

المقالة الاولى

في تعريف علم الفقه وتقسيمه

﴿ المادة الاولى ﴾ الفقه علم بالمسائل الشرعية العملية

اعلم ان مبادئ كل علم عشرة اقسام: المربوع والواضع والامم وحكم الشارع والاستمداد والمسائل والفضيلة والنسبة والفائدة فخذ الفقه العلم بالاحكام الشرعية الفرعية المكتسب من ادلتها التفصيلية وهذه الادلة اربعة: الكتاب والسنة والاجماع والقياس وموضوعه فعل المكلف ثبوتاً او سلباً من حيث انه مكلف لانه يبحث فيه عما يعرض لفعله من حل وحرمة ووجوب وندب ويراد بالمكلف البالغ العاقل ففعل غير المكلف ليس من موضوعه وضمان المتلفات ونفقة الزوجات انما مخاطب بها الولي لا " بي والمجنون كما يخاطب صاحب البهيمة بضمان ما اتلفته حيث فرط في حفظها لتزويل فعلها في هذه الحالة بمنزلة فعله وواضعه ابو حنيفة رحمه الله تعالى واسم الفقه وحكم الشارع فيه وجوب تحصيل المكلف ما لا بد له منه واستمداده من الكتاب والسنة والاجماع والقياس ومسائله كل جملة موضوعها فعل المكلف وفضيلته كونه افضل العلوم سوى الكلام والتفسير والحديث واصول الفقه ونسبته لصالح الظاهر كنسبة العائد لصالح الباطن وفائده الفوز بسعادة الدارين اي دار الدنيا بنقل نفسه من حضيض الجهل الى ذروة العلم وبيان ما للناس وما عليهم لقطع الخصومات ودار الآخرة بالنعم الفاخرة اهـ ملخصاً عن الدر المختار ورد المختار

مجملة والمسائل الفقهية اما ان تتعلق بامر الآخرة وهي العبادات واما ان تتعلق بامر الدنيا وهي تنقسم الى مناكلات ومعاملات وعتوبات فان البارئ تعالى اراد بقاء نظام هذا العالم الى وقت قدره وهو انما يكون ببقاء النوع الانساني وذلك بتوقف على ازدواج الذكور مع الاناث للتوالد والتناسل ثم ان بقاء نوع الانسان انما يكون بعدم انقطاع الاشخاص والانسان بحسب اعتدال مزاجه يحتاج في البقاء الى الامور الصناعية في الغذاء واللباس والسكن وذلك ايضاً بتوقف على التعاون والتشارك بين الافراد والحاصل ان الانسان من حيث انه مدني بالطبع لا يمكن ان يعيش على وجه

الافراد كسائر الحيوانات بل يحتاج الى التعاون والتشارك ببسط بساط المدنية والحال ان كل واحد يطلب ما يلائمه ويغضب على من يزاحمه فلاجل بقاء العدل والنظام بينهم محفوظين من الخلل يحتاج الى قوانين مؤيدة شرعية في امر الازدواج وهي قسم المناكحات من علم الفقه وفيما به التمدن من التعاون والتشارك وهي قسم المعاملات منه ولاجل استقرار امر التمدن على هذا المتوال لزم ترتيب الجزاء وهو قسم العقوبات من الفقه. وها قد وقعت المباشرة بتأليف هذه المجلة من المسائل الكثيرة الوقوع في المعاملات بعد استخراجها وجمعها من الكتب المعتمدة وتقسيمها الى كتب ونقسم الكتب الى ابواب والابواب الى فصول فالمسائل الفرعية التي يعمل بها في المحاكم هي المسائل التي ستذكر في الابواب والفصول الا ان المحققين من الفقهاء قد ارجعوا المسائل الفقهية الى قواعد كلية كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة وتلك القواعد مسئلة معتبرة في الكتب الفقهية فتخذ ادلة لاثبات المسائل وتقمها في بادي الامر بوجوب الاستئناس بالمسائل ويكون وسيلة لثبوتها في الاذهان فلذا جمع تسع وتسعون قاعدة فقهية وحررت مقالة ثانية في المقدمة على ما سيأتي ثم ان بعض هذه القواعد وان كان بحيث اذا انفرد يوجد من مشتملاته بعض المستثنيات لكن لا تختل كليتها وعمومها من حيث المجموع لان بعضها يخص او يقيد بعضاً آخر

المقالة الثانية

في بيان القواعد الفقهية

القاعدة لغة الاساس اما اصطلاحاً فهي حكم كلي او غالب ينطبق على جزئيات كلها او اكثرها (حموى) والفرق بينهما وبين الضابط ان القاعدة تجمع فروعاً من ابواب شتى والضابط يجمعها من باب واحد (اشباه)

﴿ المادة ٢ ﴾ الامور بمقاصدها. يعني ان الحكم الذي يترتب على امر يكون على متضمن ما هو المقصود من ذلك الامر

ويقرب من هذه القاعدة قاعدة انما الاعمال بالنيات ثم اعلم ان الكلام هنا على

حذف المضاف والتقدير حكم الامور بمقاصد فاعلم اي ان الاحكام الشرعية التي
تترتب على افعال المكلفين منوطة بمقاصدهم من تلك الافعال فلو ان الفاعل المكلف
قصد بالفعل الذي فعله امراً مباحاً كان فعله مباحاً وان قصد امراً محرماً كان فعله
محرماً والاحكام التي تترتب على افعال المكلف هي عبارة عن الوجوب والندب
والاباحة والكرامة والتجريم ولا تجري هذه القاعدة بكيتها الا في المباحات فقط ويخرج
عليها فروع كثيرة منها لو وجد رجل شيئاً في الطريق فاخذه بنية رده الى صاحبه
كان امانة في يده فلا يضمن لو هلك ذلك الشيء في يده بدون صنع او نقصير
منه واما لو اخذه بقصد ان يتخذه لنفسه كان غاصباً فلو هلك في يده ولو بدون صنمه
ونقصيره يضمن انظر المادة ٧٦٩ وبهذا المثال نرى انه باختلاف مقصد الملتقط يترتب
حكمان يخالف احدهما الاخر وهما الضمان وعدمه . ومنها لو افرخ طيراو باض في
ارض رجل او تكسر فيها ظبي فهو لمن سبقت يده اليه الا ان يكون صاحب الارض
قد هيأها لذلك . ومنها لو نصب الصياد شبكة فتعلق بها صيد فان كان قد نصبها
للغفاف فالصيد لمن سبقت يده اليه وان كان قد نصبها للصيد فهو لصاحبها وان اخذه
غيره كان غاصباً . ومنها لو نثر سكر او دراهم في العرس ف وقعت على ثوب رجل فان
كان هذا الرجل قد اعد ثوبه لذلك فما وقع فيه يكون له وليس لغيره ان يأخذه وان
لم يده لذلك فلا يملكه بل هو لمن سبقت يده اليه اه عن التنوير . ومنها لو رمى الصياد
صيداً فاصاب رجلاً فقتله وجبت عليه فقط دية المقتول لو رثته اما لو قصد باطلاق
الرصاص قتل ذلك الرجل وجب القصاص (ملحق) فزى ان بهذا المثال يترتب
على فعل القتل نظراً لاختلاف المتقصد حكمان يخالف احدهما الاخر وهما الدية
واقصاص وكذا لو رمى شخصاً ظنه صيداً او رمى غرضاً فاصاب آدمياً او رمى غرضاً
فاصابه ثم رجع عنه او تجاوز عنه الى ما وراءه فاصاب رجلاً او قصد رجلاً فاصاب
غيره او سقطت من يده خشبة او ابنة فقتلت رجلاً كان عليه في كل ذلك الدية (در
مختار) بخلاف ما لو قصد القتل وتعمده فانه يجب عليه حيثئذ القصاص . ومنها لو
بنى مربطاً او اصطبلًا تجتمع فيه الدواب فاجتمع فيه من السرقة فهو لمن اخذه الا
ان يكون صاحبه قد اعده لذلك فهو له وكذا لو آجر داره فاناخ المستأجر جماله
وتبعرت فيه فالمستجمع لمن سبقت يده اليه الا اذا كان المؤجر قد اراد ان يجمع فيه
الروث والبرم فيئذ يكون له (هندية) ومنها لو تعدى الوديع على الودعية ثم ازال تعديه

كما لو لبس الثوب المودع عنده ثم اعاده الى مكانه نأوياً ان لبسه في الغد فسرق فانه
يضمن وان لم ينو لبسه ثانية فلا ضمان (القروي) . وما يتفرع ايضاً على هذه القاعدة
المسائل المدرجة في المواد ١٢٥٠ و ١٣٠٣ و ١٣٠٤ من المجلة فراجعها

فائدة : تجري قاعدة الامور بمقاصدها في علم العربية فقد قال سيبويه والجمهور
باشترط القصد في الكلام فلا يسمى كلاماً ما نطق به النائم او الساهي وما تحكيه
الحيوانات المعلقة وتجري هذه القاعدة ايضاً في العروض فان الشعر كلام موزون مقصود
به اما ما يقع موزوناً اتفاقاً لا عن قصد من المتكلم فلا يسمى شعراً كقوله تعالى لن
تناولوا البر حتى تنفقوا مما تحبون (اشباه)

استطرد : لا ينبغي ان يفهم مما تقدم ان تبدل القصد يقتضي في كل حال
تبدل الحكم الشرعي فلو اخذ مال غيره بدون اذنه مازحاً هازلاً فهلك في يده فانه
يضمن ولو لم يكن قاصداً يملكه ومثله لو رأى سكراناً نائمًا في الطريق فاخذ ما كان
معه من المال لثلاً يفقد فضاع منه فانه يضمن (فتاوى بن نجيم)

المادة ٣* العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني ولذا
يجري حكم الرهن في بيع الوفاء

اي ان العقود المبنية على الاغراض والمقاصد لا على الالفاظ كالبيع والاجارة والحوالة
تعتبر فيها المقاصد والمعاني ولا عبرة للالفاظ ولهذا جرى حكم الرهن في البيع بالوفاء
وان كان منعقداً بلفظ البيع لانه لم يقصد به تمليك المبيع المشتري بل تأمينه على دينة
انظر المادة ٢٩٦ وما يليها وما يتفرع على هذه القاعدة ما لو قال وهبتك هذه الدار
بشوبك هذا كان بيعاً بالاجماع اذ العبرة للمعاني لا للالفاظ (در منتقى) ومنه ان
الكفالة المشروط فيها برائة ذمة المديون حوالة والحوالة بشرط عدم برائة ذمة المديون
كفالة كما سيجي . في المادتين ٦٤٨ و ٦٤٩ . والهبة بشرط العوض بيع فنجري فيها
الشفعة كما سيأتي في المادة ١٠٢٢ - والاعارة لمدة معلومة باجر معلوم اجارة (اشباه)
والوصاية حال حياة الموصي وكالة وتوكيله بعد موته وصاية (بزازية) ويخرج عن
هذه القاعدة مسائل منها اذا قال احد لآخر بقصد ان يهبه ماله يملك مالي هذا بدون
ثمن فلا يبطل لفظ البيع ولا يحمل على الهبة ولو كان قصد المتكلم الهبة ومنها لو قال

لا آخر بقصد ان يعيره منزله آجرتك منزلي هذا بدون كراه فلا يحمل قوله على الاعارة وان كانت هي المقصودة بكلامه (اشباه)

المادة ٤ * اليقين لا يزول بالشك

اليقين طمانينة القلب على حقيقة الشيء والشك استواء طرفي الشيء وهو الوقوف بين الشكيتين بحيث لا يميل القلب الى احدهما وبعبارة اخرى اليقين جزم القلب مع الاستناد الى الدليل القطعي والشك تجويز الامرين لا مزية لاحدهما على الآخر (حموي) ومعنى هذه القاعدة ان ما كان ثابتاً ومتيقناً في الاصل لا يزول بالشك لان ما ثبت بيقين لا يزول الا بيقين (اشباه) ومن فروع هذه المادة ما لو كان لزبد على عمرو الف مثلاً فبرهن عمرو على الاداء او البراء ثم برهن زبد على ان له عليه الف لم تقبل حتى يبرهن انها حادثة بعد البراء او الاداء لاحتمال ان الالف الذي برهن عليه زبد هو الذي قامت البينة على ادائه او ابرائه فلا تستغل ذمته بالاحتمال (حموي) كذلك بمقتضى المادة ١٦٩٤ من المجلة يكفي من يشهد بدين على الميت ان يبين سبب الدين ومقداره ولا يحتاج الى ان يقول ان الدين كان باقياً في ذمته حين وفاته وكذا لو شري ثوباً ثم جاء ليرده بخيار العيب فاختلف التجار فيه فقال بعضهم انه عيب وقال بعضهم لا فليس له الرد (خانية) وكذا لو قال له بدمتي الف فيما اظن فلا يعد ذلك اقراراً بالدين (حموي) لان الاصل براءة الذمة كما سيأتي في المادة الثامنة وهو متيقن فلا يزول بالشك

المادة ٥ * الاصل بقاء ما كان على ما كان

ويقال لذلك الاستصحاب وهو الحكم ببقاء امر محقق لم يظن عدمه وهو على نوعين الاول ابقاء الشيء في الحال على ما كان عليه في الماضي الا ان يقوم الدليل على خلافه والثاني اتخاذ الحال الحاضر دليلاً على ما كان عليه الشيء في الزمن السابق ويقال له الاستصحاب المقلوب لانه عكس الاول ومما يتفرع على النوع الاول ان المفقود وهو الغائب غيبة منقطعة بحيث لا يعلم موته او حياته حي في حق نفسه في الحال باستصحاب الزمن الماضي بمعنى ان حياته قبل غيبته متيقنة فيعد حياً في الحال الى ان يثبت موته ومن ثم لا يقسم ماله بين ورثته ولا تفسخ اجارته (تنوير) ومنه ما سيأتي في المادة ٧٨٥ من انه اذا لم يثبت حقيقة او حكماً موت المفقود لا تعطى ورثته ماله المودع عند

آخر بل يحفظه المستودع الى ان يعلم موته او حياته . ومما يتفرع على النوع الثاني المسألة الواردة في المادة ١٧٢٦ فقرتها الثانية اما المسألة الواردة في المادة ١٧٢٢ فتفرع على نوعين

ثم ان الاستصحاب انما يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق (اشباه) اي لدفع الزام الغير لا لالزام الغير (حموي) فلو مات نصراني فجاءته امرأته مسلمة فقالت اسلمت بعد موته ولي الميراث وقال ورثته اسلمت قبل موته ولا ميراث لك فالقول للورثة ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءته مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول للورثة ايضاً ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق والمرأة محتاجة اليه واما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضاً (هندية) وكذا المفقود لا يرث من غيره ولا يستحق ما اوصي له به (تنوير) لان شرط الارث حياة الوارث عند موت المورث وحياة المفقود ثابتة بالاستصحاب وهو لا يصلح حجة للاستحقاق ومع هذا ليس لاسائر الورثة ان يقسموا بينهم حصة المفقود لان ثبوت حياته بالاستصحاب يكفي لدفع دعواهم بل تحفظ حصته الى ان يظهر امره فان ظهر حياً او علم انه مات بعد موته حكم له بتلك الحصة وان علم انه مات قبل المورث اعيدت الى باقي الورثة

تنبيه ان موت المفقود حقيقة هو تحقق وفاته وموته حكماً هو حكم الحاكم بذلك اذا مضى من عمره ما لا يعيش اليه اقرانه (ملثقي) او لكونه نزل ميدان الحرب او سافر بجراً او أصيب باحد الامراض المهلكة ولم يظهر له بعد ذلك اثر (رد مختار)

المادة ٦ * القديم يترك على قدمه

القديم هو الذي لا يوجد من يعرف اوله انظر المادة ١٦٦ ومما يتفرع على هذه القاعدة انه لو كان لدار مسيل على دار الجار يجري من مدة لا يدركها الاقران كان ذلك المسيل قديماً فليس للجار منعه لانه يجب ترك القديم على قدمه وتفصل دعاوى حق المرور وحق الشرب وحق المسيل توفيقاً لهذه القاعدة انظر المواد ١٢٢٤ و ١٢٢٩ و ١٢٣٠ وكذا لو كان وقف قديم جهل مصرفه وشروطه فينظر الى المهور من جاله فيما سبق وبملى بحسبه انظر شرح المادة ١٧٣٩

