاء".
- ما جاء في درر الحکام^٤: "والشرط يقابل المشروط جملة، ولا يقابله أجزاء".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة بأن الشرط مع مشروطه وهو الجزاء أو جواب الشرط يقابل أحدهما الآخر، فإذا وُجِدَ الشرط تاتماً وُجِدَ المشروط تاتماً كذلك. وأما إذا وجد الشرط غير كامل، فإن المشروط لا يتحقق؛ لأن وجود المشروط متعلق بوجود تمام الشرط وكماله، فلا يمكن أن يوجد جزء من المشروط بوجود جزء من الشرط؛ لأن الشرط مع مشروطه لا يقبلان التبعيض والتجزئة.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا قالت المرأة لزوجها: طلقني ثلاثاً على ألف درهم فطلقها واحدة لا يجب عليها شيء من الألف، ويكون الواقع رجعيّاً؛ لأنّها شرطت إيقاع الثلاث ليتم رضاها بالتزام المال^٥.

^١ المبسوط: ١٤٦/٧، ٢٠٦.

^٢ ٢٢٢/١.

^٣ ٥٢٢/٥.

^٤ ٣٠٦/٢.

^٥ أصول السرخسي: ٢٢٢/١.

- ٢- إذا قال الأمير لعشرة من المسلمين، لكم أسلحتهم إذا قتلتموهم كلهم ولم تغادروا منهم أحداً فقتلوا تسعة وفقر العاشر فليس لهم شيء، لأن الشرط لم يتم، وما لم يتم الشرط لا يثبت شيء من الجزاء.
- ٣- إن قالت امرأة لزوجها: طلقني ثلاثاً على ألف، فطلقها واحدة، فلا شيء عليها عند الإمام أبي حنيفة - رحمه الله - لأن الشروط لا تنوزع على أجزاء الشرط فكان الطلاق رجعيًا.
- ٤- إذا قال شخص لزوجته: إن دخلت الدار فانت طالق. لا تطلق إلا بدخول كامل الجسم في الدار، بحيث لو وضعت رجلها في الدار وجسدها خارجه لا تطلق؛ لأنها غير داخلة.
- ٥- لو قال شخص لآخر: إذا فزت في المباراة كافأتك، تحقق المكافأة إذا كان الفوز تاماً ثابتاً، أما إذا نجح في بعض المباراة دون بعض فلا يستحق المكافأة.

^١ البناية شرح الهداية: ٣٦٠/٥.

٢٢- القاعدة الثانية والعشرون: [أداء الرسول كأداء المرسل]

ذكر الإمام السرخسي رحمه الله - هذه القاعدة ضمن باب العتق على المال في معرض حديثه اشترط المولى أداء المال من عهده ليعتق فأدى أحدهما المال عن نفسه وعن صاحبه فيعتقان، حيث قال ما نصّه: "فإن قال المؤدي خمسمائة من عندي وخمسمائة يث بها صاحبي لأؤديها إليك عتقا لأن أداء الرسول كأداء المرسل فيتم الشرط بهذا وهو أدائها جميعا للمال".^١

توليق القاعدة:

وردت القاعدة بمفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء شرح الزيادات^٢: "لسان الرسول كلسان المرسل".
- ما جاء في النباية شرح الهداية^٣: "الرسول قائم مقام المرسل".
- ما جاء في بدائع الصنائع^٤: "الرسول قائم مقام المرسل".
- ما جاء في شرح السير^٥: "عبارة الرسول كعبارة المرسل".
- المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة بأن الشخص المرسل إذا قام بفعل من دفع أو أداء أو أخذ ممن أرسله وهو المرسل بالنيابة عنه فإن ما قام به يكون بمنزلة قيام المرسل بشرط أن يضيف الرسول ما قام به إلى المرسل؛ لأنه لا يستغني عن الإضافة إليه بخلاف الوكيل.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- لو أرسل الموكل إلى الوكيل رسولا، فبلغ الرسالة وقال له: إن فلانا أرسلني إليك، ويقول: إني عزلتك عن الوكالة، فإنه يتعزل كائنا ما كان الرسول عدلا كان أو غير عدل؛ لأن الرسول -أي الوكيل- قائم مقام المرسل^٦.
- ٢- إذا أرسل القائد مندوبا عنه أو رسولا ليبلغ أوامره إلى جنوده، فيجب عليهم تنفيذ الأوامر كما لو كان للمخاطب لهم هو بنفسه.

^١ المبسوط: ١٤٦/٧.

^٢ ص ٤٧٣.

^٣ ٢٩٢/٧.

^٤ ٣٧/٦.

^٥ للسرخسي عماد بن أحمد، الشركة الشرقية للإعلانات، (بدون طبعة)، عام النشر: ١٩٧١ م: ٣٦٢/١.

^٦ بدائع الصنائع: ٣٧/٦.

- ٣- إختيار الرسول عن مرسله للمأذون بالتحجر، والمولى بجنابة عبده، ووجوب الأحكام على المسلم الذي لم يهاجر في دار الحرب صحيح من دون اشتراط العدد؛ لأنه قائم مقام مرسله فأخباره كإخباره^١.
- ٤- إذا اشترى الشخص شيئاً ثم أرسل رسولاً يقبضه فهو بالختيار إذا رآه، ورؤية الرسول وقبضه لا يلزمه المتاع؛ لأن قبض رسول له كقبضه بنفسه.
- ٥- إذا استأمر البكر رسول الولي في التزويج من رجل فسكتت بجاز لرسول الولي أن يزوجه؛ لأن الرسول قائم مقام المرسل^٢.

^١ فتح القدير: ٢٦٩/٣.

^٢ المبسوط: ٤/٥.

٢٣- القاعدة الثالثة والعشرون: [دلالة الإذن كصريح الإذن]

أورد الإمام الصرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة ضمن باب العتق على المال في معرض كلامه عن وجود دليل الإذن من المولى بحسب عبده على أداء المال مقال العتق بمنزلة الصريح بالإذن منه بالتجارة، حيث قال ما نصه: "وقوله لعبده متى أديت إلي ألفا فأنت حر أو إن أديت أو إذا أديت إذن منه له في التجارة استحساناً لوجود دليل الإذن فإنه حثه على أداء المال ولا يتمكن من الأداء إلا بالاكْتِسَاب فيكون هذا ترغيباً له في الاكْتِسَاب ليؤدي المال ولم يرد الاكْتِسَاب بالتكدي لأنه يدني المرء ويحسسه وإنما مراده الاكْتِسَاب بالتجارة، ودلالة الإذن كصريح الإذن".^١

توثيق القاعدة:

- وردت هذه القاعدة بصيغ مختلفة في كتب الفقهاء وفيما يلي ذكرها:
- ما جاء في مجلة الأحكام العدلية^٢: "الإذن دلالة كالإذن صراحة".
 - ما جاء في روضة الطالبين وعمدة المفتين^٣: "الإذن من السيد بأداء بعض المكاتبين عن بعض فهو كالصريح بالإذن على الأصح".
 - ما جاء في القواعد التوراتية^٤: "الإذن العربي في الإباحة أو التملك أو التصرف بطريق الوكالة كالإذن اللفظي".
- شرح مفردات القاعدة:

دلالة: من دلت على الشيء وإليه من باب قتل وأدلت بالألف لغة والمصدر دلولة والاسم الدلالة بكسر الدال وفتحها، وهي: ما يقتضيه اللفظ عند إطلاقه^٥. وقد عرفها صاحب التعريفات^٦: هي كون الشيء بحالة يلزم من العلم به العلم بشيء آخر، والشيء الأول هو الدال والثاني هو المدلول. والمقصود بها في القاعدة ما كان من غير التصريح من إشارة أو عرف أو غير ذلك.

الإذن: من أذنت له في كذا أطلقت له فعله، والاسم الإذن، ويكون الأمر إذناً، وكذا الإرادة، نحو بإذن الله وأذنت للعبد في التجارة فهو مأذون له، وأذنت بالشيء علمت به وتأذنت أعلمت وأذن المؤذن بالصلاة أعلم بها^٧.

^١ المبسوط: ١٤٧/٧، ووردت في المبسوط مقيدة بـ "العرف": "دلالة الإذن من حيث العرف كالصريح بالإذن". ٧/٢٤.

^٢ المادة: ٧٧٢، ص ١٤٦.

^٣ ٢٦٥/١٢. (بصرف).

^٤ لابن تيمية الحنبلي أحمد بن عبد الحليم، بتحقيق وتحرير الدكتور أحمد محمد الخليل، دار ابن الجوزي السعودية، ط: الأولى ١٤٢٢هـ: ص ١٦٧.

^٥ المصباح المنير للقيومي: ١٩٩/١.

^٦ الجرجاني: ص ١٠٤.

^٧ المصباح المنير للقيومي: ٩/١.

أما اصطلاحاً: فهو فلك المختبر، وإطلاق التصريح لمن كان ممنوعاً شرعاً^١.

الصریح: الصاد والراء والحاء أصل منقاس، يدل على ظهور الشيء وبروزه. من ذلك الشيء الصريح. والصریح: المحض الحسب، وجمعه صرحاء، وكل خالص صريح^٢.

أما اصطلاحاً: فهو اسم لكلام مكتشف للمراد منه بسبب كثرة الاستعمال، حقيقة كان أو مجازاً، وحكمه: ثبوت موجه من غير حاجة إلى النية^٣.

والمقصود بالصریح في القاعدة هو القول الصريح باللفظ الواضح أو الكتابة المستبينة.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد القاعدة ب ورودها مقيدة بالعرف في بعض ألفاظها^٤ بأن ما دل على الإذن بفعل شيء أو تملكه أو تناوله وكان ذلك معروفاً بين الناس فهو في قوة التصريح بالإذن. أمّا إذا وجد التصريح بخلاف دلالة الإذن فإنه يسقط اعتبارها.

من تطبيقات القاعدة:

١- إذا قال الرجل للرجل: ادفع إلى فلان ألف درهم قضاء ولم يقل: عني، أو قال: افضي فلاناً ألف درهم ولم يقل: على أمّا لك عليّ، فدفعها المأمور فإن كان خليطاً للأمر رجع بها عليه؛ لأن الخلطة القائمة بينهما دليل ظاهر على أن أمره بالقضاء عنه بمنزلة التصريح بهذا اللفظ^٥.

٢- لو قال ربّ الأرض: تزرع البذر ما أحببت أو ما شئت فهذا كله دليل على أن البذر من قبيل ربّ الأرض، ولو قال: ما شئت أو ما أحببت، فهو دليل على أن البذر من العامل، والعقدين جائزين بحسب الظاهر وهو إنما شرط المشيئة والمحبة في البذر على العموم لمن البذر من قبله، والظاهر يبقى معتبراً عند عدم التصريح بخلافه.

٣- إذا قدم الرجل المائدة بين يدي إنسان يكون إذنا له في الإقدام على الطعام والتناول دلالة، وإن لم يصرح بالإذن لفظاً، فإن قال: لا يأكل بطل حكم ذلك الإذن للتصريح بخلافه^٦.

٤- من فتح باب دارة لزاره وأشار له بالدخول فيباح للزار الدخول بهذه الإشارة - وإن لم يلفظ رب الدار، لجريان العرف بذلك، وتكون هذه الدلالة في قوة التصريح بالتطقي بالإذن في الدخول.

^١ التعريفات للجرجاني: ص ١٦.

^٢ معجم مقاييس اللغة لأبن فارس: ٣٤٧/٣.

^٣ التعريفات للجرجاني: ص ١٣٣.

^٤ منها: دلالة الإذن من حيث العرف كالتصريح بالإذن. (المبسوط: ٧/٢٤).

^٥ المبسوط للمرخسي: ٢٠/٢٥.

^٦ المرجع السابق: ٨٧/٢٣.

٢٤ - القاعدة الرابعة والعشرون: [الثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة]

وردت هذه القاعدة ضمن باب الحق على المال في معرض كلامه عن ثبوت مالكية اليد للمكاتب في مكاسبه واعتبار الكتابة عند أداء البدل، حيث قال ما نصه: " فإن اكتسب ألفي درهم فأدى إليه ألفا عتق لوجود الشرط والمولى أن يأخذ منه الألف الباقية؛ لأنه كسب عبده بخلاف المكاتب فقد ثبت له المالكية بدأ في مكاسبه بعقد الكتابة فلهذا سلم الفضل له وهنا ما ثبت للعبد حكم المالكية في مكاسبه وإنما اعتبرنا معنى الكتابة عند الأداء ليندفع الضرر والغرور عن العبد وذلك في قدر ما شرط عليه أدائه فأثبتنا حقه بذلك القدر وما زاد عليه فهو للمولى؛ لأن الثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة"^١.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في كشف الأسرار^٢: "الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها".
- ما جاء في المجموع شرح المهذب^٣: " ما يسقط بالضرورة لا يتعدى سقوطه إلى مالا ضرورة فيه".
- ما جاء في الكافي في فقه الإمام أحمد^٤: " جاز للضرورة، فوجب أن يتقيد الجواز موضع الضرورة".

شرح مفردات القاعدة:

الضرورة: وهي اسم من الاضطراب مشتقة من الضر بمعنى المشقة^٥. واصطلاحاً: هو النازل مما لا مدفع له^٦.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة في الأصل تقيد للقاعدة: الضرورات تبيح المحظورات، وأقادت التنبيه على أن ما أيجب للضرورة من المحظور إنما يرخّص منه القدر الذي تندفع به الضرورة فحسب.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- لو أن أحداً اضطر إلى أكل الميتة بسبب من الأسباب فإنه يباح له ذلك بقدر الضرورة إلى تناولها وهو سد الرمق، وفيما وراء ذلك من الحمل والتمول والتناول إلى الشبع لا يثبت حكم الإباحة^٧.

^١ الميسوط: ١٤٧/٧.

^٢ لعلاء الدين البخاري عبد العزيز بن أحمد، دار الكتاب الإسلامي (بدون طبعة وتاريخ النشر)، ١٦٦/٤.

^٣ للنووي: ٤/١٤.

^٤ لابن قدامة عبد الله بن أحمد، دار الكتب العلمية، ط. الأولى ١٩٩٤م: ٨٠/١.

^٥ للمصباح المنير للفيومي: ٣٦٠/٢.

^٦ التعريفات للجرجاني: ص ١٣٨.

^٧ كشف الأسرار شرح أصول البيهقي: ٢٣٧/٢.

- ٢- ينبغي أن يعلم المرأة الطبيب إن أمكن لتكون قادرة على مداواة النساء؛ لأن نظر الجنس أخف، وإن لم يمكن ذلك جاز للطبيب مداواة النساء مع وجوب ستر كل عضو منها سوى موضع المرض، ثم ينظر ويغض بصره عن غير ذلك الموضع ما استطاع^١.
- ٣- يجوز للمسح على الجبيرة الموضوعة على الكسر في الوضوء والغسل، ولكن يشترط ألا يتجاوز بالشدة موضع الحاجة؛ لأن المسح عليها إنما جاز للضرورة، فوجب أن يتقيد الجواز موضع الضرورة^٢.
- ٤- يباح من مال المدين جبراً عنه بواسطة القاضي بقدر ما بقي بالديون الحالة إذا كان له مال ظاهر من جنس الدين^٣.
- ٥- لا يباح للرجال اليسير من الذهب إلا ما دعت الضرورة إليه؛ كأنف الذهب، وما ربط به أسنانه، ولا يتجاوز في ذلك موضع الضرورة^٤.
- ٦- إذا وقف الشخص داراً وشرط ألا توجر أكثر من سنة ثم انحدمت، وليس لها جهة عمارة إلا بإجارة سنين، جاز عند الشافعية في عقود مستأنف وإن شرط الواقف ألا يستأنف؛ لأنه المنع في هذه الحالة يفضي إلى التعطيل، وهو مخالف لمصلحة الوقف، والضرورة تقتدر بقدرها^٥.
- ٧- شرعت الإجارة لحاجة الناس إليها، وإذا شرعت للحاجة -رغم أنها أعراض تتلاشى ولا قيمة لها- فإنه يكفي بالضرورة في العقد الصحيح منها دون الفاسد؛ لأن الضرورة تقتدر بقدرها، وهي تندفع بالإجارة الصحيحة دون الفاسدة.

^١ منحة السلوك في شرح تحفة الملوك ليدر الدين العيني، بتحقيق الدكتور عبد الرزاق الكبيسي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية قطر، ط. الأولى ٢٠٠٧م: ٤١٠/١.

^٢ الكافي في فقه الإمام أحمد: ٨٠/١.

^٣ القواعد الفقهية للرحبي: ٢٨١/١.

^٤ لمغني لابن قدامة المقدسي: ٥٧/١.

^٥ مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشربيني محمد بن أحمد الخطيب، دار الكتب العلمية، ط. الأولى ١٩٩٤م: ٥٣٨/٣.

٢٥- القاعدة الخامسة والعشرون: [المالية والتقوم إنما يثبت بالإحراز]

أورد الإمام السرخسي القاعدة ضمن باب بيع أمهات الأولاد ضمن كلامه عما يثبت به المالية والتقوم، حيث قال: "ولو قال كل مملوك لي حر تدخل أم الولد في ذلك وإذا ثبت بقاء ملك اليمين فصفة المالية والتقوم لا تنفصل عنه؛ لأن المملوكية في الأضي ليس إلا عبارة عن المالية والتقوم يكون المالك محترماً ولأن بالاستيلاء تعلق عتقها بموته فتكون مالا متقوماً كالمديرة إلا أن المديرة تسعى للفرماء والورثة وأم الولد لا تسعى لأنها مصروفة إلى حاجته فإن الاستيلاء من حوائجه كي لا يضيق ماؤه وحاجته مقدمة على حق الفرماء والورثة كحاجته إلى الجهاز والكفن بخلاف المديرة فإن التدبير ليس من أصول حوائجه وأبو حنيفة يقول: المالية والتقوم إنما يثبت بالإحراز".

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها في كتب الفقهاء والأصوليين منها ما يأتي:

- ما جاء في النهر الفائق شرح كنز الدقائق^١: "التقوم إنما يثبت بالإحراز على وجه التمول".
- ما جاء في تبين الحقائق شرح كنز الدقائق^٢: "التقوم لا يثبت إلا بالإحراز على قصد التمول".
- ما جاء في أصول السرخسي^٣: "المالية لا تسبق الوجود وبعد الوجود تثبت بالإحراز والتمول".
- ما جاء في الكافي شرح البردوي^٤: "تقوم الأشياء إنما يكون بالإحراز بعد الوجود".

شرح مفردات القاعدة:

الإحراز: من الحرز بالكسر: العوذة، وجمعه الإحراز، ويطلق على المكان الذي يحفظ فيه، تقول: أحزرت المتاع جعلته في الحرز^٥. ولا يخرج استعمال الفقهاء للإحراز عن المعنى اللغوي المذكور^٦.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذا القاعدة بأن تقوم الأشياء وماليتها لا يثبت إلا بالإحراز الكامل لما يملك الإنسان وهو أن تكون في الموضع الحصين. والإحراز إما أن يكون بحصانة موضعه، وهو كل بقعة معدة للإحراز، ممنوع من الدخول فيها إلا بإذن، كالديور والحواشيت والخيم والخزائن والصناديق، وإما أن يكون بحفاظ يحرمة.

^١ المبسوط: ١٦٠/٧.

^٢ ٢٢/٣.

^٣ ٨٣/٣.

^٤ ٥٦/١.

^٥ ٤٥٠/١.

^٦ المصباح المنير: ١٢٩/١ تاج العروس: ٩٩/١٥.

^٧ ينظر: الصريفات الفقهية: ص ٤١٨ وحاشية ابن عابدين: ١٩٤/٣ وبلغه المسالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير للصاوي أحمد محمد الخلوئي، دار المعارف (بدون طبعة وبدون تاريخ): ٤٧٧/٤.

والحكم في الحرز العرف، إذ لم يحد في الشرع ولا في اللغة. وهو يختلف باختلاف الأموال والأحوال والأوقات^١.
من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا كسر مسلم إثناء من خمر لرجل من أهل الذمة فيكون ضماناً لقيمة الخمر، فإن الخمر مال متقوم في حق أهل الذمة لتماثل إحرازها عنهم بحماية الإمام^٢.
- ٢- لباء الجاري في الأنهار والبحيرات إنما يملك بالإحراز في الأواني والحياض والروايا، وهو كسائر الأملاك لا يجوز بذلك لأحد ولا لمضطر إلا بقيمة، ويصح بيعه لكونه مملوكاً بالإحراز^٣.
- ٣- السمك في البحر والبهائم في البرية غير متقوم شرعاً فلا يجوز بيعها، وإذا اصطيد صار متقوماً بالإحراز وبالتالي يصح بيعه^٤.

^١ الموسوعة الفقهية الكويتية: ١١٤/٢.

^٢ المبسوط: ٥٣/١١.

^٣ الغاية في إحصاء النهاية لعن الدين بن عبد السلام، بتحقيق إباد خالده، دار النوادر بيروت، ط. الأولى ٢٠١٦ م: ٣٥٢/٣.

^٤ مجلة الأحكام العدلية: ص ٣١.

٢٦- القاعدة السادسة والعشرون: [الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة]

أورد الإمام السرخسي القاعدة في باب بيع أمهات الأولاد معللاً بما على جواز أخذ الجارية واتخاذ ولدها رقيقاً إذا كان للشاهدين البينة عليها، حيث قال ما نصه: "ولو كانت لهما بينة عليها أخذهاا وولدها رقيق لهما؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة فظهر أنه غاصب زنى بجارية مغصوبة فعليه الحد إن لم يدع الشبهة".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في الفتح القدير^٢: "الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة أو بإقرار الخصم".
- ما جاء في الدر المختار^٣: "الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة".
- ما جاء في الباب في شرح الكتاب^٤: "الثابت بالتصادق كالثابت بالمعينة".

شرح مفردات القاعدة:

المعينة: بمعنى العين والمشاهدة. يقال: لا أطلب أثراً بعد عين أي لا أترك الشيء وأنا أعينه وأطلب أثره بعد أن يغيب عني^٥.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد القاعدة بأن ما يقيمه المدعي من دعوى إذا ثبت بالبينة من شهادة الشهود العدول أو غيرها فيثبت بها دعواه ويكون في قوة المثبت بالمشاهدة والمعينة في إلزام الخصم ويكون في ثبوته أقوى من الثابت بالإقرار؛ لأن الثابت بالإقرار إنما يلزم المقر فقط ولا يعتمد على غيره؛ لأن الإقرار حجة قاصرة وأما الثابت بالبينة فهو يتعدى إلى كل من له علاقة بالدعوى سواء الشهود عليه أو غيره إذا اتحد السبب. ومع أن الشهود قد يكونون كاذبين - مع عدالتهم الظاهرة، وقد يكونون مخطئين في شهادتهم، ولكن الشرع الحكيم أوجب قبول الشهادة إذا استوفيت شروطها، وأوجب إثبات الأحكام بها - إذا لم يكن ثمة إقرار من المدعى عليه.

^١ المبسوط: ١٦٥/٧

^٢ فتح القدير لابن الهمام: ٢٤٩/٨.

^٣ ٤٠٣/٣.

^٤ للميداني: ٨٢/٣.

^٥ تاج العروس من جواهر القاموس لمحمد الزبيدي، دار الهداية، مجموعة من المحققين: ٤٦١/٣٥؛ والضحاح لأبي نصر الفارابي؛

٤٩٤/٢.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا اشترى الشخص شيئاً لغيره بأمر الآخر واشترط له الخيار، وأقام البائع البينة على أن الأمر قد رضي، فالبيع لازم للأمر؛ لأنه أثبت ما ادعى من صفة اللزوم بالبينة^١.
- ٢- إذا قذف الرجل امرأته فأنقضت شهادته على أنه أكذب نفسه كذباً؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة^٢.
- ٣- لو أقام الزوج بينة بعد عدة امرأته أنه قال في عدتها: راجعتها، أو قال: قد جامعتها، وتقدم قبولها على نفس اللبس والتقييل كان رجعة؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة^٣.
- ٤- إن شهد رجلان أو رجل وامرأتان على إقرار للمقذوف بالزنا يدرأ الحد عن القاذف، لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة^٤.
- ٥- لو أقام الزوج بينة على إقرار امرأته المطلقة بانقضاء العدة برئ من النفقة؛ لأن ثبوت إقرارها بالبينة كثبوتها بالمعينة^٥.

^١ الميسوط للسرخسي: ٥٤/١٣.

^٢ المرجع السابق: ٥٤/٧.

^٣ الدر المختار شرح تنوير الأبصار: ص ٢٢٩.

^٤ البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٧٩/٧.

^٥ المحوط البرهاني: ٥٥٤/٣.

٢٧- القاعدة السابعة والعشرون: [امتناع ثبوت حكم العقد في أحد شيئين لا يمنع ثبوته في

الآخر]

أورد الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة ضمن باب مكاتبة أم الولد في معرض كلامه عن جواز مكاتبة العبد على بدل على أن يرد عليه سيده وصيفاً، حيث قال ما نصه: " وجه قول أبي يوسف -رحمه الله تعالى- أن الألف مذكور بمقابلة شيئين فيقسم عليهما بالقيمة وامتناع ثبوت حكم العقد في أحدهما لا يمنع ثبوته في الآخر"^١.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة بأن العقد الواحد إذا انعقد على معقودين مختلفين، فإن امتنع ثبوت حكمه في أحدهما فإنه لا يلزم منه امتناع نفس الحكم في معقود آخر؛ وذلك لاختلاف المعقودين في حقيقتيهما فيكون الحكم المترتب على ذلك مختلفاً أيضاً.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا باع شخص لآخر شيئاً مفضولاً والآخر مملوكاً له في عقد واحد فإنه يمتنع حكم العقد في المفضول ويجب عليه رده دون ما كان مملوكاً له، وامتناع ثبوت حكم العقد في المفضول لا يمنع ثبوته في الآخر.
- ٢- إذا اشترى شخص شيئين من آخر أحدهما مسروقاً فإن حكم العقد يمتنع في المسروق دون الآخر؛ لأن امتناع ثبوت حكم العقد في المسروق لا يمنع ثبوته في شيء آخر.
- ٣- إذا باع شيئين في عقد واحد، أحدهما موجوداً والآخر معدوماً، فإنه يمتنع ثبوت حكم العقد في المبيع المعدوم؛ لكونه ليس بمملوك له، دون الموجود الذي هو مملوك له، وامتناع حكم العقد في المعدوم لا يمنع ثبوته في الموجود.
- ٤- إذا باع أحد ماء وخمراً لمسلم في عقد واحد فإنه يصح بيعه للماء إذا محرراً؛ لأن ماليته تثبت بالإحراز دون الخمر فإنه يمتنع ثبوت حكم العقد فيه؛ لكونه غير متقوم شرعاً في حق المسلمين، وامتناع حكم العقد في الخمر لا يمنع ثبوته في الماء.

^١ الوصيف: هو العبد للخدمة. (الغناية شرح الهداية: ١٦٩/٩).

^٢ المبسوط: ١٧٠/٧.

٢٨- القاعدة الثامنة والعشرون: [العقد يوجب البديل فلا يجوز أن يكون موجباً لإسقاط البديل]

أورد الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في باب المكاتب للاستدلال بها على عدم جواز حط شيء من بديل الكتابة، حيث قال ما نصّه: "لأن هذا عقد إرفاق يجري بين المولى وعبده ولا يقصد المولى به التجارة وإنما يقصد إيصاله به إلى العتق فيكون إرفاقاً ويستحق بكل عقد ما كان العقد مشروعاً لأجله فإذا كان هذا العقد مشروعاً للإرفاق ينبغي أن يستحق ما هو محض الإرفاق وهو حط بعض البديل (وحجتنا) فيه أن العقد يوجب البديل فلا يجوز أن يكون موجباً لإسقاط البديل إذ الشيء لا يتضمن ضده"^١.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في تبين الحقائق شرح كنز الدقائق^٢: "العقد يوجب البديل فلا يجوز أن يكون موجباً لإسقاطه".
- ما جاء في الحاوي الكبير^٣: "عقد البيع موجب لاستحقاق العوض".
- ما جاء في العناية شرح الهداية^٤: "العقد يوجب العوض لا يتفك عنه".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد القاعدة بأن مطلق عقود المعاوضات يقتضي إيجاب البديل يدفعه المشتري إلى البائع فلا يجوز أن يكون موجباً لإسقاط وحط شيء من البديل إذ يعتبر في المعاوضات أحد العوضين بالآخر فلا يقتضي العقد شيئاً وضده كسائر عقود المعاوضات. وإن شرط في العقد سقوط البديل فإن المشتري يكون ضامناً لقيمة المعقود عليه.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- لو قال الرجل لآخر: بعثك هذا الثوب على أن لا ثمن عليك كان المشتري ضامناً لقيمته، وإن شرط سقوط العوض؛ لأن البيع موجب للضمان.
- ٢- لو قال شخص لآخر: أجرتك هذه الدار على ألا أجرة عليك، يكون المستأجر ضامناً للأجرة اعتباراً بحال العقد دون الشرط^٥.

^١ المبسوط: ٢٠٧/٧.

^٢ ١٥١/٥.

^٣ ٣٨٠/٧.

^٤ ٣٣٧/٣.

^٥ الحاوي الكبير للسلوري: ٣٨٠/٧.

٢٩- القاعدة التاسعة والعشرون: [الحدود تندري بالشبهات]

أورد الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة ضمن باب المكاتب في معرض كلامه عن عدم وجوب الحد على القاذف للمكاتب بعد أداء البذل وهي في الأصل مأخوذة من الحديث المرفوع^١، حيث قال ما نصه: " (إن قيل) لو قلده قاذف بعد أداء بذل الكتابة فإنه لا يحد قاذفه عندكم ولو حكم بحريته في حال حياته لحد قاذفه (قلنا) هذا شيء تثبتت حكمه للاستحقاق الثابت بالكتابة ولتحقق الضرورة فيه والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها فلا يظهر به حريته مطلقاً في حالة الحياة ولا يصير محصناً باعتبار حرية ثبتت بطريق الضرورة والحد لا يجب بقذف غير المحصن مع أن الحدود تندري بالشبهات والحرية تثبت مع الشبهة"^٢.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة ومقادها بصيغ مختلفة منها ما يلي:

- ما جاء الأشباه والنظائر^٣: "حق الله في العقوبات يتعرض للسقوط بالشبهات".
- ما جاء في بداية المجتهد^٤: "الحدود تدرأ بالشبهات".
- ما جاء في المغني^٥: "الحدود مبتأها على الإسقاط والبراءة بالشبهات".
- ما جاء في كفاية النية في شرح التبيين^٦: "القصاص يسقط بالشبهة الممكنة والظن".

شرح مفردات القاعدة:

الحدود: جمع حد، وهو في اللغة الفصل الحاجز بين الشيئين لئلا يختلط أحدهما بالآخر، أو لئلا يتعدى أحدهما على الآخر، والحد: منتهى الشيء^٧.

١ "أدعوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العقوبة خير من أن يخطئ في العقوبة". أخرجه الترمذي في سننه من حديث عائشة -رضي الله عنها- برقم: ١٤٢٤، في أبواب الحدود باب ما جاء في هذه الحدود، ٨٥/٣. وعقب عليه الترمذي بقوله: لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد الدمشقي، قال: ويزيد بن زياد الدمشقي يضعف في الحديث. كما ضيقه الألباني في سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة برقم: ٢١٩٧ (ذكر المعارف الرياض، ط. الأولى ١٩٩٣م: ٢٢٢/٥).

٢ المسوقة: ٢٠٩/٧.

٣ الأشباه والنظائر للسبكي: ٤٣/٢.

٤ لابن رشد القرطبي محمد بن أحمد، دار الحديث القاهرة، (بدون طبعة) ٢٠٠٤م: ٢٢٤/٤.

٥ ٤١٦/٤.

٦ لابن الرضا: ٣١١/١٥.

٧ تاج العروس لابن منظور: ٦/٨.

واصطلاحاً: عقوبة مقدرة وجبت حقاً لله تعالى^١.

تندرج: من درأه كجعله، درأ ودرأة: دفعه، والسيل: انبفع، كاندرا، والرجل: طراً، وخرج فجاءه، والنار: أعضاء، والبعير: أعذ، ومع العذوة ورم في ظهره، والشيء: بسطه. ويقال تدارؤوا: تدافعوا في الخصومة^٢.

الشبهات: جمع شبهة وهو في اللغة: الالتباس، والمشتبهات من الأمور المشكلات، والمتشابهات التماثلات^٣.

واصطلاحاً هو ما يشبه الشيء الثابت وليس بثابت في نفس الأمر^٤، وقيل: هو ما لم يتبين كونه حراماً أو حلالاً^٥.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة في الأصل لفظ الحديث وتعلق بالحدود وتفيد بلفظها بأن الحدود وهي العقوبات المقدرة شرعاً تسقط وتدرأ فلا تقام عند وجود شبهة بنوعيتها عند الحنفية^٦: شبهة بالفعل وتسمى شبهة اشتباه، أو شبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية^٧، ولكن الشرط في الشبهة أن تكون قوية، وهذا فيما يتعلق بحقوق الله تعالى؛ أما حقوق العباد فلا تسقط بالشبهة.

من تطبيقات القاعدة:

١- إذا قُذِفَ الصغير أو قُتِلَ لم يَقم عليه الحد ولم يجب عليه القصاص؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات والصغر شبهة، وأكثر الناس على عدم تكليفه فيكون اختلافهم شبهة مانعة من وجوب القصاص والحد لكن الذية تجب في القتل^٨.

٢- إذا وجد الشخص امرأة على فراشه فبطأها ظاناً أنها امرأته فلا حد عليه، وإذا ادعى أنه ظن ذلك صدق يمينه^٩.

^١ التعريفات للجرجاني: ص ٨٣.

^٢ القاموس المحيط للفيروز آبادي: ٤٠/١.

^٣ مختار الصحاح: ص ١٦١.

^٤ التعريفات للفقهاء: ص ١١٩.

^٥ التعريفات: ص ١٢٤.

^٦ ينظر: فتح القدير لابن الهمام مع الهداية للمرغيناني: ٢٤٩/٥ والأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفية: ص ١٠٨.

^٧ شبهة بالفعل: هي شبهة في حق من احتبه عليه دون من لم يشبه عليه، وتحقق في حق من أشبه عليه المحل والحرمة. وشبهة في المحل: أي الثابت شبهة في حكم الشرع بمحل المحل، وتحقق بقيام الدليل الثاني للحرمة في ذاته. المرجع السابق.

^٨ القواعد والفوائد الأصولية لابن الهمام علي بن محمد البعلبي، بتحقيق عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، (بدون الطبعة) ١٩٩٩م: القاعدة الثانية، ص ٥٠.

^٩ فتح القدير لابن الهمام: ٢٤٩/٥.

- ٣- إذا شهد أربعة بزنا امرأة، وأربع أنها عذراء يسقط الحد؛ لاحتمال صدق شهود عذريتها، وأنها عذراء لم تنزل بكارتها. وسقط عنها الحد لشبهة الشهادة بالبيكاره^١.
- ٤- يسقط حد السرقة عمن سرق طعاماً عام جماعة إذا لم يجد ما يشتريه، أو لا يجد ما يشتري به، فإن له شبهة في أخذ ما يأكله، أو ما يشتري به ما يأكله^٢.

^١ الأشياء والنظائر للسيوطي: ص ١٢٢.

^٢ المغني لابن قدامة: ١٣٦/٩.

٣٠- القاعدة الثلاثون: [الحقوق متى اجتمعت في المعين وتفاوتت في القوة يبدأ بالأقوى فالأقوى]

وردت هذه القاعدة ضمن باب موت المكاتب لبيان حكم البداءة بالحقوق إذا اجتمعت في المكاتب بعد موته، حيث قال ما نصّه: " وإذا مات المكاتب عن مال وعليه دين وجناية وله أولاد أحرار من امرأة حرة وأولاد ولدوا في المكاتب من أمته وأولاد اشترأهم بدأ بالدين ثم بالجناية ثم بالكتابة؛ لأن الحقوق متى اجتمعت في المعين وتفاوتت في القوة يبدأ بالأقوى فالأقوى".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مقادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في البحر الرائق^٢: "الدين متى اجتمعت يبدأ بالأقوى".
- ما جاء في بدائع الصنائع^٣: "الأصل في الديون المتعلقة بالتركة أنه يبدأ بالأقوى فالأقوى".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تتعلق هذه القاعدة بتزاحم الحقوق المتعلقة بالذمة بعد الموت وتفيد بأن الحقوق المتعلقة بذمة الشخص المعين إذا تزاومت وكانت متفاوتة في القوة فالعمل عند تنفيذها هو البداءة بالأقوى فالأقوى، فينقذ ما هو أقوى من بينها ثم بما هو أخف منه في القوة وهكذا.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا مات شخص وعليه الحقوق العينية -سواء كانت لله كالتركة أم لأحد كالمهرمون- والديون، فأول ما تخرج من تركته الحقوق العينية ثم مؤن التجهيز عند جمهور العلماء من الحنفية^٤ والمالكية^٥ والشافعية^٦؛ لأن الحقوق التي تتعلق بعين التركة أقوى من مؤن التجهيز والديون لذا فإنه يبدأ بها في التنفيذ من بين الحقوق المتعلقة بالتركة.

^١ المبسوط: ٢١٥/٧.

^٢ ٧٠/٨.

^٣ ١٥٦/٤.

^٤ تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٢٢٩/٦. وافقوا المالكية والشافعية فيما كان حقا للأدعي منها، أما حل الله فلا يجب إخراجها من التركة إلا إذا أوصى به الإنسان قبل موته، وعندئذ يأخذ حكم الوصية.

^٥ شرح مختصر الخليل: ١٩٧/٨.

^٦ مغني المحتاج: ١٧/٢.

٢- إذا أفلس شخص تعلقت به حقوق الغرماء بماله الموجود عند تقليصه كتعلق الدين بالرهن، وبالتالي يثبت نزاحم حقه في ماله مع حقوق الغرماء، ففي هذه الحالة يكون حقه مقدماً على حقوق الغرماء، ويترك له كل ما يحتاجه من طعام وكسوة ولبن تلزمه موته^١.

٣- إذا قام الأجير بعمله في العين المستأجر على العمل فيها ولم يتعلم أجرته، فعندئذ يتزاحم حقه في هذا العين وحق مالكيها الذي استأجره للقيام بالعمل فيها، فمنهزم الجمهور^٢ بأنه يحق للأجير أن يحبس العين المستأجر على العمل فيها حتى يستوفي أجرته سواء أكان للمستأجر مفلساً أم غير مفلس.

^١ تبين الحقائق: ٢٠٠/٥ شرح روض الطالب: ١٩٣/٢، والمفني: ٤٩٢/٤.

^٢ تبين الحقائق: ١١١/٥ وكشاف القناع: ٣٧/٤ وشرح الزرقاني على الخليل: ٢٨٧/٥ شرح منتهى الإرادات: ٣٧٩/٢.

٣١- القاعدة الحادية والثلاثون: [لا تبع للتبع]

أورد الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة ضمن باب المكاتبه تلد من مولاها لبيان حكم عتق المولى لإحدى بنات مكاتبته، حيث قال ما نصه: ولو كان لها ولدان فأعتق المولى أحدهما لم يعتق الآخر والدليل على هذا أن الجدة لو ماتت كان على العليا والسفلى السعاية فيما عليها من بدل الكتابة، وإذا أدت السعاية إحداها لم ترجع على الأخرى بشيء وأن الجدة في حال حياتها أحق بكسبها لتستعين به على مكاتبته وهذا؛ لأن العليا تبع ولا تبع للتبع^١.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة في المبونات الفقهية بأسلوبين خبري وإنشائي، وفيما يلي ذكرها:

- ما جاء في القواعد والضوابط عن التحرير^٢: "التابع لا يستمتع غيره فيما كان تبعاً".
- ما جاء في البيان في مذهب الإمام الشافعي^٣: "التابع لا يكون له تابع".
- ما جاء في المنثور في القواعد الفقهية^٤: "التابع هل يكون له تابع؟".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تتعلق هذه القاعدة بأحكام التوابع، وقد وردت بأسلوبين مختلفين: الأسلوب الخبري، وهو عند الحنفية بحيث رأوا أن التابع لا يستمتع غيره- أي أن ما كان تابعاً لغيره في وجوده وحكمه لا يكون متبرعاً وله تابع آخر من جهة ما هو تبع فيه. والأسلوب الثاني: الأسلوب الإنشائي، -وهو عند الشافعية- حيث صاغوا القاعدة بصيغة استفهامية على نحو ما نراه في المنثور، وذلك للاختلاف بينهم في حكم بعض فروعها عندهم، مما يؤخذ أن القاعدة ليست محل اتفاق عندهم.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- لو قطع إنسان الأصابع وحدها، وجبت الدية فإن قطع اليد من الكوع لم يلزمه أكثر من الدية، ويجعل الكف تبعاً للأصابع، وإن قطع زيادة على ذلك لم يجعل تبعاً، بل يلزمه للزيادة حكومة على قدرها؛ لأن التابع لا يكون له تابع^٥.

^١ المبوط: ٢٣٨/٧.

^٢ ص ٤٨٣.

^٣ إحيى بن أبي الخير الشافعي: ٦٥٧/٢.

^٤ ٢٣٧/١.

^٥ حاشية العلامة العبادي على قواعد الزركشي لابن ناسم عمر العبادي، دار الكتب العلمية بيروت: ص ١٠٥.

٢- هل يسن تكبير العيد خلف النوافل فيه خلاف، والأصح عند الشافعية^١ لا يسن؛ لأن النفل تابع للفرائض، والتابع لا يكون له تابع.

٣- ليس لصلاة العيد سنة قبلية ولا بعدية؛ لأنها نافلة، والنافلة لا أتباع لها^٢.

٤- من وكل في شيء فلمس له أن يوكل غيره فيه؛ وذلك لأن الوكيل تابع لموكله، والتابع لا يكون له تابع.

٥- لو أعار إنسان لآخر أرضاً للبناء عليها فملك البناء بقيمته، أما لو أعار جداراً لوضع جذوع أو بناء عليه؛ فلا يجوز له أن يبيع صاحب الجذوع أو البناء على ثمنه بقيمته، لأن الأرض أصل فجاز أن يستتبع البناء، أما الجدار فتابع فلم يجوز أن يستتبع غيره^٣.

^١ البيان في مذهب الإمام الشافعي: ٦٥٧/٢.

^٢ المنثور في القواعد الفقهية: ٢٣٧/١.

^٣ غاية المحتاج: ٤٠٦/٤؛ وروضة الطالبين: ٢١٢/٤.

المبحث الثاني: القواعد الفقهية في كتاب المكاتب

٣٢- القاعدة الأولى: [موجب العقد ما يثبت بالعقد المطلق]

أورد المصنف هذه القاعدة في أول كتاب المكاتب في معرض حديثه عن ثبوت المالكية للعبد بمجرد عقد المكاتبية، حيث قال ما نصه: "مقصود المولى من إثبات هذه المالكية له أن يتمكن من أداء المال بالتكسب وربما لا يتمكن منه إلا بالخروج من بلدة إلى بلدة وموجب العقد ما يثبت بالعقد المطلق".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في فتح القدير^٢: "موجب العقد يثبت من غير التصريح".
- ما جاء في الهداية^٣: "موجب التصرف لا يحتاج في ثبوته إلى التخصيص عليه".

شرح مفردات القاعدة:

موجب العقد: موجب اسم مفعول، وهو ما أوجبه ذلك الشيء واقتضاه^٤، وقيل: هو أثر المترتب عليه^٥. وموجب العقد هي الأحكام التي يجب وتنشأ عن العقد ويوجبها للمتعاقدين، فهي الأحكام التي تترتب على تمام العقد من تسليم الثمن والمثلثن وملك البدلين وإباحة الانتفاع بهما، وهما صلب العقد وموجبه.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد القاعدة بأن الأحكام الناشئة عن العقد والمرتبطة على تمامه تثبت بالعقد المطلق لكل من المتعاقدين وذلك إذا توفرت فيهما الأهلية لمباشرة العقد ووقع العقد صحيحاً.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا وقع عقد العارية بين المتعاقدين فإنه يثبت بمطلق هذا العقد موجب العقد وهو ملك المنفعة للمستعير وإباحة الانتفاع به.

^١ المبسوط: ٢/٨.

^٢ ١٥٧/٩.

^٣ ٨٨/٣.

^٤ رد المحتار حاشية ابن عابدين: ٣٩٨/٥.

^٥ كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي منصور بن يونس الحنبلي، دار الكتب العلمية - بيروت (بدون طبعة وتاريخ للنشر): ٣٢٣/٦.

٢- موجب عقد الصرف هو صرف ما في يد كل من المتعاقدين لعقد الصرف إلى يد صاحبه بالقبض في مجلس العقد، فثبت هذا الموجب بمطلق انعقاد هذا العقد.

٣- لو زرع المكثري في أوان الزراعة ولم يقصر، ولم يؤخر، ولكن استأخر الإدراك لبرد الهواء، أو كثرة الأنداء، فإذا انقضت المدة المضروبة والزرع غير مدرك، فالحكم أنه لا يقطع أصلاً؛ لأن المكثري غير مقصر، وهو جار على موجب العقد والعادة^١.

٤- إذا وقع عقد البيع مع الخيار بين المتعاقدين جاز للمشتري دفع الثمن في مدة الخيار إلى البائع، وللبيع دفع المبيع فيها إلى المشتري؛ لأن ذلك من موجب العقد فثبت لهما بمطلق العقد، وما أوجب العقد لم يمنع منه بعد العقد^٢.

^١ حماية للطلب في دراية المذهب للجويني. عيد الملك بن عبد الله، بتحقيق الدكتور عبد العظيم الديب، دار النهضة، ط. الأولى

٢٠٠٧م: ٢٢٥/٨.

^٢ بحر المذهب للروائي الشافعي: ٣٨٦/٤.

٣٣- القاعدة الثانية: [كل وصف يفوت ما هو المقصود بالعقد يجب نفيه عن العقد]

وردت هذه القاعدة في أول كتاب للمكاتب في معرض الكلام عما يفوت ما هو المقصود بعقد الكتابة، حيث قال المصنف ما نصّه: "صفة الحلول تفوت ما هو المقصود بالكتابة لأنه يثبت للمولى حق المطالبة عقيب العقد، والعبد عاجز عن الأداء وينتقل عبءه بفسخ العقد فيفوت ما هو المقصود، وكل وصف يفوت ما هو المقصود بالعقد يجب نفيه عن العقد وذلك لا يكون إلا بالتشجيع، والتأجيل".^١

تولّى القاعدة:

وردت القاعدة في كتب الفقهاء بصياغات مختلفة منها ما يلي:

- ما جاء في المجموع شرح للمذهب^٢: "ما أفضى إلى إبطال المقصود بالعقد كان ممنوعاً عنه في العقد".
- ما جاء في الكافي في فقه الإمام أحمد^٣: "لا يصح اشتراط ما يفوت المقصود من العقد".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

إن مقصود الشارع من تشريع العقود هو مراعاة حاجة الناس إليها من الملك والربح ونحوهما، فإذا وجد وصف يخالف المقصود الذي شرع من أجله العقد ويفوته فالعقد حيتئذ هو وجوب نفي ذلك الوصف وإزالته عن العقد؛ لئلا يكون مائعاً من تحقيق مقصوده الذي أراده الشارع من إنجاده.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا دفع شخص إلى رجل أرضه سنته هذه على أن يزرعها ببلره قرطماً^٤، فما خرج منها من عصفر فهو للمزارع، وما خرج من قرطم فهو لرب الأرض أو على عكس ذلك فالعقد فاسد، لأن كل واحد منهما ربح مقصود في هذه الزراعة فاشتراط الجنسين لكل واحد منهما بعينه شرط يفوت المقصود بالمزراعة^٥.
- ٢- إن المقصود في عقد الهبة هو التعويض للعادة، وإذا تطرق الخلل فيما هو المقصود من العقد فإنه يجب نفيه عن العقد، وإلا يتمكن الواهب من الفسخ بوجوده^٦.

^١ المبسوط: ٣/٨.

^٢ ١٣٥/١٥.

^٣ ١٥٣/٢.

^٤ القرطم: حبّ القصفر، وقيل: نحر القصفر. (لسان العرب لابن منظور: ٤٧٦/١٢).

^٥ المبسوط للمرخسي: ٦٦/٢٢.

^٦ العناية شرح الهداية: ٤٠/٩.

- ٣- لو اشترط في عقد المضاربة لزوم المضاربة، أو لا يعزله رب المال مدة بعينها، أو لا يبيع إلا برأس المال، أو أقل، أو يوليه ما يختار من السلعة فإنه لا يصح؛ لأنما شروط تفوت المقصود من العقد فوجب نفيها عنه^١.
- ٤- المقصود من عقد العارية الانتفاع بالمعار مع رد عينه لرب العارية، فإن دخل في العقد ما يفوت المقصود من عقد العارية، كأن لا تكون العين المعارة صالحة للانتفاع أو يشترط على المستعير ألا يستفيع منها، فإنه يجب نفي ذلك عن العقد، فبوجوده يفسد العقد.

^١ الكافي في فقه الإمام أحمد: ٢/٥٣.

٣٤- القاعدة الثالثة: [الديون تقتضي بأمتثالها لا بأعيانها]

وردت هذه القاعدة في بداية كتاب المكاتب لتعليل وقوع العتق إذا أدى المكاتب بدل الكتابة واستحق من يد سيده، حيث قال المصنف ما نصّه: " وإن كاتبه على ألف درهم فأداها، ثم استعقت من يد الملوك فليكتب حر لوجود شرط عتقه، وهو الأداء، والعتق بعد وقوعه لا يحتمل الفسخ فالأداء وإن بطل بالاستحقاق بعد الوجود لا يبطل العتق؛ ولأن المكاتب لم تقع على هذه الألف بعينها يريد به أن يبدل الكتابة كان في ذمته وما يؤديه عوض عن ذلك فإن الديون تقتضي بأمتثالها لا بأعيانها^١ .

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في المغني^٢: "لستقرض يرد المثل في المثليات".
- ما جاء في في البناية شرح الهداية^٣: "الديون يقضى بأمتثالها لا بأعيانها".
- ما جاء في شرح زيارات الزيارات^٤: "الديون تقضى بأمتثالها لا بأعيانها".

شرح مفردات القاعدة:

الديون: جمع دين، وهو لغة القرض وثمن المبيع^٥.

وشرعاً: هو عبارة عن مال حكمي يحدث في الذمة ببيع أو استهلاك أو غيرهما^٦.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

وهي قاعدة كثير السوران في نطاق استيفاء الديون، وتمثل ظاهرة المرونة في التشريع، وتفيد القاعدة بأن الديون التي هي عبارة عن الأموال الثابتة في الذمة فإذا كانت من الأشياء العينية التي لها قيمة ذاتية ولها ما يماثلها كالذهب والفضة أو التي ليست لها قيمة ذاتية كالعملات الورقية مثلاً، فإنها عند ثبوتها في الذمة يجب رد أمتثالها دون أعيانها؛ لأن الديون أثمان وهي لا تتعين في البيع وغيره إلا بقبض الدائن لها.

^١ المبسوط: ٧/٨.

^٢ ٢٤٤/٤.

^٣ ٢٤٩/٦.

^٤ ص ١٨٤٩.

^٥ التصباح المنير للفيومي: ٢٠٥/١.

^٦ الأشياء والنظر لابن نجيم الحنفى: ص ٣٠٥.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا ادعى شخص بأنه وكيل فلان الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم فإنه يومر بتسليم الدين إلى مدعي الوكالة؛ لأنه إقرار على نفسه، ولأن ما يقبضه الوكيل إنما يقبضه من ماله، والدينون تقضى بأمثالها^١.
- ٢- وإذا أقر الرجل أنه اقتضى من فلان ألف درهم فقال فلان ما كان لك علي شيء ولكتك أخذتها مني ظلماً فإن المقر يؤخذ بردها عليه بعد أن يحلف أنه لم يكن عليه؛ لأنه أقر بأخذ ماله الغير، ومطلق الأخذ سبب لوجوب الضمان، والدينون تقضى بأمثالها^٢.
- ٣- إذا كان الدين الثابت في الذمة بإحدى العملات الورقية الجاري التعامل بها في هذا الزمن، ثم نقص سعرها قبل السداد، فإن كان التغير في قيمة العملة كثيراً، فذهب كثير من العلماء المعاصرين^٣ إلى وجوب رد قيمة العملة وقت نشوء الالتزام^٤.
- ٤- إذا تقدم إلى المؤسسة المالية عميل، وطلب تزويده بمواد بناء مختلفة الأنواع (بيع مرابحة)، وفي نفس الوقت طلب منها أن تقوم بدفع أجور مقاول البناء نقداً لغاية الانتهاء من البناء، فإنه يجوز للمؤسسة أن تدفع أجور مقاول البناء نقداً، وإضافتها إلى بيع مرابحة مواد البناء فهذا غير جائز شرعاً؛ لأن الأجور أصبحت ديناً والدينون لا تقضى إلا بأمثالها، وإلا كان ربا.
- ٥- العمرة في رد القرض بأداء مثل ما افترض دون ربط قيمة بشيء آخره وإذا كان القرض وقع على ذهب، أو فضة، أو مثلي: من المكيالات، أو للوزونات، فيكون ما يجب رده هو ما أقرضه من ذهب أو فضة، أو مثلي مما سبق، بصرف النظر عن ارتفاع القيمة أو انخفاضها، ويكون هذا يفتتح باب الربا^٥.

^١ الاختيار لتعليل المختار للموصلي: ١٦٥/٢.

^٢ حاشية الشلبي على تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٢٢/٥.

^٣ منهم: الشيخ ابن باز، والشيخ ابن عثيمين، والشيخ الصديق محمد الأمين الظهير، والشيخ علي السالوس؛ وعليه فتوى اللجنة الدائمة للإفتاء بالسعودية: ١٤٦/١٤.

^٤ وهذا التطبيق مندرج تحت قرار مجمع الفقه الإسلامي عدد: ١٤٢، ٥/٤.

^٥ موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامية للدكتور علي أحمد النوي، توزيع دار عالم للعرفة، ط. الأولى ١٩٩٩م: ٣١٢-٣١٣.

٣٥- القاعدة الرابعة: [العقد الفاسد معتبر بالجزاء في الحكم]

أورد الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة ضمن باب ما لا يجوز من المكتبة للاستدلال بما على انعقاد عقد الكتابة مع صفة الفساد، حيث قال ما نصّه: "وهو تفسير العقد الفاسد فإن موجب الكتابة الفاسدة القيمة بعد تمامها فإذا أدى إليه القيمة عتق؛ لأن العقد انعقد مع الفساد فيعتقد موجباً لحكمه، والأصل أن العقد الفاسد معتبر بالجزاء في الحكم"^١.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بلفظها أو مفادها في العديد من الكتب الفقهية منها ما يلي:

- ما جاء في الأشباه والنظائر^٢: "فاسد العقود في الضمان كصحيحها".
- ما جاء في الأشباه والنظائر^٣: "كل عقد اقتضى صحيحه الضمان فكذلك فاسده".
- ما جاء في المنثور في القواعد الفقهية^٤: "فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه".
- ما جاء في الأشباه والنظائر^٥: "فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه".

شرح مقدرات القاعدة:

العقد الفاسد: هو الصحيح بأصله لا بوصفه، ويقيد الملك عند اتصال القبض به عند الحنفية^٦. أي أنه وقع مستوفياً لأركانه وشرائط انعقاده^٧، بأن صدر من محله وموضوعه القابل له، ولكن لازمه أمر أو وصف غير مشروع فصار العقد منهياً عنه شرعاً من أجله. وعند غير الحنفية: لا فرق بين الفاسد والباطل^٨.

^١ المبسوط: ٨/٨.

^٢ لابن حجر المحقق: ص ٣٥٥.

^٣ للسيوطي: ص ٢٨٣.

^٤ ٨/٣.

^٥ للسبكي عبد الجهاب بن تقي الدين، دار الكتب العلمية بيروت، ط. الأولى ١٩٩١ م: ٣٠٧/١.

^٦ ينظر: كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري: ٢٥٩/١؛ وتبيين الحقائق للزيلعي: ٤٤/٤.

^٧ شرائط الانعقاد هي: الشروط التي لا ينعقد العقد بدونها، وهي ترجع إلى خلل في ركن من أركان العقد في ذاته؛ كالعاقدة، والمعتود عليه، مثلاً: أن يكون العاقد عاقلًا مميزًا، فلا ينعقد بيع المجنون والصبي الذي لا عقل؛ لأن أهلية المتصرف شرط انعقاد التصرف والأهلية لا تثبت بدون العقل فلا يثبت الانعقاد بدونها، ومثل: أن يكون المبيع موجودًا، فلا ينعقد بيع المعلوم. (ينظر: بنائع الصنائع للكاساني: ١٣٥/٥).

^٨ التعريفات للجرجاني: ص ١٦٤.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة بأن العقد إذا وقع مستوفياً لأركانه وشروط انعقاده، إلا أنه فسد لخلل في وصف من أوصافه وشروط صحته، فإن ذلك لا يمنع من انعقاده فيترتب عليه حكم العقد الجائز والصحيح في ضمان المبيع عند هلاكه في يد المشتري ولم يمكن فسخه؛ ولكن الضمان في العقد الفاسد بالقيمة دون المسمى، وهذا ما ذهب إليه الحنفية. إلا إن تصحيح العقد الفاسد بإزالة المفسد مقيد بقيدين:

أولاً: أن يزال المفسد للعقد قبل ثبوته وتقرره وحصول المقصود منه.

ثانياً: أن يكون الفساد ضعيفاً، أما إذا كان قوياً - بأن وقع في صلب العقد - فلا ينقلب صحيحاً برفع المفسد^١.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- تحجب العدة بالفرقة عن النكاح الفاسد، وكذلك الوطء بشبهة النكاح؛ لأن الفاسد معتبر بالجائز من الأحكام^٢.
- ٢- إذا تزوج امرأة بعقد فاسد فإنه يجب عليه مهر المثل لا المهر المسمى.
- ٣- إذا وقع عقد المضاربة صحيحاً وتلف المال بلا تعدد من المضارب فلا ضمان عليه، وكذلك إذا كانت المضاربة فاسدة وتلف المال بلا تفریط فإنه لا ضمان عليه أيضاً؛ لأن يد المضارب أمينة فلا تضمن إلا بالتعدي.
- ٤- إذا صحت الإجارة فإنه يجب فيها أجر المسمى، وإذا فسدت فتجب فيها أجر المثل أي قيمة المعقود عليه^٣.

ما يستثنى من القاعدة:

- ١- إذا قال شخص لآخر: قارضتك على أن الربح كله لي، أو ساقيتك على أن الثمرة كلها لي، فلا أجر لها.
- ٢- صحيح الوديعة لا ضمان فيها على المودع، ولو أخذها من صبي أو مجنون ضمن.
- ٣- لو عرض العين على المستأجر، فامتنع من تسليمها إلى أن انقضت المدة، استقرت الأجرة، ولو كانت الإجارة فاسدة لم تستقر.
- ٤- المسابقة إذا صحت فالعمل فيها مضمون، وإذا فسدت لا يضمن في وجه.
- ٥- عقد الشركة إذا كانت صحيحة؛ فعمل كل واحد منهما في مال صاحبه ولا يكون عمله مضموناً، وإذا كانت فاسدة يكون عمله مضموناً^٤.

^١ ينظر: بدائع الصنائع: ١٧٨/٥.

^٢ المحيط البرهاني: ٤٥٨/٣.

^٣ الاختيار لتعليل المختار: ٥٧/٢.

^٤ الأعباء والنظائر للسيوطي: ص ٢٨٣ والأشباه والنظائر للسيكي: ٢٠٧/١.

٣٦- القاعدة الخامسة: [بإعدام التبع لا يتعلم الأصل]

أورد الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في باب ما لا يجوز من الكتابة عقب بيانه بأن صفة الفساد تدل على انعقاد أصل العقد، حيث قال ما نصّه: "صفة الفساد لا تمنع انعقاد أصل العقد بل تدل على انعقاده فإن قيام الوصف بالموصوف فإن الصفة تبع وبإعدام التبع لا يتعلم الأصل".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب أصول الفقه منها ما يلي:

- ما جاء في أصول السرخسي^٢: "بإعدام التبع لا يتعلم الأصل".
- ما جاء في كشف الأسرار شرح أصول البيهقي^٣: "بعدم التابع لا يتعلم الأصل".
- ما جاء في شرح التلويح على التوطيح^٤: "لا يتعلم الأصل بعدم التابع".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة تتعلق بالقواعد المتعلقة بالتتابع، وتفيد بأن الحكم إذا ثبت في حق الأصل وكان له التبع فإذا اتعدم ثبوت الحكم في التبع لا يتعلم الحكم الثابت في حق الأصل، بل يبقى الحكم ثابتاً في الأصل من غير أن يترتب على انعدام الحكم في التبع أثر في ثبوت الحكم في الأصل.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- وجود صفة الفساد في العقد لا تمنع انعقاد أصل العقد بل تدل على انعقاده؛ لأن قيام الوصف بالموصوف، فإن الصفة تبع وبإعدام التبع لا يتعلم الأصل.
- ٢- التصاب سبب لوجوب الزكاة بصفة النماء، وحصولها لا يكون إلا بعد الحول، وبإعدام صفة النماء لا يتعلم أصل المال الذي يضاف إليه هذا الحكم شرعاً؛ لأن الصفة تابعة للأصل وبإعدامها لا يتعلم الأصل^٥.
- ٣- لو أبرا الدائن الضامن أو الكفيل، فإن هذا لا يقتضي إبراء المدين من الدين؛ لأنه الأصل والضامن أو الكفيل تبع وبإعدام التبع لا يتعلم الأصل.

^١ المبسوط: ٨/٨.

^٢ ٤٨/١.

^٣ ١٩٢/٤.

^٤ لمسعود بن عمر الفتازاني، مكتبة صبيح معمر، (بدون طبعة وبدون تاريخ): ٢/٢٦٦.

^٥ أصول السرخسي: ٣١٥/٢.

٣٧- القاعدة السادسة: [الجهالة المستدركة في الأجل نظير الجهالة المستدركة في البذل]

وردت هذه القاعدة في باب ما لا يجوز من الكتابة للتعليل بما على جواز انعقاد العقد إذا وجدت فيه الجهالة في الأجل، حيث قال ما نصه: "وإن كاتبها على ألف درهم إلى العطاء^١ أو الدئاس^٢ أو إلى الحصاد أو إلى نحو ذلك مما لا يعرف من الأجل جاز ذلك استحساناً وفي القياس لا يجوز؛ لأن عقد الكتابة لا يصح إلا بتسمية البذل كالبيع وهذه الأجل المجهولة إذا شرطت في أصل البيع فسد بما العقد فكذلك الكتابة ولكنه يستحسن، فقال الكتابة فيما يرجع إلى البذل بمنزلة العقود المبنية على التوسع في البذل كالنكاح والخلع ومثل هذه الجهالة في الأجل لا يمنع صحة التسمية في الصداق فكذلك في الكتابة وهذا؛ لأن الجهالة المستدركة في الأجل نظير الجهالة المستدركة في البذل"^٣

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد القاعدة بأنه إذا وقعت في العقود المبنية على التوسع - كالنكاح والخلع والكتابة ونحوها - الجهالة في الأجل فإنها مستدركة أي يمكن إزالتها واستدراكها بتعيين الأجل فيها، وبالتالي فإنه لا يمنع من انعقاد تلك العقود وهذه الجهالة بمثابة الجهالة المستدركة في العوض بإمكان إزالتها بتسميته في العقد فلا تكون مانعة من صحته.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- لو كفل الرجل عن الآخر إلى أن تمطر السماء أو إلى أن يمس السماء فالكفالة جائزة والأجل باطل؛ لأن الأجل للذكور ليس من الأجل المعروف بين التجار^٤.
- ٢- إذا اختلعت المرأة من زوجها بألف درهم إلى أجل مجهول فالخلع جائز والأجل كذلك؛ فالجهالة في الأجل يسيرة والخلع من العقود المبنية على التوسع فالجهالة في الأجل الواقعة في عقد الخلع مستدركة كالجهالة في البذل^٥.
- ٣- لو كفل رجل لرجل بمال إلى التزويج أو إلى المفترجيان ونحوها من الأجل المجهولة فإنها لا تمنع صحة الكفالة؛ لكونها من العقود المبنية على التوسع فالجهالة في الأجل مستدركة فيها^٦.

^١ العطاء: هو ما يعطيه الإمام من بيت المال أهل الحقوق وخروجه وقت معلوم ولكنه قد يتقدم وقد يتأخر فتتمكن فيه نوع جهالة. (طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية لتجيم الدين النسفي، للطبعة العامة مكتبة المكتبة بغداد، (بدون طبعة) ١٣١١هـ: ص ٦٥).

^٢ الدئاس: فهو الذي يوسس الطعام ويدقه بالثندان ليخرج الحبيب والسنبلة. النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير المبارك بن محمد، بتحقيق طاهر أحمد الزاوي وعمود الطناحي، المكتبة العلمية بيروت، ١٩٧٩م: ١٤٠/٢.

^٣ المصوط للسرخسي: ١٠/٨.

^٤ المرجع السابق: ١٧٣/١٩.

^٥ المحيط البرهاني في الفقه النعماني: ٤٨١/٣.

^٦ تحفة الفقهاء للسمرقندي: ٢٤٠/٣.

٣٨- القاعدة السابعة: [حال بقاء الأصل لا عبرة للتبع]

وردت هذه القاعدة ضمن باب مكاتبة الأمل الحامل للاستدلال بما على أن كسب ولد المكاتبة وأرش طرفه يرجع إلى أمه للمكاتبة، حيث قال ما نصّه: "إذا كاتب الرجل أمة فولدت ولدا فجنى على الولد جناية أو اكتسب مالا فجميع ذلك للأم؛ لأنه تابع لها في الكاتبة فكسبه وأرش طرفه لها وليس للولد أن يمنع شيئا منها وإن كان كبيرا فإن عتقاء ثم ماتت الأم فذلك ميراث عنها سواء كانت أخذت منه أو لم تأخذ بخلاف ما يكسبه الولد بعد موتها وهذا؛ لأن حال بقاء الأصل لا عبرة للتبع فكان كسبه الولد ككسبها".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بلفظها أو مفادها في الكتب الفقهية والأصولية منها ما يلي:

- ما جاء في بدائع الصنائع^٢: "بقاء الأصل ليس بشرط لبقاء الحكم في التبع".
- ما جاء في الكافي شرح البيهقي^٣: "لا معتبر بالخلف في حال بقاء الأصل".
- ما جاء في شرح الزيادات^٤: "التبع لا يزاحم الأصل؛ لانعدام المساواة بينهما".
- ما جاء في تحفة الفقهاء^٥: "الخلف لا يشرع مع وجود الأصل".
- ما جاء في الهدايء الصنائع^٦: "لا عبرة بقوات التابع عند وجود الأصل".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة تتعلق بقواعد التوابع، وأفادت بأنه في حال بقاء الحكم للأصل لا يكون للتبع عبرة بحيث أنه لا يكون له حق في أن يمنع الأصل من الحكم الذي ثبت له عن طريقه؛ لأن الحكم الثابت للتبع يكون جميعه راجعاً إلى الأصل والمتبوع.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا وجد الأصل -أي المكفول عنه- وهو المطالب في الأصل سقط حكم الكفيل في عقد الكفالة.
- ٢- إذا قدر المجتمع أو القارن على الشاة قبل الصوم وجب عليه الدم، ولا يجوز عليه الصوم.

^١ المبسوط: ٣١/٨؛ ولفظ آخر: بقاء الأصل يعني عن اعتبار بقاء التبع. ٩٠/٨.

^٢ ١٠٤/٧

^٣ ٩٠٩/٢

^٤ ص ١٠٩٢

^٥ ٣٧/١

^٦ ١٠٥/١

- ٣- غلب على ظن المرأة أنها آيسة واعتدت ببعض الأشهر ثم رأت الدم تنتقل عدتها إلى الحيض؛ لأنها لما رأت الدم دلّ على أنها لم تكن آيسة، وأنها أخطأت في الظن، فلا يعتد بالأشهر لأنها بدلت، فلا يعتبر مع وجود الأصيل^١.
- ٤- التيمم بالتراب خلف عن الماء وبدل عنه عند فقدّه أو عدم القدرة على استعماله مع وجوده، فإذا وجد الماء، أو قدر مرید الطهارة على استعماله لا يجوز التيمم ويبطل حكمه، وإن كان متيمماً بطل تيممه^٢.

^١ بدائع الصنائع: ٢٠٠/٣.

^٢ تحفة الفقهاء: ٤٣٧/١ وبدائع الصنائع: ٥٧/١.

٣٩- القاعدة الثامنة: [حاجة المكتسب في كسبه مقدّم على حاجة غيره]

أورد الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة ضمن باب مكاتبة الرجلين في معرض كلامه عن الجهة التي لها أحقية مالية الرقبة في حال إذن المكاتبة لعبدها في التجارة ولحقه دين؛ حيث قال ما نصّه: "ألا ترى أن للمكاتبة لو أذنت لعبدها في التجارة فلحقه دين، ثم ماتت كان غرماء العبد أحق بمالية الرقبة من غرمائها فكذلك الولد وهذا لأن كسبه لما بعد ما يفرغ من حاجته فإن حاجة المكتسب في كسبه مقدّم على حاجة غيره".^١

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد القاعدة بأن الذي يباشر الكسب -وهو المكتسب- من أعمال التجارة ونحوها، وكان مأذوناً بذلك فإن حاجته إلى ما يكسبه تقدّم على حاجة الأصل الذي يتبعه أو من يأذن له بالكسب، إن كان ممن يحتاج إلى حصول الإذن في الكسب كالعبد للمكاتب.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا أذن شخص لآخر بالتجارة في ماله، فالكسب لماؤون له في التجارة وكان عليه ديناً لآخر فإن حاجته في سداد دينه تقدّم على حاجة من أذن له بالتجارة في الكسب.
- ٢- إذا كان الرجل قادراً مكتسباً وله عيال تلزمه نفقتهم وذمته مشغولة بدين، فما يكسبه من مال هو أحوج به لإبراء ذمته من الدين الذي تعلق برقبته دون النفقة على عياله.
- ٣- إذا دفع إلى رجل شبكة ليصيد بها السمك على أن ما صاد بها من شيء فهو بينهما، فصاد بها سمكاً كثيراً فجميع ذلك للذي صاده لأن الأخذ هو المكتسب دون الآلة فيكون الكسب له، أما صاحب الآلة فله أجر مثله على الصياد.
- ٤- لو دفع إلى شخص إلى حائك غزلا على أن يحوكه سبعة في أربعة ثوبا وسطا على أن الثوب بينهما نصفان فالإجارة فاسدة لجهالة الأجر، والثوب لصاحب الغزل باعتباره مكتسباً وللحائك أجر للثقل.^٢
- ٥- إذا أذن أحد الشريكين لعبده في التجارة ولحقه دين التجارة وفي يده مال التجارة قضى من ذلك دينه الذي في ذمته، والباقي بين الشريكين نصفين.^٣

^١ المبسوط: ٣٢/٨.

^٢ المبسوط للسرخسي: ٣٥/٢٢.

^٣ البحر الرائق: ٩٧/٨.

٤٠ - القاعدة التاسعة: [الخيار إذا سقط في البيع بشرط الخيار يثبت الملك للمشتري من وقت العقد حتى

يستحق الزوال]

وردت هذه القاعدة في باب مكاتبة الرجلين عقب ذكره حكم سقوط الخيار للمكاتبة بين رجلين علقت منهما لعجزها عن البدل، حيث قال ما نصه: "مكاتبة بين رجلين علقت من أحدهما فهي بالخيار؛ لأنه تلقاها جهتا حرية فإن شاء عجزت فكانت أم ولد له ويضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها؛ لأنها أمة بينهما وقد استولدها وإن شاءت مضت على الكتابة وأخذت عقرها فإن مضت على الكتابة، ثم علقت من الآخر، ثم عجزت فالولد الأول للأول، والولد الثاني للثاني؛ لأن نصفها في الظاهر مكاتب له حين استولدها وذلك يكفي لثبوت نسب الولد الثاني منه، وهي أم ولد للأول؛ لأنه استحق حق أمية الولد في جميعها إلا أن المكاتبة في نصيب الآخر كان مانعاً من ظهور هذا الاستحقاق قبل العجز وقد ارتفع هذا المانع بالعجز فصارت أم ولد له من ذلك الوقت ألا ترى أن الخيار إذا سقط في البيع بشرط الخيار يثبت الملك للمشتري من وقت العقد حتى يستحق الزوال".

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في البناية شرح الهداية^١: "إذا سقط الخيار يثبت الملك للمشتري من وقت العقد حتى يستحق الزوال".
- ما جاء في المحيط البرهاني^٢: "عند زوال الخيار يثبت الملك للمشتري بالسبب السابق ولا يحتاج فيه إلى تجديد القبض".
- ما جاء في أصول السرخسي^٣: "لو سقط الخيار يثبت الملك للمشتري من وقت العقد حتى يملك البيع بالزيادة المتصلة والمتفصلة".

شرح مفردات القاعدة:

الخيار في اللغة: اسم مصدر من الاختيار، تقيض الثَّيْرَارَ. والخيار: الاسم من الاختيار^٤.
أما اصطلاحاً فهو: كون أحد العاقدين في فسحة من اختيار العقد أو تركه، وهو على ثمانية عشر قسمًا^٥.

^١ التيسوط للسرخسي: ٣٨/٨-٣٩.

^٢ ٤٣٦/١٠.

^٣ ٤٢٨/٦.

^٤ ٣١٤/٢.

^٥ شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم لشوان الحموي، بتحقيق الدكتور حسين العمري وجماعة، دار الفكر المعاصر-بيروت.

ط. الأولى ١٩٩٩م: ١٩٧٢/٣.

^٦ التعريفات الفقهية للبركي: ص ٩٠.

الزوائد: أن ينضم إلى ما عليه الشيء في نفسه شيء آخر وهي في المبيع إما متصلة أو منفصلة وكل منها إما متولدة من المبيع أو غير متولدة فالمتصلة المتولدة كالسمن والجمال، وغير المتولدة كالصنغ والخياطة والبناء، والمنفصلة المتولدة كالولد والثمر والأرض، وغير المتولدة كالكسب والغلة^١.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة بأن البيع إذا كان بشرط الخيار وسقط الخيار بأي سبب من الأسباب ثبت الملك للمشتري من وقت العقد، فتكون زوائد المبيع منفصلة كانت أم متصلة ملكاً له لا للبائع.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا تبايعا الرجلان ثوباً على خيار الشرط ثم فسخ أحدهما العقد بالقول أم بالفعل، سقط خيار الشرط وما كان من الزيادة في الثوب كالخياطة والحياكة مثلاً تكون ملكاً للمشتري دون البائع.
- ٢- إذا باع شخص لآخر بقرة على أنه بالخيار ثم سقط الخيار بإسقاطهما أو بمضي المدة صح البيع؛ لأن عند زوال الخيار يثبت الملك للمشتري بالسبب السابق من دون أن يحتاج إلى تحديد القبض.
- ٣- إذا تبايعا الشخصان السلعة على أن المشتري فيها بالخيار ثم تعينت أو هلكت أثناء مدة الخيار، سقط خيار الشرط ولزم العقد للمشتري وثبت له الملك دون البائع بالسبب السابق من دون حاجة إلى تحديد القبض.

^١ المرجع السابق: ص ١٠٩.

٤١ - القاعدة العاشرة: [الكسب يملك بملك الأصل]

أورد المصنف هذه القاعدة في باب مكاتبة الرجلين في معرض كلامه عن مكاتبة أحد الشريكين نصيبه بغير إذن شريكه، حيث قال ما نصته: "وإن كاتب أحدهما نصيبه بغير إذن شريكه فاكسبت -أي أم الولد- مالاً وقضت منه الكتابة فعتقت، ثم اكتسبت مالاً، ثم حضر الذي لم يكاتب فله نصف ما اكتسبته قبل أداء الكتابة ولها نصفه؛ لأن نصيب المكاتب منها مكاتب، ونصيب الشريك مملوك له والكسب يملك بملك الأصل وما اكتسبته بعد أداء الكتابة فهو لها؛ لأن عندهما تحقق كلها بعنق البعض".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في تبين الحقائق شرح كنز الدقائق^٢: "إنما يملك الكسب بملك الأصل".
- ما جاء في العناية شرح الهداية^٣: "والكسب والأرض والولد لا يملك إلا بملك الأصل".
- ما جاء في شرح السير^٤: "الكسب يملك بضمن الأصل تبعاً له".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة من القواعد المتعلقة بالتوابع، وتفيد بأن كل كسب ونماء الذي يحصل من شيء ما فهو مملوك لمن يملك الأصل فيرجع ملكه إلى المالك الذي يملك ذلك الشيء؛ لأن الكسب -وهو الزائد المستفاد- تبع، والتابع لغيره في الوجود تابع له في الحكم كذلك. ولأن الكسب والنماء للأصل في الحقيقة زوائد ملكه، وليس لمن حصلت عنده تلك الزوائد.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- لو قال شخص: الأرض لفلان وغلها لي، أو النخل بأصوبها لفلان والثمرة لي، لا يصدق في شيء من ذلك إلا بصحة؛ لأن النخل تبع للأرض والثمر يملك بملك الأصل^٥.
- ٢- إذا اشترى بقرة أو شاة وقبل قبضها ولدت عند البائع، فهي وولدها للمشتري؛ لأنها زوائد ملك من يملك الأصل؛ ولأنه بالعقد خرجت عن ملك البائع حتى لو كان الثمن موزعاً.

^١ المبسوط: ٤٠/٨.

^٢ ٣٩/٥.

^٣ ٦١/٧.

^٤ ص ١٣٧٤.

^٥ المبسوط للشيخ: ٧٤/١٨.

- ٣- إذا اشترى شخص سلعة بمائة مثلاً، وقبل أن يقبضها من البائع زادت قيمتها فأصبحت تساوي مائتين، فإنها للمشتري؛ لأنها زوائد ونماء ملكه دون البائع.
- ٤- إذا اشترى سيارة وأجرها ثم اكتشف بها عيباً يوجب الردّ على البائع، فالمشتري ما اكتسب من الأجرة؛ لأن الأجرة تملك بضمان الأصل تبعاً للأصل؛ لأن السيارة لو أصابها ضرر قبل اكتشاف العيب فهو على ضمان المشتري^١.

^١ موسوعة القواعد الفقهية: ٢٨٦/٨.

٤٢- القاعدة الثانية عشرة: [السكوت عن النهي بعد العلم بالتصرف بمنزلة التصريح بالإذن]

وردت هذه القاعدة في باب مكاتبة الرجل شقصاً من عبده في معرض الكلام عن سكوت المولى عن النهي بعد العلم بتصرف المولى، حيث قال المصنف ما نصّه: "لو كان الكل محجوراً فراء المولى يبيع ويشترى فلم ينه صار الكل مأذوناً فكذلك إذا كان النصف محجوراً؛ لأن سكوته عن النهي بعد العلم بتصرفه بمنزلة التصريح بالإذن".^١ والأصل في هذا حديث عائشة رضي الله عنها-، قالت: قلت يا رسول الله، يُستامر النساء في إيهاعهن؟ قال: «نعم»، قلت: فإن البكر تُستامر فتستحي فتسكت؟ قال: «سكاتها إذغما».^٢

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في شرح السمر الكبير^٣: "السكوت عن البيان بعد تحقق الحاجة إليه لا يجوز".
- ما جاء في كتب الأشباه والنظائر^٤: "السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان".
- ما جاء في إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك^٥: "السكوت عن الشيء هل هو إقرار أو إذن أم لا؟".
- ما جاء في الأشباه والنظائر^٦: "لا ينسب إلى ساكت قول".
- ما جاء في مجلة الأحكام العدلية^٧: "السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة من القواعد التي تتعلق ببناء حكم شرعي على السكوت في معرض الحاجة وهو أمر استثناء الشارع من الأصل في بناء الأحكام وهو النطق والتصريح سواء صدر ذلك من الشارع أم من المكلفين؛ لأنه يدل على مراد المتكلم وقصده، ونظراً إلى أن السكوت الواقع من البعض قد يوقع بهم في الضرر والمشقة وهما مرفوعان في الشرع؛

^١ المبسوط: ٤٦/٨.

^٢ متفق عليه، أخرجه الشيخان في صحيحيهما واللفظ للبخاري برقم: ٦٩٤٦، كتاب الإكراه، باب لا يجوز نكاح المرأة، ٢١/٩، ومسلم برقم: ١٤٢٠، كتاب النكاح، باب استئذان النيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت: ١٠٣٧/٢.

