جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مطبوعة علمية بعنوان:

# محـاضرات
# في القـواعد الفقهية.

ألقيت على طلبة سنة أولى ماستر **(السداسي الأول والسداسي الثاني)**

**– تخصص قانون أسرة –**

**السنوات الدراسية 2013-2021**

**إعداد الدكتورة : بوسطلة شهرزاد**

**الموسم الجامعي:2020-2021**

# المقدمة:

تعتبر القواعد الفقهية من أهم العلوم الإسلامية، فهي مرحلة متطورة للتأليف في الفقه جمعت بها الأحكام الفرعية العديدة والمسائل الجزئية المتناثرة في عبارات وجيزة وتراكيب عامة وشاملة ولها فوائد كثيرة؛ أول ما ظهرت في القرآن الكريم والسنة النبوية،اعتمد عليها بصورة ضمنية الصحابة والفقهاء والأئمة عند الاجتهاد والاستنباط.

حتى القرن السابع هجري لم تكن مدونة حيث بدأت في الانتشار وبدأ استعمالها في كتب الفقه وكثر التأليف فيها، فجمعت وألفت في كتب خاصة، ثم بدت بصورة واضحة في مجلة الأحكام العدلية العثمانية سنة 1386هـ، فتداولها بالشرح القضاة والمحامون وبعدهم الفقهاء والباحثون، حيث ظهرت مؤلفات كثيرة الصغيرة والكبيرة فيها،عرفتها وبيّنت خصائصها ونشأتها وموضوعها؛ وبدا الاهتمام والعناية بها من خلال تدريسها في المعاهد والجامعات من جهة.

في كلية الحقوق جامعة بسكرة تضمن برنامج مستوى الماستر تخصص قانون أسرة مقياس القواعد الفقهية،وقد أحسن فريق التكوين اختيار هذا العلم ضمن المقاييس التي يدرسها طالب الحقوق ،ذلك أن قانون الأسرة الجزائري وغيره من القوانين تستند إلى الشريعة الإسلامية كمصدر لقوانينها المنظمة لمسائل الزواج وآثاره خصوصا والمتعلقة بشؤون الأسرة على العموم،ودراسة القواعد الفقهية يكسب الطالب معارف في مجال العلوم الإسلامية،الفقه الإسلامي خاصة، فتيسر على الطالب في هذا التخصص بالتحديد فهم الأحكام الواردة في قانون الأسرة وتفسيرها .

هذا والقواعد الفقهية متنوعة ومتعددة بتنوع المذاهب وطرق الاستنباط فيها وما ينبني عليها من أحكام، حيث كانت القواعد الكلية محل اتفاق بين كل المذاهب،وعليه تكون دراستنا للمقياس على قسمين: القسم الأول خصص للسداسي الأول ويضم القواعد الخمس الكبرى يتصدرها مدخل مفاهيمي.

أما السداسي الثاني فخصص لقواعد مختارة في مواضيع متفرقة هي كالتالي قواعد في الاجتهاد والولاية والاثبات والضمان ( قاعدتين لكل موضوع).

# السداسي الأول: القواعد الخمس الكبرى

- **فصل تمهيدي:مدخل مفاهيمي.**
- **الفصل الأول: قاعدة الأمور بمقاصدها.**
- **الفصل الثاني: قاعدة اليقين لا يزول بالشك.**
- **الفصل الثالث: قاعدة المشقة تجلب التيسير.**
- **الفصل الرابع: قاعدة الضرر يزال.**
- **الفصل الخامس:قاعدة العادة محكمة.**

# الفصل التمهيدي:مدخل مفاهيمي.

لقد أولى الفقهاء والباحثون القواعد الفقهية اهتمامهم، فكان لها مكانتها في العلوم الإسلامية والقانونية واتجهت جهودهم في التأليف تقعيدا وتفريعا، فما هي القواعد الفقهية؟وما الذي يميزها عن باقي مجالات الفقه الإسلامي؟ الإجابة عن هذه التساؤلات يكون بتعريفها لغة واصطلاحا من جهة وببيان مميزاتها وفوائدها وأهميتها من جهة أخرى، ثم شرح أنواعها ومصادرها ونشأتها وتدوينها.

## المبحث الأول:مفهوم القواعد الفقهية.

يتحدد مفهوم القواعد الفقهية بتعريفها وبيان مميزاتها وفوائدها وأهميتها وأنواعها.

### المطلب الأول: تعريف القواعد الفقهية.

يتعين تحديد القواعد الفقهية بالرجوع إلى الأصل اللغوي للألفاظ المكوّنة لها وما تصدق عليه في استعمال الفقهاء.

1. **التعريف اللغوي:**القواعد في اللغة جمع قاعدة، ومعنى القاعدة أساس البناء، ماديا كقواعد البيت،والبناء[1] منه قوله تعالى: ﴿**وَإِذْ يرفَعُ إبراهيمُ القواعدَ منَ البيتِ وإسماعيلُ**﴾[2] ،أو معنويا كقواعد الإسلام وقواعد اللغة.

2. **التعريف الاصطلاحي.**

تعرف القواعد الفقهية بأنها:" أمر كلي ينطبق على جزئيات كثيرة تفهم أحكامها منه."[3] وبالتالي فالقاعدة الفقهية تتضمن حكما شرعيا كليا تتدرج تحته جزئيات متعددة تعود كلها إلى القاعدة وترتبط بها، مثالها: "الضرورات تبيح المحظورات" هذه القاعدة تتدرج تحتها كثير من الفروع

[1] جمال بن منظور، **لسان العرب** (ط3 ،دار صادر، بيروت.1414هـ) ج3 ص361.
2 سورة البقرة، الآية 127
3 تاج الدين السبكي،**الأشباه والنظائر**(ط1،دار الكتب العلمية،1411هـ-1991م).ج1ص 11.

الفقهية منها أكل الميتة للمضطر عند الخوف من الموت جوعا ؛و مثلها التلفظ بكلمة الكفر عند الإكراه.

قولهم "أصل كلي" معناه أن القاعدة تشمل كل جزئياتها فتنطبق على فروعها، ولا يمنع ذلك خروج بعض الفروع عنها حيث تعتبر استثناءات تطبق عليها قواعد أخرى، لذلك نجد من يعرفها بأنها:"حكم أغلبي..."[1]وليس كلي، ويميل معظم فقهاء العصر الحديث إلى تعريفها بقولهم حكم كلي واعتبروا ما استثني منها لا يؤثر في وصفها وهو من قبيل الاستثناء الذي لا تخل منه قاعدة.

## المطلب الثاني :مميزاتها فوائدها وأهميتها.

لا يمكن حصر القواعد الفقهية بعدد فهي قواعد كثيرة جداً، منثورة في كتب الفقه العام والفتاوى والأحكام، تمتاز بإيجاز عباراتها مع عموم معانيها وسعة استيعابها للمسائل الجزئية، إذ تصاغ القاعدة في جملة مفيدة مكونة من كلمتين أو بضع كلمات[2] ، مثل "**العادة محكمة**" و" **الأعمال بالنيات".**

لدراسة القواعد الفقهية وحفظها والعناية بها فوائد جمة للفقيه المجتهد والقاضي والإمام والمفتي، ولهذه القواعد أهمية فقهية ومكانة كبرى لأنها :

- جمعت الفروع الجزئية المشتتة، التي قد تتعارض ظواهرها، تحت رابط واحد يسهل الرجوع إليه ويجعلها قريبة المتناول.
- دراسة هذه القواعد تسهل على غير المختصين بالفقه الاطلاع على الفقه الإسلامي، ومدى استيعابه للأحكام ومراعاته للحقوق والواجبات.
- دراسة القواعد الفقهية والإلمام بها واستيعابها يعين القضاة والمفتين والحكام عند البحث عن حلول للمسائل المعروضة والنوازل الطارئة بأيسر سبيل وأقرب طريق.
- إن دراسة القواعد الفقهية تكوّن لدى الباحث ملكة فقهية قوية، تنير أمامه الطريق لدراسة أبواب الفقه الواسعة والمتعددة، ومعرفة الأحكام الشرعية، واستنباط الحلول للوقائع المتجددة والمسائل المتكررة.

1 أحمد الزرقاء،**شرح القواعد الفقهية**(ط7،دار القلم،دمشق 1428هـ-2007م)ص33.
2 مصطفى أحمد الزرقاء ، **المدخل الفقهي العام** (ط1،دار القلم،دمشق.1418هـ -.1998م)ج2،ص965.

➢ لأن" القواعد الفقهية موضع اتفاق بين الأئمة المجتهدين، ومواضع الخلاف فيها قليلة، فإن دراسة هذه القواعد تربي عند الباحث ملكة المقارنة بين المذاهب المختلفة، وتوضح له وجوه الاختلاف وأسبابه بين المذاهب." [1]

## المطلب الثالث:أنواع القواعد الفقهية ومراتبها:

القواعد الفقهية ليست نوعاً واحداً، ولا كلها في مرتبة واحدة، وإنما هي أنواع وراتب، ويرجع هذا التنوع إلى سببين رئيسيين، **الأول:** من حيث شمول القاعدة وسعة استيعابها للفروع والمسائل الفقهية، و**الثاني:** من حيث الاتفاق على مضمون القاعدة أو الاختلاف فيه[2].

**الفرع الأول :من حيث شمول القاعدة والسعة.**

خاصية العموم في القواعد الفقهية لا تجعلها في مرتبة واحدة، فمنها الواسع الذي لا يكاد يخلو باب في الفقه من تطبيقات لها، ومنها أقل سعة من سابقتها لكنها تشمل كثير من مسائل في أبواب الفقه المختلفة ومنها ما يختص بباب واحد أو جزء من باب في الفقه.[3]

**1. المرتبة الأولى: القواعد الكلية الكبرى.**

وسميت كذلك لأنها تشتمل على كثير من مسائل الفقه في أبوابه المختلفة ويندرج تحتها جل الأحكام الواردة فيه،فلا يخل باب في الفقه من تطبيقاتها. هذه القواعد هي:

- قاعدة (إنما الأعمال بالنيات) أو (الأمور بمقاصدها).
- قاعدة (اليقين لا يزول، أو لا يرتفع بالشك).
- قاعدة (المشقة تجلب التيسير).
- قاعدة (لا ضرر ولا ضرار) أو (الضرر يزال).
- قاعدة ( العادة محكَّمة).

**2. المرتبة الثانية: قواعد أضيق مجالاً**

تشمل قواعد لا تقل في سعتها عن سابقاتها إلا أنها أضيق مجالاً منها،حيث يندرج تحت كل

---

[1] محمد البورنو،**موسوعة القواعد الفقهية.**( مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان ط4،1416 هـ - 1996 م) المجلد 1،ص24

[2] المرجع نفسه ،ص 26

3 انظر: محمد الزحيلي،**القواعد الفقهية و تطبيقاتها في المذاهب الاربعة**.(ط1دار الفكر،دمشق.2006م)ج1 ،ص29

منها مسائل عديدة من الفقه في أبوابه المختلفة، وهي قسمان:

- قسم يندرج تحت القواعد الكبرى ويتفرع عليها.
- قسم آخر لا يندرج تحت أي منه.

فمثال **القسم الأول:** قاعدة: (الضرورات تبيح المحظورات)، وهي تتفرع على قاعدة (المشقة تجلب التيسير)،وقاعدة (لا ينكر تغير الأحكام الاجتهادية بتغير الأزمان) وهي مندرجة تحت قاعدة (العادة محكَّمة).

ومثال **القسم الثاني:** قاعدة: (الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد). وقاعدة: (التصرف على الرعية منوط بالمصلحة).

**3. المرتبة الثالثة: القواعد ذوات المجال الضيق:**

هي التي لا عموم فيها حيث يجمع الفروع والمسائل في باب واحد أو جزء باب، و تسمى الضوابط جمع ضابط أو ضابطة، مثاله: (التابع تابع) و(كل كفارة سببها معصية فهي على الفور).

**الفرع الثاني:من حيث الاتفاق على مضمون القاعدة أو الاختلاف فيه.**

القواعد الفقهية موضوعها الفقه وهو ليس محل اتفاق واحد بين كل الفقهاء بل إن ما يميزه كثرة الآراء والمدارس والمذاهب الفقهية وتشعبها واختلافها، وعليه فإن القواعد الفقهية يصدق عليها في الاختلاف والاتفاق ما يصدق على الفقه.

**1. المرتبة الأولى: القواعد المتفق على مضمونها.**

تشمل القواعد المتفق على مضمونها عند جميع الفقهاء وفي مختلف المذاهب، تشمل كل القواعد الكلية الكبرى وأكثر القواعد الأخرى.

**2. المرتبة الثانية: القواعد المذهبية التي تختص بمذهب دون مذهب.**

وهي القواعد المذهبية التي تختص بمذهب دون مذهب، أو يعمل بمضمونها بعض الفقهاء دون الآخرين، مع شمولها وسعة استيعابها لكثير من مسائل الفقه من أبواب مختلفة. وهذه تعتبر من أسباب اختلاف الفقهاء من إصدار الأحكام تبعاً لاختلاف النظرة في مجال تعليل الأحكام.[1] ومن أمثلة هذه المرتبة: قاعدة: (لا حجة مع الاحتمال الناشئ عن دليل). وأساسها قولهم: (إن التهمة إذا تطرقت إلى فعل الفاعل حكم بفساد فعله).

1 محمد صدقي البورنو، **كتاب الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية**( مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان الطبعة: الرابعة، 1416 هـ - 1996 م ) ، ص28

هذه القاعدة يعمل بها الحنفية والحنابلة دون الشافعية، وقد يعمل بها المالكية ضمن قيود، ومنها عند الحنفية: (الأصل أن جواز البيع يتبع الضمان). وأما عند الشافعي: (فإن جواز البيع يتبع الطهارة).[1]

## المبحث الثاني:مصـــادرها، نشأتها، أسلوبها وأشهر مؤلفاتها:

تميزت القواعد الفقهية مثل باقي فروع العلوم الشرعية بمصدرها التي تعود كلها للقرآن والسنة والاجتهاد،وأن لها أسلوبها المميز أثبتته مؤلفات عديدة في هذا العلم.

### المطلب الأول: مصـــادر القواعد الفقهية.

القواعد الفقهية في أصلها ونشأتها مستقاة من ثلاثة مصادر: **القرآن الكريم، السنة النبوية والاجتهاد.**

**الفرع الأول : القرآن الكريم.**

لقد جاء في كتاب الله آيات في نصها مبادئ عامة وقواعد كلية وقد حققت هدفين أساسين:

1. تأكيد الكمال في دين الله تعالى الذي ورد في قوله تعالى:﴿ **الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا** ﴾[2].
2. ميزة المرونة في التشريع الإسلامي لمسايرة جميع العصور والبيئات،ليبقى صالحا للتطبيق في كل زمان ومكان.

هذا والقواعد التي مصدرها القرآن الكريم أعلى أنواع القواعد وأولاها بالاعتبار،فالقرآن الكريم هو أصل الشريعة وكل أدلتها تعود إليه، والمبادئ العامة في القرآن الكريم كانت مصدرا مباشرا للأئمة في صياغة القواعد الكلية في الفقه الإسلامي وإرشادهم إلى المقاصد والغايات من الأحكام، والاستعانة بها لتشمل جميع الفروع التي تدخل تحتها[3].

من الآيات التي جرت مجرى القواعد، قوله تعالى: ﴿ **وَأحلَ اللهُ البيعَ وحرمَ الربَا**﴾[4].هذه الآية على إيجازها جمعت أنواع البيوع ما أحل منها وما حرم إلا ما استثني؛ ومنها قوله عز وجل:

1 محمد الزحيلي،المرجع السابق ج1 ،ص29
2 سورة المائدة،الآية3.
3 محمد الزحيلي،المرجع السابق.ج1 ،ص29.
4 سورة البقرة الآية275

﴿**وأمرُهم شورَى بينَهم**﴾[1] وفيها بيان صفة التشاور التي تميز المؤمنين وتكون في كل أمورهم العائلية الاجتماعية والسياسية والإدارية؛وقوله تعالى:﴿**ومَا جَعلَ علَيْكُم فِي الدِينِ مِنْ حَرَجٍ**﴾[2] تعتبر هذه الآية مصدر القاعدة الكبرى المشقة تجلب التيسير.

**الفرع الثاني:السنة النبوية.**

إن السنة النبوية ثاني مصدر للتشريع،وهي أيضا مصدرا هاما للقواعد الفقهية،فكثير من الأحاديث النبوية قواعد،منها قوله صلى الله عليه وسلم: "**إنما الأعمال بالنيات** [3]" أصل القاعدة الكلية "الأمور بمقاصدها".وقوله أيضا:**" لا ضرر و لا ضرار**[4] **"** أصل قاعدة بلفظها" لا ضرر ولاضرار".

فكثير من الأحاديث في نصها قواعد فقهية، ومنها ما ترجع في استنباطها وأصلها إلى أحاديث شريفة.

**الفرع الثالث:الاجتهاد.**

يعتبر الاجتهاد من مصادر الفقه الإسلامي،وقد عمل الفقهاء ومثلهم المؤلفون في القواعد الفقهية على استنباط الأحكام من الكتاب والسنة عن طريق الاجتهاد، فالاجتهاد إذا طريق الفقهاء في وضع القواعد الفقهية وذلك باستنباطها من الكتاب والسنة، ومن مبادئ اللغة العربية ومن المنطق ومن خلال تجميع الفروع الفقهية المتشابهة؛ والقواعد الفقهية التي مصدرها الاجتهاد، إما قواعد مصدرها الإجماع المستند إلى الكتاب والسنة،ومثالها قاعدة:**" لا مساغ للاجتهاد في مورد نص**".فهذه قاعدة تفيد تحريم الاجتهاد في حكم مسألة ورد فيها نص في الكتاب والسنة أو الإجماع لأنه لا يكون الاجتهاد في وجوده إلا في فهم النص ودلالته، **وإما قواعد** أوردها الفقهاء والمجتهدون مستنبطين لها من أحكام الشرع العامة، مستندين إلى نصوص من الكتاب والسنة والإجماع ومعقول النص مثل قاعدة:" **إعمال الكلام أولى من إهماله** " سندها قوله تعالى :﴿**مَا يَلْفِظُ مِنْ قَوْلٍ إلا لَدَيْهِ رقيبٌ عَتيد**﴾[5] .وقاعدة "**العادة محكمة** "مأخوذة من قوله تعالى: ﴿**وعاشِرُوهُن بالمَعْروفِ**﴾[6] .

1 سورة الشورى،الآية48
2 سورة الحج الآية 78
3 محمد بن اسماعيل البخاري،**الجامع الصحيح** (ط1،دار طوق النجاة،د.ب . 1422هـ) ج1ص6
4 مالك بن أنس،**الموطأ.**(دار إحياء العلوم العربية.1414هـ - 1994م) ص566
5 سورة ق الآية18
6 سورة النساء الآية19

وقوله:﴿ **وَلَهُن مِثْلَ الذِي عَلَيْهُن بِالمَعْروف**﴾[1] وقوله- صلى الله عليه وسلم-(...**خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف...**)، **أو** قواعد أوردها الفقهاء المجتهدون عند الاستدلال القياسي الفقهي وتعليل الأحكام الفقهية منها: "**قاعدة المرء مؤاخذ بإقراره**" مأخوذة من قوله تعالى :( **وليملل الذي عليه الحق** [2]) وقاعدة :"**الأصل في الكلام الحقيقة** "مأخوذة من مبادئ اللغة العربية، وقاعدة:"**التابع تابع** "مأخوذة من مسلمات المنطق، وقاعدة:"**إذا زال المانع عاد الممنوع** "مأخوذة من مبادئ العقل ولوازم التفكير.[3]

## المطلب الثاني :نشأتها وتدوينها.

تكونت القواعد الفقهية[4] وصيغت نصوصها عبر الأدوار التي مر بها الفقه الإسلامي فقد بدأ التشريع الإسلامي في حياة النبي- صلى الله عليه وسلم- مع نزول القرآن الكريم وبيانه في السنة النبوية، وبعد وفاته -صلى الله عليه وسلم- ظهرت الحركة الفقهية وقام الصحابة والتابعون ومن بعدهم الأئمة والمجتهدون باستنباط الأحكام الفقهية من المصادر الشرعية: كتاب الله وسنة نبيه -صلى الله عليه وسلم-، كما استعملوا الاجتهاد فيما لم يوجد فيه نص في الكتاب والسنة فينظرون فيهما وبما يتضمنان من قواعد مجملة ومبادئ عامة.ليصلوا إلى معرفة حكم الله تعالى ومن نتائج عملهم تكوّن الفقه.

هذا وقد بدأ الفقه فروعا وجزئيات ثم ظهرت المذاهب الفقهية،شرع في كتابة القواعد الفقهية وصياغتها في القرن الثاني هجري، ولم تستقل بمؤلفات إلا في القرن الرابع هجري، وقد كانت في البداية عامة ومشتركة بين المذاهب وتختلف في الفروع التي تندرج تحتها.

وأول من دون القواعد الفقهية وألف فيها أبو الطاهر الدباس من أئمة المذهب الحنفي، حيث جعل قواعد المذهب الحنفي تعود كلها إلى سبعة عشر قاعدة وكان ذلك في القرن الرابع هجري، وألف بعده الإمام الكرخي مؤلفه المشهور "الأصول" وكان معاصرا له وأخذ منه، وهو من الحنفية أيضا وبعده كتب أبو زيد الدبوسي كتاب :"تأسيس النظر"، ضمنه القواعد الفقهية الكبرى؛ وأشهر من ألف بعدهم في القواعد ابن الوكيل وهو من الشافعية في كتابه "الأشباه والنظائر" و مثله فعل

1 سورةالبقرة الآية228
2 سورة البقرة الآية282
3 محمد الزحيلي،المرجع السابق.ص31
4 راجع تفصيل أكثر:علي احمد الندوي،**القواعد الفقهية** ( ط3،دار القلم،دمشق.1141هـ -1994م)ص89 وما بعدها

المقري المالكي في كتاب سماه "القواعد"؛ ثم اتسع التأليف في القواعد، خاصة بعد القرن الثامن للهجري وأصبح علما مستقلا بذاته، وأصبح لكل مذهب مؤلفات في القواعد الفقهية .

يذكر أن كثيرا من المؤلفات حملت اسم "الأشباه والنظائر" ككتاب السبكي وابن نجيم والسيوطي،ومنها ما حمل اسم القواعد، ككتاب "قواعد الأحكام في مصالح الأنام" للعز بن عبد السلام و كتاب "القواعد" لابن رجب .

وقد كلل التأليف في القواعد الفقهية بصدور "مجلة الأحكام العدلية العثمانية"،حيث تصدرتها تسع وتسعون مادة كلها عبارة عن قواعد فقهية وما جاء عليها من شروح بيّنت أهميتها، خاصة من حيث وضع القوانين وصياغتها، فالمجلة كانت عبارة قانون مدني على المذهب الحنفي.

## المطلب الثالث:أسلوب القواعد الفقهية وأشهر مؤلفاتها.

تميزت القواعد الفقهية عن المؤلفات الفقهية في التأليف بأسلوب مبتكر عما درج عليه الفقهاء في تدوينهم للمسائل الفقهية في مختلف أبواب الفقه، ظهر على إثرها مؤلفات كثيرة في المذاهب المختلفة بل في المذهب الواحد.

### الفرع الأول: أسلوب القواعد الفقهية.

تعتبر القواعد الفقهية من الإبداعات العقلية، جاءت في صيغة إجمالية عامة، استخرجها الفقهاء من النصوص الشرعية، وصاغوها بعبارات موجزة، اشتهرت فكانت كالأمثال في ذيع صيتها ودلالاتها سواء في الفقه الإسلامي أم في القانون الوضعي، فنجدها أصل كثير من مبادئ قانونية، فقاعدة البراءة الأصلية (الأصل براءة الذمة) هي أصل القاعدة القانونية:"المتهم برئ حتى تثبت إدانته" وكثير مثلها نجدها عند عرض القواعد بالتفصيل.

### الفرع الثاني: من أشهر المؤلفات في القواعد الفقهية

اتسعت دائرة التأليف في القواعد الفقهية لتشمل كل المذاهب الفقهية ،فلا يكاد يخلو مذهب في الفقه الإسلامي من مؤلفات في القواعد الفقهية ومثاله في المذاهب الأربعة المشهورة[1] كما يلي:

- ✓ **في المذهب الحنفي:**
  - أصول الكرخي (ت340هـ) وتعد رسالته أول مصادر القواعد الفقهية.

[1] راجع في ذلك: محمد الزحيلي،القواعد الفقهية و تطبيقاتها في المذاهب الاربعة، المرجع السابق ص 34 و ما بعدها.

- تأسيس النظر، للدبوسي (ت430هـ).
- الأشباه والنظائر لابن نجيم (ت970هـ).
- قواعد مجلة الأحكام العدلية (1292هـ)

✓ **في المذهب الشافعي:**

- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام (ت660هـ).
- الأشباه والنظائر،لابن الوكيل (ت716هـ).
- المنثور في القواعد، للزركشي (ت794هـ).
- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، للسيوطي (ت911هـ )

✓ **في المذهب المالكي:**

- الفروق، للقرافي (ت684هـ).
- القواعد، للمقّري أبي عبد الله محمد بن محمد بن أحمد (ت758هـ).
- إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، للونشريسي (ت 914هـ).

✓ **في المذهب الحنبلي:**

- القواعد الفقهية النورانية، لشيخ الإسلام ابن تيمية() (ت728هـ).
- القواعد لابن رجب، زين الدين عبد الرحمن شهاب الدين أحمد (ت795هـ).
- القواعد الكلية والضوابط الفقهية، لابن عبد الهادي() (ت909هـ).
- قواعد مجلة الأحكام الشرعية، على مذهب الإمام أحمد لأحمد القاري (ت1359هـ).

# الفصل الأول: قاعدة الأمور بمقاصدها-إنما الأعمال بالنيات-

تعتبر قاعدة "الأمور بمقاصدها" من أشهر القواعد الفقهية، لذلك نجدها تتصدر القواعد الكلية والقواعد الفقهية عموما،أوردتها المجلة العثمانية في المادة الثانية(2) منها؛ولا عجب فهي قاعدة النيات التي تقوم عليها صحة الأعمال ودرجاتها؛ ولا يكاد باب في الفقه يخلو من أحكامها وتطبيقاتها. وعليه تكون دراستها ببيان معناها وأصلها(أدلتها) وما يتفرع عنها من قواعد وتطبيقاتها.

## المبحث الأول: معنى قاعدة "الأمور بمقاصدها" وأصلها.

جاءت القاعدة في صيغتين الأولى، "**الأعمال بالنيات**" والثانية، "**الأمور بمقاصدها**" ،وكل منها تضمنت ألفاظ مختلفة في رسمها متحدة في معناها؛والقاعدة تستمد وجودها من نصوص الكتاب والسنة حتى أنها لفظ الحديث النبوي الشريف. فيكون هذا المبحث في شرح ألفاظ القاعدة في المطلب الأول وأدلتها في المطلب الثاني.

### المطلب الأول: معنى قاعدة" الأمور بمقاصدها ".

يساعد بيان معنى القاعدة لغة واصطلاحا في فهم القاعدة وما يندرج تحتها من أحكام لذلك يتعين التعريف بلفظ الأمور ولفظ المقاصد ولفظ النية.

**الأمور** جمع أمر وله عدة معان في اللغة[1]، والأمر هنا لفظ عام للأفعال والأقوال كلها، ومنه قوله تعالى :﴿قل **إن الأمر كله لله**[2]﴾ و قوله عز و جل:﴿**وإليه يرجع الأمر كله**﴾[3] وقوله تعالى : ﴿**وما أمر فرعون برشيد**﴾.[4]

أما **المقاصد** فجمع مقصد بفتح الصاد من القصد ومعناه استقامة الطريق،والقَصْدُ :الاعتماد والأَمّ والاعتزام والتوجه والقصْد :إتيان الشيء.وتقول :قصدته وقصدت له وقصدت

1 أنظر:أبو العباس احمد الفيومي، **المصباح المنير**.(المكتبة العلمية،بيروت.دت)ج1ص22. الراغب الأصفهاني،المفردات في غريب القرآن(ط1دار القلم، الدار الشامية،دمشق بيروت.1412هـ)ص88
2 آل عمران، الآية 154
3 هود، الآية 123
4 سورة هود، الآية97

إليه،وقصدت قصده: نحوت نحوه[1]. والمراد **بالمقاصد** في هذه القاعدة: مقاصد المكلفين أي نواياهم لا مقاصد الشارع.

ذلك أن المقاصد في إطلاق أهل الفقه الإسلامي تنصرف إلى استعمالين،الأول مقاصد الشارع وهو ما يعرف بمقاصد الشريعة الإسلامية، وهو علم يبحث في الغايات التي وضعت أحكام الشريعة الإسلامية من أجلها وتتمثل في مصالح قصدها الشارع من الأحكام بجلب منافع أو دفع مضار.

أما مقاصد المكلفين فهي موضوع القاعدة وتعني إرادتهم وتوجيه أفعالهم بناء على نياتهم،لذلك ارتبطت هذه القاعدة بالنية، ونجد أصلها الحديث الشريف،"إنما الأعمال بالنيات" بل إن كثيرا من الفقهاء يسمونها بلفظ الحديث فيقولون قاعدة:"إنما العمال بالنيات"

والنية في **اللغة**،هي: القصد[2] وهي توجه القلب نحو العمل[3].وفي **اصطلاح الفقهاء** عرفها القرافي بقوله:"هي قصد الإنسان بقلبه ما يريده بفعله"[4]؛حكمها: الوجوب، محلها: القلب، زمنها:أول الواجبات، كيفيتها: تختلف باختلاف الأبواب. وشرطها: إسلام الناوي،تمييز العبادات عن بعضها أو عن العادات،علمه بالمنوي،عدم إتيانه بما ينافيها، بأن يستصحب حكمها حتى انتهاء العبادة،وأن يخلص لله فيها فلا تكون رياء لغير الله.[5]

وقد شرعت النية لتحقيق ما يلي:

- ✓ تمييز العادات عن العبادات: كالاغتسال فقد يكون للواجب أو للمستحب أو للتبرد...
- ✓ تمييز رتب العبادات، ففي الصلوات ينوي أنها فرض أو نفل، وفي الفرض فينوي أنها منذورة أوصلاة الظهر أو العصر، وينوي هل هي أداء أو قضاء.

## المطلب الثاني :أدلة القاعدة الأمور بمقاصدها وأصلها.

أصل هذه القاعدة قوله –صلى الله عليه وسلم– :"إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى".ولها شواهد في كتاب الله وسنة رسوله .

1 ابن منظور،.المرجع السابق.ج3 ص353 وما بعدها.
2 ابن منظور، المرجع السابق ج15ص348
3 الفيومي، المرجع السابق ج2ص631
4 شهاب الدين القرافي، **الذخيرة** (ط1،دار الغرب الإسلامي،بيروت.1994 م).ج1 ص240
5 محمد الزحيلي، المرجع السابق ص64.

**الفرع الأول:دليل القاعدة من النصوص.**

تجد هذه القاعدة سندها في كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم.

**1.دليل االقاعدة من القرآن الكريم.**

قوله تعالى :﴿ **ومَا أُمِروا إلا ليَعْبُدوا اللهَ مُخلَصينَ لهُ الدينَ**﴾[1]، وقوله أيضا :﴿**فاعْبُد الله مُخْلِصًا لَهُ الدِينَ**﴾[2] ووجه الدلالة أن الإخلاص مرتبط بالنية والقصد ولا يتحقق بدونهما.

**2.دليل االقاعدة من السنة النبوية.**

قوله –صلى الله عليه وسلم–:"إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة يتزوجها فهجرته إلى ما هاجر إليه[3]". وقوله صلى الله عليه وسلم :"لا عمل لمن لا نية له".

**الفرع الثاني: دليل االقاعدة من الإجماع ومن المعقول.**

أجمع العلماء في مختلف العصور على المعنى الذي جاءت به الآيات والأحاديث النبوية؛ وأما من المعقول فالتكليف بالعمل مع النية تكليف بالمستطاع كما يقول ابن تيمية، فأفعال العباد اختيارية اعتبارها يكون إذا صدرت عن قصد وإرادة.وعليه رتب الشارع على النية صلاح الأفعال وفسادها وما يتبعها من جزاء ملائم.[4]

## المبحث الثاني:القواعد المتفرعة عن "قاعدة الامور بمقاصدها" وتطبيقاتها.

تتفرع عن قاعدة الأمور بمقاصدها قواعد لا تقل أهمية عن القاعدة الكبرى وهي بدورها يندرج تحتها كثير من المسائل الفقهية،كما أن لقاعدة الأمور بمقاصدها تطبيقات في مختلف أبواب الفقه الإسلامي.وعليه يكون هذا المبحث في مطلبين، الأول: في القواعد المتفرعة عن قاعدة المقاصد، والثاني: في التطبيقات.

