شرح المجلة

تأليف

العلامة الكبير والفقيه المحقق الشهير المرحوم مفتي حمص الاسبق

عني باتمام ما فات المؤلف نشره من المواد وبابرازه الى عالم المطبوعات ولده مفتي حمص الحالي

طبع على نفقة اولاد الفقيد في مطبعة حمص سنة ١٣٤٩ هـ الموافقة سنة ١٩٣٠ م

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي جعل افعال الفقهآء المخلصين رهينةَ الأَجر · مطابقةً لقواعدِ الشرع بما تقتضيه الحكمةُ من نهيٍ وامر · الذين اكرهوا انفسهم على حفظ امـانة ربهم في الشهادة والغيب · وأَسلموا عاجلَهم لآجلهم قرضاً بعقدِ قلبٍ سليم من كل عيب · فاستنقذوها من تبعات الدعوى يوم الخصام · بالعملِ والعلمِ الفاصلِ بين الحلال والحرام · حافظين مهامَه اوقاتهم لمزارعة البرّ كيلا تغتصبها ايدي اللهْو · في البداية والنهاية · غير راقدين في حلل الزهو · اذ رقوا في معراج الدراية · بالعناية والهداية · فكان القولُ المقبول عند الله قولهم · والعملُ الموزون بالقسطاس المستقيم عملهم · بل هو ارجحُ البيّنات على السعادة قياساً واستحسانا · واوثقُ الكفالات نجاةً عند الله ورضوانا · والصلوة والسلام على محلة الكمالات القدسيّة ، محيطاً بها كل برهان · وملتقى ابحر الفيوضات الفتحيّة ، ازلاً وابداً باستصحاب كل زمان · المبعوث بتبيين خلاصة الملةِ البيضآء دليلاً الى الصراط المستقيم · وبدائع الشريعة المقدسة السمحآء ، زخيرةَ الكشفِ من لدُنْ حكيمٍ عليم · فهي اساسُ النظر لمصالح الدين والدنيـا · وسراجُ البصيرة والبصر ، تفتح قلوباً غُلْفاً واعيناً عُميا · بل جامعةُ الفصولين معاشاً ومعادا · ونورُ العين تبصرةً وارشادا ، وعلى آله واصحابه · والمتأدبين بآدابه ·

وبعد فان مجلة الفقه لما كانت جزيلة المعنى، وجيزة المبنى، فوائدها فرائد تستوقف الفراقد . وتزرى بالقلائد ، في نحور الخرائد ، انتخبت مسائلها الاجتهادية مما هو الارفق ، ولحال الزمان انسب واوفق . فطارت باجنحة السهولة والانسجام . واجة بغير استئذان آذان الانام بضوابط وقواعد محكمة، فيما شجر بين الخصوم محكمة ، وهي وان تداولتها اقلام التراح لما تجل في عقائل مخبآتها القداح . ولما تلامسها كف شرح مستوفى يوشحها بكل بحث من غرائب الرغائب مستصفى . فبقيت عذراء في خدرها . يتيمة في ظلمات بحرها . يتداولها الكثير من الورى . وكأنهم ينزلون منها على غير قرى . الى ان تطرزت بشرح ينشرح له الصدر . ويمتزج في القلوب امتزاج الماء بالخمر . سالكة في ميدان الاذهان، مسلك الرقاد من الاجفان . بتحرير يستنزل وعول المعاني من صعابها . ولا غرو فان البيوت تؤتى من ابوابها . من كل بحث يروض أفهاما حيارى في درك الحقائق قلوبها . ويروق في المعضلات إفهاما . وما دواء الادواء الا طبيبها . ذلك ما جاد به واجاد، واصاب شاكلة المراد، من قلمه في رياض الطروس اوطف الاهداب . الا ان قطره سكب المعاني في الالباب . وبيانه هو السحر الحلال . الا انه نافث في مضايق الاشكال . ومن هو في عصره الذهب الابريز . بل العلم المرفوع الذي نصبه التميز . علامة المحققين . فهامة المدققين، سيدي واستاذي وكهفي وملاذي، المرحوم والدي مفتي حمص الاسبق، ومن هو في حلبة المفتين لاغر الاسبق ، السيد محمد خالد

العطاسي ثم المعروف بالاتاسي، لا زالت الرحمة تصافح ضريحه وتواسي. وكان رحمه الله تعالى ابتدأ في شرحها من كتاب البيوع تاركاً قواعدها الكلية الى ان وصل الى المادة ١٧٢٨ فاخترمته المنية. وما بين ذلك من المادة (٣٨٨) الى المادة (٣٩٧) عشر مواد مقدار كراسين طرأ عليها الضياع من شرحه. فشرحت القواعد الكلية وذيلتها باتمام ما حال دونه اجلُه الى آخر الكتاب. ورفوتُ ما كان مفقوداً من شرحه على المواد العشر التي استولى عليها الضياع. فتم بحمد الله تعالى الكتاب. هذا ولولا مراجعةُ المغرورين بي بلا إعذار، ما اقتحم ضبُّ عجزى لُججَ هذا التيار. فكيف اجولُ في معارك ذوي الكرّ والحمل، ولم يعرف بناني كيف القبضُ على النصل. فكأني فيما اتيتُ اضمُّ الى جوهره خزفاً، او أزين بضغثٍ من بضاعتي المزجاة روضةً أنُفاً. فاقول متوكلا على الله، وما توفيقي الا بالله، ولا حول ولا قوة الا بالله:

