



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إِنَّ الْحَمْدَ لِلَّهِ، نَحْمَدُهُ وَنَسْتَعِينُهُ وَنَسْتَغْفِرُهُ، وَنَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ شُرُورِ أَنْفُسِنَا وَسَيِّئَاتِ أَعْمَالِنَا، مَنْ يَهْدِهِ اللَّهُ فَلَا مُضِلَّ لَهُ، وَمَنْ يَضِلَّ فَلَا هَادِيَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَعَلَى آلِهِ وَأَصْحَابِهِ وَاتَّبَاعِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا كَثِيرًا.
أَمَّا بَعْدُ:

فَإِنَّ الْعُقَلَاءَ هُمُ الَّذِينَ يَسْعَوْنَ إِلَى إِصْلَاحِ أَحْوَالِهِمُ الدُّنْيَوِيَّةِ وَالْآخِرَوِيَّةِ، وَلَكِنْ تَسْتَقِيمُ حَالُ النَّاسِ إِلَّا إِذَا رَجَعُوا إِلَى شَرْعِ اللَّهِ؛ فَإِنَّ دِينَ اللَّهِ تَحْصُلُ بِهِ سَعَادَةُ الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ، وَلِذَا قَالَ تَعَالَى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ أُولَئِكَ هُمْ خَيْرُ الْبَرِيَّةِ (٧) جَزَاؤُهُمْ عِنْدَ رَبِّهِمْ جَنَّاتٌ عَدْنٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا أَبَدًا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَرَرَضُوا عَنْهُ ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ رَبَّهُ﴾^(١).

وَلَا يُمَكِّنُ أَنْ تَحْصُلَ هَذِهِ الْفَوَائِدُ وَالنِّعَمُ إِلَّا بِالرُّجُوعِ إِلَى شَرْعِ اللَّهِ، وَلَكِنْ يَحْصُلُ رُجُوعٌ إِلَى شَرْعِ اللَّهِ إِلَّا بِعِلْمٍ صَاحِحٍ مُؤَصَّلٍ، مَاخُودٌ مِنْ كِتَابِ اللَّهِ وَسُنَّةِ رَسُولِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَالْمُنْتَظَرُ فِي هَذَا هُوَ التَّعَلُّمُ، وَمِنْ هُنَا جَاءَتِ النُّصُوصُ الشَّرْعِيَّةُ بِتَرْغِيبِ أَهْلِ الْإِيمَانِ لِأَنْ يَتَعَلَّمُوا أَحْكَامَ الشَّرِيعَةِ؛ يَقُولُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ سَلَكَ طَرِيقًا يَلْتَمِسُ فِيهِ عِلْمًا سَهَّلَ اللَّهُ لَهُ بِهِ طَرِيقًا إِلَى الْجَنَّةِ، وَإِنَّ الْمَلَائِكَةَ لَتَضَعُ أَجْنِحَتَهَا لَطَالِبِ الْعِلْمِ رِضًا بِمَا يَصْنَعُ»^(٢).

وَكَمَا أَنَّ سَعَادَةَ الْآخِرَةِ لَا تَحْصُلُ إِلَّا بِعِلْمٍ صَاحِحٍ، فَهَكَذَا سَعَادَةُ الدُّنْيَا لَا تَحْصُلُ إِلَّا بِالْعِلْمِ الَّذِي يُعِيدُ النَّاسَ إِلَى شَرْعِ اللَّهِ وَدِينِهِ؛ كَمَا قَالَ سُبْحَانَهُ: ﴿مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَى وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهٗ حَيَاةً طَيِّبَةً﴾^(٣).
وَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ عَمَلٌ صَالِحٌ إِلَّا بِعِلْمٍ صَاحِحٍ، وَمِنْ هُنَا رَفَعَ اللَّهُ شَأْنَ الْفُقَهَاءِ الَّذِينَ يُعِيدُونَ النَّاسَ إِلَى الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ فِي جَمِيعِ مَجَالَاتِ الْحَيَاةِ، وَأَمَرَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ بِأَنْ يُوجَدَ فِي الْأُمَّةِ طَائِفَةٌ يُفْقَهُونَ الْخَلْقَ؛ قَالَ تَعَالَى:

(١) سورة البينة: ٧، ٨.

(٢) أخرجه مسلم في كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار - باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر (٢٦٩٩)، أخرجه أبو داود في كتاب العلم - باب الحث على طلب العلم (٣٦٤١)، والترمذي في كتاب العلم - باب ما جاء في فضل الفقه على العبادة (٢٦٨٥)، وقال: «حديث حسن صحيح»، وابن ماجه في كتاب المقدمة - باب فضل العلماء والحث على طلب العلم (٢٢٣).

(٣) سورة النحل: ٩٧.



﴿وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرْنَا مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾^(١).

وَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ»^(٢).

وَمَا يَحْصُلُ بِهِ التَّفَقُّهُ: مِثْلُ هَذِهِ الدُّوَرَاتِ الْعِلْمِيَّةِ الَّتِي لَهَا أَصْلٌ فِي السُّنَّةِ، وَقَدْ وَرَدَ فِي حَدِيثٍ عَنْ مَالِكِ بْنِ الْحُوَيْرِثِ قَالَ: أَتَيْتَا النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَنَحْنُ شَبَابٌ مُتَقَارِبُونَ، فَأَقَمْنَا عِنْدَهُ عِشْرِينَ لَيْلَةً، وَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَحِيمًا رَقِيقًا، فَظَنَّ أَنَا قَدْ اشْتَقْنَا إِلَى أَهْلِنَا، وَسَأَلْنَا عَمَّنْ تَرَكْنَا فِي أَهْلِنَا، فَأَخْبَرَنَا، فَقَالَ: «ارْجِعُوا إِلَى أَهْلِكُمْ فَأَقِيمُوا فِيهِمْ، وَعَلِّمُوهُمْ، وَبَرِّوهُمْ، وَصَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي أُصَلِّي، وَإِذَا حَضَرَتِ الصَّلَاةُ فَلْيُؤَدِّنْ لَكُمْ أَحَدَكُمْ، ثُمَّ لِيُؤَمِّكُمْ أَكْبَرَكُمْ»^(٣). كَمَا وَرَدَ فِي الْحَدِيثِ الصَّحِيحِ.

وَمِنْ هُنَا فَنَحْنُ نَحْتَاجُ إِلَى التَّفَقُّهِ فِي أَحْكَامِ الشَّرِيعَةِ، وَمَنْطَلِقُ الْفِقْهِ هُوَ تَطْبِيقُ أَحْكَامِ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ عَلَى حَيَاةِ النَّاسِ، وَمِنْ ذَلِكَ مَا سَتَدَارِسُهُ هَذِهِ الْأَيَّامُ فِي مَبَاحِثٍ مَا يَسْمَى بِـ «النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ»، فَإِنَّ هَذَا فَنٌّ جَدِيدٌ طَرَأَ عَلَى النَّاسِ فِي أَرْزَمَانِنَا الْحَاضِرَةِ، وَهُوَ مُحَاوَلَةٌ جَادَّةٌ مِنْ عُلَمَاءِ الْأُمَّةِ مِنْ أَجْلِ إِبْرَازِ أَحْكَامِ الشَّرِيعَةِ الْغَرَاءِ، وَمُقَارَنَةِ مَا وَرَدَ إِلَى النَّاسِ مِنْ نَظَرِيَّاتٍ حُقُوقِيَّةٍ بِأَحْكَامِ الشَّرِيعَةِ؛ لِيُظْهَرَ التَّمْيِيزُ فِي أَحْكَامِ الشَّرِيعَةِ، وَلِيَعْرِفَ أَوْلِيَاكَ الْمُفْتُونُونَ - بِمَا يَرِدُ إِلَيْنَا مِنْ غَرْبٍ وَشَرْقٍ - أَنَّ عِنْدَنَا مَا يُغْنِي بَلْ مَا يَتَفَوَّقُ عَلَى مَا يَرِدُ إِلَيْنَا.

مَا الْمُرَادُ بِالنَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ؟

هَذِهِ الْكَلِمَةُ مُرَكَّبَةٌ مِنْ جُزْأَيْنِ:

أَوَّلُهَا: كَلِمَةُ «النَّظَرِيَّاتِ»: وَهِيَ مَأْخُودَةٌ مِنَ النَّظَرِ، وَالنَّظَرُ فِي لُغَةِ الْعَرَبِ يُطْلَقُ عَلَى مَعَانٍ يُمَكِّنُ إِعَادَتَهَا إِلَى

ثَلَاثَةَ مَعَانٍ:

(١) سورة التوبة: ١٢٢.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب العلم - باب من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين (٧١)، ومسلم في كتاب الزكاة - باب النهي عن المسألة (١٠٣٧).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الأذان - باب الأذان للمسافر إذا كانوا جماعة (٦٣١)، ومسلم في كتاب المساجد - باب من أحق بالإمامة (٦٧٤)، من حديث مالك بن الحويرث رضي الله عنه.



الأول: المشاهدة البصرية، ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَعْرَفْنَا آلَ فِرْعَوْنَ وَأَنْتُمْ تَنْظُرُونَ﴾^(١).
والمعنى الثاني: الانتظار، ففسر قوله تعالى: ﴿انظرونا نقتبس من نوركم﴾^(٢). بأن المراد به: الانتظار، ومنه قوله
جل وعلا: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾^(٣).
والمعنى الثالث: التأمل والتفكير في الأمور، والنظر في عواقبها وحقائقها، ومنه قوله جل وعلا: ﴿أَفَلَا يَنْظُرُونَ
إِلَى الْإِبِلِ كَيْفَ خُلِقَتْ﴾^(٤). وقد يكون هذا المعنى الثالث أقرب المعاني إلى ما نحن فيه.
والأوائل أتوا باسم «النظري» في مقابل «الضروري»، وقالوا بأن النظري: ما يحتاج في التصديق به إلى دليل،
أما الضروري فهو: ما ادعت له النفوس بدون حاجة إلى دليل: فـ «واحد زائد واحد يساوي اثنين» هذا علم
ضروري؛ لأنه لا يحتاج إلى حساب، و «ستة عشر بالضرب في ستة عشر» هذا يحتاج إلى حساب واجتهاد في
البحث؛ هذا ما إذا وصلنا إلى نتيجته فهو علم نظري.
أما بالنسبة للكلمة الثانية وهي كلمة «الفقه»، والمراد به في اللغة: الفهم، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَكِنْ لَا تَفْقَهُونَ
تَسْبِيحَهُمْ﴾^(٥). وقوله: ﴿مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا مِمَّا تَقُولُ﴾^(٦).
وبعضهم يقول بأن الفقه في اللغة: هو الفهم الدقيق، وقد عرف الفقه في الاصطلاح بأنه: معرفة الأحكام
الشرعية العملية المستندة، أو بمعرفة أدلتها التفصيلية.
وإذا نظر الإنسان إلى كلمة «الفقه» عند علماء الشريعة وجد أنهم يطلقون هذه الكلمة على أربعة معانٍ:
الأول: إطلاق لفظة الفقه على جميع الأحكام الشرعية، ومن هذا قول النبي صلى الله عليه وسلم: «مَنْ يَرِدِ اللَّهُ
بِهِ خَيْرًا يَفْقَهُهُ فِي الدِّينِ». كما في «الصحیحین» من حديث معاوية رضي الله عنه، فليس المراد به معرفة الأحكام
العملية أو الأحكام الاجتهادية؛ بل هذا يشمل جميع الأحكام الشرعية، ومن ذلك مسائل الاعتقاد، فلا تدخل في

(١) سورة البقرة: ٥٠.

(٢) سورة الحديد: ١٣.

(٣) سورة البقرة: ٢٨٠.

(٤) سورة الغاشية: ١٧.

(٥) سورة الإسراء: ٤٤.

(٦) سورة هود: ٩١.



هَذَا الْإِطْلَاقِ، وَمِنْ هُنَا لَمَّا سُئِلَ الْإِمَامُ أَبُو حَنِيفَةَ عَنِ الْفِقْهِ قَالَ: هُوَ مَعْرِفَةُ النَّفْسِ مَا لَهَا وَمَا عَلَيْهَا.
الْإِطْلَاقُ الثَّانِي: إِطْلَاقُ لَفْظَةِ الْفِقْهِ عَلَى الْمَلَكَةِ الَّتِي تَوْجَدُ عِنْدَ الْإِنْسَانِ، وَيَتِمَكَّنُ بِهَا مِنْ اسْتِخْرَاجِ الْأَحْكَامِ مِنَ الْأَدِلَّةِ، وَمِنْ هُنَا يُقَالُ: فَلَانَ فِقِيهًا. أَي: قَادِرٌ عَلَى اسْتِخْرَاجِ الْأَحْكَامِ مِنَ الْأَدِلَّةِ، وَهُوَ الْمُسَمَّى بِالْمُجْتَهِدِ.
وَإِلْتِذَاقُ الثَّلَاثِ: إِطْلَاقُ لَفْظَةِ الْفِقْهِ عَلَى مَعْرِفَةِ الْأَحْكَامِ الْعَمَلِيَّةِ مِنْ أَدِلَّتِهَا التَّفْصِيلِيَّةِ، بِحَيْثُ نُخْرِجُ مَسَائِلَ الْإِعْتِقَادِ، وَهَذَا يَقُولُونَ: لَيْسَ الْفِقْهُ حَسَبَ الْإِصْطِلَاحِ، وَهَذَا هُوَ الَّذِي سَارَ عَلَيْهِ الْمُؤَلِّفُونَ فِي عُلُومِ الشَّرِيعَةِ؛ لِأَنَّ عِلْمَ الْفِقْهِ عِنْدَهُمْ يَرَادُ بِهِ الْمَسَائِلُ الْمُتَعَلِّقَةُ بِالْأَعْمَالِ؛ سِوَاءِ كَانَتْ تِلْكَ الْمَسَائِلُ فِيهَا أَدِلَّةٌ قَاطِعَةٌ؛ كَوُجُوبِ الصَّلَاةِ، وَالصَّوْمِ، وَحِلِّ الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ، أَوْ كَانَتْ مَسَائِلَ ظَنِّيَّةً، فِيهَا أَدِلَّةٌ لَيْسَتْ بِقَاطِعَةٍ، مِثْلُ أَكْثَرِ مَسَائِلِ الْخِلَافِ فِي الْأُمُورِ الْعَمَلِيَّةِ.

الْإِطْلَاقُ الرَّابِعُ: إِطْلَاقُ لَفْظَةِ الْفِقْهِ عَلَى الْمَسَائِلِ الْعَمَلِيَّةِ الَّتِي لَيْسَ فِيهَا دَلِيلٌ قَاطِعٌ، وَهُوَ الَّذِي سَارَ عَلَيْهِ بَعْضُ الْفُقَهَاءِ وَالْأَصُولِيِّينَ؛ وَلِذَلِكَ يُحْضِرُونَ مَسَائِلَ الْفِقْهِ بِمَا لَيْسَ فِيهِ دَلِيلٌ قَاطِعٌ.

فَلَوْ سَأَلْنَا سَائِلًا: مَا هُوَ الرَّاجِحُ مِنْ هَذِهِ الْإِطْلَاقَاتِ الْأَرْبَعِ؟

إِذَنْ نَقُولُ: هَذِهِ مُصْطَلَحَاتٌ وَاصْطِلَاحَاتٌ، وَبِالتَّالِي إِذَا أَرَدْنَا أَنْ نَفْهَمَ كَلَامَ أَحَدٍ فَنَفْهَمُهُ عَلَى اصْطِلَاحِهِ هُوَ، وَإِذَا أَرَدْنَا أَنْ نَخَاطِبَ أَحَدًا فَلَا بُدَّ أَنْ نُوَضِّحَ الْمُرَادَ بِهَذَا الْمُصْطَلَحِ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلَى أَنْ نَسِيرَ عَلَى الطَّرِيقَةِ الشَّرْعِيَّةِ: فَلَفْظَةُ الْفِقْهِ فِي الْإِصْطِلَاحِ الشَّرْعِيِّ جَاءَتْ عَلَى الْإِطْلَاقِ الْأَوَّلِ.

لَوْ جَاءَنَا شَخْصٌ مُتَخَصِّصٌ فِي الْفِقْهِ وَقَالَ: ﴿لَيْتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ﴾^(١). هَذَا دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ قِسْمَنَا أَفْضَلُ الْأَقْسَامِ. نَقُولُ: هَذَا تَفْسِيرٌ خَطَأٌ. لِمَاذَا؟ لِأَنَّ كَلِمَةَ ﴿لَيْتَفَقَّهُوا﴾ اسْتَعْمَلَهَا الشَّارِعُ فِي مَعْرِفَةِ الْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ؛ سِوَاءِ كَانَتْ عَمَلِيَّةً أَوْ اعْتِقَادِيَّةً، وَيَدْخُلُ فِي ذَلِكَ تَفْسِيرُ الْقُرْآنِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِسُنَّةِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رِوَايَةً وَدِرَايَةً، وَمَنْ ثُمَّ لَا يَصِحُّ أَنْ نَفْسَرَ أَلْفَاظَ الْقُرْآنِ بِاصْطِلَاحٍ مُتَأَخَّرٍ.

نَنْتَقِلُ إِلَى تَعْرِيفِ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ؛ مَا الْمُرَادُ بِهَا؟!

إِذَا نَظَرَ الْإِنْسَانُ فِي الْكِتَابَاتِ الْحَدِيثَةِ فِي بَابِ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ، وَجَدَ أَنَّهُمْ يَسِيرُونَ عَلَى ثَلَاثَةِ مَنَاهِجٍ: الْمَنْهَجُ الْأَوَّلُ: يَرُونَ أَنَّ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ جَمْعٌ لِلْمَسَائِلِ الْمُتَشَابِهَةِ، أَوِ الَّتِي بَيْنَهَا اشْتِرَاكٌ فِي أَيِّ جَانِبٍ، بِحَيْثُ

(١) سورة التوبة: ١٢٢.



نَسْتَخْرِجُ مِنْ ذَلِكَ أَحْكَامًا عَامَّةً، وَكَثِيرٌ مِّنْ كَتَبَ مُؤَلَّفَاتٍ بِاسْمِ النَّظَرِيَّاتِ يُرِيدُونَ هَذَا الْمَنْهَجَ.
وَإِطْلَاقُ الثَّانِي: إِطْلَاقُ اسْمِ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ عَلَى الْأَحْكَامِ الْكُلِّيَّةِ الَّتِي تَشْمَلُ جُزْئِيَّاتٍ فِقْهِيَّةً وَفُرُوعًا
عَدِيدَةً.

وَهَذَانِ الْإِطْلَاقَانِ فِيهِمَا مَا فِيهِمَا؛ لِأَنَّ الْإِطْلَاقَ الْأَوَّلَ لَيْسَ مُرَادًا لِمَنْ كَتَبَ فِي هَذَا الْعِلْمِ أَصَالَةً - النَّظَرِيَّاتِ
الْفِقْهِيَّةِ -، وَلَا يُحَقِّقُ الْأَهْدَافَ الَّتِي مِنْ أَجْلِهَا أُوجِدَ عِلْمُ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ، فَإِنَّ هَذَا الْعِلْمَ قَدْ كُتِبَ فِيهِ مِنْ أَجْلِ
تَحْقِيقِ مَقَاصِدَ خَاصَّةٍ، وَلَيْسَ الْمُرَادُ بِهِ اسْتِحْدَاثَ عَنَاوِينَ جَدِيدَةٍ مِنْ أَجْلِ بَيَانِ الْأَحْكَامِ الْفِقْهِيَّةِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِهَا.
الْمَنْهَجُ الثَّانِي: فَهَذَا الْمَنْهَجُ أَوْ هَذَا التَّعْرِيفُ هُوَ لِلْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ، وَالْقَوَاعِدُ الْفِقْهِيَّةُ عِلْمٌ مُسْتَقِلٌّ مُغَايِرٌ
لِلنَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ، كَمَا سَيَأْتِي التَّفْرِيقُ بَيْنَهُمَا.

الْمَنْهَجُ الثَّلَاثُ مِنْ مَنَاهِجِ الْمُؤَلِّفِينَ فِي حَقِيقَةِ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ: إِطْلَاقُ اسْمِ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ عَلَى الدِّرَاسَةِ
الْفِقْهِيَّةِ لِلْمَوَاضِعِ الْحُقُوقِيَّةِ، فَيَكُونُ تَعْرِيفُ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ هُوَ: الدِّرَاسَةُ الْفِقْهِيَّةُ لِلْمَوَاضِعِ الْحُقُوقِيَّةِ. يَعْنِي
هُنَاكَ مَوْضُوعَاتٌ فِي الْأَنْظِمَةِ وَالْحُقُوقِ يُرِيدُ أَنْ نَعْرِفَ الْمَوْفِقَ الْفِقْهِيَّ الشَّرْعِيَّ مِنْهَا، فَجَاءَ تَأْلِيفُ هَذَا الْعِلْمِ.
وَيُمْكِنُ تَعْرِيفُ هَذَا الْمَفْهُومِ بِصِيغَةٍ أُخْرَى؛ فَنَقُولُ: بَانَ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ هِيَ الْأَحْكَامُ الشَّرْعِيَّةُ لِلْعَنَاوِينَ
الْحُقُوقِيَّةِ - أَوْ الْقَانُونِيَّةِ - الَّتِي تَجْمَعُ فُرُوعًا فِقْهِيَّةً مِنْ أَبْوَابِ شَتَى.

إِذَا أَرَدْنَا أَنْ نَفَرِّقَ بَيْنَ هَذَا الْعِلْمِ وَمَا لَهُ بِهِ نَوْعُ اتِّصَالٍ، فَأَوَّلُ مَا نَدْخُلُ فِيهِ فِي هَذَا الْبَابِ التَّفْرِيقُ بَيْنَ النَّظَرِيَّاتِ
الْفِقْهِيَّةِ وَالْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ؛ لِأَنَّا سَبَقَ أَنْ ذَكَرْنَا أَنَّ بَعْضَ النَّاسِ أَطْلَقَ اسْمَ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ وَأَرَادَ بِهِ الْقَوَاعِدَ
الْفِقْهِيَّةَ، وَقَلْنَا: هُمَا اصْطِلَاحَانِ لِعِلْمَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، وَلَا يَصِحُّ الْخَلْطُ بَيْنَ الْعُلُومِ.

وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا، أَوْ قَبْلَ أَنْ نَذْكَرَ الْفَرْقَ نَذْكَرُ أَوْجِهَ التَّشَابُهِ بَيْنَهُمَا: النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ وَالْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ:
كُلٌّ مِنَ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ وَالْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ لَهُ فُرُوعٌ فِقْهِيَّةٌ مِنْ أَبْوَابِ شَتَى، وَكُلٌّ مِنْهُمَا حُكْمٌ فِقْهِيٌّ مَا أُخُوذُ
مِنَ الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ الشَّرْعِيِّ، وَالْقَوَاعِدُ الْفِقْهِيَّةُ لَهَا طَرَائِقُ فِي التَّطْبِيقِ وَلَهَا شُرُوطٌ، وَكَذَلِكَ النَّظَرِيَّاتُ الْفِقْهِيَّةُ.
أَمَّا بِالنِّسْبَةِ لِلْفُرُوقَاتِ بَيْنَ الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ وَالنَّظَرِيَّاتِ فَيُمْكِنُ إِبْرَازُهَا مِنْ خِلَالِ عَدَدٍ مِنَ الْأُمُورِ:
الْأَمْرُ الْأَوَّلُ: أَنَّ الْقَوَاعِدَ الْفِقْهِيَّةَ هِيَ أَحْكَامٌ شَّرْعِيَّةٌ، فَلَفْظُ «الْقَاعِدَةُ» فِي نَفْسِهِ حُكْمٌ شَّرْعِيٌّ.



مَنْ يَأْتِي لَنَا بِمِثَالٍ مِنَ الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ؟ نَعَمْ، «الْمَشَقَّةُ تَجَلِبُ التَّيْسِيرَ». هَذِهِ قَاعِدَةٌ فِيهَا حُكْمٌ يُمْكِنُ تَطْبِيقُهُ عَلَى الْفُرُوعِ، بِخِلَافِ النَّظَرِيَّاتِ؛ فَإِنَّهَا لَيْسَتْ أَحْكَامًا فِي ذَاتِهَا، مِثَالُ ذَلِكَ: نَظَرِيَّةُ الْإِلْتِزَامِ لَا يُمْكِنُ أَنْ نَطْبِقَهَا عَلَى شَيْءٍ؛ لَيْسَ فِيهَا حُكْمٌ، وَنَظَرِيَّةُ الضَّمَانِ؟ لَيْسَ فِيهَا حُكْمٌ.

الْفَرْقُ الثَّانِي: أَنَّ الْقَوَاعِدَ الْفِقْهِيَّةَ تُشِيرُ عَنَّا وَإِنِّي إِلَى مَا خِذَ الْأَحْكَامَ وَعِلَلَهَا، فَمَثَلًا: «الْمَشَقَّةُ تَجَلِبُ التَّيْسِيرَ». مَا الْعِلَّةُ فِي جَلْبِ التَّيْسِيرِ؟ هُوَ وَجُودُ الْمَشَقَّةِ، بِخِلَافِ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ؛ فَلَيْسَ فِيهَا إِشَارَةٌ إِلَى الْعِلَّةِ وَالْمَأْخِذِ. الْفَرْقُ الثَّلَاثُ: أَنَّ فُرُوعَ الْقَاعِدَةِ الْفِقْهِيَّةِ حُكْمُهَا وَاحِدٌ؛ فَكُلُّ فُرُوعِ قَاعِدَةِ «الْمَشَقَّةُ تَجَلِبُ التَّيْسِيرَ» حُكْمُهَا وَاحِدٌ؛ أَمَّا مُشْتَمَلَةٌ عَلَى التَّيْسِيرِ، وَكُلُّ فُرُوعِ قَاعِدَةِ «الْأُمُورُ بِمَقَاصِدِهَا» تُوَدِّي إِلَى أَنَّ النِّيَّةَ مُعْتَبَرَةٌ وَمُؤَثَّرَةٌ فِي الْحُكْمِ، بِخِلَافِ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ؛ فَإِنَّ مَا يَنْدَرِجُ فِيهَا مِنْ جُزْئِيَّاتٍ لَهُ أَحْكَامٌ مُخْتَلِفَةٌ بِحَسَبِ اعْتِبَارِ الشُّرُوطِ.

الْفَرْقُ الرَّابِعُ بَيْنَ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ وَالْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ: يَتَعَلَّقُ بِالْمَقَارِنَةِ الْقَانُونِيَّةِ؛ فَإِنَّ الْقَوَاعِدَ الْفِقْهِيَّةَ اسْتِقْرَاءٌ لِلْفُرُوعِ الْفِقْهِيَّةِ الْمُتَشَابِهَةِ، بِحَيْثُ تَوْضَعُ فِي صِيَاعَةٍ تَشْمَلُهَا، بِخِلَافِ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ، إِذْ إِنَّ الْقَوَاعِدَ الْفِقْهِيَّةَ اسْتِقْرَاءٌ لِلْفُرُوعِ الْفِقْهِيَّةِ مِنْ أَجْلِ وَضْعِ قَوَاعِدِهَا، وَمِنْ ثَمَّ لَيْسَ فِيهَا إِشَارَةٌ إِلَى مَا يَتَعَلَّقُ بِالْأَنْظِمَةِ وَالْقَوَانِينِ، بِخِلَافِ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ يُوجَدُ فِيهَا مُقَارِنَةٌ.

الْفَرْقُ الْخَامِسُ: أَنَّ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ فِيهَا مَا يَتَعَلَّقُ بِقَوَاعِدِ أُصُولِيَّةٍ؛ مِثْلُ نَظَرِيَّةِ الْمَصْلَحَةِ، أَوْ نَظَرِيَّةِ الْعُرْفِ، بِخِلَافِ الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ، فَإِنَّهَا مُنْحَصِرَةٌ بَيْنَ وَسَائِلِ الْفِقْهِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْأَحْكَامِ الْعَمَلِيَّةِ.

وَلَا شَكَّ أَنَّ عِلْمَ الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ أَسْبَقُ مِنْ عِلْمِ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ، وَالْمُؤَلَّفَاتُ فِيهِ أَعَمُّ وَأَغْزَرُ.

فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ: أَيُّهَا أَوْسَعُ؛ الْقَاعِدَةُ الْفِقْهِيَّةُ أَوْ النَّظَرِيَّةُ الْفِقْهِيَّةُ؟

نَقُولُ: لَا يَصِحُّ إِعْطَاءُ حُكْمٍ وَاحِدٍ لِلْجَمِيعِ؛ فَإِنَّ مِنَ الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ مَا يَكُونُ أَوْسَعًا وَأَشْمَلًا؛ مَثَلًا: قَاعِدَةُ «الْأُمُورُ بِمَقَاصِدِهَا» قَاعِدَةٌ عَامَّةٌ لَهَا فُرُوعٌ مِنْ أَبْوَابِ شَتَّى، فَمَا مِنْ بَابٍ فِقْهِيٍّ إِلَّا وَفِيهِ فُرُوعٌ وَجُزْئِيَّاتٌ مِنْ قَاعِدَةِ «الْأُمُورُ بِمَقَاصِدِهَا»، بِخِلَافِ بَعْضِ النَّظَرِيَّاتِ الَّتِي تَنْحَصِرُ فِي بَابٍ أَوْ بَابَيْنِ.

**

الْفَرْقُ بَيْنَ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ وَالْفُصُولِ الْقَانُونِيَّةِ:

فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ: مَا الْفَرْقُ بَيْنَ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ وَالْفُصُولِ الْقَانُونِيَّةِ؟



فَنَقُولُ: الْفُصُولُ الْقَانُونِيَّةُ الْمُرَادُ بِهَا: فُصُولٌ تُذَكِّرُ فِي الْأَنْظِمَةِ وَالْقَوَانِينِ، وَتُخَالِفُ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةَ فِي أَرْبَعَةِ أُمُورٍ:

الْأَمْرُ الْأَوَّلُ: فِي الْمَصْدَرِ؛ فَإِنَّ الْفُصُولَ الْقَانُونِيَّةَ صَنَعَهَا الْبَشَرُ، الَّذِينَ يُصِيبُونَ وَيُحِطُّونَ، وَالَّذِينَ لَا يَتِمَكَّنُونَ مِنْ دَرْكِ حَقَائِقِ الْأُمُورِ مِنْ جَمِيعِ جَوَانِبِهَا، تَكُونُ نَظَرْتَهُمْ قَاصِرَةً، بِخِلَافِ مَا يَتَعَلَّقُ بِالنَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ؛ فَإِنَّهُ نَظَرٌ لِمُوجِبِ الْأَدَلَّةِ - كِتَابٍ وَسُنَّةٍ - الَّتِي هِيَ وَحْيٌ مِنْ رَبِّ الْعِزَّةِ وَالْجَلَالِ، الَّذِي كَفَلَ لِلْعِبَادِ أَعْلَى دَرَجَاتِ الْمَصْلَحَةِ مَتَى سَارُوا عَلَى مُقْتَضَى هَذِهِ الْأَدَلَّةِ.

وَالْفَرْقُ الثَّانِي: فِي الْمُقَارَنَةِ، فَالنَّظَرِيَّاتُ الْفِقْهِيَّةُ فِيهَا مُقَارَنَةٌ بَيْنَ الدَّرَاسَةِ الْقَانُونِيَّةِ وَالْحُكْمِ الشَّرْعِيِّ، وَفِيهَا تَطْبِيقٌ لِأَحْكَامِ شَرْعِيَّةٍ عَلَى مَوْضُوعَاتٍ قَانُونِيَّةٍ، بِخِلَافِ الْفُصُولِ الْقَانُونِيَّةِ؛ فَهِيَ نَظَرٌ قَانُونِيٌّ مُجَرَّدٌ. وَالجَانِبُ الثَّلَاثُ مِنَ الْفَرْقِ بَيْنَ الْفُصُولِ الْقَانُونِيَّةِ وَالنَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ: فِيهَا يَتَعَلَّقُ بِالْإِرْتِبَاطِ بِالْآخِرَةِ؛ فَإِنَّ دَارِسَ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ بَيْنَ عَيْنَيْهِ الْأَجْرُ الْأُخْرَوِيُّ، وَعِنْدَ تَطْبِيقِ مَسَائِلِهِ يَنْظُرُ إِلَى مَا يَرْفَعُ دَرَجَتَهُ فِي الْآخِرَةِ، بِخِلَافِ أَوْلِيكَ الَّذِينَ يَنْظُرُونَ فِي الْفُصُولِ الْقَانُونِيَّةِ أَوْ يُطَبِّقُونَهَا؛ فَاتِّمُّوا لَا يَلْتَمِتُونَ إِلَى هَذَا الْمَعْنَى. وَالْأَمْرُ الْآخَرُ: أَنَّ الْفُصُولَ الْقَانُونِيَّةَ نَظَرٌ قَانُونِيٌّ مُسْتَقِلٌّ، بَيْنَمَا النَّظَرِيَّاتُ الْفِقْهِيَّةُ تَطْبِيقٌ لِلْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ عَلَى التَّقْرِيرَاتِ الْقَانُونِيَّةِ.

**

مَا الْفَرْقُ بَيْنَ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ وَالْأَبْوَابِ الْفِقْهِيَّةِ؟

عِنْدَمَا يُشَاهِدُ الْإِنْسَانُ كُتُبَ الْفُقَهَاءِ يَجِدُ أَنَّهُمْ يَقْسِمُونَ كُتُبَهُمُ الْفِقْهِيَّةَ إِلَى أَبْوَابٍ وَكُتُبٍ، يَقُولُونَ: هَذَا بَابُ الْبَيْعِ، وَبَابُ الْإِجَارَةِ، وَهَذَا بَابُ الضَّمانِ، فَمَا الْفَرْقُ بَيْنَ الْبَابِ الْفِقْهِيِّ وَالنَّظَرِيَّةِ الْفِقْهِيَّةِ؟ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا فِي جُزْئِيَّاتٍ مُتَعَدِّدَةٍ، لَكِنْ مِنْ أَبْرَزِهَا فَرْقَانِ:

الْفَرْقُ الْأَوَّلُ: أَنَّ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةَ مُخْتَصَّةٌ بِالْجَانِبِ الْحَقُوقِيِّ؛ بِحَقُوقِ النَّاسِ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ، مِمَّا يَكُونُ فِيهِ خُصُومَاتٌ وَنِزَاعٌ بَيْنَ النَّاسِ، بَيْنَمَا الْأَبْوَابُ الْفِقْهِيَّةُ لَا تَخْتَصُّ بِهَذَا الْجَانِبِ؛ إِذْ هِيَ كَمَا تُنظَّمُ عِلَاقَةُ النَّاسِ بَعْضُهُمْ بِبَعْضٍ كَذَلِكَ تُنظَّمُ عِلَاقَةُ الْإِنْسَانِ بِرَبِّهِ، كَيْفَ يَعْبُدُ اللَّهَ؛ سِوَاءً فِي بَابِ الْعِبَادَاتِ، أَوْ فِي أَبْوَابِ الْمَعَامَلَاتِ، أَوْ أَبْوَابِ الْأَنْكِحَةِ، أَوْ أَبْوَابِ الْعُقُوبَاتِ.



الفرق الثاني بين النظريات الفقهية والأبواب الفقهية: أن النظريات الفقهية فيها مقارنة بين الدراسة الفقهية والدراسة القانونية، بل بمعنى أدق: فيها دراسة فقهية للكتابات القانونية والمواضيع الحقوقية، ففيها جانبان، بخلاف الباب الفقهية فهو يختص بمسائل الفقه.

نتقل بعد ذلك إلى الكلام عن الأصل التاريخي للكتابات في النظريات الفقهية:

من المعلوم أنه في عهد النبوة ليس هناك مؤلفات فقهية، كان الناس يكتبون بالكتاب والسنة، وفي أول الإسلام كان النبي صلى الله عليه وسلم ينهى عن كتابة غير القرآن؛ لئلا يختلط بالقرآن ما ليس منه، ثم أذن بالكتابة في السنة، فسجل الناس الأحاديث النبوية، ثم بعد ذلك صنعت هذه الأحاديث ورُتبت، ثم وجدت الكتابات الفقهية وقسمت باعتبارات متقاربة؛ فوجدت المؤلفات الفقهية من العصور الأولى بداية من القرن الثاني فما بعده، وكذلك وجدت مؤلفات فقهية في موضوعات خاصة؛ بحيث تذكر التأصيل الشرعية والفقهية هذه الموضوعات، ومن أمثلته: كتب الأموال، كتب الخراج، كتب الأحكام السلطانية، فهذه كتب ألفت في موضوع فقهية بحيث تلم بالموضوع من جميع جوانبه.

هذه المؤلفات تخالف المؤلفات في النظريات الفقهية: من جهة أن كتب النظريات الفقهية ألفت من أجل بيان الحكم الشرعي في النظريات القانونية، قد يكون هناك بعض الموضوعات القانونية قد كتب فيها الفقهاء المتقدمون، مثال ذلك: من النظريات القانونية ما يتعلق بالعقد، يقولون: «نظرية العقد» قد ألفت فيها المتقدمون مؤلفات فيما يتعلق بأحكام العقود، كذلك مثلاً من النظريات: «نظرية الالتزام» وقد ألفت فيها جماعات، منهم مثلاً: الحطاب المالكي ألفت كتاب «تحرير الكلام في مسائل الالتزام».

ثم بعد ذلك لما وجد احتكاك بالدول غير المسلمة، وهذا الاحتكاك برز في أربعة أمور:

الأمر الأول: ما يتعلق بالاستعمار؛ حيث تمكن عدد من الدول من السيطرة على عدد من الدول الإسلامية، فكان هناك احتكاك، وكان هناك تواصل واتصال بين المسلمين وغير المسلمين، فاحتجج إلى مثل هذه المقارنات.

والأمر الثاني: ما يتعلق بالدراسات الاستشراقية؛ حيث وجد مستشرقون يدرسون الأحكام الشرعية، وفي دراساتهم ما فيها، تصويب وخلاف ذلك، فكان هناك دراسات استشراقية متعلقة بالمقارنة بين الدراسات



الحقوقية والقانونية والمؤلفات الفقهية.

الجانب الثالث: فيما يتعلق ببعض أبناء المسلمين في البلدان غير الإسلامية، خصوصاً فيما يتعلق بدراسة قوانينهم وأنظمتهم. فهذا الاحتكاك جعل هناك جهوداً للكتابة في النظريات الفقهية، خصوصاً مع توسع الإبتعاث في بعض الدول، يبتعثون لدراسة قوانين تلك الدول بمعزل من الحكم الشرعي، مما يجعل علماء الشريعة يتعين عليهم المبادرة بذكر التأصيل الشرعي والمقارنات بين تلك الدراسات القانونية والدراسات الفقهية.

الأمر الرابع: ما يتعلق بفرض تطبيق القوانين الغربية، قد يكون هناك ضغوطات من أجل وضع الزامات بالعمل بمثل هذه القوانين، مما نحتاج معه إلى إبراز النظرة الشرعية في المسائل القانونية، من خلال ما يسمى بالنظريات الفقهية.

ومن هنا وجد فقهاء الشريعة الحاجة ملحة للكتابة في موضوعات النظريات الفقهية، وذلك لعدد من الأهداف:

أولها: الرغبة في إظهار تفوق الشريعة على تلك الدراسات القانونية، وأنه إذا فُورنت تلك الدراسات القانونية بالدراسات الشرعية الفقهية علم عوارز ونقص هذه الدراسات القانونية، وبالمقارنة بين الشئيين المتقارنين يعرف نقص الناقص منها، وقد قيل: وبضدها تتميز الأشياء.

الأمر الثاني من أسباب التأليف الفقهي في باب النظريات الفقهية: محاولة علماء الشريعة تعديل القوانين لتكون متوافقة مع الشرع، بحيث نبعد المخالفات الشرعية من هذه الأنظمة.

أيضاً من الأسباب التي دعت الفقهاء للتأليف في جانب النظريات الفقهية: ما أشار إليه الزرقا من الرغبة في إعادة صياغة الفقه الإسلامي.

كذلك: رغب علماء الشريعة أن يسهلوا على القانونيين مراجعة الفقه الإسلامي؛ ليستفيدوا من العلم الجسم، وليتفهموا بالفقه الإسلامي؛ ليكون هذا من إقامة الحجة عليهم من جانب، وليكون معيناً لهم على ترك مخالفة الأحكام الشرعية.

كما أن من الأسباب التي دعت علماء الشريعة إلى الكتابة في هذا الموضوع: أن كثيراً من القضاة الذين يحكمون في المحاكم التي طرأت على بعض بلدان المسلمين عندهم ضعف في الملكة الفقهية، فرغب الفقهاء أن يقولوا الملكة



الفِهْيَةُ عِنْدَ الْقَضَاةِ الَّذِينَ يَنْظُرُونَ فِي هَذِهِ الْأَنْظُمَةِ مِنْ خِلَالِ الْكِتَابَةِ فِي بَعْضِ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ.
كَمَا أَنَّ عُلَمَاءَ الشَّرِيعَةِ رَغَبُوا أَنْ يُعِيدُوا الْأُمَّةَ إِلَى شَرْعِ اللَّهِ، وَإِلَى كِتَابِ رَبِّ الْعِزَّةِ وَالْجَلَالِ، وَسُنَّةِ نَبِيِّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؛ فَأَلْفُوا الْمُؤَلَّفَاتِ فِي هَذَا الْجَانِبِ.
وَقَدْ سَعَى بَعْضُ الْفُقَهَاءِ بِالْكِتَابَةِ فِي بَابِ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ إِلَى التَّوَسُّعِ فِي الدَّرَاسَاتِ الْقَانُونِيَّةِ، وَمِنْ هُنَا نَجِدُ أَنَّ مِنْ أَوَائِلِ مَنْ كَتَبَ فِي بَابِ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ هُمْ أَوْلِيكَ الَّذِينَ بَلَّغُوا بُجُودَ قَوَانِينٍ وَضَعِيَّةٍ؛ سِوَاءٍ فِي مِصْرَ، أَوْ فِي سُورِيَا، أَوْ فِي غَيْرِهِمَا، فَاَلْتَقَصُودُ أَنَّ هَذَا الْجَانِبَ - وَهُوَ دِرَاسَةُ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ - كُتِبَ فِيهِ فِي الزَّمَانِ الْحَاضِرِ لِعَدَدٍ مِنَ الْأَسْبَابِ الَّتِي أَشْرْنَا إِلَى بَعْضِهَا.

