شرح
مجلة الأحكام العدلية

للمحامي

محمد سعيد المحاسني

استاذ المجلة في معهد الحقوق بدمشق

كتاب القواعد الكلية والبيوع والاجارات

مطبعة الترقي بدمشق

سنة ١٣٤٦ هجرية و سنة ١٩٢٧ ميلادية

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله تعالى وصلى الله على جميع انبيائه ورسله و بعد فاقول ان تعييني استاذاً لدرس المجلة في المعهد الحقوقي العربي اوجب علي القيام بجمع ما يحتاجه هذا الدرس من المواد الكثيرة فجمعت ذلك مستنداً الى الشروح والمجلات وامهات كتب الفقه ورأيت ان من واجبي الاعتناء بتطبيق ما امكن من المواد القانونية على ما ورد في مواد المجلة من الاحكام و بيان الاسباب التي اوجبت وضع المواد القانونية المخالفة لصراحة المجلة وصرف الجهد وتمام الطاقة لتطبيق تلك المواد على اقوال الفقهاء مع بيان المقايسة بين المجلة والقانون المدني التركي الاخير والافرنسي وبيان ما ينطبق على هذين القانونين من اقوال الفقهاء بصورة تغني الطالب عن مراجعة باقي القوانين و بذلك يمتاز هذا الشرح على ما سبقه من الشروح بما فيه من الدعوة الى التجدد الطارئ على القوانين بالقدر الممكن واني أرجو من علماء الشرع والقانون ان يرشدوني الى مواقع الخلل لأن متصفح الكتاب ادرى بمواقعه والله حسبي وكفى .

محمد سعيد المحاسني

مقدمة الكتاب

لما كان لكل علم تاريخ مخصوص وكان الطالب اذا علم شيئاً من تاريخ العلم الذي بدأ بتحصيله يتيسر له معرفة حقيقة العلم وفلسفة مسائله لذلك وجدت من الواجب ان أبحث بحثاً مختصراً عن تاريخ واصول الفقه في مقدمة هذا الكتاب ٠

ان الله سبحانه وتعالى خلق العالم واراد بقائه لوقت معلوم وحيث كان بقاء العالم يحتاج الى نظام وقانون لذلك فقد ارسل الله الانبياء وانزل عليهم من الكتب ما فيها الكفاية لارشاد البشر الى ما يجب عليهم عمله أو تركه فمن الانبياء من كان يأمر الناس بشريعة هو صاحبها كسيدنا موسى وعيسى ومحمد صلوات الله عليهم اجمعين ومنهم من كان يقتفي شريعة رسول سبقه من الانبياء والرسل كبقية المرسلين وقد سميت هذه الكتب شرائع والله سبحانه وتعالى هو الشارع والانبياء هم اصحاب الشرائع ٠ وجميع هذه الكتب تجمع بين العبادات والمعاملات وكانت تقوم مقام القوانين الا انه كثيراً ما كان يقع بين زمن الرسولين فترة يشذ البشر بخلالها عن الصراط السوي ويترك الاديان والشرائع مهملة وكان الناس بمثل هذه الفترات يعدلون عن توحيد الخالق ويتخذون آلهة اصناماً ويتجاوزون على حق بعضهم بعضاً وهذا ما وقع في القرن السادس من الميلاد حيث استولى على اكثر البلاد سحابة ظلم مملوءة بفساد الاخلاق والاستبداد فرفعت هذه السحابة العدل من الارض ووضعت مكانه الظلم وحب النفس وتغلب الظالم على المظلوم وكانت بلاد الجزيرة محاطة بملوك اقوياء يتجاوزون عليها تارة وتارة وربما تشبثوا الى ادخال ما في بلادهم من العوائد الى هذه البلاد واستولوا عليها ولما كان سكان الجزيرة اذ ذاك في حالة التشتت في الرأي والعمل وقد اراد الله سبحانه وتعالى اظهار دور جديد في البادية يغبطها عليه جميع الناس وكان التجدد محتاجاً الى مجدد يظهر في مكة المكرمة التي هي البلد المقدس بنظر جميع سكان الجزيرة وكان المجدد لا يتبع في مثل هذه البلاد الا اذا كان ذا خصائص عالية وصفات سامية قد لا توجد في غيره من سكان تلك البلاد لأن شدة سكانها تجعلهم لا يقرون بالفضل الا لذي قدرة تفوق اسمى مقدرتهم

ولذلك فقد ظهر النبي المختار بمعجزاته التي أدهشت صناديد قريش وجدد المجد للجزيرة وسكانها ومن جملة تلك المعجزات القرآن الكريم الذي هو المأخذ الاساسي لجميع العلوم الفقهية التي اخذت منها المجلة فالرسول المشار اليه كان نبيـاً وحاكماً يحكم بالقضايا التي كانت تقع بين الناس في عهده بالاستناد الى ما جاء في الكتاب الكريم وأصحابه الكرام كانوا يفصلون القضايا والمنازعات التي كانت تقع في زمنهم بالاستناد الى الكتاب والسنة مما جاء في قوله وفعله وتقريره اما المسائل التي لم يرد النص عليهـا كانت تحسم برأي الحكام واجتهادهم ولهذا لم يمض على انتقال الرسول الا مدة قليلة حتى تعددت اقوال المجتهدين في المسائل التي لا نص لها وصار من الضروري جمع تلك الاقوال وتصنيفها والأخذ بها وقد سمي العلم المتحصل من مجموع هذه الاقوال فقهاً وسمي ما استند اليه هذا العلم اصول فقه وسمي الرجال الذين بذلوا الجهد بجمع هذه المسائل والاحكام وتدوينها مجتهدين ٠

* * *

« المذاهب الاربعة »

المجتهدون من الصحابة والتابعين كثيرون ولكن لم يبق أحـد ممن ينتسب اليهم لذلك اذا استثنينا أهـل الشيعة الكرام الذين يعملون في أكثر المسائل بمذهب الامام الشـافعي نجد ان المجتهدين العظام اربعة وهم الامام الاعظم والامام الشافعي والامام احمد بن حنبل والامام مالك وبما ان الحكومة العثمانية كان مذهبهـا المذهب الحنفي لذلك اخذت المجلة عن هذا المذهب ٠