المقدمة

﴿ محتوية على مقالتين ﴾

﴿ المقالة الاولى ﴾

= في تعريف علم الفقه وتقسيمه (١) =

المادة ١ - الفقه علم بالمسائل الشرعية العملية

اعلم انه لا بد لكل طالب فنٍ ذي مسائل كثيرة ان يتصورها بضابط يحيط بها وهو المسمى بجهة الوحدة ليحصل له بها قبل الشروع شعور اجمالي بتلك المسائل اذ لولا ذلك ، فاما ان لا يتصورها اصلاً فلا يتأتى الطلب لعدم امكان طلب المجهول من كل وجه . واما ان يتصورها لا بذلك الضابط بل بوجهٍ اعم فلا يتصور طلبها بخصوصها . وان يعرف موضوعه اذ تمايزُ العلوم بتمايز الموضوعات . وان يعرف غايته واستمداده .

ثم لما كان تصور العلم يستفاد من تعريفه تعرّض لتعريفه قبل الخوض به .

وقوله ﴿ علم الفقه ﴾ لفظ مركب من مضاف ومضاف اليه من

---

(١) ﴿ تنبيه ﴾ : معلومٌ ان القواعد الكلية هي بمثابة ضوابط عمومية تنطوي على فروعٍ كثيرة ، منها ما هو داخلٌ في المعاملات التي عقدت لها المجلة مختلف كتبها وابوابها ، ومنها ما هو غريبٌ عن ابحاث المجلة ، اما لتعلقه بالعبادات المحضه ، واما لخروجه عن غرض المجلة الشامل لعموم الطوائف واختصاصه بالطائفة الاسلامية وحدها كأحكام النكاح والطلاق وما يلحق بها ، واما لفوات محله من اصله كالأحكام المتعلقة بالرقيق مثلاً .

وبما ان القواعد الكلية غير قاصرة من حيث شمولها واحاطتها على ابحاث المجلة بل تتناول غير ذلك من الابحاث التي عُقد لها في المطوّلات الفقهية بستةٌ وثلاثون كتاباً اولها كتاب الطهارة وآخرها كتاب الفرائض ، ومن

اضافة الأعم الى الاخص . ثم نُقل عن معناه الاضافي اعني العلم المنسوب الى الفقه وجُعل علماً على هذا الفن المخصوص من غير نظر الى اجزاء الاضافة .

ولفظ علم الفقه باعتبار المعنى الاضافي مركبٌ دون المعنى اللقبي فانه مفردٌ لعدم دلالة جزئه على جزء معناه ، فهو كسائر الفنون يجوز الاطلاق عليها بالاضافة وبغيرها يقال فقه وعلم الفقه . ومنطق وعلم المنطق . فلنتعرض اولاً لتعريف العلم من حيث هو بقطع النظر عن اضافته .

ذكر حجة الاسلام الامام الغزالي في المستصفى ما خلاصته : « أن الاتيان بحد يكون عبارة عن قول شارح يبين ماهية العلم وكنهه وحقيقته صعب جداً . اذ كثير من المدركات يعسر تحديدها كتعريف رائحة المسك وطعم العسل مثلاً فكيف تحديد الادراكات . اذ لو قلنا هو الادراك والمعرفة ، فهو تعريفٌ لفظي ، لانه تعريف الشيء بما يرادفه . او قلنا هو معرفة المعلوم على ما هو به ، فهو عين الاول بتكرير وتطويل بما لا يخرجه عن كونه لفظياً . وان قيل في حده انه الوصف الذي يتأتى للمتصف به اتقان الفعل واحكامه فهو تعريف رسمي لان هذا لازمٌ من لوازم العلم مع انه اخص مما قبله ،

حيث انها علمٌ يتعلق به احكام ولها قواعد اصولية ونظريات اجتهادية ، وعللٌ واحكامٌ تترتب على تلك العلل ، كان من الواجب عدم اهمال مختلف فروعها من العلم النظري . وهذا ما حملنا على الاتيان ببعض امثلة وفروع قد لا تكون لها قيمةٌ عملية كبرى وقد تكون نادرة الوقوع او غير داخلة في ابحاث المجلة ، ولكنها وان تباعدت عنها في الجنسية ، فانها تتقارب بوجودها تحت اصلٍ واحد او ضابطٍ واحد .

ونحسب ان في اثبات هذه الفروع حرصاً على بيان فوائد هذه القواعد ومشتملاتها وتنشيطاً للاذهان بعينها على النفوذ الى فلسفة الفقه ودقائق الاحكام وتفهم اصولها ومناشئها .

هذا في القواعد الكلية . اما في غيرها من المواد المتعلقة بكتب المجلة فان الشرح سيكون قاصراً على ما تعانيه هذه المواد وتعالجه هذه الكتب .

لخروج العلم بالله تعالى وصفاته اذ لا يتأتى به اتقانُ فعلٍ وإحكامه . »

والذي ارتآه انه يمكن الوقوفُ على ماهيته بتقسيمٍ ومثال . فبالتقسيم يتميز عن غيره فاذا قوبل بالظن والشك يتميز عنهما ، اذ العلم عبارة عن الجزم ولا جزم فيهما . واذا قوبل بالاعتقاد الجازم فهنا يلتبس العلم بالاعتقاد لوجود الجزم في كل منهما .

