

## القاعدة الأولى (المادة / ٢) «الأمر بمقاصدها»

### أولاً - الشرح

الأمر جمع أمر، وهو: لفظ عام للأفعال والأقوال كلها، ومنه قوله تعالى: ﴿إليه يرجع الأمر كله﴾، ﴿قل إن الأمر كله لله﴾، ﴿وما أمر فرعون برشيده﴾، أي ما هو عليه من قول أو فعل. (ر: مفردات الراغب).

ثم إن الكلام على تقدير مقتضى، أي: أحكام الأمور بمقاصدها، لأن علم الفقه إنما يبحث عن أحكام الأشياء لا عن ذواتها، ولذا فسرت المجلة القاعدة بقولها: «يعني أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر».

أصل هذه القاعدة فيما يظهر قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات».

### ثانياً - التطبيق

إن هذه القاعدة تجري في كثير من الأبواب الفقهية مثل: (١) المعاوضات والتملكيات المالية. (٢) والإبراء. (٣) وتجري في الوكالات. (٤) وإحراز المباحات. (٥) والضمانات والأمانات. (٦) والعقوبات.

١ - أما المعاوضات والتملكيات المالية: فكالبيع والشراء والإجارة والصلح والهبة، فإنها كلها عند إطلاقها - أي إذا لم يقترن بها ما يقصد به إخراجها عن إفادة ما وضعت له - تفيد حكمها، وهو الأثر المترتب عليها من التملك والتملك.

لكن إذا اقترن بها ما يخرجها عن إفادة هذا الحكم، وذلك كإرادة النكاح بها وكالهزل والاستهزاء والمواضعة والتلجئة، فإنه يسلبها إفادة حكمها المذكور، فإنه إذا أريد بها النكاح كانت نكاحاً.

ولكن يشترط في الإجارة والصلح أن تكون المرأة بدلاً ليكون نكاحاً، فلو كانت في الإجارة معقوداً عليها لا تكون نكاحاً، وفي الصلح لو كانت مصالحةً عنها بأن ادعى عليها النكاح فأنكرت ثم صالحت المدعي على مال دفعته له ليكف صحح وكان خُلْعاً. (ر: الدرر وحاشيته، من كتاب النكاح ومن كتاب الصلح).

وكذلك لو باع إنسان أو شرى وهو هازل، فإنه لا يترتب على عقده تمليك ولا تملك.

٢ - وأما الإبراء: فكما لو قال الطالب للكفيل، أو قال المحال للمحتال عليه: برئت من المال الذي كفلت به، أو المال الذي أحلت به عليك، أو قال: برئت إلي منه، وكان الطالب أو المحال حاضراً، فإنه يرجع إليه في البيان لما قصده من هذا اللفظ، فإن كان قصد براءة القبض والاستيفاء منه كان للكفيل أن يرجع على المكفول عنه لو الكفالة بالأمر، وكان للمحال عليه أن يرجع على المحيل لو لم يكن للمحيل دين عليه. وإن كان قصد من ذلك براءة الإسقاط فلا رجوع لواحد منهما.

أما إذا كان الطالب أو المحال غير حاضر ففي (برئت إلي) لا نزاع في أنه يحمل على براءة الاستيفاء، وكذلك في برئت، عند أبي يوسف فإنه جعله كالأول، وهو المرجح. (ر: تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار، كتاب الكفالة، بحث كفالة المال).

٣ - وأما الوكالات، فمنها: ما لو وكل إنسان غيره بشراء فرس معين أو نحوه فاشتري الوكيل فرساً ففيه تفصيل: إن كان نوى شراءه للموكل أو أضاف العقد إلى دراهم الموكل يقع الشراء للموكل، وإن نوى الشراء لنفسه أو أضاف العقد إلى دراهم نفسه يقع الشراء لنفسه. وكذا لو أضاف العقد إلى

دراهم مطلقة فإنه إذا نوى بها دراهم الموكل يقع الشراء للموكل وإن نوى بها دراهم نفسه يقع لنفسه، وإن تكاذبا في النية يحكم النقد فيحكم بالفرس لمن وقع نقد الثمن من ماله، لأن في النقد من أحد المالين دلالة ظاهرة على أنه أريد الشراء لصاحبه (والمسألة مبسوسة في فصل الوكالة بالشراء من الهداية).

٤ - وأما الإحرازات، وهي: استملاك الأشياء المباحة، فإن النية والقصد شرط في إفادتها للملك، فلو وضع إنسان وعاءً في مكان فاجتمع فيه ماء المطر ينظر: فإن كان وضعه خصيصاً لجمع الماء يكون ما اجتمع فيه ملكه، وإن وضعه بغير هذا القصد فما اجتمع فيه لا يكون ملكه، ولغيره حينئذٍ أن يتملكه بالأخذ، لأن الحكم لا يضاف إلى السبب الصالح إلا بالقصد. (ر: رد المحتار، كتاب البيوع، متفرقات، عند قول المتن: ولو فرخ طير أو باض - نقلاً عن البحر).

وكذلك الصيد، فلو وقع الصيد في شبكة إنسان أو حفرة من أرضه ينظر: فإن كان نشر الشبكة أو حفر الحفرة لأجل الاصطياد بها فإن الصيد ملكه وليس لأحد أن يأخذه، وإن كان نشر الشبكة لتجفيفها مثلاً أو حفر الحفرة لأجل الاصطياد فإنه لا يملكه، ولغيره أن يستملكه بالأخذ. (ر: المجلة، مادة / ١٣٠٣).

٥ - وأما الضمانات والأمانات فمسائلها كثيرة:

(أ) منها اللقطة، فإن التقطها ملتقط بنية حفظها لملكها كانت أمانة لا تضمن إلا بالتعدي، وإن التقطها بنية أخذها لنفسه كان في حكم الغاصب فيضمن إذا تلفت في يده بأي صورة كان تلفها، والقول للملتقط بيمينه في النية لو اختلفا فيها.

وكذا لو التقطها ثم ردها لمكانها، فإن كان التقطها للتعريف لم يضمن بردها لمكانها سواء ردها قبل أن يذهب بها أو بعده وسواء خاف بإعادتها هلاكها أولاً، وإن كان التقطها لنفسه لا يبرأ بإعادتها لمكانها ما لم يردّها لملكها. (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، أوائل كتاب اللقطة، نقلاً عن كافي الحاكم وعن نور العين عن الخانية).

(ب) ومنها الوديعة، فإن المودَع إذا استعملها ثم تركها بنية العود إلى استعمالها لا يبرأ عن ضمانها لأن تعديه باق، وإن كان تركها بنية عدم العود إلى استعمالها يبرأ ولكن لا يصدق في ذلك إلا بيّنة، لأنه أقر بموجب الضمان ثم ادعى البراءة. (ر: جامع الفصولين، الفصل الثالث والثلاثين، صفحة / ١٤٤).

وهذا إذا كان تعديه عليها بغير الحجز أو المنع عن المالك، فإن كان بأحد هذين فإنه لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك وإن أزال تعديه بالاعتراف بها. (ر: جامع الفصولين، الفصل الثالث والثلاثين، بحث ما يصدق فيه المودَع، صفحة / ١٤٥).

وكذلك كل أمين من قبل المالك إذا تعدى ثم أزال التعدي بنيه أنه لا يعود إليه فإنه يبرأ عن الضمان، فلولم يكن مسلطاً من قبل المالك أصلاً، كما في مسألة الملتقط الآتية عن جامع الفصولين بحثاً، أو كان مسلطاً في مدة مؤقته وانتهت ثم تعدى ثم أزال تعديه وعاد إلى الحفظ لا يبرأ. قال في جامع الفصولين: لو كان مأموراً بحفظ شهر فمضى شهر ثم استعمل الوديعة ثم ترك الاستعمال وعاد إلى الحفظ لا يبرأ، إذ عاد وأمر الحفظ غير قائم. (ر: الفصل الثالث والثلاثين منه، بحث ضمان المودع بالدفع، صفحة / ١٤٥).

(ج) ومن قبيل فرع الوديعة المذكور ما جاء في جامع الفصولين: وكيل بالبيع لو خالف بأن استعمله أو دفع الثوب إلى قصار لقصره حتى صار ضامناً، فلو عاد إلى الوفاق يبرأ كمودَع، والوكالة باقية في بيعه. (ر: الفصل الثالث والثلاثين منه، بحث ضمان المأمور والدلال، صفحة / ١٤٢ - ١٤٥، ومثله في معين الحكام، الباب السادس والأربعين، فصل التسبب والدلالة).

واستثنا من الأمناء: (١) المستعير لأجل الانتفاع، (٢) والمستأجر، (٣) ومثلها الأجير، لو خالف ثم عاد إلى الوفاق لا يبرأ. (ر: جامع الفصولين، الفصل الثالث والثلاثين، بحث إجارة الدواب، صفحة / ١٦٤). فإنها إذا تعديا على العين المستعارة أو المستأجرة ثم تركا التعدي بنية عدم العود إليه

لا يبرآن عن الضمان إلا بالرد على المالك. (٤) ويزاد رابع لها (ذكره صاحب جامع الفصولين بحثاً في الفصل الثالث والثلاثين منه حيث قال - بعد أن رمز لفتاوى القاضي ظهير وللواقعات -): أخذ لقطه ثم ضاعت منه فوجدها في يد آخر فلا خصومة بينهما، بخلاف الوديعة، والفرق بينهما أن للثاني ولاية أخذ اللقطة كأول بخلاف الوديعة. ثم قال عقبه: «أقول: دل هذا على أنه لو تعدى ثم أزال التعدي ثم هلكت يضمن، لأن يده ليست بيد مالك لما مر من عدم الخصومة، فبتعديه ظهر أنه غاصب فلا يبرأ إلا بما يبرأ به الغاصب».

ولكن لم يظهر لي ما بحثه من أن الملتقط يضمن إذا هلكت بعد أن تعدى ثم أزال التعدي، بل ظهر لي خلافه وذلك أن الالتقاط بقصد الرد على المالك مندوب إليه عند عدم الخوف على اللقطة، وواجب عند الخوف عليها، وما ذلك إلا للإذن به من المالك دلالة، والإذن من المالك دلالة، كالإذن الصريح، ينفي الضمان كما قالوا فيما لو ذبح الراعي البعير في المرعى بعد أن مرض مرضاً لا ترجى معه حياته فإنه لا يضمن، لأن الإذن من المالك بذبحه والحالة هذه حاصل عادة.

فإذا كان الالتقاط للمالك كان الإذن للملتقط بوضع يده حاصلاً من المالك دلالة، ولذا كان مندوباً إليه وواجباً شرعاً، فتكون يده يداً مأذوناً فيها، وإذا كانت مأذوناً فيها فهي يد نائبة عن يد المالك، فإذا تعدى ثم أزال التعدي لا يبقى غاصباً بل تعود يد النيابة عن المالك فإذا هلكت بعد ذلك لا يضمن.

وما نقله عن فتاوى القاضي ظهير الدين والواقعات من نفس الخصومة بين الملتقط الأول والثاني ليس معللاً بأن يد الأول ليست يد المالك، كما قال، حتى ينتج المطلوب، بل هو معلل كما ترى بأن للثاني ولاية الأخذ كأول إذ إن أخذ الثاني، كأخذ الأول، مأذون فيه دلالة، فتكون يده يد نيابة كذلك فلا يترجح الأول عليه، على أنه نقل في الدر المختار في كتاب اللقطة، عن السراج، أن الصحيح أن الملتقط الأول له أن يخاصم الملتقط الثاني في اللقطة ويأخذها منه.

ويستفاد منه أن ذلك عام في كل أمين كانت يده ليست يد استحفاظ من المالك، كوارث المودع ومن ألفت الريح ثوباً في داره ونحوهما.

أما لو كان المستعير غير مستعير لينتفع بل ليرهن العين المعارة، وهو المسمى بالمستعير للرهن، فإن حكمه كسائر الأمان، فإذا تعدى على العين المعارة وهي في يده، أي قبل أن يرهنها أو بعدما افتكها، ثم أزال التعدي يبرأ عن الضمان.

والفرق بين المستعير لعمل نفسه والمستأجر وبين المودع ومن بمعناه كالمستعير للرهن، أن المستعير المذكور أو المستأجر عامل لنفسه فكانت يده على العين يد نفسه لا يد مالكها، فبعد إزالة التعدي والعود إلى الوفاق تبقى يده فلا يمكن أن يعتبر رداً على المالك لا حقيقة ولا حكماً، بخلاف المودع ومن بمعناه فإن يده على العين كيد مالكها فبالعود إلى الوفاق تظهر يد المالك فيصير راداً عليه حكماً فيبرأ عن الضمان. (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، كتاب الوديعة، وكتاب الرهن باب التصرف في الرهن والجناية عليه).

تنبيه: أطلق في بعض الكتب ضمان المستعير والمستأجر فيما إذا تعديا ثم أزالا التعدي، ولم يفصل بين ما إذا كانت انتهت الإعارة والإجارة أو لم تكن انتهت، ونقل في الفصل الثاني والثلاثين من نور العين عن الهداية ترجيحه بعلامة الأصح.

وبعضهم فصل بين ما إذا كانت انتهت الإعارة والإجارة فلا يبرأ إلا بالرد على المالك، وبين ما إذا كانت لم تنته فيبرأ بالعود، ونقل أيضاً في نور العين عن الكافي ترجيحه بعلامة الأصح.

لكنه نقل في المحل المذكور، قبل ذلك بأسطر، أن القول بضمائها مطلقاً من غير تفصيل عليه الفتوى، وكذلك حكى في الفصل الثالث والثلاثين من جامع الفصولين، من بحث رد العارية وما يتعلق به، أن الفتوى على أنه لا يبرأ بالعود إلى الوفاق.

القتل، لكن الآلة المفرقة للأجزاء تقام مقام قصد القتل، لأن هذا القصد مما لا يوقف عليه، ودليل الشيء في الأمور الباطنة يقام مقامه، ويتوقف على أن يقصد قتل نفس المقتول لا غيره. فلو لم يقصد القتل أصلاً، أو قصد القتل ولكن أراد غير المقتول فأصاب المقتول، فإنه لا يقتصر منه في شيء من ذلك بل تجب الدية، سواء كان ما قصده مباحاً، كما لو أراد قتل صيد أو إنسان مباح الدم فأصاب آخر محترم الدم، أو كان ما قصده محظوراً، كما لو أراد قتل شخص محترم الدم فأصاب آخر مثله.

### ثالثاً - المستثنى

#### تنبيه:

إن هذه القاعدة لا تجري بين أمرين مباحين لا تختلف بالقصد صفتها، كما لو وقع الخلاف في كون البيع صدر هزلاً أو مواضعة مثلاً، لأن اختلاف القصد بين الهزل والمواضعة لا يترتب عليه ثمرة، إذ كل منهما لا يفيد تملكاً ولا تملكاً.

بل تجري بين مباحين تختلف صفتها بالقصد، كما لو دار الأمر بين البيع المراد حكمه وبين بيع المواضعة ونحوه كما تقدم.

وتجري بين مباح ومحظور، كما في فرع اللقطة المتقدم فإن التقاطها بنية حفظها للمالكها مباح، وبنية أخذها لنفسه محظور، كما في مسألة المودع إذا لبس ثوب الوديعة ثم نزعه فإن عدم العود إلى لبسه مطلوب والعود إليه محظور.

وبذلك يتضح أن ما قاله بعض شراح المجلة من أن القاعدة المذكورة لا تجري إلا في المباحات غير ظاهر.

\*\*\*

obeikandi.com

## القاعدة الثانية (المادة / ٣) «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني»

### أولاً - الشرح

[ «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني» ] كما في الباب الموفي أربعين من معين الحكام، لكن بلفظ في التصرفات بدل العقود، وهو أعم من التعبير بالعقود، فيشمل الدعاوى كما سيأتي عن أصول الكرخي: «ولذا يجري حكم الرهن في بيع الوفاء».

هذه القاعدة بالنسبة للتي قبلها كالجزئي من الكلي، فتلك عامة وهذه خاصة فتصلح أن تكون فرعاً منها.

والمراد بالمقاصد والمعاني: ما يشمل المقاصد التي تعينها القرائن اللفظية التي توجد في عقد فتكسبه حكم عقد آخر كما سيأتي قريباً في انعقاد الكفالة بلفظ الحوالة، وانعقاد الحوالة بلفظ الكفالة، إذا اشترط فيها براءة المديون عن المطالبة، أو عدم براءته.

وما يشمل المقاصد العرفية المرادة للناس في اصطلاح تخاطبهم، فإنها معتبرة في تعيين جهة العقود، فقد صرح الفقهاء بأنه يحمل كلام كل إنسان على لغته وعرفه وإن خالفت لغة الشرع وعرفه. (ر: رد المحتار، من الوقف عند الكلام على قولهم: وشرط الواقف كنص الشارع).

ومن هذا القسم ما ذكروه من انعقاد بعض العقود بألفاظ غير الألفاظ الموضوعية لها مما يفيد معنى تلك العقود في العرف، كانعقاد البيع والشراء بلفظ

الأخذ والإعطاء. (ر: مادة / ١٦٩ و ١٧٢ / من المجلة)، وكذا انعقاد شراء الثمار على الأشجار بلفظ «الضمان» في عرفنا الحاضر.

### ثانياً - التطبيق

١ - إن جريان حكم الرهن في بيع الوفاء ليس في جميع الأحكام بل في بعضها، وبيان ذلك أنه اختلف في بيع الوفاء فقيل هو بيع صحيح، وقيل بيع فاسد، وقيل هو رهن. والمفتى به هو القول الجامع، وعليه جرت المجلة في المادة / ١١٨ / وهو أن بيع الوفاء له شبه بالبيع الصحيح، وشبه بالفساد، وشبه بالرهن، وله من كل شبه بعض أحكام المشبه به.

ولا مانع من أن يكون للعقد الواحد أكثر من حكم واحد باعتبار المقصود منه، كالهبة بشرط العوض كما سيأتي.

وكقرض القيمي، فإنه قرض من وجه بحيث يملكه المستقرض بالقبض، وعارية من وجه حيث إنه يجب رد عينه على المقرض كما سيأتي في الكلام على هذه المادة نقلاً عن رد المختار أول فصل القرض.

وكالمضاربة، فإن المال عند المضارب أمانة، فإذا تصرف فهو وكيل، فإذا ربح فهو شريك، فإذا فسدت فهو أجير إجارة فاسدة، فإذا خالف فهو غاصب. (ر: جامع الفصولين، الفصل الثلاثين، صفحة / ٦١).

وكالاستصناع، فإن له شبهاً بالبيع، وشبهاً بالإجارة، فإنه إذا وقع على ما جرى فيه تعامل ولم يؤجل أو أجل دون أجل السلم على وجه الاستعجال كان له شبهان، شبه بالبيع بخيار للمتبايعين حتى إن لكل منهما فسخه، وشبه بالإجارة حتى إنه يبطل بموت الصانع.

وثبت الخيار لهما قبل العمل لا خلاف فيه عندنا، وأما بعد العمل فثبوته لهما هو الصحيح في المذهب، وروي عن أبي يوسف لزومه بلا خيار لأحد المتعاقدين. (ر: البدائع، كتاب الاستصناع، والدر المختار وحاشيته رد المختار، أواخر باب السلم).

وعلى هذا فما جرت عليه المجلة في المادة /٣٩٢/ من أن الاستصناع ينعقد لازماً ليس مذهباً لأحد من أئمتنا، وما ذكرته في المقالة الأولى من المقدمة من أنها جرت فيها على قول أبي يوسف ليس بصحيح، لما سمعت من أنه لا خلاف لأحد من أئمتنا في ثبوت الخيار لكل منهما قبل العمل، إنما الخلاف بعد العمل.

كما إنها جرت أيضاً قبل ذلك في المادة /٣٨٩/ على ما ظاهره بفيد صحة الاستصناع فيما لا تعامل فيه، ولم أره قولاً لأحد في المذهب، بل المنصوص عليه في المتون أنه لا يصح استصناعاً ولكن إذا استوفى شرائط السلم يكون سليماً.

فأما شبه بيع الوفاء بالبيع الصحيح :

( أ ) فمن جهة أنه لو كان بالدين كفيل فشرى الطالب به عقار المديون وفاءً بطلت الكفالة ثم لا تعود لتفاسخا ببيع الوفاء. (ر: جامع الفصولين، الفصل الثامن عشر، صفحة /٢٤٧).

(ب) ومن جهة أن المشتري له أن ينتفع بالمبيع وفاءً ويملك من زوائده ما قابل مدة بقائه في يده بحكم البيع، ولا يضمنها بإتلافها، حتى لو باع إنسان بستاناً مثلاً وفاءً ثم فسخ البيع بعد مضي بعض السنة تقسم الغلة بالحصصة على اثني عشر شهراً، فيأخذ المشتري حصة ما مضى سواء كانت ظهرت فيه الغلة أولاً، ولو لم يخرج الثمر أصلاً فليس للمشتري أن يأخذ من البائع شيئاً، ولو أدركت الغلة وأخذها المشتري فليس له نقض البيع وطلب الثمن حتى تتم السنة من وقت البيع، إلا إذا أراد أن يأخذ من الغلة نصيب ما مضى ويترك عليه نصيب ما بقي فله ذلك. (ر: جامع الفصولين، الفصل الثامن عشر).

(ج) ومن جهة أنه يجوز إجارته للبائع بعد القبض وتلزمه الأجرة، أما لو أجر قبل قبضه فقد نقل في الفصل الثامن عشر من جامع الفصولين، عن شيخ الإسلام برهان الدين وعن فوائد بعض المتأخرين وعن أبي الفضل الكرمانى، أنه يجوز، ونقل عن محيط الدينارى أن الأصح عدم الجواز وأنه به يفتى، وأدلة كل من القولين مبسطة هناك.

غير أن العرف جارٍ اليوم على إجارته من البائع قبل قبضه، فلو أفتى مفتٍ

بالجواز بناء على القول به كان حسناً، لأن هذا القول ليس بضعيف لأنه مقابل للأصح فيكون صحيحاً، على أن العرف يصلح أن يكون مخصصاً شرعاً في مثل هذا، كما يستفاد مما سيأتي في كلامنا على المادة /٣٦/.

وأما شبهه بالبيع الفاسد:

فمن جهة أن كلاً من المتبايعين يملك فسخه واسترداد ما دفعه وإن لم يرض الآخر.

وأما شبهه بالرهن:

(أ) فمن جهة أنه ليس للبائع ولا للمشتري بيع مبيع الوفاء للغير إلا بإذن الآخر.

(ب) وأن العقار المبيع بالوفاء لا يؤخذ بالشفعة.

(ج) وأنه لو بيع عقار بجانبه فالشفعة فيه للمالك وهو البائع، لا للمشتري. (ر: جامع الفصولين، الفصل الثامن عشر).

(د) وأنه لو مات البائع وفاءً فليس لسائر الغرماء التعرض ما لم يستوف المشتري دينه.

(هـ) وأن المبيع وفاءً إذا هلك في يد المشتري من غير تعدُّ منه ضمنه ضمان الرهن، فإن كانت قيمته مساوية للدين سقط الدين بمقابلته، وإن كانت ناقصة عن الدين سقط من الدين بقدر قيمته واسترد المشتري الباقي من البائع، وإن كانت قيمته زائدة على الدين سقط منها مقدار الدين، وما زاد من قيمته عن مقدار الدين يعتبر أمانة في يد المشتري. فإن كان هلاك المبيع بتعدُّ من المشتري كان ما زاد من القيمة مضموناً عليه أيضاً. (ر: المواد /١١٨ و ٣٩٦ و ٣٩٧ و ٣٩٩ و ٤٠٣).

ولم أرَ حكم ما لو انتقض بعض البناء أو يبس بعض الأشجار في بيع الوفاء، لمن يكون النقص أو الحطب؟ والظاهر أنها للمالك، لأنه عين المبيع أو وصف فيه وأنه مملوك له بأجزائه وأوصافه وليس منفعة من منافعه، ويكون

للمشتري حق حبسه إلى استيفاء الثمن، لأنه شبيه بالرهن من جهة حق الحبس عند المشتري وحق الاسترداد للبائع عند أداء الثمن.

ويفترق بيع الوفاء عن الرهن في أمور:

(أ) منها أن بيع الوفاء يصح في المشاع ولو كان يحتمل القسمة.

(ب) وأن البائع وفاءً إذا رد للمشتري نصف الثمن الذي قبضه يفسخ البيع في نصف المبيع فيتمكن حينئذ من بيع النصف للغير بلا إجازة المشتري. (ر: جامع الفصولين، بيع الوفاء). ووضعه المسألة في النصف غير احترازي كما هو ظاهر.

(ج) وأن المبيع وفاءً تصح إجارته من البائع ومن غيره كما تقدم، بخلاف الرهن فإن إجارته من الراهن لا تصح بل تكون إعارة وللمرتهن استرداده منه وحبسه بالدين، وأما إجارته من غير الراهن فإذا باشرها أحدهما من راهن أو مرتهن بإذن الآخر خرج بها عن الرهن ثم لا يعود إلا بعقد رهن جديد. (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، باب التصرف في الرهن والجنابة عليه). وإذا خرج عن الرهن لا يكون بدل الإجارة رهناً بدله، لأن الأجرة بدل المنفعة لا العين، بخلاف ما إذا باعه أحدهما من راهن أو مرتهن بإذن الآخر حيث يخرج عن الرهن ويكون الثمن رهناً بدله، لأنه بدل العين. (ر: الدرر، والدر المختار، باب التصرف في الرهن والجنابة عليه).

والفرق بين إجارة المرتهن للرهن للراهن وبين إجارة أحدهما من أجنبي بإذن الآخر - حيث تكون الإجارة في الأولى عارية أو ودیعة لا يخرج بها عن الرهن، بل يستعيده منه ويحبسه بالدين، وفي الثانية يخرج عن الرهن ثم لا يعود إلا بعقد جديد - هو أن الإجارة من العقود اللازمة، والعقود إنما تراد وتقصد لأحكامها، وحكم الإجارة ملك المستأجر للانتفاع بالمأجور واستحقاق المالك للأجرة، وكل من الحكمين متوقف على نزع من يد المرتهن وتسليمه للمستأجر، إذ بدون ذلك لا يتمكن من الانتفاع وإذا لم يتمكن من الانتفاع لا تجب الأجرة عليه.

فحيث باشر المرتهن هذا العقد إلى ثالث بإذن المالك، وهو الراهن، أو أذن به للراهن ففعله استحق المستأجر عليه نزع من يده ووضع يده عليه بحكم هذا العقد اللازم، وسقط حقه في حبسه بالدين، وإذا سقط لا يعود إلا بعقد رهن جديد، هكذا ظهر لي في وجه الفرق، ثم رأيت بهذا المعنى في مبسوط السرخسي. (ر: المبسوط، كتاب الرهن، باب رهن الحيوان، ج / ٢١ / صفحة / ١٠٨ / وغيرها من الباب المذكور).

بخلاف إجارته من الراهن، فإنهم صرحوا ببطلانها، وما ذاك إلا لكون عين الرهن ملكاً له، والإنسان لا يمكن أن يستأجر ما هو ملكه، وإذا بطلت كان وجودها كالعدم فلم يبق إلا مجرد تسليم المرتهن الرهن للراهن بوجه غير مستحق عليه ولا واجب، وهذا لا يوجب سقوط حقه في حبس الرهن فلذا كان له استرداده منه وإعادته إلى يده بحكم الرهن.

إن هذه القاعدة تجري في كثير من العقود، غير (١) بيع الوفاء، فتجري: (٢، ٣) بين الكفالة والحوالة، (٤) وبين البيع والهبة، (٥) وبين الهبة والإجارة، [ (٦) وبين الهبة والإقالة ]، (٧) وبين الهبة والقسمة، (٨) وبين المضاربة والقرض والبضاعة، (٩) وبين الصلح وغيره من العقود، (١٠) وبين الوصاية والوكالة، (١١) وبين العارية والقرض، (١٢) وبين العارية والإجارة، (١٣) وبين الإقالة والبيع في حق غير المتبايعين، (١٤) وبين الشفعة والبيع، (١٥) وبين الإقرار والبيع، وكثير غيرها.

٢ - أما الكفالة فهي ضمّ ذمّة إلى ذمّة في المطالبة، فإذا اشترط فيها براءة المديون عن المطالبة تعتبر حوالة فيشترط حينئذ فيها ما يشترط في الحوالة، ولا يطالب الدائن إلا الكفيل فقط، ولا يرجع على المكفول عنه إلا إذا تويّ المال، أي هلك، عند الكفيل، وذلك بأن يجحد الكفالة مع عجز الدائن عن إثباتها ويحلف عند تكليف الحاكم له اليمين، أو يموت الكفيل مفلساً، أو يفلسه الحاكم فحينئذ يرجع الدائن على المديون المكفول.

٣ - وكذلك الحوالة، وهي نقل الدين من ذمّة المحيل إلى ذمّة المحال

عليه، فإنها إذا اشترط فيها عدم براءة المحيل عن المطالبة تعتبر كفالة، فيشترط فيها ما يشترط في الكفالة، ويطلب المحال كلاً من المحيل والمحال عليه. (ر: المادة / ١٤٨ و ١٤٩ من المجلة). وكذا لو ادعى كفالة وأقام شاهدين شهد أحدهما بالكفالة وشهد الآخر بالحوالة تقبل وتثبت الكفالة، لأنها أقل، وهذان اللفظان جعلاً كلفظة واحدة. (ر: جامع الفصولين، آخر الفصل الحادي عشر).

٤ - وأما الهبة فإنها إذا شرط فيها تعويض الواهب تصح وتعتبر هبة ابتداءً وبيعاً انتهاءً، فبالنظر لكونها هبة يشترط لصحتها شروط الهبة، فلا تصح من الصغير ولو كان العوض كثيراً. (ر: تأسيس النظر للدبوسي)، وكذا لا تصح من وليه ولو بعوض ما. (ر: الدر المختار، كتاب الهبة)، ويجب فيها التقابض في العوضين، ولا تصح في مشاعٍ يحتمل القسمة ولا فيما هو متصل بغيره اتصال الأجزاء أو مشغول بغيره، كما لو وهب الزرع دون الأرض أو الأرض دون الزرع أو الثمر دون الشجر أو الشجر دون الثمر، لأن ذلك في معنى المشاع، إلى غير ذلك من شرائط الهبة.

وبالنظر لكونها بيعاً لا يصح الرجوع فيها، ويجري فيها الرد بالعيب وخيار الرؤية، وتؤخذ بالشفعة. أما اشتراط كون العوض معلوماً ففيه خلاف، وظاهر مثال المادة / ٨٥٥ / من المجلة اشتراط علمه.

وهذا التفصيل فيما إذا قال الواهب: وهبتك بشرط أن تعوض كذا، أما لو قال: وهبتك بكذا دراهم مثلاً كانت بيعاً ابتداءً وانتهاءً. (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، كتاب الهبة).

٥ - وكما تكون هبة العين بشرط العوض بيعاً، على الوجه المشروح، تكون هبة المنفعة بشرط العوض إجارة. (ر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، كتاب البيوع).

٦ - وقد تعتبر الهبة إقالة، كما لو وهب المشتري المبيع المنقول من البائع قبل قبضه منه كان إقالة إذا قبل البائع الهبة، ويسترد المشتري منه حينئذ الثمن،

لأن تصرف المشتري في المنقول قبل قبضه من البائع لا يجوز، فلا يمكن تصحيح الهبة، بل تعتبر مجازاً عن الإقالة. (ر: تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار، كتاب البيوع، أوائل باب التصرف في المبيع والثلث. ومن باب الإقالة في رد المختار). وكما لو وهب رب السلم المسلم فيه من المسلم إليه وقيل الهبة كانت الهبة إقالة. (ر: الدر المختار، من باب السلم) لأن تصرف رب السلم في المسلم فيه قبل قبضه لا يصح فكان مجازاً عن الإقالة.

وكما تكون الهبة في معنى البيع والشراء قد يكون الشراء هبة، فقد قال في الدر المختار (في الفروع آخر متفرقات البيوع، عن الملتقط): شرت لطفلها على أن لا ترجع عليه بالثلث جاز، وهو كالهبة استحساناً، وقال في حاشيته، نقلاً عن الخانية: تكون الأم مشتريه لنفسها ثم يصير هبة منها لولدها الصغير وصلة، وليس لها أن تمنع المشتري عن ولدها الصغير.

٧ - وأما جريانها بين القسمة والهبة فكما لو أمر أولاده أن يقتسموا أرضه الفلانية بينهم وأراد به التملك، فاققسموها وتراضوا على هذه القسمة ثبت لهم الملك، ولا حاجة أن يقول لهم جملة: ملكتكم هذه الأراضي، ولا أن يقول لكل واحد منهم، ملكتك هذا النصيب المفرز. (ر: رد المحتار، عن التتارخانية، قبيل الرجوع في الهبة، موضحاً)، وكما لو اقتسم الورثة التركة ذكوراً وإناثاً على السوية صح بطريق الهبة لا الإرث. (ر: جامع الفصولين، الفصل الثامن والعشرين، صفحة / ٣٩).

٨ - وأما المضاربة، فإنها إذا شرط فيها أن يكون كل الربح للمضارب تعتبر قرضاً، فإذا تلف المال في يد المضارب يكون مضموناً عليه. وإذا شرط فيها أن يكون كل الربح لرب المال تعتبر بضاعة - وهي: أن يكون المال وربحه لواحد والعمل من الآخر - ويكون المال حينئذ في يد القابض أمانة. (ر: الأشباه والنظائر، كتاب البيوع).

٩ - وأما الصلح فإنه يعتبر بأقرب العقود إليه، فحينئذ إما أن يكون المدعى عليه مقرأً للمدعى بالمدعى به أو منكرأ:

ففي حالة إقراره إن وقع الصلح عن مال بمال يدفعه المدعى عليه يعتبر بيعاً، فيجري في المدعى به الرد بالعيب، ويؤخذ بالشفعة إن كان عقاراً. وإن وقع عن مال بمنفعة يعتبر إجارة. وإن كان الصلح عن دعوى النكاح يعتبر خلعاً فتجري فيه أحكام الخلع.

وفي حالة إنكار المدعى عليه إذا تصالحا على بدل يدفعه المدعي يكون ذلك في حقه صلحاً محضاً لقطع المنازعة، فلا يمكنه بعد عقد الصلح أن يرد المدعى به، أي المصالح عنه، بالعيب، ولا يؤخذ بالشفعة لو كان عقاراً. أما في حق المدعى عليه المنكر، وهو الذي قبض بدل الصلح، فإن رجع عن إنكاره وصدق المدعي أو لم يرجع ولكن برهن المدعي على دعواه كان في حقه أيضاً بيعاً فتترتب عليه أحكام البيع من الرد بخيار الرؤية والعيب والأخذ بالشفعة لو كان البديل عقاراً. (ر: جامع الفصولين، الفصل الثلاثين، صفحة ٦٧). وهذا لا يظهر إلا فيما إذا كان دافع البديل هو المدعى عليه وإلا كان صلحاً محضاً كما هو ظاهر. (ر: التنبيه الأول والثاني الآتين في الكلام على هذه القاعدة).

١٠ - وأما الوصاية والوكالة فكما لو أوصى الإنسان غيره ببيع شيء من ماله فإن ذلك يكون وكالة، ولو وكله بتنفيذ وصيته بعد موته يكون ذلك وصاية. (ر: الفتاوى البزازية).

١١ - وكذلك العارية والقرض، فإن إعارة ما يجوز قرضه، كالنقود والمثلثات، تعتبر قرضاً. (ر: الفتاوى الهندية). وكذا قرض ما لا يجوز قرضه، كالقيمي، يعتبر عارية، لكن من جهة أنه يجب رد عينه لا من جميع الوجوه، لأنه في هذه الصورة يملك بالقبض ويكون مضموناً كالقرض المحض. (ر: رد المحتار، أول القرض).

١٢ - وأما جريانها بين العارية والإجارة فكما لو قال رجل لآخر: أعرتك داري هذه مثلاً شهراً بكذا كان إجارةً. (ر: تنوير الأبصار وشرحه، أوائل كتاب الإجارة).

١٣ - وأما جريانها بين الإقالة والبيع فكما لو باع الموهوب له العين

الموهوبة من آخر ثم تقايل معه البيع وعادت العين الموهوبة إلى يده فليس للواهب الرجوع في الهبة، لأن تقايل الموهوب له البيع مع المشتري منه بمنزلة بيع جديد فكأنه اشتراه من مشتريه. (ر: تنوير الأبصار وشرحه، من الإقالة). وهناك فروع كثيرة تؤخذ من المحل المذكور.

١٤ - وأما جريانها بين الشفعة والبيع فكما سيأتي في التنبيه آخر القاعدة ٧١/ الفائلة: «لا عبرة بالظن البين خطؤه» في المسألة الخارجة عنها.

١٥ - وأما جريانها بين الإقرار والبيع فلها في جامع الفصولين، في الفصل الموفي عشرين: «الإقرار المقرون بالعوض تمليك مبتدأ، فإن من قال لآخر: أقر لي بهذا، لشيء في يده، حتى أعطيك مائة مثلاً كان بيعاً، حتى لو قال: إلى الحصاد لم يجز». أي يفسد لتأجيل الثمن إلى أجل مجهول.

### تنبيهات

#### التنبيه الأول:

إن ذكر لفظ العقود في هذه القاعدة ليس لإفادة أن اعتبار المقاصد والمعاني لا يجري إلا في العقود بل جرياً على الغالب، وإلا فإن القاعدة المذكورة تجري في غير العقود، كالدعاوى.

قال الإمام أبو الحسن الكرخي في رسالة الأصول: «الأصل أنه يعتبر في الدعاوى مقصود الخصمين في المنازعة دون الظاهر». وقال الإمام أبو حفص النسفي في شرحه للرسالة: «من مسائل هذا الأصل:

(أ) أن المودع إذا طوّل برد الوديعة فقال: رددتها عليك، فقال المودع: لم تردّها، فالقول قول قابل الوديعة مع أنه يدعي خلاف الظاهر بقوله رددت، وذلك لأن المقصود هو الضمان وهو منكر له فكان القول قوله».

(ب) ومثله ما في الرسالة المذكورة أيضاً، من أن المودع المأمور بدفع الوديعة لفلان إذا قال: دفعتها له، وقال فلان: ما دفعها إلي، فالقول قول المودع في براءة نفسه لا في إيجاب الضمان على فلان بالقبض.

(ج) ومنها ما لو ادعى رجلان نكاح امرأة ميتة وأقام كل منهما البينة ولم يؤرخا، أو أرخا تاريخاً متحداً، فإنه يقضى بالنكاح بينهما، وعلى كل منهما نصف المهر، ويترثان منها ميراث زوج واحد. (ر: الدر المختار، كتاب الدعوى، دعوى الرجلين) لأن المقصود من دعوى النكاح بعد موتها الإرث فكانت الدعوى دعوى مال ولا مانع من اشتراكهما في المال.

أما لو كانت حية وأقام كل منهما البينة ولا مرجح لإحدى البينتين بسبق تاريخ أو دخوله بالمرأة أو غيره من المرجحات المذكورة هناك فإنه لا يقضى لأحد منهما، لأن المقصود حينئذ نفس النكاح والشركة فيه لا تكون. (ر: ما سيأتي تحت المادة / ١٣ / من المجلة).

(د) ومنها ما لو ادعى اثنان عيناً، كلٌ يدعي أن كلها رهن عنده من فلان بدينه، وفلان ميت، وبرهنا، فإنه يقضى لكل منهما بنصفها رهناً عنده سواء كانت في أيديهما أو يد غيرهما، لأن دعواهما الرهن - والراهن ميت - يكون المقصود منها الاستيفاء من ثمن العين بالبيع، والشائع يقبله، بخلاف ما إن كان الراهن حياً فإن المقصود حينئذ حكم الرهن، وهو حبس العين، والشائع لا يقبله. (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، والدرر، من باب ما يصح رهنه وما لا يصح).

(هـ) ومن مسائل الدعاوى أيضاً في هذا الأصل: ما لو ادعى المتولي دفع الغلة للمستحقين من ذرية الواقف، وهم ينكرون، فالقول للمتولي مع أنه يدعي خلاف الظاهر، لأنه يدعي براءة ذمته والأصل براءة الذمة.

(و) ومنها ما سيأتي، في مستثنيات المادة / ١١ /، من أنه لو قال الوكيل بالبيع بعد علمه بالعزل، والمبيع مستهلك، بعث وسلمت قبل العزل، وقال الموكل: بعد العزل، فالقول للوكيل مع أنه يدعي خلاف الظاهر بإضافة الحادث إلى أبعد أوقاته، لأن المقصود من الدعوى بعد هلاك العين تضمينه، وهو ينكر سبب الضمان. وكذلك بقية مستثنيات المادة / ١١ / المذكورة، فإنها من فروع هذا الأصل، لاعتبار المقصود من الدعوى فيها.

التبیه الثاني:

يذكرون أن الصلح يعتبر بأقرب العقود إليه، كما ذكرنا في البند ٩ من تطبيقات هذه القاعدة، بمعنى أنه إن كان فيه معنى البيع بأن وقع عن مال بمال يعتبر بيعاً، وإن كان فيه معنى الإجارة بأن وقع عن مال بمنفعة يعتبر إجارة، وهكذا. وأما إذا لم يكن تطبيقه على عقد من العقود المعروفة فإنه يبقى صلحاً محضاً لقطع المنازعة.

ولكن قد يقع الصلح على صورة تكون بالنسبة إلى أحد المتصلحين في معنى البيع مثلاً، وبالنسبة إلى الآخر صلحاً محضاً لأنها ليست مبادلة في زعمه ودعواه، كما لو تصالحا، والمدعى عليه منكر، على أن يدفع المدعي إلى المدعى عليه مالاً معيناً ويأخذ منه العين المدعى بها فهذا في زعم المدعي صلح محض وليس مبادلة، لأنه استرد عين ماله الذي يدعيه، وفي زعم المدعى عليه المنكر لدعوى المدعي هو بيع.

