

شرح مجلة الأحكام العدلية

تأليف

علي حيدر

رئيس محكمة التمييز بالاستانة وامين الفتيا وناظر العدلية سابقاً في الدولة العثمانية
ومدرس مجلة الاحكام العدلية بمدرسة الحقوق

تعريب

المحامي فهمي الحسيني

صاحب مجلة « الحقوق »

طبع ونشر على نفقة

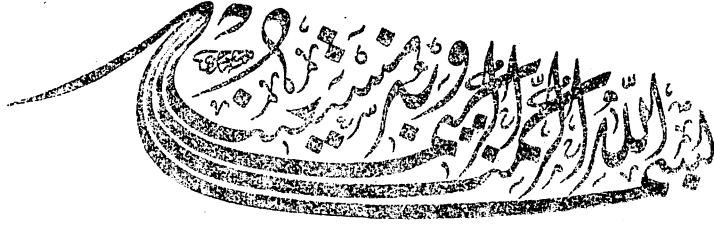
فهمي الحسيني ورشيد الحاج ابراهيم وكمال عباس
صاحب « الحقيقة »

اعادة الطبع والنقل بمخووظان للمعرب

المطبعة العباسية - حيفا

١٣٤٣ هـ ١٩٢٥ م

مقدمة الشارح



درر الحكام شرح مجلة الاحكام

الحمد لله حمد المشرعين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد سيد المرسلين وعلى آله

وإصحابه اجمعين

من المعلوم عند علماء الحقوق ان علم الفقه الجليل بحر لا ساحل له ؛ وان استنباط غرر المسائل اللازمة منه يتوقف على مهارة فائقة وملكة راسخة ، ولا سيما ان من الكنت الفقهية الجليلة المصنفة في مذهب الحنفية اختلافات كثيرة فتلخيص الاقوال المختارة منها وذكر الادلة ووضعها في شرح لمؤلف عظيم القدر كالمجلة من الامور الصعبة التي تحتاج الى بحث واستقصاء واني على قلة بضاعتي قد بذلت الجهد على قدر الاستطاعة وقد ساعدني على ذلك اشغالي بعلم الفقه اثناء نقلي لمناصب شرعية فلذلك امكنتني ان انتخب والتقط كثيرا من درر المسائل واضعها في شرح لمواد المجلة وقد سميت هذا الشرح (درر الحكام شرح مجلة الاحكام) ولا يخفى ان المجلة قد انتزعت من الفقه ولذلك ينبغي ان يكون الشرح الذي يوضع لها ملئة طام من الكتب الفقهية المرضية كما انه يجب ان يكون موافقا للاقوال التي اختارتها المجلة والافتايف شرح المجلة بالرأي الخاص المستند الى العقل كما فعل البعض فليس له قيمة بل يعود ذلك بالضرر وهذا الشرح الذي وضعته قد تصفحه علماء وقهاء في دائرة الفتيا الاسلامية العالية ووافقوا على انه مطابق للشرع الشريف وهذا شرف لم يجزه سوى هذا الشرح فانه لا شرح سواه صدقت عليه دائرة الفتيا العالية جامعا لشرح مواد المجلة كلها ومن اللاتوفيق . وهانا اشرع في المقصود متوكلا على الرب المعبود مريدا للاصلاح قاصدا للايضاح سائلا منه الهداية والعناية ومبتهلا اليه بالوقاية في البداية والنهاية اليه تبت وبه اعتصمت ونوضح هنا الاسباب التي اوجبت وضع المجلة باثبات تقرير اللجنة العلمية التي انتخبت خصيصا لوضعها وهو كما يأتي :

صورة التقرير

✽ الذي تقدم للمرحوم عالي باشا الصدر الاعظم ✽

(فيما يتعلق بالحلقة وذلك في غرة محرم سنة ١٢٨٦)

لا يخفى على حضرة الصدر العالي ان الجهة التي تتعلق بامر الدنيا من علم الفقه تنقسم الى مناحات ومعاملات وعقوبات كذلك القوانين السياسية للامم المتعددة تنقسم الى هذه الاقسام الثلاثة ويسمى قسم المعاملات منها القانون المدني . ولكنه لما زاد اتساع المعاملات التجارية في هذه الاعصار مست الحاجة الى استثناء كثير من المعاملات كالسفتجة التي يسمونها حوالة (وفي الاصل بولجة) وكاحكام الافلاس وغيرهما من القانون الاصيل المدني ووضع لهذه المستثنيات قانون مخصوص يسمى قانون التجارة وعمل به في الخصوصيات التجارية فقط . واما سائر الجهات فما زالت احكامها تجري على القانون المدني ومع ذلك فالدعاوي التي ترى في محاكم التجارة اذا ظهر شيء من متفرعاتها ليس له حكم في قانون التجارة مثل الرهن والكفالة يرجع فيه الى القانون الاصيل وكيفما وجد مسطوراً فيه يجري الحكم على مقتضاه وكذا في دعاوي الحقوق العادية الناشئة عن الجرائم تجري المعاملة بها على هذا المنوال ايضاً .

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 ولعلنا يرى بعض مشكلات في تحويل الدعاوي الى الشرع والقانون ، غير ان مجالس تمييز الحقوق لما كانت تحت رئاسة حكام الشرع الشريف وكانت الدعاوي الشرعية ترى وتفصل لديهم ، كانت المواد النظامية التي تحال الى تلك المجالس ترى وتفصل بمعرفتهم ايضاً وبذلك يجري حل تلك المشكلات لان اصل القوانين والنظامات الملكية مرجعها علم الفقه وكثير من الخصوصيات المتفرعة والامور التي ينظر فيها بمقتضى النظام يفصل ويحسم على وفق المسائل الفقهية والحال ان اعضاء مجالس تمييز الحقوق لا اطلاع لهم على مسائل الفقه فاذا حكمت حكام الشرع الشريف في تلك الفروع بمقتضى الاحكام الشرعية ظن الاعضاء انهم يفعلون ما يشاؤون خارجاً عن النظامات والقوانين الموضوعة واسبوا بهم الظن مما يؤدي الى القيل والقال