ويفرَّق بينهما ان الاعتقاد يحصل للمقلد عن دون علم اذ يجوز ان يعتقد الشيء جزماً على خلاف ما هو به لا عن بصيرة . ويجوز ان يعتقد الشيء على ما هو به بمجرد التلقين والتلقي مع الجزم الذي لا يخطر بباله غيرُه .

وعن هذا تبين ان الاعتقاد عقدةٌ على القلب ترسخ في قلب المقلد من دون خطور نقيضه بالبال . وهذا من جنس الجهل وان طابق الواقع . ولهذا ترى اعتقاد المقلد قابلاً للتزلزل بالقاء تشكيكٍ او شبهةٍ ، بخلاف العالم فان القاء الشبه والتشكيك لا تؤثر على علمه .

واما المثال فهو ان ادراك المعقولات يفهم بالمقايسة بالبصر الظاهر كيف يُطبع مثالُ صور المحسوسات على ما هي عليها في القوة الباصرة . فالعقل كالمرآة تنطبع فيه صور المعقولات على ما هي عليها ، فالمثال بيّن حقيقته اه ملخصاً .

واعترضه الآمدي في إحكام الأحكام . بان هذا غير سديد ، لان القسمة ان كانت مميزة له عما سواه فلا معنى للتحديد بالرسم الا هذا . ثم قال في تعريفه : « العلم عبارة عن صفة يحصل بها لنفس المتصف بها التميزُ بين حقائق المعاني الكلية حصولاً لا يتطرق اليه احتمال نقيضة . »

واما تعريفه باعتبار اضافته الى الفقه ، علماً عليه ، فهو كما قال ﴿ علم بالمسائل ﴾ كالجنس يشمل سائر العلوم . ولما كانت مسائل الفقه بعضها قطعياً وبعضها ظنياً اراد صاحب المرآة بالعلم هنا التصديق بمعنى الاعتقاد الراجح الشامل للظن والتقليد . لكن مسائله الظنية ، حيث كان العمل بها واجباً تعبداً ، فما المانع من ان يكون المراد من العلم المتعلق بها هو الادراك القطعي ، وان كانت ظنية في نفسها . تأمل .

والمسائل جمع مسئلة ، هي القضايا التي موضوعاتها موضوعُ العلم ، اما مطلقاً

نحو : فعلُ المكلفِ فرضٌ أو واجبٌ او مندوبٌ او مباحٌ او محظورٌ . أو مقيداً بعَرَض ذاتي نحو : الفعلُ المفروضُ يوجب الثواب وينجي من العقاب او على نوع الموضوع اما مطلقاً نحو : الصلوةُ عمادُ الدين ، او مقيداً نحو : الصلوةُ الفرضية يجبُ اداءوها . او على عرضٍ ذاتي له اما مطلقاً نحو : الفاسدُ صحيحٌ باصله ، او مقيداً : نحو الفاسدُ لمعنىً في نفسه باطلٌ وعلى هذا .

(الشرعية) اي الموقوفةُ على خطاب الشارع . خرجت الاحكام العقلية كالحكم بحرارة النار . والاصطلاحيةُ كالحكم برفع الفاعل (مرآة الاصول)

﴿ العملية ﴾ اي المتعلقة بكيفية العمل وهي الصفة القائمة بالعمل من الاوصاف الخمسة من الوجوب والحرمة وغيرهما (مرآة وازميري باختصار)

﴿ والمسائل الفقهية اما ان تتعلق بامر الآخرة ﴾ وذلك ان الحق تعالى تعلقت ارادته بايجاد هذا النوع الانساني ، واودع فيه العقل ليهتدى به الى معرفة ذاته وصفاته وسائر الاعتقادات الصحيحة للتوصل بذلك الى السعادة الابدية . ولتكميل عقولهم فرض عليهم العبادات البدنية لحق الربوبية والعبودية ، والماليةَ لحق شكر النعمة عنايةً منه وكرماً .

﴿ واما ان تتعلق بامر الدنيا وهي تنقسم الى مناكحات ﴾ هي مع النية عبادةٌ من وجهٍ لما فيها من تكثير نسل المسلمين والإعفاف ونحوه . ومعاملةٌ من وجهٍ لكونها من العقود التي تتعلق بها ايضاً مصالحُ دنيوية .

﴿ ومعاملات ﴾ كالعقود والفسوخ من البيع والاجارة والمزارعة والشركة واقالاتها ونحو ذلك من سائر العقود المحتاجِ اليها لضرورة المعاش .

(وعقوبات) تدرأ المفاسد وتقوم بصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم على منهجِ الشرع لان مقصود الشرع من الخلق ان يحفظ عليهم دينهم وانفسهم وعقولهم وانسابهم وانسالهم واموالهم . وهذه امهات المصالح قد اتفقت عليها سائر الشرائع قبل شريعتنا وهي نواميس الاصلاح وبالمحافظة عليها يقوم نظام العالم .

وعن هذا اوجب الشرع عقوبة المبتدع الذي يدعو الناس الى ضلالِ بدعته حفظاً لدينهم . والقصاص حفظاً لنفوسهم . وحدّ الشرب حفظاً لعقولهم

التي هي ملاك التكليف . وحدُّ الزنا حفظاً لانسابهم وانسالهم . وحدّ السرقة وايجاب زجر الغاصبين حفظاً لاموالهم .

ولهذه المشروعات لواحقُ دونها في المرتبة هي من المتممات والمزيّنات لا حاجة للبحث عنها فارجع اليها في كتب الاصول فسبحانه من آله ما ابهرَ حكمته .

