

## المقدمة

محتوية على مقالتين

### المقالة الأولى

في تعريف علم الفقه وتقسيمه

﴿المادة ١﴾ الفقه علم بالمسائل الشرعية العملية المكتسب من أدلتها

التفصيلية

والمسائل الفقهية إما أن تتعلق بأمر الآخرة وهي العبادات وإما أن تتعلق بأمر الدنيا وهي تنقسم إلى مناكحات ومعاملات وعقوبات فان الباري تعالى أراد بقاء هذا العالم إلى وقت قدره وهو إنما يكون ببقاء النوع الإنساني وذلك يتوقف على ازدواج الذكور مع الاناث للتولد والتناسل ثم أن بقاء نوع الإنسان إنما يكون بعدم انقطاع الأشخاص. والإنسان بحسب اعتدال مزاجه يحتاج للبقاء في الأمور الصناعية إلى الغذاء واللباس والسكن وذلك أيضاً يتوقف على التعاون والتشارك ببسط بساط المدنية والحال إن كل شخص يطلب ما يلائمه ويغضب على من يزاحمه فلأجل بقاء العدل والنظام بينهم محفوظين من الخلل يحتاج إلى قوانين مؤيدة شرعية في أمر الازدواج وهي قسم المناكحات من علم الفقه وفيما به التمدن من التعاون والتشارك وهي قسم المعاملات منه ولاستقرار أمر التمدن على هذا المنوال لزم ترتيب أحكام الجزاء وهي قسم العقوبات من الفقه. وها هوذا قد بوشر تأليف هذه المجلة من المسائل الكثيرة الوقوع في المعاملات غب استخراجها وجمعها من الكتب المعتمدة وتقسيمها إلى كتب وتقسيم الكتب إلى أبواب والأبواب إلى فصول فالمسائل الفرعية التي يعمل بها في المحاكم هي المسائل التي ستذكر في الأبواب والفصول لأن المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة وتلك القواعد مسلمة معتبرة في الكتب الفقهية تتخذ أدلة لإثبات المسائل وتفهمها في بادئ الأمر فذكرها يوجب الاستئناس بالمسائل ويكون وسيلة لتقررهما في الأذهان فلذا جمع تسع وتسعون قاعدة فقهية وحررت مقالة ثانية في المقدمة على ما سيأتي. ثم أن بعض هذه القواعد وإن كان بحيث إذا انفرد بوجودها من مشتملاته بعض المستثنيات لكن لا تختل كليتها وعمومها من حيث المجموع لما أن بعضها يخص ويقيد بعضاً.

الفقه - علم بالمسائل الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية ويقصد بلفظة العلم بهذا التعريف الاعتقاد الراجح .

المسائل - جمع مسألة - وهي المطلوب الذي يحتاج إثباته إلى برهان ودليل .

الحكم - هو خطاب الشارع المتعلق بفعل المكلف وقد عرفه صدر الشريعة بأنه الشيء الثابت بناء على خطاب الشارع مثل الوجوب والصحة والفساد .

موضوع علم الفقه - وان موضوع علم الفقه هو فعل المكلف .

المكلف في اصطلاح الفقهاء - هو العاقل، فالمجنون والصبي لم يعدا مكلفين وإن تكن المادة (٩١٦) تقضي بضمان ما أتلفه الصبي إلا أن المخاطب بذلك الولي والحكم إنما يترتب بحقه .

الشرعية - أي الموقوفة على خطاب الشارع ولا تدرك بدونه ولا فرق بين أن يكون الخطاب بنفس الحكم أو بنظيره وحينئذ يكون النظر مقيساً على نفس الحكم ويكون نفس الحكم مقيساً عليه .

الشارع - هو الحق جلّ جلاله وبما أن الأنبياء واسطة لتبليغ الأوامر الإلهية فيقال لكل منهم شارع والشارع من الأنبياء المقصود في المجلة هو النبي محمد صلى الله عليه وسلم .

العملية - أي المتعلقة بالأفعال ويخرج منها علم العقائد وعلم التوحيد وعلم أصول الفقه .

قوله من أدلتها - أي العلم بتدقيق الأدلة ويخرج به علم التوحيد، وعلم الرسل، وعلم الأشياء الضرورية من الدين .

قوله المسائل الشرعية - احترازاً عن المسائل العقلية كقولك «العالم حادث» والمسائل الحسية «كالنار محرقة» والمسائل الاصطلاحية كقولك «الفاعل مرفوع» .

مصادر علم الفقه - أربعة الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس .

المسائل الفقهية - قسمان منها ما يتعلق بالآخرة وهي العبادات والقسم الآخر يختص بأمر الدنيا ويقسم إلى مناكحات، ومعاملات، وعقوبات، كما في الكتب الفقهية .

## القواعد الكلية

### المقالة الثانية

#### في بيان القواعد الكلية الفقهية

﴿المادة ٢﴾ الأمور بمقاصدها يعني: أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر.

القاعدة: لغة أساس الشيء وفي اصطلاح الفقهاء هو الحكم الكلي أو الأكثرى الذي يراد به معرفة حكم الجزئيات.

الطريقة لمعرفة حكم الجزئيات - والطريقة لمعرفة حكم الجزئيات من القاعدة الكلية هي كما يلي: قاعدة (القديم على قدمه) الكلية مثلاً وجزئيتها «إن طريق دار زيد قديمة» فيستخرج من القاعدة العمومية أنه ما دامت طريق دار زيد قديمة يجب أن تبقى على قدمها لأن القديم يبقى على حاله القديم وهلم جراً.

أمور: جمع أمر معناه اللغوي الفعل والحال إذ يقال أمور فلان مستقيمة أي أحواله وقد ورد في الآية الشريفة (وما أمر فرعون برشيد) يقصد به حال فرعون.

الأمر: يحییء بمعنى طلب الفعل والقول ويجمع على أوامر وهنا لا يقصد هذا المعنى بل يقصد بالأمر الفعل ويجمع على أمور وبما أن الفعل هو عمل الجوارح فالقول أيضاً يعد من جملة الأفعال لأنه ينشأ من جارحة اللسان. وهنا قد قرن الفعل بالقصد في قوله الأمور بمقاصدها فعليه النية التي لا تقرن بفعل ظاهري لا تترتب عليها أحكام شرعية. فلو طلق شخص زوجته في قلبه أو باع فرسه ولم ينطق بلسانه لا يترتب على ذلك الفعل الباطني حكم لأن الأحكام الشرعية تتعلق بالظواهر. وكذا لو اشترى شخص مالا بقصد أن يوقفه وبعد أن اشتراه لم يتكلم بما يدل على وقفه ذلك المال فلا يصير وقفاً. كذلك لو نوى شخص غصب مال شخص آخر ولم يغصبه وتلف ذلك المال في يد صاحبه لا يضمن بمجرد نية الغصب ولو أخذ المودع المال الوديعة بقصد استهلاكها ثم أرجعها إلى موضعها وتلفت بلا تعد ولا تقصير لا يضمن.

الأفعال بلا نية: أما الأفعال بلا نية فحكمها كما يأتي: إن الألفاظ الصريحة لا تحتاج إلى نية

ويكفي حصول الفعل لترتب الحكم عليها إذ إن الأفعال الصريحة تكون النية متمثلة بها مثال ذلك: لو قال شخص لآخر، بعثك مالي هذا أو أوصيت لك به يصح البيع أو الوصية كما أن الإقرار، والوكالة، والإيداع، والإعارة، والقذف، والسرقة كلها أمور لا تتوقف على النية بل فعلها يكفي لترتب الحكم.

الألفاظ غير الصريحة: أما في الألفاظ غير الصريحة فيختلف حكم اللفظ الواحد باختلاف مقصد الفاعل كالبيع مثلاً إذا استعمل بصيغة المضارع كقول البائع أو المشتري «أبيع وأشتري» إذا قصد به الحال ينعقد البيع وإذا قصد به الاستقبال لا ينعقد وعلى ذلك فباختلاف القصد قد يختلف الحكم وأما صيغة الماضي فينعقد البيع ولا يتوقف على النية بمعنى الحال لكونها من الصيغ المستعملة الصريحة في العقود المقصود بها الحال. كذلك لو أقر شخص لآخر بقوله لك علي درهم في درهين فإذا كان يقصد بكلامه هذا مع درهين أو درهين فيحكم عليه بثلاثة دراهم وإذا كان المقصود به الظرف لا يحكم عليه إلاً بدرهم واحد. كذلك لو تعدى المودع على الوديعة ثم أزال التعدي ينظر فإذا كان المودع ينوي إعادة التعدي فهو ضامن لو تلفت الوديعة بلا تعدٍ ولا تقصير وأما إذا كان ناوياً عدم العودة إلى التعدي فلا يضمن. وكذا الشخص الذي يحرز مالاً مباحاً إذا أحرزه بقصد تملكه يصبح مالاً له وإلاً فلا. مثال ذلك: لو وضع شخص إناء تحت المطر وتجمع فيه ماء فإذا وضع ذلك الإناء بقصد جمع الماء وإحرازه يصبح مالاً له فوالحالة هذه لو اغتصب الماء أحد يضمنه وإما إذا كان قد وضع الإناء بقصد غسله بماء المطر لا بقصد جمع الماء وأخذها أحد لا يضمن لأن صاحب الإناء لم يملك الماء لعدم سبق نية منه لإحرازه، كذلك لو وضع شخص فخاً بمحل ووقع في الفخ طير فإذا كان صاحب الفخ نصب فخه بقصد الصيد فالطير يكون ملكه وأما إذا كان وضعه بقصد التجفيف في الهواء فالطير الذي يقع في الفخ يكون غير مملوك لصاحب الفخ فإذا أخذه شخص ما لا يحق لصاحب الفخ أن يطالبه به. كذا لو وجد شخص لقطة أي مالاً ضائعاً فإن أخذه بقصد تملكه يعد غاصباً فوالحالة هذه لو تلف بيده بلا تعدٍ ولا تقصير ضمن قيمة المال لصاحبه أما إذا أخذه بقصد تسليمه إلى صاحبه وتلف المال بلا تعدٍ ولا تقصير لا يضمن لأنه يكون في حكم الأمين.

«الأحكام الشرعية التي لا تتبدل أحكامها باختلاف القصد والنية»

هذا وههنا بعض أحكام شرعية لا تتبدل أحكامها نظراً للقصد والنية وذلك كما لو أخذ شخص مال آخر على سبيل المزاح بدون إذنه فبمجرد وقوع الأخذ يكون الأخذ غاصباً ولا ينظر إلى نيته من كونه لا يقصد الغصب بل يقصد المزاح، وكذلك لو أتى شخص عملاً غير مأذون فيه فإنه يضمن الخسارة الناشئة عن عمله ولو حصلت عن غير إرادة منه مثال ذلك: لو أن شخصاً شاهد سكران وأخذ النقود التي يحملها بقصد حفظها من أن تسقط منه فحكمه حكم الغاصب ويصبح ضامناً فيما لو تلفت.

هذا وبما أن القواعد الكلية هي قواعد أكثرية وأغلبية فوجود بعض أحكام منافية لهذه القاعدة أو غيرها لا تأثير لها.

﴿المادة ٣﴾ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ولذا يجري حكم الرهن في البيع بالوفاء

العقد: هو ارتباط الإيجاب بالقبول كعقد البيع، والأجرة، والإعارة. الخ.

اللفظ: هو الكلام الذي ينطق به الإنسان بقصد التعبير عن ضميره.

يفهم من هذه المادة أنه عند حصول العقد لا ينظر للألفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد بل إنما ينظر إلى مقاصدهم الحقيقية من الكلام الذي يلفظ به حين العقد لأن المقصود الحقيقي هو المعنى وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة وما الألفاظ إلا قوالب للمعاني. ومع ذلك فإنه ما لم يتعذر التأليف بين الألفاظ والمعاني المقصودة لا يجوز إلغاء الألفاظ. مثال ذلك: بيع الوفاء، فاستعمال كلمة البيع فيه التي تتضمن تمليك المبيع للمشتري أثناء العقد لا يفيد التمليك لأنه لم يكن مقصوداً من الفريقين بل المقصود به إنما هو تأمين دين المشتري المترتب في ذمة البائع وإبقاء المبيع تحت يد المشتري لحين وفاء الدين ولذلك لم يخرج العقد عن كونه عقد رهن فيجري به حكم الرهن ولا يجري حكم البيع.

فبناءً على ما تقدم يحق للبائع بيعاً وفائياً أن يعيد الثمن ويسترد المبيع كما أنه يحق للمشتري أن يعيد المبيع ويسترجع الثمن ولو كان العقد بيعاً حقيقياً لما جاز إعادة المبيع واسترداد الثمن إلا باتفاق من الفريقين على اقالة البيع.

مثال ثان: لو اشترى شخص من «بقال» رطل سكر وقال له خذ هذه الساعة أمانة عندك حتى احضر لك الثمن فالساعة لا تكون أمانة عند البقال بل يكون حكمها حكم الرهن وللبقال أن يبيعها عنده حتى يستوفي دينه فلو كانت أمانة كما ذكر المشتري لحق له استرجاعها من البائع بصفتها أمانة يجب على الأمين إعادتها.

مثال ثالث: لو قال شخص لآخر وهبتك هذه الفرس أو الدار بمائة جنيه فيكون هذا العقد عقد بيع لا عقد هبة وتجري فيه أحكام البيع. فإذا كان المبيع عقاراً تجري فيه أحكام الشفعة وغيرها من أحكام البيع.

مثال رابع: لو قال شخص لآخر قد اعرتك هذا الفرس لتركبه إلى «كوجك شكمنجه» بخمسين غرشاً فالعقد يكون عقد إيجار لا عقد إعارة رغماً من استعمال كلمة الإعارة في العقد لأن الإعارة هي تمليك منفعة بلا عوض وهنا يوجد عوض.

مثال خامس: لو قال شخص لآخر قد احلتك بالدين المطلوب مني على فلان على أن تبقى ذمتي مشغولة حتى يدفع المحال عليه لك الدين. فالعقد هذا لا يكون عقد حوالة لأن الحوالة هي

نقل ذمة إلى ذمة أخرى وهنا بقيت ذمة المدين مشغولة والذي جرى إنما هو ضم ذمة أخرى فأصبح المحال عليه كفيلاً بالدين والمدين أصيلاً.

مثال سادس: لو اعطى شخص آخر عشر كيلات حنطة أو عشر ليرات وقال له قد اعرتك اياها فيكون قد اقرضها له ويصبح للمستعير حق التصرف بالمال أو الحنطة المعارة له مع أنه ليس للمستعير التصرف بعين المال المعار بل له حق الإنتفاع به بدون استهلاك العين.

### «مستثنيات هذه القاعدة»

لهذه القاعدة مستثنيات وهي: لو باع شخص شيئاً لآخر مع نفي الثمن بقوله قد بعتك هذا المال بدون ثمن يكون البيع باطلاً ولا يعتبر العقد هبة كذلك لو أجر شخص آخر فرساً بدون إجرة تصبح الإجارة فاسدة ولا تكون عارية لأن الإجارة تفيد بيع المنفعة بعوض والعارية تفيد عدم العوض وبما أن بين معنى اللفظين تضاداً فلا يجوز استعارة لفظ الإجارة في الإعارة

### ﴿المادة ٤﴾ اليقين لا يزول بالشك

نعم لأن اليقين القوي أقوى من الشك فلا يرتفع اليقين القوي بالشك الضعيف أما اليقين فإنما يزول باليقين الآخر. هذه المادة مأخوذة من قاعدة «ما ثبت بيقين لا يرتفع بالشك وما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين».

الشك: لغة معناه التردد واصطلاحاً تردد الفعل بين الوقوع وعدمه أي لا يوجد مرجح لأحد على الآخر ولا يمكن ترجيح أحد الاحتمالين أما إذا كان الترجيح ممكناً لأحد الاحتمالين والقلب غير مطمئن للجهة الراجحة أيضاً فتكون الجهة الراجحة في درجة (الظن) والجهة المرجوحة في درجة الوهم. وأما إذا كان القلب يطمئن للجهة الراجحة فتكون (ظناً غالباً) والظن الغالب ينزل منزلة اليقين.

(اليقين): لغة قرار الشيء يقال (يقن الماء في الحوض) بمعنى استقر واصطلاحاً (هو حصول الجزم أو الظن الغالب بوقوع الشيء أو عدم وقوعه) وقد عرفه البعض (هو علم الشيء المستتر عن نظر واستدلال) ويفهم من هذه الإيضاحات أنه لا يوجد الشك في شيء عند وجود اليقين ولا اليقين حيث يوجد الشك. إذ أنها نقبضان ولا يجوز اجتماع النقيضين فعلى هذا قد يعترض على وضع هذه المادة إذ لا موجب لوضعها.

ولكن بما أن القصد هنا بالشك إنما هو (الشك الطارئ) بعد حصول اليقين في الأمر فلا محل للإعتراض بتاتاً.

هذا وجملة القول ان اليقين السابق لا يزول بالشك الطارئ وأنه لا يزول إلا بيقين مثله.

مثال ذلك: إذا سافر رجل إلى بلاد بعيدة فانقطعت أخباره مدة طويلة فانقطاع أخباره يجعل شكاً في حياته إلا أن ذلك الشك لا يزيل اليقين وهو حياته المتيقنة قبلاً وعلى ذلك فلا يجوز الحكم بموته وليس لورثته اقتسام تركته ما لم يثبت موته يقيناً. وبالعكس إذا سافر آخر بسفينة وثبت غرقها فيحكم بموت الرجل لأن موته ظن غالب والظن الغالب كما تقدم بمنزلة اليقين.

مثال آخر: لو أقر شخص بمبلغ لآخر قائلاً اظن أنه يوجد لك بدمتي كذا مبلغ فاقراره هذا لا يترتب عليه حكم لأن الأصل براءة الذمة والأصل هو المتيقن فما لم يحصل يقين يشغل ذمته لا يثبت المبلغ عليه للمقر له إذ أن اقراره لم ينشأ منه عن يقين بل عن شك وظن وهذا لا يزيل اليقين ببراءة ذمة المقر كما لا يخفى

### ﴿المادة ٥﴾ الأصل بقاء ما كان على ما كان

يعني ينظر للشيء على أي حال كان فيحكم بدوامه على ذلك الحال ما لم يقدّم دليل على خلافه. وهذه القاعدة تدعى (الاستصحاب) وقاعدة القديم على قدمه فرع لهذه القاعدة.

الاستصحاب: هو الحكم بتحقيق وثبوت شيء بناء على تحقق وثبوت ذلك الشيء في وقت من الأوقات والاستصحاب حجة دافعة لا حجة مثبتة وهو على قسمين: (استصحاب الماضي بالحال) و(استصحاب الحال بالماضي).

استصحاب الماضي بالحال: هو الحكم على شيء ببقائه على الحال الذي كان عليه في الزمن السابق ما لم يقدّم دليل على خلافه ويقال له استصحاب «الماضي بالحال»

استصحاب الحال بالماضي: هو اعتبار حالة الشيء في الزمن الحاضر أنها حالة ذلك الشيء في الماضي ما لم يثبت خلاف ذلك بدليل.

مثال ذلك: لو ثبت تحقق شيء في الماضي ثم حصل شك في زوال ذلك الشيء في الوقت الحاضر كالمفقود مثلاً وهو الذي يغيب غيبة منقطعة إذا حصل شك في الوقت الحاضر في حياته وموته فباستصحاب الماضي بالحال يحكم بحياة المفقود إذ أنها الشيء المتحقق في الماضي فلا يجوز الحكم بموته ولا قسمة تركته بين الورثة ما لم يثبت موته أو تنقضى أمثاله بوفوه سن التسعين.

مثال ثان: لو ادعى المدين إيصال الدين للدائن والدائن انكر الإيصال فالقول مع المدين للدائن لأن الدين تعلق بذمة المدين في الماضي فيحكم تبعاً لقاعدة استصحاب الماضي بالحال على المدين بتأدية المبلغ بعد حلف الدائن اليمين وهذا إذا لم يثبت المدين وقوع الإيصال.

هذا واستصحاب الحال بالماضي كما ذكرنا أن يكون فيه حال الشيء في الوقت الحاضر معلوماً إلا أنه يوجد شك في عدم ذلك الشيء في الوقت الماضي. مثال ذلك لو اختلف شخصان على ماء يسيل من دار أحدهما إلى دار الآخر في كونه قديماً أو حديثاً وعجز الفريقان كلاهما عن إثبات دعواهما

فينظر إلى حال المسيل في الوقت الحاضر فإذا ثبت جريان الماء قبل الخصومة من ذلك المسيل يحكم ببقائه على الحال التي وجد عليها. وكذلك لو استأجر رجل طاحوناً وادعى بعد انقضاء مدة الإجارة انقطاع الماء عن الطاحون مدة وطلب تنزيل الأجرة عن المدة التي انقطع فيها الماء وصاحب الطاحون ادعى عدم انقطاع الماء فتحكم الحال الحاضرة فإذا كان الماء جارياً وقت الدعوى والخصومة فيستصحب الحال بالماضي والقول للمؤجر مع يمينه وبالعكس لو كان الماء مقطوعاً فالقول للمستأجر مع يمينه. كذا لو أنفق الأب من مال ابنه الغائب فادعى الولد أن والده كان موسراً وقت الانفاق وطلب ضمانته المبلغ الذي صرفه فينظر إلى الحال الماضي فإذا كان الوالد وقت الخصومة معسراً فالقول قوله مع اليمين وإذا كان موسراً فالقول قول الابن.

ولهذه القاعدة مستثنى وذلك أن الامين يصدق يمينه في براءة ذمته فلو ادعى المودع أنه اعاد الوديعة أو أنها تلفت في يده بلا تعد ولا تقصير يقبل ادعاؤه مع يمينه مع أنه كان يجب بمقتضى قاعدة الاستصحاب أن يعد الامين مكلفاً باعادة الأمانة ما لم يثبت إعادتها لأن الحال الماضي هو وجود الأمانة عند المودع. والسبب في ذلك أن الامين يدعي هنا براءة الذمة من الضمان وأما المودع فهو يدعي شغل ذمة الامين وذلك خلاف الأصل.

### ﴿المادة ٦﴾ القديم يترك على قدمه

يعني أن القديم الموافق للشرع يجب أن يترك على حاله القديم ما لم يثبت خلافه لأن بقاء ذلك الشيء مدة طويلة دليل على أنه مستند على حق مشروع فيحكم باحقيقته- وهذه المادة مأخوذة من قاعدة «ما كان قديماً يترك على حاله ولا يتغير إلا بحجة».

ما هو القديم؟ هو الذي لا يعرف اوله أما إذا كان اوله معروفاً فلا يعد قديماً مثلاً: لو أن ميزاب دار شخص يجري من القديم على دار شخص آخر فصاحب الدار الثانية لا يحق له منعه كما وأن بالوعة دار تمر من دار أخرى فصاحب الدار الثانية لا يحق له سد تلك البالوعة ومنع مرورها من داره لأنه ما دام ذلك قديماً يعتبر أن مرور ذلك الماء لا بد وأن يكون مستنداً على حق شرعي كأن كانت الداران مشتركيتين فجرى تقسيمهما وكان من شروط التقسيم مرور ماء احدهما من الأخرى.

أما القديم المخالف للشرع الشريف فلا يترك على قدمه مهما تقادم عهده لأن الضرر لا يكون قديماً. مثلاً لو أن بالوعة دار تجري من القديم في الطريق العام لا ينظر إلى قدمها وتزال لأنه غير ممكن احتيال مشروعية ذلك.

### ﴿المادة ٧﴾ الضرر لا يكون قديماً

يعني: لا يعتبر قدمه ولا يحكم ببقائه. هذه المادة تفيد حكم المادة التي قبلها الناصة على أن

القديم يترك على قدمه إلا أن هذه قيدت تلك وبينت أن القديم الذي يعتبر هو القديم غير المضّر . مثال ذلك لو أن اقدار دار شخص من القديم تسيل إلى الطريق العام أو أن بالوعة دار شخص تسيل إلى النهر الذي يشرب ماء أهل البلد فتمنع ولا اعتبار لقدمها لأنه لا يمكن احتمال مشروعية ذلك ولا يمكن لإنسان أن يجيز حقاً يكون منه ضرر عام .

### ﴿المادة ٨﴾ الأصل براءة الذمة

يعني: الأصل أن تكون ذمة كل شخص بريئة أي غير مشغولة بحق آخر لأن كل شخص يولد وذمته بريئة وشغلها يحصل بالمعاملات التي يجريها فيما بعد فكل شخص يدعي خلاف هذا الأصل يطلب منه أن يبرهن على ذلك لأنه حسب المادة ٧٧ تطلب البينة من مدعي خلاف الظاهر وخلاف الأصل . وهذه القاعدة مأخوذة من الاشباه .

الذمة تعريفها: لغة العهد والأمان إذ أن نقض العهد والأمان موجب للذم وفي الاصطلاح بمعنى النفس والذات ولهذا فسرت المادة (٦١٢) الذمة بالذات . والذمة في اصطلاح علم اصول الفقه وصف يصير به الإنسان اهلاً لما له وما عليه . مثال ذلك: إذا اشترى شخص مالاً كان اهلاً لتملك منفعة ذلك المال كما أنه يكون أيضاً اهلاً لتحمل مضرة دفع ثمنه المجرى على ادائه . والذمة وإن لم تكن هي نفس عقل الإنسان فللعقل دخل فيها ولذا فالحيوانات العجم لا توصف بالذمة . وإن القول بأن براءة الذمة أصل يقصد به أن ذات الإنسان باعتبار الوصف المذكور بريء فعند ما يقال ترتب في الذمة دين يكون معنى ذلك أنه ترتب على نفس الإنسان دين . وإذا تعارضت هذه القاعدة بقاعدة «الأصل اضافة الحوادث إلى اقرب اوقاتها» فيجب العمل بهذه القاعدة لأن هذه أقوى من تلك مثال ذلك: إذا اتلف رجل مال آخر واختلف في مقداره يكون القول للمتلف والبينة على صاحب المال لإثبات الزيادة . مثال آخر: إذا ادعى شخص على آخر بقرض والمدعى عليه انكر ذلك القرض فالقول للمدعى عليه مع اليمين والمدعى مكلف بإثبات خلاف الأصل أي اثبات شغل ذمة المدعى عليه فإذا اقام المدعي البينة فيكون قد وجد دليل على خلاف الأصل فيحكم حينئذ بالبينة . كذلك في مواد الغصب، والسرقة، والوديعة التي يجوز فيها الإقرار بالمجهول كأن يقر شخص مثلاً بقوله إن فلاناً له عندي أمانة بدون ذكر مقدارها فيجبر المقر على أن يبين ما هي الأمانة وما مقدارها فإذا بين المقر أن تلك الأمانة فرس أو عشرة قروش مثلاً والمقر له ادعى أنها فرسان أو مائتا قرش فالقول للمقر مع اليمين والبينة على المقر له لإثبات الزيادة .

ويمكن توجيه اعتراض على هذه القاعدة وهو أن المدين إذا ادعى أن الدائن أبرأه أو أنه أوفى الدين فالقول للدائن مع اليمين مع أن الدائن يدعي شغل ذمة المدين والمدين يدعي براءة ذمته فكان الواجب حسب هذه القاعدة أن يكون القول للمدين .

والجواب على ذلك أن الدائن والمدين هنا متفقان على ثبوت الدين فباتفاقهما على ذلك أصبح

شغل الذمة اصلاً والبراءة خلاف الأصل فالمدين يدعي الإيفاء والإبراء الذي هو خلاف الأصل والدائن ينكر ذلك فعلى هذا أصبح القول للدائن ولا مجال للاعتراض على ذلك راجع المادة (٧٧).

### ﴿المادة ٩﴾ الأصل في الصفات العارضة العدم

مثلاً: إذا اختلف شريكا المضاربة في حصول الربح وعدمه فالقول للمضارب والبيئة على رب المال لإثبات الربح.

هذه القاعدة مأخوذة من الأشباه وقد ذكر في الأشباه (الأصل العدم وليس العدم مطلقاً وإنما هو في الصفات العارضة).

يعني: إن الأصل في الصفات العارضة هو عدم وجود تلك الصفات الأصلية فالأصل هو وجود تلك الصفات فعلى هذا فالقول للذي يدعي الصفات الأصلية وأما الذي يدعي العدم فيجب عليه الإثبات كما لو اشترى شخص فرساً واستلمه فادعى أن فيه عيباً قديماً وادعى البائع سلامته من العيوب فالقول للبائع مع اليمين لأن الصحة من الصفات الأصلية والأصل فيها الوجود.

والحاصل أن الصفات قسمان: صفة أصلية وصفة عارضة فالذي يدعى الصفة الأصلية فالقول له والذي يدعي الصفة العارضة يدعي خلاف الأصل فالبيئة عليه. الصفة العارضة: هي التي لم توجد مع الموصوف ولم تتصف بها ذاته ابتداء.

الصفة الأصلية: هي التي توجد مع الموصوف.

مثال ذلك: لو باع شخص من آخر بقرة ثم طلب المشتري ردها لكونها غير حلوب والبائع أنكر وقوع البيع على هذا الشرط فالصفة الأصلية في البقرة كونها غير حلوب وصفة الحلبة طارئة فالقول هنا للبائع الذي يدعي عدم حصول هذا الشرط وعلى المشتري الذي يدعي خلاف الأصل إثبات ما يدعيه.

مثال آخر: إذا حصل اختلاف بين البائع والمشتري أو المؤجر والمستأجر على استلام المبيع أو المستأجر فالقول لمنكر الاستلام لأن الاستلام أصل.

### «مستثنيات من هذه القاعدة»

لهذه القاعدة مستثنيات - وهي:

(١) إذا أراد الواهب الرجوع عن الهبة وادعى الموهوب تلف الهبة فالقول له بلا يمين وذلك حسب منطوق المادة ١٧٧٣ من أن تلف الهبة صفة عارضة وهي خلاف الأصل فكان من الواجب بمقتضى هذه القاعدة أن يكون الموهوب مكلفاً بإثبات ذلك ولكن بما أن الموهوب ينكر هنا وجوب الرد على الواهب فاصبح شبيهاً بالمستودع.

(٢) كذلك إذا تصرف الزوج في مال زوجته فأقرضه آخر وتوفيت الزوجة وادعى وارثها أن الزوج تصرف في المال بدون إذن وطلب الحكم بضمانه وادعى الزوج أن تصرفه كان بإذنها فالقول للزوج مع أن الإذن من الصفات العارضة فكان الواجب أن يكون القول للوارث.

### ﴿المادة ١٠﴾ ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد المزيل

هذه القاعدة مطابقة لقاعدة «الأصل إبقاء ما كان على ما كان» ومتممة لها وهي نفس قاعدة الاستصحاب التي سبق شرحها وتجري فيها أيضاً أحكام نوعي الاستصحاب «استصحاب الحال بالماضي واستصحاب الماضي بالحال».

ومعنى هذه المادة:

إن الشيء الذي ثبت حصوله في الزمن الماضي يحكم ببقائه في الحال ما لم يوجد دليل على خلافه والشيء الثابت وجوده في الحال يحكم أيضاً باستمراره من الماضي ما لم يوجد ما يزيله. أما عبارة (ما لم يوجد المزيل) فهي قيد في المادة يراد به أنه إذا وجد المزيل لا يحكم ببقاء الشيء بل يزال. مثال ذلك:

لو ثبت ملك شيء أو مال لأحد ما يحكم ببقاء الملكية لذلك الشخص ما لم يثبت بأن المال انتقل منه لآخر بعقد بيع أو هبة أو بسبب آخر من الأسباب المزيله للملكية أما لو ثبت زوال الملكية ببيع أو هبة مثلاً فلا يحكم بملكية ذلك المال للمالك الأول.

الإدعاء: - يقع بثلاث صور والاثبات يقع بثلاثة أوجه أيضاً

أولاً: بأن يدعي المدعي الملك في الحال والشهود تشهد على الماضي كقول المدعي (إن هذا الشيء ملكي وقول الشهود إن هذا الشيء كان ملكه)

ففي هذه الصورة بما أن الشهود لا يمكنهم معرفة بقاء الملك للمالك إلا بطريق الاستصحاب فشهادتهم على ملكية المدعي في الماضي لا تثبت ملكيته في الحال. ومع هذا تقبل ويحكم بموجبها.

ثانياً: إن المدعي يدعي الملك في الماضي والشهود تشهد على الملكية في الحال فهذه الشهادة لا تقبل ولا يجوز تطبيقها على الاستصحاب المقلوب وهو استصحاب الحال بالماضي.

ثالثاً: إن المدعي يدعي الملك في الماضي والشهود تشهد على الملك في الماضي فلا تقبل شهادتهم أيضاً وسبب عدم قبول شهادة الشهود في الحالين الأخيرين هو أن إسناد المدعي ملكيته إلى الماضي يتضمن نفس الملك في الحال لأن المدعي لو كان مالكا في الحال لما كان له فائدة من إسناد الملكية إلى الزمن الماضي فلهذا تكون تلك الشهادة واقعة في دعوى غير صحيحة فلا تقبل.