ثم ان قانون التجارة الهايوتي هو دستور العمل في محاكم التجارة الموجودة في ممالك الدولة العلية واما الخصوصيات المتفرعة عن الدعاوي التجارية التي لا حكم لها في قانون التجارة فيحصل بها مشكلات عظيمة لانها اذا صارت المراجعة في مثل هذه الخصوصات الى قوانين اوربواهي ليست موضوعة بالارادة السنية لا تكون مدار الحكم في محاكم الدولة العلية . واذا احيل فصل تلك المشكلات الى الشريعة الغراء فالحاكم الشرعية تصبح مجبرة على استئناف المرافعة في تلك الدعوى حينئذ فالحكم على قضية واحدة في محكمتين كل منها تغاير الاخرى في اصول المحاكم ينشأ عنه بالطبع تشعب ومباينة في مثل هذه الاحوال لا يمكن محاكم التجارة مراجعة المحاكم الشرعية واذا قيل لاعضاء محاكم التجارة ان يراجعوا الكتب الفقهية فهذا ايضاً لا يمكن لان هؤلاء الاعضاء على حد سواء مع اعضاء مجالس محاكم تمييز الحقوق في الاطلاع على

المسائل الفقهية ولا يخفى ان علم الفقه يجر لاساحل له واستنباط درر المسائل اللازمة منه لحل المشكلات يتوقف على مهارة علمية ومملكة كلية وعلى الخصوص مذهب السادة الحنفية لانه قام فيه مجتهدون كثيرون متفاوتون في الطبقة ووقع فيه اختلافات كثيرة ومع ذلك فلم يحصل فيه تنقيح كما حصل في فقه الشافعية بل لم تزل مسائله اشتاتاً متشعبة فتميز القول الصحيح بين تلك المسائل والاقوال المختلفة وتطبيق الحوادث عليها عسير جداً وما عدا ذلك فانه بتبدل الاعصار تتبدل المسائل التي يلزم بناؤها على العادة والعرف مثلاً: كان عند المتقدمين من الفقهاء اذا اراد احد شراء دار اكنفى برؤية بعض بيوتها وعند المتأخرين لا بد من رؤية كل بيت منها على حدته . وليس هذا الاختلاف مستنداً الى دليل بل هو ناشئ عن اختلاف العرف والعادة في أمر الانشاء والبناء وذلك ان العادة قديماً في انشاء الدور وبنائها أن تكون جميع بيوتها متساوية على طراز واحد فكانت رؤية بعض البيوت على هذا تعني عن رؤية سائرها وأما في هذا العصر فلأن العادة جرت بأن تكون الدار الواحدة مختلفة في الشكل والقدر لزم عند البيع رؤية كل منها على الانفراد وفي الحقيقة فاللزام في هذه المسألة وأمثالها حصول علم كاف بالمبيع عند المشتري ومن ثم لم يكن الاختلاف الواقع في مثل المسألة المذكورة تغييراً للقاعدة الشرعية وإنما تغير الحكم فيها بتغير احوال الزمان فقط وتفرق الاختلاف الزماني والاختلاف البرهاني الواقع هنا وتميزهما موج الى زيادة التدقيق وامعان النظر فلا جرم ان الاحاطة بالمسائل الفقهية وبلوغ النهاية في معرفتها امر صعب جداً ولذا انتدبت طائفة من فقهاء العصر وفضلائه لتأليف كتب مطولة مثل كتاب الفتاوي والتاواريخ والعالمكبرية المشهورة الان بالفتاوي الهندية ومع ذلك فلم يقدروا على حصر جميع الفروع الفقهية والاختلافات المذهبية وفي الواقع ان كتب الفتاوي هي عبارة عن مؤلفات حاوية لصور ما حصل تطبيقه من الحوادث على القواعد الفقهية وافنت به النناوي فيما مر من الزمان ولا شك ان الاحاطة بجميع الفتاوي التي افي بها علماء السادة الحنفية في العصور الماضية عسر للغاية ولهذا جمع ابن نجيم رحمه الله تعالى كثيراً من القواعد الفقهية والمسائل الكلية المدرج تحتها فروع الفقه ففتح بذلك باباً يسهل التوصل منه الى الاحاطة بالمسائل ولكن لم يسمح الزمان بعده بعالم فقيه يحدو حدوه حتى يجعل اثره طريقاً واسعاً واما 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 في الممالك المحروسة .

بناء على ذلك لم يزل الامل معلقاً بتأليف كتاب في المعاملات الفقهية يكون مضبوطاً سهلاً المأخذ عارياً من الاختلافات حاوياً للاقوال المختارة سهل المطالعة على كل احد لانه اذا وجد كتاب على هذا الشكل حصل منه فائدة عظيمة عامة لكل من نواب الشرع ومن اعضاء المحاكم النظامية والمسؤولين بالادارة فيحصل لهم بمطالعتهم انتساب الى الشرع وتكون عندهم ملكة بحسب الوسع تمكنهم من التوفيق ما بين الدعاوي والشرع الشريف فيصبح هذا الكتاب معتبراً مرعي الاجراء في المحاكم الشرعية مغنياً عن وضع قانون لدعاوي الحقوق التي ترى في المحاكم النظامية ومن اجل 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 لاوقاتها حتى شاء الله تعالى بروزها في هذا

العصر الهمايوني الذي تغبطه جميع الاعصار بظهور مثل هذه الآثار الخيرية المهمة . ولحصول هذا الامر قد عهد الينا مع ضعفنا وعجزنا اتمام هذا المشروع الجليل 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 الجليلية ونسخ اخرى لمن له بهارة ومعرفة كافية في علم الفقه من الذوات الفخام ثم بعد اجراء ما لزم من التهذيب والتعديل فيها بناء على بعض ملاحظات منهم حررت منها نسخة وعرضت على حضرتكم العلية والان بادرنا الى ترجمة هذه المقدمة والكتاب الى اللغة العربية وما زال الاهتمام مصروفاً الى تأليف باقي الكتب ايضاً فلدى مطالعتكم هذه المجلة يحيط علمكم الواسع بان 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 يحكون بمجرد الاستناد الى واحدة من هذه القواعد، الا ان لها فائدة كلية في ضبط المسائل فمن اطلع عليها من المطالعين يضبطون المسائل بأدلتها وسائر الأمور ينرجعون اليها في كل خصوص وبهذه القواعد يمكن للانسان تطبيق معاملاته على الشرع الشريف او في الاقل التقريب . وبناء على ذلك لم نكتب هذه القواعد تحت عنوان كتاب او باب بل ادرجناها في المقدمة والاكثر في الكتب الفقهية ان تذكر المسائل مخلوطة مع المبادي . لكن في هذه المجلة حررنا في اول كل كتاب مقدمة تشتمل على الاصطلاحات المتعلقة بذلك الكتاب ثم تذكر بعدها المسائل البسيطة على الترتيب ولجل ايضاح تلك المسائل الاساسية أدرج ضمنها كثير من المسائل المستخرجة من كتب الفتاوي على سبيل التمثيل

ثم ان الاخذ والعطاء الجاري في زماننا اكثره مربوط بالشروط وفي مذهب السادة 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 المباحثات الجارية في ذلك على الوجه الآتي فنقول :