المادة ٧ * الضرر لا يكون قديماً

ولهذا قالوا لا عبرة للقديم المخالف للشرع القويم فلو كان لدار مسيل ماء على الطريق العام ويحصل منه للمارين ضرر فاحش فلا يعتبر قدمه ويؤمر صاحبه برفعه انظر المادة ١٢١٤ اما اذا كان ذلك المسيل يجري على منزل رجل وكان قديماً فيترك على حاله وان تضرر صاحب المنزل لانه يحتمل ان يكون صاحبه قد تملكه بوجه من الوجوه الصحيحة اما في الطريق العام فذلك غير ممكن لعدم تصور أحداث شيء فيه بوجه شرعي انظر المواد ١٢٢٨ و ١٢٢٩ و ١٢٣٠

المادة ٨ * الاصل براءة الذمة فاذا اتلف رجل مال آخر واختلفا في مقداره كان القول للتلّف والبيئة على صاحب المال لاثبات الزيادة وكذا لو غصب شيئاً فهلك في يده ثم اختلف المالك والغاصب في قيمة المغصوب فالقول للغاصب لان الاصل البراءة عما زاد (اشباه) وكذا لو اعطى اخر الف درهم ثم اختلفا فقال الدافع قرض وقال الآخذ بل هبة فالقول للآخذ (حموي) لان الآخذ يدعي براءة ذمته والاصل براءة الذمة ولهذا نرى ان البيئة في الدعاوى السائرة للمدعي لانه يدعي بخلاف الاصل فيحتاج الى اثبات دعواه والقول للمدعي عليه بيمينه لكونه متمسكاً بالاصل الذي هو براءة الذمة انظر المواد ١٨١٧ و ١٨١٨ و ١٨١٩

المادة ٩ * الاصل في الصفات العارضة العدم فاذا اختلف شريكا المضاربة في حصول الربح وعدمه فالقول للمضارب والبيئة على رب المال لاثبات الربح

الصفة العارضة حالة لا تكون موجودة مع الاصل بل عارضة كالربح والعيب والمرض والصفة الاصلية حالة توجد مع وجود الاصل كالصحة والحياة والبكارة فالاصل في الصفات العارضة العدم ويتفرع على ذلك مسائل منها اذا اختلف المضارب ورب المال في حصول الربح وعدمه فالقول للمضارب لانه متمسك بالاصل وهو عدم الربح وكذا لو قال المضارب لم اربح الا كذا لان الاصل عدم الزائد ومنها اذا اختلف رب المال والمضارب في مقدار راس المال فالقول للمضارب لان الاصل عدم الزيادة ومنها لو

قال رب المال نهيتك عن شراء كذا وقال المضارب لم تنهني فالقول للمضارب لان الاصل عدم النهي ومنها لو دفع الى رجل دراهم ثم قال دفعتها لك قرضاً وقال القابض مضاربة فالقول للقابض لانهما اتفقا على جواز التصرف له والاصل عدم الضمان ولذا قال في الكنزوان قال اخذت منك الفاً وديعة وهلك وقال اخذتها غصباً فهو ضامن ولو قال اعطيتها وديعة وقال بل غصبتها لا يضمن ومنها لو دفع لآخر عيناً ثم اختلفا فقال الدافع قرض وقال الآخر هدية فالقول للدافع لان مدعي الهدية يدعي البراءة عن القيمة مع كون العين متقومة بنفسها ومنها اذا اختلف العاقدان في قبض المبيع والعين المؤجرة فالقول لمنكره ومنها لو ثبت على رجل دين باقرار او بينة فادعى الاداء او البراءة فالقول للدائن لان الاصل العدم ومنها لو اختلف العاقدان في قدم العيب فالقول للبائع لان الاصل عدمه ومنها لو اختلفا في رؤية المبيع فالقول للمشتري لان الاصل عدمه ولو اتفقا على الرؤية واختلفا في تغير المبيع بعد رؤيته فالقول للبائع لان الاصل عدم التغير (اشباه ملخصاً) ويخرج عن هذه القاعدة مسائل منها ما لو ادعى الزوج بعد موت زوجته انه تصرف بما لها باذنها وقالت ورثتها بل تصرفت بلا اذن فانت ضامن فالقول للزوج كما في الحموي ورد المختار مع ان الاذن من الصفات العارضة والاصل فيها العدم فكان ينبغي ان يكون القول للورثة وفي الاشباه اما في الصفات الاصلية فالاصل الوجود اه فلو اشترى فرساً وبعد ان تسلمها ادعى ان بها عيباً قديماً وانكر البائع ذلك وادعى انها كانت صحيحة كان القول للبائع بيمينه لان الصحة من الصفات الاصلية والاصل في الصفات الاصلية الوجود والبيئة على المشتري لاثبات دعواه لانه يدعي خلاف الاصل (ملتقى) وعلى هذا لو اشترى شيئاً بعد ان وصفه البائع بصفات مرغوبة ثم اختلف البائع والمشتري في كونه عارياً او غير عار عن تلك الصفة تفصل الدعوى بينهما وفقاً لهذين الاصلين فان كان الوصف المشروط في البيع من الصفات العارضة فالبيئة على البائع لاثباتها والقول للمشتري بيمينه وان كانت الصفة المشروطة من الصفات الاصلية فالبيئة على المشتري والقول للبائع بيمينه

المادة ١٠ * ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يقم الدليل على خلافه فاذا ثبت بزمان ملك شيء لواحد يحكم ببقاء الملك له ما لم يوجد ما يزيله هذه المادة من قبيل العمل بالاستصحاب وهي متحدة مع المادة الخامسة وما يتفرع

عليها ما لو ثبت ان رجلاً ملك شيئاً بالارث او الشراء او بوضع اليد مدة لا تسمع بعدها الدعوى يبقى ذلك الشيء في يده ولا يقال انه يحتمل ان يكون قد اخرجه عن ملكه ببيع او هبة اما لو ثبت انه خرج عن ملكه فيكون قد وجد حينئذ دليل على زوال ملكه فلا يحكم ببقاء الملك له بل يزواله انظر المادتين ١٦٩٤ و ١٦٩٥ ومنه ما لو انكر المدعى عليه ان يكون المنقول المدعى به في يده فاقام المدعى بينة شهدت انه كان في يده منذ سنة فانها تقبل ويجبر المدعى عليه على احضاره لمجلس القضاء ليشار اليه في الدعوى والشهادة (فصولين) لانه حيث ثبت وجوده في يد المدعى عليه منذ سنة فيحكم ببقاءه في يده الى ان يوجد المزيد

﴿ المادة ١١ ﴾ الاصل اضافة الحادث الى اقرب اوقاته . يعني انه اذا وقع اختلاف في زمن حدوث امر ينسب حدوثه الى اقرب الاوقات للحال ما لم تثبت نسبته الى زمن بعيد

فلو اقر احد بدين لاحد ورثته ثم توفي فادعى باقي الورثة ان الاقرار كان في مرض الموت وادعى المقر له انه كان في حال الصحة ينسب الاقرار الى اقرب اوقاته اي مرض الموت ما لم تثبت نسبته الى زمن بعيد اي زمن الصحة ولهذا كان القول للورثة مع اليمين والبيئة على المقر له كما سيأتي في المادة ١٧٦٦ وكذا لو قال المحجور بعتك بعد الحجر وقال المشتري بل قبله فالحق للمحجور (حامدية) لان الاصل اضافة البيع الى اقرب الاوقات وهو وقت الحجر . ويخرج عن هذه القاعدة مسائل منها لو قال القاضي بعد عزله لرجل اخذت منك الفاء ودفعتها الى زيد قضيت بها عليك وقال الرجل اخذتها ظمناً بعد العزل فالصحيح ان القول للقاضي مع ان الفعل حادث كان ينبغي ان يضاف الى اقرب اوقاته وهو وقت العزل (اشباه) ومنها لو قال له بعت منك في صفري وقال المشتري بعتني في بعد بلوغك فالحق للبايع (انقروي) مع ان البلوغ اقرب الى الوقت الحاضر

﴿ المادة ١٢ ﴾ الاصل في الكلام الحقيقة

الحقيقة نقيض المجاز وهي استعمال اللفظ بالمعنى الذي وضع له كالاسد للحيوان المقترس واليد للعضو المعلوم والمجاز يطلق على اللفظ المستعمل لغیر ما وضع له بشرط

وجود قرينة تدل على عدم ارادة المعنى الحقيقي فالاصل في الكلام الحقيقة اي لا يجوز حمل اللفظ على المجاز اذا امكن حمله على المعنى الحقيقي فلو وقف على ولده او اوصى لولد زيد لا يدخل ولد ولده ان كان له ولد له لم يكن له ولد لصلبه استحق ولد الابن واختلف في ولد البنت فظاهر الرواية عدم الدخول وصحح فان ولد للواقف ولد رجع من ولد الابن اليه لان اسم الولد حقيقة في ولد الصلب وهذا في المفرد اما اذا وقف على اولاده دخل النسل كله وكانه للعرف فيه والا فالولد مفرداً وجمعاً حقيقة في الصلب ومن فروع هذه القاعدة ايضاً لو قال هذه الدار لزيد كان اقراراً بالملك له حتى لو ادعى انها مسكنه لا تقبل دعواه وفي البزابة قوله فلان ساكن هذه الدار اقرار بكونها له بخلاف زرع فلان او غرس او بنى في هذه الارض ثم ادعى المقران فلاناً فعل ذلك بالاجرة يقبل منه والارض للمقر (اشباه ملخصاً)

﴿ المادة ١٣ ﴾ لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح

اي اذا تعارضت الدلالة والتصريح يعتبر التصريح ولا عبرة للدلالة فاذا وهب شيئاً من آخر وقبضه الموهوب له في مجلس الهبة كان قبضه صحيحاً وان لم يأذنه الواهب لان ايجاب الواهب اذن بالقبض دلالة كما سيأتي في المادة ٨٤٣ واما لو نهاه الواهب عن القبض فلا يصح قبضه لان لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح انظر المادة ٧٧٢ كذلك اذا ادعى عينا شرا من واحد ولم يؤرخا او ارخا تاريخاً واحداً فترجح بيته ذي اليد لان وجود العين في يده دليل على شرائه اما لو كان الاخر اسبق تاريخاً فترجح بيته لان اسبقية تاريخه تثبت له الملك صراحة في زمن لا يزاحمه الاخر فيه ولا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح انظر الفقرة الاستثنائية من المادة ١٧٥٨ والمادة ١٧٦٠ ولكن بعد العمل بموجب الدلالة لا عبرة للتصريح فلو سمع ان فضولياً باع ماله فطلب منه الثمن كان طلبه هذا اجازة للبيع دلالة كما في الدر المختار فاذا رد بعد ذلك بيع الفضولي صراحة لا يصح رده

﴿ المادة ١٤ ﴾ لا مساع للاجتهاد في مورد النص

الاجتهاد لغة بذل المجهود لنيل المقصود (هندية) وشرعاً بذل المجهود من الفقيه لتحصيل حكم شرعي وشرطه الاسلام والعقل والبلوغ وكونه فقيه النفس اي شديد الفهم بالطبع وعلمه باللغة العربية وكونه حاكماً لكتاب الله تعالى فيما يتعلق بالاحكام

وعلماً بالحدث متناً وسنداً وناسخاً ومنسوخاً وبالقياس وهذه النرائط في المجتهد المطلق الذي يفتي في جميع الاحكام اما المجتهد في حكم دون حكم فعليه معرفة ما يتعلق في ذلك الحكم فقط (رد محتر) ومعنى هذه المادة انه لا يسوغ الاجتهاد بقضية شرعية ورد عليها النص صراحة لان الاجتهاد انما يكون فيما لا نص عليه مثلاً حيث ورد النص بمنع الظلم ولعب القمار فلا مساع للاجتهاد بتجوزهما وكذا حيث ورد النص بقصاص القاتل عمداً اذا كان عاقلاً بالغاً وذلك بناء على طلب ولي القاتل فلا مساع للاجتهاد بعدم وجوب القصاص وكذا حيث ورد النص بان نصاب الشهادة في حقوق العباد رجلان او رجل وامرأتان كما سيأتي في المادة ١٦٨٥ فلا محل للاجتهاد في هذا الخصوص لان مساع الاجتهاد مقيد بعدم وجود النص

المادة ١٥ * ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه انه يقتضي المادة ٢٠٥ من المجلة لا يجوز بيع المعدوم ولهذا كان كل من السلم والاجارة والاستصناع غير جائز قياساً لوقوعه في المعدوم اي على شيء غير موجود حين العقد ولكن نظراً للحاجة جوزت معاملات السلم والاجارة بالنص استحساناً ومعاملة الاستصناع بالتعامل والاجماع وحيث كان جواز بيع المعدوم بها على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه وكذا سيأتي في المادة ١٦٥٩ انه اذا باع شيئاً على انه ملكه وأحد اقاربه حاضر فسكت فلا تسمع دعواه بعد ذلك ولما كان ذلك على خلاف القياس فلا يقاس عليه ما لو رهن او أجر بحضور قريبه كما سيأتي هناك

المادة ١٦ * الاجتهاد لا ينقض بمثله

اي ان الاجتهاد لا ينقض باجتهاد آخر وعلمه في الاشياء بان ليس الاجتهاد الثاني باقوى من الاول وانه يؤدي الى ان لا يستقر حكم وفيه مشقة شديدة وعلمه في الهداية بان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجع الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه ومن فروع هذه المادة ما لو حكم القاضي برد شهادة الفاسق ثم تاب فأعادها لم تقبل وعلمه بعضهم بان قبول شهادته بعد التوبة يتضمن نقض الاجتهاد بالاجتهاد وهو لا يجوز ومنها اذا حكم الحاكم برأي أحد المجتهدين المتفني به لا يمكنه ان ينقض حكمه بعد وقوفه على رأي مجتهد آخر بحجة انه احسن ووفق ولكن ادعرت له بعد ذلك دعوى اخرى من هذا القبيل فله ان يحكم بها بموجب رأي المجتهد الثاني

وكما انه لا يمكن لذلك الحاكم ان ينقض حكمه السابق لا يقدر حاكم آخر على نقضه (اشياء ملخصاً) وهذا كله اذا لم يكن قد صدر الامر السلطاني بالحكم برأي أحد المجتهدين لانه لا يجوز حينئذ ان يعدل الى غيره كما سيأتي في المادة ١٨٠١ فان حكم الحاكم بما يخالفه ثم رفع حكمه الى قاض آخر وجب عليه ان ينقضه كما لو كان الحاكم الاول قد اخطأ بتطبيق الامر الحادث على القواعد الشرعية وتبين ان حكمه غير مستند الى دليل شرعي فانه يجب حينئذ نقض ذلك الحكم انظر المادة ١٨٣٨ ويخرج عن هذه القاعدة مستثنان احدهما نقض القسمة اذا وقعت بغبن فاحش فانها وقعت باجتهاد فكيف تنقض بمثله والجواب ان نقضها لقوات شرطها في الابتداء وهو المعادلة وظهر انها لم تكن صحيحة من الابتداء فهو كما لو ظهر خطأ القاضي بفوات شرط فانه ينقض قضاؤه الثانية اذا رأى الامام شيئاً ثم مات او عزل فللثاني تغييره حيث كان من امور العامة والجواب ان هذا حكم يدور مع المصلحة فاذا رآها الثاني وجب اتباعها (اشياء)

المادة ١٧ * المشقة تجلب التيسير يعني ان الصعوبة تصير سبباً للتسهيل ويلزم التوسيع في وقت الضيق . يتفرع على هذا الاصل كثير من الاحكام الفقهية كالقرض والجوالة والحجر وغير ذلك وما جوزه الفقهاء من الرخص والتخفيفات في الاحكام الشرعية هو من هذه القاعدة

الاصل فيها قوله تعالى يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ويخرج من هذه القاعدة جميع رخص الشرع وتخفيفاته فمن ذلك التخفيفات الممنوحة للمكره والصبيان والنساء واسباب التخفيف سبعة الاول الاكراه وستأتي احكامه في المادتين ١٠٠٦ و ١٠٠٧ الثاني الجهل فلو علم الشفيع بالبيع وجهل الثمن او المشتري فهو على شفيعته حتى يعلم (خاتمة) ومنه اذا علم الشفيع ان المشتري زيد فسلم شفيعته ثم بان انه بكر فله الشفعة (تنوير) ومنه ما سيأتي في المادة ١٦٥٥ من ان التناقض في محل الخلاف عفو فلا يمنع من الدعوى . الثالث العسر وعموم البلوى ولذلك جوزوا السلم على خلاف القياس دفماً لحاجة المفاليس ومن ذلك تجوز البيع بالوفا وخيار الشرط للتروي دفماً للندم وخيار نقد الثمن دفماً للماطلة والرد بالعيب والغبن الفاحش والتخالف

