

سجن وكسرون

في لندن

من السجناء المشهورين في العالمين في لندن وهو السجن الذي
يؤلف فيه بليس لندن الذين كانوا في الحبس ولحق السجن من الظلم
لدى السجناء إلا أن السجناء فيه ليس بالسجون في غيره وما يشبهه في
نشر في هذا القسم من المجلد على التوالي ما قرأه عن التركية من شروح القوانين
العثمانية لكبار علماء الحقوق الأتراك وأنا الآن نبدأ بنشر تعريب شرح القواعد
الكتبية الفقهية لمجلة الأحكام الشرعية معرباً بتصريف عن تأليف علي حيدر افندي
رئيس محكمة التمييز في الأستانة والأستاذ بدرسة الحقوق فيها سابقاً وعلى أنه الاتكال.

ولهذا القول فيه يومياً كما يطور الأمانة ولا بد من هذا القول
الذي لا بد من رتبة الرضا وبقائه من كتاب الصلاة والكتب الفقهية
والأدب من أحد السجناء فإنه يرسل إلى مستشاري السجن الذي يديره
أحد من الأئمة المشهورين المشايخ ولا بد من أن يكتب بأقل هناك
والذي لا بد من أن يكون من رضى حقيقة فإنه يتابع بأمر غاية وأما هذا
ويجب على السجن أن يتبع ذلك كما نحن ويخلص من قبل طبع القاموس
الذي لا بد من أن يسمح له بكتابة الكتب الفقهية أو الكتب الدينية الرواية
والتي لا بد من أن يكون عليه أمانة القاموس لأن القاموس لا بد من أن يكون
السجن أو ما لا بد من أن لا يتصلح لأحد القوانين فيه أو ما لا بد من أن يكون
أو ما لا بد من أن يكون.

ولهذا يسمح للقانون بمثل هذا المبدأ وأما هذا المبدأ من القاموس
لا يتصلح، أما القاموس والقاموس الذي يوجد في حيازة القاموس فيها لا بد من
السجن من القاموس إلى ويصدر القاموس القاموس عند خروجهم منه وذلك بعد
يخلص منها ما قد يكون القاموس قد صرفه على نفسه أو القاموس ما لا بد من أن يكون.

الحام ومقدار المساء الذي يصرفه الا انه للضرورة العمومية قد جوزت كذلك وجود خيار التعيين بالمبيع يجعل البيع مجهولا ولكن قد جوز هذا البيع بناء على الاحتياج اليه حيث ان بعض الناس لا يمكنه ان يشتري شيئا بدون سؤال واستشارة العارفين .

المادة ٣٣ — « الاضطراب لا يطل حق الغير » .

معنى الاضطراب هنا الاجبار على فعل الممنوع والاضطراب على قسمين احدهما ينشأ عن سبب داخلي ويقال له (سماوي) كالجوع مثلا . اما القسم الثاني هو الاضطراب الناشئ عن سبب خارجي ويقال له « اضطرابي غير سماوي » وهو الاكراه الملجيء والاكراه غير الملجيء .

والذي يفهم من هذه القاعدة انه لو تجاوز شخص على مال الغير بناء على الاضطراب والمجبورية التي تجوز له التصرف بمال الغير فلا يكون ذلك الجواز الناشئ عن الاضطراب سببا لان يكون المتلف غير ضامن بل يجب على المستهلك او المتلف ان يضمن قيمة المال المتلف مثال : لو ان شخصا جاع جوعا شديدا واصبح عرضة للتلف اي للموت فله الحق توفيقا للمادة « ٢١ » بان يأخذ من طعام الغير ما يدفع به جوعه بدون اذن صاحب المال الا انه يجب عليه من الجهة الاخرى ان يضمن قيمة المال المتلف اذا كان من القيميات ومثله اذا كان من المثليات ولا يكون الاضطراب على استهلاك ذلك المال سببا للتخلص من دفع قيمته والحاصل ان الاضطراب وان اباح المضطر تناول واتلاف مال الغير دون ان يترتب عليه عقاب لا يكون سببا للخلاص من الضمان .

كذا لو هجم جل سائل على شخص واصبحت حياته مهددة فله اتلاف الجمل تخليصا لحياته من يد الهلاك الا انه يجب عليه ان يدفع قيمة الجمل لصاحبه وهنا اذا اعترض بالقول ان الضرورات ما دامت تبيح المحذورات فيجب عدم انضمام فردا على ذلك نقول القصد من الاباحة هذه انما هو تجوز اتلاف المال بدون رضا صاحبه وان لا يعد الفاعل غاصبا الا انه من الجهة الاخرى يجب الضمان لان الاباحة لا تكون سببا لضياع الحقوق على ذويها . كذلك اذا

استأجر شخص قارباً ساعة من الزمن وبعد أن وصل الى عرض البحر انقضت مدة الاجارة فقاعدة يجب على اراكب ان يبارح القارب في الحال الا اذا رضي المؤجر ان يؤجره ثانية ولكن حيث يوجد هنا اضطرار فصاحب السفينة مجبور ان يبقي المستأجر في القارب حتى يخرج به الى البر ولكن هذه المجبورية لا تمنع المؤجر من ان يطالب المستأجر بدفع اجرة المثل عن المدة الزائدة توفيقاً للمادة « ١٠٠٧ » الناصة على ان الضمان في الاكراه الملجئ على المجبر وفي غير الملجئ على المكره ووجود الاكراه على انلاف المال لا يضيع حق صاحب المال في تضمين قيمة ماله المتلف

المادة ٣٤ — « ما حرم اخذه حرم اعطاؤه »

يعني ان اعطاء الحرم واخذه سواء في الحرمة كما ان المكروه اخذه واعطاؤه مكروه فالرشوة مثلاً كما حرم اخذها حرم اعطاؤها من الراشي حتى لو دفع الوصي في دعوى القاصر رشوة للحاكم من مال القاصر يضمن وكذلك اخذ الدجال الذي يفتح البخت والاشخاص الشعوذين دراهم من الناس ممنوع وحرام كما ان اعطاء الناس لهم ممنوع وحرام ايضاً وكذا الناحية اخذها واعطاؤها الاجرة حرام وممنوع .

﴿ مستثنيات هذه القاعدة ﴾

ان لهذه القاعدة مستثنيات وهي انه لو اغتصب غاصب مال قاصر فيحق للوصي ان يعطي للغاصب قسماً من المال المنصوب كي يسترده فهنا اخذ الغاصب ذلك المال حرام وممنوع الا ان اعطاؤه من الوصي لاسترداد المال جائز

المادة ٣٥ — « ما حرم فعله حرم طلبه . كالسرقة لا تطلب من احد يسرق » .

يعني ان كل شيء يكون اجراؤه حراماً فطلب ايقاعه حرام ايضاً . ان هذه المادة تقرب من المادة ٣٤ التي سبق شرحها مثال : ان اخذ الرشوة والشهادة الكاذبة وظلم الناس او سرقة مال الناس من الافعال المنوعة فطلب اجراء ذلك

من شخص آخر كأن يقال له ادفع رشوة او اشهد بكذا زورا او ان يفري بالظلم او ارتكاب السرقة حرام وممنوع ايضا الا ان تحليف اليمين مستثنى من هذه القاعدة وتفصيل ذلك ان حلف اليمين كذبا حرام لكن تحليف ذلك الشخص المستعد لحلف اليمين الكاذب ليس بحرام لانه اذا لم يجوز تحليف اليمين للشخص النكر تضعيم الفائدة المترتبة عليه وهي رجاء النكول الذي بسببه يتبين حق المدعي.

المادة ٣٦ — « العادة محكمة »

يعنى ان العادة عامة كانت او خاصة تجمل حكما لاثبات حكم شرعي . هذه المادة هي نفس القاعدة المذكورة في كتاب الاشباه وكتاب الجامع ومعنى محكمة اي هي المرجع عند النزاع لانها دليل يتبنى عليه الحكم وهي مأخوذة من الحديث الشريف القائل « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن »

تعريف العادة : هي الامر الذي يتقرر بالنفوس ويكون مقبولا عند ذوي الطباع السليمة بتكراره المرة بعد المرة . على ان لفظة العادة يفهم منها تكرار الشيء ومعاودته بخلاف الامر الجاري صدفة مرة او مرتين ولم يعتده الناس فلا يعد عادة ولا يبنى عليه حكم . والعرف بمعنى العادة ايضا .

ان الجملة توضح هذه المادة بقولها : ان العادة والعرف تجمل حكما لتقرير الحكم الشرعي الذي لم يرد بحقه نص واثباته ولا فرق بين ان يكون العرف عاما او خاصا .