والاستصحاب حجة دافعة لا حجة مثبتة فلا يستحصل الحكم بحجة الاستصحاب بل أن الدعوى

تدفع بها فقط . مثال ذلك : لو ادعى ورثة المفقود موته وطلبوا تقسيم التركة فعلى قاعدة الاستصحاب أي «استصحاب الماضي بالحال» يحكم بحياة المفقود وترد دعوى الورثة بطلب تقسيم التركة .

أما إذا توفي مورث المفقود فلا يعتبر المفقود حياً ولا يحكم بحصته الإرثية لأن حجة الاستصحاب حجة دافعة كما قلنا .

### «مستثنى هذه القاعدة»

لو نفى شخص جميع ما نسب إليه من الأموال وأقر بملكيتها لشخص آخر وادعى ذلك الشخص المقر له كون المال الذي بيد المقر الآن كان موجوداً بيده حين الإقرار فبحسب إقراره هو ملك لي وادعى المقر بملكيتها لذلك المال بعد حصول الإقرار فالقول للمقر ولا يحكم استصحاباً أن المال كان موجوداً بيده في الماضي لأنه وجد بيده في الحال لأن الأصل براءة الذمة .

### ﴿المادة ١١﴾ الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته

الحادث : هو الشيء الذي كان غير موجود ثم وجد فإذا اختلف في زمان وقوعه وسببه فما لم تثبت نسبته إلى الزمان القديم ينسب إلى الزمن الأقرب منه . مثال ذلك :

إذا ادعت الزوجة أن زوجها طلقها طلاق الفار أثناء مرض الموت وطلبت الإرث والورثة ادعوا طلاقها في حال صحته وأن لا حق لها بالإرث فالقول للزوجة لأن الأمر الحادث المختلف على زمن وقوعه هنا هو الطلاق فيجب أن يضاف إلى الوقت الأقرب وهو مرض الموت الذي تدعيه الزوجة ما لم يقم الورثة البينة .

كذا لو ادعى من له الخيار في البيع بعد مرور مدة الخيار أنه فسخ العقد في ظرف مدة الخيار وادعى الفريق الآخر أن الفسخ حصل بعد مضي مدة الخيار وأن الفسخ غير معتبر فالأمر الحادث وهو الفسخ يضاف إلى أقرب الأوقات وهو حصول الفسخ بعد مضي مدة الخيار والقول لمن ينكر حصول الفسخ بمدة الخيار أما إذا أثبت صاحب الخيار بالبينة حصول الفسخ في مدة الخيار فيحكم بموجب البينة لأنه يكون قد أثبت خلاف الأصل . مثال آخر : لو باع الأب مال ولده وادعى الولد على والده أنه باع ماله بعد بلوغه وأن البيع غير صحيح لهذا السبب والأب أنكر وقوع البيع منه بعد البلوغ وادعى حصوله قبل البلوغ فيما أن البلوغ زمناً من قبل البلوغ فالقول للابن وعلى الأب إثبات خلاف الأصل .

مثال آخر : إذا ادعى المحجور عليه أو وصيه أن عقد البيع الذي أجراه المحجور قد حصل بعد صدور الحكم بحجره وطلب فسخ البيع وادعى المشتري حصول البيع قبل تاريخ الحجر فالقول للمحجور أو وصيه لأن وقوع البيع بعد الحجر أصل وهو أقرب زمناً مما يدعيه المشتري وعلى المشتري إثبات خلاف الأصل وهو حصول البيع له قبل صدور الحكم بالحجر .

مثال آخر: لو شهدت الشهود بالطلاق فستلوا عن تاريخ وقوعه هل كان زمن الصحة أو في مرض الموت وأجابوا أنهم لا يعلمون ذلك فيحمل حينئذ وقوعه على زمن مرض الموت.

مثال آخر: إذا ادعت زوجة المسلم المسيحية أنها أسلمت قبل موت زوجها وطلبت حصتها الارثية من تركته وادعى الورثة انها اسلمت بعد موته فالقول للورثة لأن وقوع إسلامها بعد موت زوجها أقرب تاريخاً وهو الأصل ما لم تثبت.

### «مستثنيات هذه القاعدة»

(١) لو ادعى شخص على حاكم معزول أنه أخذ منه بعد عزله مبلغاً قدره كذا جبراً والمدعى عليه ادعى أنه قد أخذ منه ذلك المبلغ أثناء ما كان حاكماً بعد أن أجرى محاكمته وأنه أعطى المبلغ للمحكوم له فلان فإذا كان المبلغ المدفوع تلف في يد المدفوع إليه فالقول للحاكم المدعى عليه لأنه يضيف فعله لزمن مناف للضمان ويدعي براءة ذمته مع أنه بحسب هذه القاعدة لما كان وقوع الأخذ بعد العزل هو أقرب كان الواجب أن يعد ذلك أصلاً وعلى الحاكم المدعي أن يثبت خلاف الأصل أي حصول الأخذ قبل العزل.

(٢) إذا ادعت زوجة مسيحية أن إسلامها وقع بعد وفاة زوجها وأن لها الحق في أن ترثه لكونها حين وفاته كانت على دينه وادعى الورثة أنها أسلمت قبل موت المورث فالقول للورثة مع أنه حسب القاعدة يجب أن يكون القول للزوجة لأن اعتناقها الدين الإسلامي أمر حادث والزوجة تدعي حدوثه في الوقت الأقرب وعلى الورثة أن يثبتوا خلاف الأصل والسبب في عدم جريان هذه القاعدة في مثل هذه الدعوى هو العمل بقاعدة الاستصحاب في هذه المسألة وأن اختلاف الدين أي سبب الحرمان من الإرث هو موجود بالحال وبلاستصحاب المقلوب تعتبر في الزمن السابق مسلمة أيضاً.

مثال آخر: لو استأجر شخص آخر لأن يحفظ ماله مدة سنة بأجرة معلومة وتلف المال وادعى الأجير استحقاقه جميع الأجرة لتلف المال بعد مضي سنة وادعى صاحب المال أن تلف المال تلف لمرور شهر من تسلم الأجير له وأن الأجير لا يستحق من الأجر سوى أجرة شهر واحد فالقول للمستأجر خلافاً للقاعدة لأن المستأجر يدعي براءة الذمة وقد بينت الكتب الفقهية هذا الحكم بقولها «فإن قيل الأصل أن يضاف الحادث إلى أقرب الأوقات فينبغي أن يصدق الأجير يقال الأصل المذكور ظاهر يصح للدفع لا للإستحقاق فغرض الأجير أخذ الأجر فلا يصح به.»

مثال آخر: لو ادعى شخص أن إقراره وقع حال طفوليته وادعى المقر له أن إقرار المقر حصل بعد البلوغ فالقول للمقر مع اليمين مع أنه يجب توفيقاً لقاعدة إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته أن يكون القول للمقر له لأنه يدعي الزمن الأقرب.

والحاصل أن طلب الأجر وطلب الحكم بناء على الإقرار أصبحا خارجين عن قاعدة «الأصل إضافة الحوادث إلى أقرب أوقاتها» لمعارضة «قاعدة الأصل براءة الذمة» لهما في هذه المسائل.

## ﴿المادة ١٢﴾ الأصل في الكلام الحقيقة

فاللغنى المجازى يكون خلاف الأصل والمقصود هنا بالأصل الراجح .

المعنى : هو الشيء المقصود من الكلام وطرق أداء المقصود بالكلام عند أهل البلاغة ثلاثة أقسام :

﴿الحقيقة﴾ (٢) المجاز (٣) الكناية واما عند أهل اصول الفقه فطرق أداء المقصود قسمان : «حقيقة ومجاز» والكناية عندهم تارة تكون حقيقة واخرى تكون مجازاً فمخاطبة الشخص بالقول له «ابو ابراهيم» «كناية» ولكنه مع ذلك لفظ حقيقي والقول للضير «ابو العيناء» كناية جاءت عن مجاز .

الحقيقة : هو استعمال اللفظ في المعنى الذي وضعه الواضع أي واضع اللغة كقولك (أسد) للوحش المعروف وفرس (للدابة المعلومة) .

المجاز : هو استعمال اللفظ في غير ما وضع له بشرط أن يكون بين المعنى الحقيقي والمعنى المجازى علاقة ومناسبة فكما أن العلاقة التي هي المناسبة بين المعنى الحقيقي والمعنى المستعمل فيه ذلك اللفظ مجازاً هي من مقتضيات المجاز فالقرينة المانعة من إرادة المعنى الحقيقي شرط في صحة المجاز أيضاً . مثلاً : لو قال شخص رأيت أسداً في الحمام يغتسل يفهم منه أنه رأى رجلاً شجاعاً في الحمام يغتسل لا أنه رأى الأسد الحقيقي وهو الوحش المعروف لأن الحمام قرينة مانعة من وجود الأسد الحقيقي فيه يغتسل وبين الأسد والرجل الشجاع علاقة ومناسبة وهي الجرأة والشجاعة والحاصل أن المعنى الحقيقي هو الراجح فمتى أمكن حمل اللفظ عليه لا يعدل عنه إلى المعنى المجازى لأن المعنى الحقيقي أصل والمجازى بدل والبدل لا يعارض الأصل .

مثال ذلك : إذا وقف شخص ماله قاتلاً إني وقفت مالي على أولادي وكان له أولاد وأولاد أولاد فيصرف قوله على أولاده لصلبه ولا تستفيد أولاد أولاده من غلة الوقف فلو انقراض أولاده لصلبه فلا تصرف غلة الوقف على أحفاده بل تصرف إلى الفقراء إلا إذا كان يوجد للوقف أولاد حين الوقف بل كان له أحفاد فبطريق المجاز يعد المال موقوفاً على أحفاده أما إذا ولد للوقف مولود بعد إنشاء الوقف فيرجع الوقف إلى ولده لصلبه لأن اسم الولد مأخوذ من الولادة ولفظ الولد حقيقة في الولد الصلبي ذكراً أو أنثى ولأن لفظه الولد حقيقة في الولد الصلبي فعند عدم وجود أولاد للوقف لصلبه مثلاً يصرّف الوقف إلى الأحفاد الذين تستعمل فيهم كلمة (الأولاد) مجازاً لأنه لا يمكن استعمال معنى المجاز والحقيقة في لفظ واحد في وقت واحد معاً . مثلاً : لو قال شخص لآخر لا تقتل الأسد فلا يراد بهذا الكلام معنى لا تقتل الأسد الحقيقي والشخص الشجاع معاً .

أما إذا وردت قرينة تدل على شمول اللفظ لمعنييه الحقيقي والمجازى فيكون هذا من باب (عموم المجاز) ولا يكون جمعاً بين الحقيقة والمجاز .

## «عموم المجاز»

تعريفه: هو عبارة عن استعمال اللفظ في معنى كلي شامل للمعنى الحقيقي والمعنى المجازي. مثال ذلك: لو قال الواقف قد وقفت مالي هذا على أولادي نسلاً بعد نسل فقريئة (نسلاً بعد نسل) تدل على شمول لفظ الأولاد لكل ولد سواء أكان ولداً له حقيقة أم ولداً له مجازاً من أبناء أولاده وأبنائهم.

مثال آخر: لو أوصى شخص لآخر بثمر بستانه فتحمل وصيته على الثمر الموجود أثناء وفاة الموصي ولا تحمل على الثمر الذي سيحصل في السنين المقبلة لأن الثمر يحمل حقيقة على الثمر الموجود ولا يحمل على ثمر المستقبل إلا بطريق المجاز وبما أنه من الممكن حمل هذا اللفظ على معناه الحقيقي فلا يحمل على البديل وهو الجاز وبما أنه لا يجوز الجمع بين الحقيقة والمجاز بلفظ واحد فلا يعتبر متناولاً للثمر الموجود والذي سيوجد كذلك في وقت واحد. أما ذكر الموصي كلمة أبداً ودائماً حينما ذكر الثمر فيكون من عموم المجاز فتحمل وصيته على الثمر الحاصل أثناء وفاة الموصي والثمر الذي سيحصل في المستقبل.

مثال آخر: لو قال شخص إن هذه الدار لزيد فمضمون هذا الكلام الحقيقي أنها ملك زيد ويكون بقوله هذا قد اعترف بأن تلك الدار هي ملك زيد المذكور فلو قال المقر بعد ذلك أنني لا أقصد بكلامي أن الدار ملك لزيد بل كنت أقصد أنها مسكن له بطريق الإجارة أو على سبيل العارية وأن الدار هي ملكي فلا يلتفت لكلامه هذا إذ أن «اللام» في كلمة (لزيد) بمعنى الاختصاص والاختصاص وإن يكن عاماً للتملك والسكن فالمعنى الكامل في هذا الكلام هو اختصاص الملك ولهذا يحكم بملكية زيد لتلك الدار بناء على الإقرار.

﴿المادة ١٣﴾ (لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح) لأن دلالة الحال في مقابلة التصريح ضعيفة فلا تعتبر مقابلة للتصريح القوي.

إن اللفظ الذي يكون به التصريح يسمى لفظاً صريحاً.

تعريف الصريح عند علماء أصول الفقه: هو الذي يكون المراد منه ظاهراً ظهوراً بيناً وتاماً ومعتاداً فعليه لو أن شخصاً كان مأذوناً بدلالة الحال بعمل شيء فمنع صراحة عن عمل ذلك الشيء فلا يبقى اعتبار وحكم لذلك الإذن الناشئ عن الدلالة. مثاله: لو دخل إنسان دار شخص فوجد على المائدة كأساً فشرب منها ووقعت الكأس أثناء شربه وانكسرت فلا يضمن لأنه بدلالة الحال مأذون بالشرب منها بخلاف ما لو نهاه صاحب البيت عن الشرب منها وانكسرت فإنه يضمن لأن التصريح أبطل حكم الإذن المستند على دلالة الحال.

مثال ثان: لو وهب شخص مالا لآخر وقبله فحصول عقد الهبة إذن بقبض المال دلالة فإن

حصل القبض تمت الهبة وإن ناه الوهاب صراحة قبل القبض سقط حكم الدلالة وبطلت الهبة فلو قبضه كان غاصباً وتحري عليه أحكام الغاصب.

### «رجحان الصراحة»

ورجحان الصراحة على الدلالة إنما يكون عند حصول معارضة بين الصراحة والدلالة قبل ترتب حكم مستند على الدلالة أما بعد العمل بالدلالة أي بعد ترتب الحكم وجريانه استناداً عليها فلا اعتبار للصراحة. مثال: لو قال شخص لآخر بعثك هذا الفرس فعلى الثاني أن يقبل في الحال ويقول قد اشتريت بدون وقوع إعراض منه حتى يصح العقد وعلى البائع أو المشتري بعد حصول الإيجاب أن يقول بعث أو اشتريت قبل أن يشتغل بشغل آخر فإذا لم يقل أحدهما ذلك بعد الإيجاب واشتغل بأمر يدل على الإعراض فيصبح الإيجاب باطلاً فلو قبل الثاني بعد الإعراض عن البيع لا ينعقد مع أن القول وقع صراحة فكان من الواجب أن ينعقد البيع لكن الإعراض الدال على عدم الرغبة حكم أبطل الإيجاب السابق فالقبول اللاحق وإن كان صريحاً لكنه لم يجد إيجاباً صحيحاً ولهذا فقد بطل أيضاً ورجحان الصريح على الدلالة يكون فيما لو تعارضاً فقط.

كذلك لو باع شخص مالا من آخر فضولاً فإذا طالب صاحب المال المشتري بالثمن يكون قد أجاز البيع دلالة وإذا صرح صاحب المال بعد ذلك بعدم إجازة البيع لا يعتبر تصريحه ويكون البيع صحيحاً وكما أن الصراحة تكون راجحة على الدلالة كما اتضح تكون راجحة على العرف والعادة أيضاً لأن العرف والعادة من قبيل الدلالة.

مثال ذلك: إن الليرة المعروفة في فلسطين الآن هي الجنيه المصري فلو جرى عقد البيع بين البائع والمشتري على ليرات فرنساوية مثلاً فالبيع ينعقد على ليرات فرنساوية ولا تحمل الليرة التي جرى الإتفاق عليها على الليرة المصرية وأما إذا عقد البيع على ليرات بلا تعيين نوعها فينصرف إلى التعارف وهو الليرة المصرية.

### ﴿المادة ١٤﴾ لا مساغ للاجتهاد في مورد النص

يعني أن كل مسألة ورد فيها نص من الشارع لا يجوز للمجتهدين أن يجتهدوا فيها لأن جواز الاجتهاد أو القياس في الفروع من الأحكام مشروط بعدم وجود نص من الشارع.

الاجتهاد: لغة هو التكلف ببذل الوسع وفي اصطلاح الفقهاء هو صرف وبذل الطاقة والقدرة أي إجهاد النفس لأجل الاستحصال على الحكم الشرعي الفرعي من دليله الشرعي بحيث لا يستطيع بذل وسع أكثر من ذلك. ولذلك قيل إذا صح حديث وكان حكم ذلك الحديث مخالفاً لمذهب المجتهد يجب العمل بذلك الحديث وإن المقلد لأحد المذاهب إذا اتبع حكم الحديث فلا يكون مخالفاً وخرج عن المذهب الذي يقلده.

والمراد من النص هنا (الكتاب الكريم والسنة أي الأحاديث الشريفة). مثال ذلك: قد نص الحديث الشريف أن (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر) فبعد وجود هذا النص الصريح لا يجوز لأحد المجتهدين أن يجتهد بخلافه ويقول بحكم يناقضه كأن يقول في هذه المسألة (يجوز سماع البينة من المنكر) أو «أن اليمين على المدعي» كما أنه لا يجوز للمجتهد أن يجتهد في (هل البيع حلال أم حرام) بعد ورود النص الصريح في ذلك القرآن الكريم وهو قوله «أحل الله البيع» الآية.

### ﴿المادة ١٥﴾ ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه

يعبر عن هذه القاعدة بعبارة أخرى وهي «النص الوارد على خلاف القياس يقتصر على مورد» ويقال لذلك الشيء أي الوارد به نص «أصل، أو مقيس عليه، أو مشبه به» ولغيره «فرع، ومقيس، ومشبه».

القياس - تعريفه: إثبات حكم للفرع كحكم الأصل بناء على وجود مماثلة في العلة بين المقيس والمقيس عليه أو بعبارة أخرى بين المشبه والمشبه به.

كيفية القياس: القرآن الكريم يقول «السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما» فلو انتشل أحد مالا من آخر. وآخر نبش قبراً وسرق الكفن منه. فالنشال قد أخذ مالاً محرراً خفية فعلة وجوب قطع اليد موجودة في عمله فحكمه حكم السارق قياساً وأما «النباش» فلم توجد العلة في عمله فلا يقاس حكمه على حكم السرقة لأن أخذه الكفن وإن كان خفية لم يكن مالاً محرراً فيحكم عليه بحكم غير قطع اليد المترتب على السرقة.

كذلك يوجد حكم في حق الصغير وهو أنه لا يجوز التصرف بماله بل التصرف لوليّه أو وصيه ولكن لم ينص على أن الصغير هل يحق له أن يزوج نفسه أم لا؟ فيحكم بعدم ترك أمر الزواج له قياساً على عدم ترك التصرف له في ماله للمماثلة العلتين في التصرف والزواج وهو عدم معرفته الصالح لنفسه من الضار على أن ترك أمر الزواج للصغير نفسه أبلغ ضرراً من ترك التصرف له في المال وفي المثل العامي يقال «البت الصغيرة لو تركت وشأنها في أمر زواجها تتزوج بالطبال أو الزمار»

أما الحكم الذي يترتب بصورة مخالفة للقياس فلا يجوز قياس غيره عليه. مثال ذلك: إن بيع الاستصناع جواز على خلاف القياس لأن بيع المعدم باطل وقياساً كان يجب أن يكون بيع الاستصناع غير جائز ولكن جواز استثناء على خلاف القياس فلا يجوز قياس عقد آخر عليه كما أن بيع السلم أيضاً جواز على خلاف القياس فلا يجوز اعتبار أن بيع ثمر الشجر الذي لم يظهر ثمره جائزاً استناداً على جواز بيع الاستصناع أو بيع السلم لأن النص بجواز الاستصناع على خلاف القياس. مثال آخر: لو باع شخص مال قريبه لآخر بحضوره وسكت أو باعت زوجة ما بحضور زوجها مالا على أنه لها وسكت الزوج فالبيع يكون نافذاً فلو ادعى القريب صاحب المال أو الزوج أن المال المبيع هو ماله لا تسمع دعواه لعدم سماع الدعوى منه كان على خلاف القياس لأن القاعدة

«لا ينسب إلى ساكت قول» فهذا الحكم لا يقاس غيره عليه كما لو كان العقد الذي جرى غير البيع وكان إجارة أو إعاره فلو أقام الدعوى ذلك الشخص الذي حضر الإجارة أو الإعاره وادعى بأن المال ماله فالدعوى تسمع منه. كذلك لو اختلف البائع والمشتري على ثمن المبيع قبل القبض وعجز الطرفان كلاهما عن إثبات مدعاهما فيها أن البائع والمشتري كلاهما منكر دعوى الآخر يجري التحالف بينهما وهذا يكون موافقاً للقياس. أما إذا كان الاختلاف وقع بعد القبض فتكون دعوى المدعي هي طلبه الزيادة في الثمن والواجب كان الاكتفاء بتحليف المشتري المنكر زيادة الثمن مع أن هذه المسألة تجري خلافاً للقاعدة. ويجري التحالف بين المتداعين استناداً على الحديث الشريف القائل «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بينهما تحالفا وترادا» فعلى ذلك يجري التحالف بينهما ولو بعد القبض خلافاً للقياس وهذا لأن الحكم الثابت على خلاف القياس لا يقاس عليه أحكام أخرى مثلاً: لو اختلف المستأجر والمؤجر على بدل الإجارة لا يجري التحالف بينهما توفيقاً للحكم بالبيع بل القول مع اليمين للمستأجر.

### ﴿المادة ١٦﴾ الاجتهاد لا ينقض بمثله

يعني لو اجتهد في مسألة ما من المسائل الشرعية وعمل باجتهاده أي حكم بموجب ذلك الاجتهاد ثم بدا له رأي آخر فعدل عن الأول في مسألة أخرى فلا ينقض اجتهاده الثاني حكمه الناشئ عن اجتهاده الأول. كذا لو حكم مجتهد في مسألة بموجب اجتهاده ثم حكم مجتهد ثان في تلك المسألة عينها وكان رأي الثاني مخالفاً لرأي واجتهاد المجتهد الأول فلا ينقض الحكم المستند على اجتهاد الأول.

ان للمجتهد شروطاً وصفات معينة في كتب أصول الفقه فلا يقال للعالم مجتهد ما لم يكن حائزاً على تلك الصفات. ومع ذلك فالمتأخرون من الفقهاء قد اجمعوا على سد باب الاجتهاد خوفاً من تشتت الأحكام ولأن المذاهب الموجودة وهي (المذاهب الأربعة) قد ورد فيها ما فيه الكفاية إلا أن فريقاً من المسلمين وهم الشيعيون لم يزل باب الاجتهاد مفتوحاً عندهم للآن وفيهم المجتهدون في المسائل الشرعية كما هو الحال في بلاد العجم وبلاد عامل والعراق. والحاصل إن المجتهد لا يمكنه أن ينقض حكماً مبنياً على اجتهاده السابق كما أنه ليس لمجتهد ثان أن ينقض حكماً مبنياً على اجتهاد لمجتهد سابق والسبب في ذلك أنه لا يوجد ما يرجح اجتهاداً على آخر ولا يمكن القول أو الحكم بأن الاجتهاد الثاني هو اصبوب من الاجتهاد الأول لأن الاجتهاد إنما هو حصول غلبة الظن على اصابة المرمى مع احتمال الخطأ فكل اجتهاد كما يجوز أن يكون صواباً يجوز أيضاً أن يكون خطأ. فأمر المؤمنين أبو بكر الصديق (رضي الله عنه) كان يصدر بعض الأحكام بناء على اجتهاده وكان عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) يحضر جلسات الحكم ومع أن رأيه غير رأي أبي بكر في بعضها فلم ينقض شيئاً منها بعد ما عهد إليه بمنصب الخلافة.

فعليه استناداً على هذه القاعدة لا يجوز الغاء الأحكام التي يصدرها حاكم من حاكم آخر كما

أنه ليس للحاكم الواحد أن يرجع عن الحكم الذي أصدره إلا أنه يجوز للحاكم كما يجوز للمجتهد أن يجتهد في المسألة الثانية اجتهاداً مخالفاً لاجتهاده الأول في المسألة الأولى وأن يعطي احكاماً وآراء مخالفة لرأي أو حكم له سابق.

### «مستثنى هذه القاعدة»

إذا وجدت مصلحة عامة تقتضي نقض اجتهاد ما يجوز نقضه باجتهاد لاحق.

### «المادة ١٧» المشقة تجلب التيسير

يعني أن الصعوبة التي تصادف في شيء تكون سبباً باعثاً على تسهيل وتهوين ذلك الشيء وبعبارة أخرى يجب التوسيع وقت الضيق وإن التسهيلات الشرعية بتجوز عقود القرض، والحوالة، والحجز، والوصية، والسلم، وإقالة البيع، والرهن، والابراء، والشركة، والصلح، والوكالة، والاجارة، والمزارعة، والمساقاة، وشركة المضاربة، والعارية، والوديعة كلها مستندة على هذه القاعدة وقد صار تجوزها دعواً للمشقة وجلباً للتيسير وتسمى (رخصة).

### «الرخصة»

تعريفها: الرخصة لغة التوسع، والتيسر، والسهولة، وفي اصطلاح الفقهاء: هي الأحكام التي ثبتت مشروعيتها بناء على الاعذار مع قيام الدليل المحرم توسعاً في الضيق. مثال: أن بيع السلم بيع معدوم وبما أن بيع المعدوم باطل كما جاء في المادة (٢٠٥) فكان من الواجب عدم تجوز هذا البيع. إلا أن احتياج الناس قبل الحصول على محصولاتهم للنقد قد جوز هذا العقد تيسيراً وتسهيلاً لهم كذلك للتيسير والتسهيل قد منح للمشتري خيار الغبن والتغيرير وجوز سماع شهادة النساء في الأشياء التي لا يمكن اطلاع الرجال عليها. وجعل العقد الذي يحصل في البيع والاجارة والهبة والصلح على المال والاقرار والابراء وتأجيل الدين واسقاط الشفعة الناشئ عن اجبار واكراه غير معتبر. وكذلك اكتفي بأن يشاهد المشتري كومة القمح أو الشعير بدلاً من أن يشاهد كل قمحة أو شعيرة يشتريها حتى يزول حق خيار الرؤية لأنه لو لزم أن يرى المشتري كل حبة من الكومة لاستوجب ذلك صعوبة في البيع والشراء. كذلك اكتفي في الثياب برؤية الثوب من طرفه دون أن يراه المشتري جميعه وكذلك جوز بيع الوفاء دعواً للماطلة المدين وتسهيلاً للدائن لأن يستوفي دينه. وجوز أيضاً خيار الشرط في البيع لمن له الخيار دعواً للغرم الذي قد يحصل للبائع والمشتري بعد حصول البيع، وجوز زواج المرأة بدون النظر إليها لأنه لو لم يجز ذلك لامتنع الكثيرون عن تزويج بناتهم غير عليهن من رؤية الخاطبين، وجوز وشرع الطلاق للتسهيل والتوسيع على الناس لأن بقاء الزوجية حال وجود النفور والكراهية بين الزوجين مشقة عظيمة وبليّة كبرى عليهما معاً. وجوزت الوصية لئتمكن الذي لم يوفق لعمل الخير في حياته من اجرائه بعد وفاته.

وأخيراً يجب أن يعلم أن المشقة تجلب التيسير إذا لم يوجد نص وإما إذا وجد النص فلا يجوز العمل خلاف ذلك النص بداعي جلب التيسير وإزالة المشقة.

### ﴿المادة ١٨﴾ الأمر إذا ضاق اتسع

هذه المادة مأخوذة من القاعدة الشرعية الموجودة في كتاب الاشياء والنظائر وقد ذكر الحموي أن الإمام الشافعي هو واضعها.

الاتساع: مأخوذ من الوسع والتوسيع ضد التضيق. والمفهوم من هذه القاعدة إنه إذا شوهذ ضيق ومشقة في فعل أو أمر يجب إيجاد رخصة وتوسعة لذلك الضيق فلازالة المشقة تجوز الأشياء غير الجائزة قياساً والمغايرة للقواعد وقد ذكر الحموي أن هذه القاعدة بمعنى القاعدة التي سبق شرحها وهي «المادة ١٧».

### ﴿المادة ١٩﴾ لا ضرر ولا ضرار

يجب أن لا يفهم من كلمة (لاضرر) أنه لا يوجد ضرر بل الضرر في كل وقت موجود والناس لا يزالون يفعلونه وإنما المقصود هنا أنه لا يجوز الضرر أي الأضرار ابتداءً كما لا يجوز الضرار أي إيقاع الضرر مقابلة لضرر. هذه القاعدة وإن كانت عامة فهي من نوع العام المخصوص لا تصدق إلا على قسم مخصوص مما تشمله لأن التعازير الشرعية ضرر ولكن اجراءها جائز كذلك الدخان الذي ينتشر من مطبخ دار شخص إلى دار جاره يعد ضرراً لأنه قد يضر بالجيران مباشرة أو يسبب اشتهااء الأطعمة للفقراء منهم فينشأ عن ذلك ضرر لهم، كذا لو وجد في دار شخص شجرة كانت سبباً لأن يستفيد منها الجار كالاتظلال بها فقطعها موجب لضرر الجار أيضاً. فهذه الأضرار وما مثلها يجوز اجراءها ولا تدخل تحت هذه القاعدة لأنها كما ذكرنا هي من قسم العام المخصوص. وتشتمل هذه القاعدة على حكمين الأول أنه لا يجوز الاضرار ابتداءً أي لا يجوز للإنسان أن يضر شخصاً آخر في نفسه وماله لأن الضرر هو ظلم والظلم ممنوع في كل دين وجميع الكتب السهوية قد منعت الظلم. مثال: لو كان لشخص حق المرور من طريق شخص آخر فلا يجوز منع ذلك الشخص عن المرور في تلك الطريق. كما أنه لا يجوز لشخص أن يبيع مالاً معيماً لشخص آخر بدون أن يذكر العيب الموجود في المال وأن اخفاء عيب المبيع عن المشتري اضرار به وهو حرام وممنوع شرعاً.

كذا لا يجوز لأهل قرية أن يمنعوا شخصاً من أن يسكن في قريتهم بداعي أنهم لا يريدون أن يساكنوه لأن عملهم هذا ضرر واجراء الضرر ممنوع كما قلنا. هذا وأن جواز اجراء الأفعال المباحة مشروط بعدم ترتب ضرر لأحد باجرائها. مثلاً: ان الصيد هو من الأفعال المباحة وجائز إلا أن كيفية الصيد إذا كانت موجبة لنفور الحيوانات أو مسببة لخوف واضطراب الأهليين

يمنع الصيد من الصيد. كذلك تصرف الإنسان في ملكه مقيد بعدم حصول ضرر بليغ لجيرانه. مثال: يجوز لصاحب الأرض أن ينشيء داراً ويفتح نوافذ ولكن إذا كانت النوافذ المراد فتحها تكشف مقر نساء الجيران يمنع صاحب الملك من فتح تلك النوافذ.

أما حكم الفقرة الثانية من هذه المادة وهو أنه لا يجوز مقابلة الضرر بمثله وهو الضرار كما لو أضر شخص آخر في ذاته أو ماله لا يجوز للشخص المتضرر أن يقابل ذلك الشخص بضرر بل يجب عليه أن يراجع الحاكم ويطلب إزالة ضرره بالصورة المشروعة. كذلك لو أتلّف شخص «كرماً» لآخر مثلاً فليس للمتضرر أن يقابل الشخص الذي أضره باتلاف كرمه بل عليه كما ذكرنا مراجعة المحكمة وإذا لم يعمل على مراجعتها واتلف كرم المتلف لكرمه فكما يحكم على المتلف الأول بحكم على المتلف الثاني ويكونان ضامين بما اتلفا. كذلك لو أخذ شخص نقوداً مزيفة من شخص آخر فليس له أن يعطيها لغيره.

### ﴿المادة ٢٠﴾ الضرر يزال

لأن الضرر هو ظلم وغدر والواجب عدم ايقاعه. واقرار الظالم على ظلمه حرام وممنوع أيضاً فيجب ازالته فتجوز خيار التعيين، وخيار الرؤية، وخيار النقد، وخيار الغبن، والتغوير، ورد المبيع بخيار الشرط، والحجر، والشفعة، وتضمين المال المتلف للمتلف، والاجبار على قسمة الأموال المشتركة إنما هو بقصد ازالة الضرر. فخيار العيب شرع لإزالة ضرر المشتري الذي يأخذ مالاً معيباً مع ظنه أنه مال سالم من العيب وحق الشفعة يجوز لمنع الضرر الذي يحصل من سوء الجوار لأن المساكن كما لا يخفى تغلو وترخص بجيرانها كذلك لو أن شجرة في بستان شخص كبرت وتدلّت اغصانها على دار جاره وكان من جراء ذلك ضرر للجار فيجب إزالة الضرر بقطع الاغصان أو بربطها وسحبها للداخل. كذا لو احدث شخص بناء في ملكه وتسبب عن ذلك حصول الظلام في غرفة جاره بصورة لا تستطاع معها القراءة والكتابة وبما أن ذلك ضرر فاحش يزال توفيقاً للمادة (١٢٠١) من المجلة كذلك يمنع الأشخاص الذين يزيفون النقود عن اجراء صناعتهم أيضاً وإذا وجد لشخص نحل عسل والنحل يأكل اثمار جاره الموجودة في بستانه يحكم بابعاد النحل من ذلك المكان دفعاً للضرر.