ففي أمثال هذه الحالة هل يعتبر عقد الصلح على حسب زعم المدعي، فإن كان في زعمه مبادلة مالية اعتبر بيعاً وإجارة وأجريت فيه أحكام البيع والإجارة، وإن كان صلحاً محضاً اعتبرناه صلحاً؟ أو هل نعتبره على حسب زعم المدعى عليه؟ أو هل نعتبر زعم كل واحد على حدة بحيث لو كان الصلح في زعم أحد المتصلحين معاوضة وفي زعم الآخر صلحاً محضاً أخذنا كلاً بزعمه واعتبرناه في حقه على خلاف ما نعتبره في حق رفيقه؟

هذا ما توقفنا فيه، ولم نر للفقهاء تصريحاً شافياً فيه. والذي ظهر لنا بعد طول البحث، استنباطاً من بعض تصريحاتهم وانطبقت عليه الفروع المنقولة وتوجيهاتها: أنه فيما بين المتصلحين أنفسهما يعتبر عقد الصلح على الصفة التي يقتضيها زعم المدعي دون زعم المدعى عليه، وأما فيما بين كل واحد منهما وثالث خارج، كالشفيع، فيؤخذ كل واحد من المتصلحين بزعمه على حدة، سواء أكان في عقد الصلح مدعياً أو مدعى عليه.

يوضح ذلك ما جاء في جامع الفصولين، في الفصل السادس عشر منه

نقلًا عن فتاوى رشيد الدين، مانصه: «لوصالح عن الدار المدعاة فاستحق الدار فالمدعى عليه يأخذ من المدعي ما دفع إليه، أما لو كان المدعى عليه مقرأً فظاهر، لأنه يصير مشترياً فيرجع إذا استحق، وأما لو كان منكرًا فيرجع أيضاً، إذ الصلح جوازه على زعم المدعي، وزعمه بأنه باعه، فإذا استحق يرجع. وأما لو دفع المدعي شيئاً إلى ذي اليد وأخذ الدار منه فاستحق الدار لا يرجع الدافع بمادفع، إذ المدعي يزعم: إني آخذ حقي وإنما أدفع المال لقطع خصومة، فلا يصير المدعي مشترياً فلا يرجع». فقد اعتبر زعم المدعي فقط فيما بينه وبين المدعى عليه وأهمل زعم المدعى عليه، مع أنه في صورة ما إذا كان دافع البدل هو المدعي، وكان المدعى عليه منكرًا، يكون الصلح بيعاً في زعم المدعى عليه كما هو ظاهر ومع ذلك لم يثبتوا للمدعي حق الرجوع عليه ومؤاخذته بزعمه.

وجاء في شرح النقاية للقهستاني، في كتاب الصلح منه، فيما إذا كان المدعى عليه غير مقر وكان هو دافع بدل الصلح ما لفظه: «فلا شفعة للشريك وغيره على المدعى عليه في صلح عن دار، لأنه زاعم أنه على أصل حقه، ولا يلزم زعم المدعي، لأن المرء لا يؤاخذ إلا بزعمه». فقد اعتبر هنا زعم المدعى عليه فيما بينه وبين الأجنبي الخارج، وهو الشفيع، فلم يثبتوا له حق الشفعة، لأن هذا الصلح في زعم المدعى عليه ليس معاوضة مالية، لأنه لما كان منكرًا لدعوى المدعي لم يمكن اعتباره بدفع البدل مشترياً، بل قاطعاً للنزاع ومستقبياً للملكه، ولو كان زعم المدعي معتبراً، والحالة هذه، دون زعم المدعى عليه لوجب الشفعة للشفيع على المدعى عليه في الدار المصالح عنها، لأن هذا الصلح في زعم المدعي القابض للبدل بيع.

وقد جاءت المادة /١٥٥٠/ من المجلة على نحو ما في جامع الفصولين، وشرح النقاية للقهستاني، وشرح التنوير، منطبقة على ما ذكرنا ومؤيدة له.

وإنما لم يعتبر فيما بين المتصالحين أنفسهم زعم كل واحد منهما لأن زعميهما متنافيان إيجاباً وسلباً، فما يقتضيه زعم أحدهما ينفيه زعم الآخر، فوجب الاقتصار على أحد الزعمين في مصير عقد الصلح.

وإنما كان المعتبر زعمه هو المدعي، دون المدعى عليه، لأن المدعى عليه منكر متمسك بالأصل، وهو عدم ما يدعيه المدعي، والمنكر في غنى عن بيان الأسباب الشرعية وغير مكلف بها لتأييد إنكاره، ولأنه ليس منشئاً للخصومة وإذا ترك لم يترك بل في موقف الدفع، والإنكار لا يتضمن إثبات حق لأحد ولذا يقوم السكوت بلا عذر مقامه ويغني عن الإفصاح به، فكما أن السكوت لا يثبت حقاً لأحد فكذا ما قام مقامه، فإذا ادعى بعد ذلك خلاف ما يقتضيه إنكاره لا يعد متناقضاً شرعاً، لأن التناقض لا يمنع سماع الدعوى إلا إذا كان أول الكلامين فيه مثبتاً حقاً لمعين. (ر: رد المحتار، أول بحث التناقض من باب الاستحقاق) معنى هذا لا يمنع المدعى عليه أن يدعي بعد الصلح ما يخالف مقتضى إنكاره السابق.

بخلاف المدعي فإنه هو المنشئ للخصومة والآتي بأول الكلامين، ولذا لو ترك ترك، وهو في موقف التهجم على المدعى عليه والانتزاع من يده، والنزاع لا بد فيه من كون ما يزعمه من السبب مطابقاً لوجه شرعي يستحق به النزاع، كما يقول أبو يوسف، رحمه الله تعالى، في كتاب الخراج: «لا ينزع شيء من يد أحد إلا بحق ثابت معروف».

فإذا كان المدعى عليه منكرًا وكان دافع البديل هو المدعي لم يكن في معنى المضطر، لأنه لو ترك ترك، فكان ذلك العقد فيما زعمه صلحاً محضاً ليس فيه معنى المعاوضة، لأنه بدفع البديل قد استخلص في زعمه ملكه، فإذا استحق من يده يقتصر الاستحقاق عليه ولا يمكن اعتباره في حكم من تلقى الملك من غيره، كما هو صريح من كلام رشيد الدين المتقدم، ألا ترى أن المشتري إذا أنكر دعوى المستحق الملك وادعى أن المدعى ملكه ولم يذكر تلقي الملك من بائعه فلا يرجع عليه بالثمن. (ر: رد المحتار، أوائل الاستحقاق) فهذا أولى.

وإذا كان دافع البديل هو المدعى عليه المنكر كان في معنى المضطر، لأنه لو ترك لم يترك، فإذا استحق المدعى من يده لم يكن هناك ما يمنع من اعتباره في حكم من تلقى الملك من غيره فلا يمتنع رجوعه بالبديل، إذ لم يوجد منه سوى إنكار كون المدعى به ملك المدعي، وعلى تسليم صدقه في إنكاره هذا فإنه

لا يمنع من الرجوع على البائع عند الاستحقاق (ر: تنوير الأبصار، كتاب الدعوى، باب الاستحقاق) وعدم ذكره في خصومة المستحق تلقي الملك من المدعي الأول القابض لبدل الصلح لا يمنع من اعتباره مقضياً عليه ورجوعه بالبدل عند الاستحقاق، لأن هذا التلقي المعتبر بيعاً إنما اعتبر بيعاً في ضمن عقد الصلح، والشيء إذا ثبت في ضمن غيره لا يجب أن تتوفر شروطه، بل يكفي بتوفر شروط المتضمن له فقط (ر: ما جاء من ذلك في الخاتمة التي كتبناها آخر المادة / ٥٢ / فإن فيها مقنعاً).

ثم لينظر ما لو أنكر ملك المدعى وزعم أن المبيع ملكه بأن قال: ليس هو ملكه بل هو ملكي، ويمكن أن يقال: لا يمنع ذلك دعواه الرجوع بالبدل، لأن دعواه الملك أمر زائد على الجواب الكافي، وهو إنكاره، ولا دخل له فيه ولا تتوقف عليه صحته، فكان وجودها كالعدم فلا يتعلق بها حكم، ألا ترى أنه لو وجد في دعوى المدعي أو في شهادة الشهود زيادة لا تتوقف عليها صحة الدعوى أو الشهادة، كما لو بين المدعي ذرعاً من الثوب المدعى أولون الدابة أو سنّها أو كونها مشقوفة الأذن، ثم ظهر أن الأمر على خلاف ما وصف، فقد حكى في الفصل السادس من جامع الفصولين خلافاً في سماع الدعوى وقبول الشهادة، وجنح إلى عدم<sup>(١)</sup> سماع الدعوى والشهادة (ر: ما جاء في التنبيه تحت المادة / ٦٥ /) مع أنه ظهر في ذلك كذب المدعي وشهوده، فما بالك بما كان زائداً في كلام المدعى عليه؟ فلأن لا يتعلق به حكم بلا خلاف بالأولى، خصوصاً وقد ارتفع زعمه الملك بتكذيب الحاكم له فيه بالقضاء بالملك للمستحق (ر: المادة / ١٦٥٤ / من المجلة)، هذا ما ظهر لفهمي والله أعلم.

هذا وقد استشكل صاحب جامع الفصولين ما نقله عن رشيد الدين من قوله المتقدم: «أما لودفع المدعي شيئاً إلى ذي اليد وأخذ الدار منه فاستحق<sup>(٢)</sup>»

(١) يظهر من سياق الكلام أن كلمة (عدم) زائدة سهواً في النقل، فليراجع جامع الفصولين (مصطفى ابن المؤلف).

(٢) هكذا، ولعلها سهو أو تحريف عن (فاستحقت) لأن الدار مؤنثة.

الدار لا يرجع الدافع بما دفع، إذ المدعي يزعم: «إني آخذ حقي»، واستظهر أن يكون زعم المدعى عليه معتبراً أيضاً فيكون للمدعي حق الرجوع عليه في هذه الصورة.

وما استظهر ينافيه المعقول والمنقول:

أما المعقول: فلأن موضوع كلام رشيد الدين فيما بين أحد المتصلحين والآخر، لا فيما بينه وبين الأجنبي، فلا يمكن اعتبار زعم كل من المتصلحين، لتنافيها.

وأما المنقول: فلأن ما جاء في فتاوى رشيد الدين موافق لما جاء في معتبرات كتب المذهب، وقد نقل صاحب جامع الفصولين نفسه، في الفصل العشرين، عن الهداية ما ينطبق على ما في فتاوى رشيد الدين، ولفظه: «ادعى نكاحها، وهي تنكر، فصالحته على مال ليرك دعواه جاز خلعاً في جانبه، بناء على زعمه، وبدلاً للمال لدفع الخصومة في جانبها. ولو ادعت هي عليه نكاحها فصالحها على مال يدفعه هو إليها لم يجز». فقد اعتبر صاحب الهداية، فيما بين المتصلحين، زعم المدعي، فحين كان الزوج هو المدعي وكان دافع البديل هو الزوجة صح الصلح على أنه خلع، وحين كانت هي المدعية وكان دافع البديل هو الزوج لم يصح الصلح اعتباراً لزعمها، لأنها ليست صاحبة حق النكاح حتى يجوز أخذها البديل اعتياضاً عنه في زعمها، فإن الحل والحرمة في النكاح عائدان للزوج شرعاً، ولذا لو اعترفت الزوجة بطلاق، ولو ثلاثاً، أو برضاع لا يلتفت إليها (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، كتاب الرضاع) ولم ينظر في هذه الصورة الأخيرة إلى زعم الزوج المقتضي لتصحيح الصلح، باعتبار أنه دفع البديل لقطع خصومة المدعية ورفع النزاع، وذلك لأن الزوج مدعى عليه وزعمه غير معتبر. وهذا يشهد بانطباق ما في فتاوى رشيد الدين على ما في كتب المذهب، فاندفع بهذا إشكال صاحب جامع الفصولين المتقدم.

وقد أجاب الرملي، في حاشيته على جامع الفصولين، عن استشكال صاحب جامع الفصولين المتقدم بجواب منقوض غير صحيح، حيث ذكر أن المدعي في تلك الصورة إذا دفع بدل الصلح وأخذ الدار لا يكون هذا الصلح في

زعمه مبادلة، فإذا استحقت الدار منه لا يسوغ له أن يرجع بما دفعه، لأنه لا يمكنه المطالبة بما يخالف زعمه.

وينقض هذا الجواب ما ذكره رشيد الدين، في صدر العبارة، من أنه لو كان المدعى عليه منكرًا، وكان هو دافع البدل، ثم استحقت الدار من يده يرجع على المدعي بما دفعه إليه، مع أن هذا الصلح ليس مبادلة في زعمه، بل هو مبادلة في زعم المدعي فقط، فقد تمكن المدعي عليه من المطالبة بما يخالف زعمه. والجواب الحاكم ما قدمناه، وبالمعقول والمنقول أيدينا، والله سبحانه وتعالى أعلم.

### التنبيه الثالث:

قد يعتبر المقصد والمعنى في بعض العقود، فيحصل من اعتبارهما فيه فائدة من غير أن يكتسب العقد صفة عقد آخر، كما إذا أعطى الغاصب المغصوب منه رهناً بعين المغصوب، ثم تلفت العين المغصوبة في يد الغاصب، فإن الرهن يكون حينئذٍ بدلها من مثل أو قيمة، وكما إذا أعطى المسلم إليه لرب السلم رهناً بعين المسلم فيه، ثم انفسخ عقد السلم بوجه ما، فإن الرهن يصير رهناً برأس المال الذي قبضه المسلم إليه<sup>(١)</sup> (ر: الدرر، وغيره، من باب ما يصح رهنه وما لا يصح) وما ذاك إلا لأن المقصد من هذا الرهن توثق المغصوب منه ورب السلم لسلامة حقه وأمنه مما يلحقه من الضرر بهذا الغصب وعقد السلم.

### التنبيه الرابع:

اختلف في جواز بيع الوفاء في المنقول إذا لم يكن المنقول من توابع العقار. ولم أجد في ذلك ترجيحاً، ولم تتعرض المجلة له أيضاً. ومقتضى ما ذكره من أن تجوز بيع الوفاء بهذه الكيفية المعروفة إنما كان لضرورة الناس وتعارفهم، أنه إذا لم يتعارف الناس إجراءه في المنقولات، التعارف المعتبر، لا يجوز كما هو الواقع في زماننا.

(١) ولو هلك الرهن، والحالة هذه، في يد رب السلم يهلك بالمسلم فيه، فعلى رب السلم رد مثل المسلم فيه وأخذ رأس ماله (ر: جامع الفصولين، وأواخر الفصل الثلاثين، صفحة / ٨٠ /، والدرر، كتاب الرهن).

واختلف أيضاً في ملك المشتري للانتفاع بالمبيع وفاءً وملكه لزوائده، فقيل لا يملك ذلك إلا بالشرط، وقيل يملكه بلا شرط، ونقل في رد المحتار، في بيع الوفاء قبيل الكفالة، أن هذا القول، أعني ملكه لذلك بدون شرط، عليه الفتوى، وبيّن أن ملكه لذلك مبني أيضاً على القول الجامع الذي قدمنا أنه المفتي به وأن عليه المجلة.

غير أن شراح المجلة جرّوا، في شرح المادة / ٣٩٨ / منها، على أن المشتري لا يملك الانتفاع إلا بالشرط، مع أن المادة المذكورة لا صراحة فيها بأن المشتري لا يملك الانتفاع إلا بالشرط، بل ذكرت أنه إذا شرط في بيع الوفاء أن يكون قدر، من منافع المبيع للمشتري، كأن تكون غلة الكرم المبيع مثلاً بينها مناصفة، صح ذلك، وهذا ظاهر لا كلام فيه، وأما الحكم عند عدم الاشتراط فهو مسكوت عنه فيها لم تتعرض له أصلاً.

ويرى الناظر في مادة / ١١٨ / منها أنها تفيد ملك المشتري للانتفاع بلا شرط، حيث صرحت بأن بيع الوفاء في حكم البيع الجائز بالنظر إلى انتفاع المشتري بالمبيع... إلخ، فلو كان المراد أن الانتفاع إنما يكون بالشرط لما صح تشبيهه في هذه الجهة بالبيع الجائز اللازم، بل كان الصواب أن يشبه في هذه الجهة بالرهن، لأن المرتهن يملك الانتفاع بالرهن بالشرط.

وبذلك يظهر أنه يجب حمل المادة / ٣٩٨ / على ما يفهم من المادة / ١١٨ / فيكون معنى تلك أنه إذا اشترط في بيع الوفاء أن تكون غلة المبيع مشتركة بين البائع والمشتري مناصفة أو مرابحة مثلاً يصح ذلك. أما عند عدم هذا الاشتراط فتكون الغلة كلها للمشتري.

على أنه في زماننا اليوم يجب الحكم بملك المشتري الانتفاع بالمبيع وفاءً على كل حال وإن لم يشترط ذلك صريحاً، لأن الناس متعارفة على ذلك، ولا يمكن أن يقدم أحد على الشراء وفاءً إلا ويعلم هو والبائع، بحكم العرف والعادة، أن المشتري ينتفع بالمبيع بإجارته من البائع أو من غيره، ويملك إنزاله وإغلاله، فيكون حينئذ ملك المشتري للانتفاع مشروطاً، لأن المعروف عرفاً كالمشروط (ر):

مادة / ٤٣ / من المجلة) فلذلك جرينا في شرح هذه القاعدة على ملك المشتري للمنافع وللزوائد بلا شرط. وما يوجد في بعض شروح المجلة من النقول التي تفيد خلاف ما جرينا عليه فهي مفرعة على القول بالاشتراط، وهو خلاف المفتى به كما علمت.

### التنبيه الخامس:

إن اعتبار المقاصد والمعاني في العقود مقيد بما إذا لم يعارضه مانع شرعي يمنع اعتبار المقصد والمعنى ويصرفه إلى جهة أخرى، فلو عارضه تعتبر تلك الجهة وإن قصد غيرها، لما ذكر في جامع الفصولين، في الفصل الثلاثين منه: «إن المشتري شراء فاسداً لورد المبيع على بائعه انفسخ البيع السابق على أي وجه كان رده، سواء كان ببيع جديد أو بهبة أو صدقة أو عارية أو ودیعة، لأن فسخ البيع الفاسد ورد المبيع واجب شرعاً، فعلى أي وجه رده يقع عن الواجب ويبرأ عن ضمانه»، فقد ألغى القصد في هذه التصرفات، واعتبر تسليم المبيع للبائع رداً بحكم الفسخ للعقد الفاسد السابق.

ومن هذا القبيل ما ذكره في الدرر وغيره، من باب المهر، من أنه لو كان المهر ديناً في ذمة الزوج، كالدرهم والدنانير، فوهبته الزوجة كله أو نصفه قبل أن تقبضه منه، أو كان المهر عرضاً معيناً، فوهبته منه، ولو بعد قبضها له، ثم طلقها الزوج قبل الدخول فإنه لا يرجع عليها بشيء، ويجعل ما وصل إليه بالهبة واصلًا إليه بحكم استحقاق نصف المهر بالطلاق قبل الدخول، وغاية الأمر أنه اختلف سبب وصوله إليه، ولا يبالي باختلاف الأسباب بعد سلامة المقصود (انتهى موضحاً).

ومنه ما جاء في رد المحتار (من كتاب الإجارة ج / ٥ / صفحة / ٦ / عند قول المتن: واعلم أن الأجر لا يلزم بالعقد فلا يجب تسليمه به بل تعجيله...)، حيث قال: «إذا عجل الأجرة لا يملك الاسترداد، ولو كانت الأجرة عيناً فأعارها أو أودعها رب الدار فهو كالتعجيل». (ر: مثله في الفتاوى الهندية، كتاب الإجارة، الباب الثاني منه).

وأصل ذلك ما ذكره الإمام الدبوسي، في كتابه تأسيس النظر، حيث قال: «الأصل عندنا أن كل فعل استحق فعله على جهة بعينها فعلى أي وجه حصل كان عن الوجه المستحق عليه، كرد الوديعة والمغصوب». ثم فرع عليه فروعاً كثيرة فانظرها فيه.

لكن ما كان مستحقاً بجهة إذا وصل إلى المستحق بجهة أخرى فإنما يعتبر واصلًا عن الجهة المستحقة إذا وصل إليه من جهة المستحق عليه، أما إذا وصل إليه من جهة غيره فلا، حتى إن المشتري شراءً فاسدًا إذا وهب المبيع من غير بائعه أو باعه فوهبه ذلك الرجل من البائع الأول وسلمه إليه لا يبرأ المشتري عن قيمته، وكذلك لو كان المهر عيناً فوهبته المرأة من غير زوجها وهو وهبه من زوجها ثم طلقها قبل الدخول فلزوجها عليها نصف قيمة العين (ر: جامع الفصولين، الفصل الثلاثين، صفحة / ٥٢ / نقلاً عن الأصل للإمام محمد، رحمة الله عليه) وذلك لأنه وصل إلى المستحق، وهو البائع والزوج، من غير جهة المستحق عليه، وهو المشتري والمرأة.

ونقل صاحب جامع الفصولين قبل ذلك، عن الزيادات للإمام محمد أيضاً «أنه لو اشترى عيناً من غير ذي اليد وسلم الثمن إليه ثم خاصم المشتري ذا اليد فأخذها منه بهبة أو صدقة أو شراء أو وديعة أو غصب أو نحوه فليس له على الثمن سبيل، لزعمه أن الثمن مستحق بجهة الشراء فوق غيرها، إذ المستحق بجهة، وهو المبيع، يقع عن الجهة المستحقة ولو أوقعه الموقع بجهة أخرى». والجهة الأخرى هي جهة الهبة وما عطف عليها. ثم قال صاحب جامع الفصولين عقبه: «أورد، أي محمد، هذه المسألة ليبين أن المشتري إذا وصل إلى مشتريه يعتبر وصوله بجهة الشراء، وصل إليه من جهة البائع أو من جهة غيره، وهذا بخلاف ما ذكر، أي محمد، في الأصل» - وساق عبارة الأصل المذكورة أعلاه - وسكت عما ذكره من المخالفة ولم يجب عنه ولم يوفق بين الكلامين، وسكت عنه محشيه الرملي، وكذلك لم يتعرض له في نور العين.

مع أنه لا تخالف بين كلامي الإمام محمد، رحمة الله تعالى عليه، وذلك أن المستحق، وهو المبيع في فرع الزيادات، لم يصل إلى المستحق، وهو المشتري؛

من غير جهة المستحق عليه، وهو البائع، لأن إقدام المشتري على الشراء من البائع اعتراف له بالملك (ر: رد المحتار، كتاب الدعوى، بحث الاستحقاق، عند قول المتن: فلو بإقرار المشتري فلا رجوع، نقلاً عن جامع الفصولين نفسه) فتكون يد ذي اليد في زعمه ليست يد ملك، وإذا لم تكن يد ملك فبأي كيفية وصل إليه منها يكون واصلاً إليه عن المستحق عليه، وهو البائع، عين المبيع المستحق، وما تلك العقود التي عددها في الزيادات، من الهبة وما عطف عليها والغصب، إلا وسائل غير مراد للمشتري حقائقها ولا أحكامها مستخلص بها عن المستحق له، وإقدامه على الشراء ثانياً من ذي اليد وإن كان يتضمن أيضاً نظير ما تضمنه إقدامه على الشراء الأول من الإقرار له بالملك فإنه لا يبطل به إقراره الأول، إذ الإقرار لا يبطل بإقرار يأتي بعده مخالفاً له، بل يصير بالثاني متناقضاً فلا يسمع منه ما لم يصر في الأول مكذباً شرعاً (ر: ما يأتي في الكلام على القاعدة / ٧٩ / القائلة لا حجة مع التناقض).

بخلاف فرعي «الأصل» فإن المبيع فاسداً والمهر العين فيها خرجا بالهبة عن ملك المشتري والزوجة ودخلا في ملك الموهوب له، وبخروجها عن ملكها انقطع حق البائع من استرداد عين المبيع بالفسخ، بحكم الفساد، وحق الزوج من استرداد نصف عين المهر، بالطلاق قبل الدخول، وتعلق حقها بالقيمة شرعاً، كما يعلم ذلك بمراجعة أحكام البيع الفاسد وأحكام المهر بكل سهولة.

وإذا صح التملك والتملك بين الواهب، وهو المشتري والزوجة، وبين الموهوب له، وانقطع حق المالك الأصلي عن العين وصار المستحق له هو القيمة يكون بوصول العين إليه من الموهوب له قد وصل إليه غير ما يستحقه، وهو القيمة، بخلاف فرع الزيادات فإن الواصل فيه إلى المستحق عين ما يستحقه بزعمه فلا تخالف بين الكلامين.

وعلى هذا فقول صاحب جامع الفصولين: أورد محمد هذه المسألة ليبين أن المشتري إذا وصل... إلخ، ليس بظاهر، لأن المبيع في فرع الزيادات لم يصل للمشتري من جهة غير البائع كما بينا، هذا ما ظهر لي والله سبحانه أعلم.

### ثالثاً - المستثنى

يستثنى من هذه مسائل:

منها: أن البيع بلا ثمن يبطل، ولا ينعقد هبة، ولم أر فيه خلافاً. وكذا الإجارة بلا بدل لا تنعقد عارية إلا على قول (ر: رد المحتار، أوائل الإجارة).

ووجه عدم الانعقاد في الفرعين ظاهر، وذلك أنه دار الأمر فيهما بين عقد محذور، وهو البيع بلا ثمن والإجارة بلا بدل وكلاهما فاسد وهو محذور، وبين عقد مباح، وهو الهبة والعارية، فغلب الحاضر، بخلاف بقية ما فرع على القاعدة فإنه قد دار الأمر في جميعها بين أمرين مباحين فاعتبر فيهما المقصد والمعنى. هذا ما ظهر لي والله سبحانه أعلم.

### خاتمة

هذه فروع متعلقة ببيع الوفاء، مقتطفة من جامع الفصولين، من الفصل الثامن عشر منه، تذكر في هذه المادة زيادة للفائدة وتجعل خاتمة لها.

(أ) لا يدخل الزرع والثمر وقوائم الخلف<sup>(١)</sup> في بيع الوفاء. ولو شرط دخولها في البيع كان البيع بالنسبة إليها نافذاً باتاً، ولها حصة من الثمن، حتى لو تفسخا ببيع الوفاء بعد ذلك، وكان المشتري قد أخذ الزرع والثمر والقوائم، فللبائع أن يقتطع على المشتري من الثمن الذي قبضه قدر قيمتها (كما يستفاد ذلك من أواخر صفحة / ٢٤٠ / وأوائل صفحة / ٢٤١ / منه).

(ب) ما كان موجوداً وقت بيع الوفاء، من الزرع والثمر والقوائم، لا يجبر المشتري على الصرف منه على العقار المبيع، لأنه دخل في ملكه بحصة من الثمن، حتى لو صرف منه بعد البيع، ولو صرف منه على المبيع فله رفعه عند الفسخ، وإنما يجبر على الصرف على المبيع بقدر متعارف من غلة حدثت بعد البيع.

(١) الخلف - (بكسر الخاء المعجمة) وزان (كتاب) - : شجر الصفصاف.

(ج) باع كرمًا ببيعاً بالوفاء، فمضى بعض المدة وخرج الثمر ثم باعه من مشتري الوفاء ببيعاً باتاً ولم يذكر الثمر، فالثمر للبائع لا للمشتري. والظاهر أن هذا مبني على القول بأنه رهن من كل الوجوه، فتكون زوائده مملوكة للبائع، ولا تدخل في البيع بدون تنصيص عليها.

(د) لو اشتراه وفاءً ثم أجره ثم البائع باعه من آخر ببيعاً باتاً وأجاز مشتري الوفاء هذا البيع لا تنفسخ الإجارة، لأنه ليس بمضطر في هذه الإجارة فبقيت الإجارة، وحيث إنها بقيت تكون أجرة ما بقي من المدة بعد الإجارة للمؤجر، وهو المشتري وفاءً. أما لو كان فسخ بيع الوفاء من جهة البائع ينظر، فإن كانت مدة الإجارة متعارفة لم تنفسخ، ولو كانت غير متعارفة، كأن أجره عشر سنين، لا تبقى الإجارة، لثلاثا يتفاحش الضرر، بخلاف المدة المتعارفة لقلّة الضرر فيها، ولوطالب المشتري البائع بثمر الوفاء وقد كان أجر المبيع فللبائع أن يمتنع من أداء الثمن ما لم تنفسخ الإجارة، ومثل انفساخها انتهاء مدتها.

(هـ) البيع بالوفاء يفسخ بالتخلى بين المشتري وبين ثمنه بلا قبض. (كل ذلك من صفحة / ٢٤١ /).

(و) لو باع عقار غيره لنفسه (أي لأجل نفسه لأنه باعه من نفسه وجعل نفسه مشترياً) ببيعاً بالوفاء ليصرف ثمنه إلى مصلحة نفسه، وكان ذلك بأمر مالكة صح وكان كمستعير (ر: جامع الفصولين، صفحة / ٢٤٢ / بالمعنى) وقوله: وكان كمستعير، أي مستعير الرهن.

(ز) باع أرضه وفاءً فزرعها المشتري ثم أدى البائع مال الوفاء للمشتري حتى انفسخ البيع، والزرع بقل، فهل يجبر المشتري على تفرغ الأرض أو تترك في يده بأجر المثل؟ أجاب بعضهم بأنه لو أدى البائع ثمنه بطلب المشتري يجبر المشتري على تفرغها، لا لو أداها بلا طلبه، بل يترك في يده بأجر المثل. ولو قيل إنه يترك في يده بأجر مثله في الوجهين فله وجه (ر: صفحة / ٢٤٤ / منه) ثم نقل بعده ما يؤيد أنه يبقى بأجر المثل في الوجهين.

(ح) ادعى أنه شراه باتاً ثم ادعى أنه شراه وفاءً لا تسمع دعواه الثانية، لأنه لا يمكن توفيقه (ر: صفحة / ٢٤٧ /).

(ط) باعه جائزاً (أي وفاء) ثم احتاج إلى العمارة ففعل بأمر القاضي على أن يرجع فله الرجوع (ر: نور العين، الفصل الثامن عشر).

(ي) باع كرمًا بيعاً باتاً أو وفاء في أوان ورد الثمر، قيل يدخل الثمر تبعاً، وهو الصواب، إذ الثمر لم يظهر أو ظهر ولكن لا قيمة له فصار كحادث بعد البيع (ر: جامع الفصولين، الفصل الثاني والثلاثين، صفحة / ١٠٠).

(ك) لو قبض المشتري المبيع بيعاً جائزاً (أي بيع وفاء) بحضرة البائع قبل نقد الثمن ولم ينهه لم يجوز قبضه قياساً واستحساناً حتى كان له أن يسترده (ر: بدائع الصنائع، كتاب الهبة، بحث القبض ج ٦/ ١٢٤).

(ل) لو تراضعا على الوفاء قبل البيع ثم عقد بلا شرط الوفاء فالعقد جائز، ولا عبرة بالمواضعة السابقة إلا إذا تصادقا أنها تبايعا على تلك المواضعة (ر: معين الحكام، الباب الأربعين).

(م) الكفالة بمال الوفاء تصحّ مضافة لا في الحال، إذ المال يجب على البائع بعد الفسخ لا في الحال (ر: المحل المذكور قبلاً).

(ن) باعه جائزاً (أي بيعاً بالوفاء) بوكالة ثم مات موكله لا ينزل بموته الوكيل (ر: جامع الفصولين، الفصل الثامن عشر، صفحة / ٢٤٣). والظاهر أن معنى عدم انزال الوكيل بموت الموكل في هذه الصورة هو بقاء الحقوق متعلقة بالوكيل، كما في البيع البات، فالمراد به دفع توهم أن الوكيل يبيع الوفاء يغير الوكيل بالبيع البات.

\*\*\*

## القاعدة الثالثة (المادة / ٤) «اليقين لا يزول بالشك»

### أولاً - الشرح

اليقين لغةً: العلم الذي لا تردد معه، وهو في أصل اللغة: الاستقرار، يقال: يقن الماء في الحوض إذا استقر. (ر: تعريفات السيد). ولا يشترط في تحقق اليقين الاعتراف والتصديق بل يتصور مع الجحود، كما قال تعالى: ﴿وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم﴾.

واليقين في اصطلاح علماء المعقول هو: الاعتقاد الجازم المطابق للواقع الثابت. فخرج بالقيد الأول، أعني الجازم، الظن وغلبة الظن، لأنه لا جزم فيها. وخرج بالقيد الثاني ما ليس مطابقاً للواقع وهو الجهل وإن كان صاحبه جازماً. وخرج بالقيد الثالث اعتقاد المقلد فيما كان صواباً، لأن اعتقاده لما لم يكن عن دليل كان عرضة للزوال. فكل ذلك ليس من اليقين في شيء.

لكن المناسب هنا تفسير اليقين بالمعنى الأول اللغوي، لأن الأحكام الفقهية إنما تبنى على الظاهر، فكثيراً ما يكون الأمر في نظر الشرع يقيناً لا يزول بالشك في حين أن العقل يجيز أن يكون الواقع خلافه، وذلك كالأمر الثابت بالبينة الشرعية فإنه في نظر الشرع يقين كالثابت بالعيان، مع أن شهادة الشهود لا تخرج عن كونها خبر آحاد يجيز العقل فيها السهو والكذب، وهذا الاحتمال الضعيف لا يخرج ذلك عن كونه يقيناً لأنه لقوة ضعفه قد طرح أمام قوة مقابله ولم يبق له اعتبار في نظر الناظر. (ر: ما سيأتي قريباً).

والشك: التردد بين النقيضين بلا ترجيح لأحدهما على الآخر، فإن ترجح أحدهما على الآخر بدليل ووصل ترجيحه إلى درجة الظهور الذي يبني عليه العاقل أموره لكن لم يطرح الاحتمال الآخر فهو الظن. فإن طرح الاحتمال الآخر، بمعنى أنه لم يبق له اعتبار في النظر لشدة ضعفه، فهو غالب الظن، وهو معتبر شرعاً بمنزلة اليقين في بناء الأحكام عليه في أكثر المسائل إذا كان مستنداً إلى دليل معتبر، وذلك كما إذا رأى إنسان عيناً في يد آخر يتصرف بها تصرفاً يغلب على ظن من يشاهده أنها ملكه، وكان مثله يملك مثلها، ولم يخبر الرائي عدلان بأنها ملك غيره، فإنه يجوز له أن يشهد لذي اليد بملكها. (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، آخر كتاب الشهادات).

ومن غير الأكثر بعض مسائل لا تعتبر فيها غلبة الظن، بل لا بدّ فيها من اليقين:

(أ) منها: ما لو عقد الرجل على أختين بعقدين متعاقبين ونسي الأول فإنه يفرّق بينه وبين الثنتين ولا يجوز ترجيح أولية عقد أحدهما على عقد الأخرى بغلبة الظن، بل لا بدّ من العلم، لأن التحري لا يجري في مسائل الفروج. (ر: الدرر، كتاب النكاح، محرمات النكاح).

(ب) ومنها ما لو طلق واحدة معينة من نسائه ثم نسيها فإنه لا يجوز له أن يطأ واحدة منهن إلا بعد العلم بالمطلقة، ولا يكفي التحري وتغليب الظن ولا يسع الحاكم أن يخلي بينه وبين نسائه حتى يتبين، لأن التحري إنما يجوز فيما يباح عند الضرورة، والفروج لا تحل للضرورة. (ر: الأشباه والنظائر، القاعدة السابقة منه).

(ج) ومنها الحمل، فإنهم لم يعتبروا ظهور علاماته دليلاً جازماً على وجود الحمل ولم يبنوا عليه الأحكام الجازمة وإن كان يغلب على ظن كل من رأى المرأة أنها حامل. فلو أوصى إنسان للحمل بشيء أو وقف لا تصح الوصية له أو الوقف عليه إلا إذا ولد لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الوقف لكي يتيقن بوجوده وقتها. (ر: الأشباه والنظائر، القاعدة الرابعة منه).

ومثل الولادة لأقل من ستة أشهر، فيما يظهر، ما لومات أبوه قبل الوصية له والوقف فإنه تصح الوصية له والوقف، فقد قال في جامع أحكام الصغار، في كتاب الشفعة: «قال محمد رحمه الله تعالى في «الأصل»: والحمل في استحقاق الشفعة والصغير والكبير سواء، فإن وضعت لأقل من ستة أشهر منذ وقع الشراء فله الشفعة، وإن جاءت به لسته أشهر فصاعداً منذ وقع الشراء فإنه لا شفعة له إلا أن يكون أبوه قد مات قبل البيع وورث الحمل فحينئذ يستحق الشفعة، وإن جاءت به لسته أشهر فصاعداً».

نعم جعلوا ظهور علامات الحبل أمانة رجحوا بها قول المرأة أنها ولدت عند إنكار الزوج للولادة ووقفوا بها الميراث للحمل، ولينظر فيما إذا علم وجود الحمل قبل الوصية أو الوقف بالمشاهدة بواسطة الأشعة المخترعة حديثاً المسماة «أشعة رونتنجن»، وكانت المشاهدة بطريق مشروع كالتداوي، ثم ولدته لأكثر من ستة أشهر من وقت الوصية أو الوقف، فهل يعتبر ذلك موجباً لصحة الوصية والوقف للتيقن بوجود الحمل أولاً يعتبر؟ والظاهر عدم اعتباره، فلا بدّ من الولادة لأقل من ستة أشهر، لا شكاً فيما أظهرته الأشعة، بل لأنها إذا ولدت لأكثر من ستة أشهر لا يتيقن حينئذ بأن المولود هو الحمل الذي كان شوهد بالأشعة، لجواز أن المشاهد أسقط ثم حصل بعده حمل جديد.

أما إذا كانت غلبة الظن غير مستندة إلى دليل فلا كلام في عدم اعتبارها مطلقاً، كما لو غلب على ظن الغاصب حل العين المغصوبة له بناء على احتمال جعل المالك إياه في حل منها، وكما لو وظفر إنسان بمال الغير فأخذه بناء على احتمال أن مالكة أباحه لمن يأخذه، فإنه يكون ضامناً ولا تعتبر غلبة الظن هذه مهما قويت، لأنها غير مستندة إلى دليل، لأنه من مجرد التوهم، ولا عبارة بالتوهم. (ر: المادة / ٧٤ / من المجلة).

إن هذه القاعدة من أمهات القواعد التي عليها مدار الأحكام الفقهية، وقد قيل إنها تدخل في جميع أبواب الفقه، والمسائل المخرجة عليها، من عبادات ومعاملات وغيرها، يبلغ ثلاثة أرباع علم الفقه.

ومعناها أن ما كان ثابتاً متيقناً لا يرتفع بمجرد طرود الشك عليه، لأن الأمر اليقيني لا يعقل أن يزيله ما هو أضعف منه بل ما كان مثله أو أقوى.

هذا، ولا فرق بين أن يكون اليقين السابق: (١) مقتضياً للحظر، (٢) أو مقتضياً للإباحة، فإن العمدة عليه في كلتا الحالتين، ولا يلتفت إلى الشك في عروض المبيح على الأول، وعروض الحاضر على الثاني.

فمن القسم الأول: ما لو غاب إنسان غيبة منقطعة بحيث لا يعلم موته ولا حياته، فإن المعتبر اليقين السابق، وهو حياته، إلى أن يعلم موته بالبينة أو بموت جميع أقرانه وإن كان احتمال موته قائماً في كل لحظة، فلا يجوز قبل ذلك قسمة ماله بين الورثة، ولو كان له وديعة عند آخر فيجب على المستودع حفظها، فلو أعطاها للورثة يكون ضامناً. (ر: المادة / ٧٨٥ / من المجلة).

ومن القسم الثاني: الفروع الآتية الذكر:

### ثانياً - التطبيق

يتفرع على هذه القاعدة مسائل:

(أ) منها: ما إذا كان إنسان يعلم أن بكرأ مديون لعمرو بألف مثلاً، فإنه يجوز له أن يشهد على بكر بالألف وإن خامره الشك في وفائها أو في إبراء الدائن له عنها، إذ لا عبرة للشك في جانب اليقين السابق.

(ب) ومنها: ما إذا كان يعلم أن العين الفلانية كانت ملك بكر ثم نازعه فيها أحد، فإنه يجوز له أن يشهد لبكر بأن العين ملكه وإن كان يحتمل أنه باعها لمن ينازعه.

(ج) ومنها: ما لو ادعى زيد على عمرو ألفاً مثلاً، فأقام عمرو بينة على الأداء أو الإبراء، فأقام زيد أيضاً بينة على أن له عليه ألفاً، فإن بينة زيد هذه لا تقبل من غير أن يبرهن أن الألف المشهود عليها هي غير تلك الألف التي ادعى عمرو أداءها أو الإبراء عنها، لأن فراغ ذمة عمرو بعد البينة التي أقامها أصبح يقيناً، والألف التي أقام زيد عليها البينة مطلقة، فيحتمل أن تكون هي

المراة أو المبروء عنها، فلا تشغل ذمة عمرو بمجرد الشك، بعد التيقن بفراغها. ولأن الموجب والمسقط إذا اجتماعاً يعتبر المسقط متأخراً. (ر: تنقيح الفتاوى الحامدية، كتاب الدعوى). إذ السقوط بعد الوجوب. (ر: الفتاوى العمادية، صفحة / ٢٧ / من الطبعة الكستلية، وما جاء في هذا الكلام على القاعدة / ٤٦ / من المجلة).

(د) ومما فرغ عليها من هذا القبيل أيضاً ما في جامع الفصولين: لو أقر أنه لاحق له فيما بيد فلان، ثم برهن على شيء في يد فلان أنه غصبه منه، لم يقبل حتى يشهد بغصبه بعد إقراره. (ر: جامع الفصولين، الفصل الرابع والثلاثين، من بحث أحكام الصبيان، صفحة / ٢٠٦). لأن الإبراء يعمل فيما قبله لا فيما بعده، ولا يعمل فيما بعده إلا في مسألة، وهي: ما لو شرط البائع في البيع البراءة من كل عيب في المبيع دخل العيب القديم والحادث بعد البيع قبل القبض. (ر: الدرر وغيره، كتاب البيوع، خيار العيب).