ان العرف والعادة تجمل حكما لاثبات الحكم الشرعي اذا لم يرد نص بحق ذلك الحكم المراد اثباته لانه اذا وجد النص يعمل بموجبه ولا يترك ويعمل بالعادة لانه ليس للمبادئ حق تغيير النصوص والنص اقوى من العرف حيث ان العرف قد يكون مستندا على باطل كما سيأتي في شرح المادة « ٣٧ » . اما نص الشارح فلا يجوز مطلقا ان يكون مبنيا على باطل فلذلك لا يترك القوي لاجل العمل بالضعيف . على ان الامام ابا يوسف يقول : اذا تعارض النص مع العرف يتفطر فيما اذا كان النص مبنيا على العرف والعادة ام لا ؟ فاذا كان النص مبنيا على

العرف والعادة ترجح العادة ويترك النص . . وإذا كان النص غير مستند الى عرف وعادة يعمل بالنص ولا عبء بالعادة ومع ذلك يجب ان لا يفهم ان حضرة الامام ابا يوسف يذهب في رأيه الى ترك النص والعمل بالعرف والعادة فالنص اقوى من العرف والعادة من غير شبهة حتى النص الذي يصدر من الناس وانما رأيه بمثابة تأويل للنص مثال : ان وضع الطعام امام الضيف يحكم العرف والعادة اذن له بان يتناول من ذلك الطعام الا ان صاحب البيت اذا منع الضيف من تناول الطعام فقد اصبح حصول نص ضد العرف والعادة فعلى الضيف ان يعمل بحكم النص ويمتنع عن الطعام ولا يعمل بالعرف والعادة فاذا اكل يكون مخالفا للنص فيضمن

ان العرف والعادة يقسم الى وجهين فالوجه الاول يقسم الى ثلاثة اقسام :

(١) : العرف العام

تعريف العرف العام — هو عرف هيئة غير مخصوص بطبقة من طبقاتها وواضعه غير متين والعرف العام عندنا هو العرف الجاري منذ عهد الصحابة حتى زماننا والذي قبله المجتهدون وعملوا به ولو كان مخالفا للقياس . مثال ذلك : اذا حلف شخص قائلا « والله لا اضع قدمي في دار فلان » يحث سواء دخل تلك الدار ماشيا او راكبا اما لو وضع قدمه في الدار دون ان يدخلها لا يحث حيث ان وضع القدم في العرف العام بمعنى الدخول .

(٢) : العرف الخاص

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

(٣) : العرف الشرعي — وهو عبارة عن الاصطلاحات الشرعية « كالصلاة

والزكاة والحج ، فباستعمالها في المعنى الشرعي اهل معناها اللغوي .

هذا ويوجد فرق في الحكم بين العرف العام والعرف الخاص واليك التفصيل :

يثبت بالعرف العام حكم عام مثال ذلك لو حلف شخص بقوله « لا اضع

قدمي في دار فلان» فثبت ان معنى ذلك في اللغة لا اضع رجلي والمعنى في العرف العام لا ادخل يثبت ذلك في حق العموم. اما العرف الخاص فانه يثبت به الحكم الخاص فقط مثال ذلك : لو تمورف في بلدة وقف المنقول الغير متعارف وقفه في غيرها مثلا يحكم بصحة وقف ذلك المنقول فيها فقط . كذا اذا كان اعطاء اجزاء النقود بدلا عن اصل النقود في بلدة جائزا عرفا يحكم بصحة اعطاء الاجزاء في تلك البلدة فقط ولا يجوز في غيرها .

والوجه الثاني يقسم ايضا الى قسمين : (١) العرف العملي (٢) والعرف القولي

العرف العملي — . كتعود اهل بلدة مثلا على اكل لحم الضان او خبز القمح فلو وكل شخص من تلك البلدة آخر بان يشتري له خبزا او لحما فليس للوكيل ان يشتري للموكل لحم جل او خبز درة او شمير استنادا على هذا الاطلاق وهذا العرف عند الحنفية يسمى عرف عام مخصص اي عرف مقيّد

العرف القولي — . وهو اصطلاح جماعة على لفظ يستعملونه في معنى مخصوص ويصبح بمجرد سماعه يتبادر للذهن معناه المقصود لهم منه وهذا العرف ايضا يسمى عند الحنفية والشافعية عرف مخصص مثال : لو قال شخص في الحال الحاضر لآخر اشتر لي فرس فلان بعشر جنيهات ولم يمين النوع فلو وكيل ان يشتري الفرس بعشر جنيهات مصري وهي العملة المتعامل بها في فلسطين كذا لو قال هذا القول قبل النفي العام فيحمل على الليرات الافرنسية التي كانت مستعملة حينئذ ولا يحق للوكيل ان يشتري ذلك الفرس بجنيهات انكليزية مثلا .

ان المادة (٢٣٠) تذكر ان الاشياء التي تدخل في البيع عادة فتدخل في البيع بدون ذكر مثال ذلك : يدخل ضمن بيع الفرس رسنه ولو لم يذكر ويحق للمشتري اخذه كذا يجوز اعطاء اجزاء المسكوكات بدل اصلها في بلدة اذا كان ذلك متعارفا فيها راجع مادة « ٢٤٤ »

كذلك اذا كان العرف في بلدة ان الثمن في البيع المطلق يدفع مقسطا يعتبر ثمن البيع مقسطا حسب العرف انظر المادة (٥٧٦) كذا اذ وضع رجل ولده عند صاحب متعة بقصد تعلمها ولم يشترط احد على الاخر اجرة وبمد ان تعلم الولد

الصنعة طالب كل منها الآخر بالاجرة يعمل بمرف البلدة فاذا كانت الاجرة عادة على العلم يجبر عليها وان كانت على الصبي المتعلم يجبر على دفعها للمعلم وان كانت العادة لا تقضي على كل منها بحكم يقتضاها انظر المادة « ٥٦٩ » كذلك يجب على المسكاري وضع الحمل داخل الدار او المخزن ان كان ذلك متعارفا انظر مادة (٥٧٥) كذلك استئجار الموضع جازر عملا بالعرف والعادة مع انها في الاصل اجارة فاسدة لجهة المنفعة

المادة ٣٧ — « استعمال الناس حجة يجب العمل بها »

يعنى توضع اليد على شيء والتصرف فيه فانه دليل على الملك ظاهرا فاستعمال الناس ان كان عاما يعد حجة في حق العموم واما اذا كان الاستعمال خاصا ببلدة مثلا لا يكون حجة خلافا لما شيخ باخ فانهم يرونه حجة في تلك البلدة ويكون حينئذ من العرف الخاص الذي يبناه فيثبت به حكم خاص . ان اعتبار الاجماع العمومي الشرعي حجة يعمل بها انما هو لاستحالة توافد ذلك الجعم على الكذب والضلال والحاصل ان استعمال الناس الغير مخالف للشرع ولنص الفقهاء يمدح حجة كالبيع بالوفاء وبيع السلم مثلا فقد اتفق الفقهاء واجمع الناس على جوازه لما مست الحاجة اليه مع انه في الاصل غير جائز مثال : اذا استعان شخص على شراء مال وبعد وقوع البيع والشراء طلب المستعان به من المستعين اجرة ينظر الى تعامل اهل السوق فاذا كان معتادا في مثل هذه الحال اخذ اجرة فللمستعان به اخذ الاجرة المثلية من المستعين والا فلا . كذلك لو اهدى شخص شيئا كالنفقاح مثلا في صحن يجب رد الصحن حيث انه يرد عادة ولو اهدى بلحا او عنيا في سل لا يرد السل لصاحبه لجريان العادة بعدم رد السل . كذلك لو اسنأجر شخص عاملا ليشغل له في بستانه يوما فتعيين وقت الشغل من اليوم عائد الى العرف والعادة في تلك البلد كذلك لو تمورف في بلدة وقف المنقول كوقف الكتب الشرعية والمملية والمصاحف الشريفة يحكم بجوازه ويكون الوقف صحيحا مع ان وقف المنقول في الاصل غير صحيح .

ان العرف والعادة يكون حجة اذا لم يكن نص او شرط من المتعاقدين مخالفا

لتلك العادة كما لو استأجر شخص آخر لان يشتغل له من الظهر الى العصر فقط باجرة معينة فليس المستأجر ان يلزم الاجير بالشغل من الصباح الى المساء بداعي ان عرف البلدة كذلك بل يتبع المدة المعينة بينهما

قد ذكرنا ان اجتهاد الامام ابي يوسف في النص انه اذا كان مبذبا على العرف والعادة كالحديث الوارد في الذهب والفضة انهما من الموزونات والملح والشعير والبر من الكيليات يترك ويصار الى العرف والعادة اذا تبدلت بتبدل الازمان . فالذهب والفضة في زماننا قارب ان يكون عددا والتمر والملح اصبحا وزنين والقمح والشعير كادا ان يصيرا وزنين واما اذا كان النص غير مستند على العرف والعادة فيعتبر النص ولا يعار الى العرف والمادة خلافا للامام ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فانهما يعتبران النص كيفما كان ولا يتركانه بداعي تغير الاحوال بتغير الازمان والمختار في المجلة قول ابي يوسف .

المادة ٣٨ — «المتنع عادة كالممتنع حقيقة»

يعنى ان ما استحال عادة لا تسمع الدعوى به كالمستحيل عقلا كما لو ادعى شخص بان الجنين الذي في بطن هذه المرأة قد باعني المال الفلاني او اقر بانه استقرض منه كذا مبلغا بحيث انه قد اسند ادعائه واقارره لسبب مستحيل عادة فاقارره وادعائه غير صحيحين . كذلك اذا ادعى من عرف بالفقر على من عرف بالغنى بانه استدان منه مبلغا لا تجوز العادة وقوع مثله لا تسمع الدعوى به وكما لو ادعى ان زيدا ابنه ولا يولد مثله لثله وكذا لو اقر شخصا قائلا لفلان عندي ثوب في عشرة اثواب يكون اقارره بثوب واحد لا بعشرة اثواب لان العشرة اثواب لا يجوز ان تكون ظرفا لثوب واحد وان ذلك ممتنع عادة وبما ان الممتنع عادة كالممتنع حقيقة فتكون كلمة في عشرة لغوا ولا يعمل بها .

