International Journal of Academic Researchs Studies Year:2, Number:2, Haziran/June 2019, s.81-101

Article Arrival Date/ Yayın Geliş Tarihi
19.05.2019

The Publication Date/Yayınlanma Tarihi
30.06.2019

أثر القواعد الفقهية في أحكام القانون المدني ومعاملاته

أ.د. سناء هادي عباس

أ.م.د. عبد الكريم عمر عبد الكريم

الجامعة المستنصرية – كلية التربية الأساسية

الجامعة العراقية – كلية القانون

The Provisions of Civil Law and its Transactions

Asst. Prof. Dr. Abdul Kareem Omar Abdul Kareem

Iraqi University College of Law

&

Prof. Dr. Sanaa Hadi Abbas

College of Basic Education

Introduction

Praise to Allah (The Lord of worlds, who established the bases of religion and sent down the wise legislation). And peace be upon the prophet Muhammad and his family and his companies.

Rules, that scholars concluded of the holy Quran and Sunna, have their effects in different fields of law. Considering the jurisprudence misses the opportunity for those who work in descriptive laws and tolerant Sharia' and becomes the unique basis to any sound status.

In the present research, the researchers are going to focus on provisions of civil law for their importance in realistic and practical aspects as well as in transactions among people.

The research is going to study the following transactions:

- 1.The effect of doctrinal significance on the sale provisions and its transactions.
- 2.The effect of doctrinal significance on the rental provisions and its transactions.
- 3.The effect of doctrinal significance on the pawn provisions and its transactions.
- 4.The effect of doctrinal significance on the preemption provisions and its transactions.

لا يخفى لها لقواعد القانون المدني من أهمية بالغة في دراسة القانون فهو بمثابة العمود الفقري من جسم الكائن الحي ، تمسك هيكله وتقسيم قواعده ، وينبسط سلطانها على جميع نواحيه .

فمن المعلوم ان العراق في حقبة حكم الدولة العلية (الدولة العثمانية) كانت تدين في معاملاتها على فقهي الامام ابي حنيفة النعمان (رضي الله عنه) ، فقامت الدولة العلية بانشاء المجلة العدلية / وكما اشرنا كانت عبارة عن قواعد فقهية كلية وفرعية يندرج تحتها الكثير من الفروع الفقهية في مسائل البيع و الاجارة و الرهن و الشفعة وغيرها ، من فروع فقه المعاملات المدنية ، لكن وبسبب الضغط الكبير على رجالات القانون في العراق الذين جابهوا تلك الضغوط بعدم السماح بان تكون القوانين التي تحكمه خارج نطاق الشريعة الاسلامية ، لذلك عمدت الدوائر الغربية وضمن خطة في تقديري مدروسة بعناية بارسال بعض الشخصيات الى دول اوربا ، ومنها فرنسا بالذات : لما لفرنسا باع طويل في الفقه القانوني ، فكان من الذين ذهبوا الى فرنسا لدراسة الدكتوراه السنيهوري باشا عام 1931م بعد اكماله الدكتوراه جاء العراق وعمل على اصدار مجلة القضاء ، لتكون بداية لالغاء مجلة الاحكام العدلية ، وقام بالتدريس في كلية الحقوق بالعراق ، ووضع اللجنة الاولى في القانون المدني العراقي ، لكن هذا القانون لم ير النور الا عام 1951م ، لعدة اسباب منها : الطابع التديني لدى علماء العراق الذين رأوا في القانون المدني ابتعادا عن الربانية في الاحكام ، جوبه السنيهوري معارضة كبيرة جدا ، لكن ضغوط الحاكم الحقيقي في العراق انذاك (الاحتلال البريطاني) حال دون ان تكون تلك المجابهة من فقهاء العراق مانعا من مشروع القانون المدني ، لذلك تحول تكتيك المواجهة الى الدخول معه في مشروع القانون المدني كالقانوني السيد نوري القاضي ، واخيه القانوني الضليع منير القاضي (اصبح عميدا لكلية الحقوق) و المحامي الضليع داود السعدي (ثاني نقيب لنقابة المحاماة) و السيد المحامي الشهير عبد الجبار التكرلي ، هؤلاء كانت لهم مواقف طيبة في ان تبقى الكثير الكثير من مواد مجلة الاحكام العدلية في مشرعة القانون المدني العراقي ، ومن تلك المواد : القواعد الفقهية.

وهي الأصل في تفسير أمهات المسائل في ميدان القانون الخاص ، والعام ، لذلك لابد للمتفقه في علم القانون من يد في دراستها وادراك مداليلها والرجوع إلى اصولها، وبمقدار تمكنه يقاس ادراكه القانوني وحكو فيه الفقهي .

غير ان القواعد القانونية الوضعية قد تفوت الفرصة في حالة الاخذ بها والابتعاد عن الشريعة الاسلامية السمعاء التي انزلها الله صالحة لكل زمان ومكان ، وقائمة على جلب المنافع للعباد ودرء المفاسد عنهم محققة لهم السعادة في العال والازل . ومنظمة لتعاملاتهم واضعة الضوابط والمعايير ، مانعة التغبط في المعاملات الحياتية والاسلامية .

ومن أهم تلك التعاملات التي حظيت بهذا التنظيم مسائل القانون المدني ، إذ تعد مسائله من أبرز المشكلات العملية وأكثرها واقعية وجرياً بين الناس والاشخاص ، ولما لها من تبعات على المستويين الاقتصادي والاجتماعي .

وان القواعد الفقهية عرفها الفقهاء بأنها قانون تعرف به أحكام الحوادث التي لا نص عليها في الكتاب والسنة وهي علم يبعث في القضايا الكلية التي تنطبق على أكثر جزئياً من موضوعها .

وضعت هذه القواعد في نصوص دستورية تتضمن أحكاماً تشريعية لكل الحوادث الحياتية ومنها حوادث ومسائل القانون المدني الذي وقع عليه الاختيار لأهميته .

وهي تساعد على إدراك المقاصد الشرعية في المسائل المدنية المهمة وتساعد غير المتخصصين في علوم الشريعة كرجال القانون من الاطلاع على الفقه بروحه ومضمونه لما فيه من السماحة واليسر وإبعاد الضرر الذي قد تتلافاه القاعدة القانونية الوضعية .

ومن هنا أنصب الجهد على أثر القاعدة الفقهية في احكام القانون المدني في أهم المسائل التي يتعرض إليها الاشخاص في حياتهم اليومية وهي مسائل البيع و الاجارة و الرهن و الشفعة و القسمة والمهاياة .

فكانت خطة البحث كما يأتي :

- 1- أثر الدلالة الفقهية في أحكام البيع و الاجارة ومعاملتهما .
- 2- أثر الدلالة الفقهية في أحكام الرهن ومعاملاته .
- 3- أثر الدلالة الفقهية في أحكام الشفعة ومعاملاته .

التمهيد

تعريف القاعدة الفقهية ومرادفاتها

أولاً : تعريف القاعدة الفقهية :

1- **معنى الفقه :** [فقه في لسان العرب العلم بالشيء والفهم له وغلب على علم الدين لسيادته وشرفه على سائر أنواع العلوم (لسان العرب : فقه) .
أ- **المعنى اللغوي للفقه :** ورد الفقه بعدة معان منها العلم والفهم والفتنة والبيان .
ب- **المعنى الاصطلاحي للفقه :** العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية (الجرجاني ، التعريفات : 216 . الامدي علي بن محمد (ت631هـ) : الاحكام في اصول الاحكام (ط1 ، المكتب الاسلامي ، بيروت 1402هـ) : 6/1 .

2- معنى القواعد :

أ- **المعنى اللغوي للقواعد :** القواعد جمع قاعدة ، وهي الأساس من أسس الشيء واصوله حسيماً كان ذلك الشيء كقواعد البيت ، أو معنوياً كقواعد الدين وركائزه (الاصفهاني ، أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب (ت502هـ) : المفردات في غريب القرآن تحقيق محمد سيد كيلاني (ط ، مصر ، مصطفى البابي الحلبي 1381هـ) : 409 . الازهري ، أبو منصور محمد بن احمد (ت370هـ) : تهذيب اللغة ، تحقيق عبد السلام هارون وجماعة (ط ، المؤسسة المصرية ، 1964م) تركيب (عقد) : 201/1 .
ب- **المعنى الاصطلاحي للقاعدة :** لقد اختلف العلماء في تعريفها بناء على اختلافهم في مفهومها حيث اتبعوا مسلكين فيها :

الفئة الأولى : ترى ان القاعدة هي الأمر الكلي ، ولعل أحسن ما قيل عندهم هي انها : (قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها) (التفتازاني ، سعد محمد بن مسعود بن عمر الشافعي (ت792هـ) : التلويح على التوضيح (ط1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت 1416هـ-1996م) : 20/1 . الجرجاني ، علي محمد (ت816هـ) : التعريفات (ط1 ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1985م) : 219 .

الفئة الثانية : ترى انها حكم أكثر من كمي لا كلي ، اذ عرفها الحموي (الحموي : احمد بن محمد مكي ، ابو العباس ، شهاب الدين الحسيني الحموي ، من علماء الحنفية ، وحموي الأصل ، مصري توفي (1098هـ) كان مدرساً بالمدرسة السليمانية بالقاهرة وتولى إفتاء الحنفية ، صنف كتباً كثيرة منها ، (غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم) ، (الدر النفيس في مناقب الشافعي) ، (الزركلي الاعلام : 239/1) .

وبإمعان النظر في تعريف المجموعتين نجد انه لا فارق بينهما من حيث النتيجة ، ولا يظهر لي مانع من وصف القاعدة الفقهية بكلا الوصفين أي الكلية والاعلالية ؛ لأن المجموعة الأولى لم يريدوا من الكلي انطباق القاعدة على جميع الأفراد حيث لا يخرج فرد ، وانما أرادوا بالكلية التي لم تدخل قاعدة منها تحت قاعدة أخرى ، وان خرج منها بعض الأفراد .

تعريف للقواعد الفقهية : قضية كلية فقهية عملية مستندة إلى دليل شرعي في نصوص موجزة مُحكمة تتضمن احكاماً تشريعية عامة في القضايا التي تندرج تحت موضوعها .

ثانياً : مرادفات القاعدة الفقهية

1- الضوابط الفقهية :

أثر القواعد الفقهية في أحكام القانون المدني ومعاملاته

الضابط : هو ما انتظم صوراً متشابهة في موضوع واحد من أبواب الفقه يكشف عن حكم الجزئيات التي تدخل تحت موضوعه (الكيلاني ، د ، عبد الرحمن : قواعد المقاصد عند الامام الشاطبي : 42 ، نقلاً عن عزام ، د. عبد العزيز محمد : القواعد الفقهية (دار الحديث القاهرة . 1426هـ-2005م) : 28 .

وان القاعدة والضابط يشتركان : في ان كلا منهما قضية كلية فقهية وينطبقان على عدد من الفروع الفقهية .

2- القواعد الأصولية :

القواعد الاصولية : قضية كلية يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية الفرعية من ادلتها التفصيلية (شبير ، محمد عثمان ، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الاسلامية (ط1 ، دار النفائس (1426هـ-2006م) : 67 . ان القواعد الفقهية والاصولية يشتركان : في ان كلا منهما قضية تنطبق على عدد من الفروع .