(هـ) ومنها: ما لو اشترى أحد شيئاً ثم ادعى أن به عيباً وأراد رده، واختلف التجار أهل الخبرة فقال بعضهم هو عيب وقال بعضهم ليس بعيب، فليس للمشتري الرد، لأن السلامة هي الأصل المتيقن فلا يثبت العيب بالشك. (ر: رد المحتار، أوائل خيار العيب، نقلاً عن الخانية) فكذا لو وجد العيب عند البائع ثم عند المشتري ولكن اشتبه فلم يدر أنه عين الأول أو غيره، فإنه لا يرد. (ر: جامع الفصولين، الفصل الخامس والعشرين، صفحة / ٣٤٦).

(و) ومنها: ما لورد الغاصب العين المغصوبة على من في عيال المالك، فإنه لا يبرأ، لأن الرد على من في عياله رد من وجه دون وجه، والضمان كان واجباً بيقين فلا يبرأ بشك. (ر: جامع الفصولين، الفصل الثالث والثلاثين، بحث ما يصدق فيه المودع، صفحة / ١٥٠).

(ز) ومنها: ما لو طلق الرجل زوجته، وكانت ذات لبن، وتزوجت بآخر بعد عدتها فحملت منه وأرضعت طفلاً في مدة الحمل، فإن لبنها لم يزل معتبراً من الزوج الأول، فثبتت به حرمة الرضاع بالنسبة له، لأنه كان متيقناً أن اللبن

منه، فلا نحكم بأنه من الثاني بمجرد الشك الحاصل بسبب حبلاها من الزوج الثاني، فإذا ولدت يحكم حينئذٍ بأن اللبن بعد الولادة من الثاني. (ر: الدر وحاشيته رد المحتار، كتاب الرضاع).

### تنبيه:

إن الشك، وإن كان لا يقوى على رفع ما ثبت حصوله يقيناً فيما مضى، فإنه قد يمنع وجوده حصول ما يزيله بعد وجوده، يدل لذلك ما جاء في جامع الفصولين: برهن المدعى عليه بعد الحكم، أن المدعي أقر قبل الدعوى أنه لاحق له في العين المدعى بها فإنه لا يبطل الحكم، لجواز التوفيق بأن يكون لاحق له قبل الدعوى ثم حدث له حق فادعى، فلا يبطل الحكم الجائز: بشك، ولو برهن على ذلك قبل الحكم تقبل ولا يحكم، إذ الشك يمنع الحكم ولا يرفعه<sup>(١)</sup>. (ر: جامع الفصولين، أواخر الفصل العاشر، ج ١/١٥٦، برمز «مش» لمنهاج الشريعة - ببعض توضيح). ونقل عن صاحب التنقيح أنه قال عقبها: لكن ينبغي أن يكون هذا مبنياً على القول بأن إمكان التوفيق كاف.

ولكن لم يظهر لي صحة ما ادعاه من البناء المذكور أصلاً، والذي حمله على القول بهذا قول صاحب جامع الفصولين بجواز التوفيق بأن يكون... إلخ. فإنه اعتبره بياناً لما هو ممكن من التوفيق، وليس بظاهر بل هو توجيه وتعليل لعدم بطلان الحكم، بعد وقوعه مستوفياً طريقه الشرعي، بهذا الدفع المشكوك في إبطاله له، بخلاف ما قبل وقوعه فإنه دفع له عن الوقوع، والدفع أسهل من الرفع. ولو كان كما قال لما اختلف حكم الإتيان بالدفع المذكور قبل الحكم

(١) الظاهر أن هذا ليس على إطلاقه، بل هو مقيد بما يمكن تكرره وتجده من الأسباب، أما ما لا يمكن تجده من الأسباب فإنه لا يمكن فيه هذا التأويل، كما لو ادعت المرأة بفرار زوجها المتوفى من إرثها وحكم لها، ثم برهن الورثة بعده بأن زوجها كان أبانها بطلبها أو أنه كان أبانها في صحته، أو أنه مات وهي منقضية العدة، فالظاهر أنه في هذه الصورة يبطل الحكم لعدم إمكان تجدد سبب الإرث بعد وفاته. (ر: ماسياتي تحت المادة / ٥٢).

عَمَّا بعده. ويقال كما أنه إذا أتى به بعد الحكم لا يبطل الحكم لإمكان التوفيق، كذلك إذا أتى به قبل الحكم لا يمنع الحكم لإمكان التوفيق. والواقع خلافه، فإن الحكم كما ترى مختلف. فليتأمل.

هذا ولا تنافي بين ما نقلناه آنفاً، عن أواخر الفصل العاشر من جامع الفصولين، وبين ما جاء في الفتاوى الخانية، من بحث تكذيب الشهود من كتاب الشهادات ولفظه: «في المنتقى: رجل ادعى في يد رجل متاعاً أو داراً أنها له، وأقام البينة وقضى القاضي له، فلم يقبضه حتى أقام الذي في يده البينة أن المدعي أقر عند غير القاضي أنه لاحق له فيه، قال: إن شهدوا أنه أقر بذلك قبل القضاء بطل القضاء، وإن شهدوا أنه أقر به بعد القضاء لا يبطل القضاء، لأن الثابت بالبينة كالثابت عياناً، ولو عاين القاضي إقراره بذلك كان الحكم على هذا الوجه» انتهى، ونقله عن الفتاوى الخانية في ردّ المحتار، أوائل باب الاختلاف في الشهادة.

وبيان عدم التنافي أن قول الفتاوى الخانية: «إن شهدوا أنه أقر بذلك قبل القضاء» معناه أنه قاله قبل القضاء بعد الدعوى لم يبق إمكان لما ذكره في جامع الفصولين من جواز التوفيق بأنه لم يكن له حق ثم حدث حق فادعى فيبطل القضاء لا محالة، وعدم بطلان القضاء به فيما إذا شهدوا أنه قاله بعد القضاء إنما هو لكون قوله: «لاحق لي فيه» يتناول الحال فقط، وليس من ضرورة انتفاء الحق في الحال انتفاؤه في الماضي، بخلاف ما إذا قال بعد القضاء: «لم يكن لي فيه حق» فإنه يبطل القضاء، لأنه يتناول الماضي. (ر: الفتاوى الهندية، كتاب القضاء، الباب العاشر).

### ثالثاً - المستثنى

يستثنى من القاعدة المذكورة:

مالو ادعى المشتري عيباً في المبيع موجباً لرده على البائع، بعد قبضه المبيع، فإنه لا يجبر على دفع الثمن للبائع حتى تنتهي الخصومة في العيب، فإن ثبت قدم العيب عند البائع يفسخ القاضي البيع، فإن عجز المشتري عن الإثبات يجبر على دفع الثمن حينئذٍ. (ر: تنوير الأبصار وغيره، من خيار

العيب). فقد زال اليقين ها هنا، وهو وجوب دفع الثمن المتيقن به للحال بمجرد الشك، وهو قدم العيب<sup>(١)</sup> المحتمل الثبوت وعدمه.

\*\*\*

---

(١) أقول: وكذا أصل العيب (لا قدمه فقط) لأن أصل العيب يحتاج إلى إثبات، ولا يكفي مجرد ادعاء العيب لإثبات قدمه إذ قد يكون الشيء الذي يزعمه المشتري عيباً ليس بعيب بالنسبة لهذا المبيع. فالواجب عند ادعاء العيب إثبات كونه عيباً أولاً، ثم الانتقال إلى البحث في قدمه كما هو معلوم. وإطلاق التعبير في النص المنقول بأن ادعاء العيب يمنع إجبار المشتري على دفع الثمن يشمل الخلاف في أصل العيب أو في قدمه.

## القاعدة الرابعة (المادة / ٥) «الأصل بقاء ما كان على ما كان»

### أولاً - الشرح

«الأصل بقاء ما كان على ما كان، حتى يقوم الدليل على خلافه» لأن الأصل إذا اعترض عليه دليل خلافه بطل. (ر: رد المحتار، كتاب الدعوى، آخر دعوى الرجلين، نقلاً عن الزيلعي).

الأصل في اللغة: أسفل الشيء، وفي الاصطلاح يطلق على معان كثيرة، منها أنه يستعمل بمعنى القانون والقاعدة المنطبقة على جزئياتها. (ر: كليات أبي البقاء)، وهو المراد هنا.

ومعنى هذه القاعدة أنه إذا جهل في وقت الخصومة حال الشيء وليس هناك دليل يحكم بمقتضاه، وكان لذلك الشيء حال سابقة معهودة، فإن الأصل في ذلك أن يحكم ببقائه واستمراره على تلك الحال المعهودة التي كان عليها، حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك فيصير حينئذ إليه.

وذلك الدليل أحد أربعة أشياء: البينة، والإقرار، والنكول، والأمانة الظاهرة؛ على أن النكول يرجع إلى مجرد القرينة الظاهرة. (ر: ماسياتي عن معين الأحكام أثناء الكلام على القاعدة الثامنة: «الأصل براءة الذمة»). فأما البينة والإقرار والنكول فأمثلتها واضحة معلومة، وأما الأمانة الظاهرة فكتحكيم الحال الآتي قريباً في الكلام على النوع الثاني من نوعي الاستصحاب.

إن هذه القاعدة ليست من القواعد الكلية التي ليست داخلية تحت غيرها،

بل هي - وما بعدها من القواعد الآتية حتى المادة / ١٣ - من فروع المادة الرابعة المتقدمة وهي «اليقين لا يزول بالشك» ودخلات تحتها.

### ثانياً - التطبيق

يتفرّع على هذه القاعدة مسائل كثيرة:

(أ) منها: ما لو ادعت الزوجة على زوجها عدم وصول النفقة المقدرة إليها، وادعى الزوج الإيصال، فالقول قولها بيمينها، لأن الأصل بقاؤها بعد أن كانت ثابتة في ذمته حتى يقوم على خلافه دليل من بيته أو نكول.

ومثله: كل مدين، فلو ادعى المستقرض دفع الدين إلى المقرض، أو ادعى المشتري دفع الثمن إلى البائع، أو ادعى المستأجر دفع بدل الإجارة إلى المؤجر، وأنكر المقرض والبائع والمؤجر القبض فالقول قولهم، لأن الأصل بقاء مبلغ القرض والثمن والأجرة بعد ثبوتها في الذمة.

(ب) ومنها: ما لو اختلف البائع والمشتري في مضي مدة خيار الشرط، أو في مضي مدة أجل الثمن، فالقول لمنكر المضي، لأنها تصادقا على ثبوت الخيار والأجل ثم ادعى أحدهما السقوط، والأصل بقاؤها بعد الثبوت. (ر: الدرر وحاشيته، أو آخر خيار الشرط من كتاب البيوع).

(ج) ومنها: ما لو باع إنسان شيئين صفقة واحدة فهلك أحدهما عند المشتري وجاء بالآخر ليرده بعيب فيه على البائع بحصته من الثمن، فاختلفا في قيمة الهالك، فالقول للبائع. (ر: رد المحتار، من البيع الفاسد، عند قول المصنف: وفسد بيع زيت على أن يزنه في ظرفه وي طرح عن الظرف كذا رطلاً) لأن الثمن جميعه ثابت في ذمة المشتري فالأصل بقاء القدر المختلف فيه في ذمته حتى يبرهن على دعواه.

(د) ومنها: ما لو ادعت امتداد الطهر وعدم انقضاء العدة، صدقت بيمينها، ولها نفقة العدة، لأن الأصل بقاء العدة بعد وجودها.

يطلقون على هذا الأصل المذكور، أعني قاعدة بقاء ما كان على ما كان، لفظة (الاستصحاب)، وهو عبارة عن الحكم على أمر ثابت في وقتٍ بثبوتِه في وقتٍ آخر.

وهو نوعان:

**الأول** - جعل الأمر الثابت في الماضي مستصحباً للحال، ومن هذا النوع هذه القاعدة وما تفرع عليها.

**الثاني** - جعل الأمر الثابت في الحال مستصحباً ومنسحباً للماضي، وهو المسمى بالاستصحاب المعكوس، وبتحكيم الحال. وأمثله كثيرة:

منها: ما لو كان للابن الغائب مال عند أبيه، فأنفق الأب منه على نفسه، ثم اختلفا فقال الابن للأب: إنك أنفقت على نفسك منه وأنت موسر، وقال الأب: أنفقت وأنا معسر، ولا بينة لأحدهما، فإنه يحكم الحال؛ فلو كان حال الخصومة معسراً فالقول له، ولو موسراً فالقول لابنه، ولو برهن كل من الأب والابن على دعواهما تقدم بينة الابن. (ر: الدر المختار، أواخر النفقة)، فقد جعل اليسار أو الإعسار القائم في الحاضر منسحباً مع الماضي. وإنما لم يجعل القول قول مدعي الإعسار مطلقاً على أنه الصفة الأصلية في الإنسان، والأصل اعتبار بقائه، لأن اعتبار بقاء ما كان على ما كان إنما هو عند قيام دليل على خلافه. (ر: ما أسلفناه في أول الكلام على هذه القاعدة)، ولما كان قيام صفة اليسار حين الخصومة أمانة ظاهرة في تأييد كلام مدعيه طرح ذلك الأصل لقيام الدليل على خلافه واعتبر القول لمدعي اليسار<sup>(١)</sup>.

(١) هذا وقد نقل هذه المسألة في الباب التاسع والثلاثين من جامع الفصولين عن قاضيخان، واستشكلها بما معناه أن تحكيم الحال من قبيل العمل بالظاهر، والظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق، فكيف يجعل الأب بظاهر إعساره بريء الذمة من إتلاف مال ابنه في نفقه نفسه وقد ثبت إتلافه له يقيناً فلا يبرأ إلا بيقين مثله وذلك أن يقيم بينة على الإعسار ولا يكفي ظاهر الحال فينبغي أن لا يصدق في دعواه الإعسار إلا بينة. انتهى بالمعنى. ثم أجاب عنه بعد كلام بقوله: فلورد، أي الإشكال، بأن الأخذ مع اليسار هو الذي يوجب الضمان نصاً لا مطلق الأخذ، والمتيقن هو الأخذ لا اليسار، فلم يثبت سبب الضمان فالظاهر يدفع استحقاقه له وجه. انتهى. وهو حسن.

ومنها: ما لو ادعى المستأجر سقوط الأجرة بزعم أن المأجور غصب منه ففات الانتفاع به وأنكر المؤجر ذلك فإنه يحكم الحال وينظر: إن كان المأجور في يد الغاصب حين الخصومة فالقول للمستأجر، وإن لم يكن في يد غاصب فالقول للمؤجر. (ر: الذخيرة، من كتاب الإجارة، الباب الثاني والعشرين). والحالة الثانية، وهي عدم كونه في يد غاصب، تشمل صورتين، إحداهما: أن يكون في يد المستأجر، والثانية: أن لا يكون في يد أحد.

ومنها: ما لو باع الأب مال طفله ثم بلغ، فادعى - بعد بلوغه - على المشتري أن البيع كان بغبن فاحش والمشتري ينكر ذلك، فإنه يحكم الحال لولم تكن المدة قدر ما يتبدل به السعر. (ر: جامع الفصولين، الفصل السابع والعشرين، صفحة / ٢٨).

ومنها: مسألة اختلاف مؤجر الطاحون ومستأجرها في أصل انقطاع مائها المذكورة في المادة / ١٧٧٦ / من المجلة. ومسألة الاختلاف في حدوث طريق الماء الذي يجري إلى دار إنسان وقدمه المذكورة في المادة / ١٧٧٧ / منها.

وقد اختلف في حجية الاستصحاب بنوعيه، والمشهور في المذهب أنه يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق. (ر: الأشباه والنظائر، وجامع الفصولين، أوائل الفصل السادس والثلاثين منه).

وذلك: كما لو تنازع اثنان في جدار، وكان لأحدهما عليه جذوع وللآخر اتصال تربيع، فذو التربيع أولى، إذ الاستعمال بالتربيع - وهو تداخل أطراف اللبنة حين بنائه - سابق على الاستعمال بالجذوع، إلا أنه لا ترفع جذوع الآخر لأن اتصال التربيع من قبيل الظاهر، والملك الثابت به ثابت بنوع ظاهر، والظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق.

بخلاف ما لو برهن ذو التربيع أن الحائط له، فإن جذوع الآخر ترفع، إذ البينة حجة تصلح للدفع والاستحقاق على الغير. (ر: جامع الفصولين، الفصل السادس والثلاثين، صفحة / ٢٧٨، موضحاً) ثم أعاد المسألة ثانياً، في صفحة / ٢٨٠ /، وحكى الإجماع على أن جذوع الآخر ترفع لو برهن الخصم.

ولا يخفى أن ما ذكره من أن جذوع الآخر ترفع عند الإثبات بالبينة إنما هو إذا لم يثبت قدم وضعها، أما إذا ثبت أنها موضوعة من القديم فإنها لا ترفع، إذ ظهر أنها موضوعة بحق، فإن القديم يترك على قدمه. (ر: ماسيأتي في القاعدة التالية لهذه).

وكما في مسألة المفقود - وهو الغائب غيبة منقطعة بحيث لا يعرف موته أو حياته - فإنه يعتبر حياً في حق نفسه، أي في دفع استحقاق الغير منه، إلى أن يثبت موته حقيقة بالبينة أو حكماً بأن يقضي القاضي بموته بعد موت جميع أقرانه، فلا يقسم، قبل ذلك، ماله بين ورثته ولا تفسخ إجارته. ولو كان له وديعة عند أحد يجب على المستودع حفظها، وليس لأحد من وارث أو قاض أن يأخذها منه إذا كان مأموناً عليها. (ر: ما تقدم في شرح المادة الرابعة).

ويعتبر كالميت في جانب الاستحقاق من غيره، لأن استصحاب حياته السابقة لا يكفي حجة للاستحقاق، فلا يرث من غيره بل يوقف نصيبه من المورث، فإن ظهر حياً أخذه، وإن ثبت موته حقيقةً أو حكماً أعيد النصيب إلى ورثة ذلك المورث (ر: الدرر وحاشيته، كتاب المفقود).

وكما لو مات نصراني مثلاً فجاءت امرأته مسلمة وقالت: أسلمت بعد موته فلي الميراث، وقال الورثة: أسلمت قبل موته فلا ميراث لك، فالقول للورثة لا للمرأة، فهنا كل من الطرفين متمسك بنوع من الاستصحاب، فالمرأة تريد استحقاق الإرث تمسكاً بالاستصحاب الحقيقي، وهو استمرارها إلى ما بعد موت زوجها على دينه الذي كانت تدين به، والاستصحاب لا يكفي حجة للاستحقاق، والورثة يدعونها عن استحقاق الإرث تمسكاً بالاستصحاب المعكوس، وهو انسحاب مانع الإرث القائم بالمرأة حين الخصومة، أعني إسلامها، إلى ما قبل موت الزوج، والاستصحاب يكفي حجة للدفع، فكان القول لهم.

أما لو مات المسلم وله امرأة نصرانية مثلاً، فجاءت بعد موته مسلمة وقالت: أسلمت قبل موته فلي الميراث، وقال الورثة: أسلمت بعد موته، فإنه

لا يكون القول قولها حكماً لها بالاستصحاب المعكوس المتقدم، وذلك لأنها تريد به استحقاق الإرث، وهو لا يصلح حجة للاستحقاق بل يكون القول للورثة أيضاً حكماً بالاستصحاب الحقيقي وهو بقاءها على دينها إلى ما بعد الموت، لأن الورثة يدفعونها بذلك عن الاستحقاق (ر: الأشباه والنظائر) ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضاً حيث يضيفون إسلامها الحادث لأقرب أوقاته (ر: ماسيأتي في مستثنيات المادة / ١١).

هذا، وإنما كان الاستصحاب غير حجة في الاستحقاق لأنه من قبيل الظاهر، ومجرد الظاهر لا ينتهز حجة في إلزام الغير، ولما كان الاستحقاق على الغير إلزاماً له لم يكتف فيه بالظاهر. قال الإمام الكرخي في أصوله: «الأصل أن الظاهر يدفع الاستحقاق ولا يوجب الاستحقاق»، وقال الإمام النسفي في شرح ذلك: «من مسائل هذا الأصل أن من كان في يده دار فجاء رجل يدعيها فظاهر يده يدفع استحقاق المدعى، حتى لا يقضى له إلا بالبينة. ولو بيعت دار لجنب هذه الدار فأراد أخذ الدار المبيعة بالشفعة بسبب الجوار لهذه الدار، فأنكر المدعى عليه أن تكون هذه الدار التي في يده مملوكة له، فإنه بظاهر يده لا يستحق الشفعة ما لم يثبت أن هذه الدار ملكه.

وذكر ابن نجيم في الأشباه، نقلاً عن التحرير، أن الأوجه أن الاستصحاب ليس بحجة مطلقاً لا في الدفع ولا في الاستحقاق، وأن ما يذلل بظاهره من الفروع على أنه حجة في الدفع فليس في الحقيقة احتجاجاً بالاستصحاب، بل باستمرار العدم الذي هو الأصل في الأشياء.

هكذا ذكروا، ولم يظهر لي، لأن استمرار العدم في المسائل العدمية هو عين الاستصحاب المذكور، ولا فرق بينها إلا في التعبير. على أن كثيراً من الأمور التي حكموا فيها بالاستصحاب ليست من الأمور العدمية حتى يصح أن يقال فيها إن الاحتجاج بها من قبيل الاحتجاج باستمرار العدم الأصلي، بل هو من الأمور الوجودية العارضة، كما في مسألة اختلاف الأب والابن في اليسار والإعسار المتقدمة، فقد حكم فيها بيسار الأب الماضي لما كان موسراً وقت الخصومة، فكيف يمكن أن يعتبر هذا حكماً باستمرار العدم الأصلي؟...

## ثالثاً - المستثنى

خرج عن هذه القاعدة مسائل:

منها: ما تقدم في المادة / ٣ / من أن المودع إذا ادعى رد الوديعة أو هلاكها، والمالك ينكر، فالقول للمودع، مع أن الأصل بقاؤها عنده، وذلك لأن كل أمين ادعى رد الأمانة إلى مستحقها فالقول قوله بيمينه، لأن الأصل براءة الذمة وعدم التعدي والتقصير.

ومنها: ما لو ادعت المرأة مضي عدتها في مدة تحتمل، صدقت بيمينها (ر: التنوير، باب العدة) مع أن الأصل بقاء العدة بعد وجودها، وذلك لأن مضي العدة من الأمور التي لا تعلم إلا منها، فإذا لم يقبل قولها في مضيها لا يمكن ثبوت مضيها أصلاً، فقبل قولها في ذلك ضرورة.

\*\*\*

obeikandi.com

## القاعدة الخامسة (المادة / ٦) «القديم يترك على قدمه»

### أولاً - الشرح

[ «القديم يترك على قدمه» ] إلا إذا قام الدليل على خلافه، كما في المادة / ١٢٢٤ / من المجلة.

القديم: هو الذي لا يوجد من يعرف أوله. (ر: المادة / ١٦٦ / من المجلة).

ومعنى هذه القاعدة أن المتنازع فيه إذا كان قديماً تراعى فيه حالته التي هو عليها من القديم، بلا زيادة ولا نقص ولا تغيير ولا تحويل.

وإنما لم يجز تغيير القديم عن حاله أو رفعه بدون إذن صاحبه لأنه لما كان من الزمن القديم على هذه الحالة المشاهدة فالأصل بقاؤه على ما كان عليه، ولغلبة الظن بأنه ما وضع إلا بوجه شرعي (ر: الفتاوى الخيرية، فصل الحيطان).

فلو كان لأحد جناح في داره ممدود على أرض الغير، أو كان لداره مسيل ماء أو أقذار في أرض الغير، أو كان له ممر إلى داره مثلاً في أرض الغير، وكان ذلك الجناح أو المسيل أو الممر قديماً لا يعرف أحد من الحاضرين مبدأ لحدوثه، فأراد صاحب الأرض أن يمنع صاحب الدار من مد الجناح أو التسييل أو المرور في أرضه، أو أراد أن يحول المسيل أو الممر ويغيره عن حاله القديم فليس له ذلك إلا بإذن صاحبه (ر: المواد / ١٢٢٤ و ١٢٢٥ و ١٢٢٩ / من المجلة).

وكذا ليس لصاحب الحق نفسه أن يحوله من جهة إلى جهة، أو يصرف الممر مثلاً إلى دار أخرى له، إلا إذا أذن له الآخر، وللأذن ولورثته من بعده الرجوع عن هذا الإذن وتكليف صاحب الحق بإعادته إلى الحالة الأولى. ووجه جواز الرجوع، كما في الخانية، أن ذلك الإذن من قبيل الإعارة، وهي غير لازمة. بخلاف ما لو بنى صاحب الأرض بناء في الممر بإذن صاحب حق المرور فإنه يسقط حق مروره ولا يكون له بعد ذلك حق المخاصمة مع صاحب الأرض لاستعادته، لأن إذنه ذلك إسقاط لحقه، إلا إذا كان صاحب الحق مالكا لرقبة الطريق فلا يمنع من المخاصمة واستعادته بعد إذنه بالبناء، لأن الملك لا يسقط بالإسقاط، قال في فصل الأنهار من الفتاوى الخانية: «ولو قال صاحب المسيل: أبطلت حقي في المسيل، فإن كان له حق إجراء الماء دون الرقبة بطل حقه، وإن كان له رقبة المسيل لا يبطل ذلك بالإبطال».

وكذلك لو كان نهر، بين قوم، يأخذ الماء من النهر الأعظم، فمنهم من له فيه كوتان ومنهم من له ثلاث، فقال أصحاب الكوى السفلى لأصحاب العليا: إنكم تأخذون من الماء أكثر من نصيبكم، لأن كثرة الماء ورفعته يكون في أعلى النهر فيدخل في كواكم شيء كثير، ونحن لا نرضى بهذا، ونجعل لكم أياماً معلومة ونسب في أيامكم كوانا ولنا أياماً معلومة وأنتم تسدون فيها كواكم، فليس لهم ذلك، بل يترك على حاله كما كان. وكذا لو اختصم أهل النهر فادعى بعضهم زيادة لم يكن ذلك إلا بحجة. والأصل في جنس هذا أن ما كان قديماً يترك على حاله ولا يغير إلا بحجة (ر: الفتاوى الخانية، فصل الأنهار).

لا يشترط في اعتبار التصرف القديم أن يكون ما يتصرف به قائماً في يد المتصرف إلى حين الخصومة، بل يكفي أن يثبت المدعي وجوده في يده قبل الخصومة، وأن المدعى عليه أحدث يده عليه ومنع المدعي منه، فإنه يحكم به للمدعي، لأن اليد الحادثة لا عبء بها بل العبء لليد الحقيقية (ر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، كتاب الدعوى، أوائل دعوى الرجلين، ج ٧ / ٢٥٦).

وقد نصوا أنه لو كان لرجل نهر يجري في أرض غيره لسقي أراضيها، وهو في يده يكره ويغرس في حافتيه الأشجار مثلاً، فأراد صاحب الأرض أن

لا يجري النهر في أرضه فليس له ذلك، بل يترك على حاله، لأن من هو في يده يستعمله بإجراء مائه ونحوه، فعند الاختلاف القول قوله، فلو لم يكن في يده ولم يكن جارياً وقت الخصومة، فإن كان يدعي رقبة النهر فعليه أن يثبت أنه له، وإن كان يدعي حق الإجراء في النهر فعليه أن يثبت أنه كان يجري من القديم لسقي أراضيه، فيحكم له حينئذ بملك رقبة النهر في الصورة الأولى، وبحق الإجراء في الثانية.

وبمثل ذلك يحسم الاختلاف إذا وقع في حق المرور، أو حق التسييل في أرض أو على سطح، أو في دار، أو في طريق خاص، أو بين علو وسفل (ر: الهداية وشروحها والملتقى والتنوير، فصل الشرب، والمادة / ١١٧٧ / من المجلة).

هذا، ثم إذا جهل حال المتنازع فيه ولم يعرف هل هو قديم أو حادث، فالأصل فيه أنه إن كان في طريق خاص يعتبر قديماً حتى يقوم الدليل على خلافه، وإن كان في طريق العامة يعتبر حديثاً، فلإمام أن ينقضه (ر: شرح المادة / ٢٢٤ / من مرآة المجلة).

والمراد بالطريق الخاص في قولهم: «فالأصل فيه أنه إن كان في طريق خاص يعتبر قديماً» هو ما كان مملوكاً رقبة لقوم وليس للعامة فيه حق أصلاً، كما إذا كانت أرض مشتركة بين قوم بنوا فيها مساكن وجعلوا بينهم منها طريقاً حتى كان مملوكاً لهم على الخصوص، فأما إذا كانت السكة مختطة من الأصل فحكمها حكم طريق العامة ولو غير نافذة إذ هي ملك العامة، ألا يرى أن لهم أن يدخلوها عند الزحام. وهذا التفسير يأتي في جميع الأحكام التي تذكر في غير النافذة (ر: جامع الفصولين الفصل الخامس والثلاثين، صفحة / ٢٦٣ / نقلاً عن خواهرزاده).

اختلف الإفتاء في اعتبار التصرف القديم في الحقوق، فأفتى المرحوم خير الدين الرملي، في سؤال رفع إليه، بما يفيد عدم اعتباره، وأنه لا بد من إقامة البينة على الحق المدعى به بخصوصه، وتمسك بمسائل نصوا عليها، وهي أن من

ادعى حق المرور أورقة الطريق، وأقام بيّنة شهدت له بأنه كان يمر في هذه لا يستحق بذلك شيئاً، وأن الشاهد إذا فسر للقاضي أنه يشهد بالملك بناء على معاينة اليد لا تقبل شهادته.

واستشهد له المرحوم ابن عابدين، في تنقيح الفتاوى الحامدية، بما نصوا عليه من أن الوقف إذا كان على القرابة، وادعى رجل أنه من القرابة وأقام بيّنة شهدت أن الواقف كان يعطيه كل سنة مع القرابة لا يستحق بهذه الشهادة شيئاً، وكذا لو شهدوا بإعطاء القاضي له مع القرابة كل سنة لا يكون إعطاء القاضي حجة. انتهى.

وكل هذه الفروع لا تصلح للتمسك، لأن الدعوى والشهادة فيها ليست من قبيل دعوى التصرف القديم المفسر بما تقدم، ولا من قبيل الشهادة به كما هو ظاهر. كيف وكتب المذهب والفتاوى ناطقة بلزوم اعتباره، وقد أفتى باعتباره حامد أفندي العمادي، في محلات عديدة من فتاويه، ووافقه عليها نفس المرحوم ابن عابدين، ونقل عن الشيخ إسماعيل الحائك أنه أفتى باعتباره أيضاً، وكل ذلك بناء على ما صرحوا به في كتب المذهب من اعتباره. وصرحوا أيضاً بأن اعتباره هو الاستحسان، وأن عليه الفتوى.

لو ادعى أحد الخصمين الحدوث، وادعى الآخر القدم، فالقول قول من يدعي القدم، والبيّنة بيّنة من يدعي الحدوث (ر: تنقيح الفتاوى الحامدية، والمادة / ١٧٦٨ / من المجلة).

بقي ها هنا شيء يكثر وقوعه، ولم أر من تعرض له، وهو ما لو ادعى أحدهما الحدوث وادعى الآخر مرور الزمن، فهل يكلف مدعي الحدوث البيّنة أو يكلف البيّنة مدعي مرور الزمن؟

لقائل أن يقول بالأول، وأنه إذا ثبت الحدوث لا تسمع دعوى مرور الزمن، وذلك لأن مدعي القدم يدعي مضي مدة على الأمر المتنازع فيه هي أضعاف مدة مرور الزمن، لأن القديم، كما تقدم، ما لا يوجد من يعرف أوله، وهذا لا يكون غالباً إلا بعد أن يمضي عليه أكثر من ثمانين أو تسعين سنة، وقد

تقدم، في الكلام على القاعدة الثانية، أن كون العبرة للمعاني يجري في الدعاوى والخصومات أيضاً، فكأنه بدعوى القدم يدعي مرور الزمن مضاعفاً، ولم يجعلوا له، والحالة هذه، غير كون القول قوله فقط، ولم يجعلوا البينة بينته بل جعلوا البينة بينة مدعي الحدوث بلا استثناء.

ولو قلنا بتقديم بينة مرور الزمن لم يبق من فائدة لتدوين ما بني على اعتبار القدم والحدوث من الأحكام، ولأصبح كثير من مواد المجلة التي تدور عليها سدى ومعطلاً عن العمل به، كهذه المادة والتي بعدها، ومادة / ١٢٢٤ و ١٢٢٨ و ١٢٢٩ و ١٢٣٠ و ١٢٣٢ /، وليس ادعاء ذلك والإقدام عليه بالأمر السهل!

ولقائل أن يقول بتقديم بيّنة مدعي مرور الزمن وذلك لأن مدعيه يدعي عدم صلاحية الحاكم لرؤية الدعوى عليه، فهو في الحقيقة ينازع الحاكم في ذلك قبل الدخول في الدعوى، فإذا ثبت مرور الزمن تبين أن الحاكم ليس بحاكم في هذه الدعوى، بخلاف ما إذا ادعى القدم دون مرور الزمن<sup>(١)</sup> فإنه يكون حينئذ قد اختار جهة الدخول في الدعوى، وأجاب خصمه عنها، وذلك منه تسليم لصلاحية الحاكم لسماع الدعوى عليه، وحيث كان خصمه يدعي الحدوث فالبينة بينته، وهذا بلا شك أوجه وأمتن. والله سبحانه أعلم.

\*\*\*

(١) أي وادعى الآخر الحدوث، وهي أصل المسألة المنقولة آنفاً عن الحامدية، والمادة / ١٧٦٨ / من المجلة. (مصطفى).

obeikandi.com

## القاعدة السادسة (المادة / ٧) «الضرر لا يكون قديماً»

### أولاً - الشرح

المعنى أن الضرر قديمه كحديثه في الحكم، فلا يراعى قدمه ولا يعتبر، بل يزال. وليس المراد أنه لا يتصور تقادم عليه بحيث لا يوجد من يعرف أوله.

إن هذه القاعدة بمنزلة القيد للتي قبلها، فوضعت عقبها لإفادة أن القاعدة السابقة ليست على إطلاقها، بل هي مقيدة بأن لا يكون القديم ضرراً، فلو كان ضرراً فإنه يزال ولا عبرة بقدمه، على ما سيأتي تفصيله، كما صرحت به المادة بقولها: أي إذا كان القديم... الخ. وذلك لأن القديم إنما اعتبر لغلبة الظن بأنه ما وضع إلا بوجه شرعي (ر: ما قدمناه في القاعدة السابقة عن الفتاوى الخيرية) فإذا كان مضرراً يكون ضرره دليلاً على أنه لم يوضع بوجه شرعي، إذ لا وجه شرعياً يجوز الإضرار بالغير (ر: المادة / ١٩ / من المجلة).

### ثانياً - التطبيق وتتمة الشرح

ثم إن المراد بالضرر الذي يزال ولا يراعى قدمه ما كان ضرراً بيناً، أي فاحشاً.

وبيان ذلك أن الضرر قسمان: (١) عام، (٢) وخاص.

١ - أما العام فإنه يزال مطلقاً بلا تفصيل فيه بين الفاحش وغير الفاحش، لأن كونه عاماً يكفي لاعتباره فاحشاً، كما لو كان لدار مسيل ماء

أو أقدار في الطريق العام يضر بالمارين، أو غرفة بارزة وطيئة تمنع الناس من المرور تحتها لتسفلها، فإن كل ذلك يزال مهما كان قديماً (ر: المادة / ١٢١٤ و ١٢٢٤ / من المجلة).

٢ - وأما الخاص فهو نوعان: فاحش، وغير فاحش.

(أ) فالفاحش يزال كما يزال الضرر العام، ولا عبرة لقدمه، وذلك كما لو كان لرجل مسيل ماء أو أقدار يجري في دار آخر من القديم، وكان يوهن بناء الدار أو ينجس ماء بئرها، فإن لصاحب الدار أن يكلف ذلك الرجل بإزالة هذا الضرر بصورة تحفظ البناء من التوهين والماء من التنجيس بأي وجه كان.

ومثله ما ذكره في الفتاوى الخانية، في فصل الأنهار، بقوله: بالوعة قديمة لرجل على شفة نهر يدخل في سكة غير نافذة، قال أبو بكر البلخي رحمه الله تعالى: لا عبرة للقديم والحديث في هذا، ويؤمر برفعه فإن لم يرفعه يرفع الأمر إلى صاحب الحسبة ليأمره بالرفع. انتهى.

وكذا لو كان داران قديمتان وإحدهما مطل أو شباك من القديم على مقر النساء في الدار الأخرى، فإن صاحب المطل أو الشباك يجبر على إزالة هذا الضرر، بمنع النظر بوجه من الوجوه. فلو كانت الدار التي فيها المطل أو الشباك هي قديمة فجاء آخر فأحدث بجانبها داراً بحيث صار المطل أو الشباك مشرفاً على مقر النساء فيها، فإن صاحب الدار الحديثة هو الذي يكلف حينئذ بإزالة هذا الضرر عن نفسه لأنه هو محدثه والمتعرض له (ر: المادة / ١٢٠٧ / من المجلة).

(ب) وأما الضرر الخاص غير الفاحش، كما لو كان لدار رجل حق إلقاء القمامات والثلوج أو حق التسييل في أرض الغير أو في طريق خاص، فإن كل ذلك فيه نوع ضرر ولكنه دون الضرر السابق الفاحش. فإذا كان من القديم يعتبر قدمه ويراعى ولا يجوز تغييره أو تبديله بغير رضا صاحب الحق، كما تقدم مفصلاً في شرح القاعدة السابقة، لأنه يمكن حينئذ أن يكون مستحقاً بوجه من الوجوه الشرعية.

هذا ولم أرَ من أفصح عن ضابط كلي يميز الضرر الفاحش من غير الفاحش، وتطبق عليه الفروع المذكورة وأمثالها. وإنما بينت المجلة الضرر الفاحش في المادة / ١١٩٩ / بأنه كل ما يمنع الحوائج الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى، أو يضر بالبناء ويوهنه. لكن هذا كما ترى غير مفيد في تمييز الفاحش من غيره الفائدة المطلوبة، لأن الحوائج الأصلية كلمة مجملة تتنازع فيها الأفهام وتتخالف في تحديدها، على أن موضوع مادة المجلة المذكورة في الضرر الذي يريد الإنسان إحداثه مجدداً بإزاء جاره، لا في تقسيم الضرر القديم الذي نتكلم الآن فيه، وفرق بينهما.

فالذي يظهر من إجمالة النظر في الفروع المتقدمة وتعاليلها والوجوه التي بها اختلفت أحكامها أن يقال: الضابط لذلك هو:

«أن كل ما يمكن أن يستحق على الغير بوجه من الوجوه الشرعية فهو ليس بضرر فاحش، فتجب حينئذ مراعاة قدمه إذا كان قديماً، وما لا يمكن أن يستحق على الغير بوجه شرعي فهو ضرر فاحش، ويرفع مهما كان قديماً».

فمثل توهين بناء الغير، وتنجيس ماء بئر، والنظر إلى مقر نسائه لا يمكن أن يستحقه الإنسان على الغير بوجه من الوجوه.

ومثل حق المرور أو التسييل في أرض الغير، وحق وضع الجذع على جدار الغير، ومد الجناح أو الغرفة البارزين الواطئين في ملك الغير والطريق الخاص هو مما يمكن أن يستحقه الإنسان على الغير بوجه شرعي، كما لو كانت الداران مشتركتين على الشيوع بين رجلين فاقسماها واختص كل واحد بوحدة على شرط بقاء الحقوق المذكورة، أو أن من كاتنا في ملكه باع إحداها وشرط حين البيع إبقاء الحقوق له في الدار المبيعة، فإن تلك القسمة وذلك البيع والشرط صحيحان (ر: المادة / ١١٦٦ / من المجلة، ورد المحتار، كتاب البيوع، باب الحقوق - نقلاً عن النوازل).

ويؤيد هذا الضابط ما قدمناه، في القاعدة السابقة عن الفتاوى الخيرية، من أن علة وجوب إبقاء القديم على قدمه هي غلبة الظن بأنه ما وضع إلا بوجه

شرعي، فقد أشعر هذا التعليل بأن القديم الذي يراعى قدمه هو الذي يمكن أن يستحق بوجه شرعي فيترك ولا يلتفت إلى دعوى الجار التضرر منه، وأنه ما لا يمكن أن يستحق بوجه شرعي يكون ضرراً فاحشاً فيزال ولا عبرة لقدمه للجزم بأنه لم يوضع بحق.

ويؤيده أيضاً قول المادة / ١٢٢٤ / من المجلة، في بيان عدم اعتبار الضرر القديم، ما لفظه: «أما القديم المخالف للشرع فلا اعتبار له، فإن المخالف للشرع هو الذي لا يمكن أن يستحق بوجه شرعي، إذ لو أمكن أن يستحق على الغير بوجه شرعي لا يمكن أن يكون مخالفاً للشرع».

\*\*\*

## القاعدة السابعة (المادة / ٨) «الأصل براءة الذمة»

### أولاً - الشرح

«الأصل براءة الذمة» لأن الذمم خلقت بريئة غير مشغولة بحق من الحقوق. (ر: ما ذكره الإمام النسفي في إيضاح قواعد الكرخي).

الذمة لغة: العهد، واصطلاحاً: «وصف يصير الشخص به أهلاً للإيجاب له أو عليه». ومنهم من جعلها ذاتاً فعرّفها بأنها: «نفس لها عهد» فإن الإنسان يولد وله ذمة صالحة للوجوب له وعليه. (ر: تعريفات السيد).

من المعلوم أنه عند تنازع الخصمين تتخالف مزاعمهما نفيًا وإثباتًا، فيحتاج في فصل الخصومة إلى مرجح يرجح به، في مبدأ الأمر، زعم أحدهما على زعم الآخر. ولدى تتبع المسائل والنظر في وجوه الترجيح الأولية، وفي تقديم أحد المرجحات على الآخر إذا تعارضت، بعد ذلك يظهر أن الترجيح، في مبدأ الأمر، يكون بأحد شيئين، هما: الأصل، والظاهر.