المادة ٣٩ — « لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان »

ان الاحكام التي تتغير بتغير الازمان هي الاحكام المسندة على العرف والعادة لانه بتغير الازمان تتغير احتياجات الناس وبناء على هذا التغير يتبدل ايضا العرف

والعادة ويتغير العرف والعادة تتغير فلاحكام حسبها اوضحنا آنفاً بخلاف الاحكام المسقنة على الادلة الشرعية ولم تبين على العرف والعادة فانها لا تتغير مثال ذلك جزاء القاتل الممدهو القتل فهذا الحكم الشرعي الغير مسقند على العرف والعادة لا يتغير بتغير الازمان . واما الذي يتغير بتغير الازمان من الاحكام انما هي المبنية على العرف والعادة كما قلنا واليك الامثلة :

انه كان عند الفقهاء المتقدمين اذا اشترى احد داراً اكتفى برؤية بعض بيوتها وعند المتأخرين لا بد من رؤية كل بيت منها على حدته وهذا الاختلاف ليس مسقنداً الى دليل بل هو ناشيء عن اختلاف العرف والعادة في امر الانشاء والبناء وذلك ان العادة قديماً في انشاء الدور وبنائها ان تكون جميع بيوتها متساوية وعلى طراز واحد فكانت على هذا رؤية بعض البيوت تغني عن رؤية سائرها واما في هذا العصر فحيث جرت العادة بان الدار الواحدة تكون بيوتها مختلفة في الشكل والحجم لزم عند البيع رؤية كل منها على الانفراد وفي الحقيقة فاللازم في هذه المسألة وامثالها حصول علم كاف بالمبيع عند المشتري ومن ثم لم يكن الاختلاف الواقع في مثل هذه المسألة المذكورة تغييراً للقاعدة الشرعية وانما تغير الحكم فيها بتغير احوال الزمان فقط وكذا تركية الشهود سرا وعلنا ولزوم الضمان على غاصب مال اليتيم ومال الوقف هو مبني على هذه القاعدة وقد رأى الامام الاعظم عدم لزوم تركية الشهود بحق دعوى المال ما لم يطعن الخصم بهم وسبب ذلك صلاح الناس في زمانه اما الصاحبان وقد شهدوا زمناً غير زمنه تفشت فيه الاخلاق الفاسدة فوجدوا لزوماً تركية الشهود سرا وعلنا والمجلة قد اخذت بقولهما وواجبت تركية الشهود : وكذا ان من القواعد ان لا يجتمع اجر وضمان الا ان المتأخرين من الفقهاء لما وجدوا ان الناس في عصرهم لا يبالون باغتصاب مال اليتيم والاقواق والتمدي عليها كما سنحت لهم فرصة اوجبوا ضمان منافع المال المنصوب المائد للوقف واليتيم قطعاً للاطلاع واخيراً نقول مكررين ان الاحكام الثابتة بناء على النص لا تتغير احكامها لان النص اقوى من العرف حيث لا يحتمل ان يكون مسقنداً على باطل بخلاف العرف والعادة فقد تكون مبنية على باطل كان يتعامل الناس مثلاً بالببوع الفاسدة وغيرها من المنوعات لا يجعلها جائزة شرعاً .

المادة ٤٠. — «الحقيقة أترك بدلالة المادة يعني لو وكلت انسانا بشراء طعام وليمة لا تشتري الا الطعام المعتاد في مثلها لا كل ما يؤكل»

كنا وضحنا سابقاً أن اللفظ اما ان يكون له معنى حقيقي واما ان يكون له معنى مجازي وقد بين علماء البيان ان للفظ معنى ثالثاً وهو المعنى الكنائي . وقد ذكر علماء الامول ان المعنى الكنائي اما ان يكون حقيقياً او يكون مجازياً فالعنى الحقيقي للفظ هو كاللباس الشخص لباسه المملوك له والمعنى المجازي كاللباس المستعار فاستعمال اللفظ بمعناه الحقيقي لا يحتاج الى قرينة ودليلى اما لاجل استعمال ذلك اللفظ في المعنى المجازي فيجب وجود قرينة مانعة من ارادة المعنى الحقيقي للفظ

هذا وان القرينة او الدليل التي تمنع استعمال اللفظ في معناه الحقيقي متنوعة منها ان يكون المعنى الحقيقي للفظ مهجوراً وهذا هو المراد في هذه المادة وهو الذى نشرحه الان . اذا اصبح المعنى الحقيقي للفظ مهجوراً عادة وعرفا وشاع استعماله في معنى آخر يستعمل في المعنى الذى استعمل فيه ويكون العرف والمادة القرينة المانعة من ارادة معناه الحقيقي وقد بين علماء اصول النفقة لذلك النوع ثلاثة اوجه .

الوجه الاول . — عدم استعمال الحقيقة واستعمال المجاز لتعذر استعمال المعنى الحقيقي او لان استعماله مهجور عادة او شرعاً . فاستعمال المجاز في هذا الوجه يبنى على احد اسباب ثلاثة :

الاول . — تعذر قصد معنى الحقيقة ومعنى التعذر عدم التمكن من الوصول للشيء الا بمشقة مثال ذلك : لو اتسم شخص قائلاً اننى لا آكل من هذه الشجرة فالمعنى الحقيقي لهذه الكلمة هو اكل خشب الشجرة الا ان قصد المعنى الحقيقي لما كان متعذراً نحمل على المجاز اي على ثمر الشجرة اذا كانت غير ذات ثمر وعليه لو اكل ذلك الشخص الحالف من حطب الشجرة لا يحنث بيمينته لانه لم يكن هو المقصود بالحلف حيث انه اصبح مهجوراً

الثاني والثالث . — ان يكون اللفظ الحقيقي مهجوراً عادة او شرعاً كأن

يقول رجل لخادمه اقلب « كذار الضيوف » فالمقصود هنا عادة صفها وترتيبها لا قلبها وجها لبعان « وكلمة فناريق باللغة التركيبة وان كانت في الحقيقة بمعنى احرق الفانوس فمعناها المستعمل اشمل الفانوس » وفيها يلي بعض الامثلة لبعض الالفاظ التي هجرت معانيها الحقيقية عادة وشرا واستعملت في معان اخرى مجازا :

مثال للمهجور عادة : لو حلف شخص قائلا لا ادوس دار فلان فالمقصود به انه لا يدخل دار ذلك الرجل لا ان لا يدخل رجله فيها

مثال للمهجور شرعا : لو قال شخص انني وكأت فلانا بالخصومة فان معنى الخصومة الحقيقية هو النزاع والمقاتلة ولكن لقوله تعالى في كتابه العزيز (لا تنازعوا) الآية هجر معناها الحقيقي شرعا واصبح انما يقصد التوكيل بالمجاوبة والمرافعة عن التوكيل في الدعوي المقامة عليه او المقامة من طرفه

الوجه الثاني . — استعمال الحقيقة وعدم استعمال المجاز او ان يكون استعمال الحقيقة والمجاز على حد سواء او استعمال الحقيقة بصورة اكثر من المجاز وفي هذه الاحوال لا يستعمل المجاز . والحقيقة اولى بالاستعمال .

الوجه الثالث . — ان يكون استعمال المجاز اكثر او ارجح من استعمال الحقيقة قرأى الامام الاعظم هنا حمل الكلام على الحقيقة اولى لان الاستعمار لا يحق له ان يزاحم الاصل ورأى الامام المجاز اولى مثل :

لو حلف شخص قائلا انني لا آكل من هذا القمح او لا اشرب من هذا النهر فعلى رأى الامام الاعظم انه لو اكل من الدقيق او الخبز المصنوع من ذلك القمح او شرب من ماء مملوء من ذلك النهر لا يحنث ما لم يشرب من النهر كرها ويأكل من القمح حبا اما رأى الامام ان فانه يحنث سواء اكل من القمح حبا ام اكل من طحينه وخبزه وسواء شرب من ماء النهر كرها ام شرب منه بآناء وقد ذكر الفقهاء ان المفتي عندما يستفتي عن مسألة يجب عليه اذا كان المستفتي من بلدة اخرى ان لا يفتي قبل ان يعلم المعنى المستعمل للفظ المستفتي به في بلدة المستفتي .

هذا والمادة ١٥٨٤ تصرح ان الاقرار المعلق على شرط باطل ولكن اذا كان الاقرار معلقا على زمن يعرف به الناس اجل الدين يعتبروا اقرارا المقر اقراراً بدين موعجل مثال : لو قال شخص اذا وصلت الى القدس فانا مدينون لك بالف قرش فاقراره باطل لكونه معلقا على شرط اما لو قال على البيدر انا مدينون لك بالف قرش فيكون قد اقر بدين موعجل لذلك الرجل وكذلك يحمل الاقرار بالدين المعلق بالموت على الاشهاد فيجب على المقر دفع الدين اذا كان حيا او على ورثته اذا كان ميتا وكذلك الابراء المعلق على الموت يعتبر ويحمل على الوصية

المادة ٤١ — « انما تعتبر المادة اذا اضطردت او غلبت »

يعني لا يلزم ان يكون جهاز العرس الا على العادة الغالبة فلو جهزت عروس باكثر من العادة الغالبة لا يعتبر ولا يقاس عليه »

قلنا ان العادة يجب ان تعتبر وهذه المادة تشترط في العادة لكي تكون معتبرة ان تكون مضطردة اي ان لا تتخلف او غالبه اي ان تخلف احيانا فانها لا تتخاف على الاكثر هذا وقد ذكر صاحب الاشياء ان الشيء الذي يحمل على العرف والعادة يجب اولا ان يكون حمله على العرف الموجود وقت التلخيص لا ان يحمل الشيء الذي وضع قبلا على عرف حدث . وخرافا ثانيا ان يكون العرف سابقا ومقارنا اي الا يكون متاخرا وطارئا مثال لو باع شخص منذ عشر سنوات في يافا فرسا بعشرين ليرا ولم يذكر في العقد نوع الليرة وتحدث بالدعوى الان فحيث ان البيع وقع قبل عشر سنوات يوم كانت الليرة الفرنسية هي الراجحة في يافا يجب الحكم بان الثمن ليرات افرنسية ولا عبارة بالعرف والعادة الطارئة بعدئذ والحاصل ان العرف لا يكون معتبرا الا اذا كان مضطردا او غالبا وان يكون زمنه مقارنا وسابقا زمن العقد الذي يراد فيه تحكيم العرف والعادة .

