

إِفْطِيكَ، أَلَوَّكَ

الإطار الفقهي العام

OBELIKAN.COM

الإِطَارُ الفِقهِيّ الأوَّلُ الإِطَارُ الفِقهِيّ العام

الإطار الفقهي العام يتمثل في القواعد الكلية التي لا تختص بباب من الأبواب، وإنما هي تدخل في جميع أبواب الفقه أو أغلبها. مثل القواعد الفقهية الخمس الكبرى، وغيرها من القواعد. وهي قواعد هامة تضبط الفروع، وتعين على الفهم الشمولي المتكامل.

وقد صدرت بها هذا البحث؛ لأنه لا غنى عنها ما دمنا نريد استقصاء الكليات التي تضبط المعاملات المالية، فذكرها ليس حشواً، وقد حاولت الاختصار في الحديث عن هذه القواعد بقدر الإمكان، بخلاف القواعد المختصة بباب المعاملات المالية.

وقد قسمته إلى مبحثين:

الأول: لتحرير القواعد.

والثاني: للتطبيق المعاصر.

كما قسمت المبحث الأول إلى مطلبين:

الأول: منهما للقواعد الخمس الكبرى.

والثاني: لسواها من القواعد الكلية التي نظمتها في مقاصد.

المبحث الأول

تحرير القواعد

القواعد الكلية
الخمس الكبرى

المطلب
الأول

القاعدة الأولى: الأمور بمقاصدها: (١)

هذه القاعدة واحدة من القواعد الخمس الكبرى التي تهيمن على الأحكام الفرعية، بل هي رأس هذه القواعد، وأهميتها تنبثق من إعمالها للمقاصد والنيات، ورد الأقوال والأفعال والتصرفات إليها. فإن « النية روح العمل ولبه وقوامه، وهو تابع لها، يصح بصحتها، ويفسد بفسادها » (٢).

والنبي ﷺ عندما قال كلمته الجامعة «إنما الأعمال بالنيات» أراد بذلك أن يقرر هذه القاعدة، وأن يجعل النية والمقصد محورا تدور عليه أقوال وأفعال وتصرفات المكلف؛ حتى وجدنا « أن المقاصد تفرق بين ما هو عادة وما هو عبادة، وفي العبادات بين ما هو واجب وغير واجب، وفي العادات بين الواجب والمندوب والمباح والمكروه والمحرم والصحيح والفساد وغير ذلك من الأحكام » (٣).

معنى القاعدة:

ومعنى هذه القاعدة: « أن حكم الأمور بمقاصد فاعليها » (٤) أي: « أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر » (٥) ومما

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٩، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٤، مجلة الأحكام العدلية م / ٢، الأشباه والنظائر للسبكي ١ / ٣ .

(٢) أعلام الموقعين، للإمام ابن القيم، ط دار الحديث ٣ / ١٢٣ .

(٣) الموافقات في أصول الشريعة لأبي إسحاق الشاطبي دار المعرفة بيروت ٢ / ٦٠٧ .

(٤) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي ص ٤٠ / ١ .

(٥) المقاصد الشرعية في القواعد الفقهية ص ٥٧ .

لا شك فيه أن الأمور هنا تعني أعمال المكلف وتصرفاته وأقواله؛ وعليه يمكن أن نوضح أكثر فنقول: إن معنى القاعدة: «أن أعمال الشخص وتصرفاته من قولية أو فعلية تختلف نتائجها وأحكامها الشرعية التي تترتب عليها باختلاف مقصود الشخص من تلك الأعمال والتصرفات»^(١).

ويترتب على هذا أن «الفعل الواحد يختلف حكمه باختلاف نية فاعله وقصده منه»^(٢) وأن القصد أو النية «تؤثر في الفعل، فيصير بها تارة حراماً وتارة حلالاً، كما يصير بها العقد تارة صحيحاً وتارة فاسداً»^(٣).

وعبارة «الأمور بمقاصدها» مستوحاة من قول النبي ﷺ «إنما الأعمال بالنيات» والترادف بين العبارتين واضح، غير أن عبارة الحديث أعظم بركة؛ لذلك مال البعض إلى اختيارها للتعبير بها عن القاعدة، مثل الإمام تاج الدين السبكي الذي قال: «وأرشد وأحسن من هذه العبارة قول من أوتي جوامع الكلم»^(٤) «إنما الأعمال بالنيات»^(٤).

والنتائج التي تترتب على عمل المكلف وتختلف باختلاف قصده منه ونيته نوعان:

النوع الأول: هو النتائج الأخروية، أي ما يترتب على العمل من ثواب أو عقاب، وما يناله من قبول أو رد. وهذا النوع هو الذي عبر عنه بعض العلماء بقاعدة «لا ثواب إلا بنية»^(٥).

والنوع الثاني: من النتائج المترتبة على عمل المكلف والتي تختلف باختلاف قصده ونيته هو الأحكام الشرعية. ولعل هذا النوع هو المراد عند إطلاق عبارة «الأمور بمقاصدها» في مجال الأحكام الفقهية.

ومن الجدير بالذكر أن هذه القاعدة، بمعناها الذي وضحناه آنفاً، لا تعني إهدار قيمة اللفظ أو الفعل دائماً، وإنما تهدر قيمة اللفظ أو الفعل إذا تبين بالقرائن اللفظية أو الحالية أو الدلالية أو العرفية أن ظاهره يخالف أو يناقض

(٢) القواعد الفقهية الخمس الكبرى ص ١١٧ .

(٤) الأشباه والنظائر للسبكي ١ / ٤ .

(١) المدخل الفقهي العام ٢ / ٩٦٥ .

(٣) القواعد الفقهية الخمس الكبرى ص ١١٧ .

(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٧ .

المقصود منه ، فعندئذ يعمل بالمقصود الذي تبين بالقرائن ويهدر اللفظ أو الفعل الذي حوى هذا المقصود المراد .

فلو أن شخصاً عقد لأحد أولاده عقد بيع بدار أو عقار، ولم يأخذ ثمناً لهذا المبيع، ولم يكن البيع مقصوداً، ودلت القرائن التي منها عدم تقاضيه ثمن المبيع أن البيع غير مراد، فإن أعطاه هذا المبيع منجزاً كان العقد هبة وخضع لأحكام الهبة وإن أودع العقد لدى أحد الناس على أن يعطيه لولده هذا بعد مماته كان وصية وأخذ أحكام الوصية، وصار لفظ البيع مهدرًا لأن القرائن دلت على أن المقصود بخلافه .

وهناك ألفاظ غير صريحة، وكذلك أفعال غير صريحة، يتم تكييفها وترتيب الأحكام الشرعية عليها على حسب المقاصد التي تلتبس من خلال ما يحتف بهذه الألفاظ وهذه الأفعال من القرائن والدلائل . فمثلاً: إن قال رجل لامرأته: حبلك على ظهرك، فهذا لفظ غير صريح في الطلاق، فإن حدث في المجلس ما يدل على أنه قصد الطلاق وقع به الطلاق، كأن يسبقه طلب صريح من المرأة بقولها لزوجها: طلقني، فرد على الفور: حبلك على ظهرك .

أما الألفاظ الصريحة، وكذلك الأفعال الصريحة فإنها « تفيد مدلولها وتترتب عليها آثارها دون التوقف على النية »^(١)؛ وذلك لأن الأصل أن الألفاظ قوالب المعاني، والأفعال مستودع المقاصد والنيات، فإن كان اللفظ أو الفعل صريحاً في الدلالة على مقصوده ولم يحل دون ذلك حائل، ولم يقدّم دليل على خلافه، اعتبرنا اللفظ الظاهر والفعل الظاهر، ولم نسأل عن النية؛ لأنها لا يستدل عليها بأقوى من اللفظ الصريح والفعل الصريح، السالم من المعارض .

ومن هنا فرق العلماء بين البيع بلفظ الماضي، والبيع بلفظ المضارع، وحكموا بأن الأول لا يتوقف على النية، وبأن الثاني يتوقف على النية؛ لأن الأول صريح في إمضاء العقد والثاني يحتمل ذلك كما يحتمل الوعد بالبيع لا إيقاع البيع في

(١) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ٣٢ .

الحال، يقول ابن نجيم - رحمه الله - «البيع لا يتوقف عليها - أي النية - وكذا الإقالة والإجارة، ولكن قالوا: إن عقد بمضارع لم يصدر بسوف أو السين توقف على النية، فإن نوى الإيجاب للحال كان بيعاً، وإلا لا، بخلاف صيغة الماضي فإن البيع بها لا يتوقف على النية» (١).

الأصل للقاعدة:

هذه القاعدة ثبتت بأدلة كثيرة من الكتاب والسنة، من هذه الأدلة ما يلي:

[١] قول الله تعالى: ﴿ مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ .

[النحل: ١٠٦] .

[٢] قول الله عز وجل: ﴿ لَا يُؤْخَذُكُمْ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤْخَذُكُمْ بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ ﴾ [البقرة: ٢٢٥]، وقوله جل شأنه: ﴿ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ﴾ [الأحزاب: ٥] ، فهذه الآيات وأمثالها علقت الاعتبار بالقلب وقصده، وأناطت به الحكم، ولم تعتبر الأقوال ولا الأفعال؛ لكونها مخالفة للمقاصد بسبب الإكراه أو الخطأ أو النسيان وهذا يدل على أن الأعمال بالنيات وأن الأمور بمقاصدها .

قال السيوطي في الإكليل: «قوله تعالى: ﴿ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ ﴾ [البقرة: ٢٢٠] ، أصل لقاعدة: الأمور بمقاصدها ورب أمر مباح أو مطلوب لمقصد ممنوع باعتبار مقصد آخر» (٢).

[٣] عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: «سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: ﴿ إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى، فَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ فَهِجْرَتُهُ إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ، وَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ لِدُنْيَا يُصِيبُهَا أَوْ امْرَأَةٍ يَنْكِحُهَا

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣١ .

(٢) الإكليل في استنباط التنزيل للسيوطي ص ٤٣ .

فهجرته إلى ما هاجر إليه»^(١).

فقوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات» يعم ويشمل جميع الأعمال، ويعلقها كلها بالمقاصد والنيات، وليس في الحديث ما يخص هذا العموم بالعبادات، فإن «من قواعد الشرع التي لا يجوز هدمها أو هدرها: أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعادات كما هي معتبرة في القربات والعبادات»^(٢).

[٤] عن ابن مسعود رضي الله عنه مرفوعاً «رب قتيل بين الصفيين الله أعلم بنيته»^(٣) فالقصد هو المفرق بين قتيل وقتيل.

[٥] عن أبي الدرداء رضي الله عنه مرفوعاً «من أتى فراشه وهو ينوي أن يقوم يصلي من الليل فغلبته عيناه حتى أصبح كتب له ما نوى»^(٤)، وهذا دليل على أن النية هي الأصل؛ لأن زوال العمل عندما لم يدل على زوالها لم يلتفت إليه، واعتبر بقاؤها.

التفريع على القاعدة:

هذه القاعدة تدخل في جميع أبواب الدين «ولها تفاريع جمة واسعة النطاق»^(٥)، وهي «تجري في كثير من الأبواب الفقهية مثل المعاضات والتملكيات المالية والإبراء، وتجري في الوكالات، وإحراز المباحات، والضمانات والأمانات والعقوبات»^(٦) وهي تفصل دائماً في كنيات العقود مثل «كنايات

(١) صحيح: متفق عليه، البخاري ك بدأ الوحي باب كيف كان الوحي إلى رسول الله ﷺ رقم (١١/١)، ومسلم ك الإمامة، باب قوله ﷺ «إنما الأعمال بالنيات...» برقم ١٩٠٧ (١٣ / ٤٨)، وأبو داود ك الطلاق باب فيما عني به الطلاق والنيات برقم ٢٢٠١ (٢ / ٩٤٥)، والترمذي ك فضائل الجهاد باب ما جاء فيمن يقاتل رياءً وللدنيا برقم ١٦٤٧ وقال أبو عيسى (حسن صحيح)، النسائي ك الطهارة باب انية في الوضوء برقم ١٩٠٧ (١٣ / ٤٨) ابن ماجه ك الزهد باب النية برقم ٤٢٢٧ (٣ / ٥١٠)، وأورده الألباني في الأرواء برقم ٢٢ (٥٩/١) وقال (صحيح).

(٢) إعلام الموقعين ٣ / ٨٤.

(٣) إسناده ضعيف: أخرجه أحمد (٣٧٧٢)، والهيثمي في مجمع الزوائد (٢٩٥٦١)، والمنقح الهندي في كنز العمال (١١٨٥)، والضعيفة للألباني برقم (٢٩٨٨).

(٤) إسناده صحيح: رواه النسائي (١٧٨٧)، ابن ماجه (١٣٤٤)، صحيح ابن خزيمة (١١٧٢)، الحاكم في المستدرک (١١٧٠)، والبيهقي في السنن (٤٥٠٠)، صحيح الجامع رقم (١٠٨٨٥).

(٥) موسوعة القواعد والضوابط للدودي ٤٠/١. (٦) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا ص ٤٧.

البيع والهبة والوقف والقرض والضمان والإبراء والحوالة والوكالة والإقالة...»^(١) «ويدخل فيها من غير الكنایات أبواب شتى، كقصد لفظ الصريح لمعناه، ونية المعقود عليه في المبيع والثمن...»^(٢) وهكذا.

ونذكر على عجل بعض التفاريع في أبواب المعاملات - على سبيل التمثيل - ونترك التطبيق المعاصر للمبحث الثاني من هذا الفصل.

فمن فروع هذه القاعدة:

[١] « لو وجد إنسان شيئاً ذا قيمة مالية في الطريق فأخذه بنية رده إلى صاحبه، اعتبر هذا الشيء أمانة في يده فلا يضمنه لو هلك بدون تعد ولا تقصير في حفظه، أما إذا أخذه بقصد أن يحوزه لنفسه كان غاصباً فلو هلك في يده ضمنه مطلقاً»^(٣).

[٢] « الوديعة إذا استعملها المودع ثم تركها بنية العود إلى استعمالها لا يبرأ من ضمانها لأن تعديه باق، وإن كان تركها بنية عدم العود إلى استعمالها يبرأ، ولكن لا يصدق إلا بيمينه؛ لأنه أقر بموجب الضمان ثم ادعى البراءة»^(٤).

[٣] « إن اشترى العنب بقصد الأكل أو التجارة جاز وإن اشتراه بقصد أن يعصره خمراً أو يبيعه ممن يعصره خمراً لم يجز، وإن باع السلاح لمن يقاتل به في سبيل الله جاز، وإن باعه لمن يسعره بالفتنة أو يقتل به مؤمناً لم يجز.

وقبل أن نفارق هذه القاعدة أحب أن أنوه إلى أن هناك بعض الضوابط والقواعد التي تتفرع عليها، أهمها قاعدة: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، وهي قاعدة من قواعد العقود، وسوف يأتي الكلام عليها فيما بعد.

القاعدة الثانية: اليقين لا يزول بالشك: (٥)

هذه القاعدة الجليلة «تدخل في جميع أبواب الفقه، والمسائل المخرجة عليها

(٢) المرجع السابق ص ٤٧.

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٩.

(٣) المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك ص ٤٩. (٤) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا ص ٥٠.

(٥) مجلة الأحكام العدلية م / ٤، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤٦، القواعد الفقهية الخمس الكبرى ص ١٩٠،

تبلغ ثلاثة أرباع الفقه»^(١) وقد وردت بهذا اللفظ في أغلب كتب القواعد، وأوردها السيوطي بلفظ «اليقين لا يزال بالشك»^(٢) وأوردها الزركشي^(٣) بلفظ «ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين»^(٤)، وكلها ألفاظ متقاربة في معناها.

معنى القاعدة :

اليقين لغة: العلم وتحقق الأمر وإزالة الشك. والشك لغة: الارتياب، خلاف اليقين. **أما في الاصطلاح:** فإن اليقين هو «اعتقاد الشيء بأنه كذا مع اعتقاد أنه لا يمكن إلا كذا، مطابقاً للواقع، غير ممكن الزوال»^(٥) والشك في الاصطلاح هو «التردد بين النقيضين، بلا ترجيح لأحدهما عند الشك،... فإن ترجح أحدهما ولم يطرح الآخر فهو الظن، فإذا طرح فهو غالب الظن»^(٦).

ومن الواضح أنه ليس هناك فرق بين المعنى اللغوي لليقين والمعنى الاصطلاحي، أما الشك فيوجد فرق بين معناه في اللغة ومعناه في الاصطلاح، إذ أن معناه في اللغة أعم من معناه في الاصطلاح.

فالمعنى اللغوي يشمل كل ما هو خلاف اليقين من درجات الشك والارتياب، سواء في ذلك ما يسمى في الاصطلاح بالظن أو غالب الظن أو الوهم، والمعنى اللغوي هو الذي يجب أن يحمل عليه حديث رسول الله ﷺ الذي يعتبر أصلاً لهذه القاعدة، ومن ثم تحمل عليه القاعدة؛ لأن المعنى الاصطلاحي طارئ لدى الأصوليين والمناطقية؛ وعليه فلا يجوز حمل قول النبي ﷺ على المعنى الطارئ^(٧)، فالتردد كله يسمى شكاً ويدخل في معنى الشك المنصوص عليه في القاعدة سواء في ذلك المستوى الراجح والمرجوح. فإذا قلنا: اليقين لا يزول بالشك فمعناه:

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٨ . (٢) السابق ص ١١٧ .

(٣) الزركشي : بدر الدين محمد بن بهادر المصري الزركشي ، أبو عبد الله ، فقيه أصولي شافعي ، ولد سنة ٧٤٥هـ ، رحل إلى حلب ودمشق ، له تصانيف ؛ منها : تكملة شرح المنهاج والروضة ، توفي بمصر سنة ٧٩٤هـ ، شذرات الذهب (٥٧٢/٨) ، الدرر الكامنة (٣٩٧/٢) .

(٤) المنشور ٣ / ١٣٥ .

(٥) التعريفات للجرجاني ص ٢٣٢ ، قواعد الفقه -- محمد عميم الإحسان المجددي - دار الصدق - كراتشي .

(٦) السابق ص ١٢٨ . (٧) انظر صحيح مسلم بشرح النووي ٥ / ٦٣ - ٦٤ .

لا يزول بالشك ولا بالظن ولا بالتوهم»^(١).

وعلى هذا يكون معنى القاعدة «أن ما علم ثبوته بيقين - وجوداً أو عدماً - لا يرتفع ثبوته بمجرد الشك، بل إن الأمر المتيقن لا يرتفع إلا باليقين»^(٢) أي أنه: «إذا ثبت أمر من الأمور أو حالة من الحالات ثبوتاً يقينياً أي قطعياً، ثم وقع الشك في وجود ما يزيله، يبقى الأمر المتيقن هو المعتبر إلى أن يتحقق السبب المزيل»^(٣)، ومعنى هذا «أن الإنسان متى تحقق شيئاً ثم شك هل زال ذلك الشيء المتحقق أم لا؟ فالأصل بقاء المحقق، فيبقى الأمر على ما كان متحققاً»^(٤).

الأصل للقاعدة:

هذه القاعدة الكبرى وجميع ما يتفرع عليها من قواعد في باب الاستصحاب تستند إلى أدلة قوية من السنة، من هذه الأدلة ما يلي:

[١] عن عبد الله بن زيد رضي الله عنه قال: شكى إلى النبي صلى الله عليه وسلم الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة فقال: «لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً»^(٥)؛ لأن طهارته متيقنة فلا تزول بالشك وإنما تزول باليقين.

[٢] عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشكل عليه أخرج منه شيء أم لا؟ فلا يخرجن من المسجد حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً»^(٦) وقوله: حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً معناه أن «يعلم وجود أحدهما ولا يشترط السماع والشم بإجماع المسلمين»^(٧).

(١) القواعد الفقهية الخمس الكبرى ص ١٩٧ . (٢) المرجع السابق ص ١٩٤ .

(٣) المدخل الفقهي العام ٢ / ٩٦٧ . (٤) قواعد السعدى ص ٢٥ .

(٥) صحيح: متفق عليه أخرجه البخاري ك الوضوء باب من لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن برقم ١٣٧ ج ١

ص ٢٤٧، ومسلم ك الحيض باب الدليل على أن من تيقن الطهارة ثم شك في الحدث.... برقم ٩٨ / ٣٦١

ج ٤ ص ٣٩، وأبو داود ك الطهارة باب إذا شك في الحدث برقم ١٧٦ ج ١ ص ٨٧ .

(٦) صحيح: أخرجه مسلم ك الحيض باب الدليل على أن من تيقن الطهارة وشك في الحدث فله أن يصلي

بطهارته تلك برقم ٩٩ / ٣٦٢ ج ٤ ص ٣٩ واللفظ له، وأبو داود ك الطهارة باب إذا شك في الحدث برقم

١٧٧ ج ١ ص ٨٧، والترمذي في أبواب الطهارة باب ما جاء في الوضوء من الريح برقم ٧٥ ج ١ ص ١٠٩، وقال

أبو عيسى: حسن صحيح

(٧) شرح النووي على مسلم ٤ / ٤٩ .

وجه الدلالة في الحديث : أن النبي ﷺ نهى من كان في الصلاة مستيقناً الطهارة أن يخرج من الصلاة ويزيل اليقين السابق بمجرد الشك الذي يشكل على العقل والإدراك، وإنما يخرج من الصلاة ويزيل اليقين السابق بالطهارة إذا تيقن الحدث .

[٣] حديث أبي سعيد الخدري مرفوعاً «إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى ثلاثاً أو أربعاً فليطرح الشك وليبن على ما استيقن...»^(١) الحديث . ووجه الدلالة فيه أن المستيقن من عدد الركعات إذا كان ثلاثاً لا يصح الانتقال عنه إلى اعتقاد الزيادة عن الثلاث بمجرد الشك في ركعة رابعة؛ لأن اليقين لا يزول بالشك .

[٤] قول النبي ﷺ لعدي بن حاتم الطائي «... وإن رميت الصيد فوجدته بعد يوم أو يومين ليس به إلا أثر سهمك فكل...»^(٢)، وذلك لأن الأصل المستيقن هو عدم سبب آخر زهقت به نفس الصيد، فلا يتحول عن هذا الأصل المستيقن لمجرد الشك في احتمال وجود سبب آخر لموت الصيد لم يكن قد علمه .

[٥] ومن الأدلة كذلك حديث ابن عباس مرفوعاً «صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته، فإن غم عليكم فأكملوا عدة شعبان ثلاثين يوماً»^(٣) قال ابن عبد البر المالكي^(٤) : «اليقين لا يزيله الشك ولا يزيله إلا يقين مثله، لأنه ﷺ أمر الناس ألا يدعوا ما هم عليه من يقين شعبان إلا بيقين رؤية أو استكمال العدة، وأن الشك لا يعمل في ذلك شيئاً، ولذلك نهى عن صوم يوم الشك إطرأحاً لأعمال الشك، وإعلاماً أن الأحكام لا تجب إلا بيقين لا شك فيه»^(٥) .

(١) صحيح : أخرجه مسلم ك المساجد... باب السهر في الصلاة والسجود له برقم ٨٨ / ٥٧١ ج ٥ ص ٢١٩ ، وأحمد في المسند برقم ١٢١٠٢ ، والدارقطني ك الصلاة برقم ١٤١٤ ، والبيهقي ك الصلاة برقم ٣٩٦٥ .

(٢) صحيح : أخرجه البخاري (٥١٦٧) ، البيهقي في الكبرى ١٨٦٨٣ والمتقى الهندي في كنز العمال ٢٥٨١٢ .

(٣) صحيح : أخرجه البخاري ك الصيام برقم ١٩٠٩ ، ومسلم ك الصيام برقم ٢٥٦٧ ، والترمذي ك الصيام برقم ٦٨٧ وقال أبو عيسى حسن صحيح، والنسائي ك الصيام برقم ٢١٢٨ ، والدارمي ك الصيام ١٧٣٦ ، وأحمد في المسند برقم ٢٠١٣ ، والدارقطني .

(٤) ابن عبد البر : الإمام الحافظ المجدد أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد عبد البر التجيبي الأندلسي القرطبي سمع من عبيد الله بن يحيى وأسلم بن عبد العزيز وغيرهم ، وطبقته بمصر وسعيد بن عاشم الطبراني وغيره بالشام الإمام العلامة الحافظ الكبير محدث الديار المصرية وفقهها أبو جعفر أحمد بن محمد ، ورجع ثم ارتحل في الشيخوخة فتوفى بالشام بطرابلس في سنة إحدى وأربعين وثلاث مئة .

(٥) التمهيد ٢ / ٣٩ .

هذا وقد وردت هذه القاعدة كثيراً في كتب الفقه بما يشعر بتسليم

الفقهاء بها، ويحسن أن أسوق شيئاً من الألفاظ الواردة بها :

[١] « ما علم يقيناً لم يرتفع إلا بما يزيله يقيناً »^(١).

[٢] « اليد الثابتة بيقين لا تنقض إلا بيقين مثله »^(٢).

[٣] « لا حكم للشك الطارئ »^(٣).

[٤] « لا تنقض اليد الثابتة بالشك »^(٤).

[٥] « لا يثبت التحريم بالشك »^(٥).

[٦] « الصريح الثابت بيقين لا يترك إلا بمثله »^(٦).

[٧] « لا يترك ما ثبت يقيناً بالاحتمال »^(٧).

القواعد بني تتخرج على هذه القاعدة الكبرى:

هذه القاعدة الكبرى تتفرع عليها جملة كبيرة من القواعد ضمن إطار ما

يسميه الفقهاء باستصحاب الأصل المتيقن والتمسك به وطرح الشك الطارئ.

وفيما يلي بيان أهم هذه القواعد:

[١] قاعدة « الأصل بقاء ما كان على ما كان »^(٨) أي أن الفقيه ينظر إلى الشيء:

على أي حال كان هو؟ ، فيحكم بدوامه على تلك الحال؛ لأنه الأمر

المستيقن، ما لم يطمع دليل على نقله وتغييره. فإن قام دليل على نقله عن

الحال الأولى انتقل، وإلا بقي على الأصل المتيقن، ولا يصح الانتقال بمجرد

الشك حتى يقوم دليل مستيقن؛ لأن اليقين لا يزول بالشك.

[٢] « ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه »^(٩)، وهذه

(١) شرح مشكل الآثار للطحاوي ١٢ / ٢٤٧ . (٢) المبسوط للرخسي ١٧ / ٥٨ .

(٣) الحاوي الكبير للإمام الماوردي ٢ / ٨٥ .

(٤) الهداية شرح البداية - لأبي الحسن علي بن أبي بكر المرغنياني ٣ / ١٦٩ .

(٥) المغنى لموفق الدين ابن قدامة المقدسي ط دار الفكر بيروت - ٣ / ٢٠ .

(٦) المغنى ٩ / ٤١ . (٧) المغنى ١٣ / ٢٦٤ .

(٨) مجلة الأحكام العدلية م / ٥، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٥ .

(٩) مجلة الأحكام العدلية م / ١٠ .

القاعدة مطابقة للقاعدة السابقة و متممة لها .

[٣] « الأصل العدم »^(١) ويطلقون عليه في الأصول استصحاب العدم الأصلي ، فالأصل المستيقن هو عدم قيام المرء بالبيع أو الشراء أو أداء صلاة معينة ، فيستصحب هذا الأصل ويبقى ويستمر ولا يزول بمجرد الشك في قيام المرء بهذه الأمور ، فإن ثبت بيقين أنه قام بها انتقل عن العدم الأصلي وإلا فلا .

[٤] « الأصل براءة الذمة »^(٢) فالأصل المستيقن براءة ذمة الإنسان من حقوق الغير ؛ « لأن المرء يولد خالياً من كل دين أو التزام أو مسئولية . وكل شغل لذمته بشيء من الحقوق إنما يطرأ بأسباب عارضة بعد الولادة »^(٣) فيجب أن يستبقى هذا الأصل المتيقن إلى أن يزول بعارض متيقن .

[٥] « الأصل في الأشياء الإباحة »^(٤) فالأصل المتيقن أن الله تعالى إنما خلق هذه الأشياء للإنسان وأباحها له ، قال تعالى : ﴿ هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً ﴾ [البقرة : ٢٩] ، فالأصل في جميع هذه الأشياء الإباحة ، فلا ينتقل عن هذا الأصل اليقيني إلا بيقين ، ولا تثبت الحرمة إلا بدليل ، ولا تثبت بالشك ؛ لأن اليقين لا يزول بالشك .

