

بسم الله الرحمن الرحيم

ملخص مادة القواعد والنظريات الفقهية

للدكتور مازن الحارثي

ISLS-343

الفصل الأول

المبحث الأول

القاعدة لغة واصطلاحاً ومدلول القاعدة الفقهية

معنى القاعدة في اللغة : الأساس وهي تُجمع على قواعد، وهي: أسس الشيء

وأصوله، حسياً كان ذلك الشيء، كقواعد البيت، أو معنوياً: كقواعد الدين أي دعائمه،

وقد ورد هذا اللفظ في القرآن الكريم، **يقول الله عز وجل: { وإذ يرفع إبراهيم القواعد من البيت وإسماعيل }** ، وكما في قوله تعالى **: { فأتى الله بنيانه من القواعد }** فالقاعدة في هاتين الآيتين الكريمتين بمعنى الأساس وهو ما يرفع عليه البنيان. **أما من الناحية الاصطلاحية:** فهي قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها، **وعرفها أبو البقاء الكفوي، بقوله : القاعدة اصطلاحاً:** قضية كلية من حيث اشتمالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها".

وقال التهانوي : هي في اصطلاح العلماء تطلق على معان مترادف الأصل والقانون والمسألة والضابط والمقصد .

وعرفها العلامة التفتازاني ((791 هـ)) في التلويح بأنها حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته ليتعرف أحكامها منه .

فالقاعدة عند الجميع هي أمر كلي ينطبق على جميع جزئياته، **مثل قول النحاة:** الفاعل مرفوع، والمفعول منصوب، والمضاف إليه مجرور، **وقول الأصوليين:** الأمر للوجوب، والنهي للتحريم.

لكن الفقهاء قد عبروا عنها أحياناً بقولهم: " ينطبق عليها جزئيات كثيرة" فاكسب الانطباق معنى آخر و انبنى عليه.

عرّف تاج الدين السبكي القاعدة بقوله: " هي الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة تفهم أحكامها منها".

ويقول الحموي شارح الأشباه والنظائر لابن نجيم: " إن القاعدة هي عند الفقهاء غيرها عند النحاة والأصوليين، إذ هي عند الفقهاء حكم أكثري لا كلي، ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها".

وفي ضوء تلك التعريفات والملاحظات حولها يمكن أن نعرف القاعدة الفقهية بأحد التعريفين: أحدهما بأنها:

حكم شرعي في قضية أغلبية يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها.

أن القواعد الفقهية هي قواعد تحتوي زمرة من الأحكام الشرعية من أبواب مختلفة .

الثاني : أصل فقهي كلي يتضمن أحكام تشريعية عامة من أبواب متعددة في القضايا التي تدخل تحت موضوعه.

=====

المبحث الثاني : **الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي:**

هذه القواعد الفقهية تختلف عما يسمى الضوابط الفقهية، فإن مجال الضابط الفقهي أضيق من مجال القاعدة الفقهية.

ووضح هذا الفرق العلامة تاج الدين السبكي بعد أن ذكر تعريف القاعدة في قوله: " ومنها ما لا يختص كقولنا اليقين لا يزال بالشك، ومنها ما يختص كقولنا: كل كفارة سببها معصية فهي على الفور: والغالب فيما اختص باب، وقصد به نظم صور متشابهة أن يسمى ضابطاً".

وكذلك العلامة ابن نجيم يميل إلى هذا الفرق بين القاعدة والضابط، فيقول في الفن الثاني من " الأشباه": "الفرق بين الضابط والقاعدة: أن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى، والضابط يجمعها من باب واحد، هذا هو الأصل"

ومنهم من لا يلاحظ هذا التدقيق والتفريق مثل النابلسي (1143هـ) في شرح الأشباه والنظائر إذ يقول: " قاعدة": هي في الاصطلاح بمعنى الضابط وهي الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته "

ولعل أول من اعتنى بعرض الضوابط ووضع المسائل في إطارها بصورة بارزة هو: الإمام أبو الحسن علي بن الحسين السُّغدي .

مثل ذلك ما جاء بقواعد الإمام ابن رجب الحنبلي عنوان "القاعدة": "شعر الحيوان في حكم المنفصل عنه لا في حكم المتصل".

وفيما يلي أقدم نبذة يسيرة عن أمثلة الضوابط الفقهية، لكي يتجلى الفرق بين المصطلحين تماماً.

من نماذجها في مجال السنة المطهرة ما رواه عبد الله بن عباس — رضي الله عنهما — عن رسول الله . p . أنه قال: " أيما إهاب دبغ فقد طهر".

فهذا الحديث يمثل ضابطاً فقهياً في موضوعه يغطي باباً مخصوصاً وفي معناه ما روي عن الإمام إبراهيم النخعي (96هـ) قوله: " كل شيء منع الجلد من الفساد فهو دباغ" وبرواية أخرى عنه قال: "ما أصلحت به الجلد من شيء يمنعه من الفساد فهو له دباغ".
ومن هذا القبيل ما شاع عن المتأخرين قولهم: " إن كل ماء لم يتغير أحد أوصافه طهور"، أو " كل ماء مطلق لم يتغير فهو طهور".

أمثله : ص 49 - 50

وفي ضوء هذه النصوص المذكورة يمكن أن نستخلص النتائج التالية:

- 1- يبدو من خلال التعريفات أنه لا يوجد هناك اتفاق بين القواعد والضوابط فإن القواعد هي أعم وأشمل من الضوابط من حيث جمع الفروع وشمول المعاني.
- 2- تطور مفهوم الضابط تطوراً ملحوظاً ومن ثم لم يلاحظ البعض الفرق والدقة بين القاعدة والضابط، ولم يتبين هنا في مجموعة التعريفات حد فاصل أو قاطع بين القاعدة والضابط .
- 3- إن القواعد أكثر شذوذاً من الضوابط، لأن الضوابط تضبط موضوعاً واحداً فلا يتسامح فيها بشذوذ كثير.
- 4- إن المصطلحات العلمية لا تستقر على نمط معين إلا بكثرة استعمالها في المواضع المختلفة وترددها على الألسنة ، فقد يكون الاصطلاح عاماً في فترة من الفترات فيتطور إلى أخص مما كان أولاً.

المبحث الثالث :

الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية:

يرى بعض الباحثين المعاصرين في الفقه الإسلامي: أن النظريات العامة مرادفة لما يسمى بالقواعد الفقهية كما جنح إلى ذلك الأستاذ الجليل محمد أبو زهرة - رحمه الله - في كتابه " أصول الفقه " حيث يقول:

" إنه يجب التفرقة بين علم أصول الفقه وبين القواعد الجامعة للأحكام الجزئية، وهي التي مضمونها يصح أن يطلق عليه النظريات العامة للفقه الإسلامي.. كقواعد الملكية في الشريعة، وكقواعد الضمان، وكقواعد الخيارات، وكقواعد الفسخ بشكل عام".
وتبعه بذلك الشيخ أحمد بو طاهر الخطابي في مقدمة تحقيقه لكتاب "إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك" للونشريسي، غير أن الفرق بين الاصطلاحين يمكن أن يتجلى بالموازنة والتأمل.

والواقع أن " النظرية العامة" ودراسة الفقه الإسلامي في نطاقها أمر مستحدث طريف، استخلصه العلماء المعاصرون الذين جمعوا بين دراسة الفقه الإسلامي ودراسة القانون الوضعي خلال احتكاكهم وموازنتهم بين الفقه والقانون، وبوبوا المباحث الفقهية على هذا النمط الجديد وأفردوا المؤلفات على هذه الشاكلة .

ويمكن أن تعرّف النظرية العامة بأنها: "موضوعات فقهية أو موضوع يشتمل على مسائل فقهية أو قضايا فقهية. حقيقتها: أركان وشروط وأحكام، تقوم بين كل منها صلة فقهية ، تجمعها وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعاً".

وذلك كنظرية الملكية، ونظرية العقد، ونظرية الإثبات وما شاكل ذلك. فمثلاً نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي تألفت من عدة عناصر وهي المواضيع التالية:
حقيقة الإثبات – الشهادة – شروط الشهادة – كيفية الشهادة – الرجوع عن الشهادة .
مسؤولية الشاهد . الإقرار . القرائن . الخبرة . معلومات القاضي . الكتابة . اليمين . القسامة . اللعان .

وخلاصة القول: إن النظرية العامة هي غير القاعدة الكلية في الفقه الإسلامي. فإن هذه القواعد هي بمثابة ضوابط بالنسبة إلى تلك النظريات، فقاعدة "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني" مثلاً ليست سوى ضابط في ناحية مخصوصة من أصل نظرية العقد، وهكذا سواها من القواعد .

والاختلاف الأساسي بينهما يتلخص في أمرين:

1- القاعدة الفقهية تتضمن حكماً فقهياً بذاتها ، وهذا الحكم الذي تتضمنه القاعدة ينتقل إلى الفروع المدرجة تحتها ، فقاعدة " اليقين لا يزول بالشك" تضمنت حكماً

فقهيًا في كل مسألة اجتمع فيها يقين وشك ، وهذا بخلاف النظرية الفقهية: فإنها لا تتضمن حكماً فقهيًا في ذاتها كنظرية الملك والفسخ والبطلان.

2- القاعدة الفقهية لا تشتمل على أركان وشروط، بخلاف النظرية الفقهية فلا بد لها من ذلك.

وبناء على ذلك نقول: إن لكل من النظرية العامة والقاعدة الفقهية خصائص، تميز بها كل منهما دون الآخر فإن كانت النظرية العامة تشمل جانباً واسعاً من الفقه الإسلامي ومباحثه وتشكل دراسة موضوعية مستقلة لذلك الجانب ، فإن القاعدة الفقهية تمتاز بإيجاز في صياغتها ، لعموم معناها وسعة استيعابها للفروع الجزئية من أبواب مختلفة .

=====

المبحث الرابع : **الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية:**

وجدير بنا أن نوضح الفرق الأساسي في هذا المبحث بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية علماً بأن " الفقه " علم مستقل، وأصول الفقه علم مستقل، ولكل منهما قواعده على رغم وجود الارتباط الوثيق بينهما بحيث لا ينفك أحدهما عن الآخر.

"ولعل الإمام شهاب الدين القرافي أول من ميز بين القاعدة الأصولية والقاعدة الفقهية"
فقد جاء في مقدمة " الفروق " ما يلي:

" فإن الشريعة المعظمة المحمدية - زاد الله تعالى منارها شرفاً وعلواً - اشتملت على أصول وفروع ، وأصولها قسمان:

أحدهما: المسمى بأصول الفقه، وهو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة، وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح ونحو الأمر للوجوب والنهي للتحريم، والصيغة الخاصة للعموم ونحو ذلك.

القسم الثاني: قواعد فقهية كلية، كثيرة العدد، عظيمة المدد، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى، ولم يذكر شيء منها في أصول الفقه .

وإذا وازنا موازنة عامة بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية تبين لنا عدة أمور قد تعد فوارق رئيسية بين المصطلحين:

1— إن علم أصول الفقه بالنسبة للفقه ميزان وضابط للاستنباط الصحيح من غيره ، وقواعد هذا الفن هي وسط بين الأدلة والأحكام، فهي التي يستنبط بها الحكم من الدليل التفصيلي وموضوعها دائماً الدليل والحكم، كقولك: الأمر للوجوب، والنهي للتحريم . أما القاعدة الفقهية فهي قضية كلية أو أكثرية، جزئياتها بعض مسائل الفقه وموضوعها دائماً هو فعل المكلف .

2— القواعد الأصولية قواعد كلية تنطبق على جميع جزئياتها وموضوعاتها. **أما القواعد الفقهية:** فإنها أغلبية يكون الحكم فيها على أغلب الجزئيات، وتكون لها مستثنيات.

3- القواعد الأصولية هي ذريعة لاستنباط الأحكام الشرعية العملية وبذا تنفصل القواعد القواعد الفقهية عنها .

4_ القواعد الفقهية متأخرة في وجودها الذهني والواقعي عن الفروع لأنها جمع لأشتاتها وربط بينها، وجمع لمعانيها، أما الأصول: فالفرض الذهني يقتضي وجودها قبل الفروع لأنها القيود التي أخذ الفقيه نفسه بها عند الاستنباط.

5 _ القواعد الفقهية تشبه أصول الفقه من ناحية أن كلا منهما قواعد تندرج تحتها جزئيات وتخالفها من ناحية أن قواعد الأصول هي عبارة عن المسائل التي تشملها أدله تفصيليه يمكن استنباط التشريع منها , أما قواعد الفقه فهي المسائل التي تندرج تحتها أحكام الفقه نفسها .

فوائد القواعد الفقهية وهي خصائص تتميز بها دون قواعد أصول الفقه :

1- الحفظ والضبط للمسائل بحيث تكون القاعدة وسيلة لمعرفة الأحكام المندرجة تحتها .

2- الأحكام المتحدة العلة مع اختلافها محققة لجنس واحد من العلل

3- معظم مسائل أصول الفقه لا ترجع لخدمة حكمة الشريعة ومقصدها لكنها تدور حول محور استنباط الأحكام من ألفاظ الشارع .

وفي الختام نشير إلى أمر هام، وهو : أن بعض القواعد قد نجد لها متداخلة أو متراوحة بين القسمين المتقدم ذكرهما، فذلك نتيجة اختلاف النظر إلى القاعدة **لأنه ينظر إلى القاعدة من ناحيتين:**

وذلك كسد الذرائع أو العرف، فإذا نظر إليها باعتبار أن موضوعها دليلاً شرعياً كانت قاعدة أصولية. وإذا نظر إليها باعتبارها كونها فعلاً للمكلف، كانت فقهية، كسد الذرائع **إذا قيل:** كل مباح أدى فعله إلى حرام أو أدى الإتيان به إلى حرام فهو حرام سداً للذريعة كانت القاعدة فقهية، **وإذا قيل:** الدليل المثبت للحرام مثبت لتحريم ما أدى إليه كانت القاعدة أصولية.

وفي العرف: إذا فسر بالإجماع العملي أو المصلحة المرسلة كانت قاعدة أصولية، وإذا فسر بالقول الذي غلب في معنى معين، أو بالفعل الذي غلب الإتيان به كانت قاعدة فقهية.

=====

المبحث الخامس : **الأشباه والنظائر :**

تعريف الأشباه والنظائر لغة واصطلاحاً:

الأشباه والنظائر لغة : كلمة شَبَّه أو شَبَّه تُجْمَع على الأشباه، وهي المِثْل في اللغة.

ولقد تعارف أهل اللغة على استعمال هذه الكلمة في صفات ذاتية أو معنوية، **فالداتية:**

نحو هذا الدرهم كهذا الدرهم.. **والمعنوية:** زيد كالأسد.

وكذا النظر: المثل المساوي، وهذا نظير هذا، **أي:** مساوية. فكأنك إذا نظرت إلى أحدهما فقد نظرت إلى الآخر.

المعنى الاصطلاحي للأشباه والنظائر:

من الناحية الاصطلاحية فإن الشَّبه: هو الصفة الجامعة الصحيحة التي إذا اشترك فيها الأصل والفرع، وجب اشتراكهما في الحكم، كما نص على ذلك علماء الأصول .
وقبل تحديد مفهوم المصطلح نشير لأصل تاريخي له وندقق النظر فيه حتى يتضح الموضوع ، **إن أصل تلك الكلمات يرجع لكتاب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما حيث جاء فيه:** " الفَهْمُ الفَهْمُ فيما يختلج في صدرك مما لم يبلغك في الكتاب والسنة، أعرف الأمثال والأشباه، ثم قس الأمور عند ذلك، فاعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق فيما ترى".

فهنا يشير عمر بن الخطاب إلى أمرين مهمين :

- 1- أن القياس لا يتأتى إلا عندما يكون هناك شبه بين الأصل والفروع .
- 2- "فاعمد إلى فيما ترى " يرمز لنوع آخر من الشبه وهو أن يتردد الفرع بين أصلين .

قال العلامة الجصاص الرازي (370هـ): " وقوله: ثم أعرف الأمثال والأشباه.. هذا لا يكون إلا بالنظر والاستدلال، وكل استدلال فيه قياس".

ويقول العلامة نجم الدين النسفي (537هـ) مبيناً لقوله - π -: " أي إذا وقعت واقعة لا تعرف جوابها فردها إلى أشباهها من الحوادث تعرف جوابها".

وذلك ما يدل على إعمال القياس عند تحقق العلة الجامعة الصحيحة بين الأصل والفرع، وإحاق الحوادث الجديدة التي لم ينص عليها بأشباهها بعد النظر والتثبت.

لاشك أن ما ذكرنا ينطبق على معنى الأشباه، أما كلمة النظائر فلم ترد فيما أثر عن عمر . π . لكن الفقهاء أضافوا كلمة النظائر إلى كلمة الأشباه.

لأنها أعم من الشبيه والمثيل، فالنظير قد يشارك أصله ولو بوجه واحد **كما يتجلى مما ذكره السيوطي . رحمه الله . في النص التالي:**

" المثلل أخص الثلاثة. والشبيه أعم من المثلل وأخص من النظر، والنظر أعم من الشبيه. وبيان ذلك أن المماثلة تستلزم المشابهة وزيادة. والمشابهة لا تستلزم المماثلة. فلا يلزم أن يكون شبه الشيء مماثلاً له. والنظر قد لا يكون متشاهماً. وحاصل هذا الفرق أن المماثلة تقتضي المساواة من كل وجه، والمشابهة تقتضي الاشتراك في أكثر الوجوه لا كلها، والمناظرة تكفي في بعض الوجوه ولو وجهاً واحداً، يقال هذا نظير هذا في كذا، وإن خالفه في سائر جهاته...

وأما اللغويون فإنهم جعلوا المثلل والشبيه والنظر بمعنى واحد."

ومعنى هذا الكلام : أن النظر إذا أطلق يمكن أن يراد به الشبه، لكن إذا جمع مع الأشباه وجب حتماً أن يراد به ما عدا الشبه، فلما أرادوا أن يجمعوا بين القواعد والفروق تحت عنوان واحد أضافوا النظائر إلى الأشباه ليكون العنوان شاملاً للجميع. ويبدو أن هذا الفرق كان واضحاً ومركزاً في أذهان المتقدمين، ولذلك اتجه عديد منهم في مجالات علمية شتى، إلى جمع الفنون المتنوعة المتشابهة في موضوع واحد تحت عنوان " الأشباه والنظائر".

بداية التأليف تحت عنوان " الأشباه والنظائر " وسببه:

ولعل أول من سلك الكتابة على هذا المنوال، هو الإمام مقاتل بن سليمان البلخي (150هـ) من علماء التفسير في القرن الثاني الهجري حيث ألف الكتاب بعنوان الأشباه والنظائر في تفسير القرآن العظيم، ثم ظهرت مؤلفات عديدة بهذا العنوان. وفي القرن الرابع الهجري برز كتاب في الأدب العربي المنظوم بعنوان: كتاب الأشباه والنظائر من أشعار المتقدمين والجاهلية والمخضرمين للخالد بن أبي بكر (380هـ) وأبي عثمان سعيد (390هـ) ابني هاشم.

ومن المتأخرين العلامة السيوطي صنف كتاباً بعلم النحو " الأشباه والنظائر في النحو". وكل ذلك يَشْفُ عن نزوع العلماء إلى التأليف على هذا النمط في عديد من العلوم، إلا أن الفقهاء نشطوا في هذا الميدان، وأبرزوا " القواعد " عن طريق التصنيف على ذلك الطراز، منذ بداية القرن الثامن الهجري.

وإذا دققنا النظر في المؤلفات بعنوان " الأشباه والنظائر في الفقه " منذ كتاب العلامة ابن الوكيل الشافعي (716هـ) إلى كتاب العلامة ابن نجيم الحنفي (970هـ)، وجدنا بعض تلك المؤلفات تتناول مسائل الفقه وأصول الفقه وأحياناً بعض مسائل علم الكلام، التي لها صلة بالموضوع اعتباراً بالفروع المتشابهة المتناظرة، ولو كان الشبه ضعيفاً كما في الفروق.

وبذلك إشارة إلى أن الأشباه والنظائر ليس معناها القواعد الفقهية بل هي شاملة لمختلف الفنون ويمكن إجراؤها بسائر العلوم إذا توافرت الشروط واتضحت المعالم.

=====

المبحث السادس : الفروق الفقهية

الفقهاء عنوا بالفروق الفقهية منذ القرن الثالث الهجري، ولعل أول من جنح إلى التأليف على هذا النمط هو الإمام أحمد بن عمر بن سريح الشافعي (306هـ) ثم توالى المؤلفات لهذا الفن في أوساط المذاهب الفقهية المشهورة. وفيما يبدو أن لهذا الفن أسبقية من حيث التأليف والتدوين بالنظر إلى القواعد الفقهية، فقد تأخر تدوينها في كتب مستقلة، إذ إن أول كتاب في موضوعها وصل إلينا هي رسالة الإمام الكرخي (340هـ) على رغم نشأتها في فجر تاريخ الفقه الإسلامي.

سبب التأليف بعنوان الفروق في علم الفقه:

لعل الأمر الذي دفع العلماء إلى التأليف بعنوان "الفروق" ، وجود المسائل المتشابهة المتحددة في صورها والمختلفة في أحكامها وعللها بكثرة ليس من الميسور إحصاؤها ومن الأمثلة على ذلك : " إذا طرح في الماء تراب فتغير به طعمه أو لونه أو ريحه لم يسلبه التطهير، ولو طرح فيه طاهر غير التراب كالزعفران والعصفر والصابون والملح الحجري وغيره فتغير بمخالطته بعض صفاته سلبه التطهير. والفرق بينهما أن التراب يوافق الماء في صفتيه الطهارة والتطهير، فلا يسلبه بمخالطته شيئاً منها..".

وكذلك الفرق بين القضاء والفتوى فإن القضاء خبر مُلزم في مجلس القاضي والفتوى خبر من الفقيه غير ملزم.

" ويستفاد مما سبق أنه جرى أولاً تدوين الفروق والقواعد الفقهية ثانياً ثم جمع بين الموضوعين بعنوان الأشباه والنظائر في بعض المؤلفات " .

أهمية الفروق الفقهية:

الإمام بدر الدين الزركشي نبه على أهمية هذا النوع ونوه به، قال في مقدمة " القواعد":
" الثاني (من أنواع الفقه): معرفة الجمع والفرق، وعليه جل مناظرات السلف، حتى قال بعضهم: الفقه جمع وفرق.

الفصل الثاني:

لمحات تاريخية عن نشأة القواعد الفقهية وتدوينها : **وفيه تمهيد وثلاثة أطوار :**

القواعد الفقهية مرت في تطورها في ثلاثة أطوار أو مراحل :
1- الطور الأول :طور النشوء والتكوين.

هو عصر الرسالة أو عصر التشريع الذي كانت فيه البذرة الأولى للقواعد الفقهية. فإن النبي ﷺ الذي أنطقه الله بجوامع الكلم، كانت أحاديثه الشريفة في كثير من الأحكام

بمثابة القواعد العامة التي تنطوي تحتها فروع فقهية كثيرة. وهي بجانب كونها مصدراً خصباً للتشريع واستنباط الأحكام تمثل القواعد الكلية الفقهية، وأصدق شاهد وأدل دليل أن بعض الأحاديث مثل قوله — p : " الخراج بالضمآن " العجماء جرحها جُبَار "، ولا ضرر ولا ضرار " البينة على المدعي واليمين على من أنكر "، وما سواه من جوامع الكلم، أضحت عندا لفقهاء قواعد ثابتة مستقلة، وجرت مجرى القواعد الفقهية.

وقال الإمام ابن تيمية — بعد ذكره الحديث الذي رواه أهل السنن وهو: " ما أسكر كثيره فقليله حرام "، " جمع رسول الله p بما أوتيته من جوامع الكلم كل ما غطا العقل وأسكر ولم يفرق بين نوع ونوع ولا تأثير بكونه مأكولاً ولا مشروباً ".