واعلم ان الله تعالى خلق الانسان وركّب فيه ثلاثَ قوىً : شهويةً وغضبيةً تؤديان الى الفساد وسفك الدماء . وعقليةً تدعوه الى المعرفة والطاعة مقاومةً للقوتين الاوليين . فبالعقوبات تعتدل القوتان فلا يؤديان الى مضادة العقل بالافساد وافناء البشر بعضهم بعضاً في سبيل المنازعات . راجع تفسير قوله تعالى (واذ قال ربك للملائكة اني جاعلٌ في الارض خليفةً — الآية) تعلم ان عمران الارض لا يقوم الا بالبشر لما رُكز في قوامهم الحسية والباطنية من الادراكات لاستنباط الصنائع واختراع الآلات ولهذا قال :

﴿ فان الباري اراد بقاء نظام هذا العالم الى وقت قدره ﴾ اي آخر ايام الدنيا قبيل يوم القيمة ﴿ وهو انما يكون ببقاء النوع الانساني ﴾ اشارة الى شرعية العقوبات ﴿ وذلك يتوقف على ازدواج الذكور مع الاناث ﴾ اشارة الى شرعية النكاح ﴿ ثم ان بقاء النوع الانساني انما يكون بعدم انقطاع الاشخاص ﴾ وانقطاعها انما يكون بسبب قوتي الشهوة والغضب في الانسان المؤديين الى الفساد الذي شرعت العقوبات لدفعه .

﴿ والانسان بحسب اعتدال مزاجه يحتاج في البقاء الى الامور الصناعية في الغذاء واللباس والمسكن ﴾ لانه مدني الطبع لا يقدر ان يعيش منفرداً كسائر الحيوانات ﴿ وذلك ايضاً يتوقف على التعاون والتشارك بين الافراد ﴾ اذ لا يمكنه تدارك اسباب معيشته منفرداً بان يتدارك غذاءه المتوقف على وسائط كثيرة، كاستخراج معادن الحديد للحرث واصطناع آلات الزراعة وحصاد الزرع ودياسته وطحنه وخبزه

وطبخ طعامه . وهكذا في ادوات اللباس والمسكن فلا يستطيع ان يعيش مستقلاً بنفسه

﴿ والحاصل ان الانسان من حيث انه مدني الطبع لا يمكن ان يعيش على وجه الانفراد كسائر الحيوانات بل يحتاج الى التعاون والتشارك ببسط بساط المدنية والحال ان كل شخص يطلب ما يلائمه ويغضب على من ينازعه ﴾ ولو طلبوها بالعدل لارتفعت الخصومات . ولكن طلبوها بالشهوات فتولدت منها المنازعات ﴿ فلاجل بقاء العدل والنظام بينهم محفوظين من الخلل يحتاج الى قوانين مؤيدة شرعية في امر الازدواج وهي قسم المناكحات من علم الفقه ﴾ وهي ايضاً قسم من المعاملات من وجه .

فالمشروعات ثلاثة : عبادات ومعاملات وعقوبات . والعبادات خمسة : الصلوة والزكوة والصوم والحج والجهاد . والمعاملات اربعة : المعاوضات المالية والمناكحات والمخاصمات والامانات . والعقوبات خمسة : القصاص وحد الزنا وحد السرقة وحد الشرب وحد القذف ويلحق بذلك التعزير .

﴿ وقد وقعت المباشرة بتأليف هذه المجلة من المسائل الكثيرة الوقوع في المعاملات غب استخراجها وجمعها في الكتب المعتبرة وتقسيمها الى كتب وتقسيم الكتب الى ابواب والابواب الى فصول. فالمسائل الفرعية التي تصير معمولاً بها في المحاكم هي المسائل التي ستذكر في الابواب والفصول . الا ان المحققين من الفقهاء قد ارجعوا المسائل الفقهية الى قواعد كلية كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة وتلك القواعد مسلمة معتبرة من الكتب الفقهية ﴾ لان مدلول قضاياها يصدق بلا تردد ﴿ تتخذ ادلة لاثبات المسائل وفهمها في بادىء الامر ﴾ لكن ربما يعارض بعضَ فروع تلك القواعد اثرٌ او ضرورة او قيدٌ او علةٌ

مؤثرة تخرجها عن الاطراد فتكون مستثناة من تلك القاعدة معدولاً بها عن سنن القياس اما بالاثر كالسلم والاجارة في بيع المعدوم ، واما بالاجماع كالاستصناع ، واما بالضرورة كطهارة الحياض والآبار ، واما بالقياس الخفي المعبَّر عنه بالاستحسان (وهو ما قوي اثره) يقدم على القياس الجلي كسؤر سباع الطير اذ المعتبر هو الاثر لا الظهور . مرجع ذلك كتب الاصول .

مثلاً : الولد يتبع الام في الرق والحرية . هذه قاعدة . قال في البدائع : « فلو وجد رجل لقيطاً وادعى انه ابني من زوجتي فصدقته فهو ابنها حرةً كانت او امةً غير انها ان كانت حرةً كان الابن حراً بالاجماع . وان كانت امةً كان ملكاً لمولى الامة عند ابي يوسف رحمه الله تعالى . وعند محمد يكون حراً . »

وجه قول محمد ان نسبه وان ثبت من الامة لكن في جعله تبعاً لها في الرق مضرةٌ بالصبي ، وفي جعله حراً منفعة له ، فيتبعها فيما ينفعه لا فيما يضره . فانظر كيف خرجت هذه المسئلة عن القاعدة على قول محمد .