[٦] « الأصل في الكلام الحقيقة »^(٥) والمراد بهذه القاعدة « أنه إذا كان للفظ معنيان متساوا استعمالهما ، معنى حقيقي ومعنى مجاز ، وورد مجرداً عن مرجح يرجح أحد المعنيين على الآخر ، يراد به حينئذ المعنى الحقيقي لا المجازي »^(٦) لأن المعنى الحقيقي هو الذي وضع له اللفظ أصلاً فهو المستيقن الذي يجب البقاء عليه والتمسك به حتى يقوم دليل على أن المجازي هو المراد .

[٧] « القديم يترك على قدمه »^(٧) أي حتى يثبت ما يزيله ؛ لأنه هو الأصل المستيقن .

(٢) مجلة الأحكام العدلية م / ٨ .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٢٩ .

(٣) المدخل الفقهي العام ٢ / ٩٧٠ ف ٥٧٨ .

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٣٣ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٧٤ .

(٦) شرح القواعد الفقهية ص ١٣٣ .

(٥) مجلة الأحكام العدلية م / ١٢ .

(٧) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ٥٨ .

- [٨] الأصل في الأعيان الطهارة حتى يقوم دليل على النجاسة .
- [٩] الأصل في الألبضاع الحرمة حتى يقوم الدليل على الإباحة .
- [١٠] الأصل في العبادات التوقف حتى يقوم الدليل على التشريع .
- [١١] « الحدود تسقط بالشبهات » .
- [١٢] « لا تعارض في اليقينات »^(١) .
- [١٣] التحري يقوم مقام الدليل الشرعي عند عدم الأدلة^(٢) .
- [١٤] « الممتنع عادة كالممتنع حقيقة »^(٣) وقد أوردها الأستاذ مصطفى الزرقا في المدخل الفقهي العام ضمن القواعد المتفرعة على قاعدة اليقين لا يزال بالشك، ربما على أساس أن الممتنع حقيقة الأصل فيه العدم، فيلحق به الممتنع عادة .
- [١٥] « الأصل في العادات العفو »^(٤) .
- [١٦] « الأصل في العقود والشروط الإباحة والصحة »^(٥) .
- [١٧] « الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته »^(٦) أو « الأصل في كل حدث تقديره بأقرب زمن »^(٧) لأن أقرب زمن للحادث هو المستيقن، فيضاف إليه الحدث تمسكاً بالأصل حتى يثبت خلافه . فإذا وقع الخلاف في سبب وزمن حدوث أمر فإنه ينسب إلى أقرب الأوقات ما لم تثبت نسبته لزمن آخر .
- [١٨] « لا ينسب لساكت قول... »^(٨) لأن الأصل المتيقن هو عدم القول حيث إنه ساكت، إلا إذا كان سكوته في معرض الحاجة فإنه يكون قرينة على الرضا لذلك قالوا « لا ينسب لساكت قول، لكن السكوت في معرض

(٢) السابق ص ٦٨ .

(١) السابق ص ٦٢ .

(٤) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩ / ١٧ .

(٣) مجلة الأحكام العدلية م / ٣٨ .

(٦) مجلة الأحكام العدلية م / ١١ .

(٥) السابق ٢٩ / ١٣٢ ، ١٥٠ .

(٧) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٣٢ والمنثور ١ / ١٧٤ .

(٨) مجلة الأحكام العدلية م / ٦٧ ، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٦٤ .

الحاجة بيان»^(١) وهو نص المادة السابقة من مجلة الأحكام العدلية.

[١٩] « لا عبرة للتوهم»^(٢)؛ لأن التوهم والشك لا يزيل اليقين فلا عبرة به في مقابلة اليقين.

[٢٠] « لا عبرة بالظن البين خطؤه»^(٣) ومعناها « أنه إذا تعارض الظن الذي هو إدراك الطرف الراجح مع الواقع لا يعتد بالظن»^(٤) وذلك لأن الواقع مستيقن والظن نوع من الشك، واليقين لا يزول بالشك، فيهدر الشك ولا يعتبر بالظن الذي تبين خطؤه لمخالفته للواقع، وعليه فإنه « إذ بني حكم أو استحقاق على ظن ثم تبين خطؤه بطل»^(٥)، وبمعنى أوضح « أن الظن المجوز للعمل إذا بان خلافه باليقين بطل ذلك العمل أي صار غير معتد به غالباً»^(٦) وهذا عود لليقين وتمسك به لعدم كفاءة الظن البين خطؤه على مواجهة اليقين أو إزالته.

[٢١] « لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح»^(٧) ومعناها « أن تعبير دلالة الحال عن الإرادة هو خلف عن الكلام الصريح عند عدمه، فإذا وجد التصريح بخلاف ما تفيده دلالة الحال لم يبق للدلالة هذه الخلفية والنيابة في التعبير؛ لأن دلالة التصريح يقينية، ودلالة الحال والقرائن محل شك»^(٨) واليقين لا يزول بالشك، فيعمل باليقين الذي هو التصريح وتهدر الدلالة ولا يعتد بها. وقد عبر عنها العلماء بعبارات متقاربة، منها:

﴿ ١ ﴾ « الدلالة يسقط اعتبارها عند التصريح بخلافها»^(٩).

﴿ ٢ ﴾ « صريح القول يقدم على ما تقتضيه دلالة الحال»^(١٠).

(١) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ١٤٤، وموسوعة الندوي ص ٥٤٨، المدخل ٢ / ٩٧٣.

(٢) مجلة الأحكام العدلية م / ٧٤.

(٣) السابق م / ٧٣، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨٧.

(٤) المقاصد الشرعية في القواعد الفقهية ص ٣٥٠.

(٥) موسوعة الندوي ص ٥٣٧ / ١.

(٦) السنوسي في حاشيته على الأشباه ص ٢٦٢ قاعدة ٣٣.

(٧) مجلة الأحكام العدلية م / ١٣٠.

(٨) المدخل الفقهي العام ٢ / ٩٦٧ ف ٥٨٠.

(٩) المغني ٥ / ٦٦ بتصرف.

(١٠) المبسوط ١١ / ٢٣.

التفريع على القاعدة وما يدور عليها من قواعد:

يتخرج على القواعد السابقة فروع كثيرة منتشرة في سائر أبواب الفقه، والذي يهمنا هنا الفروع المتعلقة بأبواب المعاملات المالية .

وسوف أذكر بعضاً منها على سبيل ضرب الأمثلة للبيان والتوضيح:

[١] « لو تباع اثنان فادعى أحدهما بعد ذلك أنه اشترط في العقد لنفسه الخيار، ويريد الفسخ والرد، وأنكر الآخر هذا الاشتراط، فالقول للمنكر بيمينه حتى يثبت الخيار من يدعيه؛ ذلك لأن الاشتراط أمر عارض، فالحالة الطبيعية الأصلية في العقد هي خلوه عن الشروط الزائدة، فيكون عدمها هو المتيقن، ووجودها مشكوك فيه»^(١)، واليقين لا يزال بالشك، والأصل عدم، فيستصحب حتى يثبت خلافه إما بأن يقيم المدعى البينة، أو ينكل الآخر عن اليمين.

[٢] « لو اشترى أحد شيئاً ثم ادعى أن به عيباً وأراد رده، واختلف التجار أهل الخبرة في كونه عيباً فليس للمشتري رده؛ لأن السلامة هي الأصل المتيقن، فلا يثبت العيب بالشك»^(٢) إذ لا يزول اليقين بالشك .

[٣] لو ادعى المقرض دفع الدين إلى المقرض، أو ادعى المشتري دفع الثمن إلى البائع، أو ادعى المستأجر دفع الأجرة إلى المؤجر، وأنكر المقرض أو البائع أو المؤجر كان القول قول المنكرين مع اليمين، أي أن هذه الديون بعد ثبوتها تعتبر باقية في ذم الملتزمين بها ما لم يثبتوا الدفع؛ لأنها كانت مستحقة عليهم بيقين»^(٣)، واليقين لا يزول بالشك، والأصل بقاء ما كان على ما كان، فما كان ثابتاً من الحقوق في الذمة يبقى على ما كان عليه حتى يثبت سقوطه بأداء أو إبراء .

(١) المدخل الفقهي العام ٢ / ٩٦٧ .

(٢) شرح القواعد الفقهية ص ٨٣ .

(٣) المدخل الفقهي العام ٢ / ٩٦٨ ف ٥٧٥ .

[٤] « لو علمنا أن لزيد على عمرو ألفاً، فأقام عمرو بينة بالأداء أو الإبراء، فأقام زيد بينة أن عمراً أقر له بالألف مطلقاً، لم يثبت بهذه البينة شيء؛ لاحتمال أن الألف الذي أقر به هو الألف الذي علمنا وجوبه وقامت البينة بإبرائه، فلا تشغل ذمته بالاحتمال»^(١) لأن الأصل براءة الذمة، وهذا الأصل هو اليقين فلا يزول بالشك أو الاحتمال.

[٥] لو أقرض إنسان آخر ثم اختلف هو والمستقرض في مبلغ القرض، فالقول للمستقرض؛ لأن الأصل براءة ذمته من الزيادة.

[٦] الوديع له السفر بالوديعة حسب العادة المتبعة - بدلالة العرف والعادة - ولكن لو نهاه المودع نهياً صريحاً فليس له السفر بها، لأنه لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح.

[٧] « لو اشترى إنسان حماراً - مثلاً - ثم جاء ليرده بطريق الإقالة، فصرح له البائع بأنه لا يقبله، واستعمل البائع ذلك الحمار أياماً، فطالبه المشتري برد الثمن، فامتنع عن رده وعن قبول الإقالة فله ذلك»^(٢) لأن استعماله للحمار مجرد دلالة حالية على قبوله للإقالة، إلا أن هذه الدلالة قوبلت بالتصريح بعدم قبول الإقالة، فتسقط الدلالة ويعمل بالتصريح؛ إذ لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح.

[٨] « إذا أوقع شيئاً من المعاوضات أو التبرعات أو الأوقاف أو الهبات أو الوصايا أو العرايا ظناً أنه يملكه، فكذب ظنه بطل تصرفه»^(٣) لأنه لا عبرة بالظن البين خطؤه.

[٩] « إذا أخبر صاحب مال بأن شخصاً باع ذلك المال من آخر فسكت صاحب المال فلا يعد سكوته إجازة لبيع الفضولي»^(٤) لأنه لا ينسب لساكت قول. أما « إذا أراد شخص شراء شيء، وبينما هو يستلمه من صاحبه أخبره

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٩ .

(٢) شرح القواعد الفقهية ص ١٤٣ .

(٣) قواعد الأحكام ص ٤٧٣ .

(٤) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ١٤٤ .

رجل بأن في الشيء عيباً، فسكت، فسكوته يعد رضا منه بالعيب»^(١) لأن السكوت في معرض الحاجة بيان.

[١٠] «لو تبين بالمبيع عيب بعد القبض، فزعم البائع حدوثه عند المشتري، وزعم المشتري وجوده عند البائع، فإنه يعتبر حادثاً عند المشتري، فليس له فسخ البيع حتى يثبت أنه قديم عند البائع»^(٢) لأن الأصل في كل حدث تقديره بأقرب زمن، اللهم إلا أن يكون العيب مما لا يحدث مثله بل هو أصل الحلقة.

القاعدة الثالثة: الضرر لا ضرار: (٣)

هذه القاعدة الجليلة بلفظها ونصها حديث رسول الله ﷺ، الذي رواه جمع من الصحابة منهم عائشة وابن عباس وأبو هريرة - رويهم أجمعين - وتعتبر من جوامع كلم رسول الله ﷺ.

وهي قاعدة من القواعد الكبرى التي تدخل في جميع أبواب الدين، وتهيمن على كثير من الفروع، وتضبط كثيراً من الأحكام. وهي صادرة عن رحمة الله بعباده، وعن عدله وحكمته ولطفه، وتعتبر تطبيقاً عملياً وترجمة فعلية لحقيقة ابتناء الشريعة الإسلامية على مصالح العباد في المعاش والمعاد.

والحديث الشريف الذي جاءت القاعدة بلفظه لا يعتبر وحده هو الدليل والأصل لهذه القاعدة، وإنما تعتمد القاعدة على أصل قطعي يعلم بالاستقراء، وذلك «حيث إن الضرر والضرار مبثوث منعه في الشريعة كلها، في وقائع جزئيات وقواعد كلييات... من ذلك النهي عن التعدي على النفوس والأموال والأعراض، وعن الغضب والظلم وكل ما هو في معنى إضرار أو ضرار، ويدخل تحته الجناية على النسل أو العقل فهو معنى في غاية العموم في الشريعة لا مراة

(١) السابق ص ١٤٦.

(٢) المدخل الفقهي العام ٢ / ٩٧١.

(٣) صحيح بمجموع طرقه: أخرجه ابن ماجة كالأحكام باب من بنى في حقه ما يضر بجاره برقم ٢٣٤٠ - ٢٣٤١ ج ٢ ص ٣٣٣، ومالك في الموطأ كالأقضية واحمد في المسند برقم ٢٣٤٦٢ والدارقطني كاليوم من حديث أبي سعيد الخدري برقم ٤٥٩٧، والبيهقي كالصلح باب لا ضرر ولا ضرار برقم ١١٧١٨، وأورده الألباني في الإرواء برقم ٨٩٦، وفي غاية المرام برقم ٦٧، ٢٥٤.

فيه ولا شك» (١).

ومن أدلة القاعدة أيضاً الآيات الكثيرة التي تصرح بمنع الضرر والضرار مثل قول الله عز وجل ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا لْتَعْتَدُوا﴾ [البقرة: ٢٣١]، وقوله: ﴿وَلَا تَضَارَوْهُنَّ لِتَضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، وقوله: ﴿لَا تَضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣]، إلى غير ذلك من الآيات الناهية عن الضرر والمحرمة للضرار.

وقد اختلف العلماء في التفريق بين الضرر والضرار «فقال الخشنى (٢): الضرر: الذي لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة، والضرار الذي ليس لك فيه منفعة وعلى جارك فيه المضرة» (٣) «وقال غيره: الضرر والضرار مثل القتل والقتال، فالضرر بمن لا يضررك والضرار أن تضر بمن قد أضررك من غير جهة الاعتداء بالمثل والانتصار بالحق» (٤).

وقد أوجز البعض فقال: «المعنى: لا يضر الرجل أخاه ابتداءً ولا إجزاءً» (٥) أي أن الضرر هو أن يضر المرء أخاه ابتداءً، والضرار هو أن يقابل المرء الضرر الواقع من أخيه بالضرر.

والخلاصة: أن مقتضى الحديث هو «عموم النهي عن آحاد الضرر والضرار جميعاً وتحريم ذلك» (٦) وهذا العموم سببه أن «النكرة في سياق النفي تعم» (٧) كما أن الحديث جاء «بأسلوب نفي الجنس ليكون أبلغ في الزجر» (٨).

«وتتجلى عناية الفقهاء بموضوع دفع الضرر قبل وقوعه من باب الوقاية، وبموضوع رفع الضرر وإزالته بعد وقوعه؛ من خلال قواعد متغلغلة منبثة في

(١) الموافقات ٣ / ٩-١٠ بتصرف.

(٢) الخشنى: الإمام الحافظ المتقن اللغوي العلامة أبو الحسن محمد ابن عبد السلام بن ثعلبة الخشنى الأندلسي القرطبي صاحب التصانيف، توفي الخشنى سنة ست وثمانين ومئتين، وكان من أبناء العثمانيين - رحمه الله -

أعلام النبلاء (١٣/ ٤٥٩). (٣) التمهيدي لابن عبد البرط وزارة عموم الأوقاف بالمغرب ٢٠ / ١٥٨.

(٤) السابق ٢٠ / ١٥٩. (٥) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ٩٦.

(٦) المعيار المغرب للإمام الونشريسي المالكي ٨ / ٤٧٤.

(٧) فيض القدير للمناوي ط دار الكتب العلمية بيروت ٦ / ٤٣١.

(٨) شرح القواعد الفقهية ص ١٦٥.

مصادر الفقه الإسلامي، صاغها الفقهاء لضبط المعاني الجملة المتنوعة المدرجة تحت هذه القاعدة الحديثية الفقهية الكبرى»^(١) هذه العناية الكبيرة من الفقهاء أنتجت جملة كبيرة من القواعد التي تفرعت على هذه القاعدة الأم، فإذا هي دوحة كبيرة مباركة تظلل أحكام الشريعة الغراء.

وفيما يلي أذكر على سبيل الإجمال هذه القواعد قبل أن ندخل في

تفصيل القول عن كل واحدة منها:

- [١] «الضرر يدفع بقدر الإمكان»^(٢).
 - [٢] «يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام».
 - [٣] «الضرر الأشد يدفع بالضرر الأخف».
 - [٤] «يختار أهون الشرين».
 - [٥] «إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها ضرراً بارتكاب أخفهما».
 - [٦] الضرر يزال .
 - [٧] الضرر لا يزال بمثله .
 - [٨] «درء المفسد أولى من جلب المصالح» .
 - [٩] «إذا تعارضت المصالح والمفاسد قدم الأرحح منها على المرجوح» .
- هذه القواعد التسع هي فروع القاعدة الأم «لا ضرر ولا ضرار» وسوف أتحدث عن كل واحدة من هذه القواعد بشيء من التفصيل .

[١] «الضرر يدفع بقدر الإمكان»^(٣)

«هذه القاعدة تعبر عن وجوب دفع الضرر قبل وقوعه بكل الوسائل الكافية

الكافلة، وفقاً لقاعدة المصالح المرسله والسياسة الشرعية؛ لأن الوقاية خير من العلاج، وذلك بقدر الإمكان؛ لأن التكليف الشرعي على حسب الاستطاعة»^(٤)

(١) موسوعة الندوى ١ / ٥٠ .

(٢) مجلة الأحكام العدلية م / ٣١ .

(٣) مجلة الأحكام العدلية م / ٣١، المدخل الفقهي العام ٢ / ٩٨١ .

(٤) المدخل الفقهي العام ٢ / ٩٨١ .

وقد عبر عن هذه القاعدة بلفظ «الضرر واجب الدفع ما أمكن»^(١).

ودليل هذه القاعدة هو نفس ما استدللنا به للقاعدة الأم «لا ضرر ولا ضرار»؛ حيث إنها تقضي بوجوب دفع الضرر. وعند عدم القيام بدفع الضرر سيبقى الضرر قائماً، وهذا يصاد القاعدة ويصاد الحديث ويصاد المقاصد العامة للشريعة الإسلامية. فدفع الضرر إذاً واجب بقدر الإمكان.

ومن فروع هذه القاعدة أنه «يحق للقاضي منع المدين من السفر بناءً على طلب الدائن حتى يوكل وكيلاً عنه بالخصومة، ولا يصح منه عزل هذا الوكيل مادام هو مسافراً منعاً لضرر الدائن»^(٢).

ومنها أن الشفعة في الأصل ثبتت في الشرع لدفع الضرر عن الشفيع قبل وقوعه، وكذلك خيار الشرط وخيار الرؤية، ومنها كذلك «تقييد تصرفات الشركاء في الأموال المشتركة؛ إذ يمنع الشريك من كل تصرف مضر»^(٣).

[٢] «الضرر يزال» : (٤)

إذا كانت القاعدة السابقة تقضي بوجوب دفع الضرر قبل وقوعه، فإن هذه القاعدة تقضي بوجوب إزالته إذا وقع، فالأولى وقاية وهذه علاج.

وأدلة هذه القاعدة هي ذاتها أدلة القاعدة الأم «لا ضرر ولا ضرار» لأنها فرعها، وما يستدل به على الأصل يستدل به على الفرع الخارج منه والصادر عنه، ولأن نفي الضرر لا يتم إلا بدفعه قبل وقوعه وإزالته إذا وقع، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

ومن فروع هذه القاعدة «الرد بالعيب، وجميع أنواع الخيار... والحجر بأنواعه»^(٥) ومنها أن «العقود الجائزة إذا اقتضى فسخها ضرراً على الآخر امتنع وصارت لازمة»^(٦) ومنها ثبوت الغبن بالخيار للمسترسل، والنهي عن الاحتكار، ووضع الجوائح، وإبطال هبة المريض لبعض الورثة في مرض الموت، والتسعير عند

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٥ / ٢٨٦ . (٢) المدخل الفقهي العام ٢ / ٩٨١ ف ٥٨٧ .

(٣) موسوعة الندوي ١ / ٦٨ .

(٤) مجلة الأحكام العدلية م / ٢٠، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٢، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٣ .

(٥) الأشباه للسيوطي ص ١٧٣ . (٦) المنشور ٢ / ٤٠١ .

فساد السوق وغير ذلك من الأحكام التي تزيل الضرر.

[٣] «الضرر لا يزال بمثله» : (١)

هذه القاعدة تعتبر ضابطاً يحكم عمل القاعدة السابقة «الضرر يزال» ويضع حداً لمجال عملها حتى لا تتعداه إلى ما يسبب ضرراً عكسياً. وقد وردت في أغلب كتب القواعد بلفظ «الضرر لا يزال بالضرر» (٢) ولكن عبارة المجلة أكثر ضبطاً؛ لأن الضرر يزال بالضرر الأخف، ولكن لا يزال الضرر بمثله ولا بأعظم منه، قال الإمام الزركشي «كذا أطلقوه، واستدرك الشيخ زين الدين الكتاني» (٣)، فقال: لا بد من النظر لأخفهما وأغلظهما» (٤) وقال السيوطي «قال ابن السبكي: يستثنى من ذلك ما لو كان أحدهما أعظم ضرراً» (٥).

وهذه القاعدة يستدل عليها بحديث «لا ضرر ولا ضرار» حيث إن إزالة الضرر بضرر مثله أو أكبر منه يعد من الضرر المنهي عنه في الحديث. كما أنها لا تنفك عن القاعدة الثابتة وهي «الضرر يزال» وذلك لأن «قولنا الضرر يزال مقيد في الحقيقة بألا يزال بضرر مثله، فيكون معنى الضرر يزال أى: الضرر يزال لكن لا بضرر، لأنه لو أزيل الضرر بضرر آخر مثله أو أكثر منه لم يصح قولنا الضرر يزال؛ لبقاء الضرر» (٦).

ومن فروع هذه القاعدة: «إن ترك أحدهم الشفعة سقطت ولم يكن للباقيين من الشفعاء أن يأخذوا إلا الكل أو يتركوا الكل، قال ابن المنذر» (٧) : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على هذا؛ لأن في أخذ البعض إضراراً بالمشتري

(١) مجلة الأحكام العدلية م / ٢٥ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٦، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٥ المنشور للزركشي ٢ / ٣٢١ .

(٣) الكتاني : أبو بكر محمد بن علي بن جعفر البغدادى الكتاني ، توفي سنة اثنتين وعشرين وثلاث مئة ، ويقال توفي سنة ثمان وعشرين وثلاث مئة ، سير أعلام النبلاء (١٤ / ٥٣٣) .

(٤) المنشور ٢ / ٣٢١ . (٥) الأشباه للسيوطي ص ١٧٨ .

(٦) ابن المنذر : محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ، وأبو بكر ، الحافظ العلامة شيخ الحرم ، ولد سنة ١٧٢ هـ كان ثقة فقيهاً مجتهداً ، لا يقلد أحداً ، وله تاليف ، توفي سنة ٢٣٦ هـ . انظر : تذكرة الحافظ (٢ / ٤٧٠) ،

وسير أعلام النبلاء (١٠ / ٦٨٩ ، ٦٩٠) ، وشذرات الذهب (١ / ٢٨٠) .

(٧) القواعد الفقهية الخمس الكبرى ص ٣٧٦ .

بتبعيض الصفقة عليه، والضرر لا يزال بالضرر»^(١).

[٤] «يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام»: (٢)

وهذا بديهي تعرفه العقول، وتحتمه المصلحة، وتدل عليه محكمات الشريعة وثوابتها، ويشهد له حديث «لا ضرر ولا ضرار»، لأن الضرر العام إذا لم يدفع باحتمال الضرر الخاص لأدى ذلك إلى تفشي الضرر وانتشاره. ومن فروع هذه القاعدة «بيع الفاضل من طعام المحتكر عن قوته وقوت عياله إلى وقت السعة»^(٣) فبيع ما فضل من قوت المحتكر وقوت عياله إضرار بمصلحته الخاصة، ولكنه يحتمل لدفع الضرر العام الواقع على الناس بسبب احتكاره، حيث إن «الحكمة من تحريم الاحتكار دفع الضرر عن عامة الناس»^(٤) ومن ذلك: منع تصدير بعض السلع لمصلحة العامة أو منع استيراد بعض السلع لمصلحة عموم المنتجين المحليين، وإن كان سيقع ضرر على بعض خاصة الناس^(٥).

[٥] «الضرر الأشد يدفع بالضرر الأخف»: (٦)

وهذه القاعدة كالسابقة في بدايتها وفي الاستدلال عليها. واحتمال الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد تقليص للضرر وتضييق لدائرته بقدر الإمكان، وهو وجه من وجوه إعمال قاعدة «لا ضرر ولا ضرار».

[٦-٧] «إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما»: (٧)

«يختار أهون الشرين»^(٨).

هاتان القاعدتان بمعنى واحد، وقد يعبر عنهما بألفاظ قريبة من ذلك مثل «الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما»^(٩) أو «يرتكب أخف الضررين»^(١٠) أو «إذا اجتمع ضرران أسقط الأصغر الأكبر»^(١١).

(١) كشف القناع ٤ / ١٨٤ .
 (٢) مجلة الحكام العدلية م / ٢٦، الأشباه لابن نجيم ص ٩٥ .
 (٣) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا ص ١٩٨ .
 (٤) شرح النووي على صحيح مسلم ١١ / ٤٣ .
 (٥) انظر موسوعة الندوي ١ / ٨٤ .
 (٦) مجلة الأحكام العدلية م / ٢٧ .
 (٧) السابق م / ٢٨ .
 (٨) السابق م / ٩ .
 (٩) الطرق الحكمية لابن القيم ص ٣٨٣ .
 (١٠) المعيار المعرب للونشريسي ٨ / ٤٣٣ .
 (١١) فصول الأحكام للبايجي ص ٢٠٨، وانظر التاج والإكليل ٤ / ٢١٨ .

ومعنى هاتين القاعدتين أنه إذا تعارضت مفسدتان أو ضرران، ولم يكن بالإمكان دفعهما معاً، وكان لابد من ارتكاب أحدهما، فإنه ينظر إلى أيهما أخف وأهون فتحتمل وتبقى؛ لتدفع الأشد الأعظم.

وهذا المسلك هو الذي تحتمه قاعدة «لا ضرر ولا ضرار»، لأن تقليص الضرر وتضييق دائرة المفسدة إعمال لهذه القاعدة الكبرى، أما ارتكاب الضرر الأكبر في سبيل تفويت الأصغر فهو توسيع لدائرة المفساد والأضرار، وهو مصادم لقاعدة «لا ضرر ولا ضرار».

[٨] «درء المفساد مقدم على جلب المصالح»: (١)

والمقصود أن المفسدة إذا عارضتها مصلحة مساوية لها، فإن الترجيح يكون في جانب المفسدة، فتدفع هذه المفسدة وإن أدى دفعها إلى تفويت المصلحة وضياعها، وذلك لأن أثر وقوع المفسدة أضر من أثر فوات المصلحة، حيث إن «للمفاسد سرياناً وتوسعاً كالوباء والحريق، فمن الحكمة والحزم القضاء عليها في مهدها، ولو ترتب على ذلك حرمان من بعض المنافع أو تأخير لها، ومن ثم كان حرص الشارع على منع المنهيات أقوى من حرصه على تحقيق المأمورات، وقد روي عن النبي ﷺ قوله: «ما نهيتكم عنه فاجتنبوه، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم» (٢).

ومن أدلة هذه القاعدة قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾ [الأنعام: ١٠٨]، فسب المسلمين لآلهة المشركين مصلحة، لما فيه من تحقير هذه الآلهة وإسقاط هيبتها من قلوب الناس، ولكنها مقابلة بمفسدة سبهم لله عز وجل، فيكون الواجب تفويت المصلحة المتوخاة من سب آلهة المشركين لدفع مفسدة سبهم لله عز وجل، لأن درء المفساد مقدم على جلب المصالح.

(١) مجلة الأحكام العدلية م / ٣٠، الأشباه للسيوطي ص ١٧٩، الأشباه لابن نجيم ص ٩٨.

(٢) المدخل الفقهي العام ٢ / ٩٨٥ ف ٥٩٤، والحديث رواه مسلم (٢١٣٠).