وإذا تأملت بعض الآثار المنقولة عن الصحابة — رضي الله عنهم — تلمست فيها هذه الظاهرة، على سبيل المثال: القول المشهور عن عمر بن الخطاب — π — في صحيح البخاري: "مقاطع الحقوق عند الشروط، وما رواه الإمام عبد الرزاق عن عبد الله بن عباس — رضي الله عنهما — أنه قال: " كل شيء في القرآن: أو أو فهو مخيرٌ، وكل شيء: فإن لم تجدوا فهو الأول فالأول " ومثاله قوله تعالى [وأتموا الحج والعمرة لله فإن أحصرتم فما استيسر من الهدي ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي محله فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك فإذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدي فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتم] فرواية عمر قاعدة في باب الشروط، ورواية ابن عباس — رضي الله عنهم قاعدة في باب الكفارات والتخيير فيها .

ومن النماذج الماثورة لتلك القواعد في عصر التابعين وقبل أن تتكون المذاهب الفقهية المشهورة ما نقل إلينا من بعض أقوال الإمام القاضي شريح بن الحارث الكندي (76هـ) وهو قوله: " من ضمن مالا فله ربحه " يمثل قاعدة في وجازة تعبيره ويمثل في المعنى القاعدة المشهورة: " الخراج بالضمآن "، التي هي نص الحديث النبوي.

ومنها ما روى الليث بن سعد (175هـ) عن خير بن نعيم (137هـ) أنه كان يقول: " من أقر عندنا بشيء ألزمناه إياه ".

ولعل أقدم مصدر فقهي يسترعي انتباه الباحث في هذا المجال، هو "كتاب الخراج" للإمام القاضي أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم (182هـ). رحمه الله. حيث اشتمل كتابه هذا على عبارات رشيقة تتسم بسمات وشارات تتسق بموضوع القواعد من حيث شمول معانيها. **وفيما يلي أورد طرفاً منها:**

1- "ليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحدٍ إلا بحق ثابت معروف": هذه العبارة نظيرة للقاعدة المشهورة المتداولة "القديم يترك على قدمه".

2- لا ينبغي لأحد أن يحدث شيئاً في طريق المسلمين مما يضرهم. ولا يجوز للإمام أن يقطع شيئاً مما فيه الضرر عليهم، ولا يسعه ذلك".

هذه العبارة يتحقق بها معنى القاعدة باعتبار أن الشرط الأول يتعلق بقواعد رفع الضرر، والشرط الثاني يتمثل بمفهوم القاعدة الشهيرة: "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة".

3- "وإن أقر بحق من حقوق الناس من قذف، أو قصاص في نفس، أو دونها أو مال، ثم رجع عن ذلك نفذ عليه الحكم فيما كان أقر به، ولم يبطل شيء من ذلك برجوعه".

هذه العبارة كسابقتها وردت في صيغة مطولة لكنها تصور في معنى الكلمة مدلول القاعدة المتداولة "المرأ مؤاخذ بإقراره".

وكذلك من أقدم ما وصل إلينا من تلك المصادر بعض كتب الإمام محمد بن الحسن الشيباني (189هـ). فإذا أمعنا النظر في كتاب الأصل ألفيناه يعلل المسائل، وهذا التعليل كثيراً ما يقوم مقام التعيد ، **ومن الأمثلة على ذلك :**

1- "كل من له حق فهو له على حاله حتى يأتيه اليقين على خلاف ذلك.

2- "كل شيء كره أكله والانتفاع به على وجه من الوجوه فشرأوه وبيعه مكروه، وكل شيء لا بأس بالانتفاع به فلا بأس ببيعه".

وعلى غرار ما سبق كتاب " الأم" الذي أملاه الإمام الشافعي . رحمه الله . (204هـ) على بعض أصحابه **ومن الأمثلة على ذكر القواعد في كتابه هذا :**

1- " لا ينسب إلى ساكت قول قائل ولا عمل عامل إنما ينسب إلى كل قوله وعمله".

هذه القاعدة أفصح عنها عند نقاش موضوع الإجماع على مسائل فقهية. ثم تداولها الفقهاء وطبقوها في كثير من الأحكام.

لكن الفقهاء لم يقفوا عندها بل أتبعوها باستثناء يكمل الموضوع فأضافوا إليها: "ولكن السكوت في موضع الحاجة بيان".

2- (أ) "يجوز في الضرورة ما لا يجوز في غيرها".

(ب) "قد يباح في الضرورات ما لا يباح في غير الضرورات".

(ج) "كل ما أحل من محرم في معنى لا يحل إلا في ذلك المعنى خاصة، فإذا زایل

ذلك المعنى عاد إلى أصل التحريم، مثلاً: الميتة المحرمة في الأصل المحلة للمضطر، فإذا زایلت الضرورة عادت إلى أصل التحريم".

فهذه القواعد الثلاث — التي تباينت صيغها ومظاهرها — نجدتها متحدة في مغزاها، فإنها تفضي إلى مفهوم واحد وهو بيان حكم الضرورة.

ثم القاعدة الأخيرة بجانب بيان الحكم تضيف قيماً إلى القاعدة، وهو: فإذا زایلت الضرورة عادت إلى أصل التحريم.

3- "الحاجة لا تحق لأحد أن يأخذ مال غيره": هذه القاعدة يتبين فيها مدى احترام حقوق العباد في أموالهم والحفاظ عليها، إذ الحاجة لا تبرر أخذ مال الغير، فلو أخذه أحد لكان آثماً وضامناً، بخلاف الضرورة التي تسقط الإثم وتفرض الضمان إذ الاضطرار لا يبطل حق الغير.

ومن القواعد المنسوبة إلى الإمام الشافعي - رحمه الله - القاعدة المشهورة: "إذا ضاق الأمر اتسع"، وقد أجاب بها في عدة مواضع منها: ما إذا فقدت المرأة وليها في سفر فولت أمرها رجل يجوز. قيل له: كيف هذا؟ فقال: إذا ضاق الأمر اتسع.

وهناك عبارات مروية عن الإمام أحمد - رحمه الله - (241هـ). أوردها الإمام أبو داود في كتاب "المسائل" تتسم بطابع القواعد. وهي قواعد مفيدة في أبوابها. منها: ما جاء في باب الهبة عنه قال: "سمعت أحمد يقول: كل ما جاز فيه البيع تجوز فيه الهبة والصدقة والرهن".

وفي باب بيع الطعام بكيهه ورد عن طريقه قول أحمد أنه قال: "كل شيء يشتريه الرجل مما يكال أو يوزن فلا يبعه حتى يقبضه، وأما غير ذلك فرخص فيه".

=====

الطور الثاني : طور النمو والتدوين:

وأما بداية القواعد الفقهية باعتبارها فناً مستقلاً، فقد تأخرت عن العصور المبكرة إلى عصر الفقهاء في إبان القرن الرابع الهجري، وما بعده من القرون.

وتفصيلاً لهذا القول يمكن أن نقول: إنه لما برزت ظاهرة التقليد في القرن الرابع الهجري، وازمحل الاجتهاد وتقاصرت الهمم في ذلك العصر مع وجود الثروة الفقهية العظيمة الوافية التي نشأت من تدوين الفقه مع ذكر أدلته وخلاف المذاهب وترجيح الراجح منها وبما خلفه الفقهاء من أحكام اجتهادية معللة، لم يبق للذين أتوا بعدهم إلا أن يخرجوا من فقه المذاهب أحكاماً للأحداث الجديدة .

أما الفروق فقد وجدوا أن من المسائل الفقهية ما يتشابه في الظاهر مما قد يظن أن له حكم واحد ولكنه في الحقيقة مختلف .

أما القواعد والضوابط فحينما كثرت الفروع والفتاوى بكثرة الوقائع والنوازل توسعوا في وضعها على هدي من سلفهم تدور في أبواب مختلفة من الفقه تضبط كثرة الفروع، وتجمعها في قالب متسق، لصيانتها من الضياع والتشتت كما فعل العلامة أبو الحسن الكرخي في رسالته، وأبو زيد الدبوسي في تأسيس النظر تحت عنوان الأصول.

ومما يشهد له التاريخ ويظهر ذلك بالتتابع والنظر، أن فقهاء المذهب الحنفي كانوا أسبق من غيرهم في هذا المضمار، ولعل ذلك للتوسع عندهم في الفروع، وأخذ بعض الأصول عن فروع أئمة مذهبهم، ومن ثم ترى الإمام محمداً — رحمه الله — في كتاب الأصل يذكر مسألة في فرع عليها فروعاً قد يعجز الإنسان عن وعيها والإحاطة بها.

ولعل أقدم خبر يروى في جمع القواعد الفقهية في الفقه الحنفي مصوغة بصيغها الفقهية المأثورة، ما رواه الإمام العلائي الشافعي (761هـ) والعلامة السيوطي (911هـ) وابن نجيم (970هـ) في كتبهم في القواعد: أن الإمام أبا طاهر الدباس من فقهاء القرن الرابع الهجري قد جمع أهم قواعد مذهب الإمام أبي حنيفة في سبع عشرة قاعدة كلية. وكان أبو طاهر — رحمه الله — ضريباً يكرر كل ليلة تلك القواعد بمسجده بعد انصراف الناس. وذكروا أن أبا سعد الهروي الشافعي قد رحل إلى أبي طاهر، ونقل عنه بعض هذه القواعد. **ومن جملتها القواعد الأساسية المشهورة، وهي:**

1- الأمور بمقاصدها. 2- اليقين لا يزول بالشك.

3- المشقة تجلب التيسير. 4- الضرر يزال.

5- العادة محكمة.

ومن أضاف إلى ثروة هذه المجموعة المتناقلة عن الإمام الكرخي هو الإمام أبو زيد الدبوسي (430هـ) في القرن الخامس الهجري .

أما بعد كتاب "تأسيس النظر" للدبوسي فلم نعث على أي كتاب في هذا العصر اللهم إلا كتاب الإمام علاء الدين محمد بن أحمد السمرقندي (540هـ) بعنوان "إيضاح القواعد" الذي ذكره صاحب هدية العارفين .

أما في القرن السابع الهجري، فقد برز فيه هذا العلم إلى حد كبير، وإن لم يبلغ مرحلة النضوج. وعلى رأس المؤلفين في ذلك العصر: العلامة محمد بن إبراهيم الجاجرمي السهلبي (613هـ)، فألف كتاباً بعنوان: "القواعد في فروع الشافعية" ثم الإمام عز الدين بن عبد السلام (660هـ) ألف كتابه "قواعد الأحكام في مصالح الأنام"، ومن فقهاء المالكية ألف العلامة محمد بن عبد الله بن راشد البكري القفصي (685هـ) كتاباً بعنوان "المذهب في ضبط قواعد المذهب".

أما القرن الثامن الهجري، فهو يعتبر العصر الذهبي لتدوين القواعد الفقهية ونمو التأليف فيها، تفوقت فيه عناية الشافعية لإبراز هذا الفن. ثم تتابعت هذه السلسلة في المذاهب الفقهية المشهورة.

ومن أهم وأشهر ما ألف في ذلك العصر الكتب التالية:

1- الأشباه والنظائر : لابن الوكيل الشافعي .

2- كتاب القواعد: للمقري المالكي (758هـ).

3- المجموع المذهب في ضبط قواعد المذهب: للعلائي الشافعي (761هـ).

4- الأشباه والنظائر: لتاج الدين السبكي (771هـ).

5- المنتور في القواعد : لبدر الدين الزركشي (794هـ).

وفي القرن التاسع الهجري أيضاً جدت مؤلفات أخرى على المنهاج السابق. فتجد في مطلع هذا القرن العلامة ابن الملقن (804هـ) صنف كتاباً في القواعد اعتماداً على كتاب الإمام السبكي، وما سواه من الكتب التي نسجلها كما يلي:

1- أسنى المقاصد في تحرير القواعد: لمحمد بن محمد الزبيري (808هـ).

2- القواعد والضوابط : لابن عبد الهادي (880هـ).

ونستطيع أن نقول من خلال النظر في بعض تلك المؤلفات التي عثرنا عليها:

إن الجهود في هذا الفن تتالت على مرور الأيام، وإن ظل بعضها مقصوراً وعالة على ما سبقها من الجهود في القرن الثامن الهجري، خاصة عند الشافعية.

ويبدو أنه رقى النشاط التدويني لهذا العلم في القرن العاشر الهجري حيث جاء العلامة السيوطي (910هـ)، وقام باستخلاص أهم القواعد الفقهية المنتثرة المبددة عند العلائي والسبكي والزرکشي وجمعها في كتابه " الأشباه والنظائر " ، كما قام العلامة أبو الحسن الزقاق التجيبي المالكي (912هـ) بنظم القواعد الفقهية بعد استخراجها وإفرازها من كتب السابقين مثل الفروق للقرافي وكتاب القواعد للمقري.

وكذلك العلامة ابن نجيم الحنفي (970هـ) ألف على طراز ابن السبكي والسيوطي كتابه الأشباه والنظائر".

=====

الطور الثالث : طور الرسوخ والتنسيق :

قد علمنا أن القواعد الفقهية دارت في أول نشأتها على ألسنة المتقدمين من كبار التابعين وأئمة الاجتهاد، ثم تناقلها تلاميذهم، والفقهاء الذين تبعوهم، وهم يعملون الفكر فيها وينقحوها، ويزيدون فيها، وينقصون منها، إلى أن جرى تدوينها واتضحت معالمها. لكن القواعد على الرغم من تلك الجهود المتتابعة الكثيرة ظلت متفرقة ومبددة في مدونات مختلفة. وتضمنت تلك المدونات بعض الفنون الفقهية الأخرى مثل الفروق والألغاز، وأحياناً تطرقت إلى بيان بعض القواعد الأصولية، فلم يستقر أمرها تمام الاستقرار إلى أن وضعت مجلة الأحكام العدلية على أيدي لجنة من فحول الفقهاء في عهد السلطان

الغازي عبد العزيز خان العثماني في أواخر القرن الثالث عشر الهجري ليعمل بها في المحاكم التي أنشئت في ذلك العهد.

وكان من يقظة هؤلاء الفقهاء وذكائهم أنهم وضعوا القواعد الفقهية في صدر هذه المجلة بعد جمعها واستخلاصها من المصادر الفقهية وبعض المدونات التي سجلت فيها تلك القواعد مثل الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ومجامع الحقايق للخادمي.

بعد هذه الجولة القصيرة مع الأطوار الثلاثة، التي بدأ فيها تطور القواعد حتى تم وتنسق، ينبغي لفت النظر إلى بعض الملحوظات:

1- إن القواعد التي جاءت في كتب القواعد والمدونات الفقهية الأخرى ليست كلها قواعد عامة، بل كثير منها قواعد مذهبية، تنسجم مع مذهب دون مذهب آخر.

2- إن كثيراً من القواعد المدونة وردت قديماً في عبارات وقوالب مفصلة. وكانت تعوزها الصياغة الرصينة القويمة، فاكتسبت صياغتها بعد المزاولة والمداولة.

وعلى سبيل المثال: فإن القاعدة المشهورة في كون الإقرار إنما يلزم صاحبه المقر، ولا يسري حكمه على غيره ترى نصها المتداول بكتب المتأخرين وبالمجلة بعنوان "الإقرار حجة قاصرة"، في حين أننا نجد هذه القاعدة عند الإمام الكرخي بالنص التالي:

الأصل: " أن المرء يعامل في حق نفسه كما أقر به، ولا يصدق على إبطال حق الغير، ولا بإلزام الغير حقاً".

3- وإضافة إلى ذلك فإن بعض القواعد التي اصطبغت بصبغة علمية وصياغة رشيقة، نجدها قد تحتاج إلى إعادة النظر في صياغتها من حيث كونها ناقصة أو مطلقة تحتاج

إلى إتمام وتقييد أو حذف وتعديل ، **ومثال ذلك :**

أ/ قاعدة: " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان"، قد اتفقت كلمة الفقهاء والأصوليين على أن الأحكام التي تتبدل بتبدل الزمان والأعراف هي الأحكام الاجتهادية المبنية على العرف والمصلحة، ومجرد تعبير الأحكام هنا تعبير موهم، فالأولى أن توضح القاعدة بزيادة كلمة أو بتبديل بأوضح فيقال: " لا ينكر تغير الأحكام المبنية على المصلحة والعرف بتغير الزمان". والله أعلم.

4- إن القواعد الفقهية لم تظهر دفعة واحدة. فإن الفقهاء بدأوا تقييدها من عهود أولى فكلما وصلت أفكارهم إلى شيء وتبلورت صاغوها في شكل القاعدة مما يسر لهم جمعها في الأخير.

الفصل الثالث

نظرة عامة حول مصادر القواعد الفقهية والمؤلفين لها
المبحث الأول : مصادر القواعد الفقهية في المذهب الحنفي

1- أصول الكرخي (260هـ-340هـ):

المؤلف: هو عبيد الله بن الحسن بن دلال الشهير بأبي الحسن الكرخي — من أهل كرخ جُدان، قرية بنواحي العراق سكن بغداد، ودرس بها. انتهت إليه رئاسة الحنفية بالعراق. ومع غزارة علمه وكثرة روايته عظيم العبادة صبوراً على الفقر عزوفاً عما بأيدي الناس. **من آثاره العلمية:** هذه الرسالة اللطيفة التي نحن بصدد دراستها و"شرح الجامع الصغير" و"شرح الجامع الكبير" للإمام محمد.

تعد رسالة الإمام أبي الحسن الكرخي أول (مصادر القواعد الفقهية) ، وهذه المجموعة من القواعد في شكل رسالة موجزة، شرحها الإمام نجم الدين النسفي (537هـ) وأوضحها بالأمثلة والشواهد.

ومنهج المؤلف في هذه الرسالة أن يبدأ كل قاعدة بعنوان "الأصل". وقد بلغت ستاً وثلاثين قاعدة (أصلاً).

وإليك بعض النماذج من هذه القواعد:

- 1- الأصل: أن ما ثبت باليقين لا يزول بالشك.
- 2- الأصل أن السؤال أو الخطاب يمضي لما عم وغلب لا على ما شذ وندر".
- 3- الأصل أنه إذا أمضى (الحكم) بالاجتهاد لا يفسخ باجتهاد مثله ويفسخ بالنص".

فإذا نظرت إلى القواعد المذكورة وقارنت بينها وبين القواعد المتداولة في العصور الأخيرة، وجدت هناك خلافاً يسيراً في الصياغة بين هذه وتلك، فقله: " أن السؤال أو الخطاب يمضي على ما عم وغلب لا على ما شذ وندر"، وردت هذه القاعدة في كتب المتأخرين وفي "المجلة" بعنوان " العبرة للغالب الشائع لا للنادر".

وكذلك " إذا أمضى بالاجتهاد لا يفسخ " الخ. يماثل القاعدة المشهورة في المجلة " الاجتهاد لا ينقض بمثله".

وليس هناك ما ينص على أن الكرخي هو الذي استنبطها ووضعها، بل ربما استخلصها من كتب الإمام محمد بن الحسن التي تناثر فيها بعض تلك القواعد .

2- تأسيس النظر، لأبي زيد الدبوسي (430هـ):

المؤلف: هو عبيد الله بن عمر بن عيسى، القاضي، أبو زيد الدبوسي — بفتح الدال المهملة وضم الباء المنقوطة بنقطة واحدة.. نسبة إلى الدبوسية وهي بلدة بين بخارى وسمرقند ، وله مؤلفات نافعة منها: " النظم في الفتاوى " ، " تقويم الأدلة " وأجلها "الأسرار" في أصول الفقه. توفي ببخارى.

يعد هذا الكتاب من أنفس ما أنتجه الفقهاء في بداية القرن الخامس الهجري ،وهو أول كتاب ظهر في الفقه الموازن قبل أن يكون أول كتاب في القواعد الفقهية وقد اشتمل الكتاب على ست وثمانين قاعدة. ومعظم هذه القواعد قواعد مذهبية. ورتبه على ثمانية أقسام ولكل قسم ثمانية أبواب وذكر لكل باب قواعد بعنوان "الأصول" على نمط الكرخي وغيره ، ومن الأمثلة على ذلك :

1- " الأصل عند أبي حنيفة أنه متى عرف ثبوت الشيء من طريق الإحاطة والتيقن لأي معنى كان، فهو على ذلك ما لم يتيقن بخلافه، كمن تيقن الطهارة، وشك في الحدث، فهو على طهارته. وكمن تيقن الحدث، وشك في الطهارة، فهو على الحدث ما لم يتيقن الطهارة وعند الإمام القرشي أبي عبد الله الشافعي رضي الله عنه وأرضاه . كذلك.

2- " الأصل عند أبي حنيفة — رضي الله عنه وأرضاه — أن الإذن المطلق إذا تعرى عن التهمة والخيانة لا يختص بالعرف. وعندهما (الصاحبين) يختص".

منها: " أن الوكيل بالبيع إذا باع بما عز وهان وبأي ثمن كان جاز عند أبي حنيفة لأن الإذن مطلق، والتهمة منتفية فلا يختص بالعرف. وعندهما، وعند أبي عبد الله يختص".

3- الأشباه والنظائر، لابن نجيم (970هـ):

المؤلف: هو العلامة زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الشهير بابن نجيم، الحنفي، المصري، أحد الأعلام الثقات في العلم والتقوى في القرن العاشر الهجري. ألف رسائل فقهية وأصولية ووضع شروحاتاً للمتون في الفقه الحنفي منها: " شرح كنز الدقائق وسماه بالبحر الرائق " وهو أجل مؤلفاته لكن وافاه الأجل قبل أن يكمله فقد وصل فيه إلى الدعوى والبيانات " وشرح المنار " لحافظ الدين النسفي في الأصول وأسماء " فتح الغفار في شرح

المنار " وكذلك اختصر التحرير للإمام ابن الهمام وسماه " لب الأصول " وله تعليق على الهداية وما سواها من الكتب المفيدة الأخرى .

أما الكتاب فهو من أشهر المؤلفات بالقواعد الفقهية تحت عنوان الأشباه والنظائر، وهو قرين لكتاب العلامة السيوطي " الأشباه والنظائر " في اسمه، وصيته، وخصائصه.

وضعه المؤلف على غرار الأشباه والنظائر للعلامة تاج الدين السبكي .

وبلغ عدد القواعد الفقهية خمساً وعشرين عند ابن نجيم، جمعها في الفن الأول من الكتاب، وسلك مسلكاً بديعاً في ذكرها، **فقد صنفها في نوعين:**

1- قواعد أساسية: وهي الأمور بمقاصدها، الضرر يزال، العادة محكمة، اليقين لا

يزول بالشك، والمشقة تجلب التيسير، لا ثواب إلا بالنية.

2- تسع عشرة قاعدة أقل اتساعاً وشمولاً للفروع مما سبق، ولكن لها قيمتها

ومكانتها في الفقه الإسلامي، من أمثلة هذا النوع:

(أ) " الاجتهاد لا يُنقض بالاجتهاد.

(ب) إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام.

(ج) تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة.

وعلى هذه الشاكلة تجد القواعد المذكورة بالكتاب قواعد فقهية مشهورة قد سبق ذكرها بكتب المتقدمين والمؤلفين في هذا العلم قبل ابن نجيم وكان من عمل المؤلف انتقاؤها وتنسيقها تنسيقاً جديداً وربطها بفروع فقهية كثيرة في المذهب الحنفي.

وبما أن الكتاب احتوى على ذخيرة ثمينة ومادة دسمة من فروع المذهب، أكب عليه علماء المذهب درساً وتدريساً، وتتابع في فترات مختلفة تعليقات وشروح تخدم هذا الكتاب. فقد أرى عددها على (25) ما يتراوح بين شرح للكتاب واستدراك عليه.