* * *

« طبقات الفقهاء »

من المجتهدين من وضعوا قواعد الاصول واسسوها ودعوا مجتهدين في الشرع وهم الامام الاعظم ابو حنيفة النعمان ابن ثابت ولد في الكوفة سنة ثمانين من الهجرة وتوفي في بغداد سنة ١٥٠ من الهجرة ٠

والامام مالك بن انس ولد سنة ٩٠ من الهجرة في المدينة المنورة وتوفي سنـة ١٧٩ هجرية ٠

والامام الشافعي هو قرشي الاصل وكأنه خلق خلقاً للامام الاعظم فقد ولد سنة ١٥٠ هجرية يوم وفاة الامام الاعظم في مدينة غزه التابعة للقدس وتوفي سنة ٢٠٤ في مصر ٠

والامام احمد بن حنبل ولد سنة ١٦٤ في مرو وجائت به والدته الى بغداد حينما كان صبياً غير مراهق وتوفي فيها سنة ٢٤١ ٠

ومنهم الطبقة الثانية من الفقهاء الحنفية وقد اهتم افرادها بتكثير المسائل الفقهية طبقاً للاصول والقواعد الموضوعة من قبل الامام الاعظم وهما الامام ابو يوسف والامام محمد ٠

فالامام ابو يوسف هو صاحب القول السديد في اكثر المسائل لأنه اشغل منصب قاضي القضاة في مدينة بغداد مدة مديدة وايد نظرياته العلمية بالصورة العملية ٠

اما الامام محمد فانه بدأ بتحصيل المواد الفقهية على الامام الاعظم واكملها على ابي يوسف وجمع ورتب ما تلقاه منهما ٠

وبما ان اكثر الاقوال الفقهية في المذهب الحنفي تنسب الى الائمة الثلاثة الموما اليهم فاذا اريد ذكر الامام الاعظم والامام ابي يوسف عند الرجوع الى اقولهم يقال (الشيخان) واذا اريد ذكر الامام الاعظم والامام محمد يقال (الطرفان) واذا اريد ذكر الامام ابي يوسف والامام محمد يقال (الصاحبان) او (الامامان)

الصاحبان وان خالفا استاذهما في كثير من المسائل الاصولية الا انهما قد اتبعاه ولذا يقال لكل منهما مجتهد في المذهب ٠

ومن الفقهاء الكرام الطبقة الثالثة وهي طبقة لم يخالف افرادها الامام الاعظم في الاصول والفروع التي وضعها انما استنبطوا الاحكام والاصول والقواعد الموضوعة من صاحب المذهب التي لم يرد النص الصريح عليها من القواعد ولذلك فان طبقات المجتهدين هي ثلاث ٠ اما الفقهاء الذين لم يصلوا الى درجة الاجتهاد فهم الفقهاء الواقفون على الاصول الموضوعة من صاحب المذهب ومآخذها وقد فصلوا وقرروا المسائل المجملة المنقولة عن الامام الاعظم او عن احد صاحبيه والمحتمل تأويلها بوجهين اوأكثر ويسمون أصحاب التخريج والفقهاء الذين رجحوا احدى روايات صاحب المذهب في المسائل التي ورد بها اكثر من رواية ويسمون اصحاب الترجيح والعلماء الذين فرقوا وميزوا الروايات القوية عن الضعيفة يسمون اصحاب التمييز ٠ ويوجد غير هؤلاء طبقة رابعة وهم العلماء الذين يتبعون اصحاب التخريج والترجيح والتمييز في اقوالهم ٠

« طبقات المسائل »

بعد أن بحثنا مختصراً عن اصحاب الاقوال والمسائل وجب علينا أن نبحث في ذات المسائل ·

المسائل الفقهية تقسم الى ثلاث الاولى · هي المسائل الاصولية اي الروايات الظاهرة والمسائل المنقولة عن الائمة الثلاثة ككتب الامام محمد الستة وهي : المبسوط والزيادات والجامع الصغير والجامع الكبير والسير الصغير والسير الكبير وتسمى هذه الكتب ايضاً ظاهر الرواية والثانية هي مسائل النوادر وهي المسائل المروية عن اصحاب المذهب والتي درجت في غير هذه الكتب الستة وتسمى كتبها (كتب غير ظاهر الرواية) كالكيسانيات والهارونيات والجرجانيات · والثالثة هي المسائل التي اجتهد بها المجتهدون في المسئلة ·

وبما ان المجلة اخذت من المتون والشروح والفتاوي فهي تحتوي على طبقات المسائل الثلاث الا ان اكثر مسائلها أُخذت من المتون الموضوعة لنقل الروايات الظاهرة لذلك فان اكثر مسائل المجلة مأخوذة من ظاهر الروايات الا المسائل القليلة فقد اخذت من اقوال الامام زفر واقوال الفقهاء المتأخرين كما سيبين ذلك بشرح المادة ١٨٠٣ من هذا الكتاب

* * *

« صورة سبب تنظيم المجلة »

بما ان المضبطة التي نظمتها هيئة المجلة وقدمتها لمقام الصدارة العثمانية بعد ان فرغت هذه الهيئة من جمع وتدوين المسائل المحررة في كتاب البيوع وذلك في آخر القرن الثاني عشر من الهجرة هي كافية لبيان سبب وصورة ترتيب المجلة لذلك وجد من الضروري درج هذه المضبطة عيناً تتميماً للفائدة (لا يخفى على حضرة الصدر العالي ان الجهة التي تتعلق بامر الدنيا من علم الفقه كما انها تنقسم الى مناكحات ومعاملات وعقوبات كذلك القوانين السياسية للأمم المتمدنة تنقسم الى هذه الاقسام الثلاثة ويسمى قسم المعاملات منها القانون المدني لكنه لما زاد اتساع المعاملات التجارية في هذه الاعصار مست الحاجة الى استثناء كثير من المعاملات كالسفتجة التي يسمونها حوالة وكأحكام الأفلاس وغيرهما من القانون الاصلي ووضع لهذه المستثنيات قانون مخصوص يسمى قانون التجارة وصار معمولاً به في الخصوصات التجارية فقط واما سائر الجهات فما زالت احكامها