### ﴿المادة ٢١﴾ الضرورات تبيح المحظورات

الضرورة هي العذر الذي يجوز بسببه إجراء الشيء الممنوع.

المباح: والمباح شرعاً هو الشيء الذي يجوز تركه وفعله في نظر الشرع والمقصود من المباح هنا ما ليس به مؤاخذه وأن اباحة الضرورة للمحظورات تسمى في علم أصول الفقه رخصة وقد اتضح ذلك في المادة (١٧) والرخصة هي الشيء الذي يشرع ثابتاً بناء على الاعذار وهي الشيء

المباح مع بقاء المحرم والحرمه أي كما أنه يؤاخذ فاعل الشيء المباح لا يؤاخذ فاعل الشيء المرخص أيضاً. مثال : لو أن شخصاً أكره آخر على اتلاف مال الغير فبوقوع الاكراه أي الضرورة لا تزول الحرمه الناشئة عن اتلاف مال الغير إلا أن المكره لا يؤاخذ للاتلاف الذي حصل منه لان العمل بالرخصة ثابت باجماع الائمة وتفصيل ذلك عائد لأصول علم الفقه ولنورد هنا بعض الأمثلة توضيحاً لهذه القاعدة. مثال : أن التعرض لمال الغير واتلافه ممنوع كما سيجيء في المادتين (٩٦ و٩٧) إلا أنه لو أصبح شخص في حال الهلاك من الجوع فله أخذ مال الغير ولو بالجبر على شرط اداء ثمنه فيما بعد أو استحصال رضاء صاحب المال كما أنه يجوز للشخص أن يقتل الجمل الذي يصل عليه تحليصاً لحياته ففي هذين المثالين أصبح من الجائز اتلاف وأخذ مال الغير بصورة الجبر. مثال آخر : إذا أكره شخص آخر على اتلاف مال الغير بقوله اقتلك أو اقطع عضواً من اعضائك فيصبح اتلاف المال مباحاً لذلك الشخص والضمان يلزم المجر.

ان الضرورات لا تبيح كل المحظورات بل يجب أن تكون المحظورات دون الضرورات أما إذا كانت المنوعات أو المحظورات أكثر من الضرورات فلا يجوز اجراؤها ولا تصبح مباحة . مثال : لو أن شخصاً هدد آخر بالقتل أو بقطع العضو وأجبره على قتل شخص فلا يحق للمكره أن يوقع القتل لأن الضرورة هنا مساوية للمحظور بل أن قتل المكره أخف ضرراً من أن يقتل شخصاً آخر فوالحالة هذه إذا وقع ذلك المكره القتل يكون حكمه حكم القاتل بلا اكراه أما من جهة القصاص فينفذ في حق كل من المجر والمكره.

### ﴿المادة ٢٢﴾ ما ابيح للضرورة يتقدر بقدرها

أي أن الشيء الذي يجوز بناء على الضرورة يجوز اجراؤه بالقدر الكافي لازالة تلك الضرورة فقط ولا يجوز استباحته أكثر مما تزول به الضرورة. مثلاً : لو أن شخصاً كان في حالة الهلاك من الجوع يحق له اغتصاب ما يدفع جوعه من مال الغير لا أن يغتصب كل شيء وجده مع ذلك الغير كذلك جوز البيع بخيار التعيين في شيئين أو ثلاثة لا ازيد كأربعة أشياء أو خمسة إذ لا ضرورة تدعو للزيادة لأن ما ابيح للضرورة إنما يتقدر بقدرها كذلك لو أحدث شخص نافذة تشرف على مقر نساء الجيران فيؤمر بازالة الضرر عن الجار بصورة تمنع الضرر فقط ولا يجبر صاحب النافذة على سدها بالكلية.

الضرورة : هي الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعاً.

الحاجة : أما الحاجة فإنها وإن كانت حالة جهد ومشقة فهي دون الضرورة ولا يتأتى معها الهلاك فلذا لا يستباح بها الممنوع شرعاً. مثال ذلك : الصائم المسافر بقاؤه صائماً يحمله جهداً ومشقة فيرخص له الافطار لحاجته للقوة على السفر.

## ﴿المادة ٢٣﴾ ما جاز لعذر بطل بزواله

يعني أن الأشياء التي تجوز بناء على الأعذار والضرورات إذا زالت تلك الأعذار والضرورات بطل الجواز فيها. مثال ذلك: الشهادة على الشهادة إنما جوزت بناء على عدم تمكن الشاهد الأصيل من حضور مجلس الحكم لمرض مقعد أو غيبة بعيدة. مثلاً: فإذا أبل الشاهد الأصيل من مرضه أو حضر الغائب من غيبته لا تجوز الشهادة على الشهادة كذلك يحق للمستأجر فسخ الإيجار إذا حصل عيب حادث في المأجور ولكن إذا كان المؤجر قبل فسخ الإيجار أزال ذلك العيب فلا يبقى محل لفسخ الإيجار كذلك لو أن شخصاً استأجر داراً من آخر والمؤجر أبقي أمتعته في إحدى الغرف ولم يسلم تلك الغرفة للمستأجر هنا يخير في فسخ الإجارة أو الدوام عليها فإذا أدخل المؤجر تلك الغرفة قبل أن يفسخ المستأجر الإجارة فلا يحق له حينئذ فسخها لأن العذر الذي كان يحق للمستأجر أن يفسخ الإجارة استناداً عليه قد زال.

## ﴿المادة ٢٤﴾ إذا زال المانع عاد الممنوع

يعني إذا كان شيء جائزاً ومشروعاً ثم امتنع حكم مشروعته بمانع عارض فإذا زال ذلك المانع يعود حكم مشروعته. مثال: إذا اشترى شخص شيئاً وبعد حصول عيب حادث في ذلك الشيء اطلع على عيب قديم فيه فحينئذ لا يجوز للمشتري رد المبيع بل له الرجوع على البائع بنقصان الثمن أي فرق الثمن فقط. فإذا زال ذلك العيب الحادث المانع من رد المبيع للمشتري بعد أن يعيد للبائع نقصان الثمن رد المبيع بالعيب القديم. كذلك إذا شهد صبي أو أعمى بقضية وردت شهادته بسبب الصغر والعمى فبعد بلوغ الشاهد أو زوال العمى تقبل شهادته لأن المانع من قبول الشهادة كان العمى وصغر السن. كذلك إذا اشترى شخص فرساً من آخر بخيار الرؤية. وبعد قبض المبيع ولدت عنده فليس للمشتري رد المبيع بخيار الرؤية. أما إذا مات المهر المولود فيكون قد زال المانع فيعود للمشتري حق الخيار. كذلك المشتري إذا غرس أشجاراً في الأرض المشتراة أو أنشأ فيها بناء فلا يحق للبائع طلب فسخ البيع بدعوى وجود فساد في العقد لأن ذلك موجب لضرر المشتري. إذ أنه يقتضي أن يقلع أشجاره أو يهدم بناءه. أما إذا خلعت الأشجار أو هدم البناء بأفة أو من المشتري نفسه يحق للبائع أن يدعي بفساد البيع ويطلب فسخ العقد لزوال المانع. كذلك بيع المكره لا يكون نافذاً والسبب في ذلك المحافظة على مال المكره إذ لا يجوز إخراجة من حوزة صاحبه إلا برضاه منه أما إذا أجازه المكره برضائه بعد زوال الإكراه يصبح البيع نافذاً. كذلك التناقص مانع من سماع الدعوى فإذا تناقض شخص في دعواه لا تسمع منه الدعوى الثانية إلا أنه بتصديق الخصم أو تكذيب الحاكم يزول التناقض وتصبح الدعوى الثانية مسموعة لزوال المانع.

### ﴿المادة ٢٥﴾ الضرر لا يزال بمثله

ولا بأكثر منه بالأولى إذا يشترط بأن يزال الضرر بلا إضرار بالغير إن أمكن وإلا فبأخف منه. مثال: لو أن شخصاً فتح حانوتاً في سوق وجلب أكثر المشتريين لجانبه بصورة أوجبت الكساد على باقي التجار فلا يحق للتجار أن يطالبوا بمنع ذلك التاجر عن المتاجرة بداعي أنه يضر بمكاسبهم لأن منع ذلك التاجر عن التجارة هو ضرر بقدر الضرر الحاصل للتجار الآخرين. كذلك الشركة بالأموال هي ضرر ولذلك قد جوزت القسمة بين الشركاء إزالة للضرر والحاكم عند الإيجاب يحكم بالمقاسمة بين الشركاء جبراً. أما إذا كان المال المشترك طاحوناً وطلب أحد الشركاء تقسيمه فلأن تقسيم الطاحون يوجب ضرر الشركاء الآخرين الذين يرفضون المقاسمة فالحاكم لا يميز الشركاء على المقاسمة حيث يكون قد أزال الضرر بمثله أو بأكثر منه. كذلك يجوز لمن تحقق الهلاك جوعاً أن يأخذ من غيره ما يدفع به الهلاك عن نفسه غضباً. لكن لو كان صاحب المال محتاجاً إليه كاحتياجه له وبأخذه منه يصبح معرضاً للهلاك أيضاً لا يحق له أن يأخذه منه إذ أنه بدفع ضرره يجلب ضرراً لغيره مساوياً لضرره. كذلك إذا ظهر في المبيع عيب عند المشتري لا يحق له رد المبيع لوجود عيب قديم فيه إلا أنه يحق للمشتري أن يرجع على البائع بنقصان الثمن أي بالفرق بين قيمة المبيع معيباً وقيمه سالماً.

### ﴿المادة ٢٦﴾ يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام

بما أن الضرر الخاص لا يكون مثل الضرر العام بل دونه فيدفع الضرر العام به فمنع الطبيب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفسد من مزاولته صناعتهم ضرر لهم إلا أنه خاص بهم ولكن لو تركوا وشأنهم يحصل من مزاولتهم صناعتهم ضرر عام كإهلاك كثير من الناس بجهل الطبيب، وتضليل العباد مع تشويش كثير في الدين بمجون المفتي، وغش الناس من المكاري وكذلك جواز هدم البيت الذي يكون أمام الحريق منعاً لسراية النار. كذلك إذا كانت أبنية آيلة للسقوط والانهدام يجبر صاحبها على هدمها خوفاً من وقوعها على المارة. كما أنه يجوز تحديد أسعار المأكولات عند طمع التجار في زيادة الأرباح زيادة تضر بمصالح العامة وكذلك يمنع إخراج بعض الذخائر والغلال من بلدة لأخرى إذا كان في إخراجها ارتفاع الأسعار في البلدة. وكذلك يمنع الطباخ من فتح دكانه في سوق التجار خوفاً من حقوق التلف ببضائع التجار من دخان طعامه.

### ﴿المادة ٢٧﴾ الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف

يعني أن الضرر تجوز إزالته بضرر يكون أخف منه ولا يجوز أن يزال بمثله أو بأشد منه حسب ما وضعنا بالمواد السابقة. مثال: إذا أحدث المشتري في العقار المشفوع أبنية فلو أجبر المشتري والحالة هذه على قلعها وتسليم العقار المشفوع للشفيع يتضرر المشتري كما أنه إذا أجبر الشفيع على أخذ المشفوع مع دفع قيمة البناء الذي أحدثه المشتري يتضرر أيضاً بإجباره على دفع ثمنه ثماً

للبناء المحدث زيادة عن قيمة المشفوع إلا أن هذا الضرر أخف من ضرر المشتري فيما لو أجبرناه على قلع البناء إذ يضيع ما أنفقته على البناء بلا مقابل بخلاف الشفيع فإنه يأخذ مقابل الثمن الذي يدفعه البناء أو الشجر. إذا فُضِر الشفيع أخف من ضرر المشتري فيختار ويكلف ذلك الشفيع بأخذ الأبنية ودفع القيمة للمشتري. كذلك إذا دخل فرس «تساوي قيمته ثلاثين جنيهاً» رأسه في إناء شخص تساوي قيمته ثلاث جنيهاً مثلاً ولا يمكن إخراج رأس الفرس من الإناء إلا بكسره فخوفاً من موت الفرس يدفع صاحبه قيمة الإناء لصاحبه ويكسره لأن ذلك أخف ضرراً من موت الفرس كما لا يخفى. كذلك لو كان لشخص (ريشة) قلم تساوي جنيهاً وسقطت في دواة لشخص آخر تساوي عشرة قروش وكان غير ممكن إخراج الريشة بدون كسر الدواة فدفعا للضرر الأشد يكلف صاحب الريشة أن يدفع العشرة القروش ليكسر الدواة ويستخرج ريشته. كذلك لو أن دجاجة اختطفت لؤلؤة لأحد الناس تساوي مبلغاً فدفعا للضرر الأشد يدفع صاحب اللؤلؤة قيمة الدجاجة ليذبحها ويستخلص لؤلؤته.

#### ﴿المادة ٢٨﴾ إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما

لأن الضرورات تبيح المحظورات كما وضحنا في المادة ٢١ فإذا وجد محظورات وكان من الواجب أو من الضروري ارتكاب أحد الضررين فيلزم ارتكاب أخفهما وأهونها أما إذا كانا متساويين فيرتكب أحدهما لا على التعيين كما لو ركب رجل في سفينة فاحترقت تلك السفينة فهو مخير بين أن يبقى في السفينة وبين أن يلقي بنفسه إلى البحر لتساوي المحظورين على أنه لا يعد في كلا الحالين منتحراً ولا يكون أئماً.

#### ﴿المادة ٢٩﴾ يختار أهون الشرين

هذه المادة مأخوذة من قاعدة (إن من ابتلي ببليتين يأخذ بأيتها شاء فإن اختلفتا يختار أهونها لأن مباشرة الحرام لا تجوز إلا للضرورة ولا ضرورة في ارتكاب الزيادة) وحيث أن هذه المادة عين المادة ٢٨ فلا حاجة لشرحها.

#### ﴿المادة ٣٠﴾ درء المفسد أولى من جلب المنافع

أي إذا تعارضت مفسدة ومصلحة يقدم دفع المفسدة على جلب المصلحة فإذا أراد شخص مباشرة عمل ينتج منفعة له ولكنه من الجهة الأخرى يستلزم ضرراً مساوياً لتلك المنفعة أو أكبر منها يلحق بالآخرين فيجب أن يقلع عن إجراء ذلك العمل درءاً للمفسدة المقدم دفعها على جلب المنفعة. لأن الشرع اعتنى بالمنهيات أكثر من اعتناؤه بالمأمورات بها. مثال: يمنع المالك من التصرف في ملكه فيها إذا كان تصرفه يورث الجار ضرراً فاحشاً أو كما سيجيء في المواد ١٩٢، ٢٠٧، ١٢٠٨ إلا

أن المنفعة إذا كانت فائدتها أزيد بكثير مما يترتب على المفسدة من الأضرار فتقدم المنفعة ولا ينظر إلى المفسدة القليلة مثال: إن التكلم بالكذب مفسدة ولكن إذا أريد به إصلاح ذات البين يجوز على قدر الحاجة إليه. كذلك لو أراد متغلب ظالم أخذ الوديعة من المستودع غصباً عنه فللمستودع أن يكذب وينكر وجود وديعة عنده محافظة عليها.

### ﴿المادة ٣١﴾ الضرر يدفع بقدر الإمكان

يعني لو دخل عليك سارق مثلاً فادفعه عنك بقدر إمكانك فإذا كان ممن يدفع بالعصا فلا تدفعه بالسيف كذا إذا اغتصب شخص مال آخر واستهلكه فلأن إرجاع المال المغصوب المستهلك بعينه غير ممكن يضمن الغاصب مثل ذلك المال إذا كان من المثليات وقيمته إن كانت من القيميات. كذلك إذا حصل عيب حادث في المبيع عند المشتري ثم ظهر عيب له قديم فلأن العيب الحادث مانع للمشتري من أن يرد المبيع بالعيب القديم فيزال الضرر بقدر الإمكان وذلك بأن يرجع المشتري على البائع بنقصان الثمن.

### ﴿المادة ٣٢﴾ الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة

ومن هذا القليل تجوز البيع بالوفاء لأنه لما كثرت الديون على أهل بخارى مست الحاجة إلى ذلك وصار مرغياً. هذه المادة مأخوذة من الأشباه والنظائر.

ويفهم منها أن بيع الوفاء كان ممنوعاً وقد جوز بناء على الضرورة لأن الاستفادة المقرض زيادة عن بدل القرض ربا وممنوع شرعاً وبيع الوفاء من هذا القبيل غير جائز أصلاً ولكن حسب ما هو مذكور في هذه القاعدة قد اجتهدت الفقهاء بناء على احتياج أهالي بخارى في ذلك الزمن تجويزه.

إن تجوز بيع السلم وبيع الاستصناع مستند على هذه القاعدة أيضاً لأن بيع السلم هو بيع معدوم وقياساً يجب أن يكون بيعاً باطلاً ولكن قد جوز بيع السلم وبيع الاستصناع للاحتياج والضرورة العمومية لأنه لا يخفى أن أكثر الفلاحين في غالب السنين يصبحون باحتياج شديد للنقود قبل إدراك محصولهم فدفعاً لاحتياجهم هذا قد جوز بيع السلم وكذلك جوزت أيضاً إجازة الاغتسال في الحمام مع أنها قياساً غير جائزة لأن المنفعة فيها مجهولة وغير معينة لأنه لا يمكن تعيين المدة التي يقضيها المغتسل في الحمام ومقدار الماء الذي يصرفه إلا أنه للضرورة العمومية قد جوزت وكذلك وجود خيار التعيين بالمبيع يجعل المبيع مجهولاً ولكن قد جوز هذا المبيع بناء على الاحتياج إليه لأن بعض الناس لا يمكنه أن يشتري شيئاً بدون سؤال واستشارة العارفين.

### ﴿المادة ٣٣﴾ الإضطرار لا يبطل حق الغير

معنى الاضطرار هنا الإكراه على فعل الممنوع والاضطرار على قسمين أحدهما ينشأ عن سبب

داخلي ويقال له (سماوي) كالجوع مثلاً. أما القسم الثاني هو الاضطراب الناشئ عن سبب خارجي ويقال له (اضطرابي غير سماوي) وهو نوعان الإكراه الملجئ والإكراه غير الملجئ .

والذي يفهم من هذه القاعدة أنه لو أصاب إنسان مال الغير بناء على الاضطراب الذي يجوز له التصرف بمال الغير فلا تكون الأصابة الناشئة عن الاضطراب سبباً لأن يكون المتلف غير ضامن بل يجب على المستهلك أو المتلف أن يضمن قيمة المال المتلف. مثال ذلك: لو أن شخصاً جاع جوعاً شديداً وأصبح عرضة للتلف أي للموت فله الحق وفقاً للمادة ٢١ بأن يأخذ من طعام الغير ما يدفع به جوعه بدون إذن صاحب المال إلا أنه يجب عليه من الجهة الأخرى أن يضمن قيمة المال المتلف إذا كان من القيميات ومثله إذا كان من المثليات ولا يكون الاضطراب على استهلاك ذلك المال سبباً للتخلص من دفع قيمته والحاصل أن الاضطراب وإن أباح للمضطر تناول وإتلاف مال الغير دون أن يترتب عليه عقاب لا يكون سبباً للخلاص من الضمان.

وكذا لو هجم جل صائل على شخص وأصبحت حياته مهددة فله إتلاف الجمل تخليصاً لحياته من يد الهلاك إلا أنه يجب عليه أن يدفع قيمة الجمل لصاحبه وهنا إذا اعترض بقاعدة أن الضرورات ما دامت تبيح المحظورات فيجب عدم الضمان. فرداً على ذلك نقول القصد من الإباحة هذه إنما هو تجويز إتلاف المال بدون رضا صاحبه وإن لا يعد الفاعل غاصباً إلا أنه من الجهة الأخرى يجب الضمان لأن الإباحة لا تكون سبباً لضياع الحقوق على ذويها. وكذلك إذا استأجر شخص قارباً ساعة من الزمن وبعد أن وصل إلى عرض البحر انقضت مدة الإجارة فمقتضى القاعدة أنه يجب على الراكب أن يبارح القارب في الحال إلا إذا رضي المؤجر أن يؤجره ثانية ولكن بما أنه يوجد هنا اضطراب فصاحب السفينة مجبر على أن يبقى المستأجر في القارب حتى يخرج به إلى البر ولكن هذا الإجبار لا يمنع المؤجر من أن يطالب المستأجر بدفع أجرة المثل عن المدة الزائدة وفقاً للمادة (١٠٠٧) الناصة على أن الضمان في الإكراه الملجئ على المجرى وفي غير الملجئ على المكره ووجود الإكراه على إتلاف المال لا يضييع حق صاحب المال في تضمين قيمة ماله المتلف.

### ﴿المادة ٣٤﴾ ما حرم أخذه حرم إعطاؤه

يعني أن إعطاء الحرام وأخذه سواء في الحرمة، كما أن المكروه أخذه وإعطاؤه مكروه فالرشوة مثلاً كما حرم أخذها حرام إعطاؤها من الراشي حتى لو دفع الوصي في دعوة القاصر رشوة للحاكم من مال القاصر يضمن وكذلك أخذ الدجال الذي يفتح البخت والأشخاص المشعوذين دراهم من الناس ممنوع وحرام كما أن إعطاء الناس لهم ممنوع وحرام أيضاً وكذا النائحة أخذها وإعطاؤها الأجرة حرام وممنوع

### «مستثنيات هذه القاعدة»

إن لهذه القاعدة مستثنيات وهي: لو اغتصب غاصب مال قاصر فيحق للوصي أن يعطي

الغاصب قسماً من المال المغصوب كي يسترده فهنا أخذ الغاصب ذلك المال حرام وممنوع إلا أن إعطائه من الوصي لاسترداد المال جائز.

### ﴿المادة ٣٥﴾ ما حرم فعله حرم طلبه . كالسرقة لا تطلب من أحد يسرق

يعني أن كل شيء يكون إجراؤه حراماً فطلب إيقاعه حرام أيضاً . وهذه المادة تقرب من المادة ٣٤ التي سبق شرحها . مثال ذلك : إن أخذ الرشوة والشهادة الكاذبة وظلم الناس أو سرقة مال الناس من الأفعال المنوعة فطلب إجراء ذلك من شخص آخر كأن يقال له ادفع رشوة أو أشهد بكذا زوراً أو أن يغري بالظلم أو ارتكاب السرقة حرام وممنوع أيضاً إلا أن تحليف اليمين مستثنى من هذه القاعدة وتفصيل ذلك أن حلف اليمين كذباً حرام لكن تحليف ذلك الشخص المستعد لحلف اليمين الكاذب ليس بحرام لأنه إذا لم يجوز تحليف اليمين للشخص المنكر تضييع الفائدة المترتبة عليه وهي رجاء النكول الذي بسببه يتبين حق المدعي .

### ﴿المادة ٣٦﴾ العادة محكمة

يعني أن العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكماً لإثبات حكم شرعي . هذه المادة هي نفس القاعدة المذكورة في كتاب الأشباه وكتاب المجموع ومعنى محكمة أي هي المرجع عند النزاع لأنها دليل يبنى عليه الحكم وهي مأخوذة من الحديث الشريف القائل «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» .

تعريف العادة : هي الأمر الذي يتقرر بالنفوس ويكون مقبولاً عند ذوي الطباع السليمة بتكراره المرة بعد المرة . على أن لفظة العادة يفهم منها تكرر الشيء ومعاودته بخلاف الأمر الجاري صدفة مرة أو مرتين ولم يعتده الناس فلا يعد عادة ولا يبنى عليه حكم . والعرف بمعنى العادة أيضاً .

وقد أوضحت المجلة هذه المادة بقولها : إن العادة عامة أو خاصة تجعل حكماً لإثبات (حكم شرعي) والعرف والعادة إنما تجعل حكماً لإثبات الحكم الشرعي إذا لم يرد نص في ذلك الحكم المراد إثباته فإذا ورد النص عمل بموجبه ولا يجوز ترك النص والعمل بالعادة لأنه ليس للعباد حق تغيير النصوص والنص أقوى من العرف لأن العرف قد يكون مستنداً على باطل كما سيأتي في شرح المادة (٣٧) . أما نص الشارع فلا يجوز مطلقاً أن يكون مبنياً على باطل فلذلك لا يترك القوي لأجل العمل بالضعيف . على أن الإمام أبا يوسف يقول : إذا تعارض النص والعرف ينظر فيما إذا كان النص مبنياً على العرف والعادة أم لا ؟ فإذا كان النص مبنياً على العرف والعادة ترجح العادة ويترك النص . وإذا كان النص غير مستند إلى عرف وعادة يعمل بالنص ولا عبرة بالعادة ومع ذلك يجب أن لا يفهم أن حضرة الإمام أبي يوسف يذهب في رأيه إلى ترك النص والعمل بالعرف والعادة فالنص أقوى من العرف والعادة من غير شبهة حتى النص الذي يصدر من الناس وإنما رأيه بمثابة

تأويل للنص. مثال ذلك: إن وضع الطعام أمام الضيف بحكم العرف والعادة اذن له بأن يتناول من ذلك الطعام إلا أن صاحب البيت إذا منع الضيف من تناول الطعام فقد صدر منه نص بخلاف العرف والعادة فعلى الضيف أن يعمل بحكم النص ويمتنع عن الطعام ولا يعمل بالعرف والعادة فإذا أكل يكون مخالفاً للنص فيضمن والعرف والعادة يكونان على وجهين الأول يقسم إلى ثلاثة أقسام:

#### ١ - العرف العام

تعريف العرف العام: هو عرف هيئة غير مخصوص بطبقة من طبقاتها وواضعه غير متعين والعرف العام عندنا هو العرف الجاري منذ عهد الصحابة حتى زماننا والذي قبله المجتهدون وعملوا به ولو كان مخالفاً للقياس. مثال ذلك: إذا حلف شخص قائلاً «والله لا أضع قدمي في دار فلان» يبحث سواء دخل تلك الدار ماشياً أو راكباً أما لو وضع قدمه في الدار دون أن يدخلها لا يبحث لأن وضع القدم في العرف العام بمعنى الدخول

#### ٢ - العرف الخاص

تعريفه: هو اصطلاح طائفة مخصوصة على شيء كاستعمال علماء النحو «لفظة الرفع» وعلماء الأدب كلمة «النقد».

#### ٣ - العرف الشرعي

هو عبارة عن الاصطلاحات الشرعية «كالصلاة والزكاة والحج، فباستعمالها في المعنى الشرعي أهمل معناها اللغوي

هذا وفي الحكم بالعرف العام والعرف الخاص فرق وإليك التفصيل:

يثبت بالعرف العام حكم عام. مثال ذلك: لو حلف شخص فقال «لا أضع قدمي في دار فلان» فيما أن معنى ذلك في اللغة (لا أضع رجلي) وفي العرف العام (لا أدخل) يثبت ذلك في حق العموم. أما العرف الخاص فإنه يثبت به حكم خاص فقط. مثال ذلك: لو تعورف في بلدة وقف المنقول غير المتعارف وقفه في غيرها يحكم بصحة وقف ذلك المنقول فيها فقط. وكذا إذا كان إعطاء أجزاء النقود بدلاً عن أصل النقود جائزاً عرفاً في بلدة يحكم بصحة إعطاء الأجزاء في تلك البلدة فقط ولا يجوز في غيرها.

والوجه الثاني يقسم أيضاً إلى قسمين: (١) العرف العملي (٢) والعرف القولي.

العرف العملي: كتعود أهل بلدة مثلاً أكل لحم الضأن أو خبز القمح فلو وكل شخص من تلك البلدة آخر بأن يشتري له خبزاً أو لحماً فليس للوكيل أن يشتري للموكل لحم جمل أو خبز ذرة أو شعير استناداً على هذا الإطلاق وهذا العرف عند الحنفية يسمى عرفاً عاماً مخصصاً أي عرف مقيّد

العرف القولي: وهو اصطلاح جماعة على لفظ يستعملونه في معنى مخصوص حتى يتبادر معناه

إلى ذهن أحدهم بمجرد سماعه وهذا العرف أيضاً يسمى عند الحنفية والشافعية عرفاً مخصصاً. مثال ذلك: لو قال شخص في الحال الحاضر لآخر اشتر لي فرس فلان بعشرة جنيهاً ولم يعين النوع فللوكيل أن يشتري الفرس بعشرة جنيهاً مصرية وهي العملة المتعامل بها في فلسطين وكذا لو قال هذا القول قبل النفي العام فيحمل على الليرات الإفريقية التي كانت مستعملة حينئذ ولا يحق للوكيل أن يشتري ذلك الفرس بجنيهاً انكليزية مثلاً.

إن المادة (٢٣٠) تذكر أن الأشياء التي تدخل في البيع عادة تدخل في البيع بدون ذكر لها. مثال ذلك: يدخل ضمن بيع الفرس رسنه ولو لم يذكر للمشتري أخذه وكذا يجوز إعطاء أجزاء المسكوكات بدل أصلها في بلدة إذا كان ذلك متعارفاً فيها راجع مادة (٢٤٤).

وكذلك إذا كان العرف في بلدة في البيع المطلق يدفع مقسطاً يعتبر ثمن المبيع مقسطاً حسب العرف إنظر المادة (٥٧٦) وكذا إذ وضع رجل ولده عند صاحب صنعة بقصد تعلمها ولم يشترط أحدهما على الآخر أجره وبعد أن تعلم الولد الصنعة طالب كل منهما الآخر بالأجرة يعمل بعرف البلدة فإذا كانت الأجرة عادة على المعلم يجبر عليها وإن كانت على الصبي المتعلم يجبر على دفعها للمعلم وإن كانت العادة لا تقضي على كل منها يحكم بمقتضاها أنظر المادة (٥٦٩) كذلك يجب على المكاري وضع الحمل داخل الدار أو المخزن إن كان ذلك متعارفاً أنظر مادة (٥٧٥) كذلك استئجار الموضع جائز عملاً بالعرف والعادة مع أنها في الأصل إجارة فاسدة لجهل المنفعة.

### ﴿المادة ٣٧﴾ استعمال الناس حجة يجب العمل بها

يعني أن وضع اليد على شيء والتصرف فيه دليل على الملك ظاهراً واستعمال الناس إن كان عاماً يعد حجة في حق العموم وإن كان خاصاً ببلدة مثلاً لا يكون حجة خلافاً لمشايخ بلخ فإنهم يرونه حجة في تلك البلدة ويكون حينئذ من العرف الخاص الذي بيناه فيثبت به حكم خاص. واعتبار الإجماع العمومي الشرعي حجة يعمل بها إنما هو لاستحالة تواطؤ ذلك الجمع على الكذب والضلal والحاصل أن استعمال الناس غير المخالف للشرع ولنص الفقهاء يعد حجة كالبيع بالوفاء وبيع السلم مثلاً فقد اتفق الفقهاء وأجمع الناس على جوازه لما مست الحاجة إليه مع أنه في الأصل غير جائز. مثال ذلك: إذا استعان شخص على شراء مال وبعد وقوع البيع والشراء طلب المستعان به من المستعين أجره فيتنظر إلى تعامل أهل السوق فإذا كان معتاداً في مثل هذه الحال أخذ أجره فللمستعان به أخذ الأجرة المثلية من المستعين وإلا فلا. وكذلك لو أهدى شخص شيئاً كالفتحاح مثلاً في صحن يجب رد الصحن لأنه يرد عادة ولو أهدى بلحاً أو عنباً في سل لا يرد السل لصاحبه لجريان العادة بعدم رد السل. وكذلك لو استأجر شخص عاملاً ليعمل له في بستانه يوماً فتعين وقت العمل من اليوم عائد إلى العرف والعادة في تلك البلدة وكذلك لو تعورف في بلدة وقف المنقول كوقف الكتب الشرعية والعلمية والمصاحف الشريفة حكم بجوازه ويكون الوقف صحيحاً مع أن وقف المنقول في الأصل غير صحيح.

إن العرف والعادة يكون حجة إذا لم يكن مخالفاً لنص أو شرط لأحد المتعاقدين كما لو استأجر شخص آخر لأن يعمل له من الظهر إلى العصر فقط بأجرة معينة فليس للمستأجر أن يلزم الأجير العمل من الصباح إلى المساء بداعي أن عرف البلدة كذلك بل يتبع المدة المعينة بينهما.

قد ذكرنا أن اجتهاد الإمام أبي يوسف في النص أنه إذا كان مبنياً على العرف والعادة كالحديث الوارد في الذهب والفضة أنها من الموزونات والملح والشعير والبر من المكيالات يترك ويصار إلى العرف والعادة إذا تبدلت بتبدل الأزمان فالذهب والفضة في زماننا يقربان أن يكونا عديدين والتمر والملح أصبحا وزنيين والقمح والشعير كادا أن يصيرا وزنيين وأما إذا كان النص غير مستند على العرف والعادة فيعتبر النص ولا يصار إلى العرف والعادة خلافاً للإمام أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فأنهما يعتبران النص كيفما كان ولا يتركانه بداعي تغير الأحوال بتغير الأزمان والمختار للمجلة قول أبي يوسف.

