

T.C
VAN YÜZÜNCÜ YIL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

MALÎ KONULARLA İLGİLİ KÜLLÎ
KAİDELERİN İRAK MEDENİ KANUNUNA ETKİSİ

DOKTORA TEZİ

Hazırlayan
Sadraddin Qader SEDEEQ

Danışman
Doç . Dr. Mehmed Selim ASLAN

VAN, 2019

الجمهورية التركية
جامعة وان يوزونجيل
معهد العلوم الاجتماعية
قسم العلوم الاسلامية الاساسية
شعبة الفقه الاسلامي

أثر القواعد الفقهية المالية في تشريع القانون العراقي المدني

إعداد
صدرالدين قادر صديق

المشرف
د. محمد سليم أصلان

وان, 2019

المحتويات

1.....	المقدمة
3.....	الدراسات السابقة
3.....	منهج البحث :
4.....	1. التمهيد
2.1 .	مفهوم القواعد والضوابط والنظرية الفقهية واصول الفقه والفرق بينهم
4.....	
3.1 .	مفهوم القواعد والضوابط الفقهية:
4. 1 .	الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي :
5. 1 .	الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية:
6. 1 .	الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية " أصول الفقه " :
10.....	
7. 1 .	استمداد القواعد الفقهية
15.....	
8. 1 .	حجية القواعد الفقهية
16.....	
9. 1 .	أهمية القواعد الفقهية
17.....	
3. 1 .	مفهوم القانون " المدني " والتقنين والتشريع الاسلامي وضرورته للحكم
20.....	وأقوال العلماء فيه:
1. 3. 1 .	مفهوم القانون المدني وتقنين الفقه وأساس الفكرة
20.....	أولاً: بمفهوم القانون المدني :
2. 3. 1 .	نبذة عن المجلة الأحكام العدلية
1. 2. 3. 1 .	مراحل تاريخية :
2. 2. 3. 1 .	ماهية التشريع والترتيب
3. 2. 3. 1 .	الأثر القانوني
3. 3. 1 .	محتويات المجلة
1.3.4 .	تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في بعض الدول العربية

26	1.3.6 . خلاف الفقهاء بشأن تقنين الفقه الإسلامي
32	2.1 . التقليد حكمه واقوال العلماء فيه
36	2.2 . التلفيق وآراء المذاهب فيه
37	2.3 . تتبع الرخص وآراء المذاهب فيه
	2.4 . الاصول والقواعد المفيدة للتقنين والفتوى بالأصلح والأسهل بين المذاهب وآثارها.....
44	3. القواعد الفقهية المالية وتطبيقاتها القانونية:
53	3.1. قواعد تفسير الكلام وتأويله
55	3.1.1. الأمور بمقاصدها " الأعمال بالنيات "
63	3.1.2. قاعدة . العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني .
66	3.1.3. أعمال الكلام أولى من إهماله
68	3.1.4. قاعدة. " الأصل في الكلام الحقيقة "
69	3.1.5. قاعدة . إذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز
71	3.1.6. قاعدة. إذا تعذر أعمال الكلام يهمل
72	3.1.7. قاعدة . ذَكُرَ بَعْضُ ما لا يَتَجَرَّأُ كَذَرِ كُلِّهِ.....
	3.1.8. قاعدة. المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة
73	3.2. قواعد الاستدلال على الارادة والتعبير عنها:
74	3.2.1. لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح
74	3.2.2. قاعدة. الكتاب كالخطاب:
75	3.2.3. قاعدة :الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان:
77	3.3. قواعد العرف
77	3.3.1. العادة محكمة:.....
78	3.3.2. قاعدة :استعمال الناس حجة يجب العمل بها:
	3.3.3. قاعدة . تعامل الناس من غير نكير منكر أصل من الأصول كبير.
79

3.3.4.	الإشارة المعهودة من الآخرس كالبيان باللسان	81
3.3.5.	قاعدة . تعتبر العادات إذا اطردت أو غلبت	81
3.4.	قواعد الاستصحاب.	82
3.4.1.	قاعدة . اليقين لا يزول بالشك.	82
3.4.2.	قاعدة . الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته :	84
3.4.3.	قاعدة . الأصل في الصفات العارضة العدم.	84
3.4.4.	قاعدة . الأصل براءة الذمة .	85
3.4.5.	قاعدة : الأصل بقاء ما كان على ما كان :	85
3.4.6.	قاعدة : الأصل في الأفعال العدم :	86
3.5.1.	قاعدة. المشقة تجلب التيسير.	89
3.5.2.	قاعدة . الأمر إذا ضاق اتسع .	91
3.5.3.	قاعدة . الضرورات تبيح المحظورات .	92
3.5.4.	قاعدة . الضرورات تقدر بقدرها .	94
3.5.5.	قاعدة . الاضطرار لا يبطل حق الغير .	97
3.6.	قواعد إزالة الضرر .	99
3.6.1.	قاعدة . لا ضرر ولا ضرار .	99
3.6.2.	قاعدة . الضرر يدفع بقدر الإمكان .	103
3.6.3.	قاعدة . الضرر يُزال .	104
3.6.4.	قاعدة . الضرر لا يزال بمثله .	107
3.6.5.	قاعدة. الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف .	108
3.7.	قواعد التصرف في ملك الغير .	111
3.7.1.	قاعدة .لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه.	111
3.7.2.	قاعدة. الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل .	114
3.8.	قواعد الضمان .	118
3.8.1.	قاعدة. الجواز الشرعي ينافي الضمان .	118
3.8.2.	قاعدة . الخراج بالضمان .	120

3.9. قواعد التوابع والاعتفار .	122
3.9.1. قاعدة. التابع تابع.	122
3.9.3. قاعدة . التابع لا يتقدّم على المتبوع .	125
3.9.4. قاعدة. يدخل تبعًا ما لا يدخل استقلالاً.	126
3.10.1. قاعدة . المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط .	129
3.10.3. قاعدة. يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان .	132
3.11. قواعد الظن والتوهم .	134
3.11.1. قاعدة. لا عبرة بالظن البينّ خطؤه .	134
3.12. قواعد الحرام .	136
3.12.1. قاعدة. ما حرم أخذه حرم إعطاؤه.	136
3.12.2. القاعدة. ما حرم فعله حرم طلبه .	137
3.13. قواعد التلازم .	140
3.13.1. قاعدة. إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه .	140
3.13.3. قاعدة . إذا سقط الأصل سقط الفرع .	142
3.14.1. قاعدة. لا مساغ للاجتهاد في مورد النص .	144
3.14.2. قاعدة. الاجتهاد لا ينقض بمثله .	145
3.14.3. قاعدة. ما ثبت على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس :	
	149
4. الدور الاقتصادي للقانون المدني المتأثر بالقواعد الفقهية.	151
4.1. تعريف الاقتصاد وأهميته .	152
4.2. الضوابط والقواعد الفقهية المالية والاقتصادية .	157
2.4. 3 أركان الاقتصاد الإسلامي .	167
4.4. منطلقات أساسية للتنمية الاقتصادية .	178
5. الخاتمة .	183
6. المراجع .	189

الاختصارات

بدون د: بدون دار

بدون م: بدون موضع

ت: توفي.

ج: الجلد.

ص: الصحيفة.

م: الميلادي

هـ: الهجري.



شكر و تقدير

انطلاقاً من مبدأ (من لم يشكر الناس لم يشكر الله) ، أشكر الله تعالى وأحمده على أن وفقني و هدايني لهذا و ماكنت لأهتدي لولا أن هدايني الله .
ثم أشكر .

.والدي الكريمين الذين رباني صغراً .

.زوجتي الحبيبة التي صبرت لي على سهري بالليل ، ومتاعب النهار ، وخدمتها إياي .
.إخوتي و أخواتي الذين أشتاقوا إلى أن أصل إلى هذه المرحلة و لم ييخلوا بدعاء الخير لي.
.السادة رئيس قسم الحقوق و القانون الاسلامي . د.صاحب بروثه . و عمادة كلية
الاهليات شعبة الدراسات العليا و أساتذتها الأفاضل في جامعة يوزنجيل و معهد العلوم الاجتماعية
، الذين صرفوا جهودهم المباركة في تقدم العلم وازدهاره .
.أستاذي المشرف الدكتور محمد سليم أصلان ، لتوجيهاته القيمة ، و إرشاداته المفيدة .
.السادة أعضاء لجنة المناقشة ، لما بذلوه من جهد في سبيل تعديل الرسالة و إخراجها على
الوجه المطلوب.

. الأخوة الزملاء رفيق درب طلب العلم و إكمال الدراسة ، لما أبدوا لي من مساعدة و عون
وإحسان .

. موظفي الجامعة ، وأخص بالذكر منهم موظفي معهد العلوم الاجتماعية و المكتبة الذين
لم ييخلوا علينا بما عندهم من الكتب القيمة.
. السادة علماء وشيوخ و دعاة الذين كانوا لي كأب في التعليم و التوجيه والإخلاص و كل
الذين سهلوا لي الإستعارة و الإستفادة من المصادر و المراجع . و أشكر كل من أعانني على طبع
الرسالة ، وإخراجها في هذه الصورة .

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ولي الصالحين، كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، سيدنا محمد. النبي الأمي ﷺ، وعلى آله وأزواجه وذرياته وصحبه، ومن تبعهم باحسان الى يوم الدين . أما بعد .

إن من أهم ما امتازت به الشريعة الإسلامية عن غيرها من الشرائع؛ أنها شريعة خالدة، صالحة لكل زمان ومكان بشموليتها ويسرها، وذلك بأن المسلم الفقيه لا يعجزه أن يجد في الشريعة حكماً لكل جزئية أو حادثة مستجدة، يفهم ذلك من كتاب الله وسنة رسوله ﷺ، أو من القواعد والكتليات الفقهية ومن روح الشريعة ومقاصدها التي هي واجب تطبيقه والعمل به في كل زمان ومكان ، وأنها مع شموليتها تراعي أحوال الناس، بحيث ترفع عنهم الحرج والضيق، وتجعل من الإنسان المسلم أن يشعر بأنه يتحرك داخل الشريعة من العزيمة إلى الرخصة واليسر، ويعبد الله حنيفاً مسلماً بعيداً عن الشرك والأهواء ومستنبطاً من الوحي العلم والفقه .

والفقه: علم بالمسائل الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية ، والمسائل الفقهية إما أن تتعلق بأمر الآخرة وهي العبادات ، وإما أن تتعلق بأمر الدنيا ، وهي تنقسم إلى . الأحوال الشخصية والأحوال المدنية والعقوبات، فإن الباري تعالى أراد بقاء هذا العالم إلى وقت قدره ، وهو إنما يكون بقاء النوع الإنساني ، وذلك بعدم انقطاع الأشخاص ، والإنسان بحسب اعتدال مزاجه يحتاج للبقاء في الأمور الصناعية إلى الغذاء واللباس والمسكن ، وذلك أيضاً يتوقف على التعاون والتشارك ببسط بساط المدنية ، والحال أن كل شخص يطلب ما يلائمه ويغضب على من يزارحه ، فلأجل بقاء العدل والنظام بينهم محفوظين من الخلل يحتاج إلى قوانين مؤيدة شرعية في أمر الازدواج، وهي قسم المناكحات من علم الفقه، وفيما به التمدن من التعاون والتشارك وهي قسم المعاملات منه، ولاستقرار أمر التمدن على هذا المنوال لزم ترتيب أحكام الجزاء، وهي قسم العقوبات من الفقه والقانون.

والمسائل الفرعية الفقهية التي يعمل بها في المحاكم قد أرجعها المحققون من الفقهاء إلى قواعد كلية كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة.

وتلك القواعد مسلمة معتبرة في الكتب الفقهية تتخذ أدلة لإثبات المسائل وتفهمها في بادئ الأمر فذكرها يوجب الاستئناس بالمسائل ويكون وسيلة لتقررها في الأذهان.¹

¹ اللبناني، سليم رستم باز، شرح المجلة، ط: الثالثة، دار الحلبي الحقوقية، بدون م، 1883، 16.

ولذلك يؤكد العلماء المعاصرون ضرورة العودة إلى تطبيق الأحكام الفقهية واستمداد القوانين منها تقنين الفقه، حيث أن الحنين إلى تطبيق أحكام الإسلام في كل مجالات الحياة هو واضح الأثر لدى الأمة الإسلامية، خاصة إبان الصحوة الإسلامية في مطلع القرن الخامس عشر الهجري، وقد أوضحوا بعض الأحكام الذي استمدته القانون المدني من الفقه ليكون عنواناً مشرقاً وبرهاناً ساطعاً على أن في شريعتنا الغراء كنوزاً خالدة لا تحتاج إلا إلى صياغة جديدة بروح العصر ومفاهيمه على منوال التقنيات الجديدة.²

ونريد في هذا البحث أن نبين الطريق الشرعي والتأصيل الفقهي لهذا التّقرّيب وإبراز كنوز الفقه الإسلامي ومعادنه الثمينة لجميع الناس في العالم، مسلمين وغير مسلمين ونكون بذلك دعاة إلى الإسلام الدّين الحق، ومعلمين للعالم حقائق الحلال والحرام، وقضاة عادلين محاربين للظلم والظلمة وناشرين للحق والعدالة بين البشر في جميع ما شجر بينهم، ولتختار الحكومات بواسطة علمائها وقضاةها ورجال الحكم فيها دساتيرها وقوانينها العامة والخاصة الداخلية والخارجية إن شاء الله.

وينبغي أن يكون هذا التقنين بالصياغة الجديدة من خلال القواعد الفقهية ومقاصد الشريعة الإسلامية بحيث يواكب العصر ويلبي حاجة المجتمع الإسلامي المعاصر خصوصاً في مجال الاقتصاد والمعاملات المالية، ولا بد من إبراز ضوابط وأصول شرعية لاختيار الأيسر والأصلح للمسلمين بين المذاهب، لأنه قد يؤدي هذا إلى التلفيق وتتبع الرخص.

الهدف من البحث هو:

1. تقنين أحكام الفقه الإسلامي أو تدوينها التي هي من أهم الوسائل المعاصرة لأسلمة القوانين وتفقيها تمهيداً لتطبيق الشريعة الإسلامية في الوقت الحاضر، ولدفع الشكوك التي يؤثر من حيث التزام بعض الناس بأحكام القوانين والعمل على وفقها، لظنهم بأن التقنين يخالف الشريعة الإسلامية، وذلك يحتاج إلى لبحث والدراسة والمناقشة.

2. أن القوانين المدنية المعاصرة قد أورد عدداً كبيراً من القواعد الفقهية في مواضع مختلفة من أبوابه وفصوله، نصت على بعض هذه القواعد كما وردت في الفقه الإسلامي وتصرفت في البعض الآخر، ولم يسلم القانون بسبب هذا الفعل من النقد والاعتراض نظراً للاختلاف الواقع بين القاعدة الفقهية والقاعدة القانونية صياغة ومضموناً وغاية، وقد حاولنا في هذه الدراسة ذكر تلكم القواعد واختيارها وتقييمها شكلاً وموضوعاً.

² الزحيلي، وهبة بن مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته، ط: الرابعة، دار الفكر، دمشق، 1997م، 4 /

3. إظهار الدور الاقتصادي للقانون المدني المتأثر بالضوابط والقواعد الفقهية المالية والاقتصادية والفوائد الاقتصادية من الالتزام بالضوابط الشرعية في المعاملات المالية واقتراح مبادئ اقتصادية لمشروع النهضة الاقتصادية التي ينبغي أن يلتزم بها الحكومات من خلال الضوابط والقواعد الفقهية المالية.

الدراسات السابقة

من الدراسات السابقة التي كتبت قريب من هذا الموضوع .

1. القواعد الفقهية وتطبيقاتها الفقيه والقانونية ،احمد ياسين القرالة.

2. القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية ، عبد الجليل سعد القرنشاي، رسالة

دكتورا في جامعة.

وموضوع بحثنا يختلف عن هذين الكتابين لان يبحث فيه الاثار الاقتصادية للقواعد الفقهية

الموجودة في القانون المدني العراقي.

منهج البحث :

قمت ببيان مفهوم القواعد والضوابط الفقهية والفرق بينها وبين كل من القواعد الاصولية والقانونية والنظرية الفقهية وبيان التقنين وضوابطه وتناولت القواعد الفقهية المالية بدراسة فقهية قانونية اقتصادية مقارنة ونقدية من حيث الشكل والمضمون، وصنفت القواعد الفقهية تصنيفا علميا وموضوعيا، بحيث جمعت القواعد التي تشكل مجموعها وحدة موضوعية متكاملة تحت عنوان واحد والتي يمكن أن تكون كل مجموعة منها تدرس وتبحث عنها كنظرية مثل نظرية العقد، مع العلم بأن بعض القواعد تندرج تحت أكثر من موضوع، ثم يأتي بعد ذلك البحث عن الدور الاقتصادي للقواعد المذكورة.

1. التمهيد

2.1 . مفهوم القواعد والضوابط والنظرية الفقهية واصول الفقه والفرق بينهم

قبل الخوض في الموضوع نعرض مفهوم القاعدة الفقهية والضابط والقاعدة الاصولية واصول الفقه ونبين موضوعه وغايته للتعرف على حدوده، وحتى نعرف المخرج أو نستخرج الحل فقهيًا واصوليًا لمشكلة تطبيق الحكم الشرعي في العالم الاسلامي .

3.1 . مفهوم القواعد والضوابط الفقهية:

القاعدة في اللغة: الأساس³ وهي تجمع على قواعد، وهي أسس الشيء وأصوله، حسيًا كان ذلك الشيء كقواعد البيت، أو معنويًا كقواعد الدين دعائمه.

وقد ورد هذا اللفظ في القرآن الكريم؛ يقول الله عز وجل "وإذ يرفع إبراهيم القواعد من البيت وإسماعيل"⁴ وكما في قوله تعالى: "فأتى الله بنيانهم من القواعد"⁵ فالقاعدة في هاتين الآيتين الكريمتين بمعنى الأساس وهو ما يرفع عليه البنيان وتفيد مادة قعد "معنى الاستقرار والثبات"⁶ وفي **الأصطلاح** : قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها⁷. والفقهية قيد في القواعد، لإخراج ما ليس فقهيًا منها، والفقه في اللغة: الفهم ، وفي الاصطلاح: العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية.⁸

فالقواعد الفقهية باعتبارها علمًا ولقبًا هي : قضية كلية شرعية عملية جزئياتها قضايا كلية شرعية عملية ، أو قضية فقهية كلية، جزئياتها قضايا فقهية كلية.

³ الاصفهاني، أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالرأغب، *المفردات في غريب القرآن*، ت: فوزان عدنان الداودي، دار القلم، دمشق، 409.

⁴ البقرة، 2 / 127.

⁵ النحل، 16 / 26.

⁶ ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، *معجم مقاييس اللغة*، ت: عبد السلام محمد هارون، مصطفى الحلبي، بدون م، بدون ت، 5 / 19.

⁷ الجرجاني، أبو الحسن علي بن محمد بن علي المعروف بالسيد الشريف، *التعريفات*، دار الشؤون الثقافية العامة، بدون م، بدون ت، 171.

⁸ عبد الكريم زيدان، *أصول الفقه*، ط: الخامسة، دار إحسان، طهران، 2000م، 109.

و علم القواعد الفقهية: هو العلم الذي يبحث عن القضايا الفقهية الكلية التي جزئياتها قضايا فقهية كلية، من حيث معناها وماله صلة به، ومن حيث بيان أركانها، وشروطها، ومصدرها، وحجيتها، ونشأتها، وتطورها، وما تنطبق عليه من الجزئيات، وما يستثنى منها.⁹

يقول الحموي شارح الأشباه والنظائر لابن نجيم: والقاعدة عند الفقهاء غيرها عند النحاة والأصوليين، إذ هي عند الفقهاء حكم أكثرى لا كلي، ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها.¹⁰ و وصفها مصطفى الزرقا بأنها: أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها.¹¹

و لم يلتزم المؤلفون في موضوع القواعد الفقهية بمعنى القاعدة الذي ذكره، بل توسعوا في ذلك، فأطلقوا القواعد على ما ينطبق على تعريفهم لها، وعلى تعريفهم للضابط، وعلى ما لا ينطبق على أي منهما إلا بقرب من التأويل البعيد.

1. فأطلقوا القاعدة على ما هو ضابط كقولهم كل ما يثبت في الذمة لا يصح الإقرار به.¹²

2. وأطلقوها على تعريف الشيء، كقولهم قاعدة الخالف كل من توجهت عليه دعوى صحيحة.¹³

3. وأطلقوها على التقسيمات القاعدة السادسة والثمانون، الملك أربعة أنواع . ملك عين ومنفعة، وملك عين بلا منفعة، وملك منفعة بلا عين، وملك انتفاع من غير ملك المنفعة.¹⁴

⁹ عمر عبدالله، كامل، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية، ط: الأولى، بدون د، بدون م، 21.

¹⁰ الحموي، أبو العباس أحمد بن محمد مكي، غمر عيون البصائر، ط: الأولى، دار الكتب العلمية، 1985م، 22/1.

¹¹ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط: الأولى، بدون د، بدون م، 2008م، 234/1.

¹² السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، ط: الأولى، دار الكتب العلمية، 1990، 514،

¹³ السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين، الأشباه والنظائر، ط: الأولى، دار الكتب العلمية، 1991م، 437/1.

¹⁴ ابن رجب، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، القواعد، دار الكتب العلمية، بدون د بدون م، بدون ت، 195.

4. ما أطلقوها على عناوين المسائل الفقهية.¹⁵

1.4. الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي :

الضابط لغة: اسم فاعل من ضَبَطَ، والضبط لزوم الشيء وحبسه، وضَبَطُ الشيء حفظه بالجزم، والرجل ضابط أي حازم¹⁶.

وأما في الاصطلاح: فيمكن تعريفه بأنه حكم أغلبي يتعرف منه أحكام الجزئيات الفقهية المتعلقة بباب واحد من أبواب الفقه مباشرة، فهو يشترك، في معناه الاصطلاحي: مع القاعدة الفقهية في أن كلا منهما يجمع جزئيات متعددة يربط بينها رابط فقهي.¹⁷ و من أشهر ما فُرق به بين القاعدة الفقهية، والضابط الفقهي، أن القاعدة تشمل فروعاً من أبواب متعددة من أبواب الفقه.

أما الضابط فيشمل فروعاً من باب واحد من أبواب الفقه على أن من العلماء من يطلق على الضابط قاعدة، وقد يطلق العكس؛ لتقارب معنييهما؛ ولأنه ليس لإطلاق مصطلح " القاعدة " أو " الضابط " على صيغة ما تأثير في قوة استنباط الحكم منها أو ضعفه، والتفرقة بينهما إنما هي تفرقة اصطلاحية.¹⁸

إن بعض العلماء أطلق الضابط على تعريف الشيء، وعلى المقياس الذي يكون علامة على تحقق معنى من المعاني، وعلى تقاسيم الشيء، وعلى أحكام فقهية عادية، وإطلاق الضوابط على هذه الأمور يجعلنا نختار تفسير الضابط بمعنى أوسع مما ذكره، فنحمل الضابط على معناه اللغوي الدال على الحصر والحبس، فالضابط هو كل ما يحصر ويحبس، سواء كان بالقضية الكلية، أو بالتعريف أو بذكر مقياس الشيء، أو ببيان أقسامه ومما ينبغي التنبيه إليه.

١. إن القواعد أكثر شذوذاً من الضوابط، لأن الضوابط تضبط موضوعاً واحداً فلا يتسامح فيها بشذوذ كثير.

٢. إن المصطلحات العلمية لا تستقر على نمط معين إلا بكثرة استعمالها في المواضع

¹⁵ عمر عبدالله كامل، القواعد الفقهية، 32.

¹⁶ ابن منظور، أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي، لسان العرب، ت: أمين محمد الصادق العبيدي، ط:

الأولى، دار إحياء التراث العربي، 1995م، 15/8 - 16.

¹⁷ أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، 1997م، 46.

¹⁸ ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الأشباه والنظائر، 192؛ أبو البقاء، أيوب بن موسى الحسيني،

الكليات، 72.

المختلفة وترددها على الألسنة، وهي دائماً تنتقل من طور إلى طور وتتغير مع تعاقب العصور، فقد يكون الاصطلاح عاماً في فترة من الفترات فيتطور إلى أخص مما كان أولاً وهذا ما جرى بالنسبة للقواعد والضوابط، فإنه لم يتميز الفرق بينهما تماماً إلا في العصور المتأخرة حين أصبحت كلمة "الضابط" اصطلاحاً متداولاً شائعاً لدى الفقهاء والباحثين في الفقه الإسلامي، فيفرون الآن بين الكلمتين في المجالات الفقهية.¹⁹

1.5. الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية:

أن "النظرية العامة" ودراسة الفقه الاسلامي في نطاقها أمر مستحدث طريف؛ استخلصه العلماء المعاصرون الذين جمعوا بين دراسة الفقه الاسلامي ودراسة القانون الوضعي خلال احتكاكهم وموازنتهم بين الفقه والقانون، وبوبوا المباحث الفقهية على هذا النمط الجديد وأفردوا المؤلفات على هذه الشاكلة مثل كتاب "مصادر الحق في الفقه الإسلامي" عبدالرزاق السنهوري، وبعض دراسات مصطفى الزرقاء في كتابه القيم "المدخل الفقهي العام" ومؤلفات صبحي محمصاني مثل كتابه: "النظرية العامة للموجبات والعقود"، وتأليفات مصطفى الزلي في موسوعته المسمى بـ "الكامل للزلي في الشريعة والقانون" ودراسات أخرى .

يقول عبدالرزاق السنهوري عند تفصيله لنظرية العقد: إن الفقه الاسلامي في مراجعه القديمة لا توجد فيه نظرية عامة للعقد، بل هو يستعرض العقود المسماة عقداً، وعلى الباحث أن يستخلص النظرية العامة للعقد من بين الأحكام المختلفة لهذه العقود المسماة، فيقف عند الأحكام المشتركة التي تسري على الكثرة الغالبة من هذه العقود.²⁰

ويمكن أن تعرف النظرية العامة بأنها: موضوعات فقهية، أو موضوع يشتمل على مسائل فقهية أو قضايا فقهية حقيقتها أركان وشروط وأحكام، تقوم بين كل منها صلة فقهية، تجمعها وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعاً وذلك كنظرية الملكية، ونظرية العقد، ونظرية الإثبات وما شاكل ذلك.²¹

¹⁹ عمر عبدالله كامل، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية، 24؛ الندوي، القواعد الفقهية، 50.

²⁰ عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق، 19/6 - 20؛ عمر عبدالله كامل، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية، 25.

²¹ الندوي، القواعد الفقهية، 63.

قال الزرقا : ومعنى هذه النظريات تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلف كل منها على حدة نظاماً حقوقياً موضوعياً منبثاً في الفقه الاسلامي .. وتحكم عناصر ذلك النظام في كل مايتصل بموضوعه شعب الأحكام، وذلك كفكرة الملكية وأسبابها، وفكرة العقد وقواعده ونتائجه، وفكرة الأهلية وأنواعها ومراحلها وعوارضها، وفكرة النيابة وأقسامها، وفكرة البطلان والفساد والتوقف، وفكرة الضمان وأسبابه وأنواعه.²²

والاختلاف الأساسي بينهما يتلخص في أمرين:

1. القاعدة الفقهية تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها، وهذا الحكم الذي تتضمنه القاعدة ينتقل إلى الفروع المندرجة تحتها، فقاعدة "اليقين لا يزول بالشك" تضمنت حكماً فقهياً في كل مسألة اجتمع فيها يقين وشك، وهذا بخلاف النظرية الفقهية. فإنها لاتتضمن حكماً فقهياً في ذاتها كنظرية الملك والفسخ والبطلان.
 2. القاعدة الفقهية لاتشتمل على أركان وشروط، بخلاف النظرية الفقهية فلا بد لها من ذلك.²³
- ويمكن أن ندرج مجموعة من القواعد الفقهية : التي تختلف في فروعها وحزبائها وآثارها ولكنها قد تتسم بصفة عامة ومزايا مشتركة، أو تتحد في موضوعها العام . تحت نظرية معينة على سبيل المثال القواعد التالية .
- ١ . العادة محكمة.
 - ٢ . استعمال الناس حجة يجب العمل به.
 - ٣ . لاينكر تغير الأحكام المبنية على المصلحة أو العرف بتغير الزمان.
 - ٤ . إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت.
 - ٥ . المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.
 - ٦ . المعروف بين التجار كالمشروط بينهم.
 - ٧ . التعيين بالعرف كالتعيين بالنص.
- فهذه المجموعة من القواعد الفقهية المعروفة، بغض النظر عن الفروع والجزئيات المختلفة تحت كل منها، فإنه يمكن أن نضعها جميعاً تحت عنوان "نظرية العرف" فإن العرف هو الطابع العام

²² مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي، 1/ 235.

²³ عمر عبدالله كامل، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية، 27.

الغالب على جميع هذه القواعد المذكورة.²⁴



²⁴ الندوي، القواعد الفقهية، 65-66.

1. 6. الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية " أصول الفقه ":

أول من ميز بين القاعدة الأصولية والقاعدة الفقهية الإمام القرآني، فقد جاء في مقدمة كتابه الفروق مايلي: فإن الشريعة المعظمة المحمدية، زاد الله تعالى منارها شرفاً وعلوًا ، اشتملت على أصول وفروع ؛ وأصولها قسمان :

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

والقسم الثاني : قواعد فقهية كلية، كثيرة العدد، عظيمة المدد، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى، ولم يذكر شيء منها في أصول الفقه، وإن اتفقت الإشارة إليه هنالك على سبيل الإجمال، فبقي تفصيله لم يتحصل .²⁵
و أشار إليها في موضع آخر بقوله: " فإن القواعد ليست مستوعبة في أصول الفقه بل للشريعة قواعد كثيرة جدًا عند أئمة الفتوى والقضاء لاتوجد في كتب أصول الفقه أصلاً.²⁶
أما مفهوم أصول الفقه: فنظرا لأن "أصول الفقه " مركب اضافي فقد جرى كثير من الاصوليين على تعريف كل جزء من اجزاء هذا المركب، تعريف المضاف ثم المضاف اليه كل على حده، وهو مايسمى بالتعريف الاضافي، ثم يعقب ذلك تعريفا باعتباره لقبا.

أولاً. التعريف الاضافي لأصول الفقه : يستدعي ان نعرف كلمة "أصول" ثم كلمة "الفقه" لنصل الى معنى اصول الفقه: كلمة اصول جمع ومفردها أصل، واصل الشيء في اللغة اسفله واساسه، فاساس الحائط اصله واستأصل الشيء. ثبت اصله وقوى، واستأصل الله بني فلان اذا لم يدع لهم اصلا، واستأصله أي: قلعه من أصله، ثم كثر حتى قيل. أصل كل شيء ما يستند وجود ذلك الشيء اليه، فالاب اصل الولد، والاصل، ما يبنى عليه غيره وهو عبارة عما يفتقر اليه ولا يفتقر هو الى غيره²⁷.

والاصل في اصطلاح الاصوليين مختلف فيه : فمن الاصوليين من ابقى الاصل على

²⁵ القرآني، الفروق، 1/ 2 - 3.

²⁶ القرآني، الفروق، 2/ 110.

²⁷ الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقرئ، المصباح المنير، مكتبة لبنان، بدون م، 1987م، 1/ 16؛ الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت 1981م، 24؛ وابن منظور، لسان العرب، 1/ 155.

ماهو عليه في اللغة من الابتناء، فالابتناء شامل للابتناء الحسي وهو ظاهر، والابتناء العقلي وهو ترتب الحكم على دليله.

ومنهم من نقل الاصل من معناه اللغوي الى معان اخرى منها المحتاج اليه، ومنها، الراجح يقال: الاصل الحقيقة، اي الراجح، ومنها المستصحب كما يقال. الاصل في الماء الطهارة. ومنها القاعدة، كما يقال: الفاعل مرفوع اصل من اصول النحو او القاعدة المستمرة، كقولهم، اكل الميتة على خلاف الاصل اي على خلاف الحالة المستمرة.

والراجح في هذه المعاني الاصطلاحية في هذا المقام هو آخرها، وهو الدليل، وذلك لان " الاصل " اذا اضيف الى العلم فالمراد دليله، فيكون المراد باصول الفقه ادلة الفقه، لان الفقه علم²⁸. والفقه لغة. الفهم والفتنة ومنه قوله تعالى: [قالوا يا شعيب ما نفقه كثيرا مما تقول]²⁹ وقوله تعالى: [فما لهؤلاء القوم لا يكادون يفقهون حديثا]³⁰ أي لا يفهمون، وقوله صلى الله عليه وسلم عن واصل بن حيان قال: قال أبو وائل: " خطبنا عمار، فأوجز وأبلغ، فلما نزل قلنا ، يا ابا اليقضان لقد ابلغت واوزجت، فلو كنت تنفست ! فقال: اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: " ان طول صلاة الرجل، وقصر خطبته مئة من فقهه، فاطيلوا الصلاة واقصروا الخطبة وان من البيان لسحرا " ³¹ اي علامة فهمه، يقال: فقه بالضم اذا صار الفقه له سجية، وفقه بالفتح اذا سبق غيره الى الفهم، وفقه بالكسر اذا فهم. ثم خص به علم الشريعة وغلب على علم الدين لسيادته وشرفه وفضله على سائر انواع العلم كما غلب النجم على الثريا والعود على المنديل، قال ابن الأثير: واشتقاقه من الشق والفتح، وقد جعله العرف خاصا بعلم الشريعة، شرفها الله تعالى، وتخصيصا بعلم الفروع منها، والعالم به فقيه، اذا فهو عبارة عن فهم غرض المتكلم من كلامه.³²

²⁸ الشوكاني، الإمام محمد بن علي، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، دار الكتاب العربي، بدون م، ط: الأولى، 1419هـ / 1-18-17؛ أحمد بكر إسماعيل حبيب، أصول الفقه وفق منهج أهل السنة والجماعة، دار العقيدة للتراث، الإسكندرية، ط: الأولى، 1999م، 15-19.

²⁹ هود، 11 / 91.

³⁰ النساء، 4 / 78.

³¹ مسلم، أبو الحسين بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم بشرح النووي، ط: الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2000 م، الجمعة، 13.

³² الجرجاني، تعريفات، 96؛ والفيومي، المصباح المنير، 479/2؛ والرازي، مختار الصحاح، 509؛ وابن منظور، لسان العرب: 305 / 10.

الفقه اصطلاحاً: " العلم بالاحكام الشرعية العملية المكتسب من ادلتها التفصيلية، وقيل: هو الاصابة والوقوف على المعنى الخفي الذي يتعلق به الحكم، وهو علم مستنبط بالرأي والاجتهاد، ويحتاج فيه الى النظر والتأمل، ولهذا لا يجوز ان يسمى الله تعالى فقيها لأنه لا يخفى عليه شيء".³³

واتضح من تعريف الاصول ثم تعريف الفقه ان **اصول الفقه بالمعنى الاضافي** هو: ادلة الاحكام الشرعية، وذلك لأن الاصول تعني الادلة، والفقه يعني الاحكام الشرعية. ولا يخفى قصور التعريف الاضافي لاصول الفقه، لأن التعريف ينبغي ان يكون جامعاً مانعاً، والناظر في التعريف الاضافي يرى واضحاً انه يقتصر على ادلة الاحكام من الكتاب والسنة وغيرهما فقط، ولكن اصول الفقه باعتباره لقباً يبحث في اكثر من ذلك من الاجتهاد وما يتعلق به، والمجتهد وشروطه، والمقلد، والمستفتي والمكلف والتكليف وموانع التكليف الى غير ذلك من الموضوعات³⁴، والغرض من سرد التعاريف هو تمييز الحكم والشرع الاسلامي عن غيره من الشرائع.

ثانياً. التعريف اللقبى لاصول الفقه هو: " مجموع طرق الفقه على سبيل الاجمال وكيفية الاستدلال بها، وكيفية حال المسؤول بها " ³⁵ قوله مجموع " احتراز عن الباب الواحد من اصول الفقه، فانه وان كان منه لكنه ليس اصول الفقه، لأن بعض الشيء لا يكون نفس الشيء، طرق الفقه أي. الادلة والامارات. والمقصود بالادلة اي الدالة بنفسها مباشرة، واصل ذلك القرآن الكريم، فهو اصل الاصول ودليل الادلة . وأيضا اذا قلنا " الاجماع حجة " فليس معناه ان الامة اذا اجمعت على امر فقد جعلته شرعاً، بل معناه انها اذا اجمعت على امر فذلك امانة على ان حكم الله تعالى في تلك المسألة هو ما اجمعت عليه الامة وهكذا يقال في قول الصحابي والقياس والاستحسان وغير ذلك وقد يقال الدليل ما يفضي النظر الصحيح فيه الى العلم مثل الكتاب والسنة، والامارة، ما يفضي الصحيح فيها الى غالب الظن.

وهذا القيد في التعريف " طرق الفقه " يرد اعتراضات كثيرة ترد على التعريفات التي اقتضت على قيد "الادلة " او " الدلائل " وذلك لأنه يعترض عليها بخبر الآحاد والقياس وغير ذلك من

³³ الجرجاني، التعريفات، 96 ؛ ومحمد بكر، اصول الفقه وفق منهج اهل السنة والجماعة، 19-29؛ عبدالكريم زيدان، الوجيز في اصول الفقه، 8-11.

³⁴ الغزالي، الإمام أبو حامد محمد بن محمد، المستصفى من علم الأصول، دار إحياء التراث العربي، بيروت ط: الأولى، 1/ 15؛ والشوكاني، ارشاد الفحول، 17؛ وزيدان، الوجيز في اصول الفقه، 7-11.

³⁵ الشنقيطي، عبد الله بن ابراهيم العلوي، نشر البنود على مراقبي السعود، 1/ 12-13؛ ومحمد بكر، اصول الفقه وفق منهج اهل السنة والجماعة، 47-53.

الادلة التي توجب العلم عند بعض الاصوليين فقط³⁶، فينبغي ان لا تكون من اصول الفقه حيث العلم والقطع، فقول الرازي: "طرق الفقه" شمل كل ما يوصل الى الفقه دليلا كان او امارا وطريقا. والمراد بمعرفة الادلة: معرفة ان الكتاب والسنة والاجماع والقياس ادلة يحتج بها، ومعرفة ما يتعلق بهذه الادلة وما يؤخذ منها من قواعد، مثل الامر للوجوب ... الخ.

وكلمة الفقه اي الاحكام الشرعية كما سبق في التعريف الاضافي، فيكون التعريف متناولا للادلة والاحكام الشرعية وما يتعلق بهما "على سبيل الاجمال" أي: ان المعتبر في حق الاصولي انما هو بيان كون تلك الادلة ادلة، بمعنى انه لا يبحث على التعيين في امر معين أي لا يبحث في ادلة معينة، الا ترى انه انما يتكلم في اصول الفقه في بيان ان الاجماع دليل؟.

فاما انه وجد الاجماع في مسألة معينة فذلك لا يذكر في اصول الفقه، وكذلك اذا تكلمنا ان الامر للوجوب لم نشر الى امر معين، وكذا النهي والقياس، وليس كذلك فعل الفقيه حيث يتكلم في ادلة معينة كقوله U: "انما الاعمال بالنيات"³⁷ "وكيفية الاستدلال بها" اي معرفة الشرائط التي معها يصح الاستدلال بتلك الطرق، كتقدم الكتاب على السنة وهي على الاجماع وكلها على القياس وتقدم النص على الظاهر والمتواتر على الآحاد ... الخ.

"وكيفية حال المستدل بها" وهو طالب حكم الله تعالى فيدخل فيه المجتهد والمقلد، لأن طالب حكم الله تعالى ان كان عاميا وجب أن يستفتي، وان كان عالما وجب ان يجتهد، والتعريف المختار هو "اصول الفقه عبارة عن قانون الاجتهاد وقواعد الاستنباط التي يستعين بها المجتهد . أو القاضي، على استخراج الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية الجزئية " ³⁸ فوجب البحث في اصول الفقه عن حال الفتوى والاجتهاد وهل كل مجتهد مصيب³⁹ ويعلم من التعريفين اصول الفقه، والفقه ان علاقة علم الاصول بالفقه هي علاقة الاصل بالفرع والاساس بالبناء، والجذر بالجذع، فبواسطة اصول الفقه وما توصل اليه الاصوليون من قواعد وضوابط يتمكن الفقيه من استنباط الاحكام واستخراجها من مصادر التشريع المختلفة.

موضوع اصول الفقه هو : الادلة وما يتعلق بها اجمالا من حيث يوصل العلم باحوالها الى قدرة اثبات الاحكام لافعال المكلفين. الاحكام وما يتعلق بها اجمالا من حيث ثبوتها بالادلة.

³⁶ زيدان، الوجيز في أصول الفقه، 171-229.

³⁷ مسلم، الإمارة، 45 .

³⁸ الزلي، مصطفى إبراهيم، أصول الفقه في نسيجه الجديد، 7.

³⁹ محمد بكر، اصول الفقه وفق منهج اهل السنة والجماعة، 53-55.

فأصول الفقه دائر بين الإثبات والثبوت وما يتعلق بهما، أما أمور الاجتهاد وشروطه والافتاء والاستفتاء والمكلف وأهليته، فيمكن جعلها عنصراً ثالثاً ورابعاً فيكون الموضوع. الأدلة، الأحكام، المكلف، باعتبار جواز تعدد الموضوع، أو يمكن اعتبارها مما يتعلق بالأدلة والأحكام، فالاجتهاد يتعلق بالأدلة من حيث بيان ما يقدم منها وما يؤخر وكيف يستنبط الحكم منها وكذا من يحق له الاجتهاد وشروطه. كما أن المكلف قد يلحق ويتعلق بالأحكام من حيث أن هذه الأحكام على من تنطبق وما هي شروطه؟ وبيان أهليته⁴⁰.

قال الغزالي: "واشرف العلوم ما ازدوج فيه العقل والسمع واصطحب فيه الرأي والشرع، وعلم الفقه وأصوله من هذا القبيل، فانه يأخذ من صفو الشرع والعقل سواء السبيل، فلا هو تصرف بمحض العقول بحيث لا يتلقاه الشرع بالقبول ولا هو مبني على محض التقليد الذي لا يشهد له العقل بالتأييد والتسديد، ولأجل شرف الفقه وسببه وفر الله له دواعي الخلق على طلبه، وكان العلماء به ارفع مكاناً واجلهم شأناً وأكثرهم اتباعاً واعواناً⁴¹".

إذن إن الفقه وأصول الفقه علمان مستقلان، ولكل منهما قواعده على رغم وجود الارتباط الوثيق بينهما بحيث لا ينفك أحدهما عن الآخر.

و إن القواعد الفقهية تشبه أصول الفقه من ناحية وتخالفها من ناحية أخرى، أما جهة المشابهة. فهي أن كلا منهما قواعد تندرج تحتها جزئيات، وأما جهة الاختلاف، فهي أن قواعد الأصول هي عبارة عن المسائل التي تشملها أنواع من الأدلة التفصيلية يمكن استنباط التشريع منها؛ وأما قواعد الفقه فهي عبارة عن المسائل التي تندرج تحتها أحكام الفقه نفسها، ليصل المجتهد إليها بناء على تلك القضايا المبينة في أصول الفقه؛ ثم إن الفقيه إن أوردتها أحكاماً جزئية فليست قواعد؛ وإن ذكرها في صور قضايا كلية تندرج تحتها الأحكام الجزئية فهي القواعد. وكل منهما القواعد الكلية والأحكام الجزئية داخل في مدلول الفقه على وجه الحقيقة. وكل منهما متوقف عند المجتهد على دراسة الأصول التي يبني عليها كل ذلك.

ويجدر بنا أن ننبه إلى أمر هام وهو أن بعض القواعد قد نجدها متداخلة أو متراوحة بين القسمين المتقدم ذكرهما، فذلك نتيجة اختلاف النظر إلى القاعدة لأنه ينظر إلى القاعدة من ناحيتين.

⁴⁰ محمد بكر، أصول الفقه وفق منهج أهل السنة والجماعة، 61-63؛ الشوكاني، إرشاد الفحول، 23-24؛ زيدان، الوجيز في أصول الفقه، 12، 13؛ محمد بكر، وأصول الفقه وفق منهج أهل السنة والجماعة، 74.

⁴¹ الغزالي، المستصفى، 14/1.

وذلك كسد الذرائع والعرف، فإذا نظر إليها باعتبار أن موضوعها دليل شرعي كانت قاعدة أصولية . وإذا نظر إليها باعتبار كونها فعلاً للمكلف، كانت فقهية، كسد الذرائع إذا قيل . كل مباح أدى فعله إلى حرام أو أدى الإتيان به إلى حرام فهو حرام سداً للذريعة كانت القاعدة فقهية، وإذا قيل . الدليل المثبت للحرام مثبت لتحريم ما أدى إليه كانت القاعدة أصولية وفي العرف . إذا فسر بالإجماع العملي أو المصلحة المرسلة كانت قاعدة أصولية، وإذا فسر بالقول الذي غلب في معنى معين، أو بالفعل الذي غلب الإتيان به كانت قاعدة فقهية.⁴²

و هناك مصطلحات أخرى في هذا الباب مثل الأشباه والنظائر والمثيل والفروق ، وأن الفقهاء أضافوا كلمة النظائر إلى كلمة الأشباه وذلك لأنهم لما أرادوا أن يتكلموا في القواعد، وجدوا القواعد على أصناف متعددة من قواعد كبرى، أو قواعد صغرى، أو قواعد مذهبية تختلف باختلاف المذهب.

وبجانب تلك القواعد ألفوا هناك ما يتلاءم معها من فنون فقهية أخرى مثل الفروق وأحكام وحقائق هي في الواقع متشابهة مع وجود بعض الفرق بينها مثل الوضوء والغسل والنسيان والخطأ، وكل ذلك أفضى بهم إلى إلحاق النظائر إلى الأشباه حتى يمكن جمع تلك الأصناف تحت عنوان شامل ولا يعد ما يندرج تحته دخيلاً ومقحماً.

ولاشك أن ذلك كان مبنياً على أمر علمي دقيق، إذ إنهم أدركوا أن كلمة الأشباه لا تنفي بالغرض الذي يتوخونه بحيث يدخل فيها القواعد والضوابط، ولكن لا يدخل فيها الفروق بحال من الأحوال.

لأن الفروق عبارة عن شيئين بينهما شبه ضعيف في الظاهر ولكن يظهر الفرق بينهما عند التدقيق والتأمل ؛ فهنا أضافوا النظائر إلى كلمة الأشباه، لأنها أعم من الشبيه والمثيل، فالنظير قد يشارك أصله ولو بوجه واحد.

1.7. استمداد القواعد الفقهية

القواعد الفقهية تستمد من الكتاب والسنة والاجماع، وبقيّة أدلة التشريع الأخرى يستنبطها العلماء على مر العصور، وعلى حسب ما تدعو إليه الحاجة، وعلى حسب ما يطرأ من تغير الأمكنة والأزمنة والأحوال والأشخاص والمقاصد، فتظهر عندئذ القواعد الفقهية في هذه المجالات التي تحتاج إلى تلك الصياغة الجديدة التي تبين كيف رأى الفقه الإسلامي هذا الجانب من جوانب تلك المجالات.

⁴² عمر عبدالله كامل، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية، 28-29.

فاستمداد القاعدة الفقهية إذن قد يكون نصًا من الكتاب كقاعدة "المشقة تجلب التيسير" مستمدة من قول الله تعالى: "وما جعل عليكم في الدين من حرج"⁴³ أو السنة كقاعدة الأمور بمقاصدها فإن مصدرها حديث "إنما الأعمال بالنيات".⁴⁴

وقد تكون القاعدة مستنبطة من نصوص شرعية متعددة كقاعدة: "اليقين لا يزول بالشك" فإنها مستنبطة من نصوص شرعية، منها حديث "إذا وجد أحدكم في بطنه شيئًا فأشكل عليه أخرج منه شيء أو لا، فلا يخرج من المسجد حتى يسمع صوتًا أو يجد ريحًا"⁴⁵.

1. 8 . حجية القواعد الفقهية

اتفق الفقهاء على أن القاعدة الفقهية التي مصدرها نص شرعي حجة، لأن الاحتجاج بها في الواقع من الاحتجاج بأصلها.

ولكن حصل الخلاف في القاعدة الفقهية التي استنبطها الفقهاء من استقراءهم للفروع الفقهية، وذلك على رأيين .

الرأي الأول: أنها ليست حجة، وإنما هي شاهد يستأنس به، ولا يمكن الاعتماد عليها، ومن ذهب إلى هذا الرأي ابن فرحون المالكي، وابن دقيق العيد الشافعي.

الرأي الثاني : أنها إذا سلمت القاعدة من المعارض تصير حجة، وذلك عند القراني وأبي عبد الله بن عرفة.⁴⁶

والرأي الأول هو الأصوب لأن القاعدة حكم أغلبي، وفي الاستدلال بها ذريعة لترك العناية بالدليل الخاص، ولكن من الممكن الاستئناس بها فقط لاسيما إذا لم يكن لها معارض، وإن كان في الرأي الثاني وجهة جاءته من اشتراط السلامة من المعارض، والله أعلم.

وقد جاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام ما نصه :

"إن المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة، وتلك القواعد مسلمة معتبرة في الكتب الفقهية تتخذ أدلة لاثبات المسائل،

⁴³ الحج 22 / 78.

⁴⁴ البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، ت: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، بدون م، ط: الأولى، 1422هـ، بدء الوحي، 54؛ ومسلم، الإمارة، 45.

⁴⁵ مسلم، الحيض، 26.

⁴⁶ القراني، الفروق، 2/ 109؛ ملا خسرو، درر الحكام، 1/ 10.

وتفهمها في بادئ الأمر، فذكرها يوجب الاستئناس بالمسائل، ويكون وسيلة لتقررها في الأذهان.⁴⁷

وقال ابن نجيم في الفوائد الزينية: كما نقله عنه الحموي في "غمز عيون البصائر" لا يجوز الفتوى بما تقتضيه الضوابط لأنها ليست كلية بل أغلبية، خصوصاً وهي لم تثبت عن الإمام، بل استخرجها المشايخ من كلامهم.⁴⁸

1. 9. أهمية القواعد الفقهية

إن القواعد الفقهية تصور المبادئ والمقررات الفقهية العامة تصويراً رائعاً، وتعتبر كشفاً لآفاقها ومسالكها النظرية التي يسرت ضبط فروع الأحكام العملية بضوابط تبين كل زمرة من هذه الفروع وحدة المناط وجهة الارتباط برابطة تجمعها وإن اختلفت موضوعاتها وأبوابها. ولولاها لبقيت الأحكام الفقهية فروعاً متناثرة مشتتة.

وهذه القواعد مهمة في الفقه عظمة النفع، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه، ويعرف وتتضح مناهج الفتوى، ويكشف فيها تنافس العلماء وتفاضل الفضلاء، ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية، تناقضت عليه الفروع واختلفت، وتزلزلت خواطره فيها واضطربت، وضاعت نفسه لذلك وقنطت، واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لاتتناهي، وانتهى العمر ولم تقض نفسه من طلب مناهها، ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات، لاندراجها في الكليات، واتحد عنده ماتناقض عند غيره، وأجاب الشاسع البعيد وتقارب، وحصل طلبته في أقرب الأزمان، وانشرح صدره لما أشرق فيه من البيان، وبين المنزلتين تفاوت شديد.⁴⁹

ومن خلال كلام العلماء يظهر لنا أن للقواعد الفقهية أهمية كبرى لا يستغني عنها كل مشغل بالفقه وفروعه وأصوله، ويتمثل ذلك فيما يلي:

١. أن القواعد الفقهية توفر على الفقيه وقته وجهوده، إذ بها يستطيع ضبط الجزئيات ومعرفة مسائل الفروع، لأن مسائل الفروع كثيرة، وأحكام الجزئيات باعتبارها منبثة في كثير من الأبواب المختلفة يصعب استدامة حفظها، ولأنها تتشابه في بعض الوجوه.

٢. أن الفقيه عندما ينكب على دراسة القواعد الفقهية فإن ذوقه ووعيه الفقهي يكون نامياً

⁴⁷ ملا خسرو، درر الحكم، 1/ 10.

⁴⁸ الحموي، غمز عيون البصائر، 3/ 37.

⁴⁹ القراني، الفروق، 1/ 3.

متجددًا يستطيع أن يرد بهذه الملكة الفقهية كثيرًا من المسائل إلى أصولها التي تجمعها للعلاقة التي بينها، كما يستطيع أن يربط مايجد من مطالب لديه بأصولها، وبذلك يسهل على الفقيه معرفة هذه النوازل، وخاصة إذا لم يكن للأقدمين بها عهد، ولم يتكلموا فيها بشيء، والمسلمون أحوج ما يكونون إلى أمثال هؤلاء الفقهاء الذين يبينون للمسلمين حكم الشريعة في النوازل الجديدة والقضايا المستحدثة.

٣. عند دراسة الفقيه للقواعد الفقهية يحدد فهم واستخراج أوجه التشابه في المسائل، فبذلك تتسع دائرة التطبيق العلمي لهذه القواعد، وربما نشأ عن ذلك قواعد جديدة فيثري الفقه الإسلامي، ويجد الناس الحلول لكثير من القضايا المستعصية والمباحث الشائكة.

٤. كما أن من الفوائد التي تبين أهمية دراسة القواعد الفقهية أنها تعطي صورة للمذهب الذي كتبت فيه بحيث إن المتمرس بها وبفروع المذهب يوجد عنده تصور للمذهب يستطيع به أن يتعرف على مسائله، ويدرك مراميه.

٥. توضح المنهاج الذي وصل اليه الاجتهاد في المذهب، والروابط التي تربط بين مسائله الجزئية

٦. تسهل وتيسر على من يفهمها مهمة الدراسة المقارنة بين المذاهب الفقهية، فتكون المقارنة بين القواعد الكلية لا بين الفروع الجزئية التي يتيه القارىء فيها.

٧. بمعرفة القواعد الفقهية يسهل على العالم بها إبطال دعوى أولئك الذين يغمطون الفقه الاسلامي حقه، وينقصونه قدره، ويرمون به بأنه حلول جزئية، وليس قواعد كلية.

٨. إدراك مقاصد الشريعة، فمعرفة القاعدة العامة يفهم منه مقصد الشريعة في ذلك فقاعدة المشقة تجلب التيسير" يفهم منها أن رفع الحرج والتيسير على العباد مقصد من مقاصد الشريعة.⁵⁰

⁵⁰ عمر عبدالله كامل، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية، 38-39.

1. 10 . نشأة القواعد الفقهية وتدوينها:

مرت القواعد الفقهية في تطورها بمرحلتين:

1. 9.1 . الطور الأول : طور النشوء والتكوين

هو عصر الرسالة أو عصر التشريع الذي كانت فيه البذرة الأولى للقواعد الفقهية فإن النبي الذي أنطقه الله بجوامع الكلم، كانت أحاديثه الشريفة في كثير من الأحكام بمثابة القواعد العامة التي تنطوي تحتها فروع فقهية كثيرة. وهي بجانب كونها مصدرًا خصبًا للتشريع واستنباط الأحكام تمثل القواعد الكلية الفقهية، مثل قوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان، العجماء جرحها جبار، لا ضرر ولا ضرار، البينة على المدعي واليمين على من أنكر، وغيرها من جوامع الكلم أضحت عند الفقهاء قواعد ثابتة مستقلة، وجرت مجرى القواعد الفقهية : ومن ذلك قوله: "المنيحة مردودة، والعارية مؤداة، والدين مقضي، والزعيم غارم".⁵¹

1. 9.2 . الطور الثاني : طور النمو والتدوين

لقد تأخرت بداية القواعد الفقهية ، باعتبارها فنًا مستقلًا، عن العصور المبكرة إلى عصر الفقهاء في إبان القرن الرابع الهجري، وما بعده من القرون .
ومما يشهد له التاريخ ويظهر ذلك بالتتبع والنظر، أن فقهاء المذهب الحنفي كانوا أسبق من غيرهم في هذا المضمار، ولعل ذلك للتوسع عندهم في الفروع وأخذ بعض الأصول عن فروع أئمة مذهبهم، ولعل أقدم خبر يروى في جمع القواعد الفقهية في الفقه الحنفي مصوغة بصيغها الفقهية الماثورة، أن الإمام أبا طاهر الدباس من فقهاء القرن الرابع الهجري قد جمع أهم قواعد مذهب الإمام أبي حنيفة في سبع عشرة قاعدة كلية . وكان أبو طاهر ضريحًا يكرر كل ليلة تلك القواعد بمسجده بعد انصراف الناس.⁵²

⁵¹ أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، دار الحديث، بيروت، ط: الأولى، 1389هـ البيوع، 91؛ الترمذي، الترمذي أبي عيسى محمد بن عيسى، سنن الترمذي الجامع الصحيح، ت: أحمد شاكر، دار الكتب العلمية، بيروت 1980م، البيوع، 36؛ والمنيحة أو المنحة: بمعنى العطية، والزعيم: الكفيل الغارم الضامن. ابن الاثير، النهاية، 303/2 و 364/4؛ وعمر عبدالله كامل، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية، 44.

⁵² الندوي، القواعد الفقهية، 140-141؛ وعمر عبدالله كامل، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية، 44.

1. 3. مفهوم القانون " المدني " والتقنين والتشريع الاسلامي وضرورته للحكم وأقوال

العلماء فيه:

1. 3. 1. مفهوم القانون المدني وتقنين الفقه وأساس الفكرة

التقنين أمر له أهمية كبرى في العالم الاسلامي ولا يتم أمور المسلمين والحكم بالشرع الا به ولا بد من بيان تعريفه وموضوعه والمصطلحات المتعلقة به .

أولاً: بمفهوم القانون المدني :

القانون المدني هو أحد أهم فروع القانون الخاص الذي ينظم العلاقات التي تنشأ بين أشخاص لا يعمل أيهم بصفته صاحب سيادة . والقانون المدني هو القانون الذي ينظم الروابط القانونية المالية _ فيما عدا ما يتعلق منها بالتجارة _ والشخصية الخاصة بعلاقات الأفراد بعضهم وبعض، وهو بهذا التعريف ينظم نوعين من العلاقات الخاصة للأفراد . المعاملات المالية، والأحوال الشخصية.

وتشمل الحقوق المالية على اختلاف أنواعها ومصادرها ومجالاتها فيما عدا ما ينفرد بتنظيمه وبصفة خاصة قانون التجارة، وتشمل ما يلي:

الحقوق الشخصية أو الالتزامات: وهي رابطة دائن بمدين، والتي قد يكون مصدرها العقد أو الإرادة أو الفعل غير المشروع أو الفعل النافع أو القانون.

الحقوق العينية: وهي سلطة مباشرة لشخص على شيء وتشمل حق الملكية وسلطاته الثلاثة من الاستعمال والاستغلال والتصرف، والحقوق المتفرعة عنه كالانتفاع والاستعمال والسكنى وحق الحكر، كما تشمل أيضاً الحقوق العينية التبعية التي توجد تابعة لحق الشخص كالرهن الرسمي والرهن الحيازي وحق الامتياز وحق الاختصاص.

المعنى اللغوي للتقنين:

إن كلمة التقنين ليست عربية لأنها مشتقة من كلمة قانون، وكلمة قانون ليست عربية أيضاً، حيث ورد في لسان العرب: والتقنين الضرب بالقنين وهو الطنبور باللغة الحبشية، ويقال النرد، وقال الأزهري. وهذا هو الصحيح، وأتقن الشيء أكمله، وإتقانه إحكامه، والإتقان الإحكام للأشياء " ورجل تقن، متقن للأشياء حاذق، وقانون كل شيء، طريقه ومقياسه، وقال

ابن سيده وآراها دخيلة، والقوانين: الأصول، الواحد قانون، وليس بعربي.⁵³ وقال صاحب المصباح المنير: القانون الأصل والجمع قوانين.⁵⁴

معنى التقنين عند الفقهاء المعاصرين والتعريف الجامع لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية. في ضوء تعريفات الفقهاء المعاصرين للتقنين، وتعريف شراح القانون للقانون، نستطيع تعريف تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بأنه "قيام الجهات المختصة بالدولة الإسلامية بصياغة الأحكام الفقهية في قواعد عامة ومجردة وملزمة على شاكلة النصوص القانونية وإقرار ذلك وإصداره على هيئة قانون.

فكرة تقنين الفقه الإسلامي: لاشك أن في شريعتنا الغراء كنوزاً خالدة لا تحتاج إلا إلى صياغة جديدة بروح العصر ومفاهيمه على منوال التقنيات الجديدة مما يسهل ويؤكد العودة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية واستمداد القوانين منها مع مراعات عامل التطور والحداثة أو المعاصرة والتقدم الهائل للبشرية في كل المجالات ووجوب تحديد النظرة إلى واقع الفقه الإسلامي بضوابط وأصول شرعية على أساس الإدراك الضروري لمتطلبات اليوم وفي ضوء ما نشاهده من وجود تنظيمات أو قوانين عديدة متكاملة منظمة مستحدثة ومنطقية في أذهان واضعيها.⁵⁵

وهذه الفكرة ليست جديدة بل هي قديمة، فقد حاول عبد الله بن المقفع إقناع أبي جعفر المنصور المتوفي سنة 158هـ بتقنين أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك في رسالة حررها إلى أبي جعفر المنصور حيث قال: "فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأفضية والسير المختلفة فترفع إليه في كتاب ويرفع معها ما يحتج به كل قوم من سنة أو قياس ثم ينظر أمير المؤمنين في ذلك فيمضي في كل قضية رأيته الذي يلهمه الله ويعزم عليه عزماً وينهى عن القضاء بخلافه"⁵⁶ وفي عام 148هـ دعا الخليفة أبو جعفر المنصور إلى إلزام الناس بموطأ الإمام مالك بن أنس المتوفي سنة 179هـ فامتنع الإمام مالك عن ذلك، ثم أعاد أبو جعفر المنصور المحاولة مرة أخرى عام 163هـ "فامتنع الإمام مالك أيضاً، وفي عهد الخليفة المهدي المتوفي سنة 169هـ "حاول إلزام الناس بموطأ الإمام مالك فامتنع أيضاً".⁵⁷

⁵³ ابن منظور، لسان العرب، 13 / 73.

⁵⁴ الفيومي، المصباح المنير، 2 / 517.

⁵⁵ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 4 / 3270؛ الزحيلي، جهود تقنين الفقه الإسلامي، 10.

⁵⁶ الأصبهاني، أبو نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، دار السعادة، القاهرة، 1974م، 2/189.

⁵⁷ الشوكاني، القول المفيد في أدلة الاجتهاد والتقليد وموقف الفقهاء من تقنين أحكام الشريعة الإسلامية، 7.

و قد ذكر الباحثون أن قوانين ملاقا الاسلامية هي أول قانون اسلامي في العالم الاسلامي كما أنها سبقت القوانين الاوروبية بأربعة قرون في التاريخ، إلا أن أمر هذه القوانين فقدت ولم تعرف لا في العالم الاسلامي ولا في العالم الغربي، ولكن العالم الغربي سبق العالم الاسلامي في التعرف إلى هذه القوانين ولكنهم لم يعلنوها بل أسندوا أولية التقنين إلى نابليون بونابرت الفرنسي والأمر ليس كذلك.⁵⁸

وفي أواخر القرن الثالث عشر الهجري تنبعت الدولة العثمانية، ورأت الحاجة ماسة إلى تقنين أحكام المعاملات بأسلوب القوانين الحديثة من حيث ترتيب الأبواب والفصول وترتيب المواد، فألفت لجنة من كبار الفقهاء هم سبعة علماء أسمتها "جمعية المجلة" وكان يرأسها أحمد جودت باشا ناظر ديوان الأحكام العدلية "وزير العدل" وأسندت إلى هذه الجمعية مهمة وضع قانون المعاملات المدنية من الفقه الحنفي دون التقيد بالرأي الراجح، واستمر عمل هذه الجمعية سبع سنوات من سنة 1286هـ وحتى سنة 1293هـ حيث صدر هذا القانون في 26 شعبان 1293هـ وكان اسمه "مجلة الأحكام العدلية" وقد احتوت هذه المجلة على "1825" مادة تتناول أحكام البيوع والإيجارات والكفالة والحوالة والرهن والهبة والغصب والإتلاف والحجر والإكراه والشفعة والشركات والوكالة والصلح والإبراء والإقرار والدعوى والبيانات والتحليف والقضاء، ولم تتناول المجلة مسائل العبادات، والأحوال الشخصية، وقد اتبعت المجلة أسلوب القوانين الحديثة من حيث ترتيب الأبواب والفصول وترتيب المواد.

⁵⁸ يونس وهي ياووز الآفطوغان، حركة التجديد في تقنين الفقه الاسلامي، مجلة الاحكام العدلية وقوانين ملاقا الاسلامية، ط: الاولى، بيروت بدون د، بدون ت، 498.

1. 3. 2. نبذة عن المجلة الأحكام العدلية

أنشأت مجلة الأحكام العدلية بعد توقف حرب القرم الأولى بين المسلمين العثمانيين والروس والتي أدت إلى بقاء جالية إسلامية ضخمة تحت سلطة الروس فطلبت السلطنة العثمانية من الكنيسة الأرثوذكسية في موسكو تقنيا واضحا لكيفية معاملة الرعايا المسلمين مما دفع الروس للرد بالمثل فأنشأ السلطان عبد المجيد لجنة من الفقهاء الحنفية مع مساهمين من المذاهب الثلاث الأخرى مراقبين لتقنين القضاء والأحكام الفقهية الإسلامية .

