

القواعد الفقهية وتطبيقاتها  
في المحاكم الشرعية

يطلب من مكتب:



# المكتب القانوني مُحامون ومُستشارون قانونيون

بيروت - بشارة الخوري - بناية البنا - الطابق الثاني - فوق بنك عودة

تلفاكس: ٠٠٩٦١ - ١ - ٦٣٠٠٠١

جوال: ٠٠٩٦١ - ٣ - ٩٤٦٢٦٣

الموقع الإلكتروني: [www.alliedlegals.com](http://www.alliedlegals.com)

بريد الكتروني: [info@alliedlegals.com](mailto:info@alliedlegals.com)

ص.ب: ١١٦/٢٠٩٨ بيروت - لبنان

# القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية

مع أكثر من ثمانمئة مسألة من مسائل النكاح  
والطلاق والميراث والوقف والوصية والنيابات الشرعية

جمع وترتيب وعناية  
هلال عبد الرزاق اليافي

إصدارات المكتب المتحد للقانون

## ملاحظتان حول هذا الكتاب :

• اعتمد في ترتيب القواعد التسعة والتسعين التي ابتدأت بها مجلة الأحكام العدلية ترتيب الدكتور أحمد الحججي الكردي تحت أربع عشرة نظرية، وذلك لفقهه في هذا الترتيب، والمسائل محصورة في أبواب أحكام الأسرة فقط وعلى مذهب الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه.

• مراجع هذا الشرح محدودة، وقد تم الإشارة إلى كل منها فيما هو بين معكوفتين، وهي:

- ١ - الأشباه والنظائر، للعلامة ابن نجيم. [أشباه]
- ٢ - حاشية العلامة الحموي على الأشباه. [حموي]
- ٣ - درر الأحكام شرح مجلة الأحكام للعلامة علي حيدر. [حيدر]
- ٤ - شرح مجلة الأحكام للأستاذ سليم الباز. [باز]
- ٥ - شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا. [زرقا]
- ٦ - المدخل الفقهي للدكتور أحمد الحججي الكردي. [مدخل]
- ٧ - المدخل الفقهي العام للعلامة مصطفى أحمد الزرقا. [المدخل العام]

## مقدمة المؤلف

بسم الله الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على رسول الله وآله وصحبه .  
إن الفقه الإسلامي عبارة عن مجموعة من الأحكام تمّ التوصل إليها  
بالاجتهاد من المصادر التي يُستقى منها، والفقهاء المسلمون الأوائل لم يدوّنوا  
الفقه تحت نظريات شاملة وقواعد عامة، ذلك لأنهم كانوا مجتهدين يستعرضون  
النصوص الثابتة عند الواقعة ويستحضرون ناسخها ومنسوخها، وعامّهما  
وخاصّهما، ومطلقها ومقيدها، فيستنبطون قاعدة كلية يطبقونها على واقعة جزئية،  
ولو أن هؤلاء الفقهاء دوّنوا قواعدهم تلك - التي كان يكتفى عنها بالقياس - لما  
احتاج الفقه الإسلامي إلى من يدافع عنه بوجه المتربصين .

وقد تأصّل هذا الفقه منذ قرونه الأولى ضمن قسمين من الأصول، الأول:  
هو قواعد للأحكام ناشئة من الألفاظ العربية على وجه الخصوص، والثاني:  
هو قواعد فقهية تترجم حكمة التشريع وأسراره، ويدخل تحتها من الفروع ما لا  
يتناهى .

وقد اعتنى فقهاء المذاهب بتدوين هذه القواعد وتخريج الفروع عليها إلى أن  
جاء واضعو مجلة الأحكام العدلية في عهد الدولة العثمانية واختاروا مما دوّن  
قبلهم تسعاً وتسعين قاعدة وضعوها في مقدمة مجلتهم الجليلة والتي دار موضوع  
هذا الكتاب حولها .

لذا أقول: إنه بقدر الإحاطة بهذه القواعد يعرف قدر الفقيه ويلمع رونق  
فقهه، ولأجل ذلك كان عملي فيما أقدم له سيما وأن جميع الأمثلة كانت من  
مسائل الأحوال الشخصية ما أمكن، عسى أن يجعل الله سبحانه قواعد أحكام  
شرعه أصولاً توجيهية لرجال القضاء في تعليل أحكامهم .  
والحمد لله رب العالمين .

المؤلف



## أولاً - نظرية الباعث

الباعث هنا هو الدافع إلى إنشاء التصرفات الشرعية، قولية كانت أو فعلية، عقديّة أم غير عقديّة، وهو ما يطلق عليه علماء القانون: السبب. والدافع هنا شخصيٌّ خاص مختلف من شخص لآخر، وإن تشابهت التصرفات وهو النية. والفقهاء المسلمون أحلُّوا الباعث محلَّه اللائق في أحكامهم وإن كانوا لم يتوسعوا في ذلك عن عمد منهم لثلا يؤدي الأمر إلى التجسس الممنوع، لهذا فإنهم لم يبحثوا في الباعث إلا إذا كان متبدياً في ثوب مادي من التصرفات وإلا كان لغواً. [مدخل].

وضبط الفقهاء ذلك بمجموعة من القواعد أهمها:

### ﴿المادة ٢﴾ الأمور بمقاصدها:

الأمر هنا يقصد به الفعل وهو عمل الجوارح، والقول أيضاً من جملة الأفعال لأنه ينشأ من جارحة اللسان، فلو طلق رجل زوجته في قلبه ولم ينطق بلسانه لا يترتب على ذلك الفعل الباطني حكم لأن الأحكام الشرعية تتعلق بالظواهر، أما ألفاظ الطلاق الصريحة فلا تحتاج إلى نية، ويكفي حصولها لترتب أحكامها عليها؛ لأن النية متمثلة بها. [حيدر].

والكلام على تقدير مقتضى، أي: أحكام الأمور بمقاصدها؛ لأن الفقه يبحث عن أحكام الأشياء لا عن ذواتها، فألفاظ التمليكات كالبيع والهبة والإجارة والصلح إذا لم يقترن بها ما يقصد به إخراجها عن إفادة ما وضعت له، تفيد حكمها وهو الأثر المترتب عليها من التمليك والتملك، لكن إذا اقترن بها ما يخرجها عن إفادة هذا الحكم كإرادة النكاح مثلاً، فإنه يسلبها إفادة حكمها المذكور وتكون نكاحاً. إلا أنه يشترط في الإجارة والصلح أن تكون المرأة بدلاً ليكون نكاحاً<sup>(١)</sup>، فلو كانت في الإجارة معقود عليها لا يكون نكاحاً، ولو كانت في الصلح مُصَالِحاً عنها بأن ادّعى عليها النكاح فأنكرت فصالحته على مال رفعته له ليكفَّ عنها، صحَّ الصلح وكان خلعاً. [زرقا].

(١) لأن امتلاك المنفعة امتلاك مؤقت، وامتلاك البديل امتلاك مؤبد.

وأفعال المكلفين منوطة بمقاصدهم فلو أن الفاعل قصد بالفعل الذي فعله أمراً مباحاً كان فعله مباحاً، وإن قصد محرماً كان حراماً، ولا تجري هذه القاعدة إلا في المباحات وهي نظير الحديث الشريف: «وإنما الأعمال بالنيات..»، ولا تجري بين أمرين مباحين لا تختلف بالقصد صفتيهما، كما لو وقع الخلاف في كون الفرقة مبارأة أو خلعاً، لأن الاختلاف حينئذ لا يترتب عليه ثمرة، بل تجري هذه القاعدة بين مباحين تختلف صفتيهما بالقصد كما لو دار اللفظ بين البائن والرجعي، وتجري بين مباح ومحظور كما بين نكاح لدوام العشرة أو للتحليل.

لذلك فما دام ظاهر التصرف محتملاً للقصد الذي وراءه فيتغير الحكم بتغير القصد، وإذا لم يحتمله أعمل الظاهر وألغي القصد، فمن قال لزوجته: اذهبي إلى بيت أهلك، نُظر إلى قصده، فإن كان الطلاق حكم عليه به لاحتمال اللفظ له، وإن كان قصده غير الطلاق لم يُحكم عليه به لاحتمال اللفظ غير الطلاق أيضاً. أما إن قال لزوجته: أنت طالق، حُكم عليه بالطلاق وإن لم يقصده لأن صريح الطلاق لا يحتمل غيره، وذلك في الحكم الديني قضاءً، أما بينه وبين ربه فيقبل منه قصده ولا يقع منه الطلاق ديانة. [مدخل].

والطلاق يقع بالألفاظ المصحفة قضاءً، ولكن لا بد أن يقصدها باللفظ [أشباه]، والألفاظ المصحفة للطلاق خمسة: تلاق، تلاغ، تلاك، تلاك، فيقع الطلاق بها قضاءً ولا يصدّق بعدم قصده إلا إذا أشهد على ذلك بأن قال: امرأتي طلبت مني الطلاق وأنا لا أطلق. ولا فرق في ذلك بين العالم والجاهل، (وعليه الفتوى كما في البحر)، وظاهر الإطلاق يشمل ما إن لم يكن ألثغاً، فلو قال لامرأته: طارق، وأدغم الراء وأخفاها حتى لا يفهم ذلك من يسمع خلفه لا يلزمه بذلك شيء فلا تطلق امرأته. [حموي].

ولو طلق غافلاً أو ساهياً أو مخطئاً وقع الطلاق، وفي عبارة بعض الكتب أن طلاق المخطئ واقع قضاءً لا ديانة [أشباه]، والغفلة سهو يعتري الإنسان من قلة التحفظ والتيقظ، وبه يعلم أن السهو مرادف للغفلة وهما غير النسيان الذي هو ترك الإنسان ضبط ما استودع على حفظه إما لضعف قلبه، وإما عن غفلة. [حموي].

وطلاق المخطئ صحيح لأن القصد أمر باطني يتعلق بالسبب الظاهر الدال عليه، وهو أهلية القصد بالعقل والبلوغ، وعلى هذا فلا ينبغي أن يقع طلاق النائم؛ لأن النوم ينافي أصل العمل بالعقل، ولأن النوم مانع عن استعمال نور العقل فكانت أهلية القصد معدومة بيقين.

لو كرر مسائل الطلاق بحضرتها ويقول في كل مرة: أنت طالق، لم يقع. ولو كتب أحداً ما: امرأتي طالق أو أنت طالق، وقالت له: اقرأ علي؟ فقراً عليها، لم يقع الطلاق عليها لعدم قصده زوجته باللفظ. [أشباه].

الطلاق باللفظ الصريح لا يحتاج إلى نية لظهور المراد به، ولو قال لزوجته: أنت طالق، ناوياً الطلاق من وثاق لم يقع ديانة ووقع قضاءً [أشباه]، وهذا إذا لم يقرنه بالثلاث، أما لو قرنه لم يصدّق بأنه لم ينو طلاقاً؛ لأنه لا يتصور رفع القيد ثلاث مرات، فانصرف اللفظ إلى قيد النكاح كيلا يلغو. وهذا التعليل يفيد اتحاد الحكم فيما لو قال مرتين. [حموي].

ولو طلقها هازلاً يقع قضاء وديانة، لأن الشارع جعل هزله جدّاً<sup>(١)</sup> [أشباه].

ولا تصح نية الثلاث في: أنت طالق، ولا نية البائن [أشباه]، لأنه بيّنه الإبانة قصد تنجيز ما علّقه الشارع بانقضاء العدة فيردّ عليه. وما بيّنه العلامة التفتازاني في التلويح من أن الطلاق الذي يدل عليه (طالق) لغة هو صفة المرأة وهو ليس بمتعدد في ذاته، بل يتعدد بتعدد ملزومه - أي التطلق - الذي هو صفة الرجل [حموي]. وتصح نية الثلاث في المصدر في قوله: أنت الطلاق [أشباه]، هذا إذا لم يكن طلقها قبل ذلك واحدة، أما إذا طلقها قبل ذلك يقع واحدة لأنه فرد حقيقة ولو نوى اثنتين. [حموي].

وكنايات الطلاق لا يقع بها إلا بالنية ديانة سواء كان معها مذاكرة الطلاق أو لا، والمذاكرة تقوم مقام النية في القضاء إلا في لفظ الحرام فإنه كناية لا يحتاج للنية فينصرف إلى الطلاق إذا كان الزوج من قوم يريدون بالحرام الطلاق. [أشباه]. والتفويض بالطلاق والخلع والإيلاء والظهار وكذلك الرجعة، فما كان منها صريحاً لا تشترط له النية، وما كان كناية اشترطت له. [أشباه].

---

(١) وذلك بالحديث: «ثلاثة جدّهن جدّ وهزلهن جدّ: الطلاق، والنكاح، والرجعة» [رواه أبو داود في سننه].

ولو قال لزوجته: يا طالق، وهو اسمها ولم يقصد الطلاق، قالوا لا يقع، كما في الفتاوى الخانية. [أشباه].

ولو قالت لزوجها: تزوجت عليّ؟ فقال: كل امرأة لي طالق، طلقت المحلّفة، وعن أبي يوسف لا تطلق، وفي المبسوط: (قول أبي يوسف عندي أصح) وبه أخذ مشايخنا. [أشباه].

لو جمع بين امرأته وأجنبية وقال: إحداكما طالق، ولم ينو شيئاً، لا تطلق امرأته عند الإمام؛ لأنه أضاف الطلاق إلى مبهم وهو غير محل الطلاق، وعندهما تطلق لأن المضموم للزوجة لا باعتبار شخصه بل باعتبار نوعه هو محل للطلاق فيكون الطلاق واقع في محله فيتعين على الزوجة [حموي]. والمسألة نفسها فيما لو جمع بين زوجته ورجل أو بينها وزوجته الميتة، أما لو جمع بين زوجته وما ليس بآدمي كبهيمة أو حجر فيقع الطلاق عند الجميع؛ لأن المضموم إلى الزوجة ليس محلاً للطلاق فيتعين على الزوجة. كذا في الخانية. [أشباه].

لو كان له امرأتان عمرة وزينب فقال: يا زينب، فأجابته عمرة فقال: أنت طالق ثلاثاً، وقع الطلاق على التي أجابت، وإن قال: نويت زينب، طلقت زينب، فيقع الطلاق على زينب بمجرد النية. [أشباه].

ولو قال لزوجته: أنت عليّ مثل أمي أو كأمي، فإن قال: أردت الكرامة، فهو كما قال؛ لأن التكريم بالتشبيه فاش في الكلام، وإن قال: أردت الظهار، فهو ظهار لأنه تشبيه بجميعها، وإن قال: أردت الطلاق، فهو طلاق بائن، وإن لم تكن له نية فليس بشيء عند الشيخين، وعند محمد ظهار، وإن عنى به التحريم لا غير فعند محمد ظهار وعند أبي يوسف إيلاء؛ لأنه حاصل تحريم قربانها. [أشباه].

ويستثنى من هذه القاعدة ما لو أتى وصي على قاصر الأهلية أو فاقدتها عملاً غير مأذون فيه، فإنه يضمن الخسارة الناشئة عن عمله ولو كانت رغبته الربح، وكذا لو أن شخصاً شاهد قاصراً دون سن التمييز وأخذ نقوداً بقصد حفظها فحكمه حكم الغاصب ويصبح ضامناً فيما لو تلفت. [حيدر].

### ﴿المادة ٣﴾ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني:

هذه القاعدة تتضمن معنى المادة الثانية إلا أنها أخص منها، فتلك عامة في كل التصرفات وهذه في العقود خاصة فتصلح أن تكون فرعاً منها. والمراد

بالمقاصد والمعاني هي الغايات التي تعيّنهما القرائن اللفظية، والتي توجد في عقد فتكسبه حكم عقد آخر، [زرقا]. كما ينعقد النكاح بلفظ البيع والهبة، وكما يطلق لفظ الوصاية ويراد به الوكالة والعكس، فلو أوصى إنسان غيره ببيع شيء من ماله فإن ذلك يكون وكالة، ولو وُكِّله بتنفيذ وصيته بعد موته يكون ذلك وصاية.

والمقاصد العُرفية المرادة للناس في اصطلاح تخاطبهم معتبرة في تعيين جهة العقود، وقد صرّح الفقهاء بأنه يحمل كلام كل إنسان على لغته وعُرفه وإن خالفت لغة الشرع وعرفه، كانعقاد النكاح بلفظ التجويز وهو لفظ غير الألفاظ الموضوعية للنكاح مما يفيد معنى النكاح في العقد. [زرقا].

إن ذكر لفظ العقود في هذه القاعدة ليس لأن اعتبار المقاصد والمعاني لا يجري إلا في العقود بل جرياً على الغالب، وإلا فإن هذه القاعدة تجري في الدعاوى كما قال الإمام أبو الحسن الكرخي في رسالة الأصول: (الأصل أنه يعتبر في الدعاوى مقصود الخصمين في المنازعة دون الظاهر)، فلو ادعى رجلان نكاح امرأة ميتة وأقام كل منهما البينة ولم يؤرخا، أو أرخا تأريخاً متحداً، فإنه يقضى بالنكاح بينهما وعلى كل منهما نصف المهر ويرثان منها ميراث زوج واحد؛ لأن المقصود من الدعوى الإرث فكانت دعوى مال ولا مانع من اشتراكهما في المال. أما لو كانت حية وأقام كل منهما البينة ولا مرجح لأحدهما فإنه لا يقضى لأحد منهما؛ لأن المقصود حينئذٍ نفس النكاح والشركة فيه لا تكون. [زرقا].

ولاعتبار المقاصد والمعاني في العقود لا بد من توفر أربعة شروط:

١ - أن يكون اللفظ محتملاً للقصد، فلو قالت: أعرتك نفسي أو أجزرتك نفسي على كذا، لم ينعقد نكاحاً؛ لأن الإعارة والإجارة يفيدان التملك المؤقت للمنفعة وهو منافٍ لغاية النكاح.

٢ - أن يستوي جانبا إعمال ظاهر اللفظ والقصد، فيعتبر القصد، كأن يقول لزوجته: اذهبي إلى بيت أهلك، فإن نوى الطلاق وقع، وإن نوى إبعادها عن بيته مؤقتاً صدّق لاستواء الطرفين.

٣ - أن يستوي جانبا إعمال ظاهر اللفظ والقصد ويحتمل بلفظه قرائن تجعل إعمال القصد دون اللفظ راجحاً، كأن يقول: اعتدّي، أو أنت واحدة، أو

استبرئي رحمك، وهو في حالة غضب أو جوابٍ عن طلبها، يقع الطلاق رجعيًا بقرينة الغضب والجواب. أما لو كان الزوج في حالة رضاً فيعتبر قصده، كما هو في الشرط الثاني.

٤ - أن لا يكون الحكم المترتب على المعنى المقصود أدنى من الحكم المترتب على المعنى الذي يقتضيه ظاهر اللفظ، فمن قال لآخر: وهبتك قلمي بدرهم كان بيعاً، ولو قال بعتك بلا ثمن، لم يكن هبةً بل بيعاً باطلاً<sup>(١)</sup>؛ ذلك لأن الملك بالهبة أدنى من الملك بالبيع، فالهبة يجري فيها الرجوع دون البيع ولا تتم الهبة إلا بالقبض دون البيع أيضاً. [مدخل].

إن اعتبار المقاصد والمعاني في العقود مقيد بما إذا لم يعارضه مانع شرعي يمنع اعتبار المقصد والمعنى، فلو كان المهر ديناً في ذمة الزوج كالدرهم والدنانير، فوهبت الزوجة نصفه قبل أن تقبضه منه، ثم طلقها قبل الدخول، فإنه لا يرجع عليها بشيء ويجعل ما وصل إليه بالهبة واصلًا إليه بحكم استحقاق نصف المهر بالطلاق قبل الدخول، فيلغى قصد الهبة ويعتبر وجوب تسليم نصف المهر؛ لأن هذا التصرف يحمل على الواجب قبل أن يحمل على المباح؛ ولأنه لا يُبالي باختلاف الأسباب بعد سلامة المقصود، فكل ما كان مستحقاً بجهة إذا وصل إلى المستحق بجهة أخرى يعتبر واصلًا، أما إذا وصل إليه من جهة غيره فلا، فلو كان المهر عيناً فوهبته إلى غير زوجها وهو وهبه إلى زوجها ثم طلقها قبل الدخول فلزوجها عليها نصف قيمة العين؛ لأن الحق وصل إلى المستحق وهو الزوج من غير جهة المستحق عليه وهو المرأة؛ وذلك لصحة التملك والتملك بين الزوجة الواهبة وبين الموهوب له، فانقطع حق المالك الأصلي عن العين وصار المستحق له هو القيمة، وبوصول العين إليه من الموهوب له قد وصل إليه غير ما يستحقه وهو القيمة. [زرقا].

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

هذه القاعدة من باب السياسة الشرعية في سد الذرائع، وفروعها ما هي إلا صور من منع التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي. [المدخل العام].  
ويلاحظ على هذه القاعدة أن صيغتها التي أتت بها المجلة تضييق نطاق

(١) ومن الحنفية من اعتبره هبة صحيحة.

القاعدة فتقصره على سوء القصد المرتبط بالاستعجال، بينما حقيقة القاعدة أوسع من ذلك بكثير، إذ تشمل كل التصرفات التي تقوم على سوء النية والقصد، والأمثلة الآتية تشترك جميعاً في وجود سوء النية من الشخص المتصرف، فأوجب الفقه معاملته بنقيض ما قصده حماية للأحكام الشرعية من التلاعب بها وتحويلها عن مقاصدها التي شرعت لأجلها ومنع الإساءة إلى الغير، وهو في الحقيقة روح هذه القاعدة. [المدخل العام].

**مثال ذلك:** لو قتل شخص مورثه أو الموصي له بلا مسوغ شرعي، يُحرم بذلك من الإرث والوصية، وهذا الحكم مأخوذ من الحديث الشريف: «لا يرث القاتل شيئاً» [رواه أبو داود ومالك وأحمد]، والظاهر أن هذا الحكم هو دليل للقاعدة وليس مثلاً عليها.

**ومن فروعها:** لو طلق الرجل زوجته بائناً في مرض موته ومات خلال عدتها تراث منه لدلالة مرض موته على قصده حرمانها من الإرث، فيرد قصده عليه، وهو ما يسمّى بطلاق الفرار. وهذا المثال لا ينطبق على القاعدة بل هو من باب سد الذرائع حيث عومل المطلق بنقيض قصده، لأنه لو لم يطلقها لم تُحرم من الإرث، وبالتالي لم يستعجل حرمانها. [المدخل العام].

لو جاءت الفرقة من قبل الزوجة بسبب ردتها، فليس لها أن تتزوج بعد بئها بغير زوجها، وتجبر على تجديد العقد على زوجها بمهر يسير، وذلك لرد عملها عليها، حيث إنها استحصلت على حل عقدة النكاح بهذا السبب الخاص المحظور وهو المروق من الدين، فعوقبت بحرمانها من ثمرة ردتها الخبيثة، حتى إن الامام الدبوسي والصفار ومشايخ بلخ وبعض مشايخ سمرقند قالوا بعدم وقوع الفرقة أصلاً بردتها زجراً لها. وعلى القول الأول: لو ماتت في ردتها يرثها الزوج إذا كانت ردتها في مرض موتها وماتت وهي في العدة لكونها فارة، وعلى القول الثاني قول الدبوسي ومن وافقه: يرثها الزوج مطلقاً. [زرقا].

**ومن فروعها أيضاً:** زواج الرجل بالمطلقة ثلاثاً بعد عدتها ودخوله بها، ثم طلاقها بعد ذلك ومضي عدتها من أسباب حلها لزوجها الأول، فإذا تزوجت المطلقة ثلاثاً من رجل بقصد إحلالها لزوجها الأول وشرطت ذلك في العقد، لم تحل لزوجها الأول بهذا الزواج معاقبة لها بنقيض قصدها على استعجالها،

وهو قول محمد بن الحسن<sup>(١)</sup>، وذهب أبو يوسف إلى فساد النكاح أصلاً، أما الإمام أبو حنيفة فالنكاح عنده صحيح يحلها للزوج الأول. [مدخل].

**ومنها:** المريضة مرض موت، إن خالعت زوجها وقع الطلاق لأنه علق على قبول المال وقد وجد، فإن ماتت المختلعة في العدة كان للزوج المخالعة الأقل بين بدل الخلع والحصة الإرثية وثلث التركة، وإن ماتت بعد انقضاء العدة كان له الأقل بين بدل الخلع وثلث التركة، لاحتمال أن يكون مقصود الزوجة محاباة الزوج بأكثر من نصيبه الإرثي في ميراثها فيرد عليها قصدها.

**ومنها:** عدم نفاذ وقف المدين في القدر الذي يتوقف عليه تسديد الدين من أمواله، قطعاً لما يلجأ إليه بعض المدينين في وقف أموالهم لتهريبها من وجه الدائنين. [المدخل العام].

ففي ضوء الأمثلة المتقدمة وغيرها يقترح الأستاذ مصطفى الزرقا - بارك الله في عمره وأمتع به - صيغة جديدة لهذه القاعدة وهي: (يعامل سيء النية في التصرف بنقيض قصده)، أو (من قصد بتصرفه غرضاً غير مشروع عومل بنقيض قصده). [المدخل العام].

إلا أن هذه القاعدة غير مطردة ولها استثناءات منها: لو أمسك زوجته مسيئاً عشرتها لأجل إرثها، ورثها. ولو أمسكها كذلك لأجل الخلع نفذ خلعه. [أشباه]. ولو قتلت الزوجة زوجها أو تسببت بقتله خروجاً من عقوبة القصاص، لاستيفاء مؤجل مهرها استحقته من تركته لأن أداءه إليها واجب عليه في حياته.

#### ﴿المادة ١٠٠﴾ من سعى في نقض ما تمّ من جهته فسعيه مردود عليه:

من سعى في نقض ما انبرم من جهته، وكان لا يمسّ به حق صغير أو حق وقف، فسعيه عليه مردود، وإلا اعتبر متناقضاً في سعيه مع ما أمّته وأبرمه، والدعوى المتناقضة لا تسمع. [زرقا].

#### وتنضبط هذه القاعدة بنوعين من التناقض:

أ - أن يكون التناقض مما لا يقبل التوفيق بحال، كأن يدعي بشيء إرثاً من شخص، ثم يدعي بنفس الشيء بعد ذلك شراء منه، فإنه تناقض لا يمكن

---

(١) وتعليق قول محمد ﷺ: أن التي زوّجت نفسها بتيس مستعار زوّجت نفسها من غير كفاء ويكون زوجها موقوف لا يحلها للزوج الأول..

التوفيق فيه، لأن الشراء لا يتأتى من الميت، ولذلك ترد الدعوى الثانية (الشراء) لمناقضتها للدعوى الأولى (الإرث).

ب - أن يكون التناقض مما يقبل التوفيق، كأن يدعي بالشيء شراءً من شخص ثم يدعي به إرثاً منه بعد ذلك، فإنه تناقض يقبل التوفيق بأن يصدق بالشراء منه أولاً، ثم يفترض رده إلى البائع ببيع أو هبة أو غير ذلك، ثم إرثه منه بعد وفاته.

وللحنفية في صحة دعواه الجديدة رأيان:

**الأول:** أن دعواه تصح ويلغى التناقض ما دام التوفيق محكماً وهو القياس.

**والثاني:** إن تمّ التوفيق بالفعل بين الدعويين قُبِلَ منه وحكم بزوال التناقض، وإلا ردت الدعوى الثانية، وهو الاستحسان والرأي الأقوى عندهم.

والتوفيق قد يكون ثابتاً مبنياً على سبب موضوعي كما في ادعاء الإرث بعد الشراء وقد يكون مبنياً على جهل المتصرف بالنظر لخبفاء السبب، كما لو اشترى أرضاً من آخر ثم ادعى أن الأرض وقف، ويطالب بإبطال البيع لجهله بوقفها عند البيع، فإنه يصدق في جهله ويلغى البيع. [مدخل].

ومما يتفرع على هذه القاعدة أنه إذا أقر، ثم ادعى الخطأ في الإقرار، فإن دعواه لا تسمع منه. [زرقا].

**ومنها:** إذا بادر إلى اقتسام التركة مع الورثة، ثم ادعى بعد القسمة أن المقسوم ماله، لا تسمع دعواه، لأن إقدامه على القسمة فيه اعتراف منه بأن المقسوم مشترك. [زرقا].

**ومنها:** لو تراكت نفقة الزوجة المقضي بها أو المتراضى عليها ولم تكن مستدانة بأمر القاضي فطلقها بئناً لتسقط النفقة المتراكمة من ذمته لا للذنب منها، فإنه يرد قصده وسعيه عليه، فإذا كانت النفقة متراض عليها فالأمر ظاهر من أنها تمت من جهته، أما إذا كانت مقضياً بها فيمكن أن يقال إنها تمت من جهته بعقد النكاح لأن النفقة تجب بالعقد. [زرقا].

**ومنها:** لو باع الصبي المميز المحتمل البلوغ أو اشترى واعترف بالبلوغ، ثم ادعى عدم البلوغ فلا يلتفت لادعائه وينفذ بيعه وشراؤه. [حيدر].

ولا فرق فيما تم من جهة المرء بين أن يكون تم من جهته حقيقة أو حكماً بواسطة وكيل أو مورث، والقييد بعدم مساس حق الصغير أو حق الوقف؛ لأن

ادعاء الغبن الفاحش في بيع مال القاصر أو الوقف تسمع الدعوى به وينقض به البيع . [زرقا].

ومسألة الوقف تفصيلية، حاصل ما ذكر أنه إذا باع ثم ادعى أنه وقف محكوم بلزومه تسمع دعواه، أما إذا برهن البائع على أصل الوقف فقط<sup>(١)</sup> تقبل بينته ولا يعطى شيئاً من غلة الوقف إذا كان من الموقوف عليهم لعدم صحة دعواه بالتناقض . [باز].

ويستثنى من هذه القاعدة فيما لو اشترى الأب داراً لابنه الصغير والأب شفيعها، كان له أن يأخذها بالشفعة، لأن حق الشفعة يثبت مع فراغه من إجراء عقد الشراء لابنه، فإذا طلب الشفعة مع تمام العقد بلا فاصل لا يكون قد حصل منه رضًى بتسليم الشفعة بعد ثبوتها، لأن رضاه المستفاد من إقدامه على الشراء لا عبرة به لكونه قبل ثبوت الشفعة والحق قبل ثبوتها لا يقبل الإسقاط، حيث الشفعة تثبت بعد العقد، ولذا اشترطوا أن يكون طلب الأب الشفعة إثر الشراء بلا فاصل فيقول: اشترت وأخذت بالشفعة . [زرقا].

### ثانياً - نظرية التعبير عن الإرادة

الإرادة هنا الرغبة الباطنة الدافعة للتصرف القولي، والإرادة الباطنة هذه مناط انعقاد التصرفات القولية، عقدية كانت أم غير عقدية، ولكن لخفائها وعدم القدرة على ضبطها ألغيت وأنيط الحكم بما هو مظنة لها ودليل معبر عنها كالكلام والكتابة والإشارة والفعل، وذلك ما دامت خفية، فإذا تبدت الإرادة إلى العيان وظهرت على خلاف ما يعبر به عنها<sup>(٢)</sup> كان مناط الانعقاد بها لا بما هو مظنة لها لانقطاعه عنها، [مدخل]. وقد ضبط الفقهاء أحكام ذلك بمجموعة من القواعد أهمها:

#### ﴿ (المادة ١٢) الأصل في الكلام الحقيقية: ﴾

الأصل في الكلام الحقيقية، والمجاز فرع فيه وخلف عنها، فكان العمل بها

(١) كأن يكون قد أوقف عقاراً ثم تبعته أوقاف، فباع العقار الأول فلا يأخذ من غلة العقارات التابعة.

(٢) كأن يكون الكلام على سبيل الهزل أو الإكراه أو صادر عن فاقد للأهلية.

أولى من العمل به، وإن تعذرت الحقيقة لعدم وجود فرد لها في الخارج يصار إلى المجاز [زرقة]. فالحقيقة هي المعنى الذي وضع اللفظ له أصلاً ويدل عليه لا بلا قرينة ويقابلها المجاز وهو المعنى المفهوم من اللفظ بواسطة قرائن تحيط به على وجه لم يكن ليفهم منه هذا المعنى بدونها، وهو معنى تربطه بالمعنى الحقيقي علاقة [مدخل]، وذلك مثل لفظ النكاح فإنه حقيقة في الوطء مجاز في العقد لعلاقة استحلال الرجل للمرأة.

إذا أوقف شخص ماله قائلاً: إني أوقف مالي على أولادي وكان له أولاد وأولاد أولاد، فيصرف قوله على أولاده لصلبه ولا يستفيد أولاد أولاده من غلة الوقف. فلو انقرض أولاده لصلبه فلا تصرف غلة الوقف على أحفاده بل تصرف إلى الفقراء إلا إذا كان لا يوجد للواقف أولاد حين الوقف، وكان له أحفاد فبطريق المجاز يعد المال موقوفاً على أحفاده. أما إذا ولد للواقف مولود بعد إنشاء الوقف في الصورة الثانية فيرجع الوقف إلى ولده لصلبه لأن اسم الولد مأخوذ من الولادة، ولفظ الولد حقيقة في الولد الصبي ذكراً أو أنثى، فعند عدم وجود أولاد للواقف لصلبه يصرّف الوقف إلى الأحفاد الذين تستعمل فيهم كلمة (أولاد) مجازاً لأنه لا يمكن استعمال معنى المجاز والحقيقة في لفظ واحد وفي وقت واحد معاً. [حيدر].

ذلك لأن الحقيقة إذا كانت مرادة فلا بد أن يتنحى المجاز أمامها عند الحنفية، أما عند المالكية والشافعية فقد أجازوا الجمع بين الحقيقة والمجاز إذا كان ذلك ممكناً. أما إذا كان المعنى الحقيقي فرداً من أفراد المعنى المجازي فيقدم المجاز على الحقيقة عملاً بعموم المجاز، كما لو حلف بطلاق امرأته على ألا يأكل من هذه الغنم المقتناة للدرّ والنسل، فالمعنى الحقيقي هو الأكل من عينها والمجازي هو الأكل مما يخرج منها، فعند أبي حنيفة يقع الطلاق بالأكل من عينها وعند الصاحبين يقع الطلاق بأكل ما يخرج منها عملاً بعموم المجاز. [زرقة].

وعموم المجاز هو عبارة عن استعمال اللفظ في معنى كليّ شامل للمعنى الحقيقي والمعنى المجازي، فلو قال الواقف: وقفت مالي هذا على أولادي نسلًا بعد نسل، فقريئة (نسلًا بعد نسل) تدل على شمول لفظ الأولاد ولكل ولد سواء أكان ولداً حقيقة أم ولداً مجازاً من أولاد أبنائه وأبنائهم. [حيدر].

ولو أوصى شخص لآخر بثمر بستانه فُتحمل وصيته على الثمر الموجود أثناء وفاة الموصي ولا تحمل على الثمر الذي سيحصل في السنين المقبلة؛ لأن الثمر يحمل حقيقة على الثمر الموجود ولا يحمل على الثمر المستقبل إلا بطريق المجاز، وبما أنه من الممكن حمل هذا اللفظ على معناه الحقيقي فلا يحمل على البدل وهو المجاز. أما ذكر الموصي كلمة (أبداً أو دائماً) حينما ذكر الثمر فيكون من عموم المجاز، فُتحمل وصيته على الثمر الحاصل أثناء وفاة الموصي والثمر الذي سيحصل في المستقبل. [حيدر].

لو حلف بطلاق زوجته ألا يتزوج، فوُكِّلَ آخر فزوّجه، حنث ووقع الطلاق، لأن الوكيل بالزواج سفير ومعبر عن الموكل وناقل لعبارة، ولأن حقوق هذه التصرفات لا تتعلق بالوكيل بل بالموكل، فاعتُبر الموكل فاعلاً لها فيحنث. أما لو حلف بطلاق زوجته ألا يشتري كذا فوكل غيره ففعل عنه، لا يحنث، لأن هذه التصرفات يستغني المأمور فيها عن إضافتها إلى أمره ويضيفها إلى نفسه، فلا يعتبر الموكل فاعلاً لها فلا يحنث. ففي الحالة الأولى يرجح المجاز لأن إرادة الموكل تشمل فعل الوكيل وفي الثانية ترجح الحقيقة لأن الفاعل حقيقة هو الوكيل. [زرقا].

تنبيه: إن الأفعال بالنسبة لقبول التوكيل وعدمه على ثلاثة أنواع:

١ - أفعال لا تقبل التوكيل أصلاً، وهي الأفعال الجبليّة كالأكل والشرب والنوم... فلو حلف على عدم فعل شيء منها فأمَرَ غيره ففعل لا يحنث لعدم صحة أمره بها.

٢ - أفعال تقبل التوكيل ولا يجب على الوكيل إضافتها إلى الموكل، بل تقع عنه وتنفذ عليه وإن لم يضيفها الوكيل إلى موكله وهي سبعة أفعال من التصرفات: البيع، والشراء، والإيجار، والاستئجار، والقسمة، والخصومة، والصلح عن مال بمال، لأن هذه التصرفات يستغني المأمور فيها عن إضافتها إلى أمره ويضيفها إلى نفسه فيقول: بعت، اشتريت...

٣ - أفعال تقبل التوكيل ويجب على الوكيل - لأجل وقوعها عن الموكل - أن يضيفها إليه، كالنكاح والطلاق والإبراء والصلح عن دم العمدة والصدقة وغيرها، لأن الوكيل في هذه التصرفات سفير ومعبر، وحقوق هذه التصرفات

تتعلق بالموكل فقط [زرقا]. ولذلك يصح لشخص واحد أن يتولى طرفي العقد في هذه الأمور عند الحنفية.

تنبيه آخر: اللفظ عند اللغويين ثلاثة أقسام: حقيقة ومجاز وكناية، وعند الأصوليين قسمان: حقيقة ومجاز، وكل منهما على ثلاثة أقسام: ١ - حقيقة لغوية: كلفظ حصان في الدلالة على الحيوان المعروف، ٢ - حقيقة شرعية: كلفظ صلاة للدلالة على الأقوال والأفعال المفتوحة بالتكبير والمختتمة بالتسليم، ٣ - حقيقة عرفية: كلفظ دابة للدلالة على الحيوانات التي تمشي على أربع. ٤ - مجاز لغوي: وهو مرادف للحقيقة العرفية، ٥ - مجاز شرعي: كلفظ النكاح في الدلالة على العقد لا الوطء، ٦ - مجاز عقلي: ويسمى المجاز الحكمي، وهو إسناد غير حقيقي ويكون في التركيب دون اللفظ، وإدراك المراد يكون بالعقل لا بالقرائن المانعة.

#### ﴿المادة ٣٨﴾ الممتنع عادة كالممتنع حقيقة:

الممتنع عادة هو الذي لا يُعهد وقوعه وإن كان فيه احتمال عقلي بعيد، والممتنع حقيقة هو الذي لا يمكن وقوعه. فمن ادَّعى على مساويه سناً أنه ابنه أو أبوه يُرفض ادعاؤه لأنه ممتنع حقيقة، ولو ادَّعى المتولي أو الوصي أنه أنفق على عقار الوقف أو على القاصر مبالغ غير محتملة والظاهر يكذبه، فإنه لا يصدق ولا تقبل بيّنته. [المدخل العام].

وكل من الممتنع عادة وحقيقية لا تسمع الدعوى به ولا تقام البيّنة عليه للتيقن بكذب مدَّعيه. [زرقا].

وقد جاء في الأشباه أن الممتنع حقيقة يستقل الحاكم برد الدعوى فيه بدون حاجة إلى سؤال الخصم عنها ويستبد به ولا حاجة إلى أن يدفع الخصم بأنها ممتنعة حقيقة وإنها لا تسمع، ولا فائدة في سؤال الخصم عنها لأن السؤال يكون رجاء الاعتراف وهو في هذه الحال لا يملك الاعتراف. [زرقا].

من فروع هذه القاعدة: تكذيب جم غفير أتى للشهادة ممتنع عادة فلا تقبل البيّنة ضد الشهرة [باز]، ومنها: لو ادَّعى المدَّعي إقرار المدَّعى عليه بحقه بعد أن طالت الخصومة بينهما فلا تسمع بيّنته على الإقرار لأنه ممتنع عادة. [زرقا].

ومن مستثنيات هذه القاعدة: لو تزوج شرقي بغربية بالوكالة بينهما مسافة ستة أشهر، فجاءت الزوجة بولد لسته أشهر فأكثر من تاريخ العقد دون أن يثبت

بينهما لقاء، فإن نسب الولد يثبت شرعاً من أبيه على رغم الاستحالة العرفية للاتصال بينهما، ولو ولدته لأقل من ستة أشهر من العقد لم يثبت النسب للاستحالة الحقيقية في ذلك [مدخل]. مع أن المسافات الطويلة قد قصرت بتطور المواصلات حول العالم.

### ﴿المادة ٦٠﴾ إعمال الكلام أولى من إهماله:

إعمال الكلام: إعطاؤه حكماً، وإهماله: عدم ترتيب ثمرة عملية عليه [المدخل العام]، فإعماله ما أمكن أولى من إهماله؛ لأن كلام العاقل يسان عن اللغو فيجب حمله على أقرب وجه معمولاً به من حقيقة ممكنة وإلا فمجاز. [زرقا].

ولذا فقد اتفق الحنفية في الأصول على أن الحقيقة إذا كانت متعذرة فإنه يُصار إلى المجاز، فلو حلف لا يأكل من النخلة ولا من هذا الدقيق لم يحث بأكل عين الشجرة أو من عين الدقيق، ويحث لو أكل من ثمار النخلة وثمر الثمار إن باعها واشترى به مأكولاً، كما يحث بأكل ما يتخذ من الدقيق. [أشبه].

والمهجور شرعاً أو عرفاً كالمتعذر، والفرق بينهما أن المتعذر ما لا يتيسر الوصول إليه إلا بمشقة كالمثاليين المذكورين (النخلة والدقيق)، والمهجور ما تيسر الوصول إليه ولكن الناس تركوه. ومثال المهجور شرعاً: ما لو وكله بالخصومة، فإنه ينصرف إلى الجواب مجازاً فيتناول الإنكار والإقرار باعتبار عموم المجاز، إذ الخصومة منازعة وهي حرام، فانصرف إلى الجواب لأنها سببه. والمهجور عرفاً: كما لو علّق طلاق زوجته على وضع قدمه في منزل فلان، فيقع الطلاق بدخول داره لا بوضع قدمه فيه. [حموي].

من فروع هذه القاعدة: لو أوصى بمائة في وجوه الخير، ثم أوصى بمائة كذلك، تعتبر الوصية مائتين ولا يقبل قول الورثة إنه أراد بالثانية عين الأولى. [مدخل].

ومنها: لو وقف على أولاده وليس له إلا أولاد أولاد، حُمل عليهم صوتاً للفظ عن الإهمال عملاً بالمجاز، ومنها: لو جمع بين امرأته وما ليس محلاً للطلاق كبهيمة أو جدار وقال: إحداكما طالق، فتطلق عند الإمام وأبي يوسف

لأن البهيمه والجدار ليسا محللاً للطلاق، فأعمل اللفظ في امرأته تعييناً وعند محمد لا تطلق. [أشباه].

**ومنها:** قولهم إن التأسيس خير من التأكيد، فإذا دار اللفظ بينهما تعيين الحمل على التأسيس لأرجحيته كما هو الظاهر، فلو قال لزوجه المدخول بها: أنت طالق طالق طالق، طلقت ثلاثاً، فإن قال: أردت به التأكيد، صدق ديانة لا قضاء [أشباه]. **والتأكيد:** هو اللفظ الذي يقصد به تقرير وتقوية معنى لفظ سابق له: ويقال له: إعادة، **والتأسيس:** هو اللفظ الذي يفيد معنى لم يفده اللفظ السابق له ويقال له: إفادة. [حيدر].

**منها:** لو قال زوج لوكيله في طلاقه من زوجته: طلقني طلقني من زوجتي، فيحمل كلام الموكل على التأسيس ما لم يصرح الموكل أنه أراد التأكيد؛ لأن قصد الموكل في توكيله معتبر ولا عبرة هنا بالظاهر. [حموي].

ويستثنى من هذه القاعدة ما في الخانية أن رجلاً له امرأتان فقال لإحدهما: أنت طالق أربعاً، فقالت: الثلاثة تكفيني، فقال: أوقعت الزيادة على فلانة، فلا يقع على الأخرى شيء، وكذا لو قال الزوج: الثلاث لك والباقي لصاحبتك لا تطلق الأخرى، لعدم إمكان العمل حيث إن الشارع حكم ببطلان ما زاد عن الثلاث فلا يمكن إيقاعه على أحد، فيكون مما وراء الثلاث غير عامل. [أشباه].

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

المجاز خلف عن الحقيقة وهو طريق متعين لإعمال الكلام واجتناب إهماله، فإذا تعسرت أو هجرت الحقيقة يصار إليه [المدخل العام]، وتعذر الحقيقة يكون بثلاثة وجوه:

**أولاً:** تعذر عقلي، وهو عدم الإمكان أصلاً، كما لو وقف على أولاده وليس له إلا أحفاد.

**ثانياً:** تعذر شرعي، وهو عدم الإمكان شرعاً، كالوكالة بالخصومة، فإن الخصومة محظورة شرعاً فيصرف اللفظ إلى المرافعة والمدافعة، وكما لو حلف لينكحن هذه المرأة وهي أجنبية عنه، فإن كلامه يحمل على العقد لا الوطاء لحرمة وطاء الأجنبية قبل العقد عليها، والنكاح مجاز في العقد حقيقة في الوطاء.

ثالثاً: تعذرٌ عرفي، وهو عدم الإمكان إلا بمشقة، كما لو حلف لا يأكل من هذه الحنطة فيحنت بالأكل مما يصنع منها، وهو قول الصاحبين، وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا عبرة بالتعذر العرفي بل يطلق الكلام معه على الحقيقة لإمكانه عقلاً، فيحنت بالأكل من عينها، وذهب الصاحبان إلى إلحاق التعذر العرفي بالتعذر العقلي. [مدخل].

ومثل تعذر الحقيقة هجرها، فلو حلف لا يضع قدمه في الدار، فالحقيقة فيه ممكنة ولكنها مهجورة، والمراد من ذلك في العرف الدخول، فلو وضع قدمه فيها بدون دخول لا يحنت ولو دخلها ركباً حنت. [زرقا].

ومن فروع هذه القاعدة: إذا أقرّ من لا وارث له لمن ليس من نسبه وأكبر منه سنّاً بأنه ابنه ووارثه، ثم توفي المقرّ، فحيث لا يمكن حمل كلامه هذا على معناه الحقيقي فيصار إلى المجاز وهو حمل معناه على الوصية فيأخذ المقرّ له جميع التركة. [باز].

#### ﴿المادة ٦٢﴾ إذا تعذر أعمال الكلام يهمل:

هذه القاعدة ذكرت في بعض المواضع كالتالي: إن تعذرت الحقيقية والمجاز، أو كان اللفظ مشتركاً بلا مرجح، أهمل لعدم إمكان أعمال الكلام. [أشباه].

ومعناها أنه إذا تعذر أعمال الكلام بأن كان لا يمكن حمله على معنى حقيقي له ممكن لتعذر الحقيقة بوجه من وجوه التعذر، أو لتزاحم متنافيين من الحقائق ولا مرجح، أو لعدم إمكان الحمل على المعنى المجازي لكونه غير مستعمل، أو لتكذيب الحسّ وما هو في حكمه، فإن الكلام يُهمل حينئذٍ ويُلغى ولا يعمل به. [زرقا].

مثال تعذر الحقيقة التعذر الشرعي: كما لو أقرّ شخص بأن أخته ترث ضعفي حصته من تركة أبيه، فذلك كلام مهمل غير ملزم، بخلاف ما إذا اعترف لها شقيقتها أنها تستحق مقداراً من المال في التركة مساوياً لحصته أو أكثر ولم يعين أنه من طريق الإرث، فإن هذا الإقرار صحيح وملزم، لأن استحقاق الأخت لذلك ممكن بأسباب كثيرة مشروعة، كما لو أقرضت مورثها قبل موته مبلغاً من المال أو غير ذلك. [المدخل العام].

ومثال تزاحم المتنافيين: كما لو كفل بالعهد، فإن الكفالة لا تصح لأن

العهددة اسم مشترك يقع على الصك القديم، وعلى العقد، وعلى حقوق العقد، وعلى الدَّرَك، وعلى خيار الشرط<sup>(١)</sup>. [زرقا].

مثال تعذر الحقيقة وعدم إمكان الحمل على المعنى المجازي: كما إذا أقر لزوجته التي هي من نسب آخر معروف وأكبر منه سنأ بأنها ابنته، فلا يمكن حمل كلامه على المعنى الحقيقي لأنها أكبر منه سنأ ومن نسب معروف، ولا يمكن حمله على المعنى المجازي - أي معنى الوصية - لكونها وارثة له، والوصية للوارث لا تصح. [باز].

مثال تكذيب الحس للكلام: كدعوى قتل المورث وهو ما زال حياً، وكدعوى دخول المجبوب بالزوجة، أما مثال تكذيب ما في حكم الحس: فكدعوى البلوغ من لا يحتمله سنه أو جسمه، وكدعوى صرف المتولي أو الوصي على الوقف أو الصغير مبلغاً لا يحتمله الظاهر، فإن كل ذلك يلغى ولا يعتبر ولا يعمل به وإن أقيمت عليه البينة. [زرقا].

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

ذكر بعض ما لا يتجزأ على وجه الشيوخ كصفه مثلاً، كذكر كله؛ لأننا إذا لم نقل بذلك والمقصود تجزئة ما لا يتجزأ، يلزم منه إهمال الكلام بالمرة، والحال إعمال الكلام ما أمكن أولى من إهماله. [زرقا].

والأشياء من حيث تماسك وحدتها على قسمين:

أ - أشياء متماسكة لا تقبل التبعض بحال، فذكر بعضها كذكر كلها في الأحكام الشرعية من عقود والتزامات وغيرها، فإن جُزئت تضررت وخرجت عن كنهها، كالطلقة الواحدة وحق الشفعة والقصاص . . .

ب - أشياء تقبل التبعض دون ضرر ولا يدخل في الحكم منها إلا الجزء المذكور ولا غير، كالدية والديون والعقار . . . [مدخل].

من فروع هذه القاعدة: لو أضاف الطلاق إلى عضو من أعضاء المرأة، فإن كان يعبر عن كلها كالرأس والرقبة وأضافه إليها وقع الطلاق، فإن لم يصفه إليها

---

(١) العهددة: هي حافظة الحقوق، وهي ظرف التكليف بأداء التزامات مالية وتبقى بعد الموت، وهي بخلاف الذمة حيث هي وعاء اعتباري للحقوق، ولا تبقى لما بعد الموت، والدَّرَك وخيار الشرط من مقتضيات عقود البيع ليس إلا.

بأن قال: الرأس منك أو الرقبة منك طالق، أو كان عضواً لا يعبر به عن الكل كالظفر والشعر لم يقع فيهما. [زرقا].

ومنها: لو أضاف كفيل النفس الكفالة إلى جزء شائع من المديون كربيعة مثلاً، كان كفيلاً بالنفس، ولو قال شخص لآخر: إنني كفلتك على مائتين من الستمائة المطلوبة منك، تنعقد الكفالة على المائتين لأن الدين مما يتجزأ. [حيدر].