أما الأصل - وقد تقدم تفسيره في شرح المادة الخامسة - فأنواعه كثيرة:

- منها: هذه القاعدة، وهي براءة الذمة.
- ومنها: كون اليقين لا يزول بالشك.
- وكذا: الأصل بقاء ما كان على ما كان.
- وكون الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته.

– وكون الأصل فيما جهل قدمه وحدوثه أن يعتبر قديماً إذا كان في ملك خاص، وحادثاً إذا كان في غيره. (ر: ما قدمناه عن جامع الفصولين، الفصل الخامس والثلاثين، في شرح المادة السادسة).

– وكون الأصل في الكلام الحقيقة.

– والأصل في الصفات والأشياء العارضة العدم، والصفات الوجودية الوجود.

– وككون الأصل في البيع أن يكون باتاً قطعياً.

– وكون الأصل في العقود – غير المزارعة بعد وجودها – أن تكون صحيحة، فلو اختلف العاقدان في صحة البيع وفساده فالقول لمدعي الصحة. أما المزارعة فالقول فيها قبل الزراعة لمدعي الفساد، وبعدها لرب البذر سواء ادعى صحة أو فساداً، والبينة لمدعي الصحة. (ر: نور العين ترتيب جامع الفصولين، الفصل التاسع والعشرين).

– وككون الأصل في الوكالة والعارية الخصوص، وفي المضاربة والشركة العموم. (ر: ما يأتي تحت المادة / ٧٧).

– وككون الأصل فيما لا يعلم إلا من جهة أحد الخصمين، أو كان أحدهما أدري من الآخر، أن يقبل قوله فيه بيمينه، ولذا قبلوا قول المرأة في انقضاء عدتها – والمدة تحتمل – أو عدم انقضائها بيمينها، لكون ذلك لا يعلم إلا من جهتها، وقبلوا قول المملك في بيان جهة التملك، والدافع في بيان جهة الدفع<sup>(١)</sup>، لأنها أدري بها من تلقى الملك ومن القابض، فلو ادعى المملك

(١) إن ما ذكر من كون القول للدافع في تعيين أحد الدينين إنما هو فيما لو اختلفا بعد القبض، أما لو اختلفا حين القبض بأن قال المطلوب: إني أؤدي هذا لك من جهة الدين الفلاني، وقال الطالب: لا أخذه إلا من جميع مالي عليك، فله ذلك ويكون القبض عن الدينين. (ر: لسان الحكام، فصل في أنواع الدعاوى والبيئات، نوع في الاختلاف، صفحة / ٢٨)، وظاهره أنه لو أراد الطالب جعله عن أحد الدينين خاصة فليس له ذلك.

القرض وادعى الآخر الهبة مثلاً فالقول قول المملك، وكذا لو كان عليه دينان، وبأحدهما رهن أو كفيل، فدفعت له مبلغاً ثم اختلفا فطلب الدافع رد الرهن إليه بزعم أن ما دفعه عن دين الراهن، أو زعم براءة الكفيل وأن ما دفعه إنما دفعه عن دين الكفالة، وزعم الدائن أنه عن الدين الآخر، فالقول قول الدافع بيمينه، لأن المملك والدافع أدري بجهة التملك والدفعة.

— وككون الأصل هو الجدل في البيع لا الاستهزاء. (ر: جامع الفصولين، الفصل الرابع والعشرين). فلو اختلف المتعاقدان فيهما فالقول للمدعي الجدل لأنه الأصل.

— وككون الأصل في مطلق الشركة التنصيف، فلو أقر بأن هذا الشيء مشترك بيني وبين فلان، أو هولي ولفلان، أو هوبيني وبينه، فهو على المناصفة. (ر: رد المحتار، كتاب الإقرار، إقرار المريض، صفحة / ٤٦٥)، فيكون القول قول من يدعيها لأنها الأصل. ومن يدعي خلافها فعليه البرهان، إلا إذا بين المقر خلاف المناصفة موصولاً بإقراره كقوله: هو مشترك بيني وبينه أثلاثاً ثلثاه لي وثلثه له مثلاً صدق، كما في المحل المذكور، والظاهر أنه يصدق بيمينه.

إلى غير ذلك من الأصول التي يعسر استقصاؤها.

ولا يخفى أن هذه الأصول يتداخل بعضها في بعض، لأن بعضها فرع عن الآخر، كفرعية «بقاء ما كان على ما كان» عن «اليقين لا يزول بالشك» وفرعية «براءة الذمة» عن «الأصل في الصفات العارضة العدم».

فأي واحد من المتنازعين يشهد له أصل من هذه الأصول يترجح قوله حتى يقوم دليل على خلافه، لقولهم: إن القول قول من يشهد له الأصل. وأمثلة كل من هذه الأصول تعلم من كلامنا عليها فيما تقدم من المواد وفيما سيأتي.

وأما الظاهر — وهو الحالة القائمة التي تدل على أمر من الأمور — فهو قسمان: (١) القسم الأول: هو ما لم يصل في الظهور إلى درجة اليقين. (٢) والقسم الثاني: هو الذي وصل فيه إلى درجة اليقين، وهو غير مراد هنا في

هذا التقسيم، لأن الكلام الآن في المرجحات الأولية غير اليقينية، وسيأتي الكلام عليه بعد سطور.

القسم الأول: الظاهر، الذي جعلناه قسيم الأصل ويقع به الترجيح في الابتداء، وتحته نوعان:

\* النوع الأول – هو تحكيم الحال الذي يتوصل به إلى الحكم بوجود أمر في الماضي، بأن يجعل ما في الحاضر منسحباً على الماضي، وهو «الاستصحاب المعكوس» المتقدم في شرح المادة الخامسة فانظره.

\* والنوع الثاني – هو دلالة الحال التي ليس فيها سحب ما في الحاضر على الماضي، بل يستأنس بها ويعتمد عليها في ترجيح أحد الزعمين على الآخر. وذلك:

– كوضع اليد فيما لو ادعى شخصان ملك عين وهي في يد أحدهما، فإن القول قول ذي اليد.

– وكالحمولة على الجدار، واتصال التبريع فيه، فإنه يترجح به زعم من يشهد له أحدهما من الخصمين على الآخر. (ر: معين الحكام، الباب التاسع والأربعين، ومثله في كثير من الكتب).

– وكتأييد مهر المثل لقول أحد الزوجين فيما لو اختلفا في مقدار المهر المسمى، فادعى الزوج الأقل وادعت الزوجة الأكثر، فإن القول لمن يشهد له مهر المثل بيمينه، فإن كان كما قال أو أقل فالقول قوله، وإن كان كما قالت أو أكثر فالقول قولها في الزيادة. (ر: الدرر وغيره، كتاب النكاح، باب المهر).

– وكتأييد نقصان الثمن المسمى عن ثمن المثل فيما لو تبايعا عقاراً ولم ينصا على البتات، ثم اختلفا فادعى أحدهما أن البيع كان باتاً والآخر أنه كان وفاءً، فإن القول لمدعي البتات، لأنه الأصل في البيع، إلا إذا كان الثمن المسمى ناقصاً عن ثمن المثل فإن القول حينئذ لمدعي الوفاء، لأن الظاهر شاهد له.

– وكتأييد قرائن الحال فيما إذا كان رجلاً في سفينة مشحونة بالدقيق، فادعى كل واحد السفينة وما فيها، وأحدهما يعرف بببع الدقيق والآخر يعرف بأنه ملاح، فإنه يحكم بالدقيق للذي يعرف بببعه، وبالسفينة لمن يعرف بأنه ملاح، عملاً بالظاهر من الحال. (ر: تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار، كتاب الدعوى، من آخر باب التحالف).

– وككون أحد المتداعيين متضمناً سعيه في إسقاط واجب عن ذمته، كما لو بعث الزوج إلى زوجته شيئاً ثم اختلفا، فقالت: أرسلته هدية، وقال: أرسلته من المهر، فالقول قول الزوج بيمينه في غير المهيأ للأكل، لأن الهدية تبرع والمهر واجب في ذمته، فالظاهر أنه يسعى في إسقاط الواجب عن ذمته. (ر: الدرر وغيره، كتاب النكاح، من باب المهر).

ومقتضى هذا التعليل جريان الحكم المذكور بين كل دائن ومدين وقع بينهما نظير هذا الاختلاف، يؤيد ذلك أن المديون إذا كان له كفيل وقد كفله بأمره فدفع له الدين، فإن كان دفعه له على وجه قضاء الدين ثم أراد استرداده منه فإنه ليس له ذلك، لأنه ملكه بالدفع، وإن كان دفعه له على وجه الرسالة ليدفعه إلى الطالب ثم أراد استرداده منه فله الاسترداد، لأنه أمانة في يد الكفيل، وإن أطلق المديون عند الدفع للكفيل ولم يبين أنه على وجه القضاء أو الرسالة فإنه يقع عن القضاء فلا يملك استرداده. (ر: رد المحتار، كتاب الكفالة، من بحث الكفالة بالمال، عند قول المتن «لا يسترد أصيل ما دفعه إلى الكفيل... نقلاً عن الشرنبلالية عن القنية ونقلًا عن غيرها)، فقد حمل عند الإطلاق على جهة القضاء لما عليه من الدين، لكون القضاء فيه تفرغ الذمة وإسقاط الواجب، والأليق بالمديون أن يكون ساعياً وراء ذلك، وهذا كما ترى مؤيد لما قلناه.

– وكظهور الثبوت أو البكارة فيما لوتزوج العين بكرة ثم طلبت التفريق بدعوى عدم وصوله إليها، وادعى هو الوصول، فأراها الحاكم للنساء وقلن إنها ثيب أو بكر، فإن القول لمن يشهد له الحال من الثبوت والبكارة. (ر: ماسياتي في شرح المادة التاسعة) إلى غير ذلك من مسائل الظاهر المذكور.

فهذه مقتضيات الترجيح الأولية التي يتقوى بها زعم أحد المتنازعين على الآخر، والتي يجمعها كلمتا: الأصل والظاهر.

ثم إن هذا الأصل والظاهر إذا تعارضا مع بعضهما تقدم جهة الظاهر، لأنه أمر عارض على الأصل يدل على خلافه، وقدمنا، في أول الكلام على المادة الخامسة على رد المحتار عن الزيلعي «أن الأصل إذا اعترض عليه دليل خلافه بطل». وذلك:

كالقضاء بالنكول فإن اعتباره في الأحكام ليس إلا رجوعاً إلى مجرد القرينة الظاهرة، فقدمت على أصل براءة الذمة. (ر: معين الحكام، الباب الحادي والخمسين).

وكما في مسألة العنين إذا ادعى الوصول إلى زوجته التي تزوجها بكرة وأنكرت الوصول إليها، وقال النساء إنها ثيب، فإن الوصول إليها من الأمور العارضة فالأصل عدمه، لكن لما عارضه الظاهر، وهو الثبوت، قدم عليه فكان القول للزوج.

وكما في مسألة اختلاف الزوجين في مقدار المهر المسمى، المتقدمة، إذا كان مهر المثل شاهداً لقول الزوجة، فإن الأصل، وهو عدم الزيادة التي تدعيها المرأة، شاهد للزوج، ولكن لما عارضه الظاهر، الذي هو شهادة مهر المثل المؤيدة لدعوى المرأة بالزيادة، قدم عليه، فكان القول قولها.

وكذلك مسألة اختلاف متبايعي العقار في كون البيع باتاً أو وفاءً، المتقدمة، فإنه قدم فيها الظاهر على الأصل حينما كان الثمن دون ثمن المثل.

وكما في مسألة الاستصحاب المعكوس إذا دل تحكيم الحال لمن يدعي وجود ما أصله العدم فإنه يقدم قوله. (ر: ما تقدم في شرح المادة الخامسة).

وكما لو أشهد المشتري أنه يشتري هذا الشيء لفلان، ثم بعد أن اشتراه ادعى فلان أن شراؤه كان بأمره وأراد أخذه، وأنكر المشتري كونه بأمره، فالقول لفلان. (ر: رد المحتار، ملخصاً من أوائل باب الفضولي، عن قول الشارح: «قيد بالبيع لأنه لو اشترى لغيره نفذ عليه»). فإن الأصل عدم الأمر من فلان،

ولكن رجحت دعواه الأمر حيث أيدها الظاهر، وهو إسهام المشتري على أنه يشتري له.

وكدفع الوكيل بشراء شيء غير معين الثمن من دراهم الموكل، أو إضافة العقد إليها، فإن كلاً منها ظاهر في نية الشراء للموكل، فإذا تكادبا في النية يكون القول قول من يشهد له هذا الظاهر من بائع أو مشتري. (ر: ما تقدم في الكلام على القاعدة الأولى، عن الهداية).

وكما لو اشترى دابة ثم اطلع على عيب قديم فيها فركبها وجاء ليردها، فقال البائع: ركبتهما لحاجتك، وقال المشتري: بل ركبتهما لأردها، فإن القول للمشتري. (ر: الدرر وحاشيته، كتاب البيوع، من خيار العيب قبيل قول المتن: «اختلفا بعد التقابض في عدد المبيع»). وذلك لأن الظاهر من حاله لما جاء وابتدأ ردها ركباً أن يكون ركوبه لأجل الرد.

**القسم الثاني:** وأما وجوه الترجيح الثانوية فهي حجج الشرع الثلاثة: «البينة، والإقرار، والنكول عن اليمين»<sup>(١)</sup>. وكذا القرينة القاطعة المذكورة في المادة / ١٧٤١ / من المجلة<sup>(٢)</sup>.

(١) لا تنافي بين عد النكول هنا من المرجحات الثانوية - البينة والإقرار - وبين ما تقدم عن معين الحكام من أن اعتباره في الأحكام ليس إلا رجوعاً إلى مجرد القرينة الظاهرة فقدمت على أصل براءة الذمة، مما يفيد أنه من المرجحات الأولية، لأن عده هناك من جهة كونه ظاهراً عارض الأصل بدلالته على كذب الناكل في إنكاره لدعوى المدعي، وعده هنا مع البينة والإقرار لقوة دلالته هذه التي تصلح طريقاً موصلاً للحكم على الناكل حيث لم يكن هناك ما يقدم عليه من بينة أو إقرار.

ولا يقال إن هذا يقتضي أن تعد هنا أيضاً بقية الظاهرات المتقدمة، لأنها تصلح طريقاً موصلاً للحكم حيث لم يكن ما يقدم عليها، وذلك لأن دلالة النكول أظهر من دلالتها وأقوى، ولذا يعمل به بدون مؤيد له، بخلاف دلالة غيره من الظاهرات المارة، فإنها إنما يعمل بها إذا تأيدت بيمين من شهدت له، أما بدون مؤيد فلا.

(٢) ينبغي أن يزداد فرع العيب الذي لا يحدث مثله كالأصبع الزائدة والحَيْف، في فروع الأمانة القاطعة التي ذكرت في هذه القاعدة. (راجع البند / ز من تطبيق القاعدة العاشرة).

فهذه الأربعة إذا تعارض أحدها مع أحد المرجحات الأولية، التي هي الأصل والظاهر، يتقدم عليها ويترك الأصل والظاهر، لأن الترجيح بهما إنما كان استثناساً حتى يقوم دليل أقوى على خلافهما، فإذا قام عليه أحد الأدلة الأربعة القوية التي هي في نظر الشرع تعتبر بمنزلة اليقين، يتبع ويحكم بمقتضاه دون الأصل والظاهر.

هذا ثم البيّنة إنما تترجح على القسم الأول من قسمي الظاهر المتقدمين، أما القسم الثاني - الذي ذكرنا أنه وصل في الظهور إلى درجة اليقين القطعي - فإنه يترجح على البيّنة، حتى لا تقام على خلافه.

بدليل ما نصوا عليه من أن الوصي إذا ادعى أنه أنفق على اليتيم أو على عقاره مبلغاً معيناً، فإن كان مبلغاً لا يكذبه فيه الظاهر فالقول قوله بيمينه، وإن كان مبلغاً يكذبه فيه الظاهر فإنه لا يقبل فيه قوله، ولو أراد أن يقيم على ذلك بيّنة لا تقبل بيّنته أيضاً. (ذكره ابن بلبان الفارسي في شرح تلخيص الجامع الكبير للخلاطي، ونقله عنه في تنقيح الفتاوى الحامدية، أوائل باب الوصي).

وبدليل ما نصوا عليه، في باب دعوى الرجلين، من أنه لو ادعى رجل دابة في يد آخر وذكر أنها ملكه ومنتوجة عنده وأقام بيّنة شهدت بذلك، وأرخت النتائج بتاريخ تنافيه سن الدابة وتكذبه، ترد الشهادة وتترك الدابة في يد من هي في يده. ولو تنازع رجلان الدابة التي في يد ثالث، وكل منهما يدعي ملكه لها ونتاجها عنده، وأقام كل منهما بيّنة شهدت له بالملك والنتاج، وأرخت البيّتان النتائج بتاريخين مختلفين، وكانت سنّ الدابة توافق جحد التاريخين دون الآخر، يحكم بالدابة لمن وافقت سنّها التاريخ الذي أحد بيّنته. (ر: شرح الزيلعي للكنز، وشروح الهداية). وإن رد الشهادة، حين مخالفة سن الدابة

= كما ينبغي أن يزداد في فروع القرينة القاطعة ما لوقال: إن سررتك فأنت طالق ثم ضربها فقالت سررتني لا تطلق، وما لو اختلف البائع والمشتري في قدم العيب وحدوثه وكان العيب مما لا يحدث مثله كالأصبع الزائدة والخيف في عيني الفرس فإن ذلك أمانة قاطعة على صدق كلام المشتري مدعي القدم.

لما أرخته البينة للدليل على أنه لو بين المدعي في دعواه تاريخاً للتناج وظهر مخالفة سن الدابة للتاريخ الذي ذكره ترد دعواه من أصلها، ولا يكلف إقامة البينة. (ر: ما سيأتي نقله عن الفتاوى البزازية في المادة الخامسة والستين: «الوصف في الحاضر لغو»).

وبدليل ما نصوا عليه أيضاً من أنه لو أقر إنسان لمن كان مجهول النسب بأنه ابنه، وكان لا يولد مثله لمثل المقر، فإن الإقرار يبطل، وذلك يفيد أن البينة أيضاً لا تقبل عليه بالأولى، لأن الإقرار قد يبطل، مع أنهم صرحوا أن الإقرار أقوى من البينة حتى لو أقر الخصم بعد إقامة البينة فقضى الحاكم عليه يعتبر القضاء قضاءً بإقراره لا بالبينة. (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، كتاب الدعوى، باب الاستحقاق) إلا في سبع مسائل يقضى فيها بالبينة دون الإقرار مذكورة في رد المحتار، آخر باب دعوى النسب، سنذكر بعضها في الكلام على المادة التاسعة عشرة.

فظهر من ذلك أن قولهم: «إن البينات تقام لإثبات خلاف الظاهر» إنما يراد به النوع الأول الذي يذكر بإزاء قسيم الأصل، لا النوع الثاني الذي وصل في الظهور إلى درجة يطرح معها احتمال خلافه.

والحاصل أن ترجيح زعم أحد المتخاصمين على زعم الآخر، في الابتداء، يكون بشهادة الأصل والظاهر حتى يقوم دليل من المرجحات الثانوية على خلافه، فإذا كان الأصل شاهداً لجهة والظاهر لجهة يرجح زعم من يشهد له الظاهر. ثم إذا عارض الأصل أو الظاهر شيء من المرجحات الثانوية يقدم عليها، وهذا في النوع الأول من الظاهر، أما النوع الثاني فإنه لا تُقام بينة على خلافه لأن احتمال خلافه معدوم.

وهذا البيان والتفصيل الذي أتينا به يقرب المسائل من الأذهان ويسهل معرفة الوجوه والعلل، وتطبيق الفروع على قواعدها بصورة معقولة.

إذا علمنا ذلك ظهر أن القول الراجح هو قول من يتمسك ببراءة ذمته لأنه يشهد له الأصل، وهو عدم شغلها، حتى يقوم دليل على خلافه.

## ثانياً - التطبيق

يتفرع على هذه القاعدة مسائل شتى من أبواب متنوعة، كالبيع والإجارة والعارية والوديعة والضمانات والغصب والقرض والإقرار وغير ذلك.

فمن ذلك: ما لو اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن بعد هلاك المبيع أو خروجه عن ملكه مثلاً، أو اختلف المؤجر والمستأجر في مقدار بدل الإجارة بعد استيفاء المنفعة، فإن القول قول المشتري والمستأجر، والبينة على البائع والمؤجر لإثبات الزيادة. أما لو كان اختلافهما قبل هلاك المبيع أو خروجه عن ملكه مثلاً في البيع، وقبل استيفاء المنفعة في الإجارة، ولا بينة لأحدهما فإنها يتحالفان. (ر: المادة / ١٧٧٨ و ١٧٧٩ / من المجلة).

ومنها: ما لو ادعى المستعير رد العارية فإن القول قوله، إذ الأصل براءة ذمته. وكذا لو ادعى الوديع رد الوديعة. (ر: ما تقدم في شرح المادة الثالثة).

ومنها: ما لو أتلف إنسان مال آخر واختلفا في مقداره، فإن القول للمتلف بيمينه، لأنه ينكر ثبوت الزيادة في ذمته، والأصل براءة الذمة، والبينة على صاحب المال لإثبات الزيادة. وكذا لو غصب إنسان شيئاً وهلك في يده ثم اختلف المالك والغاصب في قيمة المغصوب فالقول للغاصب، وعلى المالك إثبات الزيادة. (ر: الأشباه والنظائر). وكذلك لو جاء الغاصب ليرد عين المغصوب فاختلف هو والمالك في مقداره، فالقول للغاصب.

ومنها: ما لو أقرض إنسان آخر ثم اختلف هو والمستقرض في مبلغ القرض فالقول للمستقرض.

ومنها: ما لو أقر إنسان لآخر بمجهول، بأن قال: لفلان علي شيء أوحق، فإنه يصح ويلزمه تفسيره، أي بيانه، ويقبل منه أن يبينه بما له قيمة، فلو بينه وادعى المقر له أكثر مما بينه المقر فإن القول للمقر، وعلى المدعي إثبات الزيادة. أما لو بينه بما لا قيمة له فلا يقبل بيانه، لأنه بقوله: «له علي» أخبر عن الوجوب في ذمته، وما لا قيمة له لا يجب في الذمة، فيكون بيانه رجوعاً عن الإقرار، والرجوع عنه لا يصح. (ر: الدرر، كتاب الإقرار).

ومنها: مسألة ما لو اختلف الموكل مع الوكيل بالبيع، في بيعه قبل علمه بالعزل أو بعده، الآتية في مستثنيات المادة الحادية عشرة، إلى غير ذلك من الفروع.

\*\*\*

obeikandi.com

## القاعدة الثامنة (المادة / ٩) «الأصل في الصفات العارضة العدم»

### أولاً - الشرح

«الأصل في الصفات العارضة العدم، كما أن الأصل في الصفات الأصلية الوجود (ر: الأشباه والنظائر) حتى يقوم الدليل على خلافه».

الصفات بالنسبة إلى الوجود والعدم على قسمين:

**الأول -** هو الصفات التي يكون وجودها في الشيء طارئاً وعارضاً بمعنى أن الشيء بطبيعته يكون خالياً عنها غالباً، وهذه تسمى الصفات العارضة، والأصل فيها العدم، ومثل هذه الصفات غيرها من الأمور التي توجد بعد العدم كسائر العقود والأفعال، كما سيتضح من الأمثلة الآتية. وهذا القسم وما ألحق به من العقود والأفعال هو موضوع هذه القاعدة.

**الثاني -** هو الصفات التي يكون وجودها في الشيء مقارناً لوجوده، فهو مشتمل عليها بطبيعته غالباً، وهذه تسمى الصفات الأصلية، والأصل فيها الوجود، كبكرة الجارية وسلامة المبيع من العيوب والصحة في العقود بعد انعقادها. ويلحق بالصفات الأصلية الصفات العارضة التي ثبت وجودها في وقت ما، فإن الأصل فيها حينئذٍ البقاء بعد ثبوت وجودها (ر: ما تقدم في شرح المادة الخامسة، وهو أيضاً معنى المادة العاشرة الآتية).

فلو اختلف العاقدان في سلامة المبيع من العيوب وعدم سلامته، أو في صحة البيع مثلاً وفساده، فالقول لمن يتمسك بسلامة المبيع وصحة العقد، لأنه

يشهد له الأصل، بخلاف ما لو اختلف المتعاقدان في صحة البيع ويطلانه فإن القول قول من يتمسك بالبطلان، لأن الباطل غير منعقد فهو ينكر وجود العقد والأصل عدمه. (ر: الأشباه والنظائر، من قاعدة الأصل عدم، ومن كتاب البيوع)<sup>(١)</sup>.

### ثانياً - التطبيق

يتفرع على هذه القاعدة مسائل كثيرة:

منها: مثال المادة المذكورة، وهو ما لو اختلف المضارب ورب المال في حصول الربح وعدمه، فالقول للمضارب، والبيّنة على رب المال لإثبات الربح لأن الأصل عدمه.

ومنها: ما لو قال الوصي: لم أنجر في مال اليتيم، أو تجرت فلم أربح أصلاً، أو ما ربحت إلاّ كذا، فالقول قوله. (ر: الأشباه والنظائر وحاشيته، من قاعدة الأصل عدم).

ومنها: ما لو أدخلت المرأة حلمة ثديها في فم الرضيع ولم يعلم هل دخل اللبن في حلقه أو لا، فإن النكاح لا يحرم، لأن الأصل عدم المانع الذي هو دخول اللبن. (ر: الأشباه والنظائر، من المحل المذكور).

ومنها: ما لو اختلف البائع والمشتري في قبض المبيع أو الثمن، أو اختلف المؤجر والمستأجر في قبض المأجور أو بدل الإجارة فالقول لمنكر القبض في جميع ذلك، لأن الأصل عدمه. (ر: الأشباه والنظائر، وغيره).

ومنها: ما لو اختلف البائع والمشتري في شرط الخيار، فالقول لمنكره.

(١) يقول مصطفى ابن المؤلف: يظهر أن هذا مقيد بما إذا لم يكن الظاهر شاهداً لمدعي الصحة دون البطلان، فقد جاء في باب البيع من كتاب «القول الحسن في القول لمن؟» أنها إذا اختلفا في أن البيع تلجئة أو لا فالقول لمدعي الصحة، لأن الظاهر شاهد له. (ر: الكتاب المذكور صفحة / ١٠٢ / من الطبعة الحجرية سنة / ١٢٧٦هـ).

(ر: تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار، كتاب البيوع، أوآخر خيار الشرط) لأنه صفة عارضة.

ومنها: ما لو دفع إنسان لآخر شيئاً ثم أراد استرداده مدعياً أنه دفعه له عارية، وقال القابض: إنك كنت بعثني إياه أو وهبتي إياه، فالقول للدافع في كونه عارية. (ر: المادة / ١٧٦٣ / من المجلة)، لأن الأصل عدم البيع والهبة.

ومنها: ما لو قال رجل لامرأته: إن لم أدفع لك نفقتك اليوم فأنت طالق، ثم مضى اليوم، فاختلفا فقال: دفعتها لك، وقالت: لم تدفعها لي، فالقول قولها، ويترتب عليه وقوع الطلاق. بخلاف ما لو قال لها: إن لم أدخل الدار اليوم مثلاً فأنت طالق ثم اختلفا فقال دخلت وقالت لم تدخل فإن القول قوله، وإن كان الأصل عدم الدخول. وذلك لأن الشرط المعلق عليه إذا كان مما يصح التنازع فيه لذاته بقطع النظر عن التعليق، كوصول النفقة وعدمه، فحينئذ ينظر إلى صورة التنازع، فيكون القول قول منكره، وهو هنا الزوجة، لأن الأصل عدم وصول النفقة إليها. وأما إذا كان الشرط مما لا يصح التنازع فيه لذاته، كدخول الدار وعدمه، فإنه لا ينظر فيه إلى صورة التنازع، لأنه غير ممكن، بل ينظر فيه إلى المقصود منه، وهو وقوع الطلاق أو عدمه، ولما كان مقصود الزوج بدعواه الدخول إنكار وقوع الطلاق كان القول قوله، لأن الأصل عدم الوقوع. (ر: ذخيرة الفتوى، كتاب الكفالة، الباب السابع في تعليق الكفالة بالشرط). إلى غير ذلك من الفروع الكثيرة.

هذا، ولكن إذا قام دليل على خلاف ذلك الأصل، بأن كان الظاهر معارضاً له، فإن الأصل يترك ويترجح جهة الظاهر، كما قالوا في زوجة العين من أنها لو ادعت عليه عدم وصوله إليها وادعى هو الوصول، وكانت بكرة حين العقد، فإن الحاكم يريها حين الخصومة للنساء، فإن قلن إنها بكر فالقول قولها وإن قلن إنها ثيب فالقول قوله في الوصول إليها، مع أن الأصل عدم الوصول، لأن ظهور ثبوتها مؤيد لدعواه فترك به الأصل.

## ثالثاً - المستثنى

يستثنى من هذه القاعدة مسائل:

منها: ما لو تصرف الزوج في غلات زوجته ثم ماتت فادعى أن تصرفه كان بإذنها وأنكر الورثة، فإن القول قوله بيمينه، مع أن الأصل عدم الإذن. (ر: تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار، من كتاب الغصب).

ومنها: ما لو أراد الواهب الرجوع في هبته، فادعى الموهوب له هلاك الموهوب، فالقول قوله ولا يمين عليه، لأنه حكى أمراً يملك استثنائه.

ومنها: ما لو اختلف الزوجان في هبة المهر فقالت الزوجة: وهبته لك بشرط أن لا تطلقني، وقال الزوج: بغير شرط، فالقول قولها، مع أن الشرط من العوارض والأصل عدمه.

ومنها: ما لو جاء المضارب بمبلغ وقال: هو أصل وريح، وقال رب المال: كله أصل، فالقول قول المضارب، مع أن الأصل عدم الريح.

ومنها: ما لو طلبت المرأة نفقة أولادها الصغار بعد أن فرضها القاضي لهم، فادعى الأب أنه أنفق عليهم فالقول قوله مع اليمين، مع أن الأصل عدم الإنفاق.

(ر: الأشباه والنظائر وحاشية الحموي عليه، في قاعدة الأصل العدم - لكل هذه الفروع المستثناة).

\*\*\*

القاعدة التاسعة (المادة / ١٠)  
 «ما ثبت بزمان يحكم ببقائه  
 ما لم يقم الدليل على خلافه»

أولاً - الشرح

«ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يقم الدليل على خلافه» لأنه إذا اعترض على الأصل دليل خلافه بطل. (ر: ما قدمناه في شرح المادة الخامسة).

ولذلك كانت الشهادة بالملك المنقضي، أي الماضي، والإقرار به أيضاً مقبولين، فإذا ثبت في زمان ملك شيء لأحد يحكم ببقاء الملك ما لم يوجد ما يزيله، سواء كان ثبوت الملك الماضي بالبينة أو بإقرار المدعى عليه.

هذه المسألة على ثلاثة أوجه:

الأول - أن يدعي ملكاً خالياً عن الإسناد إلى الماضي، بأن يقول: إن العين التي بيد المدعى عليه هي ملكي (سواء بين سبباً للملك أولاً) ويشهد الشهود له بالملك في الماضي فيقولوا: إنها كانت ملكه، أي في صورة ما إذا أطلق المدعي الملك، أو يقولوا: إنها كانت ملكه بالسبب الذي ادعاه، أي في صورة ما إذا بين المدعي سبباً للملك.

الثاني - أن يدعي ملكاً ماضياً فيقول: إنها كانت ملكي، ويشهد الشهود بالملك المطلق كذلك، وهو عكس الأول.

الثالث - أن يدعي ملكاً ماضياً، ويشهد الشهود بالماضي أيضاً.

ففي الصورة الأولى تصح الدعوى من المدعي وتقبل من الشهود، فيحكم

للمدعي بالملك، لأنه لما ثبت ملكه في الزمن الماضي فالأصل أن يحكم ببقائه، حيث لم يقدّم دليل على خلافه إلى أن يوجد ما يزيله، كأن يقيم المدعي عليه بينة على الشراء منه مثلاً.

وأما في الصورتين، الثانية والثالثة، فإن دعوى المدعي غير صحيحة، وشهادة الشهود المترتبة عليها غير مقبولة أيضاً، لأن إسناد المدعي ملكه إلى الماضي يدل على نفي الملك في الحال، إذ لا فائدة للمدعي في إسناده مع قيام ملكه في الحال، بخلاف الشاهدين لو أسندا ملكه إلى الماضي، لأن إسنادهما لا يدل على النفي في الحال لأنها قد لا يعرفان بقاءه إلا بالاستصحاب. (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، كتاب الشهادات، باب الاختلاف في الشهادة، وجامع الفصولين، الفصل الحادي عشر).

هذا، وفي الصورة الأولى المقبولة لو سأل القاضي الشاهدين: هل تعلمان ملكه للحال؟ لا يجبران على الجواب، لكن لو أجاباه بقولهما: لا نعلم قيام الملك للحال ترد شهادتهما، لأنها لما صرحا بجهلها قيام الملك للحال لم يبق إمكان للحمل على أنها يعرفان بقاء الملك بالاستصحاب فلم تعد شهادتهما صالحة لأن يحكم بها في ذلك. (ر: المادة / ١٦٩٥ / من المجلة).

ومثل الشهادة بملك العين، في جميع الصور المتقدمة، الشهادة بالدين، فلو ادعى إنسان ديناً في ذمة حي أو ميت وأقام بينة شهدت له أنه كان له عليه هذا المبلغ المدعى به تقبل الشهادة ويحكم به. (ر: المادة / ١٦٩٤ / من المجلة).

#### تنسيبه:

إن قبول الحاكم البينة وإلزام الخصم بما قامت عليه في الصورتين - أعني فيما إذا شهدت الشهود أن العين كانت ملك المدعي، أو شهدت أنه كان له عليه كذا - إنما هو عمل بالاستصحاب، وهو عمل بالظاهر، والظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق، كما تقدم الكلام عليه في المادة الخامسة: «الأصل بقاء ما كان»، والحكم بهذه الشهادة حكم بالاستحقاق لا بالدفع فينبغي أن لا تقبل.

لكن نقل في جامع الفصولين، في أوائل الفصل الحادي عشر، هذا الإشكال عن صاحب القنية وأنه أجاب عنه بأن في رد مثل هذه البيئات حرجاً فتقبل دفعاً للحرج. انتهى موضحاً.

وقد نقل في معين الحكام، في الباب الثامن عشر منه في القضاء بغلبة الظن، عن القرافي المالكي ما لفظه: «اعلم أن قول العلماء إن الشهادة لا تجوز إلا بالعلم ليس على ظاهره، فإن ظاهره يقتضي أنه لا يجوز أن يؤدي الشاهد إلا ما هو قاطع به، وليس كذلك، بل حالة الأداء دائماً عند الشاهد الظن الضعيف في كثير من الصور، بل المراد بذلك أن يكون أصل المدرك علماً فقط، فلو شهد بقبض الدين جاز أن يكون الذي عليه الدين قد دفعه فتجوز الشهادة عليه بالاستصحاب الذي لا يفيد إلا الظن الضعيف، وكذلك الثمن في البيع يشهد به مع احتمال دفعه، ويشهد في الملك الموروث لوارثه مع جواز بيعه بعد أن ورثه، ويشهد بالإجارة ولزوم الأجرة مع جواز الإقالة بعد ذلك بناء على الاستصحاب. والمحقق في هذه الصور كلها وشبهها إنما هو الظن الضعيف، ولا يكاد يوجد ما يبقى فيه العلم إلا القليل من الصور، منها: النسب والولاء فإنه لا يقبل النقل فيبقى العلم على حاله، ومنها: الوقف إذا حكم به حاكم، أما إذا لم يحكم به حاكم فإن الشهادة إنما فيها الظن فقط، فإذا شهد بأن هذه الدار وقف احتمال أن يكون حاكم حنفي حكم بنقضه». انتهى.

وهو كلام وجيه جداً مؤيد لجواب صاحب القنية.

### تنبيه:

الشهادة باليد المنقضية لا تقبل، وعلى الملك المنقضي تقبل، فلو ادعى أحد على آخر بأن العين التي في يد المدعى عليه كانت في يد المدعي حتى أخذها ذلك منه بلا حق فيطلب إعادتها إليه، وأقام بينة شهدت بأنها كانت في يده، لا تقبل حتى يشهدا أن المدعى عليه أخذها منه بلا حق، فحينئذ يقضى بإعادتها إليه فقط، لا بالملك، وهذا يسمى: قضاء ترك.

وإنما لم تقبل الشهادة باليد المنقضية كما قبلت على الملك المنقضي لأنها

شهادة بمجهول، والشهادة بالمجهول لا تقبل، وذلك لأن أنواع وضع اليد كثيرة، فقد تكون اليد يد ملك أو ودیعة أو إجارة، ويحتمل أيضاً أن العين كانت للمدعي فاشتراها المدعي عليه منه، بخلاف الملك فإنه غير متنوع فلذلك كان الأصل أن الشهادة بالملك المنقضي مقبولة لا باليد المنقضية، حتى لو ثبتت باليد المنقضية بإقرار الخصم أنها كانت في يد المدعي أو بالبينه على الإقرار فإنها تعتبر ويؤمر المدعي عليه بدفعها للمدعي على الوجه المتقدم، لأن الإقرار لا تضره الجهالة. (ر: تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار، قبيل باب الشهادة على الشهادة، والمادة / ١٥٧٩ / من المجلة).

هذا كله فيما إذا كانت الشهادة باليد المنقضية لشخص حي، أما إذا شهدا بيد شخص ميت فإنها تقبل مطلقاً وإن كانت غير منقضية، لأنها إن كانت في الواقع يد ملك فالأمر ظاهر، وإن كانت يد غير ملك فموت من هي في يده مجهلاً، أي من غير أن يبين أنها ليست له، يملكها وتكون مضمونة لصاحبها في التركة. (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، من المحل المذكور).

\*\*\*

## القاعدة العاشرة (المادة / ١١)

### «الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته»

#### أولاً - الشرح

يعني أنه إذا وقع الاختلاف في زمن حدوث أمر فحينئذ ينسب إلى أقرب الأوقات إلى الحال، ما لم تثبت نسبته إلى زمن بعيد فإذا ثبتت نسبته إلى الزمن البعيد يحكم بذلك، وهذا إذا كان الحادث متفقاً عليه وإنما وقع الاختلاف في تاريخ حدوثه، كما يفيد قولهم في المادة المذكورة: «يعني أنه إذا وقع الاختلاف في زمن حدوث أمر»، أما إذا كان الحادث غير متفق عليه بأن كان الاختلاف في أصل حدوث الشيء وقدمه، كما لو كان في ملك أحدٍ مسيل لآخر ووقع بينهما اختلاف في الحدوث والقدم، فادعى صاحب الدار حدوثه وطلب رفعه وادعى صاحب المسيل قدمه، فإن القول لمدعي القدم، والبينة لمدعي الحدوث، حتى إذا أقام كل منهما بينته رجحت بينة مدعي الحدوث وهو صاحب الدار. (ر: المادة / ١٧٦٨ / من المجلة، ومرآة المجلة، نقلاً عن القنية) وذلك لأن بينته تثبت ولاية النقض فكانت أولى، أما مدعي القدم فهو منكر متمسك بالأصل. (ر: تنقيح الفتاوى الحامدية).

ثم إن الوجه في كون الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته هو أن الخصمين لما اتفقا على حدوثه، وادعى أحدهما حدوثه في وقت وادعى الآخر حدوثه قبل ذلك الوقت، فقد اتفقا على أنه كان موجوداً في الوقت الأقرب، وانفرد أحدهما بدعوى أنه كان موجوداً قبل ذلك، والآخر ينكر دعواه، والقول للمنكر.

إن اعتبار هذه القاعدة مقيد بأن لا يؤدي إلى نقض ما هو ثابت مقرر، فقد نقل علي حيدر أفندي في شرحه عن الفتاوى الولوالجية، في كتاب الدعوى ما نصه: «الأصل في الحوادث أن يحكم بحدوثها لأقرب ما ظهر إذا لم يتضمن الحكم بحدوثها للحال نقض ما هو ثابت، لأن الحكم بحدوثها لأقرب ما ظهر ثابت باستصحاب الحال لا بدليل أوجب الحدوث للحال، والثابت باستصحاب الحال لا يصلح لنقض ما هو ثابت» ونظير هذا ما نقله في رد المحتار من باب المهر، عن الرحمتي عن قاضيخان، عند قول المتن «وهذا إذا لم تسلم نفسها»: إن الظاهر لا يصلح حجة لإبطال ما كان ثابتاً.

وستضح فائدة هذا القيد من مستثنيات هذه القاعدة التي سنذكرها، لأن معظم تلك المستثنيات إنما خرجت عن هذه القاعدة لأن تطبيقها عليها يستلزم نقض ما هو ثابت مقرر. (ر: ما سيأتي تحت المادة / ١٢ في التنبيه).

### ثانياً - التطبيق

يتفرع على هذه القاعدة كثير من مسائل الطلاق، والميراث، والإقرار، والهبة، والبيع وفسخه، والحجر، والوكالة وغيرها.

(أ) فمن ذلك: ما إذا طلق رجل زوجته طلاقاً بائناً ثم مات قبل أن تنقضي عدتها، فادعت الزوجة أنه أبانها وهو في مرضه فصار بذلك فاراً فترث هي منه، وقال الورثة: إنه أبانها وهو في صحته فلم يكن فاراً فلا ترث، فإن القول في ذلك قول الزوجة، والبينة على الورثة، لأن الزوجة تضيف الحادث، وهو الطلاق، إلى أقرب الأوقات من الحال وهو زمن المرض.