1. 2. 3. 1. مراحل تاريخية :

امتد إصدار المجلة قرابة ستة عقود وقد تقلب وضعها خلال هذه العقود من دور كبير جدا شبيه بما تؤديه المحكمة العليا حاليا ثم تراجع وضعها مع تعنت فقهاء الحنفية في عدم الخروج عن المذهب مما دفع السلطنة لتوطين قوانين اقتصادية بالدرجة الأساسية أوربية وبعد تراجع أهميتها جرى تأصيل لأحكامها بما يسمى القواعد الفقهية تشبه ما يسمى حاليا الفقه القضائي .

1. 2. 3. 2. ماهية التشريع والترتيب

هو أول تدوين للفقه الإسلامي في المجال المدني في اطار بنود قانونية، على مذهب الامام ابي حنيفة النعمان ، مكونة من ستة عشر كتابا، أولها كتاب البيوع واخرها كتاب القضاء كل كتاب يتناول موضوع ومكون من أبواب وكل باب مكون من فصول.

1. 3. 2. 3. الأثر القانوني

هي القاعدة التي بني عليها قانون الأحوال الشخصية وقانون العقوبات في اغلب الدول العربية، وهو ساري المفعول في قطاع غزة كقانون مدني وما تزال المرجع الأساسي لقانون الأحوال الشخصية وتقسيمات المذاهب اليهودية في إسرائيل، يوجد عدة تراجم للغة العربية مع الشرح منها لفهمي الحسيني .

1. 3. 3. 3. محتويات المجلة

تحتوي مقدمة المجلة على مقالتين: المقالة الأولى في تعريف علم الفقه وتقسيمه" المادة 1 .".
تعريف الفقه .

المقالة الثانية : في بيان القواعد الكلية الفقهية الواردة في مجلة الاحكام العدلية " المادّة 2

" . الأُمُورُ بِمَقْاصِدِهَا: " المادّة 3 " العِزَّةُ فِي الْعُقُودِ لِلْمَقْاصِدِ وَالْمَعَانِي لَا لِلْأَلْفَاظِ وَالْمَبَانِي..⁵⁹

وعقب ظهور مجلة الأحكام العدلية في تركيا ظهر قانون حقوق العائلة العثماني عام

⁵⁹ لجنة ، مجلة الأحكام العدلية، مكتبة نور محمد، ت: نجيب هواويني، 16.

1326هـ، الذي ينظم الزواج والفرق، ولم يلتزم هذا القانون بأحكام المذهب الحنفي بل أخذ في بعض المسائل بأحكام المذاهب الأخرى، وبعد ذلك صدر قانون الجنائيات⁶⁰ "وانتهت منه في سنة " 1239 هـ . 1876م " وقد تخيرت الراجح من آراء المذهب الحنفي، كما أخذت بعض الأقوال المرجوحة في المذهب لموافقتها للعصر، ولسهولة تطبيقها وتيسرها على الناس. ثم وُضعت تلك اللجنة الأحكام التي اختارها على شكل مواد بلغت " 1851 مادة، ثم صدر أمر الدولة بالعمل بها في 26 شعبان سنة 1239 هـ، وسمّيت بمجلة الأحكام العدلية، وصارت هي القانون المدني للدولة العثمانية، وطبقت في العراق.

⁶⁰ موسى عبد العزيز موسي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، ط: الأولى، النسر الذهبي، القاهرة، 1985م، 125.

1.3.4 . تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في بعض الدول العربية

ظلت المجلة هي المطبقة في العراق إلى أن شرع القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951م، وبعد هذا التقنين المهم صدرت عدة تقنينات في مصر، والعراق، وتونس ومراكش، والأردن، وسوريا وغيرها.

وهذه التقنيات المختلفة لم تتقيد بمذهب معين، وإنما أخذت أحكامها من مختلف المذاهب الإسلامية عدا مجلة الأحكام العدلية إذ تقيدت بالفقه الحنفي وهذا الاتجاه حسن بشرط أن لا يأخذ بقول شاذ لا دليل عليه.

ومع هذا الاتجاه العام في موضع التقنيات فقد جاءت في بعضها أحكام لم ترد في أي مذهب من المذاهب الإسلامية من ذلك منع تعدد الزوجات، كما جاء في القانون التونسي، ومسائل الميراث التي وردت في القانون العراقي قبل تعديله الأخير، ومسائل أخرى مبثوثة هنا وهناك في ثنايا هذه القوانين المختلفة ليس هنا محل ذكرها وبيان ما فيها من مصادمة لنصوص الشريعة أو لما هو مستقر في الفقه الإسلامي بجملة.⁶¹

وفي الوقت الحاضر، تباشر نخبة فقهية من مظاهرها: هذا الاهتمام الملحوظ بالفقه الإسلامي في أوساط التعليم الجامعي، ودراسة الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، وإظهار مزاياه وخصائصه وكثرة التأليف في مباحثه وظهور المبرزين فيه الجامعين بين الثقافة القانونية الشرعية.

نعم شاعت وانتشرت خلال النصف الثاني من القرن الرابع عشر الهجري ظاهرة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في مختلف الدول الإسلامية، وسنكتفي في هذا المطلب بالإشارة بإيجاز إلى جهود التقنين في بعض الدول العربية وهي العراق واليمن والكويت والسعودية ومصر وأردن والامارت.

قال السنهوري: أننا لا نريد بتقليد التقنينات الحديثة أن نذهب في ذلك إلى مدى أبعد مما ينبغي، وإذا كنا نقول بالاستفادة دون تحفظ من التقنينات الغربية من ناحية الشكل والصياغة، ففي المادة والموضوع نتحفظ كثيراً في هذا القول، ثم علق على قرار وزارة العدل العراقية باتخاذ الشريعة الإسلامية أساساً للتقنين قبل صدوره، فقال، ولما كان القرار خطيراً، وهو يؤذن بعهد جديد للفقه الإسلامي، يجري فيه الزمن، ويساير التطور، كان من الواجب أن نقف عنده حتى نمنع في مراميه.

⁶¹ علي جمعة محمد عبد الوهاب، المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية، ط: الثانية، دار السلام، القاهرة،

فأول أثر لهذا القرار أن يرد لهذه الشريعة السمحاء مكانتها بعد أن كادت تضيع، فقد رأينا أن البلاد الشرقية " أي العربية شرق المتوسط " التي راجعت تقنيناتها المدنية عدلت عن الشريعة الإسلامية إلى القوانين الغربية، وبقيت القاعدة مطردة من النصف الثاني للقرن التاسع عشر إلى الوقت الحاضر، فمصر تلتها تونس ومراكش وتركيا ولبنان، وكل هذه بلاد كانت تطبق الشريعة الإسلامية. ثم أعادت النظر في تقنيناتها، فقلبتها رأساً على عقب، إما باختيارها أو تحت تأثير نفوذ سياسي، وهجرت الشريعة الإسلامية إلى القوانين الغربية.

أما العراق فهو أول بلد عربي اعترى بتراث أجداده، وحرص عليه من الضياع. فالعراق يرفع صوته عالياً بأن الشريعة الإسلامية لا تزال نظاماً قانونياً حياً صالحاً للتطبيق، ولم يعد لسائر الأقطار العربية مجالاً إلا أن تقتفي أثر العراق.

وهناك فرق جوهري بين أن نجعل مصدر الأحكام الصالحة التقنيات الغربية، وبين أن نجعل مصدرها الشريعة الإسلامية، ففي الحالة الأولى نكون قد قطعنا كل صلة بالقديم، وبدأنا حياة قانونية جديدة، نكون فيها عالة على فقه الغرب نأخذ منه ولا نعطيه. أما في الحالة الثانية فنكون قد احتفظنا بصلة الماضي، وجعلنا من هذه الصلة أساساً يقوم عليه المستقبل، واحتفظنا باستقلالنا القانوني، فلا نكون عالة على فقه الغرب، وفي الوقت ذاته نكون قد استفدنا من هذا الفقه إلى أبعد مدى، إذ تصبح الأحكام التي اخترناها وخرّجناها على أحكام الشريعة الإسلامية متفقة مع أحدث الأحكام القانونية الغربية وأرقاها.⁶²

1.3.6 . خلاف الفقهاء بشأن تقنين الفقه الإسلامي

أولاً. الفقهاء المميزون لتقنين الفقه الإسلامي

ذهبت جماعة من الفقهاء المتقدمين إلى جواز أن يقوم ولي الأمر بإلزام القضاة وغيرهم بالحكم بمذهب معين ويصح اشتراط ولي الأمر على القاضي أن يقضي بهذا المذهب، وهذا هو قول الحنفية وهو قول عند المالكية، وبه قال السبكي وغيره من الشافعية.⁶³ كما ذهب كثير من الفقهاء المعاصرين إلى جواز تقنين أحكام الشريعة الإسلامية، ومنهم الإمام محمد عبده وغيره⁶⁴ أولاً يتسع المجال لحصر جميع الفقهاء المعاصرين الذين ذهبوا إلى جواز التقنين لكثرتهم وبيان أدلتهم.⁶⁵

⁶² السنهوري ، مجلة المحامين بدمشق، العددان السادس والسابع، من السنة الأولى، 505 - 508؛ من كتاب:

الفقه الاسلامي وأدلته، 4 / 3271.

⁶³ محمد بن الحسن الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، 76.

و قد وجد من فعل السلف ما يدل على شرعية التقنين، ومن ذلك جمع عثمان الناس على مصحف واحد وقراءة واحدة، وأحرق عثمان المصاحف الأخرى وفيها القراءات الشاذة وغيرها، وذلك سداً منه لباب الخلاف في القرآن، فكذلك الحال في التقنين الذي يمنع الخلاف في أحكام القضاء وغيرها. وذهب جمهور علماء العصر الحاضر إلى جواز التقنين، والإجماع ينعقد بقول الأكثر من علماء العصر، والمخالفة لهم شذوذ ولذلك فهي مطروحة، وعلى هذا الأساس فالتقنين جائز بأكثرية علماء العصر.

و ليس هناك دليل يمنع التقنين، ولذلك فهو من المصالح المرسلة، وقد رآه المسلمون حسناً، ولذلك فهو عند الله حسن، وينطبق على ذلك قوله " ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون سيئاً فهو عند الله سيئاً".⁶⁶

وبظهور معاجم الفقه الإسلامي، وما اشتملت عليه من مجلدات في فقه الصحابة والتابعين قبل أن تكون بعداد وقبل أن يولد أئمتها، ندفع عنه ما قذفه به كفرة المستشرقين وجهلة المسلمين من أنه فقه بدائي وإنما انتشر واتسع في بعداد بقانون حمورابي والفرس والرومان باسم القياس، ونثبت للناس أن فقه الإسلام هو فقه الإسلام وكفى بهذا الوصف كشفاً وسمة فهو مستنبط من القرآن والسنة وإجماع الصحابة والتابعين، وما زاد عليها فهو مستخرج منها خروج الجنين من بطن أمه .

يقول: محمد المنتصر الكتاني " وقد استبعد بعض زملائنا وأصدقائنا من أساتذة الجامعات والعلماء إمكان تنفيذ هذه الطريقة وتحقيقها في الماضي ولكن حين رأوها متمثلة في معجم فقه ابن حزم تلاشى استبعادهم وآمنوا بتحقيق تنفيذها وإذا أعان الله فسنعيده وسيكون بعد تجديده ثلاث مجلدات بدل مجلدين، إذ لا تزال فيه نواقص ككل عمل في البداية حين يبتكر.

و إن قيام هذه " المعاجم لموسوعة الفقه الإسلامي " سيبقى ديناً في ذمة الدول الإسلامية ملوكاً ورؤساء وحكومات وديناً في ذمة الجامعات الإسلامية إدارة وأساتذة وموجهين وديناً في ذمة القضاء محاكم وحكاما وقضاة.

⁶⁴ عبد الرحمن بن أحمد الجرعي، تقنين الأحكام الشرعية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني الإسلام اليوم، 2018م، 11.

⁶⁵ صلاح الدين المنجد ويوسف خوري، فتاوى محمد رشيد رضا، دار الكتاب الجديد، بيروت، 2/625؛ وهبة الزحيلي، جهود تقنين الفقه الإسلامي، 27.

⁶⁶ الحاكم، الحافظ أبو عبد الله النيسابوري، المستدرک على الصحيحين، كتاب معرفة الصحابة، 3/78.

وَالَّذِي سَيَسَعِدُهُ الْحُظُّ مِنَ الْمُلُوكِ وَالرُّؤَسَاءِ الْمُسْلِمِينَ سَيَكُونُ نَابِلِيونَ الْمُسْلِمِ الَّذِي سَيَقُولُ بَمَلَأَ فِيهِ. سَتَنْتَهِي فَتُوحَاتِي حَيْثُ يَصِلُ قَانُونِي" ⁶⁷ نُرِيدُ أَنْ نَسْمَعَ قَرِيبًا قَانُونِ مَلِكِ مُسْلِمٍ، بِدَلِّ قَانُونِ نَابِلِيونَ.

ثانيا. الفقهاء المحرمون لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية:

وقد ذهب إلى هذا القول بعض الفقهاء المعاصرين منهم محمد الأمين الشنقيطي و عبد الرزاق عفيفي وبعض علماء السعودية مثل محمد بن إبراهيم آل و عبد العزيز الشثري و عبد العزيز بن باز وغيرهم ⁶⁸.

واستدل هؤلاء بأدلة كثيرة منها:

1. أن الله سبحانه وتعالى أمر عند التحاكم أو التقاضي أن يحكم القاضي بالقسط فقال تعالى [وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ] ⁶⁹ ، فأثناء نظر القاضي للقضية قد يظهر له وفقاً للأدلة الشرعية أن القول الصحيح على خلاف القول المنصوص عليه في التقنين، والعدل والقسط يقتضي أن يحكم القاضي على وفق ما يعتقد أنه الصحيح وليس وفقاً للقول المنصوص في التقنين.

ويمكن الاعتراض على هذا الاستدلال بأن التقنين يتضمن القول الراجح الذي يعتمد على أقوى الأدلة، حيث يتم اختيار هذا القول من قبل العلماء المجتهدين عند التقنين، وهذا القول الراجح يتفق غالباً مع عقيدة القاضي واجتهاده، والقاعدة أن التشريع للغالب.

2. ذكر الله سبحانه وتعالى المرجع عند التنازع والتخاصم، وهو الرد والرجوع إلى الله تعالى وإلى رسوله، فقال تعالى " فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا " ⁷⁰ ، وفي تفسير هذه الآية قال ابن القيم : منعنا سبحانه وتعالى من الرد إلى غيره وغير رسوله وهذا يبطل التقليد ⁷¹ وقال البيهقي في باب ما يقضي به القاضي ويفتي به المفتي غير جائز له أن يقلد أحداً من أهل دهره، ولا أن يحكم أو يفتي بالاستحسان ⁷² ، وعلى ذلك فعلى القاضي ان يرجع عند اختلاف الخصوم إلى القرآن الكريم

⁶⁷ مُحَمَّدُ الْمُنتَصِرُ، معاجم القوانين الفقهية، بدون د، بداون م، 1997م، 100.

⁶⁸ عبد الرحمن بن سعد الشثري، تقنين الشريعة، الموقع الإلكتروني. <http://www.said.net>، 20.

⁶⁹ المائدة، 42/5.

⁷⁰ النساء، 59/4.

⁷¹ ابن قيم الجوزية، الإمام شمس الدين أبو عبد الله محمد، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ت: طه عبد الرؤوف، ط: الأولى القاهرة، بدون د، 1388هـ، 170/2.

⁷² البيهقي، الحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي بن عبد الله، السنن الكبرى، ط: الأولى، دائرة المعارف

والسنة النبوية المطهرة وليس الى التقنين.

وقد اعترض المميزون للتقنين على هذا الاستدلال بأن الآية عامة وليست في موضع النزاع، كما أنه غير صحيح القول بأن ما يختاره العلماء عند التقنين من الأقوال الراجحة في الفقه الإسلامي المستمدة من القرآن الكريم والسنة النبوية هو خلاف الحق، أو أن الرجوع إلى هذه الأقوال الراجحة المثبتة في التقنين هي رجوع إلى غير كتاب الله وسنة النبي.⁷³

3. أن مبنى شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله يقوم على تجريد الإخلاص لله وتجريد المتابعة للنبي، وفي التقنين الملزم توهين لتجريد الإتياع، حيث أن حكم القاضي على وفق ما ورد في التقنين تقسم القاضي للتقنين على قول الله سبحانه وتعالى، وسنة نبيه محمد صلى الله عليه وسلم، والله سبحانه وتعالى لا يقبل عملاً إلا إذا كان خالصاً له تعالى، واتبع في عمله سنة النبي .

ويمكن الاعتراض على هذا الاستدلال بما سبق الاعتراض به على الدليل السابق، فالعمل بالتقنين هو إتياع للقول الراجح المختار عند التقنين والمستند إلى الدليل الشرعي القوي، وهو الكتاب والسنة، وفي ذلك عمل بقول الله تعالى ومتابعة للنبي.

و أدلة أخرى ذكرها المانعون:

ثالثاً. الترجيح بين قول المميزين للتقنين وقول المانعين له.

فيما سبق استعرضنا قول المميزين وغير المميزين للتقنين وأدلتهم، وناقشنا أدلة الفريقين تفصيلاً، لذلك نرى أن القول بجواز التقنين جدير بالترجيح للأسباب الآتية.

1. قوة الأدلة التي استدلت بها أصحاب هذا القول وسلامتها وقلة الاعتراضات عليها، ومناسبة هذا القول للواقع في العصر الحاضر الذي تكاثرت مستجداته وتشابكت علاقاته، حيث صار العالم قرية واحدة بسبب التقنيات الحديثة، ولأن هذا القول يلائم صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان .

2. الأدلة التي استند إليها المحرمون للتقنين هي نصوص شرعية عامة لا تتصل مباشرة بموضع النزاع، كما أن الاستدلال بها لم يسلم من الاعتراض كما سبق بيانه .

3. التقنين في الوقت الحاضر وسيلة من وسائل الوحدة بين المسلمين ومظهر من مظاهرها، حيث ستكون الأقضية والأحكام والمعاملات والتصرفات واحدة بين مختلف المسلمين في نطاق الدولة الإسلامية الواحدة، كما أنه سيكون بإذن الله الطريق الأقرب إلى الوحدة بين الدول

العثمانية، حيدرآباد، 113/10.

⁷³ عبد الرحمن الجرعي، تقنين الأحكام الشرعية، 8.

الإسلامية وإن تعددت أقطارهم وأمصارهم، ولاشك أن ذلك سيكون مظهراً من مظاهر الوحدة والقوة بين المسلمين، والمسلمون اليوم في حاجة ماسة للوحدة.

4. التقنين وسيلة من وسائل التقريب بين المذاهب الفقهية، فعند التقنين يقوم العلماء باختيار القول الراجح الذي يستند إلى الدليل الشرعي القوي بعد الدراسة والتحصيل لأقوال المذاهب كافة، وهذا بدوره يؤدي إلى تقوية الجبهة الداخلية للدول الإسلامية وتحسينها من الخلافات المذهبية العميقة التي تكون باعثاً للصراعات الدموية كما يحدث في بعض الدول الإسلامية.

5. التقنين من أهم وسائل التنظيم والانضباط في الدولة المعاصرة، وبدون ذلك تكون الدولة نخباً للفوضى والانفلات، ولذلك فالدول الإسلامية تحتاج إلى هذه الوسيلة التنظيمية الهامة.

6. التقنين عملية تنظيمية محضة ليس لها هوية دينية أو سياسية أو فكرية، فالعبرة بالمحتوى، وإن كان التقنين نظاماً غريباً عن الشريعة الإسلامية، فلا حرج ولا تثريب من أخذ المسلمين بهذا النظام مادام محتواه مستمداً من الشريعة الإسلامية، وقد أخذ المسلمون الأوائل بكثير من النظم عن الدول الكافرة مثل نظام الدواوين وغيره، كما أن النبي امتدح بعض نظم الكفار كنظام الجوار الذي كان يتيح للأشخاص أن يجيروا من يطلب حمايتهم، وأجاز النبي الحلف الذي كان في الجاهلية في بيت عبد الله بن جدعان بل إنه بعث ليطمئ مكارم الأخلاق، وهذا يدل على أن للعرب في الجاهلية مكارم وفضائل ونظم لم ينسخها الإسلام مع أنهم كانوا كفاراً، كما أن المسلمين في الوقت الحاضر قد أخذوا نظماً كثيرة من غير المسلمين في شتى المجالات.

7. المطاعن والعيوب التي تشوب التقنين بالإمكان تلافيها أو الحد منها، في حين أنه يتعذر تلافي واحتواء مفسد عدم التقنين⁷⁴.

8. التقنين هو الوسيلة الوحيدة في هذا العصر لتطبيق الشريعة الإسلامية، فبه يتم اختيار القول الراجح في الفقه الإسلامي المستند إلى الدليل القوي ويتم تدوينه في التقنين، وسيكون العمل والحكم بها واجباً وملزماً ويعاقب من لا يعمل بها، وأن من خصائص القانون أنه يكون ملزماً ومقترناً بعقاب على من يخالفه.

9. تقنين أحكام الشريعة الإسلامية سيحدث نهضة فقهية شاملة واهتماماً بالغاً بالفقه الإسلامي، لأن عملية التقنين تقتضي الدراسة والنقاش والحوار أولاً بين العلماء والفقهاء في الدول الإسلامية عند إعداد مشروع التقنين ثم تتم مناقشة هذا المشروع من قبل الجهة المختصة بالحكومة كمجلس الوزراء ثم تكون المناقشة العلنية له في البرلمان " مجلس الشورى أو مجلس النواب " حيث

⁷⁴ الزحيلي، جهود تقنين الفقه الإسلامي، 12.

تقوم وسائل الإعلام بنقل وقائع هذه النقاشات ، إضافة إلى إن كثيراً من الدول عندما ترمع تقنين مسألة ما تعقد ندوات ومؤتمرات علمية للمتخصصين الذين يناقشون هذه المسألة من كل الجوانب، وتبثها وسائل الإعلام على الجمهور.⁷⁵



⁷⁵ الزحيلي، جهود تقنين الفقه الإسلامي، 12.

2. ضوابط التقنين وأصوله والأخذ بالأسهل بين المذاهب وما يتعلق به من التقليد والتلفيق وتتبع الرخص مع آراء بعض العلماء المعاصرين .

2.1 . التقليد حكمه واقوال العلماء فيه

التقليد لغة قلد: يدل على تعليق شيء عليه، ومنه تقليد البدنة، بان يعلق شيئاً في عنقها ليعلم انها هدي واصل القلد: القتل ، قلد الحبل اذا فتلته، وحبل قليد ومقلود، وقلده طوق الحمامة اي لا يفارقه ، كما لا يفارق الحمامة طوقها، والقلد السوار وهو قياس صحيح، لان اليد كأنها تتقلده، والاقليد ما يشد به زمام الناقة. فمن معنى الكلمة القتل، والقلادة: المفتولة التي تجعل في العنق، وبها شبه كل من يتطوق وكل ما يحيط بشيء، وقلدته الزمته.⁷⁶

"وقد صار للتقليد معنى عرني بحيث اذا قيل قلد فلان فلانا انصرف الى تقليد المذهب والطريقة الى حد التسليم والتفويض بمن قلده في مسائل الفقه".⁷⁷

التقليد اصطلاحاً: هو قبول قول بلا حجة "⁷⁸ بمعنى الاخذ بمذهب الغير دون بحث في الدليل الذي اعتمد عليه هذا المذهب. وذلك كالرجل يسمح كل رأسه في الضوء مقلداً المذهب المالكية دون ان يبحث في الدليل الذي اعتمد عليه المذهب في مسح الرأس وهو قوله تعالى: [وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلُكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ]⁷⁹ بناء على ان الباء في برؤوسكم زائدة لتأكيد المسح.⁸⁰

واتفق العلماء على انه لا تقليد في اصول الدين، اما في الاحكام العملية الفرعية فقد اختلفوا الى ثلاثة مذاهب.⁸¹

المذهب الاول: منع التقليد مطلقاً، وهذا مذهب ابن حزم الظاهري، من ادلتهم قول الله

⁷⁶ أحمد بن زكريا بن فارس، معجم مقاييس اللغة، ط: مصطفى الحلبي، بدون م، بدون ت، 19/5؛ والراغب الاصفهاني، مفردات الفاظ القرآن، 682.

⁷⁷ الصلابي، أسامة محمد، الرخص الشرعية احكامها وضوابطها، رسالة ماجستير، جامعة صنعاء للدراسات العليا والبحث العلمي، 79.

⁷⁸ الغزالي، المستصفى، 201/2.

⁷⁹ المائدة، 6/5.

⁸⁰ ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 11/1؛ والشوكاني، محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار، 245/1، ط: الأولى، دار الكلم الطيب، دمشق، 1419هـ؛ والزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، 372/1 .

⁸¹ عبد الكريم زيدان، الوجيز في اصول الفقه، 410-413.

تعالى [وَكَذَلِكَ مَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ فِي قَرْيَةٍ مِنْ نَذِيرٍ إِلَّا قَالَ مُتْرَفُوهَا إِنَّا وَجَدْنَا آبَاءَنَا عَلَىٰ أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَىٰ آثَارِهِمْ مُّقْتَدُونَ]⁸². وغيرها من الآيات القرآنية التي تدم تقليد الآباء والرؤساء، وقد احتج العلماء بهذه الآيات بإبطال التقليد، ولم يمنعهم كفر اولئك من الاحتجاج بها، لأن التشبيه لم يقع من جهة كفر احدهما وإيمان الآخر، وإنما وقع التشبيه بين المقلدين بغير حجة .

قال ابن مسعود رضي الله عنه " الا لا يقلدن احدكم دينه رجلا " وقال: " اغدو علما او متعلما ولا تغدُ امعة فيما بين ذلك"، واتفقت كلمة الائمة الاربعة على ذم التقليد بغير حجة وقال ابن حزم الظاهري بتحريمه⁸³. واحتجوا ايضا بان الله لم يكلف احدا من عباده اتباع مذهب معين بل امرهم بالإيمان بما بعث به محمدا صلى الله عليه وسلم والعمل بالشرعية.⁸⁴

وخلاصة ادلتهم ان التقليد جمود وغلق لباب الاجتهاد والنظر والاعتبار والاستدلال، وهو مما حض القرآن الكريم عليه، ومن حيث انه عكوف على رأي الآباء والمشايخ وايتارهم وتقديمهم على الحق وهو ما ذمه الله تعالى، هذا مع اجماع الجميع على ان الصحابة لم يكن فيهم واحد فما فوقه يقلد صحابيا اكبر منه، والصحابة اولى من غيرهم ان يقلدوا، فما الذي خص الائمة بالتقليد دون غيرهم من ابي بكر وعمر وعثمان وعلي وفقهاء الصحابة رضي الله عنهم⁸⁵.

القول الثاني. جواز التقليد مطلقا:

وقد ذكر الشاطبي امثلة لهؤلاء الذين اعرضوا عن الدليل واعتمدوا على رأي الرجال:
1. منهم من جعل اتباع الآباء في اصل الدين وردوا بذلك براهين الرسالة وصحة القرآن ودليل العقل.

2. الامامية: وهم طوائف الشيعة وهم الرافضة، ورأيهم في اتباع الامام المعصوم في زعمهم وان خالف ما جاء به الشرع الشريف، فحكموا الرجال على الشرع ولم يحكموا الشرع على الرجال، وهذا ضلال بعيد.

⁸² الزخرف، 43 / 23.

⁸³ وعنده المجتهد المخطيء افضل عند الله تعالى من المقلد المصيب والمقلد عاص والمجتهد مأجور. ابن حزم الظاهري، المحلى شرح المحلى ، 128/1.

⁸⁴ ابن حزم الاندلسي، الاحكام في أصول الاحكام، 2 / 228؛ أسامة محمد الصلابي، الرخص الشرعية احكامها وضوابطها، 81/83؛ محمد بن عبد العظيم الموروي، القول السديد في بعض مسائل الاجتهاد والتقليد، بدون د ، بدون م، بدون ت، 32

⁸⁵ الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير، الاعتصام، ط: الأولى، دار ابن الجوزي، الرياض 2008 م، 2/347 - 355.

3. مقلدة المذاهب من يأخذون آراء الرجال ديناً لاهل طريقتهنم ويأبون الانقياد الى الدليل والصواب وربما اتهموا الادلة واقوال المتقدمين، قال العز بن عبد السلام رحمه الله "ومن العجب العجيب ان الفقهاء والمقلدين يقف احدهم على ضعف امامه بحيث لا يجد لضعفه مدفعاً ومع هذا يقلده فيه، ويترك من الكتاب والسنة والاقيسة الصحيحة لمذهبه جموداً على تقليد امامه، فالاولى ترك البحث مع هؤلاء الذين اذا عجز احدهم عن تمشية مذهب امامه قال: لعل امامي وقف على دليل لم اقف عليه ولم اهتمد اليه، ولم يعلم المسكين ان هذا مقابل بمثله ويفضل لخصمه ما ذكره من الدليل الواضح والبرهان اللائح، فسبحان الله ما اكثر من اعمى التقليد بصره حتى حمله على مثل ما ذكر، وفقنا الله لاتباع الحق اينما كان وعلى لسان من ظهر"⁸⁶ فالقول بالتقليد مطلقاً ووجوبه باطل مخالف للنقول والمعقول⁸⁷.

القول الثالث: التفصيل وهو عليه أكثر العلماء.

ابطال التقليد مطلقاً ومنعه يفوت على الناس مصالح لا تخفى، كما ان وجوبه مطلقاً باطل مخالف للعقل والنقل. فقد أجمعت الامة او من يعتد به فيها على جواز تقليد المذاهب الاربعة المدونة الى يومنا هذا، وفي هذا مصالح ما لا يخفى لا سيما في هذه الايام التي قصرت فيها المهم جداء، واشربت النفوس الهوى واعجب كل ذي رأي برأيه .

وقد امر الله تعالى من لا يعلم ان يسأل من يعلم ويتبعه قال تعالى: [فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ]⁸⁸، فهذه الآية اصل في التقليد، وكل ما ورد في ذم التقليد فانما هو لغير العامي، اما العامي فلا بد له من تقليد العلماء، ولم يختلف العلماء ان العامة عليهم تقليد علمائها وانهم المرادون بالآية السابقة، كما لا يجوز لها الفتيا وذلك لجهلها بالمعاني التي فيها يجوز التحليل والتحريم والقول في العلم⁸⁹.

وبين الآمدي رحمه الله ان المتنازع انما هو في حق العالم اما غيره فيجوز تقليده من غير خلاف، فالخلاف دائماً في العالم⁹⁰.

⁸⁶ العز بن عبد السلام، قواعد الاحكام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة 1991 م، 2 / 305.

⁸⁷ الصلابي، الرخص الشرعية، 84.

⁸⁸ النحل، 16 / 43.

⁸⁹ العز بن عبد السلام، قواعد الاحكام، 209 / 2، الصلابي، الرخص الشرعية، 86 .

⁹⁰ الآمدي، أبو الحسن علي بن أبي علي بن محمد سيف الدين، الاحكام في اصول الاحكام، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، 209 / 4.

ومن عجز عن الاجتهاد ولم يمتلك ملكة الاجتهاد فعليه التقليد للعلماء، ولا يمنع هذا العامي من ان يطلب من مفتيه الدليل لانه من حقه ان يستوثق من الامر الذي سيدين الله به ويسكن قلبه ويطمئن، وعلى هذا اذا علم المقلد ان هذا العالم قد اخطأ في مسألة او زل فلا يجوز له ان يتبع مفتيه، لان ذلك سيؤدي الى مخالفة الشرع اولا ثم مخالفة متبوعه، لان المقلد عندما سأل المجتهد والعالم انما سأل عن حكم الله ورسوله وان لم يصرح بذلك.⁹¹ " فالعامي له ان يستفتي من شاء من اتباع الائمة الاربعة وغيرهم ولا يجب عليه ولا على المفتي ان يتقيد باحد من الائمة الاربعة باجماع الامة " ⁹² فيصبح الانتقال من مذهب الى مذهب، وهذا هو الحق الذي ينبغي ان يؤمن به ويعتقد ولكن ان لا يكون الانتقال للتلهي. وهذا القول اي القول بالتفصيل هو ارجح الاقوال، لانه يحقق مقصود الشرع من الحفاظ على الشريعة من التلاعب والتهاون بها . وكذلك يتميز العلماء المجتهدون من العامة المقلدين اذ لو طلب من كل مكلف الاجتهاد لتعطلت مصالح الناس.

و على هذا فإن التقنين هو اختيار الراجح من الاقوال ليكون قانونا ونبراسا للقاضي ، وياحبذا لو وضعت الآراء الفقهية المرجوحة في هامش القانون الراجح ، وأقترح أن تكون الأقوال المذكورة موضع استأناس للقاضي ومنضبطة بالقواعد الفقهية لأن لا يفقد القاضي ملكة الاجتهاد ويعرف المدارك والعلل والأسباب والمقاصد الشرعية ، ويدون ملاحظاته اليومية على القانون الراجح ويرفعها للجنة صياغة الدستور والقانون ليستفيدوا منها عند التعديلات.

⁹¹ الشاطبي، الاعتصام، 344/2 - 345؛ ابن تيمية، تقي الدين أحمد، مجموعة الفتاوى، ط: الأولى، دار الوفاء، الرياض، السعودية، 1418هـ، 10 / 200 - 205، 20 / 9 - 20؛ والصلابي، الرخص الشرعية، 83- 85.

⁹² ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، 233/4 - 232.

2.2 . التلفيق وآراء المذاهب فيه .

التلفيق. لغة ضم شفتي الثوب الى الآخر ليخيطهما الخياط، ولفق الثوب من باب ضرب يلفقه لفقاً وهو ان يضم شفة الى الاخرى فيخيطهما، وتستعمل بمعنى الملائمة اذا لائمت بينهما بالخياطة وبضم احدهما الى الاخرى، واحاديث ملفقة اي اكاذيب مزخرفة⁹³.

واصطلاحاً للتلفيق استعمالان:

1. استعمال فقهي للتلفيق . بمعنى الضم، ومثل الفقهاء بعدة اشياء منها التلفيق في الحيض ومعناه ضم الدم الى الدم اللذين بينهما طهر وجعلها حيضة واحدة الى غير ذلك من الامثال .

2. استعمال اصولي : وذلك في الاجتهاد والتقليد، وهذا ما نقصده في بحثنا هذا عن التلفيق، وهو الاتيان بكيفية لا يقول بها مجتهد، ومعناه الجمع بين تقليد امامين او اكثر في فعل له اركان او جزئيات لها ارتباط ببعضها، لكل منها حكم خاص، كان موضع اجتهادهم وتباين آراءهم، فيقلد احدهم في حكم ويقلد آخر في حكم آخر، فيتم الفعل ملفقاً من مذهبين او اكثر ويصل الى حقيقة مركبة لا يقرها احد، سواء الامام الذي كان على مذهبه او الامام الذي انتقل اليه فكل واحد منهم يقرر بطلان تلك الحقيقة الملفقة في العبادة ، وان مجال التلفيق انما هو في المسائل الظنية الاجتهادية التي ليس فيها نص قطعي .

ولقد اختلف العلماء في مشروعية التلفيق على قولين.

اصحاب القول الاول: جواز التلفيق مطلقاً، وهم من الحنفية الكمال بن الهمام وتلميذه ابن امير الحاج وابن عابدين والقاضي الطرسوسي المتوفي سنة " 758 هـ " ومفتي الروم ابو السعود العمادي والمتوفي سنة 983 هـ وغيرهم⁹⁴.

عدم جواز التلفيق: ان اصحاب هذا القول انما منعوا التلفيق خوفاً من تتبع الرخص، وسداً للذريعة، وخوفاً من حل ربة التكليف، والتلاعب بالدين والديانة، وتكون الديانة تبعاً لاهواء النفوس، فيضعف معنى التعبد في التكاليف الشرعية، ويصير التكليف بالتلهي والتشهبي فيسقط في ذلك مقصود الشرع من التكليف.

واصحاب هذا القول نسوا ان مجال التلفيق انما هو في المسائل الظنية الاجتهادية التي ليس

⁹³ ابن المنظور، لسان العرب، 12/ 306 ؛ وأبو بكر الرازي، مختار الصحاح، 601.

⁹⁴ الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، 1/ 108-110؛ والمووي، القول السديد في بعض مسائل الاجتهاد والتقليد، 80؛ والصلابي، الرخص الشرعية؛ 95-96.

فيها نص قطعي؛ على الا يؤدي ذلك الى اباحة المحرمات ، والقول الاول هو الراجح وهو جواز التلفيق، ولكن بضوابط وشروط معينة سأذكرها في المبحث الثالث مع تتبع الرخص ان شاء الله تعالى.

2.3 . تتبع الرخص وآراء المذاهب فيه

تتبع الرخص : هو ان يأخذ الشخص من كل مذهب ما هو اهون عليه وأيسر فيما يطرأ عليه من المسائل⁹⁵. اما الرخص الثابتة بالدليل الشرعي التي هي اقسام الحكم التكليفي فهي مشروعة بالكتاب والسنة، وهي التي تقابل العزيمة، فلا غبار على جواز الاخذ بها، وهي عبادة مشروعة، والعبد لا يخرج عن دائرة التشريع ما دام آخذاً بها ولا يزال في اطار التكليف الرباني⁹⁶.

يوجد ثلاثة اقوال في الرخصة:

القول الاول: يمتنع تتبع الرخص في المذاهب ولا يجوز: وبه قال الحنابلة والمالكية في الاصح عندهم والغزالي، وعبارة الغزالي " ليس للعامي ان ينتقي من المذاهب في كل مسألة اطيها عنده فيتوسع " ⁹⁷، وذهب الامام النووي إلى أنه يمتنع تتبع الرخص لأنه ميل مع اهواء النفوس، والشرع جاء بالنهي عن اتباع الهوى " ونقل عن ابن عبد البر " إنه لا يجوز للعامي تتبع الرخص اجماعاً⁹⁸. قد ابان الشاطبي في كلام مسهب ما يترتب على مبدأ الاخذ بالايسر من مفاسد:

1. الضلال في الفتوى بمحاباة القريب او الصديق في تتبع رخص المذاهب اتباعاً للغرض والشهوة.

2. الإدعاء بان الاختلاف حجة على الجواز او الاباحة، حتى شاع بين الناس الاعتماد في جواز الفعل على كونه مختلفاً فيه بين اهل العلم.
3. التخلص من الاحكام الشرعية واسقاطها جملة، عملاً بمبدأ الاخذ باخف القولين لا بأثقلها، مع ان التكاليف كلها شاقة ثقيلة.

4. الانسلاخ من الدين بترك اتباع الدليل الى اتباع الخلاف، وكالاستهانة بالدين اذ يصير سيلاً لا ينضبط، وكترك ما هو معلوم الى ما ليس بمعلوم للجهل باحكام المذاهب الاخرى، وكانحرام قانون السياسة الشرعية بترك انضباط معيار العدالة بين الناس وشيوع الفوضى والمظالم

⁹⁵ الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، 99؛ والصلابي، الرخص الشرعية، 96 - 97.

⁹⁶ الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، 99 - 100.

⁹⁷ الغزالي، المستصفى، 2/ 469.

⁹⁸ الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، 100 - 101.

وضياع الحقوق وتعطيل الحدود واجترأ اهل الفساد، وكافضاء ذلك الى القول بتلفيق المذاهب على وجه يخرق اجماعهم، وغير ذلك من المفاسد التي يكثر تعدادها⁹⁹.

القول الثاني: يجوز تتبع الرخص : وقال به القرآني المالكي واكثر اصحاب الشافعي والراجح عند الحنفية منهم ابن الهمام وصاحب مسلم الثبوت¹⁰⁰.

اصحاب هذا القول استدلو بمبدأ التيسير الذي جاءت به الشريعة الاسلامية، ورفع الحرج عن المكلفين وبأفعال الصحابة رضوان الله عليهم، حيث كان يقتدي بعضهم ببعض الآخر، وكان الناس يسألونهم عن القضايا والمسائل ولا يلتزمون صحابيا دون سواه وبدون حرج. واما ما نقل عن ابن عبد البر من انه " لا يجوز للعامي تتبع الرخص اجماعا" فلا نسلم صحة هذا النقل عنه، ولو سلم فلا يسلم صحة الاجماع، اذ في تفسيق متبوع الرخص عن احمد روايتان، وحمل القاضي ابو يعلى الرواية المفسقة على غير متأول ولا مقلد¹⁰¹.

القول الثالث: انه يجب على المقلد الترجيح بين اقوال المذاهب بالاعلمية وغيرها واتباع الدليل الاقوى، لان اقوال المجتهدين بالنسبة للمقلدين كالادلة المتعارضة بالنسبة الى المجتهد¹⁰². والفرق بين هذا القول والقول الاول ان اصحاب القول الاول منعوا تتبع الرخص مطلقا اما اصحاب القول الثالث فقد اوجبوا على المقلد الترجيح بين اقوال المذاهب في تتبع الرخص .

القول الراجح للتلفيق وتبعية الرخص

ليس المنع للتلفيق وتبعية الرخص مطلقا ولا بالجواز مطلقا، وانما نقيذ الجواز في دائرة معينة فمنه ما هو باطل لذاته كما ادى الى احوال المحرمات كالخمر والزنا ونحوهما، ومنه ما هو محظور لا لذاته بل لما يعرض له من العوارض، وهو ثلاثة انواع.

اولها. تتبع الرخص عمدا لا للضرورة ولا لعذر انما لقصد التشهي والتلهي او اتباع الهوى فيكون ذريعة للانحلال من التكاليف الشرعية، ويصير الدين هزوا.

الثاني. التلفيق الذي يستلزم نقض حكم الحاكم، لان حكمه يرفع الخلاف درءا للفوضى.

⁹⁹ الشاطبي، الموافقات، 132/4 - 155؛ و الفقه الاسلامي وادلته، 104 - 105.

¹⁰⁰ الشوكاني، إرشاد الفحول، 240؛ المحلى، شمس الدين محمد أحمد، شرح المحلى على جمع الجوامع، 2/328.

¹⁰¹ الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، 1 / 101. 103؛ والصلاحي، الرخص الشرعية، 103.

¹⁰² ابن تيمية، الفتاوى، 10 / 126؛ وابن قيم الجوزية، اعلام الموقعين، 4 / 185؛ والزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، 1 / 164.

الثالث. الرجوع عما عمل به تقليدا او عن امر مجمع عليه لازم الامر قلده¹⁰³.

والقول الراجح للتلفيق وتتبع الرخص في المسائل الفرعية بالتفصيل هو باعتبار تقسيم المسائل الفرعية الشرعية من حيث ما بنيت عليه.

وتنقسم المسائل الفرعية الشرعية الى ثلاثة انواع:

الاول. ما بني في الشريعة على اليسر والتسامح مع اختلاف احوال المكلفين. فهو العبادات المحضة، وهذه يجوز التلفيق فيها، لان مناطها امتثال امر الله تعالى والخضوع له مع عدم الحرج فينبغي عدم الغلو فيها، لان التنطع يؤدي الى الهلاك. اما العبادات المالية مما يجب التشديد فيها احتياطا خشية ضياع حقوق الفقراء فينبغي على المذكي ان لا يأخذ بالقول الضعيف، او يلفق من كل مذهب ما هو اقرب لاضاعة حق الفقير، وعلى المفتي ان يفتي في هذا النوع بما هو الاحوط والانسب مع مراعاة حال المستفتي وكونه من اصحاب العزائم ام لا.

النوع الثاني. ما بني على التورع والاحتياط وهو المحظورات: لان الله تعالى لا ينهى عن شيء الا لمضرته، فلا يجوز فيها التسامح او التلفيق الا عند الضرورات الشرعية، لان الضرورات تبيح المحظورات، لذلك ورد في الحديث " فاذا امرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم، واذا نهيتكم عن شيء فدعوه " ¹⁰⁴ فالامر اشترط فيه الاستطاعة، والنهي اطلقه لرفع الضرر المنهي عنه .

فالمحظورات قائمة على اساس صيانة الحق ومنع الايذاء او العدوان ؛ فلا يباح التلفيق فيها لانه ضرب من الاحتيال للاعتداء على الحق واضرار العباد، وهذا مستند الى حديث " دع ما يريبك الى ما لا يريبك " والقاعدة الفقهية " ما اجتمع الحرام والحلال الا غلب الحرام الحلال " ¹⁰⁵.

النوع الثالث. ما يكون مناطه مصلحة العباد وسعادتهم فهو المعاملات والحدود، واداء الاموال من عشر وخراج وخمس المعادن والمناكحات، فالمناكحات وما يتعلق بها من المفارقات مبناهما سعادة الزوجين وتوفير الحياة الطيبة فيها، كما قرر القرآن الكريم: [فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ] ¹⁰⁶، فكل ما يؤيد هذا الاصل يعمل به، ولو ادى في بعض الوقائع الى التلفيق، الا انه ينبغي الا يتخذ التلفيق ذريعة لتلاعب الناس بأقضية النكاح والطلاق مراعاة للقاعدة

¹⁰³ محمد سليمان الاشقر، الواضح في اصول الفقه للمبتدئين، ط: الخامسة، دار الفتح، 1997م، 235.

¹⁰⁴ مسلم، الحج، 37.

¹⁰⁵ عبد الكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية، 128.

¹⁰⁶ البقرة، 2/ 229.

الشرعية وهي " ان الاصل في الابضاع التحريم " ¹⁰⁷ صيانة لحقوق النساء والانساب، حينئذ يكون التلقيق ممنوعا.

واما المعاملات واداء الاموال، والحدود المقررة وصيانة الدماء ونحوها من التكاليف التي يراعى فيها المصالح البشرية والمرافق الحيوية فيجب الاخذ فيها من كل مذهب ما هو اقرب الى مصلحة العباد وسعادتهم، ولو لزم منه التلقيق وتتبع الرخص لما فيه من السعي وراء تأييد المصلحة التي يقصدها الشرع، ولان مصالح الناس تتغير بتغير الازمان والاعراف وتطور الحضارة والعمران "ومعيار المصلحة هو كل ما يضمن صيانة الاصول الكلية الخمسة وهي حفظ الدين والنفس والنسل والعقل والمال، وصيانة كل مقصود شرعا من الكتاب او السنة او الاجماع، فهي المصالح المرسلة المقبولة " ¹⁰⁸ .

وقد تفشت بسبب التشدد والتنطع في الدين مقولة مبتدعة مفادها ان اكل الحلال صار متعذرا وان اموال المسلمين صارت كلها حرام لاختلاطها بالربى والمظالم والغش واكل اموال الناس بالباطل، وتحولت بذلك الاموال الى ايدي الكفرة والفسقة والفجرة بسبب تورع المسلمين منها وايداع الامانة الى اهلها، واندراس علم الحلال والحرام وصار غموض علمه سببا لاندراس عمله اذ ظن الجهال ان الحلال مفقود والسبيل دون الوصول اليه مسدود، وانه لم يبق من الطيبات الا الماء الفرات والحشيش النابت في الفلوات، وما عداه فقد احببته الايدي العادية، وافسدته المعاملات الفاسدة، ولكن كان منهج العلماء المحققين رحمهم الله في الافتاء أن يفتوا بالاسهل للمستفتين في المسائل المختلف فيها في المعاملات والعبادات، اما في حق أنفسهم فكانوا يأخذون بالاحوط ويعملون بالاحتياط، وهذا مذهب السلف الصالح والائمة الاعلام، كما كان الامام احمد رحمه الله ينتهج ذلك حيث كان لا يقبل هدية الخليفة ولا يأكله ولا يحج به في حق نفسه، ويرخص للناس ويجوز لهم الانتفاع بها، ومما يبين اجتنابه عنها انه انما امتنع منه لئلا يصير ذلك سببا الى ان يداخل الخليفة فيما يريد.

فكانوا رحمهم الله رحماء بالفقراء والمسلمين المستضعفين في مشارق الارض ومغاربها، وادركوا ان المسلمين بقدر ابتعادهم عن دينهم وفهمهم للشرعية نالوا عقوبة الاستضعاف، وما اصابهم من مصيبة فيما كسبت ايديهم بتشديدهم في الدين والافراط والتفريط في الامور ¹⁰⁹ .

¹⁰⁷ الموروي، القول السديد في بعض مسائل الاجتهاد والتقليد، 81 - 83.

¹⁰⁸ احمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 188.

¹⁰⁹ عبدالرحمن حسن حبنكة الميداني، بصائر للمسلم المعاصر، ط: الثانية، دار القلم، دمشق، 2000 م،

فلا يعني التيسير والافتاء بما يوافق منهج الشريعة في رفع الحرج ودفع الضرر ضمن حدود الاجتهاد تساهلا وخفة في الدين كما يظنه البعض لأن التساهل في الدين هو تفريط ببعض احكامه والخفة فيه هو عدم المبالاة بإرتكاب ما يخالفه ... والتيسير ليس من هذا القبيل بل من منهج الاسلامي الذي بينه لنا النبي محمد صلى الله عليه وسلم، وان ايجاد المخرج للمسلمين من الحرج والمشقة لابقائهم على الالتزام بالاسلام أولى من التشديد عليهم في الاحكام التي تؤدي الى تنفيرهم أو ربما الى الخروج عن الدين .

و مسلك الاسلام في التشريع ،لقد خضعت احكام الاسلام للتطور والتدرج والناسخ والمنسوخ، فجاءت بعد ذلك على اساس من قاعدة " رفع الحرج " ومن اجل هذا جاءت قليلة التكاليف بنص الآية من [يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا]¹¹⁰ . والتي قال فيها ابن عباس " هي خير للمؤمن مما طلعت عليه الشمس وغربت "¹¹¹ .

وهذا المسلك الاسلامي في التشريع اثر من آثار وصف الله سبحانه وتعالى لهذه الشريعة بوصفين اساسيين يكمل احدهما الآخر ويتفاعل معه ، هما الاستقامة والحنفية، فما هو ثابت من احكامها هو الصراط المستقيم، وما هو متغير متطور حسب الحاجات والمصالح وتغير الزمان والمكان "الحنيف" فقال تعالى: [قُلْ إِنِّي هَدَانِي رَبِّي إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ دِينًا قِيمًا مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفًا وَمَا كَانَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ]¹¹² فهو صراط مستقيم، وفي داخل هذه الاستقامة مجال للحركة من الداخل اي ضمن حدود الله المستقيمة ... وهذا هو "الحنيف" في اصل اللغة، فهو الانحراف الى الداخل، والاحنف هو الذي له ساقان مستقيمان ولكنه في النتيجة يمشي على ظهر قدميه المنحيتين الى الداخل، فان انحرفتا الى الخارج فهو "افلج" ، وحينئذ فالحنفية هي صفة الشريعة المحمدية، لانها حركة في حدود المشروع، فان كانت الحركة خارج المشروع فهو البدعة والزيف والمروق والخروج عن حدود الله. فحرمة الربا ووجوب الصلاة مثلا نوع من احكام الصراط المستقيم وهي من الثوابت التي ليست محلا للاجتهاد من حيث الوجوب والحرمة، ولكن الاجتهاد وارد فيهما من الداخل حنيفيا، وهو ما اختلف فيه الفقهاء ولا يزالون يجدون فيهما مجالا للاجتهاد ثم للاختلاف ولنفس السبب والاسباب بفعل تطور المعرفة زمانيا ومكانيا، وتجدد الحاجات والمصالح وغير ذلك من الامور دائمة الحركة الى يوم القيامة. وانت لو تدبرت الكتاب العزيز الذي امرنا الله بتدبره ليتذكر اولوا الالباب ، لانتبهت الى ان الحدود وهي الحلال والحرام

¹¹⁰ النساء، 28/4.

¹¹¹ محمد علي السائيس، تفسير آيات الاحكام، 88/2

¹¹² الأنعام، 161/6.

أخذت عدة أنواع .

فمنها ما نص الله على الحد الأدنى منها فهو الصراط المستقيم، وترك لك الحد الأعلى مفتوحا للزيادة على مر العصور ، لذا قال عن هذا النوع [تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرُبُوهَا]¹¹³، أي الحد الأدنى ليس محلا للاجتهاد وإنما الاجتهاد في الحد الأعلى المفتوح. وذلك مثل آيات المحارم [حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ...]¹¹⁴، فما ذكره الله في هذه الآية والتي قبلها والتي بعدها هو الحد الأدنى الذي ليس من حق أحد أن يجتهد في إبطال شيء منه، ولكن الاجتهاد قد يضيف إليها محارم جديدة أخرى إلى ما لا نهاية ، لذا قال بعض الفقهاء ، بحرمة المرأة على الرجل إذا زنى أحدهما بأصول الآخر أو فروعه .

ويمكن أن نقول يحرم الزواج بالمرأة المصابة بمرض "الايذز"، ويحرم الزواج بالمرأة الكتابية الأجنبية من زمن محدد ومكان محدد إذا تعارض ذلك مع مصالح المسلمين، ويحرم الزواج بالمرأة تتنافر فصيلة دمها مع فصيلة دم الرجل وهكذا .

و من الحدود ما نص الله على الحد الأعلى منها فليس هو مجال للاجتهاد، وهذا النوع يدخل تحت قوله تعالى [تلك حدود الله فلا تعتدوها]¹¹⁵ ولكن باب الاجتهاد مفتوح في الحد الأدنى إلى ما لا نهاية، وذلك كحد السرقة فإن الحد الأعلى في ذلك قوله تعالى [والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما]¹¹⁶، فلا يجوز الزيادة على ذلك بأي حال من الأحوال مهما كانت السرقة عظيمة الثمن . ولكن يجوز أن تكون عقوبة سرقة ما أقل من ذلك، بل يمكن الوصول من ذلك إلى مرحلة تعطيل قطع اليد كلياً في ظرف معين من مكان أو زمان، كما فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه ¹¹⁷.

وهكذا ترى أن الحنفية والاستقامة هما ميزة الشرع المحمدي، ولكن الحنفية يجب أن تكون ضمن الاستقامة " الصراط المستقيم" وليس خارجها والا كانت مروقا وابتداعا ... ومن أجل هذا وضع العلماء علم أصول الفقه، وهو من أجل العلوم الضرورية لهذه الشريعة خاصة ما كان منه خاصا بسد الذرائع والمصالح المرسله وقواعد تغير الفتوى.

وقد عرفت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يفتي أحيانا في المسألة الواحدة بحكمين

¹¹³ البقرة، 187/2.

¹¹⁴ النساء، 23/4.

¹¹⁵ البقرة: 229 /2.

¹¹⁶ المائدة، 38 /5.

¹¹⁷ ابن القيم الجوزية، اعلام الموقعين عن رب العالمين، 14/3.

متناقضين او بوجوه عدة حنيفا ضمن الخط المستقيم، كما افتي لعدي بن حاتم الطائي، وابي ثعلبة الخشني رضي الله عنهما في مسألة الكلب المعلم، استنادا الى قوله تعالى [وما علمتم من الجوارح مكلبين]¹¹⁸ وكما فصل بشهادة خزيمة اعتبارا بخصوصيته وهكذا. وكان هذا مسلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه حين تغيرت المصالح بفعل تطور الزمن، فغير مسألة الطلاق، وحد الخمر وضوال الابل، وحد السرقة ونحو ذلك¹¹⁹ ، وهكذا كان الامر تام التطبيق عند فقهاء التابعين حتى قيل لمجاهد ، لم لا تكتب فتاواك ؟ قال كيف اكتبها وقد اغيرها بعد اسبوع .

وهذا ما فعله ائمة المذاهب رضي الله عنهم فقد كان الواحد منهم يغير فقهه بتغير المكان والزمان او الحالة، حتى اختلف الامام مع طلابه، بل واختلف الطلاب مع امامهم، فكان مجموع آرائهم المتناقضة يشكل جميعا ثروة فقهية للمذهب لك ان تأخذ بأي منها شئت، على ذات القواعد التي ذكرها محمد طه الباليساني رحمه الله في رسالة هذا رأي وهذا مذهبي وبذلك يكون الفقه الاسلامي صالحا للحياة في كل ازماتها وامكانها، وبدون ذلك سيكون فقها عاجزا عن مواكبة حركة الحياة معوقا لصالح المسلمين، اذا ليس من المعقول ان تكون مشاكل المسلم الذي يسكن الخيمة في الصحراء هي نفس مشاكل المسلم الذي يسكن الحضر في الشرق او في الغرب .

¹¹⁸ المائدة: 4/5.

¹¹⁹ قال ابن قيم الجوزية: اعلام الموقعين عن رب العالمين، 14/3.

2.4. الاصول والقواعد المفيدة للتقنين والفتوى بالأصلح والأسهل بين المذاهب

وآثارها

لقد وضع الفقهاء ضوابط للمسائل المذكورة مسبقا منها: نبدأ بتقرير مصطفى الزلمي¹²⁰ لرأي الباليساني إذ وجدته صائبا فيما رآه وفيما ذهب اليه في ضوء المعايير التالية:

1. نص القرآن الكريم والسنة النبوية على جواز تتبع اليسر فقال الله تعالى [يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر]¹²¹ ، وتقول عائشة رضي الله عنها " ما خير رسول الله صلى الله عليه وسلم بين امرين الا اخذ ايسرهما ما لم يكن اثما، فان كان اثما كان ابعد الناس منه، وما انتقم رسول الله صلى الله عليه وسلم لنفسه الا ان تنتهك حرمة الله فينتقم الله بها " ¹²² .

2. اذا اختلف جميع الفقهاء في مسألة اجتهادية على رأيين، وتضمن اختلافهم الاجماع على عدم جواز الشق الثالث لهما لا يجوز العمل بهذا الشق لانه يكون مخالفا للاجماع، ومن امثلة ذلك ان جميع الفقهاء اختلفوا في عدة الحامل المتوفى عنها زوجها على رأيين ، فقال الجمهور تنتهي العدة بوضع الحمل، وقال البعض تنتهي بأبعد الاجلين " من وضع الحمل واربعة اشهر وعشرة ايام " ، وهذا الاختلاف تضمن اجماعهم على انه لا يجوز لهذه المرأة ان تعتد باربعة اشهر وعشرة ايام اذا انتهت هذه المدة قبل وضع الحمل.

3. اذا اختلف مذهبان في مسألة اجتهادية على رأيين فان اختلافهما لا يتضمن الاجماع في المفهوم الاصولي على عدم جواز رأي ثالث، لان الاجماع في الاصطلاح الاصولي اتفاق جميع مجتهدي امة محمد صلى الله عليه وسلم على حكم اجتهادي شرعي بعد وفاته، وبناء على ذلك اذا لمس المتوضيء امرأة اجنبية مقلدة ابا حنيفة في عدم نقض الوضوء باللمس، ثم خرج منه الدم فقلد الشافعي في ان خروج الدم لا ينقض¹²³، وصلى بهذا الوضوء فصلاته صحيحة خلافا لمن زعم البعض كالحضري من ان صلاته باطلة، كيف تبطل وهي لم تصطدم لا مع نص ولا مع اجماع اضافة الى ذلك قال بصحتها مذهب ثالث لا يقل شأننا عن كل هذين المذهبين، وهو

¹²⁰ مصطفى ابراهيم الزلمي، وقد ترك لنا آثارا علمية غزيرة في التفسير والفقہ وغيرهما، وآخر ما تركه هو هذا رأي وهذا مذهبي.

¹²¹ البقرة، 2/ 185.

¹²² البخاري، الحدود، 11، ومسلم، الفضائل، 260.

¹²³ السيد بكري بن السيد محمد شطا الدمياطي ابوبكر، اعانة الطالبين، 1 / 57 - 70، 1421هـ، دار الفكر، بيروت، بدون ت.

مذهب الامام مالك¹²⁴، فعنده وعند اصحابه لا ينقض الوضوء بخروج الدم من غير السيلين ولا بمجرد لمس الاجنبية، بل يشترط ان يكون اللمس مقتربا بقصد الالامس للذة.

4. العامي " غير المجتهد" لا مذهب له، اي لا يجب عليه ان يتقيد بمذهب معين لافي مسألة واحدة ولا في مسائل متعددة، هذه القاعدة اجمع عليها علماء الاصول، اضافة الى ذلك لا نجد نصا في القرآن او السنة النبوية يلزم العامي بالالتزام بتقليد مذهب معين من المذاهب الفقهية الاسلامية، بل قال سبحانه وتعالى: { فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ }¹²⁵ فكل من وصل درجة الاجتهاد مشمول بكونه من اهل الذكر ومن الغباء ان يقال من قلد الشافعي . مثلا . يجب ان يموت على هذا المذهب .

5. القرآن امرنا في اكثر من آية بتتبع الرخص كلما كان هناك عذر يبرر ترك العزيمة، فاذا كان تتبع الرخص جائزا في الاحكام المنصوص عليها فمن باب اولي يكون جائزا في الاحكام الاجتهادية والمسلم الملتزم لا يلجأ الى تتبع الرخص ما لم يكن معذورا.

6. في مسألة التخطئة والتصويب توجد آراء ثلاثة. رأي يقول " ان الله في كل مسألة لا نص فيها حكما معينا، فمن هداه اجتهاده الى ذلك الحكم فهو مصيب والا فمخطيء " . وهذا ما استقر عليه اكثر علماء المسلمين.

والرأي الثاني. الذي يسمى التصويب الاشعري: هو انه ليس في مسألة لا نص فيها حكم معين يطلب بالظن، بل الحكم يتبع الظن وحكم الله هو ما غلب على ظن المجتهد.

الرأي الثالث. الذي يسمى التصويب المعتزلي: ان في كل واقعة لا نص فيها حكما معينا لله تعالى يتوجه اليه الطلب " اذ لا بد من المطلوب "، لكن لم يكلف المجتهد اصابته، ولذلك كان مصيبا وان اخطأ الحكم المعين الذي لم يؤمر باصابته اي اصاب في اجتهاد وأخطأ في اصابة الحكم، وبناء على ذلك يجوز للعامي ان يقلد اي فقيه توافرت فيه شروط الاجتهاد لا على اساس شخصية المجتهد، وانما على اساس اهليته الاجتهادية.

7. اذا صدر عن الانسان تصرف غير ضار قوليا ام فعليا ولم يرد في حكمه نص ولا اجماع فلا يعد محظورا بناء على القاعدة الاصولية " الاصل في الافعال والاشياء النافعة الاباحة " ¹²⁶.

8. اذا اختلف العلماء في حكم تصرف قولي او فعلي فمنهم من قال بجوازه ومنهم من قال

¹²⁴ ابن رشد الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية الفتص، 1/ 26.

¹²⁵ النحل، 16 / 43، الأنبياء، 21 / 7.

¹²⁶ الأستوي، جمال الدين عبدالرحيم، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، ت: محمد حسن هيتو، ط: الثانية، بدون د، بدون م، 1980م، 17/ 95-114.

بعدم الجواز، فلا يجب على المقلد ان يتلفظ بالتقليد اذا اراد ان يقوم به بناء على رأي القائلين بالجواز، آخذاً بما جرى عليه العمل في عهدي الصحابة والتابعين رضي الله عنهم من الاكتفاء بالعلم بالجواز بناء على رأي احد المجتهدين¹²⁷.

ثانيهما. ان تكون هناك ضرورة او حاجة او مصلحة او عذر مقبول شرعا¹²⁸.

و يذكر الباليساني في رسالته "هذا رأي وهذا مذهبي" ضوابط الفقهاء ايضا منها .

1. نحن مكلفون بالجمع عليه واما المختلف فيه بين الاصحاب او الائمة كانه لم يكن ، يعني يجوز لنا العمل باي قول شئنا¹²⁹.

2. اذا تعارضت اقوال الاصحاب واختلفت نترك الكل ونرجع الى النص ونعمل لمطلق النص، كاختلافهم في بيان تحديد السفر للقصر، فنترك الاقوال المختلفة ونرجع الى النص فنقصر في مطلق السفر¹³⁰.

3. الواجب على المفتي ان لا يتقيد بمذهب في الافتاء بل ان يتقيد بما هو الاصلح للمسلمين، وهذه القاعدة تبين ان احد الاسباب التي تؤدي الى الاختلاف في الفتوى ثم في التطبيق ؛ هو ان بعض العلماء متقيد بمذهب خاص من المذاهب الاربعة للائمة المجتهدين رضي الله عنهم ولا يبيح لنفسه ان يفتي بخلاف مذهبه ولهم العذر في ذلك. ولمسألة الفتوى بالتقليد ثلاثة أقوال للعلماء .

أحدها :أنه لا يجوز الفتوى بالتقليد لانه ليس بعلم، والفتوى بغير علم حرام، ولاخلاف بين الناس أن التقليد ليس بعلم، وأن المقلد لا يُطلق عليه اسم عالم . وهذا قول أكثر أصحاب الإمام أحمد وقول جمهور الشافعية ونقل ابن القيم إجماع من السلف على ذلك .

الثاني . أن ذلك يجوز فيما يتعلق بنفسه، فيجوز له أن يقلد غيره من العلماء إذا كانت الفتوى لنفسه، ولا يجوز أن يقلد العالم فيما يفتي به غيره، وهذا قول ابن بطة وغيره من أصحاب أحمد .

