

2022

The Rule If Guaranteed and Lost Were Generated from an Action, Lost Will Be Discarded, Guaranteed Will Be Considered

Nanil Magaireh
nabeelmgh@ju.edu.jo

Follow this and additional works at: <https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jpu>



Part of the [Arts and Humanities Commons](#), and the [Social and Behavioral Sciences Commons](#)

Recommended Citation

Magaireh, Nanil (2022) "The Rule If Guaranteed and Lost Were Generated from an Action, Lost Will Be Discarded, Guaranteed Will Be Considered," *Jerash for Research and Studies Journal* مجلة جرش للبحوث والدراسات: Vol. 23: Iss. 1, Article 31.

Available at: <https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jpu/vol23/iss1/31>

This Article is brought to you for free and open access by Arab Journals Platform. It has been accepted for inclusion in Jerash for Research and Studies Journal مجلة جرش للبحوث والدراسات by an authorized editor. The journal is hosted on [Digital Commons](#), an Elsevier platform. For more information, please contact rakan@aarj.edu.jo, marah@aarj.edu.jo, u.murad@aarj.edu.jo.

القاعدة الفقهية:

"إذا تولد من فعل مضمون ومهدر سقط ما يقابل المهدر واعتبر ما يقابل المضمون"
مفهومها وضوابطها الفقهية وتطبيقاتها المعاصرة

نبيل محمد كريم المغيرة*

تاريخ الاستلام 2020/1/5

تاريخ القبول 2020/2/12

ملخص

يتناول هذا البحث القاعدة الفقهية: "إذا تولد من فعل مضمون ومهدر، سقط ما يقابل المهدر، واعتبر ما يقابل المضمون"، ويهدف هذا البحث إلى بيان معنى القاعدة، ومدى أخذ الفقهاء بهذه القاعدة، والضوابط التي ينبغي توافرها لإعمال القاعدة، وأهم تطبيقاتها الفقهية، ومستثنيات هذه القاعدة. ومن خلال هذه الدراسة تمّ التعريف بهذه القاعدة، والضوابط العامة التي يجب توافرها لإعمال هذه القاعدة، وكيفية تطبيقها فقهاً وواقعاً.

وقد توصلت الدراسة إلى أنّ الفقهاء قد اختلفوا في إعمال هذه القاعدة لكن يمكن تطبيقها وفق الضوابط والشروط التي وضعوها لإعمال هذه القاعدة.

كما أوصت الدراسة بدراسة هذه القاعدة في كل موضوع من موضوعات الفقه من عبادات، ومعاملات، وأحوال شخصية، وعقوبات، وغيرها؛ لوضع الضوابط الخاصة لها، لأنّ لكل موضوع فقهي ضوابطه التي تخصه في بابها مما يتعلق بالأحكام الفقهية المتعلقة بهذه القاعدة.

الكلمات المفتاحية: القاعدة، المضمون، المهدر، الضوابط، التطبيقات الفقهية.

© جميع الحقوق محفوظة لجامعة جرش 2022.

Email: nabeelmgh@ju.edu.jo

* أستاذ، قسم الفقه وأصوله، الجامعة الأردنية، الأردن.

The Rule If Guaranteed and Lost Were Generated from an Action, Lost Will Be Discarded, Guaranteed Will Be Considered

Nanil M. Magaireh, *Prof., Department of Jurisprudence and its Fundamentals,
University of Jordan, Jordan.*

Abstract

This research investigates the legal rule " If guaranteed and Lost were generated from an action, lost will be discarded, guaranteed will be considered" aiming at explaining it, to what extent scholars have consulted it, controls for applying it, its legal and contemporary applications, and its exceptions.

In the present study, the rule in question, general controls for applying it, ways of applying it in terms of jurisprudence and reality have been identified.

Amongst the results of the current research we find that although scholars differ in applying the rule in question, it is still can be applied in the light of the controls and conditions they stipulated for applying it.

The study recommends the rule to be studied in subjects of jurisprudence of worship, transactions, personal status, penalties, etc. This is in order for stipulating specific conditions for each one of these subjects.

Keywords: Rule, Guaranteed, Lost, Controls, Juristic applications.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين نبينا محمد صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه الطيبين الطاهرين، ومن سار على نهجهم، واقتفى أثرهم بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد .

فإن علم القواعد الفقهية من أهم العلوم الشرعية التي من خلالها نستطيع أن نضبط أحكام الفقه الإسلامي ونتعرف على مبادئه وكلياته، وأساسه العامة الشرعية منها والعقلية، ولنتمكن بعد ذلك من سبر غور الأحكام الفقهية ومعرفة تفاصيلها، ومقاصد الشريعة التي راعاها الشرع في هذه الشريعة السمحة.

وبناءً على ما تقدم فإن معرفة القواعد الفقهية أمر ضروري لاستنباط الأحكام، وفهمها وإدراكها، والوقوف على مقاصد الشرع الحكيم.

وقد حاولنا في هذه الدراسة التعرف على الأحكام الشرعية التي وضعها الشرع في حال نظمه لموضوعين أو أكثر من الموضوعات الفقهية في سلك واحد مما يعرف عند الفقهاء بالمضمون وغير المضمون، وذلك من خلال دراستنا للقاعدة الفقهية التي يجتمع فيها مضمون وغير مضمون سواء أكان من جهة الفاعل أو من جهة الفعل.

أما مشكلة الدراسة فتتمثل في الإجابة عن الأسئلة الآتية:

- 1- ما معنى هذه القاعدة؟
- 2- وما القواعد المرتبطة بها؟
- 3- وهل هي محل اتفاق بين الفقهاء والأصوليين؟ وما هي أدلتهم؟
- 4- وما مجال إعمال القاعدة؟
- 5- وما هي الضوابط أو الشروط التي ينبغي توافرها لتطبيق هذه القاعدة؟

وتكمن أهمية هذه الدراسة في التعرف على قاعدة اجتماع مضمون وغير مضمون في بيان حكمها، وموقعها بين القواعد الفقهية والأصولية والمقاصدية، وبيان مفهوم هذه القاعدة وأهم القواعد المرتبطة بها، وأراء الفقهاء في هذه القاعدة، ومن ثم استخراج أهم الضوابط العامة التي تضبط تطبيق هذه القاعدة، وذلك من خلال استقراء النصوص الشرعية في كتاب الله تعالى، وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، واستقراء النصوص الفقهية المتعلقة بهذه القاعدة.

أما الدراسات السابقة: فقد عني الفقهاء والأصوليون القدامى بالقواعد الفقهية والأصولية من حيث بيان أنواعها، وتطبيقاتها ومستثنياتها، كما ذكروا قاعدة تولد الشيء من فعل مضمون وغير مضمون وكانوا مختلفين في إعمالها، لكن لم تتضح لنا الضوابط التي وضعوها لإعمال هذه القاعدة فكان لا بد من دراستها دراسة متعمقة للوقوف على مدى تطبيق هذه القاعدة، والحالات التي لا يجوز فيها إعمال هذه القاعدة، وكيفية تطبيقها.

أما الفقهاء والباحثون المعاصرون فلم تنل هذه القاعدة ما تستحقه من العناية والاهتمام بشكل مباشر. حيث لم نجد دراسة تناولت هذه القاعدة بمثل المنهجية والعرض الذي تناولته لهذه القاعدة.

وبناءً على ما تقدم فقد جاءت هذه الدراسة لتكمل ما لم يبحثه من سبقنا؛ من خلال محاولة التوصل إلى تعريف دقيق لهذه القاعدة، ومن ثم بيان أراء الفقهاء القدامى والمعاصرين ومدى أخذهم بهذه القاعدة، علاوة على بيان الضوابط العامة التي ينبغي توافرها لتطبيق هذه القاعدة في المسائل الفقهية والوقائع الفقهية المعاصرة.

وأما خطة البحث لدراسة هذه القاعدة، وبيان مفهومها، وأنواعها، وضوابطها العامة، فقد اقتضت طبيعة الدراسة تقسيمها إلى تمهيد ومبحثين على النحو الآتي:

التمهيدي: تعريف القاعدة بالمعنى العام وأنواعها وطبيعة هذه القاعدة بين القواعد.

المطلب الأول: تعريف القاعدة.

المطلب الثاني: أنواع القواعد المتعلقة بالأحكام الشرعية وطبيعة هذه القاعدة.

المبحث الأول: معنى قاعدة إذا تولد من فعل مضمون ومهدر، ومقوماتها، وأنواعها وأراء الفقهاء في إعمال القاعدة، وأدلة حجيتها.

المطلب الأول: بيان مفردات القاعدة ومعناها.

المطلب الثاني: مقومات القاعدة (إذا تولد من فعل مضمون وغير مضمون).

المطلب الثالث: صور اجتماع المضمون وغير المضمون ومدى اعتبارها.

المطلب الرابع: أراء الفقهاء في إعمال القاعدة وأدلة حجيتها.

المبحث الثاني: ضوابط القاعدة وتطبيقاتها الفقهية واستثناءاتها وتطبيقاتها المعاصرة.

المطلب الأول: ضوابط قاعدة (إذا تولد من فعل مضمون وغير مضمون)

المطلب الثاني: مجال إعمال القاعدة وتطبيقاتها الفقهية واستثناءاتها.

المطلب الثالث: التطبيقات الفقهية المعاصرة للقاعدة.

أما الخاتمة فقد تناولت أهم النتائج والتوصيات التي خرج بها الباحث.

هذا، والله أسأل أن يكون عملي هذا متقبلاً، وخالصاً لوجهه الكريم، وأن يكون في ميزان حسناتنا يوم الدين، يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

تمهيد: تعريف القاعدة بالمعنى العام، وأنواعها، وطبيعة هذه القاعدة بين القواعد.

المطلب الأول: تعريف القاعدة.

أولاً: القاعدة لغة

القاعدة جمعها قواعد، ومادة قَعَدَ في اللغة تفيد معنى الاستقرار والثبات، ومنه قوله تعالى: **وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ الَّتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا** [النور: 60]، جمع قعيدة، سُمِّيَ بذلك لثبوتهن، واستقرارهن في بيوت أبائهن، أو أوليائهن، أو أزواجهن⁽¹⁾.

ومن معاني القاعدة الأساس، فقواعد البيت أساسه، ومنه قوله تعالى: **وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ** ﴿١٢٧﴾ [البقرة: 127] وأما في الفقه وأصوله فسميت القاعدة بذلك؛ وذلك لبناء الأحكام الفقهية عليها كابتداء الجدران على الأساس⁽²⁾.

ثانياً: القاعدة اصطلاحاً.

وقد عرّف الفقهاء القاعدة بمعناها العام تعريفات عدة – لا مجال لذكرها في البحث - نختار منها: "أنها قضية كلية يتعرف منها أحكام جزئيات موضوعها"⁽³⁾.

المطلب الثاني: أنواع القواعد المتعلقة بالأحكام الشرعية وطبيعة هذه القاعدة.

أولاً: أنواع القواعد المتعلقة بالأحكام الشرعية.

القواعد بالمعنى العام هي قضايا كلية تتعلق بعلوم شتى؛ فهناك قواعد للنحو، وقواعد في الحساب، وقواعد في الفيزياء، وغيرها من العلوم، وما يعيننا هنا القواعد المتعلقة بالأحكام الشرعية، ومكانة هذه القاعدة – التي نحن بصدد دراستها- بين القواعد.

وبناءً على هذا فالقواعد المتعلقة بالأحكام الشرعية هي:

- 1- القواعد الفقهية: "وهي قضايا كلية شرعية عملية، جزئياتها قضايا كلية شرعية عملية"⁽⁴⁾. ومن أهمها القواعد الفقهية الكبرى؛ كقاعدة الأمور بمقاصدها، واليقين لا يزول بالشك، والضرر يزال، والمشقة تجلب التيسير، والعادة محكمة.

2- القواعد الأصولية: قضايا كلية كبرى عامة وشاملة، موضوعها الأدلة الإجمالية تعرف أحكامها منها⁽⁵⁾. ومن هذه القواعد: قاعدة: "الأمر المطلق يفيد الوجوب"، وقاعدة: "النهي يفيد التحريم".

3- القواعد المقاصدية: عرّفها محمد شبير بأنها: "قضية كلية تعبر عن إرادة الشارع من تشريع الأحكام وتستفاد عن طريق الاستقراء للأحكام الشرعية"⁽⁶⁾.

وعرّفها عبدالرحمن الكيلاني بأنها: "المعاني الغائية التي اتجهت إرادة الشارع إلى تحقيقها عن طريق أحكامها"⁽⁷⁾.

ثانياً: طبيعة هذه القاعدة بين القواعد.

قارن الفقهاء بين القواعد الفقهية والقواعد الأصولية ولعل أهم الفروق بينهما ما يأتي:

أولاً: من حيث المصدر

فمصدر القواعد الفقهية النصوص الشرعية مباشرة، أما القواعد الأصولية فمصدرها اللغة العربية التي تصور أحكامها، وهذه القاعدة من حيث المصدر أقرب للقواعد الفقهية منها إلى القواعد الأصولية⁽⁸⁾.

ثانياً: من حيث موضوعها

موضوع القواعد الفقهية هي أفعال المكلفين، أما القواعد الأصولية فموضوعها الأدلة الشرعية، وقاعدة اجتماع مضمون وغير مضمون من حيث موضوعها متعلق بأفعال المكلفين، فهي أقرب إلى القواعد الفقهية منها إلى القواعد الأصولية⁽⁹⁾.

ثالثاً: من حيث كيفية العمل بها.