والاقالة والحوالة والرهن والضمان والابراء والقرض والشركة والاجارة والحجر والوكالة والمزارعة والمساقاة للحاجة والعارية والوديعة للشقة العظيمة في ان كل احد لا ينتفع الا بملكه ولا يستوفي الا من عليه حقه ولا يأخذه الا بملكه ولا يتعاطى اموره الا بنفسه فسهل الامر باباحة الانتفاع بملك الغير بطريق الاجارة والاعارة والقرض والاستعانة بالغير وكالة وايداعاً وشركة ومضاربة ومساقاة وبالاستيفاء من غير المديون حوالة وبالتوثيق على الدين برهن او كفيل وباسقاط بعض الدين صلحاً او ابراءً وتوقف عزل الوكيل على علمه دفعاً للحرج وكذا عزل القاضي وصاحب وظيفة انظر المادتين ١٥٢٣ و ١٨٠٤ ومن ذلك مشروعية الوصية عند الموت لتدارك الانسان ما فرط فيه حال حياته وفسخ له في الثلث دون ما زاد عليه دفعاً لضرر الورثة حتى اجازوا الوصية بكل المال عند عدم المنازع وواقفوها على اجازة بقية الورثة اذا كانت لوارث وابقوا التركة على ملك الميت حكماً حتى تقضى حوائجه منها رحمةً عليه ووسعوا الامر في الوصية حتى جوزوها بالمعدوم ولم يطلوها بالشروط الفاسدة (اشباه ملخصاً) الرابع النقص ومنه عدم تكليف الصبي والمجنون وتفويض امر احواله الى الولي انظر المواد ١٥٤١ و ٩٥٧ و ٩٧٤ و ١٦١٦ وعدم تكليف النساء بكثير مما يجب على الرجال انظر المادة ١١٥٢ والخامس السفر فان الشاهد اذا كان مسافراً يجوز له تحميل شهادته لغيره (ملتقى) السادس المرض كما اذا كان الشاهد مريضاً جار له ان يستشهد في بيته كما في المادة ٧٨ من قانون الحاكمة الحقوقية . السابع النسيان وهو عدم استحضار الشيء وقت الحاجة فيشمل السهو عند الحكم فان اللغة لا تفرق بينهما وهو لا ينافي الوجوب للكمال وليس عذراً في حقوق العباد حتى لو اتلف مال انسان يجب عليه الضمان وفي حقوقه تعالى عذر في سقوط الاثم (حموي) ثم اعلم ان المشقة والحرج انما يعتبران في موضع لا نص فيه واما في المواضع التي ورد فيها النص بخلافه فالمشقة لا تجلب التيسير (اشباه)

المادة ١٨ * الامر اذا ضاق اتسع

فلو تحقق عسر مديون لا كفيل له بالمال فيرخص له بالتأدية وقت اليسر ولو ثبت عدم اقتداره على دفع الدين دفعة واحدة فيرخص له بتأديته مقسطاً كذلك انظر المادة ٩١٦

* المادة ١٩ * لا ضرر ولا ضرار

فسره في المغرب بان لا يضر الرجل اخاه ابتداء ولا جزاء (اشباه) اي انه لا يجوز ان يبادئه بالضرر ولا ان يقا له به مثلاً لا يجوز لاحد ان يهدم حائط غيره وان هدمه فلا يجوز للآخر ان يهدم حائطه مقابلة لذلك بل عليه ان يرفع الامر الى الحاكم فيضمنه قيمة الحائط الذي هدمه كذلك انظر المادة ٩٢١ ومن فروع هذه القاعدة ما لو احتاج الملك المشترك الى العارة فطلب احد الشريكين عمارته واني الاخر فانه لا يجبر عليه بل اذا كان الملك المشترك قابلاً للقسمة بقسم ويفعل كل منهما بنصيبه ما يريد وان لم يكن قابلاً للقسمة يأذن الحاكم لطالب العارة بالتمير ويجلس العين الى ان يستوفي من شريكه قدر ما اصاب حصته من النفقة كما سيأتي في المادتين ١٣١٣ و ١٣١٤ ولكن اذا تعلق بالملك المشترك حق الغير او كان الشركاء غير مكلفين فيجبر الآتي على العارة كما ستري في المادتين ١٣١٩ و ١٣٢٤

* المادة ٢٠ * الضرر يزال

هذه المادة من تفرعات المادة السابقة وبتتني عليها كثير من ابواب الفقه مثل الرد بالعيب وجميع انواع الخيارات والحجر والشفعة فانها للشريك لدفع ضرر القسمة وللجار لدفع ضرر الجار السوء والقصاص والجبر على القسمة والمهاياة ونصب القضاة والائمة وبيع مال المديون جبراً عليه اذا امتنع عن اداء الدين وضمان المتلفات المندرج في المواد ٥٤٥ و ٥٤٦ و ٥٤٨ و ٥٥٢ و ٥٥٦ و ٥٥٧ و ٥٩٤ و ٦٠٢ و ٦٠٣ و ٦٠٤ و ٦٠٦ و ٦٠٧ و ٦٠٨ و ٦١١ و ٨٩١ و ٩١٢ و ٩١٣ و ٩١٤ و ٩١٦ وما بتتني عليها مسائل الخيطات الواردة في المواد ١٢٠٠ و ١٢٠١ و ١٢٠٢ و ١٢٠٦ و ١٢١٢ و ١٢١٤ ومنه لو باع اغصان فصاد المشتري اذا ارتقى لقطعها يطالع على عورات الجيران يومئذ بان يخبرهم وقت الارتقاء ليستتروا مرة او مرتين فان فعل فيها والا رفع الامر الى الحاكم لينعه من الارتقاء (اشباه)

* المادة ٢١ * الضرورات تبيح المحظورات

اي ان الاشياء الممنوعة تعامل كالاشياء المباحة وقت الضرورة وبما يتفرع على هذه القاعدة ما لو شهر رجل سلاحاً على رجل ليلاً او نهاراً في مصر او غيره او شهر عليه عصاً ليلاً في مصر او نهاراً في غيره فقتله المشهور عليه عمداً وجبت الذية في

ماله دون القصاص ولكن لو ضربته الشاهر ثم انصرف وكف عنه على وجه لا يريد نسيبه ثانياً فقتله المشهور عليه قتل القاتل لانه بالانصراف عادت عصمته (تنوير) ومنه انه يسوغ لاولياء الامور هدم البيوت المجاورة للحريق منعاً لسريانه كما يسوغ لهم منع المصاب بالامراض الوبائية من مخالطة الناس خوفاً من ان يسري المرض اليهم ومن فروع هذه القاعدة ايضاً اخذ مال الممتنع عن اداء الدين بغير اذنه (اشباه) ومنه عدم مسؤولية المكره بفتح الراء عما يأتيه كرهاً عنه كما سيأتي في كتاب الاكراه

المادة ٢٢ * الضرورات تقدر بقدرها

مثلاً بموجب المادة ١٢٠٢ اذا احدث رجل في داره شباكاً او بناء وجعل له شباكاً مطلاً على مقر نساء جاره فيجبر على رفع هذا الضرر بصورة تمنع وقوع النظر اما ببناء حائط او وضع طيلة ولكن لا يجبر على سد شباكهِ بالكلية وكذلك بمقتضى الفقرة الثانية من المادة ١٦٨٥ تقبل شهادة النساء في المحل التي لا يمكن اطلاع الرجال عليها وذلك بسبب الضرورة ولكن لا تقبل شهادة النساء فقط اي دون ان يكون معهن احد من الرجال في المحل التي يمكن اطلاع الرجال عليها لان ما جاز للضرورة بقدر بقدرها

المادة ٢٣ * ما جاز لعذر بطل بزواله

فانه بمقتضى المادة ٩٥٨ يجوز للحاكم ان يحجر على السفينة ولكن اذا اكتسب السفينة صلاحاً فيلزم الحاكم فك حجرة كما سيأتي في المادة ٩٩٧ كذلك اذا كان للشاهد عذر شرعي يمنعه عن الحضور امام الحاكم كالمرض جازله ان يستشهد في بيته كما في المادة ٨٢ من قانون المحاكمة الحقوقية ولكن اذا زال العذر لا يبقى له ذلك كذلك انظر المادة ٥١٧

المادة ٢٤ * اذا زال المانع عاد الممنوع

ويتفرع عنها مسائل منها ان التناقض بمقتضى المادة ١٦٤٧ مانع لدعوى الملكية ولكن اذا زال التناقض بتصديق الخصم او بتكذيب الحاكم عادت الدعوى مسموعة انظر المادتين ١٦٥٣ و ١٦٥٤ ومنها ان زيادة الموهوب له في الموهوب تمنع الواهب من الرجوع في الهبة ولكن اذا زالت تلك الزيادة عاد الواهب حق الرجوع (درر) ومنها اذا وجد بمشربه عيباً قديماً كان له ان يردده على بائعه ولكن لو حدث فيه

عند المشتري عيب آخر امتنع الرد بسبب العيب الحادث كما سيأتي في المادة ٣٤٥ غير انه اذا زال العيب الحادث عاد للمشتري حق الرد كما ستري في المادة ٣٤٧ لانه اذا زال المانع عاد الممنوع . ومنها اذا تزوجت المرأة وسقط حقها في الحضانة فانها اذا بانث عاد حقها فيها لزوال المانع (مخطاوي) ومنها اذا اشترى شيئاً شراءً فاسداً ثم رهنه من آخر وسلمه امتنع حق فسخ البيع بسبب الفساد لتعلق حق المرتهن بالبيع ولكن لو ادى المشتري دينه وافتك الرهن عاد حق فسخ البيع كما في مجمع الانهر لانه لما زال المانع وهو الرهن عاد الممنوع وهو حق الفسخ ومنها لو ردت شهادة الاعمى والصبي للعمى او للصغير ثم ابصر الاعمى او بلغ الصبي فاعادها فانها تقبل كما سيأتي في شرح المادة ١٦٨٦

المادة ٢٥ * الضرر لا يزال بمثله

فانه بمقتضى المادة ٣٤٥ اذا حدث في المبيع عيب عند المشتري ثم ظهر فيه عيب قديم كان عند البائع فليس للمشتري ان يردده على بائعه بالعيب القديم لان الضرر لا يزال بمثله بل له الرجوع بنقصان الثمن فقط لان الضرر يدفع بقدر الامكان كذلك انظر المادتين ١٣١٢ و ١٣١٣

المادة ٢٦ * يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام . يتفرع على

هذا منع الطيب الجاهل

هذه المادة مقيدة للمادة السابقة ومما يتفرع عنها الحجر على المفتي الماكن والمكاري المفلس دفعاً للضرر العام وحجر السفينة والمدبون وبيع مال المدبون قضاءً لدفعه دفعاً للضرر عن الغرماء على ما هو المعتمد ونقض الحائط المائل الى طريق العامة والتسوير عند تعدي ارباب الطعام في بيعه بغير فاحش وبيع طعام المحتكر جبراً عليه عند الحاجة اذا امتنع عن بيعه دفعاً للضرر العام ومنع اتخاذ حانوت للطبخ بين البازارين (اشباه) ومنه ايضاً هدم البيوت المجاورة للحريق منعاً لسريانه

المادة ٢٧ * الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف

هذه المادة متحدة مع المادة السابقة ومن فروعها الاجبار على قضاء الدين والنفقات الواجبة ومنها حبس الاب اذا امتنع عن الانفاق على ولده الصغير بخلاف الدين ومنها

إذا ابتلعت دجاجة رجل لؤلؤة آخر ينظر الى أكثرهما قيمة فيضمن صاحب الأكثر قيمة الأقل ويملكه ومثله لو دخل فصيل غيره في داره فكبر فيها ولم يمكن اخراجه الا بهدم الجدار وكذا لو ادخلت البقرة رامها في قدر من النحاس فتعذر اخراجه وعلى هذا لو طلب صاحب الأكثر القسمة وشريكه يتضرر فيجاب صاحب الأكثر لان ضرره في عدم القسمة اعظم من ضرر شريكه بها (اشباه) انظر المادة ١١٤٠ ومن فروعها ايضا المسألة الواردة في المادة ٩٠٦

﴿المادة ٢٨﴾ إذا تعارض مفسدتان روعي اعظمهما ضرراً بارتكاب اخفهما

هذه القاعدة هي عين السابقة في الحقيقة واختلف العنوان لا غير (حموي) ويتفرع عليها المسألة الآتية في المادة ٩٠٢ وجواز شق بطن الميت لخراج الولد اذا كانت ترجى حياته (اشباه)

﴿المادة ٢٩﴾ يختار اهون الشرين

انظر الفقرة الثانية من المادة ٩٠٦ ومن فروع هذه القاعدة ما لو ادخل ثور رجل راسه في جب آخر ولا يمكن الفصل الا بكسر احدهما ينظر الى قيمتهما فيملك صاحب الأكثر الأقل بقيمته (انقروى)

﴿المادة ٣٠﴾ درء المفسد اولى من جلب المنافع

اي اذا تعارض مفسدة ومصلحة قدم رفع المفسدة لان اعتناء الشرع بالمنهيات اشد من اعتنائه بالمأمورات (اشباه) وبما يتفرع من هذه القاعدة ان الرجل يمنع من التصرف في ملكه اذا كانت تصرفه يضر بجاره ضرراً فاحشاً لان درء المفسد عن جاره اولى من جلب المنافع لنفسه وانظر ايضا المواد ١١٩٢ و ١٢٠٧ و ١٢٠٨

﴿المادة ٣١﴾ الضرر يدفع بقدر الامكان

فلو ظهر في المبيع عيب قديم ثم طرأ عليه عيب اخر عند المشتري امتنع رده على البائع بالعيب القديم وللمشتري ان يرجع بنقصان الثمن فقط كما سيأتي في المادة ٣٤٥ وانظر ايضا المادتين ١٢٠٢ و ١٢١٢ كذلك اذا استهلك الغاصب المال المفصوب

او هلك في يده بدون تعديه تعذر رده الى صاحبه فيضمن الغاصب قيمته يوم النصب ان كان قيمياً ويرد مثله ان كان مثلياً كما سيأتي في المادة ٨٩١

﴿المادة ٣٢﴾ الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة . ومن هذا القبيل تجويز بيع الوفاء فانه لما كثرت الديون على اهالي بخارى مست الحاجة الى ذلك فصار مرعياً

بيع الوفاء غير جائز في الاصل كما سيأتي في بابہ ولكنهم تعارفوه في بخارى لما كثرت الديون عليهم وكانوا يشترطون للمشتري بعض منافع المبيع كاجرتة وغلته ترغيباً له في اقراض ماله مع ان ذلك غير مشروع ايضا فحوزه الفقهاء للحاجة كما سيأتي في المادة ٣٩٨ مع ان هذه الحاجة لم تكن عامة بل خاصة باهالي بخارى ويتفرع على هذه القاعدة ايضا تجويز الاجارة على خلاف القياس لان المقود عليه وهو المنفعة معدوم فالقياس البطلان وتجويز خيار التعيين كما سيأتي في المادة ٢١٣ مع جهالة المبيع فيه . ومنه تجويز السلم مع انه بيع المعدوم وضمان الدرك والاستصناع والدخول الى الحمام بالاجرة مع جهالة مكثته فيه وجهالة ما يستعمل من الماء (اشباه) ومنه تجويز الاستئجار على الطاعات كالامامة والأذان وتعليم القرآن والفقهاء لان الاستئجار على الطاعات باطل قياساً فحوزه الحاجة استثنائاً (در مختار)

﴿المادة ٣٣﴾ الاضطرار لا يبطل حق الغير . يتفرع على هذه القاعدة انه لو اضطر انسان من الجوع فاكل طعام الاخر فيضمن قيمته

وكذلك اذا هجم جمل هائج على رجل وكاد يقتله كان للرجل قتل الجمل لكنه اذا قتله يضمن قيمته الا انه لا ضمان عليه اذا كانت هو او غيره اشهد على صاحبه من قبل ولم ينتبه (ماتني) ومنه المسألة الواردة في المادة ٤٨٠

﴿المادة ٣٤﴾ ما حرّم اخذه حرّم اعطاؤه

فأخذ الرشوة ممنوع كاعطائها ومثل ذلك الربا واجرة النائحة وكذا الوصي لا يجوز له ان يعطي شيئاً من مال اليتيم كما لا يجوز له ان يأخذه لنفسه غير انه اذا خاف ان يستولي ظالم على مال اليتيم كان له اداء شيء ليخلصه (اشباه)

المادة ٣٥ * ما حرم فعله حرم طلبه

فكما ان فعل السرقة والقتل والظلم ممنوع فاجراء ذلك بواسطة اخرى ممنوع ايضا ويخرج عن هذه القاعدة مسألة وهي ما لو ادعى دعوى صادقة فانكر الغريم فله تحليفه (اشباه) فقد جاز للمدعي هنا ان يطلب من خصمه اليمين مع انه ليس له ان يباشره بنفسه لكون الدعوى صادقة وعلة الجواز رجاء النكول فيصل المدعي الى حقه