و كان الباليساني لا يتقيد بمذهب معين في الافتاء للتيسير على المسلمين اما في حق نفسه فقد كان شافعيًا ويعمل بالإحتياط كما قال رحمه الله " ولكني لا اتقيد بمذهب معين بل اتقيد بما

¹²⁷ الباليساني، هذا رأي وهذا مذهبي، 17- 23.

¹²⁸ الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، 1 / 119- 131؛ الصلابي الرخص الشرعية احكامها وضوابطها، 111.

¹²⁹ الباليساني، هذا رأي وهذا مذهبي، 34- 35.

¹³⁰ موافق لرأي ابن قدامة المقدسي في المعني، 2 / 257؛ الباليساني، هذا رأي وهذا مذهبي، 35.

هو الاصلح للمسلمين والمستفتي فافتي له بما يفيدده ويصلح له من اقوال المجتهدين " ¹³¹ وقال " ... وبعد فيقول المفتقر الى لطف مولاه الرباني محمد طه الباليساني الشافعي مذهبا والاشعري عقيدة " ¹³².

الثالث. أنه يجوز ذلك عند الحاجة وعدم العالم المجتهد وهو أصح الأقوال ورجحه ابن القيم الجوزي، وهو مذهب ابن بشران ¹³³.

4. يجوز للمجتهد ان يعمل بخلاف مذهبه تقليدا لامام آخر ¹³⁴ ، والمثال على ذلك فعل الشافعي رحمه الله حينما كان جالسا مع طلابه وأكلوا الباقلاء، وكان مذهبه حينئذ ان الوضوء ينتقض بأكل ما مسته النار، فأذن المؤذن، فقال فلنذهب لنصل على مذهب الاحناف، فذهبوا وصلوا دون تحديد الوضوء.

5. لا يجوز للمفتي ان يفتي بوقوع الطلاق الا اذا كان واقعا على جميع المذاهب، وعمل هذا بان الذي يفتي بالوقوع يقوم بامرین يجرمها على زوجها ويحللها لغيره، والذي يفتي بعدم الوقوع يقوم بامر واحد وهو انه يحللها لزوجها والاصل بقاء العصمة وعدم الوقوع ¹³⁵.

6. مرتكب المختلف فيه غير آثم، ولا ينكر على احد عمل عملا ما لم يكن مخالفا للمجمع عليه ¹³⁶ ويؤيد ذلك ما قاله ابن القيم الجوزي " وقولهم " ان مسائل الخلاف لا انكار فيها " ليس بصحيح، فان الانكار اما ان يتوجه الى القول او الفتوى او العمل، اما الاول فاذا كان القول يخالف سنة او اجماعا شائعا وجب انكاره اتفاقا، وان لم يكن كذلك فان بيان ضعفه ومخالفته للدليل انكار مثله، واما العمل فاذا كان على خلاف سنة او اجماع وجب انكاره بحسب درجات الانكار، وكيف يقول فقيه لا انكار في المسائل المختلف فيها، والفقهاء من سائر الطوائف قد صرحوا بنقض حكم الحاكم اذا خالف كتابا او سنة وان كان قد وافقه بعض العلماء ! واما اذا لم يكن في المسألة سنة ولا اجماع وللاجتهاد فيها مساغ لم تنكر على من عمل بها مجتهدا او مقلدا

¹³¹ الباليساني، هذا رأي وهذا مذهبي، 34.

¹³² الباليساني، القول الوفي شرح اللطف الخفي، 1.

¹³³ ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، 67

¹³⁴ الباليساني، هذا رأي وهذا مذهبي، 38.

¹³⁵ ابن القيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب، إغاثة اللهنان، ط: الأولى، دار الكتاب العربي، بيروت، 1996م، 35.

¹³⁶ عبد الكريم المدرس، جواهر الفتاوى؛ وعبد الجليل عيسى، مالا يجوز فيه الخلاف بين المسلمين، 150-152.

7. المجمع عليه يجب التمسك به اذا لم يكن لمصلحة وتبدلت تلك المصلحة ،يعني اذا تبدلت تلك المصلحة التي بني المجمع عليه عليها فلا يجب التمسك به حينئذ، لان الاجماع حينئذ يفقد قوة الاخذ به على وجه الايجاب.

8. ما اختلف فيه بين الاصحاب او التابعين او الائمة المجتهدين على المفتي ان يفتي بقول من اجاز واحل لا بقول من منع وحرم¹³⁸ ، وهذا من منهج الباليساني رحمه الله تسهيلا وتيسيرا على المسلمين، والذي كان منهج السلف من الصحابة والتابعين، وهناك من الآثار التي تؤكد استدلال الصحابة على ان التخفيف والتيسير هو روح هذه الشريعة منها .

اولا. عن عمرو بن العاص قال " احتلمت في ليلة باردة في غزوة ذات السلاسل فاشفقت ان اغتسلت ان اهلك فتيمنت ثم صليت باصحابي الصبح، فذكروا ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال: يا عمرو صليت بأصحابك وانت جنب ؟ فاخبرته بالذي منعني من الاغتسال، وقلت اني سمعت الله يقول. [وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا]¹³⁹ فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يقل شيئا "¹⁴⁰. فعمر بن العاص رضي الله عنه تخرج وخشي على نفسه الهلاك، فالتمس هذا الحكم بدليل اصل الترخص عند وجود المشقة والضرر لرفع الحرج ودرء المفسدة المتوقعة على اغلب الظن، ولقد اقره النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك.

ثانيا. وهذا عبد الله بن عمر " المعروف بتشددده " سئل عن الجبن الذي تصنعه الجوس فقال " ما وجدته في سوق المسلمين اشتريته ولم أسأل عنه " ¹⁴¹.

ثالثا. يقول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه " اياكم والتنطع والتعمق وعليكم بالعتيق "¹⁴²، يعني ما كان عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم واصحابه.

أ.يقول الامام الشعي " اذا اختلف عليك امران فان ايسرهما اقرهما الى الحق لقوله تعالى [يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر] " .

¹³⁷ ابن قيم الجوزية، اعلام الموقعين عن رب العالمين، 3 / 347.

¹³⁸ ابن قيم الجوزية، اعلام الموقعين عن رب العالمين ، 36.

¹³⁹ النساء، 29/4.

¹⁴⁰ أبو داود، الطهارة، 115.

¹⁴¹ ابن رجب الحنبلي، أبو الفرج عبدالرحمن بن شهاب الدين، جامع العلوم والحكم، ط: السابعة، مؤسسة

الرسالة، بيروت، 1419هـ، 269.

¹⁴² ابن رجب، جامع العلوم والحكم، 270 - 271.

ب. وقال معمر وسفيان الثوري " انما العلم ان تسمع بالرخصة عن ثقة، فاما التشدد فيحسنه كل احد .

ج. وقال ابراهيم النخعي " اذا تخالجت امران فظن ان احبهما الى الله ايسرهما " .
وقال عمر بن عبد العزيز ومجاهد وقتادة " افضل الامرين ايسرهما لقوله تعالى: { يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر }¹⁴³ .

وسئل الامام احمد بن حنبل عن لبس ما يصنعه الكفار واهل الكتاب من غير غسل فقال " لم تسأل عن ما لم تعمل؟ لم يزل الناس منذ ادركناهم لا ينكرون ذلك "¹⁴⁴

9. الورع والاحتياط والخروج من الخلاف هو الافضل في حق المستفتي ولا يلزمون بذلك¹⁴⁵
. يقول ابن تيمية: " كان الخليفة المتوكل قد اجاز اولاد الامام احمد بن حنبل رحمه الله تعالى واهل بيته جوائز من بيت المال، فامرهم ابو عبد الله "امام احمد " ان لا يقبلوا جوائز السلطان، فاعتذروا اليه بالحاجة، فقبلها من قبلها منهم، فترك الاكل من اموالهم والانتفاع بنيرانهم في خبز او ماء لكونهم قبلوا جوائز السلطان، وسألوه عن هذا المال ، احرام هو؟ فقال: لا، فقالوا: انجح منه؟ فقال. نعم، وبين لهم انه انما امتنع منه لئلا يصير ذلك سببا الى ان يداخل الخليفة فيما يريد¹⁴⁶ .

10. ولا يلزم العامي أن يتقيد بمذهب معين بل يجوز له التنقل من مذهب الى آخر¹⁴⁷
و أن الزام الغير بمذهب معين امر استنكره السلف الصالح ولم يفعلوه. اخرج الترمذي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه سئل عن صوم يوم عرفة، فقال " حججت مع النبي صلى الله عليه وسلم فلم يصمه ومع ابي بكر فلم يصمه، ومع عمر فلم يصمه، ومع عثمان فلم يصمه وأنا لا اصومه ولا آمر به وأنها عنه "¹⁴⁸، قال ابو عيسى رحمه الله هذا حديث حسن، وقال ابن القيم رحمه الله رجاله رجال الصحيح، قال ابن تيمية رحمه الله انكارا على من الزم غيره بمذهبه ، أنه ليس كل ما اعتقد فقيه معين أنه حرام كان حراما، انما الحرام ما ثبت تحريمه بالكتاب أو السنة أو الاجماع أو قياس مرجح لذلك، وما تنازع فيه العلماء رد الى هذه الاصول. ومن الناس من يكون

¹⁴³ البقرة، 185/2.

¹⁴⁴ الصلابي، الرخص الشرعية احكامها وضوابطها، 65.

¹⁴⁵ الباليساني، هذا رأي وهذا مذهبي، 38.

¹⁴⁶ ابن تيمية، هل أكل الحلال متعذر في هذه الايام، 15 16.

¹⁴⁷ الباليساني، هذا رأي وهذا مذهبي، 38.

¹⁴⁸ المباركفوري، الحافظ أبي العلا محمد عبدالرحمن ابن عبدالرحيم، شرح جامع الترمذي وهو الجامع المختصر من السنن عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، ت:علي محمد معوض وآخرون، ط: الأولى، دار إحياء التراث العربي، بدون م، 1998 م، 3 / 520.

نشأ على مذهب امام معين، او استفتى فقيها معيناً، او سمع حكاية عن بعض الشيوخ، فيريد ان يحمل المسلمين كلهم على ذلك وهذا غلط".¹⁴⁹

11. عدم تتبع الرخص وعدم التلفيق افضل. و اذا دعت المصلحة او الحاجة او المشقة الى تتبع الرخص والتلفيق فلا بأس بهما وان مسألة تتبع الرخص والتلفيق من الجواز وعدمه لم تحدث الا في القرن السابع الهجري، وقبل ذلك لم يكن لهما بحث ولا ذكر بين العلماء. و ان المانعين من تتبع الرخص يجوزونه للمصلحة والضرورة، كالشافعي الذي له وسوسة في قراءة الفاتحة فيترك قراءة الفاتحة وراء الإمام تقليداً للحنفي .

12. من جعل المصيب من بين المجتهدين واحداً بنى اعتقاده على " ان حكم الله في الاشياء واحد " ومن جعل كل مجتهد مصيباً بنى اعتقاده على " ان حكم الله في كل شيء هو ما ادى اليه اجتهاد المجتهد " .

13. الدليل على الفسق او الاثم او عدم الجواز لكل من التقليد او تتبع الرخص او التلفيق هو من الكتاب والسنة فقط لا من قول العلماء، لان قول العالم لا يحتج به على الفسق او الاثم او عدم الجواز.

14. كل اقوال المجتهدين ظنيات لا يقين فيها الا المجمع عليه والذي فيه نص قاطع لا يحتمل التأويل: ما يؤخذ من القاعدة، رد الشبهة التي تورد على التنقل بين المذاهب بما ورد في حديث " ان الحلال بين والحرام بين، وبينهما امور مشتبهات، فمن حام حول الحمى يوشك ان يقع فيه " وحديث " دع ما يريبك الى ما لا يريبك " فمن فائدة القاعدة انه ليس قول المجتهد الذي انتقل منه هو بين ولا ريب فيه والذي انتقل اليه مشتبه وفيه ريب¹⁵⁰.

15. والأحوط هو عدم تتبع الرخص وعدم التلفيق الاحتياطية وذلك الخلاف، والاحتياط هو الخروج عن الخلاف بالعمل بما اتفق عليه كل العلماء. والاحتياط ليس بواجب لياثم أو يفسق المرء بتركه او لا يباح ولا يجوز له خلافه¹⁵¹.

16. التتبع للرخص مهما كثر فالمسألة تبقى مكلفاً بها في الجملة، يؤخذ منها : انه لا تنحل رتبة التكليف بتتبع الرخص، مثلاً. انه مهما تتبع المتوضيء الرخص في كيفية الوضوء او في نقضه فانه يبقى الوضوء في الجملة بما هو مجمع عليه، ولا ينتفي الوضوء الواجب اجماعاً، ولا ينعدم التكليف إذ يبقى نقضه للخارج من السبيلين المجمع عليه.

¹⁴⁹ ابن تيمية، هل اكل الحلال متعذر في هذه الايام، 20.

¹⁵⁰ الباليساني، هذا رأي وهذا مذهبي، 47 48.

¹⁵¹ الباليساني، هذا رأي وهذا مذهبي، 48.

17. ان الاجتهاد الملقق جائز بنى هذه القاعدة على قاعدة أخرى مفترضة وهي، اذا قام مجتهد بوضع مذهب جديد، واتبع الدليل، وظهر له بالاخير ان الصواب في امور الوضوء مثلا هو ما سهل، فلا يجوز القول ببطلان تلك المذهب.

18. أن التقليد الملقق جائز كما ان الاجتهاد الملقق جائز، وحكم المقلد حكم المجتهد لان دليله قول المجتهد ايا كان فقط .

تعريف المقلد: هو الذي يعرف اقوال الائمة وخلافاتهم والاحف من اقوالهم والاثقل كعلماء زماننا هذا والذين لم يبلغوا درجة الاجتهاد في كل الزمان.

واما العامي: هو الذي لا يعرف شيئا من ذلك فيتوضأ ثم يلمس، فيلقي احد العلماء فيفتيه بان اللمس لا ينقض لانه حنفي، ثم يسيل منه الدم فيلقي آخر فيقول له ان الدم لا ينقض لانه شافعي. "فهؤلاء كعوامنا اليوم لا حرج عليهم البتة" والتلفيق جائز الا اذا ادى ذلك الى ان لا يقول بهذا العمل احد من العلماء المجتهدين فحينئذ يكون حراما باطلا الا اذا كان الملقق مجتهدا فادى اجتهاده الى خلاف الكل فحينئذ يجوز.

19. ان الجمع عليه في المسائل الفروعية لا يجوز الخروج عنه ابدا واما المختلف فيه فالمقلد له ان يقلد من شاء من العلماء في الفروع.

2. ان الجمع عليها في المسائل الاعتقادية يكون الخروج عنها كفرا، واما المختلف فيها فالمرء مخير بأي رأي اخذ: والمثال على ذلك، ثبوت صفات المعاني السبعة لله تعالى منصوص ومجمع عليها، فمن انكر واحدة منها بان قال ليس لله علم او ليس له قدرة مثلا فقد كفر، واما كون هذه الصفات عين الذات او غيرها او لاهي ولا غيرها فمختلف فيه، فلا قدح في ان تأخذ في أي رأي شئت، فانها نظريات واجتهادات للمصيب اجران وللمخطيء اجر واحد ... وهكذا كل مسألة مختلف فيها بين العلماء والمسلمين فان كلا منهم اراد تنزيه الله تعالى حسب رأيه¹⁵².

21. يقبل الله تعالى تفسير كل مجتهد حسب رأيه، ويثيبه اجرا ان اخطأ واجرين ان اصاب رحمة منه سبحانه بهذه الامة. ويترتب عليها جواز تقليد أي مجتهد كان. وقد اختلف العلماء في هذه المسألة فذهب البعض الى ان حكم الله ما ادى اليه اجتهاد المجتهد¹⁵³، وذهب آخرون الى ان حكم الله في كل شيء واحد في الحقيقة ولكن من حيث القبول فحكم الله ما ادى اليه

¹⁵² الباليساني، هذا رأي وهذا مذهبي، 48 - 57؛ ابن تيمية، رفع الملام عن الأئمة الاعلام، 39 / 42.

¹⁵³ الغزالي، المستصفى، 181/2؛ والشوكاني، ارشاد الفحول، 227/2؛ والزجيلي، الفقه الاسلامي وادلته،

اجتهاد المجتهد، فان اصاب المجتهد حكم الله الحقيقي فله اجران وان اخطأ فله اجر واحد¹⁵⁴.
22. ان ما يقوي المسلمين من الاموال وغيرها على الكافرين ولا يحرمهم من الحياة يؤدي الى التيسير والقول بالاسهل، بمعنى "المصلحة تجلب التيسير" أو يفهم منها أن تقول "ان مصالح المسلمين معتبرة"¹⁵⁵.

تنبيه هام: ان القواعد والضوابط التي ذكرناها مسبقا كلها انما هي في الامور الفردية والتي لا يقع فيها الترافع الى الحكام، كالعبادات والمعتقدات والحلال والحرام من المأكولات والمشروبات والملبوسات والاقوال والافعال. واما الامور الاجتماعية والتي يجري فيها الترافع الى الحكام فيجب ان تضع الدولة لجنة من الفقهاء المتبحرين ؛ فينظروا في كل مسألة، ويحيطوا بما ورد فيها من آراء الصحابة والتابعين والائمة المجتهدين في الدين، فيأخذوا بالقول الاصلح للمجتمع، فينظموها دستورا يوزع على الحكام، وتقرر الدولة الحكم به فحينئذ لا تكون الفوضى في الحكم ويرتفع الخلاف، لأنه من القواعد المقررة في الاصول ان حكم الحاكم يرفع الخلاف¹⁵⁶.
وهذا هو التقنين بعينه الذي نقصده ، وذلك بأن يكون القواعد الفقهية والاصولية مهيمنة عليه، وسندكر فيما بعد القواعد الفقهية المالية التي لها أثر في التشريعات المدنية ودورها الاقتصادي .

¹⁵⁴ قال جمهور العلماء والشيعة: ان لله في كل واقعة حكما معينا قبل الاجتهاد فمن، ادفعه فهو المصيب، ومن لم يصادفه كان مخطئا، فالمصيب واحد له اجران والمخطيء غيره وله اجر واحد، الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، 1/136؛ الباليساني، هذا رأي وهذا مذمبي، 60-61.

¹⁵⁵ الباليساني، هذا رأي وهذا مذمبي، 37.

¹⁵⁶ الباليساني، هذا رأي وهذا مذمبي، 58-59.

3. القواعد الفقهية المالية وتطبيقاتها القانونية:

لقد أورد القوانين المدنية المعاصرة عددًا كبيرًا من القواعد الفقهية في مواضع مختلفة من أبوابه وفصوله، نصت على بعض هذه القواعد كما وردت في الفقه الإسلامي وتصرفت في البعض الآخر، ولم يسلم القانون بسبب هذا الفعل من النقد والاعتراض نظرًا للاختلاف الواقع بين القاعدة الفقهية والقاعدة القانونية صياغة ومضمونًا وغاية، وقد حاولنا في هذه الدراسة ذكر تلك القواعد وتقييمها شكلاً وموضوعاً. فالقانون المدني العراقي قد أورد مجموعة من القواعد الفقهية في مواضع مختلفة منه، والذي كان في فعله هذا متأثرًا بمجلة الأحكام العدلية، ثم تبعه القانون المدني الأردني، مقتفياً خطى القانون المدني العراقي. والقواعد الفقهية التي أوردتها مجلة الأحكام العدلية تقارب المائة قاعدة وقد تجاوز عددها في القانون المدني الأردني الخمسين قاعدة، ولم يكن القانون المدني مجرد ناقل للقواعد، بل تصرف في بعضها شكلاً ومضموناً، لذلك كان لا بد من دراسة هذه القواعد، ومقارنتها بالقواعد الفقهية الواردة في المصادر الفقهية، خاصة مجلة الأحكام العدلية باعتبارها مصدرًا تاريخيًا للقانون المدني العراقي وغيرها من الدول عمومًا والقواعد الفقهية خصوصاً، وسنتناول هذه القواعد بدراسة فقهية قانونية مقارنة ونقدية من حيث الشكل والمضمون، ونصنف القواعد الفقهية تصنيفاً علمياً وموضوعياً، بحيث نجمع القواعد التي تشكل مجموعها وحدة موضوعية متكاملة تحت عنوان واحد¹⁵⁷ والتي يمكن أن تكون كل مجموعة منها تدرس وتبحث عنها كنظرية مثل نظرية العقد، مع العلم بأن بعض القواعد تندرج تحت أكثر من موضوع، ثم يأتي بعد ذلك البحث عن الدور الاقتصادي للقواعد المذكورة.

¹⁵⁷ أحمد ياسين القرالة، القواعد الفقهية في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي شكلاً

ومضموناً، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، 2009م، 36.

- 3.1. قواعد تفسير الكلام وتأويله
- 3.2. قواعد الاستدلال على الارادة والتعبير عنها
- 3.3. قواعد العرف
- 3.4. قواعد الاستصحاب
- 3.5. قواعد الضرورة والحاجة والتيسير ورفع الحرج
- 3.6. قواعد إزالة الضرر
- 3.7. قواعد التصرف في ملك الغير
- 3.8. قواعد الضمان
- 3.9. قواعد التوابع والاعتقار
- 3.10. قواعد الشرط والمانع
- 3.11. قواعد الظن والتوهم
- 3.12. قواعد الحرام
- 3.13. قواعد التلازم
- 3.14. قواعد الاجتهاد
- 3.15. قواعد السياسة الشرعية
- 3.16. قواعد متفرقة

3.1. قواعد تفسير الكلام وتأويله

3.1.1. الأمور بمقاصدها " الأعمال بالنيات "

التمهيد بمثال معاصر

رجل أصبح صائما للقيام بتحليل الدم لمعرفة نسبة السكري في الدم، ورجل أصبح صائما في يوم رمضان، فهذان الرجلان يختلفان في نية الصوم، والحكماء يختلفان، فيحكم للأول بأن صومه لا ثواب فيه ولا يكون صوما شرعيا صحيحا، ويحكم للآخر بأن صومه شرعي ويكون صحيحا وفيه الأجر والثواب . وهذا راجع إلى مدلول القاعدة التي ينص على أن صحة الأعمال تقع بحسب القصد والنية والمآل.

الهدف النوعي: معرفة القواعد الفقهية الكبرى، والتركيز بالشرح والتفصيل على قاعدة " الأمور بمقاصدها "، من حيث تعريفها وبيان أصلها وبعض فروعها ومستثنياتها ومقاصدها . والفائدة من كل هذا تمكين الباحث من الاستعمال الموفق لهذه القاعدة في المجال الذي يزاوله خصوصا في مجال التشريع المدني الذي نحن بصددده .

أهميتها : هذه القاعدة من أهم القواعد الفقهية الست الكبرى التي هي .

الأمور بمقاصدها.

المشقة تجلب التيسير.

الضرر يُزال.

العادة محكمة.

اليقين لا يزول بالشك.

الضرورات تبيح المحظورات والضرورة تقدر بقدرها.¹⁵⁸

وقد ذكر العلماء أنها من أمهات القواعد الفقهية الكبرى وجعلوها من رأس القائمة وأولها، وأن الفقه الإسلامي مبني عليها ومنطلق منها، ولذلك سنبينها بشيء من التفصيل الذي يجلي حقيقتها وصيغها المتنوعة وأصلها وفروعها ومستثنياتها ومقاصدها.

و تُعتبر قاعدة الأمور بمقاصدها من أعظم القواعد الفقهية الكبرى، وأقومها صياغة، وأهمها عند جميع الفقهاء والعلماء على مر تاريخ الفقه والاجتهاد والاستدلال، حيث إنها تدور حول أغلب أبواب الفقه وأحكامه، وتشكل الأساس الضروري لجملة تصرفات الإنسان وأحواله.

¹⁵⁸ نور الدين مختار الخادمي، القواعد الفقهية، 58-60.

أصل القاعدة ومصدرها في القرآن قول الله تعالى : " وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين حنفاء " ¹⁵⁹ ، وقوله تعالى: " ومن يخرج من بيته مهاجراً إلى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع أجره على الله " ¹⁶⁰ ، وغيرها من الآيات القرآنية .

و الأصل في هذه القاعدة قوله صلى الله عليه وسلم " الأعمال بالنيات " ومصدرها ، قال علقمة بن وقاص الليثي ، سمعتُ عمرَ بنَ الخطابِ رضي الله عنه " يخطب " على المنبرِ قال: سمعت رسولَ الله صلى الله عليه وسلم يقولُ : يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وفي روايةٍ. العملُ بالنيَّةِ ، وإنما لكلِّ امرئٍ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله، فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته إلى دُنيا يصيبها، أو إلى امرأةٍ ينكحها وفي رواية. يَتَزَوَّجُهَا ، فهجرته إلى ما هاجرَ إليه. ¹⁶¹

واتفق الأئمة على أن حديث " الأعمال بالنيات " ثلث العلم، وأحد القواعد الثلاث التي تردُّ إليها جميع الأحكام ، لأن كسب العبد يقع بقلبه ولسانه وجوارحه ، والنية أحد هذه الأقسام الثلاثة وأرجحها ، لأنها قد تكون عبادة مستقلة وغيرها يحتاج إليها ¹⁶² . قال أحمد " أصول الإسلام على ثلاثة أحاديث : حديث : إنما الأعمال بالنيات، وحديث : من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رده، وحديث : الحلال بين والحرام بين .

معاني مفردات القاعدة الأمور: جمع أمر، وهو لفظ عام للأفعال والأقوال كلها، ومنه قوله تعالى. " وإليه يرجع الأمر كله " ¹⁶³ "وقل إن الأمر كله لله " ¹⁶⁴ فالمراد بالأمور في القاعدة ، معناها الواسع الذي لا يقتصر على الأفعال، بل يشمل الأقوال كما يشمل الاعتقادات . والقول بأن الأمور بمقاصدها على تقدير مضاف أي : أحكام الأمور بمقاصد فاعلها لأن علم الفقه يبحث عن أحكام الأشياء لا عن ذواتها ¹⁶⁵ . وأما المقدر هو الصحة أو الكمال " أي

¹⁵⁹ البينة، 98 / 5.

¹⁶⁰ النساء، 4 / 10.

¹⁶¹ الألباني، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، مختصر صحيح الإمام البخاري، ط: الأولى، مكتبة المعارف، الرياض ، 2002 م، 6.

¹⁶² مصطفى إبراهيم الزلي، إيضاح الفوائد في شرح القواعد على نمط جديد، ط: الأولى، دار نشر احسان، 2014م، بدون م 110.

¹⁶³ آل عمران، 3 / 154.

¹⁶⁴ هود، 11 / 132.

¹⁶⁵ علي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكماء في شرح مجلة الأحكام، ط: الأولى، دار الجيل، بدون، 1991م، 19؛ سليم روستم باز اللبناني، شرح المجلة، منشورات الحلبي الحقوقية، 18.

صحة الأعمال أو كمالها متوقفة على المقصد" أو أن الأعمال معتبرة بالنيات وما لا نية فيه ليس بمعتبر ، وهذا أحسن ما قرر به .¹⁶⁶ المقاصد جمع مقصد من القصد، ومعناه : الاعتزام، والتوجه والاعتماد، وإتيان الشيء، والقصد يأتي بمعنى النية، وهو المعنى المراد هنا. والمقصد يُطلق على معنيين.

المعنى الأول : المقصود من ذلك الأمر والغاية منها كقولنا من مقاصد الصلاة إصلاح حال المصلي، وإبعاده عن المنكرات وإدخاله في المعروف . قال تعالى: " إن الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر "¹⁶⁷ أي من غايات القيام بالصلاة ومن أهدافها الإصلاح والتربية.

المعنى الثاني: النية الباعثة للعمل، أو التوجه الباطني والقصد الداخلي، فمعنى القصد أو النية إذن هو

الإرادة المتوجهة نحو الفعل.¹⁶⁸ قال تعالى " وعلى الله قصد السبيل " ¹⁶⁹ ، ولكي تكون المقاصد محمودة ومقبولة يجب أن تكون موافقة لمقاصد الشرع .

و هناك مصطلحات ذات صلة بالقصد منها النية : هي الإرادة والعزم والقصد ، والإرادة في اللغة: بمعنى الطلب والاختيار والمشئنة والعزم : العزم على الأمر، في اللغة، إرادة فعله، مع القطع عليه .¹⁷⁰

والإرادة والعزم والقصد كلمات يختلف معنى بعضها عن بعض، وإن كانت ترتبط فيما بينها بمعنى جامع، هو معنى الجنس، فاختلافها كاختلاف أفراد الجنس فيما بينها، كالحیوان وسائر الأنواع المندرجة فيه .

المعنى الإجمالي للقاعدة: يقصد بهذه القاعدة أن صحة الحكم على عمل أو فعل أو تصرف معين مرتبط بنية فاعله، بمعنى أن النيات هي الفاصلة بين ما يصح منها وما لا يصح ، وأن جميع الأمور التي يقوم بها الإنسان المكلف تتحدد وتتوقف على مقاصدها، أي على النية الداخلية والقصد الباطني من جهة أولى، وعلى غاياتها وأهدافها التي ينبغي أن تكون موافقة للشرع لا معارضة له من جهة ثانية . وعليه، فإن عمل الإنسان المكلف يكون صحيحا شرعا إذا وجد فيه أمران .

¹⁶⁶ أحمد ياسين القرالة، القواعد الفقهية وتطبيقاتها الفقهية والقانونية، 40.

¹⁶⁷ العنكبوت: 29 / 45.

¹⁶⁸ المحمصابي، فلسفة التشريع في الاسلام، ط: الرابعة، دار العلم للملايين، بيروت، 1975م، 312 .

¹⁶⁹ النحل، 16/ 9

¹⁷⁰ القراني، الأمنية في إدراك النية، والقواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية، 74.

1. النية.

2. مراعاة مقصد الشارع، وصوابية العمل:

و مثال ذلك : الزواج، فإنه ينبغي أن يُراد به وجه الله تعالى وتحصين النفس وبناء الأسرة وهذا يتعلق بالنية، وأن يُقصد به استدامة العشرة وملازمة الارتباط بين الزوجين وهذا يتعلق بمراعاة مقصد الشارع وصوابية العمل لأن الشارع قصد التأييد لا التوقيت في الزواج . وعلى كل هذا يُمنع الزواج لأسبوع أو شهر مثلاً.

وحقيقة هذه القاعدة أن أعمال المكلف تتوقف أحكامها على نيات المكلف والمقصود من تلك الأعمال، فإذا كانت الأعمال مقرونة بنياتها الصحيحة ومقصودها الحسنة الموافقة للشرع، فإنه يُحكم على تلك الأعمال بالصحة والسلامة والقبول إن شاء الله تعالى، وإن كانت على خلاف ذلك فإنه يُحكم عليها بالفساد والبطلان وبعدم القبول إن شاء الله عز وجل.

ويشترط في النية أن تكون متلبسة بالفعل المنوي، أو قبل ذلك بشرط استصحابها، أما النية الواقعة بعد التلبس أو الواقعة قبل التلبس ولم تستصحب، فهي لا تجزئ : قال المقرئ : شرط النية اقتران ذكرها بأول المنوي فلا يضر ما لا يقطع ذلك من تقديمها عليه وهو المعبر عنه بالتقديم اليسير لأن فائدتها تخصيصه بالجهة المرادة به : وقال أبو بكر بن العربي : الأصل في كل نية أن تكون عقدها مع التلبس بالفعل المنوي بها أو قبل ذلك بشرط استصحابها¹⁷¹ ، ويقول ابن القيم . " النية روح العمل ، والعمل تابع لها يصح بصحتها ويفسد بفسادها " . وأن أعمال المكلفين وتصرفاتهم القولية والفعلية تختلف آثارها وأحكامها الشرعية باختلاف مرادهم منها، أو أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون موافقاً ومطابقاً لما هو المقصود من ذلك الأمر، فالقصد هو الذي يحكم به على العمل، وعلى حسب القصد تكون المجازاة على الأعمال من ثواب أو عقاب.

ومن فروع هذه القاعدة .

1. لا بد في الصلاة من عقد وقول وفعل . أما العقد فهي النية ولا خلاف فيها بين الأمة وحقيقتها قصد التقرب إلى الأمر بفعل ما أمر به لحق الأمر خاصة.

2. إذا دخل بين المتعاقدين قصد فاسد فلا بد أن يقترب به من الشريعة فهي جازم، فيكون ذلك فساداً فيه على الاختلاف في وجه الفساد وحاله ومآله .

3. الأعمال كلها تحتل أن تكون لله ولغيره، ولا عبرة بها إلا أن تكون لله على نية امتثال أمره والتقرب إليه، كمن توضأ تبرداً لا يعتد به عبادة، وكذلك من صام إجماماً لمعدته لا يعد عبادة، ولذلك قال العلماء : الحقائق إن الرجل إذا قال أصوم غداً يقصد بذلك التطيب أنه لا

¹⁷¹ نور الدين مختار الخادمي، القواعد الفقهية، 61 .

يجزيه، وكذلك لو قصد بالصلاة رياضة أعضائه لم يجز أيضا حتى ينوي بذلك الخدمة لمن تجب له القرية.

3. قال النووي : الوطاء بنية طلب الولد وإعفاف الزوجة وإعفاف النفس طاعة .¹⁷²

الصيغ المتنوعة للقاعدة " الأمور بمقاصدها " عدة صيغ تتوافق أو تتكامل معها ، ومن هذه الصيغ " الأعمال بالنيات ، الأعمال إنما هي بالنيات والاحتساب ، لا عمل إلا بنية ، لا ثواب إلا بنية العمل لا ينفع منه إلا ما صحبتته النية ، شرعت النية لتمييز العبادات عن العادات ولتمييز مراتب العبادات بعضها عن بعض ، الباري تعالى إنما يثيب العباد على قدر نياتهم لا بمقدار أعمالهم "¹⁷³.

و تأسيسا على ما سبق ، يجب تحديد النية والهدف والمقصد من أي معاملة مالية ، وأن تكون صالحة ، وفي ضوء ذلك يكون العمل الصالح التابع لهذه النية ولا تحايل على شرع الله ، لأن المعاملات عبادة ، ويجب أن تكون خالصة لله¹⁷⁴، ودليل ذلك قول الله تبارك وتعالى . (فَمَنْ كَانَ يَرْجُوا لِقَاءَ رَبِّهِ فَلْيَعْمَلْ عَمَلًا صَالِحًا وَلَا يُشْرِكْ بِعِبَادَةِ رَبِّهِ أَحَدًا).¹⁷⁵

كيفية قصد الشيء ومحل النية : قصد الشيء يكون مقترنا بفعله : ولا يكفي التلفظ باللسان دون القلب ، ولا يشترط مع القلب التلفظ في العبادات ، لكن يشترط التلفظ والقلب في الزواج والطلاق والمعاملات المالية ، كالبيع والايجار ونحوهما.

وهل النية ركن أو شرط ؟ فيهما خلاف ولا يترتب على هذا التكييف حكم مادام الشرط في العقود شرط الانعقاد .¹⁷⁶

أمثلة هذه القاعدة وتطبيقاتها المدنية : قاعدة "الأمور بمقاصدها " تجرى في كثير من أبواب الفقه ومنها المعاملات المالية المدنية، مثل . المعاوضات والتمليكات المالية، والإبراء، والوكالات، وإحراز المباحات، والضمانات، والأمانات. وأذكر هنا بعض الأمور المالية .

1. المعاوضات والتمليكات المالية . كالبيع والشراء والإجارة والصلح والهبة . فإن عقود المعاوضات المالية عند إطلاقها تفيد حكمها وهو الأثر المترتب عليها من التملك والتمليك، لكن

¹⁷² نور الدين مختار الخادمي، القواعد الفقهية، 62.

¹⁷³ نور الدين مختار الخادمي، القواعد الفقهية، 63.

¹⁷⁴ حسين شحاتة ، القواعد الفقهية والضوابط الشرعية للمعاملات المالية المعاصرة، 43.

¹⁷⁵ الكهف، 18 / 110.

¹⁷⁶ مصطفى ابراهيم الزلي، إيضاح الفوائد في شرح القواعد على نمط جديد، 110 - 111.

إذا اقترن بها ما يخرجها عن إفادة الحكم وذلك كإرادة الهزل والاستهزاء والمواضعة والمداهنة فإنه يسلبها حكمها . فإذا باع الإنسان أو اشترى وهو هازل فإنه لا يترتب على هذا العقد أثره، وهو التمليك والتملك، ومثله إذا كان مستهزئاً أو مواضعاً أو مداهناً.

2. وأما الإبراء . فهو كما لو قال الطالب للكفيل : برئت من المال الذي كفلته فإنه يرجع إليه في البيان لما قصده في هذا اللفظ، فإن كان قصد براءة الاستيفاء منه كان للكفيل أن يرجع على المكفول عنه، وإن كان قصد من ذلك براءة الإسقاط فلا رجوع له .

3. وأما الوكالات، مثل أن يوكل إنسان غيره بشراء سيارة معينة، فاشترى الوكيل السيارة فيضطر في هذه الحالة إلى نية وقصد الوكيل، إن كان نوى الشراء للموكل يقع الشراء للموكل، وإن كان نوى الشراء لنفسه كان الشراء لنفسه.

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .

وأول ما ذكر فيه هذه القاعدة الفقهية القانون المدني العثماني المتمثل بمجلة الأحكام العدلية في المادة الثانية ، وتخرج عليها فروعاً كثيرة منها المادّة " 769 " من المجلة . إذا وَجَدَ شَخْصٌ شَيْئًا فِي الطَّرِيقِ أَوْ فِي حِلٍّ آخَرَ وَأَخَذَهُ عَلَى أَنَّهُ مَالٌ لَهُ يَكُونُ فِي حُكْمِ الْغَاصِبِ وَعَلَى هَذَا إِذَا هَلَكَ ذَلِكَ الْمَالُ أَوْ فَقَدَ يَضْمُهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ صُنْعٌ وَتَقْصِيرٌ وَأَمَّا إِذَا أَخَذَهُ عَلَى أَنَّهُ يُعْطِيهِ لِصَاحِبِهِ فَإِنْ كَانَ صَاحِبُهُ مَعْلُومًا فَهُوَ فِي يَدِهِ أَمَانَةٌ مُحَضَّةٌ وَيَجِبُ عَلَيْهِ تَسْلِيمُهُ إِلَى صَاحِبِهِ. وَإِنْ كَانَ صَاحِبُهُ غَيْرَ مَعْلُومٍ فَهُوَ لُقْطَةٌ وَأَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُلتَقِطِ أَيْ الشَّخْصِ الَّذِي وَجَدَهُ وَأَخَذَهُ¹⁷⁷ . ومما يتفرع أيضاً على هذه القاعدة المسائل المدرجة في المواد 1250 و1303 و1304 من المجلة.

و قد ورد هذه القاعدة في القانون المدني العربي الموحد هكذا "باب التمهيد .

الفصل الاول . قواعد كلية فقهية ، المادة " 1 " . الأمور بمقاصدها: تعني المادة ، أن أعمال المكلف وتصرفاته من قولية أو فعلية، تختلف نتائجها وأحكامها التي تترتب عليها باختلاف غاية الشخص وهدفه من تلك الأعمال. وأصلها . 1. قوله صلى الله عليه وسلم. " إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته لله ورسوله، فهجرته لله ورسوله، ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها، فهجرته إلى ما هاجر إليه¹⁷⁸ " وما روي عن سعد

¹⁷⁷ علي حيدر، درر الحكم في شرح مجلة الأحكام، 237؛ وسليم رستم، شرح المجلة، 680 - 696 - 697.

¹⁷⁸ البخاري، بدء الوحي، 54.

بن أبي وقاص رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " إنك لن تنفق نققة تبغى بها وجه الله إلا أجزت فيها، حتى ما تجعله في فم امرأتك " .¹⁷⁹

و لم ينص القانون المدني العراقي ولا الاردني ولا الاماراتي ولا السوداني على قاعدة " الامور بمقاصدها " صراحة وإنما تفرعوا عليها فروعاً سنذكرها فيما بعد ، واستعاض بعض هذه القوانين عنها بقاعدة " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني " ، الآتي ذكرها ، وكان الأولى أن ينص على هذه القاعدة لأنها أعم وأشمل فإن هناك أمور تعتبر فيها النية وهي ليس من العقود ، أما القانون المدني اليمني فقد نص في المادة " 6 " على هذه القاعدة .¹⁸⁰

و من فروعها وتطبيقاتها في القوانين

أولاً. ينعقد العقد بصيغة المضارع وبصيغة الأمر إذا أريد بهما الحال ، وقد نصت المادة " 77 " من القانون المدني العراقي والمادة " 91 " الأردني ، الفقرة الثانية على ما يأتي :
ويكون الإيجاب والقبول بصيغة الماضي، كما يكونان بصيغة المضارع او بصيغة الامر اذا اريد بهما الحال .

و المادة " 78 " صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد ينعقد بهما وعداً ملزماً اذا انصرف الى ذلك قصد العاقلين .¹⁸¹

ثانياً . يعتبر قصد الانسان الاضرار بالغير معياراً لاعتبار الشخص متعسفاً في استعماله لحقه كما نصت المادة " 7 " من القانون المدني العراقي .

1. من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان.

2. ويصبح استعمال الحق غير جائز في الاحوال الآتية.

أ - اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير.

ب - اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ج - اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة.

و قد نصت على ذلك أيضاً الفقرة " 1 " من المادة " 66 " من القانون المدني الأردني.

¹⁷⁹ القانون العربي الموحد، 2.

¹⁸⁰ أحمد ياسين القرالة، القواعد الفقهية وتطبيقاتها الفقهية والقانونية، 43-49.

¹⁸¹ القانون المدني العراقي رقم، 40 لسنة 1951، 11؛ أحمد ياسين القرالة، القواعد الفقهية وتطبيقاتها الفقهية والقانونية، 46.

ثالثاً. من المقرر أن إحراز المباحات¹⁸² هو أحد أسباب التملك في الفقه الاسلامي ، ويشترط في هذا الاحراز ليكون سبباً للتملك أن يقع الاحراز بقصد ، فإذا حصل بلا قصد لم يملكه المحرز ، فلو دخل صيد في متاع شخص دون قصد منه فلا يعتبر مالكا لذلك الصيد . وهو ما نصت عليه المادة " 1076 " من القانون المدني الأردني ، وما نصت عليه المادة " 1098 " من القانون المدني العراقي، الفصل الثاني- اسباب كسب الملكية ، الفرع الاول - كسب الملكية ابتداء ، الاستيلاء ، المادة " 1098 " .

1. كل من احرز بقصد التملك منقولاً مباحاً لا مالك له ملكه.
2. والاحراز يكون حقيقياً بوضع اليد حقيقة على الشيء كحصد الكلاء والاحتطاب من اشجار الجبال، ويكون حكماً بتهيئة سبب الاحراز كوضع اناء لجمع ماء المطر او نصب شبكة الصيد.

المادة 1099 . 1. الماء والكأ والنار مباحة والناس في هذه الثلاثة شركاء، فيجوز لهم الانتفاع بها واحراز الماء والكأ بشرط عدم الضرر.

2. ويعتبر مباحاً الكلاء النابت في ملك شخص بغير قصده، ولكن للمالك ان يمنع الغير من الدخول في ملكه.

وللإنسان والحيوان حق الشفعة في الماء الذي لم يحرز وفي المساقى والقنوات المملوكة للغير بشرط عدم الضرر¹⁸³ .

رابعا . للمقصد والنية دور كبير في تحديد دلالات الألفاظ الكنائية وترتيب آثارها عليها. وقد نص قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة " 83 " .

أ. يقع الطلاق باللفظ أو الكتابة وللعاجز عنهما بإشارته المعلومة.

ب. لا يقع الطلاق بالكتابة إلا بالنية.

و المادة " 84 " . يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة دون الحاجة الى نية ، وبالألفاظ الكنائية

. وهي التي تحمل معنى الطلاق وغيره . بالنية.

خامسا . يعتبر قصد القاتل المعيار في تحديد العقوبة المترتبة على قتله . وقد نصت المادة 622 من القانون المدني العراقي . اذا قتل الموهوب له الواهب عمداً بلا وجه حق، كان لورثته حق ابطال الهبة. و نصت المادة " 578 " من القانون المدني الأردني . إذا قتل الموهوب له الواهب

¹⁸² أحمد ياسين القرالة، القواعد الفقهية وتطبيقاتها الفقهية والقانونية، 46.

¹⁸³ القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951م، 119. وأحمد ياسين القرالة، القواعد الفقهية وتطبيقاتها الفقهية والقانونية، 47-48.

عمداً أو قصداً بلا وجه حق كان لورثته حق إبطال الهبة ، ونصت الفقرة أ من المادة " 281 " من قانون الأحوال الشخصية الأردني . يحرم من الارث من قتل مورثه عمداً عدواناً سواء أكان فاعلاً أصلياً أم شريكاً أم متسبباً شريطة أن يكون القاتل عند ارتكابه الفعل عاقلاً بالغاً. ونصت المادة " 273 " . يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصي له الموصي أو المورث قتلًا مانعاً من الارث.¹⁸⁴

و من فروع هذه القاعدة : " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني " الآتي ذكرها¹⁸⁵ .

3.1.2. قاعدة . العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني

هذا اللفظ عند الحنفية والمالكية، أما الشافعية فقد تناولوها بعبارة " هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها ؟ " أما عند الحنابلة فإن لفظها " اذا وصل بألفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها فهل يفسد العقد بذلك أو يجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه؟ " فيه خلاف يلتفت إلى أن المذهب هل هو اللفظ أو المعنى؟¹⁸⁶

هذه القاعدة خاصة بتفسير الكلام والعقود وهي متفرعة عن قاعدة " الأمور بمقاصدها " التي هي عامة في الأمور كلها.

معنى القاعدة .

العقودُ. جمع عقد وهو ارتباط الإيجاب بالقبول كعقد البيع، والإجازة، والإعارة.

اللفظ. هو الكلام الذي ينطق به الإنسان بقصد التعبير عن ضميره.¹⁸⁷

المقاصد. هي الأغراض التي أرادها المتصرف من تصرفه .

المباني : هي ترتيب الألفاظ مفردة أو مركبة مادة وهيئة¹⁸⁸ .

¹⁸⁴ القانون المدني العراقي رقم 40، لسنة 1951م، 74؛ أحمد القرالة، القواعد الفقهية وتطبيقاتها الفقهية والقانونية، 47.

¹⁸⁵ القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951؛ والقانون المدني الأردني قانون رقم 43، والقانون المدني العربي الموحد ومذكرته الإيضاحية، 2111م/22/22، كقانون نموذجي بالقرار رقم 222 د22، وقانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، 1985/5 تاريخ الطباعة: 2017/01/23؛ وقانون المعاملات المدنية السودانية لسنة 984م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.

¹⁸⁶ ابن رجب الحنبلي، القواعد، 38.

¹⁸⁷ علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 1 / 21 - 105.

المعاني: هي ما تدل عليه الألفاظ بوضعها أو باستعمالها .

و المراد بالمقاصد والمعاني تلك القرائن اللفظية التي توجد في عقد فتكسبه حكم عقد آخر، يفهم من هذا أنه عند حصول العقد لا ينظر للألفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد، إنما ينظر إلى مقاصدهم الحقيقية من الكلام الذي يلفظ به حين العقد، لأن المقصود الحقيقي هو المعنى، وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة، وما الألفاظ إلا قوالب للمعاني ، ومع ذلك فإنه ما لم يتعذر التأليف بين الألفاظ والمعاني المقصودة لا يجوز إلغاء الألفاظ، مثال ذلك لو اشترى شخص من " قصاب " قطعة لحم، وقال له . خذ هذه الساعة أمانة عندك حتى أحضر لك الثمن فالساعة لا تكون أمانة عند القصاب بل يكون حكمها حكم الرهن، وللقصاب أن يبقئها عنده حتى يستوفي دينه، فلو كانت أمانة كما ذكر المشتري لحق له استرجاعها من البائع بصفتها أمانة يجب على الأمين إعادتها.

وما يشمل المقاصد العرفية المرادة للناس في اصطلاح تخاطبهم فإنها معتبرة في تعيين جهة العقود فقد صرح الفقهاء بأنه يحمل كلام كل إنسان على لغته وعرفه وإن خالفت لغة الشرع وعرفه¹⁸⁹ .

وهذا ما بينته المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني " يجب الوقوف في تفسير العقد عند الصيغ والعبارات الواردة في العقد واستخلاص معانيها الظاهرة دون الانحراف عن المعنى الظاهر إلى معان أخرى بحجة أنها هي المعاني التي تتمثل فيها الإرادة الباطنة، فالإرادة الباطنة لا شأن لنا بها، إذ هي ظاهرة نفسية لا تعني المجتمع، والذي يعنيه هو الإرادة الظاهرة التي اطمأن إليها كل من المتعاقدين في تعامله مع الآخر، فهذه ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية وهي التي يتكون منها العقد، من أجل ذلك يقف المفسر عند الصيغ الواردة في العقد ويحللها تحليلًا موضوعيًا ليستخلص منها المعاني السائغة، ويعتبر هذه المعاني هي إرادة المتعاقدين¹⁹⁰ : وبناء على ذلك ؛ فالقاعدة ليست على إطلاقها، لأن المقاصد ليست كلها معتبرة، والمعتبر منها ما دلت عليه الدلائل والقرائن، لذلك لا بد من تقييدها وإعادة صياغتها بما يحقق مقاصدها.

¹⁸⁸ البخاري، كشف الأسرار عن أصول البزدوي، 26/1.

¹⁸⁹ أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 13؛ نقلا من كتاب، القواعد الفقهية وتطبيقاتها الفقهية والقانونية، 51-52.

¹⁹⁰ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، 244/1؛ نقلا من كتاب، القواعد الفقهية وتطبيقاتها الفقهية والقانونية، 51-52.

والذي يقيد هذه القاعدة هو قاعدة . " دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه " ¹⁹¹ ، وهي تعني أن الأمور التي يتعذر أو يتعسر الوقوف على حقيقتها يقيم الشارع مقامها ما يدل على وجودها، ويعتبر الظاهر فيها دليلاً على وجود الباطن ويقوم مقامه في إثبات الأحكام وتقرير الحقوق . لذلك فإن آل كاشف الغطاء يقترح صياغة القاعدة على النحو الآتي . العبرة في العقود للمقاصد والمعاني مع الألفاظ والمباني ¹⁹² . واقترح أحمد ياسين القرالة صياغتها على النحو الآتي : العبرة في العقود والتصرفات للمقاصد والمعاني التي دلت عليها الألفاظ والقرائن ¹⁹³ . وهذا الأخير أحسن .

و الذي أقترح صياغتها على النحو الآتي : العبرة في العقود والتصرفات للمقاصد والمعاني التي دلت عليها الألفاظ والمباني .
أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .

وقد نص القانون المدني العراقي " المادة 155، الفقرة 1 " على هذه القاعدة واتبعه المدني الأردني في الفقرة 1 من المادة 214 وأورداها عند حديثهما عن موضوع تفسير العقد ، وهو ما فعله قانون المعاملات المدنية السوداني في المادة 96 وقانون المعاملات المدنية الاماراتي في المادة رقم 258 ، ولم ينص أحد منهم على المقيدة لها " وهي دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه " على الرغم من أهميتها وانسجامها مع الاتجاه العام الذي ذهب إليه، هذا فضلاً عن كونها أكثر مساساً وأوثق اتصالاً به من كثير من القواعد التي أوردوها والتي لها فائدة أقل منها بكثير ومن النص عليها. ¹⁹⁴ ونظراً لأهمية القاعدة وأثرها في كل جوانب القانون كان من الأفضل إفرادها بمادة مستقلة ونقلها الى الباب التمهيدي ، لأنها أليق بذلك ، وهو ما فعله القانون المدني العربي الموحد في المادة الثانية والقانون المدني اليمني حيث نصت المادة " 6 " على ما يأتي : الأمور بمقاصدها ، والعبرة في الكنايات بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني . فقد اعتبر أن العبرة بالمقاصد والمعاني هو في الألفاظ الكنائية فقط أي الألفاظ المحتملة لأكثر من معنى ، وهو

¹⁹¹ البابري، العناية شرح الهداية، ط2: الثانية، 391/ 1، المادة 68 من المجلة، المادة 70.

¹⁹² آل كاشف الغطاء، تحرير المجلة، شرح المادة، 3.

¹⁹³ أحمد ياسين القرالة، القواعد الفقهية وتطبيقاتها الفقهية والقانونية، 51- 52.

¹⁹⁴ مثلاً في الاردني كقاعدة من استعجل الشيء... والمادة، 217 ذكر بعض ما لا يتجرأ كذكره كله، والمادة، 234 السؤال معاد في الجواب، (66 من مجلة الأحكام العدلية، 59 من قانون المعاملات المالية الإماراتي؛ حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 1/ 68؛ القرالة، القواعد الفقهية وتطبيقاتها الفقهية والقانونية، 55.

إجراء حسن¹⁹⁵.

و الذي نراه في رأينا المتواضع صياغة القاعدة هكذا: العبرة في العقود والتصرفات للمقاصد والمعاني التي دلت عليها الألفاظ والمباني¹⁹⁶.

و من تطبيقاتها .

1. نصت المادة 917، من القانون العربي الموحد والمادة 958 من القانون المدني الأردني والمادة 1065

من المدني الاماراتي على ما يأتي. الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة.

2. المادة 889 الأردني والمادة رقم 992 الاماراتي : اذا كانت الوديعة مبلغا من النقود او شيئا يهلك بالاستعمال وأذن المودع للمودع لديه في استعماله اعتبر العقد قرضاً. وشبيه هذا في المدني اليمني مادة " 952".

3. نصت المادة 527 من القانون العربي الموحد والمادة 560 من القانون المدني الأردني والمادة 617 من المدني الاماراتي على . 1. تصح هبة الدين للمدين وتعتبر ابراء 2. وتصح لغير المدين وتنفذ اذا دفع المدين الدين اليه¹⁹⁷.

3.1.3. أعمال الكلام أولى من إهماله

وتبين أهمية هذه القاعدة عندما نعلم أنها محل اتفاق عند جميع العلماء كما يظهر من تفريعاتهم عليها وتعليقاتها بها، كما تزداد أهميتها عندما نعلم أنها تتعلق بتصرفات المكلف القولية كلها وتصحيحها، وهذا أمر ضروري عند جميع الأئمة لأن تصحيح الكلام مبدأ أخذ به الجميع دون استثناء.

معنى القاعدة. أعمال الكلام. أي إعطاؤه حكماً مفيداً حسب مقتضاه اللغوي.

وإهمال الكلام. عدم ترتب ثمرة عملية عليه بإلغاء مقتضاه ومضمونه.

¹⁹⁵ أحمد ياسين القرالة، القواعد الفقهية وتطبيقاتها الفقهية والقانونية، 53.

¹⁹⁶ الباحث.

¹⁹⁷ القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، والقانون المدني الأردني قانون رقم 43، لعام 1976؛ والقانون المدني العربي الموحد ومذكرته الإيضاحية؛ الأمانة العامة الإدارة العامة للشؤون القانونية، الأمانة الفنية لمجلس وزراء العدل العرب، 211م، 22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم 222-22؛ وقانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد: 1528 تاريخ الطباعة: 2017/01/23؛ وقانون المعاملات المدنية السودانية لسنة 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.

فالعقل يصان كلامه عن الإلغاء ما أمكن، بأن ينظر إلى الوجه المقتضي لتصحيح كلامه فيرجح، سواء كان بالحمل على الحقيقة أم المجاز، إلا عند عدم الإمكان فيلغى¹⁹⁸.

ومن مسائل هذه القاعدة وفروعها.

من حلف لا يأكل من هذه النخلة شيئاً، ثم أكل من ثمرها أو جمارها أو طلعها أو يسرها أو الدبس الذي يخرج من رطبها حنث، لأن النخلة لا يتأتى أكل عينها فحمل على ما يتولد منها. وكذلك لو حلف لا يأكل من هذا القدر يحمل على ما يطبخ فيه.

فأما إذا لم يوجد إمكان لحمل الكلام على الحقيقة أو المجاز ألغى، كقول الرجل لزوجته الثابت نسبها من غيره. هذه بنتي فلا تحرم عليه، سواء كانت أكبر منه سناً أو أصغر. لأنه لما تعذر كل من الحقيقة والمجاز وقع لغواً.

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .

نصت المادّة 60 من المجلة، إعمالُ الكلامِ أوّلَى مِنْ إهمالِهِ ، ونصت المادة " 32 " من القانون المدني العربي الموحد . إعمال الكلام أولى من إهماله. تعني المادة . أن إعمال الكلام ما أمكن إعماله أولى من إهماله، لأن المهمل لغو، وكلام العقل يصان عنه، فيجب حمله ما أمكن على أقرب وجه يجعله معمولاً به من حقيقة ممكنة وإلا فمجاز. فاللفظ الصادر في مقام التشريع أو التصرف إذا كان حمله على أحد المعاني الممكنة يترتب عليه حكم، وحمله على معنى آخر يقتضيه لا يترتب عليه حكم، فالواجب حمله على المعنى المقيد للحكم، لأن خلافه إهمال وإلغاء، أما إذا لم يوجد إمكان لحمل الكلام على الحقيقة أو المجاز، فيلغى ويهمل.¹⁹⁹

و تفرعت عن هذه القاعدة قواعد عدة ترسم كيفية إعمال الكلام الذي أوجبه هذه القاعدة، وتبين الطرق الراجعة المعقولة فيه من هذه القواعد.

¹⁹⁸ علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، 1/ 59؛ ومحمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة، بيروت ط: الرابعة، 1996 م، 1/ 376.

¹⁹⁹ علي حيدر، درر الحكماء في شرح مجلة الأحكام، 1/ 59؛ والقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951؛ والقانون المدني الأردني قانون رقم 43، لعام 1976، والقانون المدني العربي الموحد، 2111م 22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم 222 د 22 ؛ و قانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017/01/23، وقانون المعاملات المدنية السودانية لسنة 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.

3.1.4. قاعدة. "الأصل في الكلام الحقيقة"

و هي أولى القواعد الكلية الفرعية ، ومعنى الأصل هنا : الراجح عند السامع، أي أن السامع يحمل كلام المتكلم على معناه الحقيقي.

الحقيقة: فعيلة بمعنى مفعولة، وهي صفة لموصوف محذوف من حق الشيء إذا ثبت واستقر، وأصلها الكلمة الحقيقة، ثم نقلت من الوصفية إلى الاسمية.

ومعناها اصطلاحاً: " اللفظ المستعمل في المعنى الذي وضع له في أصل اللغة" كلفظ الأسد للحيوان المفترس.

ويقابل الحقيقة المجاز ومعناه: اللفظ المستعمل في غير المعنى الذي وضع له في أصل اللغة لعلاقة مع قرينة مانعة من إرادة المعنى الأصلي " كاستعمال لفظ النور للعلم أو للإسلام، ومن خلال تعريف المجاز نرى أنه يشترط في المجاز أن يكون ثمة علاقة بين المعنى الموضوع له اللفظ والمعنى المنقول إليه، كما يشترط أن تكون هناك قرينة تدل على أن المتكلم إنما أراد المعنى المجازي لا المعنى الحقيقي²⁰⁰

المعنى الفقهي للقاعدة.

إن إعمال كلام المتكلم من شارع أو عاقد أو حالف أو غيرهم، إنما يكون بحمل ألفاظه على معانيها الحقيقية عند الخلو عن القرائن التي ترجح إرادة المجاز.

من فروع هذه القاعدة وأمثلتها.

1. إذا قال شخص لآخر. وهبتك هذا الشيء، فأخذه المخاطب ثم ادعى القائل أنه أراد بلفظ الهبة البيع مجازاً ثمناً، فلا يقبل قوله؛ لأن الأصل في الكلام الحقيقة، وحقيقة الهبة تمليك بدون عوض، بخلاف ما إذا قال. وهبتك بدينارين. فإن ذكر الدينارين على سبيل العوضية قرينة على أنه أراد بالهبة البيع مجازاً فيحمل عليه.

2. إذا وقف شخص على أولاده دخل الأبناء مع البنات، لأن لفظ الولد يشملهم جميعاً حقيقة.

3. وإذا أوصى شخص لأولاد فلان وكان لفلان أولاد صليبيون وحفدة انصرفت الوصية إلى الأولاد الصليبيين فقط، أي الطبقة الأولى من ذريته، لأنه المعنى الحقيقي للأولاد، وقيل يدخل ولد الولد أيضاً حملاً للكلام على الحقيقة والمجاز معاً.

²⁰⁰ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 1/ 30؛ ومحمد ؛ دقي آل بورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، 1/ 319.

3. وإذا قال. هذه الدار لزيد، كان إقراراً له بالملك، حتى لو قال. أردت أنها مسكنه لم يسمع قوله.

4. وإذا حلف إنسان إنه لا يبيع ولا يشتري، فوكل في ذلك لم يحنث، حملاً للفظ على الحقيقة، إلا إذا كان الحالف ممن لا يتولى هذه الأمور بنفسه، أو كان الفعل مما لا يفعله بنفسه كالبناء مثلاً، فإنه يحنث بالأمر بفعله .

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .

نصت المادّة "12" من مجلة الأحكام العدلية على القاعدة المذكورة ، ونصت المادة " 33" من القانون المدني العربي الموحد الأصل في الكلام الحقيقة ، تعني المادة :أنه إذا كان للفظ معنيان متساوٍ استعملهما، معنى حقيقي ومعنى مجازي، وورد مجرداً عن مرجح يرجح أحد المعنيين على الآخر، فإنه حينئذٍ يراد به المعنى الحقيقي لا المجازي. ونصت القانون المدني الاماراتي في المادة 258 في الفقرة الثانية . والأصل في الكلام الحقيقة ، فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي. كما نصت الفلسطيني في مادة " 159" الأصل في الكلام الحقيقة فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي. و لم ترد القاعدة من القانون المدني العراقي ولا من الاردني ولا من السوداني ولا اليمني.²⁰¹

3.1.5. قاعدة . إذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز

الحقيقة هي الأصل الراجع المقدم في الاعتبار، والمجاز فرع الحقيقة، فحيث كان المجاز خلفاً عن الحقيقة، فإن احتمل اللفظ الحقيقة والمجاز ولا يوجد مرجح ، تتعين الحقيقة لأنها الأصل. فمثلاً. المعنى الحقيقي للفظ النكاح عند الحنفية هو الوطء دون المجازي وهو العقد ودليله قوله تعالى: " ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء " ²⁰². فبناء على ذلك تحرم مزية الأب على فروعه عندهم بهذا النص، وأما حرمة المعقود له عليها عقداً صحيحاً فبالإجماع ²⁰³.

²⁰¹ علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 59/1؛ والقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951؛ والقانون المدني الأردني قانون رقم 43، لعام 1976، والقانون المدني العربي الموحد، 2111م /22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم 222 د22 ؛ و قانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017/01/23، وقانون المعاملات المدنية السودانية لسنة 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.

²⁰² سورة النساء، 4 / 22.

²⁰³ علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 1 / 60؛ وصدقي آل بورنو، الوجيز في إيضاح قواعد

و يشترط في اللفظ المستعمل في معناه المجازي وجود قرينة مانعة من إرادة المعنى الحقيقي، كاستحالة الحقيقة وتعذرهما، أو يكون المعنى الحقيقي مهجوراً شرعاً أو عرفاً. ومن أمثلة هذه القاعدة ومسائلها.

1. من وقف على ولده وله ولد ولد، فالوقف لولد ولده، وهو المجاز.
2. من قال لأجنبية. إن نكحتك فلك كذا ينصرف إلى المجاز عند الحنفية، وهو العقد دون الوطاء، لأن المعنى الحقيقي وهو الوطاء مهجور شرعاً لحزمة وطاء الأجنبية. وأما لو قال هذا لزوجته، فيحمل على المعنى الحقيقي وهو الوطاء، حتى لو أبانها أي طلقها طليقة بائة، ثم تزوجها لم يحنث حتى يطأها.

3. وإذا حلف ليأكلن من هذه الشجرة، فإن حقيقة الأكل منها هو أكل خشبها وذلك مهجور عرفاً، لأنه متعسر، فيكون قرينة على إرادة المجاز وهو الأكل من ثمرها، فينصرف إليه.

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .

نصت المادّة "61" من المجلّة . إذا تَعَذَّرَت الْحَقِيقَةُ يُصَارُ إِلَى الْمَجَازِ، ونصت المادة "34" من القانون المدني العربي الموحد . إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز. تعني المادة . أنه إذا تعذرت إرادة المعنى الحقيقي للكلام، فإنه لا يهمل، بل يستعمل في معناه المجازي، والتعذر على ثلاثة أنواع . تعذر حقيقي، وتعذر عرفي، وتعذر شرعي.

الوجه الثاني : أن تكون إرادة المعنى الحقيقي للفظ ممكنة مع المشقة الزائدة، مثال ذلك . لو حلف شخص قائلاً " لا أكل من هذه الشجرة "، فإن الحقيقة وهي الأكل من عينها ممكنة لكنه بمشقة، والمعلوم أن المتكلم لا يقصد بكلامه الأكل من خشب الشجرة، فيحمل كلامه على ثمرها إذا كانت مثمرة، وعلى ثمن خشبها إذا لم تكن كذلك.