فلو قال لامرأة: تزوجت نصفك، فقبلت، صح العقد على المفتى به [أشباه]. وفي الخانية: الأصح عدم الصحة، وفي التنوير: على الأصح لا ينعقد؛ لأن الفروج يحتاط فيها فلا يكفي ذكر البعض لاجتماع ما يوجب الحِل والحرم في ذات واحدة فتترجح الحرمة. لكن في الفتاوى الصيرفية انه ينعقد وعليه الفتوى. فتكون هذه المسألة من فروع القاعدة لا من مستثنيات. [حموي].

من ذلك: أقل المهر عشرة دراهم، قال الزيلعي: فإن سمّاها أو دُونها، فلها العشرة خلافاً لزفر فيما دونها، فإنه يوجب مهر المثل لفساد التسمية وعليه الفتوى. [حموي].

من مستثنيات هذه القاعدة: لو قال لامرأته: أنت طالق واحدة إن شئت، فقالت: شئت نصف واحدة، لم يقع شيء كما في فتاوى قاضيخان. ومقتضى القاعدة أن تطلق، لأن ذكرَ النصف ذكرٌ للكلّ فهي مما خرج عن القاعدة. [حموي].

ومما يستثنى أيضاً لو قال لها: أنت طالق واحدة ونصف، تطلق واحدة على الصحيح كما في الجوهرة. [حموي].

وقد يزيد حكم البعض عن حكم الكل كما إذا قال لزوجته: أنت عليّ كظهر أمي فإنه طلاق صريح<sup>(١)</sup>، ولو كان قوله: كأمي، كان كناية. [أشباه].

﴿المادة ٦٤﴾ المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقدّم دليل التقييد نصاً أو

#### دلالة:

ذُكرت هذه القاعدة على نحو آخر وهو: المطلق يجري على إطلاقه، والمقيد يجري على تقييده، وقد وردت في كتب الفقه الحنفي بنحو: المطلق ينصرف إلى الكمال. [حيدر].

(١) هكذا عبارة الأشباه والصحيح أنه ظاهر وله أحكامه الخاصة.

**والمطلق:** هو اللفظ الشائع في جنسه بلا شمول<sup>(١)</sup>، وهو التعريف الذي اختاره ابن الهمام في تحريره، وجرى عليه السعد في تلويعه، فهو عندهم مرادف للنكرة. [زرقا].

**التقييد له ثلاثة وجوه:** بالنص، أو بالعرف، أو بدلالة الحال.

**أ - فالتقييد بالنص:** كأن يكون المطلق مقروناً بصفة نحو: ﴿وَلَأَمَةٌ مُّؤَمَّنَةٌ حَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ﴾، أو بإضافة نحو: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾، أو بمفعول نحو: ﴿وَأَسْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِّن رِّجَالِكُمْ﴾ أو بشرط نحو: ﴿فَإِنْ ءَأْتَسَمَّ مَتَّهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾، أو بحال نحو: إن تركت الدار وحدك فأنت كذا، أو بنهي نحو: لا تخرجي من المنزل، أو باستثناء نحو: أنا كفيل هؤلاء إلا فلان.

**ب - أما التقييد بالعرف:** كأن تقول له: زوجتك نفسي على مئة دينار، فتقييد الدينار يكون بالنقد الشائع في بلد العقد.

**ج - والتقييد بدلالة الحال:** كأن تطلب من زوجها مبلغاً من المال لحاجة لها فأعطاه، ثم قال: هذا قسط من مؤجل مهرك، لم ينفذ عليها قوله لتقييد الطلب بسد حاجتها وهي في منزله الزوجي. وكذا لو قالت له: اختر لي طبيباً لمعالجة ولدنا المريض، فسمي طبيباً بعد شهر من طلبها فلا تلتزم باختياره؛ لأن الطبيب لمعالجة الولد في الحال.

إن المطلق إذا كان إذناً بشيء فلا يجري على إطلاقه حينئذ، بل يعتبر بغير مظان التهمة ومواطن الخيانة، فإن كان بمعزل عن التهمة والخيانة يجري على إطلاقه عند أبي حنيفة، ويقيّد بالعرف والعادة عند الصاحبين، فلو وكل شخص آخر بتزويجه فزوجه امرأة بأكثر من مهر مثلها بغبن فاحش جاز عنده لعدم وجود التهمة والخيانة<sup>(٢)</sup>، ولم يجوزانه إلا بمهر المثل أو بغبن يسير، وبالغبن الفاحش يخير الموكل بين إجازة العقد أو ردّه [زرقا]. ودلالة العرف كدلالة الحال في التقييد عند أبي يوسف ومحمد. [المدخل العام].

(١) بلا شمول، أي: على سبيل البدل.

(٢) وانتفاء التهمة عند الإمام لأنه لو لم يثق به لم يوكله.

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

أي إن الوصف في الشيء الحاضر المشار إليه في المجلس ساقط الاعتبار لأن المقصود في الوصف التعريف وإزالة الاشتباه، وقد حصل ذلك بالإشارة إليه. وهذه القاعدة تجري في المبيعات والأثمان لا في الدعاوى والشهادات، لأن الدعاوى والشهادات تختلّ بالكذب. [زرقا].

من فروع هذه القاعدة: لو عقد اليمين على ألا يتزوج من هذه النصرانية فتزوجها بعد أن أسلمت لا يحنث، لأن نصرانيتها هي التي دعت به إلى اليمين على عدم الزواج، وكذا لو علق طلاقها على ألا تتكلم مع أجنبي فرأها مع من لا يعرفه، فأخرجها من بيته على أنها قد طلقت، ثم ظهر له أن الذي تكلمت معه ذو رحم محرم لها، لم يقع الطلاق وعليه أن يستدعيها إلى المنزل الزوجي، لأن العبرة في الوصف المعلق عليه الطلاق حقيقته لا ظاهره.

هذه القاعدة قيد للقاعدة السابقة (المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقدّم دليل التقييد) التي أطلقت اعتبار الوصف المقيّد، وهذه قيدت بالوصف الغائب وأخرجت عنه وصف الشيء الحاضر. [مدخل].

### ﴿المادة ٦٦﴾ السؤال معاد في الجواب:

الكلام إذا كان جواباً عن سؤال، فهو على ضربين:

أ - جواب يفيد معناه بنفسه، فيرتبط بالحكم بما يفهم من معناه دون النظر إلى السؤال، كما إذا سألته زوجته فقالت: هل أنا طالق ثلاثاً؟ فقال لها: أنت طالق واحدة. فتطلق بطلقة واحدة، ولا عبرة بما جاء في السؤال.

ب - جواب لا يفيد بنفسه أي معنى: كما إذا سألته زوجته قائلة: هل أنا طالق ثلاثاً؟ فقال لها: نعم، أو قالت له: ألسنت طالقة ثلاثاً؟ فقال لها: بلى، طلقت ثلاثاً بذلك؛ لأن الجواب بنعم وبلى جواب مبهم لا يفيد بنفسه أي معنى إذا لم يلاحظ فيه ما جاء في السؤال، وذلك صيانة لكلام العاقل عن اللغو ما أمكن. ولضبط هذه القاعدة ينبغي أن يقال: السؤال معاد في الجواب إذا كان الجواب مبهماً. [مدخل].

وفي الأشباه: لو قيل للزوج: ألسنت طلقت امرأتك؟ قال: بلى، طلقت؛ لأنه جواب الاستفهام بالإثبات. ولو قال: نعم، لا تطلق، لأنه جواب الاستفهام بالنفي، كأنه قال: نعم ما طلقت. [أشباه].

والفرق بين نعم وبلى، أن الجواب بنعم تصديق لما قبلها إثباتاً أو نفيًا، وبلى تستعمل في جواب النفي للإثبات [مغني اللبيب]، وقد نقل عن ابن عباس في جواب قوله تعالى: ﴿أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ﴾ لو قالوا نعم لكفروا؛ لأن (نعم) لتصديق الكلام مثبتاً أو منفيًا، و﴿بَلَىٰ﴾ لإيجاب ما بعد النفي استفهاماً كان أو خبراً. [رصف المباني].

وكذا لو قال القاضي للمدعى عليه: أليس للمدعي عندك المبلغ الذي يدعيه؟ فأجاب: بلى، فيكون إقراراً. وإن أجاب بنعم لا يكون إقراراً؛ لأن جواب الاستفهام في النفي بلى إثبات وبنعم نفي، فكأنه قال: ليس له عندي. وقيل: إن أجاب بنعم يكون إقراراً أيضاً، لأن الإقرار يحتمل على العرف لا على دقائق العربية كما في الدر. [باز].

لو قالت: طلقني؟ فقال: نعم، لا تطلق وإن نوى الطلاق. ولو قالت له: أنا طالق، فقال: نعم، تطلق [أشبه]: والفرق بين المسألتين: أن معنى نعم بعد قولها أنا طالق: نعم أنت طالق، ومعنى نعم بعد قولها طلقني: نعم أطلقك، فيكون وعداً بالطلاق. [حموي].

امرأة قالت لزوجها: طلقني ثلاثاً؟ فقال الزوج: فعلت، أو قال: طلقتك، طلقت ثلاثاً، أما لو قال لها: أنت طالق، فهي واحدة إلا أن ينوي ثلاثاً، كما في الخانية. [حموي].

لو قال شخص لشخص آخر مريض مرض موت: هل أوصيت بثلاث مالك ليصرف في وجوه البرِّ والإحسان؟ وهل نصبتني وصياً لتنفيذ وصيتك هذه؟ فأجابه بكلمة. فعلت أو أوصيت، فيكون قد أوصى بذلك المال ونصبه وصياً. [حيدر].

مما يستثنى من هذه القاعدة: لو قالت لزوجها: احلف عليّ وقل: أنت طالق ثلاثاً إن أخذت هذا الشيء؟ فقال الزوج: أنت طالق ثلاثاً، ولم يزد، يقع الطلاق تنجزاً لا تعليقاً. [أشبه].

ويستثنى أيضاً: ما إذا قالت المرأة لزوجها: طلقني ولك ألف درهم؟ فقال الزوج: طلقتك، ولم يقل على الألف التي ذكرت، فإنه يقع الطلاق مجاناً ولا شيء عليها عند الإمام، وعندهما: يلزمها الألف، لأن قولها ولك الألف سؤال، وقول الزوج خرج مخرج الجواب فيجب عليها الألف. ويكون الاستثناء على قول الإمام. [حموي].

## ﴿المادة ٦٩﴾ الكتاب كالخطاب:

إن اللفظ ليس هو الوحيد المعبر عن الرضا وإن كان هو المعبر الأول عنه، فهنالك الفعل والكتابة والإشارة وكلها معبر عن الرضا، وقد أخذ الفقهاء بها جميعاً وأحلّوها محل الرضا في كل ما هو شرط له، إلا أن لذلك قيوداً وأحكاماً:

أ - الفعل كالقول عند الحنفية في نيابته عن الرضا، ولهذا أجازوا البيع وسائر المعاوضات بالتعاطي إلا النكاح فإنه لا ينعقد بالتعاطي لاشتباهه بالزنا.

ب - أما الكتابة والإشارة فهما بدل ضروري عن القول عند الحنفية، ولهذا لا يؤخذ بهما في النيابة عن الرضا إلا عند تعذر القول وفقاً لقاعدة: (لا عبرة بالبدل مع القدرة على الأصل)، فتعتبر كتابة الأخرس وإشارته نائباً عن الرضا في كل تصرفاته القولية. أما القادر على الكلام فلا يحتج بكتابته إلا إذا تعذر الكلام منه في أحوال خاصة كالعيبة عن مجلس العقد، فحينئذ يجوز إحلال كتابه محل خطابه فيكتب كتاباً يبين فيه رغبته في العقد، فإذا وصل إلى المرسل إليه ووافق وقبل تم العقد وإلا فلا. أما الحاضر فلا يحل كتابه محل خطابه، علماً أنه لا يوجد من صرح من الفقهاء الحنفية بذلك تصريحاً واضحاً، وإن كان مضمون كلامهم يفيد به. [مدخل]. وهذه القاعدة مما أُطلق وأريد به المقيد، فيكون المراد منها: الكتاب عند تعذر الخطاب كالخطاب. [مدخل].

ويصح النكاح بالكتابة، وصورته أن يكتب إليها يخطبها فإذا بلغها الكتاب أحضرت الشهود وقرأته عليهم وقالت: زوّجت نفسي منه، أو تقول: إن فلاناً كتب يخطبني فاشهدوا أنني قد زوّجت نفسي منه. أما لو لم تقل بحضرتهم شيئاً سوى: زوجت نفسي من فلان، لا ينعقد؛ لأن سماع الشطرين شرط، وبإسماعهم الكتاب أو التعبير عنه منها سماع للشطرين بخلاف ما إذا انتفيا [أشبهاء]. فالمراد بالكتاب في هذا المقام هو الخطاب الذي تكتب فيه عبارة الإيجاب من أحد العاقدين للآخر. [المدخل العام].

وإن كتب: امرأته طالق، فهي طالق، بعث إليها أو لا. وإن قال: المكتوب إذا وصل إليك فأنت طالق فلم يصل، لا تطلق. وإن ندم ومحا من الكتاب ذكر

الطلاق وترك ما سواه وبعث إليها فهي طالق إذا وصل؛ لأن محوه للطلاق كرجوعه عن التعليق إذا بقي ما يسمى كتابة أو رسالة، وإن محا الخطوط كلها وبعث إليها البياض لا تطلق لأن ما وصل إليها ليس بكتاب. ولو جحد الزوج الكتاب وأقامت البينة عليه أنه كتبه بيده فرّق بينهما في القضاء. [أشباه].

إن اعتبار مجلس بلوغ الكتاب إنما يظهر فيما يتوقف على القبول كالعقود وفيما يقتصر على المجلس من غير العقود كتفويض الطلاق، أما فيما يتوقف على العلم فقط كالوكالة فلا يظهر تقييده بالمجلس، بل يكفي فيه الاطلاع على ما في الكتاب، وأما فيما لا يفتقر إلى الاطلاع مما يستقل به الإنسان كالإقرار والطلاق والإبراء، كما إذا كتب إلى زوجته كتاباً يقول لها فيه: أنت طالق، فلا حاجة إلى الاطلاع بل لا حاجة إلى الإرسال أيضاً، ويقع الطلاق بمجرد الكتابة نوى أو لم ينو إذا كانت مرسومة. وكذلك لو كتبت: أبرأت زوجي من مؤجل صداقي صح الإبراء وسقط المهر بمجرد الكتابة، على الظاهر. [زرقا].

الفرق بين الكتاب والخطاب أنهما سواء إلا في فصل واحد وهو أنه لو كان حاضراً فخاطبها بالنكاح فلم تجب في مجلس الخطاب ثم أجابت في مجلس آخر فإن النكاح لا يصح، وفي الكتاب إذا أبلغها وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه في المجلس الذي قرأت الكتاب فيه، ثم زوّجت نفسها في مجلس آخر فإن النكاح لا يصح، وفي (الكتاب) إذا بلغها وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه في المجلس الذي قرأت الكتاب فيه، ثم زوّجت نفسها في مجلس آخر بين يدي الشهود وقد سمعوا كلامها وما في الكتاب يصح النكاح؛ لأن الغائب إنما صار خاطباً لها بالكتاب، والكتاب باقٍ في المجلس الثاني، فصار بقاء الكتاب في مجلسه وقد سمع الشهود ما فيه في المجلس الثاني بمنزلة ما لو تكرر الخطاب من الحاضر في المجلس. [زرقا].

إذا كتب الكتاب في زماننا على غير الورق مثلاً، ينظر: إذا كان المعتاد أن تكتب الكتب على غير الورق يعتبر ذلك الكتاب كما لو كتب على ورق، **والحاصل:** أن كل كتاب يحرر على الوجه المتعارف بين الناس حجة على كاتبه كالنطق باللسان، وهو ما يعرف بالكتابة المرسومة. أما الكتاب المكتوب على غير ما هو متعارف بين الناس، كأن يكون على حائط أو ورق شجر أو بلاطة مثلاً، فهو لغو ولا يعتبر حجة في حق صاحبه إلا إن نوى أو أشهد على نفسه

حين الكتابة، والإملاء يقوم مقام الإشهاد أيضاً؛ لأن الكتابات التي تكون على هذه الصورة قد تكون بقصد بيان الحقيقة وقد تكون بقصد التجربة كما هو الغالب، وقد تكون عبثاً، فتحتاج إلى ما يؤيدها كالتنية أو الإشهاد أو الإملاء حتى تعتبر حجة على كاتبها، وهو ما يعرف بالكتابة غير المرسومة المستبينة. أما الكتابة غير المستبينة كالكتابة على الماء أو في الهواء، حكمها حكم الكلام غير المسموع لا يترتب على كاتبها حكم. [حيدر].

**ومن فروع هذه القاعدة أيضاً:** رجل كتب صك وصية وقال للشهود: اشهدوا بما فيه، ولم يقرأ وصيته عليهم، لا يجوز للشهود أن يشهدوا بما فيه وهو الصحيح، وإنما يحلّ لهم أن يشهدوا بأحد معانٍ ثلاثة:

١ - أن يقرأ كتاب الوصية عليهم.

٢ - أن يكتب هو بين يدي الشاهد، والشاهد يعلم بما فيه، ويقول هو: اشهدوا عليّ بما فيه.

٣ - أن يكتب الكتاب غيره ويقرأه عليه بين يدي الشهود، ويقول لهم: اشهدوا عليّ بما فيه. [أشباه].

**ومنها:** لو كتبت: أنت طالق، ثم قالت لزوجها: أقرأ عليّ؟ فقرأ، لا تطلق ما لم يقصد خطابها. [أشباه].

### ﴿المادة ٧٠﴾ الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان:

الإشارة من الأخرس معتبرة وقائمة مقام العبارة في التصرفات من نكاح وطلاق وإبراء وإقرار، ويستثنى الشهادة، فلا تقبل شهادته. أما يمينه في دعاوى ففي أيّمان خزانة الفتاوى<sup>(١)</sup>: وتحليف الأخرس أن يقال له: (عليك عهد الله تعالى وميثاقه إن كان كذا) فيشير بنعم، ولو حلف بالله كانت إشارته إقراراً بالله تعالى لا حلفاً. [أشباه].

وقد جعلت إشارة الأخرس كالبيان باللسان لئلا يُحرم من الحقوق المدنية، وهو استحسان بالضرورة على قاعدة الحنفية. [باز].

وإشارة الأخرس المقصودة في الكلام: هي الإشارة المقارنة لتصويته؛ لأن الأخرس من عادته عند التعبير عن شيء أن يقرن الإشارة بالصوت. [حيدر].

(١) خزانة الفتاوى لأبي الليث السمرقندي من علماء القرن الثالث.

واختلفوا في أن عدم القدرة على الكتابة شرط للعمل بالإشارة أو لا؟  
والمعتمد لا. ولا بد في إشارة الأخرس من أن تكون معهودة<sup>(١)</sup>، وإلا لا  
تعتبر. [أشباه].

أما إشارة غير الأخرس بأن كان معه اعتقال لسان، ويقال له: خرس  
عارض، ففيه اختلاف، والفتوى على أنه إن دامت العُقلة إلى وقت الموت  
يجوز إقراره بالإشارة والإشهاد عليه [أشباه]، وقد قدر التمرتاشي مدتها بسنة  
وهو قول ضعيف، والصحيح أنه لا يعقد بإشارته ما لم تستمر عقلته إلى  
الموت، وعلى هذا فإن كل تصرفاته وعقوده بالإشارة تبقى موقوفة على وفاته،  
فإن توفي معتقل اللسان نفذت وإلا بطلت. [مدخل].

**من فروع هذه القاعدة:** لو علق الطلاق بمشيئة أخرس فأشار بالمشيئة ينبغي  
الوقوع لوجود الشرط، وكذا لو علق بمشيئة رجل ناطق فخرس فأشار بالمشيئة  
ينبغي الوقوع [أشباه]، ومنها: إذا نظمت وصية الأخرس بحضوره وخاطبه  
الحاضرون قائلين له: هل نشهد عليك؟ فأشار بتحريك رأسه الحركة المتعارفة  
بأنها إشارة له على الموافقة، يكون قد أوصى بما في الوصية. [حيدر].

أما القادر على الكلام فلا تعتبر إشارته مطلقاً إلا في أربع أمور: الكفر  
والإسلام والنسب والإفتاء، ويزاد أخذاً من مسألة الإفتاء بالرأس إشارة  
المحدث في مرتبة الحديث. ويزاد: لو قال لزوجته: أنت طالق هكذا، وأشار  
بثلاث وقعت، بخلاف ما إذا قال لها: أنت طالق وأشار بثلاث، لم تقع إلا  
واحدة. ويزاد: رجل له بنت واحدة اسمها عائشة فقال الأب وقت العقد:  
زوّجت منك بنتي فاطمة، لا ينعقد النكاح. ولو كانت المرأة حاضرة فقال  
الأب: زوّجتك بنتي فاطمة هذه، وأشار إلى عائشة وغلط في اسمها، فقال  
الزوج: قبلت، جاز النكاح، وكذا لو قال: زوجتك هذه العربية وكانت  
أعجمية، أو هذه العجوز وكانت شابة، أو هذه البيضاء وكانت سوداء، جاز،  
وكذلك في جميع وجوه الصفات. [أشباه].

(١) أي: مفهومة وواضحة لمراده.

## ثالثاً - نظرية مراعاة المصالح

المصلحة مقصود الشارع، فما من أمر أو نهي وارد عن الشارع إلا وفيه تحقيق مصلحة بجلب خير أو دفع شر، فإذا تبدى لنا ذلك قسنا عليه، وإن خفي عنا تعبدنا بالتسليم إلى الله والامتثال لأمره. والمصلحة أمر نسبي في الغالب، فكثير من المصالح فيه بعض المفاسد كالجهد، وكثير من المفاسد فيه بعض المصالح كالخمر، والعبرة للجهة الغالبة [مدخل]، وقد ضبط الفقهاء المصالح الشرعية بمجموعة من القواعد الكلية، منها:

### ﴿المادة (١٧) المشقة تجلب التيسير:﴾

المراد بالمشقة هي المنفية بالنصوص نحو: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾، ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾، والداعية إلى التخفيف إنما هي المشقة المتجاوزة للحدود العادية التي يستلزمها عادة أداء الواجبات والقيام بالمساعي التي تقتضيها الحياة الصالحة. [المدخل العام].

والمراد بالمشقة الجالبة للتيسير هي المشقة التي تنفك عنها التكاليف الشرعية، أما المشقة التي لا تنفك عنها التكاليف الشرعية كمشقة الجهد وألم الحدود وقتل الجناة... فلا أثر لها في جلب تيسير ولا تخفيف. [زرقا].

واعتبار المشقة والحرج إنما يعتبران في موضع لا نص فيه، أما المواضع التي ورد فيها نص خلافهما فإن المشقة لا تجلب التيسير. [أشباه].

إن اعتبار أعراف الناس في كثير من المواطن مبني على هذه القاعدة ما دام لا يصادم أسس الشريعة، لأن في عدم رعاية العرف وعدم اعتبار سلطانه حرجاً عظيماً على الناس. وفي الحقوق المدنية فإن التقادم بمرور الزمن المانع من المطالبة بالحق، يتوقف بالمعاذير كنقص الأهلية والسفر، وإلا كان إحراجاً لأصحاب الحقوق. [المدخل العام].

المشقة التي تجلب التيسير لها سبعة أسباب: السفر، المرض، الإكراه، النسيان، الجهل، عموم البلوى، نقص الأهلية. [أشباه].

١ - السفر، وتيسيراته كثيرة منها: جواز تزويج الولي الأبعد للصغيرة عند عدم انتظار الخاطب الكفء استطلاع رأي الولي الأقرب المسافر، ومنها: جواز كتابة القاضي إلى القاضي في بلد المدعى عليه بشهادة المدعى عنده،

ومنها: جواز بيع الانسان مال رفيقه إذا مات في السفر معه وحفظ ثمنه لورثته بدون وصاية حيث لا قاضي ثمة، ومنها: جواز تحميل شهادة المسافر لغيره، ومنها: استحباب القرعة بين نساء المسافر وترك القسم . . . [زرقا].

٢ - المرض، وتيسيراته كذلك كثيرة منها: عدم صحة الخلوة مع قيام المرض المانع من الوطاء سواء كان في الزوج أو في الزوجة، ومنها: إذا كان الشاهد مريضاً جاز له أن يستشهد في بيته . . . [زرقا].

٣ - النسيان، وهو عدم تذكر شيء عند الحاجة إليه، وهو مُسقط للعقاب، ولو وقع الناسي فيما يوجب عقوبة كان نسيانه شبهة في إسقاط العقوبة [أشباه]، ومن تيسيراته: لو حكم القاضي بالقياس ناسياً النص فلم يؤخذ بنسيانه [حموي]، ويستثنى من ذلك أنه لا تأثير للنسيان على الحث في التعليق، فلو علق على فعل شيء ثم فعله ناسياً التعليق فإنه يقع . [زرقا].

٤ - الجهل، وهو عدم العلم ممن شأنه أن يعلم، ومن تيسيراته: لو جهل الوكيل أو القاضي بالعزل أو جهل المحجور عليه بالحجر، فإن تصرفهم صحيح إلى أن يعلموا بذلك، ولو باع الأب أو الوصي مال اليتيم أو اللطيم ثم ادعى أن البيع وقع بغبن فاحش ثم قال: لم أعلم، تقبل دعواه. ولو أجاز الورثة الوصية ولم يعلموا ما أوصى به الميت لا تصح إجازتهم. ولو ادعى أحد على آخر أنه أبوه، فقال المدعى عليه: إنه ليس ابني، ثم قال: هو ابني، يثبت النسب لأن سبب البنوة العلوق منه وهو خفي، والتناقض في الدعوى فيما كان سببه خفياً معفو عنه. ولو اختلعت المرأة من زوجها على بدل ثم ادعت أنه كان طلقها ثلاثاً قبل الخلع وبرهنت على ذلك فإنها تسترد بدل الخلع ويُغتفر تناقضها الواقع في إقدامها على الخلع ثم دعواها الطلاق، لأن الطلاق فعل الغير والزوج يستبد به بدون علمها فكانت معذورة. [زرقا].

٥ - نقص الأهلية، كالصغر والجنون، فيجلبان التخفيف عنهما لعدم تكليفهما أصلاً [زرقا]. وعند السادة الحنفية تُعتبر الأنوثة نوع من أنواع نقصان الأهلية فلا تكلف المرأة بكثير مما يكلف به الرجل كالجهاد بالسيف والجمعة والجماعة وتحمل الدية، وقد رخص لها الشارع مما لم يرخسه للرجل كلبس الذهب والحريير . . . .

٦ - العسر وعموم البلوى، وله تيسيرات منها: إباحة نظر الشاهد والخاطب

للأجنبية [زرقا]، ومنها: صحة الوقف على النفس وعلى جهة تنقطع كما صح وقف المشاع الذي يحتمل القسمة ولم يشترط التسليم إلى المتولي، وجواز استبدال الوقف عند الحاجة إليه بلا شرط ترغيباً في الوقف وتيسيراً على المسلمين، ومنها: جواز النكاح بلا ولي ومن غير اشتراط عدالة الشهود ولم يفسد بالشروط الفاسدة ولم يخصص بلفظ النكاح والتزويج وينعقد بما يفيد ملك العين للحال، ويصح بحضور ابني العاقدين وبحضور ناعسين وسكاري على أن يذكره بعد الصحو، كل ذلك دفعاً لمشقة الزنا، ومنها: اعتبار فعل الأمر في عقد النكاح إيجاب بخلاف البيع [أشباه]. والفرق بينهما أن قوله زوّجني توكيل، وقوله: زوّجتك، قائم مقام الطرفين، كما عرف أن الواحد في النكاح يتولى عبارة الطرفين بخلاف البيع. [حموي].

وبسبب العسر وعموم البلوى جوّز الحنفية العقود التي على خلاف القياس، ومن ذلك مشروعية الوصية عند الموت ليتدارك الإنسان ما فرط فيه حال حياته وفسح له في الثلث دون ما زاد عليه دفعاً لضرر الورثة، حتى أجازوا الوصية بكل المال عند عدم المنازع، وأوقفوها على إجازة بقية الورثة إذا كانت لوارث، وأبقوا التركة على ملك الميت حكماً حتى تنقضي حوائجه منها رحمة له، وجوزوا الوصية بالمعدوم ولم يبطلوها بالشروط الفاسدة. [باز].

٧ - الإكراه، وهو تهديد ممن هو قادر على الأذى بضرب مبرّح، أو بإتلاف نفس أو عضو، أو بحبس مديد، أو بما دون ذلك لذي جاه، ويسمى هذا إكراهاً ملجئاً. أو بما يوجب غمّاً يعدم الرضا ما كان بغير ذلك، ويسمى إكراهاً غير ملجئ. [زرقا].

تنبيه: إن تأثير الإكراه على أفعال المكلفين على وجوه:

أولاً: العقود والإسقاطات التي يؤثر فيها الهزل كالبيع والإجارة والهبة والإبراء والإقرار... مطلق إكراه يؤثر عليها، ويكون المكروه بعد زوال الإكراه بالخيار إن شاء أمضى وإن شاء فسخ.

ثانياً: العقود والإسقاطات التي لا يؤثر فيها الهزل كالطلاق والنكاح والعفو عن دم العمد... لا تأثير فيها للإكراه بل هي ماضية على الصحة، ولكن للمكروه أن يرجع بالمهر على المكروه له على الطلاق، إلا الزوجة فلو كانت هي المكروه سقط المهر عن الزوج.

ثالثاً: المنهيات التي لا تباح عند الضرورة كالجناية على الغير، لا تحل بأي إكراه، ولو فعلها المكره وجب عليه القصاص.

رابعاً: المنهيات التي تباح عند الضرورة كإتلاف مال الغير، فإنها تحل بالملجئ وضمان المال على المكره.

خامساً: الردة، فإنه يرخص للمكره أن يُجري كلمتها على لسانه وقلبه مطمئن بالإيمان، ويورّي وجوباً إن خطر بباله التورية، فإن لم يورّ يكفر وتبين زوجته. [زرقا].

#### ﴿المادة ١٨﴾ الأمر إذا ضاق اتسع:

هذه المادة من جزئيات المادة السابقة (المشقة تجلب التيسير)، وهي في معنى المادة ٢١ (الضرورات تبيح المحظورات)، وتقرب من معنى المادة ٢٢ (الضرورة تقدر بقدرها)، ومعناها: إذا دعت الضرورة والمشقة إلى اتساع حكم أمر فإنه يتسع إلى غاية اندفاع الضرورة والمشقة، فإذا اندفعت وزالت الضرورة الداعية عاد حكم الأمر إلى ما كان عليه. [زرقا].

وهذه القاعدة طردية عكسية، أي: إن الأمر إذا ضاق اتسع وإذا اتسع ضاق [مدخل]، وهو الذي ذكره الشافعي، وقد جمع بين القاعدة وتتمتها الإمام الغزالي في الإحياء بقوله: كل ما تجاوز عن حده انعكس إلى ضده، والضيق: هو المشقة، والاتساع: هو الترخّص عن الأقيسة وعن طرد القواعد. [حموي].

#### ﴿المادة ١٩﴾ لا ضرر ولا ضرار:

هذه القاعدة لفظ حديث حسن رواه ابن ماجه والدارقطني مسنداً، ورواه مالك في الموطأ مرسلأً، والمشهور أن اللفظ محمول على التأسيس لا على التأكيد. [زرقا].

واختلف الفقهاء في التفريق بين الضرر والضرار على أقوال:

أ - الضرر: إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً، والضرار: إلحاق مفسدة بالغير على وجه المقابلة دون ملاحظة الجزاء. [مدخل].

ب - الضرر: أن يدخل على غيره ضرراً بما ينتفع هو به، والضرار: أن يدخل على غيره ضرراً بما لا منفعة له به. [مدخل].

ج - الضرر: أن يضر الرجل أخاه ابتداءً، والضرار: أن يضره جزاءً. [باز].

كلمة لا ضرر لا تعني نفي الضرر، بل المقصود عدم جواز الضرر، وهي قاعدة من نوع العام المخصوص فلا تشمل العقوبات ولا التعازير الشرعية. [حيدر].  
والمقصود بمنع الضرر نفي فكرة الثأر المحض الذي يزيد في الضرر ولا يفيد سوى توسيع دائرته؛ لأن الإضرار ولو على سبيل المقابلة لا يجوز أن يكون هدفاً مقصوداً وطريقةً عامة، وإنما يُلجأ إليه اضطراراً عندما لا يكون غيره من طرق التلافي. [المدخل العام].

يتفرع على هذه القاعدة الكثير من المسائل منها: أنواع الحَجْر، فإنها شرعت توكيماً من وقوع الضرر العائد تارة لذات المحجور عليه وتارة لغيره، ومنها: حبس الموسر إذا امتنع عن الإنفاق على أولاده أو محارمه توكيماً من وقوع الضرر بأولاده أو بأقربائه ببقائهم بلا نفقة، ومنها: أنهم لم يجوزوا شهادة العدو على عدوه إذا كانت العداوة دنيوية، وأوجبوا فسخ حكم الحاكم إذا كان بين المحكوم عليه والحاكم عداوة دنيوية لئلا يصل إلى المشهود عليه أو المحكوم عليه ضرر من هذه العداوة. وقد جاء عن شارح الوهبانية أنه توقف في جواز قضاء القاضي على عدوه وقال: لم أقف على هذا في كتب أصحابنا، ثم بحث أنه إذا كان قضي عليه بعلمه فينبغي ألا ينفذ حكمه، وإن قضي عليه بشهادة العدول وبمحض من الناس فينبغي أن يجوز. والمنقول في المذهب عدم الجواز بلا تفصيل كما ذكر، ولا عبرة بالبحث إذا خالف المنقول. [زرقا].

### ﴿المادة ٢٠﴾ الضرر يزال:

هذه القاعدة بمثابة تنمة للقاعدة (لا ضرر ولا ضرار) التي تنهى عن الضرر والضرار، فإن هذه تعالج الضرر إذا وقع، فتنص على أن كل ضرر بالآخرين معاقب عليه بالإزالة، إلا أن ذلك مقيد بقدره وذلك ترميماً لآثاره، وتخفيفاً من وطأته، وتحقيقاً للعدالة بين الناس، وإلا كان إضراراً مبتدأً ولم يكن إزالةً للضرر السابق. [مدخل].

يتفرع على هذه القاعدة عدة مسائل، منها: مشروعية ضمان التغيير، فإن الغارر يضمن للمغرور ما تضرر بسبب تغييره له على أن يكون التغيير واقعاً في ضمن عقد معاوضة، سواء كان فاسداً أم كان غير مالي كعقد النكاح، وعلى أن الغارر إذا ضمن للمغرور صفة السلامة نصاً فيرجع بمقدار النقص، ومنها: إذا أتلّف

إنسان مالا لآخر ضمن في ماله قيمة ما أتلّف وذلك رفعاً لضرر الإلتلاف عن المتضرر، ومنها: أن شهود القيمة أو القسمة إذا قوّموا أموال اليتامى والأوقاف بغبن فاحش وهم يعلمون، أو غبنوا الوقف في الاستبدال، أو أخبروا بوجود المسوّغ ولم يكن هناك مسوغ وهم عالمون بذلك، فإنهم يضمنون النقص. [زرقا].

تنبيه: عرّف الفقهاء الحنفية الغبن الفاحش بأنه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين من أهل الخبرة، وحدد المتأخرون من الفقهاء الغبن الفاحش للتيسير في الفتوى والقضاء والتطبيق بأنه ما بلغ خمس القيمة في العقار وعشرها في الحيوان ونصف العشر في العروض وسائر المنقولات، وبه أخذت المجلة في المادة ١٦٥ منها. [زرقا].

### ﴿المادة ٣١﴾ الضرر يُدفع بقدر الإمكان:

هذه القاعدة توجب العمل على منع وقوع الضرر قبل أن يقع وقاية منه، وتشرط أن يدفع الضرر بأقل ضرر ممكن، فما كان من الضرر يدفع بقليل لا يجوز دفعه بكثير أخذاً بمبدأ ضرورية الدفع، هذا ما لم يترتب على دفع الضرر ضرر أكبر منه، وإلا لم يجوز رفعه للضرر الأكبر تطبيقاً لقاعدة: إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً. [مدخل].

من تطبيقات هذه القاعدة: يحق للقاضي منع المدين من السفر بناءً على طلب الدائن منعاً للضرر الذي قد يلحق بهذا الدائن [المدخل العام]، ومنها: مشروعية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وذلك رفعاً لضرر المنكر وعمومه وانتشاره، وقد وضع الفقهاء لذلك درجات خمساً هي:

- ١ - البيان والتوضيح والتعريف بالمنكر.
- ٢ - النصح والإرشاد.
- ٣ - التعنيف والتوبيخ والتقريع باللسان.
- ٤ - التغيير باليد.
- ٥ - التهديد بالضرب أو القتل.
- ٦ - الضرب أو القتل فعلاً.

فلا يجوز لمن أراد أن ينكر المنكر أن يرتقي درجة مع غناء درجة دونها عنها، فإذا تخطى ذلك كان تعدياً؛ لأن الأمر بالمعروف يجب أن يكون بقدر الحاجة وقدر الإمكان. [مدخل].

## رابعاً - نظرية الأخذ بالاستصحاب

الاستصحاب هو سريان الحكم الشرعي الثابت سابقاً حتى يقوم دليل على زواله، وهو دليل شرعي مُعْتَدَّ به ما لم يغلبه دليل آخر أقوى منه. إلا أنه عند الحنفية حجة في الدفع (فيما كان) لا في الاستحقاق (فيما يستجد)، فإذا غاب رجل عن بلدة غيبية منقطعة لم يُعرف له فيها مقر ولم يعرف أحي هو أم ميت، فإنه يعتبر حياً فيما كان له بدلالة الاستصحاب وهو تيقن حياته عند غيابه، فلا يرث ماله ولا تبين زوجته<sup>(١)</sup>، وأما فيما لم يكن له فلا يعتبر حياً فيه فلا يرث أحداً من أقاربه مات بعد غيابه ويوقف نصيبه. [مدخل].

### ﴿المادة ٤﴾ اليقين لا يزول بالشك:

اليقين عند الأصوليين: هو الاعتقاد الجازم المطابق للواقع الثابت، وفي اللغة: هو العلم الذي لا تردد معه، وهو في أصل اللغة الاستقرار، يقال: يقن الماء في الحوض إذا استقر فيه [زرقا]، والفرق بين اليقين والاعتقاد: أن اليقين هو جزم القلب مع الاستناد إلى دليل قطعي، والاعتقاد هو جزم القلب من غير استناد إلى دليل قطعي. [أشباه].

أما الشك فهو الوقوف بين شيئين بحيث لا يميل القلب إلى أحدهما [باز]، ومن إيضاحات الشك واليقين يُفهم أنه لا يوجد الشك في شيء عند وجود اليقين، ولا اليقين حين يوجد الشك، فإنهما نقيضان ولا يجوز اجتماع النقيضين، وقد اعترض البعض على وضع هذه المادة إذ لا موجب لوضعها، ولكن القصد هنا بالشك هو الشك الطارئ بعد حصول اليقين في الأمر، فلا محل للاعتراض. وجملة القول: أن اليقين السابق لا يزول بالشك الطارئ ولا يزول إلا بيقين مثله. [حيدر].

هذه القاعدة تدخل في جميع أبواب الفقه، والمسائل المخرّجة عليها تكاد تبلغ ثلاثة أرباع الفقه [حموي]، ودليلها ما جاء في الصحيحين، أن رجلاً شكى إلى النبي ﷺ يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة، فقال

(١) والمعمول به في المحاكم الشرعية السنية في لبنان مذهب الإمام مالك رحمته الله كما في المادة ١٢٧ من قانون حقوق العائلة العثماني..

عليه والصلاة والسلام: «لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً». [أشباه].

ومن فروعها: لو أقر رجل وقال: لفلان بدمتي مبلغ كذا فيما أظن، فلا يعد ذلك إقراراً بالدين، لأن الأصل براءة الذمة وهو متيقن فلا يزول بالشك. [باز].  
ومنها: لو سافر رجل إلى بلاد بعيدة فانقطعت أخباره مدة طويلة، فانقطاع أخباره يجعل شكاً في حياته إلا أن ذلك الشك لا يزيل اليقين وهو حياته المتيقنة قبلاً، وعلى ذلك لا يجوز الحكم بموته، وليس لورثته اقتسام التركة ما لم يثبت موته يقيناً، بخلاف ما إذا كان بسفينة وثبت غرقها فيحكم بموت الرجل لأن موته ظن غالب، والظن الغالب بمنزلة اليقين. [حيدر].

تنبيه: إن وجود الشك قد يمنع حصول ما يزيله بعد وجوده، فلو برهن المدعى عليه بعد الحكم أن المدعي أقر قبل الدعوى إنه لا حق له في المدعى به، فلا يبطل الحكم لجواز أن يكون لا حق له قبل الدعوى ثم حصل له حق فادعاه، فلا يبطل الحكم ويبقى الشك قائماً، ولو برهن على ذلك قبل الحكم لا يحكم؛ لأن الشك يدفع الحكم ولا يرفعه، وإمكان التوفيق بين الحكم والبرهان اللاحق به ليس من بناء المسألة، وإنما هو توجيه وتعليل لعدم بطلان الحكم بخلاف ما كان قبل وقوع الحكم فإنه دفع له عن الوقوع، والدفع أسهل من الرفع، وهذا بما يمكن تكراره وتجده من الأسباب، أما ما لا يمكن تجده من الأسباب فإنه لا يمكن فيه هذا التأويل، فلو ادعت امرأة بفرار زوجها المتوفى من إرثها وحكم لها، ثم برهن الورثة بأن زوجها كان أبانها بطلبها أو أنه أبانها في صحته، فالظاهر أنه يبطل الحكم إمكان تجدد سبب الإرث بعد وفاته. ولو ادعى رجل متاعاً أنها له وأقام البينة وقضى القاضي له، ولم يقبضه حتى أقام المدعى عليه (المحكوم عليه) البينة بأن المدعي أقر عند غير القاضي أنه لا حق له فيه، فلو شهد الشهود أنه أقر بذلك قبل القضاء بطل القضاء، وإن شهدوا أنه أقر به بعد القضاء بقوله (لا حق لي فيه) لا يبطل القضاء لأن قوله يتناول الحال فقط وليس من ضرورة انتفاء الحق في الحال انتفاؤه في الماضي، وإن شهدوا بعد القضاء بقوله (لم يكن لي فيه حق) فإن القضاء يبطل لأن قوله يتناول الماضي. [زرقا].

ومن المسائل التي لا بد فيها من اليقين ولا يعتبر فيها الظن، لو طلق واحدة

معينة من نسائه ثم نسيها، فإنه لا يجوز له أن يطاء واحدة منهن إلا بعد العلم بالمطلقة ولا يسع الحاكم أن يخلي بينه وبين نسائه حتى يتبين؛ لأن التحري إنما يجوز فيما يباح عند الضرورة والفروج لا تحل للضرورة. ومنها: الحمل فإنهم لم يعتبروا ظهور علاماته دليلاً جازماً على وجود الحمل ولم يبنوا عليه الأحكام الجازمة، فلو أوصى إنسان للحمل بشيء أو أوقف، لا تصح الوصية له أو الوقف عليه إلا إذا ولد لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الوقف لكي يتيقن بوجوده وقتها؛ نعم إنهم جعلوا ظهور علامات الحمل أمانة رجحوا بها قول المرأة أنها ولدت عند إنكار الزوج للولادة وأوقفوا بها الميراث للحمل، إلا أن الأمانة هذه لا تعتبر موجباً لصحة الوصية والوقف لجواز أن هذا الحمل أسقط ثم حصل بعد الوصية أو الوقف حمل جديد. [زرقا].

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

هذه القاعدة من فروع قاعدة (اليقين لا يزول بالشك)، وتتمتها: حتى يقوم الدليل على خلافه، ومعنى هذه القاعدة أنه إذا جهل في وقت الخصومة حال الشيء وليس هناك دليل للحكم بمقتضاه، وكان لذلك الشيء حال سابق معهود، فإن الأصل أن نحكم ببقائه واستمراره على تلك الحال التي كان عليها حتى يقوم الدليل على خلافه [زرقا]. والاستصحاب بقسميه: استصحاب الماضي بالحال، واستصحاب الحال بالماضي، حجة تُدفع به دعوى الغير ولا يلزمهم بشيء ولا يُثبت حقاً. [باز].

**والبيّنات أربع:** البرهان، والإقرار، والنكول، والأمانة الظاهرة التي تعرف بتحكيم الحال. [زرقا].

**من فروع هذه القاعدة:** لو ادعت امتداد الطهر وعدم انقضاء العدة صُدّقت بيمينها ولها نفقة العدة؛ لأن الأصل بقاء العدة بعد، وجودها. [حموي].  
لو اختلف الزوجان بعد انقضاء العدة في الرجعة فيها فالقول لها لأن الأصل عدمها، ولو كانت العدة قائمة فالقول قوله لأنه يملك الإنشاء فيملك الإخبار. [أشبه].

لو اختلف الزوجان في التمكين من الوطاء فالقول لمنكره لأن الأصل عدمه. [أشبه].

ولدت وطلقها فقال: طلقت بعد الولادة فلي رجعة، وقالت قبلها فلا رجعة،

وإن لم يعيننا وقتاً للولادة ولا للطلاق فالقول قوله، لأن الأصل بقاء سلطة النكاح. [حموي].

**ومن فروعها:** لو مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت: أسلمت بعد موته فلي الميراث، وقال الورثة: أسلمت قبل موته فلا ميراث لها، فالقول للورثة؛ لأن كلاً من الطرفين متمسك بنوع من الاستصحاب، فالمرأة متمسك بالاستصحاب الحقيقي إلا أن هذا الاستصحاب لا يكفي لاستحقاق الإرث، والورثة يتمسكون بالاستصحاب المعكوس، وهذا استصحاب يكفي لدفع مشاركتها لهم بالإرث. ونفس المسألة فيما لو مات مسلم وزوجته نصرانية، فجاءت بعد موته مسلمة وطالبت بالميراث، فالقول للورثة لأن الاستصحاب الحقيقي يدفع مشاركتها الإرث ولا عبرة بالاستصحاب المعكوس لأنه لا يصلح للاستحقاق. ومن هنا قال الإمام الكرخي: (الأصل أن الظاهر يدفع بالاستحقاق ولا يوجب استحقاقاً). [زرقا].

**ومنها:** لو كان للابن الغائب مال عند أبيه فأنفق الأب منه على نفسه ثم اختلفا، فقال الابن للأب: إنك أنفقت على نفسك منه وأنت موسر، وقال الأب: أنفقت وأنا معسر ولا بينة لأحدهما، فإنه يحكم بالحال، فلو كان الأب حال الخصومة معسراً فالقول له، ولو كان موسراً فالقول لابنه، ولو قدم كل منهما البينة تقدم بينة الابن؛ لأن قيام صفة اليسار حين الخصومة أمانة ظاهرة في تأييد كلام مدعيه، والأصل اعتبار الصفة الأصلية في الإنسان وهي الإعسار إلا أن هذا الأصل لم يعتبر لقيام الدليل على خلافه وهو قيام صفة اليسار حين الخصومة فتكون أمانة ظاهرة في طرح ذلك الأصل. [زرقا].

واستشكل البعض أن تحكيم الحال من قبيل العمل بالظاهر، والظاهر يصلح حجة للدفع لا لاستحقاق، ففي حال كان الأب معسراً حين الخصومة فكيف يُجعل الأب بظاهر إعساره بريء الذمة من إتلاف مال ابنه من نفقة نفسه وقد ثبت إتلافه له يقيناً؟ فينبغي أن يقيم بينة على إعساره ولا يكفي ظاهر حاله! والجواب فإن الأخذ مع اليسار هو الذي يوجب الضمان نصاً لا مطلق الأخذ، والمتيقن هو الأخذ لا اليسار فلم يثبت سبب الضمان فالظاهر ينفي الاستحقاق. [زرقا].

ويستثنى من هذه القاعدة: لو ادعت امرأة مضيّ عدتها في مدة تُحتمل ودون الفترة المعتادة منها، صدقت بيمينها؛ لأن مضيّ العدة لا تعلم إلا منها مع أن الأصل بقاء العدة بعد وجودها فقبل قولها فيه ضرورة. [زرقا].

#### ﴿المادة ٦﴾ القديم يترك على قدمه:

القديم هنا: هو الذي لا يوجد من الأحياء من يعرف أوله، ومعنى هذه القاعدة: أن ما كان قديماً في أيدي الناس من حقوق مشروعة في أصلها وعينات وغيرها يعتبر ثابتاً بدليل شرعي حكماً ولا يحكم بعدم شرعيته إلا إذا قام دليل على ذلك، وذلك لحسن الظن بالمسلمين ولغلبة الظن بأنه ما وضع بأيديهم إلا بوجه شرعي. [مدخل].

وهذه القاعدة قريبة من قاعدة (الأصل بقاء ما كان على ما كان)، إلا أنها أخص منها، فتلک تشمل القديم والحادث، وهذه تختص بالقديم، وفي معناها قاعدة أخرى وردت على لسان أبي يوسف في كتاب الخراج وهي: (ليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف). [مدخل].

وهذه القاعدة جاءت في المادة ١٢٢٤ من المجلة وغيرها كالتالي: (القديم يترك على قدمه ما لم يقيم الدليل على خلافه) [زرقا]. والقديم المخالف للشرع لا يترك على قدمه مهما تقادم عهده، لأن الضرر لا يكون قديماً كما في المادة (٧). [حيدر].

أما التصرف القديم فلا يشترط في اعتباره أن يكون ما يتصرف به قائماً في يد المتصرف إلى حين الخصومة، بل يكفي أن يثبت المدعي وجوده في يده قبل الخصومة، لأن اليد الحادثة لا عبرة بها بل العبرة لليد الحقيقية. واختلف الإفتاء في اعتبار التصرف القديم في الحقوق، فأفتى خير الدين الرملي بما يفيد عدم اعتباره، واستشهد له ابن عابدين من أن الوقف إذا كان على قرابة وادعى رجل أنه من القرابة وأقام بينة شهدت أن الواقف كان يعطيه كل سنة مع القرابة، فلا يستحق بهذه القرابة شيئاً، وكذا لو شهدوا بإعطاء القاضي له مع القرابة كل سنة لا يكون إعطاء القاضي حجة. إلا أن كتب المذهب ناطقة باعتباره، وقد صرح أهل الفتوى في المذهب بأن اعتباره هو استحسان. [زرقا].

من فروع هذه القاعدة: لو ادعى أحد الخصمين الحدوث، وادعى الآخر القدم، فالقول قول من يدعي القدم، والبيّنة بيّنة من يدعي الحدوث. ولو ادعى

أحدهما الحدوث وادعى الآخر مرور الزمن، يكلف مدعي الحدوث البينة، فلو ثبت الحدوث لا تسمع دعوى مرور الزمن؛ كأن مدعي القدم يدعي مضي مدة على الأمر المتنازع هي أضعاف مدة مرور الزمن، لأن القديم ما لا يوجد من يعرف أوله، وهذا لا يكون غالباً إلا بعد مضي أكثر من ثمانين أو تسعين سنة، فكأنه بدعوى القدم يدعي مروراً للزمن مضاعفاً، فلم يجعلوا لمدعي مرور الزمن غير كون القول قوله فقط والبينة بينة مدعي الحدوث بلا استثناء. [زرقا].