### ﴿المادة ٣٨﴾ الممتنع عادة كالممتنع حقيقة

يعني أن ما استحالة عادة لا تسمع فيه الدعوى كالمستحيل عقلاً كما لو ادعى شخص بأن الجنين الذي في بطن هذه المرأة قد باعني المال الفلاني أو أقر بأنه استقرض منه كذا مبلغاً فلأنه قد اسند ادعائه وإقراره لسبب مستحيل عادة فإقراره وادعائه غير صحيحين. وكذلك إذا ادعى من عرف بالفقر على من عرف بالغنى بأنه استدان منه مبلغاً لا تجوز العادة وقوع مثله لا تسمع فيه الدعوى وكما لو ادعى أن زيداً ابنه ولا يولد مثله لمثله وكذا لو أقر إنسان قاتلاً لفلان عندي ثوب في عشرة أثواب يكون إقراره بثوب واحد لا بعشرة أثواب لأن العشرة أثواب لا يجوز أن تكون ظرفاً فالثوب واحد فأن ذلك ممتنع عادة وبما أن الممتنع عادة كالممتنع حقيقة فتكون كلمة (في عشرة) لغواً ولا يعمل بها.

### ﴿المادة ٣٩﴾ لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان.

إن الأحكام التي تتغير بتغير الأزمان هي الأحكام المستندة على العرف والعادة لأنه بتغير الأزمان تتغير احتياجات الناس وبناء على هذا التغير يتبدل أيضاً العرف والعادة ويتغير العرف والعادة تتغير الأحكام حسبها أو وضحنا آنفاً بخلاف الأحكام المستندة على الأدلة الشرعية التي لم تبين على العرف والعادة فإنها لا تتغير. مثال ذلك: جزاء القاتل العمد القتل فهذا الحكم الشرعي الذي لم يستند على العرف والعادة لا يتغير بتغير الأزمان. أما الذي يتغير بتغير الأزمان من الأحكام فإنما هي المبنية على العرف والعادة كما قلنا وإليك الأمثلة:

كان عند الفقهاء المتقدمين أنه إذا اشترى أحد داراً اكتفى برؤية بعض بيوتها وعند المتأخرين لا بد من رؤية كل بيت منها على حدته وهذا الاختلاف ليس مستنداً إلى دليل بل هو ناشئ عن

اختلاف العرف والعادة في أمر الانشاء والبناء وذلك أن العادة قديماً في انشاء الدور وبنائها أن تكون جميع بيوتها متساوية وعلى طراز واحد فكانت على هذا رؤية بعض البيوت تغني عن رؤية سائرهما وأما في هذا العصر فإذا جرت العادة بأن الدار الواحدة تكون بيوتها مختلفة في الشكل والحجم لزم عند البيع رؤية كل منها على الانفراد وفي الحقيقة اللازم في هذه المسألة وامثالها حصول علم كاف بالمبيع عند المشتري ومن ثم لم يكن الاختلاف الواقع في مثل هذه المسألة المذكورة تغييراً للقاعدة الشرعية وإنما تغير الحكم فيها بتغير أحوال الزمان فقط وكذا تزكية الشهود سراً وعلناً ولزوم الضمان غاصب مال اليتيم ومال الوقف مبنيان على هذه القاعدة وقد رأى الإمام الأعظم عدم لزوم تزكية الشهود في دعوى المال ما لم يطعن الخصم فيهم وسبب ذلك صلاح الناس في زمانه أما الصاحبان وقد شهدا زمناً غير زمنه تفشت فيه الأخلاق الفاسدة فرأيا لزوم تزكية الشهود سراً وعلناً والمجلة قد اخذت بقولهما وأوجب تزكية الشهود: وكذا من القواعد أن لا يجتمع اجر وضمان إلا أن المتأخرين من الفقهاء لما وجدوا أن الناس في عصرهم لا يبالون باغتصاب مال اليتيم والاقواف والتعدي عليها كلما سنحت لهم فرصة اوجبوا ضمان منافع المال المغصوب العائد للوقف واليتيم قطعاً للاطماع ونختم قولنا مكررين أن الأحكام الثابتة بناء على النص لا تتغير أحكامها لأن النص أقوى من العرف إذ لا يحتمل أن يكون مستنداً على باطل بخلاف العرف والعادة فقد تكون مبنية على باطل كأن يتعامل الناس مثلاً بالبئوع الفاسدة وغيرها من الممنوعات فذلك لا يجعلها جائزة شرعاً.

﴿المادة ٤٠﴾ الحقيقة تترك بدلالة العادة يعني لو وكلت انساناً بشراء طعام وليمة لا تشتري إلا الطعام المعتاد في مثلها لا كل ما يؤكل

كنا أوضحنا سابقاً أن اللفظ أما أن يكون له معنى حقيقي وأما أن يكون له معنى مجازي وقد بين علماء البيان أن للفظ معنى ثالثاً وهو المعنى الكنائي. وقد ذكر علماء الأصول أن المعنى الكنائي أما أن يكون حقيقياً أو مجازياً فالمعنى الحقيقي للفظ هو كاللباس الشخص لباسه المملوك له والمعنى المجازي كاللباس المستعار فاستعمال اللفظ بمعناه الحقيقي لا يحتاج إلى قرينة أو دليل أما لأجل استعمال ذلك اللفظ في المعنى المجازي يجب وجود قرينة مانعة من ارادة المعنى الحقيقي للفظ.

هذا وأن القرينة أو الدليل الذي يمنع استعمال اللفظ في معناه الحقيقي متنوعة منها أن يكون المعنى الحقيقي للفظ مهجوراً وهذا هو المراد في هذه المادة وهو الذي نشرحه الآن. إذا أصبح المعنى الحقيقي للفظ مهجوراً عادة وعرفاً وشاع استعماله في معنى آخر يستعمل في المعنى الذي استعمل فيه ويكون العرف والعادة القرينة المانعة من ارادة معناه الحقيقي وقد بين علماء أصول الفقه لذلك النوع ثلاثة أوجه:

الوجه الأول - عدم استعمال الحقيقة واستعمال المجاز لتعذر استعمال المعنى الحقيقي أو لأن استعماله مهجور عادة أو شرعاً. فاستعمال المجاز في هذا الوجه يبيى على أحد أسباب ثلاثة:

الأول: تعذر قصد معنى الحقيقة ومعنى التعذر عدم التمكن من الوصول للشيء إلا بمشقة.

مثال ذلك: لو أقسم شخص قائلاً أنني لا أكل من هذه الشجرة فالمعنى الحقيقي لهذه الكلمة هو أكل خشب الشجرة إلا إن قصد المعنى الحقيقي لما كان متعذراً يحمل على المجاز أي على ثمر الشجرة إذا كانت ذا ثمر وعليه لو أكل ذلك الشخص الحالف من حطب الشجرة لا يحنث بيمينه لأنه لم يكن هو المقصود بالحلف لأنه أصبح مهجوراً.

الثاني والثالث: أن يكون اللفظ الحقيقي مهجوراً عادة أو شرعاً كأن يقول رجل لخدمه أقلب «نعال الضيوف» فالمقصود هنا عادة صفها وترتيبها لا قلبها وجهاً لبطن وكلمة «فنارياب» باللغة التركية وإن كانت في الحقيقة بمعنى أحرق الفانوس فمعناها المستعمل أشعل الفانوس وفيما يلي بعض الأمثلة لبعض الألفاظ التي هجرت معانيها الحقيقية عادة وشرعاً واستعملت في معانٍ أخرى مجازاً: مثال للمهجور عادة: لو حلف شخص قائلاً لا ادوس دار فلان فالمقصود له أنه لا يدخل دار ذلك الرجل لا أن لا يدخل رجله فيها.

مثال للمهجور شرعاً: لو قال شخص أنني وكلت فلاناً بالخصومة فإن معنى الخصومة الحقيقي هو النزاع والمقاتلة ولكن لقوله تعالى في كتابه العزيز (لا تنازعوا) الآية هجر معناها الحقيقي شرعاً وأصبح إنما يقصد التوكيل بالمجاوبة والمرافعة عن الوكيل في الدعوى المقامة عليه أو التي أقامها هو.

الوجه الثاني - استعمال الحقيقة وعدم استعمال المجاز أو أن يكون استعمال الحقيقة والمجاز على حد سواء أو استعمال الحقيقة بصورة أكثر من المجاز وفي هذه الأحوال لا يستعمل المجاز والحقيقة أولى بالاستعمال.

الوجه الثالث - أن يكون استعمال المجاز أكثر أو ارجح من استعمال الحقيقة فرأي الإمام الأعظم هنا حمل الكلام على الحقيقة أولى لأن المستعار لا يحق له أن يزاحم الأصل ورأي الإمامين المجاز أولى.

مثال: لو حلف شخص قائلاً أنني لا أكل من هذا القمح أو لا اشرب من هذا النهر فعلى رأي الإمام الأعظم أنه لو أكل من الدقيق أو الخبز المصنوع من ذلك القمح أو شرب من اناء مملوء من ذلك النهر لا يحنث ما لم يشرب من النهر كرعاً ويأكل من القمح حباً أما رأي الإمامين فإنه يحنث سواء أكل من القمح حباً أم أكل من طعينه وخبزه وسواء شرب من ماء النهر كرعاً أم شرب منه باناء.

وقد ذكر الفقهاء أن المفتي عندما يستفتى عن مسألة يجب عليه إذا كان المستفتى من بلدة أخرى أن لا يفتي قبل أن يعلم المعنى المستعمل للفظ المستفتى به في بلدة المستفتى.

هذا والمادة ١٥٨٤ تصرح بأن الاقرار المعلق على شرط باطل ولكن إذا كان الاقرار معلقاً على زمن يعرف به الناس أجل الدين يعتبر اقرار المقر اقراراً بدين مؤجل. مثال: لو قال شخص إذا

وصلت إلى القدس فأنا مديون لك بالف قرش فاقراره باطل لكونه معلقاً على شرط أما لو قال على البيدر أنا مديون لك بالف قرش فيكون قد اقر بدين مؤجل لذلك الرجل وكذلك يحمل الإقرار بالدين المعلق بالموت على الاشهاد فيجب على المقر دفع الدين إذا كان حياً أو على ورثته إذا كان ميتاً وكذلك الأبراء المعلق على الموت يعتبر ويحمل على الوصية.

### ﴿المادة ٤١﴾ إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت

يعني لا يلزم أن يكون جهاز العرس إلا على العادة الغالبة فلو جهزت عروس بأكثر من العادة الغالبة لا يعتبر ولا يقاس عليه.

قلنا إن العادة يجب أن تعتبر وهذه المادة تشترط في العادة لكي تكون معتبرة أن تكون مطردة أي أن لا تتخلف أو غالبية أي أن تخلفت أحياناً فأنها لا تتخلف على الأكثر هذا وقد ذكر صاحب الأشباه أن الشيء الذي يحمل على العرف والعادة يجب أولاً أن يكون حمله على العرف الموجود وقت التلفظ لا أن يحمل الشيء الذي وضع قبلاً على عرف حدث مؤخراً. ثانياً أن يكون العرف سابقاً ومقارناً أي ألا يكون متأخراً وطارئاً. مثال: لو باع شخص منذ عشر سنوات في يافا فرساً بعشرين ليرة ولم يذكر في العقد نوع الليرة وتحدث بالدعوى الآن فلأن البيع وقع قبل عشر سنوات يوم كانت الليرة الفرنسية هي الرائجة في يافا يجب الحكم بأن الثمن ليرات افرنسية ولا عبرة بالعرف والعادة الطارئین بعدئذ والحاصل أن العرف لا يكون معتبراً إلا إذا كان مطرداً أو غالباً وأن يكون زمنه مقارناً وسابقاً لزمن العقد الذي يراد فيه تحكيم العرف والعادة.

### ﴿المادة ٤٢﴾ العبرة للغالب الشائع لا للنادر

الشائع هو الأمر الذي يصبح معلوماً للناس وذائعاً بينهم. مثال: أن الحكم بموت المفقود لمرور ٩٠ سنة من عمره مستند على الشائع الغالب بين الناس من أن الانسان لا يعيش أكثر من تسعين عاماً على أن البعض قد يعيش أكثر من ذلك إلا أنه نادر والنادر لا حكم له بل يحكم بموته على العرف الشائع وتقسم امواله بين ورثته كذلك يحكم ببلوغ من له من العمر خمس عشرة سنة لأنه هو السن الشائع للبلوغ وان كان البعض لا يبلغ إلا في السابعة عشرة أو الثامنة عشرة إلا أنه نادر فلا ينظر إليه كذلك الحكم بسبع سنين لمدة حضانة الصبي وتسع لحضانة البنت مبني على الشائع المتعارف من أن الصبي إذا بلغ السابعة من عمره يستغني عن معين له في لباسه وأكله واستنجائه مثلاً: والبنت إذا صار عمرها تسع سنوات تصبح مشتهاة في الغالب واختلاف النمو في البعض زيادة ونقصاناً بتأثير التربية والاقليم لا عبرة له بل المعتبر السبع سنوات للصبي والتسع للبنت لأنه الشائع الغالب.

### ﴿المادة ٤٣﴾ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً

وفي الكتب الفقهية عبارات أخرى بهذا المعنى «الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي» و«المعروف عرفاً كالمشروط شرعاً» و«الثابت بالعرف كالثابت بالنص» و«المعروف بالعرف كالمشروط باللفظ» وقد سبق لنا أن عرفنا العرف والعادة. فاليك الأمثلة على هذه القاعدة: لو اشتغل شخص لآخر شيئاً ولم يتقاولا على الاجرة ينظر للعامل ان كان يشتغل بالاجرة عادة يجبر صاحب العمل على دفع اجرة المثل له عملاً بالعرف والعادة وإلا فلا. كذلك إذا اشترى شخص من آخر شيئاً بعشر ليرات ولم يعين نوع الليرة يرجع إلى النوع المتعارف في تلك البلدة كان يكون المتعارف الليرة العثمانية مثلاً فتعتبر هي التي وقع عليها العقد كما لو ذكرت. كذا لو اشترى شخص بقرة فتيين له بعد شرائها أنها غير حلوب واراد ردها ينظر ان كان هذا الشخص معروفاً أنه ممن يشتري للذبح كأن يكون قصاباً لا يجوز له الرد وان كان ممن يشتري لأجل الانتفاع بحليبها ترد كذلك لو سكن شخص داراً لآخر معدة للاجرة بدون إذنه وبدون تأويل ملك أو تأويل عقد يلزمه دفع اجرة المثل عرفاً ويكون كان الساكن شرطها على نفسه حين سكنه للدار وكذا الذي ينم في الفندق والمغتسل في الحمام يجب عليه دفع الاجرة لأن العرف والعادة توجب دفعها وان لم تذكر. وكذلك لو دفع الأب لابنته العروس حلياً أو بعض جهاز لبيتها وادعى بعد العرس أنه عيارة فان كان المتعارف في مثل هذه الأحوال أن ما يعطيه الأب يكون عيارة يحكم برده إليه وإلا فلا ويكون هبة وكذا لو كان ترك راعي القرية المواشي على رأس زقاق القرية معتاداً ثم هي تتفرق إلى دور اهله فلا يضمن وان كان المعتاد أن يوصل كل ثلة إلى محل صاحبها يضمن ويعد مقصراً لتركه إياها على رأس الزقاق.

### ﴿المادة ٤٤﴾ المعروف بين التجار كالمشروط بينهم

ان هذه المادة هي عين المادة السابقة

### ﴿المادة ٤٥﴾ التعيين بالعرف كالتعيين بالنص

يتفرع من هذه المادة فروع منها الاعارة المطلقة المتقيدة بالعرف والعادة. مثال ذلك: لو أعار شخص آخر دابة اعارة مطلقة لا يجوز للمستعير أن يركبها أو يحملها غير المعتاد المتعارف فلو حملها حديداً أو سلك بها طريقاً وعراً وكان تحميل الحديد وسلوك تلك الطريق غير معتاد يضمن. كذلك الوكيل يبيع شيء وكالة مطلقة تعتبر عادة بأن لا يكون تصرفه مضراً بالموكل فلو وكل شخص آخر يبيع شيء وكالة مطلقة فله أن يبيع ذلك المال بشمن معجل أو مؤجل إلى أجل متعارف التأجيل بين التجار ولا يجوز له أن يبيعه لأجل أبعد من المعتاد كذا لو وكله في بيع شيء كما جاء في مادة (١٤٩٩) لا يحق له أن يبيع بعضه ان كان في تبعضه ضرر عادة.

### ﴿المادة ٤٦﴾ إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع

أي إذا وجد في مسألة سبب يستلزم العمل بها وسبب آخر يمنع العمل يرجح المانع. مثال ذلك: الرهن، لو رهن رجل عند آخر داره مثلاً يمنع الراهن من بيعها مع أنه مالك لها وبيان ذلك أن ملكية الدار تقتضي أن يتصرف صاحبها بها كيف شاء إلا أن حق المرتهن في الدار وجعلها وثيقة في يده لحفظ ماله مانع والمانع مرجح على المقتضى فيعمل به. كذلك لو بيع شيء معلوم وآخر مجهول صفقة واحدة لا يصح لمعارضة المانع وهو جهالة أحد المبيعين في الصفقة الواحدة للمقتضى وهو صحة العقد في المبيع المعلوم كذا لو باع شخص من آخر متقوماً وغير متقوم معاً كمية كذلك البناء الذي أسفله مملوك لشخص وأعله ملك شخص آخر ليس لأحدهما أن يتصرف في ملكه بمقتضى ملكيته بدون رضا الآخر بصورة مضرة لمعارضة المانع وهو الإضرار كأن يكشف صاحب البناء العلوي سقف البناء السفلي الذي هو أرض محله أو يهدم صاحب البناء السفلي حائطاً مرتكزاً عليها قسم من البناء العلوي. كذلك لو أقر شخص لوارثه ولأجنبي معه بمال في مرض الموت لا يصح لأن الإقرار للوارث في مرض الموت لا يعتبر فيكون مانعاً.

### ﴿المادة ٤٧﴾ التابع تابع

يعني: التابع للشيء في الوجود تابع لذلك الشيء في الحكم فلو بيعت بقرة مثلاً: في بطنها جنين دخل الجنين في البيع بلا نص عليه لأنه تبع لها فيتبعها في الحكم كذلك لو باع شخص بستاناً من آخر وقبل التسليم أثمر شجر ذلك البستان فلا يحق للبائع أن يجني ذلك الثمر لنفسه بل يكون مملوكاً للمشتري تبعاً كما جاء في المادة (٢٣٦) أن الزوائد التي تحصل في البيع بعد العقد وقبل القبض تكون مملوكة للمشتري. كذا زوائد المغصوب الحاصلة في يد الغاصب هي تابعة للمغصوب بالوجود أيضاً فتكون ملكاً للمغصوب منه. مثال: لو اغتصب شخص فرساً من آخر ونتاجت عنده مهرراً مثلاً: فالمهر لصاحبها تبعاً لها وليس للمغتصب أن يدعيه لنفسه. كذلك في الرهن فلو رهن رجل عند شخص ناقة ونتاجت عند المرتهن فالنتاج يكون رهنماً أيضاً تبعاً له ولا يحق للراهن أن يأخذه قبل فك الرهن.

### ﴿المادة ٤٨﴾ التابع لا يقرر بالحكم

فالجنين الذي في بطن الحيوان لا يباع منفرداً عن أمه كذلك لا يجوز هبة الحيوان الموجود في بطن أمه حتى لو وهب شخص بقرة حاملاً واستثنى حملها من الهبة تكون الهبة للأنثى معاً. ويكون الاستثناء لغواً كذلك إذا بيع شيء من الموزونات وكان في تبعيضه ضرر وظهر عند التسليم زيادة

عن المقدار المذكور عند البيع فالزيادة للمشتري وليس للبائع أن يفسخ البيع. مثال ذلك: لو باع شخص حجراً من الماس على أن وزنه خمسة قراريط فظهر أثناء التسليم أن وزنه خمسة ونصف يصبح ذلك الحجر للمشتري بنفس الثمن الذي صار الاتفاق عليه لأن نصف القيراط تابع للكل فلا يقرر بالحكم.

### «مستثنيات هذه القاعدة»

لهذه القاعدة مستثنيات وهي كما يلي:

إذا أقر شخص لجنين أي حمل بمال مع بيان سبب معقول يكون إقراره صحيحاً بشرط أن يولد ذلك الحمل في بحر ستة أشهر من تاريخ الإقرار فهنا مع كون الجنين تابعاً في الوجود لوالدته فقد أقر بالحكم واعتبر الإقرار له كما أن الجنين إذا ولد حياً يرث من والده المتوفي قبلاً. كذلك إذا أبرأ المكفول إليه الكفيل يصبح بريئاً والحال أن الكفالة تابعة للدين والدين باق فكان من الواجب ألا يفرد الكفيل بحكم كذلك لو أن شخصاً يطلب له من آخر عملة خالصة فاسقط حقه من أخذ دينه بتلك العملة وقبل أن يأخذها عملة (مغشوشة) فإسقاطه هذا صحيح والحال أن خلوص العملة صفة للدين وتابعة له فكان الواجب عدم إعطاء حكم بحقها.

### «المادة ٤٩» من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته

فإذا اشترى رجل داراً مثلاً ملك الطريق الموصلة إليها. لأن الطريق من ضرورات الدار والدار بدون طريق لا يمكن الإنتفاع بها والسكنى فيها فعليه كل دار تباع من المشتري تدخل طريقها في البيع بدون ذكر ولا يحق للبائع أن يقول إنني لم أبيع الطريق بل باعت الدار فقط كذلك كل من يملك أرضاً أو عقاراً يصبح مالكا ما فوقها وما تحتها توفيقاً للمادة (١١٧٤) فعليه يحق لمالك الأرض إنشاء ما يشاء من البناء وإعلاء سمكه إلى القدر الذي يريد كما يحق له أن يحفر في الأرض إلى أعماقها.

### «المادة ٥٠» إذا سقط الأصل سقط الفرع

إن هذه المادة مذكورة في الأشباه بعبارة (يسقط الفرع إذا سقط الأصل) ومن هذا القبيل أيضاً قاعدة (التابع يسقط بسقوط المتبوع)

والذي يفهم من هذه القاعدة إنه يسقط التابع بسقوط المتبوع أو يسقط الفرع بسقوط الأصل أما إذا سقط الفرع أو سقط التابع فلا يسقط المتبوع. مثال ذلك: لو أبرأ الدائن المدين من الدين

فكما أنه يبرأ المدين يبرأ منه الكفيل أيضاً لأن المدين في الدين أصل والكفيل فرع فبسقوطه عن الأصل يسقط عن الفرع طبعاً أما لو عكست القضية وكان الكفيل هو المبرأ من قبل الدائن فلا يسقط الدين عن المدين بسقوطه عن الكفيل لأن سقوط الدين عن الفرع لا يوجب سقوطه عن الأصل على أنه قد يجوز أن يثبت الفرع دون أن يثبت الأصل وإليك المثال:

لو ادعى شخص على اثنين بأن أحدهما استدان منه ألف قرش والثاني كفله في ذلك المبلغ فأنكر المدين الدين والمدعي عاجز عن إثبات مدعاه إلا أن الكفيل أقر بالكفالة فيحكم على الكفيل الذي هو الفرع بمقتضى اعترافه بالمدين دون الأصل الذي هو الأصل.

### ﴿المادة ٥١﴾ الساقط لا يعود

يعني إذا أسقط شخص حقاً من الحقوق التي يجوز له إسقاطها يسقط ذلك الحق وبعد إسقاطه لا يعود.

أما الحق الذي لا يقبل الإسقاط بإسقاط صاحبه له. مثال: لو كان لشخص على آخر دين فأسقطه عن المدين ثم بدا له رأي فندم على إسقاطه الدين عن ذلك الرجل فلأنه أسقط الدين وهو من الحقوق التي يحق له أن يسقطها فلا يجوز له أن يرجع إلى المدين ويطالبه بالدين لأن ذمته برأت من الدين بإسقاط الدائن حقه فيه.

أما لو أبرأ شخص آخر من طريق له أو سئل له أو كان له قطعة وأبرأه بها فلا يسقط حقه بالطريق والمسئل والأرض لأنه لا يسقط الحق بما ذكر بمجرد الترك والإعراض ويجب لإسقاط الحق فيها إجراء عقد بيع أو هبة مثلاً: هذا وإليك بعض الأمثلة:

إذا اشترى المشتري مالاً من آخر فللبائع حق حبس المبيع عنده حين قبض الثمن كما تبين في المادة (٢٨١) ولكن إذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن فيكون أسقط حقه في حبس المبيع فليس له بعد ذلك أن يسترجع المبيع ويحبسه عنده حين قبض الثمن لأن الساقط لا يعود كما قلنا كذلك الذي يشتري مالاً بدون أن يراه له حق خيار الرؤية فهو إذا باعه من آخر أو وهبه أو أجره قبل أن يراه أو بعد أن رآه يسقط حق خياره بمقتضى المادة (٣٣٥) فعلى هذا لو أراد بعد ذلك رد المبيع بحق خيار الرؤية فليس له رده كذا الصلح الذي يجري بين الطرفين لأنه يتضمن إسقاط بعض الحقوق فليس للطرفين حق الفسخ فيه كذلك لو رد الحاكم شهادة شاهد بتهمة الفسق في دعوى من الدعاوى فليس له أن يقبل شهادته في نفس الدعوى فيما لو تبين له بعد ذلك بطلان تلك التهمة.

### ﴿المادة ٥٢﴾ إذا بطل شيء بطل ما في ضمنه

فقاعدة «المنبي على الفاسد فاسد» من هذا القبيل أيضاً.

ومعنى هذه المادة: إن الشيء الذي ثبت ضمناً إذا بطل متضمنه لا يبقى له الحكم. مثال: لو

اشترى شخص من آخر اليمين الموجه عليه في المحاكمة فلما كان هذا الشراء باطلاً فإسقاط اليمين الذي في ضمنه باطل أيضاً كذا لو تصالح طرفان فأبرأ الواحد منهما الآخر وكتبوا بذلك سندات فيما بينهما فظهر أن ذلك الصلح فاسد فكما أنه يكون باطلاً يكون الإبراء الذي في ضمنه باطلاً أيضاً.

### «مستثنيات هذه القاعدة»

ولهذه القاعدة مستثنى واحد وذلك إذا تصالح الشفيع والمشتري ببذل معلوم على حق الشفعة فالصلح غير صحيح ولكن يسقط حق الشفيع في الشفعة فهنا مع بطلان الصلح لم يبطل إسقاط الشفعة الذي هو من ضمن الصلح كما تقتضي القاعدة.

### «المادة ٥٣» إذا بطل الأصل يصار إلى البذل

يفهم من هذه المادة أنه يجب إيفاء الأصل ولا يجوز إيفاء البذل بدون رضا صاحب المال ما دام إيفاء الأصل ممكناً. لأن إيفاء الأصل هو (الأداء) أما إيفاء بالخلف عن الأصل والرجوع إلى الخلف مع وجود الأصل غير جائز. كالمال المغمصوب مثلاً فهو إذا كان موجوداً في يد الغاصب يجب رده عيناً ولا يجوز إيفاء بدله مع وجوده. مثال: لو اغتصب شخص من آخر شيئاً وأراد أن يدفع قيمته للمغمصوب منه مع وجود المال المغمصوب تحت يده والمغمصوب منه لم يقبل بذلك فلا يجوز للحاكم أن يحكم بالبذل.

إن الأصوليين يعبرون عن إيفاء المغمصوب بالذات بالأداء الكامل لأن رد عين المغمصوب هو أداء حقيقة.

هذا غير أن المال المغمصوب إذا تلف في يد الغاصب أو فقد منه وأصبح رده عيناً غير ممكن يصار حينئذ إلى البذل فإن كان من المثليات يؤمر الغاصب بإيفائه بمثله ويسمى ذلك (القضاء بالمثل المعقول أو القضاء الكامل) لأن الأموال المثلية مطابقة لبعضها صورة ومعنى وقيمة الشيء هي معنى ذلك الشيء فالأموال المثلية متساوية في القيمة على الغالب أو متقاربة في ذلك. أما إذا كان المال من القيميات فتؤدي قيمته ويسمى ذلك (القضاء القاصر) لأن قيمة المال المغمصوب من النقود لا تماثل المال المغمصوب لا صورة ولا معنى.

### «المادة ٥٤» يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها

هذه القاعدة مأخوذة من كتاب الأشباه وقاعدة (يغتفر للشيء ضمناً ما لا يغتفر قصداً). قريبة

من هذه القاعدة وتترجم هذه القاعدة من التركية قد يجوز تبعاً ما لا يجوز ابتداءً. مثال ذلك: لو وكل المشتري البائع في قبض المبيع فالوكالة لا تصح أما لو أعطى المشتري البائع كيساً ليضع فيه المبيع اعتبر ذلك قبضاً من المشتري والسبب في عدم جواز الوكالة في الصورة الأولى وجواها في الثانية أن البائع كان في الصورة الأولى مسلماً ومستلماً في وقت واحد والحال أنه من الواجب في كل عقد أن يتولاه اثنان وأن يسلم البائع المبيع للمشتري أما في الصورة الثانية فلان المشتري أعطى وعاء للبائع والبائع عمل بأشارته يعد ذلك قبضاً من المشتري وقبض البائع المبيع كان تبعاً فصح. كذلك لو اشترى شخص من آخر قمحاً وطلب إليه أن يطحن القمح والبائع طحنه فيكون الشترى قابضاً القمح تبعاً لطلبه من البائع أن يطحنه كذلك لو وقف شخص عقاراً بما فيه من الأموال المنقولة التي لا يجوز وقفها ولم يكن جائزاً عرفاً وعادة يصح وقفها تبعاً وإن كان الوقف فيها غير جائز ابتداءً كذا وقف حق الشرب غير الجائز يصح إذا وقف تبعاً للأرض كذلك بيع من له حق في شرب أياماً من حقه في الشرب لا يجوز إلا إذا بيع تبعاً للأرض مثلاً.

### ﴿المادة ٥٥﴾ يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء

فقاعدة يغتفر في الإبتداء ما لا يغتفر في الانتهاء. هي من قبيل هذه المادة. مثال ذلك: هبة الحصة الشائعة فإنها وإن لم تكن جائزة ابتداءً فتصح انتهاء وتفصيل ذلك لو وهب شخص لآخر حصة شائعة في دار مثلاً: فالهبة لا تصح أما لو وهب له الدار جميعها ثم ظهر مستحق لحصة في تلك الدار فالهبة لا تبطل ويبقى للموهوب له الباقي من الدار بعد أخذ تلك الحصة المستحقة منها.

كذلك لو وهب شخص في مرض موته داره التي لا يملك سواها ثم توفي الموهوب تبطل الهبة في الثلثين وتصح في الثلث فقط إذا لم تقرها الورثة والسبب في صحة الهبة في الثلث هنا- مع أنه حصة شائعة ولا تصح هبة الشائع- هو أن الشيوع طارئ والهبة كانت لجميع الدار. كذلك الوكيل يبيع مال له لا يصح له أن يوكل آخر ببيع ذلك المال الموكل ببيعه لكن لو جاء رجل وباع المال فضولاً والوكيل اجاز البيع تكون اجازته صحيحة والبيع نافذاً. كذلك لا يصح بيع أحد الشركاء للأجنبي حصته في الاثار غير الناضجة لأن الأجنبي لو اراد قطف الاثار واخذ حصته منها لتضرر الشريك أما لو اتفق الشريكان على بيع الثمر لشخص أجنبي ثم بعد البيع فسخ أحدهما البيع بالتراضي مع المشتري لا يفسخ البيع في النصف الآخر ويبقى صحيحاً.

### ﴿المادة ٥٦﴾ البقاء اسهل من الابتداء

بما أن البقاء اسهل من الإبتداء فالذي لا يجوز ابتداءً قد يجوز بقاءً مثال: للشريك أن يؤجر حصته الشائعة لشريكه الآخر ولكن لا يجوز له أن يؤجر حصته لأحد شركائه إذا كانوا متعددين أو

لشخص أجنبي أما لو أجر الدار جميعها على أنها له ثم بعد اجراء عقد الإيجار ظهر مستحق لنصف تلك الدار واثبت المستحق ملكيته بنصفها لا تفسخ الإجارة في النصف الآخر وتكون صحيحة بقاءً وإن لم تكن جائزة ابتداءً كذلك لو نصب حاكم نائباً عنه في الحكم وهو غير مأذون بذلك فذلك النصب غير صحيح والأحكام التي يحكم بها تكون غير معتبرة ولكن إذا حكم ذلك النائب في شيء والحاكم الذي انابه أجاز ذلك الحكم يصبح الحكم معتبراً وصحيحاً فالانابة هنا جازت بقاءً أيضاً وإن لم تكن جائزة ابتداءً

### ﴿المادة ٥٧﴾ لا يتم التبرع إلا بقبض

هذه القاعدة مأخوذة من الحديث الشريف القائل (لا تجوز الهبة إلا مقبوضة) على أنه لو كانت الهبة تتم بدون القبض لأصبح الواهب حينئذ مجبراً على أداء شيء ليس بمجبر على أدائه وذلك مخالف لروح التبرع فالتبرع هو اعطاء الشيء غير الواجب اعطاؤه إحساناً من المعطي . مثال : لو وهب شخص مالاً لآخر فما لم يقبضه بإذن الواهب لا يحق له أن يتصرف بذلك المال . كذا لو عدل شخص - بعد أن اخرج نقوداً بيده ليعطيها فقيراً ولم يسلمها إليه - عن اعطائه إياها فلا يجبر على ذلك .