تجري على القانون المدني ومع ذلك فالدعاوي التي ترى في المحاكم التجارية اذا ظهر شيء من تفرعاتها ليس له حكم في قانون التجارة مثل الرهن والكفالة والوكالة يرجع فيه الى القانون الاصلي وكيفما وجد مسطوراً فيه يجري الحكم على مقتضاه وكذا في دعاوي الحقوق العادية الناشئة عن الجرائم تجري المعاملة بها على هذا المنوال ايضاً ٠

وقد وضعت الدولة العلية قديماً وحديثاً قوانين كثيرة تقابل القانون المدني وهي وان لم تكن كافية لبيان جميع المعاملات وفصلها الا ان المسائل المتعلقة بقسم المعاملات من علم الفقه هي كافية وافية للاحتياجات الواقعة في هذا الخصوص ولقلما يرى بعض مشكلات في تحويل الدعاوي الى الشرع والقانون غير ان مجالس تمييز الحقوق لما كانت تحت رآسة حكام الشرع الشريف فكما ان الدعاوي الشرعية تصير رؤيتها وفصلها لديهم كذلك كانت المواد النظامية التي تحال الى تلك المجالس ترى وتفصل بمعرفتهم ايضاً وبذلك يجري حل تلك المشكلات من حيث ان اصل القوانين والنظامات الملكية ومرجعها هو علم الفقه وكثير من الخصوصات المتفرعة والامور التي ينظر فيها بمقتضى النظام تفصل وتحسم على وفق المسائل الفقهية والحال ان اعضاء مجالس تمييز الحقوق لا اطلاع لهم على مسائل علم الفقه فاذا حكم حكام الشرع الشريف في تلك الفروع بمقتضى الاحكام الشرعية ظن الاعضاء انهم يفعلون ما يشاؤون خارجاً عن النظامات الموضوعة واساؤا بهم الظن فيصير ذلك باعثاً الى القيل والقال ٠

ثم ان قانون التجارة الهمايوني هو دستور العمل في محاكم التجارة الموجودة في ممالك الدولة العلية واما الخصوصات المتفرعة عن الدعاوي التجارية التي لا حكم لها في قانون التجارة فيحصل بها مشكلات عظيمة لانه اذا صارت المراجعة في مثل هذه الخصوصات الى قوانين اوربا وهي ليست موضوعة بالارادة السنية فلا يصير مدار الحكم في محاكم الدولة العلية واذا احيل فصل تلك المشكلات الى الشريعة الغراء فالمحاكم الشرعية تصير مجبورة على استئناف المرافعة في تلك الدعوى وحينئذٍ فالحكم على قضية واحدة في محكمتين كل منهما تغاير الاخرى في اصول المحاكمة ينشأ عنه بالطبع تشعب ومباينة ففي مثل هذه الاحوال لا يمكن لمحاكم التجارة مراجعة المحاكم الشرعية واذا قيل لاعضاء محاكم التجارة ان يراجعوا الكتب الفقهية فهذا ايضاً لا يمكن لأن هؤلاء الاعضاء على حد سواء مع اعضاء مجالس تمييز الحقوق في الاطلاع على المسائل الفقهية ولا يخفى ان علم الفقه بحر لا

ساحل له واستنباط درر المسائل اللازمة منه لحل المشكلات يتوقف على مهارة علمية وملكة كلية وعلى الخصوص مذهب السادة الحنفية لانه قام فيه مجتهدون كثيرون متفاوتون في الطبقة ووقع فيه اختلافات كثيرة ومع ذلك لم يحصل فيه تنقيح كما حصل في فقه الشافعية بل لم تزل مسائله اشتاتاً متشعبة فتمييز القول الصحيح من بين تلك المسائل والاقوال المختلفة وتطبيق الحوادث عليها عسر جداً وعدا ذلك فانه بتبدل الاعصار تتبدل المسائل التي يلزم بناؤها على العادة والعرف مثلاً كان عند المتقدمين من الفقهاء اذا اراد احد شراء دار اكتفى برؤية بعض بيوتها وعند المتأخرين لا بد من رؤية كل بيتٍ منها على حدةٍ وهذا الاختلاف ليس مستنداً الى دليل بل هو ناشئ عن اختلاف العرف والعادة في امر الانشاء والبناء وذلك ان العادة قديماً في انشاء الدور وبنائها ان تكون جميع بيوتها متساوية على طرزٍ واحد فكانت رؤية بعض البيوت تغني عن رؤية سائرها وأما في هذا العصر فحيث جرت العادة بان الدار الواحدة تكون بيوتها مختلفة في الشكل والقدر لزم عند البيع رؤية كل منها على انفراد وفي الحقيقة فاللازم في هذه المسألة وامثالها حصول علم كاف بالمبيع عند المشترى ومن ثم لم يكن الاختلاف الواقع في مثل المسألة المذكورة تغييراً للقاعدة الشرعية وانما تغير الحكم فيها بتغيير احوال الزمن فقط وتفريق الاختلاف الزماني والاختلاف البرهاني الواقع هنا وتمييزهما محوج الى زيادة التدقيق وامعان النظر فلا جرم ان الاحاطة بالمسائل الفقهية وبلوغ النهاية في معرفتها امر صعب جداً ولذا انتدب جمع من فقهاء العصر وفضلائه لتأليف كتب مطولة مثل كتاب الفتاوي التاتارخانية المشهورة الآن بالفتاوي الهندية ومع ذلك فلم يقدروا على حصر جميع الفروع الفقهية والاختلافات المذهبية وفي الواقع فان كتب الفتاوي هي عبارة عن مؤلفات حاوية لصور ما حصل تطبيقه من الحوادث على القواعد الفقهية وافتت به الفتاوي في ما مر من الزمان ولا شك ان الاحاطة بجميع الفتاوي التي افتى بها علماء السادة الحنفية في العصور الماضية عسر للغاية ولهذا جمع ابن نجيم رحمه الله تعالى كثيراً من القواعد الفقهية والمسائل الكلية المندرج تحتها فروع الفقه ففتح بذلك باباً يسهل التوصل منه الى الاحاطة بالمسائل ولكن لم يسمح الزمان بعده بعالم فقيه يحذو حذوه حتى يجعل اثره طريقاً واسعاً اما الآن فقد ندر وجود المتبحرين في العلوم الشرعية في جميع الجهات وفضلاً عن انه لا يمكن تعيين