ومن أدلة هذه القاعدة: - وهو من أمثلتها التطبيقية أيضاً - ما روته أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها «يا عائشة: لولا أن قومك حديثو عهد بجاهلية لأمرت بالبيت فهدم، فأدخلت فيه ما أخرج منه، وألزقته بالأرض، وجعلت له بابين: باباً شرقياً وباباً غربياً فبلغت به أساس إبراهيم»^(١).

أما إذا رجحت المصلحة على المفسدة رجحاناً ظاهراً أو العكس فإنه يقدم الراجح منها، وهذا هو مقتضى القاعدة الآتية.

[٩] «إذا تعارضت المصالح والمفاسد قُدم الأرحح منها على المرجوح»^(٢) من أدلتها قول الله عز وجل: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾ [البقرة: ٢١٩].

ومن أدلتها: أن النبي صلى الله عليه وسلم ترك قتل عبد الله بن أبي بن سلول، ولما استأذنه عمر في ذلك قال: «دعه، لا يتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه»^(٣) فقد «ترك النبي صلى الله عليه وسلم قتل هذا المنافق مع ما في قتله من المصلحة، ولكن قتله سيفضي إلى مفسد أعظم من المصلحة المترتبة على قتله»^(٤).

ومن فروع ذلك أنه: «إذا كانت مفسدة بيع الغرر هي كونه مظنة العداوة والبغضاء، وأكل الأموال بالباطل، فمعلوم أن هذه المفسدة إذا عارضتها المصلحة الراجحة قدمت عليها، كما أن السباق بالخيل والسهام والإبل لما كان فيه مصلحة شرعية جاز بالعرض»^(٥).

(١) صحيح: أخرجه البخاري كالحج باب فضل مكة وبنائها برقم ١٥٨٦ ج ٣ ص ٦٣١، ومسلم كالحج باب نقض الكعبة وبنائها برقم ٤٠١ / ١٣٣٣ ج ٩ ص ٤٥٥.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٤ / ٢٦٩ والقواعد الفقهية الخمس الكبرى ص ٣٩٥.

(٣) متفق عليه، البخاري ك المناقب ٦ / ٥٤٦ مع الفتح، ومسلم في كتاب البر والصلة والآداب باب نصر الأخ ظالماً أو مظلوماً ٤ / ١٩٩٨.

(٤) القواعد الفقهية الخمس الكبرى ص ٣٩٦.

(٥) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩ / ٤٨.

القاعدة الرابعة: المشقة تجلب التيسير: (١)

الحقيقة الواضحة للعيان أن الدين الإسلامي يسر، وأن شريعته السمحة بريئة من العنت والآصار والأغلال، وأن نبينا المعصوم ﷺ قد بعث بالحنيفية السمحة. هذه حقيقة لا يمارى فيها إلا جاهل ولا يجادل فيها إلا مامل.

ومن تأمل في يسر الشريعة أدرك أنه يتمثل في ظاهرتين أساسيتين:

الأولى: أن أحكام الشريعة نفسها نزلت من عند الله تعالى بهذه الصفة: «سهلة يسيرة لا عُسر فيها ولا حرج، فكل ما فيها من عزائم ورخص، وكل ما فيها من أوامر ونواه، وكل ما فيها من واجب ومستحب ومباح ومكروه ومحرم، وكل ما فيها من تكاليف ينبني عليها الثواب والعقاب، كل هذا جاء من عند الله حيناً لا شدة فيه، جاء من عند الله متفق مع فطرة الإنسان، جاء من عند الله داخلاً في طوق الاحتمال ودائرة الوسع والطاقة، لا يخرج عن قدرة الإنسان ولا ينافي فطرته ولا يصطدم بغرائزه الفطرية أو حاجاته الطبيعية، جاء ملبياً لحاجة الروح وحاجة الجسد في تناسق وشمول وواقعية، وبأسلوب مهذب نظيف» (٢).

الظاهرة الثانية: أن هذه الشريعة برغم يسرها هذا تخللتها الرخص الفيحاء التي تلبى الأعدار، وترفع كاهلها عن أهلها. هذه الرخص المنتشرة في أنحاء الشريعة، المبتوثة في أقطارها؛ تدخل جميعها تحت هذه القاعدة الجامعة «المشقة تجلب التيسير» ومن ثم «يتخرج على هذه القاعدة جميع رخص الشرع وتخفيفاته» (٣).

فإذا وقعت المشقة المعتبرة، وسببت عنتاً وضيقاً وحرجاً؛ فإن وقوعها هذا يستجلب بذاته رخص الشرع وتخفيفاته، التي ترفع المشقة وتدفع العنت وتحيل الصعب سهلاً والعسر يسراً.

«هذا لا يعني أن كل مشقة تكون سبباً في التخفيف، فإن كل عمل في حياة الإنسان لا يخلو من مشقة وجهد يصاحب الأعمال الضرورية التي لا غنى عنها

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٦٠، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٣٠ المنشور ٣ / ١٦٩، مجلة الأحكام العدلية م / ١٧ .

(٢) يسر الإسلام حجة على الأنام للباحث ص ٣٦ . (٣) شرح الكوكب المنير ٤ / ٤٤٥ .

كطلب الرزق»^(١) وإنما المشقة المعتبرة هي التي تكون فوق العادة، ولا يتحملها الإنسان إلا بكثير كلفة، كالمرض الذي يفقد صاحبه القدرة على الصيام أو الصلاة من قيام، فإنه عذر يعطى صاحبه الرخصة في الإفطار وفي الصلاة جالساً. كما ينبغي أن نفطن إلى أمر مهم وهو «أن المشقة التي تجلب التيسير هي التي لا يكون فيها نص يدعو إلى تحملها، فإن وجد النص فلا يجوز العمل بخلاف النص؛ رغبة في التيسير، وذلك كالأمر بالجهاد وملاقاة العدو بكل قوة ودون هوان»^(٢) فجلب المشقة للتيسير «مشروط بعدم مصادمتها نصاً، فإن صادمت نصاً روعى دونها»^(٣).

وهذه القاعدة يستدل عليها بأدلة كثيرة من الكتاب والسنة، من هذه الأدلة: وقول الله عز وجل: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥]. وقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخَلَقَ الْإِنْسَانَ ضَعِيفًا﴾ [النساء: ٢٨]. وقوله تعالى: ﴿وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ﴾ [الأعراف: ١٥٧]. عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إن الدين يسر، ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه، فسددوا وقاربوا وأبشروا، واستعينوا بالغدوة والروحة وشئ من الدلجة»^(٤). وعن أنس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «يسروا ولا تعسروا، بشروا ولا تنفروا»^(٥). فالآيات أعلنت عن مراد الله تعالى من التيسير ورفع الحرج، والأحاديث فيها أمر للناس بالتيسير وعدم التنفير. ويستفاد من مجموع الآيات والأحاديث أن المشقة تجلب التيسير.

واستقراء الشريعة يثبت أن الشارع الحكيم أدغم الرخص في التكليف، وربطها بوقوع المشقة، وهذا مما يفوق الحصر، وهو من أقوى الأدلة على ثبوت هذه القاعدة.

(١) المقاصد الشرعية في القواعد الفقهية ص ١٤٠. (٢) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ٨٤.

(٣) شرح القواعد الفقهية ص ١٥٧.

(٤) صحيح: أخرجه البخاري ك الإيمان باب الدين يسر برقم ٣٩ ج ١ ص ١٣٩.

(٥) صحيح: متفق عليه، البخاري ك العلم باب: ما كان النبي صلى الله عليه وسلم يتخولهم بالوعظة والعلم كي لا ينفروا برقم ٦٩ ج ١ ص ٢٣٩، وأخرجه مسلم ك الجهاد والسير باب تأمير الإمام الأمراء على البعث برقم ٧ / ١٧٣٣.

ج ١٢ ص ٤٠١.

وقد عبر بعض العلماء عن هذه القاعدة بلفظ «إذا ضاق الأمر اتسع»، وهي قول الإمام الشافعي^(١). ولا فرق بين العبارتين، «فإن شئت قلت: إذا ضاق الأمر اتسع»^(٢) وربما عبر عنها العلماء بألفاظ مقاربة، مثل: «ما ضاق على الناس اتسع حكمه»^(٣) وما علمت بليته سقطت قضيته^(٤) ومثل: «هذه الشريعة مبنية على أن الأشياء إذا ضاقت اتسعت»^(٥).

ومن فروع هذه القاعدة:

- جواز فسخ الإجارة لعذر السفر^(٦).
 - بيع الأنموذج وبيع المغيبات في الأرض إذا رُوي منه ما يدل على ما لم يُرَ، وأن كل ما يحصل الحرج برؤية جميعه يكتفي برؤية بعضه إذا دل عليه^(٧).
 - «الشرط الذي لا ينافي مقصود الشارع ولا مقصود العقد فإنه يجوز»^(٨).
 - «جواز العقود الجائزة؛ لأن لزومها يشق ويكون سبباً لعدم تعاطيها»^(٩).
- وينضوي تحت هذه القاعدة جملة من القواعد المتممة لعملها، الباسطة لسلطانها. وقد أجملها الشيخ السعدي في قوله:

«ومن قواعد الشريعة التيسير
وليس واجب بلا اقتدار
وكل مسحوظ مع الضرورة
بقدر ما تحتاجه الضرورة»^(١٠)

وهذه القواعد هي:

[١] الضرورات تبيح المحظورات.

- (١) الإمام الشافعي: محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان القرشي الشافعي المكي، أبو عبد الله، الإمام العلم، حبر الأمة، ونسب رسول الله ﷺ وناصر السنة، ولد سنة ١٥٠هـ، بغزة، وتلقى العلم بمكة والمدينة، صنف التصانيف العظيمة، وهو صاحب المذهب المبتوع، والعقل المسموح، والحلق المطبوع، والمآثر الجليلة، والمناقب العظيمة، من مؤلفاته: الأم، والرسالة، انتقل إلى مصر سنة ٢٠٤هـ، وتوفي بها سنة ٢٠٤هـ. انظر: تذكرة الحفاظ (١/٣٦١-٣٦٣)، والبداية والنهاية (١٠/٢٥١)، وطبقات الشافعية ص ١١-١٤.
- (٢) انظر: الأشباه للسيوطي ص ١٧١.
- (٣) الأشباه والنظائر للسبكي ١ / ٤٨.
- (٤) بدائع الصنائع ١ / ٢٥٠.
- (٥) تبين الحقائق للزيلعي ٥ / ٢١٨.
- (٦) انظر موسوعة الندوى ص ١ / ١٣٢.
- (٧) قواعد الأحكام ٢ / ١١٣.
- (٨) المرجع السابق.
- (٩) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩ / ١٥٦.
- (١٠) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٦٩.
- (١١) قواعد السعدي ص ٤٣.

- [٢] لا واجب مع العجز ولا حرام مع الضرورة .
 [٣] الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة وخاصة .
 [٤] الضرورات تقدر بقدرها .
 [٥] ما جاز لعذر بطل بزواله .
 [٦] إذا زال المانع عاد الممنوع .

وفيما يلي نتناول هذه القواعد بشيء من التوضيح:

[١] «الضرورات تبيح المحظورات»: (١)

معناها « أن الضرورة وهي الحاجة الملجئة إذا حصلت للمكلف فإنها تبيح له الترخص بفعل ما حرم الله، مما يناسب ضرورته » (٢) ولكن « هذا ليس على إطلاقه، وإنما هو مقيد بعدم إيقاع ضرر بحرمة الآخرين مساو له أو أكبر مما هو واقع فيه » (٣).

والأدلة عليها كثيرة منها:

﴿ ١ ﴾ قول الله تعالى: ﴿ مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبٌ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ ﴾ [النحل: ١٠٦] الآية، فالإكراه الملجئ هنا ضرورة تسوغ لمن وقع فيها النطق بكلمة الكفر، ما لم ينشرح بها صدره .

﴿ ٢ ﴾ قول الله تعالى: ﴿ فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمِهِ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ [المائدة: ٣]، أي فمن اضطر إلى أكل الميتة المحرمة بسبب مجاعة ألت به وحالت بينه وبين الحلال جاز له أن يأكل الميتة بشرط ألا يكون مائلاً إلى إثم ولا مجاوزاً لحد الضرورة ، فهنا أبيع المحرم للضرورة .

وقد وردت هذه القاعدة في كتب الفقه بالفاظ متقاربة، مثل « يجوز في حال الضرورة ما لا يجوز في غيرها » (٤) ، ومثل « الضرورات تنقل الأحكام عن أصولها » (٥) ، ومثل « الضرورات تنقل المحظور إلى حال المباح » (٦) .

(١) مجلة الأحكام العدلية ٢١م / الأشباه لابن نجيم ص ٩٣ ، الأشباه للسيوطي ص ١٧٣ المنشور ٢ / ٣١٧ .

(٢) القواعد الفقهية الخمس الكبرى ص ٢٨٤ .

(٤) الأم للشافعي ٤ / ١٦٨ .

(٣) المرجع السابق .

(٦) التمهيد ١٧ / ٣١٩ .

(٥) المعيار العرب ٦ / ٣١٢ .

ومن فروعها؛ إباحة تأجير الأرض للزرع وبها شجر وثمر؛ لأن هذا مما تمس به الحاجة (١).

[٢] «لا واجب مع العجز ولا حرام مع الضرورة»: (٢)

هذه القاعدة بنفس معنى القاعدة السابقة، غير أن الجملة الأولى منها «لا واجب مع العجز» توسع دائرة القاعدة بجعل العجز عن أداء الواجب ضرورة تبيح ترك الواجب المعجوز عن أدائه.

[٣] «الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة»: (٣)

هذا هو لفظ المجلة والسيوطي وابن نجيم، أما لفظ الزركشي والجويني فهو «الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة في حق آحاد الناس» واللفظان متقاربان.

ومعنى القاعدة: «أن الحاجة يمكن أن تنزل منزلة الضرورة في تجويز الممنوع شرعاً» (٤) وبمعنى أكثر وضوحاً: «أن ما يفتقر إليه المكلف في حياته ويلحقه بفوته حرج وضيق فإنه يعطى حكم الضرورة فيبيح المحظور المناسب لمقام الحاجة، ليرتفع الحرج والضيق عن المكلف» (٥) وذلك مثلما حدث للمسلمين أن افتقروا واحتاجوا إلى بيع البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة؛ بسبب ظرف الجهاد والغزو وخلت أيديهم من العير التي يستكملون بها عدة الجهاد. فأبيح لهم ذلك مع أن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة متفاضلاً مع اتحاد الجنس ممنوع على الصحيح الراجح. ومن أمثلة ذلك أيضاً أن «الحاجة الشديدة يندفع بها يسير الغرر، والشريعة جميعها مبنية على أن المفسدة المقتضية للتحريم إذا عارضتها حاجة راجحة أبيع المحرم» (٦) ومن أمثله جواز العرايا الذي ورد به الحديث الآتي ذكره بعد قليل.

(١) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩ / ٦٤ : ٥٥ .

(٢) إعلام الموقعين ٢ / ٤١، القواعد الفقهية بين الإصالة والتوجيه ص ٩٢ .

(٣) مجلة الأحكام العدلية م / ٢٢، الأشباه لابن نجيم ص ١٠٠، الأشباه للسيوطي ص ١٨٠، المنشور ٢ / ٢٤، البرهان للجويني ٢ / ٦٠٦، الفياثي ص ٤٧٨ .

(٤) موسوعة الندوى ١ / ١٤١ .

(٥) القواعد الفقهية الخمس الكبرى ص ٣٠٦ .

(٦) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٩ / ٤٩ .

« أن ما يجوز للحاجة إنما يجوز فيما ورد فيه نص يجوزه، أو تعامل، أو لم يرد فيه شيء ولكن لم يرد فيه نص بخصوصه وكان له نظير في الشرع يمكن إلحاقه به وجعل ما ورد في نظيره وارد فيه » (١).

ومن أدلة هذه القاعدة ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « رخص في بيع العرايا بخرصها من التمر، فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق » (٢) مع أن النبي صلى الله عليه وسلم قد نهى عن المزابنة، وهي بيع الرطب على النخل بتمر على الأرض، وذلك لأن الرطب ينقص إذا يبس، فيحدث الغرر. لكن لما كانت حاجة المسلمين إلى بيع العرايا قبل قطع الثمر شديدة أبيع لهم ذلك بشرط خرص الثمر الذي على النخل وحرزه وتخمينه، وبشرط أن يكون ذلك في حدود خمسة أوسق أو دونها، أي في حدود الحاجة.

ومن أدلتها أيضاً حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب بعرفات: « من لم يجد النعلين فليلبس الخفين ومن لم يجد إزاراً فليلبس السراويل للمحرم » (٣) فهذه الحاجة التي ألت بالناس نزلت منزلة الضرورة وأبيع لها المحظور. والأدلة على ذلك كثيرة، وإنما تعرف باستقراء فروع الشريعة.

[٤] «الضرورات تقدر بقدرها»: (٤)

هذه هي عبارة المجلة، وفي كتب القواعد وردت بلفظ « ما أبيع للضرورة

(١) شرح القواعد الفقهية ص ٢٠٩ .

(٢) صحيح: أخرجه البخاري ك البيوع باب بيع المزابنة برقم ٢١٨٨ ج ٤ ص ٥٤٧ مسلم ك البيوع باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها برقم ١٥٣٩ ج ١٠ ص ١٤٠ وأبو داود ك البيوع باب في مقدار العرية برقم ٣٣٦٤ ج ٣ ص ١٤٦٢ ، واللفظ له والترمذي ك البيوع باب ما جاء في العرايا والرخصة في ذلك برقم ١٣٠٢ ج ٣ ص ٥٨٦ وقال أبو عيسى حسن صحيح، والنسائي ك البيوع باب بيع العرايا بالرطب برقم ٤٥٥٥ ج ٤ ص ٢٣، وابن ماجه ك التجارات باب بيع العرايا بخرصها تمراً برقم ٢٢٦٩ ج ٢ ص ٣٠٧ .

(٣) صحيح: متفق عليه، رواه البخاري ك جزاء الصيد، باب لبس الخفين للمحرم إذا لم يجد نعلين برقم ١٨٤١ ج ٤ ص ٨٢، ومسلم ك الحج باب من لم يجد نعلين... برقم / ١١٧٩ ج ٨ ص ٢٥٥ وأبو داود ك المناسك باب ما يلبس المحرم برقم ١٨٢٩ ج ٢ ص ٧٧٩ والترمذي ك الحج باب ما جاء في لبس السراويل برقم ٨٣٤ ج ٣ ص ١٨٦ وقال أبو عيسى: حسن صحيح، والنسائي ك مناسك الحج باب الرخصة في لبس السراويل.... برقم ٢٦٧١ ج ٣ ص ١٠٣، وابن ماجه ك المناسك باب السراويل والخفين للمحرم.... برقم ٢٩٣١ ج ٣ ص ٢٤، والدارمي ك المناسك باب ما يلبس المحرم من الثياب برقم ١٧٩٩ ج ١ ص ٤٨٣ .

(٤) مجلة الأحكام العدلية م / ٢٢ .

يقدر بقدرها»^(١) ولا فرق بين العبارتين وأوردها الدبوسي في الأسرار بلفظ «الثابت بالضرورة يقدر بقدرها»^(٢).

وعند ابن تيمية «الحكم المقدر بالضرورة مقدر بقدرها»^(٣)، و«الحكم المقيد بالضرورة مقدر بقدرها»^(٤).

ومعنى القاعدة أن المحظور الذي يباح للضرورة لا تكون إباحته مطلقة وإنما يباح من هذا المحظور ما يكفي لدفع الضرورة ورفع الحرج دون زيادة، فمن اضطر لأكل الميتة أبيض له أن يأكل منها بقدر ما يدفع الجوع المهلك، ولا يجوز له أن يبلغ بذلك مبلغ الشبع والترف.

ودليل ذلك قول الله عز وجل: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ١٧٣]، فهنا قيد إباحة المحظور للمضطر بألا يكون باغاً أو عادياً، أي بألا يتعدى في ذلك حد الضرورة.

وفائدة هذه القاعدة مع قاعدة الضرورات تبيح المحظورات «التنبيه على أن ما تدعو إليه الضرورة من المحظورات إنما يرخص منه القدر الذي تندفع به الضرورة، وحسب، فإذا اضطر الإنسان لمحظور فليس له أن يتوسع في المحظور بل يقتصر منه على حد ما تندفع به الضرورة فقط»^(٥).

ومن فروع هذه القاعدة «أن المشتري إذا ادعى بالمبيع عيباً لا يطلع عليه إلا النساء، فإنه يقبل فيه لأجل توجيه الخصومة فقط قول الواحدة العدل... ولا يثبت حق الرد بشهادة النساء وحدهن؛ لأن ثبوت العيب بشهادتهن ضروري، ومن ضرورته ثبوت توجيه الخصومة، دون الرد، فيحلف البائع، فإن نكل تأيدت شهادتهن بنكوله فيثبت الرد»^(٦).

[٥] «ما جاز لعذر بطل بزواله»:^(٧)

هذه القاعدة في قوة التقييد لقاعدة «الضرورات تبيح المحظورات» وقاعدة

(١) الأشباه لابن نجيم ص ٩٤، الأشباه للسيوطي، المنثور للزكشي ٢ / ٣٢٠.

(٢) كتاب الأسرار للدبوسي ص ٣٠٣ (٣) مجموع الفتاوى ٢١ / ٤٣٥.

(٤) السابق ١٢ / ٣٥٣ (٥) شرح القواعد الفقهية ص ٨٧.

(٦) السابق ص ١٨٧ (٧) مجلة الأحكام العدلية م / ٢٣.

« الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة »؛ لأن إباحة المحظور للضرورة مقيدة بمدّة قيام الضرورة ^(١) فإذا سقط العذر بزوال الضرورة عاد المحظور الذي أبيع للضرورة إلى مكانه .

[٦] « إذا زال المانع عاد الممنوع »: ^(٢)

من ذلك « ما لو اشترى شيئاً بعقد فاسد فتعيب عنده، لا بفعل البائع، ثم فسخ البيع بسبب الفساد، وأخذ البائع المبيع ونقصان العيب، ثم زال العيب يسترد المشتري من البائع ما دفعه له من نقصان العيب » ^(٣).

القاعدة الخامسة: العادة محكمة: ^(٤)

« هناك أمور كثيرة وكل الشارع الحكيم تقديرها للعرف والعادة رعاية لمصالح العباد » ^(٥) حيث « إن مظان المصالح تختلف باختلاف الأعصار والعادات » ^(٦)، ومن هنا وضع العلماء القاعدة الفقهية الأصولية الكبرى: « العادة محكمة »، وفرعوا منها قواعد أخرى تدور في فلكها، وتمتم عملها:

ولقد اشتهر بين الفقهاء العمل بهذه القاعدة، ومن تمرس في الفقه علم أن « الركون إلى العوائد والأعراف أسلوب معتاد عند الأئمة من غير خلاف، وقد وقع لهم ذلك في أبواب من الفقه كالنقود والسلم والمراوحة والآجال والوكالة » ^(٧) وغير ذلك من أبواب الفقه التي تتعرض لقضايا تتغير فيها عادات الناس بتغير الأزمان . واعتبر العلماء أن « من أفتى الناس بمجرد المنقول من الكتب على اختلاف فروعهم وعوائدهم وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم فقد ضل وأضل » ^(٨) . وشرطوا في الفقيه أن يكون عالماً بالواقع الذي يحكم عليه، وقالوا في ذلك قولتهم المشهورة « الحكم على الشيء فرع عن تصوره ».

(٢) مجلة الأحكام العدلية م / ٢٤ .

(١) شرح القواعد الفقهية ص ١٨٩ .

(٣) شرح القواعد الفقهية ص ١٩٣ .

(٤) مجلة الأحكام العدلية م / ٦٣، الأشباه للسيوطي ص ١٨٢، الأشباه لابن نجيم ص ١٠١، المنثور للزركشي ٢ / ٣٥٦ .

(٥) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ١٥١ . (٦) حجة الله البالغة للدهلوي ١ / ٨٩ بتصرف .

(٧) المعيار العرب ٦ / ٦٣ .

(٨) إعلام الموقعين ٣ / ٦٧ .

العادة في اللغة هي كل ما اعتيد حتى صار يفعل من غير جهد^(١)، وهي مأخوذة من العود والمعاودة أي الرجوع إلى الأمر الأول، وسميت بذلك لأن صاحبها يعاودها ويرجع إليها مرة بعد أخرى^(٢). ولفظ العادة مرادف للفظ العرف، وهو ما تعارف عليه الناس في عاداتهم ومعاملاتهم^(٣)، أو هو الأمر المعروف بين الناس إذا رأوه لا ينكرونه^(٤).

ومعنى مُحَكِّمة: أي مسلطة، قد جعل لها حكم وقضاء وفصل. يقال «حكّمه في ماله تحكيمياً إذا جعل إليه الحكم فيه»^(٥).

وعلى ذلك يكون معنى القاعدة: أن ما اعتاده الناس وتعارفوه في عاداتهم ومعاملاتهم وسائر تصرفاتهم، إذا لم يخالف نصاً شرعياً ولا قاعدة شرعية، ولم يجر اتفاق أو تعاقد على خلافه؛ فإنه يكون معتبراً، ويحكمه الشرع فيما لا ضابط له شرعاً.

ومن هذا التعريف يتضح لنا أن العادة «تُحَكَّم فيما لا ضابط له شرعاً»^(٦) بمعنى أن «الشيء إذا لم يكن محدداً في الشرع كان الرجوع فيه إلى العادة: كالتقبوض والحروز وغيرها»^(٧) وأن «كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف»^(٨).

والرجوع إلى العرف يكون في أمور، جميعها لم يضع لها الشارع ضابطاً، وإنما ترك تحديدها لعرف الناس وعاداتهم، من هذه الأمور^(٩):

المقادير، كالحيض، والصاع وغير ذلك.

والأفعال غير المنضبطة ويترتب عليها أحكام، كالتقبض والإحياء وغير ذلك.

(٢) انظر لسان العرب ٣ / ٣١٦-٣١٧، المباح المنير ص ١٦٦.

(٤) انظر لسان العرب ٣ / ٢٣٩-٢٤٠.

(٦) المنثور ٢ / ٣٥٦.

(٨) الأشباه للسيوطي ص ١٩٧.

(١) المعجم الوجيز ص ٣٤٩.

(٣) المعجم الوجيز ص ٤١٤.

(٥) مختار الصحاح ص ١٤٨.

(٧) كفاية الأختار ص ٢٤١.

(٩) انظر فتح الباري ٤ / ٤٠٦.

والأمور المخصصة كمقادير المكايل والموازين والنقود والألفاظ الأيمان والوقف والوصية، إلى غير ذلك .

ويتضح من التعريف أيضاً أن شرط تحكيم العرف ألا يكون مصادماً لنص شرعي أو قاعدة شرعية، وألا يقع اتفاق على خلافه، فإن وقع اتفاق أو تعاقد على خلاف العرف عمل به دون العرف .

كما يشترط الفقهاء لتحكيم العادة أن تكون مطردة أو غالبية، ومن هنا وضعوا هذا الضابط الذي يحدد العادة المحكمة التي تعتبر شرعاً، وهو «إنما تعتبر العادة إذا اضطردت أو غلبت»^(١) وقال الزركشي: «العادة إذا اضطردت ينزل اللفظ في العقود عليها، وإذا اضطربت لم تعتبر ووجب البيان، وإذا تعارضت الظنون في اعتبارها فخلاف»^(٢).

والخلاصة أن هذه القاعدة: «تعبّر عن مكانة العرف واعتباره في الشريعة الإسلامية، وعن سلطانه الحاكم بين الناس في توزيع الحقوق والالتزامات بينهم في التعامل»^(٣).

الأصل للقاعدة: من أدلة هذه القاعدة:

[١] أن القرآن ردنا إلى العرف في تقدير أمور ترك تقديرها إلى ما تعارفه الناس، من ذلك:

﴿ ١ ﴾ تقدير ما للمرأة من الحقوق وما عليها من الوجبات في قول الله:

﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

﴿ ٢ ﴾ تقدير كسوة أم المولود ورزقه ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ

بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، أي بما تعارفه الناس.

﴿ ٣ ﴾ ﴿ فِيمَسَاكٍ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

﴿ ٤ ﴾ ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [النساء: ١٩]، إلى غير ذلك من الآيات.

(١) مجلة الأحكام العدلية م / ٤١، الأشباه للسيوطي ص ١٨٥، الأشباه لابن نجيم ص ١٠٢ .