والحاصل أن الهبة سواء كانت بلا عوض أو كانت بشرط العوض فتماهما موقوف على القبض ولكن لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت لا تتوقف على القبض ولزومها للورثة ناشيء عن وفاة المورث الذي له وحده حق الرجوع عن تبرعه

### ﴿المادة ٥٨﴾ التصرف على الرغبة منوط بالمصلحة

هذه القاعدة مأخوذة من قاعدة «تصرف القاضي فيما له فعله من أموال الناس والأوقاف مقيد بالمصلحة» أي أن تصرف الراعي في أمور الرعية يجب أن يكون مبنياً على المصلحة وما لم يكن كذلك لا يكون صحيحاً .

والرعية هنا : هي عموم الناس الذين هم تحت ولاية الولي . مثال ذلك : إذا لم يوجد ولي للقتيل فالسلطان وليه فكما أن له حقاً بأن يقتص من القاتل له أن يقبل الدية بدلاً عن القصاص إلا أنه يشترط هنا أن لا تقل الدية عن الدية الشرعية .

كذلك القاضي لا تعتبر تصرفاته في الأمور العامة واحكاماً ما لم تكن مبنية على المصلحة . مثال : لو أمر القاضي شخصاً بأن يستهلك مالاً من بيت المال أو مالاً لشخص آخر فإذنه غير صحيح حتى أن القاضي نفسه لو استهلك ذلك المال يكون ضامناً .

كذلك لا يجوز للقاضي أن يهب أموال الوقف وأموال الصغير لأن تصرفه فيها يجب أن يكون

مقيداً بمصلحتها أيضاً. كذلك لو نصب حاكم مخالفاً شرط الواقف فراشاً في مسجد فكما أن أخذ الأجرة حرام على الفراش فالحاكم أيضاً يكون ارتكب حزمة بنصبه.

كذلك إذا صالح ولي الصبي عن دعواه يصح أن لم يكن فيه ضرر بين وذلك حسب منطوق المادة (١٥٤٠) كما أنه ليس للوصي أن يقبل من مدين الصغير حوالة ما له على شخص ما لم يكن املاً أي أغنى من المحيل وإلا فقبوله لا حكم له عملاً بالمادة (٦٨٥) والحاصل يجب أن يكون تصرف السلطان والقاضي والوالي والوصي والمتولي والولي مقروناً بالمصلحة وإلا فهو غير صحيح ولا جائز.

### ﴿المادة ٥٩﴾ الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة

يراد بالولاية هنا نفاذ تصرف الولي في حق الغير شاء أم أبى

والولي: هو الذي يحق له التصرف في مال الغير بدون استحصال إذن برضاء صاحب المال وهذا بعكس الوكيل فالوكيل وإن تصرف في مال الغير فتصرفه نقرون برضاء صاحب المال.

هذا والولاية الخاصة إما أن تكون ولاية في النكاح والمال والولي في ذلك الجد أو الاب، أو أبو الجد وأما أن تكون في النكاح فقط أو في المال فقط فالولي في النكاح فقط جميع العصبات والأم وذوي الارحام والولي في المال فقط أولاً أبو الصغير. ثانياً الوصي الذي اختاره أبوه ونصبه في حال حياته إذا مات أبوه. ثالثاً الوصي الذي نصبه الوصي المختار في حال حياته إذا مات. رابعاً جده الصحيح أي أبو ابي الصغير. خامساً الوصي الذي اختاره الجد ونصبه في حال حياته. سادساً الوصي الذي نصبه هذا كما هو مذكور في المادة (٩٧٤) وولاية الوقف هي من هذا القبيل ولاية خاصة أيضاً.

مثال ذلك: لو آجر القاضي عقاراً للوقف بما له من الولاية العامة على الوقف وآجر متولي الوقف ذلك العقار نفسه يكون إيجار المتولي صحيحاً ولا يعتبر إيجار القاضي لأن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة ولا يحق لصاحب الولاية العامة أن يتصرف بمال الوقف مع وجود صاحب الولاية الخاصة وإن كان القاضي هو الذي عين ذلك المتولي.

كذلك لا يحق للقاضي عزل المتولي المنصب من قبل الواقف ما لم تظهر عليه خيانة لأن ولاية الواقف على الوقف ولاية خاصة وهي أقوى من ولاية القاضي كذلك لا يحق للقاضي أن يتصرف بمال اليتيم الذي نصب عليه وصي ولا أن يزوج اليتيم أو اليتيمة عند وجود الولي. والحاصل أنه إذا وجدت الولاية الخاصة في شيء لا تأثير للولاية العامة ولا عمل لصاحبها وأن تصرف الولي العام عند وجود الولي الخاص غير نافذ.

## «مستثنيات هذه القاعدة»

ولهذه القاعدة مستثنى وهو: إذا كان الصبي ولي القتل فوصيه وإن كان له حق الصلح عن القصاص بما لا يكون أقل من الدية الشرعية فليس له قصاص القاتل أو عفاؤه من القصاص مع أن القاضي له حق القصاص بما له من الولاية العامة. فالقاضي هنا يملك بولايته العامة مالا يملكه الوصي بولايته الخاصة.

## «المادة ٦٠» اعمال الكلام أولى من إهماله

هذه القاعدة مأخوذة من كتاب الاشباه وقد ذكرت فيه على الصورة الآتية:

«اعمال الكلام أولى من إهماله متى أمكن فإن لم يمكن أهمل» يعني أنه لا يجوز إهمال الكلام واعتباره بدون معنى ما أمكن حمله على معنى حقيقي له أو معنى مجازي. لأنه لما كان إهمال الكلام إنما هو اعتباره لغواً وعبثاً والعقل والدين يمنعان المرء من أن يتكلم بما لا فائدة فيه فحمل كلام العاقل على الصحة واجب.

هذا وبما أن الأصل في الكلام الحقيقة فما لم يتعذر حمل الكلام على معناه الحقيقي لا يحمل على المجازي لأن هذا خلف لذاك والخلف لا يزاحم الأصل. على أنه سواء حمل الكلام على المعنى الحقيقي أم حمل على المعنى المجازي له فهو أعمال للكلام.

إلا أن اللفظ المراد اعماله إذا كان مما يحتمل التأكيد والتأسيس فحملة على التأسيس أولى لأن التأسيس أولى من التأكيد وبعبارة أخرى الافادة أولى من الاعادة ولأنه لما كان اللفظ في الأصل إنما وضع لإفادة معنى غير المعنى الذي يستفاد من غيره فحملة على التأكيد دون التأسيس إهمال لوضعه الأصلي.

التأكيد- هو اللفظ الذي يقصد به تقرير وتقوية معنى لفظ سابق له ويقال له «إعادة» أيضاً.

التأسيس- هو اللفظ الذي يفيد معنى لم يفده اللفظ السابق له ويقال له «إفادة» ايضاً.

فعليه لو أقر شخص بأنه مديون لآخر بعشر جنيهات مثلاً بدون أن يذكر سبب الدين وأعطى سنداً بذلك وأشهد على نفسه ثم بعد ذلك أقر للشخص نفسه مرة ثانية بعشر جنيهات أيضاً وعمل له سنداً ولم يبين سبب الدين. يحمل اقراره في كلتا المراتين على تأسيس ويعتبر دين السند الثاني غير دين السند الأول لا أن السند الثاني كتب تأكيداً للسند الأول كذا لو قال رجل لزوجته (أنت طالق طالق طالق) تكون طالقاً ثلاثاً ولا يلتفت لكلام الزوج إذا هو قال بعد ذلك انني قصدت التأكيد في تكراري كلمة الطلاق هذا غير أنه وإن كان حمل الكلام الذي يحتمل التأكيد والتأسيس معاً على التأسيس أولى. فقد يحمل أحياناً على التأكيد كأن يقول الموكل لوكيله (بعه وبعه

من فلان) فللوكيل حينئذ أن يبيع المال الموكل ببيعه لذلك الشخص المعني بكلام الموكل أو لغيره. ولو حمل الكلام على التأسيس لما حق للوكيل أن يبيع المال لغير ذلك الشخص الذي عنه الموكل.

### ﴿المادة ٦١﴾ إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز

يعني: إذا تعذرت إرادة المعنى الحقيقي للكلام لا يهمل بل يستعمل في معناه المجازي. فالعنى المهجور (أي غير المستعمل شرعاً وعرفاً هو في حكم المتعذر. والتعذر على ثلاثة أقسام:

أولاً: تعذر حقيقي. ثانياً: تعذر عرفي. ثالثاً: تعذر شرعي. وللتعذر الحقيقي وجهان:

الأول: أن تكون إرادة المعنى الحقيقي ممتنعة. مثال ذلك: لو وقف شخص - ليس له أولاد وله أحفاد - ماله على ولده فيما أن الواقف هنا ليس له من الأولاد من يطلق عليهم أولاد حقيقة وهم الأولاد الصلبية فيتعذر حمل الكلام على معناه الحقيقي وبما أن الكلام يجب أن لا يهمل ما أمكن حمله على معنى فيحمل على إحفاده الذين يطلق عليهم أولاد مجازاً.

الثاني: أن تكون إرادة المعنى الحقيقي للفظ ممكنة مع المشقة الزائدة.

مثال ذلك: لو حلف شخص قائلاً (لا أكل من شجرة النخل هذه وأشار إليها). فلأن الأكل من خشب تلك الشجرة وأن كان ممكناً لا يكون إلا بصعوبة والمعلوم أن المتكلم لا يقصد بكلامه الأكل من خشب الشجرة يحمل كلامه على ثمرها إذا كانت شجرة وعلى ثمن خشبها إذا لم تكن كذلك حتى أنه لا يكون حائثاً بيمينه فيها لو أكل من النخلة خشبها.

التعذر العرفي: وهو أن يكون المعنى الحقيقي للفظ مهجوراً ومتروكاً للناس كأن يحلف إنسان قائلاً (لا أضع قدمي في دار فلان) فلأن المعنى الحقيقي لهذه الكلمة أصبح مهجوراً من الناس والمعنى المستعملة فيه هو الكناية عن الدخول في الدار لا يبحث الخالف فيما لو وضع قدمه في باب الدار ولم يدخلها.

التعذر الشرعي: هو أن يكون المعنى الحقيقي للفظ مهجوراً شرعاً ككلمة (الخصومة) مثلاً: فإنها لما ترك معناها الأصلي شرعاً فعليه إذا سمعت رجلاً يقول أنا قد وكلت فلاناً بالخصومة عني في دعوى ارث مثلاً: تصرف كلمة الخصومة إلى ما استعملت فيه شرعاً وهو المرافعة والمدافعة عنه في دعوى أقيمت عليه أو اقامها على غيره دون المعنى الحقيقي لها وهو بأن يقوم ذلك الرجل الموكل بمنازعة ومضاربة من يناوئ الموكل أو من يريد الموكل مناوئته.

### ﴿المادة ٦٢﴾ إذا تعذر اعمال الكلام يهمل

يعني أنه إذا لم يمكن حمل الكلام على معنى حقيقي أو مجازي أهمل.

وقد ذكرت هذه القاعدة في الاشباه بالصورة الآتية: (وإن تعذرت الحقيقة والمجاز أو كان اللفظ مشتركاً بلا مرجح أهمل لعدم الإمكان أي إمكان أعمال الكلام)

يعني أنه إذا كان حمل الكلام على معناه الحقيقي أو على المجازي خارجاً عن الإمكان وممتنعاً أو كان اللفظ مشتركاً بين معنيين ولا يوجد مرجح لأحدهما على الآخر يهمل بحكم الضرورة حينئذ ولا يعمل. والحاصل أن الأسباب التي توجب إهمال الكلام:

أولاً: امتناع حمل الكلام على المعنى الحقيقي والمجازي.

ثانياً: أن يكون اللفظ مشتركاً بين معنيين ولا يوجد ما يرجح أحدهما

مثال ذلك: لو ادعى شخص في حق من هو أكبر منه سناً أو في حق من نسبه معروف بأنه ابنه لا تكون دعواه صحيحة كما سيجيء في المادة (١٦٢٩) لأن ذلك متعذر حقيقة إذ ليس من المعقول أن يكون شخص والداً لرجل يكبره في السن كذا من المتعذر شرعاً أن يكون الشخص المعروف النسب ولداً لذلك الرجل الذي يدعيه. كذلك لو أقر وارث لوارث آخر بزيادة عن حصته الإرثية كأن يتوفى شخص عن ولد وبنت ويعترف الولد لأخته بنصف ما خلف والدهما من الأموال المنقولة فلا يعتبر إقراره هذا لتعذره شرعاً وتقسم التركة بينهما حسب الفريضة الشرعية.

كذلك لو أقر شخص قائلاً انني قطعت يدي فلان وإني مديون له بخمسمائة درهم دية يديه وكانت يدا الشخص المذكور سالتين لم تقطع يهمل ذلك الكلام ولا يعتد به.

هذا وإليك مثلاً: على اللفظ الذي يتنازع معنيان أو المشترك بين معنيين وليس من مرجح لإرادة أحدهما.

المثال: لو كان لرجل معتق (بكسر التاء) وآخر معتق (بفتحها) وأوصى بمال قائلاً: (إنه لمولاي بعد موتي) ولم يعين فلما كانت كلمة (مولاي) تشمل المنعم والمنعم عليه وتطلق على (السيد) وهو المعتق وعلى (العبد) وهو المعتق وبما أن القصد والغرض في الوصية إذا كانت من الأدنى إلى الأعلى أن تكون بمثابة اعتراف بجميل الموصى له وكشكر له على أياديه وإذا كانت من الأعلى للأدنى فهي بمثابة إحسان وزيادة تلتطف. ولأن الاسم المشترك لا يعد من قسم العموم ويجب تحديد أحد المعنيين المقصود للاسم المشترك وهنا القصد مجهول إذ بتعدد المقصود للفظ الواحد لا يمكن تعيين أحدهما فلا تصح له وصية.

### ﴿المادة ٦٣﴾ ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله

إن هذه القاعدة مأخوذة من الأشباه والمجامع والمفهوم منها أنه يكفي في الأشياء التي لا تتجزأ ذكر بعضها عن الكل وإن البعض منها إذا ذكر كان الكل مذكوراً لأنه لو كان ذكر البعض لا يقوم

مقام ذكر الكل لكان ذلك موجباً لإهمال الكلام والحال أن المادة (٦٠) من المجلة تصرح بأن أعمال الكلام أولى من إهماله.

مثال: لو أراد شخص أن يكفل شخصاً آخر على نفسه فقال في عقد الكفالة إنني كفيل بنصف أو ربع هذا الشخص فيها أن نفس الرجل مما لا يقبل التجزئة والتقسيم وذكر البعض منها بحكم ذكر الكل فالكفالة صحيحة ويكون قد كفل نفس الرجل كلها.

كذلك في الشفعة كما هو مذكور في المادة ١٠٤١ لو سلم الشفيع نصف العقار المشفوع يكون بذلك مسقطاً حق شفعته في الكل لأن الشفعة مما لا يتجزأ.

كذا يسقط القصاص كله إذا كان ولي القاتل واحداً وعفى عن القاتل بجزء من القصاص لأن القصاص لا يتجزأ لأنه ليس من الممكن إماتة قسم من الإنسان مع الإبقاء على القسم الآخر منه حياً. أما إذا ذكر بعض الشيء الذي يتجزأ فهو بعكس ذلك وإليك المثال:

إذا قال شخص لآخر أنني كفلتك على مائتين من الستمائة القرش المطلوبة منك لفلان فيما أن الدين المذكور مما يقبل التجزئة تنعقد الكفالة على المائتين فقط ولا يكون الكفيل كفياً بجميع الدين المذكور.

كذا لو قال شخص لآخر قد أبرأتك في ربع الدين المطلوب لي منك فيكون الإبراء لذلك القسم من الدين فقط.

### «مستثنيات هذه القاعدة»

ولهذه القاعدة مستثنى واحد وهو: لو قال شخص لآخر أن نصفني أو ثلثي يكفلك على كذا فلا تنعقد الكفالة ولا تكون تسمية الجزء في ذلك قائمة مقام تسمية الكل.

### «المادة ٦٤» المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة

إن هذه القاعدة ذكرت في المجامع على الصورة الآتية «المطلق يجري على إطلاقه كما أن المقيد يجري على تقييده» وقد وردت في الكتب الفقهية الحنفية «المطلق ينصرف إلى الكمال» فالمطلق مقابل المقيد أي أن المطلق ضد المقيد.

### المطلق

تعريفه: هو الحصة التي قد تشمل حصصاً غيرها بدون تعيين في الشيء الذي تكون شائعة في جنسه وحقيقتها وماهيتها من حقيقته وماهيته.

وقد عرف المطلق تعريفاً آخر وهو أنه الأمر المجرد من القرائن الدالة على التخصيص والتعميم والتكرار والمرة.

والمقيد: هو المقارن لإحدى هذه القرائن

مثال: إذا اتفق شخص مع خياط على خياطة جبة له ولم يشترط الرجل على الخياط بأن يخطها بنفسه يحق للخياط أن يعهد بخياطة تلك الجبة إلى أجيره ولا يضمن الخياط الجبة فيما لو تلفت بيد الأجير بدون تعد ولا تقصير لأن العقد جرى مطلقاً ولم يقيد والمطلق يجري على إطلاقه كما مر.

بخلاف ما لو اشترط صاحب الجبة على الخياط أن يخطها بنفسه وعهد الخياط بخياطتها لأجيره فتلفت يكون الخياط ضامناً.

كذلك لو أعار شخص مالا لآخر ولم يقيد العارية بنوع الانتفاع أو لم يقيد بها بانتفاع المستعير بها فقط يحق للمستعير توفيقاً للمادة ٨١٩ من المجلة أن ينتفع بالمال المعار بذاته أو بإعارته لآخر ينتفع به وله أن ينتفع به بأي من أنواع الانتفاع بخلاف ما لو قيد المعير الإعارة بنوع من أنواع الانتفاع أو قيدها بانتفاع المستعير فقط فلا يحق للمستعير أن يتجاوز قيود المعير للإعارة.

كذلك الوكيل بالبيع على وجه الإطلاق يحق له حسب المادة ١٤٩٤ أن يبيع المال الموكل ببيعه بالثمن الذي يراه مناسباً قليلاً كان أو كثيراً بخلاف ما لو عين الموكل للوكيل المقدار الذي يقبله ثمناً لماله فلا يحق للوكيل حينئذ حسب المادة ١٤٥٩ أن يبيع المال بأقل من ذلك المقدار المعين لأن الموكل قد قيد الوكالة ببيان الثمن الذي يرتضيه ثمناً لماله.

هذا وإن الأمثلة التي مرت معنا هنا كلها أمثلة على التقييد بالنص وفيما يلي بعض الأمثلة على التقييد بالدلالة وهي:

إذا وكل مكار شخصاً آخر ليشترى له فرساً بدون أن يعين له وصفاً فالوكالة هنا مقيدة بحال الموكل وعمله فليس للوكيل بداعي الإطلاق في الوكالة أن يشتري فرساً للموكل من جياذ الخيل بمائتي جنيه بل إنما له أن يشتري الفرس الذي يتناسب ثمنه مع حال موكله وعمله فهنا وإن لم يوجد تقييد بالنص فالتقييد بالدلالة مانع من أن يشتري الوكيل فرساً من جياذ الخيل لذلك الموكل المكاري ولو اشترى الوكيل على الفرض فرساً جواداً لا يلزم به الموكل ويبقى للوكيل.

كذلك الوكالة المطلقة بشراء شيء فإنها وإن لم يوجد بها قيد للثمن فالدلالة توجب على الوكيل الشراء بالقيمة المثلية وإلا فمع الغبن اليسير ولا يحق للوكيل أن يشتري ذلك الشيء بثمان يكون به غبن فاحش على الموكل المادة (١٤٨٢).

كذلك لو وكل شخص آخر قرب عيد الأضحى بأن يشتري له خروفاً أو في فصل الصيف بشراء ثلج أو في فصل الشتاء بشراء فحم ولم يعين له مدة الشراء فعقد الوكالة وإن كان بالظاهر لا

يحتوي على قيد لعدم وجود نص للتقييد فيه فالقيد هنا موجود دلالة فعلية لا يحق للوكيل شراء الخروف بعد مرور عيد الأضحى والثلج بعد دخول فصل الشتاء والفحم بعد انقضاء الشتاء وإن فعل لا يلزم الموكل بالشيء المشتري.

### ﴿المادة ٦٥﴾ الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر

مثلاً: لو أراد البائع بيع فرس أشهب حاضر في المجلس وقال في إيجابه بعت هذا الفرس الأدهم وأشار إليه وقبل البائع صح البيع ولغاوصف الأدهم أما لو باع فرساً غائباً وذكر أنه أشهب والحال أنه أدهم فلا ينعقد البيع.

يعني: لو عرف شخص شيئاً ببيان جنسه ووصفه ينظر فإذا كان الموصوف حاضراً وكان مشاراً إليه حين الوصف وكان الموصوف والمسمى من جنس المشار إليه فالوصف لغو ولا حكم له وأما إذا كان الموصوف غائباً عن مجلس الوصف فالوصف معتبر.

يجري حكم هذه القاعدة في النكاح، والبيع، الإجارة وفي سائر العقود.

قد ذكر في متن هذه المادة أن البائع «لو باع فرساً غائباً وذكر أنه أشهب والحال أنه أدهم لا ينعقد البيع» ولكن المادة ٣١٠ تصرح بأن البيع يكون منعقداً وإنما يكون للمشتري حق الفسخ بخيار الوصف وقد جاء في الأشباه (ألا ترى أن من اشترى فصاً على أنه ياقوت فإذا هو زجاج لا ينعقد البيع لاختلاف الجنس أما لو اشتراه على أنه ياقوت أحمر فإذا هو أخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس)

فيفهم من ذلك كله أنه إذا كان الجنس متحداً فاختلف الوصف لا يكون مانعاً من الإنعقاد.

هذا وأن المادة ١٠٧ قد عرفت البيع غير المنعقد بالبيع الباطل فعليه يفهم من عبارة (غير منعقد) في هذه المادة أن البيع باطل إلا أنه نظراً لكون العبارة هذه مخالفة للنقل فيجب أن يفهم منها أن البيع لا يعقد لازماً.

كذا لو ادعى شخص بحضور القاضي قائلاً أن هذا الحديد الذي وزنه مئة رطل هو مالي فظهر وزنه أكثر من ذلك فالدعوى والشهادة مقبولتان لأن الوزن في المشار إليه صفة وهي لغو.

والحاصل لأجل أن يكون الوصف لغواً يجب وجود شرطين اثنين:

الأول: أن يكون الشيء الموصوف موجوداً في مجلس الوصف.

الثاني: أن يكون ذلك الشيء الموجود في مجلس الوصف من جنس الموصوف.

حتى إذا لم يوجد الشرط الأول - أي إذا لم يكن الموصوف حاضراً - ووجد الشرط الثاني فقط

يكون الوصف معتبراً كذلك لو وجد الشرط الأول ولم يوجد الشرط الثاني - أي إذا لم يكن الموصوف من جنس الوصف - يعتبر الوصف أيضاً.

هذا وأن الشيء المسمى والموصوف إذا كان مخالفاً لجنس المشار إليه وكان العاقدان لا يعلمان أنه كذلك فيكون الوصف حينئذ معتبراً ويتعلق العقد بالشيء المسمى أي بذلك الشيء الموصوف لا بالشيء المشار إليه لأن المسمى هو مثل للمشار إليه وليس بوصف تابع له. والحاصل أن التسمية والوصف أقوى من الإشارة من جهة والإشارة أقوى من التسمية والوصف من جهة أخرى. وإيضاح ذلك أن التسمية والوصف هما وصف للماهية وتعريف لها وبما أن اعتبار المعنى أرجح فيها تكون تسميتها والوصف أقوى من الإشارة وبما أن الإشارة تقطع الاشتراك وتزيل احتمال المجاز فهي من هذه الجهة أقوى من التسمية والوصف.

فعليه في حالة وجود المسمى مخالفاً لجنس المشار إليه يرجح القسم الأول أما إذا كان المسمى من جنس المشار إليه فيكون من القسم الثاني. مثال ذلك: إذا أشار البائع إلى فص ووصفه بقوله مخاطباً المشتري قد بعثك هذا الألماس وكان ذلك الفص بلوراً فيها أن البيع تعلق بالألماس وبما أن الوصف هنا معتبر والألماس معدوم في هذا البيع فالبيع باطل أما إذا كان المسمى مخالفاً لجنس المشار إليه وكان العاقدان عالين بذلك فالعقد يتعلق بالمشار إليه ويكون البيع صحيحاً. مثال ذلك: لو أشار شخص إلى جمل قائلاً للمشتري قد بعثك هذا الحمار وكان المشتري عالماً بأن البيع لم يكن حماراً بل جملًا وقبل الشراء فالبيع ينعقد بحق الجمل ولا ينعقد بحق الحمار المسمى لأن العقد هنا يتعلق بالمشار إليه إذ التعريف بالشيء إنما يكون بأمرين الأول بالإشارة لعينه والثاني بتسميته فإذا اجتمع الاثنان فالاعتبار للعين لا للتسمية.

### ﴿المادة ٦٦﴾ السؤال معاد في الجواب

يعني أن ما قيل في السؤال المصدق كان المجيب المصدق قد أقر به.

هذه القاعدة مذكورة في الأشباه وبما أن الفقهاء قد ذكروها بصورة مطلقة فيهم من ذلك أن حكمه يجري في جميع أبواب الفقه.

قلنا: إن القاعدة مذكورة بصورة مطلقة ولكنها في الحقيقة مقيدة وإليك التفصيل: إذا ورد كلام جواباً على سؤال فإذا كان الكلام بمقدار ما يحتاج إليه الجواب فالكلام المذكور يكون مقصوراً على السؤال ويكون السؤال معاداً في الجواب ضمناً وأما إذا كان الكلام زائداً عما يحتاج إليه الجواب فيكون الكلام إنشاء في الظاهر ولكن قد يكون جواباً بخلاف الظاهر فإذا قال المجيب إنما قصدت الجواب بكلامي يصدق ديانة لا قضاء. مثال: لو باع شخص بطريق الفضول مالاً من آخر وبلغ البائع صاحب المال وبينما هو يفتكر في ذلك سأل سائل قائلاً هل تأذنني بإجازة ذلك البيع فأجابه بقوله نعم فقله بمعنى أدنتك بالإجازة فينفذ البيع إذا إجازته ذلك الشخص المأذون بالإجازة كذا لو

قال شخص لآخر قد بعثك داري بكذا مبلغاً أو أجزتك دكاني بكذا بدلاً واجابه بقوله نعم فيكون ذلك قبولاً منه بالبيع والإجارة ويكون البيع والإجارة منعقدين . كذلك إذا قال شخص لمدينه هل تقر بما في هذا السند وأجاب المدين قائللاً نعم فيكون قد أقر بجميع ما ورد في السند المذكور كذلك لو قال شخص لآخر أن لي عندك عشر جنيهاً فاوفني اياها فأجابه قائللاً نعم فيكون قد أقر بذلك المبلغ ومكلفاً بأدائه إلى المقر له كذلك لو قال شخص لشخص مريض هل أوصيت بثلاث ماله ليصرف في وجوه البر والإحسان وهل نصبتني وصياً لتنفيذ وصيتك هذه واجابه بكلمة أوصيت أو فعلت فيكون قد أوصى بذلك المال ونصبه وصياً .

### ﴿المادة ٦٧﴾ لا ينسب إلى ساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة

بيان

يعني: إنه لا يعد ساكت أنه قال كذا لكن السكوت فيما يلزم التكلم به اقرار وبيان وذلك كما إذا رأيت أحداً يتصرف في شيء تصرف المالك بلا إذن منك وسكت بلا عذر يعد ذلك إقراراً منك بأنك غير مالك له .

إن الفقرة الأولى من هذه المادة مأخوذة من (الأشباه) والثانية مأخوذة من علم أصول الفقه وقد ورد في كتاب (المرآة) (ومنه أي من بيان الضرورة السكوت لدى الحاجة إلى البيان بما يدل عليه أي على كون السكوت بيان حال المتكلم أي الذي شأنه التكلم في الحادثة لا أنه المتكلم بالفعل فأن السكوت ينفيه)

فالأمثلة على الفقرة الأولى هي كما يأتي:

إذا باع شخص مال غيره على مرأى ومسمع منه وسكت عن عمله أي أنه لم ينه عن البيع فلا يعد هذا السكوت من صاحب المال كما ورد في المادة (١٦٥٩) رضاءً منه بالبيع أو إجازة له كذا إذا أخبر شخص صاحب مال بأن شخصاً باع ذلك المال من آخر فسكت صاحب المال فلا يعد سكوته إجازة لبيع الفضولي .

كذلك: إذا أتلّف شخص مال آخر بحضوره وسكت فلا يعد ذلك من صاحب المال إذناً بإتلاف المال

كذا: إذا رأى القاضي قاصراً ليس له وصي يتعاطى التجارة وسكت فلا يعد ذلك إذناً منه للقاصر بتعاطي التجارة .

كذلك إذا جمع شخص أناساً في مرض موته وأشهدهم على أنه ليس مديناً لأحد من الناس وكان لرجل من الحضور عليه دين ولم يتكلم فذلك لا يمنع الرجل بعد وفاة المشهد من الإدعاء بما له عليه من الدين

والأمثلة على الفقرة الثانية كما يلي :

إذا قبض المشتري المبيع بحضور البائع الذي له حق حبس المبيع وسكت ولم يمنعه بعد ذلك منه إجازة له بالقبض ولا يحق للبائع بعد قبض المشتري المبيع عملاً بالمادة (٢٨١) استعادة المبيع وحبه

كذلك : إذا أراد شخص شراء مال وفيما هو يستلمه من صاحبه أخره رجل بأن في المال عيباً فسكت فسكوته يعد رضاً منه بالعيب فإذا اشتراه بعد ذلك فليس له أن يرده بخيار العيب

كذلك : إذا كان شخص ساكناً بطريق الغصب أو العارية في دار آخر وقال له صاحب المال (أسكن في الدار بأجرة كذا وإلاً فاخرج منها) فسكت الساكن وبقي في الدار فيكون قد استأجر تلك الدار ورضي بدفع البدل الذي ذكره صاحبها.

كذلك : إذا كان عند رجل راع يرعى له غنمه وقال له إني لا أرعى غنمك بمائة قرش أجرة سنوية بل أريد مائتين فسكت صاحب الغنم وبقي الراعي يرعى فيكون صاحب المال قد قبل استئجار الراعي بمائتي قرش ويلزمه دفع المائتين.

كذا : إذا باع الراهن المال المرهون بحضور المرتهن وسكت فيكون قد أجاز البيع وأصبح الرهن باطلاً

كذلك : إذا قبض الموهوب له المال الموهوب بحضور الواهب وسكت فيكون ذلك منه بمقتضى المادة (٨٤٣) إذناً بالقبض

كذلك : إذا باع شخص مال زوجته أو أحد أقاربه من آخر بحضورها على أنه له وسكتت فليس للزوجة أو للقريب بعد ذلك أن تدعي بملكية ذلك المال لأن سكوتها على بيع ذلك المال بحضورها وعدم اعتراضها إقرار منها بعدم ملكيتها ذلك المال.

كذلك : إذا وهب الدائن الدين لمدينه وسكت المدين فالحبة صحيحة ويسقط الدين. والسكوت هنا يعد قبولاً للهبه.

كذا : إذا ترك شخص مالاً عند آخر قائلاً أن هذا المال وديعة وسكت المستودع تنعقد الوديعة كذلك : إذا وكل شخص آخر بشيء والوكيل سكت وبعد سكوته بأمر الموكل به فلا يكون عمله فضولاً

كذا : سكوت المقر له يعد قبولاً كأن يقر شخص بمال لآخر ويسكت المقر له فسكوته يعد تصديقاً وقبولاً بالإقرار.

## ﴿المادة ٦٨﴾ دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه .

يعني أنه يحكم بالظاهر فيما يتعسر الإطلاع على حقيقته .

هذه القاعدة مأخوذة من المجمع ويفهم منها أنه إذا كان شيء من الأمور التي لا تظهر للعيان فسببه الظاهري يقوم بالدلالة على وجوده لأن الأمور الباطنة لا يمكن للإنسان أن يستدل عليها إلا بمظاهرها الخارجية

تعريف الدليل : هو الشيء الذي يستلزم العلم به العلم بشيء آخر: كما لو رأى راء دخاناً ينبعث من مكان فيستلزم ذلك بأن يستدل على وجود نار في ذلك المكان .