3- النظريات الفقهية :

النظرية في الاصطلاح القانوني المعاصر : مفهوم حقوقي عام يؤلف نظاماً موضوعياً، تندرج تحته جزئيات تتوزع في فروع القانون المختلفة (فيض الله د. محمد فوزي : نظرية الضمان : 7) .
القاعدة القانونية : هي الوحدة التي يتكون منها القانون المطبق في بلد ما (شبير ، القواعد الكلية والضوابط الفقهية : 36) .

أما المبادئ القانونية العامة : القضايا الكلية التي تستخلص من احكام القانون وتتخذ أساساً لاستنباط الاحكام التفصيلية للمسائل التي لم ترد بشأنها حكم خاص (شبير ، القواعد الكلية والضوابط الفقهية : 36) .

المبحث الأول

أثر الدلالة الفقهية في أحكام البيع الاجارة ومعاملتهما

قاعدة الامور بمقاصدها ، ص 57 .

- لو باع إنسان أو شرى وهو هازل ، فإنه لا يترتب على عقده تملك ولا تملك (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 47 ، 48) .
- لا يجوز البيع لمن يستعين به على المنكر ، كالبيع في اعياد النصارى وغيرهم ، للمسلمين الذين يعلم انهم يستعينون بهذا الشراء على مشابهة الكفار في العيد ، وكذلك لا يحل للمسلمين ان يبيعوا للنصارى شيئاً من مصلحة عيدهم ، لا لحماً ، ولا ثوباً ، ولا يعانون على شيء من دينهم لأن ذلك من تعظيم شركهم (ابن تيمية ، الحصين 368/1 ، الزحيلي ، القواعد الفقهية وتطبيقاتها : 71/1) على كفرهم .
- اذا علم المشتري ان العين المبيع مغصوبة ، وأراد ان يشتريها ، فإن قصد بشرائها تملكها لم يجز له ذلك ، وان قصد استنقاذها لتصرف في مصاريفها الشرعية فتعاد إلى صاحبها ان امكن ، والا صرفت في مصارف المسلمين ، جاز له الشراء (ابن تيمية ، الحصين 368/1 ، الزحيلي ، القواعد الفقهية وتطبيقاتها : 71/1) .
- إن اعتبار المقاصد والمعاني في العقود مقيد بما إذا لم يعارضه مانع شرعي يمنع اعتبار المقصد والمعنى ويصرفه إلى جهة أخرى ، فلو عارضه تعتبر تلك الجهة وإن قصد غيرها ، لما ذكر في جامع الفصولين ، في الفصل الثلاثين منه : إن المشتري شراء فاسداً لو رد المبيع على بائعه انفسخ البيع السابق على أي وجه كان رده ، سواء كان ببيع جديد أو بهبة أو صدقة أو عارية أو ودیعة ، لأن فسخ البيع الفاسد ورد المبيع واجب شرعاً ، فعلى أي وجه رده يقع عن الواجب ويبرأ عن ضمانه فقد ألغى القصد في هذه التصرفات ، واعتبر تسليم المبيع للبائع رداً بحكم الفسخ للعقد الفاسد السابق .
- أن البيع بلا ثمن يبطل ، ولا ينقذ هبة (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 71)
- البيع من البائع قبل القبض لا يصح في الاصح عند الشافعية نظراً الى اللفظ ، وقيل : يكون فسخاً اعتباراً بالمعنى (اللحجي ، ايضاح القواعد الفقهية : 98) .

قاعدة : دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه (السيوطي ، الاشباه والنظائر : 9 . ابن نجيم ، الاشباه والنظائر : 20 . السرحان ، القواعد الفقهية ودورها في اثراء التشريعات الحديثة : 36) .

الألفاظ الأخرى :

(المقاصد في الأقوال والأفعال هي عللها) (ابن تيمية ، الفتاوى الكبرى : 111/6).

توضيح القاعدة : الأمور الظاهرة عكس الأمور الباطنة ، فالأمور الخفية لا تعرف فيقوم دليلها مقامها ، كالارادة الظاهرة بالايجاب والقبول ، وكذلك استعمال القاتل آلة قاتلة في جريمة القتل دليل على نيته القتل العمد فلا يقبل ادعاؤه الخطأ .

- أن المشتري إذا اطلع على عيب قديم في المبيع ، فداواه أو عرضه للبيع مثلاً كان ذلك رضا منه بالعيب (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 345)
- لو كان حاضراً عقد البيع ثم شاهد المشتري يتصرف بالمبيع تصرف المالك في أملاكهم من هدم وبناء ونحوهما وهو ساكت بلا عذر ، وبعد ذلك جاء يدعي بأن هذا المبيع ملكه ، فإن دعواه أيضاً لا تسمع وإن لم يمض عليها مرور الزمن .. لأن تركه الدعوى مدة مرور الزمن في المسألة الأولى ، وسكوته في الثانية دليل عدم الحق الذي هو من الأمور الخفية (المادتين : 1659 و1660 من المجلة)

قاعدة : اليقين لا يزول بالشك (السيوطي ، الاشباه والنظائر : 50 . ابن نجيم ، الاشباه والنظائر : 56 . الزركشي ، بدر الدين محمد بن بهادر ، (ت794هـ) المنشور في القواعد الفقهية (ط2 وزارة الاوقاف الكويتية 1405هـ) : 135/3 . المادة : 4 من المجلة . القاضي ، شرح المجلة 175/4 . المادة 445 من القانون المدني العراقي . الندوي : القواعد الفقهية : 354) .

- لو أقر أنه لا حق له فيما بيد فلان ، ثم برهن على شيء في يد فلان أنه غصبه منه ، لم يقبل حتى يشهد بغصبه بعد إقراره ، لأن الإبراء يعمل فيما قبله لا فيما بعده ، ولا يعمل فيما بعده إلا في مسألة ، وهي : ما لو شرط البائع في البيع البراءة من كل عيب في المبيع دخل العيب القديم والحادث بعد البيع قبل القبض (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 83)
- لو اشترى أحد شيئاً ثم ادعى أن به عيباً وأراد رده ، واختلف التجار أهل الخبرة فقال بعضهم هو عيب وقال بعضهم ليس بعيب ، فليس للمشتري الرد ، لأن السلامة هي الأصل المتيقن فلا يثبت العيب بالشك ، وكذا لو وجد العيب عند البائع ثم عند المشتري ولكن اشتبه فلم يدر أنه عند الأول أو غيره ، فإنه لا يرد (ابن قاضي سماوة ، جامع الفصولين : 346)

المستثنى :

إذا ادعى المشتري عيباً في المبيع موجباً لرده على البائع ، بعد قبضه المبيع ، فإنه لا يجبر على دفع الثمن للبائع حتى تنتهي الخصومة في العيب ، فإن ثبت قدم العيب عند البائع يفسخ القاضي البيع ، فإن عجز المشتري عن الإثبات يجبر على دفع الثمن حينئذٍ ، فقد زال اليقين ها هنا ، وهو وجوب دفع الثمن المتيقن به للحال بمجرد الشك ، وهو قدم العيب المحتمل الثبوت وعدمه (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 86)

قاعدة : الاصل بقاء ما كان على ما كان (السيوطي ، الاشباه والنظائر : 51 . ابن نجيم ، الاشباه والنظائر : 57 . المادة : 5 من مجلة الاحكام العدلية : المادة 99 من قانون الاثبات العراقي (مطبعة وزارة العدل ، بغداد 1979م) : 34 .

الألفاظ الأخرى :

(الاصل بقاء الاملاك على ملك اربابها) (ابن حزم ، المحلى : 315/6) .

توضيح القاعدة : أي اعتبار الحكم الثابت في وقت ما مستمر في سائر الاوقات ، ولا يتغير ما لم يوجد دليل يغيره . وهذه القاعدة تدعى (الاستصحاب) وقاعدة القديم على قدمه فرع لهذه القاعدة .

- لو اختلف البائع والمشتري في مضي مدة خيار الشرط ، أو في مضي مدة أجل الثمن ، فالقول لمنكر المضي ، لأنهما تصادقا على ثبوت الخيار والأجل ثم ادعى أحدهما السقوط ، والأصل بقاؤهما بعد الثبوت (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 88) .
- لو باع إنسان شئين صفقة واحدة فهلك أحدهما عند المشتري وجاء بالآخر ليرده بعيب فيه على البائع بحصته من الثمن ، فاختلفا في قيمة الهالك ، فالقول للبائع ، لأن الثمن جميعه ثابت في ذمة المشتري فالأصل بقاء القدر المختلف فيه في ذمته حتى يبرهن على دعواه (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 88)

- اذا اختلف المتبايعان في قبض الثمن ، فالقول قول البائع انه لم يقبض ؛ لأنه متمسك بالأصل ، واذا اختلف المتبايعان في قبض المبيع ، فالقول قول المشتري ؛ لأنه متمسك بالأصل ، الا ان تكون هناك عادة فيعمل بها ، واذا اختلفا في انقضاء أجل الخيار فالقول لمشتري الخيار ، لترجح جانبه بأنه الطالب له ، والأصل الاستمرار والبقاء على الخيار (الغرياني ، د. الصادق بن عبد الرحمن ، تطبيقات قواعد الفقه من خلال كتابي ايضاح المسالك للونشريسي وشرح المنهج المنتخب للمنجور (ط1 ، دار البحوث للدراسات الاسلامية واهياء التراث ، دبي 1423 هـ - 2002 م) : 350 . الونشريسي ، ايضاح المسالك : 386) .
- اذا اختلف المتبايعان في تاريخ انعقاد البيع ، وادعى المشتري ان العيب بالمبيع قديم قبل العقد ، وخالفه البائع ، فادعى انه حادث بعد العقد ، فقول القول للمشتري ، استصحاباً لحال عدم انعقاد البيع ؛ لأن الأصل عدمه ، وقيل القول للبائع ، استصحاباً لكون البيع منعقداً ، فلا ينقض بالدعوى (الغرياني ، تطبيقات قواعد الفقه من خلال كتابي ايضاح المسالك للونشريسي وشرح المنهج المنتخب للمنجور : 351) .
- من اشترى سلعة على رؤية متقدمة ، فادعى ان المبيع قد تغير عن حالته التي رآه عليها ، وان البيع منحل ، فالقول قول البائع ؛ لأن الأصل براءة ذمته من الثمن (الغرياني ، تطبيقات قواعد الفقه من خلال كتابي ايضاح المسالك للونشريسي وشرح المنهج المنتخب للمنجور : 351 ، الونشريسي ، ايضاح المسالك : 388) .

قاعدة : الاصل براءة الذمة

توضيح القاعدة : الذمة في اللغة : العهد والأمان (السيوطي ، الاشباه والنظائر : 53 . المادة : 8 من المجلة الاحكام العدلية . الزرقا ، المدخل الفقهي العام : 648/1 . المادة 444 من القانون المدني العراقي . المادة 6 من قانون الاثبات العراقي) .