(ب) ومنه ما لو مات رجل مسلم وله امرأة نصرانية فجاءت امرأته بعد موته مسلمة وقالت: أسلمت قبل موته فأنا وارثة منه، وقال الورثة: إنك أسلمت بعد موته فلا ترثين منه لاختلاف دينيكما عند موته، فالقول للورثة والبينة على الزوجة. (ر: ما تقدم في بحث الاستصحاب من شرح المادة الخامسة).

(ج) ومنه: ما لو أقر إنسان لأحد ورثته بعين أو دين ثم مات فاختلف

المقر له مع الورثة فقال المقر له: أقر لي في صحته بالإقرار نافذ، وقال الورثة: أقر لك في مرضه بالإقرار غير نافذ، فإن القول للورثة والبينة على المقر له. (ر: الأشباه والنظائر وحاشية الحموي - لكل ما سبق).

وكذا الحكم فيما لو وهب إنسان شيئاً لأحد ورثته ثم مات فاختلف الموهوب له وبقية الورثة على الكيفية المذكورة (ر: المادة / ١٧٦٦ / من المجلة).

(د) ومنه: ما لو اشترى إنسان شيئاً بالخيار ثم بعد مضي مدة الخيار جاء المشتري ليرده على البائع قائلاً: إنه فسخ قبل مضي مدة الخيار، وقال البائع: فسخت بعد مضي المدة فلا يصح فسخك، فإن القول قول البائع، لإضافة الفسخ إلى أقرب أوقاته من الحال (ر: درر الحكام لعلي حيدر أفندي).

(هـ) ومنه ما لو باع الأب مال ابنه بحكم الولاية ثم اختلف المشتري والابن فقال المشتري: كان ذلك قبل بلوغك والبيع نافذ، وقال الابن: كان بعد بلوغي فالبيع غير نافذ، فإن القول للابن على الأصح (ر: جامع أحكام الصغار، من الحضانة، وتنقيح الفتاوى الحامدية من الحامدية).

وكذا لو قال المحجور: بعث وتصرفت بعد الحجر علي فتصرفي غير صحيح، وقال الخصم: قبل الحجر، فالقول للمحجور والبينة على الخصم. ولو أطلق من حجره فاختلف مع المشتري فقال المحجور: بعث منك قبل فك الحجر، وقال المشتري: بعده، فالقول للمشتري. (ر: الفتاوى الهندية، من الباب الثاني من الحجر نقلاً عن الفتاوى الظهيرية).

(و) ومنه: ما لو قال الوكيل بالبيع بعد عزله: بعث وسلمت قبل العزل، وقال موكله: إنك بعث وسلمت بعد العزل، وكان المبيع قائماً غير مستهلك فإن القول للموكل الذي يضيف الحادث إلى أقرب أوقاته. وأما إذا كان المبيع مستهلكاً فإن القول للوكيل. (ر: الأشباه والنظائر) وتكون المسألة حينئذ من جملة المستثنيات.

والفرق بين الحالتين أنه في حالة هلاك المبيع يكون مقصود الموكل إيجاب

الضمان في ذمة الوكيل، والوكيل ينكر الضمان فالقول قوله، لأن الأصل براءة الذمة. أما في حالة قيام المبيع فإن إرادة التضمنين غير ممكنة، وإنما يدعي الوكيل حينئذ انتقال العين من ملك الموكل إلى ملك الآخر المشتري، والموكل ينكر الانتقال فالقول قوله، لأن الانتقال من الأمور العارضة فالأصل عدمها.

(ز) ومنه: ما لو اشترى إنسان شيئاً ثم جاء ليرده بعيب فيه مدعياً أنه كان موجوداً فيه عند البائع، وقال البائع: لا بل حدث العيب عندك بعد القبض، وكان العيب مما يحدث مثله، فإن القول قول البائع والبينة على المشتري. أما لو كان العيب مما لا يحدث مثله كالإصبع الزائدة في العبد، والخليف في الفرس - وهو أن تكون إحدى عينيه سوداء والأخرى زرقاء - فإن البائع يلزم به. (ر: الدر المختار، كتاب البيوع، باب خيار العيب).

### ثالثاً - المستثنى

خرج عن هذه القاعدة مسائل:

(أ) منها: ما لو ادعى الأجير على الحفظ أن العين هلكت بعد تمام المدة المعقود عليها فيستحق كل الأجرة، وقال المستأجر: هلكت قبل تمام المدة بكذا أياماً، فالقول للمستأجر بيمينه (ر: حاشية الحموي على الأشباه والنظائر) وذلك لأن من المقرر الثابت فراغ ذمة المستأجر على الحفظ من الأجرة، وإنما تثبت الأجرة في ذمته بمقدار المدة التي يوجد فيها الحفظ من الأجير فعلاً، فلو جعل القول للأجير في حدوث هلاك العين بعد تمام المدة بناء على إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته يلزم منه نقض الأمر الثابت المتقرر، وهو فراغ ذمة المستأجر، لأنه لم يثبت بالمقدار الزائد الذي يدعيه الأجير، وإضافة الحادث إلى أقرب أوقاته إنما تعتبر إذا لم يؤد اعتبارها إلى نقض ما هو ثابت، كما قدمناه عن الفتاوى اللولجية، فكان القول قول المستأجر. ولأن إضافة الحادث، وهو الهلاك هنا، إلى أقرب الأوقات من قبيل الظاهر، والظاهر لا يكفي حجة للاستحقاق (ر: حاشية الحموي على الأشباه والنظائر، من القاعدة المذكورة، نقلاً عن جامع الفصولين).

(ب) ومنها: الفرع المتقدم آنفاً فيما إذا اختلف الوكيل بالبيع مع الموكل في بيع الوكيل العين قبل عزله أو بعده، وكانت العين المبيعة مستهلكة (ر: الفقرة / و / من تطبيقات هذه المادة).

(ج) ومنها: ما لو اشترى إنسان شيئاً ثم جاء ليرده على البائع بعيب فيه بعد أن كان استعماله استعمالاً يفيد الرضا به معيباً، فقال البائع له: إنك استعملته بعد اطلاعك على العيب فسقط حَقك في الرد، وقال المشتري: إنما استعملته قبل الاطلاع على العيب، فالقول للمشتري بيمينه. فقد قال في رد المحتار، في كتاب البيوع، في باب خيار العيب، قبيل قول المتن «استحق بعض المبيع» - نقلاً عن البحر الرائق -: «لو أراد المشتري الرد ولم يدع البائع عليه مسقطاً للرد لم يحلف المشتري» فقد أفاد أنه لو ادعى عليه البائع مسقطاً فالقول قوله بيمينه.

ووجه كون القول للمشتري في أن استعماله للمبيع كان قبل الاطلاع على العيب لا بعده أن خيار العيب في الصورة المذكورة قد ثبت للمشتري حين الشراء لا محالة، فيتقرر بقاءه إلى أن يوجد المسقط يقيناً، لأن ما ثبت بزمان فالأصل بقاءه حتى يقوم الدليل على خلافه كما تقدم في القاعدة السابقة، فدعوى البائع سقوط الخيار الثابت للمشتري تكون على خلاف الأصل المتقرر، فلو حكمنا بأن القول قوله بناء على إضافة الحادث لأقرب أوقاته يلزم منه نقض ذلك الأمر الثابت الذي لم تتيقن بإزالته، فلذلك كان القول للمشتري في بقاء خياره.

هذا، ولا يغفل هنا عن قول أبي يوسف المفتي به من أنه لا يقضى له بالرد بالعيب إلا بعد أن يحلفه الحاكم أنه لم يرض بالعيب قولاً أو دلالة، وإن لم يدع عليه البائع أنه رضي به ولم يطلب تحليفه، وعليه جرت المجلة في المادة / ١٧٤٦ / .

ويظهر من هذه الفروع أن قاعدة «إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته» إذا تعارضت مع قاعدة «الأصل براءة الذمة» أو «الأصل بقاء ما كان على ما كان»

تترك «إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته» ويعمل بهاتين القاعدتين دونها، لأنها أقوى.

(د) ومنها: ما لو اشترى إنسان شيئاً ثم جاء ليرده على البائع بخيار الرؤية، فقال البائع له: إنك رضيت بالمبيع بعدما رأيته فسقط خيارك، وقال المشتري: رضيت به قبل أن أراه فلم يسقط خيارى فالقول للمشتري (ر: رد المحتار، كتاب البيوع، من آخر خيار الرؤية - عن البحر الرائق - عند قول المتن «كما لو اختلفا في أصل الرؤية»).

(هـ) ومنها: ما لو مات ذمي فجاءت امرأته مسلمة وقالت: إنني أسلمت بعد موته فأرث، وقال الورثة: إنك أسلمت قبل موته فلا إرث لك، فالقول لهم، مع أن إسلام الزوجة أمر حادث، وهي تضيفه إلى أقرب أوقاته وهو ما بعد موت الزوج، وذلك لأنها اعترفت بسبب الحرمان من الإرث، وهو اختلاف الدينين، وتمسكت بالظاهر الذي هو إضافته إلى أقرب الأوقات لكي تستحق الإرث بذلك، والظاهر لا يكفي حجة للاستحقاق (ر: الأشباه والنظائر - مع زيادة إيضاح).

ولا يرد على هذا ما تقدم تفريعه على هذه القاعدة، من أن امرأة الميت إذا ادعت أنه أبانها في مرض موته، وقال الورثة: في صحته، فالقول قول الزوجة وتستحق الإرث، فلا يقال: كيف استحققت الإرث هنا بالظاهر، وهو إضافتها للبينونة الحادثة إلى أقرب الأوقات الذي هو زمن المرض؟

فإن بينها فرقاً، وذلك أن امرأة الذمي اعترفت باختلاف الدينين، واختلاف الدينين مانع من الإرث، ولا يجتمع معه في حال بيقين، فتمسكها بالظاهر، وهو إضافته إلى ما بعد الموت، يلزم منه نقض ذلك اليقين الثابت. وأما مسألة المبانة فعلى العكس، لأن إرثها بسبب الزوجية ثابت بيقين، والبينونة لا تتجانب الإرث في جميع الأحوال بل تجتمع معه في حال دون حال، فإن إبانة الزوج زوجته في مرض موته لا يمنع الزوجة من الإرث، وهي إنما اعترفت بوجود البينونة التي لا تمنع من الإرث لحصولها في المرض، وأما احتمال كون

البيونة صدرت من الزوج في زمن الصحة الأبعد فليس إلا مجرد شك، وإرثها بالزوجية ثابت بيقين فلا يزول بهذا الشك بل يبقى إلى أن يقوم دليل أقوى على خلافه.

(و) ومنها: ما لو تزوج رجل بامرأة ثم جاءت بولد واختلفاً، فقال الزوج: إنك ولدت قبل أن يتم لعقد النكاح ستة أشهر فالولد ليس بثابت النسب مني، وقالت الزوجة: ولدت بعد أن تم للعقد ستة أشهر فالولد ثابت النسب منك، فالقول قول الزوجة بيمينها. ولو أراد الزوج أن يقيم بينة على دعواه لا تقبل أيضاً، لأن بينته تقوم في المعنى على النفي، وهو عدم تمام ستة أشهر من حين العقد إلى حين الولادة، والبينة على النفي لا تقبل (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، والدرر وحاشية الشرنبلالي عليه من باب ثبوت النسب، وما سيأتي تحت المادة / ٧٧ / من المحلات التي تقبل فيها البينة على النفي).

(ز) ومنها في جامع الفصولين، في الفصل السادس عشر: شري داراً فاستحقت عرصتها ونقض البناء فادعى بقيمته على بائعه، فاختلفاً فيه فقال البائع: بعتها مبنية، وقال المشتري: أنا بنيتها - أي بعد الشراء - ولي الرجوع، فالقول للبائع. (انتهى موضحاً) فقد جعل القول قول البائع مع أنه يضيف الحادث، وهو البناء، إلى أبعد الأوقات، وهو ما قبل البيع.

(ح) ومنها: ما لو دفع لآخر ألفاً مثلاً ليشتري له شيئاً بعينه، فاشتراه وهلك الدرهم في يده، ثم اختلفاً فقال الأمر: هلكت قبل الشراء، أي وبطلت الوكالة بهلاكها، فوقع الشراء للوكيل، وقال المأمور: هلكت بعد الشراء، أي فيكون الشراء للأمر، ويكون للمأمور الرجوع عليه بمثلها، فالقول للأمر بيمينه (ر: جامع الفصولين، أول الفصل السابع عشر، صفحة / ٢٢٨ و ٢٢٩ / موضحاً).

obeikandi.com

## القاعدة الحادية عشرة (المادة / ١٢) «الأصل في الكلام الحقيقة»

### أولاً - الشرح

«الأصل في الكلام الحقيقة» والمجاز فرع فيه وخلف عنها، ولكونها أصلاً قدمت على المجاز وكان العمل بها أولى من العمل به، ما لم يوجد مرجح له فيصير إليه.

الحقيقة في اللغة من حق الشيء إذا ثبت، وهي فعيلة بمعنى فاعلة. وهي في الاصطلاح: الكلمة المستعملة فيما وضعت له في اصطلاح التخاطب، كاستعمال لفظة القتل مثلاً في إزهاق الروح، فإنه حقيقة لاستعماله في المعنى الوضعي له، وكاستعمال لفظ الوصية مثلاً عند أهل الشرع في التملك المضاف لما بعد الموت، فإنه حقيقة أيضاً بالنسبة لاصطلاحهم وتخطبهم.

والمجاز: هو استعمال الكلمة في غير ما وضعت له لقريته (ر: تعريفات السيد)، وذلك كاستعمال لفظة القتل المذكورة في الإيلام، واستعمال لفظة الوصية عند أهل الشرع في العهد الذي هو معناه اللغوي، فإن كلاً منها مجاز، لاستعمال الأول في غير ما وضع له لغة واستعمال الثاني في غير ما وضع له اصطلاحاً.

المراد بهذه القاعدة أنه إذا كان للفظ معنيان متساوٍ استعمالها، معنى حقيقي ومعنى مجازي، وورد مجرداً عن مرجح يرجح أحد المعنيين على الآخر

يراد به حينئذٍ المعنى الحقيقي لا المجازي، لأن المجاز، كما قلنا أولاً، خلف عن الحقيقة، فترجح هي عليه في نفسها.

وذلك كلفظة النكاح، فإنها حقيقة في الوطاء مجاز في العقد، وقد تساوى استعمالها فيها، فإذا جاء مجرداً عن مرجح يرجح أحد المعنيين على الآخر، كما في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ ترجحت الحقيقة، لأنها الأصل ولم يوجد صارف عنها إلى المجاز فتكون حرمة موطوءة الأب ثابتة بالنص، وأما حرمة من عقد عليها الأب عقداً صحيحاً ولم يدخل بها فثابتة بالإجماع.

وإذا قدمت الحقيقة على المجاز عند تساويهما في الاستعمال كان تقديمها حين تكون هي أكثر استعمالاً بالأولى.

أما إذا وجد مرجح للمجاز فلا شك في تقديمه على الحقيقة، كما في قول الأعشى:

فلا تقربن جارة إن سرها عليك حرام فانكحن أو تأبدا  
فإن المراد المعنى المجازي وهو العقد، والقرينة فيه صدر البيت.

وقد تتحتم الحقيقة لاستحالة المعنى المجازي، كما في قول الفرزدق:

إذا سقى الله قوماً صوب غادية فلا سقى الله أهل الكوفة المطرا  
التاركين على طهر نساءهم والناكحين بشطي دجلة البقرا  
وكما يصار إلى المجاز عند وجود مرجح له على الحقيقة يصار إليه أيضاً عند تعذر الحقيقة، أو تعسرها، أو معارضة العرف والعادة لها.

أما تعذرها فإنه يكون إما باستحالتها لعدم وجود فرد لها في الخارج، كما لو وقف على أولاده وليس له إلا أحفاد، فإنه يصرف إليهم لأنهم أولاده مجازاً. فإذا وُلد له ولد صلب يصرّف إليه تقديماً للحقيقة. وإما بكونها غير جائزة شرعاً، كالوكالة بالخصومة فإنها بالمعنى الحقيقي غير جائزة شرعاً. لأن

معناها الحقيقي هو المنازعة، والمنازعة منهي عنها قال سبحانه: ﴿ولا تنازعوا﴾ فتحمل على المعنى المجازي لها وهو إعطاء الجواب.

وأما تعسرها فإنه يكون بعدم حصولها إلاّ بمشقة. كما سيأتي توضيحه في الكلام على المادة / ٦١ / .

وأما مخالفة العرف والعادة لها فسيأتي في الكلام على المادة الموفية أربعين.

وأما إذا كان المعنى المجازي أكثر استعمالاً من المعنى الحقيقي فالعمل بالمجاز على وجه عام يجعل الحقيقة فرداً من أفراده أولى عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، ترجيحاً بكثرة الاستعمال، وهذا هو الذي يريدونه من لفظة (عموم المجاز). وعند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه العمل بالحقيقة، والحالة هذه، أولى أيضاً، لأنها الأصل فإدامت مستعملة لا يعدل عنها وإن قل استعمالها.

وذلك كما لو حلف بطلاق امرأته على أن لا يأكل من هذه الحنطة، أو على أن لا يأكل من هذه الغنم، وكانت مقتناة للدر والنسل، فإن المعنى الحقيقي، وهو الأكل من عين الحنطة أو الغنم، مستعمل، ولكن المعنى المجازي، وهو الأكل مما يخرج منهما، أكثر استعمالاً. فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يقع الطلاق على الحالف إلاّ بالأكل من عينها لأنه المعنى الحقيقي، وعندهما يقع عليه بالأكل من عينهما وبالأكل مما يخرج منهما، وذلك بأن يراد بما يقع عليه الأكل منهما معنى أعم تكون الحقيقة فرداً من جملة أفرادها، كأن يراد لا يوقع فعل الأكل على شيء حاصل من هذه العين مثلاً.

### ثانياً – التطبيق

ما يتفرع على هذه القاعدة:

(أ) ما لو أوصى أو وقف على أولاد أولاده، دخل أولاد البنات على الراجح، لأن ولد بنت الإنسان ولد ولده حقيقة.

(ب) ومنه ما لو حلف بطلاق زوجته أن لا يفعل الشيء الفلاني، فوكل غيره ففعله الوكيل لا يحث إذا كان فعل ذلك الشيء لا يقبل التوكيل به أصلاً، أو كان يقبل التوكيل ولكنه كان من الأفعال التي لا يلزم الوكيل حين فعله لها أن يضيفها إلى الموكل.

وبيان ذلك أن الأفعال بالنسبة لقبول التوكيل وعدمه على نوعين: (١) نوع منها يقبل التوكيل، (٢) ونوع منها لا يقبله.

أولاً - أما الأفعال التي لا تقبل التوكيل أصلاً فهي الأفعال الحسية، كالأكل والشرب والدخول والخروج والنوم وما شاكلها. فلو حلف على عدم فعل شيء من هذه الأفعال فأمر غيره ففعل لا يحث لعدم صحة أمره بها، وإذا لم يصح أمره بها لا يمكن أن يعتبر فاعلاً المحلوف عليه، إذ لا يمكن أن يعتبر أكل غيره مثلاً أو دخوله أو خروجه أو نحو ذلك من الأفعال الحسية واقعاً عنه أصلاً، فلا يحث في شيء منها إلا أن يفعل المحلوف عليه بنفسه.

ثانياً - وأما الأفعال التي تقبل التوكيل فهي على نوعين أيضاً: (١) نوع منها يجب على الوكيل لأجل وقوعه عن الموكل أن يضيفه إلى موكله، (٢) ونوع منها لا يجب على الوكيل إضافته إليه، بل يقع عنه وينفذ عليه وإن لم يضيفه إليه.

١ - فالذي يقع عن الموكل وينفذ عليه من التصرفات بدون إضافة إليه سبعة، هي: البيع، والشراء، والإيجار، والاستئجار، والقسمة، والخصومة، والصلح عن مال بمال. فلو حلف على شيء منها أنه لا يفعله، وكان ممن يباشر هذه التصرفات بنفسه، فأمر أو وكل غيره ففعل عنه لا يحث، وذلك لأن هذه العقود يستغني المأمور فيها عن إضافتها إلى أمره ويضيفها إلى نفسه فيقول: بعث أو اشتريت أو آجرت... الخ. ولا يلزمه لأجل أن تقع عن الموكل أن يقول: باع موكلي أو بعث عن موكلي، أو اشتري موكلي أو اشتريت عن موكلي

أولموكلي... الخ. وكذلك وكيل الخصومة يقر أو ينكر أو يأتي بالدفع ويقع ذلك عن موكله بدون أن يضيفه إليه سواء كان مدعياً أو مدعى عليه.

فإذا كان الحالف ممن يباشر هذه العقود بنفسه لم يكن هناك مرجح للمجاز فتتصرف اليمين إلى الحقيقة، وهي فعله بنفسه، ولم يوجد فلا يحث، لأن الفاعل حقيقة غيره، بخلاف ما إذا كان المعهود من حال الحالف أن لا يباشر هذه الأعمال بنفسه فإن ذلك منه قرينة على ترجيح المجاز، وهو إرادة ما يشمل فعل نائبه، فيحث حينئذٍ بفعل وكيله كما يحث بفعل نفسه.

وهذا بالنسبة لما عدا الصلح من التصرفات الستة المذكورة جار على إطلاقه، وأما في الصلح فإنه يشترط أن يكون فيه معنى أحد عقود المعاوضات المالية، كالبيع والإجارة، فإذا وجد معنى أحدهما فيه كان في حكمها، إذ الصلح يعتبر بأقرب العقود إليه وحكمها - أي عقود المعاوضات المالية - كما ذكرناه آنفاً حكماً للمسائل الست، من أن الحالف إذا كان ممن يباشر العقود بنفسه لا يحث بفعل وكيله وإلا فيحث، وإن الصور التي يكون الصلح بمعنى أحد عقود المعاوضات المالية تعلم مما كتبناه في شأن الصلح تحت القاعدة الثانية فليرجع إليه.

٢ - وأما الذي لا يقع عن الموكل ولا ينفذ عليه من الأفعال التي تقبل التوكيل إلا إذا أضافه الوكيل إليه حين يفعله فهي ما عدا هذه السبعة المذكورة من التصرفات التي تقبل التوكيل، كالنكاح والطلاق والإبراء والصلح عن دم العمد والهبة والصدقة والإيداع والإعارة وما شاكلها.

وحكمها أنه يحث الحالف فيها بفعله وفعل وكيله، فلو حلف بالطلاق لا يتزوج مثلاً فوكل آخر فزوجه حث، وكذلك بقية المذكورات، وذلك لأن الوكيل فيها سفير ومعبّر عن الموكل وناقل لعبارته، ولذا لا تتعلق حقوق هذه التصرفات به بل بالموكل، فاعتبر الموكل فاعلاً لها فيحث.

والحاصل: أن من حلف لا يفعل أمراً فوكل غيره ففعله لا يحث في ثمانية محلات، السبعة المذكورة التي هي البيع وما عطف عليه، والثامن

ما لا يقبل التوكيل من الأفعال المذكورة ونحوها. ويحث فيما عدا هذه الثمانية بفعله وفعل وكيله.

وقد نظم بعضهم ما لا يحث فيه بفعل وكيله فقال:

بفعل وكيل ليس يحث حالف      بيع شراء صلح مال خصومة  
إجارة استئجار الضرب لابنه      كذا قسمة والحث في غيرها اثبت

ومراده بالضرب لابنه الإشارة إلى كل ما لا يقبل التوكيل والاستنابة من الأفعال، ولذا قالوا إن مراده بالابن الولد الكبير فإنه هو الذي لا يصح أمر الأب بضربه لانقطاع ولايته عنه بالبلوغ، وإذا لم يصح أمره لا يقع فعل المأمور عنه فلا يحث (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، من باب اليمين في البيع والشراء، ومن باب الحلف على القول من الدرر وغيره من كتب المذهب - لكل هذه الأحكام) لكن نقل في الفتاوى الخيرية من الحضانة عن الإسيبيجي أن للأب أن يؤدب ولده البالغ إذا وقع منه شيء فليتأمل. ويمكن أن يجاب عنه بأنه يملك تأديبه بحكم حق الأبوة ووجوب الطاعة، لا بحكم الولاية فإنها منقطعة.

#### تنبيه:

لا يخفى أن كون الحقيقة تقدم على المجاز عند التساوي في الاستعمال ليس من الأدلة القوية التي يرفع لها ما كان ثابتاً ومقررأً، بل هو مساو في القوة للظاهر الذي يستأنس به ليرجح أحد الاحتمالين المتساويين على الآخر، (ر: ما تقدم في الكلام على المادة الثامنة).

فإذا كان تقديم الحقيقة على المجاز يؤدي إلى رفع ما هو ثابت ومقرر يترجح المجاز الذي لا يؤدي إلى ذلك حينئذ على الحقيقة، فقد قدمنا تحت المادة السابقة عن الرحمتي عن قاضيخان ما لفظه: «إن الظاهر لا يصلح حجة لإبطال ما كان ثابتاً».

ولهذا شرطت نية الهبة في منحتك ثوبي هذا وحملتك على دابتي هذه ليكون تملكاً، وبدون نية الهبة يكون عارية، مع أن كلا اللفظين حقيقة في

تمليك العين عرفاً مجاز في تمليك المنفعة عارية (ر: الدرر، من أوائل كتاب العارية). وقال صاحب الدرر في تعليقه - بعد كلام - : «لأن الحقيقة إنما تراد باللفظ بلا قرينة إذا لم يعارضها مجاز مستعمل، فإن النية إذا انتفت كان المعنى العرفي واللغوي المستعمل متساويين في الإرادة، فيجب حمل اللفظ على الأدنى لئلا يلزم الأعلى بالشك».

وتعليقه هذا هو بمعنى ما قدمناه من ترجيح المجاز إذا لزم من تقديم الحقيقة رفع أمر متقرر ثابت فإن الأمر الأعلى الذي احترز عن لزومه بقوله «لئلا يلزم الأعلى بالشك» هو الأمر المتقرر الثابت بعينه، وهو ملك صاحب الثوب والدابة، فإن ملكه ثابت ومتقرر فيها فلا يرتفع بدليل فيه شك واحتمال وإن كان مستعملاً في حقيقة، حيث زاحمها المجاز المساوي لها في الاستعمال، وهو احتمال إرادة معنى تمليك المنفعة عارية دون العين.

وعلى هذا يتخرج ما ذكره من أن البيع لا ينعقد بلفظ المضارع كأبيع إلا بالنية مع أن الأصح أنه حقيقة في الحال، وذلك لكثرة استعماله في الاستقبال (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، من أوائل البيوع) فقد قدم فيه المعنى المجازي، وهو الوعد، على المعنى الحقيقي، وهو تنجيز البيع في الحال، لأن تقديم المعنى الحقيقي فيه يلزم منه رفع الأمر الثابت المتقرر، وهو ملك البائع، بدليل فيه شك واحتمال، وهو غير جائز وإن كان مستعملاً في حقيقة بعد أن زاحمها المعنى المجازي المستعمل ولزم من تقديمها رفع الأمر الثابت المتقرر المذكور.

تنبيه آخر:

الأولى وضع هذه المادة عقب المادة الموفية ستين، لتكون هي والمادة / ٦١ و٦٢ / بمنزلة البيان والتفصيل لما أجمل في تلك.

\*\*\*

obeikandi.com

## القاعدة الثانية عشرة (المادة / ١٣) «لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح»

### أولاً - الشرح

«لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح» لأنها دونه في الإفادة وهو فوقها. والدلالة بفتح الدال في المعقولات، وبكسرهما في المحسوسات. وهي: كون الشيء بحال يفيد الغير علماً.

وتكون لفظية وغير لفظية، وكل منهما ثلاثة أقسام: وضعية، وعقلية، وطبيعية. فاللفظية الوضعية: كدلالة الألفاظ على ما وضعت له. واللفظية العقلية: كدلالة اللفظ على وجود الالفاظ. واللفظية الطبيعية: كدلالة (أخ) على وجع الصدر و(أخ) على مطلق الوجع. وغير اللفظية الوضعية: كدلالة الدوال الأربع على مدلولاتها. وغير اللفظية العقلية: كدلالة المصنوعات على وجود الصانع. وغير اللفظية الطبيعية: كدلالة الحمرة على الخجل والصفرة على الوجل.

والظاهر أن الدلالة الوضعية اللفظية والدلالة العقلية بقسميها اللفظي وغيره غير مرادتين في القاعدة المذكورة، لأن اللفظية الوضعية هي التصريح الذي تلغى الدلالة بمقابله، ولأن العقلية بقسميها إذا لم نقل إنها فوق التصريح فليست دونه.

فيبقى المراد حينئذ بالقاعدة المذكورة دلالات ثلاثاً، وهي: اللفظية الطبيعية، وغير اللفظية الوضعية، وغير اللفظية الطبيعية.

فالأولى: كما إذا قبل التهنئة بعد تزويج الفضولي له كان ذلك إجازة منه للعقد طبعاً ولكن إذا كان وقع رده قبل ذلك صريحاً ارتد.

والثانية: مثل المحاريب والأعلام والأميال والحفر والأغلاق والستور التي تتخذ وتنصب بإزاء ملك الغير من أرض أو بوستان أو حانوت لتدل على الإذن بالدخول أو على عدمه، فإنها تعتبر ويعتمد عليها ولكن إذا وجد التصريح بخلافها تلغى تلك الدلالة.

والثالثة: مثل دلالة ضحك البكر بلا استهزاء عندما بلغها خبر تزويج الولي فإنه يعتبر إجازة لكن إذا وجد قبله أو معه تصريح بالرد تلغى تلك الدلالة.

### ثانياً - التطبيق

يتفرع على تلك القاعدة مسائل كثيرة:

(أ) منها: أنه يستدل على مصارف الوقف بتعامل القوام السابقين، ولكن إذا وجد كتاب الواقف الموثوق به فلا عبرة بتعامل القوام على خلافه. (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، وتنقيح الفتاوى الحامدية، من كتاب الوقف).

(ب) ومنها: ما إذا باع عقاراً بيعاً صحيحاً شرعياً، ثم ادعى أن البيع كان وفاءً، وقال المشتري إنه بات قطعي، ينظر: فإن كان هناك دلالة على الوفاء ككون الثمن دون ثمن المثل بغبن فاحش تسمع دعوى الوفاء من البائع ويكون القول قوله. (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، قبيل الكفالة).

ولكن إذا وجد التصريح بالبات فلا يعمل بتلك الدلالة، ولا تسمع دعوى الوفاء حينئذ. (ر: المادة / ١٦٥٨ / من المجلة).

(ج) ومنها: ما إذا قبض المشتري المبيع قبل نقد الثمن بمشهد من البائع ولم ينه، صح القبض وسقط حق الحبس بالثمن بدلالة السكوت على الإذن، ولا يملك

استرداده بل يطالبه بالثمن فقط. (ر: رد المختار، من فصل ما يدخل في البيع تبعاً، عند قول المتن: ويسلم السلعة).

أما لو وجد صريح النهي فلا يسقط حق الحبس، وله أن يسترده منه ويجبسه بالثمن، كما يستفاد من المحل المذكور، وكذلك لو قبض الموهوب له الهبة بحضرة الواهب ولم ينهه صح قبضه وتمت الهبة، ولا يملك الاسترداد منه بدون قضاء أورشاء. (ر: الدر المختار، كتاب الهبة)، ومفهومه أنه لو نهاه صريحاً لم يصح قبضه، فله استرداده منه. (ر: المادة / ٥٧ / من المجلة).

(د) ومنها: ما لوزوج الأب ابنه الصغير وضمن عنه المهر ثم دفعه عنه، أو كان دفعه بلا ضمان، فإنه لا يرجع على الصغير إلا إذا أشهد عند الضمان أو عند الدفع أنه يدفع ليرجع. (ر: رد المختار، من المهر، عند قول المتن: لا يطالب الأب بمهر ابنه الصغير... إلخ.) وعللوه بأن عدم الرجوع إنما هو لجرى العادة بأن يتحمل الأب مهر ابنه الصغير بلا طمع في الرجوع فيكون متبرعاً دلالة، ولكن إذا شرط الرجوع صريحاً تنفي تلك الدلالة، لأن الصريح يفوقها.

(هـ) ومنها: ما لو اشترى إنسان حمراً مثلاً ثم جاء ليرده بطريق الإقالة فصرح له البائع بأنه لا يقبله، واستعمل البائع ذلك الحمار أياماً فطالبه المشتري برد الثمن فامتنع عن رده وعن قبول الإقالة، كان له ذلك، لأنه لما رفض الإقالة صريحاً بطل كلام المشتري فلا تتم الإقالة باستعماله له. (ر: الدر المختار، عن الفتاوى الخانية، من الإقالة عند قول المتن: ويتوقف على قبول الآخر في المجلس). فقد لغت دلالة استعمال البائع للحمار على الإقالة في مقابلة تصريحه برفضها.

(و) ومنها: ما في الدر المختار وحاشيته، عن القنية، أثناء الكلام على بيع التعاطي: لو وضع الدراهم وأخذ البطاطيخ وذهب بها والبائع يصيح: لا أعطيها بهذا الثمن، وكان معلوماً أن مراده تطيب قلب المشتري بذلك لا عدم الرضا، فإنه لا ينعقد البيع.

(ز) ومنها: ما لو عقد على أختين متعاقباً ونسي الأول، ثم دخل على إحدهما اعتبر دخوله بها بياناً لكونها هي السابق نكاحها، فإذا صرح بعد دخوله بها أن تلك الأخرى هي السابق نكاحها يعتبر تصريحه بذلك، إذ الدلالة لا تعارض التصريح. (ر: رد المحتار، من المحرمات، عند قول المتن: وإن تزوجها معاً أو بعقدين ونسي الأول).

(ح) ومنها: ما لو تنازع شخصان شيئاً في يد أحدهما وكل منهما يزعم أنه ملكه بالشراء من شخص ثالث ولم يذكر تاريخ الشراء أو ذكره أحدهما فقط وأقام كل منهما البيّنة على دعواه، ترجح بيّنة ذي اليد، لأن تمكنه من قبضه دليل على سبق شرائه، لكن لو ادعى الخارج أن شراؤه قبل شراء ذي اليد وأقام بيّنة شهدت له بذلك يحكم له، لأن تصريح الشهود يفوق دلالة اليد على سبق الشراء. (ر: الدرر وغيره، من باب دعوى الرجلين).

(ط) وكذلك منها: ما لو تنازع رجلان في امرأة، فكل منهما يدعي أنها زوجته، وأقاما بيّنتين على ذلك ولم يبيّنا تاريخاً للنكاح، ينظر: فإن لم يكن دخل بها أو نقلها إلى منزله أحدهما ترد البيّتان، لعدم إمكان الاشتراك في النكاح، ويحكم بنكاحها لمن تصدقه هي منها، وإن كانت في بيت أحدهما أو كان دخل بها ترجح بيّنته ولا يلتفت إلى تصديقها لخصمه الآخر، لأن تمكنه من نقلها أو الدخول بها هو دلالة على سبق عقده، إلا إذا برهن الآخر على أنه تزوجها قبله فيكون حينئذ هو أولى بها، لأن الصريح يفوق الدلالة. (ر: الدرر، من الباب المذكور).

وإذا كانت المدعى نكاحها ميتة يختلف الحكم فيها حينئذ، وقد قدمناه في البند / ١٢ / من كلامنا على المادة الثالثة: «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني» فانظره هناك.

### تنبيهات

— إنما يعتبر الصريح ويقدم على الدلالة إذا لم يجيء بعد أن تعمل الدلالة عملها، أما إذا جاء بعد أن عملت الدلالة عملها تعتبر الدلالة دون التصريح.

(ر: الدرر، أوائل البيوع، عند قول المتن: ويبطل الإيجاب بقيام أيهما عن المجلس قبل القبول)، حيث قال هناك: لأن القيام دليل الرجوع، والدلالة تعمل عمل الصريح. اعترض بأنها إنما تعمل عمله إذا لم يوجد صريح يعارضها، وها هنا لوقال بعد القيام قبلت وجد الصريح ولم يعتبر. ورد بأن الصريح إنما وجد بعد الدلالة ولذا لم يعارضها.

— قد تكون الدلالة في بعض الأوقات أقوى من الصريح، يثبت بها ما لا يثبت به، وذلك في مسألة واحدة لم أظفر بثانية لها، وهي ما نصوا عليه من أن الحاكم ليس له أن يستنيب آخر عنه إلا إذا كان مفوضاً له بالاستنابة صريحاً، كقول من شئت ونحوه، أو مفوضاً له دلالة كجعلناك قاضي القضاة، فإذا كان التفويض له صريحاً بما ذكر فإنه يملك الاستنابة ولا يملك عزل النائب، أما إذا كان التفويض له دلالة فإنه يملك الاستنابة والعزل. (ر: الدر المختار، فصل الحبس، عند قول المتن: ولا يستخلف قاض). فقد عملت الدلالة هنا ما لا يعملها الصريح، ويثبت بها ما لم يثبت به.

— إن ما نقل عن الدرر من كتاب البيوع يشكل عليه ما نقل سابقاً عن رد المحتار من كتاب النكاح، باب المحرمات، من اعتبار وطء الزوج إحدى الأختين بياناً لكونها هي السابق نكاحها ثم إذا صرح بأن الثانية هي ذات النكاح السابق اعتبر تصريحه، حيث إن التصريح فيها جاء معتبراً بعد أن عملت الدلالة عملها.

ويمكن أن يجاب بأن تبين ذات النكاح السابق أمر تابع للواقع ونفس الأمر، لا للبيان. فوطء الزوج لإحداهما لا يجعلها هي ذات النكاح السابق في نفس الأمر، بل يجعل بياناً ضرورة حمل فعله على الصلاح، فإذا صرح بعده بأن الأخرى هي السابق نكاحها كان تصريحه فوق البيان الذي صير إليه ضرورة، وأقوى في الدلالة على الواقع ونفس الأمر، فاعتبر.

### ثالثاً — المستثنى

يستثنى من هذه القاعدة:

(أ) ما لو اشترى شيئاً ثم اطلع على عيب فيه فاستعمله استعمالاً يدل على الرضا بالعيب وهو يصرح بعدم الرضا به فإنه يلزمه المبيع ولا يقبل منه تصريحه بعدم الرضا. (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، من خيار العيب).

(ب) ويستثنى أيضاً ما لو بنى المتولي أو غرس في عقار الوقف ولم يشهد أنه نفسه ثم اختلف مع المستحقين فقال: فعلته لنفسي، وقالوا: بل للوقف، فالقول قولهم، ترجيحاً للدلالة بكونه متولياً، وبنائوه وغرسه لنفسه غير جائز ويعدُّ خيانة منه، والأصل عدمه على تصريحه بأنه فعل لنفسه. (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، من الوقف).

(ج) ويستثنى أيضاً: ما لو اشترى إنسان حيواناً ثم قال لمن يساومه عليه: اشتره فلا عيب به، ولم يتفق بينهما البيع ثم وجد به عيباً، فله رده على بائعه، ولا يمنعه إقراره السابق لمن ساومه بأنه لا عيب فيه لأن كلامه ذلك مجاز عن الترويج، لظهور أنه لا يخلو عن عيب، فيتيقن بأن ظاهر إقراره غير مراد.

إلا إذا كان عين نوع العيب فقال: لا شلل به أو لا عور مثلاً، فإنه لا يرده بعد ذلك بهذا العيب الذي نفاه، لأنه يحيط العلم به فيعتبر إقراره ومحكم بأن هذا العيب حدث عنده بعد إقراره بعدمه. (ر: تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار، في باب خيار العيب، عند قول المصنف: اشترى عبداً فقال لمن ساومه إياه اشتره فلا عيب به).

\*\*\*

## القاعدة الثالثة عشرة (المادة / ١٤) «لا مساغ للاجتهد في مورد النص»

### أولاً - الشرح

«لا مساغ للاجتهد في مورد النص» لأن الحكم الشرعي حاصل بالنص، فلا حاجة لبذل الوسع في تحصيله. ولأن الاجتهاد ظني والحكم الحاصل به حاصل بظني، بخلاف الحاصل بالنص فإنه يقيني، ولا يترك اليقيني للظني.

المراد بالنص الذي لا مساغ للاجتهد معه هو المفسر المحكم، وإلا فغيرهما من الظاهر والنص لا يخلو عن احتمال التأويل. وبيان ذلك أن أقسام الدليل اللفظي بحسب الإفضاء إلى الأحكام أربعة:

– ظاهر: وهو ما ظهر المراد منه بصيغته مع احتمال التأويل.

– نص: وهو ما ازداد وضوحاً على الظاهر بمعنى سبق له الكلام لأجله، لا من نفس الصيغة، مع احتمال التأويل أيضاً.

– ومفسر: وهو ما ازداد وضوحاً على النص على وجه لا يبقى معه احتمال التأويل.

– ومحكم: وهو ما أحكم المراد منه من غير احتمال تأويل ولا نسخ.

فحيث كان الأوّلان لا يخلوان عن احتمال التأويل يكون مساغ للاجتهد موجود معها.

المراد بالنص ها هنا: الكتاب والسنة المشهورة والإجماع، فلا يجوز

الاجتهاد في مقابلة المفسر والمحكم منها، فبطل القولُ بحل المطلقة ثلاثاً للأول بمجرد عقد الثاني عليها بلا وطء، والقولُ بحل نكاح المتعة، والقولُ بسقوط الدين بمضي سنين بلا مطالبة، والقولُ بالقصاص بتعيين الولي واحداً من أهل المحلة وحلف أيماناً على أنه هو القاتل، وبطل القولُ بأن لا دخل للنساء في العفو عن دم العمد، والقولُ ببطلان إقرار المرأة، وبطلان وصيتها بغير رضاه زوجها، لعدم استنادها إلى دليل معتبر، ولمخالفتها للنصوص الشرعية التي لا تحتمل التأويل. (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، كتاب القضاء. ومعين الحكام، من فصل فيما لا ينعقد من أحكام القاضي).

ومثل لفظ الكتاب والسنة لفظ شرط الواقف ولفظ الوصي، فإنها كنص الشارع في المفهوم والدلالة ووجوب العمل به. (ر: التنقيح)، ما لم يكن فيه تغيير لحكم الشرع، فلو كان، كما لو شرط أن المتولي أو الوصي لا يجاسب، فإن شرطه لا يراعى. (ر: الدر المختار وغيره، من كتاب الوقف).