﴿ يوجب الاستئناس بالمسائل ويكون وسيلة لتقرير المسائل في الاذهان ﴾ اي يتنور بها المقلدُ ولا يتخذها مداراً للفتوى والحكم . فلعلَّ بعضاً من حوادث الفتوى خرجت عن اطرادها لقيدٍ زائدٍ او لاحد الاسباب المتقدم ذكرها . وهذا يحتاج الى نظرٍ دقيق وتبحرٍ عميق يُجرى تلك القواعد في مشتملاتها الحقيقية ويستثني منها ما خرج عنها بقيدٍ او سببٍ من الاسباب المارة .

﴿ فلذا جمع تسعون قاعدة فقهية وحررت مقالة ثانية في المقدمة على ما سيأتي ثم ان بعض هذه القواعد وان كان بحيث اذا انفرد يوجد من مشتملاتها بعض المستثنيات ﴾ للاسباب المارة ﴿ لكن لا تختل ﴾ بذلك ﴿ كليتها وعمومها من حيث المجموع لما ان بعضها يخصص او يقيد بعضاً آخر ﴾ مثلاً : المادة السادسة (القديم يترك على قدمه) خص من عمومها (الضرر لا يكون قديماً) .

وهذا التخصيص لا ينفي عمومها فيما بقي . واذا قلنا كل احد يتصرف في ملكه كيف شاء فهذه قاعدة يستثنى منها ما اذا تعلق به حق الغير . «انظر مادة ١١٩٢» ويستثنى منها ايضاً مثل المرهون والمأجور .

واما موضوعه فافعال المكلفين من حيث يبحث فيه عما يعرض لها من حلٍ وحرمةٍ ووجوبٍ وندبٍ وهي العوارض الذاتية كما تقدم . واما فعل غير المكلف فليس من موضوعه كفعل الصبي والمجنون . والمخاطب بضمان ما اتلفاه وبنفقة زوجاتهما هو الولي كما يخاطب صاحب البهيمة بضمان ما اتلفته حيث فرط في حفظها (رد المحتار) .

﴿ تنبيه ﴾ المراد بفعل المكلفين المعنى الحاصل بالمصدر وهو الوصف الموجود للفاعل كالهيئة التي تسمى صلوة من القيام والقراءة والركوع والسجود وكالهيئة التي تسمى صوماً وهي الامساك عن المفطرات بياض النهار .

وقد يطلق على نفس ايقاع الفاعل هذا المعنى ويقال فيه الفعل بالمعنى المصدري . والتكليف انما يتعلق بالمعنى الاول لا الثاني . لان الفعل بالمعنى الثاني اعتباري لا وجود له في الخارج . اذ لو كان موجوداً لكان له موقع فيكون له ايقاع فيتسلسل (نهر ملخصاً) .

واستمداده من الكتاب والسنة والاجماع والقياس . وغايته الفوز بسعادة الدارين اذ به يعرف الحرام من الحلال .

﴿ المقالة الثانية ﴾

﴿ في بيان القواعد الفقهية ﴾

المادة ٢ الامور بمقاصدها يعني ان الحكم الذي يترتب على امرٍ يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الامر .

اي ان الحكم الذي يترتب على فعل المكلف ينظر فيه الى مقصده فالى حسبه يترتب الحكم تملكاً وعدمه ، ثواباً وندمه ، عقاباً وعدمه ، مؤاخذةً وعدمها ، ضماناً وعدمه .

فهذه قاعدة جامعة مستنبطة من الحديث المشهور اخرجه الائمة الستة

وهو قوله صلى الله عليه وسلم ، انما الاعمال بالنيات . ومن تدبر مسائل النية في متفرقات الابواب وجدها في العبادات بكمالها اعني الطهارة والصلوة والزكوة والصوم والحج .

وبناء على اعتبار النية لا تصح العبادة من المجنون لانه ليس من اهل النية، ولا عقوده كالبيع والهبة والنكاح . وفي الطلاق حتى لو قال لامرأته طلقي نفسك ونوى به الثلاث صحت نيته ، حتى لو قالت طلقت نفسي ثلاثا كان ثلاثا ، لان المصدر يصير مذكوراً في الامر لان معناه حصّلي طلاقًا . والمصدر يقع على الواحد ويحتمل الكل فاذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله لفظه . وان لم يكن له نية ينصرف الى الواحد لكونه متعيناً . (بدائع وغيره)

وفي الظهار فلو قال انت عليّ كامي ، او مثل امي ، يرجع الى نيته : فان نوى الظهار فظاهر ، او الكرامة كان كرامةً ، او الطلاق كان طلاقًا ، او اليمين كان ايلاءً ، لان اللفظ يحتمل كل ذلك . وفي الايمان بشرط ان يكون الحالف مظلوماً ونوى غير ما حلف عليه (بدائع) . وفي المباحات اذا قصد بها التقوى على الطاعة والتوصل اليها يُثاب . وفي عدم القطع اذا قصد السارق اخذ الدين من مديونه .

وفي فسخ من اسلم على اكثر من اربع كمن عنده ثماني زوجات فاسلم فقال لاربع منهن فسخت نكاحكن : ان قصد به الطلاق كان اختياراً لنكاحهن . فكأنه قال اخترت نكاحكن فطلقتكن . وان لم يقصد به الطلاق كان اختياراً لفراقهن ونكاح الباقيات .