والذمة في اصطلاح علم أصول الفقه : وصف يصير به الانسان أهلاً له وما عليه (حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام : 28/1) .

هذا وان الانسان يولد بريئاً من كل دين ، أو تكليف ، أو التزام وتبقى ذمته بريئة على هذا الأصل فمن ادعى شغلها وحدث الانكار فعليه البينة .

- لو اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن بعد هلاك المبيع أو خروجه عن ملكه مثلاً ، أو اختلف المؤجر والمستأجر في مقدار بدل الاجارة بعد استيفاء المنفعة ، فإن القول قول المشتري والمستأجر ، والبينة على البائع والمؤجر لإثبات الزيادة ، أما لو كان اختلافهما قبل هلاك المبيع أو خروجه عن ملكه مثلاً في البيع ، وقبل استيفاء المنفعة في الاجارة ، ولا بينة لأحدهما فإنهما يتحالفان (المادة : 1778 و 1779 من المجلة)

قاعدة : الأصل في الصفات العارضة العدم (ابن نجيم ، الاشباه والنظائر : 62 . المادة : 9 من المجلة . حيدر ، علي درر الحكام شرح مجلة الاحكام : 80/1 . المادة 441 من القانون المدني العراقي . المادة 99 من القانون الاثبات العراقي) .

ان الصفات قسمان : صفة أصلية وصفة عارضة .

الصفة العارضة : هي التي لم توجد مع الموصوف ولم تتصف بها ذاته ابتداء .

الصفة الأصلية : هي التي توجد مع الموصوف .

فالذي يدعي الصفة الأصلية فالقول له لأن الأصل في الصفات الأصلية الوجود ، والذي يدعي الصفة العارضة يدعي خلاف الأصل ، أو الغالب في الاحوال فالبينة عليه ، وكذا من ادعى على الآخر عقداً فأنكر فالأصل عدم العقد .

- لو اختلف البائع والمشتري في شرط الخيار ، فالقول لمكره (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 118) .

قاعدة : الضرر يزال

توضيح القاعدة وادلتها : هذه القاعدة الثالثة من القواعد الأساسية وهي التي توجب إزالة الضرر سواء كان ضرراً خاصاً ، أو عاماً ودفعه قبل وقوعه بطرق الوقاية الممكنة .

- اذا ماطل المدين في تسديد الدين ، فللقاضي أن يأمر ببيع امواله لايفاء الدين منعاً للضرر ، أو حبسه (القاضي ، شرح المجلة : 81) .
- لو بنى مشتري الأرض فيها أو غرس غرساً ، ثم ظهر لها مستحق ، فإذا كانت قيمة الأرض أكثر من البناء كان لمستحق الأرض أن يمتلك ما استحدث على الأرض بثمنه ، وإن كانت قيمة ما استحدث على تلك الأرض أكثر من قيمتها كان للمشتري أن يمتلك الأرض بقيمتها جبراً على صاحبها (الزرقا ، المدخل الفقهي العام : 658/1)
- لولي الأمر اجبار المحتكر على بيع امواله التي احتكرها بثمن المثل دفعاً للضرر عن الناس ، وله التدخل في اسعار السلع بتحديد ، ثمن عادل لها (ابن نجيم ، الاشباه والنظائر : 87) .
- لو استقرض طعاماً بالعراق فأخذه المقرض بمكة مثلاً وقيمة الطعام فيها أغلى أو أرخص ، فعليه قيمة الطعام يوم القرض في بلد المقرض عند أبي يوسف ، وقوله الراجح ، فيإيجاب قيمة الفلوس يوم صيرورتها ديناً في الذمة بالقبض أو بالبيع ، وإيجاب قيمة الطعام في بلد القرض مع انهما مثليان أيضاً ؛ إزالة للضرر عن المقرض والبائع فيما اذا رخصا ، وعن المستقرض والمشتري فيما اذا غليا (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 179)
- ليس لأحد الجلوس في الطريق العام للبيع والشراء ووضع شيء فيه واحداثه بلا اذن ولي الأمر ، اذا فعل فيضمن الضرر والخسار الذي تولد من ذلك الفعل بناء عليه لو وضع احد على الطريق العام الحجارة وأدوات العمارة وعثر بها حيوان اخر وتلف بضمن ، كذلك لو صب أحد على الطريق العام شيئاً يزلق به كالدهن وزلق به حيوان وتلف بضمن (المادة : 927 من المجلة) .

قاعدة : لا ضرر ولا ضرار (سبق تخرجه . السيوطي ، الاشباه والنظائر : 83 . المادة : 19 من المجلة : 18 . الزرقا ، المدخل الفقهي العام : 971/2 . البورنو ، الوجيز ، ايضاح القواعد الفقه الكلية : 77-78 ، الزحيلي : النظريات الفقهية : 224 . المادة 216 من القانون المدني العراقي . العاملي ، محمد نقي آل الفقيه العاملي ، قواعد الفقه : 138) .

توضيح القاعدة : هذه القاعدة لفظ حديث شريف ، وهي أصل تشريعي ودليل نصي لمنع الفعل الضار ومعالجة عواقبه عيناً ، أو عقوبة ، أو تعويضاً .

- ومن ذلك بعض الخيارات ، كخيار الرؤية وخيار الشرط ، فإن الأول شرع لدفع الضرر عن المشتري بدخول ما لا يلائمه في ملكه . والثاني شرع للحاجة إلى التروي لئلا يقع في ضرر الغبن (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 166) .
- لو باع لأخر ما يتسارع إليه الفساد وغاب المشتري قبل قبضه وقبل نقد الثمن فأبطأ ، فللبائع بيعه لغيره توكفاً من تضرره بفساده ، ولا يرجع على المشتري بشيء لو نقص الثمن الثاني عن الأول (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 167) .
- مشروعية الخيار للبائع في فسخ البيع إذا كان يتضرر في غير ما باعه ، كما لو باع جذعاً مثلاً من سقف ، أو باع حصة شائعة من زرع مملوك له غير مستحصد فإن له الخيار في فسخ البيع في الأولى ، لأنه بقلع الجذع يتضرر في غير ما باعه وهو بقية السقف ، وكذلك له الخيار في الثانية إذا طالبه المشتري بالقسمة قبل استحصاد الزرع توكفاً من تضرره فيما لم يبعه وهو بقية الزرع ، إذ لا تمكن القسمة إلا بعد قلع الكل (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 168) .
- لو ثبت الحق على المدعي عليه بالبينة وإقراره وقضي عليه ، فإنه يعتبر قضاء بالإقرار لأنه أقوى لكن اذا كان في اعتباره قضاء بالبينة تحرز عن ايقاع ضرر بالمدعى عليه ، فحينئذٍ يعتبر القضاء مستنداً إلى البينة ، وذلك كما اذا استحق المبيع من يد لمشتري بإقراره وبالبينة وقضى عليه ، فإنه يعتبر القضاء مستنداً إلى البينة لا إلى الإقرار ، إذ في اعتبار قضاء عليه بالإقرار ايقاع ضرر به وهو عدم تمكنه من الرجوع على بائعه بالثمن ، لأن الإقرار حجة قاصرة لا يتعدى إلى البائع ، بخلاف البينة فإنه حجة متعدية ، فإذا اعتبر القضاء مستنداً إليها يتمكن المشتري من الرجوع على بائعه بالثمن ولا يتضرر .

- ومثل دعوى الاستحقاق دعوى الرد بالعيب القديم إذا أقيمت على المشتري من المشتري منه ، وثبت قدم العيب بإقراره وبالبينة ، فإنه يعتبر القضاء عليه والحالة هذه قضاء بالبينة ، تحرراً عن الاضرار به ، ليتمكن من رده على البائع الأول (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 168) .
- لو اشترى شيئاً فأجره ثم اطلع على عيب قديم فيه فله نقض الاجارة ليرده بالعيب ، وأن الاجارة تفسخ بالأعدار وهذا منها ، بخلاف الرهن (ابن قاضي سماوة ، جامع الفصولين : 49) .
- لو أعار شيئاً ليرهنه المستعير فله رده عليه ثم أراد المعير استرداده ، فله أن يدفع الدين للمرتين ويأخذ العين المرهونة ، ولا يعد متبرعاً بل يرجع بما دفع على الراهن المستعير ، وكذلك ما لو رهن الأب بدين عليه مال ولده الصغير الذي تحت ولايته ، فبلغ الصغير فله أن يقضي دين أبيه ويفك الرهن ، ولا يكون متبرعاً بل يرجع على أبيه بجميع ما قضاه عنه (الكاساني ، بدائع الصنائع : 135) .
- لو أمر غيره بشراء شيء معلوم بألف مثلاً ، فشره ولم يقبضه ولم يدفع الثمن إلى البائع حتى أعطى الآخر الثمن للمأمور ليدفعه إلى البائع فأتلف المأمور الثمن وهو معسر فللبائع أن يحبس المبيع إلى أن يأخذ الثمن فإذا دفع الأمر الثمن إلى البائع كان عليه أن يسلمه المبيع ، ولأمر أن يرجع على المأمور بالثمن لأنه مضطر في قضائه فهو كمصير الرهن (ابن قاضي سماوة ، جامع الفصولين : 229) .
- إبطال إقرار ذي اليد لشخص ثالث بالعين المدعي بها قبل الحكم بعد أن أقام المدعي شاهداً واحداً أو شاهدين ، وببطل بيعه العين المدعي بها من شخص ثالث بعد أن برهن عليه المدعي قبل أن يحكم له وذلك دفعاً لضرر هذا الإقرار وضرر هذا البيع من ذي اليد على المدعي (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 171) .
- إذا قال لآخر : باع فلاناً ما بعته فعلي ، كان كفيلاً بثمان ما يبيعه إياه ، ولكن له أن يرجع عن هذه الكفالة قبل أن يبايعه ، فإذا قال للمكفول له : رجعت عن كفالتي بطلت
- أن الوكيل بشراء شيء معين لا يملك أن يشتريه لنفسه من غير أن يعلم الموكل بأنه يريد أن يشتريه لنفسه ، ذلك دفعاً للضرر عن الموكل ، إذ عساه أن يتضرر من عدم الحصول على مقصوده لئسد حاجته (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 172) .
- يمنع شراء الحبوب واخراجها من بلدة يضر بأهلها وأن أهل البلدة يمنعون عن الشراء للحكرة (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 172) .
- لو كانت الفلوس لناققة ثمناً في البيع ، أو كانت قرضاً ، فغلت أو رخصت بعد عقد البيع أو بعد دفع مبلغ القرض ، فعند أبي يوسف : تجب عليه قيمتها يوم عقد البيع ويوم دفع مبلغ القرض ورجحه كثيرون ، دفعاً للضرر عن المشتري والمستقرض ، وأوجبوا قيمتها كذلك في صورة ما إذا كسدت أو رخصت ، دفعاً للضرر عن البائع والمقرض . هذا والذي يظهر أن الورق النقدي معتبر من الفلوس الرائجة وما قيل فيها من الأحكام السابقة يقال فيه ، لأن الفلوس لناققة هي ما كان متخذاً من غير النقدين – الذهب والفضة – وجرى الاصطلاح على استعماله النقدين ، والورق المذكور : من هذا القبيل ومن يدعي تخصيص الفلوس لناققة بالمعتمد من المعادن فعليه البيان (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 173) .
- من اتلف مال غيره مثلاً لا يجوز أن يقابل بإتلاف ماله ، لأن ذلك توسيع للضرر بلا منفعة ، وأفضل منه تضمين المتلف قيمة المتلف ، فإنه فيه نفعاً بتعويض المضرور ، وتحويل الضرر نفسه إلى حساب المعتدي (الدعاس ، القواعد الفقهية : 23) .
- لا يجوز تلقي السلع قبل أن تجيء إلى السوق ، لما فيه من تغرير البائع ، فانه لا يعرف السعر ، فيشتري منه المشتري بدون القيمة (ابن تيمية ، الحصين : 185/1 . الزحيلي ، القواعد الفقهية وتطبيقاتها : 206/1) .
- الاحتكار لما يحتاج إليه الناس محرم ، وذلك ان المحتكر يعتمد الى شراء ما يحتاج إليه الناس من الطعام فيحبسه عنهم ، ويريد اغلاءه عليهم ، وهو ظالم للخلق المشتريين ، مضار لهم (ابن تيمية ، الحصين : 185/1 . الزحيلي ، القواعد الفقهية وتطبيقاتها : 206/1) .
- من اضرار البيوع ان يضطر البائع أو المبيع الى العقد من طليق الاكراه عليه أو يضطر الى البيع لدين يركبه أو مأونة ترهقه فيبيع ما في يده بالوكس اضطراراً (الهاللي ، قاعدة لا ضرر ولا ضرار : 26) .
- يقدر نقصان الثمن بمعرفة ارباب الخبرة الموثوق بهم بأن يقوم المبيع سالماً ثم يقوم معيباً وما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب إلى الثمن المسمى وبمقتضى تلك النسبة يرجع المشتري على البائع بالنقصان) قدرى باشا ، مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان في المعاملات الشرعية ، المادة 432 : 69) .