### تنبيه:

قولهم: «لا مساغ للاجتهاد في مورد النص» لا فائدة لوضعه هنا فيما يتبادر، لأن باب الاجتهاد مسدود الآن في وجه من يتصدى لدخوله مطلقاً، سواء كان في مورد نص لا يسوغ الاجتهاد فيه أولاً. ففي «الخلاصة» من آخر فصل الحبس: ليس أحد من أهل الاجتهاد في زماننا.

ويحتمل أن يكون المقصود من وضع هذه القاعدة المذكورة للإمام للمفتين والقضاة بأن يقفوا عند حدهم، ويقصروا أنظارهم أن تتطلع وأعناقهم أن تمتد إلى مجاوزة ما فوض إليهم من الاجتهاد في ترجيح إحدى روايتين متساويتين أو أحد قولين متعادلين يختلف الترجيح فيهما بحسب الحوادث والأشخاص إلى ما لم يفوض إليهم.

وذلك مثل ما قالوا في الزوج إذا أوفى زوجته معجل مهرها فهل له أن يسافر بها أولاً؟ فظاهر الرواية أن له ذلك، وقال أبو القاسم الصنفار

وأبو الليث: ليس له ذلك لفساد الزمان وسوء حال الأزواج، واختار بعضهم تفويض ذلك للمفتي، فمتى علم من حاله الإضرار بها أفتاه بعدم الجواز، ومتى علم منه غير ذلك أفتاه بالجواز. وقد نصوا في مثل هذا على أن المفتي لا بد له من نوع اجتهاد وأنه يفتي بما وقع عنده من المصلحة.

وكما قالوا في حق سقوط نفقة الزوجة بالطلاق البائن إذا كانت غير مستدانة بأمر القاضي، أن القاضي ينظر في حال الزوج، فإن كان طلقها بائناً توصلًا لإسقاط النفقة المتراكمة عن نفسه رد قصده عليه وحكم عليه بعدم سقوطها عنه، وإن كان أبانها لا لهذا حكم بسقوطها. (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، من النفقة).

وكما فوض إليه الاجتهاد في تقدير حبس المديون مدة يغلب على ظنه أنه لو كان له مال لأظهره.

وفوضوا إليه الاجتهاد في تقدير تعزير المذنب بحسب ما يراه كافيًا لجزره من حبس أو ضرب أو تعبير في وجهه.

وفوضوا إليه النظر والاجتهاد في بيع الأب والوصي عقار الصغير، فإن رأى أن نقضه أصلح للصغير وأنفع فله نقضه. (ر: فيض المستفيض في مسائل التفويض للغزي).

وقد فوضوا أيضاً للحاكم تحليف الشهود إذ رأى ذلك، لفساد الزمان، كما سيأتي في الكلام على المادة / ٣٩: «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان» نقلاً عن معين الحكام.

فيحتمل أنهم أرادوا بوضع هذه القاعدة هنا إيقاف اجتهادهم وقصره على مثل هذا. وأما فيما عداه مما لم يفوض إليهم وقد وقع فيه الخلاف فلا مسأغ لاجتهادهم فيه، بل الترجيح فيه تابع لترجيح المرجحين من علماء المذهب على حسب ما هو مبسوط في «رسم المفتي» فليس للمفتي ولا للقاضي مخالفة

ما رجحوه باجتهاد منه، ولو فعل لا يقبل منه، لأنه اجتهاد في مورد النص،  
والنص لا مساغ للاجتهاد في مورده.

وإذا صح ما ذكرناه يكون المراد بالنص هاهنا هو المنقول في كتب  
المذهب، لا ما سبق.

\*\*\*

### القاعدة الرابعة عشرة (المادة / ١٥)

«ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه»

#### أولاً - الشرح

«ما ثبت» من الأحكام بالنص الوارد «على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه».

القياس: جعل الحكم في المقيس مثل الحكم في المقيس عليه بعلّة واحدة فيهما، وهو حجة عند الفقهاء والمتكلمين بقوله سبحانه وتعالى: ﴿فاعتبروا يا أولي الأبصار﴾ لأن الاعتبار هو النظر في الثابت لأي معنى ثبت وإلحاق نظيره به، وهو القياس بعينه.

وشرط الاستدلال بالقياس عدم وجود النص في المقيس، لأن القياس إنما يصار إليه ضرورة خلو الفرع عن حكم ثبت له بطريق التنصيص، فإذا وجد التنصيص على الحكم فلا قياس.

والاستدلال في بعض المسائل بالنص والقياس معاً إنما هو لأجل أن الخصم إن طعن في النص بأنه منسوخ أو غير متواتر أو غير مشهور أو مؤول يبقى القياس سالماً لا مطعن فيه، لا لأنه دليل على تقدير سلامة النص من الطعن.

وليس القياس عملاً بالظن كما يقول البعض، بل هو عمل بغالب الظن وأكبر الرأي، والعمل بغالب الظن واجب وإن بقي معه ضرب احتمال. والمماثلة بين المقيس والمقيس عليه من جميع الوجوه غير واجبة لصحة القياس، بل الواجب المماثلة في علة الحكم فقط.

## ثانياً - التطبيق

قد ثبت على خلاف القياس أحكام كثيرة تفوق الحصر، فيقتصر فيها على مورد النص، ولا يقاس عليها غيرها.

(أ) منها: الحدود، فقد ورد للسارق القطع فلا يقاس عليه النباش مثلاً.

(ب) ومنها: الإجارة، فإنها بيع المنافع وهي معدومة، وبيع المعدوم باطل، ولكن جوزت للضرورة، وهي الحاجة إليها، فإن المعتمد في المذهب أن القياس يترك فيما فيه ضرورة. (ر: الفتاوى الخيرية في كتاب الوقف، في أثناء جواب سؤال رفع إليه في استدانة المتولي، نقلاً عن البحر وغيره)، فيقتصر فيها على موضع الحاجة، ولا يقاس عليها ما لا حاجة فيه، فلا يجوز إيجار متحدي المنفعة مقايضة، كسكنى دار أو حانوت بسكنى نظيره، لعدم الحاجة إليها.

(ج) ومنها: المزارعة والمساقاة، فإن القياس عدم جوازهما لأنها استئجار للمزارع والمساقى ببعض الخارج من عملهما وهو منهي عنه. ولكنها جوزتا لورود الأثر فيهما، فلا يقاس عليهما غيرهما مما فيه استئجار ببعض الخارج من العمل، كعصر الزيتون والسمسسم وغزل القطن بجزء من زيتة أو شيرجه أو غزله مثلاً.

(د) ومنها: التحالف، فإنه ثبت في البيع على خلاف القياس إذا كان المبيع مقبوضاً، فلا يقاس عليه النكاح مثلاً. أما قبل قبض المبيع فهو على القياس. (ر: الدرر شرح الغرر، كتاب الدعوى، التحالف).

(هـ) ومنها: السلم والاستصناع والوصية... والتتبع ينفي الحصر.

تنبيه:

لا مخالفة بين كون الحنفية يقدمون القياس على خبر الواحد وبين قولهم في الوقف إنهم يعملون بالمرسل ويقدمون خبر الواحد على القياس. وذلك لأن تقديمهم القياس على خبر الواحد إنما هو فيما إذا كان المقيس عليه ثبت حكمه

بدليل قطعي أو مشهور، وتقديمهم خبر الواحد على القياس إذا ثبت حكم المقيس عليه بآحاد.

### تنبيه آخر:

القياس بعد الأربعمئة منقطع، فليس لواحد أن يقيس مسألة على مسألة. (ر: رد المحتار، من الإمامة)، وعليه فلا يكون هناك فائدة لوضعهم هذه القاعدة في المجلة، إذ القياس غير سائغ الآن مطلقاً، لا فيما ثبت على القياس ولا فيما ثبت على خلافه.

اللهم إلا أن يكون تصديرهم المجلة بهذه القواعد بمثابة بيان الأصول التي استنبطت منها المواد الفرعة فيها.

\*\*\*

obeikandi.com

## القاعدة الخامسة عشرة (المادة / ١٦) «الاجتهاد لا ينقض بمثله»

### أولاً - الشرح

الاجتهاد لا ينقض بمثله إجماعاً أي في المسائل التي يسوغ فيها الاجتهاد، لأنه لو نقض الأول بالثاني لجاز أن ينقض الثاني بـثالث، لأنه ما من اجتهاد إلا ويجوز أن يتغير، وذلك يؤدي إلى عدم الاستقرار.

وهذا في حق الماضي، فلو كان قضي قاض في حادثة باجتهاده ثم تبدل اجتهاده فرفع إليه نظيرها فقضى فيها باجتهاده الثاني لا ينقض الأول، كما في الأشباه والنظائر، لقول عمر، رضي الله عنه، حين قضى في حادثة بخلاف ما قضى في نظيرها قبلاً: تلك على ما قضينا وهذه على ما نقضي. (ر: شرح السراجية للسيد).

وكذلك لو كان بين قاضيين، بأن قضى شافعي مثلاً في حادثة مجتهد فيها بمذهبه، ثم رفعت لآخر حنفي مثلاً يرى فيها غير ذلك لا يجوز له نقض قضاء الأول، بل يجب عليه تنفيذه ويحكم في غيرها بما يراه.

وهذا، أي عدم جواز مخالفة قضاء القاضي السابق، فيما هو محل النزاع الذي ورد عليه القضاء، أما فيما هو من توابعه فلا يتيقن بمذهب الأول، فلوقضى شافعي بالبيع في عقار فللقاضي الحنفي أن يقضي فيه بالشفعة للجار، وإن كان القاضي الأول لا يراها. وكذلك لو حكم قاض بصحة الوقف لا يكون حكماً بالشروط، فلوقوع النزاع في شيء من الشروط عند من يخالف فيها، فله أن يحكم فيها بمذهبه، لأن ذلك ليس محل النزاع لدى القاضي

الأول، كما لو حكم بالوقف ثم وقع النزاع في رجوع الشرط المتأخر للجمله المتقدمة مثلاً كما هو مذهب الحنفية، أو للأخيرة كما هو مذهب الشافعي، فإنه يقضي القاضي الحنفي بمذهبه. (ر: الأشباه والنظائر لابن نجيم).

وكذلك لو كان مقلد المجتهد في عمل فاستفتي فأفتى فيها بمذهب مجتهد آخر يخالف اجتهاد المجتهد الأول، لا ينقض عمله السابق.

أما في حق المستقبل فلا يتقيد باجتهاده واستفتائه السابق أصلاً. (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، كتاب الطلاق، من باب تعليق الطلاق).

#### تنبيه:

ما ذكر هو في القاضي المجتهد، أما المقلد الذي تقلد القضاء مقيداً بمذهب معين، فإنه يتقيد به، فلو حكم بخلافه ينقض وإن وافق أصلاً مجتهداً فيه. (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، كتاب القضاء، من فصل الحبس).  
ولذا لو أخطأ في تطبيق الحادثة على الحكم الشرعي، ثم ظهر أن النقل الشرعي بخلافه فإن حكمه ينقض. (ر: المادة / ١٨٣٨ / من المجلة).

#### تنبيه آخر:

القاضي إذا قضى بالجور ثم ظهر الحق، فإن كان قضى خطأ فإما أن يكون التدارك ممكناً أولاً، فإن أمكن، كما إذا قضى بمال أو طلاق ثم ظهر أن الشهود محدودون في قذف مثلاً، بطل القضاء وعادت المرأة إلى زوجها ورد المال إلى من أخذ منه. وإن لم يمكن التدارك كالقصاص إذا نفذ لا يقتل المظني له بل تجب الدية في ماله.

هذا إذا ظهر خطؤه بالبينه أو بإقرار المظني له، فلو بإقرار القاضي لا يظهر في حق المظني له حتى لا يبطل القضاء في حقه.

كل ذلك في حق العبد، أما في حق المولى سبحانه وتعالى، كحد الزنى والسرقه والشرب، إذا نفذ ثم ظهر خطؤه، فالضمان في بيت المال.

وإن كان قضى بالجور عمداً وأقر به، فالضمان في ماله في الوجوه كلها، ويعذر ويعزل عن القضاء. (ر: رد المحتار، كتاب القضاء، من فصل الحبس).

## القاعدة السادسة عشرة (المادة / ١٧) «المشقة تجلب التيسير»

### أولاً - الشرح

المشقة تجلب التيسير لأن الحرج مدفوع بالنص، ولكن جلبها التيسير مشروط بعدم مصادمتها نصاً، فإذا صادمت نصاً روعى دونها. (ر: الأشباه والنظائر لابن نجيم).

المراد بالمشقة الجالبة للتيسير: المشقة التي تنفك عنها التكاليف الشرعية. أما المشقة التي لا تنفك عنها التكاليف الشرعية كمشقة الجهاد وألم الحدود ورجم الزناة وقتل البغاة والمفسدين والجناة، فلا أثر لها في جلب تيسير ولا تخفيف.

### ثانياً - التطبيق

المشقة التي تجلب التيسير تحتها سبعة أنواع:

أولها - السفر، وتيسيراته كثيرة، منها:

(أ) جواز تحميل الشهادة للغير في غير حد وقود.

(ب) ومنها: جواز بيع الإنسان مال رفيقه وحفظ ثمنه لورثته بدون ولاية ولا وصاية إذا مات في السفر ولا قاضي ثمة.

(ج) ومنها: جواز فسخ الإجارة بعذر السفر.

(د) ومنها: جواز تزويج الولي الأبعد للصغيرة عند عدم انتظار الكفاء الخاطب استطلاع رأي الولي الأقرب المسافر.

(هـ) ومنها: جواز إنفاق المضارب على نفسه في السفر من مال المضاربة.

(و) ومنها: جواز كتابة القاضي إلى القاضي في بلد المدعى عليه بشهادة شهود المدعي عنده.

ثانيها - المرض. وتيسيراته كذلك كثيرة، منها:

(أ) جواز تحميل الشهادة، كما مر قريباً.

(ب) وتأخير إقامة الحد على المريض غير حد الرجم إلى أن يبرأ.

(ج) ومنها: عدم صحة الخلوة مع قيام المرض المانع من الوطاء، سواء كان في الزوج أو في الزوجة.

ثالثها - الإكراه. وهو: التهديد ممن هو قادر على الإيقاع بضربٍ مبرح أو بإتلاف نفس أو عضو أو بحبس أو قيد مديدتين مطلقاً، أو بما هو دون ذلك لذي جاه، ويسمى إكراهاً ملجئاً، وبما يوجب غمّاً يعدم الرضا، وهو ما كان بغير ذلك، ويسمى غير ملجئ.

وهو بقسميه إما أن يكون في العقود أو في الإسقاطات أو في المنهيات. والعقود والإسقاطات إما أن يؤثر فيها الهزل أو لا. والمنهيات إما أن تكون مما يباح عند الضرورة أو لا. وما لا يباح عند الضرورة إما أن يكون جنائية على الغير كقتل محقون الدم أو قطع عضو محترم، أو لا يكون جنائية على الغير كالردة.

(أ) أما العقود والإسقاطات التي يؤثر فيها الهزل، كالبيع والإجارة والرهن والهبة والإقرار والإبراء، إذا أكره عليها بملجئ أو بغير ملجئ ففعلها ثم زال الإكراه، فله الخيار، إن شاء فسخ وإن شاء أمضى.

(ب) وأما العقود والإسقاطات التي لا يؤثر فيها الهزل، كالنكاح والطلاق والعتق عن دم العمد، فلا تأثير للإكراه فيها، فلا خيار للمكروه بعد زوال الإكراه، بل هي ماضية على الصحة، ولكن له أن يرجع على المكروه له على

الطلاق غير الزوجة فلو كانت هي المكروهة سقط المهر عن الزوج.

(ج) وأما المنهيات التي تباح عند الضرورة، كإتلاف مال الغير وشرب المسكر، فإنها تحل بل تجب بالملجئ لا بغير الملجئ، وضمان المال المتلف على المكروه.

(د) وأما المنهيات التي لا تباح عند الضرورة وهي جناية على الغير كما تقدم فإنها لا تحل ولا بالملجئ، ولو فعل فموجبها وهو القصاص على المكروه (بالكسر).

(هـ) وما لا جناية فيه على الغير وليس في معنى الجناية، وهو الردة، فإنه يرخص له أن يجري كلمتها على لسانه وقلبه مطمئن بالإيمان، ويوري وجوباً إن خطر بباله التورية، فإن لم يور يكفر وتبين زوجته. (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، من كتاب الإكراه).

رابعها - النسيان. وهو: عدم تذكر الشيء عند الحاجة إليه. واتفق العلماء على أنه مسقط للعقاب.

ومن تيسيراته:

(أ) أنه إذا وقع فيما يوجب عقوبة كان شبهة في إسقاطها.

(ب) ومنها: ما لو نسي المديون الدين حتى مات، والدين ثمن مبيع أوقرض، لم يؤخذ به، بخلاف ما إذا كان غصباً. (ر: الأشباه والنظائر لابن نجيم).

تنبيه:

لا تأثير للنسيان على الحنث في التعليق، فلو علق على فعل شيء ثم فعله ناسياً التعليق فإنه يقع. (ر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، والدر المختار وغيرهما، من بحث تعليق الطلاق).

خامسها - الجهل. وهو: عدم العلم بمن شأنه أن يعلم. وهو قد يجلب

التيسير.

ومن تيسيراته:

- (أ) ما لو جهل الشفيع بالبيع فإنه يعذر في تأخير طلب الشفعة.
- (ب) ومنها: ما لو جهل الوكيل أو القاضي بالعزل أو المحجور بالحجر، فإن تصرفهم صحيح إلى أن يعلموا بذلك.
- (ج) ومنها: ما لو باع الأب أو الوصي مال اليتيم ثم ادعى أن البيع وقع بغبن فاحش وقال: لم أعلم، تقبل دعواه.
- (د) ومنها: ما لو جهلت الزوجة الكبيرة أن إرضاعها لضررتها الصغيرة مفسد للنكاح لا تضمن المهر.
- (هـ) ومنها: الوكيل بقضاء الدين إذا قضاه بعدما وهب الدائن الدين من المديون جاهلاً بالهبة لا يضمن.
- (و) ومنها: ما لو أجاز الورثة الوصية ولم يعلموا ما أوصى به الميت لا تصح إجازتهم.
- (ز) ومن المسائل التي يعذر فيها بالجهل أيضاً: ما لو كان في المبيع ما يشتبه على الناس كونه عيباً واشتراه المشتري عالماً به ولم يعلم أنه عيب ثم علم أنه عيب، فإنه له رده ولا يعد اطلاعه عليه حين الشراء رضاً بالعيب. (ر: رد المحتار، في خيار العيب، عن الفتاوى الخانية عند قول الشارح: وكذا كل مفيد رضاً بعد العلم بالعيب يمنع الرد).
- (ح) ومنها: العفو عن التناقض في الدعوى فيما كان سببه خفياً كالتناقض في النسب والطلاق، كما لو ادعى أحد على آخر أنه أبوه فقال المدعى عليه إنه ليس ابني، ثم قال: هو ابني، يثبت النسب، لأن سبب البنوة العلوق منه، وهو خفي.
- (ط) وكما لو اختلعت المرأة من زوجها على بدل ثم ادعت أنه كان طلقها ثلاثاً قبل الخلع وبرهنت، فإنها تسترد البدل ويغتفر تناقضها الواقع في إقدامها على الاختلاع ثم دعواها الطلاق، لأن الطلاق فعل الغير فإن الزوج

يستبد به بدون علمها، فكانت معذورة. (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، من بحث التناقض في الدعوى في آخر بحث الاستحقاق).

(ي) ومنها: أن من أسلم في دار الحرب ولم تبلغه أحكام الشريعة، فتناول المحرمات جاهلاً حرمتها فهو معذور. (ر: رد المحتار، أوائل باب استيلاء الكفار، من كتاب الجهاد).

وقد ذكر الشيخ محمود حمزة مفتي دمشق في رسالته المسماة «التعارض في التناقض» المطبوعة بدمشق سنة ١٣٠٣هـ مسائل كثيرة من محلات الخفاء التي يعفى عن التناقض فيها فانظرها.

سادسها - العسر وعموم البلوى. وله تيسيرات منها:

(أ) تجوز بيع الوفاء والمزارعة والمساقاة والسلم والإجارة، ولهذا لا تجوز إجارة العين بمنفعة عين مثلها، ولا عقد الإجارة على منفعة غير مقصودة، لعدم تحقق العسر والبلوى.

(ب) ومنها: إباحة نظر الطبيب والشاهد والخطاب، للأجنبية.

(ج) والتيسير على المجتهدين بالاكْتفاء منهم بغلبة الظن.

(د) والعفو عمّا يدخل بين الوزنين في الربويات.

سابعها - النقص، وفيه نوع من المشقة يتسبب عنها التخفيف، وذلك كالصغر، والجنون، والأنوثة.

فالأولان يجلبان التخفيف عن الصغير والجنون لعدم تكليفهما أصلاً فيما يرجع إلى غير خطاب الوضع الآتي بيانه فإنه موجه إليهما.

وأما التخفيف بسبب الأنوثة فمنه عدم تكليف النساء بكثير مما كلف به الرجل، كالجهاد والجزية وتحمل الدية إذا كان القاتل غيرها.

تنبيه:

خطاب الوضع هو خطاب الله تعالى المتعلق بكون الشيء سبباً أو شرطاً:

فالأول: كوجوب العشر والخراج فيما خرج من أرض الصغير والجنون،

ووجوب نفقة الزوجية والأقارب وضمان المتلفات في مالهما، إلا ما قبضاه قرضاً أو وديعة أو عارية أو عيناً اشتريها وتسلمها بدون إذن وليها، فإنها لا تلزمها في الجميع لأنه مسلط عليها بإذن المالك. وكالدية في القتل، وكإقامة التعازير.

والثاني: هو خطاب الله تعالى المتعلق بكون الشيء شرطاً، كما إذا عقد الصغير مع مثله عقداً فاقداً لشرط الصحة فإنه يعتبر فاسداً، ويجب على الحاكم فسخه عليهما إن لم يفسخاه.

وإننا مهما أشبعنا الكلام على هذه القاعدة لانوفها حقها، إذ هي من أمهات القواعد الخمس التي يدور عليها معظم أحكام الفقه. وقد نظمها بعض الشافعية، رضي الله تعالى عنهم، ونفعنا بهم فقال:

خمس مقررة قواعد مذهب للشافعي فكن بهن خبيراً  
ضرر يزال، وعادة قد حكمت، وكذا المشقة تجلب التيسيراً  
والشك لا ترفع به متيقناً، والنية أخلص إن أردت أجنوراً

\*\*\*

## القاعدة السابعة عشرة (المادة / ١٨) «إذا ضاق الأمر اتسع»

### أولاً - الشرح

هذا في معنى المادة / ٢١ / : الضرورات تبيح المحظورات، وتماث القاعدة الفقهية، كما في «مرآة المجلة»: «وإذا اتسع ضاق». وكان في معنى الشق الثاني منها أنه إذا دعت الضرورة والمشقة إلى اتساع الأمر فإنه يتسع إلى غاية اندفاع الضرورة والمشقة، فإذا اندفعت وزالت الضرورة الداعية عاد الأمر إلى ما كان عليه قبل نزوله.

ويقرب منه المادة / ٢٢ / : الضرورة تقدر بقدرها.

### ثانياً - التطبيق

هذه القاعدة من جزئيات القاعدة السابقة، يجتمع تحتها من مسائلها كل ما كان التيسير فيه موقفاً.

ومن جملة ما تفرع عليها غير ما تقدم:

(أ) جواز دفع السارق والباغي ما أمكن إلى أن يندفع شره ولو بالقتل، ولذا قال سيدنا علي، كرم الله وجهه: لا تتبعوا مولياً، ولا تجهزوا على جريح. لأن القصد من القتال كان دفع الضرر، وقد حصل بهربه أو جرحه فلا يجوز الزيادة عليه، لأن ما جاز لعذر امتنع بزواله. (ر: المادة / ٢٣ / من المجلة).

(ب) ومنه: وجوب إنظار المعسر إلى الميسرة.

- (ج) وجواز طعن المزكي في الشهود، وطعن المحدث في الرواة.
- (د) وجواز قبول شهادة الأمثل فالأمثل عند فقد العدالة أو ندرتها.
- (ر: معين الحكام، باب القضاء بشهادة غير العدول للضرورة).
- (هـ) ومنه: عدم وجوب الخروج على الإمام الجائر إذا كان متغلباً وفي الخروج عليه مفسدة.

\*\*\*

## القاعدة الثامنة عشرة (المادة / ١٩) «لا ضَرَر ولا ضِرَار»

### أولاً - الشرح

أي لا فعل ضرر ولا ضرار بأحد في ديننا، أي لا يجوز شرعاً لأحد أن يلحق بآخر ضرراً ولا ضراراً، وقد سبق ذلك بأسلوب نفي الجنس ليكون أبلغ في النهي والزجر.

هذه القاعدة لفظ حديث شريف حسن، رواه ابن ماجه والدارقطني، وغيرهما عن أبي سعيد الخدري وابن عباس وعبادة بن الصامت رضي الله تعالى عنهم مسنداً، ومالك في الموطأ مرسلًا.

والضرار (بكسر الضاد) من ضره وضاره بمعنى، وهو خلاف النفع، كذا قاله الجوهري. فيكون الثاني على هذا تأكيداً للأول، لكن المشهور أن بينهما فرقاً فحمل اللفظ على التأسيس أولى من التأكيد. واختلف في الفرق على أقوال ذكرها ابن حجر الهيتمي في شرح الأربعين النووية، أحسنها: أن معنى الأول إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً، ومعنى الثاني إلحاق مفسدة بالغير على وجه المقابلة له، لكن من غير تقييد بقيد الاعتداء بالمثل والانتصار للحق. وهذا أليق بلفظ الضرار، إذ الفعل مصدر قياسي لفاعل الذي يدل على المشاركة.

القاعدة مقيدة إجماعاً بغير ما أذن به الشرع من الضرر، كالقصاص والحدود وسائر العقوبات والتعازير، لأن درء المفسد مقدم على جلب المصالح، على أنها لم تشرع في الحقيقة إلا لدفع الضرر أيضاً.

ذكرت المجلة ثلاث قواعد بشأن الضرر هي أصول بالنسبة لغيرها: (الأولى) للنهي عن إيقاعه وهي هذه و(الثانية) لوجوب إزالته إذا وقع، وهي القاعدة التي تليها و(الثالثة) لبيان أن إزالته إذا لم تمكن تماماً فبقدر ما يمكن، وهي القاعدة الحادية والثلاثون. وما عداها من مذكر بشأن الضرر، كالقاعدة السابعة، والخامسة والعشرين، وما بعدها إلى نهاية الثلاثين، فليست أصولاً، بل هي ما بين تقييد لغيرها، كالسابعة فإنها قيد لما قبلها وقد تقدم الكلام عليها، أو تكميل لهذه الثلاثة الأصول. وسيأتي الكلام عليها كلها إن شاء الله تعالى.

### ثانياً - التطبيق

يتفرع على هذه القاعدة كثير من أبواب الفقه مما كانت مشروعيته توقيفاً من وقوع الضرر. فمن ذلك:

(أ) اتخاذ السجون، ثم جعلها على صورة مضجرة لا يمكن فيها المسجون من بسط فراش ولا غطاء، ولا من التكسب، ولا يمكن أحد من الدخول عليه للاستئناس، وهو وإن كان أسلم العقوبات فهو من العقوبات العظيمة ومقرون بالعذاب الأليم في قوله سبحانه وتعالى في سورة يوسف: ﴿إلا أن يسجن أو عذاب أليم﴾. فإن من يعلم من الدعار وأهل الفساد أن مثل هذا السجن واقف له بالمرصاد يرتدع ويكف أذاه عن الناس.

على أن منفعة السجن ليست مقصورة على ردع الدعار، بل هناك أيضاً منفعة أخرى وهي وقاية المجرم من إضرار الحاكم به إذا عاقبه في وقت غضبه من جرمه، فإن الحاكم ممنوع شرعاً من معاقبة المجرم وقت غضبه منه لثلاثين يوماً في عقوبته الحد الكافي لجزره، بل يرفعه إلى الحبس رهناً يسكن غضبه فيعاقبه حينئذ بما يستحقه.

(ب) ومن ذلك بعض الخيارات، كخيار الرؤية وخيار الشرط، فإن الأول شرع لدفع الضرر عن المشتري بدخول ما لا يلائمه في ملكه. والثاني شرع للحاجة إلى التروي لثلاثين يوماً في ضرر الغبن.

(ج) ومن ذلك أنواع الحجر، فإنها شرعت توكياً من وقوع الضرر العائد تارة لذات المحجور وتارة لغيره، فإن من وجب حجره إذا ترك بدون حجر قد يضر بنفسه وقد يضر بغيره كما هو ظاهر.

(د) ومنها: الشفعة، فإنها شرعت توكياً من ضرر جار السوء.

(هـ) ومنها: جبر الشريك على العمارة إذا أبأها في ثلاثة محلات وهي: (١) ما إذا كان وصي يتيماً، (٢) أو متولي وقف، (٣) وعند ضرورة تعذر القسمة. فإنه شرع توكياً من تضرر الصغير والوقف والشريك من تداعي العقار للخراب.

(و) ومنها: ما لو باع لآخر ما يتسارع إليه الفساد وغاب المشتري قبل قبضه وقبل نقد الثمن فأبطأ، فللبائع بيعه لغيره توكياً من تضرره بفساده، ولا يرجع على المشتري بشيء لو نقص الثمن الثاني عن الأول (ر: رد المحتار، من كتاب البيوع، متفرقات).

(ز) ومنها: حبس الموسر إذا امتنع عن الإنفاق على أولاده أو قريبه المحرم وجواز ضربه في الحبس إذا أصر على الامتناع، توكياً من وقوع الضرر بأولاده أو قريبه الفقراء ببقائهم بلا نفقة. (ر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، باب القضاء).

(ح) ومنها: ما لو أعار أرضاً للزراعة أو آجرها لها فزرعها المستعير أو المستأجر، ثم رجع المعير أو انتهت مدة الإجارة قبل أن يستحصد الزرع، فإنها تترك في يد المستعير أو المستأجر بأجر المثل إلى أن يستحصد الزرع (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، كتاب العارية). وذلك توكياً من تضرره بقلع الزرع وهو بقل.

(ط) ومنها: ما لو حدث للظئر أثناء مدة الإجارة عذر يسوغ لها فسخ الإجارة، وكان الصغير لم يعد يأخذ ثدي غيرها ولم يستغن بالطعام، فإنها تمنع من فسخها، توكياً من حصول ضرر للصغير (ر: الدر المختار، من كتاب الإجارة، الإجارة الفاسدة، عن الفتاوى التتارخانية).

(ي) ومنها: ما صرح به في كثير من الكتب، من أنه لو انتهت مدة إجارة الطئر، والصغير لا يأخذ ثدي غيرها ولم يستغن بالطعام، فإنها تجبر على إرضاعه بأجر المثل توكياً من تضرر الصغير.

(ك) ومنها: مشروعية الخيار للبائع في فسخ البيع إذا كان يتضرر في غير ما باعه، كما لو باع جذعاً مثلاً من سقف، أو باع حصة شائعة من زرع مملوك له غير مستحصد فإن له الخيار في فسخ البيع في الأولى، لأنه بقلع الجذع يتضرر في غير ما باعه وهو ببقية السقف، وكذلك له الخيار في الثانية إذا طالبه المشتري بالقسمة قبل استحصاد الزرع توكياً من تضرره فيما لم يبعه وهو ببقية الزرع، إذ لا تمكن القسمة إلا بعد قلع الكل (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، من أوائل كتاب الشركة، ومن البيع الفاسد).

(ل) ومنها جواز كسر الدراهم النبرجة، أي المصنوعة من غير الفضة، إذا دفعها لأحد عمّا عليه أو دفعها له لينظر إليها فكسرها الأخذ فلا شيء عليه، بل قالوا: نعم ما صنع لأن في بقائها ضرراً على العوام، إذ قد تقع تلك الدراهم في أيدي من يدلس بها عليهم (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، من آخر كتاب البيوع، متفرقات).

(م) ومنها: ما لو ثبت الحق على المدعى عليه بالبينة وبإقراره وقضي عليه، فإنه يعتبر قضاءً بالإقرار لأنه أقوى<sup>(١)</sup> لكن إذا كان في اعتباره قضاءً بالبينة تحرز عن إيقاع ضرر بالمدعى عليه، فحينئذٍ يعتبر القضاء مستنداً إلى البينة، وذلك كما إذا استحق المبيع من يد المشتري بإقراره وبالبينة وقضي عليه، فإنه يعتبر القضاء مستنداً إلى البينة لا إلى الإقرار، إذ في اعتباره قضاءً عليه بالإقرار إيقاع ضرر به وهو عدم تمكنه من الرجوع على بائعه بالثمن، لأن الإقرار حجة

(١) كذا لو أقر الخصم كان للمقر له أن يأخذ ذلك منه، ولو شهد عنده شهود بالحق فليس له أن يأخذ ما لم يقض به القاضي. (ر: جامع الفصولين، الفصل / ٢٧ /

قاصرة لا يتعدى إلى البائع، بخلاف البيئة فإنه حجة متعدية، فإذا اعتبر القضاء مستنداً إليها يتمكن المشتري من الرجوع على بائعه بالثمن ولا يتضرر.

ومثل دعوى الاستحقاق دعوى الرد بالعيب القديم إذا أقيمت على المشتري من المشتري منه، وثبت قدم العيب بإقراره وبالبيئة، فإنه يعتبر القضاء عليه والحالة هذه قضاءً بالبيئة، تحرزاً عن الإضرار به، ليتمكن من رده على البائع الأول (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، كتاب الدعوى، من باب الاستحقاق).

(ن) ومنها: ما لو اشترى شيئاً فأجره ثم اطلع على عيب قديم فيه فله نقض الإجارة ليرده بالعيب (ر: رد المحتار، كتاب البيوع، من خيار العيب عند قول المتن: كما لا يرجع لوباع المشتري الثوب، وقال بعده: بخلاف رهنه من غيره فإنه يرده بعد فكّه. انتهى). وكان الفرق بين الرهن والإجارة هو أن الإجارة تفسخ بالأعدار وهذا منها، بخلاف الرهن. ثم رأيت في الفصل المكمل الثلاثين من جامع الفصولين صفحة / ٤٩ / معلقاً بهذا.

(س) ومنها: ما لو أعار شيئاً لرهنه المستعير فرهنه بدين عليه ثم أراد المعير استرداده، فله أن يدفع الدين للمرتهن ويأخذ العين المرهونة، ولا يعد متبرعاً بل يرجع بما دفع على الراهن المستعير. وكذلك ما لورهن الأب بدين عليه مال ولده الصغير الذي تحت ولايته، فبلغ الصغير فله أن يقضي دين أبيه ويفك الرهن، ولا يكون متبرعاً بل يرجع على أبيه بجميع ما قضاه عنه (ر: بدائع الصنائع للكاساني، أوائل الرهن صفحة / ١٣٥ /).

(ع) ومنها: ما لو باع المؤجر المأجور من أجنبي بإذن المستأجر وغاب البائع فأدى المشتري من الثمن بدل الإجارة للمستأجر ليسلم له المستأجر المبيع، لا يكون المشتري متبرعاً. (ر: جامع الفصولين، الفصل الثامن عشر، برمز الذخيرة) وعلمه بأنه مضطر للأداء في حال غيبته لتخليص ملكه، كمصير الرهن، ثم نقل بعده عن «العدة» أنه يكون متبرعاً، لكنه لم يضع المسألة في حال غيبة البائع بل أطلقها عن التقييد بغيبة أو حضور، وهو بإطلاقه يخالف

كلام «الذخيرة»، إلا أن يحمل كلام «العدة» على حالة حضور البائع فيرتفع التخالف.

(ف) ومنها: أن المستأجر إذا وجد بالمأجور عيباً قديماً أو حدث فيه عيب وهو في يده، فإنه يستقل بفسخ الإجارة إذا أراد، بلا حاجة إلى رضا المؤجر أو قضاء القاضي، سواء في ذلك أكان قبل القبض للمأجور أم بعده (ر: جامع الفصولين، الفصل الخامس والعشرين، صفحة / ٣٣٩ / بالمعنى<sup>(١)</sup>) وجه استقلال المستأجر بالفسخ مطلقاً أنه لو كلف انتظار رضا المؤجر أو قضاء القاضي لتضرر بجريان الأجرة عليه أثناء ذلك.

(ص) ومنها: ما لو أمر غيره بشراء شيء معلوم بألف مثلاً، فشزاه ولم يقبضه ولم يدفع الثمن إلى البائع حتى أعطى الآخر الثمن للمأمور ليدفعه إلى البائع فأتلف المأمور الثمن وهو معسر فللبائع أن يجبس المبيع إلى أن يأخذ الثمن فإذا دفع الأمر الثمن إلى البائع كان عليه أن يسلمه المبيع، وللأمر أن يرجع على المأمور بالثمن لأنه مضطر في قضائه فهو كمصير الرهن (ر: جامع الفصولين، أوائل الفصل السابع عشر، صفحة / ٢٢٩ / ملخصاً).

(ق) ومنها ما لو اشترى اثنان شيئاً قيمياً<sup>(٢)</sup> وغاب أحدهما فللحاضر دفع كل ثمنه وقبضه وحبسه عن شريكه إذا حضر حتى ينقد له ثمن حصته، لأنه مضطر، ويجبر البائع على قبول كل الثمن من الحاضر ودفع كل المبيع له (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، من كتاب البيوع، متفرقات) فتجوزهم

(١) الظاهر أن وجه استقلال المستأجر بالفسخ مطلقاً رضي المؤجر أو قضى القاضي أو لا أنه لو كلف انتظار رضا المؤجر أو قضاء القاضي لتضرر بجريان الأجرة عليه أثناء ذلك، فدفماً للضرر عنه كان له الانفراد بالفسخ، وإن كان قبض المأجور بخلاف الرد بالعيب في المبيع فإن المشتري لا يملكه بعد القبض إلا برضا البائع أو قضاء القاضي، ولا ضرر عليه في ذلك، واحتمال هلاك المبيع في يده، فإنه إذا هلك في يده والحالة هذه يهلك عليه، أمرٌ موهوم غير محقق الوجود، بخلاف جريان الأجرة على المستأجر فإنه أمر محقق.

(٢) قيد بالقيمي إذ المثلي كالبر ونحوه مما يمكن قسمته فلا جبر على دفع الكل كما استظهره في رد المحتار من المحل المذكور، أي بل يقسم ويأخذ الحاضر حصته منه.

قضاء دين الراهن والبائع بلا أمره وإثباتهم حق الرجوع للمعير والصغير والمشتري في هذه الصور إنما كان لدفع ضرر حبس ملكه عنه.

(ر) ومنها: ما لو استقرض بالمراوحة إلى أجل معلوم ثم حل الدين بموت المدين أو وفاة المدين قبل حلول الأجل فليس للدائن من المراوحة إلا بقدر ما مضى من الأيام (ر): الدر المختار وحاشيته رد المحتار، كتاب البيوع، آخر باب التصرف في المبيع والثمن).

(ش) ومنها: إبطال إقرار ذي اليد لشخص ثالث بالعين المدعى بها قبل الحكم بعد أن أقام المدعي شاهداً واحداً أو شاهدين. وكذا إبطالهم بيعة العين المدعى بها من شخص ثالث بعد أن برهن عليه المدعي قبل أن يحكم له (ر): ماسياتي في الكلام على المادة / ٧٩ / نقلاً عن جامع الفصولين، الفصل الثالث) وذلك دفعاً لضرر هذا الإقرار وضرر هذا البيع من ذي اليد على المدعى.

(ت) ومنها: ما لو أحدث الغاصب في العين المغصوبة ما يقطع حق المالك في استردادها، كما إذا كان المغصوب كرباساً فقطعه وخاطه ثوباً أو كان حديداً فصنعه سلاحاً مثلاً أو كان نحاساً فصنعه آنية ثم مات الغاصب أو حجر عليه وكان له غرماء فإن المالك يجعل أحق بالعين المغصوبة من سائر الغرماء حتى يأخذ منها حقه، وهذه العين المحبوسة لحق المغصوب منه إذا هلكت قبل أن يستوفي منها حقه تكون مضمونة على الغاصب، ولا تكون مضمونة بهذا الهلاك على المغصوب منه ضمان الرهن، وإن كانت محبوسة لحقه، كل ذلك دفعاً للضرر عن المغصوب منه. فقد قال صاحب جامع الفصولين ما لفظه: وفي كل موضع ينقطع حق المالك فالمالك أحق بذلك الشيء من الغرماء حتى يأخذ حقه فلو ضاع فهو من مال غاصبه ولم يكن كرهن (ر): جامع الفصولين، الفصل الثالث والثلاثين، صفحة / ١٣٤ / برمز الذخيرة).

(ث) ومنها: ما لو قال لآخر: بايع فلاناً وما بعته فعلي، كان كفيلاً بثمان ما يبيعه إياه، ولكن له أن يرجع عن هذه الكفالة قبل أن يبيعه، فإذا قال

للمكفول له: رجعت عن كفالي بطلت (ر: رد المحتار، كتاب الكفالة، عند قول المصنف: ما غصبك فلان فعلي). وذلك دفعاً لما عساه يلحقه من الضرر من هذه الكفالة، إذ المرء لا يجبر على تحمل الضرر وإن رضي به، وليس في رجوعه قبل المبايعة ضرر على المكفول له.

(خ) ومنها: أن الوكيل بشراء شيء معين لا يملك أن يشتريه لنفسه من غير أن يعلم الموكل بأنه يريد أن يشتريه لنفسه، كما ذكره في الوكالة، فمنعهم له عن شرائه لنفسه إنما كان دفعاً للضرر عن الموكل، إذ عساه أن يتضرر من عدم الحصول على مقصوده ليسد حاجته.

