

القواعد والضوابط الفقهية المستخرجة من كتاب فتح القدير لكمال الدين بن  
الهام من كتاب البيوع إلى كتاب الوكالة جمعاً ودراسة

إعداد: محمد ثلجي موسى حامد

بإشراف الدكتور الفاضل: د. أحمد عبد الجواد

بكالوريوس فقه وتشريع من جامعة القدس / 2011م.

قُدِّمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع  
وأصوله / الدراسات العليا / جامعة القدس

القدس - فلسطين

1435هـ / 2014م.



إجازة الرسالة

القواعد والضوابط الفقهية المستخرجة من كتاب فتح القدير لكمال الدين بن الهمام من كتاب البيوع إلى كتاب الوكالة جمعاً ودراسة.

اسم الطالب: محمد تلجي موسى حامد.

الرقم الجامعي: 21111106.

المشرف: د. أحمد عبد الجواد.

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ 12 / 5 / 2014م. من لجنة المناقشة المدرجة أسماؤهم وتوافقهم:

1. رئيس لجنة المناقشة: د. أحمد عبد الجواد. التوقيع ..... 2014/5/12
2. ممتحناً داخلياً: د. محمد مطلق عساف. التوقيع ..... 2014/5/12
3. ممتحناً خارجياً: د. أيمن البدارين. التوقيع ..... 2014/5/12

القدس / فلسطين

1435هـ / 2014م.

## الإهداء

إلى من قرن الله سبحانه وتعالى عبادته وطاعته ببرهما والإحسان

إليهما

إلى من ربياني على حب العلم والأخلاق والفضيلة

إلى والديّ العزيزين الكريمين تيمناً ببركتهما ودعائهما

إلى سندي في هذه الدنيا، نبع المحبة والوفاء

إلى من يسكنون قلبي، ويحيطون بروحي إلى إخواني وأختي

وأخص منهم الأسد الرابض خلف القضبان ماجد وإلى كل الأسود خلف

القيود

إلى أساتذتي الأفاضل حفظهم الله، وإلى زملائي وإخواني في الله

وإلى كل العلماء العاملين والدعاة المخلصين

أهدي هذا الجهد المتواضع

الباحث

محمد ثلجي حامد.

## الإقرار

أقر أنا مقدم الرسالة أنها قدمت لجامعة القدس لنيل درجة الماجستير، وأنها نتيجة أبحاثي الخاصة، وأنّ هذه الرسالة أو أي جزء منها لم يقدم لنيل أي درجة عليا لأي جامعة أو معهد.

التوقيع: ..... محمد طلحة

الاسم: محمد تلجي موسى حامد.

التاريخ: 2014 / 5 / 12 م.

## شكر وتقدير

الحمد لله المنان المتفضل على عبادة بالرحمة والغفران، والصلاة والسلام على النبي العدنان وعلى آله

وصحبه الطيبين الأطهار الكرام، وعلى من تبعه وسار على منهجه إلى يوم القيامة، وبعد:

فإنني أشكر الله سبحانه وتعالى صاحب الفضل والمنة، الذي أتم علي بنعم كثيرة، وهذه منها.

ثم إنني أرى لزاماً علي أن أتقدم بالشكر الجزيل وبخالص التقدير إلى كل من أسدى إلي معروفاً بتوجيه أو

مساعدة أو دعوة في ظاهر الغيب، وأخص بالذكر منهم هنا: فضيلة الدكتور أحمد عبد الجواد الذي شرفت

بتفضله بالإشراف على رسالتي، كما وأني أتقدم بخالص الشكر والعرفان لأساتذتي في كلية الشريعة في

جامعة القدس، وأخص منهم الأستاذ الدكتور الفاضل حسام الدين بن موسى عفانه، والدكتور الفاضل محمد

عساف، وسأبقى شاكراً لهم ما دمت حياً.

كما وأتقدم بخالص الشكر والتقدير لأعضاء لجنة المناقشة الأفاضل، وهما: الدكتور الفاضل محمد مطلق

عساف من جامعة القدس، والدكتور الفاضل أيمن البدارين من جامعة الخليل.

وأسأل الله سبحانه وتعالى أن يجعل هذا العمل في ميزان حسناتي وحسناتهم أجمعين.

الباحث

محمد ثلجي حامد.

## المخلص

لقد تناولت هذه الدراسة موضوع ( القواعد والضوابط الفقهية المستخرجة من كتاب فتح القدير لكمال الدين بن الهمام من كتاب البيوع إلى كتاب الوكالة ) جمعاً ودراسة، هادفة إلى جمع القواعد والضوابط الفقهية من كتاب فتح القدير، ومن ثم دراستها وبيان حقيقتها ومعناها الإجمالي، وتوضيح المسائل الفقهية التي تعد تطبيقاً لهذه القواعد والضوابط في فتح القدير.

وابن الهمام من أهم علماء الحنفية، وكتابه فتح القدير من أهم الكتب المعتمدة في الفقه الحنفي، وهو شرح لكتاب الهداية للمرغيناني.

وقامت الرسالة على المنهج الاستقرائي التحليلي، لأنه المنهج الأليق بموضوع الدراسة.

وقد احتوت الرسالة على اثنتين وخمسين قاعدة وضابط فقهي، وخمسين مسألة فقهية من المسائل التي خرّجها ابن الهمام على هذه القواعد والضوابط، مبيناً فيها صورة كل مسألة، ورأيه ورأي مذهبه، ورأي الفقهاء في كل مسألة.

ومن أهم النتائج التي توصلت إليها من هذه الدراسة: أن ابن الهمام من أهم فقهاء المذهب الحنفي، وأنه قد أولى القواعد والضوابط الفقهية اهتماماً كبيراً عند دراسته للمسائل الفقهية، واستأنس بها في إثبات الحكم الفقهي في العديد من المواقف، كما وأن للقواعد والضوابط الفقهية دور كبير ومهم في دراسة المسائل الفقهية، وتأصيلها، والمساعدة في الوصول إلى الحكم الشرعي في الكثير من المسائل من خلالها.

وهنا أوصي طلبة العلم بالاهتمام أكثر بالكتب الفقهية القديمة، ودراستها واستخراج القواعد والضوابط الفقهية التي استخدمها أصحاب تلك الكتب، وبيان تطبيقاتها على المسائل المستجدة والنوازل الحادثة في عصرنا.

**Jurisprudential (*fiqh*) Rules and Disciplines Extracted, through collecting and studying, from *Fath Al-Qadir* by Kamal Al-Din Ibn Al-Humam from the book of *Al-Buyo* to the book of *Al-Wak***

**Researcher: Mohammad Thalji Musa Hamid.**

**Supervisor: Dr. Ahmad Abdul Jawad.**

**Abstract**

This research seeks to address the subject of the jurisprudential rules and disciplines extracted, through collecting and studying, from *Fath Al-Qadir* by Kamal Al-Din ibn Al-Humam from the book of *Al-Buyo* to the book of *Al-Wakala*. It also aims to collect the jurisprudential rules and disciplines from *Fath Al-Qadir*, to peruse, study and identify their essence and overall meaning and to clarify jurisprudential issues, which represent the application of these rules and disciplines in *Fath Al-Qadir*.

Ibn Al-Humam is one of the key Hanafi scholars, his book *Fath Al-Qadir* is one of the most important approved books in the Hanafi Fiqh, which illustrates a book entitled *Al-Hidayah* by Al-Marghinani.

The study methodology is based on the inductive analytical approach, which is the most suitable method for the subject addressed herein in this thesis.

The thesis includes fifty-two jurisprudential rules and disciplines as well as fifty issues of fiqh which paths, transmission, reporters and levels of authenticity or weakness, had been studied by Ibn Al-Humam regarding these rules and disciplines. He also demonstrated and explained the substance of each issue, his opinion, the opinion of his doctrine and the opinion of scholars on each issue.

Among the important findings which the study has come out with are: Ibn Al-Humam is one of the most prominent and key scholars in the Hanafi school, and that he has dedicated

considerable efforts and great attention to the *fiqh* rules and disciplines upon perusing fiqh issues, and used these rules to prove the fiqh ruling in many situations. Moreover; the Fiqh rules and disciplines have great and essential role in studying and rooting fiqh issues and have considerably assist in reaching to shar'i rulings in numerous issues.

The study recommends to other researchers to pay more attention to the old Islamic jurisprudential books by studying and extracting jurisprudential rules and disciplines which were used by Muslim scholars, and to highlight their applications in current emerging issues and calamities of our time.

## مقدمة

الحمد لله رب العالمين، الحمد لله الذي هدانا لهذا الدين، وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا بفضله ورحمته علينا بأن جعلنا مسلمين، والصلاة والسلام على إمام المرسلين، الرحمة المهداة من رب العالمين، لينير درب الحائرين، عليه وعلى آله وصحبه ومن تبع منهجه أفضل الصلاة وأتم التسليم إلى يوم الدين، أما بعد:

فمن فضل الله سبحانه وتعالى ومنته على هذه الأمة أن جعل علماءها ورثة لأنبيائها، يضحون بأوقاتهم وجهدهم من أجل خدمة هذا الدين، وشرح علومه وبيان أحكامه، في كافة المجالات وفي مختلف العلوم، يؤلفون الكتب ويدونون العلوم ليستفيد منها من خلفهم، فكان من حقهم علينا، ومن واجبا نحوهم، أن نهتم بكتبهم وندرسها ونحققها ونبحث في مكنوناتها عن تلك العلوم التي قضوا زهرات حياتهم في جمعها لكي تصل إلينا.

ومن أهم العلوم التي ورثناها عن علمائنا علم القواعد والضوابط الفقهية، الذي يعتبر من أهم العلوم الإسلامية، فهو يمثل مرحلة متطورة ومتجددة للتأليف في الفقه الإسلامي، وضبط فروعه، وحصر جزئياته.

ولأهمية هذا العلم وقيمه، وكثرة حاجة الناس إليه، فقد اخترت أن تكون دراستي حول هذا العلم، وأخترت كتاباً من أهم وانفع الكتب الفقهية في المكتبة الإسلامية، الذي بذل صاحبه مجهوداً عظيماً في تأليفه، مذهبه حنفي، ولكنه سلك طريقاً جديداً في التأليف يقوم على المقارنة بين المذاهب الفقهية في كثيرٍ من المسائل التي يتحدث عنها، ولأنه كذلك فقد اخترت أن تكون القواعد والضوابط الفقهية التي سأقوم بدراستها في هذا البحث، مستخرجة من كتابه الجليل، فجاء بحثي بعنوان: " القواعد والضوابط الفقهية المستخرجة من كتاب فتح القدير لكمال الدين بن الهمام من كتاب البيوع إلى كتاب الوكالة جمعاً ودراسة " .

## - دوافع الدراسة:

1. الأهمية الكبيرة للقواعد والضوابط في الفقه الإسلامي، ودورها الواضح في خدمة طلبة العلم.
2. المساهمة في خدمة وإحياء التراث الفقهي الإسلامي، وإبرازه من جديد، وإثراء المكتبة الإسلامية بدراسات جديدة حول القواعد والضوابط الفقهية.
3. إبراز فكر العالم الجليل ابن الهمام، وبيان آرائه الفقهية، ودوره في خدمة الفقه الإسلامي.
4. إكمالاً للمجهودات السابقة التي قام بها العديد من طلبة العلم الشرعي على كتاب فتح القدير، فهذه الرسالة تأتي امتداداً لدراسات سابقة تمت على كتاب فتح القدير منها ما يتعلق بالقواعد والضوابط الفقهية في الكتاب، ومنها ما يتعلق بالقواعد الأصولية، ومنها ما يتعلق بتحقيق أجزاء من الكتاب.

## - مشكلة الدراسة:

تدور هذه الدراسة حول جمع ودراسة القواعد والضوابط الفقهية التي استخدمها ابن الهمام في كتابه فتح القدير من كتاب البيوع إلى كتابة الوكالة، وبيان مدى اعتماده عليها، وإبراز تطبيقات هذه القواعد والضوابط في المسألة الفقهية التي تحدث عنها المؤلف، وبيان مدى موافقة آرائه في هذه المسائل لرأي مذهبه، وتوضيح آراء المذاهب الأخرى في تلك المسائل.

## - أهداف الدراسة:

لهذه الدراسة العديد من الأهداف، وهي:

1. استخراج القواعد والضوابط الفقهية التي استخدمها ابن الهمام في كتابه فتح القدير، ودراستها.
2. بيان المسائل التي خرجها ابن الهمام تطبيقاً على هذه القواعد والضوابط.
3. توضيح رأي ابن الهمام ومذهبه الحنفي ومذاهب المالكية والشافعية والحنابلة في كثيرٍ من المسائل الفقهية المتعلقة بالمعاملات المالية، والقضاء.

## - الدراسات السابقة:

بعد البحث والدراسة لم أجد من قام بدراسة القواعد والضوابط الفقهية في فتح القدير من كتاب البيوع إلى كتابة الوكالة، ولكنني وجدت أن الكتاب قد حظي باهتمام كبيرٍ من طلبة العلم في هذه

العصر، فأقبلوا عليه يدرسونه، ويحققونه ويخرجوا مسائله، فكان هناك العديد من الدراسات التي تتعلق بهذا الكتاب، يمكن تقسيمها إلى نوعين:

النوع الأول: الدراسات التي تتعلق بالقواعد والضوابط الأصولية والفقهية في فتح القدير:

أ. حظي كتاب فتح القدير بجمع القواعد الأصولية الموجودة فيه، في رسالة دكتوراه بعنوان: " القواعد الأصولية في كتاب فتح القدير لابن الهمام الحنفي "، للباحث كمال أوقاسين، من جامعة الجزائر، في سنة 2006م.

وهي رسالة طويلة تتكون من أربعمئة صفحة، وفيها أربعة أبواب، وهذه رسالة تتحدث عن القواعد الأصولية عند ابن الهمام في فتح القدير، فموضوعها مختلف عن موضوع دراستي. وتميزت هذه الرسالة بأنها تحدثت بشكل مطول عن ابن الهمام وكتابه.

ب. حظي الكتاب أيضاً بجمع القواعد والضوابط الفقهية الموجودة فيه في باب العبادات، في رسالة ماجستير بعنوان: " القواعد والضوابط الفقهية المستخرجة من كتاب فتح القدير لكمال الدين بن الهمام في باب العبادات جمعاً ودراسة "، للباحثة: إشراق محمود مفارحة، من جامعة القدس، في سنة 2013م.

شرحت فيه الباحثة سبعة وعشرين قاعدة وضابطاً فقهياً، استخرجتها من فتح القدير من باب العبادات.

وقد تميزت هذه الرسالة بأنها قامت بشرح القواعد والضوابط، وذكرت تطبيقاتها عند ابن الهمام في فتح القدير في باب العبادات، وبينت رأي ابن الهمام ومذهبه الحنفي ومذاهب المالكية والشافعية والحنابلة في تلك المسائل.

وهذه الدراسة هي أقرب الدراسات إلى دراستي، ولكنها تتعلق بالقواعد والضوابط الفقهية الموجودة في باب العبادات، وتطبيقاتها في العبادات، ودراستي تتعلق بالقواعد والضوابط الفقهية المستخرجة من فتح القدير من كتاب البيوع إلى كتاب الوكالة، وتطبيقاتها التي تتعلق بالمعاملات المالية والقضاء.

فالجديد في هذا البحث: أنه أبرز القواعد والضوابط الفقهية الموجودة في كتاب فتح القدير من كتاب البيوع إلى كتابة الوكالة، وتطبيقاتها في أكثر من خمسين مسألة فقهية تتعلق بالمعاملات المالية، والقضاء، وتبرز آراء ابن الهمام فيها، وآراء مذهب الحنفي، وباقي المذاهب الأخرى. وقد كانت القواعد المشتركة بين الرسالتين أربعة قواعد فقط، اتفقت في القواعد، ولكنها اختلفت في التطبيق، فكانت تطبيقات الباحثة من باب العبادات، وتطبيقات هذه الدراسة من المعاملات المالية والقضاء.

النوع الثاني: الدراسات التي تتعلق بتحقيق أجزاء من كتاب فتح القدير، ومنها:

1 . تحقيق كتاب البيوع لجمال اسعيد.

2. تحقيق كتاب الصيام لنور الدين الرجبي.

3. تحقيق كتاب الطهارات لفداء زعاهرة.

4. تحقيق كتاب الزكاة لرياض خويص.

5. تحقيق كتاب الحج لعبدنان نعمان.

وجميع هؤلاء الباحثين من جامعة القدس.

### - منهج الدراسة:

اعتمدت في كتابة بحثي هذا على المنهج الاستقرائي التحليلي، لأنه المنهج الأليق بموضوع القواعد والضوابط الفقهية، وسرت في منهجي في كتابة هذا البحث على الخطوات التالية:

1 . قمت بجمع القواعد والضوابط الفقهية الموجودة في كتاب فتح القدير من كتاب البيوع إلى كتابة الوكالة، وذلك بمطالعة الكتاب بشكل دقيق.

2. قمت بتقسيم القواعد والضوابط الفقهية إلى مجموعات بحسب الروابط بينها،

المجموعة الأولى: القواعد والضوابط الفقهية الكلية الكبرى والصغرى، والقواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بها.

المجموعة الثانية: القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بالمعاملات المالية، والتي لم تنصو تحت المجموعة الأولى.

المجموعة الثالثة: القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بالقضاء وطرق الإثبات، والتي لم تنضو تحت المجموعة الأولى.

المجموعة الرابعة: القواعد والضوابط الفقهية التي لا تنضوي تحت أي من المجموعات السابقة.

3. دراسة كل قاعدة وضابط عن طريق ثلاثة نقاط:

أولاً: شرح القاعدة أو الضابط: حيث أشرح مفرداته بشكل موجز لغةً واصطلاحاً، ثم أبين المعنى الإجمالي للقاعدة أو الضابط.

ثانياً: ذكر أدلة القاعدة أو الضابط إن وجدت.

ثالثاً: ذكر تطبيق واحد على القاعدة أو الضابط في فتح القدير.

4. درست المسائل التطبيقية التي أوردها ابن الهمام على كل قاعدة وضابط، مبيناً صورة المسألة ورأي ابن الهمام في المسألة المذكورة على القاعدة أو الضابط، ثم أبين رأي المذهب الحنفي وباقي المذاهب الثلاثة الأخرى المالكية والشافعية والحنابلة والأدلة التي استدل بها كل فريق، مهما استطعت إلى ذلك سبيلاً.

5. أحرص على ذكر لفظ القاعدة أو الضابط كما ورد بلفظ ابن الهمام.

6. إذا وردت القاعدة أو الضابط عند ابن الهمام بأكثر من لفظ أبين ذلك.

7. توثيق القاعدة أو الضابط في الحاشية، بذكر كتب القواعد الفقهية، والكتب الفقهية التي ذكرت القاعدة أو الضابط.

8. إذا نقلت نصاً من كتاب ما وضعته بين قوسين هكذا " "، ثم أذكر في الحاشية اسم المرجع المنقول منه.

9. عزوت الآيات القرآنية لمواقعها في القرآن الكريم.

10. خرّجت الأحاديث النبوية الواردة في الدراسة من كتب التخرّيج المعتمدة، فإن كان الحديث في الصحيحين، أو أحدهما اكتفيت بعزوه إليهما عن الكلام على سنده، وإن لم يكن الحديث فيهما، أذكر كلام أهل العلم عليه تصحيحاً أو تضعيفاً.

11. ترجمت للأعلام الواردة في الدراسة، ما عدا الخلفاء الأربعة.

12. وضعت فهرس للآيات القرآنية، والأحاديث النبوية والآثار، والأعلام، والقواعد والضوابط الفقهية، والمصادر والمراجع، والموضوعات.

### **- خطة البحث:**

لتحقيق كل ما تم ذكره سابقاً فقد قسمت هذه الدراسة إلى بابين، وفي كل باب عدد من الفصول، فكانت الخطة كالتالي:

## **الباب الأول: حقيقة القواعد والضوابط الفقهية، والتعريف بابن الهمام وكتابه فتح القدير، وفيه فصلان:**

الفصل الأول: حقيقة القواعد والضوابط الفقهية، وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: تعريف القواعد الفقهية لغةً واصطلاحاً.

المبحث الثاني: تعريف الضوابط الفقهية.

المبحث الثالث: العلاقة بين القواعد والضوابط الفقهية.

المبحث الرابع: المصادر التي استنبطت منها القواعد والضوابط الفقهية.

المبحث الخامس: حجية القواعد والضوابط الفقهية.

المبحث السادس: أهمية القواعد والضوابط الفقهية، وفوائد دراستها.

الفصل الثاني: التعريف بابن الهمام وكتابه فتح القدير، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الحالة السياسية والفكرية في عصر ابن الهمام.

المبحث الثاني: حياة ابن الهمام، ومكانته العلمية، وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول: حياته ونشأته.

المطلب الثاني: شيوخه، وتلاميذه.

المطلب الثالث: مؤلفاته.

المطلب الرابع: ثناء العلماء عليه.

المبحث الثالث: التعريف بكتاب فتح القدير، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: وصف الكتاب وموضوعه.

المطلب الثاني: منهج صاحبه فيه.

## **الباب الثاني: القواعد والضوابط الفقهية المستخرجة من كتاب فتح القدير لابن الهمام من كتاب البيوع إلى كتابة الوكالة، وفيه ثمانية فصول:**

الفصل الأول: فقه قاعدة " اليقين لا يزال بالشك" والقواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بها:

المبحث الأول: فقه قاعدة: اليقين لا يزال بالشك.

المبحث الثاني: فقه القواعد والضوابط المتعلقة بقاعدة " اليقين لا يزال بالشك":

المطلب الأول: فقه قاعدة: الحل هو الأصل في الأشياء.

المطلب الثاني: فقه قاعدة: السكوت في موضع البيان بيان.

المطلب الثالث: فقه قاعدة: الصريح أقوى من الدلالة.

المطلب الرابع: فقه قاعدة : العدم في الصفات العارضة أصل، والوجود في الصفات الأصلية أصل.

المطلب الخامس: فقه قاعدة : فراغ الذمة هو الأصل.

المطلب السادس: فقه قاعدة : الفعل الحادث يضاف إلى أقرب الأوقات.

الفصل الثاني: فقه القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بقاعدة " العادة محكمة"، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: فقه القواعد الفقهية المتعلقة بقاعدة " العادة محكمة":

المطلب الأول: فقه قاعدة : الكتاب كالخطاب.

المطلب الثاني: فقه قاعدة : المعروف كالمشروط.

المطلب الثالث: فقه قاعدة : لا عرف في النادر.

المطلب الرابع: فقه قاعدة : النادر لا عبرة به، ولا يبنى الفقه باعتباره.

المطلب الخامس: فقه قاعدة : التعارف بلا نكير أصل في الشرع بمنزلة إجماع المسلمين.

المبحث الثاني: فقه الضوابط الفقهية المتعلقة بقاعدة " العادة محكمة ":

المطلب الأول: فقه ضابط : الأيمان مبنية على العرف.

المطلب الثاني: فقه ضابط : كل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب.

الفصل الثالث: فقه القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بقاعدة: " الضرر يزال "، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: فقه قاعدة : تصرف الإنسان في خالص حقه إنما ينفذ إذا لم يتعد إلى الإضرار بغيره.

المبحث الثاني: فقه قاعدة : دفع الضرر عن المسلم واجب.

الفصل الرابع: فقه القواعد الفقهية المتعلقة بباقي القواعد الفقهية الكبرى، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: فقه قاعدة : الضرورة تقدر بقدرها.

المبحث الثاني: فقه قاعدة : العبرة لعموم اللفظ.

الفصل الخامس: فقه القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بقاعدة " التابع تابع "، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: فقه القواعد الفقهية المتعلقة بقاعدة " التابع تابع ":

المطلب الأول: فقه قاعدة : إذا سقط الخيار في الأصل سقط في التابع.

المطلب الثاني: شرط الشيء تبع له.

المطلب الثالث: فقه قاعدة : ما لا يصح إفراده بالعقد ابتداء لا يصح استثنائه من العقد.

المطلب الرابع: فقه قاعدة : المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط.

المبحث الثاني: فقه الضوابط الفقهية المتعلقة بقاعدة " التابع تابع ":

فقه ضابط: براءة الأصل توجب براءة الكفيل.

الفصل السادس: فقه القواعد والضوابط الفقهية الخاصة بالمعاملات المالية، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: فقه القواعد الفقهية الخاصة بالمعاملات المالية:

المطلب الأول: فقه قاعدة : الإبراء إسقاط .

المطلب الثاني: فقه قاعدة : بيع الحقوق المجردة لا يجوز.

المطلب الثالث: فقه قاعدة : التأجيل في الأعيان لا يصح.

المطلب الرابع: فقه قاعدة : حق العبد عند معارضة حق الله تعالى يقدم.

المطلب الخامس: فقه قاعدة : الساقط لا يعود إلا بسبب جديد.

المطلب السادس: فقه قاعدة : كل جهالة مفضية إلى المنازعة مبطللة.

المطلب السابع: فقه قاعدة : ما يجوز إيراد العقد عليه بإنفراد يجوز استثنائه من العقد.

المطلب الثامن: فقه قاعدة : الملك انما يتأكد بتأكد السبب.

المطلب التاسع: فقه قاعدة : اختلاف الأسباب يوجب اختلاف الأعيان حكماً.

المبحث الثاني: فقه الضوابط الفقهية الخاصة بالمعاملات المالية:

المطلب الأول: فقه ضابط : الأوصاف لا يقابلها شيء.

المطلب الثاني: فقه ضابط : التسبب في الإلتلاف تعدياً سبب للضمان.

المطلب الثالث: فقه ضابط : تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز.

المطلب الرابع: فقه ضابط : الجودة في الأموال الربوية عند المقابلة بالجنس ساقطة.

المطلب الخامس: فقه ضابط : الشبهة معتبرة كالحقيقة في أبواب الربا.

المطلب السادس: فقه ضابط : كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به.

المطلب السابع: فقه ضابط : كل ما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون أجرة في الإجارة.

المطلب الثامن: فقه ضابط : النقود لا تتعين بالتعيين.

الفصل السابع: فقه القواعد والضوابط الفقهية الخاصة بالقضاء وطرق الإثبات، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: فقه القواعد الفقهية التي تتعلق بالقضاء وطرق الإثبات:

المطلب الأول: فقه قاعدة: الإقرار حجة قاصرة.

المطلب الثاني: فقه قاعدة : البينة حجة مطلقة.

المطلب الثالث: فقه قاعدة : الثابت بالإقرار دون الثابت بالبينة.

المطلب الرابع: فقه قاعدة : الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة.

المطلب الخامس: فقه قاعدة : الحكم لا يثبت بلا سبب.

المطلب السادس: فقه قاعدة : القضاء ينبني على الحجة.

المطلب السابع: فقه قاعدة : الشبهة كالحقيقة فيما يندريء بالشبهات.

المبحث الثاني: فقه الضوابط الفقهية المتعلقة بالقضاء وطرق الإثبات

المطلب الأول: فقه ضابط : الشهادة التي في مجلس القضاء هي التي بها القضاء.

المطلب الثاني: فقه ضابط : كل شهادة جرت نفعاً لا تقبل.

المطلب الثالث: فقه ضابط : النكول بمنزلة الإقرار.

الفصل الثامن: فقه قواعد وضوابط منثورة، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: القواعد الفقهية:

المطلب الأول: فقه قاعدة : ما خالف القياس لا يقاس عليه غيره.

المبحث الثاني: فقه ضوابط منثورة:

المطلب الأول: فقه ضابط : شطر العلة لا يثبت به شيء.

المطلب الثاني: فقه ضابط : كل من عمل للمسلمين عملاً حكمه في الهدية حكم القاضي.

المطلب الثالث: فقه ضابط : الوصية أخت الميراث.

الباب الأول: حقيقة القواعد والضوابط الفقهية، والتعريف بابين

الهام وكتابه فتح القدير، وفيه فصلان:

الفصل الأول: حقيقة القواعد والضوابط الفقهية.

الفصل الثاني: التعريف بابين الهام وكتابه فتح القدير.

الفصل الأول: حقيقة القواعد والضوابط الفقهية، وفيه خمسة

مباحث:

المبحث الأول: تعريف القواعد الفقهية لغةً واصطلاحاً، وفيه مطلبين:

المبحث الثاني: تعريف الضوابط الفقهية.

المبحث الثالث: العلاقة بين القواعد والضوابط الفقهية.

المبحث الرابع: المصادر التي استنبطت منها القواعد والضوابط

الفقهية.

المبحث الخامس: حجية القواعد والضوابط الفقهية.

المبحث السادس: أهمية القواعد والضوابط الفقهية، وفوائد دراستها.

قبل الخوض في دراسة القواعد والضوابط الفقهية المستخرجة من كتاب فتح القدير لآبد أولاً من بيان حقيقة القواعد والضوابط الفقهية، من حيث: تعريف كل منهما لغةً واصطلاحاً، وبيان الفرق بينهما، والحديث عن مصادرهما التي استتبطت منها، وأيضاً بيان حجية القواعد والضوابط الفقهية، وتوضيح أهميتهما، والفوائد المرجوة من دراستهما، والهدف من ذلك توضيح حقيقة القواعد والضوابط الفقهية ومكانتهما، ومن أجل هذا جاء الفصل الأول، والذي فيه:

### **المبحث الأول: تعريف القواعد الفقهية لغةً واصطلاحاً:**

الناظر في مصطلح القواعد الفقهية يجد أن هذا المصطلح مركب من كلمتين: (قواعد)،

و(فقهية)، وبناءً عليه لآبد من دراسة تعريف هذا المصطلح من ناحيتين:

الناحية الأولى: تعريف القواعد الفقهية باعتبارها مركباً.

الناحية الثانية: تعريف القواعد الفقهية باعتبارها علماً (لقباً).

ولذلك جاء هذا المبحث في مطلبين:

**المطلب الأول: تعريف القواعد الفقهية باعتبارها مركباً، وفيه فرعان:**

الفرع الأول: تعريف القاعدة لغةً واصطلاحاً:

أولاً: تعريف القاعدة في اللغة: القاعدة مأخوذة من: قعد يقعد قعوداً، والفاعل قاعد، والجمع قواعد،<sup>1</sup> ف " القاف والعين والذال أصل مطرد منقاس لا يخلف "<sup>2</sup>، وهي تأتي في اللغة بعدة معانٍ، منها:

<sup>1</sup> ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، مادة قعد، 3/ 357، دار صادر، بيروت، ط1، 1997م. الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، كتاب القاف، 2/ 510، المكتبة العلمية، بيروت. وسيشار له لاحقاً بـ (المصباح المنير) فقط.

<sup>2</sup> ابن فارس، أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، 5/ 108، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت، 1399هـ/ 1979م.

1 . الأساس والأصل: وهذا المعنى يكون في الأمور الحسية، كما في قولنا قواعد الهودج: التي هي خشبات أربع معترضة أسفله تتركب عيدان الهودج، وقواعد البيت أساسه،<sup>1</sup> ومنها قوله تعالى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ﴾<sup>2</sup>، وقوله تعالى أيضاً: ﴿فَأَتَى اللَّهَ بُنْيَانَهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ﴾<sup>3</sup>.

كما ويكون أيضاً في الأمور المعنوية، وذلك كما في قولنا: قواعد السحاب، أي أصولها المعترضة في آفاق السماء، حيث شبهت بقواعد البناء.<sup>4</sup>

2. الاستقرار والثبوت في المكان: وذلك كما في قوله تعالى: ﴿فِي مَقْعَدِ صِدْقٍ عِنْدَ مَلِكٍ مُّقْتَدِرٍ﴾<sup>5</sup>، وقوله تعالى أيضاً: ﴿وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا﴾<sup>6</sup> أي النساء اللواتي قعدن عن الحيض والأزواج.<sup>7</sup>

3. الجلوس: حيث يأتي القعود بمعنى الجلوس،<sup>8</sup> ومن هنا فقد سمي شهر ذو القعدة بهذا الاسم، لأن العرب كانت تقعد فيه عن الأسفار.<sup>9</sup>

والذي يظهر أن المعنى الأول الذي هو الأصل والأساس هو أقرب المعاني المرادة هنا، وذلك " نظراً لابتناء الأحكام عليها، كابتناء الجدران على الأساس".<sup>10</sup>

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة قعد، 3/ 357. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، 5/ 109. الفيومي، المصباح المنير، كتاب القاف، 2/ 510.

<sup>2</sup> سورة البقرة/ الآية 127.

<sup>3</sup> سورة النحل/ الآية 26.

<sup>4</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة قعد، 3/ 357.

<sup>5</sup> سورة القمر/ الآية 55.

<sup>6</sup> سورة النور/ الآية 60.

<sup>7</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة قعد، 3/ 357. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، 5/ 108.

<sup>8</sup> ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، 5/ 108.

<sup>9</sup> ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، 5/ 109. مصطفى، إبراهيم ومجموعة من العلماء، المعجم الوسيط، 2/ 748، تحقيق: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، اسطنبول، 1980م.

<sup>10</sup> الباحثين، يعقوب بن عبد الوهاب، القواعد الفقهية المبادي ع- المقومات- المصادر الدليلية- التطور- دراسة نظرية- تحليلية- تأصيلية- تاريخية، ص 15، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1418هـ/ 1998م. وسيشار إليه في ما بعد بـ" القواعد الفقهية".

ثانياً: تعريف القاعدة اصطلاحاً:

تناول الاصطلاحيون تعريف القاعدة، فعرفها الفيومي<sup>1</sup> بأنها هي: " الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته"<sup>2</sup>، وعرفها الجرجاني<sup>3</sup> بأنها: " قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها"<sup>4</sup>، وعرفها صاحب كتاب التلويح بأنها: " حكم كلي ينطبق على جزئياته ليتعرف أحكامها منه"<sup>5</sup>، وعرفها صاحب كتاب الكليات بأنها: " قضية كلية من حيث اشتغالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها"<sup>6</sup>.

والذي يظهر من خلال التعريفات السابقة كلها أن القاعدة هي: أمر كلي ينطبق على جميع جزئياته.

الفرع الثاني: تعريف الفقهية لغةً واصطلاحاً:

بعد تعريف كلمة القواعد لغةً واصطلاحاً لا بد من تعريف الكلمة الثانية التي يتركب منها مصطلح (القواعد الفقهية)، وهي الفقهية لغةً واصطلاحاً أيضاً.

أولاً: تعريف الفقهية في اللغة:

1. أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي ثم الحموي، الملقب بأبي العباس، ولد ونشأ في الفيوم في مصر، ثم ارتحل إلى حماة في بلاد الشام، فقيه ولغوي، له مؤلفات عديدة، أشهرها: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ونثر الجمان في تراجم الأعيان، توفي 770 هـ. العسقلاني، أحمد بن علي، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، 1/ 372، تحقيق: محمد ضان، دائرة المعارف العثمانية، صيدر آباد، 1392 هـ/ 1972 م. الزركلي، خير الدين بن محمود، الأعلام، 1/ 224، دار العلم للملايين، بيروت، ط 15، 2002 م.

2. الفيومي، المصباح المنير، 2/ 510.

3. علي بن محمد بن علي الجرجاني الحسيني الحنفي، الملقب بالسيد الشريف، ولد بجرجان ونسب إليها، شارك في علوم كثيرة، منها الفلسفة، وهو من كبار علماء العربية، وصف بأنه علامة الدهر، وعالم بلاد الشرق، له مؤلفات عديدة، منها: التعريفات، وشرح المواضع، توفي في شيراز سنة 816 هـ. السيوطي، عبد الرحمن، بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، 2/ 196، تحقيق: محمد أبو الفضل، المكتبة العصرية، صيدا. الزركلي، الأعلام، 7/ 5.

4. الجرجاني، علي بن محمد، التعريفات، ص 219، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 1، 1405 هـ.

5. التفتازاني، سعد الدين مسعود، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، 1/ 35، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1416 هـ/ 1996 م.

6. الكفوي، أيوب بن موسى، الكليات، ص 728، تحقيق: عدنان درويش- محمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1419 هـ/ 1998 م.

الفقهية نسبة إلى الفقه، والفقه معناه العلم بالشيء والفهم له، يقال: أوتي فلان فقهاً في الدين أي فهماً فيه،<sup>1</sup> ومنها قوله تعالى: ﴿لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ﴾<sup>2</sup>، أي ليتبصروا ويتيقنوا.<sup>3</sup>

ثانياً: تعريف الفقه في الاصطلاح:

الفقه في الاصطلاح معناه: " العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية".<sup>4</sup>

### المطلب الثاني: تعريف القواعد الفقهية باعتبارها علماً:

تناول العلماء المتقدمون والمتأخرون تعريف القاعدة الفقهية اصطلاحاً، ومن هذه التعريفات:

1 . عرفها المقرئ<sup>5</sup> بأنها: " كل كلي هو أخص من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة، وأعم من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة".<sup>6</sup>

وقد أخذ على هذا التعريف بأنه تعريف مبهم وغير واضح وفيه تعميم، أدى إلى اختلاف العلماء في تفسيره.<sup>7</sup>

2. عرفها الحموي<sup>8</sup> بأنها: " حكم أكثر من كلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه".<sup>9</sup>

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة فقه، 522 / 13.

<sup>2</sup> سورة التوبة/ الآية 122.

<sup>3</sup> القرطبي، محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، 8 / 294، تحقيق: هشام سمير البخاري، دار عالم الكتب، الرياض، 1423 هـ / 2003 م.

<sup>4</sup> الجرجاني، التعريفات، ص 216.

<sup>5</sup> محمد بن محمد بن أحمد القرشي التلمساني أبو عبد الله الشهير بالمقرئ، ولد بتلمسان، من فقهاء المالكية، أديب متصوف، له مؤلفات عديدة، منها: القواعد، الحقائق والرفائق، توفي 758 هـ. الزركلي، الأعلام، 7 / 37.

<sup>6</sup> المقرئ، محمد بن محمد، القواعد، 1 / 212، تحقيق: أحمد بن عبد الله، مركز إحياء التراث الإسلامي، مكة المكرمة. (بدون الطبعة، وتاريخها)

<sup>7</sup> ينظر أكثر حول تفسير العلماء لهذا التعريف، واختلافهم فيه، وتعليقات العلماء المعاصرين عليه في: المنجور، المنجور أحمد بن علي، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 1 / 109، تحقيق: محمد الشيخ الأمين، دار عبد الله الشنقيطي، (بدون بلد الناشر، والطبعة، وتاريخها). الياحسين، القواعد الفقهية، ص 40.

<sup>8</sup> أحمد بن محمد مكي أبو العباس، المعروف بشهاب الدين الحموي الحنفي، المصري، حموي الأصل، كان مفتي الحنفية في مصر، ومدرساً بالمدرسة السلিমانيّة في القاهرة، له العديد من المؤلفات، منها: حاشية الدرر والغرر في الفقه، وكشف الرمز عن خبايا الكنز، توفي: 1098 هـ. الزركلي، الأعلام، 1 / 239.

<sup>9</sup> الحموي، أحمد بن محمد، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، 1 / 51، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405 هـ / 1985 م.

وقد أخذ على هذا التعريف بأنه غير خاص بالقاعدة الفقهية، وذلك لأن أغلب القواعد سواءً أصوليةً كانت أم نحويةً أم فقهيةً تتصف بالأكثرية أو الأغلبية، فليست القاعدة الفقهية وحدها تتصف بهذا الوصف، وذلك لأن هذه الخاصية عامة للقواعد، والقاعدة الفقهية إنما تتميز بموضوعها والقضايا التي تشتمل عليها.<sup>1</sup>

3. عرفها مصطفى الزرقا<sup>2</sup> بأنها: " أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها".<sup>3</sup>

وقد أخذ على هذا التعريف بأنه عرف الشيء بمرادفه، حيث أنه عرف القواعد بالأصول، وتعريف الشيء بشكل علمي ينبغي فيه بيان عناصره، وما تتكون منه حقيقته وماهيته، ولكن عندما تعرف الشيء بمرادفه فإن التعريف هنا يكون تعريفاً لغوياً لا علمياً،<sup>4</sup> وأيضاً صاحب التعريف أدخل في تعريفه بعض المصطلحات العامة غير المحددة، مثل قوله: نصوص دستورية.<sup>5</sup>

4. عرفها الروكي<sup>6</sup> بأنها: " حكم كلي مستند إلى دليل شرعي، مصوغ صياغة تجريدية محكمة، منطبق على جزئياته على سبيل الاطراد أو الأغلبية".<sup>7</sup>

<sup>1</sup> شبير، محمد عثمان، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، ص 16، دار النفائس، عمان، ط2، 1428هـ/ 2007م. الباحثين، القواعد الفقهية، ص 46.

<sup>2</sup> مصطفى أحمد محمد الزرقا، ولد في مدينة حلب 1322هـ، والده الفقيه الشيخ أحمد الزرقا، وجده العلامة محمد الزرقا، وهو من أبرز علماء الفقه في العصر الحديث، له العديد من المؤلفات، منها: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، والفعل الضار والضمان فيه، توفي: 1420هـ. الموسوعة الحرة (ويكيبيديا)،

[http://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%85%D8%B5%D8%B7%D9%81%D9%89\\_%D8%A7%D9%84%D8%B2%D8%B1%D9%82%D8%A7#.D9.85.D9.88.D9.84.D8.AF.D9.87\\_.D9.88.D8.A3.D8.B3.D8.B1.D8.AA.D9.87](http://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%85%D8%B5%D8%B7%D9%81%D9%89_%D8%A7%D9%84%D8%B2%D8%B1%D9%82%D8%A7#.D9.85.D9.88.D9.84.D8.AF.D9.87_.D9.88.D8.A3.D8.B3.D8.B1.D8.AA.D9.87)

<sup>3</sup> الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، 2/ 965، دار القلم، دمشق، ط1، 1418هـ/ 1998م.

<sup>4</sup> الروكي، محمد، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، ص 44، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 1414هـ/ 1994م.

<sup>5</sup> الباحثين، القواعد الفقهية، ص 49.

<sup>6</sup> محمد الروكي، ولد بمدينة فاس المغربية سنة 1953هـ، حاصل على شهادة الدكتوراه في الفقه وأصوله، من جامعة محمد الخامس بالرباط، له العديد من المؤلفات، منها: نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء والذي كان أطروحته لنيل شهادة الدكتوراه، وقواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف. الموسوعة الحرة (ويكيبيديا)،

[http://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%85%D8%AD%D9%85%D8%AF\\_%D8%A7%D9%84%D8%B1%D9%88%D9%83%D9%8A](http://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%85%D8%AD%D9%85%D8%AF_%D8%A7%D9%84%D8%B1%D9%88%D9%83%D9%8A)

<sup>7</sup> الروكي، نظرية التقعيد الفقهي، ص 48.

وقد أخذ بعض العلماء على هذا التعريف عدة مأخذ منها<sup>1</sup>:

أ. أن فيه تناقض، حيث أنه ذكر بأن القاعدة حكمها كلي، ثم ذكر أن انطباقها على جزئياتها قد يكون على سبيل الإطراد، أو الأغلبية.

ب. أن فيه تكرار، حيث ذكر أنه قال: "مصوغ صياغة تجريدية محكمة"، وهذا تكرار مع قوله: "حكم كلي"، وذلك لأن الحكم لا يكون كلياً إلا وهو مجرد، ولا يكون مجرداً دون عموم، فهما أمران متلازمان.

ج. أنه أدخل الثمرة ضمن التعريف عند قوله: "ينطبق على جزئياته".

د. كما أنه لم يميز القاعدة الفقهية عن غيرها من القواعد عند قوله: "مستند إلى دليل شرعي"، فمن الممكن أن يدخل فيها قواعد العقائد وما أشبهها، مما هو ليس من الأحكام العملية، فلا بد من قيد يخرجها من ذلك.

5. عرفها الباحثين<sup>2</sup> بأنها: "قضية كلية شرعية عملية جزئياتها قضايا كلية شرعية عملية" أو "قضية فقهية كلية، جزئياتها قضايا فقهية كلية"<sup>3</sup>.

وقد أخذ على هذا التعريف التكرار<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>. الباحثين، القواعد الفقهية، ص 52.

<sup>2</sup>. يعقوب بن عبد الوهاب بن يوسف الباحثين التميمي، ولد في الزبير 1928م، أسرته من الأسر النجدية التي هاجرت إلى العراق، عضو هيئة كبار العلماء، والأستاذ بالمعهد العالي للقضاء، حصل على شهادة الدكتوراه من كلية الشريعة والقانون في الأزهر الشريف، له العديد من المؤلفات، منها: مدخل إلى أصول الفقه، وأصول الفقه: الحد والموضوع والغاية. الموسوعة الحرة (ويكيبيديا)،

[http://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%8A%D8%B9%D9%82%D9%88%D8%A8\\_%D8%A7%D9%84%D8%A8%D8%A7%D8%AD%D8%B3%D9%8A%D9%86](http://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%8A%D8%B9%D9%82%D9%88%D8%A8_%D8%A7%D9%84%D8%A8%D8%A7%D8%AD%D8%B3%D9%8A%D9%86)

<sup>3</sup>. الباحثين، القواعد الفقهية، ص 54.

<sup>4</sup>. شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص 18.

6. وعرفها شبير<sup>1</sup> بأنها: " قضية شرعية عملية كلية تشتمل بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها".<sup>2</sup>

والذي يظهر لي بأن التعريف الأخير لشبير هو أفضل التعاريف وأوضحها، حيث عرف القاعدة الفقهية بشكل موجز وسهل وشامل، وأيضاً: فقد تنجنب فيه الملاحظات التي أخذت على التعريفات السابقة، وذكر عدداً من القيود التي كان لها دور واضح في تحديد القواعد الفقهية بشكل دقيق، فعندما قيد القاعدة الفقهية بأنها: " شرعية " أخرج منها القواعد المنطقية والنحوية والبلاغية وغير ذلك، وعندما قيدها بأنها " عملية " أخرج منها القواعد الاعتقادية، مما جعل هذا التعريف الأكثر دقة.

---

<sup>1</sup> محمد عثمان طاهر شبير، من مواليد مدينة خانيونس 1949م، أحد العلماء المعاصرين الحاصلين على الدكتوراه من جامعة الأزهر، تقلد العديد من المناصب، منها: عضو جمعية العلوم الطبية الإسلامية في الأردن، وله عدد كبير من المؤلفات، منها: أحكام جراحة التجميل في الفقه الإسلامي، والمعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي. الموسوعة الحرة (ويكيبيديا)، = [http://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%85%D8%AD%D9%85%D8%AF\\_%D8%B9%D8%AB%D9%85%D8%A7%D9%86\\_%D8%B4%D8%A8%D9%8A%D8%B1](http://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%85%D8%AD%D9%85%D8%AF_%D8%B9%D8%AB%D9%85%D8%A7%D9%86_%D8%B4%D8%A8%D9%8A%D8%B1)

<sup>2</sup> شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص 18.

## المبحث الثاني: تعريف الضوابط الفقهية:

لابد من بيان معنى مصطلح الضوابط الفقهية في اللغة والاصطلاح، ونظراً لأنني عرفت الفقهية في المبحث السابق<sup>1</sup> فسأكتفي هنا ببيان معنى الضوابط في اللغة، ومن ثم بيان المعنى الاصطلاحي للضوابط الفقهية عند العلماء.

أولاً: تعريف الضوابط في اللغة:

الضوابط جمع ضابط، وهي مأخوذة من ضبط الشيء يضبطه ضبطاً، يقال: ضبط الشيء أي حفظه بالحزم، والرجل ضابط أي حازم، والضبط أيضاً: لزوم الشيء وحبسه.<sup>2</sup>

ويأتي الضابط بعدة معانٍ، منها: الحبس والقوة والقهر والشدة.<sup>3</sup>

ثانياً: تعريف الضوابط الفقهية اصطلاحاً:<sup>4</sup>

بعد تعريف الضوابط لغةً، والنظر في التعريفات الاصطلاحية للضوابط، فقد رأيت أنها لا تخرج عن تعريفات العلماء لمصطلح الضوابط الفقهية، حيث عرف الضابط الفقهي بعدة تعريفات،

وقد انقسم العلماء عند تعريفهم للضابط الفقهي إلى فريقين:

الفريق الأول: لم يفرق بين الضابط الفقهي والقاعدة الفقهية، وعرفهما بتعريف واحد، معتبراً إياهما بمعناً واحداً، ومن هؤلاء العلماء:

1 . الفيومي، حيث قال: " القاعدة في الاصطلاح بمعنى الضابط، وهي: الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته".<sup>5</sup>

<sup>1</sup> ينظر ص 16.

<sup>2</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة ضبط، 7/ 340. مجموعة من العلماء، المعجم الوسيط، 1/ 533.

<sup>3</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة ضبط، 7/ 340.

<sup>4</sup> هناك اطلاقات واستعمالات أخرى للضابط ذكرها العلماء المتقدمون، وجمعها العلماء المعاصرون، وقد رأيت أن لا أذكرها هنا لعدم الحاجة إليها، وينظر للإطلاع عليها: الباحثين، القواعد الفقهية، ص 62. شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص 20.

<sup>5</sup> الفيومي، المصباح المنير، 2/ 510.

2. الكمال بن الهمام، حيث قال: " ... المفاهيم التصديقية الكلية من نحو: الأمر للوجوب، ولذا قلنا بمعرفتها، ومعناها كالضابط والقانون والأصل والحرف: قضية كلية كبرى ...".<sup>1</sup>

الفريق الثاني: الذي فرق بين القاعدة والضابط، ومن هؤلاء:

1. السبكي<sup>2</sup> الذي قال: " والغالب فيما اختص باب وقصد به نظم صور متشابهة أن يسمى ضابطاً".<sup>3</sup>

2. ابن نجيم<sup>4</sup> الذي قال: " والفرق بين الضابط والقاعدة أن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى، والضابط يجمعها من باب واحد، هذا هو الأصل".<sup>5</sup>

3. الحموي حيث عرفه بأنه هو: " ما يجمع فروعاً من باب واحد".<sup>6</sup>

4. التهانوي<sup>7</sup> الذي عرفه بأنه: " حكم كلي ينطبق على جزئيات"، ثم قال: "والفرق بين الضابطة والقاعدة، أنّ القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى، والضابطة تجمعها من باب واحد".<sup>8</sup>

<sup>1</sup> ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد، التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحى الحنفية والشافعية، ص 5، مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1351هـ. ابن أمير حاج، محمد بن محمد، التقرير والتحبير، 1/ 29، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1403هـ/1983م.

<sup>2</sup> عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، أبو النصر، قاضي القضاة، المؤرخ، الباحث، ولد في القاهرة 727هـ، من كبار علماء الشافعية الذين تعرضوا للعديد من المحن والشدائد، له العديد من المؤلفات، منها: طبقات الشافعية الكبرى، وجمع الجوامع، توفي 771هـ. ابن قاضي شهبة، أبو بكر بن أحمد، طبقات الشافعية، 3/ 104، تحقيق: الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1407هـ. الزركلي، الأعلام، 4/ 184.

<sup>3</sup> السبكي، عبد الوهاب بن علي، الأشباه والنظائر، 1/ 21، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ/1991م.

<sup>4</sup> زين الدين بن إبراهيم بن محمد المشهور بابن نجيم المصري، فقيه وأصولي حنفي، له العديد من المؤلفات، منها: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، والرسائل الزينية، توفي 970هـ. العكري، عبد الحي بن أحمد، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، 358/8، تحقيق: شعيب الأرنؤوط- محمد الأرنؤوط، دار ابن كثير، دمشق، 1406هـ. الزركلي، الأعلام، 3/ 64.

<sup>5</sup> ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ص 166، دار الكتب العلمية، بيروت، 1400هـ/1980م.

<sup>6</sup> الحموي، غمز عيون البصائر، 1/ 31.

<sup>7</sup> محمد بن علي ابن القاضي محمد حامد بن محمد صابر الفاروقي الحنفي التهانوي، باحث هندي، من مؤلفاته: كشف اصطلاحات الفنون، وسبق الغايات في نسق الآيات، توفي بعد 1158هـ. الزركلي، الأعلام، 6/ 295.

<sup>8</sup> التهانوي، محمد بن علي، موسوعة كشف اصطلاحات الفنون والعلوم، 2/ 1110، تحقيق: علي دحروج، مكتبة لبنان، بيروت، ط1، 1996م.

وقد أيد قول هذا التفريق عدد من العلماء المعاصرين، منهم: محمد عثمان شبير،<sup>1</sup> وغيره من العلماء،<sup>2</sup> وهذا ما أميل إلى ترجيحه، لأن هؤلاء العلماء لم يكتفوا بالتفريق بينهما بل إنهم ذكروا أوجه الفرق بين القاعدة والضابط، وهذا ما سأحدث عنه في المبحث القادم.

وقد كان للعلماء المعاصرين وجه آخر في تعريف الضابط الفقهي، حيث عرفوه بمعنى أوسع من المعنى الذي عرفه به العلماء المتقدمين، فعرفه الباحثين بأنه: " ما انتظم صوراً مشابهة في موضوع واحد، غير ملتفت فيها إلى معنى جامع مؤثر".<sup>3</sup>

وقد أخذ على هذا التعريف بأنه عام ولا يختص بالضوابط الفقهية، وكان الأولى تقيده بقيد يخص التعريف بالضوابط الفقهية.<sup>4</sup>

وعرفه شبير بأنه هو: " ما انتظم صوراً متشابهة في موضوع فقهي واحد، غير ملتفت فيها إلى معنى جامع مؤثر"،<sup>5</sup> ويلاحظ على هذا التعريف بأنه قيد بقيد خاص بالضوابط الفقهية وهو " موضوع واحد" وهذا أولى وأدق.

<sup>1</sup> شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص 20.

<sup>2</sup> من هؤلاء العلماء أيضاً: الدكتور مسلم الدوسري، عضو هيئة التدريس في كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية. الدوسري، مسلم بن محمد، الممتع في القواعد الفقهية، ص 19، دار زدني، الرياض، ط1، 1428هـ/ 2007م.

<sup>3</sup> الباحثين، القواعد الفقهية، ص 67.

<sup>4</sup> شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص 22.

<sup>5</sup> شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص 22.

## المبحث الثالث: العلاقة بين القواعد والضوابط الفقهية:

بينت في المبحث السابق أن العلماء قد انقسموا عند تعرفهم للضابط إلى فريقين، فريق يرى أن الضابط مرادف للقاعدة، وفريق فرق بين القاعدة والضابط، وهذا ما رأيت ترجيحه، وقد ذكر العلماء عدد من الفروق بين القواعد والضوابط الفقهية، منها:

أولاً: القواعد الفقهية أكثر اتساعاً وشمولاً من الضوابط الفقهية من ناحية الموضوعات، فالقاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى، بينما الضابط يجمعها من باب واحد، فهي أوسع من هذه الناحية.<sup>1</sup>

ثانياً: الضوابط الفقهية أوسع نطاقاً من القواعد الفقهية من ناحية أنها لا تقتصر على القضية الكلية، بل تشمل بالإضافة إلى ذلك التعاريف وعلامة الشيء المميزة له، والتقسيم والشروط والأسباب، فيما تقتصر القواعد الفقهية على القضية الكلية، فالضوابط الفقهية أوسع من هذه الناحية.<sup>2</sup>

ثالثاً: القواعد الفقهية متفق عليها في الغالب بين مجموع المذاهب أو أغلبها، أما الضوابط الفقهية فالغالب فيها أن تختص بمذهب معين، بل إن من الضوابط ما يكون وجهة نظر فقهية خاصة في مذهب معين قد يخالفها فقهاء آخرون من المذهب نفسه.<sup>3</sup>

رابعاً: القواعد الفقهية تصاغ بعبارات موجزة وألفاظ تدل على العموم والاستغراق، بينما الضوابط الفقهية لا يشترط فيها ذلك، فقد تصاغ على شكل فقرة أو أكثر.<sup>4</sup>

خامساً: القواعد الفقهية أكثر شذوذاً من الضوابط الفقهية، وذلك لأن الضوابط الفقهية تضبط موضوعاً واحداً فلا يتسامح فيها بشذوذ كثيرة،<sup>5</sup> أي أن مساحة الاستثناءات الواردة على القواعد الفقهية أوسع بكثير من مساحة الاستثناءات الواردة على الضوابط الفقهية.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 166.

<sup>2</sup> شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص 23.

<sup>3</sup> الدوسري، الممتع في القواعد الفقهية، ص 18.

<sup>4</sup> شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص 23.

<sup>5</sup> الندوي، علي أحمد، القواعد الفقهية وأثرها في الفقه الإسلامي، ص 10، جامعة أم القرى، مكة المكرمة 1404هـ/ 1984م.

<sup>6</sup> شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص 23.

## المبحث الرابع: المصادر التي استنبطت منها القواعد والضوابط الفقهية:

إن الناظر في القواعد والضوابط الفقهية يجد أنها استنبطت من ثلاثة مصادر رئيسية، وهي:

أولاً: النصوص الشرعية من كتاب الله سبحانه وتعالى، وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، حيث نجد أن " الآيات القرآنية والأحاديث النبوية هي أخصب وأوسع مصدر للقواعد الفقهية "،<sup>1</sup> وهي نوعان<sup>2</sup>:

النوع الأول: القواعد التي تمثل بلفظها نصاً شرعياً، بحيث لا تختلف عنها مطلقاً، أو يكون الاختلاف بينهما يسيراً، مثل :

قاعدة: " الخراج بالضمنان "،<sup>3</sup> فأصل هذه القاعدة نص حديث نبوي.<sup>4</sup>

النوع الثاني: القواعد التي تمثل بمعناها نصاً شرعياً، ومن الأمثلة عليها:

قاعدة: " المشقة تجلب التيسير "،<sup>5</sup> والتي استنبطت من قوله تعالى: ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا

يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾،<sup>6</sup> وقوله تعالى: ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾.<sup>7</sup>

1. الندوي، القواعد الفقهية وأثارها في الفقه الإسلامي، ص 187.

2. الدوسري، الممتع في القواعد الفقهية، ص 31. شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص 40.

3. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 151.

4. وهو قوله صلى الله عليه وسلم: " الخراج بالضمنان ". أبو داود، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً، حديث رقم: 3510، 3/ 304، دار الكتاب العربي، بيروت. ( بدون الطبعة، وتاريخها ).  
الترمذي، محمد بن عيسى، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً، حديث رقم: 1285، 3/ 581، تحقيق: أحمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت. ( بدون الطبعة، وتاريخها ). النسائي، أحمد بن شعيب، المجتنب من السنن، كتاب البيوع، باب التجارة، حديث رقم: 4490، 7/ 254، تحقيق: عبد الفتاح أبو غده، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ط2، 1406هـ/ 1986م. ابن حبان، محمد بن حبان، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، كتاب البيوع، باب خيار العيب، حديث رقم: 4927، 11/ 298، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1414هـ/ 1993م. قال الألباني: حسن. الألباني، محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، 5/ 158، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1405هـ/ 1985م.

5. السبكي، الأشباه والنظائر، 1/ 59. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 75.

6. سورة البقرة/ الآية 185.

7. سورة البقرة/ الآية 286.

وقاعدة: " **الأمر بمقاصدها**"<sup>1</sup> والتي استنبطت من قوله صلى الله عليه وسلم: " **إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى** ... " <sup>2</sup>.

ثانياً: آثار الصحابة والتابعين:<sup>3</sup>

إن آثار الصحابة والتابعين أيضاً تمثل مصدراً خصباً من المصادر التي تستنبط وتستمد منها القواعد الفقهية، ومن الأمثلة على ذلك: قوله عمر بن الخطاب رضي الله عنه: " **مقاطع الحقوق عند الشروط** " <sup>4</sup>.

ثالثاً: اجتهادات الفقهاء:

هناك الكثير من القواعد الفقهية التي مصدرها اجتهادات الفقهاء، ويقصد بها: " القواعد التي استنبطها العلماء من خلال تتبعهم لأحكام الفقه في مواردها المختلفة ... ويكون الاستنباط إما من نص صريح لأحد الأئمة، وإما بالنظر إلى مجموع فتاوى ذلك الإمام وإلى عللها، وما بين هذه الفتاوى من معانٍ مشتركة، ومن ثم يتم صياغة القاعدة في صورة قضية كلية " <sup>5</sup>.

ومن الأمثلة عليها: قاعدة: " **لا ينسب للساكت قول** " <sup>6</sup>، فنص هذه القاعدة آثر عن الإمام الشافعي<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> السبكي، **الأشباه والنظائر**، 1/ 65. ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، ص 27.

<sup>2</sup> البخاري، محمد بن إسماعيل، **الجامع الصحيح المختصر**، كتاب بدء الوحي، باب كيف بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، حديث رقم: 1، 1/ 3، تحقيق: مصطفى البغا، دار ابن كثير، بيروت، ط3، 1407 هـ/ 1987 م.

<sup>3</sup> شبير، **القواعد الكلية والضوابط الفقهية**، ص 44.

<sup>4</sup> البخاري، **الجامع الصحيح المختصر**، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، 2/ 969. صدر به الباب ولم يذكر له رقماً.

<sup>5</sup> الدوسري، **المتع في القواعد الفقهية**، ص 33.

<sup>6</sup> السيوطي، **الأشباه والنظائر**، 1/ 142. ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، ص 154.

<sup>7</sup> قال الإمام الشافعي: " ولا ينسب إلى ساكت قول قائل ولا عمل عامل وإنما ينسب إلى كل قوله وعمله ". الشافعي، محمد بن إدريس، **الأم**، 1/ 152، دار المعرفة، بيروت، 1393 هـ.

\* **محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان ابن شافع الهاشمي القرشي المطلبي**، أبو عبد الله، ولد في غزة (بفلسطين) 150 هـ، أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، وإليه نسبة الشافعية كافة. قال الإمام ابن حنبل: ما أحد ممن بيده محبرة أو ورق إلا وللشافعي في رقبته منة. له تصانيف كثيرة، أشهرها كتاب **الأم**، والرسالة، توفي في مصر 204 هـ. الشيرازي، إبراهيم بن علي، **طبقات الفقهاء**، 71/1، تحقيق: إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت، 1970 م.

## المبحث الخامس: حجية القواعد والضوابط الفقهية:

اختلف العلماء المتقدمون والمتأخرون في حجية القواعد الفقهية على قولين:

القول الأول: لا يجوز الاحتجاج بالقواعد والضوابط الفقهية، وهذا ما فهم من كلام بعض العلماء، منهم، الجويني<sup>1</sup> الذي قال في معرض كلامه عن بعض القواعد: " وغرضي بإيرادهما تنبيه القرائح ... ولست أقصد الاستدلال بهما، فإن الزمان إذا فرض خالياً عن التفاريع والتفاصيل، لم يستند أهل الزمان إلا إلى مقطوع به"<sup>2</sup>.

وقد استدل لهذا القول بعدد من الأدلة، منها:

أولاً: إن كثيراً من القواعد الفقهية استقرائية، وإن كثيراً منها لم يستند إلى استقرار تظمن له النفوس، لأنها كانت نتيجة تتبع فروع فقهية محدودة، فهو استقرار ناقص، والبعض الآخر منها يستند إلى الاجتهاد، وهو يحتمل الخطأ، فتعميم الحكم هنا فيه نوع من المجازفة<sup>3</sup>.

ثانياً: إن القواعد الفقهية أغلبية وليست كلية، والمستثنيات فيها كثيرة، ومن المحتمل أن يكون الفرع المراد إلحاقه بالقاعدة مما يستثنى منها<sup>4</sup>.

ثالثاً: إن القواعد الفقهية هي ثمرة للفروع المختلفة وجامع ورابط لها، فليس من المعقول أن يجعل ما هو ثمرة وجامع دليلاً لاستنباط أحكام الفروع<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، أبو المعالي، الملقب بإمام الحرمين، ولد في جوين 419هـ، من من فقهاء الشافعية المتكلمين، والأصوليين، والمفسرين، والأدباء، له العديد من المؤلفات، منها: البرهان في أصول الفقه، ونهاية المطلب في دراية المذهب، توفي في نيسابور 478هـ. السبكي، تاج الدين بن علي، طبقات الشافعية الكبرى، 5/ 165، تحقيق: محمود الطناحي- عبد الفتاح الحلوة، هجر للطباعة والنشر، القاهرة، ط2، 1413هـ.

<sup>2</sup> الجويني، عبد الملك بن عبد الله، غياث الأمم والنيثا الظلم، ص 360، تحقيق: فؤاد عبد المنعم- مصطفى حلمي، دار الدعوة، الاسكندرية، 1979م. وابن دقيق العيد. حيث قال ابن فرحون في ترجمته لإبراهيم بن بشير: " وكان رحمه الله يستنبط أحكام الفروع من قواعد أصول الفقه، وعلى هذا مشى في كتابه التنبيه، وهي طريقة نبه الشيخ تقي الدين بن دقيق العيد أنها غير مخصصة، وأن الفروع لا يطرد تخريجها على القواعد الأصولية ". ابن فرحون، إبراهيم بن علي، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، ص 87، دار الكتب العلمية، بيروت، (بدون الطبعة وتاريخها). وقال المقرئ في تعليقه على هذا القول: " يشير ابن فرحون بالقواعد الأصولية إلى القواعد الفقهية، إذ هي محل الخلاف أما القواعد الأصولية فمتفق على جواز استخراج الحكم منها، وإطلاق القواعد الأصولية على القواعد الفقهية أمر شائع في ذلك العصر ". المقرئ، القواعد، ص 117.

<sup>3</sup> الباحثين، القواعد الفقهية، ص 272.

<sup>4</sup> الندوي، القواعد الفقهية وأثارها في الفقه الإسلامي، ص 169. الدوسري، الممتع في القواعد الفقهية، ص 62.

<sup>5</sup> البورنو، محمد صدقي، موسوعة القواعد الفقهية، 1/ 45، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1424هـ/ 2003م.

القول الثاني: يجوز الاحتجاج بالقواعد الفقهية بشروط، حيث ذهب بعض العلماء إلى جواز الاحتجاج بالقواعد والضوابط الفقهية وفق شروط معينة، ثم إن أصحاب هذا القول اختلفوا في شروطهم التي وضعوها، فيمكن تقسيمهم إلى ثلاثة أقسام بحسب الشروط التي وضعها كل فريق: القسم الأول: ذهب إلى جواز الاحتجاج بالقواعد الفقهية التي تستند إلى نص صريح من الكتاب أو السنة فقط، أما إذا لم يوجد عليها نص صريح تستند إليه فلا يصح الاستدلال بها، وممن ذهب إلى هذا القول مجلة الأحكام العدلية،<sup>1</sup> وعدد من العلماء المعاصرين.<sup>2</sup>

القسم الثاني: ذهب إلى جواز الاحتجاج بالقواعد الفقهية الكلية بشرط ألا تعارض أصلاً مقطوعاً به من كتاب أو سنة أو إجماع، وممن ذهب إلى هذا القول أبو حامد الغزالي،<sup>3</sup> وصاحب الفروق،<sup>4</sup> وصاحب الموافقات.<sup>5</sup>

القسم الثالث: ذهب إلى جواز الاحتجاج بالقواعد الفقهية، مع الجمع بين الشروط التي وضعها أصحاب القسمين السابقين، وهي:

1 . أن تستند القاعدة الفقهية على دليل من الكتاب أو السنة أو الإجماع.

2. أن لا تعارض القاعدة الفقهية أصلاً مقطوعاً به من كتاب أو سنة أو إجماع.

وهذا ما ذهب إليه محمد عثمان شبير.<sup>6</sup>

وقد استدل هؤلاء لما ذهبوا إليه بعدد من الأدلة، من أهمها:

<sup>1</sup> . حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 10/1، 15، تحقيق: فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون (الطبعة، وتاريخها).

<sup>2</sup> . منهم: علي الندوي، ومحمد صدقي البورنو. الندوي، القواعد الفقهية وأثرها في الفقه الإسلامي، ص 170-171. البورنو، محمد صدقي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص 40، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1416هـ/1996م.

<sup>3</sup> . الغزالي، محمد بن محمد، المنحول في تعليقات الأصول، ص 364، تحقيق: محمد حسن هيتو، دار الفكر، دمشق، 1400هـ. \* محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي، أبو حامد، حجة الاسلام: فيلسوف، متصوف، له نحو مئتي مصنف. مولده 450هـ. في الطابران (قصبه طوس، بخراسان)، له العديد من المصنفات، منها: شفاء الغليل، والمستصفي من علم الاصول، توفي 505هـ. السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، 6/191. الزركلي، الأعلام، 22/7.

<sup>4</sup> . القرافي، أحمد بن إدريس، الفروق، 4/97، تحقيق: خليل منصور، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ/1998م.

<sup>5</sup> . الشاطبي، إبراهيم بن موسى، الموافقات، 1/32، تحقيق: مشهور بن حسن، دار ابن عفان، القاهرة، ط1، 1417هـ/1997م.

<sup>6</sup> . شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص 87.

أولاً: إن القواعد الفقهية كلية، فهي منطبقة على جميع جزئياتها، ولا يقدر في كليتها وجود استثناءات.<sup>1</sup>

ثانياً: إن تتبع اجتهادات الأئمة الأعلام ليرشد إلى اعتبارهم لهذه القواعد واعتدادهم بها، للكشف عن الحكم الشرعي المناسب للوقائع والمستجدات التي لم يرد فيها نص، الأمر الذي يبين أن هذه القواعد كانت راسخة في أذهان المجتهدين.<sup>2</sup>

ثالثاً: إن حجية القواعد الفقهية وصلاحيتها للاستدلال بها، قد استفيد من مجموع الأدلة الجزئية التي نهضت بمعنى تلك القاعدة، فإذا كان كل دليل جزئي هو حجة بذاته يصح الاستدلال به فمن باب أولى أن تتحقق هذه الحجية في القاعدة التي أرشدت إليها مجموع الأدلة، وتكون دلالتها قطعية.<sup>3</sup>

فهذه هي أقوال العلماء في حجية القواعد والضوابط الفقهية، والذي أميل إلى ترجيحه هو القول الذي ذهب إليه القسم الثالث من القول الثاني، أي جواز الاحتجاج بالقواعد والضوابط الفقهية وفق الشروط المذكورة جميعاً، وذلك لعدة أسباب، من أهمها:

1. قوة الأدلة التي استدلت بها أصحاب الفريق الثاني.

2. لأن الأدلة التي استدلت بها أصحاب الفريق الأول يمكن مناقشتها والرد عليها، حيث يمكن الرد على دليلهم الأول بالقول: بأنه حتى لو كان مصدر كثير من القواعد الفقهية الاستقراء الناقص، فإن هذا لا يمنع من إطلاق وصف الكلية عليها، وهذا معلوم من كلام كثير من العلماء الذين تحدثوا في موضوع الاستقراء.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> شبيب، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص 85.

<sup>2</sup> الكيلاني، عبد الرحمن إبراهيم، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي عرضاً ودراسة وتحليلاً، ص 120، دار الفكر، دمشق، ط 1، 1421هـ/2000م.

<sup>3</sup> الكيلاني، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، ص 120. شبيب، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص 85.

<sup>4</sup> الباحثين، القواعد الفقهية، ص 274. الدوسري، الممتع في القواعد الفقهية، ص 64.

أما دليلهم الثاني فيرد عليه: بأن كثيراً من تلك المستثنيات لم تكن داخلة تحت القاعدة أصلاً، وذلك لأن لكل قاعدة شروط ينبغي تحققها وموانع ينبغي انتفاؤها، فما يُذكر من أنه مستثنى منها إنما هو في الواقع إما فاقداً لشروط القاعدة، أو وجد به ما يمنع من إلحاقه بحكمها.<sup>1</sup>

أما دليلهم الثالث الذي قالوا فيه: بأن القواعد الفقهية ثمرة للفروع فلا تجعل الثمرة دليلاً عليه، فيرد عليه بالقول: إن هذا يصح لو كانت الفروع المراد استبطاها، هي الفروع التي كشفت عن القاعدة، ولكن الأمر ليس كذلك، فالفروع المتوقفة على القاعدة، هي غير الفروع التي توقفت عليها القاعدة، أي أن الفروع التي يستدل بالقاعدة الفقهية عليها هي الفروع الحادثة، لا الفروع التي استبطت منها القاعدة.<sup>2</sup>

3. لأن القواعد والضوابط الفقهية ليست ديكوراً في الفقه الإسلامي، وإنما لها أهمية كبيرة، وفوائد جلية، وهي مبنية على قواعد صحيحة، فليس هناك ما يمنع من الاحتجاج بها وفق الشروط المحددة.

<sup>1</sup> الباحثين، القواعد الفقهية، ص 273-274. الدوسري، الممتع في القواعد الفقهية، ص 64.

<sup>2</sup> الباحثين، القواعد الفقهية، ص 278. الدوسري، الممتع في القواعد الفقهية، ص 64.

## المبحث السادس: أهمية القواعد والضوابط الفقهية، وفوائد دراستها:

للقواعد والضوابط الفقهية أهمية كبيرة، وفوائد عظيمة، ومن أهمها:

1 . القواعد الفقهية تقوم بجمع الفروع والجزئيات الفقهية المتعددة والمتناثرة تحت أصل واحد، وهذا الجمع يفيد من ناحيتين:

الناحية الأولى: إن هذا الجمع يساعد ويفيد في إدراك الروابط والصفات الجامعة بين تلك الفروع والجزئيات المتناثرة في الأبواب الفقهية المختلفة.

الناحية الثانية: إن هذا الجمع يسهل إدراك أحكام الفروع وحفظها بطريقة سهلة، فأحكام الفروع كثيرة ومتناثرة،

وذلك بسبب نمو الفقه وتفرعه وكثرة مسائله بسبب تجدد الحوادث على مر العصور والأزمان، وحاجة الناس إلى

معرفة أحكام هذه المسائل، فيكون الإلمام بها من الصعوبة بمكان، والحل يكون بدراسة القواعد الفقهية والإلمام بها.<sup>1</sup>

وفي هذا المعنى العظيم يقول صاحب الفروق: " ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات".<sup>2</sup>

ويقول ابن رجب<sup>3</sup> أيضاً: " وتنظم له منشور المسائل في سلك واحد، وتقيد له الشوارد وتقرب عليه كل متباعد".<sup>4</sup>

<sup>1</sup> . البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص 24. الباحثين، القواعد الفقهية، ص 114. الدوسري، الممتع في القواعد الفقهية، ص 66.

<sup>2</sup> . القرافي، الفروق، 7/1.

<sup>3</sup> . عبد الرحمن بن أحمد بن رجب السلامي البغدادي ثم الدمشقي الحنبلي، أبو الفرج، الملقب بزين الدين، ولد في بغداد 736هـ، يعد من أبرز علماء الحنابلة في القرن الثامن، كان محدثاً، وفقهياً، وأصولياً، ومؤرخاً، له العديد من المؤلفات، منها: القواعد، وجامع العلوم والحكم، توفي في دمشق 795هـ. العسقلاني، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، 3/108. الزركلي، الأعلام، 3/295.

<sup>4</sup> . ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد، القواعد في الفقه الإسلامي، 2/1، تحقيق: طه سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط1، 1391هـ/1971م.

2. إن الإمام بالقواعد الفقهية، ودراستها، وفهمها، تساعد بشكل كبير في تكوين الملكة الفقهية عند طالب العلم الشرعي، فتتير له الطريق لدراسة أبواب الفقه الواسعة، ومعرفة الأحكام الشرعية، واستنباط الحلول للوقائع المتجددة،<sup>1</sup> وفي هذه الفائدة الجلية يقول السيوطي<sup>2</sup>: " اعلم أن فن الأشباه والنظائر فن عظيم، به يطلع على حقائق الفقه ومداركه ومآخذه وأسراره، ويتمهر في فهمه واستحضاره، ويقدر على الإلحاق والتخريج، ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة، والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على ممر الزمان".<sup>3</sup>

3. إدراك مقاصد الشريعة وأسرارها، حيث إن معرفة القاعدة العامة التي يندرج تحتها مسائل عديدة يعطي تصوراً واضحاً عن مقصد الشريعة في ذلك،<sup>4</sup> وقد نبه صاحب الفروق لهذا المعنى الجليل فقال: " قواعد كلية فقهية جلية كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على أسرار الشرع وحكمه".<sup>5</sup>

5. إن دراسة القواعد والضوابط الفقهية، وعرفتها، والإلمام بها، يعين القضاة والمفتين والحكام عند البحث عن أحكام وحلول للمسائل المعروضة والنوازل المستجدة بأسهل الطرق وأيسرها.<sup>6</sup>

5. إن دراسة القواعد والضوابط الفقهية والبحث فيها يفيد ويساعد غير المتخصصين في علوم الشريعة الإطلاع على الفقه بأيسر الطرق وأسهلها، وبدقة كبيرة، كما وأنها تطلعهم على مدى شمول الفقه الإسلامي، وتبطل دعوى من ينتقصون الفقه الإسلامي، ويتهمونه بالجمود، وبأنه يشتمل على حلول جزئية وليس قواعد كلية.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> الباحثين، القواعد الفقهية، ص 116. شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص 76. البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص 24.

<sup>2</sup> عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد المصري الخضيرى السيوطي، ولد في القاهرة 849هـ، كان مفسراً ومحدثاً وفقهياً ونحوياً وبلاغياً ولغوياً، له العديد من المؤلفات، منها: الأشباه والنظائر في فروع الشافعية، والأشباه والنظائر النحوية، توفي 911هـ. العكري، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، 8/ 51. الزركلي، الأعلام، 3/ 301.

<sup>3</sup> السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 6.

<sup>4</sup> الباحثين، القواعد الفقهية، 117. شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص 77.

<sup>5</sup> القرافي، الفروق، 1/ 6.

<sup>6</sup> البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص 24.

<sup>7</sup> البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص 25. شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص 80. الدوسري، الممتع في القواعد الفقهية، 67.

6. إن الإمام بالقواعد والضوابط الفقهية، ودراستها، وفهمها تربي عند الباحث ملكة المقارنة بين المذاهب المختلفة.<sup>1</sup>

فهذه بعض الفوائد التي تبرز مدى أهمية القواعد والضوابط الفقهية في الفقه الإسلامي، وهذه إنما تدل على أهمية العناية بالقواعد الفقهية أكثر وأكثر، حيث أن الخير فيها كثير، والحاجة إليها اليوم أشد من الحاجة إليها بالأمس، خاصة مع كثرة النوازل والمستجدات، وتشعب المسائل وتعقيدها، وتجروء الكثير من طلبة العلم على الفتوى والقضاء من غير إدراك لحقيقة الفقه وأصوله.

---

<sup>1</sup>. البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص 25.

الفصل الثاني: التعريف بابن الهمام وكتابه فتح القدير، وفيه ثلاثة  
مباحث:

المبحث الأول: الحالة السياسية والفكرية في عصر ابن الهمام، وفيه  
مطلبان:

المطلب الأول: الحالة السياسية.

المطلب الثاني: الحالة العلمية.

المبحث الثاني: حياة ابن الهمام، ومكانته العلمية، وفيه أربعة  
مطالب:

المطلب الأول: حياته ونشأته.

المطلب الثاني: شيوخه، وتلاميذه.

المطلب الثالث: مؤلفاته.

المطلب الرابع: ثناء العلماء عليه.

المبحث الثالث: التعريف بكتاب فتح القدير، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: وصف الكتاب وموضوعه.

المطلب الثاني: منهج صاحبه فيه.

## المبحث الأول: الحالة السياسية والفكرية في عصر ابن الهمام، وفيه مطلبان:

عاش ابن الهمام في العهد المملوكي، حيث يطلق على مرحلة التاريخ الإسلامي الممتدة من 658-923هـ، اسم العهد المملوكي، حيث كانت دولة المماليك تحكم أهم بقاع الدولة الإسلامية التي تشمل مصر والشام والحجاز<sup>1</sup>، وسوف اتحدث في هذا المبحث عن أهم حالتين عاشتهما هذه الدولة، وهما الحالة السياسية، والحالة العلمية:

### المطلب الأول: الحالة السياسية:

عاشت الدولة الإسلامية في كل من مصر والشام والحجاز خلال العهد المملوكي حالة من الانحطاط والضعف والتخلف من الناحية السياسية، حيث ساد الاختلاف والصراع وبلغت الانقسامات في الدولة الإسلامية مداها، وذلك نتيجة تظافر عدد من الأسباب منها ما كانت أسباب داخلية، ومنها ما كانت أسباب خارجية، فمن أهم الأسباب الداخلية التي أدت لحالة الانحطاط والضعف من الناحية السياسية، سلاطين دولة المماليك الذين تولوا أمر البلاد، فقد كان جل هؤلاء السلاطين ضعيفاً، وقد كان كل سلطان يحاول أن يؤسس أسرة تتولى الحكم بعده، وقد بلغت الطموحات الشخصية لدى السلاطين مداها والأطماع الفردية أقصاها، حيث كان هذا الأمر من أهم الأسباب التي أدت إلى حالة الانحطاط والضعف، ومن الأسباب أيضاً: كثرة الاغتيالات والانقلابات التي كانت تحدث ضد سلاطين الدولة، فقد كان قادة الجيش يستغلون فرصة موت أحد السلاطين حتى يثبوا على ولده فيخلعوه أو يقتلوه ويتولى كبيرهم قيادة السلطنة، فقد كان بعض أبناء السلاطين لا يمكنون بعد والدهم سنة أو سنتين حتى يثب عليهم قادة الجند فيقتلونهم أو يخلعونهم، أضف إلى ذلك أن سلاطين الدولة وأصحاب السلطة مماليك لم يكن لأحدهم هيبة تطغى على الآخرين باستثناء عدد قليل منهم، حيث كان يشعر هؤلاء السلاطين أنهم مماليك الأصل وأعتقوا لما امتازوا به من فروسية وقدرة، فهم يمتلكون الكفاءة لا شيء سواها، من فضل ولا جاه سابق ولا ملك ماضٍ، لذلك كان الحسد بينهم كبير، فما أن يتسلم أحدهم الملك حتى يحسده الآخرين، ويعملوا على أسقاطه أو خلعوه أو قتله، فإن لم يستطيعوا كظموا ما في أنفسهم حتى إذا مات السلطان وثبوا على ابنه فقتلوه أو خلعوه واستلموا مكانه، هذا الأمر أدى إلى انتشار الفساد

<sup>1</sup>. شاکر، محمود، التاريخ الإسلامي، 5/7، المكتب الإسلامي، بيروت، 1411هـ/1991م.