1 سورة البينة، الآية5
2 سورة الزمر، الأية2
3 سبق تخريجه
4 يعقوب الباحسين،**قاعدة الأمور بمقاصدها**.(ط1مكتبة الرشد، الرياض.1419هـ-1999م)ص84-85

## المطلب الأول: القواعد المتفرعة عن قاعدة الامور بمقاصدها.

يتفرع عن قاعدة "الأمور بمقاصدها "جملة قواعد نذكر منها:

- ✓ "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني" لا للألفاظ والمباني،مثالها: من باع سلعة بعوض لكن بلفظ الهبة، فإنما هو عقد بيع لا عقد هبة.
- ✓ "من تعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه"،مثالها: قاتل مورثه لا يرث.
- ✓ "الوسائل لها أحكام المقاصد"،مثالها: السفر له حكم ما قصد به.

**الفرع الأول :القاعدة الأولى،العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.**

وهي قاعدة تجري في باب العقود وتحمل رقم ثلاثة(3) في المجلة العدلية العثمانية وعليه سنتناول بالشرح ألفاظ القاعدة و ثم نذكر فروعها.

**1.شرح ألفاظ القاعدة:**

**العبرة:** الاعتداد. **والعقود:**جمع عقد، و**العقد:** هو ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه مشروع يثبت أثره فى محله، كعقد البيع والإجارة؛ **والمقاصد** : جمع مقصد ومعناه نية المتكلم ومراده؛**والمعانى** :جمع معنى،وهى المقاصد الحقيقية التي يقصدها العاقدان من الألفاظ المستعملة في صيغة العقد؛**والألفاظ** : جمع لفظ، وهو الكلام الذي ينطق به الإنسان بقصد التعبير عن ضميره؛**والمباني:**جمع مبنى، والمراد به الصيغة المستعملة في العقود.[1]

ومعنى القاعدة،أنه عند حصول العقد لا ينظر للألفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد، وإنما ينظر إلى مقاصدهم الحقيقة من الكلام الذي يلفظ به حينها، فالقرائن اللفظية التي توجد في العقد هي التي تبين المقصود منه فتكسبه حكما غير الذي يدل عليه لفظ العقد، والعقود قد تنعقد بغير الألفاظ الموضوعة لها كانعقاد البيع بلفظ الأخذ والعطاء،كما ينعقد بلفظ البيع.[2]

**2. تطبيقات قاعدة العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني:**

أ-لو اشترى شخص سلعة وقال للبائع : "خذ هذه الساعة أمانة عندك حتى أحضر لك الثمن، فالساعة تعتبر رهنا، ولها حكم الرهن، وللبائع أن يبقيها عنده حتى يستوفى دينه، ولو كانت أمانة

[1] أنظر: **علي حيدر**، درر الحكام شرح مجلة الاحكام( تعريب فهمي الحسيني دار عالم الكتب الرياض طبعة خاصة1423هـ -2003م) .ص21؛ واحمد الزرقاء المرجع السابق،ص55؛محمد الزحيلي المرجع السابق ص404

[2] احمد الزرقاء، المرجع السابق ص55

كما ذكر المشترى لحق له استرجاعها من البائع بصفتها أمانة ويجب على الأمين إعادتها؛والأمر هنا غير ذلك.[1]

**ب**-الهبة، إذا اشترط فيها دفع العوض تقع بيعا، فالهبة عقد تبرع يفيد التمليك من غير عوض ولفظها ينصرف إلى هذا الحكم إذا لم يقترن بما يرجح غير ذلك، فإذا ذكر مع لفظ الهبة الثمن، كقوله هبني هذا الكتاب بكذا خرج التصرف من الهبة إلى البيع، ولا ينظر إلى استعمال المتعاقدين للفظ الهبة، لأن ذكر الثمن يبين المقصود من المعاملة وهو انتقال ملكية الشيء بعوض وهو الثمن وهو البيع. ومثله :الحوالة بشرط عدم براءة ذمة المديون تعتبر كفالة؛ و العارية لمدة معلومة بأجر معلوم تعد إجارة؛ وإعارة النقود يكون قرضا.[2]

هذه التصرفات كلها استعمل فيها العاقدان ألفاظ تفيد معنى غير الذي تفيده قرائن الحال. فأخذت حكم ما تفيده تلك القرائن وعن خالفت اللفظ المستعمل،فالهبة أصبحت بيعا و الحوالة كفالة والإعارة إجارة...

**3.ما يستثنى من القاعدة:** يخرج عن هذه القاعدة مسائل منها:

-البيع بنفي الثمن، فلو قال شخص لآخر بعتك هذه السلعة بغير ثمن لم تصح المعاملة ولا يعتبر هبة

لأن التصرف هنا يقع باطلا لاختلال ركن البيع وهو الثمن ولم يصح اعتباره هبة لأنه في أصله باطل. ومثله الإجارة بنفي الأجرة لا تصير إعارة لبطلان التصرف ابتداء.

**الفرع الثاني: القاعدة الثانية،من تعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه.**

وفيه نتناول معنى القاعدة وتطبيقاتها.

**1.معنى القاعدة :**

هذه القاعدة تحمل رقم تسعة وتسعون(99) في مجلة الأحكام العدلية العثمانية.وتعرف أيضا بقاعدة:" المعاملة بنقيض المقصود".ومعناها من تعجل حقه وما أبيح له قبل وقته على وجه محرم عوقب بحرمانه.

[1] علي حيدر:المرجع السابق .ص21

2 أنظر احمد الزرقاء المرجع السابق ،ص62 وما بعدها

تشمل أيضا التصرفات التي تقوم على سوء النية والقصد ولو استعمل لها وسيلة مشروعة، طالما كان هدفه الوصول إلى نتيجة ممنوعة[1] وهي القاعدة التي تؤصل لنظرية التعسف في استعمال الحق وتجد تطبيقاتها فيها.

2.**تطبيقات القاعدة**[2]:

- ✓ حرمان القاتل من وصية مقتوله، وأيضاً من إرث المجني عليه، فلو قتل الشخص من له حق في تركته، يحرم من ميراثه منه بحيث يكون متعمدا قتله، سواء كان مباشرا أو متسببا أما قتل الخطأ فلا يمنع من الإرث .
- ✓ من طلق زوجته في مرض الموت بقصد حرمانها، ترثه ويعامل بنقيض مقصوده وهو سعيه لحرمانها من الميراث، ويعرف في الفقه الإسلامي بطلاق الفرار.
- ✓ منها أيضا لو طلق امرأته ثم راجعها قبل انقضاء عدتها ثم طلقها من غير أن يمسها أنما قصد بذلك مضارتها بتطويل العدة عليها، لا تستأنف عدة جديدة بل تبني على ما مضى من عدتها.
- ✓ عدم نفاذ وقف المدين في القدر الذي يتوقف عليه تسديد الدين من أمواله حتى لا تكون ذريعة للتهرب من سداد الدين.

يستثنى من القاعدة:لو قتل الدائن مديونه وله عليه دين مؤجل حل الدين ولا يمنع قتله له حلول الدين.[3]

**الفرع الثالث: القاعدة الثالثة،الوسائل لها أحكام المقاصد.**

نتناول فيه تعريف الوسائل لغة واصطلاحا مع التمثيل لها.

1. **تعريف الوسائل لغة:**

الوسائل جمع وسيلة، والوسيلة ما يتوصل به إلى الشيء ويتقرب به. وتأتي الوسيلة في اللغة لمعان عدة منها: المنزلة عند الملك والدرجة والقرابة والرغبة.[4]

1 مصطفى أحمد الزرقاء،المرجع السابق ج2 ص1059

[2]مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع نفسه .ص1061، علي حيدر:المرجع السابق .ص21

3 أحمد الزرقاء ،المرجع االسابق. ص474

4 مجد الدين أبو طاهر الفيروزآبادى، **القاموس المحيط.(** ط 8تحقيق :مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف :محمد نعيم العرقسُوسي . مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان ، 1426 هـ - 2005 م).ص962

**2. تعريف الوسائل في الاصطلاح :**

لعلماء الأصول اصطلاحات عدة في تعريف الوسائل أهمها: الاصطلاح العام وهو:اعتبار الوسائل بمعنى الطرق المفضية إلى المصالح والمفاسد؛وهذا التعريف يتفق مع المعنى اللغوي للوسائل، ومن ثم فالوسائل في اصطلاحها العام تمتد لتشمل:

أ-الطرق المؤدية إلى المصالح كالأسباب والشروط الشرعية.

**ب**-الطرق المؤدية إلى المفاسد كالحيل الباطلة والذرائع المؤدية إلى الحرام.

والاصطلاح الخاص للوسائل: « المسالك المفضية إلى تحقيق المصالح الشرعية».

**المعنى العام للقاعدة،** أَن الوسائل تعطى أحكام المقاصد، أنه إذا كان مأمورا بشيء كان مأمورا بما لا يتم إلا بِه، ف"ما لا يتم الواجب إلا بِه فهو واجب"،و"ما لا يتم المسنون إلا به فهو مسنون"، وإذا كان منهيا عن شيء كان منهيا عن جميع طرقه وذرائعه ووسائله الموصلة إليه .[1]

**مثالها** :الزواج قصد التحليل،محرم فلئن كانت الوسيلة صحيحة،إلا أن القصد حرام وهو تحليل المرأة لمطلقها ثلاث فكان الزواج محرما لحرمة المقصد.

**المطلب الثاني: تطبيقات قاعدة الأمور بمقاصدها في مختلف الأبواب.**

هذه القاعدة نجد لها تطبيقات في كثير من الأبواب الفقهية كالأحوال الشخصية والمعاملات المالية ومختلف العقود والتصرفات الفعلية والقولية وكما نجدها في باب العقوبات وتفصيل ذلك كما يلي:

**الفرع الأول: تطبيقات قاعدة المقاصد في الأحوال الشخصية.**

الطلاق بالالفاظ غير الصريحة فيه، ينظر في وقوعه إلى نية الرجل ،فلو قال لها ألحقي بأهلك او غادري المنزل أو لا أريد رؤيتك .. وغيرها من الالفاظ التي تحتمل الفراق كما تحتمل غيره من المعاني فإنه يرجع إلى الزوج ليبين قصده من اللفظ فإن كان الطلاق حسب طلقة و إن كان غيره فلا يعتبر طلاقا.

بخلاف لو نطق كلمة الطلاق وقال لزوجته أنت طالق فإنه لا يرجع ولا يعتد بنيته حتى وإن صرح بأنه كان هازلا لأن الحديث النبوي صريح في المسألة"ثلاث جدهن جد و هزلهن جد ...وذكر- صلى الله عليه وسلم- الطلاق.

1 راجع:ابن قيم الجوزية ،**أعلام الموقعين عن رب العالمين** .(دار الحديث القاهرة 1425هـ -2004م)م2 ص103 وما بعدها

**الفرع الثاني: تطبيقات قاعدة المقاصد في المعاملات.**

كالبيع والإجارة والصلح والهبة فإنها كلها عند إطلاقها – أي إذا لم يقترن بها ما يقصد به إخراجها عن إفادة ما وضعت له – تفيد حكمها وهو الأثر المترتب عليها من التمليك والتملك، لكن إذا اقترن بها ما يخرجها عن إفادة هذا الحكم وذلك كإرادة النكاح بها وكالهزل والاستهزاء ..فإنه يسلبها إفادة حكمها المذكور فإنه إذا أريد بها النكاح كانت نكاحا ؛و كذلك الأمر في الإبراء كما لو قال الطالب للكفيل، برئت من المال الذي كفلت بِه، أَو قال: برئت إلي منه، وكان الطالب حاضرا، فإنه يرجع إليه في البيان لما قصده من هذا اللفظ، فإن كان قصد براءة القبض والاستيفاء منه كان للكفيل أَن يرجع على المكفول عنه لو الكفالة بالأمر، وإن كان قصد من ذلك براءة الإسقاط فلا رجوع.أما إذا كان الطالب غير حاضر ففي (برئت إلي) لا نزاع في أَنه يحمل على براءة الاستيفاء.[1]

**الفرع الثالث : تطبيقات قاعدة المقاصد في العقوبات:**

كالقصاص، فإن تطبيقه يتوقف على قصد القاتل القتل، بمعنى قتل المقتول نفسه لا غيره. فلو لم يقصد القتل أصلا، أو قصد القتل ولكن أراد غير المقتول فأصاب المقتول، فإنه لا يقتص منه بل تجب الدية، سواء كان ما قصده مباحا أو محظورا ، كما لو أراد قتل حيوان فأصاب إنسانا.

1 محمد الزحيلي، المرجع السابق ص65

# الفصل الثاني قاعدة:اليقين لا يزول بالشك.

قاعدة ( اليقين لا يزول بالشك ) تدخل في جميع أبواب الفقه وهي قاعدة أساسية يتفرع منها قواعد فقهية تندرج تحتها ويتمثل فيها ميزة من مميزات الشريعة اليسر ورفع الحرج. حيث فيها تقرير لليقين باعتباره أصلاً معتبراً، وإزالة للشك الذي كثيراً ما ينشأ عن الوسواس،لا سيما في باب الطهارة والصلاة . وكذلك في سائر المسائل والقضايا الفقهية.و هي من القواعد الكبرى نصت عليها مجلة الأحكام العدلية في نص المادة الرابعة(4)، وقد حوت كثيرا من التطبيقات والمسائل وتفرعت عنها قواعد لا تقل أهمية عن القاعدة الأم.

## المبحث الأول: مفهوم قاعدة اليقين لا يزول بالشك وتطبيقاتها.

قاعدة اليقين تتكون من ألفاظ موجزة وترتبط بها كثير من الأحكام الفقهية، تظهر من خلال تطبيقاتها في مختلف أبواب الفقه، من أول باب العبادات إلى سائر أبواب المعاملات والعقوبات وغيرهما.

### المطلب الأول: مفهوم قاعدة اليقين لا يزول بالشك.

يكون بشرح مفردات القاعدة وسندها من الأدلة الشرعية.

**الفرع الأول:مفردات القاعدة ومعناها.**

القاعدة تتكون من لفظين "اليقين" و"الشك" وكل له مدلوله اللغوي والاصطلاحي.

1. **تعريف اليقين في اللغة وفي الاصطلاح:** اليقين لغة: بمعنى العلم وهو نقيض الشك،[1] أما اليقين **اصطلاحا:** " جزم القلب مع الاستناد إلى الدليل القطعي".[2]**تعريف الشك في اللغة وفي الاصطلاح:** الشك **في اللغة** :نقيض اليقين،[3] **وفي الاصطلاح:** هو التردد بين النقيضين بلا

1 ابن منظور، المرجع السابق ج13 ص457
2 البورنو، كتاب الوجيز في ايضاح القواعد الكلية .ص169
3 ابن منظور، المرجع السابق.ج10ص450

ترجيح لأحدهما على الآخر عند الشاك؛ أو هو: استواء طرفي الشيء بحيث لا يميل القلب لأحدهما فإن ترجح أحدهما فهو ظن[1] .

2. **المعنى الإجمالي للقاعدة:** أن ما كان ثابتا متيقناً من الأمور، لا يرتفع بمجرد طروء الشك عليه، وذلك لأن الأمر اليقيني لا يزيله إلا ما كان أقوى منه أو ما كان مثله. والشك أضعف منه فلا يعقل أن يزيله، ثم إن الأمر المتيقن ثبوته لا يرتفع إلا بدليل قاطع، ولا يحكم بزواله لمجرد الشك؛ كذلك الأمر المتيقن عدم ثبوته لا يحكم بثبوته بمجرد الشك؛ لأن الشك أضعف من اليقين فلا يعارضه ثبوتاً وعدماً.[2]

**الفرع الثاني:أدلته مشروعية قاعدة "اليقين لا يزول بالشك".**

قاعدة اليقين تجد سندها في القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع والقياس.

1. **من القرآن الكريم:** قوله تعالى:"﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيراً مِنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ**﴾؛[3] يقول القرطبي في تفسير الآية:( للظن حالتان: حالة تعرف وتقوى بوجه من وجوه الأدلة فيجوز الحكم بها، وأكثر أحكام الشريعة مبنية على غلبة الظن، كالقياس وخبر الواحد وغير ذلك من قيم المتلفات وأروش الجنايات. والحالة الثانية: أن يقع في النفس شيء من غير دلالة فلا يكون ذلك أولى من ضده، فهذا هو الشك، فلا يجوز الحكم به، وهو المنهي عنه)[4]ووجه دلالة هنا أن الظن بمعنى الوهم والشك مذموم، فلا يلتفت إليه ولا تبنى عليه الأحكام من باب أولى.

2. **من السنة النبوية:** حديث أبي سعيد الخذري، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى ثلاثا أم أربعا، فليطرح الشك وليبن على ما استيقن ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم فإن كان صلى خمسا شفعن له صلاته، وإن كان صلى إتماما لأربع كانتا ترغيما للشيطان".[5]

---

1 علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني ،**كتاب التعريفات** .( ط1 د ار الكتب العلمية ،بيروت لبنان 1403هـ -1983م.)ص128

2 راجع:محمد الزحيلي ،المرجع السابق ص97

3 سورة الحجرات الآية12

4 أبو عبد الله محمد شمس الدين القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن** ، تفسير القرطبي( ط 2، ت أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش. دار الكتب المصرية – القاهرة، 1384هـ - 1964 م)ج13 ص332

5 مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، **مسند الصحيح** .(ت :محمد فؤاد عبد الباقي. دار إحياء التراث العربي – بيروت) ج1 ص400

3. **من الإجماع:** فقد أجمع العلماء على أصل العمل بهذه القاعدة،ونقل الإجماع الإمام القرافي فقال: (هذه قاعدة مجمع عليها، وهي أن كل مشكوك فيه يجعل كالمعدوم الذي يجزم بعدمه).[1]
4. **من جهة المعقول:** اليقين أقوى من الشك، لأن اليقين يتصف بالثبات والاستقرار، في مقابل أن الشك يحمل معنى التردد والاحتمال فلا يقوى على إزالة اليقين.

### المطلب الثاني : تطبيقات قاعدة اليقين.

هذه القاعدة لها تطبيقات في مسائل كثيرة من أبواب مختلفة سواء في العبادات أو المعاملات أوالعقود ومن هذه التطبيقات[2]:

- إذا ثبت دين على شخص وشككنا في وفائه، فالدين باقٍ.
- إذا انعقد النكاح ثم وقع الشك في الطلاق، فالنكاح باقٍ.
- إذا شك هل مات مورثه فيحل له ماله أو لم يمت، لم يحل له المال حتى يتيقن موته.
- إذا شك في حياة الرجل وموته لتوريثه، بني على يقين الحياة.
- شك هل طلق واحدة أو أكثر، بني على اليقين .
- وإذا وقع الشك في وجود الرضاع أو في عدد الرضاع المحرم هل كملا أو لا، لم يثبت التحريم لأن الأصل عدمه.
- لو شك هل خرجت المرأة من العدة، فالأصل أنها في العدة.

## المبحث الثاني :بعض القواعد المندرجة تحت القاعدة .

لأن قاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**" من القواعد الكبرى، تندرج تحتها كثير من القواعد، منها قاعدة: **الأصل بقاء ماكان على ماكان**، و قاعدة: **لا ينسب إلى ساكت قول،لكن السكوت في معرض الحاجة بيان**. وقاعدة: **الأصل في الكلام الحقيقة**.

### المطلب الأول:قاعدة، الأصل بقاء ما كان على ما كان.

تعرف هذه القاعدة أيضا بقاعدة الاستصحاب، وهي المادة الخامسة من مواد المجلة العثمانية وفيما يلي نتناول معنى القاعدة وفروعها.

---

1 أبو العباس شهاب الدين القرافي، الفروق ، **أنوار البروق في أنواء الفروق**.(عالم الكتب،بدون طبعة وبدون تاريخ) ج1 ص111

2 أحمد الزرقاء، المرجع السابق ص 80 وما بعدها؛البورنو، الوجيز في ايضاح القواعد الفقهية الكلية، ص170

**الفرع الأول:المعنى الإجمالي القاعدة.**

لزوم حكم دل الشرع على ثبوته ودوامه، ما لم يرد دليل شرعي آخر يفيد تغير الحكم، فما كان حلالاً يبقى حلالاً إلى أن يرد دليل على الحرمة، وما كان واجباً يبقى واجباً إلى أن يرد دليل ينقله من الوجوب إلى الندب، وما كان طاهراً يبقى طاهراً إلى أن يرد دليل يفيد النجاسة، وهكذا في جميع الأشياء ينسحب الأمر عليه .

فالأصل في المياه الطهارة، والأصل في المعاملات والأطعمة والعادات الحل، والأصل في الأبضاع الحرمة إلا النكاح الصحيح، الأصل براءة الذمة، والأصل في الذبائح والصيد الحرمة إلا ذبائح أهل الكتاب، والأصل في العبادات التوقيف.[1]

**الفرع الثاني:تطبيقات القاعدة.**

لهذه القاعدة تطبيقات كثيرة في أبواب الفقه المختلفة نذكر:

- إذا اشترى إنسان من آخر سلعة وادعى المشتري أن فيها عيباً قديماً وأنكر البائع، فالقول قول البائع، لأن الأصل عدم العيب.
- اشترى ماء، وادعى نجاسته ليرده، فالقول قول البائع لأن الأصل طهارة الماء.
- من أكل بعد طلوع الفجر شاكاً في طلوعه صح صيامه .
- لو وقف بعرفة آخر الليل وشك في طلوع الفجر صح حجه .
- فإذا حُكِم بإسلام شخص فلا يُنتقل منه إلى الكفر إلا ببيّنة إذ الأصل بقاء ما كان، وهو الإسلام.
- لو اشترى شخص سلعة من تاجر، وتركها عنده، ثم عاد ليأخذها، فادعى أن التاجر قد غيرها، لم يقبل قوله حتى يقيم الدليل على صحته، ويقبل قول التاجر الذي يشهد له الأصل.
- من أقر بدين عليه وادعى أنه قضاه فلا يقبل منه، لأن الأصل بقاء ماكان على ماكان.
- من طلق وشك في الرجعة فهو باقٍ على طلاقه؛ لأن الطلاق قد كان في الحالة الماضية والرجعة مشكوك فيها، والأصل بقاء ما كان على ما كان فالطلاق ثابت في الماضي فهو ثابت الآن.

1 محمد الزحيلي، المرجع السابق ص111

- إذا اتهم رجل بتهمةٍ ما فالأصل أنه بريء منها؛ لأن ذمته كانت بريئة فهي الآن بريئة؛ لأن الأصل بقاء ما ثبت في الزمان الماضي في الزمان الحاضر، ومن ادعى خلاف ذلك فهو مطالب بالدليل.[1]

## المطلب الثاني: قاعدة،لا ينسب إلى ساكت قول.لكن السكوت في معرض الحاجة بيان.

تتفرع هذه القاعدة عن القاعدة الأم :"قاعدة اليقين لا يزول بالشك" و تجد تطبيقاتها في التصرفات القولية، وكثيرا ما يستدل بها في باب الأحوال الشخصية خاصة عند انعقاد الزواج؛ نصت عليها المجلة العثمانية في المادة 67 منها.

**الفرع الأول :المعنى الإجمالي القاعدة.**

أن الأصل عدم الاعتداد بالسكوت لمن كان قادرا على التكلم، فلا يعتد بالإشارة منه لتفسير لفظ مبهم، بخلاف غير القادر على الكلام؛ أما إذا كان في معرض الحاجة، فإن السكوت مع القدرة على الكلام يكون إقرارا وبيانا، ومعرض الحاجة يفسر: بوجود دلالة من حال المتكلم أو ضرورة لدفع الغرر والضرر[2]، و يتضح معنى القاعدة بشقيها أكثر من خلال الفروع التالية:

**الفرع الثاني:تطبيقات القاعدة.**

هذه القاعدة مكونه من جزءين :

1. مثال الجزء الأول **(لا ينسب إلى ساكت قول )** :

- ✓ إذا سكتت الثيب عند الاستئذان في النكاح لم يقم سكوتها مقام الإذن، لأنه لابد أن تصرح بالنطق.
- ✓ إذا أتلف إنسان مال آخر وصاحب المال يشاهد وهو ساكت فلا يكون سكوته إذناً بالإتلاف، بل له أن يضمنه.
- ✓ لو سكن إنسان في دار آخر، وهي غير معدة للإجارة فسكت صاحبها، لا يعد ذلك إجارة.

1 راجع البورنو، كتاب الوجيز ص176 .الزحيلي ، المرجع السابق.
2 أحمد الزرقاء، المرجع السابق ص 337 و338

- ✓ إذا رأى المرتهن الراهن يبيع العين المرهونة، فلا يعد سكوته إجازة ببيع الرهن.

2. مثال الجزء الثاني ( **لكن السكوت في معرض الحاجة بيان** ) .

- ✓ إذا سكتت البنت عند استئمار وليها قبل الزواج فإن سكوتها يقوم مقام النطق، لأنه في معرض الحاجة إلى البيان .
- ✓ سكوت الشفيع عن طلب الشفعة بعد علمه بالبيع يعد إسقاطاً لحقه في الشفعة.
- ✓ لو سأل القاضي المدعى عليه عما يقول في دعوى المدعي، فاعتصم بالسكوت، يعتبر منكراً للدعوى فيكلف المدعي الإثبات. [1]

## المطلب الثالث: قاعدة" الأصل في الكلام الحقيقة".

هذه القاعدة أيضاً من القواعد المندرجة تحت القاعدة الكبرى:(اليقين لا يزول بالشك)، وهي المادة(12)في ترتيب مواد مجلة الأحكام العثمانية.

**الفرع الأول:المعنى الإجمالي القاعدة.**

معنى قولهم "**الأصل في الكلام الحقيق**"، حمل كلام المتكلم لدى السامع على معناه الحقيقي؛**والحقيقة** في **الاصطلاح** هي: اللفظ المستعمل في المعنى الذي وضع له في أصل اللغة. كلفظ السماء لكل ما علا وارتفع، ولفظ الجنة للبستان كثيف الأشجار،**والمجاز** معناه: اللفظ المستعمل في غير المعنى الأصلي الذي وضع له في أصل اللغة لقرينة مانعة من إرادة المعنى الأصلي، كاستعمال لفظ النور للعلم أو الإسلام، وكاستعمال لفظ الأسد للقوي الشجاع. ويشترط فيه: وجود علاقة بين المعنى الأصلي، والمعنى المنقول إليه، كما يشترط وجود قرينة تدل على إرادة المتكلم للمعنى المجازي دون الحقيقي.[2]

**معنى القاعدة:** أنه تحمل ألفاظ (الشارع، أو المكلف العاقل) على معانيها الحقيقية، إذا خلت من القرائن التي ترجح إرادة المجاز. ولأن الحقيقة يقين، والمجاز شك فلا يزول اليقين بالشك وكانت هذه القاعدة من القواعد المتفرعة عن قاعدة:اليقين لا يزول بالشك.

---

1 جلال الدين السيوطي، **الأشباه والنظائر**.( ط1 دار الكتب العلمية 1411هـ - 1990م) ص143، الزحيلي المرجع السابق ج1 ص161

2أحمد الزرقاء، المرجع السابق ص133

**الفرع الثاني:تطبيقات القاعدة.**

من أمثلة هذه القاعدة[1]:

1. لو قال إنسان: أوقفت هذه الدار على حفاظ القرآن الكريم، لم يدخل في ذلك من كان حافظاً ثم نسيه، لأنه يطلق عليه حافظ مجازاً لا حقيقة.
2. لو قال هذه الدار لزيد كان إقرارا له بالملك، حتى لو قال أردت أنها مسكنه لم يسمع.
3. لو حلف أن لا يأكل من هذا القمح، فإنه يحنث بأكل عينه للإمكان، ولا يحنث بأكل خبزه.
4. لو حلف لا يأكل من هذه الشاة، حنث بلحمها، لأنه الحقيقة، دون لبنها ونتاجها لأنه مجاز.
5. أما إذا هجرت الحقِيقة، تعين العمل بالمجاز الراجح، كأن حلف لا يأكل من هذه الشجرة، فإنه يحنث بثمرها، وإن كان مجازا دون ورقها وأغصانها وإن كان حقيقة.

1جلال الدين السيوطي، المرجع السابق. ص63

# الفصل الثالث: قاعدة المشقة تجلب التيسير

تعتبر "قاعدة المشقة تجلب التيسير" من القواعد التي تظهر ميزة اليسر ورفع الحرج التي تطبع أحكام الشريعة الإسلامية من خلال تطبيقاتها في مختلف أبوب الفقه، فلا يكاد باب من الفقه يخلو من مبدأ رفع الحرج؛ والتكاليف الشرعية ما يتصل بها من أحكام بين الواجب والمباح والمحرم والمكروه يراعى في تطبيقها الاستطاعة والفروقات الفردية وظروف المكلف البدنية خاصة، فالأصل العام أنه:﴿ **لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا**﴾[1] .هذه القاعدة تظهر لنا مواضع رفع الحرج عن المكلف في مختلف تصرفات المسلم التعبدية والاجتماعية والتنظيمية وهي نص المادة السابعة عشر(17) من مواد مجلة الاحكام العدلية العثمانية، وعليه يكون تناول هذه القاعدة في أمرين:

**المبحث الأول:مفهوم القاعدة**

**المبحث الثاني : ما يتفرع عن القاعدة**

## المبحث الأول: مفهوم قاعدة المشقة تجلب التيسير

هذه القاعدة من القواعد الكبرى الموجزة في عبارتها العظيمة في معناها ، تجد أساسها في كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ،ولها تطبيقات مختلفة من أول باب الفقه العبادات إلى آخر أبوابه.

### المطلب الأول:مفهوم قاعدة"المشقة تجلب التيسير".

المشقة في **اللغة:** الجهد والعناء[2]؛تَجلب: فهي من الجَلْبُ وهو: سوق الشيء من موضع إلى آخر[3].والتيسير: من اليسر:وهواللين والانقياد[4].

**اصطلاحا** المشقة يقصد بها: "التكاليف الشرعية التي فيها على النفس كلفة زائدة على المعتاد، والمقصود **بالتيسير** هنا: التسهيل على المكلفين والتخفيف عنهم في التكاليف الشرعية التي أمروا بها

1 سورة البقرة، الأية 286
2 ابن منظور، المرجع السابق.ج10 ص183.
3 المرجع نفسه،ج1 ص286
4 المرجع نفسه،ج5 ص295

فعلا أو تركا. ويكون **المعنى العام للقاعدة:** أن الأحكام التي ينشأ عنها حرج ومشقة على المكلف في نفسه أو ماله، تخففها الشريعة بما يقع تحت قدرة المكلف دون عسر أو إحراج."[1]

المراد بالمشقة المنفية بالنصوص والداعية إلى التخفيف والترخيص بمقتضى القاعدة إنما هي المشقة المتجاوزة للحدود العادية، وليست المشقة الطبيعية في الحدود العادية والتي يستلزمها عادة أداء الواجبات والقيام بالمساعي التي تقتضيها الحياة فكل واجب لا يخل من مشقة كمشقة العمل واكتساب المعيشة ولكل من التكاليف نوع من المشقة تستلزمها طبيعته وتختلف بحسبه درجته وهذا لا ينافي التكليف ولا يوجب التخفيف.[2]

## المطلب الثاني: أدلة قاعدة "المشقة تحلب التيسير"وسندها.

تستند قاعدة "**المشقة تجلب التيسير**" إلى أصول كثيرة ومتعددة ترجع جميعها إلى الأدلة الأربعة المعروفة، وهي: الكتاب والسنة والإجماع والقياس.

**الفرع الأول: دليل القاعدة من القرآن الكريم.**

تتميز أحكام الشريعة الإسلامية بخاصية رفع الحرج، وتجد القاعدة الفقهية سندها في كتاب الله منها: أ- قوله تعالى: ﴿ **وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ**﴾[3]. الحرج هو المشقة والعسر, وفي الآية أن ما أمر الله وألزم إلا بما هو سهل على النفوس لا يثقلها.."[4] ووجه الدلالة من الآية: أن الله تعالى نفى الحرج عن الدين مما يفهم منه أن أي تكليف فيه حرج يكون مناقضا للآية ومكذبا لخبر الله تعالى، وهذا باطل فبطل لازمه، وهو وجود الحرج فيه.

**ب** - وقوله عز وجل: ﴿**لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا** ﴾[5] ، والوسع هو ما يسع الإنسان ولا يضيق عليه ولا يحرج فيه. يقول القرطبي:"لا يكلف الله نفسا إلا وسعها التكليف هو الأمر بما يشق عليه وتكلفت الأمر تجشمته،... نص الله تعالى على أنه لا يكلف العباد من وقت نزول الآية عبادة من أعمال القلب أو الجوارح إلا وهي في وسع المكلف وفي مقتضى إدراكه وبنيته"[6].

---

1 البورنو، كتاب الوجيز في ايضاح القواعد. ص 218

[2] مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام.مرجع سابق ج2.ص1001

[3] سورة الحج،الآية 78

4 عبد الرحمن بن ناصر السعدي ، **تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان**. (تحقيق :عبد الرحمن بن معلا اللويحق مؤسسة الرسالة ط1 1420هـ -2000 م )ص651

[5] سورة البقرة، الآية 286

[6] القرطبي، المرجع السابق. ج3 ص429

**ج-** وقوله تعالى: ﴿ **يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ وَلِتُكْمِلُوا الْعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَىٰ مَا هَدَاكُمْ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ**﴾.[1]

**د-** وقوله تعالى أيضا:﴿ **يُرِيدُ اللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْ ، وَخُلِقَ الْإِنسَانُ ضَعِيفًا**﴾ [2]. فالآية صريحة في إخبار الله تعالى بضعف الإنسان وعدم قدرته على تحمل التكاليف الشاقة بوجه عام، وفي أن الله تعالى شرع لنا ما هو سهل ويسير تحمله.