وفي اللقطة يضمنها بنية اخذها لنفسه ، وبنية ردها لصاحبها لا . لكن النية امر باطن لا يُطلع عليه فعليه الاشهاد للتخلص من الضمان عند ابي حنيفة . وقالا مجرد نية الرد لا توجب عليه الضمان .

والمودع اذا اخرج الوديعة بنية لبسها فهلكت قبل اللبس يضمن . وان لم تكن بتلك النية لا يضمن . ثم اذا عاد الى الوفاق بان نزعها عنه ليرجعها الى الحفظ فهلكت انما لا يبرأ من الضمان لانه بعد دخولها في ضمانه فنية ارجاعها الى الحفظ امر باطن .

ومن فروعها من وضع اناءه تحت المطر ليملأه ماءً فهو ملكه كما في مادة (١٢٥٠) . ومنها ركوب الدابة بنية ردها لصاحبها ام لغير ذلك — ومنها

نصب شبكة للصيد كما في مادة (١٣٠٣) ومثله مادة (١٣٠٤)

وبحسب النية يأثم في وطء زوجته على ظن انها اجنبية . وفي شرب الماء على ظن انه خمر . وفي قتل قاتل مورثه يظن انه معصوم الدم . فيُفسَّق لقصده الزنا والقتل ولا يحد . واما لو خاطب امرأته بانت طالق ، او قنه بانت حر ، يقع الطلاق والعتق وان ظنهما اجنبيين لمصادفته محلا غير متوقف على نية العتق .

وفي كنايات الطلاق اذا لم تكن فيه مذاكرة لا يقع الا بالنية خلا لفظ الحرام . وعند المذاكرة يقع الطلاق قضاء لقيام المذاكرة مقام النية كما في معتبرات المذهب

وفي اشباه السيوطي : (وقد قيل في قوله صلى الله عليه وسلم « نية المؤمن خير من عمله » ان المؤمن يخلد في الجنة وان اطاع الله مدة حياته فقط ، لان نيته انه لو بقي أبد الآباد لاستمر على الايمان ، فجوزي على ذلك بالخلود في الجنة . كما ان الكافر يخلد في النار وان لم يعص الله تعالى الا مدة حياته فقط ، لان نيته الكفر ما عاش)

واعلم ان النية كما تكون في الافعال تكون في التروك . والفرق بينهما انها اذا كانت في الافعال ينظر : ففي قسم العبادات يشترط لها النية ولا تصح بدونها الا اذا كانت العبادة غير مقصودة لذاتها كالوضوء والطهارة من الاخباث وستر العورة للصلوة فلا يشترط فيها النية لصحة الصلوة ، بل للثواب فقط . وفي المعاملات فالبيع بلفظ الماضي والاجارة والاقرار والوكالة والايداع والقذف والسرقة لا تتوقف على النية (اشباه ملخصاً)

واما التروك فلا تشترط النية في ترك المنهي عنه ، بل يخرج عن العهدة بمجرد الترك وان لم ينو ، ولا ثواب له على الترك ، لانه عدمُ الفعل ، والنية انما تتعلق بالأفعال لا بالأعدام . فان كف نفسه عن الزنا مثلا خوفاً من الله تعالى ، وهو قادر على الفعل فله الثواب لان الكف في هذه الصورة فعلٌ تتعلق به النية

وتأييدُ ان الكفّ عن المنهي عنه فعلٌ مذكور في شرح التلويح على التوضيح للعلامة التفتازاني في « فصلٌ اختلفوا في الامر والنهي » . وفي الجزء الثالث من البدائع ص ١٩٠ عند بيان احكام العدة فارجع اليهما ان شئت .

واعلم ان حديث « انما الاعمال » من باب المقتضى فلا بد فيه من تقدير ضرورة صدق الكلام النبوي المنزه عن الخلف . لكثرة وجود الاعمال بدونها . ولا يكون

المقدر عاما لان ما للضرورة يقدر بقدرها . اي حكم الاعمال وهو الحكم الخاص بالاخروي اعني عدم الثواب، لا الدنيوي اي عدم الصحة، لوجود دليل ينفي ذلك وهو وجود الحكم الاخروي دون الدنيوي . والعكس : فقد يرتفع الاثم ويبقى الضمان . فلولا الاجماع على ان الاخروي مراد، تُوُقِّف عن العمل به لاجماله فيهما . وحيث ثبت الاجماع على ارادته انتفى الكل بلا مقتضى اه (تحرير)

والحاصل ان المقتضى لا عموم له عندنا خلافا للشافعي ودليل كل مبسوط في محله .

المادة ٣ — العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني ولذا يجري حكم الرهن في بيع الوفا .

العقود جمع عقد وتعريفه كما في مادة « ١٠٣ » التزام المتعاقدين وتعهدهما امراً . والالف واللام للاستغراق، يعني ان سائر العقود ، العبرة والعمل لمعانيها المقصودة منها ، وتبدل الالفاظ لا يصرفها عن المقاصد التي وضعت لها بالوضع الشرعي .

فلو قال اعرتك هذه الدار كل شهر بكذا ، او اعطيتك اياها بكذا ، او قالت لمن يريد نكاحها وهبتك نفسي بكذا ، او قال المديون لدائنه : بعتك هذا الثوب بالالف التي لك عليّ ، على اني ان ادّيتك الالف استرده ، وهكذا ، فقبل الاخر ، فالاول اجارة ، والثاني بيع ، والثالث تزويج ، والرابع رهن . وهذه الالفاظ لا تخرج العقود عن معانيها ومقاصدها الموضوعة لها ، بل يترتب عليها احكام الاجارة والبيع والنكاح والرهن .