=====

المبحث الثاني مصادر القواعد الفقهية في المذهب المالكي

1- الفروق للقرافي (684هـ)

المؤلف: هو الإمام أبو العباس أحمد بن أبي العلاء إدريس بن عبد الرحمن، الصنهاجي (نسبة إلى قبيلة صنهاجة من برابرة المغرب)، المصري الملقب بشهاب الدين، الشهير بالقرافي (نسبة إلى القرافة: المحلة لمجاورة لقبر الإمام الشافعي)، انتهت إليه رئاسة الفقه على مذهب الإمام مالك . وكان إمام بارع في الأصول والفقه ومن المجتهدين . اتسمت مؤلفاته كلها بالابتكار من حيث التحقيق والاستنباط، منها " الفروق " و " الإحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام " وكتاب " الاستغناء في أحكام الاستثناء " .

هذا الكتاب من أروع ما أنتجه الفقه الإسلامي . أتى فيه المؤلف العقباني بما لم يسبق إليه، فقد امتاز ببيان الفروق بين القواعد .

هذا الكتاب استخلص فيه المؤلف ما نثره بكتابه السابق بالفقه: " الذخيرة " من القواعد والضوابط عند تعليل الأحكام غير أنه زاد وتوسع هنا في بيان ما أجمله هناك وجمع به المؤلف خمسمائة وثمانية وأربعين قاعدة، مع إيضاح كل قاعدة بما يناسبها من الفروع .

وهنا لا بد من ملاحظة أمرين:

- 1- الظاهر أن مفهوم القاعدة عند المؤلف في هذا الكتاب أشمل مما حُدد في الاصطلاح كما سلف بيانه . فإنه يطلق " قاعدة " على ضوابط وأحكام أساسية .
- 2- هناك بعض القواعد في الكتاب ما لم يسلم له، وتناولها بعض العلماء بالنقد والتعقيب والاستدراك، كما صنع ذلك العلامة ابن الشاط (727هـ) في كتابه " أنوار البروق في تعقب مسائل القواعد والفروق " .

وكثيراً ما نجد المؤلف يعرض بعض المباحث الفقهية بعنوان القواعد، ويجلو الفرق بينها،

ومن هذا القبيل الأمثلة التالية:

- 1- الفرق بين قاعدة خيار المجلس وقاعدة خيار الشرط .
- 2- الفرق بين قاعدة القرض وقاعدة البيع .
- 3- الفرق بين قاعدة الصلح وغيره من العقود .

وأما القواعد الفقهية ، فنجدها متناثرة في فصول مختلفة من الكتاب، يوردها المؤلف عند

تعليل بعض الأحكام وتوجيه رأي من الآراء الفقهية، نقدم هنا نماذج منها:

1- لا يبطل عقد من العقود إلا بما ينافي مقصود العقد دون ما لا ينافي مقصوده".
وصاغ هذه العبارة في موضع آخر في صورة " قاعدة" فقال: القاعدة: "كل عقد لا يفيد مقصوده يبطل".

2- إن الأحكام المترتبة على العوائد تتبع العوائد وتتغير عند تغييرها.

3- القاعدة: أنه "يقدم في كل ولاية من هو أقوم بمصالحها".

2- " القواعد"، للمقري المالكي (758هـ):

المؤلف: هو العلامة المتفنن محمد بن محمد بن أحمد المقري (نسبة إلى "مقرة" وهي قرية من قرى إفريقية)، المكنى بأبي عبد الله.
خلف آثاراً علمية في عدة فنون: منها: "كتاب " القواعد" ، ، وله كتاب " المحاضرات" ،
و" رحلة المتبتل" .

والكتاب المذكور هو الكتاب الثاني بعد الفروق للقرافي بالقواعد الفقهية عند المالكية ولعله أوسع كتب القواعد عند المالكية، وبحث فيه مسلك الإمام مالك وأصحابه مع الموازنة بمذهبي الحنفية والشافعية بكثير من القواعد ومسائلها مع التعرض أحياناً لأقوال الحنابلة أيضاً ولكن المؤلف لم يتوسع في بيانها وشرحها

وفيما يلي نقدم نماذج من القواعد حتى يتبين لنا مسلك المؤلف وطريقته في التأليف على الوجه الصحيح :

ق : الاحتياط في الخروج من الحرم إلى الإباحة أشد منه في العكس ، لأن التحريم يعتمد المفاسد فيشتد له ..

ولهذا أوجب المالكية الطلاق بالكنايات وإن بعدت، ولم يجيزوا النكاح إلا بلفظه، أو بما يقرب منه في هذا المعنى.

وبجانب تلك القواعد نسرد فيما يلي بعض القواعد التي تعرض لذكرها معظم الكتب التي ألفت في القواعد:

1. المستقدر شرعاً كالمستقدر حساً"

يتفرع على ذلك: أن استرجاع الصدقة بعد إهدائها لا يرتضيه الشرع كما أن الكلب يقيء ثم يعود في قيئه فالحس يشمئز من ذلك.

2. ما يعاف في العادات يكره في العبادات:

كالأواني المعدة بصورها للنجاسات، والصلاة في المراحيض والوضوء بالمستعمل.

3. إذا اتحد الحق سقط بإسقاط أحد المستحقين"

وبناء على ذلك إذا عفا مستحق القصاص عن بعضه أو عفا بعض المستحقين سقط كله، لأن هذا الحق يعتبر متحداً لا يتبعض.

3- إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك للونشريسي (914).

المؤلف: أحمد بن يحيى بن محمد التلمساني الونشريسي المكنى بأبي العباس .

له آثار علمية نافعة تدل على تمكنه من الفقه المالكي منها قواعد المذهب والفائق في الوثائق لم يكمل وهذا الكتاب من أشهر ما ألف في قواعد المذهب المالكي يتضمن الكتاب مائة وثمانية عشرة قاعدة ومعظم القواعد المذكورة في الكتاب هي قواعد مذهبية تخدم المذهب المالكي وقد أوردها المؤلف بصيغ استفهامية باعتبار أنها ليست مما يتفق عليها بين العلماء بل إنها قواعد خلافية وقد يتعرض لبعض القواعد وهي متفق عليها بين المذاهب الفقهية بصيغة استفهامية أيضاً وذلك فيما يبدو أن المؤلف يهدف فيها إلى تشحيذ الأذهان ، ومن الأمثلة على ذلك :

العصيان هل ينافي الترخص أم لا؟

وهذا ما عبر عنه **الشافعية** وغيرهم بصيغة الجزم، فقالوا: الرخص لا تناط بالمعاصي، خلافاً **لفقهاء الحنفية** ، وفي بعض الأحيان يعرض القاعدة في صيغة جملة خبرية إيجاباً منه بأن القاعدة مسلمة لا خلاف فيها بين الفقهاء على سبيل المثال قوله : " إذا اجتمع ضرران اسقط الأصغر للأكبر " .

ومما يلاحظ على المؤلف أنه أورد بعض القواعد في صيغ مطولة وملتوية عكس ما تواضع عليه المؤلفون من ذكر القواعد في صيغ وجيزة محكمة وقد أغفل ذكر بعض القواعد المهمة مثل الأمور بمقاصدها ، والعادة محكمة ، والضرر يزال ، والحدود تسقط

بالشبهات ، وربما أن ذلك راجع إلى أن هذه القواعد قواعد شائعة مشهورة وإنما كان من غرض المؤلف التنبيه على بعض القواعد المغمورة التي لا يفتن إليها كثير من الناس ، وما يلاحظ على المؤلف هو سكوته عن ذكر بعض المصادر التي عول عليها في تأليف الكتاب وأخيراً نعتزف بأن المؤلف حرر بعض القواعد تحريراً دقيقاً ، **وإليك قدراً يسيراً كنماذج من القواعد :**

1- "الشك في النقصان كتحققه"

ومن ثم لو شك أصلي ثلاثاً أم أربعاً؟ أتى بالركعة الرابعة .

2- "دراً المفاسد أولاً من جلب المصالح"

=====

المبحث الثالث

مصادر القواعد الفقهية في المذهب الشافعي

1- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، لعز الدين بن عبد السلام(577هـ-660هـ) :

المؤلف: هو الإمام عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، الملقب بسُلطان العلماء، والملقب له هو الشيخ ابن دقيق العيد.

غرض المؤلف لم يكن جمع القواعد الفقهية وتنسيقها على نمط معين، **فقال:** " الغرض بوضع هذا الكتاب بيان مصالح الطاعات، والمعاملات، وسائر التصرفات، لسعي العباد في تحصيلها، وبيان المخالفات لسعي العباد في درئها".

وموضوع الكتاب يدور حول القاعدة الشرعية الأساسية " جلب المصالح ودرء المفاسد" وأما القواعد الفقهية الأخرى فمردّها إلى هذه القاعدة العامة.

بعض القواعد التي تضمنها الكتاب في مباحث وفصول مختلفة:

الأصل أن تزول الأحكام بزوال عللها.

1- من كلف بشيء من الطاعات فقدر على بعضه وعجز عن بعضه، فإنه يأتي بما قدر عليه ويسقط عنه ما يعجز عنه".

أورد القاعدة بموضع آخر بصيغة مركزة محكمة فقال "لا يسقط الميسور بالمعسور".

3- ما أحل لضرورة أو حاجة يقدر بقدرها ويزال بزوالها .

2- كتاب الأشباه والنظائر: لابن الوكيل الشافعي (716هـ):

هو محمد بن عمر بن مكي، الملقب بصدر الدين، المكنى بأبي عبد الله بن المرّجل، وكان يعرف في الشام بابن الوكيل المصري.

ومن آثاره العلمية: الأشباه والنظائر، وله نظم رائع وشعر فائق جمعه في ديوان سماه " طراز الدرر".

الكتاب الذي بين أيدينا هو أول مؤلف في موضوعه باسم الأشباه والنظائر، وليس يعني أن ابن الوكيل أول من ارتاد الطريق إلى الكتابة بهذا العنوان، وإنما سبقه غيره من أهل التفسير ولكن في الفقه الإسلامي له الأسبقية في التأليف بهذا العنوان.

وقد ذكر المحققون أن هذا الكتاب لم يتمكن المؤلف من تحريره، وإنما تركه نبذاً متناثرة. و لعل السبب في ذلك أنه ألفه في حالة السفر.

والذي حرره وهذبه هو ابن أخيه زين الدين (738هـ) وزاد فيه بعض الزيادات، وميز تلك الزيادات من الأصل بقوله: "قلت". "وينطوي الكتاب على زمرة من القواعد الأصولية والفقهية، وليست القواعد فيه سواء أكانت فقهية أم أصولية على النمط المؤلف عند المتأخرين في حسن عبارتها، وجودة صياغتها.

وإليك بعض النماذج من الكتاب:

1- بدأ الكتاب بمبحث أصولي تحت عنوان " قاعدة" وهي: " إذا دار فعل النبي p بين أن يكون جبلياً وبين أن يكون شرعياً، فهل يحمل على الجبلي لأن الأصل عدم التشريع، أو على الشرعي لأنه p . بعث لبيان الشرعيات".

2- القادر على بعض الواجب في صور: **منها:** يجب على القادر على بعض الماء استعماله". فقد بحث فيه ما يتعلق بالقاعدة المشهورة " الميسور لا يسقط بالمعسور".

3- وقال " احتمال أخف المفسدتين لأجل أعظمهما هو المعتمد في قياس الشرع".

3- المجموع المذهب في قواعد المذهب " للعلائي (761هـ):

المؤلف: هو الإمام الحافظ خليل بن كيّكلدي، الملقب بصلاح الدين، المكنى بأبي سعيد، العلائي الشافعي.

وله مصنفات منها: هذه القواعد المشهورة، وكتاب في " المدلسين " ، و"تلقيح الفهوم في صيغ العموم" ، وهذا الكتاب من أنفس الكتب التي ألفت في القرن الثامن وهو يجمع بين قواعد أصول الفقه وقواعد فقهية .

وما سوى القواعد الأساسية الكبرى فإن الكتاب لا يحمل طابع القواعد الفقهية، فإنها قليلة جداً، وربما لا يتجاوز عددها عشرين قاعدة على أكبر تقدير، اقتبس معظمها من الأشباه والنظائر لابن الوكيل وتناولها بالتنقيح والتعديل. **وإليك بعض النماذج منها:**

- 1- إذا اجتمع حظر وإباحة غُلبَ جانب الحظر.
- 2- قاعدة: في الشبهات الدائرة للحدود.
- 3- كل من وجب عليه شيء ففات لزمه قضاؤه تداركاً لمصلحته.

=====

المبحث الرابع **مصادر القواعد الفقهية في المذهب الحنبلي**

1- القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية (661هـ-728هـ):

المؤلف: هو الإمام تقي الدين، أبو العباس، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله ابن تيمية الحراني، وغرض المؤلف سوق القواعد على النمط المؤلف تحت هذا العنوان ولم يخل الكتاب عن بعض القواعد المهمة التي لها شأن بالفقه الإسلامي.

ولا يتسع لنا المجال هنا أن نفصل الأمثلة لذلك، وإنما يكفي أن نسجل عبارات جاءت قواعد معروفة مضبوطة في الفقه الإسلامي، منها:

- 1- كل ما كان حراماً بدون الشرط: فالشرط لا يبيحه كالربا وكالوطء في ملك الغير وكثبوت الولاء لغير المعتق، وأما ما كان مباحاً بدون الشرط: فالشرط يوجبه كالزيادة في المهر والتمن والرهن، وتأخير الاستيفاء.
- 2- الأصل في العقود رضی المتعاقدين وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد.

2- القواعد الفقهية ، المنسوبة إلى ابن قاضي الجبل (771هـ).

ابن قاضي الجبل: هو أحمد بن الحسن بن عبد الله، الشهير بابن قاضي الجبل، له مصنفات منها: "كتاب المناقلة في الأوقاف وما في ذلك من النزاع والخلاف".

هذا الكتاب الذي بين أيدينا إنما هو نتف فقهية مبعثرة تضمنت بعض القواعد الفقهية، وأحياناً نجده يذكر القاعدة أولاً ثم يتبعها الفروع المتعلقة بها ، ومن القواعد التي يمكن أن نسجلها كنماذج في الكتاب ما يلي:

1- ما ثبت للضرورة أو الحاجة يقدر الحكم بقدرها.

2- يسقط الواجب بالعجز.

3- الممنوع شرعاً كالممنوع حساً.

وذكر من فروعها: إذا كان معه إناءان مشتبهان نجس وطاهر، فعندنا ممنوع من التحري شرعاً، ويجب عليه التيمم على الصحيح من المذهب، فيكون ذلك كالممنوع فيهما حساً ومثال الحسي أن يحول بينه وبين الماء عدو أو حيوان مفترس.

3-تقرير القواعد وتحريير الفوائد، المشهور بـ " القواعد"، لابن رجب الحنبلي (795هـ)

المؤلف: العلامة عبد الرحمن بن شهاب، الشهير بابن رجب الحنبلي. له مؤلفات منها :

"جامع العلوم والحكم" ، و"الاستخراج لأحكام الخراج" ، و"الذيل على طبقات الحنابلة" أما الكتاب فهو من أنفس وأحفل الكتب للقواعد في الفقه الحنبلي ،

وإليك نبذة من الأمثلة المتنوعة للقواعد تكشف عن منهج الكتاب:

1- من تعجل حقه أو ما أبيح له قبل وقته على وجه محرم عوقب بحرمانه".

2- يقوم البديل مقام المبدل ويسد مسده، ويبيح حكمه على حكم مبدله".

3- من أتلف شيئاً لدفع أذاه له لم يضمه وإن أتلفه لدفع أذى به ضمنه".

وفي بعض المواضع يبدأ القاعدة بصيغة استفهامية للتنبيه على موضع الخلاف فيها .

القواعد الخمس الفقهية الكبرى

1- الأمور بمقاصدها:

الأمر : جمع أمر وهو لفظ عام للأفعال والأقوال كلها **ومنه قوله تعالى** { وإليه يُرجع الأمر كله } { وما أمر فرعون برشيد } **أي** : ما هو عليه من قول أو فعل .

والمقاصد : جمع مقصد من القصد ، **ومعناه** الاعتزام ، والتوجه ، والقصد يأتي بمعنى النية وهو المعنى المراد هنا .

والمراد هنا أحكام الأمور بمقاصدها باعتبار أن علم الفقه يبحث عن أحكام الأشياء لا عن ذواتها ، ولذا أوضحت المجلة القاعدة بقولها يعني أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر .

هذه القاعدة من أهم القواعد بالفقه الإسلامي وقد أولاها الفقهاء عناية بالغة فأفاضوا بشرحها والتفريع عليها، لأن شرطاً كبيراً من الأحكام الشرعية يدور حول هذه القاعدة.

أدلة القاعدة :

● **والأصل فيها قوله - ρ - :** " إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى، فمن

كانت هجرته إلى الله ورسوله، فهجرته إلى الله ورسوله. ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها، فهجرته إلى ما هاجر إليه".

وقد اتفقت كلمة المحدثين والفقهاء على جلالة شأن هذا الحديث، ولذلك درجوا على أن يستهلوا به كتب الحديث، وقال بعضهم ينبغي أن يجعل هذا الحديث رأس كل باب. وقال ابن رجب - رحمه الله - : " هاتان كلمتان جامعتان وقاعدتان كليتان، لا يخرج عنهما شيء".

● **يقول الله تعالى:** " ومن يخرج من بيته مهاجراً إلى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد

وقع أجره على الله، وكان الله غفوراً رحيماً".

ففي هذه الآية إرشاد وتوجيه إلى إخلاص القصد والإرادة.

● **وقوله تعالى** " وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم".

فلغو اليمين لا كفارة فيه ، لأنه مما جرى على اللسان عفواً من غير قصد بالقلب.

● **ومنها ما روي في صحيح البخاري** " عن أبي موسى قال: جاء رجل إلى النبي ρ

فقال: يا رسول الله ! ما القتال في سبيل الله، فإن أحدنا يقاتل غضباً، ويقاتل

حمية، فرفع إليه رأسه — قال: " وما رفع إليه رأساً إلا أنه كان قائماً — فقال: من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا، فهو في سبيل الله".

- **ومن شواهد القاعدة** جاء في حديث طويل قوله ρ: "يبعثهم الله على نياتهم".
- **وبصحيح البخاري** حديث سعد ابن أبي وقاص عن رسول الله ρ: " إنك لن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله، إلا أجزت عليها، حتى ما تجعل في في امرأتك".
- **وعن أبي مسعود** ρ ، عن النبي ρ قال: " إذا أنفق الرجل على أهله يحتسبها، فهو له صدقة".

وقرر كثير من العلماء أن هذه القاعدة " الأمور بمقاصدها " تمثل قاعدة النية بجملة معانيها ولذلك أدرجوا قواعد تتعلق بالنية تحت هذه القاعدة كقولهم " شرعت النية لتمييز العبادات عن العادات ولتمييز مراتب العبادات بعضها عن بعض وكل نية تجب مقارنتها "

وإذا أخذنا القاعدة بهذا الاعتبار فلا شك أنها سوف تتضمن مواضيع واسعة ليس من الميسور الإحاطة بها ولذلك يقول تاج الدين السبكي رحمه الله وقاعدة النية طويلة الذيل متسعة الأنحاء .

وبناء على ذلك المفهوم الشامل للقاعدة تدخل تحتها أبواب العبادات برُمَّتها لأن النية المعيار والأساس بصحتها فإنها تعتبر بالوضوء والغسل والتميم وبالاعسال المسنونة والصلوات جميعها سواء كان فرض عين أو فرض كفاية أو سنة أو نافلة مطلقة والزكاة والصدقة وفرض الصيام ونفله والحج والعمرة والضحايا والهدايا والذور والجهاد والعنق والتدبير والكتابة بمعنى أن حصول الثواب بهذه الأربعة يتوقف على قصد التقرب بها إلى الله .

ويسري هذا المعنى لسائر المباحات إذا قصد بها التقوي على العبادة أو التوصل إليها كالأكل والنوم واكتساب المال .

وكذلك النكاح إذا قصد به الإعفاف أو الرغبة في الذرية الصالحة .

فروع وتطبيقات على القاعدة :

1- من قتل غيره بلا مسوغ شرعي "إذا كان عامداً فلفعله حكم وإذا كان مخطئاً فلفعله حكم آخر".

2- ومن قال لغيره: "خذ هذه الدراهم ، فإن نوى التبرع كان هبة ، وإلا كان قرضاً واجب الإعادة ، أو أمانة وجب عليه حفظها ، وإلا كان ضامناً . فصورة الإعطاء واحدة ولكن المقاصد من وراء ذلك مختلفة فتترتب الأحكام تبعاً لتلك المقاصد والأهداف .

3- ومن التقط لقطعة بقصد أخذها لنفسه كان غاصباً عليه ضمانها إذا تلفت في يده ، ولو التقطها بنية حفظها وتعريفها وردها لصاحبها متى ظهر كان أميناً ، فلا يضمنها إذا هلكت بلا تعدد منه عليها أو تقصير في حفظها .

=====

2- " الضرر يزال ":

هذه القاعدة من أهم القواعد وأجلها شأنًا في الفقه الإسلامي. ولها تطبيقات واسعة في مختلف المجالات الفقهية.

وأصلها: قوله ρ : "لا ضرر ولا ضرار"، الذي يعد من جوامع كلمه ρ ، وقد سار مسير القواعد الفقهية الكلية.

والضرر: إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً، **والضرار:** إلحاق مفسدة بالغير لا على وجه الجزاء المشروع.

وهذه القاعدة التي تعبر عن معنى الحديث قد ذكرت الأدلة من الكتاب والسنة على بيانها وتأييدها وأجاد الإمام الشاطبي بقوله بأن الحديث المذكور " لا ضرر ولا ضرار".

حيث إن الضرر والضرار مبثوث منعه في الشريعة كلها في وقائع جزئيات وقواعد كلييات:

كقوله تعالى: " ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا"، " ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن". ، " لا تضار والدة بولدها... الآية. ، ومنه النهي عن التعدي على النفوس والأموال، والأعراض، وعن الغصب والظلم، وكل ما هو في المعنى إضرار أو ضرار، ويدخل تحته الجنائية على النفس، أو العقل، أو النسل، فهو معنى في غاية العموم في الشريعة لا وراء فيه ولا شك.

ومن أدلتها أيضاً:

قوله تعالى: (وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا..) الآية، **وقوله تعالى:** (الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان). فالتنبيه على منع الإضرار وتحريمه في القرآن الكريم يدل على خطورة هذا الموضوع، وأن نفي الضرر كان أمراً معنياً به في كل صغير وكبير.

وما رواه أهل السنن: أن رجلاً كانت له شجرة في أرض غيره، وكان صاحب الأرض يتضرر بدخول صاحب الشجرة، فشكا ذلك إلى النبي p ، فأمره أن يقبل منه بدلها أو يتبرع له بها، فلم يفعل، فأذن لصاحب الأرض قلعها، وقال لصاحب الشجرة: "إنما أنت مضار". فهذه القضية مما يفصل قوله p : "لا ضرر ولا ضرار".

وقال تعالى: (وأحسنوا إن الله يحب المحسنين).

وفي حديث عن النبي p أنه قال: "إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، وليحد أحدكم شفرته وليح ذبيحته".

فهذه من مظاهر الشفقة والرحمة، وتبرهن على نفي الضرر والضرار .

فروع وتطبيقات على القاعدة :

- 1- لو انتهت مدة إجارة الأرض الزراعية قبل أن يستحصد الزرع ، تبقى في يد المستأجر بأجر المثل حتى يستحصد ، منعاً لضرر المستأجر بقلع الزرع قبل أوانه .
- 2- كذلك لو باع ثمر نخل والمشتري إذا ارتقى ليقطع الثمر يطلع على عورات الجيران ، يؤمر بأن يخبرهم وقت الارتقاء ليستتروا مرة أو مرتين ، فإن فعل وإلا رفع إلى الحاكم ليمنعه من الارتقاء .
- 3- ويجوز حبس المشهورين بالدعارة والفساد حتى تظهر توبتهم ، ولو لم يثبت عليهم جرم معين بطريق قضائي دفعاً لشهرهم .

3. العادة محكّمة:

من القواعد التي ترجع إلى نصوص من القرآن الكريم والسنة المطهرة هذه القاعدة المشهورة الأساسية، فالعرف والعادة لهما نصيب بتغير الأحكام حسب تغيرهما، وعليهما يتركز كثير من الأحكام والفروع الفقهية.