**تنبيه:** إن الادعاء بمرور الزمن هو ادعاء بعدم صلاحية الحاكم لرؤية الدعوى، وهي منازعة للحاكم قبل الدخول بالدعوى، أما الادعاء بالقدم فإن المدعي يطلب إبقاء ما كان على ما كان، وقد اختار جهة للدخول بالدعوى وذلك منه تسليم بصلاحية الحاكم لسماع الدعوى. [زرقا].

#### ﴿المادة ٧﴾ الضرر لا يكون قديماً:

نفي الضرر في هذه القاعدة مجازي وليس على حقيقته، فالضرر يمكن أن يكون قديماً في الحقيقة بأن لا يعرف أحد أوله، إلا أن المنفي هنا هو الحكم بإبقائه فيكون المعنى (الضرر لا يحكم ببقائه استناداً لقدمه). [مدخل].

وهذه القاعدة بمنزلة القيد أو الاستثناء التي قبلها (القديم يترك على قدمه)؛ لأن القدم إنما تعتبر لغلبة الظن بأنه ما وضع إلا بوجه شرعي، فإذا كان مضراً ففي ذلك دلالة على أنه لم يوضع بوجه شرعي. [زرقا].

ولا بد من ضبط الضرر المراد بهذه القاعدة، والضابط هو القول بأن كل ضرر يباح التنازل عنه والإذن به من المتضرر يحكم ببقائه إذا كان قديماً كالأضرار التي تصيب حقوقاً خاصة للإنسان، وما لا يباح بالتراضي والإذن من الأضرار كالتى تمس بالجماعة أو بحقوق الله، فإنها لا تباح بالإذن ولا يعتد بقدمها، ولكن تُمنع مطلقاً قديمة كانت أم حادثة [مدخل]. وهذا في الضرر الفاحش، أما غير الفاحش فيُراعى قدمه ويُعتبر لأنه يمكن أن يكون مستحقاً بوجه من الوجوه الشرعية، وهذا التعليل يشعر بأن القديم الذي يُراعى قدمه هو الذي يمكن أن يُستحق بوجه شرعي. [زرقا].

ولهذا قالوا: (لا عبرة للقديم المخالف للشرع القويم). [باز].

## ﴿المادة ٨﴾ الأصل براءة الذمة:

لأن الذم خلقت بريئة غير مشغولة بحق من الحقوق، والذمة لغةً: العهد، واصطلاحاً: وصف يصير الشخص به أهلاً للإيجاب له أو عليه [زرقا]. وعرفها البعض بأن الذمة وعاء اعتباري لاستقرار الحقوق ممن هو أصل للالتزامات، وهي تشغل بالحقوق في حياة صاحبها ولا تبقى بعد الموت إلا إذا ترك صاحبها مალًا، وهي خلاف العهدة التي هي حافظة للحقوق وهي ظرف التكليف وتبقى بعد الموت مطلقاً. [زرقا: نظرية الالتزام].

ودليل مشروعية هذه القاعدة من الحديث الشريف: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» [رواه البيهقي عن ابن عمر]، فمن ادعى التزاماً على غيره أو حقاً فعليه الإثبات لأن الخصم يتمسك بحالة أصلية وهي براءة ذمته، فيكون ظاهر الحال شاهداً له ما لم يثبت خلافه. [المدخل العام].

والمراد بالأصل هو الحالة العامة التي هي بمثابة قانون مرعي ابتداءً بلا حاجة إلى دليل خاص عليه، ويعتبر مسلماً بنفسه. [المدخل العام ف٨٢].

عندما يتنازع خصمان وتتخالف مزاعمهما، فيحتاج في فصل الخصومة إلى مرجح لترجيح قول على آخر، ولدى تتبع المسائل والنظر في وجوه الترجيح الأولية، يظهر أن الترجيح في مبدأ الأمر يكون بأحد شيئين هما: الأصل، ودلالة الحال [زرقا]، ويعرفان بالظاهر الضعيف لأنهما لا يصلان إلى درجة يطرح معها احتمال خلافهما. [المدخل العام ف٨٢].

### والأصل وجوه كثيرة منها:

- الأصل بقاء ما كان على ما كان (م٥)
- الأصل في الأمور العارضة العدم، وفي الأمور الأصلية الوجود (٩).
- الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته (١١م).
- الأصل في الكلام الحقيقة (م١٢).
- الأصل فيما جهل قدمه وحدوثه أن يعتبر قديماً.
- الأصل في الوكالة الخصوص.
- الأصل فيما لا يعلم إلا من جهة أحد الخصمين أن يقبل قوله بيمينه، كقبول قول المرأة في انقضاء عدتها أو عدم انقضائها.
- الأصل في العقود أن تكون صحيحة ولازمة. [زرقا].

- الأصل حين الاختلاف في بطلان العقد وصحته أن يكون باطلاً؛ لأن الاختلاف في البطلان معناه النزاع في وجود العقد وعدمه، والعدم هو السابق للمعهود. وهذا التعليل مقيد بما إذا لم يكن ظاهر الحال شاهداً لمدعي الصحة.

- الأصل حين الاختلاف في فساد العقد وصحته أن يكون صحيحاً؛ لأن الاختلاف بالصحة والفساد معناه الطعن في سلامة العقد من الشوائب بعد تسليم وجوده وانعقاده، وصفة السلامة من العلل هي الحالة الأصلية للموجودات. [المدخل العام ف ٨٢].

- الأصل في الطلاق أن يكون رجعيّاً.

- الأصل عدم وجود المانع للنكاح.

- الأصل في الأبضاع التحريم.

- الأصل عدم وصول النفقة.

- الأصل عدم الإذن للتصرف بمال الغير.

- الأصل بقاء الحق بعد ثبوته.

- الأصل في العقود والإقرارات والإلزامات الطوع لا الإكراه... وغير ذلك كثير.

**ودلالة الحال أيضاً على وجوه منها:**

- **وضع اليد:** فيما لو ادعى شخصان ملك عين، فالقول قول ذي اليد.

- **تأييد مهر المثل:** فلو اختلف الزوجان في مقدار المهر المسمى، فالقول لمن يشهد له مهر المثل بيمينه، فإن كان مهر المثل كما قال أو أقل فالقول قوله، وإن كان كما قالت أو أكثر فالقول قولها.

- **السعي بإسقاط واجب عن الذمة:** فلو بعث زوج إلى زوجته شيئاً ثم اختلفا فقالت إنه هدية، وقال: إني أرسلته من المهر، فالقول قول الزوج بيمينه في غير المعد للأكل.

- **العمل بالظاهر وترك الأصل:** كما في مسألة العنّين إذا ادعى الوصول إلى زوجته التي تزوجها بكرةً وأنكرت الوصول وقال النساء إنها ثيب، فالوصول إليها أمر عارض والأصل عدمه، فيقدم الظاهر وهو الشيوبة، فكان القول للزوج.

- **العمل بالظاهر وترك البيّنة:** كأن يكون الظاهر قد وصل في الظهور إلى درجة اليقين القطعي، فإنه يترجح على البيّنة حتى لا تقام على خلافه. فقد نصّ الفقهاء على أن الوصي إذا ادعى أنه أنفق على اليتيم مبلغاً لا يكذبه فيه الظاهر فالقول قوله بيمينه، وإن كان مبلغاً يكذبه فيه الظاهر فلا يقبل فيه قوله ولا تقبل بيّنته على ذلك.

- **العمل بالظاهر وترك الإقرار:** كما لو أقر إنسان لمن كان مجهول النسب بأنه ابنه وكان لا يولد مثله لمثل المقر، فإن الإقرار يبطل والبيّنة لا تقبل عليه لأن الظاهر يكذبه.

ومن هنا كان التقييد للمادة (٧٧) التي تقول: البيّنة لإثبات خلاف الظاهر، بأن المراد بالظاهر هو الذي لم يطرح احتمال خلافه. [زرقا].

ومن فروع هذه القاعدة: لو أقر شخص بقوله إن فلاناً له عندي أمانة بدون ذكر مقدارها فيجبر المقر على أن يبين ما هي الأمانة وما مقدارها، فإن ادعى المقرّ له الزيادة فالقول للمقرّ مع اليمين؛ لأن الظاهر يؤيده من حيث إقراره بالمتيقن به، والبيّنة على المقرّ له لإثبات الزيادة. [حيدر].

ومنها: لو شك هل طلق أم لا، لم يقع الطلاق. ولو شك أنه طلق واحدة أو أكثر، بنى على الأقل إلى أن يستيقن بالأكثر، لأن الذمة لا تبرأ إلا بالمتيقن. [أشباه].

ومنها: ولو شك هل حلف بالله أو بالطلاق، فحلفه باطل، لأن الأصل براءة ذمته فلا يجب الكفارة بالشك. [حموي].

كما مر أن الأصل والظاهر من المرجحات الأولية، أما وجوه الترجيح الثانوية فهي حجج الشرع الثلاثة: البيّنة والإقرار والنكول عن اليمين [زرقا]. وقد زادت المجلة في مادتها (١٧٤١) إلى المرجحات الثانوية الأمانة القاطعة، كأن يقول لزوجته: إن سررتك فأنت طالق، ثم ضربها فقالت: سررتني، لا تطلق؛ لأن الضرب أمانة قاطعة على عدم السرور.

#### ▣ (المادة ٩) الأصل في الصفات العارضة العدم:

الأصل في الصفات العارضة العدم، كما أن الأصل في الصفات الأصلية الوجود حتى يقوم الدليل على خلافه. والمراد بالصفات ما يكون وجودها في الشيء طارئاً وعارضاً، بمعنى أن الشيء بطبيعته يكون خالياً عنها غالباً، أما

الصفات التي يكون وجودها في الشيء مقارناً لوجوده أو مشتملاً عليها بطبيعته غالباً تسمى صفات أصلية، والأصل فيها البقاء بعد ثبوت وجودها، كما جاء: الأصل بقاء ما كان على ما كان. [زرقا].

جاء نص هذه القاعدة في المجلة كما ذكر، والفقهاء كثيراً ما يعبرون في تعليلاتهم بلفظ الأمور بدلاً من الصفات كالجنون والمرض مثلاً، كي تشمل الأمور المستقلة، مثل العقود والإتلافات، فلو ادعى شخص على آخر أنه عقد معه عقداً أو أتلف له مالاً وأنكر الآخر، فالقول للمنكر حتى يثبت المدعي هذه الأفعال، لأن العقد والإتلاف أمور عارضة، والحالة الأصلية المتيقنة قبلاً هي عدمها. [المدخل العام].

**من فروع هذه القاعدة:** لو قال الوصي: لم أتجر في مال اليتيم، أو اتجرت ولم أربح، أو ما ربحت إلا كذا، فالقول قوله، لأن الأصل العدم [زرقا]، أي عدم الربح لأن الربح صفة عارضة.

لو أدخلت المرأة حلماً نديها في فم الرضيع ولم تعلم هل دخل اللبن في حلقة أم لا، فالنكاح لا يحرم لأن الأصل عدم المانع الذي هو دخول اللبن [زرقا]، وفي الأشباه: يحرم النكاح لأن في المانع من النكاح شك، والأصل في الأبضاع التحريم. [أشباه].

لو قال رجل لامرأته: إن لم أدفع لك نفقتك اليوم فأنت طالق، ثم مضى اليوم فاختلفا، فقال: دفعتها لك، وقالت: لم تدفعها لي، فالقول قولها ويترتب عليه وقوع الطلاق؛ لأن الأصل عدم وصول النفقة إليها حيث إن المعلق عليه مما يصح التنازع فيه لذاته، فيكون القول لمنكره، أما لو كان المعلق عليه مما لا يصح التنازع فيه لذاته كدخول الدار وعدمه، فلا يُنظر فيه إلى صورة التنازع بل ينظر فيه إلى المقصود منه، فلو قال لها: إن لم أدخل الدار اليوم فأنت طالق ثم اختلفا، فقال: دخلت، وقالت: لم يدخل، فالقول قوله؛ لأن المقصود من الدخول أو عدمه هو وقوع الطلاق أو عدمه، والأصل في الطلاق عدم وقوعه. [زرقا].

**ومن فروعها:** لو ادعى الوطاء وهو عنيّن وأنكرت الزوجة، فإن كانت بكرةً فالقول قولها لأن الظاهر يكذبه، وإن كانت ثيباً فالقول قوله، لأن الأصل السلامة من العنة. . [أشباه].

لو افترق الزوجان، فقالت: افترقنا بعد الدخول، وقال: قبله، فالقول قولها لأنها تنكر سقوط نصف المهر، والأصل عدم وجود المانع للوطء. لو زعم ورثة عاقد أن مورثهم كان حين التعاقد مجنوناً فعقده باطل، وأنكر الخصم واعتبر العاقد عاقلاً حتى يثبت جنونه، فيكون القول قوله؛ لأن الجنون آفة عارضة والأصل سلامة العقل بالفطرة الغالبة، فكان الظاهر شاهداً لمدعي صحة العقد دون البطلان. [المدخل العام].

ويستثنى من هذه القاعدة لو قال لها: إن لم تدخلني الدار اليوم فأنت طالق، فقالت: لم أدخلها، وقال: بل دخلتها، فالقول قوله؛ لأن الزوج يدعي صفة أصلية وهي النكاح الثابت - والأصل في الصفات الأصلية الوجود - وينكر وقوع الطلاق، مع أن المرأة تدعي زوال العصمة وهي صفة عارضة، الأصل فيها العدم. [حموي].

ويستثنى أيضاً: لو تصرف الزوج في غلات زوجته ثم ماتت، فادعى أن تصرفه كان بإذنها فأنكر الورثة، فالقول قوله بيمينه مع أن الأصل عدم الإذن للتصرف في ملك الغير، وأن الإذن يعتبر من الصفات العارضة بين الزوجين. وكذا لو اختلف الزوجان في هبة المهر، فقالت الزوجة: وهبته لك بشرط ألا تطلقني، وقال الزوج: بغير شرط، فالقول قولها، لأن الظاهر حصول التنازل عن الحق مقابل إسقاط حق، والشرط من العوارض الأصل عدمه. وأيضاً لو طلبت المرأة نفقة أولادها الصغار بعد أن فرضها القاضي لهم، فادعى الأب أنه أنفق عليهم، فالقول قوله بيمينه لأنها تدعي عدم وفور شفقتة مع أن الأصل عدم الإنفاق. [زرقا].

#### ﴿المادة ١٠﴾ ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه:

هذه القاعدة مطابقة لقاعدة الاستصحاب والمتممة لها وتجري فيها أحكام نوعي الاستصحاب: استصحاب الحال بالماضي، والماضي بالحال [حيدر]، فإذا ثبت في زمان ملك شيء لأحد يحكم ببقاء الملك، ما لم يوجد ما يزيله، سواء كان ثبوت الملك الماضي بالبينة أو بإقرار المدعى عليه. وهذه المسألة على ثلاثة أوجه:

الأول: أن يدعي ملكاً خالياً عن الإسناد إلى الماضي ويشهد الشهود له بالملك في الماضي فيقولون: إنها كانت ملكه، أو إنها كانت ملكه بالسبب

الذي ادّعه، فتصح الدعوى من المدعي وتقبل الشهادة من الشهود؛ لأنه لما ثبت ملكه في الزمن الماضي فالأصل أن يحكم ببقائه إلى أن يوجد ما يزيله، كأن يقيم المدعى عليه بينة على الشراء منه مثلاً.

**الثاني:** أن يدعي ملكاً ماضياً ويشهد الشهود بالملك المطلق.

**الثالث:** أن يدعي ملكاً ماضياً ويشهد الشهود بالماضي، ففي هاتين الصورتين الأخيرتين، فإن دعوى المدعي غير صحيحة وشهادة الشهود المترتبة عليها غير مقبولة؛ لأن إسناد المدعي ملكه إلى الماضي يدل على نفي الملك في الحال، إذ لا فائدة للمدعي في إسناده مع قيام ملكه في الحال، وإسناد الشاهدين ملكه في الماضي لا يدل على النفي في الحال لأنهما قد لا يعرفان بقاءه إلا بالاستصحاب. [زرقا].

**تنبيه أول:** جاء في مُعين الحُكّام: إن قول العلماء (الشهادة لا تجوز إلا بالعلم) ليس على ظاهره، فإن ظاهره يقتضي أنه لا يجوز أن يؤدي الشاهد إلا ما هو قاطع به وليس كذلك، لأن حالة الأداء دائماً عند الشاهد الظن الضعيف في كثير من الصور، فيشهد الشاهد في الملك الموروث لوارثه مع جواز بيعه بعد أن ورثه، والمراد أن يكون أصل المدرك علماً فقط، والمحقق في هذا إنما هو الظن الضعيف. ولا يكاد يوجد ما يبقى فيه العلم إلا القليل من الصور كالنسب والولاء فإنه لا يقبل النقل فيبقى العلم على حاله، ومنها الوقف إذا حكم به حاكم، أما إذا لم يحكم به فإن الشهادة فيه للظن فقط لاحتمال أن يكون حاكم حنفي قضى بنقضه. [زرقا].

**تنبيه ثان:** الشهادة باليد المنقضية - أي الماضية - لا تقبل، وعلى الملك المنقضي تقبل، فلو ادّعى أحد على آخر بأن العين التي في يد المدعى عليه كانت في يد المدعي حتى أخذها منه بلا حق، فيطلب إعادتها إليه وأقام بينة بأنها كانت في يده لا تقبل حتى يشهد أن المدعى عليه أخذها من المدعي بلا حق، فحينئذ يقضي بإعادتها إليه فقط لا بالملك، وهذا يسمّى «قضاء ترك»، وإنما لم تقبل الشهادة باليد المنقضية كما قبلت على الملك المنقضي؛ لأنها شهادة بمجهول، ولأن أنواع وضع اليد كثيرة، فقد تكون للملك أو للوديعة أو للإجارة... بخلاف الملك فإنه غير متنوع، فلذلك كان الأصل أن الشهادة بالملك المنقضي مقبولة لا باليد المنقضية. ولو ثبتت اليد المنقضية بإقرار

الخصم فإنها تعتبر ويؤمر المدعى عليه بدفعها لأن الإقرار لا تضره الجهالة. أما إذا شهدا بيد شخص ميت فإنها تقبل مطلقاً، وإن كانت يد غير ملك فموت من هي في يده يملكها وتكون مضمونة لصاحبها في التركة. [زرقا].

**تنبيه ثالث: الادعاء يقع بثلاث صور، والإثبات يقع بثلاثة أوجه: ١ - ادعى الملك في الحال والشهود تشهد على الماضي كأن يقول المدعي: هذا الشيء ملكي، وتقول الشهود: هذا الشيء كان ملكه، فالشهود لا يمكنهم معرفة بقاء الملك للمالك إلا بطريق الاستصحاب، فتقبل شهادتهم ويحكم بموجبها؛ لأن الاستصحاب يدفع زوال الملك في الحاضر، ٢ - لو ادعى الملك في الماضي والشهود تشهد على الملكية في الحال، فهذه الشهادة لا تقبل؛ لأن الاستصحاب المقلوب لا يثبت الملك في الماضي، ٣ - لو ادعى الملك في الماضي والشهود تشهد على الملك في الماضي فلا تقبل شهادتهم؛ لأن المدعي لو كان مالكا في الحال لما كان لها فائدة في إسناد الملكية الى الزمن الماضي. [حيدر].**

**ومما يتفرع على هذه القاعدة: لو تنازع اثنان ملكية أمر ما فأقام الأول البينة على أنه امتلكه بتاريخ معين، وأقام الثاني البينة على أنه امتلكه قبل الأول بتاريخ معين، فإنه يحكم بها للثاني لأنه امتلكه في تاريخ لم ينازعه فيه أحد فثبت له، أما الثاني فإنه ملكه بتاريخ منازع فيه، فلا يلغى الثابت بالطارىء الذي لم يثبت. [مدخل].**

**ومنها: لو سأل القاضي الشاهدين: هل تعلمان ملكه للحال؟ لا يجبران على الجواب، لكن لو أجاباه بقولهما لا نعلم قيام الملك للحال تُردُّ شهادتهما؛ لأنهما صرّحا بجهلهما قيام الملك للحال، فلم يبق إمكان للحمل على أنهما يعرفان بقاء الملك بالاستصحاب، فلم تُعدَّ شهادتهما صالحة. [زرقا].**

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

الصفات أو الأمور إذا كانت أصلية تطبق عليها قاعدة (الأصل بقاء ما كان على ما كان)، وإذا كانت عارضة والخلاف في ثبوتها أو عدم ثبوتها تطبق عليها قاعدة (الأصل في الصفات العارضة العدم)، وإذا كانت عارضة والخلاف في تاريخ ثبوتها تطبق عليها هذه القاعدة التي أوردها السيوطي بلفظ: (الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن). [مدخل].

والوجه في كون الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته هو أن الخصمين لما اتفقا على حدوثه وادعى أحدهما حدوثه في وقت، وادعى الآخر حدوثه قبل ذلك الوقت، فقد اتفقا على أنه كان موجوداً في الوقت الأقرب وانفرد أحدهما بدعوى إنه كان موجوداً قبل ذلك، والآخر ينكر دعواه فالقول للمنكر. هذا إذا لم يتضمن الحكم بالحدوث للحال نقض ما هو ثابت؛ لأن الحكم بالحدوث لأقرب ما ظهر ثابت باستصحاب الحال لا بدليل أوجب الحدوث للحال، والثابت باستصحاب الحال لا يصلح لنقض ما هو ثابت. مثال ذلك: لو مات ذمي فجاءت امرأته مسلمة فقالت: إنني أسلمت بعد موته فأرث منه، وقال ورثته: إنك أسلمت قبل موته فلا إرث لك، فالقول قولهم ولا إرث لها مع أن إسلام الزوجة أمر حادث وهي تضيفه إلى أقرب أوقاته وهو ما بعد الموت! وذلك لأنها اعترفت باختلاف الدينين وهو مانع من الإرث، فتمسكها بالظاهر وهو إضافة الإسلام إلى ما بعد الموت لا يصلح حجة للاستحقاق ولا لنقض الثابت وهو اختلاف الدين المانع من الإرث. [زرقا].

**من تطبيقات هذه القاعدة:** امرأة ميت ادعت أن زوجها أبانها في مرض موته، وقال الورثة: في صحته، فالقول قولها، وتستحق الإرث لأن إرثها بسبب الزوجية ثابت بيقين، والبينونة لا تتنافى مع الإرث في جميع الأحوال، وكون البينونة صدرت في زمن الصحة الأبعد فليس إلا مجرد شك وإرثها بالزوجية ثابت بيقين فلا يزول بالشك، فتكون البينة على الورثة لأن الزوجة تضيف الحادث وهو الطلاق إلى أقرب الأوقات في الحال وهو زمن المرض. [حيدر].

**ومنها:** لو وهب إنسان شيئاً لأحد ورثته ثم مات، فاختلف الموهوب له مع بقية الورثة، فقال الموهوب له: وهبني في صحته فالهبة نافذة، وقال الورثة: وهبك في مرضه فالهبة غير نافذة، فالقول للورثة والبينة على الموهوب له؛ لأن الورثة أضافوا الهبة إلى أقرب الأوقات من الموت وهو حال المرض. [زرقا].

**ومنها:** إذا ادعى المحجور عليه أو وصيه أن عقد البيع الذي أجراه المحجور قد حصل بعد صدور الحكم بالحجر وطلب فسخ البيع، وادعى المشتري حصول البيع قبل تاريخ الحجر، فالقول للمحجور عليه أو وصيه؛ لأن وقوع البيع بعد الحجر أصل وهو أقرب زمناً مما يدعيه المشتري، وعلى المشتري إثبات خلاف الأصل وهو حصول البيع له قبل حكم الحجر. [حيدر].

لو ادعت زوجة المسلم النصرانية أنها أسلمت قبل موت زوجها وطلبت حصتها الإرثية، وادعى الورثة أنها أسلمت بعد موته فالقول للورثة؛ لأن وقوع إسلامها بعد موته أقرب تاريخاً وهو الأصل ما لم تُثبت عكس ذلك. [حيدر].

**ويستثنى من هذه القاعدة:** لو قال القاضي بعد عزله لرجل: أخذت منك ألفاً ودفعتها إلى زيد قضيت بها عليك، وقال الرجل: أخذتها ظلماً بعد العزل، فالصحيح أن القول قول القاضي، مع أن الفعل كان ينبغي أن يضاف إلى أقرب أوقاته وهو وقت العزل؛ لأن القضاء يسان عن الإلغاء ما أمكن لاستقرار الأحكام. [باز].

وقد يرد على هذه القاعدة مستثنيات كثيرة، لأنها مقيدة في نظر الفقهاء بأن الحادث إنما يضاف إلى أقرب أوقاته ما لم تؤد هذه الإضافة إلى نقض أمر ثابت. [المدخل العام].

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

هذه القاعدة هي مجموع قاعدتين: الأولى (لا ينسب إلى ساكت قول)، والثانية: (السكوت في معرض الحاجة بيان)، وهي استثناء وقيد من الأولى. ثم إن التصرفات الشرعية القولية مبناهما على صحة الإرادة وسلامتها، إلا أن الإرادة أمر خفي واستعيب عنها بالكلام الدال عليها كما استعيب عنها عندما تعذر الكلام بالكتابة والإشارة، أما السكوت فليس عوضاً عن الإرادة ولا دليلاً عليها فلا يعطى حكم الكلام إلا عند الحاجة إلى اعتباره. [مدخل].

والمراد بمعرض الحاجة الذي يكون فيه السكوت في حكم البيان والتعبير هو كل موطن يلزم فيه التكلم لدفع ضرر أو غرر، أو يكون فيه السكوت طريقة عرفية للتعبير. [المدخل العام].

أما الساكت غير الكائن في معرض الحاجة إلى بيان ولا مستعين بالإشارة لتفسير لفظ مبهم فلا ينسب إليه قول [زرقا]. وجميع المعاملات المرتبطة بالألفاظ الصريحة لا يعدّ السكوت فيها قولاً.

والفقرة الأولى من المادة مأخوذة من الأشباه، والثانية من كلام الأصوليين، فقد جاء في المرأة: من بيان الضرورة السكوت لدى الحاجة إلى البيان بما يدل على كون السكوت بيان حال المتكلم الذي شأنه التكلم في الحادثة. [حيدر].

**ومن فروع الشق الأول من القاعدة:** لو رأى القاضي الصبي أو المعتوه يبيع ويشترى فسكت، لا يكون سكوته إذناً بالتجارة ولو لم يكن ولي لهما. [زرقا].

**ومنها:** لو تزوجت غير كفاء فسكت وليها عن طلب التفريق لا يكون سكوته رضاً على ظاهر المذهب ما لم تلد، فإذا ولدت فليس للولي التفريق حفظاً للولد عن التشيت، لكن الحسن روى عن أبي حنيفة أن العقد لا يجوز وعلى روايته الفتوى [زرقا]، أما لو تزوجت بغير كفاء وسكت الولي حتى ولدت فيكون سكوته رضاً كما نص عليه الزيلعي في التبيين. [حموي].

**ومنها:** لو سكتت زوجة العتین لا يكون سكوتها رضاً، ولو أقامت معه سنين. [أشباه].

**ومنها:** إذا أخذت الزوجة شيئاً من مال زوجها واستعملته وهو يعلم ويرى، ثم ادعت إنه وهبها إياه مستدلة بسكوته، لم تصدق في دعواها، لأن السكوت لا يجعل الأخذ هبة. [مدخل].

**أما الجزء الثاني من القاعدة،** فقد عدّ الحنفية من تطبيقاته نيفاً وأربعين مسألة **منها:** لو سأل البكر وليها عن موافقتها على الزواج من فلان فسكتت، عدّ ذلك منها موافقة على الزواج المعروف عليها، لضرورة ما بها من الاستحياء، وذلك على خلاف الثيب فإن سكوتها لا يعتبر رضاً منها بالزواج. [مدخل]. واستحياؤها عن إظهار الرغبة في الرجال لا عن إظهار عدمها. [زرقا]. أما لو استأمر البكر الجد مع وجود الأب فلا يكون سكوتها رضاً. [حموي].

**ومنها:** لو بلغ البكر النكاح بعدما زوّجها وليها من غير استثمار على سبيل الفضول وسكتت ينبرم العقد بعد وجوده موقوفاً. [زرقا].

**ومنها:** لو سكتت عند بلوغها بكرة عالمة بتزويج وليها لها سقط خيارها [زرقا]، أما لو كان المزوّج لها غير الأب والجد، أو كانت عند بلوغها ثيباً فلا يسقط خيارها إلا بصريح القول. [حموي].

**ومنها:** لو سئل شخص عن مجهول النسب هل هو ابنه أو لا، فأشار بالإقرار به، ثبت نسبه لأن إشارته هذه مع حرصه على صيانة النسب وتمكنه من النفي يقوم مقام القول. [زرقا].

**ومنها:** إذا دفعت الأم في جهاز بنتها أشياء من أمتعة الأب والأب يعلم ذلك وهو ساكت فليس له الاسترداد من بنته، وكذا إنفاق الأم في جهاز بنتها من مال الأب ما هو معتاد والأب ساكت فهو إذن منه. [أشباه].

**ومنها:** سكوت البكر عند قبض المزوج لها - أباً كان أو غيره - مهرها إذن منها بقبضه ما لم تنهه. [زرقا].

**ومنها:** لو حلفت أن لا تتزوج فزوّجها أبوها وسكتت، حنثت، ولو حلفت لا تأذن في الزواج فزوّجها وكيلها وسكتت لم تحنث، والفرق بين المسألتين بأن حلفها الأول على الزواج وقد وجد شرعاً وعرفاً، وحلفها الثاني على الإذن ولم يوجد عرفاً، والأيمان مبنية على العرف. [حموي].

**ومنها:** سكوت المزكي عند سؤاله عن الشاهد إذا كان عالماً بحاله تعديل، وسكوته يقوم مقام نطقه. [حموي].

**ومنها:** رجل زوّج رجلاً بغير أمره، فهنّاه القوم وقبل التهنة، فهو رضى لأن قبول التهنة دليل الإجازة. [حموي].

**ومنها:** سكوت المقرّ له يعدّ قبولاً، كأن يقرّ شخص بمال لآخر ويسكت المقرّ له فسكوته يعدّ تصديقاً وقبولاً بالإقرار. [حموي].

**ومنها:** إذا وجبت اليمين على أحد فكلفه الحاكم بها فسكت بدون عذر كان سكوته نكولاً. [باز].

**ومنها:** إذا عجز عن الإثبات وطلب التحليف فعرضت اليمين على المدعى عليه فسكت دون أن يحلف أو ينكل يعتبر ناكلاً عن اليمين ويقضي الحاكم عليه؛ لأن توقف سير المحاكمة على كلامه يضر بالمدعي بتأخيره عن حقه. [المدخل العام].

ويستثنى من هذه القاعدة ما ذكر في الدر وحاشيته من أن الزوجين لو شرطاً في عقد النكاح تأجيل كل المهر ولم يشترطاً الدخول قبل حلول الأجل، فللزوجة أن تمنع نفسها عن الزوج إلى أن تقبض المهر استحساناً، وبه يُفتى. وعملوه بأن الزوج لمّا طلب تأجيل كل المهر فقد رضي بإسقاط حقه في الاستمتاع بدون قبول منه. [زرقا].

**تنبيه:** مما يتفرع على الشق الثاني من المادة مسائل غير ظاهرة التفرع، قولهم:

- سكوت الوكيل قبولاً للوكالة.
- سكوت المفوض إليه الطلاق قبول للتفويض.
- سكوت الموقوف عليه قبول للوقف.

- سكوت المقرّ له قبول للإقرار .

- سكوت الزوج عند الولادة اعتراف بالنسب .

وذلك لأن الوكالة والوقف والإقرار لا تحتاج إلى قبول، وإن كانت ترد بالرد، ولأن تفويض الطلاق كذلك لا يحتاج إلى قبول حيث إنه تعليق من الزوج ولا يملك الرجوع عنه، أما ثبوت نسب ولد الزوجة فليس بالسكوت بل بحكم الفراش القائم بالنكاح . فهذه مسائل ينطبق عليها الشق الثاني من القاعدة لكنها ليست من فروعها . [زرقا].

### ﴿المادة ٧٢﴾ لا عبرة بالظن البين خطؤه:

إن الاحتجاج شرعاً يكون: باليقين وبطمأنينة الظن وبالظن، ولا يكون فيما دون ذلك، وهذه القاعدة تعتبر قيداً أو استثناءً من ذلك المبدأ لأنها تنفي الحجية عن الظن إذا ثبت خطؤه بدليل مقبول؛ لأن هذا الدليل يذهب بمكان الغلبة فيه ويهبط به إلى درجة أدنى من الظن، فتنتفي عنه الحجية لذلك . [مدخل].

من فروع هذه القاعدة: لو دفع شيئاً على ظن وجوبه، أو صالح عن حق مدعى به عليه ولم يكن قد أقر به، ثم تبين عدم الحق فله استرداد ما دفع . أما إذا لم يكن الدفع على ظن الوجوب بل بقصد التبرع، فإنه يجري عليه حكم الهبة ويكون عندئذٍ من فروع قاعدة (الأموار بمقاصدها) . [المدخل العام].

لو دفع نفقة فرضها القاضي، ثم تبين عدم وجوبها، رجع بها لأن الفرض باطل . [زرقا].

ومنها: لو أقر بطلاق زوجته ظاناً الوقوع بإفتاء مفتي، فتبين عدم الوقوع لم يقع [أشباه]، وعدم الوقوع ديانة، أما قضاء فيقع لإقراره به . فإن قيل: كيف يمكن أن يتبين خلافه؟ الجواب: بأنه يحتمل أن يكون المفتي أفتى بغير ما هو في المذهب، ثم أفتى من هو أعلم منه بعدم الوقوع، ويحتمل أن المفتي أفتى أولاً بالوقوع من غير تثبت، ثم أفتى بعد التثبت بعدمه . [حموي].

ومنها: لو تكلمت فقال لها زوجها: هذا كفر وحرمت عليّ به، فتبين أن ذلك اللفظ ليس بكفر لا تحرم . [حموي].

ومنها: لو خاطب امرأته بالطلاق ظاناً أنها امرأة أجنبية، ثم بان أنها زوجته طلقت . [أشباه].

### ﴿المادة ٧٣﴾ لا حجة مع الاحتمال الناشئ عن دليل:

أصل هذه القاعدة ما في «تأسيس النظر» للدبوسي أن التهمة إذا تمكنت من فعل الفاعل حكم بفساد فعله، ومعنى تمكن التهمة أن لها مؤيداً من ظاهر الحال وليست مجرد توهم. وعلى هذا لا تقبل شهادة الزوجين وشهادة الأصول والفروع بعضهم لبعض، ولا شهادة الأجير الخاص لمستأجره، لتمكن التهمة الناشئة عن علاقة قد تدفع إلى تحزب مريب يجب أن تتجرد الشهادة عنه. أما لو كان الاحتمال لا دليل عليه فلا عبرة له. [المدخل العام].

**من فروعها:** لو أقر المريض لامرأته بأنه كان طلقها في صحته وانقضت عدتها وصدقته المرأة، ثم أوصى لها بوصية، أو أقر لها بدين ثم مات، فلها الأقل من الميراث ومبلغ الوصية أو الدين المقر به، وذلك عند الإمام، بدليل احتمال التهمة في إقراره. [زرقا].

**ومنها:** لو أقر أحد لأحد ورثته بدين، فإن كان في مرض موته لا يصح ما لم يصدق به باقي الورثة؛ لأن احتمال كون المريض قصد بهذا الإقرار حرمان سائر الورثة مستنداً إلى دليل كونه في مرض. أما إن كان الإقرار في حال الصحة جاز؛ لأن احتمال إرادة حرمان سائر الورثة حينئذٍ مجرد احتمال ونوع من التوهم لا يمنع حجة الإقرار. أما إقرار المريض لغير الوارث فلا يوجد فيه ما يوجد للوارث من الاحتمال فهو صحيح ومعتبر؛ لأن في إمكان المريض إيصال المنفعة للأجنبي بطريق الوصية. [حيدر].

### ﴿المادة ٧٤﴾ لا عبرة للتوهم:

إن مراتب الإدراك العقلي للأشياء خمسة هي: اليقين، طمأنينة الظن، الظن، الشك، الوهم. أما المراتب الثلاثة الأولى فيجب الاحتجاج بها في الأحكام العملية نظراً لجانب الغلبة فيها، من ذلك الاحتجاج بالخبر المتواتر لأنه يفيد اليقين، وكذلك الخبر المشهور لأنه يفيد طمأنينة الظن، وخبر الآحاد الصحيح لأنه يفيد الظن. أما المرتبتان الأخيرتان فلا يجوز الاحتجاج بهما مطلقاً لعدم الغلبة فيهما، فلا يجوز الاحتجاج بالخبر الضعيف والموضوع لأنهما يفيدان الشك أو الوهم. هذا ونفي العبرة في القاعدة معناه نفي الاحتجاج والاستدلال [مدخل]. والمراد بالتوهم: الاحتمال العقلي البعيد النادر الحصول، فهذا لا يبنى عليه حكم، ولا يمنع القضاء، ولا يؤخر الحقوق. [المدخل العام].

يفهم من هذه القاعدة أنه كما لا يثبت حكم شرعي استناداً على وهم، فلا يجوز تأخير الشيء الثابت بصورة قطعية بوهم طارئ، **مثالها:** إذا توفي مفلس تباع أمواله وتقسم تركته بين الغرماء وإن تُوهَّم أنه ربما ظهر غريم آخر جديد - والواجب المحافظة على حقوق ذلك الدائن المجهول - لأنه لا اعتبار لذلك التوهم. [حيدر].

**ومن أمثلتها:** لو أثبت الورثة إرثهم بشهود وقالوا: لا نعلم له وارثاً غيرنا، يقضى لهم ولا عبرة باحتمال ظهور وارث آخر يزحمهم لأنه موهوم. **ومنها:** لو أثبت الفرء ديونهم بشهود، قالوا لا نعلم له غريماً غيرنا، فإنه يقضى لهم في الحال ولا عبرة لما عساه يظهر من الديون لأنه وهم مجرد. [زرقا].

**ومنها:** إذا قامت البينة المعدلة على أحد بحق وجب الحكم بها فوراً لذي الحق ويفسق الحاكم بتأخيره، وإن كان المحتمل كذب الشهود والمعدلين؛ لأن هذا الاحتمال مجرد توهم لا دليل عليه. [زرقا].

**ومنها:** يكتفى في تعريف المشهود عليه إن كان غائباً عن مجلس الحكم أن يذكر اسمه واسم أبيه وجده، واحتمال مشاركة سواه في اسمه واسم أبيه وجده مجرد توهم لا عبرة له. [زرقا].

وخرج عن هذه القاعدة ما لو استأجر مُبانته لإرضاع ولده منها ثم تزوجها، لا تبطل الإجارة وتسقط الأجرة؛ لأن حكم العقد وهو لزوم الأجر للمستأجر ثابت بتوهم الفائدة، كأن يطلقها بعد ذلك وتستحق الأجرة من جديد. [زرقا].

**تنبيه:** الأمر الموهوم يكون نادر الوقوع ولذلك لا يُعمل به في تأخير حق صاحب الحق؛ لأن الثابت قطعاً أو ظاهراً لا يؤخر لأمر موهوم بخلاف المتوقع فإنه كثير الوقوع فيعمل بتأخير الحكم، وجوزوا للحاكم تأخير الحكم للمدعي بعد استكمال أسبابه لرجاء الصلح بين الأقارب، وما ذاك إلا لأنه متوقع بخلاف غيرهم. [زرقا].

## خامساً - نظرية العُرف

**العُرف:** هو عادة قوم في قول أو فعل، وهو مصدر تشريعي معتد به لدى جميع الفقهاء، وهو على أقسام وأنواع عدة ذات آثار مختلفة اتفق الفقهاء في بعضها واختلفوا في بعضها الآخر، ووضعوا شروطاً لاعتباره، وحددوا

الحالات التي يصطدم فيها مع الأدلة الشرعية، وضبطوا ذلك بقواعد مختلفة،  
[مدخل] منها:

### ﴿ (المادة ٣٦) العادة محكمة: ﴾

العادة هي الاستمرار على شيء مقبول للطبع السليم والمعاودة إليه مرة بعد أخرى، وسواء كانت العادة عامة أم خاصة تُجعل حكماً لإثبات حكم شرعي لم يُنص على خلافه بخصوصه، ولا تُعتبر إلا إذا كانت سابقة على ورود النص التشريعي، أو كانت حادثة دون أن تتعارض معه. [زرقا].

وأصل هذه القاعدة قول ابن مسعود رضي الله عنه: (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح) وهو حديث حسن، قال فيه السخاوي في المقاصد الحسنة: رواه أحمد في كتاب السنة ووهم من عزاه للمسند، وجعله العلائي موقوفاً على ابن مسعود [حموي]، وإنه وإن كان موقوفاً عليه فله حكم المرفوع لأنه لا مدخل للرأي فيه، والظاهر إنه يصلح دليلاً على الإجماع لا على العرف.

كل عمل اختياري لا بد له من باعث، وهذا الباعث إما خارجي كظهور منفعة من شيء أو عمل، وإما داخلي كحب الانتقام الدافع إلى الكيد وكحياء البكر الباعث على الصمت . . . . . فإذا ارتاح الإنسان للفعل الذي مال إليه بذلك الباعث وكرره أصبح بالتكرار عادة له، فإذا حاكاه غيره فيه بدافع حب التقليد وتكررت هذه المحاكاة وانتشرت بين معظم الناس، يتكون عندئذٍ بها العرف الذي هو في الحقيقة عادة الجماعة. [المدخل العام (العرف)].

والعادات التي تشيع في البلاد أو بين أصناف مخصوصة من الناس لا تنشأ عن دواعٍ واحدة وبطريقة واحدة، لكن معظم العادات إنما تنشأ عن الحاجة، إذ يعرض للناس ظرف خاص يدعوهم إلى عمل خاص فيتكرر العمل ويشيع حتى يصبح عرفاً دارجاً كما في نشأة وقف أنواع من الأموال المنقولة، وقد تنشأ العادات والأعراف بأمر صاحب السلطان الحاكم أو برغبته وتوجيهه، كعادة حساب الأيام بالتقويم الشمسي، وقد تكون العادات وراثية عن الأسلاف دون أن تدعو إليها حاجة حقيقية. [المدخل العام (العرف)].

وللعادات سلطان على النفوس وتحكم في العقول، فمتى رسخت العادة اعتُبرت من ضروريات الحياة، لأن العمل بكثرة تكراره تألفه الأعصاب

والأعضاء، لذا قالوا (إن العادة طبيعة ثانية)، وقد قال ابن عابدين: (إن في نزع الناس عن عاداتهم حرجاً عظيماً). ويتضح من ذلك أن العادات منها الحسن ومنها القبيح؛ إذ ليس كل ما يعتاده الناس ويتعارفونه ناشئاً عن حاجة صادقة ومصلحة حكيمة يكون الأمر المعتاد وسيلة ميسرة لها، فقد يعتاد الناس عادات تقوم على جهالات موروثة يشقى بها المجتمع وليس فيها منفعة، كأخذ أولياء البنات مهورهن عند تزوجهن. [المدخل العام (العرف)].

**والعادة لا تسمى عرفاً إلا في الأمور المنبثثة عن تفكير واختيار، وقد عرّفه الفقهاء بقولهم: هو ما استقر في النفوس من جهة العقول، كالتعامل في الزواج على أن المرأة تشتري بمهرها جهازاً من ملبوس ومفروش تحضره معها إلى بيت الزوج، وأنها لا تُزف قبل أن يدفع الرجل معجّل مهرها كله أو بعضه. . . أما ما يكون ناشئاً عن عوامل طبيعية لا عن تفكير واختيار، كإسراع بلوغ الأشخاص في الأقاليم الحارة وبطنه في الأقاليم الباردة، لا يسمّى عرفاً بل يسمى عادة، فتكون النسبة بين العرف والعادة هي العموم والخصوص المطلق، لأن العادة أعم. [المدخل العام (العرف)].**

**ولاعتبار العرف أربعه شروط، وهي:**

- ١ - أن يكون العرف مطرداً بحيث يكون العمل به بين متعارفيه مستمراً في جميع الحوادث لا يتخلف، كالعرف على تقسيم المهر في النكاح الى معجّل ومؤجّل، أو يكون غالباً بحيث يكون جريان أهله عليه في أكثر الحوادث.
- ٢ - أن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائماً عند إنشائها ولا عبثة بالعرف الطارئ، وكذلك نصوص الشريعة لا يؤثر فيها إلا ما قارنها من العادات.

٣ - أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه، سواء كان التصريح في النص أو في شروط أهل التصرفات القولية.

٤ - أن لا يكون في العرف تعطيل لنص ثابت، أو لأصل قطعي في الشريعة. [المدخل العام (العرف)].

لو نكح أو طلق هازلاً صحّت تصرفاته، وإن كان عرفاً لا يعتد بالمعقود عليه هزلاً؛ لأن الشرع حكم عليه بالصحة للحديث: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة» على ما في رواية الترمذي وأبو داود.

أما عن حالات مخالفة العرف للأدلة الشرعية، فعلى وجوه كما فنّدها  
العلامة مصطفى الزرقا حفظه الله :

أ - أن يصطدم العرف اصطداماً بنصّ تشريعي خاص من كتاب أو سنة ثابتة،  
أمراً بخلاف ما جرى عليه العرف بحيث يكون وارداً عن الشارع بشأن الأمر  
الذي هو موضوع العرف، فيقدم النص بالاتفاق كالنهي عن نكاح الشغار الذي  
كان متعارفاً عليه في الجاهلية .

ب - أن يتعارض العرف اللفظي مع نص تشريعي عام يكون فيه الحكم شاملاً  
للأمر الجاري فيه العرف وغيره، بحيث تكون دلالة اللفظ الذي استعمله الشارع  
في أصل اللغة أوسع من دلالاته العرفية، فينزل النص التشريعي العام على حدود  
معناه العرفي؛ لأن العرف اللفظي يجعل المعنى المتعارف حقيقة عرفية وهي  
مقدمة في الفهم على الحقيقة اللغوية التي تصبح بالنسبة إلى الحقيقة العرفية  
مجازاً يحتاج إلى قرينة عند إرادته، كلفظ (عدة الطلاق) يراد به تربص المطلقة،  
أما عند وجود القرينة فيمكن حمله على معنى الاستعداد للطلاق .

ج - أن يتعارض النص التشريعي العام مع العرف العملي الخاص القائم عند  
ورود النص، فعند الحنفية ليس للعرف الخاص ما للعرف العام من قوة في  
معارضة النص العام، ولا يصلح هذا العرف لتخصيصه<sup>(١)</sup>؛ لأن التخصيص بيان  
لمراد الشارع من النص لا تعديل طارئ عليه، والعرف الخاص لا يصلح دليلاً  
على أن الشارع لم يرد من نفيه العام عموم معناه، وذهب محققو المالكية إلى  
أن العرف العملي سواء كان عاماً أو خاصاً يخصّص النص العام كما يقيد النص  
المطلق .

ومن فروعهم: إذا كانت المرأة شريفة القدر لا يلزمها إرضاع ولدها إن  
كان يقبل ثدي غيرها للمصلحة العرفية في ذلك وهي مراعاة العرف الجاري في  
صون النساء الشريفات، ولأن من عادات أشرف العرب أن يسترضعوا  
لأولادهم مرضعات من البادية ابتغاء صحة الجسم وتقويم اللسان، وهو  
تخصيص لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾ .

(١) وهذا عند غير مشايخ بلخ الذين اعتبروا العرف الخاص حجة في مواجهة النص وجوزوا  
بيع الوفاء والإجارة بغير الطحان .

د - أن يتعارض النص التشريعي مع العرف العملي العام القائم عند ورود النص فحينئذ يكون العرف العام مخصصاً للنص العام إذ يكون ذلك العرف قرينة دالة على أن الشارع لم يرد شمول ذلك الأمر كحديث النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم، وهو نص عام في منع كل أنواع البيع للمعدوم سوى السلم. وعقد الاستصناع يشمله المنع لعموم النص المانع الا أنه قد تعارفه الناس لاحتياجهم إليه فكان هذا العرف مخصصاً لعموم النص المانع فكأنما ورد النص باستثناء الاستصناع ضمناً كما استثنى السلم صراحة<sup>(١)</sup>.

هـ - أن يتعارض النص التشريعي العام مع العرف الحادث بعد ورود النص وهو ما يعرف بالعرف الطارئ، فلا يعتبر هذا العرف في مواجهة النص وليس له سلطان على النص في تخصيصه إلا أن يكون النص معللاً بعلّة يزيلها العرف كأن يكون النص مبنياً على عرف عملي قائم عند وروده، فإذا تبدل العرف تبدل حكم النص تبعاً، وهو رأي أبي يوسف وهو الراجح في المذهب والجمهور على خلافه، من ذلك قول النبي ﷺ فيما رواه البخاري بشأن البكر البالغة «إذنها صماتها» فقد اتفقت آراء الفقهاء على أن هذا الحكم مبني على ما هو معروف في البكر من خجل في إظهار رغبتها في الزواج عند استثمار وليها لها بحسب التربية والتقاليد الاجتماعية، فإذا فرض أن هذه التربية قد تبدل اتجاهها وأصبحت الأ Bakar لا يتحرجن من إعلان هذه الرغبة أو عدمها، فإن الإذن منهن حينئذ بالتزويج لا يكفي فيه السكوت بل يحتاج إلى بيان كما مع الثيبات، أو عند عدم الإذن يعتبر تزويجها عملاً فضولياً يحتاج إلى إجازة ليصبح نافذاً عليها.

و - إذا تعارض العرف سواء كان قولياً أو عملياً وسواء كان قديماً أو طارئاً مع عبارة أهل التصرفات كعبارة الواقف أو المطلق... فتحمل هذه العبارات على المعاني العرفية دون المعاني اللغوية شرط أن تكون المعاني العرفية قائمة حين صدور هذه التصرفات من أصحابها، فلو أوقف على ذريته حسب فريضة الشرع، فيحمل لفظ الفريضة على معناه العرفي ويعني للذكر مثل حظ الأنثيين. وإذا تعارف الناس إيقاع الطلاق بألفاظ أو تعابير جديدة فشا استعمالها بينهم فإنه يقع بها الطلاق ولو كانت في أصل اللغة لا تقتضي وقوعه بها، كلفظ (عليّ)

(١) لم أعر على مثال في الأحوال الشخصية حول هذا الوجه من مخالفة العرف للنص.

الطلاق) الذي يستعمله الرجال في هذا الزمان عند إزادة التطليق مع أن الطلاق وصف يقع على المرأة التي هي محلّه شرعاً لا على الرجل. ولو قال لزوجته (أنا منك طالق) لا يقع به الطلاق وإن نواه لأن الرجل لا يكون طالقاً بل مطلقاً. وقد صح تطليق الزوجة باللفظ الأول لأنه أصبح في العرف والاستعمال نظير قوله لامرأته (أنت طالق).