هذه الآيات وغيرها جاءت عامة في الدلالة على صفة التيسير ورفع المشقة التي تتسم بها الأحكام الشرعية في الإسلام و في الأحكام التفصيلية أيضا ما يدل على هذه الصفة منها

- ✓ قوله تعالى: ﴿ **فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ** ﴾[3] . فالآية واردة في جزئية معينة-اقتضى الأمر فيها الترخيص والتيسير- وهي الطهارة بالصعيد الطيب إن شق طلب الماء أو عدمت القدرة على استعماله.
- ✓ قوله تعالى: ﴿**فَإِنْ خِفْتُمْ فَرِجَالًا أَوْ رُكْبَانًا فَإِذَا أَمِنتُمْ فَاذْكُرُوا اللَّهَ كَمَا عَلَّمَكُم مَّا لَمْ تَكُونُوا تَعْلَمُونَ**﴾[4]. فالآية متعلقة بجزئية فقهية وهي الصلاة حال الخوف؛ حيث إذا لم يستطع فعلها كما هي فإنها تُصلى على أي حال كان عليه الإنسان .
- ✓ قوله تعالى: ﴿ **فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ**﴾[5] . فالآية تفيد أن الله تعالى رخص لنا في الإفطار-إذا كان الصوم يشق علينا- وهو أمر مختص بباب من أبواب الفقه، وهو الصيام. كل ما سبق ذكره امثلة عن القاعدة وغيرها من الآيات دالة على هذه القاعدة وأصالتها.

**الفرع الثاني:السنة النبوية.** وردت أحاديث كثيرة في التيسير عن العباد والتخفيف عنهم، منها:

أ- قوله صلى الله عليه وسلم: (إن الدين يسر ولن يشادَّ هذا الدين أحد إلا غلبه فسددوا وقاربوا وأبشروا واستعينوا بالغدوة والروحة وشيء من الدلجة)[6] . ووجه الدلالة في الحديث أن النبي أخبر أن دين الله يسر، فكل ما جاء به فهو لا حرج فيه ولا مشقة؛ بل هو نشاط ويسر وتسهيل وكمال.

---

[1] سورة البقرة،الآية 185.
[2] سورة النساء، الآية28
3 سورة النساء، الآية 43
4 سورة البقرة، الآية 239
5 سورة البقرة، الآية 184
6 رواه البخاري في صحيحه، مرجع سابق (كتاب الايمان، باب الدين يسر)ج1 ص16

**ب**- قوله صلى الله عليه وسلم :(يسروا ولا تعسروا، وبشروا ولا تنفروا) [1] وفيه أمر من رسول الله صلى الله عليه وسلم أمته بالتيسير والتبشير والابتعاد عن خلافهما.

ج- عن عائشة رضي الله عنها قالت: "ما خير رسول الله بين أمرين إلا أخذ أيسرهما ما لم يكن إثما..."[2]

في الحديث دليل على أن المسلم يسترشد بسنة النبي صلى الله عليه وسلم في أمور الدنيا والآخرة بترك الإلحاح في ما يشق عليه و يطلب ما تيسر من الامور.

د- وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله : "لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك مع كل صلاة".[3]

هـ- عن أبي مسعود، قال: قال رجل: يا رسول الله إني لأتأخر عن الصلاة في الفجر مما يطيل بنا فلان فيها، فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم، ما رأيته غضب في موضع كان أشد غضبا منه يومئذ، ثم قال: "يا أيها الناس، إن منكم منفرين، فمن أم الناس فليتجوز، فإن خلفه الضعيف والكبير وذا الحاجة" [4].

و- عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: كان رسول الله في سفر فرأى زحاما ورجلا قد ظُلِّل عليه، فقال: ما هذا، فقالوا صائم فقال: "ليس من البر الصوم في السفر[5]". والحديث وارد في باب الصيام وأن السفر الشاق يجعل الصيام في حق المكلف غير لازم لما عرف من تيسير الشريعة وتخفيفها على العباد؛ قال الندوي: "وكلها(أي: الآيات والأحاديث الثابتة في التيسير) وثيقة الصلة بموضوع التيسير والتخفيف، وفيها توجيه وإرشاد إلى إعمال القاعدة "المشقة تجلب التيسير" وما شابهها من القواعد. [6]

**الفرع الثالث: الإجماع والقياس.**

ثبت بالتتبع والاستقراء –لفتاوى الصحابة والتابعين والعلماء من بعدهم- من أنه لا حرج في الشريعة ولا مشقة في تكاليفها ولم يعلم لهم في ذلك مخالف، كما أنه أمر معلوم من الدين بالضرورة

1 رواه البخاري في صحيحه مرجع نفسه (كتاب العلم باب ما كان النبي صلى الله عليه وسلم يتخولهم بالموعظة والعلم), ج1ص25
2 رواه البخاري في صحيحه مرجع سابق ( كتاب المناقب باب صفحة النبي صلى الله عليه وسلم) ج 4 ص186
3 رواه مسلم في صحيحه مرجع سابق عن ( كتاب الطهارة باب السواك.)ج1ص220
4 صحيح البخاري( مرجع سابق كتاب الأذان / باب من شكا إمامه إذا طول)ج1ص142
5 رواه البخاري في صحيحه مرجع سابق( كتاب الصوم باب: لَيْسَ مِنْ الْبِرِّ الصَّوْمُ فِي السَّفَرِ)
6 الندوي ، المرجع السابق ص 307

بإجماع الأمة.[1]

كما دل القياس والعقل السليم على رفع المشاق في الشريعة، وأنها جاءت ميسرة، ويدل على بطلان ثبوت الحرج في الشريعة الاستقراء لنصوصها وأحكامها الشرعية، بمعنى أن الاستقراء ثبت من خلاله عدم التكليف بما فيه مشقة وأنه لو كان التكليف بالمشاق واقعا في الشريعة لحصل تناقض بين أدلتها وتضارب بين نصوصها وفي ذلك يقول الشاطبي قد:" ثبت في الأصول الفقهية امتناع التكليف بما لا يطاق وألحق به امتناع التكليف بما هو خارج عن المعتاد."[2]

## المطلب الثالث: تطبيقات قاعدة "المشقة تجلب التيسير"

يدخل تحت هذه القاعدة أنواع من الفقه، فيخفف الحكم بالرخصة وبعوارض الأهلية، ويبطل الغلط العقد ويجعله الاكراه قابلا للإبطال[3] ومثلها في الحكم النسيان والجهل.

### 1. مثال النسيان:

- لو نسي المديون الدين حتى مات لم يؤاخذ به.
- أنه لا إثم على الصائم إن أكل ناسيا ولا على المذكي إذا ترك التسمية على الذبيحة وتؤكل ذبيحته.
- أنه لا تأثير للنسيان على حنث التعليق، فلو علق على فعل شيء ثم فعله ناسيا التعليق فإنه يقع.[4]

### 2. مثال الإكراه

- ما يكون في العقود كالبيع والإجارة والرهن وغيرها، إذا أكره عليها و فعلها ثم زال الاكراه فهو بالخيار إن شاء فسخ و إن شاء أمضى.
- ما يكون في المنهيات فمنها ما تباح عند الضرورة وهي ما لا جناية فيه على الغير كالردة، فإنه يرخص له أن يتلفظ بكلمة الكفر وقلبه مطمئن بالإيمان؛كما يباح عند الضرورة اتلاف مال الغير ويكون ضمان المال المتلف على المكره،ومنها ما يكون فيه جناية على

[1] عبد الكريم زيدان،**الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية**.(ط1،مؤسسة الرسالة،بيروت،1422هـ-2001م)ص53

[2] الشاطبي،المرجع السابق ج1ص155

[3] راجع بتفصيل أكثر:السيوطي،المرجع السابق ص77

[4] انظر:محمد الزحيلي المرجع السابق ص259 وما بعدها

الغير فإنها لاتحل للمكره ولو فعلها وجب القصاص.[1]

3. **الجهل:**

هو نقيض العلم ومعناه اعتقاد الشيء على غير ما هو عليه في الواقع والجهل نوعان:

أ. جهل لا يصلح أن يكون عذرا أصلاً في الآخرة كجهل الكافر بذات الله وصفاته الحسنه وأحكام الآخرة، لأنها مكابرة وجحود بعد وضوح الدلائل على وحدانية الله تعالى وربوبيته وإقامة المعجزات الدالة على إرسال الرسل، إذ لا يجوز لمقيم في دار الإسلام أن يعذر بجهله إلا أن يكون حديث عهد بالإسلام وكذلك لا يعذر بجهله في الزنا والقتل والسرقة والخمر والكلام في الصلاة لأن ذلك لا يخفى على عوام الناس.

**ب.** جهل يصلح عذرا ويعفى عن مرتكبه، ويكون في كل ما يتعذر ولا يحترز منه عادة فهو معفو عنه ومن أمثلته: جهل الوكيل أو القاضي بالعزل أو جهل المحجور بالحجر فإنه يصح تصرفهم إلى أن يعلموا بذلك، ومنها لو أجاز الورثة الوصية ولم يعلموا ما أوصى به الميت لا تصح إجازتهم.[2]

## المبحث الثاني : ما يتفرع عن قاعدة "المشقة تجلب التيسير"

يتفرع عن القاعدة المشقة تجلب التيسير قواعد كثيرة يدور معناها حول خاصية رفع الحرج والتخفيف على المكلفين، وهي من خصائص الشريعة الاسلامية تظهر تطبيقاتها من خلال الأمثلة التي تحتويها كل قاعدة؛ الجدير بالذكر أن من القواعد التي لا تقل أهمية عن القواعد كبرى قاعدة ذاع صيتها في كتب الفقه واحتوتها كثير من التشريعات،وهي قاعدة :"**الضرورات تبيح المحضورات**"،يضاف إليها قواعد أخرى تتضمن معنى القاعدة و لاتخرج عن أحكامها، وعليه يكون هذا المبحث في القواعد التالية بشرحها و عرض تطبيقاتها في الفقه:

1. **الضرورات تبيح المحظورات.**
2. **الاضطرار لا يبطل حق الغير.**
3. **الحاجة تنزل منزلة الضرورة**

[1] احمد الزرقاء، المرجع السابق.ص159
[2] احمد الزرقاء، المرجع السابق. ص160

## المطلب الاول:الضرورات تبيح المحظورات.

وفيه نتناول معنى القاعدة (الفرع الأول) وشرط تطبيقها وأدلتها(الفرع الثاني) و تطبيقاتها في الفقه(الفرع الثالث).

**الفرع الأول:معنى قاعدة"الضرورات تبيح المحظورات".**

**الضرورات لغة:** جمع ضرورة وهي الحاجة والشدة لا مدفع لها والمشقة .... والضروري كل ما تمس إليه الحاجة وكل ما ليس منه بد [1] ؛و**المحظورات** جمع محظور وهو المحرم والحظر خلاف الاباحة وهو المنع الحجب.[2]

**اصطلاحاً:** أن الشارع أباح عند الضرورة المحرم والممنوع، فالضرورة هي العذر الذي يجوز بسببه إجراء الشيء الممنوع"[3] هنا يقصد بها: الحالة الملجئة إلى مالابد منه وهي أشد درجات الحاجة للإنسان ويترتب على اتيانها خطر كالهلاك جوع،[4]فمن بلغ به الحال إلى حد الضرورة جاز له ارتكاب المحظور رخصة.

**الفرع الثاني: شرط قاعدة "المشقة تجلب التيسير" وأدلتها.**

أ. **شرط قاعدة "المشقة تجلب التيسير":**

يشترط لتطبيق القاعدة، أن يكون ارتكاب المحظور أقل ضررا من تركه، أما إن كان مساويا أو أعلى منه فلا، لذا ذكر بعضهم القاعدة بقيدها فقال: "الضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها"، ومن أمثلتها:

- ✓ عدم حل قتل شخص لينجو آخر.
- ✓ إذا دفن الميت بلا تكفين لا ينبش عليه، لأن مفسدة هتك حرمته أشد من مفسدة عدم تكفينه، والتستر بالتراب قام مقامه.[5]

ب. **أدلة القاعدة:**

القاعدة تستند إلى آيات في القرآن الكريم وأحاديث نبوية.

---

[1] المعجم الوسيط المرجع السابق ص538

[2] راجع ابن منظور،المرجع السابق ج4 ص202

[3] علي حيدر، المرجع السابق. ص37

[4] محمد الزحيلي، المرجع السابق.ص288

[5] أنظر:السبكي، المرجع السابق ج1 ص45، احمد الزرقاء، المرجع السابق.ص185

- **فمن القرآن الكريم:**

1. قوله تعالى: **(إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ).**[1]
2. قوله تعالى: **(مَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ)**[2].

دلت الآيات الكريمة على أن الضرورة ترفع التحريم فيعود مباحا[3].

- **ومن السنة النبوية:**

1. أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص لعبد الرحمن بن عوف والزبير في قميص من حرير من حكة كانت بهما.[4]
2. وعن عبد الرحمن بن طرفة: (أن جده عرفجة بن أسعد قطع أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفا من ورق فأنتن عليه فأمره النبي صلى الله عليه وسلم فاتخذ أنفا من ذهب)[5].

هذه النصوص وغيرها تعد سند القاعدة وما ينبني عليها من الأحكام وهي دليل رفع الحرج ولتيسير على المكلفين،فالمحرم الاصل فيه المنع ويباح استثناء إذا دعت الضرورة إليه كما لو خاف على نفسه الهلاك.

**الفرع الثالث : تطبيقات القاعدة:**

يمثل لقاعدة "**الضرورات تبيح المحضورات**" بتطبيقات نجدها في مختلف أبواب الفقه منها:

**1.** جواز الأكل من الميتة للمضطر.

**2.** جواز تبرع الحي بكليته لمن خيف هلاكه.

**3.** نقل أعضاء من الميت إلى الحي

**4.** جواز الاجهاض للضرورة.

**5.** حالات الدفاع الشرعي

---

[1] سورة البقرة ،الآية 173

[2] سورة الانعام، الاية 119

[3] القرطبي ،المرجع السابق ج 2 ص 227

[4] رواه البخاري كتاب فضل الجهاد و السير باب الحرير في الحرب المرجع السابق ج4 ص42

[5] رواه أحمد و أبو داود و الترمذي وصححه الالباني، أنظر،محمد ناصر الدين الالباني،**ارواء الغليل في تخريج منار السبيل** (ط2 المكتب الاسلامي بيروت 1405هـ 1985م )ج3 ص308

6. كشف العورة للتداوي.
7. جواز إيداع المال في البنوك الربوية للمضطر إلى ذلك.
8. جواز الغيبة للضرورة؛ لأجل إزالة منكر أو التحذير ونحو ذلك.
9. جواز تناول وسائل منع الحمل للحفاظ على صحة الام،ورعاية الابناء وعدم اهمالهم.

## المطلب الثاني:قاعدة الاضطرار لا يبطل حق الغير.

هذه أيضا من القواعد التي تتفرع عن قاعدة "**المشقة تجلب التيسير**" وفي هذا المطلب نتناول معناها (الفرع الاول) ثم شرط تطبيقها ودليلها (الفرع الثاني) وأخيرا أمثلة تطبيقية من الفقه(الفرع الثالث).

### الفرع الأول:معنى القاعدة.

تفيد القاعدة أن الاضطرار يسقط إثم الفعل فقط، سواء كان عن سبب داخلي ويقال له سماوي كالجوع مثلا أو عن سبب خارجي، ويقال له اضطراري غير سماوي، وهو نوعان إكراه ملجئ، وإكراه غير ملجئ فإذا أجازت الضرورة الاعتداء على أموال الغير، فإنها لا تسقط الحق المالي الواجب فيه.[1]

ويفهم من هذه القاعدة أن الإنسان إذا اضطر إلى فعل لا يجوز له، كمن يتصرف في مال الغير للضرورة فإن فعله وإن كان جائزا للضرورة – بحيث لا يعاقب عليه– إلا أنه يضمن قيمة ما تلف.

### الفرع الثاني: شرط تطبيق القاعدة ودليلها.

#### 1. شرط تطبيق القاعدة:

يشترط في تطبيق قاعدة "الاضطرار لا يبطل حق الغير" عدم الاعتداء والمنع ظلما،فإن كان المضطر قد أجيز له للضرورة التصرف في حق الغير من غير إذن فإن ذلك لا يعني إعفاؤه من المسئولية مطلقا، يقول ابن رجب في هذه قاعدة: « من أتلف شيئا لدفع أذاه له، لم يضمنه وإن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه» ومثل لذلك بدفع الصائل حيوان كان أم آدمي،فلو دفعه عن نفسه بالقتل لم يضمنه بخلاف لو قتل حيوانا في مخمصة ليحي به نفسه ضمنه.[2]

[1] علي حيدر، المرجع السابق. ص 34
[2] زين الدين بن أحمد بن رجب الحنبلي،**تقرير القواعد و تحرير الفوائد قواعد ابن رجب** (دا ر ابن عفان للنشر و التوزيع المملكة العربية السعودية 1419هـ) ج1 ص206

2. **دليل القاعدة:**

- ✓ قوله صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار[1])، وفي إبطال حق الغير ضرار، والحديث جاء بمنعه.
- ✓ فعل عمر رضي الله عنه في غلمة حاطب بن أبي بلتعة[2]، وإلزامه ضعفي قيمة الناقة التي ذبحها غلمانه.[3]

**الفرع الثالث: تطبيقات القاعدة.**

يمثل للقاعدة[4] بما يلي:

1- تجب قيمة طعام الغير على من اضطر الى أكله.

2- إذا سكن دار غيره للضرورة ،وكانت معدة للإيجار وجبت عليه أجرة سكناه.

3- إلقاء متاع الغير من سفينة لتخفيف حملها يلزم من فعله الضمان.

4- لو علق طلاق زوجته على فعل يقوم به بنفسه دون سواه و كان التعليق في الصحة ولم يتحقق إلا في مرضه الذي توفي فيه فإنه يأخذ حكم طلاق مرض الموت وترث زوجته لأن اضطراره إلى فعل المعلق عليه الطلاق بسبب مرضه لا يبطل حق زوجته في الارث.

## المطلب الثالث :الحاجة تنزل منزلة الضرورة.

هذه القاعدة جاءت أيضا بلفظ:«**الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة**»[5].

**الفرع الأول:معنى القاعدة.**

الحاجة في **اللغة:** الافتقار إلى الشيء تطلق على نفس الافتقار، وعلى الشيء الذي يفتقر إليه.[6]

---

[1] مالك بن أنس،**موطأ مالك**.(دار إحياء العلوم العربية.1414هـ / 1994م حديث رقم 1461) ص566.

2 القصة كاملة: سرق غلمان حاطب بن أبي بلتعة في عام الرمادة ناقة لرجل مزني فنحروها وأكلوها ورفع الأمر إلى الفاروق، فطلب الغلمان فاعترفوا أنهم سرقوها من حرز والذين سرقوا عقلاء مكلفون ولم يدعوا ضرورة ملجئة للسرقة، فأمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم - ولكنه - وهو يعيش عام الرمادة ويرى حال الناس التمس لهم عذراً فقال لمولاهم: إني أراك تجيعهم؟ واكتفى بذلك وأوقف القطع وأمر للمزني بثمن ناقته مضاعفة(894) (800 درهم)، فقد درء الحد عنهم للضرورة. انظر: إعلام الموقعين ، ابن قيم الجوزية. اعلام الموقعين. ج4 ص11

3 ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين ،. مرجع سابق ج4 ص 350

4 محمد الزحيلي، المرجع السابق ص286 _287 انظر ايضا الزرقاء،شرح القواعد الفقهية.ص214

5 جلال الدين السيوطي،الاشباه و النظائر.مرجع سابق ص88

6 ابو الفيض، محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني ، **تاج العروس من جواهر القاموس** .( تحقيق: محمد حجازي مطبعة حكومة الكويت.1389 هـ -1969 م )، ج5ص495

في **الاصطلاح:** الحاجة معناها الافتقار إلى الشيء طلباً للتوسعة ورفع الضيق.[1] وهي نوعان:

-**حاجة عامة:** وهي التي يكون الناس جميعاً محتاجين إليها فيما يمس مصالحهم العامة.

- **حاجة خاصة:** وهي التي يحتاج إليها أفراد من الناس أو فئة من الناس.

فالحاجة هي الحالة التي تستدعي تيسيرا وتسهيلا لأجل الحصول على المقصود، والضرورة هي الحالة الملجئة إلى مالا بد منه، والمراد بالقاعدة، (أن التسهيلات الاستثنائية في الشرع لا تقتصر على حالات الضرورة الملجئة، بل تشمل التسهيلات حاجات الجماعة أيضاً مما دون الضرورة)[2].

إن الحاجة إذا عمت أكثر الناس فإنها تنزل منزلة الضرورة التي تكون لأحد الأفراد أو عمومهم، وليس معنى القاعدة أن الحاجة مطلقاً لأي شخص تنزل منزلة الضرورة، و تجدر الاشارة إلى أن ما يثبت للضرورة انما هو مؤقت يرتفع بزوالها ، بينما الحكم الثابت للحاجة لا يزول بل يبقى مستمرا[3].

**مثاله:** حكم الترخيص بأكل الميتة ضرورة، يزول بزوال الاضطرار إلى أكلها، بينما الترخيص في الإجارة والاستصناع والسلم لحاجة الناس والتيسير عليهم.

**الفرع الثاني : تطبيقات القاعدة**[4].

1. مع أن الحوالة عبارة عن بيع دين بدين ،لكنها جائزة للحاجة العامة.
2. بيع السلم والإجارة مع أنها بيع معدوم – وبيع المعدوم باطل – ولكنه جُوّز لحاجة الناس.
3. عقد الاستصناع مع انه عقدين في عقد واحد.
4. جواز ترجمة معاني القرآن إلى اللغات الاجنبية نظرا لحاجة الناس إلى معرفة أحكام الاسلام نظرية الضرورة.
5. التداوي بما يذهب العقل.
6. تقديم البصمة الوراثية على القيافة في اثبات النسب. [5]

---

1 إبراهيم بن موسى الشاطبي، **الموافقات:** (تحقيق ابو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان دار ابن عفان ط 1 1417هـ/ 1997) ج2 ص21.

[2] محمد مصطفى الزحيلي،المرجع السابق.ج1 ص289

3 انظر ،أحمد الزرقا مرجع سابق ص 209 و ما بعدها

4 انظر:أحمد الرزقا ، المرجع نفسه،4 محمد مصطفى الزحيلي،المرجع السابق.ج1 ص289

5 انظر: علي الكعبي، **البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية** .( دار النفائس عمان، ط1 2006م.) ص43

# الفصل الرابع: قاعدة لا ضرر ولا ضرار

قاعدة "**لا ضرر ولا ضرار**" من القواعد الكبرى التي في اصلها حديث نبوي شريف، وهي قاعدة تحمل رقم تسعة عشر من قواعد المجلة موضوعها منع الضرر مطلقا قبل وقوعه وقاية وبعده جبرا مهما اختلفت صوره وتباينت مصادره وغاياته، فتشمل التعويض المالي والعقوبة ،وهي أيضا سند مبدأ الاستصلاح في جلب المصالح ودرء المفاسد[1] كما أن القاعدة تتكون من لفظين، الاول يمنع الضرر مطلقا ،أما الثاني (ضرار) ينفي دفع الضرر بمثله فلا تسترد الحقوق ولا ترفع المظالم بالثأر؛وهي قاعدة كبرى تستند إلى مصادر الشريعة الاسلامية (المبحث الأول) تشمل كل أبواب الفقه وتتفرع عنها قواعد لا تقل أهمية عن القاعدة الأم(المبحث الثاني).

## المبحث الأول:مفهوم قاعدة "لاضرر ولاضرار".

لكي يتسنى لنا فهم القاعدة وما يتفرع عنها وتطبيقاتها يجدر بنا تحديد ألفاظها ( المطلب الاول) ودليلها وتطبيقاته ( المطلب الثاني) .

### المطلب الاول :تعريف القاعدة.

يتحدد معنى القاعدة بشرح الألفاظ المكونة لها (ضرر وضرار) في اللغة وفي الاصطلاح ،(الفرع الأول) ثم إن القاعدة في أصلها لفظ حديث نبوي شريف كما نقلتها كتب القواعد في أكثر من صيغة (الفرع الثاني).

[1] مصطفى أحمد الزرقا،**المدخل الفقهي العام**. (ط1،دار القلم،دمشق سوريا.1418هـ -1998م)ص990

**الفرع الأول : المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي.**

- **الضرر في اللغة:** الأصل اللغوي الذي اشتقت منه الكلمتان: الضرر والضرار وهو الضر ويطلق في اللغة الضرر و يراد به،ضد النفع، إذا جاء بالفتح، قال الله تعالى: ﴿**وَلاَ يَمْلِكُونَ لِأَنْفُسِهِم ضَرًّا ولا نَفْعًا وَ لا يَمْلِكُونَ موتًا وَ لَا حيَاةً و لاَ نُشُورَا**﴾.[1]

الضر بضمها على سوء الحال والفقر والشدة في البدن. ومثله قوله تعالى﴿**وأيُوب إِذْ نادَى رَبَّهُ أَنِّي مَسَّنِي الضّرُّ وَأَنْتَ أَرْحَمُ الرَّاحِمين**﴾[2] أو الضر هنا معناه المرض. والضّرّاء: ضدّ السّرّاء. والضّرار: مصدر ضارّه والمضرة: خلاف المنفعة.

كما يطلق على نقصان يدخل في الشيء، يقال: دخل عليه ضرر في ماله، والضرر في الخيل: نقصانها من جهة الهزال والضعف ، والضرر،العلة تقعد عن جهاد ونحوه ،لقوله تعالى: ﴿**لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ عَلَى الْقَاعِدِينَ دَرَجَةً وَكُلًّا وَعَدَ اللَّهُ الْحُسْنَى وَفَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ عَلَى الْقَاعِدِينَ أَجْرًا عَظِيمًا**﴾.[3]

جاء في الحديث، ما روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم– أنه قال: **(لا ضَرَرَ ولا ضِرَارَ)**[4]، ولكل واحدة من اللفظتين معنى غير الآخر. فمعنى قوله: " لا ضِرر " أي لا يضر الرجل أخاه فينقص شيئا من حقه أو مسلكه، وهو ضدّ النفع. وقوله: (لا ضرار) أي لا يضارّ الرجل جاره مجازاة فينقصه ويدخل عليه الضرر في شيء فيجازيه بمثله، فالضرار منهما معا، والضرر فعل واحد، ومعنى قوله: " ولا ضرار " ، أي لا يدخل الضرر، وهو النقصان على الذي ضره، ولكن يعفو الله عنه، لقول الله:﴿ **ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ**﴾[5]

- **الضرر في اصطلاح الفقهاء** يطلق على ما هو ضد النفع وإلحاق المفسدة بالغير وانتقاص حق الغير، ويندرج معه الإتلاف والإفساد وعموما الأفعال الموجبة للضمان.إلا أن المتتبع لما كتبه الفقهاء في الضرر نجد استعمالهم للضرر يأخذ صورتين :

---

[1] سورة الفرقان،الآية 3
[2] سورة الأنبياء،الآية 83
[3] سورة النساء، الآية 95
[4] سبق تخريجه
[5] سورة فصلت، الآية 34

- **الأولى إطلاق العام للفظ الضرر**: وهو ما كان ضد النفع، فإذا كان النفع تحصيل منفعة فإن الضرر إزالة تلك المنفعة، يقول الرازي :(النفع عبارة عن تحصيل اللذة أو ما يكون وسيلة إليها والضرر عبارة عن تحصيل الألم أو ما يكون وسيلة إليه). [1]

المعنى القريب تعبيرّ إلحاق المفسدة، فكل الأفعال التي فيها مفسدة، ضرر وهي بذلك تشمل ما قرره الشارع من عقوبات لما فيها من ألم وذهاب المنفعة، لكن ليس فيها ضمان باعتبار نظر الشارع لها وتقرير اعتبار المصلحة المرجوة منها. و مثلها القيود الواردة على الأفعال الموجبة للضمان" كقاعدة "الجواز ينافي الضمان" فإنه وإن تحقق الضرر لم يثبت الضمان كجزاء له لأنه ارتفع بسبب من أسباب الإباحة، ومثله الإضرار بالنفس، لذلك نجد من الفقهاء من عرف الضرر بأنه ( إلحاق مفسدة بالغير) هو المعنى الذي نقله أحمد الزرقا[2]، واختيار وهبة الزحيلي[3]،" وقد اخرج بذلك إلحاق المفسدة بالنفس، فالفعل محرم، ولا يوجب الضمان لانه لا يتصور ان يضمن الشخص نفسه وكل ذلك يدخل في مسمى الضرر.

- **أما الاستعمال الخاص** للفظ الضرر، فيبدو من خلال اطلاق الفقهاء للفظ الضرر على الأفعال الموجبة للضمان وحديث[4] النبي صلى الله عليه وسلم :" **لا ضرر ولا ضرار**"،فيه تقرير رفع الضرر ووجوب إزالته إذا وقع بحيث لا يرد بمثله ويستعاض عنه بالضمان.

إذا علمنا أن الأفعال الموجبة للضمان الإتلاف والتعدي والفساد، كان الضرر هو الفساد وهو الإتلاف وهو التعدي ،و تبعا له قسم الضرر بالنظر إلى المصلحة التي أعتدي عليها،هذا وبين الإتلاف والفساد والتعدي والضرر علاقة في المدلول والاستعمال، فالإتلاف في معناه اللغوي الإفناء وهو في اصطلاح الفقهاء إخراج الشيء من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة وعلى هذا فالإتلاف نوع من الضرر و بينهما عموم وخصوص.[5]

---

[1]-أبو عبد الله محمد ، الفخر الرازي ،**المحصول** ،(دراسة وتحقيق جابر فياض العلواني. ط3.مؤسسة الرسالة. د ن .1413هـ -1998م) ج 5ص 158.

2- أحمد الزرقاء ،المرجع السابق .ص165

3- وهبة الزحيلي، **نظرية الضمان أحكم المسئولية المدنية** .(ط8 .دار الفكر .دمشق ، دار الفكر المعاصر .بيروت، لبنان 1429هـ -2008م) . ص 23.

4- راجع القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ،المرجع السابق. ج8 ص174.

5- وزارة الأوقاف و الشئون الإسلامية، **الموسوعة الفقهية.** (الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة - مصر .ج28 ص179-**180**

يأخذ الضرر صورة الإفناء وغيره،ويأتي الاعتداء بمعنى الظلم وتجاوز الحد وهو بذلك نوع من أنواع الضرر، أما الفساد فهو نقيض الصلاح.[1]

عليه سار المتأخرون من فقهاء الشريعة الإسلامية، بحيث استطاعوا أن يدرجوا التقسيم القانوني للضرر فنجد الشيخ علي خفيف[2] يعرف الضرر بأنه :(كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله سواء كانت ناتجة عن نقصها أم عن نقص منافعها أو عن زوال بعض أوصافها و نحو ذلك عن كل ما يترتب عليه نقص في قيمتها عما كانت عليه قبل حدوث ذلك الضرر).

و يأخذ الضرر الصور التالية :

- ✓ أذى يصيب الإنسان في جسمه، فالجراح وما يصاحبها من الألم وما تخلفه من تشويه في الجسم والأعضاء يكون ضررا أدبيا في صورة الألم و ماديا فيما يكلفه من نفقات علاج ونقص في القدرة على الكسب المادي ويعرف بالضرر الجسدي.
- ✓ وأذى يصيب الإنسان في شرفه وعرضه من فعل أو قول يعد مهانة له كما في القذف والسب وفيما يصيبه من ألم في جسمه أو في عاطفته من ضرب لا يحدث أثرا أو من تحقير في مخاطبته أو امتهان في معاملته و يسمى الضرر الأدبي .
- ✓ و يأخذ الضرر صورة تفويت مصلحة غير مالية ملتزم بها، ومعنى غير مالية ليس فيها تفويت مال على صاحب العين كما هو الحال بالنسبة للامتناع عن تسليم الوديعة إلى صاحبها و غيرها و يسمى الضرر المعنوي.
- ✓ كما ان تفويت مال على مالكه سواء بإتلاف كله أو بعضه أو إنقاص قيمته أو تفويت منافعه يسمى الضرر المالي.

وعليه فالضرر –عند الشيخ علي خفيف – جسدي وأدبي ومعنوي ومالي.[3]

واختاره وهبة الزحيلي، في قوله :"الضرر إلحاق مفسدة بالآخرين: أو هو كل إيذاء يلحق الشخص سواء كان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته"[4].