المادة ٣٦ * العادة محكمة . يعني ان العادة عامة كانت او خاصة

تجعل حكماً لا ثبات حكم شرعي

العادة عبارة عما يستقر في النفوس من الامور المتكررة المعقولة عند الطبائع السليمة واصل هذه القاعدة قوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن (اشباه) وما يتفرع عليها انه اذا باع حماراً ولم يذكر وقت البيع دخول البرذعة والا كاف او عدمه فيرجع في ذلك الى العرف والعادة منه اذا استأجر حملاً لنقل شيء من السوق الى بيته فيعتبر في حمله الى داخل الباب العرف والعادة (خانية) ومنه المسائل الواردة في المواد ١٨٨ و ٢٣٠ و ٣٤٥ و ٤٩٥ و ٥٥٥ و ٦٢٢ و ٨٢٩ و ١٤١ من المجلة . وانما تجعل العادة حكماً في الامور التي لا نص فيها ولهذا حيث لم يرد نص باخذ واعطاء الزيتون والزيت ونحوهما كيلاً او وزناً فيرجع لدى الحاجة الى عرف الناس واما فيما ورد النص فيه فلا حجة للعادة لانه على رواية الامام الاعظم ومحمد ورواية عن الامام ابي يوسف اذا تمارض العرف والنص يعتبر النص ولهذا قال في التنوير وغيره وما نص الشارع على كونه كيلاً كبر وشعير وقمر وملح او وزناً كذهب وفضة فهو كذلك لا يتغير ابداً لان النص اقوى من العرف اه ولكن عن ابي يوسف رواية اخرى وهي اذا كان النص مبنياً على العرف والعادة فالعبارة للعرف والعادة والا فللنص وعليه حيث ان النص الوارد على اخذ الفضة والذهب وزناً والقمح والشعير والملح والتمر كيلاً كان مبنياً على عرف الناس في عصر النبي الاكرم صلى الله عليه وسلم كان عديم الاعتبار لان النص المبني على العرف والعادة يتبدل بتبدلها وقد قوى هذه الرواية بعض المحققين كالكمال ورجحها في الكافي والبحر والفتح والمنح وخرج عليها سعدي افندي استقراض الدرام عدداً ويبيع الدقيق

وزناً (در منتقى) ونقل في رد المحتار كلام الكمال ثم قال وحاصله توجيه قول ابي يوسف ان المعتبر العرف الطارى لانه لا يخالف النص بل يوافقه لان النص على كيلية الاربعة ووزنية الذهب والفضة . يعني على ما كان في زمنه صلح من كون العرف كذلك حتى لو كان العرف اذذاك بالعكس لورد النص موافقاً له ولو تغير العرف في حياته صلح لنص على تغيير الحكم ومخلصه ان النص معلول بالعرف فيكون المعتبر هو العرف اي زمن كان اه

تنبيه العادة المتعارفة في سائر البلاد تسمى العرف العام والمتعارفة فقط عند قوم او في بلدة يطلق عليها اسم العرف الخاص والحكم العام يثبت بالعرف العام وبه يتخصص النص فيبيع المدوم باطل وهذا حكم شرعي ثابت بالنص ولكن بناء على تعامل الناس في كل البلاد جوزوا الاستصناع والاجارة على خلاف القياس فلا يعمل بالنص الا فيما سوى ذلك وامثاله اما العرف الخاص فلا يثبت به الا حكم خاص مثلاً سيأتي في المادة ١٨٨ من المجلة ان البيع بشرط متعارف في عرف البلدة صحيح والشرط معتبر حتى لو باع فرواً بشرط ان يخطط به الظهارة صح البيع ووجب على البائع الوفاء بالشرط ولكن لو جرى البيع بهذا الشرط في بلدة غير متعارف فيها البيع بذلك الشرط كن الشرط مفسداً والبيع فاسداً . انظر ايضا المواد ٢٤٤ و ٢٥١ و ٢٩١ و ٤٩٥ و ٥٦٩

المادة ٣٧ * استعمال الناس حجة يجب العمل بها

ان هذه المادة من فقرات المادة السابقة ومما يتفرع عنها المواد ٣٨٨ و ٣٨٩ و ٥٧٦ ومنه ما لو استعان برجل في سوق لبيع متاعه فبعد البيع طالبه الرجل باجرته فينظر الى تعامل اهل السوق فان كانت العادة ان يعمل مثل هذا العمل بالاجرة فله اجر مثله والا فلا (بزازية) ومنه صحة وقف المنقول اذا كان متعارفاً في محل (غرر) كوقف الكتب والنقود في زماننا

ويخرج عنها ما في الاشباه ونصه لو كان الشرع يفتضي الخصوص واللفظ يقتضي العموم يعتبر خصوص الشرع فلو اوصى لا قاربه لا يدخل الوارث اعتباراً لخصوص الشرع ولا يدخل الوالدان والولد اعتباراً للعرف اه

المادة ٣٨ * الممتنع عادة كالممتنع حقيقة

الامتناع اما حقيقي واما عادي فالاول امتناع الشيء ضرورة لمخالفته للعقل
كافزاره لمن كان اكبر منه سنًا انه ابنه اما الثاني فهو امتناع الشيء بحكم العادة فقط
وكلاهما سيان فالمتنع عادة كالممتنع حقيقة وعلى هذا لو ادعى رجل معروف بالفقر
بمبالغ جسيمة على آخر انه اقترضه اياها دفعة واحدة حال كونه لم يرث ولم يصب مالا
بوجه آخر فلا تسمع دعواه لانها بما يمتنع عادة فهي كالممتنع حقيقة (در مختار)
وحيث ان تكذيب جم غفير اتى للشهادة ممتنع عادة فلا تقبل البيعة ضد المتواتر كما
سيأتي في المادة ١٧٣٣

المادة ٣٩ * لا ينكر تغير الاحكام بتغير الزمان

والمراد ان الاحكام المبنية على العرف والعادة لا على النص والدليل تتبدل مع
تبدل العرف والعوائد التي ثبت عليها فانه كان عند الفقهاء المتقدمين اذا احد اشترى
داراً ورأى احد بيوتها سقط خيار رويته وذلك لان حجر الدور في عهدهم كانت تبنى
على نمط واحد فلما تبدلت الاعصار وصارت بيوت المنازل تبنى على نسق مختلف
بالشكل والقدر صار لا بد من رؤية حجر الدار كلها كي يسقط خيار الرؤية . كذلك
بمقتضى المادة ٥٦٩ من المجلة لا يجب على الغاصب ضمان منافع المصوب ولكن لما نظر
الفقهاء طمع الناس بال الوقف واليتيم افتوا بالضمان في منافعهما صيانة لاموال
الاقواق واليتامى انظر المادة ٥٩٦ وفي مقدمة المجلة تحرير فاخر يتعلق بهذه المادة
فراجعهُ

المادة ٤٠ * الحقيقة تترك بدلالة العادة

بفرض عليها انه لو قال الرجل لخادمه اشعل النار كان عليه ان يشمل الشمعة
التي في النار ولو اشعله فاحترق ضمن لان مفهوم كلام الامر بحسب العرف اشعال
الشمعة لا النار اذ غرض الامر اشعالها لا اشماله ومنها ان الفقيه لا يطلق عند
الفقهاء الا على المجتهد وهو الذي يستخرج الاحكام من دلائلها واطلاقه على المقلد
الحافظ للسائل مجاز ولكن لو اوقف رجل ماله او وصى به للفقهاء يدخل فيهم المقلد
لان لفظ الفقيه يطلق عليه عرفاً فينصرف كلام الواقف او الموصي الى ما هو المتعارف
في زمنه لانه حقيقة كلامه العرفية فتترك به الحقيقة الاصلية (رد مختار) كذلك
سيأتي في المادة ١٥٨٤ ان الاقرار المعلق بالشرط باطل الا اذا علق بزمان يصلح ان

يكون أجلاً للدين في عرف الناس فانه يحمل حينئذ على الاقرار بالدين المؤجل
فالعنى الحقيقي في قولك اذا جاء اول الشهر الفلاني فلك عندي الف درهم هو تعاقب
الاقرار بالشرط فعدل عنه بدلالة العادة الى الاقرار بدين مؤجل الى ذلك الوقت
المادة ٤١ * انما تعتبر العادة اذا اطردت او غلبت

فاذا استأجر خياطاً كانت الابرة والخيط على الخياط عملاً بالعرف وفي استئجار
الكتاب القلم والخبر عليه وعلف الدابة على المؤجر حتى لو تركها المستأجر بدون طعام
فهلكت جوعاً لا ضمان عليه ولو شرطاً علف الدابة على المستأجر فسدت الاجارة
بخلاف استئجار الظئر بطعامها وكسوتها فانه جاز للعرف (اشباه)

المادة ٤٢ * العبرة للغالب الشائع لا للنادر

هذه المادة والتي قبلها عبارة عن شروط العادة التي تجعل حكماً لا يثبت حكم
شرعي فمن شروطها ان تكون غالبية مطردة ولهذا قدر الفقهاء سن البلوغ بالسنة
الخامسة عشرة لانها السن الذي يبلغ الاولاد فيه غالباً فمن خرج منهم عن هذه
القاعدة كان نادراً لا يعتد به ولهذا ايضا قدروا مدة الحضانة بسبع سنين للصغير وتسع
سنين للصغيرة لانهم صرحوا بترك الغلام عند امه حتى يستغني عنها بان ياكل ويشرب
ويستغني وحده وبترك الصغيرة عند امها حتى تصير مشتهاة وحيث ان ذلك يتفاوت
بالنظر الى الاولاد والزمان والمكان فقد عينوا مدة هي الاصح في الغالب وهي سبع
سنين للصغير وتسع للصغيرة كما تقدم وبه يفتى كما في مجمع الانهر وغيره لانه غالباً
تصير الابنة مشتهاة والصغير قادراً على مفارقة امه عند بلوغها هذين العمرين ومن
شدء عن هذه القاعدة كانت نادراً لا عبرة له لان العبرة للغالب الشائع لا للنادر
ومن شروط العادة ايضا ان تكون جارية قبل وقوع الحادثة فالعرف الطارىء بعد
وقوعها لا عبرة له (اشباه)

المادة ٤٣ * المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً

بفرض عليها مسائل منها لو دفع ابنه الى حائك ليتعلم النسيج ولم يشترط الاجر على
احدهما فلما تعلم العمل طلب الاستاذ الاجر من الاب والاب من الاستاذ ينظر الى
عرف اهل تلك البلدة فان كان العرف يشهد للاستاذ يحكم له باجر مثل تعليم ذلك
العمل على الاب وان كان العرف يشهد للاب فباجر مثل الولد على الاستاذ (درر)

ومنها لو دفع ثوبه الى خياط ليخيطه او الى صباغ ليصبغه ولم يعين له اجرة فان كان العامل ممن يعمل بالاجرة استحق اجر المثل والا فلا ومثل ذلك الزول في الخان والدخول الى الحمام واستعمال المال الممد للاستغلال اي انه يجب فيها اجر المثل اذا لم تشترط الاجرة. ومنها ان اكثر اهل السوق اذا استأجروا حارساً وكره الباقون فان الاجرة تؤخذ من الكل وكذا في منافع القرية اهـ والكل من الاشباه ومنها اذا دفع السمسار الثمن للبائع من ماله كان له ان يرجع به على المشتري لانه جرت العادة ان السمسار يدفعه من ماله حتى يرجع على المشتري فصار كما لو احواله البائع على المشتري نصاً ولو عجز السمسار عن اخذ الثمن من المشتري لافلاسه له ان يسترده من الآخذ استحقاقاً (هندية) كذلك انظر المواد ٢٣٠ و ٤٧٢ و ٥٥٤ و ٥٧٦ و ١٣٢٩

المادة ٤٤ * المعروف بين التجار كالمشروط بينهم

مثلاً لو اشترى شيئاً من السوق بثمن معلوم ولم يصرحا بحلول ولا تأجيل وكان المتعارف فيما بينهم ان البائع يأخذ كل جمعة او كل شهر جميع الثمن او بعضاً معيناً منه انصرف اليه بلا بيان لانه حيث كان ذلك متعارفاً عند اتجار فصار كأنهما قد اتفقا عليه كذلك انظر المواد ٢٥١ و ١٣٤٠ و ١٤٩٨

المادة ٤٥ * التعيين بالعرف كالتيين بالنص

فلو استأجر حجرة في دار اجارة مطلقة لم يقيدها بنوع من الانواع كان له ان يسكنها ويضع فيها أمتته وليس له استعمالها بما يخالف العادة كأن يشتغل فيها بصناعة الحدادة ونحوها لان التبيين بالعرف كالتيين بالنص وكذا ليس للوكيل بالبيع ولو كانت وکالته مطلقة ان يبيع نسيئة الى اجل بعيد غير مأوف بين الناس كما سيأتي في المادة ١٤٩٨ ولو لم ينه الموكل عن ذلك كما ليس له بمقتضى المادة ١٤٩٩ ان يبيع نصف المال الذي في تبعيضه ضرر لان العرف يقتضي البيع الى أجل مأوف كما يقتضي خلوه من ضرر يلحق الموكل كضرر الشركة في صورة بيع البعض كذلك انظر المواد ٥٢٧ و ٥٢٨ و ٨١٦

المادة ٤٦ * اذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع . وبناء عليه

ليس للراهن ان يبيع المال المرهون عند دائته من آخر

ولهذا لا يسوغ لاحد التصرف في ملكه اذا تعاقب فيه حق الغير او كان يضر بجاره ضرراً بيناً مثال الاول اذا باع الراهن الرهن من اخر بدون اذن المرتهن كان بيعه موقوفاً على اجازة المرتهن لان كون الرهن ملكه يقتضي نفوذ البيع وتعلق حق المرتهن بالرهن مانع لنفوذه في الحال فيقدم المانع ومثل ذلك لو باع المؤجر المأجور بدون اذن المستأجر ومثال الثاني اذا كان العلو لواحد والسفل لآخر فلا يجوز لاحدهما ان يهدم او يفعل شيئاً في ملكه مما يضر بالآخر الا باذنه انظر المواد ٥٩٠ و ١١٩٢ و ١٧٢٥ ويخرج عن هذه القاعدة ما سيأتي في المادة ١٠٨١ من انه اذا غاب احد الشرىكين في الدار المشتركة فالشرىك الحاضر ان يسكنها كلها فسكنى الحاضر هي المقتضى وحصة الغائب هي المانع من السكنى فتقدم هنا المقتضى على المانع

المادة ٤٧ * التابع تابع . فاذا بيع حيوان في بطنه جنين دخل

الجنين في البيع تبعاً

اي وان لم يذكر وقت العقد لان التابع للشيء في الوجود تابع له في الحكم ومثل ذلك اذا باع ارضاً دخل فيها البناء والاشجار المغروسة لتبقى مسخرة فيها (ملتقى) وكذا لما كانت زوائد المرهون والمغصوب تابعة لها في الوجود كانت ايضاً تابعة لها في الحكم فهي من ثم ملك الراهن المغصوب منه كما سترى في المادتين ٧١٥ و ٩٠٣

المادة ٤٨ * التابع لا يفرد بالحكم . فالجنين الذي في بطن

الحيوان لا يباع منفرداً عن امه

ومثل ذلك حق الشرب وحق المرور وحق المسيل لا يجوز بيعها منفردة (تنوير) واذا بيع التابع تبعاً لتبعه فلا يقابله شيء من الثمن كما سيأتي في المادة ٢٣٤ فلو اشترى فرساً حاملاً وقبل قبضها ولدت وهلك فلوها فلا يسقط شيء من الثمن ويخرج عن هذه القاعدة مسائل منها ان الحمل يرث اذا خرج اكثره حياً ويورث فتقسم غرته بين ورثته اذا ضرب بطن امه فالقته ومنها انه يصح الايصاء به فلواوصى لاحد بحمل دابته وصحت الوصية ويجوز ايضاً الاقرار له اذا بين المقر سبباً صالحاً وولد الحمل لاقل من ستة اشهر بعد الاقرار ويجوز الوصية له اذا ولد لاقل من المدة المذكورة وبصح الاقرار به وان لم يبين له سبباً لمذا ولد في مدة يتصور فيها عند