ولها فروع كثيرة : فلو اشترى شيئاً بدراهم ، ودفع الى البائع ثوباً وقال له امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن ، فالثوب رهن لانه اتى بمعنى العقد والعبرة في باب العقود للمعاني (بدائع) . ومنها ما في كفالة البحر : الوصابة حال حياته وكالة ، والوكالة بعد موته وصاية ، لان المنظور اليه المعاني . ومنها ان الهبة اذا كانت بشرط العوض وكان احد العوضين عقاراً وتقابضا ، وجبت الشفعة في العقار للشفيع لان الهبة باعتبار شرط العوض بيع انتهاء (بدائع) . ومنها ان الدار التي هي بدل صلح يجب فيها الشفعة مطلقاً سواء كان عن اقرار او انكار او سكوت ، لان عقد الصلح على دفعها للمدعي وان

كان بلفظ المصالحة الا ان هذا العقد لما كان تعويضاً عن المدعى به كان في معنى البيع والعبرة في العقود للمعاني . وكذا اذا كانت الدار مصالحاً عنها عن اقرار لهذا المعنى .

قال شارح المجلة المرحوم سليم باز اللبناني نقلا عن الاشباه : ويخرج عن هذه القاعدة مسائل . منها اذا قال احد لآخر بقصد ان يهبه ماله بعتك مالي هذا بدون ثمن فيبطل لفظ البيع ولا يحمل على الهبة ولو كان قصد المتكلم الهبة . ومنها لو قال لاخر، بقصد ان يعيره منزله ، آجرتك منزلي هذا بدون كراء فلا يحمل قوله على الاعارة وان كانت هي المقصودة بكلامه اه .

يقول العاجز لو دققنا النظر نرى الفرعين غير داخلين في القاعدة حتى يستثنيا منها . نعم هو استثناء منقطع وذلك لان البيع لفظ شرعي وضع للمعاوضة ، ولا يكون الا بثمن ، ولا يصح التجوز به عن الهبة . لان الشرط المجوز للتجوز ان يكون المعنى المشترك بين التجوز والمتجوز عنه على وجه يكون في المتجوز عنه اقوى منه في المتجوز . ومن المعلوم ان معنى التملك في البيع اقوى منه في الهبة . وهكذا في الاجارة بالنسبة للعارية فتكون هذه الصيغة لغواً واللغو باطل لا يبنى عليه حكم .

وعن هذا منعت الحنفية استعمال لفظ الطلاق في الاعتاق . وجوزت حيث لا قوة في المعنى المتجوز استعمال لفظ الحوالة في الكفالة وبالعكس . وشرط برآءة الاصيل قرينة في جعل الكفالة مجازاً عن الحوالة . وعدمها قرينة في جعل الحوالة مجازا عن الكفالة . والجامع هو ولاية المطالبة في كل منهما (تحرير) .

ومن باب استعمال لفظ الحوالة في الوكالة ما اذا افترق المضارب ورب المال وليس في المال ربح يقال للمضارب احل رب المال على المدينين اي وكله بالقبض اه (تحرير ملخصاً) .

والحاصل ان الفرعين المتقدمين حيث لم يصح استعمالها في حقيقة البيع والاجارة الشرعيين ولا التجوز بهما عن الهبة والاعارة وقعا لغواً فتأمل منصفاً .

ويلحق بهذه القاعدة ما في رد المحتار عن الفتح حيث قال : فرع يثبت

الوقف بالضرورة ، وصورته ان يوصي بغلة هذه الدار للمساكين ابداً ، او لفلان وبعده للمساكين ابدا ، فان الدار تصير وقفاً بالضرورة . والوجه انها كقوله اذا مت فقد وقفت داري على كذا اه . اي فهو من المعلق بالموت ، ينفذ من الثلث .

ومنها ما في البحر : لو قال اشتروا من غلة داري هذه كل شهر بعشرة دراهم خبزاً وفرقوه على المساكين صارت الدار وقفاً . قال في رد المحتار : ومقتضاه ان الدار كلها تصير وقفاً من ثلث ماله ، اي وان اتى بمن التبعيضية ، ويصرف منها الخبز الى ما عينه الواقف والباقي الى الفقراء . هذا كله بالنظر للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني .

المادة ٤ — اليقين لا يزول بالشك

اليقين عند الفقهاء هو جزم القلب بوقوع الشيء او عدم وقوعه . ويليه الظن الغالب وهو تجويز احدهما اقوى من الآخر فهو بمنزلة اليقين حكماً .

والشك هو التردد في وقوع الشيء وعدم وقوعه على السواء . وبعبارة اخرى تجويز امرين لا مزية لاحدهما على الآخر (حموي واشباه) يعني ان الامر المتيقن ثبوته لا يرتفع الا بدليل قاطع ، ولا يحكم بزواله بمجرد الشك . كذلك المتيقن عدم ثبوته لا يحكم بثبوته بمجرد الشك لان الشك اضعف من اليقين فلا يعارضه ثبوتاً وعدماً . نعم اليقين قد يزول بيقين مثله . والقواعد الاتية من الخامسة الى الثانية عشر كلها مستخرج من هذه القاعدة .