في البلاد على جميع المستويات ، فكل سلطان يسعى لحشد أكبر عدد من الأتباع حوله ليتقوى بهم، وليكونوا أداة في يده تنفذ أغراضه وما تصبوا إليه نفسه، وهذا كله يحتاج إلى توفير مبالغ مالية كبيرة ليغدقها السلطان على حاشيته، وليمكن من شراء أكبر عدد ممكن من المماليك وضم الأمراء والوزراء.

ومن الأسباب التي أدت إلى حالة الانحطاط والضعف السياسي أيضاً، حالة الفقر المدقع التي كانت تعيشها الدولة في عهد المماليك ، فكما اسلفت كان السلطان من هؤلاء يغدق مبالغ مالية ضخمة على شراء المماليك ولإرضاء حاشيته وأمرائه، فهذا الأمر كان يستدعي من السلطان فرض ضرائب جديدة وكثيرة على الشعب، الذي أنهكته الحرب أصلاً مع الصليبيين من جهة ومع المغول من جهة أخرى كما سيأتي.

أما أهم الأسباب الخارجية التي أدت إلى حالة الانحطاط والضعف من الناحية السياسية فكان الغزو الصليبي من ناحية، والهجوم التتاري من ناحية أخرى، فقد كانت بلاد الشام ومصر تتعرض لغزو صليبي من ناحية الجنوب، وهجوم همجي من التتار الذين عاثوا في بلاد المسلمين فساداً وأوغلوا فيهم قتلاً، مما أدى إلى انتشار الخوف في مدن المسلمين فهجروها واتجهوا نحو القرى النائية بحثاً عن الأمن، كل هذا أدى إلى انفلات الأوضاع الداخلية في البلاد، وأدى ذلك إلى انهك البلاد والعباد<sup>1</sup>، " ووصل المسلمون في العهد الملوكي إلى مرحلة من الضعف بحيث لم يعد بعضهم يفكر في بعض، ولم يعد بعضهم يعرف أخبار بعض بسبب التشتت الذي أصابهم والضياع الذي عم أمراءهم، والبعد عن الإسلام الذي جزأ أمصارهم وفصل بعضها عن بعض، والضعف الذي انتاب قاداتهم، والغزو الصليبي الذي روع الأمنيين فهجروا المدن وانتقلوا إلى الريف، والهجوم التتاري الذي أخاف السكان فانزروا في بقاع منعزلة فلم يتمكنوا من معرفة شيء من الأحوال والأخبار، ولم يتصلوا مع أحد نتيجة هذا الانعزال وذاك الانزواء..."<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: الحالة العلمية:

على الرغم من الحالة السياسية المتردية وحالة الضعف والانحطاط التي كانت سائدة على العهد المملوكي، إلا أن الحالة العلمية جاءت على النقيض من ذلك بل وبشكل مغاير تماماً، فقد سادت

<sup>1</sup> . شاکر، التاريخ الإسلامي، 7 / 11-15

<sup>2</sup> . شاکر، التاريخ الإسلامي، 7 / 12.

في البلاد الإسلامية في مصر والشام والحجاز حالة من الازدهار والتقدم من الناحية العلمية، فقد كان هذا ظاهراً في كثرة المنشآت الدينية والعلمية التي ظهرت في تلك المرحلة من مساجد ومدارس وحلقات علم تقوم على تدريس العلوم الدينية، وتوفير الخدمات المناسبة لطلبة العلم، وظهور عدد كبير من العلماء المشهورين الذين عاشوا في تلك المرحلة، هذا بالإضافة إلى الكتب الدينية التي صدرت آنذاك، فعند النظر والبحث يظهر أنه لا بد أن يكون هناك أسباب أدت إلى ارتفاع الروح الدينية لدى السلاطين والمماليك والشعب بشكل عام، أدى إلى هذا الازدهار وهذا الرقي في الحياة العلمية في ذلك العصر، فمن أهم تلك الأسباب، أولاً: الحروب الدينية التي خاضها المماليك ضد الصليبيين من جهة وضد التتار من جهة أخرى، ثانياً: إثر مساندة النصارى المحليين للغزو الصليبي لبلاد المسلمين، حيث عاش هؤلاء الصليبيين في بلاد المسلمين في حالة من الأمن والأمان والرخاء على أنفسهم وأموالهم ونسائهم وأبنائهم وكنائسهم، ولكنهم على الرغم من كل هذا، عندما لاحت لهم الفرصة انتصروا لأبناء عقيدتهم، ضاربين بعرض الحائط كل ما قدم المسلمون لهم على مر السنين، كل هذا أثار الحماس الديني لدى المسلمين مما ساعد على الازدهار العلمي في تلك الفترة، ثالثاً: عندما وجد المسلمون أنفسهم أنهم هم وعقيدتهم الهدف من وراء تلك الغزوات الشرسة، لا شيء سوى هدم عقيدتهم والقضاء على شريعتهم انطلق علماء الأمة ينشرون الوعي بين المسلمين، وازدهرت المساجد بحلقات العلم وزاد الاهتمام بالعلماء وطلبة العلم، الذين كانوا يشكلون صمام الأمان لهذه الأمة في مواجهة الأخطار الخارجية، واخيراً، ربما كانت حالة العزلة والتفوق التي عاشها المسلمون في تلك الفترة هي التي صرفت أعين المسلمين نحو الاهتمام بالكتب الدينية وتدوينها، وانصراف العلماء لخدمتها والقيام على اصلاحها، ومما ينبغي الإشارة إليه أن مرحلة العهد المملوكي ربما كانت من أغنى أوقات التدوين<sup>1</sup>، وظهر فيها من مشاهير العلماء الذين عاصروا ابن الهمام، أمثال:

### 1. ابن حجر العسقلاني:

أبو الفضل: أحمد بن علي بن محمد الكناني العسقلاني، شهاب الدين، المصري، الشافعي، حافظ الدنيا في عصره، قاضي القضاة، أصله من عسقلان بفلسطين بالقرب من غزة، ولد بالقاهرة عام

<sup>1</sup>. شاکر، التاريخ الإسلامي، 18-15/7.

773هـ، ولع بالأدب والشعر ثم أقبل على الحديث، ورحل إلى اليمن والحجاز وغيرهما لسماع الشيوخ، وعلت له شهرة فقصده الناس للأخذ عنه وأصبح حافظ الإسلام في عصره، قال السخاوي<sup>1</sup>: "انتشرت مصنفاته في حياته وتهادتها الملوك وكتبها الأكابر" وكان فصيح اللسان، راوية للشعر، عارفاً بأيام المتقدمين وأخبار المتأخرين، صبيح الوجه. وولي قضاء مصر مرات ثم اعتزل، أما تصانيفه فكثيرة جليلة، منها (الدرر الكامنة في أعيان المئة الثامنة) ، و(لسان الميزان) ، و(الأحكام لبيان ما في القرآن من الأحكام) ، وغيرها الكثير الكثير. أصيب بإسهال ورمي دام عام 852هـ وبقي بهذه العلة إلى أن توفي بعد صلاة العشاء من ليلة السبت المسفرة عن اليوم الثامن والعشرين من ذي الحجة سنة 852 هـ<sup>2</sup>.

## 2. المقريري:

أحمد بن علي بن عبد القادر، أبو العباس الحسيني العبيدي، تقي الدين المقريري: مؤرخ الديار المصرية. أصله من بعلبك، ونسبته إلى حارة المقارزة (من حارات بعلبك في أيامه) ولد 766هـ في القاهرة، وولي فيها الحسبة والخطابة والإمامة مرات، واتصل بالملك الظاهر برقوق<sup>3</sup>، فدخل دمشق مع ولده الناصر سنة 810 هـ وعرض عليه قضاؤها فأبى. وعاد إلى مصر. من تأليفه كتاب (المواعظ والاعتبار بذكر الخطط والآثار) ويعرف بخطط المقريري، و(السلوك في معرفة دول الملوك)، و(تاريخ الاقباط) ، وغيرها الكثير الكثير، قال السخاوي: " قرأت بخطه أن تصانيفه زادت على منتي مجلد كبار"، توفي في القاهرة عام 845هـ<sup>4</sup>.

## 3. ابن تغري بردي:

يوسف بن تغري بردي بن عبد الله الظاهري الحنفي، أبو المحاسن، جمال الدين: مؤرخ بحاث، ولد بالقاهرة عام 813هـ، كان أبوه من مماليك الظاهر برقوق ومن أمراء جيشه المقدمين، ومات

<sup>1</sup> تأتي ترجمته ص .

<sup>2</sup> . العسقلاني، أحمد بن حجر، تقريب التهذيب، 11/1-15 ، دار الرشيد، دمشق، تحقيق: محمد عوامة، 1406هـ/1986م. الزركلي، الأعلام، 1/178-179.

<sup>3</sup> . برقوق بن انص أو أنس العثماني، أبو السعيد ، سيف الدين، ولد 738هـ، أو من ملك مصر من الشركاسة، انتزع السلطنة من آخر بني قلاوون سنة 784هـ، كان حازماً شجاعاً فيه دهاء ومضاء، توفي 801هـ. ابن تغري بردي، يوسف بن عبد الله، النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة، 11/221 وما بعدها، وزارة الثقافة والإرشاد القومي، مصر، بدون الطبعة وتاريخها. الزركلي، الأعلام، 2/48.

<sup>4</sup> . السخاوي، شمس الدين محمد بن عبد الرحمن، الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، 27/2، دار الجيل، بيروت، ط1، 1412هـ/1992م. الزركلي، الأعلام، 1/177-178.

بدمشق سنة 815 هـ ونشأ يوسف في حجر قاضي القضاة جلال الدين البلقيني،<sup>1</sup> وتأدب وتفقه وقرأ الحديث وأولع بالتاريخ وبرع في فنون الفروسية وامتاز في علم النغم والإيقاع، وصنف كتباً نفيسة، منها، ( النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة) و ( المنهل الصافي والمستوفي بعد الوافي)، (الدليل الشافي على المنهل الصافي)، وغيرها الكثير، توفي بالقاهرة عام 874هـ<sup>2</sup>.

#### 4. القلقشندي:

أحمد بن علي بن أحمد الفزاري القلقشندي ثم القاهري: المؤرخ الأديب الباحثة. ولد في قلقشنده 756 هـ (من قرى القليوبية، بقرب القاهرة) ونشأ وناب في الحكم. وهو من دار علم، وفي أبنائه وأجداده علماء أجلاء. أفضل تصانيفه (صبح الأعشى في قوانين الإنشا) ، في فنون كثيرة من التاريخ والأدب ووصف البلدان والممالك، وله (حلية الفضل وزينة الكرم في المفاخرة بين السيف والقلم) و (قلائد الجمان في التعريف بقبائل عرب الزمان) وغيرها، توفي بالقاهرة 821هـ<sup>3</sup>.

#### 5. السيوطي:

عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد ابن سابق الدين الخضيرى السيوطي، جلال الدين: إمام حافظ مؤرخ أديب، ولد في القاهرة 849هـ، ونشأ يتيماً حيث توفي والده وهو ابن خمس سنين، ولما بلغ أربعين سنة اعتزل الناس، وخلا بنفسه في روضة المقياس، على النيل، فألف أكثر كتبه. وكان الأغنياء والأمراء يزورونه ويعرضون عليه الأموال والهدايا فيردها، وطلبه السلطان مراراً فلم يحضر إليه، وأرسل إليه هدايا فردها، وبقي على ذلك إلى أن توفي، من كتبه (الاتقان في علوم القرآن) و (إتمام الدراية لقراء النقاية)، و(الأحاديث المنيف)، وغيرها الكثير الكثير، توفي في عزلته بالنيل 911 هـ<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> عبد الرحمن بن عمر بن رسلان الكناشي، العسقلاني الأصل، ولد سنة 763هـ، من علماء الحديث بمصر، تولى رئاسة الفتوى بع وفاة أبيه، وولي القضاء بالديار المصرية مراراً، وبقي قاضياً إلى أن توفي، له مؤلفات كثيرة، منها: الإفهام لما في صحيح البخاري من الإبهام، مات في القاهرة سنة 824هـ. العكري، شذرات الذهب، 9/ 242. الزركلي، الأعلام، 3/ 320.

<sup>2</sup> . السخاوي، الضوء اللامع، 10/ 305. الزركلي، الأعلام، 8/ 222.

<sup>3</sup> . السخاوي، الضوء اللامع، 2/ 8. الزركلي، الأعلام، 1/ 177.

<sup>4</sup> . السخاوي، الضوء اللامع، 4/ : 65. الزركلي، الأعلام، 3/ 301.

وبعد، فهؤلاء بعض العلماء الذين عاصروا ابن الهمام وعاشوا في البلد التي كان فيها، غير أنه تجدر الإشارة هنا إلى أن هنالك الكثير من العلماء الآخرين الذين عاشوا في عصره وسكنوا بلده ولكن المقام لا يتسع لذكرهم جميعاً.

## المبحث الثاني: حياة ابن الهمام، ومكانته العلمية، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: حياته ونشأته، وفيه أربعة مسائل:

المسألة الأولى: اسمه ونسبه:

أولاً: اسمه :

محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود الكمال ابن الهمام السيواسي الأصل، ثم القاهري، المشهور بابن الهمام السكندري<sup>1</sup>.

ثانياً: نسبه:

ينسب إلى سيواس<sup>2</sup> في تركيا ثم إلى الإسكندرية ثم إلى القاهرة.

المسألة الثانية: مولده:

ذهب أكثر العلماء إلى أن ابن الهمام ولد عام 790هـ<sup>3</sup>، فيما ذهب بعض العلماء إلى أنه ولد سنة ثمان أو تسع وثمانين وسبعمائة<sup>4</sup>.

والذي أميل إلى ترجيحه هو رأي جمهور العلماء الذين قالوا أن مولده سنة 790هـ.

أما عن مكان ولادته، فقد ذهب أكثر العلماء إلى أنه ولد بالإسكندرية<sup>5</sup>، فيما ذهب ابن تغري بردي إلى أنه ولد بالقاهرة<sup>6</sup>.

المسألة الثالثة: نشأته، وطلبه للعلم ورحلته فيه:

نشأ ابن الهمام في بيت علمي متميز، حيث نشأ في كفالة جدته لأمه وكانت مغربية خيرة تحفظ كثيراً من القرآن، وسافر مع جدته إلى القاهرة فأكمل بها حفظ القرآن وتلاه تجويداً، وحفظ

<sup>1</sup> . الشوكاني، محمد بن علي، البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، ص 754، تحقيق: محمد حسن حلاق، ط1، دار ابن كثير، بيروت، 1427هـ/2006م. السخاوي، الضوء اللامع، 8/ 127. العكري، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، 7/298.

<sup>2</sup> . هي مدينة (سيواس) تقع في شمال شرق تركيا قرب مدينة (توقات). وتسمى باليونانية (سيبستيا) أو (سيبستيبول) تقع في وسط الأناضول على نهر (هاليس) HALIS أو (قزير أرماق) أي النهر الأحمر. تعريف بالأعلام الواردة في البداية والنهاية لابن كثير، موقع الإسلام. <http://islamport.com/w/bld/Web/429/571.htm>.

<sup>3</sup> . الشوكاني، البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، 754. السخاوي، الضوء اللامع، 8/127. السيوطي، ، بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، 1/166. الزركلي، الأعلام، 6/255.

<sup>4</sup> . السخاوي، الضوء اللامع، 8/127.

<sup>5</sup> . السخاوي، الضوء اللامع، 8/127. الزركلي، الأعلام، 6/255.

<sup>6</sup> . ابن تغري بردي، يوسف الأتابكي، النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة، 16/160، قدم له وعلق عليه : محمد حسين شمس الدين، ط1، 1413هـ - 1992 م.

القُدوري والمنار والمفصل للزمخشري،<sup>1</sup> وألفية النحو، ثم عاد بصحبته إلى الإسكندرية فأخذ النحو، وقرأ الهداية على الزين السكندري.<sup>2</sup>

ثم عاد إلى القاهرة مرة أخرى وقرأ على يحيى العجيسي،<sup>3</sup> وتعلم المنطق على العز عبد السلام البغدادي<sup>4</sup> والبساطي<sup>5</sup> وعنه أخذ أصول الدين وقرأ عليه شرح هداية الحكمة.

ثم سافر إلى القدس وقرأ على علمائها وسمع من جماعة كالحافظ بن حجر وغيره، ولم يكثر من علم الرواية وتبحر في غيره من العلوم وفاق الأقران وأشير إليه بالفضل التام.

ثم رجع إلى القاهرة، واستمر في طلب العلم وتلقيه، ثم سافر مرة أخرى إلى القدس، وتلقى فيها بعض العلوم، ثم رحل إلى مكة وحج البيت الحرام، ثم عاد مرة أخرى إلى القاهرة ومكث فيها وتولى بعض الوظائف، ثم سافر إلى مكة ليقضي أيامه الأخيرة فيها، إلا أنه لم يستطع البقاء هناك، فعاد أخيراً إلى القاهرة حتى وافته المنية<sup>6</sup>.

#### المسألة الرابعة: وفاته<sup>7</sup>:

توفي ابن الهمام يوم الجمعة السابع من رمضان سنة 861هـ بالقاهرة في مصر، رحمه الله رحمة واسعة وجعل الجنة مثواه، وجزاه الله عن أمة الإسلام خير جزاء.

**المطلب الثاني: شيوخ ابن الهمام، وتلاميذه،<sup>8</sup> وفيه مسألتان:**

#### المسألة الأولى: شيوخه:

<sup>1</sup> محمود بن عمر بن محمد الخوارزمي الزمخشري، من أئمة العلم بالدين والتفسير واللغة والآداب، ولد في زمخش سنة 467هـ، له مؤلفات كثيرة، منها: الكشف، وأساس البلاغة، توفي في الجرجانية إحدى قرى خوارزم سنة 538هـ. البرمكي، أحمد بن محمد، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، 168/5، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، ط1، 1994م. الزركلي، الأعلام، 178/7.

<sup>2</sup> تأتي ترجمته ص .

<sup>3</sup> يحيى بن عبد الرحمن بن محمد العقيلي الزرمانى العجيسي، ولد في عجيس إحدى قبائل البربر في المغرب سنة 777هـ، من فقهاء المالكية، عالم بالنحو، له شرح ألفية ابن مالك، توفي بالقاهرة سنة 862هـ. السخاوي، الضوء اللامع، 10/73. الزركلي، الأعلام، 153/8.

<sup>4</sup> عبد السلام بن أحمد بن عبد المنعم البغدادي ثم القاهري، الحنبلي ثم الحنفي، ولد سنة 776، فاضل مشارك، قام برحلات كثيرة، ثم استقر بالقاهرة، كان سريع النظم، توفي سنة 859هـ. السخاوي، الضوء اللامع، 4/198. الزركلي، الأعلام، 3/355.

<sup>5</sup> محمد بن أحمد بن عثمان الطائي البساطي، أو عبد الله، ولد في بساط من قرى الغربية في مصر سنة 760هـ، فقيه مالكي، تولى القضاء بالديار المصرية، من مؤلفاته: المغني، وشفاء الغليل، توفي بالقاهرة سنة 842هـ. السخاوي، الضوء اللامع، 7/5. الزركلي، الأعلام، 5/332.

<sup>6</sup> السيوطي، بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، 1/166-169. السخاوي، الضوء اللامع، 8/127-132. الشوكاني، البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، 754-756. ابن تغري بردي، النجوم الزاهرة، 16/160-161.

<sup>7</sup> السيوطي، بغية الوعاة، 1/168. السخاوي، الضوء اللامع، 8/132. الزركلي، الأعلام، 6/255.

<sup>8</sup> السخاوي، الضوء اللامع، 8/127-132. الشوكاني، البدر الطالع، 754-756. السيوطي، بغية الرعاة، 1/166.

كما ذكرت في المطلب السابق<sup>1</sup> عن طلب الإمام للعلم، فقد تفقه على العديد من العلماء والمشايخ، في أنواع مختلفة من العلوم، وعلى علماء من مختلف المذاهب فمنهم الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي، على الرغم من أنه من علماء الحنفية، وسوف أذكر خمسة من أشهر مشايخ ابن الهمام:

1. القاضي محب الدين أبو الوليد محمد بن محمد بن محمود الحلبي الحنفي، المعروف بابن الشحنة، المولود سنة 749هـ، له اشتغال بالأدب والتاريخ، وله كتب، منها (روض المناظر، في علم الاوائل والاواخر) و(الرحلة القسرية بالديار المصرية) وكتاب في (السيرة النبوية) وغيرها من الكتب، توفي سنة 815هـ.<sup>2</sup>

2. جمال الدين عبد الله بن علاء الدين علي بن محمد بن علي بن عبد الله الكناني العسقلاني الحنبلي، المعروف بالجندي، المتوفى سنة 817هـ.<sup>3</sup>

3. همام الدين: محمد بن أحمد همام بن أحمد الخوارزمي الشافعي، كان إماماً عالمياً فاضلاً فقيهاً ذا يد في الأصول والمعاني والبيان وغيرها، توفي سنة 819هـ.<sup>4</sup>

4. جمال الدين يوسف بن محمد بن عبدالله السكندري الحميدي الحنفي، نشأ بالإسكندرية وتفقه حتى برع وولي قضاء الحنفية بها وأخذ عنه ابن الهمام في النحو وغيره، توفي سنة 821هـ.<sup>5</sup>

5. محمود بن إبراهيم بن أحمد البدر بن الشمس القاهري الحنفي، المتوفى سنة 825هـ.<sup>6</sup>

#### المسألة الثانية: تلاميذ ابن الهمام<sup>7</sup>:

لقد كان ابن الهمام بارعاً في كثير من العلوم، الشرعية منها واللغوية، وقد كانت له مكانة مرموقة بين أقرانه وعلماء عصره، يأتيه طلبه العلم من كل مكان ليتعلموا على يده، وينهلوا من بحر العلم الذي يملكه، وقد خرّج ابن الهمام من تحت يديه ثلة من العلماء المشهورين، وسأكتفي بذكر خمسة من أشهر هؤلاء التلاميذ:

1. ص 41.

2. السخاوي، الضوء اللامع، 290/10. الزركلي، الأعلام، 44/7.

3. السخاوي، الضوء اللامع، 35/5.

4. السخاوي، الضوء اللامع، 128/7.

5. السخاوي، الضوء اللامع، 331/10.

6. السخاوي، الضوء اللامع، 143/10.

7. الشوكاني، البدر الطالع، ص 755. السخاوي، الضوء اللامع، 131/8.

1 . جمال الدين أبو محمد عبد الله بن محب الدين أبي عبد الله محمد بن هشام المصري الحنبلي القاضي، المتوفى سنة 855هـ<sup>1</sup>.

2. القرافي، شمس الدين محمد بن أحمد بن عمر بن شرف، القاضي المالكي، ولد في القاهرة سنة 801هـ، برع في الفقه وأصوله والعربية وغيرها وفاق الناس في التوثيق، توفى سنة 867هـ<sup>2</sup>.

3. الشمي، تقي الدين أبو العباس أحمد بن كمال الدين محمد بن محمد بن علي بن يحيى الشمني الحنفي، ولد بالإسكندرية سنة 801هـ، من كتبه (شرح المغني لابن هشام) و (مزيل الخفا عن ألفاظ الشفا) و (كمال الدراية في شرح النقاية)، توفي سنة 872هـ<sup>3</sup>.

4. الهمامي، عبد الوهاب بن أبي بكر بن عمر تاج الدين القاهري الحنفي، ويعرف بالهامي لملازمته خدمة الكمال بن الهمام والأخذ عنه بحيث شارك في الفقه وأصله والعربية وغيرها وأخذ أيضاً عن غيره وأقرأ قليلاً، توفي سنة 886هـ<sup>4</sup>.

5. السخاوي، محمد بن عبد الرحمن بن محمد، شمس الدين السخاوي، مؤرخ حجة، وعالم بالحديث والتفسير والأدب. أصله من سخا (من قرى مصر) ولد 831هـ في القاهرة، صنف زهاء مئتي كتاب أشهرها (الضوء اللامع في أعيان القرن التاسع)، توفي سنة 902هـ<sup>5</sup>.

#### المطلب الثالث: مؤلفات ابن الهمام<sup>6</sup>:

صنف ابن الهمام مجموعة كبيرة من المصنفات التي تعد كنزاً في العلم فلقد احتوت هذه الكتب على فوائد كبيرة، استفاد منها طلبة العلم منذ اليوم الذي ألفها فيها حتى يومنا هذا، ومن أهم هذه المصنفات:

1 . فتح القدير للعاجز الفقير في شرح الهداية للمرغيناني، وهو كتاب مطبوع في ثماني مجلدات في فقه الحنفية.

2. التحرير، في أصول الفقه، وهو مطبوع أيضاً.

1 . السخاوي، الضوء اللامع، 56/5.

2 . السيوطي، جلال الدين، نظم العقيان في أعيان الأعيان، 1/136، المكتبة العلمية، بيروت بدون ( الطبعة وتاريخها).

3 . الزركلي، الأعلام، 1/230.

4 . السخاوي، الضوء اللامع، 5/99.

5 . الزركلي، الأعلام، 6/194.

6 . السخاوي، الضوء اللامع، 8/130. السيوطي، بغية الوعاة، 1/168. الزركلي، الأعلام، 6/255.

3. المسائرة في العقائد المنجية في الآخرة، وهو مطبوع أيضاً.

4. زاد الفقير ، وهو مختصر في فروع الحنفية.

5. شرح بديع النظام الجامع بين كتابي: البزدوي والأحكام للساعاتي، في أصول الفقه<sup>1</sup>.

6. فواتح الأفكار في شرح لمعات الأنوار<sup>2</sup>.

7. المسائرة في العقائد المنجية في الآخرة<sup>3</sup>.

#### المطلب الرابع: ثناء العلماء عليه:

أثنى كثيرٌ من علماء الحنفية على ابن الهمام، وأشادوا بتحريراته وترجيحاته، فقد قال ابن نجيم عند تعقيبه على بعض المسائل التي حققها ابن الهمام: " وقد أطال فيه المحقق في فتح القدير إطالة حسنة كما هو دأبه"<sup>4</sup>.

ويؤكد ابن عابدين<sup>5</sup> أن ابن الهمام من أهل الترجيح، والاجتهاد، فيقول: " والكمال صاحب الفتح من أهل الترجيح، بل من أهل الاجتهاد"<sup>6</sup>.

وقال السخاوي في حقه أيضاً: " عالم أهل الأرض ومحقق أولى العصر، حجة أعجوبة، ذا حجج باهرة واختيارات كثيرة وترجيحات قوية، بل كان يصرح بأنه لولا العوارض البدنية من طول الضعف والأسقام وتراكمهما في طول المدد لبلغ رتبة الاجتهاد"<sup>7</sup>.

وقد ذكر صاحب كتاب أصول الفقه أن بعض الحنفية قد فرضوا لبعض فقهاءهم الاجتهاد المطلق، ومنهم ابن الهمام، فقال: " ولقد وجدنا بعض الحنفية يفرضون لبعض فقهاءهم الاجتهاد المطلق، وقالوا ذلك بالنسبة لكمال الدين بن الهمام"<sup>8</sup>.

1 . خليفة، حاجي، كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، 1/ 235، تحقق : محمد شرف الدين ، دار إحياء التراث العربي، مصر. بدون ( الطبعة وتاريخها ).

2 . خليفة، كشف الظنون، 2/ 1292.

3 . خليفة، كشف الظنون ، 1/ 881.

4 . ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 2/ 86، دار المعرفة، بيروت، ط2. ( بدون تاريخ الطبعة)

5 . محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، ولد في دمشق سنة 1198هـ، فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره، له العديد من المؤلفات، منها: رد المحتار على الدر المختار، ونسمات الأسفار، توفي في دمشق سنة 1252هـ.

الزركلي، الأعلام، 6/ 42.

6 . ابن عابدين، محمد أمين، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة، 3/ 621، دار الفكر، بيروت، 1421هـ/ 2000م.

7 . السخاوي، الضوء اللامع، 8/ 131.

8 . أبو زهرة، محمد، أصول الفقه، ص 391-392، دار الفكر العربي، بيروت، 1377هـ/ 1958م.

## المبحث الثالث: التعريف بكتاب فتح القدير، وفيه مطلبان:

### المطلب الأول: وصف الكتاب وموضوعه.

يعد كتاب فتح القدير للعاجز الفقير كما سماه صاحبه من أحسن الكتب التي شرحت كتاب " الهداية " لبرهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني<sup>1</sup>.

وقد بين ابن الهمام في مقدمة كتابه سبب تسميته بهذا الاسم، فقال: " ولما جاء بفضل الله ورحمته أكبر من قدرتي بما لا ينتسب بنسبة علمت أنه من فتح جود القادر على كل شيء فسميته والله المنة (فتح القدير للعاجز الفقير)..."<sup>2</sup>.

ويعد كتاب فتح القدير من أهم كتب الفقه المعتمدة عند الحنفية، وقد شرع ابن الهمام في تأليفه سنة 329هـ عند الشروع في إقرائه بعض أقرانه<sup>3</sup> وقد ظل يحقق الكتاب نحو ثلاثين عاماً، حيث قال: " ثم ظهر لي بعد نحو ثلاثين عاماً من كتابة هذا الكتاب أن الوجه منع العمرة للمكي في أشهر الحج سواء حج من عامه أو لا"<sup>4</sup> وقد وافت المنية ابن الهمام قبل أن يتم كتابه حيث وصل فيه إلى باب الوكالة، ثم أتم شرحه الشيخ شمس الدين أحمد بن قورد المعروف بقاضي زاده<sup>5</sup> وسماه "نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار"<sup>6</sup>.

وقد تميز كتاب فتح القدير بالعديد من المميزات، منها:<sup>7</sup>

- 1 . سهولة الأسلوب، ووضوح العرض، وحسن الترتيب، والتناسب، وعرض الموضوعات عرضاً دقيقاً متقناً.
2. يمكن اعتبار الكتاب من كتب الفقه المقارن، حيث لم يقتصر مؤلفه فيه على بيان مذهب الحنفية وحدهم، بل كان يعرض آراء المذاهب الأخرى، مع إيراد أدلتهم ومناقشتها.
3. حوى الكتاب مادة علمية غزيرة مستفادة من المصادر الأصلية في التفسير والحديث والفقه وغيرها من العلوم.

1 . علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين، المولود سنة 530هـ، نسبته إلى مرغينان، من أكابر فقهاء الحنفية، كان حافظاً ومفسراً ومحققاً وأديباً ومجتهداً، له مصنفات عديدة، منها: بداية المبتدي، والهداية في شرح البداية، توفي سنة 593هـ. القرشي، عبد القادر بن محمد، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، 1/ 383، مير محمد كتب خانة، كراتشي. ( بدون الطبعة وتاريخها). الزركلي، الأعلام، 4/ 266.

2 . ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد، فتح القدير للعاجز الفقير، 1/ 8، دار الكتب العلمية، بيروت. ( بدون الطبعة وتاريخها).

3 . ابن الهمام، فتح القدير، 1/ 3.

4 . ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد، فتح القدير للعاجز الفقير، 3/ 13، دار الفكر، بيروت. ( بدون الطبعة وتاريخها).

5 . أحمد بن محمود الأدرنوي، شمس الدين، المعروف بـ" قاضي زاده"، من فقهاء الحنفية، أصله من الروم، تولى قضاء حلب، ثم قضاء القسطنطينية، له العديد من المؤلفات، منها: نتائج الأفكار، وحاشية على شرح الوقاية لصدر الشريعة، توفي في القسطنطينية سنة 988هـ. الزركلي، الأعلام، 1/ 254-255.

6 . ابن قاسم، عبد العزيز بن إبراهيم، الدليل إلى المتون العلمية، ص 355، دار الصميعي، الرياض، ط1، 1420هـ/ 2000م.

7 . أوقاسين، كمال، القواعد الأصولية في كتاب فتح القدير لابن الهمام، ص 80، جامعة الجزائر، الجزائر، 1427هـ/ 2006م.

4. جمع الكتاب بين اتجاه الفقهاء والمتكلمين في تخريج الفروع على الأصول.

وقد طبع فتح القدير عدة طبعات منها:<sup>1</sup>

1. في المطبعة الأميرية ببولاق في مصر سنة (1315هـ).

2. في المطبعة الميمنية في مصر سنة (1319هـ).

3. في مطبعة مصطفى البابي الحلبي في مصر سنة (1389هـ) في عشر مجلدات.

4. وطبعة دار إحياء التراث العربي في بيروت بدون تاريخ الطبعة.

5. وطبعة دار الفكر في بيروت بدون تاريخ الطبعة أيضاً.

### المطلب الثاني: منهج صاحبه فيه:

إن الناظر في كتاب فتح القدير يجد أن لصاحبه منهجاً حاول من خلاله أن يكون كتابه مميّزاً عن غيره، ويمكن بيان طريقة ابن الهمام في كتابه من خلال النقاط الآتية:<sup>2</sup>

أولاً: يبدأ ابن الهمام بشرح العنوان الذي يضعه صاحب الهداية لكل باب مبيّناً وجه اتصاله بما سبقه.

ثانياً: يخرج الأحاديث التي وردت في الهداية، ويحاول أن يستقصي الروايات ويناقش ويدلل عليها.

ثالثاً: يورد أقوال الفقهاء من مصنفاتهم ويعقب عليها شرحاً، وفي كثير من الأحيان يذكر اختلاف العلماء في المسألة وآراء المذاهب فيها، وكان يهتم اهتماماً بالغاً بالأدلة، حيث إنه لا يقبل حكماً من الأحكام إلا بعد تقرير الأدلة المرجحة له.

رابعاً: كان يذكر في آخر الباب عنواناً يسميه " تنمة وفروع "، يتعرض فيه للمسائل التي لم يذكرها صاحب الهداية.

خامساً: كان ينقل في بعض الأحيان فصلاً كاملاً من بعض الكتب.

سادساً: كان يصحح ما يراه خطأ في ما أورده المرغيناني في الهداية.

<sup>1</sup> ابن القاسم، الدليل إلى المتون العلمية، ص 355-356.

<sup>2</sup> أوقاسين، القواعد الأصولية في كتاب فتح القدير، ص 80 وما بعدها. وقد أطل المؤلف في شرح طريقة ابن الهمام في كتابه، ضارباً الأمثلة على كل واحدة منها، وقد ذكرت النقاط الرئيسية دون الأمثلة لعدم الإطالة والتكرار.

سابعاً: ذكر العديد من القواعد الأصولية، والمسائل التي تنطبق عليها، واهتم ببناء الفروع على القواعد الأصولية عند التفريع الفقهي في أغلب الأبواب الفقهية.

ثامناً: ذكر العديد من القواعد الفقهية، وذكر العديد من المسائل التي تنطبق عليها.

تاسعاً: كانت له العديد من الاختيارات الفقهية والأصولية.

الباب الثاني: القواعد والضوابط الفقهية المستخرجة من كتاب فتح القدير لابن الهمام من كتاب البيوع إلى كتابة الوكالة، وفيه ثمانية فصول:

الفصل الأول: فقه قاعدة " اليقين لا يزال بالشك " والقواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بها.

الفصل الثاني: فقه القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بقاعدة " العادة محكمة ".

الفصل الثالث: فقه القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بقاعدة: " الضرر يزال ".

الفصل الرابع: فقه القواعد الفقهية المتعلقة بباقي القواعد الفقهية الكبرى.

الفصل الخامس: فقه القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بقاعدة " التابع تابع ".

الفصل السادس: فقه القواعد والضوابط الفقهية الخاصة بالمعاملات المالية.

الفصل السابع: فقه القواعد والضوابط الفقهية الخاصة بالقضاء وطرق الإثبات.

الفصل الثامن: فقه قواعد وضوابط منثورة.

الفصل الأول: فقه قاعدة " اليقين لا يزال بالشك " والقواعد والضوابط  
الفقهية المتعلقة بها، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: فقه قاعدة: " اليقين لا يزال بالشك " .

المبحث الثاني: فقه القواعد والضوابط المتعلقة بقاعدة " اليقين لا يزال  
بالشك " :

المطلب الأول: فقه قاعدة: الحل هو الأصل في الأشياء.

المطلب الثاني: فقه قاعدة: السكوت في موضع البيان بيان.

المطلب الثالث: فقه قاعدة الصريح أقوى من الدلالة.

المطلب الرابع: فقه قاعدة: العدم في الصفات العارضة أصل، والوجود في  
الصفات الأصلية أصل.

المطلب الخامس: فقه قاعدة : فراغ الذمة هو الأصل.

المطلب السادس: فقه قاعدة : الفعل الحادث يضاف إلى أقرب الأوقات.

## المبحث الأول: فقه قاعدة: " اليقين لا يزال بالشك " <sup>1</sup>:

هذا القاعدة من القواعد الكبرى التي أكثر ابن الهمام من استخدامها في كتابه، وقد استخدمها بألفاظ مختلفة، وهذا ما سأبينه في المطلب الأول.

ولأنها القاعدة الكبرى الوحيدة التي استخدمها ابن الهمام في فتح القدير من كتاب البيوع إلى نهاية كتاب الوكالة، فقد رأيت أن أبدأ بها، وبالقواعد والضوابط التي تتعلق بها:

### المطلب الأول: من ألفاظ هذه القاعدة عند ابن الهمام:

1 . اليقين لا يزول بالشك <sup>2</sup>.

2. اليقين لا يرتفع – يرفع - بالشك <sup>3</sup>.

3. لا يزول اليقين بالشك <sup>4</sup>.

4. الشك لا يرفع المتيقن قبله <sup>5</sup>.

### المطلب الثاني: معنى القاعدة، وفيه فرعان:

لابد أولاً، وقبل الحديث عن تطبيقات القاعدة عند ابن الهمام من بيان معاني مفردات القاعدة، وبيان المعنى الإجمالي للقاعدة.

### الفرع الأول: شرح مفردات القاعدة:

---

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/411. 2/374-375، دار الفكر.  
<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 1/164. 2/292. ينظر: مفارقة، إشراق محمود، القواعد والضوابط الفقهية المستخرجة من كتاب فتح القدير لكمال الدين بن الهمام في باب العبادات جمعاً ودراسة، ص 39، جامعة القدس، فلسطين، 1434هـ/2013م، رسالة ماجستير. فقد تحدثت عن هذه القاعدة عند ابن الهمام. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص56.  
<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 1/168. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص56.  
<sup>4</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 1/48.  
<sup>5</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 1/168.

اشتملت هذه القاعدة على مفردتين، وهما اليقين، والشك، فلا بد من بيان معنى كل واحد منهما لغةً، وفي اصطلاح الفقهاء.

أولاً: معنى اليقين لغةً واصطلاحاً:

أ. اليقين لغةً: من يقن الأمر ييقن يقيناً، إذا ثبت واستقر ووضح، فيقال: يقنت، واستيقنت، وأيقنت، ويستعمل متعدياً بنفسه أو بالباء، فيقال: يقنته، ويقنت به، وأيقنت به، وتيقنته، واستيقنته، أي: علمته.<sup>1</sup>

ب. اليقين في اصطلاح الفقهاء: هو " العلم الذي لا شك معه "،<sup>2</sup> وقيل: هو " العلم الحاصل عن نظر واستدلال "،<sup>3</sup> وقيل أيضاً: " هو طمأنينة القلب على حقيقة الشيء "،<sup>4</sup>

وعرفه صاحب الحدود الأنيفة بأنه: " اعتقاد جازم لا يقبل التغير من غير داعية الشرع "،<sup>5</sup>

ولا تخرج هذه المعاني عن المعنى اللغوي لليقين.

ثانياً: معنى الشك لغةً واصطلاحاً:

أولاً: معنى الشك لغةً: الشين والكاف أصل واحد مشتق بعضه من بعض، وهو بمعنى الارتياب، وهو مأخوذ من شك الأمر يشكه شكاً، ومنها: شككت في الأمر: بمعنى ترددت فيه، وأصل الشك التداخل، ومن ذلك قولهم: شككته بالرمح، أي طعنته فدخل السنان جسمه، وسمي الشك بذلك، لأن الشاك كأنه شك له الأمران في مشك واحد، ولا يتيقن واحداً منهما.<sup>6</sup>

فالشك إذاً: خلاف اليقين، ويعني الارتياب، والتردد بين شيئين أو أكثر.

<sup>1</sup> الفيومي، المصباح المنير، باب الياء، 2 / 681. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، 6 / 157.

<sup>2</sup> الجرجاني، التعريفات، ص 332.

<sup>3</sup> الفيومي، المصباح المنير، 2 / 681.

<sup>4</sup> الجرجاني، التعريفات، ص 332.

<sup>5</sup> السنيكي، الحدود الأنيفة، ص 68.

<sup>6</sup> الفيومي، المصباح المنير، مادة شكك، 1 / 320. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، 3 / 173.

ثانياً: معنى الشك في اصطلاحاً: عُرف بأنه : " تجويز أمرين لا مزية لأحدهما على الآخر "،<sup>1</sup> وعُرف أيضاً بأنه: " هو التردد بين النقيضين بلا ترجيح لأحدهما على الآخر عند الشاك، وقيل الشك: ما استوى طرفاه، وهو الوقوف بين الشئيين لا يميل القلب إلى أحدهما...".<sup>2</sup>

ويلاحظ العلاقة بين المعنى الاصطلاحي والمعنى اللغوي للشك، حيث لا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي.

الفرع الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن الأمر إذا ثبت ثبوتاً يقينياً أو جازماً أو راجحاً، وجوداً أو عدماً، فلا يرتفع هذا الأمر الثابت بمجرد طروء الشك في زواله، بل لا يلتفت إلى ذلك الشك، و يحكم ببقاء الأمر الثابت على ما ثبت عليه، حيث إن الأمر اليقيني لا يعقل أن يزيله ما هو أضعف منه، بل يبقى حكمه ثابتاً حتى يقوم دليل معتبر مثله أو أقوى منه لكي يزيله.<sup>3</sup>

المطلب الثالث: من أدلة القاعدة:

هناك العديد من الأدلة التي تدل على هذه القاعدة، وسأكتفي بذكر دليلين عليها:<sup>4</sup>

1 . ما روي أنه شكى إلى النبي صلى الله عليه وسلم: الرجل، يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة، قال: " لا ينصرف حتى يسمع صوتاً، أو يجد ريحاً "،<sup>5</sup> وقد علق صاحب المنهاج على هذه الحديث بقوله: " وهذا الحديث أصل من أصول الإسلام، وقاعدة عظيمة من قواعد الفقه، وهي أن الأشياء يحكم ببقائها، على أصولها، حتى يتيقن خلاف ذلك، ولا يضر الشك الطارئ عليها " .<sup>6</sup>

1. أبو يعلى، محمد بن الحسين، العدة في أصول الفقه، 83 / 1، تحقيق: أحمد المبارك، ط2، 1410هـ/ 1990م.

2. الجرجاني، التعريفات، ص 168.

3. الزرقا، أحمد بن محمد، شرح القواعد الفقهية، ص 82، تحقيق: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، 1409هـ/ 1989م. الدوسري، الممتع في القواعد الفقهية، ص 116.

4. ويمكن الإطلاع على مزيد من الأدلة في: شبير، القواعد الفقهية، ص 132. الباحثين، يعقوب عبد الوهاب، قاعدة اليقين لا يزول بالشك، ص 213، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1421هـ/ 2000م.

5. البخاري، صحيح البخاري، كتاب الوضوء، باب من لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن، حديث رقم: 137، 1/ 39. مسلم صحيح مسلم، كتاب الحيض، باب الدليل على أن من تيقن الطهارة، حديث رقم: 361، 1/ 276. واللفظ لمسلم.

6. النووي، يحيى بن شرف، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، 4/ 49، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2، 1392م.

2. الإجماع: حيث أجمع العلماء على أصل العمل بهذه القاعدة، وقد نقل القرافي هذا الإجماع، حيث قال: " فهذه قاعدة مجمع عليها، وهي أن كل مشكوك فيه يجعل كالمعدوم الذي يجزم بعدمه".<sup>1</sup>

### المطلب الرابع: من تطبيقات هذه القاعدة في فتح القدير:

من المسائل التي استخدم فيها ابن الهمام قاعدة: " اليقين لا يزال بالشك "

مسألة: مدى حق التصرف لكل من صاحب العلو وصاحب السفل ( حق التعلّي )<sup>2</sup>:

حيث ذكر ابن الهمام خلافاً بين أبي حنيفة<sup>3</sup> وصاحبيه حول مدى حق التصرف لكل من صاحب العلو وصاحب السفل في هذا العلو.<sup>4</sup>

الفرع الأول: صورة المسألة:

أنه إذا كان علو لرجل وسفل لرجل آخر، فأراد أحد الملاك التصرف في هذا العلو، فإن تصرفه يرجع إلى أحد أنواع ثلاثة:

<sup>1</sup> القرافي، الفروق، 1/ 111.

<sup>2</sup> التعلّي لغة: بمعنى الصعود، ويقال: تعلّى، واستعلاه، وأعلاه، وعاليه وعاليته: أرفعه. قال ابن السكيت: سفل الدار وعلوها، وسفلها وعلوها. وعلو الدار ضد سفها.. ابن منظور، لسان العرب، مادة علا، 83/15. الفيومي، المصباح المنير، كتاب العين، 427/2.

حق التعلّي اصطلاحاً: قيل: " هو أن يكون لإنسان حق في أن يعلو بناؤه بناء غيره". الخفيف، علي، أحكام المعاملات الشرعية، ص 75، دار الفكر العربي، القاهرة، 1429هـ/2008م. وعرفه مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بأنه: " هو حق الجزء الأعلى من البناء الذي يتكون من بناءين، أو من أبنية متعددة مترادفة فوق بعضها، في أن يعلو ويستقر على البناء الأسفل منه، والمملوك لغيره". مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم: 171 (18/9)، بوتراجايا، ماليزيا، 1428هـ/2007م. وعرفه الزحيلي بأنه: " هو حق القرار الدائم أو الاستناد لصاحب الطبقة العليا، على الطبقة السفلى، والانتفاع بسقوفها، مثل الملكية المشتركة للطوابق الحديثة". الزحيلي، وهبة، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، 477/5، دار الفكر، دمشق، 1433هـ/2012م.

<sup>3</sup> النعمان بن ثابت، التيمي بالولاء، الكوفي، أبو حنيفة: إمام الحنفية، الفقيه المجتهد المحقق، أحد الائمة الاربعة عند أهل السنة. قيل: أصله من أبناء فارس. ولد ونشأ بالكوفة 80هـ. وكان يبيع الخز ويطلب العلم في صباه، ثم انقطع للتدريس والافتاء. وأراده عمر بن هبيرة (أمير العراقيين) على القضاء، فامتنع ورعا. وأراده المنصور العباسي بعد ذلك على القضاء ببغداد، فأبى، فحلف عليه ليفعلن، فحلف أبو حنيفة أنه لا يفعل، فحبسه إلى أن مات 150هـ. القرشي، الجواهر المضية، 26/1.

<sup>4</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 411.

النوع الأول: أن يكون التصرف لا يلحق ضرراً بالطرف الآخر، كالتصرفات المعتادة من وضع مسمار صغيرٍ أو وسط، فهذا لا خلاف في جوازه باتفاق.<sup>1</sup>

النوع الثاني: أن يكون التصرف فيه ضرر واضح وظاهر، كفتح باب، أو بناء صاحب العلو بناءً ثقيلاً من شأنه أن يؤدي إلى تصدع البناء أو ضعفه، فهذا لا خلاف أيضاً في عدم جوازه بالاتفاق، ويتحمل صاحب التصرف كامل تبعاته.<sup>2</sup>

النوع الثالث: التصرف الذي يكون بين النوعين السابقين، وهو التصرف الذي يشك في نتائجه، هل يؤدي إلى ضرر، أم لا؟، مثل دق وتد في الجدار أو السقف، أو قيام صاحب العلو ببناء طابق آخر فوق بنائه، فهذا هو النوع الذي وقع فيه خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه.

الفرع الثاني: الحكم في المسألة:

في المسألة أربعة أقوال:

القول الأول: ذهب أبو حنيفة إلى القول بعدم جواز هذا النوع من التصرفات، حيث يرى أبو حنيفة أن الأصل في تصرف الإنسان في ملكه، إذا تعلق به حق للغير: الحظر، وذلك لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير، فلا يملك التصرف فيه وإن لم يضر بالآخر، ولا بد فيه من رضا صاحب الحق الآخر.<sup>3</sup>

القول الثاني: وهو ما ذهب إليه الصحابيان من أن الأصل في تصرف الإنسان في ملكه الإباحة، والحظر إنما جاء لعارض الضرر، فإذا كان التصرف مشكوكاً في ضرره وليس بمتيقن لم يجز الحظر، وذلك لأن الإباحة متيقنة، والحظر مشكوك فيه، واليقين لا يزال بالشك، فيتصرف المالك في ملكه في هذه الحالة من دون إذنٍ من الطرف الآخر، وهذا ما رجحه ابن الهمام.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 411. مجموعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، 3/ 443.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 411. الحصكفي، محمد بن علي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، 5/ 447-448، دار الفكر، بيروت، 1386هـ.

<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 411. الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، 4/ 195.

<sup>4</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 411-412. الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، 4/ 195.

القول الثالث: ذهب المالكية إلى القول بأنه في هذه الحالة، يرجع إلى أهل المعرفة في تحديد الضرر من عدمه لصاحب الحق الآخر، فإذا قالوا بأن هذا التصرف مضر بالآخر يمنع منه، وإذا قالوا بأنه ليس بمضر يسمح به.<sup>1</sup>

القول الرابع: ذهب الشافعية إلى القول بأن الحكم في ذلك يقوم على ما اعتاده الناس من التصرف في ما يملكونه من السفلى أو العلوى، فيجوز لصاحب العلو الجلوس ووضع الأثقال على السقف على العادة، ويجوز لصاحب السفلى الإستكنان به، وتعليق ما ليس له ثقل يتأثر به السقف كالثوب، حجتهم في ذلك أنهم لو لم يقولوا بالجواز لعظم الضرر وتعطلت المنافع.<sup>2</sup>

الفرع الثالث: الرأي الراجح عند الباحث<sup>3</sup>:

بعد الإطلاع على أقوال العلماء في هذه المسألة أميل إلى ترجيح رأي المالكية في هذه الحالة، حيث أن الرجوع إلى أهل المعرفة والخبرة في حالة الشك في أثر التصرف الصادر عن صاحب العلو أو السفلى في وقتنا المعاصر هو الأسلم، فإذا قرر أهل الخبرة والمعرفة أن هذا التصرف لا يلحق ضرراً بالطرف الآخر فإنه يقوم به، وأما إذا قرر أهل الخبرة أن هذا التصرف يؤدي إلى ضرر بالطرف الآخر فلا يجوز له أن يقوم به.

<sup>1</sup> . الدردير، أحمد أبو البركات، الشرح الكبير، 3/ 366، تحقيق: محمد عليش، دار الفكر، بيروت. بدون الطبعة وسنة النشر.

<sup>2</sup> . يحيى بن شرف، النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، 4/ 219، المكتب الإسلامي، بيروت، 1405هـ. الشربيني، محمد

الخطيب، معني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 2/ 191، دار الفكر، بيروت. بدون الطبعة وسنة النشر.

<sup>3</sup> . ملاحظة: لم أجد فيما بحثت عن رأي للحابلة في هذه المسألة.

## المبحث الثاني: فقه القواعد والضوابط المتعلقة بقاعدة "اليقين لا يزال بالشك":

ذكر ابن الهمام ستة من القواعد الفقهية المتعلقة بقاعدة "اليقين لا يزال بالشك"، ولم أجد فيما بحثت ودرسته في فتح القدير من كتاب البيوع إلى نهاية كتاب الوكالة أي من الضوابط الفقهية المتعلقة بالقاعدة السابقة، وبناءً عليه فقد جاء هذا المبحث مكون من ستة مطالب، شرحت فيها القواعد الستة المتعلقة بقاعدة "اليقين لا يزال بالشك"، وهي:

المطلب الأول: فقه قاعدة: "الحل هو الأصل في الأشياء"<sup>1</sup>:

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة عند العلماء:

وردت هذه القاعدة بعدة ألفاظ، منها:

1. الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم،<sup>2</sup> أو "على عدم الإباحة".<sup>3</sup>

2. الأشياء على الإباحة حتى يرد الشرع - يثبت - بالمنع.<sup>4</sup>

3. الأصل في الأشياء الحل.<sup>5</sup>

4. الأصل في الأعيان الحل.<sup>6</sup>

الفرع الثاني: معنى القاعدة :

لابد قبل بيان المعنى الإجمالي للقاعدة من شرح مفرداتها.

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 146. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، 5/ 168.

<sup>2</sup> السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 60.

<sup>3</sup> ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 56.

<sup>4</sup> ابن حجر، أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، 13/ 263، ترتيب وتصحيح وتعليق: محمد فؤاد عبد الباقي،

محب الدين الخطيب، عبد العزيز بن الباز، دار المعرفة، بيروت، 1379 هـ. ابن المنذر، محمد بن إبراهيم، الأوساط في السنن

والإجماع والاختلاف، 1/ 326، تحقيق: صغير أحمد بن محمد، دار طيبة، الرياض، ط1، 1405 هـ/ 1985 م.

<sup>5</sup> الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله، المنثور في القواعد الفقهية، 2/ 71، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت، ط2،

1405 هـ/ 1985 م. النفرابي، أحمد بن غانم، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، 2/ 284، دار الفكر، بيروت،

1415 هـ/ 1995 م.

<sup>6</sup> الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله، البحر المحيط في أصول الفقه، 8/ 12، دار الكتبي، ط1، 1414 هـ/ 1994 م.

المسألة الأولى: شرح مفردات القاعدة:

وردت في القاعدة ثلاثة من الألفاظ بحاجة إلى توضيح معناها اللغوي والاصطلاحي، وهي: الحل، والأصل، والأشياء:

أولاً: معنى الحل لغةً واصطلاحاً:

1 - الحل لغةً: من حل الشيء يحل بالكسر حلا خلاف حرم، فهو حلال، ويقال: حللت الشيء، إذا أبحته وأوسعته لأمر فيه، والحلال ضد الحرام.<sup>1</sup>

إذا فحل ضده حرم، وحلال ضد حرام.

2 - تعريف الحلال اصطلاحاً: هو " كل شيء لا يعاقب عليه باستعماله"،<sup>2</sup> وقيل: " هو المطلق بالإذن من جهة الشرع".<sup>3</sup>

ثانياً: تعريف الأصل لغةً واصطلاحاً:

1 - الأصل لغةً: هو أسفل الشيء وأساسه ، وهو ما ينبني عليه غيره.<sup>4</sup>

2 - تعريف الأصل اصطلاحاً: للأصل في الاصطلاح عدة معانٍ، منها:<sup>5</sup>

أولاً: الدليل، ومنها قولهم: أصل هذه المسألة الكتاب والسنة، أي: دليلهما.

ثانياً: الراجح، كقولهم: الأصل في الكلام الحقيقة، أي الراجح عند السامع هو الحقيقة لا المجاز.

<sup>1</sup> ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة حل، 2/ 20. الفيومي، المصباح المنير، مادة حل، 1/ 147.

<sup>2</sup> الجرجاني، التعريفات، ص 92.

<sup>3</sup> الكفوي، الكليات، ص 400.

<sup>4</sup> ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة أصل، 1/ 109. الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، مادة أصل، ص

961، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط8، 1426هـ/ 2005م.

<sup>5</sup> الإسنوي، عبد الرحيم بن الحسن، نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، ص 8، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1420هـ/ 1999م.

ثالثاً: القاعدة المستمرة، كقولهم: إباحة الميتة للمضطر على خلاف الأصل، أي على خلاف القاعدة العامة، ومنها تعريفهم الأصل بأنه: " القاعدة المستمرة المنطبقة على جزئياتها، أو الحالة القديمة"<sup>1</sup>.

رابعاً: المستصحب،<sup>2</sup> وهو المعنى المراد في هذه القاعدة، فيقال: " الحل هو الأصل في الأشياء"، أي يستصحب الحل في الأشياء حتى يثبت خلافه.

ومنها أيضاً، قولهم: " الأصل براءة الذمة"،<sup>3</sup> أي يستصحب خلو الذمة من الانشغال بشيء حتى يثبت خلافه.<sup>4</sup>

ثالثاً: تعريف الأشياء لغةً واصطلاحاً:

1- الأشياء لغةً: جمع شيء، والشيء في اللغة: هو ما يعلم ويخبر عنه، وقيل هو: عبارة عن كل موجود إما حساً كالأجسام، أو حكماً كالأقوال.<sup>5</sup>

2- تعريف الشيء اصطلاحاً: " هو الموجود الثابت المتحقق في الخارج".<sup>6</sup>

وكلمة الأشياء في هذه القاعدة تشمل الأعيان والأفعال المتعلقة بها.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> .التعريفات، الجرجاني، ص 28. الكفوي، الكليات، ص 122.

<sup>2</sup> . زيدان، عبد الكريم، الوجيز في أصول الفقه، ص 8، مؤسسة قرطبة، بغداد، ط6، 1396هـ/ 1976م.

<sup>3</sup> . السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 53. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 50.

<sup>4</sup> . زيدان، عبد الكريم، الوجيز في أصول الفقه، ص 8، مؤسسة قرطبة، بغداد، ط6، 1396هـ/ 1976م.

<sup>5</sup> . ابن منظور، لسان العرب، مادة شياً، 1/ 104. الفيومي، المصباح المنير، مادة شيء، 1/ 330.

<sup>6</sup> . الجرجاني، التعريفات، ص 130.

<sup>7</sup> . آل تيمية، المسودة في أصول الفقه، ص 486، تحقيق: محمد محيي الدين، دار الكتاب العربي، بيروت. بدون الطبعة وتاريخ النشر.

## المسألة الثانية : المعنى الإجمالي للقاعدة:

ذهب جمهور العلماء<sup>1</sup> إلى القول بأن الأعيان والأفعال المتعلقة بها المسكوتة عنها في الشرع، والتي لم يرد بشأنها دليل خاص، فإن القاعدة المستمرة فيها أنها على الإباحة، ولا ينتقل عن حكمها هذا إلا بدليل<sup>2</sup>.

الفرع الثالث: أدلة هذه القاعدة:

استدل جمهور العلماء الذين قالوا بهذه القاعدة بعدد كبير من الأدلة، وسأكتفي بذكر دليل من القرآن الكريم، ودليل من السنة النبوية الشريفة:

أولاً: استدلووا بقوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾<sup>3</sup>

وجه الدلالة من الآية: أن الله سبحانه وتعالى، قد بين فيها أنه امتن على الإنسان بما خلق له، وأبلغ درجات الامتنان الإباحة، وهو سبحانه وتعالى أضاف ما خلق إلى الناس باللام وهي تفيد الملك،

<sup>1</sup> اختلف العلماء في هذه القاعدة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: الأصل في الأشياء المسكوت عنها الإباحة. وهو قول جمهور العلماء: حيث ذهب إليه أكثر الحنفية، وأبو الفرج المالكي، وأكثر الشافعية، وأكثر الحنابلة.

القول الثاني: الأصل في المسكوت عنه الحظر، وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة، وأبو بكر الأبهري المالكي، وبعض الشافعية، وبعض الحنابلة.

القول الثالث: الأصل في المسكوت عنه التوقف، وهو ما ذهب إليه بعض الحنفية، وله وجه عند الشافعية.

وقد كان لكل قول من الأقوال السابقة العديد من الأدلة التي لا يتسع المقام لذكرها، ولا مناقشتها. السرخسي، محمد بن أحمد، أصول السرخسي، 2/ 120، دار المعرفة، بيروت. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 57. القرافي، أحمد بن إدريس، شرح تنقيح الفصول، ص 88، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط1، 1393هـ/ 1973م. الطوفي، سليمان بن عبد القوي، شرح مختصر الروضة، 1/ 391، تحقيق: عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1407هـ/ 1987م. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 60. الأسنوي، عبد الرحيم بن الحسن، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، ص 487، تحقيق: محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1/ 1400هـ. ابن النجار، محمد بن أحمد، شرح الكوكب المنير، 1/ 326، تحقيق: محمد الزحيلي، نزيه حماد، مكتبة العبيكان، جدة، ط2، 1418هـ/ 1997م. ابن الفراء، محمد بن الحسين، العدة في أصول الفقه، 4/ 1241، تحقيق: أحمد المبارك، ط2، 1410هـ/ 1990م. بدون الناشر.

\*للإطلاع على أدلة العلماء ومناقشتهم بالتفاصيل ينظر: الضويحي، أحمد بن عبد الله، الأصل في الأشياء الإباحة، ص 98، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ط1، 1428هـ/ 2007م.

<sup>2</sup> السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 60. الزحيلي، محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 1/ 190، دار الفكر، دمشق، ط3، 1430هـ/ 2009م. زيدان، عبد الكريم، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، ص 178، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1422هـ/ 2001م.

<sup>3</sup> سورة البقرة/ الآية 29

وأدنى درجات الملك إباحة الانتفاع بالمملوك.<sup>1</sup>

ثانياً: استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم: " **الْحَالُّ مَا أَحَلَّ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ، وَالْحَرَامُ مَا حَرَّمَ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ، وَمَا سَكَتَ عَنْهُ فَهُوَ مِمَّا عَفَا عَنْهُ** ".<sup>2</sup>

وجه الدليل من الحديث: أن الرسول صلى الله عليه وسلم يبين في هذا الحديث الشريف أن ما سكت الله سبحانه وتعالى عن إيجابه أو تحريمه، فهو عفو منه لعباده،<sup>3</sup> قال صاحب تحفة الأحوذى تعليقاً على الحديث: " وفيه أن الأصل في الأشياء الإباحة ".<sup>4</sup>

الفرع الرابع: من تطبيقات هذه القاعدة في فتح القدير:

مسألة: الفرق بين الزيادة التي في الربا والزيادة التي في المرابحة:<sup>5</sup>

استخدم ابن الهمام قاعدة " **الحل هو الأصل في الأشياء** " في مقدمة باب الربا قبل البدء في شرح الباب، حيث قدم بمقدمة بسيطة يوضح فيها سبب ترتيب باب الربا بعد باب المرابحة،<sup>6</sup> مبيناً أن

<sup>1</sup> القرطبي، محمد بن أحمد، **الجامع لأحكام القرآن**، 1/ 251، تحقيق: أحمد البردوني، إبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1384هـ/ 1964م. الشوكاني، محمد بن علي، **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول**، 2/ 284، تحقيق: أحمد عزو، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1419هـ/ 1999م. الطوفي، شرح مختصر الروضة، 1/ 399.

<sup>2</sup> الترمذي، محمد بن عيسى، **سنن الترمذي**، أبواب اللباس، كتاب ما جاء في لبس الفراء، حديث رقم: 1726، 4/ 220، تحقيق: أحمد شاكر، محمد فؤاد عبد الباقي، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط2، 1395هـ/ 1975م. ابن ماجه، محمد بن يزيد، **سنن ابن ماجه**، كتاب الأطعمة، باب أكل الجبن والسمن، حديث رقم: 3367، 2/ 1117، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة. بدون الطبعة وسنة النشر. قال الألباني: حسن. الألباني، محمد ناصر الدين، **غاية المرام في تخريج أحاديث الحلال والحرام**، 1/ 14، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1405هـ.

<sup>3</sup> ابن القيم، محمد بن أبي بكر، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، 1/ 289، تحقيق: محمد عبد السلام، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ/ 1991م. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 60.

<sup>4</sup> المباركفوري، محمد بن عبد الرحيم، **تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي**، 5/ 324، دار الكتب العلمية، بيروت. بدو الطبعة وسنة النشر.

<sup>5</sup> ابن الهمام، **فتح القدير**، 6/ 146.

<sup>6</sup> المرابحة لغة: مشتقة من الربح. والربح في اللغة: النماء، يقال: تجارة رابحة: أي يربح فيها، وأربحته على سلعة: أي أعطيته فيها ربحاً. ومنه بعث الشيء مرابحة، وكذلك اشتريته مرابحة، واعطاه مالا مرابحة، أي: على الربح بينهما. ابن منظور، **لسان العرب**، مادة ربح، 2/ 442. الأصفهاني، حسين بن محمد، **المفردات في غريب القرآن**، ص 185، تحقيق: محمد الكيلاني، دار المعرفة، بيروت. بدون الطبعة وسنة النشر.

والمرابحة اصطلاحاً: هو البيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح معلوم. المرغيناني، علي بن أبي بكر، **الهداية شرح بداية المبتدي**، 3/ 56، المكتبة الإسلامية، بيروت. بدون الطبعة وسنة النشر. الكاساني، علاء الدين بن مسعود، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، 5/ 135، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982م.

وجاء في حاشية الدسوقي في تعريف المرابحة: " بأنها بيع مرتب ثمنه على ثمن بيع تقدمه غير لازم مساواته له ". الدسوقي، محمد عرفة، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، 3/ 159، تحقيق: محمد عليش، دار الفكر، بيروت. بدون الطبعة وسنة النشر.

هناك علاقة بين الربا والمرابحة، وهي أن في كل منهما زيادة، وموضحاً أيضاً أن الزيادة في المرابحة حلال، وفي الربا حرام، وبأن الحل هو الأصل في الأشياء فقدم باب المرابحة على باب الربا، من باب تقديم ما فيه الحل على ما فيه الحرمة بناءً على القاعدة المذكورة.

هذا وقد اختلف الأئمة الأربعة في بيع المرابحة بين قائل بجوازه مطلقاً بكل صورته، وبين قائل بكرهته، وبين قائل بأنه خلاف الأولى، فجاءت أقوالهم كالتالي:

القول الأول: ذهب الحنفية والشافعية إلى أن بيع المرابحة جائز بشكل مطلق بكل صورته وبلا كراهة.<sup>1</sup>

القول الثاني: ذهب المالكية القائلين أيضاً بجواز بيع المرابحة إلى أنه خلاف الأولى.<sup>2</sup>

القول الثالث: ذهب الحنابلة القائلين بجواز بيع المرابحة، إلى كراهة بعض صورته حيث جاء في المغني: " وإن قال بعثك برأسمالي فيه وهو مائة وأربح في كل عشرة دراهم درهماً، فقد كرهه أحمد<sup>3</sup>، حجتهم<sup>5</sup> في ذلك أولاً: أن ابن عمر<sup>6</sup> وابن عباس<sup>7</sup> كرهاه، ولم يعلم لهما في الصحابة مخالفاً.

ثانياً: ولأن فيه نوعاً من الجهالة، والتحرز عنها أولى.

بعد هذا نلاحظ أن الأئمة الأربعة لم تخرج أقوالهم عن درجة كراهة التنزيه كما نقل عن الحنابلة.

<sup>1</sup> . المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، 56/3 الماوردي، علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير، 614/5، دار الفكر، بيروت. بدون الطبعة وسنة النشر.

<sup>2</sup> . الدسوقي، حاشية الدسوقي، 159/3.

<sup>3</sup> . أحمد بن محمد بن حنبل، أبو عبد الله، الشيباني الوائلي: إمام المذهب الحنبلي، وأحد الأئمة الأربعة. أصله من مرو، وكان أبوه والي سرخس. وولد 164 هـ ببغداد. فنشأ منكباً على طلب العلم، صنف المسند، وتوفي الإمام 241 هـ. أنظر: الزركلي، الأعلام، 1/203.

<sup>4</sup> . المقدسي، عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني في فقه الإمام أحمد، 280 /4، دار الفكر، بيروت، ط1، 1405 هـ.

<sup>5</sup> . المقدسي، المغني، 280 /4.

<sup>6</sup> . عبد الله بن عمر بن الخطاب، أبو عبد الرحمن الصحابي الجليل، ولد بمكة سنة 10 قبل الهجرة، أسلم قبل بلوغه وهاجر قبل أبيه، عرف بورعه وشدة اتباعه للسنة، وهو أحد الستة المكثرين لرواية الحديث، اعتزل الفتن، توفي بمكة سنة 73 هـ. العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر، الإصابة في تمييز الصحابة، 181/4-187، تحقيق: علي محمد الجاوي، دار الجيل، بيروت، ط1، 1412 هـ.

<sup>7</sup> . عبد الله بن عباس، ابن عم النبي صلى الله عليه وسلم، ولد بمكة سنة 3 قبل الهجرة، لقب بحبر الأمة لكثرة علمه، وهو أحد المكثرين من رواية الحديث، روى 1660 حديثاً، توفي بالطائف سنة 68 هـ. ابن حجر، الإصابة، 141/4.

وقد استدل جمهور الفقهاء لجواز بيع المرابحة بعدد من الأدلة من أهمها:

1 . بعموم قوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾<sup>1</sup>، والمرابحة نوع من أنواع البيوع.

2 . "ولأن الثمن في بيع المرابحة معلوم كما أنه في بيع المساومة معلوم، إذ لا فرق بين قول: بعثك هذا الثوب بمائة وعشرة، وبين قوله: بعثك بمائة وربع كل عشرة واحد، وأن كلا الثمنين مائة وعشرة وإن اختلفت العبارتان، كما لا فرق بين قوله: بعثك هذا الثوب بتسعين، وبين قوله: بمائة إلا عشرة، في أن كلا الثمنين تسعون وإن اختلفت العبارتان"<sup>2</sup>.

3. لأن الحاجة ماسة إلى هذا النوع من البيع، وذلك لأن الغبي الذي لا يهتدي في التجارات، يحتاج إلى أن يعتمد فعل الذكي المهتدي، و تطيب نفسه بمثل ما اشترى و ربح زيادة<sup>3</sup>.

وقول الجمهور هو ما أميل إلى ترجيحه، وذلك لقوة أدلتهم. والله أعلم.

المطلب الثاني: فقه قاعدة: " السكوت في موضع البيان بيان "<sup>4</sup>:

هذه القاعدة مرادفة لقاعدة: " السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان "<sup>5</sup>.

الفرع الأول: معنى القاعدة:

لابد قبل بيان المعنى الإجمالي للقاعدة من بيان معنى السكوت، وذلك في المسألة التالية:

المسألة الأولى: تعريف السكوت لغةً واصطلاحاً:

1 . سورة البقرة، الآية 275.

2 . الماوردي، الحاوي الكبير، 5/ 614-615.

3 . المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، 3/ 56.

4 . ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 506.

5 . لجنة من العلماء، مجلة الأحكام العدلية، مادة 67، ص 24، تحقيق: نجيب هواويني، كازخانه تجارت كتب، كراتشي. بدون الطبعة وسنة النشر.

أولاً السكوت في اللغة: جمع سكت، يقال: سكت يسكت سكوتاً، وهو بمعنى صمت، ويدل على خلاف الكلام.<sup>1</sup>

ثانياً: السكوت اصطلاحاً: لا يخرج تعريف السكوت في الاصطلاح عن معناه اللغوي، حيث عرفه الفقهاء بأنه: " هو ترك التكلم مع القدرة عليه"،<sup>2</sup> وعرف أيضاً بأنه: " التزام حالة سلبية لا يرافقها لفظ أو كتابة أو إشارة أو عمل يحمل معنى التعبير عن الإرادة".<sup>3</sup>

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن السكوت مع القدرة على الكلام يعتد به في معرض الحاجة إلى التكلم والبيان إذا اقترنت به ملابسات تدل على ذلك، كالدلالة العرفية من حال المتكلم، أو أن يكون هناك ضرورة لدفع الغرر والضرر، فيكون السكوت في هذه الحالة بمنزلة الإقرار والبيان، وتعد هذه القاعدة استثناء من قاعدة " لا ينسب إلى ساكت قول"،<sup>4</sup> والتي معناها: " أن الأصل عدم الاعتداد بالسكوت، فلا يقال لساكت يستطيع الكلام أنه قال كذا، أو أن نحمل سكوته على معنى قول قد لا يريده، لأن الأصل في المعاملات وتحمل التبعات هو اللفظ، فما لم يوجد اللفظ أو الفعل لا يجوز بناء الحكم على السكوت".<sup>5</sup>

هذا وقد وضع العلماء المعاصرون أن الحالات التي يعتد فيها بالسكوت، هي:<sup>6</sup>

أولاً: الحالات التي تمحض فيها السكوت لمنفعة من وجه إليه ويدخل في ذلك سكوت المتصدق عليه، والمفوض، والموقوف عليه، والموصى له، والمكفول له، والمدين عند إبراء الدائن له.

ثانياً: الحالات التي يتوفر فيها تعامل سابق بين المتعاقدين ويتصل بالإيجاب بهذا التعامل: وهذا التعامل السابق قد يكون عقداً سابقاً لم يترتب عليه أثر كالرهن الذين لم يقترن بالعقد، فإذا ما قبض

<sup>1</sup> ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة سكت، 89/3. الفيومي، المصباح المنير، مادة سكت، 281/1.

<sup>2</sup> الجرجاني، التعريفات، ص 120.

<sup>3</sup> السدلان، صالح بن غانم، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، ص 182، دار بلنسية، الرياض، ط1، 1417هـ.

<sup>4</sup> السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 142. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 129. مجلة الأحكام العدلية، المادة 67، ص 24.

<sup>5</sup> حيدر، علي أمين، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، المادة 67، 66/1، تعريف: حسين فهمي، دار الجبل، بيروت، ط1، 1411هـ/1991م. الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 337. البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 1094/2.

<sup>6</sup> السدلان، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، ص 189 - 190.

المرتهن المرهون بعد العقد، واقترن هذا القبض بسكوت الراهن اعتبر هذا السكوت إذناً بالقبض. وقد يكون التعامل السابق عقداً ولد أثراً، وذلك كحالة البيع الذي يملك البائع فيه حق الحبس على الشيء المبيع، فإذا قبضه المشتري بعد ذلك، وسكت البائع اعتبر سكوته إذناً بالقبض.

ثالثاً: الحالات التي يستلزم فيها مبدأ العدالة اعتبار السكوت رضا، وذلك كسكوت السيد حين يرى عبده يبيع ويشترى، فإنه يجعل إذناً له في التجارة دفعاً للضرر عن يعامل العبد.

رابعاً: الحالات التي يستلزم فيها العرف اعتبار السكوت رضا، وذلك كسكوت الفتاة البكر عند استئذان وليها لها بالتزويج، فإن سكوتها هنا يعد قبولاً بالخاطب.

الفرع الثالث: من أدلة القاعدة:

دلت على هذه القاعدة السنة النبوية التقريرية،<sup>1</sup> حيث إن النبي صلى الله عليه وسلم سكت في مواضع عن إنكار قول أو فعل حدث بين يديه أو في عصره وعلم به، وقد اعتبر الأصوليون هذا السنة من الأدلة على الأحكام الشرعية،<sup>2</sup> حجتهم في ذلك أن الصحابة رضوان الله عليهم احتجوا بتقريراته صلى الله عليه وسلم في كثير من الأحكام، ومنها: ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: "أقبلت ركباً على حمار أتان، وأنا يومئذ قد ناهزت الاحتلام، ورسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي بالناس بمنى إلى غير جدار، فمررت بين يدي بعض الصف فنزلت، وأرسلت الأتان ترتع، ودخلت في الصف، فلم ينكر ذلك علي أحد".<sup>3</sup>

الفرع الرابع: من تطبيقات القاعدة في فتح القدير:

<sup>1</sup> السنة النبوية التقريرية: "هي ما أقره الرسول صلى الله عليه وسلم مما صدر عن بعض أصحابه من أقوال وأفعال بسكوته وعدم إنكاره، أو بموافقته وإظهار استحسانه". خلاف، عبد الوهاب، علم أصول الفقه، ص 36، مكتبة الدعوة، مصر، عن الطبعة الثامنة لدار القلم، بدون تاريخ النشر.

<sup>2</sup> الشوكاني، إرشاد الفحول، 1/ 117.

<sup>3</sup> البخاري، صحيح البخاري، كتاب الصلاة، باب سترة الإمام سترة من خلفه، حديث رقم: 493، 1/ 105.

استخدم ابن الهمام هذه القاعدة في باب الاختلاف في الشهادة<sup>1</sup>،<sup>2</sup> في

مسألة: اختلاف الشهود في قدر المشهود به:

أولاً: صورة المسألة في فتح القدير، وقول الحنفية فيها:

أنه إذا ادعى المدعي أن له على المدعى عليه ألفاً وخمسمائة، وشهد أحد الشهود بأن له ألفاً،  
وشهد الشاهد الآخر أن له ألفاً وخمسمائة، فإنه تقبل الشهادة على الألف، وهذا بالإتفاق بين أبي  
حنيفة وصاحبيه، مع اختلاف بينهم في سبب قبول الشهادة، فأبو حنيفة الذي يرى أنه حتى تقبل  
شهادة الشهود لا بد من أن تتطابق كلا الشهادتين في اللفظ والمعنى، ولا يكفي التوافق في المعنى  
وحده، أجاز هذه الصورة بحجة أن الألف والخمسمائة اسم لعددتين، حيث يرى أنه يعطف أحدهما  
على الآخر فيقال: ألف وخمسمائة فكان كل واحد منهما بانفراده داخلًا تحت الدعوى، فالشهادة  
القائمة عليهما تكون قائمة على كل واحد منهما مقصوداً، فإذا شهد أحدهما بألف فقد شهد بأحد  
العددتين الداخلين تحت الدعوى، فكانت الشهادة موافقة للدعوى في عدد الألف فيقضى به للمدعي،  
لقيام الحجة عليه.<sup>3</sup>

أما صاحبان من الحنفية اللذين يريان أنه يكفي لقبول الشهادتين من الشاهدين تطابق كلا  
الشهادتين في المعنى فقط، فقد قالوا بجواز هذه الصورة لقبول الشهادة بحجة أن الشهادة لم تخالف  
الدعوى في قدر الألف بل وافقتها بقدرها، إلا أن المدعي يدعي زيادة مال لا شهادة لهم عليه،  
فيثبت قدر ما وقع الاتفاق عليه.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> الشهادة في اللغة: مصدر مشتق من شهد يشهد شهادة فهو شاهد، والجمع أشهاد وشهود، ولها عدة معانٍ، منها: الخبر القاطع،  
والمشاهدة، والمعايينة. ابن منظور، لسان العرب، مادة شهد، 3/ 239. الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، مادة شهد،  
ص 169، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، بيروت، ط5، 1420هـ/ 1999م.  
أما اصطلاحاً فمعناها هو: "إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء". ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 446.  
وعرف أيضاً بأنه: "إخبار عدل حاكماً بما علم، ولو بأمر عام ليحكم بمقتضاه". الصاوي، أحمد بن محمد، بلغة السالك لأقرب  
المسالك، 4/ 237-238، دار المعارف، بيروت. بدون الطبعة وسنة النشر.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 500.

<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 505. الكاساني، أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 6/ 278، دار الكتب  
العلمية، بيروت، ط2، 1406هـ/ 1986م.

<sup>4</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 505. الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 6/ 278.

إلا أنه عند الحنفية لا يقضى للمدعي بشيء إلا إذا قام بالتوفيق بين الشهادتين ودعواه بأن يقول: كان لي عليه ألف وخمسمائة، إلا أنه قضاني خمسمائة ولم يعلم بها الشاهد، هنا تقبل دعواه، لأنه إذا وفق فقد زال الاختلاف المانع من القبول، أما إذا لم يوفق، أو سكت فإنه لا يقضى له بشيء، لأن في سكوته تكذيب لشاهد الألف وخمسمائة ظاهراً، وذلك لأن السكوت في موضع البيان بيان، وهذا يوجب تهمة في الباقي، وهذا ما يراه ابن الهمام.<sup>1</sup>

ثانياً: أقوال أصحاب المذاهب الأخرى:

أ. ذهب جمهور العلماء من المالكية،<sup>2</sup> والشافعية في الراجح،<sup>3</sup> والحنابلة<sup>4</sup> أن المدعي إذا لم يكذب الشاهد الآخر، ولم يتهمه بأنه شاهد زور، فإن شهادة الشاهد له لا تبطل، ويأخذ بما شهد به شاهد الأقل بلا يمين، وذلك لأن الشاهدين اجتمعا له عليها، وإن شاء أخذ الأكثر الذي يدعيه بيمينه مع الشاهد الذي شهد له بها، وذلك لأنه يجوز أن يكون له حق فيدعي بعضه، كما وأنه يجوز أن لا يعلم أن له من يشهد له بجميعه.

ب. ذهب بعض الشافعية إلى القول بأن الشهادتين تسقطان لتعارضهما.<sup>5</sup>

والذي إميل إلى ترجيحه هو قول جمهور العلماء والله أعلم، وذلك لقوة حجتهم.

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 506. الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 6/ 278.

<sup>2</sup> ابن رشد، محمد بن أحمد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، 10/ 162-163، تحقيق:

محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1408هـ/ 1988م. القرافي، أحمد بن إدريس، الذخيرة، 10/ 176، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م.

<sup>3</sup> الماوردي، علي بن محمد، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، 17/ 250، تحقيق: علي معوض، عادل الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ/ 1999م. الشيرازي، إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، 3/ 461، دار الكتب العلمية، بيروت. بدون الطبعة وسنة النشر.

<sup>4</sup> المقدسي، عبد الله بن أحمد، المغني، 10/ 236، مكتبة القاهرة، القاهرة، 1388هـ/ 1968م. المقدسي، عبد الله بن أحمد، الكافي في فقه الإمام أحمد، 4/ 291، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1414هـ/ 1994م. أبو إسحاق، إبراهيم بن محمد، النكت والفوائد السنوية على مشكل المحرر لمجد الدين ابن تيمية، 2/ 232، مكتب المعارف، الرياض، ط2، 1404هـ.

<sup>5</sup> الماوردي، علي بن محمد، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، 17/ 250، تحقيق: علي معوض، عادل الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ/ 1999م. الشيرازي، المهذب، 3/ 461.