اهل الخبرة في البهائم . وخرج عن هذه القاعدة ايضاً ما لو ابطل المديون الاجل فانه يبطل ويبقى الدين مع ان الاجل صفة للدين والصفة تابعة لموصوفها فلا تفرد في الحكم وكذا لو اسقط الجودة صح لانها حقه ولو أبرأ الدائن الكفيل او اسقط حقه في حبس الرهن صح مع ان الكفيل والرهن تابعان للدين وهو باق (اشباه ملخصاً)

المادة ٤٩ * من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته . فمن

اشترى داراً ملك الطريق الموصل اليها

واذا اشترى قفلاً دخل فيه مفتاحه ولو اشترى بقرة لاجل حلبها دخل رضيعها في البيع وان لم يذكر كما سيأتي في المادة ٢٣١ لانه لولا ذلك لما امكن المشتري ان ينتفع من مشربه اذ كيف يتأق له دخول الدار والخروج منها اذا لم يكن لها طريق

المادة ٥٠ * اذا سقط الاصل سقط الفرع

فلو أبرأ الدائن الاصيل برىء الكفيل ايضاً واذا أبرأ مديونه من الدين سقط الدين وفائدته واذا مات الموكل او جن جنوناً مطبقاً سقطت وكالة الوكيل اذا لم يتعلق بها حق الغير انظر المواد ١٥٣٠ و ١٥٢٧ و ٦٦٢ و ٧٦٠

المادة ٥١ * الساقط لا يعود كما ان المردوم لا يعود

بتفرع عليها مسائل منها اذا كان لرجل حق المرور في ملك آخر فاسقط حق مروره او اذن صاحب الارض ان يني في محل مروره سقط حق المرور ولا تسمع دعواه به بعد ذلك كما سيأتي في المادة ١٢٢٧ ومنها لو أبرأ الدائن مديونه من الدين الذي عليه سقط الدين ولا تسمع الدعوى به ولو اقر المديون به بعد البراء بخلاف الاقرار بالعين بعد ان ابراء خصمه ابراء عاماً فان الاقرار بها صحيح فيؤمر المقر بدفعها الى المقر له لا يمكن تجديد الملك فيها بخلاف الدين لكونه وصفاً قد سقط فلا يعود بالاقرار واما لو انكر الدائن البراء الذي ادعاه مديونه وقال انك اقررت بهذا الدين بعد دعواك اقراري بالبراء فتسمع دعواه (حامدية ملخصاً) ومنها لو ردت شهادة رجل لعله ثم زالت العلة فاعاد الشهادة في تلك الحادثة لا تقبل الا في الصبي والاعمى اذا ردت شهادتهما بسبب القصر والعمى فبلغ الصبي وابصر الاعمى قبلت (اشباه) كذلك انظر المواد ١٥٥٨ و ١٥٦٢ و ١٥٦٣ و ١٥٦٤ و ١٥٦٥

المادة ٥٢ * اذا بطل الشيء بطل ما فيه ضمنه

ومثلها قولهم اذا بطل المتضمن بطل المتضمن فاذا فسد الصلح والبيع بطل ما وقع في ضمنهما من الاقرار والبراء بين المتعاقدين انظر المادة ١٥٦٦ ومثل ذلك لو قال لرجل بعثك دمي بالف فقتله وجب القصاص لان الاذن بالقتل نشأ عن بيع دمه وهو باطل فبطل الاذن الذي في ضمنه . ولو قال له اقتلني فقتله لزمته الدية دون القصاص كذا في خزائنة المفتين . ولو اجر الموقوف عليه ارض الوقف ولم يكن ناظراً لم يصح فلو اذن المستاجر في العمارة فحمر لم يرجع على احد وكان متطوعاً لانه لما بطلت الاجارة بطل ما في ضمنها من الاذن . ويخرج عن هذه القاعدة مسائل منها لو صالح الشفيع عن حق شفيعته بمال لم يصح ولكن كان صلحه مسقطاً لحق شفيعته مع ان المتضمن للاسقاط الصلح وقد بطل ولم يبطل ما في ضمنه . وكذا لو باع شفيعته بمال لم يصح وتبطل شفيعته فقد بطل المتضمن ولم يبطل المتضمن (اشباه)

المادة ٥٣ * اذا بطل الاصل يصار الى البديل

فاذا تعذر رد عين المفضوب بسبب هلاكه ضمن الفاضب مثله ان كان مثلياً وقيمه يوم الغصب ان كان قيمياً انظر المادة ٨٩١ و ٤٨٩

المادة ٥٤ * يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع . فلو وكل

المشتري البائع بقبض المبيع لا يجوز اما لو اعطى البائع جوازاً ليكيل ويضع فيه الطعام المبيع ففعل كان ذلك قبضاً من المشتري

انما لا يجوز التوكيل في الصورة الاولى لان التسليم والتسلم لا يتمان من جانب واحد بل من الجانبين اذ لا يصح عقلاً ان يكون الشخص الواحد مسلماً ومتسلماً كذلك لا يجوز بيع حق الشرب وحق المسيل وحق المرور قصداً بل يجوز بيعها تبعاً للارض انظر المادة ٢١٦ كذلك لو شري ما لم يره ووكل وكيلاً بالقبض فاسقط الوكيل خيار الرؤية بالقول لا يسقط ولو قبض المبيع ورآه سقط خيار رؤية موكله (اشباه) انظر ايضاً المادة ٣٣٣ وكذا لو امر المشتري البائع بطحن الحنطة ففعل كان ذلك قبضاً (هندية)

﴿المادة ٥٥﴾ يتفر في البقاء ما لا يتفر في الابتداء . مثاله ان هبة الحصة الشائعة لا تصح لكن اذا وهب رجل عقاراً من آخر فاستحق منه حصة شائعة لا تبطل الهبة في حق الباقي

والمراد هنا بالهبة هبة الحصة الشائعة فيما يقسم اما ما كان غير قابل القسمة فهبة الحصة الشائعة منه صحيحة ابتداءً وبقاءً كما سيأتي في شرح المادة ٨٦١ ومن فروع هذه المادة ان اجارة المشاع فاسدة ولكن لو اجر بيتاً ثم استحق منه قسم شائع فتبقى الاجارة في الحصة الباقية وكذا لو اجر الكل ثم فسخ الاجارة في بعض شائع جازت الاجارة فيما بقي لان الشيوع الطارئ لا يفسدها (در منتقى) ومن هذا القبيل لو استخلف القاضي رجلاً مع ان الامام لم يأذن له بالاستخلاف لم يجوز ولكن لو حكم خليفته وهو يصلح ان يكون قاضياً واجاز القاضي حكمه جاز ومنه ان الوكيل بالبيع لا يملك التوكيل به ويملك اجازة بيع الفضولي (اشباه)

﴿المادة ٥٦﴾ البقاء اسهل من الابتداء

هذه القاعدة اصل المادة السابقة يعني ان ما لا يجوز ابتداءً يجوز بقاءً لان البقاء اسهل من الابتداء فلو كان لرجل داران على جانبي الطريق فاراد ان ينشيء جسرآمن الواحدة الى الاخرى يمنع ولكن لا يهدم بعد انشائه ان لم يكن فيه ضرر على المارين كما سيأتي في المادة ١٢١٣

﴿المادة ٥٧﴾ التبرع لا يتم الا بالقبض . فاذا وهب احد لا آخر شيئاً لا تتم هبته الا بقبضه

سواء كانت الهبة بشرط العوض او بدونه فلو اراد الواهب الرجوع كان له ذلك بدون رضى الموهوب له ولو وجد مانع من الرجوع لعدم تمام الهبة بالقبض انظر المادتين ٨٤٩ و ٨٦٢ اما الوصية فانها تتم بدون حاجة الى القبض ولو كانت تبرعاً لانها تملك مضاف الى ما بعد موت الموصي فقبض الموصى به في الحال غير ممكن ومن ثم يملكه الموصى له بعد موت الموصي بمجرد قبوله الوصية

﴿المادة ٥٨﴾ التصرف على الرعية منوط بالمصلحة

لما كان لامام المسلمين ولاية نظارة على عموم الرعية في الامور العامة كان تصرفه على الرعية منوط بالمصلحة ولهذا يجب ان تكون اوامر السلطان واولي الامر والنهي موافقة لمصالح الرعية لان السلطان انما أعطي السلطة من الله تعالى لاجل صيانة دم عباده ووقاية عرضهم واموالهم وبما يتفرع على هذه القاعدة ان للوالي ان يعطي من طريق الجادة احداً ليبنى عليه اذا كان لا يضر بالعامه وان كان يضر ليس له ذلك وقد قالوا ايضاً ان للسلطان ان يجعل ملك الرجل طريقاً عند الحاجة (خانية) كذلك انظر المادتين ٩١٩ و ١٢١٦ وكذا تصرف القاضي فيما له فعله في اموال اليتامى والتركات والاقواف فانه مقيد بالمصلحة فان لم يكن مبنياً عليها لا يصح (اشباه) فمن ذلك انه لا يصرف فائض وقف لوقف آخر اتحد واقفهما او اختلف كما في الدرر بل ان القاضي او متولي الاوقاف يشتري بالفائض مستغلاً للوقف الفائض عنه كما في الهندية ومنه ما سيأتي في المادة ٦٥٨ من ان احتيال الولي بمال الصغير لا يصح الا اذا كان الحال عليه املاً من المحيل ومن هذا القبيل لو مال حائط الى طريق العامة فاشهد واحد على مالكة طالباً هدمه ثم أبرأه القاضي من ذلك لا يصح (اشباه) وكذا لا يصح ايضاً تاجيل القاضي لوامهله في الهدم لان الحق ليس له (جامع الفصولين)

﴿المادة ٥٩﴾ الولاية الخاصة اقوى من الولاية العامة . فولاية

المتولي على الوقف اولى من ولاية القاضي عليه

الولاية هي نفوذ التصرف على الغير وهي قسمان عامة كولاية القاضي على اليتام والمجانين والاقواف وخاصة كولاية الوصي ومتولي الوقف . والولي الخاص صنفان الاول ولي المال وسيأتي بيانه في المادة ٩٧٤ والثاني ولي النكاح وهو اولاً العصبة بنفسه ثم الام ثم الاخت لا بوبن ثم الاخت لا ب ثم الاخت لام ثم ذوي اذرحام فاذا كان للصغير وصي وللوقف متولي فلا يجوز للقاضي ان يتصرف في مالها ولا ينفذ تصرفه ولو كان الوصي او المتولي من قبله (اشباه) ولكن لو ثبت لديه خيانة متولي الوقف او وصي الصغير فبحسب ولايته العامة يضيف اليها متولياً او وصياً آخر او بعزلها وبقيم مقامها قياً مستقيماً ووصياً أميناً كما في الدر المختار وغيره و يخرج عن هذه القاعدة ما لو كان للصبي او للمعتوه اب او وصي فاذن القاضي للصبي او للمعتوه في

التجارة وابي الاب او الوصي فاذا كان القاضي نافذ ولو كانت ولايته مؤخرة عن ولاية الاب والوصي (هندية) انظر المادة ٩٧٥

المادة ٦٠ * اعمال الكلام اولى من اهماله . يعني لا يهمل

الكلام ما امكن حمله على معنى

يعني طالما يمكن حمل الكلام الصادر من الرجل العاقل على معنى حقيقي او مجازي فلا يهمل مثلاً لو وقف اله على اولاده وليس له الا اولاد الاولاد حمل المعنى عليهم صوتاً للفظ عن الاهمال عملاً بالمجاز (اشباه)

المادة ٦١ * اذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز

مثلاً اذا اقر من لا وارث له لمن ايس من نسبه واكبر منه سناً بانه ابنه ووارثه ثم توفي المقر فحيث لا يمكن حمل كلامه هذا على معناه الحقيقي فيصار الى المجاز وهو معنى الوصية ويأخذ المقر له جميع التركة

المادة ٦٢ * اذا تعذر اعمال الكلام يهمل . يعني اذا لم يمكن حمل

الكلام على معنى حقيقي او مجازي اهمل

هذه المادة تنمى المادتين السابقتين ومما يتفرع عليها انه اذا اقر لزوجته التي هي من نسب آخر معروف واكبر منه سناً بانها ابنته فلا يمكن حمل كلامه هذا على معنى حقيقي لانها اكبر منه سناً ومن نسب معروف ولا على معنى مجازي اي معنى الوصية لكونها وارثة له والوصية للوارث لا تصح ولذلك يهمل كلامه ولا يعتبر

المادة ٦٣ * ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله

فاذا عفى عن القاتل احد اولياء القتيل او صاحبه على مال سقط القصاص وانقلب حق باقي الورثة الى الدية فتقضى منها ديون المقتول وتنفذ وصاياه (انقروى عن التارخانية) وفيه عيب القنية لو اسقط ولي القتيل نصف القصاص سقط كله اهـ . اي لان القصاص لا يتجزأ ولكن لو قتل رجلان رجلاً فعفى الولي عن احدهما كان له ان يقتل الاخر وكذا لو قتل رجل رجلين فعفى ولي احد المقتولين فلولي الاخر ان يقتله (خانية) وكذا كما ان الشفعة تبطل بتسليم الشفيع كل المبيع كذلك تبطل

ايضاً بتسليمه البعض فلو ترك الشفيع شفيعته بنصف الدار وطلب النصف الاخر بحق شفيعته بطلت شفيعته بالكلية لان حق الشفعة لا يتجزأ ثبوتاً اذ ان الشفيع يملكه كما ملكه المشتري والمشتري لا يملك البعض لان فيه تفريق الصفقة فلا يتجزأ اسقاطاً فيكون ذكر بعضه كذكر كله (مجمع الانهر) كذلك انظر المادة ١٠٤١ وشرح المادة ١٦٧٥ اما ذكر بعض ما يتجزأ فليس كذكر كله فلو كفيل له بنصف دينه فلا يعد كفيلاً بالكل بل بالنصف لان مقدار الدين ما يتجزأ ولو ابرأ مديونه من نصف الدين بري من نصفه فقط

المادة ٦٤ * المطلق يجري على اطلاقه ما لم يقر دليل التقييد

نصاً او دلالة

فالوكيل بالبيع اذا كانت وكالته مطلقة يجوز له ان يبيع مال موكله بالثمن الذي يراه مناسباً قليلاً كان او كثيراً كما سيأتي في المادة ١٤٩٤ ولكن لو عين له الموكل ثمناً معلوماً لا يجوز له حينئذ ان يبيع المال باقل منه كما ستري في المادة ١٤٩٥ لان دليل التقييد قام نصاً فلا يجوز مخالفته وكذا لو وكل رجلاً بشراء شيء معين ولم يبين له الثمن كان الوكيل ان يشتريه بثلث المثل او بغبن يسير ولكن لا يجوز له ان يشتريه بغبن فاحش وان فعل وقع الشراء له كما سيأتي في المادة ١٤٨٢ وذلك لان وكالته وان كانت مطلقة الا انها مقيدة دلالة بعدم التجاوز الى الغبن الفاحش انظر ايضاً مواد ٨١٧ و ٨١٩ و ٨٢٠ و ١٤٧٤ و ١٤٧٨ و ١٤٨٢ و ١٤٨٣ و ١٤٨٤

المادة ٦٥ * الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر

اعلم ان معرفة البدل شرط في العقود التي هي عبارة عن مبادلة المال بالمال كالبيع والاجارة ومعرفة البدل تكون اما بالاشارة ان كان حاضراً واما بتسميته ووصفه على وجه يميزه عن غيره اذا كان غائباً فتعريفه بالاشارة في الاشياء التي هي من جنس واحد ابلغ من تعريفه بالتسمية والوصف واما في الاشياء ذات الجنس فالامر بالعكس اي ان تعريف البدل فيها بالوصف والتسمية ابلغ من تعريفه بالاشارة فاذا اجتمعت الاشارة والتسمية بالبدل الواحد فان كان البدل المشار اليه من جنس المسبي ولا يختلفان الا بالوصف فقط فالوصف لغو والاشارة معتبرة

مثلاً لو اراد البائع بيع فرس اشهب حاضر في المجلس وقال في ايجابه
بعت هذا الفرس الادم واسار اليه وقبل الشاري صح البيع ولغي وصف
الادم

واما اذا لم يكن المشار اليه من جنس المسمى بل من آخر فالعبرة للمسمى ولا عبرة
للاشارة وحينئذ يبطل البيع فلو باع فصاً مشاراً اليه على انه ياقوت فاذا هو زجاج بطل
البيع لاختلاف الجنس (اشباه لمخصاً) وفي الدر المنقي والدة المسمى عند اختلاف
الجنس اذا لم يعلم ان المشار اليه من خلاف جنس المسمى فاما اذا علم به فالعبرة
للمشار اليه فلو قال بعت منك هذا الحمار واسار الى عبد نائم بينهما انعقد البيع على
العبد ولكن اذا لم يكن المبيع مشاراً اليه بل معروفاً بالتسمية والوصف فقط فالعبرة
حينئذ للوصف كما