ان اقوال أكثر المجتهدين في حق البيع بالشروط يخالف بعضها بعضاً في مذهب المالكية اذا كانت المدة جزئية وفي مذهب الحنابلة على الاطلاق يكون للبائع وحده ان يشترط لنفسه منفعة مخصوصة في البيع لكن تخصيص البائع بهذا الامر دون المشتري يرى مخالفاً للرأي والقياس أما ابن ابي ليلى وابن شبرمة ممن عاصروا الامام الاعظم رضي الله عنه وانقرضت اتباعهم فكل منها رأى في هذا الشأن رأياً يخالف رأي الاخر فابن ابي ليلى يرى ان البيع اذا دخله شرط اي شرط كان ، فقد فسد البيع والشروط كلاهما وعند ابن شبرمة الشرط والبيع جائزان على الاطلاق فذهب ابن ابي ليلى يرى مابيننا لحديث «المسلمون عند شروطهم» ومذهب ابن شبرمة موافق لهذا الحديث موافقة تامة لكن المتبايعين ربما يشترطان أي شرط كان جائزاً أو غير جائز قابل الاجراء أو غير قابل ومن الامور المسلمة عند الفقهاء ان رعاية الشرط انما تكون بقدر الامكان فمسألة رعاية الشرط قاعدة تقبل التخصيص والاستثناء

ولذا اتخذ طريق متوسط عند الحنفية وذلك ان الشرط ينقسم الى ثلاثة اقسام . شرط جائز وشرط مفسد وشرط لغو . بيان هذا ان الشرط الذي لا يكون من مقتضيات عقد البيع ولا يؤيده وفيه نفع لاحد العاقدين مفسد والبيع المعلق به فاسد والشرط الذي لا نفع فيه لاحد العاقدين لغو والبيع المعلق به صحيح لان المقصود من البيع والشراء التمليك والتملك أي ان يكون البائع مالكا للثمن والمشتري مالكا للمبيع بلا مزاحم ولا ممانع والبيع المعلق به نفع لاحد المتعاقدين يؤدي الى المنازعة لان المشروط له النفع يطلب حصوله والاخر يريد الفرار منه فكأن البيع لم يتم لكن بما ان العرف والعادة فاطعان للمنازعة جوز البيع مع الشرط المتعارف على الاطلاق اما المعاملات التجارية فهي من اصلها في حال مستثنى كما تقدم واكثر ذوي الحرف والصنائع قد تعارفوا على معاملة مخصوصة تقرر بينهم والعرف الطاريء معتبر فلا يبقى ما يوجب البحث الا بعض شروط خارجة عن العرف والعادة تشترط في المعاملات المتفرقة في الأخذ والعطاء وليس لهذه المعاملات شأن يوجب الاعتناء بالبحث عنها فاست الحاجة في تسير معاملات العصر الى اختيار قول ابن شبرمة الخارج عن مذهب الحنفية ولهذا حصل الاكتفاء بذكر الشرط التي لا تفسد البيع عند الحنفية في الفصل الرابع من الباب الاول كما وقع في سائر الفصول قد ذكر في المادة السابعة والتسعين بعد المائة والمادة الخامسة بعد المائتين انه لا يصح بيع المعلوم والحال ان ما كان مثل الورد والخرشوم (١) من الازهار والخضروات والقواكه التي يتلاحق ظهور محصولاتها يصح فيه البيع اذا كان بعض محصولاتها يظهر وبعضها لم يظهر لانه لما كان ظهور محصولاتها دفعة واحدة غير ممكن وانما تظهر افرادها وتتناقص شيئاً بعد شيء اصطلاح الناس في التعامل على بيع جميع محصولاتها الموجودة والمتلاحقة بصفقة واحدة ولذا جوز محمد بن الحسن الشيباني رحمه الله تعالى هذا البيع استحساناً وقال اجعل الموجود أصلاً والمعلوم تبعاً له وافق بقوله الامام الفضلي وشمس الأئمة الحلواني وابو بكر بن فضل رحمهم الله تعالى وبما ان ارجاع الناس عن عاداتهم المعروفة عندهم غير ممكن كما ان حمل معاملتهم بحسب 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 المائتين .

وفي بيع الصبرة كل مد بكذا عند الامام الاعظم رضي الله عنه يصح البيع في مد واحد فقط وعند صاحبين رحمهما الله تعالى يصح في جميع الصبرة فمهما بلغت الصبرة بأخذها المشتري وينفع ثمنها بحسب المد بسعر ماجرى عليه العقد وبما ان كثيراً من الفقهاء مثل صاحب الهداية قد اخاروا قول صاحبين في ذلك تيسيراً لمعاملات الناس حررت هذه المسألة في المادة العشرين بعد المائتين على مقتضى قولهما وأكثر مدة خيار الشرط عند الامام رحمه الله تعالى ثلاثة ايام وعند صاحبين تكون المدة على قدر ما شرط المتعاقدان من الايام ولما كان قولهما أيضاً وافق 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 بأكثر من ذلك هو قول محمد رحمه الله تعالى فقط وانما اختير قوله في هذه المسألة ايضاً مراعاة لمصلحة الناس كما ذكر في المادة الثالثة عشر بعد الثلاثمائة

(١) الخرشوم هو (ارضي شوكة) وفي التركية يسمى (نكنتار)

وعند الامام الاعظم للمستصنع الرجوع بعد عقد الاستصناع وعند الامام ابي يوسف رحمه الله انه اذا وجد المصنوع موافقاً للصفات التي بينت وقت العقد فليس له الرجوع والحال انه في هذا الزمن قد اتخذت معامل كثيرة تصنع فيها المدافع والبواخر ونحوها بالمقاولة وبذلك صار الاستصناع من الامور الجارية العظيمة فتخيير المستصنع في امضاء العقد او فسخه يترتب عليه الاخلال بمصالح جسيمة وبما ان الاستصناع مستند الى التعارف ومقيس على السلم المشروع على خلاف القياس بناء على عرف الناس لزم اختيار قول ابي يوسف رحمه الله تعالى في هذا مراعاة لصاحبة الوقت كما حرر في المادة الثانية والتسعين بعد الثلثائة من هذه المجلة

فاذا امر امام المسلمين بتخصيص العمل بقول من المسائل المجتهد فيها تعين ووجب العمل بقوله واذا استصوبت حضرتم العلية هذه المعروضات المبسوطة وشحوا اعلی المجلة المفوفة بالخط الشريف الهمايوني والامر لولي الامر .