يَبْقَى هُنَا إِشْكَالٌ، وَهُوَ فِي سَبَبِ تَسْمِيَّتِهَا نَظَرِيَّاتٍ الْفِقْهِيَّةِ:
التَّسْمِيَةُ بِاسْمِ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ أُخِذَ مِنَ الْكِتَابَاتِ الْقَانُونِيَّةِ الَّتِي يَقُولُونَ عَنْهَا «نَظَرِيَّاتٌ قَانُونِيَّةٌ نِظَامِيَّةٌ»، وَمِنْ هُنَا فَهَؤُلَاءِ الْفُقَهَاءُ الْمُعَاَصِرُونَ كَتَبُوا فِي مَقَارِنَةِ هَذِهِ الدَّرَاسَاتِ الْقَانُونِيَّةِ بِعِلْمِ الشَّرِيعَةِ وَسَمَّوْهَا: «نَظَرِيَّاتٍ فِقْهِيَّةٌ»، وَقَدْ انْتَقَدَ بَعْضُ عُلَمَاءِ الشَّرِيعَةِ هَذِهِ التَّسْمِيَةَ مِنْ جِهَتَيْنِ:
الْجِهَةُ الْأُولَى: أَنَّ اسْمَ النَّظَرِيَّاتِ يُشْعِرُ بِأَنَّهَا آرَاءٌ مُجَرَّدَةٌ عَنِ الْوَحْيِ، بَيْنَمَا الْأَحْكَامُ الْفِقْهِيَّةُ مُسْتَقَاءَةٌ مِنَ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ، وَمِنْ ثَمَّ فَتَسْمِيَةُ الْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ بِاسْمِ نَظَرِيَّاتٍ يَبْقَى مَحَلُّ إِشْكَالٍ وَتَرَدُّدٍ، وَإِنْ كَانَ بَعْضُهُمْ أَجَابَ وَقَالَ بِأَنَّ اسْمَ النَّظَرِيَّةِ لَيْسَ فِيهِ حُكْمٌ، مَثَلًا: «نَظَرِيَّةُ الْحَقِّ» لَيْسَ فِيهَا حُكْمٌ، وَبِالتَّالِيِ لَا يَصِحُّ أَنْ تَقُولَ: هَذَا الْحُكْمُ الشَّرْعِيُّ.

وَالْجَانِبُ الثَّانِي مِمَّا انْتَقَدَ بِهِ تَسْمِيَةَ هَذَا الْعِلْمِ بِاسْمِ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ: أَنَّ قَالُوا بِأَنَّ النَّظَرِيَّاتِ هِيَ الْأُمُورُ الَّتِي فِيهَا نَظَرٌ وَاسْتِدْلَالٌ، وَتَكُونُ مَحَلَّ اجْتِهَادٍ، وَهِيَ تَقَابُلُ الْقَطْعِيَّاتِ. وَهَذَا فِيهِ مَا فِيهِ؛ لِأَنَّ النَّظَرِيَّاتِ الْمُقَابِلَةَ لِلضَّرُورِيَّاتِ مِنْهَا مَا هُوَ قَطْعِيٌّ، وَمِنْهَا مَا هُوَ ظَنِّيٌّ، فَإِنَّ الْإِدْرَاكَ يُقَسَّمُ إِلَى: إِدْرَاكِ ظَنِّيٍّ، وَإِدْرَاكِ قَطْعِيٍّ، وَكُلٌّ مِنْهُمَا يَدْخُلُهُ الْأَمْرُ النَّظَرِيُّ؛ فَهَنَّاكَ أُمُورٌ نَظَرِيَّةٌ لَكِنَّهَا قَطْعِيَّةٌ لَا تُعْرَفُ إِلَّا بَعْدَ الدَّلِيلِ، فَإِذَا عُرِفَتْ بِدَلِيلِهَا قَطَعَ النَّاسُ بِهَا. قَدْ يَقُولُ قَائِلٌ: إِنَّ هَذِهِ النَّظَرِيَّاتِ امْتِزَامٌ؛ لِأَنَّ فِيهَا تَرْكَاً لِلْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ الْوَاسِعِ الَّذِي كُتِبَتْ فِيهِ الْمُؤَلَّفَاتُ لِقُرُونٍ عَدِيدَةٍ، وَالنَّظَرُ فِي الْمَسَائِلِ بِنَاءً عَلَى الْكِتَابَاتِ الْقَانُونِيَّةِ.



فَنَقُولُ: هَذَا خَطَأٌ؛ فَالْكِتَابَةُ فِي النِّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ هُجُومٌ، لِأَنَّ فِيهَا بَيَانًا لِلنَّقْصِ الْعَظِيمِ فِي هَذِهِ الْكِتَابَاتِ الْقَانُونِيَّةِ، وَفِيهَا بَيَانٌ لِأَوْجُهِ الْخَطَأِ وَالتَّقْصِيرِ فِي هَذِهِ الْكِتَابَاتِ، وَمِنْ هُنَا فَإِنَّ الْكِتَابَةَ فِي هَذَا الْجَانِبِ لَهُ ثَمَرَاتٌ عَدِيدَةٌ، وَتَدَارِسُ هَذِهِ الْمَسَائِلِ الْمُتَعَلِّقَةَ بِالنِّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ فِيهِ رَدُّ هُجْمَةِ جَائِرَةٍ يُرَادُ بِهَا مَسْخُ الْأُمَّةِ، وَجَعْلُهَا أُمَّةً تَابِعَةٌ لغيرِهَا فِي الْبَاطِلِ.

يَبْقَى عِنْدَنَا الْإِشَارَةُ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَ الدِّرَاسَةِ الْقَانُونِيَّةِ وَالدِّرَاسَةِ الْفِقْهِيَّةِ:

الدِّرَاسَةُ الْفِقْهِيَّةُ مُخَالَفُ الدِّرَاسَاتِ الْقَانُونِيَّةِ فِي جَوَانِبٍ عَدِيدَةٍ:

أَوَّلُ هَذِهِ الْجَوَانِبِ: مَا يَتَعَلَّقُ بِهَا يَكُونُ فِي الْقُلُوبِ مِنْ مَخَافَةِ رَبِّ الْعِزَّةِ وَالْجَلَالِ؛ فَالدِّرَاسَةُ الشَّرْعِيَّةُ الْفِقْهِيَّةُ فِيهَا تَأْصِيلٌ وَزِرَاعَةٌ لِلْخَوْفِ مِنَ اللَّهِ فِي الْقُلُوبِ، بِحَيْثُ لَا تُقَدِّمُ عَلَى شَيْءٍ مَخَافَةَ مِنَ اللَّهِ، بِخِلَافِ الدِّرَاسَاتِ الْقَانُونِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُوجَدُ فِيهَا هَذَا الْجَانِبِ.

الْأَمْرُ الثَّانِي: أَنَّ الدِّرَاسَةَ الْفِقْهِيَّةَ فِيهَا رِبْطٌ لِلْحَيَاةِ الدُّنْيَا بِالْآخِرَةِ؛ فَالدُّنْيَا إِنَّمَا وُضِعَتْ لِتَكُونَ مَزْرَعَةً لِلْآخِرَةِ، وَهَذِهِ هِيَ النُّظْرَةُ الْفِقْهِيَّةُ، بِخِلَافِ النُّظْرَةِ الْقَانُونِيَّةِ فَإِنَّهَا نَظْرَةٌ قَاصِرَةٌ عَلَى الْأُمُورِ الدُّنْيَوِيَّةِ. فَالْفَرْقُ بَيْنَ الْأَوَّلِ وَالثَّانِي؟ قُلْنَا: فِي الْخَوْفِ مِنَ اللَّهِ، قَدْ يَخَافُ الْإِنْسَانُ مِنَ اللَّهِ أَنْ يُعَاقِبَهُ فِي الدُّنْيَا وَلَوْ لَمْ يَنْظُرْ إِلَى أَمْرِ الْآخِرَةِ، وَمِنْ هُنَا فَإِنَّ جَوَانِبَ الْإِحْسَانِ وَالرَّحْمَةِ وَالتَّعَاوُنِ جَوَانِبُ اِهْتَمَّتْ بِهَا الدِّرَاسَاتُ الْفِقْهِيَّةُ، بِخِلَافِ الدِّرَاسَاتِ الْقَانُونِيَّةِ؛ فَإِنَّهَا لَا تَلْتَفِتُ إِلَيْهَا.

الْأَمْرُ الثَّلَاثُ: أَنَّ الدِّرَاسَاتِ الْفِقْهِيَّةَ فِيهَا نَظْرٌ لِلْمَسَائِلِ الشَّخْصِيَّةِ الْمَجْرَدَةِ؛ فَفِيهَا كَيْفَ يُصَلِّي الْإِنْسَانُ، وَكَيْفَ يُزَكِّي، وَكَيْفَ يَصُومُ، بِخِلَافِ الدِّرَاسَاتِ الْقَانُونِيَّةِ فَإِنَّهَا لَا تُعْنَى إِلَّا بِالْعَلَاقَةِ بَيْنَ الْأَشْخَاصِ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِالْخُصُومَاتِ؛ إِمَّا بِوَضْعِ الْإِجْرَاءَاتِ الْأَوَّلِيَّةِ الَّتِي تَكُونُ سَبَبًا لِدَرْءِ الْخُصُومَاتِ، أَوْ الْإِجْرَاءَاتِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِفُضِّ الْخُصُومَاتِ بَعْدَ وَقُوعِهَا.

الْجَانِبُ الرَّابِعُ: أَنَّ الدِّرَاسَاتِ الْفِقْهِيَّةَ فِيهَا قَوَاعِدٌ عَامَّةٌ تُشْمَلُ مَا لَا يَتَنَاهَى مِنَ الصُّورِ، بِخِلَافِ الدِّرَاسَاتِ الْقَانُونِيَّةِ فَإِنَّهَا تَنْصِيصٌ عَلَى جُزْئِيَّاتٍ مُتَفَرِّقَةٍ، وَبِالتَّالِي كُلِّهَا وَجِدَتْ مَسَائِلٌ جَدِيدَةٌ يَحْتَاجُ النَّاسُ إِلَى قَوَانِينٍ جَدِيدَةٍ، بِخِلَافِ قَوَاعِدِ الشَّرِيعَةِ وَالْأَحْكَامِ الْفِقْهِيَّةِ، فَمَثَلًا: «تَحْرِيمُ إِبْدَاءِ الْآخِرِينَ»، هَذِهِ قَاعِدَةٌ فِقْهِيَّةٌ وَحُكْمٌ فِقْهِيٌّ يُشْمَلُ



مَا لَا يَتَنَاهَى مِنَ الصُّورِ، أَخَذَ مِنْ قَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بَغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا﴾^(١). بَيْنَمَا الدَّرَاسَاتُ الْقَانُونِيَّةُ كُلَّمَا اسْتُحْدِثَتْ أَنْوَاعٌ مِنْ صُورِ الْإِيذَاءِ لَا بُدَّ مِنْ إِجَادَةِ أَنْظِمَةٍ مُتَعَلِّقَةٍ بِهَا.

كَذَلِكَ مِنَ الْفُرُوقَاتِ: أَنَّ الدَّرَاسَاتِ الْفِقْهِيَّةَ مَنَاهِجٌ لِلْحَيَاةِ فِي جَمِيعِ مَجَالَاتِهَا، بِخِلَافِ الدَّرَاسَاتِ الْقَانُونِيَّةِ فَإِنَّهَا مُتَعَلِّقَةٌ بِالنَّوَاحِي الْقَضَائِيَّةِ؛ فَلَا يَدْرُسُونَ جَوَانِبَ الْحَيَاةِ إِلَّا بِمَا يَتَعَلَّقُ بِالْأُمُورِ الْقَضَائِيَّةِ، هَذَا فِي الدَّرَاسَاتِ الْقَانُونِيَّةِ بِخِلَافِ الدَّرَاسَاتِ الشَّرْعِيَّةِ، الدَّرَاسَةُ الْقَانُونِيَّةُ مُتَعَلِّقَةٌ بِالنَّوَاحِي الْقَضَائِيَّةِ فَقَطْ، وَإِذَا نَظَرْتَ مَثَلًا فِي بَابِ النِّكَاحِ، وَجَدْتَ أَنَّ الدَّرَاسَاتِ الْفِقْهِيَّةَ لَمْ تَتْرُكْ شَارِدَةً وَلَا وَارِدَةً فِيهَا يَتَعَلَّقُ بِأَبْوَابِ النِّكَاحِ إِلَّا وَقَدْ ذَكَرْتَهُ، وَلَا يُمْكِنُ أَنْ تَحْدُثَ مَسْأَلَةٌ فِيهَا يَتَعَلَّقُ بِهَذَا الْبَابِ إِلَّا وَفِي كَلَامِ الْفُقَهَاءِ مَا يَشْمَلُ تِلْكَ الصُّورَ؛ إِمَّا بِعُمُومِ كَلَامِهِمْ، أَوْ بِوُجُودِ صُورٍ مُثَابِلَةٍ لِتِلْكَ الصُّورَةِ يُمْكِنُ أَنْ تُقَاسَ عَلَيْهَا، حَتَّى فِيهَا يَتَعَلَّقُ بِطَرِيقَةِ التَّعَامُلِ، وَفِيهَا يَتَعَلَّقُ بِكَيْفِيَّةِ اسْتِمْتَاعِ الْإِنْسَانِ بِامْرَأَتِهِ، وَمَا يَتَعَلَّقُ بِكَيْفِيَّةِ النِّفْقَةِ، وَتَفَاصِيلُ جُزئيةٍ عَدِيدَةٍ لِلْحَيَاةِ الزَّوْجِيَّةِ يَجِدُهَا الْإِنْسَانُ فِي الدَّرَاسَاتِ الْفِقْهِيَّةِ، بِخِلَافِ الدَّرَاسَاتِ الْقَانُونِيَّةِ فَهِيَ لَا تَتَعَلَّقُ إِلَّا بِمَسَائِلِ الْخُصُومَاتِ.

قَدْ يَقُولُ قَائِلٌ: الْفِقْهُ فِيهِ أَقْوَالٌ مُتَعَدِّدَةٌ، وَفِيهِ آرَاءٌ مُتَبَايِنَةٌ، وَحِينَئِذٍ قَدْ يَزْهَدُنَا هَذَا فِي الْفِقْهِ.

فَنَقُولُ: إِنَّ حُكْمَ اللَّهِ وَاحِدٌ فِي الْمَسَائِلِ، وَيَجِبُ عَلَى الْفَقِيهِ أَنْ يَجْتَهِدَ فِي كُلِّ مَسْأَلَةٍ تَعَرَّضَ لَهُ؛ لِيَعْرِفَ حُكْمَ اللَّهِ فِيهَا الَّذِي هُوَ حُكْمٌ وَاحِدٌ، وَقَدْ يُوجَدُ فِي بَعْضِ الْمَسَائِلِ أُدْلَةٌ وَاضِحَةٌ وَلَكِنْ يُوجَدُ أَقْوَالٌ شَادَّةٌ، فَلَا يَلْتَمِزُ إِلَيْهَا، وَهُنَاكَ مَسَائِلٌ يَكُونُ لِلْجَاهِ فِيهَا مَجَالٌ؛ فَقَدْ جَاءَتْ الشَّرِيعَةُ بِأَدْلَةٍ، وَهَذِهِ الْأَدْلَةُ إِمَّا تَكُونُ مُتَعَارِضَةً فِي نَظَرِ الْمُجْتَهِدِ، أَوْ يَكُونُ لِلْجَاهِ فِيهَا مَجَالٌ؛ لِتَحْقِيقِ حُكْمٍ مِنْ جَعَلَ الْفُقَهَاءُ يُدَاوِمُونَ النَّظَرَ فِي الْأَدْلَةِ الشَّرْعِيَّةِ وَمُجَاوِلُونَ اسْتِثْمَارَهَا، وَبِالتَّالِي يَكُونُ ذَلِكَ مِنْ أَسْبَابِ الْإِزْدِهَارِ الْعِلْمِيِّ، فَوُجُودُ الْآرَاءِ الْمُتَعَدِّدَةِ هَذِهِ مَزِيَّةٌ لِلْفِقْهِ. ثُمَّ إِنَّ الْفَقِيهَ عِنْدَ وُجُودِ الْآرَاءِ الْمُتَعَدِّدَةِ يَنْظُرُ فِيهَا، وَيَنْظُرُ فِيهَا يَحْتَقِقُ الْمَقَاصِدَ الشَّرْعِيَّةَ وَالْمَصَالِحَ الْعَامَّةَ، فَيَكُونُ سَبَبًا مِنْ أَسْبَابِ الْخَيْرِ.

عَلَى أَنَّ الدَّرَاسَاتِ الْقَانُونِيَّةَ بَيْنَ أَصْحَابِهَا مِنَ النَّزَاعِ وَالْإِخْتِلَافِ مَا لَا نَجِدُهُ عِنْدَ فُقَهَاءِ الشَّرِيعَةِ، وَعِنْدَ فُقَهَاءِ الشَّرِيعَةِ مَرْجِعٌ يُلْزِمُهُمُ الرُّجُوعُ إِلَيْهِ عِنْدَ الْإِخْتِلَافِ؛ أَلَا وَهُوَ الْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ، كَمَا قَالَ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي

(١) سورة الأحزاب: ٥٨.



سُبْحَانَ اللَّهِ عَمَّا يُشْرِكُونَ ﴿١٠٠﴾ بِخِلَافِ الدَّرَاسَاتِ
القانونية فعند وجود الاختلاف والتنازع فيها، ليس عندهم مصدر يكون محل اتفاق أنه يلزم الأخذ به.

هذا الموضوع المتعلق بـ «النظريات الفقهية» هو موضوع مهم، وخصوصاً في زماننا الحاضر الذي نحتاج فيه
إلى إبراز هذه الشريعة المباركة، وإبراز خصائصها ومميزاتها، ونحتاج فيه إلى بيان تهاافت النظريات القانونية، وعدم
استنادها إلى أصول صحيحة، وأنها جالبة للمفاسد، مبعدة للمصالح.

من هنا فإن الكتابة في هذا الجانب فيما يتعلق بالنظريات الفقهية له فوائد، وله ثمراته.

ولعلنا - إن شاء الله جل وعلا - نتكلم في الغد عن أركان النظريات الفقهية وما تتكون منه، ونتكلم أيضاً عما
تستمد منه النظريات الفقهية، ونتكلم عن فوائد تعلم النظريات الفقهية، وكذلك نتكلم عن الأسباب الداعمة
لجعل فقهاء الشريعة يتدارسون النظريات الفقهية، وكذلك لعلنا نتباحث في بعض أوجه الخطأ التي يخطئ فيها
بعض العلماء أو بعض الفقهاء عند كتابتهم ودراساتهم النظريات الفقهية، ولعلنا أيضاً نتحدث عن مناهج التأليف
في النظريات الفقهية، وضوابط اختيار موضوعات النظريات الفقهية وكيفية بنائها، ونحو ذلك مما فيه تأصيل
لموضوع النظريات الفقهية.

ثم بعد ذلك نتحدث في كل يوم من أيام هذه الدورة - بإذن الله عز وجل - عن نظرية من هذه النظريات
الفقهية؛ بحيث نبين تعريفات النظرية، وأركانها، وشروطها، وتقسيماتها، وأحكامها العامة، وآثارها، ثم نقارن بين
الدراسة الفقهية والدراسة القانونية لهذه الموضوعات.

نسأل الله جل وعلا أن يوفقنا وإياكم لحيري الدنيا والآخرة، كما أسأله جل وعلا أن يجعلنا وإياكم الهداة
المهتدين، ونسأله جل وعلا أن يعرفنا بأحكام شريعته، وأن يجعلنا من المنتزعين بها، وألا يفتننا ولا يفتن بنا، ولا
يزيغنا ولا يزيغ بنا، كما أسأله جل وعلا أن يصلح أحوال الأمة، وأن يردهم إلى دينه رداً جميلاً، وأن يوفقهم
لتحكيم الشريعة في جميع أمورهم قليلها وكثيرها.

هذا والله أعلم، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ، وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى نَبِيِّنَا مُحَمَّدٍ، نَحْمَدُهُ جَلَّ وَعَلَا، وَنَشْكُرُهُ وَنُثْنِي عَلَيْهِ، وَأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَعَلَى آلِهِ وَأَصْحَابِهِ وَأَتْبَاعِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا كَثِيرًا.

أَمَّا بَعْدُ:

فَنَوَاصِلُ مَا كُنَّا ابْتِدَاءً بِهِ مِنَ الْكَلَامِ عَنِ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ؛ حَيْثُ تَكَلَّمْنَا عَنْ تَعْرِيفِهَا، وَحَقِيقَتِهَا، وَالْفَرْقِ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مَا لَهَا اشْتِبَاهُ بِهِ، وَتَكَلَّمْنَا عَنْ بَعْضِ الْأُصُولِ التَّارِيخِيَّةِ لِحُزْنِيَّاتٍ مِنْ جَوَانِبِ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ، وَذَكَرْنَا عَدَدًا مِنَ الْإِشْكَالَاتِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِدِرَاسَةِ هَذِهِ النَّظَرِيَّاتِ؛ تَكَلَّمْنَا عَنِ الْفَرْقِ بَيْنَ الدِّرَاسَةِ الْقَانُونِيَّةِ وَالدِّرَاسَةِ الْفِقْهِيَّةِ. وَيَأْذِنُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ نَوَاصِلَ الْحَدِيثِ فِي هَذَا وَنَقُولُ: إِنَّ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ عِنْدَ دِرَاسَةِ الْمُعَاصِرِينَ لَهَا رَتَبَاتٌ هَذِهِ الدِّرَاسَاتِ عَلَى أَرْكَانٍ وَجُزْئِيَّاتٍ؛ بَحِثُ:

يَبْتَدِئُونَ أَوَّلًا بِذِكْرِ عُنْوَانِ النَّظَرِيَّةِ، وَالْغَالِبُ فِي هَذِهِ الْعَنَاوِينَ أَنَّهَا تَكُونُ مَأْخُودَةً مِنَ الدِّرَاسَاتِ الْحَقُوقِيَّةِ، وَالْفُصُولِ الَّتِي يَسِيرُ عَلَيْهَا كِتَابُ هَذِهِ الْأَنْظِمَةِ، وَإِنْ كَانَ هُنَاكَ بَعْضُ الْفُقَهَاءِ مَنْ كَتَبَ نَظَرِيَّاتٍ بِنَاءً عَلَى الْأَبْوَابِ الْفِقْهِيَّةِ الْمُتَجَانِسَةِ، أَوْ بِنَاءً عَلَى الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ، لَكِنَّ الْغَالِبَ فِي عَنَاوِينَ هَذِهِ النَّظَرِيَّاتِ أَنْ تَكُونَ عَنَاوِينَ فِي الْكِتَابَاتِ الْحَقُوقِيَّةِ.

الرُّكْنُ الثَّانِي: مَا يَتَعَلَّقُ بِتَعْرِيفِ عُنْوَانِ النَّظَرِيَّةِ؛ بَحِثُ يَعْرِفُ بِهِ فِي اللَّغَةِ وَفِي الْإِصْطِلَاحِ، وَيَبَيِّنُ الْفَرْقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا لَهُ بِهِ اتِّصَالٌ، وَتَذَكَّرُ الْخِصَائِصُ الَّتِي تَتَعَلَّقُ بِذَلِكَ الْعُنْوَانِ.

وَالْجُزْئِيَّةُ الثَّلَاثَةُ: تَكُونُ فِي بَيَانِ الْأَرْكَانِ الْخَاصَّةِ لِتِلْكَ النَّظَرِيَّةِ؛ يَعْنِي مَثَلًا فِي نَظَرِيَّةِ الْإِلْتِمَامِ يُذَكَّرُ مِنْ أَرْكَانِهَا الْمُلتَزِمِ الَّذِي وَعَدَ غَيْرَهُ، أَوْ ضَمَّنَ لغيرِهِ أَنْ يَقُومَ بِعَمَلٍ مَا، وَالْمُلْتَزِمُ لَهُ، وَنَوْعُ الْإِلْتِمَامِ، وَأَثَارُ ذَلِكَ الْإِلْتِمَامِ، وَنَحْوُ هَذَا، فَهَذِهِ كُلُّهَا أَرْكَانٌ، وَيَلَاخِظُ أَنَّ الرُّكْنَ جُزْءٌ مِنَ الْمَاهِيَّةِ، وَلَيْسَ أَمْرًا مُسْتَقِلًّا أَوْ خَارِجًا عَنِ ذَاتِ الْعُنْوَانِ.

الرُّكْنُ الرَّابِعُ: الشُّرُوطُ الْمُتَعَلِّقَةُ بِجُزْئِيَّاتِ النَّظَرِيَّةِ، وَالْمَلَاخِظُ أَنَّ الشُّرُوطَ تَكُونُ أُمُورًا سَابِقَةً لِلْمَشْرُوطِ، يَحْصُلُ قَبْلَ حُصُولِ الْمَشْرُوطِ، بِخِلَافِ الرُّكْنِ فَإِنَّهُ جُزْءٌ مِنَ الْمَاهِيَّةِ؛ وَلِذَلِكَ مَثَلًا فِي الصَّلَاةِ نَقُولُ: الْوُضُوءُ شَرْطٌ؛ لِأَنَّهُ أَمْرٌ سَابِقٌ، بِخِلَافِ الرُّكُوعِ فَإِنَّهُ رُكْنٌ؛ لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنَ الصَّلَاةِ.



القِسْمُ الخَامِسُ: تَقْسِيْمَاتُ النَّظَرِيَّةِ، وَالْأَنْوَاعُ الْمُنْدَرِجَةُ تَحْتَهَا، مَعَ بَيَانِ حُكْمِ كُلِّ نَوْعٍ مِنْهَا، وَيُؤْتَى بِالتَّقْسِيْمَاتِ بِاعْتِبَارَاتٍ مُتَفَاوِتَةٍ وَمُخْتَلِفَةٍ.

الجزء السادس: الأحكام العامة لتلك النظريات؛ بحيث يذكر فيها ما يتعلق بأحكام كل قسم.

القِسْمُ السَّابِعُ: أثارُ النَّظَرِيَّةِ، وَمَاذَا يَتَرْتَّبُ عِنْدَمَا يُوجَدُ تَصَرُّفَاتٌ مِنَ الْمُكَلَّفِينَ تَنْدَرِجُ تَحْتَ تِلْكَ النَّظَرِيَّةِ، فَمَثَلًا «نَظَرِيَّةُ الْحَقِّ» لَهَا أَثَارٌ مِنْ وَجُوبِ آدَاءِ الْحُقُوقِ، وَمِنْ وَجُوبِ الْمَحَافَظَةِ عَلَيْهَا، وَمِنْ كَيْفِيَّةِ تَوْثِيقِ تِلْكَ الْحُقُوقِ، وَمَا أَثَارُ عَدَمِ آدَاءِ الْحُقُوقِ، وَنَحْوِ ذَلِكَ.

القِسْمُ الثَّامِنُ مِمَّا تَتَكُونُ مِنْهُ دِرَاسَةُ النَّظَرِيَّةِ الْفِقْهِيَّةِ: الْمُقَارَنَةُ بَيْنَ الدِّرَاسَةِ الَّتِي يَسِيرُ عَلَيْهَا فَهَاءُ الشَّرِيعَةِ وَبَيْنَ الدِّرَاسَاتِ الْقَانُونِيَّةِ، وَالْمُقَارَنَةُ قَدْ تَكُونُ مِنْ جِهَةِ التَّرْتِيبِ، أَوْ مِنْ جِهَةِ التَّقْسِيمِ، أَوْ مِنْ جِهَةِ الْأَحْكَامِ. وَالْكَتَابُ الَّذِي يَكْتُبُونَ فِي هَذِهِ الْمَوْضُوعَاتِ مِنْهُمْ مَنْ يَكْتُبُ فِي هَذِهِ الْمَوْضُوعَاتِ وَيُقَارِنُ فِي كُلِّ جُزْئِيَّةٍ بَيْنَ الدِّرَاسَةِ الْفِقْهِيَّةِ وَالدِّرَاسَةِ الْحُقُوقِيَّةِ، وَمِنْهُمْ مَنْ يُؤَخِّرُ ذَلِكَ لِيَكُونَ فِي آخِرِ الدِّرَاسَةِ النَّظَرِيَّةِ.

وَالْفُقَهَاءُ الَّذِينَ كَتَبُوا فِي النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ يُنْطَلِقُونَ فِي كِتَابَاتِهِمْ مِنْ أَصُولٍ مُعَيَّنَةٍ، وَيَسْتَمِدُّونَ هَذِهِ الْكِتَابَاتِ مِنْ عَدَدٍ مِنَ الْأُمُورِ: أَوَّلًا فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِاخْتِيَارِ عُنُوانِ النَّظَرِيَّاتِ يَأْخُذُونَهُ مِنَ الدِّرَاسَاتِ الْحُقُوقِيَّةِ، وَهَكَذَا أَيْضًا فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِالتَّقْسِيْمَاتِ. وَأَمَّا بِالنِّسْبَةِ لِلتَّعْرِيفِ وَالْأَنْوَاعِ فَيَحْرِصُونَ فِيهِ عَلَى ذِكْرِ الْمُقَارَنَةِ بَيْنَ طَرِيقَةِ الْفُقَهَاءِ الشَّرْعِيِّينَ وَبَيْنَ الْكُتَّابِ الْحُقُوقِيِّينَ.

ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ يَسْتَمِدُّونَ فِي تَقْوِيمِ هَذِهِ الْكِتَابَاتِ مِنَ الْأَدِلَّةِ الشَّرْعِيَّةِ الَّتِي يُمَكِّنُ إِعَادَتَهَا إِلَى أَرْبَعَةِ أَشْيَاءَ:

أَوَّلُهَا: النَّصُّ مِنَ الْقُرْآنِ وَالسُّنَّةِ؛ فَإِنَّ الْقُرْآنَ وَالسُّنَّةَ حَاكِمَانِ عَلَى غَيْرِهِمَا، وَقَدْ جَاءَتِ النُّصُوصُ تَوْجِبُ تَحْكِيمِ هَذَيْنِ الْأَصْلَيْنِ؛ قَالَ تَعَالَى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾^(١)، وَقَالَ سُبْحَانَهُ: ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾^(٢)، وَقَالَ سُبْحَانَهُ: ﴿وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكِّمُوهُ إِلَى اللَّهِ﴾^(٣)، وَقَالَ جَلَّ وَعَلَا: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ

(١) سورة النساء: ٦٥.

(٢) سورة النساء: ٥٩.

(٣) سورة الشورى: ١٠.



وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخَيْرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا^(١).

الأمر الثاني الذي تستمد منه الكتابات الشرعية حول النظريات: الإجماع؛ فإنه إذا وقع اتفاق من علماء الشريعة على أمر، فإن إجماعهم ملزم، كما دلت على ذلك النصوص الشرعية كتابًا وسنة، قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾. مما يدل على أنه عند الاتفاق يكفي التسليم بذلك الاتفاق، ويدل عليه قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصَلِّهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا﴾^(٢)، ويدل عليه قوله عز وجل: ﴿وَاتَّبِعْ سَبِيلَ مَنْ أَنَابَ إِلَيَّ﴾^(٣)، ويدل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم: «لَا تَزَالُ طَائِفَةٌ مِنْ أُمَّتِي مَنْصُورِينَ لَا يَضُرُّهُمْ مَنْ خَذَلَهُمْ حَتَّىٰ تَقُومَ السَّاعَةُ»^(٤)، ويدل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم: «لَا تَجْتَمِعُ أُمَّتِي عَلَىٰ ضَلَالَةٍ»^(٥).

والنوع الثالث: القياس؛ فإن الشريعة قد جاءت بإعطاء المتماثلات في معانيها أحكامًا متساوية؛ لأن الشريعة عادلة، ومن مقتضى عدلها أن تُعطي المتماثلات أحكامًا متساوية، قال تعالى: ﴿اللَّهُ الَّذِي أَنْزَلَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ وَالْمِيزَانَ﴾^(٦). والمراد بالميزان إعطاء المتساويات أحكامًا متماثلة، ويدل على ذلك أن النصوص الشرعية قد استعملت القياس، فهناك العديد من الآيات القرآنية المبينة على استعمال القياس، ومن هنا قاس الله جل وعلا بعث الأجساد على خلق هذه الأجساد في النشأة الأولى، وقاس الله البعث على إنبات النبات في الأرض الجرداء. وهكذا استعمل النبي صلى الله عليه وسلم القياس في عدد من الأحاديث: ومنها ما ورد في الحديث أن رجلاً سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم، فقال صلى الله عليه وسلم: «أَرَأَيْتَ لَوْ تَمَضَّمْتَ»^(٧). فقاس

(١) سورة الأحزاب: ٣٦.

(٢) سورة النساء: ١١٥.

(٣) سورة لقمان: ١٥.

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة - باب قول النبي ﷺ: «لَا تَزَالُ طَائِفَةٌ مِنْ أُمَّتِي ظَاهِرِينَ عَلَى الْحَقِّ» (٧٣١١)، مسلم في كتاب الإمارة - باب قوله ﷺ: «لَا تَزَالُ طَائِفَةٌ مِنْ أُمَّتِي ظَاهِرِينَ عَلَى الْحَقِّ لَا يَضُرُّهُمْ مَنْ خَالَفَهُمْ» (١٩٢١).

(٥) أخرجه ابن ماجه في كتاب الفتن - باب السواد الأعظم (٣٩٥٠)، وضعفه الألباني في «ضعيف ابن ماجه»، وقال: «ضعيف جدًا».

(٦) سورة الشورى: ١٧.

(٧) أخرجه أبو داود في كتاب الصوم - باب القبلة للصائم (٢٣٨٥)، وصححه الألباني في «صحيح أبي داود».



الْقُبْلَةَ عَلَى الْمَضْمَضَةِ فِي عَدَمِ حُصُولِ الْفِطْرِ بِهَا؛ بِجَمَاعٍ أَنْ كَلَّا مِنْهَا مُقَدِّمَةً لِلْفِطْرِ، لَكِنَّهُ لَا يَحْصُلُ بِهِ إِفْطَارٌ.
وَيَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ: إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ رِضْوَانِ اللَّهِ عَلَيْهِمْ عَلَى اسْتِعْمَالِ الْقِيَاسِ، وَالِاسْتِدْلَالِ بِهِ فِي وَقَائِعٍ كَثِيرَةٍ.
وَالْأَمْرُ الرَّابِعُ مِنَ الْأُمُورِ الَّتِي يُرْجَعُ إِلَيْهَا فِي تَقْوِيمِ هَذِهِ الْمَوْضُوعَاتِ وَالتَّأْصِيلِ الشَّرْعِيِّ لَهَا الْأَدِلَّةُ الْمُخْتَلَفُ فِيهَا: فَإِنَّ هُنَاكَ عَدَدًا مِنَ الْأَدِلَّةِ وَقَعَ الْإِخْتِلَافُ بَيْنَ فُقَهَاءِ الشَّرِيعَةِ فِي الْإِسْتِدْلَالِ بِهَا، فَقَدْ يَسْتَعْمِلُ كِتَابَ
النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ هَذِهِ الْأَدِلَّةَ الْمُخْتَلَفَ فِيهَا فِي تَقْوِيمِ الْكِتَابَاتِ الْحُقُوقِيَّةِ، وَمِنْ أَمَثَلَةِ هَذِهِ الْأَدِلَّةِ: قَوْلُ الصَّحَابِيِّ،
وَسَدُّ الذَّرَائِعِ، وَالْمَصَالِحُ الْمُرْسَلَةُ.

نَتَقَبَّلُ إِلَى جُزْئِيَّةٍ أُخْرَى تَتَعَلَّقُ بِفَوَائِدِ الْكِتَابَةِ فِي النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ:

هَلْ هُنَاكَ حَاجَةٌ دَاعِيَةٌ لِأَنْ نَكْتُبَ فِي هَذِهِ النَّظَرِيَّاتِ؟ وَمَا هِيَ الْفَوَائِدُ الْمُرْتَبِتَةُ عَلَى هَذِهِ الْكِتَابَاتِ؟
يُمْكِنُ إِعَادَةُ هَذِهِ الْفَوَائِدِ إِلَى عَدَدٍ مِنَ الْأُمُورِ:

أَوَّلُهَا: تَيْسِيرُ الْبَحْثِ فِي الْفِقْهِ عَلَى الْقَانُونِيِّينَ، فَإِنَّا عِنْدَمَا نَرْعَبُ أَنْ نَعْرِضَ الْأَحْكَامَ الْفِقْهِيَّةَ الْمُسْتَمَدَّةَ مِنْ
النُّصُوصِ عَلَى الْبَاحِثِينَ فِي الدَّرَاسَاتِ الْقَانُونِيَّةِ، لَا بُدَّ مِنْ مُحَاطَبَتِهِمْ بِطَرِيقَتِهِمْ وَأَسْأَلُوهُمْ، وَمُحَاطَبَةُ النَّاسِ
بِاصْطِلَاحَاتِهِمْ وَعَلَى وَفْقِ تَرْتِيبِهِمْ فِي التَّأْلِيفِ مِنَ الْأُمُورِ الَّتِي لَاحِظَهَا عُلَمَاءُ الشَّرِيعَةِ فِي عَدَدٍ مِنَ الْفُنُونِ، وَمِنْ
أَعْظَمِ أَمَثَلَةِ ذَلِكَ: مَا يَتَعَلَّقُ بِمَسَائِلِ الْعَقَائِدِ؛ حَيْثُ أَلْفَ عُلَمَاءِ الشَّرِيعَةِ كِتَابَاتٍ وَمُؤَلَّفَاتٍ تَتَنَاوَلُ الْمَسَائِلَ الْمُتَعَلِّقَةَ
بِالنَّظَرِ إِلَى الْخَالِقِ، أَوْ إِلَى الْكَوْنِ، أَوْ إِلَى الْإِنْسَانِ، مُرَاعِينَ فِي ذَلِكَ الطَّرَائِقَ الَّتِي سَارَ عَلَيْهَا الْبَاحِثُونَ فِي هَذِهِ
الْمَوَاضِعِ؛ مِنْ أَجْلِ تَيْسِيرِ وَصُولِ الْمَعْلُومَةِ الشَّرْعِيَّةِ الصَّحِيحَةِ إِلَيْهِمْ.

الْفَائِدَةُ الثَّانِيَّةُ: تَعْزِيزُ الثِّقَةِ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ؛ فَإِنَّهُ فِي أَرْزَمَانِنَا الْحَاضِرَةِ وَجَدَتْ هَجَمَاتٌ جَائِرَةٌ كَاذِبَةٌ مِنْ عَدَدٍ
مِنَ الْمُسْتَشْرِقِينَ حَوْلَ الشَّرِيعِ الْإِسْلَامِيِّ، وَبَلَّ تَلَقَّفَ هَذِهِ الْكِتَابَاتِ عَدَدٌ مِمَّنْ يَنْتَسِبُ إِلَى هَذَا الدِّينِ وَاسْتَجْرُوا هَذِهِ
الْكِتَابَاتِ وَأَعَادُوا صِيَاغَتَهَا بِصِيَاغَاتٍ مَحَلِّيَّةٍ؛ لِيُوَهِّمُوا النَّاسَ أَنَّ الدَّرَاسَةَ الْقَانُونِيَّةَ هِيَ الدَّرَاسَةُ الْمَكْتَمَلَةُ وَالْوَافِيَةُ
وَالْمُحَقَّقَةُ لِمَصَالِحِ الْخَلْقِ، مَعَ تَلْمِيحٍ وَتَرْغِيبٍ لِلنَّاسِ فِي تَرْكِ الدَّرَاسَاتِ الْفِقْهِيَّةِ، فَعِنْدَ عَرْضِ الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ
يَحْصُلُ تَعْزِيزٌ لِلثِّقَةِ بِالدَّرَاسَاتِ الْفِقْهِيَّةِ، وَكَمَا قِيلَ: وَبِضِدِّهَا تَتَمَيَّزُ الْأَشْيَاءُ.

الْفَائِدَةُ الثَّلَاثَةُ مِنْ فَوَائِدِ الْكِتَابَةِ فِي النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ: أَنَّ هَذِهِ الْكِتَابَاتِ وَسِيلَةٌ فِي الدَّعْوَةِ إِلَى اللَّهِ؛ فَإِنَّهَا تُعَرِّفُ



النَّاسُ بِشَرِيعةِ رَبِّ العِزَّةِ وَالجلالِ، وَتَدْعُوهُمْ إِلَيْهَا، وَتُبَيِّنُ مَزَايا أَحكامِ الشَّرِيعَةِ.
وَمِنْ فَوائِدِ الكِتابَةِ فِي النِّظَريَّاتِ الفِقهِيَّةِ: التَّنْبِيهُ عَلَى أَسرارِ الشَّرِيعَةِ، وَالْحِكمِ الَّتِي راعَتِها، وَالْمَصالِحِ، وَالْمَقاصِدِ
الشَّرِيعِيَّةِ؛ مِمَّا يُكسِبُ الإنسانَ مَعْرِفَةً بِقَواعِدِ الشَّرِيعَةِ العامَّةِ، وَبِذلك نَعْرِفُ بِالْمَزايَا العَظِيمَةِ الَّتِي احْتَوَتْ عَلَيْها
الأَحكامُ الشَّرِيعِيَّةُ.

الفائِدَةُ الخامِسَةُ مِنْ فَوائِدِ الكِتابَاتِ فِي النِّظَريَّاتِ الفِقهِيَّةِ: التَّعريفُ بِالْفَرقِ بَيْنَ المَسائِلِ؛ فَإِنَّ عَدَدًا مِنَ الكُتابِ
الحُقُوقِيينَ يَأْتِي بِمَسائِلَ مُتَشابِهَةٍ فِي الصُّورَةِ فَيُعْطِيها حُكمًا واحِدًا، بَيْنَما نَجِدُ أَنَّ الشَّرِيعَةَ قَدْ فَرَّقَتْ بَيْنَها بِنِشاءٍ عَلَى
أَسبابٍ تَقْتَضِي التَّفريقَ بَيْنَ هَذِهِ المَسائِلِ.

كَذلكَ مِنْ فَوائِدِ الكِتابَةِ فِي النِّظَريَّاتِ الفِقهِيَّةِ: كَشَفُ الإِتْجاهاتِ العامَّةِ لِلْفِقهَاءِ؛ بِحَيْثُ نَعْرِفُ طَرائِقُ أَهلِ
العِلمِ فِي الدَّراساتِ الفِقهِيَّةِ.

أَيضًا مِنْ فَوائِدِ الكِتابَةِ فِي النِّظَريَّاتِ الفِقهِيَّةِ: إِبرازُ سَعَةِ الشَّرِيعَةِ، وَالتَّعريفُ بِكَمالِها، وَأَنَّها ما تَرَكتُ شاردَةً وَلا
وارِدَةً إِلا وَقَدْ ذَكَرتُ أَحكامَها.