لو باع فرساً غائباً وذكر انه اشهب والحال انه ادم لا ينعقد البيع
والصواب انه ينعقد ولا يكون لازماً كما سيأتي في المادة ٣١٠ ومن هذا القبيل لو باع
فصاً ليلاً على انه ياقوت احمر فظهر انه ياقوت اصفر صح البيع ويخبر المشتري انظر
المادة المذكورة

المادة ٦٦ * السؤال معاد في الجواب يعني ان ما قيل في
السؤال المصدق فكان الجيب المصدق قد اقر به

مثلاً لو سأل الحاكم المدعى عليه قائلاً ان المدعي يدعي عليك بالف ديناً من
جهة كذا فماذا تجيب فاجاب نعم فيكون قد اقر بالالف وكذا لو قال له اليس للمدعي
عندك المبلغ الذي يدعيه فاجاب بلى يكون اقراراً وان اجاب نعم لا يكون اقراراً
لان جواب الاستفهام في النفي يبلى اثباتاً ونعم نفي فكأنه قال ليس له عندي وقيل
ان اجاب بنعم يكون اقراراً ايضاً لان الاقرار يحمل على العرف لا على دقائق العربية
(در مختار) وفيه لوفال اعطني ثوب عبدي هذا او افتح لي باب داري هذا او حصص
لي داري هذه او اسرج دابتي هذه او اعطني مخرجها او لجامها فقال نعم كان اقراراً
منه بالعبد والدار والدابة اه

المادة ٦٧ * لا ينسب الى ساكت قول . يعني انه لا يقال
لساكت انه قال كذا

فلو رأى اجنبياً يبيع ماله فسكت لا بعد سكوت اجازة او توكيلاً ولو رأى
القاضي الصبي او المعتوه يبيع ويشترى فسكت لا يكون سكوتة اذن في التجارة ولو
رأى المرتهن الراهن يبيع الرهن لا يكون سكوتة اجازة ولا يبطل الرهن ولو رأى غيره
يتلف ماله فسكت لا يكون اذن باتلافه (اشباه) انظر ايضاً مادتي ٨٠٤ و ١٨٢٢
ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان . يعني ان السكوت فيما يلزم
التكلم به اقرار وبيان

ويتفرع عن ذلك مسائل منها ان سكوت انقر له والمبرأ والوكيل والوديع يعد
قبولاً ما لم يردوا ذلك صراحة لان حينئذ لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح انظر
الواد ٧٧٢ و ٧٧٣ و ١٤٥١ و ١٥٦٨ و ١٥٨٠ وسكوت الشفيع عند علمه بالبيع
دلالة على رضاه به ويسقط حق شفيعته انظر المادة ١٠٣٢ وسكوت المشتري قبل
البيع عند اخباره بالعيب رضى بالعيب انظر المادة ٣٤١ ولو وكل رجلاً بشراء شيء
معين ثم رآه يشتريه لنفسه وسكت كان الشراء للوكيل انظر المادة ١٤٨٥ ولو راي
الولي الصغير المميز يبيع ويشترى ولم يمنعه وسكت يكون سكوتة اذن في التجارة دلالة
انظر المادة ٩٧١ ولو وهب الدين من عليه الدين وسكت الموهوب له صححت الهبة ولو
ردت ارتدت انظر المادة ٨٤٧ ومنها السكوت في الاجارة قبول ورضا كقوله لساكن
داره اسكنها بكذا والا فانتقل فسكت وبقي ساكناً لزمه الاجر المسمى انظر المادة
٤٣٨ ومنها لو رأى قريبه او زوجته يبيع شيئاً على انه ملكه فسكت كان سكوتة
اقراراً بان المبيع ليس له انظر المادة ١٦٥٩ ومنها اذا وجبت اليمين على احد فكلفه
الحاكم بها فسكت بدون عذر كان سكوتة نكولاً انظر المادة ٧٥١ ومنها سكوت
البائع الذي له حق حبس المبيع لقبض الثمن حين رأى المشتري قبض المبيع اذن
بقبضه انظر المادة ٢٧٦ ولا فرق فيما اذا كان البيع صحيحاً او فاسداً (اشباه) ومنها
رأى اجنبياً يبيع عرضاً او داراً على انها ملكه وتصرف فيها المشتري زماناً تصرف
الملاك وهو ساكت تسقط دعواه انظر المادة ١٦٥٩ فهذه اربع عشرة مسألة مذكورة

في المجلة ويتبعها مسائل مذكورة في الاشياء وهي ١٥ سكوت المتصدق عليه قبول لا الموهوب ١٦ سكوت المالك عند قبض الموهوب له او المتصدق عليه اذن بالقبض ١٧ سكوت المفوض اليه القضا او الولاية قبول ويرتد برده ١٨ سكوت الموقوف عليه قبول ويرتد برده ١٩ سكوت احد المتبائعين في بيع التلجئة حين قال صاحبه قد بدا لي ان اجعله بيعاً صحيحاً رضا وقبول ٢٠ سكوت الزوج عند ولادة المرأة وتمنئته اقرار بالولد فلا يملك نفقه ٢١ احد شريكي العنان قال للآخر انني اشتري هذه الامة لنفسي خاصة فسكت الشريك لا تكون لها بل للشريكي اما في المناوضة فلا بد من النطق ٢٢ سكوته عند رؤية غيره يشق زقه حتى سال ما فيه رضا ولكن اعترض عليه بما لورأى غيره يتلف ماله فسكت لا يكون اذناً بالتلافه ٢٣ اذا دفعت المرأة في تجهيز بنتها اشياء من ائمة الاب وهو ساكت ليس له الاسترداد ٢٤ سكوت الراهن عند قبض المرتهن العين المرهونة رضا اه ٢٥ اوصى الى رجل فسكت في حياته فلما مات باع الوصي بعض التركة او تقاضى دينه فهو قبول للوصاية (حموي)

المادة ٦٨ * دليل الشيء في الامور الباطنة يقوم مقامه . يعني انه يحكم بالظاهر فيما يتعذر الاطلاع عليه

فاذا ثبت القتل عمداً يحكم على القاتل بالقصاص والقتل عمداً هو ان يقصد القاتل ضرب المقتول بما يفرق الاجزاء كالسلاح ونحوه ولكن لما كان القصد من الامور الباطنة لانه من اعمال الفكر كان الاطلاع عليه متعسراً فيقام دليله اي استعمال الالات المفرقة الاجزاء مقامه وعليه يبنى الحكم ولهذا لو شهد الشهود بان القاتل ضرب المقتول وجرحه بالآلة جارحة كالسلاح ونحوه ثبت القتل العمد وان لم يصرحوا بانه قتله عمداً ولكن لو قتل رجلاً بما لا يفرق الاجزاء عادة لكنه يقتل غالباً فهو شبه عمد لا قصاص فيه عند الامام الاعظم (اشباه) وكذا لو اطلع المشتري على عيب في حيوان اشتراه فاخذ يداويه لا يبقى له ان يردّه بالعيب لان المداواة دلالة على رضاه بالعيب انظر المادة ٣٤٤ ثم قد ورد في شرح المادة الثانية انه اذا تناول الملتقط اللقطة بنية ردها لصاحبها فلا يضمن لو ضاعت منه بدون تقصيره ولما كانت النية من الامور الباطنة والاطلاع عليها متعذر فيستدل عليها ببعض الدلائل الظاهرة كاعلان الملتقط انه وجد لقطة انظر المادة ٧٠٠

* المادة ٦٩ * الكتاب كالحطاب

انظر الباب الرابع من كتاب الاقرار وتفرع على هذه القاعدة ما يتم من العقود بواسطة المكتبة بين رجلين كل منهما في بلدة ولكن يشترط في المكتبة ان تكون سالمة من شبهة التزوير

* المادة ٧٠ * اشارة الاخرس المعهودة كاليان باللسان

وذلك لانه لما كان الاخرس لا يستطيع التكلم جعلوا اشارته المعهودة كاليان باللسان لئلا يحرم الحقوق المدنية انظر المواد ١٧٤ و ١٥٨٦ و ١٧٥٢ ويشترط ان يكون القاضي عالماً باشارة الاخرس والا فيجب ان يستخبر ممن يعرفها من اصدقائه وجيرانه واخوانه فيترجم له حتى يحيط علماً بذلك وينبغي ان يكون المترجم عدلاً مقبول القول وتعتبر اشارة الاخرس ولو كان مقتدرأ على الكتابة وهو المعتمد لان كلا منهما حجة ضرورية (رد مختار) واعلم ان اشارة الاخرس تعتبر كاليان في وصية واقرار وبيع وشراء ونحوها من الاحكام لا في حد وشهادة لان الحدود تدبر بالشبهات وللفظ الشهادة لا يتحقق منه واما اشارة معتقل اللسان (وهو الذي يحبس لسانه عن الكلام ولا يقدر عليه) فلا تعتبر الا اذا امتدت عقلته وقد اختلفوا في تقدير مدتها فقد رها الامام الاعظم حتى وفاته وقدرها التمرائشي بسنة والقول الاول مقدر بسنة وان لم يتصل بها الموت (رد مختار وخطاوي)

* المادة ٧١ * يقبل قول المترجم مطلقاً

فاذا كان الحاكم لا يفهم لغة المنداعيين والشهود فيحكم ويستشهد بواسطة الترجمان الحاذق العالم بامرار اللغتين وغوامضهما ويقبل قوله مطلقاً والمراد بالاطلاق انه يقبل قوله في الحدود وغيرها كما في الاشياء وحسبه ان يكون واحداً على قول الامامين خلافاً لمحمد (در مختار) ولكنه يشترط ان يكون بصيراً وعدلاً

* المادة ٧٢ * لا عبرة بالظن البين خطأؤه

فلو ظن ان عليه ديناً فاداه ثم بان خلافه يرجع بما ادى (اشباه) وكذا اذا دفع الكفيل الدين وكان الاصيل قد اداه او ابرأ الدائن منه ولم يعلم به كان له الرجوع على الدائن بما دفع وكذا لو ادى الاصيل ولم يكن عالماً باداء الكفيل فانه يرجع لانه

ظن المال بائياً بدمته فظهر خطأؤه ولا عبرة بالظن البين خطأؤه وكذا لو مات زيد عن ابن بالغ ولم يخلف شيئاً فزعم عمرو ان له ديناً على الميت وطلبه من ابنه فدفعه له ظاناً انه على ابيه ثم ظهر ان ليس له دين اصلاً فبالاين ان يرجع عليه بمال اداه لان لا عبرة بالظن البين خطأؤه (حامدية) ومن هذا القبيل ما في الخانية رجل قال لرجل لي عليك الف درهم فقال ان حلفت انها لك علي ادبتها اليك فحلف فاداهما اليه ذكر في المنتقى انه ان دفعها اليه على الشرط الذي شرطاً كان له ان يستردها منه اه وفي حاشية الاشباه للحموي من دفع شيئاً ليس واجباً عليه فله استرداده الا اذا دفعه على وجه الهبة واستهلكه القابض اه

المادة ٧٣ * لاجحة مع الاحتمال الناشئ عن دليل مثلاً لو اقر رجل لاحد ورثته بدين فان كان في مرض موته لا يصح ما لم يصدق به باقي الورثة وذلك لان احتمال كون المريض قصد بهذا الاقرار حرمان سائر الورثة مستند الى دليل وقوعه في المرض واما اذا كان الاقرار في حال الصحة جاز لانه اذا كان من المحتمل ان المورث اراد حرمان سائر الورثة فذلك احتمال مجرد ونوع من التوهم فلا يمنع صحة الاقرار انظر المواد ٣٩٣ و ٣٩٤ و ٣٠٥ و ٨٧٩ و ٨٨٠ والفصل الثالث من الباب الثالث من كتاب الاقرار

المادة ٧٤ * لا عبرة للتوهم فلو احدث رجل في داره شبكاً أعلى من قامة الانسان فليس لجاره ان يمنعه عن ذلك لتوهمه انه ربما يضع سماً وينظر الى مقر نسائه انظر المادتين ١٢٠٣ و ١٧٤١

المادة ٧٥ * الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان فكما ان المدعى عليه يلزم باقراره اذا اقر لدى الحاكم كذلك اذا ثبت انه اقر قبلاً بالمدعى به واتضح ذلك بالبينة العادلة او بسند مرسوم حاو امضاء او ختمه وخالف من شبهة التزوير فيلزم حينئذ بهذا الاقرار انظر المادة ١٦٧٤ والباب الرابع من كتاب الاقرار

المادة ٧٦ * البينة على المدعي واليمين على المنكر والحكمة في ذلك ان جانب المدعي ضعيف لان دعواه خلاف الظاهر فكانت الحجة القوية عليه وهي البينة لانها لا تجلب لنفسها نفعاً ولا تدفع عنها ضرراً فيتقوى بها ضعف المدعي وجانب المدعى عليه قوي لان الاصل فراغ ذمته فاكتفى فيه بحجة ضعيفة وهي اليمين لان الخالف يجلب لنفسه النفع ويدفع عنها الضرر فكان ذلك في غاية الحكمة كذا في تكملة رد المختار وبناءً على هذه القاعدة اذا ادعى على آخر ديناً وجب عليه اثباته بالبينة وان تعذر وجب اليمين على المدعى عليه وكذا لو اشترى شيئاً ثم طالبه البائع بالثمن مدعيًا انه كان وكيلًا بالشرع عن فلان وادعى المشتري بانه لم يكن وكيلًا عنه بل رسولاً من قبله والرسول لا يطالب بالثمن فالبينة على البائع واليمين على المشتري لانه ينكر اضافة العقد لنفسه والبائع يدعي عليه ذلك والبينة على المدعي واليمين على المنكر (رد مختار) وهذا الاصل لا يعدل عنه اصلاً حتى لو اصطلح الخصمان على ان المدعي لو حلف فالمدعى عليه ضامن للمال وحلف المدعي لم يضمن خصمه (تنوير)

المادة ٧٧ * البينة لاثبات خلاف الظاهر واليمين لابقاء الاصل وذلك لان الذي يدعي خلاف الظاهر لا يصدق بدون بينة تشهد له واما الذي يتمسك بالظاهر فيصدق بيمينه لابقاء الاصل مثلاً لو ادعى ديناً على آخر وجب عليه اثباته بالبينة لانه يدعي بخلاف الظاهر واما المدعي عليه بالدين فيصدق بيمينه لابقاء الاصل الذي هو براءة الذمة كما مر في المادة الثامنة. ومما يتفرع على هذه القاعدة انه اذا ادعى احدهما الطوع في العقود والاقرار وادعى الآخر الاكراه فالبينة على مدعي الاكراه لانه يدعي بخلاف الظاهر واليمين على مدعي الطوع لابقاء الاصل لان الاصل في العقود والاقرار الطوع (در مختار) ومنه اذا ادعت المرأة عدم وصول النفقة والكسوة المقررتين في مدة مديدة فالقول قولها لان الاصل بقاؤها في ذمته كالمدينون اذا ادعى دفع الدين وانكر الدائن فان القول للدائن (اشباه)

واعلم ان الاصل في الاعارة والوكالة التقييد والاطلاق فيهما خلاف الظاهر وعكس ذلك في الكفالة والمضاربة اي ان الاصل فيهما الاطلاق والتقييد خلاف الظاهر كما في الدر المختار وغيره فمن يدعي في الامور المذكورة خلاف الظاهر تطلب

البينة منه ومن يتمسك بالاصل يقبل قوله ليعينه ويخرج عن هذه القاعدة ما لو ادعى المودع رد الوديعة او هلاكها فالقول قوله مع ان الاصل البقاء (حموي)