ومن فروعها ما نصوا عليه من عدم جواز البيع مجازفة في الاموال الربوية كالمكيلات والموزونات لان المماثلة بينهما شرط محقق . والمماثلة في المجازفة مشكوك فيها فلا تثبت الصحة ، بناء على الاصل المقرر وهو ان الحكم المعلق على شرط او المشروط بشرط اذا وقع الشك في وجود شرطه لا يثبت ، لان ما ليس ثابتاً بيقين لا يثبت بالشك . كما ان الثابت بيقين لا يزول بالشك . فالمتيقن بالطهارة مثلاً اذا شك بالحدث فهو متطهر .

ومنها ما في الاشباه وغيرها ان الاستصحاب حجة بصلح للدفع لا

للاستحقاق . ففي صورة كونه يصلح للدفع يدخل تحت قاعدة اليقين لا يزول بالشك . فالمفقود وهو الذي غاب عن بلده ولا يعرف خبره انه حي او ميت تجري عليه احكام الاحياء فيما كان له فلا يورث ماله ولا تبين امرأته لان حياته حين تغيبه متيقنة وموته قبل المدة المضروبة شرعا مشكوك فيدخل تحت قاعدة اليقين لا يزول بالشك .

واما فيما لم يكن له فتجري عليه احكام الاموات فلا يرث احداً الا ببرهان على حياته كأنه ميت حقيقة لان الثابت باستصحاب الحال يصلح لابقاء ما كان على ما كان ولا يصلح لاثبات ما لم يكن . ولهذا قالوا الاستصحاب حجة يصلح للدفع لا للاستحقاق .

ولكونه لا يصلح للاستحقاق ذكر في الاشباه ان الشفص اذا بيع من الدار وطلب الشريك الشفعة فانكر المشتري ملك الطالب فيما في يده فالقول له ولا شفعة له الا ببينة .

ومنها ما في المادة (١٥٣٦) وما يليها ان الابراء على قسمين ابراء اسقاط وابراء استيفاء . وان ابراء الاسقاط ان يبرأ احد الآخر باسقاط تمام حقه الذي هو على الآخر او يحط او يبرأ مقداراً منه عن ذمته .

وابراء الاستيفاء هو عبارة عن اعتراف احد بقبض واستيفاء حقه الذي هو في ذمة الآخر . وابراء الاسقاط قسمان خاص وعام . فالخاص هو ابراء احد الخر عن دعوى متعلقة بخصوص مادة . والعام ابراء احد الاخر من كافة الدعاوي

فعلى هذا لو ابرأ الدائن مديونه عن الالف التي في ذمته ، ثم ادعى فبرهن المديون على الاداء او الابراء ، ثم برهن الدائن ان له عليه الفاً ، لم تقبل حتى يبرهن انها حادثة بعد الابراء ، لاحتمال انها الالف التي برهن المديون على ادائها او ابرائه منها .

كذلك لو ثبت بالبينة ان زيداً ابرأ عمراً ابراء عاماً ، ثم ادعى زيد عليه حقاً بدون تاريخ لا تسمع دعواه . لان الابراء ودعواه تحتمل انها بالحق الذي سقط بالابراء او انها بحق حدث بعده فلا تسمع الا ان يبرهن ان ذلك الحق حدث بعد الابراء العام لان اليقين لا يزول بالشك .

ج — ١ ٠

المادة ٥ = الاصل بقاء ما كان على ما كان

يعني ان الذي ثبت على حال في الزمان الماضي ثبوتا او نفيا ، يبقى على حاله ولا يتغير ما لم يوجد دليلٌ بغيره .

وهذا هو الاستصحاب . مأخوذ من الاستصحاب اللغوي وهو الملازمة وعدم المفارقة . والاستصحابُ اقسامٌ منها استصحاب النص الى ان يرد نسخٌ . ومنها استصحاب العموم الى ان يرد تخصيص . فهذان يبحث عنهما علماء الاصول . واما بحث الفقهاء فعن استصحاب حكمٍ دل الشرعُ على ثبوته ودوامه كالملك عند جريان العقد المملك . وكشغل ذمة المتلف عند وقوع الاتلاف منه . وذمة المدينون عند مشاهدة استدانته .

والاستصحاب ليس بحجة دافعة الا اذا دل الدليل على ثبوته ودوامه بشرط عدم المغير من ازالةٍ او ضمانٍ او ابراء ذمة المدين بايفاء او ابراء .

وهل هو عبارةٌ عن تحكيم الحال الذي اشارت اليه مادة (١٦٨٣) اي بابقاء ما كان على ما كان ماضيا او حالاً . فاقول: الاستصحاب يكون على هذا نوعين : الاول ان الشيء اذا كان على حالٍ في الزمان الماضي فهو على حاله في المستقبل ما لم يوجد ما يغيره — الثاني ان الشيء الذي على حالته الحاضرة يُحكم انه كان عليها في الزمان الماضي ما لم يوجد دليل يغيرها ويسمى الاستصحاب المعكوس .

فقول المجلة الاصل بقاء ما كان على ما كان اشارةٌ الى الاستصحاب بمعنى النوع الاول . ومن تحكيم الحال في المادة (١٦٨٣) يُفهم التعرض للنوع الثاني . وكلاهما من نوعي الاستصحاب . لما في فتح القدير عند : فصلٌ بالقضاء بالموارث : ان الاستصحاب يكون من الماضي للحال ، ومن الحال الى الماضي .

ومن فروع النوع الاول مسئلة المفقود الذي انقطع خبره ولم يعلم موته ولا حياته وذلك لانه حين تغيبه كانت حياته محققة . فما لم يوجد دليلٌ على