والعادة في اللغة: مأخوذة من العود أو المعاودة بمعنى التكرار .

ومحكمة في اللغة : اسم مفعول من التحكيم ومعنى التحكيم القضاء والفصل بين الناس أي أن العادة هي المرجع للفصل عند التنازع .

وأما معنى "العادة محكمة" في الاصطلاح : أن للعادة في نظر الشارع حاكمية تخضع لها أحكام التصرفات فتثبت تلك الأحكام على وفق ما تقضي به العادة أو العرف إذا لم يكن هناك نص شرعي مخالف لتلك العادة .

قال الإمام القرطبي: " العرف والمعروف والعارفة: كل خصلة حسنة ترتضيها العقول وتطمئن إليها النفوس".

أدلة القاعدة :

- **قوله تعالى:** (ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف).
- **قوله سبحانه:** (وعاشروهن بالمعروف).
- **وقال تعالى:** "لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْإِيمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ" تنازع العلماء في ذلك هل هو مقدر بالشرع أو يرجع فيه العرف وكذلك تنازعوا في نفقة الزوجة والراجع بهذا كله أن يرجع فيه إلى العرف .

- **قوله تعالى:** " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَيْسَ تَأْذِنُكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِنْ قَبْلِ صَلَاةِ الْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُمْ مِنَ الظَّهْرِ وَمِنْ بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ ثَلَاثُ عَوْرَاتٍ لَكُمْ"

جاء في تفسير القرطبي: "أدب الله تعالى عباده في هذه الآية.. يستأذنون على أهلهم في هذه الأوقات الثلاثة، هي الأوقات التي تقتضي عادة الناس الانكشاف".

- **ومن السنة :** قضاء النبي P فيما رواه حرام بن محيصة عن أبيه: " أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل فأفسدته، فقضى رسول الله P على أهل الأموال حفظها بالنهار، وعلى أهل المواشي حفظها بالليل".

ذهب الفقهاء مستنديين إلى هذا الحديث إلى أن ما أفسدت الماشية بالنهار من مال الغير فلا ضمان على أهلها، وما أفسدت بالليل ضمنه مالكها.

قال الإمام الخطّابي: " لأن في العرف: أن أصحاب الحوائط والبساتين يحفظونها بالنهار ويوكلون بها الحفّاظ والنواطير، ومن عادة أصحاب المواشي أن يسرحوها بالنهار، ويردوها مع الليل إلى المراح، فمن خالف هذه العادة كان به خارجاً عن رسوم الحفظ إلى حدود التقصير والتضييع، فكان كمن ألقى متاعه في طريق أو شارع، أو تركه في غير موضع حرز، فلا يكون على آخذه قطع".

• أما أحوال النساء وعوارضهن، فالرجوع في كثير من الأحكام في هذا الباب إلى

العرف أو المعتاد، فقول الرسول p لحمنة بنت جحش: "فتحيّضي ستة أيام أو

سبعة أيام"، وذلك لما شكت إليه بأنها تستحاض حيضة كثيرة، فيه تنبيه على

الرجوع إلى الأمر الغالب والعادة، وهي ستة أيام أو سبعة أيام.

قال الخطّابي في " المعالم ": "فرد رسول الله p أمرها إلى العرف الظاهر والأمر الغالب من

أحوال النساء. كما حمل أمرها في تحيضها كل شهر مرة واحدة على الغالب من عاداتهن.

ويدل على ذلك قوله: " كما تحيض النساء ويطهرن ميقات حيضهن وطهرهن".

هذا أصل بقياس أمر النساء بعضهن على بعض في باب الحيض والحمل أو البلوغ وما

أشبهه من أمورهن ويشبه أن يكون ذلك منه p على وجه التخيير بين الستة والسبعة .

لكن على معنى اعتبار حالها بحال من هي مثلها، وفي مثل سنّها من نساء أهل إقليمها

فإن كانت عادة مثلها منهن أن تقعد ستاً قعدت ستاً، وإن سبعاً فسبعاً".

وبضوء تلك النصوص الشرعية ونظائرها اهتدى الأئمة لوضع هذه القاعدة واحتكموا

إليها في كثير من المسائل والقضايا. وهذا ما يرمز إليه قول الإمام القاضي شريح في عهد

عمر بن الخطاب π للغزاليين: "سنتكم بينكم فإنه يتفق مع هذا الأصل ، قال العيني في

شرح البخاري : سنتكم بينكم : يعني عاداتكم وطريقتكم بينكم معتبرة".

فروع وتطبيقات على القاعدة :

1- إذا حلف لا يجلس تحت سقف فجلس تحت السماء لم يحنث ، وإن سماها الله تعالى سقفاً .

2- وكذلك لو حلف لا يأكل لحماً لا يحنث بأكل السمك ، وإن سماها الله تعالى لحماً .

3- أو حلف لا يأكل ميتة أو دماً لم يحنث بالسمك ولا بالجراد ولا بالكبد والطحال

فيقدم في ذلك كله وأمثاله عرف الاستعمال لأنه المتبادر حين الحلف .

=====

4_ المشقة تجلب التيسير:

هذا أصل عظيم من أصول الشرع، ومعظم الرخص منبثقة عنه، بل إنه من الدعائم والأسس التي يقوم عليها صرح الفقه الإسلامي . فهي قاعدة فقهية وأصولية عامة، وصارت أصلاً مقطوعاً به لتوافر الأدلة عليها.

قال الإمام الشاطبي - رحمه الله - : "إن الأدلة على رفع الحرج في هذه الأمة بلغت مبلغ القطع".

فالمشقة في اللغة : التعب من قولك : شق علي الشيء يشق شقاً ومشقناً إذا أتعبك .
والتيسير في اللغة : السهولة والليونة .

ومعنى المشقة تجلب التيسير في الاصطلاح : أن الأحكام التي ينشأ عن تطبيقها حرج على المكلف ومشقة في نفسه أو ماله فالشريعة تخففها بما يقع تحت قدرة المكلف دون عسر أو إخراج .

أدلة القاعدة :

من الآيات الكريمة:

- 1- (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر).
- 2- (لا يكلف الله نفساً إلا وسعها).
- 3- (يريد الله أن يخفف عنكم).
- 4- (ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج).
- 5- (ويضع عنهم إصرهم والأغلال التي كانت عليهم).
- 6- (وما جعل عليكم في الدين من حرج).
- 7- (ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج).

ووجه الدلالة فيها وفيما سواها من الآيات الأخرى التي تضافرت في هذا الموضوع :

أن الشريعة الإسلامية تتوخى دائماً رفع الحرج عن الناس، وليس في أحكامها ما يجاوز قوى الإنسان الضعيفة. وهذه النصوص دلت على ذلك العموم معناها.

ومن السنة : فهناك روايات وردت بهذه الصيغة أجودها:

• " إن الدين عند الله الحنيفية السمحة لا اليهودية ولا النصرانية" **وسمي** : أي الدين بالحنيفية لما فيها من تيسير وتسهيل .

• وقول النبي p : " أحب الدين إلى الله الحنيفية السمحة"،

• وعن أبي هريرة عن النبي p قال : " إن الدين يسر، ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه، فسددوا وقاربوا وابشروا واستعينوا بالغدوة والروحة وشيء من الدلجة".

قال الإمام ابن حجر - رحمه الله - : " وسمي الدين يسراً مبالغة بالنسبة إلى الأديان قبله، لأن الله وضع عن هذه الأمة الإصر الذي كان على من قبلهم، ومن أوضح الأمثلة له أن توبتهم كانت بقتل أنفسهم. وتوبة هذه الأمة بالإقلاع والعزم والندم".

• وعن جابر بن عبد الله r قال : " كان رسول الله p في سفر، فرأى زحاماً، ورجلاً قد ظلل عليه، فقال: ما هذا؟ قالوا: صائم ، قال: " ليس من البر الصيام في السفر"، **وفي رواية أخرى:** " وعليكم برخصة الله التي رخص لكم".

قال الإمام ابن دقيق العيد في شرح هذا الحديث: " قوله عليه الصلاة والسلام: " عليكم .. لكم" دليل على أنه يستحب التمسك بالرخصة إذا دعت الحاجة إليها، ولا تترك على وجه التشديد على النفس والتنطع والتعمق".

• وقوله p : " لولا أن أشق على المؤمنين - وفي رواية : على أمتي - لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة".

ومن القواعد التابعة للقواعد الأساسية العامة والتي تنبثق عن النصوص الشرعية، القواعد التالية:

1- **الضرورات تبيح المحظورات** ، فقد دلت عليها آيات من كتاب الله عز وجل : منها

قوله تعالى: (فمن اضطر في محمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم)، ونظائرها الأخرى مثل قوله سبحانه: (إلا ما اضطررتم إليه)، بعد تعداده جملة من المحرمات، فالقاعدة مستفادة من استثناء القرآن الكريم حالات الاضطرار في ظروف استثنائية خاصة.

وكذلك قول الله عز وجل : (إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان)، فاللجوء إلى محظور عند الاضطرار، والنطق بكلمة الكفر عند الإكراه مما عفا الله العباد عنه، وسوغه لهم بإنزال آيات مبينة.

2- **ومن القواعد المكملة لهذه القاعدة: قول:** "ما جاز للضرورة يتقدر بقدرها"، فالظاهر أنها مستقاة من قوله تعالى: (فمن اضطر غير باغ ، ولا عادٍ.. الآية).

3- **ومن القواعد المندرجة تحت تلك القاعدة العامة: القاعدة المشهورة:** "إذا ضاق الأمر اتسع"، فأصلها في كتاب الله وهو قوله تعالى: (إن مع العسر يسرا).

فروع وتطبيقات على القاعدة :

- 1- إباحة الشارع النظر إلى الأجنبية للطبيب والشاهد وعند الخطبة وللسيد .
- 2- جواز النكاح من غير نظر لما في اشتراطه من المشقة التي لا يتحملها كثير من الناس في بناتهم وأخواتهم من نظر كل خاطب ولم يكن في النكاح خيار رؤية كالبيع .
- 3- مشروعية الطلاق لما في إبقاء الزوجية مع التنافر من المشقة ، وكذلك مشروعية الخلع والافتداء والرجعة في العدة قبل الثلاث .

5- اليقين لا يزول بالشك

حكمة مشروعيتها: هذه القاعدة أصل شرعي عظيم. وهي تهدف إلى رفع الحرج حيث فيها تقرير لليقين باعتباره أصلاً معتبراً، وإزالة للشك الذي كثيراً ما ينشأ عن الوسواس، لاسيما في باب الطهارة والصلاة.

وأما المراد باليقين والشك :

جاء في " اللسان": " اليقين: العلم وإزاحة الشك وتحقيق الأمر، واليقين ضد الشك.. " والشك نقيض اليقين.

وقال أبو البقاء في " الكليات": اليقين هو الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع. الشك: نقيض اليقين، وهو في أصل اللغة: الاتصال واللزوق. وجاء في شرح "الأشباه" لابن نجيم: " الشك لغة مطلق التردد وفي اصطلاح الأصول استواء طرفي الشيء وهو الوقوف بين الشئين بحيث لا يميل القلب إلى أحدهما". ونجد الإمام الرازي ينبه إلى الفرق بين الشك والظن والوهم فيقول: " التردد بين الطرفين إن كان على السوية فهو على الشك، وإلا فالراجح: ظن، والمرجوح وهم". ومعنى اليقين لا يزول بالشك في الاصطلاح: أن الأمر المتيقن ثبوته لا يرتفع إلا بدليل قاطع ولا يحكم بزواله لمجرد الشك كذلك الأمر المتيقن عدم ثبوته لا يحكم بثبوته بمجرد الشك لأن الشك أضعف من اليقين فلا يعارضه ثبوتاً وعدمياً.

أدلة القاعدة :

هذه القاعدة يدعمها الشرع والعقل.

• روى الإمام البخاري - رحمه الله - عن عبّاد بن تميم عن عمه: أنه شكّا إلى رسول الله ﷺ الرجل الذي يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة، فقال: لا ينفتل - أو لا ينصرف - حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً".

فهذا الحديث دليل ساطع على أن من استيقن الطهارة ثم شك في الحدث فله أن يصلي بطهارته تلك ولا عبرة بذلك الشك الطارئ.

• وعن أبي هريرة τ قال: قال رسول الله ρ : "إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً، فأشكّل عليه، أخرج منه شيء أم لا؟ فلا يخرج من المسجد حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً".

وهذه القاعدة ليست مقصورة على بيان هذا الجانب فحسب، بل شاملة لكافة المعاني الداخلة تحت موضوعها، وذلك عن طريق التعليل والقياس.

وقال ابن حجر نقلاً عن الخطابي - رحمهما الله - : " وليس المراد تخصيص هذين الأمرين باليقين، لأن المعنى إذا كان أوسع من اللفظ كان الحكم للمعنى".

أما من جهة العقل فكون اليقين أقوى وأحكم أمر ثابت لا غبار عليه، لأن في اليقين حكماً قطعياً جازماً فلا ينهدم بالشك.

سعة مشتملاتها:

تدخل هذه القاعدة في معظم أبواب الفقه من عبادات ومعاملات وأقضية وأن عديداً من القواعد الدائرة في الفقه وأصول الفقه تجدها وثيقة الصلة بها بل ناشئة عنها **وذلك في مثل قولهم:** الأصل بقاء ما كان على ما كان، الأصل براءة الذمة، الأصل في الصفات العارضة العدم، القديم يترك على قدمه، ونظراً لذلك قيل إنها تتضمن ثلاثة أرباع علم الفقه .

فروع وتطبيقات على القاعدة :

- 1- إذا اشترى ثوباً جديداً أو لباساً، وشك هل هو طاهر أو نجس، فيبني الأمر على الطهارة ولم يلزمه غسله".
- 2- إذا شك في الماء هل أصابته نجاسة أم لا؟ بنى على يقين الطهارة ولو تيقن نجاسته ثم شك هل زالت أو لا؟ بقي على يقين النجاسة".
- 3- وإن شك هل دخل مع الإمام في الركعة الأولى أو في الثانية؟ جعله في الثانية باعتبار أن دخوله في الثانية أمر متحقق يستيقن به.
- 4- إذا شك الصائم في غروب الشمس لم يجز له الفطر , واعتباراً بالأصل وهو بقاء النهار . ولو شك في طلوع الفجر جاز له الأكل : لأن الأصل بقاء الليل؛ ففي كلتا الحالتين يعتمد على اليقين دون الالتفات إلى الشك .
- 5- كذلك إذا شك في عدد الرضعات بنى على اليقين .

=====

**ثانياً : ملخص الكتاب الثاني
المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية**

الباب الأول : نظام الملكية الفصل الأول : المال وأقسامه

الملكية : ترد غالباً على المال .

التعريف المختار للمال : كل ما يمكن حيازته والانتفاع به على وجه معتاد

فهذا يدل على أن مالية الشيء تحقق إذا توافر فيه أمران :

• إمكان حيازته .

• إمكان الانتفاع به .

ويترب على هذا التعريف المختار ما يأتي :

1- ما نحوزه وننتفع به فعلاً يعد من الأموال كالدور والأراضي والسيارات والحيوانات والنقود.

2- ما لا نحوزه فعلاً ولكن نتمكن من حيازته يعد مالاً أيضاً , لأن الحيازة الفعلية ليست بشرط لثبوت مالية الشيء وإنما الشرط إمكانية الحيازة فقط ما دام الشيء يمكن الانتفاع به وعلى هذا يعتبر مالاً كالسمك في الماء والطير في الهواء والحيوان في الفلاة والمعدن بباطن الأرض .

3- ما لا نتمكن من حيازته لا يعتبر مالاً وإن كنا ننتفع به فعلاً كضوء الشمس .

4- ما لا يمكن الانتفاع على وجه معتاد لا يسمى مالاً وإن حيز بالفعل كقطرة ماء أو حبة رز , فالانتفاع المعتاد هو الذي جرت عليه العادة ويحقق المنفعة التي خُلق من أجلها فالرز منفعته أن يكون غذاء والحبة منه لا تحقق الغرض فلذلك لا تكون مالاً .

5- ما منع الشارع الانتفاع به منعاً عاماً يسري بحق الناس جميعاً لا يعتبر مالاً وإن حازه الإنسان وانتفع به فعلاً كالميتة خُيف أنفها فلا يعد شيئاً من لحمها أو شحمها مالاً بعد تطهيرها ودبغها .

■ إذا أباح الشارع الانتفاع ثبت ماليتها وصار مالاً , وما لم يبح الشارع الانتفاع به لا يكون مالاً .

- وإذا كان الانتفاع بالشيء جائزاً في حق البعض دون البعض الآخر صار مالاً كالخمر للذميين .

الحقوق والمنافع :

- لا خلاف في أن الأشياء المادية التي يمكن إحرازها والانتفاع بها تعد مالاً .
 - لا خلاف في أن الحقوق التي لها علاقة بالمال لا تعتبر مالاً كحق الحضانة .
- أما الحقوق المتعلقة بالمال كحق الشرب - حق المرور فهي لا تعد مال **عند الحنفية** وتعد مالاً **عند الجمهور** , والمنافع كسكنى الدار ولبس الثياب واستعمال السيارة فهي أموال **عند الجمهور** وليست مالاً **عند الحنفية** .
- استدل **الحنفية** على عدم مالية المنافع بأن المال ما يمكن إحرازه وحيازته وادخاره لوقت الحاجة والمنافع لا تقبل الحيازة لأنها لا تبقى زمانين وبذلك لا تكون مال (فهي قبل أن تحدث معدومة والمعدوم ليس بمال وبعد حدوثها لا يمكن إحرازها وهي إن لم تكن مالاً بذاتها إلا أنها تصير مالاً بالعقد كالإجارة استحساناً لورود النص وجريان العرف به .
 - احتج **الجمهور** بأن المال والمنافع مخلوق لصالح الآدمي وبأن حيازة المنافع ممكنة بحيازة أصلها ومحلها وبأن الأعيان إنما تصير مالاً باعتبار المنافع بها لأن الانتفاع بها هو المقصود فما لا ينتفع به لا يكون مال كالمهر .

والراجح من الرأيين : قول الجمهور لقوة أدلتهم وموافقتهم لعرف الناس وتعاملهم .

ويترتب على هذا الخلاف :

- أن منافع المغصوب غير مضمونة عند الحنفية .
 - أن منافع المغصوب مضمونة عند الجمهور .
- فلو غصب إنسان دار وسكنها شهر لم يضمن شيء عند الحنفية وعليه أجر المثل عند الجمهور .

تقسيمات المال :

- 1- ينقسم المال بالنظر لحماية الشارع له : أ - مال متقوم ب - غير متقوم .

- 2- ينقسم المال بالنظر لاستقراره وعدم تحوله : أ - عقار ب - منقول .
3- ينقسم المال بتمائل أجزائه وآحاده : أ - مثلي ب - قيمي .

1- من أتلّف مال الغير وجب عليه الضمان المثل إن كان مثلياً والقيمة إن كانت قيمياً لأن الشارع منحه حماية وحرمة .

أ- المال غير المتقوم فلا حماية ولا حرمة وبالتالي لا يضمن متلفه أي شيء , فإذا أتلّف الإنسان سمكة في الماء غير مملوكة فلا ضمان عليه . ولو أتلّف مسلم مسلّم خمر فلا ضمان لأن الخمر غير متقومة بحق المسلم أما لو أتلّفها بحق الذمي فعلى المتلف ضمان لأن الخمر مال متقوم بحق الذمي (عند الحنفية والمالكية)
أما الشافعية والحنابلة يقولون لا ضمان على المتلف وحجتهم إن مالاً يكون متقوماً بحق المسلم لا يكون متقوم بحق الذمي .

ب- المال المتقوم هو الذي تصح فيه التصرفات من بيع وهبة وإجارة ونحوها وغير المتقوم لا يصح فيه شيء من ذلك فلو باع مسلم خمرًا لم يصح البيع لكن لو باعها ذمي من ذمي صح البيع لتقوم الخمر في حقهما .

2- العقار : هو ما لا يمكن نقله بحال من الأحوال , وليس ذلك إلا الارض .
المنقول : ما يمكن نقله من مكان لمكان سواء تغيرت هيأته عند النقل أو لم تتغير .
عند المالكية المنقول ما أمكن نقله مع بقاء هيأته وصورته دون تغير فإن تغيرت فهو عقار فالشجر والبناء يعتبران من العقار عندهم .

فائدة تقسيم المال الى عقار ومنقول :

- 1- الشفعة تجري بالعقار دون المنقول إلا على رأي بعض الفقهاء
2- يجوز للوصي على الصغار أن يبيع ما يملكون من منقول حسب المصلحة وليس له أن يبيع عقارهم إلا بمسوغ شرعي كبيعه إيفاء للدين
3- عند بيع أموال المدين وفاء لدينه يبدأ بالمنقول أولاً فإن لم يف ببيع عقاره .
فائدة الشفعة : استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه ممن انتقلت إليه بعوض مالي .

3- المال المثلي : هو ما لا تفاوت بين أجزائه أو آحاده أو مع تفاوت يسير لا يعتمد به مع وجود نظائره بالأسواق وهذا النوع يقدر عادة بـ :

الوزن : الذهب والفضة والتفاح (وشاع استعمال بالحبوب ولم تصبح من المكيات)

الكيل : الزيوت والحبوب **العدد :** البيض والبرتقال

ومن الأموال المثلية بالوقت الحاضر جميع المصنوعات التي تنتجها الآلات , وتقدر بالعدد كالأواني والملاعق وبالعد كالأواني والكتب وبالمقياس كالمتر والذراع ونحوها .

المال القيمي : هو ما لا مثل له بالأسواق أو له نظير ولكن يتفاوت كثير لا يتسامح به عادة كالذور والحيوانات كالغنم والأحجار الكريمة والكتب المخطوطة ونحوها .

ويترب على هذه القسمة أمور منها :

- المثلي : يثبت ديناً في الذمة إذا ما عُيِّنَتْ أوصافه .
- القيمي : لا يثبت ديناً في الذمة .
- الضمان في إتلاف المثلي يكون بمثله .. وفي القيمي يكون بقيمته .

الفصل الثاني : الملك أو الملكية

تعريف الملك :

إذا حاز الإنسان مالاً وكان له الانتفاع به شرعاً أصبح هو المالك والمال مملوك له ,
وظهرت بينهما علاقة اعتبارية وهي الملك أو الملكية نسبة للمالك ومن آثارها تمكين
المالك من الانتفاع بالمملوك والتصرف به عند عدم المانع الشرعي .
وقد يطلق الملك على الشيء المملوك فيكون أعم من المال **عند الحنفية** لأن الملك بمعنى
المملوك يشمل الأموال والمنافع إذ كلاهما مملوكة والمنافع ليس مال عندهم .
ما يقبل الملك من الأموال وما لا يقبله :

- الأصل بالأموال أنها تقبل الملك إلا أنه قد يعرض لها عارض ويجعلها غير قابلة
للملك كالأموال المتعلقة بحق الناس كالطرق العامة ومياه النيل .
- والأموال الموقوفة لا تقبل التملك إلا إذا عدل عنه بمسوغ شرعي كالوقف .

أنواع الملك :

ملك تام : ما يرد على ذات الشيء ومنفعته معاً .

ملك ناقص : ما يرد على أحدهما فقط (أي ملك ذات الشيء - رقبته - فقط أو
ملك منفعته فقط .

المبحث الأول : الملك الناقص :

عرفناه سابقاً فملك المنفعة قد يسمى بحق الانتفاع وينقسم لقسمين :

1- حق انتفاع شخصي : وهو يتعلق بشخص المنتفع فيكون له فقط أو قد ينتقل لغيره
في بعض الحالات .

2- حق انتفاع عيني : يسمى بحق الارتفاق وهو يتعلق بعين العقار المقرر عليه هذا الحق
ويتبع العقار المقرر له فهو لا يثبت لشخص معين ويثبت لمن له العقار .