(٢) المدخل ٢ / ٩٩٣ ف ٦٠٤ .

(٣) المنشور ٢ / ٣٦١ .

[٢] أن السُّنَّةَ النَّبَوِيَّةَ أَيْضاً رَدْتَنَا إِلَى الْعَرَفِ فِي تَقْدِيرِ أُمُورٍ لَمْ يَقْدِرْهَا الشَّارِعُ الْحَكِيمُ ، مِنْهَا :

﴿ أ ﴾ قول النبي ﷺ لهند « خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف »^(١) ، أي بما تعارفه الناس واعتادوه في أمر النفقة ، فأجاز لها النبي أن تأخذ من مال زوجها بغير علمه ، ولم يحدد لها المقدار ، وإنما ردها في تحديد مقدار ما يكفيها وولدها إلى العرف المعروف بين الناس .

﴿ ب ﴾ قول النبي ﷺ في خطبة الوداع بعرفات « ولهنَّ عليكم رزقهنَّ وكسوتهنَّ بالمعروف »^(٢) ، فأوجب على الرجال النفقة على زوجاتهم ، وترك تحديدها إلى العرف .

[٣] أن الإسلام حينما أحل للناس البيع والمضاربة والعنان وغير ذلك من العقود والتعاملات لم يضع لها حدوداً أو قوالب لفظية أو عملية ، وإنما تركهم يمارسونها على ما اعتاده الناس ، بعد نفي ما لا يتفق مع نصوص الشريعة من أعراف الناس .

أما استدلال بعض العلماء بآية ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ ﴾ [الأعراف : ١٩٩] وبحديث « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله الحسن » فهو استدلال ضعيف ، وما سقناه من الأدلة فيه الكفاية ، والله تعالى أعلم .

التفريع على القاعدة: من فروع هذه القاعدة ما يلي:

[١] « باع شيئاً بدراهم وأطلق نزل على النقد الغالب »^(٣) .

[٢] « لو باع التاجر شيئاً بثمن ، ولم يصرحاً بحلول ولا تأجيل ، وكان المتعارف فيما

(١) صحيح متفق عليه أخرجه البخاري ك النفقات باب إذا لم ينفق الرجل للمرأة أن تأخذ بغير علمه برقم ٥٣٦٤ ج٩ ص ٥٧٠ ، ومسلم ك الأفضية باب قضية هند برقم ٧ / ١٧١٤ ج ١٢ ص ٣٧٣ ، وأبو داود ك البيوع باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده برقم ٣٥٢٢ ج ٣ ص ١٥٣٠ والنسائي ك أدب القضاة باب قضاء الحاكم على الغائب إذا عرف برقم ٥٤٣٥ ج ٤ ص ٦٣٢ ، وابن ماجه ك التجارات باب ما للمرأة من مال زوجها برقم ٢٢٩٣ ج ٢ ص ٥١٣ .

(٢) صحيح متفق عليه واللفظ لمسلم ك الحج باب حجة النبي ٢ / ٨٨٦ .

(٣) الأشباه للسيوطي ص ١٨٦ .

- بينهم أن البائع يأخذ كل جمعة قدرأ معلوماً؛ انصرف إليه بلا بيان» (١).
- [٣] إذا كان عقد الإجارة مطلقاً حمل على المنفعة المعتادة (٢).
- [٤] القبض لأي سلعة يكون على الوجه المعتاد (٣).
- [٥] الإذن العرفي في الإباحة والتملك والتصرف كاللفظي (٤).
- [٦] «إن اكثرى ظهراً في طريق، العادة السير فيه زمنأ دون زمن لم يسر إلا فيه؛ لأنه المتعارف» (٥).
- [٧] أن للمستعير استعمال العارية، ولكن في حدود الشرط الذي شرط المعير، فإذا لم يصدر من المعير شرطاً وتركها مطلقة فللمستعير الحق في استعمالها كيف شاء، ولكن يقيد بالعرف الجاري في استعمال أمثالها فيقوم العرف هنا بتعيين ما لم يعينه النص.
- [٨] «الالتزامات التبعية الناشئة بعد المعاوضة، كأجرة السمسار وكتابة الصك وأجرة إخراج البضاعة المباعة من مستودعها... كل ذلك إذا سكت المتبايعان عن بيان ما يلتزم به كل منهما فقد اعتبر الفقهاء العرف أصلاً في كل منهما بما تعورف أنه يلزمه» (٦).
- [٩] «العيوب في السلع بحسب ما عند الناس» (٧) فما عدده الناس عيباً فهو عيب ترد به السلعة وما لا فلا.
- [١٠] «ينعقد البيع بكل لفظ يدل عليه عرف الناس وعاداتهم وإن لم يوجد الإيجاب والقبول» (٨) وكذلك «جميع العقود يرجع فيها إلى عرف الناس، فما عدده الناس بيعاً أو إجارة أو هبة كان بيعاً أو إجارة أو هبة، فإن هذه الأسماء ليس لها حد في اللغة والشرع، وكل اسم ليس له حد في اللغة والشرع يرجع في حده إلى العرف» (٩).

(٢) انظر مجموع الفتاوى ٣١ / ٩ .

(١) الأشباه لابن نجيم ص ١٠٣ .

(٤) انظر السابق ٢٩ / ٢٠ .

(٣) السابق ٣٠ / ٢٧٥ .

(٥) الكافي في فقه الإمام أحمد، موفق الدين ابن قدامة المقدسي ط دار إحياء الكتب العلمية ٢ / ٣٢٣ .

(٧) المعيار المعرب ٦ / ٣٦ .

(٦) المدخل الفقهي العام ٢ / ٨٦٥ .

(٩) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩ / ٢٢٧ .

(٨) إعلام الموقعين ٣ / ٢٨ .

القواعد المتفرعة عن هذه القاعدة:

هذه القاعدة الأم يتخرج عليها قواعد تسبح في فلکها، وتدور حول

محورها، من هذه القواعد:

- [١] « إنما تعتبر العادة إذا اضطردت أو غلبت »^(١).
- [٢] « العبرة للغالب الشائع لا للنادر »^(٢).
- [٣] « استعمال الناس حجة يجب العمل به »^(٣).
- [٤] « الحقيقة تترك بدلالة العادة »^(٤).
- [٥] « الكتاب كالخطاب »^(٥).
- [٦] « الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان »^(٦).
- [٧] « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً »^(٧).
- [٨] « المعروف بين التجار كالمشروط بينهم »^(٨).
- [٩] « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص »^(٩).
- [١٠] « لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان »^(١٠).
- [١١] « لا عبرة بالعرف الطارئ »^(١١).
- [١٢] « كل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف »^(١٢).
- [١٣] « الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت »^(١٣).
- [١٤] « العرف القولي يقضى به على الألفاظ ويخصصها، والعرف الفعلي لا يقضى به على الألفاظ ولا يخصصها ».

(٢) المرجع السابق م / ٤٢ .
 (٤) المرجع السابق م / ٤٠ .
 (٦) المرجع السابق م / ٧ .
 (٨) المرجع السابق م / ٤٤ .
 (١٠) المرجع السابق م / ٣٩ .
 (١٢) الأشباه للسيوطي ص ١٩٧ .

(١) مجلة الأحكام العدلية م ٤١ .
 (٣) المرجع السابق م / ٣٧ .
 (٥) المرجع السابق م / ٤٠ .
 (٧) المرجع السابق م / ٣٤ .
 (٩) المرجع السابق م / ٤٥ .
 (١١) ابن نجيم ص ١٠٩ .
 (١٣) الفروق ١ / ١٧٦ .

وفيما يلي نتناول بعض هذه القواعد بشيء من التوضيح:

[١] « العبرة للغالب الشائع لا للنادر » :

هذه القاعدة قد يعبر عنها بلفظ « الغالب معتبر والنادر لا حكم له »^(١)، وأحياناً بلفظ « الأحكام إنما هي للغالب الكثير، والنادر في حكم المعدم »^(٢)، وكلها ألفاظ متقاربة، وهذه القاعدة « أعم من الضابط المعروف المقرر في مجال العرف: إنما تعتبر العادة إذا اضطردت أو غلبت؛ لأن الغالب الشائع هنا ليس محصوراً بأن تكون غلبة وقوعه من جهة أنه عرف تعامل عليه الناس واثلفوه »^(٣). ودور هذه القاعدة مع قاعدة « العادة محكمة » أنها تمثل أحد الشروط الأساسية التي يلزم توافرها ليتحقق معنى العرف، فما كان غالباً شائعاً مضطرباً من عادات الناس فهو المعتبر، ولا عبرة للنادر القليل.

[٢] « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً »:

أي أنه عند غياب الشرط الذي يتفق عليه العاقدان، فإن كان هناك عرف معمول به حل محل الشرط. كأن يستقل شخص سيارة أجرة إلى مكان معين، دون أن يشترط أجرتها أو يتفق مع السائق على أجرة معينة، فإن اختلفا فإن الحكم بينهما هو عرف الناس، وتكون الأجرة المتعارف عليها في مثل هذه المسافة وبمثل هذه السيارة هي المعتبرة وتمل محل الأجرة المشروطة عند غيابها. ويلتحق بهذه القاعدة قاعدة « المعروف بين التجار كالمشروط بينهم » وقاعدة « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص ».

[٣] « لا ينكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمان »:

أي لا ينكر تغيير الأحكام بتغيير أعراف الناس وعاداتهم من زمان لآخر « فإن كان عرفهم وعاداتهم يستدعيان حكماً، ثم تغيرا إلى عرف وعادة أخرى، فإن الحكم يتغير إلى ما يوافق ما انتقل إليه عرفهم وعاداتهم »^(٤).

(٢) زاد المعاد ٥ / ٤٢١ .

(١) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ٢٩٥ .

(٤) شرح القواعد الفقهية ص ٢٢٧ .

(٣) موسوعة الندوى ١ / ١٩٥ بتصرف .

وهذا إنما يكون في الأحكام المترتبة على العوائد ولذلك يعتبر لفظ الإمام القرافي أكثر دقة، حيث صاغ هذه القاعدة بهذا النص «الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت»^(١).

ومن أمثلة ذلك أن أبا حنيفة لم يجوز بيع النخل ودود القز قياساً على سائر الهوام؛ بجامع عدم المالية والتقوم. ثم أجاز محمد بن الحسن الشيباني بيعهما؛ لأنهما صاروا في عهده متقومين^(٢).

وسبب تغير الحكم هنا ليس اختلاف الاجتهاد، وإنما اختلاف العوائد.



الفروق ١ / ١٧٦ .

(٢) انظر «العرف والعادة» د/ أحمد فهمي أبو سنة، ص ١٣٠ .

القواعد الكلية سوى
الخمسة الكبرى

المطلب
الثاني

المقصد الأول

قواعد التابع والمتبوع

القاعدة الأولى: التابع تابع: (١)

التابع لغة: هو الذي يتبع غيره، يقال: تبعه «من باب طرب وسلم إذا مشى خلفه» (٢) و«سار في أثره وتلاه» (٣).

ومعنى القاعدة: «أن التابع لشيء في الوجود تابع له في الحكم؛ لأن التابع لا يحمل وجوداً مستقلاً» (٤).

وقد عبر عن هذه القاعدة بلفظ «التابع لا يفرد» (٥) أي أن التابع لشيء لا يفرد بحكم يخالف حكم متبوعة، وهو نفس معنى القاعدة السابقة.

وجاءت عبارة المجلة أكثر دقة وإحكاماً حيث تنص على: «التابع لا يفرد بالحكم ما لم يصير مقصوداً» (٦) وهذا القيد «ما لم يصير مقصوداً» يخرج من هذا الحكم كل تابع قصد لذاته قصداً يخرج عن كونه تابعا.

ودليل هذه القاعدة حديث أبي سعيد قال: قلنا يا رسول الله: ننحر الناقة، ونذبح البقرة والشاة، وفي بطنها الجنين، أنلقيه أم نأكله؟، فقال: «كلوه إن شئتم فإن ذكاته ذكاة أمه» (٧)، ففي هذا الحديث جعل رسول الله ﷺ حكم

(١) الأشباه للسيوطي ص ٢٢٦ .

(٢) مختار الصحاح ص ٧٤ .

(٣) المعجم الوجيز ص ٧١ .

(٤) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ١٣٠ .

(٥) المنثور ١ / ٢٣٤ .

(٦) مجلة الأحكام العدلية م / ٤٨ .

(٧) صحيح: أخرجه أبو داود ك الضحايا باب ما جاء في ذكاة الجنين برقم ٢٨٢٧ ج ٣ ص ١٢٣٣ . والترمذي ك

الاطعمة باب ما جاء في ذكاة الجنين برقم ١٤٧٦ ج ٤ ص ٧٢ وقال أبو عيسى حسن صحيح، وابن ماجه ك

التجارات باب في ذكاة الجنين ذكاة أمه برقم ١٩٧٩ ج ١ ص ٥٠٥، والبيهقي في السنن برقم ٩ / ٢٣٠ .

التابع الذي هو الجنين نفس حكم متبوعه وهو الأم التي ذبحت، فاعتبر ذكاة التابع نفس ذكاة المتبوع. وكذلك يكون التابع في سائر الأحكام تابعاً لمتبوعه، ما لم يصير مقصوداً دون متبوعه.

من فروع هذه القاعدة:

- [١] « الحميل يدخل في بيع الأم تبعاً لها فلا يفرد بالبيع »^(١).
 - [٢] « من أحيا شيئاً له حريم ملك الحريم على الأصح تبعاً »^(٢).
 - [٣] « زوائد المبيع التي تحصل فيه قبل القبض وبعد البيع مملوكة للمشتري »^(٣).
- القاعدة الثانية: التابع يسقط بسقوط المتبوع: ^(٤)
- ووردت بالمجلة بلفظ « إذا سقط الأصل سقط الفرع »^(٥) وعبر عنها المازري بلفظ « إذا سقط الأصل سقط فرعه وما ابتنى عليه »^(٦).

ومن فروعها:

- « براءة الأصل توجب براءة الكفيل »^(٧) أي أنه « لو أبرأ الدائن المدين من الدين وكان للمدين كفيل بسداده برأ المدين، وبرأ الكفيل تبعاً له »^(٨).
- القاعدة الثالثة: إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه وما بنى عليه: ^(٩)
- ومن فروع هذه القاعدة « إذا بطل عقد بطل ما تضمنه من شروط والتزامات؛ لأنها تبع له، وإذا صالح أحد خصمه المدعى على بدل ثم اعترف المدعى بعد الصلح بأنه لم يكن تجاهه حق بطل الصلح، فيبطل ما تضمنه من تمليك البدل »^(١٠).
- « ومن اشترى شيئاً أو استأجره أو اتهبه ونحوه ثم تصرف فيه، وبعد تصرفه بان أن العقد الأول باطل بطل ما بنى عليه من التصرف الأخير »^(١١).

(١) الأشباه للسيوطي ص ٢٢٦ .

(٢) المنشور ١ / ٢٣٤ .

(٣) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ١٣٠ .

(٤) الأشباه للسيوطي ص ٢٢٧ ، والمنثور للزركشي ١ / ٢٣٥ .

(٥) مجلة الأحكام العدلية م / ٥٠ .

(٦) المعلم للمازري ٢ / ١٧٥ .

(٧) مجلة الأحكام العدلية م / ٦٦٢ .

(٨) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ١٣١ .

(٩) المجلة م / ٥٢ .

(١٠) المدخل الفقهي العام ٢ / ١٠٢٢ ف ٦٤٠ .

(١١) القواعد والأصول الجامعة للسعدى ص ١٠٥ .

وعكس هذه القاعدة أن يقال: «إذا صح ما هو الأصل؛ صح ما جعل بناء عليه»^(١).

القاعدة الرابعة: يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها:^(٢)

هذه القاعدة «فحواها أن الشرائط المطلوبة في محل التصرفات يجب توافرها جميعاً في المحل الأصلي، ويتساهل بها في توابعه»^(٣) ومعناها «أنه يتسامح في التابع مادام تابعاً ما لا يتسامح فيه إذا صار متبوعاً أي مقصوداً»^(٤).

وقد عبر عن هذه القاعدة بألفاظ مقاربة لهذا اللفظ منها: «يغتفر في الشيء إذا كان تابعاً ما لا يغتفر إذا كان مقصوداً»^(٥)، وأيضاً «يغتفر في الثبوت الضمني ما لا يغتفر في الأصل»^(٦)، وكذلك «يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً»^(٧)، و«يجوز تبعاً ما لا يجوز استقلالاً».

ومن فروع هذه القاعدة:

«لا يصح بيع الزرع الأخضر إلا بشرط القطع، فإن باعه مع الأرض جاز تبعاً»^(٨).
«الشفعة لا تثبت للأبنية والأشجار بطريق الأصل وتثبت تبعاً للأرض إذا بيعت معها»^(٩).

«الغرر الذي يؤثر في صحة العقد هو ما كان في المعقود عليه أصالة، أما الغرر في التابع فإنه لا يؤثر في العقد»^(١٠).

القاعدة الخامسة: من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته:^(١١)

«فإذا اشترى الرجل داراً ملك الطريق الموصل إليها»^(١٢)، ولو اشترى قفلاً دخل في البيع مفتاحه، و«من باعه داراً بحقوقها تناول البيع أرضها وبنائها وما هو متصل بها مما هو من مصلحتها كالأبواب المنصوبة والرفوف المستمرة والأوتاد المغروزة، ولا يدخل في البيع ما ليس من مصالحها... كالكراسي والمناضد»^(١٣).

(١) المبسوط ١٩ / ١٧٩ . (٢) مجلة الأحكام العدلية م / ٥٤، الأشباه للسيوطي ص ٢٣٠ .

(٣) موسوعة الندوى ص ١ / ٥٦٣ . (٤) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ١٣٣ .

(٥) المنشور ٣ / ٣٧٦ . (٦) بدائع الرائد لابن القيم ٤ / ٢٧ .

(٧) قواعد ابن رجب ٣ / ١٥ . (٨) الأشباه للسيوطي ص ٢٣١ .

(٩) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ١٣٣ . (١٠) الغرر وأثره في العقود للصادق الصيرير ص ٥٩٤ .

(١١) مجلة الأحكام م ٤٩٩ / ، الهداية للمرغيباني ٩ / ١٧٤ .

(١٢) السابق م / ٤٩ . (١٣) المغنى ٤ / ٦٩ .

المقصد الثاني

قواعد إعمال الكلام وإهماله

القاعدة الأولى: إعمال الكلام أولى من إهماله: (١)

إعمال الكلام هو «أخذه في الاعتبار عند تقدير الأحكام» (٢) وإهماله هو «ترك الأخذ به واعتباره من اللغو الذي لا ينفع ولا يضر» (٣) ومفاد هذه القاعدة أن «الكلام الصادر عن العاقل يصاب عن الإلغاء ما أمكن» (٤)، فإذا أمكن حمله على الحقيقة لم يحمل على المجاز، وإذا لم يمكن حمله على الحقيقة حمل على المجاز صيانة له عن الإلغاء، وإذا انسدت أبواب المجاز ينظر إلى أي وجه يمكن أن يصح الكلام إذا حُمِلَ عليه. فإذا لم يمكن حمله على أي وجه فإنه عندئذ يهمل. والخلاصة أنه «لا يجوز إلغاء اللفظ مع إمكان إعماله» (٥).

ومن فروع هذه القاعدة:

- [١] «عند الاختلاف بين العاقدین في كون العقد هزلاً أو جدّاً، فالقول لمن يتمسك بالجد؛ لأنه الأصل في الكلام» (٦).
- [٢] «لو وقف على أولاده وليس له إلا أولاد أو أولاد حمل عليهم» (٧).
- [٣] «لو كان له زقان أحدهما خمر والآخر خل، فقال أوصيت لزيد بأحدهما؛ يصح ويحمل على الخل» (٨).

وهذه القاعدة يتفرع عنها جملة من القواعد، ذكرها الأستاذ العلامة مصطفى الزرقا في كتابه المدخل (٩)، وهي:

- (١) مجلة الأحكام العدلية م / ٦٠، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٤٤، الأشباه والنظائر للسبكي ١ / ١٧١، المنشور للزرکشي ١ / ١٨٣.
- (٢) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ١٤٢.
- (٣) المرجع السابق ص ١٤٢.
- (٤) موسوعة الندوى ١ / ٤٨٩.
- (٥) الفروق للكرابيسي ٢ / ٢٩٧.
- (٦) موسوعة الندوى ١ / ٤٩١.
- (٧) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٤٤.
- (٨) المنشور ١ / ١٨٣.
- (٩) المدخل الفقهي العام ٢ / ١٠٠٣.

- [١] الأصل في الكلام الحقيقة .
- [٢] إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز .
- [٣] المطلق يجري على إطلاقه ما لم يتم دليل التقييد نصاً أو دلالة .
- [٤] « ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله » .
- [٥] « الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر » .
- [٦] « السؤال معاد في الجواب » .
- [٧] « إذا تعذر إعمال الكلام يهمل » .

وفيما يلي نتناول بعض هذه القواعد بشيء من التفصيل والبيان:

[١] « الأصل في الكلام الحقيقة »: (١)

الحقيقة هي استعمال اللفظ فيما وضع له، والمجاز هو استعمال اللفظ في غير ما وضع له، لقرينة تدل على عدم إرادة المعنى الحقيقي . والمتكلم قد يقصد المعنى الحقيقي الذي وضع اللفظ له وقد لا يريد به معناه الحقيقي ولكن يريد به معنى آخر على سبيل المجاز .

ومعنى القاعدة أن الأصل حمل كلام المتكلم على معناه الحقيقي، وترتيب الحكم على ذلك، ما لم يتم دليل أو قرينة على أن المعنى الحقيقي غير مراد، فعندئذ فقط يحمل على المعنى المجازي؛ وهذا من باب « إعمال الكلام أولى من إهماله » حيث إن نقل اللفظ من المعنى الحقيقي إلى المجازي بلا بينة إهدار للكلام وإهمال له .

ومن أمثلة ذلك أن الرجل إذا أوقف على أولاده وله أولاد صلبيون وأولاد أولاد، حمل الكلام على أولاده الصُلبيين إلا إذا قامت قرينة تدل على أنه لم يقصد الأولاد الصُلبيين فعندئذ يحمل على أولاد الأولاد .

ويقترَب من هذه القاعدة قاعدة « التأسيس أولى من التأكيد » (٢)، فلو كان مع الشخص إيصالان على آخر كل واحد منهما بمبلغ مائة جنيه، فالأصل في الثاني منهما أنه للتأسيس لا لتأكيد الأول إلا إذا ظهر أن الأمانة واحدة وأن

(٢) الأشباه للسيوطي ص ٢٥٤ .

(١) مجلة الأحكام العدلية م / ١٢ .

الإيصال الثاني جاء لتأكيد الأول لا لتأسيس معاملة جديدة.

[٢] «إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز»: (١)

أي إذا تعذر حمل كلام المتكلم على معناه الحقيقي، فإنه يحمل على المعنى المجازي «لأن المجاز عندئذ يتعين طريقاً لإعمال الكلام واجتناب إهماله» (٢).

ومثال ذلك: «لو وقف على أولاده، ولم يكن لهذا الواقف إلا حفدة، انصرف الوقف إليهم؛ على سبيل المجاز؛ لأن المعنى الحقيقي للفظ وهو الأولاد الصليبيون متعذر، والحفيد يسمى ولداً مجازاً فيصرف اللفظ إليه، وذلك خير من إهماله» (٣).

[٣] «السؤال معاد في الجواب»:

«أي: إذا ورد جواب بإحدى الأدوات المجرىة مثل «نعم» أو «بلى» بعد سؤال مفصل، يعتبر الجواب مشتملاً على ما في السؤال من تفصيل؛ لأن مدلولات هذه الأدوات تعتمد على ما قبلها» (٤).

وقد ذكرها الإمام السرخسي (٥) بلفظ «الخطاب السابق كالمعاد فيما بنى عليه الجواب» (٦).

«ومن فروع هذه القاعدة مسائل الإقرار كلها» (٧) فمثلاً «إذا سئل: هل لفلان عليك كذا وكذا بسبب كذا؟ فأجاب: نعم، أو سئل: أليس له عليك كذا؟ فأجابه: بلى، كان مقراً بجميع ما ورد في السؤال، ولو لم يكرره» (٨).

[٤] «ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله»: (٩)

معنى هذه القاعدة «أنه يكفي في الأشياء التي لا تتجزأ ذكر بعضها عن الكل، فإذا أطلق المرء على الكل جزءاً منه كان هذا الجزء قائماً مقامه إذا كان لا

(٢) المدخل الفقهي العام ٢ / ١٠٠٤ .

(٤) موسوعة الندوى ص ١ / ٥١٦ .

(٥) السرخسي: الفيلسوف البارع ذو التصانيف أبو العباس أحمد بن الطيب وقيل: أحمد بن محمد السرخسي من بحور العلم، مات في أول سنة ثمانين ومئتين، سير أعلام النبلاء (١٣ / ٤٤٩) .

(٧) الأشباه للسيوطي ص ٢٦٤ .

(١) مجلة الأحكام العدلية م / ٦١ .

(٣) المدخل ٢ / ١٠٠٤ ف ٦١٧ .

(٦) الميسوط ١٤ / ١٠٥ .

(٨) موسوعة الندوى ١ / ٥١٦ .

(٩) مجلة الأحكام العدلية م / ٦٣، الأشباه لابن نجيم ص ١٦٩ .

يتبعض، وذلك حتى لا يكون الكلام مهملاً^(١) وقد وردت هذه القاعدة في كتب القواعد بلفظ: «ما لا يقبل التبعض فاختيار بعضه كاختيار كله وإسقاط بعضه كإسقاط كله»^(٢)، أي «أن الشيء الذي لا يقبل التجزئة من الأحكام إما أن يثبت كله أو يسقط كله، ولا أثر لاختيار المكلف فيه، فاختيار بعضه يكون كاختيار كله، وإسقاط بعضه يكون كإسقاط كله»^(٣).

من فروع هذه القاعدة:

«لو سلم الشفيع نصف العقار المشفوع يكون بذلك مسقطاً حق شفيعته في الكل؛ لأن الشفعة مما لا يتجزأ»^(٤) فيكون إسقاط بعضها كإسقاط كلها.

(١) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ١٥٠ .
 (٢) الأشباه للسيوطي ص ٢٩٢، والمنثور ٣ / ١٥٣ .
 (٣) المقاصد الشرعية في القواعد الفقهية ص ٣٧٧ .
 (٤) القواعد الفقهية بين الصالة والتوجيه ص ١٥٠ .

المقصد الثالث

قواعد الاحتياط وسد الذرائع

القاعدة الأولى: الشريعة مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم والتحرز مما

عسى أن يكون طريقاً إلى المفسدة: (١)

هذه القاعدة ذكرها الإمام الشاطبي في الموافقات، ويمكن أن تصاغ هكذا

«الشريعة مبنية على الاحتياط وسد الذرائع».

والذرائع حقيقتها «التوصل بما هو مصلحة إلى المفسدة» (٢) والذريعة عبارة

عن «أمر غير ممنوع لنفسه يخاف من ارتكابه الوقوع في المنوع» (٣).

ومن أمثلة ما حرم سداً للذريعة: المزبنة والمحاولة؛ فإن تحريمهما جاء لسد

الذريعة إلى ربا الفضل، وإلى بيع الطعام بجنسه متفاضلاً. ويدخل في هذا الباب

جميع الحيل التي يتوصل بها إلى أكل الربا كالعينة.

القاعدة الثانية: ما حرم سداً للذريعة أبيع للمصلحة الراجعة: (٤)

معناها: أن «ما حرمه الإسلام قطعاً للعلل الواهية والأعذار الوهمية ودفعاً

للمفاسد المترتبة على الأخذ بها والعمل بمقتضاها؛ يبيحه لمصلحة تفوق الضرر

المتوقع من تحصيلها» (٥).

ومن فروعها - وهو من أدلتها أيضاً - أن النبي ﷺ أباح لأصحاب العرايا أن

يبيعوها بخرصها تماً. مع أن الأصل تحريم المزبنة، إلا أن تحريم المزبنة كان لسد

الذريعة، فلما ظهرت مصلحة راجحة من بيع العرايا بخرصها تماً أبيع بيعها.

القاعدة الثالثة: من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه :

هذه القاعدة أوردتها الإمام الزركشي بلفظ «من تعجل الشيء قبل أوانه

عوقب بحرمانه» (٦) وأوردتها الإمام ابن رجب بلفظ «من تعجل حقه أو ما أبيع له

(٢) السابق ٤ / ٥٥٦ .