كَذلكَ مِنْ فَوائِدِ الكِتابَةِ فِي النِّظَريَّاتِ الفِقهِيَّةِ: إِثباتُ تَناسُقِ الشَّرِيعَةِ وَعَدَمِ تَعارُضِها؛ فَإِنَّه ما مِنْ مُتَكَلِّمٍ يَتَكَلَّمُ
وَلا مُؤَلِّفٍ يَكْتُبُ إِلا وَلا بُدَّ أَنْ يوجَدَ فِي كِتابَتِهِ نَوْعُ تَعارُضٍ وَتَناقُضٍ، وَهَذا ما تَسَلَّمُ مِنْهُ نُصوصُ الوَحْيِ، كَمَا قالَ
سُبْحانَهُ: ﴿أَفَلَا يَتَدَبَّرُونَ القُرْآنَ وَلَوْ كانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اِختِلافًا كَثيرًا﴾^(١).

كَذلكَ مِنْ ثَمَراتِ الكِتابَةِ فِي النِّظَريَّاتِ الفِقهِيَّةِ: تَكوِينُ المَلَكَةِ الفِقهِيَّةِ القادِرَةِ عَلَى اسْتِخراجِ الأَحكامِ مِنْ
أَدلَّتِها؛ فَعِنْدَما يَتَدَرَّبُ الإنسانُ عَلَى تَقوِيمِ الكِتابَاتِ الحُقُوقِيَّةِ مِنْ خِلالِ الأَدلَّةِ الشَّرِيعِيَّةِ، يَتَكوَنُ لَدَيْهِ قُدْرَةٌ عَلَى
اسْتِخراجِ الأَحكامِ مِنَ الأَدلَّةِ.

إِذْ هُنَاكَ العَدِيدُ مِنَ الفَوائِدِ وَالثَّمَراتِ الَّتِي نَسْتَفِيدُها مِنَ الكِتابَةِ فِي النِّظَريَّاتِ الفِقهِيَّةِ وَالدَّراسَةِ وَالإِطْلاعِ
عَلَيْها.

**

وَتَتَحَدَّثُ بَعْدَ ذلكَ عَنِ أَسبابِ تَدعيمِ دِراسَةِ النِّظَريَّاتِ الفِقهِيَّةِ:

(١) سورة النساء: ٨٢.



فِي عَصْرِنَا الْحَاضِرِ وَجِدَّ عَدَدٌ مِنَ الْأَسْبَابِ تَجَعَّلْنَا نَلِجُ بَابَ الْكِتَابَةِ فِي النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ، وَتَجَعَّلَ الْحَاجَةُ مَاسَّةً إِلَى تَدَارُسِ هَذِهِ الْمَوْضُوعَاتِ، وَمِنْ تِلْكَ الْأَسْبَابِ:

أَوَّلًا: سَهُولَةُ الْإِتِّصَالَاتِ؛ فَإِنَّ الْإِتِّصَالَ بَيْنَ الْعَالَمِ الْإِسْلَامِيِّ وَالْغَرْبِيِّ أَصْبَحَ سَهْلًا مَيْسُورًا، وَالْكِتَابَةُ الَّتِي تَكُونُ فِي الْبَلَدِ الْغَرْبِيِّ تَصِلُ فِي لَحْظَاتٍ إِلَى الْبُلْدَانِ الْإِسْلَامِيَّةِ، وَهَكَذَا الْعَكْسُ، وَمِنْ ثَمَّ فَإِنَّ هَذَا التَّوَاصُلَ يَجْعَلُنَا نَحْرُصُ عَلَى إِبْرَازِ الدَّرَاسَاتِ الْفِقْهِيَّةِ الْمُقَوِّمَةِ لِلدَّرَاسَاتِ الْحَقُوقِيَّةِ.

ثَانِيًا: هَكَذَا أَيْضًا مِنْ أَسْبَابِ تَدْعِيمِ الْكِتَابَةِ فِي النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ انْتِشَارُ فِي الْأَنْظِمَةِ بِجَمِيعِ الْبُلْدَانِ، بِحَيْثُ لَا يَتْرُكُونَ أَيَّ مَجَالٍ مِنْ مَجَالَاتِ الْحَيَاةِ إِلَّا وَيَكْتُبُونَ فِيهِ أَنْظِمَةً، وَمِنْ هُنَا نَجِدُ الدَّوْلَةَ الْوَاحِدَةَ تَشْتَمِلُ عَلَى مِائَاتٍ - بِلِ الْأَفِ - مِنْ هَذِهِ الْأَنْظِمَةِ الْقَانُونِيَّةِ، وَمِنْ ثَمَّ فَإِنَّا نَحْتَاجُ إِلَى الْكِتَابَةِ فِي النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ؛ مِنْ أَجْلِ إِظْهَارِ النَّظَرَةِ الشَّرْعِيَّةِ الْإِسْلَامِيَّةِ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِالْمَبَادِي الْقَانُونِيَّةِ، مِنْ أَجْلِ أَنْ نُبْرِزَ الدَّرَاسَاتِ الْفِقْهِيَّةِ فِي هَذِهِ الْمَبَادِي.

الْأَمْرُ الثَّلَاثُ: أَنَّهُ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ أَنَّ الرَّغْبَاتِ تَتَنَامَى فِي طَلَبِ تَحْكِيمِ الشَّرِيعَةِ، خُصُوصًا أَنَّ النَّاسَ جَرَّبُوا تَحْكِيمَ أُمُورٍ مُخَالَفَةً لِلشَّرِيعَةِ، فَجَرَّتْ عَلَيْهِمُ الْوَيْلَاتُ فِي دُنْيَاهُمْ، وَلَمْ تُحَقِّقْ مَا كَانُوا يَصْبُونُ إِلَيْهِ مِنْ أَمْنٍ فِي مَجْتَمَعَاتِهِمْ، أَوْ رَعْدٍ فِي عَيْشِهِمْ؛ وَلِذَلِكَ فَإِنَّ تَنَامِيَ الرَّغْبَاتِ فِي تَحْكِيمِ الشَّرِيعَةِ جَعَلَ دِرَاسَةَ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ مِنَ الْأُمُورِ الْمَطْلُوبَةِ.

وَهَكَذَا أَيْضًا مِنْ أَسْبَابِ تَدْعِيمِ دِرَاسَةِ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ: مَا جَرَّتْهُ الْأَنْظِمَةُ الْعِلْمَانِيَّةُ عَلَى حَيَاةِ النَّاسِ مِنْ سُوءٍ وَشَرٍّ فِي جَمِيعِ مَجَالَاتِ الْحَيَاةِ؛ فَهَذِهِ الْأَزْمَاتُ الْاِقْتِصَادِيَّةُ الْخَانِقَةُ مُتَتَابِعَةٌ، وَحَالَةُ الْفَقْرِ وَزِيَادَةُ نِسْبَةِ الْفَرَقِ بَيْنَ أَفْرَادِ الْمَجْتَمَعَاتِ فِي مُمْتَلِكَاتِهِمْ تَتَنَامَى، كَذَلِكَ نَجِدُ الْمَجْتَمَعَاتِ الْمُتَعَادِيَّةَ وَالْأَسْرَ الْمُتَفَكِّكَةَ، وَهَكَذَا أَيْضًا نَجِدُ أَنَّ نِسْبَ الْجَرِيمَةِ تَتَنَامَى وَتَتَزَايِدُ، إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ مَظَاهِرٍ سَيِّئَةٍ جَرَّتْهَا هَذِهِ الْأَنْظِمَةُ الْقَانُونِيَّةُ.

وَهَكَذَا أَيْضًا مِنْ أَسْبَابِ تَدْعِيمِ دِرَاسَةِ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ: أَنَّ وَسَائِلَ الْإِعْلَامِ عِنْدَهَا اِزْدَوَاجِيَّةٌ فِي النَّظَرَةِ، وَهُنَاكَ اسْتِغْلَالٌ سَيِّئٌ مِنَ الْمَشَارِكِينَ فِي هَذِهِ الْوَسَائِلِ، بَلْ هُنَاكَ بَيْعٌ لِلذَّمِّ مِنَ الْمُتَمَتِّينَ لِهَذِهِ الْوَسَائِلِ؛ مِنْ أَجْلِ الشَّنَاءِ عَلَى كُلِّ مَا هُوَ غَرْبِيٌّ، وَالْقَدْحِ فِي كُلِّ مَا يُقَابَلُهُ، وَمِنْ هُنَا فَنَحْنُ نَحْتَاجُ إِلَى إِبْرَازِ الدَّرَاسَاتِ الْفِقْهِيَّةِ فِي الْمَسَائِلِ الْحَقُوقِيَّةِ، مَعَ بَيَانِ مَرَايَا النَّظَرَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ فِيهَا.

وَمِنْ هُنَا أَيْضًا نَنْتَقِلُ إِلَى سَبَبٍ آخَرَ مِنْ أَسْبَابِ تَدْعِيمِ دِرَاسَةِ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ، أَلَا وَهُوَ: وَجُودُ أَصْوَاتِ



انْهْزَامِيَّةٌ تَدْعُو لِنَبْذِ الشَّرِيعَةِ وَعَدَمِ تَحْكِيمِهَا؛ سَوَاءً كَانَتْ نَاتِجَةً مِنْ ضَعْفٍ فِي التَّأْصِيلِ الْإِسْلَامِيِّ، أَوْ كَانَتْ بِسَبَبِ النَّظَرِ إِلَى الصُّورِ الظَّاهِرِيَّةِ بِدُونِ التَّحْقِيقِ فِي بَوَاطِنِ الْأُمُورِ، أَوْ كَانَتْ بِسَبَبِ الرَّغَبَاتِ الشَّخْصِيَّةِ فِي تَحْقِيقِ أَجَادِ دُنْيَوِيَّةٍ؛ بِحَيْثُ تَجْعَلُ الْإِنْسَانَ يَقْبَلُ أَنْ يَأْخُذَ الْأَمْوَالَ لِيُخْفِي وَجْهَ الْحَقِيقَةِ.

وَمِنْ أَعْظَمِ الْإِشْكَالَاتِ فِي هَذَا الْجَانِبِ: أَنْ يُوجَدَ مَنْ يُحَاوِلُ الْإِبَّاسَ الدَّرَاسَاتِ الْحَقُوقِيَّةِ الْجَائِزَةَ اللَّبَّاسَ الْإِسْلَامِيِّ، مِنْ خِلَالِ تَصْوِيرِ خَاطِئِهِ لِهَذِهِ الْمَبَادِي، وَنَحْنُ نَجِدُ أَمْثَلَهُ هَذَا كَثِيرَةً فِي بَعْضِ الْكُتَابَاتِ؛ سَوَاءً كَانَتْ فِي أُمُورِ الْمُعْتَقِدِ: كَمَا قَالَ قَائِلُهُمْ: اشْتِرَاكِيَّةِ الْإِسْلَامِ أَوْ اشْتِرَاكِيَّةِ أَبِي ذَرٍّ. أَوْ كَانَتْ فِي السُّلُوكِيَّاتِ: كَمَا قَالَ قَائِلُهُمْ: الرَّقْصُ الْإِسْلَامِيُّ، وَالْمُوسِيقَى الْإِسْلَامِيَّةُ، وَنَحْوُ ذَلِكَ.

**

وَقَبْلَ أَنْ نَلِجَ فِي أَبْوَابِ النَّظَرِيَّاتِ، نُنبِهُ عَلَى عَدَدٍ مِنَ الْأُمُورِ الَّتِي يَقَعُ فِيهَا بَعْضُ الْكُتَابِ فِي النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ، بِحَيْثُ تَجْعَلُهُمْ لَا يَصْدُرُونَ عَنْ تَوْجِهِ شَرْعِيٍّ صَحِيحٍ:

أَوَّلُ هَذِهِ الْأُمُورِ: أَنْ يُحَاوِلَ بَعْضُ النَّاسِ أَنْ يَصُورَ أَنَّ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ تَتِمَكَّنُ مِنْ إِظْهَارِ الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ فِي النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ كِتَابَةٌ مُجْتَزَاةٌ غَيْرٌ وَافِيَةٌ الْمَعَالِمِ؛ لِأَنَّهَا مَبْنِيَّةٌ عَلَى دِرَاسَةِ الْفَرْقِ بَيْنَ النَّظَرَةِ الْقَانُونِيَّةِ وَالْحُكْمِ الْإِسْلَامِيِّ، وَمِنْ ثَمَّ فَلَنْ يَكُونَ لَهَا الشُّمُولِيَّةُ فِي دِرَاسَةِ جَمِيعِ الْمَسَائِلِ الْفِقْهِيَّةِ، بِخِلَافِ الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ؛ فَإِنَّهُ فِقْهُ مُتَكَامِلٌ يَعْرِضُ لِلْمَسَائِلِ الْفِقْهِيَّةِ مِنْ جَمِيعِ جَوَانِبِهَا.

وَإِذَا نَظَرْتَ إِلَى الْمُخْتَصَرَاتِ الْفِقْهِيَّةِ فِي كُلِّ مَذْهَبٍ وَجَدْتَ الْعَجَبَ الْعَجَابَ فِيهَا اشْتَمَلَ عَلَيْهِ ذَلِكَ الْمُخْتَصَرُ مِنْ مَسَائِلِ: فَمَثَلًا لَوْ نَظَرَ الْإِنْسَانُ فِي كِتَابِ «زَادِ الْمُسْتَفْنَعِ» لِلْعَلَّامَةِ الْحِجَاوِيِّ؛ فَإِنَّهُ مَعَ صِغَرِ حَجْمِهِ إِلَّا أَنَّهُ اشْتَمَلَ عَلَى تَفَاصِيلَ وَجُزْئِيَّاتٍ عَدِيدَةٍ فِي حَيَاةِ النَّاسِ، تَسْتَعْرِبُ كَيْفَ اشْتَمَلَ عَلَيْهَا هَذَا الْمُخْتَصَرُ.

الْأَمْرُ الثَّانِي: أَنَّ بَعْضَ النَّاسِ حَاوَلَ أَنْ يَصُورَ أَنَّ الْقَضَاءَ يُمْكِنُ أَنْ يَبْنَى عَلَى الدَّرَاسَةِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالنَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ، وَهَذَا أَيْضًا أَمْرٌ خَاطِئٌ؛ فَإِنَّ الْقَضَاءَ الْإِسْلَامِيَّ لَا يُمْكِنُ أَنْ نَجْعَلَهُ يَعْتمِدُ عَلَى الدَّرَاسَاتِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالنَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ وَحَدَّهَا، بَلِ اعْتِمَادُ الْقَضَاءِ عَلَى هَذِهِ النَّظَرِيَّاتِ قَدْ يَجْعَلُهُ قَرِيبًا مِنَ الْقَضَاءِ الَّذِي يَعْتمِدُ عَلَى الْقَوَانِينِ الْوَضْعِيَّةِ الَّتِي لَا يَجُوزُ تَحْكِيمُهَا، وَإِنَّمَا الْمُرَادُ بِدِرَاسَةِ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ: إِبْرَازُ النَّظَرَةِ الشَّرْعِيَّةِ الْإِسْلَامِيَّةِ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ الْقَانُونِيَّةِ.



وبالتالي لا يمكن أن تتوافق مع رأي أولئك الذين يطالبون بأن تكون هذه النظريات الفقهية مرجع القضاة فيما يسرون عليه في أحكامهم القضائية.

الأمر الثالث: أن بعض الكتاب في النظريات الفقهية يختار أقوالاً فقهية تتوافق مع ما يقرره أهل القوانين، وفي هذا مخالفة لما جاءت به الشريعة من وجوب الترجيح بين الأقوال؛ بناءً على النظر في الأدلة الشرعية.

إن اختيار الأقوال المرجوحة - ولو كانت شاذة - من أجل موافقتها لتلك النظرات القانونية يُعتبر جناية على الفقه الإسلامي؛ بل يُعتبر من باب التبرير للكتابات القانونية الجائرة، ويُعتبر نظرة انهماكية غير مقبولة ولا مبررة.

الأمر الرابع: بعض الكتاب يحاول أن يجعل الكتابة في النظريات الفقهية هي الأصل، بل بعضهم يحاول أن يجعل الكتابات في النظريات الفقهية كافية ومغنية عن الكتابات الفقهية، وهذه نظرة خاطئة، بل إن النظريات الفقهية إنما احتيج إليها في ظروف معينة، في الوقت الذي وجدنا فيه التوجه القضائي في عدد من الدول الإسلامية ينحو ناحية القوانين الوضعية.

ومن هنا فإن هذه الكتابات المتعلقة بالنظريات الفقهية ليست هي الأصل، وإنما هي بمثابة الردود المبنية لكشف عوار تلك الكتابات القانونية.

**

يبقى عندنا الجزئية الأخيرة التي نتكلم عنها في تأصيل الدراسات المتعلقة بالنظريات الفقهية، ألا وهي: الفرق بين الدراسة الفقهية التي سار عليها فقهاء الشريعة، وبين الكتابة في النظريات الفقهية.

ويمكن ملاحظة هذا من عدد من الأمور:

الأمر الأول: أن كتابات الفقهاء ليست مقتصرة على قضايا الخصومات، أو قضايا التعامل بين الشخصين المختلفين، وتتجاوز ذلك إلى المسائل الشخصية، ومن هنا نجد أن الفقهاء قد يحكمون في المسألة من جهتين: من جهة كونها دينية، ومن جهة كونها قضاءً.

ومن أمثلة ذلك: لو طلق الرجل زوجته وهي تسمع، ثم لم تجد شهوداً يشهدون بإثبات ذلك الطلاق، فإن القضاء يُثبت أن هذه المرأة زوجة لهذا الرجل، لكن من جهة الديانة يقولون: لا يُثبت حكم هذا الزواج لمن علم بوقوع الطلاق من الزوجين، وبالتالي لا يجوز للزوج أن يبقى مع هذه الزوجة متى علم أنه قد طلقها، ولو لم يوجد



شُهُودٌ يَشْهَدُونَ بِذَلِكَ، وَهَكَذَا الزَّوْجَةُ لَا يَجُوزُ لَهَا الْبَقَاءُ مَعَ هَذَا الزَّوْجِ بَعْدَ وُرُودِ الطَّلَاقِ مِنْهُ، وَيَقُولُونَ: يَجِبُ عَلَيْهَا دِيَانَةٌ أَنْ تَسْعَى لِلتَّخْلِصِ مِنْهُ بِوَاسِطَةِ الْخُلْعِ، فَتَفْتَدِي نَفْسَهَا مِنْهُ بِدَفْعِ عَوْضٍ.

هَكَذَا أَيْضًا فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِجَوَانِبِ التَّعْلِيقِ بِاللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: فَإِنَّ النِّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةَ تَبَعَتِ النَّظْرَةَ الْقَانُونِيَّةَ فِي الْحُكْمِ عَلَى الْمَسَائِلِ بِأَحْكَامِ ظَاهِرِيَّةٍ، بِخِلَافِ كِتَابَاتِ فُقَهَاءِ الشَّرِيعَةِ؛ فَإِنَّ عِنْدَهُمْ مِنْ تَحْرِيكِ جَدْوَةِ الْإِيمَانِ، وَزِرَاعَةِ تِلْكَ الْمَعَانِي الْمُتَعَلِّقَةِ بِاللَّهِ خَوْفًا وَرَجَاءً وَمَحَبَّةً مَا لَا نَجْدُهُ وَاضِحًا ظَاهِرًا عِنْدَ دِرَاسَةِ النِّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ، وَمِنْ هُنَا فَلَا يَصِحُّ الْاِكْتِفَاءُ بِهَذِهِ الْكِتَابَاتِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالنِّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ بِدَعْوَى أَهْلِهَا تَكْفِي عَنِ الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ.

كَمَا تَقَدَّمَ أَنَّ النِّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةَ أَوَّلَ مَا وَجَدَتِ الْكِتَابَةُ فِيهَا كَانَتْ بِسَبَبِ وُجُودِ الْمُسْتَعْمِرِ الَّذِي أَلْزَمَ الْبُلْدَانَ الَّتِي اسْتَعْمَرَهَا بِتَحْكِيمِ الْقَوَانِينِ الْوَضْعِيَّةِ؛ وَلِذَلِكَ فَإِنَّ مِنْ أَوَائِلِ مَنْ كَتَبَ فِي هَذَا الْجَانِبِ: الْفُقَهَاءُ الَّذِينَ وَجِدُوا فِي الدُّوَلِ الْمُسْتَعْمَرَةِ أَوْ الَّتِي تَحَرَّرَتْ مِنْ اسْتِعْمَارِ قَرِيبٍ، وَاحْتَاجُوا لِلتَّعَامُلِ مَعَ الْأَنْظُمَةِ وَالْقَوَانِينِ الْمَوْجُودَةِ فِي بُلْدَانِهِمْ - خُصُوصًا فِي بِلَادِ الشَّامِ وَمِصْرَ -، كَمَا ذَكَرْتُ أَنَّ مِنْ أَشْهَرِ مَنْ كَتَبَ فِي هَذِهِ الْجَوَانِبِ الزَّرْقَا فِي كِتَابِهِ «الْمُدْخَلُ»، الَّذِي وَضَعَ لَهُ تَعْرِيفًا بِأَنَّهُ ثَوْبٌ جَدِيدٌ لِلْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ، وَعَبْدُ الرَّزَاقِ السَّنْهُورِيُّ فِي عَدَدٍ مِنْ كِتَابَاتِهِ، مِنْ أَشْهَرِهَا: كِتَابُ «مَصَادِرِ الْحَقِّ»، وَقَدْ سَارَ عَلَى طَرِيقَتِهِمْ عَدِيدٌ مِنَ الْكُتَّابِ وَالْمُؤَلِّفِينَ، بَعْضُهُمْ حَاوَلَ الْكِتَابَةَ فِي النِّظَرِيَّاتِ بِشَكْلِ مُجْمَلٍ، وَبَعْضُهُمْ حَاوَلَ أَنْ يَكْتُبَ فِي نِظَرِيَّاتٍ مُسْتَقَلَّةٍ.

هَذَا أَتَرَزُّ مَا يَتَعَلَّقُ بِجَوَانِبِ الْمَقْدَمَةِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالنِّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ، حَيْثُ تَنَاوَلْنَا تَعْرِيفَ هَذِهِ النِّظَرِيَّاتِ، وَنَشَأَتِهَا، وَتَارِيخَ الْكِتَابَةِ فِيهَا، وَالْأَصُولَ التَّارِيخِيَّةَ لَهَا، وَالْبَاعِثَ عَلَى الْكِتَابَةِ فِي النِّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ، وَالْفَرْقَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مَا لَهَا بِهَا نَوْعُ اتِّصَالٍ، وَثَمَرَةَ دِرَاسَةِ النِّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ، وَكَيْفِيَّةَ بِنَاءِ النِّظَرِيَّاتِ وَمَصَادِرِهَا.

**

يَبْقَى هُنَا مَسْأَلَةٌ مُتَعَلِّقَةٌ بِمَنَهِجِ التَّأْلِيفِ فِي النِّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ:

حَيْثُ إِنَّ النَّاطِرَ فِي أَوْلَيْكَ الْكُتَّابِ الَّذِينَ كَتَبُوا بِهَذِهِ النِّظَرِيَّاتِ يَجِدُ أَتَمَّهُمْ سَارُوا عَلَى ثَلَاثِ طَرَائِقَ:

الطَّرِيقَةُ الْأُولَى: طَرِيقَةُ مَنْ أَتَى بِالْكِتَابَاتِ الْقَانُونِيَّةِ، وَحَاوَلَ أَنْ يُدْخَلَ النَّظْرَةَ الْفِقْهِيَّةَ فِي هَذِهِ الْكِتَابَاتِ الْقَانُونِيَّةِ، وَهَذِهِ الطَّرِيقَةُ لَهَا ثَمَرَاتٌ، لَكِنْ فِيهَا أَمْرَانِ يَجْعَلَانِ الْإِنْسَانَ يَزْهَدُ فِي هَذِهِ الْكِتَابَاتِ:

الْأَمْرُ الْأَوَّلُ: أَنَّ هَذِهِ الْكِتَابَاتِ تُرَكِّزُ عَلَى النَّظْرَةِ الْقَانُونِيَّةِ، وَمِنْ ثَمَّ تَأْتِي بِالْكِتَابَةِ الْفِقْهِيَّةِ مِنْ خِلَالِ النَّظَرِ



القانوني، وعندما ينظر الإنسان إلى الفقه من خلال نظر قانوني يجعله قاصر النظر لا ينظر إلا من جانب واحد؛ كمن ينظر إلى ثياب النساء من خلال نظرة الأطفال لها، أو ثياب الرجال، أو ثياب شعب معين من خلال نظرة شعب آخر لا يعرف قيمة تلك الثياب، ولا الأسباب التي من أجلها اتخذوا هذه الأنواع من الثياب. والأمر الثاني: أن من يكتب على هذه الطريقة يكون - في الغالب - معتمداً على الآراء الفقهية المتناسبة مع النظر القانونية، ولا يكون ممن عني بالتأصيل الشرعي المنبثق من النصوص في دراسة هذه القضايا.

المنهج الثاني من مناهج التأليف في النظريات الفقهية: الإعتداد على الكتابات الفقهية المجردة؛ بحيث يعيد الإنسان كتابة الفقهاء بحسب صياغة النظريات الفقهية، بدون أن يكون هناك مقارنة بين الدراسات الحقوقية وكتابات الفقهاء، وهذه الطريقة أحسن من الطريقة الأولى بكثير، لها ثمرات عظيمة، لكنها لا تحقق جميع المقاصد والأهداف التي نسعى إليها من خلال الكتابة في النظريات الفقهية؛ فمثلاً بهذا النوع من الكتابات لا نيسر - على القانونيين الباحث في المسائل الفقهية والكتابات الفقهية، ولا نتمكن من تعزيز الثقة في الفقه، ولا نظهر جوانب المقارنة بين الفقه الإسلامي والكتابات القانونية، ومن ثم لا تظهر أسرار الشريعة ولا حكمها.

الطريقة الثالثة والمنهج الثالث: النظر في الكتابات القانونية مع تقويمها، وإعطاء التصور الإسلامي المتكامل عن كل ما يتعلق بهذه النظريات، ومن ثم لا نكون مأسورين بالعناوين القانونية المندرجة تحت تلك القاعدة، لا نتجاوزها لغيرها كما في الطريقة الأولى، وفي نفس الوقت نتمكن من إبراز المقارنة بين النظر القانونية والنظر الشرعية الإسلامية، وفي نفس الوقت أيضاً نتمكن من إعطاء التصور الشرعي الواضح في جميع جزئيات المسائل المبحوثة.

وبهذه الطريقة نتمكن من صد المحاولات التغريبية التي نحاول أن نجعل المسلمين يقبلون ما يأتيهم من غيرهم من دون التفكير في ما يأتي إليهم، ومن دون تقويمه.

عندما تريد أن تحكم على عمل لا بد أن تقارنه بغيره، إذا جاءك عامل صيانة، أو صاحب ورشة سيارات، فنظرت إلى عمله فقط؛ فحينئذ ستكون نظرتك قاصرة، وإذا قارنته بعمل غيره بحيث تكون المقارنة ليس في جهة ما عمله فقط، وإنما من جهة ما ينبغي منه عمله؛ فحينئذ تكون نظرتك نظرة متكاملة.

مثال ذلك: لما أتيت إلى صاحب الورشة، قال: سيارتك تحتاج إلى العمل الفلاني والعمل الفلاني والعمل



الفَلَانِي، أَوْ فِيهَا ثَلَاثَةُ عِيُوبٍ، وَسَنُصَلِّحُ هَذِهِ الْعِيُوبَ بِالْأُمُورِ الْآيِيَّةِ، هُنَاكَ مَنْ يَقُولُ: يَكْتَفِي بِتَقْرِيرِ صَاحِبِ
الْوَرْشَةِ وَيَعْمَلُهُ، وَهُنَاكَ مَنْ يَعْرِضُهُ عَلَى صَاحِبِ وَرْشَةٍ أُخْرَى وَيَسْأَلُهُ عَنِ الْإِجْرَاءَاتِ فَقَطْ، فَقَدْ يَقُومُ الْإِجْرَاءَاتِ
وَيَقُولُ: هَذَا الْإِجْرَاءُ جَيِّدٌ، لَكِنْ أَحْسَنُ مِنْهُ ذَلِكَ الْإِجْرَاءُ. وَقَدْ يُلْغِي بَعْضُ الْإِجْرَاءَاتِ لِعَدَمِ ثَمَرَتِهَا، لَكِنْ عِنْدَمَا
يَعْرِضُ السِّيَّارَةَ عَلَى صَاحِبِ الْوَرْشَةِ الْأُخْرَى سَيَقُولُ لَهُ: مَا ذَكَرْتَهُ مِنْ أَنَّ السِّيَّارَةَ بِهَا الْعَيْبُ الْفَلَانِي هَذَا لَيْسَ
بِصَحِيحٍ، بَلْ هَذِهِ مِيزَةٌ لِلْسِّيَّارَةِ، وَهُنَاكَ عَيْبٌ آخَرٌ فِي السِّيَّارَةِ لَمْ يَذْكُرْهُ لَكَ صَاحِبُ الْوَرْشَةِ الْأُولَى؛ هُوَ الْعَيْبُ
الْفَلَانِي. وَهَكَذَا، ثُمَّ تَتَأَقَّشُهُ فِي الْإِجْرَاءَاتِ الْمُتَّخَذَةِ حَوْلَ مِثْلِ هَذِهِ الْأَعْمَالِ.

وَمِنْ هُنَا نَعْرِفُ أَنَّ الْيَوْمَ بِأَشَدِّ الْحَاجَةِ إِلَى تِلْكَ الدَّرَاسَاتِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالنَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ؛ لِنَكْتَشِفَ أَسْرَارَ الْفِقْهِ
الْإِسْلَامِيِّ، وَلِنَقِي أَنْفُسَنَا التَّبَعِيَّةَ الْمَقْبِيَّةَ لِمَنْ يَضْمُرُ السُّوءَ وَالشَّرَّ لَنَا، وَعِنْدَمَا يَتَحَدَّثُ الْإِنْسَانُ يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَعْرِفَ
وَأَقْعَهُ وَمُجْتَمَعَهُ، وَبِالتَّالِي يُكُونُ قَدْ خَدَمَ دِينَ اللَّهِ خِدْمَةً لَيْسَتْ بِالسَّهْلَةِ، وَكَمَا تَقَدَّمَ أَنَّ وَسَائِلَ الْإِعْلَامِ قَدْ وَجَدَ فِيهَا
مَنْ يَحَاوِلُ اسْتِغْلَالَهَا لِصَدِّ النَّاسِ عَنِ دِينِ اللَّهِ، وَالنَّاسُ تَبِعُ هَذِهِ الْوَسَائِلَ الْإِعْلَامِيَّةَ.

وَمِنْ هُنَا فَنَحْنُ نَحْتَاجُ إِلَى كَشْفِ عَوَارِ تِلْكَ الدَّعَوَاتِ؛ بَيَّانٍ أَنَّ مَا يَدْعُونَ إِلَيْهِ يَقُوضُ دَعَائِمَ الْمُجْتَمَعِ الْمُسْلِمِ،
وَيُزِيلُ تِلْكَ الْأَسْبَابَ الَّتِي جَعَلَتِ الْمُجْتَمَعِ الْمُسْلِمَ سَلِيمًا وَبَعِيدًا عَنِ تِلْكَ الْأَزْمَاتِ وَالْمَشَاكِلِ الَّتِي وَقَعَتْ فِيهَا
الْمُجْتَمَعَاتُ الْغَرِيبَةُ، إِنَّ الْمُجْتَمَعَاتِ غَيْرَ الْإِسْلَامِيَّةِ فِيهَا مِنَ الْمَصَائِبِ - بَلْ فِيهَا مِنَ الْعِظَائِمِ وَالْمَشَاكِلِ - مَا يَجْعَلُنَا
نَكْشِفُ عَوَارِ تِلْكَ الدَّعَوَاتِ الْحَيْثِيَّةِ، الَّتِي تُحَاوِلُ صَدِّ النَّاسِ عَنِ النَّظَرَاتِ الْفِقْهِيَّةِ وَالْآرَاءِ الْإِجْتِهَادِيَّةِ فِي الْفِقْهِ
الْإِسْلَامِيِّ.

أَسْأَلُ اللَّهَ جَلَّ وَعَلَا أَنْ يُوفِّقَنَا وَإِيَّاكُمْ لِحَيْرِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ، وَأَنْ يَجْعَلَنَا وَإِيَّاكُمْ مِنَ الْهُدَاةِ الْمُهْتَدِينَ، كَمَا أَسْأَلُهُ
سُبْحَانَهُ أَنْ يَقِينَا شَرَّ كُلِّ ذِي شَرٍّ، وَأَنْ يُصَلِّحَ أَحْوَالَ الْأُمَّةِ، وَأَنْ يَرُدَّهَا إِلَى دِينِهِ رَدًّا جَمِيلًا، كَمَا أَسْأَلُهُ جَلَّ وَعَلَا لَكُمْ
صَلَاحًا فِي قُلُوبِكُمْ، وَاسْتِقَامَةً فِي سُلُوكِكُمْ، وَصِحَّةً فِي عَقَائِدِكُمْ، وَحُسْنَ خُلُقٍ فِي جَمِيعِ أُمُورِكُمْ.
هَذَا وَاللَّهُ أَعْلَمُ، وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى نَبِيِّنَا مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ أَجْمَعِينَ.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ، وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى أَشْرَفِ الْأَنْبِيَاءِ وَالْمُرْسَلِينَ.
أَمَّا بَعْدُ.

فَفِي لِقَائِنَا الثَّلَاثِ الْمُتَعَلِّقِ بِدِرَاسَةِ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ نَتَبَاحَثُ فِي نَظَرِيَّةٍ مِنْ أَهَمِّ النَّظَرِيَّاتِ فِي الدِّرَاسَاتِ الْحَقُوقِيَّةِ، أَلَا وَهِيَ: نَظَرِيَّةُ الْإِلْتِزَامِ.

سَبَبُ جَعْلِ هَذِهِ النَّظَرِيَّةِ مِنْ أَهَمِّ النَّظَرِيَّاتِ عَدَدٌ مِنَ الْأُمُورِ:

أَوَّلُهَا: أَنَّ هَذِهِ النَّظَرِيَّةَ تُنظِّمُ الْعِلَاقَاتِ الَّتِي تَكُونُ بَيْنَ النَّاسِ، وَتُبَيِّنُ الْأَسْبَابَ الَّتِي تُرْتَّبُ عَلَى الدَّمَمِ وَاجِبَاتِ جِبَابِ أَدَاؤِهَا، وَمِنْ هُنَا فَهَمَّ يَقُولُونَ: إِنَّ هَذِهِ الْقَاعِدَةَ مِنْ أَهَمِّ وَسَائِلِ الشَّخْصِ فِي الْحَيَاةِ. وَيَقُولُونَ: عَلَيْهَا مُرْتَكِزُ الْقَانُونِ الْخَاصِّ. وَالْقَانُونِ الْمَدِينِيِّ، وَالتَّجَارِيِّ، وَالْإِدَارِيِّ، يَبْنِي كَثِيرًا مِنْ مُفْرَدَاتِهِ وَمَوَادِّهِ عَلَى نَظَرِيَّةِ الْإِلْتِزَامِ. بَلْ إِنَّ كَثِيرًا مِنَ الْأَثَارِ الَّتِي تَرْتَّبُ عَلَى الْإِلْتِزَامِ جُعِلَتْ لَهَا قَوَاعِدُ وَنَظَرِيَّاتٌ خَاصَّةٌ؛ مِنْ مِثْلِ الْمَلِكِ، وَالْعَقْدِ، وَنَحْوِهَا.

وَقَدْ جَاءَتِ الشَّرِيعَةُ بِهَذَا الْجَانِبِ، وَأَكَّدَتْ عَلَى وُجُوبِ أَدَاءِ الْإِنْسَانِ لِمَا تَرَمَّ بِهِ، وَأَوْجَبَتْ عَلَى الْمُكَلَّفِ أَنْ يَقُومَ بِأَثَارِ أَفْعَالِهِ، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾^(١)، وَمِنْ سَعْيِ الْإِنْسَانِ تِلْكَ الْأَفْعَالُ الَّتِي تُرْتَّبُ عَلَى ذِمَّتِهِ التَّزَامَاتِ، وَمِمَّا يَدُلُّ عَلَى هَذِهِ الْقَاعِدَةِ قَوْلُ اللَّهِ جَلَّ وَعَلَا: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾^(٢)، فَقَدْ أَوْجَبَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ الْقِيَامَ بِالْأَمَانَةِ، وَهَذَا جَانِبٌ مِنْ جَوَانِبِ الْإِلْتِزَامِ.

وَمِثْلُهُ أَيْضًا مَا أَوْجَبَهُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ فِي هَذِهِ الْآيَةِ مِنَ الْحُكْمِ بِالْعَدْلِ؛ فَإِنَّ دُخُولَ الْإِنْسَانِ فِي بَابِ الْحُكْمِ بَيْنَ النَّاسِ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ وَجُوبُ التَّزَامِهِ بِالْعَدْلِ.

وَمِثْلُهُ أَيْضًا قَوْلُ اللَّهِ جَلَّ وَعَلَا: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنِ

(١) سورة النجم: ٣٩.

(٢) سورة النساء: ٥٨.



تَرَاضٍ مِنْكُمْ (١)، فَهِيَ عَنْ أَكْلِ الْمَالِ بِالْبَاطِلِ؛ التَّزَامًا بِمِرَاعَاةِ حُقُوقِ الْآخَرِينَ، وَأَمْضَى التَّجَارَةِ الَّتِي تَكُونُ مَبْنِيَّةً عَلَى التَّرَاضِي هِيَ سَبَبٌ مِنْ أَسْبَابِ الْإِلْتِزَامِ.

وَمِثْلُهُ فِي الْحَدِيثِ: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «أَدِّ الْأَمَانَةَ إِلَى مَنْ ائْتَمَكَ وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ» (٢)، فِي نُصُوصٍ كَثِيرَةٍ كُلُّهَا تُوجِبُ عَلَى الْعَبْدِ الْقِيَامَ بِالْإِلْتِزَامَاتِ النَّاتِجَةِ عَنْ فِعْلِهِ.

وَمَا يَتَعَلَّقُ بِالْإِلْتِزَامِ أَكْثَرَ مِنْ اعْتَنَى بِهِ مِنْ فُقَهَاءِ الشَّرِيعَةِ هُمْ فُقَهَاءُ الْمَالِكِيَّةِ؛ لِأَنَّ مِنَ الْأُمُورِ الْمَقْرَّرَةِ فِي الْفِقْهِ الْمَالِكِيِّ مَا يُسَمَّى بِـ «الْوَعْدِ الْمَلْزَمِ»، وَإِنْ كَانَ الْمَالِكِيَّةُ يُقَسِّمُونَ الْوَعْدَ إِلَى أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ، تَفْصِيلُهَا لَهُ مُحَالٌ فِي الْفِقْهِ الْمَالِكِيِّ، الْمَقْصُودُ أَنَّ الْمَالِكِيَّةَ اعْتَنَوْا بِهَذَا الْجَانِبِ؛ بَلْ قَدْ وَجَدَ مِنْ فُقَهَاءِ الْمَالِكِيَّةِ مَنْ أَلْفَ مُؤَلِّفًا فِي هَذَا الْبَابِ، وَهُوَ الْخَطَّابُ الْمَالِكِيُّ؛ حَيْثُ أَلْفَ كِتَابَ «تَحْرِيرِ الْكَلَامِ فِي مَسَائِلِ الْإِلْتِزَامِ».

وَيُقَالُ: إِنَّ مِنْ أَوَائِلِ مَنْ أَثْبَتَ حَقَّ الْإِلْتِزَامِ هُمُ الرُّومَانُ، قَدْ كَانُوا يَضْعُونَ فِي رَقَبَةِ الْمَدِينِ سِلْسِلَةً يُمَسِّكُهَا الدَّائِنُ، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ حَكَمُوا بِثُبُوتِ الدِّيُونِ فِي ذِمَمِ الْمَدِينِيِّينَ.

تَعْرِيفُ الْإِلْتِزَامِ:

وَالْإِلْتِزَامُ فِي اللُّغَةِ يَدُلُّ عَلَى مَعَانٍ؛ مِنْهَا: الْإِلْتِزَامُ فِي اللُّغَةِ مَاخُودٌ مِنَ الزُّومِ، وَالْمُرَادُ بِهِ: الثَّبَاتُ وَالِدَوَامُ. وَأَمَّا الْإِلْتِزَامُ فَإِنَّهُ يَشْتَمِلُ عَلَى مَعْنَى الْإِفْرَارِ بِثُبُوتِ الْحُقُوقِ. وَأَمَّا الْإِلْتِزَامُ فِي الْإِصْطِلَاحِ: فَإِنَّ الْقَانُونِيِّينَ يَعْرِفُونَهُ بِأَنَّهُ وَاجِبٌ قَانُونِيٌّ عَلَى شَخْصٍ لِيَقُومَ بِعَمَلٍ لِصَالِحٍ غَيْرِهِ أَوْ يَمْتَنِعَ عَنْهُ.

وَقَدْ يَعْرِفُهُ بَعْضُ مَنْ كَتَبَ فِي النَّظَرِيَّاتِ بِأَنَّهُ: إِجْبَابُ الْإِنْسَانِ عَلَى نَفْسِهِ الْقِيَامَ بِعَمَلٍ جَائِزٍ أَوْ الْإِمْتِنَاعَ مِنْهُ. وَيُمْكِنُ أَيْضًا أَنْ يُعَرَّفَ بِصِيغَةٍ أُخْرَى فَيُقَالُ: بَانَ الْإِلْتِزَامُ تَصَرُّفٌ يَتَضَمَّنُ إِرَادَةَ إِنْشَاءِ حَقٍّ، أَوْ إِهْبَائِهِ، أَوْ إِسْقَاطِهِ.

وَيَنْبَغِي أَنْ يَلَاحِظَ أَنَّ التَّعْرِيفَ الْقَانُونِيَّ لِلْإِلْتِزَامِ بِأَنَّهُ وَاجِبٌ قَانُونِيٌّ عَلَى شَخْصٍ لِيَقُومَ بِعَمَلٍ لِيُغَيِّرَهُ يَخْتَلِفُ

(١) سورة النساء: ٢٩.

(٢) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع - باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده (٣٥٣٥)، والترمذي في كتاب البيوع - باب ما جاء في النهي للمسلم أن يدفع إلى الذمي الخمر (١٢٦٤).