ز - إذا تعارض العرف مع الأحكام الاجتهادية التي يشتمها الفقهاء المجتهدون استنباطاً وتخريجاً بطريق القياس النظري على حكم أو جبهه الشارع بالنص فيترك القياس ويعتبر العرف؛ لأن العرف أقوى من القياس لما ذكره العلامة ابن الهمام (العرف بمنزلة الإجماع شرعاً عند عدم النص)، ومن المعلوم أن ترجيح العرف على القياس يعتبر عند الحنفية من قبيل الاستحسان الذي تترك فيه الدلائل القياسية لأدلة أخرى منها العرف. [المدخل العام (نظرية العرف)].

من فروع هذا المبدأ: أن الأصل القياسي يقضي بأن على الحاكم أن يستمع إلى كل دعوى ترفع إليه ثم يقضي للمدعي أو للمدعى عليه بحسب ما يثبت لديه، لكن الفقهاء تركوا هذا القياس فيما إذ ادعت الزوجة المدخول بها أن زوجها لم يدفع إليها شيئاً من معجل مهرها فقالوا لا تسمع دعواها هذه بل يردّها القاضي، وعلّلوا ذلك بأن عادة الناس التي لا تكاد تتخلف أن المرأة لا تزف إلى زوجها ما لم يدفع المهر المعجل فتكون دعواها مما يكذبه الظاهر من الحال بعد الدخول، إلا أن العرف لم يبق كما هو فكثير من الناس يزفون دون قبض شيء من المهر تسييراً على الزوج فيبقى سماع هذه الدعوى اليوم.

ومنها: إن القواعد القياسية تقضي بأنه لا يجوز دفع الدين لغير صاحبه ولا ينفذ قبضه على الدائن من ولاية أو وكالة. لكن الفقهاء تركوا القياس في البنت البكر البالغة إذا قبض أبوها أو جدها عند عدم الأب مهرها من زوجها حين زواجها، واعتبروا هذا القبض نافذاً عليه ومبرئاً لذمة الزوج للعرف والعادة ما لم يصدر منها نهي عن دفع المهر الى سواها. [المدخل العام (نظرية العرف)].

من فروع هذه القاعدة: إذا كان النص الشرعي يقتضي الخصوص والعرف القولي يقتضي العموم فالمعتبر الخصوص، من ذلك فلو أوصى لأقاربه لا يدخل الوارث اعتباراً لخصوص الشرع لأنه من قبيل مصارعة العرف القولي للنص المخالف له، وهو قوله عليه الصلاة والسلام «لا وصية لوارث». [زرقا].

**ومنها:** العرف الزائد على اللفظ لا عبارة به، كما لو قال لأجنبية إن دخلت بك فأنت طالق، فنكحها ودخل بها لا تطلق وإن كان يراد في العرف من هذا اللفظ دخوله بها عن ملك النكاح؛ لأن هذه الزيادة على اللفظ بالعرف أي أن الدخول المعلق أعم من مدلول لفظ دخول، ومن هنا قال الامام محمد (بالعرف يُخصّ ولا يزداد) [زرقا]. أما إذا قال لها: إن تزوجتك فأنت طالق، فيقع الطلاق بالجماع مرة؛ لأن معنى الجماع المعلق عليه أخص من معنى مدلول لفظ الزواج. [المدخل العام].

**تنبيه:** اعتاد الباحثون في مباحث العرف أن يوردوا مسائل القرائن العرفية لما فيها من خطر وعظيم أثر في إثبات الأحكام. ذلك أن الفقه الإسلامي اعتبر القرائن من الأدلة المثبتة التي يعتمد عليها في القضاء بدرجات مختلفة، فإذا كانت القرينة قطعية كانت وحدها بينة نهائية كافية للقضاء كما لو حصل الحمل بعد وجود العقد فالنسب ثابت بالفراش. أما إذا كانت القرينة غير قطعية ولكنها أغلبية فإن الفقهاء يعتمدونها دليلاً أولاً يترجح بها زعم أحد المتخاصمين حتى يثبت خلافها بينة أقوى، وهذه تسمى قرائن عرفية أو ظاهراً الحال.

**من ذلك:** إذا اختلف الزوجان في بعض أمتعة البيت إنها ملك الرجل أو المرأة ولا بينة لأحدهما، فيترجح قول الرجل فيما يستعمله الرجال، ويترجح قول المرأة فيما تستعمله النساء، وذلك بقرينة عادة الاستعمال، أما ما يصلح لكل منهما كالمفروشات فيترجح قول الزوج لأنه يعتبر صاحب اليد عليه واليد قرينة على الملك، **ومنها:** طلاق الفرار، فقد اعتبره الاجتهاد الحنفي قرينة شرعية على أن الرجل أراد بهذا الطلاق حرمان زوجته من ميراثها عند يأسه من الحياة فأوجبوا ميراث زوجته منه بشرائط. [المدخل العام (العرف)].

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

المراد باستعمال الناس هو نفس المراد بالعادة. [زرقا] والمراد بالوجوب هنا اللزوم عند عدم المنافي لا الوجوب الذي لا تجوز مخالفته، وعلى القاضي أن يحكم بالعادة عند عدم المنافي، وكذلك على المتعاقدين أن يلتزموا بها عند الإطلاق وإذا اشترطوا مخالفتها جاز ولا يآثمون. [مدخل].

إن استعمال الناس يكون حجة إذا لم يكن مخالفاً للنص، فلو تعورف في بلدة ما وقف المنقول كوقف الكتب والأموال، حكم بجوازه ويكون الوقف صحيحاً مع أن وقف المنقول في الأصل غير صحيح. [حيدر].

ومن فروعها: لو حلف لا ينكح فلانة من الناس حنث بالعقد، ولو حلف لا ينكح زوجته يحنث بالوطء؛ لأنه الشائع ومبنى الأيمان على العرف والعادة. [أشباه].

ومنها: لو أوصى لأقاربه لا يدخل الوارث اعتباراً بخصوص الشرع ولو أوصى لأقارب فلان من الناس فلا يخرج وارثوه، ولو أوقف على ذوي قرابة فلان لم يدخل والده وجده إذ لفظ الأقارب يحمل على غير الأصول والفروع. [حموي].

ومنها: للقاضي قبول الهدية ممن له عادة الإهداء له قبل توليته القضاء، وتثبت العادة بمرة واحدة، وإن زادت الهدية عن العادة بعد القضاء رد الزائد. [حموي].

### ﴿المادة ٣٩﴾ لا يُنكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمان:

اتفقت كلمة الفقهاء على أن الأحكام التي تتبدل بتبدل الأزمان وأخلاق الناس هي الأحكام الاجتهادية من قياسية ومصلاحية، سواء كان تغيير الزمان الموجب لتبديل الأحكام ناشئاً عن فساد الأخلاق وضعف الوازع، أم كان ناشئاً عن حدوث أوضاع تنظيمية وترتيبات إدارية وأساليب اقتصادية وغير ذلك. أما الأحكام التي جاءت الشريعة لتأسيسها وتوطيدها بنصوصها الآمرة الناهية فلا تتبدل بتبدل الأزمان بل هي أصول جاءت بها الشريعة لإصلاح الأزمان والأجيال ولمقاومة خلافها، ولكن وسائل تحقيقها وأساليب تطبيقها قد تتبدل باختلاف الأزمنة. [المدخل العام (العرف)].

فإن كان عرف أهل الزمان وعاداتهم يستدعيان حكماً ثم تغييراً إلى عرف وعادة أخرى فإن الحكم يتغير إلى ما يوافق ما انتقل إليه عرفهم وعاداتهم، والبعض اعتبر أن تغيير الأحكام إحداثها وابتداء سننها بعد أن لم تكن كما قال عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه (ستحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور). [زرقا].

لقد رأى الإمام أبو حنيفة عدم لزوم تزكية الشهود في دعوى المال ما لم يطعن الخصم فيهم، وسبب ذلك صلاح الناس في زمانه، أما الصاحبان وقد شهدا زمناً غير زمنه تفشّت فيه الأخلاق الفاسدة فرأيا لزوم تزكية الشهود سرّاً وعلناً والمجلة أخذت بقولهما. [حيدر].

من القواعد: أنه لا يجتمع أجر وضمن<sup>(١)</sup>، إلا أن المتأخرين من الفقهاء لما وجدوا أن الناس في عصرهم لا يبالون باغتصاب مال اليتيم وأموال الأوقاف والتعدي عليها كلما سنحت لهم الفرصة، فأوجبوا ضمان منافع المال المغصوب العائد للوقف واليتيم قطعاً للأطماع. [حيدر].

ومن فروع هذه القاعدة: أنه لما ندرت العدالة وعزّت في الأزمان الأخيرة قالوا بقبول شهادة الأمثل فالأمثل، والأقل فجوراً فالأقل. [زرقا].

ومنها: جوّزوا تحليف الشهود عند إلحاح الخصم وإذا رأى الحاكم ذلك؛ لفساد الزمان. [زرقا].

قال صاحب معين الحكام: إذا لم يوجد إلا غير العدول أقمنا في القضاء أصلحهم وأقلهم فجوراً لثلاث تضيع المصالح وتعطل الحقوق والأحكام، فقد حسن ما كان قبيحاً واتسع ما كان ضيقاً واختلفت الأحكام باختلاف الأزمان، فإن خيار زماننا هم أراذل أهل العصر الأول. [زرقا].

ومن مسائل هذه القاعدة: إن الزوجة إذا قبضت معجل مهرها يلزمها متابعة زوجها حيث شاء، لكن المتأخرين لحظوا انقلاب الأخلاق وغلبة الجور، وإن كثيراً من الرجال يسافرون بزوجاتهم إلى بلاد ليس فيها أهل ولا نصير، فيسيئون معاملتهم لهن، فأفتوا بأن المرأة ولو قبضت معجل مهرها لا تجبر على متابعة زوجها إلى أي مكان إلا إذا كان وطناً لها، وقد جرى فيه عقد الزواج بينهما وعلى هذا استقرت الفتوى والقضاء. إلا أن المادة (٧١) من قرار حقوق العائلة توجب على المرأة متابعة زوجها حيث شاء رجوعاً إلى أصل المذهب لأن الزوج أدرى بموطن رزقه. [المدخل العام (العرف)].

ومنها: إنه في أصل المذهب أن القاضي يقضي بعلمه الشخصي في الحوادث، أي أن علمه بالوقائع المتنازع فيها يصلح مستنداً لقضائه ويغني المدعي عن إثبات مدعاه بالبينة فيكون علم القاضي بواقع الحال هو البينة، وذلك في أفضية مأثورة عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وغيره. ولكن فيما بعد غلب على القضاة الفساد والسوء وأخذ الرّشاء، ولم يعد يختار للقضاء الأوفر ثقة وعفة وكفاية، بل الأكثر تزلماً إلى الولاية وسعيّاً في استرضائهم وإلحافاً في

(١) أي: أجر على تحريك المال ونمائه وضمن عند تضييعه.

طلب التوظيف، لذلك أفتى المتأخرون بأنه لا يصح أن يقضي القاضي بعلمه الشخصي بل لا بد أن يستند قضاؤه إلى البيانات المثبتة في مجلس القضاء؛ إذ لو ساغ ذلك بعدما فسدت الذمم لزعموا العلم بالوقائع زوراً وميلاً مع الأقوى، فهذا المنع وإن أضع بعض الحقوق لفقدان الإثبات ألا أنه يدفع باطلاً كثيراً، وللقاضي أن يعتمد علمه في غير القضاء كاتخاذ التدابير الاحتياطية. [المدخل العام (العرف)].

في الحالات التي يقضي فيها القاضي بالتطليق الجبري أو بفسخ النكاح تعتبر المرأة داخلة في العدة فور قضاء القاضي بالفرقة؛ لأن حكم القاضي في الماضي كان يصدر مبرماً واجب التنفيذ فوراً كونه مؤسساً على درجة واحدة. واليوم أصبح النظام القضائي خاضعاً للطعن بطريق الاستئناف، فإذا قضى القاضي اليوم بالفرقة وجب ألا تدخل المرأة في العدة إلا بعد أن يصبح قضاؤه مبرماً غير خاضع لطرق الطعن القضائية إما بانقضاء المهل أو بإبرام الحكم المطعون فيه<sup>(١)</sup>، لا من وقت صدور الحكم الابتدائي خشية أن تتحرر المطلقة من آثار الزوجية ومن ثم يُنقض الحكم لخلل تراه المحكمة العليا فيه، وتبقى الزوجية قائمة فيجب أن يعتبر الحكم الابتدائي الأول مشروع فرقة لا تسري نتائجه إلا بعد صيرورته مبرماً. [المدخل العام (العرف)].

### ﴿المادة ٤١﴾ إنما تعتبر العادة إذا اطّردت أو غلبت:

لكي تكون العادة معتبرة يجب أن تكون مطردة لا تتخلف مطلقاً أو غالبية لا تتخلف على أكثر الأحيان، بالإضافة إلى الاطراد والغلبة في اعتبار العادة فيجب أن تكون مقارنة أو سابقة لزمن التصرف الذي يراد فيه تحكيم العرف والعادة. [حيدر].

(١) يبدو لي أنا ناقل هذه السطور: أن عدة المطلقة ينبغي أن يبدأ سريانها من تاريخ الحكم الابتدائي القاضي بالفرقة ولا تتحرر المطلقة من آثار الزوجية إلا بعد انبرام الحكم الابتدائي بانقضاء مهل الطعن أو بتصديقه من محكمة الدرجة الثانية، وذلك قياساً على أحكام الطلاق الرجعي في نصوص الفقهاء، إذ يبدأ سريان فترة العدة من تاريخ الطلاق الرجعي ولا تتحرر المطلقة من آثار الزوجية إلا بعد مرور فترة العدة دون مراجعة زوجها لها. فكان الطلاق الرجعي هو مشروع طلاق يتحقق بانقضاء العدة دون مراجعة كما أن الفرقة بداية هي مشروع فرقة تتحقق بانقضاء مهل الطعن أو بردّ الطعون.

الدعوى والإقرار لا يقيدان بالعرف الحاضر لأنهما إخبار بما تقدم فلا يقيد به العرف المتأخر. [أشباه].

مثال ذلك: لو جهز الأب ابنته جهازاً ودفعه لها ثم ادعى إنه عارية ولا بينة له، فإن كان العرف أن الأب يدفع ذلك ملكاً لا عارية لم يقبل قوله [أشباه]، وإن كان الأب يدفع لكل بنت جهازها عارية يقبل قوله لاعتباره العادة. [حموي].

#### ﴿المادة ٤٢﴾ العبرة للغالب الشائع لا النادر:

الشائع هو الأمر الذي يصبح معلوماً للناس وذائعاً بينهم. [حيدر] فلو بني حكم على أمر غالب فإنه يبني عاماً ولا يؤثر على عمومه واطراده تخلف ذلك الأمر في بعض الأفراد أو في بعض الأوقات. [زرقا] وهذه المادة عبارة عن شروط العادة التي تجعل حكماً لإثبات حكم شرعي. [باز].

من أمثلة هذه القاعدة: لو سمى مهراً ولم يعرف أهو معجل أو مؤجل، فإذا كان غالب عرف البلد أن الزوج لا يمكن إلا ويجعل للزوجة مؤجلاً فيحمل على المؤجل، وإلا فمعجل لأن الأصل في المهور التعجيل.

ومنها: أن ليس للزوج أن يجبر زوجته على السفر من وطنها إذا كان نكحها فيه وإن أوفاهم معجل مهرها لغلبة الإضرار بالأزواج. [زرقا].

ومنها: أنهم قدروا مدة الإياس من الحيض بخمس وخمسين سنة، لأن المرأة إذا بلغت هذا السن ففي الغالب ينقطع فيه الحيض. [زرقا].

ومنها: سكوت البالغة البكر عند استئذانها للزواج يعتبر إذناً وتوكيلاً، لأن الغالب على الأبكار في هذا المقام الخجل في إبداء الرغبة وليس في إظهار الرفض. [المدخل العام].

ومنها: أنه يحكم ببلوغ من له من العمر خمسة عشرة سنة؛ لأنه هو السن الشائع للبلوغ، وإن كان البعض لا يبلغ إلا في السابعة عشرة أو الثامنة عشرة. [حيدر].

ومنها: الحكم بسبع سنين لمدة حضانة الصبي وتسع لحضانة البنت مبني على الشائع المتعارف من أن الصبي إذا بلغ السابعة يستغني عن معين له في لباسه وأكله واستنجائه، والبنت إذا صار عمرها تسع سنوات تصبح مشتبهة في الغالب، واختلاف النمو في البعض زيادة ونقصاناً بتأثير التربية والإقليم لا عبرة له، بل المعتبر الغالب الشائع. [حيدر].

### ﴿المادة ٤٣﴾ (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً:

في الكتب الفقهية عبارات أخرى بهذا المعنى (الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي)، (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)، (الثابت بالعرف كالثابت بالنص) (المعروف بالعرف كالمشروط باللفظ). [حيدر].

إذا تعارف الناس واعتادوا التعامل على شرط بدون اشتراط صريح فهو مرعي ويعتبر بمنزلة الاشتراط الصريح، أما إذا كان الشرط المتعارف الصريح غير معتبر شرعاً بأن كان مصادماً للنص بخصوصه فلا يكون معتبراً ولا يراعى. [زرقي].

وهذه القاعدة تؤكد ناحية خاصة وهي أن العرف في العقود ينزل منزلة الشروط الجعلية المباحة، فيعتبر ملزماً للمتعاقدين في كل ما يجوز الإلزام به بالشرط الجعلي عند عدم الشرط. [مدخل].

لو قدم الأب لابنته في زواجها جهازاً من ماله ثم اختلف وإياها في أنه ما قدمه لها كان على سبيل العارية، فيحق له استرداده، وإن كان على سبيل التملك فهو لها، فلو ماتت البنت والحالة هذه موقع اختلاف بين الأب والزوج من أجل نصيبه الإرثي، فالذي استقر عليه رأي الفقهاء في هذا المقام هو تحكيم العرف، فإن كان العرف غالباً أن مثل هذا الأب يخرج مثل هذا الجهاز عادة على سبيل التملك، فالقول للزوج أو للبنت إن كانت حية، وإن كانت العادة أن مثل هذا الأب لا يخرج مثل هذا الجهاز تملكاً، فالقول للأب في أنه عارية. [المدخل العام].

لو ادعى الزوج أن هدايا الخطبة هي جزء من المهر المعجل، أو ادّعت الزوجة استحقاقها للمهر المؤجل والزوجية قائمة، ترد دعواها لأن العرف على خلاف ذلك إلا ما نص عليه صراحة.

لو أوصى بثلث ماله لطلاب العلم، تنفذ الوصية لطلاب العلوم الشرعية لا لطلاب سائر العلوم لأن العرف يتناول طلاب الشريعة دون غيرهم، وكذا لو أوقف على فقهاء بلده لا يستفيد من هذا الوقف فقهاء القانون لأن العرف لا يتناولهم باللفظ المذكور.

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

هذه القاعدة لا تفترق عن معنى سابقتها إلا أن تلك في مطلق عرف، وهذه خاصة في عرف التجار. وذكر هذه المادة منفردة مع أنها داخلة في السابقة للاهتمام بشأن المعاملات التجارية فيما يقع بين التجار من عقود ومعاملات.

## ﴿المادة ٤٥﴾ التعيين بالعرف كالتعيين بالنص:

اختلف في المعنى المراد بالنص: أهو المنصوص عليه بين المتعاقدين، أم هو نص الكتاب أو السنة؛ فالمادة تحتمل المعنيين ولا تحتمل النص المتعارف عليه عند الأصوليين، وهو اللفظ الدال على معنى منطوقه وما يساويه في علة الحكم. [حموي].

من فروع هذه القاعدة: لو كان اليتيم في بلد وماله في بلد آخر، فالنظر لقاضي بلد اليتيم، لأن العادة صعوبة انتقاله ووصيه إلى بلد أمواله. [أشباه].  
لو عقد على إحدى أختين الأولى تكبره بسنين عديدة والثانية تصغره بضع سنوات، فالعرف يعين له الثانية.

لو كان يملك عدة مساكن صالحة للسكن متفاوتة الأوصاف وأمهر زوجته مسكناً منها، فالعرف يعين المسكن الملائم لحالها.  
لو رضيت الزوجة أن تساكن الزوج في أحد مسكنين لذويه، فيتعين عليه بالعادة المسكن الذي يقيم فيه.

لو أوقف مالا على درس الحديث فيرجع إلى اصطلاح أهل البلد أو أهل مكان هذا الدرس، أهو في رواية الحديث أم في علوم اصطلاحه. [مدخل].  
إن تعيين أوصاف الكفاءة للزوج ومقدار نفقة الزوجة وقدر متعة الطلاق، كلها خاضعة لتأثير العرف والعادة.

تنبيه: إن قواعد العرف لا تخرج عن بيان أمرين: الأول: اشتراط الغلبة والاطراد للعرف الصحيح، والثاني: تقييد الاعتبار بعدم الدليل المخالف أو بتصريح بالنفي. [مدخل].

## سادساً - نظرية الترجيح بين الأدلة المتعارضة

الأدلة والمصادر المعتبرة لدى الفقهاء متعددة، منها ما اتفق الفقهاء في حجيتها ومنها ما اختلفوا فيه، ثم إن المصادر التي اتفقوا فيها جرى بينهم بعض الاختلاف في ترتيبها مما نتج عنه اختلاف في أمر الترجيح بينها عند التعارض. [مدخل].  
ومن تطبيقات هذه الاتجاهات القواعد الآتية:

## ﴿المادة ١٣﴾ لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح:

الدلالة: هي كون الشيء بحال يفيد الغير علماً، وتكون بفتح الدال في المعقولات وبكسرهما في المحسوسات. [زرقا]. وهذه القاعدة مجالها في

الأحكام المتعلقة بالتعبير عن الإرادة من إيجاب وقبول وإذن ومنع ورضى ورفض ونحو ذلك. وتعبير دلالة الحال عن الإرادة خلف عن الكلام الصريح عند عدمه؛ لأن دلالة التصريح يقينية ودلالة الحال والقرائن محل شك ولا فرق في التصريح بين القول والكتابة. [المدخل العام].

عبارة أخرى: فالتصريح هو التعبير عن الإرادة بالألفاظ والأفعال الموضوعية لذلك أصلاً كالتعبير عن البيع بكلمة (بعث) وعن قبضه باستلامه باليد، أما الدلالة فهي التعبير عن الإرادة بألفاظ وأعمال لم توضح أصلاً لذلك، وإنما استفيدت عن طريق القرائن المحيطة من أعراف وظواهر الحال نحو سكوت البكر عند استئذائها في التزويج، فإنه بمثابة قولها (قبلت) مع أن السكوت لم يوضح لذلك أصلاً وإنما فهم منه ذلك بدلالة العرف. والقاعدة هذه تعني أن كلاً من التصريح والدلالة طريق صحيح للتعبير عن الإرادة، فإذا تعارضاً قدم التصريح لقوته. [مدخل].

وكما أن الصراحة تكون راجحة على الدلالة، فإنها راجحة أيضاً على العرف، لأن العرف والعادة من قبيل الدلالة [حيدر]، لكن بعد العمل بموجب الدلالة لا عبارة للتصريح، فلو سمع رجل أن فضولياً زوّجه فتقبل التهنة كان إجازة منه، فإذا رد التزويج بعد ذلك صراحة لا يصح رده. [باز].

والدلالة تكون لفظية وغير لفظية، وكل منها ثلاثة أقسام: وضعية، وعقلية، وطبيعية، والظاهر أن الدلالة الوضعية اللفظية، والدلالة العقلية بقسميها اللفظي وغيره غير مرادتين في القاعدة المذكورة؛ لأن اللفظية الوضعية هي التصريح التي تلغي الدلالة، ولأن العقلية بقسميها إن لم نقل أنها فوق التصريح فليست دونه، فيبقى المراد حينئذ اللفظية الطبيعية (كما إذا قبل التهنة بعد تزويج الفضولي فيكون إجازة منه للعقد طبعاً)، وغير اللفظية الوضعية (كوجود الخاتم المخصوص في يد الفتاة ليدل على أنها مخطوبة أو متزوجة)، وغير اللفظية الطبيعية (كدلالة تبسم البكر بلا استهزاء عند بلوغها خبر تزويجها يعتبر إجازة لكن إذا وجد قبله أو معه تصريح بالرد تلغى تلك الدلالة). [زرقة].

من فروع هذه القاعدة: لو زوّج الأب ابنه الصغير وضمن عنه المهر ثم دفعه عنه أو كان دفعه بلا ضمان فإنه لا يرجع على الصغير إلا إذا أشهد عند الضمان أو عند الدفع أنه يدفع ليرجع؛ لأن عدم الرجوع إنما لجريان العادة بأن يتحمل

الأب مهر ابنه الصغير بلا طمع في الرجوع فيكون متبرعاً دلالة، ولكن إذا شرط الرجوع صريحاً تنتفي تلك الدلالة [زرقا].

**ومنها:** لو عقد على أختين متعاقباً ونسي الأولى منهما ثم دخل على إحداهما، اعتبر دخوله بها بياناً لكونها هي السابق نكاحها، فإذا صرح بعد دخوله بها أن تلك الأخرى هي السابق نكاحها يعتبر تصريحه بذلك؛ لأن الدلالة لا تُعارض التصريح. وقيل: إن وطء الزوج لإحداهما لا يجعلها هي ذات النكاح السابق، بل يجعل فعله بياناً ضرورة حمل فعله على الصلاح، فإذا صرح بعد فعله بأن الأخرى هي السابق نكاحها كان تصريحه فوق البيان وأقوى في الدلالة على الواقع فاعتبر التصريح. [زرقا].

وقد تكون الدلالة في بعض الأوقات أقوى من الصريح وذلك في مسألة واحدة وهي ما نصّوا عليه من أن الحاكم ليس له أن يستنيب آخر عنه إلا إذا كان مفوضاً له بالاستنابة صريحاً كَوَلِّ من شئت ونحوه. . . أو مفوضاً له دلالة كجعلناك قاضي القضاة، فإذا كان التفويض له صريحاً فإنه يملك الاستنابة ولا يملك عزل النائب، أما إذا كان التفويض له دلالة فإنه يملك الاستنابة والعزل، وقد عملت الدلالة ما لم يعملها التصريح، وثبت بها ما لم يثبت به، وبالتالي تكون الاستنابة مقيدة في التصريح مطلقة في الدلالة. [زرقا].

**ومن فروع القاعدة أيضاً:** إذا فقد صك الوقفية يتبع في مصارف غلة الوقف تعامل المتولين السابقين فيعمل به؛ لأن تسلسل عملهم على طريقة واحدة فيه دلالة على أن هذه الطريقة هي التي شرطها الواقف. [المدخل العام].

أما لو بنى المتولي في عقار الوقف ولم يشهد أنه لنفسه، ثم اختلف مع المستحقين فقال: فعلته لنفسي، وقالوا: بل للوقف، فالقول قولهم ترجيحاً للدلالة بكونه متولياً وبنائه لنفسه يعدّ خيانة منه. والأصل اعتبار تصريحه بأنه فعله لنفسه. [زرقا] وهذه تعتبر من مستثنيات القاعدة.

#### ﴿المادة ٤٠﴾ الحقيقة تترك بدلالة العادة:

الحقيقة تترك بدلالة العادة والعرف؛ لأن التعارف يجعل إطلاق اللفظ على ما تعورف استعماله حقيقة بالنسبة للمستعملين ويجعل إطلاقه على معناه الوضعي الأصلي في نظرهم مجازاً.

وفائدة وضع هذه المادة بعد المادة ٣٦ (العادة محكمة) والمادة ٣٧ (استعمال الناس حجة يجب العمل بها) لدفع ما عساه يتوهم من أن تحكيم العادة والعمل باستعمال الناس إنما يكونان حيث لم تعارضهما حقيقة، فنبهوا أن تحكيمهما لا تقوى الحقيقة على معارضتهما بل يعمل بها دونها؛ لأن العرف **قاضٍ على الوضع**. [زرقا].

فيتضح أن العرف اللفظي بوجه عام تنشأ به لغة جديدة تكون هي المعتبرة في تحديد ما يترتب على تصرفات أهل ذلك العرف القولية من حقوق وواجبات، واللغة العامية في كل مكان هي من هذا القبيل، وإن ما تفيده أساليب العوام البيانية من عقد أو تعليق أو تنجيز أو إذن أو غير ذلك هو المعتبر وإن خالف قواعد اللغة الفصحى. [المدخل العام (العرف)].

لذلك ذكر الفقهاء أن المفتي عندما يُستفتى عن مسألة يجب عليه إذا كان المستفتى من بلدة أخرى أن لا يفتي قبل أن يعلم المعنى المستعمل للفظ المستفتى به في بلدة المستفتى. [حيدر].

**تنبيه:** استعمال اللفظ في المعنى المجازي يحتاج إلى قرينة مانعة من إرادة المعنى الحقيقي، وهذه القرينة المانعة على وجوه:

أ - إما لأن المعنى الحقيقي متعذر عقلاً، كمن حلف لا يأكل من هذه الشجرة لامتناع أكله من جسمها أي خشبها والمجاز الأكل من ثمرها أي أن المجاز اللغوي صار حقيقة عرفية.

ب - أو لأن المعنى الحقيقي مهجور عادةً كمن حلف لا يدوس دار فلان فالمقصود له لا يدخلها لا أن لا يدخل رجله فيها.

ج - أو لأن المعنى الحقيقي مهجور شرعاً كما لو قال شخص: وكلت فلاناً بالخصومة، فالمعنى الحقيقي للخصومة هو المنازعة والمقاتلة ومعناها الشرعي المرافعة والمجاوبة عن الموكل في الدعوى المقامة منه أو عليه. [حيدر].

**من فروع هذه القاعدة:** إذا اشترط الواقف في صك وقيته تعيين ناظر على وقفه وكان معنى الناظر في عرف زمانه المتولي الذي يتولى إدارة الوقف من جباية وتعمير وإنفاق، حمل على معنى المتولي كما عليه العرف، وإن كان معناه المشرف المراقب على المتولي انصرف إليه. [المدخل العام (العرف)].

لو وقف مالاً على ذريته وشرط أن توزع الغلة بينهم حسب الفريضة الشرعية فالراجح من رأي الحنفية أنه يعطى للذكر منهم مثل حظ الأنثيين؛ لأن هذا هو

المعنى العرفي بين الناس لكلمة فريضة شرعية التي تفسر بها إرادة الواقف، وإن كان الأحسن شرعاً أن يسوّي الإنسان في العطية بين الذكور والإناث من أولاده، وكلام الواقف ينزل على لغته وعرفه لا على المسلك الأفضل شرعاً. [المدخل العام (العرف)].

ومن فروعها: لو أوقف رجل ماله أو أوصى به للفقهاء، يدخل فيهم المقلد؛ لأن لفظ الفقيه يطلق عليه عرفاً فينصرف كلام الواقف إليه لأنه حقيقة عرفية تترك به الحقيقة الأصلية. [باز].

ومنها: أن الإقرار بدين المعلق بالشرط باطل إلا إذا علق بزمان يصلح أن يكون أجلاً للدين في عرف الناس، فإنه يحمل حينئذ على الإقرار بالدين المؤجل. فالمعنى الحقيقي في قول شخص: إذا جاء أول الشهر الفلاني فلفلان عندي ألف. هو تعليق الإقرار بالشرط بدلالة العادة إلى أنه إقرار بدين مؤجل [باز]. وكذلك الإبراء المعلق على الموت يعتبر ويحمل على الوصية. [حيدر].

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

يعبر عن هذه القاعدة بلفظ آخر: (ما لا يجوز ابتداءً يجوز بقاءً)، (ما لا يثبت قصداً يجوز ثبوته ضمناً وتبعاً)، ذلك لأن وجود الشيء ابتداءً لا يخلو عن شروط وربما لا تبقى هذه الشروط إلى الانتهاء لانعدامها أو لاعتراض ما ينافيها، فيصبح ما لا يجوز الشروع فيه يجوز البقاء عليه لاستمرار أحكام أخرى. وعلى هذه القاعدة يمكن أن يغتفر اختلال بعض شرائط العقود في حال استمرارها بعد وجودها، ولا يغتفر ذلك في حال انعقادها. [المدخل العام].

ولأن البقاء أسهل من الابتداء كان الاستصحاب يكفي حجة للدفع لا للاستحقاق؛ لأن الدفع استبقاء وتقرير ما كان على ما كان والاستحقاق نزع وابتداء، ورفع الأول أسهل بخلاف الثاني فإنه أهم فلا بد فيه من البينة، فقد قال أبو يوسف رحمته الله في كتابه الخراج: (لا ينزع شيء من يد أحد إلا بحق ثابت معروف). [زرقا].

الأولى أن يضاف لفظ «قد» في بداية القاعدة للتنبيه على أنها ليست بقاعدة مطردة بل لها الكثير من المستثنيات نحو: لو فوّض طلاق امرأته لعاقل فجوّ فطلق لم يقع الطلاق، ولو فوضه إلى مجنون فطلق وقع، فاعتذر في الابتداء ما لم يغتفر في البقاء. [زرقا].

ويستثنى أيضاً أنه يصح تقليد الفاسق القضاء ابتداءً، ولو كان عدلاً ابتداءً ففسق انزل. وذكر ابن الهمام إن الفتوى على ذلك. [أشباه].

ويستثنى كذلك لو أوقف على ولده وليس له ولد وله ولد وولد، صرف الوقف إلى ولد الولد، ولو كان له ولد وقت الوقف ثم مات يصرف وقفه إلى الفقراء لا إلى ولد الولد، فاغتفر في الابتداء ما لم يغتفر في البقاء. [زرقا].

**من فروع هذه القاعدة:** لو اعترفت المرأة بالعدة فإنها تمنع عن التزوج، أما لو تزوجت ثم ادعت العدة فلا يلتفت إلى قولها. [زرقا].

**ومنها:** لو طرأت العدة على المرأة بعد النكاح كما لو وطئت بشبهة لا يبطل نكاحها، أما لو عقد عليها وهي معتدة فإن النكاح لا يصح. [زرقا].

**ومنها:** لو عقد النكاح على أن لا مهر لها لم يصح الحط ووجب مهر المثل، ولو حطت المهر عن الزوج بعد العقد صح حطها وبرئ الزوج من المهر. [زرقا].

**ومنها:** لو وهب شخص في مرض موته داره التي لا يملك سواها ثم توفي الواهب تبطل الهبة في الثلثين وتصح في الثلث مع أن الهبة لا تصح في الشائع؛ لأن من شروطها قبض الموهوب وقت العقد. [حيدر].

**ومنها:** لو استخلف القاضي عنه والإمام لم يفوض له الاستخلاف لم يجز، ومع هذا لو حكم خليفته وهو يصلح أن يكون قاضياً وأجاز القاضي أحكامه فيجوز حكمه عندئذ [أشباه]. وهذه المسألة على ما يبدو لا ترتبط بالقاعدة لأن الفعل لم يبدأ صحيحاً أصلاً، والأجدر أن يكون هذا المثال على قاعدة (الإجازة اللاحقة كالإذن السابق).

#### ﴿المادة ٥٦﴾ البقاء أسهل من الابتداء:

أتى السيوطي بهذه القاعدة بلفظ آخر يتضمن المعنى نفسه فقال: (الدفع أقوى من الرفع). [المدخل].

وجميع ما قيل في المادة (٥٥) يجري في هذه المادة وهذه القاعدة هي بمثابة تعليل لتلك، وتلك تطبيق ونتيجة لهذه. [زرقا].

#### ﴿المادة ٤٦﴾ إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع:

يقدم المانع على المقتضي لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه

بالمأمورات لحديث: «ما نهيتكم عنه فاجتنبوه، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم»<sup>(١)</sup>. [زرقا].

ويتفرع على هذه القاعدة قاعدة هي: (إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام)، وهي لفظ حديث أورده جماعة «ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام الحلال»، قال العراقي: هذا حديث لا أصل له، وضعفه البيهقي وأخرجه عبد الرزاق موقوفاً على ابن مسعود، وذكره الزيلعي شارح الكنز في كتاب الصيد مرفوعاً، وقال السيوطي في شرح التقریب: قول المحدثين هذا لا أصل له أي لا سند له. [أشباه].

فإذا تعارض دليان أحدهما يقتضي التحريم والآخر الإباحة يقدم التحريم احتياطاً، وعلمه الأصوليون بتقليل النسخ؛ لأن الأصل في الأشياء الإباحة فإذا جعل المبيح متأخراً كان المحرم ناسخاً للإباحة الأصلية ثم يصير منسوخاً بالمبيح [أشباه]. وعلة تقديم التحريم - كما يقول العلامة الحموي - فقط للاحتياط، وقد روي عن عثمان رضي الله عنه لما سئل عن الجمع بين الأختين بملك يمين قال: (أحلَّتْهُمَا آية وحرمتها آية، والتحريم أحب إلينا)<sup>(٢)</sup>. وإنما كان التحريم أحب لأن فيه ترك مباح لاجتناب محرم، ورفع الإباحة ليس نسخاً، إذ النسخ عبارة عن انتهاء حكم شرعي فحينئذ يكون تقليل النسخ في تقديم المبيح. [حموي].

من هذه القاعدة حديث «لك من الحائض ما فوق الإزار»، وحديث: «اصنعوا كل شيء إلا النكاح»، فإن الأول يقتضي تحريم ما بين السرة والركبة والثاني يقتضي إباحة ما عدا الوطاء، فرجح الشيخان التحريم احتياطاً والترخيص في غير شعار الدم عملاً بالثاني. [أشباه].

ومنها: بطلان كل القضاء وكل الشهادة إذا بطل بعضهما، كما لو قضى القاضي أو شهد الشاهد لمن تقبل شهادته له ولمن لا تقبل بطل في كليهما. [زرقا]. وكذا اختلاف الشاهدين مانع من قبول الشهادة كأن طابق أحدهما الدعوى والآخر خالفها لغلبة المانع على المقتضي. [أشباه].

(١) الحديث رواه مسلم.

(٢) الآية التي أحلتها: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ بعمومها، والتي حرمتها: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾.

**ومنها:** لو اشتبه وجود محرمة بين أجنبيات لم يحل الزواج بإحدهن لأن الأصل في الأبضاع التحريم. [أشباه].

**ومنها:** لو طلق إحدى زوجتيه مبهماً حرم وطء واحدة منهما ديانة قبل التعيين [أشباه]. ولو وطء واحدة منهما كان تعييناً لطلاق الأخرى؛ لأن الطلاق واقع على أحديهما مبهماً في نفس الأمر، فإذا نوى واحدة معينة منهما وقع عليها وإن لم ينو واحدة منهما عند الطلاق، فالشارع جعل له تعيين المطلقة باختياره. [حموي].

**ومنها:** لو أسلم وتحتة أختان أو أم وبنت بطل النكاح، وإن رتب فالأخيرة، وخيره محمد في اختياره إحدى الأختين أو البنت أو أمها. وكذا لو أسلم على أكثر من أربع فإنه يحرم عليه الوطء قبل الاختيار وهو قول محمد، وقول الشيخين ببطان النكاح [أشباه]. وسبب البطان هو نكاحهن بعقد واحد، وإلا فلحديث غيلان.

لو شرط الواقف أن لا يؤجر وقفه أكثر من سنة فزاد الناظر عليها، فظاهر كلامهم الفساد في جميع المدة [أشباه]، وصرح بعضهم بالفساد فيما زاد على الثلاثة. [حموي].

**ومنها:** لو أقر شخص لوارثه ولأجنبي معه بمال في مرض موته لا يصح لأن الإقرار للوارث في مرض الموت لا يعتبر فيكون مانعاً [حيدر]، وهذا مبني على الرأي المشهور في المذهب الحنفي من عدم تجزؤ الإقرار، ولو قيل بالنفاذ في حصة الأجنبي بناءً على نظرية إمكان تجزؤ الإقرار لكان وجيهاً. [المدخل العام].

### تنبيهات:

- أولاً: ينبغي أن يقيد إطلاق القاعدة بما إذا لم يرب المقتضي على المانع بأن تساويها، أما إذا ربا المانع كما في مسألة الخروج على الإمام الجائر إذا كان يترتب على الخروج عليه مفسدة أعظم من جوره فإنه حينئذٍ يقدم المانع، وإذا ربا المقتضي فالظاهر تقديم المقتضي بدليل ما ذكره في المضطر إذا لم يجد ما يدفع به الهلاك عن نفسه إلا طعام الغير، فإنه يجوز تناوله جبراً عليه ويضمنه له لأن حرمة النفس أعظم من حرمة المال. [زرقا].

- ثانياً: إن محل تقديم المانع على المقتضي إنما يكون إذا وردا على محل

واحد، أما إذا لم يردا على محل واحد فإنه يُعطى كل منهما حكمه، فإنه لا تعارض عند انفكاك الأمرين إذ يمكن مراعاة المقتضي بدون أن يلزم المانع. [زرقا].

مثال ذلك: لو جمع بين من تحل له ومن لا تحل في عقد واحد صح في الحلال وبطل في الأخرى، وقد اتفق الإمام وصاحبيه في صحة عقد من تحلّ، واختلفوا في انقسام المسمى من المهر [أشباه]، فقالوا: يلزمه مهر مثل من صح نكاحها. وقال الإمام: المسمى كله للتي صح نكاحها، [حموي]. وكذا لو أوصى لأجنبي ووارث، أو أجنبي وقاتل، فلأجنبي نصف الوصية ولا شيء للآخر على تقدير عدم الإجازة من الورثة؛ لأن بطلان التملك لأحدهما لا يستلزم بطلان التملك للآخر. [زرقا].

- **ثالثاً:** المراد من تقديم المانع رعايته والعمل به، فهو مقدم في الرتبة والاعتبار لا في الزمن، فلو شهد اثنان أنه مات وهي امرأته وشهد آخران أنه طلقها قبل موته يفتى بأولوية بينة الطلاق، وكذا بينة الخلع أولى من بينة النكاح، مع أن الطلاق أو الخلع يكونان أبداً بعد النكاح، فيترجح اعتبار الطلاق أو الخلع القائم عند وفاة الزوج وإن كان النكاح المقتضي لثبوت الإرث أسبق زمنياً من الطلاق المانع. [زرقا].

- **رابعاً:** قد يتعارض المانع والمقتضي ولا يُقدم أحدهما على الآخر بل يعمل في كل منهما بما يقتضيه، من ذلك لو قال لزوجته: إن لم أطلقك اليوم ثلاثاً فأنت طالق، ثم أراد ألا يطلق امرأته، فقالوا في الحيلة من ذلك ما روي عن الإمام أبي حنيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن يقول لها: أنت طالق ثلاثاً على ألف درهم، فتقول له: لا أقبل، فإذا قالت ذلك ومضى اليوم كان الزوج باراً في يمينه ولا يقع الطلاق. وهذا لا يُخرج كلام الزوج من أن تطليقاً قد حصل، فالمقتضي هو إيقاع الزوج للطلاق الثلاث على ألف، والمانع هو رد المرأة وعدم قبولها. [زرقا].

- **خامساً:** قد يطرأ المانع على المقتضي قبل حصول المقصود من المقتضي فيقدم المانع، كما لو شهد لامرأة أجنبية ثم تزوجها قبل القضاء بشهادته بطلت شهادته، وكذا لو شهد لأجنبية ثم صار أجيراً خاصاً عندها تبطل شهادته أيضاً. [زرقا].

- **سادساً:** العقود التي لا تبطل بالشروط الفاسدة كعقد النكاح يغلب فيها الحلال على الحرام، أما العقود التي تفسدها الشروط الفاسدة فيغلب فيها

الحرام على الحلال [أشباه]، فمن أمهر زوجته على شياء وخنازير صح العقد على الشياه دون الخنازير، ومن ابتاع على خل وخمر فسد البيع ووجب فسخه .

- **سابعاً:** في عقود البيع إذا اجتمع الحلال والحرام في صفقة واحدة، فإن كان الحرام ليس بمال كالجمع بين الميتة والذكية يسري البطلان إلى الحلال، وإن كان الحرام مالاً كالجمع بين وقف وملك فلا يسري البطلان إلى الحلال، لأن الوقف مال والميتة ليست بمال [أشباه].

**ويخرج عن هذه استثناءات، منها:** من كان أحد أبويه كتابي والآخر مجوسي، فإنه يحل نكاحه وذبيحته ويجعل كتابياً. **ومنها:** لو اختلط لبن المرأة بماء أو دواء أو بلبن شاة، فالمعتبر الغالب، وإذا استويا تثبت الحرمة احتياطاً، واختلف فيما إذا اختلط لبن امرأة بلبن أخرى، والصحيح ثبوت الحرمة فيهما من غير اعتبار الغلبة. **ومنها:** لو سمي من المهر ما يحل وما يحرم، كأن تزوجها على دراهم وخمر صح في الدراهم وبطل في الخمر، وبدل الخلع كالمهر، واشتراط هذا المهر بمنزلة الشرط الفاسد والنكاح والخلع لا يبطلان بالشروط الفاسدة. [أشباه].

**ومنها:** لو زوج الولي الصغير بأكثر من مهر المثل فإن كان أباً أو جدّاً صح عليه وإلا فسد النكاح، وقيل يصح بمهر المثل. **ومنها:** إذا جمع في الشهادة بين من تجوز شهادته ومن لا تجوز، كأن مات بعد أن وقف على فقراء جيرانه فأنكرت الورثة الوقف فشهد بذلك فقيران من جيرانه جازت شهادتهما عند أبي يوسف، وصحة الشهادة مبنية على قلة الجيران الموقوف عليهم، وعند محمد لم تصح. [أشباه].

- **ومن الاستثناءات ما جاء في التنبيه الثاني من شرح هذه القاعدة فليراجع.**

## **سابعاً - نظرية دفع الضرر**

يكاد يكون دفع الضرر هو العمود الفقري للفقهاء الاسلامي الذي يهدف دائماً من وراء تشريعه الأحكام إلى إبعاد الضرر عن المكلفين سواء من ثقل بعض التكاليف أو من تعامل الناس فيما بينهم، ونظرية دفع الضرر أساس لكثير من أحكام الفقه، ومدار لكثير من الفروع والقواعد في ميدان الحقوق الجزائية، وتنظيم حقوق الجوار، وترتيب التعويضات المالية على الأفعال الضارة، وفي

مبادئ الاستصلاح وسد الذرائع وغير ذلك، وهي تشكل حجر الزاوية في مقاصد الشريعة العامة. [د. عبد اللطيف فرفور (الوجيز في أصول التشريع)].  
وقد وضعت مجموعة من القواعد لضبط فروع هذه النظرية ضبطاً أغلبياً وأبرزها:

### ﴿المادة (٢١) الضرورات تبيح المحظورات:﴾

الضرورة هي أن يطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوث أذى بالنفس أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال، فيباح عندئذ ارتكاب الحرام أو ترك الواجب أو تأخيره دفعا لهذا الأذى بغالب ظنه، وقد وضع العلماء مجموعة من الشروط حتى يصح الأخذ بحكم الضرورة وتخطي القواعد العامة في التحريم والإيجاب بسببها وهي:

- ١ - أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة أو متوقعة.
- ٢ - ألا يكون لدفع الضرر وسيلة أخرى من المباحات إلا مخالفة الأوامر والنواهي الشرعية.
- ٣ - أن تكون الضرورة ملجئة متلفة للنفس أو للأعضاء عند عدم الترخيص لمواجهتها.
- ٤ - ألا يخالف المضطر مبادئ التدين وأصول العقيدة الإسلامية بشكل دائم.

- ٥ - أن يقتصر فيما يباح فعله للضرورة على القدر اللازم لدفع الضرر.
- ٦ - أن يكون ارتكاب الحرام بفتوى من عالم ثقة أو بتوجيه من خبير عدل.
- ٧ - أن يتحقق ولي الأمر في حال الضرورة العامة من وجود خطر عظيم يهدد كيان الدولة إذا لم يؤخذ بمقتضى الضرورة. [د. وهبي الزحيلي (نظرية الضرورة)].  
إن من المحظورات ما لا يباح بحال، وإن كان الاضطرار يخفف إثم بعضها، وهي عند فقهاءنا ثلاثة: الكفر والقتل والزنى.

- فالتهديد بالقتل لإكراه شخص على الكفر لا يعذر من الكفر، ولكن يبيح له التظاهر به مع اطمئنان قلبه بالإيمان، على أن الصبر على القتل دون هذا التظاهر أفضل، لأنه أعظم لقوة الإسلام في نظر الأعداء.

- والتهديد بالقتل لإكراه شخص على قتل غيره لا يبيح له قتله، وإن كان فعله لا قصاص عليه بل على من أكرهه.

- وتهديد الرجل ولو بالقتل على الزنا لا يبيح له الإقدام عليه وإن كان يسقط عنه عقوبة الحد؛ لأن للزنا مفسد في المجتمع أعظم من موت شخص. [المدخل العام].

والذي يراه الأستاذ مصطفى الزرقا رَضِيَ اللهُ عَنْهُ<sup>(١)</sup> أنه لا يشترط تحقق الهلاك بالامتناع عن المحظور بل يكفي أن يكون الامتناع مفضياً إلى وهن لا يحتمل أو آفة صحية، والميزان في ذلك أن يكون ما يترتب على الامتناع عن المحظور أعظم محذوراً من إتيان المحظور. [المدخل العام].

وعلى هذا، فإن القاعدة ليست على إطلاقها بل هي مقيدة لدى الفقهاء بأن لا يكون في تحقيق المصلحة الضرورية ارتكاب محظور أكبر منها أو محظور مساوٍ لها وإلا لم يبيح المحظور، كما أن القاعدة هذه ليست خاصة بالمصالح الضرورية فقط بل تشمل الضرورية والحاجية ما دامت المصلحة المتحققة أكبر من المحظور المرتكب. [المدخل].

#### ﴿المادة ٢٢﴾ الضرورات تقدر بقدرها:

الضرورة هي الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعاً، ولا يجوز استباحة المحظور أكثر مما تزول به الضرورة [حيدر]، فإذا اضطر انسان لمحظور فليس له أن يتوسع فيه بل يقتصر منه على قدر ما تندفع به الضرورة [زرقا]، وقد سبق هذا المعنى عند الكلام عن القاعدة السابقة التي تعتبر مقيدة بهذه القاعدة.

يتفرع على هذه القاعدة أن شهادة النساء وحدهن تقبل في الأمور التي لا يمكن اطلاع الرجال عليها وذلك بسبب الضرورة، ولكن لا تقبل شهادتهن فقط دون أن يكون معهن أحد من الرجال في المحال التي يمكن اطلاع الرجال عليها؛ لأن ما جاز للضرورة يقدر بقدرها. [باز].

ويتفرع أيضاً أن الكذب يباح لإحياء حق أو لدفع ظلم، كالصغيرة تبلغ في جوف الليل فإذا أصبحت تختار نفسها من الزوج وتقول: رأيت الدم الآن. [حموي].

وأيضاً إذا مرضت امرأة مرضاً يجيز لها كشف عورتها للطبيب لم يجز لها أن تكشف من عورتها له ما لا ضرورة في كشفه، كما لا يجوز لها كشف عورتها لطبيب مع وجود طبيبة تغني عنه. [مدخل].

(١) كانت وفاته في صيف ١٩٩٩ أثناء كتابة هذه الصفحات.