المطلب الثالث: فقه قاعدة "الصريح أقوى من الدلالة"<sup>1</sup>:

مجال هذه القاعدة في الأحكام المتعلقة بالتعبير عن الإرادة، من إيجاب وقبول، وإذن ومنع، ورضى ورفض، ونحو ذلك.<sup>2</sup>

ومن ألفاظ القاعدة:

- اعتبار الصريح أولى من اعتبار الدلالة عند تعارضهما.<sup>3</sup>

- لا عبرة للدلالة في مقابلة الصريح - أو التصريح.<sup>4</sup>

الفرع الأول: معنى القاعدة:

لابد قبل بيان المعنى الإجمالي للقاعدة من شرح مفرداتها:

المسألة الأولى: شرح مفردات القاعدة:

هذه القاعدة تتكون من مفردتين يجب توضيح معناهما لغةً واصطلاحاً، وهما: الصريح، والدلالة:

أولاً: معنى الصريح لغةً واصطلاحاً:

1 . الصريح في اللغة: من صرح، بمعنى أفصح، والاسم الصراحة والصروح.

والصريح: الخالص من كل شيء، وهو ضد الكناية، أي الذي لا يفتقر إلى إضمار أو تأويل.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 5/ 461. السرخسي، محمد بن أحمد، شرح السير الكبير، 1/ 2125، الشركة الشرقية للإعلانات، 1971م. بدون الطبعة وسنة النشر.

<sup>2</sup> الزرقاء، المدخل الفقهي العام، 2/ 985.

<sup>3</sup> السرخسي، شرح السير الكبير، 1/ 173. البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 2/ 213.

<sup>4</sup> مجلة الأحكام العدلية، المادة 13، ص 17. الزرقاء، المدخل الفقهي العام، 2/ 985.

<sup>5</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة صرح، 2/ 509. الفيومي، المصباح المنير، مادة صرح، 1/ 337.

2. الصريح اصطلاحاً: لا يخرج عن المعنى اللغوي حيث عرف بأنه: " اسم الكلام مكتشف المراد منه بسبب كثرة الاستعمال، حقيقة كان أو مجازاً"<sup>1</sup>، وقيل: " هو الذي يكون المراد منه ظاهراً ظهوراً بيناً وتاماً ومعتاداً"<sup>2</sup>.

ثانياً: معنى الدلالة لغةً واصطلاحاً:

1 . الدلالة لغةً: من دلل، والمصدر دلولة، وهي تعني ما يقتضيه اللفظ عند إطلاقه، واسم الفاعل منها: دال.<sup>3</sup>

2 الدلالة في الاصطلاح: " هي كون الشيء بحالة يلزم من العلم به العلم بشيء آخر"<sup>4</sup>، أما المراد بالدلالة هنا فهو: " غير اللفظ من حال أو عرف أو إشارة أو يد أو سكوت أو عادة أو غير ذلك"<sup>5</sup>، مثاله: لو دخل شخصٌ دار إنسان فوجد على المائدة كأساً فشرب منها ووقعت الكأس أثناء شربه وانكسرت فلا يضمن، لأنه بدلالة الحال مأذون له بالشراب منها، بخلاف ما لو نهاه صاحب البيت عن الشرب منها، وانكسرت فإنه يضمن، لأن التصريح أبطل حكم الإذن المستند إلى دلالة الحال.<sup>6</sup>

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للقاعدة:

وبناءً على ما سبق يكون المعنى الإجمالي للقاعدة أن دلالة الصريح أو التصريح أقوى من دلالة الحال عند التعارض، ففي حال التعارض بين الصريح والدلالة لا يعتد بالأخيرة، وذلك لأن دلالة الحال عن الإرادة إنما هو خلف عن الكلام الصريح عند عدمه، فإذا وجد الصريح بخلاف ما تفيد دلالة الحال لم يبق للدلالة هذه الخلفية والنيابة في التعبير، لأن دلالة التصريح يقينية، ودلالة الحال والقرائن محل شك، أما في حال عدم التعارض فيعمل بها، لأنها في حكم الصريح.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> الجرجاني، التعريفات، ص 133.

<sup>2</sup> حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الاحكام، 31 / 1.

<sup>3</sup> الفيومي، المصباح المنير، مادة دلال، 199 / 1.

<sup>4</sup> الجرجاني، التعريفات، ص 104.

<sup>5</sup> السدلان، القواعد الفقهية الكبرى، ص 175.

<sup>6</sup> شبير، القواعد الفقهية، ص 159.

<sup>7</sup> الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ص 985. شبير، القواعد الفقهية، ص 159.

الفرع الثاني: من تطبيقات هذه القاعدة في فتح القدير:

وردت هذا القاعدة في كتاب البيوع،<sup>1</sup> في

مسألة: انقطاع مجلس العقد بقيام أحد المتعاقدين بعد الإيجاب وقبل القبول (الإعراض بالفعل):<sup>2</sup>

المسألة الأولى: صورة المسألة: إذا صدر الإيجاب من أحد المتبايعين، ثم قام أحدهما ولم يذهب قبل أن يقول الآخر قبلت، فهل يعتبر هذا من اختلاف المجلس الذي لا يبقى معه إيجاب؟ وبالتالي لا أثر لقول الآخر قبلت بعد القيام، أم أن المجلس ما زال قائماً؟ والإيجاب ما زال باقياً؟ وبالتالي إذا صدر القبول من الآخر تم العقد.

المسألة الثانية: أقوال العلماء في هذه المسألة:

القول الأول: يرى ابن الهمام أن قيام أحد المتعاقدين بعد الإيجاب دليل على الإعراض، وبالتالي لا يبقى المجلس منعقداً بالقيام، فلا عبرة بالقبول بعد القيام، لا فرق في ذلك بين صدوره من الموجب أو القابل، وذلك لأنه اشتغال بما لا علاقة له بموضوع التعاقد، وعلى هذا جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة.<sup>3</sup>

القول الثاني: ذهب المالكية إلى القول بأن الفعل الذي يقطع المجلس، والذي ليس له علاقة بموضوع التعاقد، هو الفعل الصادر ممن وجه إليه الخطاب بالإيجاب وذلك قبل رده على الموجب، أما إذا صدر الفعل من الموجب بعد إيجابه، فإن ذلك لا يعد إعراضاً عن التعاقد يوجب إنقطاع المجلس، لأن المالكية لا يجيزون للموجب الرجوع عن إيجابه، قبل قبول الطرف الآخر أو رفضه للإيجاب.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 454 / 5.

<sup>2</sup> الإعراض بالفعل: وهو أن يصدر من أحد المتعاقدين فعل ليس له علاقة بموضوع التعاقد، كالقيام، أو الأكل، أو شرب الماء، أو النوم مضطجاً. حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 1 / 155. المادة 182.

<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 461 / 5. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، 4 / 527. حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 1 / 155. الماوردي، الحاوي الكبير، 5 / 42. الرملي، نهاية المحتاج، 3 / 381. البهوتي، كشف القناع، 3، 147-

148. ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 4 / 5.

<sup>4</sup> الحطاب، محمد بن محمد، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 4 / 240، دار الفكر، بيروت، ط3، 1412 هـ/ 1992 م. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 3 / 4-5.

القول الثالث: ذهب بعض الحنفية إلى القول بأن المجلس يبقى قائماً ولا ينفض المجلس إذا قال القابل بالقبول بعد القيام إذا لم يذهب، مستدلين لذلك بقاعدة "الصريح أقوى من الدلالة"، أي أن صريحه بالقبول بعد القيام، أقوى وأوضح من دلالة قيامه على إعراضه.<sup>1</sup>

المسألة الثالثة: الرأي الراجح عند الباحث:

بعد عرض الأقوال، أرى أن القول الثالث هو الأرجح، في حال قام القابل في مجلس العقد ثم قال بعد قيامه قبلت، فإن قيامه هذا لا يعد إعراضاً عن المجلس، لأن صريح قوله أقوى من دلالة حاله، أما إذا صدر القيام من الموجب بعد إيجابه وقبل قبول القابل، فإن ذلك يعد إعراضاً منه وبالتالي ينقطع المجلس، لأن قيام الموجب بعد إيجابه يدل على إعراضه وتراجعه عن الإيجاب.

المطلب الرابع: فقه قاعدة "العدم في الصفات العارضة أصل، والوجود في الصفات الأصلية أصل".<sup>2</sup>

ومن ألفاظ القاعدة:

- الأصل العدم.<sup>3</sup>

- الأصل في الصفات أو الأمور العارضة العدم.<sup>4</sup>

الفرع الأول: معنى القاعدة:

المسألة الأولى: شرح مفردات لقاعدة:

في هذه القاعدة أكثر من مفردة بحاجة إلى بيان معناه اللغوي والاصطلاحي، وهي: العدم، والعارضة، وبعض المفردات الأخرى على شكل مصطلحات مركبة، وهي: الصفات العارضة، و الصفات الأصلية:

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 461 / 5.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 529 / 5.

<sup>3</sup> السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 57. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 53.

<sup>4</sup> مجلة الأحكام العدلية، ص 17، مادة 9. الزرقاء، المدخل الفقهي العام، 982 / 2.

أولاً: معنى العدم في اللغة: ضد الوجود، يقال: أعدمني الشيء: أي لم أجده.<sup>1</sup>

ثانياً: معنى العارضة في اللغة: مؤنث العارض، وجمعه عوارض، والعارض من الأشياء: الطارئ، وهو خلاف الأصلي.<sup>2</sup>

ثالثاً: معنى الصفات العارضة كمصطلح مركب: هي الصفات التي يكون وجودها في الشيء طارئاً وعارضاً، بمعنى أن الشيء بطبيعته يكون خالياً عنها غالباً، أي أنها لا تلازم موصوفها منذ وجوده، مثل: العيب في المبيع والربح أو الخسارة في المضاربة.<sup>3</sup>

رابعاً: معنى الصفات الأصلية كمصطلح مركب: هي الصفات التي يكون وجودها في الشيء مقارناً لوجوده، فهو مشتمل عليها بطبيعته غالباً، أي أنها ملازمة لموصوفها منذ وجوده، ومن أمثلتها: وجود البكارة في الجارية، وكون المبيع صحيحاً سليماً من العيوب، وكون رأس المال في شركة المضاربة خالياً من الربح أو الخسارة.<sup>4</sup>

وبناءً على ما سبق يتضح لنا أن الصفات بالنسبة إلى وجودها وعدمها قسمان، صفات أصلية، ويقابلها صفات عارضة.

#### المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للقاعدة:

بناءً على كل ما سبق يمكن أن نجمل معنى القاعدة بالقول: إن الصفات والأحوال الطارئة على الشيء يحكم بعدم وجودها حتى يقوم دليل يثبت وجودها، بينما الأصل في الصفات والأحوال الأصلية الوجود، وفي حال وقوع خلاف في ثبوت الصفات العارضة وعدمها فالقول قول من يتمسك بعدمها، فمن يدعي الأصل فالقول قوله، ومن يدعي العدم فيجب عليه الإثبات، لأن العدم في الأمور العارضة هو الحالة الطبيعية، ويكون تغيره إلى الوجود عارضاً مشكوكاً فيه.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة عدم، 393 / 12.

<sup>2</sup> الفيومي، المصباح المنير، مادة عرض، 402 / 2.

<sup>3</sup> الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 117. شبير، القواعد الفقهية، ص 148.

<sup>4</sup> الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 117. السدلان، القواعد الفقهية الكبرى، ص 142.

<sup>5</sup> الزرقا، المدخل الفقهي العام، 982. السدلان، القواعد الفقهية الكبرى، ص 143. شبير، القواعد الفقهية، ص 148.

الفرع الثاني: من تطبيقات هذه القاعدة في فتح القدير:

وردت هذه القاعدة في باب خيار الشرط،<sup>1</sup> في

مسألة: شرط وصف مرغوب فيه ( خيار الوصف):<sup>2</sup>

أولاً: صورة المسألة في فتح القدير: أن يبيع شخص عبداً على أن حرفته خباز أو كاتب، ثم بعد مدة يقع خلاف بينه وبين المشتري الذي اشترى ذلك العبد طمعاً في هذه الصفة المرغوبة، فيقول المشتري: لم أجد كاتباً أو خبازاً، ويقول البائع: بل سلمته إليك كاتباً أو خبازاً، ولكنه نسي حرفته عندك، وكانت المدة تحتمل أن ينسى العبد في مثلها حرفته.

ثانياً: أقوال العلماء في هذه المسألة:

ذهب ابن الهمام إلى أن القول في هذه المسألة قول المشتري، مستنداً لقوله هذا بقاعدة " **العدم في الصفات العارضة أصل، والوجود في الصفات الأصلية أصل** "،<sup>3</sup> فصفة الحرفة في العبد هي صفة عارضة الأصل فيها عدم الوجود، وقد وقع خلاف في ثبوت الصفات العارضة بين البائع والمشتري، فالقول قول من يتمسك بعدمها وهو المشتري، فمن يدعي الأصل فالقول قوله، والبائع يدعي العدم فيجب عليه الإثبات.

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 5/ 497.

<sup>2</sup> خيار الوصف هو: " حق الفسخ لتخلف وصف مرغوب اشترطه العاقد في المعقود عليه". الموسوعة الفقهية الكويتية، 20، 157، ط2، دار السلاسل، الكويت، ط من 1404 هـ - 1427 هـ. وقد ذكر الفقهاء ضابطاً يراعى في هذا الشرط لإعطاء كل حالة حكمها المناسب، وضابطه، هو فحش التفاوت في الأغراض وعدمه، وذلك بالمقارنة بين المبيع والمسمى في العقد ويرى مدى الاختلاف بينهما، ويكون له ثلاثة أحكام:

الحكم الأول: إن كان المبيع من جنس المسمى والاختلاف في النوع فقط، ففيه الخيار. وهذا ما ينطبق على مسألتنا.

الحكم الثاني: إن كان التفاوت في الجنس فحكمه الفساد، مثاله: من اشترى فصاً على أنه ياقوت، فإذا هو زجاج.

الحكم الثالث: أن يكون الوصف خيراً مما شرطه، فحكمه هنا: أنه جائز ولا خيار للمشتري، ومثاله: من اشترى جارية على أنها رتقاء فإذا هي بخلاف ذلك. ابن الهمام، فتح القدير، 5/ 530. حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 1/ 306-307. ومن

صورها المعاصرة: من اشترى سيارة على أن قوة محركها لا تقل عن 70%، فإذا هو 80%.

وسبب دخول هذا الشرط تحت باب خيار الشرط أنهم أنزلوه منزلة الشرط الذي يقتضيه العقد إذا كان لا غرر فيه، لأن الوصف لو كان موجوداً في المبيع، دون التفاوت إلى اشتراط المشتري له، فإنه يدخل في العقد ويكون من مقتضياته، فكان اشتراطه صحيحاً إذا لم يكن فيه غرر. ابن الهمام، فتح القدير، 5/ 528. الموسوعة الفقهية الكويتية، 20/ 158.

<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 5/ 529.

والحكم هنا أن يؤمر العبد بالخبز أو الكتابة، فإن فعل أدنى ما ينطلق عليه اسم الخبز أو الكتابة فإنه يلزم المشتري ولا يردده، أما إذا وجد عكس ذلك فالمشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء رده، سواءً كان ذلك قبل القبض أو بعده، وهذا ما ذهب إليه علماء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.<sup>1</sup>

المطلب الخامس: فقه قاعدة "فراغ الذمة هو الأصل"<sup>2</sup>:

هذه القاعدة مرادفة لقاعدة "الأصل براءة الذمة"<sup>3</sup>، وهي من القواعد المشهورة والمعروفة عند الفقهاء.

الفرع الأول: معنى القاعدة:

المسألة الأولى: شرح مفردات القاعدة:

هذه القاعدة تحتوي على ثلاثة ألفاظ بحاجة إلى بيان معناه اللغوي، والاصطلاحي، وهذه الألفاظ هي: فراغ، والذمة، والأصل.<sup>4</sup>

أولاً: معنى كلمة فراغ في اللغة: الخلاء، يقال: فرغ يفرغ فراغاً، ومنها قولهم: تفرغ الظروف: أي إخلواها.<sup>5</sup>

إذن فالفراغ معناه الخلو.

ثانياً: معنى الذمة لغةً واصطلاحاً:

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 528/5-530. الكاساني، بدائع الصنائع، 140/5. حيدر، ددر الحكام شرح مجلة الأحكام، 1/305، المادة 310. مالك بن أنس، المدونة، 329/3، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ/1994م. العبدري، التاج والأكليل، 439/6. النووي، يحيى بن شرف، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، ص97، تحقيق: عوض قاسم، دار الفكر، بيروت، ط1، 1425هـ/2005م. الزركشي، المنتور في القواعد، 2/125. ابن قدامة، المغني، 3/496. البهوتي، منصور بن يونس، دقانق أولى النهى لشرح المنتهى، 2/28، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1414هـ/1993م.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/352. أيضاً في: باب الخلع، 4/227، دار الفكر. بلفظ "الأصل فراغ الذمة حتى يتحقق اشتغالها".

<sup>3</sup> السيوطي، الأشباه والنظائر، ص53. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص50. ابن الهمام، فتح القدير، باب المهر، 3/354، كتاب الإقرار، 8/333، دار الفكر.

<sup>4</sup> سبق بيان معناه لغةً واصطلاحاً، ص.

<sup>5</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة فرغ، 8/444-445.

الذمة لغاً: من ذمم ، وهي بمعنى: العهد والضمان والأمان.<sup>1</sup>

أما إصطلاحاً فمعناها: " وصف يصير الشخص به أهلاً للإيجاب له وعليه "،<sup>2</sup> وعرفت أيضاً بأنها: " صفة يصير بها الإنسان أهلاً للالتزام "،<sup>3</sup> وعرفت أيضاً بأنها: " أهلية الإنسان لتحمل عهدة ما يجري بينه وبين غيره من العقود الشرعية أو التصرفات " .<sup>4</sup>

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للقاعدة:

بناءً على ما سبق يمكن القول بأن المعنى الإجمالي للقاعدة: بأن القاعدة الثابتة والمستمرة في ذمم الناس فراغها من جميع أنواع التحمل والالتزام حتى يقوم دليل يثبت انشغالها، لأن الناس يولدون وذممهم خالية، والتحمل والالتزام من الصفات الطارئة، فيبقى الأصل المتيقن به، وهو فراغ الذمة حتى يقوم ما يثبت خلافه، وبناءً على ذلك أيضاً: فإنه عند وقوع خلاف أو نزاع فالقول الراجح يكون قول من يتمسك ببراءة ذمته، لأن قوله يعضده أصل براءة ذمته، والآخر بحاجة إلى دليل يثبت به انشغالها بحق له.<sup>5</sup>

الفرع الثاني: من تطبيقات القاعدة في فتح القدير:

وردت هذه القاعدة في كتاب الحوالة،<sup>6</sup> في:

مسألة: إذا طالب المحيل المحتال<sup>7</sup> بما أحاله به ( اختلاف المحيل والمحتال ):

صورة المسألة: أن يقول المحيل للمحال، أحلتك بألف على فلان، ثم بعد أن يقبض المحال المال يطالبه المحيل بالحوالة، قائلاً له: إني أحلتك لتقبضها لي، فيقول المحتال: بل أحلتني بها بدين لي

<sup>1</sup> الفيومي، المصباح المنير، مادة ذمم، 210/1.

<sup>2</sup> الجرجاني، التعريفات، ص 107.

<sup>3</sup> قلعي، محمد رواس، وحامد قنبي، معجم لغة الفقهاء، ص 214، دار النفائس، عمان، ط2، 1408هـ/1988م.

<sup>4</sup> البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 108/2.

<sup>5</sup> شبير، القواعد الفقهية، 147. زيدان، الوجيز، ص 37.

<sup>6</sup> الحوالة في الاصطلاح هي: نقل المطالبة بالدين من ذمة المدين إلى ذمة الملتزم. ابن الهمام، فتح القدير، 345/6-346.

<sup>7</sup> المحيل: هو المدين. والمحال: هو رب الدين. والمحال عليه: هو الذي التزم ذلك الدين للمحال. والمحتال به: هو نفس الدين.

ابن الهمام، فتح القدير، 346/6 .

عليك، والمحيل ينكر الدين، فالطرفان متفقان على أن اللفظ المستعمل بينهما كان بلفظ الحوالة، ولكن اختلفا بعد ذلك على ما بينت.

أقوال العلماء في المسألة:

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى أن القول في هذه المسألة قول المحيل مع يمينه، لأنه يدعي فراغ ذمته من الدين، والمحتمل يدعي شغلها بالدين، والمحيل ينكر، فالقول له، مستندلاً لذلك بقاعدة "فراغ الذمة هو الأصل"، فلفظ الحوالة عنده لا يكفي لثبوت الدين لأنه دلالة فقط، ولا بد لثبوت الدين في ذمته أن يقول مثلاً: له علي، أو في ذمتي وذلك "لأن فراغ الذمة كان ثابتاً بيقين، فلا يلزم فيه ضرر شغل ذمته إلا بمثله من اللفظ ونحوه"، وأيضاً لأن لفظ الحوالة يستعمل في الوكالة، ولأن المحيل أعرف بلفظه وقصده.

فيكون القول قوله مع يمينه، وهذا ما عليه المذهب الحنفي، والمالكية في قول وجمهور الشافعية وجمهور الحنابلة<sup>1</sup>.

القول الثاني في المسألة: ذهب المالكية في القول الثاني، وبعض الشافعية، وبعض الحنابلة<sup>2</sup> إلى أن القول هنا قول المحال مع يمينه، فثبت له الحوالة بيمينه وتترتب عليها آثارها، حجتهم في ذلك:

أن الظاهر معه، لأن الحوالة بالدين ظاهرة، فإن اللفظ حقيقة في الحوالة دون الوكالة، فيجب حمل اللفظ على ظاهره، وما قاله المحيل من أنه قصد التوكيل خلاف الظاهر، وأيضاً أن لفظ الحوالة لا يستعمل للوكالة.

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 352-353. ابن عابدين، رد المحتار، 5/ 346. العبدري، التاج والإكليل، 7/ 30. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 3/ 329. النووي، منهاج الطالبين، ص 128. الشربيني، مغني المحتاج، 3/ 196. الرملي، نهاية المحتاج، 4/ 430-431. ابن قدامة، المغني، 4/ 396-397. ابن مفلح، محمد بن مفلح، الفروع، 6/ 418، تحقيق: عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1424هـ/ 2003م. ومعه تصحيح الفروع لعلي المرادوي. السيوطي، مطالب أولي النهى، 3/ 331.

<sup>2</sup> العبدري، التاج والإكليل، 7/ 30. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 3/ 329. النووي، منهاج الطالبين، ص 128. الشربيني، مغني المحتاج، 3/ 196. الرملي، نهاية المحتاج، 4/ 430-431. ابن قدامة، المغني، 4/ 396-397. ابن مفلح، الفروع، 6/ 418، السيوطي، مطالب أولي النهى، 3/ 331.

والذي أميل إلى ترجيحه هو القول الأول، بشرط أن يكون المتعارف عليه بين الناس حقيقة أن لفظ الحوالة يستعمل في الحوالة والوكالة، منعاً للاختلاف، وأن يكون اللفظ كما في صورته في المسألة، أي ليس فيه ما يدل على أن للمحال على المحيل دين، أما إن كان لفظ الحوالة في العرف مستعملاً فقط للحوالة التي ظاهرها الدين، فالقول للمحال، وفي كلا الحالتين مع اليمين.

المطلب السادس: فقه قاعدة " **الفعل الحادث يضاف إلى أقرب الأوقات** " :<sup>1</sup>

ومن ألفاظ القاعدة:

- الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته.<sup>2</sup>

- الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن.<sup>3</sup>

- الحادث يحال بحدوثه إلى أقرب الأوقات،<sup>4</sup> أو الحوادث تحال بحدوثها إلى أقرب الأوقات.<sup>5</sup>

الفرع الأول: معنى القاعدة:

المسألة الأولى: شرح مفردات القاعدة:

لابد من بيان معنى الحادث والوقت في اللغة والاصطلاح أولاً حتى يسهل بيان المعنى الإجمالي للقاعدة.

أولاً: معنى الحادث في اللغة: من حدث حدثاً، أي تجدد وجوده فهو حادث وحديث.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 444.

<sup>2</sup> ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 55. مجلة الأحكام العدلية، المادة 11، ص 17. ابن الهمام، فتح القدير، باب ما يدعيه الرجلان، 8 / 254، دار الفكر.

<sup>3</sup> السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 59. الزركشي، المنتور في القواعد الفقهية، 1 / 174.

<sup>4</sup> السرخسي، المبسوط، 8 / 66.

<sup>5</sup> أبو المعالي، محمود بن أحمد، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، 8 / 504، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1424 هـ / 2004 م. السدلان، القواعد الفقهية الكبرى، ص 147.

<sup>6</sup> الفيومي، المصباح المنير، مادة حدث، 1 / 124.

أما اصطلاحاً فهو لا يخرج عن المعنى اللغوي، فهو: " ما يكون مسبقاً بالعدم "،<sup>1</sup> وعرف أيضاً بأنه: " ما وجد بعد أن لم يكن " .<sup>2</sup>

ثانياً: الوقت في اللغة: جمع أوقات، ومعناه مقدار من الزمن مفروض لأمر ما.<sup>3</sup>

وقد عرفت الوقتية بأنها: " هي التي يحكم فيها بضرورة ثبوت المحمول للموضوع، أو بضرورة سلبه عنه في وقت معين من أوقات وجود الموضوع " .<sup>4</sup>

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي للوقت عن المعنى اللغوي.

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للقاعدة:

إذا وقع اختلاف في زمن حدوث أمر فإنه ينسب إلى أقرب الأوقات إلى الحال، ما لم يقدّم دليل على الزمن البعيد، فإذا ثبتت نسبته إلى الزمن البعيد يحكم به، هذا في حال اتفاق الخصمين على حدوث الشيء، ثم اختلفا في تاريخ حدوثه، فادعى أحدهما وقتاً، وادعى الآخر وقتاً قبل ذلك الوقت، فقد اتفقا هنا على أنه كان موجوداً في الزمن القريب، وانفرد أحدهما بدعوى الزمن أنه كان موجوداً قبل ذلك الوقت، فيعمل بالوقت الأقرب، لأنه يقين ويترك الوقت الأبعد لأنه شك.<sup>5</sup>

الفرع الثاني: من تطبيقات القاعدة في فتح القدير:

وردت هذه القاعدة في كتاب أدب القاضي<sup>6</sup> في

مسألة: الدعوى على القاضي بعد عزله:<sup>7</sup>

<sup>1</sup> .الرجاني، التعريفات، ص 81.

<sup>2</sup> .قلنجي، معجم لغة الفقهاء، ص 172.

<sup>3</sup> .الفيومي، المصباح المنير، مادة وقت، 667 / 2.

<sup>4</sup> .الرجاني، التعريفات، ص 254.

<sup>5</sup> .الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 187. شبير، القواعد الفقهية، ص 155.

<sup>6</sup> .ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 356.

<sup>7</sup> .ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 443.

صورة المسألة : أن يدعي رجلٌ على القاضي أنه قطع يده أو أخذ ماله بعد عزله، فيقول القاضي: بل فعلته في حال قضائي.

أقوال العلماء في المسألة:

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى أن القول قول القاضي بغير يمينه، لأن القاضي أضاف قوله إلى حالة معهودة منافية للضمان، وذلك لأن فعل القاضي على وجه القضاء لا يوجب الضمان عليه بحال من الأحوال، فهو منكر للضمان، والقول قول المنكر في الشرع.

وأيضاً لأن حاله هنا يشبه حال الوكيل بالبيع بعد العزل، حيث إن قال: بعث وسلمت قبل العزل، فقال الموكل بعده، فالقول قول الوكيل إن كان المبيع مستهلكاً، لأن فعل الوكيل على وجه الموافقة لا يوجب الضمان بحال فيكون بالإضافة إلى تلك الحالة منكرًا للضمان، وهذا ما عليه جمهور الحنفية.<sup>1</sup>

إن فابن الهمام ومعه جمهور الحنفية لم يستخدموا قاعدة "إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته" في هذه المسألة، وإنما تمسكوا بقاعدة "الأصل براءة الذمة"،<sup>2</sup> حيث أن القاضي منكر لاشتغال ذمته بالضمان، والأصل براءة الذمة.

القول الثاني: ذهب بعض الحنفية إلى أن القول قول المدعي لا القاضي، لأن هذا الفعل حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات، وهو وقت العزل، والقاضي يدعي تاريخاً سابقاً فلا يصدق إلا ببينة.<sup>3</sup>

والذي أميل إلى ترجيحه هو القول الأول، وذلك لقوة حجتهم.

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 443-444. أبو المعالي، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، 8/ 60. العيني، محمود بن أحمد، البناء شرح الهداية، 9/ 98، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1420هـ/ 2000م.

<sup>2</sup> السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 53. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 50.

<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 444. الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، 4/ 205.

الفصل الثاني: فقه القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بقاعدة " العادة محكمة "،<sup>1</sup> وفيه مبحثان:

المبحث الأول: فقه القواعد الفقهية المتعلقة بقاعدة " العادة محكمة ":

المطلب الأول: فقه قاعدة : الكتاب كالخطاب.

المطلب الثاني: فقه قاعدة : المعروف كالمشروط.

المطلب الثالث: فقه قاعدة : لا عرف في النادر.

المطلب الرابع: فقه قاعدة : النادر لا عبرة به، ولا يبني الفقه باعباره.

المطلب الخامس: فقه قاعدة : التعارف بلا نكير أصل في الشرع بمنزلة إجماع المسلمين.

المبحث الثاني: فقه الضوابط الفقهية المتعلقة بقاعدة " العادة محكمة ":

المطلب الأول: فقه ضابط : الأيمان مبنية على العرف.

المطلب الثاني: فقه ضابط : كل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب.

<sup>1</sup> . السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 89. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 79.

إنما قلت فقه القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بقاعدة " العادة محكمة "، ولم أقل فقه قاعدة " العادة محكمة " والقواعد والضوابط المتعلقة بها، لأن هذه القاعدة لم يستخدمها ابن الهمام في فتح القدير من كتاب البيوع إلى نهاية كتابة الوكالة على ما بحثت.

والمعنى الإجمالي لهذه القاعدة هو: أن العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكماً لإثبات حكم شرعي لم ينص على خلافه بخصوصه، فلو لم يرد نص يخالفها أصلاً، أو ورد ولكن عاماً، فإن العادة تكون معتبرة، أي إن للعادة في الاعتبار الشرعي حاكمية تخضع لها أحكام التصرفات، فتثبت بها الأحكام إذا لم يكن هناك نص شرعي يخالفها.<sup>1</sup>

وقد جاء هذا الفصل في مبحثين، المبحث الأول سأتناول فيه القواعد الفقهية المتعلقة بهذه القاعدة. والمبحث الثاني لدراسة الضوابط.

## المبحث الأول: فقه القواعد الفقهية المتعلقة بقاعدة " العادة محكمة ":

المطلب الأول: فقه قاعدة " الكتاب كالخطاب " <sup>2</sup>:

من ألفاظ هذه القاعدة أيضاً: " الكتاب من الغائب، كالخطاب من الحاضر " <sup>3</sup>.

الفرع الأول: معنى القاعدة:

لابد من بيان معنى مفردات القاعدة أولاً، ثم بيان المعنى الإجمالي للقاعدة:

المسألة الأولى: شرح مفردات القاعدة:

أولاً: الكتاب في اللغة: مصدر من كتب يكتب كتباً وكتاباً، وهي بمعنى خطه.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 219. شبير، القواعد الفقهية، ص 233.  
<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 5/ 461. وهذه القاعدة من كلام المرغيناني، ولكنها واردة في متن فتح القدير وتحدث عنها ابن الهمام. مجلة الأحكام العدلية، المادة 69، ص 24. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 292.  
<sup>3</sup> ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 294.  
<sup>4</sup> الفيومي، المصباح المنير، مادة كتب، 2/ 524. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، فصل الكاف، ص 128.

وفي الاصطلاح هو: " تصوير اللفظ بحروف هجائية " <sup>1</sup>.

والمراد بالكتاب هنا: الخطاب الذي تكتب فيه عبارة الإيجاب والقبول موجهة من أحد العاقدين إلى الآخر، وذلك بأن يكتب المشتري إلى البائع: إني اشتريت منك كذا بكذا، فيقول البائع: قد قبلت في المجلس، أو يكتب إليه قبوله بالثمن المذكور، فيكون ذلك كما لو تصارحا بالإيجاب والقبول نطقاً <sup>2</sup>.

ثانياً: الخطاب مصدر من خاطبه مخاطبة وخطاباً، ومعناه الكلام بين متكلم وسماع <sup>3</sup>.

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر تعقد به العقود: من بيع وإجارة وهبة وكفالة وغيرها، حيث يمكن للعاقدين أن يعقدا العقد بينهما بهذه الطريقة، ولكن بشروط، وهي: أن يكون الكتاب مستبيناً، بمعنى يمكن قراءة خطه، فإن لم يكن كذلك فلا عبرة به، وأن يكون مرسوماً، بمعنى أن يكون معنوياً ومصداقاً ومكتوباً على الوجه المعتاد، وحسب الأصول القانونية المعمول بها في البلد <sup>4</sup>.

الفرع الثاني: من تطبيقات القاعدة في فتح القدير:

وردت هذه القاعدة في كتاب البيوع <sup>5</sup>، في

مسألة: العقد بالكتابة <sup>6</sup>:

صورة المسألة: أن يكتب رجل لآخر: أما بعد، فقد بعث عبدي منك بكذا، فلما بلغه الكتاب، وفهم ما فيه، قال قبلت في المجلس.

<sup>1</sup> الجرجاني، التعريفات، ص 99.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 5/ 461-462. ابن عابدين، رد المحتار، 4، 512. السدلان، القواعد الفقهية الكبرى، ص 467.

<sup>3</sup> الفيومي، المصباح المنير، مادة خطب، 1/ 173.

<sup>4</sup> الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 349. حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 1/ 69. شبير، القواعد الفقهية، ص 255-256.

<sup>5</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 5/ 454.

<sup>6</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 5/ 462.

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى صحة العقود وانعقادها بالكتابة، إذا تم الإيجاب والقبول، بهذه الطريقة، وبالشروط المذكورة عند بيان المعنى الإجمالي، وهذا ما عليه جمهور العلماء من الحنفية، والمالكية، والشافعية في الصحيح، والحنابلة.<sup>1</sup>

القول الثاني: ذهب بعض الشافعية إلى عدم جواز البيع بالكتابة، وذلك لأن عقد البيع بالكتابة بيع كناية لا بيع صريح، ولا يصح عقد البيع بالكنايات.<sup>2</sup>

والذي أميل إلى ترجيحه هو القول الأول، وذلك عملاً بعموم قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾<sup>3</sup> فقد بين الله سبحانه وتعالى أن الأصل في البيع أن يكون بالتراضي، ولم يفصل في الوسائل، والكتابة ما هي إلا طريقة من الطرق التي يستخدمها الإنسان منذ قديم الزمن للتعبير عن إرادته، فتكون صالحة لإنشاء العقود.

هذا ولا بد من الإشارة في نهاية هذه القاعدة إلى أنه كان لها دور كبير في إجازة كثير من صور البيع الحديثة، وبنيت على أساسها الكثير من الأحكام التي أجازت أنواعاً كثيرة من البيوع المعاصرة.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> ابن عابدين، رد المحتار، 512/4. الكاساني، بدائع الصنائع، 138/5. مالك بن أنس، المدونة، 82/3. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 3/3. الشربيني، مغني المحتاج، 329/2. الهيتمي، تحفة المحتاج، 222/4. البهوتي، كشاف القناع، 148/3.

ثم إن أصحاب هذا القول اختلفوا فيمن يصح منه استخدام الكتابة لإبرام العقد على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه يجوز التعاقد بالكتابة مطلقاً، سواء أكان المتعاقدين حاضرين، أو غائبين، أو أحدهما حاضر والآخر غائب. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 3/3. النووي، المجموع، 167/9. البهوتي، كشاف القناع، 148/3.

القول الثاني: ذهب الحنفية إلى أن العقد الذي يصح بالكتابة إنما هو بين الغائبين فقط دون الحاضرين. ابن الهمام، فتح القدير، 5/462. نظام، الفتاوى الهندية، 9/3.

القول الثالث: أن الكتابة لا تصح إلا ممن كان عاجزاً عن الكلام، وهو قول عند الشافعية. النووي، المجموع، 167/9. وقد استدل كل فريق بعدد من الأدلة التي لا يتسع المقام لذكرها، ومناقشتها، والرد عليها، والذي أميل إلى ترجيحه بعد الاطلاع على الأدلة هو القول الأول، وذلك لقوة أدلتهم، وقوة ردودهم على مخالفهم، وللدليل الذي ذكرته في المتن عند ترجيح القول الأول للجمهور. ويمكن مراجعة المسألة في كتاب: الفراه داغي، علي محيي الدين، مبدأ الرضا في العقود، 2/949 وما بعدها، دار البشائر، بيروت، الإسلامية، ط1، 1985م.

<sup>2</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، 10، 169.

<sup>3</sup> سورة النساء/ الآية 29.

<sup>4</sup> أجاز كثير من العلماء المعاصرين كثيراً من صور البيع المعاصرة بناءً على هذه القاعدة، وخاصة التجارة الإلكترونية عبر وسائل النقل المكتوبة، منها: البيع عن طريق البرقية، والتلكس، والتلفاكس، والانترنت عن طريق البريد الإلكتروني، وغير

المطلب الثاني: فقه قاعدة "المعروف كالمشروط"<sup>1</sup>:

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة:

1. المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً<sup>2</sup>.

2. الثابت بالعرف كالثابت بالنص أو الشرط<sup>3</sup>.

3. المشروط عرفاً كالمشروط شرعاً<sup>4</sup>.

4. التعيين بالعرف كالتعيين بالنص<sup>5</sup>.

5. الثابت بالعادة كالثابت بالنص<sup>6</sup>.

6. الثابت عرفاً كالثابت شرطاً<sup>7</sup>.

الفرع الثاني: معنى القاعدة:

المصطلحان الواردان في القاعدة بحاجة إلى توضيح معناهما اللغوي والاصطلاحي، لتوضيح معنى القاعدة الإجمالي.

المسألة الأولى: شرح مفردات القاعدة:

---

الويب، وغرف المحادثة. ويمكن الاطلاع على الأبحاث الخاصة بهذا الموضوع بالتفصيل في: القره داغي، علي محيي الدين، =حكم إجراء العقود بالأت الاتصال الحديثة، 2/ 927 وما بعدها. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة، العدد السادس، الجزء 2، ط 1990م. أبو مصطفى، سليمان عبد الرازق، التجارة الإلكترونية في الفقه الإسلامي، ص 77 وما بعدها، الجامعة الإسلامية، غزة، 1425هـ/ 2005م. (رسالة ماجستير).

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 134. باب المهر، 3/ 381، دار الفكر. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 81.

<sup>2</sup> ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 84.

<sup>3</sup> السرخسي، المبسوط، 19/ 41 – 23/ 85.

<sup>4</sup> ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 85.

<sup>5</sup> مجلة الأحكام العدلية، المادة 45، ص 21.

<sup>6</sup> السرخسي، المبسوط، 19/ 99.

<sup>7</sup> ابن الهمام، فتح القدير، باب المهر، 3/ 370، دار الفكر.

أولاً: معنى المعروف في اللغة: من العرف، وهو في اللغة على معنيين، الأول: تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض. والثاني: السكون والطمأنينة، والمراد به في القاعدة: التتابع، وما تطمئن إليه النفس.<sup>1</sup>

والتتابع يعني التكرار، ففيه إشارة إلى أن العرف لا يكون كذلك حتى يتكرر ويتتابع الناس على فعله أو قوله، فكلا المعنيين له ارتباط بالعرف.

أما اصطلاحاً فمعناه: " ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول"،<sup>2</sup> وزاد بعضهم: " الطبائع السليمة بالقبول".<sup>3</sup>

ومن المعاني المرادفة للعرف عند العلماء العادة، وهي في اللغة: مأخوذة من العود، فيقال عاد يعود عوداً وعادة، ومعناها: الدين، والدين الدأب والاستمرار على الشيء، وسميت بذلك لأن صاحبها يعاودها، أي يرجع إليها مرة بعد أخرى، والجمع عادات وعوائد.<sup>4</sup>

أما اصطلاحاً فمعناها: " ما استمر الناس عليه على حكم المعقول، وعادوا إليه مرة بعد أخرى".<sup>5</sup> ثانياً: المشروط لغة: مأخوذ من الشرط، والجمع شروط وشرائط، ومعناه: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والجمع شروط.<sup>6</sup>

أما اصطلاحاً فمعناه: ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون خارجاً عن ماهيته، ولا يكون مؤثراً في وجوده، وقيل: ما يتوقف ثبوت الحكم عليه.<sup>7</sup>

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للقاعدة:

1. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة عرف، 4/ 281.

2. الجرجاني، التعريفات، ص 149.

3. البركتي، محمد عميم الإحسان، قواعد الفقه، ص 377، ط1، 1407هـ/ 1986م.

4. ابن منظور، لسان العرب، مادة عود، 3/ 316. الفيومي، المصباح المنير، مادة عود، 2/ 436.

5. الجرجاني، التعريفات، ص 146.

6. ابن منظور، لسان العرب، مادة شرط، 7/ 329.

7. الجرجاني، التعريفات، ص 125.

أن ما تعارف عليه الناس في تعاملاتهم، واعتادوا عليه عند التعامل فيما بينهم دون ذكر صريح في العقد، يكون قائماً مقام الشرط في الالتزام والتقييد، ويعتبر بمنزلة الاشتراط الصريح إذا توافرت فيه شروط اعتبار العرف التي وضعها العلماء،<sup>1</sup> ومن أهمها ألا يكون مخالفاً لنص من نصوص الشريعة الإسلامية، أما إذا كان مخالفاً لنص من النصوص فلا يعتبر ذلك العرف، ولا يعمل به.<sup>2</sup>

الفرع الثالث: من تطبيقات القاعدة في فتح القدير:

وردت هذه القاعدة في باب المراجعة والتولية،<sup>3</sup> في

مسألة: من اشترى شيئاً بثمن مؤجل وباعه تولية ( الخيانة في بيع التولية ):

صورة المسألة: أن يشتري شخصُ شيئاً بثمن مؤجل، والأجل غير مشروط في العقد، ولكن تأجيله كان معروفاً، وثبت تأجيله بالعرف والعادة، ثم يبيعه لآخر بيع تولية، فهل يجب عليه أن يبين له هذا الشرط أم لا عند بيع التولية؟.

في المسألة عند الحنفية قولان:<sup>4</sup>

القول الأول: يجب عليه أن يبينه عند بيع التولية، وذلك لأن **المشروط كالمعروف**، وبناءً على هذا القول إذا لم يبين الشرط فإن عمله هذا يعتبر خيانة في بيع التولية تترتب عليه آثار اختلاف الحنفية وباقي المذاهب فيها.

<sup>1</sup> الشروط التي وضعها العلماء للعمل بالعرف أو العادة أربعة: شبير، **القواعد الفقهية**، ص 245-246. الشرط الأول: أن لا تخالف نصاً من كتاب أو سنة أو أصل قطعي في الشريعة الإسلامية.

الشرط الثاني: أن تكون العادة مطردة أو غالبية بأن يكون العمل بها مستمراً في جميع الحوادث أو أغلبها، كما قال السيوطي: " إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإن اضطربت فلا ". السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ص 92.

الشرط الثالث: أن تكون العادة موجودة عند إنشاء التصرف، بأن تكون سابقة للتصرف أو مقارنة له، وإلا فلا تعتبر، كما قال السيوطي: " العرف الذي تحمل عليه الألفاظ، إنما هو المقارن السابق دون المتأخر ". السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ص 96. الشرط الرابع: أن لا تعارض العادة شرطاً للعاقدين أو أحدهما بعدم العمل بها، كما قال العز بن عبد السلام: " كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح ". ابن عبد السلام، عبد العزيز السلمي، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، 2/ 186، تعليق: طه سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1414هـ/ 1991م.

<sup>2</sup> الزرقا، **شرح القواعد الفقهية**، ص 237. شبير، **القواعد الفقهية**، ص 251.

<sup>3</sup> ابن الهمام، **فتح القدير**، 6/ 121. وقد سبق بيان معنى المراجعة ص . أما التولية فمعناها: " نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح ". المرغيناني، **الهداية**، 3/ 56.

<sup>4</sup> ابن الهمام، **فتح القدير**، 6/ 134. حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، 1/ 378.

القول الثاني: أنه يبيعه ولا يبين الشرط، لأن الثمن ما كان إلا حالاً في العقد، وهذا هو الراجح عندهم.

وهذا يقودنا إلى دراسة مسألة الخيانة في بيع التولية إذا كان اشترى المبيع بثمن مؤجل، وباعه تولية بدون أن يبين للمشتري أنه اشتراه مؤجلاً:  
ويجب دراسة هذه المسألة من ناحيتين:

الناحية الأولى: إذا علم المشتري بذلك قبل هلاك المبيع، ففي المسألة ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه يثبت له الخيار، إن شاء رد المبيع، أو يقبل به بنفس الثمن، وذلك لأن للأجل شبهةً بالمبيع، حيث أنه يزداد في الثمن لأجل الأجل، والشبهة هنا ملحقة بالحقيقة، وأيضاً لأن المرابحة مبنية على الأمانة، حيث أن المشتري اعتمد على أمانة البائع في الخبر عن الثمن الأول، فكانت الأمانة مطلوبة في هذا العقد، فصيانته عن الخيانة مشروطة دلالة، وفواتها يوجب الخيار، وهذا قول جمهور الحنفية، والمالكية، والشافعية وقول عند الحنابلة.<sup>1</sup>

القول الثاني: أنه يحط من الثمن، وذلك بأن يقوم المبيع حالاً، ويقوم بأجل فيرجع على المشتري بفضل ما بينهما، وهو قول أبو يوسف.<sup>2</sup>

القول الثالث: أنه لا يخير، و يأخذه بالثمن مؤجلاً بالأجل الذي اشتراه البائع إليه، وهو القول الراجح عند الحنابلة.<sup>3</sup>

الناحية الثانية: إذا علم المشتري بعد هلاك المبيع، ففيه أربعة أقوال:

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 133-134. السرخسي، المبسوط، 13/ 86. الكاساني، بدائع الصنائع، 5/ 225. الدسوقي، الشرح الكبير، 3/ 168. الخرشي، محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل، 5/ 179، دار الفكر، بيروت. بدون الطبعة وتاريخها. النووي، المجموع، 13/ 8. الشربيني، مغني المحتاج، 2/ 480. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، الكافي في فقه الإمام أحمد، 2/ 56، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1414هـ/ 1994م.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 133-134.

<sup>3</sup> ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، 2/ 56. البهوتي، كشاف القناع، 3، 231.

القول الأول: يلزمه المبيع بمثل ما اتفق عليه بينهما، لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة، وهو قول جمهور الحنفية، والمالكية والشافعية.<sup>1</sup>

القول الثاني: يرد قيمة الهالك ويسترد كل الثمن، هو قول أبي يوسف.<sup>2</sup>

القول الثالث: يقوم بثمن حال وبمؤجل، ويرجع بفضل ما بينهما على البائع، وهو قول ثالث عند الحنفية.<sup>3</sup>

القول الرابع: أنه يحبس الثمن بقدر الأجل، وهو قول الحنابلة.<sup>4</sup>

والرأي الذي أميل إلى ترجيحه في كلتا المسألتين، هو قول جمهور العلماء، وذلك لقوة حجتهم، ولأن في تخيير المشتري في المبيع قبل الهلاك مصلحة له، وبالخيار يثبت الرضا فإن شاء أخذه بالثمن المتفق عليه، وإن شاء فسخ البيع.

أما بعد هلاك المبيع ففي قول جمهور العلماء مراعاة للحقيقة، وهي أن الأجل لا يقابله شيء من الثمن، والله تعالى أعلم.

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 134. الكاساني، بدائع الصنائع، 5/ 226. الشرح الكبير، 3/ 168. الخرشي، شرح مختصر خليل، 5/ 179. النووي، المجموع، 13/ 8. الشربيني، معني المحتاج، 2/ 480.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 134.

\* يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الانصاري الكوفي البغدادي، أبو يوسف: صاحب الإمام أبي حنيفة، وتلميذه، وأول من نشر مذهبه. كان فقيهاً علامة، من حفاظ الحديث. ولد بالكوفة 113 هـ. وتفقّه بالحديث والرواية، ثم لزم أبا حنيفة، فغلب عليه "الرأي" وولي القضاء ببغداد أيام المهدي والهادي والرشيد. ومات في خلافته 182 هـ، ببغداد، وهو على القضاء. وهو أول من دعي "قاضي القضاة" ويقال له: قاضي قضاة الدنيا، وأول من وضع الكتب في أصول الفقه، على مذهب أبي حنيفة، وكان واسع العلم بالتفسير والمغازي وأيام العرب. من كتبه "الخراج". أنظر: القرشي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، 2/ 220.

<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 134.

<sup>4</sup> ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، 2/ 56. المرادوي، الإنصاف، 4/ 440.

المطلب الثالث: فقه قاعدة " لا عرف في النادر " :<sup>1</sup>

ومن ألفاظ هذه القاعدة " النادر لا يستحق بطريق العادة " .<sup>2</sup>

الفرع الأول: شرح القاعدة:

قبل بيان المعنى الإجمالي للقاعدة لابد من توضيح المقصود بالنادر في اللغة والاصطلاح، وقد سبق بيان معنى العرف.<sup>3</sup>

المسألة الأولى: معنى النادر في اللغة والاصطلاح:

أولاً: النادر في اللغة: مأخوذ من ندر الشيء يندر ندروراً، ومعناه سقط وشذ.

ونوادر الكلام: هي ما شذ وخرج من الجمهور.<sup>4</sup>

ثانياً: أما اصطلاحاً فمعناه: " ما قل وجوده وإن لم يخالف القياس " ،<sup>5</sup> والنادر من الأمور هو : " الشيء الذي قلما يقع، أو يقل وقوعه جداً " .<sup>6</sup>

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للقاعدة:

بناءً على ما سبق يكون معنى القاعدة أن النادر لا يثبت ولا يستحق عرفاً.<sup>7</sup>

الفرع الثاني: من تطبيقات القاعدة في فتح القدير:

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 126.

<sup>2</sup> السرخسي، المبسوط، 22 / 64. البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 11 / 1171.

<sup>3</sup> ص 85 .

<sup>4</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة ندر، 5 / 199. والمقصود بالجمهور، أي جمهور الناس، ومعناه: معظمهم، وجمعه جماهير. الزمخشري، محمود بن عمرو، الفائق في غريب الحديث والأثر، 1 / 235، تحقيق: علي البجاوي، محمد إبراهيم، دار المعرفة، بيروت، ط2. بدون تاريخ الطبعة.

<sup>5</sup> الجرجاني، التعريفات، ص 239.

<sup>6</sup> البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 11 / 1165.

<sup>7</sup> البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 11 / 1171.

وردت هذه القاعدة باب المراجعة والتولية،<sup>1</sup> في

مسألة: ما يلحق برأس المال وما لا يلحق به في بيع المراجعة:<sup>2</sup>

أولاً: صورة المسألة: أن ينفق صاحب السلعة التي يريد بيعها مراجعة نفقات توجب زيادة على رأس مال المعقود عليه، مثل أجره القصار<sup>3</sup> والصبغ وغيرها.

ثانياً: أقوال العلماء في المسألة:

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى عدم جواز الزيادة في رأس المال في المراجعة في الأمور النادرة، مثل جعل الآبق<sup>4</sup> فإنه يلحق برأس المال ولا يزداد على رأس المال من أجله، لأنه نادر، **والنادر لا عرف فيه**، وهذا ما عليه المذهب الحنفي حيث أنه يجوز عندهم أن يضاف إلى رأس المال ما جرى العرف بإلحاقه به في عادة التجار، مثل الصبغ والحمل وغيرها، أما ما لا عرف فيه مثل: أجره الطبيب، والبيطار، والختان، والحجامة، والنادر مثل: جعل الآبق، فلا يزداد من أجلها على رأس المال شيئاً.<sup>5</sup>

القول الثاني: أما المالكية فالأصل عندهم أن ما يحسب في رأس المال ويجعل له حظاً من الربح، هو ما كان مؤثراً في عين السلعة، مثل الخياطة، والصبغ، فأما الذي لا يؤثر في عين السلعة فيحسبه في رأس المال ولا يجعل له حظاً من الربح، بشرط أن يكون مما لا يمكن للبائع أن يتولاه بنفسه، مثل حمل المتاع من بلد إلى بلد، وأما ما لا يؤثر في عين السلعة ويمكن للبائع أن يتولاه بنفسه فلا يحتسب له في رأس المال ولا الربح، مثل: السمسرة.<sup>6</sup>

1. ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 121. سبق بيان معنى المراجعة والتولية ص .

2. ابن الهمام، فتح القدير، ص 125- 126.

3. القصار هو: المبيض للثياب، وهو الذي يهيء النسيج بعد نسجه ببله ودقه بالقصرة. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، باب القاف، 2/ 739.

4. جعل الآبق معناه: مقدار من المال يستحق من رد أبقاً أو ضالة نظير قيامه بهذا العمل. الكاساني، بدائع الصنائع، 6، 203. الموسوعة الفقهية الكويتية، 1/ 137.

والآبق هو: الرقيق الذي يهرب من مولاه. الكاساني، بدائع الصنائع، 6/ 203.

5. ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 126. السرخسي، المبسوط، 13/ 83.

6. ابن رشد، محمد بن أحمد، بداية المجتهد، 3/ 229، دار الحديث، القاهرة، 1425هـ/ 2004م.

إذا فالمالكية يخالفون الحنفية في ما يلحق برأس المال وما لا يلحق به فيجعلون الأساس فيه التأثير في السلعة، وقدرة البائع على فعله بنفسه أو لا، وبناءً عليه فإن جعل الآبق يحسب له من رأس المال ولا يجعل له حظاً من الربح، وذلك لأن صاحب الآبق لا يمكنه إحضاره بنفسه.

القول الثالث: أما الشافعية فيرون أنه يجوز لصاحب السلعة أن يزيد في رأس المال في بيع المرابحة إذا قال: قامت علي بكذا، يدخل فيها أجرة الكيال، والدلال، والحمال وغيرها، دون أن يبينها، أما الأعمال التي يعملها بيده، أو يعملها له غيره بدون مقابل فلا تدخل في رأس المال إلا أن يبينها.<sup>1</sup>

إذا فالشافعية أيضاً يخالفون الحنفية في هذه المسألة، ويرون أنه يجوز الزيادة على رأس المال، ولكن هناك أمور تدخل من دون بيانها، وأمر لا بد من بيانها، وعليه فإن جعل الآبق يزداد على رأس المال عندهم.

القول الرابع: أما الحنابلة فقالوا: بأنه يجوز لصاحب السلعة أن يزيد على رأس المال كل ما دفعه على السلعة، سواءً عمله بنفسه أو بالأجرة، بشرط أن يبين ما اشتراه به وما لزمه.<sup>2</sup>

وبهذا نرى أيضاً أن الحنابلة قد خالفوا الحنفية، فقالوا بجواز الزيادة على رأس المال بكل ما دفعه، فيدخل فيه جعل الآبق.

والقول الأخير هو الذي أميل إلى ترجيحه، لأن كل عمل يوجب زيادة في رأس المال له تقدير، ويجب أن يحسب، وبالشرط المذكور وهو البيان، ولأن بيع المرابحة من بيوع الأمانة، فإذا بين صاحب السلعة رأس مال السلعة، وبيان ما لزمه من الإنفاق عليه، ورضي المشتري فلا يكون هناك خداع ولا خيانة ولا تغرير.

<sup>1</sup>. النووي، روضة الطالبين، 3/ 529-530.

<sup>2</sup>. ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، 2/ 55.

المطلب الرابع: فقه قاعدة "النادر لا عبرة به، ولا يبني الفقه باعتباره"<sup>1</sup>:

ومن ألفاظ القاعدة:

- لا عبرة بالنادر.<sup>2</sup>

- العبرة للغالب الشائع لا النادر.<sup>3</sup>

الفرع الأول: معنى القاعدة:

لابد من بيان بعض المفردات قبل توضيح المعنى الإجمالي للقاعدة، وقد سبق بيان معنى النادر في القاعدة السابقة،<sup>4</sup> ويبقى بيان معنى الفقه، ومن ثم يتضح المعنى الإجمالي للقاعدة.

المسألة الأولى: معنى الفقه في اللغة والاصطلاح:

أولاً: الفقه في اللغة: العلم بالشيء والفهم له، وغلب على علم الدين لسيادته وشرفه وفضله على سائر أنواع العلم، إذ فالفقه في الأصل الفهم، يقال: أوتي فلان فقهاً في الدين، أي فهماً فيه.<sup>5</sup>

ثانياً: أما الفقه اصطلاحاً، فمعناه: " العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية".<sup>6</sup> فالأحكام الشرعية لا تبني على النادر بل لا بد فيها من غلبة الظن إن لم نصل إلى اليقين.

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 137-138.

<sup>2</sup> السرخسي، المبسوط، 1/ 122. ابن الهمام، فتح القدير، كتاب المفقود، 6/ 149، دار الفكر.

<sup>3</sup> مجلة الأحكام العدلية، المادة 42، ص 20.

<sup>4</sup> ص 89.

<sup>5</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة فقه، 13/ 522.

<sup>6</sup> الجرجاني، التعريفات، ص 168.

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن النادر لا تبني الأحكام باعتباره، حيث أن المعتبر في بناء الأحكام على العادة هو النظر إلى الأحوال الشائعة الغالبة الوقوع، ولا ينظر فيها إلى الأحوال النادرة الوقوع، ولذلك فلا اعتداد بالنادر ولا حكم له في نفسه.<sup>1</sup>

فالأحكام الشرعية لا تبني على النادر بل لا بد فيها من غلبة الظن إن لم نصل إلى اليقين

الفرع الثالث: من تطبيقات القاعدة في فتح القدير:

وردت هذه القاعدة في باب المرابحة والتولية،<sup>2</sup> في

مسألة: بيع العقار قبل قبضه:<sup>3</sup>

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى جواز بيع العقار قبل قبضه، وذلك:

أولاً: لأن ركن البيع صدر من أهله في محله، والمانع المثير لنهي المبيع قبل قبضه هو غرر الانفساخ بالهلاك، وهذا المانع منتف في العقار، لأن هلاك العقار نادر، **والنادر لا عبرة به ولا يبني الفقه باعتباره**، فلا يمنع الجواز، حيث أن العقار لا يتصور هلاكه إلا إذا صار بحراً.

ثانياً: لأن التصرف الذي لا يمتنع بالغرر نافذ في المبيع قبل القبض، مثل: العتق والتزوج، فالعتق استدعاء ملك تام فوق البيع، ويجوز عتق المبيع قبل القبض، والتزوج لا يبطل بالغرر، لأنه لو هلك المهر المعين لزم الزوج قيمته، ولا يفسخ النكاح.

<sup>1</sup>. البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 11/ 1169. شبير، القواعد الفقهية، ص 268.

<sup>2</sup>. ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 121.

<sup>3</sup>. ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 137.

ثالثاً: بالقياس على التصرف في الثمن قبل قبضه، فإنه جائز، لأن الغرر منتف فيه، مثل التصرف في المهر ببيعه أو هبته، وبدل الخلع وهذا مذهب جمهور الفقهاء، منهم: أبو حنيفة وأبو يوسف في القول الثاني والمالكية والحنابلة في الراجح.<sup>1</sup>

القول الثاني: : ذهب أبو يوسف في قوله الأول و محمد<sup>2</sup> من الحنفية والشافعية وأحمد بن حنبل<sup>3</sup> في رواية إلى عدم جواز بيع العقار قبل قبضه، وقد استدلوا لذلك بعدد من الأدلة، منها:<sup>4</sup>

أ . عموم قوله صلى الله عليه وسلم: " لا تبيعن شيئاً حتى تقبضه " .<sup>5</sup>

ب. لنهي الرسول صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن،<sup>6</sup> فلو أنه باع العقار بربح يلزم من ذلك ربح ما لم يضمن، ويصير بيع العقار كإجارته، وإجارته قبل قبضه لا تجوز .

<sup>1</sup> الزيلعي، تبیین الحقائق، 4/ 80. الكاساني، بدائع الصنائع، 5/ 181. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 3/ 151: حيث أنه عند المالكية لا يجوز بيع الطعام قبل قبضه فقط، أما ما دون الطعام فيجوز بيعه قبل القبض. ابن قدامة، المغني، 4/ 86-87.

<sup>2</sup> محمد بن الحسن بن فرقد، من موالى بني شيبان، أبو عبد الله: إمام بالفقه والاصول، وهو الذي نشر علم أبي حنيفة. أصله من قرية حرسنة، في غوطة دمشق، وولد 131 هـ بواسط. ونشأ بالكوفة، له كتب كثيرة في الفقه والاصول، منها (المبسوط) ، و(الزيادات) و(الجامع الكبير)، توفي 189 هـ. الزركلي، الأعلام، 6/ 80.

<sup>3</sup> أحمد بن محمد بن حنبل، أبو عبد الله، الشيباني الوائلي: إمام المذهب الحنبلي، وأحد الأئمة الأربعة. أصله من مرو، وكان أبوه والي سرخس. وولد (164 هـ) ببغداد. فنشأ منكباً على طلب العلم، والاطراف. وصنف (المسند)، وتوفي الإمام (241 هـ). الزركلي، الأعلام، 1/ 203 .

<sup>4</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 137. الزيلعي، تبیین الحقائق، 4/ 80. الكاساني، بدائع الصنائع، 5/ 181. الشافعي، الأم، 3/ 70. النووي، روضة الطالبين، 3/ 397. ابن قدامة، المغني، 4/ 86.

<sup>5</sup> ونص الحديث عن حكيم بن حزام قال: قلت: يا رسول الله إني أبتاع هذه البيوع فما يحل منها وما يحرم علي؟ قال: " يا ابن أخي لا تبيعن شيئاً حتى تقبضه". البيهقي، أحمد بن حسين، السنن الصغير، باب النهي عن بيع ما لم يقبض، حديث رقم: 1918، 2/ 258، تحقيق: عبد المعطي قلجعي، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، ط1، 1410 هـ/1989 م. الطبراني، سليمان بن أحمد، المعجم الكبير، باب الحاء، حديث رقم: 3108، 3/ 196، تحقيق: حمدي السلفي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط2. بدون تاريخ الطبعة.

وفي لفظ آخر للحديث: " لا تبعه حتى تقبضه ". النسائي، المجتبى من السنن، كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يستوفى، حديث رقم: 4603، 7/ 286. قال الألباني: صحيح. الألباني، محمد ناصر الدين، صحيح الجامع الصغير وزياداته، 1/ 123، المكتب الإسلامي، بيروت. بدون الطبعة وتاريخها.

<sup>6</sup> يدل على هذا قوله صلى الله عليه وسلم: " لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن ". النسائي، المجتبى من

السنن، كتاب البيوع، حديث رقم: 4630، 7/ 295. الترمذي، سنن الترمذي، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، حديث رقم: 1234، 3/ 527. ابن ماجه، محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك، حديث رقم: 2188، 2/ 737. قال الألباني: حسن. الألباني، إرواء الغليل، 5/ 223.

\* بين الإمام البغوي أن المقصود بربح ما لم يضمن الوادر في الحديث: هو أن يبيع ما اشتراه قبل أن يقبضه. البغوي، الحسين بن مسعود، شرح السنة، 8/ 144، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، محمد الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1403 هـ/1983 م.

جـ. لأن السبب، والذي هو البيع إنما يتم بالقبض، ولهذا جعل الحادث بعد العقد قبل القبض كالحادث عند العقد، ( **والمالك إنما يتأكد بتأكد السبب** )<sup>1</sup> والعقار والمنقول في هذا سواء، فلا ملك مؤكد للبايع قبل أن يقبض المبيع، فلا يصح له بيعه قبل أن يتأكد ملكه عليه.

والذي أميل إلى ترجيحه هو القول الأول، وذلك لقوة أدلتهم، ولأن ابن الهمام قد ناقش أدلة القول الثاني ورد عليها برود مقنعة.<sup>2</sup>

المطلب الخامس: فقه قاعدة " **التعارف بلا نكير أصل في الشرع بمنزلة إجماع المسلمين** " :<sup>3</sup>

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة:

1 . هذا القاعدة عند ابن الهمام قريبة جداً من القاعدة التي تقول: " تعامل الناس من غير نكير مُنكر أصل من الأصول كبير " .<sup>4</sup>

2. قاعدة " تعامل الناس من غير نكير منكر أصل في الشرع " .<sup>5</sup>

3. قاعدة " تعامل الناس من غير نكير ولا رد من علماء كل عصر حجة يترك بها القياس ويخص بها الأثر " .<sup>6</sup>

4. قاعدة " تعامل الناس من غير نكير حجة " .<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> هذه قاعدة فقهية سيأتي شرحها في الفصل السادس، في المطلب الثامن، ص 172 .  
<sup>2</sup> ناقش ابن الهمام أدلة القائلين بعدم جواز بيع العقار قبل قبضه ورد عليها، ولا يتسع المقام لذكر النقاشات والردود حتى لا يطول المقام، ينظر ابن الهمام، **فتح القدير**، 6 / 138 .  
<sup>3</sup> ابن الهمام، **فتح القدير**، 5 / 541 .  
<sup>4</sup> السرخسي، **المبسوط**، 12 / 63، 138 . البورنو، **موسوعة القواعد الفقهية**، 2 / 371 .  
<sup>5</sup> السرخسي، **المبسوط**، 13 / 77 .  
<sup>6</sup> أبو المعالي، **المحيط البرهاني**، 7 / 135 .  
<sup>7</sup> السرخسي، **المبسوط**، 12 / 28 . العيني، **البنية شرح الهداية**، 8 / 232 .

الفرع الثاني: معنى القاعدة:

لابد قبل بيان المعنى الإجمالي للقاعدة من شرح بعض المفردات فيها، ومنها معنى كلمة شرع، ومعنى إجماع، وقد سبق بيان معنى التعارف، ومعنى الأصل.<sup>1</sup>

المسألة الأولى: شرح مفردات القاعدة:

أولاً: الشرع في اللغة: مأخوذ من الشريعة، وهي مورد الناس للاستقاء، وسميت بذلك لوضوحها وظهورها، والجمع شرائع، وشرع الله لنا كذا يشرعه: أي أظهره وأوضحه.<sup>2</sup>

أما اصطلاحاً فمعناها: " الائتثار بالتزام العبودية، وقيل: هي الطريق في الدين "،<sup>3</sup> وقيل: "تجويز الشيء أو تحريمه، أي جعله جائزاً أو حراماً " .<sup>4</sup>

ثانياً: الإجماع لغةً: مأخوذ من جمع، ومعناه العزم والاتفاق.<sup>5</sup>

أما اصطلاحاً فمعناه: " اتفاق المجتهدين في أمة محمد صلى الله عليه وسلم في عصر على أمر ديني "،<sup>6</sup> وقيل: " اتفاق مجتهدي الأمة بعد وفاة سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم في عصر على أي أمر كان "،<sup>7</sup> وعرف أيضاً بأنه: " العزم التام على أمر من جماعة أهل الحل والعقد " .<sup>8</sup>

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن تعامل الناس في بيعهم وشرائهم وتصرفاتهم من غير إنكار أو اعتراض على هذا التعامل من أهل العلم والحكم والاجتهاد والحل والعقد، دليل على أن هذا التعامل مشروع ولا يعارض نصوص الشرع ولا مقاصد التشريع، إذ لو كان هذا التعامل مخالفاً لوجد من ينكر على الناس

<sup>1</sup> ص 85 . ص 58 .

<sup>2</sup> الفيومي، المصباح المنير، مادة شرع، 310 /1.

<sup>3</sup> الجرجاني، التعريفات، ص 127.

<sup>4</sup> السنيكي، زكريا بن محمد، الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، ص 69، تحقيق: مازن المبارك، دار الفكر، بيروت، ط1،

1411 هـ.

<sup>5</sup> الفيومي، المصباح المنير، ص 108 /1.

<sup>6</sup> الجرجاني، التعريفات، ص 10.

<sup>7</sup> السنيكي، الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، ص 81.

<sup>8</sup> الجرجاني، التعريفات، ص 10.

تعاملهم به، لأن الله سبحانه وتعالى أخذ الميثاق على العلماء أن لا يكتموا الحق ولا يسكتوا على باطل يرونه أو يعلمون به.<sup>1</sup>

الفرع الثالث: من تطبيقات القاعدة في فتح القدير:

وردت هذه القاعدة في كتاب البيوع،<sup>2</sup> في

مسألة: بيع الأعمى وشرائه:<sup>3</sup>

أقوال العلماء في المسألة:

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى أن بيع الأعمى وشرائه جائز، وذلك " لأن الناس تعارفوا معاملة العميان بيعاً وشراءً، والتعارف بلا تكبير أصل في الشرع بمنزلة إجماع المسلمين"،<sup>4</sup> وهذا ما عليه جمهور العلماء من الحنفية، والمالكية وقول عند الشافعية والحنابلة.<sup>5</sup>

وقد أكد صاحب البدائع ذلك حيث قال: " ... وأما الإجماع فإن العميان في كل زمان من لدن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يمنعوا من بيعاتهم وأشريتهم بل بايعوا في سائر الأعصار من غير إنكار ".<sup>6</sup>

<sup>1</sup> البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 2 / 371.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 454.

<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 541 / 5.

<sup>4</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 541 / 5.

<sup>5</sup> الموصلي، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، 2 / 10، علق عليه: محمود أبو دقيفة، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1356 هـ / 1937 م. العيني، البناءة شرح الهداية، 8 / 94. ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، 2 / 731. الحطاب، مواهب الجليل، 5 / 118. الشيرازي، المهذب، 2 / 15. النووي، المجموع، 9 / 302. ابن قدامة، المغني، 4 / 158. المرادوي، الإنصاف، 4 / 297.

وقد اشترط المالكية القائلون بجواز بيع الأعمى وشرائه أن يكون هذا فيما لا يحتاج إلى الرؤية، أما إذا كان المبيع مما لا يعرف إلا بحاسة البصر، فلا يصح بيعه كبيع الجزاف، وبيع الجزاف هو " بيع ما يكال أو يوزن أو يعد جملة بلا كيل ولا وزن ولا عد ". الصاوي، بلغة السالك، 3 / 35، وهذا التعريف للشيخ الدردير صاحب الشرح الصغير. الخرشبي، شرح مختصر خليل، 5 / 33. العدوي، علي بن أحمد، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، 2 / 185، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، دار الفكر، بيروت، 1414 هـ / 1994 م.

<sup>6</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 5 / 164.

القول الثاني: ذهب الشافعية في المذهب عندهم إلى عدم جواز بيع الأعمى وشرائه، واستثنوا من ذلك السلم،<sup>1</sup> جحتهم في ذلك أن كل عقد اشترطت فيه الرؤية لا يصح من الأعمى، أما السلم فهو مبني على الوصف، والأعمى يعرف الأوصاف، والسلم يعتمد الوصف لا الرؤية.<sup>2</sup>

والذي أميل إلى ترجيحه هو قول جمهور العلماء الذي يقول بجواز بيع الأعمى وشرائه، وذلك لقوة حجتهم، حيث أن هناك إجماع على ذلك من لدن الرسول صلى الله عليه وسلم إلى عصرنا هذا الذي نعيش فيه على جواز ذلك منه، وأيضاً لأن الحاجة تدعو إلى ذلك فالأعمى مثل غيره من الناس بحاجة إلى البيع والشراء ليكسب الرزق ويقتات وينفق على عياله.

---

<sup>1</sup> الشيرازي، المذهب، 71 / 2. النووي، المجموع، 93 / 13.  
وبيع السلم هو: " اسم لعقد يوجب الملك للبائع في الثمن عاجلاً، وللمشتري في الثمن آجلاً ". الجرجاني، التعريفات، ص 120.  
وقيل هو: " بيع شيء موصوف في الذمة ". الشربيني، مغني المحتاج، 3 / 3. وعرفه السرخسي بأنه " أخذ عاجل بأجل ".  
السرخسي، المبسوط، 12، 124. أي أنه بيع شيء موصوف في الذمة يتقدم فيه رأس المال، ويتأخر فيه الثمن إلى أجل.  
<sup>2</sup> الهيثمي، تحفة المحتاج، 270 / 4.

## المبحث الثاني: فقه الضوابط الفقهية المتعلقة بقاعدة " العادة محكمة ":

تعلق بهذه القاعدة ضابطان من الضوابط الفقهية، وقد أفردت كل واحدة منها بمطلب خاص:

المطلب الأول: فقه ضابط " الأيمان مبنية على العرف " <sup>1</sup>:

و من ألفاظ الضابط:

- الأيمان مبنية على العرف لا على الحقائق اللغوية <sup>2</sup>.

- مبنى الأيمان على العرف <sup>3</sup>.

- دليل العرف يغلب على حقيقة اللفظ في باب الأيمان <sup>4</sup>.

الفرع الأول: معنى الضابط:

لا بد قبل بيان المعنى الإجمالي للضابط من بيان معنى الأيمان، حيث أنه تم بيان معنى العرف في اللغة والاصطلاح سابقاً <sup>5</sup>، ثم توضيح المعنى الإجمالي للضابط.

المسألة الأولى: معنى الأيمان لغةً واصطلاحاً:

أولاً : الأيمان في اللغة، جمع يمين، وهي مأخوذ من يمين، ومعناها القسم والحلف، وقد " سمي بذلك، لأنهم كانوا إذا تحالفوا ضرب كل امرئ منهم يمينه على يمين صاحبه"، والجمع أيمن

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 172. باب نكاح الرقيق، 3/ 395، باب اليمين في الدخول والسكنى، 5/ 96، 101، دار الفكر. هذا الضابط عند الحنفية فقط. السرخسي، المبسوط، 8/ 133.

أما المالكية والحنابلة، فالأصل عندهم أن الأيمان مبنية على نية الحالف إن احتملها اللفظ ولم يخالف، أو خالفه وكان مظلوماً. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم، الفتاوى الكبرى، 3/ 209، دار الكتب العلمية، ط1، 1408 هـ/ 1987 م. ابن قدامة، المغني، 9/ 564. أما الشافعية فالأصل عندهم أن الأيمان تبنى على حقائق الألفاظ اللغوية. النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، 11/ 27.

<sup>2</sup> ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 83.

<sup>3</sup> السرخسي، المبسوط، 30/ 235. ابن الهمام، فتح القدير، باب اليمين في الأكل والشرب، 5/ 122، دار الفكر.

<sup>4</sup> السرخسي، المبسوط، 30/ 236.

<sup>5</sup> ص 85 .

وأيمان.<sup>1</sup>

ثانياً : أما اليمين اصطلاحاً، فقد عرفت بأنها: " هي ما تضمنت حضاً، أو منعاً، أو تصديقاً، أو تكذيباً بالتزام ما يكره الحالف وقوعه عند المخالفة "،<sup>2</sup> وعرفت أيضاً بأنها: تقوية طرفي الخبر بذكر الله تعالى أو التعليق " .<sup>3</sup>

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للضابط:

أن اليمين حينما يحلف بها الحالف على أمر ما بلفظ ما، فإن مدلول ذلك اللفظ إنما يعتمد في بيانه وتفسيره على ما دل عليه عرف الحالف وعادته الغالبة أو الشائعة، فالأيمان إنما يغلب على المراد بها عرف الناس لا المعنى الحقيقي للفظ المحلوف به أو عليه، وذلك لأن الحالف إنما يحلف على ما اعتاده، ويستثنى من ذلك ما إذا كان للحالف نية بإرادة المعنى الحقيقي.<sup>4</sup>

الفرع الثالث: من تطبيقات الضابط في فتح القدير:

ورد هذا الضابط في باب الربا،<sup>5</sup> في

مسألة: حلف أن لا يأكل تمرأ فأكل بسراً:<sup>6</sup>

صورة المسألة: أن يحلف شخصٌ ألا يأكل تمرأ، فيأكل بسراً.

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى أنه إذا حلف شخص أن لا يأكل تمرأ فأكل بسراً بأنه لا يحنث، وذلك لأن البسر لا يسمى تمرأ في العرف، والأيمان مبنية على العرف، وهذا ما ذهب إليه

<sup>1</sup> الجوهري، إسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، مادة يمين، 6/ 2221، تحقيق: أحمد عبد الغفور، دار العلم للملايين، بيروت، ط4، 1407هـ/ 1987م. الفيومي، المصباح المنير، 2/ 681.

<sup>2</sup> ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، 3/ 311.

<sup>3</sup> الجرجاني، التعريفات، ص 259.

<sup>4</sup> البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 2/ 341. 4/ 357. 9/ 424.

<sup>5</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 146.

<sup>6</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 172. ومعنى البسر: الطري من كل شيء، ومعناه هنا: ثمر النخل قبل أن يرطب. مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، 1/ 56، دار الدعوة، اسطنبول، 1980م. وقد جاءت هذه المسألة معترضة، حيث أن المسألة الأصلية التي يتحدث عنها هي بيع البسر بالتمر متفاضلاً، مبيناً أن حكمه عدم الجواز.

جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية في الراجح، والشافعية الذين قالوا: " لأن كل واحد من هذا غير صاحبه، وإن كان أصله واحد "، والحنابلة.<sup>1</sup>

القول الثاني: ذهب المالكية في القول الثاني، ونسبه بعض الحنفية إلى أبي حنيفة إلى أنه يحنث بذلك.<sup>2</sup>

والذي أميل إلى تربيته هو قول جمهور العلماء، لقوة حجته، حيث أن ثمر النخل قبل أن يرطب لا يطلق عليه تمراً، إذا فالبسر غير التمر فكيف يحنث إذا أكله؟، ولأن العرف الغالب في استعمال اللفظ في معنى معين يحمل الحالف على قصد ذلك المعنى لا غير فيجمل عليه.

المطلب الثاني: فقه ضابط " كل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب " :<sup>3</sup>

الفرع الأول: من ألفاظ الضابط:

وردت هذ الضابط بعدة ألفاظ، منها:

1 . كل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصاً فاحشاً أو يسيراً فهو عيب.<sup>4</sup>

2. العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة.<sup>5</sup>

3. يرجع إلى أهل المعرفة في تنقيص العيب للثمن، وفي قدمه.<sup>6</sup>

4. العيوب هي النقائص الموجبة لنقص المالية في عادات التجار.<sup>7</sup>

الفرع الثاني: معنى الضابط:

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 172 . 5 / 119، دار الفكر. السرخسي، المبسوط، 8 / 185. الخرشي، شرح مختصر خليل، 3 /

74. العبدري، التاج والإكليل، 4 / 455. الشافعي، الأم، 7 / 84. الشربيني، مغني المحتاج، 6 / 207. ابن قدامة، المغني، 9 /

598. المرदाوي، الإنصاف، 11 / 75.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 172. الخرشي، شرح مختصر خليل، 3 / 74. العبدري، التاج والإكليل، 4 / 455.

<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 4. وهذه القاعدة من كلام المرغيناني. وقد شرحت هذه القاعدة بالتفصيل في : دية، القواعد

والضوابط الفقهية لأحكام المبيع، ص 184 وما بعدها.

<sup>4</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 5 / 274.

<sup>5</sup> مجلة الأحكام العدلية، المادة 338، ص 67.

<sup>6</sup> القرافي، الذخيرة، 5 / 82.

<sup>7</sup> ابن قدامة، المغني، 4 / 115.

قبل بيان معنى الضابط الإجمالي، لابد من توضيح معنى العيب في اللغة والاصطلاح.

المسألة الأولى: معنى العيب:

أولاً: العيب في اللغة: مأخوذ من عاب، وهو بعدة معانٍ، منها: الوصمة، والذم، والنقيصة، وما يخلو عنه أهل الفطرة السليمة، والجمع عيوب.<sup>1</sup>

ثانياً: العيب اصطلاحاً: عرفه ابن الهمام بأنه: " ما تخلو عنه أصل الفطرة مما يعد به ناقصاً "<sup>2</sup>، كما وعُرف بأنه: " هو ما ينقص من مقدار ما يدخل تحت تقويم المقومين "<sup>3</sup>، وعُرف أيضاً بأنه: " الرداءة أو النقيصة التي يخلو منها الخلق السليم أو الصنع السليم "<sup>4</sup>، وأدق التعريفات ما عرفه به صاحب البدائع بقوله: " كل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصاً فاحشاً أو يسيراً فهو عيب "<sup>5</sup>.

حيث أنه وضع ضابط مهم لا اعتبار العيب وتحديده وهو عادة التجار، وهذا ما هو معمول به في كل الأزمان.

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للضابط:

أن كل ما يحدث في المبيع، ويسبب نقصاً في ثمن المبيع يعد عيباً، والمرجع في معرفة هذا النقص هو عادة التجار وأهل الخبرة والمعرفة، حيث يحكم العرف في ذلك، لأن ما لم يرد فيه نص فالحكم فيه إلى العرف الصحيح الذي لا يناقض نصاً شرعياً.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة عيب، 1/ 633. ابن سيده، علي بن إسماعيل، المحكم والمحيط الأعظم، 2/ 261-262، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1421هـ/ 2000م. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ص 118.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 355، دار الفكر.

<sup>3</sup> الجرجاني، التعريفات، ص 160.

<sup>4</sup> قلنجي، معجم لغة الفقهاء، ص 325.

<sup>5</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 5/ 274.

<sup>6</sup> دية، القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع، ص 185-186.

الفرع الثالث: من تطبيقات الضابط في فتح القدير:

ورد هذه الضابط في باب خيار العيب:<sup>1</sup>

حيث بين ابن الهمام أن كل ما أوجب نقصان الثمن الذي اشترى به في عادة التجار فهو عيب، يثبت به خيار العيب، وبين أن هذا ضابط العيب الذي يرد به المبيع، لأن ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشتري، وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به، ثم وضح أن المرجع في تحديد العيب أولاً: لأهل الخبرة بذلك، وهم التجار أو أرباب الصنائع إن كان المبيع من المصنوعات.