التعذر العرفي : وهو أن يكون المعنى الحقيقي للفظ مهجوراً ومتروكاً، كأن يحلف إنسان قائلاً. لا أضع قدمي في دار فلان، فالحقيقة فيه ممكنة لكنها مهجورة، والمراد من ذلك في العرف هو الدخول في الدار، فلا يحنث الحالف فيما لو وضع قدمه في باب الدار ولم يدخلها.

والتعذر الشرعي هو: أن يكون المعنى الحقيقي للفظ مهجوراً شرعاً ككلمة " الخصومة "، فإن الخصومة وهي التنازع والمضاربة محظورة شرعاً، قال تعالى: "ولا تنازعوا" فتصرف كلمة الخصومة إلى ما استعملت فيه شرعاً، وهو المرافعة والمدافعة عنه في دعوى أقيمت عليه أو أقامها على غيره.²⁰⁴

الفقهية الكلية، 1/ 320.

²⁰⁴ علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 59/1؛ والقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951؛

3.1.6. قاعدة. إذا تعذر إعمال الكلام يهمل

معنى تعذر أعمال الكلام. أي استحالة حمله على معنى صحيح حقيقي أو مجازي، فحينئذ يعتبر لغواً فيهملاً. أي يلغى ولا يعتد به.

و من أسباب إهمال الكلام وإلغائه : تعذر إرادة كل من المعنيين جميعاً الحقيقي والمجازي، كما في قوله لزوجته الأكبر منه سنأ المعروفة بالنسب من غيره. هذه بنتي.

ومنها أن يكون اللفظ مشتركاً بين معنيين ولا يوجد مرجح لأحدهما على الآخر، كما لو أوصى لمواليه، وله معتق ومعتق، فعند الحنفية بطلت الوصية، لصحة إطلاق هذا اللفظ عليهما مع اختلاف المعاني والمقاصد، وأما عند غير الحنفية فتكون الوصية للجميع.

ومنها تعذر صحة الكلام شرعاً، كما لو قال لإحدى زوجتيه، أنت طالق أربعاً فقالت. الثلاث تكفيني فقال: أوقعت الزيادة على فلانة زوجته الأخرى، لا يقع على الأخرى شيء، لأنها لما لم تصح الرابعة على الأولى أصبحت لغواً فلم تقع على الأخرى؛ لأن الشرع لم يوقع الطلاق بأكثر من الثلاث.

ومنها ما يكذبه الظاهر، كمن ادعى على إنسان أنه قطع يده فإذا هي غير مقطوعة، أو أنه قتل شخصاً فإذا هو حي، ومنها ما يكون فيه مصادمة للشرع فيلغى، كمن أقر بأن أخته تراث ضعفي حصته من تركة أبيه، ففي كل هذه الأحوال يعتبر الكلام لغواً غير مفيد وغير ملزم²⁰⁵.

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .

نصت المادّة "62 " من المجلة . إِذَا تَعَذَّرَ إِعْمَالُ الْكَلَامِ يُهْمَلُ ، يَعْنِي أَنَّهُ إِذَا لَمْ يُمَكِّنْ حَمْلُ الْكَلَامِ عَلَى مَعْنَى حَقِيقِيٍّ أَوْ مَجَازِيٍّ أَهْمِلَ.

و نصت المادة " 37 " من القانون المدني العربي الموحد والمادة " 158 " من المدني العراقي و"216 " من الأردني على أن أعمال الكلام اولى من اهماله، لكن اذا تعذر اعمال الكلام

والقانون المدني الأردني قانون رقم 43، لعام 1976، والقانون المدني العربي الموحد، 2111م و22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم 222 د22 ؛ و قانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017/01/23، وقانون المعاملات المدنية السودانية لسنة 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.

²⁰⁵ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 1/ 60؛ ومحمد صدقي آل بورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، 1/ 321.

3.1.7. قاعدة . ذِكْرُ بَعْضٍ مَا لَا يَتَجَزَّأُ كَذِكْرِ كُلِّهِ

أصل هذه القاعدة في تأسيس النظر "الأصل أن ما لا يتجزأ فوجود بعضه كوجود كله " وخالف في ذلك زفر بن الهذيل من تلاميذ أبي حنيفة فلم يعتبر ذلك. وعبر عنها الزركشي بقوله. " ما لا يقبل التبعض يكون اختيار بعضه كاختيار كله وإسقاط بعضه كإسقاط كله " .

و معنى هذه القاعدة. إذا كان إعمال اللفظ أولى من إهماله فكل ما لا يقبل التجزئة فذكر بعضه في الحكم كذكر كله، ووجود بعضه كوجود كله، إذ لا يخلو إما أن يجعل ذكر البعض كذكر الكل فيعمل الكلام، وإما لا فيهمل، لكن الإعمال أولى من الإهمال²⁰⁷.

ومن أمثلة هذه القاعدة وفروعها. إذا طلق رجل نصف امرأته أو ربعها تطلق كلها، أو أطلقها نصف تطليقة، فتعتبر تطليقة كاملة عند الجميع. وفي الكفالة بالنفس إن كفل ربع الشخص أو نصفه كان كفيلاً به كله، لعدم إمكان تجزئ الشخص، بخلاف الكفالة بالمال. فعدم التجزؤ يكون في نحو الطلاق والقصاص والكفالة بالنفس والشفعة ووصاية الأب والولاية، وهذا راجع لعدم إمكان التجزؤ عقلاً.

وقد يكون عدم التجزؤ لحق الغير، كلزوم الضرر على المشتري بتفريق الصفقة ، ومنها من أذن لعبده في نوع من التجارة صار مأذوناً في جميعها، عند غير زفر من علماء الحنفية.

استثناءات من هذه القاعدة. إذا قال نصفي كفيل لك بفلان أو بدينه لم تنعقد الكفالة. وإذا عفا عن بعض حد القذف، فلا يسقط منه شيء في الصحيح عند الشافعية. ومما خرج وزاد فيه البعض عن الكل. إذا قال لزوجته، أنت علي كظهر أمي فإنه صريح ويعتبر مظاهراً لكنه لو قال. أنت كأمي، كان كناية عن الاحترام مثلاً ولا يقع ظهاراً إلا إذا نواه.

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها . نصت المادّة "63" من المجلة ذِكْرُ بَعْضٍ مَا لَا يَتَجَزَّأُ كَذِكْرِ كُلِّهِ ، ونصت المادة "159" من القانون المدني العراقي والمادة "217

²⁰⁶ القانون المدني العراقي رقم، 40، 1951؛ والقانون المدني الأردني قانون رقم، 43، 1976، والقانون المدني العربي الموحد ومذكرته الإيضاحية، 2111م، 22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم، 222 د22 ؛ وقانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017م/01/23؛ وقانون المعاملات المدنية السودانية، 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم، 4 ، 2012م.

²⁰⁷ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 1/ 61. ومحمد صدقي آل بورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، 1/ 324.

" من الأردني و"99 من السوداني و"261 من الاماراتي على ذلك.²⁰⁸

3.1.8. قاعدة. المطلق يجري على إطلاقه ما لم يتم دليل التقييد نصاً أو دلالة

وهذا عند أبي يوسف ومحمد صاحبي أبي حنيفة. وأما عند أبي حنيفة رضي الله عنه " إن الإذن المطلق إذا تعرض عن التهمة والخيانة لا يختص بالعرف " .

معنى القاعدة: إن اللفظ المطلق يعمل به على إطلاقه حتى يقوم دليل التقييد إما بالنص عليه أو بدلالة الحال، وأما عند أبي حنيفة يتقيد بدلالة العرف إلا بوجود تهمة أو خيانة. و الإطلاق والتقييد من صفات الألفاظ ، فاللفظ المطلق. هو ما دل على أمر مجرد عن القيود التي توجب فيه بعض المعاني أو الحدود، وعرفه الأصوليون بأنه " هو اللفظ الشائع في جنسه بلا شمول ولا تعيين "²⁰⁹.

واللفظ المقيد: هو الذي يكون محدداً بشيء من تلك القيود، فلفظ فرس مثلاً مطلق، وإذا قلنا. فرس أبيض، صار مقيداً، ولفظ مكان، مطلق، ومكان الدراسة مقيد. من أمثلة هذه القاعدة ومسائله.

1. من وكل شخصاً بشراء فرس أو سيارة فاشترها له حمراء أو بيضاء. فقال. أردت سوداء، يلزم بما اشتراه الوكيل، لأن كلامه مطلق فيجري على إطلاقه.
2. وعقد الإعارة أو الإجارة المطلقة يسوّغ للمستعير أو المستاجر جميع وجوه الانتفاع بالحدود المعتادة، فلا يتقيد بمكان ولا زمان أو استعمال مما ليس عليه دليل. حالات التقييد.

1. التقييد بالنص: وهو اللفظ الدال على القيد، كما لو قال الموكل لوكيله مثلاً. بع بعشرين، فلا ينفذ بيع الوكيل بأقل، أو قال. بع بالنقد، فليس له البيع نسيئة.
2. التقييد بالدلالة: والمراد بالدلالة غير اللفظ، فقد تكون عرفية أو حالية، كما لو وكل طالب علم شرعي آخر بشراء بعض الكتب، فاشترى له كتباً في الفن أو الهندسة أو الطب، فإنه

²⁰⁸ القانون المدني العراقي رقم، 40، 1951؛ والقانون المدني الأردني قانون رقم، 43، 1976، والقانون المدني العربي الموحد ومذكرته الإيضاحية، 2111م، 22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم، 222 د22 ؛ وقانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017م/01/23؛ وقانون المعاملات المدنية السودانية، 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم، 4 ، 2012م.

²⁰⁹ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 62 / 1؛ ومحمد صدقي آل بورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، 326 / 1.

لا يلزمه ما اشتراه، لأن حالته تنبئ أن مراده كتب العلم الشرعي، وإن كان اللفظ مطلقاً، واتفقوا على أن وكيل الشراء يتقيد بضمن المثل، فلا ينفذ على الموكل شراؤه بأكثر منه.

3.2. قواعد الاستدلال على الإرادة والتعبير عنها:

أولاً . قواعد الاستدلال على الإرادة .

3.2.1. لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح .

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .

لم ترد القاعدة في المحلة ، ونصت المادة " 71 " من القانون المدني العربي الموحد . لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح. تعني المادة . أن التصريح المراد أقوى من الدلالة، فإذا تعارض أي التصريح والدلالة فلا عمل للدلالة ولا اعتداد بها، لأن دلالة التصريح يقينية ودلالة الحال شك، واليقين لا يزول بالشك.²¹⁰

ثانياً . قواعد التعبير على الإرادة .

3.2.2. قاعدة. الكتاب كالخطاب:

تفيد القاعدة أن العبارات الكتابية كالمخاطبات الشفهية، لأن المراد بالخطاب هنا المخاطبة والمكاملة، فما يترتب على المكاملات الشفهية يترتب على المكاملة الكتابية وكما قيل. القلم أحد اللسانين، والكتابة ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا. والرسول صلى الله عليه وسلم كان مأموراً بتبليغ الرسالة إلى الناس كافة وبلغهم بالكتاب مرة وبالخطاب أخرى، والقرآن أصل الدين قد وصل إلينا بالكتاب بعد ثبت بالحجة.

والكتابة على هذا معمول بها سواء كانت من الجانبين، كما لو كان رجل في مكة فكتب إلى آخر في دمشق. بعثك داري الكائنة في دمشق أو غيرها وذكر أوصافها وحدودها والمبلغ الذي سيبيعها به، فكتب إليه الآخر. اشتريت منك الدار المذكورة، فيعقد البيع بينهما كالمشاهدة، أم كانت الكتابة من جانب واحد كما لو قال المكتوب إليه في دمشق، حال قراءة الكتاب في المجلس. اشتريت، أو خاطبه بالقبول هاتفياً.

وعلى هذا سائر التصرفات المالية والعقود من كفالة أو حوالة أو إيجار أو نكاح، إلخ، غير

²¹⁰ القانون المدني العراقي رقم، 40، 1951؛ والقانون المدني الأردني قانون رقم، 43، 1976، والقانون المدني العربي الموحد ومذكرته الإيضاحية، 2111م، 22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم، 222 د22 ؛ وقانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017م/01/23؛ وقانون المعاملات المدنية السودانية، 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم، 4 ، 2012م.

أن صحة عقد النكاح تتوقف على أن يقرأ المكتوب إليه الكتاب ويعلن الموافقة بمحضر من الشهود²¹¹.

و من شروط الكتابة المقبولة التي هي في حكم الخطاب، أن تكون مستبينة أي بينة واضحة الخط، ومعنونة بأن كانت على الرسم المعتاد، فلو لم تكن مستبينة أو غير معنونة فلا يعمل بها إلا بالنية أو الإشهاد عليها، أو الإملاء على الغير، إلا في خط السمسار والبيع والصراف يكتبون ما عليهم في دفاترهم، فيعمل به وإن لم يكن معنونا، والحاصل: أن كل كتاب يحجر على الوجه المتعارف بين الناس يكون حجة على كاتبه كالنطق باللسان.

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .

نصت المادّة " 69 " من المجلّة . الْكِتَابُ كَالْخِطَابِ ، ولم أجد القاعدة في القوانين المدنية العربية المعاصرة.²¹²

3.2.3. قاعدة: الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان:

معنى هذه القاعدة: إن إشارة الأخرس، وهو المعقول اللسان خلقة أو عاهة دائمة، إشارته المعهودة منه كالإشارة باليد أو بالعين أو الحاجب تعتبر كبيان الناطق في بناء الأحكام عليها. ويفهم من إيراد هذه القاعدة مطلقة أن إشارة الأخرس تكون معتبرة سواء كان عالماً بالكتابة أو غير عالم؛ لأن الكتابة والإشارة بدرجة واحدة من حيث الدلالة على المراد. و الإشارة المعتبرة للأخرس هي الإشارات المعهودة المعتاد صرف كل إشارة منها لمعنى خاص، فلو لم تكن إشارته معهودة معلومة عند القاضي يلزم استفساره ممن يعرف من نحو أصحابه وجيرانه وأقربائه، ويشترط أن يكون المترجم عدلاً، لأن الفاسق لا يقبل كلامه. و اختلف في المراد بالأخرس هل هو الأخرس خلقة دون من عرض له اعتقال اللسان أو هما سواء! خلاف بين المذاهب، فعند الحنفية إنما يعتد بإشارة الأخرس خلقة دون من عقل لسانه إلا إذا امتد، وأما عند الشافعية فهما سواء²¹³.

²¹¹ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 69/ 1؛ ومحمد صدقي آل بورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، 302/ 1.

²¹² القانون المدني العراقي رقم، 40، 1951؛ والقانون المدني الأردني قانون رقم، 43، 1976، والقانون المدني العربي الموحد ومذكرته الإيضاحية، 2111م، 22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم، 222 د22؛ وقانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017م/01/23؛ وقانون المعاملات المدنية السودانية، 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم، 4 ، 2012م.

²¹³ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 70/ 1؛ ومحمد صدقي آل بورنو، الوجيز في إيضاح قواعد

و تعتبر إشارة الأخرس في كل تصرفاته ومعاملاته من. نكاح وطلاق وعتق وبيع وشراء ورهن وهبة وإبراء وإقرار ويمين ونكول ووصية ودعوى ولعان وقذف وإسلام وغير ذلك من الأحكام، وهذا من باب استحسان الضرورة لما قد يصيب الأخرس من ضرر وحرَج لو لم تعتبر إشارته.

فكما أن الشرع قد اعتبر إشارة الأخرس في العبادات فإذا حَرَّكَ لسانه بالقراءة والتكبير كان صحيحاً معتبراً فكذلك في المعاملات.

والقذف عند الحنفية حق خالص لله تعالى وهي رواية عن أحمد، وأما عند مالك والشافعي ورواية عن أحمد أن القذف حق العبد، ولذلك يجد الأخرس به ويسقط بإسقاط المقذوف. وتقبل إشارة الأخرس في القصاص لأنه حق غير خالص لله تعالى وفيه معنى المعاوضة. وعند أبي حنيفة وأحمد لا تصح شهادة الأخرس وإن كانت له إشارة تفهم، وقال مالك تصح شهادة الأخرس إذا كانت له إشارة تفهم، وعند الشافعية خلاف في قبول شهادته. استثناءات لا تعتبر بها الإشارة من الأخرس وغيره.

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .

نصت المادَّة " 70 " من المجلة " الإِشَارَاتُ الْمَعْهُودَةُ لِأَخْرَسٍ كَالْبَيَانِ بِاللِّسَانِ " ، ونصت المادة " 31 " من القانون المدني العربي الموحد على ذلك ونصت المادة " 79 " من القانون المدني العراقي . كما يكون الإيجاب أو القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وبتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً لأدلته على التراضي. وفي الأردني نصت المادة 93. التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكاتبة وبالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وبتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي. وفي الاماراتي نصت المادة رقم 132. التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة ويجوز أن يكونا بصيغة الماضي كما يكونان بصيغة المضارع أو الأمر إذا أريد بهما الحال أو بالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس أو المبادلة الفعلية الدالة على التراضي أو بتخاذ أي مسلك آخر حتى لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي.²¹⁴

الفقه الكلية، 1/ 305.

²¹⁴ القانون المدني العراقي رقم، 40، 1951؛ والقانون المدني الأردني قانون رقم، 43، 1976، والقانون المدني العربي الموحد ومذكرته الإيضاحية، 2111م، 22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم، 222 222 ؛ وقانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ

3.3. قواعد العرف

3.3.1. العادة محكمة:

المراد بالعادة في اللغة: تطلق على تكرار الشيء مرة بعد أخرى، يدل على ذلك ما جاء في كتب اللغة . العادة الديدن ، أما كلمة "محكمة" فهي اسم مفعول من التحكيم وهو القضاء والفصل بين الناس، أي إن " العادة هي المرجع للفصل عند التنازع " .
أما المراد بالعادة عند الفقهاء . فهي عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند ذوي الطبائع السليمة.

وأما تعريف العرف في الفقه الإسلامي فإن المطلع على مذكره الباحثون في تعريف العرف يتبين له أنهم قد خلصوا إلى تعريف ارتضوه لشموله وعمومه ومنعه دخول شيء من غير العرف فيه فقالوا: ما اعتاد أكثر الناس، وساروا عليه في جميع البلدان أو في بعضها سواء أكان ذلك في جميع العصور أم في عصر معين²¹⁵ .
من أمثلة العرف والعادة .

ماجرى عليه تعامل الناس من استئجار بعضهم لأصحاب المهن والحرف الذين فتحوا محلات لهذا العمل واشتغلوا به، بدون تسمية للأجرة، فإنهم يعطون الأجرة حسب ما جرى به العرف، وإن لم يكن هناك شرط. ومن ثم جاء في تعبير الفقهاء . العادة محكمة، تنزل العادة منزلة الشرط، فالمهندس والحلاق والسمسار مثلاً يعطون من الأجرة نظير ما يقومون به من عمل، تنزيلاً للشرط العرفي منزلة الشرط اللفظي.

والمعاملات في عصرنا الحاضر قد تنوعت وتعددت أكثر مما يتصور، ولو لم نقل باعتبار العرف لأدى ذلك إلى المنازعات والمشاجرات، الأمر الذي يؤدي بالناس إلى المشقة والعسر، وهما منفيان عن هذه الشريعة، فقد دلت الأدلة على أنها شريعة اليسر .

الطبعة، 2017/01/23م؛ وقانون المعاملات المدنية السودانية، 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛

والقانون المدني الفلسطيني رقم، 4 ، 2012م.

²¹⁵ عمر كامل، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية، 154-165.

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .

نصت المادّة " 36 " من المجلة " العادّة مُحْكَمَة " ²¹⁶ ، ونصت المادة " 27 " من القانون المدني العربي الموحد عليها. ونصت المادة 164 من المدني العراقي 1. العادة محكمة عامة كانت او خاصة. 2. واستعمال الناس حجة يجب العمل بها. وفي المدني الأردني نصت المادة 220. 1. العادة محكمة عامة كانت او خاصة. 2. وتعتبر العادة اذا اطردت او غلبت والعبرة للغالب الشائع لا للنادر. 3. تترك الحقيقة بدلالة العادة. وفي المدني الاماراتي نصت المادة 46 مثل الاردني لكن في الفقرة 2 اقتصر على " وتعتبر العادة اذا اطردت او غلبت " . و ذكر القانون المدني السوداني القاعدة في الفصل الثاني ، المبادئ العامة . القواعد الأساسية لتطبيق القانون . ج. العادة محكمة عامة كانت أو خاصة، د. تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت. ²¹⁷

2.3.3. قاعدة: استعمال الناس حجة يجب العمل بها:

هذه القاعدة داخلية في القاعدة الكبرى "العادة محكمة" وتأكيد لها، لأن الاستعمال معناه هنا العادة والعرف مطلقاً.

وحاصل القاعدة أن استعمال الناس غير المخالف للشرع ونصوص الفقهاء يعدّ حجة كبيع السلم وبيع الوفاء مثلاً، فقد اتفق الفقهاء على جوازهما، لما كانت الحاجة إليهما ماسة مع أنهما في الأصل غير جائزين لأنهما بيع معدوم.

فإذا اتفق إنسان مع مقاول أو متعهد على بناء بيت لمخطط مرسوم ومواصفات خاصة بضمن مبين وشروط واضحة انعقد الاستصناع وجازت المعاملة لتعامل الناس بذلك.

و إذا استعان شخص بآخر على شراء سيارة وبعد وقوع البيع والشراء طلب المستعان به من المستعين أجرة، فينظر تعامل أهل السوق، فإن كان معتاداً في مثل هذه الحال أخذ أجرة

²¹⁶ علي حيدر، درر/الحكام شرح مجلة الأحكام، 1 / 298.

²¹⁷ القانون المدني العراقي رقم، 40، 1951؛ والقانون المدني الأردني قانون رقم، 43، 1976، والقانون المدني العربي الموحد ومذكرته الإيضاحية، 2111م، 22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم، 222 د 22 ؛ وقانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017م/01/23؛ وقانون المعاملات المدنية السودانية، 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم، 4 ، 2012م.

كاصحاب معارض السيارات، فللمستعان به أخذ الأجرة المثلية من المستعين وإلا فلا.

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .

نصت المادّة " 37 " من المجلة " استِعمالُ النَّاسِ حُجَّةٌ يَجِبُ الْعَمَلُ بِهَا " ونصت المادة " 27 " من القانون المدني العربي الموحد في شرحها لقاعدة العادة محكمة ، أن عادة الناس حجة يجب العمل بموجبها ما لم تكن مخالفة للشرع ونصت المادة " 164 " من القانون المدني العراقي الفقرة " 2 " والمادة " 47 " من المدني الاماراتي استعمال الناس حجة يجب العمل بها.²¹⁸

3.3.3. قاعدة . تعامل الناس من غير نكير منكر أصل من الأصول كبير.

مفاد هذه القاعدة أن تعامل الناس في بيعهم وشرائهم وتصرفاتهم من غير إنكار أو اعتراض على ذلك التعامل من أهل العلم والحكم دليل على أن هذا التعامل مشروع ولا يعارض نصوص الشرع ولا مقاصد التشريع، إذ لو كان هذا التعامل مخالفاً لوجد من ينكر على الناس تعاملهم به ؛ لأن الله سبحانه أخذ الميثاق على العلماء أن لا يكتموا الحق ولا يسكتوا على باطل يروونه أو يعلمون به.

من أمثلة هذه القاعدة ومسائلها .

وهب رجل هبة لصغير يتيم عاقل يحسن القبض فقبضها الصغير، جاز عند الحنفية قبضه منه خلافاً للشافعي رحمه الله، قال الحنفية . إن فيما يتمحض منفعة للصغير يعتبر عقله فيه وللعادة الظاهرة بين الناس بالتصدق على الصبيان من غير نكير منكر وإن كان للصغير ولي كآب أو أخ أو ابن أخ أو عم.

ومنها . تعامل الناس الشائع في هذا الزمن من البيع والشراء دون لفظ إيجاب أو قبول سواء كان المبيع ثميناً أم حقيراً، بأن يرى المشتري السلعة ويعلم ثمنها المكتوب عليها ثم يأتي للعامل . وهو غير المالك . بل هو موظف عند المالك ويعتبر وكيلاً عنه بالقبض فيدفع له الثمن المكتوب ويأخذ السلعة وينصرف بها . وهو يبيع التعاطي المعروف عند الفقهاء، وإن أنكره الشافعي رحمه الله إلا في المحقرات، ولكن الذي رجحه النووي رحمه الله قول مالك رضي الله عنه . إن البيع

²¹⁸ القانون المدني العراقي رقم، 40، 1951؛ والقانون المدني الأردني قانون رقم، 43، 1976، والقانون المدني العربي الموحد ومذكرته الإيضاحية، 2111م، 22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم، 222 د22 ؛ وقانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017/01/23؛ وقانون المعاملات المدنية السودانية، 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم، 4 ، 2012م.

ينعقد بكل ما يعده الناس بيعًا والحجة أنه لم يصح في الشرع اشتراط لفظ، فوجب الرجوع إلى
العرف كغيره من الألفاظ .

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها . وقد سبق أثر القاعدة في القوانين
المدنية فيما سبق .



3.3.4. الإشارة المعهودة من الآخرس كالبيان باللسان

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها: نصت المادّة " 174 " من المجلة :
يَنْعَقِدُ الْبَيْعُ بِالْإِشَارَةِ الْمَعْرُوفَةِ لِالْآخَرِسِ، ونصت المادة 31 من القانون المدني العربي ، الإشارة المعهودة للآخرس كالبيان باللسان.
تعني المادة : أن إشارة الآخرس المعلومة والمعتادة منه كإشارة باليد أو الرأس هي كالبيان باللسان وقائمة مقامه في كل شيء غير الحدود والشهادة²¹⁹.

3.3.5. قاعدة . تعتبر العادات إذا اطردت أو غلبت

أو بصيغة : إِنَّمَا تُعْتَبَرُ الْعَادَةُ إِذَا اطرَدَتْ أَوْ غَلَبَتْ.
يَعْنِي : إِنَّ الْعَادَةَ يَجِبُ أَنْ تُعْتَبَرَ وهذه المادة تشترط في العادة لكي تكون معتبرة أن تكون مطردة أي أن لا تتخلف أو غالبية أي إن تخلفت أحيانا فإنها لا تتخلف على الأكثر هذا وقد ذكر صاحب الأشباه أن الشيء الذي يحمل على العرف والعادة يجب أولا أن يكون حمله على العرف الموجود وقت التلفظ لا أن يحمل الشيء الذي وضع قبلا على عرف حدث مؤخرا . ثانيا ان يكون العرف سابقا ومقارنا أي ألا يكون متأخرا وطارئا²²⁰ .
مثال . لو باع شخص منذ عشر سنوات في يافا فرسا بعشرين ليرة ولم يذكر في العقد نوع الليرة وتحدث بالدعوى الآن فلأن البيع وقع قبل عشر سنوات يوم كانت الليرة الفرنسية هي الرائجة في يافا يجب الحكم بأن الثمن ليرات فرنسية ولا عبرة بالعرف والعادة الطارئین بعدئذ والحاصل أن العرف لا يكون معتبرا إلا إذا كان مطردا أو غالبا وأن يكون زمنه مقارنا وسابقا لزمن العقد الذي يراد فيه تحكيم العرف والعادة²²¹ .

²¹⁹ القانون المدني العراقي رقم، 40، 1951؛ والقانون المدني الأردني قانون رقم، 43، 1976، والقانون المدني العربي الموحد ومذكرته الإيضاحية، 2111م، 22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم، 222 د22 ؛ وقانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017م/01/23؛ وقانون المعاملات المدنية السودانية، 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم، 4 ، 2012م.

²²⁰ علي حيدر، درر الحکام شرح مجلة الأحكام، 1 / 45.

²²¹ علي حيدر، درر الحکام شرح مجلة الأحكام، 1 / 46.

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .

نصت المادّة " 41 " من المجلّة : إِنَّمَا تُعْتَبَرُ الْعَادَةُ إِذَا اطَّرَدَتْ أَوْ غَلَبَتْ " ، ونصت المادة 165 " من القانون المدني العراقي و" 220 " الفقرة 2 الاردني . انما تعتبر العادة اذا اطردت او غلبت والعبارة للغالب الشائع لا للنادر. وفي القانون المدني الاماراتي نصت المادة رقم " 46 " 1. العادة محكمة عامة كانت أو خاصة. 2. وتعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت. 3. وترك الحقيقة بدلالة العادة. وفي السوداني نص الفصل الثاني . المبادئ العامة . القواعد الأساسية لتطبيق القانون. ومنها ما ذكر ج " العادة محكمة عامة كانت أو خاصة، د . تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت .²²²

3.4. قواعد الاستصحاب.

3.4.1. قاعدة . اليقين لا يزول بالشك.

المراد باليقين : لغة . قرار الشيء، يقال . يقن الماء في الحوض ، بمعنى استقر²²³ فاليقين . يعني الثقة بما علم، وسكون النفس، وطمأنينة القلب، وزوال الشك. واصطلاحاً . هو حصول الجزم أو الظن الغالب بوقوع الشيء أو عدم وقوعه ، وقد عرفه البعض . هو علم الشيء المستتر عن نظر واستدلال، ويفهم من هذه الايضاحات أنه لا يوجد الشك في شيء عند وجود اليقين، ولا اليقين حيث يوجد الشك، إذ إنهما نقيضان، ولا يجوز اجتماع النقيضين، فعلى هذا قد يعترض على وضع هذه القاعدة إذ لا موجب لوضعها. ولكن بما أن القصد هنا بالشك إنما هو الشك الطارئ بعد حصول اليقين في الأمر فلا محل للاعتراض بتأثراً، مثال ذلك . إذا سافر رجل إلى بلاد بعيدة فانقطعت أخباره مدة طويلة، فانقطاع أخباره يجعل شكاً في حياته، إلا أن ذلك الشك لا يزيل اليقين . وهو حياته المتيقنة قبلاً. وعلى ذلك فلا يجوز الحكم بموته، وليس لورثته اقتسام تركته ما لم يثبت موته يقيناً، وبالعكس إذا سافر آخر بسفينة، وثبت غرقها فيحكم بموت الرجل، لأن موته ظنٌّ غالب، والظن الغالب بمنزلة اليقين.²²⁴

²²² علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 1 / 50، والقانون المدني العراقي؛ والقانون المدني الأردني قانون رقم 43، لعام 1976؛ والقانون المدني العربي الموحد ومذكرته الإيضاحية.

²²³ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، 2 / 852 .

²²⁴ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 1 / 20؛ وعمر كامل، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية، 78.

و المراد بالشك لغة : معناه التردد²²⁵ ؛ وهو ضد اليقين، وتدل مادة الكلمة على التداخل . وأقر مجمع اللغة العربية في القاهرة إطلاق الشك على حالة نفسية يتردد معها الذهن بين الإثبات والنفي ويتوقف عن الحكم . و في "المصباح المنير " . "الشك : اضطراب القلب والنفس"²²⁶.

واصطلاحًا : تردد الفعل بين الوقوع وعدمه، أي . لا يوجد مرجح لأحدٍ على الآخر، ولا يمكن ترجيح أحد الاحتمالين، أما إذا كان الترجيح ممكنًا لأحد الاحتمالين والقلب غير مطمئن للجهة الراجحة أيضًا، فتكون الجهة الراجحة في درجة "الظن"، والجهة المرجوحة في درجة الوهم . وأما إذا كان القلب يطمئن للجهة الراجحة فتكون "ظنًا غالبًا"، والظن الغالب ينزل منزلة اليقين²²⁷.

و معنى هذه القاعدة : إن ما كان ثابتًا متيقنًا لا يرتفع بمجرد طروء الشك عليه، لأن الأمر اليقيني أقوى، ولا يعقل أن يزيله ماهو أضعف منه.

قال القرافي : وهذه القاعدة مجمع عليها وهي أن كل مشكوك فيه يجعل كالمعدوم الذي يحزم بعدمه²²⁸. وهي تهدف إلى رفع الحرج حيث فيها تقرير لليقين باعتباره أصلاً معتبرًا وإزالته للشك الذي كثيرًا ما ينشأ عن الوسواس لاسيما في باب الطهارة والصلاة وكذلك في سائر المسائل والقضايا الفقهية التي تسري فيها هذه القاعدة التي يتجلى فيها الرفق والتخفيف على العباد.

و يرجع أصل هذه القاعدة إلى أصل شرعي من الكتاب والسنة، وأصل عقلي . فمن الكتاب العزيز قوله تعالى : "وما يتبع أكثرهم إلا ظنًا إن الظن لا يغني من الحق شيئًا إن الله عليم بما يفعلون"²²⁹ "ومن السنة النبوية" عن عباد بن تميم عن عمه أنه شكّا إلى رسول الله الرجل الذي يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة، فقال : لا ينفتل ، أو لا ينصرف / حتى يسمع صوتًا أو يجد ريحًا. وفي لفظ عن عبدالله بن زيد، رضي الله عنه أيضًا قال " شكّي إلى النبي الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة قال : لا ينصرف حتى يسمع صوتًا أو يجد ريحًا "²³⁰.

²²⁵ الرازي، مختار الصحاح، 372.

²²⁶ عمر كامل، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية، 78.

²²⁷ علي حيدر، درر الحكم، 1 / 20.

²²⁸ القرافي، الفروق، 1 / 111.

²²⁹ يونس، 36 / 10 .

²³⁰ مسلم، الحيز، 26.

وقد أجمع الفقهاء على أصل العمل بهذه القاعدة، قال القرافي: "فهذه قاعدة مجمع عليها، وهي أن كل مشكوك فيه يجعل كالمعدوم الذي يجزم بعدمه"²³¹ و من الأصل العقلي . اليقين أقوى من الشك، والضعيف لايزيل القوي، لأن في اليقين حكماً قطعياً جازماً فلا ينهدم بالشك، والقوي لايزول إلا بمثله أو أقوى منه ولا يزول بما هو أضعف منه.

3.4.2. قاعدة . الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته :

المراد من الأصل في اللغة : ما يتنى عليه غيره.
والمراد منها : أنه إذا وقع الاختلاف في زمن حدوث أمر، فحيث ينسب إلى أقرب الأوقات إلى الحال، ما لم تثبت نسبته إلى زمن بعيد، فإذا ثبتت نسبته إلى الزمن البعيد يحكم بذلك.²³²

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .

نصت "المادة 11" من المجلة . الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته . ونصت المادة 7 من المدني العربي الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته تعني المادة: أنه إذا حصل اختلاف في زمن حدوث أمر، فإنه ينسب هذا الأمر إلى أقرب الأوقات إلى الحال، ما لم يثبت نسبته إلى زمن أبعد . كما نصت المادة " 40 " من القانون المدني الاماراتي على القاعدة المذكورة²³³ .

3.4.3. قاعدة . الأصل في الصفات العارضة العدم

ويقابل ذلك أن الأصل في الصفات الأصلية الوجود ، وتحديد الصفات الأصلية أو العارضة يعد من الأمور ذات الأهمية الكبيرة، لأنه عن طريقه يمكن معرفة حالات الشيء، وما ينبنى عليها من الأحكام.

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها

نصت "المادة 9" من المجلة الأصل في الصفات العارضة العدم. ونصت المادة "5" من القانون المدني العربي الموحد الأصل في الصفات العارضة العدم. تعني المادة: أنه عند الاختلاف في ثبوت الصفة العارضة وعدمها، فالقول قول من يتمسك بعدمها مع يمينه.
فالصفة العارضة حالة لا تكون موجودة مع الأصل، بل عارضة، كالريح والغيب

²³¹ القرافي، الفروق 111/1؛ عمر كامل، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية، 80.

²³² علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، 28/1؛ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 7.

²³³ علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، 28/1.

والمرض، والصفة الأصلية حالة توجد مع وجود الأصل، كالصحة والحياة والبكارة، فالأصل في الصفات العارضة العدم.

كما نصت المادة " 38 " من القانون المدني الاماراتي على القاعدة المذكورة²³⁴

3.4.4. قاعدة . الأصل براءة الذمة .

والذمة لغة : العهد : واصطلاحًا: وصف يصير به الشخص أهلاً لأن تثبت له أو عليه الحقوق. ومعنى القاعدة . الأصل أن تكون ذمة كل شخص بريئة أي . غير مشغولة بحق آخر لأن الذمم خلقت بريئة غير مشغولة بحق من الحقوق، فمن ادعى شغلها وحدث الإنكار فعليه البينة .

و مثال ذلك لو ادعى شخص على آخر أنه أتلّف له شيئاً، واعترف المدعى عليه لكنهما اختلفا في قيمة الشيء المتلف، فالقول قول الغارم "المدعى عليه"، لأن الأصل البراءة عما زاد. كذلك لو ادعى شخص دينا له على آخر، وأنكر المدعى عليه، فالقول قول المدعى عليه لأن الأصل براءة ذمته، وعلى المدعى البينة.

3.4.5. قاعدة : الأصل بقاء ما كان على ما كان :

معناها الاستصحاب أي : اعتبار الحالة السابقة : في وقتٍ ما : مستمرة في سائر الأوقات ثبوتاً أو نفياً حتى يأتي ما يثبت انقطاعها.

مثلاً لو ادعى المقرض أنه دفع الدين إلى من أقرضه إياه، أو ادعى المشتري أنه دفع الثمن للبائع، أو ادعى المستأجر دفع الأجرة لصاحب الدار، وأنكر كل من . المقرض، والبائع، والمؤجر . كان القول لهؤلاء المنكرين مع اليمين أي إن هذه الأموال تعتبر باقية في ذمة المقرض والمشتري والمستأجر ما لم يثبتوا الدفع لأنها كانت مستحقة عليهم بيقين، فالأصل بقاؤها في ذمتهم حتى يثبت سقوطها، ولهم في هذه الحالة تحليف الدائن والبائع والمؤجر على أنهم لم يقبضوا، فإذا حلفوا قضى لهم بالأموال على المقرض والمشتري والمستأجر.²³⁵

²³⁴ القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951؛ والقانون المدني الأردني قانون؛ والقانون المدني العربي الموحد

ومذكرته وقانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، ؛ والقانون المدني اليمني، والقانون المدني

الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 26/1.

²³⁵ عمر كامل، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية، 82.

3.4.6. قاعدة : الأصل في الأفعال العدم :

وقد عبر بعض العلماء عن هذا الأصل بقوله . قاعدة . من شك هل فعل شيئاً أو لا ؟ فالأصل أنه لم يفعله وعبر آخرون بقولهم . كل من شك في شيء هل فعله أو لا ؟ فهو غير فاعل في الحكم .²³⁶

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .

و لم ترد القاعدة في المجلة ولا القانون المدني العربي الموحد ولا العراقي ولا الاردني ولا الاماراتي ولكن ذكرت ما في معناها وتشابها كما سنذكرها فيما بعد . ولهذا الأصل تطبيقات كثيرة، وأصول فرعية ضابطة، منها.

1. من تيقن الفعل وشك في القليل والكثير، حمل على القليل ووجه ذلك أن القليل هو المتيقن، وما زاد على ذلك فإن الأصل فيه العدم، فلا يرتفع يقين عدم الفعل بالشك.
2. لا ينسب إلى ساكت قول: ونص القانون المدني العراقي في المادة 81 و المادة " 95 " من الاردني والمادة " 135 " من الاماراتي. 1. لا ينسب الى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعتبر قولاً.

2. ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل او اذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه، وكذلك يكون سكوت المشتري بعد ان يتسلم البضائع التي اشتراها قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط.

3. القديم يترك على قدمه. وعلل بعض الفقهاء هذا الأصل بقوله . القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه وعلله بعض آخر بقوله . إنما لم يجوز تغير القديم عن حاله، أو رفعه بدون إذن صاحبه، لأنه لما كان من الزمن القديم على هذه الحالة المشاهدة، فالأصل بقاءه على ماكان عليه، ولغلبة الظن بأنه ما وضع إلا بوجه شرعي.

ومهما يكن من أمر فإن هذا الأصل يفصل بموجبه في خصومات كثيرة، كالخصومات المتعلقة بحقوق المرور والجري والمسيل والشرب، وكالأوقاف القديمة التي جهلت شروطها، ووجد فيها تعامل قديم على كيفية معينة .²³⁷

4. ما ثبت بزمان يحكم ببقائه مالم يوجد دليل على خلافه.²³⁸

²³⁶ عمر كامل، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية، 82.

²³⁷ علي حيدر، شرح مجلة الأحكام العدلية 53، الزرقا، شرح القواعد الفقهية 49.

²³⁸ نصت المادة 10 من مجلة الأحكام العدلية، انظر في بيان معناها والتطبيقات عليها؛ الزرقا، شرح القواعد

الفقهية 77؛ عمر كامل، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية، 83.

وذلك لأن ما ثبت بزمان أصبح أمراً متيقناً، والأصل البقاء، لأن الأصل عدم وجود المغير، فإذا وجد دليل معارض فإنه يؤخذ بالدليل، وحينئذ يكون اليقين قد زال بيقين، لا بشك. و نصت المادة 4. من القانون المدني الاردني . ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على ما ينافيه.

و نصت المادة رقم 39 من القانون الاماراتي . ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه.

5. الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته. ومثل هذا الأصل، قولهم . الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن. ووجه ذلك أن الزمن الأقرب هو المتيقن . ومن الممكن أن نعلل ذلك بأنه لما كان الحادث غير معلوم الوقت، وكان الأصل في ذلك عدم، كان تقدير زمنه ضرورة، لكونه قد وجد بالفعل، والضرورة تندفع بتقدير الزمان الأقرب²³⁹. و قد ذكرنا سابقا تطبيق القاعدة في القوانين المدنية.

أصول أخرى متفرقة .

وهناك أصول أخرى، قد يدخل بعضها في الأصول السابقة، وقد يكون مستقلاً، وهذه بعض نماذج منها .

أ . فمن الأصول الداخلة في الأصول السابقة قولهم .

١ . الأصل في الحقوق عدم، أي عدم لزوم شيء للغير، ويمكن أن يدخل هذا في أصل براءة الذمة، أيضاً.

٢ . الأصل المستقر أنه لا يعتد لأحدٍ إلا بما عمله، أو تسبب إليه، بأسباب ونحو ذلك.

٣ . الأصل في الميئات النجاسة .

٤ . الأصل الإباحة .

٥ . الأصل في العادات الإباحة . وهذا الأصل والذي قبله يمكن ردهما أيضاً إلى أن الأصل في المنافع الحل.

٦ . الناس مشتركون في الماء والهواء والنار والكأ. وهذا بناء على أن هذه الأشياء كانت في الأصل مباحة، فتبقى على ما كانت عليه.

٧ . الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله، نصاء أو قياساً عند من يقول به .

²³⁹ عمر كامل، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية، 83.

٨. الضرر لا يكون قديماً.²⁴⁰ ونصت المادة "1174" من القانون العراقي . 1. يبقى محترماً ما كان قديماً من حقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرعى وغيرها من حقوق الارتفاق على الاراضي الاميرية. 2. ولكن الضرر لا يكون قديماً، فلا يجوز تسريحها قديماً ويضمن صاحبها ما تحدثه من الضرر، ولا يجوز بعد حصد المحصول تسريح المواشي الا في الاماكن التي كانت تسرح فيها من القديم.

ب . ومن الأصول الداخلة في مجال اليقين، وهي مستقلة، لم يظهر دخولها فيما تقدم، قولهم .

١. الثابت بالبينة العادلة، كالثابت معاينة . ونصت المادة رقم 62 من القانون الاماراتي . الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان²⁴¹.

٢. لا حجة مع الاحتمال الناشيء عن دليل. لم اجدها من القوانين المدنية العراقية والاردنية والاماراتية.

٣. الثابت عادة كالمتيقن .

٤. الممتنع عادة كالممتنع حقيقة. ونصت المادة 163 من القانون العراقي . 1. المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص. 2. والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم. 3. والممتنع عادة كالممتنع حقيقة. ونصت المادة " 223 " من القانون الاردني والمادة " 48 " الاماراتي على القاعدة المذكورة .

٥. المعدم شرعاً كالمعدم حقيقة، ولم اجدها من القوانين المدنية العراقية والاردنية والاماراتية.

٦. الظن الغالب ينزل منزلة التحقيق .

٧. الغالب مساوٍ للمحقق . ومن تطبيقات القاعدة ما ورد في المادة رقم 579 من القانون الاماراتي . 1. إذا اختلف البائع والمشتري في قدر المسلم فيه أو في قدر أجله ولا بينة لواحد منهما فالقول لمن ادعى القدر الغالب بين الناس فإن لم يوجد قدر غالب قضى بينهما بالقدر

²⁴⁰علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 24/1 المادة 7؛ والزرقا، شرح القواعد الفقهية، 55؛ وسليم

باز، شرح المجلة، 22؛ وعمر كامل، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية، 85.

²⁴¹ القانون المدني العراقي رقم، 40، 1951؛ والقانون المدني الأردني قانون رقم، 43، 1976، والقانون المدني العربي الموحد ومذكرته الإيضاحية، 2111م، 22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم، 222 د 22؛ وقانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017م/01/23؛ وقانون المعاملات المدنية السودانية، 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم، 4 ، 2012م.

الوسط. 2. وان اختلفا في مكان تسليم المسلم منه فالقول لمن ادعى التسليم في محل عقد السلم فإن لم يدعه واحد منهما قضي بتسليمه في سوقه ببلد العقد.

٨. الأصل أن ما في يد الإنسان أنه ملكه، ما لم يدلّ على خلافه علامة معينة. و لم اجدها من القوانين المدنية العراقية والاردنية والاماراتية.

٩. الأصل الاحتياط في العادات. و وجه اليقين في ذلك أن الاحتياط هو الإتيان بجميع محتملات التكليف، أو اجتنابها، عند الشك بها، والعجز عن تحصيل واقعها، مع إمكان الإتيان بها جميعاً، أو اجتنابها جميعاً. ولا شك في أن اليقين المطلوب واقع في أحد هذه المحتملات ولا يخرج عنها²⁴².

3.5. قواعد الضرورة والحاجة والتيسير ورفع الحرج

3.5.1. قاعدة. المشقة تجلب التيسير. هذه القاعدة من القواعد الست

الكبرى.²⁴³

إن المشقة تجلب التيسير لأن فيها حرجاً وإحراجاً للمكلف، والحرج مرفوع شرعاً بالنص، وممنوع عن المكلف، والأصل في هذه القاعدة قوله تعالى: "يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ"²⁴⁴، وقوله تعالى. "وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمُ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ"²⁴⁵.

وقال رسول الله: صلى الله عليه وسلم "إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"

وفي رواية ابن ماجه عن ابن عباس بلفظ "رفع عن أمتي"²⁴⁶، وقال عليه الصلاة والسلام. "بُعِثْتُ بِالْحَنِيفِيَّةِ السَّمْحَةِ"²⁴⁷ أي السهلة، وقال أيضاً: "إِنَّمَا بُعِثْتُ مُيسِّرِينَ، ولم تبعثوا مُعَسِّرِينَ"²⁴⁸، وقالت السيدة عائشة رضي الله عنها. "ما خُيِّرَ رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أمرين

²⁴² علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 73/1 المادة 73؛ والزرqa، شرح القواعد الفقهية، 171.

²⁴³ الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ط: الأولى، دار الفكر، دمشق 1427 هـ،

257-297.

²⁴⁴ البقرة، 2 / 185.

²⁴⁵ الحج، 22 / 78.

²⁴⁶ ابن ماجه، الطلاق، 15.

²⁴⁷ أحمد، مسند الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة الرسالة، ت: شعيب الأرنؤوط، ط: الأولى، بدون د،

بدون م، 2001 م، 233.

²⁴⁸ البخاري، الوضوء، 55.

إلا اختار أيسرها ما لم يكن إثماً" ²⁴⁹. والأحاديث في ذلك كثيرة.

ويشترط في المشقة التي تجلب التيسير أمور، وهي.

1. ألا تكون مصادمة لنص شرعي، فإذا صادمت نصاً روعياً دونها.
 2. أن تكون المشقة زائدة عن الحدود العادية، أما المشقة العادية فلا مانع منها لتأدية التكاليف الشرعية، كمشقة العمل، واكتساب المعيشة.
 3. ألا تكون المشقة مما لا تنفك عنها العبادة غالباً كمشقة البرد في الوضوء، والغسل، ومشقة الصوم في شدة الحر وطول النهار، ومشقة السفر في الحج.
 4. ألا تكون المشقة مما لا تنفك عنها التكاليف الشرعية كمشقة الجهاد، وألم الحدود، ورحم الزناة، وقتل البغاة والمفسدين والجنّة.
- فهذه المشقات الأربع. لا أثر لها في جلب التيسير ولا التخفيف، لأن التخفيف عندئذ إهمال وتضييع للشرع.
- وهذه القاعدة تعتبر من القواعد الكبرى المتفق عليها في كل المذاهب، ولذلك قال العلماء.
- يتخرج على هذه القاعدة جميع رخص الشرع وتخفيفاته.
- وقال السيوطي "فقد بان أن هذه القاعدة يرجع إليها غالب أبواب الفقه" ²⁵⁰.

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .

نصت المادّة " 17" من المجلّة المَشَقَّةُ بِجَلْبِ التَّيْسِيرِ و نصت المادة " 22 " من قانون المدني العربي الموحد . " المشقة تجلب التيسير " تعني المادة :أن الأحكام التي ينشأ عن تطبيقها حرج على المكلف ومشقة في نفسه أو ماله، فالشريعة تحققها بما يقع تحت قدرة المكلف دون عسر أو إحراج.

فالشريعة لم تكلف الناس بما لا يستطيعون أو بما يوقعهم في الحرج، فالمشقة تجلب التيسير إذا لم يوجد نص، أما إذا وجد النص فلا يجوز العمل خلاف ذلك النص بداعي جلب التيسير وإزالة المشقة، والمراد بالمشقة الداعية للتخفيف والترخص، هي المشقة المتجاوزة للحدود العادية ²⁵¹.

²⁴⁹ البخاري، الحدود، 11؛ ومسلم، الفضائل، 260.

²⁵⁰ السيوطي، الأشباه والنظائر، 85.

²⁵¹ القانون المدني العراقي رقم، 40، 1951؛ والقانون المدني الأردني قانون رقم، 43، 1976، والقانون المدني العربي الموحد ومذكرته الإيضاحية، 2111م، 22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم، 222

3.5.2. قاعدة . الأمر إذا ضاق اتسع

الألفاظ الأخرى إذا ضاق الأمر اتسع إذا ضاق الأمر اتسع، وإذا اتسع ضاق.. كل ما تجاوز عن حده انعكس إلى ضده.

إذا ظهرت مشقة في أمر فإنه يرخص فيه ويوسع، وهذه القاعدة قريبة المعنى من قاعدة. المشقة تجلب التيسير ومتفرعة عنها.

فإذا حصلت ضرورة عارضة للشخص أو الجماعة، وأصبح معها الحكم الأصلي محرراً ومرهقاً حتى يجعل المكلف في حرج وضيق فإنه يخفف ويوسع عليه حتى يسهل.

وإذا دعت الضرورة والمشقة إلى اتساع الأمر فإنه يتسع إلى غاية اندفاع الضرورة والمشقة، فإذا اندفعت الضرورة الداعية عاد الأمر إلى ما كان عليه قبل نزوله، وهو معنى الشق الثاني " وإذا اتسع ضاق "، ويجمع بين القاعدتين بقول " كل ما تجاوز عن حده انعكس إلى ضده ". وهذه القاعدة في معنى القاعدة الأخرى "الضرورات تبيح المحظورات" وتقرّب من القاعدة الأخرى "الضرورة تقدر بقدرها" .

التطبيقات . هذه القاعدة من جزئيات القاعدة "المشقة تجلب التيسير" و يجتمع تحتها من مسائلها كل ما كان التيسير فيه مؤقتاً، منها على سبيل المثال

- 1 . جواز دفع السارق والباغي ما أمكن إلى أن يندفع شره ولو بالقتل، فإن اندفع فلا يجوز الاعتداء عليه؛ لأن الأمر إذا اتسع ضاق، ولذا قال سيدنا علي، كرم الله وجهه. لا تتبعوا مولياً، ولا تجهزوا على جريح؛ لأن القصد من القتال كان دفع الضرر، وقد حصل بجره أو جرحه، فلا يجوز الزيادة عليه، لأن "ما جاز لعذر امتنع بزواله" .²⁵²
- 2 . جواز طعن المزكي في الشهود، وطعن المحدث في الرواة.
- 4 . جواز قبول شهادة الأمثل فالأمثل، والأحسن فالأحسن، عند عدم وجود الشهود العدول، وعند فقد العدالة أو ندرتها.
- 5 . عدم وجوب الخروج على الإمام الجائر إذا كان متغلباً، وفي الخروج عليه مفسدة.

د22 ؛ وقانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017م/01/23؛ وقانون المعاملات المدنية السودانية، 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم، 4 ، 2012م.

²⁵² الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 163. محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 257-297.

6 . قبول شهادة النساء والصبيان في الحمامات والمواضع التي لا يحضرها الرجال، دفعاً لخرج ضياع الحقوق²⁵³

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .

نصت المادّة " 18 " من المجلة الأمر إذا ضاق اتسع، و لم ينص القانون المدني العربي الموحد على القاعدة المذكورة لوجود البديل عنها فيما سبق²⁵⁴ .

3.5.3. قاعدة . الضرورات تبيح المحظورات

هذه القاعدة من فروع قاعدة " المشقة تجلب التيسير " وقاعدة " إذا ضاق الأمر اتسع " وقاعدة " لا ضرر ولا ضرار " لأن ما تفرع على هذه القاعدة يمكن أن يتفرع على القواعد الثلاث الأخرى، كما تتفرع هذه القاعدة عن قاعدة " الضرر يزال " .

والضرورة هي بلوغ الحد الذي إذا لم يتناول معه الممنوع حصل الهلاك للمضطر أو قريب منه، كفقْد عضو أو حاسة من الحواس، فهذه هي الضرورة الشرعية ، ويشترط في هذه القاعدة نقصان المحظورات عن الضرورات، فإن لم ينقص المحظور فلا يباح.

والأصل في هذه القاعدة ما ورد في القرآن الكريم من استثناء حالات الاضطراب الطارئة في ظروف استثنائية، كقوله تعالى بعد تعداد طائفة من المحرمات. " إِلَّا مَا اضْطُرُّنَّ إِلَيْهِ "²⁵⁵، وقال تعالى أيضاً. " فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ "²⁵⁶ .

التطبيقات

- 1 . جواز إتلاف مال الغير إذا أكره عليه بملجئ.
- 2 . جواز أخذ الدائن مال المدين الممتنع عن الأداء إذا ظفر به ، وإن كان من خلاف جنس حقه في زماننا.
- 3 . يجوز كشف الطبيب عورات الأشخاص إذا توقفت عليه مداواتهم.

²⁵³ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 257، 297.

²⁵⁴ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 185؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 257، 297.

²⁵⁵ الأنعام، 6 / 199.

²⁵⁶ المائدة، 5 / 3.

- 4 . يجوز للمضطر أكل الميتة ولحم الخنزير دفعاً للهلاك²⁵⁷.
- 5 . يجوز أكل الميتة عند المخصصة، وإساعة اللقمة بالخمير، ودفع الصائل ولو أدى إلى قتله.
- 6 . التداوي بالنجاسة للمضطر .
- 7 . اختلف علماء المالكية في إباحة الضرورة للربا، من ذلك مسألة المسافر يأتي إلى دار الضرب، فيعطي ذهباً تبرأ " غير مصنع " ويأخذ وزنه دنانير مضروبة، ويزيد أجرة الضرب، فهذه الصورة في التعامل من صور الربا؛ لأنها من استبدال الذهب بالذهب متفاضلاً، ولكن اختلفوا في إباحتها للمسافر المضطر الذي لا يقدر على الانتظار حتى يتم تصنيع ذهبه وضربه دنانير، والراجح المنع.
- 8 . جواز اتخاذ وسائل منع الحمل لتنظيم النسل، وذلك من أجل المحافظة على حياة الأم وصحتها، أو عدم إهمال تربية الأولاد وعدم العناية بهم، ويكون ذلك بعد الرجوع إلى أهل العلم الشرعي، واستشارة ذوي الاختصاص من الأطباء، ورضا الزوجين بذلك.
- 9 . إذا اضطر الناس إلى شراء نوع من الطعام أو اللباس أو السلاح ونحو ذلك، وامتنع التجار، أو من توفرت عنده هذه السلع من بيعهم، جاز لهم أخذها منهم بالثمن بلا رضاهم، ويجب على السلطان إجبارهم على البيع، أو بيعها عليهم.
- ويستثنى من القاعدة ما ورد قيداً عليها، بآلا تنقص الضرورة عن المخطور، فإذا نقصت فإنه لا يباح المخطور، وبعبارة أخرى. بشرط نقصان المخطور عن الضرورات، ولذلك يخرج على القاعدة فروع.
- أ . إذا دار الأمر بين السنة والبدعة فتركه أولى، وإذا دار بين الواجب والبدعة ففعله أولى.²⁵⁸
- 2 . لو دفن الميت بلا كفن فلا ينبش؛ لأن هتك حرمة أشد من تركه بلا كفن، وقام الستر بالتراب مكانه.
- 3 . لو كان الميت نبياً فإنه لا يحل أكله للمضطر، لأن حرمة أعظم في نظر الشرع من

²⁵⁷ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 185؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 257-297.

²⁵⁸ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 185؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 257-297.

مهجة المضطر.

4 . لو أكره شخص على القتل أو الزنا فلا يباح واحد منهما بالإكراه، كما تقدم، لما فيهما من المفسدة التي تقابل حفظ مهجة المكره، أو تزيد عليه.

ويؤيد هذه المستثنيات القواعد التالية.

1 . إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أحفهما.

2 . يجوز اختيار أهون الشرين .

3 . درء المفاسد أولى من جلب المصالح .

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها

نصت المادّة " 21 " من المجلّة . الضّرورات تُبيح المَحْظُورات . ونصت المادة " 23 " من

قانون المدني العربي الموحد الضرورات تبيح المحظورات. تعني المادة :أن حالات الاضطرار أو الحاجة الشديدة تجيز ارتكاب الممنوع شرعاً، فكل ما هو ممنوع عدا حالات الكفر والقتل والزنا يستباح فعله عند الضرورة إليه.²⁵⁹

3.5.4. قاعدة . الضرورات تقدّر بقدرها .

الألفاظ الأخرى ما أبيع للضرورة يُقدّر بقدرها ما جاز للضرورة يتقدر بقدرها.. ما ثبت للضرورة يتقدر بقدرها.. الضرورة تقدر بقدرها.. الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة.

هذه القاعدة قيد لقاعدة " الضرورات تبيح المحظورات " للتنبيه على أن ما تدعو إليه الضرورة من المحظور إنما يرخص منه القدر الذي تندفع به الضرورة فحسب ، فإذا اضطر الإنسان لمحظور فليس له أن يتوسع في المحظور ، بل يقتصر منه على قدر ما تندفع به الضرورة فقط. فالاضطرار إنما يبيح المحظورات بمقدار ما يدفع الخطر ، ولا يجوز الاسترسال، ومتى زال الخطر عاد الحظر.

وهذا يؤكد القاعدة السابقة. "إذا ضاق الأمر اتسع، وإذا اتسع ضاق" وذلك يتفرع أيضاً عن قاعدة " الضرورات تبيح المحظورات " وكل هذه القواعد تدخل تحت القاعدة الأساسية "

²⁵⁹ علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 59/1؛ والقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951؛ والقانون المدني الأردني قانون رقم 43، لعام 1976، والقانون المدني العربي الموحد، 2111م 22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم 222 د22 ؛ و قانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017/01/23، وقانون المعاملات المدنية السودانية لسنة 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.

المشقة تجلب التيسير " وتدخل معظم الفروع المذكورة فيها تحت كل منها.



التطبيقات

- 1 . إذا احتاج الإنسان مداواة العورة فيكشف الطبيب بمقدار ما يحتاج إلى كشفه فقط.
- 2 . إن مداواة عورة المرأة لا يجوز أن يطلع عليه رجل إذا وجدت امرأة تحسن ذلك، لأن اطلاع الجنس على جنسه أخف محظوراً.
- 3 . إن المضطر لا يأكل من الميتة إلا قدر سدّ الرمق، ولا يشبع إلا إذا كانت لديه مسافة بعيدة لا يقطعها إلا بالشبع فلا بأس. هذا في المذهب الشافعي .
و في المذهب المالكي قولان في الحد الأدنى، فقليل. هو سد الرمق، وقيل يجوز بقدر الشبع، والقول الثاني استحسنته الإمام مالك قال. "إن أحسن ما سمع في الرجل يضطر إلى الميتة أنه يأكل منها حتى الشبع، ويتزود منها، فإن وجد عنها غنى طرحها قال في الموطأ وله في أكل الميتة على هذا الوجه سعة " ²⁶⁰.
- 4 . إن المشتري إذا ادعى بالمبيع عيباً لا يطلع عليه إلا النساء، فإنه يقبل فيه، لأجل توجيه الخصومة فقط، قول الواحدة العدل، واثنان أحوط، فإن قالت واحدة أو ثنتان؛ إن العيب المدعى به قائم، يحلف البائع، ولا يثبت حق الرد بشهادة النساء وحدهن؛ لأن ثبوت العيب بشهادتهن ضروري، ومن ضرورته ثبوت توجيه الخصومة دون الرد، فيحلف البائع، فإن نكل تايدت شهادتهن بنكوله، فيثبت الرد.
- 5 . إن من اضطر لأكل مال الغير، فإن الضرورة تقتصر على إباحة إقدامه على أكل ما يدفع به الضرورة بلا إثم فقط، ولكن لا تدفع عنه الضمان، لقاعدة أخرى " الاضطرار لا يبطل حق الغير " .

²⁶⁰ مالك، الموطأ، 309؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 257-297.

المستثنى .

- خرج عن هذه القاعدة صور، ويباح فيها المحذور بأكثر من مقدار الضرورة.
- 1 . العرايا. أبيحت في الأصل للفقراء للضرورة، ثم جازت للأغنياء في الأصح.
 - 2 . الخلع. فإنه أبيح مع المرأة على سبيل الرخصة، ثم جاز مع الأجنبي.
 - 3 . اللعان. إنما جوز حيث تعسرت إقامة البينة على زناها، ثم جاز حيث تمكن على الأصح.

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .

نصت المادّة " 22 " من المجلة " مَا أُبِيحَ لِلضَّرُورَةِ يَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهَا. ونصت المادة " 24 " من قانون المدني العربي الموحد الضرورات تقدر بقدرها. هذه المادة تعتبر قيداً لسابقتها، فكل ما تدعو إليه الضرورة من المحظورات إنما يرخص منه القدر الذي تندفع به الضرورة فحسب، فإذا اضطر انسان لمحذور فليس له أن يتوسع فيه، بل يقتصر منه على قدر ما تندفع به الضرورة فقط²⁶¹

3.5.5. قاعدة . الاضطرار لا يبطل حق الغير .

هذه القاعدة قيد على قاعدة " الضرورات تبيح المحظورات " ، وتؤيد قاعدة " الضرورات تقدر بقدرها " وذلك أن الاضطرار وإن كان يقتضي تغيير الحكم من الحرمة إلى الإباحة والترخيص، فإنه لا يبطل حق الغير، وإنما هو عذر في إسقاط الإثم، سواء أكان الاضطرار بأمر سماوي كالمجاعة والحيوان الصائل، أم غير سماوي كالإكراه الملجئ، لكن في صورة الإكراه الملجئ يقع الضمان على المكره، وفي غير الملجئ فالضمان على الفاعل، ولا ضرورة لإبطال حق الغير، لأن الضرر لا يزال بالضرر، فيحافظ المضطر على حياته مثلاً لكنه يضمن المال لصاحبه، لأن أموال الناس مصونة شرعاً.

التطبيقات

²⁶¹ القانون المدني العراقي رقم، 40، 1951؛ والقانون المدني الأردني قانون رقم، 43، 1976، والقانون المدني العربي الموحد ومذكرته الإيضاحية، 2111م، 22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم، 222 د 22؛ وقانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017م/01/23؛ وقانون المعاملات المدنية السودانية، 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم، 4 ، 2012م.

1 . يجوز للمضطر أن يأكل من مال الغير ما يدفع به الهلاك عن نفسه جوعاً، ويدفع الصائل بما أمكن ولو بالقتل، ويضمن في المحلين، وإن كان مضطراً، فإن الاضطرار يظهر في حل الإقدام، لا في رفع الضمان وإبطال حق الغير، ولو لم يضمن لكان من قبيل إزالة الضرر بالضرر، وهذا منافع وغير جائز، ويتعارض مع قاعدة " الضرر لا يزال بمثله " .

2 . إذا ورد الإكراه الملجئ على إتلاف مال الغير، فإن المكره " بالكسر " يضمنه، أما الإكراه غير الملجئ، فإنه لا يبيح الإقدام على الإتلاف، ولو أقدم فإن الضمان يقع على الفاعل، لا على المكره؛ لأن الاضطرار لا يتحقق في غير الملجئ بالنسبة لمال الغير. والظاهر أن ضمان المكره " بالكسر " لا يختص بما إذا كان المكره على إتلافه مال الغير، بل مثله ما إذا كان مال المكره " بالفتح "، بدليل ما نصوا عليه من أنه لو أكره على أكل طعام نفسه، وكان غير جائع، فإن المكره يضمنه.