فالقواعد الفقهية يستنبط الحكم منها مباشرة، بينما القواعد الأصولية يكون بواسطة الدليل. وبناءً على ما تقدم نلاحظ أن قاعدة المضمون وغير المضمون هي أقرب إلى كونها قاعدة فقهية منها إلى القواعد الأصولية؛ لأن الحكم يستنبط من خلالها مباشرة لا بواسطة الدليل كالقواعد الأصولية⁽¹⁰⁾.

المبحث الأول: بيان معنى قاعدة إذا تولد من فعل مضمون ومهدر، والقواعد ذات الصلة بها، ومقوماتها، وأنواعها، وأراء الفقهاء في إعمال القاعدة، وأدلة حجيتها.

المطلب الأول: ألفاظ القاعدة والقواعد ذات الصلة بها.

ذكر الفقهاء هذه القاعدة بألفاظ مختلفة من ذلك:

- 1- ذكرها السبكي بقوله: "إذا تولد الشيء من مضمون وغير مضمون فهل يعطى جميعه حكم الضمان؟"⁽¹¹⁾.
- 2- وذكر ابن القيم هذه القاعدة بقوله: "الجنابة إذا حصلت من فعل مضمون ومهدر، سقط ما يقابل المهدر، واعتبر ما يقابل المضمون"⁽¹²⁾.
- 3- كما ذكرها ابن رجب الحنبلي في قواعده بقوله: "إذا حصل التلف من فعلين أحدهما مأذون فيه والآخر غير مأذون فيه وجب الضمان كاملاً على الصحيح. وإن كان من فعلين غير مأذون فيهما فالضمان بينهما نصفين، حتى لو كان أحدهما من فعل من لا يجب الضمان عليه، لم يجب على الآخر أكثر من النصف"⁽¹³⁾.
- 4- وقد ذكر الفقهاء هذه القاعدة في تطبيقاتها المختلفة: "بأن التلف (أو الهلاك) إذا حصل من فعل مضمون وغير مضمون فيقسم ضمانه بينهما"⁽¹⁴⁾. مع اختلاف الفقهاء في كيفية ومقدار الضمان في حال اجتماع مضمون وغير مضمون في الفعل الواحد كما سنبينه لاحقاً.

أما القواعد المتعلقة بهذه القاعدة فنذكر من أهمها:

- 1- قاعدة: "إذا تعارض الموجب والمسقط غلب المسقط"⁽¹⁵⁾.

ويمكن تطبيق هذه القاعدة على قاعدتنا من حيث اجتماع موجب للضمان ومسقط للضمان فهل يغلب الموجب أم المسقط؟ وفقاً لهذه القاعدة يغلب المسقط وهذا متصور في أن يكون الفعل مأذون فيه شرعاً ابتداءً، ثم تولد منه غير مأذون فيه شرعاً، فعندئذ نطبق هذه القاعدة وذلك تطبيقاً لقاعدة: "الجواز الشرعي ينافي الضمان"⁽¹⁶⁾.

وقد مثل الزركشي لهذه القاعدة بقوله: "أما تولد الفعل بين مضمون وغير مضمون كما إذا أوجبنا الضمان بالختان في الحر (والبرذ) فالواجب جميع الضمان للتعدّي أم نصفه؛ لأن الختان واجب والهلاك (حصل) بين مستحق وغيره وجهان أصحهما الثاني"⁽¹⁷⁾.

- 2- قاعدة: "التلف من مأذون وغير مأذون"⁽¹⁸⁾.

- 3- قاعدة: "المتولد من مأذون فيه لا أثر له بخلاف المتولد من منهي عنه"⁽¹⁹⁾.

مثال ذلك: لو اقتصر من الجاني أو قطع في السرقة فسرى إلى النفس فلا شيء. أما القطع في الجناية لما كان منهيًا عنه ضمن سرائته.

والمبالغة في المضمضة تكره للصائم فإذا بالغ وسبق الماء أفطر بخلاف السبق فيما إذا لم يبلغ.

4- قاعدة: "كل موضوع لحق إذا عطب به إنسان فلا ضمان على واضعه".⁽²⁰⁾

5- قاعدة: "الرضا بالشيء رضا بما تولد منه"⁽²¹⁾.

6- قاعدة: "من أتلف شيئاً لدفع أذاه له لم يضمنه، وإن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه". هذه القاعدة رتب الضمان على الفعل الواحد حسب قصد الاتلاف⁽²²⁾.

مثال ذلك: لو أشرفت السفينة على الغرق، فألقى متاع غيره ليخففها، ضمنه، ولو سقط عليه متاع غيره فخشي أن يهلكه، فدفعه فوق في الماء لم يضمنه.⁽²³⁾

7- قاعدة: "من أتلف نفساً أو أفسد عبادة لنفع يعود إلى نفسه فلا ضمان عليه، وإن كان النفع يعود إلى غيره فعليه الضمان"⁽²⁴⁾.

المطلب الثاني: بيان مفردات القاعدة ومعناها.

أولاً: تولد الشيء لغة: من الفعل وَلَدَ، والواو واللام والـدال أصل صحيح؛ وتولد عن، وتولد من يتولد تولداً، والمفعول متولد عنه، بمعنى نشأ عنه وصدر، وتولد الشيء عن الشيء؛ حصل عنه.⁽²⁵⁾ والمولّد: المحدث من كل شيء. ولا شك أن المعنى الأول هو أقرب إلى المعنى الاصطلاحي؛ وهو الحاصل والناشيء من شيء.

ثانياً: الشيء: وهو الفعل (التصرف):

الشيء لغة: مصدر الفعل شَاءَ، ويجمع على أشياء وأشياءات. وتصغير شيء شَيْئِي⁽²⁶⁾. والشيء: ما يصح أن يخبر عنه فيشمل الموجود والمعدوم، ممكناً أو ممتنعاً.

واصطلاحاً: خاص بالموجود خارجياً كان أو ذهنياً⁽²⁷⁾.

والفعل: جمعه فعال وأفعال، وهو بالفتح مصدر قولك: فعلت الشيء أفعله. والفعل (بالكسر) اسم منه أثر مترتب على المعنى المصدرية.

والفعل: موضوع للحدث ولمن يقوم به ذلك الحدث على وجه الإيهام؛ أي في زمان معين.⁽²⁸⁾

مما تقدم يتبين لنا أنَّ المعنى اللغوي له متعلق بالمعنى الاصطلاحي من حيث التأليف بين شيئين أو فعلين أو تصرفين والاتساق بينهما في سلك واحد بحيث يتولد بينهما مضمون وغير مضمون⁽²⁹⁾.

ثالثاً: مضمون: والمضمون اسم مفعول، واسم الفاعل ضامن. والفعل ضَمَّنَ: والضاد والميم والنون أصل صحيح؛ وهو جعل الشيء في شيء. والضَّمِينُ: الكَفِيلُ. ضَمَّنَ الشيءَ وبِهِ ضَمْنًا وَضَمَانًا: كَفَلَ بِهِ. وَضَمَّنَهُ إِيَّاهُ: كَفَّلَهُ. يُقَالُ: ضَمَّنْتَ الشيءَ أَضْمَنَهُ ضَمَانًا، فَأَنَا ضَامِنٌ، وَهُوَ مَضْمُونٌ. وهو مشتق من التضمين؛ لأنَّ ذمة الضامن تتضمن الحق⁽³⁰⁾.

والضمان مصدر الفعل ضَمَّنَ ويقصد به اصطلاحاً: "التزام رشيد عَرَفَ من له الحق ديناً ثابتاً لا زماً"⁽³¹⁾.

وذكر أبوالبقاء الكفوي أنَّ الضمان أعم من الكفالة؛ لأنَّ من الضمان ما لا يكون كفالة وعرف الضمان بأنه: "رد مثل الهالك إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيمياً"⁽³²⁾.

رابعاً: غير مضمون: وهو ما عبرت عنه القاعدة بأنه مهدر، وسبب إهداره أنه غير مضمون من جهة الشرع، كأن يكون مُلْكُ صاحبه فلا يضمنه، أو مأذون له بالتصرف فيه من جهة الشرع فهلك من غير تعدٍ منه ولا تقصير، أو اجتمع ما هو مضمون وغير مضمون في الفعل الواحد كما في هذه القاعدة فهل يجب الضمان كاملاً؟ أم يطالب بالضمان في ما تجاوز حدَّ الإذن؟ هذا محل خلاف بين الفقهاء كما سنبينه لاحقاً.

خامساً: الحكم

الحكم لغة: بمعنى القضاء، والفصل؛ لمنع العدوان، ومنه قوله تعالى: ^١ إِنَّا أَنْزَلْنَاهُ إِلَىٰكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ ^٢ [النساء: 105]

والْحُكْمُ: العِلْمُ، والفقه، والقضاء بالعدل، وهو مصدر حَكَمَ يَحْكُمُ. قال ابن سيده الْحُكْمُ الْقَضَاءُ وجمعه أَحْكَامٌ. وقد حَكَمَ عليه بالأمر يَحْكُمُ حُكْمًا وَحُكُومَةً. وحكم بينهم كذلك. والحُكْمُ مصدر قولك حَكَمَ بينهم يَحْكُمُ؛ أي قضى وحَكَمَ له وحكم عليه.⁽³³⁾

وهذا موافق للحكم الشرعي فقولنا: حَكَمَ الله على العباد في الصلاة بالوجوب، أي قضى فيها سبحانه بالوجوب، ومنع المكلفين من مخالفته.⁽³⁴⁾

أما في الاصطلاح فعرف الأصوليون الحكم الشرعي بأنه: "خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاءً أو تخييراً أو وضعاً"⁽³⁵⁾.

وحكم القاعدة هنا هو ما عبّرت عنه القاعدة في بعض صيغها بالمهدر؛ أي أنه غير مضمون شرعاً. وفي صيغة أخرى فهل يحكم بالضمان عند اجتماع مضمون وغير مضمون؟ وفي هذا إشارة إلى أن هذه القاعدة محل اختلاف بين الفقهاء في حكمها، ومجال إعمالها، وكيفية تطبيقها.⁽³⁶⁾

خامساً: معنى القاعدة العام عند الفقهاء

تبيّن هذه القاعد أن التصرفات الصادرة عن المكلف والتي هي مشروعة ابتداءً قد يتولد عنها تلف، أو هلاك، أو ضرر لم يكون مقصوداً من جهة الشرع عندما أذن للمكلف القيام بهذا الفعل أو التصرف، فيجتمع من تصرف المكلف فعل غير مضمون ابتداءً، وتولد عنه فعل مضمون من جهة الشرع انتهاءً. فهل يجب على المكلف ضمان التصرف على الكمال مع أنه ركب من فعل مضمون وغير مضمون؟ أم يحاسب المكلف على غير المأذون فيه فحسب؟ وما مقدار الضمان في هذه الحالة؟ هذا محل خلاف بين الفقهاء كما سنبينه لاحقاً.

وبناءً على ما تقدم يمكن القول بأن المراد بالقاعدة هو: أن يُجمَع في التصرف الواحد بين مضمون وغير مضمون وهذا له ثلاثة أحوال:

الأولى: أن يحصل التلف من فعلين أحدهما مأذون فيه، والآخر غير مأذون فيه.

ففي هذه الحالة اجتمع مضمون وغير مضمون فهل يجب الضمان كاملاً؟ كمن أتلف مالا مشتركاً بينه وبين شريكه⁽³⁷⁾. وكمن استأجر دابة ليحمل عليها مائة كيلوغرام من الحنطة، فحمل عليها مائة وخمسون، فهلكت⁽³⁸⁾.

الثانية: أن يحصل التلف من فعلين غير مأذون فيهما فالضمان بينهما نصفان. كاشتراك محرمين في قتل صيد. أو اشتراك محرم وحلال في قتل صيد في الحرم⁽³⁹⁾.

الثالثة: إذا كان التلف ممن يجب عليه الضمان والآخر لا يجب عليه الضمان، لم يجب على الآخر أكثر من النصف. كاشتراك محرم وحلال في جرح صيد خارج الحرم، فمات من ذلك⁽⁴⁰⁾.

والصورة الأولى والثالثة هي متعلق القاعدة، ومحل الخلاف بين الفقهاء في وجوب الضمان كاملاً أو جزء منه حسب طبيعة الواقعة وتوافر شروطها كما سنبين ذلك لاحقاً.

المطلب الثاني: مقومات القاعدة (إذا تولد من شيء مضمون ومهدر اعتبر المضمون وسقط المهدر).

ومن التعريف يمكن أن نستخرج مقومات هذه القاعدة وهي:

المقوم الأول: قيام المكلف بفعل مشروع أو مأذون له فيه شرعاً أو اشتراكه مع من هو مأذون له في التصرف.

مثال ذلك: قيام الجلاد بحد شارب الخمر ثمانين جلدة، ثم زاد خمس جلدات، فمات المحدود.⁽⁴¹⁾ وقتل محل ومحرم خارج الحرم صيداً معاً⁽⁴²⁾.

المقوم الثاني: تولد من الفعل غير المضمون فعل مضمون.

وهو تركب الفعل من غير مضمون ابتداءً من جهة الشرع؛ لأنه ملكه أو مأذون له فيه، ثم تولد عن ذلك مضمون.⁽⁴³⁾

مثال ذلك: أتلّف شخص ماله ومال شريكه المشترك بينهما⁽⁴⁴⁾.

المقوم الثالث: أن يحدث تلف أو ضرر أو مفسدة من اجتماع الفعل المضمون وغير المضمون.