وإليك الأمثلة الآتية إيضاحاً لهذه المادة :

إذا أوجب أحد الفريقين البيع وقبل أن يقبل الفريق الآخر ظهر منه قول أو فعل يدل على الإعراض يبطل الإيجاب وذلك بمقتضى المادة (١٨٣) فالإعراض هنا هو من الأمور الباطنة ولا يمكن الإطلاع على إعراض إنسان عن شيء إلا بما يظهره من الأفعال ومتى ما أظهر شيئاً يدل على إعراض ولو لم يقصد ذلك حقيقة فلأن الأفعال الظاهرة تقوم مقام تلك الأمور يتخذ دليلاً على الإعراض وإيضاحاً لهذا المثال نقول :

ينعقد البيع بإيجاب وقبول «فالإيجاب أول كلام يصدر من أحد العاقدين والقبول ثاني كلام يصدر من أحدهما» ويشترط اتحاد المجلس وعدم وقوع ما يدل على الاعراض بينهما ولكن إذا حصل ما يدل على الإعراض قبل القول بطل الإيجاب على أنه لا ينعقد البيع فيما لو قبل الفريق الآخر بعد ذلك في نفس المجلس كأن يقول شخص لآخر بعثك المال الفلاني بكذا قرشاً وسكت ذلك الشخص مدة طويلة ولم يعمل عملاً يدل على إعراض أو غيره ثم قال قبلت ينعقد البيع ولكن إذا أعرض بقول أو فعل بعد وقوع الإيجاب كما لو أخذ يتكلم في موضوع آخر أو قام من المجلس أو أجرى أي عمل آخر يدل على الإعراض ثم قبل لا ينعقد البيع لأنه أبطل الإيجاب بإعراضه فيلزم تجديد الإيجاب والقبول حتى ينعقد البيع .

كذلك : إذا اشترى شخص حيواناً من آخر ولما اطلع على عيب فيه أخذ يداويه فيما أن الرضا بالعيب من الأمور الباطنة وما لم يبد من الأمور ما يدل عليه وبما أن الأخذ في مداواة الحيوان دليل على الرضا بالعيب الذي فيه لا يحق له رد المبيع بالعيب الذي فيه .

كذلك : بما أن الملتقط «وهو الذي أصاب لقطة» يكون حكمه حكم الغاصب إذا قصد أخذها لنفسه وحكم الأمين إذا قصد إعادتها لصاحبها وبما أنه لا يمكننا أن نعرف ما يكنه ضميره ويشتمل عليه وجدانه إلا بما يظهره من الأفعال أو الأقوال فإذا أشهد حينها وجد اللقطة على أنه انما التقطها ليعيدها لصاحبها وأعلن في الصحف عنها مثلاً يستدل من ذلك على أنه يقصد إعادتها وتكون بيده وديعة وإذا أخفاها ولم يخبر أحداً بها ولم يعلن عنها فيكون حكمه حكم الغاصب كما تقدم فعليه إذا تلف ذلك الملتقط بلا تعد ولا تقصير وهو عند الأول لا يضمه لأنه أمين والثاني

يكون ضامناً على كل حال فيها لو تلف بيده.

كذلك: شهادة الشاهد على ملكية واضع اليد وإن كانت أحياناً تكون بناءً على اطلاعه على سبب من أسباب الملكية كالشراء مثلاً فهي في الغالب تكون مستندة على الدلائل الظاهرة من تصرف وغيره ولو لم تكن تلك الدلائل تقوم مقام مدلوها في الأشياء الباطنة لما حق للشاهد أن يشهد على الملكية لأنها ليست من الأمور المحسوسة التي تظهر للعيان بل لكان ذلك داعياً لسد باب الشهادة على كل حال

كذلك القصد في القتل يثبت بالأعمال التي تصدر من القاتل كاستعماله الآلات الجارحة وضرب المقتول بها عدة ضربات مثلاً

### ﴿المادة ٦٩﴾ الكتاب كالخطاب

هذه المادة هي نفس قاعدة (الكتاب كالخطاب) المذكورة في الأشباه. والمقصود فيها هو أنه كما يجوز لاثنتين أن يعقد بينهما مشافهة عقد بيع أو إجارة أو كفالة أو حوالة أو رهن أو ما إلى ذلك من العقود يجوز لهما عقد ذلك مكاتبة أيضاً.

والكتب على ثلاثة أنواع: (١) المستتبينة المرسومة (٢) المستتبينة غير المرسومة (٣) غير المستتبينة فالمستتبينة المرسومة هي أن يكون الكتاب منها مما يقرأ خطه ويكون وفقاً لعادات الناس ورسومهم ومعنواً.

وقد كان من المتعارف في زمن صاحب (مجمع الأنهر) أن يكتب الكتاب على ورق ويختم أعلاه وكل كتاب لا يكون على هذه الصورة مكتوباً على ورق ومختوماً لا يعد مرسوماً أما في زماننا فالكتاب يعد مرسوماً بالختم والتوقيع على حد سواء وذلك بمقتضى المادة (١٦١٠)

ولكن إذا كتب كتاب في زماننا على غير الورق مثلاً ينظر إذا كان المعتاد أن تكتب الكتب على غير الورق يعتبر ذلك الكتاب كما لو كتب على ورق وإلا فلا.

والحاصل أن كل كتاب يحور على الوجه المتعارف من الناس حجة على كاتبه كالنطق باللسان والمستتبينة غير المرسومة هي أن يكون الكتاب مكتوباً على غير ما هو متعارف بين الناس كأن يكون مكتوباً على حائط أو ورق شجر أو بلاطة مثلاً

فالكتاب الذي يكتب على هذه الصورة لغو ولا يعتبر حجة في حق صاحبه إلا إن نوى أو أشهد على نفسه حين الكتابة والإملاء يقوم مقام الإشهاد أيضاً لأن الكتابات التي تكون على هذه الصورة كما أنها قد تكون بقصد بيان الحقيقة تكون في الغالب بقصد التجربة أو عبثاً فتحتاج إلى ما يؤيدها كالبينة أو الإشهاد أو الإملاء حتى تعتبر حجة بحق كاتبها.

وغير المستتبينة هي كالكتابة على الماء وحكمها حكم الكلام غير المسموع لا يترتب على كاتبها

حكم وإن نوى مثال ذلك لو كتب شخص عبارة «إنني مدين بكذا قرشاً لفلان» على سطح ماء نهر أو في الهواء لا يعد مقراً بذلك المبلغ للشخص المذكور.

والمقصود هنا بالكتابة على الماء أو في الهواء كما لا يخفى هو تحريك اليد بحروف الكلمات كما تحرك بالقلم على صفحة القرطاس.

وفيما يأتي أمثلة على هذه المادة:

إذا كتب شخص تحريراً معنوياً ومرسوماً إلى شخص غائب قائلاً فيه «إنني قد بعث منك المال الفلاني بكذا قرشاً وقبل المرسل إليه المبيع بذلك المبلغ في مجلس قراءة الكتاب أو حرر كتاباً للبائع ينيته بالقول ينعقد البيع وذلك بمقتضى المادة (١٧٣) وكذلك الإجارة كما ورد في المادة (٤٣٦) تنعقد بالمكاتبه وكذا ينعزل الوكيل بمجرد اطلاعه على الكتاب المرسل من موكله لعزله.

### ﴿المادة ٧٠﴾ الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان

يفهم من هذه المادة أن إشارة الأخرس المعهودة منه كالإشارة باليد أو الحاجب هي كالبيان باللسان لأنه لو لم تعتبر إشارته لما صحت معاملته لأحد من الناس ولكان عرضة للموت جوعاً.

ويفهم من إيراد هذه المادة مطلقة أن إشارة الأخرس تكون معتبرة سواء كان عالماً بالكتابة أو غير عالم.

لأن الكتابة والإشارة بدرجة واحدة تقريباً من حيث الدلالة على المراد وإليك ما يختلفان فيه من النقاط .

فالكتابة مقدمة على الإشارة من حيث أنها تتضمن ما يقصده الكاتب عيناً والإشارة مقدمة على الكتابة من حيث إنها تكون بالرأس واليدين وهما العضوان اللذان يستعين بهما المتكلم للإعراب عن ضميره .

فعليه قد جعل للأخرس الخيار بين أن يستعمل الكتابة في التعبير عن أفكاره لأنه لا مرجح لواحدة منهما على الأخرى كما قلنا «تكلمة البحر» .

على أنه قد قال ابن الهمام «إشارة الأخرس المقصودة في الكلام هي الإشارة المقارنة لتصويته لأن الأخرس من عادته عند التعبير عن شيء أن يقرن الإشارة بالتصويت» . وقد زاد الحموي عليه بقوله ويشترط أن تكون قراءة الأخرس مقرونة بالتصويت .

فما تقدم من قول ابن الهمام والحموي يفهم أنه من الواجب اقتران التصويت بالإشارة عند القراءة والكلام ولكن هل يجب اقتران الإشارة بالتصويت في الإجارة وغيرها من العقود أم لا؟ فاقتران الإشارة بالتصويت واجب على كل حال بدليل ما أورده ابن الهمام .

هذا وإشارة الأخرس إذا كانت غير معلومة يحقق من أقاربه واصدقائه وجيرانه عما يقصد بها ولا ريب في أنه يجب أن يكون المستخبر منهم عدولاً موثوقين الشهادة وقد قال شراح الهداية ان الإشارة التي تصدر من الأخرس على نوعين: الأول تحريك الأخرس رأسه عرضاً فهذه الإشارة إشارة الإنكار .

الثاني: تحريك الأخرس رأسه طولاً وهي إشارة الإقرار.

وهاتان الاشارتان إذا كانتا معروفتين للأخرس تعد الأولى إذا صدرت منه إنكاراً والثانية إقراراً. على أن الأخرس إذا كان ممن يحسن الكتابة فكتابته معتبرة كإشارته المعروفة. وقد قيدت الإشارة في هذه المادة بالأخرس لأنه كما ورد في المادة (١٥٨٦) لا تعتبر إشارة الناطق كما لو قال شخص لناطق هل لفلان عليك كذا دراهم فلا يكون قد أقر بالدراهم إذا خفض رأسه كذا لو باع شخص مال شخص ناطق فبلغه الخبر وبينما هو يفكر ويتأمل خاطبه شخص بقوله هل تجيز البيع فحرك رأسه طولاً علامة الموافقة للأخرس فلا يعتبر ذلك منه اجازة للبيع.

وقد وردت هذه المادة في الاشباه وهي كما يأتي: «الإشارة من الأخرس مقيدة وقائمة مقام العبارة في كل شيء، من بيع، واجارة، وهبة، ورهن، ونكاح، وطلاق، وإبراء، وإقرار، وقصاص»

والحاصل أنه يحق للأخرس بإشارته المعهودة أن يأتي كل ما يأتيه الناطقون يعقد أي عقد اراد يميز ويقر وينكل عن حلف اليمين ويوكل بإدارة اموره وذلك بمقتضى المادة (١٧٤ و ٤٣٦ و ١٥٨٦)

هذا وإذا نظمت وصية الأخرس بحضوره وخاطبه الحاضرون قائلين له هل نشهد عليك فأشار بتحريك رأسه الحركة المتعارفة بأنها إشارة له على الموافقة يكون قد أوصى بما في الوصية بيد أن الخرس على نوعين (١) خرس اصلي (٢) وخرس عارض.

وبما أنه قد جاء في المادة ذكر الأخرس بدون تعيين فهي شاملة للثنين إلا أنه لما كان المقصود في المادة حقيقة هو الخرس الأصلي والخرس العارض يسمى «اعتقال اللسان» وهو يحدث للانسان بمرض أو خوف أو سقوط من شاق أو غير ذلك وربما زال فانطلق اللسان ولما كانت الإشارة إنما جوزت للضرورة والضرورة لا تكون الا عند اليأس من انطلاق اللسان فإشارة معتقل اللسان لا تعتبر ولا تتخذ حجة بحقه. ولكن إذا استدأمت الاعتقال في انسان حتى موته فاقراره قبل موته بإشارته المعروفة يكون معتبراً كما لو كان اخرس اصلياً.

على أن إشارة الأخرس وكتابته إنما تعتبران وتتخذان حجة في المعاملات الحقوقية فقط فشهادة الأخرس إشارة وكتابة لا تعتبر في العقوبات عملاً بقاعدة «وجوب درء الحدود بالشبهات»

### ﴿المادة ٧١﴾ يقبل قول المترجم مطلقاً

هذه القاعدة مأخوذة من الاشباه والمترجم هو الذي يفسر لغة بأخرى والشيخان يريان أنه يقبل قول المترجم الواحد أما الإمام محمد فذهب إلى أن من اللازم أن يكون عدد المترجمين لا يقل عن نصاب الشهادة ولما جاء ذكر المترجم في هذه المادة وفي المادة (١٢٧) بصيغة المفرد استدل على أن المجلة قد اخذت بقول الشيخين وقد اشترط الإمام الأعظم في المترجم الا يكون اعمى .

فعليه وبمقتضى هذه المادة إذا كان الحاكم غير عارف بلسان المدعي أو المدعى عليه أو شهودهما فعليه أن يستمع ادعاء المدعي أو دفاع المدعى عليه أو شهادة الشهود بواسطة المترجم ويجب أن يعتبرها كما لو كانت صادرة رأساً من اصحابها ويشترط في المترجم أن يكون عدلاً وغير اعمى كما قلنا وإذا أمكن أن يكون مترجمان فلا بأس في ذلك احتياطاً.

### ﴿المادة ٧٢﴾ لا عبرة بالظن البين خطأه

هذه القاعدة مأخوذة من الاشباه ويفهم منها أنه إذا وقع فعل بناء على ظن كهذا لا يعتبر ذلك فإذا حدث فعل استناداً على ظن ثم تبين أنه مخالف للحكم الشرعي يجب عدم اعتباره .

مثال ذلك : لو اوفى كفيل الدين الذي كفل به أحد الناس ثم تبين له أن الأصل كان قبل ذلك أوفى الدين المذكور يحق للكفيل أن يسترد المال المدفوع كما يحق للأصيل أيضاً فيما لو دفع ديناً عليه بعد أن أوفاه عنه الكفيل أن يطالب به الدائن لأن دفعهما للمال كان عن خطأ لظنهما أن يلزمهما ودفع المال خطأ لا يرتب حقاً للمدفع إليه ولا يكون مانعاً من استرداد ذلك الحق . كذلك إذ ادعى شخص على آخر بالف قرش فقال المدعى عليه للمدعي إذا حلفت بان هذا المبلغ الذي تدعيه يلزم ذمتي لك ادفعه لك فحلف وظن المطالب بأنه مجبر على اداء المبلغ بموجب الشرط الذي اشترطه على نفسه فدفع المبلغ لكن بعد ذلك إذا تبين له أن اليمين بمقتضى المادة (٧٦) لا يتوجه على المدعي بل على المدعى عليه المنكر يحق له استرداد ما دفعه كذلك إذا استهلك أو اتلف شخص مالا لآخر ظاناً بان المال ماله يضمن قيمة ذلك المال .

كذلك : لو كان شخص يشتري من تاجر بضائع ويقيد التاجر ما يشتريه الرجل بدفتره واراد المشتري دفع ثمن ما اخذه فطلب من التاجر أن يجمع كل ما اخذه منه فغلط التاجر فبدلاً من الف طلب الفين ودفع المشتري الالفين ثم بعد ذلك تبين له أن المطلوب منه ألف قرش فقط فدفع الالف الثانية للتاجر خطأ لا يمتنع من استردادها .

كذلك : لو أعطى شخص آخر مبلغاً ظاناً بأنه مدين له به ثم تبين له أنه غير مدين يحق له استرداد ما دفعه .

كذلك : لو أعطى شخص آخر مبلغاً ظاناً بان المبلغ مطلوب من والده لذلك الرجل ثم تبين له أن والده لم يكن مديناً لذلك الشخص يحق له استرداد المال .

## «مستثنى هذه القاعدة»

لهذه القاعدة مستثنى واحد وهو أنه لو باع شخص حيواناً من آخر فطلبه جاره بالشفعة فظن المشتري بأن الشفعة تجري في المنقول كما في غيره وسلم الحيوان للشفيع برضاه واختياره فليس له بعد ذلك إذا اطلع على خطأه استرداد الحيوان لأنه بتسليمه المبيع يكون قد عقد بينه وبين ذلك الرجل عقد تعاط.

## «المادة ٧٣» لا حجة مع الاحتمال الناشئ عن دليل

هذه القاعدة قد وردت في المجامع ويفهم منها أن كل حجة عارضها احتمال مستند إلى دليل يجعلها غير معتبرة ولكن الاحتمال غير المستند إلى دليل فهو بمنزلة العدم. مثال ذلك: لو أقر أحد لأحد ورثته بدين فإن كان في مرض موته لا يصح ما لم يصدقه باقي الورثة وذلك لأن احتمال كون المريض قصد بهذا الإقرار حرمان سائر الورثة مستنداً إلى دليل كونه في المرض وأما إذا كان الإقرار في حال الصحة جاز واحتمال ارادة حرمان سائر الورثة حينئذ من حيث أنه احتمال مجرد ونوع من التوهم لا يمنع حجة الإقرار.

ولكن اقرار المريض لغير الوارث لان في إمكان المريض إيصال المنفعة للاجنبي بطريق الوصية لا يوجد فيه ما يوجد للوارث من الاحتمال فهو صحيح ومعتبر.

## «المادة ٧٤» لا عبرة للتوهم

هذه القاعدة ذكرت في كثير من الكتب الفقهية ومنها «مجمع الفتاوى».

وفهم منها أنه كما لا يثبت حكم شرعي استناداً على وهم لا يجوز تأخير الشيء الثابت بصورة قطعية بوهم طارئ.

مثال ذلك: إذا توفي المفلس تباع أمواله وتقسم بين الغرماء وان توهم أنه ربما ظهر غريم آخر جديد والواجب محافظة على حقوق ذلك الدائن المجهول الا تقسم ولكن لأنه لا اعتبار للتوهم تقسم الأموال على الغرماء ومتى ظهر غريم جديد يأخذ حقه منهم حسب الأصول المشروعة.

كذا إذا بيعت دار وكان لها جاران لكل حق الشفعة أحدهما غائب فادعى الشفيع الحاضر الشفعة فيها يحكم له بذلك ولا يجوز ارجاء الحكم بداعي أن الغائب ربما طلب الشفعة في الدار المذكورة كذلك إذا كان لدار شخص نافذة على أخرى لجاره تزيد على طول الانسان فجاء الجار طالباً سد تلك النافذة بداعي أنه من الممكن أن يأتي صاحب النافذة بسلم ويشرف على مقر النساء فلا يلتفت لطلبه كذا لا يلتفت لطلبه فيما لو وضع جازه في غرفة مجاورة له تبنياً وطلب رفعه بداعي أنه من المحتمل أن تعلق به النار فتحترق داره.

كذا: إذا جرح شخص آخر ثم شفي المجرع من جرحه تماماً وعاش مدة ثم توفي فأدعى ورثته بأنه من الجائز أن يكون والدهم مات بتأثير الجرح فلا تسمع دعواهم.

### ﴿المادة ٧٥﴾ الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان

يعني إذا ثبت شيء بالبيئة الشرعية مثلاً كان حكمه كالمشاهدة بالعيان.

البرهان - هو الدليل الذي يفرق بين الحق والباطل ويميز الصحيح من الفاسد. يستعمل الفقهاء كلمة «برهن عليه» بمعنى أقام شهوداً والشهادة التي يقصدها الفقهاء بهذه الكلمة هي الشهادة العادلة. ذلك غير ما يريده الاصوليون بها.

العيان - رؤية الشيء بصورة واضحة لا يبقى معها مجال للاشتباه. يقال فلان عاين الشيء الفلاني يراد بذلك أنه نظره بعينه.

مثال: إذا ادعى شخص على آخر بحق ما فكما أن اقراره - فيها لو اقر - يتخذ حجة ومداراً للحكم عليه نتخذ الشهادة مداراً للحكم أيضاً فيها لو أنكر المدعى عليه وأثبت المدعي ذلك بالشهادة العادلة.

### ﴿المادة ٧٦﴾ البيئة للمدعي واليمين على من أنكر

هذه القاعدة مأخوذة من الحديث الشريف القائل «البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر» ويؤيدها الدليل العقلي لأن كلام المدعي مخالف للظاهر فهو ضعيف يحتاج لبيئة تدعمه وكلام المدعى عليه لما كان موافقاً للظاهر فهو لا يحتاج لتقوية ما سوى اليمين.

البيئة - هي الشهادة العادلة التي تؤيد صدق دعوى المدعي. وبما أن الشهادة تقيد ببياناً سميت بيئة وسميت حجة لأن الخصم يتغلب بها على خصمه.

الدعوى - هي طلب أحد حقه من آخر في حضور المحاكم ويقال للطالب المدعي وللمطلوب منه المدعى عليه «مادة ١٦١٣»

المدعى - هو الشيء الذي ادعاه المدعي ويقال له المدعى به أيضاً «مادة ١٦١٤».

اليمين - هو تأييد الخالف لخبره بالقسم باسم الله.

هذا ويعلم بعض احكام هذه القاعدة عقلاً وبعضها شرعاً وإليك البيان:

من المعلوم عقلاً أن كل خبر يحتمل الصدق والكذب فالادعاء المجرد لا يخرج عن كونه خبراً فما لم يدعم ببنية فلا مرجح لأحد الاحتمالين. والحكم الشرعي هو أنه متى ما أثبت المدعي استحقاقه بالمدعى به استحققه.

فعليه إذا ادعى مدع على آخر بحق له بحضور الحاكم والمدعى عليه أنكر دعوى المدعي فالحاكم بمقتضى المادة (١٨١٧) يطلب من المدعي بينة على دعواه ولا تطلب البينة من المدعى عليه مطلقاً فإذا عجز المدعي عن البينة يحلف المدعى عليه المنكر اليمين وذلك بمقتضى المادة (١٨١٨) ولا يحلف المدعي مطلقاً.

مثال: لو اشترى شخص مالا من آخر فادعى البائع على المشتري قائلاً له أنه اشترى مني المال الفلاني بالوكالة وأضاف العقد لنفسه وأخذ المال فليدفع لي الثمن وادعى المدعى عليه أنه لم يكن وكياً بالشراء بل رسولاً وأنه لذلك بمقتضى المادة (١٤٦٣) غير مطالب بدفع الثمن فتطلب البينة من المدعي لأنه يدعي بأن المشتري أضاف العقد لنفسه ويكلف المشتري باليمين لانه ينكر اضافته العقد لنفسه. ان هذه القاعدة لا يعدل عنها مطلقاً حتى لو ادعى شخص على آخر بمبلغ في ذمته وقال المدعى عليه للمدعي إذا حلفت بان هذا المبلغ يلزم ذمتي ادفعه لك فحلف المدعي اليمين فلا يلزم المدعي عليه بدفع المبلغ المذكور.

هذا ومن الأمور اللازمة والمهمة في الدعوى تفريق المدعي من المدعى عليه وتعيينها لأنه في بعض الأحيان يشتهب المدعي بالمدعى عليه كأن يكون رجل واضعاً يده على مال مثلاً فيجنيء اجنبي ويدعي بأنه له وأن ليس لواضع اليد من حق في المال ويدعي واضع اليد مثل ذلك فظاهر الحال يدل على أن كلا منها مدع ومنكر معاً ولكن بما أن نفس ملكية ذي اليد يدخل في دعوى الاجنبي ضمناً لأن قصده اثبات الملك لنفسه واثبات واضع اليد الملكية لنفسه يدخل في دعواه لأنه يقصد نفس الملكية عن الأجنيبي. وبما أن المدعي هو الذي يقول خلاف الظاهر والذي يكون قوله موافقاً للظاهر هو المدعى عليه فواضع اليد في هذه المسألة هو المدعى عليه والمدعي هو الاجنبي.

مثال آخر: إذا ادعى شخص على آخر بدين في ذمته فادعاه هذا ادعاء يشغل ذمة المدعى عليه وبما أن اشتغال الذمة خلاف الظاهر والأصل براءتها فالذي يدعي خلاف الظاهر مدع والثاني هو المدعى عليه.

على أن الإمام الشافعي (رضي الله عنه) قد ارتأى أنه يتوجه اليمين على المدعي في حالين هما:

الحال الأولى - إذا لم يكن عند المدعي بينة وطلب من المدعى عليه حلف اليمين فلم يحلف فترد اليمين على المدعي فإن حلف يحكم له وإلا فلا. وقد استند في ذلك على ما رواه البخاري في صحيحه بأن الرسول الكريم ردها على صاحب الحق أي اليمين وما كان يفعله عمر بن الخطاب «رضي الله عنه» بحضور من الصحابة.

الحال الثانية: - إذا كان للمدعي شاهد واحد وعجز عن إقامة الشاهد الثاني وتحليف المدعي في هذه الحال على أن ما شهد به الشاهد هو صدق وأنا مستحق للحق المشهود به.

ولكن للمدعي في هذه الحال أن يمتنع عن حلف اليمين ويكلف المدعى عليه بالحلف

وللمدعى عليه حينئذ أن يردّها على المدعى أيضاً. إلا أن يمين المدعى قبل أن يكلف بها المدعى عليه غير اليمين التي ترد عليه بعد تكليف المدعى عليه بها وامتناعه عنها فهذه الأخيرة لتقوية جانبه بنكول الخصم وتلك لتقوية جانبه بالشاهد والفرق بينهما أنه لا يقضى بالأولى إلا في الأموال ويقضى بالثانية في جميع الحقوق فإذا لم يحلف المدعى يمين الرد سقط حقه من اليمين.

### ﴿المادة ٧٧﴾ البيئة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لبقاء الأصل

لأن الأصل يؤيده ظاهر الحال فلا يحتاج لتأييد آخر والذي يكون خلاف الظاهر يتراوح بين الصدق والكذب فيحتاج إلى مرجح لأحدهما على الآخر. هذه القاعدة مأخوذة من المجامع.

خلاف الظاهر وخلاف الأصل - خلاف الظاهر وخلاف الأصل كالموجود في الصفات العارضة واشتغال الذمة، وإضافة الحوادث إلى أبعد أوقاتها والأصل والظاهر في الصفات العارضة العدم كبراءة الذمة وإضافة الحادث إلى أقرب أوقاته (أنظر المادة ٨ و ٩ و ١١) كما إذا ادعى شخص قائلاً إني بعت المال الفلاني من فلان حينما كنت صبياً وبما أن البيع المذكور بمقتضى المادة «٩٦٧» غير نافذ فاطلب رده واجاب المدعى عليه قائلاً أنه باعني إياه أثناء ما كان بالغاً والبيع نافذ فلأن الصغر وعدم البلوغ أصل فالقول مع اليمين لمدعي الصغر. وبما أن البلوغ عارض وهو خلاف الأصل فتطلب البيئة من مدعي البلوغ كذلك إذ ادعى أحد المتبايعين أن البيع الذي وقع بينهما كان بيع وفاء وادعى الآخر أنه كان بيعاً باتاً فيها أن الظاهر والأصل أن يكون البيع باتاً فالقول لمن يدعي بأن البيع بات وبما أن وقوع البيع وفاء هو خلاف الأصل وخلاف الظاهر فتطلب البيئة من مدعي الوفاء.

كذلك إذا اختلف البائع والمشتري في كون البيع وقع بإكراه أو برضاء فالقول لمن يدعي الرضاء لأنه أصل والبيئة تطلب من مدعي الإكراه لأنه خلاف الأصل.

كذا لو ادعى شخص على آخر مطالباً إياه بدين والمدعى عليه أنكر ذلك فالبينة تطلب من المدعي لأنه يدعى خلاف الأصل وهو اشتغال الذمة راجع «المادة الثامنة» والقول مع اليمين للشخص الثاني لأنه يدعي براءة الذمة.

### «مستثنيات هذه القاعدة»

يصدق الأمين بمقتضى المادة (١١٧٤) بيمينه على براءة ذمته وإليك الإيضاح:

إذا ادعى المودع طالباً من المستودع الوديعة وادعى المستودع أنه ردّها له أو أنها تلفت بلا تعد ولا تقصير فالقول مع اليمين للمستودع والحال أن الرد والهلاك من الصفات العارضة والأصل

حسب المادة التاسعة عدمها وكان من اللازم بمقتضى هذه المادة أن يكون مكلفاً بإقامة البينة على رده الوديعة أو هلاكها بلا تعد ولا تقصير لأن ذلك خلاف الأصل والظاهر.

### ﴿المادة ٧٨﴾ البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة

هذه القاعدة الشرعية وردت في كثير من الكتب الفقهية منها تنوير الأبصار وشرحه وقد وردت فيها على الصورة الآتية «والأصل أن البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة على المقر لعدم ولايته على غيره».

البينة: هي الشهادة التي تظهر الشيء الثابت في نفس الأمر والموجود قبل الشهادة في المشهد به. وقد عرفت في المادة (١٦٧٦) بأنها الحجة القوية.

ومتعدية: مأخوذة من التعدي والتعدي بمعنى التجاوز على الغير والمقصود بالغير هنا هو غير المشهد عليه.

الإقرار: كما ورد في المادة (١٥٧٢) هو إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر ويقال لذلك مقر ولهذا مقر له وللمقر مقر به.

وقاصرة: من القصر يقال «قصر الشيء على كذا» أي لم يتجاوزه إلى غيره ويفهم من هذه المادة أن الإقرار حجة تقتصر على نفس المقر ولا تتجاوزه إلى الغير أما البينة فهي حجة متعدية تتجاوز إلى الغير لأن حجة البينة القضاء من الحاكم والحكم منه والحاكم له الولاية العامة فلا تقتصر الحجة على المحكوم عليه وتتجاوز إلى كل من له مساس بالقضية وقد جاء في الدرر «الحكم المقضى به استناداً على بينة في الحرية، والنكاح، والنسب والولاء يكون شاملاً لعموم الناس» فعليه لما كانت الشهادة موقوفة على حكم الحاكم فلا تجوز إقامة البينة بها بلا خصم.

أما الإقرار فلما كانت حجته مستندة على زعم المقر فهي قاصرة عليه ولا تكون معتبرة بحق سواء وهو جائز بدون خصم على أن لا يكون بحق أحد غير المقر.

لو أقر الوصي بدين على الميت فإقراره باطل ولا يأخذ المقر به من تركته المتوفي ولا يلزم الوصي أيضاً بأدائه. كذلك: لو توفي شخص وترك ولدين فافر أحدهما لرجل بأنه أخوه وأنكره الآخر فيلزم المقر بإعطاء ثلث ما أخذه من التركة للمقر له للأخ الثالث ولا يلزم الأخ المنكر بشيء استناداً على القول الذي أخذت به المجلة في المادة (١٦٤٢).

هذا وقد بين الفقهاء أن الإقرار لا تهمة فيه وهو حجة شرعية مقدمة على حجة البينة فلدى اجتماع الحجتين معاً تقدم حجة الإقرار ويحكم بها ما لم تمس الحاجة للحكم بالبينة.

مثال ذلك: إذا أقام شخص دعوى استحقاق في مال اشتراه شخص من آخر وبعد أن أنكر استحقاق المدعي بالمال المدعى به وأثبت المدعي ملكيته له بالبينة عاد المدعى عليه وأقر بملكية

المدعي يحكم الحاكم للمدعي بالمال بناء على إقرار المدعي عليه دون البينة لأن الإقرار حجة أقوى ولكن إذا كان 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.

هذا وإليك على هذه القاعدة الأمثلة الآتية: مثال: إذا ادعى شخص بحضور أحد ورثة المتوفي بأن له في ذمة المتوفي ديناً وأثبت مدعاه بالبينة وحكم الحاكم بالدين المذكور فالحكم يكون سارياً على عموم الورثة ولا يحق للورثة الذين لم يكن الحكم بمواجهتهم أن يطالبوا المدعي بإثبات الدين بحضورهم أيضاً أما إذا كان الحكم لم يكن مبنياً على بينة بل على إقرار من ذلك الوارث فإنه لا يسري بحق أحد من الورثة ما عدا المقر لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر كما أسلفنا.

كذلك: إذا استحق شخص مالاً وأثبت ذلك بالبينة وحكم الحاكم له به فللمحكوم عليه إذا كان مشترياً حق الرجوع على البائع بالثمن ولا يحق لهذا أن يتعلل عن الدفع بداعي أنه لم يحضر المحاكمة فلا يلزمه وبالعكس ذلك، فيما لو لم يثبت المستحق استحقاقه بالبينة بل بإقرار المشتري. فليس له حق الرجوع على البائع بالثمن.

كذلك: لو أقر المؤجر بأن الملك المأجور هو ملك لغيره فإقرار المقر صحيح ومعتبر ولكنه لا يسري بحق المستأجر ولا تفسخ الإجارة وبعد انقضاء مدة الاجارة يحكم للمقر له بذلك الملك.

كذلك إذا كفل شخص آخر قائلاً إني أكفل فلاناً بما هو مطلوب منه لفلان فإذا أثبت مقدار الدين ببينة ضمن الكفيل ذلك المقدار أما إذا لم يثبت الدائن الدين بالشهادة فالقول من اليمين للكفيل ولا يسري على الكفيل إقرار المكفول بدين أكثر مما اعترف به الكفيل نفسه.