المادة ٤٢ — « العبرة للغالب الشائع لا للنادر »

الشائع هو الامر الذي يصبح معلوما للناس وذائعا بينهم مثال ان الحكم بموت الفقود لم يورث ٩٠ سنة من عمره مسقند على الشائع الغالب بين الناس من ان الانسان لا يعيش اكثر من تسعين عاما على ان البعض قد يعيش اكثر من ذلك الا انه

نادر والنادر لا حكم له بل بحكم بموته على العرف الشائع وتقسم امواله بين ورثته كذلك بحكم ببلوغ من له من العمر خمس عشرة سنة حيث انه هو السن الشائع للبلوغ وان كان البعض لا يبلغ الا في السابعة عشرة او الثامنة عشرة الا انه نادر فلا ينظر اليه كذلك الحكم بسبع سنين لمدة حضانة الصبي وتسع لحضانة البنت مبني على الشائع المتعارف من ان الصبي اذا بلغ السابعة من عمره يسقطني عن معين له في لباسه واكله واستنجاؤه مثلا والبنت اذا صار عمرها تسع سنوات تصبح مشتهة في الغالب واختلاف النمو في البعض زيادة ونقصانا بتاثير التربية والاقليم لا عبرة له بل المعتبر السبع سنوات للصبي والتسع للبنت لانه الشائع الغالب

المادة ٤٣ — «المعروف عرفا كالشروط شرطا»

وفي الكتب الفقهية عبارات اخرى بهذا المعنى «الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي» و«المعروف عرفا كالشروط شرعا» و«الثابت بالعرف كالثابت بالنقض» و«المعروف بالعرف كالشروط باللفظ» وقد سبق لنا ان عرفنا العرف والعادة . فاليك الامثلة على هذه القاعدة لو اشتغل شخص لآخر شيئا ولم يتقاولا على الاجرة ينظر للعامل ان كان يشتغل بالاجرة عادة يجبر صاحب العمل على دفع اجرة المثل له عملا بالعرف والعادة والا فلا . كذلك اذا اشترى شخص من اخر شيئا بعشرين ليرات ولم يعين نوع الليرة يرجع الى النوع المتعارف في تلك البلدة كان يكون المتعارف الليرة العثمانية مثلا فتعتبر هي التي وقع عليها العقد كما لو ذكرت . كذا لو اشترى شخص بقرة فتبين له بعد شرائها انها غير حلوب واراد ردها ينظر ان كان هذا الشخص معروفا انه ممن يشتري للذبح كان يكون قصابا لا يجوز له الرد وان كان ممن يشتري لاجل الاذنتاع بحايها ترد كذلك لو سكن شخص دارا لآخر معدة للاجرة بدون اذنه وبدون تاويل ملك او تاويل عقد يلزمه دفع اجرة المثل عرفا ويكون كان الساكن شرطها على نفسه حين سكنها للدار وكذا الذي ينام في الفندق والغتسل في الحمام يجب عليه دفع الاجرة لان العرف والعادة توجب دفعها وان لم تذكر . وكذلك لو دفع الاب لابنته العروس حليا او بعض جهاز لبينتها وادعى بعد العرس انه عارية فان كان المتعارف في مثل هذه الاحوال ان ما يعطيه الاب يكون عارية بحكم برده اليه والا فلا ويكون

هبة وكذا لو ترك راعي القرية المواش على راس زقاق القرية وهي تنفرق الى دور اهلها معتادا لا يضمن وان كان للعتاد انه يوصل كل ماشية لحل صاحبها يضمن ويعد مقصرا لتركه اياها على راس الزقاق .

المادة ٤٤ . — « المعروف بين التجار كالمشروط بينهم »

ان هذه المادة هي عين المادة السابقة

المادة ٤٥ . — « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص »

يتفرع على هذه المادة فروع منها الاعارة المطلقة لتقيد بالعرف والمادة مثال ذلك لو اعار شخص آخر دابة اعارة مطلقة لا يجوز للمستعير ان يركبها او يحملها غير المعتاد المتعارف فلو حملها حديدا او سلك بها طريقا وعرا وكان تحميل الحديد وسلك تلك الطريق غير معتاد يضمن كذلك الوكيل يبيع شيء وكالة مطلقة تعتبر عادة بان لا يكون تصرفه مضرا بالموكل فلو وكل شخص اخر ببيع شيء وكالة مطلقة فله ان يبيع ذلك المال بثمن معجل او مؤجل الى اجل متعارف التاجيل بين التجار ولا يجوز له ان يبيعه لاجل ابعد من المعتاد كذا لو وكله في بيع شيء كما جاء في مادة « ١٤٩٩ » لا يحق له ان يبيع بعضه ان كان في بيعه ضرر إعادة

المادة ٤٦ . — « اذا تعارض المانع والمقتضى بعدم المانع »

اي اذا وجد في مسألة سبب يستلزم العمل بها وسبب اخر يمنع العمل برجح المانع مثال ذلك الرهن لو رهن رجل عند اخر داره مثلا يمنع الراهن من بيعها مع انه مالك لها وبيان ذلك ان ملك صاحب الدار لها يقتضي التعرف بها كيف شاء الا ان حق المرتهن في الدار وجعلها وثيقة في يده لحفظ ماله مانع والمانع مرجح على المقتضى فيعمل به . كذلك لو بيع شيء معلوم وآخر مجهول صفقة واحدة لا يصح به لمعارضة المانع وهو جهالة احد البيعين في الصفقة الواحدة المقتضى وهو صحة العقد في المبيع المعلوم كذا لو باع شخص لآخر متقوما وغير متقوم معا كمية مثلا كذلك البناء الذي اسفله مملوك لشخص والقسم الاعلى منه

ملك شخص آخر ليس لاحدهما ان يصرف في ملكه بمقتضى ملكيته بدون
رضاء الآخر بصورة مضرة لمعارضة المانع وهو الاضرار كأن يكشف صاحب
البناء العلوي سقف البناء السفلى الذي هو ارض محله او يهدم صاحب البناء السفلى
حائطاً مرتكزا عليها قسم من البناء العلوي . كذلك لو اقر شخص لوارثه
ولاجنبى معه بمال في مرض موته لا يصح حيث ان الاقرار للوارث في مرض
الموت لا يعتبر فيكون مانعا .

المادة ٤٧ — «التابع تابع»

يعنى : التابع للشيء في الوجود تابع لذلك الشيء في الحكم فلو يدمت بقرة
مثلا في بطنها جنين دخل الجنين في البيع بلا نص عليه لانه تبع لها فبدمها في
الحكم كذلك لو باع شخص بستانا لآخر وقبل التسليم اثمر شجر ذلك البستان
فلا يحق للبائع ان يحق ذلك الثمر لنفسه بل يكون مملوكا للمشتري تبعا كما جاء في
مادة (٢٣٦) ان الزوائد التي تحصل في البيع بعد العقد وقبل القبض تكون مملوكة
للمشتري . كذا زوائد المنسوب الحاصلة في يد الغاصب هي تابعة للمنسوب
بالوجود ايضا فنكون موكا للمنسوب منه مثال لو اغتصب شخص فرسا من
آخر واقتبعت عنده مهرا مثلا فالمر اصابها تبعا لها وليس للمغتصب ان يدعيه
لنفسه . كذلك في الرهن فلو رهن رجل عند شخص ناقه واقتبعت عند المرتهن
فالنتاج يكون رهنا ايضا تبعا لامة ولا يحق للراهن ان ياخذ قبل فك الرهن .

المادة ٤٨ — «التابع لا يقرر بالحكم»

فالجنين الذى في بطن الحيوان لا يباع منفردا عن امه كذلك لا يجوز هبة
الحيوان الموجود في بطن امه حتى لو وهب شخص بقرة حاملا واستثنى حملها
من الهبة تكون الهبة للابنتين معا . ويكون الاستثناء لنوا كذلك اذا بيع شيء
من الموزونات وكان في تبعيضه ضرر وظهر عند التسليم زيادة عن المقدار المذكور
عند البيع فالزيادة للمشتري وليس للبائع ان يفسخ البيع مثال ذلك . لو باع شخص
حجرا من المس على ان وزنه خمسة قاريط فظهر انناء التسليم ان وزنه خمسة

ونصف يصبح ذلك الحجر للمشتري بنفس الثمن الذي صار الانفاق عليه لان نصف القيراط تابع للكل فلا يقرر بالحكم

﴿ مستثنيات هذه القاعدة ﴾

يوجد لهذه القاعدة مستثنيات وهي كما يلي:

إذا أقر شخص جنين أي لحل بمال مع بيان سبب معقول يكون أقراره صحيحاً بشرط أن يولد ذلك الحل في بحر ستة أشهر من تاريخ الأقرار فهنا مع كون الجنين تابعاً في الوجود لوالدته فقد أقر بالحكم واعتبر الأقرار له كما أن الجنين إذا ولد حياً يرث من والده المتوفي قبلاً . كذلك إذا أبرأ المكفول إليه الكفيل يصبح بريئاً والحال أن الكفالة تابعة للدين والدين باق فكان من الواجب ألا يفرد الكفيل بحكم كذلك لو أن شخصاً يطلب له من آخر عملة خالصة فاسقط حقه من أخذ دينه بتلك العملة وقبيل أن يأخذها عملة «منشوشة» فاسقاطه هذا صحيح والحال أن خلوص العملة صفة للدين وتابعة له فكان الواجب عدم إعطاء حكم بحقها.