وعلى هذ يكون الملك الناقص ثلاثة أنواع :

- 1- ملك عين .
- 2- ملك منفعة معه حق الانتفاع الشخصي .

3- ملك منفعة انتفاع عيني أو حق الارتفاق .

المطلب الأول : ملك العين فقط

يكون هالنوع من الملك إذا كانت العين وحدها أي رقبته فقط مملوكة لشخص مدة حياته أو مدة معينة ثم مات الموصي وقبل الموصى له الوصية فإن ملكية العين تؤول إلى الورثة ومنافعها للموصى له طيلة المدة المعينة في الوصية ويلزم الورثة تسليم العين للموصى له للانتفاع بها وإن أبوا أجبروا على التسليم ولما تنتهي المدة وجب الموصى له رد العين لورثة الموصى , وإن مات الموصى له قبل انتهاء المدة وجب على ورثته ردها لورثة الموصى لأن المنافع لا تورث عند الحنفية .

"فملكية العين دائمة وتنتهي ملكية تامة وملكية المنافع فقط مؤقتة وناقصة دائماً".

خصائص هذا النوع من الملك : ص 192

المطلب الثاني : ملك المنفعة (الانتفاع الشخصي)

هذا الحق يتعلق ابتداء بشخص المنتفع فله أن يستوفي المنفعة بنفسه ولكن له أن يملكها لغيره كما لو أوصى لآخر بمنافع دره ينتفع بها كيف يشاء فإن للموصى له بهذه الحالة أن يسكنها بنفسه أو أن يعيرها أو يؤجرها لغيره .

كما لو وقف شخص داره لآخر ليسكنها بنفسه فقط ثم من بعده للفقراء أو يقف داره ليسكنها طلبة العلم فقط فلا يمكن لأحد أن يعيرها أو يؤجرها وبكلا الحالتين يكون للمنتفع ملك المنفعة أو حق الانتفاع (فلا فرق بين التسميتين عند الحنفية) .

المالكية يرون قصر اسم ملك المنفعة عند الحالة الأولى أي فيما كان للمنتفع تمليك المنفعة لغيره وحق الانتفاع على الحالة الثانية أي فيما إذا امتنع على المنتفع تمليك المنفعة لغيره .

فحق الانتفاع عندهم من قبيل الإباحة لا من قبل المنفعة خلافاً للحنفية .

الفرق بين الملك والإباحة :

الملك: اختصاص بشيء يكسب صاحبه حق التصرف بالمملوك مالم يوجد مانع شرعي

الإباحة: حق يثبت للإنسان بسبب الإذن له بالانتفاع .

أسباب ملك المنفعة (الانتفاع الشخصي) : يستفاد من ملك المنفعة بأسباب وهي :

- 1- الإجارة : وهي تمليك المنفعة بعوض .
- 2- الإعارة : وهي تبرع بالمنفعة بدون عوض .
- 3- الوقف والوصية .

أحكام حق الانتفاع الشخصي :

1- قبوله التقييد : لا يكون مطلقاً بل يقيد ابتداءً بالزمان والمكان والصفة كإعارة سيارة وهذا خلاف الملك التام فإنه لا يقبل التقييد .

2- عدم جريان الإرث : فلا ينتقل ملك المنفعة للغير عن طريق الإرث .

3- يجب تسليم العين لمالك المنفعة ليستوفيها على الوجه الجائز له وعليه المحافظة فإن هلكت بيده دون تعد أو إهمال لم يضمن شيء لأنه أمين وإلا العكس تماماً .

4- على مالك المنفعة نفقات العين التي ينتفع التي بالمجان : كالوصية والعارية وإن كان انتفاعه بعوض فنفقة العين تكون على مالكيها .

5- رد العين للمالك بعد انتهاء عقد الانتفاع إذا طلبها منه إلا إن ترتب عا لرد ضرر بالمنفع فبذلك تبقى عند المنتفع بأجر إلى زوال الضرر فمن استأجر أرض للزراعة وانتهى الوقت ولم يحن وقت الحصاد تبقى الأرض للمستأجر بأجر حتى يحصد .

انتهاء حق الانتفاع الشخصي (ملك المنفعة) :

1- الحنفية بوفاة المنتفع , والباقي يحل محل ورثته حتى تنتهي مدة الانتفاع .

2- بوفاة مالك العين .

3- انتهاء مدة الانتفاع , سواء كان إجارة أو وصية أو إعارة .

4- هلاك العين المنتفع بها أو بعيب يتعذر معه الانتفاع بها .

المطلب الثالث : حق الانتفاع العيني (حق الارتفاق) :

هو النوع الثاني من ملك المنفعة ومنه حق المرور من أرض معينة للوصول لأرض أخرى

حق المسيل هو صرف الماء الزائد عن الحاجة بإرساله بمجرى سطحي يصل لمقره من مصرف عام أو غيره كمستودع ماء وإن كان يمر بأرض أخرى .

ما سبب تسمية هذا الحق بحق الارتفاق ؟

حادثة أطلقها صاحب كتاب مرشد الخيران قدري باشا بأنه حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لمن لا يملك العقار الأول وهذا التعريف لا يصدق على حق الجوار ولا حق التعلي ولا على حق الشفعة .

أنواع حق الانتفاع العيني ستة :

أولاً : حق الشرب

1- حق الشرب : كحق المرور والسييل .

الشرب لغة : النصيب من الماء .

اصطلاحاً : النصيب المستحق من الماء أو نوبة الانتفاع بالماء لسقي الشجر والزرع .

والمياه بالنسبة لهذا الحق تنقسم لثلاثة أقسام :

1- مياه المجاري العامة : وهو الماء التي لا ملك لأحد عليها وهو الماء غير المحرز

كالأنهار وهو ثابت للجميع ولا يقيد سوى قيد عدم الإضرار بالآخرين .

2- ماء المجاري والترع والآبار التي أنشأها صاحب الأراضي بأرضه : فالمجرى أو الترع أو

البئر مملوكة لصاحب الأرض أما الماء مباح إباحة خاصة يثبت به حق الشفة للجميع

سوى حق الشرب , وهذا النوع لا يعد محرزاً .

3- الماء المحرز بالأواني والصحاريج والأنابيب والحياض : هذا ملك لمن أحرزه فلا يثبت

فيه حق شرب ولا حق شفة إلا إن كان الانسان عطشاناً فيأخذ ما فيه كفايته ولو بالقوة

على أن يضمن لصاحب الماء قيمته إن كان الماء فائض وإن لم يكن فائض فليس لأحد

أن يأخذ منه بالقوة لأنه لا يجوز أن يدفع الهلاك عن نفسه بهلاك غيره .

ثانياً : حق المجرى : وهو تابع لحق الشرب **ومعناه :** حق إجراء الماء بأرض الغير لإيصاله

للأرض المراد سقيها .

من أحكامه : لا يجوز لمن يمر هذا المجرى بأرضه أن يمنع صاحب حق المجرى من إمرار الماء به وتعهده من حين لآخر . وأيضاً على صاحب المجرى أن يمنع أي ضرر عن الأرض التي يمر بها وعليه تعميق وتقليل جريان الماء .

ثالثاً : حق المسيل : وهو حق صرف الماء الزائد عن الحاجة أو غير الصالح بإرساله بمجرى على سطح الأرض أو بأنايب حتى يصل لمستودعه , ويبقى هذا الحق ثابت للعقار المنتفع به أي العقار المخدوم وإن غيره صاحبه , ونفقات إصلاح المجرى على المنتفع به دون غيره لأن الغرم بالغنم

حق المسيل يعني تصريف الماء الزائد أو غير الصالح بخلاف الثاني فيعني جلب الماء الصالح وإمراره بأرض الغير لسقي أرض صاحب الحق .

رابعاً : حق المرور : هو حق الانسان بأن يصل ملكه بالمرور بطريق عام أو خاص . المرور في الطريق العام : هذا الحق يثبت لجميع الناس سواء وقعت عقاراتهم على هذا الطريق أم لا دون قيد سوى عدم الإضرار , ولمن له عقار على الطريق العام حق آخر على حق المرور وهو (حق الارتفاق به أي الانتفاع به) بفتح الأبواب دون ضرر للغير وبشرط إذن ولي الأمر عند الحنفية .

المرور في الطريق الخاص : وهذا الحق يثبت لشخص واحد أو أكثر ويثبت لأصحاب الطريق الخاص الحق بالأبواب والنوافذ على الوجه التي جرت عليه العادة ولا يجوز لغير هذا الوجه إلا بإذن الآخرين من أصحاب الحق لأنه كالمال المشترك بينهم . هذا الطريق ليس لأصحابه سده وليس لهم إزالة الطريق لأن حق العامة تعلق به من إنشائه .

خامساً : حق التعلي : وهو أن يكون لشخص الحق في أن يعلو بناؤه بغيره . بأن يكون السفلى لمالك والعلو لمالك آخر وبهذا يكون لصاحب العلو حق القرار والانتفاع بسقفه وهو غير مالك له لأنه مملوك لصاحب الأسفل ولوارثه من بعده الحق في بنائه وإحداثه من جديد ولكن ليس لواحد منهما أن يتصرف تصرف مضر بصاحبه كهدم أو فتح فتحات يسبب وهن العقار .

الحنفية : حق التعلي لا يباع استقلالاً لأنه ليس بمال ويُباع ضمن علو بناؤه قائم فعلاً المالكية والحنابلة : يجوز بيعه مستقلاً حتى وإن لم يكن هناك بناء لا أعلى ولا أسفل

سادساً : حق الجوار

الجوار الجانبي وهو من الملاصقة بالجدران ويترتب عليها الحق لكل جار ألا يفعل بملكه ما يضر بملك جاره ضرر فاحش (لا ضرر ولا ضرار) .

أسباب ثبوت ملكية حقوق الارتفاق (الانتفاع العيني):

1- الشركة العامة : اشتراك الجميع بمنافع العقارات المخصصة للنفع العام كالطرق العامة , النهر الكبير .

2- اشتراطهما بعقد مفاوضه : كما لو باع شخص قطعة أرض له لآخر واشترط عليه حق مرور أو مجرى أو مسيل لقطعة أرض أخرى مملوكة له .

3- التقدام : إذا كان لعقار حق ارتفاق على عقار آخر منذ زمن قديم دون معارضة من أحد ودون أن يعرف سبب نشوء هذا الحق فإن الظاهر يشهد بأن الحق نشأ عن سبب صحيح وإن كان مجهول لنا ثم نحكم ببقائه رعاية لقدمه لأن القدم بالتاريخ والزمن وإن كان بمجرد لا ينشئ حقاً إلا أنه إمارة ثبوت الحق ونشؤه عن سبب صحيح معتبر .

الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي :

1- حق الانتفاع:مقرر لشخص أي يثبت لمصلحة شخص وينتفع به على هذا الأساس

حق الارتفاق : يقرر لعقار أن يثبت لمصلحة عقار يسمى المرتفق أو العقار المخدوم

2- حق الانتفاع : قد يتعلق بعقار وقد يتعلق بمنقول .

حق الارتفاق : يقرر على عقار يسمى العقار الخادم أو المرتفق به وتقل به قيمة العقار

3- حق الانتفاع : دائماً مؤقت لأجل محدود ينتهي بانتهاء الأجل كما بالإجارة والإعارة والوصية بالمنافع مدة حياة الموصى له بها .

حق الارتفاق : دائم غير مؤقت لأنه يتعلق بالعقار لا بمالك العقار فينتفع به كل من

يملك العقار ويرثه ورثته من بعده وينتفعون به .

المبحث الثاني : الملك التام

خصائص الملك التام :

- 1- حق الملك غير موقوف بزمن معين ينتهي بانتهائه لأن حق الملكية لا يقبل التقيد بالزمان والمكان فهو حق دائم فيظل المملوك قائما ولا ينتهي إلا بانعدامه أو بإخراجه من ملكية صاحبه بسبب نقل ملكية أو وفاة .
- 2- للمالك حق الاستعمال والاستغلال والتصرف فيما يملكه .
- 3- ليس على المالك ضمان الشيء المملوك إذا أتلفه هو لأن الضمان يستحقه المالك ولكن يترتب على إتلافه بعض الأحكام كالتعزير .

طبيعة حق الملكية :

- المالك في نظر الشريعة الاسلامية كالوكيل يتصرف بملكه وفق الحدود التي وضعتها الشريعة , فحق الملكية مقيد بالقيود الشرعية والدليل على حق الملكية الفردية :
- أ- (وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه) يدل على أن يد المالك على ماله أشبه ما تكون بيد الوكيل فالمال ليس له إنما ليتصرف به على ما يأمر به ماله وهو الله .
 - ب- كراهية الشريعة لتكديس الأموال بأيدي فئة قليلة دون إعطاء الفقراء لما فيها من أضرار ولهذا قسم رسول الله الفيء على المهاجرين الفقراء دون الأنصار .
 - ج- (ولا توتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما) وتعني هذه الآية :
 - 1/ النهي عن وضع الإنسان ماله بيد من لا يحفظه ولا يحسن استثماره .
 - 2/ النهي إعطاء السفهاء أموالهم لعجزهم عن استثمارها بل يلزم عليهم الحجر.

قيود حق الملكية : ص 205

أسباب الملك التام :

- 1- الاستيلاء على المال المباح 2- العقود الناقلة للملكية 3- الخلفية (الميراث) وأضاف بعض الفقهاء سبب رابع وهو (التولد من المال المملوك) كثمر الشجر .
- والواقع أنه ليس سبب مستقل بل هو من ثمرات الملكية , ومن الفقهاء من يجعل (الشفعة) سبب مستقل للملكية وعلى هذا تكون أسباب الملك التام أربعة مع الشفعة

وهذه الأسباب يُنظر لها باعتباريات مختلفة تنقسم إلى :

أولاً : أسباب اختيارية وأسباب جبرية :

الاختيارية: هي التي تنشأ باختيار الشخص وتشمل الاستيلاء على المال المباح والشفعة

جبرية : هي التي تتحقق بجعل من الشارع ولا دخل فيها لإرادة الشخص (الميراث)

ثانياً : منشى لها وناقل لها :

منشى : هو ما يوجد للملكية بعد أن لم تكن موجودة وهو الاستيلاء على المال المباح

ناقل : والناقل للملكية لا ينشئها وإنما ينقلها فقط (العقود والميراث)

ثالثاً : فعلية وقولية :

فعلية : الاستيلاء على المال المباح ويصح هذا السبب لإفادة الملكية ممن لا يعتبر قوله (

المجنون – الصغير المميز وغير المميز)

قولية : بالعقود والشفعة , والأصل في العقود أن تكون بالقول .

=====

المبحث الأول : الاستيلاء على المال المباح

الاستيلاء هو : حيازة الشيء المباح ووضع اليد عليه .

هو سبب منشى للكلية وهو سبب فعلي لا قولي ومختص بالأموال المباحة لا المملوكة

المراد بالأموال المباحة :

جميع ما خلقه الله من مخلوقات البر والبحر والهواء والأرض التي لا يملكها شخص.

فجميع هذه المخلوقات يشترك الناس بالانتفاع بها شركة إباحة لا شركة ملك ولا تملك

إلا بإحرازها ووضع اليد عليها ولا يستطيع أحد تملكها إلا عن طريقه .

والاستيلاء على المال المباح يتنوع بتنوع المال نفسه فكانت له الأنواع التالية :

استيلاء الصيد والاستيلاء على الكلاً والآجام والمعادن والكنوز وإحياء الأرض الموات

المطلب الأول : الصيد

ويعني : الحيوان الممتنع عن الإنسان بفراره بالغابات أو بغوصه بالماء أو طيرانه في الهواء

سواء أكانت مأكولة اللحم أو لا .

فإن خرجت عن امتناعها ووقعت بيد الإنسان فهنا لا تسمى صيدا .

ويراد به أيضاً اقتناص الحيوان : أي أخذه بشيء من الحيلة والحدق .

وقد أحل الله الصيد إلا إن كان محرماً أو كان صيد في الحرم .

قال تعالى (أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم غير محلي الصيد وأنتم حرم)

(وإذا حللتم فاصطادوا)

(أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر مادتم حراماً)

يشترط للصيد ليكون سبب للملك : الاستيلاء **وهو نوعان :** حقيقي وحكمي .

الاستيلاء الحقيقي : يكون بإمساك الصيد باليد أو الاقتراب منه وهو حبس بالمصيدة

لو مد الصائد يده لأمسكه هذا النوع يفيد الملك التام دون حاجة لنية أو قصد .

فإن انفلتت من المصيدة لم يخرج من ملكية الصائد ومن يصيده يردده لملكه لأنه بهذا

الاستيلاء الحقيقي تثبت له ثبوت مستقر فلا يزول عنه الملك بفراره منه **وهذا رأي**

الجمهور , أما الملكية فإنهم يفرقون .

أ- إذا استأنس الصيد ثم فر تبقى ملكيته لصائده الأول وإن ظل فاراً حتى تعود له

وحشيته ويزول استئناسه فهو لمن يمسكه .

ب- إذا فر قبل أن يستأنس عند صاحبه تزول ملكيته وهو مال مباح لمن يصيده .

الاستيلاء الحكمي : يتحقق بتهيئة الصيد لأن يستولي عليه الصائد استيلاء حقيقي

بأخذه أو التمكن من أخذه فعلاً بضربه بسلاح يمنعه الفرار أو حفرة أو نصب شبكة بنية

الصيد لا بنية تجفيف الشبك أي لا يثبت له إلا إن كانت معه آلة الصيد للصيد

المطلب الثاني : الكلاً والآجام :

الكلاً : هو الحشائش التي تنبت في الأرض **ومنها :** الفطر والفقع

الآجام : الأشجار الملتفة .

حكم الكلاً : إن كانت الأرض غير مملوكة فهو على الإباحة .

وإن كانت مملوكة فهو على الإباحة إن لم يتعهده صاحب الأرض بالسقي ونحوه .

يعلل الإمام الكاساني بحديث (الناس شركاء في ثلاثة : الماء والكلأ والنار) أن الكلاً مباح مطلقاً سواء في أرض مملوكة أو غير مملوكة .

لكن الإمام أبا عبيد القاسم بن سلام : قال أن الإباحة هو النابت في أرض غير مملوكة أما إن كان بأرض مملوكة فهو لصاحب الأرض ولا يحل له أن يمنع أحد من الانتفاع بالزائد عن حاجته واحتج بحديث (لا يمنع فضل الماء ليمنع به فضل الكلاً) .
حكم الآجام : مباحة إذا وجدت بأرض غير مملوكة .

وإن كانت بأرض مملوكة فهي لصاحب الأرض ولا يجوز لأحد الانتفاع بها دون إذن صاحبها , لأن الأرض تمتلك لاستثمارها وما ينبت فيها من شجر لا من كلاً .

المطلب الثالث : المعادن والكنوز

المعادن : هي ما يوجد بباطن الأرض من أموال كالنقدين والحديد ونحوه , موجود بخلق الله لا بفعل الإنسان والفقهاء يطلقون عليه (الفلزات)

الكنز : هو ما دفنه الإنسان أو ما اندفن بالأرض بحادث كخسف أو زلزال .

فقهاء العراق كالأحناف يسمون المعدن والكنز بالركاز **والباقي** يفرقون بين الاثنين .

أنواع المعادن وعددها : ثلاثة وهي :

1- معادن جامدة صلبة تقبل الطرق والسحب كالنقدين والحديد .

2- معادن صلبة لا تقبل الطرق والسحب كالألماس والياقوت .

3- معادن سائلة كالزئبق والبترو .

أحكام المعادن :

المالكية : تعتبر المعادن ملكاً لعموم المسلمين أي للدولة سواء بأرض مملوكة أو غير مملوكة فللدولة أن تتصرف بها كيف تشاء فهي نائبة عنهم بالتصرف بما يعود عليهم بالنفع فتقطعها لشركة معينة بأجر معلوم على سبيل الاستغلال لا التملك .

وحجتهم بأن الدولة ملكت هذه المعادن يوم استولوا على الأرض .

الحنفية : المعادن تابعة للأرض فإن كانت بأرض مملوكة فهي لمالك الأرض .

إن كانت بأرض مباحة فهي مباحة وتكون لواجدها أي لمن يستولي عليها ويجوزها .

وحجتهم أن المعادن جزء من الأرض والجزء يأخذ حكم الكل أي الأرض .
الحنابلة : يرون أن المعادن في الأرض المباحة بكونها مملوكة أم لا :

إن كانت غير مملوكة :

إذا كانت من المعادن الظاهرة فإنها لا تملك بالاستيلاء عليها ولا يجوز للدولة أن تملكها لأحد وإنما عليها تعهدها , وإن كانت غير ظاهرة لا يمكن التوصل لها إلا بجهد وكلفة لا تملك بالاستيلاء عليها

وإن كانت مملوكة فإنهم يفرقون بين المعادن السائلة والجامدة :

الجامدة تكون لمالك الأرض لأنه ملك الأرض بجميع أجزائها وطبقاتها وهو جزء منها

السائلة الرأي الأول : فلا تملك لحديث (الناس شركاء في ثلاثة) .

الرأي الثاني : صاحب الأرض يملكها لأنها أرضه .

الراجح : ما ذهب له المالكية لما فيه من تحقيق مصلحة عامة

الأحناف : جعلوا لبيت المال حق بالمعادن الجامدة فقط فأوجبوا فيه الخمس لحديث

(وفي الركاز الخمس)

غيرهم : لا يرون في المعدن شيء للدولة وتجب الزكاة عند بلوغ نصاباً **وحجتهم** بحديث

(في الركاز الخمس) مصروف للمال المدفون أي الكنز وليس المعدن .

أحكام الكنز وأقسامه :

عند الفقهاء نوعان : كنز إسلامي - كنز جاهلي .

الكنز الإسلامي : هو ما فيه علامة أو دلالة على أنه دفن بعد الإسلام .

حكمه : باق على ملك صاحبه , فلا يكون مالاً مباحاً .

لا يملك بالاستيلاء عليه - لا يجب للدولة فيه شيء لا الخمس ولا غيره - حكمه حكم

المال الضائع (اللقطة) .

عند أبو حنيفة : يتصدق به واجده وله أن ينتفع به إن كان فقير .

الشافعي والحنابلة : إن لم يظهر بعد التعريف والانتظار فلواجده أن يملكه وإن ظهر

صاحبه وجب أن يرد الكنز إن كان موجود أو يعطيه قيمته إن كان الكنز غير موجود .

المالكية : هو لبيت المال إن كان الكنز بأرض فتحها المسلمون قهراً وإلا فلواجده .

الكنز الجاهلي : هو ما فيه علامة أو دلالة على أنه دفن قبل الاسلام .
حكمه : الخمس لبيت المال .

المطلب الرابع : إحياء الأرض الموات

هي الأرض غير المملوكة لأحد الخارجة عن العمران ولا يتعلق بها حق أحد ولا ينتفع بها لأي سبب كان _ **ويترتب على هذا التعريف :**

الأرض المملوكة لا تكون مواتاً وإن كان غير منتفع بها بأنها تركت حتى صارت مهجورة
الأرض الداخلة بالعمران لا تكون مواتاً فلاتملك بالأحياء لأن الشرط تكون خارجه عنه
الأرض المنتفع بها لا تكون مواتاً كالتي تعلق بها حق ارتفاق للقربة كمسيلا لمائها .

كل ما يعده العرف إحياء ويتحقق الانتفاع به من الأرض فهو إحياء لحديث (**من أحيا**
أرضاً ميتة فهي له) وهذا الرأي المقبول .

التحجير : ما يقوم به مريد الأحياء من أعمال تمهيدية لا يعد إحياء كأن يحيطها بأحجار فهذه أفعال تدل على سبق وضع اليد وتنبي عن رغبته بإحيائها وهذه الأفعال التمهيدية يسميها الفقهاء **(التحجير)**

لا يترتب على التحجير ملك لصاحبه لأن الملكية تثبت بالإحياء لا بالتحجير .
حق التحجير موقوف على ثلاث سنوات وإن لم يحييها نزعها الإمام منه وأعطها غيره
لحديث (**من أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس لمتحجر حق بعد ثلاث سنين**)

هل يعتبر حق المتحجر بأمهاله هذه المدة حق مانع للغير من تملك الأرض بالإحياء ؟
حق الأولية بالإحياء لا يكسب ملكاً وتبقى الأرض لمن يحييها سواء كان المحيي المتحجر أم غيره وهو رأي الأحناف والشافعية .