^٣ للسرخسي محمد بن أحمد، الشركة الشرقية للإعلانات، (بدون طبعة) ١٩٧١م: ١٠٧/١.

^٤ لابن نجيم الحنفي: ص ٤٢٥٤ والسبوطي: ص ١٤٣.

^٥ للنوشرسي أحمد بن يحيى، بتحقيق الصادق الغرياني، دار ابن حزم، ط. الأولى ٢٠٠٦م: القاعدة رقم: ١٠٨، ص ١٥٩.

^٦ للسبوطي: ص ١٥٨.

^٧ مادة: ٦٧، وينظر: شرح المجلة لمحمد خالد الأتاسي، المكتبة الحبيبية، كاتسي رود، باكستان: ١٨١/١ وشرح المجلة لسليم ومحم ياز اللبناني، دار إحياء التراث العربي، ط. الثالثة: ص ٤٧.

لذا فإنه اعتبر سكوت المكلف عن الإنكار على شخص بعد العلم بتصرفه في منزلة التصريح بالإذن لبناء الحكم الشرعي عليه.

الخلاف في القاعدة:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن كل سكوت بمنزلة التصريح بالإذن، وهناك مسائل معدودة يعتبر السكوت فيها رطباً، ثم اختلفوا في حصر تلك المسائل، فذهب الحنفية إلى أن السكوت رطباً في مسائل معدودة. أوصلها بعضهم^١ إلى ثلاث عشرة مسألة منها: في البكر إذا استأمر ولّيتها في التزويج، وإذا سكّت الشفيع بعدما علم بالبيع ساعة بطلت شفاعته.

أما فقهاء المالكية فقد اختلفوا في القاعدة نفسها فصاغوها بصيغة إنشائية، وجعلوا السكوت كالإقرار في أمور معدودة ذكروها كأن يقول: قد راجعت فتسكّت، ثم تدعي من الغد أن عدّها كانت قد انقضت، فلا قول لها^٢. أما الشافعية فقد ذهبوا إلى التفصيل في السكوت حيث قسموه إلى ضربين:

الأول: ما كان بمجرد ينزل منزلة التصريح بالنطق في حق من يجب له العصمة، ومنه تقريراته صلى الله عليه وسلم، والإجماع السكوتي^٣ الذي هو حجة عند كثيرين.

الثاني: ما كان غير المعصوم، فالأصل ألا ينزل منزلة نطقه، لا سيما إذا كان السكوت محرماً، ومنه قول الإمام الشافعي -رحمه الله-: "لا يُنسب إلى ساكت قول"، واستثنوا من قول الإمام الأحوال الأربعة التي ينزل السكوت فيها منزلة الرضا^٤.

أما الحنابلة فقد ذهبوا إلى أن السكوت محتجّل، فلا يكون إذناً؛ كسكوت الثيب، بخلاف سكوت البكر؛ لوجود الحياء المانع من الكلام في حقها^٥. فهم جعلوا من السكوت بيانا إذا كانت الظروف المحيطة بهذا السكوت تؤدي إلى هذه النتيجة، ويعرف ذلك بمراد المتكلم بدليل من الأدلة حيث يستدل بما على مراد المتكلم، فإذا ظهر ووضح

^١ ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني: ٥٩/٣ وما بعدها.

^٢ ذكرها الوتشي أحمد بن يحيى في إيضاح السالك: ص ١٥٩.

^٣ الإجماع السكوتي: هو أن يفتي بعض المجتهدين ويبلغ الباقيين فيسكتوا من غير تصريح بموافقة ولا إنكار. (ينظر: القيث الجامع شرح جمع الجوامع لأحمد بن عبد الرحيم العراقي، بتحقيق محمد تاجر حجازي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١، ٢٠٠٤ م: ص ٥٠٢).

^٤ ينظر: للشوهر في القواعد الفقهية للزركشي: ٢٠٥/٢ وما بعدها.

^٥ ينظر: الكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة: ٢٨٥/٤ والمغني: ١٥٥/٤.

بأي طريق كان، عمل بمقتضاه، سواء كان بإشارة، أو كتابة، أو إيماء، أو دلالة عقلية، أو قرينة حالية، أو عادة له مطردة لا يخل بها^١.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا سكنت الواهب عند قبض الموهوب له العين بحضوره أو المتصلِّق عند قبض المتصدِّق عليه فلم ينهه صحَّ قبضه؛ لأنَّ سكوته عند القبض مع قدرته على النهي تدل على الإذن بالقبض^٢.
- ٢- إذا باع يبعاً فاسداً وللمبيع حاضر عند العقد فقبضه المشتري بحضوره البائع ولم يمنعه من قبضه وسكت كان إذنًا له بالقبض حتى يملكه للمشتري، دفع الثمن أو لم يدفع^٣.
- ٣- إذا أقرَّ شخص لآخر بمال، وسكت المقر له، فيعد سكوته تصديقاً له وقبولاً للإقرار بمال^٤.
- ٤- نكول للمدعي عليه عن اليمين التي وجهت عليه في المحكمة إذ يعتبر إقراراً أو بدلاً.
- ٥- المحرم الذي يسكت وحلال يخلق رأسه وهو قادر على منعه يعتبر سكوته رضاً وإذنًا بالخلق فعليه الجزاء^٥.

من استثنائات القاعدة:

- ١- إذا باع شخص مال غيره، على مرأى ومسمع منه، وسكت عن عمله، أي إنه لم ينهه عن البيع، فلا يعد هذا السكوت من صاحب المال رضاً منه بالبيع وإجازة له.
- ٢- إذا أتلف شخص مال آخر بحضوره وسكت صاحب المال، فلا يعد ذلك إذنًا منه بالإتلاف، ويجب الضمان على من أتلف المال.
- ٣- إذا سكن شخص داراً لغيره، وليست معدة للإيجار، وصاحب الدار ساكت لا يعد سكوته إيجاراً، فليس له حق في طلب الأجرة^٦.

^١ إعلام الموقعين: ٢١٨/١.

^٢ بلائع الصنائع للكاسبي: ١٩٣/٧.

^٣ المحيط البرهاني في الفقه النعماني: ٥٧/٣.

^٤ دور الحكام: ٦٠/١.

^٥ موسوعة القواعد الفقهية: ٤٢/٥.

^٦ شرح المجلة للأتاسي: ١٨٢/١.

٤٣- القاعدة الثالثة عشرة: [مع جهالة الجنس لا تصح التسمية في شيء من العقود]

أورد الإمام السرخسي رحمه الله- هذه القاعدة في باب الكتابة على الحيوان وغيره عقب حديثه عن المكتبة على لم يبين جنسه، حيث قال ما نصّه: "وإن كاتبه على دابة أو ثوب لم يجر حتى يبين الجنس؛ لأن اسم الدابة والثوب يشتمل على أجناس ومع جهالة الجنس لا تصح التسمية في شيء من العقود كما في الصداق والخلع"^١.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في المحيط البرهاني^٢: "جهالة الجنس مانعة لصحة التسمية في العقود كلها".
- ما جاء في البناء شرح الهداية^٣: "جهالة الجنس تمنع صحة البذل".
- ما جاء في البحر الرائق^٤: "الأصل أن جهالة الجنس تمنع صحة التسمية في العقود كلها كان معاوضة مال بمال أو لم يكن".
- ما جاء في شرح السير^٥: "لا تصح التسمية في شيء من العقود مع جهالة الجنس".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

من شروط صحة العقود معرفة البديلين وتعيينهما، فإذا كان أحد البديلين مجهول الجنس أو وقعت الجهالة في محل العقد؛ كالثوب والدابة والدار لم يصح العقد وكان العقد باطلاً؛ لأن الجهالة الواقعة في الجنس متفاحشة تفسد بها التسمية في العقد، ويجب في ذلك قيمة نفس البذل.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- لو وكل الرجل آخر بشراء ثوب أو دابة أو دار فإنه لا يصح وإن سمى الثمن؛ لأنه لا يمكن الوكيل امتثال ما وكله به لتفاوته تفاوتاً فاحشاً^٦.

^١ المبسوط: ٥٤/٨.

^٢ ٢٨٣/٢.

^٣ ٧٧/٦.

^٤ ٤٦/٨.

^٥ شرح السير: ص ١٧٣.

^٦ الاختيار لتعليل المختار للموسلي: ١٥٩/٢.

- ٢- إذا قال: أبيعك هذه الدابة أو السيارة بألف. ولم يعبّر نوع النقد وفي البلدة نقود مختلفة يتعامل بها الناس، فالعقد باطل غير صحيح؛ لأن الألف مجهولة الجنس^١.
- ٣- لو باع شخص قطيعاً إلا شاة غير معينة أو شاة من هذا القطيع، أو لو باع بستاناً إلا شجرة غير معينة فإن البيع غير صحيح للجهاالة المتفاحشة المفضية إلى المنازعة لتعلقها بمحل العقد، وإن سمي الثمن في هذا العقد^٢.
- ٤- إذا عقد شخصان بيع السلم وكان المسلم فيه مجهول الجنس

من مستثنيات القاعدة:

- يشترط في الوكالة أن يكون محل الوكالة -أي الموكل فيه- معلوماً للموكل لئلا تؤدي إلى الجهاالة المتفاحشة، ويستثنى من اشتراط معلومية محل الوكالة المطلقة، مثل: لو قال الموكل: استثمر هذا المال فيما شئت، ومع هذا تنقيد بما فيه مصلحة للموكل، ويرجع إلى العرف عند الحاجة^٣.

^١ موسوعة الفوائد الفقهية: ٨٥١/٨.

^٢ الموسوعة الفقهية الكويتية: ١٧١/١٦.

^٣ لتأخير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية التي تم اعتمادها حتى نوفمبر ٢٠١٧ م، للثامة- البحرين: ص ٦٢٠.

٤٤ - القاعدة الرابعة عشرة: [دليل الرضا كصريح الرضا]

وردت هذه القاعدة في باب الخيار في الكتابة في معرض الحديث عن دليل الرضا، حيث قال المصنف ما نصّه: "ألا ترى أن رجلاً لو باع عبداً على أن البائع بالخيار ثلاثاً وقبضه المشتري فأذن له في التجارة واستدان ديناً، ثم رد البائع البيع لم يلزمه شيء من ذلك فكل ذلك في المكتوبة فأما إذا رآه يتصرف فقد قامت الدلالة لنا على أن سكوته عن النهي بعد العلم بتصرفه يكون دليل الرضا، ودليل الرضا كصريح الرضا ولو صرح بذلك كان إجازة منه للمكتوبة"^١.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في العديد من الكتب الفقهية والأصولية وفيما يلي ذكرها:

- ما جاء في المغني^٢: "إذا وجد دليل الرضا أشبه ما لو صرح به".
- ما جاء في دقائق أولي النهي لشرح المنتهى^٣: "يقوم دليل الرضا مقام التصريح به".
- ما جاء في كشف القناع عن متن الإقناع^٤: "دليل الرضا مُنْزَل منزلة التصريح به".

شرح مفردات القاعدة:

الرّضا: من رضيت الشيء ورضيت به رضىً اخترته وارتضيته مثله، وهو خلاف الشّخل، وقول الفقهاء: تشهد على رضاها أي على إذنها، فجعلوا الإذن رضىً لدلالته عليه^٥.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة بمعنى ما سبق من القواعد وهو أن الدلالة تقوم مقام الصريح عند عدمه. ولكن هذه القاعدة خاصة بالرّضا والقبول، فإن وجدت دلالة الرضا أو دلالة القبول -وهو ما يدل على الرضا- لأن الرضا أمر قلبي فكأن الرضا والقبول وجد صراحة فيتم العقد بناء على ذلك.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا أبلغ الولي ابنته البكر بزواجها من شخص عبثه فسكتت، فيكون سكوتها دليلاً على رضاها وقبولها.

^١ المبسوط: ٧٣/٨.

^٢ ١٦٦/٤.

^٣ المعروف بشرح منتهى الإرادات للبهوتي منصور بن يونس، علم الكتب، ط. الأولى ١٩٩٣م: ٤٨/٢.

^٤ للبهوتي: ٢٢٤/٣.

^٥ لمصباح للمير للفيومي: ٢٢٩/١.

- ٢- إذا تزوجت المرأة غير كفية ثم جاء الولي فقبض مهرها وجهزها فهذا منه رضا بالشكاح؛ لأنه قد باهر فعل قبض المهر الذي هو دليل الرضا وهو بمنزلة التصريح به^١.
- ٣- إذا علم الشفيع بالبيع وسكت عن الطلب فهو يدل على عدم رغبته في الشفعة بعدما علم بالبيع فذلك منه دليل الرضا بمجاورة الجار الحادث، ودليل الرضا كصريح الرضا^٢.
- ٤- لو أكره الرجل العاقلين على البيع، والشرء فلما تباعا لم يتقابضا حتى فارقا الذي أكرههما، ثم تقابضا على ذلك البيع، فهذا رضا منهما بالبيع؛ لأن البيع لم يكن نافذا جائزا لانعدام الرضا منهما، فإذا وجد دليل الرضا نزل ذلك منزلة التصريح بالرضا بالإجازة طوعا^٣.
- ٥- إذا اشترى إنسان دابة أو سيارة ثم وجد بها عيباً، فله ردها على صاحبها لتدليسه العيب. ولا يجوز له في هذه الحال أن يركبها إلا إذا لم يجد طريقاً لردها إلى صاحبها إلا بركوبها - ولكن إذا ركبها لحاجة نفسه بعد علمه بالعيب فيكون ذلك دليل الرضا بالعيب؛ من حيث أنه انتفاع بملكه، ولا يجوز له الرد بعد ذلك.

^١ المصنوع للمرخسي: ٢٨/٥.

^٢ المرجع السابق: ١١٧/١٤.

^٣ المرجع السابق: ٨١/٢٤.

٤٥ - القاعدة الخامسة عشرة: [من وجد عين ماله فهو أحق به]

أورد الإمام السرخسي - رحمه الله - هذه القاعدة التي هي في الأصل نص الحديث النبوي ضمن باب شركة المكاتب وشفعته للاستدلال بما على جواز أخذ المولى بدل الكتابة الذي قبضته الورثة إن وجد بعينه، حيث قال ما نصه: " ألا ترى أنه لو كان دير عبده فأعتقه القاضي بعد لحوقه بدار الحرب، ثم رجع مسلماً كان ولاؤه له دون الورثة وهذا لأن الولاء أثر من آثار الملك فيعاد إليه ما يجد من ملكه قائماً بعد إسلامه فكذلك الولاء الذي هو أثر الملك ويأخذ من الورثة ما قبضوه من بدل الكتابة إن وجد بعينه سواء قبضوا جميع البدل أو بعضه؛ لأنه قد وجد عين ماله، وقال - عليه الصلاة والسلام - «من وجد عين ماله فهو أحق به»^١.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد القاعدة بأن الإنسان إذا أفلس وقد اشترى متاعاً ولم يدفع من ثمنه شيئاً، فإن البائع أحق بهذا المال من باقي غرماء المفلس، لكن إذا كان المشتري قبل إفلاسه قد دفع جزءاً من ثمن السلعة المشتراة ثم أفلس أو مات فإن البائع يكون أسوة الغرماء - أي يشترك معهم في استيفاء حقه أو بعضه، بحسب ما يوجد من مال للمفلس أو الميت.

من تطبيقات القاعدة:

- ١ - إذا تقايلا رب السلم والمسلم إليه في المسلم فيه فإذا كان رأس المال مما يتعين بالتعيين وهو قائم فعلى المسلم إليه رد عينه إلى رب السلم؛ لأنه قد وجد عين ماله فهو أحق به^٢.
- ٢ - لو غصب غاصب عبداً فصار زيبياً، أو عصبواً فصار خلاً، أو رطباً فصار تمرأ، فجاز للمغصوب منه أن يأخذ عين المال المغصوب أو يضربته مثله. كذلك لو غصب عبداً أو جارية صغيرة، فكيف جاز له أخذ عين المغصوب، ولا شيء للغاصب من التفقة؛ لأنه قد وجد عين ماله وهو أحق به^٣.
- ٣ - إذا سرق سارق متاعاً لشخص، ثم وجد صاحب المتاع متاعه بعد إقامة الحد على السارق أو قبله، فله استرداد المتاع وهو أحق به^٤.

^١ الحديث أخرجه الشيخان في صحيحهما عن أبي هريرة - رضي الله عنه - مرفوعاً بلفظ: "من أدرك ماله بعينه عند رجل - أو إنسان قد أفلس - فهو أحق به من غيره". (صحيح البخاري برقم: ٢٤٠٢، كتاب في الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب إذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض والوديعة فهو أحق به: ١١٨/٣ وصحيح مسلم برقم: ١٥٥٩، كتاب المساقاة، باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس فله الرجوع فيه: ١١٩٣/٣).

^٢ المبسوط: ٧٨/٨.

^٣ بدائع الصنائع للكاساني: ٢١٤/٥.

^٤ الاختيار كتحليل المختار للموصلي: ٦٩/٣.

^٥ المبسوط للسرخسي: ١٥٦/٩.

٤- اشترى شخص سيارة من أحد المعارض بثمن آجل؛ وعند حلول الأجل أفلس المشتري وعليه ديون - ولم يكن دفع من ثمن السيارة شيئاً - فباع السيارة له حتى أخذها واستردادها، ولا حق للغرماء الآخرين فيها، بل حقهم في غيرها من مال المفلس.

٥- إذا مات مضارب وعليه دين - ومال المضاربة في يده معروف وهو دراهم - وكان رأس المال دراهم - بدئ رب المال قبل الغرماء فأخذ رأس ماله وحصته من الربح؛ لأنه وجد عين ماله؛ ولأن دين المضارب يتعلق بتركته بعد موته، وتركته ما كان مملوكاً له عند موته، وهو حصته من الربح. وأما مقدار رأس المال وحصة رب المال من الربح فهو ملك رب المال وليس من تركته المضارب في شيء^١.

^١ موسوعة القواعد الفقهية: ١٩١٢/٢١.

٤٦ - القاعدة السادسة عشرة: [صاحب الحق متى ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه]

وردت هذه القاعدة في باب شركة المكاتب وشفعته في معرض كلامه عن سرقة المكاتب من مال مضارب لمولاه، حيث قال ما نصّه: " وإذا سرق المكاتب من مضارب مولاه من مال المضاربة لا يقطع؛ لأنه مال المولى لو سرقه منه لا يقطع فكذا من مضاربه وكذلك لو سرق المكاتب من مال رجل لمولاه عليه مثل ذلك دين؛ لأن فعله في السرقة كفعل المولى ولو سرق المولى هذا المال لم يقطع وكيف يقطع، وإنما أخذه بحق؛ لأن صاحب الحق إذا ظفر بجنس حقه له أن يأخذه"^١.

وأصل القاعدة حديث عائشة رضي الله عنها - أن هند بنت عتبة، قال: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي، إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: "خذي ما يكفيك ووليدك، بالمعروف"^٢.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع^٣: "لصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه أن يأخذه من غير قضاء ولا إرضاء".
- ما جاء في الأم^٤: "كل من كان له حق على أحد منعه إياه فله أخذه منه".
- ما جاء في قواعد الأحكام في مصالح الأناس^٥: "من قدر على استيفاء حق له مضبوط معين فله استيفاؤه".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تسمى هذه القاعدة بمسألة الظفر بالحق عند الفقهاء، وتدل على أن من له حق مالي على غيره، ومطلّله المدين أو جحده حقه، ثم وجد صاحب الحق مالاً من جنس حقه يخص المدين أو الجاحد، فللدائن أن يأخذ منه مقدار حقه،

^١ ٨٠/٨.

^٢ أخرجه البخاري في صحيحه برقم: ٥٣٦٤ من حديث عائشة رضي الله عنها -، كتاب التفقات، باب إذا لم يتفق الرجل للمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف: ٦٥/٧.

^٣ ٦/٢.

^٤ للشافعي محمد بن إدريس، دار المعرفة - بيروت، (بدون طبعة) عام النشر ١٩٩٠م: ١١١/٥.

^٥ لعز الدين بن عبد السلام النمشقي، بتحقيق طه عبد الرؤوف، مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة، طبعة جديدة تشر عام ١٩٩١م: ١٩٧/٢، لثالث الخامس والثلاثون.

ولو حَقِيقَةً وبغير إذن للمدين، ولا إثم عليه في ذلك، ولو اتَّهم بسرقة فله أن يحلف على أنه ما سرق؛ لأنه مظلوم، واليمين نية الحالف إن كان مظلوماً^١.

من تطبيقات القاعدة:

١- إذا جحد الوديع ما عنده من الوديعة، ثم أودع من ماله عند المودع مثل ذلك، جاز له إمساكه قصاصاً بما أخذ به من وديعته؛ لأن المال صار ديناً له على الوديع بمجوده^٢.

٢- إذا غصب الرجل من آخر شيئاً، فينبغي لهم أن يقولوا: عايناه أخذ منه ألفاً؛ لعدم علم الشاهد بحقيقة الغصب، لجواز أن هذه الألف كانت ملكاً له ولا يعلم الشاهد، أو كان له قبل هذا المأخوذ منه ألف درهم دين بسبب من الأسباب، وقد ظفر بجنس حقه فأخذه^٣.

٣- إذا ظفر رب الدين حقه من مال المديون على صفته فله أخذه بغير رضاه، ولكن يأخذ من نفس جنس مال الدين، ولا يأخذ خلاف جنسه كالدرهم بالدنانير^٤. وهذا فيه خلاف، وهناك من قال: لا يأخذ إلا جنس حقه، ومنهم من قال: يأخذ ولو من غير جنسه، وتفصيل ذلك في كتب الفقه.

كما يستثنى القاعدة:

١- لا يستوى القصاص إلا بحضرة الإمام؛ لأن الانفراد باستيفائه محرّك للفتن، ولو انفرد بحيث لا يرى فينبغي ألا يمنع منه، ولا سيما إذا عجز عن إثباته^٥.

٢- لا يستوى حدّ القذف إلا بحضرة الإمام، ولا ينفرد مستحقه باستيفائه لأنه غير مضبوط في شدة وقعه وإيلامه.

٣- لا يفرض التعزير إلى مستحقه إلا أن يضبطه الإمام بالخبر في مكان معلوم في مدة معلومة فيجوز له أن يتولاه المستحق.

٤- لا يجوز تفويض الحد والتعزير إلى عدو المحدود والمعزّر؛ لما يخشى ذلك من مجاوزة الشرع في شدة الضرب^٦.

^١ الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٢٨٥/٣.

^٢ المرجع السابق: ١٢٨/١١.

^٣ المحيط الرهاني في الفقه النعماني: ٥٢٠/٨.

^٤ مجمع الضمانات لغام بن محمد البغدادي الحنفي، دار الكتاب الإسلامي (بلون طبعة وتاريخ): ص ٤٥٩.

^٥ الروض المربع شرح زاد المستقنع بحاشية العثيمين وتعليقات السعدي، دار الفوائد - مؤسسة الرسالة: ص ٦٣٩.

^٦ قواعد الأحكام للعر بن عبد السلام: ١٩٨/٢.

المبحث الثالث: القواعد الفقهية في كتاب الولاء

٤٧- القاعدة الأولى: [ما أشبه الشيء لا يزاحمه ولا يقدم عليه، بل يخلفه عند عدمه]

أورد الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في معرض حديثه عن شبه الولاء بالنسب وعلاقتها به، حيث قال ما نصه: ".... وقال -صلى الله عليه وسلم- "الولاء لحمه كلحمه النسب"^١، وما أشبه الشيء لا يزاحمه ولا يقدم عليه، بل يخلفه عند عدمه"^٢.

توثيق القاعدة:

- ما جاء في تبيين الحقائق^٣: "ما يشبه الشيء لا يزاحمه ولا يقدم عليه بل يخلفه عند عدمه".
- ما جاء في التجريد^٤: "قد يشبه الشيء بالشيء إذا أشبهه من وجه وإن خالفه في غيره".
- ما جاء في الأم^٥: "يشبه الشيء بالشيء من الأصل، والشيء من الأصل غيره".

شرح مفردات القاعدة:

يزاحم: مفاعلة من زحم، وهو أصل يدل على انضمام في شدة. يقال زحمه يزحمه، وازدحم الناس^٦. وهو أكثر ما يكون في مضيق، وزحم القوم بعضهم بعضًا تضايقوا في المجالس^٧.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة بأن الشيء إذا تشبه بالشيء الآخر بوجه من الوجوه فإن هذا الشيء الذي يشبه لا يكون معارضًا لحقيقة الأصل الذي تشبه به، كما لا يرجح على حقيقته ويتقدم عليها، ولكن يجوز أن يخلف ما يشبه عند استخدام ما يشبه به ويأخذ بعض أحكامه الثابتة له.

^١ أخرجه ابن حبان في صحيحه بإسناده عن ابن عمر رضي الله عنهما - برقم: ٤٩٥٠ في باب البيع المنهي عنه: ٣٢٥/١١، بتحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة بيروت، ط. الثانية ١٩٩٣م. قال البيهقي: "قال أبو بكر بن زناد النيسابوري عقيب هذا الحديث: "هذا خطأ لأن الثقات لم يرووه هكذا وإنما رواه الحسن مرسلاً". (السنن الكبرى للبيهقي أحمد بن الحسين بتحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية بيروت، ط. الثالثة ١٤٢٤هـ: ٤٩٤/١٠).

^٢ المبسوط: ٨/٨٦.

^٣ ١٧٧/٨.

^٤ ١٠١٩/٢.

^٥ ٩٩/٧.

^٦ مقاييس اللغة للأزهري: ٤٩/٣.

^٧ للتصباح للنير في غريب الشرح الكبير: ٢٥٣/٦.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- النسب - أي القرابة الحقيقية - هم الأصل في التوريث دون الولاء وإن كانت شبيهة القرابة والنسب شرعاً، وكون الولاء تشبه النسب لا يكون ذلك معارضاً لحقيقته، كما لا يترجع ويتقدم على حقيقته، ولكن يعتبر الولاء شبيهاً بالنسب في الحكم عند انعدام حقيقة النسب^١.
- ٢- تشبه صلاة الاستسقاء بصلاة العيد بنص الشارع، حيث أنهما تؤديان بغير أذان ولا إقامة، ويجهر فيهما بالقراءة، والخروج إلى المصلى، فهي بهذه الوجوه العديدة تشبهها وإن خالفتها في غير هذه الوجوه المذكورة، وبالرغم من ذلك فإن الاستسقاء لا تعارض العيد ولا ترجع عليها^٢.

^١ الميسوط للسرخسي: ١٧٥/٢٩-١٧٦.

^٢ التجريد: ١٠١٩/٣.

٤٨ - القاعدة الثانية: [المرأة في ملك المال تساوي الرجل فكذلك فيما يترتب عليه]

أورد الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في معرض بيان الحكم بأن المرأة تكون عصبية لمعتيقها في الولاء وكونها أصل في هذا الولاء دون النسب، حيث قال ما نصه: "... ولأنها أصل في هذا الولاء لمباشرتها سببه وكما أن المرأة في ملك المال تساوي الرجل فكذلك فيما يترتب عليه بخلاف النسب"^١.

توثيق القاعدة:

- ما جاء في تبين الحقائق^٢: "وهي تساوي الرجل في ملك المال فينسب إليها كما ينسب إلى الرجل".
- ما جاء في الأم^٣: "يجوز لها -أي للمرأة- في مالها ما يجوز له -أي الرجل- في ذلك".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أفادت القاعدة بأن الشرع ساوى بين المرأة والرجل وعادلهما في تملك المال وحيازته، فكما أباح للرجل مباشرة المعاملات المالية فكذلك أباحها للمرأة وما يترتب عليها من مختلف التصرفات المالية من كسب وإنشاء العقود بشئ أنواعها وإبرامها. فإذا دفع للمرأة مالاً جازت تصرفاتها فيه بكل أنواع التصرفات لا فرق في ذلك بين الرجل والمرأة.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا لم يكن للمرأة زوجاً وكانت أماً، فكفالتها جائزة عليها، وتجوز كفالتها في جميع مالها، لكونها في ذلك بمنزلة الرجل^٤.
- ٢- إذا نكحت المرأة فصدّقها مال من مالها تصنع به ما شاءت، كما تصنع بما سواه من مالها^٥.
- ٣- إذا تبرعت المرأة الرشيدة بشيء من مالها فيجوز لها ذلك ولو زاد تبرعها على الثلث، وإن كانت ذات زوج فليس لزوجها حجب عليها^٦.
- ٤- المرأة في الضمان كالرجل لكون كل منهما جائز التصرف فيصح ضمانها؛ ولأنه عقد يقصد به المال فصح من المرأة كالبيع^٧.

^١ المبسوط: ٨٤/٨.

^٢ ١٧٨/٥.

^٣ ٢٢٤/٣.

^٤ المدونة: ٢٨٧/١٣.

^٥ الأم: ٢٢٤/٣.

^٦ كشف القناع: ٤٥٦/٣.

^٧ المغني لابن قدامة: ٤٠٥/٤.

٤٩ - القاعدة الثالثة: [الثابت بالضرورة لا يبقى بعد ارتفاع الضرورة]

وردت هذه القاعدة ضمن باب جرّ الولاء في معرض الكلام عن ولاء أولاد العبد من حرة معتقة كانت أو موالية، حيث قال المصنف ما نصّه: " وإذا تزوج العبد الحرة فولدت له أولادا فأولادها موال لموالي الأم معتقة كانت أو موالية، فعنّي أعتق أبويهم جر ولائهم إلى مولاه، أما إذا كانت موالية؛ فلأن الولد لو كان مقصودا بولاء الموالاة كان يسقط اعتباره بظهور ولاء العتق للأب فكيف إذا كان تيعا، وأما إذا كانت معتقة فلأن الولد هنا تبع في الولاء وإنما كان تبعا للأم لضرورة عدم الولاء للأب والثابت بالضرورة لا يبقى بعد ارتفاع الضرورة".^١

توليق القاعدة:

وردت هذه القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في المحيط للبرهاني^٢: " لا يجوز بقاء ما ثبت بالضرورة بعد ارتفاع الضرورة".
- ما جاء في الأشباه والنظائر^٣: " ما جاز لعذر بطل بزماله".
- ما جاء في الحاوي الكبير^٤: " الضرورة لا تبيح محظورا وارتفاعها لا يحظر مباحا"، وجاء بلفظ آخر^٥: "ارتفاع الضرورة موجب لارتفاع حكمها، كما أن حدوث الضرورة موجب لحدوث حكمها".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة بأن الأمر إذا ثبت بالضرورة فإنه لا يبقى إذا ارتفعت الضرورة والعذر، ورجع الأمر إلى العينة أي إلى ما كان قبل الرخصة؛ لأن إباحة المحظور كان لأجل الضرورة فهو فرع عن الأصل، فإذا ارتفعت الضرورة أمكن العمل بالأصل وسقط اعتبار الضرورة وصار في حكم العدم.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- أباح الشارع أكل الميتة في حال الضرورة، والضرورة تزول بإمسك الرمي، فما زاد عليه محرم، فلو تماسك المضطر الرمي قبل أكل الميتة حرمت عليه كذلك إذا صار بما متماسك الرمي وجب أن تحرم عليه^٦.

^١ المبسوط: ٨٨/٨.

^٢ ٥٢/٩.

^٣ للسيوطي: ص ٨٥ وابن نجيم: ص ٧٤.

^٤ ٣٢٤/٥.

^٥ ١٦٩/١٥.

^٦ بحر المذهب للرويان: ٢٥٨/٤.

- ٢- رخص الشارع شرب الخمر عند ضرورة العطش أو لإكراه قسراً ما تندفع به الضرورة، فلا تبقى الرخصة بعد ارتفاع الضرورة^١.
- ٣- لا حرج في التعامل بالمعاملة الربوية عند الضرورة التي يغلب على الظن وقوع المراء بسببه في الهلكة، أو أن تلحقه بسببها مشقة لا تتحمل، وحيث زالت الضرورة أو وجد ما يقوم مقامها فلا يجوز التعامل بالربا، ويرجع الأمر إلى أصله وهو التحريم القاطع.
- ٤- الوكالة تنتهي وتبطل بمجرد علم الوكيل بعزل الموكل له حيث ترتفع الضرورة في الاستمرار في عقد الوكالة إذا علم الوكيل بعزله منه.
- ٥- الأخرس تقبل إشارته في سائر المعاملات المالية بسبب خرسه، فإذا ارتفعت ضرورته بنطقه فلا تقبل منه الإشارة.
- ٦- إن دفع المودع الوديعة إلى جاره لضرورة بأن احترق بيته فدفعها إليه، فإنه لا يضمن، أما احترق بيته ولم ينقل الوديعة إلى مكان آخر مع تمكنه منه فتركها فيه حتى احترقت ضمن^٢.

^١ بدائع الصنائع: ١١٣/٥.

^٢ حاشية قرة عيون الأختار: ٤٥٢/٢.

٥٠- القاعدة الرابعة: [قد يثبت الشيء حكماً في موضع لا يجوز إثباته قصداً]

وردت هذه القاعدة في باب جر الولاء عقب الكلام عن أحكام التحول بالولاء إلى الغير، حيث قال المصنف - رحمه الله - ما نصه: "ولو لم يعتق الأب فأراد المولى الذي أسلم على يدي أبيه أن يتحول بولائه إلى ملك أبيه وقد عقل عنه موالي الأم لم يكن له ذلك؛ لأن عقده مع الابن تأكيد بمحصول المقصود به فلا يحتمل الفسخ وفي التحول إلى غيره فسخ الأول بخلاف ما إذا اعتق الأب فإنه ليس في تحول ولائه إلى موالي الأب فسخ ذلك العقد الذي جرى بينه وبين الابن بل فيه تأكيد ذلك ولأن هذا التحول يثبت حكماً لضرورة اتباع التبع الأصل والأول يكون عن قصد منه وقد يثبت الشيء حكماً في موضع لا يجوز إثباته قصداً".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في شرح السير^٢: "قد يثبت تبعاً ما لا يثبت مقصوداً".
- ما جاء في الدر المختار^٣: "قد يثبت حكم العقد في الشيء تبعاً وإن كان لا يجوز إثباته مقصوداً".
- ما جاء في العناية شرح الهداية^٤: "قد يدخل في العقد تبعاً ما لا يجوز إيراد العقد عليه".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة بأن ثبوت حكم العقد في الشيء قد يكون ضمناً وتبعاً للأصل؛ لضرورة اتباع التبع للأصل، وإن كان لا يجوز أن يورث العقد قصداً على التبع وإثبات حكمه مقصوداً؛ لوجود الموانع الشرعية التي تمنع من ذلك.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا حلف الرجل ألا يشتري دقيقاً فاشترى حنطة، أو لو حلف لا يشتري شعيراً فاشترى حنطة فيها شعير لم يحنث؛ لأن الشعير ليس بمقصود عليه مقصوداً وإنما يدخل في العقد تبعاً^٥.
- ٢- إذا باع الرجل أرضاً أو داراً له لآخر بمقوقها ومراقفها، جاز بيع حق الشرب وحق المسيل تبعاً للأرض؛ لما أنه لا انتفاع بالأرض بدونهما، وإن كان لا يجوز بيع الشرب والمسيل مقصوداً^٦.

^١ المبسوط: ٩١/٨.

^٢ ص ٦٣١.

^٣ ٢٦١/٦.

^٤ ١٧٥/٦.

^٥ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٨٢/٣.

^٦ الاختيار لتعليل المختار للموصلي: ٢٥/٢.

٣- إذا أوقف الرجل ضيعته، فإنه يدخل فيه البقر وعبيده الحراثون، وتدخل الأشجار، وكذلك الشرب والطريق تبعاً
وضمناً للأصل، وإن كان ليس بمعقود على جميع ذلك مقصوداً^١.

٤- إذا تساوى الشريكان في رأس المال واشترطا أن يكون الربح بينهما ثلاثاً، أو تفاوتاً في رأس المال، فكان لأحدهما
ألف وللآخر ألفان، واشترطا أن يكون الربح بينهما نصفين، فإنه يجوز عند الحنفية قياساً على المضاربة حيث
أن حكم المضاربة هنا ثبت تبعاً للشركة، كحكم الكفالة في ضمن المفاوضة؛ وقد يثبت حكماً على وجه لا
يجوز إثباته قصداً^٢.

٥- إذا مات الشخص وترك لورثته خمراً فإنه يجوز أن تملك حكماً بالميراث وإن كان لا يثبت قصداً بمسائر أسباب
الملك؛ لأن الملك بالإرث يقع حكماً لا قصداً^٣.

^١ النهر الفائق شرح كنز الدقائق: ٣١٦/٣.

^٢ للمبسوط: ٣٧٤/١٣.

^٣ رد المختار: ٢٣/١٠.

٥١- القاعدة الخامسة: [بتأكد التبع بتأكد الأصل]

أورد الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في باب ولاء المولاة عقب كلامه عن عدم جواز تحول الولد بعد الكبر إلى ولاء غيره إذا تأكد ولاء أبيه بعقد الجنابة، حيث قال ما نصه: "... وولاء المولاة يقبل التحول، فيجعل الأب محولا لولائهم إلى من والاه، وذلك صحيح منه، ولهذا كان الأولاد موالا لموالي الأب فإن جنى الأب جنابة فعقل الذي والاه عنه فليس لولده أن يتحول عنه إلى غيره بعد الكبر؛ لأن ولاء الأب تأكد بعقد الجنابة، ويتأكد التبع بتأكد الأصل^١.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بمفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في البناء شرح الهداية^٢: "أَكَّدَ التَّبِعَ بِتَأْكُدِ الْأَصْلِ".
- ما جاء في مجمع الأئمة^٣: "السَّبَبُ الْمَوْجِبُ إِذَا تَقَرَّرَ فِي حَقِّ الْأَصْلِ يَتَقَرَّرُ عَلَى التَّبِعِ".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد القاعدة بأن الحكم الثابت في الأصل إذا كان قد حصل بالتأكد فإنه يتأكد ثبوت نفس الحكم في الذي يكون تابعا للأصل وذلك؛ لأن التابع يأخذ حكم الأصل، فإن تقرر الحكم في الأصل وتأكد فإنه يتقرر في التابع أيضا.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- يتأكد سجود السهو على المؤتم الحقيقي والحكمي كاللاحق يسهو بتأكده على إمامه إن سجد، وإن لم يسجد الإمام لسهو لا يسجد المؤتم؛ لأنه تبع لإمامه وسجوده بكونه يصير مخالفا لإمامه. ولا فرق في ذلك بين السهو من الإمام حالة الاقتداء به أو قبلها^٤.
- ٢- من غصب شيئا وادعى هلاكه أو ضياعه، وأدى قيمته للمغصوب منه، ثم ظهر للمغصوب سليما، فعند الختفية يكون للمغصوب ملكا للغاصب دون المغصوب منه؛ لأنه قد أدى ضمانه، فكما تقرر له الملك بالضمان فيتقرر الملك في المضمون أو فيما هو تبع للمضمون.

^١ المبسوط: ٩٣/٨.

^٢ ٣٧/١١.

^٣ ١٤٩/١.

^٤ مجمع الأئمة للامام أفندي: ١٤٩/١.

٥٢- القاعدة السادسة: [كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل]

هذه القاعدة جزء من الحديث المشهور في اشتراط الولاء، وقد أوردها الإمام السرخسي -رحمه الله- في أول باب عتق الرجل من غيره واستدل بما على أن الولاء يثبت للمعتق، حيث قال ما نصه: "... وقام رسول الله - صلى الله عليه وسلم - خطيباً، فقال: ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله تعالى كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل (...) ^١، وفي البيع مع الشرط اختلاف بين العلماء تذكره في كتاب البيوع، وفائدة هذا الحديث أن بيع المكاتبه برضاها يجوز، وأن الولاء يثبت لمن حصل العتق على ملكه لا لمن شرط لنفسه بدون ملك المحل، فإنه قال: الولاء لمن أعتق؛ ولأجله روي الحديث في هذا الكتاب ^٢.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في شرح الزرقاني على مختصر خليل ^٣: "كل شرط ليس في كتاب الله ولا سنة رسوله، فهو رد".
- ما جاء في كتاب الأم ^٤: "ما كان من شرط ليس في كتاب الله، فهو باطل".
- ما جاء في المغني ^٥: "من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله، فهو باطل".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أفادت هذه القاعدة بأن من اشترط شروطاً تخالف ما كتبه الله على عباده، بحيث تتضمن تلك الشروط الأمر بما نهى الله عنه، أو النهي عما أمر الله به، أو تحليل ما حرّمه، أو تحريم ما حلّله، فهذه شروط باطلة، أي بأنها لا تثبت حقاً، ولا تفيد ملكاً، ولا يترتب عليها أثر من الآثار، ويكون وجودها كعدمها. ومعرفة كون الشرط مخالفاً لحكم الله وشرعه قد يكون عن طريق النص؛ كاشتراط الزيادة عند تأخير المدين في السداد في الوقت المحدد، فهو ربا، أو اشتراط ما يلزم منه الجهالة والغرر، وقد يكون عن طريق القواعد المستنبطة من التصوص الشرعية، وهذه كلها تضبط جانباً من جوانب القاعدة.

^١ متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه برقم: ٤٥٦، كتاب الصلاة، باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد: ٤٩٨/١ وأخرجه مسلم في صحيحه برقم: ١٥٠٤، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق: ١١٤٦/٢.

^٢ الميسوط: ٩٨/٨.

^٣ ٣٣٤/٥.

^٤ للشافعي: ٨١/٤.

^٥ لابن قدامة: ٤٣٤/١٠.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا قال بعثك هذه السلعة بشرط ألا تبيعها لأحد، أو بشرط ألا تقبها لأحد فالشرط باطل؛ لأنه يناهض مقتضى العقد، ومن اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل^١.
- ٢- لو رهن الراهن عند المرتهن شيئاً وشرط عليه ضمان الرهن كان شرطاً باطلاً؛ لأن الرهن غير مضمون على المرتهن إلا بالتعدي والتقصير فبطلت الأمانة عند جمهور الفقهاء دون الحنفية^٢.
- ٣- إن شرط الشريك أن يشارك في الربح والخسارة مع تساوي المالين أو التساوي في الربح والخسارة مع تفاضل المالين لم يصح العقد؛ لأنه شرط يناهض مقتضى الشركة^٣.
- ٤- إن تزوج الشخص امرأة على ألا يتفق عليها، أو لا يبيت عندها، أو لا يقسم لها، أو لا يتسرى عليها، أو لا يسافر بها، وكذا لو شرط: ألا يتزوج عليها، أو لا يطلقها، أو تخرج متى شاءت، أو يطلق ضرارها، بطل الشرط؛ لأن هذه الشروط يناهض مقتضى الزواج^٤.

^١ الكافي لابن قدامة: ٢٢/٢-٢٣.

^٢ الحاوي الكبير: ٢٥٣/٦.

^٣ للمذهب في فقه الإمام الشافعي للشوازي إبراهيم بن علي، دار الكتب العلمية بيروت، (بنون طبعة وتاريخ): ١٥٨/٢.

^٤ كفاية النية في شرح التبيين لابن الرفعة: ١٤٨/١٣.

٥٣- القاعدة السابعة: [ليس لأحد ولاية إدخال الشيء في ملك غيره بغير رضاه]

وردت هذه القاعدة في باب عتق الرجل عبده عن غيره في معرض الكلام عن جواز العتق عن المعتق، حيث قال المصنف - رحمه الله - ما نصّه: " وإذا أعتق الرجل عن حي أو ميت قريب أو أجنبي بإذنه أو بغير إذنه، فالعتق جائز عن المعتق، والولاء له دون للمعتق عنه في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله تعالى - أما إذا كان بغير إذنه فهو قول الكل؛ لأنه ليس لأحد ولاية إدخال الشيء في ملك غيره بغير رضاه".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في فتح القدير^٢: "لا ولاية لأحد في إدخال الشيء في ملك غيره بلا رضاه".
- ما جاء تبين الحقائق^٣: "لا ولاية لأحد في إدخال الشيء في ملك غيره بلا رضاه".
- ما جاء في كتاب القواعد^٤: "لا يدخل في ملك الإنسان شيء من غير اختياره".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

يشترط في التملك والتملك أن يكونا عن تراضي، لا عن إكراه أو إجبار أو غير اختيار، فلا يجوز لأحد أن يدخل في ملك غيره شيئاً من غير اختيار ذلك الغير أو رضاه بالملكية. كما أنه لا يدخل شيء في ملك إنسان بغير اختياره ورضاه، ولكن الرضا بالشيء قد يكون صريحاً وقد يكون دلالة.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- لو تصدق إنسان عمن لزمته الكفارة بغير أمره لم يجز عن الكفارة؛ لأن أحداً لا يملك أن يدخل الشيء في ملك غيره بغير رضاه، وبدون ملكه لا تنأدى كفارته.
- ٢- إذا قال المدعى عليه: هذا الشيء باعني أو وهبني فلان الغائب وأقام البينة على ذلك بشهادة الشهود له بالملك للغائب دون هذه الأشياء لم تدفع خصومة المدعي؛ لأن الملك لا يثبت بما للغائب لعدم الخصم عنه.

^١ المبسوط: ٩٩/٨.

^٢ ٢٣٩/٨.

^٣ ٣١٣/٤.

^٤ لقي الدين الخفصية: ١٨٦/٤.

^٥ المبسوط للسرخسي: ١٩/٧.

^٦ تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٣١٣/٤.

٣- لا يدخل المبيع كالسيارة أو البيت في ملك المشتري إلا برضاه ورضا البائع بالثمن، فلو لم يرض المشتري لا يدخل المبيع في ملكه ولو رضي البائع بذلك.

المسائل المستثناة من القاعدة:

- ١- الإرث يدخل في ملك الوارث بغير اختياره؛ لأن هذا الملك اضطراري.
- ٢- غلة الوقف تدخل في ملك الموقوف عليه بغير اختياره ورضاه.
- ٣- نصف الصداق إذا طلق قبل الدخول يدخل في ملك الزوجة.
- ٤- المغيب إذا ردّ على البائع بسبب العيب فإنه يدخل في ملكه بدون رضاه لأن البائع مجبر من الشارع بقبول الرد^١.

^١ ينظر: المجموع المنتخب في قواعد المذهب للعلائي خليل بن كيكلدي الشافعي، بتحقيق د. محمد بن عبد الغفار الشريف، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الإمارات العامة للإفتاء والبحوث الشرعية بدولة الكويت، ط. الأولى ١٩٩٤م: ١/٢٢٨-٢٢٩.

٥٤- القاعدة الثامنة: [الملك لا يثبت بالقبض إذا لم يكن العقد منعقدًا]

أورد الإمام البرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في باب ولاء المكاتب والصبي لبيان بطلان عتق المشتري للمكاتب بعد قبضه، حيث قال ما نصّه: "رجل باع مكاتباً فيعه باطل؛ لأنه استحق نفسه بالكتابة، وفي بيعه إبطال هذا الحق الثابت له، وقد صار بمنزلة الحر يدا فلا يقدر المولى على تسليمه بحكم البيع ومالية رقبته صار كالتاوي^١؛ لأن حق المولى في بدل الكتابة دون مالية الرقبة، فإن أعتقه المشتري بعد القبض فقبضه باطل وهو مكاتب على حاله؛ لأنه مع بقاء الكتابة ليس بمحل للبيع كالحر والبيع لا ينقذ بدون المحل، والملك لا يثبت بالقبض إذا لم يكن العقد منعقدًا^٢."

شرح مفردات القاعدة:

القبض: يطلق القبض في اللغة على الجمع، وتناول الشيء، ولتوت، والإسراع، والتضييق، والعزل عن الشيء^٣.
أما اصطلاحاً: فقد عرفته الموسوعة الفقهية الكويتية بأنه: (حيازة الشيء والتمكن منه)^٤. وفي الهدائع الصنائع عرف القبض بأنه: (التمكن من التصرف في المقبوض، والتخلي، وارتفاع الموانع عرفاً وعادة حقيقة)^٥.

توليق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان^٦: "العقد الباطل لا يفيد الملك في الأعيان المالية ولو بالقبض".
- ما جاء في العناية شرح الهداية^٧: "الباطل لا يفيد الملك وإن اتصل به القبض".
- ما جاء في الدر المختار^٨: "القاسد يفيد الملك بالقبض والباطل لا يفيد أصلاً".

^١ التاوي: أي التالف، من توي الشيء يتوى إذا تلف، مقصور غير مهموز. (جمهرة اللغة: ٢٢٩/١).

^٢ الميسوط: ١٠٨/٨.

^٣ ينظر: لسان العرب لابن منظور: ٢١٣/٧-٢١٥؛ والمصباح المنير للفيومي: ص ٢٥٢.

^٤ ٢٥٧/٣٦.

^٥ للكاساني: ١٤٨/٥.

^٦ محمد قنري باشا، للطبعة الكبرى الأموية بيولاقي، ط. الثانية ١٨٩١م: ص ٣٦.

^٧ ٤٥٩/٦.

^٨ ٨٩/٥.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

الأصل في ملكية التصرف في المعقود عليه تثبت بالقبض إذا انعقد العقد مستوفيا شروطه وأركانه؛ أما إذا وقع العقد باطلاً فإنَّ العاقد لا تثبت له ملكية التصرف بمجرد قبضه للمعقود عليه؛ لأنه يشترط في ثبوت الملكية بالقبض انعقاد العقد، وبطلان بنائي ذلك. أما إذا كان البيع فاسداً فإنه يفيد الملك بالقبض لتباين حكميهما الذي هو تباينه عند الحنفية.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- لو دفع أحد الرشوة بغير طلب المرتشي، فليس له أن يرجع قضاءً ويجب على المرتشي ردها؛ لأنَّ أخذ مال الرشوة باطل فلا يملك بالقبض^١.
- ٢- لو باع شخص لآخر الدم أو الميتة وقبضه المشتري فلا تثبت له ملك التصرف فيهما؛ لأنَّ العقد باطل، والباطل لا يفيد الملك وإن اتصل به القبض^٢.
- ٣- لا ينعقد بيع المجنون والصبي الذي لا يعقل؛ لأنَّ أهلية المتصرف شرط انعقاد التصرف، والأهلية لا تثبت بتوهم العقل، وإن اتصل القبض بالمبيع فإنه لا يفيد الملك لبطلان العقد^٣.

^١ الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٤٢٣/٦.

^٢ النهاية شرح المنهاية: ١٤٠/٨ والنهر الفائق: ١٠٨/٣.

^٣ بدائع الصنائع: ١٣٥/٥.

المبحث الرابع: القواعد الفقهية في كتاب اللقيط

٥٥- القاعدة الأولى: [الحكم للغالب أو باعتبار الأصل]

أورد الإمام الميرخسي هذه القاعدة في أول كتاب اللقيط^١ عقب ذكر النصوص الدالة على أن اللقيط حر، حيث قال: "وفي هذا الحديث دليل على أن اللقيط حر، وهو المذهب أنه حر مسلم إما باعتبار النادر لأن النادر حرية، وإسلام فمن كان فيها فهو حر مسلم باعتبار الظاهر أو باعتبار الغلبة لأن الغالب فيمن يسكن دار الإسلام الأحرار المسلمون، والحكم للغالب أو باعتبار الأصل فالتاس أولاد آدم، وحواء، وكانا حرين فلهذا كان اللقيط حرًا^٢."

توثيق القاعدة:

- ما جاء في التنبيه على مبادئ التوجيه^٣: "هل تراعى الصور النادرة أو يعطى الحكم للغالب؟"

- ما جاء في التوضيح في شرح المختصر الفرعي^٤: "الأصل والغالب إذا تعارضا فالحكم للغالب."

- ما جاء في الفروق^٥: "الأصل اعتبار الغالب، وتقديمه على النادر."

شرح مفردات القاعدة:

الغالب: في اللغة: هو الأكثر، يقال: اغلوب القوم إذا كثروا^٦.

والمقصود بالغلبة في القاعدة أن تكون معروفة عند الأكثرية أو أنها لا تتخلف كثيراً. وفسر التغليب بأنه: الأخذ بأحد أمرين أو أمور، وتقديمه على غيره في الاعتبار لمزية تقتضي هذا التغليب^٧.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة منفرعة من القاعدة: العادة محكمة، وتفيد بأن الأحكام الشرعية تبنى على الغالب والأصل أي الشائع الكثير من حيث الوقوع أو الكمية أو النسبية للمعتبرة، ولا تبنى الأحكام على النادر القليل أي المتخلف وقوعه أو للمخفي أثره، فإذا وقع الأمر الغالب مقابل النادر وجب تقديم اعتبار الغالب والظاهر على النادر وذلك؛ لأن

^١ اللقيط: وهو الملقوط أي المأخوذ من الأرض، وفي الشرع: اسم لما يطرح على الأرض من صغار بني آدم خوفاً القيلة أو فراراً من حمة الزنا ويسمى للنبوة، وقال النسفي: "هو طفل يوضع على الطريق". (التعريفات الفقهية: ص ١٨٩).

^٢ المبعوط: ٢٠٩/١٠.

^٣ للتوسعي إبراهيم بن عبد الصمد، بتحقيق الدكتور محمد بلحسان، دار ابن حزم بيروت، ط. الأولى ٢٠٠٧م: ٢٥٤/١.

^٤ للجندي خليل بن إسحاق المالكي، بتحقيق أحمد عبد الكريم، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط. الأولى ٢٠٠٨م: ١٩/٨.

^٥ ١٠٤/٤.

^٦ تهذيب اللغة: ١٣٣/٨.

^٧ نظرية التقريب والتغليب وتطبيقاتها في العلوم الإسلامية، مطبعة مصعب، مكتباس للطباعة، ط. الأولى ١٩٩٣م: ص ٢٩.

الشارع راعى الحكم الغالب في بناء الأحكام ولم يلتفت إلى النادر إلا في بعض المسائل التي هي مستثناة من القاعدة كما تأتي قريباً.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- لو قال شخص: لفلان علي ألف درهم ولم يذكر الوزن يلزمه الوزن، ولو كان في البلد أوزان مختلفة فإنه يعتبر فيه غالب أوزان البلد؛ لأن العبرة للغالب لا للنادر^١.
- ٢- إذا أطلق رجل الثمن في البيع ولم يقيده كان الحكم على غالب نقد البلد؛ لأنه المتعارف وفيه التحري للجواز فيصرف إليه^٢.
- ٣- تجوز المتأخرين من العلماء أن يأخذ الدائن دينه من غير جنس حقه، لغلبة العفوق في زمانهم.
- ٤- تجوز الاستعجار على الإمامة والأئمة والتعليم؛ لتكامل الناس عن القيام بما يجانك، في الغالب^٣.
- ٥- إذا قذف أحد اللقيط فإنه يحتمل قاذفه؛ لأنه حرّ في جميع أحكامه فالأصل في بني آدم الحرية وأيضاً فإن الدار دار الإسلام؛ والغالب فيمن سكن دار الإسلام الأحرار، والعبرة للغالب^٤.

من استثناءات القاعدة:

عند أهل العلم -رحمهم الله- بعض المسائل الشرعية التي بنيت أحكامها على النادر وألغى فيها الغالب أو الأغلب، وهو على خلاف ما ورد في القاعدة، اذكر ثلاثاً منها:

- ١- ما يصنعه أهل الكتاب من الأطعمة في أوانيهم، وبأيديهم الغالب نجاسته لما تقدم، والنادر طهارته، ومع ذلك أثبت الشرع حكم النادر، وألغى حكم الغالب، وجوز أكله توسعة على العباد.
- ٢- ما يصنعه المسلمون الذين لا يصلون، ولا يستنجون بالماء، ولا يتحززون من النجاسات من الأطعمة الغالب نجاستها والبادر سلامتها فألغى الشارع حكم الغالب، وأثبت حكم النادر، وجوز أكلها توسعة ورحمة على العباد.
- ٣- الاشتغال بالعلم مأمور به مع أن الغالب على الناس الرياء، وعدم الإخلاص، ومقتضى الغالب النهي عن الاشتغال بالعلم لأنه وسيلة للرياء، ووسيلة المعصية معصية فلم يعتبره الشارع، وأثبت حكم النادر^٥.

^١ بدائع الصنائع للكاساني: ٢١٩/٧.

^٢ الهداية في شرح بداية المبتدي: ٢٤/٣.

^٣ شرح المجلة للأتاسي: ص ١٨١.

^٤ مجمع الأنهر في شرح ملقى الأبحر: ١/١٧٠١ والبنية شرح الهداية: ٣١٣/٧.

^٥ ينظر: القروق في أنواء البروق للقراني حيث عدّ عشرين مسألة التي بنيت أحكامها على النادر: ١٠٧-١٠٤/٤.

٥٦- القاعدة الثانية: [الغنم مقابل بالغرم]

وردت هذه القاعدة في أول كتاب اللقيط في التعليل بما عجلي أن عقل جنابة اللقيط ونفقت على بيت المال، حيث قال المصنف -رحمه الله- ما نصّه: " (...) المذهب أن عقل جنابته على بيت المال؛ لأنه لو مات وترك مالا كان ماله مصروفًا إلى بيت المال ميراثًا للمسلمين فكذلك عقل جنابته، ونفقت على بيت المال لأن الغنم مقابل بالغرم"^١.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام^٢: "الغنة بقدر النعمة، والنقمة بقدر النعمة".

- ما جاء في الذخيرة^٣: "الغنم يتبعه الغرم".

- ما جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير^٤: "من له الغنم عليه الغرم".

شرح مفردات القاعدة:

الغنم: لغة: تدل مادة الكلمة على إفادة شيء لم يملك من قبل^٥، وأطلقت على: الفوز بالشيء بلا مشقة، والغنيمة، الفيء وكل شيء مظفور به^٦.

أما اصطلاحاً: فلم يعرفه الفقهاء بتعريف معين بل عبروا عنه بمعان عديدة منها: بالنماء، والزيادة، والسلامة، والولد، والدّر، والغلة، والأجرة، وسائر المنافع^٧. وعرفه الدكتور الزحيلي بقوله: "هو ما يحصل للمرأة من مرغوبة، من مال أو نفس"^٨.

^١ المبسوط: ٢١٠/١٠.

^٢ المادة رقم: (٨٨)، ٩٠/١ وما بعدها.

^٣ للقراني: ٢٥٢/٦.

^٤ ١٠٣/٣.

^٥ معجم مقاييس اللغة لابن فارس: ٣٩٧/٤.

^٦ ينظر: لسان العرب لابن منظور: ٣٣٠٧/٥؛ والمصباح المنير للفيومي: ص ٤٥٤/٦؛ وتاج العروس للزبيدي: ٧/٩.

^٧ ينظر: الأم للشافعي: ١٦٧/٣؛ ومعالم التنين للحفظاني حمد بن محمد، المطبعة العلمية - حلب، الطبعة الأولى ١٩٣٢ م: ١٦٣/٣.

والنهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير المبارك بن محمد الشيباني (الجزيري)، بتحقيق طاهر الزاوي ومحمود الطناحي، المكتبة العلمية.

- بيروت عام ١٩٧٩ م: ١٧٣/٣؛ والمفني لابن قدامة: ٤٧١/٤.

^٨ القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذهب الأرميني: ٥٤٣/١.

الغرم: مصدر، تدل المادة الأصلية للكلمة على ملازمة. ومن ذلك: الغرم سمي غرمًا للزومه والحاحه^١.

وهو ما يلزم أداؤه، وما يصيب الإنسان من ضرر بغير جناية^٢، يقال: غرم الشيء، من باب فرح، غرم وغرامة ومغرمًا، والغرم، أيضًا، الثمن الثقيل^٣.

أما اصطلاحاً: فقد أطلقه الفقهاء على معان منها: العطية، والتلف، النقص، أو النقصان^٤. النفقة والمؤونة^٥. اللزوم والمطالبة، ويسمى من لزمه الدين بالغرم^٦. وعرفه الدكتور الزحيلي: "هو ما يلزم للمره لقاء شيء، من مال أو نفس"^٧.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة بأن ما يصيب الإنسان من ضرر، وما يلزمه من تبعات، هي في مقابل ما يستفيده ويحصل عليه من منافع لم يكن يملكها من قبل. ولا فرق في الغرم الذي هو مقابل بالغرم، بين أن يكون مشروعاً أو غير مشروع، فكل منهما غنمه.

من تطبيقات القاعدة:

١- إن نفقة اللقيط وكذلك عقل جنايته على بيت مال المسلمين؛ لأنه لو مات يصرف ما تركه من المال إلى بيت المال ميراثاً للمسلمين فكل ذلك عقل جنايته، ونفقته على بيت المال^٨.

٢- إذا ابتاع شخص نخلاً فالمرت أو ماشية فتحت ثم رد ذلك بعيب فله ما استغل من ثمره أو نتاج^٩.

٣- أجرة رد العارية على المستعير؛ لأنه قبضها لمنفعة نفسه ورضا واجب عليه؛ فكان عليه مؤنة الرد؛ فالغرم بالغرم^{١٠}.

^١ معجم مقاييس اللغة لابن فارس: ٤/٤١٩.

^٢ القاموس الفقهي لسعدي أبو جيب: ص ٢٧٤، ٢٧٣.

^٣ المصباح المنير: ٣/٤٥٥.

^٤ الأم للشافعي: ٣/١٦٧، ٣٦٨؛ للخدمات الممهديات لابن رشد الجلد محمد بن أحمد، بتحقيق د. محمد حجي، دار الغرب

الإسلامي بيروت، ط. الأولى ١٩٨٨م: ٢/٣٦٣.

^٥ التجرید للقدوري: ص ٢٧٦٩.

^٦ أحكام القرآن للجصاص أحمد بن علي، بتحقيق محمد الصادق قمعلاوي، دار إحياء التراث العربي وموسسة التاريخ العربي -

بيروت، ١٩٩٢م: ٥/٣٢٨.

^٧ شرح القواعد الفقهية: ١/٥٤٣.

^٨ المبسوط: ١٠/٢١٠.

^٩ الإقناع في الفقه الشافعي للماوردي علي بن محمد (بنون اسم الناشر، وطبعة، وتاريخ النشر): ص ٩٤.

^{١٠} البناية للمعني: ٩/١٩١.

- ٤- لم وقف أحدٌ داراً على سكني شخص بعينه فإن العماره عليه؛ لأنه هو المنتفع بما والغرم بالغنم^١.
- ٥- يلزم المشتري بدفع رسوم قهره سندات البيع، ورسوم التسجيل في دائرة التسجيل العقاري، لأنه هو المنتفع بتوثيق صكوك نقل للملكية، فالغرم بالغنم^٢.
- ٦- إن المصرف ينتفع بحسابات الائتمان -وهي الودائع الجارية ونحت الطلب-، فإنها تكتسب حكم القرض، فيسوغ للبنك استعمالها واستثمارها وله غنمها، وعليه غرمها.
- ٧- يجب أن ينص في المضاربة على كيفية توزيع الربح شائعا بين كل من رب المال والمضارب، وبناء على ذلك لا يسوغ اشتراط مقدار معلوم من المال لأحدهما، كآلف ديناً للمضارب في الشهر، أو ١٠% لرب المال من رأس ماله، إذ إن الربح قد لا يزيد على ما جعل لأحدهما فيستبد بالربح كله، فلا يحقق مفهوم العدل إلا بالقاعدة^٣.
- ٨- إذا فتح رجل خطاب اعتماد مستندي لتوريد بضاعة لصالحه على أمل أن يتوفر لديه المال عند وصول البضاعة من الخارج ولم يتوفر له الثمن، فاضطر للمصرف إلى بيع البضاعة وحقت أرباحها؛ لأنه الضامن، فالربح للمصرف وليس لفتاح الاعتماد المستندي، لأن الغنم بالغرم، والمصرف هو المسدد^٤.

كما يستثنى من القاعدة:

- إذا غصب الرجل شيئاً فإن ضمانه على الغاصب بالإتفاق^٥، ويلزمه رد عينه إذا كان المصسوب قائماً، وقيمه إذا كان تالفاً^٦؛ أما زوائد المصسوب ويلحقها فهو موضع خلاف بين الفقهاء، ومذهب الجمهور^٧ هو أن الزوائد لمالك المصسوب وليس للغاصب خلافاً للمحفية^٨.

^١ تبين الحقائق: ٢٦٦/٤.

^٢ شرح القواعد الفقهية: ص ٣٦٩.

^٣ موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي: ١٠٧/١، ١٠٨.

^٤ القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية، لمصر عبد الله كامل، رسالة الدكتوراه من جامعة الأزهر الشريف: ص ٢٤٠.

^٥ المغني لابن قدامة: ١٧٧/٥.

^٦ من القنوي: ص ١١٧-١١٨ وبدائع الصنائع للكاساني: ١٥٠/٧-١٥١ وبداية المجتهد لابن رشد: ٣١٢/٢ وروضة

الطالبين للنووي: ١١٨-١٢/٥ وكشاف القناع للبهوي: ٧٦/٤-٧٨.

^٧ للمقدمات للمهدات لابن رشد: ٤٩٧/٢ والمهذب للشواري: ١٤٢٨/١٤ والمغني لابن قدامة للمقدمات: ٣٨٤-٣٨٣/٥.

^٨ بدائع الصنائع للكاساني: ١٥٢/٧-١٦٠ والمهذب للمرخيني: ٢٣١/١٠-٢٣٣.

٥٧- القاعدة الثالثة: [البناء على الظاهر جائز ما لم يظهر خلافه]

وردت هذه القاعدة في "باب كبر اللقيط فادعاه رجل" للاستدلال بما على جواز وضع القاضي المال على يد لقيط وجد معه، حيث قال المصنف ما نصّه: "ولو أن رجلاً وجد لقيطاً معه مال فوضعه القاضي على يده، وقال أنفق عليه منه فهو جائز لأن ذلك المال للقيط فإنه موجود معه فكانت يده أسبق إليه من يد غيره، وإنما يتفق عليه من ماله، ولأن الظاهر أن واضعه وضع ذلك المال ليتفق عليه منه، والبناء على الظاهر جائز ما لم يظهر خلافه، وهو مصدق في نفقة مثله لأنه أمين بخبر بما هو محتمل"^١.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في الدر المختار^٢: "البناء على الظاهر فيما يتعذر الوقوف على حقيقة جاز".
- ما جاء في المحيط البرهاني^٣: "البناء على الظاهر واجب ما لم يعارضه ظاهر آخر".
- ما جاء في النجم الوهاج في شرح المنهاج^٤: "يتمسك بالأصل ما لم يظهر خلافه".

شرح مفردات القاعدة:

الظاهر: هو اسم لكلام ظهر المراد منه للسامع بنفس الصيغة، ويكون محتملاً للتأويل والتخصيص^٥. والمراد بالظاهر في القاعدة هو الأمر الواضح الجلي بالقرائن وإن كان محتمل غيره.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

ما لا يمكن معرفته بأي وسيلة شرعية أو لغوية أو عرفية فإن الأحكام لا تبني عليه؛ لأنه يدخل في الاستحيل، وما كان مستحيلًا لا تبني عليه الأحكام الشرعية. وعليه فإن هذه القاعدة تفيد بأن بناء الأحكام الشرعية على ظاهر الأمور أو أكثر الرأي وغالب الظن واجب حتى يقوم الدليل والقرائن القوية على خلافه؛ لأن البناء على الظاهر طريق أكثر الأحكام الشرعية. فإذا وجد دليل قوي يخالف الظاهر وجب ترك العمل بالظاهر؛ وبناء الأحكام على ما قام الدليل على خلافه.

^١ المبسوط: ٢١٤/١٠.

^٢ لأمين عابدين: ١٣٥/٤.

^٣ ٩٣/٨.

^٤ لأبي البقاء النعماني: محمد بن موسى، دار المنهاج جدة، بتحقيق لجنة علمية، ط. الأولى ٢٠٠٤: ٤٥/١٠.

^٥ الترميزات للجرجاني: ص ١٤٣.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا اختلف الموكل والوكيل في المشتري فقال الوكيل: اشتريته لنفسى، وقال الموكل: بل اشتريته لي، يحكم فيه الثمن، فإن أدى الوكيل الثمن من ماله. فالمشتري له، وإن أداه من مال موكله؛ فالمشتري لموكله؛ لأن الظاهر نقد الثمن من مال يشتري له^١.
- ٢- من رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة، واختلف المتبايعان في تغير أوصافه وبعدت المدة، فالقول للمشتري؛ لأن الظاهر شاهد للمشتري^٢.
- ٣- إذا ادعى رجل على آخر عشرة دراهم فمن مبيع مقبوض، ولم يبين المبيع ما هو، لا تصح الدعوى؛ لأنه يحتمل أن يكون المبيع خمرًا أو ميتة، ويصحح الثمن على المشتري فيما بين المسلمين على ما عليه ظاهر حالهم^٣.
- ٣- إذا وقعت النجاسة في أحد جانبي الماء الجاري جاز الوضوء من الجانب الآخر؛ لأن الظاهر أن النجاسة لم تصل إليه^٤.
- ٤- إذا وقع البعير في النهر، ووقع العجز عن ذكاته فإنه يحل بالجرح، بشرط ألا يتوهم بعد الجرح موته بالماء، حتى إذا علم أنه مات من الماء، لا يؤكل، وإن أشكل ذلك أكل؛ لأن الظاهر أن الموت من الجرح^٥.

^١ تبين الحقائق: ٣١/٦.

^٢ الهداية في شرح بداية المبتدي: ٣٦/٣.

^٣ المحيط البرهاني في الفقه النصابي: ٢٠/٩.

^٤ مختصر القدوري: ص ١٣.

^٥ منحة السلوك في تحفة المملوك: ص ٣٩٧.

٥٨- القاعدة الرابعة: [يعتبر تبعية المكان عند عدم يد معتبرة]

وردت هذه القاعدة في "باب كثير اللقيط فاذعاه رجل" عقب الحديث عن حكم اللقيط إذا وجد في مكان المسلمين والواجد ذمياً أو في مكان الكفار والواجد مسلماً، حيث قال المصنف ما نصّه: "أن يد الواجد أقوى لأنه إحراز له، والمباح بالإحراز يظهر حكمه، وإنما يعتبر تبعية المكان عند عدم يد معتبرة ألا ترى أن من سبي، ومعه أحد أبويه لا يحكم له بالإسلام باعتبار الدار فكذلك مع يد الواجد لا يعتبر بالمكان فكان المعتبر فيه حال الواجد".^١

توليق القاعدة:

- ما جاء في البناية شرح الهداية^٢: "يعتبر سبق المكان على يد الواجد".
- ما جاء في الدر المختار^٣: "يعتبر سبق المكان على يد الواجد".
- ما جاء في تبين الحقائق^٤: "مع يد الواجد لا يعتبر للمكان".

شرح مفردات القاعدة:

يده: المراد باليد في الاصطلاح الفقهي هو الاستيلاء على الشيء بالحيازة؛ فذو اليد هو من يضع يده على عين بالفعل، أو الذي يشبه تصرفه تصرف الملاك^٥.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

إذا وُجد شخص بمكان المسلمين وكان حال الواجد الذي أحرزه خلاف ذلك المكان، فإنه يعتبر تبعية المكان لعدم وجود يد معتبرة، أما إذا وجدت يد معتبرة للواجد فإن ما وُجد يتبع حال واجده وليس المكان الذي وجد فيه.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا وجد مسلم اللقيط في كنيسة أو بيعة بدار الإسلام، أو ذمّي وجد اللقيط في مكان المسلمين فالعبرة بالمكان؛ لأن المكان سابق، والسبق من أسباب الترجيح، وقيل: اعتبر الواجد؛ لأن اليد أقوى من المكان^٦.

^١ الميسوط: ٢١٥/١٠.

^٢ ٣١٨/٧.

^٣ ٢٧٣/٤.

^٤ ٢٩٩/٣.

^٥ المظهر للركشي: ٣٧٠/٣.

^٦ مجلة الأحكام العدلية: مادة (١٦٧٩).

^٧ فتح القدير مع الهداية: ١١٤/٦.

٢- إذا سبي الصبي وأخرج إلى دار الإسلام وليس معه أحد أبويه يفصل عليه إذا مات قبل أن يعقل؛ لأنه يحكم بإسلامه تبعاً للمكان الذي أخرج إليه، ويعتبر تبعية المكان عند عدم وجود يد معتبرة^١.

- ما يستثنى من القاعدة:

- إذا مات اللقيط قبل أن قبل أن يعقل ديناً من الأديان إن كان الملتقط الكافر وجده في مكان المسلمين أو المسلم وجده في مكان الكفرة، فإنه في هذه الحالة يعتبر للمكان ولا يعتبر الواجد^٢.

^١ المسوط: ٢١٤/١٠.

^٢ فتاوى قاضيخان في مذهب الإمام أعظم أبي حنيفة النعمان للإمام فخر الدين الحسن بن منصور الأوزجيني، اعني بما: سالم مصطفى البكري، دار الكتب العلمية بيروت، ط. الأولى ٢٠٠٩م: ٢٩٦/٣-٢٩٧.

٥٩- القاعدة الخامسة: [من لا يعرف له ولي فالإمام وليه]

وردت هذه القاعدة في باب قاذف اللقيط في معرض الحديث عن حكم استيفاء حق القصاص للقيط إذا قُتل وليس له ولي يعرف بعينه في دار الإسلام، حيث قال للمصنف: "وعلى هذا الطريق الذي أسلم من أهل دار الحرب، واللقيط سواء، وحجة أبي حنيفة وعبد الصمومات الموجبة للقود...، ولأن من لا يعرف له ولي فالإمام وليه".^١

وذلك اعتباراً بقوله صلى الله عليه وسلم: «السلطان ولي من لا ولي له».^٢

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في بدائع الصنائع^٣: "من لم يعرف له ولي عند الناس فكان وليه السلطان".
- ما جاء في شرح منتهى الإرادات^٤: "الحاكم ولي من لا ولي له".
- ما جاء في كفاية النبيه^٥: "الحاكم ولي من لا ولي له".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة بأن الإمام أو السلطان الذي يلي أمر المسلمين يجوز له أن يتوب عن أمور من لم يعرف له ولي عند الناس، كأن وجد شخص في مكان المسلمين لا يخلو عن الأولياء عادة؛ ولكنه لم يعرف له فيه ولي ففي هذه الحالة يتوب الإمام أو الوالي عنه في استيفاء الحق له أو التصرف عنه باعتباره ولياً له في أموره.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا وجد الملتقط اللقيط، وقام بتنفيذ النكاح أو البيع أو الإجارة عليه فإنه لا يصح ذلك؛ لأنه ممكن لا يعرف له ولي فالولاية عليه في ماله ونفسه للإمام أو السلطان.^٦

^١ المبسوط: ٢١٩/١٠.

^٢ أخرجه الإمام أحمد في مسنده من حديث عائشة مرقم: ٢٥٣٢٧، ٢٠٠/٤٢. وصححه شعيب الأرنؤوط في تحقيقه على المسند. (مؤسسة الرسالة، ط. الأولى ٢٠٠٦م).

^٣ ٢٤٥/٧.

^٤ البهوتي: ١٧٥/٢.

^٥ ٨/١٠.

^٦ الدر المختار للمصنفكي: ص ٣٥٤.

٦- إذا أراد الوديع سفراً وخاف على الوديعة الضياع يردّها للمودع أو لموكله فإن لم يجدّها يردّها للقاضي ويعرفه الحال، ويلزم القاضي القبول في الأصح وإن كان سفره لا حاجة؛ لأنه - القاضي - نائب الغائبين، وولي من لا ولي له.^١

٣- إذا لم تثبت على السفينة ولاية من قبل أب أو سلطان، فعلي قول عند المالكية لا يجوز بيعه وشراؤه وقضائه في ماله جملة؛ لأنه لم يزل في ولاية السلطان مذ كان، والسلطان ولي من لا ولي له.^٢

٤- إذا قتل الرجل من لا ولي له عبداً فالسلطان أن يقتل به قاتله وله أن يأخذ له الدية ويدفعها إلى جماعة المسلمين ويدفع القاتل من القتل وليس له عفو القتل والدية؛ لأنه لا يملكها دون المسلمين فيعفو ما يملك.^٣

٥- إذا لم يكن للمرأة ولي فزوجها القاضي من نفسه أو ابنته برضاها فإنه يجوز ذلك؛ لأن القاضي ولي من لا ولي له، ويجوز أمره كما يجوز أمر الولي.^٤

^١ روضة الطالبين للنووي: ٣٢٨/٦.

^٢ معارج التحصيل وتناج لطائف التأويل: ٢٣٥/٨.

^٣ الأم للشافعي: ٢٢٦/٦.

^٤ المبسوط: ١١٣/٢.

المبحث الخامس: القواعد الفقهية في كتاب اللقطة

٦- القاعدة الأولى: [الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء]

وردت هذه القاعدة في مستهل كتاب اللقطة^١ في معرض الحديث عن إجازة صاحب اللقطة عند تصديق الملتقط بماله، حيث قال ما نصّه: "فإن جاء صاحبها فهو بالخيار إن شاء ضمنه لأنه تصدق بماله بغير إذنه، وذلك سبب موجب للضمان عليه، وإن شاء أنفذ الصدقة فيكون ثوابها له وإجازته في الانتهاء بمنزلة إذنه في الابتداء"^٢.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها وما يأتي:

- ما جاء في بدائع الصنائع^٣: "الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة".
- ما جاء في تبين الحقائق^٤: "كل تصرف صدر من الفضولي^٥ انعقد موقوفاً على الإجازة".
- ما جاء في شرح الزهدات^٦: "الإجازة إنما تعمل في الموقوف".

شرح مفردات القاعدة:

الإجازة: هي جعل الشيء جائزاً أي نافذاً كتمكين الفضولي بعد إجازة الأصل. وإعطاء الإجازة: هو الإذن^٧، والمقصود بالإجازة في هذه القاعدة: هي الرضا بما حصل، والموافقة على الفعل الواقع من مملك التصرف.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

جاءت هذه القاعدة لبيان حكم العقد الموقوف، ومجالها الرئيس حكم تصرفات الفضولي. فالأصل أنه لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك غيره أو حقه بدون إذنه ورضاه، ويكون الإذن موقوفاً على إذن صاحب الحق، فإن صدر منه

^١ اللقطة: هو المنبذ يلتقط، ويطلق على الرجل المهين المزّول، والمرأة كذلك.. تقول: إنه لستقبط لقيط، وإنه لساقت لاقط، وإنما لستقطة لقيطة. (تمهيد اللغة: ١٧/٩).

^٢ البصوط للمرخسي: ٣/١١.

^٣ ٣٦٨/٢.

^٤ ٤٨٤/٤.

^٥ الفضولي: هو من يتصرف لغيره بغير ولاية ولا وكالة أو لنفسه وليس أهلاً له. (البحر الرائق: ٤٧/٣).

^٦ ص ١٦٩.

^٧ التعريفات الفقهية: ص ١٧.

الإذن بذلك مسبقاً كان العقد موقوفاً ولا يكون باطلاً، صَحَّ تصرفه فيه من دون خلاف^١، وإن لم يسبق الإذن، ثم وقع التصرف، وصدرت الإجازة والموافقة من صاحب الحق فملذهب السادة الحنفية^٢ والمالكية^٣ ما دلت عليه القاعدة وهو بأن العقود متوقفة على الإجازة، فإن أجاز صاحب الحق الغير بالتصرف اللاحق في حقه فإن إجازته تنزل منزلة الإذن السابق بشرط ألا يكون العقد باطلاً، واستدل أصحاب هذا القول بأدلة منها:

١- عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^٤، وقوله: ﴿يَتَأْتِيهَا الْبُيُوتُ﴾^٥، أمثوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل

إلا أن تكون تجزئة عن تراضي منكم^٦.^٧ ووجه الدلالة فيهما هو أن الله تعالى شرع البيع والتجارة من غير فصل بين ما إذا وجد من المالك بطريق الأصالة وبين ما إذا وجد من الوكيل في الإقضاء، أو بين ما إذا وجدت الإجازة من المالك في الانتهاء، وبين وجود الرضا في التجارة عند العقد أو بعده^٨.

٢- حديث عروة -رضي الله عنه- أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً يشتري له به شاة، فاشتري له به شاتين، فباع إحداها بدينار وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه^٩. ووجه الدلالة هو بأنه صلى الله عليه وسلم أجاز بيعه مع أنه لم يأمره بشراء الثانية وبيعها، ولو كان باطلاً لا تؤثر فيه الإجازة بالصحة لرده وأتكر عليه، ولم يحصل، فدلّ على أن الإجازة إذا لحقت البيوع الموقوفة أوجبت أحكامها من وقت انعقادها^{١٠}.