كذا لا يسري إقرار الراهن بملكية المرهون للغير على المرتهن هذا والقول بأن الإقرار حجة أقوى من البينة لا يتباين مع القول بأن الإقرار حجة قاصرة على المقر والبينة حجة متعدية لأن الضعف والقوة هما غير التعدي والافتقار. فافتقار الإقرار على المقر لا ينافي قوة الإقرار على البينة وضعف البينة بالنسبة إلى الإقرار لا ينافية كونها متعدية.

### «مستثنيات هذه القاعدة»

لهذه القاعدة بعض المستثنيات هي:

إذا أقر المؤجر بدين فإقراره صحيح ومعتبر وتفسخ الإجارة عن العقار المؤجر من قبله لآخر وبيع فيما إذا كان ليس له سوى العقار ما يؤدي به الدين المقربة.

كذلك: إذا أقرت الزوجة بدين عليها والزوج كذبها فإقرار صحيح وتحبس رغم ما يلحق الزوج بذلك من الضرر. هذه المستثنيات قد ارتأها الإمام الأعظم ولكن الإمامين يريان أنه لا يجوز حبس الزوجة بإقرارها بدين ولا فسخ الاجارة وبيع المأجور إذا أقر المؤجر لآخر بدين.

## ﴿المادة ٧٩﴾ المرء مؤاخذ بإقراره

إلاً إذا كان إقراره مكذباً شرعاً وقد أخذت هذه عن المجامع.

فعليه إذا أقر شخص بمال لآخر وادعى أنه كان عن خطأ لا تسمع دعواه. مثال: إذا ادعى شخص على آخر بدين وبعد أن أقر به أدعى بأنه كان أوفى ذلك الدين ينظر إذا كان الإدعاء بالأداء في مجلس الإقرار لا يقبل حيث يكون رجوعاً عن الإقرار وتناقضاً في القول أما إذا كان في مجلس غير مجلس الإقرار يقبل توفيقاً للمادة (١٦٣٢).

كذا: إذا قبض المؤجر الأجرة وبعد إقراره بذلك ادعى أن النقود التي قبضها مزيفة لا يقبل ادعاؤه.

هذا وأن المادة (١٥٨١) من المجلة التي تنص على أنه لا يجوز الرجوع عن الإقرار في حقوق العباد هي فرع لهذه القاعدة.

فعليه إذا أقر شخص بأنه مدين لآخر بكذا ثم عاد فقال رجعت عن إقراره هذا فلا يعتبر رجوعه ويلزم بإقراره. والمادة (١١٢٧) فرع من فروعها أيضاً.

قلنا في شرح هذه المادة ما معناه إذا كذب الإقرار شرعاً فلا يلزم المقر بإقراره وقد جاء في المادة (١٦٥٤) أن الإقرار الذي يكذب شرعاً باطل والمقر غير مؤاخذ به وإليك المثال:

إذا تخاصم البائع والمشتري على ثمن المبيع وادعى المشتري أن البيع وقع له بألف قرش وادعى البائع أنه بالفين وبعد أن أثبت هذا مدعاه وحكم له الحاكم أقام الشفيغ الدعوى على المشتري بالمبيع المذكور فللشفيغ أن يتملك تلك الدار بألفي قرش لا بألف بداعي أن المشتري اعترف في دعواه مع البائع بأن الثمن ألف لأنه وإن كان إقراره بألف فقد كذب ذلك الإقرار وأصبح باطلاً بحكم الحاكم.

كذلك إذا ادعى شخص بأن فلاناً قد كفل المدين له بأمره وطلب إلزامه بأداء المبلغ من جهة الكفالة وبناء على إنكار المدعى عليه الكفالة أثبتتها المدعي واستوفى بدلها يحق للكفيل أن يرجع على المدين بالبدل المدفوع منه ولا عبرة لإنكاره الكفالة لأنه كذب شرعاً.

هذا ويشترط في الإقرار. كما جاء في المادة (١٥١٢) أن يكون المقر عاقلاً بالغاً فلا يصح إقرار الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة. وفي المادة (١٥٧٥) يشترط رضا المقر فلا يصح الإقرار الواقع بالجبر. وفي المادة (١٥٧٧) أن لا يكذب المقر ظاهر الحال.

## ﴿المادة ٨٠﴾ لا حجة مع التناقض لكن لا يحتل معه حكم الحاكم.

يوجد تصرف في ترجمة هذه المادة وذلك هو المراد فيها لكن الترجمة الحقيقية لأصلها التركي

هي «لا حجة مع التناقض لكن لا يطرأ خلل على حكم المتناقض عليه».

يفهم من هذه المادة أنه إذا حصل تناقض في الحجة تبطل ولكن لو حكم القاضي قبل أن يتبين بطلانها فلا يخل الحكم. مثال ذلك؛ لو رجع الشاهدان عن شهادتهما لا تبقى شهادتهما حجة لكن لو كان القاضي حكم بما شهد به أولاً لا ينقض ذلك الحكم وإنما يلزم على الشاهدين ضمان المحكوم به».

وقد اخذت هذه القاعدة من «باب الرجوع عن الشهادة» الوارد في الكتب الفقهية ومن ذلك ما ورد في الهداية «وإذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لأن الحق إنما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لأنها ما اتلفا شيئاً لا على المدعي ولا على المدعى عليه فإن حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لأن آخر كلامهم يناقض اوله فلا ينقض الحكم بالتناقض».

لقد عرفت الحجة في الاشباه بأنها «بينة عادلة أو اقرار، أو نكول عن اليمين». وجاء عنها في المادة (٧٨) بأنها تشمل الشهادة والاقرار ولكن بما أن الحجة المقصودة هنا ليست سوى البينة والشهادة وقد جاء في شرح المجامع عند تعليق الشارح على قول المتن «التناقض لا يمنع صحة الاقرار» - مثلاً لو انكر شخص شيئاً ثم بعد ذلك أقر به فيعتبر الاقرار رغماً مما حدث من التناقض لأن المقر لا يكون متهماً باقراره هذا- فليس من مأخذ في ذلك أو خطأ.

الرجوع تعريفه: الرجوع لغة نقيض الذهاب واصطلاحاً نفى الشاهد أخيراً ما اثبتة أولاً

هذا وقد مر معنا أن الحكم لا يخل لأنه لما كان الحكم بالكلام المتناقض غير جائز فلا يجوز أيضاً نقض الحكم به. وبما أن الكلامين المتناقضين متساويان في الدلالة على الحقيقة وقد رجح الأول على الثاني باتصاله بالقضاء والمرجوح لا يعارض الراجح فلم يخل الحكم ولم ينقض.

ولكن لما كان الشهود متسبين في الحكم فقط والحاكم هو المباشر به فمن الواجب بمقتضى المادة (١٩٠) لا يترتب الضمان إلا على الحاكم.

ولكن بما أن القاضي بعد أن يؤدي الشهود الشهادة وبعد التثبيت من عدالتهم مجبر على الحكم فوراً فلو تأخر ولم يحكم يكون مسؤولاً شرعاً ومستحقاً للتعزير والعزل. وبما أن تضمين الحكام يمثّل امتناع الناس من قبول منصب القضاء خوفاً من الضمان وحيث أنه مما تقدم يتعذر الحكم على المباشر في هذه المسألة فقد وجب الحكم بضمان الشهود المتسبين والمعتدين دون الحاكم المباشر.

لقد ذكر عدم اختلال الحكم في هذه المسألة بصورة مطلقة في هذه المادة (١٧٢٩) أي أنه لم يقيد عدم اختلال الحكم بما إذا قبض المحكوم له به أم لا.

مع أن هذه المسألة موضع لاختلاف العلماء فالبيزاية وخزانة المفتين، والبصر تقول بالضمان

سواء اقبض المحكوم به أم لم يقبض أما الكنز، والدرر، وملتقى الابحر والهداية، والمحتار والاصلاح، ومواهب الرحمن، فكلها يشترط القبض في ذلك.

ولكن الدر المتقى يرى أنه إذا حصل قبض أو لم يحصل فالحكم موجب للضمان وحتى لو شهدت الشهود في عقار ثم رجعت فيجب ضمان قيمة العقار للمحكوم عليه.

### ﴿المادة ٨١﴾ قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل

هذه القاعدة مأخوذة من الاشباه وقد جاءت فيه «قد يثبت الأصل وان لم يثبت الفرع»

مثال ذلك: لو قال رجل أن لفلان على فلان كذا ديناً وأنا كفيل به أي «بدون أمر المدين» وبناء على انكار الأصيل ادعى الدائن على الكفيل بالدين لزم على الكفيل اداؤه.

قلنا بدون أمر المدين لأنه لو قال المدين لرجل اكفلي بالمبلغ المطلوب مني لفلان وكفله يعتبر أمره هذا اقراراً بالدين ويؤخذ به الكفيل.

كذلك يؤخذ الكفيل وهو الفرع في الدين دون الأصيل الذي هو الأصل فيه فيما لو اثبت بالبينه وفاءه الدين قبل كفالة الكفيل. وهذا المثال يصح أن يتخذ مثلاً لقاعدة «الاقرار حجة قاصرة» أيضاً لأن إقرار الكفيل بالدين إقرار على نفسه وحجة قاصرة عليه وحده لا تعداه للأصيل

### ﴿المادة ٨٢﴾ المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط

هذه القاعدة وردت في المجامع «المعلق بالشرط يجب ثبوته ويكون معدوماً قبل ثبوت شرطه»

يعني أن الشيء المعلق على شرط يكون معدوماً قبل ثبوت الشرط الذي علق عليه

لأنه لو ثبت الشيء قبل وجود الشرط لاستوجب ذلك وجود المشروط بدون الشرط وذلك محال.

المعلق تعريفه: المعلق اسم مفعول من التعليق وهو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى فإحداهما تسمى «الشرط» والثانية تسمى «الجزاء»

ويشترط في صحة التعليق أن يكون الشرط معدوماً على خطر الوجود أي أن يكون معدوماً ممكنأ حصوله. لهذا فلو علق شيء بوجود يعتبر تعليقه تنجيلاً أي أن المعلق يثبت في الحال.

مثال ذلك: لو قال شخص لآخر إذا كان لي عليك دين فقد ابرأتك منه وكان في الحقيقة ذلك الشخص مديوناً له فيصبح بذلك بريئاً من الدين في الحال.

كذلك: لو قال شخص لآخر أن فلاناً باع مني مالك الفلاني بكذا فقال إذا باعه منك بهذا الثمن فلاني اجيز البيع فإذا ثبت أن المال المذكور بيع بذلك الثمن أو بأكثر منه تصح الاجازة.

ومع أن الوقف المعلق على شرط لا يكون صحيحاً فالوقف المعلق على موجود ومحقق يصح تنجزاً كما لو قال شخص إذا كان هذا المال مالي. وأشار إلى عقار يملكه- فإني قد وقفته يكون الوقف صحيحاً.

إذا كان التعليق على شيء مستحيل الوقوع فهو باطل.  
ادوات الشرط. - «إن، كلما، متى، إذا» وما اشبه ذلك من الألفاظ.  
واليك فيما يلي بعض المسائل المتفرعة عن هذه المادة.

لو قال شخص إذا لم يدفع لك فلان ما لك عليه من الدين فأنا كفيل بإداء دينك فثبتت الكفالة المعلقة على شرط عند ثبوته وحينئذ يطالب الكفيل بالمكفول به.

ويشترط في التعليق أن يكون في الأمور والخصوصيات التي يجوز التعليق فيها شرعاً وإلا فلو علقت بعض الأمور التي لا يجوز التعليق فيها على شرط فالتعليق فاسد أي «إن الشيء المعلق لا يثبت ولو ثبت الشرط»

وفي العقود الآتية يصح التعليق ويكون التعليق صحيحاً إذا كان الشرط المعلق عليه ملائماً أي «أن يكون الشرط مؤيداً للعقد وهو من موجباته ومقتضياته» وفاسداً إذا كان غير ملائم وهي:  
«١» الوكالة «٢» الإذن بالتجارة «٣» عزل القاضي «٤» القضاء «٥» الامارة «٦» الكفالة «٧» الإبراء في الكفالة «٨» تسليم الشفعة بعد الشراء «٩» الوصية «١٠» الحوالة.

مثال: لو قال الموكل لوكيله (كلما عزلتك فأنت وكيل) تنعقد الوكالة بعد العزل كلما عزله ولو قال للسفيه وليه قد اذنتك بالتجارة إذا صلحت احوالك يكون السفيه مأذوناً بالتجارة إذا صلحت احواله كذلك لو قال ولي الصبي له إذا طلع الفجر فقد اذنتك بالتجارة فبطلوع الفجر يكون الصبي مأذوناً

كذلك لو قال السلطان لشخص إذا بلغت البلد الفلاني فقد نصبتك والياً عليه أو قاضياً له فثبت الشرط يثبت الحكم المعلق عليه.

كما لو قال شخص لدائن إذا عاد مديونك فلان من سفرته فأنا كفيل لك بما لك عليه من الدين. فمتى رجع المديون تنعقد الكفالة.

كما لو قال المكفول له لكفيل إذا اعطيني القدر الفلاني من الدين فإني ابرئك من الكفالة والكفيل دفع المبلغ المطلوب فيراً منها.

كذلك لو قال شخص لآخر إذا اجاز فلان وصيتي فقد اوصيت لك بالمال الفلاني واجازها لك الشخص تثبت الوصية.

والحاصل أنه بمقتضى هذه المادة كل شيء من الأشياء المذكورة علق على شرط ملائم يكون

ثابتاً وصحيحاً لدى ثبوت الشرط المعلق عليه .

أما إذا كان الشرط غير ملائم فلا يثبت واليك المثال :

لو قال شخص لآخر إذا هبت الريح أو إذا دخل فلان دار فلان وما أشبه ذلك فأنت وكيل بالشيء الفلاني أو أبرأتك من الكفالة أو غير ذلك مما مر معنا في الأمثلة العشرة فلا يثبت المعلق على الشرط ولو ثبت أما العقود التي لا يجوز فيها التعليق فهي كما يأتي :

(١) البيع (٢) الإجارة (٣) الإعارة (٤) الاستئجار (٥) الهبة (٦) الصدقة (٧) اجازة العقد (٨) الإقرار (٩) الإبراء من الدين (١٠) الصلح عن المال (١١) المزارعة (١٢) المساقاة (١٣) الوقف (١٤) التحكيم (١٥) الإقالة (١٦) التسليم بالشفعة قبل البيع (١٧) إبطال حق رد المبيع بخيار العيب (١٨) إبطال حق رد المبيع بخيار الشرط (١٩) عزل الوكيل (٢٠) حجر المأذون .

مثال : لو قال شخص لآخر إذا حضر فلان من سفره فقد بعثك داري بكذا قرشاً أو اجرتك أياها أو اعرتها لك أو وهبتها لك أو تصدقت بها عليك فكما أنه لا يصح شيء من هذه العقود ولا ينعقد فإذا بلغ رجلاً بأن شخصاً باع ماله أو آجره أو وهبه وقال إذا رضي فلان بذلك فقد اجزت البيع أو الإجارة أو الهبة وكان المذكور قد فعل ذلك حقيقة لا يثبت شيء من ذلك مطلقاً ولا يصح .

كذلك لو قال شخص لآخر إذا جاء فلان أو إذا دايتني كذا مبلغاً أو إذا لم ادفع لك غداً خمسين قرشاً أو إذا حلفت لي بأنني مديون لك . فأنا مديون لك بالفي قرش فلا يثبت المبلغ ولا يترتب بذمة المقرء ولو ثبت الشرط المعلق عليه .

كذلك لو قال شخص لآخر إذا دخلت بيتي أو إذا جاء فلان من المحل الفلاني أو إذا دفعت لي خمسمائة قرش من الالف القرش المطلوبة لي منك فأنت بريء من الدين الذي بذمتك لي فلا تثبت البراءة وإن ثبتت الشروط المعلقة عليها .

#### «مستثنيات هذه القاعدة»

قلنا أن الأقرار والإبراء المعلقين على شرط غير صحيحين إلا أنه يستثنى من ذلك مسألتان :

الأولى - لو علق الدائن إبراء المدين من الدين على موته يحمل ذلك على الوصية ويكون التعليق صحيحاً .

مثال ذلك : لو قال الدائن عمرو للمدين بكر إذا أنا مت فأنت بريء من ديني فيحمل ذلك منه على الوصية فإذا مات الدائن وكان نكث ماله مساعداً على ذلك «أي إذا كان بمقدار ذلك الدين أو يزيد عنه» فيكون المدين بريئاً .

الثانية- لو علق الإقرار بزمان صالح لحلول الاجل في عرف الناس يحمل على الإقرار بدين مؤجل(راجع المادة ١٥٨٤).

مثال ذلك: لو قال أحد لآخر ان ابتداء الشهر الفلاني أو يوم المولد النبوي أو يوم قاسم فلاني مديون لك بكذا يحمل على الإقرار بدين مؤجل ويلزمه تأدية الدين عند حلول ذلك الوقت.

«فائدة» تتعلق بالعقود التي تجوز إضافتها للزمان المستقبل والتي لا تجوز فالعقود التي تجوز اضافتها للمستقبل هي كما يأتي:

(١) الإجارة (٢) فسخ الإجارة (٣) المزارعة (٤) المساقاة (٥) المضاربة (٦) الوكالة (٧) الكفالة (٨) الإيضاء (٩) الوصية بالمال (١٠) القضاء (١١) الإمارة (١٢) الوقف (١٣) الإعارة (١٤) إبطال الخيار.

مثال: لو قال أحد لآخر قد أجرتك داري اعتباراً من الغد بيدل قدره كذا وقال شخص لشخص قد فسخت إجارة الدار التي أجرتك اياها بيدل شهري اعتباراً من أول الشهر القادم فيكون ذلك صحيحاً(راجع المادة ٤٠٨ و ٤٩٤).

كذلك لو قال رجل لرجل اعطيتك مزرعتي الفلانية وبستاني الفلاني مزارعة او مساقاة اعتباراً من التاريخ الفلاني فيصح ذلك كما لو قال قد وكلتك اعتباراً من رأس الشهر الفلاني ببيع مالي هذا فتكون الوكالة صحيحة أيضاً وليس للوكيل قبل حلول رأس ذلك الشهر أن يبيع المال المذكور.

كذلك لو قال السلطان لشخص قد نصبتك اعتباراً من التاريخ الفلاني حاكماً أو والياً على البلد الفلاني فالتولية والنصب صحيحان.

والعقود التي لا تصح اضافتها للزمان المستقبل هي «١ - البيع؛ ٢ - اجازة البيع؛ ٣ - فسخ البيع؛ ٤ - القسمة؛ ٥ - الشركة؛ ٦ - الهبة؛ ٧ - الصلح على المال؛ ٨ - الإبراء من الدين».

مثال ذلك: لو قال شخص لآخر قد بعثك مالي هذا اعتباراً من أول الشهر القادم وقبل ذلك الشخص البيع على هذا الوجه لم يصح ولو أتى رأس الشهر المضروب وهلم جرّاً

### «المادة ٨٣» يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان.

هذه مأخوذة من المجامع.

قدر: بفتح القاف وسكون الدال على وزن «بدر» معناها (الطاقة والاستطاعة) والشروط ثلاثة أنواع:

منها ما هو جائز ومنها الفاسد واللغو وما تجب مراعاتها إنما هي الجائزة أي الموافقة للشرع الشريف كما سنأتي عليها بالتفصيل فيما يلي:

والشرط المقصود في هذه القاعدة هو الذي يكون خلواً من أداة الشرط كقولك بعت مالي على

الشرط الفلاني أو بعت هذه السراويل على أن أرفعها ويسمى (الشرط التقييدي).

أما الشرط الذي تستعمل به أدوات الشرط وقد سبق تفصيله في المادة الفاتئة فيسمى (الشرط التعليقي) وفيما يلي بعض الأمثلة المتفرعة عن هذه المادة كل تحت العنوان الذي يناسبه:

البيع - يكون البيع صحيحاً والشرط معتبراً كما جاء في المادة «١٨٦» إذا كان الشرط من مقتضيات عقد البيع والمواد «١٨٧، ١٨٨، ٢٨٧، ٩٨» من المسائل المتفرعة عن هذه القاعدة.

إجارة - يجب مراعاة كل شرط يشترطه العاقدان بخصوص تعجيل الأجرة أو تأجيلها كما هو مبين في المادة «٤٦٨، ٤٧٤».

الأمانة - إذا كان شرط الوارد في عقد الوديعة ممكن الإجراء ومفيداً للمودع فهو معتبر كما في المادة «٨٨٤»

الشركة - إذا اشترط في المقاسمة أن يكون لخصه طريق في الحصة الأخرى أو مسيل فيجب مراعاة أحكام ذلك الشرط كما جاء في المادة «١١٦٦»

كذلك يجب على المضارب في عقد شركة المضاربة المقيدة مراعاة الشروط التي يشترطها رب المال «أنظر المادة ١٤٢٠».

الدين - إذا اشترط الدائن في الدين المقسط بأنه إذا لم يدفع المدين الأقساط في أوقاتها المضروبة يصبح الدين معجلاً فيجب مراعاة الشرط فإذا لم يف المدين بالشرط ولم يدفع القسط الأول مثلاً عند حلول أجله يصبح الدين جميعه معجلاً.

الوقف - لما كان شرط الواقف كنص الشارع رؤي أنه كما يجب مراعاة نص الشارع واتباعه يجب أيضاً مراعاة واتباع شرط الواقف الموافق للشرع - فهو من المسائل المتفرعة عن هذه القاعدة أما إذا كان شرط الواقف مخالفاً للشرع الشريف فلا يتبع.

هذا وقد أشرنا فيما مرّ إلى أن الشرط المخالف للشرع الشريف (أي الشرط الفاسد واللغو الباطل فإليك المثال:

البيع - الشرط الذي يشترط في عقد البيع ولا يكون فيه نفع لأحد العاقلين لغو والبيع صحيح «راجع المادة ١٨٩».

مثال ذلك: لو باع البائع فرسه من شخص واشترط عليه ألا يبيعه من أحد فالبيع صحيح والشرط لغو فلا يجب مراعاته فللمشتري بيع الفرس لمن أراد وليس للبائع حينئذ أن يفسخ البيع الذي بينه وبين المشتري لإخلاله بالشرط المذكور لأنه غير مفيد لأحد العاقلين فلا يلزم المشتري القيام به.

رهن - إذا شرط في عقد الرهن عدم الضمان أي أنه إذا تلف في يد المرتهن لا يسقط شيء من

الدين فالرهن صحيح والشرط باطل فلو تلف المرهون بيد المرتهن يسقط من الدين بقدر قيمته .  
الأمانة - إذا لم يكن الشرط المورد في عقد الايداع ممكن الإجراء ومفيداً على الوجه المذكور في  
المادة (٧٨٤) فهو لغو .

كذلك إذا اشترط المودع أو المعير ضمان الوديعة أو العارية فيما لو تلفت بيد المستودع أو  
المستعير بلا تعد ولا تقصير . فيما أن هذا الشرط مخالف للمادة (٧٧٧، و٨١٣) لا يصح ولا يعتبر .  
فلو تلفت الوديعة أو العارية بيد المستودع أو المستعير بلا تعد ولا تقصير لا يضمن .

الشركة - لما كانت حاصلات الملك والأموال المشتركة بمقتضى المادة (١٠٧١) تقسم بين  
الشركاء كل بقدر حصته فلو حصل شرط بين الشركاء بأن يأخذ أحد الشركاء حصة في الحاصلات زيادة  
عن حصته في الملك والأموال فالشرط غير صحيح كما إذا اشترط أحد الشريكين حصة في الربح  
فالشرط لغو (راجع المادة ١٤٠٢) ويقسم المال بين الشركاء كل بقدر حصته في الشيء المشتري .

كذلك إذا عقدت الشركة على أن يعطى شيء مقطوع لأحد الشركاء فالشركة باطلة . يفهم  
مما مر معنا من التفصيلات أن بعض الشروط التي لا تعتبر شرعاً لا تفسد العقد وتلغى هي فقط  
وبعضها يكون مفسداً للعقد وإليك فيما يلي بعض الإيضاحات .

يوجد عقود تصح مع الشرط الفاسد أي الذي ليس من مقتضيات العقد ويكون غير ملائم  
له، ويكون الشرط لغواً وغير معتبر وهي :

(١) الوكالة (٢) القرض (٣) الهبة (٤) الصدقة (٥) الرهن (٦) الإيضاء (٧) الإقالة (٨) حجر  
المأذون .

مثال : إذا قال شخص لآخر أنني وكلتك في الأمر الفلاني بشرط أن تبرئني من الدين والوكيل  
قبل بذلك فالوكالة صحيحة ولكن الشرط لغو .

كذلك إذا نصب السلطان قاضياً أو والياً على بلدة وشرط على نفسه عدم عزله فالنص  
صحيح والشرط باطل فمتى أراد السلطان عزله، عزله لأن القاضي والوالي وكلاء عن السلطان  
وللموكل في كل وقت عزل وكيله .

كذلك لو قال شخص لآخر انني أقرضك المبلغ الفلاني على شرط أن تشتغل عندي شهراً  
واحداً والشخص المذكور قبل الشرط فتسلم المال فالقرض صحيح والشرط باطل .

كذلك إذا قال شخص لآخر انني نصبتك وصياً بشرط أن تزوجني بنتك فالإيضاء صحيح  
والشرط باطل . وقصارى القول أن الشروط التي لا تكون من مقتضيات العقد إذا وقعت في أحد  
العقود التي سبق ذكرها تكون العقود صحيحة والشروط بما أنها مخالفة للشرع الشريف تكون لغواً فلا  
تجب مراعاتها .

وعقود لا تصح مع الشروط الفاسدة وهي كما يلي:

(١) البيع (٢) القسمة (٣) الإجارة (٤) إجازات العقد (٥) الصلح عن سكوت أو عن إنكار أو إقرار بمال عن مال (٦) الإبراء عن الدين (٧) المزارعة (٨) المساقاة (٩) الوقف.

مثال: لو قال شخص لآخر انني بعثك حصاني بشرط أن أركبه شهراً يكون البيع فاسداً بهذا الشرط لأنه إنما يعود نفعه على أحد المتعاقدين فهو فاسد.

كذلك لو قال شخص لآخر انني أجرتك داري بكذا قرشاً على أن تقرضني كذا مبلغاً أو تهديني هدية أو قال شخص لآخر أنني أبرأتك من ديني بشرط أن تشتغل عندي مدة كذا فلا تصح هذه العقود.

والحاصل أن هذه العقود التسعة إذا شرط فيها شرط فاسد فإنه يفسدها.

﴿المادة ٨٤﴾ «المواعيد بصور التعاليق تكون لازمة» لأنه يظهر فيها حينئذ

معنى الالتزام والتعهد.

هذه المادة مأخوذة عن الأشباه من كتاب «الحظر والإباحة» حيث يقول «ولا يلزم الوعد إلا إذا كان معلقاً» وقد وردت في البزازية أيضاً بالشكل الآتي: «لما أن المواعيد باكتساء صور التعليق تكون لازمة».

يفهم من هذه المادة أنه إذا علق وعد على حصول شيء أو على عدم حصوله فثبوت المعلق عليه أي الشرط كما جاء في المادة (٨٢) يثبت المعلق أو الموعود. مثال ذلك: لو قال رجل لآخر بع هذا الشيء من فلان وإذا لم يعطك ثمنه فأنا أعطيك إياه فلم يعطه المشتري الثمن لزم على الرجل أداء الثمن المذكور بناءً على وعده.

أما لو توفي المدين قبل أن يطالبه الدائن بالمدين بطل الضمان أي أنه لا يلزم الكفيل لأن المعلق على شرط يكون معدوماً ولا يثبت إلا بثبوت الشرط المعلق عليه وذلك كما جاء في المادة (٨٢) «وهذه المادة بمثابة فرع منها» وما لم يطالب المدين بالمدين ويمتنع أو يماطل فلا يتحقق امتناع المدين عن الأداء ولما لم يثبت هنا شرط الامتناع بموت المدين فلا يلزم الضمان المعلق على ذلك الشرط.

أما إذا كان الوعد وعداً مجرداً أي غير مقترن بصورة من صور التعليق فلا يكون لازماً.

مثال ذلك: لو باع شخص مالا من آخر بثمان المثل أو بغبن يسير وبعد أن تم البيع وعد المشتري البائع بإقالته من البيع إذا رد له الثمن فلو أراد البائع استرداد المبيع وطلب إلى المشتري أخذ الثمن وإقالته من البيع فلا يكون المشتري مجبراً على إقالة البيع بناءً على ذلك الوعد لأنه وعد مجرد.

كذلك: لو قال شخص لآخر إ دفع ديني من مالك والرجل وعده بذلك ثم امتنع عن الأداء فلا يلزم بوعده هذا على أداء الدين .

### «مستثنيات هذه القاعدة»

قلنا إن الوعد المجرد لا يلزم الواعد بشيء ولكن يستثنى من هذا الحكم مسألة واحدة وهي :  
لو باع شخص من آخر مالا بثمن دون ثمن المثل بكثير أي بغبن فاحش بيعاً مطلقاً والمشتري أشهد بمحض من الناس أن البائع إذا رد له الثمن يفسخ له البيع فيجب القيام بذلك الوعد من المشتري نفسه إذا كان في قيد الحياة أو من ورثته بعد وفاته ويكون ذلك البيع بيع وفاء .  
ومعنى ذلك على ما يظن أنه لما عقد البيع المذكور على غبن فاحش والمشتري وعد بإعادة المبيع للبائع عند رده الثمن فهو بالحقيقة بيع وفاء وبما أن بيع الوفاء حكمه حكم الرهن فيمكن لكل من البائع والمشتري فسخه .

### ﴿المادة ٨٥﴾ الخراج بالضمان

هذه المادة هي نفس الحديث الشريف «الخراج بالضمان» وهي المادة ٨٧ «الغرم بالغنم» والمادة ٨٨ كلها بمعنى واحد وإن اختلفت الألفاظ فكان من الواجب الاكتفاء بواحدة منها .

الخراج هو الذي يخرج من ملك الإنسان أي ما ينتج منه من التاج وما يغل من الغلات .  
كلبن الحيوان ونتائجه، وبدل إجارة العقار، وغلل الأرضين وما إليها من الأشياء . ويقصد بالضمان المؤونة كالإنفاق على الحيوان ومصاريف العمارة للعقار ويفهم منها أنه من يضمن شيئاً لو تلف ينتفع به في مقابلة الضمان مثلاً لو رد المشتري حيواناً بخيار العيب وكان قد استعمله مدة لا تلزمه أجرته لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان من ماله .

يعني أن من يضمن شيئاً إذا تلف يكون نفع ذلك الشيء له في مقابلة ضمانه حال التلف ومنه أخذ قولهم الغرم بالغنم .

وقد حكم عمر بن عبد العزيز في هذه المسألة بالأجرة للبائع ولكنه لما أطلع بعد ذلك على الحديث الشريف «الخراج بالضمان» نقض ذلك الحكم .

وقد أورد صاحب الأشباه على هذه القاعدة سؤالين وأجاب عليهما وذلك ما يأتي :

السؤال الأول: لو كان الانتفاع في الشيء مقابل ضمانه لكان من اللازم أن تكون الزيادة الحاصلة في المبيع قبل القبض للبائع لأن المبيع كما جاء في المادة «٣٩٣» في ضمان البائع والحال إنه بمقتضى المادة «٢٣٦» أن الثمرة أو الزيادة التي تحصل في المبيع بعد العقد وقبل القبض تعود للمشتري فما الوجه في ذلك يا ترى؟

جواب هذا السؤال: فالوجه في ذلك هو أن الانتفاع بالمبيع قبل القبض يقابل الملكية. وبعد القبض يكون مقابل الملك والضمان معاً.

السؤال الثاني: لما كان المال المغصوب بمقتضى المادة (٨٩١) هو في ضمان الغاصب فكان من الواجب أن تكون زوائد المغصوب ملكاً له ما دام الانتفاع في الشيء مقابل ضمانه والمادة (٩٠٣) تقول زوائد المغصوب للمغصوب منه فما الوجه في ذلك؟

جوابه - أن الضمان في هذه ضمان خاص أي يقصد به ضمان الملك. وخلاصة ذلك هو أن نفع الشيء يعود للشخص الذي إذا تلف ذلك الشيء يتلف عليه أما الغاصب وإن كان المال في ضمانه فليس مالاً له.

### ﴿المادة ٨٦﴾ الاجر والضمان لا يجتمعان

هذه القاعدة مأخوذة من المجامع.

ويفهم منها أنه لا تجب الاجرة في الحال التي يجب فيها الضمان يعني أن الانسان إذا استأجر دابة وهلكت بلا تعد لا يضمن سوى الأجرة. وإذا غصب دابة فهلكت يضمن قيمتها ولا اجرة عليه.

والضمان كما عرف في المادة (٤١٦) هو اعطاء مثل الشيء إذا كان من المثليات وقيمته إذا كان من القيميات.

مثال: إذا استكري حيوان للركوب لا يجوز تحميله وذلك بمقتضى المادة (٥٥٠) فإذا حمل وتلف يضمن المستأجر قيمة الحيوان ومن ثم لا يجوز تكليفه بتأدية الأجر المسمى.