اعضاء في المحاكم النظامية لهم قدرة على مراجعة الكتب الفقهية وقت الحاجة لحل الاشكالات فقد صار من الصعب ايضاً وجود قضاة كافية للمحاكم الشرعية الكائنة في الممالك المحروسة

بناء على ذلك لم يزل الامل معلقاً بتأليف كتاب في المعاملات الفقهية يكون مضبوطاً سهل المأخذ عارياً عن الاختلافات حاوياً للاقوال المختارة سهل المطالعة على كل أحد لانه اذا وجد كتاب على هذا الشكل حصل منه فائدة عظيمة عامة لكل من نواب الشرع ومن اعضاء المحاكم النظامية والمأمورين بالادارة فيحصل لهم بمطالعته انتساب الى الشرع ولدى الايجاب يصير لهم ملكة بحسب الوسع يقتدرون بها على التوفيق ما بين الدعاوي والشرع الشريف فيصير هذا الكتاب معتبراً مرعي الاجراء في المحاكم الشرعية مغنياً عن وضع قانون لدعاوي الحقوق التي ترى في المحاكم النظامية ومن أجل الحصول على هذا المأمول عقدت سابقاً جمعية علمية في ادارة مجلس التنظيمات وحرر حينئذ كثير من المسائل ولكن لم تبرز الى حيز الفعل فصدق مضمون قولهم ان الامور مرهونة باوقاتها حتى شاء الله تعالى بروز ما في هذا العصر الهمايوني الذي صار مغبوطاً من جميع الاعصار بظهور مثل هذه الآثار الخيرية المهمة ولأجل حصول هذا الامر مع سائر الآثار الحسنة الكثيرة التي هي من التوفيقات الجليلة السلطانية المشهورة بعين الافتخار للبرية احيل على عهدتنا مع ضعفنا وعجزنا اتمام هذا المشروع الجميل والاثر الخيري السديد لتحصل به الكفاية في تطبيق المعاملات الجارية على القواعد الفقهية على حسب احتياجات العصر وبموجب الارادة العلية اجتمعنا في دائرة ديوان الاحكام وبادرنا الى ترتيب مجلة مؤلفة من المسائل والامور الكثيرة الوقوع اللازمة جداً من قسم المعاملات الفقهية مجموعة من اقوال السادة الحنفية الموثوق بها وقسمت الى كتب متعددة وسميت بالاحكام العدلية وبعد ختام المقدمة والكتاب الاول منها اعطيت نسخة منها لمقام مشيخة الاسلام ونسخ اخرى لمن له مهارة ومعرفة كافية في علم الفقه من الذوات الفخام ثم بعد اجراء ما لزم من التهذيب والتعديل فيها بناء على بعض ملاحظات منهم حررت منها وعرضت على حضرتكم العلية والآن حصلت المبادرة الى ترجمة هذه المقدمة والكتاب الى اللغة العربية وما زال الاهتمام مصروفاً

الى تأليف باقي الكتب أيضاً فلدى مطالعتكم هذه المجلة يحيط علمكم العالي بأن المقالة الثانية من المقدمة هي عبارة عن القواعد التي جمعها ابن نجيم ومن سلك مسلكه من الفقهاء رحمهم الله تعالى فحكام الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد الى واحدة من هذه القواعد الا ان لها فائدة كلية في ضبط المسائل فمن اطلع عليها من المطالعين يضبطون المسائل وسائر المأمورين يرجعون اليها في كل خصوص و بهذه القواعد يمكن للأنسان تطبيق معاملاته على الشرع الشريف او في الأقل التقرب منه وبناء على ذلك لم نكتب هذه القواعد تحت عنوان كتاب او باب بل ادرجناها في المقدمة والأكثر في الكتب الفقهية ان تذكر المسائل ملحوظة مع المبادي لكن في هذه المجلة حرر في اول كل كتاب مقدمة تشتمل على الأصطلاحات المتعلقة بذلك الكتاب ثم تذكر بعدها المسائل الساذجة على الترتيب ولأجل ايضاح تلك المسائل الاساسية ادرج ضمنها كثير من المسائل المستخرجة من كتب الفتاوي على التمثيل ٠

ثم ان الأخذ والعطاء الجاري في زماننا اكثره مربوط ارتباطاً بالشروط وفي مذهب الحنفية ان الشروط الواقعة في جانب العقد اكثرها مفسد للبيع ومن ثم كان اهم المباحث في كتاب البيوع فصل البيع بالشروط وهذا الامر اوجب مباحثات ومناظرات كثيرة في جمعية هؤلاء العاجزين ولذا رؤي مناسباً ايراد خلاصة المباحث الجارية في ذلك على الوجه الآتي :

فنقول ان أكثر اقوال المجتهدين في حق البيع بالشرط يخالف بعضها بعضاً ففي مذهب المالكية اذا كانت المدة جزئية وفي مذهب الحنابلة على الاطلاق يكون للبائع وحده أن يشرط لنفسه منفعةً مخصوصةً في البيع لكن تخصيص البائع بهذا الامر دون المشتري يرى مخالفاً للرأي والقياس اما ابن ابي ليلى وابن شبرمة ممن عاصروا الامام الاعظم رضي الله عنه وانقرضت اتباعهم فكل منهما رأى في هذا الشأن رأياً يخالف رأي الآخر فابن ابي ليلى يرى أن البيع اذا دخله شرط اي شرط كان فقد فسد البيع والشرط كلاهما وعند ابن شبرمة أن الشرط والبيع جائزان على الاطلاق فمذهب ابن ابي ليلى يرى مبايناً لحديث المسلمينٌ عند شروطهم ومذهب ابن ابي شبرمة موافق لهذا الحديث موافقة تامة لكن المتبايعين ربما يشترطان اي شرط كان جائزاً او غير جائز قابل الاجراء