(١) الموقفات ٢ / ٦٤٢ .

(٣) (الجامع لأحكام القرآن) للإمام القرطبي أبي عبد الله محمد بن أحمد ٢ / ٧٥ .

(٥) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ١١٦ .

(٤) اعلام الموقعين ٢ / ١٦١ .

(٦) المنتور ٣ / ٢٠٥ .

قبل وقته على وجه محرم عوقب بحرمانه»^(١)، وعبارة ابن رجب أكثر وضوحاً.

ومعنى القاعدة: «أن من استعجل الشيء الذي جعل له الشارع وقتاً تجري

عليه الأحكام فيه، على وجه محرم، فإن الشارع يعاقبه بحرمانه من المنفعة التي استعجل من أجلها هذا الشيء؛ لأنه متعدد باستعجاله على الشرع الحكيم»^(٢) فيعامل بضد مقصوده عقوبة له، وزجراً لغيره وسدّاً للذريعة إلى الحرام.

ومن فروع هذه القاعدة وهو من أدلتها أيضاً: أن الشريعة منعت لقاتل من

الميراث، وورد في ذلك الحديث «لا يرث القاتل».

ومن فروعها: أن «من باع شيئاً وسلمه للمشتري قبل قبض ثمنه فقد فوت

حقه في حبس السلعة عنده، فلا يجوز له أن يطالب المشتري برد السلعة حتى يدفع الثمن فقط...، وحيث استعجل في تسليم المبيع قبل قبض الثمن عوقب بسقوط حقه في حبس المبيع»^(٣).

القاعدة الرابعة: الخروج من الخلاف مستحب: (٤)

هذه القاعدة من قواعد الاحتياط، ومعناها أن المسألة إذا كان فيها خلاف

وأمكن الخروج من دائرة الخلاف في المسألة بالأخذ بالأحوط كان ذلك مستحباً.

كأن يتنازع العلماء في معاملة معينة، بعضهم يحلها وبعضهم يحرمها،

فيستحب للمكلف عندئذ أن يخرج من هذا الخلاف بترك هذه المعاملة على

سبيل الاحتياط.

ومن أمثلة هذه القاعدة في باب المعاملات جميع الحيل التي وردت في باب

الربا واختلف العلماء فيها ما بين محلل ومحرم كالعينة والتورق وبيع الحيوان

بالحيوان نسيئة متفاضلاً مع اتحاد الجنس. فإنه يستحب للمكلف أن يخرج من

الخلاف فيها، ولا سبيل إلى ذلك إلا بالاحتياط وترك هذه المعاملات.

(١) قواعد ابن رجب ٢ / ٤٠٤ . (٢) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ١٢٤ .

(٣) السابق ص ١٢٤ .

(٤) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ١٢٦، والأشباه للسيوطي ص ٢٥٦ .

ويشترط للعمل بهذه القاعدة ألا يوقع مراعاة الخلاف في خلاف آخر^(١)، وأن يكون مأخذ المخالف قوياً فإن كان ضعيفاً واهياً لا يؤبه به^(٢).

القاعدة الخامسة: إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام:^(٣)

معنى القاعدة: «إذا تعارض دليلان أحدهما يقتضي التحريم والآخر يقتضي الإباحة قدم دليل التحريم؛ عملاً بالاحتياط»^(٤)، ومن أهم أدلتها حديث «الحلال بين والحرام بين» وقد أوردها الزركشي بلفظ «إذا اجتمع الحلال والحرام والمبيح والمحرم غلب جانب الحرام»^(٥)، وبلفظ آخر في موضع آخر هو «عند تعارض الحظر والإباحة يقدم الحظر»^(٦).

القاعدة السادسة: الحريم له حكم ما هو حريم له:^(٧)

والحريم هو المحيط بالحرام، وكل محرم حريمه حرام، ودليل ذلك حديث «الحلال بين والحرام بين» والثمرة هي الاحتياط وسد الذرائع والوسائل إلى الحرام. ويدخل في هذا الباب حيل الربا كلها.

القاعدة السابعة: وسائل الحرام حرام:^(٨)

أدلة هذه القاعدة هي نفس أدلة قاعدة سد الذرائع، ويستدل عليها أيضاً بقول الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالتَّعَدَّاتِ﴾ [المائدة: ٢].

وقد وردت هذه القاعدة بألفاظ أخرى، منها: «الإعانة على المحذور

محذور»^(٩) ومنها «لوسائل أحكام المقاصد»^(١٠) ومنها «لوسائل حكم المقاصد»^(١١)، كما يستدل على هذه القاعدة بالاستقراء؛ لأن «الشريعة شاهدة

(١) الأشباه للسيوطي ص ٢٥٦ .

(٢) الأشباه للسيوطي ص ٢٠٧، الأشباه لابن نجيم ص ١١٧ .

(٣) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ١٢٢ .

(٤) المنشور ١ / ١٢٥ .

(٥) الأشباه للسيوطي ص ٢٣٨ .

(٦) السابق ١ / ٣٣٧ .

(٧) المغنى ٤ / ٩٧، المعيار ٥ / ٢٦ .

(٨) الفوائد في اختصار المقاصد للعرين عبد السلام، دار الفكر المعاصر دمشق، ١ / ٤٣ .

(٩) مطالب أولي النهى - مصطفى السيوطي الرويحياني، ط المكتب الإسلامي دمشق ٦ / ٢١٧ .

بأن كل حرام فالوسيلة إليه مثله؛ لأن ما أفضى إلى الحرام حرام، كما أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب»^(١)، ومن أمثلتها: هبة التلجئة، فهي باطلة وحرام لأنها ذريعة إلى محرم وهو تفويت حق الغريم أو الوارث، ويدخل فيها بيع كل ما حرم استعماله، ويوع الآجال التي قصد بها أكل الربا على وجه الحيلة.

القاعدة الثامنة: ما حرم استعماله حرم اتخاذه: (٢)

معنى القاعدة: «أنه يحرم على المكلف أن يحوز شيئاً محرماً عنده بأي سبب من أسباب التملك، بشراء أو اتهاب ونحوها، ولو لم يقصد استعماله؛ لأن وجوده في حوزته عامل قوي يؤدي إلى استعماله»^(٣).

وهذا من باب سد الذرائع؛ ولذلك دليل هذه القاعدة هو قاعدة سد الذرائع بأدلتها التي سبق إيرادها.

ومن فروعها تحريم اقتناء الخمر والخنزير وآلات اللهو والمعازف وغير ذلك.

القاعدة التاسعة: ما حرم أخذه حرم إعطاؤه: (٤)

معنى القاعدة: «أن كل ما يحرم على المكلف أخذه لا يجوز له أن يتصدق به أو يهبه لواحد من الناس، ولا يجوز أن يتبرع به لجهة من الجهات الخيرية، ولا أن يضعه في المرافق العامة؛ فالأخذ والإعطاء في الحرمة سواء»^(٥) وهما ذريعة إلى الحرام وتعاون على الإثم والعدوان، وقد حرم الله التعاون على الإثم والعدوان، وسد الذرائع المؤدية إلى الحرام.

وقد عبر الإمام الزركشي عن هذه القاعدة بلفظ: «ما حرم على الآخذ أخذه حرم على المعطي إعطاؤه»^(٦).

ومن فروعها: الرشوة ومهر البغي وحلوان الكاهن.

(١) تفسير ابن كثير، ط المكتبة القيمة، ٣ / ٣٥١ .

(٢) مجلة الأحكام العدلية م ٣٤ /، الأشباه للسيوطي ص ٢٧٧، المنثور للزركشي ٣ / ١٣٩ .

(٣) القاصد الشرعي في القواعد الفقهية ص ٢٩٢ مقدم . (٤) الأشباه للسيوطي ص ٢٧٨ .

(٥) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ١٣٧ . (٦) المنثور ٣ / ١٤٠ .

القاعدة العاشرة: إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع: (١)

معناها: أنه «إذا كان للشئ أو العمل محاذير تستلزم منعه، ودواع تقتضي تسويغه يرجح منعه» (٢) وهذا على سبيل الاحتياط؛ لأنه إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام. فهذه القاعدة تنبثق من «تغليب المحظور على المباح عند اجتماعها» ومن أن «درء المفاسد مقدم على جلب المصالح».

وهذا عندما لا يكون المقتضى راجحاً راجحاً قوياً، لأنه «يمكن تقديم المقتضى على المانع في حالات تستلزم ترجيح تسويغ الشيء على منعه، وكل ذلك جار على قواعد العدل وموازنة المصالح والمفاسد في التشريع الإسلامي» (٣).

ومن الفروع التي تتخرج على هذه القاعدة:

أنه «يمنع الشريك من التصرف في المال المشترك بصورة تضر بشريكه؛ لأن حق شريكه مانع، وإن كان حق نفسه مقتضياً» (٤).

ومنها: «منع المؤجر من التصرف في العين المأجورة بما يمس حق المستأجر تقديماً للمانع وهو حق المستأجر» (٥).

(١) مجلة الأحكام العدلية م / ٤٦، المنشور ١ / ٣٤٨.

(٢) المدخل الفقهي العام ٢ / ٩٨٦.

(٣) موسوعة الندوى ١ / ٤٧٧.

(٤) المدخل الفقهي العام ٢ / ٩٨٦.

(٥) شرح القواعد الفقهية ص ١٤٤.

المقصد الرابع

أهم قواعد الإثبات والبيئات

القاعدة الأولى: البيئة على المدعى واليمين على من أنكر: (١)

الدليل لهذه القاعدة حديث ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» (٢) وروى الترمذي بسنده عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن رسول الله ﷺ قال في خطبته: «البيئة على المدعى واليمين على المدعى عليه» (٣)، ورواه البيهقي بلفظ «البيئة على المدعى واليمين على من أنكر» (٤)، وقال النووي: «هذا الحديث قاعدة كبيرة من قواعد أحكام الشرع» (٥).

وقال الإمام ابن القيم - رحمه الله -:

«وقاعدة الشريعة أن اليمين تكون في جنبه أقوى المتداعيين، فلما كان جانب المدعى عليه قوياً بالبراءة الأصلية؛ شرعت اليمين في جانبه» (٦).

وهذه القاعدة: «تتألف من مقدمتين ينتج من إحداهما الحكم في القضية:

الأولى: منهما مقدمة على الأخرى، وهي: البيئة على من ادعى.

والثانية: تكون عند فقدان البيئة وهي: اليمين على من أنكر. فالمدعى

يطالب بالبيئة، والمدعى عليه إن أنكر يطالب باليمين» (٧).

والبيئة هي كل قرينة أو دليل يثبت المدعى «ومن خص البيئة بالشهادة لم

يوف مسماها حقه، ولم تأت البيئة قط في القرآن مراداً بها الشاهدان، إنما أتت

مراداً بها الحجة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة» (٨).

(١) مجلة الأحكام العدلية م / ٧٦ . (٢) صحيح : رواه مسلم ك الأفضية ٣ / ١٣٣٦ .

(٣) صحيح : أخرجه الترمذى ١٣٤١ ، ومسنده الشافعي ٩٣٣ والدارقطني في السنن ٥٣ .

(٤) صحيح : أخرجه البيهقي ١٦٢٢٢ ، والدارقطني ٩٨ ، والمتقي الهندي في كنز العمال ١٥٢٨٢ ، ومشكاة

المصابيح ٣٧٥٨ . (٥) شرح النووي على صحيح مسلم ١٢ / ٣ .

(٦) زاد المعاد ٥ / ٣٦٥ . (٧) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ١٧٢ .

(٨) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم ص ١٤ .

واليمين على المدعى عليه إذا أنكر؛ لأنه لما كان الأصل العدم، والأصل براءة الذمة؛ استصبحنا ذلك فكان القائل بما يطابق هذا الأصل - وهو المدعى عليه - مصدقاً، ولكن لم يقتصر الشارع الحكيم على الثقة بذلك الأصل حتى أضاف إليه يمين المدعى عليه المتمسك بالأصل؛ لكي تتأكد غلبة الظن بصدقه.

القاعدة الثانية: الأحكام تجري على الظاهر فيما يعسر الوقوف على حقيقته:

هذه القاعدة عبر عنها الإمام ابن حجر^(١) - رحمه الله - بقوله:

«المعاملات على الظواهر، والمعدوم الباطن خفي لا يعلق عليه الحكم»^(٢).

وقال الإمام الشافعي: «الأحكام على الظاهر، والله ولي المغيب»^(٣).

وقال الإمام الخطابي^(٤): «الحكم إنما يجري على الظاهر، وإن السرائر

موكولة إلى الله تعالى»^(٥)، وقال في موضع آخر: إن الحكم بظاهر الكلام، وإنه لا

يترك الظاهر إلى غيره ما كان له مساغ وأمكن فيه استعمال»^(٦)، وعبارة المجلة

«يحكم بالظاهر فيما يعسر الوقوف على حقيقته»^(٧).

ومن أدلتها: قول النبي ﷺ: «إنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم ألحن

بحجته من بعض، فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً بقوله فإنما أقطع له قطعة من

النار فلا يأخذها»^(٨) ووجه الدلالة أن النبي ﷺ أقر في هذا الحديث أنه يحكم

بما ظهر له، ويحمل كل مدل بحجته تبعة الباطن الذي يعلمه هو.

ومن فروع هذه القاعدة: إذا اختلف البيع والمشتري في عيب يحدث مثله،

(١) ابن حجر العسقلاني: شهاب الدين أحمد بن علي العسقلاني الشافعي نسبة إلى مدينة عسقلان الساحلية بفلسطين، ولد بمصر سنة ٧٧٣ هـ، رحل في طلب الحديث إلى الشام والحجاز، زادت مصنفاته على مئة وخمسين مصنفاً، وأشهرها: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، توفي سنة ٨٥٢ هـ. طبقات الحفاظ (٥٥٢/١)، الضوء اللامع (٣٦/٢).

(٢) فتح الباري ٥ / ٣٠٢ . (٣) انظر الام ٤ / ١٢٠ .

(٤) الخطابي: هو الإمام محمد بن محمد بن إبراهيم بن خطاب الخطابي البستي أبو سليمان، ويقال نسبة إلى جد من سلالة زيد بن الخطاب وهو أحد أئمة، أخذ الفقه عن أبي بكر القفال، الحاكم توفي سنة ٣٨٠ هـ، من مصنفاته: الإعلام ومعالم السنن وغرائب الحديث وغيرها، انظر طبقات الشافعية الكبرى ٣ / ٢٨٢، العقد المذهب ص ٥٧ . معالم (السنن) ٢ / ٢١٢ .

(٥) السابق ٣ / ٤٣٤ . (٦) مجلة الأحكام م / ٦٨ .

(٨) صحيح: رواه البخاري عن أم سلمة ك الشهادات ٣ / ١٦٢ .

فقال البيّع حدث عندك، وقال المشتري حدث عندك، فالقول قول البيّع مع يمينه، وإنما كان القول قول البيّع لأن الأصل في العقد الصحة واللزوم، والعيب حادث، فالقول قول مدعى الأصل المعتصم بالظاهر، وإن أقام المشتري البينة قبلت بينته»^(١). وهذه القاعدة كثيرة العمل في باب العقود؛ لأن «الأصل أن تحمل العقود على أسبابها الظاهرة، التي يظهر أنها غرض المتعاقدين، حتى إذا قام دليل أو قرينة على أن حقيقة الأمر غير ظاهرة وجب التمسك بالحقيقة، والأمر هنا موكول بالقضاء»^(٢). بل إن هذه القاعدة يسري العمل بها في غالب الأقضية، وهذا من محاسن الشريعة الإسلامية.

القاعدة الثالثة: دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه:^(٣)

هذه القاعدة متممة للقاعدة السابقة: «يحكم بالظاهر فيما يعسر الوقوف على حقيقته» حيث تجعل الأعمال الظاهرة دليلاً على ما في الباطن، وتعلق الحكم بها، وهذا للتيسير على الناس؛ لأن الباطن يعسر الوقوف على حقيقته. وهذا عام في الشريعة، يقول الإمام الشاطبي: «ومن هنا جعلت الأعمال الظاهرة في الشرع دليلاً على ما في الباطن، فإن كان الظاهر منخرماً حكماً على الباطن بذلك، أو مستقيماً حكماً على الباطن بذلك أيضاً وهو أصل عام في الفقه»^(٤).

ومن فروعها:

- استعمال المشتري للمبيع يقوم مقام الرضا المسقط للخيار.
- تصرف المشتري في المبيع تصرف المالك يسقط خيار الرؤية.

القاعدة الرابعة: الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان:^(٥)

البرهان هو الأدلة القضائية المثبتة التي تسمى بالبينات، ومعنى القاعدة «أن ما ثبت لدى القاضي في مجلس القضاء بالبينة من الحوادث أو نتائجها الشرعية

(١) شرح الحصص على مختصر الطحاوي ١ / ١٤٧ - ١٤٨ بتصرف بسيط .

(٢) الالتزامات لأحمد إبراهيم بك ص ١٠٠ . (٣) موسوعة الندوي ص ١ / ٥٠٤ .

(٤) الموافقات ١ / ٢٠٨ . (٥) مجلة الأحكام العدلية م / ٧٥ .

يعتبر أمراً واقعاً كأنه محسوس مشاهد بالعيان، فيقضي به اعتماداً على هذا الثبوت، وإن كان هناك احتمال خلافه بسبب من الأسباب ككون الشهود كذبة مستترين بالصلاح... ذلك لأن كل هذه الاحتمالات تبقى في حيز الموهومات بالنسبة للبيئة الظاهرة، ولا عبرة للتوهم»^(١).

ومن فروعها: إذا أقام المشتري البيئة على الوكيل أنه قد أوفاه الثمن، والوكيل يجحد ذلك، فقد برئ المشتري من الثمن، والوكيل ضامن له؛ لأن الثابت بالبيئة كالثابت بالمعينة، كما لو عايناه قد قبض الثمن ثم جحده كان ضامناً له.

القاعدة الخامسة: الجهل والخطأ والنسيان يرفع الإثم ولا يسقط الحكم:^(٢) فلو أتلّف المشتري المبيع قبل القبض جاهلاً غرم ثمنه^(٣)، ولو عقد عقد بيع أو إجارة ونحوهما على شيء يظنه ملكه، فبان أنه ليس ملكه وقع العقد باطلاً^(٤)، ولو أتلّف ملك الغير على سبيل الخطأ أو النسيان ضمن.

(١) المدخل ٢ / ١٠٥٥ بتصرف بسيط.

(٢) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ١٩٢.

(٣) السابق ص ١٩٣.

(٤) السابق ص ١٩٣.

المقصد الخامس أهم قواعد الحقوق

القاعدة الأولى : ميزان العدل في الإسلام أن يعطى المرء من الحقوق مثل

ما عليه من الواجبات : (١)

الأصل لهذه القاعدة: قول الله عز وجل: ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾

[البقرة: ٢٢٨] ، أي: للنساء على أزواجهن من الحقوق مثل ما عليهن من الواجبات تجاه أزواجهن ، كما أن استقرار أحكام الشريعة وأصولها يدل على استقرار هذه القاعدة .

وهذه القاعدة وثيقة الصلة بقاعدتي: الغرم بالغنم والغنم بالغرم .

القاعدة الثانية: الحق لا يسقط بالتقادم : (٢)

معناها: أن الحق الثابت في الذمة لا يسقط من تلقاء نفسه بمجرد التقادم

ومرور الزمن وطول الأجل، وإنما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

« فمن ادعى حقاً على إنسان وأقام عليه البينة، ثبت له هذا الحق الذي ادعاه

وحكم القاضي له به، وطالب من عليه الحق أن يوفيه إياه بالمعروف . . . دون أن

يلتفت القاضي إلى الزمن الذي تعلق فيه ذمة المدين بهذا الحق» (٣) .

« ولكن لولي الأمر منع القضاة من سماع الدعوى في أحوال بشروط

مخصصة، ومن ذلك منع سماع الدعوى في بعض الحالات بعد مدة معلومة

محدودة، ومع أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان إلا أن وجه هذا المنع هو تلافي

التزوير والتحايل؛ لأن ترك الدعوى زماناً مع التمكن من إقامتها يدل على عدم

الحق ظاهراً، وعدم سماع الدعوى بعد المدة المحددة ليس مبنياً على سقوط الحق

في ذاته، وإنما هو مجرد منع القضاة عن سماع الدعوى مع بقاء الحق لصاحبه،

حتى لو أقر الخصم يلزمه، ولو كان التقادم مسقطاً للحق لم يلزمه» (٤) .

(١) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ٣١١ . (٢) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ٣٠٦ .

(٣) السابق ص ٣٠٦ . (٤) الموسوعة الفقهية الكويتية ١٣ / ١١٩ .

القاعدة الثالثة: الساقط لا يعود: (١)

هذه القاعدة وردت في كتب الفقه بألفاظ متقاربة، منها «الساقط متلاش» (٢) ومنها «الساقط لا يحتمل الرجوع» (٣).

ومفهومها: «أن المرء إذا أسقط حقاً من الحقوق التي يجوز له إسقاطها؛ يسقط هذا الحق، وبعد إسقاطه لا يعود» (٤).

والحق الذي يسقط بالإسقاط هو ما توافرت فيه أربعة شروط: (٥)

أولها: أن يكون هذا الحق قائماً حين الإسقاط.

ثانيها: أن يكون غير متعلق بتملك الغير.

ثالثها: أن تكون مصلحة صاحبه فيه خالصة أو غالبية.

رابعها: ألا يترتب على إسقاط الحق نتيجة غير مشروعة.

ومن أمثلتها: «ما لو كان الثمن غير مؤجل، وسلم البائع المبيع للمشتري قبل

قبض الثمن، فإنه يسقط حقه في حبس المبيع، وليس له استرداده بعد ذلك وحبسه ليستوفي الثمن» (٦).

القاعدة الرابعة:

من تعلق بماله حق واجب عليه فيادر بنقل الملك عنه صح، ثم إن كان الحق

متعلقاً بالمال لم يسقط، وإن كان متعلقاً بمالكة لمعنى زال بانتقاله عنه سقط، وإن

كان لا يزول بانتقاله لم يسقط على الأصح (٧).

من فروعها: «لو باع الوارث التركة مع استغراقها بالدين ملتزماً لضمانه، ثم

عجز عن وفائه فإنه يفسخ البيع» (٨).

(١) مجلة الأحكام العدلية م / ٥١ .

(٢) المبسوط ١٢ / ١٤٨ .

(٣) البدائع ٦ / ١٥ .

(٤) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ٢٨٥ .

(٥) انظر المدخل الفقهي العام ٢ / ١٠٢٥ - ١٠٢٦ .

(٦) قواعد ابن رجب ١ / ١٩٥ .

(٧) شرح القواعد ص ٢٦٥ .

(٨) السابق ١ / ١٩٨ .

القاعدة الخامسة: تستعمل القرعة في تمييز المستحق إذا ثبت الاستحقاق ابتداءً لهم^(١).

القرعة مشروعة باتفاق الفقهاء، ودليل مشروعيتها ما رواه البخاري عن أم المؤمنين عائشة - رضي عنها - قالت: «كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه، فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه»^(٢).

ومثال ذلك: لو فسخ الشريكان الشركة، وقام المقوم بقسمة أعيانها، وكان لا بد من أن يبدأ أحدهما بالاختيار، فإن هذا الحق ثابت لواحد منهما على الإبهام، فعندئذ تجرى القرعة لتمييز المستحق بالاختيار، إذا لم يتنازل أحدهما للآخر، وهذا على سبيل التيسير والخروج من الخلاف.

القاعدة السادسة: قاعدة الظفر بالحق:

«كل من كان له حق على أحد، فمنعه إياه فله أخذه منه، ولو دون علمه»^(٣). هذه القاعدة ذكرها الإمام الشافعي في كتابه: الأم، ووضحها الإمام البغوي^(٤)، بقوله: «من له حق على غيره يمنعه إياه فظفر من ماله بشئ جاز له أن يقتضي منه حقه، سواء كان من جنس حقه أو لم يكن منه»^(٥)، وقد عمل بها الشافعية، وكذلك الأحناف، ومنعها الحنابلة وأكثر المالكية. والراجح هو رأي القائلين بهذه القاعدة لقول النبي صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة «خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف»^(٦)، فهذا الحديث «فيه دليل على مسألة الظفر بالحق وأخذه من غير مراجعة من هو عليه»^(٧)، ولكن يشترط ألا يولد ذلك مفسدة راجحة، أو يشير فتنة، والله تعالى أعلم.

(١) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ٢٩٢، المنثور ٣ / ٦٢.

(٢) صحيح: البخاري برقم (٢٤٣٥) وابن ماجه برقم (١٩٧٠) والدارمي برقم (٢٢٠٨).

(٣) الأم، محمد بن إدريس الشافعي ط دار المعرفة بيروت ٥ / ١١٣.

(٤) البغوي: الحسين بن مسعود بن محمد البغوي الشافعي، أبو محمد، يعرف بابن الفراء، كان إماماً في التفسير والحديث والفقه، له مصنفات؛ منها: معالم التنزيل في التفسير، وشرح السنّة، والجمع بين الصحيحين، توفي رحمه الله سنة ١٥٦ هـ، طبقات المفسرين للسيوطي ص ١٢، ١٣.

(٥) شرح السنّة للبغوي ٨ / ٢٠٥.

(٦) صحيح: أخرجه البخاري ٥٠٤٩، والنسائي في الكبرى ٩١٩١، وابن ماجه ٢٢٩٣، وأحمد في مسنده ٢٤١٦٣، والدارمي ٢٢٥٩، وابن حبان في صحيحه ٤٢٥٥، والشافعي في المسنده ١٢٧١، وأبي يعلى في مسنده، ٤٦٣٦، ومصنف ابن أبي شيبة ٢٢٠٨٢، والبيهقي في الكبرى ١٥٤٦٨.

(٧) إحكام الأحكام، تقي الدين أبو الفتح، ط دار الكتب العلمية بيروت ٤ / ١٦٤.

المقصد السادس

أهم القواعد المنظمة
للشروط والعقود والتصرفات

القاعدة الأولى: المسلمون عند شروطهم: (١)

هذه القاعدة عبارة نبوية شريفة، والأصل لها ما رواه البخاري معلقاً «المسلمون عند شروطهم»، وما رواه الترمذي من طريق كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً، والمسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً» (٢).

ومعنى هذه القاعدة: أن ما شرطه المسلم على نفسه وجب عليه الوفاء به، ما لم يتضمن هذا الشرط تبديلاً للشرع بتحريم الحلال أو تحليل الحرام، وأن ما شرطه العاقدان في العقد وجب الوفاء به وتعلق العقد به ما لم يناقض مقصود الشرع أو مقصود العقد. ومن المعلوم أن «الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ولا يبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه أو إبطاله» (٣).

القاعدة الثانية: الأصل في الشروط الصحة والجواز: (٤)

هذه القاعدة محل خلاف، فمن العلماء من قال إن الأصل في الشروط والعقود الحظر، «وهم أهل الظاهر، وكثير من أصول أبي حنيفة تنبني على هذا، وكثير من أصول الشافعي، وطائفة من أصحاب مالك وأحمد» (٥) ومن العلماء من قال: «إن الأصل في العقود والشروط الصحة والجواز ولا يحرم منها ولا يبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله» ونصوص أحمد المنصوصة عنه أكثرها يجري على هذا القول، ومالك قريب منه، ولكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط» (٦)

(١) رواه البخاري معلقاً ٤ / ٤٥١ ك الإجارة باب أجرة السمسة .

(٢) (حسن) : رواه أبو داود (٣٥٩٤) والترمذي (١٣٥٢) وابن ماجه (٢٣٥٣) وأحمد (٨٧٧٠) .

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩ / ١٣٢ . (٤) القواعد النورانية لابن تيمية ص ١٨٨ ط دار المعرفة .

(٥) السابق ص ١٨٤ . (٦) السابق ص ١٨٨ .

« وهذا القول هو الصحيح بدلالة الكتاب والسنة والإجماع والاعتبار مع الاستصحاب وعدم الدليل المنافي » (١).