ومثال ذلك: زاد في حد الشرب عن ثمانين جلدة، فأدت الزيادة إلى موت الجاني.⁽⁴⁵⁾

المقوم الرابع: الرابط بينهما (الحكم على الشئيين).

وهذا هو المقوم الأساس في القاعدة هو اجتماع شيء مع شيء في الحكم وهو مضمون وغير مضمون، فهل يضمن المكلف الجميع؟ أم لا يضمن مطلقاً؟ أم يسقط المأذون فيه، ويطالب المكلف بغير المأذون فيه؟ هذا محل خلاف بين الفقهاء كما سنبين لاحقاً.⁽⁴⁶⁾

المطلب الثالث: صور اجتماع المضمون وغير المضمون ومدى اعتبارها.

قسّم الفقهاء اجتماع المضمون وغير المضمون إلى أقسام متعددة هي:

أولاً: اجتماع فعّلين من مكلف من حيث الإذن الشرعي (مأذون فيه شرعاً وغير مأذون فيه).

مثال ذلك: قيام المكلف بفعّلين أحدهما مأذون له فيه والآخر غير مأذون له فيه لكن الفعّلين ترتب عليهما ضرر غير مأذون فيه شرعاً. فهل يجب الضمان كاملاً أم يقسم على الفعّلين؟

مثال ذلك: ضرب القاذف ثمانين جلدة وزاد الجلاد عليها خمس جلدات بأمر الحاكم فمات.⁽⁴⁷⁾

وكضرب المصول عليه الصائل ضربة فولى هارباً- بطل صياله- فإن ضربه أخرى فمات، لم يجب القصاص ووجب على المصول نصف الدية.⁽⁴⁸⁾

ثانياً: اجتماع فعليين من حيث طبيعة اليد (يد ضمان، ويد أمانه، يد ملك).

مثال ذلك: استأجر دابة ليحمل عليها مقداراً من المكيل فزاد فيه. فالأصل أن يد المستأجر يد أمانة، لكنه زاد عن المعتاد في حمل الدابة فهل يضمن؟ وكما مقدار ما يضمن؟⁽⁴⁹⁾

ثالثاً: اجتماع شخصين في فعل أحدهما مأذون له شرعاً والآخر غير مأذون (ضامن وغير ضامن).

مثال ذلك: اجتمع محل ومحرم في قتل صيد خارج الحرم.⁽⁵⁰⁾

رابعاً: اجتماع فعليين أحدهما مأذون فيه والآخر غير مأذون فيه، ولكنه مقيد بشرط السلامة.

مثال ذلك: ضرب المعلم الصبي للتأديب، وضرب الزوج الزوجة لرد نشوزها، والمروور في الطريق العامة، فهذه كلها مأذون فيها لكنها مقيدة بشرط السلامة، فإن وقع منها ضرر أو تلف أو هلاك ففيها الضمان كاملاً.⁽⁵¹⁾

المطلب الرابع: آراء الفقهاء في إعمال القاعدة وأدلة حجيتها.

أولاً: تحرير محل النزاع وبيان سبب الاختلاف

اتفق الفقهاء على أن من قام بفعل مأذون فيه شرعاً وترتب بعد ذلك ضرر، فإنه لا ضمان على من أوقع ذلك الضرر؛ لأنه مأذون له شرعاً. وتطبيقاً لقاعدة: "الجواز الشرعي ينافي الضمان".⁽⁵²⁾ مثال ذلك: من سرق فقطعت يده في السرقة فسرى إلى النفس فلا ضمان؛ لأن القطع كان من جهة الشرع، وهذا باتفاق الفقهاء.⁽⁵³⁾

وكذلك دفع الصائل وفق الضوابط التي نص عليها الفقهاء فلا ضمان على الدافع إذا ترتب على الدافع موت الصائل باتفاق الفقهاء.⁽⁵⁴⁾

وكترك الأغنام في المرعى نهراً فأكلت من زرع القوم فلا ضمان لحديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "العجماء جرحها جبار..."⁽⁵⁵⁾؛ أي هدر، لأن الراعي مأذون له شرعاً في الرعي نهراً، وعلى أهل الزرع رعايته وحراسته بأنفسهم نهراً⁽⁵⁶⁾.

كما اتفقوا على أن من كانت يده يد أمانة أو ملك، فهلك شيء في يده فلا ضمان عليه؛ كمن استأجر بيتاً فهلك أو تلف دون تعدي منه ولا تقصير، ولا ضمان على الأجير الخاص فيما تلف في يده أو تلف من عمله؛ لأن يده يد أمان.⁽⁵⁷⁾

كما اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية،⁽⁵⁸⁾ المالكية،⁽⁵⁹⁾ والشافعية،⁽⁶⁰⁾ والحنابلة،⁽⁶¹⁾ على أن اجتماع فعلين أحدهما غير مأذون فيه، والآخر مأذون فيه ولكنه مقيد بشرط السلامة، أن فاعله يضمن.

جاء في حاشية ابن عابدين: "والأصل أن الواجب لا يتقيد بقيد السلامة، والمباح يتقيد به"⁽⁶²⁾.

مثال ذلك: ضرب الأب ابنه تأديباً، والمعلم الصبي بإذن أبيه للتعليم فمات فلا ضمان⁽⁶³⁾

لكنهم اختلفوا في حصول التلف من فعلين أحدهما مأذون فيه والآخر غير مأذون فيه، ففي هذه الحالة اجتمع مضمون وغير مضمون فهل يجب الضمان كاملاً؟ وكذلك إذا كان التلف ممن يجب عليه الضمان والآخر لا يجب عليه الضمان، هل يجب على الآخر الضمان كاملاً أم النصف؟ وقد رأينا اختلافهم في ذلك على ثلاثة أقوال.

سبب الخلاف.

ويرجع سبب الخلاف إلى:

- 1- اختلافهم في الآثار الواردة في حال اجتماع مضمون وغير مضمون، فمن رجح هذه الآثار رأى أن الضمان ليس على كماله، ومن لم يرجح هذه الآثار رأى وجوب الضمان كاملاً⁽⁶⁴⁾.
- 2- إعمال القياس والاستحسان في المسائل التي اجتمع فيها مضمون وغير مضمون.⁽⁶⁵⁾
- 3- تعارض بعض الآثار كتعارض رواية علي في الفارسان إذا اصطدما فروي أن علياً - رضي الله عنه - قضى بنصف الدية على عاقلة كل فارس، وفي رواية بكامل الدية.⁽⁶⁶⁾

ثانياً: آراء الفقهاء في مدى إعمال القاعدة.

اختلف الفقهاء في إعمال هذا القاعدة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يرى أصحابه أن اجتماع مضمون وغير مضمون في تصرف يوجب ضمان المضمون وهدر غير المضمون. أي أن الضمان لا يكون على الكمال بل بحسابه. وهذا قول زفر من الحنفية،⁽⁶⁷⁾ وقول عند المالكية،⁽⁶⁸⁾ والشافعية،⁽⁶⁹⁾ والقول المعتمد عند الحنابلة⁽⁷⁰⁾.

وحجتهم في ذلك:

- 1- ما روي عن حنش بن المعتمر الكناني عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، قال: لما بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن حفر قوم زبية⁽⁷¹⁾ للأسد، فازدحم الناس على الزبية ووقع فيها الأسد، فوقع فيها رجل وتعلق الرجل برجل الآخر بالآخر حتى صاروا

أَرْبَعَةً، فَجَرَحَهُمُ الْأَسَدُ فِيهَا فَهَلَكُوا وَحَمَلَ الْقَوْمُ السَّلَاحَ فَكَادُوا أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمْ قِتَالٌ، قَالَ: فَاتَيْتُهُمْ فَقُلْتُ: أَتَقْتُلُونَ مَا تَتِي رَجُلٌ مِنْ أَجْلِ أَرْبَعَةِ أَنْاسٍ تَعَالَوْا أَقْضِ بَيْنَكُمْ بِقَضَاءٍ فَإِنْ رَضِيتُمُوهُ فَهُوَ قَضَاءٌ بَيْنَكُمْ وَإِنْ أَنْيْتُمْ رَفَعْتُمْ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَهُوَ أَحَقُّ بِالْقَضَاءِ. قَالَ: فَجَعَلَ لِلأَوَّلِ رُبْعَ الدِّيَةِ، وَجَعَلَ لِلثَّانِي ثُلْثَ الدِّيَةِ، وَجَعَلَ لِلثَّالِثِ نِصْفَ الدِّيَةِ، وَجَعَلَ لِلرَّابِعِ الدِّيَةَ، وَجَعَلَ الدِّيَاتِ عَلَى مَنْ حَضَرَ الرُّبِيَّةَ عَلَى الْقَبَائِلِ الْأَرْبَعَةِ فَسَخَطَ بَعْضُهُمْ وَرَضِيَ بَعْضُهُمْ، ثُمَّ قَدِمُوا عَلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَصُّوا عَلَيْهِ الْقِصَّةَ فَقَالَ: «أَنَا أَقْضِي بَيْنَكُمْ»، فَقَالَ قَائِلٌ: فَإِنْ عَلِيًّا قَدْ قَضَى بَيْنَنَا فَأَخْبَرُوهُ بِمَا قَضَى عَلِيٌّ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الْقَضَاءُ كَمَا قَضَى عَلِيٌّ»⁽⁷²⁾.

وجه الدلالة: أَنَّ عَلِيًّا رضي الله عنه قد قضى في الأول بربع الدية؛ لأنه هلك بسبب مركب من أربعة أشياء: سقوطه، وسقوط الثاني، والثالث، والرابع. وسقوط الثلاثة فوقه من فعله وجنائه على نفسه، فسقط ما يقابله وهو ثلاثة أرباع الدية، وبقي الربع الآخر لم يتولد من فعله وإنما تولد من التزاحم فلم يهدر؛ وأما الثاني فلأن هلاكه كان من ثلاثة أشياء: جذب من قبله له، وجذبه هو لثالث، ورابع؛ فسقط ما يقابل جذبه وهو ثلثا الدية، واعتبر ما لا صنع له فيه، وهو الثلث الباقي؛ وأما الثالث فحصل تلفه بشيئين: جذب من قبله له، وجذبه هو للرابع، فسقط فعله دون السبب الآخر؛ فكان لورثته النصف، وأما الرابع فليس منه فعل ألبتة، وإنما هو مجذوب محض، فكان لورثته كمال الدية، وقضى بها على عواقل الذين حضروا البئر لتدافعهم وتزاحمهم. وقد أقر النبي صلى الله عليه وسلم ما قضى به علي رضي الله عنه.⁽⁷³⁾

2- عَنْ عَلِيٍّ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أَنَّهُ قَضَى فِي الْقَارِصَةِ وَالْقَامِصَةِ وَالْوَاقِصَةِ بِالْدِّيَةِ أَثْلَاثًا.

قَالَ ابْنُ أَبِي زَائِدَةَ: "وَتَفْسِيرُهُ أَنَّ ثَلَاثَ جَوَارٍ كُنَّ يَلْعَبْنَ فَرَكِبَتْ إِحْدَاهُنَّ صَاحِبَتَهَا، فَقَرَصَتْ الثَّلَاثَةَ الْمُرْكُوبَةَ فَقَمِصَتْ، فَسَقَطَتِ الرَّائِكَةُ فَوَقِصَتْ عَنْقَهَا، فَجَعَلَ عَلِيٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، عَلَى الْقَارِصَةِ ثُلْثَ الدِّيَةِ، وَعَلَى الْقَامِصَةِ الثَّلْثَ، وَأَسْقَطَ الثَّلْثَ، يَقُولُ: لِأَنَّهُ حِصَّةُ الرَّائِكَةِ؛ لِأَنَّهَا أَعَانَتْ عَلَى قَتْلِ نَفْسِهَا"⁽⁷⁴⁾.

وجه الدلالة: أَنَّ عَلِيًّا رضي الله عنه قضى بالدية أثلاثاً؛ لأنَّ كل فعل من الجواري ركب من فعل مضمون وغير مضمون، وهنَّ ثلاثا فقسَّم الدية بعددهنَّ، وأسقط الثلث المتعلق بحصة الراكبة؛ لأنها أعانت على قتل نفسها.⁽⁷⁵⁾

3- كما استدلووا بالمعقول من ذلك:

أ- قياساً على من جرح نفسه وجرحه غيره، كان على الجارح نصف الدية؛ لأنه مات من جنائته وجناية غيره؛ ولأنه مات بجرحين أحدهما هدر، والآخر معتبر.⁽⁷⁶⁾

ب- وقياساً على اصطدام الفارسين فإن كل واحد منهما تلف بفعله وفعل صاحبه، لأنه بصدمته ألم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصف صاحبه، كما إذا كان الاصطدام عمداً⁽⁷⁷⁾.

القول الثاني: يرى أن اجتماع مضمون وغير مضمون يوجب الضمان كاملاً. وهذا قول عند الحنفية⁽⁷⁸⁾، والقول المعتمد عند المالكية⁽⁷⁹⁾ ورواية عند الحنابلة⁽⁸⁰⁾.

وقد احتجوا بأدلة منها:

1- عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، قال: «مَا كُنْتُ لِأَقِيمَ حَدًّا عَلَى أَحَدٍ فَيَمُوتَ، فَأَجِدَ فِي نَفْسِي، إِلَّا صَاحِبَ الْخَمْرِ، فَإِنَّهُ لَوْ مَاتَ وَدَيْتُهُ، وَذَلِكَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَمْ يَسْنَهُ»⁽⁸¹⁾.