عَنِ التَّعْرِيفِ الثَّانِي الَّذِي فِيهِ أَنَّ الإِلْتِزَامَ إِجْبَابُ الإِنْسَانِ عَلَى نَفْسِهِ، أَدَاءُ عَمَلٍ لِغَيْرِهِ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا: أَنَّ التَّعْرِيفَ الْقَانُونِيَّ لَا يُفَرِّقُ فِيهِ بَيْنَ الإِلْتِزَامِ وَالإِجْبَابِ؛ لِأَنَّهُ قَالَ: وَاجِبٌ قَانُونِيٌّ عَلَى شَخْصٍ؛ سِوَاءِ التَّزَمِهِ، أَوْ نَتَجَ الْوُجُوبُ مِنْ فِعْلِهِ، أَوْ نَتَجَ مِنْ فِعْلٍ غَيْرِهِ، بِخِلَافِ تَعْرِيفِ الْفُقَهَاءِ لِلإِلْتِزَامِ؛ فَإِنَّهُمْ يَقُولُونَ: إِجْبَابُ الإِنْسَانِ عَلَى نَفْسِهِ، فَحَصْرُوهُ فِي الإِلْتِزَامِ، وَأَخْرَجُوا مِنْهُ الإِلْتِزَامَ.
وَبِذَلِكَ نَعْرِفُ أَنَّ هُنَاكَ ثَلَاثَةَ أَشْيَاءٍ مُتَّفَاوِتَةٍ:

أَوَّلُهَا: الإِلْتِزَامُ، وَهُوَ أَمْرٌ صَادِرٌ مِنَ الْمُتَزِمِ، بِحَيْثُ يُوجِبُ عَلَى نَفْسِهِ وَاجِبَاتٍ، بِخِلَافِ الإِلْتِزَامِ، فَإِنَّهُ إِجْبَابٌ يَصْدُرُ مِنْ سُلْطَةِ حَاكِمَةٍ مُغَايِرَةٍ لِلْمُتَزِمِ، فَأَمْرُ الْوَلَاةِ هَذَا إِجْبَابٌ، بَيْنَمَا عَقُودُ الْبَيْعِ هَذِهِ التَّزَامُ، وَحِينَئِذٍ نَعْرِفُ أَنَّ الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا: أَنَّ الإِلْتِزَامَ أَمْرٌ صَادِرٌ مِنْ غَيْرِ الْمُتَزِمِ، بِخِلَافِ الإِلْتِزَامِ فَإِنَّهُ إِجْبَابُ الإِنْسَانِ عَلَى نَفْسِهِ، أَوْ وَجُوبُ الْوَاجِبَاتِ بِنَاءً عَلَى فِعْلِهِ.

هَكَذَا أَيْضًا مِنْ جِهَةِ الْمَسْئُولِيَّةِ؛ فَهُنَاكَ فَرْقٌ بَيْنَ الإِلْتِزَامِ وَالإِلْتِزَامِ.
هُنَاكَ مُصْطَلَحٌ ثَالِثٌ: هُوَ الزُّومُ، وَالزُّومُ هَذَا أَثَرٌ لِلتَّصَرُّفَاتِ.

يَبْقَى هُنَا مَسْأَلَةٌ فِي حَقِيقَةِ الإِلْتِزَامِ:

وَهِيَ أَنَّ الْقَانُونِيِّينَ هُمْ مَذْهَبَانِ فِي حَقِيقَةِ الإِلْتِزَامِ:

الطَّائِفَةُ الْأُولَى: يَقْضُونَ الإِلْتِزَامَ عَلَى الْحُقُوقِ الْمَادِيَّةِ وَلَا يُوسِّعُونَ مَفْهُومَهُ.

وَالطَّرِيقَةُ الثَّانِيَّةُ عِنْدَ الْقَانُونِيِّينَ: يُدْخِلُونَ بَقِيَّةَ الْوَاجِبَاتِ فِي الإِلْتِزَامِ؛ وَلِذَلِكَ يَقُولُونَ: هُنَاكَ فَرْقٌ بَيْنَ الْمَذْهَبِ

الشَّخْصِيِّ وَالْمَادِيِّ فِي حَقِيقَةِ الإِلْتِزَامِ.

وَلْنَضْرِبَ لِدَلِيلٍ مِثْلًا: إِذَا عَقَدَ الإِنْسَانُ عَقْدَ النِّكَاحِ عَلَى امْرَأَةٍ، وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يَبِيَّتَ عِنْدَهَا لَيْلَةً مِنْ كُلِّ أَرْبَعِ

لَيَالٍ؛ هَلْ هَذَا أَمْرٌ مَادِيٌّ؟ نَقُولُ: لَا، وَلَكِنَّهُ حَقٌّ شَخْصِيٌّ. هَلْ يُسَمَّى التَّزَامًا؛ لِأَنَّهُ لُزُومٌ أَوْ إِجْبَابُ الإِنْسَانِ عَلَى

نَفْسِهِ، بِدُخُولِهِ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ أَوْ جَبَّ عَلَى نَفْسِهِ الْمَبِيَّتَ؟! فَنَقُولُ: هَذَا يَخْتَلِفُ فِي نَظَرَاتِ الْقَانُونِيِّينَ؛ فَعَلَى الْأَوَّلِ -

الْمَذْهَبِ الْمَادِيِّ - يَقُولُونَ: هَذَا لَيْسَ بِالإِلْتِزَامِ، وَعَلَى الْمَذْهَبِ الشَّخْصِيِّ يَقُولُونَ: هَذَا التَّزَامُ.

وَمِنْ هُنَا نَعْرِفُ أَنَّ أَصْحَابَ الْمَذْهَبِ الشَّخْصِيِّ يُقَسِّمُونَ الإِلْتِزَامَاتِ إِلَى: التَّزَامَاتِ مَادِيَّةٍ، وَالتَّزَامَاتِ مَعْنَوِيَّةٍ



أَوْ شَخْصِيَّةً.

كَذَلِكَ يُمَكِّنُ تَقْسِيمَ الْإِلْتِزَامِ خُصُوصًا عِنْدَ عُلَمَاءِ الْمَالِكِيَّةِ، عُلَمَاءِ الْمَالِكِيَّةِ يُقَسِّمُونَ الْإِلْتِزَامَ إِلَى قِسْمَيْنِ:
الأول: الْإِلْتِزَامُ بِالْمَعْنَى الْخَاصِّ؛ وَيُرِيدُونَ بِهِ إِلْزَامَ الْإِنْسَانِ لِنَفْسِهِ فِعْلًا مَعْرُوفًا، أَوْ عَمَلًا صَالِحًا؛ مِثْلُ النَّذْرِ.
وَالنَّوْعُ الثَّانِي: الْمَعْنَى الْعَامُّ، وَهُوَ إِجْبَابُ الْإِنْسَانِ عَلَى نَفْسِهِ فِعْلًا لغيره؛ سِوَاءَ كَانَتْ مِنَ الْمَعْرُوفِ وَالْإِحْسَانِ، أَوْ
كَانَتْ مِنْ عُقُودِ الْمَعَاوِضَاتِ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ.

وَمِنْ هُنَا يُمَكِّنُ أَنْ نَقَسِّمَ الْإِلْتِزَامَ إِلَى عَدَدٍ مِنَ الْأَقْسَامِ:

١ - مِنْهَا مِثَالًا: تَقْسِيمُ الْإِلْتِزَامِ بِحَسَبِ مَصْدَرِ الْإِلْتِزَامِ إِلَى قِسْمَيْنِ، إِذْهُنَا الْآنَ نَتَكَلَّمُ عَنْ أَنْوَاعِ الْإِلْتِزَامِ بِحَسَبِ
الْمُلْتَزِمِ؛ فَإِنَّهُ يُنْقَسَمُ إِلَى قِسْمَيْنِ:

القِسْمُ الْأَوَّلُ: إِجْبَابُ الْإِنْسَانِ عَلَى نَفْسِهِ، كَمَا فِي الْعُقُودِ الَّتِي يَعْقِدُهَا الْإِنْسَانُ لِنَفْسِهِ.
وَالثَّانِي: الْإِجْبَابُ النَّاتِجُ مِنْ فِعْلِ الْغَيْرِ؛ كَمَا فِي الْأَوْلِيَاءِ، وَهُنَا إِجْبَابُ مِنَ الْغَيْرِ عَلَى الْإِنْسَانِ فِعْلًا أَمْرًا مِنَ
الْأُمُورِ، وَهَذَا الْإِجْبَابُ صَادِرٌ مِمَّنْ لَهُ حَقُّ الْإِلْتِزَامِ.

٢ - هَكَذَا أَيْضًا يُقَسَّمُ الْإِلْتِزَامُ إِلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ بِاعْتِبَارِ الْمُتَزِمِ بِهِ:

يُقَسَّمُ إِلَى التَّزَامِ مَالِيٍّ؛ مِثْلًا هُوَ فِي عُقُودِ الْمَعَاوِضَاتِ.
وَالنَّوْعُ الثَّانِي: التَّزَامُ قَضَائِيٍّ.

وَالنَّوْعُ الثَّلَاثُ: الْإِلْتِزَامُ الْمَعْنَوِيُّ؛ مِثْلُ مَيْبِتِ الرَّجُلِ عِنْدَ زَوْجَتِهِ.

نَتَكَلَّمُ عَنْ أَرْكَانِ الْإِلْتِزَامِ:

الْإِلْتِزَامُ يُكُونُ مِنْ أَرْبَعَةِ أَرْكَانٍ:

الرُّكْنُ الْأَوَّلُ: الصِّيغَةُ؛ سِوَاءَ كَانَتْ صِيغَةً قَوْلِيَّةً، أَوْ عَمَلِيَّةً.

الثَّانِي: الْمُتَزِمُ؛ وَهُوَ الَّذِي أَوْجَبَ عَلَى نَفْسِهِ، وَيُشْتَرَطُ فِيهِ أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ عِنْدَهُ أَهْلِيَّةُ التَّصَرُّفِ، وَيَجُوزُ لَهُ التَّبَرُّعُ،
هَكَذَا قَرَّرَ بَعْضُ الْفُقَهَاءِ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي الْمُتَزِمِ أَنْ يَحِقَّ لَهُ التَّبَرُّعُ، وَهَذَا فِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَاتِ الْأَوْلِيَاءِ فِي أَمْوَالِ
الْيَتَامَى تَصَرُّفَاتٌ صَحِيحَةٌ، تَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا التَّزَامَاتُ، مَعَ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُمْ أَهْلِيَّةُ التَّبَرُّعِ.



الرُّكْنُ الثَّلَاثُ: الْمُلتَزِمُ لَهُ؛ وَهُوَ صَاحِبُ الْحَقِّ الَّذِي سَيَسْتَفِيدُ مِنْ هَذَا الْإلتِزَامِ.
الرُّكْنُ الرَّابِعُ: الْمُلتَزِمُ بِهِ، قَدْ يُسَمَّى: مَحَلَّ الْإلتِزَامِ، أَوْ الْمُعْتَمَدَ عَلَيْهِ، وَالْمَرَادُ بِهِ: الْفِعْلُ الَّذِي يُجِبُّ عَلَى الْمُلتَزِمِ أَنْ يَقُومَ بِهِ.

مِثَالُ ذَلِكَ: «عَقْدُ الْبَيْعِ»، نُرِيدُ أَنْ نُنَبِّحَ عَلَيْهِ أَرْكَانَ الْإلتِزَامِ السَّابِقَةَ:
فِبِالنِّسْبَةِ لِلصَّيْغَةِ: هُنَاكَ صَيْغَةٌ قَوْلِيَّةٌ بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ، وَهُنَاكَ صَيْغَةٌ فِعْلِيَّةٌ كَمَا يَقُولُ بِذَلِكَ الْجُمْهُورُ خِلَافًا لِلشَّافِعِيَّةِ.

أَمَّا بِالنِّسْبَةِ لِلْمُلتَزِمِ: فَهِيَ مُلتَزِمَانِ مُتَقَابِلَانِ؛ بَائِعٌ وَمُشْتَرٍ، فَفِي الْبَيْعِ الْمُلتَزِمُ هُوَ الْبَائِعُ، وَفِي الشَّرَاءِ الْمُلتَزِمُ هُوَ الْمُشْتَرِي.

وَالرُّكْنُ الثَّلَاثُ: الْمُلتَزِمُ لَهُ؛ وَهُوَ الْمُقَابِلُ لِلْمُلتَزِمِ؛ سَوَاءٌ كَانَ الْبَائِعُ أَوْ الْمُشْتَرِي، فَعَقْدُ الْبَيْعِ تَرْتَبَ عَلَيْهِ التَّزَامَانِ، مَا هُمَا الْإلتِزَامَانِ؟ دَفَعُ الثَّمَنِ مِنَ الْمُشْتَرِي، وَتَسْلِيمُ الْمَبِيعِ بِالنِّسْبَةِ لِلْبَائِعِ، وَهَذَانِ الْأَمْرَانِ هُمَا الْمُلتَزِمُ بِهِ: تَسْلِيمُ الثَّمَنِ، وَدَفْعُ الْمَبِيعِ.

**

مَا حُكْمُ الْإلتِزَامِ ابْتِدَاءً؟ وَمَا حُكْمُ الْقِيَامِ بِأَثْرِ الْإلتِزَامِ؟
الْإلتِزَامُ قَدْ يَكُونُ مَكْرُوهًا، وَقَدْ يَكُونُ وَاجِبًا، وَقَدْ يَكُونُ مُبَاحًا.
مِنْ أَمْثَلِهِ ذَلِكَ: «عَقْدُ الْبَيْعِ». مَا حُكْمُهُ؟ مُبَاحٌ، هُنَا التَّزَامُ. بِالنِّسْبَةِ «لِلنَّذْرِ»: مَكْرُوهٌ، بِالنِّسْبَةِ لِإلتِزَامِ الْإِنْسَانِ لِنَفْسِهِ، أَوْ الْإلتِزَامِ بِالتَّقَةِ عَلَى الْأَبْنَاءِ: «وَاجِبٌ».

أَثْرُ الْإلتِزَامِ كَذَلِكَ مِنْهُ مَا هُوَ وَاجِبٌ؛ قَدْ يَكُونُ الْإلتِزَامُ مُبَاحًا، وَيَكُونُ أَثْرُهُ وَاجِبًا، مِثَالُ ذَلِكَ: «عَقْدُ الْبَيْعِ» مُبَاحٌ، وَالْقِيَامُ بِأَثَرِهِ مِنَ الْوَاجِبَاتِ.

وَقَدْ يَكُونُ مُبَاحًا، مِثَالُ ذَلِكَ: الْعُقُودُ الْجَائِزَةُ كَ «الْوَكَاةِ»؛ فَإِنَّهُ يُجُوزُ الْوَفَاءُ بِالْعَقْدِ، وَيُجُوزُ فَسْخُهُ.

**

نَنْتَقِلُ بَعْدَ هَذَا إِلَى الْكَلَامِ عَنِ أَسْبَابِ الْإلتِزَامِ:
وَهُوَ مَوْضُوعٌ طَوِيلٌ، وَقَدْ أُفْرِدَ بِمُؤَلَّفَاتٍ نَظَرًا لِسَعْتِهِ، وَيُمْكِنُ أَنْ نَقْسِمَ أَسْبَابَ الْإلتِزَامِ إِلَى أَقْسَامٍ بِاعْتِبَارَاتٍ



مُخْتَلَفَةٌ:

فَهَذَاكَ أَسْبَابٌ قَسْرِيَّةٌ. لَيْسَ لِلْعَبْدِ فِيهَا اخْتِيَارٌ؛ مِثْلُ: نَقْعَةُ الْأَقَارِبِ، فَهَذَا الْقَرَابَةُ سَبَبُ الْإِلْتِزَامِ بِدَفْعِ النَّقْعَةِ، وَهُوَ سَبَبٌ قَسْرِيٌّ لَيْسَ لِلْعَبْدِ فِيهِ اخْتِيَارٌ.

النَّوْعُ الثَّانِي: الْأَسْبَابُ الْإِخْتِيَارِيَّةُ. وَتَكُونُ بِاخْتِيَارٍ مِنَ الْمُكَلَّفِ؛ مِنْ مِثْلِ الْعُقُودِ.

وَهَكَذَا يُمَكِّنُ أَنْ نَقَسِّمَ أَسْبَابَ الْإِلْتِزَامِ إِلَى خَمْسَةِ أَقْسَامٍ:

الأَوَّلُ: الْعُقُودُ؛ فَإِنَّ الْعَقْدَ سَبَبٌ مِنْ أَسْبَابِ الْإِلْتِزَامِ، وَمِنْ أَمْثَلِهِ هَذَا مَثَلًا: «عَقْدُ الْإِجَارَةِ»؛ لِأَنَّهُ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ الْإِلْتِزَامُ الْمُؤَجَّرُ بِدَفْعِ الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةَ لِيَسْتَفْعَ بِهَا الْمُسْتَأْجِرُ، وَيَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ التَّزَامُ الْمُسْتَأْجِرُ بِدَفْعِ الْأَجْرَةِ. وَقَدْ يُعْبَرُونَ عَنِ الْعُقُودِ - فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِالْإِلْتِزَامِ - بِأَنَّهَا تَوَافُقُ إِرَادَتَيْنِ عَلَى الْإِلْتِزَامِ، أَوْ يُقَالُ عَنْهُ بِعِبَارَةٍ أُخْرَى: الْإِلْتِزَامُ الثَّابِتُ بِالْعَقْدِ هُوَ مَا يَحْصُلُ بِإِرَادَتَيْنِ مُتَقَابِلَتَيْنِ.

السَّبَبُ الثَّانِي مِنْ أَسْبَابِ الْإِلْتِزَامِ: الْإِتْلَافُ؛ فَإِنَّ مَنْ أَتْلَفَ مَالًا لِغَيْرِهِ وَجَبَ عَلَيْهِ ضَمَانُهُ، وَقَدْ يُعْبَرُ عَنْهَا أَهْلُ الدَّرَاسَاتِ الْحُقُوقِيَّةِ بِأَنَّهَا: الْفِعْلُ الضَّارُّ، وَقَدْ يُسَمَّوْنَهَا: الْمَسْئُولِيَّةَ التَّقْصِيرِيَّةَ.

السَّبَبُ الثَّلَاثُ: مَا يُسَمَّوْنَهُ بِالْفِعْلِ النَّافِعِ، وَقَدْ يُسَمَّوْنَهُ الْإِثْرَاءَ بِلَا سَبَبٍ؛ فَإِنَّهُ مِنْ أَسْبَابِ الْإِلْتِزَامِ، وَمِنْ أَمْثَلِهِ هَذَا: مَا لَوْ سَدَّدَ شَخْصٌ دِينَ غَيْرِهِ نَاقِيًا رُجُوعَ عَلَيْهِ، فَإِنَّهُ يَتَرْتَّبُ عَلَى هَذَا التَّصَرُّفِ التَّزَامَاتُ.

النَّوْعُ الرَّابِعُ: مَا يُسَمَّوْنَهُ بِالْإِرَادَةِ الْمُنْفَرِدَةِ، وَهِيَ الْإِلْتِزَامَاتُ الثَّابِتَةُ بِإِرَادَةِ مَنْ طَرَفٍ وَاحِدٍ، وَمِنْ أَمْثَلِهِ هَذَا مَثَلًا: «الْأَوْقَافُ»، فَإِنَّهَا التَّزَامُ لَكِنَّهَا صَدَرَتْ مِنْ طَرَفٍ وَاحِدٍ. وَمِنْ أَمْثَلِهِ: «النَّذْرُ»؛ فَإِنَّهُ التَّزَامُ صَدَرَ مِنْ طَرَفٍ وَاحِدٍ، وَإِنْ كَانَتْ دِرَاسَةُ الْحُقُوقِيِّينَ لِهَذَا الْجَانِبِ فِيهَا ضَعْفٌ.

الخَامِسُ مِنْ أَسْبَابِ الْإِلْتِزَامِ: دِينَ الْإِسْلَامِ؛ فَإِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ قَدْ أَوْجَبَ عَلَى الْمُكَلَّفِينَ وَاجِبَاتٍ، وَمِنْ هُنَا لَا بُدَّ مِنَ الْقِيَامِ بِهَا، وَهَذَا كَمَا تَقَدَّمَ يَدْخُلُهُ أَهْلُ الدَّرَاسَاتِ الْقَانُونِيَّةِ فِي هَذِهِ النَّظَرِيَّةِ، وَالصَّوَابُ أَنَّ هَذَا «الْإِلْتِزَامُ» وَلَيْسَ بِالْإِلْتِزَامِ، هُمْ لَا يَقُولُونَ: الْإِسْلَامُ. بَلْ يَقُولُونَ: الْقَانُونُ؛ فَإِنَّ الْقَانُونَ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ وَجُوبُ وَاجِبَاتٍ، وَبِمَا أَنَا نَتَحَدَّثُ عَنْ نَظَرِيَّاتٍ فِقْهِيَّةٍ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ حَدِيثُنَا فِي النَّظَرَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ.

وَهَذَا فَإِنَّ مِنَ الْمُرُوقَاتِ بَيْنَ الدَّرَاسَةِ الْفِقْهِيَّةِ وَالدَّرَاسَةِ الْقَانُونِيَّةِ:

١ - أَنَّ الدَّرَاسَةَ الْقَانُونِيَّةَ لَا تَنْظُرُ إِلَى الْإِجَابِ الْمَبْنِيِّ عَلَى الْأَمْرِ الشَّرْعِيِّ.



٢- يَبْغِي أَيْضًا أَنْ تُلَاحِظَ أَنَّ مِنَ الْفُرُوقَاتِ بَيْنَ النَّظَرَةِ الشَّرْعِيَّةِ وَالْحُقُوقِيَّةِ فِي بَابِ الْإِلْتِزَامِ: شُرُوطُ مَحَلِّ الْإِلْتِزَامِ؛ فَإِنَّ الشَّرِيعَةَ تَشْتَرِطُ شَرْطَيْنِ:

الشَّرْطُ الْأَوَّلُ: أَنْ يَكُونَ الْمَحَلُّ - مَحَلُّ الْإِلْتِزَامِ - قَابِلًا لِآثَارِ التَّصَرُّفِ، وَمِنْ هُنَا فَلَوْ أَوْصَى لِكَلْبٍ لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ؛ لِمَاذَا؟ لِأَنَّ الْكَلْبَ غَيْرَ قَابِلٍ لِلْمِلْكِ، كَمَا يَقَرُّرُ عُلَمَاءُ الشَّرِيعَةِ، بِخِلَافِ الْأَمْرِ عِنْدَ الْقَانُونِيِّينَ؛ فَإِنَّهُمْ لَا يَشْتَرِطُونَ قَابِلِيَّةَ الْمَحَلِّ لِحُكْمِ التَّصَرُّفِ.

الْفَرْقُ الثَّانِي أَنَّهُ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ: يُشْتَرِطُ فِي الْمُلْتَزِمِ بِهِ إِلَّا يَكُونُ مُخَالِفًا لِلشَّرْعِ؛ فَإِذَا كَانَ الْمُلْتَزِمُ بِهِ مُخَالِفًا لِلشَّرْعِ فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُ.

مِنْ أَمْثَلِهِ ذَلِكَ: لَوْ بَاعَ بَيْعًا بِثَمَنِ خَنْزِيرٍ، بَاعَ بَيْعًا وَالثَّمَنُ خَنْزِيرٌ، فَنَقُولُ: هَذَا مُخَالِفٌ لِلشَّرْعِ، وَبِالتَّالِي لَا يَلْزَمُ الْوَفَاءَ بِهَذَا الْأَمْرِ.

وَيَعُودُ الْإِخْتِلَافُ بَيْنَ فِقْهَاءِ الشَّرِيعَةِ: هَلْ ذَلِكَ يُبْطِلُ الْعَقْدَ؟ أَوْ أَنَّهُ لَا يُبْطِلُ الْعَقْدَ وَيُمْكِنُ تَصْحِيحُهُ بِالنَّظَرِ فِي أَمْثَالِهِ؟

أَيْضًا: لَا بُدَّ أَنْ يُلَاحِظَ أَنَّ الْإِلْتِزَامَ لَا بُدَّ أَنْ يَرَاعَى فِيهِ جَانِبُ الْأَهْلِيَّةِ؛ جَانِبُ الْأَهْلِيَّةِ الْمُكَلَّفِ لِذَلِكَ التَّصَرُّفِ، فَلَوْ عَقَدَ الصَّبِيُّ عَقْدًا لَمْ تَكُنْ تِلْكَ الْعُقُودُ مُلْزِمَةً وَلَيْسَ فِيهَا الْإِلْتِزَامُ؛ لِمَاذَا؟ لِأَنَّ صَاحِبَ التَّصَرُّفِ لَيْسَ مِمَّنْ لَهُ أَهْلِيَّةُ التَّصَرُّفِ.

**

نَنْتَقِلُ إِلَى جُزْئِيَّةٍ أُخْرَى، وَهِيَ: مَا يَتَعَلَّقُ بِمُغْيِرَاتِ الْإِلْتِزَامِ:

مَا هِيَ الْأُمُورُ الَّتِي تُغَيِّرُ الْإِلْتِزَامَ، وَتُبْعِدُ عَنِ الْمُكَلَّفِ الْإِلْتِزَامَ بِهِ؟ قَالُوا: هُنَاكَ أَرْبَعَةٌ أُمُورٍ:

الْأَمْرُ الْأَوَّلُ: الْخِيَارُ؛ نَقُولُ: إِذَا كَانَ هُنَاكَ تَخْيِيرٌ فِي الْإِلْتِزَامِ فَإِنَّ الْإِلْتِزَامَ لَا يَعْدُ وَاجِبًا، وَيُمْكِنُ تَغْيِيرُهُ، مِثَالُ ذَلِكَ: اشْتَرَى مِنْكَ السَّيَّارَةَ، وَقَالَ: لِي الْخِيَارُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ. وَبَعْدَ يَوْمٍ طَلَبَ فَسَخَّ الْعَقْدَ.

الثَّانِي مِنْ مُغْيِرَاتِ الْإِلْتِزَامِ: الشُّرُوطُ الَّتِي إِذَا لَمْ يَتِمَّ الْوَفَاءُ بِهَا حَقَّ لِلْمُكَلَّفِ الْفَسْخَ، وَمِنْ أَمْثَلَتِهِ: لَوْ اشْتَرَطَتْ الزَّوْجَةُ عَلَى الزَّوْجِ إِلَّا يُسَافِرُ، هَذَا شَرْطٌ يُمَكِّنُ أَنْ يُغَيَّرَ الْإِلْتِزَامُ؛ لِأَنَّ مِنْ مُقْتَضَى عَقْدِ الزَّوْجِيَّةِ: قِيَامُ الزَّوْجِ بِحُقُوقِ الزَّوْجِ، وَتَمَكِينُ الزَّوْجَةِ لِزَوْجِهَا مِنْ الْإِسْتِمْتَاعِ بِهَا؛ بِنَاءً عَلَى بَقَاءِ عَقْدِ النِّكَاحِ، فَإِذَا لَمْ يَفِ بِالشَّرْطِ جَازَ



للمرأة أن تطلب الفسخ؛ لئلا تلزم عليها هذه الأمور.

الأمر الثالث مما يغير الالتزام: الأجل؛ فإذا كان هناك تأجيل، أو وضع أجل محدد، فإنه إذا لم يتم الوفاء، أو قبل وقت الأجل جاز تغيير الالتزام، من أمثلته: ما لو قال: إذا لم تسدد لي الثمن خلال ثلاثة أيام فلا بيع بيننا. والقول بصحة هذا العقد قاله جماعة من التابعين، خلافاً لكثير من مؤلفي الفقه.

النوع الرابع من مغيرات الالتزام: انتقال الالتزام؛ من مثل «الحوالة»، لو ترتب على الالتزام أن يقوم بتسليمه مبلغاً مالياً فقام بالحوالة، فإنه حينئذ يكون هناك تغيير للالتزام.

الالتزام يتنوع أربعة أنواع باعتبار الملتزم به:

١- فهناك «التزام بدني»: مثل ما في البيع بثمن مؤجل، وهناك «التزام بعين»: كما في عقد البيع.

٢- وهناك «التزام بتسليم المبيع للمشتري».

٣- النوع الثالث «الالتزام بعمل»: كما يلتزم الأساتذة في تعليم الطلاب مقابل عقد الإجارة. هذا التزام بعمل.

٤- وهناك «التزام بتوثيق الحقوق».

وهذا يجعلني أتكلم عن توثيق الالتزام:

توثيق الالتزام له وسائل معهودة في الشريعة، ويمكن أن نتحدث عنه بإسهاب في نظرية الضمان، ونتكلم عن التوثيق، والتوثيق له أنواع:

النوع الأول: التوثيق بالإقرار.

والنوع الثاني: التوثيق بالشهود والبيئات.

النوع الثالث: التوثيق بالقرائن.

ويلاحظ أن كتابات الفقهاء في الالتزام قليلة، ولم يفرّدوا له باباً مستقلاً، وإنما جاء الكلام عن الالتزام في ثنايا كلامهم في المسائل الفقهية؛ وذلك لأن الالتزام على أنواع متباينة لكل منها حكم مستقل، ومن ثم لم يمكن جمعها تحت عنوان واحد.

**



نَتَقَبَّلُ إِلَى أَسْبَابِ انْتِهَاءِ الْإِلْتِزَامِ:

يَنْتَهِي الْإِلْتِزَامُ بَعْدَ مِنَ الْأَسْبَابِ، مِنْهَا:

أَوَّلًا: الْوَفَاءُ، فَإِذَا وَفَّى الْمُلتَزِمُ بِمَا التَّزَمَ بِهِ، فَإِنَّهُ حِينْتِذُ يُقَالُ: انْتَهَى الْإِلْتِزَامُ. مِثَالُ ذَلِكَ: نَذَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِبِائَةِ رِيَالٍ، فَتَصَدَّقَ بِهَا، فَحِينْتِذُ يُقَالُ: انْتَهَى الْإِلْتِزَامُ. وَقَدْ يُقَالُ عَنْ هَذَا: تَحْقِيقُ الْإِلْتِزَامِ.

السَّبَبُ الثَّانِي مِنْ أَسْبَابِ انْتِهَاءِ الْإِلْتِزَامِ: الْإِبْرَاءُ، فَإِذَا تَنَازَلَ صَاحِبُ الْحَقِّ عَنْ حَقِّهِ فَإِنَّ الْإِلْتِزَامَ لَا يَبْقَى فِي ذِمَّةِ الْمُلتَزِمِ، مِثَالُ ذَلِكَ: اشْتَرَيْتَ مِنْكَ سِلْعَةً بِبِائَةِ رِيَالٍ مُؤَجَّلَةٍ، وَدَفَعْتَ لِي السِّلْعَةَ، عَلَيَّ أَنْ أَقُومَ بِدَفْعِ الثَّمَنِ بَعْدَ سَنَةٍ، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ أَبْرَأْتَنِي، فَحِينْتِذُ نَقُولُ: انْتَهَى الْإِلْتِزَامُ.

الْأَمْرُ الثَّلَاثُ مِنْ أَسْبَابِ انْتِهَاءِ الْإِلْتِزَامِ: الْفَسْخُ؛ فَإِنَّ فَسْخَ الْعُقُودِ يُؤَدِّي إِلَى عَدَمِ ثُبُوتِ الْإِلْتِزَامِ، سَوَاءً كَانَ الْفَسْخُ بِتَرَاضٍ مِنَ الطَّرْفَيْنِ كَمَا فِي الْإِقَالَةِ، أَوْ كَانَ الْفَسْخُ مَعَ عَدَمِ وُجُودِ التَّرَاضِي كَمَا فِي خِيَارِ الْعَيْبِ.

أَيْضًا مِنْ أَسْبَابِ انْتِهَاءِ الْإِلْتِزَامِ: الْعَجْزُ عَنِ التَّسْيِدِ، فَمَنْ نَذَرَ أَنْ يُطِيعَ اللَّهَ بِطَاعَةٍ فَعَجَزَ عَنْهَا، فَإِنَّهُ يَنْتَهِي الْإِلْتِزَامُ بِذَلِكَ، وَبَعْضُهُمْ يَقُولُ: يَجِبُ الْوَفَاءُ بِعَوْضِهِ، وَهُوَ كَفَّارَةٌ الْيَمِينِ.

كَذَلِكَ مِنْ أَسْبَابِ انْتِهَاءِ الْمَقَاصَةِ؛ لِي دَيْنٌ عَلَيْكَ بِبِائَةِ أَلْفِ رِيَالٍ سُعُودِيٍّ، وَلَكَ دَيْنٌ عَلَيَّ بِثَلَاثِينَ أَلْفِ دُولَارٍ، فَإِذَا حَصَلَتْ مَقَاصَةُ بَيْنَ الطَّرْفَيْنِ، فَإِنَّ هَذَا مِنْ أَسْبَابِ انْتِهَاءِ الْإِلْتِزَامِ.

كَذَلِكَ مِنْ أَسْبَابِ انْتِهَاءِ الْإِلْتِزَامِ: اتِّحَادُ الذَّمَّةِ؛ وَمِنْ أَمْثَلِهِ ذَلِكَ: مَا لَوْ كَانَ هُنَاكَ تَعَامُلٌ بَيْنَ شَرِكَتَيْنِ، وَقَدْ رَتَّبَ عَلَيْهِ التِّزَامَ، فَدَخَلَتْ إِحْدَى الشَّرِكَتَيْنِ فِي الْأُخْرَى، فَحِينْتِذُ نَقُولُ: أَصْبَحَتْ ذِمَّتُهُمَا الْمَالِيَّةُ وَاحِدَةً، وَبِالتَّالِي يُلغَى الْإِلْتِزَامُ السَّابِقُ؛ لِأَنَّ الْإِلْتِزَامَ لَا يَكُونُ مِنَ الْإِنْسَانِ لِنَفْسِهِ. وَكَثِيرٌ مِنَ الْقَانُونِيِّينَ يُدْخِلُ فِي هَذَا الْجَانِبِ «الزَّوْجَ»؛ لِأَنَّهُمْ يَرَوْنَ أَنَّ ذِمَّةَ الزَّوْجِ وَالزَّوْجَةَ وَاحِدَةٌ، وَبِالتَّالِي يُنْهَوْنَ الْإِلْتِزَامَ بِوُجُودِ الزَّوْجِ بَيْنَهُمَا.

امْرَأَةٌ لَهَا دَيْنٌ عَلَى رَجُلٍ سِتْمِائَةِ مِليُونٍ فَتَزَوَّجَهَا، يَقُولُونَ: تَلغَى تِلْكَ الدُّيُونَ، وَهَذَا لَا شَكَّ أَنَّهُ نَوْعٌ مِنْ أَنْوَاعِ الظُّلْمِ؛ فَإِنَّ عَقْدَ الزَّوْاجِ لَيْسَ مِنْ مُقْتَضِيَاتِهِ إِغَاءُ الْحُقُوقِ السَّابِقَةِ لِلزَّوْجَةِ عَلَى الزَّوْجِ.

هَكَذَا أَيْضًا مِنْ أَسْبَابِ انْتِهَاءِ الْإِلْتِزَامِ: انْعِدَامُ الْأَهْلِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا انْعَدَمَتِ الْأَهْلِيَّةُ انْتَهَى الْإِلْتِزَامُ فِي مَوَاطِنَ؛ مِنْهَا مَثَلًا: فِي عَقْدِ الْوَكَالَةِ، الْوَالِدُ وَكُلُّ ابْنِهِ فِي أَعْمَالِهِ التَّجَارِيَّةِ، أَخَذَ خَمْسَ سَنَوَاتٍ، وَفِي السَّنَةِ السَّادِسَةِ خَرَفَ الْأَبُ - أَصْبَحَ لَا يَعِي لِكَبْرِ سِنِهِ - فَحِينْتِذُ نَقُولُ: الْإِلْتِزَامُ السَّابِقُ بِالْوَكَالَةِ أَصْبَحَ الْآنَ لَاغِيًّا؛ لِمَاذَا؟ لِانْعِدَامِ الْأَهْلِيَّةِ،



وَبِالتَّلِي لَا يَتَصَرَّفُ فِي شَيْءٍ مِنْ أُمُورِهِ إِلَّا بِصَكِّ وَلَايَةٍ غَيْرِ الْوَكَالَةِ السَّابِقَةِ.
مِنْ خِلَالِ مَا سَبَقَ نَوَكَّدُ عَلَى أَنَّ الْفُقَهَاءَ لَمْ يَكْثُرْ بَحْثُهُمْ لِمَبْدَأِ الْإِلْتِزَامِ كَوَحْدَةٍ وَاحِدَةٍ لَهَا أَحْكَامٌ مُسْتَقِلَّةٌ، وَإِنَّمَا قَسَمُوا جُزْئِيَّاتِ هَذَا الْمَوْضُوعِ فِي أَبْوَابِ فِقْهِيَّةٍ مُتَنَائِرَةٍ، تَكُونُ سَائِرَةً عَلَى طَرِيقَتِهَا.
وَمِنْ هُنَا فَإِنَّ فُقَهَاءَ الشَّرِيعَةِ انْقَسَمُوا بِالنِّسْبَةِ لـ «مُصْطَلِحِ الْإِلْتِزَامِ»؛ فَإِنَّ طَائِفَةً مِنْهُمْ قَالَتْ: هَذَا الْمُصْطَلِحُ لَا إِشْكَالَ فِيهِ؛ وَبِالتَّلِي قَبْلُوهُ وَاسْتَعْمَلُوهُ، بَيْنَمَا هُنَاكَ طَائِفَةٌ أُخْرَى قَالَتْ: لَا تَرْضِي هَذَا الْإِصْطِلَاحَ؛ لِأَنَّهُ يَشْتَمِلُ عَلَى مَعَانٍ مُتَفَاوِتَةٍ مُتَعَدِّدَةٍ، وَمِنْ هُنَا فَإِنَّهُمْ يَرُونَ الْإِفْتِصَارَ عَلَى مُصْطَلِحَاتٍ أُخْرَى فِيهَا رِعَايَةٌ لِلْجَانِبِ النَّفْسِيِّ وَنَحْوِهِ، مِثْلُ: مُصْطَلِحِ الْحَقِّ، وَمُصْطَلِحِ الْوَاجِبِ.

وَهُنَا نُنَبِّهُ عَلَى عَدَدٍ مِنَ الْفُرُوقَاتِ بَيْنَ النَّظَرَةِ الشَّرْعِيَّةِ وَالنَّظَرَةِ الْحُقُوقِيَّةِ فِي بَابِ الْإِلْتِزَامِ:
سَبَقَ مَعَنَا أَنَّ الْقَانُونِيِّينَ لَا يَفْرُقُونَ بَيْنَ الْإِلْتِزَامِ وَالْإِلْتِزَامِ، وَالصَّوَابُ: أَنَّهُ يَجِبُ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُمَا؛ فَ«الْإِلْتِزَامُ» هَذَا تَعَهُدٌ صَادِرٌ مِنَ الْمُلتَزِمِ، أَوْ وَاجِبٌ مُتَرْتَّبٌ عَلَى فِعْلِ الْمُلتَزِمِ، بِخِلَافِ «الْإِلْتِزَامِ» فَإِنَّهُ فِعْلٌ لِلْمُوجِبِ مِنْ صَاحِبِ الْوِلَايَةِ وَنَحْوِهَا، وَهِيَ مُغَايِرَةٌ لِلْمُلتَزِمِ، وَمِنْ ثَمَّ فَهُنَا حَلْطٌ عِنْدَ الْقَانُونِيِّينَ بَيْنَ الْإِلْتِزَامِ وَالْإِلْتِزَامِ.
الْمَلْحُوظَةُ الثَّانِيَّةُ: أَنَّ الْحُقُوقِيِّينَ يَخْلُطُ كَثِيرٌ مِنْهُمْ بَيْنَ نَظَرِيَّةِ الْعَقْدِ وَنَظَرِيَّةِ الْإِلْتِزَامِ؛ فَإِنَّ «الْعَقْدَ» لَيْسَ التِّزَامًا، وَإِنَّمَا سَبَبٌ لِلْإِلْتِزَامِ، وَالْإِلْتِزَامُ نَاتِجٌ عَنْهُ.

أَيُّهَا أُولَى: أَنْ يَبْحَثَ الْإِلْتِزَامُ فِي بَابٍ وَاحِدٍ؟ أَوْ أَنْ يُجْعَلَ فِي كُلِّ بَابٍ مَا يَنَاسِبُهُ مِنْ أَحْكَامِ الْإِلْتِزَامِ؟
يَقُولُ الْفُقَهَاءُ: نُجَزِّئُ أَحْكَامَ الْإِلْتِزَامِ، وَنَجْعَلُ فِي كُلِّ بَابٍ مِنْهَا جُزْءًا؛ لِأَنَّهَا تَخْتَلِفُ فِي أَحْكَامِهَا؛ فَمِنْهَا مَا هُوَ وَاجِبٌ، وَمِنْهَا مَا هُوَ مَنُذُوبٌ، وَمِنْهَا مَا هُوَ مُبَاحٌ، وَمِنْهَا مَا هُوَ مَكْرُوهٌ. وَتَخْتَلِفُ فِي حَقِيقَتِهَا وَكَيْفِيَّةِ الْإِلْتِزَامِ بِهَا، وَمِنْ ثَمَّ رَأَى الْفُقَهَاءُ مُنَاسَبَةَ تَقْسِيمِ مَبَاحِثِ الْإِلْتِزَامِ بِحَسَبِ أَبْوَابِهَا.

أَمْرٌ أُخْرَى؛ مِمَّا يَتَعَلَّقُ بِهَذَا الْبَابِ: أَنَّ الْإِلْتِزَامَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْأَصُولِ الْمُنْهَجِيَّةِ الَّتِي يَقُومُ عَلَيْهَا، وَمِنْ هُنَا فَإِنَّ النِّظَرِيَّاتِ الْإِشْتِرَاقِيَّةِ تُرْتَّبُ التِّزَامَاتِ بِنَاءً عَلَى رُؤْيَيْهَا وَمُعْتَقَدَاتِهَا، وَالنِّظَرِيَّاتِ الرَّأْسَالِيَّةِ أَيْضًا تُرْتَّبُ التِّزَامَاتِ بِنَاءً عَلَى رُؤْيَيْهَا، وَمِنْ هُنَا فَلَيْسَ كُلُّ التِّزَامِ يُؤَدِّي نَفْسَ النَّتِيجَةِ بِاخْتِلَافِ النِّظَرَاتِ وَالْمَنَاهِجِ وَالْمَدَارِسِ، وَهَذَا يَجْعَلُنَا



نُوكِدُ عَلَى الْإِعْتِرَازِ بِالْمُورُوثِ الْفِقْهِيِّ؛ فَإِنَّهُ يَتَطَرَّقُ إِلَى جَوَانِبَ وَتَفْصِيْلَاتٍ لَيْسَتْ مَوْجُودَةً عِنْدَ الْحُقُوقِيِّينَ.