او غير قابل ومن الأمور المسلمة عند الفقهاء ان رعاية الشرط انما تكون بقدر الامكان فمسألة الرعاية للشرط قاعدة تقبل التخصيص والاستثناء ولذا اتخذوا طريقاً متوسطاً عند الحنفية وذلك ان الشرط ينقسم الى ثلاثة أقسام شرط جائز وشرط مفسد وشرط لغو بيان هذا ان الشرط الذي لا يكون من مقتضيات عقد البيع او لا يؤيده وفيه نفع لأحد العاقدين مفسد والبيع المعلق به يكون فاسداً والشرط الذي لا نفع فيه لاحد العاقدين لغو والبيع المعلق به صحيح لأن المقصود من البيع والشراء التمليك والتملك اي ان يكون البائع مالكاً للثمن والمشتري مالكاً للمبيع بلا مزاحم ولا ممانع والبيع المعلق الذي به نفع لاحد المتعاقدين يؤدي الى المنازعة لأن المشروط له النفع يطلب حصوله والآخر يريد الفرار منه فكأن البيع لم يتم لكن بما ان العرف والعادة قاطع للنازعة جوز البيع مع الشرط المتعارف على الاطلاق اما المعاملات التجارية فهي من أصلها في حال مستثنى كما تقدم واكثر ذوي الحرف والصنائع فقد تعارفوا على معاملات مخصوصة تقررت بينهم والعرف الطارئ معتبر فلم يبق ما يوجب البحث الا بعض شروط خارجية عن العرف والعادة تشرط في المعاملات المنفرقة في الأخذ والعطاء وليس لهذه المعاملات شأن يوجب الاعتناء بالبحث عنها فلما مست الحاجة في تيسير معاملات العصر الى اختيار قول ابن شبرمة الخارج عن مذهب الحنفية ولهذا حصل الاكتفاء بذكر الشروط التي لا تفسد البيع عند الحنفية في الفصل الرابع من الباب الاول كما وقع في سائر الفصول

وقد ذكر في المادة السابعة والتسعين بعد المائة والمادة الخامسة بعد الثمانين انه لا يصح بيع المعدوم والحال ان ما كان مثل الورد والخرشوم من الازهار والخضروات والفواكه التي يتلاحق ظهور محصولاتها يصح فيه البيع اذا كان بعض محصولاتها ظهر وبعضها لم يظهر لان ظهور محصولاتها دفعةً واحدةً غير ممكن وانما تظهر افرادها وتتناقص شيئاً بعد شيء وقد اصطلح الناس في التعامل على بيع جميع محصولاتها الموجودة والمتلاحقة صفقة واحدة ولذا جوز محمد بن حسن الشيباني رحمه الله تعالى هذا البيع استحساناً وقال اجعل الموجود اصلاً والمعدوم تبعاً له وافتى بقوله الامام الفضلي وشمس الائمة الحلواني وابو بكر بن فضل رحمهم الله تعالى وحيث ان ارجاع الناس عن عاداتهم المعروفة عندهم غير ممكن كما ان حمل معاملاتهم بقدر الامكان على الصحة اولى من نسبتها الى الفساد وقع

الاختيار على ترجيح قول محمد رحمه الله في هذه المسألة كما هو مندرج في المادة السابعة بعد المأتين . وفي بيع الصبرة كل مد بكذا عند الامام الاعظم رضي الله عنه يصح البيع في مد واحد فقط وعند الامامين رحمهما الله يصح في جميع الصبرة فمهما بلغت الصبرة يأخذها المشتري ويدفع ثمنها بحساب المد بسعر ما جرى عليه العقد وحيث ان كثيراً من الفقهاء مثل صاحب الهداية قد اختاروا اقوال الامامين في ذلك تيسيراً لمعاملات الناس حررت هذه المسألة في المادة عشرين بعد المأتين على مقتضى قولهما واكثر مدة خيار الشرط عند الأمام رحمهُ الله تعالى ثلاثة ايام وعند الامامين تكون المدة على قدر ما شرط المتعاقدان من الأيام ولما كان قولهما هنا ايضاً اوفق للحال والمصلحة وقع عليه الاختيار وذكر بدون مدة الايام الثلاثة في المادة الثلاثمائة وهذا الخلاف جار ايضاً في خيار النقد الا ان عدم تقييد المدة بثلاثة ايام وصحة تقييدها باكثر من ذلك هو قول محمد رحمه الله تعالى فقط وانما اختير قوله في هذه المسألة ايضاً مراعاة لمصلحة الناس كما ذكر في المادة ٣١٣ وعند الامام الاعظم ان المستصنع له الرجوع بعد عقد الاستصناع وعند الامام ابي يوسف رحمهُ الله انه اذا وجد المصنوع موافقاً للصفات التي بينت وقت العقد فليس له الرجوع والحال انه في هذا الزمان قد اتخذت معامل كثيرة تصنع فيها المدافع والبواخر ونحوها بالمقاولة وبذلك صار الاستصناع من الامور التجارية العظيمة فتخيير المستصنع في امضاء العقد او فسخهُ يترتب عليه الاخلال بمصالح جسيمة وحيث ان الاستصناع مستند الى التعارف ومقيس على السلم الشرعي على خلاف القياس بناء على عرف الناس لزم اختيار قول ابي يوسف رحمهُ الله تعالى في هذا مراعاة لمصلحة الوقت كما حرر في المادة « ٣٩٢ » من هذه المجلة فاذا امر امام المسلمين بتخصيص العمل بقول من المسائل المجتهد فيها تعين ووجب العمل بقوله واذا صارت هذه المعروضات المبسوطة لدى حضرتكم العلية قرينة التصويب يجري توشيح اعلى المجلة الملفوفة بالخط الشريف الهمايوني والأمر لولي الأمر اه .

ان المجلة تشتمل على مقدمة وستة عشر كتاباً وهي كتاب البيوع وكتاب الأجارات وكتاب الكفالة وكتاب الحوالة وكتاب الرهن وكتاب الامانات وكتاب الهبة وكتاب الغصب وكتاب الحجر والاكراه والشفعة وكتاب الشركات وكتاب الوكالة وكتاب الصلح

وكتاب الابراء وكتاب الاقرار وكتاب الدعوى وكتاب البينات وكتاب القضاء وقد بوشر بتنظيمها سنة ١٢٨٥ وتمت سنة ١٢٩٣

* * *

« جمعية المجلة »

لما كان اكثر اعضاء جمعية المجلة من الفقهاء الموظفين وكانت وظائف البعض منهم مانعة لدوامهم على تدوين وترتيب جميع كتب المجلة لذلك فاننا نجد ان بعض الكتب مذيلة بأمضاء بعض الاعضاء فقط دون البعض الآخر .