1-الطاهر بن عاشور، **مقاصد الشريعة**.(الشركة التونسية للنشر و التوزيع .د ت ).ص65 1

2- علي خفيف ، **الضمان في الفقه الإسلامي**. (دار الفكر العربي، القاهرة،2000م). ص44

3- علي خفيف ، **الضمان في الفقه الإسلامي**. (دار الفكر العربي، القاهرة،2000م). ص44

4-وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي .ص 23

ويرى غيرهم أن غالبية الفقهاء يعرف الضرر بأنه:" حالة نتجت عن فعل إقداما أو إحجاما مست بالنقص أو بما يعنيه قيمة مادية أو معنوية أو كلتيهما للشخص المتضرر." [1]

**الفرع الثاني:ألفاظ القاعدة.**

لهذه القاعدة لفظان عند أهل العلم[2]:

- ✓ **اللفظ الأول**" **:لا ضرر ولا ضرار**" وهذا هو لفظ القاعدة عند المتأخرين،وهو اللفظ الذي استقر عليه في عصرنا الحاضر.
- ✓ **اللفظ الثاني**: "**الضرر يزال**" وهو لفظ القاعدة عند المتقدمين فأكثر من كتب في القواعد الفقهية من المتقدمين ذكر القاعدة بهذا اللفظ كما فعل ابن السبكي في كتابه الأشباه والنظائر[3], والسيوطي كذلك في كتابه الأشباه والنظائر[4] وابن نجيم في كتابه الأشباه والنظائر[5], فهذا اللفظ هو المنتشر والمشتهر عند المتقدمين ( الضرر يزال )

والأول الذي هو ( **لا ضرر ولا ضرار** )_هو الأولى بالاستعمال وذلك لسببين:

**السبب الأول** :لاضرر ولا ضرار مطابق للنص الشرعي فقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال " لا ضرر ولا ضرار " ، فيكون الالتزام بما ورد في النص الشرعي هو الأنسب وهو الأفضل ويعطي قوة للقاعدة الفقهية من حيث الاستدلال بها في الأحكام والأقضية،خاصة وان مسالة الاستدلال بالقواعد الفقهية محل خلاف بين الفقهاء وكون القاعدة نص شرعي فإنه يخرج عن دائرة الخلاف .

---

1- منصور عمر المعايطة ، **المسئولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية**،( منشورات جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض .ط1 1425هـ- 2004م).ص55

2عبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف، **كتاب القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير**(عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية .ط1، 1423هـ/2003م) ج1 ص277-278

3 تاج الدين السبكي، المرجع السابق .ج1 ص41

4 جلال الدين السيوطي، المرجع السابق ص83

5 زين الدين بن نجيم ،**الأشباه والنّظائر على مذهَب أبي حنيفةَ النعمان** ( دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان. ط1، 1419 هـ - 1999 م ) ص72

**السبب الثاني** الذي يرجح به هذا اللفظ على لفظ ( الضرر يزال ) أن لفظ (لا ضرر ولا ضرار ) أشمل وأعم فهو يشمل إزالة الضرر قبل وقوعه وبعد هـ, ينما لفظ ( الضرر يزال) فإنه يحمل معنى رفع الضرر بعد حدوثه[1].

## المطلب الثاني:أدلة قاعدة لا ضرر ولا ضرار وتطبيقاتها

هذه القاعدة مثل القواعد السابقة تجد سندها في كتاب الله وسنة رسوله،وسائر أدلة الفقه الإسلامي(الفرع الأول) ولها أمثلة في مختلف أبواب الفقه(الفرع الثاني).

**الفرع الأول: أدلة القاعدة.**

القاعدة لفظ حديث نبوي شريف،يشهد لصحته[2] دلائل كثيرة من الكتاب والسنة والقياس الصحيح، فمن ذلك:

1- قوله سبحانه وتعالى:﴿ **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ . وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا. وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ. وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا . وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنزَلَ عَلَيْكُم مِّنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُم بِهِ.وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ**﴾.[3] ذكر ابن جرير الطبري في سبب نزول هذه الآية أن بعض الأزواج كان يطلق امرأته ثم يراجعها قبل انقضاء عدتها, ثم يطلقها. يفعل ذلك يضارها ويعضلها, فأنزل الله هذه الآية.[4]

2- قول الله عز وجل: ﴿**لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ. وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ**﴾[5] وفي قوله تعالى: ﴿ **لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده**﴾ معناه : لا تأبى الأم أن ترضعه إضرارا بأبيه أو تطلب أكثر من أجر مثلها، ولا يحل للأب أن يمنع الأم من ذلك مع رغبتها في الإرضاع .[6]

---

1 انظر،محمد صدقي البورنو، **كتاب الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية** ( مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان الطبعة: الرابعة، 1416 هـ - 1996 م ) ص 251

2 سبق تخريجه وهو حديث رواه الامام مالك مرسلا

3 سورة البقرة، الآية 231

4 أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، **جامع البيان في تأويل القرآن** (تحقيق: أحمد محمد شاكر , مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى، 1420 هـ - 2000 م)ج5 ص7

5 سورة البقرة، الآية 233

6 القرطبي، المرجع السابق ج3 ص146

ومنه أيضا قول الله تبارك وتعالى بعد أن ذكر قسمة الميراث:﴿... **مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ** ﴾1. نهى الله تبارك وتعالى عباده الذين حضرهم الموت أن يكون قصدهم بالوصية إضرار الورثة وإدخال النقص عليهم، وأن الواجب أن يقصدوا بالوصية وجه الله تبارك وتعالى.

4- عن سمُرة بن جندُب - أنه كان له عَضُدٌ من نخل -العضد: القطعة من النخل، نخلتان أو ثلاث أو أربع تكون في سطر واحد- في حائط رجل من الأنصار -أي في بستان رجل من الأنصار-، وكان الأنصاري معه أهله في حائطه، فكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به الأنصاري ويشق عليه، فطلب إليه أن يبيعه نخله فأبى سمرة, وطلب إليه أن يناقله فأبى, فأتى الأنصاري النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له؛ فطلب النبي صلى الله عليه وسلم إلى سمرة أن يبيعه فأبى، وطلب إليه أن يناقله فأبى، فقال له: ((هَبْهُ له ولك كذا وكذا)) أمرًا رغبه فيه، فأبى أيضا،فقال عليه الصلاة والسلام: ((أنت مضار))، ثم قال للأنصاري: ((اذهب فاقلع نخله)).[2]

5- النصوص السابقة وغيرها كثير في الشريعة الاسلامية دلت على أن الشريعة مبنية على جلب المصالح ودرء المفاسد ، وفي الضرر ومنع حدوثه ورفعه بعد وقوعه تحقيقًا لمصالح الناس، ودفعًا للمفاسد عنهم.

**الفرع الثاني :تطبيقات قاعدة "لاضرر ولاضرار".**

من الأمثلة على هذه القاعدة:

1- إذا طلق الرجل امرأته ثم أراد أن يراجعها لا بقصد المعاشرة بالمعروف بل لكي يضُرها, فللقاضي أن يمنعه من المراجعة؛ لأن الله تبارك وتعالى علق جواز المراجعة على قصد الإصلاح وعدم إرادة الإضرار.

2- عدم جواز جعلِ أشياءَ مضرةٍ في طريق المسلمين أو في أسواقهم, كأن يبني الإنسان في مكان ثم يسد على الناس طريقهم بكومة رمل أو بأخشاب أو بحديد أو نحو ذلك.

3- إذا احتاج المجتمع إلى صناعة قوم أو فلاحتهم أو خياطتهم أو بنايتهم, فإن هذا العمل يكون واجبًا على هؤلاء، ويجبر ولي الأمر هؤلاء الصناع على العمل, ويعملون بأجرة المثل،

[1] سورة النساء،الآية 12

2 رواه أبو داوود المرجع السابق كتاب الاقضية ج3 ص315

ويبذل الناس لهم ما يستحقونه من الأجرة؛ لأن في ذلك دفع الضرر عن الناس بسد حاجتهم من هذه الصناعات, ودفع الضرر عن العمال بتقدير أجرة مثلها, وهذا يقع كثيرًا عندما يزداد الطلب على شيء معين ويمتنع بعض العمال عن العمل لكي يرتفع السعر.[1]

## المبحث الثاني: القواعد المتفرعة عن قاعدة: لا ضرر ولا ضرار.

يتفرع عن قاعدة لا ضرر ولا ضرار قواعد كثيرة موضوعها دفع الضرر وإزالته في مختلف صوره، اخترنا منها:

1. الضرر لا يزال بمثله.
2. درء المفاسد أولى من جلب المصالح
3. القديم يترك على قدمه ما لم يكن ضررًا فاحشًا.

### المطلب الاول: القاعدة الأولى: الضرر لا يزال بمثله.

فيه نتناول معنى القاعدة(الفرع الأول) ثم أمثلة عن القاعدة (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: معنى القاعدة.

معنى قاعدة الضرر لا يزال بمثله هو أن الأصل منع الضرر قبل وقوعه، ورفعه بعد وقوعه، بدون إحداث ضرر على الآخرين, فهذه القاعدة تفيد أن إزالة الضرر يجب أن يكون بدون إحداث ضرر مماثل, فمنطوق القاعدة رفع الضرر بدون ضرر مثله, لكن لها مفهوم موافقة ومفهوم مخالفة, أما مفهوم الموافقة فهو منع إزالة الضرر بضرر أعظم؛ لأنه إذا لم يجز إزالة الضرر بضرر مماثل فلا شك أنه لا يحوز إزالة الضرر بضرر مثله من باب أولى.

أما مفهوم المخالفة من القاعدة فهو جواز إزالة الضرر بضرر أخف, وهذا ما ستوضحه لنا قاعدة [إذا تعارضت مفسدتان رُوعِي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما،على هذا فقاعدة [الضرر لا يزال بمثله] تعتبر قيدًا للقاعدة الكلية [لا ضرر ولا ضرار]؛ من جهة أن الضرر يشترط لإزالته أن لا يترتب عليه ضرر مماثل؛وأدلة هذه القاعدة هي أدلة القاعدة الكلية.[2]

[1] انظر محمد الزحيلي،المرجع السابق ص199 ومابعدها

[2] انظر احمد الزرقاء ، المرجع السابق ص195-196

**الفرع الثاني: أمثلة على القاعدة.**

1-لا يجوز لمن يخشى الضرر على ماله أو نفسه ضرر ان يدفعه عنه بإضرار الغير، فالقاتل الذي يكره على القتل يعاقب مثله مثل المكره(الذي أملى عليه القتل بالإكراه)؛ والذي تعرضت أرضه للغرق لا يحل له أن يفتح مجرى في أرض جاره لإنقاذ أرضه، فإن فعل كان ضامنا.[1]

2- إذا باع أحد الشريكين نصيبه وشفع الشريك الآخر, فإنه يأخذ نصيب شريكه بالثمن الذي باعه به على الصيغة التي بيع بها, ولا يجوز للشريك أن ينقص شريكه الآخر من حقه؛ لأن دفع ضرر الشراكة عنه بالشفعة لا يكون بإيقاع الضرر على الشريك الآخر.

## المطلب الثاني: قاعدة:درء المفاسد أولى من جلب المصالح.

نتناول معنى القاعدة(الفرع الأول) ثم أمثلة عن القاعدة (الفرع الثاني).

**الفرع الأول:معنى القاعدة.**

المقصود بالمفاسد: جمع مفرده مفسدة و يطلق على كل امر فيه اذى و ضرر من قول او فعل أما المصالح فجمع مفرده : مصلحة ومعناها المنفعة.

علماء أصول الفقه عندما يطلقون لفظ المصلحة المفسدة هي المضرة ويعرفها يريدون بها جلب مصلحة أو دفع مفسدة، و هذا الذي نقل عن أبي حامد الغزالي وفي ذلك يقول:"مقصود الشارع من الخلق خمسة وهو : أن يحفظ عليهم دينهم , ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم ...وكلما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة و كل ما يفوّت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة "[2]

فالشريعة الإسلامية جاءت لجلب المنافع ودرء المفاسد، وعليها بنيت أحكامها ،ومعنى القاعدة أنه إذا تعارضت مصلحة ومفسدة فإن دفع المفسدة يقدم غالباً ولا يلتفت إلى المصلحة (المنفعة) التي قد تحصل بها.

يذكر أن أصل هذه القاعدة الحديث الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : ما نهيتكم عنه ، فاجتنبوه ، ما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم

[1] مصطفى الزحيلي، المرجع السابق ص201

[2] ابو حامد الغزالي، **المستصفى**(تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، 1413هـ - 1993م ) ص174

، فإنما أهلك الذين من قبلكم كثرة مسائلهم واختلافهم على أنبيائهم."[1]

**الفرع الثاني:تطبيقات قاعدة درء المفاسد أولى من جلب المصالح.**

من الأمثلة التي في حكم القاعدة ما يلي:

1. لا يجوز للمالك أن يتصرف بملكه بما يضر الغير كصناعة الخبز باتخاذ فرن،او صناعة جلود و غيرها من الحرف التي يترتب على مزاولتها أذى للغير.
2. يمنع الشخص من الاتجار بالمحرمات من خمر ومخدرات ولو أدت إلى ربح.
3. يمنع الاحتكار والتعدي في الأسعار، ولوكان فيها مصلحة لصاحبها. التلفظ بكلمة الكفر مفسدة محرمة، لكنه جائز بالحكاية والإكراه إذا كان قلب مطمئن بالإيمان
4. الحجر على المفلس مفسدة في حقه، لكنه ثبت تقديماً لمصلحة الغرماء على مفسدة الحجر.

## المطلب الثالث : قاعدة : الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف .

للقاعدة ألفاظ أخرى منها، يختار أهون الشرين أو أخف الضررين ويدفع أعظم الضررين باحتمال أخفهما –.إذا اجتمع ضرران أسقط الأصغر الأكبر.

**الفرع الأول:معنى القاعدة**

تنص القاعدة الكبرى (لا ضرر ولا ضرار) على وجوب ازالة الضرر ورفعه ،لكن الضرر يتفاوت من حيث المضمون و الاثار فهو ليس على درجة واحدة، وعليه فإنه قد يحدث أن لا يمكن إزالة الضرر نهائياً، يكون ضرارا شديدا في بعضه وخفيفا في بعضه الآخر، لا بدَّ من ارتكاب أحدهما وقاعدة ارتكاب الضرر الخف لدفع الضرر الأشد تبين أنه إذا وقع الضرر وكان لا يدفع ولا يزال إلا بارتكاب ضرر آخر فإنه يفعل كان الضرر الاشد متعلق بالضرورات الخمس حفظ النفس وحفظ الدين وحفظ المال و حفظ النسل و العقل.و الضرر المقابل متعلق بالحاجيات او التكميليات،أو حتى بين الضرورات فانه يباح التلفظ بكلمة الكفر لحفظ النفس وكذا المال في مقابل النفس والدين وهكذا..

[1] رواه البخاري في صحيحه كتاب الاعتصام بالكتاب و السنة،باب الاقتداء بسنن رسول الله صلى الله عليه وسلم حديث رقم.6896.

**الفرع الثاني:تطبيقات قاعدة الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.**

1. الطلاق فيه ضرر، ومع ذلك يرتكب وتطلق الزوجة للضرر والإعسار؛ لأنه ضرر أشد.
2. تجب النفقة في مال الموسرين لأصولهم وفروعهم، لكن لا يشترط في نفقة الأبوين اليسار، بل إذا كان كسوباً ضمهما إليه، كما تجب نفقة الأرحام المحارم من النسب المحتاجين[1]
3. إذا بنى شخص بناء، أو غرس في العرصة لسبب شرعي، كما لو ورث إنسان أرضاً فبنى فيها، أو غرس، ثم استحقت فإنه ينظر إلى قيمة البناء أو الغراس مع قيمة لعرصة، فأيهما كان أكثر قيمة يتملك صاحبه الآخر بقيمته جبراً على مالكه[2].
4. تصحيح النكاح الذي فسد صداقه – لكونه خمراً أو مجهولاً – بصداق المثل إذا حصل معه دخول، ارتكاباً لأخف الضررين.
5. افشاء السر الخاص بالمريض المقبل على الزواج اذا ترتب على كتمانه مفسدة اعظم .[3]

1 أحمد الزرقا، المرجع السابق ص 199

[2] أحمد الزرقا، المرجع نفسه.

3 الزبير معتوق. **قاعدة (الضّرر الأشدُّ يُزال بالضّرر الأخفّ) وتطبيقاتها المعاصرة في بعض مسائل الأسرة** (مجلة الشريعة والاقتصاد المجلد 4 العدد 7 ص ص 183- 223 )
https://www.asjp.cerist.dz/en/article/26951 البوابة الوطنية للمجلات ص18

# الفصل الخامس:قاعدة العادة محكَّمة

قاعدة العادة محكمة من القواعد الخمس الكبرى في الفقه الإسلامي حيث ضمت كثيرا من المسائل التي موضوعها العرف ولها تطبيقات و فروع في مختلف أبواب الفقه خاصة تلك المرتبطة بمعاملات الناس ومنازعاتهم، فهي من القواعد التي سهلت أمور الناس ويسرت حاجاتهم، ومن الأدلة الناصعة على صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان، ثرية بالأحكام والتطبيقات في شتى المجالات بما فيها الأحوال الشخصية، تجد سندها في كتاب الله و سنة رسوله وتتفرع عنها قواعد لا تقل أهمية عن القاعدة الأم ،لذلك يتعين تحديد ألفاظ القاعدة وتأصيلها مع ذكر الأمثلة التي تنطبق عليها.

## المبحث الأول:مفهوم قاعدة العادة محكمة

يكون بتعريف القاعدة (المطلب الاول) ثم سند القاعدة وشروط تطبيقها(المطلب الثاني)

### المطلب الأول:التعريف بالقاعدة.

فيه نتناول ألفاظ القاعدة بتعريفها لغة واصطلاحا والمعنى العام لها(الفرع الاول) ثم نبين العرف لأنه موضوع القاعدة وأقسامه وشروط إعماله(الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: شرح القاعدة.

1. **التعريف اللغوي والاصطلاحي:**

"**العادة محكمة** " مركب إضافي يتكون من لفظ "العادة" ولفظ " محكَّمة: "أما **العادة** فمعناها في **لغة** : الديدن، وتعوده أي: صيرته له عادة، وسمي العيد عيدا لأنه يعود، وقيل هي الدربة والتمادي في شيء حتى يصير له سجية. وسُميت العادة بذلك؛ لأن صاحبها يعاودها، أي يرجع إليها مرة بعد أخرى[1]. **اصطلاحاً**: للعادة عدة تعريفات منها: (العادة غلبة معنى من المعاني على الناس)[2].أو هي:

1 ابن منظور ،المرجع السابق.ج3ص316

2 أبو العباس شهاب الدين بالقرافي: **شرح تنقيح الفصول**(تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، الطبعة: الأولى، شركة الطباعة الفنية المتحدة،دون بلد نشر1393 هـ - 1973 م) ص448

(ما استمر الناس عليه على حكم العقول وعادوا إليه مرة بعد أخر)[1]. وهي أيضا: (الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية)[2]

رجح التعريف الأخير بعض العلماء والباحثون،[3] حيث لم يخص العادة بكونها موافقة للعقل أو الشرع، فهي عادة وإن خالفت ذلك ونجد الإمام الشاطبي يقسمها إلى قسمين: عادات شرعية وعادات غير شرعية، وقسم العادات غير الشرعية إلى قسمين متبدلة وثابتة.[4]

**فالعادات الشرعية:** وهي العادات الثابتة بأدلة الشرع أمرا (واجبا كان أو مندوبا) كالأمر بستر العورة ،ونهيا (تحريما أو مكروها) كتحريم النجاسات؛و**العادات غير الشرعية:** هي التي لم تتناولها أدلة الشرع بالأمر أو النهي، وهي على قسمين: **ثابتة** و**متغيرة،** تدخل **الثابتة** عادة في غرائز الناس وحكم الطبيعة، وهذه عادات تبنى عليها الأحكام إذا كانت من مسببات حكم الشارع، كاعتياد النساء فترة الحيض؛ أما **العادات المتغيرة،** فتختلف بحسب المكان والزمان ومثاله عد كشف الرأس للرجال من خوارم المروءة في بلاد وزمن ليس كذلك في بلاد أخرى أزمنة أخرى.

هذا و يورد الفقهاء لفظ العادة وأحياناً يوردون العرف، وقولهم: «العادة محكمة» والمراد والعرف أيضاً، لأن بعضهم لا يرى التفريق بينهما، ثم أن لفظ **العرف** في **اللغة** يطلق على عدة معان، منها ما جاء في لسان العرب:" العرف والعارفة والمعروف واحِد: ضد النكرِ، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إِليه" [5]

أما **اصطلاحاً** فله تعريفات منها:"ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع السليمة بالقبول[6]."

هذا التعريف جاء جامعا لما يصدق عليه العرف بمعناه الشرعي،فقوله "ما استقرت النفوس عليه "في اشارة إلى أن السند هنا ليس نصا شرعيا بل ما سار ناس عليه وألفوه قولا أو عملا، يرجع في

---

[1] علي بن محمد الشريف الجرجاني، **كتاب التعريفات**. (دار الكتب العلمية، بيروت،لبنان الطبعة :الأولى ،1403هـ - 1983م)146

[2] أبو عبد الله شمس الدين،ابن أمير حاج ،**التقرير والتحبير**.( دار الكتب العلمية،دون بلد نشرالطبعة :الثانية، 1403هـ - 1983م)ج1 ص282

[3] يعقوب الباحسين، **قاعدة العادة محكمة -دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية-**.(مكتبة الرشد ، الرياض ، ط 2 ، 1433 هـ / 2012 م) ص27

[4] إبراهيم بن موسى الشاطبي، **الموافقات** .( تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان ، دار ابن عفان،دون بلد نشر الطبعة :الطبعة الأولى 1417هـ/ 1997م)ج 2ص489

[5] المرجع نفسه. ج9ص239

[6] محمد البركتي، **التعريفات الفقهية**. ( دار الكتب العلمية ،دون بلد النشر1424هـ - 2003م)ج1ص145

اعتباره موافقته لمنطق العقل وسلامة الطبع، وهو بذلك يقر العرف الصحيح فقط لأن العرف غير الصحيح وإن عد من الأعراف إلا أنه لا يقوم سندا لحكم شرعي، وفي شريعة الإسلام الفطرة السليمة تطابق الأحكام الشرعية بل أنها شريعة الفطرة السليمة.

2. **المعنى العام للقاعدة:** أن العرف بشروطه أصل تبنى عليه الأحكام في الفقه لإسلامي يجد سنده في النصوص الشرعية يعتمده الفقيه في اجتهاده والقاضي في النظر الخصومات والفصل في المنازعات. وهو ما ذكره ابن عابدين الحنفي بقوله: "والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار."[1]

**الفرع الثاني: أقسام العرف والعادة ومجالات إعمال العرف.**[2]

1) **أقسام العرف والعادة**

تتنوع تقسيمات العرف تبعا لاعتبارات متعددة.

**أ. فالعرف باعتبار سببه قسمان:**

✓ **عرف قولي:** وهو ما إذا أطلق فُهم منه معنى لم يوضع ذلك اللفظ له، من غير قرينة. مثل لفظ الشواء يطلق على اللحم فقط، دون ما يشوى من غيره.

✓ **عرف عملي:** وهو ما جرى عليه عمل الناس في جميع البلدان أو بعضها.

**ب.** كما ينقسم **باعتبار من يصدر عنه** إلى ثلاثة أقسام:

✓ – **العرف العام:** هو المتداول بين جميع الناس على مر الزمان وفي مختلف الاقطار

✓ – **العرف الخاص:** هو ما اختص به أهل بلد أو حرفة دون سواهم.

✓ – **العرف الشرعي:** هو الاستعمال الشرعي بحيث يغلب على اصل الوضع اللغوي ، كلفظ الصلاة حيث نقل من المعنى اللغوي وهو الدعاء إلى العبادة المخصوصة بالأفعال والأقوال.

**ج.** أما من جهة **مدى** إقرار **الشارع للعرف** وعدم إقراره ينقسم إلى قسمين:

---

[1] محمد أمين عابدين،**مجموعة رسائل ابن عابدين** ج2ص114
(المكتبة الوقفية المصورة http://waqfeya.com/book.php?bid=793 تاريخ الاطلاع2018/3/1)

[2] راجع تفصيل اكثر فهمي ابوسنة ، **العرف و العادة في رأي الفقهاء**(مطبعة الازهر،القاهرة 1947م)ص17و ما بعدها

- ✓ **عرف صحيح:** وهو ما تعارفه الناس وليست **فيه** مخالفة لنص ولا تفويت مصلحة ولا جلب مفسدة، كتعارفهم وقف بعض المنقولات وتعارفهم أن ما يقدمه الخاطب إلى خطيبته من ثياب وحلوى ونحوها يعتبر هدية وليس من المهر.
- ✓ **عرف فاسد:** هو ما تعارفه الناس مما يخالف الشرع أو يجلب ضررا أو يفوت نفعا كتعارفهم بعض العقود الربوية أو بعض العادات المستنكرة في المآتم والموالد وكثير من احتفالاتهم.

**2) مجالات اعمال العرف[1]:**

للعرف مجالات كثيرة تشمل أبوابا متعددة من الفقه منها أنه:

إذا ورد لفظ مطلق في أدلة الشريعة غير محدد و ليس له حد شرعي كالصلاة، ولا حد لغوي كالسرقة يرجع في تحديده إلى العرف، مثالها ما جاءت به النصوص بوجوب النفقة وليس لها ضابط في الشرع ولا في اللغة، فيرجع فيها إلى العرف .

منها تفسير ألفاظ الناس، فإنها تفسر بحسب دلالة العرف في معاملاتهم من بيع وإجارة وغيرها ، وفي أيمانهم وغير ذلك وله أمثلة منها : لو تبايع اثنان سلعة بأربعين ألفا، ثم اختلفا حول العملة ثمن السلعة ، فالعبرة بالعرف في البلد الذي هم فيه ، فإذا كانوا في الجزائر فالاعتبار بالدينار الجزائري، وهذا إذا لم تكن بينة تقطع النزاع .

## المطلب الثاني:سند القاعدة وشروط تطبيقها.

تستند قاعدة العرف إلى آيات الكتاب وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم(الفرع الأول) وإعمالها يقتضي توافر شروط وضعها الفقهاء وهي نفسها شروط الاخذ بالعرف(الفرع الثاني) .

**الفرع الاول:سند القاعدة ودليلها.**

قاعدة العادة محكمة تجد أساسها في كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم.

- ✓ من **القرآن الكريم**،قوله تعالى:﴿ **وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾،[2]وقوله تعالى: ﴿ **وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾.[3]

[1] فهمي ابوسنة، المرجع نفسه. ص17
[2] سورة لبقرة الآية 228
[3] سورة النساء،الآية: 19

ووجه الدلالة أن الله –سبحانه وتعالى– وجّه الحكام إلى اعتبار العرف في العلاقات الأسرية ومنازعاتها وفي ذلك يقول ابن كثير: في تفسير قوله عز وجل: ﴿**وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾( أي : وعلى والد الطفل نفقة الوالدات وكسوتهن بالمعروف ، أي : بما جرت به عادة أمثالهن في بلدهن من غير إسراف ولا إقتار ، بحسب قدرته في يساره وتوسطه وإقتاره)[1]

- ✓ **السنة النبوية الشريفة:**

ما روته السيدة عائشة رضي الله عنها، أن هند بنت عتبة، قالت:" يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ وَلَيْسَ يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي، إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْهُ وَهُوَ لاَ يَعْلَمُ، فَقَالَ: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ، بِالْمَعْرُوفِ"[2]

ومنها عن عبدالله بن مسعود، قال: "إن الله نظر في قلوب العباد، فوجد قلب محمد صلى الله عليه وسلم خيرَ قلوب العباد،... فما رأى المسلمون حسنًا، فهو عند الله حسَنٌ."[3]

**الفرع الثاني:شروط تطبيق القاعدة.**[4]

لأن القاعدة موضوعها العرف ودلالته على الأحكام وحجيته في الخصومات لذلك يشترط فيها ما يشترط في العرف ،فلا عبرة إلا بالعرف الصحيح ولا يكون كذلك إلا بتحقق ما يلي:

- ✓ أن**لا يخالف العرف أو العادة أصلاً أو نصاً شرعياً**، أو إجماعاً أو قاعدة متفقاً عليها فالمخالف للشريعة لا عبرة به، ومن ذلك إذا جرت عادة أهل بلد على فعل عبادة معينة، فلا يقبل لأن الأصل في العبادات التوقيف.
- ✓ أن **لا يوجد تصريح يخالف العرف**، فإذا وجد تصريح يخالف العرف فالعبرة بالتصريح لا بالعرف، ومن أمثلة ذلك: أنه إذا وضع الطعام أمام الإنسان، فإنه في العرف يجوز الأكل من ذلك الطعام؛ لأن هذا يعتبر إذنًا في العرف، ولكن لو وضع الطعام، ثم قيل لا تأكل من هذا الطعام، فهنا وجدت في مقابلة العرف قرينة تدل على أن ما تعارف عليه الناس ليس مرادًا .
- ✓ أن **يكون العرف مطردًا غالبًا** بحيث لا يكون مضطربًا؛ بمعنى أنه لو كان يفعل أحياناً، فهو

---

[1] إسماعيل بن كثير ،**تفسير القرآن العظيم** (.تحقيق: محمد حسين شمس الدين ، ط1دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون - بيروت - 1419 هـ ) ج1 ص479

[2] محمد بن إسماعيل البخاري **الجامع المسند الصحيح** ، صحيح البخاري( تحقيق :محمد زهير بن ناصر الناصر،دار طوق النجاة،الطبعة :الأولى، 1422هـ)ج7ص65

[3] أبو عبد الله أحمد بن حنبل بن هلال ،**مسند الإمام أحمد بن حنبل**(اتحقيق :أحمد محمد شاكر، دار الحديث، القاهرة،الطبعة :الأولى، 1416 هـ - 1995 م)ج3ص 505

[4] مصطفى احمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام.ج2 ص897

عادة غير مطردة،و لأنه إذا كان مضطربًا غير غالب، فلا يقال له عرف، وهذا ما يعبرون عنه بقولهم: "العبرة للغالب الشائع دون النادر".

- ✓ أن يكون **العرف موجوداً عند إنشاء التصرف** المستند عليه.

## المبحث الثاني:ما يتفرع عن قاعدة العادة محكمة وتطبيقاتها

تتفرع عن قاعدة "**العادة محكمة**" قواعد تندرج تحتها وتضم مسائل وفروع تسري عليها أحكام العرف وشروطه، إلا أنها قواعد تتميز عن القاعدة الأم بكونها تنظم جانبا محددا من العرف فمنها ما يكون نصا على الشروط ومنها ما يختص بأبواب في الفقه دون غيرها ،فهي قواعد ذات سعة للأحكام إلا أنها أقل شمولا مقارنة مع قاعدة "**العادة محكمة**"،وهي كثيرة لا يسع المقام لذكرها كلها بل سنكتفي بأشهرها مع التمثيل لها من باب الأحوال الشخصية.

**المطلب الأول:قاعدة:"لا ينكر تغير الاحكام بتغير الأزمان".**

معنى القاعدة أن الأحكام التي ينشئها الاجتهاد و تستند إلى أدلة ظنية، فإنها تتغير بتغير الزمان واختلاف المكان،وهي نتاج خاصية المرونة التي تتميز بها الشريعة الاسلامية و دليل صلاحيتها لكل زمان ومكان،فالثابت في الشريعة الاسلامية تحكمه نصوص قطعية في ثبوتها ودلالتها تتعلق بمسائل العقيدة والأحكام الفقهية التي تندرج ضمن ماهو معلوم من الدين بالضرورة وهي محصورة وليست محل اجتهاد أو تغيير ،أما غيرها من الأحكام فهي محل الاجتهاد ومظنة التغيير .

مثالها: تسجيل وتوثيق عقد الزواج فإنه ليس من أركانه ولا شروطه التي عدها الفقهاء المتقدمون ضمن مؤلفاتهم، بل أنه كان يكتفى في صحته ونشأته وثبوت الحقوق به على تحقق الرضى ومختلف الشروط ويثبت بمختلف وسائل الاثبات بما فيها البينة والاقرار،غير أن الفقهاء العصر الحديث لما لاحظوه من ضرورة التوثيق لحفظ الحقوق ودفع التهم أصبح التوثيق في عقد الزواج شرطا شكليا يعطي الصفة في سماع دعاوى الزواج وأثاره وهو أمر انتجه تغير الزمان فتغير الحكم على أثره.

**المطلب الثاني:قاعدة"استعمال الناس حجة يجب العمل بها".**

الاستعمال هو نقل اللفظ عن موضعه الأصلي إلى معناه المجازي شرعاً وغلبة استعماله فيه،[1]فاللفظ إذا استعمل على غير حقيقته اللغوية واختار الناس معنى محددا له، يترك المعنى الأصلي ويصار إلى المعنى المتداول، كلفظ الشواء والدابة مثلا،فالأول معناه يصدق على كل ما يشوى لكن استعمال الناس استثنى شواء السمك والدجاج؛ ومثله لفظ الدابة الذي يصدق على كل ما يدب على الارض وفي الاستعمال يقتصر على ذوات الأربع فقط .