3 . لو انتهت مدة الإجارة أو العارية، والزرع بقل لم يُخصد بعد، فإنه يبقى إلى أن يستحصد، ولكن بأجر المثل؛ لأن اضطرار المستأجر والمستعير لإبقائه لا يبطل حق المالك، فتلزم الأجرة.

4 . لو انتهت مدة إجارة الظئر، وقد صار الرضيع لا يأخذ ثدي غيرها، ولم يستغن بالطعام، فإنها تجبر على إرضاعه، ولكن بأجر المثل.

5 . لو علق طلاق زوجته على فعل نفسه الذي لا بد منه، وكان التعليق في الصحة، والشرط في المرض، يكون فاراً وترث، لأن اضطراره إلى فعل ما لا بد منه لا يبطل حق زوجته في الإرث، فترث²⁶².

6 . لو أشرفت سفينة على الغرق، فالقضى الملاح متاع غيره ليخفف حملتها ضمنه نصت المادة "33" من المجلة الإضرار لا يبطل حق الغير. ونصت المادة 26 من القانون المدني العربي الموحد الاضطرار لا يبطل حق الغير. هذه المادة تعتبر قيداً لمادة . الضرورات تبيح المحظورات، فالاضطرار لا يبطل حق الغير. وأصل هذه المادة ما روى مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه."²⁶³

²⁶² الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 213 - 214؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 257 - 297.

²⁶³ علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 59/1؛ والقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951؛ والقانون المدني الأردني قانون رقم 43، لعام 1976، والقانون المدني العربي الموحد، 2111م

3.6. قواعد إزالة الضرر

3.6.1. قاعدة . لا ضرر ولا ضرار

الضرر: إلحاق مفسدة بالغير، والضرار مقابلة الضرر بالضرر، فلا يجوز لأحد أن يلحق ضرراً ولا ضراراً بآخر، وسبق ذلك بأسلوب نفي الجنس ليكون أبلغ في النهي والزجر. وهذه القاعدة لفظ حديث شريف حسن، بلفظ " لا ضرر ولا إضرار " ²⁶⁴ وتكاملته في المستدرک. " من ضار ضاره الله، ومن شاق شاق الله عليه "

واستغراق النفي في الحديث الشريف يفيد تحريم سائر أنواع الضرر في الشرع، لأنه نوع من الظلم، ونفي الضرر يفيد دفعه قبل وقوعه بطريق الوقاية الممكنة، ورفع بعد وقوعه بما يمكن من التدابير التي تزيله، وتمنع تكراره، كما يفيد الحديث اختيار أهون الشرين لدفع أعظمهما، لأن في ذلك تخفيفاً للضرر عندما لا يمكن منعه منعاً باتاً.

لكن هذه القاعدة مقيدة إجماعاً بغير ما ثبت بالشرع، كالقصاص والحدود ومعاقبة المجرمين، وسائر العقوبات والتعازير، وإن ترتب عليها ضرر بهم، لأن فيها عدلاً ودفعاً لضرر أعم وأعظم، ولأن درء المفساد مقدم على جلب المصالح، ولأنها لم تشرع في الحقيقة إلا لدفع الضرر أيضاً. والمقصود بمنع الضرر هو نفي الازدياد في الضرر الذي لا يفيد سوى التوسع في دائرته، لأن الإضرار، ولو على سبيل المقابلة، لا يجوز أن يكون هدفاً مقصوداً، وطريقاً عاماً، وإنما يلجأ إليه اضطراراً عندما لا يكون غيره من طرق التلافي والقمع أنفع منه، وقد ثبتت فروع فقهية كثيرة وشرعت توقياً من وقوع الضرر.

يشمل تطبيق هذه القاعدة، أو هذا المبدأ، كثيراً من أبواب الفقه، أهمها.

- 1 . الرد بالعيب، لإزالة الضرر عن المشتري.
- 2 . الخيارات، كخيار الشرط، واختلاف الوصف المشروط، والتغير، وإفلاس المشتري.
- 3 . الحجر بأنواعه، للمحافظة على مال غير القادر على التصرف السليم، ولحماية الغرماء.
- 4 . الشفعة التي شرعت للشريك لدفع ضرر القسمة، وللجار لدفع ضرر الجار السوء.

22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم 222 د22 ؛ و قانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية

المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017/01/23، وقانون المعاملات المدنية

السودانية لسنة 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.

²⁶⁴ ابن ماجة، الأحكام، 17.

- 5 . القصاص، لدفع الضرر عن أولياء القاتل.
- 6 . الحدود، لدفع الضرر عن المجتمع، وعمن لحق به الضرر.
- 7 . الكفارات، لإزالة سبب المعصية.
- 8 . ضمان المتلف، لإزالة الضرر اللاحق بمن أتلف له.
- 9 . القسمة، لرفع الضرر عن أحد الشريكين أو كليهما.
- 10 . نصب الأئمة والقضاة، لمنع الضرر عن الأمة، ليقوموا بالحدود، ويمنعوا الجرائم، ويستأصلوا شأفة الفساد.

- 11 . دفع الصائل عن النفس والعرض والمال، لإبعاد ضرره.
 - 12 . قتال المشركين، لنشر الدعوة وإظهار الحق، ودحر فتنة الباطل وصدّ الدعاة.
 - 13 . فسخ النكاح بالعيوب، أو الإعسار، أو الإضرار، لإزالة الضرر عن الزوج أو الزوجة. وفروع هذه الأبواب والمسائل كثيرة، ونذكر بعض التطبيقات لها.
- التطبيقات.**

1 . من أتلف مال غيره مثلاً لا يجوز أن يقابل بإتلاف ماله، لأن ذلك توسيع للضرر بلا منفعة، وأفضل منه تضمين المتلف قيمة المتلف، فإنه فيه نفعاً بتعويض المضرور، وتحويل الضرر نفسه إلى حساب المعتدي.

لأن مقابلة الإتلاف بالإتلاف لا تنفع المعتدى عليه، ولا تعوض عليه قيمة ضرره، وفي الوقت نفسه لا ترحم المعتدي، لأنه سيان عنده إتلاف ماله أو إعطاؤه للمضرور لتزيم الضرر الأول، فأصبحت مقابلة الضرر بالضرر، والإتلاف بالإتلاف مجرد حماقة ليس إلا..

2 . لو أعار أرضاً للزراعة، أو أجرها لها، فزرعها المستعير أو المستأجر، ثم رجع المعير، أو انتهت مدة الإجارة، قبل أن يستحصد الزرع، فإنها تترك في يد المستعير أو المستأجر بأجر المثل إلى أن يستحصد الزرع، توكياً من تضرره بقلع الزرع قبل أوانه، وهو بقل²⁶⁵.

3 . لو باع لآخر شيئاً مما يسرع إليه الفساد كالفواكه مثلاً، وغاب المشتري قبل قبضه وقبل نقد الثمن، وأبطأ وخيف فساد المبيع، فللبائع أن يفسخ البيع، ويبيع من غيره توكياً من تضرره بفساده، دفعاً لضرره، ولا يرجع على المشتري بشيء لو نقص الثمن الثاني عن الأول.

4 . يجوز حبس المشهورين بالدعارة والفساد، حتى تظهر توبتهم، ولو لم يثبت عليهم جرم معين قضائياً، دفعاً لشرهم، لأنهم قد يحتاطون ويتحفظون، فيملؤون الأرض فساداً، ولا يمكن

²⁶⁵ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 167؛ محمد الزحيلي القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 200.

إثبات شيء عليهم بطريق القضاء.²⁶⁶

5 . اتخاذ السجون، وجعلها مضجرة، حتى يعلم أهل الفساد والدعارة أن مثل هذا السجن واقف لهم بالمرصاد، فيرتدعوا، ويكفوا عن أذى الناس، كما أن السجن يقي المحرم من إضرار الحاكم به إذا عاقبه في وقت غضبه من جرمه، فيرفعه إلى الحبس ريثما يسكن غضبه فيعاقبه حينئذٍ بما يستحقه من العدل .

6 . شرع خيار الشرط وخيار الرؤية، لدفع الضرر عن المشتري وحاجته إلى التروي لئلا يقع في ضرر العبن، أو بدفع الضرر بدخول ما لا يلائمه في ملكه.

7 . شرع الحجر توقياً من وقوع الضرر العائد تارة لذات المحجور، وتارة لغيره، فإن من وجب حجره إذا ترك بدون حجر يضر بنفسه، وقد يضر بغيره.

8 . شرعت الشفعة توقياً من ضرر جار السوء.

9 . يجبر الشريك على العمارة إذا كان وصي يتيم، أو متولي وقف، وعند ضرورة تعذر القسمة، توقياً من تضرر الصغير والوقف والشريك عند تداعي العقار للخراب.

10 . يحبس الموثر إذا امتنع عن الإنفاق على أولاده أو قريبه المحرم، ويجوز ضربه في الحبس إذا أصر على الامتناع، توقياً من وقوع الضرر بأولاده أو قريبه الفقراء، ببقائهم بلا نفقة.

المستثنى . يجوز معاقبة الجرمين، وإن ترتب على العقوبة ضرر بهم، لأن فيها عدلاً، ودفعاً لضرر أعم وأعظم...ولذلك يرد قيد على القاعدة وهو نفي الضرر إن كان بغير حق.

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .

نصت المادّة " 19 " من المجلة . لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ . يَجِبُ أَنْ لَا يُفْهَمَ مِنْ كَلِمَةِ " لَا ضَرَرَ " أَنَّهُ لَا يُوجَدُ ضَرَرٌ، بَلْ الضَّرَرُ فِي كُلِّ وَقْتٍ مَوْجُودٌ وَالنَّاسُ لَا يَزَالُونَ يَفْعَلُونَهُ، وَإِنَّمَا الْمَقْصُودُ هُنَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الضَّرَرُ أَيُّ الْإِضْرَارِ ابْتِدَاءً، كَمَا لَا يَجُوزُ الضَّرَرُ أَيُّ إِيقَاعِ الضَّرَرِ مُقَابَلَةً لِضَرَرٍ . ونصت المادة " 14 " من قانون المدني العربي الموحد . لا ضرر ولا ضرار . نصت المادة على نفي الضرر مطلقاً، وهذا شامل للضرر العام والخاص، وشامل لدفع الضرر قبل وقوعه بطريق الوقاية الممكنة، ورفع بعد وقوعه بما يمكن من التدابير التي تزيل متاراه، وتمنع تكراره . وهذه المادة أصل من أصول الشريعة الإسلامية، ولها تطبيقات واسعة في مختلف المجالات الفقهية، وهي أساس لمنع الفعل الضار وترتيب نتائجه في التعوي، المالي والعقوبة، كما أنها سند لمبدأ الاستصلاح في جلب المصالح ودرء المفاسد²⁶⁷

²⁶⁶ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 173؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية، 199، 207.

²⁶⁷ القانون المدني العراقي رقم، 40، 1951؛ والقانون المدني الأردني قانون رقم، 43، 1976، والقانون

المدني العربي الموحد ومذكرته الإيضاحية، 2111م، 22/21 /، كقانون نموذجي بالقرار رقم، 222
د22 ؛ وقانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ
الطباعة، 2017م/01/23؛ وقانون المعاملات المدنية السودانية، 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛
والقانون المدني الفلسطيني رقم، 4 ، 2012م.

3.6.2. قاعدة . الضرر يدفع بقدر الإمكان

الضرر لا يقره الشرع نهائياً، ويجب دفعه قبل وقوعه ما أمكن، لأن الوقاية خير من العلاج، كما يدفع الضرر بقدر الإمكان كلياً إن أمكن، وإلا فبقدر ما يمكن، بأن كان يجبر بعوض فيجبر به، أما إذا لم يمكن دفعه بالكلية، ولا جبره فإنه يترك على حاله .

التطبيقات

- 1 . شرع الإسلام الجهاد لمقاومة الأعداء، ودفع الضرر منهم.
- 2 . أوجب الشرع العقوبة على الجاني لقمع الإجرام، فيكون عبرة لغيره.
- 3 . أقر الشرع حق الشفعة منعاً لضرر الجار أو الشريك.
- 4 . عفا بعض أولياء القتيل عن القصاص فينقلب نصيب الباقيين دية لدفع الضرر عنهم.
- 5 . يجب ردّ المغصوب عيناً إذا كان سليماً لدفع الضرر عن المالك، فإن ذهبت عينه يجبر الضرر برد مثله إن كان مثلياً، وقيمته إن كان قيمياً، سواء كان ذهاب العين حقيقياً كالطعام إذا أكله الغاصب، أو حكماً كما إذا كان شاة فذبحها وطبخها، أو حنطة فطحنها.
- وإن كان المغصوب غير سليم وأصابه عيب فاحش فوت بعض منافعه فإن لم يكن المال ربوياً فيتخير المالك في جبر الضرر بين أخذه وتضمين الغاصب ما نقص بالعيب، أو طرحه عليه وتضمينه القيمة، وإن كان ربوياً يتخير بين أخذه معيباً بلا ضمان النقصان، أو طرحه عليه وتضمينه مثله أو قيمته من خلاف جنسه، وإن كان العيب غير فاحش، وهو ما فوت الجودة ونقص المالية كالحرق اليسير فإن جبر الضرر يتعين بأخذه، وتضمين النقصان إلا في الربوي فيكون حكمه ما سبق.

- 6 . الحجر على المفلس، منعاً للضرر عن الدائنين.
- 7 . لو امتنع الأب عن الإنفاق على ولده القاصر أو العاجز يجبس لدفع ضرر الهلاك عن الولد.
- 8 . منع القاضي للمدين من السفر بناء على طلب الدائن أو يوكل وكيلاً بالخصومة²⁶⁸.

المستثنى

إذا لم يمكن دفع الضرر بالكلية، ولا جبره فإنه يترك على حاله، كما إذا أخرج المشتري

²⁶⁸ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 207 - 257؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 208.

المبيع عن ملكه، ولم يكن حدث عنده ما يمنع الرد، ثم اطلع على عيب قدس فيه فإنه لا يرجع بنقصان العيب، للقاعدة الفقهية الأخرى "تبدل سبب الملك كتبدل الذات". أما لو هلك بيده أو وقفه فإنه يرجع بنقصان العيب²⁶⁹.

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .

نصت المادّة " 31 " من المجلّة . الضّرر يُدفعُ بِقَدْرِ الإمكانِ. ونصت المادة " 15 " من قانون المدني العربي الموحد الضرر يدفع بقدر الإمكان. تعني المادة . أن الضرر يدفع بكل الوسائل والامكانيات المتاحة، فإن أمكن دفعه بالكلية وبدون ضرر على الدافع فهو الأصل، وإلا دفع بقدر الامكان في حدود استطاعة الشخص، لأن التكليف الشرعي مقترن بالقدرة على التنفيذ، قال تعالى: " لا يكلف الله نفساً إلا وسعها " وأصل هذه المادة . قوله تعالى " وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم.²⁷⁰

3.6.3. قاعدة . الضرر يُزال .

الألفاظ الأخرى " الضرر المزال "

الضرر يجب إزالته، لأن الأخبار في كلام الفقهاء للوجوب، فيجب رفع الضرر بعد وقوعه، وهذه إحدى القواعد بشأن الضرر، من حظر وقوعه، ووجوب إزالته بعد الوقوع. وأصل هذه القاعدة أنها استنبطت من قوله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " التطبيقات .

1 . من سلط ميزابه على الطريق العام بحيث يضر بالمارين فإنه يزال، ويضمن المتلف عوض ما أتلّف للضرر الذي أحدثه.

2 . لو استقرض من الفلوس النافقة مبلغاً، فكسدت، فعليه قيمتها عند صاحبين، ورجح قولهما، ثم إنهما اختلفا، فقال محمد. عليه قيمتها في آخر أيام رواجها، وقال أبو يوسف. عليه قيمتها يوم القبض، وعليه الفتوى، وبأنه أنظر للمقرض من قول محمد، وأيسر، لأن ضبط قيمته

²⁶⁹ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 209.

²⁷⁰ علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 59/1؛ والقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951؛ والقانون المدني الأردني قانون رقم 43، لعام 1976، والقانون المدني العربي الموحد، 2111م /22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم 222 د22 ؛ و قانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017/01/23، وقانون المعاملات المدنية السودانية لسنة 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.

يوم الانقطاع عسر، وكما رجحوا قول أبي يوسف في كساد الفلوس رجحوا قوله أيضاً فيما لو غلت أو رخصت بأنه تجب قيمتها يوم البيع لو كانت ثمناً ويوم القبض لو كانت قرضاً.²⁷¹

3 . لو استقرض طعاماً بالعراق، فأخذه المقرض بمكة مثلاً، وقيمة الطعام فيها أغلى أو أرخص، فعليه قيمة الطعام يوم القرض في بلد المقرض عند أبي يوسف، وقوله الراجح.

فإنجاب قيمة الفلوس يوم صيرورتها ديناً في الذمة بالقبض أو بالبيع، وإنجاب قيمة الطعام في بلد القرض مع أنهما مثليان أيضاً، إزالة للضرر عن المقرض والبائع فيما إذا رخصا، وعن المستقرض والمشتري فيما إذا غلوا.²⁷²

4 . مشروعية خيار التغيرير القولي في البيع إذا كان معه غبن فاحش، سواء كان التغيرير من البائع للمشتري، أو من المشتري للبائع، أو كان من الدلال لأحدهما، فإن المغرور يخير بين إمضاء البيع أو فسخه واسترداد ماله من مبيع أو ثمن.²⁷³

6 . لو قال الطحان لرب البُرِّ. اجعل البُرَّ في الدلو، فجعله فيه، فذهب من الثقب إلى الماء، والطحان عالم به، يضمن، إذ غره في ضمن العقد، وهو يقتضي السلامة. وهذا يفيد أن الغرور الموجب للرجوع في ضمن عقد المعاوضة لا يشترط فيه أن يكون في صلب العقد، بل يكفي أن يكون مترتباً عليه.

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .

نصت المادّة " 20 " من المجلة . الضّررُ يُزَالُ. ونصت المادة " 16 " من قانون المدني العربي الموحد الضرر يزال تعني المادة : أن الضرر إذا وقع فإنه يجب إزالته، لأن الضرر ظلم والواجب عدم إيقاعه، وإقرار الظالم على ظلمه حرام، فيجب إزالته.²⁷⁴

²⁷¹ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 179؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 210. 211.

²⁷² الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 180؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 211.

²⁷³ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 182 183؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها، 214. ²⁷⁴ علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 59/1؛ والقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951؛ والقانون المدني الأردني قانون رقم 43، لعام 1976، والقانون المدني العربي الموحد، 211م 22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم 222 د22 ؛ و قانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017/01/23، وقانون المعاملات المدنية السودانية لسنة 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.



3.6.4. قاعدة . الضرر لا يزال بمثله .

الألفاظ الأخرى . الضرر لا يزال بالضرر ، زوال الضرر بلا ضرر .

هذه القاعدة قيد لقاعدة " الضرر يزال " ، أي أن الضرر يزال في الشرع إلا إذا كانت إزالته لا تتيسر إلا بإدخال ضرر مثله على الغير، فحينئذ لا يرفع ولا يزال بضرر مثله، ولا بما هو فوقه بالأولى، ولا بما هو دونه، فلا يزال ضرر امرئ بارتكاب ضرر امرئ آخر، لأن الخلق كلهم عيال الله، فساوى بينهم في الاحترام.

وفي هذه الحالة يجبر الضرر بقدر الإمكان، فإن لم يمكن جبره فإنه يترك على حاله، فيجب إزالة الضرر شرعاً من غير أن يلحق بإزالته ضرر آخر.

التطبيقات .

- 1 . لا يجوز للإنسان أن يدفع الغرق عن أرضه بإغراق أرض غيره.
- 2 . لا يجوز للإنسان أن يحفظ ماله بإتلاف مال غيره.
- 3 . لا يجوز للمضطر أن يتناول طعام مضطر آخر، ولا أن يأكل بدن آدمي.
- 4 . إذ اطلع المشتري على عيب قديم، وقد تعيب البيع عنده امتنع الرد، ورجع المشتري على بائعه بما يقابل الثمن، إلا إذا رضي البائع بأخذه معيباً، فيأخذه، ويرجع جميع الثمن.
- 5 . إذا تهدم البناء، وأراد صاحب العلو بناء السفلى المهدم ليضع عليه علوه، وأبى الآخر، فلا يجبر الأبى على العمارة، ولكن ينفق صاحب العلو من ماله على البناء، ويمنع صاحبه من الانتفاع إلى أن يدفع له ما أنفق على البناء إن كان بناه بإذنه، أو بإذن الحاكم، وإلا فحتى يدفع له قيمة البناء يوم بناه.
- 6 . إذا امتنع الراهن عن الإنفاق على العين المرهونة، فإنه لا يجبر على الإنفاق، لأن الإنسان لا يجبر على الإنفاق على ملكه، ولكن الحاكم يأذن للمرتحن بالإنفاق عليها، ليكون ما ينفقه ديناً على الراهن، لأن حق المرتحن تعلق بمالية المرهون وحبس عينه، ولا يمكن ذلك بدون الإنفاق عليه لتبقى العين²⁷⁵.
- 7 . إذا تعسرت ولادة المرأة، والولد حي يضطرب في بطنها، وخيف على الأم، فإنه يمنع

²⁷⁵ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 195؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة،

تقطيع الولد لإخراجه، لأن موت الأم به أمر موهوم.²⁷⁶

المستثنى

يستثنى من القاعدة ما لو كان أحدهما أعظم ضرراً، ولا بدّ من فعل أحدهما، فإنه يرتكب أخف الضررين، وله فروع.

- 1 . شرع القصاص، والحدود، وقتال البغاة، وقاطع الطريق، ودفع الصائل، لأن الضرر الواقع خاص، وأخف بكثير من الضرر العام.
- 2 . يجوز شق جوف المرأة الميتة إذا رُجي حياة الجنين.
- 3 . يجوز النكاح والوطء على ضرر إزالة البكارة.
- 4 . شرع الفسخ بعيب المبيع، وبالإعسار عن دفع الثمن.
- 5 . يجوز إجبار المدين على قضاء الديون.

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .

نصت المادّة " 25 " من المجلة . الضّررُ لا يُزالُ بِمِثْلِهِ. ونصت المادة " 17 " من قانون المدني العربي الموحد . الضرر لا يزال بمثله . هذه المادة قيد لسابقتها، فكما أن الضرر يجب إزالته، فإنه لا يزال بضرر مماثل له، فالضرر يزال بلا إضرار بالغير إن أمكن، وإلا بضرر أخف منه، أما إذا كان بمثله أو أكثر منه، فإنه لا يزال في هذه الحالة، لما يترتب عليه من المفاسد.²⁷⁷

3.6.5. قاعدة. الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف .

الألفاظ الأخرى " يختار أهون الشرين ، يختار أهون الشرين أو أخف الضررين ، يدفع أعظم الضررين باحتمال أخفهما ، إذا اجتمع ضرران أسقط الأصغر الأكبر ، يدفع شر الشرين". إن الضرر ليس على درجة واحدة، وإنما يتفاوت في ذاته، وفي آثاره، والضرر يجب رفعه لقاعدة. الضرر يزال وقاعدة. لا ضرر ولا ضرار.

ولكن إذا لم يمكن إزالة الضرر نهائياً، وكان بعضه أشد من بعض، ولا بدّ من ارتكاب

²⁷⁶ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 196؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 216.

²⁷⁷ علي حيدر، درر الحكماء في شرح مجلة الأحكام، 59/1؛ والقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951؛ والقانون المدني الأردني قانون رقم 43، لعام 1976، والقانون المدني العربي الموحد، 2111م /22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم 222 د22 ؛ و قانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017/01/23، وقانون المعاملات المدنية السودانية لسنة 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.

أحدهما، فتأتي هذه القاعدة. الضرر الأشد يزال ويرفع ويتجنب بارتكاب الضرر الأخف. وذلك لعظم الأول على الثاني، وشدته في نفسه، أو لأن الضرر الأول عام يعمُّ أثره، والضرر الثاني خاص وينحصر أثره، فتقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة²⁷⁸.
والأدلة على ذلك كثيرة كقوله تعالى: "وَالْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ الْقَتْلِ"²⁷⁹.

التطبيقات.

- 1 . الطلاق فيه ضرر، ومع ذلك يرتكب وتطلق الزوجة للضرر والإعسار؛ لأنه ضرر أشد.
- 2 . يجوز للمضطر تناول الميتة، مع أن أكل الميتة فيه ضرر، ولكن ضرر الهلاك أشد.
- 3 . يجوز للمضطر أكل مال الغير بدون إذنه، لأن ضرر الهلاك أشد من ضرر الغير بأكل ماله، لكنه يضمن.
- 4 . إذا عجز مريد الصلاة عن ستر العورة أو استقبال القبلة، فإنه يصلي كما قَدِرَ..
- 5 . تجب النفقة في مال الموسرين لأصولهم وفروعهم، لكن لا يشترط في نفقة الأبوين اليسار، بل إذا كان كسوباً ضمهما إليه، كما تجب نفقة الأرحام المحارم من النسب المحتاجين.
- 6 . يحبس من وجبت عليه النفقة إذا امتنع عن أدائها، ولو نفقة ابنه، ويجوز ضربه في الحبس إذا امتنع عن الإنفاق.
- 7 . إذا بنى شخص بناء، أو غرس في العرصه لسبب شرعي، كما لو ورث إنسان أرضاً فبنى فيها، أو غرس، ثم استحففت فإنه ينظر إلى قيمة البناء أو الغراس مع قيمة العرصه، فأيهما كان أكثر قيمة يملك صاحبه الآخر بقيمته جبراً على مالكة.
- 8 . البيع الفاسد يجب ردُّه درءاً للفساد، فإذا فات بالتصرف فيه، أو بيعه، أو تغييره، وجب إمضاؤه بالقيمة، وصار له حكم آخر، ارتكاباً لأخف الضررين²⁸⁰.
- 9 . المحتكر الذي يجمع السلع من السوق وقت قلتها، لبيعها وقت الغلاء، تؤخذ منه السلع جبراً، وتباع للناس، ويعطى رأس ماله فقط، ارتكاباً لأصغر الضررين بدفع أعظمهما.
- 10 . يجبر جار المسجد، وجار الطريق، وصاحب ممر الماء، على بيع أرضه أو داره، إذ

²⁷⁸ قال ابن تيمية: فلا يجوز دفع الفساد القليل بالفساد الكثير، ولا دفع أخف الضررين بتحصيل أعظم الضررين، فإن الشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها بقدر الإمكان، ومطلوبها ترجيح خير الخيرين إذا لم يمكن أن يجتمعا جميعاً، ودفع شر الشرين إذا لم يندفعا جميعاً، مجموع الفتاوى، 343/23.

²⁷⁹ البقرة، 2 / 191.

²⁸⁰ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 199؛ الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 220 - 225.

ضاق المسجد، أو انهدمت الطريق، أو ممر الماء، لتوسعة المسجد والطريق وإصلاح ممر الماء، إذا تعين ولم يوجد غيره، تحصيلاً للمصلحة العامة، ودفعاً للضرر الأكبر بارتكاب أخف الضررين.

11 . يجبر صاحب الماء على بيع الماء لمن به عطش يخاف الموت إذا كان معه ثمن، وإلا بذله مجاناً، ارتكاباً لأخف الضررين، وكذلك يبيعه لمن له زرع تعطلت بثره ويخاف هلاكه ومعه الثمن.

12 . يجوز للحكمين في الإصلاح بين الزوجين أن يحكما بخلع تدفعه المرأة إلى الزوج ليطلقها؛ إذا كانت الإساءة منها، أو كانت مشتركة، وعجزا عن الإصلاح، ارتكاباً لأخف الضررين.

المستثنى

1 . لو غصب إنسان أرضاً فبنى فيها أو غرس، ثم طلبها مالكتها فإن الغاصب يؤمر بقلع البناء أو الغرس مهما بلغت قيمته، ولو كان الضرر أشد عليه، إلا إذا كان قلعهما يضر بالأرض، فإن المالك يملكهما بقيمتها مستحقين للقلع .

2 . من غصب حجراً، أو خشبة وبنى عليها بناء، أو لوحاً وسمّره في سفينة، فقليل . يخير المغصوب منه بين نقض البناء وأخذ حجره أو خشبه، وبين أن يتركه ويأخذ قيمته، لأن الآخر غاصب، وهو أحق بالتشديد عليه، استثناء من القاعدة.

وقيل . يجبر المغصوب منه على أخذ القيمة ارتكاباً لأخف الضررين.

3 . لو غصب فصيلاً وأدخله داره، وكبر وتعذر إخراجه بدون هدمها، فإنها تقدم من غير ضمان لتفريطه، وكذلك إذا غصب غراساً وغرسه في أرضه، فإنه يقلع ولا يضمن حفره.

4 . لو غصب ثوباً فصبغه، ثم طلب قلع صبغه، فعليه ضمان نقص الثوب بذلك، كما لو غرس الأرض التي غصبها، ثم قلع غرسه²⁸¹.

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .

نصت المادة 27 من المجلد . الضَّرَرُ الْأَشَدُّ يُزَالُ بِالضَّرَرِ الْأَخْفِ . و نصت المادة 18 من قانون المدني العربي الموحد . الضرر الأشد يزال بضرر أخف . إذا دار الأمر بين ضررين أحدهما أشد من الآخر، فيتحمل الضرر الأخف في مقابلة الضرر الأشد وأصل هذه المادة . قصة الحديبية ومصالحة النبي صلى الله عليه وسلم يومئذٍ المشركين على الرجوع، وإن جاء أحد من مكة

²⁸¹ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 119؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة،

مسلماً رده إليهم، ومن راح من المسلمين لا يردونه، وذلك لدفع ضرر أعظم، وهو قتل المؤمنين والمؤمنات الذين كانوا بمكة ولا يعرفهم الصحابة، وفي قتلهم معرة عظيمة على المؤمنين، فاقتضت المصلحة ارتكاب الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد²⁸²، وإلى هذا يشير قوله تعالى { ولولا رجال مؤمنون ونساء مؤمنات لم تعلموهم أن تطئوهم فتصييكم منهم معرة بغير علم }²⁸³، وما روي أن أعرابياً قام إلى ناحية المسجد فبال فيها، فصاح به الناس، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم دعوه، فلما فرغ أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذنوب من ماء، فصب على بوله.²⁸⁴

3.7. قواعد التصرف في ملك الغير

3.7.1. قاعدة. لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه.

التصرف في ملك الغير إما فعلي، وهو الاستهلاك، بأخذ أو إعطاء، فهذا يعتبر بلا إذن تعدياً، والمتصرف في حكم الغاصب، فهو ضامن للضرر. وإما قولياً بطريق التعاقد كبيع ملك الغير، أو هبته، أو إجارته، فإن أعقبه من المتصرف تسليم أصبح فعلياً، وأخذ حكم الغصب، وإن بقي في حيز القول كان فضولياً، وعقد الفضولي يتوقف على إجازة المالك، فإن أجازه صح، وإن لم يجزه بطل. والإجازة تلحق الأفعال كما تلحق الأقوال، فالتصرف الفعلي بلا إذن المالك إذا أجازه المالك انقلب مأذوناً.

ومثل إذن المالك إذن من له حق الإذن من ولي أو وصي أو وكيل أو متولي، أو حاكم. وإذا تصرف الشخص ثم ادعى أن تصرفه كان بالإذن، وأنكر المالك فالقول للمالك، إلا في الزوج إذا كان قد تصرف في مال زوجته حال حياتها، ثم اختلف مع ورثتها بعد موتها، فادعى

²⁸² علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 37/1؛ والقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، والقانون المدني الأردني 1976؛ والقانون المدني العربي الموحد؛ وقانون المعاملات المدنية السودانية، والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني 2012/4 م.

²⁸³ الفتح، 22 / 48 .

²⁸⁴ علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 59/1؛ والقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951؛ والقانون المدني الأردني قانون رقم 43، لعام 1976، والقانون المدني العربي الموحد، 2111م 22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم 222 د 22؛ وقانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017/01/23، وقانون المعاملات المدنية السودانية لسنة 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.

أنه كان بإذنها، وأنكر الورثة فالقول للزوج ، ثم الإذن قد يكون صريحاً، وذلك ظاهر، وقد يكون دلالة.

التطبيقات .

- 1 . غصب شخص مال آخر بوضع اليد عليه بدون إذن ولا توكيل، فهذا محظور، ويجب عليه رد العين، وإذا تلفت وجب الضمان.
- 2 . تصرف شخص بالبيع أو الإجارة أو الهبة من مال غيره فإن تصرفه موقوف، فإن لحقته الإجارة من المالك نفذ التصرف، لأن الإجارة اللاحقة كالوكالة السابقة.
- 3 . أتلف شخص مال غيره بالأكل، أو الحرق، أو الإلقاء في النار، أو في البحر، فإنه يضمن؛ لأنه لا يجوز له أن يتصرف في ملك غيره بلا إذنه.
- 4 . المودع لا ينفق على زوجة المستودع وأهله في غيبته إلا بإذن الحاكم .
- 5 . إذا حفر شخص في ملك غيره بلا إذنه، ثم وقع حيوان في الحفرة فتلف، ضمن الحافر، لأنه متسبب متعدد، إلا إذا كان الحفر في ملك الغير ورضي المالك قبل وقوع الحيوان، فإنه يسقط الضمان حينئذ، ويصير كأنه حفر بإذن المالك ابتداءً، حتى إنه لو أراد الحافر أن يطم ما حفر فليس له الطم.
- 6 . إذا أتلف شخص ملك غيره فإنه ضامن بكل حال، سواء أجازاه المالك أم لا، لأن الإجارة لا تلحق الإتلاف.
- 7 . من بيده مال، أو في ذمته دين، يعرف مالكة، ولكنه غائب يرجى قدومه، فليس له التصرف فيه بدون إذن الحاكم، إلا أن يكون تافهاً، فله الصدقة به عنه.
- 8 . لو مرضت الشاة مع الراعي المستأجر في المرعى مرضاً لا ترجى حياتها معه، فذبحها، فإنه لا يضمنها؛ لأن ذلك مأذون فيه دلالة.
- 9 . لو مات شخص في السفر، فباع رفقاه تركته، وهم في موضع ليس فيه قاضي. قال محمد. جاز بيعهم، وللمشتري الانتفاع بما اشتراه، ثم الوارث إن شاء أجاز البيع، وإن شاء أخذ ما وجد من المتاع، وضمن ما لم يجد، فقد صحح الإجارة مع هلاك المبيع، لأن المتبايعين مأذونان هنا دلالة²⁸⁵.

المستثنى

خرج عن هذه القاعدة مسائل يجوز التصرف فيها بمال الغير ديانة أو ديانة وقضاء، بلا إذنه، منها.

²⁸⁵ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 461-463؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها، 551.

- 1 . يجوز للولد والوالد شراء ما يحتاجه الأب، أو الابن المريض بلا إذنه، ولا يجوز في المتاع.
 - 2 . اللقيط إذا وجد معه مال، فإنه ينفق عليه منه بدون إذن حاكم.
 - 3 . إذا اصطاد المحرم صيداً في إحرامه، فأرسله غيره من يده، فلا ضمان .
 - 4 . لو امتنع من وفاء دينه، وله مال، فباع الحاكم ماله ووفاه عنه، صح، وبرئ منه، ولا ضمان²⁸⁶.
 - 5 . الودائع التي جُهل ملاكها يجوز التصديق بها بدون إذن الحاكم.
 - 6 . الغُصُوب والودائع إذا أداها أجنبي إلى المالك أجزأت ولا ضمان.
 - 7 . لو تعذر استئذان من وجبت عليه الزكاة لغيبة، أو حبس، فأخذ الساعي الزكاة من ماله، سقطت عنه.
 - 8 . ولي الصبي والمجنون يخرج عنهما الزكاة، ويجزئ، كما يؤدي عنهما سائر الواجبات المالية .
 - 9 . الرهون التي لا يعرف أهلها، نص أحمد على جواز التصديق بها.
- أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .**
- نصت المادّة 96 من المجلّة . لَا يَجُوزُ لِأَحَدٍ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ بِلَا إِذْنِهِ . وَهَذِهِ الْمَادَّةُ مَأْخُودَةٌ مِنَ الْمَسْأَلَةِ الْفِقْهِيَّةِ " لَا يَجُوزُ لِأَحَدٍ التَّصَرُّفُ فِي مَالٍ غَيْرِهِ بِلَا إِذْنِهِ وَلَا وَلَايَتِهِ الْوَارِدَةِ فِي الدَّرِّ الْمُخْتَارِ . وَالْإِجَارَةُ وَالْهَبَةُ وَالصُّلْحُ عَنْ الْمَالِ مِنَ الْمَسَائِلِ الْمُتَفَرِّعَةِ عَنْ هَذِهِ الْقَاعِدَةِ كَمَا وَرَدَتْ فِي مَوَادِّ " 1219 و 365 و 446 و 857 و 1546 و 1075 " ونصت المادة 62 من قانون المدني العربي الموحد . لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن . تعني المادة . أنه لا يصح لأي شخص أن يتصرف تصرفاً فعلياً في ملك الغير، سواء كان خاصاً أو مشتركاً إلا بإذن منه أو كان مأذوناً له فيه شرعاً، لأن في التصرف بدون إذن إعتداءً على المالك. وعدم الجواز هنا شامل لجميع أنواع التصرف من استعمال أو إعاره أو إيداع أو إجارة أو هبة أو بيع أو رهن أو هدم أو بناء. لكن ما أجراه من عقود سواء كان بعوض أو غيره، يتوقف على إجازة المالك، فإن أجاز نفذ، لأن الإجازة اللاحقة، كالوكالة السابقة²⁸⁷

²⁸⁶ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 464؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 553.

²⁸⁷ علي حيدر، درر الحكماء في شرح مجلة الأحكام، 59/1؛ والقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951؛

والقانون المدني الأردني قانون رقم 43، لعام 1976، والقانون المدني العربي الموحد، 2111م

22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم 222 د 22 ؛ و قانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية

المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017/01/23، وقانون المعاملات المدنية

3.7.2 . قاعدة. الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل .

الأمر. مصدر أمر، والغير. أي غير الأمر، وباطل. أي لا حكم له، فإذا كان المأمور عاقلاً بالغاً، ولم يكن الأمر مجبراً للمأمور، ولم يصح أمر الأمر في زعم المأمور، فتكون العهدة فيه حينئذ على المأمور المتصرف، لأنه العلة المؤثرة، والأمر سبب، والأصل الإضافة إلى العلة المؤثرة لا إلى الأسباب المفضية الموصلة، ولأن أمر الأمر إذا كان كذلك لا يجوز أن يكون مشورة، وهي غير ملزمة للمأمور، ولا تصلح مستنداً له لتسويغ عمله.

فالملك هو ما يملكه الإنسان، وقد أثبت الشرع لصاحبه فقط قدرته على التصرف به، أما غير المالك فلا يجوز له التصرف به، وذلك لأن فاقد الشيء لا يعطيه، فمن لا يملك التصرف لا يملك الأمر به، وهذا فرع لقاعدة " لا يجوز التصرف في ملك الغير بلا إذنه ".
فإن تصرف في هذه الحالة فتكون المسؤولية على المأمور، لقاعدة " يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الأمر ما لم يكن مجبراً "288

التطبيقات.

1 . أودع رجل ماله عند آخر، وقال له. إن مت فادفعه لابني، فمات فدفعه إليه، وله وارث غيره ضمن المودع نصيب الثاني، لأنه تصرف في ملك الوارث بغير إذنه ، والأمر بالتصرف في ملك الغير باطل، فالمودع أمر بالتصرف بملك الوارث الذي يملك التركة بمجرد الموت، ولا يلزم بطلان الأمر بالتصرف في ملك الغير أن يكون ملك ذلك الغير قائماً حين الأمر، بل يكفي أن يكون قائماً حين التصرف .

2 . لو قال رجل لآخر. إن مت فادفع هذا المال الذي أملكه، إلى فلان، وهو غير وارث، فدفعه إليه، ضمن الدافع كذلك.

3 . إذا أخبر شخص عن نفسه أنه وصي الميت، ولم يضع يده على التركة، ولكن أمر المخبر أن يعمل بها بطريق المضاربة، ففعل، وضاع المال، ثم لم تثبت وصايته ، فالذي عمل بالمال

السودانية لسنة 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.
288 علي حيدر، درر الحكماء في شرح مجلة الأحكام، 59/1؛ والقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951؛
والقانون المدني الأردني قانون رقم 43، لعام 1976، والقانون المدني العربي الموحد، 2111م
22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم 222 د22 ؛ و قانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية
المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017/01/23، وقانون المعاملات المدنية
السودانية لسنة 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.

ضامن، لعدم صحة الأمر، وعدم نفاذه في ملك الغير، ولا يضمن الأمر، لأنه لم يضع يده على المال، إلا إذا أوهم المأمور فيرجع عليه الضامن لتغيره.

4. أمر شخص غيره بأن يأخذ مال آخر، أو يلقيه في البحر، أو يحرقه، أو أن يذبح شاته فلا عبرة لأمره، والضمان على الفاعل. لأن المأمور عالم بأن المال لغير الأمر.

5. إذا لم يكن المأمور عالماً بأن المال لغير الأمر، وأوهمه الأمر أنه له، كما لو قال له. اذبح لي شاتي هذه بياء المتكلم فإن لصاحب المال تضمين المأمور، وللمأمور أن يرجع على الأمر بما ضمن لتغيره إياه²⁸⁹.

المستثنى. إذا أكره شخص غيره إكراهاً ملجئاً بأن يتلف مال آخر، أو يلقيه في البحر، فيضمن المجرم.

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها. نصت "المادة 95" من المجلة. الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل. وراجع المواد 125، 151، 1007. ونصت المادة 63 "من القانون المدني العربي الموحد. الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل. تعني المادة. أن ما يملكه الانسان سواء كان عيناً أو منفعة، قد أثبت الشرع لصاحبه حق التصرف فيه، ومنع غيره من التصرف فيه إلا بإذنه، فإذا صدر أمر بالتصرف في ملك الغير بلا إذنه أو بغير وجه شرعي، فإن هذا الأمر يعتبر باطلاً، وما ترتب عليه فهو باطل.

و نصت المادة 65. يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبراً. تعني المادة. أن ما يصدر من فعل الفاعل إنما ينسب إليه وليس إلى الأمر به وبالتالي يكون الفاعل هو المسئول عنه ما لم يكن مكرهاً، فإن كان مكرهاً، فإن المسؤولية تقع على الأمر المكره²⁹⁰.

3.7.3. قاعدة. لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي .

لا يجوز لأحد ما، ولو كان والداً أو ولداً أو زوجاً، أن يأخذ جاداً أو لاعباً مال أحد ما ولو لولده، أو والده، أو زوجته، بلا سبب شرعي يسوغ له الأخذ، لأن حقوق العباد محترمة، فإن

²⁸⁹ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 459-460؛ محمد الزجيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها، 557.

²⁹⁰ علي حيدر، درر الحكماء في شرح مجلة الأحكام، 59/1؛ والقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951؛ والقانون المدني الأردني قانون رقم 43، لعام 1976، والقانون المدني العربي الموحد، 2111م 22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم 222 د22؛ و قانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017/01/23، وقانون المعاملات المدنية السودانية لسنة 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.

أخذه كان ضامناً.

أما إذا كان الأخذ بحق ثابت فيجوز ولو دون رضا صاحب المال ، إما مباشرة أو بعد القضاء، وذلك لأن السبب الشرعي قد يكون قوياً فلا يحتاج في تجويز الأخذ إلى قضاء القاضي، وذلك هو الكثير الغالب، وقد يكون السبب ضعيفاً فلا يجوز الأخذ معه بدون رضا من عليه الحق إلا بقضاء القاضي.

التطبيقات.

- 1 . لا يجوز للشفيع أخذ العقار المبيع بالشفعة إلا برضا المشتري أو بقضاء القاضي بالشفعة.
- 2 . لا يجوز استرداد العين الموهوبة من الموهوب له بدون رضا من عليه الحق، إلا بقضاء القاضي بالرجوع في الهبة، لأن السبب ضعيف.
- 3 . لا يجوز أخذ نفقة غير الزوجة والأولاد والأبوين من الأقارب بدون رضا من عليه النفقة، إلا بقضاء القاضي بالنفقة، لأن السبب ضعيف.
- 4 . لا يجوز لأولاد البنات أن يتناولوا من غلة الوقف على الأولاد عند وجود أولاد البنين، إلا بقضاء القاضي بدخول أولاد البنات في الوقف²⁹¹.
- 5 . لا يجوز للمشتري أن يأخذ من بائعه ما دفعه له من ثمن المبيع الذي ظهر له أنه ملك الغير إلا برضا البائع أو بقضاء القاضي بالاستحقاق الموجب للرجوع بالثمن بشروط.
- 6 . لا يجوز للمشتري أن يأخذ من البائع ما دفعه له من ثمن مبيع ظهر بعد القبض معيباً إلا برضا البائع، أو بقضاء القاضي بالرد بالعيب.

²⁹¹ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 466. محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة،

المستثنى

1 . إذا كان السبب شرعياً في الظاهر، ولكن لم يكن في الواقع ونفس الأمر حقيقياً، كالصلح عن دعوى كاذبة على بدل، فإن بدل ذلك الصلح يقضى له به، ولكن لا يحل له، ويجب عليه ديانة ردّه إن أخذه، وإن كان السبب في الحكم الظاهر شرعياً وقضى به القاضي، لأنه . والحالة هذه . رشوة، أخذه لقاء كف ظلمه وتعديه بهذه الدعوى الكاذبة التي لا تسوغ له أخذ البديل فيما بينه وبين ربه سبحانه، وهذه يختلف فيها حكم القضاء عن حكم الديانة بعكس الأولى.

2 . لو اعترف بعد الصلح بكونه مبطلاً في الدعوى، وأنه لم يكن له على المدعي شيء، بطل الصلح، ويسترد المدعى عليه البديل.²⁹²

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .

نصت المادّة 97 من المجلة لَا يَجُوزُ لِأَحَدٍ أَنْ يَأْخُذَ مَالَ أَحَدٍ بِلَا سَبَبٍ شَرْعِيٍّ وَاَنْظُر المواد "369، 899 و891". و نصت المادة " 64 " من قانون المدني العربي الموحد لا يجوز لأحد أن يأخذ مال غيره بلا سبب شرعي. تعني المادة .أنه لا يجوز لأحد أن يأخذ مال غيره بدون سبب شرعي يسوغ له الأخذ، لأنه إذا لم يكن للشخص حق التصرف القولي في مال الغير بلا إذنه، كما أفادته المادتان السابقتان، فيمقتضى الأولوية ليس له أخذ مال الغير بلا مسوغ شرعي.

²⁹² الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 560.

3.8. قواعد الضمان .

3.8.1. قاعدة. الجواز الشرعي ينافي الضمان .

إن كل ما جاز للإنسان أن يفعله شرعاً، فإذا ترتب على فعله ضرر أو خسائر لا يضمن ، للمنافاة بين الجواز الشرعي والضمان. وإن الجواز الشرعي يفيد كون الأمر مباحاً، سواء أكان فعلاً أو تركاً، فلا ضمان بسبب التلف الحاصل بذلك الأمر. ولكن يشترط ألا يكون ذلك الأمر الجائز مقيداً بشرط السلامة وألا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه، لأن الضمان يستدعي سبق التعدي، والجواز الشرعي يأبى وجوده فتناً، فالجواز الشرعي إذا كان مطلقاً فإنه ينافي الضمان، وإلا فلا مانع من الضمان. وهذه القاعدة تشبه قاعدة الشافعية الآتية " الرضا بالشيء رضا بما يتولد عنه "

التطبيقات.

1 . لو حفر إنسان بئراً في ملكه الخاص به، أو في طريق العامة ولكن بإذن ولي الأمر، فوقع فيها حيوان رجل، أو وقع فيها إنسان فهلك، لا يضمن حافر البئر شيئاً، فحفر البئر فعل مباح.

2 . لو هدم شخص دار جاره وقت الحرق لمنع سريان الحريق، بغير إذن ولي الأمر، وبغير إذن صاحبها، فإنه يجوز له ذلك، ويضمن قيمتها معرضة للهلاك، لأنه فعل ذلك الهدم لأجل نفسه.

3 . لو أخذ الوكيل بالبيع رهناً بثمن ما باعه فهلك الرهن لا يضمن للموكل، وسقط الدين عن المشتري إذا كان مثل الثمن. وهذا فعل مباح.

4 . لو حبس الأجير العين التي لعمله فيها أثر لأجل الأجرة فهلك في يده، لا يضمن العين، وسقط الأجر لها قبل التسليم للمستأجر.

5 . لو فسخت الإجارة، فحبس المستأجر العين المأجورة لقبض ما كان عجله من الأجرة، فهلك العين في يده، لا يضمن، ولا يسقط ما عجله²⁹³.

10 . المستثنى

خرج عن القاعدة مسائل، منها.

1 . أن الوكيل بالشراء له حبس المبيع عن موكله، حتى يقبض منه الثمن، ولكن لو هلك المبيع في يده، والحالة هذه، يلزم الوكيل الثمن .

²⁹³ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 449-450؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها، 539-541.

- 2 . لو استغل أحد الشريكين في الكرم أثماره، وباعها حين غيبة شريكه فإن عمله هذا جائز، ولكن إذا حضر شريكه فهو مخير بين أن يبيع ويأخذ الثمن، وبين أن يضمه حصته.
- 3 . لو مات رفيقه في السفر ولا قاضي، فله بيع أمتعته وحفظ ثمنها لورثته. والورثة بالخيار بين أن يبيعوا ويأخذوا الثمن، أو أن يأخذوا ما وجدوا. ويضمنوا ما لم يجدوا.
- 4 . لو تصدق الملتقط باللقطة بعد تعريفها زمنياً كافياً، ثم جاء صاحبها، فهو بالخيار بين أن يبيع تصدقه أو يضمه.
- 5 . لو وقع حريق في محلة، فهدم رجل بيت جاره لمنع سريان الحريق بلا إذن الجار أو ولي الأمر، ثم انقطع الحريق، ضمن قيمتها، وهي في حالة الحريق، لا كاملة. ولا يكون آثماً في فعله على كل حال
- وأسباب الضمان أربعة. عقد، ويد، وإتلاف، وحيلولة، والضمان له أحكام كثيرة، وكتبت فيه نظريات²⁹⁴.

²⁹⁴ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 452؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 541.

3.8.2. قاعدة . الخراج بالضمان .

خراج الشيء . هو الغلة التي تحصل من الشيء إذا كانت منفصلة عنه، وغير متولدة منه، ككسب العبد، وسكنى الدار، وأجرة الدابة، ومنافع الشيء .
والضمان . هو التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير، و "الخراج بالضمان " أي بمقابلة دخوله في ضمان من سلم له خراجه، هما لم يدخل في ضمانه لم يسلم له خراجه، وقد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم . عن ربح ما لم يضمن²⁹⁵ .
فخراج الشيء يستحقه من يكون هلاك ذلك الشيء على ضمانه، وحسابه، في مقابلة الضمان، وستأتي قاعدة " العزم بالغنم " .

التطبيقات .

- 1 . لو رد المشتري المبيع بعد قبضه بخيار العيب، وكان قد استعمله مدة، لا يلزمه أجرته؛ لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان يتلف من ماله.
- 2 . لو اشترى المبيع، وأجره، فإن الأجرة تطيب للمشتري ولو ردَّ المبيع بعد ذلك.
- 3 . لو اشترى شخص شاة، وولدت عنده، ثم ردها للبائع بعيب، فالولد للمشتري.
- 4 . لو وجد شخص ركازاً، واستعمله، أو أجره، ثم ظهر صاحبه، فلا ضمان على الواجد.
- 5 . لو وهب شخص لآخر عيناً فاستعملها، أو استغلها وأجرها، بعد قبوله وقبضه، ثم رجع الواهب عن هبته، فالغلة والخراج والثمرة للموهوب له.
- 6 . لو شرطاً في شركة الوجوه مناصفة المشتري، أو مثالثته، وشرطاً الربح على خلاف ذلك، فالشرط باطل.
- 7 . غلة الرهن للراهن؛ لأن الضمان عليه.
- 8 . المودع إذا اتجر بالمال المودع عنده يكون ربحه له؛ لأنه ضامن للمال بالتصرف فيه.
- 9 . المفلس إذا اتجر بالعروض من أمواله، بعد الحجر عليه من الغرماء، فإن الربح له؛ لأن ضمانها عليه²⁹⁶ .
- 10 . الغاصب إذا اتجر بالمال المغصوب يكون ربحه له، لأنه في ضمانه، والخراج بالضمان.

²⁹⁵ رواه البيهقي 336/5، والحاكم 17/2.

²⁹⁶ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 429 430؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 472-476.

المستثنى.

1 . المبيع إذا أفلس مشتريه قبل نقد الثمن، ووجده البائع قد نما نماء متصلاً فيرجع به، ولا شيء للمفلس.

2 . لو أعتقت المرأة عبداً، فإن ولاءه ميراثه يكون لابنها، ولو جنى العبد جناية خطأ فالعقل الدية على عصبتها دونه، وقد يجيء مثله في بعض العصابات يعقل ولا يرث.

3 . يستثنى من هذه القاعدة عند الملكية ما ثبت بالنص في المصرة، وهي الشاة أو الناقة التي يجمع في ضرعها اللبن إيهاماً للمشتري أنها حلوب وكثيرة اللبن، فإذا ردت للبائع فإنها تردّ مع صاع من تمر، لقوله : صلى الله عليه وسلم " لا تصرّوا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردّها وصاعاً من تمر . وهذا الاستثناء محصور بالتصيرية للحديث، دون سائر العيوب فيها.

4 . مستأجر العين الذي يفرط فيها، فتضيع، فإنه يضمنها.

5 . يضمن الغاصب الغلة المتولدة من الشيء المغصوب إذا كانت على هيئته وصورته، كنسل الحيوان، ويضمن العين المغصوبة مطلقاً .

6 . المار بغنمه على زرع غيره فتفسده، وهو معها، فإنه يضمنه²⁹⁷.

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .

نصت المادّة 85 من المجلة . الخراج بالضمان . هَذِهِ الْمَادَّةُ هِيَ نَفْسُ الْحَدِيثِ الشَّرِيفِ "الْخَرَجُ بِالضَّمَانِ" وَهِيَ الْمَادَّةُ 87 "الْعُرْمُ بِالْغَنَمِ" وَالْمَادَّةُ 88 كُلُّهَا بِمَعْنَى وَاحِدٍ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ الْأَلْفَافُ فَكَانَ مِنَ الْوَاجِبِ الْإِكْتِفَاءُ بِوَاحِدَةٍ مِنْهَا. وانظر المواد " 393 " 236 " 891 " 903 " . ونصت المادة 61 من قانون المدني العربي الموحد الخراج بالضمان. تعني المادة : أن ما خرج من الشيء من عين ومنفعة وغلة، فهي للمشتري عوض ما كان عليه من ضمان الملك، فمن ضمن شيئاً إذا تلف، يكون نفع ذلك الشيء له في مقابلة ضمانه حال التلف وأصل هذه المادة . ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الخراج بالضمان²⁹⁸

²⁹⁷ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، -476 477.

²⁹⁸ علي حيدر، درر الحكّام في شرح مجلة الأحكام، 59/1؛ والقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951؛ والقانون المدني الأردني قانون رقم 43، لعام 1976، والقانون المدني العربي الموحد، 2111م 22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم 222 د22 ؛ و قانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017/01/23، وقانون المعاملات المدنية

3.9. قواعد التتابع والاعتذار .

3.9.1. قاعدة. التابع تابع . الألفاظ الأخرى . التابع ينسحب عليه حكم المتبوع.

إن الشيء التابع لغيره في الوجود يتبعه في الحكم، فيسري عليه ما يسري على متبوعه، ولا ينفرد في الحكم، بل يدخل في الحكم مع متبوعه.

والتابع هو ما كان جزءاً من غيره، ويضربه التبعية، كالجلد من الحيوان، أو كالجزء في الاتصال الخلقي كالجنين، والعضو من الحيوان، والفص للخاتم، أو كان وصفاً فيه، كالشجر والبناء القائمين في الأرض، أو كان من ضروراته، كالطريق للدار، وكالعجول للبقرة الحلوب، والمفتاح للقفل، وكالجفن والحمايل للسيف.

فالشيء الذي جعل تابعاً لشيء آخر لا بد أن يكون تابعاً له في الحكم. ويدخل في هذه القاعدة عدة قواعد تنطبق أمثلتها وتطبيقاتها عليها. وسنذكر بعضها، بعد التطبيقات.

التطبيقات²⁹⁹ .

- 1 . لو أقر شخص بخاتم، دخل فضّه في الإقرار.
- 2 . لو أقر شخص بسيف، دخل جفنه وحمايله فيه.
- 3 . لو بيعت أمة في بطنها جنين، يدخل الجنين في بيع الأم تبعاً، ولو لم ينص عليه.
- 4 . إذا بيعت الدابة، وفي بطنها حمل، يدخل في البيع تبعاً لأمه، ولا يجوز إفراده في البيع.
- 5 . كل ما كان من ضروريات الشيء كالمفتاح للقفل فلا يفرد عن متبوعه، بل يدخل تابعاً له في المبيع بلا ذكر.

- 6 . إذا بيعت شاة، دخل الصوف في البيع، ودخل اللبن في الضرع بالبيع.
- 7 . إذا ضرب بطن امرأة فماتت، ثم بعد موتها ألفت جنيناً ميتاً، فعلى الضارب دية الأم، ولا غرة في الجنين، فقد اعتبرت غرته داخلية في دية الأم، لكونه تبعاً لها.
- 8 . إذا بيعت الأرض، دخل الطريق في السكة غير النافذة الموصلة للطريق العام، في بيع الأرض، تبعاً وإن لم ينص عليه، بخلاف الطريق إذا كان في ملك الغير فإنه لا يدخل بلا تنصيص عليه أو على الحقوق والمرافق عند الحنفية. وتدخل الحقوق والمرافق عند الشافعية تبعاً.

السودانية لسنة 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.

²⁹⁹ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 253 - 255؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها، 434.

9 . لو بيعت الأرض، دخل البناء في البيع تبعاً³⁰⁰.

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها. نصت المادة 47 من المجلة التابِع تابع.و المادة 236، ونصت المادة 45 من قانون المدني العربي الموحد، التابع تابع فلا يفرد بالحكم. تعني المادة. أن التابع لغيره في الوجود لا ينفك حكمه عن حكم متبوعه، فينزل منزلة المعلوم من حيث تعليل الأحكام، فلا يجوز إفراده بالحكم³⁰¹.

و تدخل تحت القاعدة السابقة عدة قواعد، وهي الآتية .

3.9.2. قاعدة. التابع لا يفرد بالحكم .

الألفاظ الأخرى . التابع لا يفرد بالحكم ما لم يَصِرْ مقصوداً ، والتابع لا يفرد بالحكم، لأنه إنما جعل تابعاً.

المراد من التابع هنا التابع الذي هو من قبيل الجزء، أو كالجزء من غيره ، كالصوف على الغنم، لا يصلح أن يكون محلاً للعقود، بل وجوده تبع لوجود متبوعه، وكالجنين في بطن الحيوان. ومن حيث تعلق الأحكام ينزل التابع منزلة المعلوم في عدم جواز إفراده بالحكم، فلا يصح بيع الجنين في بطن أمه منفرداً، ولا يجوز بيع عضو من الحيوان، وهو حي، ولو أمكن فصله بعد الذبح.

أما إذا صار التابع مقصوداً فإنه يُفرد بالحكم، وذلك كزوائد المغصوب المنفصلة المتولدة فإنها أمانة في يد الغاصب غير مضمونة عليه إلا بالتعدي عليها، أو منعها بعد الطلب، فإنه يضمها حينئذ، لأنها صارت مقصودة.

التطبيقات

1 . الجنين الذي في بطن أمه لا يباع منفرداً عن أمه، ولا يرهن، كما لا يستثنى من البيع ولا من الرهن، واستثناؤه من بيع أمه يعتبر شرطاً مفسداً للبيع، لأن ما لا يصح المراد العقد عليه منفرداً لا يصح استثناؤه من العقد، ولو استثنى فسد البيع أو الرهن.

³⁰⁰ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 253-255؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها، 434.

³⁰¹ علي حيدر، درر الحكماء في شرح مجلة الأحكام، 59/1؛ والقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951؛ والقانون المدني الأردني قانون رقم 43، لعام 1976، والقانون المدني العربي الموحد، 2111م 22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم 222 د22 ؛ و قانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017/01/23، وقانون المعاملات المدنية السودانية لسنة 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.

- وكذلك لا يفرد بهبة، ولا يستثنى عن الهبة، ولو استثنى صحت الهبة وبطل الاستثناء.
- وكذا لو استثنى في الصدقة، أو المهر، أو النكاح، أو بدل الخلع، أو بدل الصلح عن دم العمد، صحت وبطل الاستثناء.
- 2 . ومثل الجنين في الأحكام السابقة. كل ما كان اتصاله خلقة، كاللبن في الضرع، واللؤلؤ في الصدف، والصوف على ظهر الغنم، والجلد على الحيوان، والنوى في الثمر.
- 3 . لو أحيا شيئاً له حریم ملك الحریم في الأصح تبعاً، فلو باع الحریم دون الملك لم يصح.
- 4 . الحمل يدخل في بيع الأم تبعاً، فلا يفرد بالبيع.
- 5 . الدود المتولد من الفاكهة يجوز أكله معها تبعاً لا مفرداً في الأصح³⁰².

المستثنى

- 1 . لو ضرب بطن امرأة حامل فاسقطت جنيناً ميتاً، يضمن الضارب ديته التي تسمى غُرّة أي ما يعادل خمسين ديناراً، أي نصف عشر الدية، ولو كان تابعاً لأمه.
- 2 . يجوز بيع المفتاح دون القفل، والرّسن دون الدابة، وهكذا في كل تابع لا يكون جزءاً أو كالجزء.
- 3 . إن الجنين يورث فتكون غرته بين ورثته.
- 4 . الإقالة. إذا قلنا. هي فسخ وهو الراجح، فالنماء للمشتري، ولا يرد مع المبيع.
- 5 . لو أبطل المديون الأجل صح، وحل الدّين، مع أن الأجل صفة له، والصفة تابعة للموصوف.
- 6 . إن الدابة المبيعة إذا استحققت بالبينة، وكانت قد ولدت في يد المشتري، فإن ولدها يتبعها في الاستحقاق، وإن لم يدّعه المستحق، ولكن بشرط القضاء به، وهذا إذا سكت الشهود عنه، أما إذا بينوا أنه لذي اليد، أو سئلوا فقالوا. لا ندرى، فلا يتبعها.
- 7 . العارية. لا يرد عقد الإعارة على ولدها التابع لها، وليس للمستعير الانتفاع به، وهو مضمون، لأنه تابع لأصله في وجهه، وفي وجهه ليس بمضمون، لأن أصله إنما ضمن لإمساكه للانتفاع به، والنماء ممسوك لحفظه على المالك، فيكون أمانة.
- 8 . المقبوض بعقد فاسد مضمون بالأجرة، وفي ضمان زيادته وجهان، وأكد القاضي الفراء سقوط الضمان، بأنه إنما دخل على ضمان العين دون نمائها، وهو منتقض بتضمينه الأجرة³⁰³.

³⁰² الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 257-258؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها، 441.

³⁰³ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 444-446.

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .

نصت المادّة 48 من المجلة التّابع لا يُقرّر بالحكم . وقدمر فيما سبق ما نصت المادة “

45 “ من قانون المدني العربي الموحد . التابع تابع فلا يفرد بالحكم³⁰⁴

3.9.3. قاعدة . التابع لا يتقدّم على المتبوع .

التابع لشيء بأن يكون جزءاً منه، أو كجزء منه كالصوف، لا يتقدم على متبوعه الأصلي في الحكم؛ لأن التابع يتبع متبوعه، والفرع يتبع الأصل. وهذه القاعدة فرع عن قاعدة “ التابع تابع ”.

التطبيقات

- 1 . المزارعة على البياض بين النخل والعنب جائزة تبعاً للمساقاة بشروط. منها.
أن يتقدم لفظ المساقاة، فلو قدم لفظ المزارعة، فقال. زارعتك على البياض، وساقيتك على النخل على كذا، لم يصح، لأن التابع لا يتقدم على المتبوع.
 - 2 . لو باع بشرط الرهن، فقدم لفظ الرهن على لفظ البيع، لم يصح؛ لأن الرهن تبع للبيع، ولا يتقدم التابع على المتبوع.
 - 3 . لا يصح تقدم المأموم على إمامه في الموقف، ولا في تكبيرة الإحرام، لأن المأموم تابع للإمام، ولا يتقدم التابع على المتبوع.
 - 4 . لو كان بين المأموم وبين الإمام شخص يحصل به الاتصال، ولولا هو لم تصح قدوته، ويقال له. الرابطة، لم يصح للمأموم أن يحرم قبل الرابطة، لأنه تابع له، كما أنه تابع لإمامه.
- المستثنى .

- 1 . لو حضر الجمعة من لا تنعقد به كالمسافر والعبد والمرأة، فإنه يصح إحرامهم قبل إحرام من تنعقد به الجمعة على الأصح عند المحققين.
- 2 . الغُرة والتَّحجيل يصح فعلهما قبل غسل محل الفرض على الأصح عند ابن حجر،

³⁰⁴ علي حيدر، درر الحكماء في شرح مجلة الأحكام، 59/1؛ والقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951؛ والقانون المدني الأردني قانون رقم 43، لعام 1976، والقانون المدني العربي الموحد، 2111م 22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم 222 د22؛ و قانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017/01/23، وقانون المعاملات المدنية السودانية لسنة 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.