ثم وضح أن هذا الضابط محل اتفاق بين المذاهب الثلاثة: الحنفية والمالكية والشافعية، وهو أيضاً مذهب الحنابلة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 2/6.

\* خيار العيب: " هو أن يختار رد المبيع إلى بائعه بالعيب ". الجرجاني، التعريفات، ص 102. وعرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه: " ما بيع مطلقاً إذا بيع وفيه عيب قديم يكون المشتري مخيراً، إن شاء رده وإن شاء قبله بثمنه المسمى ". مجلة الأحكام العدلية، المادة 337، ص 66.

<sup>2</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 5/274. مجلة الأحكام العدلية، المادة 338، ص 67. القرافي، الذخيرة، 5/82. الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3/137. الجمل، سليمان بن عمر، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب، 3/148، دار الفكر، بيروت. بدون الطبعة وتاريخها. النووي، المجموع، 12/226. ابن قدامة، المغني، 4/115. ابن قدامة، الشرح الكبير، 4/85. البهوتي، كشف القناع، 4/24.

الفصل الثالث: فقه القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بقاعدة: " الضرر

يزال"،<sup>1</sup> وفيه مبحثان:

المبحث الأول: فقه قاعدة : تصرف الإنسان في خالص حقه إنما ينفذ إذا لم

يتعد إلى الإضرار بغيره.

المبحث الثاني: فقه قاعدة : دفع الضرر عن المسلم واجب.

---

<sup>1</sup> السبكي، الأشباه والنظائر، ص 41. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 83، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 72.

وأصل قاعدة " الضرر يزال " قوله صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا ضرار "،<sup>1</sup> ولم ترد هذه القاعدة في أبواب فتح القدير المستهدفة في البحث، ولكن وردت قاعدتان من القواعد المتعلقة بها، وسأبين هنا معناها الإجمالي، ثم سأشرح القاعدتان المتعلقةتان بها، مفرداً مبحثاً خاصاً لكل قاعدة.

أما المعنى الإجمالي للقاعدة فهو: أنه يجب إزالة الضرر، سواءً قبل وقوع الضرر، لأن الوقاية خير من العلاج، أو بعد وقوعه، لوجوب إزالته وترميم آثاره، فهذه القاعدة جاءت كأساس لمنع الفعل الضار عن النفس والغير.<sup>2</sup>

المبحث الأول: فقه قاعدة " تصرف الإنسان في خالص حقه إنما ينفذ إذا لم يتعد إلى الإضرار بغيره " :<sup>3</sup>

المطلب الأول: معنى القاعدة:

لا بد قبل بيان معنى القاعدة الإجمالي من بيان معنى الإضرار في اللغة والاصطلاح، حتى يسهل توضيح معنى القاعدة الإجمالي.

الفرع الأول: معنى الإضرار في اللغة والاصطلاح:

المسألة الأولى: الإضرار في اللغة مأخوذ الضرر، وهو مأخوذ من ضر، حيث يقال: ضره يضره ضرراً، والإضرار مثله، وهو في اللغة على ثلاثة معاني: الأول: خلاف النفع، والثاني:

<sup>1</sup> ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، حديث رقم: 2340، 2/784. قال الألباني: صحيح. الألباني، إرواء الغليل، 3/408.

<sup>2</sup> الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 179. شبير، القواعد الفقهية، ص 165.

<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/560. تعد هذه القاعدة أساساً لنظرية " التعسف في استعمال الحق ". الزحيلي، وهبه، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي أو ( أحكام المسؤولية المدنية والجناحية )، ص 179، دار الفكر، بيروت، ط9، 1433هـ/2012م. وللإطلاع على هذه النظرية: الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1387هـ/1967م. ط4، 1408هـ/1988م.

اجتماع الشيء، والثالث: القوة،<sup>1</sup> والمعنى الأول هو المقصود هنا، فالضرر إذاً هو النقصان يدخل في الشيء.<sup>2</sup>

المسألة الثانية: معنى الضرر اصطلاحاً:

أما في الاصطلاح فقد عُرِف بأنه: " إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً "،<sup>3</sup> وعُرِف أيضاً بأنه: " إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً، سواءً أكانت في الأموال أو الحقوق أو الأشخاص " .<sup>4</sup>

إذا فالضرر هو كل ما فيه إنقاص حق للغير سواءً أكان النقصان مادياً أم معنوياً أم نفسياً أم جسمياً.

الفرع الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن الإنسان عندما يتصرف في خالص حقه عليه أن يراعي حقوق غيره وخاصة جيرانه، فلا يلحق بهم ضرراً، فمن كان مالكاً لدار أو محل أو غيره فله التصرف فيه بشرط أن لا يلحق ضرراً بجاره.<sup>5</sup>

المطلب الثاني: من تطبيقات القاعدة في فتح القدير:

وردت هذه القاعدة في كتاب الوكالة،<sup>6</sup> في

مسألة: التوكيل بالخصومة من قبل المدعي أو المدعى عليه بغير رضا الطرف الآخر:<sup>7</sup>

<sup>1</sup> ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة ضر، 3/ 360.

<sup>2</sup> الفراهيدي، الخليل بن أحمد، كتاب العين، باب الضاد مع الراء، ( ضر )، 7/ 7، تحقيق: مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي، دار وكتبة الهلال، بدون الطبعة وتاريخها.

<sup>3</sup> المناوي، عبد الرؤوف بن اتج العارفين، فيض القدير شرح الجامع الصغير، 6/ 431، تعليق: ماجد الحموي، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، ط1، 1456هـ.

<sup>4</sup> حماد، نزيه، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ص 287، ط1، 1429هـ/ 2008م. بدون مكان النشر.

<sup>5</sup> الزحيلي، نظرية الضمان، ص 179. وقد قيد الضرر هنا بكونه فاحشاً، والضرر الفاحش: ما يترتب عليه هدم البناء أو وهنه، أو منع المنافع المقصودة منه. أما الضرر اليسير كرفع البناء بحيث لا يسد الضوء ولا يمنع الهواء بالكلية عن جاره، فلا يمنع منه، ويمكنه فعله، لأنه لا يمكنه التحرز منه. شيبير، القواعد الفقهية، ص 181.

<sup>6</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 552-553. وقد عرف الوكالة بأنها: " إقامة الإنسان غيره مقامه في تصرف معلوم " .

<sup>7</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 559. وهذه المسألة في حقوق العباد سوى القصاص.

صورة المسألة: أن يوكل أحد المتنازعين سواء المدعي أو المدعى عليه غيره في خصومته، فهل يقبل هذا التوكيل ويلزم الطرف الآخر به بغير رضاه، أم أنه لا يلزم هذا التوكيل إلا برضا الطرف الآخر؟، حيث بين ابن الهمام أنه لا خلاف في جواز الوكالة بالخصومة، إنما الخلاف في لزومها للطرف الآخر.

أقوال العلماء في المسألة:

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى أن الوكالة بالخصومة لا تكون لازمةً إلا برضا الطرف الآخر، وقوله هذا يتفق مع ما ذهب إليه أبو حنيفة ويستثنى من ذلك حالات، منها: أن يكون الموكل مريضاً أو غائباً مسيرة ثلاثة أيام، وبعض الحالات الأخرى،<sup>1</sup> وقد استدلل لهذا القول بعدة أدلة، منها:<sup>2</sup>

1 . أن الحق هو الدعوى الصادقة والإنكار الصادق ، ودعوى المدعي خيراً يحتمل الصدق والكذب ، والسهو ، والغلط ، وكذا إنكار المدعى عليه فلا يزداد الاحتمال في خبره بمعارضة خبر المدعي فلم يكن كل ذلك حقاً فكان الأصل أن لا يلزم به جواب إلا أن الشرع ألزم الجواب لضرورة فصل الخصومات وقطع المنازعات المؤدية إلى الفساد وإحياء الحقوق الميتة ، وحق الضرورة يصير مقتضياً بجواب الموكل فلا تلزم الخصومة عن جواب الوكيل من غير ضرورة.

2. أن الموكل قصد بهذا التوكيل الإضرار بخصمه فيما هو مستحق عليه فلا يملكه إلا برضاه كالحوالة بالدين، وكالعبد المشترك يعتقد أنه الشريك في تخيير الآخر بين الإمضاء والفسخ لدفع الضرر .

ومعنى ذلك : أن الحضور والجواب مستحق عليه بدليل أن القاضي يقطعه عن أشغاله ويحضره ليجيب خصمه ، وإنما يحضره لإيفاء حق مستحق عليه، فالناس يتفاوتون في

<sup>1</sup> من الحالات المستثناة أيضاً: المرأة المخدرة التي لم تجر عاداتها بالبروز ومخالطة الرجال، والحاضر الذي يريد السفر، إلا أن القاضي لا يصدقه إلا بالنظر إلى زيه وعدة سفره ويسأله مع من يريد الخروج، فيسأل رفقاه عن ذلك، والمرأة الحائض والنفاس إذا كانت مدعية أو المدعى عليها امرأة، وكان قضاء القاضي في المسجد، ويستثنى من ذلك في حال إذا كانت مدعى عليها وأخرها المدعي حتى يخرج القاضي من المسجد فليس لها أن توكل، ومن كان محبوساً عند غير القاضي الذي ينظر في الدعوى، كمن كان محبوساً عند الوالي، ولا يمكنه الوالي من الخروج. ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 561. الفتاوى الهندية، 3/ 615.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 560. السرخسي، المبسوط، 19/ 7. الكاساني، بدائع الصنائع، 6/ 22.

الخصومة ، فبعضهم أشد خصومة من بعض كما دل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم " إنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من الآخر فأقضي له ، فمن قضيت له بحق أخيه فإنما هي قطعة من نار " <sup>1</sup>.

ومن المعلوم أن الوكيل إنما يُقصد عادةً لاستخراج الحيل والدعوى الباطلة ليغلب، وإن لم يكن الحق معه، وهذا فيه إضرار واضح بالآخر فلا يلزم إلا بالتزامه.

3. أن الموكل إذا كان مريضاً أو مسافراً فهو عاجز عن الدعوى وعن الجواب بنفسه فلو لم يملك النقل إلى غيره بالتوكيل لضاعت الحقوق وهلكت وهذا لا يجوز.

القول الثاني: يصح التوكيل من الحاضر من غير رضا الخصم ويلزم، وهذا ما ذهب إليه جمهور العلماء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، وأبو يوسف ومحمد من الحنفية،<sup>2</sup> وقد استدلل هذا الفريق لما ذهب إليه بعدد من الأدلة، منها:

1 . إجماع الصحابة رضي الله عنهم، حيث إن علياً بن أبي طالب رضي الله عنه وكل أخوه عقيلاً<sup>3</sup> عند أبي بكر رضي الله عنهما، وقال: " ما قضى له فلي، وما قضى عليه فعلي"، وبأنه وكل عبد الله بن جعفر<sup>4</sup> عند عثمان بن عفان رضي الله عنهما، وقال: " إن للخصومة

<sup>1</sup> البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب من أقام البيعة بعد اليمين، حديث رقم: 2680، 3/ 180. مسلم، صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة، حديث رقم: 1713، 3/ 1337.

<sup>2</sup> مالك بن أنس، المدونة، 4/ 662. الحطاب، مواهب الجليل، 5/ 184. الغزالي، محمد بن محمد، الوسيط في المذهب، 3/ 278، تحقيق: أحمد محمود، محمد تامر، دار السلام، القاهرة، ط1، 1417 هـ. السنكي، أسنى المطالب، 2/ 262. ابن قدامة، المغني، 5/ 65. المقدسي، موسى بن أحمد، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، 2/ 233، تحقيق: عبد اللطيف السبكي، دار المعرفة، بيروت. بدون الطبعة وتاريخها. السرخسي، المبسوط، 19/ 7 ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 559.

<sup>3</sup> عقيل بن عبد مناف بن عبد المطلب الهاشمي القرشي، وكنيته أبو يزيد، أعلم قریش بأيامها ومآثرها ومثالبها وأنسابها، أخو علي وجعفر لأبيهما، وكان أكبر منهما سناً، كان أحد أربعة رجال يتحاكم لهم الناس في الجاهلية، أسر يوم بدر، وفداه عمه العباس، وأسلم يوم الحديبية، توفي سنة 60 هـ. ابن حجر، الإصابة، 4/ 438. الزركلي، الأعلام، 4/ 242.

<sup>4</sup> عبد الله بن جعفر بن أبي طالب بن عبد المطلب الهاشمي القرشي، ولد بأرض الحبشة لما هاجر أبواه إليها، في السنة 1 هـ، كان جواداً كريماً، وكان أحد الأمراء في جيش علي رضي الله عنه يوم صفين، توفي بالمدينة المنورة سنة 80 هـ. ابن حجر، الإصابة، 4/ 35. الزركلي، الأعلام، 4/ 76.

قحماً<sup>1</sup> وإن الشيطان ليحضرها، وإنني لأكره أن أحضرها "،<sup>2</sup> قال صاحب المغني معلقاً على

هذا: " وهذه قصص انتشرت، لأنها في مظنة الشهرة، فلم ينقل إنكارها " .<sup>3</sup>

2. أن التوكيل بالخصومة صادف حق الموكل، فلا يقف على رضا الخصم، كالتوكيل باستيفاء الدين، والدليل على ذلك أن الدعوى حق المدعي، والإنكار حق المدعى عليه، فقد صادف التوكيل من المدعي والمدعى عليه حق نفسه، فلا يقف على رضا خصمه، كما لو خصمه بنفسه.<sup>4</sup>

وقد رد على هذا الدليل بقاعدة " تصرف الإنسان في خالص حقه إنما ينفذ إذا لم يتعد إلى الإضرار بغيره " .<sup>5</sup>

3. أن التوكيل حق تجوز النيابة فيه، فكان لصاحبه الاستتابة بغير رضا خصمه، كحال غيبته ومرضه، وكدفع المال الذي عليه.<sup>6</sup>

القول الثالث: أن القاضي إذا علم من المدعي التعنت في إباء الوكيل، لا يمكنه من ذلك، ويقبل من الخصم، وإذا علم من الموكل القصد إلى الإضرار بالمدعي في التوكيل، لا يقبل ذلك منه إلا برضا الخصم، وهذا ما ذهب إليه صاحب المبسوط، حجته في ذلك: أن في هذا القول دفع للضرر من الجانبين.<sup>7</sup> وهذا القول حاول أن يوفق بين قولي الحنفية فجاء وسطاً بينهما.

---

<sup>1</sup> القحح معناها المهالك. ابن قدامة، المغني، 65 / 5.  
<sup>2</sup> ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد، المصنف في الأحاديث والآثار، حديث رقم: 23177، 5 / 5، تحقيق: كمال يوسف، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1409 هـ. قال الالباني: ضعيف. الألباني، إرواء الغليل، 287 / 5.  
<sup>3</sup> ابن قدامة، المغني، 65 / 5.  
<sup>4</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 22 / 6.  
<sup>5</sup> ابن الهمام، فتح القدير، ص 560.  
<sup>6</sup> ابن قدامة، المغني، 65 / 5.  
<sup>7</sup> السرخسي، المبسوط، 8 / 19.

ويلاحظ على أدلة الأقوال السابقة أنها كانت أدلة لكل فريق ورد ومناقشة لأدلة الفريق الآخر، فلا حاجة لذكر هذه الردود والمناقشات في مطلب خاص، لأنها لا تخرج عن الأدلة المذكورة سابقاً.

والذي أميل إلى ترجيحه هو قول جمهور العلماء، وذلك لقوة أدلتهم التي ردوا فيها على أدلة الفريق الآخر، ويستثنى من ذلك حال ظهور قصد الضرر الواضح بالطرف الآخر. والله تعالى أعلم.

المبحث الثاني: فقه قاعدة "دفع الضرر عن المسلم واجب"<sup>1</sup>:

وفي لفظ آخر "دفع الضرر عن المسلمين واجب"<sup>2</sup>.

المطلب الأول: معنى القاعدة:

قبل بيان المعنى الإجمالي للقاعدة لا بد من توضيح معنى الواجب لغةً واصطلاحاً لتسهيل

بيان معناها الإجمالي، وقد تم بيان معنى الضرر في قاعدة سابقة<sup>3</sup>.

الفرع الأول: معنى الواجب لغةً واصطلاحاً:

المسألة الأولى: الواجب في اللغة معناه: سقوط الشيء ووقوعه، يقال: وجب البيع وجوباً:

حق ووقع، والواجب هنا ما لزم وثبت<sup>4</sup>.

المسألة الثانية: الواجب اصطلاحاً:

عُرف الواجب اصطلاحاً بأنه: "عبارة عما ثبت وجوبه بدليل فيه شبهة العدم، كخبر

الواحد<sup>5</sup>، وهو ما يثاب بفعله ويستحق بتركه عقوبة، لولا العذر، حتى يضلل جاحده ولا

يكفر به"<sup>6</sup>.

الفرع الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن دفع الضرر عن الإسلام وأهله قبل وقوعه، أو رفعه بعد وقوعه واجب، لأن الضرر

في الشرع ممنوع ومدفوع<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 359.

<sup>2</sup> السرخسي، شرح السير الكبير، 1/ 581..

<sup>3</sup> ص 106.

<sup>4</sup> ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة وجب، 6/ 89. الفيومي، المصباح المنير، مادة وجب، 2/ 648.

<sup>5</sup> خبر الواحد هو: "هو الحديث الذي يرويه الواحد أو الإثنين فصاعداً، ما لم يبلغ الشهرة والتواتر". الجرجاني، التعريفات،

ص 96.

<sup>6</sup> الجرجاني، التعريفات، ص 249.

<sup>7</sup> البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 4/ 334، 336.

المطلب الثاني: من تطبيقات القاعدة في فتح القدير:

وردت هذه القاعدة في كتاب أدب القاضي،<sup>1</sup> في

مسألة: دفع رشوة<sup>2</sup> لدفع الخوف من المدفوع له:

صورة المسألة: أن يدفع شخصٌ مالاً رشوة لشخص آخر لدفع الخوف عن نفسه أو ماله من المدفوع إليه.

أقوال العلماء في المسألة:

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى أن دفع الإنسان رشوة لدفع الخوف عن نفسه أو ماله من المدفوع إليه حلال للدافع حرام على الآخذ، وذلك لأن دفع الضرر عن المسلم واجب، والواجب لا يجوز أخذ المال لفعله، وهذا ما اتفق عليه جمهور الفقهاء.<sup>3</sup>

ومن أدلتهم أيضاً:

1 . ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " ... إن أحدكم ليخرج من عندي

لحاجته متأبطها، وما هي إلا النار، قال: - أي عمر بن الخطاب رضي الله عنه راوي الحديث

- قلت: يا رسول الله لم تعظهم؟، قال: " يابون إلا أن يسألوني، ويأبى الله لي البخل " .<sup>4</sup>

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 356.

<sup>2</sup> الرشوة في اللغة معناها: الجعل، وجمعها رشي، والمراد بها: المحاباة، قال ابن الأثير: " الرشوة: الوصلة إلى الحاجة بالمصانعة ". ابن منظور، لسان العرب، مادة رشا، 14/ 322.

أما الرشوة اصطلاحاً فهي: " ما يعطى، لإبطال حق، أو لإحقاق باطل ". الجرجاني، التعريفات، ص 111.

<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 359. ابن عابدين، الدر المختار، 5/ 362. ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، 4/ 174. الخطاب، مواهب الجليل، 6/ 121-122. الرملي، نهاية المحتاج، 8/ 255. النووي، روضة الطالبين، 11/ 143. ابن قدامة، المغني، 10/ 69. ابن مفلح، المبدع، 8/ 169.

<sup>4</sup> ابن حبان، محمد بن حبان، الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، كتاب الزكاة، باب المسألة والأخذ وما يتعلق به من المكافأة والثناء والشكر، حديث رقم: 3414، 8/ 203، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1408هـ/ 1988م. ابن حنبل، أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، حديث رقم: 11123، 17، 199، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1421هـ/ 2001م. قال الألباني: صحيح. الألباني، محمد ناصر الدين، صحيح الترغيب والترهيب، 1/ 200، مكتبة المعارف، الرياض، ط5. بدون تاريخ النشر.

وجه الدلالة من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يعطي بعض الناس العطايا من أجل أن يتقي السننهم.<sup>1</sup>

2. إذا كان الضرر الذي يريد أن يتقيه على نفسه، فإنه يكون بذل ماله لصيانة نفسه، وبذل المال لصيانة النفس جائزاً شرعاً، وكذلك إذا كان الضرر الذي يريد أن يتقيه على ماله، فإنه يكون بذل بعض ماله وقاية لسائر الأموال.<sup>2</sup>

وغيرها من الأدلة.<sup>3</sup>

القول الثاني: ذهب صاحب نيل الأوطار إلى تحريم الرشوة مطلقاً، بما فيها صورة المسألة،<sup>4</sup> وقد أيد قوله هذا بعدد من الأدلة، منها:

1 . بقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾،<sup>5</sup> فقد دلت الآية على أن

الأصل في مال المسلم التحريم.<sup>6</sup>

2 . عموم قوله صلى الله عليه وسلم: " لعن الله الراشي والمرتشي " .<sup>7</sup>

والذي أميل إلى ترجيحه هو قول جمهور العلماء، وذلك لقوة أدلتهم، ولأن " **الضرورات تبيح المحظورات** "،<sup>8</sup> فمع القول بحرمة الرشوة، إلا أنه يستثنى منها هذه الحالة، وذلك

1 . الخصاص، عمر بن عبد العزيز، شرح أدب القاضي، 60 / 2، تحقيق: محيي السرحان، مطبعة الارشاد، بغداد. بدون الطبعة وتاريخها.

2 . الخصاص، شرح أدب القاضي، 26 / 2.

3 . ذكر الخصاص عدداً آخر من الأدلة من آثار الصحابة والتابعين وغيرهم ما يقوي ما ذهب إليه جمهور العلماء. الخصاص، شرح أدب القاضي، 63-55 / 2.

4 . الشوكاني، محمد بن علي، نيل الاوطار، 308 / 8، تحقيق: عصام الدين الصبابي، دار الحديث، مصر، ط1، 1413هـ/ 1993م.

5 . سورة البقرة/ الآية 188.

6 . الشوكاني، نيل الاوطار، 308 / 8.

7 . ابن حبان، صحيح ابن حبان، كتاب القضاء، باب ذكر لعن المصطفى صلى الله عليه وسلم المرتشي في أسباب المسلمين، حديث رقم: 5077، 468 / 11. وورد الحديث أيضاً بلفظ " لعنة الله على الراشي والمرتشي ". ابن ماجه، سنن ابن ماجه، باب التغليظ

في الحيف والرشوة، حديث رقم: 2313، 775 / 2. قال الألباني: صحيح. الألباني، صحيح الجامع الصغير وزيادته، 907 / 2.

8 . السبكي، الأشباه والنظائر، ص 45. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 73.

للضرورة، ولا بد من التنويه أن "الضرورات تقدر بقدرها"<sup>1</sup>، فيدفع الإنسان من المال بما يدفع عن نفسه أو ماله الخوف، ولا يزيد على ذلك بما يدل على محاباة المدفوع له أو قصد التقرب منه، أو بناء علاقة معه للحصول على مصلحة أو لتقوية جانبه.

والله تعالى أعلم.

---

<sup>1</sup>. مجلة الأحكام العدلية، ص 18.

الفصل الرابع: فقه القواعد الفقهية المتعلقة بباقي القواعد الفقهية

الكبرى، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: فقه قاعدة : الضرورة تقدر بقدرها.

المبحث الثاني: فقه قاعدة : العبرة لعموم اللفظ.

رأيت أن أجمع القواعد الفقهية المتعلقة بباقي القواعد الفقهية في فصل واحد، لأنه لا يوجد سوى قاعدتين من القواعد الفقهية المتعلقة بباقي القواعد الفقهية الكبرى، إحداها متعلقة بقاعدة "المشقة تجلب التيسير"،<sup>1</sup> والثانية متعلقة بقاعدة "إعمال الكلام أولى من إهماله"،<sup>2</sup> وعليه سيكون هذا الفصل من مبحثين:

المبحث الأول: فقه قاعدة "الضرورة تقدر بقدرها"<sup>3</sup>:

تعتبر هذه القاعدة من القيود التي ترتبط بقاعدة "المشقة تجلب التيسير"، وخاصة لقاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"، وسيأتي توضيح ذلك عند بيان المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الأول: من ألفاظ القاعدة:

للقاعدة ألفاظ كثيرة، منها:

1. ما أبيع للضرورة يقدر بقدرها.<sup>4</sup>
2. ما جاز للضرورة يتقدر بقدرها.<sup>5</sup>
3. ما ثبت بالضرورة يقدر بقدرها.<sup>6</sup>
4. الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة.<sup>7</sup>
5. الثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة.<sup>8</sup>

---

<sup>1</sup> السبكي، الأشباه والنظائر، ص 49. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 76. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 64.  
<sup>2</sup> السبكي، الأشباه والنظائر، ص 171. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 128. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 114.  
<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 5/ 487. مجلة الأحكام العدلية، ص 18.  
<sup>4</sup> السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 84. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 73.  
<sup>5</sup> السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 154.  
<sup>6</sup> الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، 3/ 137.  
<sup>7</sup> السرخسي، المبسوط، 2/ 127.  
<sup>8</sup> السرخسي، المبسوط، 7، 147. 11/ 72. 30/ 28.

6. الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها.<sup>1</sup>

7. الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ويتجدد بتجددها.<sup>2</sup>

المطلب الثاني: معنى القاعدة:

لابد قبل بيان المعنى الإجمالي للقاعدة من بيان معنى الضرورة، والقدر في اللغة والاصطلاح، حتى يسهل توضيح المعنى الإجمالي للقاعدة.

الفرع الأول: شرح مفردات القاعدة:

المسألة الأولى: معنى الضرورة في اللغة والاصطلاح:

أولاً: الضرورة في اللغة مأخوذة من : من الضرر، وهي اسم من الاضطرار، ومعناها: الاحتياج إلى الشيء، واللجوء إليه، يقال: اضطر إلى الشيء أي ألجئ إليه.<sup>3</sup>

والضراء نقيض السراء، ولهذا أطلقت على المشقة.<sup>4</sup>

ومنها قوله عز وجل: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ﴾<sup>5</sup> أي فمن ألجئ إلى أكل الميتة

وما حرم وضيق عليه الأمر بالجوع، وأصله من الضرر وهو الضيق.<sup>6</sup>

ثانياً: الضرورة في الاصطلاح:

عرفها صاحب الموافقات بأنها هي ما: " لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفي

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 1/ 121. وقد سبق شرح هذه القاعدة عند ابن الهمام وبيان التطبيقات عليها في باب العبادات. مفارقة، القواعد والضوابط الفقهية المستخرجة من كتاب فتح القدير، ص32. (رسالة ماجستير)

<sup>2</sup> السرخسي، المبسوط، 2/ 127.

<sup>3</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة ضرر، 4/ 483.

<sup>4</sup> الفيومي، المصباح المنير، مادة ضرر، 2/ 360.

<sup>5</sup> سورة البقرة / الآية 173.

<sup>6</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة ضرر، 4/ 482.

الأخرى فوت النجاة والنعيم، والرجوع بالخسران المبين".<sup>1</sup>

وعُرفت أيضاً بأنها: هي التي تتضمن حفظ مقصود من المقاصد الخمسة: وهي حفظ النفس، والمال، والنسب، والدين والعقل،<sup>2</sup> وقريب منه أيضاً: " ما تضمن حفظ مقصود من المقاصد الخمس التي اتفقت الملل على حفظها وهي النفس والدين والعقل والمال والنسب".<sup>3</sup>

ويلاحظ أن التعريفات جميعها تصب في مصب واحد ألا وهو أن الضرورة قائمة على حفظ ضرورات خمسة لا يستقيم العالم إلا بها وبضياعها يهلك العالم ويحدث الفساد والتهاجر الذي ذكره صاحب الموافقات في تعريفه.

المسألة الثانية: القدر في اللغة: من قدرت الشيء أقدره، وأقدره، من التقدير، ومعناه مبلغ الشيء ونهايته، فالقدر مبلغ كل شيء.<sup>4</sup>

الفرع الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن الاضطرار إنما يبيح من المحظورات مقدار ما يدفع الخطر، ولا يجوز الاسترسال، ولا يباح بالضرورة محظوراً أعظم ضرراً من الصبر عليها، ومتى زال الخطر عاد الحظر،<sup>5</sup> أي إذا زالت الضرورة واندفعت عاد الحكم إلى ما كان عليه قبلها.<sup>6</sup>

المطلب الثالث: من تطبيقات القاعدة في فتح القدير:

وردت هذه القاعدة في كتاب البيوع،<sup>7</sup> في

<sup>1</sup> . الشاطبي، إبراهيم بن موسى اللخمي، الموافقات في أصول الشريعة، 265/2، تحقيق: عبدالله دراز، دار الحديث، القاهرة، 1427هـ/2006م.

<sup>2</sup> . الرازي، محمد بن عمر بن الحسين، المحصول في علم الأصول، 220/5، تحقيق: طه جابر فياض العلواني، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ط1، 1400هـ.

<sup>3</sup> . السبكي، علي بن عبد الكافي، الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي، 55/3، تحقيق: جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1404هـ.

<sup>4</sup> . ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة قدر، 62/5.

<sup>5</sup> . الزرقاء، المدخل الفقهي العام، 2/1004.

<sup>6</sup> . البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 6/264.

<sup>7</sup> . ابن الهمام، فتح القدير، 5/454.

مسألة: دخول الأرض التي تحت الشجرة في البيع المطلق:<sup>1</sup>

صورة المسألة: أن يشتري شخصٌ شجرة في أرض بيعاً مطلقاً، أي من غير ذكر الأرض، فهل تدخل الأرض في بيع الأشجار أم لا ؟.

أقوال العلماء في المسألة:

في المسألة قولان:

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى القول بعدم دخول الأرض في هذا البيع، وإنما المبيع الشجرة فقط دون الأرض، وقوله هذا هو ما ذهب إليه أبو حنيفة في قوله الصحيح وأبو يوسف، والشافعية، والحنابلة حجتهم في ذلك:<sup>2</sup>

1 . أن الأرض أصل والشجرة تبع، فلا ينقلب الأصل تبع، حيث أن الشجرة تدخل في بيع الأرض من غير شرط تبعاً للأرض، فلو دخلت في بيع الشجرة لاستتبع التبع الأصل، وهذا قلب للحقيقة.<sup>3</sup>

2. أن الشجر ليس للقرار – أي القرار في الأرض – وما يصح بيعه وليس للقرار لا يدخل في البيع تبعاً لغيره، بخلاف البناء فإنه يجوز بيعه منفرداً، ولكنه موضوع للقرار.<sup>4</sup>

3. أن لفظ الشجرة لا يشمل الأرض، وليس من مدلولاتها اللغوية أو الشرعية ما يجعل الأرض تابعة لها.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 5/ 487. والمقصود بالبيع المطلق هنا: من غير شرط دخول الأرض أو عدم دخولها.  
<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 5/ 487. السرخسي، المبسوط، 23 / 53. الشربيني، مغني المحتاج، 2 / 491. السنيكي، زكريا بن محمد، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، 1 / 213، دار الفكر، بيروت، 1414 هـ / 1994 م. ابن قدامة، المغني، 4 / 59. المقدسي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، 2 / 126.  
<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 5 / 487. الكاساني، بدائع الصنائع، 5 / 167.  
<sup>4</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 5 / 487.  
<sup>5</sup> الشربيني، مغني المحتاج، 2 / 491. ابن قدامة، المغني، 4 / 59. العثمان، محمد بن راشد، بيع العقار والثمار في الفقه الإسلامي، ص 199، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1418 هـ / 1997 م.

القول الثاني: ذهب محمد من الحنفية ورواية عن أبي حنيفة والمالكية<sup>1</sup> إلى أنه يدخل في هذا البيع من الأرض ما تحتها،<sup>2</sup> وقد احتجوا لقولهم هذا بأنه اشترى الشجر، وهو اسم للمستقر على الأرض، وإلا فهو جذع وحطب، فيدخل من الأرض ما يتم به حقيقة اسمها، وهو دخول **بالضرورة فيقدر بقدرها**.

والذي أميل إلى ترجيحه هو القول الأول، وذلك لقوة أدلتهم، ولأنه يمكن الرد على دليل القول الثاني " بأن بقاء الشجر على الأرض إنما كان استثناءً لأجل منفعة المشتري، على حساب البائع، فكيف نجحف بحق البائع أيضاً ونتبع الأرض للشجر، ونولي المشتري ما ليس من حقه مع أن مقتضى عقد البيع أساساً يستلزم أن يستلم المشتري المبيع وهو الأشجار، ولهذا لا نقر المشتري على تملك حق غيره وهو البائع هنا "<sup>3</sup>.

والله تعالى أعلم.

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 487/5. الكاساني، بدائع الصانع، 167/5. العبدري، التاج والأكليل، 443/6. الحطاب، مواهب الجليل، 495/4.

<sup>2</sup> اختلفوا في قدر الداخل من الأرض، فقيل بقدر غلط ساقها، وقيل بقدر ساقها، وقيل بقدر ظلها عند الزوال، وقيل بقدر عروقها العظام، هذا إذا لم يعين فإذا عين يدخل قدر المعين. ابن الهمام، فتح القدير، 487/5. شبيخي زاده، عبد الرحمن بن محمد، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، 16/2، دار إحياء التراث العربي، القاهرة. بدون الطبعة وتاريخها.

<sup>3</sup> العثمان، بيع العقار والثمار، ص 198. يمكن مراجعة هذه المسألة وما يتعلق بها من فروع أخرى في المرجع المذكور من ص 197-200.

## المبحث الثاني: فقه قاعدة " العبرة لعموم اللفظ " <sup>1</sup>:

تعتبر هذه القاعدة تابعة لقاعدة " إعمال الكلام أولى من إهماله " .

المطلب الأول: من ألفاظ القاعدة:

1 . اشتهرت بلفظ : العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب <sup>2</sup>.

2. العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب <sup>3</sup>.

3. إذا ورد دليل بلفظ عام مستقبل، ولكن على سبب خاص، فهل العبرة بعموم اللفظ أم بخصوص

السبب ؟ <sup>4</sup>.

4. هل العبرة بعموم اللفظ أو بخصوص السبب؟ <sup>5</sup>.

المطلب الثاني: معنى القاعدة:

قبل بيان المعنى الإجمالي للقاعدة، لا بد من توضيح المقصود بالعموم، وما يقابله وهو الخصوص، من أجل بيان المعنى الإجمالي للقاعدة.

الفرع الأول: معنى العموم، والخصوص في اللغة والاصطلاح:

المسألة الأولى: معنى العموم في اللغة والاصطلاح:

أولاً: العموم في اللغة: مأخوذة من عم، ومعناه: الطول والكثرة والعلو، <sup>6</sup>

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 395. 5 / 89، فصل في الكفارة، دار الفكر.

<sup>2</sup> السبكي، الأشباه والنظائر، 2 / 134.

<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 69/1، 224، 289- 273 / 2. ينظر: مفارحة، القواعد والضوابط الفقهية المستخرجة من كتاب فتح القدير، ص 57. ( رسالة ماجستير) فقد شرحت هذه القاعدة عند ابن الهمام وبينت تطبيقاتها في فتح القدير في باب العبادات.

<sup>4</sup> ابن اللحام، علي بن محمد، القواعد والفوائد الأصولية وما يتبعها من الأحكام الفرعية، ص 318، تحقيق: عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، بيروت، 1420 هـ / 1999 م.

<sup>5</sup> السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، الإتقان في علوم القرآن، 1 / 110، تحقيق: محمد أبو الفضل، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1394 هـ / 1974 م.

<sup>6</sup> ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة عم، 4 / 15.

وهو يدل على الشمول.<sup>1</sup>

ثانياً: العموم اصطلاحاً، معناه: " هو اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد "،<sup>2</sup> وعُرف أيضاً بأنه: " استغراق اللفظ بجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد، دفعة واحدة".<sup>3</sup>

فالعموم اصطلاحاً لا يخرج عن المعنى اللغوي والذي يفيد استغراق اللفظ.

المسألة الثانية: معنى الخصوص في اللغة والاصطلاح:

لا بد أيضاً من بيان معنى الخصوص لأنه لفظ يقابل العموم.

أولاً: الخصوص في اللغة: مأخوذ من خص ، وهو خلاف عم، ومعناه: الفرجة والثلمة،<sup>4</sup> وسمي بذلك لأنه إذا أفرد اللفظ يؤدي إلى إيقاع فرجة بينه وبين غيره، بخلاف العموم.<sup>5</sup>

ثانياً: الخصوص اصطلاحاً معناه: " تفرّد بعض الشيء بما لا يشاركه فيه الجملة "،<sup>6</sup> وعُرف أيضاً بأنه: " تمييز بعض الجملة بالحكم " .<sup>7</sup>

الفرع الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن اللفظ العام يحمل على عمومه، ولو نزل في شخص بعينه أو كان بسبب سؤال أو واقعة حدثت، لأن استخدام الشارع الصيغة العامة في سبب خاص يدل دلالة واضحة على أن العبرة بعموم اللفظ فيتناول كل من باشر ذلك العمل الوارد في سبب النزول، ولأن الواجب على الناس إتباعه، هو ما ورد به نص الشارع، وقد ورد نص الشارع بصيغة العموم فيجب العمل بعمومه.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> قلعي، معجم لغة الفقهاء، 1/ 322.

<sup>2</sup> الرازي، محمد بن عمر، المحصول، 2/ 309، تحقيق: طه جابر العلواني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1418هـ/ 1997م.

<sup>3</sup> قلعي، معجم لغة الفقهاء، 1/ 322.

<sup>4</sup> الفرجة: الخلل بين الشينين. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة خل، 2/ 156. والثلمة: الفتح في الشيء. الأزدي، محمد بن الحسن، جمهرة اللغة، الثام واللام، 2/ 1133، تحقيق: رمزي بعلبكي، دار العلم للملايين، بيروت، ط1، 1987م.

<sup>5</sup> ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة خص، 2/ 153. الفيومي، المصباح المنير، مادة خصص، 1/ 171.

<sup>6</sup> الأصفهاني، الحسين بن محمد، المفردات في غريب القرآن، 1/ 284، تحقيق: صفوان الداودي، دار القلم، بيروت، ط1، 1412هـ.

<sup>7</sup> ابن الفراء، العدة في أصول الفقه، 1/ 155.

<sup>8</sup> خلاف، علم أصول الفقه، ص 189. شبير، القواعد الفقهية، ص 293.

المطلب الثالث: من تطبيقات القاعدة في فتح القدير:

وردت هذه القاعدة في كتاب أدب القاضي،<sup>1</sup> في

مسألة: قضاء القاضي بشهادة رجل وامرأتين في حد أو قصاص:<sup>2</sup>

صورة المسألة: أن يقضي قاضٍ في حد أو قصاص بشهادة رجل وامرأتين، ثم يرفع الحكم إلى قاضٍ آخر يرى عدم جواز شهادة رجل مع امرأتين في الحدود والقصاص، فهل ينفذه أم ينقضه؟

أقوال العلماء في المسألة:

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى أنه يجب على القاضي الذي رفع إليه هذا القضاء أن ينفذه، حجته في ذلك أن القضاء الأول حصل في موضع اشتباه الدليل، وإذا حصل القضاء بدليل فيه اشتباه فإنه لا ينقض، بل ينفذ، حيث قال: " لأن المرأة من أهل الشهادة، إذ ظاهر قوله تعالى: ﴿فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾<sup>3</sup> يدل على جواز شهادتهن مطلقاً، وإن وردت في المداينة، لأن العبرة لعموم

اللفظ، ولم يرد نص قاطع في إبطال شهادة النساء في هذه الصورة"،<sup>4</sup> وهذا ما ذهب إليه فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية في الراجح والحنابلة.

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 356.

<sup>2</sup> وقع خلاف بين العلماء في القضاء بشهادة رجل وامرأتين في الحدود والقصاص، على قولين:

القول الأول: لا تقبل شهادة النساء في الحدود والقصاص، سواء كن منفردات، أو مع الرجال، وهذا ما ذهب إليه جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة. السرخسي، المبسوط، 16/ 113-114. الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، 2/ 140. مالك بن أنس، المدونة، 4/ 9. ابن رشد، بداية المجتهد، 4/ 248. الماوردي، الحاوي الكبير، 17/ 7. النووي، المجموع، 20/ 259. ابن مفلح، المبدع، 8/ 331. ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، 4/ 282.

القول الثاني: تقبل شهادة النساء مع الرجال في الحدود والقصاص، وهذا قول الظاهرية الذين يرون أن شهادة النساء في الحدود والقصاص تقبل مطلقاً سواء كن منفردات أو مع الرجال، وروي عن عطاء بن أبي رباح، وحماد بن سليمان، القول بقبول شهادة المرأتين مع الرجل، وعدم قبولها منهن منفردات. ابن حزم، علي بن أحمد، المحلى بالآثار، 8/ 476، دار الفكر، بيروت. بدون الطبعة وتاريخها. ابن قدامة، المعنى، 10/ 130.

وقد استدلل كل فريق بعدد من الأدلة، وكان لكل دليل نقاش ورد لا يتسع المقام لسردها ومناقشتها والرد عليه. ويمكن مراجعتها في المصادر السابقة. بالإضافة إلى: أبو بصل، علي، شهادة النساء في الفقه الإسلامي، ص 150 وما بعدها، مجلة جامعة دمشق، م 17، العدد الثاني، 2001م. أبو ستينة، رامي شحدة، شهادة النساء على دعاوى النفقات وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، ص 46 وما بعدها، الجامعة الإسلامية، غزة، 1428هـ/ 2007م. (رسالة ماجستير). إغبارية، أحلام محمد، شهادة النساء، دراسة فقهية قانونية مقارنة، ص 151 وما بعدها، جامعة الخليل، الخليل، 1431هـ/ 2010م. (رسالة ماجستير). والذي أميل إلى ترجيحه بعد دراستي للأقوال والأدلة والمناقشات والردود، هو قول جمهور العلماء، والله تعالى أعلم.

<sup>3</sup> سورة البقرة/ الآية 282.

<sup>4</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 395. وهذا القول يورده ابن الهمام نقلاً عن أجاز شهادة رجل مع امرأتين.

حيث إن الحكم عند الحنفية لا ينفذ إلا إذا خالف الكتاب أو السنة المشهورة أو الإجماع، أما ما اختلف فيه الفقهاء ففضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى خلافه فإنه يمضيه.<sup>1</sup>

أما المالكية فهم يرون أن الحكم لا ينفذ في مواطن الاجتهاد، فقال صاحب الفروق: " ... النقض في مواطن الاجتهاد خطأ ... ".<sup>2</sup>

فالمالكية لا ينفذ الحكم عندهم إلا إذا كان مخالفاً للقرآن الكريم أو السنة الصحيحة أو الإجماع أو القياس الجلي السالم عن المعارضة، أو القواعد العامة الشرعية السالمة عن المعارض.<sup>3</sup>

والشافعية في الصحيح عندهم أن الأحكام لا تنقض إلا إذا كانت مخالفة لنص الكتاب أو السنة المتواترة أو الآحاد أو الإجماع أو القياس الجلي.<sup>4</sup>

والحنابلة لا ينفذ الحكم عندهم أيضاً إلا إذا كان مخالفاً للكتاب أو السنة أو الإجماع.<sup>5</sup>

القول الثاني: ذهب السبكي الشافعي إلى القول بنقض الحكم إذا كان مخالفاً للمذاهب الأربعة، لأنه كالمخالف للإجماع.<sup>6</sup>

إذاً فحكم القاضي الأول بشهادة رجل وامرأتين في حد أو قصاص، ليس بمخالف لنص من كتاب أو سنة أو إجماع، لأن من العلماء من قال بجواز الحكم بشهادة رجل وامرأتين في الحدود أو القصاص كما بينت في الهامش، فلا ينفذ حكمه إذا رفع إلى قاض آخر يرى عدم جواز الحكم بشهادة رجل وامرأتين في حد أو قصاص، وهو ما أميل إلى ترجيحه، للأدلة المذكورة للجمهور، ولأسباب أخرى منها، أن ذلك يؤدي إلى استقرار الأحكام ووثوق الناس بها، وإنهاء الخصومات،

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 393. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، 5 / 401.

<sup>2</sup> القرافي، الفروق، 4 / 41.

<sup>3</sup> القرافي، الفروق، 4 / 40. العمري، صالح بن محمد، إيقاظ همم أولي الأبصار للاقتداء بسيد المهاجرين والأنصار، ص 92، دار المعرفة، بيروت. بدون الطبعة وتاريخها.

<sup>4</sup> الرملي، نهاية المحتاج، 8 / 258. الهيتمي، تحفة المحتاج، 10 / 144.

<sup>5</sup> ابن قدامة، المغني، 10 / 50. المرادوي، الإنصاف، 11 / 223.

<sup>6</sup> الرملي، نهاية المحتاج، 8 / 258. الهيتمي، تحفة المحتاج، 10 / 144.

وقطع الطريق على حكام السوء الذين قد يتذرعون بمخالفته للمذاهب الأربعة لنقض الحكم وهم في الحقيقة لا يريدون إلا محاباة من يكون النقص لمصلحتهم.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>. زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ص 268.

الفصل الخامس: فقه القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بقاعدة " التابع

تابع "،<sup>1</sup> وفيه مبحثان:

المبحث الأول: فقه القواعد الفقهية المتعلقة بقاعدة " التابع تابع ":

المطلب الأول: فقه قاعدة : إذا سقط الخيار في الأصل سقط في التابع.

المطلب الثاني: شرط الشيء تبع له.

المطلب الثالث: فقه قاعدة : ما لا يصح إفراده بالعقد ابتداء لا يصح استثنائه

من العقد.

المطلب الرابع: فقه قاعدة : المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط.

المبحث الثاني: فقه الضوابط الفقهية المتعلقة بقاعدة " التابع تابع ":

فقه ضابط: براءة الأصل توجب براءة الكفيل.

<sup>1</sup> . السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 117. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 102.

وقد خصصت لقاعدة " التابع تابع " فصلاً خاصاً، لأنها واحدة من القواعد الكلية العامة،<sup>1</sup> ولم ترد هذه القاعدة في فتح القدير، ولكن وردت بعض القواعد والضوابط المتعلقة بها، وسأكتفي هنا ببيان المعنى الإجمالي للقاعدة، ثم أدرس القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بها بعد ذلك.

المعنى الإجمالي للقاعدة: " أن التابع للشيء في الوجود حقيقة أو حكماً تابع له في الحكم، فيسري عليه ما يسري على متبوعه، ولا يفرد بالحكم، فإذا بيع حيوان في بطنه جنين دخل الجنين في البيع تبعاً لأمه، ولا يجوز إفراده بالبيع ".<sup>2</sup>

### المبحث الأول: فقه القواعد الفقهية المتعلقة بقاعدة " التابع تابع " .<sup>3</sup>

ورد في فتح القدير أربعة من القواعد الفقهية المتعلقة بقاعدة " التابع تابع "، وقد أفردت كل واحدة منها بمطلب خاص.

المطلب الأول: فقه قاعدة " إذا سقط الخيار في الأصل سقط في التبع " .<sup>4</sup>

وهذه القاعدة مبنية على قاعدة " إذا سقط الأصل سقط الفرع "،<sup>5</sup> وفي لفظ " الفرع يسقط إذا سقط الأصل "،<sup>6</sup> وفي لفظ ثالث " التابع يسقط بسقوط المتبوع "،<sup>7</sup> فكذا الخيار إذا سقط في الأصل يسقط في التبع.

<sup>1</sup> القواعد الكلية العامة: " هي التي ترجع إليها مسائل فقهية كثيرة من أبواب متعددة، ويتفرع عليها بعض القواعد الفرعية".

شبير، القواعد الفقهية، ص 300.

<sup>2</sup> شبير، القواعد الفقهية، ص 301.

<sup>3</sup> من القواعد الفقهية التابعة لهذه القاعدة عند ابن الهمام قاعدة " الحكم لا يبقى في التبع بعد فوات الأصل ". ابن الهمام، فتح القدير، 2 / 141. وقد شرحت هذه القاعدة عند ابن الهمام بشكل كامل وذكرت تطبيقاته عليها في باب العبادات. مفارجه، القواعد والضوابط الفقهية المستخرجة من كتاب فتح القدير، ص 62 وما بعدها.

<sup>4</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 5 / 537.

<sup>5</sup> مجلة الأحكام العدلية، المادة 50، ص 21.

<sup>6</sup> السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 119.

<sup>7</sup> الزركشي، المنتور في القواعد، ص 235. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 118. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 103.

الفرع الأول: معنى القاعدة:

لابد قبل توضيح المعنى الإجمالي للقاعدة من بيان معنى الخيار، و معنى التبّع، وقد تم بيان معنى الأصل في قاعدة سابقة.<sup>1</sup>

المسألة الأولى: معنى الخيار والتبّع في اللغة والاصطلاح:

أولاً: معنى الخيار في اللغة:

الخيار في اللغة: مأخوذة من خير، وهي اسم من الاختيار، ومعناه: طلب خير الأمرين.<sup>2</sup>

ثانياً: معنى التبّع في اللغة والاصطلاح:

1 . التبّع في اللغة: ما تبّع أثر الشيء فهو تبعة، وتابّع بين الأمور : أي واتر ووالى،<sup>3</sup> والتبّع في اللغة يطلق على التلو والقفو والإلحاق، فيقال: تبعت فلاناً إذا تلوته واتبعته إذا لحقته، ومنه المصلي تبّع لإمامه، والجمع أتباع.<sup>4</sup>

2. التابع اصطلاحاً:

بين شبير أن التابع في الاصطلاح يطلق على عدة أمور، منها:<sup>5</sup>

أ . ما اتصل بغيره اتصالاً حقيقياً لغة أو شرعاً، بحيث يكون جزءاً منه كالعضو من الحيوان، وفروع الأشجار وأوراقها، وقفل الباب المثبت في الباب.

ب. ما اتصل بغيره اتصالاً قابلاً للانفصال عنه: مثل الجنين، والثمار.

ج . ما اتصل بغيره اتصالاً ضرورياً: مثل المفتاح من القفل.

<sup>1</sup> . ص 58 .

<sup>2</sup> . ابن منظور، لسان العرب، مادة خير، 4 / 267 .

<sup>3</sup> . ابن منظور، لسان العرب، مادة تبّع، 8 / 29 .

<sup>4</sup> . ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة تبّع، 1 / 362 . الفيومي، المصباح المنير، مادة تبّع، 1 / 72 .

<sup>5</sup> . شبير، القواعد الفقهية، ص 300-301 . وقد استنبط هذه التعريفات من مجلة الأحكام العدلية. مجلة الأحكام العدلية، المواد من 230-233، ص 209-213 .

د . ما اتصل بغيره اتصالاً عرضياً كالنقل والتفريع في الأشياء والمباغة .

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن الخيار إذا سقط في الأصل فإنه لا بد أن يسقط في التبغ، لأن التابع لا يستقل بالحكم، فالشيء الذي يكون وجوده أصلاً لوجود شيء آخر يتبعه في الوجود يكون ذلك الفرع مبتنىً عليه، فإذا سقط الأصل سقط الفرع المبني عليه، وكذلك إذا سقط الخيار في الأصل سقط الخيار في تبعه، ولا عكس، فلا يلزم من سقوط الخيار في الفرع سقوطه في الأصل.<sup>1</sup>

الفرع الثاني: من تطبيقات القاعدة في فتح القدير:

وردت هذه القاعدة في باب خيار الرؤية،<sup>2</sup> في

مسألة: الرؤية المعتبرة في خيار الرؤية إذا كان المبيع شيئاً واحداً:

صورة المسألة: أن ينظر المشتري إلى المقصود من المبيع ثم يشتريه، فهل يبقى له خيار الرؤية إذا رأى باقيه، أم يسقط خياره؟.

أقوال العلماء في المسألة:

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى أن من نظر إلى المقصود الأصلي من المبيع ثم اشتراه، سقط خياره في الرؤية وليس له أن يرده بخيار الرؤية إذا رأى باقيه، وذلك لأن رؤية جميع أجزاء المبيع غير مشروط في انتفاء ثبوت خيار الرؤية لتعذره عادة وشرعاً، فيكتفي برؤية المقصود، **فإذا سقط الخيار في الأصل سقط في التبغ.**<sup>3</sup>

<sup>1</sup> الزحيلي، محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 1/ 450، دار الفكر، دمشق، ط1، 1427هـ/ 2006م.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 5/ 530.

خيار الرؤية هو: " الوقوف على الحال والمحل الذي يعرف به المقصود الأصلي من المبيع ". مجلة الأحكام العدلية، المادة 323، ص 64.

<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 5/ 536-537.

أي أن خيار الرؤية سقط برؤية المقصود من المبيع والذي هو الأصل فيسقط في باقي المبيع الذي هو تبع للأصل، ومن أمثلته: رؤية وجه الصبرة أو وجه الجارية أو العبد، وهذا ما عليه المذهب الحنفي، والمالكية، وقول عند الشافعية، والحنابلة في قول<sup>1</sup>.

ولابد من الإشارة إلى أنه وقع خلاف بين أصحاب هذا المذهب في تحديد ما يتم به العلم المقصود الذي يكتفى برؤيته، ويمكن مراجعة هذه المسألة في مصادرها المذكورة في الهامش.

القول الثاني: ذهب الشافعية والحنابلة في الراجح عندهم إلى عدم جواز بيع الغائب أصلاً، وبالتالي عدم ثبوت خيار الرؤية في أي من الحالات<sup>2</sup>.

حجتهم في ذلك أن هذا البيع فيه غرر، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر<sup>3</sup>.

والذي أميل إلى ترجيحه هو القول الأول، لأن الغرر في هذا البيع غرر يسير يزول برؤية المقصود من المبيع، حيث رؤية جميع أجزاء المبيع قد تكون متعذرة.

المطلب الثاني: فقه قاعدة " شرط الشيء تبع له " :<sup>4</sup>

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة:

وردت هذه القاعدة بألفاظ عديدة، منها:

1 . شرط الشيء يتبعه<sup>5</sup>.

2. شرط الشيء تابع له<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 4/ 596. الكاساني، بدائع الصانع، 5/ 293. الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3/

24. الشربيني، معني المحتاج، 2/ 358. النووي، منهاج الطالبين، 1/ 95. ابن قدامة، المعني، 3/ 495.

<sup>2</sup> الشافعي، الأم، 3/ 3. الشربيني، معني المحتاج، 2/ 357. ابن قدامة، المعني، 3/ 494. المقدسي، عبد الرحمن بن إبراهيم، العدة شرح العمدة، ص 240، دار الحديث، القاهرة، 1424هـ/ 2003م.

<sup>3</sup> عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر ". مسلم، صحيح مسلم،

كتاب الطلاق، باب بطلان بيع الحصاة، والبيع الذي فيه غرر، حديث رقم: 1513، 3/ 1153.

<sup>4</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 238. السرخسي، المبسوط، 12/ 158. البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 5/ 76.

<sup>5</sup> السرخسي، المبسوط، 3/ 116 - 5/ 36.

<sup>6</sup> السرخسي، المبسوط، 18/ 144.

### 3. شرط الشيء تبعه.<sup>1</sup>

الفرع الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة:

سبق بيان معاني مفردات القاعدة في قواعد سابقة فلا حاجة لإعادة تكرارها،<sup>2</sup> ويبقى بيان المعنى الإجمالي للقاعدة، وهو أن شرط الشيء وإن كان سابقاً له في الوجود، إلا أنه يتبعه في أحكامه، فيثبت الشرط بثبوت المشروط، وينعدم بانعدامه، لأن التابع يتبع متبوعه في ثبوته وانتفائه، والقول بأن شرط الشيء يسبقه، لأن المشروط لا يتحقق وجوده بدون ثبوت شرطه وسبقه له في الوجود، وأما أن شرط الشيء يتبعه فالمقصود أنه يتبعه في أحكامه، فإذا صح المشروط صح شرطه، ولا عكس، أي إذا لم يصح الشرط لا يصح المشروط لوجود مانع أو فقد شرط آخر.<sup>3</sup>

الفرع الثالث: من تطبيقات القاعدة في فتح القدير:

وردت هذه القاعدة في باب السلم،<sup>4</sup> في

مسألة: الاختلاف في أصل الأجل في بيع السلم:

صورة المسألة: أن يدعي المسلم إليه ( البائع ) أن عقد السلم له أجل معين، ويدعي رب السلم (المشتري) أن عقد السلم ليس له أجل. أي أن يقول المسلم إليه في عقد السلم: كان له أجل، ويقول رب السلم: لم يكن له أجل، وقول رب السلم هذا يؤدي إلى عدم صحة عقد السلم عند جمهور العلماء.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> السرخسي، المبسوط، 11 / 7.

<sup>2</sup> تم تعريف الشرط، ص 85. تم تعريف التبع، ص 128.

<sup>3</sup> البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 76 / 5.

<sup>4</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 204 / 6.

<sup>5</sup> ذهب جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والحنابلة إلى اشتراط كون المسلم فيه مؤجلاً فلا يصح السلم الحال، ولا يصح السلم بدون الأجل. السرخسي، المبسوط، 124 / 12. الكاساني، بدائع الصنائع، 2 / 212. ابن رشد، محمد بن أحمد، المقدمات والممهّدات، 2 / 26، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1408هـ / 1988م. العبدري، التاج والأكليل، 6 / 476. ابن قدامة، المغني، 4 / 218. المرادوي، الإنصاف، 5 / 84. ومن أدلتهم:

أولاً: قوله صلى الله عليه وسلم: " من أسلف فيسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم ". الترمذي، سنن الترمذي، باب ما جاء في السلف في الطعام والتمر، حديث رقم: 1311، 3 / 594. قال الألباني: صحيح. الألباني، غاية المرام، ص 207. =

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى أن القول في هذه الصورة قول المسلم إليه، أي ثبوت الأجل في بيع السلم، وهذا ما ذهب إليه أبو حنيفة، والمالكية مع يمينه، والشافعية في الراجح، والحنابلة مع يمينه.<sup>1</sup>

وقد استدلوا لما ذهبوا إليه بعدد من الأدلة، منها:

1 . لأنه يدعي صحة العقد، والظاهر في العقود الصحة.<sup>2</sup>

2. لأنهما اتفقا على عقد واحد، فيكونان متفقان على الصحة ظاهراً، إذ الظاهر من حال المسلم الامتناع عن العقد الفاسد.<sup>3</sup>

3. لأن شرط الشيء تبع له، فالإتفاق على صدور هذا العقد اتفاق على صدور شرائطه.

فكان إنكار الأجل هنا إنكار بعد الإقرار فلا يقبل.<sup>4</sup>

4. أن الظاهر يشهد له، حيث إن الظاهر من حال المسلم اجتناب المعصية، ومباشرة العقد الفاسد معصية.<sup>5</sup>

---

=وجه الدلالة من الحديث: أن النبي صلى الله عليه وسلم أوجب مراعاة الأجل في السلم. الكاساني، بدائع الصنائع، 5/ 212. ثانياً: لأن السلم الحال يفضي إلى المنازعة، لأنه من بيع المفاليس، فالظاهر أن يكون المسلم إليه عاجزاً عن تسليم المسلم فيه، ورب السلم يطالب بالتسليم فينتاز عان على وجه تقع الحاجة إلى الفسخ. ثالثاً: وفيه إلحاق ضرر برب السلم، لأنه سلم رأس المال إلى المسلم إليه وصرفه في حاجته فلا يصل إلى المسلم فيه ولا إلى رأس المال. الكاساني، بدائع الصنائع، 5/ 212. القول الثاني: ذهب الشافعية إلى عدم اشتراط الأجل في بيع السلم، فقالوا بجوازه في الحال والمؤجل، حجتهم في ذلك قياسه الأولوي على السلم المؤجل. الشافعي، الأم، 3/ 95. الماوردي، الحاوي الكبير، 18/ 147. 1. ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 238. الكاساني، بدائع الصنائع، 6/ 263. ابن عابدين، رد المحتار، 5/ 222. أنس بن مالك، المدونة، 3/ 94. الرافعي، فتح العزيز بشرح الوجيز، 9/ 164. النووي، المجموع، 13/ 79. ابن قدامة، المغني، 4/ 148. البهوتي، كشف القناع، 3/ 299. 2. ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 238. البهوتي، كشف القناع، 3/ 299. 3. ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 238. 4. ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 238. 5. الكاساني، بدائع الصنائع، 6/ 263.

القول الثاني: أن القول قول رب السلم، وهذا قول الصحابين من الحنفية، والشافعية في قول مع يمينه.

حجتهم في ذلك أن الأجل أمر يستفاد من قبل رب السلم حقاً عليه شرعاً، وهو منكر لثبوته، والقول في الشرع قول المنكر.<sup>1</sup>

القول الثالث: ذهب زفر<sup>2</sup> من الحنفية إلى القول بأنه يتحالف رب السلم والمسلم إليه، ويترادان، وقد استدل لذلك: بالقياس على الاختلاف في الصفة، حيث بين أن الاختلاف في أصل المسلم فيه كالاختلاف في صفته، حيث أنه لا صحة للسلم بدون الأجل، كما لا صحة له بدون الوصف، فصار الأجل وصفاً للمعقود عليه شرعاً فيوجب التحالف.<sup>3</sup>

والذي أميل إلى ترجيحه هو القول الأول، وذلك لقوة أدلتهم التي كان فيها رد على أدلة الفريق الثاني، وأما دليل القول الثالث فيمكن الرد عليه بأن " الأجل ليس بمعقود عليه والاختلاف فيما ليس بمعقود عليه لا يوجب التحالف بخلاف الاختلاف في الصفة ".<sup>4</sup>

والله تعالى أعلم.

المطلب الثالث: فقه قاعدة " ما لا يصح إفراده بالعقد ابتداء لا يصح استثنائه من العقد " :<sup>5</sup>

وقد وردت القاعدة أيضاً بلفظ " ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثنائه منه " ،<sup>6</sup> وفي لفظ آخر " لا يصح استثناء ما لا يصح بيعه مفرداً " .<sup>7</sup>

الفرع الأول: معنى القاعدة:

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 238. الكاساني، بدائع الصنائع، 6/ 263. ابن عابدين، رد المحتار، 5/ 222. الرافعي، فتح

العزیز بشرح الوجيز، 9/ 164. النووي، المجموع، 13/ 79.

<sup>2</sup> زفر بن الهذيل بن قيس العبدي، من تميم، ولد سنة 110 هـ، وأصله من أصبهان، أبو هذيل، فقيه كبير، من أصحاب أبي حنيفة، جمع بين العلم والعبادة، وكان أحد العشرة الذين دونوا ( الكتب )، وكان من أصحاب الحديث فغلب عليه الرأي، توفي في البصرة سنة 158 هـ. القرشي، الجواهر المضية، 1/ 243. الزركلي، الأعلام، 3/ 45.

<sup>3</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 6/ 263.

<sup>4</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 6/ 263.

<sup>5</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 82.

<sup>6</sup> ابن عابدين، رد المحتار، 5/ 62.

<sup>7</sup> ابن قدامة، المغني، 4/ 78.

قبل بيان المعنى الإجمالي للقاعدة لا بد من توضيح المقصود بالاستثناء، والعقد.

المسألة الأولى: شرح مفردات القاعدة:

أولاً: معنى الاستثناء لغةً واصطلاحاً:

1 . الاستثناء لغةً: مأخوذة من ثنى، وهي بمعنى رد، وثنيت الشيء ثنياً بمعنى عطفته، وصرفته، واستثنيت الشيء من الشيء أي حاشيته، والثنياً: أن يستثنى منها شيء مجهول.<sup>1</sup>

فالاستثناء لغةً بمعنى: رد الشيء، وعطفه، وصرفه.

2. الاستثناء اصطلاحاً: عُرف بأنه: " إخراج لما بعد إلا وأخواتها من حكم ما قبلها في الإيجاب وإدخاله في النفي "،<sup>2</sup> وعُرف أيضاً بأنه: " إخراج الشيء من الشيء، لولا الإخراج لوجب دخوله فيه "،<sup>3</sup> و

وهذان التعريفان يوضحان العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي، حيث لا يخرج المعنى الاصطلاحي عن اللغوي في أنه يبين أن الاستثناء هو إخراج أو صرف أو رد شيء عن شيء في حكمه، باستخدام إلا وأخواتها أو ما يدل على الاستثناء.

ثانياً: معنى العقد:

1 . العقد لغةً: يدل على شد وشدة ووثوق وعاهد، مأخوذ من عقد الحبل، أي شده ويقال: عقد البيع: أي أوجبه وأبرمه، وهو نقيض الحل، والجمع عقود.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة ثنى، 14 / 115 - 116. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة ثنى، 1 / 391 - 392.

<sup>2</sup> الشربيني، مغني المحتاج، 3 / 301.

<sup>3</sup> الجرجاني، التعريفات، ص 23.

<sup>4</sup> ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة عقد، 4 / 86.

2 . أما اصطلاحاً فقد عُرف بأنه: " التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول "،<sup>1</sup> وعُرف أيضاً بأنه: " اتفاق بين طرفين يلتزم فيه كل منهما تنفيذ ما تم الاتفاق عليه، ولا بد فيه من إيجاب وقبول " .<sup>2</sup>

وهذا يظهر أن المعنى الاصطلاحي للعقد لا يخرج عن المعنى اللغوي.

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن الأشياء بالنسبة لوقوع العقد عليها نوعان، النوع الأول: ما يستقل بنفسه بأن يكون له حكم بانفراده، والنوع الثاني: ما لا يستقل بنفسه، بل يكون تابعاً لغيره، فما لا يستقل بنفسه، لا يصح إفراده بالعقد، لأنه تابع للمستقل، وكذلك لا يصح استثناءه وإخراجه من العقد، فهو تابعٌ لغيره في وجوده فيكون تابعاً له في أحكامه، فلا يجوز إفراده أو استثناءه من العقد.<sup>3</sup>

الفرع الثاني: من تطبيقات القاعدة في فتح القدير:

وردت هذه القاعدة في باب البيع الفاسد،<sup>4</sup> في

مسألة: من باع جارية أو حيواناً واستثنى ما في بطنه:

أقوال العلماء في المسألة:

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى القول بعدم جواز بيع الجارية أو الحيوان واستثناء ما في بطنه من البيع، وهذا ما عليه جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في الراجح،<sup>5</sup>

ومن الأدلة التي احتجوا بها:

<sup>1</sup> مجلة الأحكام العدلية، المادة 103، ص 29.

<sup>2</sup> قلنجي، معجم لغة الفقهاء، ص 317.

<sup>3</sup> البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 236 /9 - 237.

<sup>4</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 41 /6.

<sup>5</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 82 /6. السرخسي، المبسوط، 19 /13. الكاساني، بدائع الصنائع، 175 /5. مالك بن أنس، المدونة،

536 /2. ابن رشد، البيان والتحصيل، 447 /7. النووي، روضة الطالبين، 406 /3. السنيكي، أسنى المطالب، 35 /2. ابن

مفلح، المبدع، 32 /4. ابن قدامة، المغني، 79 /4.

1 . نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثنيا.<sup>1</sup>

2. لأنه بيع مجهول، حيث أن الجنين في البطن مجهول، ولا يدري أذكر هو أم أنثى؟، واحداً أو مثنى؟، فإذا كان المستثنى مجهولاً، فالمستثنى منه يصير مجهولاً أيضاً، وجهالة المعقود عليه تمنع جواز العقد.<sup>2</sup>

3. لأن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثنائه من العقد، وذلك لأن الاستثناء إنما يخرج بعض ما تناوله الصدر عن حكمه، وما يدخل تبعاً ليس مما يتناوله اللفظ، كالمفاتيح لا يتناولها اسم الدار فلا ستنى منه.<sup>3</sup>

القول الثاني: روي عن الإمام أحمد، وبعض التابعين<sup>4</sup> القول بصحة الاستثناء، وقد استدلوا لذلك، بالقياس على صحة الاستثناء في العتق، حيث يصح استثناء الحمل من العتق عند الحنابلة، فصح في البيع بالقياس عليه.<sup>5</sup>

والذي أميل إلى ترجيحه هو القول الأول، وذلك لقوة أدلتهم، لأنه يمكن الرد على دليل القائلين بالصحة بالقول بأنه " لا يلزم من الصحة في العتق الصحة في البيع، لأن العتق لا تمنعه الجهالة ولا العجز عن التسليم، ولا يعتبر فيه شروط البيع " .<sup>6</sup>

<sup>1</sup> عن جابر بن عبد الله، قال: " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة، والمزابنة، والمعاومة، والمخابرة - قال أحدهما: بيع السنين

هي المعاومة - وعن الثنيا، وخص في العرايا "، والثنيا هي أن يستثنى في عقد البيع شيئاً مجهولاً. مسلم، صحيح مسلم، باب النهي عن

المحاقلة والمزابنة، حديث رقم: 1536، 3 / 1175. ابن قدامة، المغني، 4 / 79.

<sup>2</sup> السرخسي، المبسوط، 13 / 19. ابن قدامة، المغني، 4 / 79.

<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 82.

<sup>4</sup> وهم: الحسن بن حي، والنخعي، وإسحاق بن راهويه، وأبو ثور، وروي ذلك عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهم. ابن قدامة،

المغني، 4 / 79. ابن رشد، البيان والتحصيل، 7 / 447.

<sup>5</sup> المروزي، إسحاق بن منصور، مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه، 6 / 2968، الجامعة الإسلامية، المدينة

المنورة، ط1، 1425 هـ/ 2002 م. ابن قدامة، المغني، 4 / 79.

<sup>6</sup> ابن قدامة، المغني، 4 / 79.

المطلب الرابع: فقه قاعدة "المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط"<sup>1</sup>:

وردت هذه القاعدة عند ابن الهمام على ثلاثة ألفاظ، منها اللفظ السابق واللفظان الثاني والثالث من الفرع الأول.

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة:

1 . المعلق بالشرط عدم قبل وجوده.<sup>2</sup>

2. المعلق بالشرط معدوم قبله.<sup>3</sup>

3. المعلق لا ينجز.<sup>4</sup>

4. المتعلق بالشرط معدوم قبله.<sup>5</sup>

5. المتعلق بالشرط معدوم قبل الشرط.<sup>6</sup>

الفرع الثاني: معنى القاعدة:

سبق بيان معنى الشرط في قاعدة سابقة،<sup>7</sup> ويبقى بيان معنى المعلق في اللغة والاصطلاح، ثم بيان المعنى الإجمالي للقاعدة.

المسألة الأولى: معنى المعلق في اللغة، والاصطلاح:

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 554. السرخسي، المبسوط، 3/ 130.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 5/ 532. باب القرآن، 2/ 529، دار الفكر. السرخسي، المبسوط، 6/ 205.

<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 228.

<sup>4</sup> الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، 3/ 216.

<sup>5</sup> السرخسي، المبسوط، 11/ 64.

<sup>6</sup> السرخسي، المبسوط، 15/ 98.

<sup>7</sup> ص 85 .

أولاً: المعلق لغةً: مأخوذ من علق، ومعناه أن يناط الشيء بالشيء العالي، وقيل أيضاً: أن ينشب الشيء بالشيء، حيث يقال: علقت بالشيء أعلقه تعليقاً. وقد علق به، إذا لزمه.<sup>1</sup>

ثانياً: التعليق اصطلاحاً معناه: "التزام أمر لم يوجد في أمر يمكن وجوده في المستقبل"،<sup>2</sup> وعُرف أيضاً بأنه: "ربط حصول مضمون جملة بحصول جملة أخرى".<sup>3</sup>

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن المعلق بالشرط أو على الشرط لا يأخذ حكمه إلا بوجود شرطه وتحققه، ولا يكون منجزاً قبل وجود الشرط، والمشروط معدوم قبل وجود شرطه، ولا ينبني عليه حكم. لكن إذا وجد شرطه أصبح كالمنجز وأخذ حكمه.<sup>4</sup>

لطفه: ذكر الزرقا في شرحه أن هناك فرق بين المعلق بالشرط، والمقيد بالشرط،<sup>5</sup> وهو أن المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط، لأن ما توقف حصوله على حصول شيء يتأخر بالطبع عنه. بخلاف المقيد بالشرط فإن تقييده لا يوجب تأخره في الوجود على القيد، بل سبقه عليه.<sup>6</sup>

الفرع الثالث: من تطبيقات القاعدة في فتح القدير:

وردت هذه القاعدة في باب خيار الرؤية،<sup>7</sup> في

مسألة: وقت ثبوت خيار الرؤية:

بين ابن الهمام أن وقت ثبوت خيار الرؤية هو وقت رؤية المبيع، وأن المشتري لو قال: رضيت، قبل رؤية المبيع، فإن له خيار الرؤية إذا رآه، وله أن يرد المبيع بعد رؤيته بخيار الرؤية حتى لو

<sup>1</sup> ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة علق، 4/ 125-126.

<sup>2</sup> الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 415. الزحيلي، القواعد الفقهية، 1/ 536.

<sup>3</sup> الزحيلي، القواعد الفقهية، 1/ 530.

<sup>4</sup> البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 9/ 758.

<sup>5</sup> المقيد به معناه: "التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة". الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 419. الزحيلي،

القواعد الفقهية، 1/ 536.

<sup>6</sup> الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 419. الزحيلي، القواعد الفقهية، 1/ 536.

<sup>7</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 5/ 530.

قال قبل رؤيته رضيت، حجته في ذلك أن خيار الرؤية معلق في قوله صلى الله عليه وسلم: " من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه " <sup>1</sup> بالرؤية، والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده، والاسقاط لا يتحقق قبل الثبوت.

وبين أن المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط إذا لم يكن له سبب غير ذلك الشرط، وخيار الرؤية معلق بسبب واحد وهو الرؤية، فيثبت به تعليق الإجازة، وهذا ما عليه المذهب الحنفي، والشافعية في قول، والحنابلة في قول. <sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> البيهقي، السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب من قال يجوز بيع العين الغائبة، حديث رقم: 10425، 439/5 الدارقطني، علي بن عمر، سنن الدارقطني، كتاب البيوع، حديث رقم: 2803، 382/3، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1424هـ/2004م. قال البيهقي: هذا مرسل، وأبو بكر بن أبي مريم ضعيف.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 5/332. الغزالي، الوسيط في المذهب، 3/43. الجويني، عبد الملك بن عبد الله، نهاية المطلب في دراية المذهب، 5/11، تحقيق: عبد العظيم الديب، دار المنهاج، ط1، 1428هـ/2007م. ابن قدامة، المغني، 3/496. أما المالكية فالشرط عندهم في بيع الغائب أن يشترط المشتري خيار الرؤية ليصح عقده، وبدونه يفسد العقد. مالك بن أنس، المدونة، 3/255. العبدري، التاج والأكليل، 6/118.

أما الشافعية في الجديد والحنابلة في الراجح فهم لا يجيزون بيع الغائب أصلاً، فلا خيار رؤية عندهم. الشافعي، الأم، 3/75. الماوردي، الحاوي الكبير، 5/14-16. ابن قدامة، المغني، 3/494. المقدسي، العدة شرح العدة، ص 240.

## المبحث الثاني: فقه الضوابط الفقهية المتعلقة بقاعدة " التابع تابع ":

تعلق بقاعدة " التابع تابع " ضابط واحد وهو " براءة الأصيل توجب براءة الكفيل " <sup>1</sup>:

وقد جاء هذا الضابط بعدة ألفاظ، منها:

- براءة الأصيل بالإبراء توجب براءة الكفيل. <sup>2</sup>

- براءة الأصيل بأي طريق يكون موجب براءة الكفيل. <sup>3</sup>

- براءة الأصيل بأي سبب كائن توجب براءة الكفيل. <sup>4</sup>

المطلب الأول: معنى القاعدة:

لابد قبل بيان المعنى الإجمالي للقاعدة من بيان معنى الإبراء، والأصيل، والكفيل، في اللغة والاصطلاح.

الفرع الأول: شرح مفردات القاعدة:

المسألة الأولى: معنى الإبراء:

مأخوذة من بري، وبريء وباريء وبراء براءة، بمعنى سقط وخلص وخلا، يقال بريء زيد من دينه، أي سقط عنه طلبه، وبرأته من العيب، أي جعلته بريئاً منه، والبراءة من الحق: خلو الذمة منه. <sup>5</sup>

المسألة الثانية: معنى الأصيل:

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 307.

<sup>2</sup> السرخسي، المبسوط، 25 / 125.

<sup>3</sup> السرخسي، المبسوط، 19 / 163.

<sup>4</sup> السرخسي، المبسوط، 25 / 148.

<sup>5</sup> الفيومي، المصباح المنير، مادة بري، 1 / 46. الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، مادة برأ، 1 / 36. قلنجي، معجم لغة الفقهاء، ص 106.

الأصيل مأخوذ من الأصل، وقد سبق بيان معنى الأصل في اللغة<sup>1</sup>.

أما اصطلاحاً فالأصيل في العقد هو: " من يتم العقد نيابة عنه لصالحه وإليه تنصرف آثار العقد"<sup>2</sup>.

وفي هذا الضابط معناه: " المدين أو من عليه الدين والمطالب به أصلاً"<sup>3</sup>، وعُرف أيضاً بأنه: " هو الذي عليه الدين أصالة"<sup>4</sup>.

المسألة الثالثة: معنى الكفيل:

أولاً: الكفيل في اللغة: مأخوذ من كفل، وهو بمعنى تحمل والتزم وضمن، يقال: كفلته وكفلت به، إذا تحملت به، ويقال: تكفلت بالمال، أي التزمت به وألزمته نفسي، ويقال: أكفلت فلاناً المال، أي ضمنته إياه، والاسم منه الكفالة<sup>5</sup>.

ثانياً: الكفالة اصطلاحاً معناها: " ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة"<sup>6</sup>، وعُرف أيضاً بأنه: " ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بالحق"<sup>7</sup>.

والكفيل هو: " الضامن للمدين الأصيل"<sup>8</sup>.

الفرع الثاني: المعنى الإجمالي للضابط:

أنه إذا كان على إنسان دين وكان له كفيل، ثم سدد المدين دينه، أو أبرأه الدائن، فلا يجوز للدائن بعد ذلك مطالبة الكفيل بالدين، فمهما برىء الأصيل برىء الضامن والكفيل لا العكس، فالكفيل

<sup>1</sup> ص 58 .

<sup>2</sup> قلعجي، معجم لغة الفقهاء، ص 72.

<sup>3</sup> البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 2 / 41.

<sup>4</sup> الخرشبي، شرح مختصر خليل، 6 / 27.

<sup>5</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة كفل، 11 / 590. الفيومي، المصباح المنير، مادة كفل، 2 / 536.

<sup>6</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 7 / 163، دار الفكر.

<sup>7</sup> قلعجي، معجم لغة الفقهاء، ص 382.

<sup>8</sup> البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 2 / 41.

تابع للأصيل في الإبراء، ولأن مطالبة الكفيل إنما تجوز إذا عجز الأصيل عن الدفع، أو أنكر الدين وأقر به الكفيل، فالكفيل تابع للأصيل في الإبراء.<sup>1</sup>

المطلب الثاني: من تطبيقات هذا الضابط في فتح القدير:

مسألة: إبراء الكفيل بإبراء الأصيل:

ذهب ابن الهمام إلى القول بأنه إذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه حقه بريء الكفيل، لأن **براءة الأصيل توجب براءة الكفيل**، وهذا ما عليه فقهاء المذاهب الأربعة.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 41 / 2.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 307 / 6. الكاساني، بدائع الصنائع، 13 / 6. الزيلعي، تبيين الحقائق، 156 / 4. الخرشي، شرح مختصر خليل، 27 / 6. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 336-337 / 3. الغزالي، الوسيط في المذهب، 247 / 3. النووي، روضة الطالبين، 264 / 4. ابن قدامة، المغني، 409 / 4. البهوتي، كشاف القناع، 364 / 3.

## الفصل السادس: فقه القواعد والضوابط الفقهية الخاصة بالمعاملات المالية، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: فقه القواعد الفقهية الخاصة بالمعاملات المالية:

المطلب الأول: فقه قاعدة : الإبراء إسقاط .

المطلب الثاني: فقه قاعدة : بيع الحقوق المجردة لا يجوز.

المطلب الثالث: فقه قاعدة : التأجيل في الأعيان لا يصح.

المطلب الرابع: فقه قاعدة : حق العبد عند معارضة حق الله تعالى يقدم.

المطلب الخامس: فقه قاعدة : الساقط لا يعود إلا بسبب جديد.

المطلب السادس: فقه قاعدة : كل جهالة مفضية إلى المنازعة مبطلّة.

المطلب السابع: فقه قاعدة : ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراد يجوز استثنائه من العقد.

المطلب الثامن: فقه قاعدة : الملك انما يتأكد بتأكد السبب.

المطلب التاسع: فقه قاعدة : اختلاف الأسباب يوجب اختلاف الأعيان حكماً.

المبحث الثاني: فقه الضوابط الفقهية الخاصة بالمعاملات المالية:

المطلب الأول: فقه ضابط : الأوصاف لا يقابلها شيء.

المطلب الثاني: فقه ضابط : التسبب في الإلتاف تعدياً سبب للضمان.

المطلب الثالث: فقه ضابط : تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز.

المطلب الرابع: فقه ضابط : الجودة في الأموال الربوية عند المقابلة بالجنس ساقطة.

المطلب الخامس: فقه ضابط : الشبهة معتبرة كالحقيقة في أبواب الربا.

المطلب السادس: فقه ضابط : كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به.

المطلب السابع: فقه ضابط : كل ما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون أجره في الإجارة.

المطلب الثامن: فقه ضابط : النقود لا تتعين بالتعيين.

المعاملات المالية هي: " الأحكام الشرعية المنظمة لتعامل الناس في الأموال، وهي تشمل المعاوزات: من بيع وإجارة، والتبرعات: من هبة ووقف، ووصية، والإسقاطات: كالإبراء من الدين، والمشاركات، والتوثيقات: من رهن، وكفالة، وحوالة " <sup>1</sup>.