هل يشترط إذن الامام بالإحياء ؟

إذنه شرط لتملك الأرض فلو أحيها بدون إذنه لم يملكها (**أبو حنيفة والجعفرية**)
ليس بشرط (**الشافعي والحنابلة**) والظاهر من الخلاف أن الإذن ليس بشرط .

ما حكم الأرض بعد تركها أو تعطيلها بعد أن تملكها حتى عادت مواتاً ؟

قول الإمام مالك : تصير مال مباح فتملك بإحياء واحتج بحديث (من أحيأ أرضاً ميتة فهي له) وأن أصل هذه الأرض مال مباح .

والباقي : تبقى على ملك صاحبها فلا تملك بالإحياء لأنه ثبت ملكها بسبب مشروع .

=====

المبحث الثاني : العقود الناقلة للملكية

منها : البيع والهبة والوصية بالأعيان ونحو ذلك , هذا النوع يجري بالأموال المتقومة فلا يكون بالأموال المباحة ولا فيما لا يجوز الانتفاع به كالخمر لا ترد عليه العقود الناقلة للملكية بين المسلمين وبين الذميين يرد عليها وإن كان المال متقوماً صح أن تنقل ملكيته من شخص لآخر بعقد بناء على تراضي الطرفين .

=====

المبحث الثالث : الميراث

الميراث خلافة جبرية بحكم الشارع لا دخل فيها لإرادة الإنسان .
ملكية الوارث للتركة بعد سداد ما عليها من ديون وبعد تنفيذ وصايا الميت بحدود ثلث التركة وما زاد على الثلث إذا أجازته الورثة .
إن لم يكن للميت وارث وضعت التركة في بيت المال .

=====

المبحث الرابع : الشفعة

هو تملك العقار المبيع من مشتربه ولو جبراً عليه بالثمن الذي اشتراه مع المصاريف .
مثال : لو باع إنسان منزله لغير جاره فإن للجار أن يملك المبيع من مشتربه ولو بغير رضاه بالثمن الذي اشتراه به مضافاً له نفقات الشراء كأجور الدلالة ورسوم التسجيل .
سمى الفقهاء هذا النوع من التملك بالشفعة وصاحبه بالشفيع والعقار الذي بسببه صار شفيعاً بالمشفوع به والعقار المبيع بالمشفوع فيه .
مشروعية الشفعة : ثبت بالسنة أن الجار أحق بالشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إن كان طريقهما واحداً وحديث (جار الدار أحق بالدار) وحديث (قضى رسول الله

بالشفعة في كل شركة لم تقسم : ربة أو حائط , لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه
فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإذا باع ولم يؤذن فهو أحق به)

الاعتراض على الشفعة :

- 1- أنها خلاف قاعدة الرضائية في العقود (الرضا من البائع والمشتري) وهذه قاعدة قطعية نصت عليها الشريعة فالأصل بالعقود التراضي والشفعة تناقض الأصل .
- 2- بالشفعة ضرر على المشتري بتفويت ما كان يرجوه من نفع بشرائه العقار المشفوع فيه , فكيف يدفع الضرر عن الشفيع بإضرار المشتري ؟

الرد على الاعتراض الأول : الشفعة إذا خالفت قاعدة التراضي بالعقود فقد وافقت

قاعدة دفع الضرر عن الغير لحديث (لا ضرر ولا ضرار)

الرد على الاعتراض الثاني : دفع الضرر عن الشفيع أولى من تحميل نفع مرجو للمشتري عملاً بقاعدة دفع المفسد أولى من جلب المصالح , فضلاً أن الشفيع أحق بالمشفوع فيه من المشتري بنص الشارع الحكيم .

بأي شيء تثبت الشفعة ؟

1- **رأي الجمهور :** تثبت بالعقار وهي الأرض وما اتصل به من بناء وغراس إذا بيع مع الأرض فإنه يؤخذ بالشفعة تبعاً للأرض .

وعلى مذهب أبي حنيفة ومالك الزرع إن بيع مع الأرض تجري فيه الشفعة , واحتج

المجيزون بحديث (الشفعة كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)
وهذا الراجح من رأي الجمهور .

خالفهم الشافعي والحنابلة وقالوا بغير ذلك واحتجوا بحديث (لا شفعة في بئر) .

2- **مذهب الظاهرية :** تثبت الشفعة بالعقار كما تثبت بالمنقول سواء كان العقار قابل

للقسمة أم لا , وسواء كان المنقول متصل بالعقار أم لا , واحتجوا بحديث (قضى

بالشفعة في كل شيء) وردوا على الجمهور بأن الشفعة إن كان مبناها دفع الضرر عن

الشفيع فاعلة موجودة بالمنقول كما هي موجودة في العقار .

الراجح : قول الظاهرية لقوة حججهم .

سبب استحقاق الشفعة :

يرى الجمهور الشافعية والمالكية والحنابلة والظاهرية والجعفرية **السبب هو** : الشركة بذات العقار المبيع ويزيد الظاهرية بالمنقول والجعفرية بحق المرور بالطريق الخاص .
الأحناف : الشفعة تثبت عندهم إما بالشركة في ذات العقار المبيعة حصة شائعة منه أو بالشركة بالحقوق الارتفاقية الخاصة بالعقار المبيع أو بالجوار الملاصق للعقار المبيع .

مراتب الشفعا عند الحنفية :

الأولى الشركاء بذات العقار فإن لم يوجد واحد من الشركاء فالشفعة للخلطاء وهم على مراتب فيما بينهم فيقدم الشريك بالشرب الخاص على الشريك بالطريق الخاص فإن لم يوجد واحد من الخلطاء فالشفعة للمجاورين الملاصقين لا فرق بين جار وآخر ولا امتياز واحد على آخر بطول التلاصق أو قصره ولا يكون جواره أفقياً أو رأسياً .

تراجع الشفعا : يرجع لها لزاماً للتوسيع ص 226 .

شروط الشفعة : وإن فات شرط منها فلا شفعة :

- 1- أن يكون كل من المشفوع فيه والمشفوع به عقاراً (رأي الجمهور)
- 2- أن يخرج المشفوع فيه من ملك صاحبه خروجاً باتاً وبعوض مالي .
- 3- بقاء المشفوع به في ملك صاحبه حتى تتم الشفعة .
- 4- عدم رضا الشفيع بالبيع .

طريق الوصول للأخذ بالشفعة أو إجراءات طلب الشفعة :

حق الشفعة رخصة أعطاها الشارع لمن قام فيه سبب هذا الحق ليدفع الضرر عن نفسه فإن شاء تمسك به وإن شاء تركه .

فإن أراد الانتفاع به فعليه أن يسلك مسالك معينة تنبئ عن رغبته بالتمسك بالحق دفعاً لما يتوقعه من ضرر محتمل يزول بأخذ المشفوع منه بحق الشفعة عله يتبع إجراءات طلب الشفعة وإلا سقط حقه فيها : أن يطلب أخذ المشفوع فيه (العقار المبيع) بغض النظر عن كونه الشفيع الوحيد أو أن معه شركاء .

مراحل طلب الشفيع للشفعة , ثلاثة : الموائية - التقرير - الخصومة .

طلب المواثبة : على الشفيع أن يفصح عن رغبته في المشفوع فيه فور علمه بالبيع , لأن الشفعة حق ضعيف فتجب المبادرة إليها لحديث (الشفعة لمن واثبها) أي أسرع لطلبها وإن أخبره مخبر خلاف الواقع بأن سمى له غير المشتري الحقيقي أو فرق بالثمن فلم يطلب الشفعة لا يعد إعراضاً منه ولا يسقط حق في الشفعة .

طلب التقرير : يلزم التشفيع بعد أن أظهر رغبته بالشفعة بأن يعود لطلب الشفعة مرة ثانية عند المشتري أو البائع أو عند عقار المبيع ويسمى بطلب الإشهاد لأنه شرط .

طلب الخصومة : يقوم به الشفيع إن نازعه المشتري بالمشفوع فيه **ومعناه :** أن يرفع الأمر للقضاء ويقيم دعوى الشفعة على المشتري ويدخل البائع بالخصومة إن كان البيع لا يزال بيده ووقت إقامة هذه الدعوة متروك لرأي الشفيع **عند أبي حنيفة** ولا يسقط بالتأخر لأن الحق استقر وتأخير المطالبة بالحق لا تسقطه .

إذا تملك المشتري المبيع بثمن مؤجل أو مقسط فهل يستفيد الشفيع من هذا ؟

مبنى الاختلاف : هل تعتبر المماثلة والمساواة بين ما دفعه المشتري وما يدفعه الشفيع بمقدار الثمن دون وصفه أو بهم معاً ؟

الحنابلة : المساواة والمماثلة تتحققان بمقدار الثمن وبصفته , والتأجيل والتقسيط من صفات الثمن فيلحقان به مستفيد منهما الشفيع فلا يلزم بدفع الثمن حالاً .

أبو حنيفة : الشفيع إما أن يأخذ المشفوع فيه بالحال ويدفع الثمن حالاً وإما لا يأخذه حتى يحل موعد أداء الثمن فيطلبه رضاء أو قضاء ويسلم الثمن , **فالحنيفية** رأوا أن المماثلة والمساواة تتحققان بقدر الثمن لا به وبوصفه معاً .

إذا تم البيع ثم حط البائع من الثمن كان الثمن مليون ريال ثم حط البائع مئة ألف ريال أو زاد المشتري , فهل يستفيد الشفيع من الحط ويتحمل الزيادة ؟

الحنفية : المشتري يستفيد من الحط فلا يلزم بالمائة ألف بل غليه أن يدفع تسع مئة ألف لأن الحط من الثمن يلحق بأصل العقد .

الحنابلة والشافعية : يلزم الشفيع الثمن الذي استقر على المشتري بتمام العقد ولزومه .

تصرفات المشتري في المشفوع فيه :

يتصرف المشتري في المشفوع فيه بأنواع التصرفات القولية والفعلية وهو من حقه كمالك , **ولكن ما حكمها إذا تملكها بحق الشفعة ؟**

1- إن تصرف المشتري بالمشفوع فيه تصرف يخرج من ملكه كأن يبيعه أو يهبه أو يقفه فالجمهور على عدم سرعان هذه التصرفات بحق الشفيع فتبطل من تاريخ تملكه للمشفوع فيه وفي رواية عن الإمام أحمد أن الشفعة تسقط إن كان تصرف المشتري بالمشفوع فيه بالوقف والهبة .

2- التصرفات الفعلية التي يترتب عليها الزيادة بقيمة العقار وهي إما أن تكون متصلة بالعقار ولا يمكن فصلها عنه كصنع الجدار فعلى الشفيع أن يدفع للمشتري ما زادته هذه التحسينات بقيمة العقار وقت البيع .

الحنيفية : وإما أن تكون زيادة متصلة بالعقار ولها أمد لقلعها كالزرع , فالمشتري ملزم بدفع أجر المثل للشفيع من تاريخ تملكه إلى وقت قلعه .

الحنابلة وغيرهم : قالوا لا أجر عليه .

والبناء بقيمة المشتري أو الأشجار يفرسها , **فعند أبي حنيفة** للشفيع أن يلزم المشتري قلعه إلا إن كان يضر الأرض فيتملكها بقيمة منقوصة **والجمهور الشفيع مخير بـ :**

1- ترك الشفعة 2- دفع قيمة الغراس والبناء قائماً

3- قلع الأشجار والبناء ويضمن للمشتري ما نقص من قيمتها بالقلع .

3- التصرفات الفعلية التي تنقص بها قيمة العقار كأن يهدم المشتري البناء أو يقلع الأشجار فيتملك الشفيع المشفوع فيه بحصته من الثمن وكذلك لو تهدم البناء بالقدر

مسقطات الشفعة :

1- إسقاط الشفيع حقه بالشفعة صراحة بعد تمام البيع أما قبله فلا يكون إسقاطاً لأنه غير موجود وهو ما ذكره الجمهور ورجحه المؤلف .

2- إسقاط حق الشفعة دلالة كما لو صالح الشفيع المشتري على التنازل عن حق الشفعة نظير عوض مالي فيدل على رضا الشفيع ولا يستحق الشفيع العوض .

3- التنازل عن حق الشفعة لأحد الشفعاء .

- 4- رضا الشفيع بالمشتري صراحة أو ضمناً كمساومته للمشتري بالمبيع بعد علمه بشرائه من مالكة .
- 5- عدم القيام بإجراءات طلب الشفعة أو قيام بها بعد فوات أوانها .
- 6- زوال ملك المشفوع به عن ملك الشفيع .
- 7- موت الشفيع قبل تملكه المشفوع فيه ولو بعد طلب الشفعة رأي (الحنيفية)
- 8- طلب بعض المشفوع فيه .
-

الباب الثاني : نظرية العقد

العقد لغة: الشد والربط وهو الجمع بين شيئين وأكثر ويطلق على إحكام الشيء وتقويته
اصطلاحاً : ربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما أي الإيجاب والقبول ينشأ عنه أثره
الشرعي .

تعريف العقد عند رجال القانون : العقد توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء كان
هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه .

التصرف اصطلاحاً عند الفقهاء : كل ما يصدر عن شخص بإرادته ويرتب الشارع عليه
نتائج حقوقية **وهما نوعان :** تصرف فعلي و تصرف عقلي .

التصرف الفعلي : يتم بفعل مادي غير قولي كالغضب والإتلاف .
التصرف القولي :

- أ- يتكون من قولين صادرين من طرفين ويستلزم توافق إرادتين كالبيع وهذا هو العقد .
- ب- يتكون من قول واحد ومن طرف واحد وإرادة واحدة وينشأ به التزام الإنسان
بإرادته ويتضمن إنشاء حق أو إنهاؤه أو إسقاطه كالوقف وهذا يسمى الإرادة المنفردة .
- ج- تصرف ليس فيه ارتباط بين إرادتين ولا هو إرادة واحدة بل هو قول تترتب عليه
أحكام مدنية وجزائية كالدعوى , الإقرار , القذف , الحلف على نفي دعوى الخصوم
الالتزام بالاصطلاح الفقهي : هو كون الانسان مكلفاً على وجه الإلزام بفعل أو ترك
اتجاه آخر كالتزام البائع بتسليم المبيع للمشتري والتزام المشتري بتأدية الثمن .

=====

الفصل الأول : تكوين العقد

اتفق الفقهاء أن العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على
وجه يظهره أثره في المعقود عليه .

والعقد يوجد إذا وجد الإيجاب والقبول والعاقدان ومحل العقد أي المعقود عليه .

الحنفية : أركان العقد : الإيجاب والقبول , والمحل والعاقدين لوازم للإيجاب والقبول

المبحث الأول : الإيجاب والقبول

الإيجاب : ما صدر أولاً عن أحد العاقدين .

القبول : ما صدر عن العاقد الآخر .

يشترط لارتباط الإيجاب بالقبول على نحو معتبر يترتب على انعقاد العقد شروط :

1- أن يكون كل منهما معبراً عن إرادة معتبرة بإنشاء العقد

2- موافقة القبول للإيجاب 3- علم كل عاقد بما صدر من الآخر .

4- اتصال القبول بالإيجاب بمجلس العقد .

لا خلاف بذلك، **الشافعية قالوا :** المقصود به صدور القبول فوراً عقب الإيجاب .

الأحناف قالوا : إن حق الضرورية لا يقضي بالفورية .

يشترط لتحقيق اتصال القبول بالإيجاب صدور كل منهما بمجلس العقد دون أن يفصل

بينهما ما يدل على إعراض من أحد العاقدين على التعاقد .

المقصود بخيار الرجوع :

للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل قبول الطرف الآخر وقبل صدور القبول ومعنى ذلك

أن الإيجاب غير ملزم .

حكم خروج الموجب عن أهليته :

إن صدر الإيجاب ففقد الموجب كأن جُن أو مات قبل قبول الطرف الآخر فالإيجاب

يبطل ولا ينعقد بصدور القبول من الطرف الآخر لصدوره بعد انعدام الإيجاب .

العبارة الواحدة وأثرها في إنشاء العقود : ليس محل اتفاق بين الفقهاء .

=====

المبحث الثاني : صيغة العقد

تعريفه : هي ما يتحقق به الإيجاب والقبول والأساس بوجوده هو توجه إرادة العاقدين

لإنشائه والإرادة أمر خفي لا سبيل لمعرفة إلا بما يدل عليه من لفظ أو ما يقوم مقامه

اللفظ أداة طبيعية للتعبير عن الإرادة وينعقد به ومقدم على ما سواه من وسائل الإرادة

ولا يشترط لانعقاد العقد واضح الدلالة ولا باللغة العربية ما دام يفهمه الطرفان كما

لايهم باللغة العربية أم بالفصحى ولم يختلف الفقهاء بهذا الأصل إلا بعقد النكاح .

الشافعية : لا ينعقد النكاح إلا بلفظي النكاح والزواج , زوجتك - نكحتك وغيرها .

الأحناف: لا يذهبون لهذا الرأي بدليل (وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها) ويرجحه المؤلف

ما هي أدل الألفاظ على إرادة إنشاء العقد؟

أن تكون بصيغة الماضي مثل بعت , رهنت لدلالاتها القاطعة على تحقيق إرادة العاقد .

أنواع التعبير عن الإرادة بغير اللفظ :

1- الكتابة : هي الوسيلة الثانية للتعبير عن الإرادة وبأي لغة يفهمانه ولم يستثن الفقهاء بعقد النكاح منه شيء وإن كان التعاقد بالزواج بين غائب وحاضر صح الإيجاب بالكتابة على أن القبول باللفظ فلا يكفي فيها الكتابة .

2- الإشارة : ينعقد سواء كان خرسه أصلي أم طارئ , أما القادر على النطق فقد

ذهب جمهور الفقهاء لعدم اعتبار إشارته .

3- الأفعال : يكون هذا بالإجارة والبيع ويسمى المعاطاة , كأن يسلمك صاحبه الخبز رغيفاً بعد أن تسلمه ثمنه المعروف .

الشافعية : منعوا ذلك النوع من التعبير بالإرادة .

المالكية والحنابلة : توسعوا فيه بل وأجازوه مطلقاً .

4- السكوت : السكوت أحياناً يكون صالحاً للتعبير إذا حفت به ظروف خاصة .

كسكوت البكر عند استئذانها من قبل وليها للزواج .

=====

المبحث الثالث : الإرادة الباطنية والإرادة الظاهرية

قد يصدر عن الشخص قول ولكن لا يعبر عن إرادة صحيحة يعتد بها أو لا يطابق الإرادة الباطنية , فهل نعتبر القول أو ما يقوم مقامه ونحكم بنشوء العقد أن نهدر هذه العبارة ونعتد بالإرادة الباطنة (النية) وعلى أساسها نحكم بنشوء العقد أو عدم نشوئه ؟

الجواب الحالات الثمانية التي يظهر عدم مطابقة العبارات للإرادة أو بها خلل وهي:

الحالة الأولى : إن صدرت العبارة من غير قصد للتلفظ بها كعبارة النائم والمجنون والصبي غير المميز فهذه لا عبرة بها ولا ينشأ بها عقد إذ لا إرادة لهؤلاء .

أما السكران إن كان سكره بطريق مباح (جاهل , مضطر , إكراه) فلا تعتبر عبارته ,

والراجع لا يعتد عبارة السكران عالم أم جاهل .

الحالة الثانية : إن صدرت العبارة مع قصد التلفظ بها من غير فهمها كأن يُلقن الأجنبي عبارة بالعربية تفيد الإيجاب فقال قبلت فهذه لا تكون لعبارته قيمة ولا تعتبر إيجاباً إذ ليس فيها إرادة تعبر عنها فلا يعتد بها ولا ينعقد بها عقد ولا تصرف .

الحالة الثالثة : إن صدرت العبارة مع قصد التلفظ بها وفهمها لكن من غير قصد لإنشاء عقد بل لغرض آخر كالحفظ والتعليم فهنا تُحمل ولا ينعقد بها أي تصرف .

الحالة الرابعة : صدور العبارة خطأ أي من غير قصد التلفظ بها ولا إرادة معناها فهنا تُحمل وتعتبر لغو لحديث (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)

الحالة الخامسة : تصدر العبارة على سبيل الهزل فلا يثبت حكم ولا ينعقد بها .

الحالة السادسة : صدور العبارة بالإكراه وإن ما توافرت عبارته شروط الإكراه لا قيمة لها عند الجمهور لأنها لم تصدر عن قصد صحيح , وعند الأحناف تعتبر عبارة المكروه وينعقد بها العقد (وقول الجمهور هو الراجح) .

الحالة السابعة : إن صدرت العبارة وهي تفيد إنشاء عقد معين وقصد القائل إنشاء عقد آخر وقامت القرائن على هذا القصد فهنا معتبرة وينعقد بها العقد المقصود لأن العبرة بالعقود للمعاني لا للألفاظ والمباني كأن يقول شخص وهبتك فرسي بألف ريال وقال الآخر قبل كان العقد بيع لا هبة .

الحالة الثامنة : إن صدرت العبارة بقصد إنشاء العقد الذي تفيده العبارة وبقصد تحقيق غرض مباح شرعاً كبيعه عنب لمن يعصره خمر .

=====

الفصل الثاني : محل العقد

هو ما وقع عليه التعاقد ويظهر به أثر العقد وأحكامه ويختلف باختلاف العقود .

- قد يكون عيناً مالية كبيع ساعة أو سيارة بعقد البيع .
- قد يكون منفعة كمنفعة الدار المستأجرة بعقد الإجارة .
- قد يكون عملاً كما لو تعاقد شخص مع طبيب على إجراء عملية .

شروط محل العقد :

1- أن يكون قابلاً لحكم العقد شرعاً : لكل عقد أحكام وآثار تظهر بمحل العقد فإن لم

يكن قابلاً لها يكون باطل وعدم قبوله لنهي الشارع عنه كبيع الخمر للمسلمين .

2- وجوده حين العقد : هذا الشرط ليس على إطلاقه ولا هو عند جميع الفقهاء ففيه

اختلاف وتفصيل فالمعدوم الذي يستحيل وجوده بالمستقبل لا يصح أن يكون محلاً للعقد ولا خلاف بذلك كما لو تعاقد شخص مع آخر على حصاد زرعه أو نقل أثاثه واحترق قبل العقد فهنا يكون العقد باطل .

المالكية : يجوز أن يكون المعدوم محل العقد بشرط إمكان وجوده بالمستقبل .

الحنابلة : يجوز أن يكون محل العقد معدوم وقت التعاقد إن لم يكن به غرر والغرر عدم

القدرة على التسليم لحديث (لا تبع ما ليس عندك) .

3- أن يكون معلوماً : بحيث لا تكون به جهالة تفضي للنزاع لأن الشريعة تحرص لسد

منافذ النزاع ويتحقق بتعيينه بالإشارة أو بالرؤية أو ببيان جنسه إن كان مال مثلي .

4- أن يكون مقدور على تسليمه : وهذا شرط معقول , فيشترط أن يكون مقدور على

تسليمه من الملتزم بالتسليم وقت التعاقد ولا خلاف به من الفقهاء بعقود المفاوضات

وبعقود التبرعات فالمالكية لم يشترطه لأن العجز عن التسليم لا يؤدي للنزاع .

وبهذا يجوز هبة البعير الشاردة على هذا الرأي ولكن بالاتفاق لا يجوز بيعه .

=====

الفصل الثالث : العاقد

هو الذي يباشر العقد ويصدر عنه الإيجاب والقبول , وليس كل إنسان صالحاً أن يكون

عاقداً ومنهم من يعتبر ببعض العقود والتصرفات دون الآخر ومنهم من تصح عبارته

على وجه الاستقلال واختلاف الناس يرجع لمدى تمتعهم بالأهلية والولاية .