كان خالفه غيره؛ لأن ما قارب الشيء يُعطى حكمه³⁰⁵.

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها . وقد مر فيما سبق عن قاعدة التابع تابع . وهذه القاعدة من فروعها وتابعها

3.9.4. قاعدة. يدخل تبعاً ما لا يدخل استقلالاً.

الألفاظ الأخرى . لا يشترط في التابع ما يشترط في المتبوع ، يدخل في الفرد والعقود تبعاً ما لا يدخل استقلالاً ، يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً. هذه القاعدة غالبها تطبيقاً لقاعدة التابع تابع وقاعدة يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع " .

وتبين القاعدة أن المسائل والصور إذا كانت تابعة لغيرها فإنه يشملها حكم متبوعها، ولا تفرد بحكم خاص، وتدخل فيه تبعاً، لأنها غير مقصودة بذاتها، بل المقصود غيرها، وهي تابعة لذلك الغير، فما كان تابعاً وغير مقصود فإنه يأخذ حكم المقصود. التطبيقات.

1 . من أدرك ركعة من الجمعة، فإنه لا يجهر فيما يقضيه من الركعة الثانية، وإن كانت صلاة الجمعة يعتبر فيها الجهر، وذلك أنه مدرك للجمعة ضمناً وتبعاً، ولا يشترط في التابع ما يشترط في المتبوع..

2 . شهادة النساء بالولادة يثبت بها النسب تبعاً، ولا يثبت النسب بشهادتهن استقلالاً.

3 . شهادة النساء على إسقاط الجنين بالضربة يوجب الغرة إن سقط ميتاً، والدية إن سقط حياً³⁰⁶.

4 . شهادة امرأة على الرضاع تقبل على المذهب، ويترتب على ذلك انفساخ النكاح. أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها . وقد مر فيما سبق عن قاعدة التابع تابع . وهذه القاعدة من فروعها وتابعها .

3.9.5. قاعدة. من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته .

إن من ملك شيئاً، سواء كان ملك عين أو تصرف، ملك ما هو من ضروراته. والمراد بالضرورة هنا الضرورة العقلية التي تحرك الفكر لإدراك الحكم للشيء بدون ذكر، لا الضرورة بمعنى

³⁰⁵ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 257-258؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها، 466.

³⁰⁶ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 468-471.

الاضطرار.

التطبيقات

- 1 . إذا اشترى رجل داراً ملك الطريق الموصل إليها، بدون تنصيب عليه، ما لم يكن في ملك خاص.
- 2 . لو اشترى رحي مبنية دخل المجرى الأعلى، أو قفلاً دخل مفتاحه، أو بكرة حلوبة لأجل اللبن، دخل عِجْوُهَا.
- 3 . من ملك أرضاً استتبع ملكه ملك ما فوقها وما تحتها، فيحفر الأعماق ، ويبني فوقها الطباق.
- 4 . من اشترى داراً واقعة في سكة غير نافذة مشتركة بين عدة دور يملك بحكم التبعية حصة الدار من الطريق في هذه السكة، ولو لم ينص عليها في العقد، وكل ذلك أمثلة على ملك العين.
- 5 . ومثال التصرف. لو عرض الدلال على رب الدكان متاعاً، وتركه عنده فهرب رب الدكان، وذهب به لم يضمن الدلال على الصحيح، لأنه أمر لا بد منه في البيع، فقد ملك الدلال تركه عند رب الدكان، لأنه من ضرورات البيع، ولا بد منه فيه، فكان مأموراً به، بخلاف ما لو أخذه وكيل الشراء على سوم الشراء، فهلك في يده، وقد بين الثمن، فإنه يضمن ولا يرجع على موكله إذا لم يكن أمره بالأخذ على سوم الشراء، إذ الأمر بالشراء لم يكن أمراً بالقبض على سوم الشراء³⁰⁷.

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .

نصت المَادَّةُ 49 من المجلة مَنْ مَلَكَ شَيْئاً مَلَكَ مَا هُوَ مِنْ ضَرُورَاتِهِ. وانظر المادة 1174، ونصت المادة 50 من قانون المدني العربي الموحد . من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته. تعني المادة . أن من ملك شيئاً ملك ما هو من لوازمه عقلاً أو عرفاً، ولو لم يشترط في العقد.

و نصت المادة 51 ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب. هذه المادة قاعدة أصولية، وهي المسماة بمقدمة الواجب، فما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب مطلقاً سواء كان شرطاً أم سبباً، فالشرط قد يكون شرعياً كالوضوء للصلاة، وقد يكون عقلياً كترك القعود في الصلاة الذي هو

³⁰⁷ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 261؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 439.

ضد القيام الواجب للقادر عليه، وقد يكون الشرط عادياً كما إذا وجب غسل الوجه ولم يكن إلا بغسل جزء من الرأس. أما السبب فقد يكون شرعياً كالتلفظ بصيغة العقد لحصول العقد الواجب، وقد يكون عقلياً كالنظر المحصل للعلم الواجب، وقد يكون السبب عادياً كحز الرقبة بالنسبة للقتل الواجب.³⁰⁸

³⁰⁸ علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 59/1؛ والقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951؛ والقانون المدني الأردني قانون رقم 43، لعام 1976، والقانون المدني العربي الموحد، 2111م /22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم 222 د22 ؛ و قانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017/01/23، وقانون المعاملات المدنية السودانية لسنة 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.

3.10. قواعد الشرط والمانع .

3.10.1. قاعدة . المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط .

التعليق. هو التزام أمر لم يوجد في أمر يمكن وجوده في المستقبل، أو هو. ربط حصول مضمون جملة بحصول جملة أخرى، سواء كان الربط بإحدى أدوات الشرط، نحو. إن، إذا، وإذا ما، وكل، ومتى، وكلما، ومتى ما، ولو، أو بما يقوم مقامها في إفادة الربط المذكور من نحو ظرف، أو حرف جر، غير لام التعليل، أو استثناء "إلا"، أن " إذا تقدمه ما لا يحتمل التوقيت، كالطلاق. كما لو قال. امرأته طالق إلا أن يقدم زيد مثلاً، فإنه يحمل على الشرط، فيصير كأنه قال. إن لم يقدم زيد فامرأته طالق. أما ما يحتمل التأقيت، كالأمر باليد، فإنه يكون للغاية، لا للشرط.

التطبيقات

1 . لو قال شخص لشخص دائن. إن سافر مدينك اليوم، أو إن لم يعد من سفره اليوم، فأنا كفيل بدينك الذي لك عليه، فإن سفر المدين، أو عدم عودته من سفره يصبح شرطاً لثبوت الكفالة على القائل، فلا يعتبر كفيلاً ملتزماً بأداء الدين ما لم يتحقق ذلك الشرط الذي شرطه للكفالة.

2 . لو قال شخص. إن استحق المبيع فأنا كفيل بالثمن، أو قال. إن غاب المدين أو مات، ولم يدع شيئاً فأنا كفيله، أو قال. إن قدم فأنا كفيله، أو قال. إن وفيت به كذا فأنت بريء، فإذا تحقق الشرط يثبت المشروط.

المستثنى

الوصية إذا علق الموت فإنها تصح، على خلاف القياس في عدم صحة تعليق المعاوضات المالية بالشرط مطلقاً³⁰⁹.

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .

نصت المادّة 82 من المجلة . الْمُعْلَقُ بِالشَّرْطِ يَجِبُ ثُبُوتُهُ عِنْدَ ثُبُوتِ الشَّرْطِ ، وانظر المواد " 1584، 408 ، 494 " . و نصت المادة 349 من قانون المدني العربي الموحد . المعلق على شرط لا يثبت حكمه قبل تحقق الشرط. تعني المادة إلى أن الالتزام المعلق على شرط يثبت حكمه عند تحقق الشرط لا قبله فالأمر المعلق على شرط يعتبر عدماً قبل وجود الشرط ويوجد بوجوده من غير أن يكون له أثر رجعي³¹⁰

³⁰⁹ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 417؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها، 530-532.

³¹⁰ علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 59/1؛ والقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951؛ والقانون المدني الأردني قانون رقم 43، لعام 1976، والقانون المدني العربي الموحد، 2111م

3.10.2. قاعدة. المواعيد بصورة التعليق تكون لازمة .

الأصل في الوعد أنه لا يُلزم صاحبه قضاء، وإنما كان الوفاء به مطلوباً ديانة، فلو وعد شخص آخر بقرض أو بيع أو هبة . إلخ، فليس للموعد أن يجبر الواعد على تنفيذ وعده بقوة القضاء.

غير أن الفقهاء لاحظوا أن الوعد إذا صدر معلقاً على شرط فإنه يخرج عن معنى الوعد المجرد، ويكتسي ثوب الالتزام والتعهد، فيصبح عندئذ ملزماً لصاحبه، وذلك فيما يظهر اجتناباً لتغيير الموعد بعدما خرج الوعد مخرج التعهد، ولذلك قال ابن نجيم . لا يلزم الوعد إلا إذا كان معلقاً "

فالمواعيد تصدر من الإنسان فيما يمكن ويصح الالتزام له شرعاً، فإذا صدرت منه بصورة التعليق أي بأن كانت مصحوبة بادوات التعليق الدالة على الحمل أو المنع، تكون لازمة، لحاجة الناس إليها.

وهذه القاعدة فرع عن قاعدة "المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط " . وإذا صدرت بغير صورة التعليق لا تكون لازمة لعدم وجود ما يدل على الحمل والمنع، بل تكون مجرد وعد، وهو لا يجب الوفاء به قضاء. ولا فرق في لزوم الوعد المعلق المذكور بين أن يصدر في مجلس العقد المذكور أو بعده.

التطبيقات

1 . لو قال شخص لآخر. بع هذا الشيء لفلان، وإن لم يعطك ثمنه، فأنا أعطيه لك، فباعه منه، ثم طالبه بالثمن فلم يعط المشتري للبائع بعد المطالبة له، بأن امتنع من الدفع، أو لم يمتنع، ولكن أخذ في المماطلة، لزم على القائل أداء الثمن المذكور للبائع، بناء على وعده المعلق، أما قبل المطالبة فلا يلزم القائل شيء، والظاهر أن تقدم قوله. بع هذا الشيء لفلان، وما أشبهه، ليس بشرط لصحة الالتزام، فلو قال. إن لم يعطك فلان مطلوبك فأنا أعطيك كان كفيلاً . ولم

22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم 222 د22 ؛ و قانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017/01/23، وقانون المعاملات المدنية السودانية لسنة 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.

يشترط فيه أن يقول؛ أقرضه مثلاً³¹¹ .

2 . لو قال كفيل النفس. إن لم يوافك بمدينك فلان غداً فأنا أدفع لك دينه، فلم يوافه به لزمه الدين، إلا إذا عجز عن الموافاة بغير موت المدين أو جنونه، أما لو عجز بأحدهما عن الموافاة به فالكفالة لازمة له.

3 . لو قال للمعير أو المودع بالكسر . إن أضاع أو استهلك المستعير أو الوديع العارية أو الوديعة، فأنا أؤدي ضمانها، فأضاعها أو استهلكها لزمه الضمان، بناء على وعده المعلق.

4 . لو باع العقار بغبن فاحش، ثم وعد المشتري البائع بأنه إن أوفى له مثل الثمن يفسخ معه البيع، صح ولزم الوفاء بالوعد.

المستثنى .

1 . إذا كان الوعد " فيما يمكن ويصح التزامه له شرعاً بصورة التعليق " يكون لازماً، وخرج ما لا يصح التزامه شرعاً، كضمان الخسران، كما إذا قال. اشتر هذا المال، وإن خسرت فيه، فأنا أؤدي لك ما تخسره، فاشتره وخسر، فإنه لا يرجع عليه بشيء.

2 . لو تبايعا بثلث المثل بيعاً باتاً، ثم بعد ذلك أشهد المشتري أنه، أي البائع، إن دفع له نظير الثمن بعد مدة كذا يكن بيعه مردوداً عليه ومُقالاً منه، فإن الإشهاد المذكور وعد من المشتري فلا يجبر عليه حيث كان البيع بثلث المثل، مع أنه كما ترى معلق بالشرط.

وذلك لأن ظاهر هذه القاعدة أنها مطلقة عامة في كل وعد أتى بصورة التعليق. والظاهر خلافه، فإنهم لم يفرعوا عليها غير مسألتي البيع والكفالة المتقدمتين، ولم يظهر بعد التبع ثالث لهما.

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها . نصت المادّة 84 من المجلة ظ. " المَوَاعِيدُ بِصُورِ التَّعَالِيقِ تَكُونُ لَازِمَةً ؛ وانظر المادة 82 ولم أجد القاعدة من القوانين المدنية لوجود بديلها السابقة .³¹²

³¹¹ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 426؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها، 533-535.

³¹² علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 59/1؛ والقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951؛ والقانون المدني الأردني قانون رقم 43، لعام 1976، والقانون المدني العربي الموحد، 2111م 22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم 222 د22 ؛ و قانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017/01/23، وقانون المعاملات المدنية السودانية لسنة 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.

3.10.3. قاعدة. يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان .

يلزم مراعاة الشرط الجائز بالوفاء به بقدر الإمكان أي بقدر الاستطاعة، ولا يلزم ما فوق الاستطاعة، فلو قال المودع للمودع عنده. أمسكها بيدك ولا تضعها ليلاً ولا نهاراً، فوضعها في بيته، فهلكت لم يضمنها، لأن ما شرط عليه ليس في وسعه عادة. وإنما تكون الشروط معتبرة بقدر الإمكان إن لم تخالف قواعد الشريعة في نظام العقود، بأن يكون من مقتضى العقد، أو مؤيداً لمقتضاه، أو كان متعارفاً عليه، فإن خالفت الشروط قواعد الشريعة كانت فاسدة أو ملغاة.

والمراد بالشرط هنا المقيد به، المعروف بأنه. التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة، لا المعلق عليه الذي هو. التزام أمر لم يوجد في أمر يمكن وجوده في المستقبل، والفرق بينهما أن المعلق بالشرط عُدم قبل وجود الشرط، لأن ما توقف حصوله على حصول شيء يتأخر بالطبع عنه، بخلاف المقيد بالشرط فإن تقييده لا يوجب تأخره في الوجود عن القيد، بل سبقه عليه، كما هو ظاهر.

التطبيقات

1. لو قال المودع للمودع عند الوديعة. بشرط ألا تخرج بها من بلدك، فهو شرط مقيد، ويمكن، فإن خرج بها إلى بلد آخر كان ضامناً.
2. باع شخص بشروط أن يحبس المبيع إلى أن يقبض الثمن، فهذا شرط يوافق مقتضى العقد، فيصح ويلزم مراعاته.
3. باع شخص بشروط أن يرهن المشتري عند البائع شيئاً معلوماً، أو أن يكفل له بالثمن هذا الرجل، صح البيع والشرط، لأن الشرط يلائم مقتضى العقد.
4. اشترى ثياباً كهرباء بشرط أن يعلقها البائع في مكانها، أو بشرط أن تكون معها صحنونها أو بلوراتها، صح الشراء والشرط، لأنه شرط متعارف عليه.
5. اشترى نعلين بشرط أن يشركها البائع، صح الشراء والشرط، لأن الشرط جرى به العرف.
6. اشترى بشرط خيار الشرط ونحوه من الخيارات، فالشرط صحيح، لأنه ورد الشرع بجوازه، ويجب مراعاة الشروط السابقة³¹³.

³¹³ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 419-420؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 536.

- المستثنى . 1 . لو قال المودع للمودع عنده. أمسك الوديعة بيدك، ولا تضعها ليلاً ولا نهاراً، فوضعها في بيته، فهلكت لم يضمنها، لأن ما شرطه عليه ليس في وسعه عادة.
- 2 . باع دابة وشرط أن يركبها شهراً مثلاً، أو أجر العقار بكذا بشرط أن يقرضه المستأجر كذا، كان الشرط فاسداً ومفسداً للعقد، لأنه ليس من مقتضياته، وفيه نفع لأحد المتعاقدين، وضابط الشرط المفسد. هو ما تضمن منفعة زائدة على مقتضى العقد في المعاوضات المالية.
- 3 . لو قال. بعثك هذا المتاع على ألا تبيعه لأحد، صح البيع، ولغا الشرط لأنه مخالف لمقتضى البيع.
- 4 . لو قال. تزوجتك على ألا يكون لك مهر، صح النكاح وبطل الشرط ووجب مهر المثل، وإنما صح العقد لأنه ليس فيه نفع لأحد المتعاقدين على حساب الآخر، ولغا الشرط لأنه مخالف للشرع.
- 5 . لو شرط في عقد النكاح تأجيل كل المهر، ولم يشترط الدخول بالزوجة قبل القبض، فللزوجة أن تمنع نفسها عن الزوج حتى تقبض المهر في رواية عن أبي يوسف استحساناً، وبه يفتى، وهو استثناء من صفة البذل المؤجلة .

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .

نصت المادّة 83 من المجلّة يُلْزَمُ مُرَاعَاةُ الشَّرْطِ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ. وانظر المواد 186، 187، 188، 189، 287، 98 التي هي مِنَ الْمَسَائِلِ الْمُتَفَرِّعَةِ عَنْ هَذِهِ الْقَاعِدَةِ. وانظر أيضاً المواد " 468، 474، 884، 1166، 1420، 784، 777 و 813 ، 1071 ، 1402 " ونصت المادة 56 من قانون المدني العربي الموحد . يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان. تعني المادة . أن الشرط الجائز وهو ما وافى الشرع، يجب الوفاء به ومراعاته بقدر الاستطاعة، وما زاد عن الطاقة، فلا يجب مراعاته ولا اعتباره.³¹⁴

³¹⁴ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 84/1؛ والقانون المدني العراقي، والقانون المدني الأردني قانون؛ القانون المدني العربي الموحد ومذكرته وقانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة؛ قانون المعاملات المدنية السودانية؛ القانون المدني اليمني، والقانون المدني الفلسطيني.

3.11. قواعد الظن والتوهم .

3.11.1. قاعدة. لا عبرة بالظن البين خطؤه .

لا عبرة أي لا اكتراث، ولا مبالاة بالظن البين خطؤه بل يلغى، ويجعل كأن لم يكن، سواء أكان الخطأ ظاهراً ومبيناً للحال، أم كان خفياً ثم ظهر بعد، فإذا بني حكم أو استحقاق عن ظن تبين خطؤه، كان باطلاً، ويجب الرجوع إلى حكم الشرع، لأن الظن لا يجوز للعمل إذا بان خلافه باليقين بطل ذلك العمل، وصار غير معتد به غالباً، لأنه صار باطلاً، وكل ما بني على باطل فهو باطل، بخلاف ما إذا أخلف الظن إلى أكثر منه فلا يبطل ذلك العمل.

التطبيقات

- 1 . لو ادعى عليه ألفاً مثلاً، فقال المدعى عليه للمدعي. إن حلفت أنها لك عليّ أدّيتها لك، فحلف، فأدّاها له المدعى عليه ظناً منه أنها لزمته بحلف المدعي استردها منه.
- 2 . لو أقر بالطلاق بناء على إفتاء المفتي له بالوقوع، ثم تبين عدمه، لم يقع ديانة.
- 3 . لو تكلمت زوجته، فقال. هذا كفر، وحرمت عليّ، ثم تبين أن ذلك اللفظ ليس بكفر لا تحرم.
- 4 . لو أتلّف مال غيره يظنه ماله ضمنه .
- 5 . لو ظن أن للآخر عليه ديناً فقضاه إياه، ثم تبين له عدمه، رجع بما دفع.
- 6 . لو دفع نفقة فرضها القاضي عليه، ثم تبين عدم وجوبها، رجع بها. ولو أنفق على البائن ظاناً حملها فبانت حائلاً استرد. وفي رواية عند الحنابلة كذلك³¹⁵.

المستثنى

خرج عن هذه القاعدة صور ومسائل.

- 1 . لو صلى خلف من يظنه متطهراً فبان حدثه صحت صلاته.
- 2 . لو رأى المقيم ركباً فظن أن معهم ماءً توجه عليه الطلب، وبطل تيممه.
- 3 . لو خاطب امرأته بالطلاق، وهو يظنها أجنبية وقع الطلاق، أو خاطب عبده بالعتق وهو يظنه لغيره، نفذ العتق. وهو المذهب عند الحنابلة عملاً بالظن، وفي رواية لا تطلق.
- 4 . لو وطئ حرة يظنها زوجته الرقيقة فالأصح أنها تعتد بقرآين اعتباراً بظنه، أو وطئ أمة يظنها زوجته الحرة فالأصح أنها تعتد بثلاثة أقراء اعتباراً بظنه أيضاً.
- 5 . لو باع عيناً، أو وهبها، أو أقر بها لرجل، ثم أقر بها بعد ذلك لآخر، فإنه لا يقبل

³¹⁵ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 357-358؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها، 178.

إقراره على الأول، ويضمن للثاني..

6 . إذا اشترى شخص منقولاً، فجاءه آخر وطلبه بالشفعة، وظن المشتري أن الشفعة تجري في المنقول فدفعه له، وقبض الثمن، ثم علم أن الشفعة لا تجري في المنقول لا يملك استرداده، وانعقد بيعاً بالتعاطي.

7 . لو أعطى زكاته من ظنه مصرفاً لها، ثج تبين أنه غني، أو ابنه، أجزأه عند أبي حنيفة ومحمد، ولم يجزئه عند أبي يوسف، ولكن لو تبين انه عبده أو مكاتبه أو حربي لم يجزئه اتفاقاً .

8 . لو خاطب امرأته بالطلاق، وهو يظنها أجنبية، لا يقع عليها الطلاق، نفذ طلاقه، ولا عبرة بخطأ ظنه.

9 . إذا أدى زكاته إلى من يظنه فقيراً، فبان أنه غني، فإنها تسقط على أصح الروايتين عند الحنابلة.

10 . إذا صلى المسافر بالاجتهاد إلى القبلة، ثم تبين خطؤه، فإنه لا إعادة على الصحيح.

11 . إذا كفر العاجز عن الصيام بالإطعام للإيأس من برئه، ثم عوفي، فإنه لا يلزمه قضاء الصوم.³¹⁶

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها . نصت المادّة 72 من المجلة لا عبّرة بالظنّ البينّ خطؤه. ونصت المادة 11 من قانون المدني العربي الموحد . لا عبرة بالظن البين خطؤه تعني المادة . أنه إذا بني فعل من حكم أو استحقاق على ظن ثم تبين خطأ ذلك، فيجب عدم اعتبار ذلك الفعل وإلغاؤه. فالظن إذا ما كان مخالفاً للواقع أو خطأ، فلا اعتبار له، فالعبرة لما في نفس الأمر لا لخطأ الظن.³¹⁷

³¹⁶ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 182.

³¹⁷ علي حيدر، درر الحكماء في شرح مجلة الأحكام، 59/1؛ والقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951؛ والقانون المدني الأردني قانون رقم 43، لعام 1976، والقانون المدني العربي الموحد، 2111م 22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم 222 د22 ؛ و قانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017/01/23، وقانون المعاملات المدنية السودانية لسنة 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.

3.12. قواعد الحرام .

3.12.1. قاعدة. ما حرم أخذه حرم إعطاؤه

الألفاظ الأخرى . ما حرم على الآخذ أخذه حرم على المعطي إعطاؤه.

و معنى القاعدة : إن الشيء المحرم الذي لا يجوز لأحد أن يأخذه ويستفيد منه يحرم عليه أيضاً أن يقدمه لغيره ويعطيه إياه، سواء أكان على سبيل المنحة ابتداءً، أم على سبيل المقابلة، كما حرم الآخذ والإعطاء حرم الأمر بالآخذ، إذ الحرام لا يجوز فعله، ولا الأمر بفعله، وذلك لأن الإعطاء تشجيع على أخذ المحرم، فيكون المعطي شريك الآخذ في الإثم، ولأن إعطاءه الغير عندئذ يكون من قبيل الدعوة إلى المحرم، أو الإعانة والتشجيع عليه، ومن المقرر شرعاً أنه كما لا يجوز فعل الحرام لا يجوز الإعانة والتشجيع عليه، لقوله تعالى: "وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ" ³¹⁸.

ويتفرع على هذه القاعدة قواعد أخرى مثل " ما حرم فعله حرم طلبه ، ما حرم استعماله حرم اتخاذه " .

التطبيقات

- 1 . كما يحرم أخذ الربا يحرم إعطاؤه.
- 2 . وكذلك الرشوة، ولا تملك بالقبض، ويجب ردها ولو كانت بغير طلب المرتشي.
- 3 . وكذلك حلوان الكاهن، وأجرة المغني، والزمار، والنائحة، والواشمة، ومهر البغي، والواشدة، والمتوسطة لعقد النكاح، والمصلح بين المتخاصمين، وعسب التيس، وعلى سائر أموال الفسق، وأصحاب المعازف، والقرّاد، والمسخرة ³¹⁹. والقصاص ولو بمغازي رسول الله صلى الله عليه وسلم . إذا كان مشروطاً ³²⁰.

المستثنى.

- 1 . ما يدفع للشاعر والمهجائين ونحوهم للتخلص من هجوهم وشهرهم عند عدم السلطان

³¹⁸ المائدة، 5 / 2.

³¹⁹ القراد: الذي يلعب بالقرد، ويطوف به في الاسواق و المسخرة: الشخص الذي يسخر الناس منه ويضحكون عليه، وقد يقال له البهلول. سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، ط: الثانية دار الفكر، دمشق ، بدون ت، 299/1؛ أحمد أحمد دهمان، معجم الألفاظ التاريخية في العصر المملوكي، دار الفكر المعاصر، ط: الأولى، دار الفكر ،بيروت، بدون ت، 138/1

³²⁰ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 215- 216؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها، 398.

الوازع ، فيجوز البذل ويحرم الأخذ.

2 . ما يدفعه المستقرض بالربا إذا كان محتاجاً.

3 . ما يدفعه الوصي من بعض مال اليتيم لتخليص الباقي إذا لم يمكن تخليصه إلا بذلك للضرورة.

4 . ما يدفعه الإنسان لتسوية أمره عند السلطان أو الأمير.

5 . الرشوة للحاكم ليصل إلى حقه، فيجوز البذل، ويحرم الأخذ.

6 . المال لفك الحبوس، فإذا بذل الشخص لمن يتكلم له عند الأمير في خلاصه مالا حرم الأخذ، وجاز البذل عند الأكثر، وقال بعضهم إن الأخذ حلال على أنه جعالة، كقول من حبس ظلماً لمن يقدر على خلاصه، وإن تعين عليه على المعتمد إن خلصتني فلك كذا بشرط أن يكون في ذلك كلفة تقابل بأجرة عرفاً. ومثله في قول جواز البذل لمن يتحدث له في أمر جائز يقابل بأجرة عند ذي سلطان، وإن كان المتحدث مترصداً لها، وعلى هذا القول. إن من يرى عدم جواز الأخذ على شفاعاة واجبة، وكذا مباحة بشرط عوض إن جعل جزاء لها، فهو ضعيف³²¹.

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .

نصت المادّة " 34 " من المجلة ما حرّم أَخْذُهُ حَرْمٌ إعْطَاؤُهُ. ونصت المادة 43 من قانون المدني العربي الموحد . ما حرم أخذه حرم إعطاؤه. تعني المادة . أن الشيء المحرم الذي لا يجوز لأحد أن يأخذه ويستفيد منه، يحرم عليه أيضاً أن يقدمه ويعطيه لغيره، سواء أكان على سبيل المنحة ابتداءً أم على سبيل المقابلة، وذلك لأن إعطاؤه الغير عندئذٍ يكون من قبيل الدعوة إلى المحرم أو الاعانة والتشجيع عليه، فيكون المعط.³²²

3.12.2. القاعدة. ما حرم فعله حرم طلبه .

الألفاظ الأخرى: يحرم طلب ما يحرم على المطلوب منه فعله.

إن ما حرم أخذه حرم الأمر بالأخذ، إذ الحرام لا يجوز، ولا يجوز الأمر بفعله، وكذا ما يكره فعله يكره طلبه؛ لأن السكوت على الحرام أو المكروه، والتمكين منه، حرام ومكروه، ولا شك أن

³²¹ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 399.

³²² علي حيدر، درر الحكماء في شرح مجلة الأحكام، 59/1؛ والقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951؛ والقانون المدني الأردني قانون رقم 43، لعام 1976، والقانون المدني العربي الموحد، 2111م 22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم 222 د22 ؛ و قانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017/01/23، وقانون المعاملات المدنية السودانية لسنة 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.

طلبه فوق السكوت عليه والتمكين منه، فيكون مثله في أصل الحرمة بالأولى، وإن تفاوتت الحرمتان بالقوة.

وهذه القاعدة قريبة من قاعدة "ما حرم أخذه حرم إعطاؤه".

التطبيقات:

- 1 . الرشوة يحرم أخذها، وإعطاؤها، ويحرم أيضاً طلبها من غيره إذا كانت لإحقاق باطل، أو إبطال حق.
- 2 . كذلك شهادة الزور، واليمين الكاذبة، والظلم، وما شاكل ذلك يحرم الفعل، والتوسط، والطلب.
- 3 . كذلك لا يجوز غش الغير، ولا خديعته، ولا خيانتته، ولا إتلاف ماله، ولا سرقة، ولا غصبه، ولا فعل ما يوجب حداً أو تعزيراً أو إساءة، ولا يجوز طلب شيء منها أن يفعله الغير.

المستثنى:

- 1 . لو ادعى دعوى صادقة، فأنكر الخصم، فيجوز طلب تحليفه اليمين، مع علمه بكذبه فيها، والعلة في هذا الجواز رجاء نكول المدعى عليه، فلا يحرم الطلب، وإن حرم الفعل، وفي الحقيقة لا استثناء في ذلك، لأن طلب اليمين لا لذاتها، وإنما لرجاء ظهور الحق بإقرار الخصم، أو بنكوله عن اليمين الكاذبة، لا رجاء الإقدام عليها.
- 2 . إذا غصب أحد مال صبي، ولا بينة لوصيه عليه، ويعلم الوصي أن الغاصب يخلف كاذباً، فيجوز للوصي دفع شيء له من مال الصبي لاسترداد المغصوب، فالحرمة على الآخذ، لا المعطي والطالب للضرورة³²³.
- 3 . الجزية يجوز طلبها من الذمي مع أنه يحرم عليه إعطاؤها، لأنه متمكن من إزالة الكفر بالإسلام فإعطاؤه إياها إنما هو على استمراره على الكفر وهو حرام³²⁴.

³²³ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 217؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 401.

³²⁴ أرى إعطاؤه إياها إنما هو على مقابل خدمة الدولة لها وليس على استمراره على الكفر، والله اعلم الباحث.

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .
نصت المَادَّةُ 35 من المجلة "مَا حَرَّمَ فِعْلُهُ حَرَّمَ طَلَبُهُ" ونصت القانون المدني العربي على
سابقتهما لتماثلما واقتراجهما معنى.³²⁵



³²⁵ علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 59/1؛ والقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951؛
والقانون المدني الأردني قانون رقم 43، لعام 1976، والقانون المدني العربي الموحد، 2111م
22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم 222 د 22 ؛ و قانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية
المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017/01/23، وقانون المعاملات المدنية
السودانية لسنة 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.

3.13. قواعد التلازم .

3.13.1. قاعدة. إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه .

الألفاظ الأخرى: المبني على الفاسد فاسد إذا بطل المتضمن بطل المتضمن الفرع يسقط إذا سقط الأصل.

إذا بطل الشيء من التصرفات غير العقود، أو فسد الشيء من العقود، فإنه يبطل ما يدخل فيه، وهو بمعنى قولهم. " إذا بطل المتضمن " بكسر الميم " بطل المتضمن " بفتحها ".
التطبيقات³²⁶.

- 1 . الصلاة المشتملة على واجبات وسنن إذا بطلت بطل جميع ما تضمنته.
- 2 . إذا بطل عقد بطل ما تضمنه من شروط والتزامات، لأنها تبع له.
- 3 . إذا بطل مضمون العقد يبطل أيضاً ما يبنى عليه، فلو تباعاً وتم التقابض في المبيع والضمن، فأبراً كل منهما الآخر عن كل حق ودعوى تتعلق بهذا البيع، ثم استحق المبيع من يد المشتري، فإنه يرجع بالضمن على البائع، لأنه لما بطل البيع باستحقاق المبيع بطل الإبراء المبني عليه.
- 4 . لو أكره غير المسلم على الإقرار بالإسلام لا يحكم بإسلامه؛ لأن الإكراه يمنع الصحة.
- 5 . إذا صالح البائع المشتري عن دعوى العيب على مال دفعه له، ثم برأ المبيع بدون معالجة المشتري، بطل الصلح، ورجع البائع على المشتري بما دفعه له.
- 6 . لو اشترى شيئاً، ثم أكره على البيع، وتصرف فيه المشتري تصرفاً يقبل النقص، ثم زال الإكراه، فالبائع له نقض تصرفات المشتري.

المستثنى: خرج عن هذه القاعدة مسائل، منها.

- 1 . لو صالح الشفيع عن شفيعته أو اشتراها منه بمال لم يصح الصلح، ولم يلزم المال، وسقطت شفيعته، بخلاف ما لو صالحه عن دعوى الشفيع، فإنه يصح، ويلزم المال.
- 2 . لو صالح الزوج زوجته الخيرة على مال لتختاره، ففعلت، واختارت زوجها لم يصح الصلح، ولم يلزم المال، وسقط خيارها.
- 3 . لو جعل الكفيل بالنفس مالاً للمكفول له ليسقط عنه الكفالة، فأسقطها، سقطت، ولم يلزم المال.
- 4 . لو اشترى ثمراً غير مدرك، ثم استأجر الأشجار ليبقى الثمر عليها إلى وقت الإدراك،

³²⁶ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 273 - 276؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها، 457.

فالإجارة باطلة، ولا يبطل ما في ضمنها من الإذن بإبقاء الشمر، فإذا أبقاه فزاد طابت له الزيادة.
5 . لو اشترى داراً، وقبل أن يراها بيعت دار بجانبها، فأخذها بالشفعة، ثم ردَّ الأولى بخيار الرؤية، تبقى الثانية التي أخذها بالشفعة له، فقد بطل شراؤه الذي ترتب عليه الأخذ بالشفعة، ولم يبطل الأخذ بها³²⁷.

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها : نصت المادَّة 52 من المجلة إذا بَطَلَ شَيْءٌ بَطَلَ مَا فِي ضِمْنِهِ. ونصت المادة " 48" من قانون المدني العربي الموحد إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه.

تعني المادة : أنه إذا بطل المتضمن بطل المتضمن، فإذا بطل عقد يتضمن شروطاً أو إلتزامات، بطل ما تضمنه من شروط وإلتزامات، لأنها تتبع له.³²⁸

2.13.3. قاعدة . من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته .

إن من ملك شيئاً، سواء كان ملك عين أو تصرف، ملك ما هو من ضروراته . والمراد بالضرورة هنا الضرورة العقلية التي تحرك الفكر لإدراك الحكم للشيء بدون ذكر، لا الضرورة بمعنى الاضطرار.

التطبيقات.

1 . إذا اشترى رجل داراً ملك الطريق الموصل إليها، بدون تنصيب عليه، ما لم يكن في ملك خاص.

2 . لو اشترى رحي مبنية دخل المجرى الأعلى، أو قفلاً دخل مفتاحه، أو بقرة حلوبة لأجل اللبن، دخل عَجَّوْها³²⁹.

³²⁷ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 276-278؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها، 460.
³²⁸ علي حيدر، درر الحكماء في شرح مجلة الأحكام، 59/1؛ والقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951؛ والقانون المدني الأردني قانون رقم 43، لعام 1976، والقانون المدني العربي الموحد، 2111م 22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم 222 د22 ؛ و قانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017/01/23، وقانون المعاملات المدنية السودانية لسنة 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.
³²⁹ يُقَالُ لَوْلَدِ الْبَقَرَةِ: الْعِجْلُ، وَالْأُنْثَى: عِجْلَةٌ، أَوْ وَلَدَ الْبَقَرِ الْأَهْلِيَّ خَاصَةً وَيُقَالُ أَيْضًا: عِجَّوْلٌ وَالْجَمْعُ: عِجَاجِيلٌ. أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي ، الاشتقاق، ت: عبد السلام محمد هارون ط: الثالثة، بدون د، بدون م، بدون ت، 299/1؛ أبو حاتم سهل بن محمد بن عثمان الجشمي، الفرق، ت: حاتم صالح الضامن، المجلة المجمع العلمي العراقي، 1406 هـ، 1 / 249.

3 . من ملك أرضاً استتبع ملكه ملك ما فوقها وما تحتها، فيحفر الأعماق. ويبنى فوقها الطباق.

4 . من اشترى داراً واقعة في سكة غير نافذة مشتركة بين عدة دور يملك بحكم التبعية حصة الدار من الطريق في هذه السكة، ولو لم ينص عليها في العقد، وكل ذلك أمثلة على ملك العين³³⁰

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .

نصت المادّة 49 من المجلة مَنْ مَلَكَ شَيْئًا مَلَكَ مَا هُوَ مِنْ ضَرُورَاتِهِ. ونصت المادة 50 من قانون المدني العربي الموحد من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته تعني المادة: أن من ملك شيئاً ملك ما هو من لوازمه عقلاً أو عرفاً، ولو لم يشترط في العقد.

3.13.3. قاعدة . إذا سقط الأصل سقط الفرع .

الألفاظ الأخرى . الفرع يسقط إذا سقط الأصل ، الفرع يسقط بسقوط الأصل ، التابع يسقط بسقوط المتبوع.

. هل ينتفي الفرع بانتفاء الأصل، أم لا³³¹؟

إن الشيء الذي يكون وجوده أصلاً لوجود شيء آخر يتبعه في الوجود يكون ذلك الفرع مبتئى عليه، فإذا سقط الأصل سقط الفرع المبني عليه، ولا عكس، فلا يلزم من سقوط الفرع سقوط الأصل.

التطبيقات.

1 . إن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل، فلو أبرأ الدائن ذمة مديونه الأصيل برئ الكفيل بالمال عن الكفالة تبعاً، بخلاف ما إذا أبرأ الكفيل فإنه لا يبرأ الأصيل ولا يسقط الدين.

2 . لو أبرأ المرتحن الراهن عن الدين، أو وهبه له سقط ضمان الرهن، وانقلب أمانة، فإذا هلك في يد مرتحنه بلا حبسه يهلك أمانة، بخلاف ما بعد إيفاء الدين فإنه مضمون، وذلك لأنه بالإيفاء لم يسقط الدين؛ لأن الديون تقضى بأمثالها.

3 . لو حلف ليقضين دينه غداً مثلاً، فابراه الدائن عن الدين قبل مضي الغد، أو حلف ليشترين من ماء هذا الكوز اليوم، وكان فيه ماء، فصُبَّ قبل مضي اليوم، بطلت اليمين، لكون بقائها فرعاً عن بقاء الدين وبقاء الماء.

³³⁰ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 261؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 439.

³³¹ هذه القاعدة مختلف فيها عند المالكية، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية، 427.

4 . إذا كان كفيل النفس قد كفل بنفس المدين وتسليمه للدائن لأجل هذا الدين فقط، ثم أبرأ الدائن المدين، أو أوفاه المدين الدين، فالظاهر سقوط الكفالة حينئذٍ³³².

المستثنى . خرج عن هذه القاعدة مسألة سقط فيها الأصل ولم يسقط الفرع، وهي . ما إذا كفل بنفس المدين فأبرأه الطالب عن الدين يسقط الدين، وتبقى كفالة النفس، فيطالب الكفيل بإحضاره، إلا إذا قال الطالب . لا حق لي قبلكه . أي المدين . ولا لموكل لي، ولا لصغير أنا وليه أو وصيه، ولا لوقف أنا متوليه، فحينئذٍ يبرأ كفيل النفس.

كما يخرج عنها مسائل هي تطبيقات لقاعدة " قد يثبت الفرع دون الأصل " . الآتية.

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .

نصت المادّة 50 من المجلة إذا سَقَطَ الأصلُ سَقَطَ الفرعُ. ونصت المادة " 47 " من قانون المدني العربي الموحد إذا سقط الأصل سقط الفرع هذه المادة شبه مطردة في المحسوسات والمعقولات، فالشيء الذي يكون وجوده تبعاً لشيء آخر، فإنه يسقط بمجرد سقوط أصله، أما لو سقط الفرع فإنه لا يلزم منه سقوط الأصل.³³³

³³² الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 263؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 450.
³³³ علي حيدر، درر الحكماء في شرح مجلة الأحكام، 59/1؛ والقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951؛ والقانون المدني الأردني قانون رقم 43، لعام 1976، والقانون المدني العربي الموحد، 2111م
22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم 222 د22 ؛ و قانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017/01/23، وقانون المعاملات المدنية السودانية لسنة 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.

3.14. قواعد الاجتهاد .

3.14.1 قاعدة. لا مساغ للاجتهاد في مورد النص الألفاظ الأخرى: لا اجتهاد في

مورد النص.

إن المراد بالنص هو القرآن والسنة الثابتة والإجماع، عموماً، والمراد بالنص الذي لا مساغ للاجتهاد معه هو المفسر والمحكم من القرآن والسنة . وأما غيرهما من الظاهر والنص فلا يخلو من احتمال التأويل.

وبيان ذلك أن أقسام الدليل اللفظي بحسب الإفضاء إلى الأحكام، أربعة أنواع عند الحنفية،

وهي .

1 . الظاهر. وهو ما ظهر المراد منه بصيغته، مع احتمال التأويل.

2 . النص. وهو ما ازداد وضوحاً على الظاهر، بمعنى سيق له الكلام لأجله، لا من نفس الصيغة، مع احتمال التأويل أيضاً.

3 . المفسّر. وهو ما ازداد وضوحاً على النص على وجه لا يبقى معه احتمال التأويل، لكنه يحتمل النسخ.

4 . المحكم. وهو ما أحكم المراد منه من غير احتمال تأويل ولا نسخ. فحيث كان الأولان لا يخلوان عن احتمال التأويل يكون مساعاً للاجتهاد وموجوداً معهما، دون الثالث والرابع، فلا يجوز الاجتهاد في مقابلة المفسر والمحكم³³⁴.

والاجتهاد نوعان.

الأول. اجتهاد الفقهاء في فهم النص التشريعي في القرآن والسنة، وهو بذل الوسع في معرفة

الحكم من دليل.

الثاني. اجتهاد الفقهاء في قياس حكم لم يرد فيه نص على حكم منصوص عليه.

والاجتهاد بنوعيه لازم وضروري، ولا يجتهد في القياس إلا عند عدم النص. فيأتي قياس

النظير على النظير، ولا يجتهد في فهم النص إلا إذا كان غامضاً ومحملاً لوجوه مختلفة في تفسيره، ويراد تطبيقه.

فإذا كان النص واضحاً فلا لزوم للاجتهاد فيه، ويكون معنى القاعدة "لا مساغ للاجتهاد

في مورد النص" أن الحكم الشرعي حاصل بالنص، فلا حاجة لبذل الوسع في تحصيله؛ لأنه حاصل؛ ولأن الاجتهاد ظني والحكم الحاصل به حاصل بظني. بخلاف الحاصل بالنص فإنه يقيني، ولا يترك اليقيني للظني.

³³⁴ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 499.

وهناك شروط للمجتهد، وشروط للقياس تعرف في كتب أصول الفقه. ومثل لفظ الكتاب والسنة لفظ الواقع ولفظ الموصي، فإنهما كنص الشارع لا المفهوم والدلالة ووجوب العمل به، ما لم يكن فيه تغيير لحكم الشرع، فلو كان، كما لو شرط أن المتولي أو الوصي لا يحاسب، فإن شرطه لا يراعى.

التطبيقات .

1 . يبطل القول ببطان إقرار المرأة، وبطلان وصيتها بغير رضا زوجها، وكل ذلك لعدم استنادها إلى دليل معتبر، ولمخالفتها للنصوص الشرعية التي لا تحمل التأويل.

2 . يبطل القول بحل المطلقة ثلاثاً للأول بمجرد عقد الثاني عليها بلا وطء لمخالفته للنص الشرعي في الحديث الشريف.

3 . يبطل القول بحل نكاح المتعة، لمخالفته لنص الحديث الشريف.

4 . يبطل القول بسقوط الدين بمضي سنين بلا مطالبة.

5 . يبطل القول بالقصاص بتعيين الولي واحداً من أهل المحلة، وحلفه أيماناً على أنه هو القاتل³³⁵

6 . يبطل القول بأن لا دخل للنساء في العفو عن دم العمد.

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها : نصت المادّة " 14 " من المجلة لا مَسَاغَ لِلْاجْتِهَادِ فِي مَوْرِدِ النَّصِّ يَعْني . ونصت المادة " 38 " من قانون المدني العربي الموحد . لا مساغ للاجتهاد في مورد النص. تعني المادة أنه لا يجوز الاجتهاد باستعمال الرأي والقياس ايجاد حكم لمسألة ما قد ورد فيها نص. والاجتهاد الممنوع هنا ما كان مخالفاً لنص ثابت واضح المعنى الذي ورد فيه وضوحاً لا يقبل التأويل ولا يحتمله³³⁶

3.14.2. قاعدة. الاجتهاد لا ينقض بمثله .

الألفاظ الأخرى : الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد. الظن هل ينقض بالظن؟
إن اجتهاد المجتهد في المسائل الظنية التي لم يرد فيها دليل قاطع لا ينقض باجتهاد مثله

³³⁵ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 148؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 500.

³³⁶ علي حيدر، درر الحكم شرح مجلة الأحكام، 54/1؛ والقانون المدني العراقي؛ والقانون المدني الأردني والقانون المدني العربي الموحد؛ وقانون المعاملات المدنية السودانية لسنة 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني.

إجماعاً، أي في المسائل التي يسوغ فيها الاجتهاد، لأنه لو نقض الأول بالثاني لجاز أن ينقض الثاني بالثالث، لأنه ما من اجتهاد إلا ويجوز أن يتغير، وذلك يؤدي إلى عدم الاستقرار، ويلزم التسلسل.

فلاجتهاد السابق لا تنقض أحكامه الماضية بالاجتهاد اللاحق، فيصح ما فعله بالاجتهاد الأول وتبرأ به ذمته.

فإذا اجتهد مجتهد في حادثة لإيجاد حكم لها، فأفتى أو قضى، ثم وقعت حادثة أخرى مثلها فتبدل اجتهاده إلى حكم مخالف، فلا تنقض فتواه، أو قضاؤه السابقان.

فلو جاز إبطال العمل في الفتاوى والأحكام الاجتهادية كلما تبدل اجتهاد المجتهد فيها لما استقر حكم في حادثة، لأن الاجتهاد عرضة للتبدل دائماً بتبدل وجهات النظر في الأدلة.

وهذا في حق الماضي، فلو كان قضى قاض في حادثة باجتهاده، ثم تبدل اجتهاده فرفع إليه نظيرها، فقضى فيها باجتهاده الثاني، فلا ينقض الأول، ويكفي أن يُغير الحكم في المستقبل، لانتفاء الترجيح.

وهذا مبدأ قانوني أيضاً في محاكم النقض والإبرام والتمييز إذا تغير اجتهادها لا يسري ذلك على الأحكام السابقة، ويسمى في اصطلاحهم "بعدم رجعية القوانين".

وكذلك لا ينقض اجتهاد مجتهد بمجتهد آخر، بل كل مجتهد عليه أن يحترم اجتهاد الآخر لعدم المرجح بعد أن يستكمل المجتهد رتبة الاجتهاد في كل منهما.

التطبيقات.

1 . إذا حكم الحاكم في المسائل المجتهد فيها، فلا ينقض حكمه، مثل الحكم ببطلان خيار المجلس، والعرايا، ومنع القصاص في المثل، وصحة النكاح بلا ولي، وثبوت الرضاع بعد حولين، وصحة نكاح الشغار، ونكاح المتعة، وجريان التوارث بين المسلم والكافر، وقتل الوالد بالولد، والحر بالعبد، فلا ينقض الحكم.

2 . لو اجتهد فظن طهارة أحد الإناءين فاستعمله وترك الآخر، ثم تغير ظنه، لم يعمل بالثاني، بل يُتمم.

3 . لو ألحق القائف الولد بأحد المتداعيين، ثم رجع وألحقه بالآخر لم يقبل.

4 . لو حكم الحاكم بشيء، ثم تغير اجتهاده، لم ينقض الأول، وإن كان الثاني أقوى، غير أنه في واقعة جديدة لا يحكم فيها إلا بالثاني.

5 . إذا اجتهد المصلي باختيار أحد أثواب بعضها نجس، فإنه إذا صلى وتغير اجتهاده في

الظاهر منها، ففي إعادته قولان عند المالكية.³³⁷

المستثنى .

- 1 . للإمام الحمى، وهو منع الرعي في قطعة من الأرض، ولو أراد من بعده نقضه، فله ذلك في الأصح، لأنه قد يرى المصلحة في نقضه.
- 2 . إذا قسم القاسم بين الشركاء قسمة إجبار، كقسمة المتشابهات، ثم قامت بينة بغلطه، أو حيفه وظلمه، انتقضت مع أن القاسم قسم باجتهاده.
- 3 . إذا قوّم المقومون، ثم اطلع على صفة نقص أو زيادة ككون الدابة حاملاً، أو كون الزجاجية ليست زجاجة، بل جوهرة مثلاً، بطل التقويم الأول. قال السيوطي: " لكن هذا يشبه نقض الاجتهاد بالنص لا بالاجتهاد ".
4 . لو أقام الخارج بينة، وحكم له بها وصارت الدار في يده، ثم أقام الداخل بينة، حكم له بها، ونقض الحكم الأول، لأنه إنما قضى للخارج لعدم حجة صاحب اليد، هذا هو الأصح، عند الرافعي.
- قال ابن حجر: لكنه لا يكون من باب نقض الاجتهاد بالاجتهاد، لأن الحكم إنما وقع بناء على أن لا معارض، فإذا ظهر عمل به، وكأنه استثنى من الحكم.
- 5 . إن عدم نقض قضاء القاضي في الماضي، والعمل بالاجتهاد الجديد في المستقبل، إنما هو في القاضي المجتهد، أما القاضي المقلد الذي تقلد القضاء مقيداً بمذهب معين، فإنه يتقيد به، فلو حكم في المستقبل بخلافه ينقض حكمه، وإن وافق أصلاً مجتهداً فيه، ولذا لو أخطأ في تطبيق الحادثة على الحكم الشرعي، ثم ظهر أن النقل الشرعي بخلافه، فإن حكمه ينقض.
- 6 . القاضي إذا قضى بالجور ثم ظهر له الحق، فإن كان قضى خطأ، فيما أن يكون التدارك ممكناً، أو لا، فإن أمكن، كما إذا قضى بمال أو طلاق، ثم ظهر أن الشهود محدودون في قذف مثلاً، بطل القضاء، وعادت المرأة إلى زوجها، ورد المال إلى من أخذ منه، وإن لم يمكن التدارك كالقصاص إذا نفذ لا يقتل المقضي له بل تجب الدية في ماله.
- هذا إذا ظهر خطؤه بالبينة أو بالإقرار من المقضي له، فلو كان ذلك بإقرار القاضي فلا يظهر أثره في حق المقضي له، حتى لا يبطل القضاء في حقه³³⁸.

³³⁷ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 156؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 389.

³³⁸ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 156؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 389.

كل ذلك في حق الجدد، أما في حق المولى سبحانه وتعالى، كحد الزنى والسرقة والشرب، إذا نفذ ثم ظهر خطؤه، فالضمان في بيت المال.

وإن كان القاضي قضى بالجور عمداً، وأقر به، فالضمان في ماله في الوجوه كلها، ويعزّر، ويعزل عن القضاء.

7 . ينقض قضاء القاضي إذا خالف نصاً أو إجماعاً، أو قياساً جلياً أو خالف القواعد الكلية أو كان حكماً لا دليل عليه قطعاً.

وما خالف شرط الواقف، فهو مخالف للنص، وهو حكم لا دليل عليه سواء كان نصه في الوقف نصاً أو ظاهراً، كان وقف على مسجد أرضاً، فلا يجوز نقل غلتها لمسجد آخر.

مثال مخالفة النص الحكم بعدم إقامة الحد على شارب النبيذ، وقبول شهادته، فإنه ينقض ويقام عليه الحد وترد شهادته، لتضافر النص والقياس على تحريمه وكذلك الحكم بالشفعة للجار فإنه ينقض؛ لأن الحديث جعل الشفعة للشريك دون الجار.

ومثال مخالفة الإجماع. الحكم بحرمان الجد من الميراث وجعل الميراث كله للإخوة، لأن الأمة على قولين يجعل الميراث كله للجد، أو مقاحته للإخوة، ولم يقل أحد بجعل الميراث كله للإخوة، فمتى حكم به حاكم نقض حكمه، ومن أفتى به لا يقلد في فتواه.

ومثال مخالفة القياس. قبول شهادة النصراني، فمن حكم بشهادته نقض حكمه، لأن الفاسق لا تقبل شهادته، والكافر أشد منه فسوقاً، وأبعد عن المناصب الرعة في مقتضى القياس.

ومثال مخالفة القواعد المسألة السريجة نسبة لابن سريج الشافعي " 306 هـ " وهي أن يقول الرجل لزوجته. إن طلقك فأنت طالق قبله ثلاثاً، فلا يلزمه شيء، فهذا مخالف للقواعد، فمتى حكم حاكم بتقرير النكاح في حقه فينقض حكمه، لأنه يلزمه طلاق، ويتم عليه الثلاث أو المعلق، فإذا مات أو مات، وحكم حاكم بالتوراث بينهما نقض حكمه.

8 . يجوز مخالفة نص الواقف في حالة الضرورة في مسائل، منها. إذا فضل من غلة الموقوف على عمارته، ولم تتوقع العمارة عن قرب، فإنه يتعين أن يشتري به عقاراً، ومنها ما لو وقف أرضاً فتعذرت، وانحصر النفع في الغرس، أو البناء، فعل الناظر أحدهما، أو أجزأها لذلك، وكذا يجوز مخالفة شرط الواقف المخالف للشرع، كشرط العزوبة في سكان المدرسة، فلا يصح، كما أفتى به البلقيني، وعلة بأنه مخالف للكتاب والسنة والإجماع من الحض على التزوج.

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .

نصت المادّة 16 من المجلة الاجتهادُ لَا يُنْقَضُ بِمِثْلِهِ ونصت المادة 39 من قانون المدني العربي الموحد، الاجتهاد لا ينقض بمثله. تعني المادة أن الاجتهاد المستوفي شروطه إذا اتصل بالفتيا أو القضاء ونفذ، لا يمكن نقضه بالاجتهاد الثاني الجديد، لأنه لو نقض الاجتهاد الأول بالثاني،

لساغ أن ينقض الثاني بالثالث، وهلم جرا، مما يؤدي إلى عدم الاستقرار في الأحكام.³³⁹

3.14.3. قاعدة. ما ثبت على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس :

الألفاظ الأخرى : ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه.

القياس. هو جعل الحكم في المقيس مثل الحكم في المقيس عليه، بعلّة واحدة فيهما، وهو حجة عند الفقهاء والمتكلمين بقوله سبحانه وتعالى: " فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِيَ الْأَبْصَارِ " ³⁴⁰ لأن الاعتبار هو النظر الثابت لأي معنى ثبت. وإلحاق نظيره به، وهو القياس بعينه.

ومعنى القاعدة: أن الحكم الشرعي إذا كان ثابتاً بنص القرآن 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.

التطبيقات

قد ثبت على خلاف القياس أحكام شرعية كثيرة، تفوق الحصر، فيقتصر فيها على مورد النص، ولا يقاس عليها غيرها، منها.

1. شهادة خزيمة وكفارة الأعرابي في الإفطار وبيع السلم.
2. السلم والاستصناع، فهما على خلاف القياس في بيع المعدوم عند العقد، فلا يقاس عليهما.

3. التحالف. وهو اليمين من المدعي والمدعى عليه، فإنه ثبت على خلاف القياس إذا كان المبيع مقبوضاً، فلا يقاس عليه النكاح مثلاً، أما قبل قبض المبيع فهو على القياس، لأن كلاً من البائع والمشتري مدعٍ ومدعى عليه.

4. الإجارة. وهي بيع المنافع، وهي معدومة عند العقد، وبيع المعدوم باطل، فهي على خلاف القياس، وجوزت للضرورة، وهي الحاجة إليها، فلا يقاس عليها.
- فإن المعتمد في المذهب أن القياس يترك فيما فيه ضرورة، ولكن يقتصر فيها على موضع

³³⁹ علي حيدر، درر الحكماء في شرح مجلة الأحكام، 59/1؛ والقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951؛

والقانون المدني الأردني قانون رقم 43، لعام 1976، والقانون المدني العربي الموحد، 2111م

22/21، كقانون نموذجي بالقرار رقم 222 ؛ و قانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية

المتحدة، 5 / 1985 عدد المواد، 1528 تاريخ الطباعة، 2017/01/23، وقانون المعاملات المدنية

السودانية لسنة 1984 م؛ والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.

³⁴⁰ الحشر، 59 / 2.

الحاجة، ولا يقاس عليها ما لا حاجة فيه، فلا يجوز إيجار متحدي المنفعة مقايضة، كسكنى دار أو حانوت بسكنى نظيره، لعدم الحاجة إليها³⁴¹.

5. الوصية. فإنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، وهي حالة تنقطع فيها حقوق الإنسان في أمواله، وتتعلق حقوق الورثة، وقد شرعت ليتدارك الإنسان ما فاتته من أعمال البر في حياته، فلا يجوز أن يقاس عليها تجويز إضافة غيرها من التصرفات إلى ما بعد الموت، كالبيع والإجارة والإعارة بأن يعقدها الشخص في حال حياته مضافة لما بعد الموت.

6. المزارعة والمساقاة. فإن القياس عدم جوازهما، لأنهما استئجار للمزارع والمساقى ببعض الخارج من عملهما، وهو منهي عنه، ولكنهما جوزتا لورود الأثر فيهما، فلا يقاس عليهما غيرهما مما فيه استئجار ببعض الخارج من العمل، كعصر الزيتون والسمسم وغزل القطن بجزء من زيته، أو شيرجه³⁴²، أو غزله مثلاً.

أثر هذه القاعدة في القوانين المدنية وتطبيقاتها .

نصت المادّة "15" من المجلة ما ثَبَّتَ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ فَغَيَّرَهُ لَا يُقَاسُ عَلَيْهِ ونصت المادة "41" من قانون المدني العربي الموحد، ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه. تعني المادة. أن ما ثبت من الأحكام على خلاف القياس، فيقتصر فيه على مورد النص، ولا يقاس عليه غيره. والمراد بالقياس . هو إلحاق فرع بأصل في حكم لعللة جامعة بينهما. وهذه المادة أصل من أصول الفقه، تدخل من شروط حكم الأصل في مبحث القياس، ومن أهم تلك الشروط التي لا بد من توافرها في تحقيق القياس، أن لا يكون حكم الأصل معدولاً به عن سنن القياس، لأنه متى كان عادلاً عنه لم يكن القياس عليه علة لعدم حصول المقصود به³⁴³.

³⁴¹ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 152؛ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 502.

³⁴² وَالشَّيْرُجُ مُعَرَّبٌ مِنْ شَيْرَةٍ وَهُوَ دُهْنُ السَّمْسَمِ وَزَيْتًا قِيلَ لِلدُّهْنِ الْأَبْيَضِ وَاللَّعْصِيرِ قَبْلَ أَنْ يَتَغَيَّرَ شَيْرُجٌ تَشْبِيهًا بِهِ لِصَفَائِهِ وَهُوَ يَفْتَحُ الشَّيْنِ مِثْلًا زَيْتَبَ وَصَيْقَلٍ وَعَيْطَلٍ وَهَذَا الْبَابُ بِاتِّفَاقٍ مُلْحَقٌ بِبَابِ فَعْلَلٍ نَحْوُ جَعْفَرٍ وَلَا يَجُوزُ كَسْرُ الشَّيْنِ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مِنْ بَابِ دَرَّهَمٍ وَهُوَ قَلِيلٌ وَمَعَ قَلَّتِهِ فَأُمَثِّلَتْهُ مَحْصُورَةٌ وَلَيْسَ هَذَا مِنْهَا. الفيومي، المصباح المنير، 108/1.

³⁴³ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 34/1؛ والقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، والقانون المدني الأردني قانون رقم 43، لعام 1976؛ والقانون المدني العربي الموحد، وقانون المعاملات المدنية دولة الامارات العربية المتحدة؛ وقانون المعاملات المدنية والقانون المدني اليمني؛ والقانون المدني الفلسطيني.

4. الدور الاقتصادي للقانون المدني المتأثر بالقواعد الفقهية

مما لا شك فيه إن الدين عند الله الاسلام ، والاسلام صالح لكل زمان ومكان ، وأنه نظم حياة الأفراد والمجتمع بما يحقق لهم مهمة الاستخلاف، وعبودية الله عز وجل في الأرض ولم يدع مجالاً من مجالات الحياة إلا وبيّن ما يحتاجه الإنسان من أحكام وتصورات تحقق الكثير من مصالح الدارين . ومن ذلك تنظيم حاجات البشر لكسب المال وإنفاقه وتنميته وتوفير الاحتياجات الحياتية الخاصة بالناس .

وقد كانت حياة النبي صلى الله عليه وسلم هي النموذج الأمثل لتطبيق هذا التشريع الاقتصادي وكذلك حياة الخلفاء الراشدين إلا أن الحياة والمشكلات الاقتصادية في الصدر الأول كانت محدودة لأمرين :

1. فقر البيئة وتواضع الأنشطة الاقتصادية "كالرعي والتجارة المحدودة والزراعة القليلة " .
2. قوة الوازع الديني في النفوس فلا تجد غشاً ولا تدليساً ولا غبناً ولا احتكاراً .. ولكن مع توسع المعاملات بين الناس وازدهار التجارة والصناعة، وانفتاح المجتمعات والدول على بعضها البعض، وضعف الوازع الديني والإيمان بالله، وظهور الحيل والخديعة في معاملات الناس، استجدت قضايا اقتصادية تختلف تماماً عما عاشه سلف الأمة ؛كالشركات الحديثة وبيع الأسهم والبورصات والمعاملات المصرفية وغيرها، إضافة إلى الحاجة لضبط معاملات الناس وعقودهم لكي لا تفضي إلى النزاع والخلاف، مما أدى إلى اهتمام العلماء بدراسة هذا العلم وبحث قضاياها ومعالجة مشكلاته .

و لكل مجتمع فكر إقتصادي يرجع إلى إعتقاده وفكره ، ويرجع الغرب علم الإقتصاد إلى آدم سميث مؤلف كتاب ثروة الأمم عام 1776 ولقبوه بإسم أبو علم الإقتصاد، وفي الوقت الذي أنطلق فيه علم الإقتصاد الوضعي في هذا التاريخ، كان الإسلام قد وضع الأسس العامة للإقتصاد الإسلامي وهي أسس تتسق مع طبيعة هذا الدين ومع أخلاقيات هذا الدين من أكثر من ألف عام³⁴⁴ .

وفي بداية القرن العشرين ظهرت مذاهب اقتصادية تبنتها دول عظمى تريد الثروة واستعمار خيرات الشعوب أشهرها النظام الاشتراكي والنظام الرأسمالي. أما النظام الإسلامي فقد تراجع دوره بسبب بعد المسلمين عن دينهم وهيمنة الدول الأجنبية على بلاد المسلمين، وإقصائهم للشرعية الإسلامية من التطبيق والتحكيم في شؤون الحياة . أما النظام الاشتراكي فقد تلاشى نفوذه

³⁴⁴ أبو عمار، ياسر بن طه على كراويه، المعاملات المالية المعاصرة في الفكر الاقتصادي الإسلامي، 31.

وانتهى إلى غير رجعة لأنه كان يحمل عوامل فئاته في داخله ، وما زال النظام الرأسمالي يحتل السيطرة على اقتصاد أكثر دول العالم في الفترة الراهنة وقد لا تطول هذه الفترة بسبب تهديد الأزمات الاقتصادية المتفجرة من حين لآخر .

4.1. تعريف الاقتصاد وأهميته

الاقتصاد في اللغة : مأخوذ من القصد وهو استقامة الطريق والعدل، والقصد في الشيء خلاف الإفراط ؛ وهو ما بين الإسراف والتقتير³⁴⁵ . وقصد في الأمر أى توسط ما لم يفرط واقتصاد النفقة ما لم يسرف ولم يقتّر.

أما في الاصطلاح ونقصد هنا الاقتصاد الاسلامي: فهو الأحكام والقواعد الشرعية التي تنظم كسب المال وإنفاقه وأوجه تنميته. أو هي دراسة ماجاء في الشريعة الإسلامية متعلقاً بالاقتصاد في مجال العقيدة والفقه والأخلاق. فنحن هنا أمام اقتصاد ديني، أو دين اقتصادي . وليس هذا تلاعباً بالألفاظ، وإنما تأكيد لحقيقة كون الاقتصاد الإسلامي جزءاً من كل، يترابط ويتفاعل ويتكامل في تناسق وتوازن مع بقية الأجزاء المكونة للإسلام، كدين ونظام حياة كامل يحكم بضوابط الإسلام، ويسير وفقاً لأحكامه³⁴⁶.