المادة ٧٨ * البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة

اي ان الاقرار حجة على المقر فقط فلا يسري الى غيره واما البينة فهي حجة على من قامت عليه وعلى غيره ايضاً فلو اشترى شيئاً فاستحقه منه غيره بالحكم الشرعي فان كان قد استحقه باقرار المشتري فليس للمشتري حق الرجوع على بائعه بالثمن لان اقراره لا يسري على البائع ولكن لو استحقه بائينة رجع المشتري على بائعه بالثمن لان الحكم مسري عليه ايضاً (در مختار) كذلك انظر المادة ١٦٤٢ ومن هذا القبيل ما لو اقر الراهن بالرهن لرجل فلا ينفذ اقراره على المرتهن بل لا بد للمقر له من اقامة البينة بوجه الراهن والمرتهن وبذلك قرار من محكمة اتميز مؤرخ في ١٢ ايلول ١٣١١ (ج ٢٠ م ٨٥٩) وما يتفرع على هذه المادة انه لو استحققت دابة ولدت عند المشتري بالبينة يتبعها ولدها بشرط القضاء به وان اقر بها ذو اليد لرجل لا يتبعها اذا لم يدعه المقر له فان ادعاه يتبعها وكذا سائر الزوائد (در مختار) والفرق ان البينة تثبت الملك من الاصل والولد كانه متصل بالادابة يومئذ فيثبت الاستحقاق فيهما والاقرار حجة قاصرة يثبت به الملك في الخبر به ضرورة صحة الخبر (رد مختار) وما ثبت بالضرورة يقدر بقدرها راجع المادة ٢٢ ويتفرع ايضاً على هذه القاعدة ما لو اقر رجل فقال غلة هذه الصدقة الموقوفة لفلان دوني ودون الناس جميعاً بامر حق واجب ثابت لازم عرفته ولزمني الاقرار له بذلك فانه يصدق على نفسه ويلزم باقراره ما دام حياً فان مات ردت الغلة الى من جعلها الواقف بعده فلو كان الوقف على زيد واولاده ونسله ثم على الفقراء فافر زيد ان الوقف عليهم وعلى هذا الرجل لا يصدق على ولده ونسله بل تقسم الغلة على زيد ومن كان موجوداً من ولده ونسله فما اصاب زيدا منها كان بينه وبين المقر له ما دام زيد حياً فاذا مات بطل اقراره ولم يكن للمقر له حق كذا في الحامدية وتكلمة رد المختار ويتفرع عليها ايضاً انه لو مات رجل وترك ابنتين وله صلي آخر مئة فافر احدهما بقبض ابنة خمسين منها فليقر خمسة وعشرون التي هي نصف المقر به وللآخر خمسون وكذا الحكم لو اقر احدهما ان اباه قبض كل الدين انظر المادة ١٦٤٢ لكن هنا يحلف المنكر لحق الغريم فان نكل برئت ذمة الغريم وان حلف دفع اليه

نصيه (در مختار) ويخرج عن هذه القاعدة اربع مسائل الاولى اقرت الحرة المكفئة بدين لاخر فكذبها زوجها صح اقرارها في حقه ايضاً فتحبس المقر وان تضرر الزوج الثانية من كان مؤجراً نفسه من الغير فافر لاخر بدين فانه يحبس وان تضرر المستأجر وهي واقعة الفتوى (در مختار) الثالثة لو اقر المؤجر بدين لا وفاء له الا من ثمن العين المؤجرة فللدائن ان يبيعها وان تضرر المستأجر (اشباه) الرابعة باع المشتري المبيع ثم اقر ان البيع كان تجئة وصدقه المشتري فله الرد على بائعه بالعيب (تكلمة رد المختار)

المادة ٧٩ * المرء مؤاخذ باقراره

ولكن يشترط في الاقرار اولاً ان يتم بالطوع والرضى وان يكون المقر عاقلاً بالغاً فلا يصح اقرار الصبي والمجنون والمعتوه انظر المادتين ١٥٧٣ و ١٥٧٥ ثانياً ان لا يكذبه حكم الحاكم انظر المادة ١٦٥٤ وشرحها ثالثاً ان لا يكون المقر به امراً محالاً لان الاقرار بالحال باطل شرعاً فلو اقر احد الورثة للوارث الاخر بسهم از يد من الفريضة الشرعية كان اقراره باطلاً مثلاً لو مات عن ابن وبنت فافر الابن ان التركة بينهما نصفين بالسوية فالقرار باطل لا ذكرنا ولكن لا بد من كونه محالاً من كل وجه والا فلو اقر ان لهذا الصغير علي الف درهم قرض اقرضني او ثمن مبيع باعني صح الاقرار مع ان الصبي ليس من اهل البيع والقرض ولا يتصور ان يكون منه ولكن انما يصح باعتبار ان هذا المقر محل لثبوت الدين للصغير عليه بالحمل (اشباه)

المادة ٨٠ * لا حجة مع التناقض لكن لا يحتل معه حكم الحاكم

فلو رجع الشاهدان عن شهادتهما لا تبقى شهادتهما حجة اما لو كان القاضي قد حكم بما شهدا به اولاً لا ينقض ذلك الحكم وانما يلزم على الشاهدين ضمان المحكوم به

انظر المادة ١٧٢٩ وكذا اذا رجع المزكون عن التزكية فلا ينقض الحكم ايضاً ولكن ان قال المزكون نحمدنا تزكية الشهود ضمنوا وان قالوا اخطأنا في التزكية لاضمان عليهم (ملقى)

المادة ٨١ * قد يثبت الفرع وان لم يثبت الاصل مثلاً لو قال

رجل ان لفلان على فلان ديناً وانا كفيل به فلما انكر الاصيل ادعى الدائن على الكفيل بالدين لزم على الكفيل اداؤه

اي انكر الاصيل وحلف حيث لا بينة فلم يثبت الدين عليه على ان ذلك لم يمنع ثبوته على الكفيل اذا اقر به وثبت عليه اذ من الجائز ان يثبت الفرع ولو لم يثبت الاصل

المادة ٨٢ * المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط

اي اذا علق بالشرط شيء من المعاملات التي يجوز تعليقها بالشرط فعند ثبوت الشرط يلزم ثبوت المعلق به . مثلاً اذا قال لآخر انا ضامن مالك اذا سرقه فلان فتم ثبوت الشرط اي السرقة يثبت المعلق به اي الضمان انظر المواد ٦٣٦ و ٦٥١ و ١٤٥٦ التعليق بالشرط هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة اخرى (اشباه) . ويقال للشيء المربوط معلق بالشرط وجزاؤه وللشيء المربوط عليه معلق عليه وشرطه ويشترط لثبوت الشرط ان يكون ملائماً وسيأتي تعريفه في شرح المادة الآتية ومعدوماً اي غير موجود وقت العقد وان يكون من الاشياء الممكن حدوثها فالتعليق بشرط كائن اي موجود يكون منجزاً والشيء المعلق عليه يقع حينئذ في الحال والتعليق بشرط مستحيل باطل (اشباه) واما الشرط الفاسد اي غير الملائم فن المعاملات ما يجوز تعليقه به ومنها ما لا يجوز فالاول مختص بالاسقاطات المحضة التي يخلف بها كطلاق وعتاق (درر) وبالاتزامات التي يخلف بها كحج وصلاة ويدخل فيه ابطال الاجل والوكالة فالاول كقوله كلما حلّ نهم ولم تؤدّه فيحلّ المال كله صح فان لم يؤد حلّ جميع المال والثاني كقوله كلما عزلتلك فأت وكيلي فنه يصح (رد مختار) والثاني اي ما لا يجوز تعليقه بالشرط الفاسد هو ما بقي من المعاملات الشرعية ويقسم الى قسمين الاول ما يفسد بالشرط الفاسد والثاني ما يصح به ويكون الشرط لغواً وسيأتي تفصيل ذلك في شرح المادة الآتية

المادة ٨٣ * يلزم مراعاة الشرط بقدر الامكان

اعلم ان الشرط ثلاثة اقسام شرط جائز وشرط فاسد وشرط لغو فالاول هو ما يقتضيه العقد وبلائمه كالبيع بشرط ان البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن او جرى العرف به كبيع نعل بشرط ان يحذوه البائع ويشركه او ورد الشرع بجوازه كخيار

الشرط والشرط الفاسد هو ما لا يكون من مقتضيات العقد ولا بلائمه وفيه نفع لاحد العاقدين كما اذا باع ثوباً بشرط ان يخطيه البائع او فيه نفع لمبيع هو من اهل الاستحقاق كما اذا باع عبداً بشرط ان يعتقه المشتري والشرط اللغو هو ما سوى ذلك كشرط نفع لمبيع ليس من اهل الاستحقاق كما اذا باع حيواناً بشرط ان لا يبيعه المشتري انظر المواد ١٨٦ و ١٨٧ و ١٨٨ و ١٨٩ و ٢٨٧ و ٣٠٠ و ٣٨٩ و ٥٥٥ و ٦٠٥ و ٦٣٧ و ٦٩٦ و ٧٢٨ و ٧٨٤ و ٨٥٥ و ١٣٤٩ و ١٣٦٧ و ١٣٧٠ و ١٣٩٠ و ١٤٢٠ و ١٤٦٧ . ويراد بهذه المادة للشرط تقييد اصل العقد بدون ذكر اداة الشرط ان وما في معناها صراحة كقول البائع بعثك بشرط او على ان لا تبينه لانها اذا ذكرت صراحة بصورة التعليق فتصير سبباً لحكم الشيء المعلق بالشرط فتتبع انعقاده في الحال واما اذا لم تذكر صراحة فلا يكون الشرط مانعاً لان عقد اصل العقد في الحال غير انه اذا كان الشرط من قبيل الشرط الجائز او الشرط اللغو فالعقد ينعقد صحيحاً وان كان الشرط مفسداً فالعقد ينعقد فاسداً ثم اعلم ان المعاملات منها ما يفسد بالشرط الفاسد ومنها ما لا يفسد به ويكون الشرط لغواً فالاول ما كان مبادلة مال بمال كالبيع والقسمة والاجارة والاجازة والصلح عن مال بمال والمزارعة والمعاملة والابراء عن الدين فانه تمليك من وجه كما اذا قال لمديونه أبرائك بشرط ان تخدمني شهراً فلا يبرأ الا اذا كان الشرط متمارفاً او علقه بأمر كائن كقوله ان اعطيتك شربكي فقد أبرائك صح الابراء ويرد عليه ما قبضه شربكه وكذا لو علقه بموته كقوله لمديونه ان مت بضم التاء فأت بري صح ويكون وصية . ولو قال ان مت بفتح التاء لا يبرأ لانه مخاطرة والاقرار الا اذا علقه بمجيء الغد او بموته اي موت المقر فيصح ويلزمه اذ انه ليس بتعليق لان موته كائن لا محالة بل مراده الاشهاد عليه وخيار الشرط مال في البحر لو باعه حماراً على انه ان لم يجاوز هذا النهر فردّه يقبله والا لا لم يصح

تنبيه يشترط ان يكون الشرط في صلب العقد ليقع مفسداً لان لا عبرة للشرط الملحق بعد العقد (جامع الفصولين)

الثاني اي ما لا يفسد بالشرط الفاسد القرض والهبة والصدقة والرهن والابصاء والوصية والشركة والمضاربة والقسمة والكفالة والحوالة الا اذا شرط على الحال عليه ان يعاياه المال من ثمن دار المحيل فتفسد لعدم قدرته على الوفاء بالملتزم والوكالة والاقالة

والحجر وفكه والاذن بالتجارة والصلح عن دم العمد والابراء عنه والرد بالعيب ولرد
بختيار الشرط واسقاطه مثل الاول في البحر بما اذا قال ان وجدت بالمبيع عيباً اردته
عليك ان رضي فلان والثاني بما اذا قال من له خيار الشرط رددت البيع او اسقطت
خيارتي ان رضي فلان فانه يصح ويبطل الشرط وفيه نظر لان الكلام فيما يصح ولا
يفسد بالشرط الفاسد لا فيما يصح تعليقه اهـ ملخصاً عن الدر المختار ورد المختار
استطرد : الاجارة وفسخها والمزارعة والمساقاة والمضاربة والوكالة والكفالة
والايصاء والوصية والوقف والعارية والاذن في التجارة ونقل القضا والامارة تصح
اضافتها الى الزمان المستقبل فتعقد في الحال غير انه يؤخر اجراء حكمها الى مجيء
الزمان المضافة اليه انظر المواد ٤٠٨ و ٤٤٠ و ٦٣٦ و ١٤٥٦ اما البيع واجازته
وفسخه والقسمة والشركة والهبة والصلح عن مال والابراء عن الدين كل ذلك لا
تصح اضافته الى المستقبل ومثله التحكيم على قول ابي يوسف انفتى به اهـ عن التنوير
ومشرحه للعلائي

﴿ المادة ٨٤ ﴾ المواعيد اذا اكتست بصور التعاليق تكون
لازمة . مثلاً لو قال رجل لا خرب هذا الشيء لفلان وان لم يعطك ثمنه
فانا اعطيه لك فلم يعط المشتري الثمن لزم على الرجل اداء الثمن المذكور
بناءً على وعده المعلق

اعلم ان الوعد المجرد لا يلزم الوفاء به شرعاً الا في صورة واحدة وهي اذا باعه ماله
بيعاً باتاً بغير فاحش ثم وعده المشتري بان يرد له الثمن صح الوعد ولزم الوفاء به كما في
الخيرية والحامدية وفيما سوى ذلك لا يلزم الوفاء بالوعد المجرد فلو امر رجل بان يؤدي
دينه عنه فوعده المأمور بذلك ثم امتنع من تادية الدين لا يجبر كما سيأتي في المادة
١١٥١ وكذا لو قال لرجل بع مالك من فلان وانا ادفع لك الثمن لا يلزمه شيء لان
هذا وعد مجرد ولكن لو علق وعده بمحصل شيء او عدمه لزم الوفاء بالوعد كما في المثال
الوارد في متن المادة لان المواعيد اذا اكتست صور التعليق تصير لازمة انظر
المادة ٦٢٣

﴿ المادة ٨٥ ﴾ الخراج بالضمان . يعني ان من يضمن شيئاً لو تلف ينتفع به

في مقابلة الضمان . مثلاً لو رد المشتري حيواناً بخيار العيب وكان قد
استعمله مدة لا تلزمه اجرته لانه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان
من ماله اي ان خسارته كانت راجعة عليه كذلك انظر الى المادة ١٣٤٧
من المحلة

الخراج ما خرج من الشيء فخراج الشجر ثمرة وخراج الحيوان دره ونسله ومن
فروع هذه القاعدة ما سيأتي في خيار العيب من ان الزيادة المنفصلة غير المتولدة من
الاصل كالكسب والغلة لا تمنع الرد بالعيب وتسلم للمشتري ولا يضر حصولها له مجاناً
لانها لم تكن جزءاً من المبيع فلم يملكها بائناً وانما ملكها بالضمان (اشباه) . وفيها ما نصه
وهنا سواء ان لم ارها لاصحابنا احدها لو كان الخراج في مقابلة الضمان لكانت
زوائد المبيع قبل القبض للبائع ثم العتدوا انفسخ لكونه من ضمانه ولا فائده واجيب
بان الخراج يعمل قبل القبض بالملك وبعده به وبالضمان معاً واقتصر في الحديث
على التعليل بالضمان لانه اظهر عند البائع واقطع لطلبه واستبعاده ان الخراج للمشتري .
الثاني لو كانت الغلة بالضمان لزم ان تكون زوائد المغصوب للغاصب لان ضمانه اشد
من ضمان غيره ولهذا احتج لابي حنيفة في قوله ان الغاصب لا يضمن منافع المغصوب
واجيب بان الخراج جعل لمن هو مالكة اذا تلف تلف على ملكه وهو المشتري والغاصب
لا يملك المغصوب فلم يملك زوائده انتهى

﴿ المادة ٨٦ ﴾ الاجر والضمان لا يجتمعان

يتفرع على هذه القاعدة ما اذا تجاوز المستأجر الى ما فوق المشروط بوجه يوجب
الضمان فلا تلزمه الاجرة مثلاً اذا استأجر دابة الى محل معين فتجاوز بها ذلك المحل
وهلكت لزمه الضمان ولا اجر عليه انظر المادة ٥٤٥ وكذا لا تلزم الاجرة في المواضع
التي يجب فيها الضمان انظر المواد ٥٤٦ و ٥٤٧ و ٥٤٨ و ٥٥٠ و ٥٥١ و ٥٥٦ و ٥٥٧
وهذا كله اذا اتحد السبب والمحل اما اذا اختلفا فلا مانع من اجتماع الاجر
والضمان كما لو استأجر دابة على ان يركبها بنفسه الى محل معين فركبها بنفسه ولكنه
اردف معه من يتمسك بنفسه وبعد وصوله الى ذلك المحل هلكت الدابة فانه يلزمه
الاجر ويضمن نصف قيمة الدابة اما لزوم الاجر فلا لأنه ركب بنفسه واستوفى المنفعة

المعقود عليها اما ضمان نصف القيمة فلانه تعدى بان اركب معه من يستمسك بنفسه فكان الاجر لسبب والضمن لسبب آخر