مفتش الاوقاف الهمايونية

ناظر ديوان الاحكام العدلية

السيد خليل

احمد جودت

من اعضاء ديوان الاحكام العدلية

من اعضاء شورى الدولة

السيد احمد خلوصي

سيف الدين

من اعضاء شورى الدولة

من اعضاء ديوان الاحكام العدلية

محمد امين الجندي

السيد احمد حلمي

من اعضاء الجمعية

علاء الدين بن عابدين

تمهيد

يجب على كل شارح في علم ان يعلم عشرة امور حتى يكون منه على بصيرة وهي :

(١) ٤٣١ (٢) تعريفه (٣) موضوعه (٤) مأخذه (٥) غايته (٦) موضوعاته

(٧) مسائله (٨) حكمه (٩) شرفه وفضيلته (١٠) نسبه

فاسم هذا العلم الفقه وتعرفه سيدكر في المادة الاولى من المجلة واما موضوعه فليعلم اولاً ان موضوع كل علم ما يبحث فيه عن عوارضه الذاتية فموضوع علم الفقه افعال المكلفين ثبوتاً ونفيّاً ولذلك ذكر الفقهاء مباحثه تحت عنوان كتاب النكاح وكتاب البيع وكتاب الهبة مثلاً فالبيع والهبة والنكاح هي عبارة عن فعل المكلف فعلى ذلك يحتاج فعل غير المكلف من موضوع علم الفقه وغير المكلف الصبي والمجنون والبهيمة ولكن اذا ائلف الصبي او المجنون مال الغير يكون ضامناً وكذلك اذا سرح شخص بهيمته في الطريق العام يضمن صاحبها جنايتها وقد وردت هذه الاحكام في علم الفقه فكيف جاز ان يبحث علم الفقه عنها مع انها ليست من موضوعه اذ موضوعه فعل المكلف فقط والجواب انه ليس المكلف في ذلك الصبي والمجنون والبهيمة بل ولي الصبي والمجنون وصاحب البهيمة فيكون البحث عن ذلك في الحقيقة بحثاً عن افعال المكلفين

مآخذ علم الفقه

مآخذ علم الفقه الكتاب اي القرآن الكريم والسنة واجماع الامة والقياس . فالسنة هي قول النبي صلى الله عليه وسلم وفعاله ونثر يره واجماع الامة اتفاق العلماء المعتمدين كالصحابة الكرام على مسألة دينية والقياس الحاق شيء لم يرد حكمه بما ورد ويقال له قياس الفقهاء ومثال ذلك انه ورد في القرآن الكريم قوله تعالى ولا تقل لهما أف فنهننا للنهي عن قول اف على النهي عن اظهار الضجر من الابوين فاظهار الضجر محرم بالكتاب اما حرمة ضرب الاباء

وشتهم فثابتة قياساً

وغاية علم الفقه نيل سعادة الدارين اذ ان صاحبه يكون معززاً مكرماً في دنياه
منعاً في اخراه . وواضعه الامام الاعظم . ومسائل الفقه موضوعها فعل المكلف ومحمولها احد
الاحكام الخمسة الشرعية وهي : الوجوب والندب والاباحة والحرمة والكراهة .

فالمسائل الفقهية هي عبارة عن ان هذا الفعل واجب وذلك الفعل حرام وهذا الفعل
مندوب او مباح او مكروه وما شابه ذلك

وحكم الفقه انه فرض عين على كل مسلم ومسلمة فيما يتعلق بالعبادات من الاحكام ولو
اجمالا وما يتعلق بها كالبيع . واما شرفه وفضله فهو افضل العلوم ما عدا علم الكلام
والتفسير والحديث واصول الفقه . واحكام الفقه الحنفية قد اخذت بالسند المتصل عن
الصحابة عبد الله بن مسعود . فالامام الاعظم اخذ مذهبه عن حماد واخذ حماد عن
ابراهيم النخعي وابراهيم عن علقمة وعلقمة عن عبد الله بن مسعود وعبد الله بن مسعود عن النبي
صلى الله عليه وسلم

المقدمة

— ❖ — محنوية على مقالين ❖ —

المقالة الاولى في تعريف علم الفقه وتقسيمه

❖ المادة ١ ❖ الفقه علم بالمسائل الشرعية العملية المكتسب من ادلتها التفصيلية والمسائل الفقهية اما ان تتعلق بامر الآخرة وهي العبادات واما ان تتعلق بامر الدنيا وهي تنقسم الى مناكحات ومعاملات وعقوبات فان الباري تعالى اراد بقاء هذا العالم الى وقت قدره وهو انما يكون بقاء النوع الانساني وذلك يتوقف على ازدواج الذكور مع الاناث للتولد والتناسل ثم ان بقاء نوع الانسان انما يكون بعدم انقطاع الاشخاص . والانسان بحسب اعتدال مزاجه يحتاج للبقاء في الامور الصناعية الى الغذاء واللباس والمسكن وذلك ايضا يتوقف على التعاون والتشارك ببسط بساط المدنية والحال ان كل شخص يطلب ما يلائمه ويفض على من يزاحمه فلاجل بقاء العدل والنظام بينهم محفوظين من الخلل يحتاج الى قوانين مؤيدة شرعية في امر الازدواج وهي قسم المناكحات من علم الفقه وفيما به التمدن من التعاون والتشارك وهي قسم المعاملات منه ولاستقرار امر التمدن على هذا المنوال لزم ترتيب احكام الجزاء وهي قسم العقوبات من الفقه . وها هو ذا قد بوشر تأليف هذه المجلة من المسائل الكثيرة الوقوع في المعاملات غب استخراجها وجمعها من الكتب المعتبرة وتقسيمها الى كتب وتقسيم الكتب الى ابواب والابواب الى فصول فالمسائل الفرعية التي يعمل بها في المحاكم هي المسائل التي ستذكر في الابواب والفصول لان المحققين من الفقهاء قد ارجعوا المسائل الفقهية الى قواعد كلية كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة وتلك القواعد مسلمة معتبرة في الكتب الفقهية نتخذ ادلة لاثبات المسائل ونفهمها في باديء الامر فذكرها بوجوب الاستئناس بالمسائل ويكون وسيلة لتقررهما في الاذهان فلذا جمع تسع وتسعون قاعدة فقهية وحررت مقالة ثانية في المقدمة على ما سيأتي . ثم ان بعض هذه القواعد وان كان بحيث اذا انفرد بوجود من مشتملاته بعض الماشئنيات لكن لا تختل كليتها وعمومها من حيث المجموع لما ان بعضها يخصص ويقيد بعضاً .