(ذ) ومنها: منعهم شراء الحبوب وإخراجها من بلدة يضر بأهلها، فقد قال صاحب جامع الفصولين: وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى لو أن أعراباً قدموا الكوفة وأرادوا أن يمتاروا منها ويضر ذلك بأهلها أمنعهم عنه، ألا يرى أن أهل البلدة يمنعون عن الشراء للحكرة؟ فهذا أولى.

(ض) ومنها: أنهم لم يجوزوا شهادة العدو على عدوه إذا كانت العداوة دنيوية (ر: المادة / ١٧٠٢ / من المجلة). وأوجبوا فسخ حكم الحاكم إذا كان بين المحكوم عليه والحاكم أو بينه وبين ابنه أو بينه وبين أبويه عداوة دنيوية بينة، فقد قال في معين الحكام: الثالث إن كان قيامه لعداوة بينه وبينه أي بينه وبين القاضي، أو بينه وبين ابنه أو بينه وبين الأبوين وجب الفسخ (ر: معين الحكام، فصل في قيام المحكوم عليه بطلب فسخ الحكم) وقال في معين الحكام أيضاً: في أوائل الركن الخامس المقضي عليه: ولا يحكم على عدوه كما لا تجوز شهادته عليه في رواية.

وما أحسن هذا في زماننا، كل ذلك لثلا يصل إلى المشهود عليه أو المحكوم عليه ضرر من هذه العداوة، لأنها تحمل الشاهد على المجازفة في شهادته عليه، وتحمل الحاكم على التحامل عليه، إلا من رحم الله؛ وقليل ما هم.

وقد نقل في «لسان الحكام»، في نوع فيمن تقبل شهادته ومن لا تقبل،

عن شارح المنظومة الوهبانية أنه توقف في جواز قضاء القاضي على عدوه، وقال: لم أقف على هذا في كتب أصحابنا، ثم بحث أنه إذا كان قضى عليه بعلمه فينبغي أن لا ينفذ، وإن بشهادة العدول وبمحضر من الناس فينبغي أن يجوز. انتهى. والمنقول في المذهب عدم الجواز بلا تفصيل، كما ذكرناه، ولا عبرة بالبحث إذا خالف المنقول.

(ظ) ومنها: أن المعروفين بالدعارة والفساد يستدام حبسهم حتى تظهر توبتهم (ر): أحد فصول القسم الثالث من الكتاب في القضاء بالسياسة الشرعية من «معين الحكام»، صفحة / ٢١٥ و ٢١٨ / نقلاً عن الخلاصة). فقد جوزوا إدامة حبسهم إلى أن تظهر عليهم علامة التوبة، من غير أن يثبت عليهم بالقضاء بطريقه الشرعي ما يوجب ذلك بعد أن كانت دعارتهم مستفيضة معروفة، دفعاً لضررهم عن العباد، ولو أنيط ذلك بثبوتهم بطريقه الشرعي ملؤوا الدنيا فساداً لندرة ثبوته عليهم بالبيّنة أو بإقرارهم.

(غ) ومنها: أن المدعي إذا انكشف للحاكم أنه مبطل في دعواه فإنه يؤدبه، وأقل ذلك الحبس، ليندفع بذلك أهل الباطل واللدن (ر): الفصل الثاني من القسم الثالث من «معين الحكام» المذكور. والظاهر أن مرادهم بالمبطل في دعواه: من تعمد البطل فيها، لا كل من ظهر أن الحق في جانب خصمه.

(غ/أ) ومنها: عدم تصحيحهم عزل الوكيل ببيع الرهن فيما لو وكله ببيعه وإيفاء الدين من ثمنه إذا لم يؤد الدين عند حلول الأجل، وعدم تصحيحهم عزل وكيل الخصومة إذا كان توكيله بطلب المدعي عند إرادة المدعي عليه السفر، لأن عزل الوكيل في هاتين الصورتين يضر بحق المرتهن في الأولى وبحق المدعي في الثانية، كما نصوا عليه في الرهن والوكالة.

ومثل هاتين الصورتين: ما لو اشترى شيئاً بخيار للمشتري وأخذ وكيلاً من البائع ليرد عليه المبيع بحكم الخيار إذا غاب البائع، فإنه يظهر من كلامهم في باب خيار الشرط أنه لا يملك الموكل عزله في هذه الحالة، لأن عزله يضر بالمشتري.

(غ/ب) ومنها: ما لو كانت الفلوس النافقة ثمناً في البيع، أو كانت قرضاً، فغلت أو رخصت بعد عقد البيع أو بعد دفع مبلغ القرض، فعند أبي يوسف: تجب عليه قيمتها يوم عقد البيع ويوم دفع مبلغ القرض (ر: رد المحتار، من أوائل كتاب البيوع، عند قول المتن: وصح بضمن حال ومؤجل إلى معلوم، وبخلاف جنسه) ونقل هناك ترجيحه عن الكثيرين، فقد أوجبوا قيمة الفلوس النافقة يوم البيع، وقيمتها يوم دفع القرض، في صورة ما إذا غلت، دفعاً للضرر عن المشتري والمستقرض، وأوجبوا قيمتها كذلك في صورة ما إذا كسدت أو رخصت، دفعاً للضرر عن البائع والمقرض.

هذا والذي يظهر أن الورق النقدي المسمى الآن بالورق السوري الراجح في بلادنا الآن، ونظيره الراجح في البلاد الأخرى، هو معتبر من الفلوس النافقة، وما قيل فيها من الأحكام السابقة يقال فيه، لأن الفلوس النافقة هي ما كان متخذاً من غير النقدين - الذهب والفضة - وجرى الاصطلاح على استعماله استعمال النقدين، والورق المذكور: من هذا القبيل. ومن يدعي تخصيص الفلوس النافقة بالمتخذ من المعادن فعليه البيان.

#### تنبيه:

إن ما نقلناه من أحكام الفلوس النافقة عن «رد المحتار» قد ذكره كما ترى في صورتى البيع والقرض، ولا يخفى أن الثمن في البيع والمبلغ المدفوع في القرض يثبتان في ذمة المشتري والمستقرض، وهما من المضمونات، والحكم فيها هو ما نقلناه.

أما لو كانت الفلوس النافقة معقوداً عليها ومدفوعة في عقد تعتبر فيه أمانة في يد القابض، كالمضاربة، فإن رب المال إذا أراد استرداد رأس ماله من المضارب فله أن يسترد مثله لا غير، من غير أن ينظر إلى غلاء أو رخص، وله أن يقاسم المضارب مال المضاربة ويأخذ منه بقيمة رأس ماله وتعتبر فيه القيمة يوم القسمة لا يوم الدفع، فقد نقل في كتاب المضاربة من «رد المحتار» قبيل المتفرقات، عن القنية ما لفظه: أعطاه دنانير مضاربة ثم أراد القسمة، له أن يستوفي دنانير وله أن يأخذ من المال بقيمتها وتعتبر بقيمتها يوم القسمة لا يوم

الدفع . انتهى . وما ذكره من الحكم في الدنانير يجري نظيره في الفلوس النافقة بالأولى، فلا تعتبر قيمتها يوم الدفع إذا غلت أو رخصت، وذلك لأن مال المضاربة أمانة في يد المضارب، ويده عليه كيد رب المال، فهو بمنزلة ما لو كان رأس المال باقياً بعينه تحت يده، فلا يلزمه إلا رده بذاته من غير نظر إلى غلاء أو رخص، وحيث صار بالصرف المأذون به عروضاً فلا يلزمه إلا رد مثله إن اختار رب المال ذلك، وإن أراد القسمة مع المضارب يأخذ بقيمتها يوم القسمة لا يوم الدفع، إذ بالدفع له لم يثبت في ذمته ولم يدخل في ضمانه .

وقد ذكر السرخسي في «المبسوط» في الجزء الثاني والعشرين منه من باب المضاربة بالعروض صفحة / ٣٤ / فيما لودفع رجل إلى آخر فلوساً مضاربة بالنصف فاشتري المضارب بها ثوباً ودفعها وقبض الثوب ثم كسدت، فالمضاربة جائزة على حالها (واحترز بقوله: «ثم كسدت» عما إذا كسدت قبل الشراء، فقد قدم في «المبسوط» من الباب المذكور أنها لو كسدت قبل الشراء فسدت المضاربة فإذا باع الثوب بدراهم أو عرض فهو على المضاربة، فإن ربح وأرادوا القسمة أخذ رب المال قيمة فلوسه يوم كسدت، لأنه لا بد من رد رأس المال إليه، ورأس المال كان فلوساً رائجة، وهي للحال كاسدة، فقد تعذر رد مثل رأس المال، وقد تحقق هذا التعذر يوم الكساد فتعتبر قيمتها في ذلك الوقت . انتهى ملخصاً، وقد نقله في متفرقات المضاربة في الفتاوى الهندية بأخصر من هذا .

فقد اعتبر قيمة الفلوس يوم الكساد ولم يعتبر قيمتها يوم العقد ولا يوم الدفع كما في البيع والقرض . وقول المبسوط: «فقد تعذر رد مثل رأس المال» يفيد أنه لو أمكن رد مثله بأن بقيت الفلوس رائجة يرد مثلها فقط من غير نظر إلى غلاء أو رخص .

وقد صارت هذه القضية حادثة الفتوى، وسئلت عنها فأفتيت فيها بذلك مستنداً إلى النقلين المذكورين، وعلمت أن غيري ممن سئلوا أفتوا برد قيمتها يوم العقد في المضاربة، بغير تفرقة بين المضمونات والأمانات، بينما النقل هو ما ذكرته، والله المرشد للصواب .

واستقصاء ما يمكن تفريعه على هذه القاعدة من المسائل تنقطع الآمال دون الوصول إليه، وفيما ذكرناه من التفاريع مستوضح لذي لب.

### تنبيه:

إن تفسير لفظة: «ولا ضرار» بالمعنى السابق الذي ذكرناه في صدر الكلام على المادة هو بمعنى قول المجلة، في المادة / ٩٢١ / «ليس للمظلوم أن يظلم غيره» وهو بإطلاقه شامل للظالم أيضاً، فليس للمظلوم أن يظلمه أصلاً، بل له أن يتخلص من ظلمه ويأخذ الحق منه ويسعى وراء رذعه عن الظلم بما يكفي رادعاً لأمثاله عن المعاودة، كما يعلم ذلك من مراجعة أحكام التعزير، أما ما زاد على ذلك فلا يجوز، قال الله تعالى: ﴿ولن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل، إنما السبيل على الذين يظلمون الناس ويبغون في الأرض بغير الحق﴾.

ولهذا لم يجوز الشرع لأحد الاعتداء على حق أحد ولو كان غاصباً، فلو غصب أرضاً مثلاً وزرعها فجاء ربهها، فإذا أن يكون الزرع قد نبت أولاً، وإذا كان نبت فإذا أن يكون قد استحصد أولاً، فإن كان نبت واستحصد فهو للغاصب، وللمالك أن يرجع بنقصان أرضه، وإن كان نبت ولم يستحصد فللمالك أن يأمر الغاصب بقلعه وتفريغ ملكه، فإن أبى يقلعه بنفسه أو يرفع الأمر للحاكم ليقضه، وإن كان لم ينبت فالمالك مخير إن شاء تراكها حتى ينبت فيأمره بقلعه وإن شاء أعطاه ما زاد البذر في الأرض فتقوم مبدورة يبذر يجب قلعه إذا نبت وتقوم غير مبدورة، فيعطى فصل ما بينهما؛ وهو الأصح، وعن أبي يوسف أنه يعطيه مثل بذره؛ ورجح بعلامة المختار، (ر: جامع الفصولين وحاشيته للرمل، الفصل الثاني والثلاثين، صفحة / ١٠٠ - ١٠١) والظاهر أنه في صورة ما إذا كان الزرع لم ينبت بعد واختار المالك تركها إلى أن ينبت فإنها تترك بأجر المثل لا مجاناً، وهو داخل تحت قول صاحب جامع الفصولين، في المحل المذكور برمز «الواقعات»: قال أبو يوسف رحمه الله: لو غصب أرضاً وزرعها ولم تنبت حتى جاء ربهها فهو مخير لو شاء ترك بذره فيها بأجر المثل ولو شاء ضمن البذر للغاصب. انتهى.

فانظر كيف حفظ الشرع حق الغاصب ولم يتساهل فيه، بل أوجب له ما زاد بذره في قيمة الأرض، على ما هو الأصح، أو أوجب له مثل بذره، على ما هو المختار، مع كونه ألقاه باختيابه في أرض الغير بلا حق يسوغ له ذلك؛ وذلك لأن فعله هذا لا يخرج البذر عن كونه ملكاً له محترماً، وإذا كان كذلك فلا يجوز ظلمه بتفويته عليه بلا عوض، وذلك غير مناف لوجوب ردعه عن ظلمه بما يكفي زاجراً له عن العود إلى مثله.

وكذلك لو غصب ثوباً فصبغه. فالمالك مخير بين ترك الثوب له وأخذ قيمته منه غير مصبوغ وبين أخذه مصبوغاً ويعطي للغاصب ما زاد الصبغ فيه (ر: الدر المختار، من كتاب الغصب، والمادة / ٨٩٨ / من المجلة).

هذا وكما لم يجوز الشرع ظلم الغاصب بتفويت ملكه عليه لم يجوز مجاوزة الحد في تضمينه غير ما تناوله فعله وورد عليه مباشرة، ولذا كانت زوائد المغصوب أمانة لا تضمن بدون تعدٍ أو منع لها عن المالك، فلو غصب بقرة مثلاً فولدت عنده فهلك ولدها في يده بلا تعد ولا منع له عن المالك، أو غصب كرمًا مثلاً فأثمر في يده ثم هلك الثمر كذلك في يده بلا تعدٍ ولا منع له عن المالك يهلك أمانة، لأنه لم يرد عليه الغصب مباشرة (ر: الدر المختار وغيره في كتاب الغصب).

وكذلك لو أ تلف لغيره مثلياً ثم التقيا في بلد آخر قيمة المتلف من المثلي فيه أكثر من قيمته في بلد الغصب، فالغاصب مخير بين إعطاء مثله وإعطاء قيمته الاعتبارية في بلد الغصب ما لم يرض المالك بتأخير المطالبة بالمثل إلى بلد الغصب (ر: جامع الفصولين، الفصل الثالث والثلاثين، صفحة / ١٣٠ /) فلم يوجب الشرع المثل في الصورة المذكورة على الغاصب حتماً بل خيره وسوغ له دفع القيمة مع أن المثلي مضمون بمثله، ولم يجوز إضراره وإن كان ظالماً، ولذا يشترط في دعوى غصب المثلي غير التقدين ذكر مكان الغصب، ليعلم هل للمدعي حق المطالبة (ر: جامع الفصولين، المحل السابق).

obeikandi.com

## القاعدة التاسعة عشرة (المادة / ٢٠) «الضرر يُزال»

### أولاً - الشرح

«الضرر يزال» أي تجب إزالته، لأن الأخبار في كلام الفقهاء للوجوب. وهذه هي القاعدة الثانية من القواعد الثلاث الأصول المسوقة بشأن الضرر، من حظر إيقاعه، ووجوب إزالته بعد الوقوع، كما ذكرناه تحت القاعدة السابقة، وهذه هي المسوقة لبيان وجوب إزالته إذا وقع.

### ثانياً - التطبيق

مما يتفرع على هذه القاعدة:

( أ ) ما لو استقرض من الفلوس النافقة مبلغاً فكسدت، فعليه قيمتها عندهما<sup>(١)</sup>، ورجح قولها، ثم إنها اختلفا، فقال محمد: عليه قيمتها في آخر أيام رواجها؛ ورجح بعلامة الفتوى، وقال أبو يوسف: عليه قيمتها يوم القبض؛ ورجح أيضاً بأن عليه الفتوى، وبأنه أنظر للمقرض من قول محمد، وأيسر لأن ضبط قيمته يوم الانقطاع عسر، وكما رجحوا قول أبي يوسف في كساد الفلوس رجحوا قوله أيضاً فيما لو غلت أو رخصت بأنه تجب قيمتها يوم البيع لو كانت ثمناً ويوم القبض لو كانت قرضاً. (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، من فصل القرض ملخصاً).

(١) أي عند صاحبين.

(ب) ومنه: ما لو استقرض طعاماً بالعراق فأخذه المقرض بمكة مثلاً وقيمة الطعام فيها أعلى أو أرخص، فعليه قيمة الطعام يوم القرض في بلد المقرض عند أبي يوسف، وقوله الراجح (كما في المحل المذكور من الدر المختار وحاشيته رد المحتار).

فإيجاب قيمة الفلوس يوم صيرورتها ديناً في الذمة بالقبض أو بالبيع، وإيجاب قيمة الطعام في بلد القرض مع أنها مثليان أيضاً؛ إزالة للضرر عن المقرض والبائع فيما إذا رخصا، وعن المستقرض والمشتري فيما إذا غلبا. انتهى.

(ج) ومنه مشروعية خيار التغيرير القولي في البيع إذا كان معه غبن فاحش، سواء كان التغيرير من البائع للمشتري أو من المشتري للبائع، أو كان من الدلال لأحدهما، فإن المغرور يخير بين إمضاء البيع أو فسخه واسترداد ماله من مبيع أو ثمن. (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، من باب المراجعة والتولية، ومن باب الاستحقاق عند قول الشارح: شرى داراً وبنى فيها فاستحققت).

(د) ومنه مشروعية ضمان التغيرير، فإن الغار يضمن للمغرور ما تضرر بسبب تغيريره له، وذلك في ثلاث مسائل:

المسألة الأولى - أن يكون التغيرير واقعاً في ضمن عقد المعاوضة، ولو كان فاسداً، أو كان غير مالي كعقد النكاح، فلو باع مال غيره فضولاً وقبض ثمنه فهلك في يده ولم يجز المالك بيعه، وكان المشتري حين دفع له الثمن لا يعلم أنه فضولي، فإنه يضمن له الثمن. (ر: جامع الفصولين، الفصل الرابع والعشرين صفحة / ٣١٧).

وكذا لوزوجه امرأة على أنها حرة فولدت منه ثم ظهرت أمة واستحققت وضمّنه المستحق قيمة الولد، لأن ولد المغرور حر بالقيمة، رجع على المزوج. (ر: رد المحتار، قبيل الفروع التي قبل كفالة الرجلين من كتاب الكفالة).

وكذا لو قال رجل لآخر: «بايع ابني هذا» أي أضافه لنفسه وأمره بمبايعته

«فقد أذنت له بالتجارة» فبايعه ثم ظهر أنه ابن الغير، فإن المأمور يرجع على الأمر بضمن ما باعه.

وكما لو اشترى داراً مثلاً ثم بنى فيها ثم استحقت وقلع بناؤه فإن له أن يسلم النقص لبائعه ويرجع عليه بقيمة البناء مبنياً يوم تسليمه، سواء كانت أكثر من قيمته يوم بناه أو أقل. وقولهم: «شري داراً ثم بنى فيها... إلخ». للاحتراز عما إذا بنى الدار ثم اشترى أرضها فاستحقت، فإنه لا يرجع والحالة هذه بقيمة البناء. (ر: معين الحكام، من فصل المشتري يرجع على وكيل البيع، من الباب التاسع والثلاثين). وعدم الرجوع في هذه الصورة لكون البناء قبل الشراء فلم يكن في ضمن المعاوضة.

هذا، ثم إذا رجع المشتري المغرور على البائع الغارّ بقيمة البناء إذا سلمه النقص فإنما يرجع بما يمكن نقضه وتسليمه وله قيمة فلا يرجع بما لا قيمة له بعد النقص كتطيينها. وكما لا يرجع في ذلك لا يرجع فيما غرمه للمستحق لقاء منفعة استوفاهها، كما لو نقصت الأرض المستحقة بزراعة لها وضمنه المستحق نقصانها، فإنه لا يرجع على بائعه بما ضمنه لنقصانها، وكما لو ظهرت الدابة المشتراة وقفاً أوليتيم أو معدة للاستغلال، فضمنه المستحق بدل منفعتها عن المدة الماضية عنده، فإنه لا يرجع على بائعه بما ضمنه من البدل، لأنه كان لقاء منفعة استوفاهها، بالزراعة في الأولى، وبالسكنى بالفعل — أو بالتمكن منها — في الثانية.

**المسألة الثانية** — أن يكون التغيرير في ضمن قبض يرجع نفعه إلى الدافع، كوديعة وإجارة، فلو هلكت الوديعة أو العين المأجورة ثم استحقت وضمن المستحق الوديعة أو المستأجر رجع بما ضمنه على الدافع من مودع أو مؤجر.

ومثل الوديعة والإجارة المذكورين الرهن، فلورهنه عيناً ثم هلكت في يده ثم استحقت وضمنها المستحق للمرتن رجع على الدافع، وهو الراهن، بما ضمن.

**المسألة الثالثة** — إذا ضمن الغار للمغرور صفة السلامة نصاً، كما إذا قال لآخر: «اسلك هذا الطريق فإنه آمن، وإن سلكته وأخذ مالك فأنا ضامن»،

فسلكه وأخذ ماله فإنه يضمن. (ر: الدر المختار وحاشيته، من الاستحقاق والغصب قبل الفصل، وآخر المراجعة والتولية، ومن الفصل السادس عشر من جامع الفصولين، صفحة ٢١٧/).

### تنبيه:

إن ما تقدم من حصرهم ضمان التغيرير في المسائل الثلاث المذكورات غير ظاهر، فإن هناك مسائل أخر يجب فيها الضمان بسبب التغيرير وليست داخله تحت إحدى الثلاث المذكورة أصلاً. منها:

(أ) ما إذا أعار لغيره أرضاً مدة معلومة للبناء أو للغراس، فبنى المستعير فيها أو غرس، ثم رجع المعير قبل انتهاء المدة المضروبة، فإن له أن يكلفه قلع البناء والغرس ويضمن المعير للمستعير ما نقص البناء والغرس بالقلع، وذلك بأن يقوم قائماً إلى نهاية المدة، ويقوم مقلوعاً - أي مستحق القلع في الحال - فيضمن فرق ما بينها بسبب تغيريره له، بالتوقيت ثم رجوعه قبل انتهاء الوقت. فلو قوم مستحق القلع بخمسة مثلاً، وقوم مستحق البقاء إلى نهاية المدة بعشرة، يضمن للمستعير فرق ما بينها وهو خمسة. (ر: الدر المختار وحاشيته، في العارية).

(ب) ومنها: ما سياتي في الكلام على القاعدة التاسعة والثمانين، من أنه لو أمر غيره بالحفر في جدار دار، وهو ساكن فيها، وهي لغيره، فحفر، فضمن المالك الحافر، فإنه يرجع بما ضمن على الأمر إذا كان لا يعلم أن الدار لغيره، لأنه غره. وكذا يرجع عليه لو لم يكن ساكناً في الدار، ولكن قال له: احفري فإنه يعد مغروراً من قبله فيرجع عليه.

(ج) ومنها: أن شهود القيمة أو القسمة إذا قوموا أموال اليتامى والأوقاف بغبن فاحش<sup>(١)</sup> وهم يعلمون، أو غبنوا الوقف في الاستبدال، أو أخبروا بوجود

(١) عرّف فقهاء الحنفية الغبن الفاحش بأنه: ما لا يدخل تحت تقويم المقومين من أهل الخبرة. فلو قوم السلعة أحدهم بمائة درهم، وقومها الثاني بخمسة وتسعين، وقومها الثالث بتسعين مثلاً، فبيعها بما بين التسعين والمائة فيه غبن يسير، وبالتسعين فما دونها =

المسوغ ولم يكن هناك مسوغ وهم عالمون بذلك فإنهم يضمنون النقص.  
(ر: الدر المختار وحاشيته، آخر الغصب نقلاً عن الوهبانية وشرحها للشرنبلالي،  
بتصرف).

فكل تلك التضمنات من قبيل ضمان التغير، وليست من الثلاث  
المتقدمة.

وقد ذكر في رد المحتار هناك ما يفيد أن كون المال المقوم وقفاً أوليتيم غير  
قيد، بل خرج مخرج المعتاد من التساهل في مالهما، وإلا فغير الوقف ومال اليتيم  
كذلك.

تنبيه آخر:

قال الطرابلسي الحنفي في «معين الحكام» في (فصل في التسبب  
والدلالة): ولو قال الطحان لرب البر اجعل البر في الدلو، فجعله فيه، فذهب  
من الثقب إلى الماء، والطحان كان عالماً به، يضمن، إذ غره في ضمن العقد  
وهو يقتضي السلامة. انتهى.

وهذا يفيد أن الغرور الموجب للرجوع في ضمن عقد المعاوضة لا يشترط  
فيه أن يكون في صلب العقد، بل يكفي أن يكون مترتباً عليه، كما في الفرع  
المذكور، ويؤيد ذلك أيضاً بعض الفروع المتقدمة ها هنا.

\*\*\*

= غبن فاحش للبائع، وبالمائة فما فوقها غبن فاحش للمشتري.  
ثم حدّد المتأخرون من الفقهاء الغبن الفاحش، للتيسير في الفتوى والقضاء والتطبيق،  
بأنه ما بلغ خمس القيمة في العقار، وعشرها في الحيوان، ونصف العشر في العروض  
وسائر المنقولات. وهذا أخذت مجلة الأحكام العدلية في المادة / ١٦٥ / منها.

obeikandi.com

## القاعدة العشرون (المادة / ٢١) «الضرورات تبيح المحظورات»

### أولاً - الشرح

هذه القاعدة من فروع القاعدتين / ١٧ و ١٨ / لأن ما تفرع عليها يمكن أن يتفرع على تينك، فإن من فروعها: جواز إتلاف مال الغير إذا أكره عليه بملجىء. (ر: ما تقدم في الكلام على المادة / ١٧). وجواز أخذ الدائن مال المديون الممتنع عن الأداء إذا ظفر، وإن كان من خلاف جنس حقه في زماننا.

وقيد بعض الشافعية، رضي الله تعالى عنهم، القاعدة المذكورة بأن لم تنقص الضرورة عن المحظورات، فإذا نقصت فإنه لا يباح له المحظور.

وقواعدنا لا تأباه، فقد ذكروا أنه إذا دار الأمر بين السنة البدعة فتركه أولى، وإذا دار بين الواجب والبدعة ففعله أولى. وذكروا أنه لو دفن الميت بلا كفن لا ينبش، لأن هتك حرمة أشد من تركه بلا كفن. ويؤيده أيضاً المواد / ٢٧ و ٢٨ و ٢٩ / الآتية.

\*\*\*

obeikandi.com

## القاعدة الحادية والعشرون (المادة / ٢٢) «الضرورات تقدر بقدرها»

### أولاً - الشرح

هي في قوة التقييد للمادة / ٢١ / بمعنى ما فسرنا به قولهم في تنمة المادة / ١٨ / : «وإذا اتسع ضاق».

وفائدة وضع هذه القاعدة عقب السابقة التنبيه على أن ما تدعو إليه الضرورة من المحظورات إنما يرخص منه القدر الذي تندفع به الضرورة فحسب. فإذا اضطر الإنسان لمحظور فليس له أن يتوسع في المحظور، بل يقتصر منه على قدر ما تندفع به الضرورة فقط.

### ثانياً - التطبيق

ومن جملة ما يتفرع على هذه القاعدة:

(أ) أن المشتري إذا ادعى بالمبيع عيباً لا يطلع عليه إلا النساء، فإنه يقبل فيه لأجل توجيه الخصومة فقط قول الواحدة العدل، والثتان أحوط. فإن قالت واحدة أو ثنتان أن العيب المدعى به قائم يحلف البائع ولا يثبت حق الرد بشهادة النساء وحدهن، لأن ثبوت العيب بشهادتهن ضروري، ومن ضرورته ثبوت توجيه الخصومة دون الرد، فيحلف البائع فإن نكل تأيدت شهادتهن بنكوله فيثبت الرد. (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، من خيار العيب، نقلاً عن القدوري، قبيل قول المتن: استحق بعض المبيع).

(ب) ومنها: أن من اضطر لأكل مال الغير فإن الضرورة تقتصر على إباحة إقدامه على أكل ما يدفع به الضرورة بلا إثم فقط، ولكن لا تدفع عنه الضمان. (ر: ما يأتي في المادة / ٣٣).

(ج) ومن ذلك من أكره على اليمين الكاذبة فإنه يباح له الإقدام على التلفظ مع وجوب التورية والتعريض فيها إن خطرت على باله التورية والتعريض، فإن في المعارض مندوحة.

\*\*\*

## القاعدة الثانية والعشرون (المادة / ٢٣) «ما جاز لعذر بطل بزواله»

### أولاً - الشرح

هي في قوة التقييد للمادة / ٢٢ / بأن إباحة المحظور للضرورة مقيدة بمدة قيام الضرورة. أو أنها في قوة التعليل للمادة قبلها.

### ثانياً - التطبيق

( أ ) لو آلى من زوجته وهو مريض فإن فيئه إليها بالقول، ولكن إذا مرضت الزوجة ثم برىء وبقيت مريضة فإن فيئه بالوطء لا باللسان، لأن تبدل أسباب الرخصة يمنع من الاحتساب بالرخصة الأولى. (ر: رد المحتار، في باب الظهار).

(ب) وكذا يجوز تحميل الشهادة للغير بعذر السفر أو المرض، فإذا زال ذلك العذر قبل أداء الفرع للشهادة بطل الجواز.

(ج) وكذا يتفرع على المادة ما جاء في المادة / ٥١٧ / من المجلة فلتراجع.

( د ) وكذا ما لو اشتراه فأجره ثم اطلع على عيب قديم فيه فله فسخ الإجارة بعذر الرد بالعيب. (ر: رد المحتار، من خيار العيب)، فإذا زال العيب امتنع حق الفسخ.

( هـ ) مما يتفرع على هذه المادة ما لو وقع الحريق في دار المودع فدفعها إلى

أجنبي لم يضمن، فلوفرغ من ذلك ولم يستردها يضمن، إذ يجب عليه الاسترداد لأن الإيداع عقد غير لازم فكان لدوامه حكم الابتداء. (ر: جامع الفصولين، الفصل الثالث والثلاثين، صفحة / ١٤٩ - ١٥٠).

\*\*\*

## القاعدة الثالثة والعشرون (المادة / ٢٤) «إذا زال المانع عاد الممنوع»

### أولاً - الشرح

هذا نصها كما في أوائل باب الحضانة من كتاب الدرر.

أفادت هذه القاعدة حكم عكس ما أفادته القاعدة السابقة، فإن السابقة أفادت حكم ما جاز بسبب ثم زال، وهذه أفادت حكم ما امتنع لسبب ثم زال السبب المانع.

المراد بلفظ «عاد» من قولهم: «عاد الممنوع»: (ظهر) أو (حصل)، ليشمل ما وجد في أصله ممتنعاً بمانع ثم زال، كما في بعض الفروع الآتية.

### ثانياً - التطبيق

يتفرع على هذه القاعدة مسائل:

(أ) منها: ما لو أوصى لوارث ثم امتنع إرثه بمانع صحت، كما لو أوصى لأخيه ثم ولد له ابن ثم مات الموصي.

(ب) ومنها: ما لو وهب حصة شائعة قابلة للقسمة ثم قسم وسلمها صحت الهبة.

(ج) ومنها: ما لو وهب عيناً لآخر فزاد الموهوب له فيها زيادة متصلة غير متولدة حتى امتنع حق الرجوع، فإذا زالت تلك الزيادة عاد حق الرجوع.

(د) ومنها: ما لو عوض الموهوب له الواهب عن هبته امتنع حق الرجوع، فإذا استحق العوض عاد حق الرجوع.

(هـ) ومنها ما لو انهدمت الدار المأجورة سقطت الأجرة، فإذا بناها المؤجر في المدة قبل أن يفسخ المستأجر الإجارة عادت في المستقبل.

(و) ومنها: ما لو اطلع على عيب قديم في المبيع له رده، ولكن إذا حدث عنده عيب آخر امتنع الرد، فإذا زال العيب الحادث ولو بمداواة المشتري عاد حق الرد.

(ز) ومنها: ما لو رهن المشتري المبيع فاسداً امتنع حق الفسخ، فإذا افتكه عاد الفسخ لولم يكن قضي على المشتري بقيمته. (ر: جامع الفصولين، صفحة / ٤٩) وفي الموطن المذكور: الأصل أن المانع إذا زال بما هو فسخ من كل وجه كفك رهن، ورجوع في هبة، ورد المبيع على المشتري (الذي هو البائع الثاني) بعيب بعد قبضه بقضاء، فللبائع فاسداً حق الفسخ لولم يقض بقيمته، ولو زال المانع بسبب هو بمنزلة عقد جديد في حق الغير، كأن رد على المشتري بعد القبض بعيب بتراض بطل حق البائع في الرد كأنه اشتراه ثانياً، ولو قضى بقيمته بطل حق الاسترداد في الوجوه كلها. انتهى ببعض توضيح.

(ح) ومنها: ما لو اشتراه فرهنه ثم اطلع على عيب قديم عند البائع يمتنع الرد، فإذا افتكته فله رده. (ر: رد المحتار، في خيار العيب).

(ط) ومنها: ما لو شهد وهو صبي أو أعمى وقد تحملها بصيراً فردت، ثم بلغ الصبي أو أبصر الأعمى فشهد بها تقبل. والأصل: أنه إذا ردت شهادته لتهمة فزالت ثم شهد لا تقبل، وإن ردت لشبهة فزالت ثم شهد بها تقبل.

(ي) ومنها: ما لو تناقض المدعي في دعواه ثم ارتفع التناقض بتصديق الخصم أو بتكذيب الحاكم فإن دعواه تسمع. (ر: المادتين / ١٦٥٣ - ١٦٥٤ / من المجلة).

(ك) ومنها: ما لو أقر لآخر بعين في يد غيره فإن إقراره لا يعمل عمله،

ولكن إذا ملكها المقر يوماً ما فإن المقر له يطالبه بموجب إقراره. (ر: الدر المختار، من الاستحقاق).

(ل) ومنها: ما لو أذن الراهن للمرتهن باستعمال الرهن أو إعارته، فاستعمله أو أعاره فإنه يخرج من ضمانه فلو هلك في أثناء ذلك يهلك أمانة فإذا انتهى العمل عاد رهنًا.

(م) ومنها: ما لو زال سبب الفساد في المجلس فإنه ينقلب البيع صحيحاً في بعض المفسدات.

(ن) ومنها: ما لو شرى شيئاً بعقد فاسد فتعيب عنده لا بفعل البائع ثم فسخ البيع بسبب الفساد وأخذ البائع المبيع ونقصان العيب ثم زال العيب يسترد المشتري من البائع ما دفعه له من نقصان العيب. (ر: رد المحتار، في البيع الفاسد قبيل قول المتن: وكره تحريماً البيع عند الأذان الأول).

(س) ومنها: ما لو أذن المستأجر للمؤجر ببيع المأجور فباعه حتى انفسخت الإجارة ثم رد المشتري العين المبيعة بطريق هو فسخ (كما إذا ردها بعيب قبل القبض مطلقاً أو بعده بقضاء) تعود الإجارة، وبه يفتى. (ر: رد المحتار، عن الفتاوى البزازية، أو اسط فسخ الإجارة).

(ع) ومنها: ما لو أجر إجارة مضافة ثم باع المأجور أو وهبه قبل مجيء الوقت فإن الإجارة تبطل (هذا مبني على المعتمد في المذهب من عدم لزوم الإجارة المضافة، ولكن المجلة على خلافه) فلورد عليه بعيب بقضاء أو رجوع في الهبة قبل الوقت عادت الإجارة. (ر: رد المحتار، من ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه به، عند قول المتن: وما تصح إضافته إلى المستقبل نقلاً عن جامع الفصولين).

(ف) ومنها: ما لو وكله ببيع شيء ثم باعه الموكل ثم ارتفع البيع بما هو فسخ من كل وجه (كأن رد عليه بعيب قضاء) فإن الوكيل لو باع والحالة هذه يصح. (ر: الدر المختار، آخر باب عزل الوكيل، صفحة / ٤١٨ / من الجزء الرابع من رد المحتار).

(ص) ومنها: ما لو تزوجت صاحبة حق الحضانة بغير محرم من الصغير المحضون، ثم طُلقَت، فإنها يعود إليها حق حضانتها لزوال المانع.

(ق) (١) وكذلك لو نشزت الزوجة ثم عادت إلى بيت زوجها، فإنها يعود إليها استحقاق النفقة، لزوال المانع أيضاً وهو النشوز.

وقد يتوهم في هاتين المسألتين الأخيرتين (ص) و (ق) أنها قد سقط فيهما الحق ثم عاد على سبيل الاستثناء من قاعدة أن (الساقط لا يعود) الآتية. لكن نصّ في الدرر والشربلالية: أوائل الحضانة، على أن هذا من قبيل زوال المانع وعودة الممنوع، لأنّ الحق فيهما لا يسقط.

\*\*\*

(١) كان الفرعان (ص) و (ق) ساقطين في الطبعة السابقة فاستدركناهما في هذه الطبعة الثانية. (مصطفى ابن المؤلف).

## القاعدة الرابعة والعشرون (المادة / ٢٥) «الضرر لا يُزال بمثله»

### أولاً - الشرح

الضرر لا يزال بمثله، ولا بما هو فوقه بالأولى، بل بما هو دونه. هذه المادة تصلح أن تكون قيداً للمادة / ٢٥ / «الضرر يزال» أي إلا إذا كانت إزالته لا تيسر إلا بإدخال ضرر مثله على الغير، فحينئذ لا يرفع بل يجبر بقدر الإمكان. فإن كان مما يقابل بعوض كالعيب القديم إذا اطلع عليه المشتري وقد تعيب المبيع عنده امتنع الرد ورجع المشتري على بائعه بما قابل الثمن، إلا إذا رضي بأخذه معيماً فيأخذه ويرد جميع الثمن.

وإن كان مما لا يقابل بعوض كما إذا أراد صاحب العلو بناء السفلى المهدم ليضع عليه علوه وأبى الآخر فإن الأبى لا يجبر على العمارة، ولكن ينفق صاحب العلو من ماله على البناء ويمنع صاحبه من الانتفاع إلى أن يدفع له ما أنفق على البناء إن كان بناه بإذنه أو بإذن الحاكم، وإلا فحتى يدفع له قيمة البناء يوم بناه.

وكما إذا امتنع الراهن عن الإنفاق على العين المرهونة فإنه لا يجبر على الإنفاق، لأن الإنسان لا يجبر على الإنفاق على ملكه، ولكن لما تعلق حق المرتهن بماليتها وحبس عينها ولا يمكن ذلك بدون الإنفاق عليها لتبقى عينها، فإن الحاكم يأذن للمرتهن بالإنفاق عليها ليكون ما ينفقه ديناً على الراهن. (ر: الدرر، من كتاب الرهن).

وإذا كان الضرر لا تتيسر إزالته إلا بإدخال ضرر على الغير مثله ولا يمكن جبره يترك على حاله، كما إذا لم يجد المضطر لدفع الهلاك جوعاً إلا طعام مضطر مثله أو بدن آدمي حي فإنه لا يباح تناولهما.

وكما لو تعسرت ولادة المرأة، والولد حي يضطرب في بطنها، وخيف على الأم فإنه يمتنع من تقطيع الولد لإخراجه، لأن موت الأم به أمر موهوم. (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، من باب الصلاة على الجنائز).

\*\*\*

## القاعدة الخامسة والعشرون (المادة / ٢٦) «يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام»

### أولاً - الشرح

استفيد بمنطوق هذه القاعدة بعض ما أفادته القاعدة السابقة بمفهومها المخالف، فإن مفهومها أن أحد الضررين إذا كان لا يماثل الآخر فإن الأعلى يزال بالأدنى. وعدم المماثلة بين الضررين إما لخصوص أحدهما وعموم الآخر، وهو ما أفادته هذه القاعدة، أو لعظم أحدهما على الآخر وشدته في نفسه، وهو ما أفادته القاعدة الآتية.

### ثانياً - التطبيق

فمن الأول:

(أ) ما تقدم في المادة / ٧ / من الغرفة الوطية البارزة، والجناح الداني، والمسيل المضر، إذا كانت في طريق العامة تزال وإن كانت قديمة.

(ب) ومنه: الحائط المتوهن إذا كان في الطريق، فإنه يجب نقضه على مالكة دفعاً للضرر العام.

(ج) ومنه: وجوب قتل قاطع الطريق إذا قتل بأي كيفية كانت بدون قبول عفو عنه من ولي القتيل، دفعاً للضرر العام.

(د) ومنه: حبس العائن، وقتل الساحر إذا أخذنا قبل التوبة، وقتل الخنّاق إذا تكرر منه ذلك، ووجوب قتل كل مؤذ لا يندفع أذاه إلا بالقتل، كما أفتى به الناصحي (ر: الدر المختار من باب التعزير).

(هـ) ومنه: جواز التسعير إذا تعدى أرباب القوت في بيعه بالغبن الفاحش (وُفسّر هنا بضعف القيمة) وربما كان مفرعاً على مقابل الصحيح لأن الغبن الفاحش ما لا يدخل تحت تقويم المقومين.

(و) ومنه: بيع الفاضل من طعام المحتكر عن قوته وقوت عياله إلى وقت السعة (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، من الحظر والإباحة).

(ز) ومن ذلك: المنع من اتخاذ حانوت للطبخ أو للحدادة مثلاً بين البزازين.

(ح) ومنه: جواز الحجر على الطيب الجاهل (ر: الدر المختار، من الحجر).

(ط) ومنه: جواز خرب العقارات المجاورة للحريق لمنع السريان بإذن الإمام (ر: المادة / ٩١٩ / من المجلة) فلو هدمها بغير إذن الإمام ضمن قيمتها معرضة للحريق.

(ي) ومنه: ما في المادة / ١٣٢٥ / من المجلة.

(ك) ومنه: جواز المرور في ملك الغير لإصلاح النهر العام كالفرات، فإن فيه ضرراً الخاص لدفع الضرر العام وهو يجوز (ر: جامع الفصولين، الفصل الخامس والثلاثين، صفحة / ٢٧٢).