وبناءً على التعريف السابق سأتناول في هذا الفصل القواعد والضوابط الفقهية الواردة في فتح القدير من كتاب البيوع إلى كتابة الوكالة المتعلقة بالأمور السابق ذكرها في التعريف، والتي لم تدخل تحت أي من القواعد الكلية المذكورة في الفصول السابقة، ويشمل هذا الفصل على سبعة عشر قاعدة وضابط، وهو مقسم إلى مبحثين:

### المبحث الأول: فقه القواعد الفقهية الخاصة بالمعاملات المالية:

المطلب الأول: فقه قاعدة " الإبراء إسقاط " <sup>2</sup>:

ومن ألفاظ هذه القاعدة:

- الإبراء إسقاط حق <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> شبير، محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص 12، دار النفائس، عمان، ط6، 1427هـ/ 2007م.  
<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 505، 518.

وقع خلاف بين العلماء حول الإبراء، هل هو إسقاط أم تملك، فكانت أقوالهم كالآتي:

أولاً: الإبراء عند الحنفية: إسقاط فيه معنى التملك، بدليل قبوله للرد في الغالب، وهذه آية التملك الكاساني، بدائع الصنائع، 5/ 172. أو المعالي، المحيط البرهاني، 7/ 411.

ثانياً: الإبراء عند المالكية: هبة فيها معنى الإسقاط، حيث عرفوا الإبراء بأنه: " نقل للملك "، فيكون من قبيل الهبة، وفي قول اعتبروا الإبراء إسقاط، فعرفوه بأنه " إسقاط للحق ". الدسوقي، حاشية الدسوقي، 4/ 99. الصاوي، حاشية الصاوي، 4/ 142. ثالثاً: الإبراء عند الشافعية لهم فيه تفصيل: في القول القديم: إسقاط محض. وفي القول الجديد: تملك. الشربيني، مغني المحتاج، 3/ 206. الحصني، أبو بكر بن محمد، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ص 266، تحقيق: علي عبد الحميد، دار الخير، دمشق، ط1، 1994م.

رابعاً: عند الحنابلة في الراجح: الإبراء إسقاط وليس تملك. ابن قدامة، الكافي، 3/ 69. ابن مفلح، الفروع، 6/ 342. المرادوي، الإنصاف، 7/ 130. وفي قول آخر جزم جماعة من الحنابلة: بأن الإبراء تملك. ابن مفلح، الفروع، 6/ 342. المرادوي، الإنصاف، 7/ 130.

ومن ثمار هذا الخلاف اختلاف الفقهاء في أن الإبراء هل يتوقف على القبول أم لا؟، وفي رد الإبراء، والاختلاف في صحة الإبراء عن مجهول. ويمكن الإطلاع على تفاصيل هذه المسائل في: الموسوعة الفقهية الكويتية، 1/ 148 وما بعدها. ويمكن الإطلاع على رسالة ماجستير درست موضوع الإبراء والإسقاط بالتفاصيل: يونس، صايل أحمد، نظرية الإبراء والإسقاط في الفقه الإسلامي، ص 2 وما بعدها، إشراف: صالح الشريف، جامعة النجاح، نابلس، 1421هـ/ 2000م.

<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 39.

- الإبراء هل هو إسقاط أو تمليك؟<sup>1</sup>

- الإبراء إسقاط أو تمليك؟<sup>2</sup>

الفرع الأول: معنى القاعدة:

قبل بيان المعنى الإجمالي للقاعدة، لابد من شرح مفرداتها.

المسألة الأولى: شرح مفردات القاعدة:

أولاً: معنى الإبراء في اللغة والاصطلاح:

1 . الإبراء في اللغة: مأخوذ من برأ، ولها عدة معانٍ، منها: معافى، يقال: أصبح بحمد الله بارئاً، أي معافى، وتأتي أيضاً بمعنى خلا، ومنها يقال: أنا بريء منه: أي خلي منه، وتأتي بمعنى تخلص، وتأتي بمعنى المسامحة والاسقاط، يقال: برأه من الدين، أي سامحه، وأسقطه عنه.<sup>3</sup>

وقد بين صاحب معجم مقاييس اللغة أن برأ ترجع في اللغة إلى أصليين:

الأول: الخلق، ومنها برأ الله الخلق يبرؤهم برءاً.

الثاني: التباعد من الشيء ومزايته، ومن ذلك البرء وهو السلامة.<sup>4</sup>

فأصل تركيب البرء جاء لخلوص الشيء من غيره، إما على سبيل التقصي، كبرأ المريض من مرضه، والمديون من دينه، أو الإنشاء كبرأ الله تعالى آدم عليه السلام من الطين.<sup>5</sup>

والأصل الثاني هو المطلوب في هذا القاعدة، فيكون معنى الإبراء: المسامحة والاسقاط والسلامة والخلو والتخلص.

2. الإبراء اصطلاحاً : اختلف العلماء في تعريف الإبراء على قولين:

<sup>1</sup> السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 171.

<sup>2</sup> السبكي، الأشباه والنظائر، 2 / 305.

<sup>3</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة برأ، 1 / 31-33. الزبيدي، تاج العروس، مادة برأ، 1 / 145.

<sup>4</sup> ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، 1 / 236.

<sup>5</sup> الزبيدي، تاج العروس، مادة برأ، 1 / 145.

الأول: عرف الحنفية الإبراء بأنه: " إسقاط ما في الذمة " <sup>1</sup>.

الثاني: عرف الشافعية في الجديد الإبراء بأنه: " تملك المدين ما في ذمته " <sup>2</sup>.

وقد ظهر أثر هذا الخلاف في الفاظ القاعدة، في هل الإبراء إسقاط أم تملك ؟

وفي القاعدة الإبراء هو: " إسقاط الحق الثابت في الذمة " <sup>3</sup>، لأن هذا تعريف الحنفية للإبراء.

أما التعريف الأكثر دقة للإبراء فهو التعريف الذي يخرج من هذا الخلاف وهو تعريف الإبراء بأنه: " تنازل صاحب الحق عن حقه الذي يملك التصرف به " <sup>4</sup>.

ولا تخرج كل هذه المعاني عن المعنى اللغوي للإبراء.

3. الإبراء العام والخاص: <sup>5</sup>

أ. الإبراء العام معناه: " إبراء أحد آخر من كافة الدعاوى ".

ب. الإبراء الخاص معناه: " إبراء أحد من دعوى متعلقة بخصوص ما كدعوى دار، أو مزرعة، أو دعوى دين من جهة من الجهات ".

ثانياً: معنى الإسقاط في اللغة والاصطلاح:

1 . الإسقاط في اللغة: مأخوذ من سقط، وهو أصل واحد يدل على الوقوع، ومن ذلك سقط الشيء يسقط سقوطاً، <sup>6</sup> و الإسقاط العفو، يقال: عفوت عن الحق أسقطته. <sup>7</sup>

2. الإسقاط اصطلاحاً: عُرف بأنه: " الإبراء عن المستحق والعفو عنه وعدم المطالبة به " <sup>8</sup>.

<sup>1</sup> الزيلعي، تبیین الحقائق، 67 / 3. ابن نجيم، البحر الرائق، 238 / 4.

<sup>2</sup> السنيني، فتح الوهاب، 252 / 2. البجيرمي، حاشية البجيرمي، 30 / 3.

<sup>3</sup> قلعجي، معجم لغة الفقهاء، 38 / 1.

<sup>4</sup> الهيني، عبد الحميد عبد المحسن، حكم الإبراء من غير صاحب الحق، ص 629، مجلة جامعة دمشق، المجلد 28، العدد

الثاني، 2012م.

<sup>5</sup> مجلة الأحكام العدلية، المادتان: 1537، 1538، ص 298.

<sup>6</sup> ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة سقط، 86 / 3. الفيومي، المصباح المنير، مادة سقط، 280 / 1.

<sup>7</sup> الفيومي، المصباح المنير، مادة عفو، 419 / 2.

<sup>8</sup> الزحيلي، القواعد الفقهية، 596 / 1.

وعُرف أيضاً بأنه: " عفو المرء عن حق له على الغير " <sup>1</sup>.

ويلاحظ العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي، حيث أن العفو عن الحق في اللغة بمعنى إسقاطه والإبراء منه.

ثالثاً: تعريف " الإبراء إسقاط " في مجلة الأحكام: " هو أن يبriء أحد آخر من تمام حقه الذي له في ذمته ، أو يحط مقداراً منه " <sup>2</sup>، و التي ذكرت أن الإبراء نوعان من جهة الإسقاط والاستيفاء، وإبراء الاستيفاء معناه هو : " عبارة عن اعتراف أحد بقبض واستيفاء حقه الذي هو في ذمة الآخر " <sup>3</sup>.

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للقاعدة:

أنه إذا أبرأ صاحب الحق مدينه من حقه عليه وسامحه، أو حط عنه مقداراً منه، فإن هذا الحق يسقط وتبرأ ذمة المدين، وتخلو مما كان يشغلها.

الفرع الثاني: من تطبيقات القاعدة في فتح القدير:

وردت هذه القاعدة في باب خيار العيب، <sup>4</sup> في

مسألة: عدم اشتراط البراءة:

صورة المسألة: أن يقول البائع بعت هذا الشيء على أني بريء من كل عيب، فهل يصح هذا الشرط في البيع أم لا يصح؟، ويكون للمشتري الخيار برد المبيع إذا وجد فيه عيباً، أم أن البائع يبرأ من كل عيب؟.

أقوال العلماء في المسألة:

<sup>1</sup> . قلعي، معجم لغة الفقهاء، ص 67.

<sup>2</sup> . مجلة الأحكام العدلية، المادة 1536، ص 298.

<sup>3</sup> . مجلة الأحكام العدلية، المادة 1536، ص 298.

<sup>4</sup> . ابن الهمام، فتح القدير، 2 / 6.

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى القول بأن البيع بشرط البراءة من كل عيب صحيح في الحيوان وغيره، ويبرأ البائع من كل عيب قائم وقت البيع معلوم أو غير معلوم، وهذا ما عليه المذهب الحنفي، والمالكية في قول والشافعية في قول.<sup>1</sup>

وقد استدلوا لقولهم هذا بعدد من الأدلة، منها:

1 . بقوله صلى الله عليه وسلم: " المسلمون عند شروطهم "،<sup>2</sup> وجه الدلالة من الحديث: أن هذا شرط قد شرطاه، فوجب الوفاء به.<sup>3</sup>

2 . أن الإبراء إسقاط حق يتم بلا قبول كالطلاق والعتاق بأن طلق نسوته أو أعتق عبده ولم يدر كم هم ولا أعيانهم، كأن ورث عبداً في غير بلده أو زوجه وليه صغيراً فبلغ وهي في غير بلده، ولذا لا يصح تملك الأعيان بلفظ الإبراء، ويصح الإبراء بلفظ الإسقاط: أسقطت عنك ديني عليك، والإسقاط لا يبطله جهالة الساقط، لأن جهالته لا تفضي إلى المنازعة وإن كان في ضمنه التملك فيظهر أثره في صحة رده وعدم تعليقه بالشرط فانتهى المانع ووجد المقتضي.<sup>4</sup>

3 . أن القيام بالعيب حق من حقوق المشتري قبل البائع، فإذا أسقطه سقط أصله وسائر الحقوق الواجبة.<sup>5</sup>

4 . لأنه عيب رضي به المشتري فبرئ منه البائع كما لو أوقفه عليه.<sup>6</sup>

القول الثاني: ذهب المالكية في الأصح، والشافعية في الراجح، والحنابلة في رواية إلى القول بأن البائع لا يبرأ من كل عيب يعلمه، ويبرأ من العيب الذي لا يعلمه، وهذا خاص بالحيوان، أما ما

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 38 / 6 . السرخسي، المبسوط، 13، 91 . ابن عابدين، الدر المختار، 42 / 5 . خسرو، درر الحكام، 2 / 167 . ابن رشد، بداية المجتهد، 3 / 200 . العبدري، التاج والإكليل، 6 / 353 . العمراني، البيان، 5 / 325 . النووي، المجموع، 12 / 357 . المنهجي، محمد بن أحمد، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، 1 / 61، تحقيق: مسعد السعدني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1417 هـ / 1996 م.

<sup>2</sup> البخاري، صحيح البخاري، كتاب الإجارة، باب أجر السمسة، 3 / 92.

<sup>3</sup> العمراني، البيان، 5 / 326.

<sup>4</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 39 . السرخسي، المبسوط، 13 / 92.

<sup>5</sup> ابن رشد، بداية المجتهد، 3 / 200.

<sup>6</sup> النووي، المجموع، 12 / 355.

دون الحيوان فلا يبرأ بأي حال.<sup>1</sup>

وقد استدلوا بعدد من الأدلة، منها:

1 . بما روي أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما باع غلاماً له بثمانمائة درهم، وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر: بالغلام داء لم تسمه لي، فاختصما إلى عثمان بن عفان رضي الله عنه، فقال الرجل: باعني عبداً، وبه داء لم يسمه، وقال عبد الله: "بعته بالبراءة" ، ف قضى عثمان بن عفان، على عبد الله بن عمر أن يحلف له لقد باعه العبد، وما به داء يعلمه، فأبى عبد الله أن يحلف، وارتجع العبد، فصح عنده، فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم<sup>2</sup>.

ووجه الدلالة من الحديث: أن عثمان قال: " أتحلف أنك لم تعلم بعيب به؟"، فدل على: أنه إنما يبرأ من العيب إذا لم يعلم به، وأما إذا علم بالعيب: لم تصح البراءة منه، ولم ينكر ذلك منكر من الصحابة.<sup>3</sup>

وقالوا أيضاً: هذه قصة اشتهرت، فلم تنكر فكانت إجماعاً.<sup>4</sup>

2. لأن الحيوان يفارق ما سواه، لأنه يأكل بالصحة والسقم وتحول طبائعه وقلما يبرأ من عيب يظهر أو يخفى، فدعت الحاجة إلى التبري من العيب الباطن فيه، لأنه لا سبيل إلى معرفته وتوقيف المشتري عليه، وهذا المعنى لا يوجد في العيب الظاهر، ولا في العيب الباطن في غير الحيوان فلم يجز التبري منه مع الجهالة.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> ابن عبد البر، الكافي، 2/ 712. ابن رشد، بداية المجتهد، 3/ 200. الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3/ 119. النووي، المجموع، 12/ 355. العمراني، البيان، 5/ 327. ابن قدامة، الكافي، 2/ 54. أبو البركات، المحرر، 1/ 326. الزركشي، شرح الزركشي، 3/ 597.

<sup>2</sup> مالك بن أنس، الموطأ، كتاب البيوع، باب: العيب في الرقيق، حديث رثم: 2271، 4/ 885، تحقيق: محمد الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان، أبو ظبي، ط1، 1425 هـ/ 2004 م. البيهقي، السنن الصغير، كتاب البيوع، باب البيع بالبراءة من العيب، حديث رقم: 1940، 2/ 264. قال البيهقي: إسناده ضعيف.

<sup>3</sup> العمراني، البيان، 5/ 327.

<sup>4</sup> ابن قدامة، الشرح الكبير، 4/ 59.

<sup>5</sup> النووي، المجموع، 12/ 355.

3. لأن البائع إن علم بالعييب وكتمه، فهو مدلس وغشاش، وقد حرم الإسلام الغش، فلهذا لا يبرأ، وإن لم يعلم بالعييب بريء، لعدم ارتكابه ما يذم عليه.<sup>1</sup>

القول الثالث: ذهب الشافعية في قول والحنابلة في الراجح إلى أن البائع لا يبرأ من العيب سواء علم به البائع أو لم يعلم.<sup>2</sup>  
ومن أدلتهم:

1. لأن خيار العيب ثبت شرعاً بمطلق العقد، فلم يسقط بشرط الإسقاط.<sup>3</sup>
  2. لأن في هذا البيع خطرٌ وغررٌ، حيث أن الإبراء عن المجهول فيه غرر، لأنه لا يقف له على قدورهما، والغرر والخطر منهي عنهما شرعاً.<sup>4</sup>
  3. لأنه خيار يثبت بعد العقد، فلا يسقط قبله، كالشفعة.<sup>5</sup>
  4. لأن الإبراء كالهبة، غير أن الإبراء يختص بما في الذمة، والهبة بالأعيان القائمة، فلما لم تصح هبة المجهول، لم يصح الإبراء عن المجهول.<sup>6</sup>
- وغيرها الكثير من الأدلة التي استدلت بها كل فريق، والمسألة مبسطة بشكل مفصل في كتب الفقه المذكورة وغيرها، وقد كان لكل فريق مناقشات وردود على أدلة الأقوال الأخرى لا يتسع المقام لسردها.
- والذي أميل إلى ترجيحه هو القول الثاني، وذلك لقوة أدلتهم، ولأن هذا القول أقرب إلى تحقيق مقاصد الشريعة، وخاصة العدل وحفظ حقوق الناس وأموالهم، حيث أن هذا القول ينصف الطرفين البائع والمشتري، والله تعالى أعلم.

---

<sup>1</sup> الزركشي، شرح الزركشي، 3/ 597-598.  
<sup>2</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، 5/ 271. الشيرازي، المهذب، 2/ 56. ابن قدامة، المغني، 4/ 135. المرادوي، الإنصاف، 4/ 359.

<sup>3</sup> الزركشي، شرح الزركشي، 3/ 597.  
<sup>4</sup> الزركشي، شرح الزركشي، 3/ 597. الماوردي، الحاوي الكبير، 5/ 272.  
<sup>5</sup> ابن مفلح، المبدع، 4/ 59.  
<sup>6</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، 5/ 273.

المطلب الثاني: فقه قاعدة "بيع الحقوق المجردة لا يجوز"<sup>1</sup>:

ومن ألفاظ القاعدة:

- الحقوق المجردة لا يجوز الاعتياض عنها.<sup>2</sup>
- لا يستحق العوض عن الحق الذي ليس بملك متقوم.<sup>3</sup>
- بيع مجرد الحق لا يجوز.<sup>4</sup>

الفرع الأول: معنى القاعدة:

قبل بيان المعنى الإجمالي للقاعدة، لا بد من توضيح المقصود بالبيع، والحقوق المجردة في اللغة والاصطلاح.

المسألة الأولى: شرح مفردات القاعدة:

أولاً: البيع في اللغة والاصطلاح:

1 . البيع لغةً : ضد الشراء، ومعناه المبادلة.<sup>5</sup>

2. أما اصطلاحاً فقد عُرف بأنه: " مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم، تملكاً وتمكناً"<sup>6</sup>، وعُرف أيضاً بأنه: " مبادلة مال بمال على سبيل التملك عن تراض"<sup>7</sup>.

ثانياً: معنى الحقوق المجردة في اللغة والاصطلاح:

1 . معنى الحقوق في اللغة والاصطلاح:

1 . ابن الهمام، فتح القدير، 66 / 6.

2 . ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 178.

3 . السرخسي، المبسوط، 118 / 14.

4 . السرخسي، المبسوط، 21 / 10.

5 . الفيومي، المصباح المنير، مادة بيع، 69 / 1.

6 . الجرجاني، التعريفات، ص 48.

7 . قلنجي، معجم لغة الفقهاء، ص 113.

أ . الحقوق في اللغة: جمع حق، والحق ضد الباطل، ومعناه وجب وثبت، ولهذا يقال لمرافق الدار حقوقها، وهو يدل على إحكام الشيء وصحته.<sup>1</sup>

ب. الحق في الاصطلاح معناه: " اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لمصلحة معينة " .<sup>2</sup>

ج . أما الحقوق المجردة فمعناها: " اختصاص بمنفعة غير منقرر في محله "،<sup>3</sup> وعُرفت أيضاً بأنها: " حقوق غير متقومة " .<sup>4</sup>

وهي نوعان:<sup>5</sup>

النوع الأول: الحقوق المجردة المالية، منها: حقوق الارتفاق:<sup>6</sup> ومنها: حق الشرب، وحق المرور، وحق التسييل، وحق المجرى، وحق التعلي.<sup>7</sup>

النوع الثاني: حقوق غير مالية، منها: حق الزوجة في القسم، وحق الخيار بالنسبة للمخيرة.

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة حق، 49 / 10. ابن فارس، مقاييس اللغة، مادة حق، 2 / 15. الفيومي، المصباح المنير، مادة حق، ص 143.

<sup>2</sup> الدريني، فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص 193، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1404هـ / 1984م.

<sup>3</sup> حبيلي، سامي، الحقوق المجردة في الفقه المالي الإسلامي، ص 24، إشراف: عارف أبو عيد، الجامعة الأردنية، عمان، 2005م. (رسالة ماجستير)

<sup>4</sup> البورنو، الموسوعة الفقهية الكويتية، 3 / 147.

<sup>5</sup> حبيلي، الحقوق المجردة، ص 27.

<sup>6</sup> يعرف حق الارتفاق بأنه: " حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر " . قلعجي، معجم لغة الفقهاء، ص 53. وعُرف أيضاً بأنه: " حق منقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مالکهما مختلف، أو لمنفعة شخص بغير إجارة أو إعارة أو وقف أو وصية " . التويجري، سليمان بن وائل، حق الارتفاق، ص 41، إشراف، محمد شعبان، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1402هـ / 1982م. والتعريف الثاني أشمل، وحقوق الارتفاق أنواع، ومنها:

1 . حق الشرب: وهو " النصيب من الماء للأراضي لا غيرها " . الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، 5 / 390. وعُرف أيضاً بأنه: " النصيب المعين من ماء النهر ونحوه لري الأرض ونحوها " . قلعجي، معجم لغة الفقهاء، ص 182.

2. حق المرور: هو " حق مرور الإنسان إلى ملكه من طريق عام، أو من طريق خاص في ملك غيره " . الخفيف، علي، أحكام المعاملات الشرعية، ص 73، دار الفكر العربي، القاهرة، 1429هـ / 2008م.

3. حق التسييل: وهو " حق صرف الماء الزائد عن الحاجة أو غير الصالح بإسألته في مجرى سطحي أو في أنابيب أعدت لذلك، حتى يصل إلى مقره من مصرف عام أو مستودع " . الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ص 73.

4. حق المجرى: وهو " حق ثابت لاجراء الماء الصالح في أرض الغير إلى الأرض المحتاجة إليه " . التويجري، حق الارتفاق، ص 62.

5. حق التعلي، وقد سبق بيان معناه، ص 54 .

7. ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 66.

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن الحقوق غير المتقومة لا يجوز الاعتياض عنها – أي لا تقابل بمال بدلاً منها و عوضاً عنها، لأنها حقوق مجردة، إنما شرعت ليتوصل بها إلى أمور أخرى، أو يدفع بها أضرار متوقعة.<sup>1</sup>

الفرع الثالث: من تطبيقات القاعدة في فتح القدير:

وردت هذه القاعدة في باب البيع الفاسد،<sup>2</sup> في

مسألة: بيع حق التعلّي مفرداً:<sup>3</sup>

أقوال العلماء في المسألة:

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى القول بأن بيع حق التعلّي لا يجوز، وهذا ما عليه المذهب الحنفي، وقد استدلوا لقولهم هذا بعدد من الأدلة، منها:

1. أن حق التعلّي حق متعلق بالهواء، وهو ليس بعين مال، فلا يجوز بيعه، لأن محل البيع المال وهو ما يمكن إحرازه وقبضه، والهواء لا يمكن إحرازه وبيعته.<sup>4</sup>

2. أن حق التعلّي ما دام متعلق بالهواء فهو معدوم، وبيع المعدوم لا يجوز.<sup>5</sup>

3. أنه من الحقوق، وبيع الحقوق المجردة لا يجوز.<sup>6</sup>

القول الثاني: ذهب جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى القول بجواز بيع حق التعلّي مفرداً، بشرط: الاتفاق على وصف البناء الذي سيبنى باستعمال هذا الحق، من طول ونوع لبن وخشب، وغيرها من الأمور التي تضبط نوع البناء، وذلك لمنع وقوع الضرر بصاحب

<sup>1</sup> . البورنو، الموسوعة الفقهية الكويتية، 2 / 113 . 3 / 147.

<sup>2</sup> . ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 41.

<sup>3</sup> . ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 66.

<sup>4</sup> . ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 66. الزيلعي، تبيين الحقائق، 4 / 51.

<sup>5</sup> . ابن عابدين، رد المحتار، 5 / 52.

<sup>6</sup> . ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 66.

السفل، في حال تمادي صاحب العلو في استعمال حقه، لأن صاحب الأسفل رغبته في خفة الأعلى، وصاحب الأعلى رغبته في متانة الأسفل.<sup>1</sup>

ووضع المالكية شرطاً آخر، وهو أن مبتاع حق العلو، لا يجوز له بيع ما على سقفه للبناء، إلا بإذن البائع، فهو مالك لما فوق بنائه من الهواء، إلا أنه لا يتصرف فيه بالبناء لحق البائع في الثقل.<sup>2</sup>

وقد كانت حجتهم: أن حق التعلي ملك، وما دام كذلك جازت فيه صور المعاوضات كغيره من الأملاك.<sup>3</sup>

والذي أميل إلى ترجيحه هو قول جمهور العلماء من جواز بيع حق التعلي مفرداً، مع الالتزام بالشروط التي وضعوها، وذلك لقوة حجتهم في ما ذهبوا إليه، ولأنه يمكن الرد على أدلة الحنفية بالقول: " أن محل البيع في حق التعلي هو حق القرار على السطح، وهذه منفعة متعلقة بعين وهي مال، فلا وجه للقول بأنه متعلق بالهواء، ولا أنه بيع معدوم ".<sup>4</sup>

والله تعالى أعلم.

المطلب الثالث: فقه قاعدة " التأجيل في الأعيان لا يصح ":<sup>5</sup>

ومن ألفاظ هذه القاعدة: " لا يصح تأجيل الأعيان ".<sup>6</sup>

الفرع الأول: معنى القاعدة:

قبل بيان المعنى الإجمالي للقاعدة، لا بد من بيان معنى تأجيل، ومعنى الأعيان.

<sup>1</sup> الخرشني، شرح مختصر خليل، 5/ 21. الحطاب، مواهب الجليل، 4/ 276. الشربيني، معني المحتاج، 3/ 180-181. الماوردي، الحاوي الكبير، 6/ 411-412. البهوتي، كشاف القناع، 3/ 403. البهوتي، منصور بن يونس، شرح منتهي الإردادات، 2/ 147، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1414هـ/ 1993م.  
<sup>2</sup> الخرشني، شرح مختصر خليل، 5/ 21. الحطاب، مواهب الجليل، 4/ 276.  
<sup>3</sup> البهوتي، كشاف القناع، 3/ 403.  
<sup>4</sup> حبيلي، الحقوق المجردة، ص 80.  
<sup>5</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 146.  
<sup>6</sup> البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 8/ 1038.

المسألة الأولى: شرح مفردات القاعدة:

أولاً: معنى التأجيل:

1 . التأجيل في اللغة: مأخوذ من أجل فهو أجل وأجيل، بمعنى تأخر، وهو نقيض العاجل، والأجيل: المؤجل إلى وقت، والأجل: مدة الشيء، والجمع آجال.<sup>1</sup>  
فالتأجيل إذاً التأخير، وتأجيل الأعيان، أي تأخيرها.

2 . أما اصطلاحاً فالتأجيل بمعنى الأجل، والأجل معناه: " الوقت الذي يحدد لانتهاه الشيء، أو حلوه ".<sup>2</sup>

ثانياً: معنى الأعيان:

1 . الأعيان في اللغة: جمع عين، والعين في اللغة لها عدة استعمالات، منها: الباصرة، وعين الماء، وعين الشمس، والعين الجارية، والعين الطليعة، وعين الشيء نفسه، والعين: النقد، والأعيان الأخوة، وأعيان الناس: أشرافهم.<sup>3</sup>  
والمعنى المقصود هنا هو عين الشيء نفسه وذاته.

2. أما اصطلاحاً، فالأعيان معناها: " ما له قيام بذاته، ومعنى قيامه بذاته أن يتحيز بنفسه غير تابع لتحيز شيء آخر "،<sup>4</sup> وعُرفت العين بأنها: " هي الشيء المعين المشخص، كبيت وحصان وكروسي وصبرة حنطة وصبرة دراهم حاضرتين "،<sup>5</sup> وعُرفت الأعيان أيضاً بأنها: " هي الأشياء نوات الأمثال والقيم، وهي السلعة المبيعة، والتي يقابلها الأثمان "،<sup>6</sup> وهو التعريف المناسب للقاعدة.

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة أجل، 11 / 11.

<sup>2</sup> أبو حبيب، سعدي، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، ص 16، دار الفكر، دمشق، ط2، 1408هـ / 1988م.

<sup>3</sup> الفيومي، المصباح المنير، مادة عين، 2 / 440.

<sup>4</sup> الجرجاني، التعريفات، ص 30.

<sup>5</sup> مجلة الأحكام العدلية، المادة 159، ص 34.

<sup>6</sup> البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 8 / 1038.

## المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن الأعيان لا تقبل التأجيل – أي تأخير تسليمها للمشتري – في غير عقدي الاستصناع والسلم، لأن ما يقبل التأجيل إنما هي الأثمان، لأنها تتعلق بالذمة، بخلاف الأعيان فإنها لا تتعلق بالذمة.<sup>1</sup>

الفرع الثاني: من تطبيقات القاعدة في فتح القدير:

وردت هذه القاعدة في فصل: باب المرابحة والتولية،<sup>2</sup> في

مسألة: تأجيل القرض:<sup>3</sup>

أقوال العلماء في المسألة:

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى القول بأن تأجيل القرض لا يصح، وهذا ما عليه جمهور العلماء من الحنفية والشافعية والحنابلة، وقد استدلوا لهذا القول بعدد من الأدلة، منها:

1 . بأنه صلة في الابتداء حتى يصح بلفظ الإعارة، ولا يملكه من لا يملك التبرع، كالوصي والصبي، ومعاوضة في الانتهاء، فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه، كما في الإعارة، إذ لا تأجيل في في التبرع، وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح، لأنه يصير بيع دراهم بمثلها نسيئة، وهو ربا.<sup>4</sup>

2. أن للمثل المردود حكم العين، كأنه رد العين، لأنه لولا هذا الاعتبار كان تمليك دراهم بدراهم بلا قبض في المجلس، فلزم اعتبارها شرعاً كالعين، وإذا جعلت كالعين، فالتأجيل في الأعيان لا يصح.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> . البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 8/ 1038.

<sup>2</sup> . ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 121.

<sup>3</sup> . القرض هو: " عقد مخصوص يرد على دفع مال مثلي لرد مثله ". شيخي زاده، مجمع الأنهر، 2/ 82.

<sup>4</sup> . ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 145-146. ابن عابدين، رد المحتار، 5/ 158. الكاساني، بدائع الصنائع، 7/ 396. النووي،

روضة الطالبين، 4/ 34. الشربيني، معني المحتاج، 3/ 34. ابن مفلح، المبدع، 4/ 198. البهوتي، كشف القناع، 3/ 316.

<sup>5</sup> . ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 146.

3. بأنه عقد منع فيه التفاضل فمنع فيه الأجل كالصرف، إذ الحال لا يتأجل بالتأجيل.<sup>1</sup>

القول الثاني: ذهب المالكية إلى جواز تأجيل القرض، بل ولزومه، وأنه إذا لم يحدد الأجل في القرض فإن المقرض ينتفع به مدة ينتفع فيها بمثله عادة، ومن حقه أن لا يرد القرض قبل تلك المدة إذا طالبه صاحبه به.<sup>2</sup>

والذي أميل إلى تربيحه هو قول جمهور الفقهاء، وذلك لقوة أدلتهم، وخاصة أن المقرض ليس له أي منفعة من وراء قرضه، ولا يحل له ذلك، إنما هو متبرع ومحسن، وإذا قلنا بجواز لزوم التأجيل، كان التبرع لازماً على المتبرع شيئاً كالكف عن المطالبة فيما نحن فيه وهو ينافي موضوع التبرعات، حيث قال تعالى: ﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ ﴾<sup>3</sup>، حيث يؤخذ من الآية

نفي السبيل عنهم على وجه نصوصية الاستغراق، فلو لزم التأجيل تحقق سبيل عليه.<sup>4</sup>  
والله تعالى أعلم.

المطلب الرابع: فقه قاعدة "حق العبد عند معارضة حق الله تعالى يقدم":<sup>5</sup>

وقد وردت هذه القاعدة بألفاظ أخرى، منها:

- إذا اجتمع الحقان قدم حق العبد.<sup>6</sup>

- إذا اجتمع الحقان قدم العبد.<sup>7</sup>

الفرع الأول: معنى القاعدة:

قبل بيان المعنى الإجمالي للقاعدة لابد من توضيح المقصود بالحق، وأنواعه باعتبار صاحبه.

<sup>1</sup> البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 2/ 102. البهوتي، كشف القناع، 3/ 316.

<sup>2</sup> الخرشى، حاشية شرح مختصر خليل، 5/ 232. الدسوقي، حاشية السوقى، 3/ 226.

<sup>3</sup> سورة التوبة، الآية 91.

<sup>4</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 146.

<sup>5</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 98.

<sup>6</sup> ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 340.

<sup>7</sup> البركتي، قواعد الفقه، ص 55.

المسألة الأولى: معنى الحق، وأنواعه باعتبار صاحبه:

أولاً: معنى الحق في اللغة والاصطلاح:

1 . الحق في اللغة: مصدر حق الشيء يحق، ومعناه: الثبوت والوجوب، وحق الأمر: وجب ووقع بلا شك، والحق نقيض الباطل، وجمعه حقوق.<sup>1</sup>

2. معنى الحق اصطلاحاً: عُرف بأنه: " الثابت الذي لا يجوز إنكاره "،<sup>2</sup> وعُرف بتعريف عام أجمع وأشمل وأدق، وهو تعريف الزرقا، حيث بين أن الحق هو " اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً "،<sup>3</sup> وعند الاطلاع على تحليل الزرقا لهذا التعريف تجده جامعاً شاملاً عاماً مستوفياً مشتملاً لأنواع الحقوق باختلافها.

ثانياً: أنواع الحق باعتبار صاحبه:

ينقسم الحق باعتبار صاحبه إلى ثلاثة أنواع:<sup>4</sup>

1 . حق الله تعالى على الخصوص ( الحق العام )، وهو : " ما يتعلق به النفع العام للعالم من غير اختصاص بأحد، نسب إلى الله تعالى، لعظم خطره وشمول نفعه ولئلا يختص به أحد من الجبابرة"،<sup>5</sup> ومن أمثلته: العبادات المختلفة من الصلاة والصيام وغيرها، والكف عن الجرائم وتطبيق العقوبات من حدود مثل: حد الزنا والقذف والسرقه وغيرها.<sup>6</sup>

وقد قسم الحنفية حقوق الله تعالى إلى ثمانية أقسام.<sup>7</sup>

2. حق العبد على الخصوص: وهو " ما يتعلق به مصلحة خاصة، كحرمة مال الغير، فإنها حق

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة حقق، 49 / 10. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مادة الحق، ص 874.

<sup>2</sup> قلنجي، معجم لغة الفقهاء، 182 / 1.

<sup>3</sup> الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ص 19 وما بعدها، دار القلم، دمشق، ط1، 1420 هـ / 1999 م.

<sup>4</sup> الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ( نظرية الحق )، 4 / 13 وما بعدها.

<sup>5</sup> ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، 104 / 2.

<sup>6</sup> الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ( نظرية الحق )، 4 / 13.

<sup>7</sup> يمكن مراجعتها في: ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، 104 / 2.

العبد على الخصوص، تتعلق صيانة ماله بها "1، من أمثله أيضاً: حق الشخص في بدل ماله المتلف، ورد المال المغصوب، وحق الزوجة في النفقة على زوجها، وحق الأم في حضانة طفلها وغيرها.<sup>2</sup>

3. ما اجتمع فيه الحقان، وهو نوعان:<sup>3</sup>

النوع الأول: ما اجتمع فيه الحقان، وحق الله تعالى هو الغالب، مثل: عدة المطلقة، فيها حق الله: وهو صيانة الأنساب عن الاختلاط، وفيها حق الشخص، وهو المحافظة على نسب أولاده، لكن حق الله غالب؛ لأن في صيانة الأنساب نفعاً عاماً للمجتمع، وهو حمايته من الفوضى والانحيار.

النوع الثاني: ما اجتمع فيه حقان، وحق العبد هو الغالب، مثل: حق القصاص الثابت لولي المقتول، فيه حقان: حق لله وهو تطهير المجتمع عن جريمة القتل النكراء، وحق للشخص: وهو شفاء غيظه وتطبيب نفسه بقتل القاتل، وهذا الحق هو الغالب؛ لأن مبنى القصاص على المماثلة.

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد القاعدة بأنه إذا اجتمع على العبد حقان، حق خالص لله سبحانه وتعالى، وحق خالص للعبد، ولم يكن بالإمكان الجمع والتوفيق بينهما، قدم في الاستيفاء حق العبد على حق الله سبحانه وتعالى، لأن الله سبحانه وتعالى غني عن عباده لا يلحقه ضرر بفوات شيء من حقوقه، وحقوقه سبحانه وتعالى مبنية على المسامحة، أما العباد فهم فقراء إلى الله سبحانه وتعالى، يتضررون بفوات حقوقهم، وهم بحاجة لاستيفائها، وحقوقهم مبنية على المزاحمة والمشاحة، وذلك لحاجتهم إليها، فلا تسقط إلا بإسقاط أصحابها لها.<sup>4</sup>

1. ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، 2/ 104.

2. الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (نظرية الحق)، 4/ 14.

3. ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، 2/ 104. الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (نظرية الحق)، 4/ 15. وهناك تقسيمات

أخرى للحق لا حاجة لذكرها هنا، وإنما اكتفي بما له علاقة بالقاعدة.

4. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 340. الحموي، غمز عيون البصائر، 4/ 161. البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 1/ 219-220.

العبد اللطيف، عبد الرحمن بن صالح، القواعد الفقهية المتضمنة للتيسير، 1/ 258، عمادة البحث العلمي بالجامعة

الإسلامية، المدينة المنورة، ط1، 1423هـ/ 2003م. وقد تكلم عن هذه القاعدة عند شرحه لقاعدة "حقوق الله تعالى مبنية على

المسامحة". وهي من القواعد التي ذكرها الزركشي، المنشور، 2/ 59.

وقد خرج عن هذه القاعدة عدة مسائل، منها: إذا أحرم شخصٌ وفي ملكه صيد، وجب إرساله حقاً  
لله تعالى.<sup>1</sup>

الفرع الثاني: من تطبيقات القاعدة في فتح القدير:

وردت هذه القاعدة في باب البيع الفاسد،<sup>2</sup> في

مسألة: بيع المشتري ما اشتراه شراءً فاسداً بيعاً صحيحاً:

صورة المسألة: أن يشتري شخصٌ شيئاً شراءً فاسداً، ثم يبيعه من آخر بيعاً صحيحاً، فهل البيع  
الثاني بيع صحيح نافذ، أم أنه لا ينفذ؟

أقوال العلماء في المسألة:

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى القول بصحة هذا البيع ونفاذه، ويسقط حق البائع الأول في  
استرداد المبيع، وهذا ما عليه المذهب الحنفي.<sup>3</sup>

وقد استدلوا لقولهم هذا بعدد من الأدلة، منها:

1 . لتعلق حق العبد بالعقد الثاني، والاسترداد حق الله تعالى ، فنقض العقد الأول إنما كان لحق  
الشرع، وحق العبد عند معارضة حق الله تعالى يقدم، لغنى الله سبحانه وتعالى، وسعة عفوه  
وجوده، ولفقر العبد وحاجته وضيقه.<sup>4</sup>

2. لأن العقد الأول مشروع بأصله فقط، والعقد الثاني مشروع بأصله ووصفه، إذ لا خلل فيه، ولا  
في ركنه، ولا في عوارضه، فلا يعارضه مجرد الوصف، فهو أقوى منه.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 98 / 6. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 340. ينظر أيضاً: الزركشي، المنتور، 65 / 2.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 41 / 6.

<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 98 / 6. الزبيدي، الجوهرة النيرة، 1 / 205. ابن نجيم، البحر الرائق، 6 / 103.

<sup>4</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 98 / 6. الزيلي، تبیین الحقائق، 4 / 64. ابن نجيم، البحر الرائق، 6 / 103.

<sup>5</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 98 / 6. البابرتي، العناية، 6 / 467. ابن نجيم، البحر الرائق، 6 / 103.

3. لأن البيع الثاني حصل بتسليط من جهة البائع الأول، لأن التمليك منه مع الإذن في القبض تسليط على التصرف، فلا يتمكن من الاسترداد من المشتري الثاني، فاسترداده نقض ما تم من جهته وذلك باطل.<sup>1</sup>

القول الثاني: ذهب المالكية إلى التفصيل في هذا المسألة:<sup>2</sup>

أولاً: إذا كان المبيع بيعاً فاسداً مختلفاً فيه بين العلماء، وفات هذا المبيع بيد المشتري ببیع أو غيره، صح البيع ومضى بالثمن الذي بيع به، حتى لو كانت صحة البيع خارج المذهب المالكي.

ثانياً: إذا كان المبيع بيعاً فاسداً مجمعاً على فساده، ضمن المشتري قيمته إن كان مقوماً حين القبض، وضمن مثل المثلي إذا بيع كَيْلاً أو وزناً، وعلم كيله أو وزنه ولم يتعذر وجوده، وإلا ضمن قيمته يوم القضاء عليه برد المبيع.

حيث قالوا: " فإن فات المبيع فاسداً بيد المشتري (مضى المختلف فيه)<sup>3</sup> ولو خارج المذهب بالثمن الذي وقع به البيع، (وإلا يكن مختلفاً فيه)<sup>4</sup> بل متفقاً على فساده ضمن المشتري قيمته إن كان مقوماً حينئذ: أي حين القبض ... فإن فات فالقيمة حين القبض، وضمن مثل المثلي إذا بيع كَيْلاً، أو وزناً وعلم كيله أو وزنه، ولم يتعذر وجوده، وإلا ضمن قيمته يوم القضاء عليه بالرد".<sup>5</sup>

القول الثالث: ذهب الشافعية والحنابلة إلى القول بأنه لا ينفذ تصرف المشتري في هذه الحالة، ومن حق البائع استرداد المبيع، ومن حق المشتري استرداد الثمن.<sup>6</sup>

وقد استدلوا لهذا بعدد من الأدلة، منها:

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 98/6. البابرّي، العناية، 467/6. ابن نجيم، البحر الرائق، 103/6.  
<sup>2</sup> الدسوقي، حاشية الدسوقي، 71/3. الصاوي، حاشية الصاوي، 111/3. عيش، منح الجليل، 66/5.  
<sup>3</sup> هذه قاعدة أغلبية إذ قد يكون مختلفاً فيه ويمضي بالقيمة، كالبيع وقت نداء الجمعة. الصاوي، حاشية الصاوي، 111/3.  
<sup>4</sup> هذه قاعدة عند المالكية معناها: كل فاسد متفق على فساده فإنه يمضي بالقيمة وتعتبر يوم القبض. الصاوي، حاشية الصاوي، 111/3.  
<sup>5</sup> الدسوقي، حاشية الدسوقي، 71/3.  
<sup>6</sup> الغزالي، فتح العزيز، 29/12. الشربيني، مغني المحتاج، 408/3. السنيكي، أسنى المطالب، 384/2. ابن قدامة، المغني، 174/4.

- 1 . لأن المشتري إنما يتصرف بالملك، ولا ملك في البيع الفاسد.<sup>1</sup>
2. لأنه باع ملك غيره بغير إذنه، والبائع الأول هو مالكة، فيجب عليه رده إلى البائع الأول.<sup>2</sup>
- والذي أميل إلى ترجيحه هو القول الأول، وذلك لقوة أدلتهم التي فيها ردُّ على أدلة مخالفهم.
- والله تعالى أعلم.

المطلب الخامس: فقه قاعدة "الساقط لا يعود إلا بسبب جديد"<sup>3</sup>:

وقد وردت هذه القاعدة بعدة ألفاظ، منها:

- الساقط لا يعود، كما أن المعدوم لا يعود.<sup>4</sup>
- الساقط متلاشٍ لا يتصور عوده.<sup>5</sup>
- الساقط من الحق يكون متلاشياً لا يتصور عوده.<sup>6</sup>
- المسقط يكون متلاشياً.<sup>7</sup>

الفرع الأول: معنى القاعدة:

المسألة الأولى: شرح مفردات القاعدة:

سبق بيان معنى الساقط،<sup>8</sup> فيبقى بيان معنى السبب في اللغة والاصطلاح:

أولاً: السبب في اللغة: الحبل، وهو ما يتوصل به إلى الاستعلاء، ثم استعير لكل شيء يتوصل به

<sup>1</sup> . الغزالي، فتح العزيز، 29 / 12. الشربيني، معني المحتاج، 3 / 408. السنيكي، أسنى المطالب، 2 / 384. ابن قدامة، المعني، 174 / 4.

<sup>2</sup> ابن قدامة، الشرح الكبير، 4 / 57.

<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 5 / 546. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 274.

<sup>4</sup> مجلة الأحكام العدلية، المادة 51، ص 21.

<sup>5</sup> . السرخسي، المبسوط، 21 / 44.

<sup>6</sup> . السرخسي، المبسوط، 12 / 108.

<sup>7</sup> . السرخسي، المبسوط، 20 / 141.

<sup>8</sup> . ص 146.

إلى أمر من الأمور، فيقال: هذا سبب، وهذا مسبب عن هذا.<sup>1</sup>

وفي لسان العرب: "السبب: كل شيء يتوصل به إلى غيره، وفي نسخة: كل شيء يتوصل به إلى شيء غيره، وقد تسبب إليه، والجمع أسباب، وكل شيء يتوصل به إلى الشيء فهو سبب".<sup>2</sup>

2. السبب اصطلاحاً: عرف شرعاً بأنه "عبارة عما يكون طريقاً للوصول إلى الحكم غير مؤثر فيه".<sup>3</sup>

واصطلاحاً هو: "كل شيء وصلت به إلى موضع أو حاجة تريدها"،<sup>4</sup> وعُرف أيضاً بأنه: "ما يوصل إلى الشيء من غير تأثير فيه".<sup>5</sup>

ويلاحظ من التعريفات أن المعنى الاصطلاحي لا يخرج عن المعنى اللغوي.

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد القاعدة بأن من تنازل عن أي من حقوقه - القابلة للسقوط بسبب مسقطٍ للحق - على غيره، وأبرأه منه، وأسقطه عنه، فإن حقه يسقط، ولا يبقى له أي حق في المطالبة بعد ذلك، لأنه قد تلاشى، وذهب، وما كان حاله كذلك فلا يعود مرة ثانية، لأنه يصبح معدوماً لا سبيل إلى إعادته إلا بسبب جديد يعيد مثله لا عينه، والإسقاط كما يكون بفعل المكلف يكون أيضاً بالشرع.<sup>6</sup>

وتقيد الحقوق بالقابلة للسقوط، لأن هناك حقوقاً لا تقبل السقوط، فتبقى كما هي، مثل: حق الفسخ للعقد الفاسد، وحق الرجوع في الهبة، وحق الاستحقاق في الوقف، وغيرها.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> الفيومي، المصباح المنير، مادة سبب، 1/ 262.

<sup>2</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة سبب، 1/ 458.

<sup>3</sup> الجرجاني، التعريفات، ص 117.

<sup>4</sup> الكفوي، الكليات، ص 495.

<sup>5</sup> قلنجي، معجم لغة الفقهاء، ص 239.

<sup>6</sup> البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 5/ 7. الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 265. الزحيلي، القواعد الفقهية، 1/ 521.

<sup>7</sup> الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 265. الزحيلي، القواعد الفقهية، 1/ 521.

الفرع الثاني: من تطبيقات القاعدة في فتح القدير:

وردت هذه القاعدة في باب خيار الرؤية،<sup>1</sup> في

مسألة: سقوط خيار الرؤية بتفريق الصفقة، وعودته بالفسخ:

صورة المسألة: أن يشتري شخص شيئاً لم يره وهو قابل للتفريق كالثياب ، ثم يبيع بعضه أو يهبه ويسلمه للمشتري الثاني أو الموهوب، فقد سقط خياره برد باقي المبيع بخيار الرؤية لتفريق الصفقة، وهذا متفق عليه عند الحنفية،<sup>2</sup> فإذا فسخ البيع الثاني أو الهبة، وعاد المبيع أو الموهوب إلى المشتري، فهل يعود له حق رد كامل المبيع بخيار الرؤية، أم أن خيار الرؤية قد سقط، وليس له رد المبيع بهذا الخيار؟

أقوال العلماء في المسألة:

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى القول بأن خيار الرؤية قد سقط ببيع المبيع أو هبته، فلا يعود إليه حق رد المبيع بخيار الرؤية حتى لو فسخ البيع الثاني أو الهبة، وعاد المبيع كاملاً، لأن **الساقط لا يعود إلا بسبب جديد**، ولأن نفس التصرف منه يدل على الرضا بالبيع ويبطل خياره قبل الرؤية وبعدها، وهذا قول أبي يوسف من الحنفية.<sup>3</sup>

القول الثاني: ذهب بعض الحنفية إلى القول بأن حقه في رد المبيع بخيار الرؤية يعود، لارتفاع المانع من الأصل، وهو تفريق الصفقة.<sup>4</sup>

والذي أميل إلى ترجيحه هو القول الأول، لقوة أدلتهم. والله تعالى أعلم.

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 530 / 5.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 545 / 5. الزيلعي، تبين الحقائق، 30 / 4. ابن عابدين، الدر المختار، 603 / 4.

<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 546 / 5. الزيلعي، تبين الحقائق، 31 / 4. ابن عابدين، الدر المختار، 603 / 4.

<sup>4</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 546 / 5. الزيلعي، تبين الحقائق، 30 / 4. ابن عابدين، الدر المختار، 603 / 4.

المطلب السادس: فقه قاعدة "كل جهالة مفضية إلى المنازعة مبطلّة"<sup>1</sup>:

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة:

وردت هذه القاعدة بعدة ألفاظ، منها:

1 . الجهالة في المعقود عليه إذا كانت تفضي إلى المنازعة تمنع صحة العقد.<sup>2</sup>

2. الجهالة التي لا تفضي إلى المنازعة لا تمنع صحة العقد.<sup>3</sup>

3. البيع في المجهول لا يصح ابداً.<sup>4</sup>

4. جهالة المعقود عليه تمنع جواز العقد.<sup>5</sup>

الفرع الثاني: معنى القاعدة:

قبل بيان المعنى الإجمالي للقاعدة لابد من توضيح معنى الجهالة، والمنازعة، والمبطلّة.

المسألة الأولى: معنى الجهالة:

أولاً الجهالة في اللغة: مأخوذة من جهل، وجهل يجهل جهلاً وجاهلة، والجهل خلاف العلم، وعدم العلم والمعرفة، والجهل ضد الخبرة، وجهل الشيء لم يعرفه، والمجهول غير المعلوم، وهو اسم المفعول.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 493 / 5. ويمكن مراجعة هذه القاعدة بالتفصيل في: دية، عبد المجيد عبد الله، القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع في الشريعة الإسلامية، ص 125 وما بعدها، إشراف: علي الصوا، الجامعة الأردنية، عمان، 2002م. (رسالة ماجستير).

<sup>2</sup> السرخسي، المبسوط، 183 / 14.

<sup>3</sup> السرخسي، المبسوط، 55 / 13.

<sup>4</sup> السرخسي، المبسوط، 57 / 26.

<sup>5</sup> السرخسي، المبسوط، 19 / 13.

<sup>6</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة جهل، 129 / 11. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة جهل، 489 / 1.

ثانياً: الجهالة اصطلاحاً: " هو اعتقاد الشيء على خلاف ما هو عليه "،<sup>1</sup> وهي نوعان: جهل بسيط ومعناه: " عدم العلم عما من شأنه أن يكون عالماً "،<sup>2</sup> و جهل مركب، ومعناه: " هو عبارة عن اعتقاد جازم غير مطابق للواقع " .<sup>3</sup>

ويستخدم الجهل في حالة ما إذا وصف به الإنسان، والجهالة في حالة ما إذا وصف بها المبيع أو المشتري أو الإجارة أو الإعارة وغيرها، وإن كان الإنسان متصفاً بالجهالة أيضاً.<sup>4</sup>

المسألة الثانية: معنى المنازعة:

أولاً: في اللغة: مأخوذة من نزع، نزاعاً ونزاعاً ونازعة منازعة، بمعنى خاصمته، وتنازع القوم، أي اختلفوا.<sup>5</sup>

فالمنازعة معناها: المخاصمة والاختلاف.

ثانياً: المنازعة اصطلاحاً معناها: " ادعاء كل فريق أن الحق معه " .<sup>6</sup>

المسألة الثالثة: معنى مبطل:

أولاً: في اللغة: مأخوذة من بطل يبطل بطلاً وبطولاً وبطلاناً، ومعناه فسد أو سقط حكمه.<sup>7</sup>

ثانياً: في الاصطلاح: المبطله بمعنى الباطل، والباطل معناه: " ما لا يعتد به، ولا يفيد شيئاً "،<sup>8</sup> وعُرف أيضاً بأنه: " هو الذي لا يكون صحيحاً بأصله " .<sup>9</sup>

1. الجرجاني، التعريفات، ص 80. الكفوي، الكليات، ص 350.

2. الجرجاني، التعريفات، ص 80. الكفوي، الكليات، ص 350.

3. الجرجاني، التعريفات، ص 80. الكفوي، الكليات، ص 350.

4. الموسوعة الفقهية الكويتية، 16/ 167.

5. الفيومي، المصباح المنير، مادة نزع، 2/ 600.

6. قلعي، معجم لغة الفقهاء، ص 147.

7. الفيومي، المصباح المنير، مادة بطل، 1/ 51.

8. الجرجاني، التعريفات، ص 42.

9. الجرجاني، التعريفات، ص 42.

المسألة الرابعة: المعنى الإجمالي للقاعدة:

الأصل أن التعاقد بين المتعاقدين ينبغي أن يكون على شيء معلوم، ثمناً كان أو مئتماً، ولكن إذا وجد في أحدهما جهالة، فلا تخلو، إما أن تؤدي هذه الجهالة إلى المنازعة والخصام بين المتعاقدين، أو لا تؤدي إليها.

فإذا كانت الجهالة تفضي وتؤدي إلى المنازعة فالعقد باطل أو فاسد، أما إذا كانت الجهالة يسيرة لا تفضي ولا تؤدي إلى المنازعة فإن العقد صحيح وجائز.<sup>1</sup>

حيث أن المقصود من العقود انتفاع كل من المتعاقدين أو المتعاملين عموماً بما تعاقدوا عليه، ويحرص الشارع دائماً على حسن المعاملة والتراضي والتحاب بين المتعاملين.

ولذلك كان كل ما يسبب الخصومة والمنازعة بينهما مفسداً أو مبطلاً للعقد والمعاملة، درءاً لفساد العلاقة بين المسلمين وجلباً للمحبة والتعاون على الخير والبر بينهم، بخلاف ما إذا كانت الجهالة قليلة لا تفضي إلى المنازعة فلا تمنع صحة العقد.<sup>2</sup>

الفرع الثالث: من تطبيقات القاعدة في فتح القدير:

وردت هذه القاعدة في كتاب البيوع،<sup>3</sup> في

مسألة: بيع ثمرة على الشجرة واستثناء أرطال منها:

أقوال العلماء في المسألة:

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى القول: بعدم جواز بيع ثمرة واستثناء أرطالاً منها، والقول بعدم

<sup>1</sup>. البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 8/ 377.

<sup>2</sup>. البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 3/ 39.

<sup>3</sup>. ابن الهمام، فتح القدير، 5/ 454.

الجواز رواية عن أبي حنيفة هي الراجحة، والمالكية فيما فوق الثلث، والشافعية، والحنابلة في الراجح.<sup>1</sup>

وقد استدل أصحاب هذا القول بعدد من الأدلة، منها:

1 . بما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: " نهى عن بيع وشرط "،<sup>2</sup> وجه الدلالة من الحديث:

أن النهي الوارد فيه يقتضي فساد المنهي عنه، فيدل على فساد كل بيع وشرط إلا ما خص عن عموم النص.<sup>3</sup>

2 . لأن فيها غرر، وقد " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر "،<sup>4</sup> والمنهي عنه فاسد.<sup>5</sup>

3. أن الباقي بعد إخراج المستثنى ليس مشاراً إليه ولا معلوم الكيل المخصوص، فكان مجهولاً وإن ظهر آخر أنه بقي مقدار معين، لأن المفسد هو الجهالة القائمة، حتى لو كانت الجهالة غير مفضية إلى منازعة، فالحاصل أن كل جهالة مفضية إلى المنازعة مبطلّة، فليس يلزم أن ما لم يفض إليها يصح معها، بل لا بد مع المفضية إلى المنازعة في الصحة من كون المبيع على حدود الشرع.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 5/ 493. ابن رشد، بداية المجتهد، 3/ 182. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 3/ 18. النووي، المجموع، 9/ 318. العمراني، يحيى بن أبي الخير، البيان في مذهب الإمام الشافعي، 5/ 98، تحقيق: قاسم النوري، دار المنهاج، جدة، ط1، 1421هـ/ 2000م. ابن قدامة، الكافي، 2/ 21. ابن مفلح، المبدع، 4/ 30.

<sup>2</sup> الطبراني، سليمان بن أحمد، المعجم الأوسط، باب العين، 4/ 335، تحقيق: طارق عوض، عبد المحسن الحسيني، دار الحرمين، القاهرة. بدون الطبعة وتاريخها. قال الألباني: ضعيف جداً. الألباني، محمد ناصر الدين، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيء في الأمة، 1/ 703، دار المعارف، الرياض، ط1، 1412هـ/ 1992م. وقد ورد حديث قريب منه عند أصحاب السنن إلا ابن ماجه بلفظ " ... ولا شرطان في بيع ... ". ابن داود، سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما

ليس عنده، حديث رقم: 3504، 3/ 283. الترمذي، سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، 3/ 527. النسائي، سنن النسائي، كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع، حديث رقم: 4611، 7/ 288. قال الألباني: حسن صحيح. الألباني، إرواء الغليل، 5/ 147.

<sup>3</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 5/ 175.

<sup>4</sup> عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر ". مسلم، صحيح مسلم،

باب بطلان بيع الحصاة، والبيع الذي فيه غرر، حديث رقم: 1513، 3/ 1153.

<sup>5</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 5/ 176.

<sup>6</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 5/ 493. ابن عابدين، الدر المختار، 4/ 559.

القول الثاني: ذهب المالكية في ما دون الثلث، والحنفية في ظاهر الرواية، والحنابلة في قول إلى جواز بيع الثمرة على الشجرة باستثناء أرطالٍ منها.<sup>1</sup>

حجتهم في ذلك: أنه يصح إيراد العقد عليها، والأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراد يجوز استثنائه من العقد،<sup>2</sup> وإذا علم أنه يبقى أكثر من المستثنى، يكون استثناء القليل من الكثير، كما لو استثنى رطلاً واحداً.<sup>3</sup>

أما إن استثنى جزءاً غير معين بل شائع، كربع وثلث ورطل، فإنه صحيح باتفاقهم جميعاً، لأنه يتم العلم بالمبيع في جميع أجزائه، ولصحة إيراد العقد عليها.<sup>4</sup>

والذي أميل إلى ترجيحه هو القول الأول، وذلك لقوة أدلتهم. والله تعالى أعلم.

المطلب السابع: فقه قاعدة " ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراد يجوز استثنائه من العقد " :<sup>5</sup>

هذه القاعدة ضد القاعدة المذكورة في الفصل الخامس، والتي تنص على أن " ما لا يصح إفراده بالعقد ابتداءً لا يصح استثنائه من العقد " .<sup>6</sup>

ومن ألفاظ القاعدة:

- كل ما جاز بيعه منفرداً جاز استثنائه من المبيع.<sup>7</sup>

- كل ما جاز إيراد العقد عليه جاز استثنائه من العقد.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> ابن رشد، بداية المجتهد، 182 / 3. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 18 / 3. ابن قدامة، الكافي، 21 / 2. ابن مفلح، المبدع، 30 / 4.

<sup>2</sup> سيأتي شرح هذه القاعدة في المطلب القادم.

<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 493 / 5. ابن عابدين، رد المحتار، 559 / 4. الكاساني، بدائع الصنائع، 175 / 5.

<sup>4</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 493 / 5. ابن رشد، بداية المجتهد، 182 / 3. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 18 / 3.

النووي، المجموع، 318 / 9. العمراني، البيان، 98 / 5. ابن قدامة، الكافي، 21 / 2. ابن مفلح، المبدع، 30 / 4.

<sup>5</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 393 / 5. وقد شرحت هذه القاعدة بالتفصيل في : دية، القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع، ص 151 وما بعدها.

<sup>6</sup> ص 133 .

<sup>7</sup> مجلة الأحكام العدلية، المادة 219، ص 43.

<sup>8</sup> ابن نجيم، البحر الرائق، 49 / 8.

- لو استثنى من المبيع ما يجوز إفراده بالعقد جاز الاستثناء.<sup>1</sup>

الفرع الأول: معنى القاعدة:

سبق شرح مفردات القاعدة في قاعدة سابقة،<sup>2</sup> ويبقى بيان المعنى الإجمالي للقاعدة، ثم بيان حالات الاستثناء في المبيع وحكمها.

المسألة الأولى: المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن الشيء الذي يجوز أن يقع العقد عليه منفرداً - وهو كما بينت في قاعدة سابقة المستقل بنفسه<sup>3</sup> - يجوز ويصح استثناءه من العقد، لأنه غير تابع لغيره.<sup>4</sup>

فهذه القاعدة تبين أن أي شيء في حياتنا يجوز بيعه وحده يجوز إخراجه من المبيع بحيث لا يشمل، فكل ما توافرت فيه شروط المبيع يجوز بيعه منفرداً، وإذا كان كذلك فإنه يجوز إخراجه من المبيع إذ يبقى على ملك البائع.

كما أن هذه القاعدة تتضمن أحكاماً كثيرة تتعلق بشروط المبيع من مالية وتقوم، وملك، ووجود، وقدرة على التسليم، وغيرها.<sup>5</sup>

المسألة الثانية: حالات الاستثناء في المبيع:<sup>6</sup>

حالات الاستثناء في المبيع أربعة، وهي:

الحالة الأولى: أن يكون الاستثناء معلوماً والمبيع معلوماً، فهذا بيعٌ صحيح سواءً أكان المستثنى معيناً محوزاً أو مشاعاً، كبيع قطعة أرض إلا ربعها.

<sup>1</sup> نظام، الفتاوى الهندية، 130/3.

<sup>2</sup> ص 134-135.

<sup>3</sup> ص 135.

<sup>4</sup> البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 99/9.

<sup>5</sup> دية، القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع، ص 153.

<sup>6</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، 5/201-203. دية، القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع، ص 152.

الحالة الثانية: أن يكون الاستثناء مجهولاً والمبيع بعده مجهولاً، فهذا بيعٌ باطلٌ سواءً أكان المستثنى معيناً محوزاً أو مشاعاً، كبيع قطعة أرض إلا جزءاً شائعاً منها.

الحالة الثالثة: أن يكون الاستثناء معلوماً والمبيع بعده مجهولاً، فهذا أيضاً بيعٌ باطلٌ، كبيع قطعة أرض مجهولة إلا ربعها.

الحالة الرابعة: أن يكون الاستثناء مجهولاً والمبيع بعده معلوماً، فهذا بيعٌ صحيحٌ، كاستثناء جزءٍ شائعٍ مجهولٍ من قطعة أرض، وما تبقى يكون معلوماً.

الفرع الثاني: من تطبيقات القاعدة في فتح القدير:

ورد تطبيق لهذه القاعدة في باب البيع الفاسد،<sup>1</sup> في

مسألة: إذا باع قطيعاً من الغنم بكذا إلا شاة معينة:

صورة المسألة: أن يقول البائع للمشتري: بعتك هذا القطيع من الغنم إلا هذه الشاة بألف مثلاً.

ذهب ابن الهمام إلى القول بصحة البيع في الصورة السابقة، لانتفاء الجهالة أولاً حيث أن الاستثناء معلوم، ولأنه مما يصح إفراده بالعقد فيصح استثنائه منه،<sup>2</sup> وهذه المسألة محل اتفاق بين أصحاب المذاهب الأربعة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 41.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 82.

<sup>3</sup> ابن عابدين، الدر المختار، 4 / 558. الكاساني، بدائع الصنائع، 5 / 175. القيرواني، خلف بن أبي القاسم، التهذيب في اختصار المدونة، 3 / 198، تحقيق: محمد الأمين، دار البحوث للدراسات الإسلامية، دبي، ط1، 1423هـ/ 2002م. عليش، منح الجليل، 5 / 39-40. الشربيني، مغني المحتاج، 3 / 303. النووي، روضة الطالبين، 3 / 360-361. 4 / 408. ابن قدامة، الشرح الكبير، 4 / 29. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 2 / 14.

المطلب الثامن: فقه قاعدة " **الملك إنما يتأكد بتأكد السبب** " :<sup>1</sup>

وفي لفظ " الملك لا يثبت ابتداءً بغير سبب "،<sup>2</sup> وفي لفظ آخر " الملك لا يثبت بغير سبب " .<sup>3</sup>

الفرع الأول: معنى القاعدة:

قبل بيان المعنى الإجمالي للقاعدة لابد من بيان معنى الملك، فقد سبق بيان معنى السبب<sup>4</sup>.

المسألة الأولى: شرح مفردات القاعدة:

معنى الملك لغةً واصطلاحاً:

1 . الملك في اللغة: أصل صحيح يدل على قوة في الشيء وصحة، ومنه ملكت الشيء: قويته، ويقال: ملك الإنسان الشيء يملكه ملكاً، والاسم الملك، لأن يده فيه قوة صحيحة،<sup>5</sup> وملكه أي: احتواه قادراً على الاستبداد به.<sup>6</sup>

2. الملك اصطلاحاً: عرفه ابن الهمام بأنه: " هو قدرة يثبتها الشارع ابتداءً على التصرف "،<sup>7</sup>

وعُرف أيضاً بأنه: " اتصال شرعي بين الإنسان وبين شيء يكون مطلقاً لتصرفه فيه، وحاجزاً عن تصرف غيره فيه "،<sup>8</sup> كما عُرف أيضاً بأنه: " هو القدرة على التصرف في المملوك " .<sup>9</sup>

والملاحظ أن هذا التعريفات لا تخرج عن معنى واحد، كما أن المعنى الاصطلاحي لا يخرج عن المعنى اللغوي الذي يدل على احتواء الشيء وتملكه مع قوة فيه وصحة.

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 137. السرخسي، المبسوط، 13 / 9.

<sup>2</sup> السرخسي، شرح السير الكبير، 1 / 1366.

<sup>3</sup> السرخسي، شرح السير الكبير، 1 / 1368.

<sup>4</sup> ص 162.

<sup>5</sup> ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة ملك، 5 / 351-352.

<sup>6</sup> الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مادة ملك، ص 954.

<sup>7</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 248، دار الفكر.

<sup>8</sup> الجرجاني، التعريفات، ص 229.

<sup>9</sup> البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 10 / 874.

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن الإنسان عندما يولد يولد عارياً فقيراً لا يملك شيئاً، ثم إذا امتد به العمر ملك، ولكن ملكه لا يثبت ابتداءً بدون سبب موجب للملك، ولا يتأكد هذا الملك إلا بتأكد سببه، لأن ما يمكن أن يملكه إنسان هو ملك لغيره قبل أن يصير ملكاً له، فلتثبيت ملكه وتأكيد لآبده من تأكيد سببه.<sup>1</sup>

الفرع الثالث: من تطبيقات القاعدة في فتح القدير:

وردت هذه القاعدة في باب المرابحة والتولية،<sup>2</sup> في

مسألة: بيع العقار قبل قبضه:<sup>3</sup>

وقد استدل بهذه القاعدة الفريق القائل بعدم جواز بيع العقار قبل قبضه، حيث بينوا أن السبب، و هو البيع إنما يتم بالقبض، ولهذا جعل البيع الحادث بعد العقد قبل القبض كالحادث عند العقد، **والملك إنما يتأكد بتأكد السبب**، فلا ملك مؤكد للبائع قبل أن يقبض المبيع، وقد تم التفصيل في هذا الموضوع سابقاً.<sup>4</sup>

المطلب التاسع: فقه قاعدة " **اختلاف الأسباب يوجب اختلاف الأعيان حكماً** " :<sup>5</sup>

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة:

1 . اختلاف أسباب الملك ينزل منزلة اختلاف الأعيان.<sup>6</sup>

2. تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات.<sup>7</sup>

1 . البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 874 / 10.

2 . ابن الهمام، فتح القدير، 121 / 6.

3 . ابن الهمام، فتح القدير، 137 / 6.

4 . الفصل الثاني، المبحث الأول، المطلب الرابع، ص 95 .

5 . ابن الهمام، فتح القدير، 71 / 6.

6 . السرخسي، المبسوط، 155 / 8 . ابن رجب، القواعد، القاعدة الأربعون، ص 50.

7 . مجلة الأحكام العدلية، المادة 98، ص 28.

3. اختلاف أسباب الملك كاختلاف الأعيان.<sup>1</sup>

4. اختلاف أسباب الملك بمنزلة اختلاف أسباب الأعيان.<sup>2</sup>

5. تبدل الملك كتبدل العين.<sup>3</sup>

الفرع الثاني: المعنى للقاعدة:

سبق شرح مفردات القاعدة في قواعد سابقة،<sup>4</sup> فيبقى بيان المعنى الإجمالي للقاعدة.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أنه إذا تبدلت واختلقت أسباب الملكية في شيء ما أو عين أو سلعة فيؤدي ذلك إلى اعتبار أن هذا الشيء متبدل حكماً فكأنه غيره، وإن لم يتبدل هو حقيقة. والمراد باختلاف أسباب الملك: بيع أو هبة أو صدقة أو إرث، وقد يراد به تبدل صفة العين كخمر تخلل أو خل تخمر.<sup>5</sup>

الفرع الثالث: من تطبيقات القاعدة في فتح القدير:

وردت هذه القاعدة في باب البيع الفاسد،<sup>6</sup> في

مسألة: بيع العينة:<sup>7</sup>

صورة المسألة: أن يبيع البائع سلعة بثمن مؤجل، فيقبضها المشتري، ثم يبيعها للبائع الأول بثمن أقل من الثمن الأول، كأن يبيع سيارة بـ 10000 دينار مؤجلة، ثم يشتريها من المشتري الأول بأقل من ذلك الثمن حالاً.

<sup>1</sup> . السرخسي، المبسوط، 9 / 166.

<sup>2</sup> . السرخسي، المبسوط، 13 / 123.

<sup>3</sup> . السرخسي، المبسوط، 12 / 56.

<sup>4</sup> . سبق بيان معنى السبب، ص 162 . سبق بيان معنى الأعيان، ص 155.

<sup>5</sup> . البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 1 / 204.

<sup>6</sup> . ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 41.

<sup>7</sup> . بيع العينة هو: " أن يبيع سلعة بثمن إلى أجل معلوم، ثم يشتريها نفسها نقداً بثمن أقل، وفي نهاية الأجل يدفع المشتري الثمن الأول ". الموسوعة الفقهية الكويتية، 9 / 96. هذه أشهر تفسيرات العينة، وهي المقصودة في هذه المسألة، ولها تفسيرات أخرى عند الفقهاء، ينظر: ابن عابدين، الدر المختار، 5 / 273، 325. الدسوقي، الشرح الكبير، 3 / 88. النووي، روضة الطالبين، 3 / 419. ابن قدامة، المغني، 4 / 132.

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى القول بعدم جواز البيع في الصورة السابقة، إلا أن يتوسط بينهم وسيط ثالث، فإن وجد وسيط صح البيع، وهذا ما عليه المذهب الحنفي.<sup>1</sup>

القول الثاني: ذهب المالكية والحنابلة إلى القول بعدم جواز هذا البيع مطلقاً، متى قام الدليل على وجود قصد آثم، والقصد في هذا البيع واضح.<sup>2</sup>

إذاً فجمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة يقولون بعدم جواز هذه البيع ابتداءً، وقد استدلوا لما ذهبوا إليه بعدد من الأدلة، منها:

1 . بما روي عن أبي إسحاق السبيعي،<sup>3</sup> عن امرأته أنها دخلت على عائشة رضي الله عنها فدخلت معها أم ولد زيد بن أرقم الأنصاري<sup>4</sup> وامرأة أخرى ، فقالت أم ولد زيد بن أرقم: يا أم المؤمنين إني بعت غلاماً من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم نسيئة ، وإني ابتعته بستمائة درهم نقداً، فقالت لها عائشة: " بئسما اشتريت وبئسما شريت ، إن جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قد بطل إلا أن يتوب"،<sup>5</sup> وجه الدلالة من الحديث: أن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها ما كانت لتقول مثل

<sup>1</sup> إلا أنهم اختلفوا في هذا الوسيط، فذهب الصحاح من الحنفية إلى القول بجواز أن يكون الوسيط من أقارب البائع كوالده، أو والده، أو زوجته أو من غيرهم، فيما ذهب أبو حنيفة إلى عدم قبول الوسيط الذي لا تقبل شهادته له، واحتج بالقول: أن كل منهم بمنزلة الآخر ولذا لا تقبل شهادة أحدهما للآخر، أما الصحاح فقد كانت حجتهم: تباين الأملاك، فيكون كما لو اشتراه آخر. كما اختلفوا في كون الوسيط الثالث: وكيل البائع، فذهب أبو حنيفة إلى القول بجواز البيع، فيما ذهب الصحاح إلى القول بعدم الجواز، حجتهم في ذلك: أن عقد الوكيل كعقده، أما أبو حنيفة فقد احتج بأن تصرف الوكيل يقع لنفسه، فلذا يجوز للمسلم عنده أن يوكل ذمياً بشراء خمر وبيعها، ولكن ينتقل الملك إلى الموكل حكماً، فكان كما لو اشتراه لنفسه فمات فورثه البائع. ابن الهمام، فتح القدير، 68/6. السرخسي، المبسوط، 123/13 - 124. الزيلعي، تبيين الحقائق، 54/4.

<sup>2</sup> السوقي، حاشية السوقي، 88/3. الحطاب، مواهب الجليل، 390/4 - 393. ابن قدامة، المغني، 132/4. ابن مفلح، المبدع، 48/4.

<sup>3</sup> عمرو بن عبد الله الهمداني الكوفي، أبو إسحاق، من بني يحمى، ولد سنة 33 هـ، من أعلام التابعين الثقات، كان شيخ الكوفة في عصره، قيل أنه سمع من 38 صحابياً، وغزا الروم ستة غزوات، وعمي في كبره، توفي سنة 127 هـ. ابن حجر، أحمد بن علي، تهذيب التهذيب، 63/8، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند، ط1، 1326 هـ. الزركلي، الأعلام، 81/5.

<sup>4</sup> زيد بن أرقم بن زيد بن قيس بن النعمان بن مالك الخزرجي الأنصاري، غزا مع النبي صلى الله عليه وسلم سبع عشرة غزوة، وشهد صفين مع علي رضي الله عنه، روي عنه أكثر من 70 حديثاً، توفي بالكوفة سنة 68 هـ. ابن حجر، الإصابة، 2/487. الزركلي، الأعلام، 56/3.

<sup>5</sup> الدارقطني، سنن الدارقطني، كتاب البيوع، حديث رقم: 3003، 478/3. البيهقي، السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب الرجل يبيع الشيء إلى أجل ثم يشتريه بأقل، حديث رقم: 10799، 540/5. قال الصنعاني: إسناده فيه مقال. الصنعاني، الحسن بن أحمد، فتح الغفار الجامع لأحكام سنة نبينا المختار، 1207/3، تحقيق: مجموعة بإشراف علي عمران، دار عالم الفوائد، ط1، 1427 هـ.

هذا الكلام الذي فيه قول بتحريم هذا البيع، بل وفيه بيان أنه سبب لإحباط عمل عظيم كالجهد مع الرسول صلى الله عليه وسلم، إلا بتوقيف سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم، فجرى مجرى روايتها ذلك عنه.<sup>1</sup>

وأيضاً: الوصف الذي وصفت به أم المؤمنين هذا البيع يدل على فساد، حيث سمته بيع سوء، وشراء سوء، والفاسد هو الذي يوصف بهذا الوصف لا الصحيح من البيع.<sup>2</sup>

2. بما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا "،<sup>3</sup> حيث شرح البعض هذا الحديث بأن يقول البائع: " أبيعكها بمائة إلى سنة على أن أشتريها منك بثمانين حالة، وهذا معنى الحديث الذي لا معنى له غيره وهو مطابق لقول: " فله أوكسهما أو الربا " فإنه إما أن يأخذ الثمن الزائد فيربي أو الثمن الأول فيكون هو أوكسهما، وهو مطابق لصفقتين في صفقة، فإنه قد جمع صفقتي النقد والنسيئة في صفقة واحدة ومبيع واحد، وهو قصد بيع دراهم عاجلة بدراهم مؤجلة أكثر منها ولا يستحق إلا رأس ماله وهو أوكس الصفقتين، فإن أبي إلا الأكثر كان قد أخذ الربا " .<sup>4</sup>

3. القول بتحريم هذا النوع من البيع مروى عن أم المؤمنين عائشة وابن عباس وأنس بن مالك<sup>5</sup> رضي الله عنهم أجمعين، ولم يعلم لهم من الصحابة مخالف فيكون هذا إجماع منهم على التحريم.<sup>6</sup>

4. لأن هذا البيع ذريعة للربا، فيمنع سداً للذريعة، حيث أن المتبايعين اتخذا هذه السلعة وسيلة إلى الربا، فغرضهما من هذا البيع النقود، وإدخال تلك السلعة في الوسط تلبس وعبث، " وهي بمنزلة الحرف الذي لا معنى له في نفسه، بل جاء به لمعنى في غيره، حتى لو كانت تلك السلعة تساوي

<sup>1</sup> ابن قدامة، المغني، 4/ 132.

<sup>2</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 5/ 199.

<sup>3</sup> أبو داود، سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب فيمن باع بيعتين في بيعة، حديث رقم: 3461، 3/ 274. قال الألباني: حسن.

الألباني، صحيح الجامع الصغير وزياداته، 2/ 1054.

<sup>4</sup> ابن القيم، محمد بن أبي بكر، تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته، وقد جاء في حاشية كتاب: العظيم آبادي، محمد أشرف، عون المعبود شرح سنن أبي داود، 9/ 247، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1415 هـ.

<sup>5</sup> أنس بن مالك بن النضر بن مضمم النجاري الخزرجي الأنصاري، أبو ثمامة، ولد في المدينة المنورة في السنة 10 ق هـ، خادم رسول الله صلى الله عليه وسلم، روي عنه أكثر من 2286 حديثاً، توفي في البصرة سنة 93 هـ، وهو آخر من توفي من الصحابة فيها. ابن حجر، الإصابة، 1/ 275. الزركلي، الأعلام، 2/ 25.

<sup>6</sup> ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 29/ 446. ابن القيم، إعلام الموقعين، 3/ 131. ابن قدامة، المغني، 4/ 132.

أضعاف ذلك الثمن أو تساوي أقل جزء من أجزائه لم يبالوا بجعلها مورداً للعقد، لأنهم لا غرض لهم فيها وأهل العرف لا يكابرون أنفسهم في هذا " 1.

5. أن في هذا البيع شبهة الربا، ولشبهة الربا حكم حقيقته 2.

وغيرها من الأدلة التي ذكرها جمهور العلماء 3.

أما الحنفية فقد استثنوا من عدم الجواز حال وجود وسيط ثالث في البيع، وكان دليلهم على ذلك: بأن الثمن لم يدخل في ضمان البائع قبل قبضه، فإذا عاد إليه الملك الذي زال عنه بعينه وبقي له بعض الثمن كان ذلك من ربح ما لم يضمن، والذي نهى عنه الرسول صلى الله عليه وسلم، بخلاف ما لو باعه المشتري من غير البائع فاشتراه البائع منه، لأن **اختلاف الأسباب يوجب اختلاف الأعيان حكماً** 4.

القول الثاني: ذهب الشافعية والظاهرية إلى القول بجواز بيع العينة، 5 وقد استدلوا لذلك بعدد من الأدلة، منها:

1 . عموم قوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾، 6 وعموم قوله تعالى أيضاً: ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ ﴾. 7

حيث استدل من عموم هذه الآيات على جواز هذا البيع حيث لم يأت تفصيل بتحريمه في القرآن الكريم أو السنة النبوية، ﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا ﴾، 8 فلا يكون هذا البيع حراماً 9.

1 . ابن القيم، حاشية ابن القيم في عون المعبود، 9 / 243.

2 . ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 71. وهذا ضابط فقهي سيأتي شرحه ص .

3 . يمكن مراجعة الأدلة السابقة للاطلاع على مزيد من الأدلة، وقد جمعت أكثرها في: العبيدي، إبراهيم عبد اللطيف، حقيقة بيع التورق الفقهي والتورق المصرفي، ص 27 وما بعدها، دائرة الشؤون الإسلامية، دبي، ط1، 1429 هـ / 2008 م.

4 . ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 71. الكاساني، بدائع الصنائع، 5 / 199.

5 . الشافعي، الأم، 3 / 79. النووي، روضة الطالبين، 3 / 418. ابن حزم، المحلى، 7 / 548.

6 . سورة البقرة/ الآية 275.

7 . سورة الأنعام/ الآية 119.

8 . سورة مريم/ الآية 64.

9 . ابن حزم، المحلى، 7 / 548.