وجه الدلالة: أن علياً -رضي الله عنه- كان يرى أن شارب الخمر إذا جلد ثمانين جلدة فمات بسبب ذلك أن على الحاكم أو الجلال ديته كاملة، مع أن الفعل مركب من فعل مأذون فيه؛ وهو جلده أربعين، وفعل مجتهد فيه؛ وهو جلده أربعين أخرى، ومع ذلك كان يرى أن على جلاده الدية كاملة إذا مات، ولأنه مات بالسياط، ولم يسنه النبي صلى الله عليه وسلم، ولأنه عدل عن جنس إلى غيره؛ فأشبهه ما لو ضربه بجراح فمات، فوجب كامل الضمان.⁽⁸²⁾

2- وقياساً على اصطدام الفارسين إذا ماتا، فعلى كل واحد منهما دية الآخر؛ لأن كل واحد قاتل لصاحبه قتلاً خطأ، فكانت الدية مضمونة على الكمال على العاقلة، كالمفرد.⁽⁸³⁾

أما من المعقول:

1- أن حدوث التلف إذا كان بفعله وبفعل صاحبه سقط اعتبار فعله في تعيينه، وكان جميعه مضافاً إلى فعل صاحبه وهو المأخوذ بجميع ديته، كما لو تعدى رجل بحفر بئر فسقط فيها شخص فمات ضمن الحافر جميع دية الساقط وإن كان الوقوع فيها بحفر الحافر ومشى السائر.⁽⁸⁴⁾

2- أن حدوث التلف يضاف إلى فعل صاحبه؛ لأن فعله في نفسه مباح؛ وهو المشي في الطريق، فلا يصلح مستنداً للإضافة في حق الضمان، كالماشي إذا لم يعلم بالبئر، ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه، وفعل صاحبه وإن كان مباحاً، لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالنائم إذا انقلب على غيره.⁽⁸⁵⁾

3- أن موت كل واحد منهما منسوب إلى فعل صاحبه فوجب أن يضمن جميع ديته، كما لو جلس إنسان في طريق ضيقة فعثر به سائر فوقع عليه فمات جميعاً، كان على عاقلة السائر جميع

دية الجالس، وعلى عاقلة الجالس جميع دية السائر، ولا يكون شيء من ديتهما هدرًا، كاصطدام الفارسين.⁽⁸⁶⁾

4- ولأن من زاد على الوجه المشروع فقد تعدى، فأشبهه ما لو أوقع الفعل على وجه غير مشروع.⁽⁸⁷⁾

القول الثالث: فصلوا في القول فقالوا: إن كان اجتماع مضمون وغير مضمون مقيّد بشرط السلامة وجب الضمان كاملاً، وإن لم يقيد بحسابه. وهذا قول عند الحنفية،⁽⁸⁸⁾ وقول عند الشافعية.⁽⁸⁹⁾

وحجتهم في ذلك:

1- أن المأمور به شرعاً لا يتقيد بشرط السلامة، أما الإطلاقات فتتقيد بشرط السلامة؛ كالمروور في الطريق.⁽⁹⁰⁾

2- أن التكليف بالفعل ينفي اشتراط السلامة مما يتولد عنه؛ لأن الاحتراز عنه غير ممكن، أما الاطلاقات فهي على التخيير بين الفعل والترك فيشترط فيها السلامة؛ لأن الاحتراز عنه ممكن.⁽⁹¹⁾

الرأي الراجح في القاعدة

يرى الباحث بعد عرض آراء الفقهاء وأدلة كل فريق أن الأقرب لمقاصد الشرع وعدالة التشريع أن يكون الضمان -في حال اجتماع مضمون وغير مضمون- بحسابه لا على الكمال، وذلك لقوة أدلة جمهور الفقهاء القائلين بذلك. لكن ما مقدار الضمان في هذه الحالة؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يرى أن يكون الضمان بنسبة المضمون إلى غير المضمون. وهذا قول الحنفية،⁽⁹²⁾ وقول عند الشافعية،⁽⁹³⁾ وقول عند الحنابلة.⁽⁹⁴⁾

ويقصد بذلك: أن توزع القيمة على الوزن أو الكيل إن كان التلف بسبب زيادة الوزن أو الكيل وعلى المسافة إذا كان سبب التلف أو الهلاك بسبب زيادة في المسافة.

القول الثاني: يرى توزيع الضمان على عدد الرؤوس دون النظر للوزن أو المسافة. وهذا قول عند الحنفية،⁽⁹⁵⁾ والشافعية⁽⁹⁶⁾ وابن القيم من الحنابلة.⁽⁹⁷⁾

القول الثالث: يرى وجوب نصف الضمان؛ لأن التلف وقع من مضمون وغير مضمون. وهذا القول المعتمد عند الشافعية،⁽⁹⁸⁾ والحنابلة.⁽⁹⁹⁾

ويرى الباحث أن يكون الضمان بنسبة ما أحدث المضمون من ضرر إن امكن تقدير ذلك الضرر وإلا وجب نصف الضمان على الأقل في حال اجتماع مضمون وغير مضمون.

وبناءً على ما تقدم يرى الباحث أنه لا بد من شروط معينة علاوة على ما تقدم -تم استقراؤها من خلال كلام الأصوليين والفقهاء - لإعمال قاعدة تولد الشيء من مضمون وغير مضمون سنفصل القول فيها في المبحث الآتي:

المبحث الثاني: ضوابط القاعدة وتطبيقاتها الفقهية واستثناءاتها وتطبيقاتها المعاصرة.

وستتناول في هذا المبحث ضوابط قاعدة اجتماع مضمون وغير مضمون في المطلب الأول، ومجالات إعمال القاعدة واستثناءاتها في المطلب الثاني، والتطبيقات الفقهية المعاصرة للقاعدة في المطلب الثالث على النحو الآتي:

المطلب الأول: ضوابط قاعدة اجتماع مضمون وغير مضمون في حكم الضمان.

وبناءً على ما تقدم من آراء الفقهاء واختلافهم في تطبيق القاعدة يمكن وضع مجموعة من الشروط لإعمال هذه القاعدة - اشترطها الفقهاء لتطبيق هذه القاعدة - هي:

أولاً: أن يكون اجتماع مضمون وغير مضمون في حقوق العباد لا في حقوق الله الخالصة.

وهذا الشرط محل اتفاق بين الفقهاء من الحنفية⁽¹⁰⁰⁾، والمالكية⁽¹⁰¹⁾، والشافعية⁽¹⁰²⁾ وقول عند الحنابلة⁽¹⁰³⁾.

ويقصد به: أن الفعل المترتب على إقامة حقوق الله - وهو غير مضمون - إذا ترتب عليه تلف أو ضرر أو هلاك، فلا يضمن؛ لأن حقوق الله واجبة الإقامة.

مثال ذلك: من أقام حداً من حدود الله كحد السرقة أو القذف - وهو من حقوق الله - فأدى إلى مجاوزة الحد فمات المحدود، فلا ضمان على الحاكم ولا على الجلال، وقد عبر الفقهاء على ذلك بقولهم: "فلا ضمان لأن الحق قتله"⁽¹⁰⁴⁾ مع أنه تولد من غير المضمون وهو إقامة الحد مضمون وهو القتل من غير موجب له.

ثانياً: أن لا يكون الفعل المأذون فيه شرعاً مقيداً بشرط السلامة.

وقد اشترط هذا الشرط جمهور الفقهاء من الحنفية⁽¹⁰⁵⁾ وابن الحاجب وابن شاس من المالكية⁽¹⁰⁶⁾، والشافعية⁽¹⁰⁷⁾ والحنابلة⁽¹⁰⁸⁾.

جاء في الهداية: "ومن حده الإمام أو عزره فمات قدمه هدر؛ لأنه فعل ما فعل بأمر الشرع وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كالْفَصَاد، والبَزْأغ، بخلاف الزوج إذا عزز زوجته؛ لأنه مطلق فيه، والإطلاقات تتقيد بشرط السلامة، كالمرور في الطريق" (109).

وجاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم: "الواجب لا يتقيد بوصف السلامة، والمباح يتقيد به، فلا ضمان. لو سرى قطع القاضي إلى النفس، وكذا إذا مات المعزر، وكذا إذا سرى الفصد إلى النفس ولم يجاوز المعتاد لوجوبه بالعقد، ولو قطع المقطوع يده يد قاطعه فسرت ضمن الدية؛ لأنه مباح فيتقيد، وضمن لو عزز زوجته فماتت. ومنه المرور في الطريق مقيد بها، ومنه ضرب الأب ابنه" (110).

وجاء في منح الجليل: "التعزير جائز بشرط السلامة، وابن شاس بشرط سلامة العاقبة، أي جائز ولا ضمان بشرط سلامة العاقبة" (111).

وجاء في الحاوي الكبير: "فإذا ثبت جواز فعله وجواز إقراره فسقط على من فقتله، ضمن ديته وإن كان مباحاً؛ لأنه مباح بشرط السلامة؛ كتعزير الإمام، وضرب الزوجة" (112).

وجاء في المغني لابن قدامة: "وإن وقفت الدابة في طريق ضيق، ضمن ما جئت به أو رجل أو فم؛ لأنه متعد بوقفها فيه، وإن كان الطريق واسعاً، ففيه روايتان؛ إحداهما، يضمن. وهو مذهب الشافعي؛ لأن انتفاعه بالطريق مشروط بالسلامة" (113).

ثالثاً: أن لا يكون الضرر المتولد من الفعل المأذون له فيه لأجل غيره.

وقد وضع الفقهاء لهذا الشرط ضابطاً مفاده: "من أتلف شيئاً لدفع أذاه له لم يضمنه، وإن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه" (114) وفي لفظ آخر: "من أتلف نفساً أو أفسد عبادة لنفع يعود إلى نفسه فلا ضمان عليه، وإن كان يعود إلى غيره فعليه الضمان" (115). وهذان الضابطان هما قيدان لقاعدة: "الجواز الشرعي ينافي الضمان".

ويقصد من ذلك: أن ضمان المتلفات مقرر في الشرع، وكذلك دفع الأذى عن النفس، والمال، والعرض، فمن أتلف مالا لدفع الأذى عنه لم يضمن، وإن أتلفه لحاجة أو مصلحة تعود عليه أو على غيره ضمن. (116)

مثال الضابط الأول: لو أشرفت السفينة على الغرق فألقى متاع غيره ليخففها ضمنه، ولو سقط عليه متاع غيره فخشي أن يهلكه فدفعه فوق في الماء لم يضمنه. (117)

مثال الضابط الثاني: لو دفع صائلاً عليه بالقتل لم يضمنه، ولو دفعه عن غيره بالقتل ضمنه، ذكره القاضي. وعن ابن عقيل وابن الزاغوني: لا ضمان عليه. (118)

رابعاً: أن يكون تولد من الفعل غير المضمون فعل مضمون من جنسه.

وهذا شرط اشترطه الحنفية،⁽¹¹⁹⁾ فحتى يُقسم الضمان نسبة بين مضمون وغير مضمون فلا بد أن يكون الضرر المتولد من جنس غير المضمون وإلا وجب كمال الضمان.

جاء في تعليل المختار: "وإن خلف إلى ما هو فوقه في الضرر فعطبت الدابة، فإن كان من خلاف جنس المشروط ضمن الدابة؛ لأنه متعدد في الجميع ولا أجر عليه؛ وإن كان من جنسه ضمن بقدر الزيادة وعليه الأجر؛ لأنها هلكت بفعل مأذون وغير مأذون، فيقسم على قدرهما".⁽¹²⁰⁾

خامساً: أن يكون التلف أو الضرر بسبب الاستعمال المعتاد.

ويقصد بهذا الشرط أن يتولد الضرر من المأذون شرعاً مما هو في دائرة الوسع والطاقة دون تعدي، فإن خرج الفعل عن المعتاد كان تعدياً، ووجب كمال الدية. وقد اشترط هذا الشرط الحنفية،⁽¹²¹⁾ والمالكية.⁽¹²²⁾

مثال ذلك: استأجر دابة ليحمل عليها قمحاً فزاد في حملها ومن جنس المشروط فماتت ضمن على الكمال، إن كان الحمل مما هو فوق طاقة الدابة (غير معتاد)، لأنه في هذه الحالة غير مأذون فيه أصلاً.

سادساً: أن لا يكون الضرر أو المفسدة مقدوراً على دفعها.