وأوضح الأدلة على هذه القاعدة أن الله تعالى أمر في آيات كثيرة بالوفاء بالعقود والعهود، وهي تشمل بمعناها اللغوي الذي نزل به القرآن كل عقد أو شرط أو التزام. من هذه الآيات قول الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ [المائدة: ١]، وقوله تعالى: ﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴾ [الإسراء: ٣٤]، وقوله: ﴿ الَّذِينَ يُوْفُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَلَا يَنْقُضُونَ الْمِيثَاقَ ﴾ [الرعد: ٢٠]. وهذه الأوامر عامة تشمل كل عقد وعهد والتزام، ولا يخرج منها إلا ما دل الدليل على تحريمه وإبطاله وعدم وجوب الوفاء به.

ومن فروع هذه القاعدة: يجوز للبائع أن يشترط استثناء الجزء الشائع مثل أن يبيع الدار ويستثنى ربيعها أو ثلثها إذا أمكن فصله من دون ضرر (٢).

ويجوز للبائع أن يشترط بعض منفعة المبيع، كأن يسكن الدر شهراً أو يستخدم الدابة إلى مكان معين (٣)، وقد ورد في ذلك حديث جابر الذي يعتبر مثلاً، ويعتبر في الوقت ذاته دليلاً للقاعدة، فقد روى البخاري ومسلم عن جابر ابن عبد الله - رضي الله عنه - أنه كان على جمل له قد أعي فأراد أن يسيبه، قال فلحقني رسول الله صلى الله عليه وسلم فدعا لي وضربه، فسار سيراً لم يسر مثله، فقال: بعنيه بأوقية، قلت: لا، ثم قال: بعنيه، فبعته بأوقية واشترط حملانه إلى أهلي... » (٤).

ويجوز للواقف إذا أوقف شيئاً أن يستثنى منفعته وغلته لنفسه مدة حياته كما روى عن الصحابة أنهم فعلوا ذلك (٥).

ولا يجوز الشرط الجزائي على التأخير في تسليم المسلم فيه أو أداء الدين؛ لمصادمته مقصود الشرع.

(١) القواعد النورانية لابن تيمية ص ١٩٢ ط دار المعرفة .

(٢) السابق ٢٩ / ١٣٣ .

(٣) انظر مجموع الفتاوى ٢٩ / ١٧١ .

(٤) صحيح : رواه البخاري ٢ / ٩٦٨ باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة ، ومسلم بيع البعير واستثناء ركوبة ٣ / ١٢٢١ .

(٥) انظر مجموع الفتاوى ٢٩ / ١٣٦ .

القاعدة الثالثة: الشرط المخالف لمقصود الشارع باطل والعقد صحيح،
والمخالف لمقصود العقد كلاهما باطل: (١)

هذه القاعدة تنص على حكمين؛ الأول أن الشرط المخالف لمقصود الشارع باطل والعقد صحيح، ويدل على هذا الحكم الكلي حديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها في شأن بريرة: «خذيها واشترطي لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق» ففعلت عائشة ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: «أما بعد، فما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله تعالى، ما كان من شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل وإن كان مائة شرط» (٢) الحديث. فهذا الحديث دل على أن النبي صلى الله عليه وسلم أمضى البيع وصححه وأبطل الشرط المخالف للشرع.

الحكم الكلي الثاني هو أن الشرط المخالف لمقصود العقد يبطل ويبطل العقد، ودليل ذلك هو أن إيراد العقد يراد به جميع صورته من التملك وحرية التصرف وغير ذلك، فإذا شرط ما ينافي ذلك المقصود فقد جمع بين المتناقضين، بين إثبات المقصود من التملك وحرية التصرف، وبين ما ينافية من عدم التملك وحرية التصرف، وهذا باطل بلا شك (٣).

أما الحكم الثالث المكمل للحكمين السابقين، والذي يدل عليه فحوى الحديث، فهو أن الشرط الذي لا يخالف مقصود الشرع ولا يخالف مقصود العقد فهو صحيح يجب الوفاء به ولا يبطل العقد. وهذا الحكم هو الذي دلت عليه القاعدة السابقة: «الأصل في الشروط والعقود الصحة والجواز».

(١) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩ / ١٥٦، القواعد النورانية لابن تيمية ص ١٤١، ونظرية العقد لابن تيمية ص ٢١٥.

(٢) صحيح: متفق عليه، أخرجه البخاري ك البيوع باب من اشترط شروطاً في البيع لا تحمل برقم ٢١٦٨ ج ٤ ص ٥٣٦، ومسلم ك العتق باب الولاء لمن اعتق برقم ٦ / ١٥٠٤ ج ١٠ ص ١٠٩، والنسائي ك البيوع باب المكاتب برقم ٤٦٦٩ ج ٤ ص ٢٨٩، وابن ماجه ك العتق باب المكاتب برقم ٢٥٢١ ج ٢ ص ٤٠٢، ومالك في الموطأ ك العتق والولاء باب مصير الولاء لمن اعتق برقم ١٧ ج ٢ ص ٥٩٨، وأحمد في المسند برقم ٢٦٥٣٦، والدارقطني ك البيوع برقم ٢٩١٠، والبيهقي ك المكاتب برقم ٢٢٢٤٦.

(٣) انظر مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٩ / ١٥٦.

ومن فروع هذه القاعدة:

- ﴿ أ ﴾ إذا أقرض شخص آخر بشرط الربا فالشرط باطل والقرض صحيح^(١).
- ﴿ ب ﴾ إذا اشترط المؤجر على الأجير عدم الصلاة في وقت العمل صحت الإجارة وبطل الشرط^(٢).
- ﴿ ج ﴾ إذا اشترط في البيع عقداً آخر كالقرض بطل الشرط والعقد^(٣).
- ﴿ د ﴾ إذا اشترط في المزارعة ربح مكان معين، أو في المضاربة ربح سلعة معينة بطل الشرط والعقد^(٤).

القاعدة الرابعة: الشرط المتقدم على العقد بمنزلة المقارن له: (٥)

هذه القاعدة معناها: أن المتعاقدين «إذا اتفقا على شئ وعقد العقد بعد ذلك فهو مصروف إلى المعروف بينهما مما اتفقا عليه»^(٦) ما لم يصرحا في العقد بخلاف ذلك، فيكون الشرط المتقدم على العقد الذي لم يتبعه ما ينسخه في قوة الشرط المقارن للعقد. وهذه القاعدة أدلتها هي نفس أدلة وجوب الوفاء بالعقود والشروط، فإن الآيات والأحاديث الآمرة بالوفاء والناهية عن النكث لم تفرق بين اتفاق أو شرط مقارن للعقد أو سابق عليه.

القاعدة الخامسة: ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط: (٧)

معنى القاعدة: «أن الحكم الذي ثبت بوضع الشارع وهو الله سبحانه وتعالى مقدم على ما ثبت بالشرط عند التعارض؛ لأنه إذا تقدم ما ثبت بالشرط ترتب عليه تقديم عبارة المخلوق على عبارة الخالق»^(٨).

ومن فروعها: «لو شرط مقتضى العقد لم ينفعه ولم يغيره، ومقتضى العقد مستفاد منه بجعل الشارع لا من الشرط»^(٩).

(٢) انظر السابق ٢٩ / ٢٩١ .

(١) المرجع السابق ٢٩ / ١٤٨ .

(٥) أيضاً ٣٠ / ١٠٤-١٠٥ .

(٣) السابق ٢٩ / ٢٨ .

(٤) القواعد النورانية ص ٢٢٠، مجموع الفتاوى ٢٩ / ٣، ٣٩٦ / ٣، ١٠٦ / ٣٢، ١٦٦ .

(٧) الأشباه للسيوطي ص ٢٧٦، المنثور ٣ / ١٣٤ .

(٦) القواعد النورانية ص ٢٢١ .

(٩) الأشباه للسيوطي ص ٢٧٧ .

(٨) المقاصد الشرعية في القواعد الفقهية ص ٢٩٠ .

ومن فروعها: أنه إذا اجتمع خيار الشرط وخيار المجلس - عند من يقول به - يكون ابتداء خيار الشرط من وقت التفرق؛ لأن خيار المجلس ثابت بالشرع فيقدم على ما يثبت بالشرط، ويترتب عليه ألا تحسب مدة خيار المجلس من مدة خيار الشرط^(١). وهذا هو الراجح والله أعلم.

القاعدة السادسة: العقود تصح بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل: (٢)

اختلف العلماء فيما تصح به العقود على ثلاثة مذاهب: (٣)

الأول: أنها لا تصح إلا بالإيجاب والقبول؛ وهذا هو ظاهر قول الشافعي وهو قول في مذهب أحمد.

الثاني: أن العقود تنعقد بالأفعال فيما كثر عقده بالأفعال كالبيع في المحقرات، وهذا هو الغالب على أصول أبي حنيفة وقول في مذهب أحمد ووجه في مذهب الشافعي.

الثالث: أن العقود تنعقد بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل، فإن اختلف اصطلاح الناس في الألفاظ والأفعال انعقد عند كل قوم بما يفهمونه، وهذا هو الغالب على أصول مالك وظاهر مذهب أحمد.

وقد اختار شيخ الإسلام ابن تيمية الرأي الثالث ورجحه واستدل عليه بما يلي:

[١] أن الله تعالى اكتفي بالتراضي في البيع وطيب النفس في الهبة، فقال: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ [النساء: ٢٩]، وقال: ﴿فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه﴾ [النساء: ٤]، فالآية الأولى في جنس المعاوضات والآية الثانية في جنس التبرعات، ولم يشترط لفظاً ولا فعلاً بذاته يدل على التراضي وطيب النفس، فإذا وجد التراضي وطيب النفس تعلق الحكم بهما بدلالة الآيتين، والناس يعلمون التراضي من عاداتهم في أقوالهم وأفعالهم، فما دل على التراضي من الأقوال والأفعال التي اعتادها الناس في معاملاتهم صحت به العقود.

(١) انظر المقاصد الشرعية ص ٢٩٠.

(٢) القواعد النورانية ص ١١٠، مجموع الفتاوى ٢٩ / ١٣.

(٣) انظر مجموع الفتاوى ٦ / ٤٥٢.

[٢] أن هذه المسميات : البيع والإجارة والهبة ونحوها ذكرت في كتاب الله وسنة رسوله ﷺ، وتعلقت بها أحكام. وكل اسم لا بد له من حد، إما أن تبينه اللغة وإما أن يبينه الشرع، وإلا كان بيانه موكولاً إلى عرف الناس وعاداتهم. وهذه المسميات لم يرد في الشرع ولا في اللغة بيان لحدها وما تنعقد به من الألفاظ والأفعال وما لا تنعقد، فيكون حدها مردوداً إلى عرف الناس وعاداتهم، فما عده الناس بيعاً فهو بيع وما سيموه هبة فهو هبة.

[٣] أن المعاملات من العادات، والأصل فيها عدم الحظر، وبالتالي فلا يحظر شيء من الأقوال والأفعال التي تعقد بها إلا ما دل الدليل على حظره .

[٤] حصول تعاملات من النبي ﷺ وصحابته لم يرد أنهم التزموا ألفاظاً لها، « ومن تتبع ما ورد عن النبي ﷺ والصحابة في أنواع البياعات والمؤاجرات والتبرعات علم ضرورة أنهم لم يكونوا يلتزمون الصيغة من الطرفين »^(١).

وهذه الأدلة التي أوردها شيخ الإسلام في كتابيه تدل على رجحان القول بهذه القاعدة: « العقود تصح بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل »، كما تعتبر أيضاً أدلة للقاعدة التي سنتحدث عنها بعد قليل وهي قاعدة « العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ».

ويتخرج على هذه القاعدة تصحيح بيع المعاطاة، وصحة البيع بكل ما عده الناس بيعاً، وكذلك الإجارة والهبة والشركة وغير ذلك من العقود.

ويستثنى من هذه القاعدة النكاح، إذ لا بد فيه من الإيجاب والقبول؛ لأن النكاح يحتاج إلى الإشهار ولا يكون الإشهار إلا على ما أظهرت النية إما بلفظ صريح، أو كناية احتفت بقرائن تدل على مقصودها. ولأن الأصل في الأبضاع الحرمة بخلاف المعاملات، وأن الشرع يحتاط في الخروج من الحرمة إلى الإباحة أكثر من احتياطه في الخروج من الإباحة إلى الحرمة، وقد ذكر الإمام القرافي خمسة فروق يفترق فيها النكاح عن المعاملات في كتابه الفروق^(٢).

(٢) الفروق ٣ / ١٤١ الفروق ١٥٧ .

(١) القواعد النورانية ص ١١٣ .

القاعدة السابعة: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني: (١)
 هذه القاعدة متفرعة على القاعدة الكلية الكبرى: «الأمور بمقاصدها»
 ولكنني آثرت إيرادها هنا ضمن القواعد المنظمة للعقود؛ لأنها متخصصة في
 العقود، ولكي تتكامل مع القواعد الأخرى في وضع المحددات الرئيسية للعقود.

والأدلة التي أوردناها في القاعدة السابقة: «العقود تصح بكل ما دل على
 مقصودها» هي ذاتها الأدلة التي يستدل بها على أن العبرة في العقود للمقاصد
 والمعاني؛ لأن هذه الأدلة مؤداها أن القصد هو المعتبر، وكل ما دل على هذه
 القصد من قول أو فعل صح به العقد، فلا قداسة للأقوال والأفعال، وليست هي
 بذاتها التي يناط بها الحكم، وإنما هي مجرد دليل على المقصود، فإذا تبين المقصود
 تعلق الحكم به أيّاً كان اللفظ أو الفعل المعبر عنه.

كما يستدل على هذه القاعدة أيضاً بنفس الأدلة التي يستدل بها على
 القاعدة الأم: «الأمور بمقاصدها»، والتي منها حديث «إنما الأعمال بالنيات»؛
 لأن ما يسري على الأصل يسري على الفرع المتولد منه.

وهذه القاعدة شائعة الذكر في كتب الفقه، فهي مذكورة فيها بنفس هذا
 اللفظ، وبألفاظ أخرى مقاربة من هذا اللفظ، منها: «العبرة في العقود لمعانيها لا
 لصورة الألفاظ» (٢) ومنها: «المرعى في العقود حقائقها ومعانيها لا صورها
 وألفاظها» (٣).

وأحسن الألفاظ المعبرة عن هذه القاعدة لفظ الإمام الوشيري:

«إذا دارت المسألة بين مراعاة اللفظ ومراعاة القصد، فمراعاة القصد أولى»
 «فهي توضح المساحة التي تعمل فيها القاعدة، وهي أنه: إذا تبين بالقرائن أن
 القصد مخالف للألفاظ فالعبرة عندئذ للقصد لا للفظ. أما إذا لم يظهر مخالفة
 بين القصد واللفظ تعلق الحكم بهما؛ لأنه: «إذا اجتمع القصد والدلالة القولية أو

(١) مجلة الأحكام العدلية م/ ٢٣ الأشباه للسيوطي ص ٣٠٢، المنشور للركشي ٢ / ٣٧١، ولكنها وردت في
 الأخيرين بنفط «هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها».

(٢) زاد المعاد ٥ / ٢٠٠.

(٣) بدائع الصنائع ٥ / ٣.

الفعلية ترتب الحكم» (١).

معنى القاعدة:

المقاصد: جمع مقصد وهو نية المتكلم ومراده.

والمعاني: جمع معنى وهو الصورة الذهنية التي دل عليها القول أو الفعل.

والمراد بالمقاصد والمعاني « ما يشمل المقاصد التي تعينها القرائن اللفظية التي توجد في عقد فتكسبه حكم عقد آخر... وما يشمل المقاصد العرفية المرادة للناس في اصطلاح تخاطبهم فإنها معتبرة في تعيين جهة العقود» (٢).

ومفهوم القاعدة: « أنه عند حصول العقد لا ينظر إلى الألفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد بل إنما ينظر إلى مقاصدهم الحقيقية من الكلام الذي يلفظ به حين العقد، لأن المقصود الحقيقي هو المعنى وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة، وما الألفاظ إلا قوالب المعاني» (٣).

ومن فروع هذه القاعدة:

« لو قال شخص لآخر: قد أحلتك بالدين الذي لك عندي على فلان، على أن تبقى ذمتي مشغولة حتى دفع المحال عليه الدين لك، فالعقد لا يكون عقد حوالة... والذي جرى إنما هو ضم ذمة إلى ذمة، فأصبح المحال عليه كفيلاً بالدين» (٤).

« المضاربة بشرط أن يكون الربح كله للمضارب قرض» (٥).

« الهبة إذا كانت بشرط العوض، وكان أحد العوضين عقاراً، وتقابضا وجبت الشفعة في العقار للشفيع؛ لأن الهبة باعتبار شرط العوض بيع انتهاء» (٦).

ومما يجدر التنبيه إليه أن الشافعية يرجحون اعتبار الصيغة، قال النووي:

« الاعتبار عندنا بظاهر العقود لا بما ينويه العاقدان» (٧)، ولكن الأمر عندهم ليس

(١) انظر اعلام الموقعين ٣ / ٩٢ .

(٢) درر الحكام ١ / ٢١ .

(٣) تبين الحقائق للزليعي ٥ / ١٥١ .

(٤) شرح الأتاسي ١ / ١٦ .

(٥) المجموع للإمام النووي ط دار الفكر بيروت ط ١٩٩٧م، ٩ / ٢٤٨ .

(٦) شرح القواعد ص ٥٥ .

(٧) المقاصد الشرعية في القواعد الفقهية ص .

على إطلاقه، لهذا وجدنا السيوطي والزرکشي يوردان القاعدة بهذا اللفظ: «هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها» وبين الإمام الزرکشي الجزئية التي يخالف فيها الشافعية فيقول: «الضابط لهذه القاعدة: إن تهافت اللفظ حكم بالفساد على المشهور، كبعثك بلا ثمن، وإن لم يتهافت فيما أن تكون الصيغة أشهر في مدلولها أو المعنى، فإن كانت الصيغة أشهر كأسلمت إليك هذا الثوب في هذا العبد فالأرجح اعتبار الصيغة، لاشتهار السلم في بيوع الدم، وإن لم يشتهر بل كان المعنى هو المقصود كوهبتك بكذا فالأصح انعقاده بيعاً، وإن استوى الأمران فوجهان، الأصح اعتبار الصيغة»^(١).

القاعدة الثامنة: الأصل في العقود بناؤها على قول أربابها: (٢)

أورد الإمام الزرکشي هذه القاعدة، ثم وضحها قائلاً: «فإن الأيدي نراها تتبدل وأراد بيعها أو هبتها أو إجارتها أو غيرها من التصرفات وقال إنها ملكه؛ جاز الإقدام على معاملته فيها، قال الإمام في كتاب الشفعة وهذا أصل مجمع عليه»^(٣).
وتعتبر هذه القاعدة تابعة لقاعدة «الأحكام تبنى على الظاهر فيما يعسر الوقوف على حقيقته» ومعناها أن العاقد إذا أقبل على بيع عين تحت يده أو إجارتها أو غير ذلك من التصرفات فالأصل أن يصدق في أنها ملكه، ويبنى العقد على ذلك، ما لم يظهر ما يدل على خلافه. فإذا ظهر بعد ذلك أنها ليست ملكاً له بطل العقد، وبطل كل ما يترتب عليه.

القاعدة التاسعة: الأصل مضي العقد على السلامة: (٤)

هذه القاعدة مسلمة ببدهيات الشرع والعقل؛ لأن المشتري ينشد السلامة، ويعطى العوض كاملاً ليتقاضى العوض كاملاً؛ فلا يتصور مع هذا الوضع إلا أن تكون السلامة - وإن لم تشترط نصاً - هي شرط ضمني يدل عليه طبيعة المعاوضة أو طبيعة العقد، فلا شك أن «مقتضى العقد السلامة من العيوب»^(٥) وأن

(٢) المنشور ١ / ١٦٩ .

(٤) شرح الجلال المحلى على المنهاج ٢ / ٢٤١ .

(١) المنشور ٢ / ٣٧٤ .

(٣) السابق ١ / ١٦٩ .

(٥) البحر المحيط للزرکشي ١ / ٧١ .

« سلامة الشيء من العيوب شرط ضمني في العقد تقتضيه طبائع الأشياء » (١).

ومن فروع هذه القاعدة:

﴿ أ ﴾ « إذا وكل في شراء سلعة لم يجز أن يشتريها إلا سليمة؛ لأن إطلاق البيع يقتضي السلامة » (٢).

﴿ ب ﴾ « ومن وجد بالمبيع عيباً أخذه بكل الثمن أو رده؛ لأن مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب، فكانت السلامة كالمشروطة في العقد صريحاً؛ لكونها مطلوبة عادة » (٣).

﴿ ج ﴾ « إذا اختلف المتعاقدان في الصحة والفساد، فالقول قول مدعى الصحة » (٤).

أي : إذا اختلف المتعاقدان فادعى أحدهما صحة العقد أو ما يكون وجوده سبباً لصحته، وادعى الآخر فساد العقد أو ما يكون وجوده سبباً لفساده، فالقول قول مدعى الصحة مع يمينه؛ لأنه متمسك بالظاهر. حتى يظهر خلافه.
والاختلاف بينهما على ثلاث مراتب : (٥)

الأولى: أن يختلفا في صفة العقد، فيدعي أحدهما وجوده على وجه مفسد كانضمام فاسد إلى الثمن كدراهم إلى خمر ويدعي الآخر عدمه.

الثانية: أن يختلفا في صحة العقد من أصله كأن يدعي أحدهما أن العصير الذي عقد عليه كان خمراً وينفي الآخر.

الثالثة: أن يختلفا فيما يكون وجوده شرطاً كبلوغ البائع.

القاعدة العاشرة: تعاطي العقود الفاسدة حرام : (٦)

تعاطي العقود الفاسدة له أثار:

الأثر الأول: بطلان هذه العقود، وبطلان كل ما يترتب عليها من أحكام وآثار.

(٢) المغنى ٥ / ٨٠ .

(٣) المنشور ١ / ١٥٣ .

(٦) الأشباه للسيوطي ص ٤٨٦، المنشور ١ / ٣٥٢، ٣ / ١٦ .

(١) مصادر الحق للسنهوري ٢ / ١٣٠ .

(٣) تبين الحقائق ٤ / ٣١ .

(٥) انظر المنشور ١ / ١٥٣ .

الأثر الثاني: أنه يلزم من تعاطاها إثم بسبب تعمده مخالفة الشرع والتعامل في المحظور شرعاً. وإن تعاطاها على سبيل الخطأ أو الجهل أو النسيان سقط الأثر الثاني وهو الإثم وبقي الأثر الأول وهو بطلان العقد وعدم ترتب آثاره عليه.

القاعدة الحادية عشرة:

التقييد إنما يعتبر إذا كان مفيداً^(١) والتعيين معتبر فيما يفيد دون ما لا يفيد:^(٢)

هذه القاعدة يستخرج منها ضابطان وردا في المجلة:

الأول: كل ما اختلف باختلاف المستعملين يعتبر فيه التقييد^(٣).

الثاني: كل ما لا يختلف باختلاف المستعملين فالتقييد فيه لغو^(٤).

ومن أمثلة ذلك:

«إذا استأجر رحى على أن يطحن فيها الحنطة، ولا يطحن غيرها فطحن فيها شعيراً أو شيئاً من الحبوب سوى الحنطة فإن كان ذلك لا يغير بالرحى فلا ضمان عليه»^(٥)، والتقييد هنا لغو، لأنه لا يفيد، حيث لا فرق بين الحنطة والشعير، وهذا مما لا يختلف باختلاف المستعملين.

القاعدة الثانية عشرة:

دليل الرضا كصريح الرضا^(٦) أو دليل الرضا منزل منزلة التصريح به:^(٧)

من المعلوم أن الرضا ركن رئيسي في العقود والتصرفات فلا يصح منها شيء بغير الرضا؛ لقوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، ولكن ليس حتماً أن يصرح بالرضا، بل تقوم الدلالة عليه مقام التصريح به. «فإذا تصرف المشتري في المبيع ببيع أو هبة أو نحوهما، والخيار له وحده، سقط خياره؛ لأن ذلك دليل رضاه وإمضائه للمبيع»^(٨). «وإذا اشترى الرجل أرضاً

(٢) السابق ١٩ / ٨٩ .

(٤) السابق م / ٤٢٨ .

(٦) المبسوط ١٣ / ٩٨ .

(٨) كشف القناع ٣ / ٢٠٨ .

(١) المبسوط للرخسي ١١ / ١٣٧ .

(٣) مجلة الأحكام م / ٤٢٧ .

(د) المبسوط ١٦ / ١٧ .

(٧) كشف القناع ٣ / ٢٢٤ .

فاستأجرها الشفيع منه أو أخذها مزارعة بعد علمه بالشراء فبطلت شفيعته؛ لأن إقدامه على هذه التصرفات دليل الرضا، ودليل الرضا كصريح الرضا» (١).

القاعدة الثالثة عشرة: الإكراه الحلال لا يفقد الرضا بالعقد:

معنى القاعدة: « أن الإكراه إذا كان مشروعاً لمصلحة راجحة أو ضرورة ملحة أو كان دفعاً لعدوان كان العقد المترتب عليه صحيحاً نافذاً، وإن لم يكن الرضا من جهة المكره متحققاً؛ لأن الواجب على المكره حينئذ أن يرضى بقضاء الشرع وأن يسلم له مختاراً، فإن لم يسلم به مختاراً أجبر عليه شرعاً؛ إحقاقاً للحق وإبطالاً للباطل، وإلضاعت الحقوق وذهبت المصالح سدى» (٢).

وذلك مثل إكراه المدين على البيع بقدر ما يقضى دينه وإكراه المختر على البيع، وإكراه المالك على بيع ما تحتاجه المصلحة العامة كتوسيع طريق ونحوه وإكراه المشتري على التنازل عن الشراء للشفيع وإكراه من معه الطعام على إعطاء المضطر ما يرفع ضرورته.

القاعدة الرابعة عشرة: الرضا ركن للعقد وليس سبباً للحل:

هذه القاعدة تتكون من مقدمتين:

الأولى: أن الرضا ركن العقود فلا تصح بدون الرضا؛ لقول الله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ وهذا أصل مجمع عليه.

الثانية: أن هذا الرضا الذي لا تصح العقود إلا به لا يكون سبباً لحل ما حرم منها شرعاً. فالربا من العقود المحرمة شرعاً فلا يحلُّه تراضي الطرفين على ذلك؛ لأن التحليل والتحريم مرده إلى الشرع لا إلى تراضي المتعاقدين، ولو كان التراضي يحل التصرفات والأفعال والأقوال والعقود لكان ربا الجاهلية حلالاً إذا تراضي عليه العاقدان، وهذا مما لا يقول به أحد في أمة الإسلام.

والواقع أن أغلب المعاملات المحرمة التي يتدخل فيها أكثر من طرف تقع

(١) المبسوط ١٤ / ١٣٨ بتصرف بسيط.

(٢) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ٢٦٥.

بتراضي الأطراف، فنكاح المحلل ونكاح المتعة ونكاح الشغار كل هذه العقود المحرمة تقع بتراضي طرفي العقد، بل إن الزنى يحدث برضا طرفين، فهل يمكن أن يقال إن الرضا يحل ما حرم الله تعالى؟ .

القاعدة الخامسة عشرة: الاشتغال بغير المقصود إعراض عن المقصود: (١)

فلو صدر الإيجاب من أحد المتبايعين فأخذ الطرف الآخر في حديث غير موضوع الإيجاب ثم قبل بعد ذلك لم ينعقد البيع؛ لأن انشغاله عن الإيجاب الصادر من الموجب اعراض يرد الإيجاب، فلو طرأ القبول بعد ذلك يكون قد ورد على غير إيجاب، بل يحتاج إلى إعادة الإيجاب « ولو قال طالب الشفعة للشفيع عند لقائه: بكم اشتريت؟ أو اشتريت رخيصاً؟ بطل حقه ».

القاعدة السادسة عشرة المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة: (٢)

« الأصل في الوعد أنه لا يلزم صاحبه قضاء، وإن كان الوفاء مطلوباً منه ديانة، ولكن إذا صدر الوعد مصوغاً في صورة تعليق فحينئذ يعتبر ملزماً؛ لظهور معنى التعهد والالتزام» (٣) ولكن « لا يسوغ التعليق بالوعد إلا فيما يمكن ويصح التزامه شرعاً، وبذلك يخرج منه ما لا يصح التزامه شرعاً كضمان الخسران» (٤).

القاعدة السابعة عشرة:

من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه (٥) أو من سعى في نقض ما قد تم به يبطل سعيه: (٦)

من فروعها: إذا ضمن الدرك لمشتري الدار ثم ادعى الشفعة فيها فلا تسمع دعواه؛ لأن ضمان الدرك للمشتري إقرار بسلامة المبيع له، ودعواه الشفعة سعى لنقض ما تم من جهته .