كذلك إذا غصب شخص حيواناً واستعمله فيما أنه لو تلف بيده يكون ضامناً فإذا رده لصاحبه لا تلزمه اجرة على استعماله اياه ما لم يكن مال يقيم أو وقف أو مالا معداً للاستغلال.

كذلك إذا استعمل المستأجر الحيوان المأجور مدة تزيد عن مدة الاجار فيما أنه يكون حينئذ حكمه حكم الغاصب ويكون ذلك الحيوان في ضمانه فلا تلزمه اجرة عن المدة الزائدة.

ويشترط في عدم اجتماع الاجرة والضمان اتحاد السبب والمحل فيهما وإلا فالاثنان قد يلزمان في وقت معاً ومثال ذلك:

لو أجرة شخص حيواناً من آخر ليركبه وحده إلى محل معين فركب الرجل واردف خلفه شخصاً آخر ولو صغيراً «بحيث يستطيع الوقوف بنفسه» فتلف الحيوان بعد الوصول إلى المحل المقصود، ينظر فإذا كان الحيوان قادراً على حمل الاثنين يلزم الاجر المسمى مع ضمان نصف قيمة ذلك الحيوان. فيلزم الاجر على المستأجر لأنه قد استوفى المنفعة المرادة من استئجار ذلك الحيوان بوضوله للمكان المقصود ويلزم ضمان نصف قيمة الحيوان لأنه يكون قد تعدى باردافه شخصاً خلفه

والحاصل انه لما كان سبب لزوم الأجر وسبب الضمان مختلفين يلزمان في وقت معاً ولا يقال بان الضمان قد اجتمع والاجر فلكل سبب غير سبب الآخر.

### ﴿المادة ٨٧﴾ الغرم بالغنم

هذه المادة مأخوذة من المجامع وهي عكس المادة «٨٥» أي أن من ينال نفع شيء يجب أن يتحمل ضرره مثلاً أحد الشركاء في المال يلزمه من الخسارة بنسبة ما له من المال المشترك كما يأخذ من الربح .

وإليك فيما يلي بعض المسائل المتفرعة عن هذه القاعدة كل مسألة تحت عنوان من نوعها البيع - أجرة كتابة سند المبيعة وحجة البيع تلزم المشتري لأن منفعة السند تعود عليه لا على البائع (راجع المادة ٢٩٢)

الشركة - إذا احتاج ملك مشترك للتعجير والترميم فعل كل واحد من الشركاء أن يدفع من النفقات بنسبة حصته في الملك «راجع المادة ١٣٠٨»

كذلك النهر المشترك إذا احتاج إلى تصليح فيشترك في التعجير كل من لحقه ضرر بالخراب وكلما انتهى التصليح لأرض احدهم وتجاوزها خلص صاحب تلك الأرض من الاشتراك في نفقات التصليح حيث تكون مضرته قد انتهت وهلم جراً إلى آخر النهر.

### ﴿المادة ٨٨﴾ «النعمة بقدر النعمة والنقمة بقدر النعمة»

ان الفقرة الأولى من هذه المادة مرادفة للمادة السابقة والفقرة الثانية مأخوذة عن كلمة «لأن الغنم بالغرم» الواردة في الكتب الفقهية وهي عبارة عن المادة (٨٥) إلّا الالفاظ

مثال ذلك: لما كانت نفقة اللقيط «وهو الولد المتروك في الشوارع مجهول الاب والاولياء» تلزم بيت المال ويؤدى عنه من بيت المال فيما لو قتل شخصاً دية القتل. فتركته تعود إلى بيت المال لو مات فبيت المال الذي يغرم نفقات اللقيط ويتحمل عنه الدين يغرم تركته.

### ﴿المادة ٨٩﴾ يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبراً

هذه المادة فرع للمادة (٩٥) وقد اخذت من كلمة الأمر لا يضمن بالأمر» الواردة في المجامع ووكالة الاشباه.

مثال ذلك: لو قال انسان لآخر اتلف مال فلان ففعل كان الضمان على المأمور إذا فعل حيث لا يعد الأمر مجبراً شرعاً كما يعلم من باب الاكراه ولان الأمر إذا لم يكن مالكاً فأمره بالتصرف في ملك الغير باطل «راجع المادة ٢٩٥»

كذلك لو أمر شخص رجلاً يذبح شاة قد باعها من آخر ولم يسلمها فذبحها الرجل وهو

يعلم أنها مبيعة فللمشتري حق تضمينها للذابح وليس لهذا أن يرجع بذلك على الأمر والحاصل أنه لا يرجع بالضمان على الأمر ما لم يكن مكرهاً اكراهاً معتبراً.

### «مستثنيات هذه القاعدة»

لهذه القاعدة مستثنى واحد: وهو أنه لو أمر رجل بالغ عاقل صبيّاً باتلاف مال فاتفقه الصبي بالضمان في مال الصبي حسب المادة (٩٦٠) إلا أن لوليه الرجوع على الأمر بما دفعه من مال الصبي بخلاف ما لو كان الأمر صبيّاً فليس للولي حق الرجوع عليه.

### «المادة ٩٠» إذا اجتمع المباشر والمتسبب اضيف الحكم إلى المباشر

هذه القاعدة مأخوذة من الاشباه. ويفهم منها أنه إذا اجتمع المباشر أي عامل الشيء وفاعله بالذات مع المتسبب وهو الفاعل للسبب المفضي لوقوع ذلك الشيء ولم يكن السبب مما يؤدي إلى النتيجة السيئة إذا هو لم يتبع بفعل فاعل آخر، يضاف الحكم الذي يترتب على الفعل إلى الفاعل المباشر دون المتسبب وبعبارة اخصر يقدم المباشر في الضمان عن المتسبب.

تعريف المباشر - هو الذي يحصل التلف من فعله دون أن يتدخل بينه وبين التلف فعل فاعل آخر.

مثال: لو حفر رجل بئراً في الطريق العام فالقوى أحد حيوان شخص في ذلك البئر ضمن الذي القى الحيوان ولا شيء على حافر البئر. لأن حفر البئر بحد ذاته لا يستوجب تلف الحيوان ولو لم ينضم إليه فعل المباشر وهو القاء الحيوان في البئر لما تلف الحيوان بحفر البئر فقط.

ورب قائل يقول بأنه لو لم يحصل فعل الحفر لما تأتى فعل الالتقاء.

فبما أن فعل الالتقاء هو الوصف الأخير فقد أضيف التلف إليه وقد ورد في الولوجية (كل حكم يثبت بعلّة ذات وصفين يضاف الحكم إلى الوصف الذي وجد منها أخيراً).

أما إذا كان ذلك الحيوان سقط بنفسه في البئر فإذا كان حافر البئر قد حفره بدون أمر من ولي الأمر فالضمان كما سيرد في المادة الآتية يترتب على حافر البئر.

كذلك لو دل شخص لصاً على مال لآخر ليسرقه فسرقه اللص فليس على الدال ضمان وإنما الضمان على اللص.

كذلك لو فتح أحد باب دار آخر وفك فرسه من قيوده فجاء لص وسرق الفرس فالضمان على السارق.

كذلك لو امسك شخص بآخر وجاء ثالث فاغتصب ما مع الرجل من النقود فالضمان على المغتصب المباشر لاستلاب المال دون الآخر المتسبب بذلك.

أما إذا كان السبب مما يفضي مباشرة إلى التلف فيترتب الحكم على المتسبب مثال ذلك لو

تماسك شخصان فامسك أحدهما بلباس الآخر فسقط منه شيء كساعة مثلاً فكسرت فيترتب الضمان على الشخص الذي أمسك بلباس الرجل رغماً من كونه متسبباً والرجل الذي سقطت منه الساعة مباشر لأن السبب هنا قد افضى إلى التلف مباشرة دون أن يتوسط بينهما فعل فاعل آخر.

كذا لو شق شخص زقاً مملوءاً زيتاً أو قطع حبلاً معلقاً به قنديل فتلف الزيت الذي فيه فيترتب الضمان عليه وإن لم يخرج عن كونه متسبباً فقط لأن فعل الشق وفعل القطع سببان نشأ عنهما التلف مباشرة.

### ﴿مستثنيات هذه القاعدة﴾

لو دل مودع لصاً على مكان الوديعة التي أودعت عنده فسرقها اللص فالضمان على المودع المتسبب لتقصيره بحفظ الوديعة وذلك بمقتضى المادة (٧٨٧) واللص بما أنه مباشر ويطرأ الضمان عليه حسب هذه المادة فيحق للمودع أن يرجع بالضمان عليه أيضاً.

كذلك القضاء هو من مستثنيات هذه المادة وإيضاح ذلك هو أنه إذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد أن حكم الحاكم بمقتضاها يترتب الضمان على الشهود المتسبين دون الحاكم المباشر مع أنه بمقتضى هذه المادة كان من الواجب أن يكون الضمان على الحاكم دون الشهود وقد ذهب الإمام الشافعي إلى هذا الرأي تمسكاً بهذه القاعدة ووجه استثناء هذه المسألة هو أنه لما كان الحاكم مجبراً على الحكم بعد أداء الشهود الشهادة وتحققه من عدالتهم ويأثم فيما لو امتنع عنه فهو بمنزلة المكره على الحكم والشهود هم المكرهون له على ذلك ولو وجب الضمان على الحاكم لامتنع الناس عن تقلد القضاء. وفي ذلك ما فيه من اختلال الأمور. فقد ترتب الضمان على الشهود وهم المتسبون دون الحاكم المباشر.

### ﴿المادة ٩١﴾ الجواز الشرعي ينافي الضمان

هذه القاعدة مأخوذة من المجامع

ويقفهم منها أنه لو فعل شخص ما اجيز له فعله شرعاً ونشأ عن فعله هذا ضرر ما فلا يكون ضامناً للخسارة الناشئة عن ذلك.

مثال: لو حفر انسان في ملكه بئراً فوقع فيه حيوان رجل وهلك لا يضمن حافر البئر شيئاً. لأن تصرف المرء بملكه غير مقيد بشرط السلامة، أما لو تلف الحيوان في بئر حفره شخص في الطريق العام بدون إذن ولي الأمر أو في ملك الغير أو في الملك المشترك فيلزم حينئذ ضمانه لأنه لا يحق لأحد أن يحفر بئراً في أرض بدون مسوغ شرعي. ولكن المقدار الذي يلزم ضمانه فيما لو كانت الأرض مشتركة بين اثنين مناصفة مثلاً وحفر احدهما فيها بئراً فسقط فيه حيوان وتلف نصف قيمة الحيوان.

ويتفرغ عن هذه القاعدة بعض فروع الاجارة، والامانات، والهبة، والشركة وهي كما يلي:

اجارة - لو حمل المستأجر الحيوان الذي استأجره المقدار الذي اشترط على صاحبه تحميله إياه ومثله أو ما دونه فتلّف ذلك الحيوان فلا ضمان عليه «راجع الفقرة الثانية من المادة (٦٠٥)»

الامانات - كذلك لا يضمن المستودع فيما إذا كان صاحب الوديعة غائباً كما ورد في المادة (٧٩٩) وفرض الحاكم من الدراهم المودعة نفقة لمن يلزم صاحب الوديعة الانفاق عليه والمستودع أدى تلك النفقة المفروضة من المال المودع فالمواد (٧٩٦) و(٨٢٢) و(٨٢٤) هي من متفرعات هذه القاعدة.

الهبة - إذا أباح شخص لآخر شيئاً من طعامه فليس له أن يطالبه بقيمته بعد ذلك باباحته له إياه.

الشركة - بما أن الشريك كما جاء في المادة (١٠٧٥) أن يسكن في الدار مدة بدون إذن الشريك فإذا سكنها أحد الشريكين بدون إذن الآخر واحتوت الدار أثناء سكناه فلا ضمان عليه.

الوكالة - بما أن للوكيل بمقتضى المادة (١٥٠٠) أن يأخذ مقابل ثمن المال الذي باعه بالنسيئة رهناً أو كفيلاً فإذا تلف الرهن أو أفلس الكفيل فلا يكون الوكيل ضامناً.

كذلك إذا وكل المتولي وكياً عنه وترتب بذلك ضرر على الوقف فيما أن للمتولي شرعاً أن يوكل فلا يضمن.

ان المادة (٣٣) تقيد هذه المادة بعض التقييد لأنه مع وجود جواز شرعي للأكل من طعام الغير في حالة الوصول إلى درجة الهلاك كما مر معنا يكون الضمان لازماً كذلك المادة (١٠٨٦) من مستثنيات هذه القاعدة.

### ﴿المادة ٩٢﴾ المباشر ضامن وإن لم يتعمد

أي أنه سواء تعمد المباشر اتلاف مال الغير أو لم يتعمد يكون ضامناً.

والفرق بينه وبين المتسبب هو أنه يشترط لضمان المتسبب أن يكون متعدياً والمباشر يضمن على حالين كما اسلفنا والسبب في ذلك أن المباشرة هي علة مستقلة وسبب للتلف قائم بذاته فلا يجوز اسقاط حكمها بداعي عدم التعمد. وبما أن السبب ليس بالعلة المستقلة لزم أن يقرن العمل فيه بصفة الاعتداء ليكون موجباً للضمان.

فعليه لو اتلف احد مال غيره الذي في يده أو في يد امينه قصداً أو من غير قصد فيكون بمقتضى المادة (٩١٢) ضامناً.

كذا يضمن من يتلف مالاً لآخر بسقوطه عليه وذلك بمقتضى المادة (٩١٣)

مثال: - لو دخل شخص حانوت بقال فزلقت رجله فسقط على زق عسل قشقه يضمن.

كذلك لو تطايرت شرارة من دكان حداد وهو يطرق الحديد فحرقت لباس انسان لزمه ضمانها.

كذا لو تطايرت قطعة حطب والحطاب يكسر الحطب فكسرت زجاج نافذة دار الجار يكون الحطاب ضامناً.

كذا لو استأجر شخص إنساناً لأن يهدم له حائطاً فوق من الحائط حجر فأصاب شخصاً فتجب الدية على العامل.

كذلك لو أطلق شخص عياراً نارياً فأتلف مالا لآخر فيلزمه الضمان لأنه لما كان مباشراً لا يشترط التصدي للزوم الضمان.

### ﴿المادة ٩٣﴾ - «المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد».

قد أخذت هذه المادة عن قاعدة «المباشر ضامن والمتسبب غير ضامن إلا إذا كان متعمداً» الواردة في الاشباه ويشترط في ضمان المتسبب شيان:

(١): أن يكون متعمداً.

(٢): أن يكون معتدياً.

فعليه لو ذعر حيوان شخص من آخر وفر فلا ضمان على الشخص الذي فر منه الحيوان ما لم يكن متعمداً

كذلك لو أحرق شخص أعشاباً جافة في أرضه فسرت النار إلى شيء لأحد ما فأحرقته فلا ضمان عليه إلا إذا كان متعمداً بأن كان إحراق الأعشاب في يوم شديد الريح.

كذا لو حفر شخص بئراً في الطريق العام ولم يكن مأذوناً بذلك من قبل ولي الأمر فسقط في البئر حيوان وتلف فيكون ضامناً بافتيائه على ما ليس له فيه حق وتعيده بخلاف ما لو استأذن لحفره فلا ضمان عليه.

أما لو حفر إنسان بئراً في ملكه فليس عليه ضمان لأن للإنسان أن يتصرف في ملكه كيفما شاء فلا يعد تصرفه فيه مهما كان تعدياً «أنظر ٩٢٤».

كذلك: لو أسقى من له حق الشراب أراضيّه حسب العادة فطفت المياه على أراضي جيرانه فأحدثت ضرراً فيها فليس من ضمان عليه أما لو كان الإسقاء على خلاف العادة فيكون ضامناً.

فائدة - إذا اجتمع مسببان كاجتماع حال القيد وفتح الباب كما سيأتي فالضمان على فاتح

الباب

مثال: لو وضع شخص فرسه مقيداً في اصطبله فجاء شخصان فحل أحدهما قيد الفرس وفتح الآخر باب الاصطبل فالضمان على فاتح الباب.

## ﴿المادة ٩٤﴾ «جناية العجاء جبار»

هذه القاعدة مأخوذة من الحديث الشريف المروي من أبي هريرة رضي الله عنه «العجاء جبار» وقد فسر به بقوله «اتلاف البهيمة هدر لا ضمان على صاحبها».

أي: إن الحيوان إذا أتلّف شيئاً أو تسبّب بخسارة وضرر لأحد الناس فليس على صاحبه شيء من الضمان ما لم ينشأ ذلك عن تعد منه أو تقصير.

مثال ذلك: لو ربط شخصان فرسيهما في مكان معد لذلك فأتلّف فرس أحدهما فرس الآخر فليس من ضمان على صاحب الحيوان المتلف (راجع المادة ٩٢٩).

كذلك لا يترتب على صاحب الهرة ضمان فيما لو أتلّفت طيراً لإنسان وإن نطحت جاموسة إنساناً إنساناً فقتلته فلا ضمان على صاحبها وإذا رفس حيوان إنساناً حيواناً لآخر وتلف فلا ضمان كذلك على صاحب الحيوان المتلف.

قلنا (ما لم ينشأ ذلك عن تعد من صاحب الحيوان أو تقصير) لأنه إذا أتلّف الحيوان شيئاً وكان ذلك بتعد من صاحبه أو تقصير يكون بما أتلّف الحيوان ضامناً وإليك المثال.

لو أطلق شخص حيوانه في مزروعات آخر يكون ضامناً بما يتلف الحيوان. ولو رأى إنسان حيوانه وهو في مزروعات آخر ولم يمنعه فيكون ضامناً بكل ما يحدثه الحيوان من الأضرار لأنه يكون متعدياً في الحال الأولى ومقصراً في الحال الثانية (راجع المادة ٩٢٩).

ولو ترك إنسان حيوانه مطلقاً في الطريق العام وهو مما لا يطلق في الشوارع فأتلّف مالاً أو قتل إنساناً فتلزمه دية القتل أو قيمة المال المتلف وقد ورد في المادة (٩٢٩) أن صاحب الثور النطوح والكلب العقور يكون ضامناً بما أتلّفه فيما إذا تقدم إليه أحد من أهل محله أو قريته بقوله حافظ على حيوانك ولم يحافظ عليه.

## ﴿المادة ٩٥﴾ الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل

هذه المادة قد أخذت من المجامع

الملك - هو ما ملكه الإنسان سواء أكان عيناً أو منافع (راجع المادة ١٢٥)

وفهم منها أنه إذا أمر شخص آخر بالتصرف في ملك الآخر فالأمر غير صحيح ولا معتبر ولا يترتب عليه حكم من الأحكام لأنه لما كان الأمر الباطل وغير الصحيح بمنزلة المشورة والنصيحة فلا يترتب بحق الأمر حكم.

لو أمر شخص آخر بأن يأخذ مال إنسان أو يلقيه في البحر أو يحرق لباس أحد الناس أو يذبح شاة لآخر فأخذ المال أو إلقاء أو مزق اللباس أو ذبح الشاة فالضمان على الفاعل دون الأمر (راجع المادة ١٥١).

فعليه ليس لإنسان حق الادعاء على آخر بأنه أمر شخصاً باتلاف ماله فعليه ضمانه ما لم يكن مجبراً (راجع المادة ١٠٠٧).

أما لو أمر إنسان آخر باتلاف مال إنسان والمأمور لا يعلم إلا أنه مال الأمر وأن الأمر صحيح فيحق للمأمور بعد أن يضمن المال المتلف أن يرجع به على الأمر بتقريره إياه

كذلك لو أمر إنسان مدينه بأن يلقي الدين المطلوب له منه في البحر فيها إن هذا الأمر لم يكن مضافاً لمال يملكه الأمر فهو غير صحيح فإذا ألقى المأمور بالمقدار الذي يساوي الدين إلى البحر فيكون قد غرر بنفسه وأضاع المبلغ الملقى على نفسه.

كذلك لو أمر إنسان بناء بفتح باب في حائط وفعل الرجل ثم علم بأن الحائط ليست للأمر فالضمان على المأمور وليس له أن يرجع به على الأمر.

أما إذا قال الأمر افتح لي باباً في حائطي أو كان ساكناً في البيت الذي فيه الحائط وقال افتح باباً في هذه الحائط فللبناء أن يرجع بالضمان على الأمر.

كذا لو أمر رجل ولده بأن يتلف مال إنسان وأتلفه فالضمان يترتب بحق المتلف ولا يترتب بحق الأب الأمر

وخلاصة القول إنه يشترط في بطلان الأمر:

١ - أن يكون في ملك الغير ٢ - أن لا يكون ولاية للأمر

فإذا أمر إنسان آخر بأن يتصرف فيما يملكه من مال أو غيره فأمره صحيح فلو ندم الأمر على أمره وطلب تضمين المأمور فلا ضمان عليه

### ﴿المادة ٩٦﴾ لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه

هذه المادة مأخوذة من المسألة الفقهية (لا يجوز لأحد التصرف في مال غيره بلا إذنه ولا ولايته) الواردة في الدر المختار. فعليه إذا أراد شخص أن يبني بناء محاذياً لحائط بناء إنسان فليس له أن يستعمل حائط ذلك الشخص بدون إذنه حتى ولو أذنه صاحب الحائط فله بعدئذ حق الرجوع عن إذنه.

كذلك ليس لأحد أن يدخل دار الآخر أو مزرعته المسيجة بدون إذنه لأنه بدخوله الدار أو المزرعة يكون قد استعملها.

كذلك ليس لأحد الشركاء أن يركب الحيوان المشترك أو أن يحمله متاعاً بدون إذن الشريك الآخر فإذا ركب أو حمله وتلف يكون ضامناً حصّة الشريك.

كذلك لو كانت حائط مشتركة بين اثنين واتفقا على نقضها وأراد أحدهما أن يزيد ارتفاعها عما كانت عليه قبلاً فيحق للشريك أن يمنعه عن ذلك.

فعدم جواز فتح باب على طريق خاص من شخص ليس له حق المرور بتلك الطريق واشتراط كون البائع والمؤجر والواهب والمصالح مالكاً لذلك المال أو وكيلاً عن صاحبه أو وصياً عليه أو ولياً لنفاذ البيع والإجارة والهبة والصلح عن المال من المسائل المتفرعة عن هذه القاعدة (راجع المواد ١٢١٩ و ٣٦٥ و ٤٤٦ و ٨٥٧ و ١٥٤٦ و ١٠٧٥) قد ذكر بهذه المادة قيد وهو (عدم الإذن) لأن التصرف في ملك الإنسان بإذنه جائز

والاذن إما أن يكون صراحة وهو كما مر معنا في المادة (٩٥) وإما أن يكون دلالة وهو كما سيأتي بيانه في المادتين (١٠٧٨ و ١٠٧٩)

فالاذن صراحة هو كالذي يحصل في توكيل إنسان آخر لأن يشتغل في إحدى الخصوصات التي يمكن للموكل القيام بها كتوكيل إنسان آخر لأن يبيع له مائلاً أو أن يؤجر له عقاراً وما أشبه ذلك أما الإذن دلالة فهو كذبح الراعي شاة مشرفة على الهلاك فالراعي وإن لم يكن مأذوناً صراحة فقد اعتبر استحساناً مأذوناً.

أما لو كان ذابح الشاة غير الراعي فقد اختلف الفقهاء في ذلك فالبعض منهم يقول بعدم ضمان الذابح لأنه يعد كالراعي مأذوناً والبعض قال بوجوب الضمان عليه.

قد مر معنا في شرح هذه المادة بأن «للولي والوصي حق التصرف بلا إذن الشخص الذي هو تحت ولايته أو وصايته» لأن تصرف الولي والوصي كما ورد في المادتين (٣٦٥ و ٣٧٨) نافذ

فإذا شبت النار في دار مثلاً فلإمام المسلمين أن يأمر بهدم الدور التي في جانبها منعاً لسريان النار لأنه لما كان للإمام ولاية عامة فأمره صحيح ومشروع.

أما إذا وجد ضرورة فيجوز لكل إنسان التصرف في ملك الغير بدون إذنه كما لو سقط رداء شخص على دار جاره وخاف من الجار أن يخفيه فلصاحب الرداء دخول الدار بدون إذن صاحبها وإن عد ذلك منه تصرفاً فيما ليس له فيه حق فقد جوز للضرورة (راجع المادة ٢٧).

وإليك فيما يلي بعض الأمثلة على الإذن بالدلالة :

إذا مرض الولد أو الوالد فللوالد أو الولد أن يصرف بدون إذن المريض من ماله لمداواته وإطعامه لأن الإذن بمداواة المريض بإطعامه ثابت عادة فاحتياج المريض للمداواة والإطعام بمنزلة الإذن الصريح.

كذلك: إذا خرج جماعة إلى سفر فمات أحدهم في الطريق فلرفقائه بيع امتعته لتجهيزه منها وتسليم ما بقي إلى ورثته.

كذا: لو أغمي على شخص وهو مسافر فلرفقائه أن ينفقوا عليه من ماله لأن الرفيق في السفر بمنزلة الأهل والعيال.

### ﴿المادة ٩٧﴾ لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي

هذه القاعدة مأخوذة من المجامع وقد ورد في الحديث الشريف «لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعباً ولا جاداً فان أخذه فليرده» فإذا أخذ أحد مال الآخر بدون قصد السرقة هازلاً معه أو مختبراً مبلغ غضبه فيكون قد ارتكب الفعل المحرم شرعاً لأن اللعب في السرقة جد

فعلى ذلك يجب أن ترد اللقطة التي تؤخذ بقصد امتلاكها أو المال الذي يؤخذ رشوة أو سرقة أو غضباً لصاحبها عيناً إذا كانت موجودة وبدلاً فيما إذا استهلك (راجع المادتين ٨٩٩ و ٨٩١).

كذا لو ادعى إنسان على آخر بحق وبعد أن تصالحا ظهر بأن ليس للمدعي حق بما ادعى فيحق للمدعى عليه استرداد بدل الصلح منه. كما لو صالح البائع المشتري على عيب ادعاه في المبيع بعد أن أنكره هو فتيين له بعد ذلك أن المبيع خال من العيب أو كان فيه فزال بنفسه فللبائع حق استرداد بدل الصلح من المشتري.

وهكذا إذا دفع إنسان شيئاً إلى آخر غير واجب عليه اداؤه فله استرداده ما لم يكن أعطاه إياه على سبيل الهبة ووجد ما يمنع من ردها.

فإذا دفع إنسان رشوة لقاض فندم على إعطائه إياها فله حق استردادها

قد قيدت هذه المادة بقوله «بلا سبب شرعي» لأنه بالأسباب الشرعية كالبيع، والإجارة، والهبة، والكفالة، والحوالة يحق أخذ مال الغير فلو باع إنسان مالاً بخمسين قرشاً فللمشتري بمقتضى المادة ٣٦٩ أخذ ذلك المال كما للبائع أيضاً أخذ الخمسين قرشاً.

### ﴿المادة ٩٨﴾ تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات

هذه القاعدة مأخوذة من قاعدتي «اختلاف الأسباب بمنزلة اختلاف الأعيان» و«تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات» الواردتين في المجامع

ويفهم منها أنه إذا تبدل سبب تملك شيء ما وإن لم يتبدل هو حقيقة يعد متبدلاً.

فعليه إذا وهب شخص فرساً لآخر وسلمه إياه فوهبه الرجل لآخر وتسلمه منه فعاد الموهوب له الأخير وتصدق بالفرس على الموهوب له الأول أو باعه منه فليس للواهب الأول أن يسترد الفرس لاختلاف سبب الملك «راجع المادة (٨٦٩)».

وهذه حيلة شرعية يتخذها الموهوب لهم عادة لمنع الواهبين من استرداد هباتهم.

كذلك يجوز زيادة الثمن المسمى بعد عقد البيع من المشتري في حياته ومن الورثة بعد وفاته كما سيجيء في شرح المادة (٢٥٥) لأنه يشترط لصحة ذلك وجود الشيء المبيع.

إذا اشترى أحد بغلاً من آخر مثلاً ثم باعه من غيره ثم اشتراه من ذلك الشخص فأرجعه إلى ملكه ثانية فيها أن رجوع البغل إلى ملكه بسبب غير السبب الأول وتبدل السبب تبدل للذات فليس للمشتري أن يزيد في الثمن المسمى ولو زاد فزيادته غير صحيحة.

### ﴿المادة ٩٩﴾ من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه .

هذه القاعدة مأخوذة من قواعد «من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه» ومن استعجل ما أخره الشرع يجازى برده» و «من استعجل شيئاً قبل أوانه ولم تكن المصلحة في ثبوته عوقب بحرمانه» الواردة في الأشباه، والكفاية، وزواهر الجواهر.

فعليه إذا قتل شخص مورثه قتلاً يوجب القصاص أو الكفارة يحرم من الميراث لأنه بقتله مورثه تعجيل الوقت الذي يرثه به فيعاقب بالحرمان فلا يكون وارثاً للمورث. كذلك لو أوصى شخص لآخر بمال فقتل الموصى له الموصي على الوجه الذي ذكرناه فيحرم من المال الموصى به.

قد قيدنا القتل الذي يوجب الحرمان من الإرث بالذي يوجب القصاص أو الكفارة لأن القتل الذي لا يوجب ذلك غير مانع من الميراث فالقتل الذي يوقعه الصبي أو المجنون والقتل بسبب وقتل الزوجة أو إحدى المحارم من ذوات الرحم بسبب الزنا فلا توجب الحرمان من الإرث. هذا وقد جاء في علم الكلام «المقتول ميت بأجله أي الوقت المقدر لموته» فكان من الواجب نظراً إلى هذه القضية المشهورة ألا يعد قتل المورث أو الموصى فرعاً لهذه القاعدة.

ولكن بما أن إجراء العقاب والقصاص وأمثاله في حق القاتل إنما لارتكابه الأمر المنهي عنه وإقدامه على الفعل الذي ينشأ عنه الموت عادة فذلك أمر تعبدى لا تعلق له بالأمر الديني والشؤون الاجتماعية.

### «مستثنيات هذه القاعدة»

يوجد لهذه القاعدة بعض المستثنيات:

منها لو قتل الدائن مدينه الذي تأجل ما عليه من الدين إلى سنة قبل حلول الأجل فيحل الأجل بموت المدين كما هو معلوم للقاتل حالاً إستيفاء دينه من تركه المقتول.

### ﴿المادة ١٠٠﴾ من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه .

هذه القاعدة مأخوذة من الأشباه.

وفهم منها أنه إذا عمل شخص على نقض ما أجراه وتم من جهته فلا اعتبار لعمله.

مثال: لو باع إنسان ماله من آخر فادعى أحدهما بأنه قد جرى فضولاً وهو غير لازم فالقول قول مدعي الصحة والنفاذ حتى ولو جاء رجل وادعى بأنه باع المال بدون إذنه وأقام على ذلك بينة.

كذلك لو باع رجل مالا من آخر وجاء رجل فكفله على الوجه المطلوب في المادة (٦١٦) فلا يقبل ادعاؤه بعد ذلك بملكية ذلك المال. لأن الكفالة لما كانت مشروطة في عقد البيع والبيع لا يتم إلا بها فادعاء الكفيل بملكيته للمال نقض لما تم من جهته فهو غير مقبول منه.

كذلك لو رهن شخص مالا لآخر وسلمه إليه ثم بعد ذلك أقر بأن المال المرهون هو لفلان فأقراره هذا وإن كان غير مصدق بحق المرتهن فهو ملزم به بعد إدائه الدين واسترداده الرهون.

كذلك إذا طلب شخص وديعة من المستودع مدعياً أنه وكيل المستودع بالقبض فإذا سلمه المستودع الوديعة فليس له بعد ذلك استردادها منه بداعي أنه لم يثبت وكالته لأن ذلك يستلزم نقض ما تم من جهته. كذلك لو باع الصبي المميز المحتمل البلوغ أو اشترى واعترف بالبلوغ ثم ادعى عدم البلوغ فلا يلتفت لادعائه وينفذ بيعه وشراؤه.

### «مستثنيات هذه القاعدة»

لو باع والد الصغير أو متولي الوقف أو وصي التركة مال الصغير أو مال الوقف أو مال التركة من آخر وادعى أن البيع وقع بغبن فاحش يقبل ادعاؤه وينقض البيع المذكور عند ثبوت ذلك إلا أنه لو أقر والد الصغير مثلاً بأن البيع قد وقع بثمن المثل فلا يحق له بعد ذلك أن يدعي بالغبن الفاحش لأن ذلك تناقض مانع من سماع الدعوى «راجع المادة ٩٧».

كذلك لو ادعى أحد المبايعين بعد وقوع البيع بوجود فساد ما في البيع وهو غير عالم به حين البيع فكما أن ادعائه يكون مقبولاً فلو ادعى شخص اشترى شيئاً وقبضه بأن البائع كان قد باع الشيء المذكور من شخص غيره غائب قبل أن يبيعه منه فيقبل منه الإدعاء والإثبات أيضاً.

كذلك يقبل ادعاء المشتري بعقار بأن البائع قبل بيعه منه كان اتخذ مسجداً أو مقبرة أو أن البائع وقفه على مسجد من المساجد وينقض البيع بعد إقامة البينة.

تمت