٣- ما جاء في حديث الثلاثة أصحاب الغار الذين مدت صخرة الغار عليهم^{١١}. ووجه الدلالة: بأن الرجل تصرف في مال الأجير بما فيه مصلحته بغير إذنه وأقره الرسول -صلى الله عليه وسلم- على ذلك، إذ ساق بحره مساق المدح والثناء عليه، وترجمة الإمام البخاري -رحمه الله- للباب تشهد لذلك، وقد قال ابن حجر: "هذه الترجمة معقودة لبيع الفضولي وقد مال البخاري فيها إلى الجواز"^{١٢}. فدلّ على أن الإجازة الواردة على البيوع الموقوفة تفيد الملك^{١٣}.

^١ ينظر: مرشد الخوان: ص ٤٩.

^٢ بدائع الصنائع: ١٤٨/٥-١٤٩.

^٣ شرح الزرقاني على مختصر خليل: ١٤٩/٤.

^٤ البقرة: ٢٧٥.

^٥ النساء: ٢٩.

^٦ بدائع الصنائع: ١٤٨/٥-١٤٩.

^٧ أخرجه البخاري في صحيحه برقم: ٣٦٤٢، كتاب المناقب: ٢٠٧/٤.

^٨ تبين الحقائق: ١٠٤/٤، والمجموع: ٣١٧/٩.

^٩ رواه البخاري في صحيحه من حديث ابن عمر -رضي الله عنهما- برقم: ٢٢٧٢، في كتاب الإجازة، باب من استأجر أجيراً فترك الأجير أجره: ٩١/٣.

^{١٠} فتح الباري بشرح صحيح البخاري، مع تعليقات ابن باز، دار المعرفة بيروت ١٣٧٩هـ: ٤٠٩/٤.

^{١١} المجموع للنووي: ٣١٧/٩.

٤- أن ركن التصرف في هذا البيع وهو الإيجاب والقبول صدر من أهله مضافاً إلى محله، فوجب أن يرتب حكمه، ولا ضرر في انعقاده موقوفاً؛ لأن الأهلية بالعدل والتمييز والمحلية بكون المال متقوماً، وقد وجدنا، ولمس من ضرر على المالك فحقه مصون بانعقاد البيع موقوفاً على إجازته وتخييره بحسب ما يرى فيه مصلحة له، وفي ذلك نفع للمتعاقدين؛ لصون كلامهما عن الإلغاء، فثبت القدرة الشرعية إحراراً لهذه المنافع^١.

وخالفهم الشافعية في المذهب الجديد^٢ والحنابلة في رواية^٣ فذهبوا إلى أن العقود لا تتوقف على الإجازة، وعليه إذا صدر البيع من غير المالك، أو ممن لا ولاية له يكون باطلاً رأساً لا حكم له، وإذا أتت الإجازة من المالك أو الولي، فالحقيقة أنه يكون عقداً جديداً يفيد حكمه من وقت الإجازة.

واحتجوا بأن هذا البيع بمنزلة بيع ما ليس عند الإنسان، أو بيع ما لا يقدر على تسليمه؛ لكونه لا يملك تسليم ما تعلق به حتى الغير تسليمًا صحيحًا، وكلاهما باطل؛ لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك، ولناقضه مقتضى العقد وهو نقل الملك فور التعاقد^٤.

- والراجع في المسألة: هو القول الأول للأمور الآتية:

١- قوة أدلتهم وشمولها، ومطابقة القول لمقاصد الشريعة.

٢- لأن أدلة القائلين بالبطلان لا تقوى على معارضة المجيزين لقوة الاعتراضات الواردة عليها.

٣- لأن تصرف الفضولي فيه مصلحة للمالك ولا ضرر فيه، والشريعة تأتي بمثل ذلك.

من تطبيقات القاعدة:

١- إذا باع شخص ملك غيره، فإن البيع يتعد موقوفاً حكمه على إجازة المالك، فإن أجازته نفذ البيع من وقت انعقاده، جرياً على مقتضى القاعدة.

٢- بيع المرهون في يد المرهون من قبل الراهن يقع موقوفاً على إجازة المرهون، لما للمرهون على العين من حق الاستيثاق، فإن أجازته انعطف حكم البيع وأثره إلى وقت انعقاده^٥.

^١ العناية للبايزي: ٢٢٥/٩، وتبيين الحقائق: ١٠٤/٤، ودرر الحكام لملي حيدر: ٢٥٦/٢.

^٢ العزيز شرح الوجيز للمعروف بالشرح الكبير للرافعي عبد الكريم بن محمد، بتحقيق علي محمد عوض وعادل أحمد، دار الكتب العلمية - بيروت، ط. الأولى ١٩٩٧ م: ٨٨/٨.

^٣ ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي: ١٨٢/١٥-١٨٣.

^٤ المجموع للنووي: ٣١٧، ٣١٨/٩.

^٥ تبيين الحقائق: ١٠٦/٤.

- ٣- إذا باع المحجور عليه لحق الغرماء في ماله فإنه يقع صحيحاً غير نافذ، فإن أجله الغرماء أو أبوه، انسحب حكم البيع إلى وقت انعقاده.^١
- ٤- تكون زوائد البيع الموقوف متصلة كانت أو منفصلة للمشتري إذا تم البيع بالإجازة؛ لأن البيع الموقوف بالإجازة تنصرف آثاره من وقت انعقاده.^٢
- ٥- إذا باع المالك العين المستأجرة فإن البيع ينقذ موقوفاً على إجازة المستأجر؛ لما له عليه من حق الانتفاع بمقتضى عقد صحيح وهو الإجازة، فإن أجله انقطع حكم البيع وأثره إلى وقت انعقاده.^٣
- ٦- إذا قال أحد الشريكين لرجل: أشركتك في هذه البضاعة، فأجاز شريكه، كانت البضاعة بينهم أثلاثاً؛ لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء.^٤
- ٧- لو حلف شخص ألا يتزوج فزوجه غيره بغير أمره، فإن أجله بالقول حثث ولزمته الكفارة؛ لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء.^٥
- ٨- من وهب ثوب غيره لشخص آخر وسلمه فأجاز رب الثوب هذه الهبة كانت صحيحاً، وجاز للموهوب له حيازتها والانتفاع بها.

^١ تبين الحقائق: ٢١٧/٥.

^٢ تبين الحقائق: ٢٨٦/٣.

^٣ بدائع الصنائع: ٢٠٧/٤.

^٤ المبسوط: ١٧٠/١١.

^٥ الاختيار لتعطيل المختار: ٧٣/٤.

٦١- القاعدة الثانية: [الحكم يختلف باختلاف أحوال الناس]

ذكر الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في أول كتاب اللقطة في معرض كلامه عما هو أولى من ترك اللقطة أو رفعها، حيث قال ما نصّه: " وفي قوله: فاحتماه القوم حجة لمن يقول: ترك اللقطة أولى من رفعها ولكننا نقول: هذا كان في ذلك الوقت؛ لأن الغلبة كانت لأهل الخير والصلاح، فإذا تركه واحد يتركه الآخر أيضاً أو يأخذ له ليؤدي الأمانة، فأما في زماننا فقد غلب أهل الشر إذا ترك المؤمن يأخذ الخائن فيكم من صاحبه، والحكم يختلف باختلاف أحوال الناس"^١.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مقادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في الفائق في أصول الفقه^٢: "الحكم الشرعي يختلف باختلاف الناس والأحوال".
- ما جاء في معني المحتاج^٣: "يختلف الحكم باختلاف أحوال الناس وقصورهم وقراغهم للعبادة واشتغالهم".
- ما جاء في الموافقات في أصول الشريعة^٤: "يختلف الحكم باختلاف الناس في النازلة الواحدة".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد القاعدة بأنّ حكم الشرع في القوازل يكون بالنظر إلى اختلاف أغلب أحوال الناس وقت وقوع النازلة بشرط عدم فساد أحوالهم. وهذا إذا كان الأمر يقبل الاختلاف في الحكم باختلاف الأحوال، أما إذا لم يكن الحكم قابلاً للتغيير كما إذا كان متعلقاً بما علم من الدين بالضرورة فإنه لا يتغير باختلاف أحوال الناس وعوائلهم.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا وجد الرجل اللقطة فإنّ الحكم برفعها أو تركها يختلف باختلاف الناس. وبما أنّ الشرّ غالب أحوال الناس في هذا الزمن فإنّ رفعها أولى من تركها؛ لأنه إذا تركها المؤمن يأخذ الخائن فيكم من صاحبه؛ أما في الزمان الأول كان تركها أولى؛ لأن الغلبة كانت لأهل الخير في ذلك الوقت^٥.

^١ المبسوط للسرخسي: ٥/١١.

^٢ محمد بن عبد الرحيم الأرموي الشافعي، بتحقيق عمود نصير، دار الكتب العلمية بيروت، ط. الأولى ٢٠٠٥م: ٣٨٣/٢.

^٣ ١٨٩/٦.

^٤ للشاطبي: ٣٣٢/١.

^٥ المبسوط للسرخسي: ٥/١١.

- ٢- إذا أوكل الشخص وكيلاً بالخصومة والتقاضى فإنه لا يملك القبض من غير فرق بين العين والدين عند زفر -رحمه الله-؛ لتغير أحوال الناس، وكثرة الخيانات في الوكلاء، فيختار الناس في التوكيل بالخصومة من هو ألد الناس خصومة، وأكثرهم كذباً وخيانة، وأقلهم ديناً وحياء بخلاف القبض^١.
- ٣- لو حلف شخص ألا يأكل مطيباً ولا يلبس ناعماً، كان الحكم مختلفاً باختلاف أحوال الناس، فيكروه إذا كان من حالهم اختيار رغد العيش، ويكون طاعة إذا عرف من حالهم اختيار خشونة العيش^٢.
- ٤- إذا أكره شخص على بيع أو شراء بحبس يوم أو ضرب سوط فإن الحكم يختلف باختلاف أحوال الناس، فمنهم من لا يتضرر إلا بضرب شديد وحبس مديد، ومنهم من يتضرر بأدنى شيء كالشرفاء والرؤساء يتضررون بضربة سوط لا سيما في مال من الناس أو بحضرة السلطان فيثبت في حقه الإكراه بمثله^٣.

^١ تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٢٧٨/٤.

^٢ نهاية المحتاج إلى شرح للنهاج للرملي محمد بن أبي العباس، دار الفكر - بيروت، ط. الأخيرة عام ١٩٨٤م: ١٨٠/٨.

^٣ الفتاوى الهندية لجنة علماء برئاسة نظام الدين البهلي، دار الفكر - بيروت، ط. الثانية عام ١٣١٠هـ: ٣٦/٥.

٦٢- القاعدة الثالثة: [الاستحقاق بالظاهر يثبت خصوصاً عند عدم المنازع]

وردت هذه القاعدة في أول كتاب اللقطة كدليل لقول الإمام مالك -رحمه الله- بإجبار دفع اللقطة على الملتقط إلى صاحب اللقطة بمجرد ذكره لعلامتها من دون بينة، حيث قال ما نصّه: " وإذا وجد الرجل اللقطة وهي دراهم أو دنائير فجاء صاحبها ومضى وزنها وعددها ووكاءها فأصاب ذلك كله، فإن شاء الذي في يده دفعها إليه، وإن شاء أبى حتى يقيم البينة عندنا، وقال مالك يحبر على دفعها إليه؛ لأنه لما أصاب العلامات فالوهم الذي سبق إلى وهم كل واحد أنه صاحبه والاستحقاق بالظاهر يثبت خصوصاً عند عدم المنازع كما يثبت الاستحقاق لذي اليد باعتبار الظاهر يثبت والملتقط غير منازع له؛ لأنه لا يدعيها لنفسه".^١

توليق القاعدة:

وردت القاعدة بنحو ما ذكرت في كتب الفقهاء الآتية:

- ما جاء في النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر^٢: "المعتبر بالظاهر وخفية الظن".
- ما جاء في قواعد الأحكام في مصالح الأنام^٣: "الحقوق لا تؤخذ إلا بأسباب ظاهرة الصحة".
- ما جاء في البحر الرائق^٤: "اليد دليل الملك".

شرح مفردات القاعدة:

الاستحقاق: هو ظهور كون الشيء حقاً واجباً للغير^٥. ويثبت الاستحقاق بهذا المعنى الاصطلاحي بالبينة عند عامة الفقهاء^٦، أما مدلوله في القاعدة فأوسع من هذا الجمل الضيق وجار حيث ينتفي النزاع فيقع الاستحقاق بالظاهر ولا يكون لإقامة البينات محل.

الظاهر: وهو ما يغلب على الظن وقوعه. فالظاهر والغالب يلتقيان في جانب وهو أن كليهما يغلب على الظن، ولذا يعبر عن الغالب بالظاهر، بقول صاحب المنثور: "الظاهر عبارة عما يرجح وقوعه فهو مساو للغالب"^٧.

^١ المبسوط للسرخسي: ٨/١١.

^٢ لابن مفلح إبراهيم بن محمد، مكتبة المعارف الرياض، ط. الثانية ١٤٠٤هـ: ١/١٢٩.

^٣ للجز بن عبد السلام: ٢/٩٤-٩٥.

^٤ ١٦٩/٨.

^٥ حاشية ابن عابدين: ١٩١/٥.

^٦ الفتاوى الهندية: ١٤٣/٤، وكشاف القناع: ١٣١/٤.

^٧ للزرکشي: ٣١٢/١.

وعليه فإن دعوى الاستحقاق هي منازعة يرفعها شخص على غيره يدعي فيها إخراج شيء من يد حائزه إلى يده ولا بينة لهما.

الحق الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة بأن ثبوت الحق بالنسبة لمن يتعلق به الأمر إنما يثبت بالظاهر وهو غلبة الظن خاصة إذا لم يوجد هناك من ينازع ويخاصم فيما استحق بالظاهر؛ أما إذا وجد للنازع لها فحينئذ لا يثبت الاستحقاق إلا بأن يقيم البينة العادلة وهما شاهدان، أو شاهد وعين.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- من التفت لقطعة فعزلها ثم جاء صاحبها فأعطى وصفها وعلامتها وغلب على الظن صدقه، فهل يجب على الملتقط أن يدفعها إليه بمجرد ذلك أو يكلف بإقامة البينة؟ فعند المالكية والحنابلة يجبر ويلزم الملتقط على دفعها إلى صاحبها بدون البينة، والملتقط ليس بمنازع له^١. وأما عند الحنفية والشافعية فله أن يدفعها، وله أن يأبى عن دفعها إليه حتى يقيم البينة عليها^٢.
- ٢- إن وصف اللقطة اثنان فأكثر معاً أو وصفها الثاني بعد الأول بعد دفعها لمن وصفها أولاً فلا شيء للمواصف الثاني؛ لأن الأول استحقها بالظاهر لما وصفه إياها مع عدم المنازع له حين أخذها^٣.
- ٣- إذا وجدت البئر في أيدي أشخاص وأقروا بأنها ميراث ولم يوجد لهم منازع، فإن إقرارهم يعتبر صحيحاً، ولا حاجة إلى إثبات ذلك بالبينة؛ لأن البئر في أيديهم لا ينازعهم فيها أحد^٤.
- ٤- يستحق الشفيع الشفعة بظاهر يده إذا لم يكن له منازع؛ لأن الاستحقاق يثبت بالظاهر عند عدم المنازع^٥.
- ٥- من رأى شيئاً في يد إنسان يتصرف فيه دون منازع حل له أن يشهد له بملكه^٦.

^١ ينظر: عيون المسائل للعلامة المالكي عبد الوهاب بن علي، بتحقيق علي بوريوة، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت، ط. الأولى ٢٠٠٩ م: ٦١٠/١؛ والمقنع في فقه الإمام أحمد لابن قدامة المقدسي، بتحقيق محمود الأرناؤوط وباسم الخطيب، مكتبة السوادى للتوزيع جدة، ط. الأولى ٢٠٠٠ م: ٢٣٤/١.

^٢ المبسوط للسرخسي: ٨/١١؛ وكفاية النية في شرح التنبيه لابن الرقعة الشافعي: ٤٣٨/١١؛ والتهذيب في فقه الإمام الشافعي للبغوي: ٥٥٤/٤.

^٣ كشف القناع عن معن الإقناع للبهوتي: ٢٢١/٤.

^٤ المحيط البرهاني: ٣٦٤/٧.

^٥ تبيين الحقائق للزيلعي: ٢١٠/٤.

^٦ بدائع الصنائع: ١٤/٥.

٦٣- القاعدة الرابعة: [الإقرار حجة في حق المقر]

ذكر الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في أول كتاب القبضة في معرض كلامه عن إقامة شخص آخر البيئة على استحقاق اللقطة بعد دفع الملتقط إليها للأول، حيث قال ما نصه: "وإن صدقه ودفعها إليه ثم أقام آخر البيئة أمّا له، فله أن يضمن الملتقط، أمّا بعد التصديق يؤمر بالدفع إليه؛ لأن الإقرار حجة في حق المقر".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في شرح الزهادات^٢: "إقرار الإنسان يقتصر عليه، ولا يتعدى إلى غيره".
- ما جاء في الأشباه^٣: "الحكم بموجب الإقرار مستلزم للحكم بصحة الإقرار وصحة المقر به في حق المقر".
- ما جاء في الذخيرة^٤: "الاعتراف بالشئ أمّا يقوم مقام الشئ في حق المقر خاصة".

شرح مفردات القاعدة:

الإقرار: وهو في اللغة: من قرّ الشئ قرأً، والاستقرار: التمكن، وقرار الأرض: المستقر الثابت، وقرّ اليوم قرأً: يرد. وأقرّ بالشئ اعترف به.^٥

أمّا شرعاً: فهو إخبار الشخص بحق عليه^٦، وقيل: هو إخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه وليس بإثباته.^٧

المعنى الإجمالي للقاعدة:

الأصل أن المرء يعامل في حق نفسه كما أقر به، ولا يصدق على إبطال حق الغير أو إلزام الغير حقاً^٨، وقد جاءت هذه القاعدة لتقرر هذا الأصل وهو أن الإقرار حجة ملزمة قاصرة على من يقر به ولا يتعدى إلى الغير إلا في

^١ المبسوط: ٨/١١.

^٢ ص ١٩٩٨.

^٣ للسيوطي: ١٠٣/١.

^٤ ٣١٩/٦.

^٥ المصباح للنير للقيومي: ٤٩٦/٢.

^٦ الحدود الأنيفة والتعريفات الدقيقة للشيخي زكريا بن محمد، بتحقيق د. مازن المبارك، دار الفكر للمعاصر - بيروت، ط. الأولى

١٤١١ هـ: ص ٧٤.

^٧ أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء للقونوي: ص ٩١.

^٨ قرة عين الأخبار لتكملة رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين الشامي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت: ٢١٦/٨.

مسائل محصورة^١ بخلاف البيئة؛ لأن الإنسان العاقل المختار لا يقرّ على نفسه بحق لغيره أو بفعل لنفسه - يستحق عليه العقوبة - كاذباً فيتعين هنا جانب الصدق، إلا إذا تبين أن إقرار المقرّ لإبطال حق الغير أو إلزام الغير حقاً أو أنه مكذب فلا يصدق ويسقط اعتباره.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا ادّعى صاحب اللقطة بأن اللقطة له فإن صدّقه الملتقط ودفعها إليه ثم أقام آخر البيئة أنها له، فله أن يضمّن الملتقط، وبعد التصديق يؤمر بالدفع إليه؛ لأن الإقرار حجة ملزمة على المقرّ^٢.
- ٢- لو أقر مجهول النسب بالرق صبح ذلك على نفسه وماله ولا يصدق على أولاده وأمهاتهم ومديرية ومكاتبه؛ لأن الإقرار حجة ملزمة بنفسه وقاصرة في حق المقرّ^٣.
- ٣- لو أقر الرجل بدين أو غيره على نفسه ثم قال: كنت كاذباً فيما أقررت، فيؤمر بتسليم المقر به إلى المقر له من غير يمين خلافاً لأبي يوسف - رحمه الله -؛ لأن الإقرار حجة ملزمة شرعاً فلا يصار معه إلى اليمين^٤.

^١ ذكرها ابن نجيم الحنفي في الأشباه والنظائر: ص ٢١٧ منها: لو أقرت الزوجة بدين فللدائن حبسها وإن تضرر الزوج، ولو أقر الموجر بدين لا وفاء له إلا من غن العين فله بيعها لقضائه وإن تضرر المستأجر.

^٢ للبسوط للسرخسي: ٨/١٢.

^٣ قرة عين الأخبار لابن عابدين الشامي: ٢١٦/٨.

^٤ مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: ٧٤٠/٢.

٦٤ - القاعدة الخامسة: [استرداد القيمة كاسترداد العين]

وردت هذه القاعدة في كتاب اللقيطة للتعليل بما على وجوب الضمان على المشتري قيمة اللقطة إذا هلك في يده وحضر صاحبها، حيث قال المصنف ما نصّه: "فإن كان قد هلك اللقطة في يد المشتري فصاحبها بالخيار إن شاء ضمن البائع القيمة لوجود البيع والتسليم منه بغير إذنه، وإن شاء ضمن المشتري بقبضه ملكه بنفسه بغير رضاه، فإن ضمن البائع كان الثمن للبائع لأنه ملكه بالضمان فينفذ البيع من جهته، ولكن يتصدق بما زاد على القيمة من الثمن؛ لأنه حصل له بكسب خبيث فإن قيل: الضمان إنما يلزمه بالتسليم، والبيع كان سابقاً عليه كيف ينفذ البيع من جهته بأداء الضمان؟ قلنا: لا كذلك بل كما رفعه ليعه بغير أمر القاضي صار ضامناً بمنزلة المودع يبيع الوديعة، ثم يضمن قيمتها، فإن البيع ينفذ من جهته بهذا الطريق، وهو أنه كما رفعها إلى البيع صار ضامناً فيستند ملكه إلى تلك الحالة، فإن ضمن المشتري قيمتها رجع بالثمن على البائع؛ لأن استرداد القيمة منه كاسترداد العين فيبطل البيع به"^١.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في رد المحتار^٢: "أخذ القيمة كاسترداد العين".
- ما جاء في الهداية شرح البداية^٣: "استرداد القيمة كاسترداد العين".
- ما جاء في تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق^٤: "أخذ القيمة كاسترداد".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة بأن الشيء المضمون بإتلاف أو هلاك إذا وجب فيه ضمان القيمة لأجل تعذر رد العين فإن استرجاعها يكون بمنزلة أخذ العين واستردادها؛ لأن القيمة سميت قيمة لقيامها مقام العين؛ فإذا استرد العين من استحقتها بطل كل بيع عقد قبل ذلك فكذلك إذا استردت القيمة.

من تطبيقات القاعدة:

١- لو اشترى رجل من رجل شيئاً بغير إذنه، ثم هلك الشيء بعد تسليمه بجاز له أن يضمن أيهما شاء البائع أو المشتري، فإن اختار تضمين المشتري بطل البيع الموقوف؛ لأن أخذ القيمة كأخذ العين، ويرجع المشتري بالثمن على الفضولي^٥.

^١ المبسوط: ١١/١١.

^٢ ١٣٣/٦.

^٣ ٤٣٤/٤.

^٤ ١٨٥/٥.

^٥ فتح القدير للكمال بن الهمام: ٥٦/٧.

٢- من غصب من رجل مالا ودفعه مضاربة فعمل به المضارب وبيع فلا سبيل لرب المال على البيع، ولكن يضمن أيهما شاء؛ لأن استرداد القيمة كاسترداد العين^١.

٣- إذا باع الآجر العين المستأجرة فإنه يكون موقوفاً لأجل حق المستأجر، فإن أجاز نفذ البيع، وإن ضمنه القيمة لم يسقط حقه بذلك؛ لأن أخذ القيمة كاسترداد العين فتبطل البياعات التي قبله^٢.

^١ المبسوط للسرخسي: ٩٩/٢٢.

^٢ تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: ١٨٥/٥.

٦٥- القاعدة السادسة: [على اليد ما أخذت حتى ترد]

أورد الإمام السرخسي - رحمه الله - هذه القاعدة في كتاب اللقطة التي هي في الأصل نص الحديث في بيان الأصل الوارد في وجوب الضمان على الملتقط إذا هلكت اللقطة، حيث قال ما نصّه: "وإذا هلكت اللقطة عند الملتقط فهو على ثلاثة أوجه إن كان حين أخذها قال: أخذتها لأردها على مالکها وأشهد على ذلك شاهدين فلا ضمان عليه؛ لأنه مأفون في أخذها للرد على المالك مندوب إلى ذلك شرعاً، فكان هذا الأخذ نظير الأخذ بإذن المالك فلا يكون سبباً للضمان، وإن كان أخذها لنفسه وأقر بذلك فهو ضامن لها؛ لأنه ممنوع من أخذها فكان متعدداً في هذا الأخذ فيكون ضامناً كالغاصب، والأصل فيه قوله - صلى الله عليه وسلم -: «على اليد ما أخذت حتى ترد»^١.

توثيق القاعدة:

ذكر نص الحديث في كتب الفقهاء كقاعدة في المسائل المتعلقة بالضمان، وهي كالتالي:

- ما جاء في الذخيرة^٢: "على اليد ما أخذت حتى ترد".
- ما جاء في المهذب في فقه الإمام الشافعي^٣: "على اليد ما أخذت حتى ترد".
- ما جاء في دقائق أولي النهى لشرح المنتهى^٤: "على اليد ما أخذت حتى تؤدّه".
- ما جاء في السيل الجرار المنطق على حقائق الأزهار^٥: "التأدية واجبة في كل مأخوذ".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة في الأصل نص الحديث النبوي ويدل على وجوب الضمان على من أخذ شيئاً بغير حق مما يدخل في الذمة من قرض أو ودعة أو إعارة ونحو ذلك، وأنه يجب على الإنسان ردّ ما أخذه، ولا تبرأ فمته حتى يردّ ذلك الشيء إلى صاحبه ويؤدّه إما بعينه أو بضمائه.

^١ رواه أبو داود في سننه عن سمرة - رضي الله عنه - رقم: ٣٥٦١، أول كتاب البيوع، باب تضمين العارية: ٤١٤/٥، والترمذي رقم: ١٢٦٦، أبواب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، وقال: "هذا حديث حسن"؛ ٥٥٧/٢، كما أخرجه ابن ماجه في سننه رقم: ٢٤٠٠، كتاب الصلقات، باب العارية: ٨٢٢/٢. وقال الشيخ شعيب الأرنؤوط معقباً على الحديث: "حسن لغزوه، وهذا إسناد رجاله ثقات، لكن حسن بصري لم يصرح بسماحه من سمرة...".

^٢ فليسوط: ١٢/١١.

^٣ لأحمد بن إدريس القراني: ١١١/٨.

^٤ للشيرازي: ١٩٦/٢.

^٥ ٢٩٣/٢.

^٦ للشوكاني محمد بن علي، دار ابن حزم، ط. الأولى: ص ٥٨٧.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا أخذ شخص اللقطة لنفسه فهلك وأقر بأنه أخذها لنفسه فإنه يجب عليه ضمان ما أخذه؛ لأنه ممنوع من أخذ اللقطة لنفسه فصار الملتقط متعدياً في هذا الأخذ فيكون ضامناً^١.
- ٢- لو رأى الوارث رجلاً أخذ مالا من أبيه وادعى أنه كان وديعة له عند أبيه أو كان ديناً له عليه اقتضاه منه جاز له أن يأخذه منه؛ لأن الأخذ في الأصل سبب لوجوب ضمان المأخوذ وهو رد عينه إن كان قائماً ورد بدله إن كان هالكاً^٢.
- ٣- إذا غصب الرجل من آخر شيئاً فإنه يجب عليه رد عين المقصوب ما دام حلي حاله لم يتغير، وإن هلك المقصوب وهو مثلي فعليه مثله، وإن لم يكن مثلياً كالحيوان والمزروع فعلى الغاصب قيمته يوم غصبه^٣.
- ٤- إن مؤنة الرد للمبيع بعد الفسخ بالعيب أو غيره كالفسخ بالخيار على المشتري؛ لأنه ضامن للمبيع، وما كان مضمون العين فهو مضمون الرد^٤.
- ٥- المقترض يجب عليه رد ما أخذه إلى المالك؛ لأنه كما أخذه ابتداءً فيجب عليه رده إلى مالكه انتهاءً كما في المستأجر والمستعير^٥.
- ٦- من استعار شيئاً - سيارة أو دابة أو كتاباً أو غير ذلك - فعليه رده إلى صاحبه الذي استعاره منه ولا تبرأ ذمته إلا برده^٦.

^١ الميسوط للسرخسي: ١٢/١١.

^٢ بدائع الصنائع للكاساني: ١٣٠/٥.

^٣ الاختيار لتعليل المختار للموصلي: ٥٩/٣.

^٤ أمضى للطالب: ٧٧/٢.

^٥ السيل الجرار: ص ٥٥٢.

^٦ موسوعة القواعد الفقهية: ٤٥٣/٧.

المبحث السادس: القواعد الفقهية في كتاب الغصب

٦٦- القاعدة الأولى: [السبب الواحد لا يوجب ضمانين]

أورد الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في أول كتاب الغصب^١ للاستدلال بما على عدم مطالبة الغاصب بقيمة المغموص مع إيجاب المثل، حيث قال ما نصّه: "ومحمد يقول: أهل الغصب أوجب المثل خلفاً عن رد العين، وصار ذلك ديناً في ذمته، فلا يوجب القيمة أيضاً؛ لأن السبب الواحد لا يوجب ضمانين، ولكن المصير إلى القيمة للعجز عن أداء المثل، وذلك بالاتقطاع عن أيدي الناس فيعتبر قيمته بآخر يوم كان موجوداً فيه فانقطع^٢."

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بمفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في حاشية الشلبي على تبيين الحقائق^٣: "بشيء الواحد لا يتأدى به ضمانان في حالة واحدة".
- ما جاء في البحر الرائق شرح كنز الدقائق^٤: "لا يتوالى على شيء واحد ضمانان".
- ما جاء في فتح العزيز بشرح الوجيز^٥: "لا يلزم وجوب ضمانين بشيء واحد".
- ما جاء في الروض المربع شرح زاد المستقنع^٦: "دفع واحد لا يوجب ضمانين".
- ما جاء أسنى المطالب في شرح روض الطالب^٧: "لا يلزم ضمانين لشيء واحد".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تتعلق هذه القاعدة بضمان المتلفات، وتنفيذ بأنه لا يجوز أن يتعلق بسبب واحد ضمانان من جنسين مختلفين، فإذا أصبح الجمع بين ضمانين متعلزاً فإنه ينبغي أن يكون الثابت أحدهما.

^١ الغصب: هو أخذ مال متقوم محرم مملوك للغير بطريق التعدي. (الاختيار لتحليل المختار: ٥٨/٣).

^٢ المبسوط للسرخسي: ٥٠/١١.

^٣ ٢٣٢/٥.

^٤ ١٥/٦.

^٥ للرافعي عبد الكريم بن محمد القزويني الشافعي، دار الفكر - بيروت، (بدون طبعة وتاريخ النشر): ٢٦٥/١١.

^٦ للبهوتي منصور بن يونس الحنبلي، مطبوع من حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات المعدي، دار اللويد ومؤسسة الرسالة، (بدون

طبعة وتاريخ النشر): ٤٣٨/١.

^٧ لتركيا الأنصاري الشافعي: ٣٤٤/٢.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا ارتهن الرجل قلباً^١ فضة فيه عشرة دراهم بعشرة دراهم، وكانت قيمته مثل وزنه عشرة، فإن انكسر فعلى قول الإمام محمد بأن الرهن يحترق إن شاء سلم المكسور للمقرض بدينه، وإن شاء افتكه ببعض الدين؛ لأن سبب كل واحد من ضمانين القيمة والدين القبض، فلا يجوز أن يتعلق به ضمانان من جنسين مختلفين^٢.
- ٢- إذا هلك المبيع في البيع الذي لا خيار فيه أو بخيار، فإذا كان في يد البائع باقية سماوية أو باستهلاك البائع أو كان حيواناً فقتل نفسه يطل البيع؛ لأنه مضمون بالتمن فيسقط الثمن فلا يكون مضموناً بالقيمة^٣.
- ٣- إذا قطع أصبعاً من يد رجل فشلت الكف فلا قصاص فيهما، وعليه دية اليد بلا خلاف؛ لأن الجناية واحدة فلا يجب بها ضمانان مختلفان: وهو القصاص والمال، وبخاصة عند اتحاد المثل فالكف مع الأصبع بمنزلة عضو واحد^٤.
- ٤- لو جامع الرجل امرأته ممن يجمع مثلها فماتت أو أفضاها فلا يضمن؛ لأن الزوج ضمن المهر بالجماع، فلو وجهت الدية لوجب ضمانان بمضمون واحد ولا يجوز^٥.

^١ قلب: وهو بالضم، يقال: في يها قلب فضة، من الأسورة: ما كان قلداً واحداً، ويقولون: سوار قلب، على التشبيه بقلب النخل في ياضه. وقيل: سواء غير ملوي (تاج العروس: ٧١/٤).

^٢ المبسوط: ١١٦/٢١.

^٣ البحر الرائق: ١٥/٦.

^٤ بدائع الصنائع: ٣١٦/٧.

^٥ البيضاية شرح الهداية: ٣٩٨/٦.

٦٧- القاعدة الثانية: [ما لا يقوم شرعاً فالجنس وغير الجنس فيه سواء]

أورد الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في باب الواجب على الفاسد لبيان أنه لا قيمة للجودة في الأموال الربوية منفردة عن الأصل، حيث قال ما نصّه: "وما لا يقوم شرعاً فالجنس وغير الجنس فيه سواء، كالخمر والصنعة من الملاحم والمعاذف، ثم وجوب ضمان النقصان لا يؤدي إلى الربا، فإن حكم الربا يجري بالمقابلة على طريق المعادلة، وذلك لا يوجد هنا خصوصاً على أصله، فإن ضمان القصب عنده لا يوجب للملك في المضمون، ولكننا نقول: لا قيمة للجودة في هذه الأموال منفردة عن الأصل^١.

توثيق القاعدة:

- ما جاء في التحرير شرح الجامع الكبير^٢: "الاعتياض عن حق مجرد لا يحتمل التقوم بالباطل".
- ما جاء في كشف القناع^٣: "لا يصح الاعتياض عما ليس بمال".

شرح مفردات القاعدة:

ما لا يقوم شرعاً: هو ما لم يعتبر الشرع له قيمة أو ثمناً كالخمر والخنزير للمسلم، والميتة عند الكل. وهو ما لا تقطع اليد بسرقته.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه قاعدة مهمة عميقة الأثر في المعاملات المالية؛ لأنها تعبر عن مفهوم المال بالنسبة للحقوق، وتقرر أن الحقوق المجردة عن التقوم لا يجوز التعويض المالي عنها، مع ملاحظة أن مفهوم المال قابل للتبدل في كل زمان حسب اختلاف الأعراف في عالم المال، بحيث إنه ما كان غير متقوم قديماً لكونه محمقراً عرفياً، ولعدم إمكانية الانتفاع به، يمكن أن يعد الآن شيئاً ثميناً، مثل كثير من الحشرات التي أصبحت مصدر الدواء في المختبرات العالمية الطبية فيجوز بيعها، وهكذا هناك حقوق مجردة اكتسبت حقاً ثابتاً يمكن أخذ العوض عنها مثل: حق التلفون وغيره، اللهم إذا كان التقوم ساقط الاعتبار غير منظور إليه في التشريع الحكيم في مسائل معينة -كحق الترخيص اليوم قانوناً في فتح بخّارة- فحينئذ لا عبرة بما يطرأ ويجد، بل الحكم والاتباع بما جاء به النص، ويتمثل ذلك في بعض مسائل الربا. مفاد هذه القاعدة أن الأموال التي لا قيمة لها في عند الشرع وهي غير متقومة في حق المسلم -كالخمر

^١ المبسوط: ٥٢/١١.

^٢ ٢٨٦/٥.

^٣ ٤٠١/٣.

^٤ موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي للشنوي: ٢٧٥/١.

والختنزير - فإنه يستوي فيه الجنس وغير الجنس، فلا يجوز الاعتياض عنها بحال من الأحوال، ولا يجب الضمان عند إتلافها إلا إذا كان للذي فإن الضمان يترتب على المثلث عند الختفية.

من تطبيقات القاعدة:

١- الخمر والختنزير وما صنع من آلات اللهو والمعازف لا قيمة لها عند المسلم؛ لأن الشرع لم يجعلها أموالاً في حقنا، فمن غصب خمرًا أو خنزيرًا أو آلة طو فلا سبيل لصاحبها عليها ولا شيء له عليه؛ لأنها أموال غير متقومة شرعاً^١.

٢- إذا باع الرجل لآخر قفيز حنطة جيدة بقفيز حنطة رديئة وفلس على أن يكون الفلس بمقابلة الجودة فإنه البيع غير جائز؛ لأن الجودة غير متقومة شرعاً عند المقابلة بجنس الأموال الربوية^٢.

٣- لو أحرق الرجل باباً منحوتاً عليه تماثيل منقوشة ضمن قيمته غير منقوش؛ لأن نقش التماثيل حرام غير متقوم^٣.

٤- حق الشفعة ليس بمال متقوم شرعاً، ولذلك لا يصح الاعتياض عنه عند بطلانه^٤.

^١ الفروع للكرائسي: ٩/٢.

^٢ الكافي شرح البيهقي: ١٦٥٤/٤.

^٣ الاختيار لتعليل المختار: ٦٥/٣.

^٤ كشف القناع: ١٢٦٢/٦ والمغني: ١٣١/١٠.

٦٨- القاعدة الثالثة: [ما يكون متقومًا شرعًا فلاعتياض عنه جائز]

أورد الإمام السرخسي رحمه الله- هذه القاعدة في باب الواجب على المأصّب لبيان جواز الاعتياض عن مال متقوم شرعًا حيث قال ما نصّه: " لو باع قفيز حنطة بجدة بقفيز حنطة رديقة ودرهم لا يجوز، وما يكون متقومًا شرعًا فلاعتياض عنه جائز، ومما فارق حال اختلاف الجنس"^١.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب أهل الأصول منها ما يلي:

- ما جاء في تقوم الأدلة في أصول الفقه^٢: "أصل المال لا أثر له في تحريم الاعتياض ما دام متقومًا".
- ما جاء في أصول السرخسي^٣: "ما يكون مالا متقومًا يجوز الاعتياض عنه شرعًا".
- ما جاء في الكافي شرح البردوي^٤: "ما يكون مالا متقومًا يجوز الاعتياض عنه شرعًا".

شرح مفردات القاعدة:

متقوم شرعًا: هو ما أثبت الشرع له قيمة، فما أثبت الشرع له قيمة فيجوز بيعه وشراؤه وإجارته. الاعتياض: أخذ عوض عنه. وأخذ العوض إما بمبادلة بغيره بعقد شرعي، وإما بأخذ بدل مقله أو قيمته إذا أتلّفه متلف.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة أفادت جواز أخذ العوض والبديل عن المال الذي أثبت الشرع له قيمته؛ أما إذا كان المال غير متقوم شرعًا كالحمر والخنزير فإنه لا يجوز الاعتياض عنه بأي حال من الأحوال.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا باع الشخص لآخر التفاحة بالتفاحتين، والبيضة بالبيضتين، والجوزة بالجوزتين فإنه يصح؛ لأنها أموال متقومة شرعًا من العدديات فجاز الاعتياض عنها^٥.

^١ المبسوط: ٥٢/١١.

^٢ للديبوسي. عبد الله بن عمر، بتحقيق خليل عيسى الدين، دار الكتب العلمية - بيروت، ط. الأولى ٢٠٠١ م: ٢٦٧/١.

^٣ ١٢٧/٢.

^٤ ١٦٥٤/٤.

^٥ البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ١٤٢/٦.

- ٢- من باع ثمرة بارزة قبل بدو صلاحها أو قد بدا جاز البيع ووجب قطعها على المشتري في الحال؛ لأنه مال متقوم شرعاً فجاز الاعتياض عنه^١.
- ٣- إذا باع الرجل الكلب المعلوم لآخر أو وهبه فكل ذلك جائز؛ لأنه مال متقوم شرعاً يضمن بالإتلاف عند الخفية^٢.
- ٤- ملك النكاح وهو الوطء يجوز الاعتياض عنه ببذل الخلع^٣.

^١ الباب في شرح الكتاب: ١٠/٢.

^٢ بدائع الصنائع للكاساني: ٣٥٢/٧.

^٣ غرر عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر: ٢٨٨/٢.

٦٩- القاعدة الرابعة: [عند العجز عن رد المثل يكون الواجب هو القيمة]

وردت هذه القاعدة في باب الواجب على الفاضل في معرض الحديث عن العجز عن ضمان المثل عند إلتلاف مال غير متقوم شرعاً، حيث قال للمصنف ما نصه: "فيه دليل أن المسلم يضمن قيمة الخمر للنسي عند الإلتلاف دون المثل؛ لأن المسلم عاجز عن تملك الخمر من غيره، وعند العجز عن رد المثل يكون الواجب هو القيمة، ولم يذكر تضمين قيمة الدن؛ لأن ذلك غير مشكل، وإنما ذكر الراوي ما هو المشكل، وهو تضمين قيمة الخمر".^١

توليق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في شرح الشيرازي: "ضمان القيمة خلف عن رد عند تعذره".
- ما جاء في التنبيه في فقه الإمام الشافعي: "يجب رد المثل فيما له مثل وفيما لا مثل له يرد القيمة".
- ما جاء في المجموع شرح للمذهب: "إذا وجب رد المثل فتعذر كان الواجب قيمته".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة بأن السلعة إذا تلفت بسبب من الأسباب وكانت مضمونه فإنه يجب رد المثل في ذلك، فإذا وقع العجز عن رد المثل، إما لانقطاع عن أيدي الناس أو بسبب العجز عن تملكه لكون السلعة مالا غير متقوم شرعاً فإنه في تلك الحالة يكون الواجب رد القيمة فيصار إليها.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- لو استقرض فلوساً نافقة، وقبضها فكسدت، بقي قول محمد عليه قيمتها؛ لأن الواجب بقبض القرض رد مثل المقبوض وبالكساد عجز عن رد المثل لخروجها عن رد الثمنية، وصبرورتها سلعة فيجب عليه قيمتها.^٢
- ٢- إذا غصب الرجل مثلاً كالمكيل والموزون فانقطع في أيدي الناس فتجب القيمة يوم الغصب عند أبي يوسف - رحمه الله - وعند محمد يوم الانقطاع، خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله -.^٣
- ٣- إذا انقطع المثل من الأسواق، فلم يوجد بعد البحث عنه والسعي لتحصيله، أو وجد ضمن يزيد زيادة فاحشة عن مثله عادة، فلا يكلف شراؤه في هذه الحالة، وإنما يتوجب على الشخص رد القيمة.^٤

^١ المبسوط للسرخسي: ٥٢/١١.

^٢ للسرخسي: ١٣٨٢.

^٣ للشيرازي إبراهيم بن علي، عالم الكتب - القاهرة، عام النشر ١٩٨٣ م: ص ٩٩.

^٤ للتوحي: ٥٢/١٢.

^٥ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٢٤٢/٥.

^٦ العناية شرح الهداية: ١٥٨/٧.

^٧ الفقه للنهجي على مذهب الإمام الشافعي للدكتور مصطفى الحين وجماعة، دار القلم دمشق، ط. الرابعة ١٩٩٢ م: ٢١٩/٧.

٧٠- القاعدة الخامسة: [المتولد من الأصل يكون بصفة الأصل]

أورد الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في باب الواجب على الغاصب له استدلال بما على مذهب الإمام الشافعي -رحمه الله- في وجوب الضمان بالزيادة المتولدة من الأصل، حيث قال ما نصّه: " (وقال) الشافعي - رحمه الله تعالى - تحدث مضمونة؛ لأنها لما تولدت من أصل مضمون بيد متعدية فتحدث مضمونة كزوائد الصيد المخرج من الحرم، وهذا لأن المتولد من الأصل يكون بصفة الأصل، والأصل مضمون عليه فكذلك ما تولد منه، ألا ترى أن الزيادة مملوكة للمفصوب منه كالأصل"^١.

توليق القاعدة:

وردا القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في التجريد^٢: "أحكام الأصل تسري إلى ما تولد منه".
- ما جاء في تقرير القواعد وتحرير الفوائد^٣: "النماء المتولد من العين حكمه حكم الجزء".
- ما جاء في المحيط البرهاني^٤: "المتولد من الشيء يحدث على صفة الأصل".
- ما جاء في المهذب في فقه الإمام الشافعي^٥: "الزيادة المتصلة تتبع الأصل في الفسخ بالعيب ووجوب الرد مع الزيادة، وإن كانت زيادة منفصلة لم تُرد الزيادة كما لا ترد في الفسخ بالعيب".

شرح مفردات القاعدة:

المتولد: تولد الشيء عن غيره بمعنى نشأ عنه، والمتولد اسم فاعل منه. ومفهوم التولد عند الفقهاء واسع يشمل كل ما كان سبباً لنشأة أو وقوع شيء ما.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة بالنظر إلى كثرة فروعها تعتبر من أسهات قواعد التبعية القاضية بإعطاء الشارع التابع حكم المتبوع والفرع حكم الأصل. وتفيد القاعدة بأن الناشئ عن الشيء ملحق به في الحكم شرعاً. والمتولد ضربان: أولهما: منفصل عن الأصل محسوس وهو قسمان:

^١ المبسوط للسرخسي: ٥٤/١١.

^٢ للقلوبي: ٢٤٥٠/٥.

^٣ لابن رجب الحنبلي: ص ٢٧.

^٤ ٥٥٤/٦.

^٥ ١٩٩/٢.

١- متولد حقيقة كتاج الحيوان والنبات. وقد توسعت الموسوعة الكويتية^١ في مفهوم التولد فأدخلت فيه ما تولد بين نوعين من الحيوان. وهو ثلاثة أصناف:

الصنف الأول: ما تولد بين نوعين جلالين، وهو حلال بلا خلاف.

الصنف الثاني: ما تولد بين نوعين محرمين أو مكروهين تحريماً. وهو محرم أو مكروه تحريماً بلا خلاف.

الصنف الثالث: ما تولد بين نوعين أحدهما محرم أو مكروه تحريماً، والثاني حلال مع الإباحة أو مع الكراهة التنزيهية، وقد اختلف الفقهاء في حكمه.

وهذا التقسيم يؤكد قوة هذه القاعدة بشمول معناها لصور يكون فيها للمتولد أصلان متفقان في الحكم فيلحق الفقهاء -بلا خلاف بينهم- المتولد في الحكم بأصله جريماً عليها. بخلاف ما إذا كان الأصلان مختلفين في الحكم فإنه يكون من متعلقات قاعدة أخرى هي: "للتولد من شيئين ينفرد باسمه وجنسه وحكمه عنهما".

٢- ملحق بالمتولد من الشيء حقيقة لملازمته له ونشأته فيه وتربيته، كدود الطعام مثلاً.

ثانيهما: للمتولد المتصل مثل صوف الغنم ولبن الشاة.

هذا وقد فرق الفقهاء بين أن يكون المتولد ناشئاً عن عين الأصل كما هو مبين في القسم الأول فيكون من متعلقات هذه القاعدة؛ لأن النتاج جزء من الأمهات فهو موجود فيها بالقوة فتسري إليه أحكامها، وبين أن يكون متولداً بسبب خارجي وهو ما يعرفون عنه بالكسب كالتجارة أو الإجارة فلا يكون داخلياً فيها^٢.

من تطبيقات القاعدة:

١- من اشترى صدقة فوجد فيها لؤلؤة فهي للمشتري ولو اشترى دجاجة فوجد فيها لؤلؤة فهي للبائع والفرق أن اللؤلؤة تتولد من الصدقة؛ لأن المتولد من الأصل يكون بصفة الأصل^٣.

٢- إذا رهن الرجل لآخر بقرة فولدت عنده أو أعطت اللبن، فعند الحنفية أن هذه الزيادة مرهونة وتكون للراهن؛ لأن الزيادة متولدة من الأصل فتكون بصفة الأصل^٤؛ أما عند الإمام الشافعي -رحمه الله- فإن هذه الزيادة ليست بمرهونة لكونها منفصلة بخلاف المتصلة فإنها مرهونة تبعاً لأصلها^٥.

^١ ١٤٤/٥.

^٢ المغني لابن قدامة: ٤٤٥/٢.

^٣ ينظر: بدائع الصنائع: ٢٩٩/٢ وما بعدها؛ ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: ١٤٥/٢ والمجموع شرح المذهب: ١٩٦/١٢ وروضة الطالبين وعمدة المفتين: ٢٢٩٣/٧ وأسنى المطالب شرح روض الطالب: ٧٣/٢.

^٤ الفروق للكرائسي: ٩٩/٢.

^٥ بدائع الصنائع للكاتاني: ١٥٢/٦.

^٦ تحفة المحتاج: ٥٥/٥.

٣- إذا أخذ المتقط اللقطة فحدثت فيها الزيادة بتويعها، فإن جاء مالكها قبل مضي السنة، والعين قائمة وجب عليه ردّها مع الزوائد المتصلة والمنفصلة^١.

٤- من حلف: لا أكل هذا الرطب أو هذا العنب فصار دهنًا أو خلًا، أو حلف: لا أكل هذا الحنظل فصار كبشًا، أو: لا أكل هذا البر فصار دقيقًا أو خبزًا أو مرسية أو ما تولد من المحلوف عليه فأكل منه حنث^٢.

^١ التهذيب للبغوي: ٥٥٢/٤.

^٢ الكافي لابن قدامة: ٢٩٤/٤.

٧١- القاعدة السادسة: [المسبب في الإتلاف إذا كان متعديا يجعل كالمباشر في حكم الضمان]

وردت هذه القاعدة في باب الواجب على الغاصب في معرض الكلام عن حكم التسيب بالتعدي، حيث قال المصنف- رحمه الله- ما نصّه: " هو أنه غاصب للولد تسيباً، فإن غصب الأم وإمساكها إلى وقت الولادة سبب لحصول الولد في يده وهو معتاد؛ لأن أصحاب السوائم يتسكون الأمهات لتحصيل الأولاد، وهذا تسيب هو فيه متعد فينزل منزلة المباشرة؛ لأن المال يضمن بالإتلاف تارة وبالعصب أخرى، وفي الإتلاف المسبب إذا كان متعديا يجعل كالمباشر في حكم الضمان"^١.

توثيق القاعدة:

وردت هذه القاعدة في كتب الفقهاء، وفيما يلي ذكرها:

- ما جاء في إعلام الموقعين^٢: "إتلاف للتسيب كإتلاف المباشر في أصل الضمان".
- مجلة الأحكام العدلية^٣: "التسيب لا يضمن إلا بالتعمد".
- الذخيرة^٤: "السبب في الإتلاف يوجب الضمان".

الحق الإجمالي للقاعدة:

إن أسباب الضمان في الشريعة ثلاثة: الإتلاف، أو التسبب للإتلاف، أو وضع اليد التي ليست مؤمنة؛ كيد الغاصب مثلاً^٥. فأفادت هذه القاعدة بأنه إذا تسبب أحد في الإتلاف وكان متعدياً فإنه يأخذ حكم من يباشر الإتلاف في وجوب الضمان، فيجب عليه الضمان بالتعدي كما يجب على المباشر لفعل الإتلاف. أما إذا لم يحصل من المسبب التعدي فلا يجب عليه الضمان. أما عند الشافعية فإن الضمان متعلق بالمباشر دون المسبب^٦.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا حفر شخص بئراً في طريق المسلمين فوقع في الحفرة شخص فمات فيها، فإن مات بسبب الوقوع فيها، فإنه يضمن الدية؛ لأن حفر البئر على قارعة الطريق سبب لوقوع المار فيها، وهو متعد في هذا التسيب^٧.

^١ المبسوط: ٥٤/١١.

^٢ ٣٦/٢.

^٣ ص ٢٧.

^٤ ٤٣/٥.

^٥ المرجع السابق: ٣١٧/٣.

^٦ كفاية النبي في شرح التبيين: ٤٧٥/١٠.

^٧ بدائع الصنائع: ٢٧٤/٧.

٢- إن ضرب معلم الكتاب، أو الصنعة، صبيها ما يعلم لأنه من الأدب فمات، لم يضمن وإن ضربه بغير الأدب تعديا، أو تجاوز الأدب ضمن ما أصابه^١.

٣- إذا قاد الرجل قطاراً من الإبل في طريق المسلمين فما وطئ أول القطار وآخره مالا أو رجلاً فقتله فالقائد ضامن ولا كفارة؛ لأن القائد تسبب في الإتيان بالقتل متعدياً فكان الضمان عليه^٢.

^١ الذخيرة للقراي: ٢٥٧/١٢.

^٢ البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٤٠٩/٨.

٧٢- القاعدة السابعة: [الأصل أن ما يستدام فإنه يعطى لاستدامته حكم إنشائه]

أورد الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في باب الواجب على الغاصب كدليل للإمام الشافعي -رحمه الله- على أن الغاصب يضمن قيمة الجارية وقت هلاكها إذا هلكت بعد الغصب، حيث قال ما نصّه: "وعلى هذا الاختلاف لو ازدادت قيمتها من غير زيادة في بدنها، ثم هلكت لم يضمن الغاصب إلا قيمتها وقت الغصب عندنا، وعند الشافعي يضمن قيمتها وقت الهلاك؛ لأن من أصله أن سبب الضمان إثبات البدء واليد مستدام والأصل أن ما يستدام فإنه يعطى لاستدامته حكم إنشائه، فهذا الطريق يصير كالمجدد للغصب عند الهلاك".

توثيق القاعدة:

وردت هذه القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في المنشور في القواعد الفقهية^١: "استدامة بقية الفعل إن كان سببه مباحاً أو مندوباً بقي على حكم أصله. وإن كان سببه غير مأفون فيه شرعاً اعتبر حكمه بنفسه".
- ما جاء في الأشباه والنظائر^٢: "ما يمتد قللوامه حكم الابتداء وإلا فلا".
- ما جاء في مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل^٣: "الاستدامة هل تعد كالإنشاء أم لا؟".
- ما جاء في المفتي^٤: "حكم الاستدامة حكم الابتداء".

شرح مفردات القاعدة:

استدامة: يراد به طلب الفعل الممتد؛ وهو ما يصح استمراره، ويمكن أن يوقت انتهائه بوقت، ولذا يصح قران المدة به كالיום والشهر، وكالعودة والقيام^٥.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أفادت القاعدة بأن الاستمرار والبقاء على الفعل الذي يستمر ويدوم، يعتبر كالابتداء به وإنشائه فيأخذ بالدوام عليه حكم ابتدائه في لزوم أحكامه ووقوعها. فالأفعال على ضربين: ضرب يقبل الامتداد، وضرب لا يقبله. والفارق

^١ المبسوط: ٥٦/١١.

^٢ للزركشي: ١٦٠/١.

^٣ لابن نجيم المفتي: ص ١٨٢.

^٤ للرجاوي علي بن سعيد، دار ابن حزم، ط. الأولى ٢٠٠٧ م: ١٠/١٥٧.

^٥ ٤٧/١٠.

^٦ بدائع الصنائع: ٢٢٣/٣.

بين الممتد وغير الممتد من الأفعال صحة قرار المدة وعدم صحتها، أو بعبارة أخرى: قبول التأقيت وعدمه، فما قبل التأقيت قبل الامتداد وما لا فلا. فكل فعل يصح قرار المدة به فهو مما يمتد، كالسكنى والركوب واللبس والنظر والقيام والعقود، فإنه يصح أن يقال: سكن في الدار يوماً، وقعد في مكان كذا يوماً، وقام يوماً. وكل فعل لا يصح قرار المدة به فهو مما لا يمتد، كاللدخول والخروج. فلا يقال: خرج من الدار يوماً، ودخل في الدار يوماً، بمعنى التوقيت. وكذا لا يقال لمن هو داخل الدار ادخل هذه الدار ولا تدخل^١.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- لو اشترى طعاماً مكايلاً أو أسلم فيه فاكثاله وتركه في المكياال ونقله ثم باعه مكايلاً، يكفي تسليمه للمشتري؛ لأن استدامة الكيل كابتدائه^٢.
- ٢- إذا أودع الرجل آخر وديعة ثم وهبه له، وقبله الموهوب له، جازت الهبة ولا تحتاج إلى قبض جديد؛ لأن الشيء الموهوب في يد الموهوب له؛ واليد مستدامة بعد قبول الهبة^٣.
- ٣- إذا حلف الرجل ألا يلبس ثوباً وهو لابس، أو لا يركب دابة، وهو راكبها، فإن استدام ذلك مع إمكان تركه حنث؛ لأنَّ استدامة اللبس والركوب كالابتداء^٤.
- ٤- لو قال الرجل لزوجته: إن خرجت بغير إذني، لغر عيادة المريض، فأنت طالق. فخرجت لعيادة مريض، ثم تشاغلت بغيره، أو قال: إن خرجت إلى غير الحمام، بغير إذني، فأنت طالق. فخرجت إلى الحمام، ثم عدلت إلى غيره، فعلى الوجه الثاني أن الخالف يحنث؛ لأن قصده في الغالب ألا تذهب إلى غير عيادة المريض، والحمام، وقد ذهبت إلى غيرهما؛ لأن حكم الاستدامة حكم الابتداء^٥.

ما يستثنى من القاعدة:

- إذا حلف الشخص ألا يدخل الدار وهو فيها أو حلف ألا يخرج وهو خارج أو نحو ذلك مما لا يتقدر بمدة كصلاة أو صوم، وتطهر وتطيب، وتزوج ووطء وغصب إذا حلف لا يفعلها فاستدامها فلا يحنث؛ لأنَّ استدامة الأحوال المذكورة ليست كإثباتها^٦.

^١ تبين الحقائق: ٤١٦٩/٣ والمحيط البرهاني: ٧٩/٥.

^٢ النجم الوهاج في شرح المنهاج للمير الشافعي: ١٦٨/٤.

^٣ المبسوط للسرخسي: ٥٨/١٢.

^٤ المجموع شرح للمذهب: ٥١٢/١ والمحيط البرهاني: ٣١٢/٤.

^٥ المغني لابن قدامة: ٥٩٥/٩.

^٦ فتح الوهاج شرح منهج الطلاب لتركيا الانصاري مع حاشية البيهقي عليه، مطبعة الحلبي، (بدون طبعة) ١٩٥٠م: ٣٢٤/٤.

٧٣- القاعدة الثامنة: [الجزء معتبر بالكل]

وردت هذه القاعدة في باب الواجب على الغاصب للاستدلال بما على وجوب ضمان قيمة نقصان بموت ولد الجارية المغصوبة، حيث قال ما نصّه: " (رجل) غصب جارية فولدت عنده، ثم مات الولد فعلى الغاصب رد الجارية مع نقصان الولادة؛ لأنها دخلت في ضمانه بجميع أجزائها، وقد فات جزء مضمون منها، ولو فاتت كلها ضمن الغاصب قيمتها، والجزء معتبر بالكل"^١.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في المحيط البرهاني^٢: "الجزء معتبر بالكل".
- ما جاء في الدر المختار^٣: "البعض معتبر بالكل".
- ما جاء في شرح السير^٤: "إتلاف الجزء معتبر بإتلاف الكل".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة أصل في ضمان المتلفات وأفادت بأن جزء الشيء أو بعضه يعتدّ بجميعه، فإذا هلك بعض الشيء أو أتلفه إنسان فإن النقصان الحاصل بذلك يكون بمثابة نقصان الكل، فيلزمه في الجزء ما يلزم في الكل من ضمان قيمة النقصان والإتلاف. وعليه فإن حكم جزء الشيء مترتب على حكم كله، فالحكم الذي يصدق على الكل يصدق على الجزء والبعض بحسبه.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- لو استعار إنسان دابة لركبها هو وحمل معه عليها رجلاً فهلكت، وجب عليه ضمان نصف قيمتها؛ لأنه موافق في نصف الدابة، ولكنه مخالف في النصف، والجزء معتبر بالكل^٥.
- ٢- إذا أجرة الشخص لآخر داراً ثم انتزع منها بيتاً، سقط من الأجرة بحسابه كما لو انتزع منه الكل سقط كل الأجرة^٦.

^١ المبسوط: ٥٨/١١.

^٢ ٥١٤/٦.

^٣ الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ١٠١/١.

^٤ ص ٢٢٠٥.

^٥ المرجع السابق: ١٣٩/١٢.

^٦ المبسوط: ١٣٧/١٥.

٣- إذا أتلّف إنسان لآخر نصف زرعه فعليه ضمان ما أتلّفه.

٤- إذا كان لشخص مائتا درهم فضاع نصفها بعد كمال الحول، فعليه أداء درهمين ونصف اعتبارًا للبعض بالكل؛ لأنه لو ضاع الكل لسقط عنه جميع الزكاة^١.

٥- إذا مرض إنسان أو سافر، أو كانت امرأة فتفتت، فلم يصم أحدهما من رمضان شيئًا لسبب المرض أو السفر أو النفاس ثم صبح بعد رمضان أو أقام عشرة أيام ثم مات أو ماتت فيجب قضاء العشرة الأيام ولا يجب أحد منهم قضاء الباقي؛ لأنه مات قبل التمكن منه، فإذا لم يصم هذه العشرة قبل موته فيطعم عنه وليه عشرة مساكين - عند الحنفية^٢ - أو يصوم عنه عشرة أيام عند الشافعية^٣؛ لأنه لو أدرك شهرًا كاملاً قبل موته وهو صحيح أو مقيم لوجب عليه قضاء الشهر كله، والبعض معتبر بالكل.

مما استثنى من القاعدة:

- في قول عند الإمام محمد بن الحسن: إن المهرم إذا استعمل الطبيب في ربح رأسه فعليه دم كامل؛ إذ جعل الربح بمنزلة الكمال - على قياس الحلق - وإن كان المشهور عنده اعتبار الجزء بالكل^٤.

١ المقتنع: ٢٩٦/١ - ٢٩٧.

٢ الأصل للشيخاني: ٢٣١/٢ - ٢٣٣.

٣ الحاوي الكبير: ٤٥٢/٣.

٤ للبسوط: ١٩١/٢.

٧٤- القاعدة التاسعة: [النابت حكماً كالنابت حساً أو أقوى منه]

جاءت هذه القاعدة في باب الواجب على الغاصب في معرض الكلام عن انعدام سبب الضمان حكماً، حيث قال المصنف -رحمه الله- ما نصّه: " ألا ترى أن الوفاء بقيمته لو حصل بعد الرد لم يتخير به فكذلك قبله وحجبتنا في ذلك أن سبب الضمان منعدم هنا حكماً، والنابت حكماً كالنابت حساً أو أقوى منه"^١.

شرح مفردات القاعدة:

النابت: اسم الفاعل أصله من النبت والنبات، وهو ما يخرج من الأرض من النباتات، سواء كانت له ساق كالشجر، أو لم يكن له ساق كالطحيم، لكن اختص في العرف بما لا ساق له، بل اختص عند العامة بما يأكله الحيوان، ومتى اعتبرت الحقائق فإنه يستعمل في كل نام، نباتاً كان، أو حيواناً، أو إنساناً، والنبات يستعمل في كل ذلك^٢. والمقصود بالنابت حكماً في القاعدة هو الشيء الذي نبت بعد قلعه أو قطعه مرة أخرى، ولم يكن إنباته أصلياً بل حدث بعد النقصان فيه.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

الشيء النابت بعد وجود النقصان بإتلافه بالقلع أو القطع يكون سبباً قوياً موجباً لوجوب الضمان على من يباشر الإتلاف ويحدث النقصان، فهو وإن كان وجوده حكماً ولكنه بمنزلة ما ثبت وجوده حساً أو أقوى من ذلك.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا قطع الرجل قوائم شجرة لرجل آخر، فثبت مكانها قوائم أخرى، فالحكم أنه لا يسقط الضمان عن القاطع بالقوائم النابتة؛ لأن النابت يملكه المضمون له، والسبب الموجب للضمان في هذا قائم حساً بالمشاهدة وهو فساد المنبت فوجب الضمان^٣.
- ٢- إذا قطع الحرم بالحج أو العمرة حشيش الحرم فثبت بنفسه وكان في ملك أحد، فعلى القاطع فيه ضمانان: ضمان لحق الحرم وضمان لحق صاحبه^٤.

^١ المبسوط: ٥٩/١١.

^٢ للمفردات في هرب القرآن للراغب الأصفهاني الحسين بن محمد، بتحقيق صفوان الداودي، دار القلم والدار الشامية - دمشق وبيروت، ط. الأولى ١٤١٢ هـ: ص ٧٨٧.

^٣ المبسوط للسرخسي: ٥٩/١١.

^٤ منحة السلوك في شرح تحفة الملوك لبدر الدين العيني: ص ٣٢٧.

٧٥- القاعدة العاشرة: [الأسباب الشرعية لا تنعقد خالية عن الحكم وإن تأخر الحكم]

أورد القاعدة في باب الواجب على الغاصب في معرض الحديث عن كون العقد الموقوف سبب تام بنفسه، حيث قال المصنف ما نصّه: "وتقرير هذا الكلام أن العقد الموقوف سبب تام في نفسه، وانعقاده بكلام للمتعاقدين، ولهما ولاية على أنفسهما فإذا أطلقا العقد انعقد بصفة التمام؛ لأن الممتنع ما يتضرر به المالك، وكما لا ضرر على المالك بانعقاد السبب لا ضرر عليه في تمام السبب؛ لأنه ليس من ضرورة إتمام السبب اتصال الحكم به فقد يتراخى عنه؛ لأن الأسباب الشرعية لا تنعقد خالية عن الحكم، ولكن يجوز أن يتأخر الحكم عن السبب"^١.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء الآتية:

- ما جاء في أصول المرحسي^٢: "الأسباب الشرعية تراد لأحكامها".
- ما جاء في الأشباه والنظائر^٣: "الأسباب الشرعية هي المعبرة في الأحكام دون معانيها".
- ما جاء في أنوار البروق في أنواء الفروق^٤: "القاعدة أن الأسباب الشرعية يتوقف حصول مسيبتها على حصولها".
- ما جاء في الذخيرة^٥: "الأصل في الأسباب الشرعية أن ترتب عليها مسيبتها تحصيلاً للحكم تلك الأسباب".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة بأن الشارع جعل الحوادث مرتبطة بالأسباب ورتب عليها مسببات وأحكام تثبت بوجودها، وجعل عدم وجود الأسباب سبباً لعدم ثبوت المسببات. ولم تأت الأسباب الشرعية عبثاً من دون فائدة، وخالية عن الأحكام التي قد تكون مقرنة بها أو مترابطة عنها.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- جعل الشارع طلوع الهلال سبباً لفرضية الصوم، ودخول الحج، وأوقات الصلوات؛ والعصم والأملاك في الرقيق والبهائم سبباً لوجوب النفقات؛ وعقود البياعات والهبات والصدقات لإنشاء الأملاك ونحوها^٦.

^١ ٦٣/١١.

^٢ ٩٠/١.

^٣ للسيكي: ١٧٦/٢.

^٤ للقراني: ٧٢/٣.

^٥ للقراني: ٢٦٠/٥.

^٦ أنوار البروق في أنواء الفروق للقراني: ٧١/١.

- ٢- شهود شهر رمضان سبب شرعي في حق المسافر والمريض يوجب تأخير الصوم، فقد تخلف الحكم عن السبب بدليل شرعي آخر يوجب تأخير الصوم في حقهما^١.
- ٣- البيع ارتباط الإيجاب والقبول فهو سبب شرعي لانعقاد حكم البيع وهو حل الانتفاع بالبدلين. وقد يتأخر الحكم عن السبب الشرعي ويتراخى عنه كالعقد الموقوف على إجازة المالك^٢.

^١ العناية شرح الهداية: ٢٤٣/٩.

^٢ موسوعة القواعد الفقهية: ٣٦٢/١.

٧٦- القاعدة الحادية عشرة: [المضمونات تملك بالضمان]

أورد الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في باب الواجب على الغاصب في معرض الحديث عن تقرير سبب الملك المقرر للضمان على الغاصب، حيث قال ما نصّه: "(وبعض) المتقدمين من أصحابنا - رحمهم الله - يقول: سبب الملك عندنا يقرر الضمان على الغاصب لكيلا يجتمع البذل، والبذل في ملك رجل واحد، وهو معنى قولهم: المضمونات تملك بالضمان، ولكن هذا غلط؛ لأن الملك عندنا يثبت من وقت الغصب؛ ولهذا نفذ بيع الغاصب وسلم الكمب له"^١.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في تحفة الفقهاء^٢: "المضمونات هل تملك بأداء الضمان أم لا؟".
- ما جاء في تلميح الفروق^٣: "الملك هل يضاف للضمان وسببه معاً".
- ما جاء في نهاية المطلب في دراية المذهب^٤: "المضمونات تملك عند الضمان مستنداً إلى وقت وجود سبب الضمان".

- ما جاء في الذخيرة^٥: الضمان سبب التملك".

- ما جاء في شرح التلقين^٦: "الملوكات هل تملك بالضمان أم لا تملك؟".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة تفيد بأن الضامن لشيء بسبب الغصب أو الإتلاف يكون مالكا له ويستند ملكه للشيء إلى وقت وجوب الضمان عليه إذا كان ما ضمنه مما لا يجوز أن يملكه إلا بالتراضي. فإذا وجد التراضي بعد وجوب الضمان فقد ملك الغاصب أو المتلف المضمون من وقت الغصب أو وقت الإتلاف؛ لأنه وقت وجوب الضمان عليه. هذا وقد اختلفت آراء الفقهاء حول هذه القاعدة كما تنبى عنه صيغتها الاستفهامية فصرح الحنفية باعتبار شرطها الأول -المضمون يملك بالضمان- وأكثروا من تخريج الفروع عليه في كتبهم وتفتنوا في التعبير عنه بصيغ متنوعة مما جعل بعض الباحثين يعتبرها حنفية المنشأ والتطبيق وجعلوا الضمان السبب الوحيد الذي يصح به تملك مال الغير

^١ المبسوط: ٦٧/١١.

^٢ لعلاء الدين السمرقندي: ٩٦/٣.

^٣ محمد علي المالكي، دار إحياء الكتب العربية ودار المعرفة، ط. الأولى عام ١٣٤٦هـ: ٦٠/٤.

^٤ لأبي المعالي الجويني: من ١٧٦.

^٥ للقراني: ٩/٩.

^٦ ٧٩-٣/١.

بغير رضاه^١. ووافق المالكية رأي الحنفية حيث جعلوا من أسباب ملك المقتصوب غرم القاصب قيمته لمالكه إذا حكم بذلك عليه الشرع لحصول مفوت^٢.

ويقابل هذا الرأي مذهب الخنابلة^٣ والشافعية القائلين بأن المضمون لا يملك بالضمان، على أنه ورد لمؤخري الشافعية حالات يملك فيها القاصب المقتصوب إذا تصرف فيه تصرفاً يفوت عنه ولا يمنع الاستفادة منه من كل وجه كمن غصب زيتاً وخلطه بجنسه وعسر التمييز فتعذر رده لمالكه، علماً أن بعضهم خالف ذلك وقال: "المعروف عند الشافعية أنه لا يملك شيئاً منه"^٤.

والخلاف في هذه القاعدة ناشئ عن الخلاف في مقابل الضمان هل هو عين المضمون أو فوات اليد^٥، فالقائلون بأن الضمان في مقابلة عين المضمون يقولون يملك المضمونات بالضمان؛ لأن المضمون هو الذي وجب رده فإن تعذر رد العين وجب رد بدل العين وإذا ثبت أن الضمان يدل عن العين فالجمع بين البذل والمهل عنه في حق شخص واحد متناقض، فكان من ضرورة ملك المالك الضمان زوال ملكه عن المضمون فوقع الملك بالمضمون سابقاً عن ملك الضمان واقعاً يقتضي له وإن تقدم عليه.

أما القائلون بأن الضمان يقابل فوات العين فيرون خلاف ذلك "لأن ملك العين قائم، فيجيب البذل عنه محال وإنما يجب الضمان بدلاً عما فات ولم يفت إلا اليد، فتملك القاصب محال^٦.

أدلة القائلين بأن المضمونات تملك بالضمان:

١ - استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم في الشاة المقتصوبة المصلية: "أطعميه الأسارى"^٧. حيث أمرهم بالتصدق بها، ولو لم يملكوها لما أمرهم بالتصدق بها؛ لأن التصديق بملك الغير إذا كان مالكه معلوماً لا يجوز، ولكن يحفظ عليه عين ملكه، فإن تعذر ذلك يباع، ويحفظ عليه ثمنه^٨.

^١ نظرية الضمان للدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر المعاصر - بيروت، ط: الثانية ١٩٩٨ م: ص ٢١٩.

^٢ شرح مختصر خليل للخرشي: ١٣٣/٦.

^٣ المغني لابن قدامة: ١٦٠/٥.

^٤ أمسي المطالب في شرح روض الطالب: ٣٥٨/٢.

^٥ مخرج القروع على الأصول للزنجاني: ص ٢١٥-٢١٦.

^٦ المرجع السابق: ص ٢١٧.

^٧ أخرجه أبو داود في سننه عن رجل من الأنصار، برقم: ٣٣٣٢، أول كتاب البيوع، باب اجتناب الشبهات: ٢٢١/٥. وقال

الأرنؤوط في التعقيب عليه: "استطاع قولي من أجل عاصم بن كليب وأبوه صدوقان لا يأس هما".

^٨ المبسوط: ٦٨/١١.

٢- من جهة المعقول: إن المالك ثبت الملك له في الضمان فيزول ملك الغاصب عن الضمان. لاستحالة جمعهما، وإذا زال ملك الغاصب، فقد تضرر به، فيجب إعدام هذا الضرر وذلك بإثبات الملك له في المضمون، ليقوم مقامه، فوجب القول بإثبات الملك في الجانبين، دفعا للضرر عنهما بقدر الإمكان^١.
أدلة القائلين بأن المضمونات لا تملك بالضمان: استدلوا بجهة المعقول وهو أن الضمان في مقابلة اليد لأنها هي الفاتنة وملك العين قائم فأيجاب البذل عنه محال، وإنما يجب الضمان بدلا عما فات ولم يفت إلا اليد فتملك الغاصب - ولم يخرج من المالك رضى ولا دعت إليه ضرورة - محال^٢.
وقالوا أيضا: بأنه لا يصح أن يملكه بالبيع لغيره لعدم القدرة على التسليم، فلا يصح أن يملكه بالتضمن، كالثمن، التالف لا يملكه بالإتلاف^٣.
من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا غصب إنسان شاة فضحى بها عن نفسه، ثم أخذ صاحبها قيمتها حية فإنما تجزئ عن الذابح؛ لأن ملك الشاة بالضمان من وقت الغصب فصار ذابحا شاة هي ملكه^٤.
- ٢- إذا غصب شخص كتر حنطة فابتلت في يد الغاصب واتفخت حتى صارت كرا ونصف كرا ضمن للمالك كرا مثله، فإنه يملك ذلك الكر، ونصف الكر لكن يتصدق بنصف الكر الزائد، وطاب له ما بقي؛ لأن الملك يثبت من وقت الغصب بالضمان^٥.
- ٣- إذا قبض رجل وديعة رجل فقال رب الوديعة: ما وكلتك. وحلف على ذلك وضمن المستودع، رجع بالمال على القابض إن كان عنده بعينه؛ لأنه ملكه بأداء الضمان^٦.
- ٤- إذا سرق الشخص متاعا فإنه يجب فيه تنفيذ الحد ولا يجب عليه الضمان إذا استهلك الشيء المسروق قبل القطع؛ لأنه لو ضمن قيمة المسروق فكأنه ملكه من وقت أخذه، وكأنه أخذ ما يملكه، فلو قطع مع الضمان لقطع في ملك نفسه، والقطع لا يجب إلا بأخذ مال الغير^٧.

^١ طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة والأسلاف محمد بن عبد الحميد الأسعدي، بتحقيق محمد زكي عبد البر، ط. الثانية ٢٠٠٧ م: ص ٢٦١.

^٢ تخرىج الفروع على الأصول: ص ٢٦٧.

^٣ كشاف النافع: ١٢٣/٤.

^٤ تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٩/٦.

^٥ بدائع الصنائع: ٢٥٧/٥.

^٦ المبسوط: ٩٠/١٩.

^٧ بدائع الصنائع: ٨٤/٧-٨٥.

٧٧- القاعدة الثانية عشرة: [المنافع لا تقوم إلا بالعقد]

أورد الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في باب رجل غصب دار رجل وسكنها للتعليل بما على أن منافع الغصب للغاصب، حيث قال ما نصّه: " (رجل) غصب عبداً أو دابة فأجره، وأصاب من غلته فالغلة للغاصب؛ لأن وجوبها بعقده، وقد بيناه في كتاب اللقطة، ولأن المنافع لا تقوم إلا بالعقد، والمعقد هو الغاصب، فإذا هو الذي جعل منافع العبد بعقده مالا فكان بدله له"^١.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في الكتب الفقهية منها ما يلي:

- ما جاء في بدائع الصنائع^٢: "المنافع لا تقوم إلا بالعقد".
- ما جاء في الهداية شرح بداية المبتدي^٣: "المنافع لا تقوم بنفسها بل بالعقد".
- ما جاء في الاختيار لتعليل المختار^٤: "المنافع لا تقوم بنفسها بل بالعقد".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة بأن المنافع لا تكون لها قيمة بنفسها بل تستوفى بأخذ الشئين؛ بعقد ضمان أو بتسمية عوض؛ لأن تقدم المنافع يكون باعتبارها، وكما أن المنافع لا تضمن بالإتلاف بغير عقد أو شبهة عقد فكذا لا تكون المنافع متقومة بنفسها بل تملك بالعقد وهذا عند الحنفية. وخالفهم فيها الإمام الشافعي -رحمه الله- حيث رأى بأن المنافع مال متقوم بنفسها فتضمن بالإتلاف من دون عقد؛ لأن المنافع في الإجارة كالأعيان المضمونة في البيع^٥.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا كان لرجلين على رجل ألف درهم، فلو استأجر منه أحدهما داراً بحصة من الدّين وسكنها، فهو بمنزلة قبض نصف الدّين، وإقراره باستيفاء نصيبه، فله شريكه أن يأخذه بنصفها^٦.

^١ الميسوط: ٧٧/١١.

^٢ ٧٦/٦.

^٣ ١٦٤/٣.

^٤ ١٢٢/٢.

^٥ ينظر: للذهب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي: ٢٤٥/٢.

^٦ الميسوط: ٤٣/٢١.

٢- إذا اشترى رجل شجرة عنب وعمل فيه حتى أدرك العنب والثمر ثم استحقّ بدين، ليس له أن يأخذ شيئاً كما يعمل الخراف، وليس له أن يطلب أجر العمل؛ لأن المنافع لا تقوم إلا بالعقد، وهو ما كان خرافاً بل كان عاملاً لنفسه^١.

٣- إذا قال صاحب الأرض للعامل: اعمل ببذري في أرضي بنفسك وبقرتك وأجرائك، فما خرج فهو كله لي. جاز للعامل معين؛ لأنّ صاحب الأرض استعان به في العمل حيث لم يشترط له بمقابلته شيئاً. وليس للعامل شيء؛ لأنّه رضي أن يعمل بدون مقابل^٢.

^١ مجمع الضمانات لغلام بن محمد البغدادي الجبلي، دار الكتاب الإسلامي، (بلون طبعة وتاريخ النشر): ص ٢٣٣.

^٢ الأصيل للشيطاني: ٩/٣٣٢.

٧٨- القاعدة الثالثة عشرة: [الضمان بالعقد الفاسد يتقدر بالمثل شرعاً]

أورد الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في باب رجل غصب دار رجل وسكنها في معرض الحديث عن حكم الضمان بالعقد الفاسد، حيث قال ما نصّه: " وبفضل العقد الفاسد يتبين المماثلة بين العين والمنفعة في المالية؛ لأن الضمان بالعقد الفاسد يتقدر بالمثل شرعاً كما بالإتلاف^١."

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في المحيط البرهاني^٢: " أن المقبوض بحكم العقد الفاسد مضمون بالقيمة فيما لا مثل له وبالمثل له وبالمثل فيما له مثل."
- ما جاء في بدائع الصنائع^٣: " الأصل أن يكون الشيء مضموناً بالمثل."
- ما جاء في الهداية شرح بداية المبتدي^٤: " الأعيان المضمونة بعينها وهو أن يكون مضموناً بالمثل أو بالقيمة عند هلاكه."

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد القاعدة بأنه إذا وجب الضمان على شخص بسبب مباشرته العقد الفاسد -وهو الذي فقد أحد شروط صحته-، ويوجد للمال المضمون مثل في الأسواق بلا تفاوت معتد به، فخُكم الشرع فيه بأن تقديره يكون بمثل العين إن كان عيناً أو الأجرة إن كان عقد إجارة؛ لأنه الموجب الأصلي وأعدل وأكمل من الرد بالقيمة، فإن تعذر رد المثل فبالقيمة.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- لو قبض رب السلم الكثر الذي باعه من المسلم إليه بكثرة السلم قبل نقد الثمن فطحنه، أو هلك عنده كان على رب المسلم للمسلم إليه طعاماً مثل طعامه؛ لأن العقد محكوم عليه بالفساد فيجب الضمان بالمثل^٥.