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

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

المادة ٥٠ — «إذا سقط الأصل سقط الفرع»

أن هذه المادة مذكورة في الأشباه بمباراة «يسقط الفرع إذا سقط الأصل»

ومن هذا القبيل ايضا قاعدة «التابع يسقط بسقوط المتبوع»

والذي يفهم من هذه القاعدة انه يسقط التابع بسقوط المتبوع او يسقط الفرع بسقوط الاصل اما اذا سقط الفرع او سقط التابع فلا يسقط المتبوع مثال ذلك : لو ابرأ الدائن المدين من الدين فكما انه يبرأ المدين يبرأ منه الكفيل ايضا لان المدين في الدين اصل والكفيل فرع فبسقوطه عن الاصل يسقط عن الفرع طبعاً اما لو عكست القضية وكان الكفيل هو المبرأ من قبل الدائن فلا يسقط الدين عن المدين بسقوطه عن الكفيل لان سقوط الدين عن الفرع لا يوجب سقوطه عن الاصل على انه قد يجوز ان يثبت الفرع دون ان يثبت الاصل واليك المثال :

لو ادعى شخص على اثنين بان احدهما استدان منه الف قرش والثاني كفله في ذلك المبلغ فانكر المدين الدين والمدعى عاجز عن اثبات مدعاه الا ان الكفيل اقر بالكفالة فيحكم على الكفيل الذي هو الفرع بمقتضى اعترافه بالدين دون الاصل الذي هو الاصل .

المادة ٥١ — «الساقط لا يعود»

يعنى اذا اسقط شخص حقاً من الحقوق التي يجوز له اسقاطها يسقط ذلك الحق وبعد اسقاطه لا يعود اما الحق الغير قابل للاسقاط لا يسقط باسقاط صاحبه له مثال: لو كان لشخص على آخر دين فاسقطه عن المدين ثم بدا له رأي فندم على اسقاطه فدين عن ذلك الرجل فحيث انه اسقط الدين وهو من الحقوق التي يحق له ان يسقطها فلا يجوز له ان يرجع الى المدين ويطالبه بالدين لان ذمته برأت من الدين باسقاط الدائن حقه فيه

اما لو ابرأ شخص آخر من طريق له او سبل او كان له قطعة وابراء بها فلا يسقط حقه بالطريق والمسبل والارض لانه لا يسقط الحق بما ذكر بمجرد الترك والاعراض ويجب لاسقاط الحق فيها اجراء عقديع او هبة مثلاً هذا واليك بعض الامثلة :

إذا اشترى المشتري مالا من آخر فلبائع حق حبس المبيع عنده لحين قبض الثمن كما تبين في المادة (٢٨١) ولكن إذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن فيكون اسقط حقه في حبس المبيع فليس له بعد ذلك ان يسترجع المبيع ويحجسه عنده لحين قبض الثمن حيث ان الساقط لا يعود كما قلنا كذلك الذي يشتري مالا بدون ان يراه له حق خيار الرؤية فهو اذا باعه من آخر او وهبه او اجره قبل ان يراه او بعد ان رآه يسقط حق خياره بمقتضى المادة (٣٣٥) فعلى هذا لو اراد بعد ذلك رد المبيع بحق خيار الرؤية فليس له رده كذا الصلح الذي يجري بين الطرفين حيث انه يتضمن اسقاط بعض الحقوق فليس للطرفين حق الفسخ فيه كذلك لو رد الحاكم شهادة شاهد بتهمة الفسق في دعوى من الدعاوي فليس له ان يقبل شهادته في نفس الدعوى فيما لو تبين له بعد ذلك بطلان تلك التهمة .

المادة ٥٢ — « إذا بطل شيء بطل ما في ضمنه »

فقاعدة « المبني على الفاسد فاسد » من هذا القبيل ايضا

ومعنى هذه المادة — : ان الشيء الذي ثبت ضمننا اذا بطل متضمنه لا يبقى له الحكم مثال : لو اشترى شخص من آخر اليمين الموجه عليه في المحاكمة فلما كان هذا الشراء باطلا فاسقاط اليمين الذي في ضمنه باطل ايضا كذا لو تصالح طرفان فابراً الواحد منهما الاخر ونظموا بذلك سندات فيما بينهما فظهر ان ذلك الصلح فاسد فكما انه يكون باطلا يكون ايضا البراءة التي في ضمنه باطلا .

﴿ مستثنيات هذه القاعدة ﴾

يوجد لهذه القاعدة مستثنى واحد وذلك اذا تصالح الشفيع والمشتري ببذل معلوم على حق انشفة فالصلح غير صحيح ولكن يسقط حق الشفيع في انشفة فهنا مسح بطلان الصلح لم يبطل اسقاط انشفة الذي هو من ضمن الصلح كما تقتضي القاعدة .

المادة ٥٣ — « إذا بطل الاصل يصار الى البديل »

يفهم من هذه المادة انه يجب ايفاء الاصل ولا يجوز الايفاء بالبديل بدون رضا صاحب المال ما دام الايفاء بالاصل ممكنا . لان الايفاء بالاصل هو « الاداء » اما ايفاء الشيء بالبديل هو ايفاء بخلاف عن الاصل والرجوع الى الخلف مع وجود الاصل غير جائز . كالمال المنصوب مثلا فهو اذا كان موجودا في يد الغاصب يجب رده بالذات ولا يجوز ايفاء بدله مع وجوده مثال: لو اغتصب شخص لاخر شيئا واراد ان يدفع قيمته للمنصوب منهم مع وجود المال المنصوب تحت يده والمنصوب منه لم يقبل بذلك فلا يجوز للحاكم ان يملك بالبديل

ان الاصوليين يعبرون عن ايفاء المنصوب بالذات بالاداء الكامل لان رد عين المنصوب هو اداء حقيقة

هذا غير ان المال المنصوب اذا تلف بيد الغاصب او فقد منه واصبح رده عينا غير ممكن يصار حينئذ الى البديل فان كان من المثليات يؤمر الغاصب بإيفائه بمثله ويسمى ذلك « القضاء بالمثل العقول او القضاء الكامل » لان الاموال المثلية مطابقة لبعضها صورة ومعنى وقيمة الشيء هي معنى ذلك الشيء فالاموال المثلية متساوية في القيمة على الغالب او متقاربة في ذلك . اما اذا كان المال من القيميات فتؤدى قيمته ويسمى ذلك « القضاء القاصر » لان قيمة المال المنصوب من النقود لا تماثل المال المنصوب لا صورة ولا معنى .

المادة ٥٤ — « يفتقر في التوابع ما لا يفتقر في غيرها »

هذه القاعدة مأخوذة من كتاب الاشباه وقاعدة « يفتقر للشيء ضمنا ما لا يفتقر قصدا »، قريبة من هذه القاعدة وترجم هذه القاعدة من التركية قد يجوز تبعا ما لا يجوز ابتداءً ، مثال ذلك: لو وكل المشتري البائع في قبض المبيع فالوكالة لا تصح اما لو اعطى المشتري البائع كيسا ليضع فيه المبيع اعتبر ذلك قبضا من المشتري والسبب في عدم جواز الوكالة في الصورة الاولى وجوازها في الثانية ان البائع كان في الصورة الاولى مسلما ومستلما في وقت واحد والحال انه من الواجب في كل عقد ان يتولاه اثنان وان يسلم البائتم المبيع للمشتري اما في الصورة الثانية فحيث

ان المشتري اعطى وعاء للبائع والبائع عمل باشارته فيعد ذلك قبضا من المشتري وقبض البائع للبيع كان تبعا فصيح . كذلك لو اشترى شخص من آخر قمحا وطلب اليه ان يطحن القمح والبائع طحنه يكون المشتري قابضا للقمح تبعا لطلبه من البائع ان يطحنه كذلك لو وقف شخص عقارا بمافيه من الاموال المنقولة الغير جائز وقفها ولم يكن جائزا عرفا وعادة يصح وقفها تبعا وان كان الوقف فيها غير جائز ابتداء كذا وقف حق الشرب الغير جائز يصح اذا وقف تبعا للارض كذلك يبيع من له حق في شرب اياما من حقه في الشرب لا يجوز الا اذا يبيع تبعا للارض مثلا

المادة ٥٥ - « ينتفر في البقاء ما لا ينتفر في الابتداء »،

فقاعدة « ينتفر في الابتداء ما لا ينتفر في الانتهاء »، هي من قبيل هذه المادة مثال ذلك: هبة الحصة الشائعة فانها وان لم تكن جائزة ابتداء فتصح انتهاء وتفصيل ذلك لو وهب شخص لآخر حصة شائعة في دار مثلا فالهبة لا تصح اما لو وهب له الدار جميعها ثم ظهر مستحق لحصة في تلك الدار فالهبة لا تبطل ويبقى للموهوب له المتبقي من الدار بعد اخذ تلك الحصة المستحقة منها.

كذلك لو وهب شخص في مرض موته داره التي لا يملك سواها ثم توفي الموهب تبطل الهبة في الثلثين وتصح في الثلث فقط اذا لم تقرها الورثة والسبب في صحة الهبة في الثلث هنا مع انه حصة شائعة ولا تصح هبة الشائع هو ان الشيوخ طاريء والهبة كانت لجميع الدار . كذلك الوكيل يبيع مال له لا يسح له ان يوكل آخر ببيع ذلك المال الموكل بيده لكن لو جاء رجل وباع المال فذولا والوكيل اجاز البيع تكون اجازته صحيحة والبيع نافذا . كذلك لا يصح بيع احد الشركاء للاجنبي حصته في الأثمار الغير ناضجة لان الاجنبي لو اراد قطف الأثمار واخذ حصته فيها لتضرر الشريك اما لو اتفق الشريكان على بيع الثمر لشخص اجنبي ثم بعد البيع فسخ احدهما البيع بالتراضي مع المشتري لا يفسخ البيع في النصف الاخر ويبقى صحيحا.