قاعدة : الضرر يدفع بقدر الإمكان (السرخسي . محمد بن احمد بن ابي سهل : شرح السير : تحقيق صلاح الدين المنجد وعبد العزيز احمد ، الناشر شركة الشرقية للإعلانات : 210/2 . المادة : 31 من المجلة . القاضي ، شرح المجلة : 89/1 . الزرقا . المدخل الفقهي العام : 656/1 . السرحان . القواعد الفقهية : 52)

الألفاظ الأخرى :

(كل ما اضر بالمسلمين وجب ان ينفي عنهم) (الندوي ، القواعد الفقهية : 59)

توضيح القاعدة : ان الضرر يدفع شرعاً فان امكن دفعه بدون ضرر وهو الاصل ، والا فيتوسل لدفعه بالقدر الممكن ، ومن الواجب أن نسعى لدفع الضرر ومنعه قبل وقوعه بكل وسيلة .

- اذا حصل عيب حادث في المبيع عند المشتري . ثم ظهر عيب له قديم فلأن العيب الحادث مانع للمشتري من أن يرد المبيع بالعيب القديم فيزال الضرر بقدر الإمكان . وذلك بأن يرجع المشتري على البائع بنقصان الثمن .
- منع القاضي للمدين من السفر بناء على طلب الدائن أو يوكل وكيلاً بالخصومة (السدلان ، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها : 511) .
- حكم : الحكم بإفهام المدعي عليه بأن بيع الأرض الموصوفة في الدعوى منفسخ والزامه بإرجاع ما استلمه ثمناً لها ، وان من غبن في البيع غبناً يخرج عن العادة فله حق الخيار في فسخ هذا البيع وفق ما قرر ذلك الفقهاء وان من له حق الخيار في المعاملات فله الفسخ بلا حكم حاكم (قرار محكمة ثائق ، رقم الصك : 8 ، التاريخ : 1422/5/21 هـ . (وزارة العدل السعودية ، المدونة القضائية ، الاصدار الثاني) : 282) .

المستثنى :

- إذا لم يمكن دفع الضرر بالكلية ولا جبره فإنه يترك على حاله . كما اذا أخرج المشتري المبيع عن ملكه ولم يكن حدث عنده ما يمنع الرد ثم اطلع على عيب قديم فيه فإنه لا يرجع بنقصان العيب ، لأنه لو هلك في يده أو اعتقه لا على مال أو وقفه فإنه يرجع بنقصان العيب (قرار محكمة ثائق ، رقم الصك : 8 ، التاريخ : 1422/5/21 هـ . (وزارة العدل السعودية ، المدونة القضائية ، الاصدار الثاني) : 282) .

قاعدة : الضرر لا يزال بمثله (ابن نجيم . الاشباه والنظائر : 87 . السبكي . تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي (ت771هـ) : الاشباه والنظائر ، تحقيق عادل عبد الموجود وعلي المعوض (ط1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1411هـ-1991م) : 41/1 . المادة : 25 من المجلة . الزرقا . شرح القواعد الفقهية : 195) .

توضيح القاعدة : هذه القاعدة قيد لقاعدة الضرر يزال ، فإن كانت ازالته واجبة فلا يزال الضرر بضرر مثله ، أو اعظم منه ، وانما يزال دون الاضرار بالغير ان امكن والا بأخف منه .

- اذا اطلع المشتري على عيب قديم وقد تعيب المبيع عنده امتنع الرد ورجع المشتري على بائعه بما يقابل الثمن ، إلا إذا رضي بأخذه معيباً فيأخذه ويرد جميع الثمن (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 195) .
- لو أن شخصاً فتح حانوتاً في سوق وجلب أكثر المشتريين لجانبه بصورة أوجبت الكساد على باقي التجار . فلا يحق للتجار أن يطالبوا بمنع ذلك التاجر عن المتاجرة بداعي أنه يضر بمكاسبهم ؛ لأن منع ذلك التاجر عن التجارة هو ضرر بقدر الضرر الحاصل للتجار الآخرين (حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام : 40/1) .
- نص احمد في فسخ البائع انه لا ينفذ بدون رد الثمن ، واختار ابن تيمية ذلك، وقد يخرج مثله في سائر المسائل ، لأن التسليط على انتزاع الاموال قهراً – ان لم يقترب به دفع العرض ، والا حصل به ضرورة – فساد ، واصل الانتزاع القهري انما شرع لدفع الضرر ، والضرر لا يزال بالضرر (ابن رجب ، تقرير القواعد وتحرير الفوائد : 360/1) .

قاعدة : الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف (ابن نجيم . الاشباه والنظائر : 88 . المادة : 27 من المجلة . المادة 213 من القانون المدني العراقي . الزحيلي ، النظريات الفقهية : 225 . الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 199-200) .

توضيح القاعدة : يعني أن الضرر يجوز ازالته بضرر يكون أخف منه ولا يجوز أن يزال بمثله أو بأشد منه .

- ونفس الحال إذا تعارض ضرران ولا بد من ارتكاب أحدهما ، فيلزم ارتكاب الأخف والاهون .
- البيع الفاسد يجب رده درءاً للفساد ، فإذا فات بالتصرف فيه ، أو بيعه ، أو تغيره ، وجب امضاؤه بالقيمة ، وصار له حكم آخر ، ارتكاباً لأخف الضررين (الغرياني ، تطبيقات قواعد الفقه من خلال كتابي ايضاح المسالك للونشريسي وشرح المنهج المنتخب للمنجور : 159) .
 - المحتكر الذي يجمع السلع من السوق وقت قلتها ، ليبيعهها وقت الغلاء ، تؤخذ منه السلع جبراً ، وتباع للناس ، ويعطي رأس ماله فقط ، ارتكاباً لأصغر الضررين بدفع اعظمهما (الغرياني ، تطبيقات قواعد الفقه من خلال كتابي ايضاح المسالك للونشريسي وشرح المنهج المنتخب للمنجور : 159 . الونشريسي ، ايضاح المسالك : 370) .
- قاعدة : إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما (المادة : 28 من المجلة : 19 . حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام : 42/1 . السيوطي ، الاشباه والنظائر : 87 . الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 202 . الحريري ، ابراهيم محمد : المدخل الى القواعد الفقهية الكلية (ط2 ، دار عمار ، 1422) : 95 . المادة 213 من القانون المدني العراقي) .**
- توضيح القاعدة : إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما . لأن الضرورات تبيح المحظورات . فإذا وجد محظورات وكان من الواجب أو من الضروري ارتكاب أحد الضررين فيلزم ارتكاب أخفهما وأهونهما . أما إذا كانا متساويين فيرتكب أحدهما لا على التعيين .
- إذا سَعَّرَ الامام فانه ينفذ ويرتكب التسعير ، ولا يخالف الامام ، لأن الخلاف اعظم ضرراً (اللحجي ، ايضاح القواعد الفقهية : 44) .
 - إذا كان بالبلد دواب اشتهرت بالعدو في زروع الناس وافسادها ، فإنها تباع على اصحابها بموضع لا زرع يخاف عليه منها ، لنفي الضرر الاكبر بالضرر الاصغر ، فإنها تعذر طلب من اصحابها ان يتولوا حفظها ، والا ضمنوا ما افسدته (الغرياني ، تطبيقات قواعد الفقه من خلال كتابي ايضاح المسالك للونشريسي وشرح المنهج المنتخب للمنجور : 162) .
 - الشارع لا يحرم ما يحتاج الناس إليه من البيع ، لأجل نوع من الغرر ، بل يبيح ما يحتاج إليه في ذلك ، وهذه قاعدة الشريعة ، وهي تحصيل اعظم المصلحتين ، بتقويت ادناهما ، ودفع اعظم الفسادين بالتزام ادناهما (ابن تيمية ، الحصين : 529/1 . الزحيلي ، القواعد الفقهية وتطبيقاتها : 233/1) .
- قاعدة : إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع (الزركشي ، المنثور في القواعد : 348/1 . ابن رجب ، القواعد : 97 . المادة : 46 من المجلة . المادة 4 من القانون المدني العراقي) .**
- إذا تعارض ما يمنع وجود شيء أو حكمه والمقتضى لهذا الحكم ، فانه يقدم المانع ؛ لأن الشريعة تهتم بالمنهيات أكثر من اهتمامها بالمأمورات فيقدم الجرح على التعديل.
- لو حط البائع كل الثمن عن المشتري فإنه يصح حطه ولكن لا يلتحق بأصل العقد ، بل تعتبر بمنزلة هبة مبتدأة ، وذلك تقديماً للمانع عن التحاقه به ، وهو تأديته إلى بطلان العقد ، لفقد ركنه بخلو العقد حينئذ عن الثمن ، على المقتضى للإلحاق ، وهو المحطوط ثمناً وهو من متعلقات البيع وناشئ عنه ، بل هو ركن فيه (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 244) .
 - أن الهبة لا تتعدد بالبيع بلا ثمن ، ولا العارية بالإجارة بلا بدل ، تقديماً للمانع على المقتضى ، وذلك لأن الأمر فيهما دائر بين بيع واجارة فاسدين ، وذلك مانع ، وبين هبة وعارية صحيحين ، وهو مقتض ، فقد المانع (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 246) .
 - لو ادعى على ذي اليد أن العين التي في يده كانت ملك فلان الغائب ، وأنه كان شتراها منه ، وأنه ملكها بذلك الشراء ، وبرهن على ذلك غيب إنكار المدعي عليه ، وقضي له بذلك كان حكماً على الغائب بالبيع ، فلو حضر وأنكر البيع لا يسمع منه ، فها هنا قدم المقتضى ، وهو دعوى المدعي وبينته القائمة واحياء حلقه ، على المانع ، وهو كون المالك الأول المقتضى عليه بالبيع غائباً . وقد نصوا في المتون أنه لا يقضى على غائب ولا له إلا بحضور نائب عنه (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 247) .