الفقه — علم بالمسائل الشرعية العملية المكتسبة من ادلتها التفصيلية ويقصد بلفظة العلم بهذا التعريف الاعتقاد الراجح

المسائل — جمع مسألة — وهي المطلوب الذي يحتاج اثباته الى برهان ودليل .
الحكم — هو خطاب الشارع المتعلق بفعل المكلف وقد عرفه صدر الشريعة بانه الشيء الثابت بناء على خطاب الشارع مثل الوجوب والصحة والفساد

موضوع علم الفقه — وان موضوع علم الفقه هو فعل المكلف .
المكلف في اصطلاح الفقهاء — هو العاقل ، فالجنون والصبي لم يعدا مكلفين وان تكن المادة (٩١٦)

تقضي بضمان ما اتلفه الصبي الا ان المخاطب بذلك الولي والحكم انما يترتب بحقه الشرعية — اي الموقوفة على خطاب الشارع ولا تدرك بدونها ولا فرق بين ان يكون الخطاب بنفس الحكم او بنظيره وحينئذ يكون النظير مقيساً على نفس الحكم ويكون نفس الحكم مقيساً عليه
الشارع — هو الحق جل جلاله وبما ان الانبياء واسطة لتبليغ الاوامر الالهية فيقال لكل منهم شارع والشارع من الانبياء المقصود في الجملة هو النبي محمد صلى الله عليه وسلم

العملية — اي المتعلقة بالافعال وينجز منها علم العقائد وعلم التوحيد وعلم اصول الفقه .
قوله من ادلتها — اي العلم بتدقيق الادلة وينجز به علم التوحيد ، وعلم الرسل ، وعلم الاشياء الضرورية من الدين .

قوله المسائل الشرعية — احترازاً عن المسائل العقلية كقولك «العالم حادث» والمسائل الحسية «كالنار محرقة» والمسائل الاصطلاحية كقولك «الفاعل مرفوع» .

مصادر علم الفقه — اربعة الكتاب ، والسنة ، والاجماع ، والقياس .
المسائل الفقهية — قسماً منها ما يتعلق بالآخرة وهي العبادات والقسم الاخر يختص بامر الدنيا ويقسم الى مناكحات ، ومعاملات ، وعقوبات ، كما في الكتب الفقهية .

القواعد الكلية

المقالة الثانية

في بيان القواعد الكلية الفقهية

﴿ المادة ٢ ﴾ الامور بمقاصدها يعني : ان الحكم الذي يترتب على امر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الامر .

القاعدة : لغة اساس الشيء وفي اصطلاح الفقهاء هو الحكم الكلي او الاكثري الذي يراد به معرفة حكم الجزئيات .

الطريقة لمعرفة حكم الجزئيات - والطريقة لمعرفة حكم الجزئيات من القاعدة الكلية هي كما يلي : قاعدة (القديم على قدمه) الكلية مثلا وجزئيتها « ان طريق دار زيد قديمة » فيستخرج من القاعدة العمومية انه مادامت طريق دار زيد قديمة يجب ان تبقى على قدمها لان القديم يبقى على حاله القديم وهلم جرا
امور : جمع امر معناه اللغوي الفعل والحال اذ يقال امور فلان مستقيمة اي احواله وقد ورد في الآية الشريفة (وما امر فرعون برشيد) يقصد به حال فرعون

الامر : يجي بمعنى طلب الفعل والقول ويجمع على اوامر وهنالا يقصد هذا المعنى بل يقصد بالامر الفعل ويجمع على امور وبما ان الفعل هو عمل الجوارح فالقول ايضا يعد من جملة الافعال لانه ينشأ من جارحة اللسان . وهنا قد قرن الفعل بالقصد في قوله الامور بمقاصدها فإليه النية التي لا تقترب بفعل ظاهري لا تترتب عليها احكام شرعية . فلو طلق شخص زوجته في قلبه او باع فرسه ولم ينطق بلسانه لا يترتب على ذلك الفعل الباطني حكم لان الاحكام الشرعية تتعلق بالظواهر . وكذا لو اشترى شخص مالا بقصد ان يوقفه وبعد ان اشتراه لم يتكلم بما يدل على وقفه ذلك المالم فلا يصير وفقا . كذلك لو نوى شخص غضب مال شخص آخر ولم يغضبه وتلف ذلك المالم في يد صاحبه لا يضمن بمجرد نية الغضب ولو اخذ المودع المالم الوديعه بقصد استهلاكها ثم ارجعها الى موضعها وتلفت بلا تعد ولا تقصير لا يضمن

الافعال بلا نية : اما الافعال بلا نية فحكمها كما يأتي : ان الالفاظ الصريحة لا تحتاج الى نية ويكفي حصول الفعل لترتيب الحكم عليها اذ ان الافعال الصريحة تكون النية متمثلة بها مثال ذلك : لو قال شخص لاخر ، بعثك مالي هذا او اوصيت لك به يصح البيع او الوصية كما ان الاقرار ، والوكالة ، والايديع ،

والاعارة ، والقذف ، والسرقه كلها امور لا تتوقف على النية بل فعلها يكفي لترتب الحكم .
 الالفاظ غير الصريجه : اما في الالفاظ غير الصريجه فيختلف حكم اللفظ الواحد باختلاف مقصد الفاعل
 كالبيع مثلا اذا استعمل بصيغه المضارع كقول البائع او المشتري « ابيع واشتري » اذا قصد به الحال
 ينعقد البيع واذا قصد به الاستقبال لا ينعقد وعلى ذلك فباختلاف القصد قد يختلف الحكم واما بصيغه
 الماضي فينعقد البيع ولا يتوقف على النية بمعنى الحال لكونها من الصيغ المستعملة الصريجه في العقود المقصود
 بها الحال . كذلك لو اقر شخص لاخر بقوله لك علي درهم في درهمين فاذا كان يقصد بكلامه هذا مع
 درهمين او درهمين فيحكم عليه بثلاثة دراهم واذا كان المقصود به الظرف لا يحكم عليه الا بدرهم واحد .
 كذلك لو تعدي المودع على الوديعة ثم ازال التعدي ينظر فاذا كان المودع ينوي اعادة التمدي فهو ضامن لو
 تلفت الوديعة بلا تعدي ولا تقصير واما اذا كان نائبا عدم العوده الى التعدي فلا يضمن . وكذا الشخص
 الذي يحرز مالا مباحا اذا احرزه بقصد تملكه يصبح مالكه والا فلا . مثال ذلك : لو وضع شخص اثناء تحت
 المطر وتجمع فيه ماء فاذا وضع ذلك الاناء بقصد جمع الماء وحراره يصبح مالكه فوالحاله هذه لو اغتصب
 الماء احد يضمنه واما اذا كان قد وضع الاناء بقصد غسله بماء المطر لا بقصد جمع الماء واخذها احد لا
 يضمن لان صاحب الاناء لم يملك الماء لعدم سبق نية منه لحراره ، كذلك لو وضع شخص نجما بمجل
 ووقع في الفخ طير فاذا كان صاحب الفخ نصب فخه بقصد الصيد فالطير يكون ملكه واما اذا كان وضعه بقصد
 التجفيف في الهواء فالطير الذي يقع في الفخ يكون غير مملوك لصاحب الفخ فاذا اخذه شخص ما لا يحق
 لصاحب الفخ ان يطالبه به . كذا لو وجد شخص لقطه ابي مالا ضائعا فان اخذه بقصد تملكه يعد غاصبا
 فوالحاله هذه لو تلف بيده بلا تعد ولا تقصير ضمن قيمة المال لصاحبه اما اذا اخذه بقصد تسليمه
 الى صاحبه وتلف المال بلا تعد ولا تقصير لا يضمن لانه يكون في حكم الامين .