(٢) المصدر السابق .

(٤) المدخل ١٠٢٩ / ٢ ف ٤٤٦ .

(٦) مجلة الأحكام العدلية م / ١٠٠ .

(١) الأشباه للسيوطي ص ٢٨٨ .

(٣) مجلة الأحكام م / ٨٤ .

(٥) موسوعة الندوى ١ / ٥٨٨ .

القاعدة الثامنة عشرة: الترك فعل إذا قصد: (١)

ومن أمثلة هذه القاعدة أن «العامل في المزارعة الصحيح لو تعمد ترك السقي ففسد الزرع ضمن في الأصح» (٢).

القاعدة التاسعة عشرة:

إذا اجتمعت الإشارة والعبارة، واختلف موجبهما غلبت الإشارة، ويحمل ذكر العبارة على الغلط (٣)

ومثال ذلك «لو قال بعثك داري هذه، وحددها فغلط في حدودها صح البيع» (٤)، ويحمل على ما أشار إليه، ويلغى اللفظ ويحمل على الغلط، ووجه ذلك «أن الإشارة هي الأصل في التعريف، وإنما جعل الأسامي نائبة عنها» (٥).

(١) المنشور ١ / ٢٨٤ .
 (٢) السابق ١ / ٢٨٤ .
 (٣) المنشور ١ / ١٦٧، انظر الأشباه للسيوطي ص ٥٢٥ .
 (٤) الأشباه للسيوطي ص ٥٢٥ .
 (٥) المنشور ١ / ١٦٧ .

المقصد السابع

أهم القواعد المنظمة للملك

القاعدة الأولى: الأصل في التملك الاختيار: (١)

معنى القاعدة: « أن الأصل الذي يجب اعتباره وتقديمه على غيره في التملك هو اختيار الممتلك، فلا يدخل في ملك إنسان شيء بغير اختياره » (٢).
وهذه القاعدة أغلبية، بمعنى أن لها مستثنيات، منها: الإرث فإنه يدخل في ملك الإنسان بغير اختياره، ومنها المردود بالعيب، ومنها إذا طلق قبل الدخول ملك نصف المهر قهراً.

القاعدة الثانية: لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن: (٣)

عبارة المجلة « بلا إذنه » ولكن الأستاذ الزرقا أوردها في المدخل بلفظ « بلا إذن » وعلل ذلك قائلاً « وقد رجحنا حذف الضمير ليشمل إذن الشرع » (٤)،
وأتبع ذلك بقوله « ونفذ تصرف الولي أو الوصي على القاصر ليس استثناء من القاعدة، بل هو مأذون به شرعاً؛ لأنه مستند إلى ولاية » (٥).

ويتفرع عن هذه القاعدة قواعد أهمها:

﴿ أ ﴾ « الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل » (٦) وذلك « لأن فاقد الشيء لا يعطيه، فمن لا يملك التصرف لا يملك الأمر به » (٧).

ومن فروعها: « ما لو أودع شخص بعض ماله وقال للوديع: إذا أنا مت فادفعه لابني، ففعل، وكان للميت المودع وارث آخر؛ فإن الوديع يضمن؛ لأن الوديعة بعد موت المودع تصبح ملك الورثة جميعاً، فأمره بالدفع إلى أحدهم باطل ».

﴿ ب ﴾ « لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد إلا بسبب شرعي » (٨).

(٢) المرجع السابق ص ٣٠٤ .

(٤) المدخل ٢ / ١٠٣٨ .

(٦) مجلة الأحكام العدلية م / ٩٥ .

(٨) مجلة الأحكام م / ٩٧ .

(١) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ٣٠٤ .

(٣) مجلة الأحكام م / ٩٦ .

(٥) المدخل ٢ / ١٠٣٨ ف ٦٥٣ .

(٧) المدخل ٢ / ١٠٣٩ .

ومن فروعها: «يلزم رد بدل الصلح إذا اعترف قابضة بعد الصلح أنه لم يكن له حق» (١).

القاعدة الثالثة: ليس لعرق ظالم حق: (٢)

هذه القاعدة من جوامع كلم النبي ﷺ، ومعناها أن من غرس أو بنى أو حفر في أرض غيره بغير حق فليس له حق، «ويقاس على الأرض غيرها من المغصوبات» (٣).

القاعدة الرابعة:

من اتصل بملكه ملك غيره متميزاً عنه، وهو تابع له، ولم يمكن فصله منه بدون ضرر يلحقه وفي إبقائه على الشركة ضرر، ولم يفصله مالكة، فلمالك الأصل أن يتملكه بالقيمة من مالكة، ويجبر المالك على القبول، وإن كان يمكن فصله بدون ضرر يلحق مالك الأصل فالمشهور أنه ليس له تملكه قهراً لزوال ضرره بالفعل» (٤).

ومن فروعها أن «غراس المستأجر وبناءه بعد انقضاء المدة إذا لم يقلعه المالك له؛ فللمؤجر تملكه بالقيمة لأنه لا يملك قلعه بدون ضمان نقصه، وفيه ضرر عليه» (٥).

القاعدة الخامسة:

■ **تبدل سبب الملك كتبدل العين: (٦)**

■ **تبدل سبب الملك كتبدل الذات: (٧)**

■ **تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات: (٨)**

الأصل لهذه القاعدة حديث أم عطية قالت (٩): «دخل النبي ﷺ على

(١) المدخل ٢ / ١٠٤١ ف ٦٥٥ .

(٢) صحيح: أخرجه البخاري كالحرث والمزاعة باب من أحيا أرضاً مواتاً برقم ١٥ ج ٥ ص ٢٦ وأبو داود ك الخراج والإمارة باب في إحياء الأرض الموات برقم ٣٠٧٣ ج ٣ ص ١٣٤٢ والترمذي ك الأحكام باب ما ذكر في إحياء أرض الموات برقم ١٣٧٨ ج ٣ ص ٦٥٣ وقال أبو عيسى حسن غريب، ومالك في الموطأ ك الأقبضية باب القضاء في عمارة الموات برقم ٢٦ ج ٢ ص ٥٧٠، وأحمد في المسند برقم ٢٣٤٦٣، والدارقطني ك البيوع برقم ٢٧٧٨، والبيهقي ك الغضب باب ليس لعرق ظالم حق برقم ١١٨٧١ .

(٣) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ٢٦٢ . (٤) قواعد ابن رجب ٢ / ١٠٦ القاعدة ٧٧ .

(٥) المرجع السابق . (٦) المبسوط ٩ / ١٦٦ .

(٧) المدخل ٢ / ١٠٢ . (٨) مجلة الأحكام العدلية م / ٩٨ .

(٩) البدائع ٥ / ٢٧٦ .

عائشة فقال: «عندكم شيء» فقالت: لا، إلا شيء بعثت به إلينا أم عطية من الشاة التي بعثتها إليها من الصدقة، قال: «إنها قد بلغت محلها»^(١): أي لما تصرف فيها بالهدية لصحة ملكها لها انتقلت عن حكم الصدقة وصار لها حكم الهدية، فتبدل سبب الملك هنا من الصدقة إلى الهدية في حكم تبادل العين نفسها من صدقة إلى هدية.

ويخلص من هذا الحديث إلى أنه: «إذا تحولت عين الصدقة إلى هدية اكتسبت أحكامها وخصائصها لتبدل سبب الملك»^(٢).

ومن فروع هذه القاعدة:

أنه «لو خرج المبيع من ملك المشتري، فاشتراه الباع من المالك الثاني بأقل مما باعه قبل نقد الثمن جاز؛ لأن اختلاف الملك بمنزلة اختلاف العين فيمنع تحقق الربا، ولو مات المشتري فاشتراه الباع من الورثة بأقل مما باع قبل نقد الثمن لم يجز؛ لأن الملك هنا لم يختلف، وإنما قام الوارث مقام المشتري، بدليل أنه يرد بالعيب ويرد عليه»^(٣).

(١) صحيح: أخرجه البخاري كالهبة.... باب قبول الهدية برقم ٢٥٧٩ ج ٥ ص ٢٨٧، ومسلم ك الزكاة باب الصدقة إذا قبضها المتصدق.... برقم ١٧٤ / ١٠٧٦ ج ٩ ص ١٤٩، وأحمد في المسند برقم ٢٨٠٦١.

(٢) موسوعة الندوى ١ / ٢٩٥.

(٣) بدائع الصنائع ٥ / ١٩٩.

المقصد الثامن

بعض قواعد السياسة الشرعية

القاعدة الأولى:

■ تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة: (١)

■ التصرف على الرعية منوط بالمصلحة: (٢)

معنى القاعدة: « أن تصرف الإمام الأعظم وكل من ولي شيئاً من أمور المسلمين لا يصح ولا ينفذ شرعاً ما لم يكن مقصوداً به المصلحة العامة، فإذا لم يكن كذلك كان باطلاً» (٣)، وبمعنى أكثر وضوحاً « أن إنفاذ تصرف الراعي على الرعية ولزومه عليهم شاءوا أو أبوا معلق ومتوقف على وجود الثمرة والمنفعة في ضمن تصرفه، دينية كانت أو دنيوية، فإذا تضمن منفعة ما وجب عليهم تنفيذه وإلا رد؛ لأن الراعي ناظر، وتصرفه حينئذ متردد بين الضرر والعبث، وكلاهما ليس من النظر في شيء، والمراد بالراعي كل من ولي أمراً من أمور العامة، عاماً كان كالسلطان، أو خاصاً كمن دونه من العمال» (٤).

ويلاحظ مما سبق أن هذه القاعدة لا تخص الإمام الأعظم وحده وإنما تنسحب على كل من ولي شيئاً من أمور المسلمين، فإن « كل من ولي ولاية الخلافة فما دونها إلى الوصية لا يحل له أن يتصرف إلا بجلب مصلحة أو درء مفسدة» (٥).

من أدلة هذه القاعدة:

[١] قول الله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾ [النساء:

٥٨]، ومن أعظم الأمانات أمانة الحكم على الرعية بما يحقق لهم المصلحة

ويدفع عنهم المفسدة.

(٢) مجلة الأحكام العدلية م / ٥٨ .

(٤) شرح القواعد ص ٣٠٩ .

(١) الأشباه للسيوطي ص ٢٣١، المنشور ١ / ٣٠٩ .

(٣) المقاصد الشرعية في القواعد الفقهية ص ٢٥٣ .

(٥) الذخيرة ١٠ / ٤٣ .

[٢] الآيات الأمرة بالتصرف في مال السفهاء واليتامى بما تقتضيه المصلحة، مثل قول الله تعالى: ﴿ وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا ﴾ [النساء: ٥] الآية وأمثالها من الآيات .

[٣] حديث « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته... »^(١) الحديث، والمسئولية تحتم على كل راع أن يتصرف وفق المصلحة .

[٤] عن عائذ بن عمرو أنه دخل على عبد الله بن زياد فقال: أي بني، إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: « اللهم من ولي من أمر أمتي شيئاً فشق عليهم فاشقق عليه، ومن ولي من أمر أمتي شيئاً فرفق بهم فارفق به »^(٢) .

ومن أهم فروع هذه القاعدة :

« أن مصلحة الناس إذا لم تتم إلا بالتسعير سعر عليهم تسعير عدل، لا وكس ولا شطط، وإذا اندفعت حاجتهم وقامت مصلحتهم بدونه لم يفعل »^(٣) .

القاعدة الثانية: الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد:^(٤)

« الأصل لهذه القاعدة إجماع الصحابة، فقد حكم أبو بكر في مسائل خالفه فيها عمر، ولم ينقض حكمه، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة، وحكم عمر في مسائل بحكم ثم حكم بغيره في وقت لاحق حين ظهر له مبرر لتغييره، فقد حكم في المسألة المشتركة بعدم المشاركة، ثم حكم بالمشاركة وقال: ذلك على ما قضينا وهذه على ما نقضي »^(٥) .

(١) صحيح: متفق عليه أخرجه البخاري ك الجمعة باب الجمعة في القرى والمدن برقم ٨٩٣ ج ٢ ص ٥٣٩ ، ومسلم ك الإمارة باب فضيلة الأمير العادل برقم ٢٠ / ١٨٢٩ ج ١٢ ص ٥٢٩ ، والترمذي ك الجهاد باب ما جاء في الإمام برقم ١٧٠٥ ج ٤ ص ٢٠٨ وقال أبو عيسى حسن صحيح، وأحمد في المسند برقم ٤٥٨٩ ، والبيهقي ك الودعة برقم ١٥١٠٠ .

(٢) صحيح: أخرجه مسلم ك الإمارة باب فضيلة الأمير العادل برقم ١٩ / ١٨٢٨ ج ١٢ ص ٥٢٨ ، وأحمد في المسند برقم ٢٥٣٥٩ ، والبيهقي ك البيوع باب ادب القاضي برقم ٢٠٨٧٠ .

(٣) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص ٣٨٤، ٣٨٣ .

(٤) الأشباه للسيوطي ص ٢٠١ ، المنشور / ٩٣ .

(٥) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ١٦٥ .

ومعنى القاعدة:

أن الإمام أو من ينوب عنه إذا حكم في قضية باجتهاده لم ينقض حكمه في هذه القضية باجتهاد آخر، ما دام الأمر في إطار الاجتهاد. «وعلته أنه ليس الاجتهاد الثاني بأقوى من الأول فإنه يؤدي إلى أنه لا يستقر حكم»^(١).
ولكن إذا كان حكم القاضي مخالفاً نصاً أو إجماعاً، أو قياساً جلياً، أو القواعد الكلية، وجب نقضه. «وتحقيقها أن النقض الممتنع إنما هو في الأحكام الماضية»^(٢).

(١) الأشباه للسيوطي ص ٢٠١ .

(٢) المنشور ١ / ٩٣ .

خاتمة المبحث الأول

هذا الفصل جمعت فيه أغلب القواعد الفقهية العامة سواء منها ما كان كلياً وما كان أغلبياً. هذه القواعد تدخل في أبواب الفقه المختلفة، بما فيها أبواب المعاملات المالية، ولكنني اقتصر في ذكر الفروع المتخرجة على القواعد على ذكر أمثلة من أبواب المعاملات؛ لأنها موضوع الرسالة.

وفيما يلي أجمل ذكر هذه القواعد مرتبة حسب ورودها في هذا الفصل

مع إضافة بعض القواعد اليسيرة المتفرقة:

- [١] الأمور بمقاصدها.
- [٢] اليقين لا يزول بالشك.
- [٣] الأصل بقاء ما كان على ما كان.
- [٤] ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه.
- [٥] الأصل عدم.
- [٦] الأصل براءة الذمة.
- [٧] الأصل في الأشياء الإباحة.
- [٨] الأصل في الكلام الحقيقة.
- [٩] القديم يترك على قدمه.
- [١٠] الممتنع عادة كالممتنع حقيقة.
- [١١] الأصل في العادات العفو.
- [١٢] الأصل في العقود والشروط الإباحة والصحة.
- [١٣] الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته.
- [١٤] لا ينسب لساكت قول.

- [١٥] لا عبرة للتوهم .
- [١٦] لا عبرة للظن البين خطؤه .
- [١٧] لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح .
- [١٨] لا ضرر ولا ضرار .
- [١٩] الضرر يزال .
- [٢٠] الضرر لا يزال بمثله .
- [٢١] الضرر يدفع بقدر الإمكان .
- [٢٢] يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام .
- [٢٣] الضرر الأشد يدفع بالضرر الأخف .
- [٢٤] يختار أهون الشرين .
- [٢٥] إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما .
- [٢٦] درء المفساد مقدم على جلب المصالح .
- [٢٧] إذا تعارضت المصالح والمفاسد قدم الأرجح منها على المرجوح .
- [٢٨] المشقة تجلب التيسير .
- [٢٩] إذا ضاق الأمر اتسع .
- [٣٠] الضرورات تبيح المحظورات .
- [٣١] لا واجب مع العجز ولا حرام مع الضرورة .
- [٣٢] الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة .
- [٣٣] الضرورات تقدر بقدرها .
- [٣٤] ما جاز لعذر بطل بزواله .
- [٣٥] إذا زال المانع عاد الممنوع .
- [٣٦] العادة محكمة .
- [٣٧] إنما تعتبر العادة إذا اضطردت أو غلبت .

- [٣٨] العبرة للغالب الشائع لا للنادر .
- [٣٩] استعمال الناس حجة يجب العمل بها .
- [٤٠] الحقيقة تترك بدلالة العادة .
- [٤١] الكتاب كالخطاب .
- [٤٢] الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان .
- [٤٣] المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً .
- [٤٤] المعروف بين التجار كالمشروط بينهم .
- [٤٥] التعيين بالعرف كالتعيين بالنص .
- [٤٦] لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان .
- [٤٧] لا عبرة بالعرف الطارىء .
- [٤٨] كل ما ورد بالشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه للعرف
- [٤٩] الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت .
- [٥٠] التابع تابع .
- [٥١] التابع يسقط بسقوط المتبوع .
- [٥٢] إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه .
- [٥٣] يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها .
- [٥٤] من ملك شيئاً ملك ما هو من ضرورته .
- [٥٥] إعمال الكلام أولى من إهماله .
- [٥٦] الأصل في الكلام الحقيقة .
- [٥٧] إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز .
- [٥٨] المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة .
- [٥٩] ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله .
- [٦٠] الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر .

- [٦١] السؤال معاد في الجواب .
- [٦٢] إذا تعذر إعمال الكلام يهمل .
- [٦٣] الشريعة مبنية على الاحتياط وسد الذرائع .
- [٦٤] ما حرم سداً للذريعة أبيع للمصلحة الراجعة .
- [٦٥] من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه .
- [٦٦] الخروج من الخلاف مستحب .
- [٦٧] إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام .
- [٦٨] الحريم له حكم ما هو حريم له .
- [٦٩] وسائل الحرام حرام .
- [٧٠] ما حرم استعماله حرم اتخاذه .
- [٧١] ما حرم أخذه حرم إعطاؤه .
- [٧٢] إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع .
- [٧٣] الأحكام تجرى على الظاهر فيما يعسر الوقوف على حقيقته .
- [٧٤] دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه .
- [٧٥] الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان .
- [٧٦] الجهل والخطأ والنسيان يرفع الإثم ولا يسقط الحكم .
- [٧٧] البينة على المدعي واليمين على من أنكر .
- [٧٨] ميزان العدل في الإسلام أن يعطي المرء من الحقوق مثل ما عليه من الواجبات .
- [٧٩] الساقط لا يعود .
- [٨٠] الحق لا يسقط بالتقادم .
- [٨١] تستعمل القرعة في تمييز المستحق إذا ثبت الاستحقاق ابتداءً لغيرهم .
- [٨٢] المسلمون عند شروطهم .

- [٨٣] الأصل في الشروط والعقود الصحة والجواز .
- [٨٤] الشرط المتقدم على العقد بمنزلة المقارن .
- [٨٥] ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط .
- [٨٦] العقود تصح بكل ما دل على مقصودها .
- [٨٧] العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني .
- [٨٨] الأصل في العقود بناؤها على قول أربابها .
- [٨٩] الأصل مضى العقد على السلامة .
- [٩٠] إذا اختلف المتعاقدان في الصحة والفساد فالقول لمدعى الصحة .
- [٩١] تعاظمي العقود الفاسدة حرام .
- [٩٢] التقييد إنما يعتبر إذا كان مفيداً .
- [٩٣] دليل الرضا كصريح الرضا .
- [٩٤] الإكراه الحلال لا يفقد الرضا بالعقد .
- [٩٥] الرضا ركن للعقد وليس سبباً للحل .
- [٩٦] الاشتغال بغير المقصود إعراض عن المقصود .
- [٩٧] المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة .
- [٩٨] الترك فعل إذا قصد .
- [٩٩] من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه .
- [١٠٠] الشرط المخالف لمقصود الشرع يبطل ويصح العقد ، والمخالف لمقصود العقد يبطل العقد .
- [١٠١] إذا اجتمعت الإشارة والعبارة واختلفت موجبهما غلبت الإشارة .
- [١٠٢] الأصل في التملك الاختيار .
- [١٠٣] لا يجوز لأحد التصرف في ملك الغير بلا إذن .
- [١٠٤] ليس العرق ظالم حق .

- [١٠٥] تبدل سبب الملك كتبدل العين .
- [١٠٦] تصرف الإمام على الرغبة منوط بالمصلحة .
- [١٠٧] الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد .
- [١٠٨] كل من كان له حق على أحد فمنعه إياه فله أخذه منه ولو بدون علمه .
- [١٠٩] إذا بطل الأصل يصار إلى البديل^(١) .
- [١١٠] الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمياً^(٢) .
- [١١١] الدفع أقوى من الرفع^(٣) .
- [١١٢] البقاء أسهل من الابتداء^(٤) .
- [١١٣] يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء^(٥) .

(١) المدخل الفقهي العام ٢ / ١٠٢٢ بلفظ « إذا تعذر... » .

(٢) موسوعة الندوى ١ / ٣٩٥ .

(٣) المنشور ٢ / ١٥٥ ، والأشباه للسبكي ١ / ١٢٧ بلفظ « الدفع أسهل من الرفع » .

(٤) الأشباه لابن نجيم ص ٢٦٨ .

(٥) المجلة م / ٥٥ .

المبحث الثاني التطبيق المعاصر

في هذا المبحث أتناول بعض المسائل المعاصرة التي تتخرج على القواعد الكلية التي قررتها آنفاً.

ومن الصعب أن ألتزم الاستيعاب؛ لكثرة المسائل واتساعها على هذا البحث، ولأن كثيراً من القواعد التي ذكرناها لم يظهر لها في الواقع تطبيقات عملية. ثم إن الهدف ليس هو الاستيعاب، وإنما الهدف هو التمثيل الذي يبرز دور القواعد في معالجة النوازل.

المسألة الأولى: مسألة تداول أسهم الشركات المساهمة :

هذه المسألة من المسائل التي تبحث في ضوء القواعد الكلية، والخلاف فيها يحسمه الترجيح بين هذه القواعد، وقد اختلف العلماء المعاصرون اختلافاً كبيراً بسبب التداخل الشديد بين إيجابيات وسلبيات هذه الشركات.

وقبل الدخول في هذه المسألة ينبغي أن أوضح الآتي:

[١] أن جماهير العلماء المعاصرين قالوا بجواز شركات المساهمة التي تقوم على الأنشطة المباحة شرعاً؛ لأن الأصل في المعاملات والمشاركات الإباحة، ولأن الأسس التي تنبني عليها هذه الشركات لا تختلف عن الأسس التي وضعتها الشريعة للمشاركات.

[٢] أن أسهم هذه الشركات نوعان: أسهم ثابتة تبقى ما بقيت الشركة، وأسهم متحركة تقبل التداول والبيع والشراء.

[٣] أن تداول هذه الأسهم بيعاً وشراءً تكتنفه عدة محاذير، أهمها:

■ أن السهم الواحد يدخل فيه - بحكم كونه مشاعاً - أشياء كثيرة؛ مما

يصعب عملية الإطلاع الكامل النافية للجهالة .

■ أن من العناصر المكونة للسهم: النقود، وهى من الربويات التي يشترط في المعاوضة بينها التقابض والتماثل عند الاتفاق في الجنس والعلة، والتقابض فقط عند اختلاف الجنس واتحاد العلة. فمن اشترى السهم بنقود فلن يسلم غالباً من الوقوع في شئ من ربا البيوع.

■ قد يكون جزء من هذه الأسهم متمثلاً في ديون وقد يؤخر المشتري جزءاً من ثمن السهم، فيقع في بيع الدين بالدين أو الكالى بالكالى.

■ بعض هذه الشركات لا تسلم من التعامل مع البنوك الربوية إقراضاً واقتراضاً.

[٤] أن العلماء المعاصرين لم يختلفوا في عدم جواز شراء شيء من أسهم الشركات المساهمة إذا كانت أنشطتها فيما يحرم على الناس التعامل به.

وفي ضوء ما ذكرنا نستطيع أن نحصر الخلاف في مرتبتين:

المرتبة الأولى: حكم تداول أسهم الشركات المساهمة إذا لم تكن تتعامل مع البنوك الربوية إيداعاً أو سحباً. وفي هذه الحالة تقتلص المحاذير بانتفاء المحذور الرابع وهو أخطرها، وتتحصر في المحاذير الثلاثة الأولى.

المرتبة الثانية: حكم تداول أسهم الشركات المساهمة إذا كانت تضطر إلى التعامل مع البنوك الربوية، مع كونها في الأصل تتاجر وتعمل في الأنشطة المباحة شرعاً. وفي هذه الحالة تكون قد اجتمعت فيها المحاذير الأربعة السالفة الذكر.

وفيما يلي نتناول كل واحدة من المرتبتين بشيء من البيان.

أما حكم تداول أسهم الشركات المساهمة التي تعمل في الأنشطة المباحة ولا تتلبس بالربا، لا أخذاً ولا إعطاءً فهو الإباحة، برغم المحاذير الثلاثة التي أشرنا إليها آنفاً.

وهذا الحكم يستمد من القواعد الكلية الآتية:

[١] قاعدة: (يجوز تبعاً ما لا يجوز استقلالاً) : فما يشوب بيع الأسهم من ربا الفضل وبيع الكالى بالكالى إنما يثبت تبعاً لا أصلاً، وقد سبق في الفصل

الأول تقرير قاعدة يجوز تبعاً ما لا يجوز استقلالاً و يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها .

[٢] قاعدة: (ما لا يمكن التحرز منه فهو عفو) وهي قاعدة متفرعة عن القاعدة الأم : (المشقة تجلب التيسير ، وإذا ضاق الأمر اتسع) فما يشوب هذه الأسهم من الغرر يسير ، وهو مغتفر . وهو مما لا يمكن التحرز منه ، وتكليف المشتري بالإطلاع على كل جزء من أجزائه يفضي للعتق والمشقة ، فيكتفي بالمعرفة الإجمالية ؛ دفعاً للمشقة .

[٣] قاعدة: (الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة) ولا شك أن هذه الشركات لا غنى عنها في التنمية ، والاشترك فيها يعد حاجة للفرد والمجتمع .

وبناء على ما سبق : يجوز تداول أسهم هذه الشركات ، وهذا ما أفتى به العلماء والهيئات العلمية ، فقد أفتى سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم مفتي الديار السعودية الأسبق بالجواز ، وكان مما قال : فإن قيل إن فيها جهالة لعدم معرفة أعيان ممتلكات الشركة وصفاتها ، فيقال إن العلم في كل شيء بحسبه ، فلا بد أن يطلع المشتري على ما يمكن الاطلاع عليه بلا حرج ولا مشقة . . . فالمعرفة الكلية ممكنة ولا بد ، وتتبع الجزئيات في مثل هذا فيه مشقة وحرج ومن القواعد المقررة أن المشقة تجلب التيسير^(١) .

وصدرت عن اللجنة الدائمة للبحوث العملية والإفتاء بالسعودية الفتوى رقم (٤٠١٦) ثم الفتوى رقم (٥١٤٩) بجواز بيع الأسهم إذا كانت لا تمثل نقوداً تمثيلاً كلياً أو غالباً^(٢) ومعنى هذا أن السهم إذا مثل نقوداً تمثيلاً ليس كلياً ولا غالباً وإنما تبعاً . فلا بأس به ، ويظهر من هذا أن المستند فيه هو قاعدة يجوز تبعاً ما لا يجوز استقلالاً .

أما حكم تداول أسهم الشركات التي تتعامل مع البنوك الربوية بعض التعامل ، فإن الخلاف فيه محتدم ، فيذهب البعض إلى جوازه ؛ استناداً إلى القواعد

(١) فتاوى ورسائل ٧ / ٤٢ .

(٢) انظر فتاوى اللجنة الدائمة ١٣ / ٣٢٠ ، ٣٢١ .

السابقة. منهم الشيخ عبد الله بن سليمان بن منيع عضو هيئة كبار العلماء في المملكة السعودية (١).

غير أن هذه القواعد لا تنسحب على الربا؛ لأنها قواعد كلية عامة تقابلها في باب الربا قواعد خاصة، تستثنى الربا وتخرجه من عموم هذه القواعد.

من هذه القواعد الخاصة بالربا:

[١] «الربا لا تصح إباحته في الشرع تبعاً» (٢).

[٢] «الربا لا يجوز قليلة ولا يجوز كثيرة، وليس كالغرر الذي يجوز قليلة ولا يجوز كثيرة» (٣).