**

لَعَلِّي الْآنَ أَذْكَرُ عَدَدًا مِنَ الْمَوْلَفَاتِ مُتَعَلِّقَةً بِهَذِهِ النَّظَرِيَّةِ:

هُنَاكَ كِتَابَاتٌ مُتَعَدَّدَةٌ فِي نَظَرِيَّةِ الْإِلْتِمَامِ؛ مِنْهَا مَا هُوَ قَانُونِيٌّ، وَبِالتَّالِيِ هَذَا لَا نُعْنَى بِهِ، وَمِنْهَا مَا يَتَعَلَّقُ بِدِرَاسَةِ هَذَا الْأَمْرِ بِالنَّسْبَةِ لِأَحْكَامِ الشَّرِيعَةِ، هَذَا الْقِسْمُ الثَّانِي هُوَ الَّذِي نُعْنَى بِهِ. وَأَضْرِبُ لِهَذِهِ الْمَوْلَفَاتِ عَدَدًا مِنَ الْأَمْثَلَةِ:

الْمَوْلَفُ الْأَوَّلُ: كِتَابُ «الْمَدْخَلُ إِلَى نَظَرِيَّةِ الْإِلْتِمَامِ» لِصُطْفَى الزَّرْقَا.

وَالْكِتَابُ الثَّانِي: «النَّظَرِيَّاتُ الْعَامَّةُ لِلْإِلْتِمَامَاتِ فِي الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ» لِمَوْلَفِ اسْمِهِ شَفِيقِ شِحَاتَةَ.

وَالْأَمْثَلُ الثَّلَاثُ: «نَظَرِيَّةُ الْإِلْتِمَامِ فِي الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ» مِنْ تَأْلِيفِ عَبْدِ النَّاصِرِ تَوْفِيقِ الْعَطَّارِ.

وَأَيْضًا كِتَابُ «النَّظَرِيَّةُ الْعَامَّةُ لِلْإِلْتِمَامَاتِ».

عَلَى كُلِّ هُنَاكَ مَوْلَفَاتٍ فِي هَذَا الْجَانِبِ مُتَعَدَّدَةٌ، كَمَا تَقَدَّمَ أَنَّ الْإِلْتِمَامَ لَيْسَ لَهُ بَابٌ مُخَصَّصٌ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ، وَإِنَّمَا يَتَبَاخَثُ فِيهِ الْحُقُوقِيُّونَ وَالْقَانُونِيُّونَ، وَلَيْسَ عِنْدَهُمْ تَفْرِيقٌ بَيْنَ أَنْوَاعِ الْإِلْتِمَامَاتِ فِي الْجُمْلَةِ، وَبِهَذَا نَعْرِفُ تَمَيُّزَ الْكِتَابَةِ الْفِقْهِيَّةِ فِي هَذَا الْجَانِبِ.

وَلَعَلَّنَا بِإِذْنِهِ عَزَّ وَجَلَّ نَنْتَقِلُ إِلَى قَاعِدَةٍ أُخْرَى فِي الْغَدِ.

**

الْأَسْئَلَةُ

السُّؤَالُ: هَلِ الْوَفَاةُ مِنْ أَسْبَابِ انْتِهَاءِ الْإِلْتِمَامِ أَوْ لَا؟

الْجَوَابُ: هَذَا أَمْثَلٌ مِمَّا يُفْرَقُ فِيهِ الْفُقَهَاءُ؛ فَمَثَلًا فِي عَقْدِ الْإِجَارَةِ: هَلِ الْوَفَاةُ سَبَبٌ لِانْتِهَاءِ الْإِلْتِمَامِ؟ نَحْنُ

نَتَكَلَّمُ عَنِ الْإِلْتِمَامِ فِي عَقْدِ الْإِجَارَةِ هَلِ يَنْتَهِي بِالْوَفَاةِ أَوْ لَا؟

الْإِجَارَةُ عَلَى نَوْعَيْنِ:

إِجَارَةٌ عَلَى عَمَلٍ: فَإِذَا مَاتَ الْمُسْتَأْجِرُ تَنْتَهَى الْإِجَارَةُ، أَوْ نَكَلَّفُ بَدَلَهُ مَنْ يَقُومُ بِالْعَمَلِ الْمُسْتَأْجَرِ بِهِ.

النَّوْعُ الثَّانِي: إِجَارَةٌ عَلَى مَنْفَعَةٍ؛ مَثَلًا اسْتَأْجَرْتُ مِنْكَ بَيْتَكَ لِسُكْنَاهُ، فَمَاتَ الْمُسْتَأْجِرُ أَوْ مَاتَ الْمُؤَجَّرُ، فَنَقُولُ:



تَبْقَى الإِجَارَةُ عَلَى حَالِهَا عِنْدَ الْجُمْهُورِ، خِلَافًا لِلْحَنَفِيَّةِ.

الْعِتْقُ؛ هَلْ هُوَ مِنْ إِرَادَتَيْنِ مُتَقَابِلَتَيْنِ أَوْ إِرَادَةٍ مُنْفَرِدَةٍ؟ مِنْ إِرَادَةٍ مُنْفَرِدَةٍ.

عَقْدُ الْمَكَاتِبَةِ؛ هَذَا التِّزَامُ مِنْ طَرَفٍ وَاحِدٍ أَوْ مِنْ طَرَفَيْنِ؟ مِنْ طَرَفَيْنِ، فَهَذَا إِرَادَتَانِ مُتَقَابِلَتَانِ.

السُّؤَالُ: هَلْ تَنْقَسِمُ الْإِلْتِزَامَاتُ إِلَى مُعَلَّقَةٍ وَمُؤَقَّتَةٍ؟

الجواب: نَقُولُ: نَعَمْ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنْ أَقْوَالِ أَهْلِ الْعِلْمِ.

السُّؤَالُ: ضَمَانُ الدُّيُونِ عَلَى الْمَيْتِ تَدْخُلُ مَعَنَا أَوْ لَا؟

الجواب: الْجُمْهُورُ يَقُولُونَ: هُنَا التِّزَامُ، وَتَنْتَقِلُ الدُّيُونُ مِنْ ذِمَّةِ الْمَيْتِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُلْتَزِمِ، وَعِنْدَ الْحَنَفِيَّةِ يَقُولُونَ:

هَذَا الْإِلْتِزَامُ غَيْرُ مَقْبُولٍ، وَلَا تَنْتَقِلُ الدُّيُونُ مِنْ ذِمَّةِ الْمَيْتِ إِلَى ذِمَّةِ الضَّامِنِ.

نَسْأَلُ اللَّهَ جَلَّ وَعَلَا أَنْ يُوفِّقَنَا وَإِيَّاكُمْ لِحَيْرِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ، وَأَنْ يَجْعَلَنَا وَإِيَّاكُمْ مِنَ الْهُدَاةِ الْمُهْتَدِينَ.

هَذَا وَاللَّهُ أَعْلَمُ، وَصَلَّى اللَّهُ وَسَلَّمْ عَلَى نَبِيِّنَا مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ أَجْمَعِينَ.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ، وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى أَشْرَفِ الْأَنْبِيَاءِ وَالْمُرْسَلِينَ.
أَمَّا بَعْدُ.

فَتَحَدَّثَ بِإِذْنِ اللَّهِ - عَزَّ وَجَلَّ - فِي هَذَا الْيَوْمِ عَنِ نَظَرِيَّةِ «الْمِلْكِيَّةِ»، وَالَّذِينَ كَتَبُوا فِي الْمِلْكِيَّةِ عِنْدَ كَلَامِهِمْ عَلَى
النَّظَرِيَّاتِ انْتَسَمُوا إِلَى أَقْسَامٍ مُتَعَدِّدَةٍ:
مِنْهُمْ مَنْ جَعَلَ الْكَلَامَ فِي الْمِلْكِيَّةِ نَظَرِيَّةً مُسْتَقِلَّةً، وَمِنْ هَؤُلَاءِ الزَّرْقَا.
وَمِنْهُمْ مَنْ جَعَلَهَا مُقَدِّمَةً لِنَظَرِيَّةِ الْعَقْدِ، وَلَمْ يَجْعَلُوا الْمِلْكِيَّةَ نَظَرِيَّةً مُسْتَقِلَّةً، وَمِنْ هَؤُلَاءِ الشَّيْخُ أَبُو زَهْرَةَ؛ حَيْثُ
كَتَبَ كِتَابًا فِي الْمِلْكِيَّةِ وَنَظَرِيَّةِ الْعَقْدِ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْعَقْدَ أَحَدَ سَبَابِ الْمَلِكِ.
وَالْقَانُونِيُّونَ لَا يَجْعَلُونَ الْمِلْكِيَّةَ نَظَرِيَّةً مُسْتَقِلَّةً، وَإِنَّمَا يَتَكَلَّمُونَ عَنْهَا ضِمْنَ نَظَرِيَّةِ «الْحَقِّ»؛ فَيَجْعَلُونَ الْمِلْكِيَّةَ رُكْنًا
مِنْ أَرْكَانِ هَذِهِ النَّظَرِيَّةِ؛ لِأَنَّ الْمِلْكِيَّةَ هِيَ مَحَلُّ الْحَقِّ، وَلِذَلِكَ لَا يَقُولُونَ: نَظَرِيَّةُ الْمِلْكِيَّةِ، وَإِنَّمَا يَقُولُونَ: حَقُّ الْمِلْكِيَّةِ.
وَعِنْدَ النَّظَرِ فِي مَوْضُوعِ الْمِلْكِيَّةِ وَالْكَلامِ فِيهِ، نَجِدُ أَنَّهُ مَوْضُوعٌ يَمْلِكُ مَكُونَاتِ بَحْثِ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ؛ وَلِذَا
نَاسَبَ أَنْ يَتَكَلَّمَ عَنْهُ عَلَى أَنَّهُ نَظَرِيَّةٌ فِقْهِيَّةٌ مُسْتَقِلَّةٌ.

أَمَّا عَنِ تَعْرِيفِ الْمِلْكِيَّةِ:

فَإِنَّ الْمَلِكَ فِي اللُّغَةِ: هُوَ حَيَازَةُ الْإِنْسَانِ لِلْمَالِ مَعَ الْإِنْفِرَادِ بِهِ.
وَبَعْضُهُمْ يَقُولُ: إِنَّهُ احْتِوَاءُ الشَّيْءِ وَالْقُدْرَةُ عَلَى التَّصَرُّفِ بِهِ عَلَى سَبِيلِ الْإِنْفِرَادِ.
وَأَمَّا تَعْرِيفُ الْمِلْكِيَّةِ فِي اصْطِلَاحِ الْفُقَهَاءِ، فَإِنَّهُمْ يَعْرِفُونَهَا بِتَعْرِيفَاتٍ مُتَقَارِبَةٍ، مِنْهَا قَوْلُ بَعْضِهِمْ: الْمِلْكِيَّةُ الْقُدْرَةُ
الشَّرْعِيَّةُ عَلَى التَّصَرُّفِ ابْتِدَاءً إِلَّا الْمَانِعَ.
وَبَعْضُهُمْ يَقُولُ: الْمِلْكِيَّةُ حُكْمٌ شَرْعِيٌّ مُقَدَّرٌ فِي الْعَيْنِ، يَفْتَضِي تَمَكُّينَ مَنْ يُضَافُ إِلَيْهِ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ وَالْمَعَاوِضَةِ
عَنْهُ.

وَبَعْضُهُمْ يَقُولُ: بَانَ الْمِلْكِيَّةَ عِلَاقَةٌ بَيْنَ الْإِنْسَانِ وَالْمَالِ أَقْرَبَهَا الشَّرْعُ.
وَلَعَلَّ الْأَظْهَرَ فِي تَعْرِيفِ الْمِلْكِيَّةِ: أَنَّهَا تَبَعِيَّةٌ مُتَمَكِّنٌ الْمَتَّبِعِ مِنَ الْإِنْفِرَادِ بِالْإِنْتِفَاعِ بِهِ، وَأَخَذَ الْعَوَاضَةَ عَنْهُ



والتصرف فيه، إلا لما نفع شرعي.

ومن خلال هذا نعرف أن المال هو محل الملك، وليس المال هو الملك، وإنما المال محل الملكية، ومن المعلوم أن محل الملكية أعم من المال؛ ومن هنا فإن الحقوق تملك وقد لا تكون مالا، فأنت تملك عدداً من الحقوق لا يمكن أن تسمى مالا.

وعند القانونيين يعرفون الملكية: بأنها الحق المباشر للشخص على شيء مادي معين.

وسياتي بيان ما في هذا التعريف، والفرق بينه وبين طرائق الشرعيين فيه، عند المقارنة بين الدراسات الشرعية والقانونية لموضوع الملكية.

**

نتقل للحديث عن أنواع الملكية:

الملكية يمكن تقسيمها باعتبارات متعددة:

١- فمثلاً: يمكن تقسيمها من جهة محل الملكية إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: ملك للعين؛ كما تملك سيارتك، وملك ثيابك.

والنوع الثاني: ملك للمنفعة؛ ومن أمثلة ذلك: المستأجر يملك منفعة الدار التي استأجرها.

والنوع الثالث: ملك الديون التي تكون في الذم.

٢- كما أنه يمكن تقسيم الملك باعتبار تعلق الملك بالعين والمنفعة إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: ملك للعين والمنفعة؛ كملكك للقلم الذي تكتب به، فأنت تملك عينه، وتتمكن من بيعه،

وكذلك تملك منفعته، وتتمكن من الكتابة به.

والنوع الثاني: ملك للعين بدون المنفعة؛ ومن أمثلة ذلك: ما لو أوصى بأن يتفح بالسيارة زيد، ويكون ملكها

لأولاد الموصي، فهنا المنفعة مملوكة لزيد، والعين -عين السيارة- مملوكة لأولاد الموصي؛ فملك أولاد الموصي

ملك للعين بدون المنفعة.

والقسم الثالث: ملك المنفعة بدون العين؛ مثل: ملك زيد لمنفعة السيارة بدون أن يكون مالكا لعينها.

الفرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع:



وَيَنْبَغِي أَنْ نُفَرِّقَ بَيْنَ «مِلْكِ الْمَنْفَعَةِ»، وَ«حَقِّ الْإِنْتِفَاعِ»:

فَإِنَّ مِلْكَ الْمَنْفَعَةِ يُعَايِرُ حَقَّ الْإِنْتِفَاعِ بِالشَّيْءِ، مِثَالُ حَقِّ الْإِنْتِفَاعِ: أَنَّهُ يَحِقُّ لَكَ أَنْ تَمُرَّ فِي الشَّارِعِ، هَذَا حَقُّ الْإِنْتِفَاعِ حَقُّ الْمُرُورِ، وَيَحِقُّ لَكَ الْجُلُوسُ فِي بَعْضِ الْمَوَاطِنِ، وَيَحِقُّ لَكَ أَنْ تَتَفَعَّلَ بِأَدَاءِ الصَّلَاةِ فِي الْمَسْجِدِ، لَكِنْ لَا يَعْنِي هَذَا أَنَّكَ تَمْلِكُ هَذِهِ الْمَنْفَعَةَ.

وَلِذَلِكَ مِلْكَ الْمَنْفَعَةِ يُمْكِّنُكَ مِنْ اسْتِيفَاءِ قِيَمَتِهَا، بِخِلَافِ حَقِّ الْإِنْتِفَاعِ، مِثَالُ ذَلِكَ: إِذَا اسْتَأْجَرْتَ بَيْتًا لِمُدَّةٍ سَنَةٍ؛ فَأَنْتَ تَمْلِكُ الْمَنْفَعَةَ، وَمَنْ ثُمَّ يَحِقُّ لَكَ الْإِعْتِيَاضُ عَنْ هَذِهِ الْمَنْفَعَةِ، فَلَوْ أَجْرْتَهَا عَلَى مَنْ يَكُونُ انْتِفَاعُهُ بِالْبَيْتِ أَقْلًا، فَإِنَّ الْأَجْرَةَ تَكُونُ لَكَ أَوْ لِمَالِكِ الدَّارِ؟ تَكُونُ لِلْمُسْتَأْجِرِ الْأَوَّلِ؛ فَإِنَّهُ لَمَّا مَلَكَ الْمَنْفَعَةَ جَازَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْعَوَضَ عَنْهَا.

هَلْ يَجُوزُ لَكَ أَنْ تُؤَجِّرَ الطَّرِيقَ لِأَنَّهُ يَحِقُّ لَكَ الْمُرُورُ فِيهِ؟ أَوْ يَجُوزُ لَكَ أَنْ تُؤَجِّرَ مَا يَحِقُّ لَكَ أَنْ تُصَلِّيَ فِيهِ مِنَ الْمَسْجِدِ؟ نَقُولُ: لَا يَجُوزُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّكَ لَا تَمْلِكُ الْمَنْفَعَةَ، وَإِنَّمَا لَكَ حَقُّ الْإِنْتِفَاعِ، وَفَرَقَ بَيْنَ حَقِّ الْإِنْتِفَاعِ وَمِلْكَ الْمَنْفَعَةِ.

تَقْسِيمُ ابْنِ رَجَبٍ لِلْحُقُوقِ:

ابْنُ رَجَبٍ فِي «الْقَوَاعِدِ» قَسَمَ الْحُقُوقَ إِلَى أَقْسَامٍ:

قَالَ: هُنَاكَ حَقُّ الْمَلِكِ.

وَهُنَاكَ حَقُّ التَّمْلِكِ؛ أَنْتَ لَمْ تَمْلِكْ بَعْدُ، وَلَكِنْ يَحِقُّ لَكَ أَنْ تَمْلِكَ، مِثْلُ: «الشُّفْعَةُ»؛ إِذَا بَاعَ شَرِيكَكَ نَصِيبَهُ، يَحِقُّ لَكَ أَنْ تَمْلِكَ هَذَا النَّصِيبَ الْمُبَاعَ عَلَى أَجْنَبِيٍّ، فَهَذَا حَقُّ تَمْلِكِ.

وَالنَّوْعُ الثَّلَاثُ: حَقُّ الْإِنْتِفَاعِ؛ مِثْلُ: حَقُّ إِجْرَاءِ الْمَاءِ فِي أَرْضِ الْغَيْرِ.

وَالنَّوْعُ الرَّابِعُ: حَقُّ الْإِخْتِصَاصِ؛ بِأَنْ تَخْتَصَّ بِالشَّيْءِ دُونَ غَيْرِكَ، وَمِنْ أَمْثَلَتِهِ: مَا لَوْ كَانَ هُنَاكَ طَرِيقٌ لَا يُؤَدِّي إِلَّا إِلَى بَيْتِكَ، وَلَيْسَ بِطَرِيقٍ نَافِذٍ، فَلَكَ حَقُّ الْإِخْتِصَاصِ بِهِ؛ فَلَا يَفْتَحُ أَحَدٌ النَّافِذَةَ فِيهِ إِلَّا بِإِذْنِكَ، وَهَكَذَا.

وَهُنَاكَ حَقُّ التَّعَلُّقِ لِاسْتِيفَاءِ الْحُقُوقِ؛ وَمِنْ أَمْثَلِهِ ذَلِكَ: الْحَقُّ فِي الرَّهْنِ؛ فَإِنَّ الْمُرْتَهِنَ لَهُ حَقُّ فِي الْعَيْنِ الْمَرْهُونَةِ، لِيَتِمَّكَنَ مِنْ اسْتِيفَاءِ حَقِّهِ مِنْ هَذِهِ الْعَيْنِ.

٣- تَقْسِيمُ الْمَلِكِيَّةِ إِلَى تَامٍّ وَنَاقِصٍ:



هناك تقسيم آخر للملكية؛ فإن الملكية تنقسم إلى ملك تام: يتمكن الإنسان فيه من جميع التصرفات التي تكون للملاك، وهناك ملك ناقص.

والفرق بين الملك التام والملك الناقص يكون في ثلاثة أشياء:

الأول: أن الملك التام يمكن الإنسان من جميع التصرفات المشروعة، مثل: ملك البائع، بينما الملك الناقص لا يمكن من جميع التصرفات؛ مثل: ملك المستأجر للمنفعة.

الفرق الثاني: أن الملك التام من شأنه الدوام والاستمرار، بخلاف الملك الناقص؛ فالأصل في البيع أن من شأنه الدوام، بينما ملك المنفعة في عقد الإجارة مؤقت.

والفرق الثالث: في استحقاق الضمان؛ فإن الملك التام إذا فات فإنه في ضمان مالكه، لو كان عندك قلم تملكه فتلف، هل نوجب الضمان على غيرك؟ نقول: لا يجب ذلك، ولا يمكن، يتلف في ملكك، بخلاف الملك الناقص؛ فإن تلفه لا يكون في من يملكه ملكاً ناقصاً، وإنما يكون في صاحب الملك التام؛ ولذلك لو تلفت العين المستأجرة في نصف المدة قلنا: على المالك أن يعيد قسط الإجارة إلى المستأجر.

٤ - تقسيم الملكية إلى متميز ومشاع:

تقسيم آخر من تقسيمات الملكية: تقسيم الملكية إلى:

ملك متميز: يعني أنه يستقل المالك بالملك فيه؛ ومن أمثله: ملكك لكراسك.

وهناك ملك شائع أو مشاع: وهو الذي يملك فيه المالك جزءاً غير معين؛ مثال ذلك: عندنا أرض يملكها

زيد وخالد مناصفة، بدون أن يحدد ما هو ملك كل واحد منهما، فهذا ملك مشاع، لكن لو قلنا: النصف الشامي لزيد، والنصف الجنوبي لخالد، فهذا ملك متميز.

٥ - التقسيم الآخر من تقسيمات الملكية تقسيمه إلى عام وخاص:

والمراد بالعام: ما لا يختص بهالك معين، وإنما تكون ملكيته للجميع، من أمثلة ذلك: الماء والكلاء والنار -

يعني: غير المحوزة - حديث: «المسلمون شركاء في ثلاث»^(١).

والملك الخاص: وهو الذي يختص به واحد أو جماعة معينون، ولا يشاركهم بقية الناس فيه.

(١) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع - باب في منع الماء (٣٤٧٧)، وصححه الألباني في «صحيح أبي داود».



٦- تَفْسِيمُ الْمَلِكِيَّةِ بِاعْتِبَارِ الْمَالِكِ:

كَمَا تَنْقَسِمُ الْمَلِكِيَّةُ بِاعْتِبَارِ الْمَالِكِ إِلَى: مَلِكِيَّةٍ لِأَشْخَاصٍ مُعَيَّنِينَ، وَمَلِكِيَّةٍ لِشَخْصِيَّاتٍ اِعْتِبَارِيَّةٍ.

١- مَلِكِيَّةٌ لِأَشْخَاصٍ مُعَيَّنِينَ: مِثَالُ الْمَلِكِ لِمُعَيَّنٍ: مَلِكُكَ لِمَا فِي جَيْبِكَ مِنَ النُّقُودِ، هَلْ يُشَارِكُكَ فِيهِ غَيْرُكَ؟ نَقُولُ: لَا يُشَارِكُكَ فِيهِ غَيْرُكَ، وَأَنْتَ شَخْصٌ مُتَمَيِّزٌ مُسْتَقِلٌّ عَنِ غَيْرِكَ، لَكَ وَجُودٌ فِي الْخَارِجِ.

٢- بِخِلَافِ الشَّخْصِيَّةِ اِلْعْتِبَارِيَّةِ: فَإِنَّهَا شَخْصِيَّةٌ مُقَدَّرَةٌ فِي الذَّهْنِ لَيْسَ لَهَا وَجُودٌ فِي الْخَارِجِ إِلَّا مِنْ خِلَالِ آثَارِهَا، وَمِنْ أَمْثَلَةِ هَذَا النَّوعِ: الشَّرِكَاتُ التِّجَارِيَّةُ؛ فَإِنَّهُ لَيْسَ لَهَا كِيَانٌ فِي الْخَارِجِ إِلَّا مِنْ خِلَالِ آثَارِهَا؛ فَمَبَانِيهَا هَذَا أَثَرٌ، وَمَكَاتِبُهَا هَذِهِ آثَارُهَا.

وَقَدْ اِخْتَلَفَ الْفُقَهَاءُ: هَلْ هُنَاكَ شَخْصِيَّةٌ اِعْتِبَارِيَّةٌ، أَوْ لَا بَدَأَ أَنْ تَكُونَ الشَّخْصِيَّاتُ حَقِيقِيَّةً؟

وَجُمْهُورُ الْفُقَهَاءِ عَلَى إِبْطَالِ الشَّخْصِيَّةِ اِلْعْتِبَارِيَّةِ، وَيَسْتَدِلُّونَ عَلَيْهَا بِوُجُودِ أَمْثَلَةٍ لَهَا فِي الْفِقْهِ قَدْ جَاءَتْ النُّصُوصُ بِإِقْرَارِهَا، وَمِنْ أَمْثَلَةِ هَذَا: شَخْصِيَّةُ بَيْتِ الْمَالِ؛ فَإِنَّهُ يَمْلِكُ، وَيَتَصَرَّفُ عَنْهُ بِأَنْوَاعِ التَّصَرُّفَاتِ. وَمِنْ أَمْثَلَةِ ذَلِكَ أَيْضًا: الْخُلْطَةُ فِي الْمَاشِيَّةِ؛ فَإِنَّهَا تُصَيِّرُ الْمَالَيْنِ بِمِثَابَةِ الْمَالِ الْوَاحِدِ كَأَنَّهُ شَخْصِيَّةٌ مُسْتَقِلَّةٌ. وَمِنْ أَمْثَلَتِهِ أَيْضًا: الشَّرِكَاتُ.

وَيَتَرْتَّبُ عَلَى إِبْطَالِ الشَّخْصِيَّةِ اِلْعْتِبَارِيَّةِ: إِمْكَانِيَّةٌ عَدَمُ مَطَالَبَةِ الشَّرِكَاءِ عِنْدَ إِفْلَاسِ الشَّرِكَةِ.

٧- كَذَلِكَ يُمَكِّنُ تَفْسِيمُ الْمَلِكِيَّةِ إِلَى مَلِكِيَّةٍ اِخْتِيَارِيَّةٍ وَمَلِكِيَّةٍ جَبْرِيَّةٍ:

فَالْمَلِكِيَّةُ اِلْعْتِبَارِيَّةُ: هِيَ الَّتِي تَحْتَاجُ لِإِبْطَالِهَا إِلَى عَمَلٍ أَوْ قَبُولٍ؛ مِثْلُ: الْمَلِكِيَّةِ الْمُتَرْتَّبَةِ عَلَى الْبَيْعِ، وَعَلَى حِيَازَةِ الْأَمْوَالِ.

بَيْنَمَا هُنَاكَ مَلِكٌ جَبْرِيٌّ: لَا يَكُونُ فِيهِ اِخْتِيَارٌ لِلْإِنْسَانِ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى قَبُولٍ؛ مِثَالُ ذَلِكَ: لَوْ كَانَ عِنْدَكَ شَاةٌ فَوَلَدَتْ الشَّاةُ، هَلْ تَمْلِكُ وَلَدَهَا؟ نَعَمْ. هَلْ تَحْتَاجُ فِي مَلِكِهَا إِلَى قَبُولٍ أَوْ إِلَى عَمَلٍ؟ نَقُولُ: لَا نَحْتَاجُ، فَهَذَا مَلِكٌ جَبْرِيٌّ.

أَمْوَالُ الْمَيْتِ إِذَا مَلَكَهَا مِنْ بَعْدِهِ، هَلْ هُوَ مَلِكٌ جَبْرِيٌّ أَوْ اِخْتِيَارِيٌّ؟

نَقُولُ: الْمَلِكُ لِأَمْوَالِ الْمَيْتِ عَلَى نَوْعَيْنِ:

١- الْوَصَايَا: فَهَذَا مَلِكٌ اِخْتِيَارِيٌّ؛ لِأَنَّهُ لَا بَدَأَ مِنْ قَبُولِ الْمُوصَى لَهُ، فَيَكُونُ مَلِكًا اِخْتِيَارِيًّا.



٢- وَمِلْكُ الْوَرَثَةِ: هَذَا مِلْكُ جَبْرِيٍّ، لَا نَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى قَبُولٍ.

٨- كَذَلِكَ يُمَكِّنُ تَقْسِيمُ الْمَلِكِ مِنْ حَيْثُ الْإِسْتِقْرَارُ:

إِلَى مِلْكٍ مُسْتَقَرٍّ: لَا يَحْتَمِلُ السَّقُوطَ بِتَلَفٍ مُقَابِلِهِ؛ وَمِنْ أَمْتِلَةٍ ذَلِكَ: ثَمَنُ الْمَبِيعِ الْمَقْبُوضِ، كَمَا لَوْ بَعْتِكَ السَّيَّارَةَ بِالْفِئِ وَأَسْتَلَمْتَهَا، فَأَنَا أَمْلِكُ ثَمَنَ الْمَبِيعِ مِلْكًا مُسْتَقَرًّا لَا يَحْتَمِلُ السَّقُوطَ، وَهَذَا مِلْكُ دَيْنٍ.

وَمِنْ أَمْتِلَتِهِ أَيْضًا: إِذَا حَطَبَ رَجُلٌ امْرَأَةً وَعَقَدَ عَلَيْهَا، وَكَانَ الْمَهْرُ سَيَّارَةً، فَسَلَّمَ لَهَا السَّيَّارَةَ، وَدَخَلَ بِهَا، فَحَيْثُ تَمَلَّكَ الزَّوْجَةُ السَّيَّارَةَ مِلْكًا مُسْتَقَرًّا لَا يَحْتَمِلُ السَّقُوطَ.

وَالنَّوْعُ الثَّانِي: الْمَلِكُ غَيْرُ الْمُسْتَقِلِّ: وَمِنْ أَمْتِلَتِهِ: الصَّدَاقُ قَبْلَ الدُّخُولِ؛ فَإِنَّهُ لَمَّا عَقَدَ عَلَيْهَا وَلَمَّا يَدْخُلُ بِهَا، جَعَلَ الْمَهْرَ السَّيَّارَةَ، وَسَلَّمَهَا السَّيَّارَةَ، ثُمَّ طَلَبَتْ الطَّلَاقَ، نَقُولُ: تُعِيدُ السَّيَّارَةَ؛ لِأَنَّ مِلْكَهَا لِلْسَّيَّارَةِ مِلْكٌ غَيْرٌ مُسْتَقَرٌّ. فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ: هِيَ لَمْ تَمَلِكِ السَّيَّارَةَ؟ نَقُولُ: بَلَى؛ مَلَكْتَ، وَلِذَلِكَ لَوْ كَانَ لِلْسَّيَّارَةِ غَلَّةٌ فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ كَمَا لَوْ أَجَرْتَهَا، فَإِنَّهَا تَمَلِكُ الْغَلَّةَ، وَلَوْ كَانَتْ مِنَ الْأَمْوَالِ الَّتِي تَنْمُو -مِثْلُ مَا لَوْ كَانَتْ شَاةً فَوَلَدَتْ؛ ثُمَّ رَدَدْنَا الشَّاةَ- لَفَسَخَ عَقْدُ النِّكَاحِ، فَإِنَّ الْوَلَدَ يَبْقَى لِلزَّوْجَةِ؛ لِأَنَّ الشَّاةَ كَانَتْ مَمْلُوكَةً لَهَا، وَلَوْ تَلَفَتْ هَذِهِ الْأَمْوَالُ لَتَلَفَتْ فِي مِلْكِ الزَّوْجَةِ.

وَمِثْلُ هَذَا: ثَمَنُ الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِهِ؛ فَإِنَّ مِلْكَ الْبَائِعِ لِهَذَا الثَّمَنِ غَيْرٌ مُسْتَقَرٌّ.

وَمِثْلُهُ أَيْضًا: الْمَبِيعُ فِي وَقْتِ الْخِيَارِ؛ فَإِنَّهُ مَمْلُوكٌ لِلْمُشْتَرِي، لَكِنَّهُ مِلْكٌ غَيْرٌ مُسْتَقَرٌّ.

**

نَنْتَقِلُ إِلَى شَيْءٍ آخَرَ، وَهُوَ: أَسْبَابُ الْمَلِكِ: مَا هِيَ الَّتِي تَجْعَلُ الْإِنْسَانَ يَتَمَلَّكُ الْمُتَمَلَّكَاتِ الَّتِي لَدَيْهِ؟

أَوَّلًا: أَسْبَابُ التَّمَلُّكِ عِنْدَ فُقَهَاءِ الشَّرِيعَةِ:

فُقَهَاءُ الشَّرِيعَةِ يَقُولُونَ: بِأَنَّ أَسْبَابَ التَّمَلُّكِ أَرْبَعَةٌ أَسْبَابٌ:

أَوَّلُهَا: إِحْرَازُ الْمَبَاحَاتِ؛ مِثْلُ: صَيْدِ السَّمَكِ، وَصَيْدِ الْحَيَوَانَاتِ، أَخْذُ نَبَاتِ الْبَرِّيَّةِ غَيْرِ الْمَمْلُوكِ، وَإِحْيَاءُ الْمَوَاتِ، هَذَا كُلُّهُ مِنْ إِحْرَازِ الْمَبَاحَاتِ.

النَّوْعُ الثَّانِي مِنْ أَسْبَابِ الْمَلِكِيَّةِ: الْعُقُودُ؛ فَإِنَّ الْعُقُودَ النَّاقِلَةَ لِلْمَلِكِيَّةِ مِنْ أَسْبَابِ التَّمَلُّكِ، لِمَاذَا مَلَكْتَ السَّيَّارَةَ؟

لِأَنَّكَ اشْتَرَيْتَهَا. لِمَاذَا مَلَكْتَ مَنْفَعَةَ الدَّارِ؟ لِأَنَّكَ عَقَدْتَ عَلَيْهَا عَقْدَ إِجَارَةٍ.



النوع الثالث من أسباب الملكية: الخلفية؛ بأن يخلف الشيء غيره ويكون محله بعده، ومن أمثلة هذا: ثبوت الملك بواسطة الميراث، أو ثبوت الملك بسبب الضمان؛ فإنه لما أتلّف مالك خلفه وجوب الضمان عليه، فملكك للضمان ناشئ من هذا السبب.

السبب الرابع: التولد من المملوك؛ فإنك عندما ملكت الشاة فإن ما تأتي به من أولاد يكون ملكاً لك.
ثانياً: أسباب التملك عند القانونيين:

وعند القانونيين يجعلون أسباب التملك ستة أسباب:

أولها: الاستيلاء.

وثانيها: الميراث.

وثالثها: الوصية.

ورابعها: الإلتصاق.

وخامسها: العقد.

وسادسها: الحيازة.

ينبغي أن نلاحظ هنا أن الشريعة الإسلامية قد نصت على التملك في مواطن كثيرة من الأدلة الشرعية، من أمثلة ذلك:

قوله عز وجل: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾^(١). فنسب المال إليهم، وقال تعالى: ﴿فَإِنْ تَبْتِغُوا فَلَكم رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ﴾^(٢).

ويقول النبي صلى الله عليه وسلم: «يقول العبد: مالي مالي. إنما له من ماله ثلاث: ما أكل فأفنى، أو لبس فأبلى، أو أعطى فأفنى، وما سوى ذلك فهو ذاهب وتاركه للناس»^(٣)، وقال: «أيكم مال وارثه أحب إليه من ماله؟» قالوا: يا رسول الله، ما منا أحد إلا وماله أحب إليه من مال وارثه. قال: «فإن ماله ما قدم ومال وارثه ما

(١) سورة التوبة: ١٠٣.

(٢) سورة البقرة: ٢٧٩.

(٣) أخرجه مسلم في كتاب الزهد والرفائق (٢٩٥٨)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.



أَخْرَجَ^(١)، وَفِي الْحَدِيثِ الْآخَرَ.

مَعَ الْجُرْمِ بِأَنَّ مِلْكِيَّةَ الْإِنْسَانِ لِهَذَا الْمَالِ لَا تَعْنِي انْقِطَاعَ مِلْكِيَّةِ اللَّهِ لِلْمَالِ؛ فَإِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ يَمْلِكُ الْإِنْسَانَ، فَيَمْلِكُ مَا مَلَكَ؛ وَهَذَا قَالَ تَعَالَى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾^(٢).

وَفَقْهَاءُ الشَّرِيعَةِ - فِي مَوْلَفَاتِهِمْ الْفِقْهِيَّةِ - لَمْ يُفَرِّدُوا الْمِلْكِيَّةَ فِي بَابِ مُسْتَقِيلٍ، وَإِنَّمَا يَذْكُرُونَ أَحْكَامَهُ فِي الْعَدِيدِ مِنَ الْأَبْوَابِ الْفِقْهِيَّةِ؛ بَدَأَ مِنَ الطَّهَّارَةِ إِلَى الْإِقْرَارِ، فِي الطَّهَّارَةِ مَثَلًا: مَا الْحُكْمُ عِنْدَمَا لَا يَجِدُ الْإِنْسَانَ مَاءً يَمْلِكُهُ، وَيَجِدُهُ عِنْدَ غَيْرِهِ؟ هَلْ يَلْزِمُهُ شِرَاؤُهُ لِيَتَوَضَّأَ؟ فَهَذَا مِنْ أَحْكَامِ الْمِلْكِيَّةِ.

وَيَكْثُرُ الْكَلَامُ عَنْ أَحْكَامِ الْمِلْكِيَّةِ فِي أَبْوَابِ الْمَعَامَلَاتِ الْمَالِيَّةِ، وَمِنْ هُنَا فَإِنَّهُ يُمْكِنُ اسْتِخْلَاصُ نَظَرِيَّةِ الْمِلْكِيَّةِ مِنْ كَلَامِ الْفُقَهَاءِ الْمُتَنَائِرِ، وَالْفُقَهَاءِ يَتَكَلَّمُونَ عَنِ الْمَالِ وَأَنْوَاعِ عِلَاقَةِ الْإِنْسَانِ بِهِ، وَمِنْ أَنْوَاعِ هَذِهِ الْعِلَاقَةِ: الْمِلْكِيَّةُ. وَقَدْ أَفْرَدَ بَعْضُ الْمُؤَلِّفِينَ فِي الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ فَصْلًا فِي الْمِلْكِيَّةِ، وَذَكَرُوا الْعَدِيدَ مِنْ أَحْكَامِهِ؛ كَمَا فَعَلَ ذَلِكَ الزَّرْكَشِيُّ فِي «الْمَنْشُورِ»، وَالسِّيُوطِيُّ وَابْنُ نُجَيْمٍ فِي «الْأَشْبَاهِ وَالنَّظَائِرِ»؛ حَيْثُ ذَكَرُوا الْمِلْكِيَّةَ، وَذَكَرُوا حَقِيقَتَهَا، وَذَكَرُوا الْمَلِكَ وَحَقِيقَتَهُ، وَأَسْبَابَهُ، وَأَفْسَامَهُ، وَأَحْكَامَهُ.

وَلَا شَكَّ أَنَّ الشَّرِيعَةَ تُوَكِّدُ عَلَى وَجُوبِ احْتِرَامِ مُمْتَلِكَاتِ الْآخَرِينَ، وَتُحَرِّمُ وَتُجَرِّمُ كُلَّ اعْتِدَاءٍ عَلَيْهَا؛ قَالَ تَعَالَى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا (٢٩) وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ عَدُوًّا وَظَلْمًا فَسَوْفَ نُصَلِّيهِ نَارًا وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا﴾^(٣).

وَيَقُولُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا، فِي بَلَدِكُمْ هَذَا، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا»^(٤). وَقَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ يَفْتُطِعُ بِهَا مَالَ امْرِئٍ مُسْلِمٍ، هُوَ عَلَيْهَا فَاجِرٌ، لَقِيَ اللَّهَ وَهُوَ عَلَيْهِ غَضَبَانٌ»، وَقَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِحَقِّ مُسْلِمٍ، فَإِنَّمَا هِيَ قِطْعَةٌ

(١) أخرجه البخاري في كتاب الرقاق - باب ما قدم من ماله فهو له (٦٤٤٢)، من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.

(٢) سورة النور: ٣٣.

(٣) سورة النساء: ٢٩، ٣٠.

(٤) أخرجه البخاري في كتاب المغازي - باب حجة الوداع (٤٤٠٥)، ومسلم في كتاب الإيمان - باب بيان معنى قول النبي صلى الله عليه وسلم: «لا ترجعوا بعدي كفارًا» (٦٥) من حديث جرير بن عبد الله رضي الله عنه.



مِنَ النَّارِ، فَلْيَأْخُذْهَا أَوْ فَلْيُتْرِكْهَا»^(١). وَهَنَّاكَ نُصُوصٌ كَثِيرَةٌ تُؤَكِّدُ هَذَا الْمَعْنَى.

**

مَا هِيَ آثَارُ الْمِلْكِيَّةِ؟

لِلْمِلْكِيَّةِ آثَارٌ مُتَعَدِّدَةٌ؛ مِنْ أَبْرَزِهَا ثَلَاثَةٌ آثَارٌ:

أَوَّلُهَا: الْإِنْتِفَاعُ؛ فَإِنَّ الْمَالِكَ يَحِقُّ لَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِمَا يَمْلِكُهُ، وَالْأَصْلُ أَنَّ حَقَّ الْإِنْتِفَاعِ يَنْفَرِدُ بِهِ الْمَالِكُ؛ سِوَاءَ اسْتَوْفَاهُ بِنَفْسِهِ أَوْ بِغَيْرِهِ.

الْآثَرُ الثَّانِي مِنْ آثَارِ الْمِلْكِيَّةِ: حَقُّ التَّصَرُّفِ؛ فَإِنَّ الْمَالِكَ يَتِمَكَّنُ مِنَ الْبَيْعِ، وَالشَّرَاءِ، وَالتَّاجِيرِ، وَالرَّهْنِ، وَنَحْوِ ذَلِكَ مِنْ أَنْوَاعِ التَّصَرُّفَاتِ.

النَّوْعُ الثَّلَاثُ مِنْ آثَارِ الْمِلْكِيَّةِ: أَخْذُ الْعَوْضِ؛ فَإِنَّ الْمَالِكَ يَحِقُّ لَهُ أَخْذُ الْعَوْضِ عَمَّا يَمْلِكُهُ، سِوَاءَ بِالثَّمَنِ، أَوْ بِالْبَيْعِ، أَوْ بِالْأَجْرَةِ فِي الْإِجَارَةِ، أَوْ الضَّمَانِ عِنْدَ حُصُولِ التَّلْفِ أَوْ الْإِتْلَافِ.

هَذِهِ الْأُمُورُ الثَّلَاثَةُ - الْإِنْتِفَاعُ، وَالتَّصَرُّفُ، وَأَخْذُ الْعَوْضِ - يَعْبرُ عَنْهَا أَهْلُ الْقَانُونِ بِقَوْلِهِمْ: الْإِسْتِعْمَالُ وَالْإِسْتِغْلَالُ وَالتَّصَرُّفُ. أَخْذُ الْعَوْضِ يُسَمَّوْنَهُ اسْتِغْلَالًا، وَالْإِنْتِفَاعُ يُسَمَّوْنَهُ اسْتِعْمَالًا.