أثر القواعد الفقهية في أحكام القانون المدني ومعاملاته

قاعدة : الاصل اضافة الحادث إلى أقرب أوقاته (حيدر ، درر الحكام : 25/1 . السيوطي ، الاشباه والنظائر : 59 .
المادة : 11 من المجلة . الزرقا ، المدخل الفقهي العام : 249/1 . المادة 446 من القانون المدني العراقي . المادة 99 من قانون الاثبات العراقي) :

أولاً : توضيح القاعدة :

والمراد منه اذا وقع الاختلاف في زمن حدوث أمر فينسب إلى أقرب الاوقات إلى الحال ، ما لم تثبت نسبته إلى زمن بعيد فإذا ثبت ذلك يحكم به ، وان وجود الحادث في الوقت الاقرب متيقن وفي الابدع مشكوك .

ثانياً : تطبيقات القاعدة ومستثنياتها :

- من تطبيقات القاعدة في المعاملات المدنية :
- لو اشترى إنسان شيئاً بالخيار ثم بعد مضي مدة الخيار جاء المشتري ليرده على البائع قائلاً : إنه فسخ قبل مضي مدة الخيار ، وقال البائع : فسخت بعد مضي المدة فلا يصح فسخك ، فإن القول قول البائع ، لإضافة الفسخ إلى أقرب أوقاته من الحال (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 127) .

أثر الدلالة الفقهية في احكام الإجارة ومعاملاته

قاعدة الأمور بمقاصدها (السيوطي ، الاشباه والنظائر : 65 . ابن نجيم ، زين الدين بن ابراهيم (ت970هـ) ، الاشباه والنظائر (ط مؤسسة الحلبي القاهرة 1968) : 23 . المادة : 2 من مجلة الاحكام العدلية . الزرقا ، أحمد بن محمد : شرح القواعد الفقهية (ط6 ، دار العلم ، دمشق ، 1422هـ—2004م) : 47 . البورنو د. محمد صدقي : موسوعة القواعد الفقهية (ط1 ، مؤسسة الرسالة ، بيروت . 1424هـ—2003م) : 120/1) .

- لو خالف الأمانة : المستعير لأجل الانتفاع ، والمستأجر ، ومثلهما الأجير ، ثم عاد إلى الوفاق لا يبرأ ، فإنهما إذا تعديا على العين المستعارة أو المستأجرة ثم تركا التعدي بنية عدم العود إليه ، لا يبرأ أن عن الضمان إلا بالرد على المالك .
- كل أمين كانت يده ليست يد استحفاظ من المالك ، كوارث المودع ومن ألفت الريح ثوباً في داره ونحوهما (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 142-145) .
- ان هبة المنفعة بشرط العوض إجارة (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 61) .
- جريان القاعدة بين العارية والإجارة فكما لو قال رجل لآخر : أعرتك داري هذه مثلاً شهراً بكذا كان إجارة (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 63) .
- تجوز المزارعة التي هي إجارة الأرض ببعض الخارج منها سواء كان البذر من العامل أو من رب الأرض ، وسواء عقدت بلفظ الإجارة أو المزارعة اذا كان المقصود واحداً (ابن رجب ، تقرير القواعد وتحرير الفوائد (ط1 ، دار ابن عفان ، السعودية ، 1419هـ—1998م) : 271/1) .
- الإجارة بلا بدل لا تنعقد عارية عند الحنفية إلا على قول عندهم (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 76) .
- لو عقد الإجارة بلفظ البيع ، فقال : بعتك منفعة هذه الدار شهراً فالأصح انه لا ينعقد ، نظراً إلى اللفظ عند الشافعية ، وقيل : ينعقد نظراً إلى المعنى (اللحجي ، ايضاح القواعد الفقهية : 98) .

قاعدة : الاصل بقاء ما كان على ما كان (السيوطي ، الاشباه والنظائر : 51 . ابن نجيم ، الاشباه والنظائر : 57 .
المادة : 5 من مجلة الاحكام العدلية : المادة : 99 من قانون الاثبات العراقي : (مطبعة وزارة العدل ، بغداد 1979م : 34) .

الألفاظ الأخرى :

(الاصل بقاء الاملاك على ملك اربابها) (ابن حزم ، المحلى : 315/6)

- لو ادعى المستأجر دفع الاجرة إلى المؤجر ، وانكر المؤجر ذلك ، كان القول قوله مع اليمين ؛ لأن الاصل بقاء الاجرة في ذمة المستأجر الى ان يثبت دفعها الى المؤجر (الزرقا ، المدخل الفقهي : 968/2) .

أثر القواعد الفقهية في أحكام القانون المدني ومعاملاته

- لو اختلف البائع والمشتري في قبض المبيع أو الثمن ، أو اختلف المؤجر والمستأجر في قبض المأجور أو بدل الإجارة فالقول لمنكر القبض في جميع ذلك ، لأن الأصل عدمه (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 118) .
- المستثنى
- قاعدة : الأصل اضافة الحادث إلى اقرب أوقاته (حيدر ، درر الاحكام : 25/1 . السيوطي ، الاشباه والنظائر : 59 . المادة : 11 من المجلة . الزرقا ، المدخل الفقهي العام : 249/1 . المادة 446 من القانون المدني العراقي . المادة 99 من قانون الاثبات العراقي) .
- توضيح القاعدة : والمراد منه اذا وقع الاختلاف في زمن حدوث امر فينسب إلى اقرب الاوقات إلى الحال ، ما لم تثبت نسبته إلى زمن بعيد فإذا ثبت ذلك يحكم به ، وان وجود الحادث في الوقت الاقرب متيقن وفي الابدع مشكوك .
- لو ادعى الأجير على الحفظ أن العين هلكت بعد تمام المدة المعقود عليها فيستحق كل الأجرة ، وقال المستأجر : هلكت قبل تمام المدة بكذا أياماً ، فالقول للمستأجر بيمينه وذلك لأن من المقرر الثابت فراغ ذمة المستأجر على الحفظ من الأجرة ، وإنما تثبت الأجرة في ذمته بمقدار المدة التي يوجد فيها الحفظ من الأجير فعلاً ، فلو جعل القول للأجير في حدوث هلاك العين بعد تمام المدة بناء على اضافة الحادث إلى اقرب أوقاته يلزم منه نقض الأمر الثابت المتقرر ، وهو فراغ ذمة المستأجر ، لأنه لم يثبت بالمقدار الزائد الذي يدعيه الأجير ، و اضافة الحادث إلى اقرب أوقاته إنما تعتبر إذا لم يؤد اعتبارها إلى نقض ما هو ثابت ، فكان القول قول المستأجر ولأن اضافة الحادث ، وهو الهلاك هنا إلى اقرب الاوقات من قبيل الظاهر ، والظاهر لا يكفي حجة للاستحقاق (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 128)
- لو انتهت مدة اجارة الارض الزراعية قبل أن يستحصل الزرع ، تبقى في يد المستأجر باجر المثل حتى يستحصل منعاً للضرر (الزرقا ، المدخل الفقهي العام : 979/2) .
- قاعدة : لا ضرر ولا ضرار (سبق تخريجه . السيوطي ، الاشباه والنظائر : 83 . المادة : 19 من المجلة : 18 . الزرقا ، المدخل الفقهي العام : 971/2 . البورنو ، الوجيز ، ايضاح القواعد الفقه الكلية : 77-78 ، الزحيلي : النظريات الفقهية : 224 . المادة 216 من القانون المدني العراقي . العاملي ، محمد نقي آل الفقيه العاملي ، قواعد الفقه : 138) .
- توضيح القاعدة : هذه القاعدة لفظ حديث شريف ، وهي أصل تشريعي ودليل نصي لمنع الفعل الضار ومعالجة عواقبه عيناً ، أو عقوبة ، أو تعويضاً .
- لو أعار أرضاً للزراعة أو أجرها لها فزرعها المستعير أو المستأجر ، ثم رجع المعير أو انتهت مدة الاجارة قبل ان يستحصل الزرع ، فإنها تترك في يدر المستعير أو المستأجر بأجر المثل إلى أن يستحصل الزرع ، وذلك توقيماً من تضرره بقلع الزرع وهو بقل (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 166) .
- لو باع المؤجر المأجور من أجنبي بإذن المستأجر وغاب البائع فأدى المشتري من الثمن بدل الاجارة للمستأجر ليسلم له المستأجر المبيع ، لا يكون المشتري متبرعاً ، وعلله بأنه مضطر للأداء في حال غيبته لتخليص ملكه (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 169) .
- أن المستأجر إذا وجد بالمأجور عيباً قديماً أو حدث فيه عيب وهو في يده ، فإنه يستقل بفسخ الإجارة إذا أراد ، بلا حاجة إلى رضا المؤجر أو قضاء القاضي ، سواء في ذلك أكان قبل القبض للمأجور أم بعده وجه استقلال المستأجر بالفسخ مطلقاً أنه لو كلف انتظار رضا المؤجر أو قضاء القاضي لتضرر بجريان الأجرة عليه أثناء ذلك (ابن قاضي سماوة ، جامع الفصولين : 339) .
- من الاضرار قصر الايجار على شخص بعينه بحيث يستأثر المستأجر بالبيع وحده بما شاء وكيف ما شاء (ابن القيم ، شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي (ت751هـ) : الطرق الحكمية في السياسة الشرعية (مطبعة السنة المحمدية ، مصر ، 1958م) : 241) .
- قاعدة : الضرر لا يزال بمثله (ابن نجيم . الاشباه والنظائر : 87 . السبكي . تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي (ت771هـ) : الاشباه والنظائر ، تحقيق عادل عبد الموجود وعلي المعوض (ط1) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1411هـ-1991م) : 41/1 . المادة : 25 من المجلة . الزرقا . شرح القواعد الفقهية : 195) .

توضيح القاعدة : هذه القاعدة قيد لقاعدة الضرر يزال ، فإن كانت ازالته واجبة فلا يزال الضرر بضرر مثله ، أو اعظم منه ، وإنما يزال دون الاضرار بالغير ان امكن والا بأخف منه .

- من استأجر ارضاً وغرس فيها غراساً واثمر ، وانتهت مدة الايجار ، فليس لأهل الأرض قلع الغراس ، بل لهم المطالبة باجر المثل ، أو تملك الغراس بقيمته ، أو ضمان نقصه اذا قلع ، وما دام باقياً فعلى صاحبه اجره مثله ؛ لأن الضرر الواقع عليه بقاء زرعه في ارضه لا يزال بأحداث ضرر على المستأجر بافساد زرع (ابن تيمية ، الحصين : 196/1 . الزحيلي ، القواعد الفقهية وتطبيقاتها : 207/1) .