ويقصد بهذا الشرط: أن يكون الضرر المتولد عن المأذون فيه شرعاً، غير مقدور للمكلف على دفعه؛ فإن كان مقدوراً على دفعه ولم يحاول منعه ضمن، أما إن كان خارجاً عن مقدوره فإنه لا يضمن. ويكون الضمان بمقدار الضرر المترتب على المضمون وغير المضمون. وهذا الشرط محل اتفاق عند فقهاء الحنفية،⁽¹²³⁾ والمالكية،⁽¹²⁴⁾ الشافعية،⁽¹²⁵⁾ والحنابلة.⁽¹²⁶⁾

جاء في مجمع الضمانات: "إذا غرقت السفينة فلو من ريح أصابها أو موج أو جبل صدمها من غير مد الملاح وفعله لا يضمن بالاتفاق، وإن كان بفعله يضمن سواء خالف بأن جاوز العادة، أو لم يخالف؛ لأنه أجبر مشترك. ولو دخلها الماء فأفسد المتاع فلو بفعله ومده يضمن بالاتفاق، ولو بلا فعله إن لم يمكن التحرز عنه لا يضمن إجماعاً، وإن كان بسبب يمكن التحرز عنه لا يضمن عند أبي حنيفة وعندهما يضمن".⁽¹²⁷⁾

وجاء في المدونة: "وَالرَّيْحُ تَغْلِبُ أَهْلَ السَّفِينَةِ أَنْ يَصْرِفُوهَا أَوْ يَغْدُلُوهَا فَلَا أَرَى عَلَيْهِ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَكُونَ يُعْلَمُ أَنَّ النُّوتِي" ⁽¹²⁸⁾ "لَوْ شَاءَ أَنْ يَصْرِفَهَا صَرَفَهَا فَإِنْ لَمْ يَصْرِفَهَا وَهُوَ قَادِرٌ عَلَى ذَلِكَ ضَمِنَ".⁽¹²⁹⁾

وجاء في كتاب الأم للشافعي: "وإذا اصطدمت السفينتان فكسرت إحدهما الأخرى ومات من فيهما وتلفت حمولتهما، أو ما تلف منهما، أو مما فيهما، أو من إحدهما، فلا يجوز فيها إلا واحد من قولين: إما أن يضمن القائم في حاله تلك بأمر السفينة نصف كل ما أصابت سفينته لغيره، أو لا يضمن بحال، إلا أن يكون يقدر أن يصرفها بنفسه ومن يطيعه فلا يصرفها، فأما إذا غلبته فلا يضمن".⁽¹³⁰⁾

كما جاء في المغني: "وإذا وقعت السفينة المنحدرة على الصاعدة، ففرقتا، فعلى المنحدرة قيمة السفينة الصاعدة، أو أرش ما نقصت إن أخرجت، إلا أن يكون قيم المنحدرة غلبته الريح، فلم يقدر على ضبطها".⁽¹³¹⁾

سابعاً: أن يغلب على ظن الفاعل عدم تولد فعل مضمون من غير المضمون.

ويقصد بهذا الشرط: أن لا يغلب على ظن الفاعل تولد ضرر أو تلف بهذا التصرف فإن غلب على ظنه ذلك كان مطالباً بالضمان لحق الغير.

وقد أشار لهذا الضابط الشاطبي في موافقاته حيث قال: "القاعدة المتقدمة في الاعتقادات وغلبات الظنون في السلامة والهلكة، وهي مظان النظر الفقهي، ولذلك يختلف الحكم باختلاف الناس في النازلة الواحدة".⁽¹³²⁾

وقال أيضاً: "فالفقهاء يفرقون بين أن يغلب على ظنه السلامة، أو الهلكة، أو يقطع بإحدهما؛ فالذي اعتقد السلامة جاز له ما فعل، والذي اعتقد الهلكة من غير نفع يمنع من ذلك، ويستدلون على ذلك بقوله تعالى: {ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة} [البقرة: 195]".⁽¹³³⁾

وهذا الضابط في حقيقة الأمر لا يمكن إثباته بسهولة، لكنه بيان لمن فعل فعلاً مشروعاً، وتولد عنه غير مشروع فإن لهذا الضابط أثره في الحكم على المسألة ديانة وإن لم نستطع إثباته قضاءً.

ثامناً: ترتب المضمون على غير المضمون.

ويقصد بهذا الشرط أن يتولد من غير المضمون مضموناً أما إن تولد من المضمون غير مضمون فيجب جميع الضمان.

مثال ذلك: العيب القديم والعيب الجديد في السلعة، فإنه إن تولد من العيب القديم (المضمون) عيب جديد (غير مضمون على البائع) لكن إن كان العيب القديم هو سبب في تولد العيب الجديد أو لا يعرف إلا به كان البائع ضامناً للعييبين على الكمال.⁽¹³⁴⁾

المطلب الثاني: مجال إعمال القاعدة وتطبيقاتها الفقهية واستثناءاتها.

تتوسع دائرة إعمال قاعدة اجتماع مضمون وغير مضمون في حكم الضمان لتشمل أبواب مختلفة في الفقه؛ فهي تدخل في العبادات، والمعاملات، والعقوبات، وغيرها.

وقد تناولنا في أثناء حديثنا عن حجية القاعدة وأنواعها بعضاً من هذه التطبيقات وهي كثيرة ومبثوثة في أبواب الفقه المختلفة، نذكر من هذه الأمثلة - على سبيل المثال لا الحصر - ما يأتي:

أولاً: في باب العبادات.

- اشترك حلال ومحرم في جرح صيد خارج الحرم، ومات الصيد بسبب جرحهما، لزم المحرم نصف الجزاء، ولا شيء على الحلال، وهذا عند الشافعية.⁽¹³⁵⁾

وذهب الحنفية، ورواية عند الإمام أحمد أن على المحرم جزاءً كامل، فيضمن جميع القيمة؛ لأن الواجب على المحرم ضمان الإحرام، وهذا لا يتجزأ، وعلى الحلال بدل المحل وهذا يتجزأ. فيضمنه المحرم تغليياً للإيجاب.⁽¹³⁶⁾

وفي رواية عند الحنابلة الجزاء بين المحرم والحلال نصفين.⁽¹³⁷⁾

ثانياً: في باب المعاملات.

وفيه مسائل نذكر منها:

مسألة (1): ركب إثنان دابة استأجراها، وارتدفاً معها ثالث من غير إذن، فتلفت الدابة، اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يجب على المرتدفاً نصف القيمة؛ لأن الدابة هلك من مضمون وغير مضمون، وهذا قول الحنفية،⁽¹³⁸⁾ وقول عند الشافعية،⁽¹³⁹⁾ وقول عند الحنابلة.⁽¹⁴⁰⁾

والثاني: يجب عليه الثلث؛ لأن الرجال لا يوزنون فيقسط الضمان على عددهم. وهذا قول عند الشافعية⁽¹⁴¹⁾

والثالث: أنه يقسم الضمان على أوزانهم فيجب على المرتدفاً ما يخصه بالوزن؛ لأنه يمكنه تقسيطه بالوزن فيقسم عليه. وهذا قول عند الشافعية.⁽¹⁴²⁾

مسألة (2): استأجر رجل دابة فتلفت الدابة تحت الراكب بعد أن تجاوز بها المسافة المقررة بالعقد، اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

أحدهما: يلزمه نصف قيمتها؛ لأنها تلفت بفعل مضمون وغير مضمون، أشبه ما لو تلفت بجراحته وجراحة مالكها.

والثاني: تقسّم القيمة على المسافتين، فما قابل مسافة الإجارة سقط، ووجب الباقي. وهذا القولان ذكرهما الشافعية، والحنابلة.⁽¹⁴³⁾

مسألة (3): باع تاجر أحد الثوبين بعشرة دراهم، ولم يشترط الخيار للمشتري.

لا يصح هذا العقد؛ لأن المبيع مجهول جهالة تفضي إلى المنازعة المانعة من التسليم، فإذا دفع البائع إلى المشتري الثوبين فهلكا عند المشتري ضمن المشتري نصف قيمة كل واحد منهما؛ لأن أحدهما ملكه المشتري بالقبض بالعقد الفاسد فصار مضموناً عليه بالقيمة، والآخر أمانة في يده وليس أحدهما بأن يجعل أمانة على التعيين بأولى من الآخر، ويبيع الأمانة والضمان فيهما. فيضمن النصف ويهدر النصف؛ لاجتماع مضمون وغير مضمون. وهذا عند الحنفية، وابن القاسم من المالكية.⁽¹⁴⁵⁾

مسألة (4): ويرى الحنفية أنه لا ضمان على حجام وبزّاع؛ أي بيطار لم يجاوز الموضع المعتاد، فإن جاوز المعتاد ضمن الزيادة كلها إذا لم يهلك المجني عليه، وإن هلك الشخص ضمن نصف دية النفس؛ لتلفها بمأذون فيه وغير مأذون فيه فيتتصف.⁽¹⁴⁶⁾

ثالثاً: في باب العقوبات.

وفيه مسائل نذكر منها:

مسألة (1): اقتص القاضي من عضو الجاني بألة مسمومة، فمات الجاني.

لم يجب عليه القصاص؛ لأنه تلف من جائز وغير جائز ويجب نصف الدية؛ لأنه هلك من مضمون وغير مضمون، فسقط النصف ووجب النصف. وهذا قول الشافعية⁽¹⁴⁷⁾ والحنابلة.⁽¹⁴⁸⁾

مسألة (2): في شارب الخمر إن جلده الجلاد أربعين فمات، لم يضمن؛ لأن الحق قتله. وهذا باتفاق الفقهاء.⁽¹⁴⁹⁾

- وإن جلد القاضي شارب الخمر ثمانين جلدة فمات، ضمن نصف الدية؛ لأن نصفه حد، ونصفه تعزير، فسقط النصف بالحد، ووجب النصف بالتعزير. وهذا قول الشافعية.⁽¹⁵⁰⁾

- وإن جلد الجلاد شارب الخمر إحدى ثمانين جلدة فمات، ففيه ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه يضمن نصف ديتته؛ لأنه مات من مضمون وغير مضمون، فيضمن نصف ديتته؛ كما لو جرحه شخص جراحةً، وجرح نفسه جراحات. وهذا قول الشافعية،⁽¹⁵¹⁾ وقول عند الحنابلة.⁽¹⁵²⁾

القول الثاني: أنه يضمن جزءاً من واحد وثمانين جزءاً من الدية؛ لأنّ الأسواط متماثلة فقسمت الدية على عدد الأسواط كلها، وسواء أكانت الزيادة خطأ أم عمداً؛ لأنّ الضمان يجب في الخطأ والعمد. وهذا قول عند الشافعية⁽¹⁵³⁾

القول الثالث: يضمن كمال الدية؛ لأنه قتل حصل من جهة الله، وعدوان الضارب، فكان الضمان على العادي، كما لو ضرب مريضاً سوطاً فمات به. وهذا هو القول الثاني عند الحنابلة⁽¹⁵⁴⁾ وقول عند المالكية.⁽¹⁵⁵⁾

القول الرابع: لا ضمان، لأن من حده الامام أو عزره فمات فدمه هدر؛ لأنه بأمر الشرع وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة. وهذا قول الحنفية،⁽¹⁵⁶⁾ وقول عند المالكية.⁽¹⁵⁷⁾

مسألة (3): يرى جمهور الفقهاء أنّ الصائل يُدفع بالأخف؛ لأنّ جوازه للضرورة، ولا ضرورة في الأصعب مع إمكان الأسهل، فإن أمكن بكلامٍ أو استغاثةٍ حرم الضرب، أو بضرب بيد حرم بسوط، أو بسوط حرم بعصاً، أو بقطع عضو حرم القتل؛ لأنه محل ضرورة، فلو ضربه فولى هارباً، أو سقط، بطل صيالة، فإن ضربه ضربة أخرى.. فالثانية مضمونة بالقصاص وغيره، فإن مات منهما.. لم يجب قصاص النفس، ووجب نصف الدية؛ لأنه حصل من مضمون وغير مضمون. وهذا قول الشافعية،⁽¹⁵⁸⁾ والحنابلة.⁽¹⁵⁹⁾ وذهب الحنفية،⁽¹⁶⁰⁾ والمالكية⁽¹⁶¹⁾ إلى أنه لا يضمن.

مسألة (4): إذا اصطدم فارسان فوقعا جميعاً فماتا فهل تجب الدية كاملة؟ اختلف الفقهاء في المسألة على قولين:

القول الأول: تجب على عاقلة كل واحد منهما دية صاحبه كاملة. وهذا قول الحنفية،⁽¹⁶²⁾ والقول المعتمد عند المالكية،⁽¹⁶³⁾ وقول الحنابلة.⁽¹⁶⁴⁾

حجتهم:

- 1- ما روي عن علي - رضي الله عنه - أنه جعل دية كل واحد من المصطدمين على عاقلة صاحبه.⁽¹⁶⁵⁾ والمعنى فيه أن كل واحد منهما موقع لصاحبه فكأنه أوقعه عن الدابة بيده.
- 2- لأنّ دفع صاحبه إياه علة معتبرة لإتلافه في الحكم، فأما قوة المصطدم فلا تصلح أن تكون علة معارضة لدفع الصادم، فهو بمنزلة من وقع في بئر حفرها رجل في الطريق يجب الضمان على الحافر.⁽¹⁶⁶⁾

3- ولأن كل واحد قاتل لصاحبه قتل خطأ، فكانت دية مستحقة على عاقلته؛ كالمفرر. (167)

القول الثاني: أن على عاقلة كل واحد منهما نصف دية صاحبه، وهو قول زفر من الحنفية (168) والشافعية. (169)

وحجتهم: أن كل واحد منهما إنما مات بفعله وفعل صاحبه؛ لأن الاصطدام فعل منهما جميعاً فإنما وقع كل واحد منهما بقوة صاحبه، فيكون هذا بمنزلة ما لو جرح نفسه وجرحه غيره. فيهدر ما كان من فعله، ويعتبر ما كان من فعل صاحبه.

استثناءات القاعدة.

بناءً على ما تقدم من بيان لأراء الفقهاء في مدى تطبيق قاعدة اجتماع مضمون وغير مضمون في الحكم، والشروط العامة التي ينبغي توافرها لتطبيق القاعدة، يمكن القول: بأن الأصل ضمان المضمون، وإهدار غير المضمون، لكن لا بد من توافر الشروط العامة التي ذكرنا فإذا اختل شرط منها فلا أثر لتطبيق هذه القاعدة على تلك المسائل واعتبر من استثناءات القاعدة، ومن استثناءات القاعدة.