الا ان جودت باشا رئيس هذه الجمعية وجد عند ترتيب جميع هذه الكتب ما عدا كتابي الرهن والامانات فأنهما نظما حال غيابه عن الاستانة حيث عين اذ ذاك واليًا الا أنه كان يمد اعضاء الجمعية بمعلوماته خطًا حتى ان الجمعية كانت نظمت من جملة كتب المجلة كتاباً سمته اذ ذاك كتاب الوديعة وبعد ان نشر هذا الكتاب رفع من الموقع الرسمي ونشر ورتب كتاب الامانات بدلاً منه .

وقد صادف بعد الفراغ من ترتيب المجلة تأسيس المعهد الحقوقي في الاستانة سنة١٢٩٧ فقد عين بعض أعضاء هذه الجمعية اساتذة للمعهد وبهذه الوسيلة بث اعضاء الجمعية فكر التشريع في المعهد المذكور .

* * *

« لاحقة »

لا يوجد بين جميع كتب الفقه سوى كتابين نظما بمعرفة جمعية مؤلفة من الفقهاء وهما الفتاوى الهندية والمجلة الا ان الاول منهما يحتوي على المعاملات والعبادات والمناكحات والعقوبات والفرائض اما الثاني وهو المجلة فانه منحصر بالمعاملات فقط .

* * *

« أصول الفقه »

عندما بحثنا عن المجتهدين قلنا بان المجتهدين في الشرع هم الفقهاء الذين اجتهدوا في الاصول ودونوا المسائل الاصولية ورتبوها لذلك فتتميماً للفائدة اري ان لا بد من البحث

مختصراً عن اصول الفقه في هذه المقدمة لأن الاصول ضروري للفقه ويسهل فهم المسائل والقواعد باستخراجها من اصولها ٠

اصول الفقه : هو علم يتوسل به لاستنباط الاحكام الشرعية من ادلتها التفصيلية

الفقه : هو علمٌ بالمسائل الشرعية العملية

الأُصول : هي جمع الأَصل وهي بمعنى الدليل

الدليل : هو شيءٌ يوصل الى مطلوب خيري كقولك (ان الله يأمر بالعدل ، ولا تعتدوا) فنستدلُّ من الاولى بان العدل واجب ومن الثانية بأن الظلم حرام وهذه الآيات هي أدلة شرعية

الادلة : جمع الدليل وهي الكتاب والسنة والاجماع والقياس

موضوع أُصول الفقه : الادلة والاحكام الشرعية

غايته : هي معرفة الاحكام الشرعية وتحصيل مقدرة لاستنباط الاحكام من القواعد

* * *

« الادلة »

الكتاب : بالنسبة للاصوليين هو النظم الجليل النازل من طرف الله عز وجل على سيدنا محمد والمنقول عنه بالتواتر ٠

السنة : هي الطريق والعادة لغة واصطلاحاً هي الاشياء الصادرة عن سيدنا محمد عليه الصلاة والسلام قولاً او فعلاً او تقريراً

الاجماع : لغة العزم والاتفاق واصطلاحًا اتفاق الائمة المجتهدين المسلمين بعصر على حكم شرعي

ركن الاجماع : هو اتفاق المجتهدين وهذا اما قولي واما عملي واما رخصة او سكوتي

حكم الاجماع : افادة اليقين كالكتاب والسنة وهو ثابت بالآية الكريمة القائلة (كنتم خير امة اخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر)

القياس : التقدير لغة واصطلاحًا اظهار الفرع بالرأي بمثل الحكم من اصل شرعي (الكتاب والسنة والاجماع) بناءً على علةٍ جامعةٍ بينهما او اظهار مثل حكم المقيس عليه في المقيس لوجود علة جامعةٍ بينهما ٠

القياس قسمان قياس فقهي وقياس منطقي

ويجب لصحة القياس ان يكون حكم الاصل اي المقيس عليه غير مختص بأمر واحد كقول الرسول (صلعم) (من شهد عليه خزيمة فحسبه) يفهم من هذا الحديث بأن شهادة خزيمة وحده مقبولة شرعاً وكافية للحكم واذا نظرنا الى الآية الجليلة القائلة (فاستشهدوا شهيدين) وجب علينا ان نطلب النصاب في الشهادة كما هو الحال في المادة (١٦٨٥) من المجلة وان نعتبر حديث خزيمة منحصراً فيه لانه ثبت على خلاف القياس وما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه (مجلة مادة ١٥)

ويوجد في الاصول ايضاً ما يسمونه الاستحسان وهو غير القياس .

فكثير من المسائل الشرعية جوزت استحسانا وخلافاً للقياس لوجود احد الاسباب الاربعة . السبب الاول : الحديث كالاجارة والسلم فأن القياس لا يجيزهما لان المعقود عليه فيهما هو المنفعة المعدومة والمبيع الغير موجود الا ان احكامهما جوزت استحساناً بالاستناد الى الحديث .

السبب الثاني : الاجماع كتجويز الاستصناع لان المصنوع فيه معدوم ابتداء ولا يوجد دليل يجيزه غير الاجماع .

السبب الثالث : الاضطرار مثلا لو جاع احد واكل خبز الآخر فلا يترتب عليه حكم شرعي لان حق الحياة مقدم على حق المال الا ان الاضطرار لا يبطل حق الغير فيجب على الآكل ان يدفع قيمة ما اكله (مجلهمادة ٢٣) وكذلك تجويز البيع بالوفاء (مجلة مادة ١١٨) .