^١ المبسوط ٧٩/١١.

^٢ ٤٢٣/٦.

^٣ ١٥٨/٤.

^٤ ٤١٩/٤.

^٥ المحيط البرهاني في الفقه النعماني: ١٦٣/٧.

- ٢- لو استأجر الرجل حانوتاً محروقاً بشرط أن يعمره، ويحسب ما ينفقه من الأجرة، فالعقد فاسد؛ لأن اشتراط العمارة على المستأجر يفسد العقد فعليه أجر المثل وله ما أنفقه^١.
- ٣- لو باع ذمي خمرًا لذمي آخر فتخللت في يد المشتري، وجب الضمان على البائع وعليه ردّ مثلها؛ لأن الخمر مال متقوم في حقهم دون الميتة والدم^٢.
- ٤- إذا قال الرجل لامرأة: تزوجتك على ألا يكون لك مهر، فلحكم بأن النكاح صحيح، ويטل الشرط، ويجب على الزوج مهر مثيلاتها^٣.

^١ التهر الفائق شرح كنز الدقائق: ٥٢١/٣.

^٢ المبسوط للسرخسي: ١٠٦/١٢.

^٣ الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٢٤٩/٥.

٧٩- القاعدة الرابعة عشرة: [يردُّ المختلف فيه إلى ما هو المعلوم في نفسه]

وردت هذه القاعدة في باب رجل غصب دار رجل وسكنها لبيان حكم الغصب مختلف فيه، حيث قال المصنف ما نصه: " فإن جاء بثوب هروي خلق، وقال: هذا الذي غصبته وهو على حاله، وقال رب الثوب: بل كان ثوبي جديدا حين غصبته فالقول قول الغاصب مع يمينه لإنكاره قبض الثوب حين كان جديدا، ولأن الظاهر شاهد له، فإن صفة الثوب في الحال معلوم، وعند الغصب مختلف فيه فيرد المختلف فيه إلى ما هو المعلوم في نفسه".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في شرح مختصر الطحاوي^٢: "مسيل المختلف فيه أن يرد إلى المتفق عليه".
- ما جاء في تبين الحقائق^٣: "المختلف فيه يرد إلى المتفق عليه".
- ما جاء في البحر الرائق^٤: "للمختلف فيه يرد إلى المتفق عليه".
- ما جاء في فتح القدير^٥: "يرد المختلف فيه إلى المتفق عليه".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد القاعدة بأن الأمر إذا وقع فيه التنازع والتخاصم، وكان بعضه مختلفاً عليه والآخر متفق عليه، فإن الفصل في التنازع يكون بإرجاع المختلف فيه إلى ما هو المعلوم في نفسه أو المتفق عليه عرفاً وعادة.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- لو اختلف الشركاء في مقدار عرض الطريق، فإنه يجعل على قدر ارتفاعه حتى يخرج كل واحد منهم جنتاً في نصيبه، إن كان فوق الباب لا فيما دونه؛ لأن عرض باب الدار طريق متفق عليه وعند المنازعة يرد المختلف فيه إلى المتفق عليه^٦.
- ٢- لو تنازع رجلان في حابة وأحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى؛ لأن هذا النوع من الاتصال وهو الركوب في بعضه متفق عليه لأحدهما فيرد المختلف فيه إلى المتفق عليه^٧.

^١ المبسوط: ٨٣/١١.

^٢ للمصنف أحمد بن علي، بتحقيق الدكتور عصمت الله وجماعة، دار البشائر الإسلامية ودار السراج، ط. الأولى ٢٠١٠م؛

٤٣٤/٣.

^٣ ٢٧٢/٥.

^٤ ١٧٤/٨.

^٥ ٢٨٥/٨.

^٦ تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٢٧٢/٥.

^٧ المبسوط للسرغسي: ٨٨/١٨.

٣- إذا اتفق شخص مع سائق على أن ينقله بسيارة من مكان كذا إلى مكان كذا، ثم اختلفا في تحديد الأجرة، فإن قطع المنازعة يكون بتحكيم مثل تلك الأجرة، لتلك المسافة عند أهل الخبرة أو عادة السائقين، أو وجود تسعيرة من الجهة المختصة لكل مسافة محددة.

٤- إذا اشترى أرضاً، واشترط لها طريقاً من أرض البائع، فإن عرض الطريق إذا اختلف في تحديده يُرد إلى مقدار حاجة السائر فيه بسيارته، ومقدار ما تستطيع سيارتان متقابلتان أن تعبرا بدون أن تصطدم إحداهما بالأخرى، وهذا أمر متفق عليه في هذا العصر - وهو ألا يقل عرض الطريق عن إمكان عبور سيارتين، متقابلتين بدون اصطدام إحداهما بالأخرى^١.

^١ موسوعة القواعد الفقهية لليورتو: ٤٨٠/٧.

٨٠- القاعدة الخامسة عشرة: [المعتسر كالمعتذر، والمعتذر كالمعتنع]

وردت هذه القاعدة في باب رجل غصب دار رجل وسكنها في معرض الحديث عن تضمين القاصب إذا خلط مال اثنين، حيث قال المصنف ما نصه: "فإن غصب من واحد حنطة، ومن آخر شعيراً فخلطهما ضمن لكل واحد منهما ما غصب منه؛ لأنه تعتذر على كل واحد منهما الوصول إلى عين ملكه، فإن تميز الحنطة من الشعير معتسر، والمعتسر كالمعتذر، والمعتذر كالمعتنع".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء الآتية:

- ما جاء في البحر الرائق^٢: "المعتسر منفي كالمعتذر".
- ما جاء في شرح السمر^٣: "المعتذر كالمعتنع".
- ما جاء في شرح مجلة الأحكام^٤: "المعتسر حكمه كالمعتذر".

شرح مفردات القاعدة:

المعتسر: ضد التيسر، وهو بمعنى الضيق والشدة والصعوبة؛ يقال: تعرّس الأمر وتعاسر واستعسر: اشتدّ والتوى.^٥
المعتذر: وهو ما لا يوصل إليه إلا بمشقة كآكل النخلة.^٦

المعنى الإجمالي للقاعدة:

من المقرر أنه لا تكليف بالمعتذر من الأمور وهو الممتنع المعجوز عن فعله، وهو من باب التكليف بالاحمال المنفي في الشريعة، وقد سقت هذه القاعدة للدلالة على أن ما عثر من الأمور على المكلف وشق عليه مشقة شديدة فإنه يسقط التكليف به إلحاقاً له بالمعتذر الممتنع فعله.

ومما يجدر التنبيه عليه في هذا الموضع أن هذه القاعدة ليست بمعنى القاعدة الكبرى "المشقة تجلب التيسر" أو تعبيراً عنها كما قد يؤولهم، وذلك أن القاعدة التي بين أيدينا خاصة بنوع معين من المشاق وهو أعلاها، بينما نجد هناك

^١ المبسوط: ٩١/٦٦.

^٢ ٤٨/٦.

^٣ للسرخسي: ص ١٠٦٣.

^٤ للإتاسي: ١٥٨/١.

^٥ لسان العرب لابن منظور: ٥٦٣/٤.

^٦ الدر المختار: ٧٦٨/٣.

مشقات أخرى موجبة للتخفيف والتيسير هي أقل رتبة من التعسر، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن موضوع قاعدتنا إنما هو السقوط وما شابهه كما يدل عليه التشبيه بالمتعذر، وأما التخفيفات الناتجة عن قاعدة المشقة فهي أعم من هذا وأكثر.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- أمر الشارع بتطهير كافة البدن، واسم البدن يقع على الظاهر والباطن إلا أن ما يتعذر إيصال الماء إليه - كداخل العينين - خارج عن قضية النص، وهكذا ما يتعسر؛ لأن المتعسر منفي كالتعذر^١.
- ٢- لا يضر الماء التغير بالكت والطين والطحلب وكل ما يعسر صونه عنه، إذ المتعسر كالتعذر^٢.
- ٣- إذا خلط المودع الوديعة بما يتعسر معه التمييز بينهما كخلط الحنطة بالشعير كان ذلك موجبا للضمان؛ لأنه يتعذر على المالك الوصول إلى عين ملكه إلا بحرج، والمتعسر كالتعذر^٣.
- ٤- يجوز دفع الكفارة إلى من ظاهره الفقر أو المسكنة؛ وإنما اكتفي بظاهر حاله لأن الاطلاع على حقيقة الأمر متعسر فسقط التكليف به^٤.

^١ البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٤٨/١.

^٢ الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ٧٨.

^٣ المبسوط: ١١٠/١١.

^٤ كشف القناع للبهوتي: ٣٨٦/٥.

٨٩- القاعدة السادسة عشرة: [دفع الضرر واجب بحسب الإمكان]

وردت هذه القاعدة في باب رجل غصب دار رجل وسكنها غصب الكلام على وجوب دفع الضرر عن المغصوب منه بإيجاب الضمان على الغاصب، حيث قال المصنف ما نصه: "... ودفع الضرر واجب فيتعين دفع الضرر هنا بإيجاب المغصوب حقا للمغصوب منه ليتوصل هو إلى مالية ملكه، ويبقى حق صاحب الوصف في الوصف مرعيا، وهذا لأنه لا بد من إلحاق الضرر بأحدهما إلا أن في الإضرار بالغاصب إهدار حقه، وفي قطع حق المغصوب منه بضمن القيمة توفير للمالية عليه لا إهدار حقه، ودفع الضرر واجب بحسب الإمكان".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في فتح القدير^٢: "يدفع الضرر بقدر الإمكان".
- ما جاء في مجلة الأحكام العدلية^٣: "الضرر يدفع بقدر الإمكان".
- ما جاء في اللباب في شرح الكتاب^٤: "دفع الضرر بقدر الإمكان".
- ما جاء في الذخيرة^٥: "الضرر مدفوع".

شرح مفردات القاعدة:

الدفع: في اللغة: هو التضيعة والإبعاد، يقال: دفعت الأذى عنه، أي أبعدهت ونجته^٦.

الإمكان: المراد به، هنا، التيسر والاستطاعة، يقال: أمكنني الأمر سهل وتيسر^٧.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تدل هذه القاعدة على أن دفع الضرر أو رفعه واجب في الشرع، ولا يراد بدفعه دفعاً مطلقاً بل هو مشروط بحسب القدرة والإمكان، فيراعى في دفع الضرر ألا يتزب عليه ضرر مثل المدفوع أو أعلى منه، لأنه لا يجوز لما في ذلك

^١ المبسوط: ٩٤/١١.

^٢ ٣٧٣/٦.

^٣ المادة: ٣١، ص ١٩.

^٤ للفتيحي: ٢٨٨/٢.

^٥ ٢٨٤/١٣.

^٦ للمصباح للنير: ١٩٦/١.

^٧ المرجع السابق: ٥٧٧/٢.

من المفاسد العظيمة التي لا تحفى على العاقل، والشرح قد جاء لدفع المفسد، والأصل إزالة الضرر بدون أن يترتب عليها ضرر، وإذا تترتب على الإزالة ضرر أخف فإن ذلك جائز بشرط القدرة والاستطاعة على ذلك.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا حصل عيب حادث في المبيع عند المشتري، ثم ظهر له عيب قديم، فإن العيب الحادث يمنع المشتري من رد المبيع بالعيب القديم، فيزال الضرر بقدر الإمكان، وقدر الإمكان هنا أن يرجع المشتري على البائع بمقدار ما يحدثه العيب من النقصان^١.
- ٢- من اشترى جوزاً فكسره، فوجده فاسداً، يرجع بحصة اللب إن لم ينتفع به، ويصح العقد في قشرته بحصته من الثمن، وإن كان ينتفع به مع فساده لم يرد؛ لكون الكسر عيب حادث، ولكنه يرجع بنقصان العيب، دفعا للضرر بقدر الإمكان^٢.
- ٣- إذا غصب أحد شيئا مما لا مثل له في الأسواق كالعدديات المتفاوتة، فعليه قيمته يوم غصبه؛ لأنه لما تعذر اعتبار الجنس لتفاوته اعتبر المعنى وهو القيمة، دفعا للضرر بقدر الإمكان^٣.
- ٤- إن للمضطر أن يأكل من مال غيره، لكن يجب عليه الضمان؛ لأن دفع الضرر بقدر الإمكان.
- ٥- إن الأجير الذي لعمله أثر في العين، كالصبغ مثلاً، إذا حبس العين لقبض الأجرة، فهلكت يلزمه الضمان، ولكن له الأجرة، لأن الضرر يدفع بقدر الإمكان^٤.

^١ جرد الحكام: ١٣٨/١ وشرح المجلة للأتاسي: ٧٢/١.

^٢ فتح القدير: ٣٧٣/٦.

^٣ مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: ٤٥٧/٢.

^٤ شرح المجلة للأتاسي: ٧٢/٦-٧٣.

٨٢- القاعدة السابعة عشرة: [إضافة التصرف إلى غير محله لغو]

وردت هذه القاعدة في باب مسلم غصب من نصراني خمرًا فاستهلكها للاستدلال بما على قول زفر - رحمه الله - بعدم جواز إبراء المغمض منه الغاصب عن العين، حيث قال المصنف - رحمه الله - ما نصّه: " غصب من رجل عينا فقال المغمض منه للغاصب أبرأتك عن الغصب، ثم هلك في يد الغاصب لم يضمن شيئا في قول علمائنا - رحمهم الله - . وقال زفر هو ضامن للقيمة؛ لأن الإبراء عن العين لغو، فإن الإبراء إسقاط، والعين ليست بمحل له إذ لا تسقط حقيقة، ولا يسقط ملك المالك عنها أيضا، وإضافة التصرف إلى غير محله لغو"^١.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة ببصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع^٢: "التصرف المضاف إلى غير محله باطل".
- ما جاء في المحيط البرهاني^٣: "التصرف المضاف إلى غير محله لا جواز له ولا انعقاد".
- ما جاء في العناية شرح الهداية^٤: البيع المضاف إلى غير محله باطل".

شرح مفردات القاعدة:

المحلّ: - بفتح الحاء - موضع الحلول، ومنه محل الإعراب في النحو وهو ما يستحقه اللفظ الواقع فيه من الإعراب لو كان معربا، أما المحلّ - بكسر الحاء - فهو المكان والأجل^٥.

لغو: من لغا الشيء يلفو لغوا أي بطل، ويطلق على كلام لشيء لم ترده^٦.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

المراد بالقاعدة إجمالا أنّ التصرف الشرعي من عبادة أو معاملة يشترط لصحته وترتب أثره عليه أن يكون وارداً على محل صالح له يظهر فيه وترتب عليه آثاره من خلاله، ويدون هذا المحل لا يثبت الحكم ويكون التصرف لاغياً، وسواء في ذلك أكان المحل معدوماً غير موجود أم كان ثم محلاً إلا أن الشرع لم يعتبره ولم يعدّه محلاً صالحاً لتنزل الحكم عليه؛ فعقد البيع مثلاً لا يقع صحيحاً محققاً لآثاره الشرعية إلا إذا ورد على عين صالحة شرعاً يتم التعاقد عليها، فإذا ورد البيع على معدوم مثلاً وقع البيع باطلاً غير محقق لآثاره؛ لأنه وقع على غير محل؛ وكذا إذا كان المبيع غير جائز بيعه في الشرع كالميتة والخنزير والخمر مثلاً فإنه لا يصح؛ لعدم وجود محل صالح له.

^١ المبسوط: ١١/٦٠٧.

^٢ ٨/٦.

^٣ ٦/٣٣٩.

^٤ ٣/١٠٦.

^٥ المصباح المنير: ٢/٥٦٥.

^٦ المرجع السابق: ٢/٥٥٥.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- لو قال الكفيل لطالب الكفالة بلمال: أنا ضامن لك، كانت الكفالة باطلة؛ لجهالة المضمون في الكفالة بلمال الذي هو الدين، فهذا التصرف مضاف إلى غير محله فكان باطلاً^١.
- ٢- إذا باع المهرم الصيد أو اشتراه، فالبيع باطل؛ لأن التعرض للصيد الآمن بالبيع باطل لمخرج هذا التصرف عن محمية البيع بتحريم الشرع له، ويعتبر تصرف المهرم هذا كبيع الميتة^٢.
- ٣- إذا وهب الواهب لإنسان ما لم يكن بعد، كما أن وهب له ما في بطن أمه، أو دهن سمسم قبل أن يعتصر، أو وهب الزيت في الزيتون، والدقيق في الحنطة قبل الطحن ونحو ذلك، كانت الهبة باطلة؛ لأنه قد أضاف عقد الهبة إلى غير محله، وهو باطل^٣.

^١ بدائع الصنائع: ٨٦/٦.

^٢ العناية شرح الهداية: ١٠٦/٣.

^٣ المرجع السابق: ٧٣/١٢.

المبحث السابع: القواعد الفقهية في كتاب الوديعة

٨٣- القاعدة الأولى: [يد المودع كيد المودع]

أورد الإمام السرخسي هذه القاعدة في أول كتاب الوديعة لبيان حال الوديعة فهي في يد المودع أمانة، حيث قال: "والمعنى فيه: أن المودع متبرع في حفظها لصاحبها، والتبرع لا يوجب ضماناً علي المتبرع للمتبرع عليه؛ فكان هلاكها في يده كهلاكها في يد صاحبها، وهو معنى قول الفقهاء - رحمهم الله تعالى - : يد المودع كيد المودع".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في الفروق^٢: "يد المودع كيد المودع".
- ما جاء في الحاوي الكبير^٣: "يد المودع كيد المودع".
- ما جاء في الذخيرة^٤: "يدع المودع يد المالك لا يد نفسه".
- ما جاء في المنثور في القواعد الفقهية^٥: "المودع إنما يده يد المودع".

شرح مفردات القاعدة:

المودع: اسم مفعول، وأيضاً يسمى بالوديعة والمستودع، وهو الذي يقبل الوديعة^٦.

والمودع: اسم فاعل، وهو المستحفظ ماله بمقد الوديعة^٧.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة بأن المودع مؤتمن ويده يد أمانة، وهو قابل الوديعة في الحكم كيد المودع الذي هو صاحب الوديعة. وذلك في الحفظ والصيانة دون التصرف في الوديعة؛ لأنه ليس للأمين أن يتصرف في الوديعة كتصرف مالكها، وإلا كان خائناً ضامناً. ولا تعني القاعدة أن يد الأمين كيد المالك مطلقاً، وأن الأمين له أن يتصرف فيما

^١ المبسوط: ١٠٩/١١.

^٢ للكرائسي: ٨١/١.

^٣ ١٢٦/٢.

^٤ ١٧٥/٩.

^٥ للزركشي: ٢٣٦/٢.

^٦ التصريفات الفقهية: ص ٢٠٤.

^٧ المرجع السابق: ص ٢٢١.

بيده من الأمانة تصرف المالك، كلاء، فإن بطلان هذا التصور من البلديات الشرعية والعرفية؛ لأن إطلاق التصرف لا يكون إلا للمالك خاصة، بل هي تعني أن يد الأمين تقوم مقام يد المالك في الأمور المعينة.
من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا أودع المودع الوديعة في يد شخص فهلك في يده، كان هلاكها في يد الأمين كهلاكها في يد صاحبها، لأن يد المودع كيد المودع إلا إذا تعدى فإنه يضمن^١.
- ٢- إذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع، ثم أودعه عند البائع في مدة الخيار أو بعدها، فعند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - يهلك على المشتري، ويلزمه الثمن؛ لأن عندهما ملكه المشتري، فصار مودعاً ملك نفسه^٢.
- ٣- إذا وهب الوالد لابنه الصغير هبة، فأودعها عند شخص وجعله قابضاً لولده باليد، فإن الابن يملك الهبة بالعقد، ولا يحتاج إلى قبض آخر؛ لأن يد المودع كيد المودع حكماً^٣.
- ٤- لو أودعه بقره وقال له: إن أرسلت ثرائك إلى المرعى للعلف فاذهب بقرتي أيضاً فذهب بها دون ثرائه فضاعت لا يضمن^٤.
- ٥- لو غصب شخص العين المودعة من المودع أو من المستأجر أو من المرهون عنده ثم رد إليهم برئ - على الراجح - ؛ لأنهم أمناء فيدهم كيد المالك^٥.
- ٦- إذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل، فإن هلك للمبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن؛ لأنه يده كيد الموكل؛ فإذا لم يحسه يصير الموكل قابضاً بيده^٦.

^١ الميسوط للسرخسي: ١٠٩/١١.

^٢ المحيط البرهاني في الفقه النعماني: ٤٨٩/٦.

^٣ البتابة شرح الهداية: ١٧٦/١٠.

^٤ مجمع الضمانات: ٨٠/١.

^٥ قواعد ابن رجب: ص ٧٠.

^٦ وهو منذهب عند الحنفية. انظر: الهداية: ١٤٠/٣.

٨٤- القاعدة الثانية: [صفة السلامة عن العيب إنما تصير مستحقاً في المعاوضة دون التبرع]

وردت هذه القاعدة في أول كتاب الوديعة لبيان أن الوديعة عقد التبرع فلا يوجب الضمان، حيث قال المصنف ما نصّه: "أن للمودع متبرع في حفظها لصاحبها، والتبرع لا يوجب ضماناً على المتبرع للمتبرع عليه، فكان هلاكها في يده كهلاكها في يد صاحبها، وهو معنى قول الفقهاء - رحمهم الله تعالى -: يد المودع كيد المودع. ويستوي إن هلك بما يمكن التحرز عنه، أو بما لا يمكن؛ لأن الهلاك بما يمكن التحرز عنه بمعنى العيب في الحفظ، ولكن صفة السلامة عن العيب إنما تصير مستحقاً في المعاوضة - دون التبرع - والمودع متبرع".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في الدرر المختار^٢: "العقد يستحق صفة السلامة من العيب، ولا عيب فوق الاستحقاق فأما بعقد التبرع فلأن الموهوب له لا يستحق الموهوب بصفة السلامة".
- ما جاء في الاختيار لتعليل المختار^٣: "الأصل السلامة، والعيب عارض".
- ما جاء في منحة الخالق على البحر الرائق^٤: "الأصل في الأشياء السلامة".
- ما جاء في الأشباه^٥: "الأصل والغالب دوام السلامة".

شرح مفردات القاعدة:

السلامة: هي البراءة من النقص والعيوب والآفات، والبقاء على الصحة والعافية^٦. أما عند الفقهاء فيظهر من تقرعاتهم على القاعدة أنهم يقصدون بالسلامة المعنى اللغوي، وهو براءة الأشياء من الآفات والعيوب الخلقية والخلقية، ولذلك وردت بعض الصيغ الأخرى مقيدة بذلك كما مر آنفاً. ولكن قد يستخدم الفقهاء السلامة بمعنى الصحة، ويرادفون بينهما. فتكون القاعدة حيثئذ عامة في السلامة من العيوب، والمفاسدات الشرعية الأخرى التي تقدح في صحة التصرف؛ كالغرر في العقود ونحوه^٧.

^١ المبسوط: ٩٩/١١.

^٢ ١٤٥/٥.

^٣ ١١٦/٣.

^٤ ٤٥/٦.

^٥ ص ٦٦.

^٦ معجم مقاييس اللغة: ٤٩٠/٣ لسان العرب: ٢٨٩/١٢.

^٧ ينظر: معلة زايد للقواعد الفقهية والأصولية: ٤٨٧/٦.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة بأن عقود التبرع كالوديعة والمضاربة ونحوهما غير مضمونة على المودع الأمين وعامل في المضاربة؛ لأنهم متبرعون بالحفظ. ولا يضمن إلا إذا تعدى أو قصر في الحفظ، فإذا تعييت الأمانة عنده بغير فعله ولا تقصير منه فهو غير ضامن، بخلاف ما لو تعييت بفعله أو تقصيره، وذلك؛ لأن صفة السلامة عن العيوب إنما تضمن وتستحق للمعاوضة عليها في عقود المعاوضة دون عقد التبرع.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا أودع رجل عند رجل آخر دابة فأصابها شيء بغير فعله أو مرضت فالمؤمن غير ضامن لما نقصها المرض، فإن أمر المودع إنساناً فعالجها فهلكت من ذلك، يضمن صاحب الدابة أيهما شاء^١.
- ٢- إذا أودع المودع عند رجل دابة، فقطع العلف عنها بغير قول مالكها فهزلت، ضمن المستودع، وإن قطع العلف عنها بإذن الملك فلا ضمان عليه؛ لعدم تقصيره في الأمانة^٢.
- ٣- إذا أودع شخص عند آخر مالاً أو متاعاً لحفظه، فوضعه الأمين مع متاعه وماله، فأصاب المطر أو الحريق هذه الوديعة فعيبها أو أتلف بعضاً منها فالمؤمن غير ضامن لما تلف أو تعيب؛ لعدم تقصيره في الحفظ ولأنه متبرع في الحفظ^٣.
- ٤- لو استأجر شخص شاحنة لأن يعمل عليها أثقل مما عقد عليه، وإن فعل ذلك فإنه تلزمه أجره الزيادة، ويضمن ما يتلف بسبب ذلك.
- ٥- لو استأجر سيارة لمسافة محددة، فلا يجوز له أن يتجاوز المسافة التي عقد على السفر إليها، وإن تجاوز ذلك ضمن أجره للزيادة.
- ٦- يد المرهن على الرهن يد أمانة، فلا يضمن المرهون إلا بالتعدي أو بالتفريط.

^١ عيون المسائل للسمرقندي: ص ٣٤٣.

^٢ زاد المستقنع في اختصار القنع للمجتاوي موسى بن أحمد، بتحقيق عبد الرحمن بن علي العمسكزي، دار الوطن للنشر بالرياض: ص ١٣٦.

^٣ موسوعة القواعد الفقهية: ١- ٤١١/٢.

٨٥- القاعدة الثالثة: [ما لا يمكن الامتناع عنه فهو عفو]

وردت هذه القاعدة في أول كتاب الوديعة عقب بيان حكم دفع الوديعة إلى العيال، حيث قال المصنف - رحمه الله - ما نصه: " فإن دفعها إلى بعض من في عياله - من زوجته أو ولده أو والديه أو أجوره - فلا ضمان عليه إذا هلكت - استحساناً - ... وجه الاستحسان: أن المطلوب منه: حفظ الوديعة على الوجه الذي يحفظ مال نفسه، والإنسان يحفظ مال نفسه بيد من في عياله، على ما قيل: قوام العالم بشيئين: كتاب يجمع، وساكنة تحفظ، ولأنه لا يجد بدا من هذا، فإنه إذا خرج من داره - في حاجته - لا يمكنه أن يجعل الوديعة مع نفسه، وإذا خلفها في داره صارت في يد امرأته حكماً، وما لا يمكن الامتناع عنه فهو عفو^١.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء الآتية:

- ما جاء في تبين الحقائق شرح كنز الدقائق^٢: "ما لا يمكن التحرز عنه، ولا يستطاع الامتناع منه يسقط اعتباره".
- ما جاء في منحة السلوك في شرح تحفة الملوك^٣: "ما لا يمكن التحرز عنه، فيسقط اعتباره".
- ما جاء في شرح التلقين^٤: "ما لا يمكن المدول عنه أخرى أن يعفى عنه".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تدل هذه القاعدة على أن الأمر إذا كان مما لا يستطاع الامتناع من وقوعه، أو هو مما لا يمكن الاحتراز عنه، بحيث لا يقع تحت قدرة المكلف الامتناع عنه، فما كان كذلك فلا يكون معتبراً في بناء الأحكام عليها؛ لأن الشارع قد عفى عنها دفعاً للضرر والمشقة.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إن أسواق المسلمين لا تخلو من المحرم والميسروق والمعتصب، ومع ذلك يباح تناول والمعاملة اعتماداً على الغالب؛ لأن القليل لا يمكن الاحتراز عنه، ولا يستطاع الامتناع عنه فيكون عفوياً ويسقط اعتباره دفعاً للحرَج^٥.
- ٢- إذا كان الإيداع بأجرة فهلك الوديعة، أو ضاعت بسبب يمكن التحرز منه فضماتها على الوديع^٦.

^١ المبسوط: ١١٠/٦١.

^٢ ٢١٩/٦.

^٣ لبدر الدين الصفى: ص ٣٧٧.

^٤ شرح التلقين للمازري محمد بن علي، بتحقيق محمد مختار السلامي، دار الغرب الإسلامي، ط. الأولى ٢٠٠٨ م: ١١١٩/٢.

^٥ موسوعة القواعد الفقهية: ٣٨٣/٧.

^٦ مرشد الجيران: مادة ٧٠٨.

- ٣- المأذون بالتصرف يملك كل ما كان من باب التجارة أو توابعها أو ضروراتها، وكذلك يملك البيع والشراء بفن يسير بالإجماع؛ لأنه من التجارة، ولا يمكن التحرز عنه فهو مغفوا^١.
- ٤- المتاع الذي بيد الأجير المشترك^٢ يعتبر أمانة في يده، فإذا هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه؛ كالموت حتف أنفه، والحريق الغالب ونحوهما لم يضمنه عند أبي حنيفة - رحمه الله -^٣.
- ٥- إذا وجد إنسان غنما مذبوحة وميتة، فإن كانت المذبوحة أكثر نحوى وأكل وإلا فلا وهذا عند الحنفية خلافًا للشافعية^٤؛ لأن القليل من الحرام لا يمكن التحرز عنه، ولا يستطيع الامتناع منه فهو مغفوا^٥.
- ٦- الغرر اليسير قد يعفى عنه في المعاملات لمشقة التحرز منه^٦.
- ٧- جواز دخول الحمامات مع اختلاف قدر الماء ولبث الداخلين فيه.
- ٨- يعفى عن طين المطر ونحوه كطين الرش ومستقع الطرق ما لم تغلب النجاسة على الطين.

^١ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ١٩٤/٧.

^٢ الأجير المشترك: هو الذي يعمل لا لواحد مخصوص ولا لجماعة مخصوصين أو يعمل لواحد مخصوص أو لجماعة مخصوصين عملاً غير مؤقت أو عملاً مؤقتاً بلا اشتراط التخصيص عليه. ينظر: مرشد الحيزان إلى معرفة أحوال الإنسان محمد قدرى باشا، ص ٨٦.

^٣ الهداية: ٢٤٢/٣.

^٤ أما إذا اشتبه عليه شاة ميتة بشاة مذبوحة فلا يتحرى فيهما وجهاً واحداً، (ينظر: البيان في مذنب الإمام الشافعي: ١/٦٤).

^٥ تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٢١٩/٦.

^٦ شرح التلخين للمازري محمد بن علي، بتحقيق محمد مختار الإسلامي، دار الغرب الإسلامي، ط: الأولى ٢٠٠٨م: ٢/١١١٩.

٨٦- القاعدة الرابعة: [مطلق العقد يتقيد بدلالة العرف]

أورد الإمام المرحسي -رحمه الله- هذه القاعدة في أول كتاب الوديعة عقب كلامه عن موجب عقد الوديعة الذي هو الحفظ للمالك، حيث قال ما نصّه: " وكذلك المستعير يعلم أنه أمين ضمن الأمانة بالخيانة، ولأن المودع معير يده من المودع في الحفظ، فإذا خالف فقد استرد يد عاريتة، وهو يتفرد به، ثم إذا عاد إلى الوفاق فقد أراد إعادة يده ثانياً منه، وهو لا يتفرد به، ولأن موجب العقد هو الحفظ للمالك، وبالحلاف يفوت موجب العقد، إما لتركه الحفظ أصلاً، أو لتركه الحفظ للمالك حين حفظها لنفسه؛ فلا يبقى العقد بعد فوات موجب، ولأن الإنسان إنما يأمن الأمين على ماله - دون الخائن - ومطلق العقد يتقيد بدلالة العرف"^١.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في البناية شرح الهداية^١: "المطلق من الألفاظ ينصرف إليه بدلالة العرف".
- ما جاء في قرة عين الأخيار لتكملة رد المحتار^٢: "مطلق الكلام فيما بين الناس ينصرف إلى المتعارف".
- ما جاء في المغني^٣: "يحمل مطلق العقد على العرف".

شرح مفردات القاعدة:

العرف: وهي في اللغة تعني الجود، وقيل هو اسم لما تبذله وتسديه. والعرف والعارفة والمعروف ضد للنكر وهو: كل ما تعرفه النفس من الخير ونبيها به -أي تُستَرّ- وتطمئن إليه، وقيل: المعروف ما يستحسن من الأفعال^٤.

وأما اصطلاحاً فالذي يقرب من الحد الصحيح للعرف هو أحد تعريفين الآتيين:

الأول: هو ما يغلب على الناس، من قول، أو فعل، أو ترك^٥.

^١ المبسوط: ١١/١١٥.

^٢ ١٧/٨.

^٣ ٢٧٣/٧.

^٤ ٢٥٦/٤.

^٥ ينظر: لسان العرب لابن منظور: ٩/٢٣٩-٢٤٢.

^٦ حاشية التوضيح والتصحيح لمشكلات كتاب التنقيح لابن عاشور محمد الطاهر، مكتبة النهضة تونس ط. الأولى: ١٣٤١هـ:

٢٤٨/١.

الثاني: عادة جمهور قوم في قوم أو فعل^١، ويضم إلى كل منهما: فيما لا يصادم نصاً أو قاعدة من قواعد الشرع.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هي من القواعد المتفرعة عن القاعدة الكبرى وهي: العادة محكمة، وتقيد بأن الإطلاق الوارد في ألفاظ العقد أو الإذن فيه يتقيد بما تعارف عليه الناس في كلامهم وما يقصدونه ويتفاهمونه بينهم بناء على ما جرت به العادة.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- من حلف لا يشتري بنفسه ولا نية له، فيحمل على دهن البتسج، ولو حلف لا يشتري ورقاً، فيكون محمولاً على ورقه، لا على دهنه؛ لأن الألفاظ في هذا محمولة على صرف الناس وعاداتهم^٢.
- ٢- إذا أطلق شخص الثمن في البيع فذكر القدر دون الصفة، كان الثمن محمولاً على غالب نقد البلد؛ لأنه المتعارف فيه صرف إليه^٣.
- ٣- لو استعار رجل دابة ولم يسم شيئاً، جاز له أن يحمل ويعبر غيره للحمل؛ لعدم تفاوت الحمل عليها، وجاز له الركوب بنفسه أو أن يركب غيره عليها، وإن كان الركوب مختلفاً، لأنه مطلق الإذن في الإعارة فيصرف إلى المتعارف^٤.
- ٤- إذا باع رجل شيئاً بعشرة دنانير واستقرت العادة في ذلك البلد أنهم يعطون كل خمسة أسداس مكان الدينار، واشتهرت بينهم فالعقد ينصرف إلى ما تعارفه الناس فيما بينهم في تلك التجارة^٥.

^١ المدخل الفقهي العام للزرقا: ٨٤٠/٢.

^٢ شرح مختصر الطحاوي للجصاص: ٤٨٢/٢.

^٣ الباب في شرح الكتاب: ٦/٢.

^٤ الهداية شرح بداية المبتدي: ٢٢٠/٣.

^٥ الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٥٣٧/٤.

٨٧- القاعدة الخامسة: [ما ثبت ضمناً للشيء يتقدر بقدره]

أورد الإمام الميرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في أول كتاب الودعة في معرض كلامه عن تقدير الضمان بزمان الاستعمال والمخالفة؛ حيث قال ما نصه: "ولو تنازعا في الهلاك أنه كان في حالة الخلاف، أو بعد ترك الخلاف؛ كان القول قول المالك، فعرفنا أنه صار ضامناً وطريق صيرورته ضامناً تقويت المحذور عليه، ونزع يده ضمناً للخلاف، ولكن ما ثبت ضمناً للشيء يتقدر بقدره".^١

توليق القاعدة:

- ما جاء في بدائع الصنائع^٢: "الشيء قد يثبت ضمناً لغيره".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة تتعلق بقواعد التوابع وتفيد بأن الذي يثبت ضمناً وتبعاً للشيء الآخر لا يزيد عليه بل هو مقدر بقدره، ويعتبر حكمه بذلك الشيء؛ لأن التابع للشيء في وجوده كذلك تابع له في حكمه، فما يترتب على الأصل يترتب على التابع أيضاً.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا استعمل الشخص الودعة فهو ضامن لها، لكن إذا ردها للحفظ لا يضمن فالضمان مقدر بزمان الاستعمال والمخالفة.^٣
- ٢- الربح في كل شركة فاسدة على قدر المال، ويظل شرط التفاضل؛ لأن الربح فيه تابع للمال ويقع ضمناً له فيقدر بقدره.
- ٣- إن اشتركا رجلان في زراعة الأرض على أن يكون البذر منهما والأرض من أحدهما، فيكون الربح في الزراعة تابعا للبذر الذي كان منهما؛ لأن الربح تابع للبذر وضمناً له فيقدر بقدره.^٤
- ٤- الإمساك عن المفطرات مقدر بطول الفجر إلى الغروب، فلا يجوز الاستمرار بالامتناع عنها بعد غروب الشمس.
- ٥- ممنوعات الإحرام مقدر بوجود الإحرام، فإذا أحل المحرم أبيح له ما كان ممنوعاً، ولا يجوز له أن يحرم على نفسه ما كان محرماً بزمان الإحرام.^٥

^١ المبسوط: ١١٦/١١.

^٢ ٢٩٦/٥.

^٣ ١١٦/١١.

^٤ العناية شرح الهداية: ١٩٤/٦.

^٥ موسوعة الفوائد الفقهية: ٨٥/١١.

٨٨- القاعدة السادسة: [هلاك المضمون في يد الضامن يقرر عليه الضمان]

أورد الإمام السرخسي - رحمه الله - هذه القاعدة في باب الوديعة في معرض كلامه عن هلاك المضمون في يد المستودع، حيث قال ما نصّه: " فإن أقيم رب الوديعة البينة بعد جمود المودع أنه استودعه كذا، ثم أقيم المستودع البينة أنها ضاعت: فهو ضامن لها؛ لأنه بالجحود صار ضامناً، وهلاك المضمون في يد الضامن يقرر عليه الضمان، وكذلك إن أقيم البينة أنها كانت ضاعت قبل جحوده"^١.

توثيق القاعدة:

- ما جاء في المحيط البرهاني^٢: "هلك المضمون في يد الضامن يقرر الضمان، لا أن يسقطه".
- ما جاء في بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع^٣: "هلك بعد الجحود يقرر الضمان، لا أن يسقطه".

شرح مفردات القاعدة:

المضمون: اسم مفعول من ضَمِنَ. وهو ما يتأتى نيّله من الضامن^٤.
الضامن: اسم فاعل من الضمان أي ذو الضمان. وهو ملزم نفسه ما ضمنه^٥ من الثمن أو القيمة أو الغرامة.
المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة بأن من ضمن شيئاً - أي تكفل بالأداء - ودخل هذا للمضمون في ضمانه، ثم هلك أو تلف في يده، فإنّ الضامن يثبت عليه الضمان أو الغرم ويجب عليه الأداء للمضمون له.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا استأجر إنسان دابة الكراء، فضررها المستأجر فماتت منه، أو ساقها بعنف وشدة فهلكت منه، لزمه ضمان قيمتها؛ لأنها تلفت تحت يده^٦.
- ٢- من استأجر دابة إلى مكان معلوم، فلما سار بعض الطريق ادعاه لنفسه، وجحد أن يكون استأجرها، ومالك الدابة يدعي الإجارة: فلو انكسرت أو ضعفت حتى لا يمكن ركوبها ضمن قيمتها منكسرة^٧.

^١ المبسوط: ١١٧/١١.

^٢ ٥٤٧/٥.

^٣ ٢١٢/٦.

^٤ شرح حدود ابن عرفة: ص ٣٢١.

^٥ غريب الحديث لابن الجوزي: ١٥٤/٢.

^٦ مجلة الأحكام العدلية: ص ١١٢.

^٧ المحيط البرهاني: ٥٧٢/٧.

- ٣- في عقد المضاربة يجوز لرب المال أخذ الضمانات الكافية والمناسبة من المضارب، بشرط ألا يتفقد رب المال هذه الضمانات إلا إذا ثبت التعدي أو التقصير منه وكان في يده أو ارتكابه مخالفة شروط عقد المضاربة^١.
- ٤- العين المؤجرة تكون أمانة في يد المستأجر، فلا يجوز اشتراط الكفالة أو الرهن ونحوهما على المستأجر للاستيفاء عند هلاك العين المؤجرة ما لم يكن الاشتراط مقتضياً على حالات التعدي أو التقصير أو المخالفة، ويعترب على ذلك أن المؤجر يتحمل تبعه الهلاك ما لم ينشأ بسبب تعدي المستأجر أو تقصيره^٢.

^١ المعايير الشرعية: ص ٣٧١.

^٢ المرجع السابق: ص ١٣٠.

٨٩- القاعدة السابعة: [فعل الإنسان في مال نفسه لا يكون موجبا للضمان على غيره]

أورد الإمام المرخسي رحمه الله- هذه القاعدة في أول كتاب الودعة في معرض كلامه عن إقرار المودع للفنصب الذي يوجب الضمان على المستودع، حيث قال ما نصّه: " فإن قال: استودعني ألف درهم، فضاغت، وقال الطالب: كذبت، بل غصبتها مني، فالقول قول المستودع؛ لأن المقر له يدعي عليه سبب الضمان - وهو الفنصب - والمستودع منكر لذلك، ولم يسبق منه إقرار بسبب موجب للضمان، إنما ذكر أن صاحب المال وضع ماله في موضع، فضاغ، وفعل الإنسان في مال نفسه لا يكون موجبا للضمان على غيره".^١

توثيق القاعدة:

- ما جاء في البناية شرح الهداية: " فعل الإنسان في ملكه مباح، وأثر فعله المباح لا يصلح سببا للضمان"^٢.
- ما جاء في الحاوي الكبير^٣: "من استهلك مال نفسه لا يرجع بهدله على غيره".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد القاعدة بأن فعل الإنسان وتصرفه في ماله أو ما يملكه لا يوجب الضمان على الآخر؛ لأن ما يفعله في ماله مباح بالشرع، والأثر الذي يترتب عليه فعله المباح لا يكون سبباً لموجب الضمان على نفسه أو على الآخر.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- لو أرسل إنسان دابته في قراع، فدخلت في زرع إنسان، فأخبر بذلك، فلم يخرجها حتى أفسد زرعها لم يضمن؛ لأن الفعل وقع بإذن من مالك الزرع وفي ملكه فلا يوجب الضمان على غيره^٤.
- ٢- لو أحرق إنسان حشيشاً في أرضه أو حصائد أو أجمعة-الشجر الكثير للثقف- فخرجت النار إلى أرض غيره وأحرقت شيئاً فلا ضمان عليه ولا على غيره؛ لأن هذا التصرف في ملكه مباح له^٥.
- ٣- إذا كانت السفينة في البحر، وفيها متاع، فخيف غرقها، فألقى بعض من فيها متاعه في البحر لتخف، لم يرجع به على أحد، سواء ألقاه محتجباً بالرجوع أو متبرعاً؛ لأنه أُلّف مال نفسه باختياره من غير ضمان^٦.

^١ المبسوط: ١١/١١٨.

^٢ ٢٤٧/١٣.

^٣ ٣٥٨/١٢.

^٤ البناية شرح الهداية: ٢٤٧/١٣.

^٥ المبسوط: ٢٣/٢٧.

^٦ المغني: ٤/٤٢٢.

٩٠ - القاعدة الثامنة: [الفعل الواحد لا يكون موجبا للضمان على الشخصين]

وردت القاعدة في باب رجل أودع وديعة ثم غاب لبيان حكم الضمان على الشخصين بالفعل الواحد، حيث قال: "أن الأول لما لم يضمن بمجرد التسليم، وإنما ضمن بتركها في يد الثاني بعد غيبته، فقد صارت يده يدا معتبرة في إيجاب الضمان على الأول، ولا يمكن اعتبار تلك اليد بعينها في إيجاب الضمان على الثاني كأجير القصار^١، إذا دق القوب ونخرى، لما وجب الضمان على الأستاذ بسبب فعل الأجير، ولم يجب على الأجير شيء من الضمان؛ لأنه لو ضمن إنما يضمن بذلك الفعل أيضاً، والفعل الواحد لا يكون موجبا للضمان على الشخصين"^٢.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة بأن الفعل الواحد إذا كان من شخصين، ووجب على أحدهما الضمان بوجود سببه فإن ذلك لا يكون موجبا للضمان على الآخر كذلك؛ لأنه قد وجب الضمان على واحد بمباشرة سبب الضمان في الفعل الذي باشره، وانفصل عن الآخر بعدم وجود ذلك السبب في فعله، فلا يكون فعله ذلك موجبا للضمان.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا استودع شخص رجلاً وديعة فأودعها المستودع غيره من غير عياله، وجب الضمان على المودع الأول دون الثاني؛ لأن المودع الأول ذهب، وترك حفظ الوديعة لصاحبها حين غاب، فوجب عليه الضمان، أما الثاني فلم يترك العناية، بل كان مقبلاً عليها حين هلك الوديعة^٣.
- ٢- من استأجر ثوباً فأنزله به أو داراً فأسكن فيها خدادين وحصل منه التعدي فلا يكون ضامناً للأجرة وللرقبة معاً؛ لأنه لا يجتمع ضمان العين والمنفعة في شيء واحد^٤.

ما يستثنى من القاعدة:

- إذا غصب الغاصب شيئاً فغصبه الآخر، فإن كل واحد منهما إنما يصير ضامناً بفعله، لأن الغصب وإن كان فعلاً واحداً؛ لكن غصب الأول غير الثاني، فيعتبر في كل حق واحد منهما قيعته حين غصبه^٥.

^١ القصار: اسم الفاعل من قصرت الثوب قصراً يعنونه. (المصباح المنير: ٥٠٥/٢).

^٢ المبسوط: ١٣٣/١١.

^٣ المرجع السابق: ١٣٢/١١.

^٤ الحاوي الكبير: ١٦٢/٧.

^٥ المبسوط: ١٣٣/١١.

المبحث الثامن: القواعد الفقهية في كتاب العارية

٩١- القاعدة الأولى: [الغرور بمباشرة عقد الضمان يكون سبباً للرجوع]

وردت هذه القاعدة في أول كتاب العارية في معرض كلامه عن التوقيت في الإعار من المعير، حيث قال المصنف - رحمه الله - ما نصّه: "وحجتنا في ذلك أن المعير بالتوقيت يصير غاراً للمستعير؛ لأنه نص على ترك الأرض في يده، وإقرار بنائه فيها في المدة التي سمى، فإذا لم يف بذلك صار غاراً له، وللمغرور أن يدفع الضرر عن نفسه بالرجوع على الغار، بخلاف ما إذا أطلق فهلك المعير لم يصير غاراً له، ولكن المستعير مغتر بنفسه حتى ظن أنه بمطلق العقد يتركها في يده مدة طويلة، ولكن قد بينا فيما سبق أن الغرور بمباشرة عقد الضمان يكون سبباً للرجوع وذلك لا يوجد هنا، فإن المعير لم يباشر عقد ضمان..."^١.

توثيق القاعدة:

وردت هذه القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في المحيط البرهاني^٢: "الغرور إنما يثبت حق الرجوع للمغرور على الغار".
- ما جاء في العناية شرح الهداية^٣: "الغرور الموجب للضمان هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة".
- ما جاء في الجوهرة النيرة على مختصر القدوري^٤: "الرجوع إنما يجب لأجل الغرور".

شرح مفردات القاعدة:

الغرور: الخداع أو تزوين الخطأ بما يوهم الصواب، ويقال له: الغرر، ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أيكون أم لا^٥.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد القاعدة بأن وجود الغرر في عقد من عقود الضمان يوجب رجوع للمغرور على من غرره؛ لأن الغرور المعتمد حرام، لأنه أكل أموال الناس بالباطل، فهو يسبب ضرراً على المغرور فيوجب عليه الرجوع بالخسارة على من غرره.

^١ المبسوط: ١٤٢/١١.

^٢ ٥٠٨/٥.

^٣ ١٤/٩.

^٤ لأبي بكر بن علي الزبيدي، للطبعة الخيرية، ط. الأولى ١٣٢٢ هـ: ٢٨٣/١.

^٥ الكلبيات: ص ٦٧٢؛ والتصريفات: ص ١٦٦؛ مختار الصحاح للرازي: ص ٢٢٥.

هذا وقد ذكر أهل العلم -رحمهم الله- بأن الغرور لا يوجب الرجوع إلا في ثلاثة أمور، وهي كالآتي:

الأول: أن يكون في عقد يرجع نفعه إلى الدافع كوديعة وإجارة، فلو هلكا ثم استحقا رجوع على الدافع بما ضمنه.

الثاني: أن يكون في ضمن عقد معاوضة.

الثالث: إذا كان الغرور بالشرط، كما لو تزوج امرأة على أنها حرة^١.

من تطبيقات القاعدة:

١- إذا أودع رجل عند إنسان وديعة أو أجرة داراً للغير، فهلكت الوديعة أو تلقت عند الأمين، وهبمت العين المستأجرة، ثم جاء رجل واستحق الوديعة، والعين المستأجرة، وضمن المودع والمستأجر، فإنهما يرجعان على المودع والمؤجر بما ضمنا^٢.

٢- لو بى المشتري الدار، ثم استحققت الدار بعد أن يسلم البناء، فيرجع البائع على المشتري بقيمة البناء للغرور^٣.

٣- إذا قال الرجل: اسلك هذا الطريق فإنه آمن، فإن اعتدى عليك أحد أو أخذ مالك فأني ضامن لذلك، فهنا يضمن لو حصل شيء من ذلك^٤.

^١ الدر المختار شرح تنوير الأبصار: ص ٤٢٦.

^٢ المبسوط للسرهي: ١٤٢/١١.

^٣ رد المحتار على الدر المختار: ١٤٥/٥.

^٤ المحيط الرباني في الفقه الصمائي: ٣٨٧/٩.

٩٢- القاعدة الثانية: [مطلق الإذن ينصرف إلى المتعارف]

وردت في باب جحد المستعير العارية ثم زعم أنها هلكت للاستدلال بما على عدم وجوب الضمان على المستعير إذا عمل بالمتعارف فيما أذن له للمعير بالتصرف مطلقاً، حيث قال المصنف ما نصّه: "وإذا استعار دابة لركبها إلى مكان معلوم فأخذ بما في طريق آخر إلى ذلك المكان فعطبت لم يضمن؛ لأنه مأذون في الوصول عليها إلى ذلك المكان، ولم يقيد له طريق، فلا يكون مخالفاً في أي طريق ذهب بعد أن يكون طريقاً يسلكه الناس إلى ذلك المكان، فإن كان طريقاً لا يسلكه الناس إلى ذلك المكان فهو ضامن؛ لأن مطلق الإذن ينصرف إلى المتعارف".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في المغني^٢: "الإذن المطلق لا يتناول خلاف المعتاد".
- ما جاء في كشف القناع عن متن الإقناع^٣: "مطلق الكلام يحمل على العرف".
- ما جاء في المعونة على مذهب عالم المدينة^٤: "إطلاق الكلام محمول على المتعارف".
- ما جاء في المبدع^٥: "إطلاق الإذن إنما يحمل على العرف".

شرح مفردات القاعدة:

مطلق الإذن: هو الإذن الذي عري عن بقيد بحيث لم يتم التنصيص في صيغته على التقيد بزمان أو مكان أو بنوع من أنواع التصرف والانتفاع أو بشخص أو بصفة أو بشرط... إلخ، فهو إذن مطلق من غير تقييد بشيء.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة متفرعة عن القاعدة الكبرى: العادة محكمة، وتفيد بأن الكلام المشتمل على الإذن إذا كان مطلقاً فإنه يحمل على ما اعتاد عليه الناس وتعارفوه في مخاطباتهم وينصرف إلى ذلك؛ لأن الشارع اعتبر العرف والعادة في بناء

^١ البسيط: ١٤٥/١١.

^٢ ١٤٨/٧.

^٣ ٤٧١/٦.

^٤ لعبد الوهاب بن علي الشعلبي المالكي، بتحقيق حميش عبد الحق، المكتبة التجارية مصطفى أحمد الباز - مكة المكرمة، (بدون طبعة وتاريخ النشر): ٨١/٦.

^٥ لابن مفلح إبراهيم بن محمد الحنبلي، دار الكتب العلمية بيروت، ط. الأولى ١٩٩٧ م: ٣٦٤/٤.

الأحكام فيما يتعلق بمخاطبات الناس وذلك إذا لم يوجد فيها نص يخالف المتعارف، فإذا وجد نص بخلاف العرف كان الحاكم هو النص.

من تطبيقات القاعدة:

١- إذا وكل الرجل رجلاً بطلب كل دين له بالخصومة فيه فله أن يقاضي ما كان له من دين وما حدث له بعد ذلك؛ لأن في العرف يراد جميع ذلك، والتوكيل يقتصر إلى الإذن فمطلقه يتقيد بالعرف والعادة^١.

٢- إذا استأجر الرجل إبلاً وأذن له صاحبها ليحمل عليها محملاً وراكبين إلى مكة، صحت الإجارة وله الحمل المعتاد خلافاً للإمام الشافعي - رحمه الله -؛ لأن الإذن كان لمطلق الحمل فما وجد فيه من جهالة يرتفع بالصرف إلى المتعارف^٢.

٣- إذا قال المعير لآخر: أعرتك هذه السيارة، فيباح للمستعير الانتفاع بها في كل ما هي مُقَدَّلة له والعرف جاز بمثله، انتفاعاً معهوداً معتاداً؛ لأن الإذن مطلق فيحمل عليه، ومطلق الإذن ينصرف إلى المتعارف.

^١ المرجع السابق: ١٦٦/١٤.

^٢ الهداية في شرح بداية المبتدي: ٢٤٩/٣.

٩٣- القاعدة الثالثة: [العقد يتعقد بالدلالة كما يتعقد بالتصريح]

وردت هذه القاعدة في باب غصب الرجل الأرض وزرعها للاستدلال بما لربي أبي ليلى^١ - رحمه الله - الذي يقول بجواز انعقاد البيع بالدلالة وإن لم يوجد التصريح بذلك، حيث قال ما نصّه: " وإذا استأجر أرضاً سنة فزرعها ستين فعليه الأجر للسنة الأولى؛ لأنه استوفى المعقود عليه بحكم عقد صحيح، وعليه نقصان الأرض بالزراعة في السنة الثانية؛ لأنه غاصب فيها صنع، ويتصدق بالفضل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله كما في الفصل الأول، وعند ابن أبي ليلى: عليه أجر مثلها في السنة الثانية لاعتبار الظاهر، فكانه زرعها في السنة الثانية بناء على العقد في السنة الأولى، وإنما لم يتعرض له صاحبها لهذا، والعقد يتعقد بالدلالة كما يتعقد بالتصريح قبلزمه أجر مثلها^٢ ".
المعنى الإجمالي للقاعدة:

استدل المصنف بهذه القاعدة لابن أبي ليلى - رحمه الله - على جواز انعقاد العقد بالدلالة، وبناء على هذا فإن القاعدة دلّت على أن العقد قد يتعقد بدون لفظ وبدون تعاطي، وذلك بالدلالة - والمراد بما غير اللفظ - وهي دلالة الحال أو الإشارة أو دلالة السكوت أو دلالة فعل سابق فيقاس اللاحق على السابق إذا لم يكن هناك نص مخالف. ويشترط في الدلالة الوضوح على إرادة كل من العاقدین المتجهة إلى إنشاء العقد، فإن كان في هذه الدلالة شك لم يتعقد العقد.

من تطبيقات القاعدة:

١- من اشترى سلعة بثمن محدد ثم أخذ سلعة أخرى مثلهاء، فعليه ثمنها مثل ثمن الأولى، إلا أن ينص البائع على خلاف ذلك.

٢- من استأجر محلاً أو داراً سنة بأجرة محددة معلومة فسكنها ستين أو ثلاث - وصاحبها لم يطلب منه الخروج منها ولا زيادة الأجرة - أن على المستأجر أجر مثل السنة الأولى للسنة الثانية والثالثة. وهذا هو المعمول به في أكثر البلاد^٣.

٣- يجري العرف بالإشارة، وفهم دلالتها، والعمل بما، والواقع شاهد، كما نرى ذلك في البورصات "الأسواق المالية"، وصلات المزداد العلني.

^١ هو محمد بن عبد الرحمن ابن أبي ليلى، كان من أصحاب الرأي، وولي قضاء الكوفة، وأقام حاكماً ثلاثاً وثلاثين سنة، ولي لبني أمية، ثم لبني العباس، وكان فقيهاً مفتياً، وكانت بينه وبين أبي حنيفة - رحمه الله - وحدة يسيرة، ومعارضة في الأحكام، صنف في الفرائض، توفي بالكوفة - وهو على القضاء - سنة ١٤٨ هـ. (التاج للكمال من جواهر مآثر الطراز الآخر والأول لمحمد صديق خان القنوجي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - قطر، ط. الأولى ٢٠٠٧م: ص ٣٨٦).

^٢ المبسوط: ١١/١٥٠.

^٣ موسوعة الفوائد الفقهية: ٢/٤٢٦.

- ٤- سكوت الشفيع لغير الحاجة عن طلب الشفعة، بعد علمه بالبيع والتمن، يعتبر رضا بالعقد، وإقرار بالتنازل عن الشفعة، فيسقط حقه فيها.
- ٥- إذا قام التاجر بإرسال قائمة البضائع (الفاتورة) إلى المشتري متضمنة شروط البيع، ولم يقم المشتري برفض هذه الشروط أو الاعتراض عليها - فيعتبر سكوته قبولاً^١.
- ٦- إذا أنشأ المتعاقدان العقد بالإشارة المتداولة عرفاً، فإن ذلك جائز ولو كانت من العاطق، من دون أن يقتيد بالخبر، وهو ما ذهب إليه المالكية والحنابلة^٢، فقد أجازوا التعبير عن الإرادة من الناطق بالإشارة المفهمة؛ لأنها أولى في الدلالة من الفعل الذي يعقد به العقد^٣.

^١ أثر العرف وتطبيقاته للحاصرة في فقه المعاملات المالية للدكتور عادل بن عبد القادر قوته، البنك الإسلامي للتنمية جلد ١٤٢٨ هـ: ص ٧٢-٧٣.

^٢ الشرح الكبير: ٢/٣؛ والمغني: ٥/٥٦٢.

^٣ الفقه الإسلامي وأدلته للرحيلي: ٤/٢٩٤١.

المبحث التاسع: القواعد الفقهية في كتاب الشركة

٩٤ - القاعدة الأولى: [المسلمون عند شروطهم]

هذه القاعدة التي هي في الأصل جزء من الحديث النبوي، وقد أوردها المصنف -رحمه الله- في باب استحقاق الربح في الشركة للاستدلال بها على استحقاق الربح بالشرط. حيث قال ما نصّه: "ولكننا نقول: استحقاق الربح بالشرط. فإنما يستحق كل واحد منهما بقدر ما شرط له؛ لقوله - صلى الله عليه وسلم - «المسلمون عند شروطهم»^١. ثم جواز هذا العقد لحاجة الناس إليه، والحاجة ماسة إلى هذا الشرط، فقد يكون أحدهما أحدق من الآخر في وجوه التجارة؛ فلا يرضى بأن يساويه صاحبه في استحقاق الربح مع حداقه، وخرق صاحبه"^٢.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بمفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في بدائع الصنائع^٣: "الأصل في الشروط اعتبارها ما أمكن".
- ما جاء في مجامع الحقائق^٤: "يلزم مراعاة الشرط قدر الإمكان".
- ما جاء في قواعد الفقه^٥: "الوفاء بالشرط واجب".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة نص حديث نبوي كريم، وهو وإن كان لفظه الخيزر إلا أن معناه الأمر، أي اثبتوا على شروطكم وقفوا عندها وأوفوا بها. وهو أصل من أصول المعاملات والعقود المالية. وأفادت القاعدة بأن المسلمين يوفون شروطهم التي التزموا بها؛ لأن الشرط الذي يشترطه الإنسان على نفسه نوع من الوعد، والوعد يجب الوفاء به، ونقضه من صفات المتناقضين، لكن إذا كان الشرط مخالفاً للشرع بأن يحل حراماً أو يحرم حلالاً فلا يجوز اشتراطه ولا الوفاء به.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا تساوى الشريكان في رأس المال واشترطوا أن يكون الربح بينهما ثلاثاً، أو تفاوتا في رأس المال فكان لأحدهما ألف وللآخر ألفان، واشترطوا أن يكون الربح بينهما نصفين، فإن كل ذلك جائز عند الحنفية فيستحق كل واحد منهما بقدر ما شرط له بناء على القاعدة^٦.

^١ أخرجه البخاري معلقاً بصيغة الجزم في صحيحه، كتاب الإجارة، باب أجرة المستسرة: ٩٢/٣.

^٢ الميسوط: ١٥٧/١١.

^٣ ٩٨/٦.

^٤ لأبي سعيد الخداسي، مطبعة الحاج عمر أفندي البسنوي، طبعة عام ١٣٠٣هـ: ص ٤٧.

^٥ محمد عميم الإحسان البركتي، الصدف بيلشرز -سكراشي، ط. الأولى عام ١٩٨٦م: ص ١٣٨.

^٦ الميسوط: ١٥٨/١١.

- ٢- إذا شرط الناظر في صيغة الوقف النظر لنفسه أو لغيره، اتبع شرطه وعمل به؛ لأن المسلمين عند شروطهم^١.
- ٣- لو شرط رب السلم التسليم في بلد أو قرية فحيث سلم إليه في ذلك الموضع فهو جائز وليس لرب السلم أن يتخير مكاناً؛ لأن المشروط هو التسليم في مكان منه مطلقاً، وقد وجد، وإن سلم في غير المكان المشروط فلو لمسلم أن يأبى؛ فالمسلمون عند شروطهم^٢.
- ٤- إن قال الرجل لآخر: اقض عني ديني لترجع علي، فقضى عنه الدين، رجع عليه ليأخذ منه ما قضى عنه؛ لأنه التزم بذلك، والمسلمون عند شروطهم^٣.
- ٥- لو شرط المؤجر على المستأجر التأجيل في عوض عقد الإجارة، وجب عليه اتباع شرطه الذي التزم به؛ لأن المسلمين على شروطهم^٤.
- ٦- إذا باع بشرط البراءة من العيوب كلها صح البيع والشرط ولم يجوز له الرد بعيب، عند الحنفية^٥.

^١ إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين للشيخ أبي عثمان بن محمد، دار الفكر للطباعة والنشر، ط. الأولى ١٩٩٧م: ٢١٧/٣.

^٢ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٢١٣/٥.

^٣ المجموع شرح للمهذب: ٣٠/١٤.

^٤ كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار لتقي الدين الحصيني أبو بكر بن محمد، بتحقيق علي بطيحي، دار الخنزير - دمشق، ط.

الأولى ١٩٩٤م: ص ١٩٦.

^٥ العجريد للقشوري: ٢٤٨٧/٥.

٩٥- القاعدة الثانية: [اشتراط الضمان على الأمين باطل]

وردت هذه القاعدة في باب استحقاق الربح في طريق الشركة لبيان عدم وجوب الضمان على الشريكين لكونهما أمينان لما في يدهما من المال، حيث قال المصنف ما نصه: "ثم الربح يستحق بالعمل بدون المال - وهو في المضاربة - فبالعمل مع المال أولى. (ثم) الوضعية هلاك جزء من المال، وكل واحد منهما أمين فيما في يده من مال صاحبه، واشتراط الضمان على الأمين باطل^١."

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في تبين الحقائق شرح كثر الدقائق^٢: "لا يجوز اشتراط الضمان على الأمين".
- ما جاء في السير الكبير^٣: "اشتراط الضمان على الأمين وقيل تأكد الحق بالإحراز باطل".
- ما جاء في شرح منتهى الإرادات^٤: "يلغى شرط شرط ضمان أمانة".
- ما جاء في المعونة^٥: "أصل القراض موضوع على الأمانة، فإذا شرط فيه الضمان فذلك خلاف موجب أصله".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة بأن اشتراط الضمان على الأمين باطل بحكم الشرع؛ لأنه باستصحاب الحال براءة الذمة من الضمان، وعليه فلا يجوز اشتراط الضمان على الأمين الذي لم يجب عليه الضمان إلا بالتعدي والتقصير.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- لو شرط شخص على الراعي ذبح ما خيف هلاكه من اللواشي، فلم يذبحه، فهلك، ينبغي ألا يضمن؛ لأن في هذا العقد شرط فيما مات سحفت أنفه وثمة لا يضمن، كذلك فإن الراعي أمين، واشتراط الضمان على الأمين باطل^٦.

^١ للبسوط: ١٥٧/١١.

^٢ ٣١٨/٣.

^٣ ص ١٢٠٢.

^٤ ٢٩٣/٢.

^٥ ١١٢٢/١.

^٦ مجمع الضمانات: ص ٣٣.

- ٢- لو أودع الرجل ثيابه عند الخمامي فضاعت، فاشتراط الضمان عليه باطل؛ لأنه أمين بحفظ الثياب فلا يجب عليه الضمان^١.
- ٣- إذا أودع أمير السرية رجلاً شيئاً من الغنائم في دار الحرب واشتراط عليه ضمانه إن استهلكه، كان هذا الشرط باطلاً؛ لأنه مخالف لحكم الشرع من حيث اشتراط الضمان على الأمين^٢.
- ٤- إذا شرط الرجل الضمان على الأجير المشترك فيما تلف، فإنه لا يجب الضمان إلا ما كان التلف يصنعه في قول الحنفية؛ لأنه أمين واشتراط الضمان على الأمين باطل^٣.
- ٥- إذا شرط ربّ الوديعة على المستودع ضمان الوديعة، فقبله أو قال: أنا ضامن لها. لم يضمن؛ لأنه شرط ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه، فلم يلزمه^٤.

^١ البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٢٧٤/٧.

^٢ شرح السير للسرخسي: ص ١٢٠٢.

^٣ غمر عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر: ١٣٣/٣.

^٤ المغني لابن قدامة: ٤٣٧/٦.

٩٦- القاعدة الثالثة: [تحصيل مقصود المتعاقدين بقدر الإمكان واجب]

وردت هذه القاعدة في باب شركة المفاوضة^١ للتعليق بما على شركة العنان العام، حيث قال المصنف ما نصه: "ثم تكون الشركة بينهما عتائاً؛ لأنَّ تحصيل مقصود المتعاقدين بقدر الإمكان واجب، والعنان قد يكون عاماً وقد يكون خاصاً، وهذا عتائ عام"^٢.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنحوها في كتب الفقهاء الآتية:

- ما جاء في ثمانية المطلب في دراية المذهب^٣: "العقد ينزل على مقصود المتعاقدين".
- ما جاء في القواعد النورانية^٤: "العقود تصح بكل ما دلَّ على مقصودها من قول أو فعل".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تتعلق هذه القاعدة بقاعدة: العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني. وتفيد بأنَّ تحصيل وتحقيق ما يقصده المتعاقدان من العقد يجب حصوله بقدر الإمكان، ولو خالف اللفظ المنطوق به إذا قامت قرينة على المقصود، وإذا لم تقم قرينة فلا يهمل اللفظ.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا قال الرجل لآخر: وهبك هذا الثوب بألف درهم. فقال الآخر: قبلت. كان العقد عقد بيع ابتداءً أو انتهاءً، وليس بعقد هبة؛ لذكر العوض في العقد بحرف الباء^٥.
- ٢- إذا استصنع الرجل عند خياط ثوباً مرصوف الطول والعرض والرفعة والجنس، ينسجه من غزل الخائل، أو من قماش الخياط، وضرب لتسليم هذا الثوب أجلاً، وتعجل الثمن، كان جائزاً وكان عقد سلم لا خيار له فيه، وليس عقد استصناع^٦.
- ٣- لو قال الرجل لآخر: خلعت سبيلك، ولا سبيل لي عليك، لأن نفي السبيل يكون بالبيع ويكون بالكتابة ويكون بالعق، فهي كتابات ولا يتعين المراد منها إلا بمقصود المتعاقدين^٧.

^١ المفاوضة: هي شركة متسلطين، مآلاً وتصرفاً وديناً. (التعريفات للجرجاني: ص ٢٢٣).

^٢ المبسوط: ١٧٨/١١.

^٣ للمجيب: ١٩٥/٥.

^٤ لابن تيمية أحمد: ص ١٦٠.

^٥ المحيط البرهاني في الفقه النعماني: ٢٦١/٣.

^٦ المبسوط للسرخسي: ٨٥/١٥.

^٧ الاختيار لتحليل المختار: ١٩/٤.

٩٧- القاعدة الرابعة: [مطلق الإقرار بالعقد يتناول الصحيح من العقد]

أورد الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في باب خصومة المتفاوضين فيما بينهما عقب الحديث عن افتراق المتفاوضين في عقد المفاوضة بعد إقرارها بذلك، حيث قال المصنف: "موجب المفاوضة المساواة في ملك المال. فاتفقهما على المفاوضة يكون اتفاقاً على حكمها، وهو أن المال بينهما نصفان، ثم مدعي التفاوت يكون راجعاً بعد الإقرار، ومناقضاً في كلامه، ولأن مطلق الإقرار بالعقد يتناول الصحيح من العقد، ولا تصح المفاوضة إلا بعد التساوي بينهما في المال"^١.

لوثيق القاعدة:

- ما جاء في حماية المطلب في دراية المذهب^٢: "الإقرار بالعقد المطلق عمول في الألفاظ على الصحيح".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تتعلق القاعدة بالأحكام المتعلقة بالإقرار، وتدل على أن الأصل في العقود الشرعية عند الإطلاق الصحة؛ لأن مقصود المتعاقدين إيقاعها صحيحاً، كما أن الشرع قصد من إباحة العقود تبادل للمنافع، فعبثاً على الصحة لا الفساد، وعليه إذا أقر مكلف مطلقاً بعقده فإنه لا يتناول إلا الصحيح من العقود، ولا ينصرف إلى الفاسد منها. وبناء على ذلك فإن مدعي صحة العقد متمسك بالأصل، ومدعي الفساد متمسك بخلاف الأصل فعليه البينة، وعلى المتمسك بالأصل البين ويكفي قوله.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا تفاوض اثنان وافترقا، ثم ادعى أحدهما أن صاحبه كان شريكه بالثلث، وادعى صاحبه النصف، وكلاهما مقرّ بالمفاوضة، فجميع المال من العقار وغيره بينهما نصفان؛ لأن موجب المفاوضة المساواة في ملك المال، فاتفقهما على المفاوضة يكون اتفاقاً على حكمها، وهو أن المال بينهما نصفان. ثم مدعي التفاوت يكون راجعاً بعد الإقرار ومناقضاً في كلامه، ولا تصح المفاوضة إلا بعد التساوي بينهما في المال^٣.
- ٢- إذا اختلف المتبايعان أحدهما يدعي الصحة والآخر يدعي الفساد شرطاً فاسداً أو أجلاً فامداً كان القول قول مدعي الصحة والبينة بينة مدعي الفساد^٤.

^١ المبسوط: ١٨٨/١١.

^٢ لأبي المعالي الجويني: ٥١٥/١٢.

^٣ المبسوط للسرخسي: ١٨٨/١١.

^٤ البحر الرائق شرح كثر المدقات: ١١٥/٧.

- ٣- إذا أمر الشخص رجلاً أن يضمن لرجل ألف درهم ويكفله بما، فضمنها، فهي لازمة على الكفيل، يأخذه بما الطالب؛ لأنه التزمها، ولا يكلف الذائن تفسير وجه هذا المال، ولكن يؤخذ الكفيل بالضمان بإقراره أو بالبيعة التي قامت للطالب عليه بالضمان؛ لأن عقد الكفالة مطلق وهو مبني على الصحة^١.
- ٤- إذا أمر بائع العقار، أو المركبة بأصل عقد البيع فإنه إقرار بصحته وكذلك بما يتضمنه من وجوب تسجيل العقار أو المركبة باسم المشتري في الدوائر المختصة.

^١ الأصل للشيان: ٤٦٧/١٠.

٩٨- القاعدة الخامسة: [الدافع بغير حق ضامن كالقابض]

وردت هذه القاعدة في باب خصومة المفاوضين فيما بينهما في معرض الكلام عن المودع يدفع الوديعة إلى من ليس بشريك فيها، حيث قال المصنف -رحمه الله ما نصّه: " وإن قال -أي المستودع-: دفعته إلى الآخر وكذبه ذلك ضمن نصف ذلك للمال للذي أودعه؛ لأن بعد الفرقة ليس له حق دفع نصيب المودع إلى شريكه، وله حق دفع نصيب الشريك إليه، فكان هو في نصيب الشريك محيراً بأدلة الأمانة، وفي نصيب المودع مقراً بالضمان على نفسه يدفعه إلى غيره. ثم ما يقبضه المودع يكون بينهما نصيبين؛ لأن المودع غير مصدق في وصول نصيب الشريك إليه لما كذبه، فجعل ذلك كالناوي، فكان ما بقي بينهما نصيبين. وإن صدقه الشريك بذلك فالمودع بالخيار: إن شاء ضمن شريكه نصيبه؛ لأنه قبضه، ولا حق له فيه، وإن شاء ضمن المودع؛ لأنه دفع نصيبه إلى شريك بعد انتفاض المفاوضة بينهما، والدافع بغير حق ضامن كالقابض^١.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة بأن من أعطى استحقاقاً لغير صاحبه بغير حق أو بغير إذن من صاحبه فهو ضامن لما دفعه، وبأخذ حكم القابض للعين بغير حق؛ فقبض العين بغير حق يكون موجبا للضمان؛ لما فيه من التفويت على المالك، فكذا ذلك دفع الشيء بغير حق.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا أدى المودع الوديعة إلى شريك المودع بغير إذنه، وأقر على ذلك، فصدقه الشريك بذلك، يكون المودع بالخيار، إن شاء ضمن شريكه نصيبه؛ لقبضه إياه من غير حق، وإن شاء ضمن المودع بنصف المال الذي أودعه؛ لأنه قد دفع نصيبه إلى شريك بغير حق^٢.
- ٢- لو اشترى الرجل في القراض خمرًا أو خنزيرًا ودفع الثمن، فالشراء باطل، ويكون ضامناً للمال الذي دفعه؛ لكونه دافعاً للمال بغير حق فيجب عليه الضمان^٣.
- ٣- إذا دفع مهر زوجته لأبيها أو أخيها - بغير رضاها - فهو ضامن ولا تبرأ ذمتها من المهر؛ لأنه دفع لغير صاحب الحق بغير إذن أو رضى منه^٤.

^١ المبسوط: ١١/١٩٢.

^٢ المرجع السابق نفسه.

^٣ مختصر للنووي: ٨/٢٢٢.

^٤ موسوعة القواعد الفقهية: ٢-٣١٣/٣.

٩٩- القاعدة السادسة: [من ملك مباشرة الشيء يملك الإقرار به]

وردت هذه القاعدة في باب إقرار أحد المتفاوضين بالرهن والارتحان في معرض كلامه عن صحة إقرار أحد المتفاوضين بالرهن والارتحان، حيث قال المصنف -رحمه الله- ما نصّه: ^١ قال: وإقرار أحد المتفاوضين بالرهن والارتحان جائز. كما يصح إقراره بالإيفاء والاستيفاء؛ لأن كل واحد منهما قائم مقام صاحبه في ذلك، ومن ملك مباشرة الشيء ملك الإقرار به".^٢

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في نبيين الحقائق^٣: "من ملك شيئاً ملك الإقرار به".
- ما جاء في المغني^٤: "من ملك شيئاً ملك الإقرار به".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة بأن من ملك أن يباشر الشيء بنفسه ويقوم به، وملك السلطة عليه فإنه كذلك يملك الإقرار به الذي هو الاعتراف بحق للآخر على نفسه.
من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا أقر أحد المتفاوضين في الشركة بالرهن والارتحان فذلك جائز، كما يصح إقراره بالإيفاء والاستيفاء؛ لأن كل واحد منهما قائم مقام صاحبه في مباشرة ذلك.^٥
- ٢- إذا أقر الصبي المأذون بالدين والغصب واستهلاك المال فذلك جائز؛ لأنه متى ملك مباشرة التجارة وضرورتها ملك الإقرار بالدين التي هي من ضرورات التجارة.^٦
- ٣- إذا وكل الشخص أحداً بقبض دين على أبي الوكيل أو ولده، فقال الوكيل: قد قبضته وملك في يدي، وكذبه الآخر، فالقول قول الوكيل مع يمينه؛ لأن الوكالة لما صحت بالقبض منهما صار الوكيل مسلطاً من جهة الأمر.

^١ المبسوط: ٢٠٣/١١.

^٢ ٢٢١/٥.

^٣ ٣١٩/٤.

^٤ المبسوط: ٢٠٣/١١.

^٥ تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٢٢١/٥.

على الإقرار بالقبض، والمال بيده أمانة. فهو يدعي براءة ذمته عند هلاك المال في يده بخير عمل منه. والقول قول الأمين^١.

٤- إذا أذنت المرأة للزوج أن يأن يزوجها فلما أذنت أقر أنه زوجها صح إقراره؛ لأنه مبني على إذنها، واستدل الحنابلة على هذا بأنه يملك أصل التزويج فيملك الإقرار به أيضًا^٢.

^١ المبسوط: ٧٥/١٩.

^٢ شرح زاد المستفيع لأحمد بن محمد الحنبل: ٣٩٦/٦.

١٠٠ - القاعدة السابعة: [العقد إذا لم يكن مقيداً كان باطلاً]

وردت هذه القاعدة في باب ارتد أحد المتفاوضين وخلق بدار الحرب في معرض الكلام عن البيع المقيد، حيث قال المصنف - رحمه الله - ما نصّه: " لأن هذا العقد غير مقيد، فإن العين قبل هذا العقد من شركتهما، وبمده كذلك، والعقد إذا لم يكن مقيداً كان باطلاً؛ لأن العقود الشرعية أسباب مشروعة للفائدة، فإذا خلت منها كانت لغوا، واللغو لا يكون مشروعاً^١."

توثيق القاعدة:

- ما جاء في درر الحكام^٢: "كل ما لا يختلف باختلاف المستعملين فالتقييد فيه لغو".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

من المقرر لدى العلماء بأنه يلاحظ في التقييد أن يكون مقيداً يترتب عليه أثر، وإلا فلا يؤبه به، ولا ينظر إليه عند حصول النزاع بين المتعاقدين. وهذه القاعدة جاءت لإفادة هذا المعنى وهو أن العقد إذا لم يكن مقيداً فهو باطل، ولا يعتبر شرعاً، فإذا باع أحد شيئاً واختص المشعري بملكه فبالتالي يصير العقد مقيداً، ووجب به الثمن وهو جائز.

من تطبيقات القاعدة:

١- لو اشترى أحد الشريكين شيئاً من ثوب أو غيره من شريكه للتجارة، كانت عملية الشراء باطلة؛ لأن هذا العقد غير مقيد، فإن الثوب كما كان قبل هذا العقد من شركتهما كان كذلك بعد العقد، فلم تحصل من العقد فائدة التي شرع العقد من أجله.

٢- إذا يكون الوكيل قادراً على تحصيل مقصود الموكل، بما سمى له، كان هذا العقد مقيداً للمقصود، وبذلك يصح العقد وإلا كان العقد باطلاً؛ لأن الوكالة غير مقصودة لعينها، بل المقصود منها شيء آخر يحصل للموكل^٣.

٣- لو استأجر أحد داراً بشرط أن يسكنها هو، فله إيجارها من غيره، وإعارة؛ لاستيفاء المنفعة التي له أن يستوفيها...؛ لأن السكنى لما لم تكن متفاوتة لم يعتبر ذلك القيد؛ لأنه غير مقيد^٤، وهذه المسألة مبنية على مطلق العقد، ولكن إذا نص حين العقد على خلاف ذلك من عدم الإجارة، أو الإعارة لشخص آخر، فلا من اعتبار هذا الشرط.

^١ المبسوط: ٢١٦/١١.

^٢ ص ٨٩.

^٣ ٣٨/١٩.

^٤ مجلة الأحكام العدلية: م/٤٢٧-٤٢٨؛ مع الشرح العلامة حيدر: درر الحكام: ٤٦٣/١.