ومثاله في مسائل الأحوال الشخصية لفظ الفاتحة فإن استعماله في دول المشرق يقتصر على قراءة السورة المباركة في مجلس الخطبة تأكيدا للوعد بالزواج بينما في الجزائر ،الفاتحة مجلس عقد لتوافر شروطه فيه وهي في معنى الزواج غير المسجل أو العرفي[2] والعقد غير الخطبة لكن استعمال الناس هو الذي يحدد المعنى وعليه تبنى الأحكام.

قريب من معنى القاعدة قولهم "**الحقيقة تترك بدلالة العادة**"[3] **و**المقصود بالحقيقة في استعمال الألفاظ ،فاللفظ إما أن يحمل على حقيقته اللغوية، بمعنى استعماله في أصل اللغة كلفظ الأسد يصدق على الحيوان المفترس، وقد ينقل لفظ من الحقيقة إلى المجاز فيكون له دلالة في استعمال فقهاء الشرع ويغلب عليه، وهو ما يعرف بالحقيقة الشرعية، بحيث إذا اطلق ينصرف إليه مباشرة ويترك به الأصل اللغوي ،فالصلاة في استعمال المسلمين تنصرف إلى أفعال وأقوال مخصوصة تدل على الركن الثاني في الإسلام وهي في أصل اللغة الدعاء، لكن غلب استعمالها الشرعي على اللغوي؛وكلا من الحقيقة اللغوية والحقيقة الشرعية تترك للحقيقة العرفية، فإذا حمل العرف استعمال لفظ على معنى معين غير الذي يصدق عليه عرفا أو شرعا فإن تفسير ذلك اللفظ يكون بحسب استعماله عرفا لأنه أصدق في الدلالة على مقصود مستعمله و أقرب للتصور.

مثاله:الصداق المقصود به شرعا ما يجب للمرأة بعقد الزواج، بمعنى تستحقه المرأة بمجرد العقد،غير أنه قد يجري العرف على تسليم المرأة المهر قبل العقد كله أو بعضه مؤجلا أو معجلا،وعليه فدعوى قبض المهر لا يستند في الحكم فيها إلى حقيقة الصداق الذي يكون بالعقد بل ينظر فيه إلى عرف البلد.

---

[1] أحمد الزرقاء،المرجع السابق. ص223

[2] محمد محدة ،الخطبة و الزواج سلسلة فقه الاسرة ط2 الجزائر 1994هامش ص51

[3] القاعدة 39 من قواعد المجلة انظر احمد الزرقاء ،المرجع السابق ص231

**المطلب الثالث:قاعدة "الممتنع عادة كالممتنع حقيق".**

يعني أن ما استحال عادة لا تسمع فيه الدعوى كالمستحيل عقلا[1] لأنه لا يتصور حدوث ما يمنعه العقل لانعدامه أو استحالته ، كذلك الامر فيما يمنعه العرف فإنه لا تسأل به حقوق ولا تسمع به دعوى فيستقل الحاكم برد الدعوى فيه بدون حاجة إلى سؤال الخصم عنها ،ولا تطلب بينة على اثباته او نفيه من باب أولى.

ومثالها في دعوى الاقرار بالنسب ،فالمعلوم ان الاقرار بالنسب على النفس يثبت به لمدعيه بشروط من بينها ان لا يخالف العرف و العادة فمن يدعي الأبوة لشخص لا يولد مثله لمثله عادة لا تسمع دعواه كأن يكون الفارق في السن بينهما قليل.

وكدعوى متولي الوقف أو الوصي على المال اليتيم انفاقه أموالا عظيمة على الوقف أو على اليتيم والظاهر على خلافه.[2]

**المطلب الرابع :قاعدة "المعروف عرفا كالمشروط شرطا".**[3]

معناها أن ما تعارف الناس عليه،ينزل منزلة الشرط،في معاملاتهم فكما أنه لا تسمع الدعوى إذا خالف فيها أطرافها شرطا صحيحا (لأن:" مقاطع الحقوق عند الشروط[4]")و كذلك إذا خالفت ما اعتاده الناس وتعارفوا عليه، فالعرف الصحيح الذي ليس فيه مخالفة ينزل منزلة الشرط، ولا يلزم وفقا للقاعدة التصريح بالشرط عند التعاقد أو غيره من المعاملات بين الناس فيكفي أن يكون العرف المتداول بين الناس صحيحا شرعا حتى ينزل منزلة الشرط. مثاله النوم في الفنادق، والأكل في المطاعم، كل ذلك يستلزم دفع الأجرة، لأن العرف يقضي بذلك ، وإن لم تذكر من قبل أطراف العقد.

ومثاله في فقه الأسرة :تشطير الصداق إلى مؤجل و معجل، يسري به العقد وفق العرف البلد و إن لم ينص عليه صراحة عند التعاقد.و في ذلك يقول ابن قدامة: " المطلق يحمل على العرف، والعادة في الصداق الآجل ترك المطالبة به الى حين الفرقة فحمل عليه "[5]

---

[1] القاعدة37 من قواعد المجلة العثمانية أنظر احمد الزرقاء ، المرجع السابق ص227

[2] المرجع نفسه،ص225

[3] القاعدة 42 المرجع نفسه ص237

[4] ولما روي عن عمر رضي الله عنه أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها داراً ثم أراد نقلها، فخاصموه إلى عمر، فقال: لها شرطها، فقال الرجل: إذاً يطلِّقها، فقال عمر: "مقاطع الحقوق عند الشروط".(انظر صحيح البخاري ج7 ص20)

[5] أبو محمد موفق الدين بن قدامة المقدسي، **المغني** (مكتبة القاهرة 1388 هـ - 1968م) ج7 ص222

**وقريبا منها قاعدة :"التعيين بالعرف كالتعيين بالنص"**[1] ومعناها أن ما لم ينص عليه شرعا أو في العقد يرجع فيه إلى ما جرى عليه العرف في بناء الأحكام عليه ؛ وما عينه العرف وخصصه يكون كالمنصوص عليه ويأخذ حكمه[2]،فالنفقة نص على وجوبها للزوجة والاولاد في الكتاب والسنة،يقول الله تعالى:﴿**وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾[3] وفي تقديرها و تحديد مشتملاتها يرجع إلى العرف.

في تحديد مهر المثل وصفا ومقدارا يرجع فيه إلى العرف والعادة ويكون سندا تبنى عليه الأحكام كما تبنى على النصوص وهو ما يعرف بالعرف المخصص.

مثله النزاع حول متاع البيت الحكم فيه ما يكون للمرأة أو ما يكون للرجل يرجع فيه إلى العرف.

[1] القاعدة 44احمد الزرقاء المرجع السابق ص241
[2] الباحسين، المرجع السابق ص199
[3] سورة البقرة الاية 233

# السداسي الثاني:قواعد في الاجتهاد والولاية والإثبات والضمان

خصصنا السداسي الثاني لقواعد مختارة في مواضيع متفرقة مهمة لها علاقة مباشرة بالتكوين في الدراسات القانونية، وهي كالتالي، قواعد في الاجتهاد والولاية والاثبات والضمان ( قاعدتين لكل موضوع)، ومن خلال الدرس يتم التعرف إلى مفردات القاعدة وسندها وتطبيقاتها في الأحوال الشخصية ويتصدر كل منها التعريف بموضوع القاعدة بالتفصيل،حيث يسبق عرض قواعد الاجتهاد مثلا تحديد معنى الاجتهاد وكل مل يتعلق به وهكذا بالنسبة للمواضيع الأخرى وعليه تكون مفردات البرنامج كاتالي:

- **الفصل الأول:قواعد فقهية في الاجتهاد**
- **الفصل الثاني:قواعد فقهية في الولاية**
- **الفصل الثالث:قواعد فقهية في الإثبات**
- **الفصل الرابع:قواعد فقهية في الضمان**

# الفصل الأول:قواعد فقهية في الاجتهاد

الاجتهاد نبض الفكر الإسلامي، عمل جليل أثمر الموروث الفقهي الذي تزخر به أمتنا وهو دليل صلاحية هذه الشريعة الغراء لكل زمان ومكان، والمنبع تستقى منه الحلول لكل ما قد يعترض سبيلها أفرادا أو جماعات، اهتم علماؤنا بهذه الآلية حيث ظهرت كتاباتهم فيها مع ظهور أصول الفقه ومسائله، وهو أول ما كان يعلمه الرسول صلى الله عليه وسلم أصحابه ، وحديث معاذ خير دليل على ذلك.

كما نقلت كتب الفقه واصوله كثيرا من القواعد التي موضوعها الاجتهاد أظهرت الكتابات الفقهية والقانونية جليل أثرها تنظيرا وتطبيقا وذاع صيتها لقوة عبارتها وجميل صياغتها منها، قاعدة: "**لا مساغ للاجتهاد في مورد نص**"،و قاعدة "**الاجتهاد لا ينقض بمثله**" وهي قاعدة لا تقل أهمية عن القاعدة السابقة لاحتوائها تطبيقات مهمة في الفقه والْقضاء.

## المبحث الأول: مفهوم الاجتهاد في الفقه الإسلامي.

الاجتهاد له شروطه ومجالاته التي تكلم عنها الفقهاء، تغيرت بدورها مع تغير العصور ومتطلبات التغيير،مواكبة بذلك المستجدات التي تشهدها الأمم مع اختلاف عصورها وأوضاعها.وعليه وجب التعريف بالاجتهاد مجالاته (المطلب الأول) ثم بيان اقسامه ومراتب المجتهدين (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: تعريف الاجتهاد ومجاله.

للاجتهاد ثلاثة أركان يقوم عليها وهي: الاجتهاد والمجتهد والمجتهد فيه[1].

1. **الاجتهاد لغة** :من الجهد وهو الطاقة والمشقة1 و :**اصطلاحا:** يعرف الاجتهاد اصطلاحا بأنه: استفراغ الجهد في إدراك الأحكام الشرعيّة الفرعية من أدلتها التفصيلية،[2] فهو

[1] الشاه ولي الله الدهلوي، **عقد الجيد في أحكام الاجتهاد والتقليد**، ( تحقيق :محب الدين الخطيب. المطبعة السلفية – القاهرة).ص3

عملية بذل أو استفراغ الوسع، وفي تعريف الاجتهاد نجد من يستعمل كلمة بذل[3] وهي أوسع معنى من كلمة استفراغ[4] ويرى الدكتور القرضاوي، أن في لفظ "بذل" معنى العمل في إدراك الأحكام في حدود المقدرة والاستطاعة أما استفراغ ففيه معنى العمل إلى الحد الذي يشعر معه المجتهد بالعجز وكلمة بذل تكفي في الدلالة على الاجتهاد فالله لا يكلف نفسا إلا وسعها[5]

أما **مجاله**، فيقصد به ما يجوز فيه الاجتهاد وما لا يجوز، فالأحكام الشرعية ليست كلها محلا للاجتهاد، منها الثابت بنص القطعي في الثبوت والدلالة، كأعداد الركعات ومواقيت الصلاة وكل ما هو معلوم من الدين بالضرورة، هذه لا يسوغ فيها الاجتهاد، و مثلها الأحكام التي لم يرد فيها نص ولم تعلم من الدين بالضرورة ، وإنما أجمع عليها المسلمون المجتهدون في عصر من العصور كبطلان زواج المسلمة بغير المسلم، وتوريث الجدات السدس[6] .

فالأحكام التي يسوغ فيها الاجتهاد وتكون محلا له فهي الأحكام التي تكون ظنية؛ والنصوص الظنية في دلالتها هي سبب اختلاف العلماء، وتعدُّد المذاهب و تشمل أكثر أحاديث الآحاد، الاجتهاد فيها يكون في فهم النص أو الاستنباط والكشف عن الحكم لأن النص يحتمل وجوه مختلفة في تفسيره وتطبيقه إما لأنه عام أو محتمل أو مطلق، مثاله قوله تعالى: ﴿...**وَامْسَحُواْ بِرُؤُوسِكُمْ**...﴾[7] فالنص ثابت في كتاب الله تعالى لكن وقع الخلاف بين الفقهاء في "الباء" في قوله سبحانه: **(برؤوسكم)** هل هي للتبعيض؟ أي ببعض رؤوسكم، أم للإلصاق؟ أي بجميع رؤوسكم. فهذا النص قطعي الثبوت، لكنه ظني الدلالة حيث وقع الخلاف في تفسير معناه.

ومن الأحكام التي تكون محل الاجتهاد ومجاله، الظنية الثبوت ظنية الدلالة، والنصوص الظنية الدلالة والثبوت بالإضافة إلى ما سبق بيانه في الظني الدلالة مجالها السنة والآثار يكون الاجتهاد فيها بالبحث في طريق ورود الحديث ودرجته.

---

1 فخر الدين، أبو عبد الله محمد بن عمر الرازي**.، المحصول(** تحقيق: طه جابر فياض، ط3. مؤسسة الرسالة، ، 1418 هـ - 1997م) ج6 ص6

2- الشاه ولي الله الدهلوي، المرجع السابق.ص3

3 -اختيار الشوكاني، انظر: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، **إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول**.( تحقيق: أحمد عزو عناية ط1 ، دمشق - . دار الكتاب العربي 1419هـ - 1999م) ج2 ص205

4 - اختيار الآمدي، انظر: أبو الحسن علي بن بن سالم الآمدي، **الإحكام في أصول الأحكام** (تحقيق :عبد الرزاق عفيفي. المكتب الإسلامي، بيروت) ج4 ص162

5 -يوسف القرضاوي، **الاجتهاد في الشريعة الاسلامية**. (ط1، دار القلم، الكويت ،1417هـ- 1996م ).ص11 5

6- محمد سلام مدكور ، **الاجتهاد والقضاء في الإسلام** .( دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1425هـ - 2005 م). ص39

7- سورة المائدة،الآية:6

كما تكون فيما لم يرد فيه نص، يتوصل إليها عن طريق القياس والرأي وهذا لا يجوز الالتجاء إليه إلا في حالة عدم وجود حكم للمسألة المبحوث عنها في الكتاب أو السنة أو الإجماع.

## المطلب الثاني:أقسام الاجتهاد ومراتب المجتهدين.

يتنوع الاجتهاد وتختلف اقسامه تبعا لموضوعه(الفرع الأول) كما ان المجتهدين ليسوا كلهم في مرتبة واحدة(الفرع الثاني)

### الفرع الأول: أقسام الاجتهاد.

رأينا أن الاجتهاد هو العمل على إدراك الاحكام واستخلاصها، كيفيته وموضوعه تبينه الأقسام التالية، فالاجتهاد إما أن يكون انشائيا وإما يكون انتقائيا، كما أن هناك الاجتهاد الفقهي والاجتهاد القضائي وتفصيل ذلك كما يلي:

**أ-الاجتهاد الانشائي:** هو اجتهاد في استنباط حكم من الأدلة الشرعية لقضايا مستجدة ليس فيها حكما، ومثله البحث في حكم زراعة الأعضاء واستئجار الأرحام وكثير من المعاملات الاقتصادية المستحدثة، مما لم يكن له حكم في كتب الفقه، أو كان حكما مبنيا على مصلحة أو عرف يتغير حكمه بتغير الزمان وفق قاعدة:" **لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان**".

**ب-الاجتهاد الانتقائي:** صورته النظر في المسائل الواردة في المذاهب الفقهية على اختلافها، والبحث عن حكم يختار من بين هذه المذاهب بما يتوافق والمصلحة المرجوة من طلب الحكم،[1] وهو ما سارت عليه التقنينات خاصة في مسائل الأحوال الشخصية، حيث أنها في كثير من المسائل لم تلتزم بالمذهب السائد في البلد بحيث تعدل عنه للمذاهب الأخرى طلبا للتيسير أو رفع الحرج، كما فعل المشرع الجزائري في القول بالشروط في عقد الزواج المادة 19 وهو مذهب الحنابلة عدل به عن المذهب المالكي.

**ج-الاجتهاد الفقهي:** هو المثبت في كتب الأصول بحدوده وشروطه ومجالاته يظهر عمل الفقيه في استنباط الاحكام من الأدلة التفصيلية للشريعة السمحاء، مجاله الفقه الإسلامي، والفقه الإسلامي كما هو معروف:" العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية"

**د-الاجتهاد القضائي:** هو عمل القاضي، فالقاضي هو من ينظر في المنازعات ويفصل بين المتخاصمين بحكم يكون ملزما؛ و يكون طريقه لوضع الحكم ورفع الخصومة، بذل

[1] انظر،يوسف القرضاوي، المرجع السابق

الجهد في فض النزاع بما يتوفر فيه من شروط وخصائص تكلم عنها الفقهاء في باب السياسة الشرعية.

**الفرع الثاني: مراتب المجتهدين.**

المجتهد وهو من يقوم بعملية الاجتهاد، وفي الشريعة الاسلامية المجتهد أنواع ،والذي خص بشروط ذكرها علماء الاصول، يعرف بالمجتهد المطلق يقابله المجتهد في المذهب، وهو بدوره مراتب بالنظر إلى توفر شروط الاجتهاد وما كان عليه الأمر في صدر الإسلام، غير أن هناك تقسيما آخر "للمجتهد" من حيث تفرده بالاجتهاد وتعاونه مع غيره من المجتهدين في استخلاص الحكم، وهو ما يعرف بالاجتهاد الفردي يقابله الاجتهاد الجماعي.

**أ-المجتهد المطلق:** المجتهد المطلق من توافرت فيه شروط الاجتهاد، مثل العلم بالأدلة الشرعية، فلا بد له أَن يعرف من الكتاب والسنة ما يتعلق بالأحكام ومواقع الإجماع وشرائط القياس وكيفية النظر وعلم العربية والناسخ والمنسوخ[1] وفهم مقاصد الشريعة[2] و ليس له أن يقلد غيره في الاجتهاد بل يستخلص الحكم بما أداه إليه جهده، ويعتبر الأئمة الأربعة من هذا النوع.

**ب-المجتهد في المذهب:** هو الذي لا يستقل عن المذهب في اجتهاده بل يتقيد بأصول الاجتهاد بالمذهب الذي ينتسب إليه وهو على أنواع.[3]

**ج-الاجتهاد الفردي:** الأصل في الاجتهاد أن يقوم به المجتهد بمفرده؛ وهو المنصوص عليه في كتب الفقهاء بضوابطه شروطه.

**د-الاجتهاد الجماعي:** هو "استفراغ أغلب الفقهاء الجهد لتحصيل ظن بحكم شرعي بطريق الاستنباط، واتفاقهم جميعًا أو أغلبهم على الحكم بعد التشاور."[4]

وقد مر الاجتهاد الجماعي في تاريخه بمراحل أربع، الأولى: على يد الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم وفترة من الحكم الاموي، والثانية توقف الاجتهاد الجماعي وهيمنة الاجتهاد الفردي والمرحلة الثالثة وهي التي شهدت الدعوة إلى وقف الاجتهاد عموماً. ثم المرحلة الرابعة، وهي فترة اشتداد

1- ولي الله الدهلوي، المرجع السابق

2- إبراهيم بن موسى الشاطبي، **الموافقات**. (تحقيق :أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان،المملكة العربية السعودية. 1417هـ -1997 م) ج5 ص433

3- راجع : محمد سلام مدكور، الاجتهاد والقضاء في الإسلام .ص48

4- عبدالمجيد الشرفي، (**الاجتهاد الجماعي في التشريع الإسلامي**.ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ،قطر،1418 هـ - 1998 م ).ص46

الحاجة إليه في العصر الحديث، واهتمام العلماء بالدعوة إليه وتنشيطه، ليكون هو سبيل الأمة في معالجتها لقضاياها المعاصرة وتقنين نظمها وتشريعاتها. [1]

## المبحث الثاني: نماذج من القواعد الفقهية في الاجتهاد

وردت كثير من القواعد الأصولية الفقهية التي موضوعها الاجتهاد اثرت في الكتابات الفقهية والقانونية من حيث التنظير والتطبيق منها،قاعدة:" **لا اجتهاد مع نص**" وهي قاعدة قانونية شهيرة تجد أساسها في قاعدة "**لا مساغ للاجتهاد في مورد نص**"،(المطلب الاول) و قاعدة "**الاجتهاد لا ينقض بمثله**" وهي قاعدة لا تقل أهمية عن القاعدة السابقة لاحتوائها تطبيقات مهمة في الفقه والْقضاء (المطلب الثاني)

### المطلب الأول:قاعدة "لا مساغ للاجتهاد في مورد نص".

قاعدة "لا مساغ للاجتهاد في مورد نص" و جاءت أيضا بصيغة "لا اجتهاد في مورد نص"، وهي المادة رقم 14 من قواعد مجلة الاحكام العدلية؛نتناولها وفق العناصر التالية:شرح الفاظ القاعدة (الفرع الاول)، دليل القاعدة (الفرع الثاني)، تطبيقات القاعدة(الفرع الثالث).

#### الفرع الأول:شرح ألفاظ القاعدة

الألفاظ التي تتكون منها "**قاعدة لا مساغ للاجتهاد في مورد نص**"**هي:**

مورد ومساغ واجتهاد ونص .

أما كلمة **الاجتهاد** فقد سبق،وكلمة "**مورد**" معناها في اللغة:الطريق والمصدر والمنبع، وهو اسم مفعول لكلمة ورد فهو وارد[2] أي ذكر، ومنه قولهم: كما ورد في الحديث الشريف أي كما جاء فيه؛أما "**مساغ**" فتعني في اللغة :اسم المفعول من أساغَ يُسيغ ،وأساغ الأمَ: أباحه وجعله جائزًا[3].

1- عبدالمجيد الشرفي، المرجع السابق، ص48

[2] تفصيل اكثر انظر: ابن منظور ،المرجع السابق ج 3 ص 456 وما بعدها.

[3] ابن منظور، المرجع نفسه ج6 ص 432

يقصد بال**نص** في اللغة العلو والظهور[1]، ومنه قول الفقهاء: نص القرآن ونص السنة، أي: ما دل ظاهر لفظهما عليه من الأحكام.و معناه في القاعدة ألفاظ الكتاب والسنة، أي ما يقابل الأدلة الأخرى كالقياس وغيره، وهو المعنى المراد عند الفقهاء فهو : " ما دل على حكم شرعي من كتاب أو سنة، سواء كانت دلالته نصاً أو ظاهراً".[2]

**والمعنى العام للقاعدة،** أن النص القطعي في دلالته وفي ثبوته لا يجوز ولا يباح الاجتهاد في انشاء حكم غير الذي نص عليه.

**الفرع الثاني: دليل القاعدة.**

للقاعدة شواهد في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

أما من القرآن فقوله عز وجل:﴿ **وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَن يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُّبِينًا**﴾[3].

دلت الآية الكريمة على أنه على المؤمن أن يمتثل لما جاء في كتاب الله وسنة رسوله من أحكام من غير تردد، وليس له أن يختار بعد قضاء الله ورسوله ومن باب أولى أن ينصرف عنه بالاجتهاد والتأويل.

ومنها أيضا قوله تعالى: ﴿**وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِن شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ** ﴾[4] و قوله سبحانه و تعالى:﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا** ﴾[5]

ومن **السنة النبوية** حديث معاذ بن جبل:– رضي الله عنه – عندما بعثه رسول الله – صلى الله عليه وسلم – إلى اليمن قاضيا ومعلما قال : " كيف تقضي إذا عرض عليك القضاء"؟ قال: أقضي بكتاب الله . قال: " فإن لم يكن في كتاب الله"؟ قال: فبسنة رسول الله، قال:" فإن لم يكن في سنة

[1] ابن منظور ، المرجع نفسه.ج7ص97

[2] أبو عبد الله محمد المالكي الحطاب، **قرة العين بشرح ورقات إمام الحرمين.(** تعليق: جلال علي عامر الجهاني (تحقيق ودراسة احمد مصطفى الطهطاوي.دار الفضيلة، القاهرة,دت )ص87

[3] سورة الأحزاب، الآية:36

[4] سورة الشورى، الاية: 10

[5] سورة النساء، الآية : 59

رسول الله"؟ قال: اجتهد برأيي ولا آلو ، فضرب رسول الله – صلى الله عليه وسلم – صدره وقال: " الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي الله ورسوله"[1]

دل الحديث على ترتيب الأدلة وأنه لا اجتهاد في طلب الحكم إلا بعد النظر في كتاب الله وسنة رسوله.

قد أجمع علماء الأمة وهو ما نقله ابن قيم الجوزية في أعلام الموقعين[2] على المعنى الذي جاءت به القاعدة.وعليه ساروا في اجتهادهم و قضائهم.

**الفرع الثالث: تطبيقات القاعدة.**

من تطبيقات قاعدة "**لا مساغ للاجتهاد في مور د نص**" هذه الامثلة حيث جاء الحكم فيها صريحا وعليه يبطل القول بخلافه لمجرد تغير الزمان والمكان منها:[3]

1. بطلان القول بحل المطلقة ثلاثاً للأول بمجرد عقد الثاني عليها بلا وطء. لمخالفته للنص الشرعي في الحديث الشريف).
2. بطلان القول بحل نكاح المتعة، لمخالفته لنص الحديث الشريف.
3. –يبطل القول ببطلان إقرار المرأة، وبطلان وصيتها بغير رضاء زوجها، وكل ذلك لعدم استنادها إلى دليل معتبر، ولمخالفتها للنصوص الشرعية التي لا تحتمل التأويل.
4. بطلان المساواة بين الذكر والأنثى عند الاتحاد في الجهة والدرجة في الميراث
5. بطلان القول بجواز التعامل بالربا.

## المطلب الثاني:قاعدة "الاجتهاد لا ينقض بمثله".

القاعدة السابقة تبين أن النصوص القطعية الدلالة والثبوت لا مجال للاجتهاد فيها،إلا أن مجال الاجتهاد في غيرها واسع، ويقصد به الأدلة الظنية وهي مظنة الخطأ والصواب ودليل مرونة الشريعة وصلاحيتها لكل زمان ومكان وقاعدة "**الاجتهاد لا ينقض بمثله:** دليل كل ذلك، ويظهر من خلال تعريفها (الفرع الأول) و سندها من الادلة (الفرع الثاني) و تطبيقاتها في مختلف أبواب الفقه(الفرع الثالث).

[1] أخرجه أبو داود في سننه، والترمذي في سننه، والإمام أحمد في مسنده، والبيهقي في السنن الكبرى . انظر: أبو داود، المرجع السابق . كتاب الاقضية، باب الاجتهاد،حديث رقم 3592

[2] ابن قيم الجوزية، اعلام الموقعين. ج1 ص 39

3 انظر احمد الزرقاء، المرجع السابق ص 147-150

**الفرع الأول: شرح مفردات القاعدة:**

تتكون القاعدة من الالفاظ التالية:الاجتهاد والنقض.

**أما الاجتهاد** فقد سبق شرحه ، وأما **النقض** فمعناه في اللغة :الهدم،ونقض الحكم: إبطاله، إلغاؤه.[1]

**المعنى العام للقاعدة،** أن اجتهاد المجتهد في المسائل الظنية التي لم يرد فيها دليل قاطع لا ينقض باجتهاد مثله إجماعاً.

فإذا اجتهد مجتهد في حادثة لإيجاد حكم لها، فأفتى أو قضى، ثم وقعت حادثة أخرى مثلها فتبدل اجتهاده إلى حكم مخالف، فإنه لا يهدم و لا يزيل ذلك فتواه السابقة ، أو ماسبق به قضاؤه؛ ذلك أن الأحكام الاجتهادية مبنية على الظن وهي عرضة للتغير والتبدل، والقاعدة المشهورة "**لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان و المكان**" ولأنه لو جاز إبطال العمل في الفتاوى والأحكام الاجتهادية كلما تبدل اجتهاد المجتهد فيها لما استقر حكم في حادثة.[2]

ومثله الأصل في القانون عدم رجعيته، بحيث لايسري الجديد منه على النوازل السابقة على صدوره إلا ما استثني.

وفي الفقه الإسلامي لو أن قاضيا كان قضى في حادثة باجتهاده، وسرى فيها حكمه ثم عرض عليه حادثة تشبهها فقضى فيها باجتهاده وحكم على نقيض ما حكم في الأولى [3]، فإن حكمه الثاني لا يسري على الحادثة الأولى ولا ينقضها، كون الحكمين قد بنيا على الظن وليس في كل منها ما يرجح الواحدة على الأخرى وعليه يسري على كل حادثة ماحكم به القاضي أو افتى به وتثبت الحقوق والالتزامات والمراكز القانونية التي نشأت عن الحكم فقط وليس غيره ،ويعمل بالثاني إلى أن يصدر اجتهاد على خلافه. كل ذلك في اطار الاجتهاد بمفهومه وأركانه وشروطه.

**الفرع الثاني: دليل القاعدة وسندها.**

الأصل في هذه القاعدة إجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم[4]، وقد نقل عن الخليفة أبي بكر حكم في مسائل خالفه فيها الخليفة عمر بن الخطاب، –رضي الله عنهم جميعا –ولم ينقض

[1] المعجم الوسيط، المرجع السابق ص 1006-1007

2 تفصيل اكثر:احمد الزرقاء ، المرجع السابق ص155 وما بعدها
3 محمد الزحيلي، المرجع السابق389
4 المرجع نفسه ص390

حكمه، وقد حكم عمر بن الخطاب رضي الله عنه في **المسألة المشتركة** بحكمين مختلفين و وقال":**تلك على ما قضينا، وهذه على ما نقضي**" ، وقضى في الجد قضايا مختلفة.

**الفرع الثالث :تطبيقات قاعدة " الاجتهاد لا ينقض بمثله".**[1]

1. في منازعات النسب لو ألحق القائف الولد بأحد المتداعيين، ثم رجع وألحقه بالآخر لم يقبل.لأن القيافة طريق مختلف فيه بين الفقهاء في اثبات النسب,
2. لو افتى مفتي أو قضى قاضي بصحة الزواج بغير ولي في منازعة ما (مراعاة للمذهب الحنفي) ثم قضى قاضي آخر أو أفتى مفتي في منازعة أخرى بعدم صحة الزواج يغير ولي(مراعاة للمذهب المالكي) ، فإن الاجتهاد الثاني لا يسري على المنازعة الاولى و يلتزم كل بما فتي له و قضي له به.
3. لو افتى أو قضى بعدد معين المحرم للرضاع قي مسألة ثم قضي بخلافه أخر فإن القضاء و الفتوى الثانية لا تسري على الأولى.

1 انظر:احمد الزرقاء المرجع السابق ص 156

# الفصل الثاني:قواعد فقهية في الولاية

شُرِعت الولاية في الفقه الإسلامي لتحفظ للناس حقوقهم ونظام عيشهم وتسيير شؤونهم، تناولها الفقهاء في أبواب كثيرة ومختلفة من الفقه: كالسياسة الشرعية (نظم القانون العام) والمعاملات والأحوال الشخصية وغيرها(نظم القانون الخاص) ، جعلها المشرع الجزائري ضمن مباحث قانون الأسرة بعنوان "النيابة الشرعية" ،ونظم كثير من مسائلها في القانون المدني.

**المبحث الاول: مفهوم الولاية**

**المبحث الثاني قواعد في الولاية**

## المبحث الأول:مفهوم الولاية.

للولاية أيضا نصيب في القواعد الفقهية حيث جاءت كثير منها منظمة ولها في مختلف صورها وأقسامها،و في تعريفها(المطلب الأول) وبيان أنواعها وشروطها(المطلب الثاني ما يسهل علينا فهم واستيعاب القواعد الفقهية التي تتضمن أحكام الولاية.

### المطلب الأول: تعريف الولاية ومشروعيتها في الفقه الإسلامي.

الولاية موضوع النيابة الشرعية ،وهي باب معتبر في الفقه الإسلامي وصورة تعكس حرص الشريعة الإسلامية على حفظ الحقوق للناس،فما تعريف الولاية(الفرع الأول)؟ وما هو سندها في مصادر الفقه الإسلامي(الفرع الثاني)؟

**الفرع الأول:تعريف الولاية.**

**لغة** تعني السلطة والقدرة كما تعني المحبة والنصرة[1] ومنه ،قوله تعالى:﴿ **وَمَن يَتَوَلَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا فَإِنَّ حِزْبَ اللَّهِ هُمُ الْغَالِبُونَ**﴾.[2]

وفي **اصطلاح الفقهاء:**" القدرة على مباشرة التصرف من غير إجازة أحد ، ويسمى متولي العقد الولي"[1] ومنه قوله تعالى: ﴿**فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ**﴾[2].

1 ابن منظور. لسان العرب المرجع السابق.ج . ص405

2 سورة المائدة، الآية: 56

**الفرع الثاني: مشروعية الولاية**

الولاية على الغير تجد سندها في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

- **في القرآن الكريم،** قوله عز وجل : ﴿**وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا (5) وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ . وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا . وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ . وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ . فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ .وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا(6)** ﴾[3] وقوله سبحانه وتعالى: ﴿**فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ**﴾[4].

دلت الآيات الكريمة على أن كل من السفيه والصغير يفتقر إلى أهلية التصرف فأسندت إدارة أعمالهم إلى أوليائهم رعاية لهم وحفظا لمصالحهم.

- **في السنة النبوية،** عن السيدة عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال :(**رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق**)[5] أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه وأحمد.

دل الحديث على رفع المسؤولية عن النائم والصغير والمجنون وكلهم يفتقدون إلى الادراك وسلطان الإرادة وعليه كان تصرفهم من باب أولى غير ناجز، فلزم أن يقوم الغير مقامهم في تسيير شؤونهم وهو الولي ويظهر ذلك في علة الصغر والعقل.