المادة ٥٦ — «البقاء اسهل من الابتداء»،

بما ان البقاء اسهل من الابتداء فالذي لا يجوز ابتداء قد يجوز بقاء. مثال: للشريك ان يؤجر حصته الشائعة لشريكه الاخر ولكن لا يجوز له ان يؤجر حصته لاحد شركائه اذا كانوا متعددين او لشخص اجنبي اما لو اجر الدار جميعها على انها له ثم بعد اجراء عقد الايجار ظهر مستحق لنصف تلك الدار واثبت المستحق ملكيته بنصفها لا تفسخ الاجارة في النصف الاخر وتكون صحيحة بقاء وان لم تكن جائزة ابتداء. كذلك لو نصب حاكم نائبا عنه في الحكم وهو غير ما ذون بذلك فذلك النصف غير صحيح والاحكام التي يحكم بها تكون غير معتبرة ولكن اذا حكم ذلك النائب في شيء والحاكم الذي انابه اجاز ذلك الحكم يصبح الحكم معتبرا وصحيحا فالانابة هنا جازت بقاء ايضا وان لم تكن جائزة ابتداء.

المادة ٥٧ — «لا يتم التبرع الا بقبض»

هذه القاعدة مأخوذة من الحديث الشريف القائل «لا تجوز الهبة الا مقبوضة»، على انه لو كانت الهبة تتم بدون القبض لاصبح الواهب حينئذ مجبورا على اداء شيء ليس بمجبور على اداؤه وذلك مخالف لروح التبرع فالتبرع هو اعطاء الشيء الغير واجب اعطاؤه احسانا من المغطي مثال: لو وهب شخص مالا لاخر فانه لم يقبضه باذن الواهب لا يحق له ان يتصرف بذلك المال. كذا لو عدل شخص — بعد ان اخرج نقودا بيده ليغطيها لفقير ولم يسلمه له — عن اعطائه اياها فلا يجبر على ذلك.

والحاصل سواء كانت الهبة بلا عوض او كانت بشرط العوض فتبطل موقوف على القبض ولكن حيث ان الوصية تملك مضاف الى ما بعد الموت لا تنوقف على القبض ولزومها للورثة ناشيء عن وفاة المورث الذي له وحده حق الرجوع عن تبرعه.

المادة ٥٨ — «النصرف على الرغبة منوط بالصلحة»

هذه القاعدة مأخوذة من قاعدة «نصرف القاضي فيما له فله من اموال الناس والاوقاف مقيد بالصلحة»، اي : ان نصرف الراعي في امور الرعية يجب ان يكون مبنيا على المصلحة وما لم يكن كذلك لا يكون صحيحا.

والرعية هنا: هي عموم الناس الذين هم تحت ولاية الولي مثال ذلك : اذا لم يوجد ولي للقتيل فالسلطان وليه فكما ان له حقاً بان يقتص من القاتل له ان يقبل الدية بدلا عن الفصاص الا انه يشترط هنا ان لا تقل الدية عن الدية الشرعية .

كذلك القاضي لا تعتبر تصرفاته في الامور العامة واحكامه مالم تكن مبنية على المصلحة مثال : لو امر القاضي شخصا بان يستهلك مالا من بيت المال او مالا لشخص آخر فاذنه غير صحيح حتى ان القاضي نفسه لو استهلك ذلك المال يكون ضامنا .

كذلك : لا يجوز للقاضي ان يهب اموال الوقف و اموال الصغير حيث ان تصرفه فيها يجب ان يكون مقيداً بمصلحتها ايضا . كذلك لو نصب حاكم مخالفا شرط الواقف فراشا في مسجد فكما ان اخذ الاجرة حرام على الفرائش فالحاكم ايضا يكون ارتكب حرمة بنفسه .

كذلك اذا صالح ولي السبي عن دعواه يصح ان لم يكن فيه ضرر بين ذلك حسب منطوق المادة (١٥٤٠) كما انه ليس للوصي ان يقبل من مدين الصغير حوالة له على شخص مالم يكن املاً اي اغنى من المحبل والاقبولة لا حكم له عملاً بالمادة (٦٨٥) والحاصل يجب ان يكون نصرف السلطان والقاضي والوالي والوصي والمتولي والولي مقرونا بالصلحة والا فهو غير صحيح ولا جائز

المادة ٥٩ — «الولاية الخاصة اقوى من الولاية العامة»

يراد بالولاية هنا نفاذ تصرف الولي في حق الغير شاء ام ابى

والولي : هو الذي يحق له النصرف في مال الغير بدون استحصال اذن برضاء

صاحب المال وهذا بمكس الوكيل فالوكيل وان تصرف في مال الغير فتصرفه مقرون برضاء صاحب المال

هذا والولاية الخاصة اما ان تكون ولاية في النكاح والمال والولي في ذلك الجد ابو الاب، او ابو الجد واما ان تكون في النكاح فقط او في المال فقط فالولي في النكاح فقط جميع العصبات والام وذوى الارحام والولي في المال فقط اولاد ابوه الصغير ثانيا الوصي الذي اختاره ابوه ونصبه في حال حياته اذا مات ابوه ثالثا الوصي الذي نصبه الوصي المختار في حال حياته اذا مات رابعا حده الصحيح اي ابو ابى الصغير خامسا الوصي الذي اختاره الجد ونصبه في حال حياته سادسا الوصي الذي نصبه هذا كما هو مذكور في المادة (٩٧٤) وولاية الوقف هي من هذا القبيل ولاية خاصة ايضا مثال ذلك :

لو اجر القاضي عقارا للوقف بعاله من الولاية العامة على الوقف واجر متولي الوقف ذلك العقار نفسه يكون اجر المتولي صحيحا ولا يعتبر اجر القاضي لان الولاية الخاصة اقوى من الولاية العامة ولا يحق لصاحب الولاية العامة ان يتصرف بمال الوقف مع وجود صاحب الولاية الخاصة وان كان القاضي هو الذي عين ذلك المتولي.

كذلك لا يحق للقاضي عزل المتولي المنسوب من قبل الواقف ما لم تظهر عليه خيانة لان ولاية الواقف على الوقف ولاية خاصة وهي اقوى من ولاية القاضي كذلك لا يحق للقاضي ان يتصرف بمال اليتيم الذى نصب عليه وصي ولا ان يزوج اليتيم او اليتيمة عند وجود الولي . والحاصل انه اذا وجدت الولاية الخاصة في شيء لا تأثير للولاية العامة ولا عمل لصاحبها وان تصرف الولي العام عند وجود الولي الخاص غير نافذ.

﴿ مستثنيات هذه القاعدة ﴾

يوجد لهذه القاعدة مستثنى وهو : اذا كان الصبي ولي القتل فوصيه وان كان له حق التصريح عن التخصاص بمال لا يكون اقل من الشبة الشرعية فليس له

قصاص القائل 'و اعفاه من القصاص مع ان القاضي له حق القصاص بما له من الولاية العامة . فالقاضي هنا يملك بولايته العامة مالا يملكه الوصي . بولايته الخاصة .

المادة ٦٠ — « اعمال الكلام اولى من اهماله »

هذه القاعدة مأخوذة من كتاب الاشياء وقد ذكرت فيه على السورة الانية « اعمال الكلام اولى من اهماله متى امكن فان لم يكن اهمل » يعني انه لا يجوز اهمال الكلام واعتباره بدون معنى ما امكن حمله على معنى حقيقي له او معنى مجازي . لانه لما كان اهمال الكلام انما اعتباره نفو وعبت والعقل والدين بمنعان المرء من ان يتكلم بما لا فائدة فيه فحمل كلام الماقل على الصحة واجب . هذا وبما ان الاصل في الكلام حقيقة فما لم يتعذر حمل الكلام على معناه الحقيقي لا يحمل على المجازي لان هذا خلف لذاك والخلف لا يزاحم الاصل . على انه سواء حمل الكلام على المعنى الحقيقي ام حمل على المعنى المجازي له فهو اعمال للكلام .

الا ان اللفظ المراد اعماله اذا كان مما يحتمل التأكيـد والتأسيس فحمله على التأسيس اولى حيث ان التأسيس اولى من التأكيـد وبعبارة اخرى الافادة اولى من الاعادة ولانه لما كان اللفظ في الاصل انما وضع لافادة معنى غير المعنى الذي يستفاد من غيره فحمله على التأكيـد دون التأسيس اهمال لوضعه الاصيل .

التاكيد . — هو اللفظ الذي يقصد به تقرير وتقوية معنى لفظ سابق له ويقال له « اعادة » ، ايضا .

التأسيس . — هو اللفظ الذي يفيد معنى لم يفده اللفظ السابق له ويقال له « افادة » ، ايضا .

فعليه لو اقر شخص بانه مدبون لآخر بعشر جنهات متلا بدون ان يذكر سبب الدين واعطى سنداً بذلك واشهد على نفسه ثم بعد ذلك اقر للشخص نفسه مرة ثانية بعشر جنهات ايضاً وعمل له سنداً ولم يبين سبب الدين . يحمل

اقراره في كلتا المرتين على تاسيس ويمتبر دين السند الثاني غير دين السند الاول
لا ان السند الثاني كتب تأكيداً للسند الاول كذا لو قال رجل لزوج
(انت طالق طالق طالق) تكون طالقا ثلاث ولا يلتفت لكلام الزوج اذا هو
قال بعد ذلك انني قصدت التاكيد في تكراري لكلمة الطلاق هذا غير أنه وان
كان حمل الكلام الذي يحتمل التاكيد والتاسيس مما على التاسيس اولى . فقد يحمل
احياناً على التاكيد . كان يقول الموكل لوكيله (بعه وبعه من فلان) فلو قيل
حينئذ ان يبيع المال الموكل بيده لذلك الشخص المعنى بكلام الموكل او لغيره .
ولكن لو حمل الكلام لما حق لوكيل بان يبيع المال لغير ذلك الشخص الذي
عناه الموكل .