\*\*\*

القاعدة السادسة والعشرون (المادة / ٢٧)  
 «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف»

أولاً - الشرح

أفادت هذه القاعدة حكم النوع الثاني من النوعين الداخليين في مفهوم القاعدة / ٢٥ / كما بيناه سابقاً.

ثانياً - التطبيق

مما تفرع على هذه القاعدة:

(أ) وجوب النفقات في مال الموسرين لأصولهم وفروعهم (لكن لا يشترط في نفقة الأبوين اليسار بل إذا كان كسوباً ضمهما إليه) وأرحامهم المحارم من النسب المحتاجين.

(ب) ومنه: حبس من وجبت عليه النفقة إذا امتنع عن أدائها ولو نفقة ابنه وجواز ضربه في الحبس إذا امتنع عن الإنفاق.

(ج) ومنه: ما لو بنى أو غرس في العرصة بزعم سبب شرعي، كما لو ورث إنسان أرضاً فبنى فيها أو غرس ثم استحقت فإنه ينظر إلى قيمة البناء أو الغراس مع قيمة العرصة فأيهما كان أكثر قيمة يملك صاحبه الآخر بقيمته جبراً على مالكة. أما لو غصب أرضاً فبنى فيها أو غرس ثم طلبها مالكة فإن الغاصب يؤمر بقلع البناء أو الغرس مهما بلغت قيمته، إلا إذا كان قلعهما يضر بالأرض فإن المالك يملكهما بقيمتهما مستحقين للقلع (ر: المادة / ٩٠٦ / من المجلة).

تنبيه:

يضرب السجين في ثلاث:

١ - إذا امتنع عن الإنفاق على رحمه المحرم يجبس، فإذا امتنع أيضاً يضرب.

٢ - إذا امتنع عن كفارة الظهر يجبس، فإذا امتنع أيضاً ضرب.

٣ - إذا امتنع عن القسم بين زوجاته يجبس، فإذا امتنع أيضاً يضرب.  
(ر: الأشباه والنظائر، القضاء).

\*\*\*

القاعدة السابعة والعشرون (المادة / ٢٨)  
 «إذا تعارض مفسدتان  
 روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما»

أولاً - الشرح

مراعاة أعظمهما تكون بإزالته، لأن المفسد تراعى نفيًا، كما أن المصالح تراعى إثباتًا.

قال بعضهم: إن هذه القاعدة عين السابقة.

ولكن يمكن أن يدعى تخصيص الأولى بما إذا كان الضرر الأشد واقعاً وأمكن إزالته بالأخف كما في الأمثلة المسوقة فيها، وتخصيص هذه بما إذا تعارض الضرران ولم يقع أحدهما بعد. وهذا أحسن من دعوى التكرار، إذ التأسيس أولى من التأكيد إذا أمكن. وإلى هذا التخصيص يشير التعبير بيزال في الأولى وبتعارض في الثانية.

ثانياً - التطبيق

يتفرع على هذه القاعدة:

(أ) تجوز أخذ الأجرة على ما دعت إليه الضرورة من الطاعات، كالأذان والإمامة وتعليم القرآن والفقهاء.

(ب) وتجوز السكوت على المنكر إذا كان يترتب على إنكاره ضرر أعظم، كما تجوز طاعة الأمير الجائر إذا كان يترتب على الخروج عليه شر أعظم.

(ج) ومنه: جواز شق بطن الميتة لإخراج الولد إذا كان ترجى حياته  
(ر: الدر المختار، الجنائز).

\*\*\*

obeikandali.com

القاعدة الثامنة والعشرون (المادة / ٢٩)  
«يختار أهون الشرّين»

الشرح مع التطبيق

هذه القاعدة عين سابقتها، وما قيل فيها يقال في هذه.

\*\*\*

obeikandi.com

## القاعدة التاسعة والعشرون (المادة / ٣٠) «درء المفاسد أولى من جلب المصالح»

### أولاً - الشرح

«درء المفاسد أولى من جلب المصالح» فإذا تعارضت مفسدة ومصلحة قدم دفع المفسدة غالباً، لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتناؤه بالمأمورات. قال عليه الصلاة والسلام: (مانهيتكم عنه فاجتنبوه، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم)، رواه الإمام النووي في الأربعين.

### ثانياً - التطبيق

مما تفرع على هذه القاعدة:

(أ) أن كلاً من صاحب السفلى وصاحب العلو ليس له أن يتصرف تصرفاً مضراً بالآخر، وإن كان يتصرف في خالص ملكه وله منفعة. (ر: المادة / ١١٩٢ / من المجلة).

(ب) ومما يتفرع عليها أيضاً: الحجر على السفية.

(ج) ومنه: أنه ليس للإنسان أن يفتح كوة تشرف على مقر نساء جاره، بل يكلف أن يتخذ فيها ما يقطع النظر. وكذلك ليس له أن يحدث في ملكه ما يضر بجاره ضرراً بيناً، كاتخاذة بجانب دار جاره طاحوناً مثلاً يوهن البناء أو معصرة أو فرنًا يمنع السكنى بالرائحة والدخان. وكذا لو اتخذ بجانب دار جاره كنيفاً أو بالوعة أو ملقى قمامات يضر بالجدار فلصاحب الجدار أن يكلفه إزالة

الضرر (ر: المادة / ١٢٠٠ / من المجلة) وإذا كان الضرر لا يزول إلا برفعه بالمرّة فإنه يرفع (ر: المادة / ١٢١٢ / من المجلة) وإن كان لمحدثه منفعة في إبقائه لأن درء المفسد أولى من جلب المنافع.

(د) ومنه: ما تقدم تحت المادة / ٢٦ / من أنه يمنع من اتخاذ حانوت للطبخ أو للحدادة بين البزازين كما تشير إليه القاعدة (ر: المادة / ٢٥).

(هـ) وجوزوا الكذب بين المتعادين للإصلاح.

والظاهر أن هذا (أي تقديم المنفعة ومراعاتها حين تربو على المفسدة) فيما إذا كانت المفسدة عائدة على نفس الفاعل، كمسألة تجويز الكذب المذكورة، أما إذا كانت المفسدة عائدة لغيره، كمسألة العلو والسفل المتقدمة ونظائرها، فإنه يمنع منها لمجرد وجود الضرر للغير وإن كانت المنفعة تربو كثيراً على المفسدة.

\*\*\*

## القاعدة المكملة ثلاثين (المادة / ٣١) «الضرر يدفع بقدر الإمكان»

### أولاً - الشرح

الضرر يدفع بقدر الإمكان، فإن أمكن دفعه بالكلية فيها، وإلا فبقدر ما يمكن. فإن كان مما يقابل بعوض جبر به كما تقدم التمثيل به تحت المادة / ٢٥ / .

وكما لو عفا بعض أولياء القتيل عن القصاص انقلب نصيب الباقيين دية. وكما في المغصوب فإنه يدفع الضرر برده إذا بقي عينه وكان سليماً، فإن لم تبق عينه أو بقيت ولكن غير سليمة بأن تعيبت، ففي الأول: يُجبر الضرر برد مثله أو قيمته، سواء كان عدم بقائه حقيقياً كالطعام إذا أكله الغاصب، أو حكماً كما إذا كانت شاة مثلاً فذبحها وطبخها أو حنطة فطحنها. وفي الثاني: إن كان العيب فاحشاً (وهو ما فوت بعض المنفعة)، فإذا كان المغصوب غير ربوي يتخير المالك في جبر الضرر بين أخذه وتضمين الغاصب ما نقص بالعيب أو طرحه عليه وتضمينه القيمة، وإن كان ربوياً يتخير بين أخذه معيباً بلا ضمان النقصان أو طرحه عليه وتضمينه مثله أو قيمته من خلاف جنسه في مثل مسألة القلب، وإن كان غير فاحش (وهو ما فوت الجودة ونقص المالية) كالخرق اليسير فإن جبر الضرر يتعين بأخذه وتضمين النقصان إلا في الربوي فإن حكمه ما تقدم.

أما إذا لم يمكن دفع الضرر بالكلية ولا جبره فإنه يترك على حاله، كما مثلنا

به تحت الكلام على المادة / ٢٥ / وكما إذا أخرج المشتري المبيع عن ملكه ولم يكن حدث عنده ما يمنع الرد ثم اطلع على عيب قديم فيه فإنه لا يرجع بنقصان العيب.

وقد تقدم مسائل إزالة الضرر بقدر الإمكان بأزيد من هذا في أثناء الكلام على المادة / ٥ / وقد أعدناها هنا بأمثلة غير التي تقدمت زيادة للإيضاح.

#### تنبيه:

إنما قيدنا بالإخراج في قولنا أخيراً «كما إذا أخرج المشتري المبيع عن ملكه» لأنه لو هلك في يده أو اعتقه لا على مال أو وقفه فإنه يرجع بنقصان العيب.

\*\*\*

القاعدة الحادية والثلاثون (المادة / ٣٢)  
 « الحاجة تُنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة »

أولاً - الشرح

الحاجة تنزل فيما يحظره ظاهر الشرع منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة. وتنزيلها منزلة الضرورة في كونها تثبت حكماً. وإن افترقا في كون حكم الأولى مستمراً وحكم الثانية مؤقتاً بمدة قيام الضرورة إذ الضرورة تقدر بقدرها.

وكيفما كانت الحاجة فالحكم الثابت بسببها يكون عاماً بخلاف الحكم الثابت بالعرف والعادة فإنه يكون مقتصراً وخاصاً بمن تعارفوه وتعاملوا عليه واعتادوه، وذلك لأن الحاجة إذا مست إلى إثبات حكم تسهياً على قوم لا يمنع ذلك من التسهيل على آخرين ولا يضر، بخلاف الحكم الثابت بالعرف والعادة فإنه يقتصر على أهل ذلك العرف إذ ليس من الحكمة إلزام قوم بعرف آخرين وعاداتهم ومؤاخذتهم بها.

ثم الضرورة هي الحالة الملجئة إلى ما لا بد منه.

والحاجة هي الحالة التي تستدعي تيسيراً أو تسهياً لأجل الحصول على المقصود، فهي دون الضرورة من هذه الجهة، وإن كان الحكم الثابت لأجلها مستمراً، والثابت للضرورة مؤقتاً كما تقدم.

ثم إنما يضاف تجويز الحكم إلى الحاجة فيما يظهر إذا كان تجويزه مخالفاً للقياس، وإلا كانت إضافته للقياس أولى.

والظاهر أن ما يجوز للحاجة إنما يجوز فيما ورد فيه نص يجوزه، أو تعامل، أو لم يرد فيه شيء منها ولكن لم يرد فيه نص يمنعه بخصوصه وكان له نظير في الشرع يمكن إلحاقه به وجعل ما ورد في نظيره وارداً فيه.

كما في بيع الوفاء فإن مقتضاه عدم الجواز، لأنه إما من قبيل الربا لأنه انتفاع بالعين بمقابلة الدين، أو صفقة مشروطة في صفقة كأنه قال: بعته منك بشرط أن تبيعه مني إذا جئتك بالثمن. وكلاهما غير جائز، ولكن لما مست الحاجة إليه في بخارى بسبب كثرة الديون على أهلها جوز على وجه أنه رهن أبيع الانتفاع بأنزاله<sup>(١)</sup>. والرهن على هذه الكيفية جائز.

أو كان لم يرد فيه نص يجوزه أو تعامل، ولم يرد فيه نص يمنعه، ولم يكن له نظير جائز في الشرع يمكن إلحاقه به، ولكن كان فيه نفع ومصلحة. كما وقع في الصدر الأول من تدوين الدواوين، وضرب الدراهم، والعهد بالخلافة وغير ذلك مما لم يأمر به الشرع ولم ينه عنه ولم يكن له نظير قبل، فإنه دعت إليه الحاجة وسوغته المصلحة، بخلاف الضرورة فإن ما يجوز لأجلها لا يعتمد شيئاً من ذلك.

أما ما لم يرد فيه نص يسوغه، ولا تعاملت عليه الأمة، ولم يكن له نظير في الشرع يمكن إلحاقه به، وليس فيه مصلحة عملية ظاهرة، فإن الذي يظهر عندئذ عدم جوازه، جرياً على ظواهر الشرع، لأن ما يتصور فيه أنه حاجة والحالة هذه يكون غير منطبق على مقاصد الشرع. وقد ذكر ابن الهمام أن نفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي (ر: فتح القدير في باب شروط الصلاة).

وأما ما ورد فيه نص يمنعه بخصوصه فعدم الجواز فيه واضح ولو ظنت فيه مصلحة لأنها حينئذ وهم. (ر: ما سيأتي تحت القاعدة / ٣٨).

(١) أنزاله: أي ثمراته ومنافعه كلبن الشاة وثمر الشجرة.

## ثانياً - التطبيق

مما فرع على هذه القاعدة:

(أ) تجويز الإجارة، فإنها جوزت بالنص على خلاف القياس، للحاجة إليها، وذلك لأن عقد الإجارة يرد على المنافع وهي معدومة، وتمليك المعدم قبل وجوده يستحيل، ولا يمكن جعل العقد فيها مضافاً إلى زمن وجود المنفعة لأن التمليكات لا تقبل الإضافة.

(ب) ومنه: تجويز السلم، فإنه جوز بالنص أيضاً على خلاف القياس للحاجة، لأنه بيع المعدم أيضاً.

(ج) ومنه: تجويز ضمان الدرك، فإنه جوز بالإجماع، على خلاف القياس. وذلك لأن الكفالة من جهة المطلوب، وهو المكفول عنه، بمنزلة الطلاق والعناق لا تتوقف على قبوله، ومن جهة الطالب، وهو المكفول له، بمنزلة البيع لأنها تملكه حق مطالبة الكفيل، فتستدعي التنجيز كسائر التمليكات، وضمنان الدرك عبارة عن ضمان الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع، فهو كفالة مضافة، والقياس يأبأها لأنها تمليك للطالب كما ذكرنا، والتمليكات لا تقبل الإضافة، لكنها جوزت بالإجماع (ر: الهداية، من الكفالة) لمكان التعامل، ويقول تعالى: ﴿ولن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ على ما فيه من البحث.

(د) ومنه: تجويزهم استئجار السمسار على أن له في كل مائة كذا، فإن القياس يمنعه، ويوجب له أجر المثل. ولكن جوزوه للتعامل (ر: رد المحتار، من الإجارة الفاسدة، نقلاً عن التارخانية عن محمد بن سلمة) وقال عقبه: وكثير من هذا غير جائز فجوزوه لحاجة الناس إليه.

(هـ) ومنه: تجويز استئجار الظئر للإرضاع، على القول بأن العقد يرد على اللبن والخدمة تثبت تبعاً، فإنه جوز للحاجة، بالتعامل ويقول سبحانه: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾، وإلا فالقياس يأبأه لأنه وارد على استهلاك العين، والإجارة إذا وردت على استهلاك الأعيان مقصوداً لا تجوز.

(و) ومنه: تجوز الاستصناع فيما فيه تعامل، على الصحيح من أن الاستصناع بيع لا عِدَّة، فإن القياس يأباه لأنه بيع المعدوم، لكن جوزه استحساناً بالإجماع للحاجة بسبب تعامل الناس عليه. وما فيه من الخلاف فليس في أصل جوازه بل في أنه بيع أو عِدَّة.

(ز) ومنه: تجوز دخول الحَمَام بأجر، فمقتضى القياس عدم جوازه، لأنه وارد على استهلاك الأعيان وهو الماء الحار، ومع ذلك فإن ما يستوفيه كل من الآخر مجهول. لكنه جوز لحاجة الناس، بالتعامل، وله نظير في الشرع يمكن إلحاقه به، وهو جواز استئجار الظئر بطعامها وكسوتها (ر: تنوير الأبصار، من الإجارة الفاسدة) فإن ما يستوفيه كل من المؤجر والمستأجر من صاحبه مجهول. وهذا النظير (أعني استئجار الظئر بطعامها وكسوتها) هو من السوابق الشائعة من صدر الإسلام بلا نكير، وجوازه مروى عن أبي حنيفة نفسه (كما في شروح الهداية ورد المختار من الإجارة الفاسدة).

(ح) ومنه: تجوز الوصية، فإن القياس يأبها لأنها تمليك مضاف لما بعد الموت، والتمليكات لا تقبل الإضافة، وأيضاً بالموت ينتقل الملك إلى الوارث فلم يبقَ ملك للمورث بعد الموت حتى يملك تمليكه للغير. ولكن جوزت بنص الكتاب العزيز، للحاجة.

\*\*\*

## القاعدة الثانية والثلاثون (المادة / ٣٣) «الاضطرار لا يبطل حق الغير»

### أولاً - الشرح

الاضطرار لا يبطل حق الغير سواء كان الاضطرار: (١) بأمر سماوي، كالمجاعة والحيوان الصائل، (٢) أو غير سماوي، كالإكراه الملجئ.

ففي الأول: يجوز له أن يأكل من مال الغير بقدر ما يدفع به الهلاك عن نفسه جوعاً، ويدفع الصائل بما أمكن ولو بالقتل، ويضمن في المحلين وإن كان مضطراً، فإن الاضطرار يظهر في حل الإقدام لا في رفع الضمان وإبطال حق الغير.

وفي الثاني: إذا كان وارداً على إتلاف مال الغير، فإن المكره (بالكسر) يضمنه، أما غير الملجئ فإنه لا يبيح الإقدام على الإتلاف ولو أقدم فإن الضمان عليه لا على المكره لأن الاضطرار لا يتحقق في غير الملجئ بالنسبة لمال الغير.

### تنبيه:

الظاهر أن ضمان المكره (بالكسر) لا يختص بما إذا كان المكره على إتلافه مال الغير، بل مثله ما إذا كان مال المكره (بالفتح) بدليل ما نصوا عليه من أنه لو أكره على أكل طعام نفسه وكان غير جائع فإن المكره يضمنه له.

### ثانياً - التطبيق

بالإضافة للمسائل الواردة في (قسم الشرح):

(أ) منها: ما لو انتهت مدة الإجارة أو العارية والزرع بقل لم يُحصَد بعد، فإنه يبقى إلى أن يستحصد، ولكن بأجر المثل، لأن اضطراب المستأجر والمستعير لإبقائه لا يبطل حق المالك فتلزم الأجرة.

(ب) وكذلك: لو انتهت مدة إجارة الظئر، وقد صار الرضيع لا يأخذ ثدي غيرها، ولم يستغن بالطعام، فإنها تجبر على إرضاعه ولكن بأجر المثل.

(ج) وكذا ما ذكروا من أنه لو علق طلاق زوجته على فعل نفسه الذي لا بد منه، وكان التعليق في الصحة والشرط في المرض، يكون فاراً وترث، لأن اضطرابه إلى فعل ما لا بد منه لا يبطل حق زوجته في الإرث فترث. (ر: الدرر وغيره، من باب طلاق المريض).

\*\*\*

## القاعدة الثالثة والثلاثون (المادة / ٣٤) «ما حرم أخذه حرم إعطاؤه»

### أولاً - الشرح

معنى هذه القاعدة أن الشيء المحرم الذي لا يجوز لأحد أن يأخذه ويستفيد منه يحرم عليه أيضاً أن يقدمه لغيره ويعطيه إياه، سواء أكان على سبيل المنحة ابتداءً أم على سبيل المقابلة، وذلك لأن إعطاءه الغير عندئذ يكون من قبيل الدعوة إلى المحرم أو الإعانة والتشجيع عليه، فيكون المعطي شريك الفاعل. ومن المقرر شرعاً أنه كما لا يجوز فعل الحرام لا يجوز الإعانة والتشجيع عليه، لقوله تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى، ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾.

### ثانياً - التطبيق

- (أ) كما يحرم أخذ الربا يحرم إعطاؤه.
- (ب) وكذلك: الرشوة، ولا تملك بالقبض، ويجب ردها ولو كانت بغير طلب المرتشي.
- (ج) وكذلك حلوان الكاهن، وأجرة المغني، والزامر، والنائحة، والواشمة، والواشرة، والمتوسطة لعقد النكاح، والمصلح بين المتخاصمين، وعسب التيس، وأصحاب المعازف، والقراد، والمسخرة، والقصاص ولو بمغازي رسول الله ﷺ إذا كان مشروطاً لهم.

## ثالثاً - المستثنى

يستثنى من عموم القاعدة المذكورة:

- ( أ ) ما يدفع للشاعر ونحوه للتخلص من هجوه .  
( ب ) وما يدفعه المستقرض بالربا إذا كان محتاجاً .  
( ج ) وما يدفعه الوصي من بعض مال اليتيم لتخليص الباقي .  
( د ) وما يدفعه الإنسان لتسوية أمره عند السلطان أو الأمير .  
فإنه ( أي جميع ما دفع في هذه الوجوه ) يحرم على الآخذ ، دون المعطي .

\*\*\*

## القاعدة الرابعة والثلاثون (المادة / ٣٥) «ما حرم فعله حَرْم طلبه»

### أولاً - الشرح

ما حرم فعله حرم طلبه، وكذا ما يكره فعله يكره طلبه، إذ السكوت على الحرام أو المكروه والتمكين منه حرام ومكروه، ولا شك أن طلبه فوق السكوت عليه والتمكين منه، فيكون مثله في أصل الحرمة بالأولى وإن تفاوتت الحرمتان بالقوة.

### ثانياً - التطبيق

( أ ) كما لا يجوز غش الغير، ولا خديعته، ولا خيانتته، ولا إتلاف ماله، ولا سرقة، ولا غصبه، ولا الرشوة، ولا فعل ما يوجب حداً أو تعزيراً أو إساءة: لا يجوز طلب شيء منها أن يفعله الغير.

### ثالثاً - المستثنى

يستثنى من القاعدة مسألة، وهي: ما لو ادعى دعوى صادقة فأنكر الخصم فله طلب تحليفه. وفي الحقيقة لا استثناء، لأن طلب اليمين يكون رجاء لظهور الحق بنكوله عن اليمين الكاذبة لا رجاء الإقدام عليها.

obeikandi.com

## القاعدة الخامسة والثلاثون (المادة / ٣٦) «العادة مُحْكَمَةٌ»

### أولاً - الشرح

يعني أن العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكماً لإثبات حكم شرعي لم ينص على خلافه بخصوصه، فلو لم يرد نص يخالفها أصلاً، أو ورد ولكن عاماً، فإن العادة تعتبر على ما سيأتي.

أصل هذه القاعدة قول ابن مسعود، رضي الله عنه: «مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، ومارآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح»، وهو حديث حسن. وإنه وإن كان موقوفاً عليه فله حكم المرفوع، لأنه لا مدخل للرأي فيه.

العادة: هي الاستمرار على شيء مقبول للطبع السليم، والمعاودة إليه مرة بعد أخرى. وهي المرادة بالعرف العملي.

فالمراد بها حينئذ ما لا يكون مغايراً لما عليه أهل الدين والعقل المستقيم ولا منكرأ في نظرهم. والمراد من كونها عامة: أن تكون مطردة أو غالبية في جميع البلدان، ومن كونها خاصة: أن تكون كذلك في بعضها، فالاطراد والغلبة شرط لاعتبارها سواء كانت عامة أو خاصة. (ر: ما يأتي في المادة / ٤١ و ٤٢).

ثم إذا لم يرد نص يخالف يشملها فلا كلام في اعتبارها، فقد نقل ابن عابدين أن العادة إحدى حجج الشرع فيما لا نص فيه. (ر: رد المحتار، من

فصل بلوغ الغلام) ونقل أيضاً أن البناء على العادة الظاهرة واجب. (ر: رد المحتار، من كتاب القاضي إلى القاضي، عن العيني بلفظه).

أما إذا ورد فيما أن يكون نصاً في مخالفتها فلا كلام في اعتباره دونها مطلقاً عامة كانت أو خاصة، لأن النص أقوى من العرف. (ر: رد المحتار، من باب الربا) فالعمل بها حينئذ عبارة عن رد النص ورفضه للعادة وهو لا يجوز.

وإما أن يكون عاماً ويكون المعتاد جزئياً من جزئياته، فحينئذ:

إما أن تكون عامة فتصلح أن تكون مخصصة لعمومه اتفاقاً، عملية كانت أو قولية.

وإما أن تكون خاصة، واختلف في أنها هل تصلح مخصصة للنص العام بالنسبة لمن اعتادها أم لا، والمذهب أنها لا تصلح، وعليه مشى الفقيه أبو جعفر وأبو بكر البلخي. ولكن أفتى كثير من المشايخ باعتبارها مخصصة بالنسبة لمن اعتادها، منهم مشايخ بلخ كنصير بن يحيى ومحمد بن سلمة، وعليه فروع كثيرة أفتوا بجوازها كسواء الكتاب على شرط أن يشتره، والقفل على أن يسمره، أو الفروة على أن يخيظ بها الظهارة، أو القبقاب على أن يضع له سيراً، أو النعل على أن يشركه، في محل تعارفوا فيه ذلك، وغير ما ذكر مما لا يحصى من الفروع.

#### تنبيه:

إذا كان الشرع يقتضي الخصوص واللفظ يقتضي العموم فالمعتبر الخصوص، فلو أوصى لأقاربه لا يدخل الوارث اعتباراً لخصوص الشرع، كذا قال صاحب الأشباه، وليس بظاهر لأنه من قبيل مصادمة العمل للنص المخالف له بخصوصه وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «لا وصية لوارث».

#### تنبيه آخر:

إنما تعتبر العادة إذا كانت سابقة، فلا عبرة بالعرف الطارئ، وعليه فلو كان الوقف سابقاً على ما تعورف من البطالة في الأشهر الثلاثة لا يعتبر ذلك العرف، وكذلك لو كان التعليق سابقاً على العرف فلا يقيد العرف لفظ التعليق المطلق.

والقاعدة المذكورة من جملة القواعد الكلية التي تقدمت منظومة في الكلام على المادة / ١٧ / والمواد / ٣٧ - ٤٠ / و ٤٢ - ٤٥ / كلها ناشئة منها.

### ثانياً - التطبيق

الذي تفرع عليها من الفروع الفقهية تعسر الإحاطة به.

( أ ) فمن ذلك: لوبعته إلى ماشيته فركب المبعوث دابة الباعث برىء لوبينها انبساط، وإلا ضمن. (ر: جامع الفصولين، الباب الثالث والثلاثين، صفحة / ١٤٠).

(ب) ومنه: جواز التقاط الثمار التي يتسارع إليها الفساد من البساتين والرساتيق، على المعتمد، ما لم توجد دلالة المنع.

(ج) ومنه: اعتبار الكيل أو الوزن فيما تعورف كيله أو وزنه مما لا نص فيه من الأموال الربوية كالزيتون وغيره. وأما ما نص عليه فلا اعتبار للعرف فيه عند الطرفين<sup>(١)</sup>.

(د) ومنه: اعتبار عرف الخالف والناذر إذا كان العرف مساوياً للفظ أو أخص، فلو حلف لا يأكل رأساً، أو لا يركب دابة، أو لا يجلس على بساط:

(١) أي عند أبي حنيفة ومحمد، بل العبرة عندهما فيه للمقياس الذي ورد به النص لتحقيق التساوي في مبادلة الأموال الربوية بعضها ببعض عند اتحاد الجنس، خلافاً لأبي يوسف الذي يعتبر المقياس المتعارف فيها مطلقاً في كل زمن بحسبه، ويتبدل مقياس التساوي بتغير العرف تبعاً له حيث يعلل النص بالعرف الذي كان قائماً وقت وروده. فلا يكون اتباع العرف عند أبي يوسف مخالفاً للنص، بل يراه هو الموافق للنص. وإن الثبات على المقياس القديم الذي ورد في النص هو المخالف للنص، فهو يعتبر هذا النص نصاً عرفياً، بمعنى أنه ذكر فيه المقياس الذي عينه النص، لأنه كان هو المتعارف حين ورود النص، ولو كان المتعارف مقياساً آخر لورد النص بذلك الآخر، لأن مقياس الكميات تتبع الأعراف. ولتنظر رسالة «نشر العرف فيما بني من الأحكام على العرف» لابن عابدين. وقد أوضحت هذه المسألة - أي مسألة النص العرفي - في كتابي المدخل الفقهي العام (مصطفى ابن المؤلف).

لا يحنث برأس عصفور، ولا بركوب إنسان، ولا بجلوس على الأرض، لأن العرف خص الرأس بما يباع للأكل في الأسواق، والدابة بما يركب عادة، والبساط بالمنسوج المعروف الذي يفرش ويجلس عليه.

وأما العرف الزائد على اللفظ فلا عبرة به، كما لو قال لأجنبية: إن دخلت بك فأنت كذا، فنكحها ودخل بها لا تطلق وإن كان يراد في العرف من هذا اللفظ دخوله بها، عن ملك النكاح، لأن هذا زيادة على اللفظ بالعرف، والعرف لا يجعل غير الملفوظ ملفوظاً، فقد قال الإمام محمد رضي الله تعالى عنه: «بالعرف ينخص ولا يزداد».

لكن هذا إذا لم يجعل اللفظ في العرف مجازاً عن معنى آخر، ولم يهجر المعنى الأصلي. فإن هجرت حقيقته واستعمل في معناه المجازي، كمسألة وضع القدم، ففي مثلها يعتبر المعنى العرفي دون الحقيقي اللفظي.

وكذلك في الموصي والواقف، فإنه يحمل كلام كل على لغته وعرفه وإن خالف لغة الشرع وعرفه، إلا في مسائل، استثنائها صاحب الأشباه، العمل فيها على عرف الشرع. وهي: لو حلف لا يصلي أو لا يصوم أو لا ينكح فلانة وهي أجنبية، فإنه لا يحنث إلا بالصلاة والصوم الشرعيين وفي النكاح بالعقد. ولكن في الحقيقة لا استثناء، فإن العرف فيها موافق للشرع.

\*\*\*

القاعدة السادسة والثلاثون (المادة / ٣٧)  
 «استعمال الناس حجة يجب العمل بها»

أولاً - الشرح

الظاهر أن المراد باستعمال الناس هو نفس المراد بالعادة، وقد تقدم، وهو أحد قولين في تفسير الاستعمال. وقيل: الاستعمال هو نقل اللفظ عن موضعه الأصلي إلى معناه المجازي شرعاً وغلبة استعماله فيه. ولا تظهر إرادته هنا لأنه لا يتمشى إلا على قول الصاحبين المرجوح من أنه إذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز أكثر استعمالاً منها يراد باللفظ معنى أعم يشمل الحقيقة والمجاز. (ر: ما تقدم في الكلام على المادة / ١٢) ولم يرجح قولهما، وإذا لم يرجح يكون المعمول به قول الإمام، وحملها على المرجوح بلا داع إليه غير موافق.

وإذا أريد بالاستعمال العرفي العملي يكون موضوع المادة غير داخل تحت الخلاف وهو أولى. وحينئذ فتكون القاعدة المذكورة تأكيداً لسابقتها، وما قيل في تلك يقال في هذه.

\*\*\*

obeikandi.com

## القاعدة السابعة والثلاثون (المادة / ٣٨) «المتنع عادة كالمتنع حقيقة»

### أولاً - الشرح

المتنع عادة كالمتنع حقيقة، فكما أن المتنع حقيقة لا تسمع الدعوى به ولا تقام البينة عليه، للتيقن بكذب مدعيه، كقوله لمن لا يولد مثله لمثله: هذا ابني، فكذلك المتنع عادة كدعوى معروف بالفقر على آخر أموالاً جسيمة لم يعهد عنه أنه أصاب مثلها بإرث أو بغيره.

### ثانياً - التطبيق

وكدعوى المدعي إقرار المدعى عليه بعد أن طالت الخصومة بينهما.

✓ وكدعوى القريب أو أحد الزوجين ملك ما باعه وسلمه الآخر باطلاعه أو أن له فيه حصة.

وكدعوى الأجنبي على المشتري أن المبيع ملكه أو أن له فيه حصة بعدما رآه يتصرف في المبيع تصرف الملاك في أملاكهم بالهدم أو البناء أو الغراس.

وكدعوى الولد الذي في عائلة أبيه وصنعتها واحدة أن المال الذي تحت يد والده ملكه أوله فيه حصة.

✓ وكدعوى المتولي أو الوصي أنه أنفق أموالاً عظيمة كذبه فيها الظاهر على الوقف أو اليتيم.

فكل ذلك، وكذا تكذيب التواتر، لا تسمع الدعوى بشيء منه ولا تقام  
البينة عليه.

### تنبيه يجب التيقظ له :

وهو أن الظاهر أن الممتنع حقيقة كدعوى بنوة أو أبوة من لا يولد مثله لمثله  
يستقل الحاكم برد الدعوى فيه بدون حاجة إلى سؤال الخصم عنها ويستبد به  
ولا حاجة إلى أن يدفع الخصم بأنها ممتنعة حقيقة وأنها لا تسمع، إذ لا فائدة في  
سؤاله عنها، لأنه لو أقر لا ينفذ إقراره لأن شرط نفوذ الإقرار على المقر إمكان  
تصور صحته. (ر: الأشباه والنظائر، من الإقرار) ولا يتصور صحة ذلك.

ويلحق به دعوى المتولي أو الوصي أنه أنفق على عقار الوقف أو على اليتيم  
أو عقاره مبلغاً يكذبه فيه الظاهر، فإن الحاكم يستبد بردها من غير أن يسأل  
الخصم عنها إن كان هناك خصومة، ولا يقبل قوله ولا يمينه إن كان ذلك أثناء  
محاسبته له، إذ لا فائدة في سؤال الخصم عنها لأن السؤال إنما يكون رجاء  
الاعتراف وهو لا يملك الاعتراف على الوقف أو اليتيم بذلك فيردها.

بخلاف بقية المسائل المفرعة على المادة فإن الظاهر أن الحاكم لا يردها  
ابتداء بل يسأل الخصم عنها فإن دافع بأنها لا تسمع لامتناعها عادة ردها حينئذ،  
وذلك لأن الخصم لو أقر بالمدعى به لدى الحاكم، والحالة هذه، نفذ عليه  
خصوصاً أن في بعضها لا بد من إقامة المدعى عليه البينة على المدعي بما يفيد  
امتناع مدعاه عادة، كقربته له وإطلاعه على بيعه العين المدعى بها، وكإطلاعه  
على الشراء وعلى تصرف المشتري زماناً تصرف الملاك، وككون الولد في عائلة  
أبيه وإن صنعتها واحدة، وككون المدعي معروفاً بالفقر. وإقامة البينة لا تكون  
إلا بعد سؤال الحاكم له عن الدعوى ومدافعتة بذلك.

\*\*\*

## القاعدة الثامنة والثلاثون (المادة / ٣٩)

### «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان»

#### أولاً - الشرح

لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان، أي بتغير عرف أهلها وعاداتهم، فإذا كان عرفهم وعاداتهم يستدعيان حكماً ثم تغيرا إلى عرف وعادة أخرى فإن الحكم يتغير إلى ما يوافق ما انتقل إليه عرفهم وعاداتهم، ولذا لما كان لون السواد في زمن الإمام، رضي الله عنه، يعد عيباً قال بأن الغاصب إذا صبغ الثوب أسود يكون قد عيبه، ثم بعد ذلك لما تغير عرف الناس وصاروا يعدونه زيادة قال أصحابه إنه زيادة.

وكذلك الدور لما كانت تبني بيوتها على نمط واحد قال المتقدمون غير زفر: يكفي لسقوط خيار الرؤية رؤية بيت منها، ولما تبدلت الأزمان وصارت بيوت الدور تبني على كيفية مختلفة رجح المتأخرون قول زفر من أن لا بد من رؤية كل البيوت ليسقط الخيار.

وكذلك قال المتقدمون إن الدائن ليس له استيفاء دينه من مال المديون حال غيبته إلا إذا كان من جنس حقه، وقالوا على الزوجة أن تتابع زوجها بعد إيفائه لها معجل مهرها حيث أحب، لما كان في زمانهم من انقياد الناس إلى الحقوق. ثم لما انتقلت عادة الناس إلى العقوق قال الفقهاء للدائن استيفاء دينه ولو من غير جنس حقه، وقال المتأخرون لا تجبر الزوجة على متابعة الزوج إلى غير وطنها الذي نكحها فيه وإن أوفاهها معجل مهرها، لتغير حال الناس إلى العقوق.

بل إن ذلك مقرر ومسلم وثابت، وهو سنة الله سبحانه في تشريعه لعباده، فإنه تعالى حين بدأ خلق الإنسان وكان الحال ضيقاً لقلّة عدد الذرية أباح نكاح الأخت لأخيها ووسع في أشياء كثيرة، وبقي ذلك إلى أن حصل الاتساع وكثرت الذرية فحرم ذلك في زمن بني إسرائيل، وحرم السبت والشحوم ولحوم الإبل وأموراً كثيرة. وكانت توبة الإنسان بقتله نفسه، وإزالة النجاسة بقطعها، إلى غير ذلك من التشديدات، ثم لما جاء آخر الزمن وضعف التحمل وقل الجلد لطف الله سبحانه بعباده وخفف عنهم بإحلال تلك المحرمات ورفع تلك التكاليف وقبول التوبت، كل ذلك بحسب اختلاف الأحوال والأزمان، سنة الله الجارية في خلقه.

وقيل تغير الأحكام إحداثها وابتداء سنّها بعد أن لم تكن، كما فعل عمر بن عبدالعزيز فإنه قال: ستحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور.

ثم إذا ادعي اختلاف الأحوال إلى تغير بعض الأحكام أو إثبات أحكام، فلا بد أن تكون تلك الأحكام المسنونة بحال تشهد لها قواعد الشرع بالاعتبار، أو تكون بحال إذا لم تشهد لها بالاعتبار لا تشهد عليها بالإبطال، كأن تكون من المصالح المرسلّة، وهي التي لم يشهد الشرع باعتبارها ولا بإلغائها ولوحظ فيها جهة منفعة، فإنها يجوز العمل بها وإن لم يتقدمها نظير في الشرع يشهد باعتبارها، كما وقع لسيدنا الصديق في توليته عهد الخلافة لعمر رضي الله عنهما، وكرتخ الخلافة شوري بين ستة، وكتدوين الدواوين، وضرب السكة، واتخاذ السجون، وغير ذلك كثير مما دعا إلى سنّه تغير الأحوال والأزمان، ولم يتقدم فيه أمر من الشرع، وليس له نظير يلحق به، ولوحظ فيه جهة المصلحة. (ر: معين الحكام، الفصل الثاني في القسم الثالث من الكتاب).

ولنا نظير هذا كلام أسلفناه في شرح القاعدة الثانية والثلاثين فانظره هناك.

## ثانياً - التطبيق

مما يفرع على القاعدة المذكورة أيضاً:

( أ ) أنه لما ندرت العدالة وعزّت في هذه الأزمان قالوا بقبول شهادة الأمثل فالأمثل والأقل فجوراً فالأقل . (ر: معين الحكام، باب القضاء بشهادة غير العدول، وغيره).

(ب) وقالوا نظير ذلك في القضاة وغيرهم، إذا لم يوجد إلا غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجوراً، لثلاث تضيع المصالح وتتعلط الحقوق والأحكام . فقد حسن ما كان قبيحاً واتسع ما كان ضيقاً، واختلفت الأحكام باختلاف الأزمان، فإن خيار زماننا هم أراذل أهل العصر الأول، وولاية الأراذل فسوق . (ر: معين الحكام، القسم الثالث، قبيل الفصل الثالث في الدعاوى بالتهم والعدوان).

(ج) وجوزوا تحليف الشهود عند إلحاح الخصم . (ر: المادة / ١٧٢٧ / من المجلة)، وإذا رأى الحاكم ذلك لفساد الزمان . (ر: معين الحكام، الفصل الثاني من القسم الثالث في القضاء بالسياسة).

(د) وجوزوا أيضاً إحداث أحكام سياسية لقمع الدعار وأرباب الجرائم عند كثرة فساد الزمان . وأول من فعله عمر بن عبدالعزيز رضي الله عنه، فإنه قال: ستحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور.

(هـ) ومما فرع على القاعدة: منع عمر بن عبدالعزيز عماله عن القتل إلا بعد إعلامه وإذنه به بعد أن كان مطلقاً لهم، لما رأى من تغير حالهم.

\*\*\*

obeikandi.com

## القاعدة التاسعة والثلاثون (المادة / ٤٠) «الحقيقة تترك بدلالة العادة»

### الشَّرْح

الحقيقة تترك بدلالة العادة والعرف لأن الاستعمال والتعارف يجعل إطلاق اللفظ على ما تعورف استعماله فيه حقيقة بالنسبة إلى المستعملين، ويجعل إطلاقه على معناه الوضعي الأصلي في نظرهم مجازاً.

ومن المعلوم أن الأمر إذا دار بين الحقيقة والمجاز ترجح الحقيقة، وهي هنا العرف والعادة، ويترك المجاز، وهو المعنى الوضعي الأصلي. فقد قال صاحب جامع الفصولين: «مطلق الكلام محمول على المعتاد». (ر: الفصل الأربعين، ص / ٢٤٣).

وفائدة وضع هذه المادة بعد المادتين / ٣٦ و ٣٧ / دفع ما عساه يتوهم من أن تحكيم العادة والعمل باستعمال الناس إنما يكونان حيث لم تعارضهما الحقيقة، وذلك بأن لم يكن بإزائهما حقيقة أصلاً، كمسألة التقاط الثمار الساقطة، المتقدمة تحت القاعدة / ٣٦ / أو كان بإزائهما حقيقة ولكنها كانت موافقة لهما. وأما إذا كانت مصادمة لهما فلا يكونان معتبرين، فنبهوا بهذه المادة على أن تحكيم العادة والعمل باستعمال الناس لا تقوى الحقيقة على معارضتهما، بل يعمل بهما دونها على ما تقدم. وذلك كمسألة وضع القدم، ومسألة ما لو حلف لا يأكل رأساً ولا يركب دابة، المتقدمتين في المادة / ٣٦ / المذكورة.

فظهر بما ذكر أن المراد بالحقيقة المذكورة في لفظ المادة هي الحقيقة

المهجورة، وإلا فإن الحقيقة المستعملة هي المعتبرة عند الإمام دون المجاز، وإن كان استعماله أكثر من استعمالها. فكان ينبغي وضع هذه المادة عقب المادة / ٣٧ / .

\*\*\*