المبحث الأول : الأهلية

الأهلية لغة : الصلاحية , يقال فلان أهل لكذا إذا كان صالحاً للقيام به .

اصطلاحاً : تنقسم الأهلية إلى :

1- أهلية الوجوب : هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه , أي تثبت له الحقوق وتجب عليه الواجبات وتثبت بناء على ثبوت الذمة له . والذمة لغة العهد وسمي غير المسلمين المقيمين بدار الإسلام بأهل الذمة والذمة تثبت لكل إنسان حي وأساس أهلية الوجوب حياة الإنسان وأهلية الوجوب عند رجال القانون تسمى الشخصية القانونية وهي ثابتة لكل إنسان .

2- أهلية الأداء: صلاحية الإنسان لأن يطالب ما له من حقوق أو ما عليه من حق الغير وأن تعتبر عبارته بإنشاء العقود وتترتب عليها آثارها الشرعية وأساسها العقل والتمييز لا الحياة , والتمييز أي معرفة معاني الألفاظ التي تنشأ بها العقود وآثارها وما فيها من فاحش ويسير , ولا اعتداء بشيء من ذلك إلا لمن بلغ السابعة من عمره .

الأهلية الكاملة والأهلية الناقصة :

أهلية الوجوب والأداء تكون ناقصة أو كاملة نظراً للأدوار التي يمر به الإنسان وهي :

1- دور الجنين : الجنين يبطن أمه جزء منها يقر وينتقل بانتقالها فنحكم بعدم ثبوت الذمة له وتُنفي عنه أهلية الوجوب ويُنظر له أنه نفس مستقلة ومتهيئ للانفصال عن أمه فنحكم بوجود الذمة وتثبت له أهلية الوجوب وهذه أهلية ناقصة وتثبت للجنين بشرط أن يولد حياً أما أهلية الأداء فلا وجود له لعجزه الكامل , والعقل والتمييز منتفیان عنه.

2- دور الانفصال إلى سن التمييز : الجنين إذا انفصل حياً تثبت له ذمة كاملة فتثبت له أهلية وجوب كاملة وتجب له وعليه الحقوق , وأهلية الأداء معدومة تماماً لانعدام ما تقوم به وهو التمييز بالعقل فلا يطالب الصغير بأداء ما ثبت عليه من حقوق بل يطالب وليه بالأداء , ولعدم أهلية الأداء عند الصغير لا ينشأ عن عبارته أي عقد أو التزام .

3- دور التمييز إلى البلوغ : يبدأ ببلوغ الصغير سن السابعة ولا يعد مميزاً قبل السابعة وإن أدرك شيئاً من ذلك وينتهي هذا الدور بالبلوغ بالعلامات الطبيعية أو تمام (15) من عمره عند الجمهور وتثبت له أهلية أداء ناقصة لنقصان عقله فصحة تصرفاته النافعة له نفعاً محضاً كقبوله الهبة والوصية ولا تعتبر تصرفاته ضارة ضرراً محضاً وإن أجازها الولي

4- دور البلوغ مع الرشد : إن بلغ الإنسان عاقل رشيد تثبت له أهلية كاملة وصحت منه كل العقود والتصرفات دون توقف لإجازة أحد, **والرشد هو :** حسن التصرف بالمال وتثميته وليس له سن معينة فقد يبدأ بالبلوغ وقد يتأخر أو يتقدم عنه ولكن لا اعتبار له قبل البلوغ وهو يعرف بالمعاملة والتجربة .

=====

المبحث الثاني : عوارض الأهلية

قد يعرض عوارض للبالغ فيؤثر على أهلية أداؤه فتزول معه أو تنقضي وهذه العوارض تسمى العوارض الأهلية , وتنقسم إلى قسمين :

القسم الأول : العوارض السماوية

1- الجنون : هو اختلال العقل على نحو يمنع جريان أفعال الإنسان وأقواله على ما يقتضيه العقل السوي .

أنواع الجنون : طارئ (كأن يبلغ الإنسان مجنوناً) وأصلي (أن يبلغ عاقل ثم يطرأ عليه) الجنون , والجنون لا يؤثر بأهلية الوجوب لأن أساسها الحياة والجنون لا يعدم الحياة, ولكن يؤثر بأهلية الأداء فيعدمها لأنها تثبت بالعقل والتمييز .

الحجر : من أسباب الجنون وهو **شريعاً :** المنع من التصرفات القولية لا الفعلية , وبالجنون المنع من انعقادها حتى لو كانت نافعة له نفع محض كالصغير غير المميز .

2- العته : هو اختلال بالعقل يجعل صاحبه قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير .
العته نوعان :

أ- عته لا يبقى معه إدراك ولا تمييز وصاحبه كالمجنون فتتعدم به أهلية الأداء دون الوجوب وفي الأحكام كالمجنون .

ب- عته يبقى معه إدراك وتمييز لكن ليس كالعقل هذا الإنسان البالغ كالصبي المميز بالأحكام فله أهلية أداء ناقصة والوجوب كاملة ولا تجب عليه العبادات لكن تصح منه

3- النوم والإغماء : ينافيان أهلية الأداء لانعدام التمييز ولا يعتد بأقواله مطلقاً .

الإغماء : فتور غير طبيعي يعجز به الإنسان عن استعمال عقله وسائر قواه .

4- المرض : المقصود بالمرض هنا : مرض الموت .

مرض الموت لا يؤثر بأهلية المريض لكن يؤثر ببعض الأحكام بالنسبة له .
حقوق الدائنين والورثة متعلقة بأموال المدين بعد وفاته ولما كان المرض سبب للموت
تعلق هؤلاء بمال المدين يثبت بإقامة المرض مقام الموت لأن الحكم يضاف للسبب .
نكاح المريض : صحيح عند الجمهور ويقع به التوارث **واختلف الفقهاء بإرث الزوجة :**
الإمام مالك : ذهب إلى فساد النكاح وعدم التوارث به .
الشافعي : ثبوت التوارث بهذا النكاح . **وهذا هو الراجح .**
طلاق المريض : إن طلق المريض مرض الموت زوجته طلاق بائن بغير رضاها فالطلاق
يقع **عند الفقهاء** , واختلفوا بالميراث عند زوجها , **والراجح** توريثها مطلقاً .

القسم الثاني : العوارض المكتسبة

1- السفه : لغة : الخفة .

اصطلاحاً : التصرف بالمال على خلاف مقتضى الشرع والعقل مع قيام العقل .
وعد السفه من العوارض المكتسبة لأن السفه يعمل باختياره على خلاف مقتضى العقل
وهو يؤثر ببعض الأحكام **مثل :**

أ- عدم تسليم المال للصبي إذا بلغ سفيهياً : اتفق **الفقهاء** أن الصبي إذا بلغ سفيهياً لا
يدفع له ماله واحتجوا بـ (**ولا تؤولتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً**) ويدفع
له بعد البلوغ إذا أنس منه الرشد **لدليل (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن**
آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم) فإيتاء المال يشترط له البلوغ والرشد .

هل يراد بالرشد حقيقته أو مظنته ؟ اختلف الفقهاء بذلك على قولين :

1- المراد بالرشد حقيقته فلا بد من وجوده ومعرفته فلا يجوز أن يقوم مقامه بلوغ سن
معينة وغيرها وعلى هذا لا يدفع المال للصبي بعد البلوغ حتى يثبت رشده مهما بلغ من
السن حتى لو صار شيخاً **وهذا قول الجمهور (الشافعية والمالكية والحنابلة) .**

2- قول أبي حنيفة المراد بالرشد: حقيقته كبلوغ سن (25) ومظنته بعد بلوغ هذا السن
فمن بلغ رشيداً وثبت رشده دفع له ماله ولم يبلغ (25) , ومن بلغ غير رشيد انتظرنا

بلوغه (25) فبذلك يحكم برشده ويدفع له ماله سواء علم منه الرشد أم لم يعلم لأن هذه السن مظنة الرشد والأحكام تبنى على الغالب لا على النادر .

القول الراجح عند المؤلف : قول الجمهور مع تسليمه لقوة أدلة أبي حنيفة .

ب- الحجر على السفية : اختلف الفقهاء يجعل السفه سبباً للحجر سواء كان أصلي بأن يبلغ سفياً أم طارئاً بأن يبلغ عاقل رشيد ثم يطرأ عليه السفه .

القول الأول : ذهب الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) أن السفه سبب الحجر فإن

وجد السفه وجب الحجر على السفية لقوله تعالى (فإن كان الذي عليه الحق سفياً أو

ضعيفاً أو لا يستطيع أن يملل فليملل وليه بالعدل) واستدلوا بطلب علي بن أبي طالب

من عثمان بن عفان الحجر على عبد الله بن جعفر لتبذيره المال .

القول الثاني : أبو حنيفة والظاهرية المنع من الحجر بسبب السفه وردوا على طلب علي

أن هذا الدليل ليست محجة لهم فيه لكونه محمولاً على التخويف لا الإلزام .

القول الراجح : القول بالحجر على السفية لظاهر النصوص ومصلحة للسفيه بحفظ ماله

ودفع الضرر عن الجماعة .

متى يتم الحجر على السفية ؟ فيه قولان :

1- أن السفية محجور بنفس السفه من غير حاجة إلى حكم محكمة .

2- السفية لا يحج إلا بقرار من المحكمة . وهذا هو الراجح .

حكم تصرفات السفية المحجور ؟

السفيه بعد الحجر كالصغير المميز بالتصرفات القابلة للفسخ كالبيع والإجارة ، فتكون

موقوفة لمن له الولاية عليه إن كانت مترددة بين النفع والضرر ونافذة إن كانت نافعة له

كقبول الهبة وباطلة إن كانت مضرة به ولكن يجوز له استحسان الوصية بالبر .

2- السكر :

زوال العقل بتناول الخمر أو أي مسكر بحيث لا يدري بعد إفاقته ما صدر منه بسكره

فالسكر يعطل العقل ويعدم التمييز وينبغي أن تنعدم به أهلية الأداء **لكن الفقهاء لم**

يقولوا ذلك بجميع حالات السكر وفرقوا بين السكر بطريق مباح وطريق محظور :

- **السكر بطريق مباح** : إن تناول المسكر اضطراراً أو إكراهاً أو عن غير علم بكونه مسكر أو شرب دواء فأسكره ونحو ذلك . **فحكمه** : حكم المغمي عليه, لا تصح عبارته ولا ينعقد به عقد ولا تصرف **ولا خلاف بهذا بين الفقهاء**.
- **السكر بطرق محظور** : إن تناول المسكر عن علم ورغبة وباختياره .
اختلف الفقهاء بمدى اعتبار أقواله وانعقاد العقود على قولين :
1- لا يعتد بأقواله ولا يترتب عليها أثر شرعي فلا يقع طلاقه ولا بيعه ولا شراؤه واستدلوا بـ(ياأيها الذين امنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون)
2- تعتبر أقواله وتترتب عليها آثارها الشرعية فيقع طلاقه وسائر أقواله وهذا مذهب الحنيفة والشافعية والمالكية لأنه هو من تسبب بذهاب عقله .
3- **القول الراجح** : أصحاب القول الأول .

=====

المبحث الثالث : الولاية

- لغة** : مصدر "ولي" يقال ولي الشيء إذا ملك أمره وكان له القيام به أو عليه
اصطلاحاً : سلطة شرعية بالنفس أو المال يترتب عليها نفاذ التصرف فيهما شرعاً.
العقد والتصرف عموماً لا يكون نافذاً إلا إذا تحقق بالعاقد **أميرين** :
أهلية الأداء الكاملة - الولاية .
إذ بالأهلية ينعقد العقد ويكون له وجود بالخارج وبالولاية ينفذ هذا التصرف .
أنواع الولاية :
- 1- **ولاية ذاتية أو قاصرة** : تثبت للشخص على نفسه وماله .
 - 2- **ولاية متعدية** : تثبت للشخص على مال غيره أو نفسه .
- الولاية الذاتية** : تثبت لشخص كامل الأهلية البالغ العاقل الرشيد فله الولاية التامة لكل شؤونه وأمواله وتنفذ عقودة وتصرفاته بحق نفسه وماله ويقيده عدم الإضرار بالغير .
الولاية المتعدية : تثبت للشخص على غيره بسبب أمر عارض جعله الشارع علة وسبباً لثبوتها وهي نوعان : أصلية - نيابية

1- الولاية المتعدية الأصلية : هي التي تثبت باستمداها من الشارع الكريم بسبب الأبوة كولاية الأب والجد الصحيح .

2-الولاية المتعدية النيابة : تثبت باستمداها من شخص آخر كولاية الوصي والوكيل الولاية المتعدية قد تكون :

1- ولاية على النفس : وهي الولاية بمعناها العام , كولاية الحضنة .

2- ولاية على المال : تخص التصرفات المتعلقة بمال من تثبت عليه هذه الولاية كالصغير والمجنون والمعتوه (وتكون لمن تثبت لهم شرعاً كالأب أو وصيه وغيره .

فائدة : يشترط للولاية المالية على الصغير أ يكون أمين وذا أهلية أداء كاملة فلا ولاية

للصغير ولا للمجنون على مال الصغير ولا لغير المسلم على المسلم **باتفاق الفقهاء .**

فائدة : يشترط بتصرفات الولي أن تكون بمصلحة المولى عليه أي الصغير والمجنون .

=====

المبحث الرابع : الوكالة

لغة : الحفظ والتفويض والاعتماد , وهي نوع من أنواع الولاية .

اصطلاحاً : إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف مملوك له معلوم قابل للنيابة كما لو وكل إنسان ببيع داره .

ركن الوكالة :

الإيجاب والقبول فتعقد بأية عبارة تصدر من الموكل دالة على الإنابة والتوكيل والوكالة تنعقد منجزة ومعلقة ومضافة إلى المستقبل .

شروط الوكالة :

1- ما يشترط في الموكل : أن يكون مالكاً للتصرف الذي يوكل فيه الغير أي يكون أهلاً لمباشرة التصرف نفسه .وعلى هذا لا يصح توكيل المجنون والصبي غير المميز مطلقاً ولا توكيل صبي مميز بتصرف ضار ولو أجازته الولي .

2- ما يشترط في الوكيل : أن يكون عاقل مميز ولا يشترط به البلوغ والرشد فيصح توكيل كامل الأهلية وناقصها ولا يختلفان إلا بحقوق العقد فهي ترجع للموكل إن كان الوكيل ناقص الأهلية وترجع للوكيل نفسه إن كان كامل الأهلية .

3- ما يشترط في الموكل فيه : أن يكون معلوم للوكيل ولا تضر الجهالة اليسيرة إن كانت الوكالة خاصة ولا الجهالة الفاحشة إن كانت الوكالة عامة , وأن يكون من التصرفات الجائزة شرعاً , ومما يقبل النيابة كالبيع والشراء والمساقاة وغيرها .

أقسام الوكالة : تنقسم الوكالة إلى :

- أ- وكالة خاصة: التي متعلقة بتصرف معين كبيع دار وشراء سيارة فلا خلاف بصحته .
 - ب- وكالة عامة : التي غير محصورة بتصرف معين فلا تجوز بدون نص صريح عليها .
 - ج- وكالة مطلقة : هي الخالصة من كل قيد .
 - د- وكالة مقيدة : هي التي يحدد فيها الموكل للوكيل حدود تصرفه .
- هل للوكيل إنابة غيره فيما وكل فيه ؟ يجوز للوكيل أن يوكل غيره فيما وكله الموكل إن فوض الرأي له بهذا التصرف , ويجوز أن يتعدد الوكلاء بتصرف واحد .

حكم العقد وحقوقه :

- حكم العقد : هو أثر المترتب عليه وهو غرض العاقدين من إنشائه .
- حقوقه : هي ما يترتب عليه لطرفيه من حقوق والتزامات تؤكد حكمه وتقرره وتكمله .

علاقة الوكيل بموكله :

- إن كان التوكيل بأجره : فتكون علاقتهما علاقة الأجير بمؤجره ويكون الوكيل ملزماً بإتمام ما وكل به ولا يجوز التخلي عنه ومعناه أن الوكالة تكون ملزمة .
- إن كان التوكيل بغير أجره : اعتبر الوكيل متبرعاً بعمله فلا يملك الموكل إلزامه بالقيام بما وكل به والمضي فيه . فالوكيل له أن يتخلى بأي وقت شاء فهي غير ملزمة .

انتهاء الوكالة :

- 1- بمباشرة الموكل ما وكل به وكيله قبل مباشرة الأخير له .
- 2- عزل الموكل وكيله ولا ينفذ العزل قبل علم الوكيل به .

3- انتهاء محل الوكالة .

4- خروج الوكيل عن أهلية الوكالة كما لو جُن , ولا يشترط علم الوكيل بذلك .

5- خروج الموكل عن أهليته للتصرف ولا يشترط علم الوكيل بذلك .

=====

المبحث الخامس : الفضيولي

لغة : من يشتغل بما لا يعنيه ولا يخصه .

اصطلاحاً : من يتصرف بشؤون الغير تصرفاً لا ولاية في إصداره .

حكم عقد الفضيولي :

الأحناف والمالكية: إن باشر الفضيولي عقداً أو تصرف قولي انعقد ما باشره موقوفاً على

إجازة صاحب الشأن به أي من صدر التصرف لأجله فإن أجازته نفذ وإن لم يجزه بطل

الشافعية والحنابلة : تصرف الفضيولي باطل فهو بحكم المعدوم فلا تنفعه إجازة لأن

الإجازة تلحق العقد الموجود لا المعدوم

الراجح : القول الأول .

شروط صحة الإجازة :

1- تصدر الإجازة بمن له الحق بإصدارها وهو من له الولاية لإنشاء عقد الفضيولي .

2- أن تصر الإجازة حيال حياة الفضيولي .

3- تصدر الإجازة بحياة العاقد الآخر الذي تعاقد مع الفضيولي حتى يظهر أثرها بحقه

4- أن تصدر حال بقاء محل العقد

فسخ العقد قبل الإجازة :

بترجيح القول الأول فمن البديهي أن يكون لصاحب الشأن الحق بإبطاله بعدم إجازته

ويثبت هذا الحق للضيولي بعقد المفاوضات التي ترجع حقوقها له حتى يتخلص منها لو

أجاز صاحب الشأن هذه الحقوق .

الفصل الرابع : عيوب العقد

العقد بحقيقته تلاقي إرادتي العاقدين واتفقهما على إنشاء عقد معين ولكن قد يكون بإرادته خلل يجعلها معيبة ترجع بغالب صورها لـ (الغلط , الغبن , التغيرير , الإكراه)

المبحث الأول : الغلط :

كعيب من عيوب الإرادة حالة تقوم بالنفس تحمل توهم غير الواقع والمراد بالغلط هنا هو ما كان متعلقاً بمحل العقد فإما أن يكون بـ :

جنسه : كأن يشتري ياقوتاً فإذا هو زجاج .

وصفه : كأن يشتري ياقوتاً على أنه أحمر فإذا هو أصفر .

الغلط الباطني والظاهري : هو بنوعيه الوصفي والجنسي فد يكون ظاهر أو باطن .

الباطني : ما كان قائماً بتصور العقد واعتقاده أي أن يتوهم العاقد محل العقد على غير

صفتة ولا يوجد بصيغة العقد ما يدل على توهمه كأن يشتري خاتم نحاس ويعتقده ذهباً

الظاهري : توهم يقوم بالنفس ويرد بصيغة العقد ما يدل على ذلك كأن يقول لآخر

اشتريت منك هذا الألماس فيقول قبلت ثم يظهر أنه زجاج .

أثر الغلط في العقد :

الباطني : لا خلاف بين الفقهاء أنه لا يؤثر بانعقاد العقد وصحته لأن العبرة بالعبرة بالعبارة .

الظاهري : إن كان في الجنس أبطل العقد , لأن الغلط فيه يعدم المحل .

أن كان في الوصف جعل العقد موقوفاً قابلاً للفسخ ممن قام فيه الغلط .

=====

المبحث الثاني : الغبن والتغيرير

الغبن لغة : النقص

اصطلاحاً : أحد البدلين في عقود خاصة غير متكافئ مع الآخر في العقد عند التعاقد

هل يكون البائع مغبون في حالة والمشتري مغبون في حالة ؟

نعم , لو باع شخص ما قيمته مائه بخمسين فيكون البائع هو المغبون وهكذا .

ولو باع شخص ما قيمته مائه بمائتين يكون المشتري هو المغبون .

أنواع الغبن :

يسير : ما يدخل تحت تقويم المقومين أي تقدير أهل الخبرة فاليسير ما كان نصف العشر أو أقل فإن كثر فهو فاحش .

فاحش : ليس سواء بجميع الأحوال فهو ما كان نصف العشر أو أكثر بالعروض ...
والعشر أو أكثر في الحيوان ... والخمس أو أكثر في العقار .

التغيير لغة : الخداع

اصطلاحاً : استعمال الطرق الاحتيالية لحمل الشخص على التعاقد ظناً منه أن بالعقد مصلحته مع أن الواقع خلاف ذلك . (ويسمى التغيير ببعض أنواعه بالتدليس)

أنواع التغيير :

- 1- فعلي :** يتحقق بما يقوم أحد العاقدين من أعمال بقصد تضليل العاقد الآخر وإيهامه بحقيقة المعقود عليه لحمله على التعاقد كصبغ الثوب القديم ليكون كالجديد .
- 2- قولي :** يكون بالقول من العاقد أو غيره إن كان من شأنه أن يغير العاقد الآخر ويحمله التعاقد كبيع الأمانة .

أثر الغبن والتغيير في العقد :

الأثر ليس محل اتفاق بين الفقهاء وهذه حالات يكون ببعضها غبن أو تغيير أو كلاهما

أثر الغبن وحده في العقد :

إن كان يسير لا أثر له بالعقد فينعقد العقد صحيحاً لأن اليسير كثير ولا يمكن التحرز منه ويستثنى بيع المدين بدین مستغرق إن كان محجوز عليه بسبب هذا الدين .

أما الغبن الفاحش وحده فقد اختلف الفقهاء في تأثيره بالعقد .

أثر التغيير وحده :

إن كان فيه تضليل وإيهام للعاقد بوجود صفة معينة مرغوب بها بالعقد لولاها لما أقدم على التعاقد وللمغرور بهذه الحالة حق فسخ العقد ويشترط للفسخ ألا يكون الوصف الفاتت مما يدرك بالعيان والمشاهدة ويؤيد هذا الرأي حديث التصرية .

أثر الغبن والتغيير مجتمعين :

إذا اجتمعاً بالعقد بأن كان الغبن فاحش وهو نتيجة تغيير العاقد الآخر أو ممن يعمل له كالدّلال أو تواطؤه مع الغير كبيع النجش فللمغبون الحق بفسخ العقد دفعاً للضرر عنه

=====

المبحث الثالث : الإكراه

الإكراه : هو حمل الغير بغير حق على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحامل أو "المكروه" على إيقاعه ويصير الغير خائفاً منه .

شروط الإكراه (المكروه) :

يتحقق بأن يكون الحامل (المكروه) قادر على إيقاع ما هدد به ... وإن لم يكن قادر مع علم المكروه بعدم قدرته , كان التهديد لغواً لا قيمة له ولا يتحقق الإكراه .

شروط (المكروه) :

- أن يكون خائف من التهديد بأن يعتقد أن المكروه سيوقع ما هدد به عاجلاً أو على غلبة الظن .
- أن يفعل المكروه ما أكره عليه تحت تأثير هذا الخوف .
- أن ما هدد به ضرراً تلحق بإتلافها أو جزء منها .

أنواع الإكراه : (ملجئ أو تام - غير ملجئ أو ناقص)

الملجئ : يكون تهديد بالنفس أو عضو لأن حرمة الأعضاء كحرمة النفس وسمي لأن المكروه يضطر مباشرة الفعل خوفاً على نفسه أو ماله وهو يفسد الاختيار ويعد الرضا عند الحنيفية ... وعند غيره يعدم الرضا والاختيار لأنهما متلازمان .