**

بِالنَّسْبَةِ لِلتَّصَرُّفِ فِي الْمَلِكِ:

الْأَصْلُ أَنَّ الْمَالِكَ يَحِقُّ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيمَا يَمْلِكُهُ بِمَا يَشَاءُ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ؛ لِأَنَّ مِنْ مَقْتَضَى الْمِلْكِيَّةِ أَنَّ الْمَالِكَ يَحِقُّ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيمَا يَمْلِكُهُ، إِلَّا أَنَّهُ يُسْتثنَى مِنْ ذَلِكَ ثَلَاثَةٌ أُمُورٌ:

أَوَّلُهَا: حَالَةُ عَدَمِ أَهْلِيَّةِ الْمَالِكِ؛ فَعِنْدَمَا يَكُونُ الْمَالِكُ غَيْرَ أَهْلِ لِلتَّصَرُّفِ، فَإِنَّ تَصَرُّفَاتِهِ غَيْرُ نَافِذَةٍ.

أَهْلِيَّةُ التَّصَرُّفِ تَكُونُ بِثَلَاثِ صِفَاتٍ:

الصِّفَةُ الْأُولَى: الْعَقْلُ؛ فَإِنَّ الْمَجْنُونَ لَا يَتَصَرَّفُ فِي مَمْتَلِكَاتِهِ، وَيُؤَلَّى عَلَيْهِ مَنْ يَتَصَرَّفُ فِيهَا.

وَالصِّفَةُ الثَّانِيَّةُ: الْبُلُوغُ؛ فَالصَّغِيرُ لَا يَنْفِذُ تَصَرُّفَهُ فِيمَا يَمْلِكُهُ، وَبَعْضُ الْفُقَهَاءِ أَجَازَ تَصَرُّفَ الصَّغِيرِ إِذَا كَانَ

(١) أخرجه البخاري في كتاب الشهادات - باب من أقام البيعة بعد اليمين (٢٤٥٨)، ومسلم في كتاب الأفضية - باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة (١٧١٣)، من حديث أم سلمة رضي الله عنها.



بِإِذْنِ مَنْ وَرَيْهِ.

وَالصَّفَةُ الثَّلَاثَةُ: عَدَمُ السَّفَهِ أَوْ عَدَمُ الْحَجْرِ؛ فَإِنَّ السَّفِيهَ وَالْمَحْجُورَ عَلَيْهِ لَا يَحِقُّ لَهُمُ التَّصَرُّفُ فِي أَمْوَالِهِمْ، مِثَالُ ذَلِكَ: مَنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيُونٌ كَثِيرَةٌ تَسْتَوْفِي مَا لَدَيْهِ مِنْ مَالٍ وَتَسْتَغْرِقُهُ وَزِيَادَةً، فَحِينَئِذٍ يُحْجَرُ عَلَيْهِ لِحُظِّ غَيْرِهِ، وَيَتَرْتَبُ عَلَى ذَلِكَ أَنَّ التَّصَرُّفَاتِ الَّتِي يَتَصَرَّفُهَا بَعْدَ الْحَجْرِ تَصَرُّفَاتٌ غَيْرٌ نَافِذَةٌ.

الْأَمْرُ الثَّانِي مِمَّا يَسْتَشِي مَنْ تَصَرَّفَ الْمَالِكُ فِي مَالِهِ: التَّصَرُّفَاتِ الْمَحْرَمَةِ؛ فَإِنَّ التَّصَرُّفَاتِ الْمَحْرَمَةَ لَيْسَتْ بِمَا يَجُوزُ لِلْإِنْسَانِ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ فِي مَالِهِ، فَلَوْ تَصَرَّفَ بِتَصَرُّفٍ مُحْرَمٍ نَقُولُ لَهُ: لَا يَحِقُّ هَذَا التَّصَرُّفُ. وَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَقُولَ: هَذَا مَالِي مُلْكِي أَتَصَرَّفُ فِيهِ كَيْفَمَا أَشَاءُ. فَإِنَّ مُلْكِيَّتَهُ لِلْمَالِ لَيْسَتْ مُلْكِيَّةً مُطْلَقَةً؛ بَلْ هِيَ مُقَيَّدَةٌ بِأَحْكَامِ الشَّرِيعَةِ، وَمِلْكِيَّتَهُ لِلْمَالِ مُنْتَبَهَةٌ مِنْ أَنَّهُ هُوَ وَمَالُهُ مَمْلُوكَانِ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ.

وَمِنْ أَمْثَلَةِ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ الْمَحْرَمَةِ:

١- الْعُقُودُ الْمَحْرَمَةُ؛ مِثْلُ: الرِّبَا، وَمِثْلُ: التَّجَارَةِ فِي الْخُمُورِ، وَمِثْلُ: عُقُودِ الْغَرَرِ، هَذِهِ كُلُّهَا تَصَرُّفَاتٌ مُحْرَمَةٌ وَعُقُودٌ مُحْرَمَةٌ، وَبِالتَّالِي لَا يَحِقُّ لِلْإِنْسَانِ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالِهِ فِي هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ الْمَحْرَمَةِ.

٢- وَمِنْ أَمْثَلَتِهِ أَيْضًا: الْإِسْرَافُ؛ فَلَا يَحِقُّ لِلْإِنْسَانِ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالِهِ بِإِسْرَافٍ، قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ﴾^(١). وَقَالَ: ﴿وَلَا تَبْذُرْ تَبْذِيرًا (٢٦) إِنَّ الْمُبْذِرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كُفُورًا﴾^(٢). وَقَالَ سُبْحَانَهُ: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا﴾^(٣).

٣- وَمِنْ أَمْثَلَةِ التَّصَرُّفَاتِ الْمَحْرَمَةِ: التَّصَرُّفَاتِ الَّتِي فِيهَا إِضْرَارٌ بِالْآخَرِينَ؛ فَإِنَّهُ لَا يَحِقُّ لِلْمَالِكِ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالِهِ بِمَا يُلْحِقُ الضَّرَرَ بِغَيْرِهِ، كَمَنْ أَرْعَجَ النَّاسَ بِالتَّفْحِيضِ بِسَيَّارَتِهِ، فَنَصَحْنَاهُ قُلْنَا لَهُ: اتَّقِ اللَّهَ، وَاتْرُكْ عَنكَ هَذَا التَّصَرُّفَ الْمُحْرَمَ. فَقَالَ: مُلْكِي، سَيَّارَتِي أَتَصَرَّفُ فِيهَا بِمَا أَشَاءُ. فَنَقُولُ لَهُ: هَذَا التَّصَرُّفُ فِيهِ إِضْرَارٌ بِكَ، وَإِضْرَارٌ بِغَيْرِكَ؛ فَلَا يَحِقُّ لَكَ أَنْ تَتَصَرَّفَ بِهَذَا التَّصَرُّفِ فِي مَالِكَ.

وَكَمَنْ بَنَى بِنَاءً عَالِيًا يَكْشِفُ بِهِ بِيوتَ جِيرَانِهِ، قُلْنَا: لَا يَحِقُّ لَكَ هَذَا التَّصَرُّفُ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الْإِضْرَارِ بِالْآخَرِينَ،

(١) سورة الأعراف: ٣١.

(٢) سورة الإسراء: ٢٦.

(٣) سورة الفرقان: ٦٧.



وَالنَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»^(١).

الأمر الثالث من أنواع ما يستثنى من أحقية المالك من التصرف في ماله: ما إذا كان المال قد تعلق به حق للآخرين، فحينئذ لا يحق له أن يبطل حقوق غيره، ومن أمثلة ذلك: الرهن؛ لا يحق للراهن أن يتصرف فيه بدعوى أنه ملكه؛ لأنه قد تعلق به حق المرتهن.

آثار التصرف في المملوكات:

التصرف في المملوكات يترتب عليه آثار عديدة؛ فقد يترتب عليه انتقال للملكية، وانتقال الملكية لا بد فيه من شروط:

أول هذه الشروط: الرضا؛ فلا يحصل انتقال في الملكية إلا برضا من البائع والمشتري، قال تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾. وقد ورد في الحديث في السنن أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ»^(٢). وهذا الخبر وإن كان فيه ضعف لكن يشهد له ظاهر الآية السابقة.

ومن شروط انتقال الملك: أن تكون العين المراد انتقال الملك فيها مما يباح الانتفاع بها، فلو كانت مما يحرم الانتفاع به فإن الملك لا ينتقل فيها. ومن أمثلة ذلك: الخمر؛ فقد ثبت أن النبي عليه الصلاة والسلام حرم التجارة في الخمر.

وقد يقع الاختلاف في إباحة الانتفاع في عدد من الأمور، فيقع الاختلاف في انتقال الملك في التصرف فيه؛ مثال ذلك: الكلب، قال الجمهور: بأنه ليس مباح الانتفاع به إلا في حال الحاجة، وبالتالي ليس مما يباح الانتفاع به، ومن ثم لا ينتقل الملك فيه، أو لا تثبت الملكية فيه.

(١) أخرجه أحمد في «مسنده» (٣١٣/١)، وابن ماجه في كتاب الأحكام- باب من بنى في حقه ما يضر بجاره (٢٣٤٠)، من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه، وصححه الألباني في «صحيح ابن ماجه»، وفي الباب من حديث ابن عباس وأبي سعيد الخدري وغيرهما رضي الله عنهم.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الزكاة- باب لا صدقة إلا عن ظهر غنى (١٤٢٨)، ومسلم في كتاب الزكاة- باب بيان أن اليد العليا خير من اليد السفلى (١٠٣٥)، عن حكيم بن حزام رضي الله عنه مرفوعاً: «إن هذا المال خضرة حلوة، فمن أخذه بطيب نفس بورك له فيه، ومن أخذه بإشراف نفس لم يبارك له فيه».



وَقَالَ الْمَالِكِيَّةُ: بِأَنَّهُ مُبَاحُ النَّفْعِ فِي حَالِ الْإِحْتِيَاجِ، فَجَازَ الْإِعْتِيَاضُ عَنْهُ بِبَيْعِهِ.
كَذَلِكَ مِنْ شُرُوطِ انْتِقَالِ الْمَلِكِ فِي الْأَعْيَانِ: أَنْ يَكُونَ الْمُتَصَرِّفُ مَالِكًا، أَوْ مَأْذُونًا لَهُ فِي التَّصَرُّفِ؛ سِوَاءَ كَانَ
الْإِذْنُ مِنَ الْمَالِكِ كَمَا فِي الْوَكَالَةِ، أَوْ الْإِذْنُ مِنَ الشَّارِعِ كَمَا فِي الْوِلَايَةِ عَلَى الْمَجْنُونِ وَالصَّغِيرِ وَالسَّفِيهِ.

ذِكْرُ الْمُؤَلَّفَاتِ فِي نَظَرِيَةِ الْمَلِكِ:

هَذِهِ الْقَاعِدَةُ - أَي نَظَرِيَةُ الْمَلِكِيَّةِ - قَاعِدَةٌ عَظِيمَةٌ، وَأَحْكَامُهَا وَتَفَاصِيلُهَا كَثِيرَةٌ، وَقَدْ أَلَّفَ فِيهَا الْعَدِيدُ مِنَ
الْفُقَهَاءِ مُؤَلَّفَاتٍ، وَمَنْ كَتَبَ فِيهَا مِنَ الْمَعَاصِرِينَ:

الْشَيْخُ مُحَمَّدُ أَبُو زَهْرَةَ فِي كِتَابِهِ: «الْمَلِكِيَّةُ وَنَظَرِيَةُ الْعَقْدِ»، تَلَاخُظُ أَنَّهُ جَعَلَ الْمَلِكِيَّةَ مُقَدِّمَةً لِنَظَرِيَةِ الْعَقْدِ.

وَمَنْ كَتَبَ فِيهَا أَيضًا: الدُّكْتُورُ بَدْرَانُ أَبُو الْعَيْنِينَ فِي كِتَابِهِ: «تَارِيخُ الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ وَنَظَرِيَةُ الْمَلِكِيَّةِ وَالْعُقُودِ».

وَمَنْ كَتَبَ فِيهَا: الدُّكْتُورُ أَحْمَدُ فَرَّاحُ حُسَيْنٍ فِي كِتَابِهِ: «الْمَلِكِيَّةُ وَنَظَرِيَةُ الْعَقْدِ فِي الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ».

أَيْضًا مِمَّنْ كَتَبَ فِيهَا: الشَّيْخُ مُحَمَّدُ مَنْصُورُ مَدْخَلِي فِي كِتَابِهِ: «أَحْكَامُ الْمَلِكِيَّةِ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ».

وَمَنْ كَتَبَ فِيهَا أَيضًا: الدُّكْتُورُ عَبْدُ السَّلَامِ الْعَبَّادِيُّ فِي كِتَابِهِ: «الْمَلِكِيَّةُ فِي الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ».

وَكَتَبَ الشَّيْخُ مَنَاعُ الْقَطَّانُ: «نَظَرِيَةُ الْمَلِكِ فِي الْإِسْلَامِ».

وَكَتَبَ أَيْضًا مُحَمَّدُ عَبْدُ الْمَجِيدِ الْمَغْرِبِيُّ: «الْمَالُ وَالْمَلِكِيَّةُ فِي الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ».

وَأَيْضًا مِمَّنْ كَتَبَ فِي ذَلِكَ مِنَ الْفُقَهَاءِ الَّذِينَ كَتَبُوا فِي هَذِهِ الْقَاعِدَةِ: الشَّيْخُ عَلِيُّ الْحَفِيفُ؛ حَيْثُ كَتَبَ كِتَابَ

«الْمَلِكِيَّةُ فِي الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ».

الْفُرُوقَاتُ بَيْنَ الدَّرَاسَاتِ الشَّرْعِيَّةِ وَالدَّرَاسَاتِ الْقَانُونِيَّةِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْمَلِكِيَّةِ:

نَخْتُمُ الْحَدِيثَ فِي الْكَلَامِ عَنِ الْمَلِكِيَّةِ بِذِكْرِ بَعْضِ الْفُرُوقَاتِ بَيْنَ الدَّرَاسَاتِ الشَّرْعِيَّةِ وَالدَّرَاسَاتِ الْقَانُونِيَّةِ

الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْمَلِكِيَّةِ:

أَوَّلُ الْفُرُوقِ بَيْنَهُمَا: أَنَّ الْمَلِكِيَّةَ لَيْسَتْ نَظَرِيَّةً عِنْدَ الْقَانُونِيِّينَ؛ بَلْ يَجْعَلُونَهَا مِنْ أَجْزَاءِ نَظَرِيَةِ الْحَقِّ، بِخِلَافِ

الْفُقَهَاءِ الَّذِينَ تَكَلَّمْنَا عَنْهُمْ قَبْلَ قَلِيلٍ؛ فَإِنَّهُمْ قَدْ أَفْرَدُوا الْمَلِكِيَّةَ وَاسْتَوْفَوْا فِيهَا.



الفرق الثاني: أن فقهاء الشريعة يفرقون بين ملك المنفعة وحق الانتفاع؛ فملك المنفعة يجوز الاعتياض عنه، بخلاف حق الانتفاع.

ومن أمثله: الوقف؛ فإن الموقوف عليهم لا يملكون العين، وإنما يملكون المنفعة، ويجوز لهم الاعتياض عنها بتأجير العين الموقوفة، إذا كان هناك وقف لعمارة هي موقوفة لأبناء زيد، فإنهم يؤجرونها، ويأخذون الأجرة؛ لأنهم ملكوا المنفعة. بخلاف حق الانتفاع، فإن صاحب هذا الحق لا يملك الاعتياض عنه.

ولا شك أن نظرة الفقهاء في التفريق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع هو المتعين، وأن طريقة القانونيين في عدم التفريق طريقة خاطئة.

الفرق الثالث في الفروق بين الدراسات القانونية والدراسات الفقهية: ما يتعلق بأسباب الملكية؛ فإن أسباب الملكية عند الفقهاء على أربعة أنواع:

إحراز المباحات، والعقود، والحلفية، والتولد من المملوك.

بخلاف أسباب الملكية عند القانونيين؛ فإنها ستة:

أولها: الاستيلاء، إذا استولى على مال.

وثانيها: الحيازة؛ مثل لو حاز الماء من البئر، وهذه عند الفقهاء تجمعها: إحراز المباحات.

وانظر الفقهاء قالوا: إحراز المباحات؛ بحيث يجترز من الغضب؛ فإنه ليس سبباً من أسباب الملكية، بخلاف كلمة القانونيين: إن الاستيلاء سبب للملك.

والثاني من أسباب الملك عند الشرعيين: العقود، وقد جعله القانونيون سبباً من أسباب الملك، وإن كانوا قد جعلوا الوصية سبباً مستقلاً، والفقهاء منهم من يقول: إن الوصية هذه من العقود؛ لأنه لا بد من قبول من الموصى له.

كذلك من أسباب الملك عند القانونيين: الميراث والإلتصاق، وبهذا نجد أن كلام الفقهاء في أسباب الملك أقوم وأسد من كلام القانونيين.

الفرق الرابع في الدراسات بين دراسات القانونيين وكلام الفقهاء في الكلام عن الملكية: أن دراسة القانونيين دراسة نظرية، تتعلق بالتأطير النظري للأمور الملكية؛ شروطاً، وأركاناً، وضوابط، بينما الدراسة الفقهية اشتملت



عَلَى الدَّرَاسَةِ النَّظَرِيَّةِ وَالدَّرَاسَةِ التَّطْبِيقِيَّةِ؛ لِذَلِكَ يَجِدُ الْإِنْسَانُ مِنَ الْفُرُوعِ الْفِقْهِيَّةِ التَّطْبِيقِيَّةِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْمِلْكِيَّةِ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ الشَّيْءَ الْكَثِيرَ، وَمِنْ هُنَا نَجِدُ تَفَاصِيلَ دَقِيقَةً عِنْدَ عُلَمَاءِ الشَّرِيعَةِ فِي بَابِ الْمِلْكِيَّةِ، لَا نَجِدُهَا عِنْدَ الْقَانُونِيِّينَ. الْفَرْقُ الْخَامِسُ فِيهَا يَتَعَلَّقُ بِالْمِلْكِيَّةِ: أَنَّ الْمِلْكِيَّةَ عِنْدَ الْقَانُونِيِّينَ لَا تَكُونُ إِلَّا لِلْأَعْيَانِ الْمَالِيَّةِ، أَمَّا عِنْدَ الْفُقَهَاءِ؛ فَإِنَّهَا تَكُونُ لِلْأَعْيَانِ، وَتَكُونُ أَيْضًا لِلْمَنَافِعِ، وَتَكُونُ أَيْضًا لِلْحُقُوقِ، بَلْ وَتَكُونُ لِلدِّيُونِ. وَمِنْ هُنَا فَإِنَّ كَلَامَ الْفُقَهَاءِ يَشْمَلُ بَعْمُومِهِ الْمِلْكِيَّةَ الْفِكْرِيَّةَ، وَمِلْكِيَّةَ الْإِسْمِ التَّجَارِي، وَمِلْكِيَّةَ مَوَاقِعِ الشَّبَكَةِ فِي «الْإِنْتَرْنِتِ»، وَمِنْ ثَمَّ كَلَامُ الْفُقَهَاءِ يَشْمَلُ بَعْمُومِهِ هَذِهِ الْأَمْثَلَةَ، بِخِلَافِ الْمِلْكِيَّةِ عِنْدَ الْقَانُونِيِّينَ؛ فَإِنَّهَا لَا تَشْمَلُ هَذِهِ الصُّورَ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ أَعْيَانًا مَالِيَّةً.

فَرْقٌ آخَرٌ بَيْنَ الدَّرَاسَةِ الْقَانُونِيَّةِ وَالدَّرَاسَةِ الْفِقْهِيَّةِ: أَنَّ الدَّرَاسَةَ الْفِقْهِيَّةَ فِيهَا إِشَارَةٌ إِلَى جَوَانِبِ التَّعَبُّدِ، وَجَعَلَ الْعِلَاقَةَ بَيْنَ الْخَالِقِ وَالْمَخْلُوقِ مُؤَثَّرَةً عَلَى مَا يَتَعَلَّقُ بِأَحْكَامِ الْمِلْكِيَّةِ، بِخِلَافِ الدَّرَاسَاتِ الْقَانُونِيَّةِ؛ فَإِنَّ جَانِبَ التَّعَبُّدِ لَيْسَ فِيهَا ظَاهِرًا.

مَوْضُوعُ الْمِلْكِيَّةِ مَوْضُوعٌ فِيهِ تَفَاصِيلٌ كَثِيرَةٌ، وَفِيهِ أَحْكَامٌ فِقْهِيَّةٌ عَدِيدَةٌ، وَهَذَا يَجْعَلُنَا نُوَكِّدُ عَلَى أَنَّ نَظْرَةَ الْفُقَهَاءِ الَّذِينَ جَعَلُوا الْمِلْكِيَّةَ نَظْرِيَّةً مُسْتَقَلَّةً أَوْلَى مِنْ أَوْلِيَّكَ الَّذِينَ جَعَلُوهَا سَبَبًا، أَوْ جَعَلُوهَا جُزْءًا مِنْ نَظَرِيَّاتٍ أُخْرَى؛ كَمَنْ جَعَلَهَا مِمَّا يَدْخُلُ فِي نَظْرِيَّةِ الْعَقْدِ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ أَحَدَ أَسْبَابِ الْمِلْكِيَّةِ أَوْ أَدْخَلَهَا فِي نَظْرِيَّةِ الْحَقِّ؛ لِأَنَّ الْمِلْكِيَّةَ مَحَلٌّ لِلْحَقِّ.

وَبِالْمُقَارَنَةِ بَيْنَ الدَّرَاسَةِ الْفِقْهِيَّةِ وَالدَّرَاسَةِ الْقَانُونِيَّةِ فِي تَفَاصِيلِ هَذِهِ النَظْرِيَّةِ يَتَبَيَّنُ لَنَا: تَفُوقُ الدَّرَاسَاتِ الْفِقْهِيَّةِ فِي هَذَا الْجَانِبِ، وَنَجِدُ فِيهَا مِنَ التَّفَاصِيلِ مَا لَا نَجِدُهُ فِي كَلَامِ الْقَانُونِيِّينَ، وَالطَّرِيقَةُ الَّتِي سَارَ عَلَيْهَا الْفُقَهَاءُ أَوْلَى مِنْ طَّرِيقَةِ الْقَانُونِيِّينَ، وَقَدْ تَقَدَّمَ نَهَاجٌ مِنْ ذَلِكَ.

لَعَلَّنَا نَقْفُ عَلَى هَذَا، وَفِي الْغَدِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى نَأْخُذُ نَظْرِيَّةً أُخْرَى. أَسْأَلُ اللَّهَ جَلَّ وَعَلَا أَنْ يُوفِّقَنَا لِخَيْرِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ، وَأَنْ يَجْعَلَنَا وَإِيَّاكُمْ هُدَاةً مُهْتَدِينَ، كَمَا أَسْأَلُهُ سُبْحَانَهُ أَنْ يُصَلِّحَ أَحْوَالَ الْأُمَّةِ، وَأَنْ يَرُدَّهُمْ إِلَى دِينِهِ رَدًّا جَمِيلًا، وَأَنْ يَجْعَلَهُمْ مِنَ الْمُحْكَمِينَ لِكِتَابِهِ وَسُنَّةِ نَبِيِّهِ، الْعَامِلِينَ بِهَا فِيهَا. هَذَا وَاللَّهُ أَعْلَمُ، وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى نَبِيِّنَا مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِهِ وَأَصْحَابِهِ وَأَتْبَاعِهِ وَسَلَّمْ تَسْلِيمًا كَثِيرًا.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ، وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى أَشْرَفِ الْأَنْبِيَاءِ وَالْمُرْسَلِينَ.
أَمَّا بَعْدُ.

فَتَحَدَّثُ فِي هَذَا الْيَوْمِ بِإِذْنِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ عَنْ نَظَرِيَّةٍ مِنَ النَّظَرِيَّاتِ الَّتِي يُعْنَى بِهَا الْقَانُونِيُّونَ كَثِيرًا، وَيُفْرَدُوهَا بِالْكِتَابَةِ وَالتَّأْلِيفِ، وَيَضَعُونَ لَهَا مَكَانَةً كَبِيرَةً عِنْدَهُمْ، هِيَ «نَظَرِيَّةُ الْحَقِّ».
وَالحَقُّ عِنْدَ الْقَانُونِيِّينَ يُعْتَبَرُ وَنَهْ بِمِثَابَةِ الْمَقْدَمَةِ لِلْقَانُونِ الْمَدَنِيِّ الَّذِي يُعْنَى بِتَنْظِيمِ الرِّوَابِطِ وَالْعِلَاقَاتِ بَيْنَ الْأَفْرَادِ وَخُصُوصًا الْعِلَاقَاتِ الْمَالِيَّةِ.

مَا هُوَ الْحَقُّ، وَمَا الْمُرَادُ بِهِ، وَمَا مَنَاهِجُ الْعُلَمَاءِ وَالْقَانُونِيِّينَ فِي حَقِيقَتِهِ، وَمَا هِيَ أَرْكَانُهُ، وَأَفْسَامُهُ، وَمَصَادِرُهُ، وَكَيْفِيَّةُ إِثْبَاتِهِ، وَمَا هِيَ الْآثَارُ الْمُرْتَبِئَةُ عَلَيْهِ، وَمَا هُوَ الْفَرْقُ بَيْنَ الْبَحْثِ الْفِقْهِيِّ وَالْبَحْثِ الْقَانُونِيِّ فِي هَذَا الْمَوْضُوعِ؟
هَذَا هُوَ مَا نَتَحَدَّثُ عَنْهُ فِي هَذَا الْيَوْمِ بِإِذْنِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ.

**

التَّعْرِيفُ بِمَعْنَى الْحَقِّ:

أَوَّلًا: الْمَعْنَى اللَّغَوِيَّةُ:

الحَقُّ فِي اللَّغَةِ ضِدُّ الْبَاطِلِ، وَهُوَ مَصْدَرٌ لِلْفِعْلِ حَقَّ، يُقَالُ: حَقَّ الشَّيْءُ إِذَا ثَبَتَ وَوَجَبَ، وَمِنْهُ قَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ عَلَى أَكْثَرِهِمْ فَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ﴾^(١)، وَمِنْهُ قَوْلُهُ سُبْحَانَهُ: ﴿لِيَحِقَّ الْحَقُّ﴾^(٢).
وَقَدْ يُطْلَقُ لَفْظُ الْحَقِّ عَلَى مَعَانٍ أُخْرَى، وَمِنْ أَمْثَلِهِ ذَلِكَ: إِطْلَاقُهُ عَلَى الْعَدْلِ، كَمَا فَسَّرَ بِهِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَاللَّهُ يَقْضِي بِالْحَقِّ﴾^(٣).

كَمَا يُطْلَقُ لَفْظُ الْحَقِّ عَلَى النَّصِيبِ الْمَحْدَدِ الْوَاجِبِ، وَمِنْهُ قَوْلُهُ سُبْحَانَهُ: ﴿وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ (٢٤)

(١) سورة يس: ٧.

(٢) سورة الأنفال: ٨.

(٣) سورة غافر: ٢٠.



لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ ﴿١﴾.

وَقَدْ يُطْلَقُ لَفْظُ الْحَقِّ عَلَى الصِّدْقِ.

ثَانِيًا: مَعْنَى الْحَقِّ عِنْدَ عُلَمَاءِ الشَّرِيعَةِ:

أَمَّا مِنْ جِهَةِ حَقِيقَةِ الْحَقِّ عِنْدَ عُلَمَاءِ الشَّرِيعَةِ؛ فَإِنَّ بَعْضَ الْقَانُونِيِّينَ نَسَبَ إِلَى عُلَمَاءِ الشَّرِيعَةِ أَنَّهُمْ لَمْ يُعْنَوْا بِتَعْرِيفِ الْحَقِّ، وَهَذَا فِيهِ مَا فِيهِ؛ فَإِنَّهُ لَا زَالَ عُلَمَاءُ الشَّرِيعَةِ يَسْتَعْمِلُونَ هَذَا اللَّفْظَ فِي مَعَانٍ مُحَدَّدَةٍ.

وَالنَّاظِرُ فِي كِتَابَاتِ عُلَمَاءِ الشَّرِيعَةِ يَجِدُ أَنَّهُمْ يَنْقَسِمُونَ إِلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ فِي حَقِيقَةِ الْحَقِّ، عُلَمَاءُ الشَّرِيعَةِ هُمْ ثَلَاثَةٌ مَنَاهِجٍ فِي حَقِيقَةِ الْحَقِّ وَمَا يُطْلَقُ عَلَيْهِ:

الْمَنْهَجُ الْأَوَّلُ: جَعَلَ الْحَقَّ بِمَعْنَى الْمَصْلَحَةِ الَّتِي تَخْتَصُّ بِصَاحِبِهَا شَرْعًا؛ فَهَمُّ يَلَاحِظُونَ فِي مَعْنَى كَلِمَةِ الْحَقِّ: الْإِخْتِصَاصَ، وَمِنْ هُنَا قَالَ بَعْضُهُمْ فِي تَعْرِيفِ الْحَقِّ: هُوَ إِخْتِصَاصٌ يُقَرَّرُ بِهِ الشَّرْعُ سُلْطَةً أَوْ تَكْلِيفًا.

وَأَصْحَابُ الْمَنْهَجِ الثَّانِي: لَا يَلْتَفِتُونَ إِلَى الْإِخْتِصَاصِ، وَإِنَّمَا يَنْظُرُونَ إِلَى تَخْوِيلِ الْإِنْسَانِ لِلإِنْتِفَاعِ، فَيَقُولُونَ فِي تَعْرِيفِ الْحَقِّ: بَأَنَّهُ مَعْنَى يُجَوَّلُ لِصَاحِبِهِ الإِنْتِفَاعُ بِهِ شَرْعًا؛ وَلِذَلِكَ يَقُولُونَ مَثَلًا: هُنَاكَ حَقٌّ لِلْمُرُورِ فِي الطَّرِيقَاتِ، حَقٌّ الإِنْتِفَاعِ بِالْمَرَاقِ الْعَامَّةِ، وَإِنْ كَانَ الشَّخْصُ لَا يَخْتَصُّ بِهِ.

الْمَنْهَجُ الثَّلَاثُ: يَجْعَلُ الْحَقَّ عِلَاقَةً بَيْنَ شَيْئَيْنِ فِيهِ مَصْلَحَةٌ لِأَحَدِ الطَّرَفَيْنِ، مِنْ هُنَا يُقَالُ: حَقُّ الزَّوْجِ، وَحَقُّ الْأَبِ.

وَالنَّاظِرُ فِي كِتَابَاتِ عُلَمَاءِ الشَّرِيعَةِ فِي بَابِ الْحَقِّ، يَجِدُ أَنَّهُمْ يَتَكَلَّمُونَ عَنِ الْحَقِّ فِي الْمُبَاحِثِ الْأُصُولِيَّةِ فِي أَبْوَابِ التَّكْلِيفِ، فَإِنَّ الْأُصُولِيِّينَ عِنْدَمَا يَتَكَلَّمُونَ عَنِ الْمَحْكُومِ بِهِ يَتَكَلَّمُونَ عَنِ هَذَا الْحَقِّ؛ وَلِذَلِكَ نَسَبَ مَنْ نَسَبَ مِنَ الْقَانُونِيِّينَ إِلَى عُلَمَاءِ الشَّرِيعَةِ أَنَّهُمْ لَمْ يَتَكَلَّمُوا عَنِ الْحَقِّ؛ لِأَنَّهُمْ كَانُوا يَبْحَثُونَ عَنْهُ فِي كُتُبِ الْفُقَهَاءِ.

وَقَدْ يُطْلَقُ الْحَقُّ عَلَى مَا يُقَابَلُ الْعَيْنَ، وَيُقَابَلُ الْأَشْيَاءَ الْمَادِيَّةَ، وَمِنْ أَمْثَلِهِ قَوْلُهُمْ: حَقُّ الْوَالِدِ، وَحَقُّ وِلِيِّ الْأَمْرِ.

وَإِنْ كَانَ أَيْضًا قَدْ يُطْلَقُ عَلَى الْحَقُوقِ الَّتِي تُثَبَّتُ أُمُورًا مَالِيَّةً، وَمِنْ هَذَا قَوْلُهُمْ: حَقُّ التَّمَلُّكِ، وَحَقُّ الشُّفْعَةِ.

وَالَّذِي يَظْهَرُ: أَنَّ الْمَعْنَى الثَّانِي وَالْمَنْهَجَ الثَّانِي فِي تَعْرِيفِ الْحَقِّ هُوَ الَّذِي يَتَطَابَقُ مَعَ طَرِيقَةِ الْفُقَهَاءِ وَالْأُصُولِيِّينَ فِي اسْتِعْمَالِ لَفْظَةِ الْحَقِّ؛ مِنْ ثَمَّ فَإِنَّ الْحَقَّ هُوَ ذَلِكَ الْمَعْنَى الَّذِي يَتِمَكَّنُ صَاحِبَهُ مِنَ الإِنْتِفَاعِ بِهِ وَالإِسْتِفَادَةِ مِنْهُ، مِنْ

(١) سورة المعارج: ٢٤، ٢٥.



النَّاحِيَةِ الشَّرْعِيَّةِ.

ثَالِثًا: مَعْنَى الْحَقِّ عِنْدَ الْقَانُونِيِّينَ:

وَكَمَا كَانَ لِلْحَقِّ مَنَاهِجٌ عِنْدَ عُلَمَاءِ الشَّرِيعَةِ، كَذَلِكَ هُنَاكَ مَنَاهِجٌ عِنْدَ الْقَانُونِيِّينَ فِي حَقِيقَةِ الْحَقِّ، وَإِذَا كَانَ عُلَمَاءُ الشَّرِيعَةِ لَهُمْ ثَلَاثَةٌ مَنَاهِجٍ، فَإِنَّ الْقَانُونِيِّينَ لَهُمْ أَرْبَعَةٌ مَنَاهِجٍ:

الْمَنَهْجُ الْأَوَّلُ: يُسَمُّونَهُ الْمَنَهْجَ الشَّخْصِيَّ، يَجْعَلُ الْحَقَّ قُدْرَةً أَوْ سُلْطَةً إِرَادِيَّةً تُثَبِّتُ لِلشَّخْصِ، يَسْتَمِدُّهَا مِنَ الْقَانُونِ، وَمَنْ ثَمَّ فَهَمَّ يَرُونَ أَنَّ الْحَقَّ صِفَةٌ يَتَّصِفُ بِهَا صَاحِبُهَا.

وَيَلَاحِظُ عَلَى هَذَا الْمَنَهْجِ: أَنَّ الْحُقُوقَ قَدْ تُثَبِّتُ بِغَيْرِ إِرَادَةٍ، مِنْ أَمْتَلَةٍ ذَلِكَ: الْمِيرَاثُ؛ فَإِنَّهُ تُثَبِّتُ لَهُ حُقُوقٌ بِغَيْرِ إِرَادَةٍ مِنْهُ. وَمِثْلُ ذَلِكَ: الْمَجْنُونُ لَهُ حُقُوقٌ تُثَبِّتُ بِغَيْرِ إِرَادَةٍ مِنْهُ. وَمِثْلُهُ أَيْضًا: فِي ضَمَانِ الْمُتَلَفَاتِ، فَإِنَّ مَالِكَ الْعَيْنِ الْمُتَلَفَةِ لَهُ حَقُّ الضَّمَانِ.

الْمَنَهْجُ الثَّانِي مِنَ الْمَنَاهِجِ الْقَانُونِيَّةِ فِي حَقِيقَةِ الْحَقِّ: يُسَمُّونَهُ الْمَنَهْجَ الْمَوْضُوعِيَّ، يَقُولُونَ: بَأَنَّ الْحَقَّ مَصْلَحَةٌ يَحْمِيهَا الْقَانُونُ، وَهُمْ يَلْتَفِتُونَ إِلَى حِمَايَةِ الْقَانُونِ، وَيَلَاحِظُونَ أَنَّهُمْ يَجْعَلُونَهَا مَصْلَحَةً، فَمَكُونَاتُ الْحَقِّ مِنْ أَمْرَيْنِ: مِنْ كَوْنِهِ مَصْلَحَةً، وَمِنْ كَوْنِ أَنْ الْقَانُونُ يَحْمِيهَا.

وَيَلَاحِظُ أَنَّ بَعْضَ الْحُقُوقِ قَدْ لَا يَكُونُ مَصْلَحَةً لِلْإِنْسَانِ؛ فَمَثَلًا: يَثْبُتُ لِلْأُمِّ حَقُّ الْحِضَانَةِ، وَهُوَ أَلْصَقُ بِكَوْنِهِ وَاجِبًا مِنْ كَوْنِهِ مَصْلَحَةً.

كَمَا يَلَاحِظُ عَلَى هَذَا الْمَنَهْجِ أَنَّهُ فَسَّرَ الْحَقَّ بِحِمَايَةِ الْقَانُونِ، وَحِمَايَةِ الْقَانُونِ هَذِهِ مِنَ الْأُمُورِ اللَّاحِقَةِ، فَلَا تَكُونُ حِمَايَةً مِنَ الْقَانُونِ إِلَّا بَعْدَ ثَبُوتِ الْحَقِّ، وَفِي تَفْسِيرِ الْأَلْفَاظِ لَا بَدَّ أَنْ نَعْرِفَ الشَّيْءَ بِذَاتِهِ، لَا بِآثَارِهِ.

الْمَنَهْجُ الثَّلَاثُ فِي تَعْرِيفِ الْحَقِّ: يُسَمُّونَهُ الْمَنَهْجَ الْمُخْتَلِطَ، وَهُوَ الَّذِي جَمَعَ بَيْنَ الْمَنَهْجَيْنِ السَّابِقَيْنِ؛ لِذَلِكَ يَقُولُونَ عَنِ الْحَقِّ: بَأَنَّهُ قُدْرَةٌ إِرَادِيَّةٌ لِتَحْقِيقِ مَصْلَحَةٍ يَحْمِيهَا الْقَانُونُ.

وَمَنْ ثَمَّ فَإِنَّ الْإِنْتِقَادَاتِ الَّتِي وَجَّهَتْ لِلْمَنَهْجَيْنِ السَّابِقَيْنِ تَتَوَجَّهُ لِأَصْحَابِ هَذَا الْمَنَهْجِ أَيْضًا.

وَالْمَنَهْجُ الرَّابِعُ لِلْقَانُونِيِّينَ فِي تَفْسِيرِ الْحَقِّ وَسَارَ عَلَيْهِ كَثِيرٌ مِنَ الْمُحَدِّثِينَ: قَالُوا: بَأَنَّ الْحَقَّ مِيزَةٌ يَمْنَحُهَا الْقَانُونُ لِشَخْصٍ، يَتَصَرَّفُ بِمُقْتَضَاهَا فِي الْمَالِ - وَسَارَ عَلَى هَذَا الْمَنَهْجِ كَثِيرٌ مِنَ الْمُحَدِّثِينَ - فَجَعَلُوا الْحَقَّ مُقْتَصِرًا عَلَى الْأُمُورِ الْمَالِيَّةِ، وَإِذَا نَظَرَ الْإِنْسَانُ إِلَى الْحُقُوقِ لَا يَجِدُ أَنَّهَا تَقْتَصِرُ عَلَى هَذَا الْجَانِبِ.



وَقَدْ اِخْتَلَفَ الْقَانُونِيُّونَ فِي مَسْأَلَةٍ مُتَعَلِّقَةٍ بِهَذَا، وَهِيَ: هَلِ الْحَقُّ يَنْشَأُ مِنَ الْقَانُونِ؟
وَهُمْ فِي ذَلِكَ مِنْهَجَانِ وَمَذْهَبَانِ:

المَذْهَبُ الْأَوَّلُ: يَقُولُ بَأَنَّ الْحَقَّ لَا يَنْشَأُ مِنَ الْقَانُونِ؛ إِذْ إِنَّ الْحَقَّ سَيِّطْرَةٌ إِرَادَةٌ الشَّخْصِ عَلَى إِرَادَةِ الْمُقَابِلِ لَهُ.
وَالْمَنْهَجُ الثَّانِي: يَقُولُ بَأَنَّ الْحَقَّ لَمْ يَنْشَأْ مِنْ تَغْلِبِ إِرَادَةِ عَلَى إِرَادَةٍ، وَإِنَّمَا نَشَأَ مِنْ ذَاتِ الْقَانُونِ، قَالُوا: لِأَنَّ
الإِرَادَاتِ مُتَسَاوِيَةً؛ وَلِذَلِكَ وَقَعَ الْاِخْتِلَافُ بَيْنَ الْقَانُونِيِّينَ فِي مَصْدَرِ الْحَقِّ؛ مِنْ أَيْنَ يَثْبُتُ كَوْنُ هَذَا الْمَعْنَى حَقًّا؟
مَذَاهِبُ الْقَانُونِيِّينَ فِي مَصْدَرِ الْحَقِّ:

وَهُمْ فِي ذَلِكَ عَلَى أَرْبَعَةِ مَذَاهِبٍ:

مِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ: بَأَنَّ مَصْدَرَ الْحَقِّ هُوَ الْقَانُونُ.

وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ: بَأَنَّ مَصْدَرَ الْحَقِّ هُوَ الْفَرْدُ وَإِرَادَتُهُ، وَتَسَلَّطُ إِرَادَتِهِ وَتَغْلِبُهَا عَلَى إِرَادَةِ غَيْرِهِ.

وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ: بَأَنَّ مَصَادِرَ الْحَقِّ هِيَ الْمُجْتَمَعَاتُ؛ فَإِنَّ الْمُجْتَمَعَ هُوَ الَّذِي يَفْرُرُ أَنَّ هَذَا حَقٌّ يَثْبُتُ لِصَاحِبِهِ أَوْ

لَا.

وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ: بَأَنَّ مَصْدَرَ الْحَقِّ هُوَ الْعَقْلُ.

مَصَادِرُ الْحَقِّ عِنْدَ فُقَهَاءِ الشَّرِيعَةِ:

أَمَّا فُقَهَاءُ الشَّرِيعَةِ فَيَقُولُونَ بَأَنَّ مَصَادِرَ الْحُقُوقِ تَنْشَأُ مِنْ ثَلَاثَةِ أُمُورٍ:

الْأَمْرُ الْأَوَّلُ: أَدَلَّةُ الشَّرِيعَةِ وَقَوَاعِدُهَا؛ فَمَثَلًا: حَقُّ الْأَبِ وَالْأُمِّ ثَابِتٌ مِنْ مِثْلِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا

تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾^(١). وَنَحْوَهَا مِنَ النُّصُوصِ الشَّرْعِيَّةِ.