وقد فرّع الشافعية على هذه القاعدة أن المجنون لا يجوز تزويجه أكثر من واحدة لاندفاع الحاجة بها، ولم يُرَ لمشايع الحنفية مثل ذلك. [أشباه].

#### ﴿المادة ٢٣﴾ ما جاز لعذر بطل بزواله:

إن إباحة المحظور للضرورة مقيدة بمدة قيام الضرورة، وإذا زالت الضرورة أو المصلحة زالت الإباحة معها وعاد الحكم إلى سابق عهده وهو الحظر وفقاً للقاعدة الفقهية (الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا). [مدخل].

ومما يتفرع على هذه القاعدة: أن الشهادة على الشهادة إنما تجوز بناء على عدم تمكين الشاهد الأصيل من حضور مجلس الحكم لمرض مُقعد أو غيبة بعيدة، فإذا برئ الشاهد الأصيل من مرضه أو حضر الغائب من غيبته لا تجوز الشهادة على الشهادة [حيدر]، إنما جاز تحمیل الشهادة للغير بعذر السفر أو المرض، فإذا زال العذر قبل أداء الفرع للشهادة بطل الجواز. [زرقا].

ومنها: لو آلى من زوجته وهو مريض فإن فيئه إليها بالقول، ولكن إذا مرضت الزوجة ثم برئ وبقيت مريضة فإن فيئه بالوطء لا باللفظ؛ لأن تبدل أسباب الرخصة يمنع من الاحتساب بالرخص الأولى. [زرقا].

ومنها: أن القاضي يجوز له أن يحجر على السفية، ولكن إذا اكتسب السفية صلاحاً فيلزم القاضي فك حجره. [بازا].

ومنها: أنه يجوز للمعتدة من وفاة الخروج في النهار لقضاء حاجتها وكسب قوتها إذا لم يكن لها مال تنفق منه على نفسها، فإذا وجدت مالاً حرم عليها الخروج. [مدخل].

#### ﴿المادة ٢٥﴾ الضرر لا يزال بمثله:

الضرر لا يزال بمثله ولا بما هو فوقه بالأولى؛ لأن ذلك معناه عدم إزالته، بل يزال بما هو دونه. وهذه القاعدة تصلح قيلاً لقاعدة (الضرر يزال). [زرقا].  
من فروع هذه القاعدة: أنه لا تفرض النفقة للفقير على قريبه إذا كان فقيراً مثله. [المدخل العام].

#### ﴿المادة ٢٦﴾ يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام:

إن المصالح التي رعتها الشريعة الإسلامية على ثلاث مراتب: ضرورية وحاجية وتحسينية، وكل مرتبة من هذه المراتب تنقسم إلى مصالح عامة ومصالح خاصة، فتكون الدرجات ستاً. فإذا تعارضت مصلحتان قُدّم العام

على الخاص عند التساوي في المرتبة، فإذا اختلفت المرتبة فُدم الضروري على الحاجي، والحاجي على التحسيني. ومن ذلك يتبين أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها، بل هي مقيدة بالاتحاد في المرتبة. [مدخل].

**من الأمثلة على ذلك:** إذا ضاقت سنة بالناس حتى جاعوا جوعاً شديداً مؤلماً - ولو كان لا يخشى معه الهلاك عليهم - وكان في البلد من يمتلك من الطعام زائداً عن حاجته إليه، فإنه يجبر على بيعه للجائعين؛ لأن إجباره إهدار حرمة ملكيته وهي ضرر حاجي خاص والإبقاء على جوع الجائعين ضرر حاجي عام، والحاجي العام مقدم على الحاجي الخاص. فلو كانت حاجة الناس إلى طعامه بسيطة لتوفر أنواع أخرى بديلة، لم يُجبر على بيع الطعام الذي عنده؛ لأن إهدار ملكه هنا حاجي خاص والإبقاء على مصلحتهم العامة البسيطة تحسين عام، والحاجي أولى بالرعاية من التحسيني. وكذلك لو كان صاحب الطعام مضطراً إليه لدفع الهلاك عن نفسه فإنه لا يُجبر على بيعه؛ لأن امتلاكه له في هذه الحال ضروري خاص، وهو أولى من الحاجي العام أو التحسيني العام. [مدخل].

**ومنها:** جواز الحجر على السفية الذي يعمل باتباع هواه بخلاف موجب الشرع، ويعتاد التبذير والإسراف لا لغرض، أو لغرض لا يعتد به العقلاء من أهل الديانة، وهو قول الصاحبين وعليه الفتوى [حموي]؛ لأن إطلاق يده في أمواله مصلحة حاجية خاصة، وعدم إرهاب ذويه بالإنفاق عليه فيما بعد مصلحة حاجية عامة، فتقدم العامة على الخاصة. ومن رأى أن الإنفاق عليه من أقاربه بعد تبديد أمواله مصلحة تحسينية عامة لا يرى الحجر عليه.

#### ﴿المادة ٢٧﴾ الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف:

دليل هذه القاعدة قوله تعالى: ﴿أَدْفَعْ بِأَلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾، وهي تنطق بمفهوم المخالفة لقاعدة: (الضرر لا يزال بمثله)؛ لأن الضرر إذا كان لا يُزال بمثله فإنه يُزال بما هو أخف منه. [مدخل].

مما يتفرع على هذه القاعدة: وجوب النفقات في مال الموسرين لأصولهم وفروعهم وأرحامهم من النسب المحتاجين [زرقا]؛ لأن ضرر الأغنياء بفرصها أخف من ضرر الفقراء بعدمها. [المدخل العام].

**ومنها:** الإيجار على قضاء الدين والنفقات الواجبات. [أشباه].

﴿المادة ٢٨﴾ إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما:

إن مراعاة المفساد تكون نفيًا كما أن المصالح تراعى إثباتًا. [زرقا].  
فإذا دار الأمر بين ضررين كان من الواجب ارتكاب أهونهما، أما إذا كانا متساويين فيرتكب أحدهما لا على التعيين. [حيدر].

قال البعض إن هذه القاعدة عين السابقة، لكن يمكن أن يُدعى تخصيص السابقة بما إذا كان الضرر الأشد واقعاً وأمكن إزالته بالأخف، وتخصيص هذه القاعدة بما إذا تعارض الضرران ولم يقع أحدهما بعد، وهذا أحسن من دعوى التكرار، إذ التأسيس أولى من التأكيد إذا أمكن، وإلى هذا التخصيص يشير التعبير (يزال) في الأولى و(تعارضت) في الثانية. [زرقا].

يتفرع على هذه القاعدة جواز السكوت عن إنكار المنكرات إذا كان يترتب على إنكارها ضرراً أعظم. [المدخل العام].

ومنها: جواز طاعة الزوج الفاسق في غير معصية إذا كان يترتب على عصيانه شراً أعظم في خراب الأسرة.

﴿المادة ٢٩﴾ يختار أهون الشرين:

مأخذ هذه القاعدة أن مباشرة الحرام لا تجوز إلا لضرورة، ولا ضرورة في ارتكاب الزيادة في الشر [حيدر]، وهذه مقولة أبي حنيفة. وعندهما يصبر ولا يفعل ذلك؛ لأن مباشرة فعل الشرّ سعيٌّ في إهلاك نفسه فيصبر تحامياً عنها [أشباه]، وفي الوالوجية أن أبا يوسف في ذلك مع الإمام. [حموي].  
وما قيل في القاعدة السابقة من تطبيقات يقال في هذه القاعدة. [زرقا].

﴿المادة ٣٠﴾ درء المفساد أولى من جلب المصالح:

إن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات لقول النبي ﷺ فيما رواه الشيخان: «ما نهيتكم عنه فاجتنبوه، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم» [زرقا]؛ لأن ترك المنهي عنه مقدور عليه مطلقاً كونه عمل سلبي يستطيعه كل مكلف، أما فعل المأمور به فهو غير مقدور إلا للقادر عليه، ولا يعتبر القادر عليه قادراً عند مخالفته للنهي بل يعتبر عاجزاً عنه حكماً فلا يكلف به فيجب تركه. [مدخل].

ثم إن للمفاسد سرياناً وتوسعاً كالوباء والحريق، فمن الحكمة والحزم القضاء عليها من مهدها، ولو ترتب على ذلك حرمان من منافع أو تأخير لها، ومن ثمَّ كان حرص الشارع على منع المنهيات أقوى من حرصه على تحقيق الأمور، وهذه القاعدة هي غاية ما وصل إليه التفكير القانوني الحديث في نظرية منع التعسف في استعمال الحق. [المدخل العام].

ويستثنى من ذلك ما إذا كان الضرر من المصلحة المتروكة أكبر من الضرر من فعل المفسدة، كإباحة الكذب للإصلاح بين المتخاصمين، فإن الضرر من ترك الإصلاح بين الناس أكبر من ضرر الكذب فيجوز التكلم بالكذب وهو مفسدة على قدر الحاجة إليه. [حيدر].

والظاهر أن تقديم المنفعة ومراعاتها حين تربو على المفسدة يكون إذا كانت المفسدة عائدة على نفس الفاعل كمسألة تجويز الكذب المذكورة، أما إذا كانت المفسدة عائدة لغير الفاعل كأن يتصرف صاحب العلو وصاحب السفلى تصرفاً مضرّاً بالآخر وإن كان فيه منفعة كبيرة، فإنه يُمنع من هذه التصرفات لمجرد وجود الضرر للغير، وإن كانت المنفعة تربو كثيراً على المفسدة. [زرقة].

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

تنزيل الحاجة فيما يحظره ظاهر الشرع منزلة الضرورة في كونها تثبت حكماً وإن افترقا في كون حكم الحاجة مستمراً وحكم الضرورة مؤقتاً بمدة قيام الضرورة حيث تقدر بقدرها، فإذا كانت الضرورة هي الحالة الملجئة إلى ما لا بد منه، فإن الحاجة هي الحال التي تستدعي تيسيراً أو تسهياً لأجل الحصول على المقصود، فهي دون الضرورة في هذه الجهة، إلا أن الحكم الثابت لأجلها مستمراً. وما يجوز للحاجة إنما يجوز فيما ورد فيه تعامل ولكن لم يرد فيه نص يمنعه بخصوصه، وكان له نظير في الشرع يمكن إلحاقه به، وجعل ما ورد في نظيره وارداً فيه، وكان فيه نفع ومصلحة. [زرقة].

من ذلك: تجويز بيع الوفاء وأجرة السمسار والكفالة المضافة المعروفة باسم ضمان الدرك.

المراد بكون الحاجة عامة<sup>(١)</sup> أن يكون الاحتياج شاملاً لجميع الأمة، وبكونها

(١) هذه الحاجة ينطبق عليها الاستحسان بالعرف، أو بالضرورة، أو بالعادة المطردة.

خاصة أن يكون الاحتياج لطائفة منهم، والأحكام التي تثبت بناء على الحاجة فهي لا تصادم نصاً ولكنها تخالف القواعد والقياس، وهي تثبت بصورة دائمة وعامة يستفيد منها المحتاج وغيره. والأفضل في صياغة هذه القاعدة أن تصاغ كما يلي:

(الحاجة العامة تُنزل منزلة الضرورة الخاصة)، رمزية هذه الصيغة المعدلة أنها تبرز مبدأ رفع الحرج وهو من السمات الرئيسة في الشريعة الإسلامية من حيث هو الأساس في الأحكام الاستثنائية في حالة الضرورة الفردية، وهو نفسه الأساس في باب الحاجة العامة. [المدخل العام].

### ﴿المادة ٣٣﴾ الاضطرار لا يبطل حق الغير:

إن الاضطرار يظهر في حِلِّ الإقدام لا في رفع الضمان وإبطال حق الغير. فلو انتهت مدة إجارة الطَّئر وصار الرضيع لا يأخذ ثدي غيرها ولم يستغن بالطعام فإنها تجبر على إرضاعه ولكن بأجر المثل. ولو علق طلاق زوجته على فعل نفسه الذي لا بد منه، وكان التعليق في الصحة والشرط في المرض يكون فارقاً وترث؛ لأن اضطراره إلى فعل ما لا بد منه لا يبطل حق زوجته في الإرث. [زرقا].

### ثامناً - نظرية ضوابط الاجتهاد

الاجتهاد بتعريف صاحب التلويح أنه استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظنٍّ بحكم شرعي، وقد عرفه ابن الهمام في تحريره بأنه بذل الطاقة من الفقيه في تحصيل حكم شرعي عقلياً كان أو نقلياً.

وللاجتهاد شروط في حق المجتهد، وهي:

أ - أن يعرف القرآن مع معانيه ووجوهه، وناسخه ومنسوخه، وأسباب النزول.

ب - أن يعرف السنة بمتنها وسندها من تواتر وشهرة وآحاد، ومن صحة وحسن وضعف.

ج - أن يكون عالماً بمسائل الإجماع.

د - أن يكون عالماً بلغة العرب من مفردات وأساليب بيانية.

هـ - أن يكون خبيراً بوقائع الناس ومعاملاتهم، عالماً بأعرافهم ومصالحهم وموطن الحرج في أنماط حياتهم.

و - أن يكون عالماً بمقاصد التشريع وأصول الاستنباط وقواعد تفسير نصوص الأحكام.

ز - أن يكون عالماً بأمهات متون الفقه وما حوته شروحه المعتمدة في مجال الإفتاء.

**والمجتهدون على مراتب خمسة، وهي:**

١ - **مجتهد مطلق مستقل:** وهو الذي اجتهد بقواعده لنفسه، يني عليها الفقه خارجاً عما عُرف من قواعد المجتهدين مثل الأئمة الأربعة، وهذا فُقِدَ من دهر، بل لو أراد إنسان اليوم لامتنع عليه كما قال الامام السيوطي.

٢ - **مجتهد مطلق غير مستقل:** وهو الذي وجدت فيه شروط الاجتهاد المطلق إلا أنه لم يبتكر لنفسه قواعد بل سلك طريقة إمام المذهب الذي انتسب إليه دون أن يقلده، كأبي يوسف ومحمد من الحنفية، وابن القاسم وأشهب من المالكية، والبيوطي والمزني من الشافعية.

٣ - **مجتهد التخريج:** هو أن يكون مقيداً في مذهب، مستقلاً بتقرير الدليل بحيث لا يتجاوز في أدلته أصول وقواعد إمامه، وهذه رتبة اجتهاد في المذهب للتمكن من معرفة الأحكام في الوقائع التي لم يرد فيها نص عن إمام المذهب بطريق التخريج على النصوص والقواعد المنقولة عن الإمام، من هؤلاء: الحسن بن زياد والكرخي من الحنفية، والأبهري وابن أبي زيد القيرواني من المالكية، وأبو إسحاق الشيرازي والمروزي من الشافعية.

٤ - **مجتهد الترجيح:** وهو من تمكن من الترجيح بين ما قاله الإمام وما قاله تلاميذه، وتفضيل بعض الروايات على بعض، كالقُدوري والمرغيناني من الحنفية، والنووي والغزالي من الشافعية، والخليل بن إسحاق الجندي<sup>(١)</sup> وابن رشد القرطبي من المالكية. وبفضل هؤلاء المجتهدين أمكن ضبط الأحكام الفقهية الكثيرة المنقولة عن أئمة المذاهب الأربعة، ومعرفة الأقوال التي يصح الاعتماد عليها والتي لا يصح، وتخريج علل هذه الأحكام حتى يتسنى القياس عليها فيما يحتاج إليه الناس في العصور المختلفة.

---

(١) صاحب كتاب المختصر، وقد ترجم إلى الفرنسية واعتبر من أصول القانون الفرنسي كما يقول جان جاك روسو في مذكراته. [رفاعة الطهطاوي في مقدمة ترجمته للقانون الفرنسي].

٥ - مجتهد الفتيا: وهو من يقوم بحفظ المذهب ونقله وفهمه وعنده ضعف في تقرير أدلته وتحريير أقيسته. [الوسيط في أصول الفقه].  
تنبيه: يطلق على المراتب الثلاثة الأخيرة كلمة الاجتهاد تسامحاً؛ لأن الواحد منهم لا ينتهي باستنباطه إلى حكم شرعي، وإنما ينتهي إلى رأي إمامه.  
وقد وضع الفقهاء للاجتهاد مجموعة من القواعد، منها:

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

لأن الحكم الحاصل بالنص حاصل بيقين، والحكم الحاصل بالاجتهاد حاصل بالظن، ولا يترك اليقين للظن، فبطل القول بحل المطلقة ثلاثاً للأول بمجرد عقد ثاني عليها بلا وء، كما بطل القول بحل نكاح المتعة لمخالفة ذلك النصوص الشرعية التي لا تتحمل التأويل [زرقا].

والمراد بالنص ها هنا الكتاب والسنة الصحيحة، ومثلها لفظ شرط الواقف ولفظ الوصي، فإنهما كنص الشارع في المفهوم والدلالة ووجوب العمل به ما لم يكن فيه تغيير لحكم الشرع، كما لو شرط أن المتولي أو الوصي لا يحاسب فإن مثل هذه الشروط لا تراعى. [زرقا].

يستخلص من ذلك أن الاجتهاد الممنوع في مورد النص هو ما كان مصادماً لنص ثابت وواضح في المعنى الذي ورد فيه وضوحاً لا يحتمل التأويل، وهو ما يسمى بقطعي الثبوت والدلالة. وهذا المبدأ مقرر أيضاً في النظر القانوني، فلا مجال للقضاة أن يجتهدوا في أحكامهم مع وجود نص قانوني صريح بخلاف اجتهادهم؛ لأن مهمة القاضي التطبيق لا التشريع. [المدخل العام].

فإذا كان النص غامضاً محتملاً، جاز إعمال الرأي في فهمه كما في قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَرْجِعْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾، فقد اجتهد الفقهاء في معنى القرء واختلفوا فيه لاحتماله أكثر من معنى. أما إذا كان النص غير صحيح أو كان الإجماع غير ثابت، جاز الاجتهاد في المقابل لعدم الحجية في النص، وذلك عن طريق قواعد القياس أو الاستصلاح أو الاستصحاب أو العرف، أو غير ذلك من الأدلة التبعية. [مدخل].

تنبيه: يحتمل أن يكون المقصود من وضع هذه القاعدة الإيماء للمفتين والقضاة في ترجيح إحدى روايتين متساويتين أو أحد قولين متعادلين يختلف الترجيح فيهما بحسب الحوادث والأشخاص، وذلك مثل ما قالوا في الزوج إذا

أوفى زوجته معجّل مهرها، فهل له أن يسافر بها أو لا؟ فظاهر الرواية أن له ذلك، وقال أبو القاسم الصفار وأبو الليث: ليس له ذلك لفساد الزمان وسوء حال الأزواج، فمتى علم المفتي من حال الزوج الإضرار بالزوجة أفناه بعدم الجواز، ومتى علم منه غير ذلك أفناه بالجواز. وقد نصوا في مثل هذا أن المفتي لا بد له أن يفتي بما وقع عنده من المصلحة، وكذا قولهم في سقوط نفقة الزوجة بالطلاق البائن إذا كانت غير مستدانة بأمر القاضي، فالقاضي ينظر في حال الزوج، فإن كان طلقها بائناً توصلها لإسقاط النفقة المتراكمة عن نفسه رد قصده وحكم عليه بعدم سقوطها عنه، وإن كان أبانها لا لهذا، حُكم بسقوطها<sup>(١)</sup>. وكذلك بيع الأب أو الوصي عقار الصغير إن رأى القاضي أن نقض العقار أصلح وأنفع للصغير، وكذلك أيضاً للحاكم تحليف الشهود إذا رأى ذلك لفساد الزمان. [زرقا].

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

قد يعبر عن هذه القاعدة بعبارة أخرى وهي: (النص الوارد على خلاف القياس يقتصر على مورده) [حيدر].

إن كثيراً من الأحكام تقررها الشريعة على خلاف القياس، فتعطي حكماً استثنائياً على خلاف مقتضى القواعد العامة السارية على أمثاله لوجود اعتبارات تشريعية خاصة به، فالوصية مثلاً ثابتة على خلاف القياس؛ لأن الشارع أراد أن يفتح بها باباً يتدارك به الإنسان ما فاته من أعمال البر التي قد تشح بها نفسه حال الحياة خشيةً من الاحتياج، فلا يقاس عليها تجويز إضافة غيرها من التصرفات إلى ما بعد الموت. [المدخل العام].

ويستثنى من ذلك ما قاله الحنفية إن أحكام الوقف تستقى بطريق القياس من أحكام الوصية، فتقاس مثلاً مسؤولية متولي الوقف على مسؤولية الأوصياء في تنفيذ الوصية. [المدخل العام].

#### ﴿المادة ١٦﴾ الاجتهاد لا ينقض بمثله:

هذه القاعدة علّلها في الأشباه بأن ليس الاجتهاد الثاني بأقوى من الأول،

(١) هذه المسألة موجودة في حاشية رد المحتار على الدر المختار في باب النفقة الزوجية، وهي مثار جدل لدى التطبيق في المحاكم الشرعية.

وعلّلها في الهداية بأن الاجتهاد الثاني كالاجتهاد الأول، وقد يترجّح الأول باتصال القضاء به [باز]؛ لأنه لو نقض الأول بالثاني لجاز أن ينقض الثاني بالثالث وهكذا... وذلك يؤدي إلى عدم استقرار الأحكام، فلو قضى قاضٍ في حادثه باجتهاده ثم تبدل اجتهاده فرفع إليه نظيرها فقضى فيها باجتهاده الثاني فلا ينقض الأول [أشباه]، ولقول عمر رضي الله عنه حين قضى في حادثة بخلاف ما قضى في نظيرها قبلاً: (تلك على ما قضينا، وهذه على ما نقضي)<sup>(١)</sup> [حموي]. وكان أمير المؤمنين أبو بكر الصديق رضي الله عنه يصدر بعض الأحكام بناء على ما اجتهده، وكان عمر رضي الله عنه يحضر جلسات الحكم، ومع أن رأيه غير رأي أبي بكر في بعضها فلم ينقض شيئاً منها بعدما عُهد إليه بمنصب الخلافة. [حيدر].

وكذلك لو كان أحد مقلداً لمجتهد في عمل فاستفتى فيه، فأفتى فيه بمذهب مجتهد آخر يخالف اجتهاد المجتهد الأول لا ينقض عمله السابق. [زرقا].

## تنبيهات:

**الأول:** ما ذكر هو في القاضي المجتهد، أما المقلد الذي تقلّد القضاء مقيداً بمذهب معين، فإنه يتقيد به، فلو حكم بخلافه ينقض وإن وافق أصلاً مجتهداً فيه، ولو أخطأ في تطبيق الحادثة على حكم شرعي ثم ظهر أن النقل الشرعي بخلافه فإن حكمه ينقض أيضاً. [زرقا].

**الثاني:** القاضي إذا قضى بالجور ثم ظهر الحق، كأن قضى بطلاق ثم ظهر أن الشهود محدودون في قذف مثلاً، بطل القضاء وعادت المرأة إلى زوجها، وإن قضى بالجور عمداً وأقر به، فالضمان في ماله في الوجوه كلها ويعزل عن القضاء، كذا في الدر [زرقا].

**الثالث:** الاجتهاد دائماً عرضة للتبديل بتبدل وجهات النظر في الدليل، وهذا مبدأ قانوني مقرر أيضاً، فإن محاكم النقض العليا التي يعود إليها النقض والإبرام إذا تبدل اجتهادها القضائي في حادثة أو في فهم مادة قانونية لا يسري ذلك على ما مضى، فيعمل باجتهادها الجديد في القضايا الجديدة [المدخل العام].

(١) وذلك في المسألة المشتركة، وهي مسألة فيها زوج وأم وأخوة لأم وإخوة أشقاء، فقد حكم فيها أولاً بالتعصيب وحكم ثانياً بالتشريك.

الرابع: إذا صدر أمر السلطان بالعمل برأي مجتهد لما يعلم من أحوال رعيته وبما يوافق مصلحتهم، فحكم القاضي برأي مجتهد آخر لا ينفذ، أما إذا لم يرجح السلطان قول أحد المجتهدين في المسائل المختلف فيها، فعلى القاضي أو المفتي أن يعملان على الوجه الآتي:

١ - يأخذان بقول أبي حنيفة مطلقاً، سواء كان معه أحد أصحابه أو انفرد عنهم، ثم بقول أبي يوسف إذا لم يجد رواية عن الإمام، ثم بقول محمد إذا لم يجد رواية عن أبي يوسف، ثم بقول زفر، ثم بقول الحسن بن زياد، ولا يخير بين هذه الأقوال إلا إذا كان مجتهداً يمكن أن يطلع على قوة الدليل كالمشايخ الذين هم من أصحاب الترجيح، فلم يأخذوا بقول الإمام مطلقاً، فتارة رجّحوا قول أبي يوسف، وتارة قول محمد، ورجّحوا من أقوال زفر سبعة عشر مسألة.

٢ - في المسائل المتعلقة بأمور القضاء والشهادة يُعمل برأي الإمام أبي يوسف لأنه اشتغل بالقضاء وحصل على زيادة تجربة.

٣ - إذا كان الاختلاف بين الإمام وصاحبيه ناشئ عن اختلاف الزمان، فيعمل بقولهما كالحكم بظاهر العدالة.

٤ - في المسائل التي أجمع فيها متأخرو الحنفية على رأي الصاحبين كمسائل المزارعة والمساقاة فيُعمل برأيهما.

٥ - إذا رجح المتأخرون أحد الأقوال فيجب العمل به، وإذا صرّح أحد المشايخ بأن قول غير الإمام هو القول المفتى به، فعلى القاضي أو المفتي أن يأخذ بذلك القول، وإذا كان كل من قول الإمام وقول صاحبيه مصحّحاً ولم يكن تصحيح أحدهما أكد من الآخر، فيقدّم قول الإمام.

٦ - ما في المتنون مقدم على ما في الشروح، وما في الشروح مقدم على ما في كتب الفتاوى، وهذا عند التصريح بتصحيح كل من القولين، أما إذا كان التصريح بالتصحيح لما في الشروح دون الذي في المتنون، فيقدّم المصرّح بتصحيحه؛ لأن التصحيح الصريح مقدم على التصحيح الالتزامي الموجود في المتنون.

٧ - لو كان في المسألة قولان أحدهما معلّل دون الآخر، كان التعليل ترجيح للمعلّل.

٨ - لو كان في المسألة قولان أحدهما عملاً بالقياس والثاني عملاً

بالاستحسان، قدّم المستحسن لأنه أرفق بالناس، باستثناء اثنين وعشرين مسألة ذكرهما ابن نجيم في شرحه للمنار<sup>(١)</sup>.

٩ - إذا اختلفت الروايات والتصحيحات وجب العمل بظاهر الرواية، وهي المسائل المروية عن الإمام وأصحابه المجموعة في كتب محمد الستة، وهي: الجامع الكبير، الجامع الصغير، السّير الكبير، السّير الصغير، الزيادات، المبسوط، وهذه مروية عن محمد بن الحسن بروايات الثقات، وهي روايات إما متواترة أو مشهورة.

١٠ - إذا لم يوجد للمسألة قول في ظاهر الرواية فيؤخذ بمسائل النوادر، وهي المروية عن الإمام وأصحابه في كتب أخر لمحمد بن الحسن كالكيسانيات والهaronيات والجرجانيات والرقيات، وقيل عنها غير ظاهر الرواية لأنها لم ترد عن محمد بروايات ثابتة صحيحة، ومثلها ما جاء في كتاب المحرر لمحمد بن الحسن بن زياد، وكتاب الأمامي المروي عن أبي يوسف.

١١ - إذا لم يوجد للمسألة قول من كتب غير ظاهر الرواية، فيؤخذ بمسائل الوقعات وهي مسائل استنبطها المتأخرون ولم يوجد فيها رواية لا عن الإمام ولا عن أصحابه، وهؤلاء المجتهدون من أصحاب أصحاب الإمام، وسُميت واقعات لأنها أجوبة على أسئلة وقعت لهم.

١٢ - في مسائل الوقف يحكم القاضي بالقول الأنفع للوقف، فيأخذ بقول الصاحبين بلزوم الوقف ويترك قول الإمام بعدم لزومه. [رسم المفتي باختصار].

من تطبيقات هذه القاعدة: إذا قضى القاضي برد شهادة الشهود في دعوى لفسقهم لم يجز له ولا لغيره أن يحكم بعدالتهم في الدعوى المعروضة نفسها، أما إذا شهدوا في دعوى ثانية جاز الحكم بعدالتهم؛ لأن الاجتهاد الثاني المخالف جاء في قضية غير الأولى، والاجتهاد الأول كان صحيحاً غير مخالف لنص صريح، وهو الذي فعله سيدنا عمر رضي الله عنه. [المدخل].

### ﴿المادة ٢٤﴾ إذا زال المانع عاد الممنوع:

المانع في الاصطلاح ما توقف وجود غيره على زواله، وإن كثيراً من

(١) وهو متن «منار الأنوار»، للإمام حافظ الدين النسفي في أصول الفقه الحنفي.

الأحكام تحُول بعض الموانع دون نفاذها، وتعتبر موقوفة ما دام المانع قائماً، فإذا زال المانع عاد الحكم الممنوع إلى النفاذ. [مدخل].

من فروع هذه القاعدة: لو أوصى لوارث ثم امتنع إرثه بمانع صحت الوصية، كما لو أوصى لأخيه، ثم ولد له ابن، ثم مات الموصي. [زرقا].

ومنها: لو شهد وهو صبي أو أعمى وقد تحمّلها بصيراً فردّت، ثم بلغ الصبي أو أبصر الأعمى فشهد بها تقبل، والأصل أن الشهادة إذا رُدّت لتهمة فزالت ثم شهد بها لا تقبل، وإن ردت لشبهة فزالت ثم شهد بها تقبل. [زرقا].

ومنها: لو تزوّجت صاحبة حق الحضانة بغير محرّم من الصغير المحضون ثم طلقت، فإنه يعود إليها حق الحضانة لزوال المانع. [زرقا].

ومنها: لو نشزت الزوجة ثم عادت إلى بيت زوجها، فإنها يعود إليها استحقاق النفقة لزوال المانع وهو النشوز. [زرقا].

ومنها: إذا وهب إنسان عيناً من آخر وسلّمها له، ثم أراد استردادها، كان له ذلك ما دامت العين قائمة بحالها - شرط أن لا يكون الموهوب له زوجاً للواهب أو ذا رحم منه - فإذا أدخل عليها الموهوب له زيادات متصلة امتنع على الواهب استردادها، كأن تكون أرضاً فيبني أو يغرس فيها، فإذا أزال الموهوب له ما أحدثه من تغيير رجع للواهب حقه في الاسترداد. [مدخل].

تنبيه: في هذه المسائل لم يعد الحق بعد سقوطه على سبيل الاستثناء من القاعدة (الساقط لا يعود)؛ لأن الحق فيها لا يسقط حيث توجد مصلحة باستمراره وضرر بسقوطه، إنما يرد عليه مانع يمنعه. [زرقا].

كذلك التناقض مانع من سماع الدعوى، فإذا تناقض شخص في دعواه لا تسمع منه الدعوى الثانية، إلا أنه بتصديق الخصم أو بتكذيب إقراره بحكم الحاكم يزول التناقض وتصبح الدعوى الثانية مسموعة لزوال المانع، فلو ادعى أحد على آخر قائلاً: إن لمورثي المتوفى فلان مالاً في ذمتك، فادعى المدعى عليه بأنه قد أدى ذلك المبلغ لوصي المتوفى المنصوب لرعاية شؤون التركة، وأنكر المدعي والوصي وصول المبلغ، فأقام المدعى عليه البيئة ودفع دعوى المدعي، فللمدعي أن يطالب الوصي بالمبلغ المذكور. [حيدر، م ١٦٥٤].

ومن ذلك أيضاً: لو ادعى الوصية فأنكرها الوارث: فأقام الموصي له البيئة،

فادعى الوارث الرجوع عن الوصية، تقبل دعواه، إذ لعل الموصي قد أوصى ولم يعلم الوارث بالوصية، ثم رجع الموصي ولم يعلم الموصى له بالرجوع. [باز].

**ومنها:** لو قال أنا لست وارث فلان ثم ادعى إرثه وبين الجهة تُسمع دعواه؛ لأن التناقض في النسب لا يمنع صحة دعواه. [باز].

**ومنها:** لو قال: هذا الولد ليس مني، ثم قال: هو مني وصدقه الابن، صح إقراره وبالعكس؛ لكون النسب لا ينتفي بنفيه بل بعدم وجود الفراش، أما إن لم يصدقه الابن فلا يثبت النسب لأنه إقرار على الغير، لكن إن لم يصدقه الابن ثم صدقه تثبت البينة؛ لأن إقرار الأب لم يبطل بعدم التصديق. [باز].

**ومنها:** إذا صدق الورثة الزوجة في الزوجية ودفَعوا لها حصتها في الميراث، ثم ادعوا استرجاع الميراث بحكم الطلاق المانع منه، تسمع دعواهم لقيام العذر لهم في ذلك، حيث استصحبوا الحال في الزوجية وخفيت عليهم البينة. [باز].

**ومنها:** ادعى على ذوي رحم الميت أن مورثهم أوصى له بثالث المال وصدقه جميعاً، ثم ادعى كل المال بحكم الوراثة ببنته لعم المتوفى، وعجز عن إثبات النسب والوراثة فقال: إني عجزت عن إثبات الوراثة فأعطوني ثلث المال بحكم الوصية التي صدقتموني فيها؟! فيسمع منه هذا لأن هذا القدر أي الثلث ليس فيه تناقضاً. [باز].

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

الحرمة في الأمور المحرمة صفة مطلقة تصيب كل الأطراف المتعلقة بها على السواء، كالربا مثلاً فإن أخذه حرام على الآخذ، وكذلك إعطاؤه على المعطي حرام أيضاً؛ لأنه لولا المعطي لما وُجد الآخذ، ولولا الآخذ لما وجد المعطي، فهما طرفا علاقة واحدة فكان حكمهما واحداً [مدخل]؛ ولأن إعطاء المحرم للغير سواء أكان على سبيل المنحة ابتداءً أم على سبيل المقابلة، يكون عندئذٍ من قبيل الدعوة إلى المحرم أو الإعانة عليه. [زرقا].

**من ذلك:** يحرم أخذ الرشوة ولا تملك بالقبض ويجب ردها ولو كانت بغير طلب المرتشي ويحرم إعطاؤها، وكذلك أجره المتوسط لعقد النكاح وأجرة المصلح بين المتخاصمين، ويستثنى من ذلك ما يدفعه الوصي من بعض مال اليتيم لتخليص الباقي والإثم على الآخذ دون المعطي. [زرقا].

وكما أن الحرام أخذه وإعطاؤه سواء في الحرمة، فالمكروه أيضاً أخذه وإعطاؤه مكروه. [حيدر].

### ﴿المادة ٣٥﴾ ما حرم فعله حرم طلبه:

وكذا ما يكره فعله يكره طلبه، إذ السكوت على الحرام والمكروه والتمكين منهما حرام ومكروه، ولا شك أن طلبه فوق السكوت عليه والتمكين منه. من ذلك شهادة الزور واليمين الكاذب والظلم... فيحرم فيها الفعل والتوسط والطلب.

ويستثنى من هذه القاعدة بعض الحالات منها: لو ادعى رجل على آخر دعوى صادقة ولا بينة له، فأنكر المدعى عليه الحق واستعد لليمين، فيجوز للمدعي تحليف الخصم اليمين مع أنها كاذبة لا تحل؛ لأن طلب اليمين يكون رجاءً لظهور الحق بنكوله عنها لا رجاء الإقدام عليها. [مدخل].

## تاسعاً - نظرية الولاية

الولاية باصطلاح الفقهاء هي سلطة شرعية يسوغ لصاحبها إلزام الغير وتنفيذ القول عليه، شاء الغير ذلك أم أبى.

وهذا التعريف يشمل الإمامة العظمى والقضاء والحسبة والمظالم ونحو ذلك، كما يشمل القوامة على فاقدى وقاصري الأهلية، والوصاية على التركات لإدارة شؤونها، وما يتعلق بها من ديون ووصايا ورعاية المستحقين من القاصرين، ويشمل أيضاً نظارة الوقف وأحقية المطالبة بدم القتل في الجناية على النفس، وولاية الزوج التأديبية في تأديب زوجته الناشز، وولاية الأب التربوية في تربية ولده الصغير.

### والولاية على نوعين:

أ - الولاية العامة: وتشمل الإمامة الكبرى، والقضاء، والإمارة، وإقامة الصلوات في المساجد السلطانية، وإقامة الجمعة في المساجد السلطانية والعالمية، وإمارة الحج، وولاية الأوقاف، وجباية الصدقة والسعاية لها.

ب - الولاية الخاصة: وتشمل الولاية الجبرية التي يفوض فيها الشرع أو القضاء شخصاً كبيراً راشداً بأن يتصرف لمصلحة القاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية، وولاية المتولي على الوقف، وولاية المطالبة بدم العمد.

والولاية الخاصة عند وجودها مقدمة على الولاية العامة، غير أن للولي العام عند الاقتضاء حق التدخل في الشؤون المتعلقة بالولاية الخاصة كما إذا لحظ خيانة أو تقصيراً أو تضييعاً؛ لأن له حق الإشراف العام على سائر الولايات للقيام بمصالح المسلمين، فله أن يعزل الخائن والمقصر من الأوصياء والتمولين حتى لو شرط الموصي أو الواقف عدم تدخل الحاكم. [نظرية الولاية، د. نزيه حماد].  
وللولاية بقسميها العامة والخاصة شروط وضوابط وآثار شرعية قَعَدَ لها الفقهاء مجموعة من القواعد، منها:

### ﴿المادة ٥٨﴾ التصرف على الرعية منوط بالمصلحة:

هذه القاعدة مأخوذة من قاعدة (تصرف القاضي فيما له فعله في أموال الناس والأوقاف مقيد بالمصلحة)، والرعية هنا هي عموم الناس الذين هم تحت ولاية ولي الأمر [حيدر]، ولما كان لولي أمر المسلمين ولاية نظارة على عموم الرعية في الأمور العامة، كانت تصرفاته منوطة بالمصلحة؛ لأن السلطان إنما أعطي السلطة من الله تعالى لأجل صيانة ووقاية أموال رعيته ودمائهم وأعراضهم [باز]، فإن لم يوجد في ضمن تصرفه مصلحة أو منفعة دينية كانت أو دنيوية لا يلزمهم ولا ينفذ عليهم. [زرقا].

ذلك لأن الولاية ومن دونهم من الموظفين في فروع السلطة الحكومية ليسوا عمالاً لأنفسهم وإنما هم وكلاء عن الأمة في القيام بأصلح التدابير لإقامة العدل ودفع الظلم وصياغة الحقوق والأخلاق وتطهير المجتمع من الفساد وتحقيق كل ما هو خير للأمة مما يعبر عنه بالمصلحة العامة، فليس لإمام أو أمير أو قاضي أن يمنع محاسبة من تحت أيديهم في أموال العامة أو القاصرين كالمتمولين على الأوقاف والأوصياء، ولا أن يولي غير أمين أو غير كفيٍّ عمالاً من الأعمال العامة. والأصل في ذلك قول الرسول عليه الصلاة والسلام: «ما من عبد يسترعيه الله ﷻ رعية يموت وهو غاش رعيته إلا حرم الله تعالى عليه الجنة» (رواه الشيخان)، وقوله عليه الصلاة والسلام: «ما من أمير يلي أمور المسلمين ثم لم يجهد لهم وينصح لهم كنصحه وجهده لنفسه إلا لم يدخل معهم الجنة» (رواه مسلم في الأقضية)، وقوله عليه الصلاة والسلام «من استعمل رجلاً في عصابة وفيهم من هو أَرْضَى الله منه فقد خان الله ورسوله والمؤمنين» (رواه الحاكم) [المدخل العام].

من فروع هذه القاعدة: لو زوّج القاضي الصغيرة من غير كفاء أو قضى بخلاف شرط الواقف أو أبرأ عن حق من حقوق العامة لم يجز. [أشباه].

ومنها: ليس لمتولي الوقف ولا للقاضي إحداث وظيفة في غير ما شرطه الواقف وإن كان في الغلة فضلة. [زرقا].

ومنها: لو أجر المتولي عقار الوقف بغبن فاحش لا يصح.

ومنها: لو صالح الولي أو الوصي عن الصغير صلحاً مضرّاً به لا يصح، كما لو صالح الخصم قبل أن ينوي رد دعواه بالبينة لا يصح. [زرقا].

ومنها: لو أمر القاضي شخصاً بأن يستهلك مالاً من بيت المال أو مالاً لشخص آخر فإذا نه غير صحيح، حتى إن القاضي نفسه لو استهلك ذلك المال يكون ضامناً [حيدر]، وقد جاء في ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قوله: (إني أنزلت نفسي من مال الله تعالى بمنزلة والي اليتيم، إن احتجت أخذت، وإن أيسرت رددته، وإن استغنيت استعفت). [مدخل].

ومنها: لا يجوز للقاضي أن يهب أموال الوقف وأموال الصغير لأن تصرفه فيهما يجب أن يكون لمصلحة لهما. [حيدر].

ومنها: أن القاضي إذا قرر فرأشاً للمسجد بغير شرط الواقف لم يحل للقاضي ذلك، ولم يحلّ للفرّاش تناول المعلوم، وبه علم حرمة إحداث الوظائف بالأوقاف بالطريق الأولى. [أشباه].

ومنها: لو قرر القاضي صرف فائض وقف لوقف آخر اتحد واقفهما أو اختلف لم يجز. كما في الدرر والغرر [أشباه]، قال العلامة الحموي: المفهوم من الدرر والغرر أنه إذا اتحد الواقف ونوع المصرف بأن بنى رجل مسجدين ووقف لهما أوقافاً مستغلة أو مدرستين، يجوز صرف زائد أحدهما إلى الآخر. أما إذا اختلف الواقف بأن يقف رجل مسجداً ويقف رجل آخر مسجداً أو اختلف المصرف بأن بنى الآخر مسجداً ومدرسة فلا يجوز، وإذا اتحد الواقف والجهة بأن بنى رجل مسجدين وعيّن لمصالح كل منهما وقفاً وقلّ مرسوم بعض الموقوف عليه جاز للحاكم أن يصرف من فاضل الوقف الآخر عليه لأنهما كشيء واحد. [حموي].

ويستثنى من هذه القاعدة أن الأب أو الجد إذا لم يكن بسكران ولم يكن معلوماً بسوء الاختيار، ينفذ تزويجه للصغير والصغيرة من غير كفاء وبغبن فاحش. [زرقا].

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

الولاية العامة تكون في الدين والنفس والمال، وهي ولاية الإمام ونوابه، والولاية الخاصة تكون في النفس والمال فقط، وقولهم الولاية الخاصة أقوى. لأن كل ما كان أقل اشتراكاً كان أقوى تأثيراً وتمكيناً [زرقا]، ومعنى أن الولاية الخاصة أقوى أي بقوة نفاذ التصرف على الغير شاء أم أبى. [حموي].

**من تطبيقات هذه القاعدة:** أن القاضي لا يزوج اليتيم واليتيمة إلا عند عدم وجود ولي لهما في النكاح ولو ذا رحم محرم أو أمماً. [أشباه].

**ومنها:** إذا أجر القاضي حانوت الوقف من زيد وأجره المتولي من بكر، فإن إجارة المتولي هي المعبرة. [حموي].

**ومنها:** أن القاضي لا يملك التصرف في الوقف مع وجود متولٍّ ولو من قبله، حتى لو تصرف فيه ببيع أو شراء أو إجارة أو جباية لا ينفذ تصرفه؛ إذ لا تدخل ولاية السلطان على ولاية المتولي في الوقف. [زرقا].

**ومنها:** أن القاضي لا يملك التصرف بمال الصغير مع وجود وصي الأب أو الجد أو وصي القاضي نفسه، ولا يملك تزويج الصغار مع وجود الولي إلا بعد عضله. [زرقا].

**ومنها:** لو زوج القاضي المرأة لغيبة الولي، وزوجها وليها الغائب من آخر في وقت واحد وثبت ذلك بالبينة اعتبر تزويج الولي لا غير.

## تنبيهات:

• الأول: ظاهر كلام المشايخ أن الولاية مراتب:

١ - ولاية الأب والجد، وهي وصف ذاتي لهما، فلو عزلا أنفسهما لم يعزلا.

٢ - ولاية الوكيل وهي غير لازمة، للموكل عزله وللوكيل عزل نفسه بعلم موكله.

٣ - ولاية الوصي وهي بينهما، ولم يجوز أن يعزل نفسه.

٤ - ولاية ناظر الوقف، يجوز للواقف عزله بلا اشتراط، وهو المعتمد في الأوقاف والقضاء، أما إذا عزل نفسه فإن أخرجه القاضي خرج كما في القنية، وفي فتاوى رشيد الدين أن القاضي لا يملك عزل القيم على الوقف إلا عند ظهور الخيانة منه. [أشباه].

• الثاني: الأب والجد ولايتهما في المال والنكاح، والعصبات والأم وذوو الأرحام ولايتهم في النكاح فقط، والوصي ولايته في المال فقط. [أشباه].

• الثالث: الولاية الخاصة على خمسة أضرب:

١ - ولاية قوية في النفس والمال، وهي ولاية الأب والجد لأب وإن علا بشرط الحرية والتكليف والاتحاد في الدين، وغير الإسلام من الأديان بمنزلة دين واحد.

٢ - ولاية ضعيفة في النفس والمال، وهي ولاية من كان الصغير في حجره من الأجانب أو من الأقارب، وكان هناك أقرب منه فيملك تأديبه ويحفظ له ماله.

٣ - ولاية قوية في النفس ضعيفة في المال، وهي ولاية العصبات من غير الأب والجد أو ذوي الأرحام فيزوجون الصغيرة بالكفء وبمهر المثل والصغير بما فيه مصلحة له ولا يتصرفون في أموالهما.

٤ - ولاية قوية في المال ضعيفة في النفس، وهي ولاية وصي الأب أو الجد أو القاضي، فإنهم يتصرفون في أموال الصغار ولا يزوجهم.

٥ - ولاية قوية في المال فقط، وهي ولاية متولي الوقف في مال الوقف وولاية الوصي في مال الكبير الغائب، فإن الواحد منهما يلي بيع غير العقار من التركة لدين أو وصية لا وفاء لهما إلا ببيعه. [زرقا].

• الرابع: الولاية على النفس هي أولاً للعصبات الأصول، ثم للفروع، ثم للحواشي، ثم للأم، ثم للشقيقات، ثم للأخوات لأب، ثم للأخوات لأم، ثم لذوي الأرحام. [أشباه].

ولهذه القاعدة مستثنيات، منها: يجوز للقاضي تأجير عقار الوقف من المتولي أو ممن لا تقبل شهادته للمتولي من أصوله وفروعه، ولو لم يكن في ذلك خيرية. [زرقا].

ومنها: أن المتولي لا يملك العزل والنصب لأرباب الجهات بدون أن يشترط الواقف له ذلك ويملكه القاضي بدون شرط الواقف. [زرقا].

ومنها: أن القاضي يملك إقراض مال الصغير دون الأب أو الوصي؛ لأن القاضي قادر على تحصيل الدين لشوكته وليس للوصي ذلك. [مدخل].

ومنها: أن القاضي يملك الاستقراض للوقف واستبداله بشروط وتأجيله مدة طويلة عند مسيس الحاجة إلى تعمييره ولا يملك المتولي ذلك. [زرقا].

ومنها: للقاضي أن يحاسب المتولين والأوصياء ويعزل الخائن منهم وإن شرط الواقف والموصي عدم مداخلته؛ لأن صيانة مال الأوقاف والأيتام هي من الحق العام فتجاوز الحدود المسموحة للأولياء والأوصياء والقوام يعود إلى تقدير الولاية العامة. [المدخل العام].

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

لأن من لا يملك التصرف بشيء لا يملك الأمر به [المدخل العام]، وهذه القاعدة نتيجة وأثر وتفسير لمعنى نفي الجواز في المادة (٩٦) (لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه)، والمنع مؤداه بطلان الممنوع وعدم ترتب أي أثر عليه. [مدخل].

وبطلان الأمر بالتصرف في ملك الغير له ثلاثة شروط: ١ - أن يكون المأمور بالعمى عاقلاً، ٢ - ألا يكون الأمر مجبراً للمأمور ٣ - ألا يكون المأمور عالمياً بأن الأمر يأمر في غير ملكه. [زرقا].  
وقد زاد العلامة حيدر شرطاً رابعاً: ألا يكون للأمر ولاية على المأمور. [حيدر].

وأضاف الدكتور أحمد الحجي الكردي شرطاً خامساً وهو: أن يكون الأمر بغير حق، فإذا كان أمراً بحق كان صحيحاً تترتب عليه آثاره وليس باطلاً، مثال ذلك: لو كان للأمر شريك فيأمره بوفاء دينه فيفعل فإنه يرجع عليه بما وفاه عنه لأن أمره كان بحق لوجود الشركة التي تتضمن الوكالة. [مدخل].  
ولا يلزم لأجل بطلان الأمر بالتصرف في ملك الغير أن يكون ملك ذلك الغير قائماً حين الأمر، بل يكفي أن يكون قائماً حين التصرف، فلو قال شخص لآخر: إن مت فادفع كذا من تركتي إلى فلان وهو غير وارث فدفعه إليه ضمن. [زرقا].

ولو أخبر شخص أنه وصي الميت على تركته فأمر غيره أن يعمل بتركة الميت بطريق المضاربة ففعل وضاع المال، ثم لم تثبت وصايته، فالذي عمل بالمال ضامن لعدم صحة أمر الأمر ولا يضمن الأمر لأنه لم يضع يده على المال. [زرقا].

والسبب بجعل العهدة في المأمور به على المأمور بالتصرف لأنه العلة المؤثرة والأمر سبب والأصل إضافة الأحكام إلى العلل المؤثرة لا إلى الأسباب المفضية إليها؛ ولأن أمر الأمر إذا كان كذلك لا يجاوز أن يكون

مشورة وهي غير ملزمة للمأمور ولا تصلح سبباً لتبرير عمل المأمور. [زرقا].  
ويستثنى من إطلاق هذه القاعدة ما إذا كان المأمور معذوراً في الفعل، كأن  
يأمر صغيراً غير مميز بإتلاف مال إنسان، فإن الضمان على الأمر لا على  
المتلف لعدم الإرادة من هذا الصغير [مدخل].

ويستثنى أيضاً ما إذا لم يكن المأمور عالماً بأن المال المأمور به لغير الأمر  
أو أوهمه الأمر بأنه له، كما إذا قال له: اذبح لي شاتي هذه، وهي ليست له،  
فإن الضمان على الأمر لا على الذابح المعذور في فعله، حيث الأمر أضاف  
الشاة لنفسه في الأمر ولصاحب الشاة تضمنين المأمور، وللمأمور أن يرجع على  
الأمر بما ضمن لتغيره إياه. [مدخل].