غير الملجئ : يكون بالضرب والحبس بما دون إتلاف النفس وهو يعدم الرضا لكن لا يفسد الاختيار لعدم الإضرار مباشرة ما أكره عليه لتمكنه من الصبر على ما هدد به .

أثر الإكراه في عقود المكروه وتصرفاته :

لا تعتبر إقرارات المكروه .

أما تصرفاته القولية التي لا تحمل الفسخ ولا تبطل بالهزل كالنكاح والطلاق والرجعة فهذه تقع صحيحة نافذة لا أثر للإكراه فيها هذا عند الأحناف .

الشافعية والحنابلة لا يترتب على قول المكره حكم فأقواله كلها مهددة **وحجتهم** :

1 - أن الله أسقط عن المكره حكم الكفر (إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان)

2- (ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا) وحديث (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان)

3- القصد لما وضع له التصرف شرط لجوازه وهذا الشرط يفوت بالإكراه لأن المكره لا يقصد بالتصرف ما وضع له بل يقصد دفع الضرر عن نفسه .

4- المكره يأتي بلفظ ليدفع الأذى عن نفسه فيلزم أن يعتبر قوله لغواً ككلام المجنون ويرد الحنفية على هذه الأدلة بأن الإكراه لا يُعمل في الاعتقادات .

القول الراجح : قول الجمهور , فلا يقع من المكره شيء فجميعها باطلة .

=====

الفصل الخامس : أقسام العقد

1- باعتبار وصفه 2- باعتبار وقت اتصال حكمه بصيغته 3- باعتبار نوع آثاره

المبحث الأول : العقد باعتبار وصفه

يطلق الفقهاء عبارة حكم العقد ما يكون للعقد من وصف يرجع إلى ما للعقد من وجود معين تترتب عليه آثاره أو لا تترتب أو من قوة ملزمة لعاقديه أو غير ملزمة .

العقد الصحيح وغير الصحيح :

العقد الصحيح : هو ما كان سبباً صالحاً لترتب آثاره عليه .

وهو العقد المنعقد الذي لا خلل بركنه لصدوره من أهله وكان محله قابلاً لحكمه وسلمت أوصافه من الخلل ولم يعتريه شرط من الشروط الفاسدة .

ويعبر عنه الفقهاء بأنه العقد المشروع بذاته وتترتب عليه آثاره المقررة له شرعاً

العقد غير صحيح : هو الذي لا تتوافر به شروطه وأركانه **وعند الحنفية** باطل وفساد .

الباطل عندهم : المختل بركنه والباطل هو المعدوم لأنه غير منعقد وغير مشروع أصلاً

ويعبرون عنه بأنه العقد غير المشروع لا بذاته ولا بوصفه ولا تترتب عليه آثاره الشرعية

الفاسد عندهم : ما كان مختلاً والخلل راجع لوصف من أوصافه اللازمة له فهو عقد منعقد لسلامة ركنه (الإيجاب والقبول) من الخلل، والخلل قابل لحكم العقد وهو يكفي لانعقاده ولكن طراً خلل على بعض أوصافه الخارجية كأن خلا عقد النكاح من الشهود **الصحيح وغير الصحيح عند الجمهور :**

الجمهور غير الحنفية يقسمون العقد قسمة ثنائية لا ثلاثية فالعقد عندهم :

العقد الصحيح : ما كان مستجمعاً لشروط الصحة والانعقاد أي ما كانت شروطه وأوصافه وأركانه سليمة لا خلل فيها على نحو تترتب عليه آثاره المقرر له شرعاً .

العقد غير صحيح : باطل أو فاسد إلا أن الجمهور اختلفوا بحكم العقد الذي يرجع الخلل لوصف غير لازم للعقد كالبيع وقت النداء لصلاة الجمعة - النجش بالبيع **فقال أكثرهم** بصحة العقد مع الإكراه , **وقلة منهم قالوا** بالبطلان .

العقد الصحيح ما يصلح أن يكون سبباً لترتب الآثار الشرعية عليه وهذه الآثار قد تظهر بالحال عند تمام انعقاد العقد دون توقف على إجازة أحد (وهذا هو العقد النافذ) وقد يتوقف ظهور هذه الآثار على إجازة الغير (وهذا هو العقد الموقوف) .

العقد الموقوف : هو الصادر من شخص يتمتع بالأهلية ولكن لا يملك ولاية إصدار هذا العقد وإنشائه كتصرفات الفضولي والصبي المخير الموقوف على إجازة وليه .

العقد النافذ : هو العقد الصحيح الصادر من كامل الأهلية والولاية **وينقسم إلى :**

عقد لازم : هو الذي لا يملك أحد العاقدين فسخه دون رضا من الآخر كالبيع والإجارة **عقد غير لازم :** يسميه بعض الفقهاء (العقد الجائز) وهو الذي بطبيعته يمكن فسخه من أحد العاقدين كعقد الوديعة والعارية، وقد يكون لازماً لأحدهما كعقد الرهن والكفالة

المبحث الثاني : العقد باعتبار اتصال حكمه بصيغته

حكم العقد هنا ما للعقد من آثار شرعية تترتب عليه كما لو قيل حكم البيع ثبوت ملكية المبيع للمشتري وملكية الثمن للبائع والعقود تختلف باتصال آثارها بها **فمنها :**

أ- ما يترتب عليها آثارها فور انعقادها (وهذه العقود المنجزة)

ب- ما يترتب عليها آثارها بزمن لاحق على انعقادها (وهذه العقود المضافة للمستقبل)

ت- ما لا تترتب عليها آثارها مطلقاً لأنها علقّت على شرط العقود المعلقة على شرط

العقود المنجزة :

هو ما تكفي صيغته لانعقاده وتترتب آثارها عليه بالحال وهذا في العقود التي لا يحتاج بتمامها إلى قبض المعقود عليه كما في البيع ونحوه .

أما العقود التي تحتاج بتمامها إلى قبض المعقود عليه كالهبة فلا تكفي الصيغة لإتمام العقد بل لا بد فيه من قبض المعقود عليه والعقد هنا قبل القبض صحيح لكن غير تام وهناك عقود لا تصح بدون قبض كالسلم والصرف (الأصل بالعقود أن تكون منجزة) .

العقود المضافة إلى المستقبل :

هو ما تدل صيغته على إنشائه من حين صدور هذه الصيغة وآثاره لا تترتب عليه إلا بزمان مستقبل عيّنه العاقدان بالعقد كقول أحدهم أجرتك الدار بألف من الشهر القادم

العقود المعلقة :

هو الذي علق وجوده على وجود شيء آخر أي أن وجود العقد ربط بوجود أمر بالمستقبل كقول أحدهم إن سافرت للخارج فأنت وكيل بيبي داري فقال الآخر: قبلت فالعقد المعلق لا وجود له قبل وجود الشرط المعلق به .

ويشترط لصحة التعليق أن يكون المعلق عليه معدوماً وقت التعاقد إلا أنه ممكن الوجود بالمستقبل .

حالة أولى : لكن إن كان موجود وقت التعاقد فالعقد يكون منجزاً كأن تقول لابنك بعد الامتحان إن نجحت فقد وهبت لك هذه الساعة وتبين أنه ناجحاً فيه .

حالة ثانية : إن كان مستحيل الوقوع بالمستقبل فالعقد يكون باطلاً كأن تقول لآخر إن دخل الجمل في سم الخياط أو إذا شربت ماء دجلة .

العقود من ناحية قابليتها للتعليق وعدمه تنقسم لثلاث أقسام :

أ- عقود لا تقبل التعليق :

كعقود التمليكات التي ترد على الأعيان والمنافع بعوض أو دونه كالبيع والقرض والهبة

ب- عقود تقبل التعليق بكل شرط

كالوكالة والوصية والإيضاء والإسقاطات كالطلاق والإعتاق .

ج- عقود وسط بين النوعين

فهي تقبل التعليق ولكن بشرط أن يكون المعلق عليه شرطاً مناسباً أي ملائماً للعقد كعقود الكفالة والحوالة لا أن تقول إن نجح ابني بالامتحان فقد أحلتك بالدين الذي لك عليّ على فلان فالتعليق هنا مفسد للعقد فهو كالهزل .

=====

المبحث الثالث : أقسام العقد باعتبار نوع آثاره

لكل عقد آثار معينة تترتب عليه فعقد البيع يفيد ملكية المبيع للمشتري وملكية الثمن للبائع وهو غرض العاقدان من عقد البيع وعلى هذا الأساس تتنوع العقود لمجموعات وفيما يلي هذه المجموعات وما يندرج تحت كل مجموعة من عقود وتصرفات :

- 1- **عقود التملكيات:** وهي الغرض منها تمليك العين أو المنفعة بعوض أو بغير عوض .
فالتي بعوض عقود المعاوضات : ومنها البيع والسلم والإجارة , والمضاربة , والمزارعة والمساقاة , فكل عقد من هذه العقود فيه مبادلة ومعاوضة من طرفي العقد .
والتي بغير عوض عقود التبرعات , الهبة , الإعارة , والوصية والصدقة وليس فيها معنى المعاوضة والمبادلة وإنما فيها تبرع ومعونة .
- 2- **الإسقاطات :** هي التي يراد بها إسقاط ما للإنسان من حق . إن كان الإسقاط بلا بدل فهي إسقاطات محضة كالطلاق المجرد عن المال والإعتاق وإن كان بعوض فهي إسقاطات بها معنى المعاوضة كالطلاق على مال تدفعه الزوجة لزوجها وهو الخلع .
- 3- **عقود التفويض والإطلاق :** هي ما تتضمن تفويض الغير وإطلاق يده في التصرف بعمل كان ممنوعاً عليه قبل هذا التفويض والإطلاق كعقد الوكالة والإيضاء .
- 4- **التقييدات :** هي تصرفات يراد بها منع شخص من تصرف كان مباحاً من قبل كعزل الوكيل أو ناظر الوقف والحجر على المأذون له بالتجارة .
- 5- **عقود التوثيق أو التأمينات :** وهي الغرض منها تأمين الدائن على دينه قبل مدينه ومنها الكفالة , الحوالة , الرهن .
- 6- **عقود الشركات :** وهي الغرض منها الإشتراك بالعمل والربح كالمزارعة والمساقاة .
- 7- **عقود الحفظ :** وهي المقصود بها حفظ المال كعقد الوديعة .

الخيارات

جمع **مفرد**ها خيار وهو طلب خير الأمرين أو الأمور , **وعند الفقهاء يراد بالخيار أن** يكون للمتعاقد الحق بإمضاء العقد أو فسخه والحكمة من وجود الخيارات بالعقود اللازمة هي التأكد من رضا العاقدين بإنشاء العقد وإمضائه ورعاية مصلحة طرفي العقد تدعوان لهذه الخيارات كأن يشتري إنسان سلعة ويخفي عليه ما فيها من عيب عند التعاقد ثم يطلع عليه فيما بعد فمن العدل أن يعطيه المشتري الخيار بفسخ العقد أو إبقائه وهذه الخيارات ثابتة بحكم الشرع حتى وإن لم يشترطها أحد المتعاقدين **كخيار الرؤية - العيب** ومنها خيارات لا تثبت بدون اشتراطها بالعقد **كخيار الشرط - والتعيين**

المبحث الأول : خيار الشرط

تعريفه : أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما أو لغيرهما الحق بإمضاء العقد أو فسخه بمدة معلومة إذا شرط ذلك بالعقد , ويثبت الخيار للعاقد بأن يشترطه لنفسه أو يشترطه العاقد الآخر له كقول البائع للمشتري بعتك هذه الفرس ولك خيار ثلاث أيام.

مدته : عند الشافعية وأبي حنيفة : ثلاثة أيام أو أقل .

الحنابلة والجعفرية : يجوز أكثر من 3 أيام ما دام المدة معلومة سواء طويلة أو قصيرة.

المالكية : يثبت هذا الخيار بالشرط أو بمقتضى العرف بدون اشتراط وفي البيع تختلف مدته باختلاف نوع المبيع .

العقود التي يجري بها خيار الشرط :

يجوز اشتراط خيار الشرط في العقود اللازمة والقابلة للفسخ كالبيع والإجارة , ولا يجوز بالعقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ كالزواج والخلع , وكذا بالإيقاعات كالطلاق والعتق ولا يجري بالعقود غير اللازمة والوديعة والعارية .

أثر الخيار في العقد :

الخيار يجعل العقد غير لازم بالنسبة لمن له الخيار فله أن يمضيه أو يفسخه .

لا يشترط بالإمضاء أو الفسخ لفظ مخصوص بل يجوز بكل لفظ يدل على ذلك .

ويجوز بالفعل , وإن أمضت المدة دون أن يبين من له الخيار رأيه فالعقد لازم للطرفين

انتهاء خيار الشرط : ينتهي بأمور منها :

- 1- إمضاء العقد أو فسخه في مدة الخيار .
- 2- مضي مدة الخيار بلا إمضاء أو فسخ .
- 3- تغيب محل العقد أو هلاكه بيد العاقد الآخر إذا كان الخيار له .
- 4- موت من له الخيار , وهذا عند الحنفية والحنابلة .

=====

المبحث الثاني : خيار التعيين

معناه : أن يكون لأحد المتعاقدين حق تعيين أحد الشئيين أو الثلاثة التي ذكرت بالعقد مع ثمن كل منها ليكون هذا المعين هو محل العقد كأن يقول شخص لآخر بعتك أحد الثوبين بثمنه ويعين ثمنهما على أن تعين ما تريد في مدة يومين فيقول الآخر قبلت . وجواز هذا الخيار ليس محل اتفاق الفقهاء فالأكثر لم يجيزوه لجهالة المحل وأجازه أبو حنيفة وصاحبه أبو يوسف ومحمد .

والظاهر أن قول المجيزين أرجح من قول المانعين لحاجة الناس لمثل هذا الخيار .

شروط صحة خيار التعيين :

- 1- أن يكون الخيار بين شئيين أو ثلاثة أشياء لا أكثر لأن الحاجة تندفع بذلك .
- 2- أن تكون هذه الأشياء متفاوتة بينها بالأموال القيمة المثلية إذا اختلف الجنس .
- 3- أن تكون أثمان الأشياء التي يجري بها خيار التعيين معينة فإن لم تعين فسد العقد
- 4- أن تكون مدة الخيار معلومة فعند أبي حنيفة لا تزيد عن ثلاثة أيام وعند صاحبيه يجوز أن تكون أكثر من ذلك ما دامت معينة واتفق عليها الطرفان .

مسقطات خيار التعيين :

يسقط بالاختيار بأن يعين المشتري الذي يريد صراحة كما لو خير بين ثلاث قطع فدفعت واحدة للخياط ليخيطها له , ويسقط بهلاك أحد الأشياء بعد قبضها من المشتري

وراثة خيار التعيين :

إن مات من له هذا الخيار قبل التعيين قام مقامه وارثه لأنه خيار يُورث فعلى الوارث تعيينه ودفعت ثمنه من التركة .

المبحث الثالث : خيار الرؤية

تعريفه : هو حق يثبت لأحد العاقدين أن يفسخ العقد أو يمضيه عند رؤية محل العقد إن لم يكن قد رآه وقت التعاقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه كأن تشتري فرساً ولم تراه فلك الخيار عند الرؤية بالفسخ أو الإمضاء فالوصف مهما كان دقيق فلن يبلغ مبلغ العلم به عند رؤيته فإن أمضاه العاقد كان عن رضا كامل .

معنى الرؤية وما تحقق به :

المراد بالرؤية : إدراك محل العقد والعلم به والوقوف على حاله .
ولا يشترط رؤية جميع الخلل إن كان رؤية البعض يؤدي لمعرفة الكل ويكون هذا بالأموال التي لا تفاوت بين أقسامها وأجزائها كبيع المكيلات والموزونات .

العقود التي تثبت فيها خيار الرؤية :

يثبت للمتملك بكل عقد يكون به محل العقد معيناً بالتعيين ويكون قابل للفسخ ,

وعلى هذا الأساس يثبت في العقود التالية :

- 1- في البيع إن كان المبيع عينياً مشخصة فيثبت خيار الرؤية للمشتري , ويثبت للبائع إذا كان الثمن عينياً مشخصة كما لو بعث سيارة بفرس فالخيار للبائع والمشتري.
- 2- في الإجارة كما لو استأجرت عيناً لم ترها فالخيار لك عند الرؤية بين الإمضاء أو الفسخ وكذلك يثبت للمؤجر هذا الخيار إن كانت الأجرة عينياً مشخصة كما لو استأجرت دار لمدة سنة نظير حيوان معين .
- 3- قسمة العيان القيمة إن قسمت بين أصحابها ولم ير أحدهم نصيبه له خيار إن رآه
- 4- الصلح عن دعوى المال على عين معينة لم يرها المصالح فإن رآها له الخيار .
ويظهر من هذه العقود أن هذا الخيار للمتملك وذهب بعضهم ثبوته للمملك .

[والراجع القول الأول .](#)

ما يشترط لثبوت خيار الرؤية :

- 1- عدم رؤية العاقد محل العقد عند التعاقد أو قبله .
- 2- يكون محل العقد عيناً معينة أي مشخصة كالدار بالجهة الفلانية بالموقع الفلاني.
- 3- أن يكون العقد مما يقبل الفسخ ليتمكن فسخه .
- 4- رؤية العاقد محل العقد فلا خيار له قبلها .

وقت ثبوت الخيار ومدته :

يثبت عند رؤية محل العقد فلا يثبت قبل الرؤية .
مدة الخيار تبدأ من رؤية المحل وتستمر إلى أن يصدر ممن له هذا الخيار ما يدل على رضاه أو فسخ العقد كما ينتهي بحصول ما يسقطه .

أثره في العقد :

ثبوت خيار الرؤية لأحد العاقدين لا يمنع نفاذ العقد ولكنه يمنع لزومه بالنسبة لمن ثبت له هذا الخيار فهو بالنسبة له عقد غير لازم وإنما يلزم بعد رؤية المحل ما يصدر منه ما يدل على رضاه بالقول كأن يقول رضيت أو بالفعل كأن يقبض المعقود عليه بعد رؤيته وله فسخه والفسخ لا يتوقف على رضا الطرف الآخر ولا على قضاء القاضي .

مسقطات خيار الرؤية :

- 1- الرضا بالعقد صراحة أو دلالة ممن له الخيار , إن قال رضيت بالعقد كان هذا إسقاط صراحة وإن قبض المعقود عليه بعد رؤيته كان إسقاط دلالة .
- 2- تصرف الممتلك بالمحل كبيعه ورهنه وهبته مع التسليم أو بدونه وانتفاعه به .
- 3- تغيب المحل بيد مملكه لأنه لا يجوز أن يرد له لصاحبه وقد سلمه سليماً .
- 4- تعذر رد المحل كاملاً لصاحبه لهلاك بعضه أو تغيب أو تصرف في البعض .
- 5- بترك المبادرة للفسخ بعد الرؤية وهذا عند الجعفرية .
- 6- موت من له الخيار قبل أن يختار الفسخ أو الإمضاء فإن توفي سقط الخيار ولزم العقد ولم ينتقل الخيار للورثة (خيار الرؤية كخيار الشرط) الوارث لا يرث من مورثه .

المبحث الرابع : خيار العيب

تعريفه , والعقود التي يثبت بها :

هو ما يكن للمتملك من حق في فسخ العقد أو إمضائه بسبب عيب يجده فيما تملك وإضافة الخيار للعيب إضافة المسبب إلى السبب أي الخيار الذي يثبت بسبب العيب وهذا الخيار يثبت إن كان المعقود عليه معيناً بشخصه كخيار الرؤية فإذا كان معيناً بأوصافه كما في المبيع في السلم فلا يثبت فيه خيار العيب لأن تحققه يكون بتحقق أوصافه فإذا لم تتحقق لم يكن محلاً للعقد . ويثبت بالعقود التي يثبت فيها خيار الرؤية وهي البيع والإجارة والقسمة وبدل الصلح .

العيب الذي يثبت فيه الخيار :

هو الذي يوجب نقصاً بثمنه عند التجار أو الذي يفوت الغرض المقصود منه وذلك يوجب نقصاناً بقيمته بحيث لو علم المشتري بالعيب لما أقدم على تملكه بالثمن الذي رضيه فالكسر بالإناء والعمى والعرج بالحيوان فهذه عيوب في المعقود فيه .

سبب خيار العيب :

هو عيب كما هو ظاهر من اسمه لأنه إن فات هذا الشرط انعدم رضا العاقد ولحقه الضرر فكان اعطائه هذا الخيار دفع للضرر عنه ومنع لإلزامه بشيء لم يرض به . ولا يحتاج لثبوته اشتراطه في العقد لأنه يثبت بحكم الشرع .

شروط ثبوت خيار العيب :

- 1- حدوث العيب بمحل العقد قبل أن يتسلمه المشتري سواء قبل العقد أو بعده ولكن قبل التسليم .
- 2- ألا يعلم المشتري بالعيب حين العقد وألا يرضى به بعد علمه به وألا يزول هذا العيب قبل أن يستعمل صاحب الخيار حقه في فسخ العقد .
- 3- ألا يكون الممتلك كالبائع بعقد البيع قد اشترط براءته من العيوب .

أثره في العقد :

وجود العيب بالمعقود عليه لا يؤثر في ترتب أحكام العقد وإنما يظهر أثره بلزوم العقد فيمنعه بالنسبة إلى من يثبت له هذا الخيار إذ للأخير الحق بإمضاء العقد أو فسخه ما دلم الفسخ ممكن لأن العقد بالنسبة له غير لازم بسبب خيار العيب , فإن أراد الفسخ فله هذا ما دام في حضرته وإن لم يكن هذا العاقد حاضر اشترط علمه بالفسخ , وإن كان الفسخ بعد القبض فلا بد من رضا العاقد الآخر أو قضاء القاضي عند إباته .

سقوط خيار العيب :

- 1- يسقط برضا من يثبت له الخيار صراحة كان أو دلالة فيصير العقد لازم ولا يمكن فسخه إلا بتراضيهما والرضا الصريح يتم بأي لفظ يدل عليه كقول رضيت ويسقط بالإسقاط الصريح أو بما هو في حكم الصريح وبإبراء الممتلك للمملك من العيب .
- 2- إذا تعيب المعقود عليه بعيب جديد بيد من له الخيار سواء كان هذا العيب نقصاً بذاته أو بقيمته , وكذلك هلاكه , أو إذا تغير تغير تام كما لو كان قمح فطحنه .
- 3- زيادة المعقود عليه بيد من له الخيار زيادة متصلة غير مولدة منه كصبغ الثوب أو زيادة منفصلة متولدة منه كالولد والصوف من الحيوان إذا ما حصلت الزيادة بعد القبض

الرجوع بنقصان العيب :

الممتلك أحياناً يستحق الرجوع على المملك بنقصان العيب فيكون له هذا الرجوع :

- إذا هلك المعقود عليه .
 - إذا تعيب بغير فعله سواء كان بعد علمه بالعيب أو قبله .
 - إذا تعيب بفعله كما لو كان قماشاً فقطعه ليخيطه ثوباً .
 - استهلك طعاماً بشرط ألا يكون التعيب والاستهلاك بعد علمه بالعيب فإذا كان عالم بالعيب ثم عيبه أو استهلكه فلا حق له برجوع النقصان .
- ولا يكون للممتلك الرجوع بالنقصان إذا تصرف في المعقود عليه بما يخرج منه من ملكه ولا عند رضاه بالعيب

وراثة خيار العيب :

خيار العيب يورث فإذا مات من له الخيار قبيل أن يختار فسخ العقد أو إمضاؤه قام وارثه مقامه بذلك ولا خلاف بهذا بين الفقهاء , إلا أن الحنفية يقولون أن هذا الحق يثبت للوارث ابتداءً وغيرهم يقولون يثبت بحكم حق الوراثة لأنه حق مالي .

=====

=====

وصلى الله على نبينا محمد صلى الله عليه وسلم