قاعدة : اذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع (الزركشي ، المنتور في القواعد : 348/1 . ابن رجب ، القواعد : 97 . المادة : 46 من المجلة . المادة 4 من القانون المدني العراقي) .

اذا تعارض ما يمنع وجود شيء أو حكمه والمقتضى لهذا الحكم ، فانه يقدم المانع ؛ لأن الشريعة تهتم بالمنهيات أكثر من اهتمامها بالمأمورات فيقدم الجرح على التعديل.

- يمنع المؤجر عن التصرف في العين المأجورة بما يمس حق المستأجر ، تقديماً للمانع وهو حق المستأجر (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، 244)
- يجوز للمستأجر على العمل في عين أن يستأجر غيره للعمل فيها ويدفعها له ، وللمستعير أن يعير لغيره ويدفع العين له فيما لا يختلف استعماله ، مع أن العين ودیعة في أيديهما والمودع لا يودع لغير من في عياله أو من يحفظ به ماله . وهذا مانع ولم يعمل عمله هنا بل قدم المقتضى ، وهو كون المستعير ملك المنافع فملك تملكها ، وكون المستأجر للعمل يعمل بنفسه وبأجيريه ، وذلك لأن الابداع ثبت ضمناً لا قصداً (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، 247) .

الجواز الشرعي ينافي الضمان (المادة : 91 من المجلة . الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 449-452 . المادة 6 من القانون المدني العراقي البورنو . الموسوعة : 58/5) .

توضيح القاعدة : ان الامر المباح شرعاً إذا قام به احدهم سواء كان تركاً أو فعلاً لا يترتب عليه ضمان أو تعويض ، فلا يترتب على القائم بالقصاص في النفس ودونه أي ضمان للجواز الشرعي ، واسباب الضمان اربعة : عقد ويد واتلاف وحيلولة .

- لو خالف في حفظ الوديعة أو استعمال المأجور إلى ما هو مساو ، كما اذا قال : احفظها في البيت الفلاني من دارك ، فحفظها في بيت آخر مثله فيها ، أو استأجر الدابة ليحملها كراً معيناً من حنطة مثلاً ، فحملها كراً من حنطة أخرى ، أو خالف إلى ما هو خير ، كما اذا حفظ الوديعة في بيت احصن من الذي عينه ، أو استأجر الدابة ليحملها كراً حنطة فحملها كراً شعير أو سمسم ، فتلقت الوديعة أو العين المستأجرة ، فلا ضمان عليه في شيء من ذلك وهذا فعل مباح أيضاً (المادة : 605 ، 784 ، 923 من المجلة . الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 450)
- لو حبس الاجير العين التي لعمله فيها أثر لأجل الاجرة فهلكت في يده ، لا يضمن العين ، وسقط الاجر لهلاكها قبل التسليم للمستأجر (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 450) .
- لو فسخت الاجارة ، فحبس المستأجر العين المأجورة لقبض ما كان عجله من الاجرة ، فهلكت العين في يده ، لا يضمن ، ولا يسقط ما عجله (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، 450) .
- لو هدم شخص دار جاره وقت الحرق لمنع سريان الحريق ، بغير اذن ولي الأمر ، وبغير اذن صاحبها ، فانه يجوز له ذلك ، ويضمن قيمتها معرضة للهلاك ؛ لأنه فعل ذلك الهدم لأجل نفسه (المادة : 919 من المجلة) .
- جواز الاجارة على تعليم القرآن والأذان والامامة حفظاً للشعائر من الضياع (عزام ، القواعد الفقهية : 122)

قاعدة : المشقة تجلب التيسير (السيوطي ، الاشباه والنظائر : 76 . ابن نجيم ، الاشباه والنظائر : 75 . الزركشي ، المنتور : 3-169 . المادة : 17 من المجلة . الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 105 . البورنو ، الموسوعة : 632/10)

أثر القواعد الفقهية في أحكام القانون المدني ومعاملاته

توضيح القاعدة وادلتها : المشقة الميسرة : هي تلك المشقة التي تتجاوز الحدود العادية والطاقة البشرية السوية ، لا مطلق المشقة ؛ لأن كل التكاليف لا تخلو من المشقة المحتملة ، أما المشقة التي يتحملها المكلف فلا تضر ولا تؤثر ، كالجهد في الصوم ، والمتاعب في الحج ، أما إذا طرأت ظروف أو حالات تجعل المكلف في مشق غير معتادة ، فالشارع الحكيم يرخص استعمال الرخص الشرعية بقيام اسبابها ، وبعبارة أخرى يجب التوسيع وقت الضيق .

- جواز فسخ الإجارة بعذر السفر (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 157)
- الاعذار الموجبة لفسخ الإجارة شرعت دفعاً للضرر عن المستأجر أو المؤجر (السدلان ، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع منها : 270)

قاعدة : الامر اذا ضاق اتسع (السيوطي ، الاشباه والنظائر : 83 . ابن عبد السلام ، قواعد الاحكام في مصالح الانام : 113/2 . المادة : 18 من المجلة .

- يحكم القاضي بسد المنافذ المطلة على مقر نساء الجار بقدر ما يمنع الضرر واذى النظر عنه بوضع حاجز خشبي ونحوه ، لا بسد النافذة كلياً (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 188) .

المبحث الثاني

أثر الدلالة الفقهية في أحكام الرهن ومعاملاته

قاعدة : العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني (ابن رشد ، ابو الوليد محمد بن احمد بن رشد الجد (ت520هـ) : المقدمات والممهّدات (ط1 ، مطبعة السعادة بمصر 1325هـ-) : 6/1 . المادة : 3 من المجلة . الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 55 . المادة 155 من القانون المدني العراقي . كامل ، القواعد الفقهية الكبرى واثرها في المعاملات المالية : 85) .

(العبرة بالإرادة باللفظ) (اسماعيل ، القواعد الفقهية بين الاصلية والتوجيه : 35) .

(العقود تابعة للقصود) (المصطفوي ، مئة قاعدة فقهية : 171) .

(الوسائل لها حكم المقاصد) (البهوتي ، كشف القناع : 198/1 . الرملي ، نهاية المحتاج : 206/6) .

(ادارة الامور في الاحكام على قصدها) (الزحيلي ، د. محمد ، القواعد الفقهية وتطبيقاتها : 63/1) .

المراد بالمقاصد والمعاني تلك القرائن اللفظية التي توجد في العقد فتكسبه حكم عقد آخر ، يفهم من ذلك انه عند حصول العقد لا ينظر للألفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد ، انما ينظر إلى مقاصدهم الحقيقية من الكلام وهو المعنى وليس اللفظ .

- إن جريان حكم الرهن في بيع الوفاء ليس في جميع الأحكام بل في بعضها ، وبيان ذلك أنه اختلف في بيع الوفاء فقيل هو بيع صحيح ، وقيل بيع فاسد ، وقيل هو رهن ، والمفتي به هو القول الجامع ، وعليه جرت المجلة في المادة (118) وهو أن بيع الوفاء له شبه بالبيع الصحيح ، وشبه بالمفاسد ، وشبه بالرهن ، وله من كل شبه بعض أحكام المشبه به . ولا مانع من أن يكون للعقد الواحد أكثر من حكم واحد باعتبار المقصود منه ، كالهبة بشرط العوض (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 56) .

قاعدة : لا ضرر ولا ضرار (سبق تخريجه . السيوطي ، الاشباه والنظائر : 83 . المادة : 19 من المجلة : 18 . الزرقا ، المدخل الفقهي العام : 971/2 . البورنو ، الوجيز ، ايضاح القواعد الفقه الكلية : 77-78 ، الزحيلي : النظريات الفقهية : 224 . المادة 216 من القانون المدني العراقي . العاملي ، محمد نقي آل الفقيه العاملي ، قواعد الفقه : 138) .

توضيح القاعدة : هذه القاعدة لفظ حديث شريف ، وهي أصل تشريعي ودليل نصي لمنع الفعل الضار ومعالجة عواقبه عينا ، أو عقوبة ، أو تعويضاً .

أثر القواعد الفقهية في أحكام القانون المدني ومعاملاته

- لو اشترى اثنان شيئاً قيمياً وغاب أحدهما فللحاضر دفع كل ثمنه وقبضه وحبسه عن شريكه إذا حضر حتى ينقد له ثمن حصته ، لأنه مضطر ، ويجبر البائع على قبول كل الثمن من الحاضر ودفع كل المبيع له فتجوزهم قضاء دين الراهن والبائع بلا أمره وإثباتهم حق الرجوع للمعير والصغير والمشتري في هذه الصور إنما كان لدفع ضرر حبس ملكه عنه (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 171) .
- إذا أحدث الغاصب في العين المغصوبة ما يقطع حق المالك في استردادها ، كما إذا كان المغصوب قماشاً فقطعه وخاطه ثوباً أو كان حديداً فصنعه سلاحاً مثلاً أو كان نحاساً فصنعه آنية ثم مات الغاصب أو حبر عليه وكان له غرماء فإن المالك يجعل أحق بالعين المغصوبة من سائر الغرماء حتى يأخذ منها حقه ، وهذه العين المحبوسة لحق المغصوب منه إذا هلك قبل أن يستوفي منها حقه تكون مضمونة على الغاصب ، ولا تكون مضمونة بهذا الهلاك على المغصوب منه ضمان الرهن ، وإن كانت محبوسة لحقه ، كل ذلك دفعاً للضرر عن المغصوب منه (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 171) .
- لا يصح عزل الوكيل ببيع الرهن فيما لو وكله ببيعه وإيفاء الدين من ثمنه إذا لم يؤد الدين عند حلول الأجل ، ولا يصح عزل وكيل الخصومة إذا كان توكيله يطلب المدعي عند إرادة المدعي عليه السفر ؛ لأن عزل الوكيل في هاتين الصورتين يضر بحق المرتهن في الأولى وبحق المدعي في الثانية (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 173) .

قاعدة : الضرر لا يزال بمثله (ابن نجيم . الأشباه والنظائر : 87 . السبكي . تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي (ت771هـ) : الأشباه والنظائر ، تحقيق عادل عبد الموجود وعلي المعوض (ط1) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1411هـ-1991م) : 41/1 . المادة : 25 من المجلة . الزرقا . شرح القواعد الفقهية : 195) .

توضيح القاعدة : هذه القاعدة قيد لقاعدة الضرر يزال ، فإن كانت إزالته واجبة فلا يزال الضرر بضرر مثله ، أو اعظم منه ، وإنما يزال دون الاضرار بالغير إن أمكن والا بأخف منه .