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

هذه المادة مأخوذة من الدر حيث جاء: لا يجوز لأحد التصرف في ملك  
الغير بلا إذنه ولا ولايته [حيدر]، وعدم الجواز المعبر به في هذه القاعدة يفسر  
بمعنيين: ففي حالة التصرف الفعلي يفسر بمعنى المنع الموجب للضمان، وفي  
حالة التصرف القولي يفسر بمعنى عدم النفاذ، والتصرف الفعلي يكون إما غضباً  
بوضع اليد، أو استهلاكاً بإحداث فعل ذي أثر، أو إتلافاً، أما التصرف القولي  
فيكون بطريق التعاقد [المدخل العام]، والإذن قد يكون صريحاً وقد يكون دلالةً  
[زرقا]، ويرجع حذف الضمير في (بلا إذنه) ليشمل إذن الشرع. [المدخل العام].

فإن كان التصرف الفعلي بطريق الغصب أو الاستهلاك وقد تقدمه إذن سابق  
يصح، لأن الإذن السابق توكيل، أما في الإتلاف فهو مضمون في كل حال  
سواء أجازة المالك أو لا؛ لأن الإجازة لا تلحق الإتلاف. أما التصرف القولي  
في ملك الغير كبيع الفضولي وهبته وإجارته وغير ذلك إذا لحقته إجازة المالك  
بشروطها - وهي بقاء المالك والعين المتصرف فيها والمتعاقدين وقيام الثمن لو  
كان غير نقد وبقاء المدة في الإجازة - فيلزم. [زرقا].

وقد عرف الفقهاء الملك بأنه اختصاص حاجز شرعاً يباح معه التصرف إلا  
لمانع، وفي ذلك حرص من الشرع على حق الملكية. [مدخل].

والوقف كملك الغير وإذن المتولي كإذن المالك. [زرقا].

إذا تصرف زوج في مال زوجته حال حياتها ثم اختلف مع ورثتها بعد موتها  
فادعى أنه كان ياذنها وأنكر الورثة فالقول للزوج. [زرقا].

لو قضى الوصي ديناً بغير أمر القاضي، فلما كبر اليتيم أنكر الدّين على أبيه صَمِنَ وصيه ما دفعه لو لم يجد بينة، لأنه أقر بسبب الضمان وهو الدفع لأجنبي، فيضمن كل ما دفعه لوقوعه بغير حجة. [باز].

وهذه القاعدة ليست على إطلاقها، ولكنها مقيدة بالإنسان العاقل البالغ الذي يملك التصرف في ماله، فإذا كان قاصراً أو محجوراً عليه لم يكن لإذنه أي اعتبار، بل الإذن هنا للشارع مباشرة الذي أذن للولي والوصي في هذه الأحوال بالتصرف عن فاقدي وقاصري الأهلية دون التوقف على إذنه، وتصرفهما نافذ منذ صدوره شرط أن يكون منوطاً بمصلحتهم. [مدخل].

ومما يستثنى من هذه القاعدة أنه يجوز للولد والوالد شراء ما يحتاج إليه الأب أو الابن المريض بلا إذنه لمداواته وإطعامه، ولا يجوز في المتاع؛ لأن الإذن بالمداواة والإطعام ثابت عادة فصار بمنزلة الإذن الصريح. [حيدر].

ومنها: أنه يجوز أن ينفق الورثة الكبار على الصغار الذين لا وصي لهم، ولا يضمن المنفقون ديانة، وقضاء فهم متطوعون. [زرقا].

ومنها: لو أنفق بعض أهل المحلة على مسجد لا متولاً له من غلته كحصر ونحوه فإنه يجوز. [زرقا].

ويستثنى أيضاً في حالات الضرورة التي يباح معها التصرف بمال الغير دون إذنه كبيع القاضي مال المدين بدين مستغرق جبراً عنه لضرورة وفاء حق الدائنين، وكذا استملاك الأرض جبراً عن مالكها لحاجة توسيع طريق ضاق بالمارة. . . . [مدخل].

ويترتب على عدم جواز التصرف بملك الغير بلا إذنه أمران: ١ - الإثم الأخروي عند الله تعالى، ٢ - المحاسبة الدنيوية بترتيب الضمان على هذا التصرف. [مدخل].

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

هذه القاعدة تأكيداً للقاعدتين السابقتين (٩٥ و ٩٦) وتطبيق لهما إلا أن فيها تصريحاً بما تضمنته القاعدتان السابقتان ضمناً بدون تصريح، وهو أن عدم جواز أخذ مال الغير مشروط بعدم وجود سبب شرعي، فإذا كان له سبب شرعي كان جائزاً. [مدخل].

وهذه القاعدة مأخوذة من الحديث: «لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لآعباً

ولا جاداً، فإن أخذه فليردّه» [حيدر]، وقد ورد عن النبي ﷺ أنه سمع خصومة بباب حجرته فخرج إليهم وقال: «إنما أنا بشر وأنتم تختصمون إليّ، ولعلّ بعضكم يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذ منه شيئاً، فإنما أقضي له بقطعة من نار فليأخذها أو يتركها»، فبكيا وقال كل واحد منهما: حقي لصاحبي، فقال عليه الصلاة والسلام: «اذهبا فتوخيا، ثم استهما، ثم ليحل كل واحد منكما صاحبه» [رواه الستة بالفاظ متقاربة]، فإذا أخذ شخص شيئاً بلا سبب شرعي كان ضامناً حتى يرده لقول النبي ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» [رواه أحمد وأصحاب السنن] [المدخل العام]، ويرده عيناً إن كان قائماً وإلا يضمن قيمته إن كان قيمياً، ومثله إن كان مثلياً، والنسيان ليس عذراً في تضييع حقوق العباد. [باز].

تنبيه: والسبب الشرعي إما أن يكون قوياً أو يكون ضعيفاً، فالسبب القوي لا يحتاج في تجويز الأخذ به إلى قضاء القاضي وإن لم يرض من عليه الحق، كتمن البياعات وبدل القرض وبدل الإجارة عند اشتراط تعجيله أو مضي مدة الإجارة والمال المكفول به والمال الموروث ونفقة الزوجة والأولاد والأبوين... أما السبب الضعيف فلا يجوز الأخذ معه بدون رضا من عليه الحق أو بقضاء القاضي كاسترداد العين الموهوبة ونفقة الأقارب وذوي الأرحام وكتناول أولاد البنت مع أولاد البنين من غلة الوقف على الأولاد وكأخذ العقار بالشفعة وكأخذ الدائن دينه من غير جنسه على المروي في المذهب. [زرقا].

وعلى هذا كان التقادم بمرور الزمن على حق أو عين دون أن يطالب صاحبهما وهو قادر على المطالبة لا يسقط عن المدعى عليه الحق ولا يملكه شيئاً بالتقادم، بل عليه ردّه في حكم الديانة؛ لأن التقادم ليس سبباً من أسباب الملكية، إنما هو حاجز قضائي مانع لسماع الدعوى أمام المحاكم مع اعتبار الملكية أو الحق في الواقع باقيين على حالهما السابق، وهذا ما يعرف بالتقادم المانع. أما إذا اعتبر التقادم سبباً لملكية صاحب اليد وانقطاع حق صاحب الحق المهمل بتاتاً، فهو التقادم المكتسب، لأنه أكسب الإنسان ملكية في شيء هو في الأصل لغيره. [المدخل العام].

فإن كان السبب شرعياً في الظاهر ولكن لم يكن في الواقع حقيقياً كالصلح

عن دعوى كاذبة على بدل، فإن قضي بهذا البديل لا يحل له ويجب عليه ديانة رده إن أخذه؛ لأنه والحالة هذه حكمه كالرشوة لأنه أخذه لقاء كف ظلمه وتعديبه بهذه الدعوى الكاذبة التي لا تسوغ له أخذ البديل فيما بينه وبين ربه سبحانه، ولو اعترف بعد الصلح بكونه مبطلاً في الدعوى وإنه لم يكن له على المدعي شيء بطل الصلح ويسترد المدعى عليه البديل. [زرقا].

إذا أخذ أحد مال الآخر بدون قصد السرقة هازلاً معه أو مختبراً مبلغ غضبه فيكون قد ارتكب الفعل المحرم شرعاً لأن اللعب في السرقة جد. [حيدر].

يجوز للأب الفقير أن يأخذ من مال ابنه القاصر لنفسه مقدار حاجته ومن غير إذن لوجوب نفقته عليه، وهو سبب شرعي لذلك. [مدخل].

## عاشراً - نظرية الشروط الجعلية في العقود

**الشروط الجعلية:** هي الشروط التقييدية التي يذكرها العاقدان في عقدهما زيادة عما يقتضيه العقد بحكم الشارع. والشارع قد أعطى الحرية الكاملة في إنشاء العقود إذا لم تخالف الحرية هذه النظام العام الشرعي والقواعد الكلية الشرعية، وأجاز الاشتراط في عقود المعاوضات لشروط ينعدم فيها التعارض أو التنافي مع مقتضى العقد، إلا أن حرية الاشتراط في عقد الزواج بما يحقق مصلحة العاقدين أو أحدهما يلحظ فيه خروج عن الأهداف العامة التي تجعل من هذا العقد رباطاً مقدساً يخلق الطمأنينة والثقة والشعور بالحياة المشتركة، وإذا كان الخوف والقلق يسيطر على كل من الزوجين حين العقد ما يضطرهم إلى اشتراط شروط يضمن بها مستقبله حسب زعمه، فإن العلاج لا يكون في سطور يسطرها العقد بل في خلق جو من الثقة المتبادلة جراء الروية والاحتكام للمعايير الإسلامية.

والأصل في العقود عامة وعقد الزواج أن الآثار التي تترتب على كل عقد هي من عمل الشارع لا من عمل العاقد وذلك صوناً لها من أن تتعرض لشروط قد تتنافى مع مقصد الشارع ومقتضى العقد، وهذا لا يمنع المتعاقدين من أن يشترطاً أثناء عقد الزواج شروطاً تتفق مع الآثار التي رتبها الشارع على عقد الزواج ولا تتنافى مع مقتضاه.

وقد اختلف الفقهاء في ذلك بين مضيق وموسع فيما يلزم من هذه الشروط ومطالبة من التزم بها بتنفيذها، وفيما لا يلزم ولا يطالب من اشتراطها بالتنفيذ.

أ - قال الظاهرية: كل شرط ليس في كتاب الله ولا في سنة رسوله فهو باطل لقوله عليه الصلاة والسلام: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» [رواه الخمسة]، وقد استثنوا شرط السلامة من العيوب والأمراض، فقد ذكر ابن حزم في المحلى صحة هذا الشرط وإذا تبين خلافه اعتبر العقد مفسوخاً سواء كان ذلك قبل الدخول أم بعده، وهم في هذا نظروا إلى محل العقد أكثر من نظرتهم إلى آثاره لعلاقة المرض والعيوب بالمعقود عليه.

ب - قال الحنابلة: كل شرط صحيح ما لم يأت الدليل من الكتاب أو السنة على بطلانه؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً» [رواه الترمذي وأبو داود]، فقد جعلوا الشرط الباطل هو ما ورد فيه نهى صريح عنه أو خالف مقتضى العقد، أو فيه مس من أحد الزوجين لحقوق الآخر، كأن تشترط المرأة عند الزواج طلاق صرتها.

ج - ذهب الجمهور من حنفية ومالكية وشافعية إلى وسط بين الرأيين السابقين إلى أن الشروط المعتمدة هي التي تتفق مع مقتضى العقد أو تؤكد أو يقوم الدليل على صحتها من أثر أو قياس أو عرف، كما لو شرطت الزوجة على زوجها تقديم كفيل لضمان المهر.

وعلى هذا تنقسم الشروط المقترنة بعقد الزواج إلى أربعة أقسام:

١ - شروط تنافي مقتضى العقد ومنهي عنها، كاشتراط الشغار أو التأقيت، فيلغو الشرط ويصح العقد ويلزم مهر المثل والتأييد؛ لأنها شروط منهي عنها والنهي يقتضي الفساد، والفساد قد تعلق بالمهر في الشغار وبالأجل المتوقف عليه التأييد في المؤقت ولم يكن الفساد متعلق بإنشاء العقد وبصلب صيغته. وهذان الشرطان يبطلان العقد عند غير الحنفية الذين لا يفرقون بين العقد الفاسد والباطل مع تفصيل في ذلك.

٢ - شروط تنافي مقتضى العقد ولم تتناولها نصوص الشرع، كأن يشترط الزوج على زوجته أن تنفق على نفسها، أو يشترط أحد الزوجين على الآخر عدم الاستمتاع الزوجي، أو عدم إنجاب الأولاد، فيبطل الشرط ويصح العقد عند الجميع.

٣ - شروط توافق مقتضى العقد ولم يرد دليل من الشرع على وجوب الوفاء بها، كان تشترط عليه ألا تترك دراستها أو وظيفتها أو بلدها أو غير ذلك، فيلزم الوفاء بها عند الحنابلة، وتعتبر عند الحنفية ويلزم الوفاء بها إذا قضى القاضي بلزومها<sup>(١)</sup>. أما إذا كانت هذه الشروط تمس حقوق الزوجين أو أحدهما كاشتراطها تطليق ضررتها أو عدم سفر زوجها أو إيقاع الطلاق عند حصول أولاد أو غير ذلك، فحينئذ الشرط صحيح ولا يجب الوفاء به عند الحنابلة، وعند الحنفية ومعهم الجمهور تبطل هذه الشروط ويصح العقد<sup>(٢)</sup>.

٤ - شروط توافق مقتضى العقد بدليل من الشرع، وهي شروط متعلقة بآثار العقد، كأن تشترط الزوجة على زوجها أن يسكنها مسكناً يليق بأمثالها في حدود قدرته المالية وغير ذلك، فيصح الشرط والعقد باتفاق الفقهاء. [الزواج وآثاره: الدكتور عبد الرحمن الصابوني (بتصرف)].

وقد وضع الفقهاء لهذه النظرية مجموعة من القواعد، منها:

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

وردت هذه القاعدة في كتب الفقه بلفظ: (المعلق بالشرط يجب ثبوته ويكون معدوماً قبل ثبوت شرطه). [حيدر].

**والتعليق:** هو ترتيب أمر لم يوجد على أمر لم يوجد، ويصاغ بإحدى أدوات الشرط التي تربط بين فعلين، كأن يقول لها: إن سافرت بمفردك فأنت طالق، وهو يختلف عن التقييد والإضافة، حيث إن التقييد التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد، ويصاغ عادة بعبارة «على أن» أو «شرط أن» كأن تقول له: زوجتك نفسي على أن تكون عصمة النكاح بيدي. أما الإضافة فهي تأخير حكم تصرف قولي إلى الزمن محقق القدم، كأن يقول لها: إن عقدت على فلان بعد شهر فأنا أضمن لك المهر. [المدخل العام ف ٤٣].

(١) وهذا من قبيل سلطة ولي الأمر في جعل المباح ملزماً.

(٢) جاء في كتب المذهب الحنفي: إن شرط تطليق الضرة مباح قضاء والمطلق آثم ديانة، وصورته أن تقول له: تزوجتك على كذا وعلى طلاق الضرة فلانة [رد المحتار]. ويراجع بهذا القسم من الشروط مضمون المادتين: (٣٨) و(٧١) من قرار حقوق العائلة.

## ولصحة التعليق شروط وهي:

أ - أن يكون الشرط معدوماً على خطر الوجود أي ممكن الحصول، فلو كان التعليق على شيء مستحيل الوقوع فهو باطل، كأن يقول: لو عاد أخي الميت حياً فداري هذه وقف، فالوقف باطل لاستحالة الشرط<sup>(١)</sup>. ولو كان التعليق على الموجود يعتبر التعليق تنجيهاً ويثبت المعلق في الحال، كما لو قال شخص: إذا كان هذا المال مالي - وأشار إلى العقار الذي يملك - فإني قد وقفته، فيكون الوقف صحيحاً مع أن الوقف المعلق على شرط لا يصح. [حيدر].

ب - أن يكون التعليق في صلب العقد ولا عبءة للشرط الملحق. [باز].

د - أن يكون التعليق على الممكن عادةً لا عقلاً، فلو قال: إن لم أصعد إلى السماء أو إن لم أقلب هذا الحجر ذهباً فأنت طالق، وقع الطلاق؛ لأن التعليق على نفي الممكن عقلاً تنجيز، وإن التعليق على النفي الممتنع عادةً تنجيز أيضاً. [زرقا].

## الأمر التي يرد عليها التعليق بالشرط ثلاثة أنواع:

١ - ما يصح تعليقه بمطلق شرط ملائماً كان أو غير ملائم، وهي الإسقاطات المحضة كالطلاق، فالملائم له كأن يقول لها: إن أسأت إلي فأنت طالق. وغير الملائم له كأن يقول لها: إن خرجت من الدار فأنت طالق.

٢ - ما يصح تعليقه بالشرط الملائم فقط، وهو ما يؤكد موجب العقد كالإطلاقات، نحو: إن خرجت فقد أذنت لك، وإن بلغت رشيداً فقد أذنت لك بالتجارة، أو قال ولي السفينة له: إن صلحت أحوالك فقد أذنتك بالتجارة<sup>(٢)</sup>. والولايات من قضاء وإمارة نحو قول الإمام لشخص: إن شغرت الولاية الفلانية فقد وليتكم إياها. وكذا الالتزامات من كفالة وإبراء منها، ووكالة وحوالة نحو: لو قال شخص لآخر: كلما عزلتك فأنت وكيل، فتنعقد الوكالة بعد العزل كلما عزله، أو قال: إن عاد مديونك فلان من سفره فأنا كفيل لك بما لك عليه من

(١) ومن هذا قاعدة فقهية تقول: ما يبطل بالشرط الفاسد لا يصح تعليقه عليه.

(٢) وكذا لو قال أب لابنه: إن جاءت ابنتي من السفر وكلتك بتزويجها من فلان، فيصح تعليق الوكالة على وصول الموكل به، للملائمة بين الوكالة بالتزويج ووصول الزوجة إلى مكان العقد. [باز].

الدين، فنتعقد الكفالة عند عودته، أو قال: إن أعطيتني القدر الفلاني من الدين فإنني أبرئك من الكفالة. ولو علقت هذه الأمور على هبوب الرياح أو دخول دار معينة أو طعام أو غير ذلك، فلا يصح التعليق لعدم ملائمة الشرط للمشروط.

٣ - ما لا يصح تعليقه بالشرط مطلقاً، وهي التمليكات من معاوضات ومعاملات كالبيع والإبراء من الدين والصلح عن المال والوقف وغيرها باستثناء الوصية، فيصح تعليقه على موت الموصي وجوازها على خلاف القياس. ولو علق الدائن إبراء المدين على موته يُحمل ذلك على الوصية ويكون التعليق صحيحاً. [زرقاً].

### تنبيهات:

- إذا اختلف الزوجان في وجود الشرط المعلق عليه الطلاق وعدمه، فالقول قول منكر وجود الشرط وهو الزوج، والبينة بينة الزوجة على وجوده، وإذا ثبت وجود الشرط بالبينة فلا كلام في وقوعه. [زرقاً].

- لو تنازع الزوج مع آخر في شيء فحلف بالطلاق على مدعاه، فإن كان المدعى به عيناً كما لو ادعى على الزوج داراً فحلف الزوج بالطلاق أنها ليست ملك المدعي، فأثبت المدعي ملكه لها بالبينة، لا يحث الزوج في يمينه لأن البينة حجة في الظاهر. وإن كان المدعى به ديناً فحلف بالطلاق أن لا دين له عليه، فبرهن المدعي على الدين، فينظر: إن كان ادعى الدين بسبب كالقرض مثلاً وبرهن على السبب لا يحث الزوج لاحتمال الإيفاء أو الإبراء بعد السبب، وإن كان ادعاه مطلقاً عن السبب وبرهن فيحث لأن البينة قامت على وجود الدين في الحال، والشهادة على ما في الذمة أوثق من الشهادة على ما في اليد. [زرقاً].

- أقسام التصرفات القولية الإنشائية عند الحنفية ثمانية:

- ١ - المعاوضات المالية، كالبيع والإجارة والقسمة. . . .
- ٢ - المعاوضات غير المالية، كالنكاح والخلع. . . .
- ٣ - التبرعات، كالهبة والوقف والوصية والإعارة. . . .
- ٤ - الإطلاقات، كالوكالة والأذونات. . . .
- ٥ - الولايات، كتنصيب القضاة وتعيين أئمة المساجد الجامعة. . . .

٦ - التقييدات، كعزل الوكيل والحجر على المأذون . . .

٧ - الالتزامات كالكفالة والحوالة . . . . .

٨ - الإسقاطات المحضة كالطلاق والإعتاق وإسقاط الشفعة . . .

كما مرَّ: المعاوضات المالية وغير المالية والتبرعات لا تقبل التعليق، فإن عقلت أو أضيفت إلى زمن مستقبل بطلت، إلا أن الوصية والوقف يقبلان التعليق على الموت تشجيعاً عليهما، أما الإجارة والإعارة فيقبلان بالإضافة إلى المستقبل لأن معنى الإضافة موجود في طبيعتهما لكونهما عقوداً زمنية، والزمن المستقبل عنصر أساسي في تنفيذها كأن يقول: إن جاء الشهر الفلاني فقد أجرتك هذه الدار. [المدخل العام ف ٤٣].

### ﴿المادة ٨٣﴾ يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان:

الشرط المقصود في هذه القاعدة هو الذي يكون خلواً من أداة الشرط ويسمى الشرط التقييدي<sup>(١)</sup>، نحو: تزوجت فلانة على أن . . . وهو بخلاف الشرط التعليقي الذي تستعمل فيه أدوات الشرط والمقصود في المادة السابقة. [حيدر]. والمراد بقدر الإمكان هنا، الإمكان الشرعي، وهو عدم قيام مانع شرعي أمام صحة هذا الشرط، والإمكان العادي أيضاً وهو القدرة على تنفيذ الشرط من غير حرج. فإذا تعذر تنفيذه للمانع الشرعي أو الحرج ألغي الشرط وبقي التصرف صحيحاً على حاله، أو ألغي الشرط والتصرف جميعاً، وذلك بحسب حال ذلك الشرط الممنوع. [مدخل].

والشرط المطلوب مراعاته هو الشرط الجائز ومراعاته الوفاء به، فقد ورد في الحديث أن النبي ﷺ قال: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرّم حلالاً». [أخرجه أبو داود ورواه البخاري تعليقاً].

### والشروط التقييدية ثلاثة أنواع:

- ١ - شرط جائز: وهو ما يقتضيه العقد (أي أنه يجب تنفيذه من دون اشتراطه)، أو يلائمه (أي يكون عائداً إلى صفة البذل أو المبدل أو إلى توثيقه)، أو جرى به العرف أو ورد به الشرع، فإن الشرط في جميع ذلك تلزم مراعاته.
- ٢ - شرط فاسد: وهو ما كان بخلاف ذلك وفيه نفع مشروط في صلب العقد

(١) ويسمى الشرط الجعلي عند المتأخرين.

لأحد المتعاقدين من الآخر، أو فيه نفع لأجنبي، أو نفع للمبيع غير المؤهل للاستحقاق من أحدهما.

٣ - شرط لغو: وهو ما كان بخلاف ذينك الشرطين، كأن يشترط على أجنبي شرطاً لو اشترط على أحد المتبايعين يفسد البيع، أو كان شرطاً مفسداً لكن لم يتفقا على بناء العقد عليه فيصح العقد ويلغو الشرط. [زرقا].

**والمعاملات من حيث التقييد بالشرط الفاسد على قسمين:**

١ - منها ما يفسد بالشرط الفاسد وهو المعاوضات المالية.

٢ - منها ما لا يفسد بالشرط الفاسد وهو ما ليس من المعاوضات المالية سواء كان من المعاوضات غير المالية كالنكاح والطلاق على مال والخلع، أو لم يكن من المعاوضات أصلاً كالإبراء من الدين والهبة والوصية وتولية القضاء والإذن والوكالة والكفالة وعزل الوكيل وحجر المأذون... فتصح هذه المعاملات ويلغو الشرط. [زرقا].

**من فروع هذه القاعدة:** لو اشترط نوع العوض في النكاح أو تقسيمه إلى معجل ومؤجل ولم يشترط الدخول بالزوجة قبل القبض، فللزوجة أن تمنع نفسها عن الزوج حتى تقبض المهر المعجل. وجاء في الدر وحاشيته بجواز ذلك استحساناً رواية عن أبي يوسف وبه يفتى. [زرقا].

**ومنها:** لو تزوجها على ألا يكون لها مهر، فيصح النكاح ويبطل الشرط ويجب لها مهر المثل. [مدخل].

**ومنها:** لو قال الكفيل للمكفول بالمال: إن جاء غد أو بعد غد فأنت بريء من الدين، لا يصح هذا التعليق لما في إسقاط الكفالة من معنى التمليك. أما لو قال له: أن وافيتني بفلان غداً فأنت بريء من الكفالة بالمال، فيصح التعليق لما فيه من معنى الالتزام وهو نفع الكفيل من المكفول ومثله متعامل به. وكذا لو قال صاحب الدين: تحمّل خمسمائة على أن أبرئك من الباقي، كان التعليق صحيحاً لجريان العرف به [زرقا] حسب ما جاء في الحديث: «**ضع وتمعّل**».

**ومنها:** لو أبرأت المبانة زوجها عن المهر بشرط تجديد النكاح لها، صح التقييد للإبراء لأنه متعارف عليه. [زرقا].

### ﴿المادة ٨٤﴾ المواعيد بصور التعاليق تكون لازمة:

أي بأن كانت مصحوبة بأدوات التعليق الدالة على الحمل أو المنع فتكون لازمة لحاجة الناس إليها، وما لم تكن فلا ولا يجب الوفاء بها قضاء. [زرقا].

وهذه القاعدة مأخوذة من الأشباه حيث يقول صاحبه: (لا يلزم الوعد إلا إذا كان معلقاً)، وقد وردت في الفتاوى البزازية بالشكل الآتي: (المواعيد باكتساء صور التعليق تكون لازمة). وهي قاعدة بمثابة فرع عن المادة ٨٢ التي جاء فيها: (المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط).

وقد علل العلامة حيدر هذه القاعدة بأن إصدار الوعد بصيغة التعليق على شرط يوحى بالالتزام والتعهد. [حيدر].

ظاهر هذه القاعدة أنها مطلقة عامة في كل وعد أتى بصورة التعليق والحال خلافه، فإنهم لم يفرعوا عليها غير مسألتين في البيع والكفالة ولم يظهر بعد التبع ثالث لهما، وهما:

- لو قال كفيل النفس: إن لم أوافيك بمديونك فلان غداً فأنا أدفع لك دينه، فلم يوافه به لزمه الدين، إلا إذا عجز عن الموافاة بغير موت المديون أو جنونه، أما لو عجز بأحدهما عن الموافاة به فالكفالة لازمة.

- لو باع عقاراً ببغبن فاحش ثم وعد المشتري البائع بأنه إن أوفى له مثل الثمن يفسخ معه البيع، صح التعليق ولزم الوفاء بالوعد [زرقا]، ويكون ذلك بيع وفاء اجتناباً لتغيير الموعد بعدما خرج الوعد مخرج التعهد [حيدر]، أما لو تبايعا بثمان المثل بيعاً باتاً ثم أشهد المشتري أن البائع إن دفع له نظير الثمن مدة كذا يكن بيعه مردوداً عليه ومقلاً منه، فإن الإشهاد المذكور وعد من المشتري ولا يجبر عليه حيث كان البيع بثمان المثل؛ لانتفاء التغيير بالوعد في ذلك البيع. [زرقا].

هذا بالنسبة لحكم الوعد في القضاء، أما في الديانة فالوعد على قسمين:

أ - وعد نوى الواعد مخالفته والنكث فيه حين الوعد، فهو آثم وحرام لما فيه من التغيير، كأن يقول لآخر: تزوج وأنا أدفع عنك مهرک وهو ينوي أن لا يدفع عنه شيئاً.

ب - وعد نوى الواعد البر فيه ثم جد له ما صرفه أو منعه من البر فيه، فإنه لا يأثم بالخلف قياساً على اليمين، فقد ثبت عن النبي ﷺ قوله: «إني والله إن شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا أتيت الذي هو خير وتحللتها»، وهو أداء الكفارة، فكذلك الوعد. هذا إذا كان الوعد مجرداً، أما إذا كان بصيغة التعليق أو الالتزام كان الوعد ملزماً في القضاء. [مدخل].

وفي الاجتهاد المالكي أربعة آراء فقهية حول لزوم الوعد بالعقد وعدم لزومه قضاءً، والمشهور من هذه الآراء أنه يعتبر الوعد بالعقد ملزماً للواعد قضاءً إذا ذكر فيه سبب ودخل الموعد تحت التزام مالي بمباشرة ذلك السبب بناء على الوعد، كما لو وعد شخص آخر بأن يقرضه مبلغاً من المال بسبب عزمه على الزواج ليدفعه مهراً، فتزوج الموعد ثم نكل الواعد عن القرض، فإنه يجبر قضاءً على تنفيذ وعده. وهذا وجيه، فإن المالكية يبنون الالتزام بالوعد على فكرة دفع الضرر الحاصل للموعد من تغرير الواعد، وهو أوجه من الاجتهاد الحنفي الذي يبني الإلزام على الصور اللفظية للوعد، أهي تعليقية أم غير تعليقية، فإن التعليق وعدمه لا يغير شيئاً من حقيقة الوعد. [المدخل العام].

بناء على ما مرَّ يقترح الأستاذ مصطفى الزرقا رحمه الله صيغة جديدة لهذه القاعدة كما يلي: **المواعيد إذا صدرت بصورة تشعر بالالتزام فإنها تكون ملزمة للواعد.** [المدخل العام].

## الحادية عشرة - نظرية وسائل الإثبات

**المراد بالإثبات هنا:** إثبات الدعاوى، وهو أكثر الموضوعات والأحكام مساساً بحياة الناس وبمصالح المجتمع، فلا يُطالب بحق إلا واحتاج الناس إلى وسائل الإثبات لتأكيد حقوقهم، مما جعل وسائل الدرع الواقية للحقوق والعدالة.

ويظهر الوازع الديني في هذه الوسائل بشكل جلي وظاهر، فاشتراط الفقهاء في الشهادة العدالة التي تقتضي اجتناب صاحبها الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر، وأن الأساس في مشروعية اليمين اللجوء إلى العقيدة الدينية بإشهاد الله تعالى على صدق الشاهد وتحمل الحنث والهلاك عند الكذب. كما يتدخل الوازع الديني في الإقرار والنكول إيجاباً وسلباً رغم قبولهما من البرّ والفاجر. ومع ذلك تحث العقيدة على الإقرار الصحيح والاعتراف بالحقوق لأصحابها وتنهى عن الاعتراف الكاذب، وقد بين الرسول ﷺ كيفية تحمل الشهادة وأدائها ووجوب اعتمادها على اليقين، فقال ﷺ لسائل: «على مثل الشمس فاشهد أو دع» [رواه البيهقي والحاكم]، وقال ﷺ: «لن تزول قدم شاهد الزور حتى يوجب الله له النار» [الحاكم وابن ماجه]، وقال عليه الصلاة والسلام: «من حلف على يمين

هو فيها فاجر ليقطع بها مال امرئ مسلم لقي الله وهو عليه غضبان» . [رواه الستة] ولم يكتف المشرع عند هذا الحد، بل زاد على ذلك ترغيباً وترهيباً، فحث على أداء الشهادة، فقال تعالى: ﴿وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾، ﴿وَلَا تَكُونُوا الشُّهَدَاءَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ إِثْمٌ قَلْبُهُ﴾، ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ﴾، وأمر سبحانه كاتب الوثائق بالتقوى ومراعاة أحكام الله تعالى التي يعلمها في كتابه، فقال سبحانه: ﴿وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبُ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ﴾.

من ذلك نرى أن القيم الخلقية ومبادئ العقيدة يكونان السند الحصين والأساس المتين لوسائل الإثبات، لا بل فإن الإسلام يحتم تعانق العقيدة والشريعة لا ينفرد أحدهما عن الآخر، فإن العقيدة أصل يدفع إلى الالتزام بالشرعية وأن الشريعة تلبى انفعال القلب بالعقيدة.

#### وسائل الإثبات التي أقرها الفقه الإسلامي ثمانية وسائل وهي:

١ - الشهادة: وهي إخبار الشخص بحق للغير على الغير بلفظ أشهد وبصيغة المضارع؛ لأنها تتضمن المشاهدة الحقيقية في الماضي والإخبار جزءاً في الحاضر، ويشترط لها شروط متفق عليها بين الفقهاء وهي: إسلامه ورشده وحرية وبصره ونطقه وعلمه بالمشهود به وعدالته وعدم إقامة الحد عليه بقذف، وعدم وجود تهمة بقرابة أو خصومة أو عداوة أو شراكة<sup>(١)</sup>، ويوجد شروط مختلف بها كإكمال الشهادة بيمين المدعي عند الشافعية، وهذا ثابت بحديث موقوف عندهم رواه أبو داود والترمذي منسوخ عند الحنفية. ونصاب الشهادة عند الحنفية أربعة من الرجال على الزنا، أما باقي الحدود والقصاص وما سواهما من الحقوق تقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، وتقبل شهادة النساء وحدهن فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة والبكارة وعيوب النساء. وتجاوز الشهادة على الشهادة فيما لا يسقط بالشبهة. ولا تجوز الشهادة بالتسامع من غير أن يراها الشاهد أو يقف عليها إلا في النسب والموت والولادة والنكاح وولاية القاضي وأصل الوقف.

(١) والمعبر حال الشاهد وقت الأداء لا وقت التحمل.

٢ - الإقرار: وهو إخبار الشخص بحق على نفسه لآخر، ويشترط فيه الإسلام والرشد وأهلية التملك وعدم الإكراه أو الهزل، وأن يكون قبل الدخول في مرض الموت. وكل شيء جازت المطالبة به ويجوز الانتفاع به وتقع عليه الحيازة ويملك المقر إنشاءه جاز الإقرار به.

٣ - اليمين: ولا تنعقد إلا بالقسم بالله تعالى لقول النبي ﷺ: «ألا إن الله ينهاكم أن تحلفوا بأبائكم، من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت» [رواه السنة ما عدا النسائي]، وقوله ﷺ: «من حلف بغير الله فقد أشرك»، وفي رواية: «فقد كفر» [أبو داود والترمذي]. وهي على أنواع مختلفة:

أ - يمين المدعى عليه التي يوجبها القاضي بناء على طلب المدعي وتسمى اليمين الدافعة، لأنها تدفع ادعاء المدعي، وتسمى الرافعة لأنها ترفع النزاع وتسقط الدعوى، وتسمى الحاسمة لأنها تحسم النزاع، وتسمى الواجبة لوجوبها بنص الحديث: «اليمين على من أنكر»، وتسمى الأصلية لأنها المقصودة عند الإطلاق للنص المذكور.

ب - اليمين الجالبة: وهي التي يؤديها المدعي في إثبات حقه لعدة أسباب، إما لكونها يمين القسامة في القتل والجراح، أو لكونها من أيمان اللعان، وتسمى اليمين المردودة عند الأئمة الثلاثة لأنها تكون عند نكول المدعى عليه عن اليمين الأصلية، ويقابلها الحكم بالنكول عند الحنفية.

ج - يمين الاستظهار، وتسمى يمين الاستيثاق ويمين الاستحقاق، ويسمى المالكية يمين القضاء ويمين الاستبراء، وهي التي يؤديها المدعي بناء على طلب القاضي لدفع الشبهة والريبة في الادعاء، وذلك من حالات استثنائية وظروف خاصة كالدعوى على الميت والغائب.

٤ - الكتابة: لم يفرد الفقهاء الإثبات بالكتابة بفصل مستقل وإنما وضعوه تحت ألفاظ مختلفة وهي الصك والحجة والمحضر والسجل والوثيقة وكتاب القاضي إلى القاضي وديوان القضاء... والكتابة من أقدم الوسائل في حفظ العلوم والحقوق كما ورد في تدوين الكتب الدينية والقوانين عند الشعوب الغابرة.

٥ - القرينة: وهي في اصطلاح الفقهاء ما يلزم من العلم بها الظن بوجود

شيء آخر، وهذه القرينة قد تكون بمثابة دليل قوي مستقل لا يحتاج إلى دليل آخر كالخلوة في استحقاق المهر عند الحنفية، ووطء المرأة التي زفت إلى منزل زوجها، ونسبة الولد إلى الزوج بوجود الفراش، وإذن البكر في زواجها بصمتها، وبراءة الرحم وخلوه من الحمل بوجود دم الحيض... وقد تكون بمثابة الدليل المرجح لما معها ومقوية له، كأن يتنازع الزوجان في متاع البيت الزوجي بأن يدعي كل منهما ملكيته ولم يستطع إحضار البينة، فما كان للرجال يُعطى للزوج وما كان يصلح للنساء يُعطى للزوجة، حيث إن العادة صلاحية كل نوع لصاحبه ولا عبرة للبد الحسية. وهذا ما يعرف بالقرائن الحسية.

**٦ - علم القاضي:** وهو العلم بحقيقة الواقعة وتفاصيل القضية، وقد اتفق الفقهاء على العمل بعلم القاضي في ثلاث حالات:

أ - ألا يقضي بخلاف علمه ولو مع البينة، فإذا علم بطلاق بائن مثلاً ولم تقم البينة على ذلك فلا يجوز له القضاء بنفقة زوجية قطعاً لأنه متيقن بطلاق حكمه والحكم بالباطل حرام فيجب عليه أن يعتزل النظر بالدعوى أو يفوض غيره فيها ويكون شاهداً.

ب - إذا علم القاضي حالة الشهود عدالة أو فساداً، فيقبل العدل ويسمع شهادته ولا يطلب تزكيته ولا يقبل شهادة الفاسق ولا يسمع تعديله.

ج - فيما يحدث في مجلس المحاكمة فيستند القاضي في حكمه على ما سمع ولا يحتاج إلى بينة، كأن يستمع القاضي الطلاق البائن من الزوج ثم يدعي الزوجية فيمنعه القاضي من الاتصال بزوجه كما يمنعها من المطالبة بالنفقة.

**٧ - معاينة القاضي:** وهي أن يشاهد القاضي بنفسه أو بواسطة نائبه محل النزاع لمعرفة حقيقة الأمر فيه، فهي دليل مباشر ويكون علمه الذي حصل من المعاينة كالعلم من البينة ومن الحلف والإقرار وهذا ليس قضاء بعلم القاضي، وذلك كما إذا رأى البنت التي لم تبلغ أن جسمها يتحمل الزواج فيأذن بتزويجها.

**٨ - تقرير أهل الخبرة:** وهو الإخبار عن حقيقة الشيء المتنازع فيه بطلب من القاضي الموجه إلى أهل الاختصاص، ولا يشترط في أهل الخبرة عدد ولا ذكورة ولا عدالة.

إن قواعد الإثبات في الفقه الإسلامي تمتزج بالعقيدة ومبادئ السلوك، وهي نسيج بذاته لا يصح أن تخلط بغيرها رجاء الحصول على مقاصدها، وأن الاقتباس من بعض أحكامها كالأخذ بالشهادة دون البحث في شروطها الشرعية يطمس محاسنها ويضيع ثمراتها. [وسائل الإثبات للدكتور محمد الرحيلي (بتصرف)].  
وقد جاء في كتب الفقهاء مجموعة من القواعد حول هذه النظرية منها:

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

أي أنه يحكم بالظاهر فيما يتعسر الاطلاع على حقيقته، ويفهم من هذه القاعدة أنه إذا كان شيء من الأمور التي لا تظهر للعيان فسببه الظاهري يقوم بالدلالة على وجوده، لأن الأمور الباطنة لا يمكن للإنسان أن يستدل عليها إلا بمظاهرها الخارجية [حيدر]، ولهذه القاعدة صلة وثيقة بمبدأ القضاء بالقرائن، وفي النظر الشرعي أن ما كان يتعذر الاطلاع عليه لا يبحث عن حقيقة وجوده بل ينظر إلى دلائله فترتبط الأحكام بتلك الدلائل وجوداً وعدمًا ولا يلتفت إلى احتمال خلافها. [المدخل العام].

وأحكام الشارع الإسلامي بعضها تعبدي وبعضها معلل، والمعلل منها بعضه ظاهر ومنضبط العلة وبعضه علته خفية وغير منضبطة، وفي تلك الأخيرة فإن الشارع ألغى اعتبار العلل الخفية وأناط الحكم بما هو مظنة لها وأقام الدليل عليها مقامها. [المدخل].

**من فروع تلك القاعدة:** عدم سماع الدعوى فيما إذا تركها المدعي مدة مرور الزمن المقدرة بست وثلاثين سنة في الوقف وبخمس عشرة سنة في غيره بدون عذر، فيكون ذلك دليلاً على انتفاء حقه في الدعوى فلا تقبل منه الدعوى به بعد ذلك؛ لأن الحق من الأمور والعلل الخفية، هذا إذا أنكر المدعي عليه الحق. أما إذا أقر به قبلت الدعوى لانتفاء دلالة ترك الدعوى مدة التقادم على انتفاء الحق. [المدخل].

**ومنها:** إقامتهم الخلوة بالزوجة مقام الوطء في إلزام الزوج بكل المهر، لأن الوطء مما يخفى والخلوة الصحيحة دليل عليه فأقيمت مقامه [زرقا]، وكذا إقامة الفراش الزوجي والحیضة والزفاف وصمت البكر مقام النسب وبراءة الرحم والدخول والإذن بالزواج كما مر.

**ومنها:** أن الحياة والتابعين لبيت المال ومتولي الأوقاف إذا توسعوا في

الأموال وتعاطوا أنواع اللهو كان ذلك دليلاً على خيانتهم الباطنة، فللحاكم حينئذ مصادرة أموالهم وعزلهم، فإن عرف خيانة أرباب الأوقاف في وقف معين رد المال إليه وإلا وضعه في بيت المال [زرقا]. وهذا ما يعبر عنه المعاصرون بمبدأ (من أين لك هذا). [المدخل العام].

ويستثنى من تلك القاعدة ما لو أدخلت المرأة حلماً ثديها في فم الرضيع ولم يدر أدخل اللبن في حلقة أم لا، فإنه لا يحرم النكاح لأن الأصل في الصفات العارضة العدم. [زرقا].

### ﴿المادة ٧١﴾ يقبل قول المترجم مطلقاً:

إذا كان الحاكم غير عارف بلسان المدعي أو المدعى عليه أو شهودهما فعليه أن يستمع إلى ادعاء المدعي، أو دفاع المدعي عليه، أو شهادة الشهود بواسطة المترجم، ويجب أن يعتبرها كما لو كانت صادرة رأساً من أصحابها، وقد ذهب الإمام محمد إلى أنه من اللازم أن يكون عدد المترجمين لا يقل عن نصاب الشهادة، وذهب الشيخان إلى أنه يقبل قول المترجم في هذه المادة بصيغة المفرد، فيستدل منه الاعتبار بقول الشيخين، وإذا أمكن أن يكونا مترجمين فذلك أحوط. [حيدر].

وللمترجم شروط لا بد من توافرها وإلا لم يحتج بقوله وهي:

١ - أن يكون المترجم في الحدود والقود رجلاً، فلو كان امرأة لا يقبل لعدم صحة شهادة المرأة في هذه الأمور. والإطلاق الوارد في القاعدة دليل على أنه يقبل قول المترجم في جميع أنواع الدعاوى والبيئات رجلاً كان أو امرأة، وهي دليل أيضاً على أن الترجمة غير الشهادة. [المدخل العام].

٢ - أن يكون بالغاً عاقلاً عدلاً، فلو كان فاسقاً لا يقبل، وإن كان أكثر من واحد، وكذا لو كان مستوراً، فإن خبره كخبر الفاسق لا يقبل.

٣ - أن يكون عارفاً حاذقاً بأسرار اللغتين المترجم عنها والمترجم إليها ليكون مأمون الخطأ.

٤ - أن يكون بصيراً عند أبي حنيفة خلافاً لأبي يوسف.

٥ - أن يكون الحاكم غير عالم بلغة الخصوم، فلو كان يعلم لغتهم لا يقبل قول المترجم. [زرقا].

تنبيه:

الإخبار الشرعي من حيث اشتراط العدد مثني والعدالة ولفظ الشهادة على

خمسة أنواع:

١ - إخبار لا يشترط فيه عدد ولا عدالة، كالإخبار بالوكالة، فتثبت بإخبار الواحد سواء كان عدلاً أو فاسقاً، أو كان صبيّاً أو بالغاً، وسواء صدّقه الوكيل أو كذّبه، لأنه إخبار لا إلزام فيه، والوكيل حينئذ لا يجبر على فعل ما وكل به.

٢ - إخبار يشترط فيه العدد أو العدالة، كعزل الوكيل ومتولي الوقف والقاضي وإخبار البكر بالنكاح، وغير ذلك مما فيه إلزام.

٣ - إخبار يشترط فيه العدالة عيناً دون عدد، كالإخبار بالوفاة وقول المترجم وأمين القاضي إذا أخبره على عين تعذر إحضارها.

٤ - إخبار يشترط فيه العدد والعدالة، كالإخبار ببسار أو إعسار زوج أو أب، وكذا الإخبار بشبوت إرث وكفاءة زوج وتزكية علنية لشاهد وغير ذلك مما يتعلق بحفظ الحقوق.

٥ - إخبار يشترط فيه العدد والعدالة ولفظ الشهادة كالشهادة على حصول النكاح أو الطلاق... وغير ذلك مما يتعلق بإثبات الحقوق. [زرقا].

### ﴿المادة ٧٥﴾ الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان:

المراد بالبرهان ما عليه اصطلاح الفقهاء وهو البيئة الشخصية العادلة، والثابت به كالثابت بالمشاهدة فكما أن الأمر المشاهد بحاسة البصر لا يسع الإنسان مخالفته، فكذلك ما ثبت بالبيئة المزكاة لا تسوغ مخالفته. [زرقا].

وكذلك كما أن المدعى عليه يلزم بإقراره إذا أقر لدى الحاكم، فإنه إذا ثبت أنه أقر قبلاً بالمدعى به واتضح ذلك بالبيئة العادلة أو بسند مرسوم حاوٍ إمضاءه أو ختمه وخال من شبهة التزوير فيلزم حينئذ بهذا الإقرار. [باز ١٦٧٤].

إن مهمة القضاء بناء الأحكام على البيئات الظاهرة، وليس القاضي مكلفاً باكتشاف الأدلة من القرائن وتتبع خفايا الوقائع، فقد ورد عن النبي ﷺ أنه قال: «لو كنت راجماً أحداً من غير بينة لرجمت هذه المرأة الزانية» التي أتت بولد على شاكلة المتهم. والقياس أن البيئة دليل ظني وليس بقاطع لأنها خبر آحاد وهو يحتمل الصدق والكذب، ولا يثبت به العلم اليقيني، إلا أنها اعتبرت في ثبوت حقوق العباد بها كالدليل القاطع للضرورة ولصعوبة العثور على الدليل

القاطع فيها، وللآيات الكريمة التي أوجبت القضاء بالبينة الشرعية. [المدخل].  
ويفترق ما ثبت بالبينة عما ثبت بالحس والمشاهدة في شيء واحد وهو: أن ما كان قائماً مشاهداً لا تسمع دعوى ما يخالفه ولا تقام البينة عليه، كأن يدعي على آخر بأنه قتل موروثه وهو ما زال حياً، بخلاف ما كان أمراً منقضياً وثبت بالبينة فتسمع دعوى ما يخالفه وإن كانت هذه الدعوى عرضة للرد. [زرقا].

**وينتج عن اعتبار البينة كالعيان أمران:**

- **الأول:** اعتبار البينة حجة متعدية ملزمة لكل من له علاقة بالحق المقضي به بموجبها، ولو لم يكن مدعى عليه، لأنها في حكم الدليل القاطع، بخلاف الإقرار فإنه حجة قاصرة على المقر.

- **الثاني:** لا يقبل من المدعى عليه إنكار أو دعوى تتضمن إنكار الحق الثابت عليه بالبينة الأولى، أي أن البينة لا تقبل النقض لأنها حجة قاطعة حكماً على خلاف اليمين فإنه يقبل الدعوى المناقضة له ولو بعد الحكم به. [المدخل].

### ﴿المادة ٧٦﴾ البينة على المدعي واليمين على من أنكر:

**البينة:** هي الشهادة العادلة التي تؤيد صدق دعوى المدعي، ولأنها تفيد بياناً سُميت به. **والدعوى:** هي طلب شخص حقه من آخر في حضور الحاكم. **واليمين:** هو تأييد الشاهد أو منكر الحق لخبره بالقسم بالله تعالى. [حيدر].

وهذه القاعدة مأخوذة من الحديث الشريف: «البينة على من ادعى واليمين على المدعى عليه» [رواه الترمذي وله شواهد عند أبي داود النسائي]، ويؤيدها الدليل العقلي؛ لأن كلام المدعي لما كان مخالفاً للظاهر فهو ضعيف فيحتاج لبينة تدعّمه، وكلام المدعى عليه لما كان موافقاً للظاهر فهو لا يحتاج لتقويته بأكثر من اليمين. [حيدر].

ومن المعلوم أن كل خبر يحتمل الصدق والكذب، والادعاء المجرد لا يخرج عن كونه خيراً ولا مرجح لأحد الاحتمالين، فالحاكم يطلب من المدعي البينة على دعواه ولا تُطلب البينة من المدعى عليه مطلقاً [حيدر]، لأن المدعى عليه منكر ولا يقبل منه الإثبات بالبينة لدى الحنفية لأن البينة لا تقبل على النفي [المدخل]، وهذا أصل لا يعدل عنه حتى لو اصطحح المتخاصمان على أن المدعي لو حلف، فالمدعى عليه ضامن للمال وحلف المدعي لم يضمن خصمه. [زرقا].

## ولليمين شروط، وهي:

- أن يكون التحليف بالله تعالى، ولكن يحلف النصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى، واليهودي يحلف بالله الذي أنزل التوراة على موسى.
- أن تكون اليمين على من أنكر إذا كان مدعى عليه، لا إذا كان شاهداً أو مدعياً، فإنه لو كان المنكر شاهداً لا يحلف، وكذا لو أنكر الشاهد الشهادة.
- يشترط في اليمين أيضاً أن يتوقف عليها قطع النزاع، فلو كان النزاع ينقطع بدونها لا يصار إليها، كما لو كان النزاع على أمر غير ملزم للطرفين فلا يجري التحالف على أمر يمكن رفع الخصومة فيه بخيار أحد المتنازعين، وكذلك لا يصار إلى اليمين إذا كان المستحلف لو أقر لا ينفذ إقراره، مثال على ذلك: الوكيل بقبض الدين لو ادعى عليه المديون الإيفاء إلى موكله أو ادعى إبراءه وأراد تحليف الوكيل أنه لا يعلم بهذا الإبراء لا يحلف؛ إذ لو أقر به لم يجر على موكله لأنه إقرار على الغير. مثال آخر: أب طالب زوج ابنته البالغة بمهرها المعجل وقال: ابنتي بكر في منزلي، وقال الزوج: دخلت بها ولم يبق لك حق القبض، والأب ينكر، صدق الأب لتمسكه بالأصل، ولا يحلف لأنه لا يعلم بدخوله عليها، إذ لو أقر لم يجر عليها إقراره.
- ويشترط أيضاً أن يكون النكول عنها مفيداً للمدعي، فلو كان النكول فيها لا يفيد المدعي لا يستحلف المدعي عليه، من ذلك: لو ادعى نكاح امرأة هي في نكاح غيره ولا بينة للمدعي، فليس له تحليفها لأن نكولها لا يفيد بعد كونها ذات زوج، ولكن له أن يحلف زوجها على العلم بأنها مطلقة من آخر، فلو حلف انقطعت الخصومة، وإن نكل صار مقراً ببطالان نكاحه فتحلف هي حينئذ على البتات، فإن نكلت فهي للمدعي.
- يجب أن يكون التحليف على المعلوم ولا تحليف على حق مجهول، فلو ادعى أحد الشريكين على الآخر خيانة مبهمة لم يحلف لأن الجهالة كما تمنع قبول البينة تمنع الاستحلاف، إلا في مسائل يجري فيها التحليف على مجهول، منها: إذا اتهم القاضي وصي اليتيم، أو إذا اتهم متولي الوقف، فإنه يحلفهما نظراً لليتيم والوقف - ومنها الوصية والإقرار والإبراء، فيجري فيها التعليق على مجهول. وقد نقل العلامة الحموي في حاشيته على الأشباه عن الخانية أن دعوى الوصية المجهولة لا تسمع ولا يستحلف عنها الخصم. وهذا خلاف ما نقله في رد المحتار عن معراج الدراية في سماع دعوى الوصية المجهولة. [زرقا].