2. بما روي " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلاً على خيبر، فجاءه بتمر جنيب، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " أكل تمر خيبر هكذا؟"، قال: لا يا رسول الله إنا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا تفعل، بع الجمع بالدراهم، ثم ابتع بالدراهم جنيهاً"<sup>1</sup>، وجه الدلالة من الحديث: أن قوله صلى الله عليه وسلم: " ثم ابتع بالدراهم جنيهاً " أمر بالشراء وهو مطلق يشمل الشراء من المشتري أو من غيره، ولو كان الشراء ممن باعه محظوراً لبينه صلى الله عليه وسلم إذ إن ترك الاستفصال في مقام الاحتمال، ينزل منزلة العموم في المقال.<sup>2</sup>

3. برد استدلال الجمهور بحديث عائشة رضي الله عنها، حيث قال الشافعي: " قد تكون عائشة لو كان هذا ثابتاً عنها عابت عليها بيعاً إلى العطاء؛ لأنه أجل غير معلوم، وهذا مما لا تجيزه، لا أنها عابت عليها ما اشترت منه بنقد وقد باعته إلى أجل، ولو اختلف بعض أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - في شيء فقال بعضهم فيه شيئاً وقال بعضهم بخلافه كان أصل ما نذهب إليه أنا نأخذ بقول الذي معه القياس، والذي معه القياس زيد بن أرقم، وجملة هذا أنا لا نثبت مثله على عائشة مع أن زيد بن أرقم لا يبيع إلا ما يراه حلالاً، ولا يبتاع مثله، فلو أن رجلاً باع شيئاً أو ابتاعه نراه نحن محرماً، وهو يراه حلالاً لم نزع أن الله يحبط من عمله شيئاً"<sup>3</sup>.

مناقشة الأدلة والرد عليها:

أولاً أدلة الجمهور:

1 . رد القائلين بجواز بيعة العينة حديث عائشة رضي الله عنها، وعده الظاهرية من الأحاديث الموضوعة، وذلك لعدة أسباب منها:

أ . أن امرأة أبي إسحاق مجهولة الحال، ولم يرو عنها أحد غير زوجها، وولدها.

<sup>1</sup> البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه، حديث رقم: 2201، 77/3 . مسلم، صحيح مسلم، باب بيع الطعام مثلاً بمثل، حديث رقم: 1593، 3/1215.

<sup>2</sup> ابن حجر، فتح الباري، 4/401.

<sup>3</sup> الشافعي، الأم، 3/79.

ب. أن امرأة أبي إسحاق لم تسمعه من عائشة رضي الله عنها، حيث لم يذكر زوجها ولا ولدها أنها سمعت سؤال المرأة لأم المؤمنين، ولا جوابها لها، إنما الوارد في الحديث قولها: " دخلت على أم المؤمنين، أنا، وأم ولد لزيد بن أرقم، فسألتهما أو ولد زيد ، وهذا يمكن أن يكون ذلك السؤال في ذلك المجلس، ويمكن أن يكون غيره.

ج. أن هذا الحديث لا يمكن أن يكون حقاً عن أم المؤمنين رضي الله عنها أنها قالت: " أبلغني زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب"، وزيد لم يفته مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إلا غزوتان فقط: بدر، وأحد، فقط، وشهد معه - عليه السلام - سائر غزواته، وأنفق قبل الفتح وقاتل، وشهد بيعة الرضوان تحت الشجرة بالحديبية، ونزل فيه القرآن، وشهد الله تعالى - له بالصدق وبالجنة على لسان رسوله - عليه السلام - : أنه لا يدخل النار أحد بايع تحت الشجرة.<sup>1</sup>

ونص القرآن بأن الله تعالى قد رضي عنه وعن أصحابه الذين بايعوا تحت الشجرة، فوالله ما يبطل هذا كله ذنب من الذنوب غير الردة عن الإسلام فقط، وقد أعاده الله - تعالى - منها برضاه عنه، وأعاد أم المؤمنين من أن تقول هذا الباطل.<sup>2</sup>

إذا فالحديث عندهم مردود سنداً وممتناً.

وقد رد على القول ببطلان الحديث من جهة السند بأن: زوجة أبي إسحاق السبيعي ليست بمجهولة، وقد ذكرها علماء الجرح والتعديل، وبينوا أنها ممن دخلت على عائشة رضي الله عنها وسمعت منها.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا يدخل النار أحد ممن بايع تحت الشجرة ". أبو داود، سنن أبي داود، كتاب السنة، باب في الخلفاء، حديث رقم: 4653، 4/ 213. الترمذي، سنن الترمذي، باب في فضل من بايع تحت الشجرة، حديث رقم: 3860، 5/ 695. قال الترمذي: حسن صحيح.

<sup>2</sup> ابن حزم، المحلى، 7/ 551.

<sup>3</sup> قال ابن سعد: " العالوية بنت أيفع بن شراحيل امرأة أبي إسحاق السبيعي، دخلت على عائشة وسألتهما وسمعت منها ". ابن سعد، محمد بن سعد، الطبقات الكبرى، 8/ 354، تحقيق: محمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1410هـ/ 1990م. ومثله قال ابن حبان. ابن حبان، محمد بن حبان، الثقات، 5/ 289، دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، ط1، 1393هـ/ 1973م. وقال ابن التركماني: " العالوية معروفة، روى عنها زوجها وابنها وهما امامان، وذكرهما ابن حبان في الثقات، من التابعين وذهب إلى حديثهما هذا الثوري والأوزاعي وأبو حنيفة وأصحابه ومالك وابن حنبل والحسن بن صالح". ابن التركماني، علي بن عثمان، الجوهر النقي على سنن البيهقي، 5/ 330، دار الفكر، بيروت. بدون الطبعة وتاريخها.

أما من جهة المتن فأدلة الجمهور واستدلالهم بالحديث يرد عليهم.

2. رد الجمهور على أدلة المجيزين:

أ . أما استدلالهم بعموم الآية، فيرد عليه بأنه قد جاءت أدلة أخرى تدل على تحريم هذا البيع، فيخرج بيع العينة من عموم الآية.

ب. أما الحديث فيرد عليه بأنه مطلق، والمطلق لا يشمل، بل يشيع فإذا عمل به في صورة سقط الاحتجاج به فيما عداها، فلا يصح الاستدلال به على جواز الشراء ممن باعه تلك السلعة بعينها.<sup>1</sup>

أما قولهم بأنه ينزل منزلة العموم بترك الاستفصال في مقام الاحتمال، فيرد عليه: بأن العموم لا يفيد بسبب وجود الدليل الخاص بمنع بيع العينة.<sup>2</sup>

الرأي الراجح عند الباحث:

بعد الاطلاع على أقوال العلماء في المسألة وأدلتهم ومناقشة تلك الأدلة والرد عليها، أميل إلى ترجيح قول المالكية والحنابلة، وذلك لقوة أدلتهم، وضعف أدلة المجيزين، ولقوة مناقشتهم لأدلة المجيزين، وقد أخذ مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بهذا القول " حيث جاء في قراره الذي يتحدث عن حكم بيع التورق<sup>3</sup>: " ثالثاً: جواز هذا البيع مشروط، بأن لا يبيع المشتري السلعة بثمن أقل مما اشتراها به على بائعها الأول، لا مباشرة ولا بالواسطة، فإن فعل فقد وقع في بيع العينة، المحرم شرعاً، لاشتماله على حيلة الربا فصار عقداً محرماً "<sup>4</sup>.

والله تعالى أعلم.

<sup>1</sup> ابن حجر، فتح الباري، 4/ 401.

<sup>2</sup> العبيدي، حقيقة بيع التورق الفقهي والتورق المصرفي، ص 43.

<sup>3</sup> بيع التورق هو: " شراء سلعة في حوزة البائع وملكه، بثمن مؤجل، ثم يبيعه المشتري بنقد لغير البائع، للحصول على النقد ".  
مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، الدورة الخامسة عشر، القرار الخامس، بشأن حكم بيع التورق، مكة المكرمة، 1419هـ/ 1998م.

<sup>4</sup> مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، الدورة الخامسة عشر، القرار الخامس، بشأن حكم بيع التورق.

## المبحث الثاني: فقه الضوابط الفقهية الخاصة بالمعاملات المالية:

المطلب الأول: فقه ضابط "الأوصاف لا يقابلها شيء"<sup>1</sup>:

ومن ألفاظه أيضاً: "الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن"،<sup>2</sup> وفي لفظ آخر "الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن ما لم تكن مقصودة"<sup>3</sup>.

الفرع الأول: معنى الضابط:

قبل بيان المعنى الإجمالي للضابط، لابد من توضيح المقصود بالأوصاف.

المسألة الأولى: معنى الأوصاف:

أولاً: الأوصاف في اللغة: مأخوذة من وصف، ومعناه: تحلية الشيء، والصفة هي الأمانة اللازمة للشيء، والصفة النعت، وهو مأخوذ من قولهم: وصف الثوب الجسم: إذا أظهر وبين هيئته.<sup>4</sup>

ثانياً: الأوصاف اصطلاحاً معناها: "الأمانة اللازمة بذات الموصوف الذي يعرف بها"<sup>5</sup>، وعُرف أيضاً بأنه: "ما يكون تابعاً لشيء غير منفصل عنه"<sup>6</sup>.

ويلاحظ أن المعنى الاصطلاحي للأوصاف لم يخرج عن المعنى اللغوي.

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للضابط:

أن أوصاف المبيع في الأصل لا يقابلها شيء من الثمن، إلا إذا صارت هذه الأوصاف هي المقصودة بالعقد فيقابلها الثمن.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 221.

<sup>2</sup> المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، 3/ 34.

<sup>3</sup> ابن عابدين، الدر المختار، 4/ 587.

<sup>4</sup> ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة وصف، 6/ 115. الفيومي، المصباح المنير، 2/ 661.

<sup>5</sup> الجرجاني، التعريفات، ص 133.

<sup>6</sup> حماد، معجم المصطلحات، ص 470.

<sup>7</sup> البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 1/ 334.

الفرع الثاني: من تطبيقات الضابط في فتح القدير:

ورد هذا الضابط في باب السلم،<sup>1</sup> في

مسألة: بيان قدر رأس مال السلم الحاضر إذا كان من الذرعات<sup>2</sup>:

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى القول بعدم اشتراط إعلام قدر رأس المال إذا كان مما لا يتعلق العقد بقدره، والذرعات لا يتعلق العقد بقدرها، لأن الذراع وصف لا يتعلق العقد على مقداره، وإعلام الوصف بعد الإشارة ليس بشرط، فتكفي الإشارة إليه، لأن المسلم فيه لا ينقسم على عدد الذرعان ليشترط إعلامه، لأن الأوصاف لا يقابلها شيء، فجهالة قدر الذرعان لا تؤدي إلى جهالة المسلم فيه، وهذا ما عليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية في الأظهر والحنابلة في قول.<sup>3</sup>

القول الثاني: ذهب الحنابلة، والشافعية في قول بأنه يجب بيان ذكر مقداره وصفاته، وبأنه لا يصح السلم إلا ببيانها، حجتهم في ذلك: أنه لا يؤمن أن يفسخ السلم بانقطاع المسلم فيه، فإذا لم يعرف مقداره وصفته لم يعرف ما يرد،<sup>4</sup> ولأنه قد يتأخر تسليم المعقود عليه، ولا يؤمن انفساخه، فوجب معرفة رأس ماله ليرد بدله، كالقرض.<sup>5</sup>

والذي أميل إلى ترجيحه هو القول الأول، وذلك لقوة حجتهم. والله تعالى أعلم.

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 204.

<sup>2</sup> الذراع: مقياس للطول، والمذروعات: هي الأشياء التي تباع بالقياس، مثل: الثياب والبسط والحصروالحرير والديباج وغيرها.

ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 207. الموسوعة الفقهية الكويتية، 38 / 316.

<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 221. الكاساني، بدائع الصنائع، 5 / 201. العبدري، التاج والإكليل، 6 / 515. العدوي، حاشية

العدوي على كفاية الطالب الرباني، 2 / 178. الشيرازي، المهذب، 2 / 78. النووي، المجموع، 13 / 144-145. المرادوي،

الإنصاف، 5 / 106.

<sup>4</sup> الشيرازي، المهذب، 2 / 78. النووي، المجموع، 13 / 144.

<sup>5</sup> البهوتي، كشاف القناع، 3 / 304. المرادوي، الإنصاف، 5 / 106.

المطلب الثاني: فقه ضابط "التسبب في الإلتاف تعدياً سبب للضمان"<sup>1</sup>:

وقد ورد هذا الضابط بعدة ألفاظ، منها:

- المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد.<sup>2</sup>

- التسبب إذا كان تعدياً يكون موجباً للضمان.<sup>3</sup>

- السبب متى كان بطريق التعدي فهو كالمباشرة.<sup>4</sup>

الفرع الأول: معنى الضابط:

قبل بيان المعنى الإجمالي للضابط، لابد من شرح مفرداتها.

المسألة الأولى: شرح مفردات الضابط:

أولاً: معنى التسبب:

سبق بيان معنى السبب في اللغة والاصطلاح،<sup>5</sup> والتسبب جزء منه، فيبقى بيان معنى التسبب في الاصطلاح.

عُرف التسبب اصطلاحاً بأنه هو : " أن يكون الشخص ونحوه سبباً في حصول أمر "،<sup>6</sup> وعُرف بأنه هو : " أن يتصل أثر فعل الإنسان بغيره، لا حقيقة فعله، فيتلف به "،<sup>7</sup>

ومن أمثله: من حفر بئراً في الطريق، فمر بالطريق شخصٌ فوقه فيه فمات، فإن أثر الحفر وهو العمق هو الذي اتصل بمن وقع فيه فمات، لا نفس الفعل وهو الحفر.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 536.

<sup>2</sup> مجلة الأحكام العدلية، المادة 93، ص 27.

<sup>3</sup> السرخسي، المبسوط، 4 / 88.

<sup>4</sup> السرخسي، المبسوط، 20 / 177.

<sup>5</sup> ص 162 .

<sup>6</sup> قلنجي، معجم لغة الفقهاء، 1 / 129.

<sup>7</sup> الزحيلي، نظرية الضمان، ص 31.

<sup>8</sup> البزدوي، كشف الأسرار، 4 / 211.

ويقابله المباشرة، والتي معناها: " أن يتصل فعل الإنسان بغيره ويحدث منه التلف، كما لو جرح إنسان غيره أو ضربه فمات "،<sup>1</sup> فهنا لا حائل بين الفعل والنتيجة، فالجرح أو الضرب الذي هو الفعل، أدى إلى الموت والتي هي النتيجة، دون أن يتوسط بينهما طرف ثالث.

ثانياً: معنى الإلتلاف في اللغة والاصطلاح:

1 . الإلتلاف في اللغة: مأخوذة من تلف الشيء يتلف تلفاً، ومعناه: الهلاك والعطب في كل شيء، وتأتي أيضاً بمعنى الهدر، يقال: ذهبت نفس فلان تلفاً، أي هدرأ، كما وتأتي بمعنى الفناء، يقال: أتلف فلان ماله إلتافاً، أي أفناه إسرافاً.<sup>2</sup>

فيكون معنى الإلتلاف المطلوب في القاعدة: إهلاك الشيء أو إعطابه، أو إفناؤه بالكلية.

2. الإلتلاف اصطلاحاً: هو " إخراج الشئ عن أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة "،<sup>3</sup> حيث يقول صاحب البدائع: " إلتلاف الشيء: إخرجه من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة "،<sup>4</sup> وهذا التعريف شامل للمعاني اللغوية للإلتلاف، حيث أن الإلتلاف من الممكن أن يكون بإفناء العين بالكلية أو إهلاكها أو إعطابها بحيث لا يمكن الإنتفاع بها المنفعة المطلوبة منها عادة.

ثالثاً: تعريف الإلتلاف بالتسبب كمصطلح مركب:

عُرف الإلتلاف تسبباً بأنه: " هو التسبب لتلف شيء: يعني إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة " ويقال لفاعله: متسبب، ومن أمثله: إن يقوم شخصٌ بقطع حبل قنديل معلق، فيكون هو سبب مفض لسقوطه على الأرض وانكساره، فالذي قطع الحبل يكون أتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسبباً.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> الزحيلي، نظرية الضمان، ص 31.

<sup>2</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة تلف، 9 / 18. الفيومي، المصباح المنير، مادة تلف، 1 / 76.

<sup>3</sup> قلعي، معجم لغة الفقهاء، 1 / 41.

<sup>4</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 7 / 164.

<sup>5</sup> مجلة الأحكام العدلية، المادة 888، ص 171.

ويقابله مصطلح: الإتلاف مباشرة: والذي " هو إتلاف الشيء بالذات " ويقال لمن فعله: فاعل مباشر.<sup>1</sup>

رابعاً: تعريف التعدي في اللغة والاصطلاح:

1 . التعدي في اللغة: مأخوذة من عدا، ومنها عدا عليه عدواً وعداءً وعدواناً وعدوى وتعدي واعتدى، ومنها العدو، وأصله: تجاوز الحد في الشيء أو تجاوز ما ينبغي أن يقتصر عليه، ومعناه: الظلم والجور، ومنها قول الحق سبحانه وتعالى: ﴿ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ﴾<sup>2</sup> أي لا تعاونوا على المعصية والظلم.<sup>3</sup>

2. التعدي في الاصطلاح: عُرف التعدي بأنه: " التصرف بغير حق "،<sup>4</sup> وأوضح منه تعريف صاحب نظرية الضمان للتعدي بأنه: " عمل غير مباح ولا مأذون به شرعاً أو من صاحب الحق"،<sup>5</sup> فكل عمل يخرج عن نطاق المباح المأذون به من جهة الشرع أو من صاحب الحق يعتبر تعدي، ويلاحظ أن التعريف الاصطلاحي للتعدي لا يخرج عن أصله اللغوي الذي هو مجاوزة الحد الذي ينبغي الاقتصار عليه أو المسموح به.

خامساً: تعريف الضمان في اللغة والاصطلاح:

1 . الضمان في اللغة: مأخوذة من ضمن ضامن وضمين، ومعناها: الالتزام، يقال: ضمنته المال، أي ألزمته إياه، وضمنت المال، أي التزمته، وأصل الضمان: جعل الشيء في شيء يحويه، ويطلق الضمان أيضاً على الكفالة، حيث يقال: هو ضمين، أي كفيل، وتطلق أيضاً على التبريم، حيث يقال: ضمنته الشيء، أي غرمته.<sup>6</sup>

2. معنى الضمان اصطلاحاً: عُرف الضمان بعدة تعريفات، منها:

<sup>1</sup> مجلة الأحكام العدلية، المادة 887، ص 171.

<sup>2</sup> سورة المائدة/ الآية 2.

<sup>3</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة عدا، 33/ 15. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، 4/ 249.

<sup>4</sup> قلنجي، معجم لغة الفقهاء، 1/ 135.

<sup>5</sup> الزحيلي، نظرية الضمان، ص 26.

<sup>6</sup> الفيومي، المصباح المنير، مادة ضمن، 2/ 364. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة ضمن، 3/ 372. الفيروزآبادي،

القاموس المحيظ، مادة ضمن، ص 1212. ابن منظور، لسان العرب، مادة ضمن، 13/ 257.

أ. " رد مثل الهالك إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً " <sup>1</sup>.

ب. " إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيمه إن كان من القيميات " <sup>2</sup>.

ج. " الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية " <sup>3</sup>.

والتعريف الأخير هو أفضل التعاريف وأشملها حيث أنه يتلاءم مع عموم نظرية الضمان الشاملة للمسؤوليتين المدنية والجنائية، كما أنه لا يقتصر على الجانب المادي فقط، وإنما يشمل المنافع والضرر الأدبي ( المعنوي )، كما أنه يتناسب مع المعنى اللغوي للضمان.

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للضابط:

يفيد الضابط بأن المتسبب يجب عليه ضمان ما تلف وإن لم يكن مباشراً إذا كان السبب تعدياً، حيث أن الأصل في الضمان أنه على المباشر وحده دون المتسبب، ولكن جاء هذا الضابط كاستثناء في إيجاب الضمان على المتسبب إذا كان متعدياً <sup>4</sup>.

حيث أنه بالتسبب وحده لا يضمن ما أفضى إليه عمله من الضرر إذا لم يقترن به التعمد، لأن التسبب بانفراده لا يصلح علة مستقلة للإتلاف إلا إذا كان متعدياً.

ويكفي في كونه متعدياً أن يتصل فعله في غير ملكه بما لا يسوغ له، ويكون مقترناً بالتعمد، لأن الحكم لا يضاف إلى السبب الصالح إلا بالقصد.

والتعمد أيضاً يكفي فيه: أن يقصد بالفعل الأثر المترتب عليه، ولا يشترط أن يقصد أيضاً ما يترتب على ذلك الأثر. <sup>5</sup>

الفرع الثاني: من تطبيقات الضابط في فتح القدير:

<sup>1</sup> الحموي، غمز عيون البصائر، 6 / 4.

<sup>2</sup> مجلة الأحكام العدلية، المادة 416، ص 80.

<sup>3</sup> الزحيلي، نظرية الضمان، ص 22.

<sup>4</sup> البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 2 / 296. 5 / 21.

<sup>5</sup> الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 455. الزحيلي، القواعد الفقهية، 1 / 568.

ورد هذا الضابط في كتاب الرجوع عن الشهادة،<sup>1</sup> في

مسألة: تضمين الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم بعد الحكم في الأموال:

صورة المسألة: أن يشهد الشهود عند القاضي فيحكم بشهادتهم، ثم يرجعوا عن شهادتهم بعد الحكم، فهل يضمنون، أم لا يضمنون؟.

أقوال العلماء في المسألة:

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى القول بأن رجوع الشهود عن شهادتهم بعد الحكم لا ينقض الحكم، وعلى الشهود ضمان ما أتلّفوه بشهادتهم،<sup>2</sup> وهذا ما عليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية في الصحيح والشافعية في الراجح والحنابلة.<sup>3</sup>

حجتهم في ذلك:

1 . لأن شهادتهم وقعت سبباً إلى إتلاف مال المشهود عليه على وجه التعدي، لأنه وقع على خلاف الحق، والتسبب في الإتلاف تعدياً سبب للضمان.<sup>4</sup>

2. لأنهم حالوا بين المشهود عليه وبين ماله بغير حق فلزمهم الضمان، كما لو غصبوه منه.<sup>5</sup>

3. لأنهم أقرّوا أنهم حالوا بينه وبين ماله بغير حق، فأشبهه ما لو أتلّفوه.<sup>6</sup>

القول الثاني: ذهب المالكية في قول إلى أن الشهود لا يضمنون إلا بالتعمد، فإن قالوا: غلطنا أو أخطأنا، فلا شيء عليهم.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 536.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 536.

<sup>3</sup> السرخسي، المبسوط، 16 / 178. الكاساني، بدائع الصنائع، 6 / 283.

<sup>4</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 536. الكاساني، بدائع الصنائع، 6 / 283. مالك بن أنس، المدونة، 4 / 540. ابن عبد البر،

الكافي، 2 / 918. الخرشي، شرح مختصر خليل، 7 / 220. عليش، منح الجليل، 8 / 504. الشيرازي، المهذب، 3 / 467.

النووي، المجموع، 20 / 282. العمراني، البيان، 13 / 406. ابن قدامة، الكافي، 4 / 295. المروزي، مسائل الإمام أحمد، 8 /

4109. الزركشي، شرح الزركشي، 7 / 384.

<sup>5</sup> العمراني، البيان، 13 / 406.

<sup>6</sup> الزركشي، شرح الزركشي، 7 / 384.

<sup>7</sup> ابن عبد البر، الكافي، 2 / 918. القرافي، الذخيرة، 10 / 295.

القول الثالث: ذهب الشافعية في قول إلى أن الشهود لا يضمنون، حجتهم في ذلك: أن العين لا تضمن إلا باليد أو بالاتلاف، ولم يوجد من الشهود واحد منهما، فلا يضمنون.<sup>1</sup>

والذي أميل إلى ترجيحه هو قول جمهور العلماء، وذلك لقوة أدلتهم التي فيه ردٌ على مخالفيهم، ولأن في هذا حفظاً لأموال الناس من عبث العابثين وكذب الكاذبين، ولأن الخطأ والتعمد في الأموال سواء. والله تعالى أعلم.

المطلب الثالث: فقه ضابط "تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز":<sup>2</sup>

و من أفاظ الضابط:

- تمليك الدين من غير من عليه الدين باطل.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> النووي، المجموع، 281 / 20. العمراني، البيان، 406 / 13. الشربيني، معني المحتاج، 395 / 6.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 309، 304/6.

وقد اختلف العلماء في حكم تمليك الدين لغير من عليه على أربعة أقوال:

القول الأول: ذهب جمهور العلماء من الحنفية والشافعية في الأظهر والحنابلة إلى القول بعدم جواز تمليك الدين لغير من هو عليه، سواء أكان بعوض أو بغير عوض. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 223. الزيلعي، تبيين الحقائق، 4 / 174. الجويني، نهاية المطلب، 5 / 195. القزويني، فتح العزيز بشرح الوجيز، 8 / 429. ابن قدامة، المغني، 5 / 60. المرداوي، الإنصاف، 2 / 112.

وقد استثنى الحنفية من ذلك ثلاثة صور:

الصورة الأولى: إذا سلطه على قبضه، فيكون وكيلاً قابضاً للمولى ثم لنفسه. الصورة الثانية: في الحوالة. الصورة الثالثة: في الوصية. ابن عابدين، الدر المختار، 5 / 152-153.

حجتهم في ذلك: أن البيع لا يرد إلا على مال متقوم، وما في ذمة المدين لا يكون مالاً متقوماً في حق غيره فلا يجوز بيعه منه، ولأن البائع لا يقدر على تسليمه حتى يستوفي، ولا يدري متى يستوفي، ولأنه ربما يمنعه أو يجده، وذلك كله غرر لا حاجة به إليه. السرخسي، المبسوط، 14 / 22. الشيرازي، المهذب، 2 / 13. البهوتي، كشاف القناع، 3 / 307.

القول الثاني: ذهب المالكية إلى جواز بيع الدين لغير المدين بشروط خاصة تباعد بينه وبين الغرر، وتبعد عنه سائر المحظورات، وقد اشترطوا لذلك ثمانية شروط، يمكن الاطلاع عليها في المصادر الآتية. عيش، منح الجليل، 5 / 46. الخرشي، شرح مختصر خليل، 5 / 77. الموسوعة الفقهية الكويتية، 21 / 132-133.

القول الثالث: ذهب الشافعية في وجه والحنابلة في رواية إلى جواز تمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض وبدون عوض. الجويني، نهاية المطلب، 5 / 195. النووي، المجموع، 9 / 275. المرداوي، الإنصاف، 5 / 112. ابن رجب، القواعد، ص 84-85.

حجتهم في ذلك: أن الدين مملوك، ويجوز استبدال مستحقه عليه، ونفذ تصرفه فيه، وبناءً عليه يجوز بيعه لغيره، واعتباراً بالأعيان التي تنفذ التصرفات فيها.

القول الرابع: ذهب الشافعية في قول صححه كثير من أئمتهم إلى القول بجواز بيع جميع الديون لغير من عليه الدين، باستثناء دين السلم، بشرط أن يكون الدين حالاً، والمدين مقراً مليئاً أو عليه بينة لا كلفة في إقامتها، حيث أنه بذلك تنتفي حجة الغرر الناشئة عن عدم قدرة الدائن على تسليم الدين إليه. الشيرازي، المهذب، 2 / 13. النووي، المجموع، 9 / 275.

ويمكن مراجعة هذه المسألة بتفاصيلها في: الموسوعة الفقهية الكويتية، 21 / 130-132.

<sup>3</sup> ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 223.

- تمليك الدين من غير من عليه الدين في سائر الديون لا يجوز.<sup>1</sup>

- تمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض لا يجوز.<sup>2</sup>

الفرع الأول: معنى الضابط:

قبل بيان المعنى الإجمالي للضابط لابد من توضيح المقصود بالدين في اللغة والاصطلاح.

المسألة الأولى: معنى الدين في اللغة والاصطلاح:

أولاً: الدين في اللغة: كل شيء غير حاضر، ويجمع على ديون، والفعل منه دان، يقال: دنت وأنا أدِين، إذا أخذت ديناً، ودنت الرجل: أقرضته فهو مدين ومديون، ودان هو أخذ الدين، والدين: القرض: يقال: أدنت الرجل، أي أقرضته، فهو مدين ومديون، ودان فلان يدين ديناً، استقرض وصار عليه دين فهو دائن، فصار دان مشتركاً بين الإقراض والاستقراض وكذا الدائن.<sup>3</sup>

ثانياً: الدين اصطلاحاً: عُرف بأنه: " عبارة عن مال حكمي يحدث في الذمة ببيع أو استهلاك أو غيرهما "،<sup>4</sup> كما عرف بأنه: " ما ثبت من المال في الذمة بعقد أو استهلاك أو استقراض " .<sup>5</sup>

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للضابط:

أن صاحب الدين إذا ملَّك دينه الثابت في ذمة المديون لغير من عليه الدين ففعله هذا لا يجوز سواءً أكان بعوض أم بغير عوض، والسبب في ذلك: عدم القدرة على التسليم، لأن شرط تمام عقد البيع أو التمليك التسليم من البائع والقبض من المشتري أو وكيلهما، وهذا غير ممكن هنا.

أما تمليك الدين ممن عليه الدين فجائز، لأنه إبراء في الحقيقة وإسقاط. أما إذا سلط الدائن شخصاً

<sup>1</sup> . السرخسي، المبسوط، 146 / 12.

<sup>2</sup> . السرخسي، المبسوط، 64 / 15، 69. 20 / 135، 181. 21 / 38.

<sup>3</sup> . ابن منظور، لسان العرب، مادة دين، 13 / 167. الفيومي، المصباح المنير، مادة دين، 1 / 205.

<sup>4</sup> . ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 305.

<sup>5</sup> . قلنجي، معجم لغة الفقهاء، ص 212.

على قبض دينه فيكون وكيلاً قابضاً للموكل ثم لنفسه، ومقتضاه صحة عزله عن التسليط قبل القبض.<sup>1</sup>

الفرع الثاني: من تطبيقات الضابط في فتح القدير:

ورد هذا الضابط في كتاب الكفالة،<sup>2</sup> في

مسألة: رجوع الكفيل بما دفعه على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بغير أمره:

صورة المسألة: أن يكفل شخصٌ غيره بما عليه من دين بغير أمر المكفول عنه أو إذنه، فهل يملك الكفيل حق الرجوع على من كفله بما دفعه عنه من كفالة، أم لا؟

أقوال العلماء في المسألة:

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى القول بأن الكفيل لا يملك حق الرجوع على المكفول عنه بما أدى عنه، وهذا ما عليه أكثر العلماء من الحنفية والشافعية والحنابلة في قول.<sup>3</sup> حجتهم في ذلك أن الكفيل بفعله هذه متبرع، فأشبهه ما لو علف دوابه وأطعم عبيده بغير أمره،<sup>4</sup> وبأنه لا يمكن إثبات المال في ذمة المطلوب بلا رضاه، ولذلك لا يرجع عليه.<sup>5</sup>

القول الثاني: ذهب المالكية، والحنابلة في قول إلى القول بأن الكفيل إذا أدى دين المكفول عنه ثبت له حق الرجوع على المكفول عنه، ولا يشترط لرجوعه عليه إذن المكفول عنه، بل يرجع عليه بما أدى عنه، سواءً أكانت الكفالة بإذنه أم بدون إذنه، وقد اشترط المالكية لذلك أن لا يكون عنده قصد الإضرار بالمكفول عنه، حجتهم في ذلك: أنه قام بوفاء ما كان واجباً على المكفول عنه،

<sup>1</sup> البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 2/ 480.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 282.

<sup>3</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 6/ 13. السمرقندي، محمد بن أحمد، تحفة الفقهاء، 3/ 239، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1414هـ/ 1994م. السنكي، أسنى المطالب، 2/ 244. الشربيني، مغني المحتاج، 3/ 211-212. ابن قدامة، المغني، 4/ 411.

المقدسي، العدة شرح العدة، ص 272. ابن مفلح، المبدع، 4/ 241.

<sup>4</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 305. ابن قدامة، المغني، 4/ 411.

<sup>5</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 304-305.

فيرجع بما غرم،<sup>1</sup> ولأنه قضاء مبرئ من دين واجب عليه، فكان من ضمان من هو عليه كالحاكم إذا قضاه عنه عند امتناعه.<sup>2</sup>

وقد ذكر ابن الهمام دليلاً ثالثاً لهم وهو : أن الطالب بالاستيفاء منه كالمملك لما على المطلوب من الكفيل أو كالمقيم له مقام نفسه في استيفاء المال من الأصيل. ورد عليه بالقول: " قلنا **تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز**، وحيث تساهلنا في شيء من ذلك فإنما معناه التشبيه: أي هو كالمملك، وفي الكفالة بالأمر يجب المال للكفيل على الأصيل حكماً للكفالة كما وجب للطالب بها على الكفيل لكن يتأخر إلى أدائه، وهذا لا يكون في كفالته بلا أمره ".<sup>3</sup>

والذي أميل إلى ترجيحه هو قول جمهور العلماء، وذلك لقوة أدلتهم، وقوة ردهم على الفريق الثاني. والله تعالى أعلم.

المطلب الرابع: فقه ضابط " **الجودة في الأموال الربوية عند المقابلة بالجنس ساقطة** " :<sup>4</sup>

الفرع الأول: من ألفاظ الضابط:

1 . الجودة في الأموال الربوية هدر.<sup>5</sup>

2. الجيد والرديء في الربوية سواء، والزيوف كالجياذ في بعض المسائل.<sup>6</sup>

3. الجيد والرديء والتبر والمضروب، والصحيح والمكسور، سواء في جواز البيع مع التماثل، وتحريمه مع التفاضل.<sup>7</sup>

4. الجودة ساقطة في باب الربويات، فيما قوبل بجنسه.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> مالك بن أنس، المدونة، 4/ 70. ابن رشد، بداية المجتهد، 4/ 82. الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3/ 334.

<sup>2</sup> ابن قدامة، المغني، 4/ 411. المقدسي، العدة شرح العمدة، ص 272. ابن مفلح، المبدع، 4/ 241.

<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 304-305.

<sup>4</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 274.

<sup>5</sup> ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 177.

<sup>6</sup> البركتي، قواعد الفقه، ص 75.

<sup>7</sup> ابن قدامة، المغني، 4/ 8.

<sup>8</sup> ابن قدامة، المغني، 4/ 30.

## 5. قيمة الجودة في الربويات ساقطة.<sup>1</sup>

الفرع الثاني: معنى الضابط:

قبل بيان المعنى الإجمالي للقاعدة لابد من توضيح بعض مفردات القاعدة.

المسألة الأولى: شرح مفردات القاعدة:

أولاً: معنى الجودة:

1 . الجودة في اللغة: مأخوذة من الجيد، وهو نقيض الرديء، وجاد الشيء جودة ، أي صار

جيداً، وقد جاد جودة وأجاد: أتى بالجيد من القول أو الفعل.<sup>2</sup>

2. أما اصطلاحاً فمعناها: " صفة الجيد وطبيعته " .<sup>3</sup>

ثانياً: الأموال الربوية: هي " الأموال التي يجب بيعها متماثلة " ،<sup>4</sup> واتفق الفقهاء على ستة أصناف

منها وردت في قوله صلى الله عليه وسلم: " الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير

والتمر بالتمر والملح بالملح، مثلاً بمثل، يداً بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى، الآخذ والمعطي فيه سواء " .<sup>5</sup>

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للضابط:

أن الجودة والرداءة لا أثر لهما في تحريم التفاضل والنساء عند المبادلة بين ربويين اتفاقاً جنساً

وعلة، بمعنى أنه لو كان أحد الربويين جيداً والآخر رديئاً لم يجز المفاضلة أو النساء بينهما

لتعويض فارق الجودة من الرداءة، لأنهما سواء في الجنسية.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> . النووي، المجموع، 70 / 10 .

<sup>2</sup> . ابن منظور، لسان العرب، مادة جود، 3 / 135 .

<sup>3</sup> . قلنجي، معجم لغة الفقهاء، ص 169 .

<sup>4</sup> . البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 3 / 62 .

<sup>5</sup> . مسلم، صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، حديث رقم: 1584، 3 / 1211 .

<sup>6</sup> . رمضان، عطية عدنان، موسوعة القواعد الفقهية المنظمة للمعاملات المالية الإسلامية، ص 399، إشراف: سعيد البيوني،

دار الإيمان، الإسكندرية، 2007م. (رسالة ماجستير). البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 3 / 62 .

وقد فصل صاحب كشاف القناع في ذلك فقال: " وجيد الربوي ورديئه سواء، وتبره ومضروبه سواء، وصحيحه ومكسوره في جواز البيع متماثلاً يداً بيد، وتحريمه متفاضلاً أو مع تأخير القبض سواء، فلا تعتبر المساواة في القيمة، بل في معياره الشرعي من كيل أو وزن ".<sup>1</sup>

الفرع الثالث: من تطبيقات الضابط في فتح القدير:

ورد هذا الضابط في كتاب الصرف،<sup>2</sup> في

مسألة: بيع درهمين صحيحين ودرهم غلة<sup>3</sup> بدرهمي غلة ودرهم صحيح:

صورة المسألة: أن يبيع شخص درهمين صحيحين ودرهم غلة، بدرهمي غلة ودرهم صحيح.

أقوال العلماء في المسألة:

ذهب ابن الهمام إلى القول بجواز بيع درهمين صحيحين ودرهم غلة بدرهمي غلة ودرهم صحيح،<sup>4</sup> وهذا ما عليه المذهب الحنفي.<sup>5</sup>

حجتهم في ذلك: أنهما جنس واحد، للمساواة في الوزن والجودة، فالصحة ساقطة الاعتبار، لأن **الجودة في الأموال الربوية عند المقابلة بالجنس ساقطة**.<sup>6</sup>

وقد أجمع العلماء على أن الجودة ساقطة الاعتبار عند المقابلة بالجنس في الأموال الربوية، ونقل صاحب الاستذكار هذا الاجماع حيث قال: " وأجمع العلماء على أن الذهب تبره وعينه سواء، لا

<sup>1</sup> . البهوتي، كشاف القناع، 3 / 252.

<sup>2</sup> . ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 258. والصرف معناه: " بيع الأثمان بعضها ببعض ". الجرجاني، التعريفات، ص 132. وعُرفت أيضاً بأنها: " مبادلة النقد بالنقد أو بيع النقد بنقد ". قلنجي، معجم لغة الفقهاء، 273.

<sup>3</sup> . دراهم الغلة هي: الدراهم المقطعة، أو الدراهم التي يردها بيت المال ويأخذها التجار. الزيلعي، تبيين الحقائق، 4 / 139. ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 274. الجرجاني، التعريفات، ص 162. قال الزيلعي: " ولا تنافي، لاحتمال أن تكون هي المقطعة ". الزيلعي، تبيين الحقائق، 4 / 139. أي لا تناقض بين التعريفين لاحتمال أن تكون الدراهم التي يردها بيت المال هي الدراهم المقطعة.

<sup>4</sup> . ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 274.

<sup>5</sup> . الزيلعي، تبيين الحقائق، 4 / 139. ابن نجيم، البحر الرائق، 6 / 216.

<sup>6</sup> . ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 274. الزيلعي، تبيين الحقائق، 4 / 139.

يجوز التفاضل في شيء منه، وكذلك الفضة بالفضة تبرها وعينها، ومصنوع ذلك كله ومضروبه، لا يحل التفاضل في شيء منه " <sup>1</sup>.

المطلب الخامس: فقه ضابط " الشبهة معتبرة كالحقيقة في أبواب الربا " <sup>2</sup>:

استخدم ابن الهمام هذا الضابط أكثر من مرة وبأكثر من صيغة، وهذا ما سأبينه في الفرع الأول:

الفرع الأول: من ألفاظ الضابط:

1 . لشبهة الربا حكم حقيقته <sup>3</sup>.

2. شبهة الربا مانعة كحقيقة الربا <sup>4</sup>.

3. الشبهة في باب الربا كالحقيقة <sup>5</sup>.

4. شبهة الربا معتبرة كحقيقته <sup>6</sup>.

5. الربا مبني على الاحتياط فالشبهة فيه تعمل على الحقيقة " <sup>7</sup>.

الفرع الثاني: معنى الضابط:

قبل بيان المعنى الإجمالي للضابط لابد من توضيح المقصود بالشبهة والربا.

المسألة الأولى: شرح مفردات الضابط:

أولاً: معنى الشبهة:

<sup>1</sup> ابن عبد البر، الاستنكار، 6 / 347. ابن عبد البر، الكافي، 2 / 634. النووي، المجموع، 10 / 70. العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، 5 / 176. البهوتي، كشف القناع، 3 / 252. ابن قدامة، المغني، 4 / 8، 30.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 104.

<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 71.

<sup>4</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 154.

<sup>5</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 261.

<sup>6</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 269.

<sup>7</sup> السرخسي، المبسوط، 12 / 178.

1 . في اللغة: مأخوذة من شبه، ومعناه المشكل، والمختلط، والملتبس، فالشبهة إذاً الاستشكال، والاختلاط، والالتباس، يقال: اشتبه الأمر علي، إذا استشكل واختلط والتبس، والمشتبهات من الأمور المشكلات، وتشابهت: التبتت فلم تتميز ولم تظهر، ومنه اشتبهت القبلة، والجمع شبه<sup>1</sup>.

2. اصطلاحاً: عُرف بأنه: " هو ما لم يتيقن كونه حراماً أو حلالاً "،<sup>2</sup> وعُرف أيضاً بأنه: " ما التبس أمره حتى لا يمكن القطع فيه أحلال هو أم حرام، وحق هو أم باطل " .<sup>3</sup>

فالمعنى الاصطلاحي لم يخرج عن المعنى اللغوي.

ثانياً: تعريف الربا في اللغة والاصطلاح:

1 . في اللغة: الفضل والزيادة والنماء، حيث يقال: ربي الشيء يربو إذا نما وزاد، والجمع روابي.<sup>4</sup>

2. أما اصطلاحاً: فُعرف بأنه: " فضل خالٍ عن عوض شرط لأحد العاقدين "،<sup>5</sup> وعُرف أيضاً بأنه هو: " كل زيادة مشروطة في العقد خالية عن عوض مشروع " .<sup>6</sup>

وهو نوعان: ربا النسئية: وهي " الزيادة المشروطة مقابل الأجل "، و ربا الفضل: وهو " بيع شيء من الأموال الربوية بجنسه متفاضلاً " .<sup>7</sup>

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للضابط:

أن الشبهة إذا وجدت في المعاملات الربوية، فيجب اعتبارها كالحقيقة، حيث أنها تمنع صحة العقد وتبطله، لأن باب **الربا مبني على الاحتياط**،<sup>8</sup> وذلك لشدة الوعيد في الكتاب والسنة

1. ابن منظور، لسان العرب، مادة شبه، 13 / 505. الفيومي، المصباح المنير، مادة شبه، 1 / 303.

2. الجرجاني، التعريفات، ص 124.

3. قلنجي، معجم لغة الفقهاء، ص 257.

4. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة ربي، 2 / 483. الفيومي، المصباح المنير، مادة ربو، 1 / 217.

5. الجرجاني، التعريفات، ص 109.

6. قلنجي، معجم لغة الفقهاء، ص 218.

7. قلنجي، معجم لغة الفقهاء، ص 218.

8. من القواعد الفقهية المتعلقة بهذا الجانب: قاعدة "الأخذ بالاحتياط في الربا واجب". وقاعدة "باب الربا مبني على الاحتياط".

البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 1 / 201. 2 / 11.

للمتعاملين بالربا، فعند وجود أدنى شك في المماثلة أو وقوع المفاضلة فيجب ابطال العقد احتياطاً للدين، حيث أن المعاملات الربوية يجب فيها تمام الوضوح، وتحقق المماثلة بين البدلين.<sup>1</sup>

الفرع الثالث: من تطبيقات هذا الضابط في فتح القدير:

ورد هذا الضابط في باب البيع الفاسد،<sup>2</sup> في

مسألة: بيع العينة التي سبق شرحها سابقاً، واستدل بهذا الضابط لتحريمها.<sup>3</sup>

حيث استدل بهذا الضابط من قال بعدم جواز بيع العينة، حيث قالوا: هذا البيع فيه شبهة الربا، **ولشبهة الربا حكم حقيقته**.<sup>4</sup>

المطلب السادس: فقه ضابط "كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به".<sup>5</sup>

الفرع الأول: معنى الضابط:

قبل بيان المعنى الإجمالي للضابط لابد من توضيح المقصود بالوكالة.

المسألة الأولى: معنى الوكالة لغةً واصطلاحاً:

1 . في اللغة: مأخوذة من وكل، ومعناه: اعتماد غيرك في أمرك، ومن هنا سمي الوكيل بهذا الاسم: لأنه يوكل إليه الأمر.<sup>6</sup>

فالوكالة إذاً معناها: اعتمد عليه ووثق به وفوض الأمر إليه واكتفى به، ومنه قولنا: حسبنا الله ونعم الوكيل، وتوكل على الله، والجمع وكلاء.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 4/ 387.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 41.

<sup>3</sup> ص 177 .

<sup>4</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 71. وهذا ضابط فقهي سيأتي شرحه ص .

<sup>5</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 554. وهذا الضابط من كلام المرغيناني، ولكن ذكره ابن الهمام وتحدث عنه وعن أدلته.

<sup>6</sup> ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة وكل، 6/ 136.

<sup>7</sup> الفيومي، المصباح المنير، 2/ 670.

2. أما اصطلاحاً: فقد عرفها ابن الهمام بأنها: " إقامة إنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم"،<sup>1</sup> وعُرفت أيضاً بأنها: " إقامة الغير مقام نفسه بالتصرف ممن يملكه"،<sup>2</sup> كما وعُرفت بأنها: " إقامة من يملك التصرف غيره مقام نفسه في التصرف".<sup>3</sup>

ويلاحظ أن هذه التعريفات تحمل نفس المعنى تقريباً، كما وأنها لا تخرج عن المعنى اللغوي الذي يقوم على الاعتماد على الغير والوثوق به والتفويض إليه.

#### المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للضابط:

أن أي عقد يجوز أن يعقده الإنسان بنفسه يجوز له أن يوكل غيره في عقده عنه، حتى وإن كان الأصل قادراً على العقد بنفسه، وهذا من رحمة الله تعالى بعباده، حيث أنه لم يوجب على الإنسان أن يعقد عقده بنفسه، بل أنه أباح لعباده من باب التيسير والتخفيف أن يوكل الإنسان غيره في قضاء بعض مصالحه، وعقد بعض عقودهم عنه، وإن كان قادراً على أن يعقدها بنفسه أو يقضيها بنفسه، فلا يقتصر التوكيل على حالة عدم القدرة على الفعل.

كما وأنه يفهم من هذا الضابط أن كل عقد لا يجوز للإنسان أن يعقده بنفسه لا يجوز له أن يوكل فيه غيره.<sup>4</sup>

#### الفرع الثاني: من تطبيقات هذا الضابط في فتح القدير:

ورد هذا الضابط في بداية كتاب الوكالة، حيث بين ابن الهمام أن هذا هو ضابط الوكالة، وإذا أردنا أن نذكر تطبيقاً عليه، فيمكن أن نذكر أحد الأدلة التي ساقها ابن الهمام لتأكيد هذا الضابط، وهو توكيل النبي صلى الله عليه وسلم لعروة البارقي<sup>5</sup> في شراء أضحية،

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 553.

<sup>2</sup> الجرجاني، التعريفات، ص 70.

<sup>3</sup> قلنجي، معجم لغة الفقهاء، ص 152.

<sup>4</sup> البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 8 / 454.

<sup>5</sup> عروة بن عياض بن أبي الجعد البارقي، وبارق من الأزدي، استعمله عمر بن الخطاب رضي الله عنه على قضاء الكوفة، وهو من جلة من سير إلى الشام من أهل الكوفة في خلافة عثمان بن عفان رضي الله عنه. ابن الأثير، علي بن أبي الكرم، أسد الغابة في معرفة الصحابة، 4 / 28، تحقيق: علي معوض، عادل أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415 هـ / 1994 م.

حيث روي أنه " اعطاه النبي صلى الله عليه وسلم ديناراً ليشتري به أضحية، أو شاة فاشتري شاتين فباع إحداهما بدينار فأتاه بشاة ودينار فدعا له بالبركة في بيعه، كان لو اشترى تراباً لربح فيه " <sup>1</sup>.

وهذا يدل على جوز التوكيل في البيع والشراء حتى لو كان الإنسان قادراً على الشراء بنفسه.

هذا ولم يذكر ابن الهمام مسائل خاصة تتعلق بهذا الضابط يمكن شرحها.

المطلب السابع: فقه ضابط " كل ما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون أجرة في الإجارة " <sup>2</sup>.

ومن ألفاظ هذا الضابط أيضاً: " كل ما يصلح ثمناً في البيع يصلح أجرة في الإجارة " <sup>3</sup>.

الفرع الأول: معنى الضابط:

قبل بيان المعنى الإجمالي للضابط لابد من بيان معنى الثمن، والأجرة، والإجارة.

المسألة الأولى: شرح مفردات الضابط:

أولاً: معنى الثمن في اللغة والاصطلاح:

1 . الثمن في اللغة: ما استحق به ذلك الشيء، ومنه يقال: أثمنته سلعته، وأثمن له: أعطاه ثمنها، وثمن كل شيء قيمته، وعوضه، والجمع أثمان <sup>4</sup>.

2. أما اصطلاحاً: فقد عُرف بأنه: " ما يكون بدلاً للمبيع، ويتعلق بالذمة "، كم عُرف بأنه: " قيمة

<sup>1</sup> أبو داود، سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في المضارب يخالف، حديث رقم: 3384، 3/ 256. قال الألباني: صحيح.

<sup>2</sup> الألباني، إرواء الغليل، 5/ 128. وروى البخاري مثله ولكن بدون ذكر الأضحية، بل ذكر أن أعطاه الدينار ليشتري له به شاة. البخاري، صحيح البخاري، كتاب المناقب، حديث رقم: 3642، 4/ 207.

<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 84.

<sup>4</sup> السرخسي، المبسوط، 23/ 15.

<sup>4</sup> الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص 1185. ابن منظور، لسان العرب، مادة ثمن، 13/ 82. الفيومي، المصباح المنير، مادة ثمن، 1/ 84.

الشيء وسعره الذي تم التراضي عليه "،<sup>1</sup> وعُرف أيضاً بأنه: " العوض الذي يؤخذ على التراضي في مقابلة البيع، عيناً كان أو سلعة " .<sup>2</sup>

والتعريف الأخير هو أشمل التعاريف وأفضلها، حيث أنه جمع التعريفين السابقين وهو الأكثر عموماً، ويلاحظ أيضاً أن التعريفات الاصطلاحية لم تخرج عن المعنى اللغوي.

ثانياً: معنى الأجرة في اللغة والاصطلاح:

1 . الأجرة لغةً: مأخوذة من أجر، ومعناه الجزاء على العمل، ومنه أجره يأجره، أي جزاه، والجمع أجر، ولا يخرج معنى الإجارة اللغوي عن هذا المعنى.<sup>3</sup>

2. أما اصطلاحاً: فتعرف الأجرة بأنها: " البذل الذي جرى العرف بدفعه لمثل الشيء المؤجر في مثل مدته وشروطه " .<sup>4</sup>

أما الإجارة اصطلاحاً فمعناها: " عبارة عن العقد على المنافع بعوض هو مال "،<sup>5</sup> وعُرفت أيضاً بأنها: " تملك المنافع بعوض "،<sup>6</sup> كما عُرفت أيضاً بأنها: " تملك منفعة رقبة بعوض " .<sup>7</sup>

وكلا التعريفين أقصد تعريف الأجرة والإجارة لا يخرجان عن المعنى اللغوي الذي يدل على العوض مقابل شيء.

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للضابط:

يدل هذا الضابط بشكل صحيح وصريح على أن كل ما يصلح ثمناً للمبيع في عقد البيع يصلح أجرة للمؤجر في عقد الإجارة، حيث أن الثمن في البيع عوض عن السلعة، والأجرة في الإجارة

1 . قلنجي، معجم لغة الفقهاء، ص 154.

2 . أبو حبيب، القاموس الفقهي، ص 52.

3 . ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة أجر، 1/ 62. الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص 342.

4 . قلنجي، معجم لغة الفقهاء، ص 43.

5 . الجرجاني، التعريفات، ص 10.

6 . قلنجي، معجم لغة الفقهاء، ص 43.

7 . أبو حبيب، القاموس الفقهي، ص 13.

عوض عن المنافع.<sup>1</sup>

الفرع الثاني: من تطبيقات هذا الضابط في فتح القدير:

ورد هذا الضابط في باب البيع الفاسد،<sup>2</sup> في

مسألة: من أوصى بجارية إلا خدمتها أو إلا غلتها:

ذهب ابن الهمام إلى القول بعدم صحة الاستثناء في حالة من أوصى لآخر بجارية إلا خدمتها أو غلتها، فتكون الوصية صحيحة والاستثناء باطل، وتكون الجارية وخدمتها أو غلتها للموصى له، لأن الميراث لا يجري في الخدمة والغلة بانفرادها، وهذا ما عليه المذهب الحنفي.<sup>3</sup>

وقد ذكر ابن الهمام اعتراض على هذا الرأي ورد عليه، فقال: " وأورد على الأصل أن الخدمة يصح إفرادها بالوصية فيجب أن يصح استثناءها، أجيب بمنع لزوم ذلك، بدليل قولهم: **كل ما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون أجره في الإجارة**، ولم يلزم كل ما لا يصح ثمناً لا يصح أجره، وبأن الوصية ليست عقداً حتى صح قبول الموصى له بعد موت الموصي، والعقد بعد الموت لا يصح فلا يرد نقضاً".<sup>4</sup>

<sup>1</sup> البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 8/ 587.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 41.

<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 83-84. الزيلعي، تبیین الحقائق، 4/ 58. ابن نجيم، البحر الرائق، 6/ 95.

<sup>4</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 84.

## المطلب الثامن: فقه ضابط "النقود لا تتعين بالتعيين":<sup>1</sup>

استخدم ابن الهمام هذا الضابط أكثر من مرة وبأكثر من لفظ، وهذا ما سأبينه في الفرع الأول.

الفرع الأول: من ألفاظ هذا الضابط:

1 . النقود لا تتعين في المعاوضات.<sup>2</sup>

2. النقود لا تتعين في البياعات.<sup>3</sup>

3. النقد لا يتعين في المعاوضات.<sup>4</sup>

4. النقود لا تتعين في العقود بالتعيين.<sup>5</sup>

5. النقود لا تتعين في عقود المعاوضات.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> . ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 155.

وقع خلاف بين الفقهاء أصحاب المذاهب الأربعة حول مسألة تعيين النقود في العقد على قولين:  
القول الأول: ذهب الحنفية إلا زفر، والمالكية في المشهور إلا إن كان العاقد من ذوي الشبهات، وأحمد في رواية إلى القول بأن النقود لا تتعين بالتعيين، فإذا اشترى شخص بهذه الدراهم فمن الممكن أن يدفع بدراهم غيرها عند الاستحقاق، هذا في المعاوضات، واستثنوا من ذلك الصرف، كما استثنى المالكية الكراء. ابن عابدين، رد المحتار، 5 / 153. مجلة الأحكام العدلية، المادة 243، 244، ص 49-50. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 3 / 155. الخرشي، شرح مختصر خليل، 5 / 166. ابن قدامة، المغني، 4 / 35. أبو البركات، المحرر في الفقه، 1 / 321.  
القول الثاني: ذهب الشافعية، والحنابلة في المشهور من مذهبهم، وزفر من الحنفية إلى القول بأن الأثمان تتعين بالتعيين، فيجب تعيين المشار إليه، حتى يستحق البائع على المشتري الدراهم المشار إليها كما في سائر الأعيان المشار إليها، ولو هلك قبل القبض يبطل العقد، كما لو هلكت سائر الأعيان، ولا يجوز استبدالها. النووي، المجموع، 9 / 332. الماوردي، الحاوي الكبير، 5 / 138. ابن قدامة، المغني، 4 / 33. الزركشي، شرح الزركشي، 3 / 468. الكاساني، بدائع الصنائع، 5 / 233. ابن الهمام، فتح القدير، كتاب الصرف، 7 / 140، دار الفكر.

وأصل الخلاف بين القولين قائم على الخلاف في المبيع والتمن هل هما اسم لشيء واحد، أم أنهما من الأسماء المتباينة الواقعة على معان مختلفة، فمن أخذ بالقول الثاني، أي أنهما من الأسماء المتباينة قال: بعدم التعيين، ومن أخذ بالأول واعتبرهما اسمان يستعملان استعمالاً واحداً، وبأنهما من الأسماء المترادفة التي لا فرق بينها قال: بلزوم التعيين.  
وفي هذه المسألة أدلة أخرى لكل فريق ومناقشات، وتفصيلات لا يتسع المقام لذكرها، ويمكن مراجعتها في المصادر السابقة، بالإضافة إلى: الموسوعة الفقهية الكويتية، 15 / 30 - 32.  
والذي أميل إلى ترجيحه هو القول الأول، وذلك لقوة حجته، ولقوة مناقشتهم لأدلة مخالفيهم، والله تعالى أعلم.

<sup>2</sup> . ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 203.

<sup>3</sup> . ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 264.

<sup>4</sup> . ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 271. البركتي، قواعد الفقه، ص 134.

<sup>5</sup> . السرخسي، أصول السرخسي، 2 / 162. السرخسي، المبسوط، 2 / 209. 3 / 27. 22 / 170.

<sup>6</sup> . السرخسي، المبسوط، 8 / 12.

6. النقود لا تتعين في العقد.<sup>1</sup>

7. النقود لا تتعين.<sup>2</sup>

8. النقد لا يتعين.<sup>3</sup>

الفرع الثاني: معنى الضابط:

قبل بيان المعنى الإجمالي للضابط، لابد من شرح مفرداته.

المسألة الأولى: شرح مفردات الضابط:

أولاً: تعريف النقود لغةً واصطلاحاً:

1 . النقود في اللغة: مأخوذة من النقد، ومعناه: تمييز الدراهم وإخراج الزيف منها، وهو خلاف النسبئة والمؤجل، فيطلق على الحاضر المعجل، والنقد إعطاء النقود إلى الآخر أو قبضها من الآخر، حيث يقال: نقدت الرجل الدراهم بمعنى أعطيته، ويقال: انتقد فلان الدراهم بمعنى قبضها.<sup>4</sup>

فالنقد إذاً يطلق على ثلاثة أمور: الثمن الحاضر، وتمييز الدراهم، وإعطاء النقود وقبضها.

2 . النقود اصطلاحاً: هي " الدراهم والدنانير، ونحوها مما جرت العادة أن تقوم مقامهما مما اصطلح الناس عليه نقداً "<sup>5</sup>.

ثانياً: معنى التعيين في اللغة والاصطلاح:

1 . في اللغة: مأخوذة من عيّن، ومعناه خصص، وتعيين الشيء تخصيصه من الجملة، ومنها أن

<sup>1</sup> . السرخسي، المبسوط، 4 / 11.

<sup>2</sup> . ابن رجب، القواعد، ص 385، 390.

<sup>3</sup> . ابن الهمام، فتح القدير، كتاب الصرف، 7 / 140، دار الفكر.

<sup>4</sup> . ابن منظور، لسان العرب، مادة نقد، 3 / 425. الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص 322. الرازي، مختار الصحاح، مادة نقد، ص 317.

<sup>5</sup> . قلعي، معجم لغة الفقهاء، ص 486.

يقال: عينت المال لزيد، جعلته عيناً مخصوصة به.<sup>1</sup>

2. أما اصطلاحاً فمعناه: " تعليق الحق بعين الشيء " أو " إرادة شيء بعينه " .<sup>2</sup>

وبلاحظ العلاقة بين المعنى الاصطلاحي والمعنى اللغوي، فلا يخرج المعنى الاصطلاحي عن اللغوي الذي يفيد التخصيص بالشيء بعينه.

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للضابط:

أنه لا يجب تخصيص نقود بعينها في عقود المعاوضات عند الأداء، فيجوز استبدالها بمثلها عند الأداء، فإذا اشترى شخص سلعة بهذه الألف دينار، فيجوز له عند الأداء أن يعطي تلك الألف بعينها، أو أن يعطي البائع ألف دينار أخرى غيرها، حيث لا فائدة من اشتراط عين الألف في هذا العقد.

والواجب عليه رد مثل المشار إليه جنساً ونوعاً وقدرًا وصفة، ولو هلك المشار إليه بعينه لا يبطل العقد.<sup>3</sup>

الفرع الثالث: من تطبيقات الضابط في فتح القدير:

ورد هذا الضابط في فصل في بيع الفضولي،<sup>4</sup> في

مسألة: إذا غصب رجلان نقداً من شخص واحد، ثم عقدا بينهما عقد صرف:

صورة المسألة: أن يغصب شخصان من آخر نقداً له، ثم يعقدا بينهما عقد صرف، فهل يصح هذا العقد الجديد إذا أجازته المغصوب منه أم لا يصح ؟ .

أقوال العلماء في المسألة:

<sup>1</sup> . الرازي، مختار الصحاح، مادة عين، ص 223. الفيومي، المصباح المنير، مادة عين، 2 / 440.

<sup>2</sup> . قلنجي، معجم لغة الفقهاء، ص 137.

<sup>3</sup> . البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 11 / 1242 - 1243. الموسوعة الفقهية الكويتية، 15 / 31.

<sup>4</sup> . ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 188.

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى القول بأنه لو غصب رجلان نقداً من نفس الشخص ثم عقدا عقداً صرف بينهما وتقابضاً، ثم أجاز المغصوب منه ذلك العقد جاز، لأن *النقود لا تتعين في المعاوضات*، ولكن على كل واحد من الغاصبين مثل ما غصب، وهذا ما عليه المذهب الحنفي، والمالكية، والحنابلة في رواية، إذاً فعقد الغاصب عندهم صحيح ونفاذه موقوف على إجازة المغصوب منه.<sup>1</sup>

ومن أدلتهم أيضاً: أن غاية هذا البيع لا يخرج عن كونه بيع فضولي، وللمغصوب منه أن يرده، وظاهره سواء قبض المشتري المبيع أم لا، وظاهره علم المشتري أنه غاصب أم لا.<sup>2</sup>

القول الثاني: ذهب الشافعية والحنابلة في صحيح مذهبهم إلى عدم جواز بيع الغاصب للمغصوب، ولو أجازته المغصوب منه ولا بد فيه من تجديد البيع،<sup>3</sup> حجتهم في ذلك أن البائع قد باع المغصوب فيمن لا يستحق بيعها بملك ولا نيابة، فلو أجازها المالك لم يصح البيع فيها، لأن العقد قد وقع فاسداً.<sup>4</sup>

والذي أميل إلى ترجيحه هو القول الثاني، لأن الغاصب يبيع ما لا يملك، فلا بد فيه من عقد جديد، وأيضاً سداً لذريعة الاعتداء على أموال الناس وغصبها بغير رضاهم ثم وضعهم تحت الأمر الواقع بالإكراه أو التخويف أو الإغراء.

والله تعالى أعلم.

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 203. ابن عابدين، الدر المختار، 5/ 108. ابن نجيم، البحر الرائق، 6/ 164. الخرشي، شرح مختصر خليل، 6/ 146. المرادوي، الإنصاف، 6/ 171. ابن قدامة، المغني، 5/ 205.

<sup>2</sup> الخرشي، شرح مختصر الخرشي، 6/ 146. السرخسي، المبسوط، 11/ 62.

<sup>3</sup> الشافعي، الأم، 3/ 252. المرادوي، الإنصاف، 6/ 171. ابن قدامة، المغني، 5/ 205.

<sup>4</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، 6/ 492.

## الفصل السابع: فقه القواعد والضوابط الفقهية الخاصة بالقضاء وطرق الإثبات، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: فقه القواعد الفقهية التي تتعلق بالقضاء وطرق الإثبات:

المطلب الأول: فقه قاعدة: الإقرار حجة قاصرة.

المطلب الثاني: فقه قاعدة: البينة حجة مطلقة.

المطلب الثالث: فقه قاعدة: الثابت بالإقرار دون الثابت بالبينة.

المطلب الرابع: فقه قاعدة: الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة.

المطلب الخامس: فقه قاعدة: الحكم لا يثبت بلا سبب.

المطلب السادس: فقه قاعدة: القضاء يبني على الحجة.

المطلب السابع: فقه قاعدة: الشبهة كالحقيقة فيما يندريء بالشبهات.

المبحث الثاني: فقه الضوابط الفقهية المتعلقة بالقضاء وطرق الإثبات:

المطلب الأول: فقه ضابط: الشهادة التي في مجلس القضاء هي التي بها القضاء.

المطلب الثاني: فقه ضابط: كل شهادة جرت نفعاً لا تقبل.

المطلب الثالث: فقه ضابط: النكول بمنزلة الإقرار.

## المبحث الأول: فقه القواعد الفقهية التي تتعلق بالقضاء وطرق الإثبات:

المطلب الأول: فقه قاعدة "الإقرار حجة قاصرة"<sup>1</sup>:

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة:

وردت هذه القاعدة بكثير من الألفاظ، منها:

1 . الأصل أن المرء يعامل في حق نفسه كما أقربه، ولا يصدق على إبطال حق الغير ولا بإلزام الغير حقاً<sup>2</sup>.

2. إقرار الإنسان على نفسه مقبول، وعلى غيره غير مقبول.<sup>3</sup>

3. الإقرار حجة في حق المقر.<sup>4</sup>

4. الإقرار لازم في حق المقر.<sup>5</sup>

5. الإقرار حجة قاصرة على المقر ولا يتعدى إلى غيره.<sup>6</sup>

الفرع الثاني: معنى القاعدة:

قبل بيان المعنى الإجمالي لابد من شرح مفردات القاعدة.

المسألة الأولى: شرح مفردات القاعدة:

أولاً: معنى الإقرار في اللغة والاصطلاح:

1 . الإقرار لغةً: مأخوذ من قرّ الشيء قراء، استقر بالمكان والاسم القرار، وأقر بالحق أو الشيء:

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 200. مجلة الأحكام العدلية، المادة 78، ص 25.

<sup>2</sup> البركتي، قواعد الفقه، ص 14، 120.

<sup>3</sup> السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 464. الزركشي، المنثور، 1 / 187.

<sup>4</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 5 / 274، دار الفكر. السرخسي، المبسوط، 11 / 8، 208. 20 / 16.

<sup>5</sup> السرخسي، السير الكبير، 1 / 1923. ابن نجيم، البحر الرائق، 5 / 146.

<sup>6</sup> ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 217. ابن الهمام، فتح القدير، باب الاستحقاق، 7 / 44، دار الفكر.

اعترف به، وهي مأخوذة من المقر وهو المكان كأن المقر يجعل الحق في موضعه.<sup>1</sup>

2. الإقرار اصطلاحاً: عُرف الإقرار اصطلاحاً بأنه: " هو إظهار المكلف الرشيد المختار ما عليه لفظاً أو كتابة في الأقيس، أو إشارة أو على موكله أو موروته أو موليه بما يمكن صدقه فيه"،<sup>2</sup> وعُرف أيضاً بأنه: " اعتراف الشخص بحق عليه لآخر "<sup>3</sup>.

والتعريف الأول أكثر شمولاً وأكثر وضوحاً، وأكثر دقة، لأنه يوضح أركان الإقرار بشكل دقيق وجلي.

ويلاحظ أن كلا التعريفين لم يخرجاً عن المعنى اللغوي للإقرار.

ثانياً: معنى الحجة لغةً واصطلاحاً:

1 . الحجة في اللغة: مأخوذة من حجج، ومعناها الدليل والبرهان، ومنها أن يقال: فجعلت أحج خصمي، أي أغلبه بالحجة، وجمعها حُجج.<sup>4</sup>

2. الحجة في الاصطلاح: عُرفت بأنها: " ما يدل على صحة الدعوى "<sup>5</sup>، وعُرفت أيضاً بأنها: " البرهان والدليل على صدق الدعوى "<sup>6</sup>.

ولا تعارض بين التعريفين، كما أنهما لا يخرجان عن المعنى اللغوي للحجة.

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للقاعدة :

تفيد هذه القاعدة بأن الإقرار حجة قاصرة على نفس المقر لا تتجاوزهُ إلى غيره، لأن كونه حجة يبني على زعمه، وزعمه ليس بحجة على غيره، ولأن المقر لا ولاية له إلا على نفسه، فله أن

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة قرر، 5/ 88. الفيومي، المصباح المنير، مادة قرر، 2/ 496.

<sup>2</sup> المرادوي، الإنصاف، 12/ 125. ابن مفلح، المبدع، 8/ 361.

<sup>3</sup> قلنجي، معجم لغة الفقهاء، ص 83.

<sup>4</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة حجج، 2/ 228. الفيومي، المصباح المنير، مادة حجج، 1/ 121.

<sup>5</sup> قلنجي، معجم لغة الفقهاء، ص 175. الجرجاني، التعريفات، ص 82.

<sup>6</sup> البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 8/ 188.

يلزم نفسه بما شاء، وليس له سلطة على إلزام غيره، وأيضاً يحتمل أن يكون المقر كاذباً في إقراره ومتواطئاً مع المقر له لإضاعة حق شخص ثالث.<sup>1</sup>

ومن هنا لا يصح إلزام أحد بعقوبة نتيجة إقرار آخر بأنه شاركه في جريمته، وهذا ما جرى عليه القضاء في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم،<sup>2</sup> حيث روي أن رجلاً جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: " إنه زنى بامرأة سماها، فأرسل النبي صلى الله عليه وسلم إلى المرأة فدعاها، فسألها عما قال، فأنكرت، فحده وتركها "،<sup>3</sup> وهذا أكبر وأوضح دليل على القاعدة.

الفرع الثالث: من تطبيقات القاعدة في فتح القدير:

وردت هذه القاعدة في فصل بيع الفضولي،<sup>4</sup> في

مسألة: إذا أقر البائع بعد البيع أن المبيع ليس ملكه، وإن صاحب المبيع لم يأمره ببيعه:

صورة المسألة: أن يبيع شخصٌ عبداً ليس ملكه، ثم بعد البيع يقر بأن ما باعه ليس ملكه، ولم يأمره رب العبد ببيعه، ويطلب فسخ البيع:

أقوال العلماء في المسألة:

---

<sup>1</sup> الزحيلي، القواعد الفقهية، 582 / 1. الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 395.  
<sup>2</sup> الحريري، إبراهيم محمد، القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام، ص 95، دار عمار، عمان، ط1، 1420هـ / 1999م.  
<sup>3</sup> ابن حنبل، مسند الإمام ، حديث رقم: 22874، 515 / 37. الحاكم، محمد بن عبد الله، المستدرک علی الصحیحین، كتاب الحدود، حديث رقم: 8109، 4 / 411، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ / 1990م.  
قال الحاكم: هذا إسناد صحيح ولم يخرجاه. الأحاديث مذيلة بتعليقات الذهبي عليها، قال الذهبي: صحيح.  
<sup>4</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 188.  
وقع خلاف بين العلماء في حكم بيع الفضولي على قولين:  
القول الأول: ذهب الحنفية والمالكية والشافعية في قول والحنابلة في رواية إلى أن بيع الفضولي جائز، ولكنه موقوف على إجازة المالك.  
القول الثاني: ذهب الشافعية في الراجح من مذهبهم، والحنابلة في الصحيح إلى القول بأن بيع الفضولي باطل، وقد كان لكل فريق أدلة استدلت بها ومناقشات رد بها على مخالفيه لا يتسع المقام لسردها ومناقشتها. ابن نجيم، البحر الرائق، 6 / 160. ابن عابدين، الدر المختار، 5 / 106. السرخسي، المبسوط، 13 / 153. ابن عساكر، عبد الرحمن بن محمد، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، ص 80، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط3، بدون تاريخها. ابن رشد، بداية المجتهد، 3 / 189.  
العمرائي، البيان، 5 / 66. النووي، المجموع، 9 / 260. 14 / 96. ابن قدامة، الكافي، 2 / 14. ابن قدامة، المغني، 5 / 94. وينظر بالتفصيل أيضاً: اللحيان، خالد بن عبد الله، بيع الفضولي، ص 137 وما بعدها، مجلة العدل، العدد الثاني، 1420هـ. الموسوعة الفقهية الكويتية، 9 / 115 وما بعدها. وبعد إطلاعي على أدلة كلا من الفريقين، ومناقشتهم أميل إلى ترجيح القول الأول وذلك قوة أدلتهم، وقوة المناقشة لأدلة الفريق الثاني.

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى التفصيل في هذه المسألة، فقال:

أولاً: إذا كان إقرار البائع عند القاضي، قُبِلَ إقراره ويحكم ببطلان البيع ورده، ولكن بشرط: أن يطلب المشتري ذلك، حجته في ذلك أن الإقرار حجة قاصرة، يعني أنها تنفذ في حق المقر خاصة، وهنا حتى يكون قضاء القاضي نافذاً عليهما بإقراره لا بد أن يوافق المشتري، فإذا وافقه المشتري نفذ عليهما، ويكون النقض ماضٍ عليهما، لأنه انقض باتفاقهما لا بمجرد إقرار البائع، ثم بين ابن الهمام أن المراد بفسخ القاضي إمضاء إقرارهما، لا أن الفسخ يتوقف على القضاء.<sup>1</sup>

ثانياً: أن يكون إقرار البائع عند غير القاضي، فهنا إما أن يوافق قول المشتري بأنه لم يأمره فينقضان البيع، وإما أن يخالفه المشتري، فيقول: بل أمرك، أو العكس: أي أن يقول البائع أمرني رب العبد بالبيع، ويقول المشتري لم يأمرك بالبيع، وليس لأحدهما بينة، فالقول هنا قول من يدعي الأمر بالبيع، حجته في ذلك: أن الآخر قد ناقض قوله فعله، حيث أن إقدامه على البيع أو الشراء دليل اعترافه بالصحة، وقد ناقض بدعواه عدم الأمر، بخلاف الآخر، وليس له أيضاً أن يستحلفه، لأن الاستحلاف يترتب على الدعوى الصحيحة لا الباطلة، وهذا ما عليه المذهب الحنفي.<sup>2</sup>

القول الثاني: ذهب المالكية إلى القول بأن إقرار البائع بعد البيع بالتعدي لا يفيد، ويغرم لرب المبيع قيمته.<sup>3</sup>

والذي أميل إلى ترجيحه هو قول الحنفية.

<sup>1</sup> لهذه المسألة أحكام ومسائل أخرى تتعلق بهذا الحكم، منها أن الحكم ينفذ في حقهما لا في حق رب العبد إن كذبهما، وقد وقع خلاف بين الحنفية في من يطالب بالثمن للمالك، فقال أبو حنيفة ومحمد يطالب البائع بالثمن دون المشتري، لأن البائع وكيله، والمشتري قد برئ بالتصادق، أما أبو يوسف: فقال: له أن يطالب البائع أو المشتري. ابن الهمام، فتح القدير، 6/200. ابن نجيم، البحر الرائق، 6/167. الزيلي، تبیین الحقائق، 4/109.

<sup>2</sup> ابن نجيم، البحر الرائق، 6/167. الزيلي، تبیین الحقائق، 4/109.

<sup>3</sup> الحطاب، مواهب الجليل، 4/272.

المطلب الثاني: فقه قاعدة "البينة حجة مطلقة"<sup>1</sup>:

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة:

لهذه القاعدة العديد من الألفاظ، منها:

1 . البينة حجة متعدية<sup>2</sup>.

2. البينة حجة متعدية، والإقرار حجة قاصرة<sup>3</sup>.

3. البينة حجة في حق الكل<sup>4</sup>.

4. البينة حجة متعدية إلى الناس كافة<sup>5</sup>.

الفرع الثاني: معنى القاعدة:

قبل بيان المعنى الإجمالي للقاعدة لابد من بيان معنى البينة في اللغة والاصطلاح، وقد سبق بيان معنى الحجة<sup>6</sup>.

المسألة الأولى: معنى البينة في اللغة والاصطلاح:

أولاً: البينة في اللغة: مأخوذة من بين، وهي تأتي في اللغة على عدة معانٍ، منها:

1 . تأتي بمعنى الدليل، مثل أن نقول: ما بينتك عليه؟ أي ما دليلك.

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 182. ولابد إلى الإشارة إلى أن هناك علاقة قوية بين هذه القاعدة والقاعدة السابقة، وقد وضع العلماء هاتان القاعدتان في قاعدة واحدة كما يظهر في ألفاظ القاعدة.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 202. الحموي، غمز عيون البصائر، 2 / 416.

<sup>3</sup> مجلة الأحكام العدلية، المادة 78، ص 25.

<sup>4</sup> السرخسي، المبسوط، 7 / 83، 11 / 16.

<sup>5</sup> السرخسي، المبسوط، 11 / 8، 24.

<sup>6</sup> ص 207.

2. تأتي بمعنى الحجة، وذلك مثل قول الحق سبحانه وتعالى: ﴿ وَهُوَ فِي الْخِصَامِ غَيْرُ مُبِينٍ ﴾<sup>1</sup>،

المقصود بهذه الآية النساء، حيث أن الأنثى لا تكاد تستوفي حجة ولا تبين، وقيل في تفسيرها: إن المرأة لا تكاد تحتج بحجة إلا عليها<sup>2</sup>.

3. بمعنى الواضحة، وذلك مثل قولنا: بأن قصده، أي اتضح وانكشف<sup>3</sup>.

فيمكن القول أن معنى البينة التي تتناسب مع القاعدة بأنها الحجة الواضحة<sup>4</sup>، أو الدليل الواضح الظاهر.

ثانياً: معنى البينة في الاصطلاح: " اسم لكل ما يبين الحق ويظهره "،<sup>5</sup> فكل دليل أو حجة أو وسيلة في إثبات الحقوق، وإظهارها أمام القاضي فهي بينة<sup>6</sup>.

ولكن أكثر استخدام ابن الهمام للبينة كان بمعنى الشهادة على ما سيأتي من تطبيقات لهذه القاعدة ولغيرها من القواعد والضوابط التي تتعلق بالبينة.

وهذا المعنى يتفق مع المعنى اللغوي كما يلاحظ.

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة بأن البينة حجة متجاوزة إلى غير من قامت عليه، وملزمة له، لأن الثابت بالبينة والبرهان يعتبر كالواقع المحسوس، ولهذا فإن حكمها يشمل كل من له علاقة بالقضية ولا يقتصر

<sup>1</sup> سورة الزخرف/ الآية 18.

<sup>2</sup> الزجاج، إبراهيم بن السري، معاني القرآن وإعرابه، 4/ 407، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1408هـ/ 1988م. ابن منظور، لسان العرب، مادة بين، 67/ 13.

<sup>3</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة بين، 67/ 13. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مادة بين، ص 1182. الرازي، مختار الصحاح، مادة بين، ص 43.

<sup>4</sup> مجموعة من العلماء، المعجم الوسيط، 80/ 1.

<sup>5</sup> ابن القيم، إعلام الموقعين، 1/ 71. ابن فرحون، إبراهيم بن علي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، 1/ 240، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، 1406هـ/ 1986م.

<sup>6</sup> الزحيلي، وسائل الإثبات، ص 26. وقد وقع خلاف بين العلماء حول التعريف الاصطلاحي للبينة على ثلاثة أقوال، يمكن مراجعتها في هذا المرجع، وقد اخترت المعنى العام للبينة، لأنه أفضل التعاريف وأشملها، وقد اختاره كثير من العلماء، منها الزحيلي الذي وضح أسباب اختياره لهذا التعريف، حيث قال: " وقد استعمل الفقهاء في جميع المذاهب هذا المعنى العام في ثنايا كتبهم، فالتعميم في معنى البينة يجعلها تشمل جميع الطرق والوسائل المتفق عليها والمختلف فيها، وتكون البينة بهذا المعنى ترادف الحجة والدليل والإثبات في معرفة الحق المدعى به، وتأكيد وجوده، لأن الحجة والدليل والبينة أفاظ مترادفة ".

حكما على المقضي عليه،<sup>1</sup> وهذا طبعاً بخلاف الإقرار الذي سبق بيان حجته في القاعدة السابقة.

الفرع الثالث: من تطبيقات القاعدة في فتح القدير:

وردت هذه القاعدة في باب الاستحقاق،<sup>2</sup> في

مسألة: من اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل:

صورة المسألة: أن يشتري شخص جارية فتلد عنده، فيستحقها رجل آخر بينة أو إقرار، فهل

يستحق ولدها معها أم لا؟

أقوال العلماء في المسألة:

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى القول بأنه إذا استحقها بينة، فإنه يستحق ولدها معها، أما إن استحقها بمجرد إقرار المشتري له بها فلا يستحق الولد بذلك، حجته في ذلك: أن البينة حجة مطلقة، أي ثابتة في حق جميع الناس غير مقتصرة على المقضي عليه، فإنها كاسمها مبينة لما كان ثابتاً في نفس الأمر قبل الشهادة به، لأن الشهود لا يتمكنون من إثبات ملك في الحال لم يكن ثابتاً في الأصل ولا القاضي، وإنما تظهر البينة ما كان ثابتاً قبله قبلية لا تقف عند حد معين، ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض فيما إذا اشترى واحد من آخر واشترى من الآخر آخر وهكذا ثم ظهر الاستحقاق بقضاء بالبينة فإنه يثبت أنه قضاء على الكل، ولا تسمع دعوى أحدهم أنه ملكه لأن الكل صاروا مقضياً عليهم بالقضاء على المشتري الأخير، أما الإقرار فحجة قاصرة على المقر حتى لا يتعدى إلى غيره،<sup>3</sup> لأنه لا ولاية له على غيره، ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن في الاستحقاق بالإقرار، وإنما جعل حجة لضرورة تصحيح خبره وذلك يحصل بإثباته في الحال، والولد في الحال منفصل عنها، والإقرار إنما هو بها فقط فلا يتعدى إليه، وهذا

<sup>1</sup> الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 395. الزحيلي، القواعد الفقهية، 1/ 582. البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 2/

129-128.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 182.

<sup>3</sup> سبق شرح هذه القاعدة، ص .