الرابع القياس الخفي : مثلاً لو اختلف البايع والمشتري بمقدار الثمن قبل استلام المبيع وعجزا عن اقامة البينة فالقياس هو تحليف المشتري فقط لانه منكر لزيادة الثمن الا انه لما كان البائع منكراً أيضاً وجوب تسليم المبيع بمقابلة الثمن الذي زعمه المشتري في هذه الحادثة فقد وجب تحليف كل منهما اليمين استحساناً حتى لو توفي كل من البائع والمشتري قبل تسليم المبيع واختلف بذلك ورثتهما تحلف الورثة ايضاً راجع المادة « ١٧٧٨ » من المجلة

ويوجد ايضاً أدلة أخرى متفرعة عن الادلة الاربعة وهي الاستصحاب والتحكيم وفقدان الدليل والتقليد وشهادة القلب .

فالاستصحاب هو ابقاء الحكم الثابت بزمان على حاله بسبب عدم وجود ما يغير حكمه وحيث اننا سنبحث عن الاستصحاب بصورة مفصلة بشرح المادة الخامسة من القواعد الكلية فقد اكتفينا في هذا المقام بتعريفه فقط ·

تحكيم الحال : هو اتخاذ الحال الحاضر حكماً وهذا يكون دفعاً لحكم منفي لانه لا يثبت حكماً شرعياً كاضافة الحادث الى اقرب اوقاته مجلة ماده « ١١ » وكقضية الطاحون الواردة في المادة « ١٧٧٦ » من المجلة ·

فقدان الدليل : الحكم بنفي الشيء الذي لا دليل له ·

التقليد : هو اتباع الغير لاعتقاد الأصابة في كلامه كتقليد المقلد للمجتهد ·

شهادة القلب · هو دليل يرجع اليه كثيراً لاجل اثبات الحكم الشرعي عند فقدان الدليل الخارجي كتقدير الخبراء مجلة ماده « ٣٤٦ »

***

« الاحكام »

الحكم : هو اثر ثابت بكتاب الله عز وجل ومتعلق بفعل العبد ·

الحكم نوعان تكليفي ووضعي ·

الحكم التكليفي : هو اثر خطاب الشارع المتعلق بافعال المكلفين اقتضاءً (كالفرض والوجوب والسنة والاباحة والكراهة والتحريم) وتخييراً كالاباحة التي بخيار العبد تركها او العمل بها ·

الاحكام التكليفية اما ان تكون صفة فعل المكلف واما ان تكون اثره كالحرام فهو صفة الغصب والملكية فهي اثر الشراء ·

اثر الفعل نوعان الاول الملكية كملك المشتري للمبيع والبائع للثمن · والثاني الاشياء المتعلقة في الملك وهذه بعضاً تكون من قبيل المنفعة كملكية المستأجر للمنفعة في الاجارة ولمنفعة المال المستعار في الاعارة ·

وبعضاً تكون من قبيل الذمة كمطالبة الكفيل في الكفالة والمحال عليه في الحوالة ·

صفة الفعل ايضاً نوعان : الاول الصفة التي يعتبر في مفهومها المقاصد الدنيوية كوفاء الدين والبيع والشراء · فلو اشترى رجل مالاً فأن المشتري لا يقصد بهذا الشراء الا ملكية المبيع

فاذا كان فعل العبد يوصله الى مقصده وغايته يكون عقده صحيحاً واذا كان لا يوصله إلى مقصده بسبب خلل بركن الفعل يكون عقده باطلاً واذا كان لا يوجد خلل بركن الفعل بل كانت بعض اوصاف الفعل الخارجية تمنع من الوصول الى مقصده يكون عقده فاسداً .

وعدا عن ذلك فأن اجزاء الفعل اي الايجاب والقبول اذا كانا مرتبطين يكون الفعل منعقداً والا يكون غير منعقد .

واذا ترتب اثر في الحال في الفعل المنعقد يكون لازماً والا يكون غير لازم لوجود احدى الخيارات ولذلك فأن جميع العقود المدرجة في المجلة تنقسم على الوجه الآتي :

الفعل باعتبار صحته يكون صحيحاً او باطلاً او فاسداً

و باعتبار انعقاده يكون منعقداً او غير منعقد

و باعتبار نفاذه يكون نافذاً او غير نافذ

و بأعتبار لزومه يكون لازماً او غير لازم

ولذا قد نظمت مواد المجلة على هذا الترتيب

والثاني الافعال التي يلاحظ في مفهومها المقاصد الاخروية وهذا ينقسم الى قسمين العزيمة والرخصة فالفعل اما ان يكون غير مبني على معذرة الانسان المشروعة ويكون مشروعاً ابتداء كالفرض والواجب والسنة .

واما ان يكون من الافعال المشروعة لابتنائها على الاعذار المقبولة كالضرورات التي تبيح المحظورات (راجع المادة ٢١ و١٠٠٧) من المجلة .

* * *

« الحكم الوضعي »

الحكم الوضعي هو اثر خطاب الشارع المتعلق بافعال المكلفين على طريق الوضع كالاركان والعلل والاسباب والشرائط كما سيأتي ذلك في المجلة مفصلاً .

* * *

« الحاكم »

ان الحاكم بالاحكام الشرعية على اعمال المكلفين الحسنة والقبيحة هو الشارع لا العقل سواء كان ذلك من الامور التي يدركها العقل بلا كسب او بعد الكسب ·

الا ن هنالك بعض مسائل يتوقف العقل عن ادراكها كتخصيص الصلاة بخمس اوقات وتعيين مقادير الديات في العقوبات والارث وهـذا موجود ايضاً في القوانين الوضعية كتحديد منتهى مدة الحبس بثلاث سنوات وتحديد بقية العقوبات بقانون الجزاء باشكال ومدد تخالف بعضها بعضاً ·

الا ان علماء الحقوق يقولون في مثل هذه المسائل التقديرات القانونية اي ان واضع القانون رأى ذلك ·

والفقهاء يقولون في مثل هذه المسائل ان الشارع هكذا امر وكل منهم يعمل بما امر به ·

* * *

« مطالعة »