« الاحكام الشرعية التي لا تتبدل احكامها باختلاف القصد والنية ، »

هذا وهنابعض احكام شرعية لا تتبدل احكامها نظر القصد والنية وذلك كما لو اخذ شخص مال آخر على
 سبيل المزاح بدون اذنه فمجرد وقوع الاخذ يكون الاخذ غاصبا ولا ينظر الى نيته من كونه لا يقصد الغصب
 بل يقصد المزاح ، وكذلك لو اتى شخص عملا غير مأذون فيه فانه يضمن الخسارة الناشئة عن عمله
 ولو حصلت عن غير ارادة منه مثال ذلك : لو ان شخصا شاهد سكران واخذ النقود التي يحملها بقصد
 حفظها من ان تسقط منه فحكمه حكم الغاصب ويصبح ضامنا فيما لو تلفت
 هذا وبما ان القواعد الكلية هي قواعد اكثرية واغلبية فوجود بعض احكام منافية لهذه القاعدة
 او غيرها لا تأثير لها

﴿ المادة ٣ ﴾ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني ولذا يجري حكم

الرهن في البيع بالوفاء

العقد : هو ارتباط الايجاب بالقبول كعقد البيع ، والاجارة ، والاعارة . الخ .

اللفظ : هو الكلام الذي ينطق به الانسان بقصد التعبير عن ضميره .

يفهم من هذه المادة انه عند حصول العقد لا ينظر للالفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد بل

أما ينظر الى مقاصدهم الحقيقية من الكلام الذي يلفظ به حين العقد لان المقصود الحقيقي هو المعنى وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة وما الالفاظ الا قوالب للمعاني . ومع ذلك فانه ما لم يتعذر التأليف بين الالفاظ والمعاني المقصودة لا يجوز الغاء الالفاظ . مثال ذلك : بيع الوفاء ، فاستعمال كلمة البيع فيه التي تتضمن تملك المبيع للمشتري اثناء العقد لا يفيد التملك لانه لم يكن مقصودا من الفريقين بل المقصود به انما هو تأمين دين المشتري المترتب في ذمة البائع وابقاء المبيع تحت يد المشتري لحين وفاء الدين ولذلك لم يخرج العقد عن كونه عقد رهن فيجري به حكم الرهن ولا يجري حكم البيع .

فبناءً على ما تقدم يحق للبائع بيعاً وفائياً ان يعيد الثمن ويسترد المبيع كما انه يحق للمشتري ان يعيد المبيع ويسترجع الثمن ولو كان العقد بيعاً حقيقياً لما جاز اعادة المبيع واسترداد الثمن الا باتفاق من الفريقين على اقالة البيع .

مثال ثان : لو اشترى شخص من « بقال » رطل سكر وقال له خذ هذه الساعة امانة عندك حتى احضر لك الثمن فالساعة لا تكون امانة عند البقال بل يكون حكمها حكم الرهن وللبقال ان يبيعها عنده حتى يستوفي دينه فلو كانت امانة كما ذكر المشتري لحق له استرجاعها من البائع بصفتها امانة يجب على الامين اعادتها

مثال ثالث : لو قال شخص لآخر رهبتك هذه الفرس او الدار بمائة جنيه فيكون هذا العقد عقد بيع لا عقد هبة وتجري فيه احكام البيع . فاذا كان المبيع عقاراً تجري فيه احكام الشفعة وغيرها من احكام البيع .

مثال رابع : لو قال شخص لآخر قد اعرتك هذا النرس لتركبه الى « كوجك شكجه » بمحمدين غر شاً فالعقد يكون عقد ايجار لا عقد اارة رغماً من استعمال كلمة الاعارة في العقد لان الاعارة هي تملك منفعة بلا عوض وهنا يوجد عوض .

مثال خامس : لو قال شخص لآخر قد احلتك بالدين المطلوب مني على فلان على ان تبقى ذمتي مشغولة حتى يدفع الحمال عليه لك الدين . فالعقد هنا لا يكون عقد حوالة لان الحوالة هي نقل ذمة الى ذمة اخرى وهنا بقيت ذمة المدين مشغولة والذي جرى انما هو ضم ذمة اخرى فاصبح الحمال عليه كفيلاً بالدين والمدين اصيلاً

مثال سادس : لو اعطى شخص آخر عشر كيلات حنطة او عشر ليرات وقال له قد اعرتك اياها فيكون قد اقرضها له ويصبح للمستعير حق التصرف بالمال او ائتمنة المعارة لانه ليس للمستعير التصرف بدين المال المعار بل له حق الانتفاع به بدون استهلاك العين

« مستثنيات هذه القاعدة »

لهذه القاعدة مستثنيات وهي : لو باع شخص شيئاً لآخر مع نفي الثمن بقوله قد بعتك هذا المال بدون ثمن يكون البيع باطلاً ولا يعتبر العقد هبة كذلك لو أجر شخص آخر فرساً بدون اجرة تصبح الاجارة فاسدة ولا تكون غارية لان الاجارة تفيد بيع المنفعة بعوض والعارية تفيد عدم العوض وبما ان بين معنى اللفظين تضاداً فلا يجوز استعارة لفظ الاجارة في الاعارة

﴿ المادة ٤ ﴾ اليقين لا يزول بالشك

نعم لان اليقين القوي اقوى من الشك فلا يرتفع اليقين القوي بالشك الضعيف اما اليقين فانما يزول باليقين الآخر . هذه المادة مأخوذة من قاعدة « ما ثبت بيقين لا يرتفع الا بيقين »

الشك : لغة معناه التردد واصطلاحاً تردد الفعل بين الوقوع وعدمه اي لا يوجد مرجح لاحد على الآخر ولا يمكن ترجيح احد الاحتمالين اما اذا كان الترجيح ممكناً لاحد الاحتمالين والقلب غير مطمئن للجهة الراجحة ايضاً فتكون الجهة الراجحة في درجة (الظن) والجهة المرجوحة في درجة الهم .