- **من المعقول** أن **الشخص** الذي يكون غير عاقل أو صغير تكون إرادته معيبة وعليه فان تصرفاته هي مضنة الاستغلال والخطأ وما يترتب عليهما من فساد، فكان لازما أن يتولى عنهما العاقل البالغ الحريص على حفظ مصالحهما وهو الولي.

1 وهبة الزحيلي، **الفقه الاسلامي وأدلته**. (ط4 دار الفكر دمشق 1427هـ2006م )ج9 ص6690
2 سورة البقرة، الآية:282
3 سورة النساء ، الآية:5-6
4 وهبة الزحيلي،الفقه الاسلامي وأدلته .ج9 ص6690
5 اخرجه ابو داود في سننه،المرجع السابق . (كتاب الحدود باب في المجنون يسرق او يصيب احدا) الحديث رقم4403

## المطلب الثاني:أنواع الولاية في الفقه الاسلامي وشروطها وأسبابه.

للولاية شروط ذكرها الفقهاء (الفرع الاول) كما انها تجب بتوفر اسبابها(الفرع الثاني).

**الفرع الأول: أنواع الولاية.**

الولاية أنواع تختلف كل منها بحسب محلها وموضوعها[1] .

1. فباعتبار **محلها** تنقسم إلى:

أ. **ولاية قاصرة وولاية متعدية: فالولاية القاصرة** هي ولاية الشخص على نفسه وماله وتكون من كامل الأهلية (العقل والبلوغ) اما **المتعدية** فيقصد بها ولاية الشخص الكامل الاهلية على الغير.

ب. **والولاية المتعدية** إما أن تكون عامة أو تكون ولاية خاصة.

- ✓ **الولاية العامة** :هي سلطة على إلزام الغير، وإنفاذ التصرف عليه بدون تفويض منه، وتكون في الدِّين، والدنيا، والنفس، والمال، وتتعلق بمرافق الحياة وشؤونها.
- ✓ **أما الولاية الخاصة:** وتثبت للأفراد بصفتهم الشخصية وتكون في النفس والمال معاً، كما تكون في المال فقط.

2. وتنقسم **باعتبار** موضوعها **إلى: ولاية على المال وولاية على النفس**

- ✓ **الولاية على المال:**هي سلطة الولي في ابرام العقود وغيره من التصرفات المتعلقة بمال المولى عليه.
- ✓ **الولاية على النفس:** وهي التي تتعلق بشؤون المولى عليه في نفسه وشخصه كالحضانة وولاية التزويج.

**الفرع الثاني: شروط الولاية وأسبابها.**

**1. شروط الولاية:**

سواء كانت ولاية عامة أم خاصة فإنه يشترط لصحتهاونفاذها:الأهلية(البلوغ والعقل) والاسلام والعدالة.[2]:

- ✓ **الأهلية الكاملة** : وتتمثل في البلوغ والعقل لأنهما مناط التكليف،فلا ولاية لغير البالغ ولا لغير العاقل ولا للسفيه وغيره من ناقصي الأهلية لأن هؤلاء يفتقرون إلى الولاية فكيف تكون ولايتهم على غيرهم وهم أولى بها.

[1] وهبة الزحيلي،الفقه الاسلامي و ادلته.ج9ص6690 و ما بعدها

2 المرجع نفسه.

- ✓ **الإسلام:** وورد أيضا شرط اتفاق الدين لأنه لاولاية لكافر على مسلم وتصح ولاية بعضهم على بعض﴿**وَالذينَ كَفرُوا بَعضُهمْ أَولياءُ بعْض**﴾[1]
- ✓ **العدالة :** فلا ولاية للفاسق الماجن الذي لا يزن عواقب الأمور ففي توليته إلحاق الضرر بالمولى عنه،والضرر محضور في الشريعة الإسلامية.

2. **أسباب الولاية:**

تثبت الولاية الخاصة على عديمي الأهلية كالصغير والمجنون كما تثبت لناقصيها كالمجحور عليه، حفظا لهم وحماية لحقوقهم،فالصغار والمجانين يفتقرون إلى الرعاية والحماية لضعفهم ومظنة تعرضهم للاستغلال،أما الولاية على المحجور عليه لسفه، ففيه بالإضافة إلى ماسبق حفظ حقوق الغير لدى السفيه فأسند التصرف للولي حتى يحد من طيشه الذي لوترك الأمر له، لضاعت أمواله ومن له حقوق عليه، سواء كانت تلك الحقوق لعلاقة قرابة أو علاقة دائنية.

## المبحث الثاني: نماذج من القواعد الفقهية في الولاية

هذا ولمكانة الولاية وسعة تطبيقاتها في الفقه الاسلامي وردت كثير من القواعد الفقهية في مختلف فروع الفقه، نذكر منها: ما تفرع عن القواعد الكبرى مثل قاعدة لا ضرر ولا ضرار و قواعد اخرى مستقلة بموضوع الولاية مثل قاعدة :"الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة"و" التصرف على الرعية منوط بالمصلحة"

اخترت قاعدتين هما: قاعدة "**التصرف على الرعية منوط بالمصلحة**" (المطلب الاول) وقاعدة "**الولاية الخاصة اقوى من الولاية العامة**"(المطلب الثاني).

### المطلب الأول :قاعدة"التصرف على الرعية منوط بالمصلحة"

قاعدة "**التصرف على الرعية منوط بالمصلحة** " و جاءت أيضا بصيغة " **منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم**" و كذلك "**اجتهاد الأئمة و القضاة بحسب المصلحة**"، وهي المادة رقم 58 من قواعد مجلة الاحكام العدلية.نتناولها وفق العناصر التالية:

[1] سورة الأنفال، الآية 73

**الفرع الأول:شرح الفاظ القاعدة**

**الفرع الثاني:دليل القاعدة**

**الفرع الثالث:تطبيقات القاعدة**

**الفرع الأول:شرح الفاظ القاعدة:**

الألفاظ المكونة للقاعدة هي:**التصرف** و**الرعية** و**المصلحة** يضاف إليها و**الولاية** لأنها ضمن المعنى العام للقاعدة بمختلف الصيغ التي وردت بها.

- ✓ **التصرف لغة:** من الصرف وهو رد الشيء عن وجهه كما يأتي بمعنى الانفاق والتكسب والتحكم[1]. **اصطلاحا التصرف هو:**" كل ما صدر من الشخص بإرادته من قول أو فعل رتب الشارع عليه أثرا"[2]
- ✓ **الراعي في اللغة** :من الرعاية وهي الحفظ ورعاية العهد الوفاء بهو يطلق **اصطلاحا على** كل من ولي أمرا من أمور العامة ،عما كان كالسلطان(الحاكم) أو خاصا كمن دونه من العمال (الامراء والقضاة...)"[3]**والرَعيّة** : عامة الناس الذين عليهم وال يرعى مصالحهم وأمورهم.
- ✓ **منوط:** معناه، معلق، مرتبط.[4]
- ✓ **المصلحة: لغة** المنفعة وضدها المفسدة **واصطلاحا** :"جلب منفعة او دفع مضرة."[5]

**المعنى العام للقاعدة** :"نفاذ تصرف الولي (ولاية عامة أو خاصة) و لزومه على من في ولايته (الرعية) معلق ومرتبط بوجود منفعة لهم ضمن تصرفه".[6]

**الفرع الثاني:دليل القاعدة.**

للقاعدة شواهد في كتاب الله وسنة رسوله وعمل الصحابة،فمن القرآن الكريم قوله تعالى:

- ➢ ﴿**وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا (5) وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ، وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا،وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ،**

[1] ابن منظور ، المرجع السابق ج9 ص189
[2] وهبة الزحيلي، المرجع السابق ج4 ص2920
[3] احمد الزرقا، المرجع السابق ص309
4 ابن منظور، المرجع السابق ج 7 ص418
5 سبق شرحها في قاعدة "درء المفاسد اولى من جلب المصالح"
6 أحمد الزرقا،المرجع السابق.

**وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ، فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ، وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا(6) ﴾.[1]**

ووجه الدلالة أن الله تعالى نهى عن التصرف في مال اليتيم من قبل وليه إلا في حدود ما يحقق المصلحة له .

- **﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ، إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ ، إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرً﴾[2].**

في تفسير هذه الآية نقل القرطبي[3] أن كل من ولي أمور المسلمين وجب عليه مراعاة مصالحهم والقيام بشؤونهم بالحفظ و العدل.

- من السنة قول النبي صلى الله عليه وسلم:"كُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْؤول عَنْ رَعِيَّتِهِ، الإِمَامُ رَاعٍ وَمَسْؤولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالرَّجُلُ رَاعٍ فِي أَهْلِهِ وَهُوَ مَسْؤولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالْمَرْأَةُ رَاعِيَةٌ فِي بَيْتِ زَوْجِهَا وَمَسْؤولَةٌ عَنْ رَعِيَّتِهَا، وَالْخَادِمُ رَاعٍ فِي مَالِ سَيِّدِهِ ومَسْؤولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، –قَالَ: وَحَسِبْتُ أَنْ قَدْ قَالَ: وَالرَّجُلُ رَاعٍ فِي مَالِ أَبِيهِ وَمَسْؤولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ– وَكُلُّكُمْ رَاعٍ وَمَسْؤولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ" [4]اخرجه البخاري ومسلم في صحيحيهما.

في الحديث أن كل من اسند له أمر ولاية في مجال ما باعتباره مسئولا فإن مقتضى مسؤوليته رعاية مصالحهم؛وقد نقل عن الصحابة وخاصة الخلفاء الراشدون القول والعمل بمقتضى هذه القاعدة حتى أن احدى الصيغ التي جاءت فيها وهي قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: (إني أنزلت نفسي من مال الله منزلة مال اليتيم، إن استغنيت استعففت، وإن افتقرت أكلت بالمعروف) [5] ،و في تسييرهم لشؤون الدولة الاسلامية كما فعل ابو بكر الصديق عندما جمع القرآن الكريم وكذا فعل عثمان بن عفان ،واجتهاد عمر بن الخطاب في مسائل عدة منها إمضاء الطلاق الثلاث في المجلس الواحد لما رأى تساهل الناس فيه تأديبا وزجرا لهم.

1 سورة النساء، الآية:5-6
2 سورة النساء،الآية 58
3 احكام القرآن،ج5 ص 259
4 رواه البخاري،المرجع السابق، كتاب الجمعة باب الجمعة في القرى والمدن،الحديث رقم 893
5 انظر أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، **فتح الباري شرح صحيح البخاري.** ( دار المعرفة - بيروت، 1379 هـ) ج13 ص151.

**الفرع الثالث:تطبيقات القاعدة.**[1]

لهذه القاعدة أمثلة في مختلف أبواب الفقه، منها مثلا:

- لو عفا الحاكم عن قاتل من لا ولي له لا يصح عفوه ولا يسقط القصاص، لأن الحق للعامة، والإمام نائب عنهم فيما هو أنظر لهم، وليس من النظر إسقاط حقهم مجاناً، وإنما له القصاص أو الصلح."
- لو آجر المتولي عقار الوقف بغبن فاحش لا يصح.
- لو زوّج القاضي الصغيرة من غير كفء، أو قضى بخلاف شرط الواقف، أو أبرأ عن حق من حقوق العامة، أو أجل الدين على الغريم بدون رضا الدائن لم يجز.
- ليس لولي الأمر أن يجيز وصية من لا وارث له بأكثر من الثلث لأن تصرفه منوط بالمصلحة وليس فيه.
- ليس لولي المرأة أن يزوجها ممن له عنده منفعة إن لم يكن أصلح لها،لأن ولايته عليها فيما فيه مصلحة لها و ليس مراعاة لمنفعته.
- ومثله زواج الشغار.

## المطلب الثاني: قاعدة"الولاية الخاصة اقوى من الولاية العامة"

هذه القاعدة هي الثامنة والخمسون(58) من قواعد مجلة الأحكام العدلية العثمانية، نتناولها من خلال شرح ألفاظ القاعدة (الفرع الأول) وتطبيقات القاعدة (الفرع الثاني).

**الفرع الأول: شرح ألفاظ القاعدة.**

1. **الولاية العامة** :هي سلطة على إلزام الغير، وإنفاذ التصرف عليه بدون تفويض منه، وتكون في الدِّين، والدنيا، والنفس، والمال، وتتعلق بمرافق الحياة وشؤونها. و هي ولاية الحاكم و نوابه و الولاة و القضاة.
2. **الولاية الخاصة:** وتثبت للأفراد بصفتهم الشخصية وتكون في النفس والمال معاً، كما تكون في المال فقط.

جاء في شرح قواعد المجلة للزرقا :أن الولاية الخاصة فتكون في المال فقط. و في النفس والمال معاً،

[1] محمد زحيلي،المرجع السابق ص 494

**أما ولاية المال** فقط فولاية متولي الوقف، وولاية الوصي في مال الكبير الغائب، فإنه يلي بيع غير العقار من التركة مطلقاً، وبيع العقار لدين أو وصية لا وفاء لهما إلا ببيعه، فيبيعه عليه ولو كان حاضراً إذا امتنع عن وفاء الدين.

وتتفاوت **الولاية على النفس والمال معاً** قوة وضعفاً ، وتكون أربع حالات[1]:

أ. **قوية في المال والنفس** :مثل ولاية الأب، ثم الجد أب الأب، وإن علا.

ب. **ضعيفة في المال والنفس** :مثل ولاية من كان الصغير **في** حجره من الأجانب، أو من الأقارب، وكان هناك أقرب منه له، فإن البعيد يلي على نفس الصغير وماله ولاية ضعيفة، فإنه يملك تأديبه وإيجاره ودفعه في حرفة تليق بأمثاله، ويشتري له ما لا بدَّ له منه، ويقبض له الهبة والصدقة ويحفظ له ماله.

ج. **قوية في النفس ضعيفة في المال** :مثل ولاية غير الأب والجد من العصبات وذوي الأرحام، فإنهم يملكون من التصرف في نفس الصغير والمجنون والمعتوه بالشروط السابقة ما يملكه الأب والجد عند عدمهما، وبشرط الكفاءة ومهر المثل في النكاح بالنسبة لغير الابن، أما الابن فلا يتقيد بالكفاءة ومهر المثل، لأن ولايته في النفس كولاية الأب والجد، بل هو مقدم عليهما، وإن كانت في المال ضعيفة بمنزلة غيره من الأقارب.

د. **قوية في المال ضعيفة في النفس** :مثل ولاية وصى الأب أو الجد أو القاضي على الصغار فإنه يتصرف في مالهم تصرفاً قوياً، ولكن تصرفه في أنفسهم ضعيف، كتصرف من كان الصغير في حجره من الأجانب.

**المعنى العام للقاعدة:** إذا اجتمعت الولايتان الخاصة والعامة فإنه تقدم الولاية الخاصة على الولاية العامة، ولا تأثير للولاية العامة عند وجود الخاصة، فإذا تصرف الولي العام عند وجود الولي الخاص فتصرفه غير نافذ.

1 انظر،احمد الزرقا، المرجع السابق 311 و ما بعدها

## الفرع الثاني:تطبيقات القاعدة.[1]

- متولي الوقف، ووصي اليتيم، وولي الصغير، ولايتهم خاصة، وولاية القاضي بالنسبة إليهم عامة، وأعم منها ولاية إمام المسلمين، فولاية المتولي وما عطف عليه أقوى من ولاية القاضي، وولاية القاضي أقوى من ولاية الإمام.وعليه:
  - لا يملك القاضي التصرف في الوقف مع وجرد متولٍ عليه، ولو من قبله،
  - لا ولاية القاضي مع وجود الأب والجد.
  - لا يملك القاضي التصرف في مال الصغير مع وجود وصي الأب، أو وصي الجد، أو وصي القاضي.
  - لا يملك القاضي تولي عقد الزواج مع وجود الولي إلا بعد عضله.

1 محمد الزحيلي، المرجع السابق ص 487

# الفصل الثالث:قواعد فقهية في الإثبات

تعارف الناس على أن القضاء وسيلة لرد الحقوق ،وفض المنازعات ، وفي التزام المتخاصمين بحكمه ترسى معالم الحق والعدل، ليسود الأمن والاستقرار،وفي شريعة الإسلام يعتبر جهاز القضاء من دعائم الدولة الاسلامية ومن خلاله تطبق وتسري أحكامها على رعاياها،و به تحفظ مصالح الافراد والجماعة، وقد نص القرآن الكريم على وجوب اقامة العدل في قوله سبحانه و تعالى:﴿**إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ .إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ. إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا** ﴾[1] وأكثر ما تشمله الآية الكريمة عمل القضاء.

وقد اعتنى الفقهاء بالقضاء وأفردوا له أبوابا في كتبهم، فلا يكاد يخلو مؤلف في الفقه من باب يعالج القضاء وآدابه وطرق الاثبات فيه سواء في كتب الفقه العام أم مستقلا –كما فعل الطبري في "أدب القاضي" – ومنهم من جعله ضمن مباحث السياسة الشرعية ككتاب الأحكام السلطانية للماوردي؛ولم تخل كتب القواعد الفقهية منه، حيث نصت عليه كثير منها، ويذكر أن من أسباب وضع القواعد الفقهية وانتشارها تسهيل العمل على القضاة،وعليه وجب بالإثبات ووسائله في الفقه الإسلامي(المبحث الأول)

هذا وقد اخترت من القواعد ما كان منها متعلقا بالإثبات لشهرتها و كثرة تداولها وهي قاعدة" الاقرار حجة قاصرة و البينة حجة متعدية" وقاعدة "البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر"(المبحث الثاني).

[1] سورة النساء الاية 58

## المبحث الأول:الإثبات ووسائله في الفقه الإسلامي

للقضاء أركان يقوم عليها هي:الحاكم(القاضي) والحكم (وهو ما يصدره القضي بعد النظر في الخصومة، والمحكوم به (ما يجب على المتخاصمين الالتزام به بعد صدور الحكم)،والمحكوم عليه والمحكوم له، أو المدعي والمدعى عليه، و يلزم النظر في الدعوى توفر وسائل إثبات يتقيد القاضي بها قبل إصداره للحكم تتمثل في:البينة والإقرار واليمين.

يطلق الإثبات في **اللغة** على إقامة الحجة وهو مصدر أثبت وأثبت الأمر: أكده جعله ثابتا؛ وأثبت الحقّ على الباطل، ثبته بِالبيِنات والدلِيل والحجّة؛وأثبت الوقائع كما شاهدها : أقرها، أكدها[1].
ولا يخرج استعماله اصطلاحاّ: عند الفقهاء عن المعنى اللغوي وهو إقامة الحجة،سواء أكان مطلقا في مختلف المجالات ومختلف الظروف، لإثبات في اصطلاح الفقهاء لا يخرج عن هذه المعاني،فاستعملوه بالمعنى العام :بمعنى إقامة الدليل على حق أو على واقعة معينة، واستعملوه بالمعنى الخاص :بمعنى إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو على واقعة معينة[2].

والطرق التي حددتها الشريعة الاسلامية للإثبات و سار عليها العمل في القضاء والمنازعات،البينة (المطلب الأول) والإقرار (المطلب الثاني) واليمين (المطلب الثالث).

### المطلب الاول: البينة.

وفيه نتناول التعريف بلفظ البينة ولأنه مرتبط بالشهادة سنتعرف على معناها اللغوي والاصطلاحي (الفرع الاول) ثم نبين أركان الشهدة التي ذكرها الفقهاء(الفرع الثاني) وكذا شروطها(الفرع الثالث).

#### الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي.

**البينة** لغة الدليل والحجة،[3] وفي اصطلاح للفقهاء تطلق على شهادة الشهود شهادة العدل الفرد أو العدد لان الحق يبين بهم[4] وهو ما عليه جمهور الفقهاء.

---

[1] ابن منظور، المرجع السابق. ج2 ص19
[2] محمد واصل ،**الاثبات في القانون الخاص** .الموسوعة العربية -http://arab-ency.com.sy/law/detail/163141 تاريخ الاطلاع أكتوبر 2020
[3] الفيروزابادي، المرجع السابق،ص1065
[4] الخطيب الشربيني، **مغني المحتاج**. (ط1دار الكتب العلمية دب 1415هـ - 1994م ). ج6 ص 399

لكن ابن القيم يرى أن البينة هي اسم لكل ما بين به الحق ويظهر، وفي ذلك يقول:"البينة في كلام الله ورسوله وكلام الصحابة اسم لكل ما يبين الحق فهي أعم من البينة في اصطلاح الفقهاء حيث خصوها بالشاهدين أو الشاهد واليمين ولا حجر في الاصطلاح ما لم يتضمن حمل كلام الله ورسوله عليه ".[1] و يفهم من كلام ابن القيم أن البينة لا تنحصر في شهادة الشهود بقدر ما تشمل كل ما يصح أن يقيم الحجة على الدعوى.

ويقصد **بالشهادة لغة**، الشَّهادةُ :خبر قاطع، وقد شهِد، كعَلِمَ ..وشهِده، كسمِعَهُ، شُهوداً :حَضَرَهُ،فهو شاهِدٌ، ج :شُهودٌ وشُهَّدٌ، وشَهِدَ لزيد بكذا شهادة، أدّى ما عنده من الشّهادة،فهو شاهد،...وشاهده :عاينه[2].

و**الشهادة في اصطلاح الفقهاء:** "اخبار شخص بحق للغير على الغير بلفظ اشهد[3]" و أداء الشهادة واجب في غير الحدود، لقول الله تعالى :﴿**وَلا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا** ﴾[4] وقوله تعالى:﴿ **وَلا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ**﴾.[5]

**الفرع الثاني:أركان الشهادة.**

أركان الشهادة، شاهد ومشهود له ومشهود عليه ومشهود به والصيغة[6]،وهي من الحجج الشرعية تثبت بها جميع الحقوق، سواءً كانت من حقوق الله الخالصة أو من حقوق العباد، مهما كانت قيمة الشيء المدعي به.

1. **الشاهد:**من يسند من يسند إليه فعل الشهادة لإثبات أو نفي حق للمدعي وهو من عاين المشهود به وحضره ويشترط فيه شروطا نذكرها لاحقا.
2. **مشهود له** ،هو من طلب من الشاهد الاخبار بما يعلم من موضوع النزاع بما يؤيد دعواه.
3. **مشهود عليه** :محل الخصومة أو النزاع أو طرفه.
4. **مشهود به:** موضوع الشهادة كإثبات حق أو نفيه أواثبات تهمة أو نفيها.

---

[1]ابن قيم الجوزية ، **أعلام الموقعين.** (دار الجيل بيروت 1973 تحقيق طه عبد الرؤوف سعد ) ج1ص90.
2 الفيروزآبادي، المرجع،السابق.264
3 محمد الزحيلي، وسائل الإثبات في الشّريعة الإسلامية- المعاملات المدنية والأحوال الشخصية-(ط1،مكتبة دار البيان،دمشق . 1402 هـ -1982م ص106
4 سورة البقرة، الآية 282
5 سورة البقرة، الآية: 283
6 الخطيب الشربيني، المرجع السابق ج6 ص339

5. **الصيغة:**وهي اللفظ الذي تصح به الشهادة كقوله: (أشهد أن فلانا فعل أو امتنع أو ادى أو... )

**الفرع الثالث: شروط الشهادة**

تحدث الفقهاء عن الاركان السابقة الذكر وعدوا لكل منها شروطا ،و اختصارا انتقيت شروط الشاهد، فيشترط في الشاهد شرائط عامة في كل الشهادات، وشرائط خاصة ببعض أنواع الشهادات. أما الشرائط العامة فهي:الأهلية (العقل والبلوغ) والحرية والإسلام والنطق والعدالة. وأما الشرائط الخاصة ببعض الشهادات دون بعض نذكر منها ،العدد والاتفاق في الشهادتين عند التعدد.

## 1. الشروط العامة:

- **الأهلية (العقل والبلوغ):** معناها في اللغة:( الصلاحية، وفي اصطلاح الفقهاء : صلاحية الشخص لثبوت الحقوق المشروعة له ووجوبها عليه، وصحة التصرفات منه).[1]

تكتمل أهلية الشخص ببلوغه وتصح منه التصرفات بكمال عقله،و في الفقه الإسلامي لا يصح تحمل الشهادة من المجنون ولا الصبي الذي لايعقل؛ لأن التحمل يتطلب الفهم والإدراك، وهو يحصل بالعقل[2] لقوله تعالى: :﴿ **وَلا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ**﴾.[3]لأن الصبي لا يأثم بكتمان الشهادة، فدل على أنه ليس بشاهد.[4]

- **الحرية:** اتفق جمهور الفقهاء على أن الشاهد يشترط فيه الحرية: وعليه لا تقبل شهادة الرقيق وخالفهم والظاهريةوقالوا بقبول شهادة العبد، لعموم آيات الشهادة، ( لأن الأصل إنما هو اشتراط العدالة، والعبودية ليس لها تأثير في الرد، إلا أن يثبت ذلك من كتاب الله أو سنة أو إجماع.) [5]

1 وهبة الزحيلي، المرجع السابق ج 4 ص2961
2 وهبة الزحيلي، المرجع السابق.ج8 ص6030
3 سورة البقرة، الآية: 283
4 وهبة الزحيلي، المرجع السابق.ج8 ص6035
5 ابن رشد، بداية المجتهد .المرجع السابق م2 ص733

- ا **لإسلام:** شرط معتبر لقبول شهادة الشاهد على المسلم، فلا يشهد على مسلم إلا مسلم،واجاز الحنفية والحنابلة شهادة غير المسلم في الوصية في السفر،لقوله تعالى: **﴿ياأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ. تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَمِنَ الْآثِمِينَ﴾**.[1]

- **النطق:**اختلف الفقهاء في قبول شهادة الأخرس ،اجازها المالكية بشرط ان تكون الاشارة مفهومة لان الاشارة تقوم مقام النطق في تصرفات فاقد البصر كما في الزواج والطلاق والظهار بينما اشترط الحنفية والشافعية والحنابلة البصر وردوا الشهادة بالاشارة لأنها لا تفيد اليقين وإن كانت مفهومة والشهادة تبنى على اليقين.[2]

- **العدالة:** وهي محل الاتفاق بين الفقهاء ،لقوله تعالى: **﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾**.[3]ولقوله تعالى:**﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾**[4] لكنهم اختلفوا حول ما تصدق عليه العدالة فالجمهور على أنها : (صفة زائدة على الإسلام، هو أن يكون ملتزما لواجبات الشرع ومستحباته، مجتنبا للمحرمات والمكروهات .وقال أبو حنيفة :يكفي في العدالة ظاهر الإسلام، وأن لا تعلم منه جرحة)؛ ويرجع خلافهم إلى تحديد مفهوم الفسق الذي ترد به الشهادة وهو ما يقابل العدالة ذلك أن الفاسق لا تقبل له الشهادة بنص القرآن لقوله تعالى:**﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا﴾**[5] وكله محل اتفاق بينهم لكنهم اختلفو في حال توبة الفاسق حل تقبل منه الشهادة أم لا؟

فبينما يرى الإمام أبو حنيفة أنه لا تقبل شهادة الفاسق وإن تاب، فإن رأي الجمهور أنه تقبل شهادته، ويعود سبب الخلاف إلى الاستثناء الوارد في قوله تعالى:**﴿وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾**[6] الآية:**﴿ إِلا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ ﴾**[1].هل التوبة تشمل قبول

1 سورة المائدة،الآية 106
2 وهية الزحيلي، المرجع السابق.ج8 ص6037
3 سورة البقرة،الآية: 282
4 سورة الطلاق،الآية2
5 سورة الحجرات،الآية 6
6 سورة النور،الآية 4

الشهادة أم لا؟ بمعنى تقبل توبته ولا تقبل شهادته على رأي ابي حنيفة،و على رأي الجمهور أن دلالة الآية أن الفاسق لا تقبل شهادته مادام فاسقا فإن تاب وزال الفسق قبلت شهادته.[2]

## المطلب الثاني:الإقرار.

من وسائل الاثبات الاقرار به يقطع النزاع وتثبت الحقوق،وعليه وجب التعريف بلفظه بتحديد معناه اللغوي والاصطلاحي (الفرع الأول) ثم التطرق إلى حجيته(الفرع الثاني) وشروطه(الفرع الثالث)

### الفرع الأول: تعريف الاقرار لغة واصطلاحا

1. **الإقرار لغة:**من أقر وتأتي بمعنى سكن وانقاد وثبت واعترف.يقال:. أقره في مكانه: ثبته، أسكنه فِيه. أقر بخطئه من تلقاء نفسه: اعترف به.أقرَ الرجل: سكن، انقاد.أقر الكلام له : بينه حتى عرفه. [3]

2. **اصطلاحا:** هو "إخبار الإنسان بحق عليه لغيره". [4] ويظهر التعريف حقيقة الإقرار بأنه إخبار عن ثبوت الحق وهو اختيار جمهور الفقهاء واختار بعض فقهاء الحنفية[5] القول بأن الإقرار إخبار من وجه وانشاء من وجه آخر والفرق بين الإخبار والانشاء أن الإخبار يكون فيما مضى أما الانشاء فيكون في الحق ابتداء[6].

وفي التعريف ما يفيد أن الاقرار غير الشهادة لأنها إخبار بحق للغير على الغير أما الاقرار فهو إخبار على النفس لذلك كانت البينة (الشهادة) أقوى من الإقرار لأنها حجة على الغير أما الإقرار فلا يلزم إلا المقر.

---

1 سورة النور،الآية 5

2 انظر في تفير الآية :القرطبي المرجع السابق.تفسير سورة النور الاية 5 و 6.و أيضا ابن رشد، المرجع السابق ج4ص246

3 انظر المعجم الوسيط،المرجع السابق.ص775

4 وهو تعريف فقهاء الحنفية.انظر: جمال الدين الزيلعي ،**تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** (ط1 المطبعةالكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة ، 1313 هـ) .ج5ص2

5 وسائل الاثبات في الشريعة الاسلامية ، المرجع السابق ص236

6 انظر حاشية القدوري على فتح القدير ج8 ص 320 .

والإقرار إما يكون صريحا كقوله (لفلان علي كذا) فلفظ "علي" لأن كلمة(علي) تفيد الإيجاب والإلزام لغة ومثلها قوله لفلان في ذمتي كذا...و يكون ضمني وصورته جواب على سؤال من الغير كأن يقول صاحب الحق لي عليك كذا، فيجيب بنعم أو اجل اوقضيت...فالجواب هنا اقرار.[1]

وهو حجة قاصرة على المقر،أي أن أثر الإقرار يقتصر على المقر نفسه.

**الفرع الثاني: حجية الإقرار**

وقد ثبتت حجية الإقرار بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

1. فمن **الكتاب**، قوله تعالى :﴿ **وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ**﴾[2]. جاء في تفسير القرطبي: (وهو المديون المطلوب يقر على نفسه بلسانه ليعلم ما عليه)[3] فأمر الله سبحانه وتعالى من عليه الحق بالإملال، وهو الإقرار يعني ان للاقرار فائدة في اثبات الحقوق ولو لم يكن كذلك لما امر الله به .وكذلك قوله تعالى :﴿ **كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ**﴾[4] (وهو العدل في شهادتكم على أنفسكم ، وشهادة المرء على نفسه إقراره بالحقوق عليها )[5]
2. أما **السنة** :قبول النبي – صلى الله عليه وسلم– إقرار الصحابي بالزنا[6] وإقامة الحد عليه بموجب الإقرار.
3. ومن **الإجماع** :فقد أجمعت الأمة من عهده صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا على

1 وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و أدلته. ج8 ص1091 و مابعدها.
2 سورة البقرة:الآية 282
3 القرطبي، المرجع السابق.ج3 ص 385
4 سورة النساء:الآية 135
5 القرطبي، المرجع السابق.ج5 ص410
6 جاء في صحيح البخاري - باب سؤال الإمام المقر: هل أحصنت حديث رقم 6825- (حدثنا سعيد بن عفير، قال :حدثني الليث، حدثني عبد الرحمن بن خالد، عن ابن شهاب، عن ابن المسيب، وأبي سلمة :أن أبا هريرة، قال :أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجل من الناس وهو في المسجد، فناداه :يا رسول الله، إني زنيت، يريد نفسه، فأعرض عنه النبي صلى الله عليه وسلم فتنحى لشق وجهه الذي أعرض قبله، فقال :يا رسول الله، إني زنيت، فأعرض عنه، فجاء لشق وجه النبي صلى الله عليه وسلم الذي أعرض عنه، فلما شهد على نفسه أربع شهادات، دعاه النبي صلى الله عليه وسلم فقال : أبك جنون قال: لا يا رسول الله، فقال : أحصنت «قال: نعم يا رسول الله، قال : اذهبوا به فارجموه)

أن الإقرار حجة على المقر[1]، وجرت بذلك في معاملاتها وأقضيتها.

4. ومن **المعقول** :فهو أن لا يتصور أن يقر الشخص بشيء يضر به نفسه أو ماله فإن فعل يكون صادقا فيه،لأجل ذلك جعل الفقهاء لإقرار شروطاً لابد من توافرها،حتى يكون حجة.