المادة ٦١ - (اذا تعذر الحقيقة يصار الى المجاز) .

يعني : اذا تعذر ارادة المعنى الحقيقي للكلام لا يهمل بل يستعمل في
معناه المجازي .

فالمعنى المجبور (اي الغير مستعمل) شرعاً وعرفاً هو في حكم المنعذر .
والمنعذر على ثلاثة اقسام :

اولاً : منعذر حقيقي . ثانياً : منعذر عرفي . ثالثاً : منعذر شرعي . فالتعذر الحقيقي وجهان :
الاول :- . ان تكون ارادة المعنى الحقيقي ممتنعة . مثال ذلك : لو اوقف
شخص - ليس له اولاد وله احفاد - مالا له على ولده فيما ان الموقف هنا ليس
له من الاولاد من يطلق عليهم اولاد حقيقة وهم الاولاد الصلبية فيتعذر حمل
الكلام على معناه الحقيقي وبما ان الكلام يجب ان لا يهمل ما امكن حمله على
معنى فيحمل على احفاده الذين يطلق عليهم اولاد مجازاً .

الثاني : - ان تكون ارادة المعنى الحقيقي للفظ ممكنة مع المشقة الزائدة .
مثال ذلك :

لو حلف شخص قائلاً (لا آكل من شجرة النخل هذه وأشار اليها) .
فحيث ان الاكل من خشب تلك الشجرة وان كان ممكناً لا يكون الا بصعوبة

والمعلوم ان المتكلم لا يقصد بكلامه الا كل من خشب الشجرة يحمل كلامه على ثمرها اذا كانت مثمرة وعلى ثمن خشبها اذا لم تكن كذلك حتى انه لا يكون حائثا يمينه فيما لو اكل من النخلة خشبها .

التعذر العرفي . - وهو ان يكون المعنى الحقيقي للفظ مهجورا ومتروكا للناس كان يحلف انسان قائلا (لا اضع قدمي في دار فلان) فحيث ان المعنى الحقيقي لهذه الكلمة اصبح مهجورا من الناس والمعنى المستعملة فيه هو الكناية عن الدخول في الدار لا يحث الخالف فيما لو وضع قدمه في باب الدار ولم يدخلها .

التعذر الشرعي . - هو ان يكون المعنى الحقيقي للفظ مهجورا شرعا ككلمة (الخصومة) مثلا . فانها لما ترك معناها الاصلي شرعا فعليه اذا سمعت رجلا يقول باني قد وكلت فلانا بالخصومة عني في دعوى ارتث مثلا تصرف كلمة الخصومة الى ما استعملت فيه شرعا وهو المرافعة والمدافعة عنه في دعوى اقيمت عليه او اقامها على غيره دون المعنى الحقيقي لها وهو بان يقوم ذلك الرجل الموكل بمنازعة ومضاربة من يناويء الموكل او من يريد الموكل مناوئته

المادة ٦٢ - « اذا تعذر اعمال الكلام يحمل »

يعني انه اذا لم يمكن حمل الكلام على معنى حقيقي او مجازي اهمل وقد ذكرت هذه القاعدة في الاشياء بالصورة الاتية : (وان تعذرت الحقيقة والمجاز او كان اللفظ مشتركا بلا مرجح اهمل لعدم الامكان اي امكان اعمال الكلام) .

يعني انه اذا كان حمل الكلام على معناه الحقيقي او على المجازي خارجا عن الامكان وممتنعا او كان اللفظ مشتركا بين معنيين ولا يوجد مرجح لاحدهما على الاخر حمل بحكم الضرورة حينئذ ولا يمل . والحاصل ان الاسباب التي توجب اعمال الكلام :

اولا : امتناع حمل الكلام على المعنى الحقيقي والمجازي .

ثانياً: ان يكون اللفظ مشتركاً بين معنيين ولا يوجد ما يرجح احدهما
مثال ذلك :

لو ادعى شخص في حق من هو اكبر منه سناً او في حق من نسبته معروف
بانه ابنه لا تكون دعواه صحيحة كما سيجيء في المادة (١٦٢٩) . لان ذلك
متعذر حقيقة اذ ليس من المعقول ان يكون شخص والد الرجل يكبره في السن
كذا من المتعذر شرعاً ان يكون الشخص المعروف بالنسب ولداً لذلك الرجل الذي
يدعيه . كذلك لو اقر وارث لوارث آخر بزيادة عن حصته الارثية كأن يتوفى
شخص عن ولد وبنت واعترف الولد لاخته بنصف ما خاف والدهما من الاموال
المنقولة فلا يعتبر اقراره هذا لتعذر شرعاً وتقسيم التركة بينهما حسب القرينة
الشرعية .

كذلك لو اقر شخص قائلاً اني قطعت يدي فلان وانني مديون له بخمسمائة
درهم دية يديه وكانت بدا الشخص المذكور سالتين لم تقطع بهمل ذلك الكلام
ولا يمتد به .

هذا واليك مثل على اللفظ الذي يتنازعه معنيان او المشترك بين معنيين
وليس من مرجح لارادة احدهما . المزال :

لو كان لرجل معتق (بكسر التاء) وآخر معتق (بفتحها) واوصى بمال قائلاً :
(انه لمولاي بعد موتي) ولم يمين . قلنا كانت كلمة (مولاي) تشمل المنعم والمنعم
عليه وتطلق على (السيد) وهو المعتق وعلى (العبد) وهو المعتق وبما ان القصد
والفرض في الوصية للاعلى غيره للاقول فالوصية من الادنى الى الاعلى بمثابة
اعتراف بجميل الوصى له وكشكر له على اياديه والوصية من الاعلى للادنى احسان
وزيادة لطيف . وحيث ان الاسم المشترك لا يمد من قسم العموم ويجب تحديد
احد المعنيين المقصود للاسم المشترك وهنا القصد مجهول اذ بتعدد المقصود للفظ
الواحد لا يمكن تعيين احدهما فلا تصح له وصية .

المادة ٦٣ — « ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كلمة »

ان هذه القاعدة مأخوذة من الاشياء والمجاسم والفهوم منها انه يكفي في الاشياء التي لا تتجزأ ذكر بعضها عن الكل وان البعض منها اذا ذكر كان الكل مذكور لانه لو كان ذكر البعض لا يقوم مقام ذكر الكل لكان ذلك موحياً لاهمال الكلام والحال ان المادة (٦٠) من المجلة تصرح بان اعمال الكلام اولى من اهماله. مثال :

لو اراد شخص ان يكفل شخصاً اخر على نفسه فقال في عقد الكفالة اني كفيل بنصف او ربع هذا الشخص فبا ان نفس الرجل مما لا تقبل التجزئة والتقسيم وذكر البعض منها بحكم ذكر الكل فالكفالة صحيحة ويكون قد كفل نفس الرجل كلها .

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

كذا يسقط القصاص كله اذا كان ولي القتل واحداً وعفي عن القاتل بجزء من القصاص لان القصاص لا يتجزأ حيث ان ليس من الممكن امانة قسم من الانسان مع الابقاء على القسم الاخر منه حياً . اما ذكر بعض الشيء الذي يتجزأ فهو بعكس ذلك واليك المثال :

اذا قال شخص لآخر اني كفلتك على مايتين من السماية قرش المطلوبة منك فلان فيها ان الدين المذكور مما يقبل التجزئة تنعقد الكفالة على المائتين فقط ولا يكون الكفيل كفيلاً بجميع الدين المذكور .

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

﴿ مستثنيات هذه القاعدة ﴾

يوجد لهذه القاعدة مستثنى واحد وهو : لو قال شخص لآخر ان نصفي

او ثلثي يكفله على كذا فلا تنمقد الكفالة ولا تكون تسمية الجزء في ذلك قائمة مقام تسمية الكل

المادة ٦٤ — « المطلق يجري على اطلاقه اذا لم يقع دليل التقييد نصا او دلالة »

ان هذه القاعدة ذكرت في المجامع على الصورة الاتية « المطلق يجري على اطلاقه كما ان المقيّد يجري على تقييده » وقد وردت في الكتب الفقهية الحنفية « المطلق ينصرف الى السكّال » فالمطلق مقابل المقيّد اي ان المطلق ضد المقيّد .

— المطلق —

تعريفه — هو الحصة التي قد تشمل حصصا غيرها بدون تعيين في الشيء التي تكون شائعة في جنسه وحقيقتها وماهيتها من حقيقة وماهيتها .

وقد عرف المطلق تعريفا آخر وهو انه الامر المجرد من القرائن الدالة على التخصيص والتعميم والتكرار والمرة .