- ٤- لو ابتاع الشخص دابة ليحمل ثوبًا معينًا فحمل عليها ثوبًا من جنس آخر لم يضمن؛ لأن التقييد ينجس ثوب غير مفيد؛ فإن سائر أجناس الثياب مثل الثوب المقيّد في الضرر على الدابة^١.
- ٥- تقييد استعمال السيارة مفيد معتبر من قبل المولج، فيضمن المستأجر إن خالف؛ وهلكته بمخالفته.
- ٦- إذا خالف المضارب ما قيده رب المال: من الاتجار في بلد، أو سلعة معينة، أو وقت معين، أو مع شخص عينه له؛ لأن المضاربة تقبل التقييد المفيد، ولو كان التقييد بعد العقد، لم يصر المال عروضيًا، فإذا خالف في هذه الأموال ضمن بمخالفته^٢.

^١ المبسوط: ١٣٩/١١.

^٢ موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية: ٣٠٠/١.

١٠١- القاعدة العامة: [البديل يملك بملك الأصل]

وردت هذه القاعدة في باب الشركة الفاسدة في معرض الكلام عن مفاوضة في المجهول، حيث قال المصنف: "ولو وكل إنساناً بأن يحتطب له لم يصح التوكيل، وكان الحطب الذي لم يحتطب دون الموكل، فكذلك الشركة؛ لأن كل واحد منهما - في المعنى - يوكل صاحبه مباشرة بعض ذلك العمل له، ولأن الاحتطاب اكتساب، والاكتساب في المحل المباح يوجب الملك للمكتسب، وكل واحد منهما يشترط لنفسه بعض كسب صاحبه من غير رأس مال، ولا ضمان له فيه. أو يصير كل واحد منهما كالمفاوض مع صاحبه بنصف ما يكتسبه صاحبه، وهذا مفاوضة في المجهول؛ فلا تكون صحيحة، ولكل واحد منهما ما احتطب ولقته إذا باع؛ لأن البديل يملك بملك الأصل".^١

توثيق القاعدة:

- ما جاء في فتح القدير^٢: "إنما يملك البديل بملك الأصل".
- ما جاء في الحاوي الكبير^٣: "ما يوجب ملك بديل الشيء يكون تمليك مبدله".

شرح مفردات القاعدة:

بديل: في اللغة: هو الخلف من الشيء وجمعه أبدال. وتبدل الشيء وبه، واستبدله به، وأبدله منه وبديله منه: اتخذ منه بدلاً، وجعل مكانه شيئاً آخر^٤.

ولا يخرج معناه في اصطلاح الفقهاء عن اللغوي مع أنهم أضافوا إليه قيداً لا بد من مراعاته حتى يكون البديل معتبراً شرعاً، فقالوا: إن البديل هو "إقامة شيء مكان آخر عند تعذره". أي أن البديل لا يصار إليه ولا يعتد به إلا عند تعذر الأصل^٥.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

يملك الأصل بأحد أسباب التمليك ووسائله المشروعة، كالعقد والإرث والهبة والهدية، وأمثال ذلك. ومن هنا ينشأ السؤال: هل بديل الأصل عند فقدان الأصل يملك بنفس السبب الذي يملك به الأصل أو يعيب جديد؟ أفادت

^١ المبسوط: ٢١٦/١١.

^٢ ٥٠١/٤.

^٣ ٢١٧/٧ بتصرف يسير.

^٤ القاموس المحيط: مادة ب د ل.

^٥ بدائع الصنائع: ٣٠٣/٢.

هذه القاعدة بأن بدل الأصل عند فقدان الأصل يملك بنفس السبب الذي يملك به الأصل لا بسبب جديد يختلف عن سبب الأصل.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا احتطب اثنان فلكل واحد ما احتطب وثمنه إذا باعه، فالثمن بدل المخطب والمخطب ملكه فيكون الثمن ملكه، وليس لأحدهما من ثمن ما احتطب الآخر شيء. حتى لو قال أحدهما للآخر: احتطب لي ولك أجره لأن الاحتطاب مباح ولا توكيل في تحصيل المباح^١.
- ٢- تصح الإجارة بأجرة موجلة، ولو لم تجعل موجودة كان ديناً بدين وهو حرام لا محالة، وإذا كانت موجدة وجب ثبوت الملك بالعقد؛ لوجود المقتضي وانقضاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البذل^٢.
- ٣- من باع عرضاً للتجارة بعرض آخر، فإن الثاني يكون للتجارة، وإن لم ينو، فتجب فيه الزكاة كما تجب في الأصل؛ لأن البذل يملك بمثل الأصل^٣.
- ٤- إذا هدم بعض الوقف، فإن تعذر إعادة عينه بيع وصرف ثمنه إلى العمارة؛ لأن البذل يقوم مقام المبدل فيملك بنفس سببه ويصرف مصرف البذل^٤.

^١ المبسوط: ٢٦٦/١٦.

^٢ فتح القدير: ٦٨/٩.

^٣ معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية: ١٤٣/١٢.

^٤ روضة الطالبين: ٣٦٠/٣.

المبحث العاشر: القواعد الفقهية في كتاب الوقف^١

١٠٢- القاعدة الأولى: [تصرف المريض مرض الموت في الحكم كالمضاف إلى ما بعد الموت]

وردت هذه القاعدة في أول كتاب الوقف في معرض الحديث عن حكم تصرف المريض مرض الموت، حيث قال المصنف ما نصه: "لو نفذ في مرضه فهو كالمضاف إلى ما بعد الموت؛ لأن تصرف المريض مرض الموت في الحكم كالمضاف إلى ما بعد الموت حتى يعتبر من ثلثه وخصوصاً فيما لا يكون تمليكاً كالتعق كآته يجعله موقوفاً على ما يظهر عند موته والصحيح أن ما باشره في المرض بمنزلة ما لو باشره في الصحة في أنه لا يتعلق به لزوم، ولا يمنع الإرث بمنزلة العارية إلا أن يقول في حياته وبعد موته فحينئذ يلزم إذا كان مؤبداً وصار الأبد فيه كعمر الموصى له بالخدمة في لزوم الوصية بعد الموت"^٢.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في شرح مختصر الطحاوي^٣: "تصرف المريض إذا اتصل به الموت: بمنزلة الوصية فيما يعتبر فيه الثلث".
- ما جاء في عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة^٤: "كل تبرع في مرض الموت فهو محسوب من الثلث وإن كان متجزئاً".
- ما جاء في المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد^٥: "كل تبرع متجزئ من هبة ومحابة ونحوهما في مرض الموت للمخوف القاطع صاحبه فلا يجوز لوارث ولا زيادة على الثلث لغيره إلا بإجازة الورثة".

شرح مفردات القاعدة:

مرض الموت: وهو كل مرض يخوف يستعد الإنسان بسميه لما بعد الموت كالطاعون، والقولنج، وذات الجنب، والرعاف الدائم، والإسهال المتواتر، وقيام الدَّم، والمثل في انتهائه، والفالج الحادث في اجتدائه، والحمى المطبقة؛ لأن

^١ الوقف اصطلاحاً: عبارة عن حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنافع على الفقراء مع بقاء العين: (أنيس الفقهاء للقونوي تقاسم بن عبد الله: ص ٢٠).

^٢ المبسوط: ٢٧/١٢.

^٣ لأحمد بن علي الجصاص: ١٧٤/٤.

^٤ ١٢٢٠/٣.

^٥ محمد التتبن ابن تيمية عبد السلام بن عبد الله، مكتبة المطارف - بالرياض، ط. الثانية ١٩٨٤ م: ٣٧٧/١.

هذه الأمراض يظهر معها خوف الموت ومن الأمراض المعاصرة كالسّرطان، والإيدز وهو فيروس القوّز المناعي البشري، والتهاب الكبد من النوع سي ونحوها^١.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد القاعدة بأن تصرف المريض حال مرض موته يعتبر وصية منه، فلا ينفذ إلا من ثلث التركة، وبأخذ أحكام الوصية بحيث أنها لا تنفذ إلا إذا بقي من المال ما يسعها بعد أداء الحقوق التي على التركة كالدينون. فإن أحكام المريض مرض الموت لا تشبه أحكام الأصحاء أو المرضى الذي لم يتصل مرضهم بموتهم. فلا تنفذ تصرفات هذا إلا من ثلثه، وما زاد عن الثلث فلا بد فيه من إجازة الورثة.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- من وقف في مرضه الذي مات فيه، أو قال: هو وقف بعد موتي. ولم يخرج من الثلث، وقف منه بقدر الثلث، إلا أن تجيز الورثة؛ لأن الوقف في مرض الموت، بمنزلة الوصية، في اعتباره من ثلث المال^٢.
- ٢- إذا دفع المريض مرض الموت زكاته إلى أخته ثم مات وهي وارثته، أجزأته ووقعت موقعها، فإن كان له وارث آخر ردت الزكاة؛ لأنه لا وصية لو ارث^٣.
- ٣- إذا كان حق الورثة متعلقاً بمال مريض مرض الموت، فلا يجوز إلا في قدر الثلث، وكذا البيع، والخصاء قدر ما لا يتغابن الناس فيه، وإبراء الغريم، والعفو عن دم الخطأ يعتبر ذلك كله من الثلث، والصدقة لتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت فيها وراء الثلث^٤.

^١ الوسيط في الفقه: ٤/٤٢٦.

^٢ المرجع السابق: ٦/٢٥.

^٣ الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي: ص ١٤٢.

^٤ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٧/٣٧٠.

١٠٣ - القاعدة الثانية: [تعامل الناس من غير تكثير حجة]

وردت هذه القاعدة في أول كتاب الوقف عقيب ذكر الأدلة على مشروعية الوقف، حيث قال المصنف -رحمه الله- ما نصّه: " والناس تعاملوا به من لدن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إلى يومنا هذا يعني اتخاذ الرابطات والمخائن وتعامل الناس من غير تكثير حجة"^١.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في المحيط البرهاني^٢: "توارث الناس من غير تكثير متكرر حجة شرعاً".

- ما جاء في كتاب الأصل^٣: "تعامل للمسلمين على شيء من غير تكثير بينهم حجة".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة متفرعة عن القاعدة الكبرى وهي: العادة محكمة، وتفيد بأن تعامل الناس وتصرفاتهم فيما بينهم بالمعاملات التي هي في الأصل على الإباحة من غير أن يكون هناك إنكار عليها من أهل العلم، فهو دليل على أن هذا التعامل مشروع يتفق مع النصوص الشرعية، فيترك به القياس؛ لأن تصرفات الناس فيما بينهم لو كان معارضاً لحكم الشارح لوجد من أهل العلم من ينكر على الناس تعاملهم به، لعدم جواز سلوكهم عما هو مخالف للحق، وتحريم كتمانهم لحكم الشرع في تصرفات المكلفين وتعاملهم.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- يصح استعجار الأرض للزرع بشرط أن يبين المستأجر ما يزرع، لجريان العادة باستعجار الأراضى للزراعة من غير وجود تكثير متكرر^٤.
- ٢- تعامل الناس بشركة الوجوه^٥ من بعد رسول الله -صلى الله عليه وسلم- إلى يومنا هذا من غير تكثير متكرر، فهو الأصل على جواز الشركة، وهذا خلافاً للإمام الشافعي -رحمه الله- الذي يرى بطلان شركة الوجوه^٦ بناء على أصله على أن الأصل شركة المالك^٧.

^١ المبسوط: ٢٨/١٢.

^٢ ٣٦٠/٢.

^٣ للشيباني: ص ٢٢ من المقدمة.

^٤ مجمع الأنهر شرح ملقى الأثر: ٣٧٦/٢.

^٥ شركة الوجوه: وهي أن يشتركا الرجلان ولا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه. (مختصر القنوري: ص ١١٠).

^٦ الحاوي الكبير: ٤٧٧/٦.

^٧ المبسوط للسرخسي: ١٥٤/١١-١٥٥.

- ٣- عقد الاستصناع^١ جائز؛ لتعامل الناس به في سائر الأعصار من غير نكير فكان إجماعاً منهم على الجواز. ويترك به القياس الذي يأتي جواز الاستصناع؛ لكونه بيع المعلوم^٢.
- ٤- تعامل الناس ببيع المزايمة^٣ في الأسواق من لدن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إلى يومنا هذا من غير نكير دليل على جواز هذا البيع^٤.

^١ الاستصناع: هو بيع عين شرط فيه العمل. للبصوط: ٨٤/١٥.

^٢ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للنكاساني: ٢٠٩/٥.

^٣ بيع المزايمة: وهو بيع من يزيد، وهو ما لم يفاوض المتعاقدان على مبلغ فمن للمساومة ولم يركن أحدهما إلى الآخر ويريد البائع الزيادة

في الثمن عن يزيد. التعريفات الفقهية: ص ٤٩.

^٤ المحيط البيهقي في الفقه النعماني: ٣٨٥/٥.

١٠٤ - القاعدة الثالثة: [الكلام المبهم إذا اقترن به تفسير كان الحكم لذلك التفسير]

أورد الإمام السرخسي - رحمه الله - هذه القاعدة في أول كتاب الوقف لبيان حكم الكلام المحتمل في الوقف، حيث قال ما نصه: "ولو قال وقتت أرضي هذه، أو حبستها، أو حرمتها، أو هي موقوفة، أو محبوسة، أو محرمة فهذا باطل بالاتفاق؛ لأن كلامه يحتمل قلعل مراده وقتتها على ملكي لتكون مصروفة في حاجتي، أو على قضاء ديوني فإن قال لإنسان بعينه وقتتها لك، أو حبستها لك، أو قال هي لك وقف، أو حبس فهو باطل أيضا إلا على قول أبي يوسف فإنه يقول يكون تملكها منه يتم بالتسليم إليه بقوله لك، وقوله وقف، أو حبس باطل، ووجه ظاهر الرواية أن قوله وقف، أو حبس تفسير لقوله لك فيمنع ذلك تملك الغير منه والكلام المبهم إذا اقترن به تفسير كان الحكم لذلك التفسير".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في المحيط البرهاني^٢: "الكلام المبهم إذا تعقبه تفسير فالعبرة بالتفسير".
- ما جاء في تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق^٣: "الكلام المبهم إذا تعقبه تفسير كان الحكم للتفسير".
- ما جاء في مجمع الأئمة شرح ملتقى الأئمة^٤: "الكلام المبهم إذا تعقبه تفسير كان الحكم للتفسير".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

وردت القاعدة لبيان ما يجب في كلام المكلف إذا كان مبهما غير صريح في الدلالة على المعنى، فإذا اقترن به أو تعقبه تفسير وبيان لما تكلم به المكلف، وكان المفسر مما يحتمله الكلام، فإن العبرة تكون بذلك التفسير (الوارد، وينبغي عليه الحكم، ولا يلتفت إلى معنى آخر وإن كان الكلام محتملا له).

من تطبيقات القاعدة:

- ١ - إذا قال الرجل لامرأته: اختاري تطليقة، فقالت: قد اخترتها، فإنها تقع واحدة رجعية؛ لأن قول الرجل تطليقة، بمنزلة التفسير لأول كلامه^٥.

^١ المبسوط للسرخسي: ٣٢/١٢.

^٢ ٢٣٧/٦.

^٣ ٦٠/٥.

^٤ ٣٢٦/٢.

^٥ المبسوط للسرخسي: ٢١٨/٦.

- ٢- إذا قال الرجل لآخر: داري لك عمري سكنى، فالحكم أنها عارية؛ لأن قوله: سكنى تفسير لقوله: عمري. وعليه فإن معنى الكلام يكون: لك سكنها عمرك^١.
- ٣- لو قال الواقف: الأرض وقف على ولد عبد الله فلان وفلان وفلان، فمات أحدهما كان نصف الغلة للفقراء؛ لأن الكلام إذا تعقبه تفسير كان الحكم له فصار كأنه وقف على فلان^٢.
- ٤- لو قال المالك للمضارب: خذ هذا المال، فاعمل به في الكوفة، فإنه يفيد تقييداً ولا يجوز أن يعمل في غير الكوفة؛ لأن قوله: فاعمل، تفسير لقوله خذه. كما أن قوله: فاعمل به، في معنى التفسير؛ لأن الفاء للوصل والتعقيب والذي وصل الكلام إليهم وتعقبه كان تفسيراً له^٣.

^١ المبسوط: ٩٦/١٢.

^٢ المحيط البرهاني في الفقه النعماني: ١٨٥/٦.

^٣ مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر: ٣٢٦/٢.

١٠٥ - القاعدة الرابعة: [الاستعمال بمنزلة الحقيقة في جواز تصحيح الكلام باعتباره]

وردت هذه القاعدة في أول كتاب الوقف في التعليل بما على جواز ذكر اللفظ المستعمل بين الناس الدال الحاجة عند الوقف، حيث قال المصنف ما نصّه: "والحاصل أنه متى ذكر مصرفاً فيه تنصيب على الفقر والحاجة فهو صحيح سواء كانوا يحضون، أو لا يحضون؛ لأن المطلوب وجه الله تعالى ومتى ذكر مصرفاً يستوي فيه الأغنياء والفقراء فإن كانوا يحضون فذلك صحيح لهم باعتبار أعيانهم، وإن كانوا لا يحضون فهو باطل إلا أن يكون في لفظه ما يدل على الحاجة استعمالاً بين الناس لا باعتبار حقيقة اللفظ كالتامس فحينئذ إن كانوا يحضون فالفقراء والأغنياء فيه سواء، وإن كانوا لا يحضون فالوقف صحيح وتصرف إلى فقرائهم دون أغنيائهم؛ لأن الاستعمال بمنزلة الحقيقة في جواز تصحيح الكلام باعتباره".^١

توثيق القاعدة:

وردت هذه القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في المحيط البهائي^٢: "الاستعمال بمنزلة الحقيقة في جواز تصحيح الكلام باعتباره".
- ما جاء في العناية شرح النهاية^٣: "بصير اللفظ بسبب قشو الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة".
- ما جاء كشف الأسرار^٤: "الثابت بالعرف بمنزلة الحقيقة".
- ما جاء في الفرر البهية^٥: "العرف لما يتبادر إلى شيء وحده يصير كالحقيقة للعرفية".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

المقصود بالاستعمال في القاعدة هو العرف القولي الذي يستعمله الناس عادةً وإن كان مخالفاً للحقيقة اللغوية، فأفادت هذه القاعدة بأن استعمال الناس المعروف بينهم لبعض الألفاظ في غير معانيها الحقيقية ينزل منزلة الحقيقة من حيث تصحيح كلام الواقف والمتكلم باعتبار هذا الاستعمال. والعلة في ذلك أن الكلام موضوع للإفهام والمطلوب به ما يسبق إلى الأفهام، فإذا تعارف الناس استعمال اللفظ في شيء من المعاني كان ذلك يحكم الاستعمال كالحقيقة لوجود أمانة الحقيقة فيه وهي المبادرة إلى الفهم.

^١ المبسوط: ٣٤/١٢.

^٢ ١١٦/٦.

^٣ ٢٥٩/٦.

^٤ ١٦٥/٢.

^٥ ٢٠/٤.

فمن المعلوم أن الألفاظ وضعت في الأصل لمعان معينة، ومع توالي الزمان استعمل الناس هذه الألفاظ في معان جديدة أصبحت هذه المعاني هي المقصودة لهم عند استعمال تلك الألفاظ، وبهذا التقل نشأت حقيقة جديدة تسمى بالحقيقة العرفية.

من تطبيقات القاعدة:

١- إذا ذكر الواقف للوقف مصرفاً فيجب أن يكون في كلامه تنصيص على الحاجة، حقيقة كان أو استعمالاً بين الناس كاليتامى والمساكين؛ لأن الغالب فيهم الفقراء، فيصح للأغنياء والفقراء منهم إن كانوا يحصون، وإلا فلفقراهم فقط، ومتى ذكر مصرفاً يستوي فيه الأغنياء والفقراء، فإن كانوا يحصون صح باعتبار أعيانهم وإلا بطل^١.

٢- التفرق في مجلس العقد هو تفرق الأقوال، وإسناد التفريق والتفرق إلى غير الأعيان شائع، فصار بسبب قشو الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة^٢.

٣- اسم الدراهم عند الإطلاق يتناول نقد البلد لوجود العرف الظاهر في التعامل به ولا يتناول غيره إلا بقرينة لترك التعامل به، وإن لم يكن بين النوعين فرق فيما وضع الاسم له حقيقة^٣.

٤- إذا وكل الشخص أحداً بشراء دابة، وكان معروفاً بينهم أنه القرس، أو ذات الخوافر، لم ينصرف هذا المطلق إلا إلى المتعارف بينهم^٤.

^١ المبسوط: ٣٤/١٢.

^٢ البناء شرح الهداية: ١٣/٨.

^٣ أصول المرخسي: ٩٧/٢.

^٤ القواعد الفقهية وتطبيقاتها: ٣٣٨/١.

١٠٦ - القاعدة الخامسة: [الصدقة لا تتم إلا بالقبض]

وردت هذه القاعدة في أول كتاب الوقف وهي مستفادة مما ورد من آثار الصحابة والتابعين، حيث قال المصنف ما نصه: "وروي عن معاذ بن جبل وابن عباس وشريح والحسن والشعبي - رضي الله عنهم - قالوا لا تجوز الصدقة حتى يقبض، وبه تأخذ فنقول إن الصدقة لا تتم إلا بالقبض بخلاف ما يقوله مالك - رحمه الله تعالى -، وهذا لأن المتصدق يجعل ما يتصدق به خالصاً لله تعالى بإخراجه عن ملكه وحقه، ولا يتم ذلك إلا بالإخراج من يده، ولا خلاف فيه بين العلماء رحمهم الله تعالى في الصدقة المنفذة".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في المنشور في القواعد الفقهية^٢: "الهبة لا تملك إلا بالقبض".
- ما جاء في تقرير القواعد وتحرير الفوائد^٣: "القرض والصدقة والزكاة لا يملك إلا بالقبض".
- ما جاء في كنز الدقائق^٤: "الصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض".
- ما جاء في بدائع الصنائع^٥: "لا تتم الصدقة إلا بالقبض".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تبين هذه القاعدة ركناً من أركان الصدقة وكل ما كان متبرعاً به من الهبة والوصية والوقف ولحوقها من التبرعات، وهو أنه لا يتم ملك الشيء المتصدق به، أو للهوب، أو الموصى به، أو المتبرع به إلا بقبض الشيء ممن تبرع له، وإذا لم يقبضه فلا يتم الملك فيه وهو مازال على ملك الواهب أو المتبرع، كما لا يصح الرجوع فيه بعد قبض التبرع.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- لو قال الرجل: له عندي ألف درهم هبة أو ودیعة، فإنما ودیعة ولا تكون هبة، لأن الهبة لا تتم إلا بالقبض، وهو لم يقبضها، فصارت ودیعة^٦.

^١ المبسوط: ٣٢/١٢.

^٢ ٤٠٦/٢.

^٣ لابن رجب الحنبلي: ٣٥٦/١.

^٤ النيسفي: ص ٥٤٢.

^٥ ١٢٣/٦.

^٦ المبسوط: ١٠٢/١٨.

- ٢- إذا وصى الموصي بأكثر من ثلث المال أو بجميع المال، فإن أجازته الورثة إبداء كانت عطية منهم لا تتم إلا بالقبض، وللموصي فيها ما لم يقبض، وإن مات قبل القبض بطلت الوصية كالميتات^١.
- ٣- إذا وهب الرجل لأجنبي في مرضه الذي مات منه هبة، فإن لم يقبضها حتى مات: فالحبة باطلة؛ لأن الهبة لا تتم إلا بالقبض^٢.
- ٤- لو أن رجلاً قال لآخر: وهبت لي ألف درهم، ثم قال: بعدما سكبت، لم أقبضها، فالقول قول الموهوب له؛ لأن الهبة غير مقبوضة، وكذلك الصدقة^٣.
- ٥- إذا قال: الرجل لرجل تصدقت عليك بهذه الدار، غنياً كان المتصدق عليه أو فقيراً ودفعها إليه فقبض منه، فلا سبيل له على الرجوع بوجه من الوجوه^٤.

^١ المجموع شرح المهذب: ٤٠٤/١٥.

^٢ الحاوي الكبير: ٢٩٠/٨.

^٣ عيون المسائل للسمرقندي المختفي: ص ٣٥٠.

^٤ المرجع السابق: ص ٣٥٢.

١٠٧ - القاعدة السادسة: [التبرع لا يصلح سبباً للاستحقاق على المتبرع في غير ما تبرع به]

وردت هذه القاعدة في أول كتاب الوقف في معرض الكلام عن الصدقة الموقوفة، حيث قال المصنف ما نصه: "فأما الصدقة الموقوفة على قول أبي يوسف - رحمه الله - تلزم بالإعلام، وإن لم يخرجها من يده إلى يد المتولي وعلى قول محمد - رحمه الله - لا يتم إلا بالإخراج من يده والتسليم إلى المتولي وهو قول ابن أبي ليلى وحجته في ذلك أن إزالة الملك بطريق التبرع فتمامه بالتسليم كما في الصدقة المنفذة، وهذا لأنه لو لزمه قبل التسليم لصارت يده مستحقة عليه والتبرع لا يصلح سبباً للاستحقاق على المتبرع في غير ما تبرع به فينبغي أن يكون متبرعاً في إزالة يده كما في إزالة ملكه".^١

توثيق القاعدة:

- ما جاء في تبين الحقائق^٢: "المتبرع إذا مضى ما تبرع به فلا يلزمه ما لم يتبرع به".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

موضع هذه القاعدة الصدقة الموقوفة، وتفيد بأن من يتبرع لآخر بشيء معين لا يكون تبرعه هذا سبباً للاستحقاق عليه ومطالبته بشيء آخر غير ما تبرع به.

من تطبيقات القاعدة:

١- لو أوقف الواقف خاناً للمسافرين أو رباطاً للمحتاجين فيم الوقف بمجرد التخلية بينه وبين الناس وإن لم ينزل فيه أحد، وهذا عند أبي يوسف - رحمه الله - وعامة العلماء. وأما عند محمد بن الحسن وابن أبي ليلى - رحمهما الله - لا يتم إلا بالتسليم إلى المتولي أو بنزول الناس فيه.^٣

٢- لو جعل الرجل الأرض من أرضه مقبرة للمسلمين، وبأذن للناس أن يقيموا فيها موتاهم، فيقبضون، فعند محمد لا يجوز له بعدما يخلى بين المسلمين وبينها ويقبروا فيها إنساناً واحداً أو أكثر من ذلك أن يرجع في شيء منها، وكذلك لو جعل السقاية في أرض له فيجعل فيها بئراً أو حوضاً للناس يستقون منه ويشربون ويتوضؤون، ويجعل في ذلك والياً يقوم عليها ويدفع ذلك إليه، ويخلى بين الناس وبينها، فليس له أن يرد شيئاً من ذلك إلى ملكه بعد ذلك.^٤

^١ المبسوط: ٣٥/١٢.

^٢ ٣٣٨/١.

^٣ الأصل للشيباني: ١٩٦/١٢ والمبسوط: ٣٥/١٢.

^٤ الأصل للشيباني: ٩٩-٩٦/١٢.

المبحث الحادي عشر: القواعد الفقهية في كتاب الهبة

١٠٨- القاعدة الأولى: [العقد لا ينعقد موجباً ما يضاد المقصود به]

وردت هذه القاعدة في أول كتاب الهبة في معرض الحديث عن بيان حكم الرجوع عن الهبة، حيث قال المصنف - رحمه الله - ما نصّه: "... والعود في الشيء حرام، فكنذلك الرجوع في الهبة، وللعنى فيه أن: الهبة عقد تملك فمطلقه لا يقتضي الرجوع فيه كالبيع؛ وهذا لأن الرجوع يضاد المقصود بالتمليك، والعقد لا ينعقد موجباً ما يضاد المقصود به، وإنما يثبت حق الرجوع قبل تمامه".^١

توليق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في الهداية شرح بداية المبتدي^٢: "العقد لا يقتضي ما يضاده".

- ما جاء في تبيين الحقائق^٣: "العقد لا يقتضي ضده".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

الأصل في العقود بأنها توجب مقصوداً معيناً بما، فإذا لم يتحقق المقصود من انعقاد العقد كان العقد باطلاً؛ لعدم إفادته المقصود. والقاعدة جاءت لتقرر أن العقد لا يكون منعقداً إذا كان فيه ما يناهض المقصود منه.

من تطبيقات القاعدة:

١- المقصود من التوكيل في عقد الوكالة تصرف الوكيل، فإذا صححت الوكالة وجب أن يشمل على جواز التصرف، ولا يكون مضاداً لمقصود العقد^٤.

٢- لا تجوز الهبة من رجلين؛ لأن المقصود من العقد الملك، والعين الواحد لا يتصور كونها ملكاً لكل من الرجلين كاملاً، فيجب الإقسام؛ لكونه يناهض المقصود^٥.

٣- إذا وهب الرجل هبة على أن يرجع فيها. فالعقد باطل غير منعقد؛ لأن الرجوع في الهبة يضاد المقصود منها^٦.

^١ المبسوط: ٥٣/١٢.

^٢ ٢٢٥/٣.

^٣ ٩٨/٥.

^٤ التمهيد للقنوي: ٣٠٧١/٦.

^٥ اللباب في شرح الكتاب: ٦٣/٢.

^٦ المبسوط للرمحي: ٥٣/١٢.

٤ - إذا قال شخص لامرأة إذا تزوجتك فأنت طالق، فإن تزوجها بعد ذلك فإن هذا العقد غير منعقد؛ لأن المقصود من الزواج دوام العشرة لا الطلاق، فالطلاق يضاد مقصود عقد النكاح، فكان هذا عقداً باطلاً. وبناءً على ذلك فلا يقع على المرأة الطلاق؛ لأن العقد الباطل وجوده كعدمه^{١١}.

^{١١} موسوعة القواعد الفقهية: ٤٢٥/٧.

١٠٩ - القاعدة الثانية: [الخلفُ يعمل عمل الأصل عند عدم الأصل]

وردت هذه القاعدة في باب الموانع من الرجوع في الهبة عقب الكلام عن جواز قبض الخلف عن الوصي ما يوجب لمن يعوله، حيث قال المصنف -رحمه الله- ما نصّه: "ولكنه استحسن فقال: فيما يتمحض منفعة لليتيم؛ فمن يعوله خلف عن وليه؛ ألا ترى أنه أحق بحفظه وتربيته. لو أراد أجنبي آخر أن ينزعه من يده لم يكن له ذلك، وأن يسلّمه في تعليم الأعمال فيكون في ذلك بمنزلة وليه، والخلف يعمل عمل الأصل عند عدم الأصل ...^١ .
توثيق القاعدة:

وردت هذه القاعدة بتعبها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في العناية شرح الهداية^١: "الخلف يعمل عمل الأصل عند عدم الأصل".
- ما جاء في بدائع الصنائع^٢: "الخلف يعمل عمل الأصل".
- ما جاء في القواعد^٣: "يقوم البذل مقام الجذل ويسدّ مسدّه ويبيح حكمه على حكم مبدله".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

المقصود من القاعدة واضح حيث أفادت بأنّ الخلف أو البذل أو الصع إنما يقوم مقام أصله أي متبوعه ويعمل عمل أصله عند غياب الأصل وعدم وجوده.

من تطبيقات القاعدة:

١- إذا كان الأجنبي يعول اليتيم وليس بوصي له ولا بينهما قرابة، ولا يوجد لهذا اليتيم أحد سواء، فإنه يجوز أن يقبض ذلك الأجنبي ما يوجب لليتيم؛ لأنّ من يعول اليتيم خلف عن وليه؛ ولأنه أحق بحفظه وتربيته فهو بمنزلة وليّه^٤.

٢- التيمم عند فوات الماء خلف وتبع عن الوضوء فيقوم مقام المخلف عنه والأصل، ويعمل عمله في كل ما اشترط لإباحته الوضوء^٥.

^١ المبسوط: ٦٢/١٢.

^٢ ٥١٥/١٠.

^٣ ١٠٢/١.

^٤ لابن رجب المنبلي: القاعدة الثالثة والأربعون بعد المائة، ص: ٣١.

^٥ المبسوط: ٦٢/١٢.

^٦ الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ٥٣٧.

٣- إذا أمّ مسافر قوماً مقيمين ومسافرين في الوقت فأحدث في صلاته واستخلف رجلاً من المقيمين صحّ استخلافه؛ لأنّ المقيم إنّما صار إماماً بطريق الخلافة ضرورة أنّ الإمام عجز عن الإتمام بنفسه فيصير قائماً مقامه في مقدار صلاة الإمام، إذ الحلف يعمل بعمل الأصل^١.

٤- المال الذي هو بدل عن مال التجارة فإن الزكاة يجب فيه قبل القبض ولكن وجوب الأداء يتوقف على القبض؛ لتتمام ملك المالية في الأصل، والحلف يعمل بعمل الأصل فيجب فيه الزكاة^٢.

^١ بناءً على الصنائع: ١/٢٠٢.

^٢ المبسوط: ١٩٥/٢.

١١٠ - القاعدة الثالثة: [في العقود يعتبر المقصود وعليه ينبنى الحكم]

وردت هذه القاعدة في باب العوض في الهبة لتعليل بما على فساد اشتراط العوض في عقد الهبة، حيث قال المصنف - رحمه الله - ما نصّه: " وفي أحد أقاويل الشافعي - رضي الله عنه - : هو فاسد؛ لأن هذا شرط يخالف مقتضى العقد، فيكون ميّطلا للعقد، وبيانه: أن عقد الهبة عقد تبرع، واشتراط العوض فيه يخالف مقتضاه، وزفر - رحمه الله تعالى - يقول: هذا تمليك مال بمال شرطاً، وكان بيعاً فاسداً ابتداءً كما لو عقد بلفظ البيع، أو التمليك، وهذا لأنّ في العقود يُعتبر المقصود، وعليه ينبنى الحكم^١ .

توثيق القاعدة:

وردت هذه القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في الاختيار لتعليل المختار^٢: "المعتبر المقصود وقت العقد".
- ما جاء في التنبيه على مشكلات الهداية^٣: "الألفاظ لا تراد لعينها بل للدلالة على المعاني".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة وثيق الصلة بأول قاعدة في كتاب الهبة، وتفيد بأنّ العقود الشرعية إنما يعتد فيها مقصود المتعاقدين، وتنبئ أحكام العقد على ما على يدل عليه مقصودهما؛ لذا فإنه يجب تحصيل مقصودهما بقدر الإمكان كما سبق^٤. هذا إذا ظهر المقصود وقام عليه الدليل، وإلا فيكون العمل في بناء حكم العقود على عبارة المتعاقدين أو بما دلّ عليه ظاهر كلامهما. وأما إذا فات المقصود بالمقد أصلاً فحينئذ يثبت للعاقد حق رفع العقد وفسخه.

من تطبيقات القاعدة:

- ١ - إذا باع الرجل الخمر بعين كغوب مثلاً، فالبيع فاسد في حق الثوب وينعقد بقيمة الثوب؛ لأن مقصود المتعاقدين ليس هو تملك الخمر وتمليكها؛ لعدم صلاحيتها لذلك، بل كان تمليك الثوب وتملكه، وعليه ينبنى حكم البيع^٥.
- ٢ - إذا اشترى أحد شيئاً يساوي مائة درهم بمائة مطلقة، فإنه يلزمه مائة درهم، لا مائة دينار وإن لم يشترط؛ لأن الدراهم هي المقصودة فيتعقد به الإطلاق^٦.

^١ المبسوط: ٧٩/١٢.

^٢ ٥٢/٣.

^٣ ١٣٦٨/٣.

^٤ مرّ في كتاب الشركة.

^٥ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٣٠٥/٥.

^٦ التنبيه على مشكلات الهداية: ١٣٦٨/٣.

- ٣- إذا عوض الموهوب له الواهب، فقال: هذا عوض من هبتك، أو ثواب من هبتك، أو بدلها أو مكانها، اعتبر كل ذلك عوضاً، وحصل بهذه الألفاظ مقصود الواهب بديله جزء صنعه، فمجاز بناء حكم العقد على المقصود^١.
- ٤- لو قال شخص لآخر: اشتريت منك كرا من حنطة صفتها كذا بهذا الثوب، وبين شرائط السلم يكون سلفاً، وإن لم يذكر لفظ السلم؛ لأن المقصود من عباراته عقد السلم وهو معتبر وعليه ينبي الحكم، ولا يلتفت إلى اختلاف في العبارات^٢.
- ٥- لو قال مشتري لآخر: يعني هذا الثوب، فقال: بعثك، انعقد البيع من غير احتياج إلى أن يقول ثانياً: "ابتعت"؛ لأن المقصود وجود لفظ دال على الرضا بموجب العقد وقد حصل، فصيح به العقد.

^١ المبسوط للسرخسي: ٧٦/١٢.

^٢ المرجع السابق: ٧٩/١٢.

١١١ - القاعدة الرابعة: [الألفاظ قوالب المعاني، فلا يجوز إلغاء اللفظ وإن وجب اعتبار المعنى، إلا إذا

تعذر الجمع للمنافاة]

وردت هذه القاعدة في باب العوض في الهبة للتعليل بما على جواز تملك المال بلفظ يخالف ظاهر معناه، حيث قال المصنف - رحمه الله - ما نصّه: "وحيثنا في ذلك: أن هذا تملك المال بلفظ يخالف ظاهره معناه، فيكون ابتداءه معتبراً بلفظه، وانتهاءه معتبراً بمعناه، كالهبة في المرض؛ فإن ظاهره تملك في الحال بطريق التبرع، ومعناه معنى الوصية، فيعتبر ابتداءه بلفظه حتى يبطل بعدم القبض، ولا يتم مع الشروع فيما يحتمل القسمة، وانتهاءه معتبراً بمعناه حتى يكون من الثلث بعد الدين؛ وهذا لأن الألفاظ قوالب المعاني، فلا يجوز إلغاء اللفظ - وإن وجب اعتبار المعنى - إلا إذا تعذر الجمع للمنافاة".^١

توثيق القاعدة:

- وردت هذه القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء والأصوليين منها ما يأتي:
- ما جاء في العناية شرح الهداية^٢: "الألفاظ قوالب المعاني فلا يجوز إلغاء اللفظ وإن وجب اعتبار المعنى إلا إذا لم يمكن الجمع بينهما".
 - ما جاء في جواهر العقود^٣: "الألفاظ قوالب المعاني، والأقوال ربما أطلقت وهي مقيدة بالنسبة إلى الفهم والإدراك إذ لا يعرف الشيء إلا بمعرفة معناه ولا يفهم إلا بإيضاح قحواه".
 - ما جاء في قواطع الأدلة في الأصول^٤: "العبارات قوالب المعاني فإذا زادت على المعاني كانت من فضول القول".
- المعنى الإجمالي للقاعدة:

تدلّ هذه القاعدة على أنّ الأصل اعتبار ما دلّ عليه الألفاظ والعبارات من المعاني الظاهرة؛ لأنّها وضعت في الأصل لتدلّ على ما ظهرت من معانيها الموافقة لها فتحمل عليها، وهذا هو المراد من: الألفاظ قوالب المعاني، حيث إن القالب يشتمل على ما أدخل فيه تماماً ولا يكون محتملاً لغير ذلك، فكذلك الألفاظ فهي إنما وضعت للمعاني الظاهر التي أفرجت فيها، فإن تعذر الجمع بين اللفظ والمعنى للمنافاة اعتبر المعنى وعند تعذره يعتبر اللفظ قطعاً.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- من قال لآخر: وهبتك هذه الفرس بخمسين ديناراً فقبل الآخر كان العقد يبرأ وإن كانت الصيغة بلفظ الهبة؛ لأن الهبة بشرط العوض بيع^٥.

^١ المبسوط: ٧٩/١٢ - ٨٠.

^٢ ٤٩/٩.

^٣ محمد بن أحمد المنهاجي الشافعي، بتحقيق مسعد السطحي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط. الأولى ١٩٩٦ م: ٤٦٩/٢.

^٤ لأبي المظفر منصور المروزي: ١٨٥/٢.

^٥ المدخل للدراسة الشرعية: ص ٩٣.

- ٢- وإذا كان لرجل على رجل مال فضمنه له على إبراء الذي عليه الأصل فهو جائز والكفيل ضامن للمال ولا يأخذ الطالب المكفول عنه بشيء؛ لأنهما أتيا بمعنى الحوالة، وإن لم يصرحا بلفظها^١.
- ٣- الهبة في المرض فإنما تخرج في الحال صورة ووصية معنى، فيعتبر ابتداءه بلفظه حتى يبطل لعدم القبض، ولا يتم بالشروع فيما يحتمل القسمة وانتهائه بمعناه حتى يكون من الثلث بعد الدين^٢.
- ٤- لو قال شخص لآخر: أحلتك بما لك من دين بذي علي فلان علي أن تبقى ذممي مشغولة بدينك حتى يدفع الحال عليه الدين، فالعقد هنا عقد كفالة لا حوالة؛ لأن الحوالة نقل دين من ذمة إلى ذمة ولم ينتقل هنا.
- ٥- من قال لآخر أحرقت سيارتي بخمسة دقائق لتسافر بما إلى المحل الغلابي فقبل الآخر، كان العقد إيجاراً لا إعارة ولو أن الإيجاب كان بلفظ الإعارة^٣.

^١ المرجع السابق: ٤٦/٢٠.

^٢ العناية شرح الهداية: ٤٩/٩.

^٣ المدخل لدراسة الشريعة: ص ٩٣.

١١٢- القاعدة الخامسة: [الساقط يكون متلاشياً، فلا يتحقق الرجوع فيه]

وردت هذه القاعدة في باب العوض في الهبة في عقيب بيان سقوط الدين إذا وهب لمن له دين وعدم جواز الرجوع فيه، حيث قال المصنف -رحمه الله- ما نصّه: "قال: (وإذا وهب ديناً له عليه، فقبله: لم يكن له أن يرجع فيه)؛ لأنه سقط عنه؛ فإنه قابض للدين بدمته، فيملك بالقبول، ومن ملك ديناً عليه: سقط ذلك عنه، والساقط يكون متلاشياً، فلا يتحقق الرجوع فيه"^١.

توثيق القاعدة:

- ما جاء في فتح القدير^١: "إذا سقط الحق فيكون متلاشياً فلا يتصور عوده إلا لسبب آخر".
- ما جاء في الأشباه والنظائر^٢: "الساقط لا يعود".
- ما جاء في البدائع الصنائع^٣: "الساقط متلاش فلا يحتمل العود".
- ما جاء في الهداية في شرح الهداية^٤: "الساقط متلاش".

شرح مفردات القاعدة:

الساقط: المراد بالساقط هنا: هو الحكم أو التصرف الذي تمّ أو الحق الذي يسقطه صاحبه، ويرى منه غيره^٥.
متلاشياً: من تلاشى الشيء إذا فني، وأضمحل وصار إلى العدم^٦، إذن فالمراد من المتلاشي: هو المعلوم.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة من القواعد الكبيرة التي تجري في كثير من الأبواب الفقهية، وإن كان غالب استعمال الفقهاء لها في مجال حقوق العباد، ولذلك جاء التخصيص في بعض صيغها على الحقوق. وتفيد هذه القاعدة بأن من تنازل عن حق كان له على غيره، وأسقطه عنه، فلا حق له في المطالبة به بعد ذلك؛ لأنه قد تلاشى، وما تلاشى وعُدِم لا يمكن عوده مرة ثانية؛ لأنه يصبح معلوماً لا سبيل إلى إعادته إلا بسبب جديد يعيد مثله لا عينه. والإسقاط كما يكون بفعل المكلف يكون أيضاً بالشرع.

^١ المبسوط: ٨٣/١٢.

^٢ ٤٩٤/١.

^٣ ص ١٧٩ و ٢٧٢.

^٤ ٢٤٩/٥.

^٥ ٥١٤/٤.

^٦ موسوعة القواعد الفقهية: ٦/٥.

^٧ تاج العروس للزبيدي: ٤٥٤/٣٩.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا باع بضمن موجد في العقد فلم يقبض المشتري المبيع حتى حلّ الأجل فله أن يقبضه قبل دفع الثمن، ولا يثبت للبائع حق حبس المبيع؛ لأنه أسقط حق نفسه بالتأجيل، والساقط متلاش فلا يحتمل العود^١.
- ٢- إذا وهب الرجل ديناً لآخر عليه، فقبله الآخر، ليس له الرجوع فيه؛ لأنه كان قابضاً الدين في ثبت في ذمته، وملّكه الآخر بالقبول، فسقط الحق عنه، فلا يتحقق له الرجوع فيه^٢.
- ٣- إذا كان الخيار للمتعاقدين، فإذا فسخ أحدهما العقد فلا تلحقه الإجازة بعد ذلك ممن فسخ؛ لأن العقد بطل بالفسخ فلا يحتمل الإجازة، فالباطل متلاش^٣.
- ٤- لو كان لشخص على آخر دين فأسقطه عن المدين، ثم بدا له رأي فقدم على إسقاطه الدين عن ذلك الرجل، فلائنه أسقط الدين - وهو من الحقوق التي يحق له أن يسقطها - فلا يجوز له أن يرجع إلى المدين ويطلبه بالدين؛ لأن ذمته برئت من الدين بإسقاط الدائن حقه فيه، والساقط لا يعود^٤.
- ٥- لو وصف الشخص المبيع للأعمى فاشتراه، ثم أبصر، لا خيار له؛ لأن خياره سقط فلا يعود إلا بسبب جديد^٥.

^١ بدائع الصنائع: ٢٤٩/٥.

^٢ المبسوط: ٨٣/١٢.

^٣ بدائع الصنائع: ٢٧١/٥.

^٤ درر الحكام شرح مجلة الأحكام: ٤٩/١.

^٥ فتح القدير: ٣٥٠/٦.

١١٣ - القاعدة السادسة: [الزيادة المنفصلة ليست كالزيادة المتصلة]

وردت هذه القاعدة في باب العوض في الحبة لبيان أن النقصان في الشيء لا يمنع الرجوع، حيث قال المصنف - رحمه الله - ما نصّه: " قال: (وإذا كانت الحبة جارية فولدت عند الموهوب له - من زوج أو فحور - فللموهب أن يرجع فيها دون الولد)؛ لأن الولد ليس بموهوب، وحق الرجوع مقصور على عين الموهوب، والولادة في الجارية نقصان. وقد بينا أن النقصان لا يمنع الرجوع، والزيادة المنفصلة ليست كالزيادة المتصلة؛ لأن الأصل هناك لا يتميز عن الزيادة، ليرجع فيها، وهنا: الزيادة منفصلة عن الأصل؛ فله أن يرجع فيه^١.

شرح مفردات القاعدة:

الزيادة: في اللغة النمو، تقول: زاد الشيء يزيد زيدًا وزيادة، وجمعها زوائد^٢.

والزيادة المتصلة هي تلك الزيادة التي لا يمكن فصلها وفكها عن أصلها وتوجب الزيادة في القيمة سواء أكانت الزيادة في عين المعقود عليه كالسمن وكبر وزيادة وزن والحمل الذي يحدث زمن الخيار في الحيوان، أو حصلت الزيادة في صفة من صفات المعقود عليه كترويض الحيوان والبرء من جاء كان فيه، وتربية الطيور والنضج في الثمار. وسواء كانت في العين للمعقود عليه في عقد المعاوضة كالزيادة في المبيع، أو في العوض في عقد الإجارة أو عقد الصلح، أو غير معاوضة؛ كالحبة والرهن أو كانت الزيادة فيما ورد عليه القسح لأجل العيب أو فلس المشتري أو رجوع الأب في هبته لولده أو تقايلا للمبيع. والزيادة المنفصلة: كالولد والثمرة الظاهرة والكسب وغلة الأجور والأرض ونحوها^٣.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

جاءت هذه القاعدة لتقرير موقف الشافعية وبعض الحنفية من الزوائد، وأفادت بأن الزيادة المنفصلة: كالولد، والثمر، وغلة الأجور، والأرض وغيرها تختلف عن الزيادة المتصلة في الرجوع بالنقصان. فالزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب وتثبت بها الرجوع في النقصان؛ أما الزيادة المتصلة المتولدة من الأصل، فالأصل فيها أن النقصان لا يمنع الرد بالعيب؛ لأن هذه الزيادة تابعة للأصل حقيقة لقيامها بالأصل فكانت مبيعة تبعاً.

من تطبيقات القاعدة:

١ - لو رد المشتري للمبيع بالعيب وكانت قد حصلت به زيادة متصلة كسمن الشاة أو غناء صوفها أو نحو ذلك، فإن هذه الزيادة من حق البائع؛ لأنها تتبع الأصل وهو المبيع هنا بخلاف الزيادة المنفصلة. وهذا عند الشافعية والإمام

^١ المبوط للرخسي: ٨٨/١٢.

^٢ للمصباح للثير: ٢٦١/١.

^٣ معلمة زاهد للقواعد الفقهية والأصولية: ٢٥٣/١٦.

محمد من الحنفية^١، ومن وافقهم، خلافاً لأبي حنيفة وأبي يوسف اللذين يريان أن الزيادة المتصلة تمنع الرد بالعيب إذا لم يرض صاحب الزيادة برد الزيادة.

٢- إذا باع إنسان آخر دابة فحدثت فيها الزيادة المتصلة كالشمن والجمال ونحوهما بعد القبض فإنه لا يمنع الرد بالعيب إذا رضي المشتري، بخلاف ما إذا حدثت في الدابة الزيادة المنفصلة كالولد مثلاً فإنه يثبت بها الرجوع في النقصان أو العيب^٢.

٣- من رهن غنوه شيئاً، ثم حدثت فيه زيادة متصلة، كأن كانت شجرة فمكوت، فإن هذه الزيادة تكون مرهونة مع الأصل^٣.

٤- من التقط لقطة فتملكها -بعد أن عرفها سنة- ثم جاء صاحبها قبل التملك أخذها مع زيادتها، وإن جاء بعد التملك أخذها مع الزيادة المتصلة دون الزيادة المنفصلة^٤.

٥- من غصب شيئاً، ثم تعذر عليه رد المقصوب، فرد بدله، ثم رجع المقصوب وجب رده على المالك، فإن زاد البدل في يده زيادة متصلة وجب الرد مع الزيادة؛ لأن الزيادة المتصلة تتبع الأصل في الفسخ بالعيب^٥.

^١ بدائع الصنائع: ٢٧٠/٥؛ أسنى لمطالب: ٥٢/٢.

^٢ تحفة الفقهاء: ١٠٠/٢.

^٣ الموسوعة الفقهية الكويتية: ١٨٣/٢٣.

^٤ التبيين في فقه الإمام الشافعي للشرازي: ص ١٣٢.

^٥ المهذب للشرازي: ٣٦٩/١.

١١٤ - القاعدة السابعة: [تعليق التمليك بالخطر باطل]

وردت هذه القاعدة في نهاية باب الرقي^١ عقيب بيان حكم الرقي إذا كان مشتقاً من الترقب، حيث قال المصنف -رحمه الله- بعد أن ذكر الأحاديث الواردة في الرقي ما نصّه: "الرقي قد تكون من الإرقاب، وقد تكون من الترقب، حيث قال: أجاز الرقي، يعني: إذا كان من الإرقاب، بأن يقول: رقية دلري لك. وحيث قال: رد الرقي إذا كان من الترقب، وهو أن يقول: أراقب موتك، فراقب موتي، فإن مت فهي لك، وإن مت فهي لي؛ فيكون هذا تعليق التمليك بالخطر، وهو موت المملك قبله، وذلك باطل"^٢.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بمقادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في بدائع الصنائع^٣: "تعليق التمليك بالخطر باطل".
- ما جاء في الأعيان والنظائر^٤: "تعليق التمليكات والتقييدات بالشرط باطل".
- ما جاء في الفروق^٥: "تعليق التمليكات بالخطر لا يصح".
- ما جاء في البحر الرائق^٦: "تعليق التمليك على الخطر لا يجوز".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

جمال هذه القاعدة يشمل مختلف الأبواب الفقهية التي تندرج في أنواع الملك وأحكامها. وأفادت بأن ما كان من باب التمليكات - كالبيع والشراء والإجارة والاستعجار والهبة والصدقة والنكاح والإقرار والإبراء - أو كان من باب التقييدات - كعزل الوكيل وحجر المأذون والرجعة والتحكيم - فإنه لا يجوز تعليقه بالشرط؛ بل لا بد من تنجيزه حالاً، ولا جزم مع التعليق، فإن علق بالشرط كان باطلاً؛ كأن يقول: إن حصل كذا وكذا فقد بعثك هذا الشيء، أو أن حصل كذا وكذا فقد عزلتك عن الوكالة، فلا يصح البيع في الأولى ولا عزل الوكيل في الثانية.

^١ الرقي هو أن يقول: إن مت قبلك فهي لك، وإن مت قبلي رجعت إلي، كان كل واحد منهما يراقب موت الآخر ويتنظره. (التعريفات للجرجاني: ص ١١١).

^٢ للبسوط: ٨٩/١٢.

^٣ ١١٧/٦.

^٤ لابن نجيم: ص ٣١٨.

^٥ للكرائسي: ١٨٣/١.

^٦ ٢٨٦/٨.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا رهن شخص آخر قلب قضة بعشرة على أنه إذا لم ينجى بالعشرة إلى شهر فهو بيع فالرهن جائز والشرط باطل؛ لأنه علق البيع بالخطر، وتعلق التمليك بالخطر باطل^١.
- ٢- لو قال أحد: إذا وقع حجري على ثوب فقد بعته منك أو بعته بكذا أو إذا نبذته أو لمسته، فلا يجوز؛ لأن فيه تعلق البيع بالخطر وهو باطل^٢.
- ٣- إذا قال الشخص لآخر: إن أديت إلي خمسمائة، مثلاً، أو إذا أديت أو متى أديت فأنت بريء من باقي حقي، فحكمه أنه لا يصح؛ لأنه تعلق بالشرط صريحاً والبراءة لا تحمل التعلق بالشرط لما فيها من معنى التمليك^٣.
- ٤- لو قال الواقف: أرضي هذه وقف إن كلمت فلاناً لم يصح الوقف لأنه تمليك ولا يصح تعلق التمليكات بالشرط.

^١ البحر الرائق: ٢٨٦/٤.

^٢ الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٦٥/٥.

^٣ الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢٢٥.

١١٥ - القاعدة العامة: [اللفظ معمول به في حقيقته ما أمكن]

أورد الإمام العرخصي هذه القاعدة في باب الصدقة عقيب ذكره لحكم التصديق بجميع ما يملك الإنسان، حيث قال: "وزعم بعض مشايخنا - رحمهم الله - أن في قوله: "جميع ما أملك" يتصدق بالكل قياساً واستحساناً. وإنما القياس، والاستحسان في قوله: مالي صدقة، أو جميع مالي صدقة، والأصح أنهما سواء. وجه القياس: أن اسم الملك حقيقة لكل مملوك له، واسم المال لكل ما يتموله الإنسان، وبالمال الزكاة في ذلك، وغير مال الزكاة سواء؛ ألا ترى أن في الإرث والوصية بالمال يستوي فيه ذلك كله؛ وهذا لأن اللفظ معمول به في حقيقته - ما أمكن -".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق^٢: "الكلام أصله أن يكون مستعملاً في حقيقته".
- ما جاء في بدائع الصنائع^٣: "مطلق الاسم محمول على الحقيقة".
- ما جاء في الإحكام في أصول الأحكام^٤: "الغالب إنما هو اشتغال استعمال اللفظ في حقيقته دون مجازة".
- ما جاء في الأشباه والنظائر^٥: "الأصل في الكلام الحقيقة".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

كل لفظ له معنى حقيقي يدل عليه في أصل وضعه يحمل عليه، وقد يحمل على مجازة، لكن لما كان الأصل في الكلام الحقيقة فإن اللفظ إذا أطلق يجب حمله على معناه الحقيقي ما أمكن ذلك، ولا يجوز حمله على مجازة إلا إذا تعذر حمله على حقيقته؛ لأنه (إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز). أما إذا لم يمكن حمل اللفظ والكلام على حقيقته أو مجازة فإنه يُهمل ولا يُعمل بما يشتمل عليه.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا وقف الشخص على أولاده داراً، أو أوصى لهم، لا يدخل في ذلك ولد الولد في الأصح لأن اسم الولد حقيقة في ولد الصلب.

^١ المبسوط: ٩٢/١٢.

^٢ ١٣٨/٤.

^٣ ٣٥١/٧.

^٤ اللامعي: ٣/٢.

^٥ للسوطي: ص ٦٢.

- ٢- لو حلف لا يبيع، أو لا يشتري، أو لا يضرب عبده فوكل في ذلك، لم يبحث حملا للفظ على حقيقة^١.
- ٣- من قال: ما أملك صدقة في المساكين، فحقيقة معنى اللفظ في الملك لكل مملوك، ويستوي في ذلك مال الزكاة وغيره، فيجب عليه هنا أن يخرج جميع ملكه صدقة، ولا يحمل على بعض ما يملك وهو الزكاة فقط^٢.
- ٤- إذا أوصى الرجل للآخر بشجرة بستانه ولم يقل أبدأ، فإن كان في البستان ثمرة حين يموت الموصي فإنما يستحق الموصي له تلك الثمرة ولا حق له فيما يحدث بعد ذلك؛ لاستعمال اللفظ في حقيقته وانتفاء المجاز عنه^٣.
- ٥- إذا أطلق لفظ الجوار فإنه ينصرف إلى الحقيقة، وهي الاتصال بين المملكين بلا حائل بينهما هو حقيقة المجاورة، فأما مع الحائل، فلا يكون مجاورا حقيقة، لذا وجبت الشفعة للملاصق لا للمقابل؛ لأنه ليس بجار حقيقة^٤.

^١ الأتية والنظائر للسيوطي: ص ٦٣.

^٢ المبسوط للسرخسي: ٩٣/١٢.

^٣ لمبسوط: ٢/٢٨.

^٤ البدائع الصنائع: ٣٥١/٧.

١١٦ - القاعدة التاسعة: [فساد السبب لا يمنع ابتداء الملك عند القبض، فلا يمنع بقاءه بطريق

[الأولى]

وردت هذه القاعدة في باب العطية عقب الكلام عن وجود المانع من ثبوت الملك للموهوب له بالقبض، حيث قال المصنف رحمه الله - ما نصّه: "... وثبت الملك للموهوب له بالقبض وإنما تصرف في ملكه بالبيع والعقود وكذلك إن كان تصرفه بعد موت المريض؛ لأن أكثر ما فيه أن الهبة فكت بموته في البعض، أو في الكل، وفساد السبب لا يمنع ابتداء الملك عند القبض، فلا يمنع بقاءه بطريق الأولى".^١

توثيق القاعدة:

وردت هذه القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في شرح السبب: "فساد السبب شرعاً لا يمنع ثبوت الملك بعد ثبوت السبب".^٢
- ما جاء في المحیط البرهاني: "فساد السبب لا يمنع ثبوت الملك في اليد بعد القبض، فلا يمنع بقاء من الطريق الأولى".^٣
- ما جاء في البحر الرائق شرح كثر الدقائق: "فساد السبب لا يمنع ثبوت الملك".^٤

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة تمثل أصلاً من أصول الحنفية في العقود، وتدلّ على أنّ العقد إذا فسد شرعاً بفقده شرطاً من شروط صحته أو بوجود مانع من موانعه فلا يكون فساد الملك مانعاً من ثبوت الملك للعاقدين ابتداء عند وجود القبض فكذلك لا يمنع ثبوت الملك بقاءه من باب أولى، وعلى العاقدين إزالة السبب المؤدي إلى فساد العقد من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا ابتاع الرجل سيفاً على قبضة بعشرة دنانير فقبض السيف ولم ينقد الدنانير لم ينفرد حتى باع المشتري السيف من آخره وقبضه المشتري الآخر؛ ولم ينقد الثمن حتى افترقوا فإنه يرد السيف إلى المشتري الأول؛ لأن كل واحد من العاقدين صرف فيبطل بالافتراق قبل القبض، وإذا بطل العقد الثاني رجع السيف إلى المشتري الأول على الملك الذي كان له قبل البيع، وقد فسد شراؤه أيضاً فلزمه رد المقبوض إلى البائع، ولو لم يفارق

^١ للبسيوط: ٩٧/١٢.

^٢ للمرخسي: ص ١١١٧.

^٣ ٢٦٤/٢.

^٤ ١٠٣/٦.

الآخر الأوسط حتى فارق الأول نقده الآخر جاز بيع الأوسط في السيف؛ لأنه باعه بعدم تمام ملكه بعد القبض، وقد تم العقد الثاني بالتقايض قبل الافتراق، وفسد العقد الأول فوجب على الأوسط رد السيف، وقد عجز عن رده بإخراجه عن ملكه فيضمن قيمته للبائع، وإن فارق الأول، ثم إن الأوسط باع السيف من الآخر جاز بيعه أيضاً؛ لأن العقد وإن فسد بالافتراق فقد بقي ملكه ببقاء القبض؛ لأن فساد السبب لا يمنع ابتداء الملك عند القبض فلا يمنع بقاءه بطريق الأولى^١.

٢- إذا اشترى الرجل من أحد إبريق فضة بدينارين وقبضه ونقد ديناراً واحداً، ثم تفرقا قبل أن يتقد الدينار الآخر فسد البيع في نصف الإبريق ولم يتعد، فلو حضر رجل بعدما غاب البائع وادعى نصف الإبريق لنفسه كان المشتري خصماً له؛ لكونه يملك جميع الإبريق؛ لأن فساد السبب في النصف بالافتراق لا يبطل ملكه في الإبريق ما لم يردده؛ ففساد السبب في الابتداء لا يمنع ثبوت الملك عند اتصال القبض، فأولى ألا يمنع بقاء الملك في المقبوض^٢.

^١ المرجع السابق: ١٩/١٤.

^٢ المحيط البرهاني في الفقه التتبعي: ٢٤١/٢.

المبحث الثاني عشر: القواعد الفقهية في كتاب البيوع

١١٧- القاعدة الأولى: [القدر في المقدرات بمنزلة العدد في المعدودات، والدروع في المنروعات]

ذكر الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة تحت باب أنواع الربا في معرض الكلام عن العلة التي اعتبرها الشارع المخلص عن الربا الذي هو القدر (أي التساوي في الكيل والوزن)، حيث قال: "ولما جعل الشرع القدر محترماً في الخلاص من الربا لا يجوز اعتبار ذلك بعينه في الوقوع في الربا لاستحالة أن يتضمن الشيء حكماً متضاداً بل القدر في المقدرات بمنزلة العدد في المعدودات، والدروع في المنروعات".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في المحيط البرهاني^٢: "العُدُّ في العدديات بمنزلة الدرع في المنروعات".
- ما جاء في العناية^٣: "الكيل في المكيلات والوزن في الموزونات كالشرع في المنروعات والعد في المعدودات".
- ما جاء في التنبيه على مشكلات الهداية^٤: "إنما يستعمل في المقدرات كالمكيل، والموزون، والمنروع، والمعدود".

شرح مفردات القاعدة:

القدر: القدر والتقدير: تبين كمية الشيء. يقال: قدرته وقدرته. والقدر اصطلاحاً: هو التساوي في المعيار الشرعي للوجوب للمماثلة صورة وهو الكيل والوزن^٥، وعلى هذا فالمقدرات من الأشياء هي التي تكال وتوزن وهذا هو المعنى المقصود في القاعدة.

العدد: العدد في اللغة من عدت الشيء، إذا أحصيته، والاسم العدد والعديد. يقال: هم عديد الحصى والثرى، أي في الكثرة. وعده فاعته أي صار معدوداً^٦.

^١ المبسوط: ١١٦/١٢.

^٢ ٤٢٠/٦.

^٣ ٤٢٥/٩.

^٤ فعلى بن علي أبي العز الحنفي، بتحقيق عبد الحكيم بن محمد شاكر، أصل الكتاب رسالة للماجستير بالجامعة الإسلامية المدينة المنورة، مكتبة الرشد -المملكة العربية السعودية، ط. الأولى ٢٠٠٣ م: ٥٧٧/٢.

^٥ المفردات للأصفهاني: ٦٥٨/٩.

^٦ التعريفات الفقهية للبركي: ١٧١/٩.

^٧ الصحاح: ٥٠٥/٢.

والقَدَد في اصطلاح الفقهاء: هي الكمية المتألفة من الوحدات فلا يكون الواحد عدداً، والعددي: ما يعد كالوزن: ما يوزن، والعدديّات على نوعين:

١- العدديّات المتقاربة: هي التي لا يكون بين أفرادها وأحاديها تفاوت في القيمة فجميعها في المتليّات كالفلوس والجوز والبيض.

٢- والعدديّات المتفاوتة: هي التي يكون بين أفرادها وأحاديها تفاوت في القيمة فجميعها في القيميّات^١. وللمقصود بالمعدودات هنا هي المتفاوتة التي لا تجري فيها الربا دون المتقاربة.

الذرع: هو من طرف المرفق إلى طرف الأصبع الوسطى، وقد ذرعت الثوب وغيره يذرعه ذرعاً: قدره بالذراع، فهو ذارع، وهو مذروع، وذرع كل شيء: قدره من ذلك. والذرع أيضاً: تقدير الشيء بذراع اليد^٢.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

عند الستادة الحنفية القدر إذا بيع مع الجنس علة للأصناف الربوية ويعتبر بالقدر الكيل فيما يكال والوزن فيما يوزن^٣ وبالتالي فقد ذهبوا إلى تحديد منطقة الربا بالموزونات والمكيلات، سواء كانت مطعومة أم غير مطعومة، قوتاً أو غير قوت، فإذا بيع المكيل كالبر والشعير والتمر والملح أو الموزون كالذهب والفضة وما يباع بالأوقاي بخنسه مثلاً بمثل صح وإن تفاضل أحدهما لا يصح.

وقد ثبتت هذه العلة عندهم بمقتضى النص، والقاعدة الأصولية عندهم تقول بأن ما ثبت بمقتضى النص فهو كالمتصوص^٤. ولا تمتد منطقة الربا إلى المعدودات والمذروعات فيجوز بيع المعدودات، والمذروعات المتفاوتة، واحداً باثنين بدأ بيد كبيع ثوبين بثوبين^٥.

وبناءً على ما تقدّم إذا تساوى القدر في كل ما يكال ويوزن وهي المقنّرات عند اتحاد الجنس صح البيع لانتفاء علة الربا فتكون بمنزلة المعدودات - كبيع السيارة بالسيارتين - والمذروعات - كالأقمشة التي تباع بالأمتار - فهي الأموال التي اغتفر الشرع فيها التفاضل. كما اعتبره الخلاص عن الربا لكونها ليست من جنس الربويات فتأخذ بالحكم الربوي. من تطبيقات القاعدة:

١- إذا أسلم شخص في شيء مما يكال أو يوزن من دون أن يعلم بقدره، فالسلم جائز لأنه لا يشترط إعلام قدر رأس المال المسلم فيه لكونه بمنزلة الذرع في المذروعات^٦.

^١ ينظر: مجلة الأحكام العدلية: ص ٣٣.

^٢ ينظر: تحذيب اللغة: ١٨٩/٢؛ ولسان العرب لابن منظور: ٩٤/٨.

^٣ ينظر: الفتاوى الهندية: ١١٧/٣.

^٤ المبسوط للسرخسي: ١١٦/١٢.

^٥ بدائع الصنائع: ١٨٥/٥.

^٦ المبسوط: ١٢٩/١٢.

- ٢- لو باع أحد المذروعات، والمعدودات المتفاوتة، واحداً بائنين بدأ يذكيع ثوب بثوبين، وعبد بعبدنين، وشاة
بشاتين، ونصل بنصلين، ونحو ذلك فهو جائز بالإجماع؛ لانتهاء علة الربا وهي أحد الوصفين الكيل، والوزن.
- ٣- لو باع أحد الأواني الصغرية واحد بائنين كبيع قمقمة بقمقمتين، ونحو ذلك كان مما يباع عدداً فذلك جائز؛
لأن العد في المعدنيات ليس من أوصاف علة الربا فلا يتحقق الربا؛ أما إن كان مما يباع، وزناً لا يجوز؛ لأنه
حال الربا بجنسه مجازفة^١.
- ٤- لو باع شخص مائة غرام من الذهب بمائة وواحد غرام من الذهب فلا يصح هذا البيع؛ لوجود علة الربا فيه،
وهو الوزن وقد اتحد الجنس لذا فإنه تمتنع بيعهما متفاضلاً.
- ٥- شخص باع الفسالة بفسالتين فأكثر، فإنه يصح هذا البيع؛ لجواز التفاضل فيها دون النساء؛ فالفسالة من
المعدودات التي يقتصر فيها الربا.
- ٦- إذا باع الشخص عشرة أمتار من القماش بخمسين متراً من الأقمشة، فإن البيع صحيح؛ لكون الأقمشة من
المذروعات التي لا تجري فيها علة الأصناف الربوية.
- ٧- إذا أسلم الشخص في شيء مما يكال أو يوزن من دون أن يعلم بقدره، فالسلم جائز؛ لأنه لا يشترط إعلام
قدر رأس المال المسلم فيه لكونه بمنزلة الذرع في المذروعات.

^١ ينظر: الجسوط: ٢٩/١٢ والمحيط البرهاني: ٤٢٠/٦؛ والعناية شرح الهداية: ٤٢٥/٩.

١١٨- القاعدة الثانية: [كل علة توجب الحكم في محل لا يقبل المخلص أصلاً فهي علة باطلة]

ذكر الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة ضمن باب في أنواع الربا في معرض كلامه عن المحل الذي لا يقبل المماثلة فلا يكون مال الربا، حيث قال ما نصّه: " وإذا ثبت أن الحكم وجوب المماثلة ولا يتصور ثبوت الحكم بدون محله عرفنا أن المحل الذي لا يقبل للمماثلة لا يكون مال الربا أصلاً والخفّة^١ والتفاحة لا تقبل المماثلة بالاتفاق فلم يكن مال الربا والدليل عليه أن صاحب الشرع - صلى الله عليه وسلم - ما نص على حكم الربا إلا مقروناً بالمخلص فكل علة توجب الحكم في محل لا يقبل المخلص أصلاً فهي علة باطلة"^٢.

شرح مفردات القاعدة:

علة: من علّ الإنسان بالبناء للمفعول: مرض، ومنهم من بينه للفاعل من باب ضرب فيكون المتعدي من باب قتل فهو عليل، والعلة: المرض الشاغل، والجمع علل؛ مثل: سدره وسدر، وأعله الله فهو معلول، قيل: من النوادر التي جاءت على غير قياس، وليس كذلك فإنه من تداخل اللغتين والأصل أعله الله فعل فهو معلول أو من عله فيكون على القياس وجاء محل على القياس لكنه قليل الاستعمال^٣.

والعلة عند الأصوليين: "هي الوصف المؤثر في الحكم لا بذاته بل يجعل الشارع"^٤.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

المقصود بالقاعدة واضح وهو أنّ الشارع إذا نصّ على حكم الأصناف الربوية متضمناً عللها، ومقروناً بالمخلص عن الربا بالمساواة والمماثلة في القدر عند اتحاد الجنس وذلك لا يعرف إلا بالكيل والوزن، والقبض في المجلس إذا لم تتحقق ذلك، فإذا كانت العلة المنصوص عليها لا يقبل المخلص من الربا فهي باطلة لا تثبت حكم الربا المحرم بها؛ فالحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا.

من تطبيقات القاعدة:

١- إذا باع شخص آخر حفنة حنطة بحفنتين منها فإن البيع جائز؛ لأن الحفنة ليست من ذوات الأمثال فإن المماثلة بالمعيار وليس للحفنة معيار، فاعدم وجود العلة التي تقبل للمخلص عن الربا، بقي الكيل مع الجنس أو الوزن.

^١ الحفنة: هي ملء الكفين من طعام، ومنه: إنما نحن حفنة من حفنات الله أي يسير بالإضافة إلى ملكه ورحمته. و (حفنت) الشيء من باب ضرب إذا جرفته بكفتي يديك ولا يكون إلا من الشيء اليابس كالذيق والحوه. مختار الصحاح محمد بن أبي بكر الرازي، بتحقيق يوسف الشيوخ، المكتبة العصرية-الدار للنموذجية-بيروت-صيدا، ط. الخامسة ١٤٢٠هـ: ص ٧٧.

^٢ المبسوط: ١١٨/١٢.

^٣ المصباح المنير للفيومي: ٤٢٦/٢.

^٤ شفاء الغليل في بيان الشبه والتخيل ومسالك التعليل لأبي حامد الغزالي، بتحقيق حمد الكبيسي، مطبعة الإرشاد-بغداد، عام ١٩٧١هـ: ص ٢٦.

- ٢- إذا باع شخص لآخر بطيخة بيطيختين، أو تفاحة بتفاحتين فإن البيع جائز؛ لأن العلة المنصوص عليها في تحريم الربا لا تتوفر فيه لكونهما من المملوكات المتفاوتة التي لا يجري فيها الربا^١.
- ٣- إذا باع شخص لآخر ثوباً بثوبين، وشاة بشاتين، ونصلاً بتصلين فإن البيع جائز، لاعتداد علة الربا فيه وهي الكيل أو الوزن^٢.

^١ المبسوط: ١١٧/١٢ وندائع الصنائع للكاساني: ١٨٥/٥.

^٢ ندائع الصنائع: ١٨٥/٥.

١١٩- القاعدة الثالثة: [الفضل الخالي عن المقابلة المشروط في العقد ربا]

ذكر الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة التي في أصلها تعريف للربا ضمن باب أنواع الربا في معرض كلامه عن حقيقة الربا، حيث قال ما نصه: "فإذا كان في أحد الجانبين فضل كان ذلك الفضل خاليا عن المقابلة والفضل الخالي عن المقابلة ربا فإذا جعل شرطا في العقد فسد به العقد"^١.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بلفظها في تعريف الفقهاء الحنفية لربا الفضل، منها ما يلي:

- ما جاء في تبين الحقائق^٢: "الربا هو الفضل الخالي عن العوض".
- ما جاء في العناية شرح الهداية^٣: "الربا هو الفضل الخالي عن العوض المشروط في البيع".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

القاعدة في أصلها تعريف الحنفية لربا الفضل وأفادت بأن حقيقته هي الزيادة للمعهودة الخالية عن العوض المشروط في البيع، فإذا دخل في البيع كان ضد ما يقتضيه البيع فكان حراما شرعاً، واشترطه في البيع مفسد للبيع.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- لو باع شخص ثوباً بثوب بشرط أن يسلم له مع ذلك ثوباً آخر فلا يصح؛ لأنه الفضل الخالي عن المقابلة وهو يظهر بالشرط فيكون ربا^٤.
- ٢- لو قال الرجل للصراف: أعطني بنصفه فلوساً، وبنصفه الآخر درهماً يساوي نصفاً إلا حبة. فسد العقد عند الإمام أبي حنيفة -رحمه الله- في الكل؛ لأن الصفقة متحدة، وجاز العقد عند الصاحبين في الفلوس أو الخبز وبطل عندهما في الباقي لربا الفضل^٥.
- ٣- لو شرطت المؤسسة عدم التعامل في البدلين عند المتاجرة في العملات اللذين هما من جنس واحد يكون ذلك ربا الفضل، ولو كان أحدهما عملية ورقية والآخر عملة معدنية؛ مثل الجنيه الورقي والجنيه المعدني للدولة نفسها^٦.

^١ المبسوط: ١١٨/١٢، تصرف.

^٢ ١٣٩/٤.

^٣ ٣/٧.

^٤ المبسوط: ١١٨/١٢.

^٥ حاشية ابن عابدين: ٢٤٣/٤.

^٦ المعايير الشرعية: ص ٥٥.

١٢٠ - القاعدة الرابعة: [مطلق الكلام محمول على ما يفهمه الناس]

ذكرت القاعدة تحت باب إسلام المكمل في المكمل في معرض الكلام عن عدم جواز جعل للمالية علة الربا فكذلك الجنسية، حيث قال ما نصه: "ثم لا يجوز جعل للمالية علة الربا فكذلك الجنسية وحجتنا في ذلك ما روي [وذكر النصوص]؛ ولأنه إذا قيل باع فلان عبده بالحيوان نسيئة فإنما يفهم منه النسيئة في البذل خاصة ومطلق الكلام محمول على ما يفهمه الناس"^١.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في كتاب الكسب^٢: "يحمل كلام صاحب الشرع عند الإطلاق على ما يفهمه الناس في مخاطبتهم".
- ما جاء في قواعد الفقه^٣: "العادة معتبرة في تقييد مطلق الكلام".
- ما جاء في شرح منتهى الإرادات^٤: "الكلام للمطلق محمول على ما هو الظاهر والمتعارف".
- ما جاء في بدائع الصنائع^٥: "مطلق كلام الناس ينصرف إلى ما يتعارفونه".

شرح مفردات القاعدة:

الكلام: لفظة "الكلام" في هذه القاعدة تشمل كلام المكلفين - وهو الأغلب في استعمال الفقهاء لهذه القاعدة - وتشمل أيضاً كلام الشارع، فإن المطلق منه يحمل على العرف إن لم يكن له حد في الشرع ولا في اللغة؛ لما تقرر شرعاً من أن "كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف"^٦. كما أن المتعارف هنا يشمل كلا نوعي العرف القولي والعملي عاماً كان أو خاصاً.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة من القواعد التي تبين مدى أثر العرف وعادة الناس في معاملاتهم وتصرفاتهم القولية، وتفيد بأن من أطلق الكلام ولم يقينه بشيء من الوصف أو الشرط ونحوهما فإنه يحمل شرعاً على معناه المتعارف والمعتاد بين الناس، فاللفظ للمطلق عن القيود ينصرف إلى ما يتعارفه الناس ويفهمونه في مخاطبتهم، ولا يصح حمله على معنى آخر إلا بدليل، ولا يترتب عليه أي أثر ونتيجة سوى ما يقتضيه استعماله الشائع بين الناس؛ لأن العرف - قولياً كان أو عملياً - مقيد لإطلاقه شرعاً وبناءً على هذا فإن أقوال الناس التي تدور عليها العقود والتصرفات تحمل على عرفهم في

^١ للسيوط: ١٢/١٢٣.

^٢ محمد بن الحسن الشيباني، بتحقيق الدكتور سهيل زكار، الناشر عبد الهادي حرسوني بدمشق، ط. الأولى ١٤٠٠هـ: ص ٣٩.

^٣ للبركتي: ص ٩٠.

^٤ للبهوتي: ١٠/٣.

^٥ ٥٨/٣.

^٦ للشور في القواعد: ٣٩١/٢.

مخاطباتهم: بمعنى أن الأحكام التي تترتب على الالتزامات الفقهية من عقود وفسوخ وشروط وغيرها، تجري على حسب ما يفهمه اللفظ عرفاً، بحيث تكون الصيغ العرفية في الالتزامات عللاً جعلية للأحكام تسبب من الأثر بقدر ما يفهمه أهل العرف.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا حلف شخص لا يضمن لفلان شيئاً فضمن له بنفس أو مال، فهو حانت؛ لأنه قد ضمن له؛ لأن المفهوم من هذا اللفظ التزام المطالبة بتسليم شيء مضمون له، وقد وجد ذلك. وكذلك لو كفّل أو قبل الحوالة له^١.
- ٢- إذا دفع شخص إلى الآخر مالا مضاربة أن يتجر به في الثياب والملابس فليس له أن يتجر به في المفروشات؛ لأنها لا يقال لها الثياب في عرف الناس، ومطلق اللفظ محمول على المفهوم عرفاً^٢.
- ٣- إن أقر الشخص بمبلغ من المال وأطلق، ثم فسره بسكة البلد الذي أقر فيه، قبل منه؛ لأن مطلق الكلام يحمل على العرف^٣.
- ٤- لو أذن شخص لآخر في الأكل إذناً مطلقاً من غير تصريح بإباحة ولا معاوضة، فله أن يأكل حتى ينتهي إلى حدّ الشبع، كطعام الولائم، ولا قيمة عليه؛ لأن عرف الاستطعام والإطعام موضوع على المواساة، دون المعاوضة، فأوجب إطلاق الإذن حمله على العرف^٤.
- ٥- لو وكل إنساناً وكيلاً بشراء لحم أو خبز أو ثوب مثلاً، تفيد عقد الوكالة بنوع اللحم أو الخبز المعتاد أكله، وبالثوب المعتاد لبسه، فلو اشترى له نوعاً آخر غير معتاد لا يسري الشراء على الموكل، بل يلتزم به الوكيل^٥.

^١ المبسوط: ١٠١/٣٠-١٠٢.

^٢ المرجع السابق: ٥٦/٢٢.

^٣ كشف القناع لليهوتي: ٤٧١/٦.

^٤ الحاوي للماوردي: ١٧٢/١٥-١٧٣.

^٥ رسائل ابن عابدين: ١١٥/٢.