- إذا امتنع الراهن عن الإنفاق على العين المرهونة فإنه لا يجبر على الإنفاق ، لأن الإنسان لا يجبر على الإنفاق على ملكه ، ولكن لما تعلق حق المرتهن بماليتها وحبس عينها ولا يمكن ذلك بدون الإنفاق عليها لتبقى عينها ، فإن الحاكم يأذن للمرتهن بالإنفاق عليها ليكون ما ينفقه ديناً على الراهن (الزرقا ، شرح القواعد الفقهية : 195) .
- يمنع الراهن من بيع الرهن ما دام في يد المرتهن ؛ لأن ملكية الراهن تقتضي نفاذ بيع الرهن ، وتعلق حق المرتهن بمنع نفاذ البيع بدون رضا المرتهن ، وقد تعارضاً ، فيقدم المانع (الدعاس ، القواعد الفقهية : 28) .

قاعدة : إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع (الزركشي ، المنثور في القواعد : 348/1 . ابن رجب ، القواعد : 97 . المادة : 46 من المجلة . المادة 4 من القانون المدني العراقي) .

إذا تعارض ما يمنع وجود شيء أو حكمه والمقتضى لهذا الحكم ، فإنه يقدم المانع ؛ لأن الشريعة تهتم بالمنهيات أكثر من اهتمامها بالمأمورات فيقدم الجرح على التعديل .

المبحث الثالث

أثر القاعدة الفقهية في الشفعة ومعاملاتها

الشفعة في اللغة والاصلاح: الشفعة بضم الشين وسكون الفاء ، اسم مصدر بمعنى التملك ، وهي من الشفع الذي هو ضد الوتر. لما فيه من ضم عدد الى عدد أو شيء الى شيء ، يقال : شفع الرجل الرجل شفعا اذا كان فردا فصار له ((شفع)) . ثانيا ، وشفع الشيء شفعا ضم مثله اليه وجعله زوجا (القاموس ، والمعجم الوسيط ، والمصباح ، مادة

وفي الاصطلاح عرفها الفقهاء بأنها : ((تمليك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه . أو هي حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض)) (حاشية رد المحتار على دار المختار 142/5 ، ونهاية المحتاج الى شرح المنهاج 192/5 ، فتح القدير 406/6 ، والتاج والاكلیل لمختصر خليل 310/4 ، والخرشي على مختصر خليل 161/6) .

حكم الشفعة :

الشفعة حق ثابت بالسنة والاجماع ولصاحبه المطالبة به او تركه , واستدلوا من السنة بحديث جابر بن عبد الله رضي الله تعالى عنهما (شرح الكنز للزيلعي 239/5 , ونهاية المحتاج 192/5 , حاشية الجبرمي 133/3 , والمغني 5 / 460-459)

قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم ؛ فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة (وفي رواية [2499] وابن ماجه [3514] , وابو داود [1370] , والترمذي [2257] , [2495]) (رواه البخاري اخرى قال جابر رضي الله تعالى عنها : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربة , او حائط لايحل له ان يبيع حتى يؤذن شريكة , فان شاء اخذ , وان شاء ترك ؛ فاذا باع ولم يؤذنه فهو احق به) (رواه مسلم [4701] , والنسائي [1608/134])

[1368] عن سمرة رضي الله تعالى عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : جار الدار احق بالدار (رواه الترمذي) . [8/5] , واحمد في المسند [3517] , وابو داود وقال ابن المنذر : اجمع اهل العلم عن اثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من ارض او دار او حائط ([461/5] المغني)

حكمة مشروعة الشفعة :

- (1) لما كانت منشأ الضرر في الغالب , وكان الخطاء كثيرا ما يبغى بعضهم على بعض شرع الله سبحانه وتعالى رفع هذا الضرر بأحد طريقين :
- (2) بالقسمة تارة وانفراد كل من الشريكين بنصيبه .
- (3) وبالشفعة تارة اخرى وانفراد احد الشريكين بالجملة اذا لم يكن على الآخر ضرر في ذلك .

فاذا اراد بيع نصيبه واخذ عوضه كان شريكة احق به من الاجنبي , وهو يصل الى غرضه من العوض من ايهما كان , فكان الشريك احق بدفع العوض من الاجنبي ويزول عنه ضرر الشركة , ولا يتضرر البائع لأنه يصل الى حقه من الثمن , وكان هذا من أعظم العدل واحسن الاحكام المطابقة للعقول والفطر ومصالح العباد . كما قال ابن القيم (اعلام الموقعين [247/2]) .

اسباب الشفعة :

اتفق الفقهاء على ثبوت الشفعة للشريك الذي له حصة شائعة في نفس العقار المبيع مالم يقسم . واختلفوا في الاتصال بالجوار وحقوق المبيع فاعتبرهما الحنفية من اسباب الشفعة خلافا لجمهور الفقهاء .

تطبيقات القواعد والضوابط الفقهية على بحث الشفعة :

- 1- قاعدة : ((الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف)) :
اذا حدث المشتري في العقار المشفوع ابنية , فلو اجبر المشتري والحالة هذه على قلعها وتسليم العقار المشفوع للشفيع يتضرر المشتري , كما انه اذا اجبر الشفيع على أخذ المشفوع مع دفع قيمة البناء الذي احده المشتري يتضرر ايضا بإجباره على دفع نقود ثمنا للبناء المحدث زيادة عن قيمة المشفوع . الا ان هذا الضرر اخف من ضرر المشتري فيما لو اجبرناه على قلع البناء , اذ يضع ما انفقته على البناء بلا مقابل , بخلاف الشفيع فانه يأخذ مقابل الثمن الذي يدفعه البناء .

اذا فضرر الشفيع اخف من ضرر المشتري فيختار , ويكلف ذلك الشفيع بأخذ الابنية ودفع القيمة للمشتري .

- 2- قاعدة : ((لا يزال الضرر بالضرر)) :
أ- ان تصرف المشتري في الشقص بما لا تجب به الشفعة , كالوقف والهبة والرهن , وجعله مسجدا , فقال أبو بكر : للشفيع فسخ ذلك التصرف , ويأخذ بالثمن الذي وقع البيع به . وهو قول مالك , والشافعي , واصحاب الراي , لان الشفيع ملك فسخ البيع الثاني والثالث , ومع امكان الاخذ بهما , فلان يملك فسخ عقد لا يمكنه الاخذ به اولى , ولان حق الشفيع اسبق , وحجته اقوى , فلم يملك المشتري أن يتصرف تصرفا يبطل حقه (المغني - ابن قامة - كتاب الشفعة) .

ت- من اشترى دارا , فجعلها مسجدا , فقد استهلكها , ولا شفعة فيها . ولان في الشفعة ها هنا اضرارا بالموهوب والموقوف عليها لان ملكه يزول عنه بغير عوض , ولا يزال الضرر بالضرر بخلاف البيع , فانه اذا فسخ البيع الثاني , رجع المشتري رد العوض الى غير المالك , وسلبه عن المالك , فاذا قلنا بسقوط الشفعة , فلا كلام وان قلنا بثبوتها , فان الشفيع يأخذ الشقص ممن هو في يده , ويفسخ عقده , ويدفع الثمن الى المشتري (المصدر السابق) .

ث- وان تلف الشقص او بعضه في يد المشتري , فهو من ضمانه , لأنه ملكه تلف في يده , ثم ان اراد الشفيع الاخذ بعد تلفه بعضه , اخذ الموجود بحصته من الثمن , سواء كان التلف بفعل الله تعالى او بفعل ادمي , وسواء تلف باختيار المشتري , كنقطة للبناء , او بغير اختياره , مثل ان انهدم ثم ان
كانت الانقضاء موجودة
اخذها مع العرصة بالحصة .

وان كانت معدومة اخذ العرصة وما بقي من البناء ؛ لأنه متى كان النقص بفعل ادمي , رجع بدله المشتري , فلا يتضرر , ومتى كان بغير ذلك لم يرجع اليه شيء فيكون الاخذ منه اضرارا به , والضرر لا يزال بالضرر (المغنى - ابن قدامة - الجزاء الخامس - كتاب الشفعة)

د- ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن ؛ لان في اخذه بدون دفع الثمن اضرارا بالمشتري , ولا يزال الضرر بالضرر .

فان احضر رهنا او ضمينا , لم يلزم المشتري قبوله , لان في تأخير الثمن ضررا , فلم يلزم المشتري ذلك كما لو اراد تأخير ثمن حال , فان بذل عوضا عن الثمن لم يلزم قبوله , لأنها معاوضة , ولم يجبر عليها (المصدر السابق)

ه- اجمع كل من أحفظ عنه اهل العلم على ان احد الشفيعين لو ترك شفيعته , ولم يكن للآخر الا اخذ الجميع او ترك الجميع , وليس له اخذ البعض , وهذا قول مالك والشافعي واصحاب الراي , لان في اخذ البعض اضرارا بالمشتري بتبعيض الصفقة عليها , والضرر لا يزال بالضرر (الموسوعة الفقهية - ((تبعيض))) (و- الشفعة بين شركاء شفعاء على قدر املاكهم كمسائل الرد , لان الشفعة حق يستفاد بسبب الملك , فكان على قدر الاملاك كالغلة . ولا يرجع اقرب الشفعاء على ابعدهم , ولا اذا قرابة من الشفعاء على اجنبي , لان القرب ليس هو بباب الشفعة , ومع ترك البعض من الشركاء حقه من الشفعة , لم يكن للباقي الذي لم يترك حقه ان يأخذ بالشفعة الا الكل او يترك الكل , لان في اخذ البعض اضرارا بالمشتري بتبعيض الصفقة عليه , والضرر لا يزال بالضرر . كما لو كان بعض الشفعاء غائبا , فانه ليس للحاضر الا اخذ الكل او تركه , لأنه لم يعلم الا ان مطالب سواء (مطالب أولي في شرح غاية المنتهى - الرحبياني - الجزاء الرابع - باب الشفعة)

3- قاعدة : ((دفع المفاصد المقدم على تحصيل المصالح)) : أن كان بيت على بيت اخر ولم يشتركه في الطريق والمرسى ولا في احدهما فهل الكل من رب البيت ورب الغرفة شفعة ؟ امضرة الغرفة على البيت والشفعة لدفعها فيشفعها صاحب البيت ليزيل المضرة . ويشفع صاحب الغرفة البيت ليتمكن من المضرة كيف شاء او لا تشفعه لواحد تغليا لجهة عدم المضرة , وهي ان البيت لا يضر الغرفة فلا يشفعها فلا تشفعه , وفيه نظر , لان التخلية مقدمة على التحلية ودفع المفاصد مقدم على تحصيل المصالح فلتغلب المضرة , فتكون الشفعة بينهما (شرح النيل وشفاء العليل - محمد يوسف أطفيش - الكتاب الرابع عشر في الشفعة - باب: ففسي الشفاعة)

4- قاعدة : ((دفع الضرر عن الانسان باضرار غير متناقض)) وقت القضاء بالشفعة هو وقت المنازعة والمطالبة بها , فاذا طالبه بها الشفيع يقضي القاضي له بالشفعة سواء حضر الثمن او لا . وينبغي على القاضي الا يقضي بالشفعة حتى يحضر الشفيع المال , فان طلب اجلا يوما او يومين او ثلاثة الايام ولم يقض له بالشفعة , فان قضى بالشفعة ثم ابى الشفيع ان ينقد حبسه , لان حق الشفعة انما يثبت لدفع ضرر الدخيل عن الشفيع , والقضاء قبل احضار الثمن يتضمن الضرر المشتري لاحتمال افلاس الشفيع .