**الفرع الثالث: شروط الاقرار**

حتى يكون الاقرار حجة تثبت بها الحقوق لا بد من توافر شروط ذكرها الفقهاء :بعضها في المقر وبعضها في المقر له، وبعضها في المقر به.

**1. شروط المقر:**

يشترط في من يصدر عنه الإقرار أن يكون عاقلا بالغا غير مكره مع نفي التهمة عنه وتفصيل ذلك كما يلي:

- أن يكون **المقر بالغا عاقلا:** وهوما يعرف بالاهلية،فلا يصح الاقرار من مجنون لقوله صلى الله عليه وسلم:( رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى ستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق) ورفع القلم معناه رفع التكليف والمسؤولية. ولأن غير البالغ ممنوع من التصرفات؛ويعتبر البلوغ شرطا عند الجمهور لصحة الإقرار، فلا يصح إقرار الصبي غير البالغ أيضا، وليس شرطا لصحة الإقرار عند الحنفية، فيصح إقرار الصبي العاقل بالديون والأعيان؛ لأنه من ضرورات التجارة. 2
- أن **يكون المقر غير مكره** : لان الاكراه يعيب التصرفات فلا تصح من مكره، لقوله صلى الله عليه وسلم : (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه).
- ألا **يكون المقر متهما في إقراره،** كأن يقر للغير وظروف الحال تظهر محاباته او جنوحه عن العدالة المطلوبة في مثل هذه المواقف و في ذلك يقول الكاساني : (أن لا يكون متهما في إقراره لأن التهمة تخل برجحان الصدق على جانب الكذب في إقراره ، لأن إقرار الإنسان على نفسه شهادة قال الله تعالى:﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ**

[1] انظر:ابن قدامة ،المرجع السابق.ج5 ص109

[2] وهبة الزحيلي،الفقه الاسلامي و ادلته ج8 ص6097

**بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ﴾**[1] والشهادة على نفسه إقرار دل أن الإقرار شهادة وأنها ترد بالتهمة)[2].

ويمثل له باقرار المريض باموال لاحد الاقارب (الورثة) لا يؤخذ به عند بعض الفقهاء لاحتمال محاباته و تفضيله له على باقي الورثة.

**2. شروط المقر له:** يقصد به من يثبت له الحقّ الذي أقرّ به المقِر بحيث يحقّ له أخذه أو تركه

- **أن يكون أهلا للاستحقاق** [3] **أو التملك:**حتى يصح الاقرار وسيلة للاثبات يجب ان يكون المقر له أهلا للتملك فلا يصح الاقرار لجماد ولا حيوان ولا لمجهول جهالة فاحشة ويصح الاقرار للحمل ويثبت بولادته حيا جاء في الفروع:( وإن أقر لحمل امرأة بمال صح في الأصح، فإن ولدت حياً وميتاً فهو للحي.)[4]

ويصح الاقرار للمسجد والمدرسة والارض المزروعة لارتباطها بسبل الخير والصدقة الجارية.

- **عدم تكذيب المقر له:**

فإن كذبه أو رده كان الإقرار باطلا،ذلك ان الاقرار يصبح لازما بمجرد صدوره ولا يتوقف على تصديق المقر له،لكنه يبطل بمجرد رده والفرق بين تصديق الاقرار الذي ورده ان الاول يمضي الاقرار نطق المقر له او صمت عند الاقرار اما الثاني وهو التكذيب فهو تعبير عن الرد صراحة حتى لا يدخل في ذمة المقر له مالا يرضاه ولا يريده.مثاله لو قال المقر لزيد (المقر له) علي الف دينار تثبت لزيد الالف بمجرد الاقرار و لا تصح سببا لاكتسابها ان قال زيد(المقرله) للمقر: لا ليس لي عندك شيء.

---

[1] سورة النساء، الآية 135

[2] علاء الدين أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**. ( ط2،دار الكتب العلمية د ب 1406هـ - 1986م).ج7 ص 223

3 أبو العباس شهاب الدين القرافي، **الذخيرة** (ط1دار الغرب الإسلامي- بيروت ، 1994 م) ج9 ص266

4 أبو عبد الله، شمس الدين محمد بن مفلح. **الفروع ومعه تصحيح الفروع** (،تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن . مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى 1424 هـ - 2003 مـ )ج11 ص414

وإن كذبه ثم قبل لا يصح و استثني الاقرار بالنسب و الزواج و الوقف كلها لا تبطل بالتكذيب لانها لا تحتمل النقض فلو كذب المقر له ثم تراجع وصدق الاقرار ثبتت. والتكذيب الذي يرد به الاقرار هو ما كان لبالغ راشد[1]

### 3. شروط المقر به:

و المقر به إما ان يكون حقا ماليا أو غير مالي يثبت به على المقر باقراره له،ويكون حقا من حقوق الله او من حقوق العباد أو يكون حقا يجتمع في حقالله و حق العبد.ويصح الاقرار اذا توفرت في المقر به الشروط التالية:

- **أن يكون المقر به قابلا للتعيين:**

كان يقول المقر علي شيء أو حق، مجملا من غير تفصيل .لذلك صح الاقرار بمجهول عند الفقهاء لأن جهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار؛ ولأن الحق قد يلزم الإنسان مجهولاً بأن أتلف مالاً لا يدري قيمته، أو يطالب بتعويض جناية على أعضاء الإنسان لا يعلم مقداره، فلا تمنع الجهالة صحة الإقرار.[2]

أما التصرفات التي لا تصح مع الجهالة فلا يصح بها الاقرار عند عدم تعيينها مثل البيع و الاجارة و غيرها.

- **ان لا يتعلق به حق الغير:** فيشترط لصحة الإقرار بالعين والدين الفراغ عن تعلق حق الغير . فإن كان مشغولا بحق الغير لم يصح ، لأن حق الغير معصوم محترم ، فلا يجوز إبطاله من غير رضاه ، فلا بد من معرفة وقت التعلق[3] ومثله لو اقر بالدين على تركة مورثه وجحده باقي الورثة ،لان حقه في التركة معينا بنصيبه وليس كل التركة التي هي حق كل الورثة،فلا يمض الدين إلا أذا أقره باقي الورثة،ويلزم الدين المقر في حصته إذا لم يستغرقها وإلا فأنه يلتزم بحصته من الدين رفعا للضرر عنه[4].

---

[1] وهبة الزحيلي، وسائل الاثبات في الشريعة الاسلامية.ص 250

[2] وهبة الزحيلي ،الفقه الاسلامي ج8 ص6087

3 وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، **الموسوعة الفقهية الكويتية** (ط2 دارالسلاسل - الكويت 1427 هـ )ج6 ص59.

4 راجع: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار** ( ط2، دار الفكر، بيروت 1412هـ - 1992م )ج5 ص603

## المطلب الثالث: اليمين

يستند القاضي في حكمه أيضا إلى اليمين عند الفصل في النزاع لإنهاء الخلاف ويؤتى بها لتقوية أحد طرفي الادعاء سواء في الإثبات أو النفي،وتعتبر اليمين من أهم الأدلة التي تثبت وجود الحقوق إذ يلجأ إليها الخصوم حينما يعجزون عن إثبات دعواهم .فما المقصود باليمين**(الفرع الأول)؟ وما هو سندها –حجيتها–(الفرع الثاني)؟ وماهي أنواعها(الفرع الثالث)؟**

### الفرع الأول: التعريف باليمين.

يطلق لفظ اليمين في اللغة العربية على: القوة والقدرة والحلف والقسم[1] ،واصطلاحا: " هي تأكيد ثبوت الحق أو نفيه باستشهادالله تعالى أمام القاضي[2]".

جاء في مجلة الأحكام العدلية تعريف اليمين بنص المادة 1743 وهي:(إذا قصد تحليف أحد الخصمين باسمه تعالى بقوله والله او بالله مرة واحدة من دون تكرار).

فاليمين بمعنى القسم للإثبات أو للنفي يجب أن تاتي بصيغة القسم، سواء بلفظ يدل على القسم كقوله "أُقْسِمُ" أو: "أَقْسَمْت" أو:"قسماً"، ومثل: "حَلفتُ" أو (آليتُ) وما يشتق منهما أو باستعمال حرف من أحرف القسم، كالواو والباء والتاء في قوله: والله وبالله وتالله... وغيرها.

ولا يكون الحلف إلا بالله تعالى دون غيره، وينعقد القسم بكل اسم من أسماء الله تعالى،وبكل صفة من صفاته.و يتى باليمين لتأكيد القول أو الفعل الصادر عن الحالف،ولا تقوم اليمين وسيلة للاثبات إلا إذا كانت بالصيغة السالفة الذكر وأمام القضاء ومطابقة للوقائع المراد إثباتها.[3]

### الفرع الثاني: حجية اليمين.

ثبتت مشروعية اليمين كوسيلة للاثبات بالكتاب والسنة والاجماع

**1. من القرآن الكريم:**

فقوله تعالى:﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُم مُّصِيبَةُ الْمَوْتِ ،**

1 ابن منظور ، المرجع السابق ج13 ص641

2 وهبة الزحيلي، وسائل الاثبات في الشريعة الاسلامية،مرجع سابق.ص319

3 انظر : م.م ساهرة موسى: كيفية صياغة اليمين القضائي -دراسة وفق القانون العراقي-( مجلة كلية التربية العدد واحد وعشرون جامعة واسط العراق ص ص 369-406 )
https://eduj.uowasit.edu.iq/index.php/eduj/article/view/247/212 تاريخ الاطلاع اوت 2020

**تَحْبِسُونَهُمَا مِن بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ ، وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَّمِنَ الْآثِمِينَ (106) فَإِنْ عُثِرَ عَلَىٰ أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّا إِثْمًا فَآخَرَانِ يَقُومَانِ مَقَامَهُمَا مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأَوْلَيَانِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِن شَهَادَتِهِمَا وَمَا اعْتَدَيْنَا إِنَّا إِذًا لَّمِنَ الظَّالِمِينَ (107)** ﴾[1]

وآية اللعان في قوله تعالى: ﴿ **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (6) وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (7)**

**وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (8) وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ (9) وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ وَأَنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ حَكِيمٌ (10)** ﴾ [2]

دلت الآيات على أن اليمين من وسائل الاثبات عند النزاع سواء في الأموال أو الحدود .

2. **من السنة النبوية:** قوله – صلى الله عليه وسلم – في الحديث الذي أخرجه البخاري: "عَنِ ابْنِ أَبِي مُلَيْكَةَ، أَنَّ امْرَأَتَيْنِ، كَانَتَا تَخْرِزَانِ فِي بَيْتٍ أَوْ فِي الحُجْرَةِ، فَخَرَجَتْ إِحْدَاهُمَا وَقَدْ أُنْفِذَ بِإِشْفًى فِي كَفِّهَا، فَادَّعَتْ عَلَى الأُخْرَى، فَرُفِعَ إِلَى ابْنِ عَبَّاسٍ، فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ :قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ :"لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لذَهَبَ دِمَاءُ قَوْمٍ وَأَمْوَالُهُمْ"، ذَكِّرُوهَا بِاللَّهِ وَاقْرَءُوا عَلَيْهَا :﴿**إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ**﴾[3] فَذَكَّرُوهَا فَاعْتَرَفَتْ، فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ :قَالَ النَّبِيُّ – صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم– : اليَمِينُ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ"،دل الحديث على مشروعية اليمين للمدعى عليه لدفع الادعاء.
3. **من الإجماع** :اليمين من وسائل الإثبات في المنازعات وفض الخصومات وعليه سار الصحابة ومن بعدهم ولم يخالف فيه احد "وقد نقله ابن قدامة في قوله:"اجمعت الامة على مشروعية اليمين وثبوت احكامها"[4]
4. **من المعقول:** وسائل الاثبات المادية ظاهرة لا تستوفي كل المنازعات ولا تحيط بكل الحقائق ،وفي هذه الحال كان لابد من استعمال اليمين لقطع التنازع ورفع الخصام .

---

[1] سورة المائدة الاية 106- 107

[2] سورة النور، الاية :5-10

3 سورة آل عمران، الآية : 77

4 ابن قدامة ،المرجع السابق،ج9 ص 487

**الفرع الثالث:أنواع اليمين**

واليمين إما أن تكون قضائية وهي ما أديت في مجلس القضاء، وإما أن تكون غير قضائية وهي ما حلفت خارجه،و اليمين القضائية إما أن تكون من طرف المدعى عليه وهي الأصلية أو من طرف المدعي،وتعرف يمين المدعى عليه باليمين الأصلية لأنها أول ما يتبادر إلى الذهن عند اطلاقها وتعرف أيضا باليمين الدافعة لأنها تدفع ادعاء المدعي كما تسمى الرافعة لأنها ترفع النزاع وتسقط الدعوى.

أما يمين المدعي فهي على خلاف الأصل وتأخذ الصور التالية[1]:

1. يمين مكملة للنصاب يحلف بها المدعي مع شاهده.
2. يمين مردودة وهي التي ترد على المدعي بعد نكول المدعى عليه (أي أن يرفض صراحة أداء اليمين أو ضمنا اذا سكت عند توجيه اليمين له)
3. يمين القسامة وهي التي يحلفها مدعو القتل على المدعى عليهم في تعيين واحد قتل قريبهم، إذا كانت هناك عداوة وشحناء يتهمون بها، ولم يوجد هناك بينة تشهد على المتهم بالقتل وسميت قسامة، من القسم(الحلف)، وقد كانت في الجاهلية، وأقرها الإسلام.

1 انظر وهية الزحيلي ،وسائل الاثبات ،المرجع السابق.ص 356 وما بعدها.

## المبحث الثاني: نماذج من القواعد الفقهية في الإثبات

رأينا أنه من أسباب ظهور القواعد الفقهية وتطور البحث فيها تأصيلا وتوثيقا تيسير عمل القضاة وطلبة العلم، وفي مسائل الإثبات وردت كثير من القواعد الفقهية ضمتها كتب الحديث والفقه العام وكذا مؤلفات القواعد الفقهية كمجلة الأحكام العدلية وشروحها، نذكر منها:" **المرء مؤاخذ بإقراره** "و" **الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان**"و" **البينة حجة متعدية، والإقرار حجة قاصرة**" و" **البينة على المدعي واليمين على من أنكر**".اخترنا منها قاعدة :" البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة "، (المطلب الأول) وقاعدة: "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"(المطلب الثاني).

**المطلب الأول: قاعدة "البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة"**

نصت عليها مجلة الاحكام العدلية في المادة رقم78وهي قاعدة ضمت وسيلتين من وسائل الاثبات (البينة) و(الإقرار)يظهر من خلال الشرح والتطبيقات التي تتفرع عنها حدود وآثار كل منها على اثبات الحقوق أو نفيها.

**الفرع الأول:شرح القاعدة .**

وفيه نتناول شرح الالفاظ التي ضمنتها القاعدة و كذا المعنى العام لها.

1. **ألفاظ القاعدة:**

سبق شرح كل من لفظ البينة ولفظ الإقرار.

**الحجة:** الدليل ملزم والبرهان[1]؛ **قاصرة** :اسم فاعل من قصر يقصر قصراً، والقصر معناه الحبس في لسان العرب2 : (وقصرت الشيء على كذا إذا لن تجاوز به غيره وامرأة قاصرة الطرف :لا تمدّه إلى غير زوجها ومنه قوله تعالى : ﴿ **وَعِنْدَهُمْ قَاصِرَاتُ الطَّرْفِ أَتْرَابٌ** ﴾.[3] **متعدية:** أي متجاوزة يقال عدى الشيء إليه أجازه و أنفذه[4].

[1] المعجم الوسيط ،ص200

[2] ابن منظور، المرجع السابق ج5 ص98

[3] سورة ص، الآية: 52

[4] المعجم الوسيط ،المرجع السابق.ص638

2. **المعنى العام للقاعدة** [1]:إذا أثبت الإنسان حقاً لغيره على نفسه، فإن إقراره ملزم له فقط ولا يتعداه إلى غيره؛ لأن الإقرار لا يتوقف على القضاء بل حجة في نفسه؛ومعنى تعدية البينة هنا أن الثابت بالبينة غير مقصور على المدعى عليه، بل يمكن أن يتجاوزه إلى غيره ممن له علاقة بالقضية، لأن حجية البينة مستندة إلى القضاء.

**الفرع الثاني:تطبيقات القاعدة.**

أ. إذا ثبت الدين على التركة بالبينة يثبت في حق جميع الورثة، سواء كان الثبوت بمواجهة الوصي، أو بمواجهة أحد الورثة، بينما يقتصر إقرار الوارث بدين على التركة على نفسه فقط.[2]

ب. من أقر بدين مشترك عليه وعلى غيره فإن إقراره هذا ينفذ في حق نفسه فقط فيؤاخذ به في ماله ولا يتعداه إلى شريكه ما لم يصدقه أو تقوم البينة،فلو أقر سعيد مثلاً أن لخالد ألفاً في ذمته ثبت، ولزم الألف، ولو قال :لخالد ألف أيضاً في ذمة عمرو لا يلزم شيء في ذمة عمرو لخالد؛ لأن الإقرار لا يتعدى المقر،أما إذا قامت البينة بشهادة الشهود على أن زيداً من الناس أقرض فلاناً وفلاناً مالاً أو ضار بهما معاً، فإن المؤاخذة على الاثنين في طالبان معاً برد المال[3].

ج. إذا ادعى غريم ديناً على التركة بحضور أحد الورثة فإن أقر الوارث بدين المورث يؤاخذ بإقراره، ولكن يكون إقراره مقصورا على نفسه، فيأخذ المقر له من حصته فقط، ولا يأخذ من بقية الورثة، لأن إقرار رفيقهم لا يسري عليهم.

د. الاقرار بالنسب على الغير لا يثبت به النسب ولا آثار النسب، كالميراث إلا إذا اقره باقي الورثة، فلو أقر أحد الورثة بنسب شخص للمورث –وبالتالي استحقاقه نصيبا في التركة–لا يثبت له النسب ولا حق في تركة الميت المقر عليه بالنسب إلا أذا اجازه الورثة ويصبح لازما على كل الورثة إذا كان الورثة المقرون بالنسب بلغ عددهم نصاب الشهادة. [4] فيكون الاثبات هنا بالبينة و ليس بالإقرار.

---

[1] انظر علي حيدر، المرجع السابق ج1 ص77

[2] المرجع نفسه

[3] محمد الزحيلي،المرجع السابق ج1ص 583

[4] الكاساني، المرجع السابق ج2 ص229

## المطلب الثاني: قاعدة "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"

وأصل القاعدة الحديث النبوي الشريف:" البينة على المدعي واليمين على من أنكر"هذا لفظ حديث نبوي شريف رواه الترمذي[1] والبيهقي، وهي القاعدة رقم 75من قواعد المجلة العثمانية.

### الفرع الاول:شرح القاعدة

سبق شرح كل من "البينة و"اليمين" ؛ ومعنى "المدعي": من يلتمس لنفسه عينا أو دينا أو حقا من الغير عن طريق الدعوى[2]، وتعرف **الدعوى لغة:** من ادعى الشيء تمناه وطلبه لنفسه[3]، واصطلاحا:"اخبار عن وجوب حق على الغير عند حاكم يصح حكمه[4]".ويقصد بلفظ "من أنكر" المدعى عليه وهو:من يدفع عن نفسه دعوى المدعى فهو الغير الذي تقدم المدعي بطلب في حقه عن طريق الدعوى.

**و المعنى العام للقاعدة**"، القسم الأول من القاعدة :"**البينة على من ادعى**" معناه:أن من تقدم للقضاء لطلب استيفاء حق من الغير لنفسه وجب عليه تأييد طلبه بالحجة والبرهان(البينة) لأن طلبه جاء على خلاف الظاهر وهو أصل براءة الذمة، فالأصل خلو ذمة الغير من الحقوق حتى يثبت العكس تطبيقا لقاعدة "اليقين لا يزول بالشك"،ولا يزيل ما هو متيقن به "براءة الذمة" إلا يقينا مثله وهو البينة والبرهان.

وقولهم :"**اليمين على من أنكر**" (القسم الثاني)فيقصد بالنكران الجحود، فإذا أنكر المدعى عليه الحق المدعى به ولم يكن للمدعي بينة فإنه يوجه للمدعى عليه اليمين،فإن أداها سقطت الدعوى .

والقاعدة تجد سندها في الحديث النبوي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، ولكن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر).[5]

---

1 الترمذي، السنن الكبرى، كتاب الدعوى والبينات،باب البينة على من ادعى واليمين على المدعى عليه. الحديث رقم : 21201 ج 10 ص427

2 انظر: محمد رأفت عثمان، **النظام القضائي في الفقه الإسلامي** (ط 2 دار البيان دب 1415 هـ - 1994م) ص220

3 المعجم الوسيط مرجع سابق.ص327

4وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته. المرجع السابق.ج 8 ص6274

5 رواه البيهقي، المرجع السابق.

وعليه سار الفقهاء والقضاة ونقل عنهم الإجماع جاء في "سبل السلام": (قال العلماء :والحكمة في كون البينة على المدعي أن جانب المدعي ضعيف؛ لأنه يدعي خلاف الظاهر فكلف الحجة القوية وهي البينة فيقوى بها ضعف المدعي؛ وجانب المدعى عليه قوي؛ لأن الأصل فراغ ذاته فاكتفى منه باليمين وهي حجة ضعيفة). [1]

**الفرع الثاني:تطبيقات القاعدة.**

أ. الاختلاف في قبض الصداق، بمعنى اذا اختلف الزوجان حول الصداق في قبض الزوجة له من عدمه ،فينظر فيه للمعروف في البلد في تسليم المهر وقبضه بالنسبة لانعقاد العقد وتنفيذه ،وعرف البلد في بلدنا الجزائر أن يسلم المهر للمرأة قبل العقد وقبل الدخول،وعند النزاع القول لمن ملك البينة ،فإذا لم يكن هناك بينة فالقول للزوج مع يمينه اذا قال بتسليم المهر للمرأة.

ب. اذا اختلف المشتري والشفيع في الثمن فالقول قول المشتري مع يمينه إلا ان كون للشفيع بينة لأن المشتري هو العاقد وهو الأعلم بالثمن[2].

ج. لو اختلف الزوجان في الطلاق حال الحيض أو الطهر أو اختلفا في النشوز أو النفقة فالقول قول الزوجة مع يمينها لأنها هي المنكرة.

د. الاختلاف في متاع البيت المادة 17 قانون الأسرة الجزائري حيث نصت على:" في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو وارثتهما و ليس لأحدهما بينة و كان قبل الدخول ، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين و إذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين".

هـ. اذا اختلفا الزوجان حول الدخول بالخلوة فإن القول للزوجة إذا ادعت هي وأنكر الزوج لأن جانبها أقوى في الادعاء منه.

1 محمد بن إسماعيل الصنعاني، **سبل السلام** ( دار الحديث دب د ت)ج 2 ص588

[2].محمد الزحيلي، المرجع السابق ج1 ص 583

# الفصل الرابع: قواعد فقهية في الضمان.

يستعمل الفقه القانوني مصطلح الضمان garantie و يأتي بمعنى :"حماية شخص من ضرر يهدده أو تعويضه عن ضرر وقع عليه..." أما كلمة الضمان فقد استعملها الفقهاء المتقدمون والمتأخرون عند تعرضهم لما يستدرك به ما فات من المصالح، وهو مدار المسؤولية المدنية والمسئولية الجنائية في الفقه الاسلامي.وقبل بيان القواعد المختارة في الضمان (المبحث الثاني) ارتأينا تعريف الضمان ومصادره (المبحث الأول)

## المبحث الأول:تعريف الضمان ومصادره

الضمان اذا هو وسيلة الفقه الاسلامي في جبر الضرر وتعويضه و يشمل بذلك المسئولية المدنية والمسؤلية الجنائية في القانون الوضعي.وعليه ماالمقصود بالضمان في الفقه الاسلامي؟(المطلب الأول) وماهي مصادره؟(المطلب الثاني).

### المطلب الأول: تعريف الضمان.

**الضمان في اللغة** يأخذ عدة معاني: فيأتي بمعنى الكفالة ،ضمن الشيء وبه ضمنا وضمانا كفل به وضمّنه إياه كفَّله. كما يأخذ معنى الحفظ والرعاية والاشتمال: ضمن الشيء بمعنى تضمنه، ومنه قولهم مضمون الكتاب كذا وكذا،وما ( تضمنه ) كتابك أي ( اشتمل عليه ). وفي الحديث:"الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن و المراد بالضمان هنا، الحفظ والرعاية لا ضمان الغرامة، لأَنه يحفظ على القوم صلاتهم.

كما استعمل الضمان في الالتزام والغرامة،ضمنته الشيء تضمينا فتضمنه عنى، أي غرمته فالتزم بأداء هذا الغرم، و يشهد لهذا المعنى قول النبي . صلى الله عليه و سلم . :(الخراج بالضمان)[1].

[1] انظر: الفيروز الآبادي، المرجع السابق. ص1092

**واصطلاحا:** جاء الضمان في استعمال الفقهاء في أمرين:

أ. **الكفالة،** حتى أننا نجد من يعرفها بالضمان، فالضمان :" ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق. فيثبت في ذمتهما جميعا ، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما ،واشتقاقه من الضم،و هو مشتق من التضمين، لأن ذمة الضامن تتضمن الحق ".[1]وهو المقصود بالكفالة،كما جاء في المجلة العثمانية هي"الكفالة هي: ضم ذمة إلى ذمة."و في هذا المعنى حديث النبي –صلى الله عليه وسلم– في ما رواه عنه أبو سعيد الخذري قوله: "كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في جنازة فلما وضعت قال صلى الله عليه وسلم :هل على صاحبكم من دين ؟ قالوا : نعم . درهمان . قال : صلوا على صاحبكم . قال علي رضي الله عنه يا رسول الله ، هما علي ، وأنا لهما ضامن ، فقام يصلي ..."[2] ).

ب. **التغريم:** ومثله تعريف الشوكاني للضمان بأنه:"عبارة عن غرامة التالف. [3]" و بمعنى قريب عرفه الحموي:" رد مثل الهالك إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيميّا[4]".كما جاء في مجلة الأحكام العدلية المادة 416 " الضمان هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثلِيات وقيمته إن كان من القيميات أي في الغصب والإتلاف" ، وجاء تعريف الشيخ علي خفيف، ليجمع بين المعنيين الكفالة و التغريم :"الضمان بمعناه الأعم في لسان الفقهاء هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل" [5].

والملاحظ في تعريف كل من الدكتور وهبة الزحيلي والأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ، محاولة لتقريب مصطلح الضمان من استعمالات فقهاء القانون في باب المسئولية المدنية، فيعرفه الأول ب:" الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئي أو

---

[1]-موفق الدين ابن قدامة،المرجع السابق. ج4 ص399.

2-تتمة الحديث:"...ثم أقبل على علي فقال : جزاك الله عن الإسلام خيرا ، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك . ما من مسلم فك رهان أخيه إلا فك الله رهانه يوم القيامة ، فقال بعضهم : هذا لعلي خاصة أم للمسلمين عامة ؟ فقال : بل للمسلمين عامة." رواه أبو سعيد الخدري ،محمد بن علي الشوكاني ،**الفتح الرباني من فتاوى الإمام الشوكاني،** (تحقيق وترتيب أبو مصعب حلاق،مكتبة الجيل الجديد، صنعاء ، اليمن).ج6 ص3061 .خلاصة حكم المحدث: في إسناده مقال.

3- محمد بن علي الشوكاني،**نيل الأوطار**.(دار الحديث، القاهرة،1413هـ-1993م.)ج5 ص355.

4-شهاب الدين الحموي، **غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر**.(ط1،دار الكتب العلمية،القاهرة،1405هـ - 1985م).ج4 ص6

5 - علي خفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي. ص8

الكلي الحادث بالنفس الإنسانية .[1]"و يرى الثاني –الزرقاء–بأنه : "الالتزام بتعويض مالي عن ضرر للغير"[2]

فالضمان التزام و إن شمل مصطلح الكفالة في استعمال الفقهاء (فيما عدا الحنفية)،فإنه أعم من الكفالة، فالضمان معنى عام يندرج تحته الكفالة بينما الكفالة معنى خاص قصد بها تقوية الالتزام الذي على الأصيل أو الكفيل بأداء الدين أو الوفاء بالحق أو إحضار ما هو مكفول به أو تسليم المال أو أداء العمل [3]؛وقد شرع الضمان للجبر لا للعقوبة، لذا لم يفرق الفقهاء بين المميّز وغيره و الجاد والهازل والعامد والمخطئ لأن الخطأ لا ينفي عصمة المحل[4].

وعليه،و إن تعددت معاني الضمان في لغة الفقهاء فإنها تتفق على أنه وسيلة لجبر الضرر واستدراك المصالح الفائتة.وإن اختلف الضرر و محل الالتزام.

## المطلب الثاني:مصادر الضمان.

مصادر الضمان كماعددها الدكتور وهبة الزحيلي في كتابه"نظرية الضمان"[5] هي العقد ووضع اليد والاتلاف .

أ. أما **العقد:** فيكون الضمان فيه إما بالنص صراحة أو ضمنا على شرط من الشروط في حال إخلال المتعاقد بما يوجبه العقد أو يقتضيه الشرط؛فإذا كان مقتضى عقد البيع صفة في تسليم البضاعة أو قبض الثمن وخالفها من وجبت في حقه كان ضامنا لما يرتبه ذلك الاخلال.

ب. وأما **وضع اليد:** وتكون على نوعين: يد مؤتمنة ويد غير مؤتمنة

**فاليد المؤتمنة** :مثل يد الوديع والوصي على مال اليتيم وغيرها وسميت كذلك لأن كل منهما لا يضمن الشيء الذي تحت يده إلا بالتعدي أو التقصير.

---

1 -وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية و الجنائية في الفقه الإسلامي . ص 15.

2- مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام. ج2 ص 1035.

3- محمد الشحات الجندي،**ضمان العقد أو المسئولية العقدية في الشريعة الإسلامية مقارنا بالقانون المدني**. (دار النهضة العربية،القاهرة، 1411هـ- 1990م). ص 21.

4- محمد فتح الله النشار،**حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني**.(دار الجامعة الجديدة للنشر،مصر،2002م). ص27.

5 وهبة الزحيلي،نظرية الضمان أحكام المسئولية المدنية . ص 23.

و **اليد غير المؤتمنة** : صورتها الاستيلاء على الشيء إما باذن من المالك كيد البائع على المبيع قبل القبض أو بغير إذن المالك كيد السارق والغاصب.فهؤلاء يضمنون الشيء مهما كانت الأسباب.

ج. ويقصد بـ**الاتلاف:** إخراج الشيء من أن يكون منتفعا به ويرد على الإنسان والحيوان والأشياء . وهو على نوعين اتلاف بالمباشرة أو اتلاف بالتسبيب .

والاتلاف بالمباشرة: يكون سببا للضمان سواء كان عمدا أم خطأ و سواء كان الفاعل صغيرا أو كبيرا ،كأن يتلف أحدهم مال الغير فإنه يضمنه(يعوضه) ولو كان ساهيا أو جاهلا أو صغيرا .

أما الاتلاف بالتسبيب فهو:" إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف آخر..." ..(المادة: 888 مجلة الأحكام العدلية) ويكون سببا للضمان بشروط، أولها أن يكون متعديا ،كمن يحفر بئرا في الطريق العام من غير إذن إذا سقط فيه إنسان أو حيوان وجب الضمان، وثانيها أن يكون متعمدا كمن يسد الماء عن أرض جاره فتيبس مزروعاته؛ والثالث أن لا يكون التلف قد نشأ عن فعل آخر فلو اشترك المتسبب والمباشر ضمن المباشر كمن حفر بئرا في مكان عدوانا وجاء غير الحافر فدفع فيه إنسانا فإن الضمان يكون على من قام بالدفع وليس الحافر.

# المبحث الثاني: نماذج من القواعد الفقهية في الضمان.

إن مسائل الضمان ومنازعاته كثيرة ومتشعبة لكثرة النوازل فيها ذلك أن الضمان مرتبط بصورة وثيقة بمعاملات الناس وما يترتب عليها من حقوق والتزامات ،لذلك كانت القواعد المتعلقة بالضمان ذات أهمية كبرى لانها تسهل على المطلع عليها طالب علم كان او غيره،فصياغة القاعدة الموجزة وتعبيرها المحكم ساهم بشكل كبير في فهم الاحكام وحفظها. وهي كثيرة في باب الضمان نذكر منها: "**الأجر والضمان لا يجتمعان**" و "**الخراج بالضمان**" و"**الغرم بالغنم**" و"**الضمان منوط بالتعدي**" و"**المباشر ضامن وإن لم يتعمد**" و"**الجواز الشرعي ينافي الضمان**".وقد اخترت للضمان القاعدتين التاليتين:

**القاعدة الاولى : الخراج بالضمان(المطلب الأول).**

**القاعدة الثانية: الجواز الشرعي ينافي الضمان(المطلب الثاني)**

## المطلب الأول: قاعدة "الخراج بالضمان"

هذه القاعدة معروفة ومشهورة في الفقه اصلها حديث نبوي شريف[1] ترتبط ارتباطا وثيقا بالمعاملات المالية الاسلامية نصت عليها المجلة العثمانية في المادة رقم 85 تناولها من خلال:شرح المفردات(الفرع الاول)،سندها(الفرع الثاني)،تطبيقاتها (الفرع الثالث)

### الفرع الأول:شرح المفردات.

وفيه نتناول معنى الخراج فقط لان كلمة الضمان سبق شرحها بالتفصيل في التمهيد

**أولا: معنى الخراج:**

الخراج في **اللغة من خرج:** يأتي بمعنى النفاذ عن الشيء كما ياخذ معنى اختلاف اللونين،و الخراج الاتاوة لانه مال يخرجه صاحبه.[2]

1 النص كاملا مع التخريج في سند القاعدة

2 أبو الحسين أحمد بن فارس، **معجم مقاييس اللغة** . (تحقيق: عبد السلام محمد هارون دار الفكر عام النشر: 1399هـ - 1979م) ج2 ص175

**وفي الاصطلاح:**يطلق على معان عديدة منها[1]:

أ. **الغلة:** وهي ما يخرج أو يحصل من الأرض من ريعها أو كرائها

ب.**الاتاوة والضريبة:**وهي تؤخذ من أموال الناس

وكل من الخراج والجزية يفرض على أهل الذمة حيث تكون الجزية على الرقاب بينما الخراج على الارض.