و الاقتصاد الإنساني ومن ثم، يستند هذا العلم في تحليله إلى " الإنسان الأخلاقي واقعيًا وليس على الرجل الاقتصادي كما في الاقتصاد الرأسمالي أو الترس الاجتماعي كما في الاقتصاد الاشتراكي. وعليه ؛ يقوم الاقتصاد الإسلامي على ركيزة أخلاقية واضحة تهدف إلى الاهتمام الأكثر بالناس " .³⁴⁷

و مما جعل الاسلام صالحا لكل زمان ومكان أن أحكامه الاقتصادي تمتاز بأنها ثابتة ومتغيرة . فهي إذاً على نوعين .

الأول . الأحكام الثابتة : وهي ما كانت ثابتة بأدلة قطعية أو راجعة إلى أصل قطعي في الكتاب أو السنة أو الإجماع كحرمة الربا، وحل البيع، وكون الرجل له مثل حظ الأنثيين من الميراث وحرمة دم ومال المسلم إلى غيرها من وجوب الواجبات، وتحريم المحرمات، وأحكام الحدود والمقدرات وتمتاز هذه الأحكام بأنها لا تتغير ولا تتبدل مهما تغيرت الأزمنة والأمكنة، كما أنها تتصف بصفة العموم والمرونة ؛ لتطبق على جميع الناس من غير عسر ولا مشقة، فهي حاکمة لتصرفات الناس لامحكومة بهم .

الثاني . الأحكام المتغيرة : وهي الثابتة بالأدلة الظنية في سندها أو في دلالتها والمتغيرة تبعاً

³⁴⁶ مسفر بن علي القحطاني، النظام الاقتصادي في الإسلام، 122.

³⁴⁷ عبد الحميد الغزالي، الانسان أساس المنهج الاسلامي في التنمية الاقتصادية، 50-55.

لمقتضيات المصلحة . وهذه الأحكام قد تتغير أحكامها باختلاف أحوال النظر فيها . فهي خاضعة لاجتهاد العلماء وتغيرها بحسب المصلحة يختلف أحيانا بحسب الأشخاص والأزمان والأمكنة، فيجوز لولي الأمر المجتهد أو العلماء المجتهدين أن يختاروا من الأحكام ما يروونه مناسباً لمستجدات الحياة وفق مقاصد الشريعة المعتبرة ومن أمثلتها

تضمنين الأجير المشترك كما فعل علي بن أبي طالب لما لم تقم بينة على أنه لم يتعد وقد كان الحكم قبل ذلك بعدم تضمينهم ؛ لأن يدهم يد أمانة ويد الأمان غير ضامنة فلما جاء عهد علي رضي الله عنه ضمّنهم لاختلاف أحوال الناس وضياع الأمانة بينهم وقال " لا يصلح للناس إلا ذلك "

إيقاف عمر صرف سهم المؤلفه قلوبهم من الزكاة معللاً ذلك بأن النبي صلى الله عليه وسلم إنما كان يعطيهم ليتألف قلوبهم والإسلام ضعيف، أما وقد أعزّ الله دينه فلا حاجة لتأليفهم، وقد أقرّ الصحابة على ذلك فكان إجماعاً .

والخراج على الأراضي المفتوحة عنوة .

وما عدا ذلك من تغيير الأحكام مما لا يرجع إلى أصل قطعي أو ظني فهو باطل لأنه سيكون من الهوى واستحسان البشر، كتحويل الربا، وإباحة الرشوة وبيع الخمر ولحوم الخنزير كما يفعل للسياسة وغيرها .

أما في عصرنا الحاضر فإن النظام الرأسمالي بدأ يحكم قبضته على أكثر اقتصاديات دول العالم، ويسيطر عليها تحت غطاء العولمة والذي بدأ يُنادى به ويرجّح على أنه المخرج من الواقع المظلم الذي تعيشه كثير من الأمم ليخرجها من انحطاطها إلى مدارج النهضة .

ومن الإجراءات التي اتبعتها الفكر الرأسمالي لعولمة الاقتصاد تأسيسه لمنظمة التجارة العالمية والتي تعتبر امتداداً لاتفاقية الجات وهي الاتفاقية العامة على الرسوم الجمركية والتجارة .

وتهدف إلى تحرير تجارة السلع الزراعية والصناعية والمنسوجات والخدمات، وتحرير التبادلات التجارية والتدفقات المالية الناتجة عن العقود الحكومية الضخمة . ولما أخفقت " الجات " في تحقيق ما أرادته الدول الرأسمالية، وذلك أن الاتفاقيات والتوصيات التي تقوم بها الجات لا تعتبر ملزمة للأعضاء، فاستعاضت عنها بـ " منظمة التجارة العالمية " التي رأت النور في مراكش عام 1994م وبدأ العمل بها 1995م³⁴⁸ .

و معلوم أن الدول الكبرى وشركاتها النافذة هي التي ستحتل بإجبايات "منظمة التجارة العالمية " أما باقي الدول فقد يكون من النادر حصولها على أي آثار إيجابية وبالأخص الدول

³⁴⁸ محمد أبو زعرور، الجات ومنظمة التجارة العالمية، 68- 77؛ عبد الكريم بكار، العولمة، 82- 100.

النامية . ومن هنا كانت الحاجة لإبراز بعض السلبيات ؛ فمنها على سبيل المثال .

1. إن فتح الأسواق وحرية التجارة ستؤدي إلى غلبة الاستثمار الأجنبي وسيطرة الشركات المتعددة الجنسية التي تنتج أكثر من 87% من واردات العالم و94% من صادراته وبالتالي سيضعف الإنتاج الحكومي ويعاني من الركود لعدم قدرته على المنافسة مما سيشل اقتصاد كثير من الدول النامية .

2. سيؤدي الدخول في منطقة التجارة العالمية إلى توقف الدعم الحكومي للمنتج الوطني وبالتالي إلى ارتفاع أسعار تلك المنتجات وبالأخص الزراعية فينعكس على زيادة الاستيراد والشراء من المنتجات العالمية الأرخص فتضعف بالتالي المنتجات الوطنية وتخسر شركاتها .

3. زيادة معدل البطالة والتضخم في كثير من الدول نتيجة ارتفاع الأسعار المتوقع .

4. اتساع الهوة بين الفقراء والأغنياء لأن العولمة الاقتصادية تؤكد مبدأ المصلحة الفردية فقط، كذلك ستصاب الشعوب بحمى الاستهلاك والشراء نتيجة إغراق الأسواق بالمنتجات الكمالية وطغيان الدعاية والإعلان على عقول الناس مما يحقق ثراءً أكبر للأغنياء وفقراً للبقية من الأفراد . فعلى سبيل المثال . تؤكد بعض التقارير أن ثروة مؤسس شركة ميكروسوفت للكمبيوتر تعادل ثروات 106 ملايين مواطن أمريكي³⁴⁹ .

ومن هنا كان من المهم بيان الدور الذي يمكن أن يقوم به الاقتصاد الإسلامي لحل مشكلات العالم الاقتصادية، وكيف يحقق للأفراد النماء والاستقرار والكفاية دون الوقوع في منزلق الحاجة والعوز. ولعلنا من خلال الصفحات القادمة أن نسلط الضوء على أهم الضوابط والقواعد الفقهية المالية والاقتصادية والتي يتضح من خلالها سعي الإسلام لرفاء الناس وسد حاجاتهم وإسعادهم في الدنيا والآخرة .

و ينبغي أن يعلم أن الاقتصاد الإسلامي جزء من وظائف الدولة ، وأن الهدف الرئيسي من إقامة دولة الإسلام هو إقامة عقيدة التوحيد التي تقوم على مبدأ تخلص البشر من العبودية لغير الله وتحرير الإنسان من الخضوع لأي مخلوق ...وتقدم الدولة في الإسلام يمكن قياسه بمدى تحقيقها للغاية القصوى من تكوينها وهي عبادة الله وحده ويتفرع من هذه الغاية أهداف رئيسية كإقامة العدل وكفالة الحريات وتحقيق المساواة والتكافل والمثل الأخلاقية العليا وعمارة الأرض وتنميتها. ويتميز الدين الإسلامي عن غيره من الشرائع والقوانين والدساتير الوضعية بأنه دين ودولة ولا يمكن فصل أى منها عن الآخر. ومن ثم يتضح لنا ضرورة تكامل العمل بالإسلام وبعبارة أخرى التحول الحقيقي للإسلام بإيجاد المجتمع الإسلامي الذي ينقاد لأحكام الله ويعمل

³⁴⁹ محمد أبو زعرور، الجات ومنظمة التجارة العالمية، 68- 77؛ عبد الكريم بكار، العولمة، 82- 100.

بفرائضه. فالإقتصاد الإسلامي لا ينجح تمام النجاح في مجتمع يضع الصلاة وتتبع الشهوات وقد قال الله تعالى. [وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَارْكَعُوا مَعَ الرَّاكِعِينَ]³⁵⁰.

و لا ينجح النظام الإقتصادي الإسلامي في مجتمع سكت عن الفحشاء والمنكر وأغمض عينه على الفساد والباطل وعطل فريضة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر كذا لا ينجح النظام الإقتصادي الإسلامي في مجتمع أضاع الشورى واستبدله بأمر الطغاة وقد قال الله تعالى " والذين استجابوا لربهم وأقاموا الصلاة وأمرهم شورى بينهم ومما رزقناهم ينفقون " ³⁵¹. كذا لا تنجح في مجتمع ساءت صلاته وضاعته في اللغو أوقاته وشاعت فيه الفواحش وضيعت فيه الأمانات ونكثت فيه العهود وقد وصف الله مجتمع المؤمنين بقوله " قَدْ أَفْلَحَ الْمُؤْمِنُونَ، الَّذِينَ هُمْ فِي صَلَاتِهِمْ خَاشِعُونَ، وَالَّذِينَ هُمْ عَنِ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ، وَالَّذِينَ هُمْ لِلزَّكَاةِ فَاعِلُونَ، وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ، إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ، فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ وَالَّذِينَ هُمْ عَلَى صَلَوَاتِهِمْ يُحَافِظُونَ " ³⁵².

و لذلك بعد ظهور الأزمة الاقتصادية العالمية دعت بعض الصحف والمجلات الاقتصادية المتخصصة في أوروبا لتطبيق الشريعة الإسلامية في المجال الاقتصادي كحل أوحده للتخلص من برائث النظام الرأسمالي الذي يقف وراء الكارثة الاقتصادية التي تخيم على العالم ، ودعا الاقتصادات الغربية الى التقرب من الإقتصاد الإسلامي باعتباره المنقذ من الأزمة الحالية والتخلي عن النظرة العنصرية مؤكدا انه قادر على اخراجها سالمة من الزلزال الذي يضرب الإقتصاد العالمي. و قد ذكر الاقتصادي الفرنسي جاك أوستري في كتابه: " الاسلام في مواجهة النمو الاقتصادي أن هناك اقتصاداً ثالثاً غير رأسمالي أو اشتراكي وهو الإقتصاد الاسلامي الذي يبدو أنه سيسود المستقبل ، لأنه أسلوب كامل للحياة يحقق كافة المزايا الاقتصادية " ³⁵³

وان رئيس تحرير افتتاحية مجلة تشالينجز بوفيس فانسون كتب في افتتاحية العدد الصادر بتاريخ 5 أكتوبر 2008 موضوعاً بعنوان "البابا أو القرآن" أثار موجة عارمة من الجدل وردود الأفعال في الأوساط الاقتصادية ³⁵⁴.

فقد تساءل الكاتب فيه عن أخلاقية الرأسمالية؟ ودور المسيحية كديانة والكنيسة

³⁵⁰ البقرة، 2 / 43.

³⁵¹ سورة الشورى، 42 / 17.

³⁵² سورة المؤمنون، 23 / 1 - 9 .

³⁵³ علي محي الدين القره داغي، الأزمة المالية العالمية، 148.

³⁵⁴ سالم عبد الغفور: جريدة الوطن الكويتية تاريخ، 2008/10/14.

الكاثوليكية بالذات في تكريس هذا الاتجاه والتساهل في تبرير الفائدة مشيراً الى أن هذا النسل الاقتصادي السيئ أودى بالبشرية الى الهاوية.

وتساءل الكاتب عن موقف الكنيسة ومستسمح البابا بنديكيت السادس عشر قائلاً. أظن أننا بحاجة أكثر في هذه الأزمة الى قراءة القرآن بدلا من الانجيل لفهم ما يحدث بنا ومصارفنا لأنه لو حاول القائمون على مصارفنا احترام ما ورد في القرآن من تعاليم وأحكام وطبقوها ما حل بنا ما حل من كوارث وأزمات وما وصل بنا الحال الى هذا الوضع المزري لأن النقود لا تلد النقود.

وفي الاطار ذاته لكن بوضوح وجرأة أكثر طالب رئيس تحرير صحيفة لوجورنال د فينانس رولان لاسكين في افتتاحية الأسبوع بضرورة تطبيق الشريعة الإسلامية في المجال المالي والاقتصادي لوضع حد لهذه الأزمة التي تهم أسواق العالم من جراء التلاعب بقواعد التعامل والافراط في المضاربات الوهمية غير المشروعة و من أهم الخيار البديل عرض لاسكين في مقاله الذي جاء بعنوان. هل تأملت وول ستريت لاعتناق مبادئ الشريعة الإسلامية؟ المخاطر التي تحق بالرأسمالية وضرورة الاسراع بالبحث عن خيارات بديلة لانقاذ الوضع، وقدم سلسلة من المقترحات المثيرة في مقدمتها تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية برغم تعارضها مع التقاليد الغربية ومعتقداتها الدينية

واشارت المواقع الالكترونية أنه في استجابة فرنسية على ما يبدو لهذه النداءات، أصدرت الهيئة الفرنسية العليا للرقابة المالية .وهي أعلى هيئة رسمية تعنى بمراقبة نشاطات البنوك. في وقت سابق قرارا يقضي بمنع تداول الصفقات الوهمية والبيع الرمزية التي يتميز بها النظام الرأسمالي واشترط التقابض في أجل محدد بثلاثة أيام لا أكثر من ابرام العقد، وهو ما يتطابق مع أحكام الفقه الإسلامي.³⁵⁵

كما أصدرت نفس الهيئة قرارا يسمح للمؤسسات والمتعاملين في الأسواق المالية بالتعامل مع نظام الصكوك الإسلامي في السوق المنظمة الفرنسية مشيرة ان الصكوك الإسلامية هي عبارة عن سندات إسلامية مرتبطة بأصول ضامنة بطرق متنوعة تتلاءم مع مقتضيات الشريعة الإسلامية. وتشير الرسائل المتبادلة عبر الانترنت الى عدد من الشهادات المنسوبة الى عقلاء الغرب ورجالات الاقتصاد تنبه الى خطورة الأوضاع التي يقود اليها النظام الرأسمالي الليبرالي على صعيد واسع، وضرورة البحث عن خيارات بديلة تصب في مجملها في خانة البديل الإسلامي. و في كتاب صدر للباحثة الايطالية لووريتا نابليوني بعنوان اقتصاد ابن آوى أشارت فيه الى أهمية

³⁵⁵ سالم عبد الغفور، جريدة الوطن الكويتية تاريخ، 2008/10/14.

التمويل الإسلامي ودوره في انقاذ الاقتصاد الغربي.

واعتبرت نابليون أن مسؤولية الوضع الطارئ في الاقتصاد العالمي والذي نعيشه اليوم ناتج عن الفساد المستشري والمضاربات التي تتحكم بالسوق والتي أدت الى مضاعفة الآثار الاقتصادية. وأضافت أن التوازن في الأسواق المالية يمكن التوصل اليه بفضل التمويل الإسلامي بعد تخطيط التصنيف الغربي الذي يشبه الاقتصاد الإسلامي بالارهاب، ورأت نابليون أن التمويل الإسلامي هو القطاع الأكثر ديناميكية في عالم المال الكوني.

وأوضحت أن المصارف الإسلامية يمكن أن تصبح البديل المناسب للبنوك الغربية، فمع انهيار البورصات في هذه الأيام وأزمة القروض في الولايات المتحدة فان النظام المصرفي التقليدي بدأ يظهر تصدعا ويحتاج الى حلول جذرية عميقة.

2.4. الضوابط والقواعد الفقهية المالية والاقتصادية

لاشك أن الاسلام الذي هو من عند الله تعالى فيه العلاج الشافي لمواجهة الأزمات ودفع المخاطر وإزالة الأضرار ، وللاقتصاد الاسلامي ضوابط وقواعد فقهية لمواجهة الأزمات المالية والاقتصادية كما مر في هذه الدراسة الأكاديمية .

و أرى أن الدور الاقتصادي للقانون المدني المتأثر بالفقه الاسلامي وقواعده هو قوة القانون نفسه من خلال تطبيقه والزاميته على الافراد والشركات والمجموعات والحكومة والدولة العادلة على حد سواء ، لأن طبيعة النظام الإسلامي توجب زيادة الإنتاج في الأمة وصيانة ثروتها من التبذ والضياع فيما لاينفع، فالإسلام يحفظ طاقاتها وثروتها وجهود أبنائها أن تستهلك في القمار والربا وشرب الخمر والمسكرات وفي الفواحش ما ظهر منها وما بطن . وإن ما يتبدد من الطاقات والأموال في ذلك العبث والفساد لدى بعض الأمم يصونه الإسلام بقوانين الملزمة ووصاياه الهادية وتربيته العميقة ويجعله سليماً قوياً يتجه إلى العمل والتنمية والإنتاج³⁵⁶.

ولذلك استعرضنا فيما سبق القواعد الفقهية المالية وأثرها في القوانين المدنية وتطبيقاتها القانونية والتي يستنبط منها مجموعة من الضوابط التي تحكم المعاملات المالية ، وفي ضوءها يكون الحكم على شرعية أو عدم شرعية المستحدث والمعايير منها ، وعلى أساسها تحدد الأهداف والسياسات والاستراتيجيات ، وتوضع الخطط والبرامج ، وتراقب وتقوم المعاملات والأحداث المالية ، وتتخذ القرارات اللازمة لتطوير الأداء إلى الأحسن وهذا كله وفقاً لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية .

³⁵⁶ يوسف القرضاوي، لكي ينجح مؤسسة الزكاة، 52.

ومن أهم هذه الضوابط ما يلي

1. تحقيق النية الصادقة.

قبل البدء في أي معاملة ، يجب استحضار النية الصادقة وهي أن الغاية من العمل هو الحصول على المال الحلال الطيب ليعين الإنسان على تحقيق المقاصد الشرعية ومنها على سبيل المثال .

الإففاق على الحاجات الأصلية للإنسان للتقوية على عبادة الله سبحانه وتعالى ، أداء الفرائض الشرعية والواجبات الدينية ، إصلاح الأرض واستغلالها وعمارها ، المساهمة في أعمال الخير والبر . وهكذا.

و دليل هذا الضابط من القرآن الكريم قول الله تبارك وتعالى : " قُلْ إِنْ صَلَاتِي وَنُسُكِي وَمَحْيَايَ وَمَمَاتِي لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ"³⁵⁷ ولقد استنبط الفقهاء هذا الضابط من القاعدة الفقهية "الأعمال بالنيات والأموار بمقاصدها" وتأسيسا على ما سبق يجب على كل مسلم قبل أن يهيم بأي معاملة أن يجدد النية بأن هذا العمل ابتغاء مرضات الله عز وجل، ولا يقبل العمل إلا إذا كان صالحا ولوجهه خالصا ليس فيه شيء لهوى النفس.

1. الالتزام بالحلال الطيب وتجنب الحرام الخبيث .

و يقصد بذلك أن تكون المعاملات مشروعة أي مطابقة لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية وللفتاوى الصادرة عن مجامع الفقه الإسلامي في المسائل المعاصرة ، وكذلك أن تكون في مجال الطيبات ، وتجنب الخبائث مهما كان قدرها³⁵⁸.

ودليل هذا الضابط من القرآن الكريم قول الله تبارك وتعالى : " يَا أَيُّهَا النَّاسُ كُلُوا مِمَّا فِي الْأَرْضِ حَلَالًا طَيِّبًا وَلَا تَتَّبِعُوا خُطُواتِ الشَّيْطَانِ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُبِينٌ "³⁵⁹ ، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم " إن الله طيب لا يقبل إلا طيبا "³⁶⁰.

و هذا الضابط مستنبط من القواعد الشرعية الآتية "الأصل في المعاملات الإباحة " الحل " ووسائل الحرام حرام ، ومن اختلط بماله الحلال حرام أخرج قدر الحرام والباقي حلال، وأكل المال بالباطل حرام " .

³⁵⁷ الأنعام، 6 / 162

³⁵⁸ حسين شحاتة: القواعد الفقهية والضوابط الشرعية للمعاملات المالية المعاصرة، 123.

³⁵⁹ البقرة: 2 / 168

³⁶⁰ مسلم ، الكسوف، 703 .

و تأسيسا على ما سبق يجب على المسلم إذا هم بمعاملة ما أن يعرف . هل هي من الحلال الطيب، عندئذٍ يقبل عليها، وإذا كانت من الحرام الحبيث يمتنع عنها .
توثيق المعاملات بالعقود والعهود.

الالتزام بإبرام العقود والعهود المطابقة لشرع الله عز وجل ، والقائمة على السلامة والرضا والحق والوضوح والعدل، ومستوفية كافة الشروط الواجبة، ولقد أكد الله سبحانه وتعالى على هذا الضابط بقوله عز وجل: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ " ³⁶¹، " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ " ³⁶².

و من مرجعية هذا الضابط من القواعد الفقهية ما يلي: " الأصل في العقود اللزوم "

1. سلامة واستيفاء العقود والالتزام بها .

و يقصد بذلك أن تكون العقود وما في حكمها من العهود والوعود خالية مما يبطلها أو يفسدها حسب الأحوال ، ومن أمثلة ما يفسدها على سبيل المثال " الغرر والجهالة والإذعان وكافة صور أكل أموال الناس بالباطل ، ولقد أكد القرآن على ذلك بقول الله تبارك وتعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ... " ³⁶³ ، ونحانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الاعتداء على أموال الغير ، فقال صلى الله عليه وسلم . كل المسلم على المسلم حرام ، دمه وماله وعرضه ³⁶⁴ .

كما يجب أن تكون العقود مستوفاة لكافة الشروط التي تضبط الأعمال لتجنب الغرر والجهالة التي تفضي إلى النزاع المشكل .

و يستند هذا الضابط إلى مجموعة من القواعد الفقهية منها " الغرر الكثير يفسد العقود ، والجهالة المفضية إلى نزاع مشكل تبطل العقود، وحرمة أكل أموال الناس بالباطل ، والأصل في العقود اللزوم "

2. مشروعية الغاية ومشروعية الوسيلة .

يعني ذلك أن تكون الغاية من المعاملات مشروعة ، والوسائل التي تستخدم لتحقيقها مشروعة ، وأن الوسائل التي تؤدي إلى معاملات محرمة حرام ، بمعنى . مشروعية الغاية ومشروعية الوسيلة . ومن أدلة ذلك قول الله عز وجل " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا

³⁶¹ البقرة: 282 / 2

³⁶² المائدة: 1 / 5

³⁶³ النساء: 29 / 4

³⁶⁴ مسلم، البر والصلة والآداب، 1986.

المَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا وَإِنْ خِفْتُمْ عَيْلَةً فَسَوْفَ يُغْنِيكُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ إِنْ شَاءَ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ حَكِيمٌ³⁶⁵ ، فقد أمر الله سبحانه وتعالى عدم التعامل مع المشركين عند الكعبة حتى وان تتحقق من وراء ذلك رجاءاً وفيراً.

و يرتكن هذا الضابط إلى القواعد الفقهية الآتية " وسائل الحرام حرام ، مشروعية الوسيلة " **3 . حسن الخلق مع الناس .**

يعتبر هذا الضابط من صور الالتزام بالأخلاق الحسنة والسلوكيات السوية مع الناس فالدين المعاملة ، والأخلاق الحسنة تقود إلى معاملات حسنة ، والأخلاق السيئة تقود إلى معاملات سيئة .

و دليل هذا قول الله تبارك وتعالى.... وَقُولُوا لِلنَّاسِ حُسْنًا...³⁶⁶ ، وقوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيراً أو ليصمت³⁶⁷ .
و من القواعد الفقهية التي توجب حسن المعاملة مع الناس جميعاً ما يلي : البيع بالتراضي ، والدين المعاملة .

4. التيسير ورفع الحرج عن الناس .

و يعني ذلك تسهيل المعاملات والاختيار من بين البدائل المشروعة الأيسر منها، وذلك لرفع الحرج عن الناس، ودليل ذلك من القرآن الكريم قول الله تبارك وتعالى: " يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ³⁶⁸ ، وقوله عز وجل : " وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُم فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ " ³⁶⁹ ، و يستند هذا الضابط إلى القواعد الشرعية الآتية . "الضرورات تبيح المحظورات ، ولأكثر حكم الكل ، أو يأخذ اليسير حكم الكثير ، واليسير الحرام معفو عنه في كثير من الأحوال ، والغرر اليسير لا يفسد العقود ، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، وإذا ضاق الأمر اتسع "

5.الضرورات تبيح المحظورات بضوابطها.

و يقصد بذلك أنه في حالة الضرورة يحول الحرام شرعاً إلى حلال ، ولهذه الضرورة ضوابط شرعية ولا يجب أن تترك لهوى النفس ، وأحياناً تنزل الحاجة منزلة الضرورة لأن المشقة توجب التيسير،

³⁶⁵ التوبة، 9 / 28

³⁶⁶ البقرة، 2 / 83

³⁶⁷ البخاري، الآداب، 29.

³⁶⁸ البقرة، 2 / 182

³⁶⁹ الحج، 22 / 78

و مرجعية هذا الضابط من القواعد الفقهية ما يلي: " إذا ضاق الأمر اتسع ، المشقة
توجب التيسير ، الحاجة تنزل منزلة الضرورة "

1. وجوب تطهير الأموال من الحرام بعد التوبة الصادقة.

لقد حرمت الشريعة الإسلامية المال المكتسب من مصدر محظور منهى عنه شرعا، ويجب
تحريره وتجنبه والتخلص منه في وجوه الخير العامة وليس بنية التصديق ، مع التوبة والاستغفار
والعزم الأكيد على تجنبه ، والإكثار من الأعمال الصالحات لتكفير الذنوب، ودليل ذلك من
القرآن الكريم قول الله تبارك وتعالى: " إِلَّا مَنْ تَابَ وَآمَنَ وَعَمِلَ عَمَلًا صَالِحًا فَأُولَٰئِكَ يُبَدِّلُ اللَّهُ
سَيِّئَاتِهِمْ حَسَنَاتٍ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا " ³⁷⁰.

و مرجعية هذا الضابط القاعدة الفقهية: " من اختلط ماله الحلال بالحرام يجب عليه إخراج
قدر الحرام والباقي حلال "، ويتم التخلص من الحرام في وجوه الخير وليس بنية التصديق.
2. الالتزام بالأولويات الإسلامية .

و يعني ذلك أنه يجب على المتعامل أن يلتزم بالأولويات الإسلامية وهي الضرورات
فالحاجيات فالتحسينات ، وتجنب الإسراف والتبذير والإنفاق الترفي والمظهري وما في حكم
ذلك، و دليل هذا الضابط من القرآن الكريم قول الله تبارك وتعالى . يَا بَنِي آدَمَ خُذُوا زِينَتَكُمْ عِندَ
كُلِّ مَسْجِدٍ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ " ³⁷¹

وهذا الضابط يستند إلى القواعد الفقهية الآتية: " الضرورات تبيح المحظورات ، الحاجة
تنزل منزلة الضرورة ، لا اقتراض إلا لضرورة ".

³⁷⁰ الفرقان، 70 .

³⁷¹ الأعراف، 7 / 31.

3. الالتزام بالغنم بالغرم في المشاركات.

تقوم المعاملات بصفة عامة على ربط العائد بالتضحية والكسب بالخسارة والأخذ بالعطاء ، وهذا ما يطلق عليه في كتب الفقه اسم " الغنم بالغرم ، والخراج بالضمان " ويعني هذا العائد يقابل تضحية ، ولا كسب بلا جهد ، ولا جهد بلا كسب، ومن نماذج ذلك من القرآن الكريم صفقة التجارة مع الله في الجهاد حيث قال سبحانه وتعالى " إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنْ لَهُمُ الْجَنَّةُ " ³⁷² ، وربط الرسول صلى الله عليه وسلم بين الجهاد وتوزيع الغنائم . ومن مرجعية هذا الضابط من القواعد الفقهية ما يلي : " الخراج بالضمان ، الريح فيما اتفقا عليه والوضيعة على صاحب المال " .

4. وجوب موالاة المؤمنين .

و يقصد بهذا الضابط أن تكون أولوية التعامل مع المؤمنين وهذا ما يطلق عليه أحيانا وجوب التعامل مع المؤمنين أولى .

فالمسلم جزء من الأمة الإسلامية ويجب أن يحمل ولائه للمسلمين ، ومن الصور التطبيقية للولاء الاقتصادي أن تكون أولوية المعاملات التجارية والاقتصادية والمالية بين المسلمين، ودعم السوق الإسلامية المشتركة، ودليل ذلك من القرآن الكريم قول الله تبارك وتعالى : " وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيُطِيعُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ " ³⁷³ ، وحذرنا الله من موالاة الكافرين فقال : " لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَإِنَّهُ يَأْتِ اللَّهَ فِي شَيْءٍ إِلَّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاةً وَيُحَذِّرْكُمْ اللَّهُ نَفْسَهُ وَإِلَى اللَّهِ الْمَصِيرُ " ³⁷⁴ .

ولقد أكد رسول الله صلى الله عليه وسلم على موالاة المسلمين فقال : " المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضا " ³⁷⁵ ، وقال p : " لا تصاحب إلا مسلما ولا يأكل طعامك إلا تقي " ³⁷⁶ .

و لقد أكد الفقهاء على أولوية التعامل مع المسلمين ولا يكون هناك تعامل مع غيرهم من المسلمين إلا في حالة الضرورة أو حاجة ملجئة إلى ذلك .

³⁷² التوبة: 9 / 111

³⁷³ التوبة: 9 / 71

³⁷⁴ آل عمران: 3 / 28

³⁷⁵ البخاري، الصلاة، 103.

³⁷⁶ أبو داود، الآداب، 259.

و من مبررات ذلك ما يلي : " يجب دعم وعون المسلمين ، ويجب المحافظة على عزة وقوة المسلمين ، ويجب تجنب المعاملات غير المشروعة التي يقوم بها غير المسلمين أحيانا ، وتجنب استغلال واحتكار ومكر غير المسلمين ، وتدعيم السوق الإسلامية المشتركة " .

1. جواز التعامل مع غير المسلمين المسلمين عند الحاجة .

و يقصد بذلك جواز التعامل مع غير المسلمين المسلمين عند الضرورة والحاجة وذلك من باب التيسير ورفع الحرج والمشقة ، وكذلك من جانب المواطنة وتجنب الفتن ، ولا يجوز التعامل مع غير المسلمين المحاربين دار الحرب ١ إلا عند الضرورة التي تؤدي إلى مهلكة .

ومن أدلة ذلك من القرآن الكريم قول الله تبارك وتعالى : (لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِّنْ دِيَارِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ * إِنَّمَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُوكُمْ مِّنْ دِيَارِكُمْ وَظَاهَرُوا عَلَىٰ إِخْرَاجِكُمْ أَن تَوَلَّوْهُمْ وَمَن يَتَوَلَّهُمْ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ)³⁷⁷ .

ولقد أكد رسول الله صلى الله عليه وسلم على ذلك ، فقد ثبت أنه اشترى من يهودي طعاما نسيئة " بالأجل " ، كما رهن درعه عند يهودي ، فقد روى أنس رضي الله عنه ، قال رهن رسول الله صلى الله عليه وسلم درعا عند يهودي بالمدينة ، وأخذ منه شعيرا لأهله " .

و لقد وضع الفقهاء مجموعة من الضوابط الفقهية للتعامل مع غير المسلمين المسلمين منها . " أن يكون التعامل في حدود ما أباحته الشريعة الإسلامية ، والالتزام بالقسط والعدل والأمانة، وحرمة الاعتداء على أموالهم وأعراضهم ودماءهم، وجود الضرورة أو الحاجة للتعامل معهم " .

2. تحقيق النفع وتجنب الضرر .

يقضي هذا الضابط بأن تحقق المعاملات النفع الذي يعود على الفرد نفسه وكذلك على الجماعة والأمة الإسلامية ، ويكون هذا النفع مرتبطا بتحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية، وكذلك تجنب أي معاملة فيها ضرر .

و أصل هذا الضابط من القرآن الكريم هو قول الله تبارك وتعالى " وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ " ³⁷⁸ .

و لقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مجموعة من المعاملات لأنها تسبب أضرارا مثل التعامل في الخمر، ولحم الخنزير، والميتة، والدم، والأصنام، والصليبان، والتمثيل، والكلاب،

³⁷⁷ المتحنة، 60 / 9 .

³⁷⁸ المائدة، 5 / 2 .

وكسب الإماء " الزنا "، وبيع السلاح وقت الفتنة، والتسعين في الأسواق بدون ضرورة معتبرة شرعا، وقال صلى الله عليه وسلم: " من ضار ضار الله عليه ، ومن شق شق الله عليه " ³⁷⁹ .
و يستند هذا الضابط إلى مجموعة من القواعد الفقهية منها " لا ضرر ولا ضرار ، والضرر يزال ، ويتحمل الضرر الخاص "

3. تجنب المعاملات التي تلهي عن الفرائض .

و يعني ذلك أن أي معاملة تصد عن سبيل الله ولا تمكن المسلم من أداء الفرائض والقيام بالواجبات الدينية تعتبر حراما، ولقد أشار القرآن إلى ذلك في العديد من الآيات مثل قوله سبحانه وتعالى : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ " ³⁸⁰ .

4. التورع عن الشبهات.

و معنى ذلك أن يتورع المسلم في معاملاته عن مواطن الشبهات وتجنب أي معاملة فيها أدنى شبهة ، محافظة على الدين وصونا للعرض واستغناء بالحلال البين المقطوع بحله، ولقد ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم العديد من الأحاديث ما يؤكد ذلك ، منها : " والمعاصي حُمي الله ، من يرتع حول الحمى يوشك أن يواقع " ³⁸¹ ، وقوله صلى الله عليه وسلم : " دع ما يريبك إلى ما لا يريبك " ³⁸² .

و من مرجعية هذا الضابط من القواعد الفقهية ما يلي : " دع ما يريبك إلى ما لا يريبك ، والأعمال بالنيات .

5. حرمة وبطلان الأعمال التي تفتح الباب إلى المفساد

و معنى ذلك تجنب أي معاملة تفتح الباب إلى مفسدة خاصة أو عامة لأن الأصل في المعاملات تحقيق المنافع، ودليل ذلك ما قاله جابر رضي الله عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول . " إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام " ، فقليل يا رسول الله . أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح الناس بها قال : " لا هو حرام " ثم قال صلى الله عليه وسلم : " قاتل الله اليهود، إن الله حرم عليهم الشحوم

³⁷⁹ الترمذي، أبواب البر والصلة، 332.

³⁸⁰ الجمعة : 9.

³⁸¹ البخاري، البيوع، 53.

³⁸² الترمذي، أبواب صفة القيامة والرقائق والورع، 668.

فأجملوها ، ثم باعوه فأكلوا ثمنه " ³⁸³ ، وقال كذلك " من حبس العنب أيام القطاف حتى يبيعه ليهودي أو نصراني أو من يتخذه خمرا فقد تقحم الناس على بصيرة " ³⁸⁴ .

و يقوم هذا الضابط على القاعدة الفقهية التي تقول : " درء المفسد مقدم على جلب المنافع "

6. المحافظة على الأموال.

و يعني ذلك أنه يجب على المسلم أن يأخذ بالأسباب في المعاملات المالية التي تحمي المال من الهلاك وعدم تعرضه للمخاطر المالية الجسيمة التي تقود إلى الضياع ، كما يتخذ التدابير اللازمة للمحافظة على المال من السرقة والابتزاز والرشوة ، ولقد أشار القرآن إلى ذلك في قول الله عز وجل : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ .. " ³⁸⁵ " وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ " ³⁸⁶ ، ولقد أوصانا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمحافظة على الأموال ، فقال : " .. ومن قتل دون ماله فهو شهيد " وقوله صلى الله عليه وسلم : " أن الله كره إليكم ثلاث . قيل وقال ، وإضاعة المال ، وكثرة السؤال " ³⁸⁷ .

و دليل هذا الضابط من القواعد الفقهية ما يلي : " أكل المال بالباطل حرام ، ولا ضرر ولا ضرار " .

7. تنمية الأموال بالاستثمار.

و يعني ذلك عدم اكتناز المال وحبسه عن وظيفته التي خلقها الله له ، لأن ذلك يؤدي إلى انخفاض قيمته بسبب أداء الزكاة والتضخم ، وفي هذا المقام ينهانا الله عز وجل عن الاكتناز ويحثنا على الاستثمار فيقول : " وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يَنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ " ³⁸⁸ ، ويحض الرسول صلى الله عليه وسلم على الاستثمار ، فيقول . " استثمروا أموالكم حتى لا تأكلها الصدقة " ³⁸⁹

8. الاستغفار لتحقيق البركات في الأموال .

³⁸³ البخاري، الدعاء ، 82.

³⁸⁴ الطبراني، المعجم الأوسط، 5 / 294.

³⁸⁵ النساء: 4 / 29.

³⁸⁶ البقرة: 2 / 188.

³⁸⁷ البخاري، المظالم والغصب، 136.

³⁸⁸ التوبة: 9 / 34.

³⁸⁹ الدارقطني، سنن الدارقطني، 3 / 6.

وتعنى هذه القاعدة ذلك أنه على المسلم التقي الورع أن يكثر من الاستغفار لتطهير الأموال والمعاملات من الحرام ولتحقيق البركة ، ودليل هذا الضابط من القرآن الكريم قول الله تبارك وتعالى : " فَقُلْتُ اسْتَغْفِرُوا رَبَّكُمْ إِنَّهُ كَانَ غَفَّارًا ، يُرْسِلِ السَّمَاءَ عَلَيْكُمْ مِدْرَارًا ، وَيُمْدِدْكُمْ بِأَمْوَالٍ وَيَبِينْ وَيَجْعَلْ لَكُمْ جَنَّاتٍ وَيَجْعَلْ لَكُمْ أَنْهَارًا " ³⁹⁰ ، والدليل من السنة قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من لزم الاستغفار جعل الله له من كل ضيق مخرجًا ، ومن كل هم فرجًا ، ورزقه من حيث لا يحتسب " ³⁹¹ .

و يدخل هذا الضابط في نطاق القاعدة الفقهية العامة "إنما الأعمال بالنيات " والقاعدة "حفظ المال من مقاصد الشريعة الإسلامية " .

و تعتبر الضوابط الشرعية السابقة الدستور الإسلامي للمعاملات المالية والذي يُنظر إليه على أنه الأساس لوضع اللوائح والنظم والإجراءات التنفيذية في الواقع العملي ، وكذلك المرجع الأساسي لاختيار السبل والوسائل والأدوات المعاصرة التي تستخدم في تنفيذ المعاملات المالية ، كما تصلح أن تكون مرجعا لأي برنامج اقتصادي إسلامي وبديل للبرامج الوضعية غير الإسلامية 9. بركات الالتزام بالضوابط الشرعية في المعاملات المالية المعاصرة .

من البركات المرجوة من الالتزام بالضوابط الشرعية في المعاملات المالية ما يلي .
أولا . الارتياح القلبي والاطمئنان النفسي من أن المسلم يلتزم بشرع الله سبحانه وتعالى وتجنب محارمه ، ولا يستشعر بذلك إلا أصحاب القلوب الخائفة من الله ، والراجية رضاه ، والطامعة في جنته .

ثانيا . تحقيق الخير والبركة والزيادة في الأموال وفي الأرباح ، وتجنب الحق والحياة الضنك وهذا في حد ذاته يزيد من الاطمئنان من أن الله هو الرازق وأن بيده كل شيء .

ثالثا . الوقاية من ارتكاب الذنوب والمعاصي والرذائل الاقتصادية التي تقود إلى فساد العقيدة والأخلاق أحيانا ، حيث يقول العلماء أن للفساد الاقتصادي أثرا على الفساد الأخلاقي ، كما يقود الفساد الأخلاقي إلى فساد اقتصادي .

رابعا . تجنب الشك والريبة والخصام والشجار بين المسلمين والمحافظة على رابطة الأخوة الصادقة والحب في الله ، فالالتزام بالضوابط الشرعية من موجبات المحافظة على العلاقات الطيبة بين الناس .

خامسا . سلامة واستقرار المعاملات بين الناس الخالية من الغش والغرر والجهالة والتدليس

³⁹⁰ نوح، 71 / 10 - 12

³⁹¹ أبو داود، الدعاء، 85.

والربا وغير ذلك من صور أكل أموال الناس بالباطل .

2.4. 3 أركان الاقتصاد الإسلامي

و يقوم الاقتصاد الإسلامي على ثلاثة أركان³⁹² .

الركن الأول . الملكية المزوجة .

ونقصد بها الملكية الخاصة التي يختص الفرد بتملكها دون غيره، والملكية العامة هي الملك المشاع لأفراد المجتمع. والاقتصاد الإسلامي يقوم على تلك الملكيتين في آن واحد. ويحقق التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة ويعترف بهاتين المصلحتين طالما لم يكن ثمة تعارض بينهما؛ وكان التوفيق بينهما ممكناً. أما لو حصل التعارض فإن الإسلام يقدم مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد. ومن الأدلة على ذلك..

قوله صلى الله عليه وسلم لا يبيع حاضر لباد " ³⁹³ يعني أن يكون له سمساراً فيرفع السعر على الناس بأعلى مما لو باع البادي بنفسه .

قوله صلى الله عليه وسلم لا تلقوا الركبان ³⁹⁴ فالمتلقي سيشترى بسعر أقل وسيبيع الناس بسعر أعلى، وهو فرد قد حرم الناس من الشراء من الركبان أنفسهم بسعر أقل .
أجاز بعض الفقهاء إخراج الطعام من يد محتكره قهراً وبيعه على الناس. ³⁹⁵

وسنبين مجالات كل نوع وأهميته فيما يلي :
أولاً . الملكية الجماعية .

مجالات الملكية الجماعية ومصادرها .

1. الأوقاف الخيرية .

والوقف معناه . تحييس الأصل وتسبيل المنفعة ³⁹⁶ وهذه المنفعة لا يختص فرد بملكيتها بل هي عامة لكل من يستحق الوقف . واشترط الفقهاء أن يكون على فعل معروف كبناء المساجد ورعاية العلم وأهله، وعمل المستشفيات، والنفقة على المحتاجين وما ينفع الناس .

2. الحمى .

³⁹² السعال وعبد الكريم، النظام الاقتصادي في الإسلام، 37.

³⁹³ البخاري، الشروط، 191.

³⁹⁴ البخاري، البيوع، 71.

³⁹⁵ ابن تيمية، الحسبة، 79؛ ابن القيم، الطرق الحكمية، 185

³⁹⁶ ابن قدامة، المغني، 184/8.

وهو أن يحمي الإمام جزءاً من الأرض الموات المباحة لمصلحة المسلمين دون أن تختص بفرد معين منهم³⁹⁷ فالحمى ينقل الأرض الموات لأن تكون ملكاً للمسلمين تخدم مصالحهم . ودليله حمى النبي صلى الله عليه وسلم أرض النقيع في المدينة وجعلها لخيال المسلمين " ³⁹⁸ . ومن الأدلة أيضاً أن أبا بكر حمى أرض الريزة وكذا عمر ³⁹⁹ .

3. الحاجات الأساسية . كالماء والكأ والنار .

فهذه الأمور مملوكة لجميع الناس لا يجوز لفرد أن يمتلكها دونهم لأنها حاجات ضرورية وجدت دون مجهود يقدمه الفرد لاستخراجها، فلا يستأثر بها أحد دون الآخرين . فإذا نزل المسلمون بأرض فلهم أن يرعوا إنعامهم من النبات الذي أخرجه الله عز وجل، وكذا يردوا الماء الذي فيه والذي لا دخل للإنسان في استخراجها والعمل على إنشائه . و دليله . حديث أبيض بن حمال لما وفد على النبي صلى الله عليه وسلم استقطعه الملح فقطع له . فلما ولى قال رجل من المجلس أتدري ما اقتطعت له إنما اقتطعته الماء العذ قال : فانتزعه منه ⁴⁰⁰ .

4. المعادن .

هي ما أودعه الله في هذه الأرض من مواد برية وبحرية ظاهرة أو باطنة لينتفع بها الناس من حديد ونحاس وبتروول وذهب وفضه وملح وغير ذلك . ولا خلاف بين الفقهاء في أن المعادن إذا ظهرت في أرض ليست مملوكة لأحد تكون ملكاً للدولة أي تدخل في ملكية الأمة العامة .

وقد يثور الخلاف إذا ظهرت هذه المعادن في أرض مملوكة ملكية خاصة، والراجح ما ذهب إليه المالكية في أن ما يعثر عليه من معدن يكون ملكاً لبيت مال الدولة تنفقه على مصالح المسلمين قياساً على المنافع العامة وحاجة جميع الناس إليها . ⁴⁰¹

³⁹⁷ الماوردي، الأحكام السلطانية، 233.

³⁹⁸ أحمد، الدين 476.

³⁹⁹ الترمذي، البيوع، 183.

⁴⁰⁰ الدرقطني، 5 / 396.

⁴⁰¹ الماوردي، الأحكام السلطانية، 248.

5. الزكاة .

وهي " الحق المالي الواجب لطائفة مخصوصة في زمن مخصوص⁴⁰² وهي من المصادر الأساسية للملكية العامة، حيث أمر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك فقال تؤخذ من أغنيائهم وترد إلى فقرائهم فهو يدخل في نطاق الملكية العامة وبالأخص لأهل الحاجات المنصوص ذكرهم في الآية (إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ)⁴⁰³ .

6. الجزية .

وهي الأموال التي تؤخذ من البالغين من رجال أهل الذمة والمجوس مقابل ما يتمتعون به من حقوق . وهي في مقابل عدم أخذ الزكاة من مالهم . وهي لا تجب إلا مرة في السنة ويراعى فيها العدل والرحمة وعدم تكليفهم فوق طاقتهم⁴⁰⁴ .

7. الخراج .

وهو المال الذي يُجْبَى ويؤتى به لأوقات محددة من الأراضي التي ظهر عليها المسلمون من الكفار، أو تركوها في أيديهم بعد مصالحتهم عليها . والأراضي المملوكة لغير المسلمين لا يؤخذ منها زكاة فاكتمى بالخراج بدلاً من ذلك⁴⁰⁵ .

8. خمس الغنائم :

تقسم الأموال التي تغنم من الكفار إلى خمسة أقسام : واحد من هذه الاقسام يقسم على من في الآية (وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ)⁴⁰⁶ ، وهو ما يسمى بخمس الغنائم⁴⁰⁷ يدل على ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم . بعد أن أخذ وبرة من جنب بعير فقال “ أيها الناس إنه لا يحل لي مما أفاء الله عليكم قدر هذه إلا الخمس والخمس مردود عليكم⁴⁰⁸ .

⁴⁰² النووي، المجموع ، 291/5.

⁴⁰³ التوبة، 9 / 60

⁴⁰⁴ الماوردي، الأحكام السلطانية ، 180 – 181؛ ابن قدامة، المغني 202/13 – 255

⁴⁰⁵ الماوردي، الأحكام السلطانية ، 187 – 188.

⁴⁰⁶ الانفال 41.

⁴⁰⁷ الكاساني، بدائع الصنائع للكاساني، 2 / 69 ؛ ابن قدامة المغني 60/13.

⁴⁰⁸ النسائي، قسم الفبيء، 128.

9. الأموال التي لا مالك لها .

الأموال التي لا يعرف أصحابها كتركة من لا وارث له . أو لا يرثه إلا أحد الزوجين، فإن ما يتبقى يكون لبيت مال المسلمين . وكذلك الودائع والأموال السائبة التي لا يعرف مالکها ويلحق بها أموال الرشوة فإنها تخرج عن ملك الراشي وترد إلى بيت المال، ولا يأخذها المرتشي كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم مع ابن التبية فإنه لم يأمره برد الهدايا إلى أهلها .

10. العشور المأخوذة من مال الحريين .

فإذا دخل إلينا تاجر حربي بأمان أخذ منه العُشر عن كل مال للتجارة وجعل في بيت مال المسلمين⁴⁰⁹ .

دليله أن عمر كُتب إليه في أناس من أهل الحرب يدخلون أرض الإسلام فيقيمون فكتب إليهم . إن أقاموا ستة أشهر فخذ منهم العشر وإن أقاموا سنة فخذ منهم نصف العشر . وكذلك أهل منبج لما أرادوا أن يدخلوا أرض العرب للتجارة كتبوا إلى عمر يعرضون عليه الدخول فشاور الصحابة فأجمعوا على أن يأخذوا منهم العشر⁴¹⁰ .

من أهداف الملكية الجماعية .

1. استحقاق جميع الناس الثروة العامة ذات المنافع المشتركة سواء من الحاجات الضرورية أم غيرها، والتوسعة على عامة المسلمين . فالماء والكأ والنار والملح من الأشياء التي تقوم حياة البشر عليها فإذا احتكرها أي أحد استطاع أن يتحكم في مصير الناس .

2. تأمين نفقات الدولة . فالدولة ترعى الحقوق وتقوم بالواجبات وتسد الثغور وتجهز الجيوش وتقوم بما يسد حاجات الضعفاء واليتامى والمساكين وكذلك الأمن والتعليم والعلاج وكافة الخدمات العامة ولا يمكن أن تقوم الدولة بهذه الجهود المباركة إلا من خلال هذه الأموال العامة .

3. تشجيع الأعمال الخيرية والتوسعة على المحتاجين من المسلمين . فالوقف والزكاة كانت إسهامة مباركة لسد حاجات المجتمع وتمويل الأعمال الخيرية كالمساجد والمدارس والمكتبات والمستشفيات وغيرها .

4. استغلال الثروات على أحسن وجه لصالح البشرية ولا سيما المشروعات التي يعجز الأفراد أو الشركات عن القيام بها إما لعدم تحقق الإمكانيات أو تكاليفها الباهظة.

⁴⁰⁹ ابن قدامة، المغني ، 227/13.

⁴¹⁰ عبد الرزاق، في مصنفه، 10118.

ثانياً . الملكية الخاصة .

مجالات الملكية الخاصة ومصادرها .

1. البيع والشراء .

ودليله قوله تعالى " (وَأَحْلَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) ⁴¹¹ قول النبي صلى الله عليه وسلم: التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء ⁴¹²

2. العمل بأجر للآخرين :

فقد جاءت النصوص المرغبة بالعمل الخاص والكسب المباح كما في قوله صلى الله عليه وسلم " ما أكل أحد طعاماً خيراً من أن يأكل من عمل يده وإن نبي الله داود كان يأكل من عمل يده " ⁴¹³

3. الزراعة :

وهي من مصادر الملكية الخاصة وقد رغب الشرع فيها كما في قوله تعالى : (هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ) ⁴¹⁴ ولحديث النبي صلى الله عليه وسلم ما من مسلم يغرس غرساً أو يزرع زرعاً فيأكل منه طير أو إنسان أو بهيمة إلا كان له به صدقة ⁴¹⁵ " ولحديث النبي صلى الله عليه وسلم " إن قامت الساعة وفي يد أحدكم فسيلة فليغرسها ⁴¹⁶ قال الإمام الماوردي : " أصول المكاسب الزراعة والتجارة .. والأرجح عندي أن أطيبها الزراعة لعموم نفعها وتحقيقها التوكل على الله " ⁴¹⁷

4. إحياء الموات :

نعني بالموات الأرض الميتة الدائرة المنفكة عن الاختصاصات وعن ملك معصوم ودليلها حديث النبي صلى الله عليه وسلم " من أحيا أرضاً ميتة فهي له " ⁴¹⁸

⁴¹¹ البيهقي، السنن الصغير، 320.

⁴¹² الترمذي، البيوع، 507.

⁴¹³ البخاري، البيوع، 15.

⁴¹⁴ الملك، 15.

⁴¹⁵ البخاري، المزارعة، 103 .

⁴¹⁶ أحمد، مسند الإمام أحمد بن حنبل، 296.

⁴¹⁷ ابن حجر، فتح الباري ، 304/4.

⁴¹⁸ البخاري، المزارعة، 106.

- وشروط إحياء الموات :
- أ أن لا تكون الأرض ملكاً لأحد من المسلمين أو غيرهم .
- ب أن لا تكون داخل البلد .
- ج أن لا تكون من المرافق العامة كالمنتزهات أو المسایل .
- د أن يتحقق فيها إحياء الأرض في مده أقصاها ثلاث سنين إما بعمل حائط منيع أو إجراء الماء أو غرس الشجر .
- ه أهلية المحي بأن يكون قادراً على إحياء الأرض .
- و إذن الإمام، وهذا شرط عند أبي حنيفة، واشترطه مالك إذا كانت الأرض قريبة من البلد.⁴¹⁹

5. الصناعة والاحتراف "

حث الإسلام على الصناعة وأخبر النبي صلى الله عليه وسلم. " أن زكريا كان نجاراً⁴²⁰ " وقد ثبت أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا عمال أنفسهم. أي أنهم أهل حرفة وعمل " ⁴²¹ .

6. الاحتطاب .

وكل ما يمكن حيازته وليس ملكاً لأحد يقول النبي صلى الله عليه وسلم : " لأن يحتطب أحدكم حزمة على ظهره فيبيعها فيكف الله بها وجهه خير له من أن يسأل الناس أعطوه أو منعوه⁴²² .

7. الصيد .

ومعناه " اقتناص حيوان حلال متوحش طبعاً غير مملوك ولا مقدور عليه بآلة معتبرة بقصد الاصطياد⁴²³ ويدل على إباحته قوله تعالى: (أَجَلٌ لَّكُمْ صَيِّدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعاً لَّكُمْ وَلِلنَّاسِ)⁴²⁴

⁴¹⁹ الماوردي، الأحكام السلطانية للماوردي، 23- 226؛ بلغة السالك لأقرب المسالك 4/4 8 ؛ ابن قدامة

المغني 145/8 - 183.

⁴²⁰ مسلم، الفضائل، 1847.

⁴²¹ البخاري، البيوع، 14.

⁴²² البخاري، البيوع، 14.

⁴²³ الجرجاني، التعريفات، 178؛ الإقناع، 4 / 30؛ المطلع، 385.

⁴²⁴ المائدة، 96.

8. إقطاع السلطان وجوائزه .
9. الجعل على عمل معلوم والسبق .
10. قبول الهبة والعطية والهدية .
11. اللقطة .
12. الوصايا والإرث .
13. المهر والصداق .
14. ما يأخذه المحتاج من أموال الزكاة والصدقة .
15. ما يؤخذ من النفقة الواجبة كالزوجة تأخذ من زوجها والولد من والده ...
من أهداف الملكية الخاصة .
1. إثراء التعاون الدولي عن طريق الأفراد. والمؤسسات غير الحكومية. وذلك بتعبئة الأفراد للعمل على تنمية البلاد زراعياً وصناعياً وإشعارهم بدورهم المهم في عمارة الأرض. وفي ذلك مصالح عظيمة للفرد والمجتمع .
2. تحقيق الخير والرفاهية للأفراد والنفع العام للمجتمع عن طريق المنافسة العادلة بين المنتجين .
3. عدم إشغال الدولة بأمور إنتاجية يتمكن الأفراد من تحقيقها .
4. إشباع غريزة حب المال وتوظيفها في المجال الذي فطرها الله عليه ⁴²⁵.

الركن الثاني: الحرية الاقتصادية المقيدة .

تقييد الحرية الاقتصادية في الإسلام يعني إيجاد الضوابط الشرعية في كسب المال وإنفاقه لتحقيق الكسب الحلال والنفع العام لأفراد المجتمع .

. وخالف النظام الإسلامي النظام الرأسمالي الذي أطلق حرية الكسب من غير قيود أو ضوابط وخالف النظام الاشتراكي الذي صادر الحرية فمنع الناس من التملك .

أما الإسلام فقد جعل هناك حرية اقتصادية ولكنها مضبوطة بالشروط الآتية :

الشرط الأول . أن يكون النشاط الاقتصادي مشروعاً .

والقاعدة الشرعية . أن الأصل في الأشياء الإباحة إلا ما ورد النص بتحريمه، فمساحة الحلال في الاقتصاد واسعة، ولكن بشرط أن لا تخرم نصاً يقتضي حرمة هذا النشاط الاقتصادي

⁴²⁵ البخاري، البيوع، 57.

ومنها .

1. الربا .

والربا حرام في الإسلام لقوله تعالى : (الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا)⁴²⁶ إلى غيرها من نصوص الكتاب والسنة وإجماع العلماء⁴²⁷ وحُرم كذلك في كل الشرائع السماوية⁴²⁸ لما فيه من الأضرار الاقتصادية والاجتماعية .

فالأضرار الاقتصادية تكمن في أن الربا وسيلة غير سليمة للكسب لما يلي :

أ. الفائدة التي يحصل عليها المرابي لا تأتي نتيجة عمل إنتاجي بل استقطاع من مال الفرد، أو من ثروة الأمة دون أن ينتج ما يقابله .

ب . الفائدة الربوية تدفع فئة من الأمة إلى الكسل والبطالة وتمكنهم من زيادة ثروتهم بدون جهد أو عناء .

ج . الربا يؤدي إلى ظاهرة التضخم في المجتمع ويوسع الهوة بين الفقراء والأغنياء .

د . إثقال كاهل المقترضين عند العجز عن التسديد لتضاعف سعر الفائدة المحرمة شرعاً .
أما الأضرار الاجتماعية للربا فمنها :

أ . الربا يستغل حاجة المحتاجين عندما يقترضون، ويلحق بهم الكثير من الأضرار النفسية والاجتماعية والمالية دون اختيار منهم .

ب . ينمّي الضغائن والأحقاد بين الناس لعدم اقتناع المقترض بما أخذ منه مهما كانت حاجته ورغبته منه

ج . يلغي معاني الفضيلة والتعاون والتكافل والتراحم بين الناس"⁴²⁹ .

والربا نوعان :

النوع الأول . ربا النسئة وهو ربا الجاهلية وصورته " أن يقترض الإنسان مبلغاً من المال على

⁴²⁶ ابن حجر ، فتح الباري ، 304/4 .

⁴²⁷ البقرة: 275 .

⁴²⁸ اتفقت كلمة الكنيسة على تحريم الربا تحريماً قاطعاً مبنياً على نصوص كثيرة من العهد القديم والجديد، يقول سكوابار: " إن من يقول إن الربا ليس بمعصية يُعدّ ملحدّاً خارجاً عن الدين " ويقول الأب بوي: " إن المرابين يفقدون شرفهم في الحياة الدنيا وليسوا أهلاً للتكفين بعد موتهم " السيد السابق ، فقه السنة . 131/3 .

⁴²⁹ ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، 169/5؛ الذهبي ، إعلام الموقعين 106/4؛ الطريقي ، الاقتصاد الإسلامي ، 87-89 .

أن يعيد بعد فترة من الزمن المبلغ نفسه وزيادة عليه مقابل التأجيل وكلما تأخر عن تسديد المال زاد عليه المبلغ".

النوع الثاني: ربا الفضل يعني الزيادة في مبادلة مال بمال من جنسه صورته " أن يبيع 100 جرام من الذهب القديم للصائغ مقابل 90 جرام من الذهب الجديد في نفس المجلس " ⁴³⁰ ومن المعاملات المعاصرة التي يدخل فيها الربا.

1. التأمين التجاري "هو من عقود المعارضات المالية الاحتمالية المشتملة على الغرر الفاحش لأن المستأمن لا يستطيع أن يعرف وقت العقد مقدار ما يعطي أو يأخذ، فقد يدفع قسطاً أو قسطين ثم تقع الكارثة فيستحق ما التزم به المؤمن، وقد لا تقع الكارثة أصلاً فيدفع جميع الأقساط ولا يأخذ شيئاً، وكذلك المؤمن لا يستطيع أن يحدد ما يعطي وما يأخذ بالنسبة لكل عقد بمفرده . وقد ورد في الحديث الصحيح النهي عن بيع الغرر .

وهذا العقد يشتمل على ربا الفضل والنسيئة . فإن الشركة إذا دفعت للمستأمن أو لورثته أو للمستفيد أكثر مما دفعه من النقود لها فهو ربا فضل، والمؤمن " الشركة " يدفع ذلك للمستأمن بعد مدة فيكون ربا نسيئة وإذا دفعت الشركة للمستأمن مثل ما دفعه لها يكون ربا نسيئة فقط وكلاهما محرم بالنص والإجماع. ⁴³¹

2. بطاقة الائتمان: هي البطاقة الصادرة من بنك أو غيره تخول حاملها الحصول على حاجياته من السلع أو الخدمات ديناً " ⁴³² .

يدخل الربا في بطاقات الائتمان حينما يفرض مصدرها غرامات مالية على التأخر في السداد أو على تأجيل أو تقسيط المسحوبات المستحقة على البطاقة، وهذه الغرامات تعتبر من ربا النسيئة المحرم .

3. الودائع المصرفية: هي النقود التي يعهد بها الأفراد أو الهيئات إلى المصارف على أن تتعهد بردها عند الطلب أو بالشروط المتفق عليها وحقيقة الودائع إنما هي قروض للمصرف يتصرف فيها ويرد بدلها عند الاقتضاء فأى فوائد مالية يأخذها المودع من البنك تعتبر ربا . ⁴³³ وهذا ما أجمعت عليه كثير من المجامع الفقهية في العالم الإسلامي ⁴³⁴

⁴³⁰ المترك، كتاب الربا والمعاملات المصرفية، 33-192.

⁴³¹ قرار المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي، 55، 4/4، 1397هـ في دورته العاشرة.

⁴³² الصاوي ، ما لا يسع التاجر جهله للمصلح، 245.

⁴³³ الصاوي ، ما لا يسع التاجر جهله للمصلح، ، 332.

⁴³⁴ قرار المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في ربيع الثاني، 1406هـ، في المؤتمر الثاني.

2. الغرر.

وجاء النهي عنه لحديث النبي صلى الله عليه وسلم أنه " نهى عن الغرر " ⁴³⁵ ومعناه :بيع المخاطرة وهو الجهل بالثمن أو المثل أو سلامته أو أجله مثل . بيع الثمار قبل أن تنضج، وبيع السمك في الماء والطير في الهواء، وحمل الحيوان قبل أن يولد ⁴³⁶.

3. القمار والميسر

أ . وهو محرم شرعاً لقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ) ⁴³⁷ و من صورته .

1. أوراق اليانصيب والتي تشتري بمبالغ مالية محددة من أجل توقع الحظ بالفوز بجوائز هذه الأوراق .

2. المراهنة وهو أن يشترط كل من الفريقين على الآخر جعلاً أو مبلغاً في حالة الريح أو الخسارة

3. الأموال التي تنفق على الشراء من متجر ليس بغرض الحاجة للشراء ولكن بقصد الدخول على سحوبات جوائز وغيرها . ⁴³⁸

الشرط الثاني : أن تتدخل الدولة لحماية المصالح العامة وحراستها بالحد من حريات الأفراد إذا أضرت أو أساءت لبقية المجتمع . ومثالها .

ما فعله النبي صلى الله عليه وسلم حين وزع فيء بني النضير على المهاجرين وحدهم دون الأنصار إلا رجلين فقيرين . وذلك لكي يقيم التوازن بينهم .

بيع عمر السلع المحتكرة جبراً من محتكرها بسعر المثل ، تحديد الأسعار منعاً لاستغلال الناس والإضرار بهم ، نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة ⁴³⁹

الشرط الثالث " تربية المسلم على أن يؤثر مصلحته لمصلحة غيره فيتوقف عن كل ما يحقق له النفع ويضر الآخرين ، للحديث لا ضرر ولا ضرار

سبب تقييد الإسلام للحرية الاقتصادية .

وللاستزادة عبدالله السعيد ، كتاب الربا في المعاملات المالية المعاصرة ، ط: الاولى، دار طيبة، بدون م، بدون ت.

⁴³⁵ مسلم، الطلاق، 1153.

⁴³⁶ ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، 18/3؛ الشوكاني، نيل الأوطار، 178/3.

⁴³⁷ المائدة: 90.

⁴³⁸ الطريقي، الاقتصاد الإسلامي ، 96.

⁴³⁹ عبد الكريم والعسّال، النظام الاقتصادي في الإسلام، 92- 97؛ السالوس، والاقتصاد الإسلامي، 50.

1. أن المالك الحقيقي للمال هو الله عز وجل . وله الحق سبحانه أن يحدد تصرفاتهم وفق ما يعلمه من حالهم وما يصلح شؤونهم .
2. عدم الإضرار بحقوق الآخرين أو المصلحة العامة .
3. حماية مصالح بعض الفئات المحتاجة من منافسة الغير لهم كما هو الحال في مصارف الزكاة والإلزام بالنفقة على الأقارب . والضرائب عند الحاجة الماسة إليها.⁴⁴⁰

الركن الثالث: التكافل الاجتماعي .