يظن البعض بأن الحاكم هو العقل وان العقل هو نور يجب ان تكون الافعال المدركة بسببه حسنةً · وجواباً على ظنهم هذا نقول بان العقل وان كان نوراً الهياً الا انه آلة كالآلات السائرة لا يمكنه ان يتحرك ولا ان يعمل بدون فاعل وبما ان العقول متفاوتة فلا بد وان ما يحبذه احدها ينكره الآخر واذا نظرنا الى الاقدمين نجدهم اجمعوا على ان الارض مستوية وغير متحركة حتى انهم كانوا يستهزؤن بمن يقول بانها مستديرة فاذا قلنا بأن العقل حاكم وجب علينا ان لا نكذب الاقدمين في قولهم وقد ثبت اخيراً بطريق الاستقراء بان الارض كروية ومستديرة مما دلنا صراحةً على ان العقل يخطئ ويصيب فلا يكون حاكماً لأنه آلة لا بد لها من فاعل واذا نظرنا الى القرآن الكريم نجد فيه (وآية لهم الليل نسلخ منه النهار فاذا هم مظلمون والشمس تجري لمستقر لها ذلك تقدير العزيز العليم والقمر قدرناه منازل حتى عاد كالعرجون القديم لا الشمس ينبغي لها ان تدرك القمر ولا الليل سابق النهار وكل في فلك يسبحون) مما دلنا دلالة واضحة على ان الارض كروية وان العقول كانت فيما سبق على غير هدًى وان العقل لا يكون حاكماً ولا يقوم مقام الشارع اصلاً ·

لذلك فالعقل لا يكون شارعاً بل هو آلة لفهم قول الشارع وبما ان هذه الآلة تصيب وتخطئ فلا يمكننا ان نقول باصابة القوانين الا ما كان منها مبنياً على اقوال الشارع واذا قيل لنا بان بعض أحكام المجلة لا تنطبق على بعض الحوادث فنقول بأن المذاهب اربعة وانها مختلفة من حيث الفروع واذا رجعنا لجميع هذه المذاهب لأخذنا منها مايوافق زماننا وعاداتنا من الاحكام لان كتب الفقه طافحة بما يكفي لسد حاجاتنا الاجتماعية .

* * *

« المحكوم به »

المحكوم به : هو الامر الذي تعلق به خطاب الشارع وهذا ينقسم الى اربعة انواع :

الاول : حقوق الله الشاملة منفعتها لجميع البشر وهذه ايضاً تقسم الى ثمان

١ — العبادات الخالصة كالايمان وفروع الايمان

٢ — العبادات ذات الكلفة والمؤونة كصدقة الفطر

٣ — المؤونة التي فيها معنى العبادة كالعشر

٤ — المؤونة التي فيها معنى العقوبة كالخراج

٥ — الحقوق التي هي بين العبادات والعقوبة كالكفارات

٦ — العقوبة الكاملة كتأديب السارقين وقطاع الطريق

٧ — العقوبة القاصرة كاعتبار القتل مانعاً للأرث .

٨ — الحقوق الثابتة بنفسها والتي لا تتعلق بذمة العبد كحصة بيت المال من المعادن

الثاني : حقوق العباد الخالصة المتعلقة ببعض الاشخاص كملكية المشتري للمبيع والبائع للثمن وتضمين بدل المغصوب للغاصب فهذا الحق مصون بنظر الشرع ولا فرق فيه بين المسلم والذمي لان المساوات في الحقوق الشخصية هي من مقتضيات الشرع .

الثالث : هو الحق الجامع لحق الله وحق العبد والذي يغلب فيه حق الله كحد القذف واعتباره مانعاً للارث .

الرابع : هو الحق الجامع لحق الله وحق العبد والذي يغلب فيه حق العبد كالقصاص فأن القاتل يخلص من القصاص فيما اذا عفا عنه ورثة القتيل .

ثم ان كلاً من حقوق الله وحقوق العباد يثبت اما في الاصل واما في الخلفية فملكية المشتري للمبيع والبائع للثمن تثبت لمجرد وقوع العقد اما تضمين بدل المغصوب المتلف للغاصب فيكون خلفاً للمال المغصوب ٠

* * *

« المحكوم عليه »

المحكوم عليه هو المكلف الذي تعلق بفعله خطاب الشارع ٠ فالمكلف يجب ان يكون أهلاً للتكليف لان ترتيب الحكم على فعل أو عمل يحتاج الى قصد والقصد يتوقف على العقل وأفعال غير العاقل لا تكون مقرونة بقصدٍ ولا يؤاخذ الا من كان اهلاً للتكليف ٠ فالاهلية قسمان القسم الاول أهلية الوجوب وهي الصلاحية الثابتة والمتحققة بما للانسان وعليه من الحقوق المشروعة والقسم الثاني أهلية الاداء وهي الصلاحية التي تعتبر مشروعة لاجل أن تصدر عن الانسان كالجنين مثلاً فلا تثبت عليه اهلية الاداء بل تثبت عليه أهلية الوجوب بمعنى ان الجنين لا يطالب بشيء لكنه يرث و يوصى له والصغير غير المميز لا تعتبر تصرفاته القولية ولو اذنه وليه وكذلك المجنون خلافاً لتصرفاتهما الفعلية ٠

أهلية الاداء اما ان تكون قاصرة كاهلية الصغير المميز والمعتوه البالغ واما ان تكون كاملة كاهلية العاقل البالغ وتتوقف هذه الأهلية على شرطين الاول الادراك والثاني الاقتدار على العمل ولما كان الادراك يتعلق بالعقل والعمل يتعلق بالبدن لذلك فان المكلف يجب ان يكون وصل الى درجة الكمال ودليل هذا الكمال الخارجي هو البلوغ ولما كان الصغير المميز هو أقرب الى البلوغ وتكامل الملكات العقلية من الصغير الغير مميز لذلك فأن الشرع أجاز له اجراء العقود التي فيها محض الفائدة كقبول الهبة بلا اذن وليه ووصيه ومنعه من اجراء التصرفات والعقود التي فيها محض الضرر كالهبة واجاز له اجراء العقود التي تتراوح بين النفع والضرر كالبيع والايجار والشركة موقوفاً على اجازة وليه او وصيه ٠ يفهم من هذا ان البلوغ كاف لاعتبار الانسان انه قد وصل الى اهلية الكمال ولا يشترط البلوغ للتصرف لان الصغير المميز غير البالغ له التصرف كما ذكر وفوق هذا فان كثيراً من البالغين يمنعون و يحجر عليهم التصرف بحكم الحاكم وذلك عندما يكونون معتوهين أو سفهاء مبذرين كما سيأتي ذلك في باب الحجر من المجلة ٠