## تنبيهات :

**الأول:** يحلف المسلم بالطلاق في حالة واحدة فيما لو ادعت امرأة على رجل نكاحها وأنكر، فإنه يحلف بالله ما هي زوجة له، وإن كانت زوجة له فهي طالق بائن، وقد حُلف بالطلاق لجواز أن يكون كاذباً في الحلف، فلو لم يحلف بالطلاق تبقى المرأة معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة، فلا تتمكن من التزوج بآخر لأن جحود النكاح ليس بطلاق. [زرقا].

**الثاني:** أن اليمين إذا توجهت على الخصم، فإن كان ما يحلف عليه فعل نفسه حلف على البتات والجزم، وإن كان فعل غيره حلف على العلم إلا إذا كان يتصل به فيحلف على البتات، فلو ملك عيناً بالإرث فادعاه عليه آخر فأنكر يحلف على العلم، ولو ملكه بهبة فإنه يحلف على البتات؛ لأن الوارث نائب عن المورث والنيابة لا تجري في الحلف ليحلف بخلاف الموهوب له فإنه أصل بنفسه لا نائب غيره. [زرقا].

**الثالث:** إن الشهادة قد تقام حسبةً على طلاق المرأة والوقف، فهل يجري فيهما التحليف حسبة؟ حكى قولان، والظاهر أن رواية التحليف أصح وأولى، بمعنى أنه إذا لم يتم نصاب الشهادة أو تم لكن الشهود لم يعدلوا وطلبوا يمين الزوج أو من في يده عقار الوقف، لا أن معناه ان القاضي له أن يجلب الزوج أو من في يده عقار الوقف ويحلفه من غير طلب أحد كما ظنه بعض قضاة العصر؛ لأن الواحد لا يصلح خصماً وقاضياً حتى نصوا أن شاهد الحسبة لا بد أن يدعي بما شهد به. كذا في رد المحتار. [زرقا].

**الرابع:** لو ادعى على آخر ديناً فحلف المدعى عليه بطلاق زوجته أنه ليس له عليه دين، فبرهن بعد ذلك المدعى أن عليه كذا من الدين، فهل يحث المدعى عليه أم لا؟ الفتوى على أنه إذا ادعاه بلا سبب وبرهن عليه يظهر كذب الحالف، ولو ادعاه بسبب وبرهن على السبب لا يظهر كذبه بإقامة البينة عليه، كذا في نور العين. قال صاحب الدرر: لا يظهر كذب الحالف عند إقامة البينة على السبب، ثم قال: إنه الصواب وعزاه إلى الزيلعي. قال الزيلعي: إن عدم ظهور كذبه مطلقاً بإقامة المدعي البينة هو الصواب؛ لأن البينة إن قامت على السبب فالأمر ظاهر، وإن قامت من غير بيان السبب فلا شك في أنها مستندة إلى ما عاينته عند التحمل من السبب، وإن جزمها عند الأداء بقيام الحق مبني

على الاستصحاب وعلى كون الأصل بقاء الحق بعد ثبوته؛ إذ الإحاطة علماً ببقائه وقيامه للحال وعدم عروض إيفاء أو أداء عليه غير ممكنة غالباً فهي مستندة في جزمها بقيام الدين عند الأداء إلى ما يفيد الظن، فيكون حينئذ من قبيل التزام ما لا يلزم. [زرقا].

**الخامس:** إن صلاحية المدعي للخصومة تختلف وتتغير، فتارةً يكون له صلاحية إقامة البينة وعند عجزه عن إقامتها يكون له صلاحية استحلاف الخصم وهذا هو الغالب في الخصومات. . وتارةً يكون للمدعي صلاحية إقامة البينة لإثبات مدعاه وعند عجزه عن إقامتها فليس له صلاحية استحلاف خصم، من ذلك: لو ادعى على الوصي ديناً من تركة الموصي فأنكر الوصاية، فإن أقام المدعي البينة على الوصاية فبها، وإلا فليس له استحلافه، ومنها: لو اشترى عقار الصغير الذي تحت ولايته فادعاه آخر بالشفعة، واختلف الشفيع مع ولي الصغير في الثمن، فادعى الشفيع مبلغاً وادعى الولي أكثر منه، وعجز الشفيع عن إقامة البينة فطلب يمين الولي فإنه لا يحلف. . [زرقا].

وتارة يكون للمدعي صلاحية استحلاف الخصم وليس له صلاحية إقامة البينة، من ذلك: لو ادعى على آخر مالاً إرثاً عن أبيه وبأنه ابنه ووارثه، أو استحلّف على العلم بذلك فنكل ثم أنكر المال، فللمدعي أن يحلّفه على المال؛ لأن الأصل أن المدعى عليه خصم ثبتت معه الخصومة بإقرار أو بنكول عن اليمين، والإقرار حجة قاصرة والنكول في حكمه، ولا يملك المدعي إقامة البينة لأنها حجة متعدية وخصومته قد ملكها بحجة قاصرة فلا يملك بها ما فوقها، لأن الشيء يستتبع ما هو فوقه. [زرقا].

**مثال آخر:** لو ادعى على آخر أنه وصي فلان وأنه يطالبه بما للموصى عليه، فأقر المدعى عليه بالوصاية وأنكر المال فاستحلّف فنكل، ثم أنكر المال، فإن المدعي والحالة هذه يكون خصماً في تحليفه على المال لا في إقامة البينة حيث إن الخصومة ثبتت بإقرار الوصاية. . وتارةً يكون للمدعي صلاحية حلف اليمين والبينة فيكون القول قوله بيمينه والبينة بينته ولا يقبل من خصمه يمين ولا بينة، كما لو ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت النكاح وقالت ولدت لستة أشهر، فالقول قولها لأنها ادعت أمراً تملك إنشاءه في الحال، فالقول لها بلا يمين

والبينة بينتها. وكذلك الحال في الأمانة فإن القول في كل أمانة للأمين مع يمينه والبينة بينته. وكذا لو شرط على الظئر الإرضاع بلبنها ثم اختلفا فقالت أرضعته بلبني وقال بلبن شاة، فالقول قولها، ولو أقاما بينة فبينتها أولى. كذا في معين الحكام. [زرقا].

**السادس:** كثيراً ما يختلف الفقهاء في الدعاوى في تعيين المدعي والمدعى عليه لالتباس كل منهما بالآخر، فقد وضعوا لذلك بعض الضوابط منها:

- المدعي إذا ترك ترك، والمدعى عليه بخلافه.
- المدعي لا يستحق إلا بحجة، والمدعى عليه يستحق بقوله من غير حجة.
- المدعى من يلتمس غير الظاهر، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر.

[مدخل].

#### ﴿المادة ٧٧﴾ البينة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لإبقاء الأصل:

لأن الأصل يؤيده ظاهر فلا يحتاج لتأييد آخر، والذي يكون خلاف الظاهر يتراوح بين الصدق والكذب فيحتاج إلى مرجح لأحدهما على الآخر [حيدر]. فالذي يدعي خلاف الظاهر لا يصدق بدون بينة تشهد له، وأما الذي يتمسك بالظاهر فيصدق بيمينه لإبقاء الأصل، فلو ادعت المرأة عدم وصول النفقة والكسوة المقررين في مدة مديدة، فالقول قولها لأن الأصل بقاءها بدمته كالمديون إذا ادعى رفع الدين وأنكر الدائن فالقول للدائن. [باز].

**ولهذه القاعدة مستثنيات، من ذلك:** لو اختلفا في الصحة والمرض، فالقول قول من يدعي المرض لأنه في الحقيقة ينكر موجب عقد المريض، والبينة بينة من يدعي الصحة مع أن المرض عارض والأصل الصحة، وكذلك فيما لو اختلفا في العقل والجنون فالقول لمن يدعي الجنون والبينة على من يدعي العقل [زرقا]، هذا ما جاء في المجلة بمادتيها ١٧٦٦ و١٧٦٧، مع أن هذا قد لا يكون من المستثنى لأن مدعي العقل والصحة يثبتون خلاف الظاهر وهو المرض والجنون، والقائلون بالأصل وهو العقل والصحة يكتفيهم اليمين.

#### تنبيهات:

تنبيه حول البينة على النفي: حيث إن البينة لإثبات خلاف الظاهر فهي لا تقام على النفي؛ لأن نفي المدعى به إما عبارة عن دعوى عدم وجوده وهي

الأصل فيما كان عارضاً، أو عبارة عن دعوى عدم زواله وهي الأصل فيما كان وجودياً. [زرقاً].

والبيّنات تقام لإثبات خلاف الأصل ولا فرق في عدم سماعها على النفي بين ما يحيط به علم الشاهد وبين ما لا يحيط، فإذا كان عدم وجود الشيء المنفي أمراً مستفيضاً متواتراً عند الناس فلا تسمع الدعوى به لئلا يلزم تكذيب الثابت بالضرورة، كذا في رد المحتار. وفيه أيضاً: قد تقبل الشهادة على النفي كما لو علق طلاق زوجته على عدم فعل شيء ما في وقت ما، فاخصمها بعد مضي الوقت المعين فادعى أنه فعله وقالت لم يفعله، فالقول قوله يمينه لأنه فعله ولا ينكر وقوع الطلاق والبينة بينتها، فلو أقامتها قبلت وقضي الطلاق. اهـ.

وقبول البينة على النفي في هذه المسألة مقيد بما إذا لم تظهر في شهادة الشاهد مجازفة بأن كان النفي مما يحيط به علمه، كأن يكون نفي الفعل في وقت محدد يخضع لمعاينة الشهود. أما إذا كان النفي مما لا يحيط به علم الشاهد كما لو حلف إن لم يأكل الطعام الفلاني في السنة الفلانية فامرأته طالق، ثم مضت السنة واختلف هو وزوجته فادعى أنه أكله وقامت البينة على أنه لم يأكله، فالظاهر أن هذه البينة لا تقبل لاستحالة إحاطتهم بالمشهود عليه عادة فتكون المجازفة في هذه الشهادة ظاهرة. [زرقاً].

تنبيه حول المرجّحات الابتدائية أو الأولية: وهي أمران: الأصل، ودلالة الحال، وكلاهما يسمّى الظاهر الضعيف الذي لم يصل في الظهور إلى درجة يطرح معها احتمال خلافه.

ومعنى كون البينة تقام لإثبات خلاف الظاهر، أي لإثبات خلاف ما تدل عليه المرجّحات الابتدائية، وهذه القاعدة علة ومستند للقاعدة القائلة: البينة على المدعي واليمين على من أنكر؛ لأن المدعي يدعي ثبوت حق له على المدعي عليه، وهذا الحق أمرٌ عارض والأصل عدمه ولا يثبت بمثبت، فيكون القول للمدعي عليه الذي يتمسك بالظاهر. فالأصل هو الحالة العامة التي هي بمثابة قانون مرعي ابتداء بلا حاجة إلى دليل خاص عليه، ويعتبر مسلماً بنفسه، مثال ذلك قولهم: (الأصل في الطلاق أن يكون رجعيّاً)، (الأصل في العقود والإقرارات الطوع لا الإكراه)، (الأصل عدم وصول النفقة)، (الأصل عدم وجود المانع للنيكاح)، (الأصل وقوع الطلاق) . . . . أما دلالة الحال فهي

الأمانة القائمة التي تدل على شيء ما، وأمثلتها تعرف بمسائل تحكيم الحال .

**والنظر الفقهي هنا:** هو أنه في مثل هذه المسائل توجد قرائن قائمة فيها نوع دلالة يُلتجأ إليها مبدئياً عند فقدان البرهان المثبت، أما المسائل التي لا قرائن فيها كدعوى الدّين، فإنها عند فقدان البينة يُلتجأ فيها إلى تلك الأصول للترجيح المبدئي . [المدخل العام ف ٨٢].

تنبيه حول المثبتات القضائية: وهي أربعة أقسام متفاوتة الدرجات: ١ - الإقرار، ٢ - اليمين والنكول عنها، ٣ - البينة بأنواعها الثلاثة: الشخصية، والخطية، والقرينة القاطعة البالغة حد اليقين ٤ - الظاهر القوي وهو في قوة القرينة القاطعة التي تصل إلى درجة لا يحتمل معها خلافها . [المدخل العام ف ٨٢]. والفرق بين الظاهر القوي والقرينة القاطعة: أن الظاهر يعتمد على الحس والمشاهدة، فلو ادعى الوصي أنه أنفق على اليتيم مبلغاً يكذبه فيه الظاهر فلا تقبل بينته، أما القرينة فمستندها العقل، كحصول الزفاف قرينة قاطعة على حصول الخلوة الصحيحة، وكأن يقول لها: إن سررتك فأنت طالق، فضربها وقالت لقد سررتني فلا تطلق؛ لأن الضرب قرينة قاطعة على عدم السرور .

تنبيه حول تعارض الأدلة القضائية:

١ - إذا تعارض أصلان، فيرجح اعتبار الأصل الأكثر تعلقاً بموضوع النزاع وجوهره، فلو ادعت عليه أنه أوقع عليها الطلاق فلم ينكر إلا أنه نسي لفظه وكيفية وقوعه ونوعه، فالمعتبر أن الأصل في الطلاق أن يكون رجعياً، ولا اعتبار لقولهم: الأصل عدم وقوع الطلاق؛ لأن الخلاف حول لفظه لا حول إيقاعه أو عدم وقوعه .

٢ - إذا كان التعارض بين الأصل ودلالة الحال، ترجح دلالة الحال لأنها قرائن وشواهد قائمة تنبئ بحدوث أمر يغير حالة الأصل، فيكون بمثابة دليل كذب من تمسك بذلك الأصل، مثال ذلك: لو اختلف الأب والابن في يسار الأب وإعساره حين إنفاقه على نفسه من مال ابنه، فإن كان الأب حين الخصومة موسراً كانت هذه أمانة ظاهرة على صحة دعوى الابن، وإن كان الأب حين الخصومة معسراً كان الأمر بالعكس، فعندما شهدت دلالة الحال على يسار الأب حين الخصومة رجحت على الأصل الذي يتمسك به الأب وهو عدم الغنى .

٣ - إذا تعارض أحد المثبتات القضائية الستة مع أحد المرجحات الأولية، فيصار إلى الدليل المثبت؛ لأنه برهان صريح على عدم صحة ما يتمسك به الطرف الآخر من أصل أو دلالة حال. وعلى هذا الأساس وضعت القاعدة المسطورة أعلاه والتي نحن بصددھا.

٤ - إذا تعارضت المثبتات القضائية مع بعضها البعض، فالأقوى هو الظاهر القوي والقرينة القاطعة، ثم البينة بنوعیها الشخصي والخطي، ثم النكول عن اليمين، ثم الإقرار؛ لأن الظاهر القوي والقرينة القاطعة هما بمثابة الدليل القطعي الذي لا يقبل الإثبات خلافه، كما لو ادعى وصي أنه أنفق على الصغير في مدة يسيرة مبلغاً عظيماً من المال يكذبه فيه الظاهر فلا يصدق في ذلك ولا تقبل له بينة، لأن البينة الشخصية تحتمل شبهة المحاباة والمصلحة، والبينة الخطية تحتمل التزوير والتصحيف والتحريف، وكذلك فإن الأيمان والإقرارات تحتمل الكذب. وأيضاً لو تعارضت البينة مع الإقرار ترجّح البينة لأنها حجة متعدية وملزمة لمن قامت عليه وللغير، أما الإقرار فحجة قاصرة على المقر. [المدخل العام ف ٨٢].

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

وردت هذه القاعدة في تنوير الأبصار بالصيغة التالية: (الأصل أن البينة حجة متعدية، والإقرار حجة قاصرة على المقر لعدم ولايته على غيره)، وذلك لأن حجة البينة مستندة إلى القضاء من الحاكم، والحاكم له الولاية العامة فلا تقتصر الحجة على المحكوم عليه وتتجاوز إلى كل من له مساس بالقضية، أما الإقرار فحجته مستندة على زعم المقر، فهي قاصرة عليه ولا تكون معتبرة بحق سواه، وهو جائز بدون وجود منازع ولا مواجهة خصم على أن لا يكون بحق أحد غير المقر. وقد بين الفقهاء أن الإقرار لا تهمة فيه، وهو حجة شرعية مقدّمة على حجة البينة بحق المقر، فلدى اجتماع الحجتين معاً تقدم حجة الإقرار ويحكم بها ما لم تمس الحاجة للحكم بالبينة. [حيدر].

ثم إن الإقرار يعتمد الأهلية بالبلوغ والعقل ولا يعتمد الولاية على غير المقر، بخلاف الشهادة فإنها حجة متعدية وتعتمد على الولاية على الغير، لذا لم تقبل شهادة الصغير على البالغ، وغير المسلم على المسلم، ويشترط للشهادة حضور الخصم واتصال القضاء بها. [زرقا].

من فروع هذه القاعدة: لو توفي شخص وترك ولدين فأقرَّ أحدهما لرجل بأنه أخوه وأنكره الآخر، فيلزم المقر بإعطاء ثلث ما أخذه من التركة للمقر له الأخ الثالث، ولا يلزم المنكر بشيء. [حيدر].

ولها أيضاً مستثنيات، منها: لو أقر اثنان من الورثة بولد للمتوفى، فإنه يثبت نسبه في حق غيرهم من الورثة وفي حق الناس كافة، ولا يحتاج في ذلك للفظ الشهادة ولا لمجلس القضاء. [زرقا].

ومنها: لو أنفق أجنبي على بعض الورثة وقال: أنفقت بأمر الوصي ولا يعلم ذلك إلا من قوله، يقبل قول الوصي لو كان المنفق عليه صغيراً، فيتعدى إقرار الوصي على الصغير. [زرقا].

ومنها: لو أقر الأب على ابنته البكر البالغة بقبضه مهرها من زوجها، فإنه حجة عليها وتبرأ به ذمة الزوج. وهذا مبني على أن الأب قبض مهر ابنته البالغة بحسب العرف والعادة، وأن من ملك حق القبض ملك الإقرار به. [زرقا - الابن].

ومنها: لو أقرت الزوجة بدين لغير زوجها كان للمقر له حبسها إذا امتنعت عن الوفاء به، وإن كان في حبسها منع حق زوجها وهو ضرر به. [المدخل].

ومنها: إذا أقرت مجهولة النسب بأنها ابنة أبي زوجها وصدَّقها الأب، صحَّ النسب وانفسخ النكاح، وضرر الزوج بإقرارها ظاهر. [المدخل].

#### ﴿المادة ٧٩﴾ المرء مؤاخذ بإقراره:

الإقرار: هو إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر، وهو إخبار من وجه وإنشاء من وجه آخر، ففي وجه الإخبار: يثبت الملك للمقر له مسنداً إلى ما قبل الإقرار، وفي وجه الإنشاء: يثبت له الملك مسنداً إلى وقت الإقرار. فإذا أقر شخص لأجنبي بكل أمواله في مرض موته صحَّ إقراره لأنه إخبار، ولو كان إنشاء أي تمليكاً لما صحَّ إلا بالثلث. ولو رد المقر له إقرار المقر ثم قبله لا يصح الإقرار لأنه إنشاء، ولو كان إخباراً لصحَّ. [باز ١٥٧٢].

صحيح أن الإقرار إخبار يحتمل الصدق والكذب، إلا أنه ما دام صادراً عن صاحبه على نفسه بما يحمله من التزامات ما كانت تثبت عليه دونه، فإن ذلك يضعف شبهة الكذب فيه ويقوي جانب الصدق فيعتبر حجة معتدلاً بها. [مدخل].

ويشترط للمرء ليؤاخذ بإقراره عدة شروط وهي :

- ١ - أن يكون المقر كامل الأهلية.
  - ٢ - أن لا يكون ظاهر الحال مكذباً للمقر، كأن تقر بأنها بالغة وجنتها لا تتحمل البلوغ فلا يصح إقرارها.
  - ٣ - أن لا يكون إقرار المقر واقعاً بالجبر والإكراه.
  - ٤ - أن لا يكون الإقرار مكذباً شرعاً، كما لو مات شخص عن ابن وبنت فأقر الابن أن التركة بينهما نصفان بالسوية فالإقرار باطل. [حيدر].
  - ٥ - أن لا يكون الإقرار مكذباً بقضاء القاضي، فلو حكم الحاكم بثبوت طلاقه عليها ثم أقر أنه لم يطلقها فلا يؤخذ بإقراره.
  - ٦ - أن لا يكون المقر به أمراً محالاً، كأن يقرّ بنسب ولد أكبر منه على أنه ابنه فلا يصح. [باز].
  - ٧ - أن لا يكون الإقرار بالتلجئة والمواضعة، كأن يقر شخص لآخر في العلن بمال وتواضعا على فساد الإقرار فلا يصح، ولو تخاصما فقال أحدهما: إنه إقرار هزل وتلجئة، وقال الآخر: إنه إقرار جد، فالقول للمدعي الجد وعلى الآخر البينة. [باز عند المادة ١٥٧٥].
  - ٨ - أن لا يكون المقرّ به مجهولاً جهالة فاحشة، كأن يقول في مجهول النسب: هذا الصغير قريبي ولا أعرف ما هي صلة القريبى.
  - ٩ - أن لا يكون الإقرار مفوتاً على الغير حقاً، كأن يقر المدعى عليه بعين لغير المدعى بعدما أقام بينته قبل الحكم فيبطل إقرار المدعى عليه ولا تندفع الدعوى به والقاضي يحكم على المقر.
  - ١٠ - أن لا يكون المقر له مجهولاً جهالة فاحشة بل يكون معيناً. [زرقا].
- من فروع هذه القاعدة:** أن إقرار السكران جائز إذا كان سكره بطريق محظور، أما إن كان سكره بطريق مباح كأن يشرب الخمر مضطراً، أو سكر من شرب دواء فلا يعتبر إقراره. والسكران بمحرم كالصاحي إلا في عدة مسائل منها تزويج الصغيرة والصغير بأقل من مهر المثل أو أكثر فإنه لا ينعقد. [باز عند المادة ١٥٧٣].
- ومنها:** أن الملك الثابت بالإقرار لا يظهر في حق الزوائد سواء كانت قائمة أو مستهلكة فلا يملكها المقرّ له ولو كان إخباراً لملكها. **بيانه:** رجل بيده

أرض وغلتها، فأقر أن الأرض لفلان فلا تدخل الغلة بالإقرار ولو أقام المقر له البيينة على أن الأرض له فحينئذ يستحق غلتها لأنه بالبيينة يستحق الأرض من الأصل والغلة متصلة بالأرض فيثبت الاستحقاق فيهما، وبالإقرار يثبت الملك في المقر به ضرورة صحة الخبر. [باز عند المادة ١٥٧٢].

**ومنها:** لو أقر لوارث معه أنه يستحق بطريق الإرث أكثر من حصته الشرعية كان باطلاً لإقراره لأنه محال شرعاً. [زرقا].

**ومنها:** لو أقرت المرأة أن المهر الذي لها على زوجها هو لفلان والدها فإنه لا يصح. [زرقا].

**ومنها:** لو أقر لزوجته بنفقة مدة ماضية كانت فيها ناشراً، فإنه لا يصح إقراره لأنه مكذب قضاء. [زرقا].

#### تنبيهات:

- لو أن رجلاً في عهده جهة إمامة بمعلومها الشهري المعين لها من غلة الوقف فأقر لغيره بأن فلاناً يستحق نصف معلوم تلك الجهة دونه، فلا شك في بطلان هذا الإقرار لأنه لا يمكن شرعاً أن تكون الجهة في عهدة زيد أصالة والقيام بها مستحقاً عليه ويكون شيء من معلومها مستحقاً لعمرو، إذ يستحيل شرعاً أن يكون ما يستحقه الإنسان الحر لقاء عمله حقاً لغيره دونه، وفي تصحيح هذا الإقرار تغيير للمشروع وهو ليس في وسع المقر. [زرقا].

- لو أقر ثم ادعى الخطأ لا يصدق، كذا في الدر. ولو أقر ولما استند خصمه إلى إقراره ادعى أنه كان كاذباً فيه وطلب الخصم تحليل المقر اليمين على أنه لم يكن كاذباً في إقراره، فإن الحاكم يحلفه [مجلة ١٥٨٩]، إلا في مسألة واحدة لو طلب فيها تحليل الخصم على ذلك فإنه لا يحلف وهي: لو أقر ثم مات فادعى ورثته أنه كان أقر كاذباً وطلبوا تحليل المدعي اليمين على أن المقر المتوفى لم يكن كاذباً في إقراره، لا يحلف؛ لأنهم حين أقر مورثهم لم يكن تعلق حقهم في ماله، وحين تعلق حقهم في ماله صار المال حقاً للمقر له، وفي الدر وحاشيته الأصح التحليف اه. ولو ادعوا أنه كان أقر له تلجئة وطلبوا تحليله على أنه لم يكن إقراره تلجئة يحلف المقر له بالله أنه أقر له إقراراً صحيحاً. ويقول

صاحب نور العين: كان ينبغي أن يتحد حكم المسألتين، إذ الإقرار الكاذب موجود في التلجئة أيضاً، ولعل وجه الفرق أن في دعوى التلجئة يدعي الورثة على المقر له فعلاً وهو تواضعه مع المقر في السر، فلذا يحلّفه بخلاف دعوى الإقرار الكاذب. اهـ. [زرقا].

ولو أقر ثم ادعى الخطأ في الإقرار بأن إقراره ليس بصواب ولا موافقاً للحقيقة فيحلف الخصم على عدم كون المقر مخطئاً كما يحلف لو ادعى الكذب في الإقرار على عدم كونه كاذباً؛ لأن دعوى الكذب أحق بأن يؤخذ فيها ولم يؤخذ فكان عدم مؤاخذته في الخطأ أولى. [زرقا].

- إن مؤاخذة المرء بإقراره تجري على إطلاقها في القضاء لا في الديانة، لأن المقر له إذا كان يعلم أن المقر كاذب في إقراره لا يحل له أخذ المقر به عن كره منه. [زرقا].

- إذا أراد المقر الرجوع عن إقراره صراحة أو دلالة، لا يمكن من ذلك للقاعدة (من سعى في نقض ما تم من جهته فسيه مردود عليه). [مدخل].

#### ﴿المادة ٨٠﴾ لا حجة مع التناقض ولكن لا يختلّ معه حكم حاكم:

**الحجة:** هي بيئة عادلة أو إقرار أو نكول عن يمين، والتناقض: هو التنافي بين كلامين بحيث يلزم من صدق أحدهما كذب الآخر. ويوجد تصرف في ترجمة هذه المادة حيث إن الترجمة الحقيقية لأصلها التركي هي: لا حجة مع التناقض لكن لا يطرأ خلل على الحكم المتناقض عليه، فيفهم أنه إذا حصل تناقض في الحجة تبطل، لكن لو حكم القاضي قبل أن يتبين بطلانها لا يختل الحكم. [حيدر].

والتناقض إما أن يكون في الدعوى فقط، أو في الشهادة فقط، أو بين الدعوى والشهادة:

أ - **فإن كان في الدعوى تُرد ابتداءً فلا تسمع حتى يمكن التوصل لإقامة الحجة عليها، نحو:** لو اختلعت من زوجها على بدل دفعته له ثم ادعت أنه كان طلقها قبل الخلع ثلاثاً فبرهنت على ذلك تقبل بينتها وتسترد البدل. وهذا بخلاف ما لو ادعى نكاحها فأنكرت فصالحها على بدل على أن تقر بالنكاح، ثم وجد بينة على النكاح الأول المدعى به فلا يرجع بالبدل لأنه كزيادة في

المهر. وإذا وفق المدعي بين تناقضه كما لو أقر أحد بأنه استأجر داراً ثم ادعى أنها ملكه فلا تسمع دعواه، أما إذا قال كنت مستأجراً ثم اشترت، تسمع. [زرقا]

**ب - وإن كان في الشهادة بأن رجع الشهود، فإنه يشترط أن يكون رجوعهم في مجلس الحاكم، فلو كان رجوعهم خارج المجلس لا يلتفت إليه مطلقاً سواء كان قبل الحكم أو بعده، وقد علل في الهداية اشتراط مجلس القضاء في الرجوع عن الشهادة بأن الرجوع فسخ للشهادة فيختص بما يختص أداؤها به، وبأن الرجوع توبة وهي على حسب الجناية، فالسر بالسر والعلانية بالعلانية اهـ. فإن كان رجوعهم قبل الحكم ترد شهادتهم ويعزرون ولا ضمان عليهم، أما إن رجعوا بعد الحكم فلا ينقض الحكم برجوعهم ويضمنون للمشهود عليه ما خسر بشهادتهم والقضاء يمان عن الإلغاء ما أمكن. [زرقا].**

**ج - أما إذا كان التناقض في دعوى المدعي والشهادة كما لو ادعى ملك شيء بالإرث من والده وشهد الشهود أنه ملكه بالإرث عن أمه فإن البينة لا تعتبر. [زرقا].**

لما كان الحكم بالكلام المتناقض غير جائز فلا يجوز أيضاً نقض الحكم به، وبما أن الكلامين المتناقضين متساويان في الدلالة على الحقيقة وقد رجح الأول على الثاني باتصاله بالقضاء والمرجوح لا يعارض الراجح فلم يختل الحكم به ولم ينقض، وبما أن الشهود متسبون في الحكم فقط والحاكم هو المباشر به، فمن الواجب ألا يترتب الضمان على الحاكم؛ لأن القاضي بعد أن يؤدي الشهود الشهادة وبعد التثبت من عدالتهم مجبر على الحكم فوراً، فلو تأخر ولم يحكم يكون مسؤولاً شرعاً ومستحقاً للتعزير والعزل، وبما أن تضمين الحكام يستلزم امتناع الناس عن قبول منصب القضاء خوفاً من الضمان، فلما تقدم وجب الحكم بضمن الشهود المتسبين دون الحاكم المباشر. [حيدر].

### تنبيهات:

- التناقض لا يمنع صحة الإقرار، فلو أنكر شخص شيئاً ثم بعد ذلك أقر به فيعتبر الإقرار رغباً عما حدث من التناقض، لأن المقر لا يكون متهماً بإقراره هذا. [حيدر].

- التناقض يعنى عنه في محلات الخفاء كالنسب والطلاق . . . وكذلك يرتفع بتصديق الخصم أو تكذيب الحاكم أو عند الاضطرار، فيقبل برهان المتناقض في دعواه إذا كان مضطراً فيما أقر به أولاً. [زرقا].

- الشاهد لو أنكر شهادته بعد الحكم بها لا يضمن لأن إنكار الشهادة ليس برجوع حيث الرجوع أن يقول: كنت مبطلاً في الشهادة. [زرقا].

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

هذه القاعدة مشابهة في مضمونها للمادة ٦٨: (دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه)، ومعنى هذه القاعدة: أن السبب يقام مقام المسبب في الملك، فإذا تبدل سبب الملك اعتبر الملك نفسه متبدلاً حكماً، وأنيط بتبدل السبب من الأحكام كل ما يناط بتبدل الملك نفسه منها. [المدخل].

والأصل في هذه القاعدة حديث بريرة معتقة السيدة عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل يوماً على بريرة فقدمت إليه تمرّاً وكان القدر يغلي باللحم، فقال عليه الصلاة والسلام: «ألا تجعلين لي نصيباً من اللحم؟»، فقالت: يا رسول الله إنه لحم تُصدق به علي، فقال عليه الصلاة والسلام: «لك صدقة ولنا هدية» [رواه الخمسة من دون الترمذي]، فعلم أن تبدل الملك يعني تبدلاً في العين. [المدخل العام].

من فروع هذه القاعدة: لو وهب لغيره العين الموهوبة له ثم عادت إليه بسبب جديد بأن باعها ثم اشتراها أو تُصدّق بها عليه، فأراد الواهب أن يرجع بهبته لا يملك ذلك، وهذه حيلة يتخذها الموهوب لهم عادة لمنع الواهبين من استرداد هباتهم. [حيدر].

ومنها: أن تبدل الصك أو السند بمنزلة تبدل السبب، فلو أقر رجل لآخر بألف على أنه قرض ثم أقر له نفسه بألف على أنه ثمن مبيع يلزمه ألفان. [باز].

تنبيه: إن نظرية التطهير في الفقه القانوني وفي القانون الفرنسي على وجه الخصوص تشبه هذه القاعدة وتقاربها في الفكرة، فيعتبر بمقتضى هذه النظرية أن تملك العين بسبب فيه علنية وحسن نية كسوائها بالمزاد العلني أو من محل تجاري معروضة فيه يحررها من كل حق عيني كان لأحد عليها فينبغي لصاحب الحق العيني ملاحقة المسؤول عن تملكها بالتعويض. [المدخل العام].

## الثانية عشرة - نظرية التتابع

### ﴿المادة ٤٧﴾ التتابع تابع:

التابع: هو الذي يكون جزءاً مما يضره التبعض كالفصل للخاتم، أو كان وصفاً له كالشجر والبناء في الأرض، أو من ضروراته كالمفتاح للقفل أو كالطريق الدار . . . وهذا حيث لا عُرف فيه، فلو كان هناك عُرف في ذلك فيجب أن يتبع. [زرقا] قال العلامة حيدر: التابع للشيء في الوجود تابع له في الحكم. [حيدر] وكما أن التابع يدخل في عقود التمليك يدخل أيضاً في الشهادة والقضاء ودخوله فيهما تبعاً يعتبر ما دام مسكوتاً عنه وغير متنازع فيه، أما إذا لم يكن مسكوتاً بل ادعى المدعى عليه عدم دخوله فإن الدعوى لا تسمع به والشهادة تقبل عليه. نحو: لو ادعى شخص على آخر وأقام شاهدين شهدا له بالأرض وسكتا عن البناء، ودخل البناء تبعاً من غير أن يكون مشهوداً به وتسمع دعوى المدعى عليه أن البناء له، وإذا صار محكوماً عليه بالبناء تبعاً تصح دعواه مقصودة. [زرقا].

من فروع هذه القاعدة: لو أمهر زوجته حائطاً فتمت أشجاره وأثمرت ثم أراد أن يخالعهما عليه، فالزيادة الحاصلة في الشجر والثمر تابعة للبستان وتأخذ حكمه.

### ﴿المادة ٤٨﴾ التتابع لا يفرد بالحكم ما لم يصير مقصوداً:

أما إذا صار التابع مقصوداً، فإنه يفرد بالحكم كما إذا بقي التابع بعد هلاك الأصل بالانفكاك عنه. [زرقا].

وهذه القاعدة ناطقة بمفهوم المخالفة للقاعدة السابقة، فتلك تبين أن للتابع حكم المتبوع، وهذه تبين أن التابع يجوز إفراده بحكم مستقل عن متبوعه. [مدخل].

ولا فرق بين أن يكون التابع من ضرورات المتبوع أو من أجزائه أو من أوصافه، فلو جعل مهرها مؤجلاً إلى أجل فأسقطت له الأجل سقط وبقي المهر ديناً مع أن الأجل من أوصاف المهر، فأنفردت الصفة بالسقوط دون موصوفها.

من فروع هذه القاعدة: أنه لا لعان بنفي الحمل ولا كفارة في قتله ولا وصاية عليه. [حموي].

ويستثنى من هذه القاعدة: أن الكفيل لو أبرأه الطالب - أي المكفول له - صح الإبراء مع أن الكفيل تابع للدين والدين باق. [أشباه]. وقيل: إن الكفيل تابع للأصيل المكفول وليس للدين، فلا يصح الإبراء للكفيل بمفرده وعليه الفتوى. [حموي].

**تنبيه:** ما يثبت تبعاً لا تراعى فيه شرائط الأصل، كما لو أقر رجلان من الورثة أو رجل وامرأتان بابت للدين، فيثبت نسبه ويسري ثبوته على غير المقرين، ولا تشترط له شروط الشهادة (من إسلام وبصر ونطق والعلم بالمشهود به والعدالة وانعدام التهمة بالقرابة والخصومة والعداوة)، وكذلك يثبت نسب الولد بشهادة القابلة ويثبت استحقاق الإرث تبعاً له. [زرقي].

**تنبيه آخر:** يثبت للجنين أهلية وجوب ناقصة يستحق بمقتضاها حقوقاً أربعة: إرثه من مورثيه، نسبه من أبويه، ويصح أن يكون موصى له أو موقوفاً عليه. وحقوقه المالية تتوقف على ولادته حياً لانعدام الذمة المالية للجنين. [المدخل العام ف ٦٠].

#### ﴿المادة ٤٩﴾ من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته:

هذه القاعدة تأكيد وتطبيق لقاعدة: **التابع تابع** [مدخل]، إلا أن حكم هذه القاعدة لا يقتصر على ملك العين بل يشمل ملك التصرف أيضاً [المدخل العام]، فلو عرض الدلال المبيع على رب الدكان وتركه عنده فهرب رب الدكان وذهب به لم يضمن الدلال في الصحيح؛ لأن الدلال ملك ترك المبيع عند رب الدكان وهو من ضرورات البيع ولا بد منه فيه فكان مأموراً به. [المدخل العام].

#### ﴿المادة ٥٠﴾ إذا سقط الأصل سقط الفرع:

قد تذكر هذه القاعدة بصيغة أخرى وهي: **التابع يسقط بسقوط المتبوع**. [حيدر].

**من فروع هذه القاعدة:** لو أبرأ الدائن مدينه عن دينه سقط الدين عنه وبرئ كفيله أيضاً وامتنعت مطالبته بالدين ضرورة سقوط الدين عن المدين؛ ذلك لأن لزوم الدين الكفيل هو فرع عن لزومه المدين الأصلي، فلما سقط الدين عن المدين الأصلي سقط عن الكفيل تبعاً [مدخل]، أما إذا كانت الكفالة بنفس المديون فأبرأه الطالب عن الدين يسقط الدين وتبقى كفالة النفس فيطالب

الكفيل بإحضاره، إلا إذا قال الطالب: لا حق لي قبّله - أي المدين - ولا حق لموكل لي، ولا لصغير أنا وليّه، ولا لوقف أنا متوليه، فحينئذ يبرأ كفيل النفس. [زرقا].

**ومنها:** إذا مات الموكل أو فقد أهليته بجنون مطبق سقطت وكالة الوكيل. وحدّ الجنون المطبق عند الإمام وأبي يوسف شهر، وما سواه جنون قليل لا يبطل وكالة الموكل به. [باز، م ١٥٣٠].

ولهذه القاعدة استثناء، وهو ما جاء في المادة ٨١ قولهم: (قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل)، مثال ذلك: لو أقر أحد لشخص مجهول النسب أنه أخوه، فهذا الإقرار يمس حقوق الأب لأن فيه تحميلاً للنسب على الأب، فكونه أخاً للمقر هو فرع عن بنوته لأبيه فيحتاج إلى تصديق الأب، فإذا أنكر الأب بنوته ولم يمكن إثباتها بالبينة لا تثبت بنوته للأب، ولكن يؤخذ المقر بإقراره أنه أخوه فيقاسم ذلك الشخص حصته من ميراث الأب. [المدخل العام ف٨١].

**ويستثنى** أنه لو ادعى شخص على اثنين بأن أحدهما استدان منه مبلغاً من المال والثاني كفله في ذلك المبلغ، فأنكر المدين الدين والمدعي عاجز عن الإثبات لمدّعه، إلا أن الكفيل أقر بالكفالة، فيحكم على الكفيل الذي هو الفرع بمقتضى اعترافه بالدين دون الأصيل الذي هو أصل في الدين. [حيدر].

**ويستثنى أيضاً:** لو ادعى الزوج الخلع فأنكرت المرأة، بانت ولم يثبت المال الذي هو الأصل في الخلع. [أشبه].

### ﴿المادة ٥٢﴾ إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه:

المراد بالشيء هنا: الماهيات الشرعية، وهي كثيراً ما تتضمن شروطاً وأحكاماً وقيوداً، فإذا ما حكم بطلان الماهية الشرعية عقداً كانت أو غيره بطل ما تضمنته من شروط وأحكام وقيود حكماً، ذلك أن ما في ضمن الماهية فرع عنها، وبموجب المادة (٥٠) إذا سقط الأصل سقط الفرع، يسقط كل ما تضمنته الماهية فيسقط هنا لذلك. [مدخل].

هذه القاعدة من قبيل القاعدة التي تقول: **المبني على الفاسد فاسد.** [حيدر] والأولى أن يقال في نصها: **إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه وما بُني عليه.** [المدخل العام]، **ومفهومها:** أنه إذا صح الشيء صح ما في ضمنه، إلا أن مفهومها كمنطوقها غير مطرد وله استثناءات كثيرة. [زرقا].

من تطبيقات هذه القاعدة: لو كانت النفقة المتراكمة على الزوج غير مستدانة بأمر القاضي، فأبان الزوجة لا بقصد إسقاط النفقة بل بسبب آخر أو مات عنها فإن النفقة المتراكمة عليه تسقط من ذمته كما نصوا عليه في النفقات؛ لأنه لما ارتفع النكاح ارتفع ما ترتب عليه من النفقة. [زرقا].

**ومنها:** لو آجر الموقوف عليه أرض الوقف ولم يكن متولياً لم تصح الإجارة، فلو أذن هذا المؤجر المستأجر في العمارة فعمر لم يرجع على أحد وكان متطوعاً؛ لأنه لما بطلت الإجارة بطل ما في ضمنها من الإذن. [باز].

**ومنها:** لو اشترى شخص من آخر اليمين الموجه عليه في المحاكمة، فلما كان هذا الشراء باطلاً فإسقاط اليمين الذي في ضمنه باطل أيضاً. بخلاف الصلح عنها ببدل، فإنه إسقاط لها لأنه بمجرد أخذ بدل الصلح أسقط خصومته فتسقط اليمين. [حيدر].

**ومنها:** لو أكره إنسان على الإقرار بالإسلام لا يحكم بإسلامه، لأن الإقرار لما بطل بالإكراه بطل ما في ضمنه وهو الإسلام.

**ومنها:** إذا صالح أحد خصمه المدعي على بدل، ثم اعترف المدعي بعد الصلح بأنه لم يكن له تجاهه حق، بطل الصلح فيبطل ما تضمنه من تملك البدل فيحق للمصالح استرداده. [المدخل العام].

ولهذه القاعدة استثناءات كثيرة، منها: لو صالح الزوج زوجته المخيرة على مال لتختاره ففعلت واختارات زوجها، لم يصح الصلح ولم يلزم المال وسقط خيارها. [زرقا].

**ومنها:** لو طلق إحدى زوجته طلاقاً مبهماً ثم ماتت إحدهما قبل البيان تتعين الأخرى الحية للطلاق. فلو قال عنيت المتوفاة بالطلاق لا يعتبر قوله بذلك، ولكن يحرم بسببه الميراث، فإن قوله (عنيت المتوفاة بالطلاق) لم يعمل عمله ولكن لم يبطل ما ترتب عليه من حرمان الإرث. [زرقا].

**ومنها:** لو طلق زوجته غير المدخول بها ثنتين ثم قال: كنت طلقتهما قبل ذلك واحدة، لا يبطل عنه الثنتان ويلزم بالتي أقر بها ولا تحل له إلا من بعد زوج آخر. فقد بطل المتضمن وهو الإقرار بالطلقة السابقة ولم يبطل ما في ضمنه من الحرمة المغلظة. [زرقا].

**ومنها:** لو أقر الوكيل بالخصومة على موكله في غير مجلس الحاكم، فإن إقراره لا يعتبر ولكن ينعزل به عن الوكالة. فقد بطل الإقرار ههنا ولم يبطل ما تضمنه من أنه لا يحق له مخاصمة المدعي فيما يدعي على موكله. [زرقا].

**ومنها:** لو دخل بالزوجة بعد نكاح فاسد وقد سمى لها فيه مهراً فإنه يجب لها مهر المثل على ألا يتجاوز به المسمى لرضا الزوجة بالمسمى، فقد فسد المتضمن وهو النكاح ولم يفسد المتضمن وهو الرضا بالمسمى. [زرقا].

**ومنها:** لو خلع زوجته على مال، فإن وقوع البيونة ولزوم البذل متوقف على قبولها، فإذا أكرهها على القبول صح القبول منها ووقع البائن ولا يلزمها المال، ولو خلعها على ما ليس بمال أو على مال غير متقوم فقبلت ولو طاعة صح القبول ووقع البائن، ولا يلزم المرأة شيء مما سمى، ولو خلع زوجته القاصرة على مال فقبلت وقع الطلاق البائن لوجود القبول الذي هو شرط، ولا يلزمها المال لكونها ليست بأهل للالتزام. [زرقا].

**ومنها:** لو علق طلاق امرأته على قتله فلاناً فشهد رجل وامرأتان عليه أنه قتله يثبت عليه وقوع الطلاق ولا يثبت القصاص عليه حيث إن نصاب الشهود صح لإثبات وجود المعلق عليه ولم يصح لإثبات القتل. [زرقا].

## تنبيهات:

**الأول:** إن البطلان المفهوم من القاعدة ينبغي أن يراد به الفساد بالنسبة إلى العقود؛ لأن العقد إذا كان باطلاً، وجوده وعدمه سواء ولا أثر له، فإن تضمن أمراً معتبراً في الشرع فاعتباره كأنه وجد مستقلاً لعدم مشروعية المتضمن أصلاً، أما العقد الفاسد فلا يمكن اعتباره كالعدم لأنه مشروع بأصله دون وصفه، فإذا تضمن أمراً سرى فساده إلى ما في ضمنه. أما غير العقود من التصرفات فليس فيه فاسد وباطل. [زرقا].

**الثاني:** المتضمن للباطل إذا لم يفرد بالذكر واكتفي بثبوتيه في ضمنه فلا كلام في بطلانه، أما إذا أفرد ذكره معه وقرن به فإنما يبطل إذا انتظمه العقد بأن كان حكماً له، أما إذا لم ينتظمه العقد بأن لم يكن حكماً من أحكامه بل كان خارجاً عنه - وإن ذكر معه وقرن به - فإنه لا يبطل بطلان العقد. فلو أجر متولي الوقف عقاراً من عقاراته إجارة فاسدة وأذن للمستأجر بتعميره وترميمه من ماله فعمر

ورمّم فإنه يرجع بما أنفقه في غلة الوقف ولا يبطل الإذن المذكور ببطلان الإجارة؛ لأن الإذن بتعمير العقار المستأجر وترميمه ليس من حكم إجارة عقار الوقف. [زرقا] ولأن الإذن من المتولي معتبر.

**الثالث:** الشيء إذا ثبت ضمناً لشيء آخر فإنما يثبت بشروط المتضمّن له لا بشروط المتضمّن نفسه، كما لو قال لامرأة: زوجيني نفسك كان توكيلاً - على أحد القولين - لكنه يقتصر على المجلس؛ لأن الأمر هو طلب النكاح فتشترط فيه شروط النكاح من اتحاد المجلس في ركنيه، لا شروط ما في ضمنه من الوكالة! ونظير ذلك إن ما ثبت تبعاً لا تراعى فيه شرائطه، فلو أقر رجلان من الورثة أو رجل وامرأتان بابتن للميت ثبت النسب في حق غيرهم ولا تشترط له شرائط الشهادة [زرقا]، حيث إن ثبوت النسب يكفي فيه شهادة امرأة على الولادة معروفة بالعدالة.

### ﴿المادة ٥٣﴾ إذا بطل الأصل يصار إلى البديل:

مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي متعددة، وكلها إذا قامت صحيحة وجب على الملتزم الوفاء بما نتج عنها من الالتزام كما وجب، وهو المسمّى لدى الأصوليين بـ **الأداء**. فإذا تعذر عليه دفع عين الواجب عليه - أي الأداء - لمانع، وجب عليه دفع البديل عنه وهو المسمّى لدى الأصوليين بـ **القضاء**. ومعلوم من القواعد العامة أنه لا يقبل دفع البديل مع القدرة على الأصل، فإذا تعذر الأصل قام البديل مقامه. [مدخل].

فإذا كان المتنازع عليه عيناً وأصبح ردّه غير ممكن يصار حينئذٍ إلى البديل، فإن كان المتنازع عليه من المثليات فالحكم بإيفائه بمثله، ويسمّى ذلك **القضاء الكامل**؛ لأن الأموال المثلية مطابقة لبعضها صورةً ومعنىً. أما إذا كان المتنازع عليه من القيميات فتؤدى قيمته ويسمّى ذلك **القضاء القاصر**؛ لأن القيمة لا تماثل القيمي لا صورةً ولا معنىً. وضمان القيمة يكون بقيمته يوم أخذه. [حيدر].

وقد استحسّن الشيخ مصطفى الزرقا استبدال كلمة **(بطل)** بكلمة **(تعذر)** لأنها أوضح باتجاه المراد. [المدخل العام].

**من فروع هذه القاعدة:** لو ادّعى داراً فقال ذو اليد: إنها وقف على الفقراء وأنا متول عليه، صح إقراره ويكون وفقاً. فلو أراد المدعي تحليفه ليأخذ الدار لو نكل لا يحلف اتفاقاً، ولو أراد تحليفه ليأخذ القيمة يحلفه، وإن نكل يأخذ

منه القيمة؛ لأن الوقف يتعذر تملكه، أما بدل قيمته فلا . وهو قول محمد وبه يفتى كما في معين الحكام . [زرقا].

**ومنها:** لو ادعى على الورثة عيناً كان وَقَفَهَا مورثهم في صحته، فأقروا له، ضمنوا قيمة العين من التركة، ولا يبطل الوقف بإقرارهم، ولو أنكروا فله تحليفهم لأخذ القيمة. أما لو أراد تحليفهم لأخذ الوقف فلا يمين له عليهم . **والوجه من هذا:** أن الورثة إذا كان إقرارهم للمدعي بالملكية لا يكفي لأن يلغو الوقف ويأخذ المدعي العين الموقوفة، فإن نكولهم عن اليمين لا يكفي لأخذ الوقف بطريق الأولوية حيث إن النكول عن اليمين ليس بأقوى من الإقرار، فلا بد للحكم ببطان الوقف من أن يثبت المدعي دعواه الملكية بالبينة . [زرقا (تعليق نجل المؤلف)].

#### ﴿ (المادة ٥٤) يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع: ﴾

يعني أن الشرائط الشرعية المطلوبة في محل التصرفات - أي الأعيان التي تقع عليها عقود التمليك - يجب توفرها جميعاً في المحل الأصلي ويتساهل في توابعه [المدخل العام]، وهذه القاعدة تقترب من قاعدة (يغتفر للشيء ضمناً ما لا يغتفر قصداً) . [حيدر].