التوجيه يقتضي أنه لو ادعاه المقر له لا يكون له، وهذا ما عليه المذهب الحنفي، والحنابلة، حيث أن الأصل عند الحنابلة أن الزيادة للمستحق، سواءً أكانت الزيادة متصلة أو منفصلة.<sup>1</sup>

القول الثاني: ذهب المالكية إلى القول بأن المستحق مخير على المشتري، إن شاء أخذ منه جاريته، وقيمة الولد، وإن شاء تركها وأخذ منه قيمتها وقيمة ولدها.<sup>2</sup>

القول الثالث: ذهب الشافعية إلى القول بأن الزيادة إذا كانت متميزة كالولد والثمر، فإنها تكون للمأخوذ منه، فعلى أصلهما هذا ترد الجارية إلى مستحقها، ويمسك المشتري الولد، لأنه من الزيادة المتميزة.<sup>3</sup>

والذي أميل إلى ترجيحه هو القول الثاني، حيث أنه يعطي المستحق الخيار، ومتى كان الخيار للمستحق كان إلى الحق أقرب. والله تعالى أعلم.

المطلب الثالث: فقه قاعدة "الثابت بالإقرار دون الثابت بالبينة":<sup>4</sup>

ومن ألفاظها "الثابت بالبينة أقوى من الثابت بالإقرار".<sup>5</sup>

الفرع الأول: معنى القاعدة:

سبق شرح مفردات القاعدة في قواعد سابقة،<sup>6</sup> فيبقى بيان المعنى الإجمالي للقاعدة، حيث تفيد القاعدة: أن الثابت بالبينة في ثبوته أقوى من الثابت بالإقرار، لأن الثابت بالإقرار إنما يلزم المقر فقط ولا يتعداه إلى غيره، لأن الإقرار حجة قاصرة، وأما الثابت بالبينة وخاصة الشهادة فهو يتعدى إلى كل من له علاقة بالدعوى سواء المشهود عليه أو غيره إذا اتحد السبب، ومع أن الشهود قد يكونون كاذبين مع عدالتهم الظاهرة، وقد يكونون مخطئين في شهادتهم، ولكن الشرع

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 182. أبو المعالي، المحيط البرهاني، 7/ 25. الشيباني، الجامع الصغير، ص 357. ابن رجب، القواعد، ص 158. ابن قدامة، الكافي، 2/ 24.

<sup>2</sup> ابن رشد، البيان والتحصيل، 11/ 255.

<sup>3</sup> الأسيوطي، محمد بن أحمد، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، 1/ 59، تحقيق: مسعد السعدني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1417هـ/ 1996م. الماوردي، الحاوي الكبير، 6/ 279. النووي، المجموع، 13/ 315.

<sup>4</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 430 - 431.

<sup>5</sup> السرخسي، المبسوط، 9/ 94.

<sup>6</sup> سبق بيان معنى الإقرار، ص 206. سبق بيان معنى البينة، ص 201.

الحكيم أوجب قبول الشهادة إذا استوفت شروطها، وأوجب إثبات الأحكام بها في حال لم يكن هناك إقرار من المدعى عليه.<sup>1</sup>

فقوة البينة على الإقرار من حيث التعدي بالأثر إلى الغير، أما الإقرار فأثر مقصورٌ على المقر لا يتعداه.

الفرع الثاني: من تطبيقات القاعدة في فتح القدير:

وردت هذه القاعدة في فصل في القضاء بالمواريث،<sup>2</sup> في

مسألة: أخذ الكفلاء في حال ثبوت الميراث بالشهادة أو الإقرار:

صورة المسألة: أن يثبت الميراث بشهادة الشهود أو بإقرار من آخر للورثة، فهل يحتاج الورثة إلى كفلاء عنهم ليدفع إليهم القاضي الميراث، أم لا ؟

في المسألة تفاصيل:

أولاً: في حال إثبات الميراث بالشهادة، ففيه ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أن يقول الشهود: لا نعلم له وارثاً غيره:

أقوال العلماء فيها:

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى أن هذه الشهادة تكفي ولا يحتاج الوارث هنا إلى كفيل، ويدفع القاضي إليه بالميراث، وهذا ما ذهب إليه الحنفية، وأكثر المالكية، والشافعية بشرط أن يكون الشهود من أهل الخبرة بباطن حال الميت، والحنابلة في الصحيح.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> .البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 528 /2.

<sup>2</sup> .ابن الهمام، فتح القدير، 425 /6.

<sup>3</sup> .ابن الهمام، فتح القدير، 430 /6. الزيلعي، تبيين الحقائق، 201 /4. الكاساني، بدائع الصنائع، 276 /6. مالك بن أنس، المدونة، 594 /2-595. ابن رشد، البيان والتحصيل، 464 /9. وقالوا في رواية: يستحلف، فيقول: " بالله الذي لا إله إلا هو لا نعلم له وارثاً غيري ". الشافعي، الأم، 130 /7. النووي، روضة الطالبين، 82 /12. المرادوي، الإنصاف، 19 /12. ابن مفلح، المبدع، 292 /8. والصحيح عند الحنابلة: أنه يسلمه إياه بغير كفيل، وقيل بكفيل.

حجتهم في ذلك: أن الشاهد إنما تحل له الشهادة بما في علمه، ونفي وارث آخر ليس في علمه، فلا تحل له الشهادة به، إلا على اعتبار ما في علمه.<sup>1</sup>

القول الثاني: ذهب بعض المالكية والشافعية إذا لم يكن الشهود من أهل الخبرة والحنابلة مثلهم في قول وابن أبي ليلى<sup>2</sup> إلى القول بأن هذه الشهادة لا تكفي، ولا يدفع القاضي إليه بالميراث، وإنما عليه أن يتأنى ويبحث ويستكشف، فيأمر من ينادي بموته، وليحضر وراثته، فربما يظهر وارث آخر مزاحم له أو مقدم عليه، فإذا لم يظهر دفع إليه بالميراث، حجتهم في ذلك:

1. أن هناك احتمال أن يكون له وارث غيره لا يعلمونه.<sup>3</sup>

2. يخشى أنه إذا شهد أنه ما يعلم له وراثاً غيره ألا يكون عنده يقين، وإذا لم تكن الشهادة عن يقين، دخلها الشك والارتياب، وإذا حصل هذا لم يجز له أن يشهد.<sup>4</sup>

الحالة الثانية: أن يقول الشهود: لا وارث له غيره، على سبيل القطع:

أقوال العلماء في هذه الحالة:

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى القول بقبول شهادتهم استحساناً، وعدم حاجته إلى كفي، وهذا ما عليه المذهب الحنفي، وبعض المالكية.<sup>5</sup>

حجتهم في ذلك:

1. أن قولهم لا وراث له غيره، معناه في متعارف الناس وعاداتهم: لا نعلم له وراثاً غيره، أو لا

<sup>1</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 6/ 276. المرادوي، الإتناف، 12/ 19. ابن مفلح، المبدع، 8/ 292.

<sup>2</sup> النووي، روضة الطالبين، 12/ 83. ابن رشد، البيان والتحصيل، 9/ 469. السرخسي، المبسوط، 16/ 152-153.

الكاساني، بدائع الصنائع، 6/ 276.

\* محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى يسار ابن بلال الأنصاري الكوفي، ولد سنة 74، قاض، فقيه، من أصحاب الرأي، ولي القضاء بالكوفة لبني أمية، ثم لبني العباس، له أخبار مع أبي حنيفة وغيره، توفي بالكوفة سنة 148 هـ. ابن حجر، تهذيب التهذيب، 9/ 301. الزركلي، الأعلام، 6/ 189.

<sup>3</sup> السرخسي، المبسوط، 16/ 152-153. الكاساني، بدائع الصنائع، 6/ 276.

<sup>4</sup> ابن رشد، البيان والتحصيل، 9/ 469.

<sup>5</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 430. السرخسي، المبسوط، 17/ 53. ابن رشد، البيان والتحصيل، 9/ 469.

وراث له غيره في علمنا، ولو نص على ذلك لقبلت شهادتهم، فكذا هذا.<sup>1</sup>

2. بناء على العادة أن مراد الناس من هذا لا نعلم له وارثاً غيره، وهذه شهادة منهم على إثبات شرط الوراثة، إلا أن الشرط نفي، والشرط يجوز إثباته بالبينة نفيًا كان أو إثباتاً.<sup>2</sup>

قال صاحب البدائع بعد أن قال بالجواز استحساناً: " والقياس أن لا تقبل؛ لأنها كشهادة على ما لا علم للشاهد به لاحتمال أن يكون له وارث لا يعلمه ".<sup>3</sup>

القول الثاني: ذهب أكثر المالكية إلى القول بعدم قبول هذه الشهادة، حجتهم في ذلك: عدم صحة القطع، لاحتمال أن يكون له وارث لم يعلم به.<sup>4</sup>

القول الثالث: ذهب الشافعية إلى القول بأن شهادتهم في هذه الحالة لا تبطل، ولكنهم يسألون عن قصدهم في هذه الحالة، فإن قالوا: أردنا أنا لا نعلم له وارثاً غيره، يحمل قصدهم على ما صرحوا به، وإن قالوا: نريد به قطعاً ويقيناً، يقال لهم: قد أخطأتم، ويحمل قصدهما على العلم، وفي كلتا الحالتين يأخذون حكم ما لو قالوا: لا نعلم له وارثاً غيره، حجتهم في ذلك: أن استحالة اليقين فيه تمنع من القطع به.<sup>5</sup>

القول الرابع: ذهب بعض المالكية وبعض الشافعية وابن أبي ليلى إلى القول: بأن الشهادة لا تجوز إلا بهذه الصيغة، وهذه هي الصيغة الواجبة في الشهادة، حجتهم في ذلك:

1 . أن الشهود إذا لم يقولوا: " لا وراث له غيره " احتمل أن يكون له وراث غيره لا يعلمونه.<sup>6</sup>

2. أن العلم كيفما وصل وكيفما أمكن وصوله من معرفة أو غلبة ظن يؤدي إلى اليقين، والقولان محتملان، وذلك أنه لا يصح للشاهد في الوراثة أن يشهد أن فلاناً وارث فلان لا يعلم له وارثاً غيره، إلا أن يكون قد تيقن أنه لا وارث له سواه (يقيناً) لا يدخله فيه شك ولا ارتياب، فإن دخله

<sup>1</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 6 / 275.

<sup>2</sup> السرخسي، المبسوط، 17 / 53.

<sup>3</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 6 / 275.

<sup>4</sup> الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3 / 272. الصاوي، حاشية الصاوي، 3 / 360. ابن رشد، البيان والتحصيل، 9 / 464.

<sup>5</sup> العمراني، البيان، 13 / 488. النووي، روضة الطالبين، 12 / 84. الماوردي، الحاوي الكبير، 7 / 114.

<sup>6</sup> الشافعي، الأم، 7 / 130. الماوردي، الحاوي الكبير، 7 / 113. الكاساني، بدائع الصنائع، 6 / 276.

في ذلك شك أو ارتياب من وجه من الوجوه، أو لم يداخله فيه شك ولا يحصل فيه عنده يقين لم يصح له أن يشهد أنه لا يعلم له وارثاً سواه، وإن كان صادقاً في قوله إنه لا يعلم له وارثاً غيره، فيخشى أنه إذا شهد أنه ما يعلم له وارثاً غيره ألا يكون عنده بذلك يقين، ولذلك لم يجز شهادته حتى يشهد أنه لا وارث له سواه.<sup>1</sup>

الحالة الثالثة: أن لا يقول الشهود: لا نعلم له وارثاً غيره، أي أن يشهدوا بأن فلان وارث فلان دون أن يقولوا: لا نعلم له وارثاً غيره.

أقوال العلماء في هذه الحالة:

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى القول بأن شهادة الشهود مقبولة، ولكن يتأني القاضي فترة من الزمان يقدرها هو، فإن حضر وارث آخر قسم الميراث بينهما، وإن لم يحضر دفع الميراث إليه، ولا يؤخذ منه كفيل، وهذا هو قول أبي حنيفة، والشافعية في قول.<sup>2</sup>

وقد احتجوا لذلك بالقول: إن حق الحاضر للحال ثابت بيقين، وفي ثبوت الحق لو ارث آخر شك؛ لأنه قد يظهر وارث آخر، وقد لا يظهر، فلا يجوز تعطيل الحق الثابت بيقين لحق مشكوك فيه مع أن المكفول له مجهول، والكفالة للمجهول غير صحيحة.<sup>3</sup>

القول الثاني: تقبل شهادتهم، ولكن لا يدفع إليه القاضي المال إلا أن يتخذ كفيلاً، وهذا ما ذهب إليه صاحبان من الحنفية، والشافعية في قول حجتهم في ذلك: أن أخذ الكفيل لصيانة الحق، والحاجة مست إلى الصيانة لاحتمال ظهور وارث آخر فيؤخذ الكفيل نظراً للوارث.<sup>4</sup>

القول الثالث: تبطل الشهادة في ذلك، ويسأل القاضي وينظر، وهذا قول المالكية.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> ابن رشد، البيان والتحصيل، 469 / 9. وقال: وهو مذهب أهل العراق.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 430 / 6. الكاساني، بدائع الصنائع، 276 / 6. العيني، البناية شرح الهداية، 81 / 9. النووي، روضة الطالبين، 83 / 12.

<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 431 / 6. الكاساني، بدائع الصنائع، 276 / 6.

<sup>4</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 431 / 6. الكاساني، بدائع الصنائع، 276 / 6. العيني، البناية شرح الهداية، 81 / 9. النووي، روضة الطالبين، 83 / 12.

<sup>5</sup> مالك بن أنس، المدونة، 50 / 4. القيرواني، التهذيب، 610 / 3.

القول الرابع: ذهب الشافعية في الصحيح إلى أنه لا يجبر على إتخاذ كفيل، ولكن يستحب له ذلك، لأنه إن كان مستحقاً له لم يلزمه دفع كقول به، وإن كان غير مستحق لم يجبر أن يدفع إليه بسببه ليؤخذ كفيلٌ به.<sup>1</sup>

القول الخامس: ذهب بعض الشافعية إلى القول بأنه إذا كان الوارث يحجب، وجب عليه أن يتخذ كفيلاً، وإلا فلا.<sup>2</sup>

القول السادس: ذهب بعض الشافعية إلى القول بأنه إذا كان الوارث ثقة موسراً، فلا يجب أن يتخذ كفيلاً، وإلا فيجب.<sup>3</sup>

القول السابع: ذهب الحنابلة إلى القول بأنه إن كان للمشهود له فرض لا يمكن إسقاطه، أعطي اليقين، كزوج يعطى ربعاً عائلاً، والزوجة تعطى ربع تسع، وكل واحد من الأبوين يعطى سدساً عائلاً، ولا يعطى سوى هؤلاء شيئاً، لأنه يحتمل أن يكون محجوباً، أو لا يعلم ماله بيقين كالولد.<sup>4</sup> ثانياً: في حال إثبات الميراث بالإقرار، ومن صورها: أن يقر مودع لرجل أنه ابن الميت، ولا يزيد على ذلك:

فقد ذهب ابن الهمام إلى القول بأن القاضي يتأني على حسب ما يغلب على ظنه أنه لو كان له وارث آخر لظهر، فإن لم يظهر دفع إليه بالمال، ولكنه يأخذ منه كفيل، لاحتمال أن يظهر وارث آخر، وهذا ما عليه المذهب الحنفي.

ونقل عن أبي حنيفة قول آخر بأنه لا يأخذ منه كفيلاً، ورجح ابن الهمام القول الأول، مبيناً سبب وجوب الأخذ بكفيل في حال الإقرار بقوله: "لأن الثابت بالإقرار دون الثابت بالبينة".<sup>5</sup>

الرأي الراجح لدى الباحث:

<sup>1</sup> .الماوردي، الحاوي، 7 / 114. النووي، روضة الطالبين، 12 / 83.

<sup>2</sup> .النووي، روضة الطالبين، 12 / 83. الماوردي، الحاوي، 7 / 114.

<sup>3</sup> .النووي، روضة الطالبين، 12 / 83. الماوردي، الحاوي، 7 / 114.

<sup>4</sup> .ابن قدامة، الكافي، 4 / 261.

<sup>5</sup> .ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 431. الزيلعي، تبیین الحقائق، 4 / 201. ابن عابدين، محمد بن محمد، قرّة عين الأختار لتكملة رد المحتار، 7 / 452، دار الفكر، بيروت، بدون الطبعة وتاريخها.

أما في الحالة الأولى، أي أن يقول الشهود: لا نعلم له وارثاً غيره، فلا شك أن شهادتهم مقبولة، ولكن لا يدفع إليهم القاضي بالميراث مباشرة، وإنما يتأني فترة من الزمان، يعلن خلالها وفاة فلان، ويبين أن هؤلاء هم ورثته فمن يعلم وارثاً غيرهم فليأتي به، أو ليكشف عنه، فإن ظهر قسم الميراث بينهما، وإلا دفع بالميراث إليهم، ولا حاجة للكفيل، وهذا قريباً إلى القول الثاني.

أما في الحالة الثانية: فيقبل الجزم من أهل الخبرة ومن له معرفة باطنة بالميت فقط، أما ما دون ذلك، فلا يصح منهم القطع، لعدم التيقن، فمن الممكن أن يكون الميت قد تزوج سراً وله أولاد، ولكن تقبل شهادتهم وتحمل على العلم، وفي كل الحالات أيضاً لابد للقاضي من التأني والإعلان عن الوفاة، وانتظار فترة من الزمن قبل دفع الميراث إلى الورثة، وهنا أيضاً لا حاجة إلى اتخاذ كفيل.

أما الحالة الثالثة: فتقبل شهادتهم، ولكن يتأني القاضي أيضاً فترة من الزمان، ويعلن فيها وفاة فلان، وأن هؤلاء ورثته الحاضرون، فإن كان له وراث غيرهم فليحضر، أو من يعلم وارثاً غيرهم فليحضره، أو ليحضر هو يشهد على ذلك، فإن ظهر وارث قسم الميراث بينهم، وإلا دفع إليهم بالميراث، ولا حاجة لاتخاذ كفيل، وهذا يتفق مع القول الأول.

والله تعالى أعلم.

المطلب الرابع: فقه قاعدة "الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة"<sup>1</sup>:

وقد وردت هذه القاعدة بعدة ألفاظ، منها:

- الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان.<sup>2</sup>

- الثابت بالبينة كالثابت عياناً.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 302. باب حد القذف، 5/ 343، دار الفكر. الحموي، غمز عيون البصائر، 3/ 147.

<sup>2</sup> مجلة الأحكام العدلية، المادة 75، ص 25.

<sup>3</sup> الحموي، غمز عيون البصائر، 3/ 32. الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 85. خسرو، محمد بن فرامرز، درر الحكام شرح غرر الأحكام، 2/ 439، دار إحياء الكتب العربية، بدون الطبعة وتاريخها.

- الثابت بالبينة بمنزلة المعلوم للقاضي.<sup>1</sup>

الفرع الأول: معنى القاعدة:

سبق شرح مفردات القاعدة من قبل،<sup>2</sup> فيبقى بيان المعنى الإجمالي للقاعدة، والقاعدة تفيد: أن ما ثبت بالبينة يثبت به الحق، ويكون في قوة المثبت بالمشاهدة ورؤية العين في إلزام الخصم، فكما أن الأمر المشاهد بحاسة البصر لا يسع الإنسان مخالفته فكذلك ما ثبت بالبينة المزكاة لا تسوغ مخالفته، لأن البينة كاسمها مبينة، فإذا ثبت بالبينة إقرار المدعى عليه بالمدعى مثلاً يحكم عليه بمنزلة ما إذا أقر بالحضرة والمشاهدة، وكأن القاضي حينما يثبت الحق بالبينة أثبت به بعلمه القاطع بالواقعة أو بإقرار الخصم المدعى عليه.

حتى وإن كان هناك احتمال خلافه بسبب من الأسباب، ككون الشهود كذبة متسترين بالصلاح، أو نحو ذلك من الاحتمالات، لأن كل هذه الاحتمالات تبقى في حيز الموهومات بالنسبة للبينة الظاهرة، ومن القواعد الفقهية أنه "لا عبرة للتوهم"<sup>3</sup>، وأن مهمة القضاء البناء على ما يظهر ويثبت.<sup>4</sup>

الفرع الثاني: من تطبيقات القاعدة في فتح القدير:

وردت هذه القاعدة في كتاب الكفالة،<sup>5</sup> في

مسألة: بيان خصوص وقت الوجوب على الكفيل:

بين ابن الهمام أن خصوص وقت الوجوب على الكفيل يبني على اختلاف الألفاظ التي تقع بها الكفالة، فإذا قال الكفيل: تكلفت بمالك عليه، فلا يجب على الكفيل شيء، إلا أن تقوم البينة بمقدار الكفالة، لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة، فيتحقق بها ما عليه فتوجب عليه.

<sup>1</sup> السرخسي، المبسوط، 99 / 16.

<sup>2</sup> سبق بيان معنى البينة، ص 210. سبق بيان معنى العين، ص 155. والمقصود بالمعاينة هنا: من العيان، أي المشاهدة والرؤية بالعين. الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 367. البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 2 / 528.

<sup>3</sup> مجلة الأحكام العدلية، المادة 74، ص 25.

\* وهذه القاعدة معناها: أن الاحتمال العقلي البعيد النادر الحصول (التوهم)، لا يبني عليه حكم شرعي، ولا يمنع القضاء، ولا يؤخر الحكم، لأن الأمر الموهوم يكون نادر الوقوع، ولذلك لا يعمل به في تأخير صاحب الحق، لأن الثابت قطعاً وبقيناً أو ظاهراً لا يؤخر لأمر موهوم. الزحيلي، القواعد الفقهية، 1 / 170. الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 363.

<sup>4</sup> الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 367. الزحيلي، القواعد الفقهية، 1 / 580. البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 2 / 528.

<sup>5</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 282.

أما إذا لم تقم البيينة على مقدار الكفالة، فالقول هنا قول الكفيل في مقدار ما على المكفول عنه، مع يمينه، فإذا اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله، لأنه إقرار منه، والإقرار حجة قاصرة على المقر فلا تتعدى إلى المكفول عنه، لأنه لا ولاية له عليه، ويصدق في حق نفسه فقط بالزيادة،<sup>1</sup> وهذا ما عليه المذهب الحنفي.<sup>2</sup>

أما حجتهم في أن القول قوله مع يمينه في المقر به، فذلك لأنه مال لزم بالتزامه فيصدق في القدر الملتزم كما إذا أقر على نفسه بمال مجهول، وأما اليمين، فلأنه منكر الزيادة، والقول قول المنكر مع يمينه في الشرع.<sup>3</sup>

المطلب الخامس: فقه قاعدة "الحكم لا يثبت بلا سبب"<sup>4</sup>:

وقد وردت هذه القاعدة بعدة ألفاظ، منها:

- الحكم لا يثبت بدون سبب.<sup>5</sup>

- إنما يثبت الحكم بثبوت السبب.<sup>6</sup>

الفرع الأول: معنى القاعدة:

قبل بيان المعنى الإجمالي للقاعدة لابد من توضيح المقصود بالحكم، وقد سبق بيان معنى السبب.<sup>7</sup>

المسألة الأولى: معنى الحكم لغةً واصطلاحاً:

أولاً: الحكم لغةً: أصل معنى الحكم في اللغة المنع، حيث يقال: حكمت عليه بكذا، إذا منعته من خلافه، فلم يقدر على الخروج من ذلك، والحكم القضاء، وقد حكم بالأمر يحكم حكماً وحكومة

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 302-303. وقد اسهب ابن الهمام في الحديث عن الألفاظ الأخرى، واكتفيت بما له علاقة بالقاعدة.

<sup>2</sup> الزيلعي، تبين الحقائق، 4/ 154. ابن نجيم، البحر الرائق، 6/ 242.

<sup>3</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 6/ 10. العبادي، الجوهرة النيرة، 1/ 313.

<sup>4</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 251. فصل في بيان المحرمات، 3/ 246، دار الفكر.

<sup>5</sup> السرخسي، المبسوط، 6/ 155.

<sup>6</sup> السرخسي، المبسوط، 9/ 196. 4/ 8. 26/ 94.

<sup>7</sup> ص 162.

وحكم بينهم كذلك، وجمعه أحكام.<sup>1</sup>

ثانياً: الحكم اصطلاحاً: عُرِفَ الحكم شرعاً بأنه: " عبارة عن حكم الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين "،<sup>2</sup> وعُرِفَ اصطلاحاً بأنه: " إسناد أمر إلى آخر إيجاباً أو سلباً "،<sup>3</sup> كما وعُرِفَ أيضاً بأنه: " إثبات أمر لآخر أو نفيه عنه " .<sup>4</sup>

ولا شك أن المعنى الاصطلاحي العام الوارد في التعريفين الأخيرين هو التعريف المقصود في القاعدة.

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للقاعدة:

تبين هذه القاعدة أن الأحكام تابعة للأسباب وجوداً وعدمياً فإذا ثبت السبب ثبت الحكم، وإذا لم يثبت السبب لم يثبت الحكم، وهذا معنى قول العلماء: الحكم يدور مع علته أو سببه وجوداً وعدمياً.<sup>5</sup>

الفرع الثاني: من تطبيقات القاعدة في فتح القدير:

وردت هذه القاعدة في مسائل منثورة،<sup>6</sup> في

مسألة: من ضمن للبائع مالاً زيادة على الثمن:

صورة المسألة: أن يقول فلان لغيره بع هذا الشيء من فلان بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن زيادة على الألف، فقال: بعت، فيصبح البيع على ألف وخمسمائة، يدفع منها المشتري ألف، والضامن خمسمائة.

أقوال العلماء في المسألة:

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة حكم، 12 / 141. الفيومي، المصباح المنير، مادة حكم، 1 / 145.

<sup>2</sup> الجرجاني، التعريفات، ص 92.

<sup>3</sup> الجرجاني، التعريفات، ص 92.

<sup>4</sup> الكفوي، الكليات، ص 381.

<sup>5</sup> البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 2 / 323.

<sup>6</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 245.

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى القول: بأن هذا البيع جائز، وبأن الأجنبي ضامن للخمسائة وملزم بها للبائع بعد البيع إذا قال له: إني ضامن لك خمسمائة من الثمن غير الألف،<sup>1</sup> وهذا ما عليه جمهور الحنفية والشافعية في قول،<sup>2</sup> حجتهم في ذلك:

1. أن الأجنبي قد أضاف التزامه زيادة على الثمن إلى البيع، والزيادة في الثمن جائزة.<sup>3</sup>

2. والأجنبي ضامن، والضمان جائز بالإضافة، فقد وجد المقتضى للزوم بلا مانع.<sup>4</sup>

3. أن أصل الثمن لم يشرع بغير مال يقابله حتى لا يصح اشتراطه على غير المشتري، إذ لا يستفيد بإزائه مالا يقابله وفصل الثمن يستغني عن مال يقابله حقيقة، ألا يرى أن الزيادة تجوز من المشتري، وإن لم يسلم له بمقابلتها شيء، فكذا تجوز من الأجنبي إذا لم يسلم له شيء، فتصبح هذه المسألة نظيراً لمسألة بدل الخلع، فبدل الخلع يجوز اشتراطه على الأجنبي كما يجوز اشتراطه على المرأة، إذ لا يسلم لهما شيء بمقابلة البذل.<sup>5</sup>

ووضع ابن الهمام بعض الفرضيات التي يمكن أن يعترض بها على هذه المسألة، ومنها: " فإن قيل: لو ثبتت الزيادة ثمناً والأجنبي ضامن لها، لزم جواز مطالبة المشتري بها كالكفيل"، رد: بأنه لا يلزم من صحة الكفالة توجه المطالبة على الأصيل، ألا يرى أن من قال: لزيد على فلان ألف وأنا كفيل بها، فأنكر فلان طوب الكفيل بها، فيجوز في هذه المسألة أيضاً، لأن المشتري لم يلتزمها، إنما التزم هذا القدر من الثمن ( الزيادة ) الأجنبي، **والحكم لا يثبت بلا سبب**.<sup>6</sup>

أي لا تثبت الزيادة على المشتري ولا المطالبة عليه، لأنه لا يوجد سبب للالتزام، فلا يثبت الحكم بالزيادة عليه.

<sup>1</sup> أما إذا لم يقل الأجنبي عند ضمانه الزيادة على الثمن ( من الثمن )، أي إذا قال الضامن: إني ضامن لك خمسمائة غير الألف، ولم يقل من الثمن، فلا تجوز الزيادة عند ابن الهمام، لأن الضامن لم يلتزم مالا من الثمن، وإنما التزم مالا يعطيه إياه إن باعه بما اتفقا عليه، وهذه رشوة حرام، لأنها لم تقابل بالمبيع، فينعقد البيع على الثمن الأول دون الزيادة، وهذا ما عليه المذهب الحنفي. ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 250. أبو المعالي، المحيط البرهاني، 6/ 476. ابن نجيم، البحر الرائق، 6/ 189.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 249-250. الكاساني، بدائع الصنائع، 5/ 258. الشيرازي، المهذب، 2/ 149. النووي، روضة الطالبين، 3/ 409.

<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 250.

<sup>4</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 250.

<sup>5</sup> الزيلعي، تبیین الحقائق، 4/ 127.

<sup>6</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 251.

القول الثاني: ذهب الشافعية في الأصح وزفر من الحنفية<sup>1</sup> إلى عدم صحة البيع في هذه الحالة، حجتهم في ذلك: أن الضامن قد بذل مالاً لغرض غير صحيح فلم يجز،<sup>2</sup> ولأن الزيادة على الثمن لا تصح ولا تلحق بأصل العقد.<sup>3</sup>

القول الثالث: ذهب الحنابلة إلى القول بأن الضامن غير ملزم للضامن، فالبيع صحيح في الصورة السابقة ولكن الضامن غير ملزم بما ضمنه، حيث جاء في كشف القناع: " ولو قال بع عبدك من زيد بمائة وعلي مائة أخرى لم يلزمه شيء "،<sup>4</sup> حجتهم في ذلك: أنه ليس في هذا الضامن إتلاف، فإذا تم البيع فلا يلزم بالمائة الأخرى.

ويمكن الرد على هذا بالقول: إن البائع إنما رضي بالبيع واختاره لضمان الزيادة من قبل الضامن، فهو رضي البيع مع زيادته، ولو لم يكن هناك ضمان من الضامن بالزيادة لما وافق على البيع. والذي أميل إلى ترجيحه هو القول الأول، وذلك لقوة أدلتهم، ولضعف أدلة مخالفيهم. والله تعالى أعلم.

المطلب السادس: فقه قاعدة "القضاء ينبنى على الحجة"<sup>5</sup>:

ومن ألفاظ هذه القاعدة:

- القضاء بحسب الحجة.<sup>6</sup>

- القضاء بغير حجة باطل مردود.<sup>7</sup>

- القضاء مبناه على الحجة.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 249-250. الكاساني، بدائع الصنائع، 5/ 258. الشيرازي، المهذب، 2/ 149. النووي، روضة الطالبين، 3/ 409.

<sup>2</sup> الشيرازي، المهذب، 2/ 149.

<sup>3</sup> الزيلعي، تبيين الحقائق، 4/ 127.

<sup>4</sup> البهوتي، كشف القناع، 3/ 382. المرداوي، الإنصاف، 5/ 221. المقدسي، الإقناع، 2/ 187.

<sup>5</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 458.

<sup>6</sup> السرخسي، المبسوط، 17/ 36. 16/ 140.

<sup>7</sup> السرخسي، المبسوط، 24/ 155.

<sup>8</sup> المرغيناني، الهداية، 3/ 118.

الفرع الأول: معنى القاعدة:

قبل بيان المعنى الإجمالي للقاعدة لابد من شرح معنى القضاء، وقد سبق بيان معنى الحجة.<sup>1</sup>

المسألة الأولى: شرح مفردات القاعدة:

أولاً: معنى القضاء لغةً واصطلاحاً:

1 . القضاء في اللغة: مأخوذة من قضى، وفي أصل اللغة معناه: الحتم والأمر، وهنا معناه الحكم،

حيث يقال: قضيت بين الخصمين وعليهما، أي حكمت، ومنها قول الحق سبحانه وتعالى: ﴿وَقَضَى

رُبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾،<sup>2</sup> أي أمر ربك وحتم.<sup>3</sup>

2. أما اصطلاحاً فقد عُرف القضاء بعدة تعريفات، منها:

1 . فصل الخصومات، وقطع المنازعات.<sup>4</sup>

2. الحكم بين الناس بالحق، والحكم بما أنزل الله عز وجل.<sup>5</sup>

3. الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام.<sup>6</sup>

4. فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى.<sup>7</sup>

5. الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> ص 207 .

<sup>2</sup> سورة الإسراء/ الآية 23.

<sup>3</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة قضى، 186 / 15. الفيومي، المصباح المنير، مادة قضى، 507 / 2.

<sup>4</sup> ابن شحنة، أحمد بن محمد، لسان الحكام في معرفة الأحكام، ص 218، البابي الحلبي، القاهرة، ط2، 1393هـ/ 1973م. ابن

عابدين، الدر المختار، 352 / 5.

<sup>5</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 2 / 7.

<sup>6</sup> الخطاب، مواهب الجليل، 86 / 6. العدوي، حاشية العدوي، 338 / 2.

<sup>7</sup> الشربيني، الإقناع، 612 / 2. الهيتمي، تحفة المحتاج، 101 / 10.

<sup>8</sup> البهوتي، كشف القناع، 285 / 6.

ويلاحظ على هذه التعريفات أنها متقاربة بشكل كبير جداً، وليس بينها فروق يمكن أن تحدث خلافاً في التعريف، كما ويلاحظ ترابطها بمعناها اللغوي، وعدم خروجها عنه.

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة أن قضاء القاضي أو الحاكم إنما يكون بحسب الحجة أي الدليل والبرهان، وهما في الدعوى والقضاء: الشهود والأيمان، وينبني على ذلك الحكم أحكام تخصه، بحسب الحجة.

ويؤخذ من مفهوم المخالفة لهذه القاعدة: أن القضاء بغير البينة أو اليمين عند عدم البينة هو قضاء وحكم باطل مردود، لأنه بني على غير أساس شرعي، وكل حكم مخالفٍ للأسس الشرعية فهو حكم بالهوى وهو باطل.<sup>1</sup>

الفرع الثاني: من تطبيقات القاعدة في فتح القدير:

وردت هذه القاعدة في كتاب الشهادات،<sup>2</sup> في

مسألة: طريق إثبات عدالة الشهود:

أقوال العلماء في المسألة:

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى القول بأن طريق إثبات عدالة الشهود هو الظاهر الثابت بالغالب لحال المسلمين، أي إذا كان ظاهر حال المسلمين غلبة العدالة والصلاح لا يسأل عن حال الشهود ويكتفى بظاهر العدالة في المسلم، أما إذا كان ظاهر حال المسلمين غلبة الفسق وعدم الصلاح، فلا بد من السؤال عن الشهود لإثبات عدالتهم،<sup>3</sup> وقد جاء قوله هذه وسط بين قولي المذهب وجامع لهما على ما سيأتي من قولي المذهب، حجته في ذلك: أن أصحاب أبي حنيفة لما خالفوه في قوله بشأن طريقة إثبات عدالة الشهود، احتجوا: باختلاف حال الزمان، حيث قالوا: هذا الخلاف خلاف زمان لا حجة وبرهان، حيث أن الغالب في زمان أبي حنيفة الصلاح بخلاف زمانهم، وقالوا: إن

<sup>1</sup>. البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 8/ 188-189.

<sup>2</sup>. ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 446.

<sup>3</sup>. ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 458.

أبا حنيفة قد افتى في القرن الثالث، وهو من القرون المشهود لها بالصلاح من النبي محمد صلى الله عليه وسلم،<sup>1</sup> والصاحبان قد افتيا في القرن الرابع، فرد عليهم ابن الهمام بالقول: إن أبا حنيفة قد توفي في عام خمسين ومائة، فكيف أفتى في القرن الثالث؟، حتى لو قلنا بذلك، فقول النبي صلى الله عليه وسلم هو إثبات للخيرية بالتدرج والتفاوت، وهذا لا يستلزم أن يكون في الزمان المتأخر غلبة الفسق، والظاهر الذي يثبت بالغالب أقوى من الظاهر الذي يثبت بظاهر حال الإسلام، ثم قال: " وتحقيقه: أنه لما قطعنا بغلبة الفسق فقد قطعنا بأن أكثر من التزم الإسلام لم يجتنب محارمه، فلم يبق مجرد التزام الإسلام مظنة العدالة، فكان الظاهر الثابت بالغالب بلا معارض " .<sup>2</sup>

كل هذا في حال لم يطعن الخصم في الشهود، أما إذا طعن الخصم في الشهود فلا بد من السؤال عنهم لإثبات عدالتهم.

القول الثاني: ذهب أبو حنيفة والحنابلة في رواية إلى القول بأن طريق إثبات عدالة الشهود هو البناء على ظاهر عدالة المسلم، ولا يسأل عن حال الشهود حتى يطعن الخصم، إلا في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة فإنه يسأل عنهم للاحتيال في إسقاطها فيستقصي، ولأن الشبهة فيهما دارئة، أما في رواية الحنابلة فالمال والحد سواء<sup>3</sup> وقد استدل لذلك بعدد من الأدلة، منها:

1 . قوله صلى الله عليه وسلم: " المسلمون عدول بعضهم على بعض، إلا محدوداً في فرية " .<sup>4</sup>

<sup>1</sup> قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " خير الناس قرني، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم يجيء أقوام تسبق شهادة أحدهم يمينه،

ويمينه شهادته " . البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب لا يشهد على شهادة جور إذا شهد، حديث رقم: 2652، 3/

171. مسلم، صحيح مسلم، كتاب فضائل الصحابة رضي الله عنهم، باب فضل الصحابة ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم، حديث رقم: 2533، 4/ 1963.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 458.

<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 457-458. ابن نجيم، البحر الرائق، 4/ 63. الزيلعي، تبين الحقائق، 4/ 210. ابن قدامة،

المغني، 10/ 57. ابن مفلح، المبدع، 8/ 200.

<sup>4</sup> ابن أبي شيبه، المصنف في الأحاديث والآثار، كتاب البيوع والأقضية، باب من قال: لا تجوز شهادته إذا تاب، حديث رقم:

20657، 4/ 325. قال السخاوي: حديث مرفوع. السخاوي، محمد بن عبد الرحمن، المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث

المشتهرة على الألسنة، حديث رقم: 1022، ص 606، تحقيق: محمد عثمان، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1405هـ/

1985م.

2. بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه بعث إلى أبي موسى الأشعري<sup>1</sup> رضي الله عنه بكتاب جاء فيه: " ... المسلمون عدول بعضهم على بعض، إلا مجلوداً في حد، أو مجرباً عليه شهادة الزور، أو ظنياً في ولاء أو قرابة ... "،<sup>2</sup> وجه الدلالة من الدليلين السابقين: أنهما يدلان على أن الثابت ظاهراً من حال المسلم هي العدالة، وإذا كان الأمر كذلك اكتفي بها، إذ القطع لا يحصل ولو مع الاستقصاء.<sup>3</sup>

3. لأن كل مسلم ظاهر حاله من التزام الإسلام، التزام الاجتناب عن محظوراته، فيقبل كل مسلم بناءً على أنه عدل.<sup>4</sup>

القول الثالث: ذهب الصحابان من الحنفية إلى القول بأنه طريق إثبات العدالة للشهود لا يكون إلا بالسؤال عنهم طعن الخصم أو لم يطعن، حجتهم في ذلك:

1. أن القضاء ينبنى على الحجة، وهي شهادة العدول فلا بد أن يثبت عند القاضي العدالة، وذلك لا يكون إلا بهذه الطريقة.<sup>5</sup>

2. لأن القاضي مأمور بالقضاء بالشهادة العادلة فما لم تظهر العدالة عنده لا يجوز له أن يقضي شرعاً، كما في الحدود، وهذا، لأنه مأمور بالتوقف في خبر الفاسق منهي عن العمل به، فإنما ينتقي الفسق عنهم بالتركية فما لم يظهر ذلك عنده بالسؤال لا يحل له أن يقضي، لأن ثبوت عدالتهم قبل السؤال بالظاهر والظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا لإثبات الاستحقاق به.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> عبد الله بن قيس بن سليم بن حضار ابن حرب، أبو موسى، من بني الأشعر، من قحطان، ولد في زبيد باليمن سنة 21 ق هـ، من الصحابة المشهود لهم بالشجاعة، وكان من أحسن الصحابة صوتاً في تلاوة القرآن الكريم، ولاه عمر بن الخطاب رضي الله عنه البصرة سنة 17 هـ، توفي في الكوفة سنة 44 هـ. ابن حجر، الإصابة، 4/ 181. الزركلي، الأعلام، 4/ 114.

<sup>2</sup> البيهقي، السنن الصغير، كتاب الشهادات، باب من تجوز شهادته ومن لا تجوز من الأحرار البالغين، حديث رقم: 3343، 4/ 172. الدار قطني، سنن الدرا قطني، حديث رقم: 4471، 5/ 367. قال الألباني: صحيح. الألباني، إرواء الغليل، 8/ 258.

<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 457. السرخسي، المبسوط، 9/ 171.

<sup>4</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 457. السرخسي، المبسوط، 9/ 171.

<sup>5</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 458. الشيباني، محمد بن الحسن، الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير، ص 393، مؤلف النافع الكبير: محمد عبدالحى اللكنوي، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1406 هـ. الزيلعي، تبیین الحقائق، 4/ 210.

<sup>6</sup> السرخسي، المبسوط، 9/ 171.

القول الثالث: ذهب جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة في الراجح إلى القول بوجوب السؤال عن الشهود حتى يقضي بقولهم، إلا من اشتهرت عدالته عند القاضي و الناس، فإنه لا يحتاج إلى تزكية، ولا يسأل عنه، وكذلك لا يسأل عن اشتهر جرحه، فذلك ترد شهادته.<sup>1</sup>

إذا فالذي لا بد من السؤال عن عدالته لتصح شهادته هو من أشكل على القاضي حاله، فلم يشتهر بجرح أو تعديل، فحال الشهود عند هؤلاء ثلاث:<sup>2</sup>

الحالة الأولى: أن يعلم عدالتهم في الظاهر والباطن فيجوز أن يحكم بشهادتهم ويعمل على علمه في عدالتهم.

الحالة الثانية: أن يعلم فسقهم في الظاهر والباطن أو في الباطن دون الظاهر، فلا يجوز أن يحكم بشهادتهم، ويعمل على علمه في فسقهم، فيحكم بعلمه في الجرح والتعديل.

الحال الثالثة: أن لا يعرفوا بعدالة ولا فسق، أي أن تجهل عدالتهم، ففي هذه الحالة لا يجوز أن يحكم بشهادتهم حتى يبحث عن عدالة ظاهرهم وباطنهم، فيحكم بها بعد ثبوت عدالتهم.

وقد استدلوا لذلك بعدد من الأدلة، منها:

أ . قوله سبحانه وتعالى: ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾<sup>3</sup>، وقوله تعالى: ﴿ إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ

فَتَبَيَّنُوا ﴾<sup>4</sup> وجه الدلالة من الآيتين: أن الله سبحانه وتعالى أمر بالعدل، ونهى عن الفسق، فوجب

البحث عن حاله ليعلم أنه من المأمور بهم أو المنهي عنهم، ولا يحكم بالعدالة عن جهالة كما لا يحكم بالفسق عن جهالة لاحتمال الأمرين.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> القيرواني، التهذيب، 3/ 576. القرافي، الذخيرة، 10/ 201. العبدري، التاج والأكليل، 8/ 146. ابن قدامة، المغني، 10/ 57.

البهوتي، كشف القناع، 6/ 348.

<sup>2</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، 16/ 178. النووي، روضة الطالبين، 11/ 167.

<sup>3</sup> سورة الطلاق/ الآية 2.

<sup>4</sup> سورة الحجرات/ الآية 6.

<sup>5</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، 16/ 180.

ب. واستدلوا أيضاً بعدد من الأدلة من القياس، منها:<sup>1</sup>

1. لأن كل عدالة شرطت في الشهادة لم يجز الحكم بها مع الجهالة كالشهادة على الحدود.
  2. لأن كل شهادة وجب البحث عن عدالتها في الحدود وجب البحث عن عدالتها في غير الحدود كما لو طعن فيها الخصم.
  3. لأن كل عدالة وجب البحث عنها إذا طعن فيها الخصم وجب البحث عنها وإن لم يطعن الخصم كالحدود.
  4. لأن اعتبار العدالة مجمع عليه، وإنما الاختلاف في صفة الاعتبار، فهم اعتبروها بالظاهر ونحن نعتبرها بالبحث والبحث أقوى من الظاهر، فوجب أن يكون أحق بالاعتبار لما فيه من الاحتياط والاستظهار.
  5. لأنه لما لم يجز أن يحكم بإسلامه بالظاهر من دار الإسلام، لأن فيها كفاراً، لم يجز أن يحكم بعدالته بظاهر الإسلام، لأن في المسلمين فساقاً.
- ويمكن هنا أن نلاحظ أن قول الصحابان من الحنفية قريب جداً من قول جمهور العلماء، وبينهما فرق بسيط، فالصحابان يقولان بوجوب السؤال مطلقاً، والجمهور يقولون بأن السؤال لا يكون إلا في حال أشكل على القاضي معرفة حال الشهود.
- والذي أميل إلى ترجيحه هو قول جمهور العلماء، وذلك لقوة أدلتهم، ولأنه يمكن الرد على أدلة أبي حنيفة ومن وافقه، فاستدلّواهم بالحديث والآثر يمكن الرد عليه بالقول: إن ما أوجبه الإسلام من عمل الطاعات واجتناب المعاصي موجب لعدالتهم، وكذلك جميع العلماء يقولون بذلك إذا علموا ذلك منهم، والبحث إنما يتوجه إلى العلم بهذا.<sup>2</sup>

<sup>1</sup>. الماوردي، الحاوي الكبير، 16 / 180.

<sup>2</sup>. الماوردي، الحاوي الكبير، 16 / 181.

ويمكن الرد عن استدلالهم بالدليل الثاني، وهو أنه لما اعتبر ظاهر إسلامه اعتبر ظاهر عدالته فهو أن الإسلام اعتقاداً يخفى فعل فيه على الظاهر، والعدالة والفسق بأفعال تظهر فأوجب البحث<sup>1</sup>.

والله تعالى أعلم.

المطلب السابع: فقه قاعدة "الشبهة كالحقيقة فيما يندرىء بالشبهات"<sup>2</sup>:

وفي لفظ "الشبهات دائرة للحدود"<sup>3</sup>:

الفرع الأول: معنى القاعدة:

سبق بيان معنى مفردات القاعدة من قبل،<sup>4</sup> ويبقى بيان المعنى الإجمالي للقاعدة.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن الشبهة تعمل عمل الحقيقة في درء ودفع العقوبات التي تندرىء بها، وهي الحدود، ويؤخذ من مفهوم المخالفة لهذه القاعدة أن الشبهة لا تعمل عمل الحقيقة فيما لا يدرأ ويدفع بالشبهات، مثل التعازير، حيث لا تعمل فيها الشبهة.<sup>5</sup>

الفرع الثاني: أنواع الشبهة عند الفقهاء:<sup>6</sup>

1 . شبهة في الفاعل: كمن وطىء امرأة ظنها تحل له.

2 . شبهة في المحل: وهي ما تحصل بقيام دليل نافٍ للحرمة ذاتاً، أو بأن يكون للفاعل ملك أو شبه ملك، كوطىء البائع الجارية المبيعة قبل تسليمها للمشتري، أو كوطىء أمة ابنه.

<sup>1</sup> . الماوردي، الحاوي الكبير، 16 / 181.

<sup>2</sup> . ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 450. السرخسي، المبسوط، 9 / 168.

<sup>3</sup> . ابن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، 2 / 160.

<sup>4</sup> . ص 195 .

<sup>5</sup> . البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 5 / 58.

<sup>6</sup> . البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 5 / 56-57.

3. شبهة في الطريق: بأن يكون حلالاً عند قوم حراماً عند آخرين، كالنكاح بلا ولي أو شهود، وكالوطء ببيع أو نكاح فاسد.

4. شبهة في الفعل: وهي ما تثبت بظن غير الدليل وهي شبهة الاشتباه، وتتحقق في من اشتبه عليه الحل والحرمة فظن غير الدليل دليلاً، فلا بد من الظن. كوطء المطلقة ثلاثاً في العدة، والمختلعة، وذلك إذا قال: ظننت أنها تحل لي فلا حد عليه، وأما إذا قال: علمت أنها حرام فيحد.

الفرع الثالث: من تطبيقات القاعدة في فتح القدير:

وردت هذه القاعدة في كتاب الشهادات، في

مسألة: شهادة النساء في الزنا:<sup>1</sup>

سبق أن بينت أقوال العلماء في مسألة شهادة النساء في الحدود والقصاص عند دراستي لفقهاء قاعدة "العبرة لعموم اللفظ"،<sup>2</sup> وسأكتفي هنا ببيان استخدام ابن الهمام لهذه القاعدة في هذه المسألة.

استخدم ابن الهمام هذه القاعدة للرد على من يقول بجواز شهادة النساء في الزنا، حيث بين ابن الهمام أن أحد أسباب الخلاف بين العلماء المعارضة بين قوله تعالى: ﴿أَرْبَعَةٌ مِنْكُمْ﴾<sup>3</sup> وبين

عموم قوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾<sup>4</sup>، ثم وضح أنه يجب تقديم الآية الأولى على الثانية، لأسباب، منها:

1. لأن الأولى مانعة والثانية مبيحة، فتقدم المانعة.

2. لأن الآية الأولى تفيد زيادة قيد، وزيادة القيد من طرق الدرع، فإنه كلما كثرت قيود الشيء قل وجوده بالنسبة إلى ما ليس فيه زيادة تقيد.

<sup>1</sup>. ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 450.

<sup>2</sup>. ص 123.

<sup>3</sup>. سورة النساء / الآية 15. وهي مأخوذة من قوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فاسْتَشْهَدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةٌ مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا

فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾.

<sup>4</sup>. سورة البقرة / الآية 282.

3. لأن فيها شبهة البدلية، ولذا لا تقبل فيها الشهادة على الشهادة، وذلك لأن قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ ﴾ ظاهره أنه لا تقبل شهادتهن إلا عند عدم رجال يشهدون، ثم أضاف: " وقد روي عن بعض العلماء ذلك فاعتبر حقيقة البدلية ، لكن لما لم يكن ذلك معمولاً به عند أهل الإجماع نزلت إلى شبهة البدلية، والشبهة كالحقيقة فيما يندريء بالشبهات " <sup>1</sup>.

### المبحث الثاني: فقه الضوابط الفقهية المتعلقة بالقضاء وطرق الإثبات:

المطلب الأول: فقه ضابط " الشهادة التي في مجلس القضاء هي التي بها القضاء " <sup>2</sup>:

ومن ألفاظ هذا الضابط

- الشهادة لا توجب شيئاً بدون القضاء. <sup>3</sup>
- الشهادة لا تكون ملزمة بدون القضاء. <sup>4</sup>
- الشهادة لا توجب الحق ما لم يتصل بها قضاء القاضي. <sup>5</sup>

الفرع الأول: معنى الضابط:

قبل بيان المعنى الإجمالي للضابط، لابد من بيان معنى الشهادة في اللغة والاصطلاح.

المسألة الأولى: معنى الشهادة في اللغة والاصطلاح:

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 450.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 549.

<sup>3</sup> السرخسي، المبسوط، 7 / 9.

<sup>4</sup> السرخسي، المبسوط، 10 / 182.

<sup>5</sup> السرخسي، المبسوط، 10 / 181.

أولاً: الشهادة في اللغة: مصدر مشتق من شهد يشهد شهادة فهو شاهد، وجمعها أشهاد وشهود،<sup>1</sup> ولها عدة معانٍ، منها:

1 . الحضور، ومنها قول الحق سبحانه وتعالى : ﴿ وَذَلِكَ يَوْمٌ مَّشْهُودٌ ﴾،<sup>2</sup> أي محضور يحضره أهل السماء والأرض.<sup>3</sup>

2. المعاينة: يقال: شهدت الشيء: عاينته، والمشاهدة المعاينة.

3. الخبر القاطع: حيث يقال: شهد الرجل بكذا، أي: أخبر به خبراً قاطعاً.

4. الحلف واليمين: حيث يقال: أشهد بكذا، أي أحلف.

5. العلم والبيان: كقول المؤذن: أشهد أن لا إله إلا الله، أي: أعلم وأبين أن لا إله إلا الله.<sup>4</sup>

6. الإخبار والأداء: حيث يقال: شهد له بكذا شهادة، أي: أدى ما عنده من الشهادة فهو شاهد، وأصل الشهادة هذا،<sup>5</sup> وهذا المعنى هو أقرب المعاني لمفهوم الشهادة الواردة في الضابط.

ثانياً: معنى الشهادة اصطلاحاً:

عُرِفَت الشهادة بأنها: " إخبارٌ عن عيان بلفظ الشهادة في مجلس القاضي بحق للغير على آخر " .<sup>6</sup> كما وعُرِفَت بأنها: " الاخبار بحق شخص على غيره عن مشاهدة وعيان لا، عن تخمين وحسبان " .<sup>7</sup>

وعُرِفَت أيضاً بأنها: " إخبار صدق لإثبات حق للغير ممن يقبل قوله في مجلس القضاء بلفظ

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة شهد، 239/3 - 240. الفيومي، المصباح المنير، مادة شهد، 1/ 324. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مادة شهد، ص 292.

<sup>2</sup> سورة هود/ الآية 103.

<sup>3</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة شهد، 3/ 240. الفيومي، المصباح المنير، مادة شهد، 1/ 324.

<sup>4</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة شهد، 3/ 239. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مادة شهد، ص 292.

<sup>5</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة شهد، 3/ 240. الفيومي، المصباح المنير، مادة شهد، 1/ 324.

<sup>6</sup> الجرجاني، التعريفات، ص 129.

<sup>7</sup> قلنجي، معجم لغة الفقهاء، ص 266.

والتعريف الأخير هو أشمل التعاريف وأفضلها، وهو جامع لتعاريف العلماء للشهادة، ويلاحظ على التعاريف جميعها أنها لا تخرج عن المعنى اللغوي للشهادة، وخاصة المعنى الأخير الذي يبين أن الشهادة في اللغة معناها الإخبار والأداء.

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للضابط:

يفيد الضابط بأن اعتبار الشهادة وإلزامها لا يكون إلا في المحكمة أمام القاضي، فبدون القضاء لا تكون الشهادة حجة ملزمة ينبنى عليها حكم، ولا يعتد بها، لأنها شرعت لإثبات الحقوق، وإثبات الحقوق على طريق الإلزام لا يكون إلا بالقضاء.<sup>2</sup>

الفرع الثاني: من تطبيقات الضابط في فتح القدير:

ورد هذا الضابط في كتاب الرجوع عن الشهادة،<sup>3</sup> في

مسألة: تضمين شهود الفرع إذا رجعوا وحدهم عن شهادتهم بعد تنفيذ الحكم.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> البيهقي، محمد بن عبد الله، أثر الرجوع عن الشهادة على الأحكام الجنائية في ضوء الفقه الإسلامي، ص 24، إشراف: محمد بوساق، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1424هـ/ 2003م. (رسالة ماجستير).

<sup>2</sup> البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 5/ 175.

<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 536.

<sup>4</sup> وتسمى أيضاً بشهادة النقل، والشهادة على الشهادة، ومعناها: " إخبار الشاهد عن سماعه شهادة غيره أو سماعه إياه لقاضٍ ". الخرشبي، شرح مختصر خليل، 7/ 217. الصاوي، حاشية الصاوي، 4/ 290. كما وعُرفت بأنها: " أن يشهد الشاهد على شهادة غيره مع كونه لم ير المشهود به بنفسه "، ويسمى الشاهد الناقل بشاهد الفرع، والمنقول عنه بشاهد الأصل. البيهقي، أثر الرجوع عن الشهادة على الأحكام الجنائية، ص 149.

وقد أجمع العلماء على قبول شهادة الفرع في الحقوق المالية، ونقل ابن قدامة هذا الإجماع حيث قال: " فإن الشهادة على الشهادة جائزة، بإجماع العلماء. وبه يقول مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي. قال أبو عبيد: أجمعت العلماء من أهل الحجاز والعراق، على إمضاء الشهادة على الشهادة في الأموال ". ابن قدامة، المغني، 10/ 187. والمصادر المذكورة في الموضوع.

أما في قبولها في الحدود والقصاص فقد اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب الحنفية والحنابلة والشافعية في رواية إلى القول بعدم قبولها في الحدود والقصاص. ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 522. ابن نجيم، البحر الرائق، 8/ 544. ابن قدامة، المغني، 10/ 187. الزركشي، شرح الزركشي، 7/ 361. المزني، إسماعيل بن يحيى، مختصر المزني، 8/ 420، دار المعرفة، بيروت، 1410هـ/ 1990م. الماوردي، الحاوي الكبير، 11/ 147.

ومن أدلتهم على ذلك: 1. أن الحدود والقصاص مما تدرأ بالشبهات، والشهادة على الشهادة لا تخلو عن شبهة، ولهذا لا تقبل فيها شهادة النساء لتمكن الشبهة في شهادتهن بسبب السهو والغفلة، بل هنا أولى، لأن الشبهة هنا أقوى، فإنها يتطرق إليها احتمال الغلط والسهو والكذب في شهود الفرع، مع احتمال ذلك في شهود الأصل، وهذا احتمال زائد، لا يوجد في شهادة الأصل، وهو معتبر، بدليل أنها لا تقبل مع القدرة على شهود الأصل، فوجب أن لا تقبل فيما يندرى بالشبهات. الكاساني، بدائع الصنائع، 6/ 281. ابن قدامة، المغني، 10/ 187.

صورة المسألة: أن يرجع شهود الفرع وحدهم عن الشهادة بعد تنفيذ الحكم، فهل يضمنون أم لا؟.

ذهب ابن الهمام إلى القول بتضمين شهود الفرع إذا رجعوا عن شهادتهم في هذه الحالة، وهذا ما عليه اتفاق الفقهاء،<sup>1</sup> وقد نقل صاحب المغني هذا الاتفاق، فقال: " وإن شهد شاهدا فرع على شاهدي. أصل، فحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجع شاهدا الفرع، فعليهما الضمان. لا أعلم بينهم في ذلك خلافاً "<sup>2</sup>.

حجتهم في ذلك: أن الشهادة التي في مجلس القضاء وهي التي بها القضاء صدرت منهم، فكان التالف مضافاً إليهم.<sup>3</sup>

المطلب الثاني: فقه ضابط " كل شهادة جرت نفعاً لا تقبل ":<sup>4</sup>

الفرع الأول: من ألفاظ الضابط:

2. لأن الحدود لما كانت مبنية على الدرء أوجب ذلك اختصاصها بحجج مخصوصة، بل إيقاف إقامتها، ولهذا شرط عدد الأربعة في الشهادة على الزنا، لأن اطلاع أربعة من الرجال الأحرار على غيبوبة ذكره في فرجها، كما يغيب الميل في المكحلة نادر غاية الندرة. الكاساني، بدائع الصنائع، 6 / 281.

3. لأنها إنما تقبل للحاجة، ولا حاجة إليها في الحد؛ لأن ستر صاحبه أولى من الشهادة عليه. ابن قدامة، المغني، 10 / 187. القول الثاني: ذهب المالكية إلى القول بأن الشهادة على الشهادة تقبل في جميع الحقوق، لأن الشهادة كما تثبت كل الحقوق، فكذلك الشهادة على الشهادة. مالك بن أنس، المدونة، 2 / 93. ابن عبد البر، الكافي، 2 / 901. عليش، منح الجليل، 8 / 496. القول الثالث: ذهب الشافعية إلى التفريق بين العقوبات: الأول: ما كان من حقوق الأدميين. والثاني: ما كان من حقوق الله تعالى. فأما حقوق الأدميين كالعقوبات والقذف، فتجوز فيها هذه الشهادة في الراجح، لأن حقوق الأدميين ليست مبنية على التخفيف بل على المضايقة. وأما حقوق الله تعالى المحضة، كحد الزنا وشرب الخمر والقطع في السرقة، فلا تجوز فيه هذه الشهادة في الراجح، لأن حقوق الله تعالى مبنية على الدرء والاسقاط، وفي القول الثاني: تجوز، لأن هذه الحقوق تثبت بالشهادة، فجاز أن تثبت بالشهادة على الشهادة كحقوق الأدميين. الماوردي، الحاوي الكبير، 17 / 221. الشيرازي، المهذب، 3 / 459. والذي أميل إلى ترجيحه هو القول الأول، لقوة أدلتهم، ولأن فيها رداً على أدلة مخالفهم، والله تعالى أعلم.

<sup>1</sup>. ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 549. الزيّلعي، تبين الحقائق، 4 / 251. ابن نجيم، البحر الرائق، 7 / 137. أبو البركات، المحرر، 2 / 343. ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر لمجد الدين ابن تيمية، 2 / 343، مكتبة المعارف، الرياض، ط2، 1404 هـ. الشربيني، مغني المحتاج، 6 / 398. السنيكي، أسنى المطالب، 4 / 384. الهيثمي، تحفة المحتاج، 10 / 282.

<sup>2</sup>. ابن قدامة، المغني، 10 / 227.

<sup>3</sup>. ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 549. ابن نجيم، البحر الرائق، 7 / 137. الكاساني، بدائع الصنائع، 6 / 287. ولا بد من الإشارة هنا إلى أن هنالك حالتان أخريان تتعلقان بالموضوع، وهما: أولاً: رجوع شهود الأصل وحدهم دون شهود الفرع. ثانياً: رجوع شهود الفرع والأصل معاً. لم اتطرق إليهما، واقتصرت على المسألة التي تتعلق بالضابط فقط، وقد وقع خلاف بي العلماء في هاتين المسألتين، في تضمين شهود الفرع، يمكن مراجعتهما في المصادر السابقة بالتفاصيل، بالإضافة إلى: البيهقي، أثر الرجوع عن الشهادة على الأحكام الجنائية، ص 158 وما بعدها.

<sup>4</sup>. ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 493.

1 . كل شهادة تجر نفعاً للشاهد أو لأبويه أو لأولاده أو لزوجته لا تجوز.<sup>1</sup>

2. من شهد بشهادة تجر إلى نفسه نفعاً بطلت شهادته.<sup>2</sup>

3. كل من شهد بشهادة يجر بها إلى نفسه شيئاً لا تجوز شهادته.<sup>3</sup>

4. كل شاهد جر بشهادته إلى نفسه نفعاً، أو دفع بها ضرراً، كانت شهادته مردودة.<sup>4</sup>

5. كل شهادة جرت مغنماً للشاهد أو دفعت مغرملاً لا تجوز.<sup>5</sup>

الفرع الثاني: معنى الضابط:

سبق بيان معنى الشهادة من قبل،<sup>6</sup> فيبقى بيان المعنى الإجمالي للضابط، والذي يفيد بأن:

من ضوابط الشهادة وقيودها في الإسلام أن لا تجر هذه الشهادة مغنماً أو تفيد ربحاً للشاهد ، حيث يصبح بذلك كأنه شهد لنفسه، وأيضاً إذا كان في هذه الشهادة دفع مغرمٍ أو خسارةٍ عن الشاهد فإن شهادته ترد ولا تقبل حتى لو كان عدلاً، فلا تجوز شهادة الابن لأبيه، ولا الأب لابنه وهكذا.<sup>7</sup>

الفرع الثاني: من تطبيقات الضابط في فتح القدير:

ورد هذا الضابط في باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل شهادته،<sup>8</sup> في

مسألة: شهادة وصيان أو وارثان أو غريمان لآخر ادعى بأنه وصي للميت:

صورة المسألة: أن يدعي رجل أنه وصي فلان الميت، فيشهد له بذلك اثنان موصى لهما أو وارثان أو غريمان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو وصيان، فهل تصح شهادتهما أم لا تصح؟

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 500.

<sup>2</sup> ابن قدامة، المغني، 5 / 58.

<sup>3</sup> أبو البركات، المحرر، 2 / 292. ابن مفلح، النكت والفوائد، 2 / 292.

<sup>4</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، 13 / 83.

<sup>5</sup> البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 8 / 433.

<sup>6</sup> ص 233 .

<sup>7</sup> البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 8 / 433.

<sup>8</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 473.

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى القول بجواز شهادتهما استحساناً، مبيناً أنها في القياس لا تجوز، لأن في شهادتهما جلب نفع للشاهد، **وكل شهادة جرت نفعاً لا تقبل**، وبين وجه النفع لكل واحد من الشهود، فقال: أما الوارثان: لقصدتهما نصب من يتصرف لهما ويريحهما ويقوم بإحياء حقوقهما. وأما الغريمان الدائنان والموصى لهما: لوجود من يستوفيان منه، والمديونان: لوجود من يبرءان بالدفع إليه، أما الوصيان: لوجود من يعينهما في التصرف في المال والمطالبة.

ثم بين وجه الاستحسان في قبول شهادتهما في أن هذه الشهادة لم توجب على القاضي شيئاً لم يكن واجباً، حيث أن للقاضي ولاية نصب الوصي إذا كان الوصي طالباً والموت معروفاً وظاهراً، فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة تعيين الوصي، لأن القاضي يلزمه أن يتأمل في هذا الوصي أنه هل يصلح للوصاية لأمانته وديانته وهدايته، وهما بهذه الشهادة زكياه. وأخبروا القاضي أنه أهل لذلك، فكفيت عنه مؤنة التعيين.

لا أنه يثبت بهذه الشهادة شيئاً لم يكن، فصار فعله هذا كالقرعة التي يستعملها القاضي في تعيين الأنصبا، فإنها ليست بموجبة شيئاً لم يكن له لولا القرعة، ومع هذا جاز استعمالها تطيباً للقلوب، ونفياً للتهمة عن القاضي، وهذا ما عليه المذهب الحنفي.<sup>1</sup>

القول الثاني: للمالكية في هذا المسألة قولان: القول الأول: تجوز شهادتهما مطلقاً.

والقول الثاني: تجوز شهادتهما بشرطان: الأول: أن يدعي هو ذلك. والثاني: أن لا يجرا بهذه الشهادة لأنفسهما نفعاً، وهذا أصل الحنابلة.<sup>2</sup>

والذي أميل إلى ترجيحه هو قول الحنفية، بجوازها استحساناً، لقوة حجتهم. والله تعالى أعلم.

المطلب الثالث: فقه ضابط "**النكول بمنزلة الإقرار**"<sup>3</sup>:

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 493-494. الزيلعي، تبيين الحقائق، 4/ 227. العيني، البناية، 9/ 160.  
<sup>2</sup> أنس بن مالك، المدونة، 4/ 27. القيرواني، التهذيب، 3/ 590. القرافي، الذخيرة، 10/ 270. الأصل عند الحنابلة أن شهادة الوصي إذا كان لا يجزى إلى نفسه شيئاً جائزة. ابن مفلح، النكت والفوائد، 2/ 293.  
<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 20. وهذا الضابط غير متفق عليه بل قد جاءت ضوابط أخرى تعارضه، ومنها: "**إذا نكل المدعى عليه ردت اليمين على المدعي، ولا يحكم بمجرد النكول**". السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 504.

## الفرع الأول: من ألفاظ الضابط:

1 . النكول في باب الأموال بمنزلة الإقرار شرعاً.<sup>1</sup>

2. النكول قائم مقام الإقرار.<sup>2</sup>

3. النكول في مجلس القضاء بمنزلة الإقرار.<sup>3</sup>

4. نكول الناكل كإقراره.<sup>4</sup>

## الفرع الثاني: معنى الضابط:

قبل بيان المعنى الإجمالي للضابط لابد من توضيح المقصود بالنكول.

## المسألة الأولى: معنى النكول في اللغة والاصطلاح:

وأصل الخلاف في هذا الضابط قائم على الخلاف بين الفقهاء في القضاء بنكول المدعى عليه وحده، أم ترد اليمين على المدعي، اختلف العلماء في هذه المسألة على أربعة أقوال:  
القول الأول: يقضى على المدعى عليه بالنكول، ولا ترد اليمين على المدعي. وهذا قول الحنفية والحنابلة في المشهور عنهم.  
الزليعي، تبيين الحقائق، 4 / 295. السرخسي، المبسوط، 17 / 34. ابن قدامة، المغني، 10 / 211. المرادوي، الإنصاف، 11 / 257.

القول الثاني: أن اليمين ترد على المدعي، ويوجه القاضي إليه اليمين، فإن حلف استحق وحكم له القاضي بها، وإن امتنع سقطت الدعوى، أي لا يقضى بنكول المدعى عليه وحده، وهذا قول المالكية والشافعية والحنابلة في قول. القرافي، النخبة، 11 / 76.  
ابن رشد، بداية المجتهد، 4 / 252. القرافي، أحمد بن إدريس، الفروق، 4 / 92. عالم الكتب، بيروت، بدون الطبعة وتاريخها.  
الماوردي، الحاوي الكبير، 17 / 139. الشربيني، مغني المحتاج، 6 / 423. ابن قدامة، المغني، 10 / 211. المرادوي، الإنصاف، 11 / 257.

القول الثالث: لا يقضى على المدعى عليه بمجرد النكول، ولا ترد اليمين إلى المدعي، وإنما يحبس الناكل حتى يقر بالحق أو يحلف على نفيه أو يجبر على ذلك بالضرب. وهذا قول أصحاب الشافعية في قول في حال تعذر رد اليمين، وأحمد في قول، والظاهرية. الشيرازي، المهذب، 3 / 397. العمراني، البيان، 13 / 88. ابن قدامة، المغني، 10 / 211. ابن حزم، المحلى، 8 / 443. ص 403.

القول الرابع: أن اليمين ترد على المدعي إذا كان جازماً بالحق أو كان الفعل صادراً منه، أما إذا كان غير جازم به فيحكم على المدعى عليه بالنكول، ولا ترد اليمين إلى المدعي. وهذا قول ابن تيمية وتلميذه ابن القيم. ابن القيم، محمد بن أبي بكر، الطرق الحكمية، ص 76-78، مكتبة دار البيان، بدون الطبعة وتاريخها ومكان الطبع.  
وقد كان لكل فريق أدلة وردود ومناقشات على أدلة الأقال الأخرى لا يتسع المقام لذكرها. وقد فصل الزحيلي في هذه المسألة بشكل كبير جداً، وذكر أدلة كل فريق ومناقشاته وردوده. الزحيلي، طرق الإثبات، ص 389، وما بعدها.  
والذي أميل إلى ترجيحه هو القول الثاني، وذلك لقوة أدلتهم، ولقوة ردهم على أدلة مخالفهم، ولأن هذا ما يتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية من حفظ حقوق الناس على اختلافها، وهو ما رجحه الزحيلي.

<sup>1</sup> . السرخسي، شرح السير، 1 / 532. البركتي، قواعد الفقه، ص 135.

<sup>2</sup> . السرخسي، المبسوط، 5 / 5.

<sup>3</sup> . السرخسي، المبسوط، 18 / 153.

<sup>4</sup> . السرخسي، شرح السير، 1 / 711.

أولاً: النكول في اللغة: مأخوذ من نكل، وله عدة معانٍ، منها: الجبن والتأخر والتعب، وقيل: إذا أراد أن يصنع شيئاً فهابه، ونكل عن اليمين امتنع منها، ونكله عنه الشيء: صرفه عنه، والاسم منها: النكال.<sup>1</sup>

ثانياً: تعريف النكول اصطلاحاً:

عُرف النكول بعدة تعريفات، منها:

1. " امتناع من وجبت عليه أو له يمين منها " .<sup>2</sup>

2. " الامتناع من الحلف بما طلبه القاضي " .<sup>3</sup>

3. " الامتناع عن أداء الشهادة، أو حلف اليمين " .<sup>4</sup>

والتعريف الثاني هو أفضل التعاريف وأقربها للمطلوب، ومن هنا يمكن تعريف النكول بأنه: "امتناع من وجبت عليه اليمين في مجلس القضاء عنها"، وتقيداً بأنها التي في مجلس القضاء أفضل، لأن اليمين التي يترتب عليها آثار هي اليمين التي في مجلس القضاء، سواءً أكان المدعي أم المدعى عليه.

ويلاحظ أن هذا التعريفات لا تخرج عن المعنى اللغوي للنكول.

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للضابط:

يفيد هذا الضابط بأنه إذا ادعى مدعٍ على آخر مالأً، ولا بينة للمدعي فإن القاضي يوجه اليمين على المدعى عليه، ويطلب منه أن يحلف على كذب دعوى خصمه، فإن امتنع المدعى عليه، فإن

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب، مادة نكل، 677 / 11. الفيومي، المصباح المنير، مادة نكل، 625 / 2.

<sup>2</sup> الرصاع، محمد بن قاسم، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية ( شرح حدود ابن عرفة )، ص 472، المكتبة العلمية، بيروت، ط1، 1350هـ. وهذا التعريف لابن عرفة.

<sup>3</sup> البجيرمي، سليمان بن محمد، التجريد لنفع العبيد ( حاشية البجيرمي على شرح المنهاج )، 403 / 4، مطبعة الحلبي، 1369هـ / 1950م.

<sup>4</sup> قلنجي، معجم لغة الفقهاء، 488 / 1.

امتناعه يكون بمثابة إقرار منه بالمدعى، فيثبت عليه ما يدعيه خصمه، وهذا لا يكون إلا بقضاء القاضي لكونه محتملاً في نفسه.<sup>1</sup>

الفرع الثالث: من تطبيقات الضابط في فتح القدير:

ورد هذا الضابط في باب خيار العيب،<sup>2</sup> في

مسألة: إذا ادعى شخصٌ داراً في يد رجل، فحلف القاضي المدعى عليه، فنكل:

صورة المسألة: أن يدعي شخصٌ داراً في يد رجل، فينكر المدعى عليه، فيحلفه القاضي فينكل عن اليمين، فيقضي القاضي بها للمدعي، ثم يقيم المدعى عليه بيعة على أنه اشترى الدار، فهل تقبل بينته أم لا ؟

أقول العلماء في المسألة:

بين ابن الهمام أن في هذه المسألة قولان:

القول الأول: فيه تفصيل، وهو: إذا أقام المدعى عليه بيعة على أنه اشترى الدار من المدعي، فإن القاضي يسمع بينته وترد له الدار، أما لو أقام بيعةً على أنه اشترى الدار من رجل آخر، فلا تقبل بينته، لأن هذا ليس بإقرار صريح، وهو قول أبي يوسف.

القول الثاني: أن البيعة لا تقبل في الوجهين، لأن النكول بمنزلة الإقرار، وهذا في ظاهر الرواية.<sup>3</sup> وأصل الخلاف هنا مبني على الخلاف في النكول، هل حكمه حكم صريح الإقرار أم لا ؟، ففي ظاهر الرواية نعم، وعن أبي يوسف لا.

القول الثالث: ذهب المالكية إلى القول بتحليف المدعى عليه، فإن أبى أن يحلف ترد اليمين على المدعي، فإن حلف قضي له القاضي بالحق، وإن نكل بطل حقه، فإن جاء ببيعة بعدها قبلت بينته إن لم يكن يعلم بها، إما إذا كان يعلم بها وتركها فلا حق له.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> .البرنوني، موسوعة القواعد الفقهية، 11/ 1255.

<sup>2</sup> .ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 2.

<sup>3</sup> .ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 20. الكاساني، بدائع الصنائع، 6/ 223.

القول الرابع: ذهب الشافعية إلى القول بأنه إذا نكل المدعى عليه عن اليمين، ترد اليمين على المدعى، فإن حلف استحق دعواه، وإن نكل، كان نكوله عن يمين الرد بمثابة يمين المدعى عليه، وإذا طلب المدعي مهلة قبل اليمين أمهل ثلاثة أيام، وإذا طلبها المدعى عليه لا يمهل، والفرق بينهما " أن المدعى عليه مطالب محمول على الإقرار، أو اليمين، وليس صاحب خيرة، وأما المدعى، فليس محمولاً من جهة أحد، بل هو صاحب الحق، إن أراد قدمه، وإن أراد أخره"<sup>2</sup>، ولو جاء ببينة بعد حلف المدعى عليه قضي له.

القول الخامس: ذهب الحنابلة في الراجح إلى القول بأن القاضي يحلف المدعى عليه، فإن حلف قضي له، وإن نكل قضي عليه ولا ترد اليمين على المدعى، وإذا جاء المدعي ببينة بعد القضاء، فإن كان قال من قبل: مالي بينة، لم تسمع بينته، لأن سماع البينة قد تحقق كذبه فيعود الأمر على خلاف المقصود.

أما إن قال: لا أعلم لي بينة، ثم قال: لي بينة، سمعت بينته، لأنه يجوز أن يكون له بينة لا يعلمها، ونفي العلم بها ليس نفيًا لها، فلا يكون مكذباً فيها.<sup>3</sup>

وذهب بعض الحنابلة إلى القول بأن القاضي يرد اليمين على المدعي إن نكل المدعى عليه.<sup>4</sup>

والذي أميل إلى ترجيحه هو القول الثالث، لأن هذا القول يتفق مع روح الشريعة الإسلامية، ومقاصدها التي تقوم على حفظ حقوق الجميع، وفي هذا القول إقامة للعدل، وإنصاف للمدعي وللمدعى عليه، والله تعالى أعلم.

<sup>1</sup> أنس بن مالك، المدونة، 7/4، 36.

<sup>2</sup> الجويني، نهاية المطلب، 18/663. الغزالي، الوسيط، 7/425.

<sup>3</sup> البهوتي، كشاف القناع، 6/339. ابن قدامة، المغني، 10/211.

<sup>4</sup> ابن قدامة، المغني، 10/211. المقدسي، العدة، ص 665.

الفصل الثامن: فقه قواعد وضوابط منثورة، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: القواعد الفقهية:

المطلب الأول: فقه قاعدة : ما خالف القياس لا يقاس عليه غيره.

المبحث الثاني: فقه ضوابط منثورة:

**المطلب الأول: فقه ضابط : شطر العلة لا يثبت به شيء.**

**المطلب الثاني: فقه ضابط : كل من عمل للمسلمين عملاً حكمه في الهدية**

**حكم القاضي.**

**المطلب الثالث: فقه ضابط : الوصية أخت الميراث.**

وقد جمعت في هذا الفصل الثامن والأخير القواعد والضوابط التي لم تندرج تحت أي من الفصول السابقة، وكان فيه قاعدة واحدة، وثلاثة ضوابط، وقد قسمت هذا الفصل إلى مبحثين.

**المبحث الأول: القواعد الفقهية:**

**المطلب الأول: فقه قاعدة " ما خالف القياس لا يقاس عليه غيره ":**<sup>1</sup>

من ألفاظ هذه القاعدة " ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه ".

**الفرع الأول: معنى القاعدة:**

لابد قبل بيان المعنى الإجمالي للقاعدة من توضيح المقصود بالقياس في اللغة والاصطلاح.

**المسألة الأولى: معنى القياس لغةً واصطلاحاً:**

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 207.

<sup>2</sup> مجلة الأحكام العدلية، ص 17.

أولاً: القياس في اللغة: مأخوذة من قوس، وتقلب الواو ياء في بعض الأحيان، فتصبح قيس، ومنها القياس، وهي بمعنى تقدير الشيء بالشيء، حيث يقال: بيني وبينه قيس رمح، أي قدره.<sup>1</sup>

ثانياً: القياس في الاصطلاح:

1 . عرف القياس شرعاً بأنه: " عبارة عن المعنى المستنبط من النص، لتعديه الحكم من المنصوص عليه إلى غيره، وهو الجمع بين الأصول والفروع في الحكم ".<sup>2</sup>

2. عند المنطقيين هو: " قول مؤلف من قضايا إذا سلمت لزم عنها لذاتها قول آخر، كقولنا: العالم متغير، وكل متغير حادث، فإنه قول مركب من قضيتين إذا سلمتا لزم عنهما لذاتهما: العالم حادث".<sup>3</sup>

3. عند أهل الأصول هو : " إبانة مثل حكم المذكورين بمثل علته في الآخر "،<sup>4</sup> وعُرف أيضاً بأنه هو: " جعل الحكم في المقيس مثل الحكم في المقيس عليه بعلّة واحدة فيهما ".<sup>5</sup>

والمعنى الأخير هو المقصود في القاعدة.

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن الحكم الشرعي إذا كان ثابتاً بنص القرآن الكريم أو السنة أو الإجماع، ووارداً معدولاً به عن سنن القياس، لا يجوز أن يقاس عليه غيره، بأن يثبت مثل ذلك الحكم للغير لعلّة جامعة بينهما، وذلك لوجود اعتبارات تشريعية خاصة بها، فغير هذه الأحكام لا يقاس عليها، لأنها وردت على خلاف القواعد العامة الثابتة في الشريعة.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة قوس، 40 / 5.

<sup>2</sup> الجرجاني، التعريفات، ص 181.

<sup>3</sup> الجرجاني، التعريفات، ص 181.

<sup>4</sup> القرافي، الفروق، 2 / 129. ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، 3 / 121.

<sup>5</sup> التفتازاني، سعد الدين مسعود، شرح التلويح على التوضيح، 1 / 9، مكتبة صبيح، مصر. بدون الطبعة وتاريخها. الزرقاء،

شرح القواعد الفقهية، ص 151. الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها، 1 / 502.

<sup>6</sup> الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها، 1 / 503.

أي أن ما ثبت على غير القواعد المستقرة وخلافاً للأحكام العامة، إنما يقتصر به على مورده ولا يقاس عليه غيره.<sup>1</sup>

الفرع الثاني: من تطبيقات القاعدة في فتح القدير:

وردت هذه القاعدة في باب السلم،<sup>2</sup> في

مسألة: جواز السلم في المذروعات:<sup>3</sup>

أقوال العلماء في المسألة:

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى جواز السلم في المذروعات، لأنها مما يمكن ضبطها على وجه يمكن تسليمه من غير افضاء إلى المنازعة، وهذا ما أجمع عليه فقهاء المذاهب الأربعة.<sup>4</sup>

القول الثاني: ذهب الظاهرية إلى أن السلم لا يجوز إلا في المكيلات والموزونات،<sup>5</sup>

حجتهم في ذلك أن السلم قد شرع على خلاف القياس، فهو مخصوص من " نهى

الرسول صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر، وعن بيع ما ليس عندك "،<sup>6</sup> وهو مقيد

<sup>1</sup> . البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 91 / 9.