وَالْمَصْدَرُ الثَّانِي مِنْ مَصَادِرِ الْحُقُوقِ: الْعُقُودُ؛ فَإِذَا كَانَ هُنَاكَ عَقْدٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ تَرْتَبُ عَلَيْهِ حُقُوقٌ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا

عَلَى الْآخَرِ.

وَالْمَصْدَرُ الثَّلَاثُ: الْإِلْتِزَامُ؛ فَإِنَّهُ إِذَا التَزَمَ إِنْسَانٌ بِشَيْءٍ رَتَبَ عَلَيْهِ عَدَدًا مِنَ الْحُقُوقِ؛ حَقُّ الْأُسْتَاذِ عَلَى الطُّلَّابِ

مَنْ أَثْبَتَهُ؟ مِنْ أَيِّ الْمَصَادِرِ الثَّلَاثَةِ؟ بَيْنِي وَبَيْنَكُمْ عَقْدٌ، هَذَا يُمْكِنُ طُلَّابُ الْمَدَارِسِ الَّذِينَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ الْمَدْرَسَةِ عَقْدٌ

بِأَنَّهُمْ يَقْدِرُونَ أَسَاتِذَتَهُمْ، وَهَذَا الْإِلْتِزَامُ، أَدَلَّةُ الشَّرِيعَةِ. مَصْدَرُهُ: الْعَقْدُ الَّذِي بَيْنَ الطُّلَّابِ وَالْمَدْرَسَةِ، يُوجِبُ عَلَيْهِمْ

(١) سورة الإسراء: ٢٣.



حَقًّا لِلْأُسْتَاذِ، أَيْضًا هُوَ الْإِلْتِزَامُ، وَكَذَلِكَ أَدِلَّةُ الشَّرِيعَةِ.

**

الْفَرْقُ بَيْنَ الْحَقِّ وَبَيْنَ الْحُرِّيَّةِ:

نُرِيدُ أَنْ نَفَرِّقَ بَيْنَ الْحَقِّ وَالْحُرِّيَّةِ، هُنَاكَ أُمُورٌ مُقَرَّرَةٌ تُثَبِّتُ حُرِّيَّةَ الْإِنْسَانِ فِي التَّعَاقُدِ، وَحُرِّيَّتَهُ فِي التَّصَرُّفَاتِ وَالْأَفْعَالِ، مَأْخُذٌ مِنْ قَاعِدَةٍ: الْأَصْلُ الْإِبَاحَةُ، الْأَصْلُ فِي الْعُقُودِ الصَّحَّةُ وَالْجَوَازُ، وَنَحْوِ ذَلِكَ. فَهَذَا الْفَرْقُ بَيْنَ الْحُرِّيَّةِ وَالْحَقِّ؟

الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا يَظْهَرُ فِي ثَلَاثَةِ أُمُورٍ:

الْأَمْرُ الْأَوَّلُ: أَنَّ الْحَقَّ يَرُدُّ عَلَى مَحَلٍّ وَاحِدٍ، بِخِلَافِ الْحُرِّيَّةِ؛ فَإِنَّهَا تَتَعَلَّقُ بِأُمُورٍ وَتَرُدُّ عَلَى مَحَالٍّ مُخْتَلِفَةٍ، حُرِّيَّةُ التَّصَرُّفَاتِ تَصَرُّفَاتٌ كَثِيرَةٌ.

الْفَرْقُ الثَّانِي: أَنَّ الْحُرِّيَّةَ تَتَعَلَّقُ بِالْجَمِيعِ بِاخْتِلَافِ صِفَاتِهِمْ، وَيَبْحَثُ فِي مَنْ يُسْتَشْنَى؛ فَمَثَلًا: حُرِّيَّةُ التَّعَاقُدِ هَذِهِ لِلْجَمِيعِ، وَهُنَاكَ مُسْتَشْنِيَاتٌ: كَالسَّفِيهِ، وَالْمَجْنُونِ، وَنَحْوِ ذَلِكَ، بِخِلَافِ الْحَقِّ؛ فَإِنَّهُ يَكُونُ لِشَخْصٍ وَاحِدٍ، أَوْ لِأَشْخَاصٍ مُعَيَّنِينَ.

الْفَرْقُ الثَّلَاثُ: أَنَّ الْحَقَّ لَهُ سَبَبٌ؛ بَحِيثٌ لَا يُوْجَدُ الْحَقُّ إِلَّا بِوُجُودِ سَبَبِهِ، بِخِلَافِ الْحُرِّيَّةِ؛ فَإِنَّهَا نَاشِئَةٌ مِنْ إِذْنِ عَامٍّ.

**

الْفَرْقُ بَيْنَ الْحَقِّ وَبَيْنَ الرُّخْصَةِ:

يُمْكِنُ أَيْضًا أَنْ نَفَرِّقَ بَيْنَ الْحَقِّ وَبَيْنَ الرُّخْصَةِ؛ فَإِنَّ الرُّخْصَةَ عِنْدَ الْقَانُونِيِّينَ مَرْتَبَةٌ وَسَطٌ بَيْنَ الْحُرِّيَّةِ وَالْحَقِّ، فَمَثَلًا: حَقُّ الشَّخْصِ فِي أَنْ يَتَمَلَّكَ، هَذَا يَقُولُونَ: رُخْصَةٌ.

**

مَا الْفَرْقُ بَيْنَ الْحُكْمِ وَالْحَقِّ؟

نَقُولُ: الْحَقُّ هُوَ مَحَلُّ الْحُكْمِ؛ فَالْوَاجِبَاتُ مَثَلًا هَذِهِ هِيَ الَّتِي نَشَأُ عَنْهَا الْحُقُوقُ، وَالْوَاجِبُ أُمُورٌ يُطَالَبُ بِهَا الْعَبْدُ، يَحْرُمُ عَلَيْهِ التَّهَؤُنُ فِيهَا، بِخِلَافِ الْحَقِّ؛ فَإِنَّهَا أُمُورٌ ثَابِتَةٌ لَهُ، يَحِقُّ لَهُ إِسْقَاطُهَا.



مَا الْفَرْقُ بَيْنَ الْعَقْدِ وَالْحَقِّ؟

الْعَقْدُ سَبَبٌ مِنْ أَسْبَابِ الْحُقُوقِ، وَالْحُقُوقُ آثَارٌ لِعَدَدٍ مِنَ الْأُمُورِ؛ مِنْهَا: الْعَقْدُ.
وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْحَقِّ وَبَيْنَ الذِّمَّةِ:

وَبِذَلِكَ نَعْرِفُ الْفَرْقَ بَيْنَ الْحَقِّ وَالذِّمَّةِ: فَإِنَّ الذِّمَّةَ هِيَ مَحَالٌّ لِلْحُقُوقِ.

أَمَّا مِنْ جِهَةِ تَقْسِيمَاتِ الْحُقُوقِ:

فَإِنَّ الْحُقُوقَ يُمَكِّنُ تَقْسِيمَهَا بِتَقْسِيمَاتٍ مُخْتَلِفَةٍ مُتَعَدِّدَةٍ:

التَّقْسِيمُ الْأَوَّلُ: تَقْسِيمُ الْحُقُوقِ إِلَى حُقُوقٍ مَالِيَّةٍ وَحُقُوقٍ مَعْنَوِيَّةٍ: حَقُّ الشُّفْعَةِ حَقٌّ مَالِيٌّ، بِخِلَافِ حَقِّ الْأُمِّ أَوْ حَقِّ الْمُؤَلَّفِ، حَقُّ الْمُؤَلَّفِ هَذَا مَعْنَوِيٌّ. وَبِذَلِكَ نَعْرِفُ أَنَّ الْحُقُوقَ تَنْقَسِمُ إِلَى حُقُوقٍ مَالِيَّةٍ وَحُقُوقٍ مَعْنَوِيَّةٍ.

التَّقْسِيمُ الثَّانِي: تَقْسِيمُ الْحُقُوقِ بِاعْتِبَارِ مَنْ تَثَبَّتْ لَهُ:

فَهُنَاكَ حُقُوقٌ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ؛ مِثْلُ: الْعِبَادَةِ، الصَّلَاةِ.

وَهُنَاكَ حُقُوقٌ لِلْعِبَادِ؛ مِثْلُ: تَسْلِيمِ الْمَيْعِ.

وَهُنَاكَ حُقُوقٌ مُشْتَرَكَةٌ، وَهَذِهِ الْحُقُوقُ الْمُشْتَرَكَةُ الَّتِي لِلَّهِ وَلِلْعِبَادِ، لَكِنَّ مِنْهَا مَا يَغْلِبُ فِيهَا جَانِبُ حَقِّ اللَّهِ، وَمِنْهَا مَا يَغْلِبُ فِيهِ جَانِبُ حَقِّ الْعَبْدِ؛ الزَّكَاةُ فِيهَا حَقٌّ لِلَّهِ وَفِيهَا حَقٌّ لِلْفُقَرَاءِ، وَيَغْلِبُ فِيهَا جَانِبُ حَقِّ اللَّهِ. كَذَا الْخُدُودُ، السَّرِقَةُ فِيهَا الْحُقُوقُ الْمُشْتَرَكَةُ.

كَذَلِكَ هُنَاكَ تَقْسِيمٌ ثَالِثٌ لِلْحُقُوقِ مِنْ جِهَةِ الْإِسْقَاطِ:

هَلْ لِصَاحِبِ الْحَقِّ أَنْ يَسْقِطَ حَقَّهُ؟ نَقُولُ: الْحُقُوقُ عَلَى أَنْوَاعٍ:

النَّوعُ الْأَوَّلُ: حُقُوقٌ يَمْلِكُ أَصْحَابُهَا إِسْقَاطَهَا؛ مِثْلُ: حَقُّ النِّفْقَةِ، كَمَا لَوْ قَالَتِ الزَّوْجَةُ: أَنَا أُسْقِطُ حَقِّي فِي النِّفْقَةِ، أَوْ فِي الْمَيْتِ. فَهَذَا حَقٌّ يُمْكِنُ إِسْقَاطُهُ.

النَّوعُ الثَّانِي: حُقُوقٌ لَا يَمْلِكُ أَصْحَابُهَا إِسْقَاطَهَا؛ مِنْ أَمثِلَةِ ذَلِكَ: حَقُّ الْوَارِثِ فِي الْإِرْثِ، تَنَازُلُهُ بَعْدَ ذَلِكَ لَا

يَعْدُ إِسْقَاطًا، وَإِنَّمَا يَعْدُ هَبَةً.



النوع الثالث: حقوق لا تتصف بالإسقاط، لا يمكن وصفها بالإسقاط. وأنبه على جزئية هنا: وهي أن إسقاط الحقوق لا يكون إلا بعد ثبوتها، أما قبل ثبوت الحق فإن الفقهاء يقولون: إسقاط الحق فرع عن ثبوته، وما لم يثبت لا يمكن إسقاطه. مثال ذلك: لو قال إنسان: كل من تكلم في فانا أجعله في حل. إذا قال: أنا أجعل في حل كل من تكلم في سابقا. فهذا حق يقبل الإسقاط؛ فيكون إسقاطا صحيحا. لكن لو قال: من رغب أن يتكلم في فاني قد جعلته في حل، فهذا إسقاط للحق قبل ثبوته، وأكثر فقهاء الشريعة يقولون: هذا لا يصح؛ لأن الإسقاط فرع عن الثبوت، وما لم يثبت لم يمكن إسقاطه.

أيضا يمكن تقسيم الحقوق إلى حقوق متعينة أو عينية؛ بحيث تتعلق بذمة كل مكلف: من أمثلة هذا: حق الله في أداء العبد للصلاة الصلوات الخمس. وهناك حقوق كفاية؛ إذا قام بها البعض كفى، ومن أمثلته: حق المستفتين على العلماء في الفتوى في المسائل النازلة.

هكذا أيضا يمكن تقسيم الحقوق إلى عينية وكفاية هذا مأخوذ من تقسيمات الواجب؛ كل تقسيمات الواجب يمكن تقسيم الحقوق بناء عليها، فهناك مثلا: حقوق متعينة، وحقوق على الخيار والتخير. أيضا يمكن تقسيم الحقوق إلى حقوق محدودة؛ أي: تكون محددة معروفة المقدار، وهناك حقوق غير محدودة. كذلك قسموا الحقوق إلى: حقوق دولية وحقوق داخلية: هذه قسموها إلى: حقوق سياسية، وحقوق عامة، وحقوق مدنية. هذه تقسيمات للقانونيين. أيضا الحقوق يمكن تقسيمها باعتبار انتقالها من صاحبها إلى ورثته: إلى حقوق تورث، وحقوق لا تورث، وحقوق وقع الاختلاف فيها.

- ١- مثال الحقوق التي تورث: حقوق الملكية؛ فإنها تنتقل إلى الورثة، ويملكون ما كان يملكه مورثهم.
- ٢- وحقوق لا تورث؛ مثل: حق العالم في الفتوى؛ فإذا مات العالم فإن أبناءه يأخذون مكانه في الفتوى؛ أليس كذلك؟ نقول: لا يأخذون مكانه في الفتوى، هذا من الحقوق التي لا تورث.
- ٣- وهناك حقوق خلافية يقع الاختلاف فيها إن كانت تورث أو لا؛ مثل: حق المستأجر في الانتفاع بالعين



المُورِثَةُ؛ فَعِنْدَ الْجُمْهُورِ يَقُولُونَ: هَذَا حَقٌّ يُورَثُ. وَعِنْدَ الْحَنَفِيَّةِ يَقُولُونَ: لَا يُورَثُ.
وَقَدْ يَقَعُ فِي بَعْضِ الْحُقُوقِ تَقْسِيمٌ وَتَنْوِيعٌ مِنْ جِهَةِ الْإِرْثِ؛ مِثْلُ: الشُّفْعَةِ؛ فَإِنَّ الشُّفْعَةَ إِذَا كَانَ الْمُوْرَثُ قَدْ
طَالَ بِالشُّفْعَةِ، فَحِينَئِذٍ يَحِقُّ لُوْرَثَتِهِ أَنْ يَسْتَمِرُّوا فِي الْمَطَالِبَةِ. وَأَمَّا إِذَا مَاتَ قَبْلَ الْمَطَالِبَةِ بِالشُّفْعَةِ، فَالْجُمْهُورُ يَقُولُونَ:
لَا حَقَّ لُوْرَثَتِهِ فِي الْمَطَالِبَةِ بِالشُّفْعَةِ.

كَذَلِكَ يُمْكِنُ تَقْسِيمُ الْحُقُوقِ إِلَى:

حُقُوقٌ ثَابِتَةٌ فِي الْقَضَاءِ: لَا تَثْبُتُ إِلَّا بِحُكْمٍ حَاكِمٍ.
وَأِلَى حُقُوقٍ دِيَانَةٍ: تَثْبُتُ بِوِاسِطَةِ حُكْمِ الشَّرْعِ اِبْتِدَاءً وَلَوْ لَمْ يَقْضِ قَاضٍ بِذَلِكَ الْحَقِّ.
كَذَلِكَ هُنَاكَ حُقُوقٌ لَازِمَةٌ تَتَعَلَّقُ بِالذَّمِّ وَجُوبًا، وَهُنَاكَ حُقُوقٌ جَائِزَةٌ.

وَإِذَا نَظَرَ الْإِنْسَانُ فِي بَابِ الْحُقُوقِ وَجَدَ أَنَّهُ مِنْ أَهْمِّ الْأَبْوَابِ الَّتِي يُجَاوِلُ الْمُبْطِلُونَ أَنْ يَنْفِذُوا مِنْهَا بِاسْمِ دَعْوَى
الْحُقُوقِ لِمَنْ لَيْسَ لَهُ حَقٌّ:

وَمِنْ أَمْثَلَةِ ذَلِكَ: فِي بَابِ حُقُوقِ الزَّوْجَةِ وَحُقُوقِ الزَّوْجِ، أَوْ فِي بَابِ حُقُوقِ الْمَرْأَةِ، وَهَكَذَا أَيْضًا فِي بَابِ حُقُوقِ
الطِّفْلِ، أَوْ حُقُوقِ الْإِنْسَانِ، وَالنَّاظِرُ فِي هَذِهِ الْحُقُوقِ - أَوْ مَا يَدْعَى مِنَ الْحُقُوقِ - يَجِدُ أَنَّهَا ثَلَاثَةٌ أَقْسَامٍ:
الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: مَا هُوَ حَقٌّ، لَكِنَّ الشَّرِيعَةَ قَدْ وَرَدَتْ بِأَعْلَى دَرَجَاتِهِ، وَأَتَتْ فِيهِ بِمَا لَمْ يَأْتِ بِهِ غَيْرُهَا، مِنْ ذَلِكَ:
حَقُّ الْحُكْمِ بِالْعَدْلِ بَيْنَ النَّاسِ، الْعَدْلُ بَيْنَ النَّاسِ مِنَ الْحُقُوقِ الثَّابِتَةِ لَهُمْ، وَهَذَا كَلَامٌ صَحِيحٌ، وَالشَّرِيعَةُ قَدْ قَرَّرَتْ
فِيهِ مَا لَمْ تَأْتِ بِهِ غَيْرُهَا مِنَ الدَّسَاتِيرِ وَالْأَنْظِمَةِ.

النَّوعُ الثَّانِي: مَا لَيْسَ بِحَقٍّ، وَمِنْ أَمْثَلَتِهِ: مَا قَدْ يَقْرُرُهُ بَعْضُهُمْ مِنْ حَقِّ الْإِنْسَانِ فِي قَضَاءٍ وَطَرِهِ؛ حَيْثُ يُجْعَلُ
لِلْإِنْسَانِ الْحَقُّ فِي الشُّذُودِ وَاللُّوَاطِ، وَهَذَا لَيْسَ مِنْ حَقِّ الْإِنْسَانِ فِي شَيْءٍ. وَمِثْلُهُ: مَا قَدْ يَقْرُرُهُ بَعْضُهُمْ مِنْ حَقِّ
الْإِنْسَانِ فِي التَّصَرُّفِ فِي نَفْسِهِ وَلَوْ بِالْقَتْلِ وَالْإِنْتِحَارِ، هَذَا لَيْسَ مِنْ حَقِّ الْإِنْسَانِ.

النَّوعُ الثَّلَاثُ: مَا يَكُونُ أَصْلُ الْحَقِّ فِيهِ مِنَ الْأُمُورِ الصَّحِيحَةِ، لَكِنَّ أَسَالِيْبَهُ وَطَرَقَهُ - أَوْ تَفْسِيرَاتِهِ - غَيْرٌ مَقْبُولَةٌ.
مِنْ أَمْثَلَةِ هَذَا مِثْلًا: حَقُّ الْإِنْسَانِ فِي الْحُرِّيَّةِ، أَوْ حَقُّ الْإِنْسَانِ فِي الْكِرَامَةِ، هَذَا حَقٌّ صَحِيحٌ وَثَابِتٌ، لَكِنَّ عِنْدَمَا يَقْرُرُ
عَلَى وَجْهِ تَصَرُّفِ الْإِنْسَانِ فِي أَمْوَالِ الْآخَرِينَ بِغَيْرِ وَجْهِ حَقٍّ، أَوْ عَلَى جِهَةِ تَصَرُّفِ الْإِنْسَانِ بِالتَّصَرُّفَاتِ الْمَحْرَمَةِ؛



فَهَذَا لَيْسَ بِحَقٍّ.

وَمِنْ أَمْثَلِهِ مَثَلًا: مَا يَقُولُونَ عَنْهُ الْآنَ: حَقُّ حُرِّيَّةِ التَّعْبِيرِ، فَهَذَا مُحْكَمٌ فِي الشَّرْعِ بِقَاعِدَةٍ: «مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلْيَقُلْ خَيْرًا أَوْ لِيَصْمُتْ»^(١)، فَعِنْدَمَا يُجْعَلُ مِنْ هَذَا الْحَقِّ -حَقُّ حُرِّيَّةِ التَّعْبِيرِ- بَابًا التَّهْجُمِ عَلَى الْآخَرِينَ، وَالْقَدْحِ فِيهِمْ، أَوْ بَابًا إِعْطَاءِ الْإِنْسَانِ الْحُرِّيَّةَ فِي الْكَلَامِ فِيمَا يُؤُولُ إِلَى تَقَاطُعِ النَّاسِ، وَتَهَاجُرِهِمْ، وَبَعْضَاءِ بَعْضِهِمْ لِبَعْضٍ، هَذَا لَيْسَ مِنْ حَقِّ حُرِّيَّةِ التَّعْبِيرِ.

**

نَنْتَقِلُ إِلَى الْكَلَامِ عَنْ أَرْكَانِ الْحَقِّ، كَانَ الْأَوَّلَى بِنَا أَنْ نَقْدَمَ أَرْكَانَ الْحَقِّ عَلَى الْكَلَامِ عَنْ تَقْسِيمَاتِهِ:

الْحَقُّ يَكُونُ فِيهِ ثَلَاثَةٌ أُمُورٍ:

أَوَّلُهَا: صَاحِبُ الْحَقِّ، فَلَا يَكُونُ هُنَاكَ حَقٌّ إِلَّا لَهُ صَاحِبٌ.

وَالثَّانِي: مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ، وَبَعْضُ الْفُقَهَاءِ وَالْقَانُونِيِّينَ يَقُولُونَ: بَأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَرْكَانِ الْحَقِّ.

وَالثَّلَاثُ: مَحَلُّ الْحَقِّ.

عَلَى هَذِهِ الْأَرْكَانِ الثَّلَاثَةِ هِيَ أَرْكَانُ الْحَقِّ.

**

أَمَّا مِنْ جِهَةِ شُرُوطِ الْحَقِّ: فَيَشْتَرِطُ فِي الْحَقِّ أَمْرَانِ:

الْأَوَّلُ: ثُبُوتُ الْحَقِّ؛ بَأَنَّهُ يَكُونُ الْحَقُّ لَهُ سَبَبٌ صَاحِبٌ يُؤَدِّي إِلَى إِثْبَاتِهِ، لَوْ جَاءَ إِنْسَانٌ لِآخَرَ وَقَالَ: أَعْطِنِي نَفَقَةً

لَأَنِّي فِي سِنِّ وَالِدِكَ. فَنَقُولُ: لَمْ يَثْبُتِ الْحَقُّ هُنَا؛ لِعَدَمِ وُجُودِ سَبَبِهِ.

وَالشَّرْطُ الثَّانِي: مَشْرُوعِيَّةُ ذَلِكَ الْحَقِّ؛ فَإِذَا لَمْ يَكُنْ مَشْرُوعًا فَإِنَّهُ لَا يَثْبُتُ لِلْحَقِّ. وَمِنْ أَمْثَلَتِهِ: لَوْ أَمَرَ الْوَالِدُ وَلَدَهُ

بِعَدَمِ الْقِيَامِ بِوَأَجِبٍ مِنَ الْوَأَجِبَاتِ الشَّرْعِيَّةِ، أَوْ أَمَرَ الزَّوْجَ زَوْجَتَهُ بِأَلَّا تُغَطِّيَ وَجْهَهَا، هَلْ نَقُولُ: مِنْ حَقِّ الزَّوْجِ

الطَّاعَةِ؟ نَقُولُ هُنَا: هَذَا الْحَقُّ لَمْ يَثْبُتْ مَشْرُوعِيَّةً، وَبِالتَّلَاقِ لَا يَكُونُ حَقًّا صَاحِبًا.

**

(١) أخرجه البخاري في كتاب الرقاق - باب حفظ اللسان (٦٤٧٥)، ومسلم في كتاب الإيمان - باب الحث على إكرام الجار والضيف ولزوم

الصمت (٤٧).



طُرُقُ إِثْبَاتِ الْحَقِّ:

طُرُقُ إِثْبَاتِ الْحَقِّ مُتَعَدِّدَةٌ وَمُخْتَلِفَةٌ، وَيَجْعَلُونَ لَهَا قَاعِدَةً مُسْتَقِلَّةً وَنَظْرِيَّةً مُسْتَقِلَّةً يُسَمُّونَهَا (نَظْرِيَّةَ الْإِثْبَاتِ)،
وَلَعَلَّنَا نَرْجِيءُ الْبَحْثَ فِيهَا عِنْدَ الْكَلَامِ عَنِ الْإِثْبَاتِ.

الآثار المترتبة على الحق:

إِذَا ثَبَتَ الْحَقُّ فَإِنَّهُ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ آثَارٌ مُتَعَدِّدَةٌ:

مِنْ تِلْكَ الْآثَارِ:

مَشْرُوعِيَّةُ اسْتِيفَاءِ الْحَقِّ، حَيْثُ إِذَا اسْتَوْفَاهُ الْإِنْسَانُ فَإِنَّهُ لَا يَلْحَقُهُ حَرَجٌ بِهِ، بَلْ هُوَ مِمَّا يَثْبُتُ لَهُ؛ فَمِنْ حَقِّ
الزَّوْجَةِ عَلَى زَوْجِهَا الْمَيْتِ عِنْدَهَا، وَيَجُوزُ لَهُ اسْتِيفَاءُ هَذَا الْحَقِّ وَالْمَطَالَبَةُ بِهِ.

كَذَلِكَ مِنْ آثَارِ الْحَقِّ: مَشْرُوعِيَّةُ اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ عَلَى الْوَجْهِ الْمَشْرُوعِ؛ حَقُّ الْجَوَارِ هَذَا حَقٌّ، حَقٌّ لِلْجَارِ أَنْ
يَسْتَعْمِلَهُ عَلَى الْوَجْهِ الْمَشْرُوعِ؛ حَقُّ الْجَوَارِ مَثَلًا أَنْ يَضَعَ خَشْبَتَهُ عَلَى جِدَارِهِ.

كَذَلِكَ مِنْ آثَارِ الْحَقِّ: أَنْ صَاحِبَ الْحَقِّ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَحْمِيَ الْحَقَّ الَّذِي لَهُ.

هَكَذَا أَيْضًا مِنْ آثَارِ الْحَقِّ: إِذَا ثَبَتَ الْحَقُّ لِإِنْسَانٍ هَلْ يَحِقُّ لَهُ أَنْ يُنْقَلَ الْحَقُّ لِغَيْرِهِ؟

هُنَاكَ حُقُوقٌ تَقْبَلُ النِّقْلَ؛ مِنْ أَمْثَلِهِ ذَلِكَ: حَقُّ الْمَلِكِيَّةِ.

وَهُنَاكَ حُقُوقٌ لَا تَقْبَلُ النِّقْلَ؛ مِثْلُ: حَقِّ الزَّوْجِيَّةِ، فَحَقُّ الزَّوْجِيَّةِ يَنْتَقِلُ بِوُجُودِ سَبَبٍ آخَرَ، كَمَا لَوْ طَلَّقَتْ

الزَّوْجَةَ فَتَزَوَّجَهَا آخَرَ، فَهِيَ تَنْتَقِلُ حَقُّ الزَّوْجِيَّةِ. لَكِنْ لَوْ لَمْ يَنْتَقِلْ سَبَبُ الْحَقِّ - الَّذِي هُوَ الزَّوْجِيَّةُ - فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ

النِّقْلُ؛ لَوْ قَالَ: أَنَا سَاسِيفٌ وَسَأَنْقُلُ حَقَّ الزَّوْجِيَّةِ لِفُلَانٍ مُدَّةً غَيْبَتِي. مَا يُقْبَلُ هَذَا.

أَيْضًا مِنْ آثَارِ الْحَقِّ: أَنَّ الْحَقَّ قَدْ يَنْقُضِي بِانْقِضَاءِ سَبَبِهِ، أَوْ بِانْقِضَاءِ مُدَّتِهِ.

مِنْ الْمَسَائِلِ أَيْضًا الْمُرْتَبِئَةِ عَلَى ثُبُوتِ الْحَقِّ: أَنَّهُ قَدْ يُوْجَدُ هُنَاكَ تَعَسُّفٌ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ، وَسَنَتَكَلَّمُ عَنِ التَّعَسُّفِ

فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ فِي يَوْمٍ آخَرَ؛ لِأَنَّ التَّعَسُّفَ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ نَظْرِيَّةٌ مُسْتَقِلَّةٌ.

المؤلفات في نظرية الحق:



نظريّة الحقّ اعتنى بها العديد من العلماء، وألّفوا فيها مؤلّفات كثيرة، من أشهر المؤلّفات في هذا الجانب: كتاب «مصادر الحقّ» لعبد الرزاق السنهوري. كذلك من المؤلّفات المشهورة في هذا الباب: كتاب «الحقّ والذمّة» للشيخ عليّ الحفيف. ومن أوسع الكتب في تناول هذه القاعدة: كتاب «الأهلية ونظريّة الحقّ في الشريعة الإسلامية» للدكتور عبد الله بن عبد العزيز العجلان.

ومن ألفت في هذا الباب: الدكتور فتحي الدريني في كتابه «الحقّ ومدى سلطان الدولة في تقييده». كذلك ألفت الدكتور أحمد الخولي: كتاب «نظريّة الحقّ بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي». وهناك من ألفت مؤلّفات في جانب من جوانب نظريّة الحقّ: مثل الدكتور المكاشفي؛ ألفت كتاب «الذمّة والحقّ والإلتزام وتأثيرها بالموت».

وسبق أن أشرنا إلى أن ابن رجب ذكر تقسيمات للحقوق، حيث جعل هناك حقاً للملك، وحقاً للتملك، وحقاً للاختصاص، وحقاً للتعلّق باستيفاء الحقوق. ومنهم من يقول: حقّ الملكية، وحقّ الانتفاع، مثل: حقّ الاستغلال بأخذ الغلة، وحقّ الاستعمال، وحقّ الارتفاق؛ مثل: التنزّه في الحدائق العامّة، وحقّ المرور في الطرقات، وحقّ الارتهان؛ مثل: الرهن.

في آخر حديثنا في هذا اليوم نتكلّم بإذن الله عزّ وجلّ عن المقارنة بين الحقّ في الدراسات الفقهية والدراسات القانونية:

يمكن إبراز المقارنة من خلال عدد من الأمور: الأمر الأول: أن مقتضيات الحقّ في القانون لا بدّ أن تكون منصوصة، وبالتالي فهي محصورة، بخلاف مقتضيات الحقّ عند فقهاء الشريعة.

ومن أمثلة ذلك: حقّ الوالد، هو في الشريعة ليس متقيداً بأفعال مخصوصة، بل كلّ ما فيه إحسان للوالد فإنه يدخل في حقه. بخلاف نظرة القانونيين؛ فإن حقّ الوالد عندهم محصور، ولا نثبت له حقاً جديداً إلا بنصّ جديد. الفرق الثاني: جانب التدين في باب الحقوق؛ فإن الحقّ في الشريعة عند الفقهاء ينقسم إلى حقوق قضائية،



وَحُقُوقٌ تَثْبُتُ فِي الدِّيَانَةِ. أَمَّا عِنْدَ الْقَانُونِيِّينَ فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ حَقًّا إِلَّا مَا ثَبَتَ بِالْقَضَاءِ، أَوْ أَمَكْنَ إِثْبَاتُهُ بِالْقَضَاءِ. مِثَالُ ذَلِكَ: مِنْ حَقِّ الْوَالِدِ أَنْ تَتَقَرَّبَ إِلَى اللَّهِ بِمَحَبَّتِهِ، فَهَذَا حَقٌّ ثَابِتٌ دِيَانَةً، لَكِنْ لَا يُمْكِنُ إِثْبَاتُهُ بِالْقَضَاءِ، وَبِالتَّالِي فَهُوَ لَيْسَ مِنَ الْحُقُوقِ عِنْدَ الْقَانُونِيِّينَ، لَكِنَّهُ حَقٌّ عِنْدَ عُلَمَاءِ الشَّرِيعَةِ. الْفَرْقُ الثَّلَاثُ: أَنَّ الْحُقُوقَ عِنْدَ الْقَانُونِيِّينَ مُقْتَصِرَةٌ عَلَى حُقُوقِ الْمَخْلُوقَاتِ؛ سَوَاءً كَانَتْ مِنَ الْأَدْمِيِّينَ، أَوْ مِنْ بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ. أَمَّا عِنْدَ الْفُقَهَاءِ وَعُلَمَاءِ الشَّرِيعَةِ فَإِنَّ حُقُوقَ اللَّهِ ثَابِتَةٌ؛ هُنَاكَ حُقُوقُ النَّبِيِّ الْكَرِيمِ، وَأَهْلِ الْقَانُونِ لَا يَجْعَلُونَهَا مِنَ الْحُقُوقِ.

بَعْضُ الْقَانُونِيِّينَ يَقُولُ: بَانَ هُنَاكَ حُقُوقًا مُقَرَّرَةً مِنْ أَجْلِ النِّظَامِ الْعَامِّ؛ يَعْنِي: عَلَى الْإِنْسَانِ أَنْ يَلْتَزِمَ فِي أَنْظِمَةِ الْمُرُورِ، فَهَذَا حَقٌّ، لَكِنْ هَذَا لَيْسَ سَبَبَ الْإِلْزَامِ بِهِ كَوْنُهُ مِنْ حُقُوقِ اللَّهِ، إِنَّمَا يَقُولُونَ: هَذَا حَقٌّ ثَابِتٌ لِلنِّظَامِ الْعَامِّ. وَبِالتَّالِي أَيْضًا نَنْطَلِقُ إِلَى فَرْقٍ آخَرَ بَيْنَ الدَّرَاسَاتِ الْقَانُونِيَّةِ وَالدَّرَاسَاتِ الْفُقَهِيَّةِ فِي هَذَا الْجَانِبِ؛ لِأَنَّ الْحُقُوقَ فِي الدَّرَاسَاتِ الْقَانُونِيَّةِ إِنَّمَا تَتَعَلَّقُ بِأَفْرَادٍ، لَا يَنْظُرُونَ إِلَى الْحُقُوقِ الْاجْتِمَاعِيَّةِ الَّتِي تَتَعَلَّقُ بِالْمُجْتَمَعِ كَكُلِّ، حَتَّى مَا يَقَرَّرُونَهُ مِنْ أَحْكَامِ النِّظَامِ الْعَامِّ يَقَرَّرُونَهُ بِاعْتِبَارِ أَنَّهَا حُقُوقٌ أَفْرَادٍ.

الْفَرْقُ آخَرٌ: أَنَّ الْحُقُوقَ فِي الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ مِنْحَةٌ إِلَهِيَّةٌ، لَا يَسْتَطِيعُ أَحَدٌ إِلْغَاءَهَا، فَكَوْنُ بَعْضِ أَصْحَابِ الْحُقُوقِ يُسْقِطُ حَقَّهُ لَا يَعْنِي ذَلِكَ أَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ الْحَقُّ ابْتِدَاءً، بِخِلَافِ النَّظَرَةِ الْقَانُونِيَّةِ؛ فَإِنَّ الْحُقُوقَ عِنْدَهُمْ نَاشِئَةٌ مِنَ الْأَفْرَادِ، أَوْ مِنَ الْقَانُونِ، أَوْ مِنَ الْمُجْتَمَعِ؛ وَبِالتَّالِي يَقُولُونَ: يُمْكِنُ أَنْ تَتَغَيَّرَ هَذِهِ الْحُقُوقُ.

وَلِذَلِكَ يَقُولُونَ: بَأَنَّهُ قَدْ يَفْعُ أَنْفَاقٌ عَلَى إِلْغَاءِ هَذِهِ الْحُقُوقِ. مِنْ أَمْثَالِهِ ذَلِكَ: فِي الشَّرِيعَةِ مِنَ الْحُقُوقِ الْمُقَرَّرَةِ حَقُّ النَّصِيحَةِ، لَا يُمْكِنُ لِأَحَدٍ مِنَ النَّاسِ أَنَّهُ يُلْغِي هَذَا الْحَقَّ، يَنْصَحُ النَّاسَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا، وَيَنْصَحُ النَّاسَ لَوْلَاةِ الْأُمُورِ، هَذَا حَقٌّ مُقَرَّرٌ فِي الشَّرْعِ، مَا يَمْلِكُ أَحَدٌ إِسْقَاطَهُ، مَا يَمْلِكُ أَحَدٌ إِلْغَاءَهُ.

مِثْلُهُ أَيْضًا: حَقُّ الشُّورَى، هَذَا حَقٌّ إِلَهِيٌّ - وَإِنْ لَمْ تَكُنْ نَتِيجَتُهُ مُلْزِمَةً - بِخِلَافِ مِثَالِ الطَّرِيقَةِ الْبَرْلَمَانِيَّةِ عِنْدَ أَصْحَابِ الْحَضَارَاتِ الْأُخْرَى؛ فَإِنَّهُمْ يَقُولُونَ: إِذَا صَوَّتَ النَّاسُ عَلَى إِلْغَاءِ الطَّرِيقَةِ الْبَرْلَمَانِيَّةِ أَوْ الشُّورِيَّةِ، فَإِنَّهُ يُلْغُو ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ مُسْتَفَادٌ عِنْدَهُمْ مِنَ الْمُجْتَمَعِ، فَإِذَا تَصَالَحَ الْمُجْتَمَعُ عَلَى إِلْغَائِهِ فَإِنَّهُ يُلْغُو، بِخِلَافِ هَذَا الْحَقِّ فِي الشَّرِيعَةِ؛ فَإِنَّهُ مِنْحَةٌ إِلَهِيَّةٌ، وَهُوَ أَمْرٌ مُقَدَّسٌ.

هَكَذَا أَيْضًا مِنَ الْفُرُوقَاتِ بَيْنَ الطَّرِيقَةِ الَّتِي تُعَالَجُ بِهَا نَظَرِيَّةُ الْحَقِّ عِنْدَ فُقَهَاءِ الشَّرِيعَةِ وَعِنْدَ أَهْلِ الْقَوَانِينِ: أَنَّ



الحقوق متعلقة بإرادة عند القانونيين، بخلافها عند الفقهاء؛ وقد ثبت ولو لم يكن هناك إرادة - كما تقدم. كذلك من الفروقات: أن القانونيين يعتبرون الحقوق مصالح لمن له الحق، بخلاف علماء الشريعة؛ فإنهم يجعلون الحقوق واجبات على من عليه الحق، ولو لم يكن من له الحق مستفيداً من ذلك. هكذا أيضاً من الخلافات والمفارقات بين طريقة علماء الشريعة والفقهاء وطريقة القانونيين: الاختلاف في مصدر الحق؛ قد تقدم أن علماء الشريعة يرون أن مصادر الحق يمكن إعادتها إلى ثلاثة:

الأول: أدلة الشريعة وقواعدها.

والثاني: العهود.

والثالث: الالتزام.

أما القانونيون فإنهم يختلفون في مصدر الحق؛ هل هو العقل؟ أو الفرد؟ أو المجتمع؟ أو القانون؟ ومن هذا المنطلق نشأت المقارنة السابقة عندما قلنا: الحق منحة إلهية.

الفرق الأخير في طريقة معالجة هذه النظرية وطريقة دراستها:

فإن علماء الشريعة عنوا بالجانب التطبيقي فيما يتعلق بالحقوق، ومن هنا كانت كتابات الفقهاء عن الحق منطلقة من تقرير مسائل تطبيقية، والجوانب النظرية عندهم قليلة ونادرة، وأغلب ما تبحث فيه في علم الأصول، بخلاف طريقة القانونيين؛ فإنهم يعنون بالجانب النظري أكثر من عنايتهم بالجانب التطبيقي. هذه لمحات عامة بما يتعلق بنظرية الحق، والمقارنة فيها بين الدراسات الفقهية والقانونية. ولعلنا نقف على هذا.

نسأل الله جل وعلا أن يوفقنا وإياكم للخيري الدنيا والآخرة وأن يجعلنا وإياكم من الهداة المهتدين. هذا والله أعلم، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ، وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى أَشْرَفِ الْأَنْبِيَاءِ وَالْمُرْسَلِينَ.
أَمَّا بَعْدُ.

تَتَكَلَّمُ فِي هَذَا الْيَوْمِ - بِإِذْنِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ - عَنْ نَظَرِيَّةٍ جَدِيدَةٍ؛ هِيَ (نَظَرِيَّةُ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ)؛ حَيْثُ تَكَلَّمْنَا بِالْأَمْسِ عَنْ نَظَرِيَّةِ الْحَقِّ وَمَكَانَتِهَا وَالتَّعْرِيفِ بِهَا وَبَيَانَ أَنْوَاعِ الْحُقُوقِ، وَفَرَقْنَا بَيْنَ الدَّرَاسَاتِ الْقَانُونِيَّةِ وَالدَّرَاسَاتِ الْفِقْهِيَّةِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِهَذَا الْبَابِ.

وَمِنَ الْآيَاتِ الْقُرْآنِيَّةِ الَّتِي جَاءَتْ فِي لَفْظَةِ الْحَقِّ عَلَى وَفْقِ الْمُصْطَلَحِ الْمُرَادِ فِي هَذِهِ الْقَاعِدَةِ، قَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ:

﴿وَلِيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ﴾^(١).

وَاسْتِعْمَالِ الْحَقِّ عَلَى نَوْعَيْنِ:

النَّوعُ الْأَوَّلُ: اسْتِعْمَالُ مَشْرُوعٍ؛ بَأَن يَكُونَ مُتَوَافِقًا مَعَ الدَّلِيلِ الشَّرْعِيِّ غَيْرِ مُتَعَارِضٍ مَعَهُ، وَلَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ إِضْرَارٌ بِالْآخَرِينَ، وَلَا تَفْوِيتٌ لِلْمَصَالِحِ.

وَالنَّوعُ الثَّانِي: اسْتِعْمَالُ غَيْرِ مَشْرُوعٍ؛ وَهَذَا هُوَ الَّذِي يُسَمَّى بِـ (التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ).

وَالنَّاطِرُ فِي كِتَابَاتِ فُقَهَاءِ الشَّرِيعَةِ يَجِدُ أَنَّهُمْ يَتَكَلَّمُونَ عَنِ هَذَا الْمَوْضُوعِ لَكِنَ بِمُصْطَلَحَاتٍ أُخْرَى؛ فَمِنْ تِلْكَ الْمُصْطَلَحَاتِ: (المُضَارَّةُ)؛ وَهَذَا اللَّفْظُ مَأْخُودٌ مِنْ عَدَدٍ مِنَ النُّصُوصِ الشَّرْعِيَّةِ الَّتِي وَرَدَتْ فِي هَذَا الْبَابِ، وَمِنْهَا حَدِيثٌ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»^(٢)، وَمِنْهَا قَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿لَا تُضَارُّ وَالِدَهُ بِوَالِدِهَا وَلَا مَوْلُودَ لَهُ بِوَالِدِهِ﴾^(٣)، وَقَوْلُهُ: ﴿وَلَا يُضَارُّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾^(٤). وَإِنْ كَانَ اسْمُ الْمُضَارَّةِ أَعَمَّ بِحَيْثُ يَشْمَلُ تِلْكَ الْإِسْتِعْمَالَاتِ الْبَاطِلَةَ.