فبناء على هذه القواعد، وبناء على تشديد الشرع في أمر ربا الديون أو ربا الجاهلية فإنه لا يجوز شراء سهم في شركة تتعامل مع البنوك الربوية ولو بعض التعامل، حتى ولو كان أصل نشاطها في المباحات.

وربا الجاهلية يختلف عن ربا البيوع؛ لأن ربا البيوع حرم لأنه ذريعة إلى ربا الجاهلية، وما حرم سداً للذريعة يباح عند الضرورة.

وهذا الحكم هو الذي انتهى إليه مجلس الجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الرابعة عشرة بمكة في يناير عام ١٩٩٥ م، وأصدر قراره الرابع بما يلي:

[١] بما أن الأصل في المعاملات الحل والإباحة فإن تأسيس شركة مساهمة لأغراض وأنشطة مباحة أمر جائز شرعاً.

[٢] لا خلاف في حرمة الإسهام في شركات غرضها الأساسي محرم كالتعامل بالربا أو تصنيع المحرمات أو المتاجرة فيها.

[٣] لا يجوز لمسلم شراء أسهم الشركات المساهمة إذا كان في بعض معاملاتها

(١) انظر بحث «حكم تداول أسهم الشركات المساهمة بيعاً وشراءً وتمليكاً»، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة عدد (٧).

(٢) الحاوي الكبير ٥ / ٢٦٩.

(٣) التمهيد ١٤ / ٢١٣.

رباً، وكان المشتري عالماً بذلك .

[٤] إذا اشترى شخص وهو لا يعلم أن الشركة تتعامل بالربا ثم علم ، الواجب عليه الخروج منها .

والتحريم في ذلك واضح لعموم الأدلة من الكتاب والسنة في تحريم الربا؛ لأن شراء أسهم الشركات التي تتعامل بالربا مع علم المشتري بذلك يعنى اشتراك المشتري نفسه في التعامل بالربا؛ لأن السهم يمثل جزءاً شائعاً من رأس مال الشركة، والمساهم يملك حصة شائعة من موجودات الشركة، فكل مال تقرضه الشركة بفائدة أو تقرضه بفائدة فللمساهم نصيب منه؛ لأن الذين يباشرون الإقراض والإقتراض بفائدة يقومون بهذا العمل نيابة عنه، وبتوكيل منه، والتوكيل بعمل المحرم لا يجوز.. (١).

وهذا الحكم هو الراجح لظهور أدلته، والله تعالى أعلم .

المسألة الثانية: مسألة الظروف الطارئة :

من القواعد الكبرى التي ينبني عليها كثير من الأحكام قاعدة (لا ضرر ولا ضرار) وقاعدة (الضرر يزال) وقاعدة (الضرر يدفع بقدر الإمكان) ، في ضوء هذه القواعد ناقش العلماء المعاصرون مسألة: الظروف الطارئة .

والمقصود بالظروف الطارئة: أنه قد يطرأ على العقود ذات التنفيذ المتراخي

تبدل في الظروف المحيطة بها، مما يرجع على أحد المتعاقدين بالضرر الكبير والخسائر الجسيمة، كأن يوقع طرفان عقد مقاوله على إنشاء مبنى معين، ويتفقان على الثمن المقابل لهذه المقاوله، ثم يفاجأ الطرف المسئول عن تنفيذ العملية بارتفاع شديد في الأسعار بسبب ما من الأسباب الطارئة، مما يترتب عليه خسارة فادحة وأعباء جسيمة، ومثل ذلك قد يحدث في عقد من عقود التوريد .

وقد ناقش مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة

١٤٠٢ هـ هذه القضية، فبدأ باستعراض أقوال فقهاء المذاهب في نظائر هذه

(١) القرار الرابع لمجمع رابطة العالم الإسلامي في الدورة الرابعة عشرة: شعبان ١٤١٥ هـ - يناير ١٩٩٥ .

المسألة. ثم بحثها في ضوء قاعدة لا ضرر ولا ضرار ثم قرر ما يلي :

[١] في العقود المتراخية التنفيذ - كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات - إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد، تبديلاً غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تغييراً كبيراً، بأسباب طارئة عامة، لم تكن متوقعة حين التعاقد، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة في تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة إهمال أو تقصير من الملتزم في تنفيذ التزاماته، فإنه يحق للقاضي في هذه الحال عند التنازع وبناء على الطلب تعديل الحقوق والالتزامات بصورة توزيع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين. كما يجوز له أن يفسخ العقد فيما لم يمتد تنفيذه منه إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ، يجبر له جانباً معقولاً من الخسارة التي تلحقه في العقد، ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعاً رأى أهل الخبرة الثقات.

[٢] ويحق للقاضي أيضاً أن يهمل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيراً بهذا الإهمال.

المسألة الثالثة: مسألة الشرط الجزائي :

من القواعد التي لها تأثير كبير في مجالات العقود قاعدة (الأصل في الشروط والعقود الصحة والإباحة) وقد سبق تقرير هذه القاعدة في الفصل الأول من هذا الباب.

ومن المسائل التي تناقش في ضوء هذه القاعدة: مسألة الشرط الجزائي.

وهي مسألة من المسائل التي كثر التعامل بها في الحياة المعاصرة؛ مما استدعى بحثها من الجامع والمؤسسات الفقهية الحالية.

والشروط الجزائية منبئة في التعاملات المعاصرة، والأمثلة على الشرط الجزائي كثيرة ومتنوعة، فشروط المقاوله قد تتضمن شرطاً جزائياً يلزم المقاول بدفع مبلغ معين عن كل يوم، أو عن كل أسبوع، أو عن كل مدة أخرى من الزمن يتأخر فيها

المقاول عن تسليم العمل المعهود إليه إنجازَه، ولائحة المصنع قد تتضمن شروطاً جزائية تقضى بخصم مبالغ معينة من أجره العامل جزاء له على الإخلال بالالتزامات المختلفة، وتعريفه مصلحة السكك الحديدية أو مصلحة البريد قد تتضمن تحديد مبلغ معين هو الذي تدفعه المصلحة للمتعاقد معها في حالة فقد طرد أو فقد رسالة (١).

ويمكن تعريف الشرط الجزائي بأنه: اتفاق يقدر فيه المتعاقدن سلفاً ضمناً مالياً على الطرف الذي ينكص عن تنفيذ الالتزام أو يتأخر في تنفيذه.

وبموجب قاعدة الأصل في الشروط والعقود الصحة والإباحة فإن الشرط الجزائي من حيث الأصل صحيح وجائز، إلا إذا أحل حراماً أو حرم حلالاً. فإذا تضمن الشرط الجزائي ما يخالف الشرع فإنه لا يصح، كأن يشترط الدائن على المدين زيادة معينة على الدين إذا تأخر في سداه عن الموعد المحدد؛ لأن هذا الشرط تضمن الربا. وقد سبق تقرير قاعدة الشرط المخالف لمقصود الشرع يبطل ولا يبطل العقد، والمخالف لمقصود العقد يبطل ويبطل العقد.

أما إذا كان الشرط الجزائي لا يخالف مقصود الشرع ولا مقصود العقد، ولا يحل حراماً أو يحرم حلالاً فإن الأصل فيه كسائر العقود والشروط الصحة والجواز؛ لعموم أدلة وجوب الوفاء بالعقود والعهود.

وقد بحثت هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية هذه المسألة،

وهذا ملخص قرارها:

الحمد لله، بعد مداولة الرأي والمناقشة واستعراض المسائل التي يمكن أن يقاس عليها الشرط الجزائي، ومناقشة توجيه قياسه على تلك المسائل، والإيراد عليه، وتأمل قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وما روى عنه ﷺ من قوله: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»، ولقول عمر «مقاطع الحقوق عند الشروط» والاعتماد على القول

الصحيح من أن الأصل في الشروط الصحة وأنه لا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً... فإن المجلس يقرر بالإجماع أن الشرط الجزائي الذي يجرى أشترطه في العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به، ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعاً؛ فيكون العذر مسقطاً لوجوبه حتى يزول.

وإذا كان الشرط الجزائي كثيراً عرفاً بحيث يراد به التهديد المالي، ويكون بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو لحق من مضرة، ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر؛ عملاً بقول الله تعالى: ﴿ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ﴾ [المائدة: ٨]، وبقوله ﷺ: « لا ضرر ولا ضرار » وبالله التوفيق^(١).

وفي دورته الثانية عشرة بالرياض ناقش مجمع الفقه الإسلامي مسألة الشرط الجزائي ثم قرر ما يلي:

أولاً: الشرط الجزائي في القانون هو اتفاق بين متعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه.

ثانياً: يؤكد المجلس قراراته السابقة بالنسبة للشرط الجزائي، والواردة في قراره في السلم، رقم ٨٥ (٢ / ٩) ونصه: « لا يجوز الشرط الجزائي عند التأخير في تسليم المسلم فيه لأنه عبارة عن دَيْن، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير » وقراره في الاستصناع رقم ٦٥ (٣ / ٧) ونصه « يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة » وقراره في البيع بالتقسيط رقم ٥١ (٢ / ٦) ونصه « إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط بعد الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدَّين

(١) أبحاث هيئة كبار العلماء ط مكتبة السنَّة ١ / ٢١٣ - ٢١٤ .

بشرط سابق أو بدون شرط؛ لأن ذلك ربا محرم».

ثالثاً: يجوز أن يكون الشرط الجزائي مقترباً بالعقد الأصلي كما يجوز أن يكون في اتفاق لاحق قبل حدوث الضرر.

رابعاً: يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً؛ فإن هذا من الربا الصريح. وبناء على هذا فيجوز هذا الشرط - مثلاً - في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، وعقود التوريد بالنسبة للصانع إذا لم ينفذ ما التزم به أو تأخر في تنفيذه.

ولا يجوز - مثلاً - في البيع بالتقسيط بسبب تأخر المدين عن سداد الأقساط المتبقية سواء كان بسبب الإعسار أو المماطلة. ولا يجوز في عقد الاستصناع بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء ما عليه.

خامساً: الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي، وما لحق المضرور من خسارة حقيقية، وما فاته من كسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي.

سادساً: لا يعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شرط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسبب خارج عن إرادته، أو أثبت أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد.

سابعاً: يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في مقدار التعويض إذا وجدت مبرراً لذلك، أو كان مبالغاً فيه^(١).

المسألة الرابعة: قرارات الولاية فيما يتعلق بالأسواق:

في ظل القاعدة الشرعية السياسية: «تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة» ينبغي أن نبحث مشكلة الاضطراب الملحوظ في الأسواق، والذي يسببه في كثير من الأحيان الخطأ في تصرف أولياء الأمور، إما بالإقدام على ما يجب عليهم الإحجام عنه وإما بالإحجام عما يجب عليهم الإقدام عليه.

(١) قرار رقم: ١٠٩ / ٣ / ١٢ مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشرة ٢٣-٢٨ / ٩ / ٢٠٠٠ بالرياض.

وان من أعظم المهام التي تناط بمسئولية الإمام؛ حماية السوق من تلاعب التجار، ومن الأساليب التي يفتعلها حيتان الأسواق مما يضر بمصالح الناس، ويسبب اضطراب موازين التجارة، ويخل بالعدل الذي أوجبه الله تعالى .

ولذلك فإنه « يجب على ولي الأمر التدخل سياسة؛ لرعاية المصلحة العامة للمسلمين، ولحمايتهم من الاستغلال والجشع؛ لأن المصلحة العامة هي أساس الولاية في الشريعة الإسلامية » (١) .

فإذا اطلع ولي الأمر على حالة من حالات الاحتكار وجب عليه « أن يكره المحتكرين على بيع ما عندهم بقيمة المثل » (٢) ، يقول ابن عابدين « ويجب أن يأمره القاضي ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله، فإن لم يبع بل خالف أمر القاضي عزره بما يراه رادعاً له، وباع القاضي عليه طعامه وفاقاً » (٣) .

ولا يجوز لمن تولى أمراً من أمور المسلمين أن يتخذ من القرارات ما يمكن للمحتكرين، كالذي نراه أحياناً من فرض ضرائب وجمارك باهظة على بعض السلع المستوردة بغرض التمكين للمحتكرين المحليين . أو إعطاء الفرصة لبعض المنتجين لنوع معين من السلع أن يتحدوا ويتواطأوا على فرض سعر معين على الناس مما يعطل العرض والطلب الذي يحقق العدل بين الناس في عالم التجارة .

وقد يجب على ولي الأمر في كثير من الأحيان أن يتدخل بالتسعير إذا وجد في السوق غلاءً ناتجاً عن أسباب غير طبيعية، كاستغلال التجار وجشعهم، أما إذا كان السوق طبيعياً، والغلاء والرخص ناتج عن تفاعل قوى العرض والطلب لم يجز له أن يتدخل، وحيث وجب عليه التسعير يَأْتَمُ إذا لم يسعر وحيث حرم عليه التسعير يَأْتَمُ إذا سعر؛ ولا يكون لقراراته الاحترام الذي تعطيه الشريعة لما يصدر عن أولي الأمر من قرارات؛ لأن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة .

يقول الدكتور علي السالوس: « ولولي الأمر إذا رأى مع أهل الخبرة والمشورة

(١) أحكام الاحتكار د محمد حلمي عيسى، مجلة كلية الشريعة ص ٤٤٨ عدد ١٨ لسنة ٩٨ / ٩٩ م بتصرف بسيط .

(٢) الطرق الحكمية ص ٢٢٣ .

(٣) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٦ / ٣٩٩ .

في غير حالتي المنع والوجوب أن المصلحة في التسعير جاز له أن يسعر. وفي حالة المنع لا يجوز له أن يسعر، وفي حالة الوجوب لا يجوز له أن يمتنع عن التسعير» (١).

المسألة الخامسة: أثر التراضي في بعض العقود المعاصرة :

شاعت في الحياة المعاصرة معاملات كثيرة مخالفة لشرع الله عز وجل ، من هذه المعاملات المحرمة القروض الربوية، والإيداع في البنوك الربوية، ومنها التأمين التجاري، وغير ذلك. وقد تعرض بعض العلماء المعاصرين لهذه المعاملات، وأفتوا بحلها، وكان من أدلتهم على حلها أنها معاملات وقعت عن تراض بين الطرفين، وقد قال الله عز وجل: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

من ذلك على سبيل المثال قول فضيلة الشيخ سيد طنطاوي: «ورأيت بعد

ذلك أن كل معاملة تتم بالتراضي المشروع بين الطرفين، وخالية من الغش والكذب والخداع والاستغلال ومن كل ما حرمه الله تعالى فهي حلال» (٢). قال هذا بصدد الحديث عن ربا البنوك، ففوائد البنوك في نظره ما دامت خالية من الغش والخداع والاستغلال فهي حلال، وسبب حلها أنها معاملة ووقعت عن تراض. ويقول في موضع آخر: «وأن كل ما يقدمه أي إنسان من أموال لأي بنك من البنوك، ونيته وقصده أن يكون البنك وكيلاً عنه وكالة مطلقة في استثماره لأمواله وأنه راض كل الرضا بما يعطيه له البنك من أرباح، سواء حددها له البنك مقدماً أو لم يحددها فهذه المعاملة والأرباح التي تترتب عليها حلال» (٣) أي أن تحديد الربح سلفاً لا يؤثر في الحل والحرم ما دام ذلك وقع عن تراض.

ومثل هذا قيل في تبرير وتحليل التأمين التجاري، ووجدنا شركات التأمين تتعلق بفتاوى متهافئة، تعتمد على قول الله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] ، وعلى أن المعاملات التي تقع عن تراض حلال.

إن هذا التعويل على التراضي يفتح الباب على مصراعيه لكل من أراد أن

(١) فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر ص ٨٣ .

(٢) المعاملات في الإسلام للدكتور سيد طنطاوي ص ٧٨ .

(٣) السابق ص ٧٩ .

يحل ما حرم الله تعالى من العقود والتعاملات، وهو من أخطر ما يكون؛ لأن أغلب التعاملات المحرمة تقع عن تراض بين الطرفين.

وقد سبق أن بينا أن الرضا لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً، ولا يغير الشرع المحكم؛ فليس الرضا سبباً لحل التعاملات، وإن كان شرطاً أو ركناً في العقود، وفرق كبير بين السبب والشرط، وقد وضعنا ذلك عند تقرير قاعدة «الرضا ركن للعقد وليس سبباً للحل».

المسألة السادسة: الحيل المعاصرة في باب العقود:

تنتشر في الواقع الإسلامي المعاصر كثير من التعاملات والعقود التي يختلف مقصودها عن شكلها الظاهري، فمثل هذه العقود ينبغي أن ترد إلى قاعدة «الأمور بمقاصدها» وقاعدة «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني»، ومن هذه العقود:

[١] **الودائع المصرفية:** هذه التسمية قد تعطي صورة شكلية خداعة لطبيعة هذه المعاملة الربوية المحرمة، فحقيقة هذه المعاملة أنها قرض مضمون بفائدة محددة سلفاً. وما دامت الوديعة مضمونة فلا يمكن أن تكيف شرعاً على أنها وديعة، وإنما هي قرض، فإذا حددت لها فائدة مشروطة سلفاً كانت قرضاً ربوياً محرماً.

[٢] **البيع بالتقسيط:** كما تجرته البنوك الربوية بالاتفاق مع الجهات القائمة بالبيع كالمعارض وصلالات السيارات وغير ذلك.

فمثل هذا البيع الذي ينص فيه على الفائدة مفصولة عن الثمن الحال لا يسمى بيع تقسيط، وتسميته بيع تقسيط لا تخرجه عن حقيقته الشرعية، أنه عملية مداينة ربوية؛ لأن باقي الثمن وقعت الزيادة فيه بعد أن استقر في ذمة المشتري.

[٣] **التورق:** الذي تجرته بعض البنوك الإسلامية، هو في حقيقته ومقصوده قرض ربوي، غير أنه يجرى في شكل عملية تورق؛ لأن البيع لا يكون مقصوداً

للبنك، والشراء لا يكون مقصوداً للعميل، وإنما قصد العميل الحصول على المال، وقصد البنك الإسترباح من وراء حاجة العميل، وإنما ألبيست العملية شكل التورق للفرار من الحكم الشرعي؛ ولذلك لا يجرى فيها قبض، ولا تجرى إلا على بضائع معينة لا تدخل في مقاصد المشتريين، ويقوم البنك بالتوكل عن المشتري في شراء السلعة وبيعها. فلا شك أن هذا التورق هو بيعه بيع العينة، وبيع العينة هو عين الربا.

[٤] تنتشر في المجتمعات الإسلامية حيل لتمير كثير من المعاملات المحظورة، فمن ذلك - مثلاً - إذا أراد إنسان أن يوصي لأحد ورثته بأكثر من الثلث، ويحرم الورثة من حقوقهم الشرعية كتب له عقد بيع وأودعه لدى شخص، وأوصاه ألا يعطي هذا العقد للموصي له إلا بعد وفاته.

فمثل هذا العقد لا يسمى بيعاً؛ لأن البيع تمليك بعوض، أو مبادلة مال بمال. والذي حدث هو في حقيقته عملية تمليك مضاف لما بعد الموت على وجه التبرع، فالمورث لم يتقاض ثمناً لهذا المبيع، وإنما يتبرع به، ولم ينجز التبرع وإنما أضافه لما بعد الموت، وذلك بإيداع العقد لدى طرف آخر ليسلمه له بعد الوفاة؛ فهذه وصية لا بيع؛ وذلك لأن القصد معتبرة في العقود.

المسألة السابعة: بنوك اللبن:

في ظل المدنية المعاصرة، ومع تقدم وسائل حفظ الأغذية انتشر ما يسمى ببنوك اللبن، وهي بنوك تستقبل لبن الأمهات، وتحصل عليه معاوضة ثم تبيعه لمن يحتاج إليه؛ كوسيلة بديلة عن استئجار المرضعات قديماً، بالإضافة إلى أنه أفضل من الألبان الصناعية التي تعطى للأطفال الرضع.

وقد بحثت هذه المسألة في ضوء أقوال العلماء في حكم بيع لبن الأمهات، وقد اختلف العلماء في ذلك على مذهبين:

المذهب الأول: مذهب القائلين بعدم الجواز، وهو مذهب الحنفية^(١)، إلا أبا

يوسف في لبن الأمة^(١)، ووجه ضعيف عند الشافعية، وبه قال بعض الحذبلية^(٢).

المذهب الثاني: مذهب القائلين بالجواز، وبه قال أبو يوسف^(٣) في لبن

الأمة، وإليه ذهب المالكية^(٤)، والشافعية على المذهب^(٥)، الخرقى^(٦)، وابن قدامة^(٧).^(٨)، وابن حزم^(٩).

واستدل القائلون بعدم الجواز بأن الآدمي بجميع أجزائه محترم مكرم، فليس من الاحترام والتكريم ابتذاله بالبيع والشراء، وبأن اللبن ليس بمال فلا يجوز بيعه؛ لأنه لا يباح الانتفاع به إلا لضرورة تغذية الطفل.

واستدل القائلون بالجواز بعموم الأدلة المبيحة للبيع و«أنه لبن أبيع شرهه فأبيع بيعه قياساً على لبن سائر الأنعام»^(١٠) وبحديث «وإن الله إذا حرم على قوم أكل شئ حرم عليهم ثمنه»^(١١) ووجه الدلالة أنه بمفهوم المخالفة يتبين «أن ما لم يحرم أكله لم يحرم ثمنه»^(١٢).

(١) الهداية ٣ / ٤٥ حاشية ابن عابدين ٥ / ٧١ الجامع الصغير وشرحه ١ / ٣٢٥ .

(٢) المحرر ١ / ٢٨٥ الفروع ٤ / ١٠ .

(٣) أبو يوسف : يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن خنيس بن سعد بن حبثة القاضي الانصاري ، ولد سنة ثلاث عشرة ومائة ، مات ببغداد يوم الخميس وقت الظهر لخمس خلون من ربيع الأول سنة اثنتين وثمانين ومائة ، وقيل لخمس خلون من ربيع الأول سنة إحدى أو اثنتين وثمانين ومائة ، انظر : طبقات الحنابلة (١ / ٢٢٠ ، ٢٢١ ، ٥١٩) .

(٤) مواهب الجليل ٤ / ٢٦٥ التمهيد ١ / ٣٢٩ بداية المجتهد ١ / ٣٢٩ .

(٥) الوسيط ٣ / ٢٠ المجموع ٩ / ٢٤١ .

(٦) المغني ٤ / ١٧٧ .

(٧) ابن قدامة : موفق الدين عبد الله بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الأصل ، ثم الدمشقي الصالحي أبو محمد ، ولد في دمشق عام ٥٤١ هـ ، ثم رحل إلى بغداد ، فسمع بها من الشيخ عبد القادر الكيلاني من كبار فقهاء الحنابلة ، أدرك الاجتهاد وله تصنيف أهمها : المغني ، والمقنع وغيرها ، مات سنة ٦٢٠ هـ ، انظر : الذيل على طبقات الحنابلة (٢ / ١٣٣) .

(٨) ابن حزم : علي بن أحمد بن سعيد بن حزم أبو محمد ، فارسي الأصل ، أندلسي ، قرطبي ، ظاهري ، كان موصوفاً بالذكاء وحدة الذهن وسعة العلم بالكتاب والسنة والمذاهب والآداب والمنطق والشعر ، كان أجمع أهل الأندلس قاطبة لعلوم الإسلام ، اشتهر بكثرة التأليف حتى اجتمع له ما يزيد عن أربعمئة مجلد ، توفي سنة ٤٥٧ هـ . انظر : طبقات الحافظ (١ / ٤٣٥) ، شذرات الذهب (٥ / ٢٣٩) .

(٩) الإنصاف للمرادوي ٤ / ٢٧٧ .

(١٠) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ، ط دار الفكر بيروت ٢ / ١٢٨ .

(١١) البخاري مع الفتح ٤ / ٤٨٣ ، أبو داود ٣ / ٢٧٨ .

(١٢) الحاوي ٦ / ٢٥ .

وبصرف النظر عن الترجيح بين الرأيين؛ فإنه - وعلى فرض صحة الرأي القائل بجواز بيع لبن الأمهات - لا يمكن القول بجواز إنشاء بنوك اللبن «لأن إنشاءها يؤدي إلى ضرر عظيم ومفاسد جسيمة وهو اختلاط الأنساب، حيث لا يستطيع ضبط البائعين والمشتريين»^(١)، فإذا كان إنشاء هذه البنوك - على فرض جواز بيع لبن الأمهات - سيحقق مصلحة سهولة تداوله، ومصلحة توفيره للأطفال، فإنه سينتج عنه مفاسد أضخم وأعظم، وهي شيوع فساد الأنكحة بسبب نشر الحرمة عن طريق اللبن دون ضبط وتحديد لمن باع اللبن أو اشتراه. وهذا هو الحكم الصحيح الذي تظهره قاعدة «درء المفسد مقدم على جلب المصالح».

المسألة الثامنة: استئجار الأرحام:

من النوازل المستجدة في العصر الحاضر موضوع استئجار الأرحام، وهو موضوع على جانب كبير من الخطورة؛ لأن شيوع استئجار الأرحام يمكن أن يؤدي إلى مفاسد لا حصر لها، ولا قدرة على دفعها.

وقد مال الفقه المعاصر إلى تحريم استئجار الأرحام للأدلة الآتية: (٢)

[١] عدم وجود زوجية بين صاحب الحيوان المنوي وصاحبة الرحم البديلة، وهذا أمر مخالف لما فطر الله عليه العباد، قال تعالى: ﴿وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً﴾ [النحل: ٧٢]، فلا بد أن تكون الذرية لزوجين يربطهما رباط الزوجية.

[٢] عدم قابلية الرحم للبذل والإباحة، فإن من أهم الأشياء التي لا تقبل البذل والإباحة الأبضاع والأرحام.

[٣] أن هذا يفضي إلى النزاع في نسبة الولد، أهو للزوجة أم لصاحبة الرحم البديلة.

[٤] احتمال وقوع التدليس من المستأجرة.

(١) حكم إنشاء بنوك اللبن، د/ محمد حلمي عيسى بحث بمجلة كلية الشريعة عدد ٢٣ ج ١ ص ٢٤١.

(٢) انظر: بحث «استئجار الأرحام» للدكتور محمد رأفت عثمان، مجلة كلية الشريعة عدد ٢٣ ج ٢ ص ٥ وما بعدها.

[٥] احتمال اختلاط الأنساب، حيث لا يأمن المستأجر أن تكون صاحبة الرحم المستأجرة قد حصلت على نطفة من زوجها؛ فيحدث الاختلاط في الأنساب .

ولعل من أهم القواعد الفقهية التي تتدخل لحسم المسألة وتعزيز القول بالتحريم قاعدة « درء المفسد مقدم على جلب المصالح » ، فالمفسد الناجمة عن شيوع ظاهرة استئجار الأرحام كاختلاط الأنساب ووقوع النزاع وغير ذلك من المفسد. تربو على المصالح المتوخاة من هذا الأمر .

ويمكن أن تدخل قاعدة الاستصحاب في هذه المسألة حيث يتفرع عنها قاعدة خاصة بهذا الباب وهي قاعدة « الأصل في الأبضاع والدماء والنساء التحريم » .

المسألة التاسعة: انتحار المستأمن أو قتل المستفيد له :

إذا قلنا إن التأمين التعاوني أو الاجتماعي جائز، فما القول إذا انتحر المستأمن باختياره، أو قتله المستفيد بغير حق ؟ .

هذه المسألة يمكن أن تخضع لقاعدة « من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه » وعليه فإنه « إذا انتحر المستأمن باختياره سواء كان هو المستفيد أو غيره يسقط حقه في مبلغ التأمين؛ اعتباراً بحرمان القاتل من الميراث؛ لاحتمال أن يكون قد استعجل الحصول على مبلغ التأمين للمستفيدين؛ ولأنه بفعله المقصود يسقط حق مجموع المشتركين في أقساطه التي أسقطها بالانتحار » (١) ، وكذلك « إذا قتل المستفيد المستأمن عمداً أو خطأً أو بالتسبب بغير حق يسقط حقه في مبلغ التأمين قياساً على قتل الوارث مورثه فإنه يسقط به حقه في الميراث، وقد قاس الفقهاء عليه قتل الموصي له للوصي » (٢) .

(١) بحث التأمين على الحياة وإعادة التأمين ص ٢٥-٢٦ من كتاب بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة .

(٢) السابق ص ٢٥-٢٦ .