<sup>2</sup> . ابن الهمام، فتح القدير، 204 / 6.

<sup>3</sup> . سبق بيان معنى المذروعات، ص 182

<sup>4</sup> . ابن الهمام، فتح القدير، 207 / 6. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 6 / 170. ابن رشد، بداية المجتهد، 3 / 218.

<sup>5</sup> . الخرشبي، شرح مختصر خليل، 5 / 212. الشيرازي، المهذب، 2 / 72. السنيكي، أسنى المطالب، 2 / 128. ابن قدامة، المغني، 4 / 207.

<sup>6</sup> . المرداوي، الإنصاف، 5 / 84.

<sup>7</sup> . ابن جزم، المحلى، 8 / 39.

<sup>8</sup> . سبق تخريج الأحاديث التي تنهى عن بيع الغرر، ص 168، أما بيع ما ليس عندك، فقد روي عن حكيم بن حزام، قال: يا رسول الله، يأتييني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي فأبناعه له من السوق؟ فقال: " لا تبع ما ليس عندك ". أبو داود، سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، حديث رقم: 3503، 3 / 283. الترمذي، سنن الترمذي، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، حديث رقم: 1232، 3 / 526. النسائي، المجتبى من السنن، كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع، حديث رقم: 4613، 7 / 289. ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك، حديث رقم: 2187، 2 / 737. قال الألباني: صحيح. الألباني، إرواء الغليل، 5 / 132.

بالمكيل والموزن، أخذاً بقوله صلى الله عليه وسلم: " من أسلف فلا يسلف إلا في كيل معلوم، ووزن معلوم "،<sup>1</sup> فلا يقاس عليهما غيرهما، ومن المعروف أن ما خالف القياس لا يقاس عليه غيره، حيث قال صاحب المحلى: " ... بل المنع من السلف في غير المكيل والموزن أوضح، لأنه جاء بلفظ النهي، ولا يجوز القياس عند القائلين به إذا خالف النص " .<sup>2</sup>

وقد رد ابن الهمام على هذه الحجة بقوله: " فالجواب: أن شرعية السلم ليس من تخصيص العام بل من تقييد المطلق، فالعام وهو لفظ ( ما ليس عندك ) الواقع في سياق النهي وهو ( لا تبع ) مطلق بالنسبة إلى ذكر الأجل فيما ليس عندك وعدمه، وشرعية السلم تقييد له بما إذا لم يذكر الأجل في المبيع، أما إذا ذكر الأجل فيجوز بيع كل ما ليس عندك لا بعضه ليكون تخصيصاً بما ليس عنده، بل كل ما ليس عنده بلا ذكر أجل على عمومته في منع البيع وكله مع ذكره مخرج من ذلك الحكم لكن بشرط ضبطه ومعرفته، كما أن ما عنده أيضاً لا يجوز بيعه عن غير سلم مع جهالته وعدم ضبطه " .<sup>3</sup>

ثم بين أن ذكر الكيل والوزن في الحديث ليس فيه تعيين أو تخصيص لهما، بل ذكر من أجل بيان شرط من شروط صحة السلم وهو عدم الجهالة، مستدلاً لذلك بسياق حديث الرسول صلى الله عليه وسلم، حيث قدم إلى المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين والثلاث، فقال: " من أسلف في تمر، فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم "،<sup>4</sup> فالنبي صلى الله عليه وسلم زاد الوزن ليفيد عدم الاقتصار على الكيل، وبين أن سبب مشروعية بيع السلم في المكيل والموزن، وهي الحاجة الماساة إلى أخذ العاجل بالأجل بشرط الضبط لدفع المنازعة، والقدرة على التسليم لا تقتصر عليهما، فكل ما أمكن ضبطه بما لا يؤدي إلى المنازعة ويقدر على تسليمه يجوز السلم فيه، ومنها

<sup>1</sup> . سبق تخريجه ص 131 .

<sup>2</sup> . ابن حزم، المحلى، 8 / 41 - 42 .

<sup>3</sup> . ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 207 .

<sup>4</sup> . مسلم، صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب الرهن وجوازه في الحضر كالسفر، حديث رقم: 1604، 3 / 1226 .

المذروعات، حيث أن أهل الاختصاص بينوا أن المذروعات يمكن ضبطها بلا شبهة، وذلك بأن يكون الذراع معين بأوصافه.<sup>1</sup>

والذي أميل إلى ترجيحه هو قول جمهور العلماء بسبب قوة الحجج التي ذكرها ابن الهمام، والتي تدل على أن أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم في بيع السلم لم يكن القصد منها تخصيص السلم بالمكيل والموزن فقط.

## المبحث الثاني: فقه ضوابط منثورة:

وقد جمعت فيه الضوابط الفقهية التي لم تدرج تحت أي من الفصول السابقة.

المطلب الأول: فقه ضابط "شطر العلة لا يثبت به شيء"<sup>2</sup>:

ومن ألفاظه:

- شطر العلة لا يثبت شيئاً من الحكم.<sup>3</sup>

- شطر العلة لا يكون علة.<sup>4</sup>

الفرع الأول: معنى الضابط:

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 207.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 542.

<sup>3</sup> السرخسي، المبسوط، 28 / 21.

<sup>4</sup> الغزالي، محمد بن محمد، المنحول من تعليقات الأصول، ص 276، تحقيق: محمد حسن هيتو، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط2، 1419هـ/ 1998م.

قبل بيان المعنى الإجمالي للضابط، لابد من شرح مفرداته الرئيسية.

المسألة الأولى: شرح مفردات القاعدة:

أولاً: الشطر في اللغة معناه: النصف، وشطر كل شيء نصفه، يقال: شطرته: أي جعلته نصفين، ومنها قول الرسول صلى الله عليه وسلم: " *الظهور شطر الإيمان* "،<sup>1</sup> لأن الإيمان يظهر نجاسة الباطن، والظهور يظهر نجاسة الظاهر.<sup>2</sup>

ويطلق الشطر أيضاً على الجهة، ومنه قول الحق سبحانه وتعالى: ﴿ *فَوَلُّوا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ* ﴾<sup>3</sup>، أي قصده وجهته.

إذا فالشطر في اللغة له أصلان: الأول: نصف الشيء، والثاني: البعد والمواجهة، والجمع أشطر وشطور.<sup>4</sup>

والمطلوب في هذا الضابط هو المعنى الأول، أي أن الشطر هو النصف، ولا يخرج المعنى الاصطلاحي للشطر عن المعنى اللغوي.

ثانياً: معنى العلة في اللغة والاصطلاح:

أ . العلة في اللغة: مأخوذة من عل، وهي في اللغة على ثلاثة أصول: الأول: تكرر أو تكرير، ومنها العلل، أي الشربة الثانية، والثاني: عائق يعوق، أي حدثٌ يشغل صاحبه عن وجهه، والثالث: ضعف في الشيء، ومنه المرض.<sup>5</sup>

والعلة أيضاً: السبب، والعلة من كل شيء سببه.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> . مسلم، صحيح مسلم، باب فضل الوضوء، حديث رقم: 223، 1/ 203.

<sup>2</sup> . ابن الأثير، المبارك بن محمد، النهاية في غريب الحديث والأثر، مادة شطر، 2/ 473، تحقيق: طاهر الزاوي، محمود الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، 1399هـ/ 1979م. ابن منظور، لسان العرب، مادة شطر، 4/ 406.

<sup>3</sup> . سورة البقرة/ الآية 144.

<sup>4</sup> . ابن منظور، لسان العرب، مادة شطر، 4/ 406. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة شطر، 3/ 187. الفيومي، المصباح المنير، 1/ 312.

<sup>5</sup> . ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة عل، 4/ 12-14. الفيومي، المصباح المنير، مادة عل، 2/ 426.

وقال صاحب البحر المحيط: " العلة في اللغة قيل: هي اسم لما يتغير حكم الشيء بحصوله " <sup>2</sup>.

ب. تعريف العلة اصطلاحاً: عُرِفَت العلة بعدة تعريف، يمكن مراجعتها في الكتب الأصولية، حيث وقع خلاف بين العلماء في تعريفها،<sup>3</sup> وما يهم هنا تعريف العلة المتعلقة بالقاعدة، حيث يمكن تعريف العلة بأنها: " ما يضاف إليه وجوب الحكم ابتداءً "،<sup>4</sup> أي ثبوت الحكم.<sup>5</sup>

وعُرِفَت أيضاً بأنها: " هي الوصف الموجب للحكم " <sup>6</sup>.

ويلاحظ العلاقة بين التعريف الاصطلاحي والمعنى اللغوي الذي بينه صاحب المحيط، حيث أن العلة لها تأثير في الحكم كأثر العلة في ذات المريض.

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للضابط:

أن العلة إذا كانت متعددة الأوصاف، ووجد بعضها أو نصفها دون البعض الآخر، فلا يثبت بذلك النصف أو البعض شيء من الحكم، بل لا بد من وجود جميع أوصافها كاملة لإثبات الحكم.

فالعلة من الممكن أن تكون ذات وصف واحد، مثل: عدم التماثل في الربويات وصف واحد يوجب حرمة المعاملة، وقد تكون العلة ذات أوصاف متعددة، مثل: العمد العدوان المكافيء من غير أب، علة ذات أوصاف متعددة توجب القصاص.<sup>7</sup>

الفرع الثاني: من تطبيقات الضابط في فتح القدير:

ورد هذا الضابط في كتاب الرجوع عن الشهادة،<sup>8</sup> في

مسألة: إذا شهد رجلان مع امرأة بمال، ثم رجعوا عن الشهادة بعد الحكم:

<sup>1</sup> مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، 2/ 624.

<sup>2</sup> الزركشي، محمد بن عبد الله، البحر المحيط في أصول الفقه، 7/ 142، دار الكتبي، ط1، 1414 هـ/ 1994 م.

<sup>3</sup> ينظر: الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، 7/ 143.

<sup>4</sup> الزاهدي، حافظ ثناء الله، تلخيص الأصول، ص 29، مركز المخطوطات والتراث والوثائق، الكويت، ط1، 1414 هـ/ 1994 م.

<sup>5</sup> الموسوعة الفقهية الكويتية، 24/ 146.

<sup>6</sup> البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 5/ 131.

<sup>7</sup> البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 5/ 131.

<sup>8</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 536.

صورة المسألة: أن يشهد رجلان مع امرأة بمال، ثم بعد الحكم رجعوا عن الشهادة، فهل عليهم الضمان جميعاً، أم على الرجلين دون المرأة؟

أقوال العلماء في المسألة:

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى أن الضمان على الرجلان وحدهم دون المرأة، وهذا ما عليه جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية في قول والحنابلة على أصلهم،<sup>1</sup> حجتهم في ذلك: أن المرأة الواحدة ليست شاهدة بل بعض شاهد، لأن المرأتين شاهد واحد، فشهادة المرأة وحدها شطر علة، **وشطر العلة لا يثبت به شيء**، فكان الحكم لم يبق إلا بشهادة الرجلين، فلا تضمن المرأة عند رجوعها شيئاً.<sup>2</sup>

وهذا مبني على أصلهم في جعل شهادة النساء في المال، كل امرأتين برجل، فبشهادة امرأة لوحدها في الأموال لا يثبت شيء.

القول الثاني: ذهب الشافعية في الظاهر إلى القول بأن المرأة تضمن الخمس، بناءً على أنهم يعدون الرجل بامرأتين في حساب الغرم، وهنا رجلان وأمرأة، فيكون عدد السهام خمسة، على كل رجل غرم سهمان، وعلى المرأة غرم سهم، وهو الخمس.<sup>3</sup>

والذي أميل إلى ترجيحه هو قول جمهور العلماء، لقوة حجتهم، ولأن قضاء القاضي إن كان بشهادة رجلين وامرأة، فوجود المرأة وعدمه سواء في الحكم، فحتى لو لم تكن المرأة موجودة لحكم القاضي بالمال، فوجودها لم يؤثر على الحكم، كما أن رجوعها لا يؤثر على الحكم، فإذا كان وجودها من الأصل لا يؤثر على الحكم، فرجوعها لا يؤثر. والله تعالى أعلم.

المطلب الثاني: فقه ضابط "كل من عمل للمسلمين عملاً حكمه في الهدية حكم القاضي".<sup>4</sup>

<sup>1</sup> السرخسي، المبسوط، 16/ 188. الكاساني، بدائع الصنائع، 6/ 287. الخرشي، شرح مختصر خليل، 7/ 228. العبدري، التاج والاكليل، 8/ 251. الشربيني، مغني المحتاج، 6/ 397. الجويني، نهاية المطلب، 19/ 61. ابن قدامة، المغني، 10/ 225. ابن مفلح، النكت والفوائد، 2/ 349.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 542.

<sup>3</sup> الشربيني، مغني المحتاج، 6/ 397. الهيثمي، تحفة المحتاج، 10/ 285. الجويني، نهاية المطلب، 19/ 61 - 64.

<sup>4</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 371.

الفرع الأول: معنى الضابط:

قبل بيان المعنى الإجمالي للضابط، لابد من شرح مفرداته الرئيسية.

المسألة الأولى: شرح مفردات القاعدة:

أولاً: بيان معنى عمل في اللغة والاصطلاح:

1 . عمل في اللغة: أصل صحيح، عام في كل فعل يفعل، ومنها عملته أعمله عملاً، أي صنعته، وعملت على الصدقة سعيت في جمعها، والعمل: القوم يعملون بأيديهم ضروباً من العمل، والجمع عمال.<sup>1</sup>

فالعامل إذاً: المهنة والفعل والصناعة.<sup>2</sup>

2. تعريف العمل اصطلاحاً: عُرف بأنه: " كل فعل كان بقصد وفكر، سواءً كان من أفعال القلوب كالنية، أم من أفعال الجوارح كالصلاة ".<sup>3</sup>  
وهذا معنى العمل بشكل عام.

3. أما تعريف العامل: فهو " كل من عمل في حرفة بأجر، أو لحساب غيره "،<sup>4</sup> وعند الفقهاء هو: " الذي يتولى أمراً من أمور المسلمين ".<sup>5</sup>  
والمعنى الأخير هو المطلوب في الضابط.

4. المقصود بالعمل والعامل في هذا الضابط:

يتضح من تقييد العمل بأنه للمسلمين، أن المقصود بالعمل هنا: الوظيفة العمومية ( الرسمية )، والعامل: الموظف العمومي ( الرسمي )، وذلك لتقيده بأن عمله للمسلمين، والموظف عند الفقهاء

<sup>1</sup> ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة عمل، 4/ 145. الفيومي، المصباح المنير، مادة عمل، 2/ 430.

<sup>2</sup> الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ص 1036.

<sup>3</sup> قلعي، معجم لغة الفقهاء، 1/ 322.

<sup>4</sup> قلعي، معجم لغة الفقهاء، 1/ 302.

<sup>5</sup> العيني، عمدة القاري، 24/ 252.

هو: " اسم لكل عمل من أعمال الدولة في الحكم أو الأمن أو المال. سواءً أقدر العمل بزمان  
كشهر، أم عمل كصدقة هذه السنة، أم مطلقاً كحماية مكة " <sup>1</sup>.

ويسمى الموظف الرسمي في الإسلام، العامل أو الوالي. <sup>2</sup>

ثانياً: تعريف الهدية في اللغة والاصطلاح:

1 . الهدية في اللغة: مأخوذة من هدي، وله أصلان: الأول: التقدم للإرشاد، ومنه هديته الطريق  
هداية، أي تقدمته لأرشده.

والثاني: بعثة لطف، أي ما أهديت من لطف إلى ذي مودة، يقال: أهديت أهدي إهداء، ومنها:  
الهدى، وهو ما أهدي من النعم إلى الحرم قربة إلى الله تعالى، والهدية: ما أتحت به، يقال: أهديت  
له وإليه، ومنها، ما جاء في التنزيل: ﴿وَإِنِّي مُرْسِلَةٌ إِلَيْهِمْ بِهَدِيَّةٍ﴾ <sup>3</sup>، والتهادي: أن يهدي بعضهم  
إلى بعض، والجمع هدايا. <sup>4</sup>

والمعنى الثاني هو المقصود في الضابط.

2. الهدية في الاصطلاح: عُرفت بأنها: " هي المال الذي يعطى لأحد أو يرسل إليه إكراماً له " <sup>5</sup>،  
وعُرفت أيضاً بأنها: " العطية بغير عوض إكراماً " <sup>6</sup>.

فلا يخرج المعنى الاصطلاحي للهدية عن المعنى اللغوي.

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للضابط:

أن كل من يتولى منصباً من المناصب التي لها علاقة بالدولة وشؤون المسلمين، فحكم قبوله  
للهدية كحكم الإهداء إلى القاضي، سواءً أكان العامل حاكماً أو سلطاناً أو مديراً أو عمدة أو رئيس

<sup>1</sup> الهاشم، عبد الرحيم بن إبراهيم، الهداية للموظفين وأحكامها وكيفية التصرف فيها، ص 21، دار ابن الجوزي، الرياض، 1426هـ.

<sup>2</sup> ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والآثر، 3/ 300.

<sup>3</sup> سورة النمل/ الآية 35.

<sup>4</sup> ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة هدي، 6/ 42- 43. ابن منظور، لسان العرب، مادة هدي، 15/ 357.

<sup>5</sup> مجلة الأحكام العدلية، المادة 834، ص 161.

<sup>6</sup> قلنجي، معجم لغة الفقهاء، ص 493.

بلدية أو شيخ سوق أو أي عامل في أي جهة فيها ولاية على الناس من قبل الحاكم أو من ينوب عنه.

الفرع الثاني: من تطبيقات الضابط في فتح القدير:

ورد هذا الضابط في كتاب أدب القاضي،<sup>1</sup> في

مسألة: حكم الهدية للقاضي:

قرر ابن الهمام هذا الضابط بعد أن تحدث عن حكم الهدية للقاضي، وبين أن هذا الحكم ينطبق على كل من يتولى منصباً من المناصب العامة للمسلمين، وبناءً عليه يكون تطبيق الضابط بذكر حكم هدية القاضي:

أقوال العلماء في المسألة:

القول الأول: ذهب ابن الهمام إلى القول بأنه يحرم على القاضي أن يقبل الهدية أبداً، وخاصة من أحد طرفي الخصومة سواءً أكان قريباً أم بعيداً، له عادة في الإهداء إليه أم لم تكن له عادة، وهذا متفق عليه بين العلماء.<sup>2</sup>

ثم بين بعض الحالات الاستثنائية التي يجوز فيها للقاضي قبول الهدية، وهي: إذا كانت من ذي رحم محرم، وممن له عادة بمهاداته لصداقة قبل القضاء، فإن لم يكن لهم عادة لا تقبل منهم، بعد توليه منصب القضاء.

ثم وضح أن القريب الذي ليس له عادة بمهاداة القاضي قبل القضاء، إن كان ذلك لفقر، ثم أيسر بعد ذلك بعد ولاية قريبه فصار يهدي إليه جاز، وهذا ما عليه ظاهر المذهب الحنفي، ويشترط في ذلك كله ألا يزيد في القيمة عن المعتاد الذي كان يهديه إليه قبل توليه المنصب.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 356.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 371. ابن نجيم، البحر الرائق، 6/ 305. الموصلي، الاختيار، 2/ 86. ابن عبد البر، الكافي، 2/ 953. عليش، منح الجليل، 8/ 299. الهيثمي، تحفة المحتاج، 10/ 136. الشربيني، الإفتاح، 2/ 618. الماوردي، الحاوي الكبير، 16/ 283. ابن قدامة، المغني، 10/ 68. الزركشي، شرح الزركشي، 7/ 270. المرادوي، الإنصاف، 11/ 210.

<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/ 371. ابن نجيم، البحر الرائق، 6/ 305. الموصلي، الاختيار، 2/ 86.

فيما ذهب بعض الحنفية إلى القول بقبولها من القريب ذي الرحم حتى لو لم تكن له عادة، وهذا ما عليه ظاهر كتاب الهداية<sup>1</sup>.

وزاد بعض الحنفية إلى من تقبل الهدية منهم: الوالي، أو ممن تقدم عليه في الرتبة من القضاة، ومن حاكم البلد.<sup>2</sup>

القول الثاني: بينما كان للمالكية في هذا قولان:

القول الأول: بأن الهدية لا تقبل إلا ممن كان يهديها إليه قبل ولايته، ومن أهله وقرابته، بشرط ألا تزيد قدرأً ولا جنساً ولا صفة عن ما اعتاده، فإن زاد لا تقبل، وهذا ما مذهب الشافعية، والحنابلة

بشرط أن لا يكون للمهدي حكومة.<sup>3</sup>

الثاني: أنه لا يقبل الهدية إلا من خاصة قرابته التي يجمع من حرمة الخاصة ما هو أكثر من حرمة الهدية، مثل: أبيه وابنه وخالته وعمته.<sup>4</sup>

وفي الجملة: اتفق الفقهاء أصحاب المذاهب الأربعة على أن الأصل في الهدية لمن له ولاية على الناس من قبل الحاكم الحرمة، ويستثنى من ذلك: من له صلة به قبل توليه المنصب، وخاصة من كان من أرحامه وأقاربه وأصدقائه المقربين منه، بثلاثة شروط:

الأول: أن تكون له عادة أن يهدي إليه قبل توليه المنصب، بداعي المودة أو القربه.

ثانياً: أن لا يزيد في قيمة الهدية المقدمة له في القيمة أو الصفة أو الجنس عن المعتاد له تقديمه له قبل توليه المنصب.

<sup>1</sup> المرغيناني، الهداية، 103 / 3. ابن الهمام، فتح القدير، 371 / 6. ابن نجيم، البحر الرائق، 305 / 6. الزبيدي، الجوهرة النيرة، 242 / 2.

<sup>2</sup> ابن نجيم، البحر الرائق، 305 / 6. ابن عابدين، الدر المختار، 374 / 5.

<sup>3</sup> ابن عبد البر، الكافي، 953 / 2. عليش، منح الجليل، 299 / 8. الهيتمي، تحفة المحتاج، 136 / 10. الشربيني، الإقناع، 2 / 618. الماوردي، الحاوي الكبير، 283 / 16. ابن قدامة، المغني، 68 / 10. الزركشي، شرح الزركشي، 270 / 7. المرادوي، الإنصاف، 210 / 11.

<sup>4</sup> عليش، منح الجليل، 299 / 8. القرافي، الذخيرة، 80 / 10.

ثالثاً: أن لا تكون له خصومة عند القاضي.

كما اتفق الجميع على أنه يستحب للقاضي التزهر عنها.

وقد استدلووا لذلك بعدد من الأدلة، منها:

1 . ما روي من أنه: " استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلاً من بني أسد على صدقة، فلما قدم

قال: هذا لكم وهذا أهدي لي، فقام النبي صلى الله عليه وسلم على المنبر، فحمد الله وأثنى عليه ثم

قال: " ما بال العامل نبعثه فيأتي يقول: هذا لك وهذا لي، فهلا جلس في بيت أبيه وأمه، فينظر أيهدى له أم

لا، والذي نفسي بيده، لا يأتي بشيء إلا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبتة ... " <sup>1</sup>، وعلق ابن الهمام على

هذا الحديث بقوله: " وتعليل النبي صلى الله عليه وسلم دليل تحريم الهدية التي سببها الولاية " <sup>2</sup>.

2. بقوله صلى الله عليه وسلم: " هدايا العمال غلول " <sup>3</sup>، وقد قال الغزالي تعليقاً على هذين الحديثين:

" وإذا ثبتت هذه التشديدات، فالقاضي والولي ينبغي أن يقدر نفسه في بيت أمه وأبيه، فما كان

يعطى بعد العزل وهو في بيت أمه، يجوز له أن يأخذه في ولايته، وما يعلم أنه إنما يعطاه لولايته،

فحرام أخذه، وما أشكل عليه في هدايا أصدقائه أنهم هل كانوا يعطونه لو كان معزولاً فهو شبهة،

فليجتنبه " <sup>4</sup>.

3. لأن حدوث الهدية عند حدوث الولاية يدل على أنها من أجلها، ليتوسل بها إلى ميل الحاكم معه

على خصمه، فلم يجز قبولها منه كالرشوة <sup>5</sup>.

4. لأنها تدعو إلى الميل إليه وينكسر بها قلب خصمه <sup>6</sup>.

<sup>1</sup> البخاري، صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب هدايا العمال، حديث رقم: 7174، 70/9. مسلم، صحيح مسلم، كتاب الإمارة، باب تحريم هدايا العمال، حديث رقم: 1832، 3/1463.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6/372.

<sup>3</sup> ابن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، حديث رقم: 23601، 14/39. قال الألباني: صحيح. الألباني، إرواء الغليل، 8/246. والغلول: الخيانة. الفيومي، المصباح المنير، مادة غل، 2/451.

<sup>4</sup> الغزالي، محمد بن محمد، إحياء علوم الدين، 2/156، دار المعرفة، بيروت، بدون الطبعة وتاريخها.

<sup>5</sup> ابن قدامة، المغني، 10/68.

<sup>6</sup> السنيني، أسنى المطالب، 4/300.

وغيرها من الأدلة.

وهذا القول الذي أميل إلى ترجيحه، مع الالتزام بشروط العلماء في ذلك.<sup>1</sup>

المطلب الثالث: فقه ضابط " الوصية أخت الميراث " :<sup>2</sup>

الفرع الأول: معنى الضابط:

قبل بيان المعنى الإجمالي للضابط لابد من شرح مفرداته.

المسألة الأولى: شرح مفردات الضابط:

أولاً: معنى الوصية في اللغة والاصطلاح:

1 . الوصية في اللغة: مأخوذة من وصى، وهي تدل على أصل واحد وهو وصل الشيء بشيء،<sup>3</sup> وهي في اللغة تطلق على عدة معانٍ، منها: العهد إلى الغير، حيث يقال: وصاه توصية: أي عهد إليه،<sup>4</sup> كما تأتي بمعنى الوصل، وصى الشيء وصياً اتصل، وأرض واصية متصلة النبات، ووصت الأرض إذا اتصل نباتها،<sup>5</sup> وتأتي أيضاً بمعنى التقدم إلى الغير بما يعمل به مقترناً بوعظ،<sup>6</sup> ومنها قوله تعالى: ﴿ وَتَوَاصَوْا بِالْحَقِّ وَتَوَاصَوْا بِالصَّبْرِ ﴾.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> . ويمكن الاطلاع على تفاصيل: أحكام هدايا الموظفين في: الهاشم، الهدايا للموظفين، ص 24 وما بعدها.

<sup>2</sup> . ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 83 ، 142 / 6 . 512، دار الفكر.

<sup>3</sup> . ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة وصى، 6 / 116.

<sup>4</sup> . الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص 1343.

<sup>5</sup> . الجوهري، الصحاح تاج اللغة ، مادة وصى، 6 / 2525.

<sup>6</sup> . الأصفهاني، المفردات، مادة وصى، 1 / 874.

<sup>7</sup> . سورة العصر/ الآية 3.

2. الوصية في الاصطلاح: تعرف الوصية بأنها: " تملك مضاف إلى ما بعد الموت " <sup>1</sup>.

ثانياً: تعريف الميراث في اللغة والاصطلاح:

1 . الميراث في اللغة: مصدر ورث، حيث يقال: ورثت فلاناً، ورثاً وارثاً ووراثته وميراثاً، والإرث في اللغة معناه: البقاء. وله استعمالان:

الأول: بمعنى البقاء، ومنه اسم الله تعالى الوارث، ومعناه: أن الله سبحانه وتعالى الباقي بعد فناء خلقه <sup>2</sup>.

الثاني: الانتقال، بمعنى أن يكون الشيء لقوم ثم يصير إلى آخرين بنسب أو سبب <sup>3</sup>.

2. تعريف الميراث اصطلاحاً: عُرف الميراث بأنه:

- " انتقال مال الغير إلى الغير على سبيل الخلافة " <sup>4</sup>.

- " اسم لما يستحقه الوارث من مورثه بسبب من أسباب الإرث " <sup>5</sup>.

ولا يخرج كلا المعنيين عن المعنى اللغوي للميراث.

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للضابط:

يفيد الضابط بأن الوصية في المال تشبه الميراث في الأحكام التي تنطبق عليها، وذلك للتشابه بينهما ، حيث إنها تثبت في كل المال إذا أجاز الورثة، وأن الموصى به يخرج من ملك الموصي ويدخل في ملك الموصى له بمجرد وفاة الموصي، كما يدخل الميراث في ملك الورثة بوفاة المورث، وبناءً عليه فإن الأحكام التي تنطبق على الميراث تنطبق على الوصية المتعلقة بالمال <sup>6</sup>.

الفرع الثاني: من تطبيقات الضابط في فتح القدير:

<sup>1</sup> . الجرجاني، التعريفات، ص 252.

<sup>2</sup> . ابن منظور، لسان العرب، مادة ورث، 2/ 199.

<sup>3</sup> . ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة ورث، 6/ 105. ابن منظور، لسان العرب، مادة ورث، 2/ 200.

<sup>4</sup> . نظام، الفتاوى الهندية، 6/ 447.

<sup>5</sup> . براج، جمعة محمد، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، ص 23، دار الفكر، عمان، ط1، 1401هـ/ 1981م.

<sup>6</sup> . البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 12/ 212- 213.

ورد هذا الضابط في فصل من اشترى شيئاً مما ينقل ويحول،<sup>1</sup> في

مسألة: التصرف في الميراث والوصية قبل القبض:

ذهب ابن الهمام إلى القول بأن تصرف الوارث أو الموصى له في الميراث أو الوصية قبل أن يقبضها ببيع أو هبة أو غيرها جائز، وهذا ما عليه اتفاق الفقهاء أصحاب المذاهب الأربعة.<sup>2</sup> حجتهم في ذلك:

أولاً: لأن الوارث يخلف المورث في الملك، وكان للميت ذلك التصرف فكذا للوارث، الموصى له كذلك، لأن الوصية أخت الميراث.<sup>3</sup>

ثانياً: لأن معنى الغرر لا يتقرر فيه.<sup>4</sup>

ثالثاً: لأن ملكه مستقر عليه، فجاز له التصرف فيه كالمبيع بعد القبض.<sup>5</sup>

رابعاً: لعدم ضمانه بعقد معاوضة.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 135.  
<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 142. الزيّلعي، تبيين الحقائق، 4 / 82. الكاساني، بدائع الصنائع، 5 / 181. الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3 / 151. العبدري، التاج والأكليل، 6 / 422. الشيرازي، المهذب، 2 / 13. النووي، المجموع، 9 / 264. ابن مفلح، المبدع، 4 / 119. البهوتي، الروض المربع، ص 337. المرادوي، الإنصاف، 4 / 469.  
<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 6 / 142.  
<sup>4</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 5 / 181.  
<sup>5</sup> الشيرازي، المهذب، 2 / 13. النووي، المجموع، 9 / 264.  
<sup>6</sup> ابن مفلح، المبدع، 4 / 119.

## الخاتمة

وفي نهاية هذه الدراسة لا يسعني إلا أن أحمد الله العليّ القدير، الذي منّ عليّ بإتمام هذه الرسالة، وهذه بعض النتائج والتوصيات التي أقدمها أخيراً:

أما أهم النتائج، فهي:

أولاً: القواعد الفقهية تختلف عن الضوابط الفقهية، فالقواعد تجمع فروعاً من أبواب شتى، والضابط يجمعها من باب واحد.

ثانياً: يجوز الاحتجاج بالقواعد والضوابط الفقهية ولكن بشروط.

ثالثاً: كتاب فتح القدير من أهم المراجع في الفقه الحنفي، وقد استخدم فيه مؤلفه نظاماً جديداً يقوم على المقارنة بين الأقوال، وسرد الأدلة ومناقشتها.

رابعاً: للإمام ابن الهمام شخصية بارزة في كتابه، وله العديد من الآراء المستقلة عن مذهبه، وهو من أهم فقهاء ومجتهدي المذهب الحنفي الذين يرجع إليهم عند الخلاف في أقوال المذهب.

خامساً: أكثر ابن الهمام من استخدام القواعد والضوابط الفقهية في كتابه، فقد حوت هذه الدراسة الخاصة بجزء من كتابه على أربعة وخمسين قاعدة وضابطاً.

سادساً: يمكن تقسيم القواعد والضوابط الفقهية التي استخدمها ابن الهمام في كتابه إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: قواعد وضوابط فقهية استخدمها ابن الهمام كأدلة يثبت بها صحة مذهبه.

القسم الثاني: قواعد وضوابط فقهية استأنس بها في إثبات صحة مذهبه.

القسم الثالث: قواعد وضوابط فقهية كانت أدلة لمخالفه في مسألة معينة، ذكرها ليرد عليها.

أما أهم التوصيات، فهي:

أولاً: أوصي طلبة العلم الشرعي بإكمال مشروع استخراج القواعد والضوابط الفقهية من كتاب فتح القدير في باقي الأبواب، وبيان تطبيقات ابن الهمام عليها.

ثانياً: زيادة الإهتمام بالكتب الإسلامية القديمة، وإجراء الدراسات عليها.

ثالثاً: استخراج القواعد والضوابط الفقهية من الكتب الفقهية القديمة، وبيان تطبيقاتها.

فهرس الآيات القرآنية:

الرقم	الآية	السورة	رقم الآية	الصفحة
1.	﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ﴾	البقرة	29	60
2.	﴿ وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ ﴾	البقرة	127	15
3.	﴿ قُولُوا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ ﴾	البقرة	144	248
4.	﴿ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ ﴾	البقرة	173	117
5.	﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ ﴾	البقرة	185	25
6.	﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾	البقرة	188	113
7.	﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾	البقرة	275	177 / 63
8.	﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ﴾	البقرة	282	/123 232
9.	﴿ لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾	البقرة	286	25
10.	﴿ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ ﴾	النساء	15	232
11.	﴿ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾	النساء	29	83
12.	﴿ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ﴾	المائدة	2	185
13.	﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ ﴾	الأنعام	119	177

157	91	التوبة	﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ ﴾	.14
17	122	التوبة	﴿ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ ﴾	.15
234	103	هود	﴿ وَذَلِكَ يَوْمٌ مَشْهُودٌ ﴾	.16
15	26	النحل	﴿ فَأَتَى اللَّهَ بُنْيَانَهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ ﴾	.17
225	23	الإسراء	﴿ وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ﴾	.18
177	64	مريم	﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا ﴾	.19
15	60	النور	﴿ وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا ﴾	.20
253	35	النمل	﴿ وَإِنِّي مُرْسِلَةٌ إِلَيْهِمْ بِهَدِيَّةٍ ﴾	.21
211	18	الزخرف	﴿ وَهُوَ فِي الْخِصَامِ غَيْرُ مُبِينٍ ﴾	.22
229	6	الحجرات	﴿ إِنَّ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا ﴾	.23
15	55	القمر	﴿ فِي مَقْعَدِ صِدْقٍ عِنْدَ مَلِكٍ مُقْتَدِرٍ ﴾	.24
229	2	الطلاق	﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾	.26
257	3	العصر	﴿ وَتَوَاصَوْا بِالْحَقِّ وَتَوَاصَوْا بِالصَّبْرِ ﴾	.27

## فهرس الأحاديث والآثار

الرقم	الحديث	الصفحة
1.	اعطاه النبي صلى الله عليه وسلم ديناراً ليشتري به أضحية، أو شاة.....	198
2.	أقبلت راكباً على حمار أتان، وأنا يومئذ قد ناهزت الاحتلام.....	65
3.	أكل تمر خبير هكذا.....	178
4.	إن أحدكم ليخرج من عندي لحاجته متأبطها، وما هي إلا النار.....	112
5.	إن للخصومة قحماً، وإن الشيطان ليحضرها، وإني لأكره أن أحضره.	108
6.	إنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من الآخر فأقضي له ، فمن قضيت له بحق أخيه فإنما هي قطعة من نار.	108
7.	إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى.	26
8.	إنه زنى بامرأة سماها، فأرسل النبي صلى الله عليه وسلم إلى المرأة فدعاها	208
9.	باع غلاماً له بثمانمائة درهم، وباعه بالبراءة ...	149
10.	بئسما اشتريت وبئسما شريت ، إن جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قد بطل إلا أن يتوب.	175
11.	الحلال ما أحل الله في كتابه، والحرام ما حرم الله في كتابه، وما سكت عنه فهو مما عفا عنه.	61
12.	الخراج بالضمان.	25
13.	خير الناس قرني، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم.	227
14.	الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير.	192
15.	الطهور شطر الإيمان.	248
16.	لا تبع ما ليس عندك.	246
17.	لا تبيعن شيئاً حتى تقبضه.	94
18.	لا ضرر ولا ضرار.	105
19.	لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن.	94
20.	لا ينصرف حتى يسمع صوتاً، أو يجد ريحاً.	53

113	لعن الله الراشي والمرتشي .	.21
255	ما بال العامل نبعثه فيأتي يقول: هذا لك وهذا لي، فهلا جلس في بيت أبيه وأمه.	.22
108	ما قضى له فلي، وما قضى عليه فعلي.	.23
-227	المسلمون عدول بعضهم على بعض.	.24
228		
148	المسلمون عند شروطهم	.25
26	مقاطع الحقوق عند الشروط.	.26
-131	من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم.	.27
246		
247	من أسلف في تمر، فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم.	.28
139	من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه.	.29
176	من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا.	.30
136	نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة، والمزابنة، والمعاومة.	.31
130	نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر.	.32
168	نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر.	.33
168	نهى عن بيع وشرط.	.34
256	هدايا العمال غلول.	.35

## فهرس الأعلام

الرقم	العلم	الصفحة
1.	ابن أبي ليلى.	215
2.	أحمد بن حنبل.	94
3.	أبو إسحاق السبيعي.	175
4.	الباحسين.	19
5.	البساطي.	42
6.	ابن تغري بردي.	38
7.	التهانوي.	22
8.	الجرجاني.	16
9.	الجويني.	27
10.	أبو حامد الغزالي.	28
11.	ابن حجر العسقلاني.	37
12.	الحموي.	17
13.	أبو حنيفة.	54
14.	ابن رجب.	31
15.	الروكي.	18
16.	زفر.	133
17.	الزمخشري.	42
18.	زيد بن أرقم الأنصاري.	175
19.	الزين السكندري.	42
20.	السبكي.	22
21.	السخاوي.	44

32	السيوطي.	.22
26	الشافعي.	.23
20	شبير.	.24
44	الشملي.	.25
45	ابن عابدين.	.26
62	ابن عباس.	.27
108	عبد الله بن جعفر.	.28
43	عبد الله بن علاء الدين ( الجندي ).	.29
44	عبد الله بن محب الدين.	.30
197	عروة البارقي.	.31
42	العز عبد السلام البغدادي.	.32
108	عقيل بن أبي طالب.	.33
62	ابن عمر.	.34
16	الفيومي.	.35
46	قاضي زاده.	.36
44	القرافي.	.37
39	القلقشندي.	.38
43	محب الدين أبو الوليد.	.39
43	محمد بن أحمد.	.40
94	محمد بن الحسن.	.41
43	محمود بن إبراهيم.	.42
46	المرغيناني.	.43
18	مصطفى الزرقا.	.44
17	المقري.	.45

38	المقريري.	.46
228	أبو موسى الأشعري.	.47
22	ابن نجيم.	.48
44	الهامي.	.49
42	يحيى العجيسي.	.50
88	أبو يوسف.	.51
43	يوسف بن محمد.	.52

فهرس القواعد والضوابط الفقهية:

الرقم	القاعد أو الضابط	الصفحة
1.	الإبراء إسقاط.	144
2.	اختلاف الأسباب يوجب اختلاف الأعيان حكماً.	173
3.	إذا سقط الخيار في الأصل سقط في التبع.	127
4.	الإقرار حجة قاصرة.	206
5.	الأوصاف لا يقابلها شيء.	181
6.	الأيمان مبنية على العرف.	99
7.	براءة الأصيل توجب براءة الكفيل.	140
8.	بيع الحقوق المجردة لا يجوز.	151
9.	البينة حجة مطلقة.	210
10.	التأجيل في الأعيان لا يصح.	154
11.	التسبب في الإلتاف تعدياً سبب للضمان.	183
12.	تصرف الإنسان في خالص حقه إنما ينفذ إذا لم يتعد إلى الإضرار بغيره.	105
13.	التعارف بلا نكير أصل في الشرع بمنزلة إجماع المسلمين.	95
14.	تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز.	188
15.	الثابت بالإقرار دون الثابت بالبينة.	213
16.	الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة.	219
17.	الجودة في الأموال الربوية عند المقابلة بالجنس ساقطة.	191

157	حق العبد عند معارضة حق الله تعالى يقدم.	18.
221	الحكم لا يثبت بلا سبب.	19.
57	الحل هو الأصل في الأشياء.	20.
110	دفع الضرر عن المسلم واجب.	21.
162	الساقط لا يعود إلا بسبب جديد.	22.
63	السكوت في موضع البيان بيان.	23.
231	الشبهة كالحقيقة فيما يندريء بالشبهات.	24.
194	الشبهة معتبرة كالحقيقة في أبواب الربا.	25.
130	شرط الشيء تبع له.	26.
248	شطر العلة لا يثبت به شيء.	27.
233	الشهادة التي في مجلس القضاء هي التي بها القضاء.	28.
68	الصريح أقوى من الدلالة.	29.
116	الضرورة تقدر بقدرها.	30.
121	العبرة لعموم اللفظ.	31.
71	العدم في الصفات العارضة أصل، والوجود في الصفات الأصلية أصل.	32.
74	فراغ الذمة هو الأصل.	33.
76	الفعل الحادث يضاف إلى أقرب الأوقات.	34.
224	القضاء ينبني على الحجة.	35.
81	الكتاب كالخطاب.	36.

165	كل جهالة مفضية إلى المنازعة مبطله.	37.
236	كل شهادة جرت نفعاً لا تقبل.	38.
196	كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به.	39.
101	كل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب.	40.
198	كل ما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون أجره في الإجارة.	41.
251	كل من عمل للمسلمين عملاً حكمه في الهدية حكم القاضي.	42.
89	لا عرف في النادر.	43.
244	ما خالف القياس لا يقاس عليه غيره.	44.
133	ما لا يصح إفراده بالعقد ابتداء لا يصح استثنائه من العقد.	45.
169	ما يجوز إيراد العقد عليه بإنفراد يجوز استثنائه من العقد.	46.
84	المعروف كالمشروط.	47.
137	المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط.	48.
172	الملك انما يتأكد بتأكد السبب.	49.
92	النادر لا عبرة به، ولا يبنى الفقه باعتباره.	50.
201	النقود لا تتعين بالتعيين.	51.
238	النكول بمنزلة الإقرار.	52.
257	الوصية أخت الميراث.	53.
51	اليقين لا يزال بالشك.	54.

## قائمة المصادر والمراجع

1. ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد، **المصنف في الأحاديث والآثار**، تحقيق: كمال يوسف، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1409هـ.
2. ابن الأثير، المبارك بن محمد، **النهاية في غريب الحديث والأثر**، تحقيق: طاهر الزاوي، محمود الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، 1399هـ/ 1979م.
3. ابن الأثير، علي بن أبي الكرم، **أسد الغابة في معرفة الصحابة**، تحقيق: علي معوض، عادل أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ/ 1994م.
4. الأزدي، محمد بن الحسن، **جمهرة اللغة**، تحقيق: رمزي بعلبكي، دار العلم للملايين، بيروت، ط1، 1987م.
5. أبو إسحاق، إبراهيم بن محمد، **النكت والفوائد السننية على مشكل المحرر لمجد الدين ابن تيمية**، مكتب المعارف، الرياض، ط2، 1404هـ.
6. الأسنوي، عبد الرحيم بن الحسن، **التمهيد في تخريج الفروع على الأصول**، تحقيق: محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1/ 1400هـ.
7. الأسيوطي، محمد بن أحمد، **جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود**، تحقيق: مسعد السعدني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1417هـ/ 1996م.
8. الأصفهاني، الحسين بن محمد، **المفردات في غريب القرآن**، تحقيق: صفوان الداودي، دار القلم، بيروت، ط1، 1412هـ.
9. الأصفهاني، حسين بن محمد، **المفردات في غريب القرآن**، تحقيق: محمد الكيلاني، دار المعرفة، بيروت. بدون الطبعة وسنة النشر.
10. إغبارية، أحلام محمد، **شهادة النساء، دراسة فقهية قانونية مقارنة**، جامعة الخليل، الخليل، 1431هـ/ 2010م. (رسالة ماجستير).
11. آل تيمية، **المسودة في أصول الفقه**، تحقيق: محمد محيي الدين، دار الكتاب العربي، بيروت. بدون الطبعة وتاريخ النشر.
12. الألباني، محمد ناصر الدين، **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1405هـ/ 1985م.
13. الألباني، محمد ناصر الدين، **سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيء في الأمة**، دار المعارف، الرياض، ط1، 1412هـ/ 1992م.
14. الألباني، محمد ناصر الدين، **صحيح الترغيب والترهيب**، مكتبة المعارف، الرياض، ط5. بدون تاريخ النشر.
15. الألباني، محمد ناصر الدين، **صحيح الجامع الصغير وزياداته**، المكتب الإسلامي، بيروت. بدون الطبعة وتاريخها.
16. الألباني، محمد ناصر الدين، **غاية المرام في تخريج أحاديث الحلال والحرام**، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1405هـ.
17. ابن أمير الحاج، محمد بن محمد، **التقرير والتحبير**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1403هـ/ 1983م.

18. أوقاسين، كمال، القواعد الأصولية في كتاب فتح القدير لابن الهمام، جامعة الجزائر، الجزائر، 1427هـ/ 2006م.
19. البابرتي، محمد بن محمد، العناية شرح الهداية، دار الفكر، بيروت. بدون الطبعة وتاريخها.
20. الباحسين، يعقوب بن عبد الوهاب، القواعد الفقهية المباديء- المقومات- المصادر الدليلية- التطور- دراسة نظرية- تحليلية- تأصيلية- تاريخية، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1418هـ/ 1998م. وسيشار إليه في ما بعد بـ "القواعد الفقهية".
21. البجيرمي، سليمان بن محمد، التجريد لنفع العبيد ( حاشية البجيرمي على شرح المنهاج )، مطبعة الحلبي، 1369هـ/ 1950م.
22. البخاري، محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح المختصر، تحقيق: مصطفى البغا، دار ابن كثير، بيروت، ط3، 1407هـ/ 1987م.
23. براج، جمعة محمد، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، عمان، ط1، 1401هـ/ 1981م.
24. البركتي، محمد عميم الإحسان، قواعد الفقه، ط1، 1407هـ/ 1986م.
25. البرمكي، أحمد بن محمد، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، ط1، 1994م. الزركلي، الأعلام، 7/ 178.
26. أبو بصل، علي، شهادة النساء في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق، م 17، العدد الثاني، 2001م.
27. البعيث، محمد بن عبد الله، أثر الرجوع عن الشهادة على الأحكام الجنائية في ضوء الفقه الإسلامي، إشراف: محمد بوساق، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1424هـ/ 2003م. ( رسالة ماجستير ).
28. البهوتي، منصور بن يونس، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، 28/ 2، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1414هـ/ 1993م.
28. البهوتي، منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1414هـ/ 1993م.
29. البورنو، محمد صدقي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1416هـ/ 1996م.
30. البورنو، محمد صدقي، موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1424هـ/ 2003م.
31. البيهقي، أحمد بن الحسين، السنن الصغير، تحقيق: عبد المعطي قلنجي، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، ط1، 1410هـ/ 1989م.
32. التركماني، علي بن عثمان، الجوهر النقي على سنن البيهقي، دار الفكر، بيروت. بدون الطبعة وتاريخها.
33. الترمذي، محمد بن عيسى، الجامع الصحيح، تحقيق: أحمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت. ( بدون الطبعة، وتاريخها ).

34. الترمذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي، تحقيق: أحمد شاكر، محمد فؤاد عبد الباقي، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط2، 1395هـ/ 1975م.
35. ابن تغري بردي، يوسف الأتابكي، النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة، قدم له وعلق عليه: محمد حسين شمس الدين، ط1، 1413هـ - 1992م.
36. ابن تغري بردي، يوسف بن عبد الله، النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة، وزارة الثقافة والإرشاد القومي، مصر، بدون الطبعة وتاريخها.
37. التفازاني، سعد الدين مسعود، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1416هـ/ 1996م.
38. التفازاني، سعد الدين مسعود، شرح التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح، مصر. بدون الطبعة وتاريخها.
39. التهانوي، محمد بن علي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، تحقيق: علي دحروج، مكتبة لبنان، بيروت، ط1، 1996م.
40. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، ط1، 1408هـ/ 1987م.
41. الجرجاني، علي بن محمد، التعريفات، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1405هـ.
42. الجمل، سليمان بن عمر، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب، دار الفكر، بيروت. بدون الطبعة وتاريخها.
43. الجوهرى، إسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور، دار العلم للملايين، بيروت، ط4، 1407هـ/ 1987م.
44. الجويني، عبد الملك بن عبد الله، غياث الأمم والتياث الظلم، تحقيق: فؤاد عبد المنعم-مصطفى حلمي، دار الدعوة، الإسكندرية، 1979م.
45. الجويني، عبد الملك بن عبد الله، نهاية المطالب في دراية المذهب، تحقيق: عبد العظيم الديب، دار المنهاج، ط1، 1428هـ/ 2007م.
46. الحاكم، محمد بن عبد الله، المستدرک على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ/ 1990م.
47. ابن حبان، محمد بن حبان، الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1408هـ/ 1988م.
48. ابن حبان، محمد بن حبان، الثقات، دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، ط1، 1393هـ/ 1973م.
49. ابن حبان، محمد بن حبان، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1414هـ/ 1993م.
50. حبيب، سعدي، القاموس الفقهي لغةً واصطلاحاً، دار الفكر، دمشق، ط2، 1408هـ/ 1988م.
51. حبيلي، سامي، الحقوق المجردة في الفقه المالي الإسلامي، إشراف: عارف أبو عيد، الجامعة الأردنية، عمان، 2005م. (رسالة ماجستير)

52. ابن حجر، أحمد بن علي، تهذيب التهذيب، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند، ط1، 1326هـ. الزركلي، الأعلام، 5/ 81.
53. ابن حجر، أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ترقيم وإخراج وتعليق: محمد فؤاد عبد الباقي، محب الدين الخطيب، ابن باز، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ.
54. الحريري، إبراهيم محمد، القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام، دار عمار، عمان، ط1، 1420هـ/ 1999م.
55. ابن حزم، علي بن أحمد، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت. بدون الطبعة وتاريخها.
56. الحصكفي، محمد بن علي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، دار الفكر، بيروت، 1386هـ.
57. الحصري، أبو بكر بن محمد، كفاية الأخير في حل غاية الإختصار، تحقيق: علي عبد الحميد، دار الخير، دمشق، ط1، 1994م.
58. الخطاب، محمد بن محمد، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط3، 1412هـ/ 1992م.
59. حماد، نزيه، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ط1، 1429هـ/ 2008م. بدون مكان النشر.
60. الحموي، أحمد بن محمد، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405هـ/ 1985م.
61. ابن حنبل، أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1421هـ/ 2001م.
62. حيدر، علي أمين، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: حسين فهمي، دار الجيل، بيروت، ط1، 1411هـ/ 1991م.
63. حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تحقيق: فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون (الطبعة، وتاريخها).
64. الخرشبي، محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت. بدون الطبعة وتاريخها.
65. خسرو، محمد بن فرامرز، درر الحكام شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العربية، بدون الطبعة وتاريخها.
66. الخصاف، عمر بن عبد العزيز، شرح أدب القاضي، تحقيق: محيي السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد. بدون الطبعة وتاريخها.
67. الخفيف، علي، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1429هـ/ 2008م.
68. خلاف، عبد الوهاب، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة، مصر، عن الطبعة الثامنة لدار القلم، بدون تاريخ النشر.
69. خليفة، حاجي، كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، تحقق: محمد شرف الدين، دار إحياء التراث العربي، مصر. بدون (الطبعة وتاريخها).
70. الدارقطني، علي بن عمر، سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1424هـ/ 2004م.

71. أبو داود، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، دار الكتاب العربي، بيروت. ( بدون الطبعة، وتاريخها ).
72. الدردير، أحمد أبو البركات، الشرح الكبير، تحقيق: محمد عيش، دار الفكر، بيروت. بدون الطبعة وسنة النشر.
73. الدريني، فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1404هـ/ 1984م.
74. الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1387هـ/ 1967م. ط4، 1408هـ/ 1988م.
75. الدسوقي، محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق: محمد عيش، دار الفكر، بيروت.
76. الدوسري، مسلم بن محمد، الممتع في القواعد الفقهية، دار زدني، الرياض، ط1، 1428هـ/ 2007م.
77. دية، عبد المجيد عبد الله، القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع في الشريعة الإسلامية، إشراف: علي الصوا، الجامعة الأردنية، عمان، 2002م. (رسالة ماجستير).
78. الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، بيروت، ط5، 1420هـ/ 1999م.
79. الرازي، محمد بن عمر بن الحسين، المحصول في علم الأصول، تحقيق: طه جابر فياض العلواني، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ط1، 1400هـ.
80. الرازي، محمد بن عمر، المحصول، تحقيق: طه جابر العلواني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1418هـ/ 1997م.
81. ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد، القواعد في الفقه الإسلامي، تحقيق: طه سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط1، 1391هـ/ 1971م.
82. ابن رشد، محمد بن أحمد، بداية المجتهد، دار الحديث، القاهرة، 1425هـ/ 2004م.
83. ابن رشد، محمد بن أحمد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تحقيق: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1408هـ/ 1988م.
84. ابن رشد، محمد بن أحمد، المقدمات والممهديات، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1408هـ/ 1988م.
85. الرصاع، محمد بن قاسم، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية ( شرح حدود ابن عرفة )، المكتبة العلمية، بيروت، ط1، 1350هـ.
86. الروكي، محمد، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 1414هـ/ 1994م.
87. الزاهدي، حافظ ثناء الله، تلخيص الأصول، مركز المخطوطات والتراث والوثائق، الكويت، ط1، 1414هـ/ 1994م.
88. الزجاج، إبراهيم بن السري، معاني القرآن وإعرابه، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1408هـ/ 1988م.

89. الزحيلي، محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، ط1، 1427هـ/ 2006م.
90. الزحيلي، محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، ط3، 1430هـ/ 2009م.
91. الزحيلي، وهبة، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، دار الفكر، دمشق، 1433هـ/ 2012م.
92. الزحيلي، وهبة، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي أو ( أحكام المسؤولية المدنية والجنائية )، دار الفكر، بيروت، ط9، 1433هـ/ 2012م.
93. الزرقا، أحمد بن محمد، شرح القواعد الفقهية، تحقيق: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، 1409هـ/ 1989م.
94. الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، 1418هـ/ 1998م.
95. الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، ط1، 1420هـ/ 1999م.
96. الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، ط1، 1414هـ/ 1994م.
97. الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله، المنثور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت، ط2، 1405هـ/ 1985م.
98. الزركشي، محمد بن عبد الله، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، ط1، 1414هـ/ 1994م.
99. الزركلي، خير الدين بن محمود، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، ط15، 2002م.
100. أبو زهرة، محمد، أصول الفقه، دار الفكر العربي، بيروت، 1377هـ/ 1958م.
101. زيدان، عبد الكريم، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1422هـ/ 2001م.
102. السبكي، تاج الدين بن علي، طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق: محمود الطناحي- عبد الفتاح الحلو، هجر للطباعة والنشر، القاهرة، ط2، 1413هـ.
103. السبكي، عبد الوهاب بن علي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ/ 1991م.
104. السبكي، علي بن عبد الكافي، الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي، تحقيق: جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1404هـ.
105. أبو ستيتة، رامي شحدة، شهادة النساء على دعاوى النفقات وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، الجامعة الإسلامية، غزة، 1428هـ/ 2007م. (رسالة ماجستير).
106. السخاوي، شمس الدين محمد بن عبد الرحمن، الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، دار الجيل، بيروت، ط1، 1412هـ/ 1992م.
107. السخاوي، محمد بن عبد الرحمن، المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة، تحقيق: محمد عثمان، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1405هـ/ 1985م.

108. السدلان، صالح بن غانم، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، دار بلنسية، الرياض، ط1، 1417هـ.
109. السرخسي، محمد بن أحمد، أصول السرخسي، دار المعرفة، بيروت.
110. السرخسي، محمد بن أحمد، شرح السير الكبير، الشركة الشرقية، القاهرة، 1971م.
111. ابن سعد، محمد بن سعد، الطبقات الكبرى، تحقيق: محمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1410هـ/ 1990م.
112. السمرقندي، محمد بن أحمد، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1414هـ/ 1994م.
113. السنيكي، زكريا بن محمد، الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، تحقيق: مازن المبارك، دار الفكر، بيروت، ط1، 1411هـ.
114. السنيكي، زكريا بن محمد، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الفكر، بيروت، 1414هـ/ 1994م.
115. ابن سيده، علي بن إسماعيل، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق: عبد الحميد هنداي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1421هـ/ 2000م.
116. السيوطي، جلال الدين، نظم العقيان في أعيان الأعيان، المكتبة العلمية، بيروت بدون ( الطبعة وتاريخها).
117. السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، الإتيان في علوم القرآن، تحقيق: محمد أبو الفضل، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1394هـ/ 1974م.
118. السيوطي، عبد الرحمن، بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، تحقيق: محمد أبو الفضل، المكتبة العصرية، صيدا.
119. الشاطبي، إبراهيم بن موسى اللخمي، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: عبدالله دراز، دار الحديث، القاهرة، 1427هـ/ 2006م.
120. الشاطبي، إبراهيم بن موسى، الموافقات، تحقيق: مشهور بن حسن، دار ابن عفان، القاهرة، ط1، 1417هـ/ 1997م.
121. الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، بيروت، 1393هـ.
122. شاكر، محمود، التاريخ الإسلامي، المكتب الإسلامي، بيروت، 1411هـ/ 1991م.
123. شبير، محمد عثمان، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، ص 16، دار النفائس، عمان، ط2، 1428هـ/ 2007م. الباحثين، القواعد الفقهية، ص 46.
124. شبير، محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان، ط6، 1427هـ/ 2007م.
125. ابن شحنة، أحمد بن محمد، لسان الحكام في معرفة الأحكام، البابي الحلبي، القاهرة، ط2، 1393هـ/ 1973م.
126. الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت. بدون الطبعة وسنة النشر.
127. الشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق: أحمد عزو، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1419هـ/ 1999م.

128. الشوكاني، محمد بن علي، البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، تحقيق: محمد حسن حلاق، ط1، دار ابن كثير، بيروت، 1427هـ/2006م.
129. الشوكاني، محمد بن علي، نيل الاوطار، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر، ط1، 1413هـ/1993م.
130. الشيباني، محمد بن الحسن، الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير، مؤلف النافع الكبير: محمد عبدالحى اللكنوي، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1406هـ.
131. شيخي زاده، عبد الرحمن بن محمد، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، القاهرة. بدون الطبعة وتاريخها.
132. الشيرازي، إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت. بدون الطبعة وسنة النشر.
133. الشيرازي، إبراهيم بن علي، طبقات الفقهاء، تحقيق: إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت، 1970م.
134. الصاوي، أحمد بن محمد، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار المعارف، بيروت. بدون الطبعة وسنة النشر.
135. الصنعاني، الحسن بن أحمد، فتح الغفار الجامع لأحكام سنة نبينا المختار، تحقيق: مجموعة بإشراف علي عمران، دار عالم الفوائد، ط1، 1427هـ.
136. الضويحي، أحمد بن عبد الله، الأصل في الأشياء الإباحة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ط1، 1428هـ/2007م.
137. الطبراني، سليمان بن أحمد، المعجم الأوسط، تحقيق: طارق عوض، عبد المحسن الحسيني، دار الحرمين، القاهرة. بدون الطبعة وتاريخها.
138. الطبراني، سليمان بن أحمد، المعجم الكبير، تحقيق: حمدي السلفي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط2. بدون تاريخ الطبعة.
139. الطوفي، سليمان بن عبد القوي، شرح مختصر الروضة، تحقيق: عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1407هـ/1987م.
140. ابن عابدين، محمد أمين، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة، دار الفكر، بيروت، 1421هـ/2000م.
141. ابن عابدين، محمد بن محمد، قرّة عين الأخيار لتكملة رد المحتار، دار الفكر، بيروت، بدون الطبعة وتاريخها.
142. ابن عبد السلام، عبد العزيز السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تعليق: طه سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1414هـ/1991م.
143. العبد اللطيف، عبد الرحمن بن صالح، القواعد الفقهية المتضمنة للتيسير، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، ط1، 1423هـ/2003م.
144. العبدري، محمد بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت، 1398هـ.
145. العبيدي، إبراهيم عبد اللطيف، حقيقة بيع التورق الفقهي والتورق المصرفي، دائرة الشؤون الإسلامية، دبي، ط1، 1429هـ/2008م.

146. العثمان، محمد بن راشد، **بيع العقار والثمار في الفقه الإسلامي**، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1418هـ/ 1997م.
147. العدوي، علي بن أحمد، **حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني**، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، دار الفكر، بيروت، 1414هـ/ 1994م.
148. ابن عساكر، عبد الرحمن بن محمد، **إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك**، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط3، بدون تاريخها.
149. العسقلاني، أحمد بن حجر، **تقريب التهذيب**، دار الرشيد، دمشق، تحقيق: محمد عوامة، 1406هـ/ 1986م.
150. العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر، **الإصابة في تمييز الصحابة**، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت، ط1، 1412هـ.
151. العسقلاني، أحمد بن علي، **الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة**، تحقيق: محمد ضان، دائرة المعارف العثمانية، صيدر آباد، 1392هـ/ 1972م.
152. العكري، عبد الحي بن أحمد، **شذرات الذهب في أخبار من ذهب**، تحقيق: محمود الأرنؤوط، دار ابن كثير، دمشق، ط1، 1406هـ/ 1986م.
153. العمراني، يحيى بن أبي الخير، **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، تحقيق: قاسم النوري، دار المنهاج، جدة، ط1، 1421هـ/ 2000م.
154. العمري، صالح بن محمد، **إيقاظ همم أولي الأبصار للاقتداء بسيد المهاجرين والأنصار**، دار المعرفة، بيروت. بدون الطبعة وتاريخها.
155. العيني، محمود بن أحمد، **البنية شرح الهداية**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1420هـ/ 2000م.
156. الغزالي، محمد بن محمد، **إحياء علوم الدين**، دار المعرفة، بيروت، بدون الطبعة وتاريخها.
157. الغزالي، محمد بن محمد، **المنخول في تعليقات الأصول**، تحقيق: محمد حسن هيتو، دار الفكر، دمشق، 1400هـ.
158. الغزالي، محمد بن محمد، **المنخول من تعليقات الأصول**، تحقيق: محمد حسن هيتو، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط2، 1419هـ/ 1998م.
159. الغزالي، محمد بن محمد، **الوسيط في المذهب**، تحقيق: أحمد محمود، محمد تامر، دار السلام، القاهرة، ط1، 1417هـ.
160. ابن فارس، أحمد بن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت، 1399هـ/ 1979م.
161. الفراء، محمد بن الحسين، **العدة في أصول الفقه**، تحقيق: أحمد المباركي، ط2، 1410هـ/ 1990م. بدون الناشر.
162. الفراهيدي، الخليل بن أحمد، **كتاب العين**، تحقيق: مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي، دار وكتبة الهلال، بدون الطبعة وتاريخها.
163. ابن فرحون، إبراهيم بن علي، **الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب**، دار الكتب العلمية، بيروت، (بدون الطبعة وتاريخها).

164. ابن فرحون، إبراهيم بن علي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، 1406هـ/ 1986م.
165. الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط8، 1426هـ/ 2005م.
166. الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية، بيروت.
167. قاسم، عبد العزيز بن إبراهيم، الدليل إلى المتون العلمية، دار الصميعة، الرياض، ط1، 1420هـ/ 2000م.
168. ابن قاضي شهبة، أبو بكر بن أحمد، طبقات الشافعية، تحقيق: الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1407هـ.
169. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1414هـ/ 1994م.
170. القرافي، أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م.
171. القرافي، أحمد بن إدريس، الفروق، عالم الكتب، بيروت، بدون الطبعة وتاريخها.
172. القرافي، أحمد بن إدريس، الفروق، تحقيق: خليل منصور، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ/ 1998م.
173. القرافي، أحمد بن إدريس، شرح تنقيح الفصول، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط1، 1393هـ/ 1973م.
174. القرشي، عبد القادر بن أبي الوفاء، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، مير محمد كتب خانة، كراتشي، بدون الطبعة وتاريخها.
175. القرطبي، محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني، إبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1384هـ/ 1964م.
176. القرطبي، محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: هشام سمير البخاري، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ/ 2003م.
177. القره داغي، علي محيي الدين، حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة، العدد السادس، الجزء 2، ط1990م.
178. القره داغي، علي محيي الدين، مبدأ الرضا في العقود، دار البشائر، بيروت، الإسلامية، ط1، 1985م.
179. قلنجي، محمد رواس، وحامد قنبيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، عمان، ط2، 1408هـ/ 1988م.
180. القيرواني، خلف بن أبي القاسم، التهذيب في اختصار المدونة، تحقيق: محمد الأمين، دار البحوث للدراسات الإسلامية، دبي، ط1، 1423هـ/ 2002م.
181. ابن القيم، محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ/ 1991م.
182. ابن القيم، محمد بن أبي بكر، الطرق الحكمية، مكتبة دار البيان، بدون الطبعة وتاريخها.

183. ابن القيم، محمد بن أبي بكر، تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته، وقد جاء في حاشية كتاب: العظيم آبادي، محمد أشرف، عون المعبود شرح سنن أبي داود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1415هـ.
184. الكاساني، أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1406هـ/ 1986م.
185. الكاساني، علاء الدين بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982م.
186. الكفوي، أيوب بن موسى، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق: عدنان درويش، محمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1419هـ/ 1998م.
187. الكيلاني، عبد الرحمن إبراهيم، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي عرضاً ودراسة وتحليلاً، دار الفكر، دمشق، ط1، 1421هـ/ 2000م.
188. لجنة من العلماء، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هواويني، كازخانه تجارت كتب، كراتشي. بدون الطبعة وسنة النشر.
189. اللحام، علي بن محمد، القواعد والفوائد الأصولية وما يتبعها من الأحكام الفرعية، تحقيق: عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، بيروت، 1420هـ/ 1999م.
190. اللحيدان، خالد بن عبد الله، بيع الفضولي، مجلة العدل، العدد الثاني، 1420هـ.
191. ابن ماجه، محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة. بدون الطبعة وسنة النشر.
192. مالك بن أنس، المدونة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ/ 1994م.
193. مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق: محمد الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان، أبو ظبي، ط1، 1425هـ/ 2004م.
194. الماوردي، علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير، دار الفكر، بيروت. بدون الطبعة وسنة النشر.
195. الماوردي، علي بن محمد، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: علي معوض، عادل الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ/ 1999م.
196. الماوردي، علي بن محمد، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: علي معوض، عادل الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ/ 1999م.
197. المباركفوري، محمد بن عبد الرحيم، تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، دار الكتب العلمية، بيروت. بدون الطبعة وسنة النشر.
198. مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، الدورة الخامسة عشر، القرار الخامس، مكة المكرمة، 1419هـ/ 1998م.
199. مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، دار الدعوة، اسطنبول، 1980م.
200. المرغيناني، علي بن أبي بكر، الهداية شرح بداية المبتدي، المكتبة الإسلامية، بيروت. بدون الطبعة وسنة النشر.
201. المروزي، إسحاق بن منصور، مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن رهويه، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، ط1، 1425هـ/ 2002م.

202. المزني، إسماعيل بن يحيى، مختصر المزني، دار المعرفة، بيروت، 1410هـ/ 1990م.
203. مصطفى، إبراهيم ومجموعة من العلماء، المعجم الوسيط، تحقيق: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، اسطنبول، 1980م.
204. مصطفى، سليمان عبد الرازق، التجارة الإلكترونية في الفقه الإسلامي، الجامعة الإسلامية، غزة، 1425هـ/ 2005م. (رسالة ماجستير).
205. أبو المعالي، محمود بن أحمد، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1424هـ/ 2004م.
206. مفارحة، إشراق محمود، القواعد والضوابط الفقهية المستخرجة من كتاب فتح القدير لكمال الدين بن الهمام في باب العبادات جمعاً ودراسة، القدس، فلسطين، 1434هـ/ 2013م، رسالة ماجستير.
207. ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر لمجد الدين ابن تيمية، مكتبة المعارف، الرياض، ط2، 1404هـ.
208. ابن مفلح، محمد بن مفلح، الفروع، تحقيق: عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1424هـ/ 2003م. ومعه تصحيح الفروع لعلي المرادوي.
209. المقدسي، عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني في فقه الإمام أحمد، دار الفكر، بيروت، ط1، 1405هـ.
210. المقدسي، عبد الله بن أحمد، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1414هـ/ 1994م.
211. المقدسي، عبد الله بن أحمد، المغني، مكتبة القاهرة، القاهرة، 1388هـ/ 1968م.
212. المقدسي، موسى بن أحمد، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبد اللطيف السبكي، دار المعرفة، بيروت. بدون الطبعة وتاريخها.
213. المقدسي، عبد الرحمن بن إبراهيم، العدة شرح العدة، دار الحديث، القاهرة، 1424هـ/ 2003م.
214. المقري، محمد بن محمد، القواعد، تحقيق: أحمد بن عبدالله، مركز إحياء التراث الإسلامي، مكة المكرمة. (بدون الطبعة، وتاريخها).
215. المناوي، عبد الرؤوف بن اتج العارفين، فيض القدير شرح الجامع الصغير، تعليق: ماجد الحموي، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، ط1، 1456هـ.
217. المنجور، المنجور أحمد بن علي، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، تحقيق: محمد الشيخ الأمين، دار عبد الله الشنقيطي، (بدون بلد الناشر، والطبعة، وتاريخها).
218. ابن المنذر، محمد بن إبراهيم، الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف، تحقيق: صغير أحمد بن محمد، دار طيبة، الرياض، ط1، 1405هـ/ 1985م.
219. ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط1، 1997م.
220. المنهجي، محمد بن أحمد، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، تحقيق: مسعد السعدني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1417هـ/ 1996م.
221. الموسوعة الفقهية الكويتية، ط2، دار السلاسل، الكويت، ط من 1404هـ - 1427هـ.

222. الموصلي، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، علق عليه: محمود أبو دقيقة، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1356هـ/ 1937م.
223. ابن النجار، محمد بن أحمد، شرح الكوكب المنير، تحقيق: محمد الزحيلي، نزيه حماد، مكتبة العبيكان، جدة، ط2، 1418هـ/ 1997م.
224. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، ط2. ( بدون تاريخ الطبعة)
225. ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، بيروت، 1400هـ/ 1980م.
226. الندوي، علي أحمد، القواعد الفقهية وأثرها في الفقه الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة 1404هـ/ 1984م.
227. النسائي، أحمد بن شعيب، المجتبى من السنن، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، ط2، 1406هـ/ 1986م.
228. النفراوي، أحمد بن غانم، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت، 1415هـ/ 1995م.
229. النووي، يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، 1405هـ.
230. النووي، يحيى بن شرف، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، تحقيق: عوض قاسم، دار الفكر، بيروت، ط1، 1425هـ/ 2005م.
231. الهاشم، عبد الرحيم بن إبراهيم، الهداية للموظفين وأحكامها وكيفية التصرف فيها، دار ابن الجوزي، الرياض، 1426هـ.
232. ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد، التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاح الحنفية والشافعية، مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1351هـ.
233. ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد، فتح القدير للعاجز الفقير، دار الفكر، بيروت. ( بدون الطبعة وتاريخها).
234. ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد، فتح القدير للعاجز الفقير، دار الكتب العلمية، بيروت. ( بدون الطبعة وتاريخها).
235. الهنيني، عبد الحميد عبد المحسن، حكم الإبراء من غير صاحب الحق، مجلة جامعة دمشق، المجلد 28، العدد الثاني، 2012م.
236. يونس، صايل أحمد، نظرية الإبراء والإسقاط في الفقه الإسلامي، إشراف: صالح الشريف، جامعة النجاح، نابلس، 1421هـ/ 2000م.

## فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
أ	قرار لجنة المناقشة
ب	الإقرار
ج	الإهداء
د	شكر وتقدير
هـ	الملخص
و	Abstract
1	المقدمة
6	خطة الدراسة
12	الباب الأول: حقيقة القواعد والضوابط الفقهية، والتعريف بابن الهمام وكتابه فتح القدير.
13	الفصل الأول: حقيقة القواعد والضوابط الفقهية.
14	المبحث الأول: تعريف القواعد الفقهية لغةً واصطلاحاً.
14	المطلب الأول: تعريف القواعد الفقهية باعتبارها مركباً وصفاً.
17	المطلب الثاني: تعريف القواعد الفقهية باعتبارها علماً.
21	المبحث الثاني: تعريف الضوابط الفقهية.
24	المبحث الثالث: العلاقة بين القواعد والضوابط الفقهية.
25	المبحث الرابع: المصادر التي استنبطت منها القواعد والضوابط الفقهية.
27	المبحث الخامس: حجية القواعد والضوابط الفقهية.
31	المبحث السادس: أهمية القواعد والضوابط الفقهية، وفوائد دراستها.
34	الفصل الثاني: التعريف بابن الهمام وكتابه فتح القدير.
35	المبحث الأول: الحالة السياسية والفكرية في عصر ابن الهمام.

35	المطلب الأول: الحالة السياسية.
36	المطلب الثاني: الحالة العلمية.
41	المبحث الثاني: حياة ابن الهمام، ومكانته العلمية.
41	المطلب الأول: حياته ونشأته.
42	المطلب الثاني: شيوخه، وتلاميذه.
44	المطلب الثالث: مؤلفاته.
45	المطلب الرابع: ثناء العلماء عليه.
46	المبحث الثالث: التعريف بكتاب فتح القدير.
46	المطلب الأول: وصف الكتاب وموضوعه.
47	المطلب الثاني: منهج صاحبه فيه.
49	الباب الثاني: القواعد والضوابط الفقهية المستخرجة من كتاب فتح القدير لابن الهمام من كتاب البيوع إلى كتابة الوكالة.
50	الفصل الأول: فقه قاعدة " اليقين لا يزال بالشك " والقواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بها.
51	المبحث الأول: فقه قاعدة: " اليقين لا يزال بالشك " .
51	المبحث الأول: فقه قاعدة: " اليقين لا يزال بالشك " .
57	المبحث الثاني: فقه القواعد والضوابط المتعلقة بقاعدة "اليقين لا يزال بالشك" .
57	المطلب الأول: فقه قاعدة: الحل هو الأصل في الأشياء.
63	المطلب الثاني: فقه قاعدة: السكوت في موضع البيان بيان.
68	المطلب الثالث: فقه قاعدة: الصريح أقوى من الدلالة.

71	المطلب الرابع: فقه قاعدة "العدم في الصفات العارضة أصل، والوجود في الصفات الأصلية أصل.
74	المطلب الخامس: فقه قاعدة "فراغ الذمة هو الأصل.
76	المطلب السادس: فقه قاعدة: الفعل الحادث يضاف إلى أقرب الأوقات.
80	الفصل الثاني: فقه القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بقاعدة "العادة محكمة".
81	المبحث الأول: فقه القواعد الفقهية المتعلقة بقاعدة "العادة محكمة".
81	المطلب الأول: فقه قاعدة: الكتاب كالخطاب.
84	المطلب الثاني: فقه قاعدة: المعروف كالمشروط.
89	المطلب الثالث: فقه قاعدة: لا عرف في النادر.
92	المطلب الرابع: فقه قاعدة: النادر لا عبرة به، ولا يبني الفقه باعتباره.
95	المطلب الخامس: فقه قاعدة "التعارف بلا نكير أصل في الشرع بمنزلة إجماع المسلمين.
99	المبحث الثاني: فقه الضوابط الفقهية المتعلقة بقاعدة "العادة محكمة".
99	المطلب الأول: فقه ضابط: الأيمان مبنية على العرف.
101	المطلب الثاني: فقه ضابط: كل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب.
104	الفصل الثالث: فقه القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بقاعدة: "الضرر يزال".
105	المبحث الأول: فقه قاعدة: تصرف الإنسان في خالص حقه إنما ينفذ إذا لم يتعد إلى

	الإضرار بغيره.
110	المبحث الثاني: قاعدة : دفع الضرر عن المسلم واجب.
115	الفصل الرابع: فقه القواعد الفقهية المتعلقة بباقي القواعد الفقهية الكبرى.
116	المبحث الأول: فقه قاعدة : الضرورة تقدر بقدرها "
121	المبحث الثاني: فقه قاعدة : العبرة لعموم اللفظ.
126	الفصل الخامس: فقه القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بقاعدة " التابع تابع "
127	المبحث الأول: فقه القواعد الفقهية المتعلقة بقاعدة " التابع تابع "
127	المطلب الأول: فقه قاعدة : إذا سقط الخيار في الأصل سقط في التابع.
130	المطلب الثاني: فقه قاعدة : شرط الشيء تبع له.
133	المطلب الثالث: فقه قاعدة : ما لا يصح إفراده بالعقد ابتداء لا يصح استثنائه من العقد.
137	المطلب الرابع: فقه قاعدة : المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط.
140	المبحث الثاني: فقه الضوابط الفقهية المتعلقة بقاعدة " التابع تابع "
140	براءة الأصل توجب براءة الكفيل.
143	الفصل السادس: فقه القواعد والضوابط الفقهية الخاصة بالمعاملات المالية.
144	المبحث الأول: فقه القواعد الفقهية الخاصة بالمعاملات المالية.
144	المطلب الأول: فقه قاعدة الإبراء إسقاط.

151	المطلب الثاني: فقه قاعدة بيع الحقوق المجردة لا يجوز.
154	المطلب الثالث: فقه قاعدة : التأجيل في الأعيان لا يصح.
157	المطلب الرابع: فقه قاعدة : حق العبد عند معارضة حق الله تعالى يقدم.
162	المطلب الخامس: فقه قاعدة : الساقط لا يعود إلا بسبب جديد.
165	المطلب السادس: فقه قاعدة : كل جهالة مفضية إلى المنازعة مبطلّة.
169	المطلب السابع: فقه قاعدة : ما يجوز إيراد العقد عليه بإنفراد يجوز استثنائه من العقد.
172	المطلب الثامن: فقه قاعدة : الملك انما يتأكد بتأكد السبب.
173	المطلب التاسع: فقه قاعدة : اختلاف الأسباب يوجب اختلاف الأعيان حكماً.
181	المبحث الثاني: فقه الضوابط الفقهية الخاصة بالمعاملات المالية.
181	المطلب الأول: فقه ضابط : الأوصاف لا يقابلها شيء.
183	المطلب الثاني: فقه ضابط : التسبب في الإلتلاف تعدياً سبب للضمان.
188	المطلب الثالث: فقه ضابط : تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز.
191	المطلب الرابع: فقه ضابط : الجودة في الأموال الربوية عند المقابلة بالجنس ساقطة.
194	المطلب الخامس: فقه ضابط : الشبهة معتبرة كالحقيقة في أبواب الربا.
196	المطلب السادس: فقه ضابط : كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به.
198	المطلب السابع: فقه ضابط : كل ما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون أجره في

	الإجارة.
201	المطلب الثامن: فقه ضابط : النقود لا تتعين بالتعيين.
205	الفصل السابع: فقه القواعد والضوابط الفقهية الخاصة بالقضاء وطرق الإثبات.
206	المبحث الأول: فقه القواعد الفقهية التي تتعلق بالقضاء وطرق الإثبات.
206	المطلب الأول: فقه قاعدة: الإقرار حجة قاصرة.
210	المطلب الثاني: فقه قاعدة : البينة حجة مطلقة.
213	المطلب الثالث: فقه قاعدة : الثابت بالإقرار دون الثابت بالبينة.
219	المطلب الرابع: فقه قاعدة : الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة.
221	المطلب الخامس: فقه قاعدة : الحكم لا يثبت بلا سبب.
224	المطلب السادس: فقه قاعدة : القضاء ينبني على الحجة.
231	المطلب السابع: فقه قاعدة : الشبهة كالحقيقة فيما يندريء بالشبهات.
233	المبحث الثاني: فقه الضوابط الفقهية المتعلقة بالقضاء وطرق الإثبات.
233	المطلب الأول: فقه ضابط : الشهادة التي في مجلس القضاء هي التي بها القضاء.
236	المطلب الثاني: فقه ضابط : كل شهادة جرت نفعاً لا تقبل.
238	المطلب الثالث: فقه ضابط : النكول بمنزلة الإقرار.
243	الفصل الثامن: فقه قواعد وضوابط منثورة.
244	المبحث الأول: القواعد الفقهية.
244	المطلب الأول: فقه قاعدة : ما خالف القياس لا يقاس عليه غيره.
248	المبحث الثاني: فقه ضوابط منثورة.
248	المطلب الأول: فقه ضابط : شطر العلة لا يثبت به شيء.
251	المطلب الثاني: فقه ضابط : كل من عمل للمسلمين عملاً حكمه في الهدية حكم القاضي.

257	المطلب الثالث: فقه ضابط : الوصية أخت الميراث.
260	الخاتمة.
261	فهرس الآيات القرآنية.
263	فهرس الأحاديث والآثار.
265	فهرس الأعلام.
268	فهرس القواعد والضوابط الفقهية.
271	قائمة المصادر والمراجع.

تم بحمد الله تعالى