1- إذا ضرب المعلم الصبي بإذن الأب تعليماً، فمات الصبي، فلا ضمان؛ لأن ضرب التأديب مقيد بشرط السلامة لكونه مباحاً فيضمن، وضرب التعليم غير مقيد بشرط السلامة؛ لكونه واجباً فلا يضمن، ولكن محله في الضرب المعتاد، وهذا باتفاق الفقهاء. (170)

2- إذا استأجر شخص دابةً فحمل عليها أكثر مما تطيقه عادةً فعطبت، ضمن كامل قيمة الدابة، مع أنها تلفت من مأذون وغير مأذون، وهذا باتفاق الفقهاء. (171)

3- إذا خيف على مركب الغرق، جاز طرح ما فيه من المتاع سواء أذن أربابه أو لم يأذنوا إذا رجا بذلك نجاته وكان المطروح بينهم على قدر أموالهم، ولا غرم على من طرحه وهذا خلافاً للقاعدة. (172)

4- إذا وطئ الزوج زوجته فأفضاها فماتت، فلا ضمان عليه - مع كونه مباحاً والمباح مقيد بشرط السلامة - لكون الوطء أخذ موجب وهو المهر فلم يجب به ضمان آخر. (173)

المطلب الثالث: التطبيقات الفقهية المعاصرة للقاعدة.

لم يجد الباحث - من رجال القانون ولا المشرع الأردني - من تحدث عن قاعدة تولد الفعل من مضمون وغير مضمون، من خلال شروحهم للمواد القانونية في القانون المدني أو قانون العقوبات، وهذا قصور في تطبيق هذه القاعدة في القوانين المعاصرة مع كثرة الوقائع المتعلقة بها،

لكننا سنقوم بدراسة بعض الوقائع المعاصرة - على سبيل المثال لا الحصر- ونبيّن من خلالها كيف يمكن الأخذ أو الاستئناس بهذه القاعدة. نبيّن ذلك على النحو الآتي:

1- تصادم مركبتان في الطرق بسبب السرعة الزائدة. مما أدى لموت سائقي المركبتان.

هذه الواقعة المعاصرة ممكن اسقاطها على واقعة اصطدام الفارسان التي ذكرها الفقهاء على النحو الآتي:

فالحنفية والمالكية والحنابلة⁽¹⁷⁴⁾ يرون أنّ دية كل سائق على عاقلة الآخر. وكذلك قيمة ما أتلّف من كل مركبة يكون من مال كل سائق أو على الشركة المؤمنة اليوم حسب طبيعة التأمين.

أما زفر من الحنفية، والشافعية⁽¹⁷⁵⁾ فبناءً على تطبيق القاعدة يرون أنّ على عاقلة كل واحدٍ من السائقين نصف دية صاحبه، لا كمال الدية؛ لأنّ كل واحد منهما كان سبباً في إيذاء الآخر، فيهدر ما كان من فعله، ويضمن ما كان من فعل صاحبه، فهنا اجتماع مضمون وغير مضمون، فوجب على عاقلة كل طرف نصف الدية. وكذلك ما أحدثاه من ضرر أو تلف في المركبتين على كل واحد منهما نصف ما أتلّف أو تسبب من ضرر بسبب السرعة الزائدة، وإن كانت المركبتان مؤمنتان فشركة التأمين مطالبة بنصف قيمة الأضرار، لا بكاملها؛ لأنّ الحق مشترك، وقد رُكّب من مضمون وغير مضمون.

2- تصادم سفينتان في عرض البحر بسبب عدم الالتزام بخط الملاحة المقرر لهما.

باتفاق الفقهاء⁽¹⁷⁶⁾ إن كان سبب تغيير خط الملاحة هو رياح شديدة أو أمواج عالية ونحوها من الظروف الطارئة، ولا قدرة لقائدي السفينة على منع التصادم فلا ضمان عليهما.

وأما إن كان التصادم بسبب إهمال إحدى السفينتين وخروجها عن خط الملاحة المقرر فالضمان على من خرجت سفينته عن خط الملاحة، لثبوت الإهمال والتقصير في حقه.

أما إذا كان التصادم بسبب إهمال السفينتين فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: يرى الضمان على السفينتين وعلى الكمال كما في تصادم الفارسان. فإن مات القبطانان. وجب كمال الدية على عاقلة كل واحد منهما للآخر. وكذلك من مات في السفينة من المسافرين على متنها.

أما البضائع فإن ثبت تقصيرهما وتعهدهما. وجب ضمان البضائع من مالهما لكل واحد أو على الجهة المؤمنة لتلك البضاعة. وكذلك ما وقع من ضرر أو تلف لكلتا السفينتين. وهذا يتفق مع قول الحنفية، والمالكية، والحنابلة⁽¹⁷⁷⁾.

القول الثاني: يرى أن الإصطدام إن كان بإهمال أو تقصير فهو خطأ. فإن مات قائدي السفينة فعلى عاقلة كل واحد منهما نصف الدية. وكذلك نصف ديات ركاب السفينة.

أما الأموال من بضائع وأمتعة في السفينة فيكون ضمانها على الرُبانين، على كل واحد منهما نصف قيمة ما أُلِف من سفينة الآخر؛ لأنَّ التصادم وقع بفعله وبفعل صاحبه، فكان مضمون بفعل صاحبه، ومهدوراً بفعله. وكذلك ما وقع من تلف فكل رُبانٍ يضمن نصف ما أُلِف من سفينة صاحبه. وهذا تطبيق لهذه القاعدة باجتماع مضمون ومهدر. وهذا قول الشافعية.⁽¹⁷⁸⁾

3- استأجر شاحنة أو سفينة فوضع فيها حمولة من البضائع زائدة عن الحد المسموح به - حسب بيانات الشركة الصانعة- مما أدى إلى تلف في محركاتها.

فالحنفية والمالكية وقول عند الحنابلة⁽¹⁷⁹⁾ يرون أنَّ حمولة الشاحنة أو السفينة إذا كانت من غير جنس ما استؤجرت له ويختلف في الثقل على الشاحنة، أو السفينة، أو تتلف المحركات بمثل هذه الزيادة كان ضمان المستأجر على الكمال؛ لأنه متعد في هذه الحالة.

وإن كانت الحمولة الزائدة من جنس المعقود على حملة فعند الحنفية وقول عند الشافعية⁽¹⁸⁰⁾ يضمن بنسبة الزائد من الوزن الكلي؛ لأنَّ التلف حصل مما هو مأذون فيه ومما هو غير مأذون فيه، فيضمن بنسبة الزائد من الحمولة الكلية وهذا تطبيق لهذه القاعدة.

أما المالكية فإذا زاد في الحمل عن المقرر خير أصحاب الشاحنة أو السفينة بين أخذ قيمة كراء (أجرة) الزائد، أو قيمة المحركات التالفة على الكمال.⁽¹⁸¹⁾

أما الشافعية والقول المعتمد عند الحنابلة⁽¹⁸²⁾: فيرون أنَّ المستأجر يضمن نصف ما وقع من تلف؛ لأنه تلف من مضمون (وهو هنا الحمولة الزائدة) وغير مضمون (وهو الحمولة المقررة). فاجتمع مضمون وغير مضمون فوجب نصف قيمة التلف في المحركات. وهذا تطبيق لهذه القاعدة.

هذه بعض الوقائع المعاصرة لهذه القاعدة، وأثرها في الحكم على هذه المسائل، حسب اجتهاد المذاهب الفقهية الأربعة.

هذا، والله تعالى نسأل أن يتقبل عملنا هذا خالصاً لوجه الكريم، وأن يجعله في ميزان أعمالنا يوم الدين.

الخاتمة:

في ختام هذا البحث نحمد الله تعالى ونثني عليه بما هو أهله، ونصلي ونسلم على خاتم أنبيائه ورسله سيدنا ونبيِّنا محمد صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه أجمعين، ومن سار على نهجهم واقتفى أثرهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد.

فقد توصل الباحثان إلى مجموعة من النتائج والتوصيات على النحو الآتي:

أما النتائج فمن أهمها:

- 1- أن قاعدة اجتماع المضمون وغير المضمون محل خلاف بين الفقهاء على ثلاثة أقوال، لا على قولين عند التحقيق والتدقيق.
- 2- أن لهذه القاعدة أربعة مقومات أو عناصر تم بيانها في متن البحث.
- 3- أن الاختلاف بين الفقهاء في هذه القاعدة، ليس في كل صوره؛ بل هنالك صور هي محل اتفاق كما بيَّناه في متن هذا البحث
- 4- أن هناك مجموعة من الضوابط العامة التي يجب مراعاتها عند تطبيق قاعدة اجتماع مضمون وغير مضمون في حكم الضمان.
- 5- لهذه القاعدة تطبيقات فقهية تشمل أغلب الأبواب الفقهية.
- 6- لهذه القاعدة استثناءات، وهذا الاستثناءات في الغالب سببها خروج هذه الفروع أو الجزئيات الفقهية عن ضوابط وقيود تطبيق القاعدة.

أما التوصيات فيوصي الباحث بما يأتي:

- 1- دراسة قاعدة: "تولد الفعل من مضمون وغير مضمون" دراسة فقهية موسعة من قبل الباحثين وطلبة الدراسات العليا في أبواب الفقه المختلفة؛ كالمعاملات والعقوبات.
- 2- دراسة قاعدة: "تولد الفعل من مضمون وغير مضمون" دراسة مقارنة بالقوانين المعاصرة، كقانون العقوبات، والقانون المدني.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

الهوامش

- (1) ابن فارس، أبو الحسين، أحمد بن فارس بن زكرياء (ت395هـ)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، دار الفكر، 1399هـ- 1979م، ج5، ص108.
- (2) ابن منظور، أبو الفضل، محمد بن مكرم بن علي (ت711هـ)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، 1414هـ، ج3، ص361 وما بعدها.
- (3) أبو البقاء الكفوي، أيوب بن موسى الحسيني (ت1094هـ)، الكليات، مؤسسة الرسالة، دمشق، 2011م، ص728. الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين الشريف (ت816هـ)، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1403هـ- 1983م، ص149. العطار، حسن بن محمد بن محمود (ت1250هـ)، حاشية العطار على جمع الجوامع، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ج1، ص31 وما بعدها.
- (4) وفي هذا البحث لا مجال للتوسع وقد بسط القول في ذلك يعقوب الباحسين. انظر: الباحسين، يعقوب بن عبد الوهاب، القواعد الفقهية، مكتبة الرشد، الرياض، 1998م، ص39-ص54.
- (5) لم أجد من عرّف القواعد الأصولية تعريفاً دقيقاً، وقد استقيت هذا التعريف من الفروق التي بين القواعد الفقهية والقواعد الأصولية. انظر: الباحسين، القواعد الفقهية، ص135 وما بعدها.
- (6) شبير، محمد عثمان، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، دار الفرقان، عمان-الأردن، 2000م ص31.
- (7) الكيلاني، عبد الرحمن إبراهيم زيد، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، عمان- الأردن، 2000م، ص32.
- (8) الزحيلي، محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ط1، دار الفكر، دمشق، 1427هـ- 2006م، ج1، ص24. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ط8، مكتبة الدعوة، دار القلم، ص9.
- (9) الباحسين، القواعد الفقهية، ص138 وما بعدها.
- (10) شبير، محمد عثمان، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، ص28 وما بعدها.
- (11) السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص148.
- (12) ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج3، ص257.
- (13) ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، ص212.
- (14) الشيرازي، المهذب، ج3، ص196. ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج3، ص276.
- (15) الزركشي، المنثور في القواعد، ج1، ص350. محمد صدقي آل بورنو، موسوعة القواعد الفقهية، ج1، ص222.

- (16) البركتي، قواعد الفقه، ص75. الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص449.
- (17) الزركشي، المنتور في القواعد، ج1، ص351.
- (18) محمد صدقي آل بورنو، موسوعة القواعد الفقهية، ج1، ص308.
- (19) الزركشي، المنتور في القواعد الفقهية، ج3، ص163.
- (20) محمد صدقي آل بورنو، موسوعة القواعد الفقهية، ج8، ص694.
- (21) السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص52. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص141.
- (22) ابن رجب، القواعد في الفقه، ص206.
- (23) المرجع السابق نفسه.
- (24) المرجع السابق، ص210.
- (25) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج5، ص76 وما بعدها. ابن منظور، لسان العرب، ج13، ص331.
- (26) ابن منظور، لسان العرب، ج1، ص105. الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج1، ص44.
- (27) أبو البقاء الكفوي، الكليات، ص525.
- (28) المرجع السابق، ص680.
- (29) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج5، ص443 وما بعدها. ابن منظور، لسان العرب، ج12، ص578.
- (30) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج3، ص372. ابن منظور، لسان العرب، ج13، ص257.
- (31) المناوي، التوقيف على مهمات التعريف، ص223.
- (32) أبو البقاء الكفوي، الكليات، ص757. البركتي، التعريفات الفقهية، ص134.
- (33) ابن منظور، لسان العرب، ج12، ص140. الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج3، ص210.
- (34) عبد الكريم النملة، المذهب في علم أصول الفقه المقارن، مكتبة الرشد الرياض، (ط1)، 1420هـ-1999م، ج1، ص125.
- (35) الزركشي، أبو عبد الله، بدر الدين محمد بن عبد الله، البحر المحيط في أصول الفقه، ط1، دار الكتبي، 1414هـ-1994م، ج1، ص157. ابن أمير الحاج، أبو عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد، (ت879هـ)، التقرير والتحبير، دار الكتب العلمية، بيروت، (ط2)، 1403هـ-1983م، ج1، ص46. الأمدي، أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي، (ت631هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرازق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت، ج1، ص95.
- (36) السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص148. ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج3، ص257.