**من فروع هذه القاعدة:** لو وقف العقار بآلاته الزراعية يصح الوقف ويغتفر ويتسامح ويتساهل في دخول الآلات لأنها من حوائج المتبوع ولوازمه وعليه الفتوى . ولو أراد الوقف على الآلات المنفردة لا يصح إلا عند محمد إذا كان فيها تعامل . [زرقا].

**ومنها:** لو تزوج الفضولي امرأة ثم أراد الفضولي فسخ النكاح فإنه لا يفسخ لأن الحقوق في النكاح ترجع إلى المعقود له لا إلى العاقد الفضولي كما في البيع، ولو وكل الرجل الفضولي أن يزوجه المرأة نفسها أو أختها انفسخ العقد الأول ضمناً . [زرقا].

**ومنها:** لو قال لزوجته إن اشتريت خمراً فأنت طالق، فاشترت داراً فإذا فيها دنّ خمراً، لا تطلق لأن الخمر دخل في المبيع تبعاً ومن غير قصد امتلاكه .

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

هذه المادة أفادت أنه لا تلازم بين الأصل والفرع في الوجود [زرقا]، فكانت

تتمة واستثناء من القاعدة (إذا سقط الأصل سقط الفرع). وهذه القاعدة جاءت على خلاف الأصل، فالأصل أن التابع تابع لأصله يثبت بثبوتيه، ويسقط بسقوطه، وينتفي بنفيه، إلا أنها جاءت بلفظ (قد) للتقليل. [مدخل].

إن هذه القاعدة تعبر عن إثبات الحقوق أمام القضاء ولا تبحث عن نشوئها في الواقع، فوجود الفرع يستلزم في الواقع وجود الأصل الذي تفرع عنه، ولكن إثبات المسؤوليات الحقوقية على الأشخاص قد تفقد وسائلها المثبتة في حق الأصل وتتوافر في حق الفرع. [المدخل العام].

**من تطبيقات هذه القاعدة:** لو ادعى الزوج الخلع فأنكرت المرأة بانت ولم يثبت المال الذي هو الأصل في الخلع. [أشباه].

**ومنها:** أنه قد يؤاخذ الكفيل - وهو الفرع - في الدين دون الأصيل الذي هو الأصل فيه فيما لو أثبت بالبينة وفاءه الدين قبل كفالة الكفيل، كأن يقول رجل: إن لفلان على فلان ديناً وأنا كفيل به، فلما أنكر الأصيل المدين الدين ادعى الدائن على الكفيل بالدين فيلزم الكفيل أدائه. [زرقا].

**ومنها:** لو أقامت المرأة البينة على النكاح والزوج غائب يقضى بالنفقة لا بالنكاح كما هو مذهب زفر المفتي به [زرقا]. وذلك استحساناً لحاجتها؛ ولأن المدعى عليه قد ينكر الزوجية ولا يستطيع أن ينكر وجوب النفقة الزوجية مع إقراره بهذه الزوجية.

**ومنها:** لو أوقع على إحدى زوجتيه طلاقاً مبهماً ثم ماتت إحدهما قبل البيان تتعين الأخرى للطلاق. فلو قال: كنت عنيت بالطلاق التي ماتت، لا يعتد قوله، ولكن يحرم بسببه الميراث. [زرقا].

**ومنها:** لو ادعى مجهول النسب على آخر أنه ابنه وبرهن، فأقام الآخر البينة على أن المدعي هو ابن فلان الآخر، تقبل في دفع بينة المدعي لا في إثبات نسبه من فلان الآخر. [زرقا].

**ومنها:** لو أقر أحد لشخص مجهول النسب على أنه أخوه، فهذا إقرار يمس حقوق الأب لأن فيه تحميلاً للنسب على الأب، فكونه أماً للمقر هو فرع عن بنوته لأبيه فيحتاج إلى تصديق الأب، فإذا أنكر الأب بنوته ولم يمكن إثباتها بالبينة، لا تثبت بنوته للأب ولكن تثبت أخوته من المدعي، فيؤخذ المقر بإقراره أنه أخوه، فيقاسم ذلك الشخص حصته من ميراث الأب. [المدخل العام].

## الثالثة عشرة - نظرية التزام

إن الحق الشخصي لإنسان هو تكليف وعهدة على سواء، وهذا التكليف قد اصطلح علماء الحقوق على تسميته **التزاماً**. والحق الشخصي والالتزام في نظرهم شيء واحد لأنهما طرفا رابطة واحدة، فهو حق إذا نظر إليه من ناحية الطالب، وهو التزم إذا نظر إليه من ناحية المكلف به. لكن ترادف الحق الشخص والالتزام غير سديد؛ فكما يقال أن كل حق يقابلة واجب فلا يكون هذا التقابل مسوغاً لأن نجعل مفهوم الحق والواجب واحداً! وإن كان المحل الذي ينصب عليه كلاهما متحداً! فالتلازم بين أمرين شيء واتحاد مفهوميهما شيء آخر. فينبغي أن يقال: إن صورة التلازم بين الحق الشخصي والالتزام هي نفسها بين العطاء والأخذ.

**عناصر الالتزام أربعة:** ملتزم، ملتزم له، محل الالتزام، وموضوع الالتزام. ففي نفقة الأقارب - مثلاً - الناشئة عن إلزام الشرع يُعتبر فيها المكلف بالنفقة ملتزماً، والمستحق للنفقة ملتزماً له، ومال النفقة هي محل الالتزام، وأداء النفقة هو موضوع الالتزام، ووجوب ذلك الأداء التزم. غير أن هذه العناصر هي عناصر مادية لا يكفي وجودها لوجود الالتزام الذي يربط بين الطرفين بالرابطة الالتزامية، فلا بد من سبب يربط بينهما، فيكون هذا السبب هو الحادثة المولدة للالتزام وهي حادثة شاملة لجميع التصرفات القولية والفعلية، وعلماء القانون يسمون هذا السبب بمصدر الالتزام. ففي المثال المذكور: فإن فقر القريب المحرم مع عجزه عن التكسب أوجب به الشرع ارتباطاً بينه وبين قريبه الغني برابطة التزم النفقة.

وإذا كانت أسباب الالتزام أكثر من أن تحصى، فإن مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي خمسة على سبيل الحصر<sup>(١)</sup>:

١ - عقود المعاوضات

٢ - الإرادة المنفردة (كالإيضاء، والتوكيل، والوعد بالجعل...).

(١) وقد ذكر الأستاذ مصطفى الزرقا المسندة إليه مقدمة هذه النظرية، أن مصادر الالتزام في القانون الفرنسي خمسة أيضاً: العقد، شبه العقد، الجرم، شبه الجرم، القانون.

[المدخل إلى نظرية الالتزام]

- ٣ - الفعل الضار (كالغضب، وإتلاف مال الغير، والجنايات...).
- ٤ - الفعل النافع (كتصرفات الفصولي، والإثراء بلا سبب، والتبرعات...).
- ٥ - الشرع.

**ولسائل أن يسأل:** هل الالتزام في الفقه الإسلامي سلطة شخصية لأحد الطرفين على الآخر، أو هو علاقة مادية؟ مع أن الفرق بين الاعتبارين أنه إذا اعتبر سلطة شخصية فإنه يحق للطالب إجبار المكلف على تفرغ ذمته بالإكراه بالحبس والتضييق وغير ذلك، وإن اعتبر علاقة مادية فلم يقتض إجباراً بل يفتش الطالب عن مال المكلف، فإذا نالته يد القضاء أمكن منه الاستيفاء.

**والجواب:** إن الالتزام في نظر الشريعة الإسلامية هو في ذاته علاقة مادية لكن ترافقه سلطة شخصية تأييداً لتنفيذه، وهذه السلطة لم يمنحها الإسلام إلى صاحب الحق بل إلى الحاكم، وموقوفة على طلب الملتزم له، والتشريع الإسلامي في ذلك اعتدال بين التشريع الروماني الذي منح الدائن حق استرقاق المدين أو قتله ولو كان عاجزاً، وبين التشريع الحقوقي في أوروبا الحديثة حيث إن الالتزام علاقة مادية بحتة، فاعتبروا أن المسؤول عن الالتزام هو مال الدائن لا شخصه فلا حبس ولا تضييق على إيفاء الدين.

وقد يستغني أهل المذهب المادي عن اشتراط وجود الملتزم له عند نشوء الالتزام ويكتفون بوجوده حين التنفيذ حيث تظهر الحاجة إلى وجوده ليستوفي الالتزام، كما في إعلان جائزة على اختراع مطلوب، وكذا تحرير سند بالدين لحامله دون اسم الحامل.

### ولصحة الالتزام بين طرفيه في الفقه الإسلامي شروط:

- ١ - أن يكون طرفاه معينين سواء تعين الملتزم به ابتداءً عند نشأة الالتزام أو تعين عند تنفيذه كما ورد عن النبي ﷺ «من قتل قتيلاً فله سلبه» [البخاري ومسلم].
- والفرق بين هذا والمذهب المادي أن الملتزم له موجود لكن غير معين، أما في التشريع الغربي فالملتزم له غير موجود وربما لم يوجد. على أن صحة الالتزام في التشريع الإسلامي دون تعيين الملتزم له هو حكم استثنائي لا يمكن تعميمه.
- ٢ - أن يكون محل الالتزام معلوماً وهو الحق المطلوب أدائه وعدم معلوميته مفسد للعقد المنشئ للالتزام عند الحنفية، وقد يكون مبطلاً عند غيرهم، إلا أن

الحنفية أجازوا في بعض الالتزامات جهالة محلها ابتداء واكتفوا بالمعلومية عند التنفيذ، فصح عندهم كفالة إنسان لآخر بما سينشأ من دين عليه، وكذا صحّحوا عقد النكاح على غير مهر وأوجبوا فيه مهر المثل عند الفرقة.

٣ - ان يكون محل الالتزام ذا قيمة مالية محترمة، سواء كان الالتزام إيجابياً كتسليم الأموال المتقومة، أو كان سلبياً كالامتناع عن استعمال أمانة واستهلاكها أو عدم التعدي عليها، لإبعاد الخسارة عن صاحبها حيث عدم الخسارة هو ربح غير مباشر.

**والحاصل مما مر:** أن خير تعريف يوضع للالتزام هو: كون شخص مكلفاً شرعاً بعمل أو بامتناع عن عمل لمصلحة غيره. [المدخل إلى نظرية الالتزام العامة: العلامة مصطفى الزرقا - باختصار].

وقد جاء في كتب الفقه مجموعة من القواعد حول هذه النظرية، منها:

#### ﴿المادة ٥١﴾ الساقط لا يعود كما أن المعدوم لا يعود:

إن ما يقبل السقوط من الحقوق إذا سقط منه شيء بمسقط فإنه لا يعود بعد سقوطه، أما الحقوق غير القابلة للسقوط فإنها لا تسقط. ولا استثناء من هذه القاعدة في إعادة الساقط لكن إعادته قد تكون لعدم دخوله في القاعدة أصلاً. [مدخل].

يقول الشيخ محمد الزرقا رحمته الله: لم أرى من ذكر ضابطاً جامعاً لما يسقط من الحقوق بإسقاط صاحبه له وما لا يسقط، وبعد إعمال الفكر وإجالة النظر في الفروع ظهر لي من خلالها ضابط يغلب على الظن صدقه وصحته وهو: كل ما كان حقاً، صاحبه عامل فيه، وكان قائماً حين الإسقاط، خالصاً للمسقط أو غالباً، ولم يترتب على إسقاطه تغيير وضع شرعي، وليس متعلقاً بتملك عين على وجه متأكد، يسقط بالإسقاط وما لا فلا.

ومن هذا الضابط، يتضح أن الحق الذي يسقط بالإسقاط لا بد فيه من توفر

#### الشروط التالية:

١ - أن يكون حقاً من الحقوق: سواء كان حقاً مجرداً وهو الذي أثبتته الشرع لدفع الضرر عن صاحبه، كحق الزوجة من بين ضرائرها، وحق الخيار للمتزوجة قبل البلوغ... أو كان حقاً ثابتاً بالأصالة لصاحبه لا على وجه

الضرر وإنما لدفع حرج، كحقوق الارتفاق والقصاص من القاتل... فهذه الحقوق تسقط بالإسقاط. أما ما كان غير ذلك فلا، فلو أسقط الوارث حقه في الإرث أو أسقط المستحق حقه في الوقف من بعد حصول الغلة في يد المتولي فلا يسقط. وخرج من التعريف ملكية الأعيان.

٢ - أن يكون الحق صاحبه عاملاً فيه: فخرج بهذا الشرط نحو حق النظر على الوقف والوظيفة فيه، وتصرف الوكيل فيما وكل به، فإن أصحاب هذه الحقوق عاملون لغيرهم.

٣ - أن يكون الحق قائماً حين الإسقاط، فلا يصح الإبراء من دين قبل نشوئه مثلاً؛ لأن الإسقاط لا يكون إلا عن أمر متوجب فعلاً. فخرج به الاستحقاق في الوقف قبل بدو الغلة فلا يسقط، لأن الحق المستحق يتعلق بالغلة عند ظهورها لا قبله، وخرج به أيضاً حق الزوجة في القسم، وحق الحاضنة في الحضانة، فلا يسقطان لأنهما يتجددان أنا فأن.

٤ - ألا يكون الحق متعلقاً بتملك عين على وجه متأكد لأن ملكية الأعيان لا تقبل الإسقاط. فخرج به حق الموصى له بالمنفعة حيث إن المنفعة الموصى له بها تحدث شيئاً فشيئاً فيسقط بالإسقاط؛ لأن هذه المنفعة الحادثة تعتبر على ملك الورثة لا على ملك الموصى.

٥ - أن يكون الحق المراد إسقاطه خالصاً لصاحبه أو غالباً له لأن الإسقاط في مضمونه إقرار والإقرار لا يسقط به حق غير المقر. فخرج به حق تحليف الخصم اليمين لأن التحليف حق خالص للحاكم وليس للمسقط لها. وكذا حق الفسخ في العقود الفاسدة، فإن حق الله غالب فيها دفعاً للفساد في الأرض وإن تعلقت بها حقوق المتعاقدين.

٦ - أن لا يترتب على إسقاط الحق تغيير وضع شرعي بحيث تكون نتيجة الإسقاط غير مشروعة، فإن أسقط الوكيل بالبيع حقه في المطالبة بالثمن فلا يسقط لكون الشرع جعل حقوق العقد عائدة أصالة للعاقد وإن لم يكن مالكاً، وذلك في عقود المعاوضات المالية خاصة. [زرقا].

من فروع هذه القاعدة: أن الصلح الذي يجري بين طرفين يتضمن إسقاط بعض الحقوق فليس للطرفين حق الفسخ فيه لآثار الحقوق التي أسقطت والعائدة لهما. [حيدر].

ومنها: لو أبرأ الدائن مديونه من الدين الذي عليه سقط الدين ولا تسمع الدعوى به لو أقر المديون به بعد الإبراء. وهذا بخلاف الإقرار بالعين بعد أن أبرأه خصمه إبراءً عاماً، فإن الإقرار صحيح فيؤمر المقر بدفعها إلى المقر له لإمكان تجدد الملك فيها بخلاف الدين لكونه وصفاً قد سقط فلا يعود بالإقرار. [باز].

ومنها: لو رُدَّت شهادة الشاهد لعلة غير العمى والصغر والكفر والرق، ثم زالت العلة فأعادها لا تسمع. [زرقا].

ومنها: إن الموصى له بالمنفعة إذا أسقط حقه فيها سقط. [زرقا].

ومنها: حق الموقوف عليه في غلة الوقف، فلو أسقطه وتركه مدة دون مدة التقادم فله أن يعود إلى طلبه لأنه لم يسقط. [المدخل العام].

ومنها: حق وصي اليتيم في التصرف بأمواله لا يسقط بإسقاطه لأنه لا يعمل لنفسه. [المدخل العام].

ومنها: لو أسقط الوصي شفعة الصغير تسقط عند الشيخين لأنها لا تعود بعد الإسقاط، وعند محمد لا تسقط لأنه عامل لغيره. [زرقا].

ومنها: الورثة إذا أجازوا الزائد من الوصية على الثلث سقط حقهم بالزائد. [المدخل العام].

بالإجمال فإن ملكية الديون تقبل الإسقاط وملكية الأعيان لا تقبله. [المدخل].

### ﴿المادة ٥٧﴾ لا يتم التبرع إلا بالقبض:

شاع في الكتب الشارحة للقواعد أن هذه القاعدة مأخوذة مما ورد عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تجوز الهبة إلا المقبوضة»، قال عنه الحافظ الزيلعي: رواه عبد الرازق في مصنفه في آخر الوصايا وهو حديث غريب. وله عدة شواهد في كتب الصحاح أجلاها ما رواه الحاكم في باب حق الزوجة على الزوج مصححاً الإسناد أن رسول ﷺ قال لأم سلمة رضي الله عنها: «إني أهديت إلى النجاشي أوقافاً من مسك وحلة، وإنني لا أراه إلا قدمات، ولا أرى الهدية التي أهديت إليه إلا سترد، فإذا ردت فهي لكنّ». فلو كانت الهبة تلزم بدون قبض لردّها النبي ﷺ لورثة النجاشي، ولما رضي برجوعها إليه لأنها تعتبر من تركته حينئذ، وقوله ﷺ لردّها دليل أنها لم تثبت ملكيتها للمهدى له قبل قبضها. ولو كانت الهبة تتم بدون القبض لأصبح الواهب حينئذ مجبراً على أداء شيء

ليس بمجبر على أدائه، فيصير عقد ضمان وهو مخالف لروح التبرع. والتبرع هو: إعطاء الشيء غير الواجب إعطاؤه إحساناً من المعطي. فالهبة سواء كانت بلا عوض أو بشرط العوض تمامها موقوف على قبضها. [حيدر].

**ومن فروع هذه القاعدة:** إذا انتقض التبرع بعد تمامه بالقبض يعود المال المتبرع به إلى المتبرع، فلو تبرع بدفع مهر زوجة غيره - ولو كان ابنه - ثم خرج نصف المهر عن المهرية بطلاق قبل دخول الزوج بها فإنه يرجع إلى ملك المتبرع. [زرقا].

**ومنها:** لو باع الأب لابنه الصغير داره وهو ساكنها أو فيها متاعة لا يكون الابن قابضاً حتى يفرغ الأب الدار. [زرقا].

**ومن مستثنيات هذه القاعدة:** إن حق القبض عن الصغير في الهبة لأبيه ثم لوصيه ثم للجد ثم لوصيه، وإنه لا يقبض غيرهم مع وجود أحدهم وإن كان ذا رحم محرم والصغير في عياله، كذا في البدائع والهداية والجوهرة، وعليه الفتوى. ويجوز أن يقبض زوج الصغيرة عنها بعد أن تكون زُفَّت إليه لأنها حينئذ تكون في عياله. [زرقا].

**ومنها:** إن الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت تتم بدون حاجة إلى القبض ولزومها للورثة ناشئة عن وفاة المورث الذي له حق الرجوع عن تبرعه وحده. [حيدر].

## الرابعة عشرة - نظرية الضمان

هذه النظرية ذات شهرة واسعة لدى علماء القانون الوضعي، وهي واسعة الفروع والتطبيقات في الشريعة الإسلامية أيضاً، وللضمان سببان رئيسان هما: العقود، والأخطاء.

فأما الضمان الناتج عن العقود فيدخل لدى علماء القانون الوضعي تحت نظرية المسؤولية العقدية، وأما الضمان الناتج عن الخطأ فيدخل لديهم تحت نظرية المسؤولية التقصيرية. والفقهاء يدرسون كلا هذين القسمين من المسؤولية ويتوسعون في تفريعاتهما وإن لم يسموا ذلك بالاسم نفسه. [المدخل].

وقد وضع الفقهاء كثيراً من الضوابط في هذا المضمار، منها:

## ﴿المادة ٨٥﴾ الخراج بالضمان:

هذه القاعدة نص حديث نبوي رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة، وقد ورد الحديث في حادثة خلاصتها أن شخصاً اشترى عبداً واستغله زماناً ثم وجد فيه عبياً قديماً، فخاصم البائع إلى الرسول ﷺ، ففضى برد العبد على البائع، فقال البائع: يا رسول الله إنه قد استغل غلامي! فقال عليه الصلاة والسلام: «الخراج بالضمان». [المدخل العام].

هذا الحديث من جوامع الكلم، فلا يجوز نقله بالمعنى لأنه مخصوص بالنبي ﷺ، والخلاف في نقل الحديث بالمعنى في غير هذا. [حموي]. ومعنى الحديث أن استحقاق الخراج سببه تحمل تبعة الهلاك فيكون استحقاق المنفعة في مقابل تحمل الخسارة. والخراج المقصود فيما يظهر منه هو ما كان غير متولد من الأصل كالمنافع والأجرة، فلا تدخل فيه الزوائد المتولدة من الأصل كولد الدابة وثمر الشجر وغير ذلك، كما أن الضمان على ما يظهر هو ضمان الملك، أي ما كان مستنداً إلى حالة مشروعة من أسباب الملك فلا يدخل في ذلك إباحة منافع المغصوب للغاصب، لأن ضمان الغاصب جزائي بسبب غير مشروع، وكذا لا تباح منافع المبيع للبائع بعد العقد وقبل القبض من المشتري لأن المبيع ملك للمشتري. [المدخل العام].

والزيادة المنفصلة غير المتولدة من الأصل لا يعد حصولها للمشتري مجاناً لأنها لم تكن جزءاً من المبيع، فلم يملكها بالثمن وإنما ملكها بالضمان، وبمثله يطيب الربح. [أشباه].

من فروع هذه القاعدة: إذا دفع الأصيل الدين إلى الكفيل قبل الأداء عنه فربح الكفيل فيه، قال الإمام: يرده على الأصيل في رواية، ويتصدق به في رواية أخرى؛ لأنه ربح في الأمانة لا في الملك. وقال الصاحبان: يطيب له الربح واستدل لهما ابن الهمام بالحديث [أشباه]، والخلاف حول ما إذا كان الوكيل كالكفيل في ذلك. [حموي].

## ﴿المادة ٨٦﴾ الأجر والضمان لا يجتمعان:

الضمان: هو الغرامة لقيمة الشيء أو لنقصانه، ويكون بسبب التعدي، والتعدي على مال الغير غصب أو كالغصب، ومنافع المغصوب غير مضمونة لأن المنافع معدومة، وعند وجودها فهي أعراض غير باقية، وإنما تقوم المنافع

بعقد الإجارة على خلاف القياس لمكان الحاجة إليها، وعقد الإجارة لا يبقى مع صيرورة المستأجر ضمناً إذ لا يمكن اعتباره مستأجراً أميناً وغاصباً ضمناً في آن واحد لتنافي الحالين. [زرقا].

هذه القاعدة حنفية النسب لا يتبناها جمهور المذاهب الفقهية الأخرى، وهي عند الحنفية تتصل اتصالاً وثيقاً بنظرتهم المشهورة في عدم ضمان الغاصب منافع المغضوب حيث لا اندماج بين ضمان المنافع وضمان الأصل. [المدخل العام].

تنبيه: وكما لا يجتمع أجر وضمان للعين المغصوبة، فإنه لا يجتمع نكاح وأجرة رضاع ولا مهر مسمى ومتعة واجبة، أو مهر مثل، ولا حد ولعان، ولا عدة بالأشهر مع حمل أو قروء، ولا عدة وفاة وعدة طلاق، ولا عصابة مع عول أو رد، ولا ميراث مع قتل أو وصية، ولا شهادة ويمين، ولا حد وإثبات نسب، ولا عمل ونظارة... كذا في رد المحتار<sup>(١)</sup>.

#### ﴿المادة ٨٧﴾ الغرم بالغنم:

أي إن من ينال نفع شيء يجب أن يحتمل ضرره، وهذه القاعدة قد أفادت عكس ما أفادت به قاعدة: الخراج بالضمان، حيث يكون الربح على قدر المسؤولية عن الخسارة [حيدر]، وقد استدل بعضهم لهذه القاعدة بالآية: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾. [حموي].

من فروع هذه القاعدة: لو باع الوصي عيناً من التركة ليقضي دين الغرماء، أو باعها لأجل الورثة وهم كبار وقبض ثمنها، فضاع الثمن منه أو تلفت العين المبيعة قبل تسليمها من دون تعد منه، رجع المشتري ليطالب الوصي بالثمن والوصي يرجع على من كان البيع لأجله من الغرماء أو الورثة الكبار. [زرقا].

ومنها: أن أجرة صك الشراء وحجج المبيعات على المشتري بمقابلة انتفاعه بها. [زرقا].

ومنها: أن التكاليف الأميرية التي تصرح على الأملاك فإنها على أربابها بمقابلة سلامة أملاكهم. [زرقا].

(١) في آخر باب التيمم

**ومنها:** إذا كان لإنسان دار موقوفة عليه فإن ترميمها يكون واجباً عليه أيضاً بمقابل منافعها. [مدخل].

**ومنها:** لو كان لرجل ثلاثة إخوة أحدهم شقيق، والثاني لأم، والثالث لأب، فإن نفقته على أخيه الشقيق وأخيه لأمه أسداساً، السدس على الأخ لأم والباقي على الشقيق اعتباراً بالميراث، ولا شيء على الأخ لأب لأنه لا إرث له هنا. [مدخل].

وكذا لو كان له جد وابن ابن، فإن سدس النفقة على الجد وعلى ابن الابن الباقي باعتبار الإرث.

إلا أن هذه القاعدة غير مطردة لدى الحنفية، ولها استثناءات كثيرة غير منضبطة، منها: لو كان لرجل ابن وبنت كانت النفقة عليهما مناصفة<sup>(١)</sup>، مع أنهما غير متساويين بالإرث! [مدخل].

#### ﴿المادة ٨٨﴾ النعمة بقدر النعمة، والنقمة بقدر النعمة:

احتوت هذه المادة على جملتين: الأولى مرادفة لقاعدة الخراج بالضمان، والثانية مرادفة لقاعدة الغرم بالغنم، وما قيل عن هاتين القاعدتين يقال في هذه. ويمكن أن يقال: إن المراد بالمادتين السابقتين إفادة أصل المقابلة وهو كون الخراج لقاء الضمان والغرم لقاء الغنم، أما هذه المادة فتفيد أن أحدهما يكون بقدر المقابل الآخر فيما يمكن فيه المحافظة على التقدير، وفيما تكون فيه القسمة على حساب الأنصباء. [زرقا].

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

أي ينسب حكم الفعل إلى الفاعل إذا كان عاقلاً بالغاً؛ لأنه هو العلة للفعل، ولا ينسب الفعل إلى الأمر به لأن الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل ومتى بطل الأمر لم يضمن الأمر، والأصل في المعلولات أن تضاف إلى عللها لأنها المؤثرة فيها، لا إلى أسبابها الموصلة إليها دون تأثير. ونسبة حكم الفعل إلى الفاعل دون الأمر ما لم يكن الأمر مكرهاً للفاعل على الفعل؛ لأن الفاعل بالإكراه يصير كالألة في يد المكره وحيثئذ ينسب حكم الفعل إليه. [زرقا].

(١) وهذا خلاف المعمول به في القضاء الشرعي اللبناني.

ويقتصر حكم الفعل على الفاعل إذا كان عاقلاً بالغاً لأنه إذا لم يكن كذلك بأن كان غير عاقل أو كان صبيهاً فإنهم يضمنون الضرر الناشئ من فعلهم ويرجعون بما ضمنوا على الأمر إذا كان أمره معتبراً بأن كان عاقلاً بالغاً، فإن كان الأمر قاصراً أيضاً فلا رجوع عليه ويستقر الضمان على العاقل منهما. [زرقا]؛ لأن أمر الكبير العاقل للقاصر في حكم الإكراه.

والتقييد بعدم الإكراه والإجبار لإخراج ما لا يمكن نسبته إلى المكره من الأحكام بما لا يصلح أن يكون المكره آلة للمكره كالتكلم حيث إن المكره في حق الإلتلاف يصلح أن يكون آلة ولا يصلح أن يكون كذلك في حق التكلم [زرقا]، والإكراه الذي يضيف الفعل إلى الأمر قد يكون حكماً تقديرياً كما لو كان الأمر سلطاناً فإن أمره إكراه. ومثل الإكراه التغيير، فلو قال لآخر: احفر لي جداري هذا وكان الجدار لغيره والمأمور به لا يعلم فإنه يضمن ويرجع على الأمر. [المدخل العام].

ولهذا فقد اقترح الأستاذ مصطفى الزرقا ضبط هذه القاعدة بضابط آخر يجعلها أكثر شمولاً لمدلولاتها فتصبح: (يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الأمر ما لم يكن مغرراً أو مجبراً)، وأيضاً أضاف الدكتور أحمد الحجي الكردي ضابطاً آخر يجعلها أكثر وضوحاً لتصبح: (يضاف الفعل... ما لم يكن مغرراً أو مجبراً حقيقةً أو حكماً). [المدخل].

والفروع الفقهية تدل على أن القاعدة مقيدة بأن لا يكون المأمور به لمصلحة الأمر، وإلا كان الأمر في حكم الوكالة يقوم فيها المأمور مقام الأمر في حدود الأمر وينفذ عليه تصرفه. وكل موطن يضاف فيه الفعل إلى الأمر فإن الخصومة القضائية في الضمان تكون على المأمور فيضمن المأمور أولاً لأنه مباشر ثم يرجع إلى الأمر. [المدخل العام].

من فروع هذه القاعدة: لو أمر أحد أحداً بالإنفاق على نفسه ففعل رجع عليه في ذلك؛ لأن ما أنفقه المأمور كان لقاء ما أدخله بواسطة إنفاقه في ملك الأمر من الطعام والكسوة وغير ذلك. [زرقا].

ومنها: لو حلف بطلاق زوجته ألا يدخل دار فلان فأمر غيره فحمله وأدخله حنث لأن الفعل يضاف للأمر لا للفاعل إذا كان الفعل يقبل الاستنابة، وآثار الفعل تتعلق بالأمر لا بالفاعل. [زرقا].

### ﴿المادة ٩٠﴾ إذا اجتمع المباشر والمتسبب يُضاف الحكم إلى المباشر:

إذا اجتمع المباشر للفعل والمتسبب له يضاف الحكم إلى المباشر لما تقدم في المادة السابقة من أن الفاعل هو العلة المؤثرة، والأصل في الأحكام أن تضاف إلى عللها المؤثرة لا إلى أسبابها الموصلة، وذلك كالعلة وعلة العلة والحكم يضاف إلى العلة لا إلى علة العلة [المدخل العام]، وفي الوالوجية: كل حكم يثبت بعلة وصفين يضاف الحكم إلى الوصف الذي وجد منها أخيراً. [حيدر].

ويستثنى من هذه القاعدة مسائل، منها: إذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد أن حكم الحاكم بمقتضاها وأضرَّ بالمحكوم عليه يترتب الضمان على الشهود المتسببين دون الحاكم المباشر؛ لأن الحاكم مجبراً على الحكم بعد شهادة الشهود، ولو وجب الضمان عليه لامتنع الناس عن تقلد القضاء. [حيدر].

### ﴿المادة ٩١﴾ الجواز الشرعي ينافي الضمان:

الجواز الشرعي: هو إباحة الأمر فعلاً كان أو تركاً، وعندما يوجد الجواز ينتفي الضمان لانتفاء الاعتداء. [زرقا].

وهذه القاعدة فيما يظهر مقيدة بأن يكون الجواز الشرعي جوازاً مطلقاً، فلو كان جوازاً مقيداً بحفظ الحقوق فإنه لا ينافي الضمان، لذلك يضمن المضطر قيمة طعام الغير إذا أكله لدفع الهلاك عن نفسه، مع أن أكله واجب لا جائز فقط لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير. فكان ينبغي أن يقال في القاعدة: (الجواز الشرعي المطلق ينافي الضمان). [المدخل العام].

ثم إن ضمان المقصّر مشروط بأن يتلف مال الغير لمنفعة، فلو قصّر متولي الوقف من مطالبة المستأجر بالأجرة حتى اجتمع عليه مال كثير فهرب، لا يضمن المتولي، ولو قصر المتولي في رفع أمر المستأجر إلى الحاكم لإبلاغ الأجرة إلى أجرة المثل وكان المستأجر ممتنعاً عن دفعها مع قدرته على رفعه، لا يضمن، وهذه الأعمال غير جائزة شرعاً ولا يجب فيها ضمان وإنما المتولي يستحق العزل فقط. [زرقا].

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

هذه القاعدة تقرّر أن المباشر للفعل الضار الذي ينتج عنه ضمان يعد ضامناً

لما نتج عن فعله من الأضرار سواء تعمّد الضرر أم لا ، تعمد الفعل أم لا .  
[المدخل].

ويكفي ليكون متعدياً بأن يتصل فعله في غير ملكه بما لا مسوغ له فيه ، سواء كان نفس الفعل سائغاً أو غير سائغ ، فيضمن وإن لم يتعمد الإلتلاف ؛ لأن الخطأ يرفع عنه إثم مباشرة الإلتلاف ولا يرفع عنه ضمان المتلف بعد أن كان متعدياً ؛ ولأن المباشرة علة صالحة وسبب مستقل للإلتلاف فلا يصلح عدم التعمد أن يكون عذراً مسقطاً للحكم . [زرقا].

### ﴿ المادة ٩٣ ﴾ المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد :

المتسبب للضرر هو الفاعل لما يفضي إليه ، ولا يضمن ما أفضى إليه عمله من الضرر ؛ لأن السبب بانفراده لا يصلح علة مستقلة للإلتلاف ، والحكم لا يضاف إلى السبب الصالح إلا بالقصد ، أي : أن يقصد بالفعل الأثر المترتب عليه وهو اقتران الفعل بالتعمد . [زرقا].

فالتعدي هو الأساس الملحوظ للتضمنين في حالتها المباشرة والتسبب على السواء ، ومتى وجد التعدي لا ينظر بعد ذلك إلى التعمد والقصد ؛ لأن حقوق الغير مضمونة شرعاً في حالتها العمد والخطأ بل حتى في حالة الاضطراب المبيح للمحظورات . [المدخل العام].

### تنبيهات :

- وردت هذه القاعدة في المادة ٩٢٤ من المجلة بأنه يشترط التعدي ليكون التسبب موجباً للضمان . وعلى ما يبدو أن هذا الكلام يؤدي إلى أن التعدي المشروط لتضمنين المباشرة هو نفسه لتضمنين المتسبب ، وبالتالي يزول الفارق بين المتسبب والمباشر وهو ما لم يقصده واضعو المجلة . والظاهر أن التعمد المراد بتضمنين المتسبب هو التعدي المقرون بالقصد ، وهذا التعمد لا يشترط لتضمنين المباشرة بل يكفي مطلق تعد [زرقا] ، فيكون الفرق بين المباشرة والمتسبب أن الأول يضمن بالتعدي ، والثاني يضمن بالتعدي والقصد .

- إذا اجتمع متسببان فالضمان على من كان فعله أكبر أثراً وإن تساوت آثار فعلهما ، فالضمان على المتسبب الأخير ، وهو قول محمد وعليه الفتوى . [حموي].

## ﴿المادة ٩٤﴾ جناية العجماء جُبار:

العجماء هي البهائم، وذلك بإقامة الصفة مقام الموصوف، والتقدير: جناية البهائم العجماء جُبار، وجُبار يعني نفي المسؤولية. وهذه القاعدة مأخوذة من حديث رواه الشيخان وغيرهما من أصحاب السنن: «العجماء جرحها جُبار»، أي: إن ما تفعله البهيمة من الأضرار بالنفس أو المال هدر لا حكم له إذا لم يكن منبعثاً عن فعل فاعل مختار، كمحرض أو ناخس أو مخوف أو غير ذلك، فلو أتلفت العجماء شيئاً بنفسها وكان صاحبها يراها ولم يمنعها ضمن إذا كان قادراً على منعها وإلا فلا. [زرقا].

وكتبه

هلال اليافي

في ١٠ شوال ١٤٢١هـ

الموافق ٢٠٠١/١/٥

## فهرس المباحث الفقهية

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
٤٥	- بعض وجوه دلالات الحال .....	٨	- النية والقصد في إيقاع الطلاق ...
٤٩	- لزوم الشهادة بالعلم .....		- شروط اعتبار المقاصد والمعاني
٤٩	- الشهادة باليد المنقضية .....	١١	في العقود .....
٥٠	- صور الإثبات والادعاء .....		- أنواع الأفعال بالنسبة لقبول
	- صور السكوت الذي قد يعتبر	١٨	التوكيل وعدمه .....
٥٤	بيانا .....	١٩	- أنواع اللفظ عند اللغويين .....
٥٦	- مراتب الإدراك العقلي .....	٢١	- وجوه تعذر الحقيقة .....
٥٩	- شروط اعتبار العرف .....	٢٥	- وجوه تقييد المطلق .....
	- حالات مخالفة العرف للأدلة	٢٨	- شروط مشابهة الكتاب للخطاب .
٦٠	الشرعية .....		- أسباب المشقة التي تجلب
	- أثر القرينة العرفية على الأحكام	٣٢	التيسير .....
٦٣	القضائية .....		- وجوه تأثير الإكراه على أفعال
	- الحكم القضائي بين الأمس	٣٤	المكلفين .....
٦٦	واليوم .....	٣٥	- الفرق بين الضرر والضرار .....
	- الاستخدام الفقهي لأنواع		- الغبن الفاحش في تعريف
٧٠	الدلالات .....	٣٧	الحنفية .....
	- القرائن المانعة من إرادة المعنى		- درجات الأمر بالمعروف والنهي
٧٢	الحقيقي للفظ .....	٣٧	عن المنكر .....
	- قيود وصور حول تعارض المانع		- وجود الشك قد يمنع حصول ما
٧٦	والمقتضي .....	٣٩	يزيله .....
	- شروط تخطي القواعد العامة	٣٩	- مسائل لا بد فيها من اليقين .....
٧٩	للضرورة .....	٤٤	- وجوه الأصل في بعض الأمور ..

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
..... ١١١	بالعقد	٨٥	المجتهد
..... ١١٢	ثمان وسائل لإثبات في الفقه الإسلامي	٨٦	مراتب المجتهدين
..... ١١٦	شروط الاحتجاج بقول المترجم	٩٠	وجهة اجتهاد القاضي أو المفتي في اختيار الراجح
..... ١١٧	أنواع الإخبار الشرعي	٩٢	حكم التناقض في الدعوى
..... ١١٩	شروط الأخذ باليمين	٩٤	أنواع الولاية
..... ١٢٠	متى تؤدي الشهادة حسبة	٩٧	مراتب الولاية
..... ١٢١	أشكال صلاحية المدعي للخصومة	٩٨	أضرب الولاية الخاصة
..... ١٢٢	حكم البينة على النفي	١٠٢	نوعي التقادم بمرور الزمن
..... ١٢٣	المرجحات الأولية في القضاء	..... ١٠٤	اختلاف الفقهاء فيما يلزم من الشروط الجعلية
..... ١٢٤	المثبتات القضائية	..... ١٠٤	أقسام الشروط المقترنة بعقد زواج
..... ١٢٤	تعارض الأدلة القضائية	..... ١٠٦	شروط التعليق على الشرط
..... ١٢٧	شروط مؤاخذة المرء بإقراره	..... ١٠٦	أنواع الأمور التي يرد عليها التعليق
..... ١٤٠	عناصر الالتزام في الفقه الإسلامي ومصادره	..... ١٠٦	أقسام التصرفات القولية عند الحنفية
..... ١٤١	شروط صحة الالتزام	..... ١٠٧	الشروط التقييدية ثلاثة
..... ١٤٢	ضابط فريد لما يسقط بالإسقاط	..... ١٠٨	أحكام الوعد في القضاء
..... ١٤٢	شروط ما يسقط بالإسقاط	..... ١١٠	

## الفهرس

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
	- (م ٦٤) المطلق يجري على	أ -	مقدمة الناشر .....
	إطلاقه ما لم يتم دليل التقييد	٥	مقدمة المؤلف .....
٢٤	نصاً أو دلالةً .....		<b>أولاً: نظرية الباحث</b>
	- (م ٦٥) الوصف في الحاضر لغو	٧	- (م ٢) الأمور بمقاصدها .....
٢٦	وفي الغائب معتبر .....		- (م ٣) العبرة في العقود للمقاصد
	- (م ٦٦) السؤال معاد في	١٠	والمعاني لا للألفاظ والمباني
٢٦	الجواب .....		- (م ٩٩) من استعجل الشيء قبل
٢٨	- (م ٦٩) الكتاب كالخطاب .....	١٢	أوانه عوقب بحرمانه .....
	- (م ٧٠) الإشارة المعهودة		- (م ١٠٠) من سعى في نقض ما
٣٠	للأخرس كالبيان باللسان .....	١٤	تم من جهته فسعيه مردود عليه
	<b>ثالثاً: نظرية مراعاة المصالح</b>		<b>ثانياً: نظرية التعبير عن الإرادة</b>
٣٢	- (م ١٧) المشقة تجلب التيسير ....	١٦	- (م ١٢) الأصل في الكلام الحقيقة
٣٥	- (م ١٨) الأمر إذا ضاق اتسع .....		- (م ٣٨) الممتنع عادة كالممتنع
٣٥	- (م ١٩) لا ضرر ولا ضرار .....	١٩	حقيقة .....
٣٦	- (م ٢٠) الضرر يزال .....		- (م ٦٠) أعمال الكلام أولى من
	- (م ٣١) الضرر يدفع بقدر	٢٠	إهماله .....
٣٧	الإمكان .....		- (م ٦١) إذا تعذرت الحقيقة يصار
	<b>رابعاً: نظرية الأخذ بالاستصحاب</b>	٢١	إلى المجاز .....
٣٨	- (م ٤) اليقين لا يزول بالشك .....		- (م ٦٢) إذا تعذر أعمال الكلام
	- (م ٥) الأصل بقاء ما كان على	٢٢	يهمل .....
٤٠	ما كان .....		- (م ٦٣) ذكر بعض ما لا يتجزأ
٤٢	- (م ٦) القديم يترك على قدمه .....	٢٣	كذكر كله .....

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
٤٣	- (م ٤٢) العبرة للغالب الشائع لا	٤٣	- (م ٧) الضرر لا يكون قديماً .....
٦٧	الناذر .....	٤٤	- (م ٨) الأصل براءة الذمة .....
٦٨	- (م ٤٣) المعروف عرفاً	٤٦	- (م ٩) الأصل في الصفات
٦٨	كالمشروط شرطاً .....	٤٦	العارضة العدم .....
٦٨	- (م ٤٤) المعروف بين التجار	٤٨	- (م ١٠) ما ثبت بزمان يحكم
٦٩	كالمشروط بينهم .....	٤٨	ببقائه ما لم يوجد دليل على
٦٩	- (م ٤٥) التعيين بالعرف كالتعيين	٤٨	خلافه .....
٦٩	بالنص .....	٥٠	- (م ١١) الأصل إضافة الحادث
	<b>سادساً: نظرية الترجيح بين</b>	٥٠	إلى أقرب أوقاته .....
	<b>الأدلة المتعارضة</b>	٥٠	- (م ٦٧) لا ينسب إلى ساكت
٦٩	- (م ١٣) لا عبارة للدلالة في	٥٢	قول لكن السكوت في معرض
٦٩	مقابلة التصريح .....	٥٢	الحاجة بيان .....
٧١	- (م ٤٠) الحقيقة تترك بدلالة	٥٥	- (م ٧٢) لا عبارة بالظن البين
٧١	العادة .....	٥٥	خطؤه .....
٧٣	- (م ٥٥) يغتفر في البقاء ما لا	٥٦	- (م ٧٣) لا حجة مع الاحتمال
٧٣	يغتفر في الابتداء .....	٥٦	الناشئ عن دليل .....
٧٤	- (م ٥٦) البقاء أسهل من الابتداء	٥٦	- (م ٧٤) لا عبارة للتوهم .....
٧٤	- (م ٤٦) إذا تعارض المانع		<b>خامساً: نظرية العرف</b>
٧٤	والمقتضي يقدم المانع .....	٥٨	- (م ٣٦) العادة محكمة .....
	<b>سابعاً: نظرية رفع الضرر</b>	٥٨	- (م ٣٧) استعمال الناس حجة
٧٩	- (م ٢١) الضرورات تبيح	٦٣	يجب العمل بها .....
٧٩	المحظورات .....	٦٣	- (م ٣٩) لا ينكر تغيير الأحكام
٨٠	- (م ٢٢) الضرورات تقدر بقدرها .	٦٤	بتغير الأزمان .....
٨١	- (م ٢٣) ما جاز لعذر بطل بزواله	٦٤	- (م ٤١) إنما تعتبر العادة إذا
٨١	- (م ٢٥) الضرر لا يزال بمثله .....	٦٦	اطردت أو غلبت .....

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
	- (م ٥٩) الولاية الخاصة أقوى		- (م ٢٦) يتحمل الضرر الخاص
٩٧	من الولاية العامة .....	٨١	لدفع الضرر العام .....
	- (م ٩٥) الأمر بالتصرف في ملك		- (م ٢٧) الضرر الأشد يزال
٩٩	الغير باطل .....	٨٢	بالضرر الأخف .....
	- (م ٩٦) لا يجوز لأحد أن		- (م ٢٨) إذا تعارضت مفسدتان
١٠٠	يتصرف في ملك الغير بلا إذنه	٨٣	روعي أعظمهما ضرراً .....
	- (م ٩٧) لا يجوز لأحد أن يأخذ	٨٣	- (م ٢٩) يختار أهون الشرين .....
١٠١	مال أحد بلا سبب شرعي .....		- (م ٣٠) درء المفسد أولى من
	<b>عاشراً: نظرية الشروط الجعلية في العقود</b>	٨٣	جلب المصالح .....
	- (م ٨٢) المعلق بالشرط يجب		- (م ٣٢) الحاجة تنزل منزلة
١٠٥	ثبوته عند ثبوت الشرط .....	٨٤	الضرورة عامة كانت أو خاصة
	- (م ٨٣) يلزم مراعاة الشرط بقدر		- (م ٣٣) الاضطرار لا يبطل حق
١٠٨	الإمكان .....	٨٥	الغير .....
	- (م ٨٤) المواعيد بصور التعاليق		<b>ثامناً: نظرية ضوابط الاجتهاد</b>
١٠٩	تكون لازمة .....		- (م ١٤) لا مساغ للاجتهاد في
	<b>الحادي عشر: نظرية وسائل الإثبات</b>	٨٧	مورد النص .....
	- (م ٦٨) دليل الشيء في الأمور		- (م ١٥) ما ثبت على خلاف
١١٥	الباطنة يقوم مقامه .....	٨٨	القياس فغيره عليه لا يقاس ...
	- (م ٧١) يقبل قول المترجم مطلقاً	٨٨	- (م ١٦) الاجتهاد لا ينقض بمثله
١١٦	- (م ٧٥) الثابت بالبرهان كالثابت	٩١	- (م ٢٤) إذا زال المانع عاد
	بالعيان .....		الممنوع .....
١١٧	- (م ٧٦) البينة على المدعي	٩٣	- (م ٣٤) ما حرم أخذه حرم إعطاؤه
	واليمين على من أنكر .....	٩٤	- (م ٣٥) ما حرم فعله حرم طلبه ..
١١٨	- (م ٧٧) البينة لإثبات خلاف		<b>تاسعاً: نظرية الولاية</b>
١٢٢	الظاهر واليمين لإبقاء الأصل .	٩٥	- (م ٥٨) التصرف على الرعية
			منوط بالمصلحة .....

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
١٤٤	- (م ٥٧) لا يتم التبرع إلا بالقبض		- (م ٧٨) البينة حجة متعدية
	<b>الرابع عشر: نظرية الضمان</b>	١٢٥	والإقرار حجة قاصرة .....
١٤٦	- (م ٨٥) الخراج بالضمان .....	١٢٦	- (م ٧٩) المرء مؤاخذ بإقراره .....
	- (م ٨٦) الأجر والضمان لا		- (م ٨٠) لا حجة مع التناقض
١٤٦	يجتمعان .....	١٢٩	ولكن لا يختل معه حكم حاكم
١٤٧	- (م ٨٧) الغرم بالغنم .....		- (م ٩٨) تبدل سبب الملك قائم
	- (م ٨٨) النعمة بقدر النعمة	١٣١	مقام تبدل الذات .....
١٤٨	والنقمة بقدر النعمة .....		<b>الثاني عشر: نظرية التوابع</b>
	- (م ٨٩) يضاف الفعل إلى الفاعل	٤٧	- (م ٤٧) التابع تابع .....
١٤٨	لا إلى الأمر ما لم يكن مجبراً		- (م ٤٨) التابع لا يفرد بالحكم ما
	- (م ٩٠) إذا اجتمع المباشر	١٣٢	لم يصير مقصوداً .....
	والمتسبب يضاف الحكم إلى		- (م ٤٩) من ملك شيئاً ملك ما
١٥٠	المباشر .....	١٣٣	هو من ضروراته .....
	- (م ٩١) الجواز الشرعي ينافي		- (م ٥٠) إذا سقط الأصل سقط
١٥٠	الضمان .....	١٣٣	الفرع .....
	- (م ٩٢) المباشر ضامن وإن لم		- (م ٥٢) إذا بطل الشيء بطل ما
١٥٠	يتعمد .....	١٣٤	في ضمنه .....
	- (م ٩٣) المتسبب لا يضمن إلا		- (م ٥٣) إذا بطل الأصل يصار
١٥١	بالتعمد .....	١٣٧	إلى البدل .....
١٥٢	- (م ٩٤) جناية العجماء جبار .....		- (م ٥٤) يغتفر في التابع ما لا
١٥٣	فهرس المباحث الفقهية .....	١٣٨	يغتفر في المتبوع .....
١٥٥	الفهرس .....		- (م ٨١) قد يثبت الفرع مع عدم
		١٣٨	ثبوت الأصل .....
			<b>الثالث عشر: نظرية الالتزام</b>
			- (م ٥١) الساقط لا يعود كما أن
		١٤٢	المعدوم لا يعود .....

# بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمدُ لله ربَّ العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:

لأن العلم نور يضيء درب السائلين، وراية إلى الفوز المبين، كان حرص مكتب «المتحد للقانون» في جعل نشر العلم عنواناً لرسالته ومنهجاً في مسيرته. ويأتي هذا المؤلّف «القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية» حلقة جديدة خدمة للمعرفة وللمكتبة القانونية لتتير سلسلة من الإصدارات السابقة، منها ما تطرق إلى التحكيم، وما تناول قانون الملكية الفكرية، ومجلة دورية هي «مجلة المهندس القانونية».

ولا يغفل أحدٌ عن مكانة القواعد الفقهية في ضبط تطبيق النصوص الفرعية وممارسة الاجتهاد، فهي أداة ترشد وتوجه الأحكام لتضحى متوافقة مع مقاصد المشترع، إلا أنها غُيِّبَتْ فحُرِمَ الناس من فوائدها، فكانت في نشر هذا المؤلّف لتعريفهم بها وإدراك عظمتها.

عسى المولى أن يتقبَّل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم، والحمدُ لله ربَّ العالمين.

مكتب «المتحد للقانون»  
المحامي عبد العزيز جمعة