((ودفع الضرر عن الانسان باضرار غير متناقض)) (بدائع الصنائع - الكاساني - كتاب الشفعة) 5- ضابط : ((حق الشفعة يثبت بالبيع عنده العلم به)) : ان باع عقار بعقار اخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الاخر , لانه بدله وهو من ذوات القيم فيأخذه بقيمته .

وإذا باع بئمن مؤجل للشفيع الخيار ، ان شاء اخذها بئمن حال ، وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم ياخذها ، وليس له ان ياخذها في الحال بئمن مؤجل .

6- ضابط : ((حق الشفعة متى دار بين ان يثبت وبين الايثبت لا يثبت)) :

أ- رجل اشترى دارا على ان يضمن الشفيع الثمن عن المشتري او ضمن للمشتري الدرك او شترط البائع الخيار للشفيع فامضى البيع فهذا كله تسليم للشفعة . قال الشيخ ابومعين النفسي في شرح الجامع الكبير : اما اذا باع فضمن الشفيع الثمن عن المشتري و الشفيع حاضر فقبل في المجلس جاز البيع بهذا شرط استحسانا والقياس ان لايجوز الا ترى انه لو لم يقبل في المجلس لا يصح البيع .

واما لشفعة للشفيع فلان الشفيع صار كالبائع من وجه وكالمشتري من وجه ، أما كالبائع من وجه لان البيع يتم به وكذا له ان يطالب المشتري بآداء الثمن حته يخلصه عن الكفالة متى كانت الكفالة بآمره كما للبائع مطالبة المشتري بآداء الثمن .

واما كالمشتري من وجه لان الشراء يتم به وكذا البائع يطالبه بالثمن كما يطالب المشتري فوق التردد في ثبوت حق الشفعة فلا يثبت لان حق الشفعة متى دار بين ان لا يثبت لا يثبت (تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق - الزيلعي - كتاب الشفعة - باب ما تبطل به الشفعة)

7- قاعدة : ((المبني على الفساد فاسد)) :

أ- لا شفعة في بيع فاسد لأنه منحل لانعدامه شرعاً ، فالشقص لم ينتقل عن ملك بائعه فلو أخذ الشفيع من المشتري بالشفعة وعلم بالفساد بعد ذلك فسخ بيع الشفعة ، لأن المبني على الفساد فاسد . إلا أن يفوت فتثبت الشفعة بالقيمة في المتفق على فساده وبالثمن في المختلف فيه . ولا في كراء : فمن أكرى نصيبه منهما فليس للآخر أخذ بالشفعة وقيل : فيه الشفعة بشرطين : أن يكون مما ينقسم ، وأن يسكن الشفيع بنفسه (حاشية الصاوي على الشرح الصغير - باب في الشفعة) .

ب- لو باع رجل داره بئمن مؤجل على أن التسليم للدار يؤجل أيضاً ، فطالب جاره أن يحصل على الدار بنفس الشروط بحق الشفعة فلا يصح ، لأن العقد الأصلي فاسد فهو بيع مؤجل فيه العوضان .

8- قاعدة : ((ذكر بعض مالا يتجزأ كذكر كله)) :

أ- لو سلم الشفيع نصف العقار المشفوع يكون بذلك مسقطاً حتى شفيعته في الكل ، لأن الشفعة مما لا يتجزأ (دور الحكام - الجزء الاول - المادة ((63))) .

ب- لو باع رجل شقة لشخص خارج عن العمارة ، فطالب جاره بحق الشفعة في الشقة ولكنه تنازل عن نصفها للمشتري ، أو لم يتمكن إلا من سداد نصف ثمنها سقط حقه في الشفعة لأن ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله .

9- قاعدة : ((لا عبارة بالثمن)) :

أ- إذا بيعت دار وكان لها جار ان لكل حق الشفعة أحدهما غائب ، فادعى الشفيع الحاضر الشفعة فيها فيحكم له بذلك ، ولا يجوز إرجاء الحكم بداعي أن الغائب ربما يطلب الشفعة في الدار المذكورة .

ب- إذا كان لدار شخص نافذة على أخرى لجاره تزيد على طول الانسان فجاء الجار طالباً سد تلك النافذة بداعي أنه في الممكن أن يأتي صاحب النافذة بسلم ويشرف على مقر النساء فلا يلتفت لطلبه (الموسوعة الفقهية " توهم ")

الخاتمة

تعد القواعد الفقهية الكبرى والمتفرعة عنها بمثابة نظريات فقهية تدخل في أكثر أبواب الفقه الاسلامي ، وبرز البحث الجانب التطبيقي لتلك القواعد واثرها على المعاملات المدنية لاسيما في تعاملات البيع والاجارة والرهن .

وتبين أن للقواعد الفقهية دور مهم في تفسير الفقه وذلك بحفظ فروعه المتناثرة وضبطها وتنظيمها في صفوف منظمة قليلة العدد سهلة الحفظ بعيدة عن النسيان .

وبإمكان المجتهد والمشرع والقاضي والمفتي والباحث الركون إليها والاستئناس بها عند الحكم أو الافتاء أو ترجيح أحد الاراء الفقهية .

ومثلاً من خلال جمع المسائل في عقود البيع التي تناولتها القاعدة الفقهية نجد اشبه بنظرية أنتت على معظم معاملات البيع ووضعت الحلول والمعالجات لكثير من اشكالات التي تعترض عقد البيع .

إذا توخت القاعدة الفقهية الجديدة في معاملات البيع والبعد عن الهزل ، ومنعت البيع لمن يستعين بمبيع على المنكر ، وأوجبت البيع مقابل الثمن ، وعالجت المماثلة في سد الثمن وعالجت عيوب وهلاك المبيع في يد المشتري والبائع ، ووضعت الحلول فلا يجبر أيهما إلا أن يقضي القاضي بدفع الثمن أو فسخ المبيع ، وعالجت القاعدة الفقهية خيارات المبيع ، خيار الروبا الذي شرع لدفع الضرر عن المشتري بدخول ما لا يلائمه في ملكه ، وخيار الشرط للحاجة إلى التروي لئلا يقع في ضرر الغبن ، وأوجبت على ولي الأمر التدخل في معالجة الاحتكار وهكذا أصبحت معاملات البيع حقلاً منظماً عالجت القاعدة الفقهية .

وأخيراً فإن القاعدة الفقهية في كل المعالجات التي طرحتها في المسائل التي تناولها الباحث من بيع وإجارة ورهن وشفعة كان الهدف منها دفع المفاصد وتحصيل المصالح ودفع الضرر .

المصادر :

- (1) ابن رب ، عبد الرحمن بن احمد : تقرير القواعد وتحرير الفوائد (ط1 ، دار ابن عفان ، السعودية ، 1419هـ-1998م) .
- (2) ابن قاضي سماوة ، محمود بن اسرائيل الرومي (ت818هـ) : جامع الفصولين (ط1 ، المطبعة الأزهرية ، القاهرة 1300هـ) + (المطبعة الاميرية الكبرى ، القاهرة ، 1300هـ) .
- (3) ابن القيم ، شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي (ت751هـ) : الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية (مطبعة السنة المحمدية ، مصر ، 1958م) .
- (4) ابن نجيم ، زين الدين ابراهيم محمد (ت970هـ) : البحر الرائق شرح كنز الدقائق (ط ، دار الكتاب الاسلامي ، 1418هـ-1997م) .
- (5) حيدر ، علي (ت1353هـ) : درر الاحكام شرح مجلة الاحكام (دار الكتب العلمية ، بيروت) .
- (6) حيدر علي درار : الخصام في شرح الأحكام- المجلد الثالث- طبعة 1991 .
- (7) . حيدر علي درار: الخصام في شرح مجلة الأحكام، المجلد الثالث، طبعة 1991 .
- (8) . الدسوقي محمد بن عرفة المالكي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ أبي البركات بن محمد العدوي الشهير بالرددير- الجزء الخامس- دار المكتبة العلمية/بيروت- طبعة أولى 1417-1996 .
- (9) الدعاس ، عزت عبيد : القواعد الفقهية (ط2 ، منشورات مكتبة الغزالي ، سورية ، حماة) .
- (10) الزحيلي ، د. محمد : القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الاربعة ، (ط1 ، دار الفكر ، دمشق ، 1428هـ-2007م) .
- (11) الزرقا ، أحمد بن محمد : شرح القواعد الفقهية (ط6 ، دار العلم ، دمشق ، 1422هـ-2004م) .
- (12) الزرقا ، مصطفى احمد (ت1420هـ) : المدخل الفقهي العام (ط2 ، دار القلم، دمشق ، 1425هـ-2004م) + (ط6 ، مطبعة جامعة دمشق 1379هـ-1959م) .
- (13) السدلان ، د. صالح بن غانم : القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها (ط2 ، دار بلنسية ، الرياض ، 1420هـ-1999م) .
- (14) لسيوطي جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر (ت911هـ) : الاشباه والنظائر (مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة 1959) .
- (15) عادل حاميدي: التصرفات الواردة على العقار غير المحفظ بين الفقه الإسلامي والفراغ القانوني.
- (16) عزام ، د. عبد العزيز محمد : القواعد الفقهية (دار الحديث القاهرة 1426هـ-2005م) .
- (17) الغرياني ، د. الصادق بن عبد الرحمن : تطبيقات قواعد الفقه من خلال كتابي إيضاح المسالك للونشريسي وشرح المنهج المنتخب للمنجور (ط1 ، دار البحوث للدراسات الاسلامية وحياء التراث ، دبي 1423هـ-2002م) .
- (18) القانون المدني العراقي (مطبعة العاني - بغداد ، 1951م) .
- (19) قانون الاثبات العراقي : (مطبعة وزارة العدل ، بغداد 1979م) .
- (20) الكاساني ، أبو بكر مسعود بن أحمد ، (ت587هـ) : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ط2 ، دار الكتب العلمية 1406هـ-1986م) + (مط الجمالية ، القاهرة 1910م) .
- (21) اللحجي ، عبدالله بن سعيد بن عباد الحضرمي : إيضاح القواعد الفقهية (ط3 ، السعودية ، 1410هـ ، دون دار نشر) .
- (22) محمد بريدة اغزيول: «الدليل العملي للعقار غير المحفظ» طبعة 2007 .
- (23) د. محمد عبد الرحمن الضويني: أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفقه الجامعي.

أثر القواعد الفقهية في أحكام القانون المدني ومعاملاته

(24) مجلة الفقه والقانون- عدد 14 شتبر 2011.

الرسائل :

1. مازن جميل عمران: «القسم الرضائية في العقار»- دراسة مقارنة- جامعة النجاح الوطنية- كلية الدراسات العليا- نابلس/فلسطين، رسالة لنيل الماجستير 2008.

لقد تم تقديم هذه الدراسة بالمؤتمر الدولي السادس للعلوم الاجتماعية الذي عقد بجامعة علاء الدين كيكوباد بالانبا في الفترة ما بين 18-20 2019