١٢١- القاعدة الخامسة: [مقارنة المساواة بين الشيعة بالنص ثم خص جنس أحدهما بحكم

كان ذلك تنصيصاً على ذلك الحكم في الآخر]

ذكرت هذه القاعدة كتعليل لعدم جواز الربا بين المسلم والحري في دار الحرب، حيث قال السرخسي: "وعندنا لا يجوز الربا بين المسلم والحري في دار الحرب فتجهيز الجيش وإن كان في دار الإسلام تقل الآلات كما لو كان في دار الحرب لعزتها في دار الإسلام يومئذ؛ ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - سوى بين الجنسية والقدر في أول الحديث ثم قال: (وإذا اختلفا النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يبدأ بيداً) فقد أبقي ربا النساء لبقاء ما هو قربه وهو الجنس فكان ذلك تنصيصاً على ثبوت ربا النساء عند وجود الجنسية؛ لأنه متى ثبتت المساواة بين الشيعة بالنص ثم خص جنس أحدهما بحكم كان ذلك تنصيصاً على ذلك الحكم في الآخر".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة معروفة عند الأصوليين بتخصيص المساواة بين الشيعة، وأفادت بأنه إذا ثبتت مساواة بين شيعة بنص الشرع على ذلك، ثم خص جنس أحد الشيعة بحكم كان ذلك دليلاً نعتياً على أن الحكم في الآخر المسكوت عنه مثله ولا يختلف عنه.

تطبيقات لهذه القاعدة:

- ١- إذا أبقي الشارع ربا النسبة لبقاء ما هو قريها وهو الجنس كان ذلك تنصيصاً على ذلك الحكم في الآخر.
- ٢- إذا باع أحد الخنطة بالشعر فإنه لا يلزمه المساواة بينهما في الوزن؛ ولكن يجب أن يكون يبدأ بيداً لدخول ربا النسبة فيه لتعدي الحكم إلى شيعة لم تثبت المساواة بينهما في الجنس.
- ٣- إذا قال شخص لآخر: اجعل زهداً وعمراً في العطية سواء ثم قال: أعط زهداً درهماً يكون ذلك تنصيصاً على أن يعطي عمراً أيضاً درهماً.

^١ لم أجد بهذا اللفظ، ولكن رواه أبو داود في سننه بلفظ قريب منه، برقم: ٣٣٥١، أول كتاب البيوع، باب في حلية السيف تباع بالبراهم. وحسن إسناده شعيب الأرنؤوط في تعليقه على الحديث: ٢٣٩/٥.

^٢ المبسوط: ١٢/١٢٣.

^٣ المرجع السابق.

١٢٢ - القاعدة السادسة: [بيع المعلوم باطل]

ذكر السرخسي هذه القاعدة في كتاب السلم بعد أن بين بأن القياس يقتضي عدم جواز بيع السلم لكونه بيع المعلوم، حيث قال: "وأما يقبل السلم في العادة فيما ليس بموجود في ملكه فلكون العقد معجلاً على وقته سمي سلفاً وسلفاً والقياس بأي جوازه لأنه بيع المعلوم وبيع ما هو موجود غير مملوك للعاقدة باطل فبيع المعلوم أولى بالبطلان ولكننا تركنا القياس بالكتاب والسنة".^١

توثيق القاعدة:

وردت هذه القاعدة أو مفادها في الكتب الفقهية منها ما يأتي:

- ما جاء في بدائع الصنائع^٢: "لا ينعقد بيع المعلوم".
- ما جاء في درر الأحكام شرح غرر الأحكام^٣: "بيع المعلوم باطل".
- ما جاء في كفاية النبي في شرح التنبيه^٤: "لا يجوز بيع المعلوم".

شرح مفردات القاعدة:

المعلوم: تدور كلمة المعلوم في اللغة حول فقدان الشيء وذهابه، وعدم وجوده^٥.

أما المعلوم في الاصطلاح فله ارتباط وثيق بالمعنى اللغوي، من حيث عدم ترتب الآثار الشرعية على الشيء المعلوم، فكما أن الشيء المعلوم خساً ليس له وجود ولا يترتب عليه أثر فكذا المعلوم شرعاً. وقد جاء تعريفه في معجم لغة الفقهاء فيما نصه: "المعلوم حقيقة: الذي ليس له صورة في الخارج. والمعلوم حكماً: الذي حكم الشارع بعدمه وإن كانت له صورة في الخارج".^٦

الباطل: من بطل الشيء يطل بطلاً وبطولاً وبطلاناً: ذهب ضياعاً وخسراً، فهو باطل، وهو نقبض الحق، والجمع أباطيل^٧.

^١ المبسوط: ١٢٤/١٢، بصرف

^٢ ١٣٨/٥.

^٣ ملا خسرو: ٢٢٦/٢.

^٤ ٣٦/٩.

^٥ ينظر: لسان العرب لابن منظور: ٤٣٩٢/١٢ معجم مقاييس اللغة لابن فارس: ٢٠٢/٤.

^٦ ٤٤٠/١.

^٧ لسان العرب لابن منظور: ٥٦/١١.

وبطلان في أصول الفقه: هو ما يقابل الصحة، وتعريفه عند المتكلمين: هو وقوع الفعل غير كاف لإسقاط القضاء، وبالتالي فالفاسد والباطل عندهم مترادفان. أما عند السادة الحنفية فهما يفتقان فرق الأعم والأخص كالحيوان والإنسان، إذ كل باطل فاسد وليس كل فاسد باطلاً عندهم. وقالوا في تعريفه: "الباطل ما لا يتعقد بأصله كبيع الحر، والفاسد: ما لا يتعقد دون أصله كعقد الربا".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

المقصود بالمعدوم في هذه القاعدة: المالك أو المستهلك وهو غير الموجود، وعلى هذا فيبيع المالك وغير الموجود حقيقة بيع باطل، لا يترتب عليه شيء؛ لأن الشرط في المبيع إمكان تسليمه وقبضه، والمعدوم لا يمكن فيه ذلك.

من تطبيقات هذه القاعدة:

- ١- لو قال شخص لآخر: بعثك ثمرة نخلي التي مستخرج عاماً أو أعواماً، فالبيع باطل؛ لأنه بيع المعدوم^١.
- ٢- لو قال أحد: بعث ولد ولد هذه الناقة، فلا يتعقد البيع؛ لأنه بيع المعدوم. وكذا بيع الحمل غير منعقد؛ لأنه له خطر المعدوم^٢.
- ٣- لا يجوز بيع الدقيق في الحنطة، والزيت في الزيتون، والدهن في السمسم، والعصير في العنب، والسمن في اللبن؛ لأن بيع الدقيق في الحنطة، والزيت في الزيتون، ونحو ذلك بيع المعدوم؛ لأنه لا دقيق في الحنطة، ولا زيت في الزيتون؛ لأن الحنطة اسم للمركب والدقيق اسم للمتفرق، فلا دقيق في حال كونه حنطة، ولا زيت حال كونه زيتونا، فكان هذا بيع المعدوم^٣.
- ٤- إذا كان للشخص على آخر عشرة آلاف روية مثلاً، واشترى الدائن من غير المدين سيارة بمبلغ الدين، ثم حول الدائن هذا الشخص على مدينه ليأخذ منه سيارة؛ فإنه باطل عند الجمهور؛ لأنه بيع الدين لغير المدين بثمن حال، وهو قبض ما في ذمة الغير الذي هو معدوم وغير مقدور التسليم أيضاً^٤.

من استثناءات هذه القاعدة:

- ١- بيع السلم: وهو بيع شيء موصوف في الذمة بلفظ السلم، وهو مستثنى من بيع المعدوم وما ليس عند الإنسان^٥.

^١ ينظر: البحر المحيط لـ محمد بن عبد الله الزركشي: ٢٥/٢.

^٢ البيان في مذهب الإمام الشافعي: ٦٥/٥.

^٣ بدائع الصالحات: ١٣٨/٥.

^٤ المرجع السابق: ١٣٩/٥.

^٥ حاشية ابن عابدين: ٤٢١/٨.

^٦ ينظر: المبسوط: ١٢/١٢٤، والمجموع شرح المهذب: ٩٧/١٣.

- ٢- الإجارة: هي بيع للمنافع بعوض^١، والمنافع هي أعراض معدومة وقت العقد؛ ومن المعلوم أن القاعدة العامة تنص على أن بيع المعدوم باطل، ولو طبقت القاعدة على الإجارة لكانت باطلة؛ ولكنها استثيت من ذلك الأصل وأجيزت على خلاف القاعدة العامة؛ لحاجة الناس إليها ودفعاً للمحرج.
- ٣- الاستصناع: وهو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه الأجل، وهو كالسلم؛ لأنه معدوم قبل العقد؛ ولكنه أجيز بالإجماع لحاجة الناس إليه^٢.

^١ عتصر القنوري: ص ١٠١.

^٢ بدائع الصنائع للكاساني: ٢/٥-٣؛ وتبيين الحقائق: ٥٩/٤.

١٢٣ - القاعدة السابعة: [الموهوم لا تثبت القدرة على التسليم]

ذكر المصنف هذه القاعدة في شرائط السلم لما بين بأن من شرط جواز عقد السلم قدرة العاقد على التسليم عند وجوب التسليم؛ حيث قال: "وهو أن قدرة العاقد على التسليم عند وجوب التسليم شرط لجواز العقد ولا يعلم قدرته على التسليم عند حلول الأجل إلا بوجود الثمار في تلك النخلة أو الحائط الذي عينه ووجود ذلك موهوم وبالموهوم لا تثبت القدرة على التسليم"^١

توثيق القاعدة:

لم ترد القاعدة بهذا اللفظ ولكن ورد مفادها في الكتب الفقهية منها:

- ما جاء في مجلة الأحكام العدلية^٢: "لا عبوة بالتوهم".
- ما جاء في العناية شرح الهداية^٣: "الموهوم في مقابلة المحقق غير معتبر".
- ما جاء في إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المبين^٤: "لا يترك المحقق لأجل الموهوم".

شرح مفردات القاعدة:

الموهوم: الباء للمصاحبة، والموهوم هو اسم المفعول من الوهم، وتعني في اللغة: ما سبق القلب إليه مع إرادة غيره، وشيء موهوم وتوهمت أي ظننت^٥. وهو عبارة عن التخيل والتمثيل في اللحن الذي هو أدنى درجة من الظن أو الشك^٦. فالمراد به: تخيل غير الواقع، أي الاحتمال العقلي البعيد التأخر الحصول، والوهم في الاصطلاح: "هو إدراك المعنى الجزئي المتعلق بالمعنى المحسوس"^٧. ويطلق الوهم على إدراك الطرف المرجوح^٨، أو كما قال بعضهم: هو رجحان جهة الخطأ^٩، فهو دون كلٍّ من الظن والثقل، وهو لا يرتقي إلى تكوين اشتباه^{١٠}. وعند بعض الفقهاء يطلق الإيهام ويراد به الظن المرجوح^{١١}.

^١ المبسوط: ١٢/١٣٠.

^٢ ٢٥/١.

^٣ محمد الباقر: ١٠٧/١.

^٤ عثمان بن محمد الدماطي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط. الأولى ١٤١٨ هـ: ١٧٢/١.

^٥ المصباح للغير للقيومي: ٢٧٤/٢.

^٦ المحكم والمحيط الأعظم لعلي المرمي: ٤٤٤/٤.

^٧ التعريفات الفقهية للبركتي: ٢٤٠/١.

^٨ حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح أحمد الطحطاوي، بتحقيق محمد الخالدي، دار الكتب العلمية بيروت، ط. الأولى ١٤١٨ هـ: ٤٥٩/١.

^٩ البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ١١٩/٢.

^{١٠} التعريفات للمرجاني: ٢٢٨/١.

^{١١} حاشية الدسوقي على الشرح الكبير محمد بن أحمد الدسوقي المالكي، دار الفكر: ١٦٩/٣.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة بأن المعقود عليه في عقد السلم وغيره إذا كان غير معلوم وهو ما سماه بالموهوم فإنه لا يعتد به، ولا يبنى عليه حكم شرعي، ولا يثبت به القدرة على تسليم المعقود عليه لكونه غير معلوم وموجود في الحال، وقد شرط الشارع لجواز عقد السلم وغيره من العقود المالية قدرة العاقد على تسليم المعقود عند وجوب التسليم، ولا تثبت قدرة البائع على التسليم بشيء غير موجود ومعلوم عند حلول الأجل؛ لكونه بمثابة الموهوم الذي هو مجرد تخيل غير الواقع، أي الاحتمال العقلي البعيد النادر الحصول.

من تطبيقات القاعدة:

١- إذا أسلم شخص في الثمار بتعيين النخلة والثمار غير موجودة في الحال فيكون العقد باطلاً؛ لجهالة قدر المسلم فيه فلا تثبت قدرة العاقد على التسليم عند حلول الأجل إلا بوجود الثمار في تلك النخلة فيكون المسلم فيه موهوماً، وبالموهوم لا تثبت القدرة على التسليم^١.

٢- إذا شرط الشخص في السلم طعام قرية أو أرض خاصة لا يبقى طعامها في أيدي الناس فالسلم فاسد، وإن شرط طعام موضع يبقى طعامه كطعام خراسان وما وراء النهر يجوز؛ لأنه إذا كان لا يبقى طعامها في أيدي الناس فيكون المسلم فيه موهوماً، وبالموهوم لا تثبت القدرة على التسليم^٢.

٣- إذا كان لثمار شفيعان أحدهما غائب، فللمحاضر أن يأخذ كل الدار بالشفعة؛ لأن سبب ثبوت الحق على الكمال وجد في حقه، وقد تأكد بالطلب، ولم يعرف تأكد حق الغائب؛ لأنه يحتل أن يطلب وألا يطلب أو يحضر، فلم يقع التعارض والتزاحم، فلا يمنع المحاضر من استيفاء حقه الثابت بحق محتمل، ولا عبرة بالتوقف.

٤- إذا جاء ورثة لثمة أمام القاضي، وأقاموا البيّنة أنهم ورثته، وطالبوا بتقسيم التركة، فإن القاضي يجب عليه ذلك، ولا يؤخر لاحتمال أن يظهر وارث آخر، أو غريم للثمة^٣.

^١ المبسوط: ١٣/١٣٨.

^٢ المحيط البرهاني: ٧/٧٦.

^٣ موسوعة القواعد الفقهية: ٨/١٠٦٠.

١٢٤ - القاعدة الثامنة: [من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه]

هذه القاعدة في الأصل نص من الحديث الشريف، وقد وردت في باب السلم في اللحم في معرض الكلام عن ثبوت خيار الرؤية^١ للمستصنع إذا رأى ما عمله الصانع، حيث قال المصنف -رحمه الله- ما نصّه: "قال: (وإذا عمله الصانع فقبل أن يراه للمستصنع باعه يجوز بيعه من غيره) لأنّ العقد لم يتعين في هذا بعد ولكن إذا أحضره ورآه المستصنع فهو بالخيار لأنه اشترى ما لم يره وقال: - صلى الله عليه وسلم - «من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه»^٢.".

توثيق القاعدة:

هذه القاعدة في الأصل حديث نبوي وقد جاء ذكره كقاعدة في كتب الفقهاء، مثل:

- ما جاء في فتح القدير^٣: "إذا اشترى ما لم يره ثبت له الخيار بلا اشتراط".
- ما جاء في الأشباه والنظائر^٤: "من اشترى ما لم يره وقت العقد وقبله ووقت القبض فله الخيار إذا رآه".
- ما جاء في كتاب الأم^٥: "إذا كان المشتري لم ير المبيع فهو بالخيار إذا رآه من عيب ومن غير عيب".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة بأن الخيار يثبت لمن اشترى ما لم يره إذا رآه على غير الصفة التي وصف بها المبيع فإن شاء أخذه وإن شاء رده. وهذه المسألة من المسائل الخلافية التي تتعلق بحكم الخيار في بيع ما لم يره المشتري، فالخفية أجازوا خيار الرؤية في شراء ما لم يره المشتري وله الخيار إذا رآه: إن شاء أخذ المبيع بجميع الثمن، وإن شاء رده.

^١ خيار الرؤية: هو أن يشترى شيئاً لم يره فالمشتري الخيار إذا رآه وهو غير موثّق بمدة. (التعريفات الفقهية: ص ٩٠).
^٢ رواه الدارقطني في سننه عن مكحول برقم: ٢٨٠٣، في كتاب البيوع: ٣/٢٨٢. وقال الدارقطني معقباً عليه: "هذا مرسل وأبو بكر بن أبي مريم ضعيف". كما أخرجه البيهقي في سننه الصغير برقم: ١٨٦٠، في كتاب البيوع، باب بيع خيار الرؤية: ٢/٢٤٠. وعقب عليه بقوله: "فهذا منقطع وابن أبي مريم هذا ضعيف ورواه عمر بن إبراهيم الكردي بأسانيد له مرفوعة وكان متهما بوضع الحديث وإنما روي عن الحسن، وابن سيرين من قولهما وروي عن عثمان، وطلحة، وجبير بن مطعم: «ما دل علي جواز بيع خيار الرؤية» وفي إسناد حديثهم إرسال".

^٣ المبسوط: ١٢/١٣٩.

^٤ ٣/٢٥٠.

^٥ لابن نجيم الحنفى: ص ١٧٧.

^٦ للشافعي: ٣/٤١.

أما المالكية^١ فهم صححوا بيع الغائب إذا وصف بما يبين جنسه ونوعه، وإن لم يوصف ولكنه اشترط الخيار عند رؤيته.

ويرى الشافعية^٢ عدم صحة العقد على الغائب، ومن ثم لا يكون لهذا الخيار موضع عندهم في العقود الصحيحة.

أما الحنابلة^٣ فقد صححوا بيع الغائب إذا كان المبيع من الأشياء التي يصح فيها السلم، وأن يوصف بالصفات التي تضبطه، وهي الأوصاف التي يترتب على ذكرها أو عدمه - اختلاف في الثمن غالباً.

من تطبيقات القاعدة:

١- إذا باع الأصمى أو اشترى شيئاً فإن ذلك جائز باتفاق الأئمة الثلاثة^٤ وبقيت له الخيار إذا اشترى؛ لأنه اشترى

ما لم يره فيدخل في عموم القاعدة^٥. ولم يجوز الإمام الشافعي - رحمه الله - بيعه وشراؤه إلا في عقد السلم^٦.

٢- إذا عمل الصانع بطلب من المستصنع فإن أحضر ما صنعه ورآه للمستصنع فهو بالخيار؛ لأنه قد اشترى ما لم يره^٧.

٣- إذا اشترى شخص شيئاً لم يره بأن اشترى فرساً مجللاً أو جارية منتقبة أو كرى حنطة في هذا البيت أو عبداً تركياً في هذا البيت فإنه يجوز إذا وجد كذلك وللمشتري الخيار إذا رآه^٨.

٤- لو اشترى شخص حافلة غير موجودة عند البائع - حين العقد - لكن وصفها له البائع بصفاتها من حيث نوعها وسنة صنعها ولونها وبعض أوصافها، وتم العقد على ذلك، ولكن حينما جاء بالحافلة ورآها المشتري تبين له أن فيها اختلافاً في بعض أوصافها - كاختلاف النوع أو سنة الصنع أو اللون - ففي هذه الحال للمشتري الخيار إما أن يرضى بالصفقة الحاضرة أو يفسخ العقد لاختلاف الصفقة.

^١ ينظر: بداية الجهد: ١٧٤٥/٣ والقوانين الفقهية لابن جزي الكلبي محمد بن أحمد، تحقيق الشيخ عبد الرحمن حسن حمود، عالم الفكر، ميدان الحسين - القاهرة، الطبعة الأولى عام ١٩٨٥م: ص ١٩٦.

^٢ ينظر: المذهب: ٣٦٢/١.

^٣ المغني: ٤٧/٤ وما بعدها.

^٤ ينظر: بدائع الصنائع: ١٦٤/٥ وعيون المسائل لعبد الوهاب المالكي: ص ٤١٨، والمغني لابن قدامة: ٦٥٨/٤.

^٥ فتح القدير: ٣٤٨/٦.

^٦ ينظر: الإقناع للماوردي: ص ٩٨.

^٧ المبسوط: ١٣٩/١٢.

^٨ تحفة الفقهاء: ٤٦/٢.

١٢٥ - القاعدة التاسعة: [الأصل أن ما عرف كونه مكيلاً في عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فهو مكيل أبداً، وإن اعتاد الناس بيعه وزناً، وما عرف كونه موزوناً في ذلك الوقت فهو موزون أبداً، وما لم يعلم كيف كان يعتبر فيه عرف الناس في كل موضع]

ذكر الإمام السرخسي - رحمه الله - هذه القاعدة كتعليل لجواز السلم في العصير وكذلك الخلل لكونه مما يكال ويوزن والمرجع في ذلك النص فإن لم يرد يعتبر في ذلك العرف، حيث قال: "لأنه (أي العصير) يوزن أو يكال كالبن وكذلك الخلل لا بأس بالسلم فيه كيلاً معلوماً أو وزناً معلوماً لأنه يكال ويوزن وإعلام التقدير بذكر كل واحد منهما محصل والأصل أن ما عرف كونه مكيلاً على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فهو مكيل أبداً وإن اعتاد الناس بيعه وزناً وما عرف كونه موزوناً في ذلك الوقت فهو موزون أبداً وما لم يعلم كيف كان يعتبر فيه عرف الناس في كل موضع إن تعارفوا فيه الكيل والوزن جميعاً فهو مكيل وموزون".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة في الكتب الفقهية بصيغ مختلفة منها:

- ما جاء في المحيط البرهاني^٢: "ما ثبت كيلاه بالنص لا يجوز بيعه بحسه وزناً، كالحنطة بالحنطة، وما ثبت وزنه بالنص لا يجوز بيعه بحسه وكيلاً كالدرهم بالدرهم كيلاً، وكذلك النخيل بالدنانير كيلاً، وما لا نص فيه، ولكن عرف كونه كيلاً على عهد رسول الله عليه، فهو مكيل أبداً، وإن اعتاد الناس بيعه وزناً في زماننا، وما عرف كونه موزوناً في ذلك الوقت، فهو موزون أبداً، وما لا يعرف حاله على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يعتبر فيه عرف الناس".
- ما جاء في الأشباه والنظائر^٣: "إن الاعتبار في التقدير المقدر في باب الربا بعصر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فما كان يكال فيتمتع كيلاه، وما كان يوزن فيتمتع وزنه، وما جهل أمره فالاعتبار فيه بالعرف".
- ما جاء في الهداية في شرح بداية المبتدي^٤: "كل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلاً فهو مكيل أبداً، وإن ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزناً فهو موزون أبداً، وإن ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة".

^١ المبسوط: ١٤٢/٢٢.

^٢ ٣٥٤/٦.

^٣ لصدر الدين ابن الوكيل، بتحقيق محمد حسن، دار الكتب العلمية بيروت، ط. الأولى ١٤٢٣ هـ: ١/١٧٨-١٧٩.

^٤ ٦٢/٣.

شرح مفردات القاعدة:

مكيال: أصله من الكيل: المكيال. والكيل: مصدر كُلت الطعام كيلاً ومكالاً ومكيالاً أيضاً، وهو شاذ لأن المصدر من فعل يفعل تفعليل. يقال: ما في برك مكال، وقد قيل مكيل^١. وهو اسم آلة من كَال: مكيال؛ ما يكال به، وهو وعاء ذو سعة معينة، يستعمل لكيل السوائل والمواد الجافة^٢.

اعتاده: من العادة، وهي في اللغة تطلق على تكرار الشيء مرة بعد أخرى، وهي الدّين يعاد إليه، معروفة وجمعها عاد وعادات وعيد، والآخر ليس بالقوي. والمعاودة الرجوع للأمر الأول. يقال للشجاع: بطل معاود^٣.

أما في الاصطلاح فقد عرف العادة بأنها: "ما استمر عليه على حكم المعقول، وعادوا إليه مرة بعد أخرى"^٤.

وقيل في تعريفها: العادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة، مستقرة في النفوس والعقول متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة، حتى صارت حقيقة عرفية^٥.

موزون: أصله من الوزن، كالوعد وهو زوز الثقل والحقيقة، والشيء الموزون إذا جرى وزن أو مقدّر معلوم^٦.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

صيغت هذه القاعدة من أجل بيان المعيار الذي يرد إليه في تقدير الربويات بالكيل والوزن، فنص القاعدة على أن الاعتبار في تقدير الربويات ومعرفة للكيل أو الموزون هو نص الشارع، فما نص على تحريم التفاضل فيه كيلاً كان مكيالاً دائماً وإن باعه الناس بغير الكيل كالحنطة والشعير والتمر والملح. وكل شيء نص على تحريم التفاضل فيه وزناً فهو موزون كالذهب والفضة، وأما ما لا نص فيه ولم يعرف حاله على العهد النبوي فإنه يُعتبر فيه عرف الموضع الذي يباع فيه، وعلى هذا فالمطعمومات التي لم تكن موجودة على عهد النبي -صلى الله عليه وسلم- يرجع فيها إلى عرف بلادها، وإليه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^٧.

^١ الصحاح للجوهري: ١٨١٣/٥.

^٢ معجم اللغة العربية المعاصرة، للدكتور أحمد مختار، عالم الكتب، ط. الأولى ١٤٢٩هـ: ١٩٨٠/٣.

^٣ ينظر: لسان العرب لابن منظور: ٣١٦/٣، والقاموس المحيط للفيروزآبادي: ٣٣٠/١.

^٤ الترمذيات للمرجاني: ص ١٢٧.

^٥ مجموعة رسائل ابن عابدن: ١١٤/٢.

^٦ تاج المروس: ٢٥٠/٣٦، ٢٥٤.

^٧ ينظر: التجم الوهاج في شرح المنهاج لأبي البقاء الشافعي: ٦٥/٤؛ والمجموع شرح للمذهب لحي بن خرفه النووي: ٢٦٧/١٠؛

والحرر في الفقه لمجد الدين ابن تيمية: ٣١٨/١؛ وحاشية الروض للربع شرح زاد المستقنع لعبد الرحمن النجدي، ط. الأولى ١٣٩٧هـ:

من تطبيقات القاعدة:

الأموال الربوية التي لا يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلاً وهي الأصناف الستة^١، وما يقاس عليها، فما كان منها مكيلاً في العهد النبوي فلا يجوز بيعه إلا مكيلاً ولو تغير تعامل الناس به فأصبح موزوناً فلا يجوز بيع صنف منها بمجنسه إلا مكيلاً وكذلك ما كان موزوناً. وأما ما لم ينص عليه على عهد رسول الرسول صلى الله عليه وسلم وجهل أمره هل هو مكيل أو موزون، فيعتبر فيه العرف السائد بين الناس في كل موضع بحسبه. ومن التطبيقات على القاعدة ما يلي:

- ١- لو أسلم شخص في العصر وكذلك الخل فإنه لا بأس بذلك كميلاً معلوماً أو وزناً معلوماً؛ لكونهما مما يكال ويوزن والمرجع في ذلك النص فإن لم يرد نص يعتبر في ذلك العرف^٢.
- ٢- إذا أسلم شخص في اللبن في جنبه كميلاً ووزناً معلوماً إلى أجل جاز؛ لأن كون اللبن مكيلاً أو موزوناً غير ثابت بالنص، ولم يعرف حاله على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم - أيضاً، فتكون العبرة فيه للعرف؛ والناس اعتادوا بيعه كميلاً ووزناً^٣.
- ٣- لو باع الشخص لآخر الحنطة مع التساوي في الوزن دون الكيل فإنه لا يجوز، وإن كان العرف يجري بوزن الحنطة. وكذلك لو باع شخص الذهب بالذهب مع التساوي في الكيل دون الوزن لم يجز، وإن كان العرف يجري بكيل الذهب^٤.

^١ وهي: الذهب والفضة والبر والشمع والتمر والملح.

^٢ المبسوط: ١٢/١٤١.

^٣ المحيط الرهاني: ٧/٧٥.

^٤ حاشية الشلبي على تبين الحقائق: ٨٨/٤.

١٢٦- القاعدة العاشرة: [إنّ المعتر في جميع الأشياء العرف]

أورد الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة مباشرة عقب ذكر القاعدة التي مرت آنفاً؛ للتنويه إلى الخلاف الوارد في المعيار لتقدير الرهونات. وقد أسيد هذه القاعدة إلى القاضي أبي يوسف -رحمه الله-، حيث قال: "وعن أبي يوسف إنّ المعتر في جميع الأشياء العرف؛ لأنه إنما كان مكياً في ذلك الوقت أو موزوناً في ذلك الوقت باعتبار العرف لا بنص فيه من رسول الله -صلى الله عليه وسلم-".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في حاشية الشلبي على تبين الحقائق^٢: "العرف يعتبر على خلاف المنصوص عليه".
- ما جاء في النهر الفائق شرح كثر الحقائق^٣: "العرف على خلاف المنصوص عليه معتبر".
- ما جاء في المحيط الرباعي^٤: "قال أبو يوسف: المعتر في جميع الأشياء عرف الناس في زمانها".

شرح مفردات القاعدة:

جميع الأشياء: المقصود بجميع الأشياء ما يتعلق بالبيع والمعاملات عمومًا واليمين وأشباهه، وذلك إذا لم يكن نية نص مخالف للعرف.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

ذهب القاضي أبو يوسف -رحمه الله- إلى إنّ للمعول في تقدير الرهونات على العرف. فمتى تعارف الناس على بيع شيء بالكيل كان مكياً، ومتى تعارفوا على بيع شيء بالوزن كان موزوناً. سواء نصّ الشارع على كونه مكياً وموزوناً أو لا؛ لأنّ الشارع إنما نصّ على أصناف الطعام المذكورة في الحديث مكيلة لكون الذهب والفضة موزوناً تبعاً لعرف ذلك الزمان، فلو غيّر الناس ذلك وباعوا الطعام موزوناً والنقدين -الذهب والفضة- معدوداً فإنّ الشارع اعتبر ذلك، وعدّ الطعام موزوناً والنقدين معدوداً.

^١ المبسوط: ١٢/١٤٢.

^٢ ٨٨/٤.

^٣ ٤٧٣/٣.

^٤ ٧٦/٧.

والراجح في هذا ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة ومحمد بن الحسن -رحمهما الله-، وهو مذهب جمهور الفقهاء كذلك كما تقدم آنفاً في القاعدة السابقة أن ما كان مكيلاً أو موزوناً على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لا يغير أبداً عن ذلك بل يعتبر ما كان مكيلاً في عهده مكيلاً ولا يلتفت إلى التساوي في الوزن دون الكيل، وما كان موزوناً في عهده يعتبر موزوناً أبداً ولا يلتفت إلى التساوي في الكيل دون الوزن، وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- على رأي القاضي أبي يوسف -رحمه الله- أن ما كان مكيلاً أو موزوناً في عهد رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فهو مكيل أو موزون باعتبار العرف في ذلك الوقت لا بنص رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، ولذلك جاز عند أبي يوسف -رحمه الله- بيع المكيل موزوناً والموزون معدوداً أو مكيلاً ويجري فيه الرأى لتغير العرف ولدفع المخرج والمشقة عن الناس.
- ٢- لو تساوى الخنطة بالخنطة وزناً لا كيلاً في زمن من الأزمان بتعارف الناس عليه، وكذلك الشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح فإن البيع جائز عند أبي يوسف -رحمه الله- دون الطرفين؛ لأن العرف عنده يعتبر على خلاف المنصوص عليه^١.
- ٣- لو تساوى الذهب بالذهب كيلاً لا وزناً وكذلك الفضة بالفضة وتعارف الناس عليه فإن بيعهما جائز عن أبي يوسف -رحمه الله- دون الطرفين^٢.

^١ تبين الحقائق: ٨٨/٤.

^٢ الهداية في شرح بداية المبتدي: ٦٢/٣.

١٢٧- القاعدة الحادية عشرة: [العرف لا يعارض النص]

ذكر السيوطي هذه القاعدة بعد أن بين موقفه من المعيار لتقدير الروايات الذي ورد النص به عن النبي -صلى الله عليه وسلم- كذلك ما تعارف عليه الناس في ذلك الوقت، يتزل منزلة النص معللاً بنص هذه القاعدة؛ حيث قال: "ولكننا نقول تقرير رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إياهم على ما تعارفوه في ذلك الشيء بمنزلة النص منه فلا يتغير بالعرف؛ لأنَّ العرف لا يعارض النص"^١.

توثيق القاعدة:

وردت هذه القاعدة في الملتونات الفقهية الأخرى منها ما يلي:

- ما جاء في الأشباه والنظائر^٢: "العرف غير معتبر في المنصوص عليه".
- ما جاء في منافع الدقائق شرح مجامع الحقائق^٣: "العرف يكون حجة إذا لم يخالف نصَّ الفقهاء".

شرح مفردات القاعدة:

النص: أصله منتهى الشيء ومبلغ اقتضاها، ولكلمة النص في اللغة عدة إطلاقات، من أهمها: نطلق النص على الإسناد إلى الرئيس الأكبر، والتوقيف، والتعيين على شيء ما، ورفع الشيء^٤.
أما تعريف النص في اصطلاح أهل الأصول فقد عرف بتعريفات كثيرة منها:

- "ما أفاد الحكم يقيناً أو ظاهراً"^٥.
- "ما أفاد الحكم بنفسه بلا احتمال أو احتمال لا دليل عليه"^٦.

^١ المبسوط: ١٤٣/١٢، كذلك ورد مفاد القاعدة في مواطن أخرى من المبسوط مثل القاعدة: كحل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر (١٩٦/١٢)، والقاعدة: "العرف إنما يعتبر فيما لا نص بخلافه" (١٣٦/١٤)، ووردت بلفظها: رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين: ٤٤٤/٤، ومجموعة رسائل ابن عابدين: ١٤٦/٢.

^٢ لابن نجيم الحنفي: ٨٠/١.

^٣ محمد بن مصطفى الخادمي، نسخة مخطوطة بجامعة استانبول - تركيا، للمكتبة الأزهرية بمصر، ص ٣٣٤.

^٤ بنظره تحذيب اللغة للأزهري: ٨٢/١٢ والفاهيس المحيط للفيروز آبادي: ٦٣٢/١-٦٣٣.

^٥ للسودة في أصول الفقه آل تيمية، بتحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي: ص ٥٧٤.

^٦ روضة الناظر عبد الله بن أحمد المعروف بابن قدامة المقدسي، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ط. الثانية ١٤٢٣هـ: ص ١٧٧، والتحرير شرح التحرير لملي بن سليمان المرادوي، بتحقيق د. عبد الرحمن الجوهري وغيره، مكتبة الرشد الرياض، ط. الأولى ١٤٢١هـ: ص ٢٨٧٣.

- "هو ما لا يحتمل التأويل"^١.

وذكر القرافي^٢ بأن النص له ثلاث اعتبارات: أحدها: ما لا يحتمل التأويل؛ والثاني: ما احتمله احتمالاً مرجحاً كالظاهر، وهو الغالب في إطلاق الفقهاء، والثالث: ما دلّ على معنى كيف ما كان^٣.

وزاد بعض الأصوليين^٤ رابعاً، وهو: دلالة الكتاب والسنة مطلقاً.

يعارض: من عارض فلان فلاناً: إذا أخذ في طريق وأخذ في غيره فالتقيا، وعارض فلان فلاناً، إذا فعل مثل فعله وأتى إليه مثل الذي أتى إليه^٥.

أما عند الأصوليين فالمعارضة هي: للممانعة على سبيل المقابلة، يقال: عرض لي أمر أي استقبلني فمعتني، والعوارض في اللغة الموانع. وسميت للمعارضة بين الحجج معارضة لأنها تقوم متقابلة متمانة لا يمكن الجمع بينهما. أما شرط للمعارضة: فاجتماع المحتجين المتدافعتين بإيجاب كل واحدة منهما ضد الأخرى في محل واحد ووقت واحد كالتحليل والتحريم والإثبات والنفي، وهما معساويتان في القوة لأن الضعيف لا يقابل القوي^٦.

وعليه يكون المراد بعدم ثبوت التعارض بين العرف والنص أي عدم تقابلهما وتعارضهما فيمكن الجمع بينهما.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة باختلاف صياغتها بأن العرف مقيد باعتباره حجة من الأحكام والتصرفات بشرط وهو: عدم وجود نص يخالف لذلك العرف، سواء أكان ذلك نص الشارع أم نص الفقهاء. أما عدم تعارض العرف لما هو ثابت بالنص فأمر مسلم، أما بالنسبة لنص الفقهاء فالأمر غير مسلم تماماً؛ لأن نص الفقهاء قد يكون مبنياً على عرف زمانهم أو على مصلحة كانت في زمنهم، فهل إذا تغير العرف أو تبدلت المصلحة لا يجوز الخروج على نص الفقهاء؟ أرى أن الأمر بخلاف ذلك؛ لأنه لا ينكر تغير الأحكام الاجتهادية بتغير الأزمان.

^١ إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول لمحمد علي الشوكاني، بتحقيق: أحمد عزوة الناشر دار الكتاب العربي - دمشق، ط. الأولى ١٤١٩ هـ: ٣٦/٢.

^٢ هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي، الشهير بالقرافي لسكنائه بمحلة القرافة في مصر، لازم ابن الحاجب وابن عبد السلام، حتى برع في فنون عديدة، وأصبح شيخ المالكية في مصر، توفي عام ٦٨٤ هـ من مؤلفاته: تنقيح الفصول، والفروق. (المسند) المنسوب في معرفة أعيان علماء المذهب لابن قرحون، بتحقيق د. محمد الأحمد، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة: ٢٣٦/١.

^٣ شرح تنقيح الفصول، بتحقيق طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المحددة، ط. الأولى ١٣٩٣ هـ: ص ٣٦.

^٤ الفيت المامع شرح جمع الجوامع: ١١٥/١.

^٥ مجازيب اللغة للأزهري: ٢٩٤/١.

^٦ ينظر: تقويم الأدلة في أصول الفقه عبد الله بن عمر الدهوسي: ٢١٤/١.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا تكاثر رجل العمال بالكوفة يعملون إلى العصر، وليس لهم ذلك إلا أن يشترطوه؛ لأن العرف لا يعارض النص^١.
- ٢- البيع بالغبن متعارف فللمقصود من البيع الربح وذلك لا يحصل إلا وأن يصير أحدهما مقبولا والإنسان يرغب في شراء ما يساوي عشرة بدرهم ولكن لا يجد ذلك فإما ألا يكون متعارفا؛ فالعرف لا يعارض النص^٢.
- ٣- ما تعارف عليه الناس من الكيل والوزن للأشياء في عهد النبي صلى الله عليه وسلم وتقريره إياهم على ما تعارفوا عليه بمنزلة النص منه عليه فلا يتغير بالعرف؛ لأن العرف لا يعارض النص^٣.
- ٤- إذا تعارف الناس على جواز البيع المبني على أساس الغرر في بلادهم فإن ذلك لا يجوز؛ لأنه معارض للنصوص المحرمة لببوع الغرر بكافة أنواعها، والعرف لا يعارض النص.

^١ المبسوط: ٥١/١٦.

^٢ المرجع السابق: ٢١٤/١٢.

^٣ الدر المختار: ١٣٦/٥.

١٢٨ - القاعدة الثانية عشرة: [المفسد متى زال قبل تقرر جمل كان لم يكن]

ذكر السرخسي هذه القاعدة عند بيانه لجواز السلم إذا كان فيه خيار شرط وأسقط صاحب خيار الشرط خياره قبل الافتراق، حيث قال: "والافتراق قبل تمام القبض يبطل للعقد إلا أن يبطل صاحب الخيار خياره قبل أن يتفرقا فحينئذ يتقلب العقد صحيحاً عندنا خلافاً لغير فإن من أصله أن تصحيح العقد الفاسد في استقباله فقط وعندنا المفسد متى زال قبل تقرر جمل كان لم يكن وتقرر الفساد هنا بالافتراق قبل تمام القبض وقد انعدم ذلك متى أسقطا الخيار قبل أن يتفرقا".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة في الكتب الفقهية بصيغ مختلفة منها:

- ما جاء في النهر الفائق^٢: "ارتفاع المفسد في الفاسد يردّه صحيحاً".
- ما جاء في الهداية في شرح بداية المبتدي^٣: "إسقاط المفسد قبل تقرر يردّه يعود جائزاً".
- ما جاء في تبيين الحقائق^٤: "إذا كان المفسد قد زال قبل تقرر فينقلب صحيحاً".

شرح مفردات القاعدة:

المفسد: اسم الفاعل من أفسد، والفساد خروج الشيء عن الاعتدال، قليلاً كان الخروج عنه أو كثيراً، وبضاده الصلاح، ويستعمل ذلك في النفس، والبدن، والأشياء الخارجة عن الامتقانة، يقال: قَسَدَ قَسَاداً وقُسُوداً.

والمقصود بالفساد هنا: غير البطلان، وذلك لأنّ الخنفة يفترقون بين الباطل والفساد، فالباطل لو أزيل منه سبب البطلان فلا بدّ من استئناف العقد وتجديده عند الكل، ولا يكون زوال سبب البطلان مصححاً للعقد، بخلاف الفساد عند الخنفة فهو ما كان مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه^٥. وقيل: بأن الباطل ما كان فالت المعنى من كل وجه، مع وجود الصورة؛ إما لانعدام محل التصرف، أو لانعدام أهلية المتصرف، المتصرف، والفساد هو ما كان مشروعاً في نفسه، فالت للمعنى من وجه، لملازمة ما ليس بمشروع إياه، بحكم الحال، مع تصور الانفصال في الجملة^٦.

^١ المبسوط: ١٤٣/١٢، ٢٣/١٤.

^٢ لابن نجيم: ٤٢٦/٣.

^٣ للمرغيناني: ٢٩/٣.

^٤ للزيلعي: ١٥/٤.

^٥ المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني: ٦٣٦/١.

^٦ ينظر: كشف الأسرار شرح أصول البردوي لعلاء الدين البخاري: ٢٥٩/١.

^٧ ميزان الأصول في نتائج العقول للسمرقندي، بتحقيق محمد زكي، مطابع النوحة-قطر، ط. الأولى ١٤٠٤هـ: ص ٣٩.

تقرره: من تقرّر الأمر؛ ثبت واستقر "تقررت الزيادة في الأجور"، تقرّر أي: استقر الرأي على كذا. وتقرّر الرأي أو الحكم: أمضاه من يملك إمضاه^١. وبناء على هذا للمعنى فيكون المراد بتقرره أي ثبوته واستقراره، والضمير عائد إلى المفسد.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

المفسد للعقد هو إنا بفقدان العقد بعض شروط صحته، أو اشتراط شرط خارج عن مقتضى العقد أو منافي لمقتضاه.

قبناءً على هذه القاعدة إذا أزال المتعاقدان هذا المفسد للعقد قبل ثبوته - وثبوت المفسد يكون بالتفريق والتفريق عن المجلس - فإذا أزيل المفسد قبل ثبوته فإنّ العقد يعود صحيحاً ويجعل المفسد كأن لم يكن. وعند غير الحنفية الفاسد والباطل مترادفان فإذا دخل العقد فساد فالعقد غير صحيح ويجب استنفاه وتحديدته ولو أزيل المفسد.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا اشترى أحد العصور فتخمر قبل القبض ثم تحلل بقي العقد صحيحاً، ولا يعتبر زواله بعد تقرره^٢.
- ٢- إذا اشترط أحد المتبايعين خيار الرؤية في السلم فهو مفسد للعقد، فإن أسقط الخيار قبل التفريق صحّ العقد.
- ٣- إذا اشترط أحد المتبايعين في السلم خيار الشرط يصير العقد مفسداً فإن أبطل صاحب الخيار خياره قبل التفريق ينقلب العقد صحيحاً^٣.
- ٤- إذا تصارفا رجلان درهماً بدرهمين - وهذا عقد دخله الزيا - فإن ردّ أحد الدرهمين درهماً منهما لصاحبه قبل التفريق من المجلس صحّ العقد درهماً بدرهم. وعند غير الحنفية العقد باطل فلا بُدّ من ترادفهما وتحديد العقد واستنفاه درهماً بدرهم^٤.

^١ معجم اللغة العربية المعاصرة: ١٧٩٥/٣.

^٢ المبسوط: ١٠/١٠٨.

^٣ المبسوط: ١٢/١٤٣.

^٤ المرجع السابق: ٢٣/١٤.

١٢٩- القاعدة الثالثة عشرة: [وجود العيب في الشيء لا يجعله في حكم جنس آخر]

ذكر الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في معرض كلامه عن رأس المال في السلم إذا كان زيوفاً من جنس الدراهم فيبين بأنه إذا ردّها انتقض السلم وإذا لم يردّها جاز العقد، فقال ما نصّه: " وإن قبض الدراهم ثم افترقا فوجدتها زيوفاً فإنه يردّها ويتقضى السلم أما إذا تجوز بها جاز العقد لأن الزيف من جنس الدراهم ولكن فيه عيب ووجود العيب في الشيء لا يجعله في حكم جنس آخر".^١

المعنى الإجمالي للقاعدة:

إنما تختلف الأجناس باختلاف حقائقها، لكن إذا وجد عيب في شيء ما فإنّ هذا العيب لا يخرج هذا الشيء عن جنسه المنسوب إليه ولا يجعل له حكم كجنس آخر؛ لأنه - وإن وجد فيه عيب فإنّ حقيقته لم تتغير، ولذلك لا يعتبر جنساً آخر.

من تطبيقات هذه القاعدة:

- ١- إذا كان رأس مال السلم دراهم فوجدت زيوفاً ورضي بها المسلم إليه جاز العقد مع وجود هذا العيب؛ لأنّ الدراهم الزائفة من جنس الدراهم.^٢
- ٢- من أقرّ أنه قبض من فلان عشرة دراهم قرضاً أو ثمن سلعة له عنده أو غير ذلك، ثم ادعى أنها زيف صئيق؛ لأن الزيف من جنس الدراهم إلا أنها معيبة.^٣
- ٣- إذا اشترى الشخص سيارة ثم ظهر فيها عيب يوجب الرد، فإنّ وجود ذلك العيب لا يخرج السيارة عن كونها سيارة، ولا يمكن أن يجعلها قارباً، أو عربة حصان - مثلاً -.
- ٤- إذا اشترى الإنسان بطيخاً ثم ظهر أنّ لونه أبيض، فلا يخرج ذلك عن كونه بطيخاً، وإن لم يكن لونه أحمر.^٤

^١ المبسوط: ١٢/١٤٤.

^٢ المرجع السابق.

^٣ الهداية في شرح بداية المبتدي: ١١٠/٣؛ والهداية شرح الهداية: ٣٣٠/٤.

^٤ موسوعة القواعد الفقهية: ١٢/١٩٤.

١٣٠- القاعدة الرابعة عشرة: [كل دين لا يجوز قبضه في المجلس ويجوز التأجيل فيه فأخذ الرهن والكفيل به صحيح للتوثيق، وكل دين لا يجوز الاستبدال به قبل القبض فأخذ الرهن والكفيل به لا يجوز]

ذكرت هذه القاعدة تحت باب السلم إذا كان فيه شرط خيار في معرض الكلام عن جواز أخذ الرهن والكفيل بالمسلم فيه، حيث قال الإمام الميرحسي -رحمه الله- ما نصه: "وأما أخذ الرهن والكفيل فلا يجوز بالمسلم فيه، فعلى رواية ابن شجاع عن زفر قال: كل دين لا يجوز قبضه في المجلس ويجوز التأجيل فيه فأخذ الرهن والكفيل به صحيح للتوثيق والمسلم فيه بهذه الصفة بخلاف رأس المال وبدل الصرف وعلى الرواية الأخرى قال: كل دين لا يجوز الاستبدال به قبل القبض فأخذ الرهن والكفيل به لا يجوز؛ لأن في الكفالة إقامة ذمة الكفيل مقام ذمة الأصل فيكون في معنى الاستبدال من حيث المحل والحوالة كذلك وفي الرهن يصير مستوفياً بالهلاك والرهن ليس من جنس الدين فكان هذا استبدالاً فعلى هذا لا يجوز الرهن بالمسلم فيه ورأس المال وبدل الصرف"^١.

توثيق القاعدة:

- ما جاء في مختصر الإنصاف: "كل دين ثابت في الذمة يمكن استيفاؤه من الرهن".

شرح مفردات القاعدة:

دين: وهو في اللغة يطلق على ما له أجل، كالدينه بالكسر، وما لا أجل له، فقرض^٢.

أما اصطلاحاً: فهو عبارة عن مال حكمي في الذمة يبيع أو الاستهلاك وغيرهما، وقيل: ما يثبت في الذمة^٣، وقيل: هو الذي لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء^٤.

الرهن: لغة: ما وضع عندك ليتوب مناب ما أخذ منك، ويجمع على رهان ورهون ورهن. ورهن عنده الشيء، كمنع، وأرهنه: جعله رهناً، وأرهن منه: أخذ منه، وكل ما احتبس به شيء فرهينه ومرهنته^٥.

أما اصطلاحاً: حبس الشيء بحق يمكن أخذه منه، كالدين، ويطلق على المرهون، تسمية للمفعول باسم المصدر^٦.

^١ المصنوع للميرحسي: ١٥٢/١٢.

^٢ محمد بن عبد الوهاب النجدي، بتحقيق عبد العزيز الرومي وجماعة، مطابع الرياض - الرياض، ط: الأولى: ٥٠١/٦.

^٣ القاموس المحيط للفيروزآبادي: ص ١١٩٨.

^٤ التعريفات الفقهاء للبركتي: ص ٩٨.

^٥ التعريفات للبرجاني: ص ١٠٦.

^٦ القاموس المحيط للفيروزآبادي: ص ١٢٠٢.

^٧ التعريفات للبرجاني: ص ١١٣.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

المقصود بالقاعدة بأن كل دين -أي المسلم فيه- في عقد السلم يكون في ذمة المسلم، لا يجوز قبضه في مجلس العقد بل يعطى آجلاً فإنه يجوز أخذ الرهن والكفيل أي الضمين بدل ذلك الدين حتى يوفيه المسلم إما نفس الدين وإما رأس المال؛ فالحاجة للتوثيق في دين السلم أبلغ من غيرها. أما الدين الذي لا يجوز الاستبدال به قبل القبض وهو بيع المسلم فيه، فإنه لا يجوز الرهن والكفيل به؛ لأن في الكفالة إقامة ذمة الكفيل مقام الأصل فيكون في معنى الاستبدال، وفي الرهن لأنه لا يؤمن هلاك الرهن في يد المسلم فيصير مستوفياً لحق المسلم من غير المسلم فيه، وكذلك لا يمكن الاستيفاء من عين الرهن، فالرهن ليس من جنس الدين.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- رجل تعاقد مع غيره سلفاً في تمر، فقال له: هذه عشرة آلاف لقاء مائة صندوق من التمر السكري أخذها منك في نهاية رمضان، قال: قبلت، قال: أعطني رهناً لقاء هذه المائة ألف التي سأعطيك إياها، أو قال: أحضر لي كفيلاً ليكفل، فيصح ذلك^١.
- ٢- لو قال المسلم للمسلم إليه: إذا حل الدين في رجب أبيع البعير إذا لم توفي، وأخذ دراهمي، أو الكفيل يحضر لي الدين الذي هو مائة صاع، فإنه يصح ذلك حتى يوفيه^٢.
- ٣- لو أن المسلم قال للمسلم إليه: أنا أريد أن ترهنني شيئاً أتوثق به، فقال: أرهنك غنلي، أو أرهنك سياري، أو ما أشبه ذلك، فإنه يصح ذلك.
- ٤- لو قال المسلم للمسلم إليه لما حل الأجل: في ذمتك لي مائة صاع بر، وأريد أن تعطيني شيئاً أو أرزاً فإن هذا لا يصح؛ لأنه حوله وصرفه إلى غيره.
- ٥- لو يكون المسلم في ذمة دين لشخص، فلما جاء يطلبه قال: أحيلك على فلان؛ لأن في ذمته لي مائة صاع بر سلفاً فلا يصح ذلك؛ لأنه يقتضي صرف المسلم فيه إلى غيره^٣.

^١ شرح زاد المستفنع للدكتور محمد عبد المختار الشنقيطي، موقع الشبكة الإسلامية: ١٧٠/٢٤.

^٢ الدرر المنتقاة شرح مختصر المختصرات في الفقه للدكتور عبد الله جبرين، دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية: ٣٣/٤.

^٣ الشرح للمع على زاد المستفنع محمد بن صالح العثيمين، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع السعودية، ط. الأولى ١٤٢٢هـ - ١٤٢٨هـ: ٩١/٩ - ٩٢.

١٣١- القاعدة الخامسة عشرة: [الأعيان باعتبار صفة المالية جنس واحد]

وردت هذه القاعدة في معرض الكلام عن هلاك الرهن عند المرتهن فإنه يصير مستوفياً عين حقه لعدم ثبوت ملكية عين الرهن للمرتهن؛ حيث قال المصنف -رحمه الله- ما نصه: "والمعنى فيه أن عند هلاك الرهن يصير مستوفياً عين حقه لا مستبدلاً فإن عين الرهن لا تكون مملوكة للمرتهن ولهذا لو كان الرهن عبداً فمات كان كفته على الراهن وإنما يصير مستوفياً دينه من ماله والأعيان باعتبار صفة المالية جنس واحد"^١.

توثيق القاعدة:

- ما جاء في بدائع الصنائع^٢: "الأموال كلها في معنى المالية جنس واحد".

- ما جاء في العناية شرح الهداية^٣: "الأعيان من حيث المالية جنس واحد".

شرح مفردات القاعدة:

الأعيان: جمع عين: حاسة الرؤية، والعين: عين الماء، وعين الركبة، والعين: عين الشمس، والعين: الدينار، والعين: المال الناضج، والعين: الدبستان - أي الحارس والرقيب -، والجاسوس^٤.

ولا يخرج استعمال الفقهاء عن هذه المعاني؛ إلا أنه شاع استعمالها في المال الحاضر، النقد مقابل الدين، وكذا جاء استعمالها في سائر المعاني.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

المراد بالأعيان ما كان مقابلاً للأمان في البيع والسلم وغيرهما، وأيضاً من كان مطالباً بالأمان من أصيل أو كفيل أو حويل. وأفادت هذه القاعدة أن هذه الأعيان من حيث اعتبارها بالأموال فهي جنس واحد، فمن استوفى حقه من أحدها يعتبر مستوفياً عين حقه لا بدله.

من تطبيقات هذه القاعدة:

١- إذا كفّل كفيل أو أحال يدين فاستوفى الدائن دينه من الكفيل أو الحويل فهو مستوفى عين حقه لا بدله؛ لأن اعتبار الأعيان باعتبار المالية جنس واحد.

^١ المبسوط: ١٥٦/١٢.

^٢ ٢٣٤/٥.

^٣ ١٥٧/١٠.

^٤ ينظر: الصحاح للجوهري، ٢١٧٠/٦.

٢- إذا كان دين شخص ذراهم وماله دنائير، فيجوز له أن يبيع الدنائير بالدراهم، ويقضي دينه منها استحصاناً؛
لأنهما من حيث المالية جنس واحد^١.

٣- تجب الزكاة في مال التجارة سواء كان عروضاً أو عقاراً أو شيئاً مما يكال أو يوزن؛ لأن الوجوب في أموال التجارة
تعلق بالمعنى وهو المالية والقيحة، وهذه الأموال كلها في هذا المعنى جنس واحد^٢.

^١ المحيط البرهاني في الفقه النعماني لابن مازة البخاري: ٢٤٥/٨.

^٢ بدائع الصنائع: ٢١-٢٠/٢.

١٣٢- القاعدة السادسة عشرة: [كل ما يصلح مبيعاً عيناً يصلح أن يكون رأس المال]

ذكر السرخسي هذه القاعدة عقب التعليل لعدم جواز السلم في الحيوان وما لا يكال ولا يوزن، حيث قال ما نصه: "لأن رأس المال معجل في هذا العقد يجوز تعينه فكل ما يصلح مبيعاً عيناً يصلح أن يكون رأس المال وإنما يجوز السلم عند انعدام وصفي علة ربا الفضل الجنسية والقدر وقد وجد ذلك"^١.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في درر الحكام^٢: "والدين فيه -زمان القبض- يصير عيناً وهو يصلح أن يكون رأس المال".
- ما جاء في شرح الزرقاني على مختصر خليل^٣: "لا مانع من كون رأس المال مبيعاً".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد القاعدة بأن كل الأموال التي تصلح أن تكون مبيعاً عيناً تصلح أن تكون رأس المال في عقد السلم وفي غيره؛ وذلك لأنه ما ليس بمال ولا ما لا يكال ولا يوزن لا يصلح أن يكون مبيعاً عيناً، وبالتالي فلا يصلح أن يكون رأس المال الذي يجوز على أساسه عقد السلم.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- شخص جعل المزروعات رأس المال في عقد السلم فلا يجوز؛ لأنه ما لا يكال ولا يوزن فلا يكون مبيعاً عيناً، وما لا يصلح أن يكون كذلك لا يكون رأس المال.
- ٢- لا يجوز جعل المعنويات رأس المال في عقد السلم؛ لأنه ما لا يكال ولا يوزن، فلا يكون مبيعاً عيناً.
- ٣- لا يجوز السلم في الحيوان؛ لأنه ما لا يكال ولا يوزن فلا يصلح أن يكون رأس المال في عقد السلم^٤.

^١ المبسوط: ١٥٩/١٢.

^٢ ٣١١/٢.

^٣ ١٨٦/٥.

^٤ ينظر: بداية المبتدي؛ ص ١٤٦ المبسوط: ١٥٩/١٢.

١٣٣- القاعدة السابعة عشرة: [التعین بالعرف كالتعین بالنص]

ذكر الإمام البرخسي - رحمه الله - هذه القاعدة في باب السلم في المسابقي والفرا تحت مسألة اشتراط رب السلم بأن يوتي المسلم فيه إلى المسلم إليه في منزله فقد جوز استحسانا بناء على هذه القاعدة، حيث جاء ما نصه: "وقيل بأن القياس والاستحسان فيما إذا اشترط ابتداء أن يوفيه في منزله في القياس لا يجوز لأنه لم يعين منزله وإنما المراد منزله عند حلول الأجل وذلك غير معلوم وقد يكون في هذا المصير وقد يكون في مصير آخر ولكنه استحسان فقال: العادة لم تحرر باستبدال المتول بالمنزل في كل وقت أو الانتقال من المصير إلى المصير للتوطن ومنزله للحال معلوم فباعتبار الظاهر يكون هذا منزله عند حلول الأجل والتعین بالعرف كالتعین بالنص"^١.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في النجم الوهاج في شرح المنهاج^٢: "مطلق العقد يحمل على المتعارف وبصير كالمشروط".
- ما جاء في المجموع شرح المذهب^٣: "كل متعارف هو كالمشروط".
- ما جاء في روضة الطالبين^٤: "المصطلح عليه قبل العقد كالمشروط في العقد".
- ما جاء في المغني^٥: "المتعارف كالمشروط".

شرح مفردات القاعدة:

التعین: وهو من التعيين، والتعین ما به امتياز الشيء عن غيره بحيث لا يشاركه فيه غيره، وقال بعضهم هو تخصيص الشيء من الجملة^٦.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد القاعدة بأنه إذا عين العرف لأمر مطلق أو عام نوعاً من أفرادها، وخصصه من جملة ذلك الشيء وميزه عن بقيتها، يعتبر هذا التخصيص والتمييز كأنه ثابت نطقاً، ويطبق عليه من الأحكام ما يطبق على المذكور نطقاً.

^١ المبسوط: ١٢/١٦٠.

^٢ ٣٠٠/٤.

^٣ ٥١/١٥.

^٤ ٢٧٥/٧.

^٥ ٣٨٢/٥.

^٦ التوقيف على منصات التعريف لعبد الرؤوف المناوي، بتحقيق د. عبد الحميد، عالم الكتب، ط. الأولى ١٤١٠هـ: ١٠٢/١.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا استأجر شخص داراً بأجرة معينة ولم يسم نوع الاستعمال الذي يريد بها له فالعقد جائز؛ لأن للناس عرفاً في كيفية الانتفاع بالدار، وعلى المستأجر في الإجارة المطلقة أن يتقيد بالاستعمال بما يقضي به العرف فإن تجاوزه كان ضامناً لما ينشأ عن ذلك من ضرر^١.
- ٢- إذا اشترى سلعة بمائة دينار ولم يبين نوع الدينارين، انصرف العقد إلى غالب نقد البلد؛ لأنه هو المتعارف فيه انصرف إليه العقد، ويقيد به مطلقه، تصحيحاً للتصرف، وصيانة له من الفساد^٢.
- ٣- تصارف مائة دينار بألف درهم ولم يبين نوعها، فلكل واحد منهما نقد الناس في ذلك البلد؛ لأن المتعارف فيما بين الناس هي المعاملة بالنقد الغالب، وإليه ينصرف مطلق التسمية^٣.
- ٤- لو باع شيئا من رجل ببصرة بكذا من الدينارين فلم ينعقد الثمن حتى وجد المشتري ببغداد يجب عليه الثمن بعميار البصرة^٤.
- ٥- إذا حمل شخص بضاعة له على سيارة أجرة مستأجرة واشترط أن تكون الأجرة بما تعارف عليه الناس تبعاً لوزن الحمولة والمسافة، فيعتبر ذلك كتحديد الأجرة بالنص.
- ٦- إذا استأجر إنسان شقة مفروشة - فيها أثاث وأمتعة وأوان - وأذن المودع للمستأجر استعمالها، فتلف بعض ذلك، فقد جرى العرف بأن ما يتلف فضمانه على المستأجر فكأنه مشروط في العقد.

^١ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني: ١٧٩/٤.

^٢ فتح القدير لابن الهمام: ٢٦١/٦.

^٣ المبسوط: ١٨/١٤.

^٤ مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لداماد أفندي: ٩/٣.

١٣٤- القاعدة الثامنة عشرة: [البيان المغيّر للفظ صحيح يصحّ موصولاً، لا مفصلاً]

ذكر الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في باب السلم في المساق والفرا تحت مسألة اختلاف ربّ السلم وللسلم إليه في قبض غنّ السلم الذي يدفع عاجلاً، فإذا ذكر ربّ السلم كلاماً يشكر فيه قبض الثمن وكان مفصلاً عن إقراره بعقد السلم فيبانه غير معتبر، حيث قال ما نصّه: "السلم اسم للعقد وإقراره لا يكون إقراراً بالقبض كالبيع فإنه إذا قال: ابتعت منك كذا ثم قال: لم أقبض كان القول قوله في ذلك لأنه منكر للقبض والآخر يدعي عليه التسليم فجعل القول قول المنكر فكذا في السلم ألا ترى أنه لو قال: ذلك موصولاً بكلامه كان القول قوله ولو صار بالإقرار بالسلم مقراً بالقبض لكان هذا رجوعاً والرجوع لا يعمل موصولاً كان أو مفصلاً ولكنه استحسّن فقال: السلم أخذ عاجل بأجل فمطلقه يقتضي الإقرار بالعقد والقبض جميعاً فكان قوله لم أقبض بياناً فيه تغيير لمقتضى مطلق كلامه والبيان المغيّر للفظه صحيح موصولاً بكلامه لا مفصلاً^١.

توثيق القاعدة:

وردت هذه القاعدة بلفظها أو مفادها في كتب الأصول عند السادة الحنفية، منها:

- ما جاء في أصول السرخسي^٢: "البيان المغيّر والمبطل يصحّ موصولاً ولا يصحّ مفصلاً".
- ما جاء في كشف الأسرار شرح أصول البرزخوي^٣: "البيان المغيّر لا يصحّ إلا موصولاً".
- ما جاء في التقرير والتحريم^٤: "البيان المغيّر إنما يعتبر من إذا كان متصلاً بالمغيّر".
- ما جاء في تيسير التحرير^٥: "البيان المغيّر لا يعتبر إلا عند الاتصال".

شرح مفردات القاعدة:

البيان: وهو في اللغة: الفصاحة والليّن، وفلانٌ أبيضٌ من فلانٍ أي أفصح منه وأوضح كلاماً. والبيان أيضاً ما يثبت به الشيء من الدلالة وغيرها. يقال: بان الشيء بين يديّ: اتضح، والتبيين هو الإيضاح وهو أيضاً الوضوح^٦. والمقصود به هنا هو التفسير والكشف عن مراد ما تكلم به الشخص أولاً.

^١ المبسوط: ١٢٤/١٢، وذكرها بلفظ آخر: البيان بمنزلة الاستثناء لا يصحّ مفصلاً. ٤٠/٢٨.

^٢ ٤٥/٢.

^٣ لعبد العزيز علاء الدين البخاري: ١٣٧/٣.

^٤ لابن أمير حاج الحنفي: ٦٤/٢.

^٥ لأمر بادشاه الحنفي، مصطفى الباي الحلبي-مصر ١٣٥١هـ، وصورته دار الكتب العلمية ١٤٠٣هـ، ودار الفكر-بيروت

١٤١٧هـ: ١٠٦/٢.

^٦ عتار الصحاح: ٤٣/١.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

المقصود بهذه القاعدة بأن التفسير المغير لدلالة اللفظ يعتبر صحيحاً بشرط أن يكون موصولاً بالكلام لا مفصلاً عنه فهو كالاتثناء الذي يصح إذا كان متصلاً ويطل إذا جاء منفصلاً.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا قال المقر للقاضي: هذه الدار ليست لي هي دار فلان، بعثها منه بعد شهادة الشهود أو يقول: وهبتها منه وقبضها مني بعدما غاب عن مجلس الشهادة، قال ذلك موصولاً بكلامه، فحينئذ القاضي يقضي له بالدار^١.
- ٢- إن قال له علي ألف درهم من غصب أو ودیعة إلا أنها ستوقه -الزيف البهرج الذي لا قيمة له- أو رصاص، فإن وصل صدق وإن فصل لا إذ المستوقه ليست من جنس الدراهم^٢.
- ٣- إذا قال: اشتریت منك هذه الأبقار كلها مائة ألف غير الأبيض منها. فيصح العقد على غير الأبيض للذكره إياها موصولاً بلفظه، أما لو قال: اشتریت منك هذه الأبقار كلها، وسكت وبعد القبول قال: إلا الأبيض أو غير الأبيض فلا يقبل منه؛ لأنه ذكره مقصلاً حيث يلزمه كلها سودها وبيضها.

من استثناءات القاعدة:

- إن قال له علي ألف درهم من غصب أو ودیعة إلا أنها زهوف أو رديئة (صدق) أي المدعي وصل أو فصل إذ لا اختصاص للغصب والودیعة بالجهد دون الزهوف^٣.

^١ المحيط البرهاني في الفقه النعماني لابن مازة البخاري: ٥٠٩/٨.

^٢ درر المحكمات شرح غرر الأحكام لملا خسرو: ٣٢٦/٢.

^٣ المرجع السابق.

١٣٥ - القاعدة التاسعة عشرة: [ما ثبت باصطلاح الناس يطل باصطلاحهم أيضاً]

ذكر السرخسي هذه القاعدة لبيان ما استند إليه أبو حنيفة - رحمه الله - في أن القدر في المعلوم مقعود عليه كالقدر في المكييل والموزون عليه، حيث قال ما نصّه: "المعقود عليه في العدديات العدد؛ لأنه مقدار كالكييل والوزن ألا ترى أنه لو وجده أزيد لا يسلم له الزيادة ولو وجده أنقص يحط بحصة النقصان من الثمن فصار المعقود عليه القدر، والقدر لا يصير معلوماً إلا بالعد إلا أنه لا يجري فيه الربا لأنه صار عددياً باصطلاح الناس لا يجعل الشرع أمثالاً متساوية، فإذا باع جوزة بجوزتين فقد أعرضنا عن ذلك الاصطلاح وما ثبت باصطلاح الناس يطل باصطلاحهم أيضاً بخلاف المكييل والموزون".^١

توثيق القاعدة:

وردت هذه القاعدة في كتب فقهاء الأحناف منها ما يلي:

- ما جاء في بدائع والصنائع^٢: "ما ثبت باصطلاح الناس جاز أن يطل باصطلاحهم".
- ما جاء في المحيط البرهاني^٣: "ما ثبت باصطلاح الناس يطل باصطلاح آخر منهم بخلاف الاصطلاح الأول".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة متفرعة عن القاعدة الفقهية الكبرى: العادة محكمة، وأفادت بأن الناس إذا اصطالحوا على تسمية المعقود عليه بمصطلح معين واشتهر بينهم في التعامل فإن هذا الاصطلاح لا يطل إلا بآخر منهم يكون بخلاف الاصطلاح الأول.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- لو باع شخص بنقد معين أو مطلق، وحمل على نقد البلد، فأبطل السكان المعاملة بذلك النقد لم يكن للبائع إلا ذلك النقد.
- ٢- إذا تعامل الناس على بيع الأواني لمتخذة من الحديد والفضة والرصاص بالعد يجوز بيع الواحد منها بالاثنتين؛ فقد ثبت لإبطال بيعها بالوزن مع إمكان الوزن، فخرج عن حد الوزن وصار عدداً، فيجوز بيعها متساوية ومتفاضلة^٤.
- ٣- إذا باع المتعاقدان جوزة بجوزتين فقد أعرضنا عن اصطلاح الناس لما يجعلها أمثالاً متساوية فجاز البيع؛ لإبطال اصطلاحهم الأول ببيعها بالتساوي ولم يتحقق فيها الربا لكونها عدديات متقاربة^٥.

^١ المسبوط: ١٦٦/١٢.

^٢ للكاساني: ٢٤٥/٥.

^٣ لابن مائة البخاري: ٢٢٣/٧.

^٤ المحيط البرهاني: ٢٢٣/٧.

^٥ الهداية: ٦٣/٣.

١٣٦ - القاعدة العشرون: [ما يتعين بالتعيين فالجنس وغير الجنس فيه سواء كالمكيات والموزونات، وما لا يتعين فالجنس وغير الجنس فيه سواء كالذهب والفضة]

ذكر الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة تحت باب بيع الشاة بالشاتين عند تعليقه لرأي محمد بن الحسن الشيباني -رحمه الله- الذي يقول بأن الفلوس الرائجة ثمن والتمن لا تتعين في العقود بالتعيين، حيث قال ما نصه: "ومحمد يقول الفلوس الرائجة ثمن والأثمان لا يتعين في العقود بالتعيين كالدراهم والدنانير ألا ترى أنها لو قبلت بخلاف جنسها لم تتعين حتى لو اشترى بفلوس معينة شيئاً فهلك قبل التسليم لا يبطل العقد ولو اشترى بما جاز فكذلك إذا قبلت بجنسها؛ لأن ما يتعين بالتعيين فالجنس وغير الجنس فيه سواء كالمكيات والموزونات، وما لا يتعين فالجنس وغير الجنس فيه سواء كالذهب والفضة".

شرح مفردات القاعدة:

الجنس: وهو في اللغة الضرب من كل شيء والجمع أجناس وهو أعم من النوع، فالحيوان جنس والإنسان نوع. ويقال: هذا يجانس هذا أي يشاكله.^١

أما في اصطلاح الفقهاء فالجنس هو: ما لا يكون بين أفرادها تفاوت فاحش بالنسبة إلى الغرض.^٢

المعنى الإجمالي للقاعدة:

إذا كانت الأثمان في المعاملات من غير النقود كالمكيات والموزونات فإنها تتعين بالتعيين؛ لأنها إذا عيّنت تكون مبيعة من وجه ومقصودة بالذات سواء قبلت من نفس الجنس أم من جنس آخر.

أما الأثمان النقدية كالفلوس والدرهم التي غالبها الفس فإن كانت رائجة فإنها لا تتعين بالتعيين؛ وأن للمشتري الذي عيّن الثمن أن يبدله بغيره؛ لكونها أثماناً بالاصطلاح، فما دام هذا الاصطلاح موجوداً فلا تبطل الثمنية، لقيام المقتضى. وكذلك فإن الثمن الذي هو -النقد الدرهم والفضة مثلاً- لا يراد أحياناً ولا يهتم إذا سقطت الورقة النقدية فأخذها المشتري وأعطى البائع ورقة أخرى فالثمن واحد سواء قبل من نفس الجنس أم من جنس آخر.

أما إذا كانت الأثمان النقدية غير رائجة فإنها تتعين بالتعيين؛ لزوال المقتضى للثمنية وهو الاصطلاح، وهذا لأنها في اصطلاح الناس سلعة، وإنما صارت أثماناً بالاصطلاح، فإذا ترك الناس المعاملة بها رجعت إلى أصلها.

^١ المسوط: ١٨٣/١٢.

^٢ المصباح المنير للفيومي: ١١١/١.

^٣ التمهيدات الفقهية للبركتي: ٧٣/٦.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا قال شخص لغيره بعت منك هذا الثوب بهذه الدراهم أو بهذه الدينار كان للمشتري أن يأخذ المثار إليه ويرد مثله^١.
- ٢- إذا قال شخص لآخر: بعت منك هذا الحديد بهذا النحاس، لم يجوز للمشتري أن يبدله بغيره؛ لأن النحاس من الموزونات التي تتعين بالتعيين.
- ٣- إذا قال المشتري لآخر: اشتريت منك هذا الشعر بهذا الأرز، لم يجوز له أن يبدله بغيره؛ لأن الثمن هنا الرز وهو من الموزونات التي تتعين بالتعيين.

^١ بدائع الصنائع: ٥/٢٣٣.

١٣٧- القاعدة الحادية والعشرون: [كل تفاوت ينبغي على صنع العباد فذلك مفسد للعقد، وكل تفاوت ينبغي على ما هو ثابت بأصل الخلقة من غير صنع العباد فهو ساقط الاعتبار]

ذكر السرخسي هذه القاعدة تحت باب بيع الشاة بالشاتين عند مسألة مراعاة المساواة بين المثلين على الوجه الذي يصير مال الربا؛ حيث قال ما نصه: "وصفة الجودة لا تكون حادثة بصنع العباد والتفاوت بين النقد والنسيئة حادث بصنع العباد وهو اشتراط الأجل قصار هذا أصلاً إن كل تفاوت ينبغي على صنع العباد فذلك مفسد للعقد وفي المقلوة بغير المقلوة والحنطة بالدقيق بهذه الصفة وكل تفاوت ينبغي على ما هو ثابت بأصل الخلقة من غير صنع العباد فهو ساقط الاعتبار".^١

توثيق القاعدة:

وردت مفاد هذه القاعدة في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في العناية شرح الهداية^٢: "كل تفاوت ينبغي على صنع العباد فهو مفسد...، وكل تفاوت خلقي فهو ساقط العبرة".
- ما جاء في مجمع الضمانات^٣: "كل ما كان من صنع العباد لا يمكن فيه عادة المماثلة لتفاوتهم في الصناعة".

شرح مفردات القاعدة:

تفاوت: وهو في اللغة من الفوت، يقال فاته الأمر فوتاً وتفاوتاً: ذهب عنه، وتفاوت الشيطان: تباعد ما بينهما تفاوتاً، ومنه قوله تعالى: ﴿مَا تَرَى فِي خَلْقِ الرَّحْمَنِ مِنْ تَفَوتٍ﴾^٤، المعنى: ما ترى في خلقه تعالى السواء اختلافاً ولا اضطراباً أو عيباً.

وبناء على هذا فإن المقصود بالتفاوت في القاعدة هو: عدم تحقق المساواة والمماثلة بين البدلين من المكيلات والموزونات في العقد.

^١ المبسوط: ١٨٦/١٢.

^٢ للبيهقي: ٢٩/٧.

^٣ لقامر البغدادي: ١١٨/١.

^٤ الملك: ٣.

^٥ القاموس المحيط للفيروز آبادي: ١٥٧/١، وتاج المروس للزبيدي: ٢٣٦/٥ وينظر: الجامع لأحكام القرآن للقرطبي محمد بن أحمد، بتحقيق أحمد البردوني، دار الكتب المصرية - القاهرة، ط. الثانية ١٩٦٤ م: ٢٠٨/١٨.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

دلت هذه القاعدة على أنه إذا لم تتحقق المساواة والمحاكاة بين البديلين في الصفة حال العقد وكان التفاوت بينهما على أساس صنع العباد فيكون مفسداً للعقد، أما إذا كان التفاوت خلقياً من غير صنع العباد فهو ساقط الاعتبار أي غير مؤثر في العقد فلا يفسد العقد.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- شخص باع التمر بالرطب متماثلاً كيلاً بكيل، فإن العقد يصح بشرط أن يكون يبدأ بيده؛ لأن التفاوت الذي هو الجفاف في الرطب ثابت بأصل الخلقة من غير صنع العباد فبالقالي فهو ساقط في الاعتبار وغير مؤثر في العقد.
- ٢- شخص باع الحنطة للبلولة بالحنطة اليابسة متماثلاً كيلاً فإنه جائز؛ لأن الحنطة في أصل الخلقة رطبة، وهي مال الربا إذ ذاك، والبل بالماء يعيدها إلى أصل الخلقة فيها، لذا فلم يعتبر التفاوت.
- ٣- شخص باع العنب بالزبيب متماثلاً كيلاً فيصح العقد؛ لأن التفاوت الذي هو الجفاف في الزبيب ثابت بأصل الخلقة ولا دخل لصنع العباد فيه وعلى هذا فهو ساقط الاعتبار^١.

^١ ينظر: المسوط: ١٨٦/١٢ والأصل للشيباني: ٤٥٨/٥ والمحيط البرماني: ٣٥٤/٦.

١٢٣٨- القاعدة الثانية والعشرون: [الصحة مقصود المتعاقدين، ومتى أمكن تحصيل مقصودهما بطريق جائز شرعاً يحمل مطلق كلامهما عليه ويجعل كأنهما صرّحاً بذلك]

ذكرت القاعدة تحت باب بيع الشاة بالشاتين للتبديل على عدم جواز بيع الحنطة بالسويق متساوياً أو متفاضلاً، حيث قال الإمام السرخسي -رحمه الله- ما نصّه: "ولا يجوز الحنطة بالسويق متساوياً ولا متفاضلاً إلا أن تكون الحنطة أكثر ومع السويق فضة أو ذهب فيكون ما معه بفضل الحنطة لأن الصحة مقصود المتعاقدين، ومتى أمكن تحصيل مقصودهما بطريق جائز شرعاً يُحمل مطلق كلامهما عليه ويجعل كأنهما صرّحاً بذلك".^١

توثيق القاعدة:

ورد مفاد القاعدة في كتب السادة الحنفية منها ما يلي:

- ما جاء في المحيط البرهاني^٢: "كلام العاقل محمول على الصحة ما أمكن".
- ما جاء في التجريد^٣: "أمر المسلمين محمول على الصحة".

شرح مفردات القاعدة:

المتعاقدين: تنية العاقد وهو اسم الفاعل من العقد، وهو في اللغة بمعنى الضمان، والعهد، والجمل الموثق الظهر^٤، والعقد في اصطلاح الفقهاء: هو ربط أجزاء التصرف شرعاً بالإيجاب والقبول، أو هو التزام المتعاقدين وتعهداً أمراً، فهو عبارة عن ارتباط الإيجاب والقبول وجمعه العقود^٥.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

إن كلّ متكلم إنما يقصد من كلامه معنى صحيحاً شرعاً أو عرفاً، فإذا كان كلام المتكلم يحتمل وجوهاً فمهما أمكن حمله على وجه يصح شرعاً وجب حمله عليه، ولا يجوز حمله على غير وجه شرعي ما لم تدل على ذلك قرائن قوية، وهذا من باب حسن الظن بالمسلمين - وهو مطلوب شرعاً -؛ لأن المسلم مأمور بحسن الظن بأخيه المسلم وبكل ما يصدر عنه من أقوال وأفعال حتى يقوم الدليل على غير ذلك.

^١ الميسوط: ١٢/١٨٧، وذكرت بصيغ أخرى منها: الصحة مقصود كل متكلم، فمهما أمكن حمل كلامه على وجه صحيح يجب حمله عليه: ١٧٨/١٩، وفي لفظ آخر: مطلق كلام العاقل محمول على ما أمكن: ١٩٧/١٧.

^٢ لأبن مازة البخاري: ٣٩٩/٨.

^٣ لأحمد بن محمد القدوري، بتحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، دارالسلام- القاهرة، ط. الثانية ١٤٢٧هـ: ٥٩٤٦/١١.

^٤ ينظر: القاموس المحيط للفيروزآبادي: ٣٠٠/١.

^٥ التمهيدات الفقهية: ص ١٤٩.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا باع الخنطة بالسويق متساويًا لا متفاضلاً فلا يجوز، إلا أن تكون الخنطة أكثر ومع السويق فضة أو ذهب فيكون ما معه بفضل الخنطة^١.
- ٢- إذا قال الرجل لآخر: اذهب بهذه السلعة فانظر إليها اليوم، فإن رضىتها فهي لك بألف درهم أو قال إن رضىتها اليوم فهي لك بألف درهم فهو جائز على ما اشترطوا استحساناً^٢.
- ٣- لو كانت الدار في يد رجلين فادعى أحدهما نصفها والآخر جميعها فالبينة على مدعي الجميع؛ لأن دعوى كل واحد منهما منصرف إلى ما في يده أولاً ليكون يده محقة في حقه^٣.

^١ المبسوط: ١٨٧/١٢.