والمقيّد : هو المقارن لاحدى هذه القرائن

مثال : اذا اتفق شخص مع خياط على خياطة جبة له ولم يشترط الرجل على الخياط بان يخطها بنفسه يحق للخياط ان يعهد بخياطة تلك الجبة الى اجيره ولا يضمن الخياط الجبة فيما لو تلفت بيده الاجير بدون تعد ولا تقصير لان العقد جرى مطلقا ولم يقيّد والمطلق يجري على اطلاقه كما مر

بخلاف ما لو اشترط صاحب الجبة على الخياط ان يخطها بنفسه وعهد الخياط بخياطتها لاجيره فنلفت يكون الخياط ضامنا

كذلك لو اعار شخص مالا لآخر ولم يقيّد العارية بنوع الانتفاع او لم يقيدها بانتفاع المستعير بها فقط يحق للمستعير توفيقا للمادة ٨١٩ من المجلة ان ينتفع بالمال المعار بذاته او باعارته لآخر ينتفع به وله ان ينتفع به باي نوع من انواع الانتفاع

بمخلاف ما لو قيد المير الاعارة بنوع من انواع الانتفاع او قيدها بانتفاع المستعير فقط فلا يحق للمستعير ان يتجاوز قيود المير للاعارة

كذلك الوكيل بالبيع على وجه الاطلاق يحق له حسب المادة ١٤٩٤ ان يبيع المال الموكل ببيعه بالثمن الذي يراه مناسباً قليلاً كان او كثيراً بمخلاف ما لو عين الموكل للوكيل المقدار الذي يقبله ثمناً لماله فلا يحق للوكيل حينئذ حسب المادة ١٤٥٩ ان يبيع المال باقل من ذلك المقدار المعين. لان الموكل قد قيد الوكالة ببيان الثمن الذي يرتضيه ثمناً لماله .

هذا وان الامثلة التي صرحت معنا هنا كلها امثلة على التقييد بالنص وفيما يلي بعض الامثلة على التقييد بالدلالة واليك هي :

اذا وكل مكار شخصاً اخر ليشترى له فرساً بدون ان يمين له وصفاً فالوكالة هنا مقيدة بحال الموكل وعمله فليس الوكيل بداعي الاطلاق في الوكالة ان يشترى فرساً للموكل من جياذ الخيل بمائتين جنيه بل انما له ان يشترى الفرس الذي يناسب ثمنه مع حال موكله وعمله فهنا وان لم يوجد تقييد بالنص فالتقييد بالدلالة مانع من ان يشترى الوكيل فرساً من جياذ الخيل لذلك الموكل المسكاري ولو اشترى الوكيل على الفرض فرساً جيداً لا يلزم به الموكل ويبقى للوكيل .

كذلك الوكالة المطلقة بشراء شيء فانها وان لم يوجد بها قيد للثمن فالدلالة توجب على الوكيل الاشتراء بالقيمة المثلية والافق الثمن اليسير ولا يحق للوكيل ان يشترى ذلك الشيء بثمن يكون به غبن فاحش على الموكل المادة ١٤٨٢

كذلك لو وكل شخص اخر قرب عيسد الاضحى بان يشترى له خروفاً او في فصل الصيف بشراء ثلج او في فصل الشتاء بشراء خم ولم يمين له مدة الشراء فمقد الوكالة وان كان بالظاهر لا يحتوي على قيد لعدم وجود نص للتقييد فيه فالقيد هنا موجود دلالة فعلية لا يحق للوكيل شراء الخروف بعد مرور عيد الاضحى والثلج بعد دخول فصل الشتاء والفحم بعد انقضاء الشتاء وان فعل لا يلزم الموكل بالشيء المشتري

المادة ٦٥ — « الوصف في الحاضر لنمو وفي الغائب معتبر . مثلاً لو اراد البائع

يباع فرس اشهب حاضر في المجلس وقال في ايجابه بمت هذا الفرس الادم و اشار اليه وقبل البائع صح البيع ولني وصف الادم اما لو باع فرسا غائبا وذكر انه اشهب والحال انه ادم لا ينمقد البيع»

يعنى لو عرف شخص شيئا ببيان جنسه ووصفه ينظر فاذا كان الموصوف حاضرا وكان مشارا اليه حين الوصف وكان الموصوف والمسمى من جنس المشار اليه فالوصف لغو ولا حكم له واما اذا كان الموصوف غائبا عن مجلس الوصف فالوصف معتبر .

يجري حكم هذه القاعدة في النكاح، والبيع ، والاجارة وفي اسائر العقود .
قد ذكر في متن هذه المادة بان البائع «لو باع فرسا غائبا وذكر انه اشهب والحال انه ادم لا ينمقد البيع» ولكن المادة ٣١٠ تصرح بان البيع يكون منمقدا وانما يكون للمشتري حق الفسخ بخيار الوصف . وقد جاء في الاشباه «الا ترى ان من اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينمقد البيع لاختلاف الجنس اما لو اشتراه على انه ياقوت احمر فاذا هو اخضر ينمقد العقد لانحداد الجنس» .

فيفهم من ذلك كله انه اذا كان الجنس متحدا فاختلف الوصف لا يكون مانعا من الانمقاد .

هذا وان المادة ١٠٧ قد عرفت البيع الغير منمقد بالبيع الباطل فعليه يفهم من عبارة (غير منمقد) في هذه المادة بان البيع باطل الا انه نظرا لكون العبارة هذه مخالفة للنقل فيجب ان يفهم منها بان البيع لا يمقد لازما .

كذا لو ادعى شخص بحضور القاضي قائلا ان هذا الحديد الذي وزنه مثله رطل هو مالي فظهر وزنه اكثر من ذلك فالدعوى والشهادة مقبولتان لان الوزن في المشار اليه صفة وهي لغو .

والحاصل لاجل ان يكون الوصف لغوا يجب وجود شرطين اثنين :

الاول: ان يكون الشيء الموصوف موجودا في مجلس الوصف

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

حتى اذا لم يوجد الشرط الاول — اي اذا لم يكن الموصوف حاضرا — ووجد الشرط الثاني فقط يكون الوصف معتبرا . كذلك لو وجد الشرط الاول ولم يوجد الشرط الثاني — اي اذا لم يكن الموصوف من جنس الوصف — يعتبر الوصف ايضا .

هذا وان الشيء المسمى والموصوف اذا كان مخالفا لجنس المشار اليه وكان العاقدان لا يعلمان انه كذلك فيكون الوصف حينئذ معتبرا ويتعلق العقد بالشيء المسمى اي بذلك الشيء الموصوف لا بالشيء المشار اليه لان المسمى هو مثل المشار اليه وليس بوصف تابع له . والحاصل ان التسمية والتوصيف اقوى من الاشارة من جهة والاشارة اقوى من التسمية والتوصيف من جهة اخرى . وايضاح ذلك ان التسمية والتوصيف هما توصيف للماهية وتعريف لها وبما ان اعتبار المعنى ارجح فيهما تكون التسمية والتوصيف اقوى من الاشارة وبما ان الاشارة تقطع الاشتراك وتزيل احتمال المجاز فهي من هذه الجهة اقوى من التسمية والتوصيف .

فعليه في حالة وجود المسمى مخالف لجنس المشار اليه يرجح القسم الاول اما اذا كان المسمى من جنس المشار اليه فيكون من القسم الثاني . مثال ذلك : اذا اشار البائع الى فص ووصفه بقوله مخاطبا المشتري قد بعثك هذا اللباس وكان ذلك الفص بلورا فما ان البيع تعلق باللباس وبما ان الوصف هنا معتبر واللباس معدوم في هذا البيع فالبيع باطل اما اذا كان المسمى مخالفا لجنس المشار اليه وكان العاقدان عالين بذلك فالعقد يتعلق بالمشار اليه ويكون البيع صحيحا مثال ذلك : لو اشار شخص الى رجل قائلا للمشتري قد بعثك هذا الحمار وكان المشتري عالما بان المبيع لم يكن حمارا بل رجل وقبل الشراء فالبيع ينعقد بحق الرجل ولا ينعقد بحق الحمار المسمى لان العقد هنا يتعلق بالمشار اليه حيث ان التعريف بالشيء انما يكون بامرين الاول بالاشارة امينه والثاني بتسميته فاذا اجتمع الاثنان فالاعتبار للمعين لا للتسمية

المادة — ٦٦ « السؤال معاد في الجواب »

يعني ان ما قيل في السؤال المصدق كان الجيب المصدق قد اقر به .

هذه القاعدة المذكورة في الاشياء وبما ان الفقهاء قد ذكروها بصورة مطلقة فيفهم من ذلك ان حكمه يجري في جميع ابواب الفقه

قلنا ان القاعدة المذكورة بصورة مطلقة ولكنها في الحقيقة مقيدة واليك التفصيل : اذا ورد كلام جوابا على سؤال فاذا كان الكلام بمقدار ما يحتاج اليه الجواب فالكلام المذكور يكون مقصودا على السؤال ويكون السؤال معادا في الجواب ضمنا واما اذا كان الكلام زائدا عما يحتاج اليه الجواب فيكون الكلام انشاء في الظاهر ولكن قد يكون جوابا خلاف الظاهر فاذا قال الجيب انما قصدت الجواب بكلامي يصدق ديانة لاقضاء مثال : لو باع شخص بطريق الفضول مالا لآخر وبلغ البائع صاحب المال وبينما هو يفكر في ذلك سئل سائل قائلا هل تأذنني باجازه ذلك البيع فاجابه بقوله نعم فقوله نعم بمعنى اذنتك بالاجازة فينفذ البيع اذا اجازه ذلك الشخص المأذون بالاجازة كذا لو قال شخص لآخر قد بعثك داري بكذا مبلغا او اجرته لكاني بكذا بدلا واجابه بقوله نعم فيكون ذلك قبول منه بالبيع والاجازة ويكون البيع والاجازة منعقدين . كذلك اذا قال شخص لمدىونه هل تقر بما في هذا السند واجاب المديون قائلا نعم فيكون قد اقر بجميع ما ورد في السند المذكور كذلك لو قال شخص لآخر ان لي عندك عشر جنيهات فأوفني اياها فاجابه قائلا نعم فيكون قد اقر بذلك المبلغ ومكلفا بادائه الى المقر له كذلك لو قال شخص لشخص مريض هل اوصيت بثلاث ماله ليصرف في وجوه البر والاحسان وهل نصبتني وصيا لتنفيذ وصيتك هذه واجابه بكلمة اوصيت او فعلت فيكون قد اوصى بذلك المال ونصبه وصيا .