واما اذا كان القلب بطمئن للجهة الراجحة فتكون (ظناً غالباً) والظن الغالب ينزل منزلة اليقين (اليقين) : لغة قرار الشيء يقال (يقن الماء في الحوض) بمعنى استقر واصطلاحاً (هو حصول الجزم او الظن الغالب بوقوع الشيء او عدم وقوعه) وقد عرفه البعض (هو علم الشيء المستتر عن نظر واستدلال) ويفهم من هذه الايضاحات انه لا يوجد الشك في شيء عند وجود اليقين ولا اليقين حيث يوجد الشك . اذ انهما تقيضان ولا يجوز اجتماع التقيضين فعلى هذا قد يعترض على وضع هذه المادة اذ لا موجب لوضعها

ولكن بما ان القصد هنا بالشك انما هو (الشك الطاريء) بعد حصول اليقين في الامر فلا محل للاعتراض بتاتاً .

هذا وجملة القول ان اليقين السابق لا يزول بالشك الطاريء ، وانه لا يزول الا بيقين مثله . مثال ذلك : اذا سافر رجل الى بلاد بعيدة فانقطعت اخباره مدة طويلة فانقطع اخباره يجعل شكاً في حياته الا ان ذلك الشك لا يزول اليقين وهو حياته المتيقنة قبلاً وعلى ذلك فلا يجوز الحكم بموته وليس لورثته اقتسام تركته ما لم يثبت موته يقيناً . وبالعكس اذا سافر آخر بسفينة وثبت غرقها فيحكم بموت الرجل لان موته ظن غالب والظن الغالب كما تقدم بمنزلة اليقين

مثال آخر : لو اقر شخص بمبلغ لاخر قائلاً اظن انه يوجد لك بذمتي كذا مبلغ فاقراره هذا لا يترتب عليه حكم لان الاصل براءة الذمة والاصل هو المتيقن فما لم يحصل يقين يشغل ذمته لا يثبت المبلغ عليه للمقرر له اذ ان اقراره لم ينشأ منه عن يقين بل عن شك وظن وهذا لا يزول اليقين براءة ذمة المقرر كما لا يخفى

﴿ المادة ٥ ﴾ الاصل بقاء ما كان على ما كان

يعني ينظر للشيء على اي حال كان فيحكم بدوامه على ذلك الحال ما لم يتم دليل على خلافه . وهذه القاعدة تدعى (الاستصحاب) وقاعدة القديم على قدمه فرع لهذه القاعدة

الاستصحاب : هو الحكم بتحقيق وثبوت شيء بناء على تحقق وثبوت ذلك الشيء في وقت من الاوقات والاستصحاب حجة دافعة لا حجة مثبتة وهو على قسمين : (استصحاب الماضي بالحال) و (استصحاب الحال بالماضي)

ما هو القديم — هو الذي لا يعرف اوله اما اذا كان اوله معروفاً فلا يعد قديماً مثلاً : لو ان ميزاب دار شخص يجري من القديم على دار شخص آخر فصاحب الدار الثانية لا يحق له منعه كما وان بالوعة دار تمر من دار اخرى فصاحب الدار الثانية لا يحق له سد تلك البالوعة ومنع مرورها من داره لانه ما دام ذلك قديماً يعتبر ان مرور ذلك الماء لا بد وان يكون مستنداً على حق شرعي كأن كانت الداران مشتركين فجرى تقسيمهما وكان من شروط التقسيم مرور ماء احدهما من الاخرى
 اما القديم المخالف للشرع الشريف فلا يترك على قدمه .هما تقادم عهده لان الضرر لا يكون قديماً . مثلاً لو ان بالوعة دار تجري من القديم في الطريق العام لا ينظر الى قدمها وتراها لانه غير ممكن احتمال مشروعية ذلك

﴿المادة ٧﴾ الضرر لا يكون قديماً

يعني : لا يعتبر قدمه ولا يحكم ببقائه . هذه المادة تفيد حكم المادة التي قبلها الناصة على ان القديم يترك على قدمه الا ان هذه قيدت تلك وبيئت ان القديم الذي يعتبر هو القديم غير المضر . مثلاً ذلك لو ان اقدار دار شخص من القديم تسيل الى الطريق العام او ان بالوعة دار شخص تسيل الى النهر الذي يشرب ماءه اهل البلدة فتمنع ولا اعتبار لقدمها لانه لا يمكن احتمال مشروعية ذلك ولا يمكن لانسان ان يميز حقاً يكون منه ضرر عام

﴿المادة ٨﴾ الاصل براءة الذمة

يعني : الاصل ان تكون ذمة كل شخص بريئة اي غير مشغولة بحق آخر لان كل شخص يولد وذمته بريئة وشغلها يحصل بالمعاملات التي يجريها فيما بعد فكل شخص يدعي خلاف هذا الاصل يطلب منه ان يبرهن على ذلك لانه حسب المادة ٧٧ تطلب البينة من مدعي خلاف الظاهر وخلاف الاصل . وهذه القاعدة مأخوذة من الاشباه

الذمة تعرّف فيها : لغة العهد والامان اذ ان نقض العهد والامان موجب للذم وفي الاصطلاح بمعنى النفس والذات ولهذا فسرت المادة (٦١٢) الذمة بالذات . والذمة في اصطلاح علم اصول الفقه وصف يصير به الانسان اهلاً لماله وما عليه . مثلاً ذلك : اذا اشترى شخص مالا كان اهلاً لملكه منفعته ذلك المالك كما انه يكون ايضاً اهلاً لتحمل مضره دفع ثمنه المجرى على ادائه . والذمة وان لم تكن هي نفس عقل الانسان فللعقل دخل فيها ولذا فالحيوانات العجم لا توصف بالذمة . وان القول بان براءة الذمة اصل يقصد به ان ذات الانسان باعتبار الوصف المذكور بريء فعند ما يقال ترتب في الذمة دين يكون معنى ذلك انه ترتب على نفس الانسان دين . واذا تارضت هذه القاعدة بقاعدة « الاصل اضافة الحوادث الى اقرب اوقاتها » فيجب العمل بهذه القاعدة لان هذه اقوى من تلك . مثلاً ذلك : اذا اتلف رجل مال آخر واختلف في مقداره يكون القول للمتلف والبينة على صاحب المالك لاثبات الزيادة . مثلاً آخر : اذا ادعى شخص على آخر بقرض والمدعى عليه انكر ذلك القرض فالقول للمدعى عليه مع اليمين والمدعى مكلف باثبات خلاف الاصل اي اثبات شغل ذمة المدعى