من الحقائق الثابتة أن أفراد النوع البشري يتفاوتون في الصفات الجسدية والنفسية والفكرية، وبناء على هذا التفاوت في المواهب والإمكانات ومقدار التحمل والبذل؛ فإن هناك تفاوت سيكون في إيجاد نوعية العمل، وبالتالي مقدار الحصول على المال . وبالتالي سيكون هناك أفراد في المجتمع معوزين، لا يجدون كفايتهم من المال الذي ينفقونه على حاجياتهم الضرورية . ولهذا جاءت عدة تشريعات إسلامية لتحقيق التكافل والتعاون وسد النقص لدى أهل الاحتياج من أفراد المجتمع منها .

الزكاة لسد حاجات المعوزين .

إعطاء بيت المال لأهل الحاجات .

الإنفاق الواجب على الأقارب ومن تلزمه نفقته .

النهي عن الإسراف والبذخ تحقيقاً للتوازن الاجتماعي ومراعاة لنفوس المحتاجين .

شرعت الكفارات والصدقات والقروض والهبات وصدقة الفطر والأضاحي والعقيقة وغيرها لتحقيق مبدأ التكافل والتعاون بين أفراد المجتمع⁴⁴¹ .

⁴⁴⁰ عبد الكريم والعستال النظام الاقتصادي في الإسلام، 71 - 77؛ البعلي، أصول الاقتصاد الإسلامي، 53

⁴⁴¹ السالوس، الاقتصاد الإسلامي 1 / 47 - 50.

4.4. منطلقات أساسية للتنمية الاقتصادية

أولاً . الاعتماد على الذات .

يحرص الإسلام في توجهاته وأدبياته على غرس الشعور بالمسؤولية الفردية في كل صعيد، فالمسلم مسؤول عن توظيف طاقاته، وحفظ جوارحه، ورعاية عياله ومحاولة حل مشكلاته .. وهو يلقي في روع المسلم أن عليه قبل أن يطلب مساعدة الآخرين أن يستنفذ طاقته في نفع نفسه وعليه قبل أن يحاسب الآخرين أن يحاسب نفسه وقبل أن يقرأ تاريخ الأمم الأخرى أن يقرأ تاريخ أمته. هذه التعاليم والتوجهات ساعدت المسلم على الإقلاع حضارياً مستعيناً على ذلك بانتمائه الديني وطاقاته الذاتية .

إن من المؤسف حقاً في عصورنا الأخيرة تأسيس تنميتنا الاقتصادية على تبعية الأنظمة الاقتصادية الشرقية أو الغربية، و المشي في ركاب مشاريعهم التنموية التي تستنفذ خيرات الدول الفقيرة والضعيفة مقابل إعطائها الخبرات والحلول الاقتصادية . فبعد سقوط الشيوعية وكف الغرب عن تقديم مساعداته بدأت كثير من الدول الإسلامية صحوة متأخرة من هول صدمة الواقع الاقتصادي الذي تعيشه .

ومن أسس الاعتماد على الذات .

1. الاعتماد على الكفاءات الوطنية وحفظ رأس المال الوطني من التسرب إلى الاستثمارات الخارجية وإنقاذ أكبر عدد من الناس من الوقوع في العوز والحاجة، من خلال الاستفادة من العناصر المحلية الموجودة والموارد المتاحة في بيئتهم دون نزعهم منها إلى المدن وبالتالي تزداد الهجرة إلى المدن، وتزداد معها صعوبة العيش والحصول على العمل .
ومن النماذج في ذلك .

* في سريلانكا قام برنامج عام 1972م بمسمى مجالس تطوير الأحياء يعتمد على المشاركة الشعبية من خلال اختيار أكثر المشروعات قدرة على تحقيق أرباح وإيجاد أكبر عدد من الوظائف بأقل التكاليف وقد استطاع هذا البرنامج خلال 4 سنوات أن يقدم⁴⁴² .
1882 مشروعاً في جميع أنحاء سريلانكا .
نشأ عنه 40 ألف وظيفة .

. الأرباح العائدة فاقت أربعة أضعاف متوسط الإنتاج الحكومي .

2. تدخل الدولة الخدمي والإرشادي والتنظيمي عند اعتمادها على مشاركة الجمهور في

⁴⁴² البكار، مدخل إلى التنمية المتكاملة، 360 - 366.

تنمية الاقتصاد

بالامكانيات المتاحة .

وذلك من خلال ما يلي :

أ . إنشاء مراكز معلومات تتخذ من الأرياف والقرى مقراً لها وتقوم بعمليات مسح شاملة للقوى البشرية والموارد المتاحة مع تقديم الخبرات العلمية والتقنية .

ب " إقامة المشروعات الصغيرة بقروض ميسرة بعيداً عن الربا دعماً للكوادر الوطنية وتقوية للاقتصاد المحلي .

ج . شراء منتجات المزارع والمصانع من قبل الدولة دعماً لها بشرط مراقبتها للجودة العالية

د , الدعوة إلى الإبداع والمكافأة على ذلك .

ففي بنجلاديش صمم منزل مقاوم للمطر والريح بجوانب يتكون الواحد منها من حصيرين من الخيزران بينهما مادة البوليثين القوية التحمل خلال أربعة أيام .

3. الاعتماد على التعليم والتدريب للشباب .

وهو السر في تفوق كثير من الشعوب اقتصادياً. ففي اليابان الشركات والمصانع لا تسرح الموظفين نتيجة تقليص الإنتاج وإغلاق بعض خطوطه ولكنها تعيد تأهيلهم في فروع إنتاج جديدة وهذا نتيجة حكمة تقول " إعطاء الفرد سمكة واحدة يوفر له الغذاء مرة واحدة. أما تعليم الإنسان كيف يصطاد السمك فإنه يؤمن له غذاءً متجدداً ودائماً " .

فيجب إشغال أوقات الشباب فيما يفيد الخطة التنموية للبلاد إذ في المملكة أكثر من 54% من السكان هم من فئة الشباب دون العشرين فقابليتهم للتدريب والتأهيل عالية جداً ويمكن أن تسدّ بهم الثغرات التنموية في القطاعات الأخرى مما يؤدي إلى إشغال وقتهم وتفعيل طاقاتهم بالمفيد النافع. وقد فعلت ذلك حكومة متران السابقة في فرنسا عندما عينت وزيراً للوقت الضائع يعود على الفرد والبلاد بالنفع والفائدة " 443 .

ثانياً . التصنيع عصب التنمية الحديثة .

إن توفير الدخول الجيده للأفراد لا يكون بعيداً عن التصنيع . والتصنيع المؤثر على الاقتصاد المحلي والدولي هو القائم على التقنية المعاصرة .

إن التقنية التي نريدها هي . كل تقنية تستفيد إلى أقصى درجة من الموارد الطبيعية المتاحة ومن الحجم المناسب من رأس المال والعمال والمهارات والتي تعزز الأهداف العليا والوطنية للأمة . ومن سمات التقنية المناسبة .

⁴⁴³ البكار، مدخل إلى التنمية المتكاملة، 360-366.

أ. أنها تلبي حاجات الناس وتوظف الطاقات والامكانيات، ولا تصبح لها تبعية تؤثر على هذه السمة .

ب . أن التقنية المناسبة هي التي توظف أكبر عدد من الأيدي العاملة .

ج . أن التقنية المناسبة هي التي تعتمد على استثمار المعطيات المحلية وتوظيف الخبرات والطاقات المتوفرة ولهذا يمكن أن تفرض الدول على الشركات المستثمرة ما يحقق هذه السمات فالهند مثلاً منعت الشركات الكبرى من إقامة مشروعاتها في الحضر والمدن المكتظة. وألزمت الدوائر الحكومية والمؤسسات من شراء 241 سلعة من المشاريع الصغيرة دعماً لها مقابل دخول الشركات الكبرى للبلاد. ثالثاً. الحد من الهدر والاستهلاك .

وهذا تحقيقاً لقوله تعالى: (وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ)⁴⁴⁴ وكذلك وصفه سبحانه للمبذرين بأشنع الأوصاف فقال تعالى: (إِنَّ الْمُبَذِّرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ)⁴⁴⁵ فالملتحم يعيش مظاهر من الإسراف والتبذير مثل الإنفاق على الأثاث والرياش والتحف وبناء المساكن بصورة بذخية فائضة عن الحاجة. بالإضافة إلى المبالغ التي تنفق على السياحة والسفر بلغت نفقاتها في عام واحد فقط من السعودية 25 مليار ريال⁴⁴⁶ وهناك من يستدين بالربا من أجل شراء سيارة فاخرة أو شراء طعام كثير يطبخ ولا يؤكل في مثل كثير من مناسبات الأفراح واللقاءات الاجتماعية .

وهناك دراسة محلية تبين أن المستهلك السعودي ينفق 40 - 60 % على الغذاء و 15 - 20 % على الكساء، و 15 - 20 % على الترفيه و 5.10 % على التعليم ومثلها على السكن⁴⁴⁷

وبالتالي يفقد المستهلك قدر كبير من دخله وأمواله على كماليات تفيض عن حاجاته وتضيع مدخراته نتيجة لعادات خاطئة أو محاكاة للآخرين من دون اعتبار الفروقات المالية والاجتماعية. أسباب ظاهرة الإسراف في المجتمع المسلم .

1. ضعف الشعور الديني لدى المسلم جعله يستسلم لأهوائه وشهواته فيفرط في الإنفاق على متعه ولذاته .

2. فقر الحياة الثقافية والاجتماعية جعل مجال التفاضل هو كسب المال وإنفاقه وهدره .

⁴⁴⁴ الأعراف: 31

⁴⁴⁵ الإسراء: 27

⁴⁴⁶ جريدة عكاظ، 1419/1/15هـ.

⁴⁴⁷ القحطاني، مقال العقلية الاستهلاكية إلى أين، جريدة اليوم، 2018.

3. ضعف الوعي بقيمة المال وحاجة الأمة إليه، فالمال قد يصبح أقوى سلاح للأمة إذا سخر في خدمة أهداف الدولة وبنائها الحضاري .

4. الافتتان بالأنموذج الغربي الغني في طريقة العيش والحياة، ومحاولة التقليد لهم في العادات والتصورات مما زاد من نسبة النفقات على الكماليات الباهظة فيرغم في كثير من الأحيان ذوو الدخل المحدود على مضاعفة العمل أو الاقتراض .

5. تكديس الأشكال الكثيرة من البضائع في الأسواق إلى جانب استئثار الناس إلى الاستهلاك من خلال الدعايات والإعلانات .

ومن أجل علاج هذه الظاهرة يجب أن تتعاون الجهات المؤثرة في المجتمع في وضع التدابير اللازمة لتقليلها والحد من انتشارها من خلال مايلي:

1. زيادة الوعي الديني والاجتماعي بضرورة ترشيد الاستهلاك والإنفاق في كل الأمور الحياتية

2. ضرورة وجود نماذج قيادية يُقتدى بها يتلقف الناس تصرفاتهم الحسنة كنماذج للسلوك السوي الصحيح .

3. زيادة عدد المشاريع الاقتصادية الناجحة لتدفع برؤوس الأموال للخروج إلى الأسواق وعدم تكديس هذه الأرصدة لدى الناس مما يدفعهم لاستخدامها في مظاهر عديدة للترف والبدخ

448

رابعاً . التخطيط الشمولي التكاملي للتنمية .

وهذا التخطيط هو الذي ينظر إلى التنمية من أعلى باعتبارها كل لا يتجزأ دون قصر النظر على الخطط الجزئية أو المرحلية أو المؤقتة فقط . أو التخطيط نتيجة ردة فعل مبنية على أمر طارئ أو خلل عارض ربما يزول وينقطع . ولا يخفى على أحد ما يطرأ على تلك الخطط من تناقض وتعارض عند البدء بأول خطوة نحو التنفيذ، فالتنمية الصحيحة لا بد أن تسير وفق مخطط شمولي يسعى إلى التكامل في البناء والأعمال، وعندها نكون قد قضينا على التواءات والفروقات التي يمكن أن تحدث بعد ذلك بين خدمات المرافق المتنوعة وقابليتها للتطوير أو الزيادة السكانية المتوقعة حيث يتضاعف عدد سكان الدول وبالأخص الدول النامية كل 15 سنة .

خامساً . التنمية الاقتصادية الصحيحة لا تدمر البيئة .

حدثت مظاهر سيئة على البيئة نتيجة النهوض الاقتصادي الكبير في العقود الأخيرة من هذا القرن والذي لم يراع أي اهتمام بسلامة البيئة وصحتها . فمن الأمثلة على تلك المظاهر .

448 البكار، المدخل إلى التنمية المتكاملة، 375-377؛ الطريقي، الاقتصاد الإسلامي، 102-109.

1. خلال نصف قرن مضى فقط خسر العالم خمس التربة الصالحة للزراعة وخمس غابات المطر وانقراض الآلاف من الأجناس النباتية والحيوانية .
2. انتشار مواد كيميائية خطيرة تستخدم في أكثر دول العالم تجر عليها اختبارات سابقة وأثارها سيئة تصل إلى أكثر من 80 ألف مادة.
3. ارتفاع حرارة الأرض نتيجة أبخرة وغازات وعوادم السيارات وغيرها والتي أدت إلى تغيرات مناخية زادت من خطر الأعاصير المدمرة أو الجفاف أو الفيضانات .
ولحل هذه الظاهرة لابد من أمور .
- أ. تدعيم الإيمان في قلوب الناس وتخفيف شهية التفرد بالاستهلاك نحو المتع التي تحقق مصلحة خاصة ولكنها تفتح مفاصد عامة ومتعددة .
- ب. تشجيع المؤسسات على الاستثمار في المشروعات الواقية والصحية ومعاينة المشروعات الضارة .
- ج. إيجاد بدائل للطاقت الحرارية التي تستخرج من البترول أو الفحم وغير ذلك إلى ماهو أقل ضرراً وأنفع للبيئة والإنسان.⁴⁴⁹

⁴⁴⁹ مسفر بن علي القحطاني، النظام الاقتصادي في الإسلام، 145.

5. الخاتمة

1. ان العالم الاسلامي بحاجة ماسة الى تطبيق الشريعة الاسلامية والعمل بالفقه في الجملة واجب الزامي، وسبيل العودة الى العمل بالفقه هو تقنيه اي صياغته في مواد مبسطة تيسيرا لرجوع القضاة اليه وتوحيدا لاحكام القضاة، وتسهيلا لامر المتقاضين بمعرفة الحكم الذي يتقاضى على اساسه. ويتم هذا من طريق لجنة من علماء المذاهب لانتقاء الحكم من اي مذهب حسبما يرون المصلحة، ويكون عمل اللجنة جادا وسريعا، حتى اذا ما انتهت من اعمالها اصدر الحاكم وهنا العقدة امرا باعتماد القانون المستمد من الفقه، تجاوبا مع تطلعات الناس بالرجوع الى الشريعة وفقه القرآن والسنة، وفي ذلك راحة للنفوس، وطمئينة للقلوب نزول بها تلك الازدواجية بين الدين والحياة والانظمة السائدة .

2. امكان تدوين دستور الدولة على اساس الشريعة الاسلامية، وتقنين القوانين بما لا يخالف شيئا من ثوابت الشريعة الاسلامية، بحيث يأخذ من كل مذهب من المذاهب الفقهية ما هو الاصلح للمسلمين والدولة وسيادتها وان ادى الى التلفيق وتتبع الرخص، وبعيدا عن تتبع زلات العلماء التي تنحل بها التكاليف الشرعية، وليظهر للشريعة خصوصيته الحنفية السمحة والتي تلائم مع كل عصر وكل مستجدات الحياة.

3. لا مانع شرعا من اختيار الحاكم ولي الامر ايسر الاقوال في المذاهب الشرعية المختلفة، اذ ان ذلك ليس من قبيل التلفيق الممنوع، لان الاحكام المختارة من المذاهب هي احكام كلية لامور متغايرة لا تجمع بينها رابطة . واذا حدث فيها تلفيق اثناء التطبيق الفعلي فهو غير مقصود فلا حرج فيه، كالقول بصحة الزواج بغير ولي وبعبارة النساء، والتفريع عليه يجوز استدامة الزوجية بعد مراجعتها اثر صدور طلاق ثلاث بلفظة واحد اكتفاء بايقاعه طلاقة واحدة رجعيا. فهو تلفيق غير ممنوع لانه لم يقصد اليه. والقول بجواز التلفيق في الجملة اقوى دليلا من القول بمنعه، فضلا عما فيه من تحقيق مصالح الافراد والجماعات، ولا يترتب عليه اي مفسدة من مفسدات التلفيق المحذور.

4. و في ذلك توحيد الامة وزوال التفرقة باحترام كل جانب رأي الآخر بين المسلمين اذا كانت التفرقة عن نظريات علمية واجتهادات واستنباطات من الكتاب والسنة والدلائل العقلية، واما اذا كانت التفرقة عن حب الرئاسة او السياسة او جمع حطام الدنيا او كون بعض المأجورين لاحداث التفرقة بين المسلمين فلا سبيل لرفعها الا بقدرة الله القادرة ورحمته الوافرة. ونرجو الله تعالى ان يفعل ذلك وهو على كل شيء قدير .

5. ان المسلم يجوز له ان يتعامل مع الذين يرون المحرمات . ولهذا قال العلماء . ان الكفار اذا تعاملوا بينهم بمعاملات يعتقدون جوازها، وتقابضوا الاموال ثم اسلموا كانت تلك الاموال لهم حلالا وان تحاكموا اليها اقررنها في ايديهم، سواء تحاكموا قبل الاسلام او بعده، وقد. فامرهم بترك ما بقي في الذمم من الربا ولم يأمرهم برد ما قبضوه، لانهم كانوا يستحلون ذلك. والمسلم اذا عامل معاملات يعتقد جوازها كالحيل الربوية التي يفتي بها من يفتي من اصحاب ابي حنيفة، واخذ ثمنه، او زارع على ان البذر من العامل، او كرى الارض بجزء من الخارج منها، ونحو ذلك، وقبض المال جاز لغيره من المسلمين ان يعامله في ذلك المال، وان لم يعتقد جواز تلك المعاملة بطريق الاولى والآخرى، ولو انه تبين له فيما بعد رجحان التحريم لم يكن عليه اخراج المال الذي كسبه بتأويل صائع ؛ فان هذا اولى بالعدول والعفو من الكافر المتأول . ولما ضيق بعض الفقهاء هذا على بعض اهل الورع الجأه الى ان يعامل الكفار، ويترك معاملة المسلمين. ومعلوم ان الله ورسوله لا يأمر المسلم ان يأكل من اموال الكفار، ويدع اموال المسلمين، بل المسلمون اولى بكل خير، والكفار اولى بكل شر .

6. لقد أورد القوانين المدنية المعاصرة عدداً كبيراً من القواعد الفقهية في مواضع مختلفة من أبوابه وفصوله، نصت على بعض هذه القواعد كما وردت في الفقه الإسلامي وتصرفت في البعض الآخر، ولم يسلم القانون بسبب هذا الفعل من النقد والاعتراض نظراً للاختلاف الواقع بين القاعدة الفقهية والقاعدة القانونية صياغة ومضموناً وغاية .

7. القواعد الفقهية التي أوردتها مجلة الأحكام العدلية تقارب المائة قاعدة وقد تجاوز عددها في القانون المدني العراقي والأردني الخمسين قاعدة، ولم يكن القانون المدني مجرد ناقل للقواعد، بل تصرف في بعضها شكلاً ومضموناً، لذلك كان لابد من دراسة هذه القواعد، ومقارنتها بالقواعد الفقهية الواردة في المصادر الفقهية، خاصة مجلة الأحكام العدلية باعتبارها مصدراً تاريخياً للقانون المدني العراقي وغيرها من الدول عمومًا والقواعد الفقهية خصوصاً،

8. تناولنا هذه القواعد بدراسة فقهية قانونية مقارنة ونقدية من حيث الشكل والمضمون ، وصنفنا القواعد الفقهية تصنيفاً علمياً وموضوعياً ، بحيث جمعنا القواعد التي تشكل مجموعها وحدة موضوعية متكاملة تحت عنوان واحد والتي يمكن أن تكون كل مجموعة منها تدرس وتبحث عنها كمنظريّة مثل نظرية العقد.. مع العلم بأن بعض القواعد تندرج تحت أكثر من موضوع مثل " قواعد تفسير الكلام وتأويله ، قواعد الاستدلال على الارادة والتعبير عنها ، قواعد العرف ، قواعد الاستصحاب ، قواعد الضرورة والحاجة والتيسير ورفع الحرج ، قواعد إزالة الضرر ، قواعد التصرف في ملك الغير ، قواعد الضمان ، قواعد

التوابع والاعتقار ، قواعد الشرط والمانع ، قواعد الظن والتوهم ، قواعد الحرام ، قواعد التلازم ، قواعد الاجتهاد ، قواعد السياسة الشرعية ، قواعد متفرقة " .

9. ولذلك استعرضنا فيما سبق القواعد الفقهية المالية وأثرها في القوانين المدنية وتطبيقاتها القانونية والتي يستنبط منها مجموعة من الضوابط التي تحكم المعاملات المالية ، وفي ضوءها يكون الحكم على شرعية أو عدم شرعية المستحدث والمعايير منها ، وعلى أساسها تحدد الأهداف والسياسات والاستراتيجيات ، وتوضع الخطط والبرامج ، وتراقب وتقوم المعاملات والأحداث المالية ، وتتخذ القرارات اللازمة لتطوير الأداء إلى الأحسن وهذا كله وفقاً لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية .

10. إظهار الدور الاقتصادي للقوانين المدنية المتأثرة بالقواعد الفقهية وذلك باعتبار القواعد والضوابط الفقهية المالية الدستور الإسلامي للمعاملات المالية والذي يُنظر إليه على أنه الأساس لوضع اللوائح والنظم والإجراءات التنفيذية في الواقع العملي ، وكذلك المرجع الأساسي لاختيار السبل والوسائل والأدوات المعاصرة التي تستخدم في تنفيذ المعاملات المالية ، كما تصلح أن تكون مرجعاً لأي برنامج اقتصادي إسلامي وبديل للبرامج الوضعية غير الإسلامية .

11. يقوم الاقتصاد في الإسلام على ركيزة أخلاقية واضحة تهدف إلى الاهتمام الأكثر بالناس .

12. يتعامل الاقتصاد الإسلامي مع التراث بفكر مفتوح تماماً فلسفاً في حاجة إلى أسلمة الكثير من المبادئ والسلوكيات التي قد ينهل منها الاقتصاد الإسلامي على أساس أن الأصل في الأشياء الإباحة، وأن الحكمة ضالة المؤمن .

13. يجب علينا كمسلمين أن نخرج من حالة الانهزامية عند تناولنا القضايا الإسلامية . فإسلامنا كنظام حياة يعد أكمل وأشمل وأروع من أي نظام وضعي، ولا يقبل المقابلة ناهيك عن استحالة المقارنة مع أي من الأنظمة التي عرفت البشرية . ولا شك في ذلك، فهو من وضع الخالق تبارك وتعالى . ومن ثم يجب أن نتخلص من هذه العقدة التي وضعنا أنفسنا فيها بمحاولات مستمرة ومخططة من قبل أعدائنا لإقناعنا بأنها حقيقة، ونتيجة لذلك عشناها طويلاً في ظل الظلام الحضاري الذي كنا وما زلنا فيه ببعدها عن الإسلام أساساً من ناحية ونتيجة طبيعية لفرض نماذج حياة غريبة علينا من قبل أعداء الإسلام، من ناحية أخرى .

14. النظام الإسلامي يقوم على أربعة عناصر. العقائد، الأخلاق، العبادات، المعاملات، كوحدة لا تتجزأ تقتزن في وعي الإنسان المسلم وفي أعماله لتكون كلاً متسقاً يحقق عملاً مقاصد هذا النظام من حفظ إيجابي فاعل للدين والنفس والعقل والمال والنسل

إعمارًا مستمرًا للأرض وتحسينًا حقيقيًا للتقدم الحضاري في شتى جوانب الحياة ، وأن غياب هذا النظام هو السبب الجذري للتخلف .

15. النظام الإسلامي يختلف جذريًا عن كافة الأنظمة الوضعية التي عرفت البشرية. فإن هويتها الإسلامية خصوصًا في القانون والاقتصاد إبداعية مستنيرة إذ لا يقصد بها الموقف السكوني الذي ساد عصور الانحطاط بصفة عامة وإنما يقصد به موقف التفتح الإبداعي الأول، الذي استند جملة وتفصيلاً إلى الكتاب والسنة . فبجانب معرفة الخالق تبارك وتعالى وعبادته حق عبادته، والتخلق بخلق الإسلام، أطلق هذا النظام العنان لقدرات الإنسان وملكوته في جانب العقود والشروط، أي المعاملات، والعلوم التجريبية، ليأخذ بأقصى ما أنتجه العقل البشري من أسباب التقدم في ظل ضوابط شرع الله سبحانه وتعالى. إذن فلسفية الخيار الإسلامي سلفية مستنيرة، تحرص على التراث وتنهل من حضارة العصر التي أسهم الإسلام فيها وفقًا للضوابط الشرعية.

16. النظام الإسلامي توازن وتوازن بين الروح والمادة وغايتها الاقتصادية تحقيق تمام الكفاية وتمثل في عبادة الخالق تبارك وتعالى بالمعنى الواسع الذي يشمل فرض " إعمار الأرض " تحقيقًا للحياة الطيبة الكريمة، أي توفير "تمام الكفاية " لكل فرد يعيش في كنفه.

17. من الدور الإيجابي المرجوة من الالتزام بالضوابط الشرعية في المعاملات المالية ما يلي .

أولاً . الارتياح القلبي والاطمئنان النفسي من أن المسلم يلتزم بشرع الله سبحانه وتعالى وتجنب محارمه ، ولا يستشعر بذلك إلا أصحاب القلوب الخائفة من الله ، والراجية رضاه ، والطامعة في جنته .

ثانياً . تحقيق الخير والبركة والزيادة في الأموال وفي الأرباح، وتجنب الحق والحياة الضنك وهذا في حد ذاته يزيد من الاطمئنان من أن الله هو الرازق وأن بيده كل شيء .

ثالثاً . الوقاية من ارتكاب الذنوب والمعاصي والردائل الاقتصادية التي تقود إلى فساد العقيدة والأخلاق أحياناً، حيث يقول العلماء أن للفساد الاقتصادي أثراً على الفساد الأخلاقي، كما يقود الفساد الأخلاقي إلى فساد اقتصادي .

رابعاً . تجنب الشك والريبة والخصام والشجار بين المسلمين والمحافظة على رابطة الأخوة الصداقة والحب في الله، فالالتزام بالضوابط الشرعية من موجبات المحافظة على العلاقات الطيبة بين الناس.

خامسا . سلامة واستقرار المعاملات بين الناس الخالية من الغش والغرر والجهالة والتدليس والربا وغير ذلك من صور أكل أموال الناس بالباطل ، وهذا من موجبات وجود السوق الحرة الطاهرة.

سادسا . تقديم الإسلام للناس على أنه دين شامل ومنهج حياة وليس دين عبادات وشعائر وعواطف فقط بل يمزج بين الروحانيات والماديات ، وبين العبادات والمعاملات، وصالح للتطبيق في كل زمان ومكان

سابعا . تفيد هذه الضوابط مجال الدعوة إلى الله لتكون على بصيرة وعلم وكيفية ربط المفاهيم والقواعد والضوابط بالتطبيق العملي ، كما تساعد الدعاة في الإجابة على الاستفسارات المالية المعاصرة وبيان الجائز والمنهي عنه شرعا .

ثامنا . تقديم نماذج عملية من المعاملات المالية التي تقوم على مرجعية فقهية مرنة وقابلة للتطبيق وتستوعب مستجدات العصر، وفي هذا بيان لعظمة الإسلام وعراقة الحضارة الإسلامية ، والتأكيد على أن سبب تخلف الدول الإسلامية يرجع إلى عدم الالتزام بالإسلام عقيدة وشرعية .

تاسعا . تساعد هذه الضوابط الأفراد والشركات والمؤسسات ورجال الأعمال ومن في حكمهم على أن يضعوا اللوائح المالية في ضوء الضوابط الشرعية وليس وفقا لما يخالف شرعية الإسلام .

عاشرا . تساعد هذه الضوابط كذلك في إعادة النظر في القوانين الاقتصادية والمالية والاستثمارية وما في حكمها في البلاد العربية والإسلامية لتتفق مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية وأن يكون نظامها الاقتصادي والمالي والأساليب والسبل التنفيذية مطابقة للشريعة كذلك .

18. الغاية الكبرى من ذلك هو بيان المعاملات الحلال للالتزام بها ، والمنهي عنها شرعا لتجنبها، ومواطن الشبهات فنبتعد عنها، وعندما تتحقق هذه الغاية في معاملات الناس يكون قد تحقق رضا الله سبحانه وتعالى ، وزيادة البركة في المال والأرباح والمكاسب ، واستقرار المعاملات وتقوية الروابط الإنسانية بين الناس وتطبيق شرع الله . ومن موجبات تطبيق هذه الضوابط في الواقع العملي ما يلي .

19. الفهم الصحيح للإسلام عقيدة وشرعية ، وفهم قواعده وضوابطه الشرعية ، والإيمان بأن الالتزام بها ضرورة شرعية وحاجة اقتصادية يثاب عليها المسلم . و بخصوص كيفية الالتزام بهذه الضوابط نوصي بالآتي .

20. الفهم الصحيح لفقه المعاملات بصفة عامة وفقه المعاملات المالية التي يقوم المسلم بصفة خاصة.

21. أن يكون للمسلم مرجعية فقهية موثقة ومعتمدة للرجوع إليها عند وجود معاملة مالية مستحدثة تحتاج إلى بيان الحكم الشرعي .

22. إنشاء أرشيف أو مكتبة يحفظ فيها بعض كتب الفقه ذات الصلة بالمعاملات المالية ليرجع إليها عند الحاجة .

23. الحاجة للنظام الإقتصادي الإسلامي في عصرنا الحاضر أكبر وأشد من أي عصر آخر للأمور الآتية .

24. أنه يعالج باطن الإنسان وكيانه الداخلي، ويظهر نفسه بالمراقبة المستمرة لله عز وجل، ويربطه بالإيمان بالله واليوم الآخر . يظهر ذلك من خلال صور الإنفاق للأقربين والمحتاجين، وأداء الزكاة، والتكافل والبر بالأيتام المحتاجين، وعدم الغش وأكل أموال الناس بالباطل والخوف من الإضرار بالآخرين .

25. تحقيق العدالة والتوازن بين حاجات الفرد والمجتمع ، ومصلحة الفرد والجماعة " كما في الملكية المزدوجة " . دوره الكبير في علاج الأزمة المعاصرة .

6. المراجع

- إبن السبكي، تاج الدين عبد الوهاب، جمع الجوامع، مطبعة تابش، تبريز، بدون ت.
- ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد (681هـ)، شرح فتح القدير على الهداية، ط، الثانية المثني، بدون ت.
- ابن تيمية، أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم (728هـ)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام، مكتبة الإرشاد، جدة 1990م .
- ابن حزم، ابو محمد علي بن أحمد بن سعيد الظاهري (456هـ)، الاحكام في أصول الأحكام، ت: محمود حامد عثمان، ط: الأولى، دار الحديث، القاهرة، 2005م .
- ابن حزم، ابو محمد علي بن أحمد بن سعيد الظاهري (456هـ)، المحلى بالاثار، ت: أحمد شاكر، ط: الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1997م .
- ابن رجب، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن السلامي الحنبلي (795 هـ)، القواعد لابن رجب، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون ت.
- ابن عابدين، علاء الدين محمد بن محمد أمين المعروف الدمشقي (1306هـ)، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ط: الأولى مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1386هـ .
- ابن فارس، احمد بن زكريا (395 هـ)، معجم مقاييس اللغة، ط: الثانية، مصطفى الحلبي، بدون م، بدون ت.
- ابن قدامة، موفق الدين محمد عبدالله بن أحمد المقدسي (620 هـ)، المغني، ت: عبد الله التركي، دار هجر، القاهرة، بدون م، بدون ت .
- ابن قدامة، موفق الدين محمد عبدالله بن أحمد المقدسي (620 هـ)، روضة الناظر وجنة المناظر، ط: الثالثة، دار الفكر العربي، بدون م.
- ابن قيم، شمس الدين محمد الجوزية (751 هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ت: طه عبد الرؤوف، ط: الأولى، بدون د، بدون م، 1388هـ.
- إبن منظور، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين (711 هـ)، لسان العرب، ط: الأولى دار، إحياء التراث العربي، بدون م، 1995م .

أبو السعود، محمود، خطوط رئيسية في الاقتصاد الإسلامي، ط: الأولى، مكتبة المنار الإسلامية الكويت، 1968 م.

أبو هلال، الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران العسكري (395هـ)، الفروق اللغوية، ت: أبي عمرو عماد زكي البارودي ط: الأولى، المكتبة التوفيقية أمام الباب الأخضر بدون م، بدون ت.
أبي داود، سليمان بن الأشعث السجستاني (275هـ)، سنن أبي داود، ط: الأولى، دار الحديث، بيروت 1389هـ.

أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط: الثالثة، دار القلم، دمشق، 1997م .
أحمد بن عبد الله القاري، (1309هـ)، مجلة الأحكام الشرعية، ت: عبد الوهاب أبو سليمان ومحمد إبراهيم محمد علي، ط: الأولى، جدة، 1981م.
أحمد عبدالرزاق الدويش، جمع وترتيب فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، ط: الثالثة الرياض، دار المؤيد، 2000 م .

أحمد محمد شاكر، حكم الجاهلية، ط: الأولى، مكتبة السنة، القاهرة، 1992م .
أحمد ياسين القرالة، اقواعد الفقهية في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي شكلا ومضمونا، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 36، 2009.
الأزدي، أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد (321هـ)، جوهرة اللغة، ت: رمزي منير بعلبكي، ط: الأولى، دار العلم للملايين، بيروت، 1987م.

أسامة، محمد محمود الصلابي، الرخص الشرعية أحكامها وضوابطها، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن، ط: الأولى، دار الإيمان، أسكندرية، بدون ت.

الاصفهاني، أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب (502هـ)، المفردات في غريب القرآن، ت: صفوان عدنان الداودي، دار القلم، دمشق، بدون ت.

أفندي، علي حيدر خواجه أمين، درر الحكم في شرح مجلة الأحكام، ط: الأولى، دار الجيل الطبعة، 1991م .

- الأصبهاني، أبو نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق بن موسى بن مهران، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، (430هـ)، ط: الثانية، دار السعادة، القاهرة، 1974م.
- الألباني، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين (1420هـ)، مُختَصَر صَحِيح الإمام البخاري، ط: الأولى، مكتبة المعارف، الرياض، 2002 م.
- الإمام مالك بن أنس أبو عبد الله الأصبحي (993هـ)، الموطأ، ط: الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1997م.
- الآمدي، أبو الحسن علي بن أبي علي بن محمد سيف الدين (631هـ)، الاحكام في أصول الاحكام، ط: الأولى، دار الفكر، 1411هـ.
- الباليساني، محمد طه، القول العادل في ثلاث رسائل، ط: الأولى، مطبعة شفيق، بغداد، 1986م.
- الباليساني، محمد طه، القول المعطاء في أحكام الدعاء، ط: الأولى، دار الحرية، بغداد، 1987م.
- الباليساني، محمد طه، حسن البيان في تفسير القرآن، ط: الأولى دار الحرية، بغداد، 1988م.
- الباليساني، محمد طه، القول المقبول في بعض معجزات الرسول صلى الله عليه وسلم، ط: الأولى، شفيق، بغداد، 1987م.
- الباليساني، محمد طه، هذا رأي وهذا مذهبي، ط: الأولى، وزارة الثقافة والإعلام، بغداد، 1997م.
- الباليساني، محمد طه، حسن الكلام في الصلاة على خير الأنام، ط: الأولى، دار الحرية بغداد، 1990م.
- البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، صحيح البخاري ت: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط: الأولى، دار طوق النجاة، بدون م، بدون ت، 1422هـ.
- بكر بن عبد الله أبو زيد، التقنين والإلزام، ط: الأولى، دار الهلال بالرياض بدون م، 1982م

البيهقي، أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي بن عبد الله (458هـ)، السنن الكبرى ط: الأولى، دائرة المعارف العثمانية بمحدر أباد.

الترمذي، أبي عيسى محمد بن عيسى (279هـ)، سنن الترمذي الجامع الصحيح، ت: أحمد شاكر، ط: الثانية، دار الكتب العلمية بيروت، بدون ت.
توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، ط: الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية مصر، بدون م، 1981م.

الجرجاني، أبو الحسن علي بن محمد بن علي المعروف بالسيد الشريف (816هـ)، 1413م ط: الأولى، دار الشؤون الثقافية العامة، آفاق عربية، بغداد.

الحاكم، الحافظ أبي عبد الله محمد بن البيهقي (405هـ)، المستدرک علی الصحیحین، ط: الثالثة، مكتبة المطبوعات الإسلامية بحلب، بدون م، بدون ت.
حسين شحاتة، سلسلة فقه رجال الأعمال، الكتاب الأول، القواعد الفقهية والضوابط الشرعية للمعاملات المالية المعاصرة، ط: الثانية، دار المشورة بدون م، 2018م.

الحموي، أحمد بن محمد مكّي أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحنفي (1098هـ)، غمر عيون البصائر، ط: الأولى، دار الكتب العلمية، بدون م، 1985م.

الذهبي، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان (748هـ)، سير أعلام النبلاء، ت: محي الدين عمر العمروي، ط: الأولى، دار الفكر، بيروت، 1997م.

الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر (666هـ)، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت 1981م.

الزلمي، مصطفى إبراهيم، إيضاح الفوائد في شرح القواعد على نمط جديد، ط: الأولى، دار نشر احسان، بدون م، 2014م.

الزلمي، مصطفى إبراهيم، أصول الفقه في نسيجه الجديد، ط: العاشرة، شركة خنساء للطباعة، بغداد، 2002م.

الزلمي، مصطفى، ضاري خليل، ياسين يوسف، حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، بيت الحكمة، بغداد، 1998م.

السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين (771هـ)، الأشباه والنظائر، ط: الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1991م.

سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، ط: الثانية، دار الفكر، بدون م، بدون ت.

سليم روستم باز، شرح المجلة، ط: الثالثة، منشورات الحلبي، بدون م، 1305هـ.

السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين (911هـ)، الأشباه والنظائر، ط: الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999م.

الشاطبي، أبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي (790هـ)، الاعتصام، ط: الأولى، دار ابن الجوزي، الرياض، 2008م.

الشاطبي، أبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي (790هـ)، الموافقات في أصول الشريعة، ت: عبدالله دراز، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون م، بدون ت.

الشعراني، أبي المواهب عبد الوهاب بن أحمد بن علي الأنصاري الشافعي المصري، الميزان الكبرى، ط: الأولى، دار الفكر، بيروت، بدون م، بدون ت.

الشوكاني، الإمام محمد بن علي (1250هـ)، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، ط: الأولى، دار الكتاب العربي، بدون م، 1419هـ.

الشوكاني، محمد بن علي الشوكاني (1250هـ)، القول المفيد في أدلة الاجتهاد والتقليد، ت: محمد حلاق، ط: الأولى، دار الهجرة بدون م، بدون ت.

صدرالدين، محمد بن عبد الرحمن بن الحسين الدمشقي العثماني الشافعي (780هـ)، رحمه الأمة في اختلاف الأئمة، ط: الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م.

عباس أحمد محمد الباز، أحكام المال الحرام وضوابط الانتفاع والتصرف به في الفقه الإسلامي، ط: الثانية، دار النفائس، عمان، 1420هـ.

عبد الرحمن الزبيدي، تطبيق الشريعة الإسلامية في المملكة العربية السعودية وآثاره في الحياة العملية، الرياض، بدون م، 1999م.

عبد الرحمن بن أحمد الجرجي، تقنين الأحكام الشرعية، منشور على الموقع الإلكتروني "الإسلام اليوم"، 2018م.

عبد الرحمن بن سعد الشثري، تقنين الشريعة بين التحليل والتحريم، ط: الأولى، بدون د، دون م، 1998م.

عبد الرحمن بن معلاً اللويحق، مشكلة الغلو في الدين في العصر الحاضر، الأسباب . الآثار. العلا، ط: الثانية، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1999م .

عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، ط: الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998م.

عز بن عبدالسلام ، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام (660هـ)، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة 1991م.

العسال أحمد، وعبد الكريم فتحي، النظام الاقتصادي في الإسلام، ط: الأولى، مكتبة وهبة، القاهرة، 1977 م.

العسقلاني، الحافظ أحمد بن علي بن حجر (852هـ)، الفتح الباري، ط: الأولى، دار الفكر، بيروت، 1996م.

العسقلاني، الحافظ أحمد بن علي بن حجر (852هـ)، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ومعه توجيه القارى في فتح الباري، ط: الثانية، دار الفكر، بيروت، 1996م .

عمر عبدالله كامل، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية، ط: الأولى، بدون د، بدون م، بدون ت.

الغزالي، أبي حامد محمد بن محمد (505هـ)، المستصفى من علم الأصول، ط: الأولى، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، بيروت ، بدون ت.

الغزالي، عبد الحميد، الأسس الفكرية والمادية لعملية تطور النظام الاقتصادي، ط: الثانية، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1970 م.

الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقري (770هـ)، المصباح المنير، ط: الأولى، مكتبة لبنان

1987م؛ القانون المدني الأردني قانون رقم، 43، لعام 1976 ؛ القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951؛ القانون المدني العربي الموحد ومذكرته الإيضاحية؛ الأمانة العامة للإدارة العامة للشؤون القانونية، الأمانة الفنية لمجلس وزراء العدل العرب، 2111 م . 22/21 / كقانون نموذجي بالقرار رقم 222 د 22 ؛ القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012

القرافي، شهاب الدين (684هـ)، الأحكام في تميز الفتاوى عن الأحكام، ط: الأولى، دار البشائر الإسلامية، بيروت ، 1416هـ .

القزويني، الحافظ محمد بن يزيد القزويني (273هـ)، سنن ابن ماجه، ط: الثانية، دار إحياء التراث العربي، بدون م ، بدون ت.

الماوردي، أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب (450هـ)، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ت: عصام الحرساني، والزغلي، ط: الأولى، المكتب الإسلامي، لبنان، 1996م .

محمد إبراهيم الخفناوي، الموسوعة الفقهية الميسرة ، ط: الثالثة، مكتبة الإيمان، المنصورة، بدون ت.

محمد أحمد دهمان، معجم الألفاظ التاريخية في العصر المملوكي، ط: الأولى، دار الفكر المعاصر، بيروت، بدون ت.

محمد بكر إسماعيل حبيب، أصول الفقه وفق منهج أهل السنة والجماعة، ط: الأولى، دار العقيدة للتراث، الإسكندرية ، 1999م.

محمد بكر إسماعيل حبيب، مآصول الفقه وفق منهج أهل السنة والجماعة، ط: الأولى، دار العقيدة للتراث، الإسكندرية، 1999م.

محمد صدقي، بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ط: الرابعة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1996م.

المحمصاني، فلسفة التشريع في الاسلام، ط: الرابعة، دار العلم للملايين، بيروت، 1975.

المدرس، عبدالكريم، جواهر الفتاوى أو خير الزاد في الإرشاد لعلماء الكرام، ط: الأولى، دار العربي، بغداد، 1969م .

مسلم، أبي الحسين بن الحاج القشيري النيسابوري (261هـ)، صحيح مسلم بشرح النووي
،ط: الاولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2000م.
الموروي، عبدالعظيم المكي الحنفي، القول السديد في بعض مسائل الإجتهد والتقليد، ت:
جاسم مهلهل، عدنان الرومي، ط: الثانية، دار الوفاء المنصور، 1412هـ .
وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط: الرابعة، دار الفكر، دمشق، 1997م.
وهبة الزحيلي، جهود تقنين الفقه الإسلامي، ط: الاولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1987م،
يوسف إبراهيم، استراتيجية وتكنيك التنمية الاقتصادية في الإسلام، الاتحاد الدولي للبنوك
الإسلامية، ط: الاولى، القاهرة، 1981 م.
يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، مكتب الإسلامي، ط: الثانية عشرة، بيروت،
1978م.
يونس وهبي ياووز الآقطوغاني، حركة التجديد في تقنين الفقه الإسلامي مجلة الاحكام العدلية
وقوانين ملاقا الإسلامية كمثل تجريبي، ط: الاولى، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون ت.

ETİK BEYAN SAYFASI (EK-5)

Yüzüncü Yıl Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü **Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada;**

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu

bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

(İmza)

(Sadradın Qader SEDEEQ)

(Tarih)

Doktora Tezi

Sadradın Qader SEDEEQ

VAN YÜZÜNCÜ YIL ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Mart, 2019

(MALÎ KONULARLA İLGİLİ KÜLLÎ KAİDELERİN İRAK MEDENİ KANUNUNA ETKİSİ)

ÖZET

İslam hukuku bütün zaman ve mekânlara uygundur ve uygun olmaya da devam etmektedir. İslam hukuku bünyesinde geniş ve esnek faktörleri barındırmaktadır. Kuşkusuz İslam âleminin İslam hukuk kurallarını hayata tatbik etmeye ve fıkıh ile amel etmeye ihtiyacı vardır. Bu ise hâkimlerin hüküm vermede işlerini kolaylaştırmak, dava meselelerinde tarafların davalarında dayandıkları hükmü kolay kılmak ve hüküm vermede kadıların verdikleri kararlar arasında birliği sağlamak fikhın kanunlaştırılması ile daha kolay olmaktadır. Söz konusu olgu, âlimlerden oluşan bir heyetle herhangi bir mezhebe bağlı kalmadan mahza maslahatı gözetmekle yerine getirilebilir. Bu heyet, ciddi ve azimli uğraşla fıkıhtan istifade ettiği kanunu ortaya çıkararak Kur'an ve sünnete müracaat edip insanların sorunlarına cevap bulacaktır. Bu ise, egemen sistem, din ve hayat arasındaki çift başlılığı gidererek gönüllere sekînet ve huzur verecektir. Fikhın birbirinden farklı hükümlerinden istifade etmek, Müslümanların gücüne güç katmakta ve onların önünü genişletmektedir. Ayrıca aslı itibariyle mübah olan şeylerden Allah tarafından kendilerine verilen mal ve hayattan mahrum olmamaktadırlar. Bütün bunlar zor ve ağır olan hükümlerden uzak durup tamamen Müslümanların maslahatını gözeterak kolay hükümlerle ortaya çıkar. Nitekim ayette “Allah’ın ve sizin düşmanlarınızı ve onların gerisinde

olup sizin bilmediğiniz, ama Allah'ın bildiklerini korkutup caydırmak üzere, onlara karşı elinizden geldiği kadar güç ve savaş atları hazırlayın” (Enfal, 60) buyrularak içerden ve dışardan saldırılara maruz kalmış İslam coğrafyasında yaşayan Müslümanların hayatlarını kolaylaştırmak adına bu hususa riayet edilmelidir.

Bu durum İslam hukukunu bütün zaman ve mekânlara uygun hale getirmektedir. Bu faktörlerden bir tanesi de müctehid fakihlerin zannî delillere dayanarak ortaya koydukları hükümlerdeki ihtilaflardır. Bu asır, İslam hukukunun hayatın her alanına hâkim olması açısından, asrın ihtiyaçlarını ve hukuk sisteminin taleplerini karşılayabilmesi için geniş bir kanunlaştırma hareketine tanık olmuştur. Aslında kanunlaştırmaya duyulan zaruri durum da böyle bir hareketliliği zorunlu kılmaktadır. Biz de şer‘î hükümlerin kanunlaştırılmasının gerekliliğini ortaya koymak için bu çalışmayı ele aldık. Günümüz Irak Medeni hukuku farklı alanlarda olmak üzere büyük ölçüde fıkıh kurallarını almış ve bu kuralları İslam hukukunda olduğu gibi kanunlaştırmıştır. Bu uygulamayla kanun fıkıh kurallarında yaşanan ihtilafı dikkate aldığından herhangi bir eleştiri ya da itirazla karşılaşmamıştır. 1951 senesine ait 40 numaralı Irak medeni kanunu birbirinden farklı birçok alanda İslam hukukundan hükümler almıştır. Irak medeni kanunun Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyeden etkilendiği görülmüştür. Daha sonra 1976 senesine ait 43 numaralı Ürdün medeni hukuku, bu hususta Irak medeni kanununu takip etmiştir. Daha sonraları ise diğer Arap ülkeleri birbirlerini izlemiştir. Mesela Sudan 1984, Birleşik Arap Emirlikleri 1985, Filistin ve Yemen 2012’de medeni muamele hukukunu kanunlaştırmıştır.

Bu kaideleri biçim ve içerik bakımından karşılaştırmalı ve tenkit olan fıkhi- hukuki bir araştırmada ele aldık. Fıkhi kaideleri bilimsel ve nesnel olarak sınıflandırdık. Böylece tek bir başlık altında, tek bir konuyu

oluşturacak şekilde kaideleri birleştirdik. Öyle ki bu kaidelerin hepsi akit teorisi gibi bir başlık altında toplanabilir. Bununla birlikte bazı kaideler birden fazla konunun altına girmektedir. Örneğin: “Kelam ve te’vilin tefsiri”, “İrade ve ifadeyle istidlal”, “Örf”, “İstishab”, “Zarar”, “İhtiyaç”, Kolaylık ve sıkıntının giderilmesi”, “Zararın İzalesi”, “Başkasının mülkünde tasarruf yetkisi”, “Damân”, “Tevabî ve İgtifâr”, “Şart ve Manî”, “Zan ve Tevehhüm”, “Haram”, “Telazüm”, “İctihad”, “Şer’i Siyaset”, “Müteferrika” kaidesi gibi.

Mali alışverişlere hükmeden ve kendisinden kurallar bütünü oluşturulan ve medeni hukuku etkilediğinden dolayı mali fıkhi kaideleri önceden zikrettik. Bu kurallar ışığında meydana gelen alışverişler ya hukuka uygunluk arz eder ya da sonradan ortaya çıkmış ve muasır olduğu için hukuka uygunluk arz etmez. Kurallar sayesinde siyasi hedefler, stratejiler, plan ve programlar çizilip belirlenmektedir. Kurallar alışveriş ve finansal yapıları destekler ve gözetler, meydana gelebilecek problemleri en güzel şekilde İslam hukuku ışığında çözüm üretir ve o sıkıntıyı gidermeye çalışır.

Bu bağlamda kanunlaştırmanın en önemli ve faydalı kural ve kaidelerini zikrettik. Bununla birlikte araştırmada kanunlaştırma hareketinin tarihinden söz ettik. İslam ülkelerinde İslam hukuku alanında yapılan kanunlaştırma hareketini ve bunun neticesinde meydana getirilen kanunları ortaya koymaya çalıştık. Öte yandan İslam hukukunun kanunlaştırılması yönünde olumlu ve olumsuz görüş beyan eden İslam hukukçuların görüş ve gerekçelerini irdelemeye çalıştık.

AnahtarKelimeler : İslam Hukuku, Medeni Kanun, Usuller, Hüküm.

Sayfa Adedi : 202

Tez Danışmanı : Doç. Dr. Mehmet Selim ASLAN

(Ph. D. Thesis)

Sadradın Qader SEDEEQ

VAN YÜZÜNCÜ YIL UNIVERSITY
INSTITUTE OF SOCIAL SCIENCES
MARSH, 2019

**(MALÎ KONULARLA İLGİLİ KÜLLÎ KAİDELERİN İRAK MEDENİ
KANUNUNA ETKİSİ)**

ABSTRACT

Islamic law is suitable for all time and places and continues to be appropriate. It contains large and flexible factors within Islamic law. There is no doubt that the Islamic world needs to apply the rules of Islamic law to life and to deal with fiqh. This makes it easier for judges to make their judgments easier, to make the provision based on the cases of the parties in the case of lawsuits easier and to ensure unity among the decisions of the judges in making judgments. This phenomenon can be fulfilled by observing the praise of mortals without being attached to any denomination by a delegation of scholars. This committee, with serious and persistent efforts to the law and the Quran is benefiting from the law to apply to the Qur'an and people will find answers to the problems. In this case, the sovereign system will remove the double title between religion and life, and give peace and peace to the hearts. To benefit from the different provisions of the jurisprudence, the power of the Muslims to add and expand their way. In addition, they are not deprived of the goods and life given to them by Allah. All of these are difficult and difficult to stay away from the provisions of the Muslims and the arbitration of all the easy to come up with easy provisions. In verse y In the Islamic geography where

God and your enemies and their enemies are behind them and prepared as much power and war horses as you can for them to scare and deter what Allah knows lay (Enfal, 60) This should be observed to facilitate the lives of living Muslims.

This situation makes Islamic law suitable for all time and places. One of these factors is the controversy of the provisions of the muctehid prisons based on the evidence. This century has witnessed a wide legalization movement in order to meet the needs of the century and the demands of the legal system in order that Islamic law dominates every aspect of life. In fact, the obligatory situation for legalization necessitates such mobility. We have dealt with this study in order to reveal the necessity of the legalization of the legal provisions. The contemporary Iraqi civil law has largely adopted the rules of jurisprudence, particularly in the areas of law, and enacted these rules as in Islamic law. As he took into account the conflict in the jurisprudence rules with this practice, he did not encounter any criticism or objection. The Iraqi civil code, number 40, which was adopted in 1951, received provisions from Islamic law in many areas. It was seen that the Iraqi civil code was influenced by the Mecelle-i Ahkam-i Adliyen. The civil code of Jordan, numbered 43, followed in 1976 by the Iraqi civil code. Later on, other Arab countries followed each other. For example, Sudan 1984, United Arab Emirates 1985, Palestine and Yemen enacted the law of civil treatment in 2012.

We examined these principles in a legal and comparative study in terms of form and content. We have classified Fikhi bases as scientific and objective. Thus, under one heading, we combined the bases to form a single subject. So that all of these bases can be grouped under a title such as contract theory. However, some pedestals fall under more than one subject. For example: kas Interpretation of Kalam and Te'wad ”,” Will and

Expression İz, ve Fiction ”,“ Istishab ”,“ Damage ”,“ Need ”, Elimination of Distress and Distress“, ve Loss of Damage ”,“ Power of Saving on Someone's Property “,” Damân rika, “Tevabî and İğtifâr“, ”Condition and Mani“, ”Zan and Tevehhüm am,” Haram üm, T Telazüm “,” İjtihad “,” Şer’i Siyaset î, “Müteferrika“ as the base.

We have already mentioned the fiscal rules in advance, as it rules the financial exchange and has created a set of rules and influenced civil law. In the light of these rules, the purchases are either in conformity with the law or they do not comply with the law as they are later emerged and are available. Through the rules, political goals, strategies, plans and programs are drawn and determined. The rules support shopping and financial structures, and the solutions, the problems that can occur in the best way to produce solutions in the light of Islamic law and it tries to resolve the boredom.

In this context, we have mentioned the most important and useful rules and rules of law. However, we mentioned the history of the movement of law. We tried to reveal the law of Islamic law in the Islamic countries and the laws created as a result of this. On the other hand, we tried to examine the views and justifications of Islamic jurists who expressed positive and negative opinions about the law of Islamic law.

Key Words : Islamic Law, Legalising, Rules, Procedures, Provision
Quantity of : 202
Scientific : Doç. Dr. Mehmet Selim ASLAN

İçindekiler

Giriş.....	1
1. Çizme.....	4
1.2. Kural kavramı, disiplinler, yargı teorisi ve yargı ilkeleri ve aralarındaki fark.....	4
1.3. Kurallar ve disiplinler kavramı hukuk.....	4
1.4. Adli kural ile adli memur arasındaki fark Yargı kuralı ile yargı kuramı arasındaki fark.....	6
1.5. Hukuk devleti ile hukuk devleti arasındaki temel kural arasındaki fark.....	7
1.6 Adli kuralları türetmek.....	10
1. 7. Otantik Hukuk Kuralları	16
1.8. Yargılama kurallarının önemi.....	17
3. 9."Medeni hukuk" kavramı ve kodlama ve İslami mevzuat ve yönetme gerekliliği ve alimlerin açıklamaları:.....	20
1.3 .1. Medeni hukuk kavramı ve hukukun kodlanması ve fikrin temeli	20
İlk: Medeni hukuk kavramında:.....	20
1.3 .2. Dergi Hakkında.....	23
1.3 .2 .1. Tarihsel Aşamalar:.....	23
1.3. 2. 2. Mevzuat ve düzenleme nedir.....	23
1. 3. 2 .3. Yasal etki	23
1.3. 3. Derginin İçeriği	23
1.3.4. Bazı Arap ülkelerinde İslam hukuku hükümlerinin yasallaştırılması.....	25
1.3.6. İslam hukukunun kodlanması ile ilgili diğer bilim adamları.....	26
2.1. Onun yönetiminin geleneği ve alimlerin sözleri.....	32
2.2. Buradaki doktrinlerin imalatı ve görüşleri.....	36
2.3. Ruhsatların İzlenmesi ve Düşünce Okullarının Görüşleri.....	37
2.4. Okullar ve uygulamaları arasında en kolay ve en kolay şekilde kodlama ve fetva için yararlı ilke ve kurallar.....	44
3. Mali hukuk kuralları ve yasal uygulamaları.....	53
3.1. Konuşmanın yorumlanması ve yorumlanması.....	55

3.1.1. Amaçları olan şeyler "Amaçlı eylemler"	55
3.1.2. Baz. Sözler ve binalar için değil, amaç ve anlamlara yönelik sözleşmelerdeki ders.....	63
3.1.3. Konuşmanın ilk ihmalinden önce gerçekleşmesi	66
3.1.4. Baz. "Gerçeği söylemek için orijinal"	68
3.1.5. Baz. Gerçek mecazi olamazsa.....	69
3.1.6. Baz. Konuşma göz ardı edilemezse,.....	71
3.1.7. Baz. Bazıları parselin bir bütün olarak ne olduğunu belirtiyor	72
3.1.8. Baz. Sınırlama el kitabı bir metin veya gösterge içermiyorsa mutlak serbest bırakılmalıdır.....	73
3.2. Çıkarım kuralları ve irade ifadesi:	74
3.2.1. İfadeyi söylemenin bir anlamı yok.....	74
3.2.2. Baz. Konuşma olarak kitap:	74
3.2.3. Base: Dilde ifade olarak dilsiz yapılan olağan referans:.....	75
3.3. Özel kurallar.....	77
3.3.1. Gümrük Mahkemesi:	77
3.3.2. Kural: İnsanların kullanımı ile çalışmak için bir argüman.....	78
3.3.3. Baz. İnsanlar büyük varlıkların kökenini kötülükten mahrum bıraktıl.....	79
3.3.4. Dilsizin dilindeki ifade olarak olağan referansı.....	81
3.3.5. Baz. Gümrüklerin kovulduğu veya tükendiği kabul edilir.....	81
3.4. Başvuru Kuralları.	82
3.4. 1. Baz. Kesinlik şüpheyi ortadan kaldırmaz.....	82
3.4.2. Baz. Original En yakın zamanda olay ekle:	84
3.4.3. Baz. Normal niteliklerde orijinal	84
3.4.4. Baz. Orijinal beraat.	85
3.4.5 Kural: Neyin ne olduğunun hayatta kalmasının kaynağı:	85
3.4.6. Kural: Fiillerdeki orijinaler.....	86
3.5.1. Baz. Zorluk kolaylaştırma getiriyor	89

3.5.2. Baz. 91'e genişlerse.....	91
3.5.3. Baz. Gereklilikler yasaklara izin verildi	92
3.5.4. Baz. İhtiyaçlar kadar değerli	94
3.5.5. Baz. Zorunluluk başkalarının hakkını geçersiz kılmaz.....	96
3.6. Hasarın giderilmesi için kurallar	98
3.6.1. Baz. Zarar veya zarar yok.....	98
3.6.2. Baz. Mümkün olduğu kadar büyük hasar.....	102
3.6.3. Baz. Hasar hala.	103
3.6.4. Baz. Hasar hala gibi.....	105
3.6.5. Baz. En ciddi hasar hala daha az hasar.....	106
3.7. Üçüncü kişilerin elden çıkarılması kuralları.....	109
3.7.1. Kural Hiç kimse izni olmadan başkasının mülkiyetinde hareket edemez.....	109
3.7.2. Baz. Başkalarının mülkünü elden çıkarma komutu geçersiz.....	112
3.8. Garanti Kuralları	116
3.8.1. Baz. Meşruiyet garanti değil.....	116
3.8.2. Baz. Apse garantilidir.....	118
3.9. Öğrencilerin kuralları ve sona ermesi.....	120
3.9.1. Baz. Bağlı kuruluş	120
3.9.3. Baz. Alt başvuru sahibi için geçerli değildir.....	123
3.9.4. Baz. Bağımsızlık girmeyenlere göre girin.....	124
3.10.1. Baz. Askıya alınmış durum, durum kanıtlandığında kanıtlanmalıdır.....	127
3.10.3. Baz. Gereksinimin mümkün olduğunca gözetilmesi gerekir.....	130
3.11. Şüphe ve yanılsama kuralları.....	132
3.11.1. Baz. Yanlış akılda ders yoktur.	132
3.12. Hiçbir erkeğin topraklarının kuralları.....	134
3.12.1 Kural. Almasını yasakladığı şey bir sığınak.....	134
3.12.2. El Kaide. Yapması yasak olan şey reddedildi.	135

3.13. Korelasyon kuralları.....	138
3.13.1. Baz. Eğer şampiyon kahraman bir şey varsa içinde.....	138
3.13.3. Baz. Orijinal düşerse, dal düştü.	140
3.14.1. Baz. Metnin tükenmesine müdahale etmez.....	142
3.14.2. Baz. İctihad ideallerini geçersiz kılmaz.	143
3.14.3. Baz. Analoginin analogisine karşı kanıtlanmış olan nedir ve buna karşı ölçülmez.....	147
4. Fıkıh Kurallarından Etkilenen Medeni Hukukun Ekonomik Rolü	149
4.1. Ekonominin tanımı ve önemi.....	150
4.2. Mali ve Ekonomik Hukuk İlkeleri	155
2.4. İslam Ekonomisinin Sütunları.....	165
4. Ekonomik kalkınmanın temel ilkeleri	176
5. Sonuç	181
6. Kaynaklar.....	187
ÖZGEÇMİŞ	

T.C
VAN YÜZÜNCÜ YIL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

**MALÎ KONULARLA İLGİLİ KÜLLÎ KAİDELERİN İRAK MEDENİ KANUNUNA
ETKİSİ**

DOKTORA TEZİ

Hazırlayan
Sadraddin Qader SEDEEQ

Danışman
Doç. Dr. Mehmet Selim ASLAN

VAN, 2019

KABUL VE ONAY SAYFASI

Sadradin Qader SEDEEQ tarafından hazırlanan “**MEDENİ KANUNUN FIKHİN KÜLLİ KAİDELERİNE MÜSTENİD HÜKÜMLERİ VE BUNLARIN İKTİSADA ETKİSİ**” adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından OY BİRLİĞİ / OY ÇOKLUĞU ile Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi Temel İslam Bilimleri / İslam Hukuku Anabilim Dalında DOKTORA TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Danışman: Doç. Dr. Mehmet Selim ASLAN

Temel İslam Bilimleri, Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum

Başkan: Prof. Dr. Sahip BEROJE

Temel İslam Bilimleri, Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum

Üye Dr. Öğr. Üyesi Mazhar TUNÇ

Temel İslam Bilimleri, Hakkari Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum

Üye: Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Harun KIYLİK

Temel İslam Bilimleri, Iğdır Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum

Üye: Dr. Öğr. Üyesi Mahmut DÜNDAR

Felsefe ve Din Bilimleri, Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum

Yedek Üye: Dr. Öğr. Üyesi İsmail NARİN

Temel İslam Bilimleri, Bingöl Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum

Yedek Üye: Doç. Dr. Mehmet KESKİN

Temel İslam Bilimleri, Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum

Tez Savunma Tarihi

29/03/2019

Jüri tarafından kabul edilen bu tezin Doktora Tezi olması için gerekli şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.

Doç. Dr. Bekir KOÇLAR

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

TEŞEKKÜR SAYFASI (EK-8)

Tez araştırmamın ve yazımının gerçekleşmesinde büyük katkıları bulunan Danışmanım Doç. Dr. Mehmet Selim ASLAN'a, süreç boyunca görüşlerini aldığım Prof. Dr. Sahip BEROJE ve Dr. Öğr. Üyesi Mahmut DÜNDAR'a, jüri üyesi olarak tezle ilgili değerli geri bildirimlerini paylaşan Dr. Öğr. Üyesi Mazhar TUNÇ ve Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Harun KIYLIK'a ve bu süreçte her zaman yanımda olan, desteklerini esirgemeyen biricik ailem ve sevdiklerime teşekkür ederim.

Sadradın Qader SEDEEQ

Öğrencinin Adı Soyadı

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Soyadı,Adı : Sadradın Qader SEDEEQ
Uyruğu : Irak
Doğum Tarihi ve Yeri : 11.07.1976
Telefon : 506 090 69 40
Faks :
E-mail : sadradin2@gmail.com



Eğitim

Derece	Eğitim Birimi	Mezuniyettarihi
Doktora	Van Yüzüncü Yıl	29.03.2019
Yüksek lisans	Bağdat Üniversitesi
Lisans	Bağdat Üniversitesi

İş Deneyimi

Yıl	Yer	Görev
15	Erbil / IRAK	İmam / Hatip

Yabancı Dil

.....

Yayınlar

.....

Hobiler

.....