المادة ٨٧ * الغرم بالغنم . يعني ان من ينال نفع شيء يتحمل ضرره فبناء على ذلك اذا وهن الحائط المشترك واراد احد الشريكين نقضه وبإى الآخر فانه يجبر على نقضه بالاشتراك انظر المادة ١٣١٨ وكذا تعمير منزل الوقف المشروط للسكنى لا يلزم غلة الوقف بل يلزم من له السكنى ومن هذا القبيل لو خيف الفرق واتفقوا على الغاء بعض الامتعة من السفينة فالتقوها فالغرم على عدد الرؤوس لانها لحفظ الانفس (اشباه) انظر المواد ١١٥٢ و ١٣١٩ و ١٣٢٢ و ١٣٢٤ و ١٣٢٦ و ١٣٢٧ و ١٣٢٨

المادة ٨٨ * النعمة بقدر النعمة والنعمة بقدر النعمة

ما يتفرع على هذه القاعدة ترتيب المكافاة والمجازاة لمستحقها ومنه اذا لزم تعمير الملك المشترك فيلزم كل شريك من نفقة التعمير قدر حصته في ذلك الملك انظر المواد ١٣٠٨ و ١٣٠٩ و ١٣٢٠ وكذا لو احتاج اللقيط الى النفقة او قتل قتلاً يستوجب الدية فنفقته والدية على بيت المال لانه لو مات فتركته لبيت المال كما في غرر الاحكام فكان عليه غرمه كما له غنمه . واللقيط مولود طرحه اهله خوفاً من العيلة او فراراً من التهمة (درر)

المادة ٨٩ * يضاف الفعل الى الفاعل لا الامر ما لم يكن مجبراً فاذا اتلف احد مال غيره بأمر آخر فالضمان على المتلف لا على الامر ما لم يكن مجبراً وقادراً على ايقاع نهبه يد به بالفعل ويخرج عن هذه القاعدة مسائل منها اذا كان الامر عاقلاً بالغاً وكان المأمور صبياً فيجب الضمان اولاً على الصبي بمقتضى المادة ٩٦٠ غير انه يرجع بعد ذلك على امره واما اذا كان امره صبياً فلا يرجع عليه (خانية) ومنها اذا امر اجيره برش الماء في فناء دكانه فرش فما تولد منه فضاياه على الامر وان بغير امره فالضمان على الراش (رد مختار) ومنها اذا كان الامر اباً وصوته امر الاب ابنه البالغ ليو قد نارا في ارضه ففعل وتمدت النار الى ارض جاره فالتلف شيئاً يضمن الاب لان امره صحيح فانتقل الفعل اليه كما لو باشره بنفسه بخلاف ما لو استأجر نجاراً ليسقط جداره على قارعة الطريق ففعل وتلف به انسان فان الضمان على النجار لعدم صحة الامر وظاهر هذا التصوير انه ليس المراد كل امر من الاب للبالغ حتى لو امره باتلاف مال او

قتل نفس يكون ضمانه على الابن لفساد الامر ووجهه انه في الاول استخدام فصيح الامر لوجوب خدمة الاب بخلاف غيره فانه عدوان والاول ينبغي تقييده بما لو اوقد ناراً في يوم ريح او ناراً لا يوقد مثلها او كانت ارض الجار قريبة بحيث يصل اليها شرار النار غالباً والا فلا ضمان على الاب (رد مختار) انظر شرح المادة ٩٢٤ ومنها ١٠ اذا امر رجلاً بحفر باب في حائط الغير ففعل فالضمان على الحافر ويرجع به على الامر (اشباه) ولكن افاد في التاترخانية ان الرجوع فيما اذا قال احفر لي بزيادة لفظة لي او قال في حائطي او كان ساكناً في تلك الدار او استأجره على ذلك لان ذلك كله من علامات الملك والا فلا يرجع لان الامر لم يصح بزعم المأمور وعليه فلو قال احفر في حائط الغير او علم الحافر انه للغير لا يرجع (رد مختار) وفي الهندية امر غيره ان يذبح له هذه الشاة وكانت لجاره ضمن الذابح علم ان الشاة لغير الامر او لا ولكن ان علم لا يكون له حق الرجوع على الامر والا يرجع اه

المادة ٩٠ * اذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر مثلاً لو حفر بئراً في الطريق العام فالتقى رجل حيوان آخر في تلك البئر ضمن الذي التى الحيوان ولا شيء على حافر البئر

انظر المادة ٩٢٥ وكذلك اذا دفع الى صبي سكيناً او سلاحاً لمسه له فقتل به نفسه لاضمان على الدافع وكذا اذا حفر بئراً في طريق العامة فالتقى انسان نفسه في البئر لاضمان على الحافر ولو قال الولي سقط وقال الحافر اسقط نفسه فالقول للحافر (اشباه) وكذا لو فتح باب غيره فدخل آخر وسرق البيت فالضمان على السارق لانه مباشر لا على فاتح الباب لانه متسبب ويخرج عن هذه القاعدة مسائل منها لو دل المودع السارق على الوديعة فانه يضمن لتركه الحفظ ومنها لو دفع الى صبي سكيناً لمسه له فوقع عليه فجرحه كان الضمان على الدافع (اشباه)

المادة ٩١ * الجواز الشرعي ينافي الضمان . فلو حفر انسان في ملكه بئراً فوقع فيه حيوان رجل وهلك لا يضمن حافر البئر شيئاً وكذا اذا اخذ الوكيل بالبيع رهناً بثمن المال الذي باعه نسيئة فهلك الرهن لاضمان عليه كما سيأتي في المادة ١٥٠٠ لانه حيث جاز له اخذ الرهن فلا يضمن بهلاكه لان

الجواز الشرعي يتأني الضمان ومما يتفرع على هذه القاعدة المسائل الواردة في المواد ٢٩٩ و ٢٩٥ و ٨٢٤ ومنه اذا استأجر داراً وحفر فيها بئراً فغطب فيها انسان ان كان حفر باذن رب الدار فلا ضمان كما لو حفر رب الدار بنفسه وان كان حفر بغير اذن رب الدار فهو ضامن وكذا لو اغار داره من رجل ثم ادخل دابته وربطها في الدار بلا اذن المستعير فلا يضمن ما عطب بها بخلاف ما لو اجرها ثم ادخل الدابة بلا اذن المستأجر فانه يضمن ما عطب الا اذا ادخلها باذن المستأجر ومن هذا القبيل ما لو استأجر داراً فرفع التراب من بئرها والقاه في صحن الدار فغطب به انسان لا يضمن سواء القاه باذن رب الدار او لا وان فعل ذلك المؤجر والقي الطين في صحن الدار ان كان باذن المستأجر لا ضمان عليه والا ضمن (هندية ملخصاً)

المادة ٩٢ * المباشرة ضامن وان لم يتعمد

المباشرة هو الذي يلي الامر بنفسه فانه يضمن الضرر الذي يتولد عن فعله سواء كان عن قصد منه او لم يكن كما اذا رمى طيراً بسهم او رصاص فاصاب رجلاً فانه يضمن دية (در مختار) وكذا اذا كان ماراً في السوق فمس وعاء اتفاقاً والقاه على الارض فانه يضمن قيمته انظر المواد ٩١٢ و ٩١٣ و ٩١٤

المادة ٩٣ * المتسبب لا يضمن الا بالتعمد

او بالتعمد المتسبب هو من يسبب تلف الشيء بعمله امراً يفضي الى اتلافه انظر المادة ٨٨٨ فهو لا يضمن الا اذا كان متعمداً مثلاً اذا اجفل حيوان بكر من زيد ففر وضاع فلا ضمان على زيد واما اذا كان قد اجفله قصداً وضاع فانه يضمن قيمته كما سيأتي في المادة ٩٢٣ وانظر ايضا المادتين ٩٢٢ و ٩٢٤ والسبب في تضمين المباشرة مطلقاً وتضمن المتسبب عند التعمد او التعمد هو ان المباشرة علة وسبب مستقل للتلف اما التسبب فليس سبباً مستقلاً فاقتضى ان يرافقه صفة عداة ليصلح علة للتضمن

المادة ٩٤ * جنائية العجاء جبار

اي ان الضرر الذي يحدثه الحيوان بنفسه لا يضمنه صاحبه فلوربط دابة في فناء داره فلبطت انساناً فقتل فلا ضمان على صاحبها ولهذا المادة تقييدات منها لو نظر احد من الناس انه تلف ثيلاً ولم يمنعه ضمن قيمة الماتلف الحيوان ومنها اذا كان لرجل حيوان فحشى مضرت كالكلب العقور والثور النطوح والجل الصائل فاشهد على صاحبه احد

من اهل المحلة والقرية ولم يمنعه ضمن صاحبه كل ما يتلفه ذلك الحيوان بعد ذلك كما سيأتي في المادة ٩٢٩ وبقية تقييدات هذه المادة تأتي في الفصل الرابع من الباب الثاني من كتاب الغصب

المادة ٩٥ * الامر بالتصرف في ملك الغير باطل

لانه كما لا يجوز التصرف في ملك الغير بدون وكالة منه او ولاية عليه لا يصح ايضا الامر بالتصرف فيه ويكون الضمان على المأمور لا على الامر ما لم يكن مجبراً كما مر في المادة ٨٩ وعلى هذا لو جاء بالدرهم ليدفعها الى دائته فقال له الدائن القها في البحر ففعل فتهلك على المديون لانه لما كان الدائن لم يقبضها لم تصر ملكه فلم يصح الامر ويخرج عن هذه القاعدة ما لو ظهر حريق وخشي من تعديه فيجوز لاولياء الامر ان يأمروا بهدم البيوت المجاورة له مناً لسريانه وفي الهندية جاء بدابة الى شط نهر ليغسلها وهناك رجل واقف فقال له الذي جاء بالدابة ادخل هذه الدابة النهر فادخلها وغرقت والامر سائس الدابة ان كان الماء بحالة يدخل الناس فيه دوابهم للغسل والسقي لا ضمان على احد لان السائس ان يفعل ذلك بيده ويبد غيره وان لم يكن الماء بحال يدخل الناس فيه دوابهم فله صاحب الدابة الخيار ان شاء ضمن السائس وان شاء ضمن المأمور فان ضمن السائس لا رجوع له على المأمور وان ضمن المأمور فان لم يعلم ان الامر سائس الدابة حتى ظن صحة الامر رجع على السائس اه

المادة ٩٦ * لا يجوز لاحد ان يتصرف في ملك غيره بلا اذنه

او وكالة منه او ولاية عليه وان فعل كان ضامناً انظر المواد ٤٤٦ و ١٠٧٥ و ١٢١٩ ويخرج عن هذه القاعدة مسائل منها اذا مات المسافر في الطريق جاز لرفاقه بيع امتهته وتكفينه وتجهيزه ورد الباقي الى ورثته وكذا لو اغمي عليه فانفقوا عليه ما له لم يضمنوا ومنها اذا اتفق الوديع على ابوي المودع ومن لزمته نفقتهم بدون اذنه في مكان لا يمكنه مراجعة الحاكم لا يضمن ومنها انه يجوز للولد والوالد شراء ما يحتاج اليه المريض من ماله بغير اذنه (اشباه) ومنها لو حمل المالك دابته فسقط الحمل فحملها آخر بدون اذنه لا يضمن اذا هلك بخلاف ما لو حملها ابتداء فهلك فانه يضمن (رد مختار) ومنها ما في جامع الفصولين ونه: قضى الوصي ديناً بغير امر القاضي فلما كبر اليتيم انكر ديناً

على ابيه ضمن وصيه ما دفعه لو لم يجد بينه لانه اقر بسبب الضمان وهو الدفع الى اجنبي
فلو ظهر غريم آخر يغرم له حصته لدفعه باختياره بعض حق هذا الى غيره فلو لم يكن
للاغريم الاول بينة على الدين يضمن الوصي كل ما دفعه لوقوعه بغير حجة اه

﴿ المادة ٩٧ ﴾ ليس لاحد ان ياخذ مال غيره بلا سبب شرعي
وان اخذه ولو على ظن انه ملكه وجب عليه رده عيناً ان كان قائماً والا فيضمن
قيمته ان كان قيمياً ومثله ان كان مثلياً كما سيأتي في المادتين ٨٩٠ و ٨٩١ لان
الذسيان ليس عذراً في حقوق العباد (اشباه)

﴿ المادة ٩٨ ﴾ تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات
يتفرع على هذه القاعدة مسائل منها اذا ادعى ملكاً ارثاً عن ابيه وشهد شهوده
بانه ورثه من امه لا تقبل شهادتهم لعدم موافقتها للدعوى لان تبدل سبب الملك
قائم مقام تبدل الملك . ومنها كما ان تبدل الموهوب في يد الموهوب له مانع من الرجوع
في الهبة فهكذا لو اخرج الموهوب له عن ملكه بسبب من الاسباب لا يبقى للواهب حق
الرجوع في هبته انظر المواد ٨٦٩ و ٨٧٠ و ٨٧١ و ١٧١١
تبدل الصك والسند بمنزلة تبدل السبب فكما انه لو اقر رجل بالف قرض والف
ثمن مبيع يلزمه الفان فكذا لو كتب سدين كل منهما بالف دون بيان الجهة وفيهما
امضاؤه وختمه وهو معترف بهما يلزمه الفان ايضاً ولا يقبل قوله ان عليه الفاً فقط وان
قيمة السند الآخر زائدة لان تبدل السند بمنزلة تبدل السبب (حامدية وخانية)
انظر شرح المادة ٦٠٩

﴿ المادة ٩٩ ﴾ من استعجل الشيء قبل اوانه عوقب بحرمانه
فلو قتل احد مورثه قتلاً بوجوب القود او الكفارة يحرم من ارثه (تنوير) وكذا
لو قتل الموصي له الموصي فانه يحرم من الوصية والقتل الموجب للقود هو القتل العمد
وهو ان يقصد قتله بمحدد او ما يجري مجراه في تفريق الاجزاء والقتل الموجب
للكفارة ثلاثة اقسام شبه عمد وهو ان يتعمد قتله بما لا يقتل غالباً كالسوط وخطأ
كأن رمى صيداً فاصاب انساناً وكاقتلاب النائم على شخص او سقوطه عليه من سطح
ينفجر القتل بسبب فنه لا بوجوب القود والكفارة فلا يحرم من الميراث كما لو حفر بئراً

او وضع حجراً في الطريق فقتل به مورثه او فاد دابة او ساقها فوطئته وقتلته وخرج
القتل مباشرة من الصبي والمجنون لعدم الكفارة والقصاص وكذا لو قتل الزوج زوجته
او ذات رحم من محارمه لاجل الزنا يرث منها (رد مختار ملخصاً) ويخرج عن هذه
القاعدة مستثنان الاول قتل صاحب الدين مديونه حل دينه . الثانية امسك زوجته
مسيئاً عشرتها لاجل ارثها ورثها (اشباه)

﴿ المادة ١٠٠ ﴾ من سعى في نقض ما تم من جهته فسميه مردود عليه
يتفرع عليها ما لو وكل رجلاً ببيع داره فباعها الوكيل وهو شفيعها بطلت شفيعته
لانه يطلبه الشفعة يسعى في نقض البيع الذي تم من جهته فلا يقبل وكذا لو باع داراً
من رجل فضمن شفيع الدار الدرك المشتري بطلت شفيعته ايضاً لانه بضمانه الدرك
للمشتري ضمن له ان يحصل له الدار وهذا لا يكون الا بتركه الشفعة وفي اخذه لها ابطال
ذلك (جمع الانهر) ومنها ادعى البائع انه فضولي لا يقبل منه . ومنها ضمن رجل الدرك
ثم ادعى ان المبيع ملكه لا تسمع دعواه (اشباه) انظر المواد ٩٨٩ و ١٠٢٤ و ١٦٥٨
ويخرج عن هذه القاعدة مسائل منها اشترى عبداً وقبضه ثم ادعى ان البائع كان باعه
قبله من فلان الغائب بكذا وبرهن فانه يقبل لانه برهن على اقرار البائع انه ملك الغائب
ومنها اشترى ارضاً ثم ادعى ان بائعها كان جعلها مقبرة او مسجداً تسمع دعواه ومنها باع
الاب مال ولده ثم ادعى انه وقع بغبن فاحش يقبل الا اذا اقر انه باعه بثمن المثل
ومثله الوصي اذا باع مال اليتيم وكذا متولي الوقف ومنها باع ارضاً ثم ادعى انها وقف
تقبل (اشباه) ولكن مسألة الوقف خلافية وحاصل ما ذكره من التصحيح انه اذا
باع ثم ادعى انه وقف محكوم بلزومه يقبل والا فلا تسمع دعواه ولا يحلف المشتري
لكه اذا برهن اي البائع تقبل يفتنه على اصل الوقف فقط لان الشهادة في الوقف
تقبل بدون دعوى وعند ذلك اذا كان البائع هو الموقوف عليه لا يعطى شيئاً من
العلة لعدم صحة دعواه للتناقض (رد مختار ملخصاً)