^٢ المرجع السابق: ٦٠/١٣.

^٣ المرجع السابق: ٨٥/١٨.

١٣٩- القاعدة الثالثة والعشرون: [ما هو موهوم الوجود يجعل كالمحقق فيما بنى أمره على الاحتياط]

ذكر الإمام السرخسي هذه القاعدة في مسألة توهم وجود الفضل في أحد البديلين، حيث قال ما نصه: "أن المعتبر لجواز العقد العلم بالمساواة عند العقد لأنه إذا لم يعلم ذلك كان الفضل معدوما موهوما وما هو موهوم الوجود يجعل كالمحقق فيما بنى أمره على الاحتياط كما في العقوبات التي تندرج بالشبهات".^١

توثيق القاعدة:

ورد مفاد هذه القاعدة في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في النهر الفائق^٢: "الموهوم كالمحقق".
- ما جاء في مجمع الأئمة^٣: "الفضل المتوهم كالمحقق احتياطاً".
- ما جاء في البحر الرائق شرح كثر الدقائق^٤: "الموهوم في المحرمات كالمحقق".

شرح مفردات القاعدة:

الموهوم: الموهوم من الأشياء الذي ذهب إليه الوهم^٥.

الاحتياط: هو حفظ النفس عن الوقوع في المأثم، وقيل: هو استعمال ما فيه الحياطة، أي الحفظ^٦.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

بنى الشارع الحكيم أموراً على الاحتياط مراعاة لجانب الحظر، سواء في ذلك بعض المعاملات وبعض العبادات. فما بنى أمره على الاحتياط جعل الشارع الأمر الموهوم فيه وجوده كالمحقق، وذلك إبرة للذقة وبعداً عن المحرمات والمشتبهات.

^١ المبسوط: ١١٩/١٢، وفي لفظ آخر: للموهوم فيما بنى على الاحتياط كالمحقق. ١٣/١٤.

^٢ لابن نجيم الحنفى: ٥٠٥/٣.

^٣ للامام أفندي: ٨٩/٢.

^٤ لابن نجيم الحنفى: ٢٥٨/٨.

^٥ للمعجم الوسيط مجموعة من المؤلفين، من إصدار معجم اللغة العربية - بالقاهرة، مكتبة الشروق الدولية، ط. الرابعة ٢٠٠٤م:

١٠٦٠/٢.

^٦ التعريفات الفقهية: ١٨/١.

^٧ القاموس المحيط للفيروزآبادي: ٢٦٥/١.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا باع شخص الزيتون بالزيت ولم يعلم أن الزيت الذي في الزيتون مثل الزيت المنفصل أو أكثر منه أو أقل منه فإنه لا يجوز البيع، لتوهم الفضل الذي كالمحقق، وكذا بيع الجوز بدهنه واللبن بسمنه والعمر بنواه^١.
- ٢- إذا باع شخص السمسم بالشيرج^٢ فلا يجوز ذلك حتى يكون الشيرج أكثر مما في السمسم، لتوهم الفضل الذي كالمحقق^٣.
- ٣- إذا خطب الرجل امرأة ثم توهم أو أخيره من لا يثق به أنها محرمة عليه يرضاع أو نسب فالأولى له تركها احتياطاً؛ لأن باب النكاح أيضاً مبناه الاحتياط للفروج. لكن إن كان دخل بها فلا يجب عليه مفارقتها إلا بعد التيقن، لكن إن أراد مفارقتها من باب الورع فذلك جائز.

^١ البناية شرح الهداية: ٢٩٢/٨.

^٢ الشيرج معرب من شجرة: وهو دهن السمسم، وربما قيل للدهن الأبيض والعصير قبل أن يتغير شرج تشبيهاً به لصفائه. (للصباح للنير: ٣٠٨/١).

^٣ مجمع الأنهر: ٨٩/٢.

١٤٠ - القاعدة الرابعة والعشرون: [مطلق العقد يقتضي تسليم المعقود عليه في الحال]

ذكرت هذه القاعدة تحت باب شراء اللبن في الضرع للتعليل على جواز بيع الغمار على رأس الشجر بصنف إذا كان مطلقاً عن الشرط، حيث قال ما نصه: "فإن صار منتفعا به ولكن لم يبد صلاحه بعد بأن كان لا يأمن العاهة والفساد عليه فاشتراه بشرط القطع يجوز وإن اشتراه بشرط الترك لا يجوز وإن اشتراه مطلقاً يجوز عندنا لأن مطلق العقد يقتضي تسليم المعقود عليه في الحال فهو بشرط القطع سواء"^١.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في إعلام الموقعين عن رب العالمين^٢: "إن موجب العقد استحقاق التسليم عقيبه".
- ما جاء في المحيط الزهاني^٣: "الأصل أن مطلق العقد يقتضي تسليم المعقود عليه وقت العقد".
- ما جاء في بدائع الصنائع^٤: "العقد المطلق يقتضي التسليم للحال".
- ما جاء في الفتاوى الهندية^٥: "الأصل أن مقتضى العقد يقتضي تسليم المعقود عليه حيث كان المعقود عليه وقت العقد".

شرح مفردات القاعدة:

مطلق العقد: هو العقد الذي ليس بمقيد أي الخالي عن الشرط والبيان. وهو العقد الذي يؤدي للحلكية المستمرة المؤبدة لو تركت على حالها بكل معنى، وكل شرط يأتي في العقد يقيد هذا الإطلاق بمقداره^٦.

المعقود عليه: وهو ما يستمي بمحل العقد، وهو في عقد البيع: المبيع والتمن.

الحال: أي وقت انعقاد العقد أو عقيبه، فاللام فيه ظرفية بمعنى (في) وبما وقع التعبير في بعض الصيغ الأخرى للقاعدة كما تقدم آنفاً.

^١ المبسوط: ١٢/١٩٥.

^٢ لاين قيم المجوزية: ٣/٢١٠.

^٣ لاين مازة: ٦/٣٠٢.

^٤ ٥/٢٦٠.

^٥ ٣/٣٠.

^٦ مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ٧/١٥٠٧.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بمسألة الضمان حيث أن الأحناف يرون أن ضمان المعقود عليه ينتقل بالتسليم إلى المشتري^١ ولذلك وجب عندهم التسليم في الحال. وتفيد القاعدة أن العقد إذا كان غير مقيد بشرط من الشروط فإنه يقتضي أن ترتب عليه آثاره التي أبرم لأجلها، وعلى رأسها التسليم والتسليم لما تم التعاقد عليه مباشرة من غير تأخير فالتسليم في الحال واجب عندهم سواء نُص على اشتراطه في العقد أم لا؛ لأنه عندهم من مقتضيات العقد التي لا تنفك عنه إذ المقتضى لا ينفك عن المقتضى، ومن ثم لا يجوز اشتراط التأخير بحال من الأحوال.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- من اشترى ثماراً على الشجر بدون اشتراط القطع أو الترك فهو جائز؛ لأنه وشرط القطع سواء، ويؤمر بأن يقطعها في الحال بمقتضى مطلق العقد^٢.
- ٢- إذا استأجر شخص داراً بعقد مطلق عن الشرط فيوجب العقد يقتضي أن يدفعها إليه المأجر هاره في الحال.
- ٣- لو اشترى حنطة وهو في مصر والحنطة في السواد يجب تسليمها بالسواد -أي العراق ومسمى لسواده بالزرع والأشجار الكثيفة-^٣.
- ٤- إذا تباع اثنان سلعة كسيارة مثلاً بعقد مطلق عن الشرط فيوجب العقد يقتضي أن يسلم البائع السيارة إلى المشتري، ويسلم المشتري الثمن إلى البائع في الحال، أي في مجلس العقد.

^١ ينظر: البدائع والمصنائع: ١٧٣/٥.

^٢ المبسوط للسرعسي: ١٩٥/١٢.

^٣ المحيط البرهاني في الفقه النصابي: ٣٠٢/٦.

١٤٩ - القاعدة الخامسة والعشرون: [حكم الشيء يعقبه ولا يقترن به، بخلاف شرطه الذي يجب اقترانه به]

ذكر الإمام البرخسي هذه القاعدة ضمن باب شراء اللين في الضرع، كتحليل لعدم اشتراط اقتران القبض بالعقد لكون القبض حكماً للعقد، حيث قال ما نصّه: "إن القبض حكم للعقد فلا يشترط اقترانه بالعقد كالمملك فإنه يجوز أن يتأخر عن حالة العقد بغير شرط أو نحوه وهذا لأن حكم الشيء يعقبه ولا يقترن به وإنما يقترن بالشيء شرطه والقبض في كل بيع إنما يستحق بالعقد فيكون حكم العقد لا شرطه".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في منحة السلوك^٢: "شرط الشيء يسبقه، وحكمه يعقبه".
- ما جاء في المحيط البرهاني^٣: "شرط الشيء يسبقه، وحكم الشيء يعقبه".
- ما جاء تبين الحقائق^٤: "شرط العقد يسبقه أو يقترن به وحكم العقد يعقبه".

شرح مفردات القاعدة:

حكم الشيء: ما يترتب على وجود ذلك الشيء. والمراد به الحكم الشرعي المترتب على تصرف المكلف من حل أو حرمة أو وجوب أو إباحة أو كراهة أو صحة أو فساد.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

المقصود بالقاعدة بأن وجود الحكم تابع لوجود الشيء فلا يسبقه الحكم ولا يقترن به ولا يصاحبه، وذلك خلافاً لشرط الشيء، حيث إن الشرط يجب أن يسبق الفعل ويقترن به لوجود حكمه.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- لو وهب الشخص داراً لرجلين، وسلمها إليهما فالحبة جائزة عند الصاحبين؛ لأن تمكن الشيوع باعتبار تفرق المالك، والمملك هنا حكم الحبة، وحكم الشيء يعقبه^٥.

^١ الميسوط: ١٩٨/٦٢. (بتصرف يسير).

^٢ ص ٩١.

^٣ ٥٣/٧.

^٤ ١٢٦/٥.

^٥ الميسوط: ٦٧/١٢.

- ٢- لو اشترى الشخص طعاماً بطعام مثله فعجله له وترك الذي اشترى، ولم يقبض حتى افتراقا فالبيع صحيح^١.
- ٣- القبض في كل بيع إنما يستحق بالعقد، فهو حكم العقد لا شرطه كالمالك، الذي قد يتأخر لوجود شرط الخيار لأحدهما.
- ٤- حل الاستمتاع بين الزوجين هو حكم العقد الصحيح بينهما، وشرط كون العقد صحيحاً مستوفياً أركانه وشروطه سابق لوجود الحكم ومقترون بالعقد.

^١ المرجع السابق: ١٢/١٩٧.

١٤٢ - القاعدة السادسة والعشرون: [ما كان متعارفاً وليس في عينه نصٌّ فالقول بجوازه واجب]

ذكر الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة ضمن باب شراء اللين في الضرع؛ في مسألة اشترط المشتري على البائع أن يوفي المبيع في منزله وعلّل على جواز ذلك استحساناً، حيث قال ما نصه: "فإن شرط أن يوفيه في منزله ففي القبل المصدق فاسد وهو قول محمد وفي الاستحسان هو جائز وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف...، فإن الإنسان يشتري الخطب في المصر ولا يكتري دابة أخرى لتحمله إلى منزله ولكن البائع هو الذي يتكلف لذلك وما كان متعارفاً وليس في عينه نص يطله فالقول بجوازه واجب".^١

توثيق القاعدة:

- ما جاء في المحيط البرهاني^٢: ما يتعارفه الناس ليس في عينه نص يطله، فهو جائز.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تدرج هذه القاعدة تحت القاعدة الكلية الكبرى وهي: العادة محكمة، فما كان متعارفاً بين الناس ومعتاداً للعمل به بينهم، وليس هناك نص خاص به شرعي أو لأحد العاقلين يعارضه أو يطله فإن العمل به جائز، والقول بجوازه واجب؛ لأن للأعراف والعبادات أثراً واضحاً في معاملات الناس وتصرفاتهم ما لم يعارض ذلك العرف وتلك العادة نص شرعي أو لأحد العاقلين يطلها بخبرها.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- من المتعارف بين الناس أن حمولة الأشياء الثقيلة على البائع في المصر. لكن إذا اشترط البائع الحمولة على المشتري فليس للمشتري التمسك بالعرف أو العادة؛ لأن نص البائع يعارضها.
- ٢- إذا اشترى إنسان الخطب في المصر ولم يكتري دابة أخرى لتحمله إلى منزله، فالبايع هو الذي يتكلف لذلك كما هو المتعارف بين الناس؛ لكن إذا اشترط البائع بأن الحمولة على المشتري فليس له التمسك بالعرف؛ لأن نص البائع يعارضه.
- ٣- إذا اشترى الحنطة أو الخطب خارج المصر فالمشتري هو الذي يتكلف الحمل لا البائع؛ لأن نواحي المصر كناية واحدة إلا إذا كان متعارفاً أن الحمولة على البائع أو اشترى ذلك المشتري^٣.

^١ المبسوط: ١٢/١٩٩.

^٢ ٦/١١٨.

^٣ ينظر: المبسوط: ١٢/١٩٩.

٤ - يجوز إجارة الظفر ودفع أجر الرضاع لها؛ لأن الناس تعارفوا بهذا العقد بهذه الصفة، وليس في عينه نصّ يطله^١.

٥ - يجوز إنشاء عقد الاستصناع وهو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل؛ لأنه مما تعارفه الناس وليس في عينه نصّ يطله^٢.

^١ ١٢٠/١٥.

^٢ المحيط البرهاني: ١١٨/٦.

١٤٣ - القاعدة السابعة والعشرون: [حقوق العقد في البيع والشراء تتعلق بالوكيل العاقد]

ذكر السرخسي هذه القاعدة ضمن باب الوكالة في المتلم للاستدلال بما على أن حقوق العقد ترجع إلى الوكيل في بيع المتلم، حيث قال: "الوكيل في المتلم كالعاقد لنفسه في حقوق العقد حتى تنوجه عليه المطالبة بتسليم رأس المال دون الموكل وكذلك حق قبض المتلم فيه عند حلول الأجل يكون للوكيل دون الموكل وهذا عندنا. وعند الشافعي ذلك للموكل كله، وعليه وأصل المسألة في البيع فإن حقوق العقد في البيع والشراء تتعلق بالوكيل عندنا".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بتعبيرها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في بدائع الصنائع^١: "حقوق العقد في البيع والشراء وأخواتهما ترجع إلى الوكيل".
- ما جاء في الاختيار لتعليل المختار^٢: "حقوق العقد ترجع إلى الوكيل".
- ما جاء في العناية شرح الهداية^٣: "الأصل أن حقوق العقد ترجع إلى الوكيل".
- ما جاء في المغني^٤: "حقوق العقد تتعلق بالوكيل".

شرح مفردات القاعدة:

حقوق العقد: هي الأعمال التي لا بُدَّ منها للحصول على الغاية والغرض من العقد، مثل تسليم المبيع، وقبض الثمن، والرد بالعيب أو بخيار الرؤية أو الشرط، وضمان رد الثمن إذا استحق المبيع مثلاً.

الوكيل: في اللغة من وكلت الأمر إليه وكلاً من باب وعد ووكولاً فوضته إليه واكتفيت به. والوكيل فاعل بمعنى مفعول لأنه موكول إليه، ويكون بمعنى فاعل إذا كان بمعنى الحافظ، ومنه: {حسبنا الله ونعم الوكيل}، والجمع منه وكلاء.^٥

أما اصطلاحاً: فهو الذي يتصرف لغيره لمعجز موكله.^٦

^١ للمبسوط: ٢٠٣/١٢. [يتصرف بـ].

^٢ ٣٢/٦.

^٣ للموطع: ٤٦/٢.

^٤ ٢١٩/٧.

^٥ ٨٢/٥.

^٦ الفقه الإسلامي وأدلته للزحلي: ٤١٠٣-٤١٠٤.

^٧ المصباح للنور للفيومي: ٦٧٠/٢.

^٨ التعريفات للمرجاني: ص ٢٥٤.

الحق الإجمالي للقاعدة:

صورة هذه القاعدة إذا كان المتعاقدان أو أحدهما وكيلاً في عقد لا يحتاج فيه إلى إضافته إلى الموكل ويكتفي فيه بإضافته إلى نفسه، فهل تتعلق به أو بأحدهما حقوق العقد من دعوى، أو تنازع، أو رد بعيب، أو استحقاق^١ أو غير ذلك من حقوق العقد. أو أن الوكيل تنهي علاقته بالعقد بمجرد تمامه وتنقل حقوقه كلها للأصيل؟ أشار الإمام السرخسي - رحمه الله - إلى أن هناك اختلافاً فيها، ورأي المذهب الحنفي فيه هو أن حقوق العقد كلها ترجع إلى الوكيل لا الموكل إذا كان أهلاً للمسؤولية والتزام الحقوق، وإلا رجعت إلى الموكل نفسه لا إلى الوكيل^٢.

وقد ذكر في كتب السادة الحنفية أن هناك خلافاً في المسألة بينهم وبين الشافعية، فيجعلون حقوق العقد راجعة إلى للموكل دون الوكيل كما نصّ عليه الإمام السرخسي - رحمه الله - عند ذكره للقاعدة، والحقيقة تخالف ذلك، فمن خلال مراجعة الكتب المعتمدة لدى الشافعية^٣ يتبين بأنهم متفقون مع الحنفية في هذا. وخالفهم الخنابلة في المسألة فقالوا: بأن حقوق العقد ترجع للموكل دون الوكيل؛ لأن الوكيل عندهم مجرد سفير ومعبّر عن الأصيل^٤.

من تطبيقات القاعدة:

١- إذا اشترى الوكيل سلعة ثم ظهر بها عيب، أو باع سلعة ثم ظهر بها عيب أو استحققت، فعلى رأي الحنفية أن الخاصصة للوكيل معه^٥.

٢- الوكيل بالشراء هو المطالب بالثمن دون للموكل، وهو الذي يقبض المبيع دون الموكل. وإذا استحق المبيع في يده فهو الذي يتولى الرجوع بالثمن على بائعه دون الموكل^٦.

٣- في شركة العنان إذا أقر أحد الشريكين بدين في تجارتهما، وأنكره الآخر، لزم المقر جميع الدين - إن كان هو الذي ولي الدين؛ لأن حقوق العقد تتعلق بالعائد وكيلاً كان أو مباشراً لنفسه - وأحد الشريكين في شركة العنان يعتبر وكيلاً لمصاحبه في الشركة؛ لأن كل واحد من الشريكين يجعل عنان التصرف في بعض المال إلى

^١ الاستحقاق: هو طلب الحق أي ظهور كون الشيء حقاً واجباً للغير، والمستحق ما كان حقاً للغير. التعريفات الفقهية للوكيل: ٢٤/١.

^٢ ينظر: رد المحتار: ٤١٩/٤؛ بدائع الصنائع: ٣٣/٦ وما بعدها؛ وفتح القدير: ١٦/٨ وما بعدها.

^٣ ينظر: غاية المحتاج شرح المنهاج للرملي؛ مغني المحتاج للخطيب الشيرازي: ٢٣٠/٢ وما بعدها؛ والمهذب للشيرازي: ٣٥٣/١.

^٤ للفقي لابن قدامة: ٩٧/٥.

^٥ بدائع الصنائع للكاساني: ٣٣/٦.

^٦ المبسوط للسرخسي: ٢٠٣/١٢.

صاحبه دون البعض. فكل واحد من الشريكين في شركة العنان يعتبر وكيلًا من جانب وأصيلًا من جانب آخر^١.

ما يستثنى من القاعدة:

- يستثنى من القاعدة كل عقد لا يتم إلا بالقبض، أي العقود العينية كالمطبة والقرض والإعارة والرهن ونحوها، فحقوقها ترجع إلى الموكل لا الوكيل^٢.

^١ ينظر: الأصيل للشيباني محمد بن الحسن، بتحقيق د. محمد بويناوي، دار ابن حزم بيروت، ط. الأولى ١٤٠٢م: ٣٧١/١١.

^٢ نفس المراجع المتقدم.

١٤٤ - القاعدة الثامنة والعشرون: [الأصل أن كل أحد يعمل لنفسه، إلا أن يقتزن بعمله دليل يدل على أنه يعمل لغيره]

ذكر الإمام المرحومي - رحمه الله - هذه القاعدة في باب الوكالة في السلم في معرض حديثه عن مسألة إضافة عقد السلم فيما إذا باشره الوكيل بأمر من رب المال هل هو للأمر وهو رب المال أم للعائد وهو الوكيل؟ فذكر قول الإمام محمد بن الحسن الشيباني - رحمه الله - وهو أن العقد يضاف إلى الوكيل إذا اقتزن بعمله دليل، حيث قال ما نصه: " وإن دفع دراهم الأمر فهو للأمر في قول أبي يوسف وقال: محمد هو عاقد لنفسه ما لم ينو عند العقد أنه للأمر وإن تكاذبا في النية فقال: الأمر نويته لي وقال: للأمور نويته لنفسه فالطعام للنبي نقد دراهمه بالاتفاق فمحمد يقول: الأصل أن كل أحد يعمل لنفسه إلا أن يقتزن بعمله دليل يدل على أنه يعمل لغيره".^١

توليق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في الهداية في شرح بداية الميعدي^٢: "الأصل أن كل أحد يعمل لنفسه إلا إذا ثبت جملة لغيره".
- ما جاء في البحر الرائق^٣: "الظاهر أن كلّ عامل وعائد يعمل لنفسه".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

الأصل في كل عمل يقوم به الإنسان حينما يقوم فهو يعمل لنفسه لا لغيره ولو كان وكيلاً عن الغير في مباشرة العقد؛ لأن حاجة الإنسان مقدمة على حاجة غيره، لكن إن اقتزن بعمله دليل يدل على أنه إنما يعمل لغيره اعتبر ذلك وبني الحكم عليه.

من تطبيقات القاعدة:

- ١ - إذا دفع ربّ المال إلى الوكيل عشرة دراهم للسلم في طعام فأعطى الوكيل إياها للمسلم إليه فتعاقدا ولم ينو بأن رأس المال وهو عشرة دراهم لرب المال فيكون عاملاً لنفسه لا لغيره؛ لانعدام النية التي هي دليل يقتزن بعمله يدل على أنه يعمل لغيره^٤.

^١ المبسوط: ٢١٢/١٢.

^٢ شرح فتح القدير: ٤٩/٨.

^٣ ٣٠٦/٣.

^٤ المبسوط: ٢١٢/١٢.

- ٢- إذا دفع رب المال إلى الوكيل عشرين درهماً للتسلم في ثوب فتناول الوكيل إياها للمستلم إليه فتعاقدا بإضافة العقد إلى دراهم الغير أو النية للغير فيكون بذلك عاملاً للغير لا لنفسه؛ لاقتزان دليل بعمله يدل على أنه لغيره.
- ٣- إذا حرث الفلاح أرضاً فإنه يحمل عمله هذا على أنه يحرث أرض نفسه لكن إن قام الدليل على أن هذه الأرض لغيره من الناس وعرف هذا الشخص أنه يحرث بالأجر بني الحكم على ذلك لقيام الدليل^١.
- ٤- إذا قام الخياط بخياطة ثوب من دون أن تكون إضافة العمل للغير أو بدون أجر فإنه يحمل على أنه يعمل لنفسه لا للغير؛ لعدم اقتران دليل بعمله على أنه للغير.
- ٥- من يخط ثوباً مهنته الخياطة بالأجر وقام الدليل على ذلك فيحكم على أنه إنما يخط الثوب الذي يخطه لغيره لا نفسه^٢.
- ٦- إذا دفع الأمر إلى الوكيل مالاً ليسلمه في طعام وتكاديا كل منهما في النية فقال الأمر: نويت العقد لي، وقال الوكيل وهو للأمور: نويته نفسي فالطعام للذي نقد دراهمه بالاتفاق؛ لأن الأصل أن كل أحد يعمل لنفسه^٣.

^١ موسوعة القواعد الفقهية للبورني: ٢/١ - ص ٥٣.

^٢ الهداية: ٢٤٨/٣.

^٣ فتح القدير: ٤٩/٨ والبناءة شرح الهداية: ٢٤٩/٩.

١٤٥ - القاعدة التاسعة والعشرون: [العبادات لا تتأدى إلا بالنية]

أورد الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في باب الوكالة من السلم عقب كلامه عن المأمور بالحج عن الغير في إطلاقه للنية على خلاف المعاملات، حيث قال ما نصّه: "المأمور بالحج عن الغير إذا أطلق النية عند الإحرام فإنه يكون عاقدا لنفسه فإن الحج عبادة والعبادات لا تتأدى إلا بالنية فكان مأمورا بأن ينوي عن المحجوج عنه ولم يفعل فصار مخالفا بترك ما هو الركن وأما في المعاملات فالنية ليست بركن فلا يصير بترك النية عن الأمر مخالفا فيبقى حكم عقده موقوفاً على النقد"^١.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في الهداية^٢: "العبادة لا تتأدى إلا بالنية".
- ما جاء في الجوهرة النيرة^٣: "العبادة لا تتأدى إلا بالنية".
- ما جاء في بدائع الصنائع^٤: "العبادة لا تؤدي إلا بالنية".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة بأن العبادات بكافة أنواعها يشترط على المكلفين فيها النية لأدائها، سواء كانت العبادات دخلتها النيابة كالحج عن الغير وصوم النذر عن الميت ونحوها، أم لا تدخلها النيابة كالصلاة والطهارة. وبناء على هذا فإن العبادات تختلف عن المعاملات فإنها لا يشترط للقيام بها النية.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- لو أراد شخص الإحرام ينوي بنية الحج والعمرة ويلبّي، فإن فعل ذلك فقد أحرم، ولا يصير بادئاً في العبادة بمجرد النية، ما لم يأت بالتلبية أو ما يقوم مقامها من الذكر^٥.
- ٢- لا يصح الإعتكاف من المجنون؛ فالإعتكاف عبادة، والعبادة لا تؤدي إلا بالنية، وهو ليس من أهل النية^٦.

^١ المبسوط: ٢١٣/١٢.

^٢ ١٣٥/١.

^٣ ١٥١/١.

^٤ ١٠٨/٢.

^٥ العناية شرح الهداية: ٤٣٧/٢.

^٦ بدائع الصنائع: ١٠٨/٢.

٣- النية فرض في التيمم؛ لأنه عبارة عن النية، فكانت من ضروراته، بخلاف الوضوء؛ لأن الماء مطهر بنفسه، والغراب ملوث مغير، فلا يكون مطهراً إلا بالقربة، ولا قربة إلا بالنية^١.

^١ منحة السلوك: ص ٧٨.

١٤٦- القاعدة الثلاثون: [كل جهالة تفضي إلى المنازعة فهي مفسدة للعقد]

ذكر الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة تحت باب البيوع الفاسدة بعد ذكره لحكم الجهالة في عقد البيع بالزيادة أو النقصان في المعقود عليه، أمّا إذا كانت مفضية إلى المنازعة فتكون مفسدة العقد، حيث قال ما نصه: "وإذا اشترى الرجل عدل زطي^١ أو جراب هروي على أن فيه خمسين ثوباً بألف درهم فوجد فيه تسعة وأربعين ثوباً أو أحداً وخمسين ثوباً فالبيع فاسد؛ لأنه إن وجده أكثر فإنما يدخل في البيع العددي المسمى من الثياب وذلك خمسون وهو مجهول؛ لأنه وجب على المشتري رد هذه الزيادة وهذه الزيادة مجهولة فيصير الباقي مجهولاً وفي مثله لا يجوز البيع مع الجهالة ألا ترى أنه لو اشترى مما في العدل خمسين ثوباً لا يجوز؛ لأنها متفاوت في المالية فالمشتري يطالب بخيار العدل والبائع يعطيه شرار العدل وكل جهالة تفضي إلى المنازعة فهي مفسدة للعقد"^٢.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في تحفة الفقهاء^٣: "الجهالة المفضية إلى المنازعة مفسدة بالإجماع".
- ما جاء في الهداية^٤: "الجهالة مفضية إلى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم، وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز".
- ما جاء في المحيط للرهاني^٥: "كل عقد يفضي إلى المنازعة يحكم بفساده".

شرح مفردات القاعدة:

الجهالة: في اللغة: من جهلت الشيء خلاف علمته ومثلها الجهل، والجهالة هي أن تفعل فعلاً بغير علم^٦.
وأما في الاصطلاح: فإن استعمال الفقهاء لهذين اللفظين -الجهل والجهالة- يشعر بالتفريق بينهما، فيستعملون الجهل -غالباً- في حالة ما إذا كان الإنسان موضوعاً به في اعتقاده أو قوله أو فعله.

^١ الزطي من الزط: بالضم؛ جيل من الهند، معرب جئت، بالفتح، والواحد: زطي. (القاموس المحيط للفيروزآبادي: ص ٦٦٨).

^٢ للبسوه: ٢/١٣، ووردت بهامزة أخرى: "الجهالة التي لا تفضي إلى المنازعة لا تمنع صحة العقد". ٥٥/١٣.

^٣ ١١/٢.

^٤ ٢٤/٢.

^٥ ٣٩١/٦.

^٦ ينظر: لسان العرب لابن منظور: ١٢٩، ١٣٠/١١.

أما إذا كان الجهل متعلقاً بخارج عن الإنسان كمبيع ومشتري وإجارة وإعارة وغيرها، وكذا أركانها وشروطها، فإنهم في هذه الحالة غلبوا جانب الخارج، وهو الشيء المجهول، فوصفوه بالجهالة، وإن كان الإنسان متصفاً بالجهالة أيضاً^١.

تفضي: من فضى ويدل على انفساح في شيء واتساع، والفضاء بالمد المكان الواسع. وأفضيت إلى الشيء وصلت وصرت إليه وأفضيت إليه بالسر أعلمته به^٢. وعلى هذا فيكون تفضي إلى المنازعة بمعنى تصل وتصير إليها.

المنازعة: يقال نازعت نفسه إلى الأمر نزاعاً والمنازعة: المجاذبة في الخصومة^٣.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

المقصود من العقود في الشرع انتفاع كل من المتعاقدين أو المتعاملين عموماً بما تعاقدا عليه، ويحرص الشارع دائماً على حسن المعاملة والتراضي والتحاب بين المتعاملين. ولذلك كان كل ما يسبب الخصومة والمنازعة بينهما مفسداً للعقد والمعاملة؛ درءاً لفساد العلاقة بين المسلمين وجلباً للمحبة والتعاون على الخير والبر بينهم، لذا فكل جهالة في العقد سواء في المبيع أو الثمن أو ما يتعلق بأحدهما، وإذا كانت الجهالة تفضي إلى المنازعة والخصومة فإنها تمنع صحة العقد وتوجب بطلانه وفساده، بخلاف ما إذا كانت الجهالة قليلة فإنها لا تفضي إلى المنازعة فلا تمنع صحة العقد.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- رجل ابتاع ثوباً من عشرة أثواب غير متفاوتة القيمة ولا الجودة والنوعية صح العقد؛ لعدم التفاوت بينها - وإن كان الثوب الذي سيختاره المشتري مجهولاً - ولعدم إفشاء هذه الجهالة للمنازعة.
- ٢- إذا استأجر شخص ثوباً يابساً ليجري فيه الماء إلى أرض له أو إلى راحاً ما له أو ليستأجر مسيل ماء ليسيل فيه ماء ميزابه، أو استأجر ميزاباً ليسيل فيه غسالته أو بالوعته ليصيب فيها بوله والتجاسات لا يجوز؛ لأن العقود عليه مجهول^٤.
- ٣- إذا باع شخص حصة من دار غير معلومة فسد البيع؛ لأن هذه جهالة تفضي إلى المنازعة لتفاوت جوانب الدار، والجهالة التي تفضي إلى المنازعة مفسدة للعقد^٥.
- ٤- إذا قال بعتك شيئاً بعشرة أو بعتك ما في جبي أو كمي فهي مفسدة للعقد؛ لأنها تتضمن جهالة الذات والنوع والصفة.

^١ الموسوعة الفقهية الكويتية، الصادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت - دار السلاسل، ط. الثانية من ١٤٠٤هـ - ١٤٠٧هـ: ١٦٧/١٦.

^٢ تاج العروس: ٢٣٩/٣٩ - ٢٤٠؛ المصباح المنير للفيومي: ٤٧٦/٢.

^٣ شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم لنشوان بن سعيد الحميري، بتحقيق د. حسين العمري وغيره، دار الفكر المعاصر - بيروت، ط. الأولى ١٤٢٠هـ: ٦٥٦٦/١٠.

^٤ المحيط البرهاني: ٤٦٧/٧.

^٥ البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٣٢٨/٥.

٥- لو باع الشخص شاة من قطيع غير معلوم فسد البيع؛ لأن هذه الجهالة تفضي إلى المنازعة لتفاوت الشياه، وجوانب الدار.

٦- إذا شرط خيار مؤبد في البيع بأن قال: (أبدًا) أو (أبداً) ومؤقت بأجل مجهول كهبوب الريح أو مجي المطر فإنه يترتب عليه جهالة فاحشة وتكون مفسدة للعقد^١.

^١ بدائع الصنائع: ١٧٨/٥.

١٤٧- القاعدة الحادية والثلاثون: [إذا أضاف كلمة "كل" إلى ما لم يعلم منتهاه فإنما يتناول أدناه

وهو الواحد]

ذكر الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في باب البيوع الفاسدة كأصل لبيان حكم استعمال المشتري حرف "كل" عند شراء سلعة من دون تسمية لجماعتها فيتناول العقد عدداً واحداً لا أكثر، وهذا مذهب أبي حنيفة -رحمه الله-، حيث قال ما نصّه: "وإذا نظر إلى إبل أو غنم أو إلى رقيق أو إلى عدل زطي أو جراب هروي فقال: قد أخذت كل واحد من هذا بكذا ولم يسم جماعتها فالعقد فاسد عند أبي حنيفة في الكل وعندهما جائز في الكل، وهذا لأن الأصل عند أبي حنيفة أنه متى أضاف كلمة كل إلى ما لا يعلم منتهاه فإنما يتناول أدناه وهو الواحد".^١

توليق القاعدة:

وردت هذه القاعدة الفقهية في أكثر من ملونة فقهية وفيما يلي بياها:

- ما جاء في الهداية^٢: "الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيها فيما لا نهاية له تنصرف إلى الواحد".
- ما جاء في المحيط البرهاني^٣: "إن كلمة كل إذا دخلت على ما لا يعلم نهايته يتناول الواحد من تلك الجملة".

شرح مفردات القاعدة:

كل: هي "لفظ عام تقتضي عموم الأسماء وهي الإحاطة على سبيل الأفراد، وقالوا أيضاً: الكل اسم مجموع المعنى ولفظه واحد".^٤ وقيل كذلك بأن "كل" اسم موضوع لاستغراق أفراد للتكرر والمعرف المجموع وأجزاء المفرد المعرف^٥.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

فمعنى القاعدة بناء على ذلك: أنه إذا أضيفت كلمة "كل" إلى مجموع ولم يسم عدد الجملة فالعقد لا يتناول إلا واحداً؛ للجهالة في جملة الثمن ومقداره، والجهالة في ذلك تمنع صحة العقد.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا قال البائع للمشتري بعثك هذه الصبرة من الطعام كل قفيز بدرهم، جاز العقد في قفيز واحد فقط ولم يميز في الباقي للجهالة مقدار الثمن^٦.

^١ المبسوط: ٥/١٣.

^٢ للمرخيني: ٢٣٧/٣.

^٣ ٣٦٤/٦.

^٤ الترميزات للجرجاني: ص ١٩٥.

^٥ معنى اللبيب عن كتب الأعلام لعبد الله بن هشام الأنصاري، بتحقيق محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية صيدا-بيروت،

ط، عام ١٤١١هـ: ٢٨١/١.

^٦ مختصر القلوري: ص ٧٨.

- ٢- إذا قال الموجر: أجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور، إلا أن يسمى جملة شهور معلومة؛ لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصَحَّ العقد فيه^١.
- ٣- إذا قال شخص لامرأة الغير: كفلت لك عن زوجك نفقة كل شهر، جازت النفقة في شهر واحد وفسدت في بقية الشهور إلا أن يسمى جملة شهور معلومة^٢.
- ٤- إذا نظر المشتري إلى إبل أو غنم أو رقيق فقال: قد أخذت كل واحد من هذا بكذا ولم يسم جماعتها فالعقد فاسد بهذه القاعدة^٣.

^١ بلائع الصنائع: ١٨٢/٤.

^٢ المحيط البرهاني: ٣٦٤/٦.

^٣ المبسوط: ٥/١٣.

١٤٨- القاعدة الثانية والثلاثون: [ضمُّ المجهول إلى المعلوم يوجب جهالة الكل]

ذكر الإمام السرخسي رحمه الله- هذه القاعدة في باب البيوع الفاسدة في معرض بيان حكم العقد إذا وجد فيه ما هو مجهول الثمن أو القدر أو الصفة، حيث قال ما نصّه: " وكذلك لو قال بألف درهم ويحلف يمينه فالبيع فاسد قيل معنى هذا أن المشتري كان سلومه بألف فحلف البائع أن لا يبيعه بألف فاشتراه بألف وزيادة بقدر ما يبر به البائع في يمينه وتلك الزيادة مجهولة الجنس والقدر والصفة، وقيل: بل معناه أن البائع كان حنت في يمينه وكان تحمة تكفّره فاشتراه منه بألف وما يكفر به البائع يمينه وهذا أيضاً مجهول؛ لأنّ التكفير يكون بالإعتاق تارة وبالكسوة أخرى وبالإطعام تارة، وضمُّ المجهول إلى المعلوم يوجب جهالة الكل وجهالة الثمن مفسدة للبيع^١."

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في الدرر المختار^٢: "مجهول الكل ومجهول البعض يلزم منه جهالة الكل".
- ما جاء في العناية بشرح الهداية^٣: "ضم المعلوم إلى المجهول يصير الكل مجهولاً".
- ما جاء في الجوهرة النيرة على مختصر القدوري^٤: "المجهول إذا ضمّ إلى المعلوم يصير الكل مجهولاً".

شرح مفردات القاعدة:

المجهول: وهو اسم المفعول من جهلت الشيء جهلاً وجهالة خلاف علمته، وفي النفل: كفي بالشك جهلاً وجهل على غيره سؤه وأخطأ وجهل الحق أضاعه فهو جاهل وجهول^٥. والمجهول في القاعدة: يراد به مجهول الذات أو الوجود.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تعني القاعدة بأنه إذا ضمّ إلى العقد أو التصرف شيئاً مجهولاً أو مشكوكاً في وجوده إلى شيء معلوم الوجود فإنّ الكل يصير مجهولاً، وإذا صار الكل مجهولاً بطل العقد أو التصرف؛ لأن العقد لا يصحّ على مجهول سواء أكانت الجهالة في الثمن أو الصفة أو القدر.

^١ المبسوط: ٧/١٣، ووردت كذلك في المبسوط ١٩/١٢ بلفظ آخر: المجهول إذا ضمّ إلى معلوم يصير الكل مجهولاً.

^٢ ٤٨/٦.

^٣ ٣٣٣/٦.

^٤ ١٩٤/١.

^٥ المصباح المنير للفيومي: ١١٣/١.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا اشترى شخص شاة على أتمها حامل فالعقد فاسد؛ لأن الحمل في البهائم وهي زيادة مجهولة فإنه لا يدري أن انفخاخ بطنها من ربح أو ولد وأن الولد حي أو ميت ذكراً أو أنثى واحداً أو منثى^١.
- ٢- إن باع شيئا من الحيوان واستثنى ما في بطنه فالبيع فاسد؛ لأن الجنين في البطن مجهول فإذا كان المستثنى مجهولاً فالمستثنى منه يصير مجهولاً أيضاً.
- ٣- إن وقع العقد على عدل بر أو أغنام أو غنيل واشترط أن يرد المشتري أحد العينين أو يأخذ البائع إحداهن بغير عينها فالبيع فاسد؛ لأن المستثنى مجهول وبه يصير المستثنى منه مجهولاً أيضاً^٢.
- ٤- إن اشترى سمسم أو زيتونا على أن فيهما من الدهن كذا فهذا شرط باطل لا طريق للبائع إلى معرفته ولا يقدر على الوفاء به فيكون مفسداً للعقد^٣.
- ٥- إن تكارى داراً كل شهر بعشرة على أن يعمرها ويعطي أجر حارسها ونوابها فهذا فاسد؛ لأن ما يعمر به الدار على رب الدار والثانية كذلك عليه فهي الجباية بمنزلة الخراج فهي مجهولة فقد شرط لنفسه شيئا مجهولاً مع العشرة^٤.

^١ المحررة النيرة على مختصر القلوري: ١/١٩٤ ولللبسوط: ١٩/١٣.

^٢ للبسوط: ١٩/١٣.

^٣ ٢٠/١٣.

^٤ ١٤٩/١٥.

١٤٩- القاعدة الثالثة والثلاثون: [ملك التصرف يستفاد بالقبض كما أن ملك العين يستفاد

[بالعقد]

ذكر الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في باب البيع الفاسدة لبيان حكم مسألة بيع العقار قبل القبض وهو عدم الجواز، حيث قال ما نصه: "وأما بيع العقار قبل القبض يجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر -رحمهما الله-، ولا يجوز في قوله الأول وهو قول محمد والشافعي -رحمهما الله-؛ لعموم النهي عن بيع ما لم يقبض، ونهيه -صلى الله عليه وسلم- عن بيع ما لم يضمن، وبيع العقار قبل القبض أكثر مما اشترى فيه ربح ما لم يضمن. والمعنى فيه أنه باع المبيع قبل القبض فلا يجوز كما في المنقول، وتأثيره أن ملك التصرف يستفاد بالقبض كما أن ملك العين يستفاد بالعقد".^١

توليق القاعدة:

وردت هذه القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في فتح القدير^٢: "ملك التصرف يستفاد بالقبض".
- ما جاء في العناية شرح الهداية^٣: "لمبيع يستفاد ملك التصرف فيه بعد القبض لا قبله".
- ما جاء في بدائع الصنائع^٤: "ملك التصرف يقف على القبض".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

من أحكام العقد إذا تمّ بين المتعاقدين ملك التصرف بالبدلين - المبيع والثمن -، فالمشتري ملك التصرف بالمبيع عند قبضه، والبائع ملك التصرف بالثمن عند قبضه. فالقبض بعد تمام العقد يترتب عليه القدرة على التصرف. والعقد نفسه إذا تمّ صحيحاً ترتب عليه أن المشتري يملك العين المبيعة ولو لم يقبضها، والبائع يملك الثمن ولو لم يقبضه، لكن كليهما لا يستطيع التصرف قبل قبض البذل، ويترتب على ملك المشتري العين المبيعة بتمام العقد صحيحاً جواز بيعها لغيره ولو لم يقبضها.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا باع شخص عقاراً قبل أن يقبضه، فلا يجوز ذلك؛ لأن بيع المبيع قبل القبض تصرف فيه، وملك التصرف يستفاد بالقبض^٥.

^١ الميسوط: ٩/١٣.

^٢ ٣٨٩/٣.

^٣ ٣٨٩/٣.

^٤ ٢٨٤/٥.

^٥ الميسوط: ٩/١٣.

- ٢- إذا باع الدَّمي الخمر أو الخنزير أو اشترى ثم أسلم قبل القبض، فإنه لا يجوز له القبض بل يفسخ العقد؛ لأن المبيع يستفاد ملك التصرف فيه بعد القبض والإسلام مانع منه^١.
- ٣- إذا قال شخص لآخر: اشتر لي هذا الثوب بفرسك ففعل ذلك، فإن الأمر بملك الفرس بالقبض؛ لأنه إذا قبضه ملك التصرف فيه من جميع الوجوه، ولو لم يملكه لما ملك التصرف فيه^٢.

^١ العناية شرح المنهاية: ٣٨٩/٣؛ وحاشية الشلبي على تبين الحقائق: ١٦٠/٢.

^٢ كفاية النيه في شرح التنبيه: ٣٧٨/٩.

١٥٠ - القاعدة الرابعة والثلاثون: [الضمان الأصلي في البيع ضمان القيمة]

ذكر الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في باب البيوع إذا كان فيها شرط في معرض كلامه عن ضمان المشتري لقيمة شيء عند فساد البيع، حيث قال ما نصه: "كل شيء فسد فيه البيع فالمشتري إذا استهلكه فهو ضامن لقيمته بالغة ما بلغت؛ لأن الضمان الأصلي في البيع ضمان القيمة".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بمفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في التجريد لنفع العبيد^٢: "ضمان اليد هو ضمان القيمة في المنقوض".

- ما جاء في حماية المطلب في دراية المذهب^٣: "حكم المعتدي ضمان القيمة".^٤

شرح مفردات القاعدة:

ضمان القيمة: هو غرم أو التزام قيمة الشيء بالغة ما بلغت بحسب تقويم المقومين وهو ضمان الغصب، وضمان البيع الفاسد وأشباههما^٥.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة تتعلق ببيان أصل الضمان وما حمل عليه وما يدخله الضمان، والمقصود منها بأن الأصل في الضمان هو ضمان القيمة في البيع وفي كل عقد ضمان يخصه. وإنما يكثر ذكر الضمان في البيوع لكونه فيها أظهر وأكثر استعمالاً.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا استام شخص شيئاً وقبضه قبل تمام العقد ثم استهلكه أو هلك في يده فعليه قيمته.
- ٢- وكذلك كل شيء فسد فيه البيع فالمشتري إذا استهلكه فهو ضامن لقيمته بالغة ما بلغت^٦.
- ٣- إذا استأجر داراً أو أرضاً بما لا يصلح إجازة فالإجازة فاسدة وعليه أجر المثل إذا انتفع بالمؤجر^٧.

^١ الميسوط: ١٦/١٣.

^٢ للبيهقي سليمان بن محمد، مطبعة الخليلي (بدون طبعة)، تاريخ النشر: ١٩٥٠م: ٢/٢٧٧٢.

^٣ لأبي لمعالي الجويني: ٥٢٥/٧.

^٤ موسوعة القواعد الفقهية للبيروني: ٢٨٠/٦.

^٥ الميسوط: ١٦/١٣.

^٦ موسوعة القواعد الفقهية للبيروني: ٢٨٦/٦.

١٥١- القاعدة الخامسة والثلاثون: [المسمى لا يجب للفساد، والضمان لا يجب إلا بالقبض]

ذكر الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة تحت باب البيوع إذا كان فيها شرط في مسألة ثبوت الملك الحرام بالبيع الفاسد مع عدم انتفاء الملك، حيث قال ما نصّه: "وهنا بالبيع الفاسد إنما يثبت ملك حرام ولهذا لو كانت جارية لا يحل له وطؤها، وليس من ضرورة ثبوت الحرمة انتفاء ملك اليمين كالعصير يتخمر يبقى مملوكاً وإن كان حراماً، وكشراء الرجل أخته من الرضاع فيملكها وإن كانت حراماً عليه فأثبتنا الملك لهذا ولكن العقد بصفة الفساد يضعف فيتأخر الحكم إلى انضمام ما يقوم إليه وهو القبض كعقد التبرع؛ ولأنه لو ثبت الملك قبل القبض يثبت بغیر عوض فإن المسمى لا يجب للفساد، والضمان لا يجب إلا بالقبض فهذا تأخر الملك إلى ما بعد القبض"^١.

توثيق القاعدة:

- ما جاء في تبين الحقائق^٢: "المسمى لا يجب للفساد، وضمان القيمة لا يجب إلا بالقبض".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

المقصود بالقاعدة بأن العاقدین إذا تعاقدوا عقداً فاسداً بضمن مستقياً فإن هذا الضمن المستقياً لا يجب على المشتري؛ لأن العقد الفاسد لا يكون سبباً لاستحقاق الضمن المستقياً أو الأجرة المستقاة. ولكن إذا قبض المبيع في العقد الفاسد واستهلكه فحينئذ يجب عليه الضمان. وضمان العقد الفاسد لا يكون بالمستقياً ولكن بضمن المثل أو القيمة أو أجر المثل.

من تطبيقات القاعدة:

١- إذا دفع الرجل إلى الرجل بيتاً لبيع فيه البر، على أن ما رزق الله في ذلك من شيء فهو بينهما نصفان وهو فاسد لجهالة الأجرة، فقبض البيت، وباع فيه البر، فأصاب مالاً، فإن جميع ذلك لصاحب البر، ولصاحب البيت عليه أجر مثل البيت^٣.

٢- إذا دفع الرجل إلى الرجل بعبراً ليسقي الماء ويبيع على أن ما رزق الله في ذلك من شيء فهو بينهما نصفان فهذا فاسد؛ لجهالة الأجر. فإذا استعمل البعير، والرواية وباع الماء، كان الثمن كله للعامل، وعليه أجر مثل البعير^٤.

^١ المبسوط: ٢٤/١٣.

^٢ للنهلمى: ٦٣/٤.

^٣ المحیط البرهانی: ٤٧٦/٧.

^٤ المرجع السابق: ٤٧٥/٧.

١٥٢- القاعدة السادسة والثلاثون: [ليس من ضرورة الحرمة انتفاء ملك اليمين]

ذكر الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة تحت باب البيوع إذا كان فيها شرط في معرض كلامه عن ثبوت ملك الحرام بالبيع الفاسد، حيث قال ما نصّه: "وهنا بالبيع الفاسد إنما يثبت ملك حرام ولهذا لو كانت جارية لا يحل له وطؤها، وليس من ضرورة ثبوت الحرمة انتفاء ملك اليمين"^١.

توثيق القاعدة:

- ما جاء في العناية شرح الهداية^٢: "ليس من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك".
- ما جاء في الهداية شرح بداية المبتدي^٣: "ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك".
- ما جاء في أصول السرخسي^٤: "ليس من ضرورة الحرمة في ملك اليمين انتفاء أصل الملك".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

المقصود بالقاعدة بأن ما يملكه الإنسان إذا كان محرماً فالأصل فيه بأنه لا يجوز تملكه؛ ولكن هناك من المحرمات ما يجوز تملكه للإنسان مع حرمة؛ لأن ثبوت الحرمة في المحرم وملك اليمين لا يتنافيان، بل قد يكون يجتمعان الحرمة وملك اليمين وقد لا يجتمعان.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- الخمر بدءاً لا يملكها مسلم، لحرمتها ونجاستها، لكن إذا ملك المسلم عصيراً فتعقّر يبقى مملوكاً، وإن كان حراماً شرعياً.
- ٢- الذهب والحرير محرمان على ذكور هذه الأمة لبساً وآنية لكن لا يمنع ذلك تملكهما، فالرجل يملك حلية من الذهب أو آنية من الذهب والفضة ويحرم عليه استعمالهما^٥.
- ٣- الربا المحرم عبارة عن الفضل الخالي عن العوض بسبب التجارة، وعلى الرغم من ثبوت هذه الحرمة بطريق النص فإنه ليس من ضرورة الحرمة في ملك اليمين انتفاء أصل الملك^٦.

^١ المبسوط: ٢٤/١٣.

^٢ ١١/١٠.

^٣ ٢٢٠/١.

^٤ أصول السرخسي: ٩١/١.

^٥ موسوعة القواعد الفقهية: ٨٠٨/٨.

^٦ أصول السرخسي: ٩١/١.

١٥٣- القاعدة السابعة والثلاثون: [التملك تسليط على التصرف]

ذكر الإمام السرخسي - رحمه الله - هذه القاعدة تحت باب البيوع إذا كان فيها شرط في معرض كلامه عن حكم تصرف المالك في شيء بعقد فاسد، حيث قال ما نصه: "قال: ولو كان المشتري أعتق الجارية التي اشتراها بعقد فاسد بعد قبضه إياها أو باعها أو مهرها أو وهبها وسلمها أو دبرها أو كاتبها أو استولدها جاز جميع ذلك؛ لأنه تصرف في ملكه وهذا التعليل نص عليه محمد في كتاب الشهادات في نظير هذا قال: لأنه مالك رقبتهما وهنا قال: لأن البائع سلطه عليها وهو إشارة إلى ما قلنا؛ لأن التملك تسليط على التصرف".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في المحيط البرهاني^٢: "التملك تسليط على التصرف".
- ما جاء في الاختيار لتعليل المختار^٣: "التملك بالهبة تسليط على القبض".

شرح مفردات القاعدة:

التملك: ملكه ملكاً من باب ضرب والملك يكسر الميم اسم منه والفاعل مالك والجمع ملاك: مثل كافر وكفار وبعضهم يجعل الملك بكسر الميم وفتحها لغتين في المصدر وشيء مملوك وهو ملكه بالكسر وله عليه ملكة بفتحتين وهو عبد ملكة بفتح اللام وضمها إذا سبي وملك دون أبيه وملك على الناس أمرهم إذا تولى السلطنة فهو ملك بكسر اللام وتخفيف بالسكون والجمع ملوك مثل فلس وقلوس والاسم الملك بضم الميم^٤.

أما التملك اصطلاحاً: هو جعل الرجل مالكا وهو على أربعة أنحاء: الأول: تملك العين بالمعوض وهو البيع، الثاني: تملك العين بلا عوض وهي الهبة، والثالث: تملك المنفعة بالمعوض وهي الإجارة، والرابع: تملك المنفعة بلا عوض وهي العارية^٥.

تسليط: من سلط والسلطة: القهر. وقد سلط الله فسلط عليهم. والاسم السلطة بالضم. والسلطان: الوالي، والسلطان أيضاً: الحجة والبرهان^٦.

والمقصود بالتسليط في القاعدة هو: إعطاء القدرة والقدرة على التصرف في الشيء المملوك إلى من ملكه إياه^٧.

^١ المبسوط: ٢٥/١٣.

^٢ ٣٢٣/٧.

^٣ ٤٨/٣.

^٤ المصباح المنير للفيومي: ٥٧٩/٢.

^٥ التمهيدات الفقهية للبركي: ٦٢/١.

^٦ الصحاح للجوهري: ١١٣٢/٣.

^٧ موسوعة القواعد الفقهية: ٤٧٨/٢.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

وردت هذه القاعدة لبيان حكم نقل ملكية الشيء إلى غيره - أيًا كان سبب ذلك التملك من المعاوضات المالية وصداق المرأة ومال الخلع، وجميع عقود التبرعات من الهبات والصدقات والوقف، والديات ومال الإرث وغيرها - وهو تبسيط التصرف أي إعطاء السلطة والقدرة على التصرف في الشيء الذي كان في يد مالكة إلى من ملكه إياه وهو المشتري.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا اشترى شخص طعاماً بعقد صحيح أو فاسد حلّ له أن يتناول من ذلك الطعام؛ لأن البائع سلّطه على ذلك.
- ٢- إذا تصدق متصدق على محتاج فإنه يملك مال الصدقة، ويجوز له التصرف فيه؛ لأن المتصدق سلّطه على ذلك.
- ٣- إذا قبضت المرأة المتزوجة مهرها ملكته وأصبحت حرة التصرف فيه بكل وجوه التصرف المباحة.

١٥٤ - القاعدة الثامنة والفلاتون: [قيام حق الشرع في الرد لفساد السبب أقوى الأعدار]

أورد الإمام السرخسي هذه القاعدة تحت باب البيوع إذا كان فيها شرط عقب تعليقه بفسخ الإجارة بالأعدار: حيث قال ما نصه: "لو أبق المصنوب فقضى القاضي بقيمته على الغاصب ثم عاد قال: ولو كان أجرها فله أن ينقض الإجارة ويردها؛ لأن الإجارة تنفسخ بالأعدار وقيام حق الشرع في الرد لفساد السبب منه أقوى الأعدار فتفسخ الإجارة، ألا ترى أن المشتري لو أجر المبيع ثم وجد به عيباً كان له أن ينقض الإجارة ليرده فهذا أولى".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في البناية شرح الهداية^٢: "رفع الفساد عثر من أقوى الأعدار".
- ما جاء في يدائع الصنائع في ترتيب الشرائع^٣: "لا عذر أقوى من رفع الفساد".

شرح مفردات القاعدة:

الأعدار: جمع عثر، وهو في اللغة: زؤم الإنسان إصلاح ما أنكر عليه بكلام. يقال منه: عذرتني فأنا أغفره عذراً، والاسم العذر^٤.

أما العثر في اصطلاح الفقهاء فهو: ما يتعذر عليه المعنى على موجب الشرع إلا يصحمل ضرر زائد^٥. والمقصود بالعذر في القاعدة هو: ثبوت حق المالك الأول في الأخذ، أو بمعنى آخر ثبوت حق المشتري في الرد بالعيب.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة بأن فساد العقد أو أي معاملة من المعاملات الجارية بين الناس يوجب رده ونقضه لقيام حق الشرع فيه وهو ثبوت حق المالك الأول في الأخذ أو ثبوت حق المشتري في الرد بالعيب يكون عذراً في نقض العقد. فإذا قام ووجد حق الشرع بإيجاب الرد والنقض في معاملة أو معاقدة ما فإن هذا العثر الطارئ - أي قيام حق الشرع - يعتبر من أقوى الأعدار لوجوب الفسخ والرد.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- من استأجر داراً أو عقاراً أو حيواناً فظهر مستحقاً انتقضت الإجارة لأنه ظهر فساد العقد.

^١ للبسوط: ٢٦/١٣.

^٢ ٢٠٥/٨.

^٣ ٣٠٦/٥.

^٤ مقاييس اللغة: ٢٥٣/٤.

^٥ الترمذيات الفقهية: ١٤٤/٦.

- ٢- لو أجر المشتري للمبيع ثم وجد به عيبا كان له فسخ الإجارة للرد بالعيب؛ لقيام حق الشرع فيه^١.
- ٣- لو أجره من وقع في سهمه من رجل مدة معلومة وقبض الأجر، ثم حضر المالك الأول، فله أن ينقض الإجارة، ويأخذه بالقيمة؛ لأن الإجارة تنقض بالأعداء، وثبوت حق المالك الأول في الأخذ عذر ينقض به الإجارة.
- ٤- لو كان الذي وقع عليه الظهور ناقة لمسلم فجعلها من وقعت في سهمه بدنة، وقتلها وأشعرها أو جعلها أضحية، ثم حضر المالك الأول فله أن يأخذها بالقيمة؛ لأن ملك من وقعت في سهمه لم يزل بهذا التصرف^٢.

^١ البناءة شرح الهداية: ٢٠٥/٨.

^٢ ينظر: شرح السير الكبير: ١/١٩٦٦.

١٥٥ - القاعدة التاسعة والثلاثون: [الملبث للزيادة من البيعتين يترجح]

ذكرت هذه القاعدة في باب الاختلاف في البيوع في معرض كلام الإمام السرخسي -رحمه الله- عن مسألة إقامة البيعة من العاقلين على قيمة الملبث فتؤخذ ببيعة البائع، حيث قال ما نصه: "ولو أقاما جميعا البيعة على قيمة الملبث أخذت بيعة البائع أيضا؛ لأنها مثبتة الزيادة في المشهود به وهو قيمة الملبث والمثبت للزيادة من البيعتين يترجح"^١.
توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في شرح السمر الكبير^٢: "الملبث للزيادة من البيعتين فيه أولى".
- ما جاء في البناية شرح الهداية^٣: "كل واحد من البيعتين ملزمة، فرجحت بالزيادة".

شرح مفردات القاعدة:

البيعتين: ثنية بيعة، وهي في اللغة من يأن الأمر بين فهو يأن بمعنى الوضوح والانكشاف^٤.
أما في الاصطلاح فهي الحجة القوية والدليل^٥، والمراد بها في القاعدة شهود الإثبات.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

عند تعارض البيعتين وتساويهما في العدد والعدالة من كل الوجه فإن أثبت إحداها زيادة عن الأخرى كتاريخ أو سبب ملك ونحوهما فالمثبتة للزيادة ترجح على مقابلتها وتكون المثبتة هي الأولى.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا ادعى المودع رد الوديعة، وأقام البيعة على ذلك أخذ ببيئته؛ لكونه مدعيا للزيادة.
- ٢- الشفيع والمشتري إذا اختلفا في الثمن، وأقاما البيعة، فإن البيعة بيعة الشفيع؛ لأنه يثبت الزيادة بيئته^٦.
- ٣- إذا اختلفا -البائع والمشتري- في قيمة السلعة، والسلعة قائمة -أي موجودة- وأقاما جميعاً البيعة، فالبيعة المقبولة هي بيعة البائع التي تثبت الزيادة، لا بيعة المشتري التي تنفيها^٧.
- ٤- إذا اشترى الرجل بقرتين بمبلغ واحد وقبضهما، ثم ماتت إحداها عنده، وأراد رد الأخرى بالغيب فاختلفا في قيمة المبيعة، وجاء المشتري ببيعة تشهد له أن البقرة المبيعة تساوي ألفاً -مثلاً-، وجاء البائع ببيعة أنها تساوي

^١ المبسوط: ٢٩/١٣.

^٢ ١٣٢٠/٢.

^٣ ٣٢٣/١١.

^٤ ينظر: المصباح المنير للقيومي: ٧٠/١.

^٥ الترميزات الفقهية للوكبي: ٤٩/١.

^٦ شرح السمر الكبير للسرخسي: ١٣١٩/١ - ١٣٢٠؛ والمبسوط: ٩٩/١٤.

^٧ المبسوط: ٩٩/١٤.

- الفين، فإن البيّنة المقبولة هي بيّنة البائع، لأنّها تثبت الزيادة؛ ولأنّهما اتفقا على أنّ جميع الثمن متقرّر على المشتري بالقبض، ثمّ الاختلاف بينهما في مقدار ما سقط عنه يردّ البقرة المعيبة^١.
- ٥- لو برهن الشخص على أنه اشترى العرّة من وصيه بالعدل والصبي بعد بلوغه على أنه كان بالغين قبل: بيّنة المشتري أولى؛ لأنّه مثبت الزيادة والأكثر^٢.
- ٦- لو اختلف شخصان في سبب ملك فأقام أحدهما بيّنة مطلقة والآخر أقام بيّنة مضافة إلى سبب، قدمت المضافة على المطلقة؛ لاشتمالها على الزيادة. وكذلك لو شهدت بيّنة بالحوز والأخرى بالملك قدمت بيّنة الملك ولو كان تاريخ الحوز متقدماً^٣.

^١ موسوعة القواعد الفقهية: ٤٩٧/١٠.

^٢ واقعات المفتين لقنبري أفندي عبد القادر بن يوسف، بتحقيق جمال أبو العز، دار الكتب العلمية بيروت، ط. الأولى ٢٠١٨م: ص ٣٤٤.

^٣ لياب اللباب في بيان ما تضمنته أبواب الكتاب من الأركان والشروط واللوائح والأجناب لمحمد بن عبد الله البكري المالكي، ط. الأولى ٢٠٠٣م، ص ٣٣.

١٥٦- القاعدة الأربعون: [المقبوض بحكم قرض فاسد بمنزلة المقبوض بحكم بيع فاسد]

ذكرت هذه القاعدة في باب البيع بالفلوس في مسألة قبض الحيوان بقرض فاسد، حيث جاء في المبسوط^١ ما نصه: "فإن قبض الحيوان بحكم القرض وجب عليه رده، ولو باعه نفذ بيعه، وعليه ضمان قيمته؛ لأن المقبوض بحكم قرض فاسد بمنزلة المقبوض بحكم بيع فاسد؛ إذ الفاسد معتبر بالجائر".

توثيق القاعدة:

- ما جاء في الدر المختار^٢: "المقبوض بقرض فاسد كمقبوض ببيع فاسد سواء".

شرح مفردات القاعدة:

قرض: وهو في اللغة: ما تعطيه غورك من المال لتقضاه والجمع فروض مثل فلس وفلوس وهو اسم من أقرضته المال إقراضاً واستقرض طلب القرض واقترض أخذه^٣. وشرعاً: هو دفع مال إرفاقاً لمن يتفجع به ويرد بده^٤.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

المقصود بالقاعدة بأنه إذا كان التبايع من المتعاقدين فاسداً أو التقايض فاسداً، فإذا كان المقبوض قائماً وجب رد عينه، وأما إذا كان قد هلك أو استهلك فيجب أداء ضمانه، كالعقد الصحيح في وجوب الضمان وهدمه، لكن يفترق العقد الفاسد عن العقد الصحيح بأن ضمان العقد الصحيح بما اتفقا عليه، ولكن ضمان العقد الفاسد بالقيمة لا بالمستوى سواء أكانت القيمة أكثر من المستوى أو أقل منه، والمقبوض على سوم الشراء عند هلاكه مضمون بقيمته أيضاً كالعقد الفاسد.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- لو أن شخصاً غصب الحيوان وقبضه فإنه في حكم القرض، يجب عليه رده، ولو باعه نفذ بيعه، وعليه ضمان قيمته. وكذلك العقار، والحياب الاستقراض فيها كالاستقراض في الحيوان^٥.
- ٢- لو أن شخصاً استقرض بيتاً بقرض فاسد فقبضه ملكه، وكذا سائر الأعيان، وتجب القيمة على المستقرض^٦.
- ٣- إذا باع الشخص سيارة مطلقة - أي لم يبين نوعها ولا سنة صنعها ولا أي شيء يتعلق بها - بعشرة آلاف، كان هذا البيع فاسداً لجهالة السيارة، فإن جاء البائع بسيارة وقبضها المشتري - مع فساد البيع - ثم تلقت في يده فعليه قيمتها يوم قبضها، لا الثمن الذي سمي^٧.

^١ ٣٣/١٤.

^٢ ص ٤٢٩.

^٣ المصباح المنير للفيومي: ٤٩٧/٢.

^٤ كشف القناع عن متن الإقناع للمهوي: ٣١٢/٣.

^٥ المبسوط للسرخسي: ٣٣/١٤.

^٦ رد المختار مع الدر المختار: ١٦١/٥.

^٧ موسوعة القواعد الفقهية للبيروت: ٨١٩/١٠.

١٥٧- القاعدة الحادية والأربعون: [الإقرار بالعقد إقرار به وما هو من شرائط العقد]

جاء ذكر هذه القاعدة ضمن باب الاختلاف في البيوع في معرض الحديث عن اختلاف العاقدين في الأجل فيكون القول قول البائع الذي ينكر الأجل بخلاف عقد المسلم الذي فيه الأجل من شرائط الصحة فإذا أنكر الأجل فقد رجع عن الإقرار فلا يصدق، حيث قال الإمام المرحومي -رحمه الله- ما نصه: "وفرق بين هذا -أي اختلاف العاقدين في الأجل فالقول قول البائع- وبين الأجل في باب المسلم فإن هناك القول قول من يدعي الأجل عند أبي حنيفة -رحمه الله، وهنا القول قول من ينكر الأجل من قبل، أن هناك الأجل من شرائط صحة العقد فإقراره بالعقد إقرار به وما هو من شرائط العقد فإذا أنكر الأجل بعد ذلك فقد رجع عن الإقرار بعدما أقر به فلا يصدق".^١

توثيق القاعدة:

- ما جاء في غاية المطلب في دراية المذهب^٢: "الإقرار بالعقد يتضمن التزام شرائط العقد".
- ما جاء في العزيز شرح الوجيز^٣: "الاعتبار في شرائط العقد بمن يباشر العقد".

شرح مفردات القاعدة:

الإقرار: وهو في اللغة الإذعان للحق وقد قرره عليه^٤. وشرعاً: هو إخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه وليس بإثباته^٥.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تضمنت القاعدة حكماً مهماً بالإقرار ألا وهو الإقرار بالعقد، ودلت على أن الإقرار بعقد لا يكون مقتضراً على الإقرار بأصل العقد بل يكون إقراراً بكل ما يتأوله العقد، ويتصل به من شرائطه، ومقتضياته، وتبعاته التي ينبغي عليها صحة العقد.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا اختلف العاقدان في الأجل في عقد ليس الأجل من شرائط صحته، فالقول قول من ينكر الأجل وهو البائع لا من يدعيه؛ لكون الأجل ليس من شرائط صحة العقد ولا من مقتضياته.

^١ المبسوط: ٣٥/١٣.

^٢ ٢٧٨/٥.

^٣ ٩٣/٥.

^٤ القاموس المحيط للفيروزآبادي: ١/٤٦١.

^٥ أنيس الفقهاء لقاسم القنوي الحنفي: ص ٩١.

٢- إذا اختلف البائع والمشتري في الأجل في عقد السلم فالقول قول من يدعي الأجل لا من ينكره؛ لأن تعيين الأجل في بيع السلم من شرائط صحة العقد فيكون إقراره إقرار بجميع ما هو من شرائطه، فلا يصدق في إنكار الأجل بعد إقراره به^١.

٣- إذا زوج الوكيل الرجل بامرأة ثم اختلفا فقال الوكيل: أشهدت في العقد على التكاح. وقال الزوج: لم تشهد فيه. فإنه يفرق بين الرجل والمرأة؛ لأن الزوج يعكر صحة العقد فلا تحل له المرأة بإنكاره. ولكن عليه نصف الصداق؛ لأن إقراره بأصل العقد الذي عقده الوكيل إقرار بشرط صحته. وهذا إذا لم يكن قد دخل بالمرأة، وإلا عليه المهر كاملاً^٢.

^١ ينظر: لبسوط: ٣٥/١٣.

^٢ المرجع السابق: ٣٢/٥.

١٥٨ - القاعدة الثانية والأربعون: [المحتمل لا يكون حجة ملزمة]

ذكر الإمام السرخسي - رحمه الله - القاعدة في باب الخيار في البيع في معرض كلامه عن مسألة عدم ثبوت الخيار للمغرور، حيث قال ما نصه: "ولا يجوز أن يثبت الخيار للمغرور؛ لأن المشتري مغتر لا مغرور، فإن ظنها عزيزة اللب بالبناء على شيء مثبت فإن افتاخ الضرع قد يكون بكثرة اللب في الضرع. وقد يكون بالتحفيل^١ وعلى ما ظهر من عادات الناس واحتمال التحفيل فيه أظهر فيكون هو مغترا في تباطئه على المحتمل والمحتمل لا يكون حجة"^٢.
توثيق القاعدة:

وردت هذه القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في بدائع الصنائع^٣: "والمحتمل لا يكون حجة".
- ما جاء في المحيط البرهاني^٤: "والمحتمل لا يكون حجة للإلزام".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

دلت القاعدة على أن ثبوت الملك وزواله لا يتمان إلا باللفظ أو الفعل للتيقن، وأما إذا كان اللفظ أو الفعل محتملاً للأمرين الزوال أو الثبوت وعدمه، فلا يثبت أي واحد منها، والقاعدة تشير إلى زوال الملك فقط وأنه لا يتم بالاحتمال بل لا بد من اليقين.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا باع رجل فضولي متاعاً لرجل آخر وهو حاضر ساكت لم يجر ذلك عليه؛ لأنه لا ينسب إلى ساكت قول؛ فسكوته محتمل لرضاه بالبيع ومحتمل أن يكون قهراً وقلة التفات إلى تصرف الفضولي، وقد يكون بطريق التعجب. والمحتمل لا يكون حجة.
- ٢- إذا كان حائطاً بين دارين ادّعاه صاحب كل واحد من الدارين - ولأحدهما جُلوع على الحائط - فعند الحنفية الحائط لصاحب الجُلوع.
- ٣- إذا وجد الرجل اللقطة وهي ذراهم أو دينار فجاء صاحبها وسمى وزمها وعندها ووكاها فأصاب ذلك كله، فإن شاء الذي في يده دفعها إليه، وإن شاء أبى حتى يقيم البينة؛ لأن إصاها العلامة محتمل في نفسه فقد يكون ذلك جزافاً، وقد يعرف الإنسان ذلك من ملك غيره، وقد يسمع من مالكه ينشد ذلك ويذكر علاماته^٥.

^١ التحفيل من الحفل وهو اجتماع الماء في حفلة، يقال شاة حافل، وقد حفلت حَفُولاً إذا احتفل لبنها في ضرعها، والحفلة الناقة أو البقرة أو الشاة لا يحلبها صاحبها أبداً حتى يجتمع لبنها في ضرعها. (تكملة اللغاة للأزهري: ٤٩/٥).

^٢ الميسوط: ٣٩/١٣.

^٣ ٧٤/٧.

^٤ ٤٤٠/٥.

^٥ المرجع السابق: ٨/١١.

١٥٩ - القاعدة الثالثة والأربعون: [الأصل أنه إذا قلّ المتلف قلّ الضمان، وإذا كثر المتلف كثر الضمان]

ذكر الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة ضمن باب الخيار في البيع كتعليل لعدم المساواة والمماثلة بين المتلف وبدله وهذا مخالف للأصول عند السادة الحنفية في ضمان المتلفات، ومن تلك الأصول ما ذكره هنا فيما نصّه: "وفيه تسوية بين قليل اللين وكثيره فيما يجب مكانه وهذا مخالف للأصول؛ لأن الأصل أنه إذا قلّ المتلف قلّ الضمان، وإذا كثر المتلف كثر الضمان"^١.

شرح معاني المفردات:

المتلف: اسم المفعول من أتلّف، وأصله تَلَف الشيء تَلَفًا بمعنى هلك فهو تالِف وهو تالِفٌ وأتلفته ورجل متلف لما له ومتلافٍ للمبالغة^٢. والمقصود بالإتلاف في القاعدة: هو استهلاك مال مسلم بدون الإذن والرضا، وهو أعمّ من أن يكون عن عمد أو خطأ.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

دلّت هذه القاعدة على أن من أتلّف شيئاً فعليه ضمانه، سواء قلّ من المتلف أو كثر، ولكن إذا قلّ المتلف قلّ الضمان وإذا كثر المتلف كثر الضمان؛ لأن كلّ شيء بحسبه.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا حلب الإنسان الشاة المضرة فليس له أن يردّ المضرة ومعها صاعاً من تمر؛ لعدم مساواة المتلف وهو الحليب القليل لبده وهو صاع من تمر فالقياس يقتضي مساواة المتلف وبدله، ولا تتحق المساواة هنا وهذا عند الحنفية^٣.
- ٢- إذا أتلّف إنسان لغیره شجرة أو بقرة أو كتاباً فعليه ضمان ما أتلّفه بأن يأتي بالمثل لما له المثل، وبالقيمة لما لا مثيل له، ويقوم ذلك أهل الخبرة.
- ٣- إذا أتلّف شخص لآخر بستاناً بكامله، أو أهلك قطيع غنم أو عدد من الكتب فإن ضمانها بحسبها لأنه لا يعقل أن يكون ضمان شجرة واحدة كضمان بستان كامل، ولا ضمان بستان كامل كضمان شجرة واحدة من نفس النوع وهكذا.

^١ المبسوط: ٤٠/١٣.

^٢ المصباح المنير للفيومي: ٣٦/١.

^٣ المبسوط: ٤٠/١٣.

١٦٠ - القاعدة الرابعة والأربعون: [عقود المعاوضات لا تحتل التعليق]

ذكرت هذه القاعدة ضمن باب الخيار في البيع عقب بيان المؤلف بأن البيع مع شرط الخيار وإن ثبت بالسنة ولكن القياس يأباه، حيث قال ما نصّه: "ففي الحديث^١ دليل جواز البيع مع شرط الخيار والقياس يأبى ذلك؛ لأن شرط الخيار تعلق العقد وعقود المعاوضات لا تحتل التعليق ويبقى مقتضى العقد وهو اللزوم وموجبه وهو الملك، ولكننا نقول تركنا هذا القياس للحديث ولحاجة الناس إلى ذلك"^٢.

توثيق القاعدة:

وردت هذه القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء الآتية:

- ما جاء في مجمع الأنهار^٣: "التعليكات لا تقبل التعليق بالشرط".
- ما جاء في تبين الحقائق شرح كنز الدقائق^٤: "تعليق التملك بالشرط باطل".
- ما جاء في الأشباه والنظائر^٥: "تعليق التملكيات والتقييدات بالشرط باطل".

شرح مفردات القاعدة:

عقود المعاوضات: المعاوضات جمع المعاوضة، وهي في اللغة مأخوذة من العوض، وهو الخلف والبدل. والاسم: العَوْضُ، والجمع: أعْوَاضٌ، فيقال: عاضه وأعاضه وعوضه تعويضاً، وعلاوضه، أي: أعطاه العَوْضَ^٦. أما عقد المعاوضات اصطلاحاً فإن فقهاء الحنفية لم يصدر عنهم تحديد صريح ومباشر لمفهوم المعاوضة، وإنما تشير النصوص الفقهية في مذهبهم -ضمناً- إلى أنه للمعاوضة مهنية على أخذ البدل وإعطاء البدل^٧. وقد وردت عدة تعريفات عند غيرهم منها ما يلي:

- "هو عقد يحتوي على عوض من الجانبين"^٨.
- "المبادلة، أي: المقابلة والمعاوضة، وهي مقابلة مال بمال"^٩.

^١ ونص الحديث: "إذا باعت فقل لا خيالة". أخرجه البخاري في صحيحه برقم: ٢١١٧، من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، في كتاب البيع، باب ما يكره من الخداع في البيع: ٦٥/٣.

^٢ المبسوط: ٤٠/١٣.

^٣ ١٣٥/٢.

^٤ ٤٤/٥.

^٥ لابن نجيم: ص ٣٦٧.

^٦ لسان العرب لابن منظور: ٢٧٤/٩؛ المصباح المنير للفيومي: ٤٣٨/٢؛ والقاموس المحيط للفيروز آبادي: ص ٥٨٢.

^٧ ينظر: البدائع والمصالح للكاساني: ٤٩٧/٤.

^٨ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لابن عرفة، طبعة دار الفكر بيروت: ٢/٣.

^٩ حاشية الشرفاوي لعبد الله بن حجازي الشافعي على تحفة الطلاب لتركيا الأنصاري، دار الكتب العلمية - بيروت، طبعة عام

أما معنى التعليق لغة واصطلاحاً فقد تقدم بيانه في كتاب الحق، والمقصود بتعليق العقد: هو توقف نفوذ العقد على أمر من الأمور كما سيأتي في التطبيقات.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد القاعدة بأن عقود المعاوضات كالبيع والإجارة والنكاح والسلم والاستصناع ونحوها لا تقبل التعليق بالشرط؛ لأن تعليقها بالشرط يجعلها غير منجزة وغير نافذة، والأصل فيها النفاذ بمجرد الإيجاب والقبول، ولأن مقتضى العقد اللزوم. والذي يقبل التعليق بالشرط هو الإطلاقات: كالطلاق، والعتاق، والحوالة، والكفالة بشرط ملائمتها.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا قال شخص لآخر: بعثك داري هذه بألف إن اشتريت فرسي فقال: قبلت، فالبيع غير صحيح؛ لأنه معلق.
- ٢- إذا قال شخص لآخر: أجرتك داري هذه بألفين على أن تواجريني عبدك هذا بمائة، فالإجارة غير صحيحة؛ لكونها معلقة.
- ٣- إذا قال شخص إذا قدم فلان فقد بعثك أو أجرتك، فلا يصح التعليق عليه؛ لأنه لا جزم مع التعليق.
- ٤- إذا قال أجرتك داري هذه السنة إن نقلت وظيفتي إلى بلد آخر فالإجارة فاسدة.
- ٥- إن قدم ابني من السفر فقد وقفت داري على كذا، فلا يجوز الوقف به؛ لأن الوقف يقتضي نقل الملك، وهذا معلق.
- ٦- إذا قالت امرأة لزوجها: وهبت مهري لك إن لم تظلمني فقبل الزوج ذلك ثم ظلمها بعد ذلك، فالهبة فاسدة؛ لأن هذا تعليق الهبة بشرط^١.
- ٧- إذا قال صاحب المال: إن جاءك فلان بالدين الذي لي في ذمته (ومقداره ألف دينار) وسلمك إياه فضارب به^٢.

- خلاف العلماء في تعليق عقود المعاوضات:

- اختلف العلماء في حكم تعليق عقود المعاوضات على قولين، وفيما يلي ذكر للأقوال والأدلة:
- ١- عقود المعاوضات لا تقبل التعليق، فإذا علقت فسدت عند جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والمشهور في المذهب الحنبلي^٣. واستدلوا على ما ذهبوا إليه بما يلي:

^١ الفتاوى الهندية: ٣٩٧/٤.

^٢ الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي: ٣٩٢٨/٥.

^٣ رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين: ٣٠٧/٤؛ الفتاوى الهندية: ٣٩٦/٤؛ أنوار البروق للقرافي: الفرق ٤٥؛ ٢٢٩/١؛ المجموع شرح المذهب لمحي الدين النووي، مطبعة التضامن الأنشوي القاهرة، عام ١٣٤٤هـ: ٣٤٠/٩؛ المغني لابن قدامة: ٥٩٩/٦.

أ- وجود الغرر والقمار فيه، وفي الحديث^١ أن النبي صلى الله عليه وسلم نهي عن بيع الغرر. فقي المبسوط^٢؛ "ثم بسبب اشتراط الخيار يتمكن معنى الغرر وبزيادة المدة يزداد الغرر"، وفي الرد المختار^٣؛ ولما كانت هذه تحليكات للحال لم يصح تعليقها بالخطر لوجود معنى القمار".