- (37) ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج3، ص257.
- (38) ابن رجب، القواعد في الفقه، ص37.
- (39) الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص208. الزركشي، المنتور في القواعد، ج3، ص164. النووي، روضة الطالبين، ج3، ص162. ابن قدامة، المغني، ج3، ص410. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج1، ص563.
- (40) المراجع السابقة.
- (41) أبو البقاء الدميري، النجم الوهاج، ج9، ص263. ابن الفراء البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج7، ص424. ابن رجب، القواعد في الفقه، ص37.
- (42) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص236. ابن البرازعي، التهذيب في اختصار المدونة، ج1، ص616. الزركشي، المنتور في القواعد، ج3، ص148.
- (43) الزركشي، المنتور في القواعد، ج3، ص164.
- (44) ابن القيم، إعلام الموقعين، ج3، ص256.
- (45) ابن تيمية، منهاج السنة النبوية، ج6، ص86. ابن رجب، القواعد في الفقه، ص37.
- (46) السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2، ص359. أبو بكر العبادي، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، ج1، ص263. البغدادي، مجمع الضمانات، ص13. القرافي، الذخيرة، ج5، ص46 وما بعدها. السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص148. ابن رجب، القواعد في الفقه، ص37.
- (47) ابن الفراء البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج7، ص424. ابن تيمية، منهاج السنة النبوية، ج6، ص86. ابن قدامة، المغني، ج9، ص165.
- (48) الرافعي، العزيز شرح الوجيز، ج11، ص307. السنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج4، ص167. أبو البقاء الدميري، النجم الوهاج في شرح المنهاج، ج9، ص254.
- (49) البغدادي، مجمع الضمانات، ص13. السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2، ص359. الحطاب، مواهب الجليل، ج5، ص438. ابن رجب، القواعد في الفقه، ص37.
- (50) ابن البرازعي، التهذيب في اختصار المدونة، ج1، ص616.
- (51) ابن نجيم، البحر الرائق، ج7، ص309. الماوردي، الحاوي الكبير، ج4، ص26.
- (52) البركتي، قواعد الفقه، ص75. الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص449.
- (53) ابن قدامة المقدسي، المغني، ج9، ص165. ابن تيمية، منهاج السنة النبوية، ج6، ص86.
- (54) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص93. الحطاب، مواهب الجليل، ج6، ص323. الشرييني، مغني المحتاج، ج5، ص528. ابن قدامة المقدسي، المغني، ج4، ص44.

- (55) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الديات، باب المعدن جبار والبئر جبار، ج9، ص12 حديث رقم(6912). مسلم، صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار، ج3، ص1334، حديث رقم (1710).
- (56) عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار، ج4، ص214. الموصلي، الإختيار لتعليل المختار، ج3، ص66. القرافي، الفروق، ج4، ص174. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج4، ص107. الماوردي، الحاوي الكبير، ج13، ص467. ابن قدامة، المغني، ج9، ص188. الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص457.
- (57) ابن الهمام، فتح القدير، ج9، ص129.
- (58) البغدادي، مجمع الضمانات، ص166. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج6، ص565.
- (59) الحطاب، مواهب الجليل، ج2، ص472. النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص175.
- (60) الماوردي، الحاوي الكبير، ج7، ص202. ج12، ص339.
- (61) ابن قدامة، المغني، ج9، ص191. بهاء الدين المقدسي، العدة شرح العمدة، ص565.
- (62) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج6، ص565.
- (63) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص249. البغدادي، مجمع الضمانات، ص166. النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص175. الماوردي، الحاوي الكبير، ج7، ص202.
- (64) السرخسي، المبسوط، ج27، ص16. أبو بكر العبادي، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، ج2، ص140. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج3، ص296. ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج3، ص258.
- (65) السرخسي، المبسوط، ج26، ص190. ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج3، ص256.
- (66) ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص410. المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، ج4، ص481.
- (67) السرخسي، المبسوط، ج11، ص139. ص250. المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، ج3، ص235. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج6، ص68.
- (68) محمد عlish، منح الجليل، ج9، ص34. القرافي، الذخيرة، ج5، ص46 وما بعدها. السعدي، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ج3، ص1122.
- (69) الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، ج3، ص164. السبكي، الأشباه والنظائر، ج2، ص148. السنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج4، ص72. ابن الفراء البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج4، ص452.

- (70) ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج3، ص276. ابن قدامة، المغني، ج5، ص372. ابن تيمية، منهاج السنة النبوية، ج6، ص86. شمس الدين الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ج4، ص241. ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج3، ص256.
- (71) الرُّبِيَّة: حفرة تحفر للأسد تشبه البئر، سُمِّيَتْ بذلك لكونها تحفر في مكان عالٍ. انظر: القاسم بن سلام، غريب الحديث، ج3، ص324. الهروي، تهذيب اللغة، ج13، ص184. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج3، ص46.
- (72) أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، مسند الإمام علي بن أبي طالب، ج1، ص411، حديث رقم(573). الطيالسي، مسند أبي داود، ج1، ص109، حديث رقم (116). البيهقي، السنن الكبرى، جماع أبواب الديات فيما دون النفس، باب ما ورد في البئر جبار وفي المعدن جبار، ج8، ص192، حديث رقم (16397). حَدِيثُ حَنْشِ بْنِ الْمُعْتَمِرِ أَخْرَجَهُ أَيْضًا الْبَيْهَقِيُّ وَالزَّيَّارُ، قَالَ: وَلَا نَعْلَمُهُ يَرْوَى إِلَّا عَنْ عَلِيٍّ وَلَا نَعْلَمُ لَهُ إِلَّا هَذِهِ الطَّرِيقَةَ وَحَنْشٌ ضَعِيفٌ، وَقَدْ وَثَّقَهُ أَبُو دَاوُدَ، قَالَ فِي مَجْمَعِ الزَّوَائِدِ: وَبَقِيَّةُ رَجَالِهِ رَجَالُ الصَّحِيحِ. انظر: الشوكاني، نيل الأوطار، ج7، ص90.
- (73) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج3، ص258.
- (74) البيهقي، معرفة السنن والآثار، كتاب الديات، باب ما ورد من الإزدحام على البئر، ج12، ص164. حديث رقم: (163397). البيهقي، السنن الكبرى، ج8، ص195، حديث رقم (16401). قال الألباني: إسناده ضعيف، مجالد بن سعيد ضعيف عندهم، وقال الحافظ في "التقريب": "ليس بالقوى" وهذا اعتماد منه لقول النسائي، والأكثر على خلافه. انظر: الألباني إرواء الغليل، ج7، ص300، حديث رقم (2240).
- (75) السرخسي، المبسوط، ج27، ص16. أبو بكر العبادي، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، ج2، ص140. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج3، ص296.
- (76) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص236. الرافعي، العزيز شرح الوجيز، ج11، ص298. الشافعي، الأم، ج6، ص21. ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج4، ص109. ابن النجى التنوخي، الممتع في شرح المقنع، ج4، ص224.
- (77) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج23، ص486. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، ج9، ص18.
- (78) السرخسي، المبسوط، ج26، ص190.
- (79) القرافي، الذخيرة، ج5، ص48.
- (80) ابن قدامة، المغني، ج9، ص156.
- (81) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الحدود، باب الضرب بالجريد والنعال، ج8، ص158، حديث رقم(6778).

- (82) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج5، ص310. ابن الرفعة، كفاية النبيه في شرح التنبيه، ج17، ص414.
- (83) القاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ج2، ص832.
- (84) المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، ج4، ص481.
- (85) البابر، العناية شرح الهداية، ج10، ص329. الزيلعي، تبیین الحقائق، ج6، ص150.
- (86) الماوردي، الحاوي الكبير، ج12، ص323.
- (87) ابن قدامة، المغني، ج9، ص156.
- (88) السرخسي، المبسوط، ج23، ص188. ابن نجيم، البحر الرائق، ج5، ص82. ج8، ص41. البغدادي، مجمع الضمانات، ص166. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص249.
- (89) الماوردي، الحاوي الكبير، ج12، ص339. المطيعي، تكملة المجموع، ج19، ص22.
- (90) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج9، ص86.
- (91) السبكي، الأشباه والنظائر، ج2، ص297. الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول، ص334.
- (92) الكرابيسي، الفروق، ج2، ص26. السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2، ص359. أبو بكر العبادي، الجوهر النيرة على مختصر القدوري، ج1، ص263.
- (93) الشيرازي، المهذب، ج2، ص266. المطيعي، تكملة المجموع، ج15، ص94.
- (94) ابن قدامة، المغني، ج5، ص372.
- (95) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص106.
- (96) المطيعي، تكملة المجموع، ج15، ص94.
- (97) ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج3، ص256.
- (98) الشيرازي، المهذب، ج3، ص371. المطيعي، تكملة المجموع، ج15، ص94. السنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج4، ص72.
- (99) ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج3، ص276. ابن قدامة، المغني، ج5، ص372. ج9، ص165.
- (100) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج2، ص361. الموصلي، الإختيار لتعليل المختار، ج4، ص96.
- (101) ابن جزى، القوانين الفقهية، ص214. القاضي عبد الوهاب المالكي، عيون المسائل، ص478.
- (102) الشافعي، الأم، ج6، ص93. الشيرازي، المهذب، ج3، ص371.
- (103) ابن قدامة، المغني، ج9، ص179. البهوتي، كشف القناع، ج5، ص561.

- (104) الشافعي، الأم، ج6، ص93. الشيرازي، المهذب، ج3، ص371. ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج4، ص109. ابن قدامة، المغني، ج9، ص179. البهوتي، كشف القناع، ج5، ص561.
- (105) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص213. البغدادي، مجمع الضمانات، ص149. ص166.
- (106) عlish، منح الجليل، ج9، ص360. الجندي، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب، ج8، ص338.
- (107) الماوردي، الحاوي الكبير، ج12، ص382. العمراني، البيان في مذهب الامام الشافعي، ج4، ص48. ج11، ص463. ج12، ص87. ابن الفراء البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج7، ص426.
- (108) ابن قدامة، المغني، ج9، ص191. بهاء الدين المقدسي، العدة شرح العمدة، ص565.
- (109) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج2، ص361.
- (110) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص249.
- (111) عlish، منح الجليل، ج9، ص360.
- (112) الماوردي، الحاوي الكبير، ج12، ص382.
- (113) ابن قدامة، المغني، ج9، ص191.
- (114) ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، ص36.
- (115) المرجع السابق، ص37.
- (116) محمد الزحيلي، القواعد الفقهية، ج2، ص849.
- (117) ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، ص36.
- (118) المرجع السابق، ص37.
- (119) السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2، ص359. البغدادي، مجمع الضمانات، ص12 وما بعدها. نظام الملك، الفتاوى الهندية، ج4، ص490.
- (120) الموصللي، الاختيار لتعليل المختار، ج2، ص53.
- (121) البغدادي، مجمع الضمانات، ص16. المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، ج3، ص235.
- (122) الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص438. عlish، منح الجليل، ج8، ص17.
- (123) البغدادي، مجمع الضمانات، ص48.
- (124) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج3، ص499.
- (125) الشافعي، الأم، ج6، ص92.
- (126) ابن قدامة، المغني، ج9، ص193.
- (127) البغدادي، مجمع الضمانات، ص48.

- (128) النُوتِي: وهو خادم السفينة كان ربها أم لا. انظر: الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج7، ص27.
- (129) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج3، ص499.
- (130) الشافعي، الأم، ج6، ص92.
- (131) ابن قدامة، المغني، ج9، ص193.
- (132) الشاطبي، الموافقات، ج1، ص332.
- (133) المرجع السابق، ج1، ص331.
- (134) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص286. مصطفى البغا وآخرون، الفقه المنهجي، ج6، ص29.
- (135) الشربيني، نهاية المحتاج، ج3، ص352. زكريا الأنصاري، حاشية الجمل، ج2، ص529.
- (136) ابن مازة، المحيط البرهاني، ج2، ص456. شمس الدين ابن قدامة، الشرح الكبير، ج3، ص228.
- (137) شمس الدين ابن قدامة، الشرح الكبير، ج3، ص357 أبو النجا، الإقناع في فقه الإمام أحمد، ج1، ص360.
- (138) المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، ج3، ص235. السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2، ص359.
- (139) ابن الفراء البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج7، ص452. المطيعي، تكملة المجموع، ج15، ص94.
- (140) المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج15، ص98.
- (141) ابن الفراء البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج7، ص452.
- (142) الشيرازي، المهذب، ج2، ص266. المطيعي، تكملة المجموع، ج15، ص94.
- (143) الشيرازي، المهذب، ج2، ص266. ابن قدامة، المغني، ج5، ص372.
- (144) ابن مازة، المحيط البرهاني، ج6، ص514. بتصرف
- (145) القرافي، الذخيرة، ج5، ص46، ص48.
- (146) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج6، ص68. ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص33.
- (147) الشيرازي، المهذب، ج3، ص196. المطيعي، تكملة المجموع، ج18، ص466.
- (148) ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج3، ص276.
- (149) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج2، ص361. ابن جزى، القوانين الفقهية، ص214. القاضي عبد الوهاب المالكي، عيون المسائل، ص478. قليوبي وعميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، ج4، ص209 وما بعدها. ابن قدامة، المغني، ج9، ص179. المرادوي، الإنصاف، ج10، ص159.