عليه فاذا اقام المدعي البينة فيكون قد وجد دليل على خلاف الاصل فيحكم حينئذ بالبينة . كذلك في مواد الغصب ، والسرقه ، والوديعة التي يجوز فيها الاقرار بالمجهول كأن يقر شخص مثلاً بقوله ان فلاناً له عندي امانة بدون ذكر مقدارها فيجبر المقر على ان يبين ما هي الامانة وما مقدارها فاذا بين المقر ان تلك الامانة فرس او عشرة قروش مثلاً والمقر له ادعى انها فرسان او مائتا قرش فالقول للمقر مع اليمين والبينة على المقر له لاثبات الزيادة

و يمكن توجيه اعتراض على هذه القاعدة وهو ان المدين اذا ادعى ان الدائن ابرأه او انه اوفى الدين فالقول للدائن مع اليمين مع ان الدائن يدعي شغل ذمة المدين والمدين يدعي براءة ذمته فكأن الواجب حسب هذه القاعدة ان يكون القول للمدين

والجواب على ذلك ان الدائن والمدين هنا متفقان على ثبوت الدين فبانفاقهما على ذلك اصبح شغل الذمة اصلاً والبراءة خلاف الاصل فالمدين يدعى الايفاء والابراء الذي هو خلاف الاصل والدائن ينكر ذلك فعلى هذا اصبح القول للدائن ولا مجال للاعتراض على ذلك راجع المادة (٧٧)

المادة ٩ * الاصل في الصفات العارضة العدم

مثلاً : اذا اختلف شريكاً المضاربة في حصول الربح وعدهه فالقول للمضارب والبينة على رب المال لاثبات الربح
هذه القاعدة مأخوذة من الاشباه وقد ذكر في الاشباه (الاصل العدم وليس العدم مطلقاً وانما هو في الصفات العارضة)

يعني : ان الاصل في الصفات العارضة هو عدم وجود تلك الصفات اما في الصفات الاصلية فالاصل هو وجود تلك الصفات فعلى هذا فالقول للذي يدعي الصفات الاصلية واما الذي يدعي العدم فيجب عليه الاثبات كما لو اشترى شخص فرساً واستلمه فادعى ان فيه عيباً قديماً وادعى البائع سلامته من العيوب فالقول للبائع مع اليمين لان الصحة من الصفات الاصلية والاصل فيها الوجود والحاصل ان الصفات قسيان : صفة اصلية وصفة عارضة فالذي يدعي الصفة الاصلية فالقول له والذي يدعي الصفة العارضة يدعي خلاف الاصل فالبينة عليه . الصفة العارضة : هي التي لم توجد مع الموصوف ولم تنصف بها ذاته ابتداء

الصفة الاصلية : هي التي توجد مع الموصوف

مثال ذلك : لو باع شخص من آخر بقرة ثم طلب المشتري ردها لكونها غير حلوب والبائع انكر وقوع البيع على هذا الشرط فالصفة الاصلية في البقرة كونها غير حلوب وصفة الحلب طارئة فالقول هنا للبائع الذي يدعي عدم حصول هذا الشرط وعلى المشتري الذي يدعي خلاف الاصل اثبات ما يدعيه .

مثال آخر : اذا حصل اختلاف بين البائع والمشتري او المؤجر والمستأجر على استلام المبيع از المستأجر فالقول لمنكر الاستلام لان الاستلام اصل

« مستثنيات من هذه القاعدة »

لهذه القاعدة مستثنيات -- وهي :

(١) اذا اراد الواهب الرجوع عن الهبة وادعى الموهوب تلف الهبة فالقول له بلا يمين وذلك حسب منطوق المادة ١٢٧٣ من ان تلف الهبة صفة عارضة وهي خلاف الاصل فكان من الواجب بمقتضى هذه القاعدة ان يكون الموهوب مكلفاً باثبات ذلك ولكن بما ان الموهوب ينكر هنا وجوب الرد على الواهب فاصبح شبيهاً بالمستودع

(٢) كذلك اذا تصرف الزوج في مال الزوجة فاترضه آخر وتوفيت الزوجة وادعى وارثها ان الزوج تصرف في المال بدون اذن وطالب الحكم بضمانه وادعى الزوج ان تصرفه كان باذنها فالقول للزوج مع ان الاذن من الصنات العارضة فكان الواجب ان يكون القول للوارث

﴿ المادة ١٠ ﴾ ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد المنزل

هذه القاعدة مطابقة لقاعدة « الاصل ابقاء ما كان على ما كان » ومتممة لها وهي نفس قاعدة الاستصحاب التي سبق شرحها وتجري فيها ايضاً احكام نوعي الاستصحاب « استصحاب الحال بالماضي واستصحاب الماضي بالحال »

ومعنى هذه المادة :

ان الشيء الذي ثبت حصوله في الزمن الماضي يحكم ببقائه في الحال ما لم يوجد دليل على خلافه والشيء الثابت وجوده في الحال يحكم ايضاً باستمراره من الماضي ما لم يوجد ما يزيله اما عبارة (ما لم يوجد المنزل) فهي قيد في المادة يراد به انه اذا وجد المنزل لا يحكم ببقاء الشيء بل يزال . مثال ذلك :

لو ثبت ملك شيء او مال لاحد ما يحكم ببقاء الملكية لتلك الشخص ما لم يثبت بان المال انتقل منه لآخر بعقد بيع او هبة او بسبب آخر من الاسباب المزالة للملكية اما لو ثبت زوال الملكية ببيع او هبة او هبة مثلاً فلا يحكم بملكية ذلك المال للمالك الاول

الادعاء: -- يقع بثلاث صور والاثبات يقع بثلاثة اوجه ايضاً

اولاً : بان يدعي المدعي الملك في الحال والشهود تشهد على الماضي كقول المدعي (ان هذا الشيء ملكي وقول الشهود ان هذا الشيء كان ملكه)

ففي هذه الصورة بما ان الشهود لا يمكنهم معرفة بقاء الملك للمالك الا بطريق الاستصحاب فشهادتهم على ملكية المدعي في الماضي لا تثبت ملكيته في الحال . ومع هذا تقبل ويحكم بموجبها

ثانياً : ان المدعي يدعي الملك في الماضي والشهود تشهد على الملكية في الحال فهذه الشهادة لا تقبل ولا يجوز تطبيقها على الاستصحاب المقلوب وهو استصحاب الحال بالماضي

ثالثاً : ان المدعي يدعي الملك في الماضي والشهود تشهد على الملك في الماضي فلا تقبل شهادتهم ايضاً وسبب عدم قبول شهادة الشهود في الحالين الاخيرين هو ان اسناد المدعي ملكيته الى الماضي يتضمن