ب- النهي عن بيعتين في بيعة، وصفقتين في صفقة، وبيع وسلف، وبيع وشرط؛ فالتعليق في العقود داخل فيها.

ت- قوله صلى الله عليه وسلم: "ما كان من شرط ليس في كتاب الله، فهو باطل"^٤.

ث- منافاة التعليق للعقد؛ لأن البيع من عقود التملكيات للمالية، والأصل في هذه العقود أن يترتب عليها أثرها في الحال فتنتقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري والتعليق يمنع ذلك^٥.

ج- عدم تحقق الرضا بالعقد من التعليق وذلك لأن الرضا إنما يكون مع الجزم ولا جزم مع التعليق؛ فإن شأن المعلق عليه أن يكون يعترضه عدم الحصول، وقد يكون معلوم الحصول كقدوم الحاج، وحصاد الزرع، ولكن الاعتبار في ذلك بمنس الشرط دون أنواعه وأفراده، فلو حظ المعنى العام دون خصوصيات الأنواع، والأفراد^٦.

٢- ذهب الحنابلة في قول^٧ إلى جواز تعليق العقود بالشروط، فإذا تحقق ما علق عليه العقد ترتبت آثاره. وقد وافق الجمهور معهم في صور شبيهة بشرط التعليق وهي التعليق على مشيئة فلان أو مشيئته مثل بعثك بكذا إن شئت أو شاء فلان من الناس^٨.

كما أن بعض الحنفية قالوا بصحة صور من البيع المعلق على الشرط إذا قيد التعليق فيها بمدة ثلاثة أيام^٩. واستدلوا بما ذهبوا إليه بما يلي:

أ- إن الأصل في الشروط الجواز، حتى يقوم الدليل على المنع؛ لأن التعليق نوع من الاشتراط في العقد.

ب- تعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة فلا يستغني عنه المكلف.

^١ رواه مسلم في صحيحه من حديث أبي هريرة -رضي الله عنه- مرفوعاً برقم: ١٥١٣، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصة، والبيع الذي فيه الغرر: ١١٥٣/٣.

^٢ ٤١/١٣.

^٣ ٢٥٧/٥.

^٤ متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه من حديث عائشة -رضي الله عنها- برقم: ٢١٦٨، كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا محل: ٧٣/٣؛ وأخرجه مسلم في صحيحه برقم: ١٥٠٤، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق: ١١٤١/٢.

^٥ حاشية ابن عابدين: ٢٥٧/٥.

^٦ أنوار البروق في أنواء الفروق للقرافي، الفرق الخامس والأربعون: ٣٨٤/١.

^٧ واختاره ابن تيمية وابن القيم. ينظر: نظرية العقد لابن تيمية، دار المعرفة بيروت، ص ٢٢٧؛ وإعلام الموقعين لابن القيم الجوزية:

٢٩٦/٣ وما بعدها؛ والبلدع شرح للمفتع لابن مفلح: ٣٩٧/٣.

^٨ ينظر: البحر الرائق لابن نجيم: ١١٩٥/٦ وتبيين الحقائق للزيلعي: ٢٤٢/٢ ومغني المحتاج للشرسي: ٦/٢.

^٩ تبيين الحقائق للزيلعي: ١٣١/٤ والمبسوط للسرخسي: ٤١/٣.

ت- ما روي عن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- أنه علق عقد للزراعة على شرط، ولم يخالف أحداً من الصحابة، ويقاس عليه البيع^١.

- والراجع في هذه المسألة قول جمهور العلماء وهو المنع من تعليق عقود للمعاوضات على شرط. وذلك للأمور التالية:

أ- وجود الغرر والقمار في العقد المعلق، وهو خير مثال للغرر في صيغة العقد؛ لأن العاقدين دخلا على احتمال صورة العقد من عدمه^٢.

ب- لقوة الأدلة التي استدل بها الجمهور وضعف أدلة المجيزين لتعليق العقد بشرط.

ت- لأن الأصل في العقد النفاذ وترتب أثره عليه والتعليق يمنع من ذلك.

من استثناءات القاعدة:

١- تعليق عقد الوكالة، فتجوز عند الجمهور تعليقها على شرط. كأن يقول: إن قدم زيد فأنت وكيلي في بيع كذا

وكذا؛ لأن التوكيل إطلاق التصرف، والإطلاقات مما يحتمل التعليق بالشرط.

٢- تعليق الوصية والإيصاء جائز.

٣- تعليق النكاح والبراءة بشرط كالن حال.

٤- لو قال شخص بعته إن رضي فلان جاز البيع والشرط لكن إذا وقته ثلاثة أيام^٣.

^١ ينظر: إعلام الموقعين لابن القيم: ١/٢٨٣ والاتصاف لمعرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين علي المرداوي الحنبلي، دار إحياء

التراث العربي، ط. الثانية بدون تاريخ: ٤/٣٥٦.

^٢ الغرر للضرير: ص ١٦٤.

^٣ ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفية: ٦/١٢٠٨ والمبسوط للسرغسي: ١٣/٤٢.

١٦١- القاعدة الخامسة والأربعون: [الخيار يشترط للفسخ لا للإجازة]

ذكر الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في كتاب الخيار في البيع معلقاً حكم عدم توريث خيار الشرط، حيث قال ما نصه: "ألا نرى أن الخيار قد يثبت ابتداء للوارث، وإن لم يكن ثابتاً للمورث بأن يغيب المبيع في يد البائع بعد موت المشتري قبل أن يقبضه الوارث بخلاف خيار الشرط فإن السبب وهو الشرط لا يوجد في حق الوارث. ولا يمكن التوريث له فيه؛ ولأنَّ المشروط له الخيار مسلط على الفسخ من جهة صاحبه؛ لأنَّ الخيار يشترط للفسخ لا للإجازة وهو مالك للفسخ في حق نفسه بدون شرط الخيار"^١.

توثيق القاعدة:

وردت هذه القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في البحر الرائق^٢: "الخيار إنما يشترط للفسخ".
- ما جاء في الجوهرة النيرة على مختصر القلجوري^٣: "وهو -خيار الشرط- وضع للفسخ لا للإجازة".
- ما جاء في شرح مختصر الطحاوي^٤: "الخيار مشروط للفسخ، لا للإجازة".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

المقصود بالقاعدة أن الخيار -ولاسيما خيار الشرط- إنما يشترط حين التعاقد لإمكان فسخ العقد لا لإجازته؛ لأن العقد تام وإنما توقف نفاذه على الشرط، ففي خلال مدة الشرط لصاحب الشرط حق فسخ العقد لا لإجازته؛ لأن إجازة العقد ونفاذه يتوقف على انتهاء مدة الشرط أو إسقاطه.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- من اشترى شيئاً لم يره فله خيار الرؤية، فإذا رآه وكان وافياً بتراضيه مستوفياً لشروطه فبتم العقد وينفذ، وإلا ففسخ العقد لاختلاف المرئي عن الموصوف.
- ٢- من اشترى شيئاً على أنه بالخيار ثلاثة أيام، أو على أن يستشير شريكه مثلاً، فإذا انتهت مدة الثلاثة أيام فقد تم العقد وينفذ ولزم المشتري ما اشتراه أو البائع ما باعه إن كان الخيار له؛ وإلا فيمكن فسخ العقد من خلال المدة، أو عند عدم موافقة الشريك أو رضائه بالعقد^٥.

^١ المبسوط: ٤٢/١٣.

^٢ ١٠٢/٨.

^٣ ١٩٠/١.

^٤ ١٥/٣.

^٥ موسوعة القواعد الفقهية لبوزو: ٣٠١/٣.

- ٣- لو شرط أحد المتعاقدين الخيار، فإذا أجاز أحدهما العقد وفسخه الآخر في زمن واحد أو لم يعلم السابق منهما، رجع جانب الفسخ؛ لأن الخيار إنما وضع للفسخ لا للإجازة^١.
- ٤- إذا اشترط المتعاقدان أو أحدهما في عقد الإجازة أن له الحق في فسخ العقد خلال مدة محددة، فإنه يصح اشتراط الخيار في الإجازة عند جمهور العلماء^٢، ويكون للفسخ لا للإجازة.
- ٥- إذا كفل الشخص بنفس أو مال وشرط الخيار للمكفول له أو للكفيل فهو صحيح^٣، وإنما يكون المقصود باشتراط الخيار الفسخ دون الإجازة بنفاذ العقد.

^١ الفقه على المذاهب الأربعة لعبد الرحمن الجزيري، دار الكتب العلمية-بيروت، عام النشر: ٢٠٠٣م؛ ١٧٧/٢.

^٢ البدائع: ٢١٠/٥؛ والمجموع: ١٩٢/٩.

^٣ حاشية قرعة عيون الأخبار: ١٨٠/٢.

١٦٦- القاعدة السادسة والأربعون: [المعلق بالشرط معدوم قبل الشرط]

وردت هذه القاعدة في باب الخيار في البيع في معرض الكلام عن البيع إذا كان فيه شرط خيار، حيث قال المصنف -رحمه الله- فيما نصه: " وكذلك إن كان غير مقبوض وأراد البائع أن يلزمه فقال المشتري: ليس هذا الذي يعني فالقول قول المشتري مع يمينه ولا يلزمه البيع إلا أن تقوم عليه بينة أنه هو المبيع فيلزمه إن لم يكن له خيار وإن كان له خيار رده إن شاء لأن البيع إذا كان فيه شرط الخيار للبائع فهو في حكم المثلث كالمعلق بالشرط والمعلق بالشرط معدوم قبل الشرط".^١

توثيق القاعدة:

وردت هذه القاعدة بتبصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في تبين الحقائق شرح كنز الدقائق^٢: " للمعلق بالشرط لا يوجد إلا عند استكمال الشرط".
- ما جاء في العناية شرح الهداية^٣: "للمعلق بالشرط معدوم قبل وجوده".
- ما جاء في تحفة الفقهاء^٤: "للمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

للمعلق بالشرط وهو الجزء لا يجب ثبوته ولا يجوز العمل به إلا عند ثبوت الشرط ووجوده، فإذا لم يوجد الشرط تأمراً حقيقة لا ينزل جزاء الشرط، ولا يتجزأ المشروط. ويشترط في التعليق بالشرط أن يكون معلوم الوجود، فإذا لا يعلم وجوده فلا يقع بالشك، كان يعلق الأمر على مشيئة الله تعالى.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- لو قال شخص لخياط: انظر إلى هذا الثوب فإن كفاني قميصاً فأقطعه بدرهم وقصّله فقال: نعم، ثم قال بعد ما قطعه: إنه لا يكفيك فالخياط ضامن لقيمة الثوب؛ لأنه علق الإذن بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبل الشرط^٥.

^١ المبسوط: ٤٨/١٣.

^٢ ١٨٣/٥.

^٣ ٤٦٢/٦.

^٤ ١٨٦/٩.

^٥ للمبسوط للسرخسي: ٩٨/١٥.

- ٢- إذا باع الرجل بشرط الخيار، فإن شرط الخيار يجعل العقد في حق حكمه كالمتعلق بالشرط، فإذا لم يوجد شرط الخيار انعدم البيع المعلق عليه؛ لأن المتعلق بالشرط معلوم قبل وجود الشرط^١.
- ٣- لو قال الرجل: إن شفى الله مريضى، أو إن قدم فلان الغائب فله على أن أصوم شهراً، أو أصلي ركعتين، ونحو ذلك فوقته وقت الشرط، فما لم يوجد الشرط لا يجب بالإجماع، ولو فعل قبل ذلك يكون نفلاً^٢.

^١ تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: ١٨٢/٥.

^٢ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٩٣/٥.

١٦٣ - القاعدة السابعة والأربعون: [الملك الثابت ييقن لا يزال بالشك]

هذه القاعدة تفرغت عن القاعدة الفقهية الكبرى^١ "اليقن لا يزال بالشك"، وقد ذكرها الإمام السرخسي في باب الخيار في البيع للاستدلال على بقاء البذل في ملك من له الخيار، حيث قال ما نصه: "البذل الذي في جانب من له الخيار باق على ملكه سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري والملك الثابت له ييقن لا يزال بالشك".^٢

توثيق القاعدة:

- ما جاء في بدائع الصنائع^٣: "الثابت ييقن لا يزال بالشك كما أن غير الثابت ييقن لا يثبت بالشك".

شرح مفردات القاعدة:

الملك: بكسر الميم مصدر الفعل الثلاثي ملكه يملكه، وهي في اللغة بمعنى: احتواه قادراً على الاستبداد به^٤.

والملك اصطلاحاً: اتصال شرعي بين الإنسان وبين شيء يكون مطلقاً لتصرفه فيه، وحاجزاً عن تصرف غيره فيه، قالشيء يكون مملوكاً ولا يكون مرقوقاً، ولكن لا يكون مرقوقاً إلا ويكون مملوكاً^٥.

يقين: اليقين في اللغة العلم، وإزاحة الشك وتحقيق الأمر، وقد أيقن يوقن إيقاناً، فهو موقن، ويقن يقن يقناً، فهو يقن. واليقين: نقيض الشك، والعلم نقيض الجهل، تقول علمته يقيناً^٦.

أما معنى اليقين في الاصطلاح فإنه يختلف بحسب العلوم المتنوعة. فهو عند الأصوليين: وضوح حقيقة الشيء في النفس^٧. وعرف أيضاً: جزم القلب، مع الاستناد إلى دليل قطعي^٨.

أما عند الفقهاء فمعنى اليقين أوسع مما ذكره الأصوليون، إذ هو يشمل زيادة على ذلك: ما هو مظنون أيضاً؛ لأن الأحكام الفقهية إنما تبني على الظاهر، وقد جاء في المجموع شرح للمهذب^٩: "واعلم أنهم يطلقون العلم واليقين

^١ المبسوط: ٥٢/١٣.

^٢ ١٩٦/٤.

^٣ القاموس المحيط للفيروزآبادي: ٩٥٤/١.

^٤ الترمذيات للجرجاني: ٢٢٨/١.

^٥ لسان العرب لابن منظور: ٤٥٧/١٣.

^٦ التمهيد للكلوثاني: ٦٤/١.

^٧ غرر عيون البصائر: ١٩٣/١.

^٨ ليحيى بن شرف النووي، دار الفكر-بيروت [بلون عدد الطبعة، وعام النشر]: ١٨٧/١.

ويريدون بما الظن الظاهر، لا حقيقة العلم واليقين، فإن اليقين هو الاعتقاد الجازم، وليس ذلك بشرط في هذه المسألة ونظائرها...^١.

الشك: نقبض اليقين وجمعه شكوك. وتدل مادة الكلمة على التداخل. ومنه قولهم شككته بالرمح إذا طعنته فداخل. اليتان جسمه. ومن هذا الباب الشك، الذي هو خلاف اليقين، إنما سمي بذلك لأن الشاك كأنه شك له الأمران في مشكك واحد، وهو لا يتيقن واحداً منهما، فمن ذلك اشتقاق الشك^١. والشك في اصطلاح الأصوليين: هو تجويز شيئين لا مزية لأحدهما على الآخر^٢.

أما في اصطلاح الفقهاء فهم يريدون بالشك التردد بين وجود الشيء وعدمه، سواء كان الطرفان متساويين في التردد، أو أحدهما راجحاً^٣.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

معنى القاعدة واضح وهو أن المالك إذا ثبت لأحد ييقن وكان لأحد المتعاقدين فيه الخيار -سواء كان للبائع أو المشتري- إلى غاية، فإن ذلك الخيار يستمر إلى انقضاء الغاية، ولا يفسخ الخيار بمجرد دخول الغاية.

من تطبيقات القاعدة:

١- لو اشترى المشتري شيئاً على أنه بالخيار إلى الغد أو إلى الليل أو إلى الظهر، فله الخيار إلى طلوع الفجر أو إلى أن تغيب الشمس أو إلى أن تزول الشمس ولا تدخل الغاية في الخيار عند صاحبه^٤.

٢- لو أجز شيئاً لآخر والمفقود عليه غير موجود لتوهم وجوده فقط، فالأصل فيه أن العقد انعقد ييقن فيبقى لتوهم الفائدة؛ لأن الثابت باليقين لا يزال بالشك^٥.

٣- لو قال زوج لامرأته: إن لم تدخلي الدار اليوم فإنت طالق، فقالت: لم أدخلها، وقال الزوج: دخلتها، فالتقول له؛ لأن الزوج يدعي صفة أصلية وهي ملك النكاح الثابت له ييقن ولنكحور وقوع الطلاق، والمرأة تدعي زوال الملك الثابت ييقن^٦.

^١ معجم مقاييس اللغة للأزهري: ١٧٣/٣.

^٢ التمهيد في أصول الفقه لمحمود بن أحمد الكلوزاني الخليلي، بتحقيق مفيد محمد، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، ط. الأولى ١٩٨٥م: ٥٧/١.

^٣ ينظر: المجموع للنووي، ١/١٦٨.

^٤ المبسوط: ٥٢/١٣.

^٥ بدائع الصنائع: ١٩٦/٤.

^٦ غمر عيون البصائر: ٢١٦/١.

١٦٤ - القاعدة العامة والأربعون: [القول في تعيين الملك قول ذي اليد، أميناً كان أو ضامناً]

ذكر المصنف هذه القاعدة في باب الخيار في البيع عقب بيان صورة مسألة اختلاف الأمر والمشتري في الخادم بعد أن فسخ الأمر العقد بخياره، حيث قال: "وإن اختلف الأمر والمشتري في الخادم وقد فسخ الأمر العقد بخياره فقال الأمر ليست هذه بخادمي وقال المشتري هي الخادم التي اشتريتها منك فالقول قول المشتري؛ لأن الأمر لما فسخ العقد بخياره فالخادم ملكه في يد المشتري، والقول في تعيين الملك قول ذي اليد أميناً كان أو ضامناً كالفاسب".^١

توثيق القاعدة:

وردت هذه القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في الهداية شرح بداية المبتدي^٢: "القول قول القابض ضميناً كان أو أميناً".
- ما جاء في النهر الفائق^٣: "إذا فسخ العقد في المقبوض والقول فيه قول القابض ضميناً كان أو أميناً".
- ما جاء في التجريد^٤: "عند الاختلاف القول قول القابض في مقدار المقبوض ولو ضميناً".

شرح مفردات القاعدة:

ذي اليد: مركب إضافي، وذو من الأسماء الستة بمعنى: صاحب، واليد لغة: الكف، يقال: هذه الصنعة بيد فلان أي في ملكه، ويد الله كناية عن الحفظ والتفاح. واليد بمعنى الغنى والقدرة والتعمة. كما تأتي بمعنى الكفالة.^٥

أما اصطلاحاً فذي اليد هو الذي وضع يده على عين بالفعل، يعني القابض والمتصرف في الأملاك والأعيان.^٦

المعنى الإجمالي للقاعدة:

المقصود بالقاعدة بأنه إذا حصل اختلاف في تعيين ملك المقبوض بين العاقلين فإن القول في تعيينه قول صاحب اليد مع يمينه، سواء كان أميناً - كالمودع - أم ضامناً - كالفاسب؛ وكان القول قول صاحب اليد أي القابض لأنه متمسك بالظاهر والأصل وهو براءته من الضمان أو ما زاد.

^١ المبسوط: ٦٢/١٣.

^٢ ٢١١/٣.

^٣ ٣٨٧/٣.

^٤ ٤٥٦/٨.

^٥ ينظر: لسان العرب لابن منظور: ٤١٩/١٥-٤٢٤؛ ومختار الصحاح لعماد الرازي: ص ٣٤٨ وما بعدها.

^٦ التعريفات الفقهية للبركي: ١٠٠/١.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا باع شخص سلعة لشخص آخر بشرط الخيار للبائع أو المشتري وقبض المشتري السلعة، ثم أراد صاحب الخيار رد للمشتري، وعند الرد قال البائع: هذه السلعة ليست هي التي بعثتها وتسلمتها. وأنكر المشتري أن تكون غيرها - ولا يثبت للبائع - فالقول قول المشتري مع يمينه أنها السلعة التي وقع العقد عليها.
- ٢- إذا أودع شخص وديعة عند شخص آخر، ولما أراد أن يسترد المودع وديعته أخرجها له المودع، فقال المودع: هذه ليست وديعتي التي أودعتها، وأنكر المودع. فعلى المودع البينة أنها ليست وديعته التي أودعها، وإن لم تكن له بينة فعلى المودع اليمين أنها وديعته بعينها وليست غيرها، والقول له في ذلك مع يمينه.
- ٣- إذا غصب شخص ألف درهم لشخص آخر وأقر بذلك فإنه يقبل قول الغاصب في ذلك مع يمينه^١.

^١ مجمع الأنهر لشيخه زاده: ٤٠/٢.

١٦٥ - القاعدة التاسعة والأربعون: [العقد متى فسد لا طريق لتصحيحه إلا الاستقبال]

ذكر الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة ضمن باب الخيار في البيع في معرض كلامه عن مدة اشتراط الخيار وفيه يعمل الإسقاط، حيث قال ما نصّه: "عند أبي حنيفة اشتراط الخيار لا يجوز أكثر من ثلاثة أيام ومطلق اشتراط الخيار يقتضي التأييد ألا ترى أن ما لا يتوقفت من الخيار كخيار العيب فإنه يثبت على التأييد، ثم الإسقاط إنما يعمل في المستقبل دون الماضي فإذا أسقط قبل مضي الأيام الثلاثة عمل إسقاطه في المستقبل وما مضى غير مناف لصحة العقد فكان العقد صحيحاً عنده، وإذا سقط بعد مجيء اليوم الرابع فما مضى كاف لإفساد العقد وإسقاطه غير ممكن، وعند أبي يوسف وعمر -رحمهما الله تعالى- ما مضى غير معلوم في نفسه وهو غير مناف لصحة العقد، وعلى قول زفر: العقد متى فسد لا طريق لتصحيحه إلا الاستقبال".^١

المعنى الإجمالي للقاعدة:

العقد إذا دخله فساد ثم أزيل فلا بد من تحديده - وهذا عند زفر بن المنذر - وهو من الحنفية، ولا يرى فرقاً بين الباطل والفساد، كما هو رأي جمهور الفقهاء عدا الحنفية فإن الباطل والفساد عندهم مترادفان، وعليه فرأي الجمهور أن الفساد إذا أزيل سبب فساد فلا بد من عقد جديد؛ لأن العقد الأول لا اعتبار له.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا شرط المتعاقدان أجلاً مجهولاً ثم اتفقا على إسقاطه قبل مضي جزء من المدة المجهولة صح العقد عند الحنفية. وقال زفر -رحمه الله- لا يصح العقد أبداً، وبه قال الجمهور.^٢
- ٢- إذا زوجت امرأة نفسها بغير ولي فهو عند الحنفية عقد جائز وإن دخله فساد، فإذا جاء الولي بعد تمام العقد ووافق على الزواج فقد تم العقد ولا حاجة إلى تحديده. وأما عند الإمام زفر والجمهور فهو عقد باطل لا اعتبار به ولا يعتد به ولا بد من عقد جديد يعقده الولي.
- ٣- إذا تباع شخصان سلعة واشترط أحدهما الخيار - دون تحديد وقت - فعند زفر هذا عقد فاسد؛ لأن شرط الخيار أن يوقت في حدود ثلاثة أيام، ولا يجوز الزيادة عليها عند أبي حنيفة وزفر، ولا بد من تحديد وقت الخيار في العقد فما لم يحدد وقت الخيار فهو فاسد عند زفر، وعليهما تحديد العقد ولكن عند أبي حنيفة إذا حدا بعد ذلك قبل نهاية الثلاثة الأيام صح العقد ولا يحتاج إلى تحديد.^٣

^١ المبسوط: ٦٢/١٣

^٢ التجريد للقبوري: ٢٢٥٨/٥

^٣ للمبسوط للسرخسي: ٦٢/١٣

١٦٦- القاعدة الخمسون: [من لا يملك أن يشتري بنفسه لا يملك أن يأمر غيره به]

ذكرت هذه القاعدة في باب الخيار بغير شرط في ذكر الأصل الذي بنى عليه الإمام الشافعي -رحمه الله- رأيه أن الأكمة لا يجوز بيعه وشراؤه أصلاً، حيث قال ما نصّه: "وقال الشافعي - رحمه الله -: إن كان بصيراً فعمي فكذلك الجواب -أي الجواز-، وإن كان أكمة فلا يجوز بيعه وشراؤه أصلاً؛ لأنه لا يعرف لون الأشياء وصفتها، وهذا غلط منه فالتناس تعارفوا معاملة العميان من خير تكبر متكر، وتعامل الناس من غير تكبر متكر أصل في الشرع ثم أصله أن من لا يملك أن يشتري بنفسه لا يملك أن يأمر غيره به"^١.

توثيق القاعدة:

وردت هذه القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في المنثور في القواعد الفقهية^٢: "من لا يملك التصرف لا يملك الإذن فيه".
- ما جاء في الاختيار لتعليل المختار^٣: "من لا يملك أن يعقد في حق نفسه ففي حق غيره أولى".
- ما جاء في العناية شرح الهداية^٤: "من لا يملك شيئاً لا يملك تملكه لغيره".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

جاءت هذه القاعدة لبيان الأصل عند الإمام الشافعي في ذكر حكم بيع الأكمة وشراؤه وهو عدم الجواز. والمقصود بالقاعدة واضح وهو أن أهلية المأمور بشراء شيء للأمر أو بيعه تابع لقدرة من يملكه بذلك، فإذا أمر الإنسان غيره بشراء شيء أو بيعه وهو لا يملك القدرة على أن يبيع أو يشتري لنفسه فلا يملك أن يأمر غيره به. من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا وكل الصبي أو المجنون أو المغمى عليه -ومن لا يصح منهم مباشرتهم يملك أو ولاية- أحداً بالشراء أو البيع عنهم فإنه لا يصح منهم ذلك؛ لكونهم لا يملكون الشراء أو البيع بأنفسهم، فلا يملكون أن يأمرؤا غيرهم ببيع شيء أو شراؤه لهم؛ بل الذي يتولى ذلك هو الوصي.

^١ المبوط: ٧٧/١٣.

^٢ ٢١١/٣.

^٣ ١٢٤/٤.

^٤ ٧٦/٤.

- ٢- إذا وكل الغريم غيره بشراء شيء أو يبعه بدون إذن وليهما فلا يصح منهم ذلك؛ لأنهم لا يستقلون بالبيع والشراء إلا بعد إذن أوليائهما، فلا يصح منهما التوكيل بذلك.^١
- ٣- لا يجوز للأعمي أن يبيع ويشترى لنفسه أصلاً إذا كان بهذه الصفة وقت العقد، ذهب إليه الشافعية في أصح قوليهِ^٢؛ لعدم قدرته على رؤية المبيع. فهم لا يميزون للأعمي توكيل غيره عنه بناء على هذا الأصل وفي هذا ضياعه. وفي قول آخر جوزوا له التوكيل في البيع والشراء وما تفتقر إلى الرؤية كالإجارة والمساقاة والأخذ بالشفعة؛ للضرورة.^٣

^١ روضة الطالبين: ٤/٢٩٨ والمجموع شرح للمذهب: ١٥٥/٩.

^٢ الباب في الفقه الشافعي لابن الجاملي أحمد بن محمد، بتحقيق عبد الكريم العمري، دار البخاري للمدينة للنورة، ط. الأولى

١٤١٦هـ: ١/٢٣٢ وروضة الطالبين للنووي: ٤/٢٩٨.

^٣ النجم الوهاج في شرح المنهاج لأبي البقاء الشافعي: ٥/٢٥.

١٦٧- القاعدة الحادية والخمسون: [كل شيء ينقص الثمن في الرقيق والدواب فهو عيب]

ذكر الإمام السرخسي هذه القاعدة في باب العيوب في البيع في معرض حديثه عن العيوب المؤثرة في البيع، حيث قال ما نصه: "قال: والفتق عيب، وهو ریح في المثانة ربما يهيج بالمرء فيقتله ولا يكون ذلك إلا لداء في البدن قال والثلعة عيب، وهو القروح التي تكون في العنق ويسمى بالفارسية خوك وذلك لا يكون إلا لداء في بدنه وربما يتلف بسببه وكل شيء ينقص الثمن في الرقيق والدواب فهو عيب".^١

توليد القاعدة:

وردت هذه القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء والأصوليين منها ما يلي:

- ما جاء في بدائع الصنائع^٢: "كل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصانا فاحشا أو يسيرا فهو عيب".
- ما جاء في الأشباه والنظائر^٣: "كل ما أنقص العين أو القيمة - نقصا يفوت به غرض صحيح ويغلب في أمثاله علمه؛ فهو عيب يرد به المبيع".
- ما جاء في فتح القدير^٤: "كل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب".

شرح مفردات القاعدة:

عيب: وهو في اللغة: الوصمة، كالمعاب والمعايب والمعيب، وغاب، لازم متعد، وهو معيب ومعيوب^٥.
والمقصود بعيب هنا: العيب الفاحش وتعريفه في الاصطلاح: وهو ما لا يدخل نقصانه تحت تقويم المقومين^٦.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

للمقصود من القاعدة بيان ضابط العيب الذي يثبت خيار الرّد للشعري ما يسمى بالعيب الفاحش في اصطلاح الفقهاء، وهو كل عيب حصل عند البائع ينقص من قيمتها سواء كان ينقص العين أو لا ينقصها، بحيث يفوت

^١ الثلعة: خراج كهفة الغدة تتحرك بالتحريك قال الأطباء هي ورم غليظ غير ملتزم باللحم يتحرك عند تحريكه وله غلاف وتقبل التزايد لأنها خارجة عن اللحم، (المصباح للنير: ص ٢٨٥).

^٢ المبسوط: ١٠٩/١٣.

^٣ ٢٧٤/٥.

^٤ للسبكي: ٢٨٠/١.

^٥ ٣٥٢/٦.

^٦ القاموس المحيط للفيروز آبادي: ص ١١٨.

^٧ التعريفات للجرجاني: ص ١٦٠.

بوجوده غرض صحيح للمشتري من السلعة. والمرجع في معرفة كون المبيع مبيعاً أو لا لأهل الخبرة بذلك وهم التجار أو أرباب الصنائع إن كان المبيع من المصنوعات.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا حصل الخرق من البائع لأذن الأضحية، وكان الذاهب أكثر من الثلث، ثبت به الرد^١.
- ٢- إذا اشترى عبداً عليه دين لم يعلم به ثم علم بذلك فله أن يردّه لأن قيام الدين عليه مما يعدّه التجار عيباً وتكون ماله مشغولة بحق الغرماء^٢.
- ٣- إذا ظهر الإباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله أن يردّه^٣.

^١ المبسوط للسرحدسي: ١٦/١٢.

^٢ المرجع السابق: ١١٣/١٣.

^٣ فتح القدير لابن الهمام: ٣٥٧/٦.

١٦٨ - القاعدة الثانية والخمسون: [اختلاف أسباب الملك بمنزلة اختلاف أسباب الأعيان]

أورد الإمام المرحسي - رحمه الله - هذه القاعدة ضمن باب العيوب التي يطعن المشتري بها في معرض حديثه عن شراء البائع للمبيع من المشتري بأقل من ذلك الثمن الذي باعه به، حيث قال ما نصّه: " فإذا عاد إليه الملك الذي زال عنه بعينه وبقي له بعض الثمن، فهذا ربح حصل لا على ضمانه ولا يوجد هذا المعنى فيما إذا اشتراه بمثل الثمن الأول أو أكثر فالربح هناك يحصل للمشتري وللمبيع قد دخل في ضمانه ولا كذلك فيما إذا باعه من غيره؛ لأنه لا يحصل للمشتري هناك ربح إلا على ضمانه، وكذلك إذا اشتراه البائع الأول من المشتري الثاني؛ لأنه لم يعد إليه الملك المستفاد من جهته؛ لأن اختلاف أسباب الملك بمنزلة اختلاف أسباب الأعيان^١ .

توثيق القاعدة:

وردت هذه القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في المحيط البرهاني^٢: "اختلاف الأسباب يتزل منزلة اختلاف الأعيان".
- ما جاء في تقرير القواعد وتحرير الفوائد^٣: "الأحكام المتعلقة بالأعيان بالنسبة إلى تبدل الأملاك واختلافها".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

صورة هذه القاعدة: إذا كان هناك حكم متعلق بالعين، ثم زالت العين من ملك صاحبها، ثم عادت إلى ملك صاحبها؛ فهل يعود الحق الذي تعلق بمنافعها بعودها أو لا يعود؟ فالقاعدة تشير إلى أمر مهم وهو: أن تبدل واختلاف أسباب الملكية في شيء ما أو عين أو سلعة يؤدي ذلك إلى اعتبار أن هذا الشيء متبدل حكماً فكأنه غيره وإن لم يتبدل هو حقيقة. والمراد باختلاف أسباب الملك من بيع وهبة قبل القبض أو صدقة أو وصية أو إرث أو وكالة وسائر العقود الجائزة. وقد يراد به تبدل صفة العين كخمر تخلل أو خلل تخمر^٤.

من تطبيقات القاعدة:

- ١ - من استأجر شيئاً مدة، فزال ملك صاحبه عنه بملك قهري يشمل العين والمنفعة، ثم عاد إلى ملك المأجر والمدة باقية؛ لم تعد الإجارة. هذا هو الظاهر؛ لأن ملك المستأجر زال عن المنافع وثبت له الرجوع على المالك بقسطه من الأجرة، فإذا استوفاه منه؛ لم يبق له حق، فتعود العين بمنافعها ملكاً للمؤجر.

^١ للمصنوع: ١٢٣/١٢.

^٢ ٥٨٠/٦.

^٣ لابن رجب: القاعدة الأربعون ٢٧٨/١.

^٤ القواعد لابن رجب: ٢٨٠/١.

- ٢- لو أعار شخص لآخر شيئاً، ثم باعه المستعير، بطلت العارية؛ لأنه انتقل ملك المعير عن هذا الشيء المعار، فبأخذ المستعير، فإذا اشتراه المعير فيما بعد لا يعود حكم الإعارة.
- ٣- لو أوصى شخص بالكتاب بعد موته لطلبة العلم، ثم باع الكتاب؛ فإن الوصية تبطل لأنه إذا باع الموصي به؛ فهو رجوع عن الوصية، فلو اشتراه ثانية؛ فلا تعود إليه الوصية^١.

^١ المرجع السابق: ٢٧٩/١-٢٨٠.

١٦٩- القاعدة الثالثة والخمسون: [الأمور بعواقبها]

أورد الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في باب يبيع أهل الذمة لبيان جواز شراء الولد والده ليخلصه به عن ذل الرق، حيث قال ما نصه: "وهذا بخلاف الولد يشتري والده يجوز، وإن كان الولد ممنوعاً عن إذلال والده؛ لأن بالشراء هناك تتم علة العتق فيتخلص به عن ذل الرق والأمور بعواقبها فباعتبار المآل يصير هذا الشراء إكراماً لا إذلالاً؛ ولهذا قلنا الابن الكافر إذا اشترى أباه المسلم يجوز".^١

توثيق القاعدة:

وردت هذه القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الأصوليين منها ما يلي:

- ما جاء في فصول البدائع في أصول الشرائع^٢: "الأمور بعواقبها".

- ما جاء في كشف الأسرار^٣: "إنما الأمور بعواقبها".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة بأن المعتر في أحكام تصرفات المكلفين عواقب الأمور لا ابتدائها، أي أن العبرة بالنتائج التي تنتج عن هذه التصرفات، ولا يجب الحكم بناءً على الفعل قبل معرفة نتائجه وعواقبه.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- الفصد وإجراء العمليات الجراحية فيه إبلام وضرر، ولكن باعتبار العقابة جاز لأن عاقبته منفعة^٤.
- ٢- يصلح أن يكون الصبي قاصر الأهلية مولياً عليه باعتبار قصور العقل، ويصلح أن يكون ولياً بنفسه باعتباره صاحب أصل الأهلية بوجود أصل العقل؛ لأن عاقبة ذلك حصول المنفعة له على كلا التقديرين^٥.
- ٣- لا يجوز بيع العنب لمن يتخذة خمرًا لكون مآل هذا البيع إلى المفسدة المحرمة.
- ٤- لا يجوز بيع السلاح في الفتنة للبغاة والطغاة.
- ٥- لا يجوز بيع الدكان أو الدار لمن يقيم فيه على معصية.
- ٦- يمنع الحاكم أو القاضي وكل من يلي وظيفة عامة من قبول الهدية لأنه قد يكون مآل ذلك قضاء حاجة المهدي، وتقديم محاباة على من هو أولى بالحق والتقديم منه.

^١ المبسوط: ١٣/١٣١.

^٢ للفناري محمد بن حمزة، بتحقيق محمد حسين، دار الكتب العلمية بيروت، ط. الأولى ٢٠٠٦م: ٤٢٨/٢.

^٣ لعلاء الدين البخاري: ٤/٢٦٢.

^٤ المبسوط للسرخسي: ١٣/١٣١.

^٥ كشف الأسرار: ٤/٢٦٢.

١٧٠- القاعدة الرابعة والخمسون: [صحة التصرف باعتبار أهلية التصرف، وكون المحل قابلاً للتصرف]

ذكر الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في باب يبيع أهل الذمة عقب الكلام على جواز بيع الكافر عبده للمسلم، حيث قال ما نصه: "أن الكافر يملك بيع عبده للمسلم فيملك شراؤه كالمسلم، وهذا لأن صحة التصرف باعتبار أهلية التصرف، وكون المحل قابلاً للتصرف. وما يصير به أهلاً للتصرف يستوي فيه الكافر والمسلم وإنما يكون المحل محلاً للتصرف لكونه مالا متقوماً والعبء المسلم مال متقوم في حق المسلم والكافر جميعاً".^١

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في مرشد الخيران^٢: "يشترط لصحة العقد: أهلية العاقدين، وكون العقد مفيداً، وكون المحل قابلاً لحكم العقد".
- ما جاء في النجم الوقاج في شرح المنهاج^٣: "الحكم بالصحة يستدعي ثلاثة أشياء: أهلية التصرف، وصحة الصيغة، وأن التصرف في محله".

شرح مفردات القاعدة:

أهلية التصرف: مركب إضافي تكوّن من جزئين: أهلية وتصرف؛ أمّا الأهلية: فهي في اللغة تطلق على معان عدة، وكلها ترجع إلى معنى صلاحية الأمر للنفس، يقال: فلان به أهلية أي صلاحية للأمر، وأهل الرجل وأهله: رآه صالحاً ومستحقاً لأمر ما، وهو أهل لكذا، أي مستوجب له، وأهله لذلك تأهيلاً، وأهله رآه له أهلاً، وأهله: استوجبه^٤. واصطلاحاً: عبارة عن صلاحية لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه^٥.

أما التصرف فهو في اللغة: التقلب في الأمور والسعي في طلب الكسب، يقال: صرف الشيء، إذا أعمله في غير وجه كأنه يصرفه عن وجه إلى وجه، ومنه التصرف في الأمور^٦. واصطلاحاً: هو ما يصدر عن الشخص بإرادته، ويرتب الشيء عليه أحكاماً مختلفة^٧.

^١ المبسوط: ١٣/١٣١.

^٢ ص ٢٨.

^٣ ١٠/٢٣٠.

^٤ ينظر: القاموس المحيط: الفيروز آبادي؛ ص ٩٦٣-٩٦٤؛ ولسان العرب لابن منظور: ١١/٣٠.

^٥ التعريفات للجرجاني: ١/٤٠.

^٦ المصباح للنور للفيومي: ١/٣٣٨؛ والقاموس المحيط للفيروز آبادي: ص ١٠٦٠.

^٧ الموسوعة الفقهية الكويتية: ١٢/٧١.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

وردت هذه القاعدة لبيان شرطين أساسيين للتصرف الصحيح، وأفادت بأن التصرف الصحيح من الإنسان ينبغي أن يتوفر فيه شرطان؛ وهما:

أولاً: وجود أهلية التصرف أي القدرة عليه، والمراد بالأهلية هنا: استيفاء المتصرف شروط التصرف، من البلوغ والعقل والحرية - أو الإذن - والملكية لما يتصرف به أو الوكالة، وغير ذلك من الشروط.
ثانياً: أن يكون محل التصرف قابلاً له، بأن يكون مالاً متمولاً مملوكاً للمتصرف أو وكيلاً فيه إلى غير ذلك من الشروط^١.

من تطبيقات القاعدة:

١- إذا صالح المجنون والصبي الذي لا يعقل أو أوصى فإنه لا يصح صلحهما ووصيتهما؛ لانعدام أهلية التصرف لانعدام العقل، فالعقل شرط عام في جميع التصرفات كلهما^٢.

٢- يشترط لانعقاد عقود البيع والشراء والإيجار والاستعجار والشركة والحوالة والرهن والوكالة ونحوها من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر أن يكون كل من العاقدین ممزاً يعقل معنى العقد ويقصده ولا يشترط بلوغهما غير أن عقودهما لا تكون نافذة أن كانا مجبوراً عليهما^٣.

٣- إذا باع الصبي الذي لا يعقل خمرًا أو خنزيراً لآخر فإنه يصح منه هذا التصرف؛ لانعدام الأهلية وهي العقل، وعدم قابلية المحل لكون الخمر والخنزير مالان غير متقومين شرعاً.

^١ العناية شرح الهداية: ٥٢/٧.

^٢ بدائع الصنائع: ٤٠/٦.

^٣ مرشد الخيران: ص ٢٨؛ ومعار السبيل في شرح الدليل: لأين ضريران إبراهيم بن محمد، بتحقيق زهير الشلويش، المكتب الإسلامي، ط. السابعة ١٩٨٩م: ٣٩٣/١.

١٧١- القاعدة الخامسة والخمسون: [كل طاعة لا تصل إليها إلا بمعصية لا يجوز الإقدام عليها]

أورد الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة ضمن باب بيع أهل الذمة في معرض كلامه عن جواز شراء الابن لأبيه من دون أن يتحقق فيه معنى الإذلال والإكثار ممنوعاً، حيث قال ما نصّه: "ولهذا ندب الولد إلى شراء أبيه مع أنه ممنوع من إذلاله؛ لأنه لا يقصد بشرائه الاستعداد، ولو كان إثبات الملك بطريق الشراء عينه إذلالاً لكان القريب ممنوعاً عنه في قريبه؛ لأن كل طاعة لا تصل إليها إلا بمعصية لا يجوز الإقدام عليها".^١

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد القاعد بآته إذا لم تصل إلى الطاعة إلا بالمعصية، فلا يجوز الإقدام على المعصية، ولو كانت طريقاً إلى الطاعة؛ لأنه إذا اجتمع الحرام والحلال فإن الحرام يغلب الحلال. فيجب اجتناب الحرام والمعصية لما فيهما من المفسدة، ولو كانتا طريقاً إلى الطاعة. فالطاعة لا يجوز الإقدام عليها إلا بطريق مباح، أو طريق هو طاعة مثلاً.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- لا يصح للكافر عقد النكاح على المسلمة؛ لأنه يبقى في حق الكافر إذلالاً فلا يكون العقد مشروعاً.^٢
- ٢- لا يجوز الحج على مركب مسروق أو مغتصب، وإن كان الحج طاعة، ولو لم يجد مركباً غيره لا يجب عليه الحج.
- ٣- من أدى فريضة الحج من مال مغبوب أو مسروق أو من كسب الربا أو الميسر ونحوها من الأموال المحرمة وهو يعلم بتحريمها، فعلى قول الجمهور يسقط به الفرض، ويجزئ حجه مع أن صاحبه مرتكب إثماً.^٣
- ٤- إذا غصب الشخص حقاً من أحد ومسح عليه في الطهارة فإن ذلك غير جائز ويأثم صاحبه بذلك؛ ولكن يجزي المسح عليه في الطهارة.^٤
- ٥- إذا اغتصب شخص ماء للوضوء ممن يملكه فإن ذلك غير جائز ويأثم صاحبه بذلك، ولكن يجزئ الوضوء به مع الحرمة للتصرف في ملك الغير بغير إذنه، فمن لم يجد لئاء تيمم، لا يغتصب ماء غيره، وإن كان غير محتاج إليه.^٥

^١ المبسوط: ١٣٢/١٣.

^٢ المرجع السابق.

^٣ الإيضاح في مناسك الحج والعمرة للنووي يحيى بن شرف، دار البشائر الإسلامية بيروت، ط. الثانية ١٩٩٤م: ص ٥١.

^٤ حاشية النصوصي: ١٤٤/١.

^٥ الدر المختار: ١٨٣/١ والمرجع السابق.

^٦ موسوعة القواعد الفقهية: ٤٤١/٨.

١٧٢- القاعدة السادسة والخمسون: [من لا ينظر لنفسه لا ينظر له]

ذكر الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في باب الاستبراء في معرض حديثه عن حكم عدم اشتراط المشتري الخيار لنفسه في المجلس، حيث قال ما نصّه: "لو قال أحدهما لصاحبه: اختر فإنه يلزم العقد مع بقائهما في المجلس لوجود الرضا، وإيجاب العقد مطلقاً أدل على الرضا من هذه الكلمة ثم الشرح ممكن كل واحد منهما من دفع الغبن عن نفسه بشرط الخيار، فإذا لم يفعل فهو الذي ترك النظر لنفسه ومن لم ينظر لنفسه لا ينظر له".^١

توثيق القاعدة:

وردت هذه القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في بدائع الصنائع^٢: "من رضي بالضرر لا ينظر له".
- ما جاء في البناية شرح الهداية^٣: "من ترك النظر لنفسه لا ينظر له".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

الأصل الذي دلت عليه القاعدة هو أنه ينبغي لكل شخص السعي في مصلحة نفسه، والعمل على محاولة جلب الخير لنفسه، ودفع الضرر عنها بقدر طاقته، وكل ذلك يشترط عدم الإضرار. وأفادت القاعدة بأن الذي لا يعمل لمصلحة نفسه ومنفعتهما لا يقوم الآخر بإصلاحها له؛ لأن كل إنسان مشغول بنفسه في إيجاد مصلحته، وبالتنظر والعمل لما ينفعه.

من تطبيقات القاعدة:

١- إذا لم يشترط المشتري الخيار لنفسه في مجلس العقد لزمه البيع وإن لم يتفرقا، ولا ينتظر من البائع أن يمنحه الخيار.^٤

٢- للوديع أن يسافر بالوديعة وله حفظها عند أبي حنيفة -رحمه الله- سواء كان للوديعة حمل ومونة، أو لم يكن إذا كان الطريق آمناً، وإن وجد فيه الضرر فلا يجب دفعه؛ لأن الوديع هو الذي أضر بنفسه.^٥

^١ المبسوط: ١٥٧/١٣.

^٢ ٥٠/٤.

^٣ ٤٣٩/١١.

^٤ المبسوط للسرخسي: ١٥٧/١٣.

^٥ بدائع الصنائع للكاساني: ٢٠٩/٦.

١٧٣- القاعدة السابعة والخمسون: [ما اجتمع الحلال والحرام في شيء إلا غلب الحرام الحلال]

أورد الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في باب الاستبراء بين الأختين وذكره للحديث المرفوع الذي استدل به على مسألة وطء الرجل للأمة وشرائه أختها وأنه ليس له وطء الثانية احترازاً للجمع بين أختين، حيث قال ما نصه: "لأنه إذا وطئ الثانية يصير جامعا بين الأختين وطئا بملك اليمين وذلك لا يحل لظاهر... وكان علي - رضي الله عنه - يرجح آية التحريم^١؛ لأنه إن كان المراد الجمع بينهما وطئا فهو نص خاص، وإن كان المراد الجمع بينهما نكاحا فالتكاح سبب مشروع للوطء فحرمة الجمع بينهما نكاحا دليل على حرمة الجمع بينهما وطئا وأخذنا بقول علي - رضي الله عنه - احتياطا لتغليب الحرمة على الحل والإباحة ولذا «قال - صلى الله عليه وسلم - ما اجتمع الحلال والحرام في شيء إلا غلب الحرام الحلال»^٢.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بلفظها ومفادها في أكثر من مدونة فقهية؛ وفيما يلي ذكرها:

- ما جاء في الأشباه والنظائر^٤: "إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام".
- ما جاء في أسنى المطالب^٥: "عند احتمال الحرام والحلال من غير تمييز يغلب الحرام".
- ما جاء في الجمع والفرق^٦: "إذا امتزج التحريم والتحليل غلبنا التحريم على التحليل".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القواعد كلها تدل على معنى متحد وهو أنه إذا اجتمع في شيء واحد دليلان أحدهما يحلل هذا الشيء والآخر يحرمه وجب تغليب جانب التحريم، والعلة في ذلك أن في تغليب جانب الحرام درء مفسدة، وتغليب الحلال جلب مصلحة ودرة المفسدة مقدّم دائماً على جانب المصلحة، ولأن اعتناء الشارع باجتنب المنهيات أشد وأعظم من عنايته بفعل المأمورات؛ ولكنه إذا كان جانب المصلحة أعظم كما لو تعارض واجب وحرام فتقدم مصلحة الواجب.

^١ وهي قوله: (وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ...)، [النساء: ٢٣].

^٢ قال الشيخ الألباني: (لا أصل له، وقد استدل بهذا الحديث على تحريم نكاح الرجل ابنته من الزنى، وهو قول الحنفية وهو وإن كان الراجح من حيث النظر، لكن لا يجوز الاستدلال عليه بمثل هذا الحديث الباطل). سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة: دار المعارف - الرياض، ط. الأولى ١٩٩٢م: ٥٦٥/١.

^٣ المبسوط: ١٣/١٥٩.

^٤ للسيوطي: ص ١٠٥. القاعدة الثانية).

^٥ ٣٠١/٤.

^٦ للجويني عبد الله بن يوسف، بتحقيق عبد الرحمن المزني، دار الجيل للنشر والطباعة والتوزيع - بيروت، ط. الأولى ٢٠٠٤م:

٥٣٨/٣.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- لا يجوز المجازفة في أموال الربا بعضها ببعض؛ لأن حقيقة الربا كما هي مفسدة للعقد فاحتمال الربا مفسد له أيضاً.
- ٢- إذا تبايعا حنطة بحنطة مجازفة فإن لم يعلما كيلهما، أو علم أحدهما دون الآخر، أو علما كيل أحدهما دون الآخر لا يجوز^١.
- ٣- إذا اختلط موتى المسلمين بموتى الكفار، فإذا استويا لم يصلّ عليهم؛ لأن الصلاة على الكفار منهي عنها، ويجوز ترك الصلاة على بعض المسلمين^٢.
- ٤- إذا اختلطت الأواني النجسة بالطاهرة، فإذا كانت الغلبة للنجاسة أو كانتا سواء لا يجوز التحريم، ويطلب جانب الحرم في استعمالها^٣.
- ٥- لو كان بعض الشجرة في الحل، وبعضها في الحرم: حرم قطعها.
- ٦- يجوز من التفسير للمحدث إن كان أكثر من القرآن، وكذا إن استويا في الأصح، إلا إن كان القرآن أكثر.
- ٧- لو اشترك في النهج مسلم ومجوسي، أو قتل الصيد سهم وبندقية: لم يحل^٤.
- ٨- لو وقف شخص جزءاً من أرض مشاعاً مسجداً فإنه يصح ذلك. ووجب القسمة، ولا يجوز قبل القسمة للجنب المكث في شيء من أجزائها، ولا الاعتكاف تغليبا للتحريم في الجاني^٥.

^١ بدائع الصنائع للكاساني: ١٩٣/٥.

^٢ تبين الحقائق: ٥٤/٢.

^٣ للرجع السابق: ١٥٧/٣.

^٤ الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ١٠٦.

^٥ فتاوى ابن الصلاح عثمان بن عبد الرحمن، بتحقيق د. موفق عبد الله، مكتبة العلوم والحكم، عالم الكتب بيروت، ط ١ الأولى.

١٤٠٧ هـ: ص ٣٨٤.

المبحث الثالث عشر: القواعد الفقهية في كتاب الصَّرف^١

١٧٤- القاعدة الأولى: [اشتراط ما ينال مقتضى العقد مبطل له]

وردت هذه القاعدة في أول كتاب الصَّرف لبيان حكم الأجل في عقد الصرف، حيث قال المصنّف -رحمه الله- ما نصّه: "ولا يجوز فيه -أي مقابلة الشيء بجنسه- شيء من الأجل؛ لما ينال أن التقايض واجب في مجلس العقد، وترك أحد البدلين في المجلس مبطل للعقد فالتأجيل مناف لما هو مقتضى هذا العقد، واشتراط ما ينال مقتضى العقد مبطل له"^٢.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في القواعد النورانية^٣: "كل شرط ينال مقتضى العقد فهو باطل".
- ما جاء في عيون المسائل^٤: "الشروط التي ليست من مقتضى العقد ولا من مصلحته، بطل العقد والشرط جميعاً".
- ما جاء في المجموع^٥: "اشتراط ما ينال مقتضى العقد يبطله ويبطل العقد المنصوص".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد القاعدة بأن كل شرط اشترطه العاقد يخالف أو ينال مقتضى العقد وموجبه، فإن الشرط باطل ويصح العقد إذا لم يفوت المقصود منه، فإن فوّت الشرط المقصود من العقد فإنه يعدّ باطلاً.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا شرط البائع الأجل في مقابلة الفضة بالفضة، أو الذهب بالذهب فإنه لا يجوز؛ لأن التأجيل ينال مقتضى العقد الذي هو التقايض في المجلس، وعدم قبض أحد البدلين في المجلس مبطل للعقد^٦.

^١ الصرف: هو بيع الأثمان ببعض، فلو تجانسا شرط التماثل، والتقايض، وإن اختلفا جودة وصياغة، وإلا شرط التقايض. (كنز الدقائق: ص ٤٤٤).

^٢ المبسوط: ١١/١٤.

^٣ لابن تيمية: ص ٢٥٨.

^٤ ص ٤١٦.

^٥ ١٧٣/١٥.

^٦ المبسوط للسرغسي: ١١/١٤.

- ٢- إذا شرط رب المال على المضارب لزوم المضاربة، أو ألا يعزله مدة بعينها، أو ألا يبيع إلا برأس المال، أو أقل منه، كان العقد باطلاً؛ لأنه يناقض مقتضى العقد والمقصود منه^١.
- ٣- إذا اشترط ما يناقض مقتضى الرهن، نحو ألا يبيع الرهن عند حلول الحق، أو ألا يستوفى الدين من ثمنه، أو لا يباع ما خيف تلفه، أو يبيع الرهن بأي ثمن كان، أو ألا يبيعه إلا بما يرضيه. فهذه شروط فاسدة عند غير الحنفية؛ لمناقضتها لمقتضى العقد^٢.
- ٤- إذا استأجر شخص عينا، وشرط المؤجر أن على المستأجر ردها بعد انقضاء الإجارة، فإذا قيل بأنه لا يلزمه الرد، فعلى وجه تبطل الإجارة؛ لأنه شرط يناقض مقتضى العقد^٣.
- ٥- إذا باع الشخص لآخر شيئا بشرط ألا يتصرف فيه المشتري وإلا فعليه غرامة، أو اشترطت زوجة في عقد النكاح ألا يستمتع الزوج بها وإلا فعليه كذا من المبلغ، فالشرط الجزائي في هذين العقدين باطل لكونه مبنيا على ما هو مناف لمقتضى العقد^٤.
- ٦- إذا ابتاع الرجل سيارة واشترط عليه بائعها ألا يركبها خارج المدينة، فهذا شرط مخالف ومناف لمقتضى العقد، فهو شرط باطل؛ لأن مالك السيارة ومشتريها أن يركبها في داخل المدينة أو خارجها كما يشاء.

^١ الكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة: ١٥٣/٢.

^٢ المقنع والشرح الكبير: ٦٤٧/١٢.

^٣ البيان في ملهيب الشافعي: ٣٢٨/٧.

^٤ مجلة الجمع الفقه الإسلامي: ٥٨٩/١٢.

١٧٥ - القاعدة الثانية: [إذا فسد العقد في بعضه فسد في كله]

وردت هذه القاعدة في باب الصرف عقيب كلامه عن فساد اشتراط الأجل في عقد الصرف، حيث قال المصنف -رحمه الله- ما نصّه: "وقد بينا نظيره في السيف المخلّى فإن باعه بدينار نسيئة لم يجز فإن في حصة الحلية العقد صرف فيفسد شرط الأجل، واللؤلؤ والجوهر لا يمكن تخليصه وتسليمه إلا بضرر، فإذا فسد العقد في بعضه فسد في كله^١."

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في تأسيس النظر^٢: "العقد إذا دخله فساد قوي مُجْمَع عليه أوجب فساد شاع في الكل^٣."
- ما جاء في المحوط البرهاني^٤: "إذا فسد العقد بمفسد طارئ، لم يقتصر الفساد على وجه فيه الفساد بل شاع في الكل^٥."
- ما جاء في بدائع الصنائع^٦: "الصفقة إذا اشتملت على الصحيح والفساد يتعدى الفساد إلى الكل عند أبي حنيفة -رحمه الله-."

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد القاعدة بأنه إذا طرأ الفساد على بعض العقد وكان بعضه صحيحاً، فإن ذلك الفساد الطارئ على العقد يتعدى إلى جميعه فيفسده، وهذا عند الإمام أبي حنيفة -رحمه الله-، وعند الصاحبين أنّ الصفقة إذا اشتملت على الصحيح والفساد فإن الفساد لا يتعدى إلى الكل.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا باع الرجل السيف المخلّى بدينار نسيئة كان العقد فاسداً؛ لأن العقد صرف فيحكم بفساد شرط الأجل فيه، وإذا فسد العقد في بعضه فسد في كله^٥.

^١ المبسوط: ١٤/١٢.

^٢ للدهبوسي: ص ٢٦.

^٣ ٨٤/٧.

^٤ ٢١٧/٥.

^٥ المبسوط: ١٤/١٢.

- ٢- إذا اشترى ديناراً بعشرة دراهم نسوة ثم نقد بعض العشرة دون البعض في المجلس فسد الصرف في الكل عنده^١.
- ٣- إذا أسلم الرجل حنطة في شعير وزيت لم يجز هذا السلم في الكل؛ لأن فساد سلم الحنطة في الشعير قوي يجمع عليه فشاخ في الكل^٢.
- ٤- إذا باع الرجل من رجل داراً بفنائها لم يجز البيع في الكل عند أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأنه فسد في حصة الفناء فشاخ في الكل^٣.

^١ بدائع الصنائع: ٢١٧/٥.

^٢ تأسيس النظر: ص ٢٦.

^٣ المرجع السابق: ص ٢٨.

١٧٦- القاعدة الثالثة: [الأحكام لا تبني على ما لا طريق لنا إلى معرفته]

أورد الإمام السرخسي -رحمه الله- هذه القاعدة في أول كتاب الصّرف عقيب كلامه عن المراد بالمماثلة في النصوص الواردة في الأموال الربوية، حيث قال ما نصّه: " والمراد المماثلة في الوزن؛ فيما أن يكون المراد أن يكون مثلاً بمثل عند الله، أو عند المتعاقدين، ونحن نعلم أن الأول ليس بمراد فالأحكام لا تبني على ما لا طريق لنا إلى معرفته عرفنا أن المراد العلم بالمماثلة عند المتعاقدين"^١.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في شرح السير^٢: " ما لا طريق إلى معرفة حقيقته يبنى الحكم فيه على أكثر الرأي".
- ما جاء في كفاية النبيه في شرح التنبيه^٣: "الأمر الشرعية لا تبني على الإلهامات والخواطر".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد القاعدة بأن الأحكام التي تتعلق بأفعال المكلفين إنما تبني على غالب الرأي وظواهر الأمور، وهي التي يمكن للبشر تحصيل معرفتها، أو التي تقع تحت طاقة البشر وقدراتهم، ولا يجوز بناء الأحكام على الأمور التي لا طريق لهم لإدراكها والمعرفة بها، أو الإطلاع عليها.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- لو قال أحد بأن المراد لفظ المماثلة في الوزن في الأموال الربوية، أن يكون مثلاً بمثل عند الله، فلا يكون هذا المعنى هو المراد، بل يكون المراد بالمماثلة مثلاً بمثل عند المتعاقدين؛ لأنه لا طريق لنا إلى معرفة ما عند الله تعالى^٤.
- ٢- إذا حلف الشخص ميمناً وقال إن شاء الله، أو عقد عقداً وعلقه على مشيئة الله سبحانه وتعالى، فلا ينعقد اليمين ولا يتم العقد؛ لأنه علقه على مشيئة لا يعلمها؛ والأحكام إنما تبني على ما يمكن معرفته^٥.
- ٣- ولو أن رجلاً أكرهه أهل الشرك على أن يكفر بالله، وله امرأة مسلمة، ففعل، ثم خلى سبيله، فقالت: قد كفرت بالله تعالى، وبنيت منك، وقال الرجل: إنما أظهرت ذلك، وقلبي مطمئن بالإيمان، ففي القياس القول

^١ المبسوط: ١٢/١٤.

^٢ ٢١٠/٩.

^٣ ٢٢٦/١.

^٤ المبسوط: ١٢/١٤.

^٥ المجوهرة النيرة: ٢٠٥/٢.

قولها، ويفرق بينهما؛ لأنه لا طريق لنا إلى معرفة سره، فوجب بناء الحكم على ظاهر ما نسمعه منه؛ لأن الشرع أقام الظاهر الذي يوقف عليه مقام الخفي الذي لا يمكن الوقوف عليه للتيسر على الناس^١.

٤- إذا شهد رجلان على رجل أنه ضرب رجلاً بالسيف فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص بلغنا ذلك عن إبراهيم وهذا؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة، فقد ظهر بموته هذا السبب ولم يعارضه سبب آخر فيجب إضافة الحكم إليه، والروح لا يمكن أخذه مشاهدة، وإنما طريق الوصول إلى إزهاق الروح هذا، وهو أن يجرحه فيموت قبل أن يبرأ يوضحه أنه لا طريق لنا إلى حقيقة معرفة كون الموت من الضربة وما لا طريق لنا إلى معرفته لا تنبني عليه الأحكام^٢.

^١ المبسوط للسرخسي: ٦٦/٢٤.

^٢ المرجع السابق: ١٦٧/٢٦.

١٧٧- القاعدة الرابعة: [ما لا يتوصل إلى المقصود إلا به يكون مقصود الكل واحداً]

وردت هذه القاعدة في أول كتاب الصرف في معرض بيان القصد إلى تصحيح المقاصّة، حيث قال المصنّف -رحمه الله- ما نصّه: "وجه الاستحسان أنهما لما اتفقا فقد حوّل عقد الصرف إلى ذلك للذين، ولو أضافا العقد إليه في الابتداء جاز بأن يشتري بالعشرة التي عليه ديناراً ويقبض الدينار في المجلس فكل ذلك إذا حوّل العقد إليه في الانتهاء؛ لأنهما قصدا تصحيح هذه المقاصّة، فلا طريق له سوى هذا، وما لا يتوصل إلى المقصود إلا به يكون مقصود الكل واحداً^١."

توثيق القاعدة:

وردت هذه القاعدة أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في كتاب الكسب^٢: "ما لا يتأتى في إقامة المستحق إلا به يكون مستحقاً".
- ما جاء في المحيط البرهاني^٣: "ما يتوصل به إلى المقصود يكون مقصوداً لكل أحد".
- ما جاء في الحاوي الكبير^٤: "ما لا يتوصل إلى المقصود إلا به فهو مقصود في نفسه".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد القاعدة بأنّ المكلف إذا لم يمكن تحصيل مقصوده إلا بما يتوصل إليه من الوسائل والأسباب، فيكون لها ما للمقصود من الحكم التكليفي، وبالتالي يصير ما يتوصل به إلى المقصود مقصوداً، ويكون مقصوداً لكل واحد.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا باع مسلم الخمر بديار لا عيناً، فالبيع باطل؛ لأن الثمن الذي في الذمة لا يكون مقصوداً بنفسه، بل يكون وسيلة إلى المقصود فتصير الخمر مقصودة بالتملك والتملك فيكون باطلاً^٥.
- ٢- إذا حلق الحرم المحاجم من رأسه، فإنه يجب عليه الدم عند الإمام أبي حنيفة -رحمه الله؛ لأن ذلك الموضع كان مقصوداً بالخلق؛ لأنه لا يتوصل إلى المقصود إلا به، وما لا يتوصل إلى المقصود إلا به يكون مقصوداً.

^١ المبسوط: ٢٠/١٤.

^٢ ص ٧٧.

^٣ ٣٢٧/٦.

^٤ ٢٧٤/٩.

^٥ بدائع الصنائع: ٣٠٥/٥.

وعند الصابحين لا يجب عليه الدم بل عليه صدقة؛ لأن ذلك الموضع غير مقصود بالخلق، وإنما كان الخلق منه للتمكن من الحجامة فهو بمنزلة حلق شعر الصدر والرأس^١.

٣- إذا ادعى أحد شراء من ذي البد أو هبة أو صدقة أو إجارة أو رهن، فإنه يكون مدعياً ولا يتوصل إلى إثبات دعواه المقصود إلا بإثبات سببه، فيصير السبب مقصوداً بالإثبات بالبين^٢.

٤- إذا انعقدت الإجارة على الحجج بتقسيط الأجرة فيه على أجزائه، فلو مات الأجير بعد عمل بعضه، فعلى قول استحق من الأجرة مقسطة على المسافة والعمل على، فيكون له الأجرة بقدر سفره وعمله؛ لأن ما يتوصل إلى المقصود إلا به فهو مقصود في نفسه^٣.

^١ بدائع الصبائح: ٧٤/٤.

^٢ المبسوط للسرخسي: ٣١/١٧.

^٣ الحاوي الكبير: ٢٧٤/٤.

١٧٨- القاعدة الخامسة: [اشتراط ما يناقض موضوع العقد لا يصح به العقد]

وردت هذه القاعدة في باب البيع بالفلوس لبيان عدم صحة الإقراض ممن لا يملك التبرع، حيث قال المصنف - رحمه الله - ما نصّه: "أن المقرض متبرع؛ ولهذا لا يصح الإقراض ممن لا يملك التبرع كالعبد، والمكاتب فلو لزم الأجل فيه لصار التبرع ملزماً للتبرع شيئاً، وهو الكف عن المطالبة إلى مضي الأجل، وذلك يناقض موضوع التبرع، وشرط ما يناقض موضوع العقد به لا يصح"^١.

توثيق القاعدة:

وردت القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يلي:

- ما جاء في التجريد^٢: "ما خرج عن موضوع العقد ولم يخرج التعامل به لم يصح".
- ما جاء في بدائع الصنائع^٣: "لا يخرج العقد عن موضوعه".
- ما جاء في النجم الوهاج في شرح المنهاج^٤: "يتقضى العقد لمخالفة موضوعه".
- ما جاء في المجموع شرح المذهب^٥: "ينفسخ العقد لمخالفة موضوعه".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تدل هذه القاعدة على أنه إذا اشترط العاقد في العقد ما يناقض موضوع العقد فإنه يترتب عليه عدم صحة العقد وبطلانه؛ وذلك لأن العقود في الشرع إنما شرعت لاستيفاء موضوعاتها ومعانيها، فإذا لم يكن العقد مستوفياً لموضوعه حكم عليه بالبطلان.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا شرط المقرض الأجل في القرض فإن ذلك غير جائز عند الحنفية؛ لأن القرض عقد تبرع عندهم والمقرض متبرع، فلو لزم الأجل في القرض لصار المنع عن المطالبة به إلى مضي الأجل لازماً على المتبرع، وهو يناقض موضوع العقد فلا يصح عند الحنفية^٦.

^١ المبسوط: ٣٣/١٤.

^٢ ٢١٧٤/٥.

^٣ ٣/٥.

^٤ ٤٣٠/٩. بتصرف يسير.

^٥ ٣٧/١٥. بتصرف يسير.

^٦ المبسوط: ٣٣/١٤.

٢- لو شرط العامل في المضاربة والمساواة أن يعمل معه رب المال لم يصح عقد المضاربة؛ لأن موضوع العقد أن يكون المال من رب المال والعمل من العامل، فإذا لم يميز شرط المال على العامل لم يميز شرط العمل على رب المال^١.

٣- إذا عقد الحاكم الذمة لأهل الكتاب، فلو قاتلونا، أو امتنعوا عن دفع الجزية، أو من إجراء حكم الإسلام عليهم، انتقض عقد الذمة قطعاً؛ لمخالفته موضوع العقد^٢.

٤- لو قال شخص لآخر: إن سبقتني، فلك هذه العشرة، وترد إلي صاعاً من طعام، فهو فاسد؛ لأنه شرط عوض على السابق، وهو خلاف موضوع العقد^٣.

^١ المهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي: ٢/٢٤٠.

^٢ النجم الوهاج في شرح المنهاج: ٩/٤٣٠.

^٣ فتح العزيز شرح الوجيز: ١٢/١٩٠.

١٧٩- القاعدة السادسة: [المقبوض على جهة الشيء كالمقبوض على حقيقة في حكم الضمان]

وردت هذه القاعدة في باب الرهن في الصّرف عقيب الكلام عن قبض الرهن على جهة الاستيفاء، حيث قال للمصنف ما نصّه: "لأن أخذ الرهن بالأعيان لا يجوز؛ لأن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء، واستيفاء العين من العين غير ممكن فيبقى السيف على ملكه بعد هلاك الرهن ويقضى عليه بالأقل من قيمة السيف ومن قيمة الرهن؛ لأنه قبض الرهن على جهة الاستيفاء، والمقبوض على جهة الشيء كالمقبوض على حقيقة في حكم الضمان"^١.

توثيق القاعدة:

وردت هذه القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع^٢: "المقبوض على جهة شيء كالمقبوض على حقيقة في الشرع".
- ما جاء في المحيط البرهاني^٣: "المقبوض على جهة الشيء كالمقبوض على حقيقة في الضمان".
- ما جاء في النهاية شرح الهداية^٤: "المقبوض على جهة الشيء كالمقبوض على حقيقة".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تدل هذه القاعدة على أن ما يقبض من الأشياء في العقود المختلفة تختلف جهاتها باختلاف حقائق تلك العقود ومعانيها التي تشمل عليها أو التي شرعت من أجلها، حيث إن كل عقد من العقود يدل على حقيقة وما شرع له، ومن هنا يكون حكم الضمان مختلفاً في الأشياء المقبوضة بحسب حقائق العقود التي تشمل عليها. فعلاً للمقبوض في الرهن يكون على جهة الاستيفاء، والمقبوض في البيع يكون مقبوضاً على جهة الاستبدال.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- قبض الرهن يكون على جهة الاستيفاء، لا جهة الاستبدال؛ لأنه إذا قبض الرهن وهلك في يده فيعتبر مستوفياً دينه. وهذا عند الحنفية الذين يرون أنه إذا هلك المرهون فإنه يهلك بالأقل من قيمته ومن الدين، ويعتبر المرهون مستوفياً دينه بملاك الرهن عنده^٥.

^١ الميسوط: ٤٢/١٤.

^٢ ١٤٣/٦.

^٣ ١٨٣/٧.

^٤ ٥٠٧/١٢.

^٥ ينظر: الميسوط للسرخسي: ٤١/١٤.

- ٢- إذا وهب المرتهن الدين من الرأهن أو أبرأه عنه فهلك الرهن عنده من غير منع لم يضمن المرتهن امتحساناً؛ لأن ضمان الرهن وجب بحقيقة الرهن أو بجهته، وقد ارتفع العقد والجهة بسقوط الدين فانتفى الضمان^١.
- ٣- إذا ادعى رجل على آخر ألف درهم فرضاً فجددها المدعى عليه، ثم إنّه صالح للمدعى، وروى بما صالح عليه وهناً من ذلك على خمسمائة درهم فضاع عنده، ثم تصادقا على أن لم يكن للمدعى عليه شيئاً، فالرهن مضمون؛ لأنه مقبوض على جهة الضمان^٢.

^١ البحر الرائق شرح كثر العقائق: ٢٦٧/٨.

^٢ البناءة شرح الهداية: ٥٠٧/١٣.

١٨٠ - القاعدة السابعة: [يعتبر في كل مكان وزمان ما هو المتعارف]

وردت هذه القاعدة في باب الغيب في الصّرف عقب الكلام عن صرف الثمن بما هو للمتعارف، حيث قال المصنّف - رحمه الله - ما نصّه: " وإذا وكله بألف درهم يصرفها له بدنانير فصرفها الوكيل بدنانير كوفية، فهو جائز في قول أبي حنيفة؛ لأن وزن الكوفية كوفية، وقال أبو يوسف وعبد - رحمهما الله -: أما اليوم فإن صرفها بكوفية مقطعة لم يجر؛ لأن وزن الكوفية اليوم على الشامية الثقال، وإنما جاز قبل اليوم، فإن صرفها بكوفية مقطعة لم يجر؛ لأن وزن الكوفية كان على الكوفية المقطعة النقص، وهذا اختلاف عصرنا، فأبو حنيفة أفتى بما كانت عليه المعاملة في عصره، وهما كذلك، والحاصل أنه: يعتبر في كل مكان وزمان ما هو المتعارف^١."

توثيق القاعدة:

وردت هذه القاعدة بنصها أو مفادها في كتب الفقهاء منها ما يأتي:

- ما جاء في النهر الفائق^٢: "يعتبر في كل زمان ومكان درهمه".
- ما جاء في منحة السلوك في شرح تحفة المملوك^٣: "يعتبر في كل زمان ومكان ذراهمهم".
- ما جاء في تبين الحقائق^٤: "المعتبر هو الوزن المعتاد في كل زمان ومكان، وكذا في الدنانير".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة متفرعة عن القاعدة الكبرى: العادة محكمة، وتدل على أن الأصح في اعتبار التقديرات والألفاظ التي لم يرد فيها نص من الشارع هو ما تعارف عليه أهل كل زمان ومكان واعتادوه؛ لأن أعراف أهل الزمان والمكان معتبرة فيما لا يوجد نص بخلافها.

من تطبيقات القاعدة:

١- إذا وكل الرجل الآخر بألف درهم يصرفها له بدنانير فصرفها الوكيل بدنانير كوفية، فهو جائز في قول أبي حنيفة - رحمه الله -، وفتوى الإمام كان بما كانت عليه المعاملة في عصره؛ والأصل بأنه يعتبر في كل مكان وزمان ما هو المتعارف^٥.

^١ المبسوط: ٦٦/١٤.

^٢ ١٤٦/١.

^٣ ص ٤٢.

^٤ ٦/٥.

^٥ المبسوط: ٦٦/١٤.

- ٢- عفى الشارع عن أقل النجاسة التي لا يكون مانعاً من الصلاة، وقَدروه أهل العلم -رحمهم الله- بالدرهم، وهل يعتبر بالمساحة أم يعتبر بالوزن؟ فيه خلاف، فقليل: يعتبر في كل زمان ومكان درهمه المتعارف فيما بين الناس^١.
- ٣- إذا كان الماء كثيراً فإنه لا يتنجس بملاقاة النجاسة، وقَدَره السادة الأحناف -رحمهم الله- بعشر في عشر بذرَاع المساحة، ويعتبر مساحة على الأصح في حق أهل كل زمان ومكان ذراعهم^٢.

^١ النهر الفائق شرح كنز الدقائق: ١/١٤٦.

^٢ منحة السلوك في شرح تحفة الملوك: ص ٤٢.

١٨١- القاعدة الثامنة: [مطلق العقد لا يستحق صفة الجودة، وإنما تستحق السلامة]

وردت هذه القاعدة في باب العيب في الصّرف لبيان حكم وجود المشتري الرداء في المبيع، حيث قال المصنف - رحمه الله - ما نصّه: "... ويتخير المشتري للعيب، وإن كانت رديئة من غير غش فيها؛ لم يكن له أن يردّها؛ لأن الرداء ليست بعيب، فالعيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة، وصفة الرداء بأصل الخلقة، ألا ترى أن الرداء تنعدم صفة الجودة، ومطلق العقد لا يستحق صفة الجودة، وإنما تستحق السلامة".^١

توثيق القاعدة:

- ما جاء في الدر المختار^٢: "العقد يستحق صفة السلامة من العيب".
- ما جاء في المحيط البرهاني^٣: "مطلق العقد لا يستحق صفة الجودة، إنما يستحق صفة السلامة".
- ما جاء في البناية شرح الهداية^٤: "مطلق العقد لا يقتضي السلامة عن الرداء".

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تدل هذه القاعدة على أن العقد إذا كان مطلقاً ولم يكن مقيداً بالشروط من أحد المتعاقدين فإنّ المعقود عليه ثماً كان أو مبيعاً يجب أن يكون سليماً خالياً عن العيوب، فإذا وجد للمبيع معيماً رده بخيار العيب؛ ولكن المعقود عليه لا يستحق صفة الجودة إلا بالشروط؛ لأن الجودة صفة زائدة على صفة السلامة.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا اشترى سيفاً على يد إبراهيم أكثر مما فيه، وتقابضاً، وتفرقاً، ثم وجد بالسيف عيباً في فصله، أو جفنه، أو حائله، أو جلته، فله أن يرده لفوات وصف السلامة المستحقة له بمطلق العقد^٥.
- ٢- إذا اشترى الرجل إناء فضة، فإذا هي فضة سوداء، أو حمراء فيها رصاص، أو صقر، فالمشتري بخيار العيب، إن شاء أخذها وإن شاء ردها؛ لما فيه من الغش. وإن كانت رديئة من غير غش فيها، لم يجوز له أن يردّها إلا إذا اشترط على البائع صفة الجودة^٦.
- ٣- إذا اشترى سيارة، وبعد ذلك وجد أن محركها مستهلك فله ردها؛ لأن هذا عيب ترد به.

^١ المبسوط: ٦٨/١٤.

^٢ ١٤٥/٥.

^٣ ١٨٠/٧.

^٤ ٤٦٠/٩.

^٥ الأصل للإمام الشيباني: ٩٢/٣.

^٦ المبسوط للسرخسي: ٦٨/١٤؛ للمحيط البرهاني: ١٨٠/٧.

١٨٢- القاعدة التاسعة: [المستحقُّ شرعاً يكون أقوى من تنصيب المتعاقدين عليه]

وردت هذه القاعدة في باب الإجارة في عمل التمويه عقيب الكلام عن الزيادة في قلب الفضة، حيث قال المصنف -رحمه الله- ما نصّه: "...وقال الحسن بن زياد وزفر - رحمهما الله - البيع باطل؛ لأنهما نصا على عقد الربا بتسمية العشرة بمقابلة قلب، وزنه عشرون درهماً، ولكننا نقول مثل وزنها في البيع، وذلك حكم ثابت بالشرع فيكون بمقابلة كل درهم درهماً صرحاً بذلك، أو لم يصرحاً، وعند التصريح بذلك جاز البيع في جميع القلب بمثل وزنه، فكذا عند الإطلاق؛ لأن المستحق شرعاً يكون أقوى من تنصيب المتعاقدين عليه^١.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد القاعدة بأن المكلفين لا يستحقون من التعاقدات إلا ما أقرها الشرع من تشريعها، وكل عقد صحيح يترتب عليه استحقاق مشروع، وهذا الاستحقاق المشروع تكمن قوته في شرعيته، بحيث لو نص المتعاقدان عليه لا يرداد قوة، بل إن تنصيبهم عليه وعدم تنصيبهم سواء؛ لأن الاستحقاق الثابت بالشرع أقوى من تنصيبهم عليه؛ ولقوة الاستحقاق الشرعي لو نفاه المتعاقدان أو أحدهما بطل العقد أو التصرف؛ لأن الاستحقاق المترتب على العقد أو التصرف لا قوام للعقد أو التصرف إلا به شرعاً.

من تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا اشترى الرجل قلباً من فضة بعشرة دراهم على أن وزنه عشرة، فإذا فيه عشرون درهماً، وجب على المشتري أن يأخذه بعشرين درهماً - أو يتركه - إذا لم يتفرقا عن المجلس؛ لأنه اشترى درهماً بدرهم - أي بمثل وزنها في البيع، وذلك حكم ثابت بالشرع في الرهوبات، سواء صرحاً بذلك أم لم يصرحاً^٢.
- ٢- يستحق بعقد النكاح شرعاً حل الاستمتاع بين الزوجين، وترتب حقوق الزوجية، فما يستحق بهذا العقد سواء نص المتعاقدان عليه أو لم ينصا، فهو مستحق بالشرع، وهو أقوى من تنصيبهما عليه، ولقوته لو اشترط أحدهما نفيه بطل العقد من أصله.
- ٣- عقد الإجارة للمستحق به شرعاً هو تملك المنافع بعوض، فما يستحق بعقد الإجارة سواء نص المتعاقدان عليه أو لم ينصا، فهو مستحق بالشرع، وهو أقوى من تنصيبهما عليه.



^١ المبسوط: ١٤/٨٧-٨٨.

^٢ المرجع السابق.