- (150) الشيرازي، المذهب، ج3، ص371. ابن الفراء البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج7، ص4. الوياني، بحر المذهب، ج13، ص133.
- (151) الشيرازي، المذهب، ج3، ص371. قليوبي وعميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، ج4، ص209 وما بعدها.
- (152) ابن قدامة، المغني، ج9، ص165.
- (153) الشيرازي، المذهب، ج3، ص371. أبو البقاء الدميري، النجم الوهاج، ج9، ص263.
- (154) ابن رجب، القواعد في الفقه، ص37. ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج4، ص109. ابن قدامة، المغني، ج9، ص165.
- (155) النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص213. الدردير، الشرح الكبير، ج4، ص355.
- (156) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج5، ص352. ابن نجيم، البحر الرائق، ج5، ص52.
- (157) النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص213. الدردير، الشرح الكبير، ج4، ص355.
- (158) أبو البقاء الدميري، النجم الوهاج، ج9، ص254. السنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج4، ص167.
- (159) ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج4، ص112 وما بعدها.
- (160) ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص38.
- (161) القرافي، الذخيرة، ج12، ص262. الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج8، ص50.
- (162) السرخسي، المبسوط، ج26، ص190.
- (163) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج3، ص499. ج4، ص666. ابن البرازعي، التهذيب في اختصار المدونة، ج3، ص463. أبوعمر النمري، الكافي في فقه أهل المدينة، ج2، ص1125. عليش، منح الجليل، ج9، ص34.
- (164) ابن قدامة، المغني، ج9، ص191. الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ج6، ص419.
- (165) لم أجد هذا الأثر عن علي رضي الله عنه في كتب الحديث. لكن الفقهاء ذكروه في كتبهم. انظر: السرخسي، المبسوط، ج26، ص190. الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص273.
- (166) المرجع السابق ج26، ص191.
- (167) القاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ج2، ص832. بتصرف
- (168) السرخسي، المبسوط، ج26، ص190. الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص273. ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص41.
- (169) الشافعي، الأم، ج6، ص185.

- (170) البغدادي، مجمع الضمانات، ص167. الخطاب، مواهب الجليل، ج2، ص472. الماوردي، الحاوي الكبير، ج7، ص202. ابن قدامة، المغني، ج5، ص397.
- (171) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج3، ص235. ابن مازة، المحيط البرهاني، ج7، ص560. البغدادي، مجمع الضمانات، ص16. الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص438. ابن البرازعي، التهذيب في اختصار المدونة، ج3، ص443 وما بعدها. الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ج4، ص241. ابن رجب، القواعد في الفقه، ص37.
- (172) القرافي، الفروق، ج4، ص9. ابن جزي، القوانين الفقهية، ص218.
- (173) البغدادي، مجمع الضمانات، ص167.
- (174) السرخسي، المبسوط، ج26، ص190. مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج3، ص499. ج4، ص666. ابن البرازعي، التهذيب في اختصار المدونة، ج3، ص463. ابن قدامة، المغني، ج9، ص191.
- (175) السرخسي، المبسوط، ج26، ص190. الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص273. الشافعي، الأم، ج6، ص185.
- (176) البغدادي، مجمع الضمانات، ص28، ص48 وما بعدها. عليش، منح الجليل، ج9، ص34. السعدي، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ج3، ص1123. المزني، مختصر المزني، ج8، ص354. الماوردي، الحاوي الكبير، ج12، ص331 وما بعدها. ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج4، ص9. ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ج5، ص57.
- (177) البغدادي، مجمع الضمانات، ص28، ص48 وما بعدها. عليش، منح الجليل، ج9، ص34. السعدي، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ج3، ص1123. ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج4، ص9. ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ج5، ص5.
- (178) المزني، مختصر المزني، ج8، ص354. الشيرازي، المهذب، ج3، ص208. الماوردي، الحاوي الكبير، ج12، ص331 وما بعدها.
- (179) البغدادي، مجمع الضمانات، ص16. الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص438. ابن البرازعي، التهذيب في اختصار المدونة، ج3، ص443 وما بعدها. الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ج4، ص241. ابن رجب، القواعد في الفقه، ص37.
- (180) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج9، ص86. الكرايسي، الفروق، ج2، ص26. الغزالي، الوسيط في المذهب الشافعي، ج4، ص191. الرافي، العزيز في شرح الوجيز، ج6، ص153.
- (181) ابن البرازعي، التهذيب في اختصار المدونة، ج3، ص443 وما بعدها.

(182) الغزالي، الوسيط في المذهب الشافعي، ج4، ص191. الرافعي، العزيز في شرح الوجيز، ج6، ص153. الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقى، ج4، ص241. ابن رجب، القواعد في الفقه، ص37.

قائمة المصادر والمراجع

- البابرتي، أكمل الدين محمد بن محمود، (ت:945هـ)، شرح العناية على الهداية، مطبوع مع شرح فتح القدير لابن الهمام، دار الفكر، بيروت-لبنان، ط2، 1397هـ-1977م.
- الباحسين، يعقوب بن عبد الوهاب، القواعد الفقهية، مكتبة الرشد، الرياض، 1998م
- البخاري، أبو عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري، (ت:256هـ)، صحيح البخاري، تحقيق: مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت-لبنان، ط3، 1407هـ-1987م.
- البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، (ت:730هـ)، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م.
- البعلي، علي بن عباس، (ت:803هـ)، القواعد والفوائد الأصولية، تحقيق: محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، مصر، 1375هـ-1956م.
- البعلي، أبو عبدالله محمد بن أبي الفتح، (ت:709هـ)، المطلع على أبواب المقنع، تحقيق: محمد بشير الأدلبي، المكتب الإسلامي، بيروت، 1404هـ-1981م.
- أبو البقاء الكفوي، أيوب بن موسى الحسيني (ت:1094هـ)، الكليات، مؤسسة الرسالة، دمشق، 2011م.
- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، (ت:1051هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، 1403هـ-1983م.
- آل بورنو، أبو الحارث، محمد بن صدقي بن أحمد، موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، ط1، 1424هـ-2003م.
- البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، (ت:458هـ)، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، 1414هـ-1994م.

- البغدادي، أبو محمد، غانم بن محمد البغدادي الحنفي، (ت:1030هـ)، مجمع الضمانات، دار الكتاب، بلا طبعة.
- ابن تيمية، أبو العباس، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، (ت:728هـ)، شرح العمدة في الفقه، تحقيق: سعود صالح العطيشات، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1، 1413هـ.
- الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين الشريف (ت:816هـ)، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1403هـ-1983م.
- الحطاب، أبو عبدالله محمد بن عبد الرحمن المغربي، (ت:954هـ)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط2، 1398هـ.
- الدار قطني، أبو الحسن علي بن عمر، (ت:385هـ)، سنن الدار قطني، تحقيق: السيد عبدالله هاشم يماني المدني، دار المعرفة، بيروت-لبنان، 1386هـ-1966م.
- الدردير، أبو البركات، سيدي أحمد بن محمد بن أحمد، (ت:1201هـ)، الشرح الكبير، تحقيق: محمد عlish، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- الدسوقي، محمد عرفة، حاشية الدسوقي، (ت:1230هـ)، تحقيق: محمد عlish، دار الفكر، بيروت.
- الرافعي، أبو القاسم عبد الكريم بن محمد، (ت:623هـ)، فتح العزيز شرح الوجيز، دار الفكر.
- ابن رجب الحنبلي، زين الدين، عبد الرحمن بن أحمد، (ت:795هـ)، القواعد في الفقه، ويسمى أيضاً: تقرير القواعد وتحريير الفوائد، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان للنشر، السعودية، ط1، 1419هـ.
- الزحيلي، محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ط1، دار الفكر، دمشق، 1427هـ-2006م.
- الزركشي، أبو عبدالله بدر الدين محمد بن عبدالله بن بهادر، (ت:794هـ)، المنتور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، 1405هـ-1985م.

- الزركشي، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله، (ت:794هـ)، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتب، ط1، 1414هـ-1994م.
- الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، (ت:743هـ)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة-مصر، ط3، 1313هـ.
- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، (ت:490هـ)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت-لبنان، 1406هـ.
- السيد البكري، أبو بكر بن السيد محمد شطا الدمياطي، (ت:1302هـ)، إعانة الطالبين، دار الفكر، بيروت.
- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، (ت:911هـ)، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1413هـ-1983م.
- الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، (ت:790هـ)، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط1، 1417هـ-1997م.
- الشافعي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن إدريس، (ت:204هـ)، الأم، دار المعرفة، بيروت-لبنان، ط2، 1393هـ.
- شبير، محمد عثمان، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، دار الفرقان، عمان-الأردن، 2000م.
- الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، (ت:997هـ)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، دار الفكر، بيروت-لبنان، 1415هـ.
- الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد، (ت:997هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت-لبنان، 1398هـ-1978م.
- الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، (ت:476هـ)، المذهب، دار الفكر، بيروت.
- الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، (ت:476هـ)، التنبيه في الفقه الشافعي، عالم الكتب، بلا طبعة.

الصاوي، أبو العباس، أحمد بن محمد الخلوتي، (ت:1241هـ)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف.

ابن عابدين، محمد أمين، (ت:1252هـ)، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المسماة: "حاشية ابن عابدين"، دار الفكر، بيروت-لبنان، ط2، 1386هـ-1966م.

العز بن عبد السلام، عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم السلمي، (ت:660هـ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الجيل، بيروت-لبنان، ط2، 1400هـ-1980م.

عليش، محمد بن أحمد بن محمد، أبو عبد الله المالكي، (ت:1299هـ)، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت-لبنان، 1409هـ-1989م.

ابن فارس، أبو الحسين، أحمد بن فارس بن زكرياء (ت:395هـ)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، دار الفكر، 1399هـ-1979م.

الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، (ت:817هـ)، القاموس المحيط، دار الجيل، بيروت.

الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، (ت:770هـ)، المصباح المنير، بيروت-لبنان، 1987م.

القاضي، أبو محمد، عبد الوهاب بن علي بن نصر المالكي، (ت:422هـ)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، ط1، 1420هـ-1999م.

ابن قدامة، شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد، (ت:682هـ)، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي.

ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد، (ت:620هـ)، المغني، دار الفكر، بيروت، ط1، 1405هـ.

ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد، (ت:620هـ)، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، 1414هـ-1994م.

ابن قيم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، بن أيوب الدمشقي، (ت:751هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت-لبنان، 1973م.

الكاساني، علاء الدين أبو بكر مسعود بن أحمد، (ت:587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، ط2، 1982م.

الكيلاني، عبد الرحمن إبراهيم زيد، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، عمان-الأردن، 2000م.

اللخمي، أبي الحسن، علي بن محمد، التبصرة، تحقيق: أحمد نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1، 1432هـ-2011م.

مالك بن أنس، (ت:179هـ)، المدونة الكبرى، دار صادر، بيروت.

الماوردي، أبو الحسن، علي بن محمد بن محمد بن حبيب، (ت:450هـ)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، وهو شرح مختصر المزني، تحقيق: علي معوض، عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، 1419هـ-1999م.

المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، (ت:885هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، ط1، 1377هـ-1957م.

مسلم، أبو الحسين، مسلم بن الحجاج النيسابوري، (ت:261هـ)، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله، (ت:884هـ)، المبدع، المكتب الإسلامي، بيروت-لبنان، 1400هـ.

ابن مفلح، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، (ت:763هـ)، الفروع، تحقيق: عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1424هـ - 2003م.

ابن منظور، أبو الفضل، جمال الدين محمد بن مكرم، (ت:711هـ)، لسان العرب، دار صادر، بيروت.

منلا خسرو، محمد بن فراموز بن علي، (ت:885هـ)، درر الحكام شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العربية، بيروت.

الموصللي، عبدالله بن محمود بن مودود، (ت:683هـ)، الإختيار لتعليل المختار، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1356هـ-1937م.

ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم، (ت:970هـ)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، تحقيق: عبد الكريم الفضيلى، المكتبة العصرية، بيروت-لبنان، ط1، 1428هـ-1998م.

ابن نجيم، زين الدين إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر، (ت:970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت-لبنان.

النسفي، أبو البركات عبدالله بن أحمد، كشف الأسرار شرح المصنف على المنار، (710هـ)، مطبوع مع شرح نور الأنوار، لشيخ أحمد المعروف بملا جيون، (ت:1130هـ) دار الكتب العلمية، بيروت.

النفراوي، أحمد بن غنمي بن سالم المالكي، (ت:1125هـ)، الفواكه الدواني، دار الفكر، بيروت، 1415هـ.

النملة، عبد الكريم بن علي بن محمد، المذهب في أصول الفقه المقارن، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1420هـ-1999م.

النووي، محيي الدين يحيى بن شرف، (ت:676هـ)، المجموع شرح المذهب، تحقيق: محمود مطرحي، دار الفكر، بيروت، ط1، 1417هـ-1996م.

النووي، أبو زكريا، محي الدين يحيى بن شرف، (ت:676هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت-لبنان، ط3، 1412هـ-1991م.

ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، (ت:861هـ)، شرح فتح القدير على الهداية، دار الفكر، بيروت-لبنان، ط2، 1397هـ-1977م.