وقد ورد لفظ الخراج في القرآن الكريم بالمعاني التالية:الأجر والنفع والرزق وعلى ما يخرج من الأرض،منها قوله سبحانه وتعالى: ﴿**أَمْ تَسْأَلُهُمْ خَرْجًا فَخَرَاجُ رَبِّكَ خَيْرٌ وَهُوَ خَيْرُ الرَّازِقِينَ**﴾[2] وبمعنى الجعل و العطاء،كما في قوله تعالى:**قَالُوا يَاذَا الْقَرْنَيْنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا**﴾.[3]

**وفي السنة النبوية:**جاء في سنن الترمذي: عن أم المؤمنين عائشة–رضي الله عنها–:"أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن الخراج بالضمان"[4]

**ثانيا:المعنى العام للقاعدة:** جاء في كتاب **المنثور في القواعد الفقهية** للزركشي: (معناه ما خرج من الشيء من عين ومنفعة وغلة فهو للمشتري عوض ما كان عليه من ضمان الملك، فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه، فالغلة له، ليكون الغنم في مقابلة الغرم.[5]

**الفرع الثاني:دليل القاعدة.**

هذه القاعدة نص حديث نبوي صحيح أخرجه الشافعي وأحمد وأصحاب السنن الأربعة وابن حبان من حديث عائشة رضي الله عنها، (وهو أن رجلاً ابتاع عبداً فأقام عنده (مدة) ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيباً، فخاصمه إلى النبي – صلى الله عليه وسلم – فردّه عليه، فقال الرجل: يا رسول الله، قد استعمل غلامي؟ فقال: "الخراج بالضمان ")، لأنه لو كان تلف في يده، قبل الرد، لكان من ماله[6].

---

1 انظر،الموسوعة الفقهية الكويتية ،مرجع سابق. ج19 ص51

2 سورة المؤمنون، الآية72.

3 سوررة الكهف،الآية 94

4 أبو عيسى محمد الترمذي، **سنن الترمذي** ( تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر الطبعة: الثانية، 1395 هـ - 1975 م )ج3 ص573

5 أبو عبد الله بدر الدين الزركشي، **المنثور في القواعد الفقهية** ( وزارة الأوقاف الكويتية الطبعة: الثانية، 1405هـ - 1985م)ج2 ص119

6 جاء في سنن الترمذي: " :هذا حديث حسن صحيح، وقد روي هذا الحديث من غير هذا الوجه، والعمل على هذا عند أهل العلم.المرجع السابق

**الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة " الخراج بالضمان"[1]**

- ✓ لو رد المشتري المبيع بعد قبضه بخيار العيب، وكان قد استعمله مدة، لا يلزمه أجرته؛ لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان يتلف من ماله.
- ✓ لو أجر المشتري العين المبيعة ثم ردها المشترى فإن الأجرة تكون للمشتري .
- ✓ لو وجد شخص ركازاً،(كنزا) واستعمله، أو آجره، ثم ظهر صاحبه، فإنه يرد الركاز لصاحبه وليس عليه بدل استعماله .
- ✓ لو وهب شخص لآخر عيناً فاستعملها، أو استغلها وأجرها، بعد قبوله وقبضه، ثم رجع الواهب عن هبته، فالغلة والخراج والثمرة للموهوب له.
- ✓ المفلس إذا اتَّجر بالعروض من أمواله، بعد الحجر عليه من الغرماء، فإن الربح له؛ لأن ضمانها عليه.
- ✓ الغاصب إذا اتّجر بالمال المغصوب يكون ربحه له، لأنه في ضمانه، والخراج بالضمان.
- ✓ المودع إذا اتجر بالمال المودع عنده يكون ربحه له؛ لأنه ضامن للمال بالتصرف فيه.
- ✓ غَلة الرهن للراهن؛ لأن الضمان عليه.يجوز للمستأجر أن يؤجر العين بأكثر مما استأجرها به؛ لأن المنافع مضمونة على المستأجر، بمعنى أنه إذا سلَّم إليه العين المؤجرة، ولم ينتفع بالعين تلفت على ملكه، بخلاف ما إذا تلفت العين المؤجرة، فإن هذا بمنزلة تلف الثمر قبل صلاحه.

## المطلب الثاني: قاعدة " الجواز الشرعي ينافي الضمان"

من القواعد الفقهية التي نصت على الضمان قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان و هي القاعدة رقم 91 من قواعد مجلة الاحكام العدلية العثمانية.وهي قاعدة مهمة تعد استثناء على أحكام الضمان في الفقه الاسلامي تجد لها تطبيقات كثيرة في ابواب مختلفة في الفقه المعاملات المالية خاصة،وقبل التعرف على تطبيقاتها المختلفة(الفرع الثاني) نشرح مفرداتها(الفرع الأول).

**الفرع الأول :شرح مفردات القاعدة.**

القاعدة تشمل كلمة **الجواز** و**الشرعي** و**النفي** و**الضمان**.

1. **الجواز** معناه:في **اللغة** معناه وسط الشئ وجزت الموضع سرت فيه و أجزته نفذته.[2]

[1] انظر: محمد الزحيلي ،مرجع سابق ص 473 وما بعدها

[2] ابن فارس معجم مقاييس اللغة .مرجع سابق.ج1 ص494

وفي **الاصطلاح** : يطلق الجواز على أمور[1]:

**أحدها** :على رفع الحرج وهو أعم من أن يكون واجبا أو مندوبا أو مكروها.

**الثاني** :على التخيير بين الفعل والترك.

**الثالث:** على ما ليس بلازم وهو اصطلاح الفقهاء في العقود، فيقولون الوكالة والشركة والقراض عقد جائز، ويعنون به ما للعاقد فسخه بكل حال، إلا أن يؤول إلى اللزوم.

الشرعي نسبة إلى الشرع ويقصد به هنا المشروع وهو ما سوغه الشرع[2]، بمعنى أباحه. ومعنى **ينافي:** من نفى الشيء نفيا نحاه وابعده ...ونفاه عارضه وباينه.[3]

و**المعنى العام للقاعدة** :أنه إذا كان الأمر مباحا فعلا أوتركا فإن صاحبه لايؤاخذ على ما يرتبه من ضرر للغير.فالشارع عندما جعل الفعل أو الترك جائزا ا قتضي ذلك رفع المسؤولية عن صاحبه ،ثم إن الجواز الشرعي الذي ينتفي معه الضمان يشترط فيه أن يكون مطلقا غير مقيد بشرط السلامة فلو حفر إنسان في ملكه بئرا فوقع فيه حيوان ملك للغير وهلك ذلك الحيوان لا يضمن حافر البئر شيئا؛ لأن تصرف المرء بملكه غير مقيد بشرط السلامة[4].

**الفرع الثاني: تطبيقات قاعدة الجواز ينافي الضمان:**

- العدول عن الخطبة في ذاته لا يوجب تعويض،لان الخطبة وعد و العدول عنها جائز.
- مثله الطلاق بأنواعه من قبل الزوج او عن طريق القضاء(تطليق أو خلع) لا يرتب ضمانا على الفاعل.
- لو أن ملك مشتركا يشغله احد الشركاء ووقع به حريق او هدم –مثلا– من غير تعد منه فانه لا ضمان عليه لانه سكن في ملكه ولا ضمان على المالك فيه.
- التأديب المشروع إذا اذى إلى ضرر بالمؤدب(من وقع عليه التأديب) لا يضمن المؤدب (الفاعل).

[1] الزركشي، المنثور في القواعد .مرجع سابق.ج1 ص7

[2] المعجم الوسيط ،مرجع سابق.ص526

[3] المعجم الوسيط ،مرجع سابق.ص1002

[4] انظر: علي حيدر، المرجع السابق. ج1 ص92

# قائمة المصادر والمراجع

## قائمة المصادر والمراجع.

1.الأصفهاني، الراغب ،المفردات في غريب القرآن.(ط1دار القلم، الدار الشامية،دمشق بيروت.1412هـ).

**2.** الألباني، محمد ناصر الدين ارواء الغليل في تخريج منار السبيل.( ط2 المكتب الاسلامي بيروت 1405هـ 1985م).

**3.** الآمدي، أبو الحسن علي بن بن سالم ، الإحكام في أصول الأحكام .( تحقيق :عبد الرزاق عفيفي. المكتب الإسلامي، بيروت).

**4.** ابن أمير حاج، أبو عبد الله شمس الدين، التقرير والتحبير.( دار الكتب العلمية،دون بلد نشر الطبعة :الثانية، 1403هـ - 1983م).

**5.** ابن أنس ،مالك ،الموطأ.(دار إحياء العلوم العربية.1414هـ - 1994م).

**6.** الباحسين، يعقوب ،قاعدة الأمور بمقاصدها.(ط1مكتبة الرشد، الرياض.1419هـ-1999م).

**7.** الباحسين، يعقوب، قاعدة العادة محكمة -دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية- (مكتبة الرشد ، الرياض ، ط 2 ، 1433 هـ / 2012 م).

**8.** البخاري، محمد بن اسماعيل ،الجامع الصحيح(ط1،دار طوق النجاة،د.ب . 1422هـ).

**9.** البركتي، محمد ، التعريفات الفقهية. ( دار الكتب العلمية ،دون بلد النشر1424هـ - 2003م).

**10.** البورنو ،محمد ،موسوعة القواعد الفقهية.( مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان ،1416 هـ-1996م).

**11.** البورنو ،محمد ، كتاب الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية( مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان الطبعة: الرابعة، 1416 هـ - 1996 م).

**12.** الترمذي، أبو عيسى محمد ، سنن الترمذي.( تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر ، 1395 هـ - 1975 م).

**13.** الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين الشريف ،كتاب التعريفات .( ط1 د ار الكتب العلمية ،بيروت لبنان 1403هـ -1983م).

**14.** الجندي، محمد الشحات ،ضمان العقد أو المسئولية العقدية في الشريعة الإسلامية مقارنا بالقانون المدني. (دار النهضة العربية،القاهرة، 1411هـ- 1990م).

**15.** بن حجر، أحمد بن علي العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري. ( دار المعرفة - بيروت، 1379 هـ).الحسيني، محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق ابو الفيض، ، تاج العروس من جواهر القاموس.( تحقيق: محمد حجازي، مطبعة حكومة، الكويت.1389 هـ -1969 م).

**16.** الحطاب، أبو عبد الله محمد المالكي، قرة العين بشرح ورقات إمام الحرمين, تعليق: جلال علي عامر الجهاني (تحقيق ودراسة احمد مصطفى الطهطاوي.دار الفضيلة، القاهرة ،دت).

**17**.الحموي، شهاب الدين، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر.(ط1،دار الكتب العلمية،القاهرة،1405هـ - 1985م).

**18**.ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن هلال ،مسند الإمام أحمد بن حنبل.(اتحقيق :أحمد محمد شاكر، دار الحديث، القاهرة،الطبعة :الأولى، 1416 هـ - 1995 م).

**19**.حيدر، علي درر الحكام شرح مجلة الاحكام.( تعريب فهمي الحسيني، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 1423هـ -2003م).

**20**.خفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي.( دار الفكر العربي، القاهرة،2000م).

**21**.الدهلوي الشاه ولي الله، عقد الجيد في أحكام الاجتهاد والتقليد. (تحقيق :محب الدين الخطيب، المطبعة السلفية، القاهرة،).

**22**.الرازي ، فخر الدين، أبو عبد الله محمد بن عمر، المحصول( تحقيق: طه جابر فياض، ط3. مؤسسة الرسالة،1418 هـ - 1997م).

**23**.ابن رجب، زين الدين بن أحمد الحنبلي،تقرير القواعد و تحرير الفوائد قواعد ابن رجب. (دا ر ابن عفان للنشر و التوزيع المملكة العربية السعودية 1419هـ) .

**24**.الزحيلي، محمد مصطفى ،القواعد الفقهية و تطبيقاتها في المذاهب الاربعة.(ط1دار الفكر،دمشق. 2006م).

**25**.الزحيلي، محمد مصطفى.وسائل الإثبات في الشّريعة الإسلامية- المعاملات المدنية والأحوال الشخصية-(ط1،مكتبة دار البيان،دمشق، 1402 هـ -1982م).

**26**.الزحيلي، وهبة ، نظرية الضمان أحكم المسئولية المدنية .(ط8 .دار الفكر .دمشق ، دار الفكر المعاصر .بيروت، لبنان 1429هـ .2008م).

**27**.الزحيلي وهبة ، الفقه الاسلامي وأدلته. (ط 9،دار الفكر المعاصر،دمشق).

**28**.الزرقاء، أحمد ،شرح القواعد الفقهية(ط7،دار القلم،دمشق 1428هـ-2007م).

**29**.الزرقاء، مصطفى احمد ، المدخل الفقهي العام(دار القلم ،دمشق،2004م).

**30**.الزركشي، أبو عبد الله بدر الدين ، المنثور في القواعد الفقهية ( وزارة الأوقاف الكويتية الطبعة: الثانية، 1405هـ - 1985م).

**31**.زيدان، عبد الكريم ،الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية.(ط1،مؤسسة الرسالة،بيروت،1422هـ -2001م).

**32.**الزيلعي، جمال الدين ،تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق.(ط1 المطبعةالكبرى الأميرية ، بولاق، القاهرة ، 1313 هـ ).

**33.**السبكي، تاج الدين ، الأشباه والنظائر (دار الكتب العلمية، دب ، 1411هـ- 1991م).

**34.**السعدي، عبد الرحمن بن ناصر، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان. (تحقيق :عبد الرحمن بن معلا اللويحق مؤسسة الرسالة ط1 1420هـ -2000 م).

**35.**أبوسنة فهمي ، العرف والعادة في رأي الفقهاء. (مطبعة الازهر،القاهرة ، 1947م).

**36.**السيوطي، جلال الدين، الأشباه والنظائر. (دار الكتب العلمية دب، 1411هـ - 1990م ).

**37.**الشاطبي، إبراهيم بن موسى ، الموافقات: (تحقيق ابو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان،د ب، ط 1، 1417هـ).

**38.**الشربيني ،الخطيب ، مغني المحتاج. ط1دار الكتب العلمية دب 1415هـ - 1994م ).

**39.**الشرفي، عبدالمجيد ، الاجتهاد الجماعي في التشريع الإسلامي.(ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ،قطر،1418 هـ - 1998 م) .

**40.**الشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول. (تحقيق: أحمد عزو عناية ط1 ، دمشق - . دار الكتاب العربي 1419هـ - 1999م.).

**41.**الشوكاني، محمد بن علي ،الفتح الرباني من فتاوى الإمام الشوكاني، (تحقيق وترتيب أبو مصعب حلاق،مكتبة الجيل الجديد، صنعاء ، اليمن،د ت).

**42.**الشوكاني ،محمد بن علي ،نيل الأوطار.(دار الحديث، القاهرة،1413هـ-1993م).

**43.**الصنعاني، محمد بن إسماعيل ، سبل السلام.( دار الحديث دب د ت).

**44.**الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير ، جامع البيان في تأويل القرآن. (تحقيق: أحمد محمد شاكر , مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى، 1420 هـ - 2000 م).

**45.**ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، رد المحتار على الدر المختار. ( ط2، دار الفكر، بيروت 1412هـ - 1992م).

**46.**ابن عاشور، الطاهر، مقاصد الشريعة،الشركة التونسية للنشر والتوزيع .د ت ).

**47**.العبد اللطيف، عبد الرحمن بن صالح ، كتاب القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير (عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية .ط1، 1423هـ-2003م).

**48**.عثمان، محمد رأفت ، النظام القضائي في الفقه الإسلامي. (ط 2 دار البيان دب 1415 هـ - 1994م).

**49**.الغزالي، ابو حامد ، المستصفى.(تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، 1413هـ - 1993م ).

**50**.ابن فارس، أبو الحسين أحمد ، معجم مقاييس اللغة . (تحقيق: عبد السلام محمد هارون دار الفكر عام النشر: 1399هـ - 1979م).

**51**.الفيروزآبادى، مجد الدين أبو طاهر، القاموس المحيط.( ط 8تحقيق :مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف :محمد نعيم العرقسُوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان ، 1426 هـ - 2005 م).

**52**.الفيومي، أبو العباس احمد ، المصباح المنير.(المكتبة العلمية،بيروت.دت).

**53**.ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين المقدسي، المغني (مكتبة القاهرة 1388 هـ - 1968م).

**54**.القرافي، أبو العباس شهاب الدين ، **الذخيرة** (ط1دار الغرب الإسلامي- بيروت ، 1994 م).

**55**.القرافي، أبو العباس شهاب الدين: **شرح تنقيح الفصول**(تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، الطبعة: الأولى، شركة الطباعة الفنية المتحدة،دون بلد نشر1393 هـ - 1973 م).

**56**.القرافي، أبو العباس شهاب الدين ، الفروق ، أنوار البروق في أنواء الفروق.(عالم الكتب،بدون طبعة وبدون تاريخ).

**57**.القرضاوي ،يوسف ، الاجتهاد في الشريعة الاسلامية.( ط1، دار القلم، الكويت ،1417هـ-1996م).

**58**.القرطبي، أبو عبد الله محمد شمس الدين الجامع لأحكام القرآن ، تفسير القرطبي( ط 2، ت أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش. دار الكتب المصرية – القاهرة، 1384هـ - 1964 م).

**59**.ابن قيم الجوزية، شمس الدين،أعلام الموقعين عن رب العالمين.(دار الحديث القاهرة 1425هـ -2004م).

**60**.الكاساني، علاء الدين أبو بكر، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ( ط2،دار الكتب العلمية، د ب، 1406هـ - 1986م).

**61**.ابن كثير إسماعيل ،تفسير القرآن العظيم. (تحقيق: محمد حسين شمس الدين ، ط1دار الكتب العلمية، منشورا ص65ت محمد علي بيضون - بيروت - 1419 هـ ).

**62**.الكعبي علي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية ، دار النفائس عمان، ط1 2006م)

**63**.محدة ، محمد،الخطبة والزواج سلسلة فقه الاسرة.( ط2، الجزائر 1994).

**64**.مدكور، محمد سلام ، الاجتهاد والقضاء في الإسلام.( دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1425هـ - 2005 م).

**65**.المعايطة، منصور عمر، المسئولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية،(منشورات جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض.ط1 1425هـ- 2004م).

**66**.ابن مفلح. أبو عبد الله، شمس الدين محمد، الفروع ومعه تصحيح الفروع.( ط1،تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن. مؤسسة الرسالة، د ب، 1424 هـ - 2003 مـ).

**67**.ابن منظور، جمال ، لسان العرب (ط3 ،دار صادر، بيروت.1414هـ).

**68**.الندوي،علي احمد القواعد الفقهية( ط3،دار القلم،دمشق.1141هـ -1994م).

**69**.النيسابوري مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري ، مسند الصحيح .(ت :محمد فؤاد عبد الباقي. دار إحياء التراث العربي - بيروت).

**70**.ابن نجيم، زين الدين ،الأشباه والنّظائر على مذهَب أبي حنيفةَ النعمانِ ( دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان. ط1، 1419 هـ - 1999 م).

**71**.النشار، محمد فتح الله ،حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني.(دار الجامعة الجديدة للنشر،مصر،2002م).

**72**.وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ،الموسوعة الفقهية الكويتية (ط2 دارالسلاسل - الكويت .(1427.**73**).

**74**.وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية. (الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة - مصر 1997).

**مراجع الكترونية:**

**75**.معتوق، الزبير. قاعدة (الضّرر الأشدُّ يُزال بالضّرر الأخفّ) وتطبيقاتها المعاصرة في بعض **مسائل الأسرة** (مجلة الشريعة والاقتصاد المجلد 4 العدد 7 ص ص 183- 223 ) البوابة الوطنية للمجلات: https://www.asjp.cerist.dz/en/article/26951

**76**.موسى، م.م ساهرة: كيفية صياغة اليمين القضائي –دراسة وفق القانون العراقي–( مجلة كلية التربية العدد واحد وعشرون جامعة واسط العراق ص ص 369–406 ) https://eduj.uowasit.edu.iq/index.php/eduj/article/view/247/212 تاريخ الاطلاع اوت 2020.

**77**.واصل، محمد ،الاثبات في القانون الخاص .الموسوعة العربية –http://arab-ency.com.sy/law/detail/163141 تاريخ الاطلاع أكتوبر 2020.

# فهرس الموضوعات

المقدمة.....2
السداسي الأول: القواعد الخمس الكبرى.....3
الفصل التمهيدي:مدخل مفاهيمي.....4
المبحث الأول:مفهوم القواعد الفقهية.....4
المطلب الأول:.تعريف القواعد الفقهية.....4
المطلب الثاني:مميزاتها فوائدها وأهميتها..... .....5
المطلب الثالث:أنواع القواعد الفقهية ومراتبها.....5
الفرع الأول :من حيث شمول القاعدة والسعة.....6
الفرع الثاني:من حيث الاتفاق على مضمون القاعدة أو الاختلاف فيه.....7
المبحث الثاني:مصـــادرها، نشأتها، أسلوبها وأشهر مؤلفاتها.....8
المطلب الأول: مصـــادر القواعد الفقهية.....8
الفرع الأول : القرآن الكريم.....8
الفرع الثاني:السنة النبوية.....9
الفرع الثالث:الاجتهاد.....9
المطلب الثاني :نشأتها وتدوينها.....10
المطلب الثالث:أسلوب القواعد الفقهية وأشهر مؤلفاته.....10
الفرع الأول: أسلوب القواعد الفقهية.....11
الفرع الثاني: أشهر المؤلفات في القواعد الفقهية.....11
الفصل الأول: قاعدة الأمور بمقاصدها-إنما الأعمال بالنيات-.....13
المبحث الأول: معنى قاعدة "الأمور بمقاصدها" وأصلها.....13
المطلب الأول: معنى قاعدة" الأمور بمقاصدها ".....13
المطلب الثاني :أدلة القاعدة الأمور بمقاصدها وأصلها.....14
الفرع الأول:دليل القاعدة من النصوص.....14
الفرع الثاني: دليل القاعدة من الإجماع ومن المعقول.....15
المبحث الثاني:القواعد المتفرعة عن "قاعدة الامور بمقاصدها" وتطبيقاتها.....15
المطلب الأول: القواعد المتفرعة عن قاعدة الامور بمقاصدها.....16

الفرع الأول :القاعدة الأولى،العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.....16
الفرع الثاني: القاعدة الثانية،من تعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه.....17
الفرع الثالث: القاعدة الثالثة،الوسائل لها أحكام المقاصد.....18
المطلب الثاني: تطبيقات قاعدة الأمور بمقاصدها في مختلف الأبواب.....19
الفرع الأول: تطبيقات قاعدة المقاصد في الأحوال الشخصية.....19
الفرع الثاني: تطبيقات قاعدة المقاصد في المعاملات.....20
الفرع الثالث : تطبيقات قاعدة المقاصد في العقوبات.....20
الفصل الثاني قاعدة:اليقين لا يزول بالشك.....21
المبحث الأول: مفهوم قاعدة اليقين لا يزول بالشك وتطبيقاتها.....21
المطلب الأول: مفهوم قاعدة اليقين لا يزول بالشك.....21
الفرع الأول:مفردات القاعدة ومعناها.....21
الفرع الثاني:أدلته مشروعية قاعدة "اليقين لا يزول بالشك".....22
المطلب الثاني : تطبيقات قاعدة اليقين.....23
المبحث الثاني :بعض القواعد المندرجة تحت القاعدة.....23
المطلب الأول:قاعدة،"الأصل بقاء ما كان على ما كان".....23
الفرع الأول:المعنى الإجمالي القاعدة.....24
الفرع الثاني:تطبيقات القاعدة.....24
المطلب الثاني:قاعدة"لا ينسب إلى ساكت قول.لكن السكوت في معرض الحاجة بيان".....25
الفرع الأول:المعنى الإجمالي القاعدة.....25
الفرع الثاني:تطبيقات القاعدة.....25
المطلب الثالث: قاعدة" الأصل في الكلام الحقيقة".....26
الفرع الأول:المعنى الإجمالي القاعدة.....26
الفرع الثاني:تطبيقات القاعدة.....27
الفصل الثالث: قاعدة المشقة تجلب التيسير.....28
المبحث الأول: مفهوم قاعدة المشقة تجلب التيسير.....28
المطلب الأول:مفهوم قاعدة"المشقة تجلب التيسير".....28

المطلب الثاني: أدلة قاعدة "المشقة تحلب التيسير"وسندها.....29
الفرع الأول: دليل القاعدة من القرآن الكريم.....29
الفرع الثاني :السنة النبوية.....30
الفرع الثالث: دليلها من الإجماع والقياس.....31
المطلب الثالث: تطبيقات قاعدة "المشقة تجلب التيسير.....32
المبحث الثاني : ما يتفرع عن قاعدة "المشقة تجلب التيسير".....33
المطلب الاول:الضرورات تبيح المحظورات.....34
الفرع الأول:معنى قاعدة"الضرورات تبيح المحظورات".....34
الفرع الثاني: شرط قاعدة "المشقة تجلب التيسير" وأدلتها.....34
الفرع الثالث : تطبيقات القاعدة... .....35
المطلب الثاني:قاعدة "الاضطرار لا يبطل حق الغير".....36
الفرع الأول:معنى القاعدة.....36
الفرع الثاني:شرط تطبيق القاعدة ودليلها.....36
الفرع الثالث تطبيقات القاعدة.....37
المطلب الثالث :الحاجة تنزل منزلة الضرورة.....37
الفرع الأول:معنى القاعدة.....37
الفرع الثاني:تطبيقات القاعدة.....38
الفصل الرابع: قاعدة لا ضرر ولا ضرار.....39
المبحث الأول:مفهوم قاعدة "لاضرر ولاضرار".....39
المطلب الاول :تعريف القاعدة.....39
الفرع الأول:المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي.....40
الفرع الثاني:ألفاظ القاعدة.....43
المطلب الثاني:أدلة قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" وتطبيقاتها.....44
الفرع الأول: أدلة قاعدة "لا ضرر ولا ضرار".....44
الفرع الثاني :تطبيقات قاعدة "لا ضرر ولا ضرار ".....45
المبحث الثاني: القواعد المتفرعة عن قاعدة:" لا ضرر ولا ضرار".....46

المطلب الاول: القاعدة الأولى:"الضرر لا يزال بمثله".....46
الفرع الأول: معنى القاعدة.....46
الفرع الثاني: أمثلة على القاعدة. .....47
المطلب الثاني: قاعدة:درء المفاسد أولى من جلب المصالح.....47
الفرع الأول:معنى القاعدة.....47
الفرع الثاني:تطبيقات قاعدة درء المفاسد أولى من جلب المصالح.....,.....48
المطلب الثالث : قاعدة "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف".....48
الفرع الأول:معنى القاعدة.....48
الفرع الثاني:تطبيقات قاعدة الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.....49
الفصل الخامس:قاعدة العادة محكَّمة.....50
المبحث الأول:مفهوم قاعدة العادة محكمة.....50
المطلب الأول:التعريف بالقاعدة.....50
الفرع الأول: شرح القاعدة.....50
الفرع الثاني: أقسام العرف والعادة ومجالات إعمال العرف.....52
المطلب الثاني:سند القاعدة وشروط تطبيقها.....53
الفرع الاول:سند القاعدة ودليلها.....53
الفرع الثاني:شروط تطبيق القاعدة.....54
المبحث الثاني: مايتفرع عن قاعدة" العادة محكمة" وتطبيقاتها.....55
المطلب الأول: قاعدة"لا ينكر تغير الاحكام بتغير الأزمان".....55
المطلب الثاني: قاعدة"استعمال الناس حجة يجب العمل بها".....55
المطلب الثالث: قاعدة""الممتنع عادة كالممتنع حقيقة".....57
المطلب الرابع: قاعدة"المعروف عرفا كالمشروط شرطا".....57
القسم الثاني: قواعد الاجتهاد والولاية والإثبات والضمان.....59
المبحث الأول: مفهوم الاجتهاد في الفقه الإسلامي.....60
المطلب الأول: تعريف الاجتهاد ومجاله..... 60

المطلب الثاني:أقسام الاجتهاد ومراتب المجتهدين.....62
الفرع الأول: أقسام الاجتهاد. .....62
الفرع الثاني: مراتب المجتهدين. .....63
المبحث الثاني: نماذج من القواعد الفقهية في الاجتهاد.....64
المطلب الأول:قاعدة:"لا مساغ للاجتهاد في مورد نص".....64
الفرع الأول:شرح ألفاظ القاعدة.....64
الفرع الثاني: دليل القاعدة. .....65
الفرع الثالث: تطبيقات القاعدة. .....66
المطلب الثاني:قاعدة:" الاجتهاد لا ينقض بمثله".....66
الفرع الأول: شرح مفردات القاعدة.....67
الفرع الثاني: دليل القاعدة وسندها.....67
الفرع الثالث :تطبيقات قاعدة " الاجتهاد لا ينقض بمثله.....68
الفصل الثاني :قواعد فقهية في الولاية .....69
المبحث الأول:مفهوم الولاية. .....69
المطلب الأول: تعريف الولاية ومشروعيتها في الفقه الإسلامي.....69
الفرع الأول:تعريف الولاية.....69
الفرع الثاني: مشروعية الولاية.....70
المطلب الثاني:أنواع الولاية في الفقه الاسلامي وشروطها وأسبابه.....71
الفرع الأول: أنواع الولاية.....71
الفرع الثاني: شروط الولاية وأسبابها.....71
المبحث الثاني: نماذج من القواعد الفقهية في الولاية.....72
المطلب الأول :قاعدة"التصرف على الرعية منوط بالمصلحة".....72
الفرع الأول:شرح الفاظ القاعدة.....72
الفرع الثاني:دليل القاعدة.....73
الفرع الثالث:تطبيقات القاعدة.....74

المطلب الثاني:الولاية الخاصة اقوى من الولاية العامة.....75
الفرع الأول: شرح ألفاظ القاعدة. .....75
الفرع الثاني: تطبيقات القاعدة.....,.....77
الفصل الثالث:قواعد فقهية في الإثبات.....78
المبحث الأول:الإثبات ووسائله في الفقه الإسلامي.....79
المطلب الاول: البينة. .....79
الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي.....79
الفرع الثاني:أركانها. .....80
الفرع الثالث: شروطها .....81
المطلب الثاني:الإقرار.....83
الفرع الأول: تعريف الاقرار لغة واصطلاحا .....83
الفرع الثاني: حجية الإقرار .....84
الفرع الثالث: شروط الاقرار.....85
المطلب الثالث: اليمين.....88
الفرع الأول: التعريف باليمين.....88
الفرع الثاني: حجية اليمين.....88
الفرع الثالث:أنواع اليمين.....90
المبحث الثاني: نماذج من القواعد الفقهية في الإثبات.....91
المطلب الأول: البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة.....91
الفرع الأول:شرح القاعدة.....91
الفرع الثاني:تطبيقات القاعدة.....92
المطلب الثاني: قاعدة "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر".....93
الفرع الأول:شرح القاعدة .....,.....93
الفرع الثاني:تطبيقات القاعدة. .....94
الفصل الرابع: قواعد فقهية في الضمان.....95

المبحث الأول:تعريف الضمان ومصادره.....95
المطلب الأول: تعريف الضمان.....95
المطلب الثاني:مصادر الضمان.....97
المبحث الثاني: نماذج من القواعد الفقهية في الضمان.....99
المطلب الأول:قاعدة"الخراج بالضمان".....98
الفرع الأول:شرح المفردات".....98
الفرع الثاني:دليل القاعدة".....99
الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة"الخراج بالضمان".....100
المطلب الثاني:قاعدة"الجواز الشرعي ينافي الضمان".....101
الفرع الأول:شرح مفردات القاعدة.....,,...101
الفرع الثاني: تطبيقات قاعدة الجواز ينافي الضمان.....102
قائمة المصادر والمراجع.....104
فهرس الموضوعات.....111