الاسْمُ الثَّانِي: اسْمُ (الإِسَاءَةِ)؛ فَإِنَّ لَفْظَ الإِسَاءَةِ لَفْظٌ قَدْ اسْتَعْمَلَهُ بَعْضُ فُقَهَاءِ الشَّرِيعَةِ عَلَى التَّعَسُّفِ فِي

(١) سورة البقرة: ٢٨٢.

(٢) أخرجه أحمد في «مسنده» (٣١٣/١)، وابن ماجه في كتاب الأحكام - باب من بنى في حقه ما يضر بجاره (٢٣٤٠)، من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه، وصححه الألباني في «صحيح ابن ماجه»، وفي الباب من حديث ابن عباس وأبي سعيد الخدري وغيرهما رضي الله عنهم.

(٣) سورة البقرة: ٢٣٣.

(٤) سورة البقرة: ٢٨٢.



اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ.

الَلْفُظُ الثَّالِثُ: الْإِسْتِعْمَالُ الْمَذْمُومُ.

وَالَلْفُظُ الرَّابِعُ: (التَّعَنُّتُ).

وَهَنَّاكَ اسْمٌ يَسْتَعْمَلُهُ عَدَدٌ مِّنْ فُقَهَاءِ الْمَالِكِيَّةِ، يَقُولُونَ: (التَّعَدِّي بِطَرِيقِ التَّسْبِيبِ)، وَلَا مَشَاحَةَ فِي الْإِصْطِلَاحِ؛ فَإِنَّهُ إِذَا عُرِفَ الْمَقْصُودُ وَكَانَ الْلَفْظُ لَيْسَ فِيهِ مَوْأخِذَةٌ شَرْعِيَّةٌ، فَلَا مَشَاحَةَ فِي الْمَقْصُودِ.

**

تَعْرِيفُ التَّعَسُّفِ:

أَوَّلًا: الْمَعْنَى اللَّغَوِيَّةُ:

وَالتَّعَسُّفُ فِي اللَّغَةِ مَا خُذَ مِنَ الْعَسْفِ، وَلَهُ عَدَدٌ مِّنَ الْمَعَانِي اللَّغَوِيَّةِ:

الْمَعْنَى الْأَوَّلُ: الْمَيْلُ وَالْعُدُولُ عَنِ الطَّرِيقِ؛ فَإِنَّهُ يُسَمَّى عَسْفًا.

وَكَذَلِكَ يُطْلَقُ الْعَسْفُ بِمَعْنَى: الظُّلْمِ.

وَكَذَلِكَ أَيْضًا يُطْلَقُ الْعَسْفُ وَيُرَادُ بِهِ: السَّيْرُ بِلا هِدَايَةٍ، وَبِالتَّالِي يَقُولُونَ: التَّعَسُّفُ هُوَ السَّيْرُ بِلا عِلْمٍ وَلَا أَثَرٍ،

وَمِنْهُ: عَسْفُ الْخَيْلِ، بِمَعْنَى: قَسْرِ الْخَيْلِ وَتَرْوِيضِهَا لِيَسْهَلَ قِيَادُهَا.

ثَانِيًا: تَعْرِيفُ التَّعَسُّفِ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ:

وَالْفُقَهَاءُ الَّذِينَ تَكَلَّمُوا عَنِ هَذِهِ النَّظَرِيَّةِ حَاوَلُوا أَنْ يَعْرِفُوا التَّعَسُّفَ بِاسْتِعْمَالِ الْحَقِّ، وَقَدْ أَظْهَرُوا لَنَا عَدَدًا مِّنَ

التَّعْرِيفَاتِ؛ نَضْرِبُ لَهَا أَرْبَعَةَ أَمْثَلَةٍ:

الْمِثَالُ الْأَوَّلُ: قَوْلُ بَعْضِهِمْ بِأَنَّهُ مُمَارَسَةُ فِعْلِ مَشْرُوعِ الْأَصْلِ عَلَى وَجْهِ يُلْحِقُ الضَّرَرَ، أَوْ يُجَالِفُ الْحِكْمَةَ.

التَّعْرِيفُ الثَّانِي: أَنَّهُ اسْتِعْمَالُ الْإِنْسَانِ حَقَّهُ عَلَى وَجْهِ يُضِرُّ بِهِ أَوْ بغيرِهِ.

وَالثَّلَاثُ: أَنَّ التَّعَسُّفَ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ هُوَ الْإِسْتِعْمَالُ عَلَى وَجْهِ غَيْرِ مَشْرُوعٍ.

التَّعْرِيفُ الرَّابِعُ: أَنَّ التَّعَسُّفَ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ هُوَ مُنَاقِضَةُ قَصْدِ الشَّارِعِ فِي تَصَرُّفَاتٍ مَّأذُونٍ بِهَا شَرْعًا بِحَسَبِ

الْأَصْلِ.

ثَالِثًا: تَعْرِيفُ التَّعَسُّفِ عِنْدَ الْقَانُونِيِّينَ:



وَأَمَّا بِالنِّسْبَةِ لِلْقَانُونِيِّينَ فَإِنَّهُمْ فِي أَوَائِلِ عَهْدِهِمْ لَمْ يَكُونُوا يَلْتَفِتُونَ إِلَى هَذَا الْمَعْنَى - التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ -؛
وَذَلِكَ لِأَمْرَيْنِ:

الأمر الأول: أَنَّ اسْمَ التَّعَسُّفِ فِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى الْقَصْدِ، وَالْقَانُونُ لَا يَلْتَفِتُ إِلَى النِّيَّاتِ وَالْمَقَاصِدِ، وَإِنَّمَا يَحْكُمُ عَلَى
الْأُمُورِ الظَّاهِرَةِ؛ وَمِنْ ثَمَّ لَمْ يَكُونُوا يَهْتَمُّونَ بِهَذِهِ النَّظَرِيَّةِ.

وَالسَّبَبُ الثَّانِي: أَنَّ الْقَانُونِيِّينَ كَانُوا يَنْقَسِمُونَ إِلَى قِسْمَيْنِ:

القِسْمُ الْأَوَّلُ: الْمَذْهَبُ الْفَرْدِيُّ الَّذِي يَلْتَفِتُ إِلَى الْفَرْدِ وَلَا يَنْظُرُ إِلَى الْجَمَاعَةِ، فَهَؤُلَاءِ كَانُوا يَرْفُضُونَ إِنْكَارَ
التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ، وَيَرْفُضُونَ هَذِهِ الْقَاعِدَةَ، وَيَقُولُونَ: بَأَنَّ مَنْ اسْتَعْمَلَ حَقَّهُ فَمَا ظَلَمَ.

وَالْمَنْهَجُ الثَّانِي: الْمَنْهَجُ الْاجْتِمَاعِيُّ أَوْ الْإِشْتِرَاكِيُّ، الَّذِي لَا يُقِيمُ وَزْنَ لِلْأَفْرَادِ، وَبِالتَّالِي لَا يَجْعَلُونَ مِنْ حَقِّ الْفَرْدِ
أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَمْتَلَكَاتِهِ، فَضَلًّا عَنْ أَنْ يَتَعَسَّفَ فِيهَا.

وَلَكِنْ فِي الْقَرْنَيْنِ السَّابِقَيْنِ بَدَأَ تَعْدِيلُ الْمَذْهَبَيْنِ؛ وَذَلِكَ لِلْإِحْسَاسِ بِأَنَّ كُلًّا مِنَ الْمَذْهَبَيْنِ يَأْثُرُ هَذَا الْمَعْنَى -
مَعْنَى التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ - جَاوِزَ الْعَدَالَةَ وَابْتَعَدَ عَنْهَا، وَمِنْ هُنَا نَشَأَتْ هَذِهِ النَّظَرِيَّةُ عِنْدَهُمْ.

مِنْ صُورِ التَّعَسُّفِ الْمَنْهِيِّ عَنْهَا:

وَالنَّاطِرُ فِي النُّصُوصِ الشَّرْعِيَّةِ يَجِدُ أَنَّ مَعْنَى الْقَاعِدَةِ كَانَ مِنَ الْأُمُورِ الْمُعْتَنَى بِهَا فِي الْأَدِلَّةِ الشَّرْعِيَّةِ، وَنَضْرِبُ
لِذَلِكَ عَدَدًا مِنَ الْأَمْثَلَةِ:

قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ
ضِرَارًا لَتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾^(١). فَمَنْعَ الْأَزْوَاجِ مِنَ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ حَقِّ الرَّجْعَةِ الَّذِي
يُقْصَدُ بِهِ: الْإِضْرَارُ بِالزَّوْجَةِ.

مِثَالُ آخَرَ: قَوْلُهُ جَلَّ وَعَلَا: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا﴾. أَي: طَلَّقَهَا الزَّوْجَ الْآخَرَ، ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهَا أَنْ يَتَرَاجَعَا﴾^(٢). أَي
إِذَا طَلَّقَ الْإِنْسَانُ زَوْجَتَهُ ثَلَاثًا، ثُمَّ تَزَوَّجَتْ بِزَوْجٍ آخَرَ، فَطَلَّقَهَا الزَّوْجَ الْآخَرَ، جَازَ لِلزَّوْجِ الْأَوَّلِ أَنْ يَعْقِدَ عَلَيْهَا

(١) سورة البقرة: ٢٣١.

(٢) سورة البقرة: ٢٣٠.



بِرِضَاهَا، بِشَرْطِ الْأَيْ كَوْنِ هُنَاكَ قَصْدٌ سَيِّئٌ، قَالَ تَعَالَى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾. وَمِثْلُ هَذَا: قَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَبِعُولَتِهِنَّ أَحَقُّ بِرُدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾^(١). فَأَجَازَ لِلزَّوْجِ الْمُطَلَّقِ طَلْقَةً أَوْ طَلَقَتَيْنِ أَنْ يُرَاجِعَ زَوْجَتَهُ مَا دَامَا فِي الْعِدَّةِ، وَشَرْطٌ لِذَلِكَ أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ يُرِيدُ الْإِصْلَاحَ، مِمَّا يُفِيدُ الْمَنْعَ مِنَ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ.

وَمِثْلُهُ: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿لَا تَضَارَّ وَالِدَةَ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودَ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾، وَمِثْلُهُ أَيْضًا: قَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ﴾، وَمِثْلُهُ: قَوْلُهُ سُبْحَانَهُ فِي الْمَدِينِ: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾^(٢). فَمَنْعَ الدَّائِنِينَ مِنَ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ بِمُطَالَبَةِ الْمَدِينِ بِالسَّدَادِ إِذَا كَانَ عَاجِزًا عَنْهُ وَكَانَ مُعْسِرًا. وَمِثْلُهُ: قَوْلُهُ سُبْحَانَهُ فِي الْمَوَارِيثِ: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ﴾^(٣).

وَمِنْ أَمْثَلَتِهِ فِي السَّنَةِ: قَوْلُ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»، وَمِنْ ذَلِكَ أَيْضًا: نَهْيُ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَبِيعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ، فَإِنَّ الْأَصْلَ أَنَّ الْوَكَالَتَةَ فِي الْبَيْعِ مِنَ الْأُمُورِ الْجَائِزَةِ، وَلَكِنْ لَمَّا كَانَ هَذَا الْفِعْلُ الَّذِي ظَاهِرُهُ الْجَوَازُ صُورَةً مِنْ صُورِ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ؛ مَنَعَ مِنْهُ الشَّارِعُ.

وَمِثْلُ ذَلِكَ أَيْضًا: نِكَاحُ التَّحْلِيلِ؛ فَإِنَّ الْأَصْلَ أَنَّ الرَّجُلَ يُجُوزُ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ مَتَى وَجَدَتِ الشُّرُوطُ وَالْأَرْكَانُ وَانْتَفَتِ الْمَوَانِعُ، لَكِنْ إِذَا قَصَدَ بِذَلِكَ الزَّوْاجِ مَخَالَفَةَ مَقْصُودِ الشَّارِعِ بِتَحْلِيلِ الْمَرْأَةِ لِزَوْجِهَا الْأَوَّلِ، مَنَعَ مِنْهُ، وَقَدْ لَعَنَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْمُحْلِلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ، وَجَعَلَهُ تَيْسًا مُسْتَعَارًا.

وَمِنْ صُورِ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ: الْحِيلُ الرَّبَوِيَّةُ؛ وَمِنْهَا بَيْعُ الْعَيْنَةِ، يَقُولُ لَهُ: أَشْتَرِي مِنْكَ هَذَا الْقَلَمَ بِمِائِيْنَ رِيَالٍ مُؤَجَّلَةٍ، ثُمَّ يَبِيعُ الْقَلَمَ بِثَمَانِيَةِ حَالَةٍ فِي قَلَمٍ قِيَمَتُهُ الْمُعْتَادَةُ رِيَالَانِ، فَهَذَا تَعَسُّفٌ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ.

وَمِثْلُهُ أَيْضًا: مَا جَاءَتْ بِهِ الشَّرِيعَةُ مِنْ مَنَعِ الْإِحْتِكَارِ؛ بِحَبْسِ السَّلْعِ الَّتِي يَحْتَاجُ إِلَيْهَا النَّاسُ مِنْ أَجْلِ أَنْ تَرْتَفَعَ أَثْمَانُهَا، فَإِنَّ الْأَصْلَ جَوَازُ تَصَرُّفِ الْإِنْسَانِ بِإِلَهِ بِمَا شَاءَ قَبْضًا أَوْ بَيْعًا، لَكِنْ إِذَا احْتَاجَ النَّاسُ إِلَى الطَّعَامِ، لَمْ يُجِزْ احْتِكَارُهُ؛ وَمِنْ هُنَا قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا يَحْتَكِرُ إِلَّا خَاطِيٌّ»^(٤).

(١) سورة البقرة: ٢٢٨.

(٢) سورة البقرة: ٢٨٠.

(٣) سورة النساء: ١٢.

(٤) أخرجه مسلم في كتاب المساقاة - باب تحريم الاحتكار في الأقوات (١٦٠٥).



ومثل ذلك: التَّعْسِيفُ عِنْدَ مَنْ يَقُولُ بِهِ.

**

ضَوَابِطُ مَسْأَلَةِ التَّعْسِيفِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ:

أَمَّا بِالنِّسْبَةِ لِصُورِ التَّعْسِيفِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ فَهِيَ كَثِيرَةٌ مُتَعَدِّدَةٌ، وَمَا وَرَدَ بِهِذِهِ الْأَحَادِيثُ وَالآيَاتِ نَهَازِجٌ، لَكِنْ تُرِيدُ أَنْ نَعْرِفَ الضَّابِطَ فِي هَذَا الْبَابِ؛ بِحَيْثُ نَقُولُ: مَتَى يَعُدُّ اسْتِعْمَالُ الْحَقِّ تَعْسِيفًا؟ فَهَذَا لَهُ صُورٌ مُتَعَدِّدَةٌ:

الصُّورَةُ الْأُولَى: تَرْتَّبُ الضَّرْرُ؛ فَإِذَا كَانَ اسْتِعْمَالُ الْحَقِّ سَيَّرْتَبَّ عَلَيْهِ إِحْطَاقُ الضَّرْرِ بِالْآخِرِينَ، فَإِنَّهُ يَعُدُّ تَعْسِيفًا.

وَمِنْ أَمْثَلِهِ ذَلِكَ: مَا إِذَا كَانَ مُرُورُ الْإِنْسَانِ فِي الطَّرِيقِ بِسُرْعَةٍ مُنْخَفِضَةٍ يُوَدِّي إِلَى إِغْلَاقِ الطَّرِيقِ عَلَى النَّاسِ،

مُنْعٍ مِنْ هَذَا التَّصَرُّفِ، مَعَ أَنَّهُ فِي الْأَصْلِ يَحِقُّ لَهُ مِثْلُ هَذَا الْفِعْلِ.

الصُّورَةُ الثَّانِيَةُ مِنْ صُورِ التَّعْسِيفِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ: أَنْ يَتَرْتَّبَ عَلَى اسْتِعْمَالِ الْإِنْسَانِ لِحَقِّهِ مَصَالِحٌ غَيْرُ

مَشْرُوعَةٍ، فَحِينَئِذٍ يُقَالُ: هَذَا تَعْسِيفٌ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ.

الصُّورَةُ الثَّلَاثَةُ: الْإِسْتِعْمَالُ غَيْرِ الْمُعْتَادِ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ. مِثَالُ هَذَا: اسْتَأْجَرْتُ لَكَ سَيَّارَةً مِنْ مَحَالِّ تَأْجِيرِ

السِّيَّارَاتِ، فَمِنْ حَقِّكَ أَنْ تَسْتَعْمَلَ السِّيَّارَةَ، لَكِنْ إِذَا اسْتَعْمَلْتَهَا بِاسْتِعْمَالِ غَيْرِ مُعْتَادٍ - كَمَا لَوْ كُنْتَ تَجْعَلُ عَلَيْهَا

أَحْمَالًا ثَقِيلَةً -، فَيُقَالُ: هَذَا تَعْسِيفٌ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ.

الصُّورَةُ الرَّابِعَةُ مِنْ صُورِ التَّعْسِيفِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ: الْإِسْتِعْمَالُ مَعَ الْإِهْمَالِ أَوْ التَّقْصِيرِ؛ كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرْتُ

سَيَّارَةً وَكُنْتَ تَهْمَلُ فِي طَرِيقَةِ قِيَادَتِهَا، فَحِينَئِذٍ أَنْتَ مَتَعْسِيفٌ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ.

الصُّورَةُ الْخَامِسَةُ مِنَ التَّعْسِيفِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ: مَنَعَ انْتِفَاعِ الْآخِرِينَ بِمَا لَا يَتَضَرَّرُ بِهِ. مِثَالُ ذَلِكَ: إِذَا كُنْتَ تُقِيمُ

مَنْ يَسْتِظِلُّ بِجِدَارِ بَيْتِكَ، مَعَ أَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَيْكَ فِي انْتِفَاعِهِ بِالظِّلِّ، فَنَقُولُ: هَذَا لَا يَحِقُّ لَكَ. فَإِذَا قُلْتَ: هَذَا مِلْكِي

أَتَصَرَّفُ فِيهِ بِمَا أَشَاءُ. فَنَقُولُ: هَذَا تَعْسِيفٌ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ.

وَلَنَعْلَمَ أَنَّ التَّعْسِيفَ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ لَهُ جَانِبَانِ: جَانِبٌ دِيَانَةٌ تَكُونُ بَيْنَ الْإِنْسَانِ وَرَبِّهِ، وَهَذَا جَانِبٌ قَضَائِيٌّ؛

وَذَلِكَ أَنَّ الْقَاضِيَّ يَمْنَعُ مِنَ التَّعْسِيفِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ قَبْلَ إِقْدَامِ صَاحِبِ الْحَقِّ عَلَى اسْتِعْمَالِ حَقِّهِ إِذَا كَانَ الضَّرْرُ

مُتَوَقَّعًا، أَوْ كَانَ مُحْتَمَلًا أَحْتِمَالًا رَاجِحًا.

**



هناك بعض المصطلحات التي نحتاج إلى التفريق بينها وبين التعسف في استعمال الحق:

١- أول هذه المصطلحات: يتعلق بالمسئولية التقصيرية وبين التعسف في استعمال الحق:

المسئولية التقصيرية أو الفعل الضار هو: عندما تفعل فعلاً ضاراً يتعلق به إتلاف أموال غيرك، وفوات مصالحهم، يقال عن هذا: مسؤلية تقصيرية وفعل ضار.

ما الفرق بين المسئولية التقصيرية وبين التعسف في استعمال الحق؟ هناك فروقات من أشهرها فرقان:

الفرق الأول: أن التعسف في استعمال الحق ينطلق من تصرفات مشروعة في الأصل، بخلاف الفعل الضار فإنه غير مشروع.

والفرق الثاني: أن الإجراء المتعلق بالتعسف في استعمال الحق إجراء سابق للفعل، فمنع الإنسان من التعسف في استعمال الحق قبل أن يفعل، وقبل أن يكون هناك تعسف. بخلاف المسئولية التقصيرية؛ فإن الإجراء القضائي متعلق بما بعد الفعل، إذا حصل إتلاف وجب الضمان، فهذا حكم قضائي بعد الفعل.

٢- فإن قال قائل: ما الفرق بين التعسف والتعدي؟

فنقول: التعدي هو مجاوزة في الاستعمال لحدود الحق الذي يحول به الإنسان، بينما التعسف هو تصرفات داخلية في حدود المأذون به، لكنها مؤدية لمخالفة مقصود الشارع، هي تخالف المصلحة الشرعية.

٣- ما الفرق بين التحايل وبين التعسف في استعمال الحق:

التحايل صورة من صور التعسف في استعمال الحق، مثال ذلك: نقول: أد زكاة مالك. قال: مالي وهبته قبل مرور الحول بأسبوع لابني. فانقطع الحول، ثم أعاده إلي، ومن ثم لم تجب علي الزكاة. فهذا تحايل لا ينطلي على رب العزة والجلال، وهو في نفس الوقت تعسف في استعمال الحق؛ لأنه استعمال من قبل الإنسان لحقوقه بما ظاهره الصحة والجواز، فهو ممارسة لفعل مشروع بالأصل، لكنه يخالف مقصود الشارع.

ويلاحظ هنا: أن الحكم على الفعل بأنه تعسف في استعمال الحق لا يخلو من ملاحظة النيات والمقاصد بحسب الظاهر، ومثل هذا يخالف النظرة القانونية كما تقدم.

كما أننا لا بد أن نعرف أن مجالات تطبيق هذه القاعدة تظهر بجلاء في جانبين:

الجانب الأول: القصد المناقض لقصد الشارع، وهو الذي تكلمنا عنه بأنه حكم على النيات؛ لأن هذا



الْمُتَصَرِّفُ يُرِيدُ الْإِضْرَارَ بِالْآخَرِينَ.

وَالْجَانِبُ الثَّانِي: النَّظَرُ فِي النَّتِيجَةِ السَّلْبِيَّةِ الْمُرْتَبَةِ عَلَى اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ، فَنَقُولُ: اسْتِعْمَالُكَ لِلْحَقِّ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ يُؤَدِّي إِلَى النَّتِيجَةِ الْفَلَانِيَّةِ، وَهِيَ مُنَاقِضَةٌ لِمَقْصُودِ الشَّارِعِ.

أَمَّا عَنِ الْحُقُوقِ الَّتِي تَدْخُلُهَا هَذِهِ الْقَاعِدَةُ: فَهِيَ تَدْخُلُ فِي جَمِيعِ الْحُقُوقِ بِأَنْوَاعِهَا السَّابِقَةِ وَتَقْسِيمَاتِهَا الَّتِي أَخَذْنَاهَا فِيهَا مَضَى؛ سِوَاءَ كَانَتْ حُقُوقًا مَالِيَّةً، أَوْ كَانَتْ حُقُوقًا مَعْنَوِيَّةً، وَيَدْخُلُ فِي هَذَا: التَّعَسُّفُ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ فِي الْحُقُوقِ الْمَدَنِيَّةِ، وَالْحُقُوقِ الدِّيْنِيَّةِ، وَكَذَلِكَ الْحُقُوقِ الْأَدْبِيَّةِ، وَحُقُوقِ الْوِلَايَةِ الْعَامَّةِ، وَهَكَذَا أَيْضًا تَدْخُلُ فِي الْحُقُوقِ الْمَحْدُودَةِ، وَغَيْرِ الْمَحْدُودَةِ، وَأَيْضًا تَدْخُلُ فِي الْحُقُوقِ الَّتِي تَثْبُتُ قَضَاءً، وَالْحُقُوقِ الَّتِي تَثْبُتُ دِيَانَةً؛ فَيَدْخُلُ فِي حُقُوقِ الطِّفْلِ، وَحُقُوقِ الْإِنْسَانِ، وَحُقُوقِ الْمَرْأَةِ، وَغَيْرِهَا.

**

مَا هِيَ الْأَثَارُ الْمُرْتَبَةُ عَلَى التَّعَسُّفِ؟ إِذَا حَكَمْنَا عَلَى فِعْلٍ مِنَ الْأَفْعَالِ بِأَنَّهُ تَعَسَّفَ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ فَمَاذَا يَتَرْتَّبُ عَلَى ذَلِكَ؟

يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ خَمْسَةُ أُمُورٍ:

الْأَمْرُ الْأَوَّلُ: الْإِثْمُ، وَيَسْمَى الْجَزَاءُ الْأُخْرَوِيَّ، فَإِنَّ مَنْ تَعَسَّفَ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ فَإِنَّهُ يَلْحَقُهُ إِثْمٌ بِسَبَبِ تَعَسُّفِهِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ، وَمِنْ أَمْثَلِهِ ذَلِكَ: تَعَسُّفُ الْوَالِدَةِ فِي حَقِّ الْحِصَانَةِ عَلَى الْإِبْنِ؛ بِحَيْثُ تَقُولُ: مِنْ حَقِّي السَّفَرُ بِالْأَوْلَادِ، فَتَسَافِرُ، أَوْ تَمْتَنِعَ مِنَ السَّفَرِ مِنْ أَجْلِ الْمُضَارَّةِ بِالزَّوْجِ، فَيَلْحَقُهَا إِثْمٌ بِسَبَبِ هَذَا.

الْأَثَرُ الثَّانِي مِنْ أَثَارِ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ: أَنَّهُ يُشْرَعُ إِزَالَةُ الضَّرَرِ الْمُرْتَبِّ عَلَى التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ، كَمَا يُشْرَعُ جَلْبُ الْمَصْلَحَةِ الْمَفُوتَةِ عِنْدَ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ.

الْأَثَرُ الثَّلَاثُ مِنْ أَثَارِ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ: إِجْبَابُ الضَّمَانِ؛ فَإِنَّهُ عِنْدَ تَعَسُّفِ الْإِنْسَانِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ بِحَيْثُ يَفُوتُ مَصَالِحُ لِعَيْبِهِ، أَوْ يَلْحَقُ الضَّرَرُ بغيرِهِ، فَإِنَّا نُوجِبُ التَّعْوِيضَ عَلَى ذَلِكَ الْمُتَعَسِّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ، وَهَذَا يُسَمَّى: الْجَزَاءُ التَّعْوِيضِيَّ.

وَالنَّوْعُ الرَّابِعُ مِنْ أَثَارِ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ: أَنْ نُبْطِلَ التَّصَرُّفَاتِ الَّتِي اسْتُعْمِلَتْ عَلَى جِهَةِ الْمُضَارَّةِ وَعَلَى جِهَةِ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ، وَهَذَا يُسَمُّونَهُ: الْجَزَاءُ الْعَيْبِيَّ، فَإِذَا بَاعَ مِنْ أَجْلِ الْخَاطِئِ الضَّرَرَ أَبْطَلْنَا مِثْلَ هَذِهِ



التَّصَرُّفَاتِ.

الأثر الخامس من آثار التعسف في استعمال الحق: تقرير عقوبة التعزير على المتعسف في استعمال الحق، وهذا يسُمونه الجزاء العقابي. ومن أمثله مثلاً: ما ورد في حديث سمرة بن جندب، أنه كان له نخلة في حديقة لرجل من الأنصار معه أهله، فكان يدخل لنخلته من أجل رعايتها، فيتأذى منه الأنصاري صاحب الحائط، فاشتكى للنبي صلى الله عليه وسلم، فطلب منه أن يبيعها فأبى، وطلب منه أن ينقله بنخلة أخرى في طرف الحائط والبستان فأبى، فعرض عليه عدداً من الأمور فأبى، فأمر النبي صلى الله عليه وسلم الأنصاري أن يقلع نخلة سمرة من أجل أن يزيد هذا التعسف في استعمال الحق. كما ورد ذلك في «سنن أبي داود»^(١).

ومثله أيضاً ما ورد في حديث محمد بن مسلمة: أن شخصاً احتاج إلى إمرار الماء في أرض غيره، فامتنع صاحب الأرض، فألزمه عمر بذلك، وقال: ليمرن ولو على بطنك؛ لأن هذا تعسف في استعمال الحق.

ومن صور هذا أيضاً: ما ورد في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا يمتنع جارٌ جاره أن يغرس خشبه في جداره»^(٢). قال أبو هريرة: ((والله لأرمين بها بين أكتافكم)). فعندما يمتنع الجار ويقول: هذا ملكي، ولكن أمكن جاري من أن يضع خشبه على جداري. نقول: هذا تعسف في استعمال الحق.

ومن هذه القاعدة أيضاً: ما ورد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من استطاع منكم أن ينفع أخاه فليُفعل»^(٣)، فمن كان قادراً على نفع إخوانه - بما لا يعود بالضرر عليه - تعين عليه هذا، ولا يصح له أن يقول: هذا من حقي، ولي التصرف في حقي بما أشاء.

**

مناهج الكتابة في هذه القاعدة:

هذه القاعدة قد كتبت فيها عدد من المؤلفين والكتابات المعاصرين، وأولوها عناية خاصة، ونعرض لذلك عدداً

من النماذج:

(١) أخرجه أبو داود في كتاب الأفضية - باب من الفصاء (٣٦٣٦)، وضعفه الألباني في «ضعيف أبي داود»، وقال: «ضعيف».

(٢) أخرجه الطبراني في «الكبير» (٣٥٨/١٤).

(٣) أخرجه مسلم في كتاب السلام - باب استحباب الرقية من العين والنملة والحمة (٢١٩٩).



النموذج الأول: كتاب «نظرية التعسف في استعمال الحق» للدكتور فتحي الدريني، وهي رسالته في الدكتوراه في الأزهر.

وهكذا أيضًا كتب شخص اسمه سعيد أجد الزهاوي رسالة في هذا، ولم أطلع عليها. أيضًا من نماذج الكتابات في هذه القاعدة: ما كتبه الدكتور أحمد النجدي في كتابه «التعسف في استعمال الحق». ومن نماذج الكتابات في هذه النظرية: كتاب «نظرية التعسف في استعمال الحق عند الإمام الشاطبي» كتبها الدكتور بدر الدين العمري.

أيضًا من المؤلفات التي كتبت في هذه النظرية: كتاب «نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي» وهي من تأليف: محمد أحمد سراج.

أيضًا كتب الدكتور مصطفى الزرقا بحثًا بعنوان: «صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في قانون إسلامي».

وقد كتب أيضًا: مجيد محمود أبو حجر كتابًا بعنوان «نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة».

وكان من أوائل من كتب في هذه النظرية: الشيخ محمد أبو زهرة؛ حيث كتب بحثًا قدمه لمؤتمر فقهي عقد بدمشق عن هذا الموضوع.

هذا الموضوع -موضوع التعسف في استعمال الحق، كما تقدم- هو موضوع فقهية قبل أن يكون موضوعًا قانونيًا؛ ولذلك فإن كثيرًا من الباحثين يرى أن القانون في الأساس لا يتوافق مع هذه القاعدة، لما تقدم من كون هذه القاعدة مبنية على ملاحظة المقاصد والنيات، ولأن القانونيين إما أن يسيروا على المنهج الفردي، وبالتالي فهم يقولون: من استعمل حقه فما ظلم. أو يسيروا على المذهب الاشتراكي، فلا يقيمون لحقوق الأفراد وزنًا.

ومن هنا فإن هذه القاعدة منبثقة من أحكام شرعية ونظرات فقهية، ومن هنا فإن كثيرًا من الباحثين يقول: بأن من كتب من القانونيين مؤيدًا لهذه القاعدة -قاعدة التعسف في استعمال الحق- فإنه إنما أخذها من كتابات الفقهاء.

قاعدة التعسف في استعمال الحق موضوع مهم، وموضوع واسع؛ انطلاقًا من أهمية هذا الموضوع لوجود



حَاجَةٌ شَدِيدَةٌ لَهُ، وَلَوْ جُودَ مُمَارَسَاتِ خَاطِئَةٍ مِنْ أَصْحَابِ الْحُقُوقِ فِي اسْتِعْمَالِ مَا لَهُمْ مِنْ حُقُوقٍ، وَلَكُونَ هَذِهِ الْقَاعِدَةُ لَهَا تَفْرِيعَاتٌ وَتَقْسِيمَاتٌ عَدِيدَةٌ، وَيَنْدَرِجُ تَحْتَهَا جُزْئِيَّاتٌ كَثِيرَةٌ، كُلُّ هَذِهِ الْأُمُورِ تَجْعَلُنَا نَضَعُ مَوْضُوعَ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ كَقَاعِدَةٍ مُسْتَقِلَّةٍ.

هُنَاكَ مِنَ الْكِتَابِ مَنْ يَرَى أَنَّهُ يَنْبَغِي الْإِقْتِصَارُ بِذِكْرِ الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ الَّتِي يَذْكُرُهَا عُلَمَاءُ الشَّرِيعَةِ عَنْ جَعْلِ هَذَا الْمَوْضُوعِ نَظْرِيَّةً مُسْتَقِلَّةً، وَنَقُولُ: الْقَوَاعِدُ الْفِقْهِيَّةُ عِلْمٌ مُسْتَقِلٌّ، وَلَهُ تَفْصِيلَاتُهُ وَجُزْئِيَّاتُهُ، وَنَحْنُ نَبْحَثُ هُنَا مَا يَتَعَلَّقُ بِهَذَا الْمَوْضُوعِ مِنْ جِهَةٍ جَعَلَهُ نَظْرِيَّةً يَسِيرٌ عَلَيْهَا الْقَضَاءُ، وَيُرْتَبُ عَلَيْهَا أَحْكَامًا وَجُزْئِيَّاتٌ مُخْتَلِفَةٌ.

نَنْطَلِقُ مِمَّا سَبَقَ إِلَى مَوْضُوعٍ آخَرَ، وَهُوَ: صِلَةُ هَذِهِ النَّظْرِيَّةِ -نَظْرِيَّةِ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ- بِالْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ الْأُخْرَى:

نَظْرِيَّةِ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ لَهَا اِزْتِبَاطٌ بِالْعَدِيدِ مِنَ الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ، وَمِنْ أَمْثَلِهِ ذَلِكَ:

١- قَاعِدَةُ (الْأُمُورِ بِمَقَاصِدِهَا)؛ فَإِنَّ مَقَاصِدَ الْمُكَلِّفِينَ مُعْتَبَرَةٌ، وَبِهَذَا جَعَلْنَا الْقَصْدَ السَّيِّئَ -بِأَن يَقْصِدَ الْمَرْءُ مُنَاقِضَةَ مَقْصُودِ الشَّارِعِ- سَبَبًا مِنْ أَسْبَابِ بِنَاءِ الْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ الْمُنْطَلِقَةِ مِنَ الْحُكْمِ عَلَى التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ.

٢- وَمِثْلُهُ أَيْضًا: قَاعِدَةُ (الضَّرَرُ يُزَالُ)؛ فَإِنَّهَا مِنْ قَوَاعِدِ الْفِقْهِ الْأَصِيلَةِ الَّتِي يَبْنِي عَلَيْهَا أَحْكَامُ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ؛ فَإِنَّ التَّعَسُّفَ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ يُجَوِّلُ صَاحِبَ الْوِلَايَةِ مِنْ إِبْطَالِ التَّصَرُّفَاتِ الَّتِي يُرَادُ بِهَا: الْإِضْرَارُ بِالْآخِرِينَ.

٣- وَأَيْضًا مِمَّا يُرَاعَى عِنْدَ اسْتِعْمَالِ هَذِهِ النَّظْرِيَّةِ: قَاعِدَةُ (مَنْعُ الْحَيْلِ)؛ فَإِنَّ الشَّرِيعَةَ قَدْ جَاءَتْ بِمَنْعِ التَّحِيلِ، وَهَذَا مَجَالٌ مِنْ مَجَالَاتِ تَطْبِيقِ أَحْكَامِ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ.

٤- وَمِنْ ذَلِكَ أَيْضًا: قَاعِدَةُ (سَدُّ الذَّرَائِعِ)؛ فَإِنَّ الشَّرِيعَةَ قَدْ جَاءَتْ بِمَنْعِ مِنَ الْوَسَائِلِ الْمُؤَدِّيَةِ إِلَى الْفَسَادِ، وَمَتَى كَانَ اسْتِعْمَالُ الْحَقِّ مُؤَدِّيًا إِلَى مُنَاقِضَةِ مَقْصُودِ الشَّارِعِ؛ فَإِنَّ قَاعِدَةَ الشَّرِيعَةِ تَأْتِي بِسَدِّ ذَلِكَ وَمَنْعِهِ مِنْهُ.

٥- هَكَذَا أَيْضًا: قَاعِدَةُ (الْمُوَازَنَةُ بَيْنَ الْمَصَالِحِ وَالْمَفَاسِدِ)؛ فَإِنَّهَا مِنْ أَكْبَرِ مَجَالَاتِ تَطْبِيقِ أَحْكَامِ نَظْرِيَّةِ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ، فَإِنَّ الْفِعْلَ الَّذِي يَفْعَلُهُ صَاحِبُ الْحَقِّ وَيُؤَدِّي إِلَى مَفْسَدَةٍ أَكْبَرَ مِنَ الْمَصْلَحَةِ الْمَرْجُوعَةِ مِنْهُ، فَإِنَّا نَمْنَعُ



منه؛ أخذًا من قاعدة الموازنة بين المصالح والمفاسد، وهي قاعدة: (درء المفاسد مقدم على جلب المصالح).
٦- من القواعد المتعلقة بهذا الباب، أو بنظرية التعسف في استعمال الحقوق: قاعدة (النظر في مآلات الأفعال)؛
فإن الحكم على فعل من الأفعال لا بد أن يلاحظ فيه ما يؤول إليه ذلك الفعل.
فهذه القواعد الفقهية السابقة بمثابة أصول يستند إليها الفقيه والقاضي في تطبيقات نظرية التعسف في
استعمال الحق، ولا يصح لنا أن نقول: بأنها مغنيتها عنه؛ لأنها أصول له، وبالتالي لا يصح أن يقول قائل: نكتفي بهذه
النظريات عن تقرير الحكم الشرعي الوارد في التعسف في استعمال الحق.

يبقى عندنا المقارنة بين الدراسات الفقهية والقانونية المتعلقة بهذا المبدأ -مبدأ التعسف في استعمال الحق-:
ويلاحظ أن هذا المبدأ هو في الأساس مما يندرج تحت قاعدة الحق، ولكن أفرد من جهة أهميته، ومن جهة
الآثار المترتبة عليه، ومن جهة كثرة تطبيقاته؛ ولذلك فإن أكثر القانونيين يدرجون الكلام في هذا المبدأ تحت نظرية
الحق، وفقهاء الشريعة لا يجعلونه بابًا مستقلًا، وإنما يذكرون فروعه وتطبيقاته في الأبواب الفقهية المتعددة
المختلفة، وقد ذكرنا نماذج لذلك من خلال النصوص الشرعية الواردة في هذا الباب، ومن خلال التطبيقات
الفقهية والقواعد التي لها اتصال بهذا المبدأ.

من الفروقات بين الدراسات الفقهية والدراسات القانونية المتعلقة بهذا:

١- أننا نجد أن الدراسات الفقهية ثرية بالتطبيقات، بخلاف الدراسات القانونية، فإنها مجرد دراسات
تنظيرية في الغالب.

٢- والفرق الثاني: أن هذا المبدأ المرتب على التعسف في استعمال الحق متقرر مع الطريقة الشرعية في ملاحظة
المآلات، وملاحظة المقاصد والنيات، لكنها لا تتوافق مع الطريقة القانونية التي لا تلتفت إلى ظاهر الأفعال، ولا
تحكم على البواطن بخفائها، من هنا فإن أساس هذه القاعدة لا يتماشى مع الطريقة القانونية.

٣- الجانب الثالث من جوانب التفريق بين الدراسات الفقهية والدراسات القانونية: أن الدراسات الفقهية
المتعلقة بهذا الموضوع تنطلق من جانب وقائي قبل حصول الفعل، وتنطلق من مخاطبة ضمائر الناس قبل أن يكون
هناك إلزام قضائي بملاحظة هذا المبدأ -مبدأ التعسف في استعمال الحق- بخلاف النظرة القانونية؛ فهي مقتصرة



عَلَى الْجَانِبِ الْقَضَائِيِّ.

مِنْ أَمْثَلِهِ ذَلِكَ: فِي بَابِ الشُّفْعَةِ؛ الْأَصْلُ أَنَّهُ يُجُوزُ لِلْإِنْسَانِ أَنْ يَبِيعَ مَلَكَهُ لِمَنْ يَشَاءُ، لَكِنْ إِذَا كَانَ سَيَّرْتَبُ عَلَى ذَلِكَ إِضْرَارٌ بِالشَّرِيكِ، فَحِينَئِذٍ نَقُولُ: يُشْرَعُ لِلشَّرِيكِ أَنْ يُخْبِرَ شَرِيكَهٖ بِأَنَّهُ سَيَبِيعُ مَلَكَهُ. فَهَذَا جَانِبٌ مُتَعَلِّقٌ بِأَمْرِ الدِّيَانَةِ، ثُمَّ إِذَا بَاعَ الشَّرِيكَ نَصِيْبَهُ، جَازَ لِشَرِيكَهٖ أَنْ يَشْفَعَ؛ بِحَيْثُ يَأْخُذُ الشَّقْصَ بِالثَّمَنِ الَّذِي اشْتَرَى بِهِ. فَإِنْ قَالَ: هَذَا مِلْكِي وَلِي الْحَقُّ بِالتَّصَرُّفِ فِيهِ. قِيلَ: هَذَا تَعَسُّفٌ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ، وَبِالتَّالِي جَاءَتِ الشَّرِيعَةُ بِمَشْرُوعِيَّةِ الشُّفْعَةِ فِيهِ.

فَالْجَانِبُ الْفِقْهِيُّ نَظَرَ الْفُقَهَاءَ فِيهِ إِلَى جَانِبِ دِيَانَتِهِ؛ يَتَقَرَّبُ الْإِنْسَانُ إِلَى رَبِّهِ بِإِخْبَارِ شَرِيكَهٖ بِرَغْبَتِهِ فِي بَيْعِ شَقْصِهِ. وَالجَانِبُ الثَّانِي: الْجَانِبُ الْقَضَائِيُّ بِتَمَكِينِ الشَّرِيكِ مِنْ أَخْذِ نَصِيْبِ شَرِيكَهٖ الَّذِي بَاعَهُ بِوَاسِطَةِ الشُّفْعَةِ. هَذَا شَيْءٌ مِمَّا يَتَعَلَّقُ بِهَذِهِ الْقَاعِدَةِ -قَاعِدَةُ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ-. وَلَعَلَّنَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ فِي اللِّقَاءِ الْقَادِمِ نَتَبَاخَثُ فِي مَبْدَأٍ آخَرَ وَنَظَرِيَّةٍ أُخْرَى. نَسْأَلُ اللَّهَ جَلَّ وَعَلَا أَنْ يُوفِّقَنَا وَإِيَّاكُمْ لِحَيْرِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ، وَأَنْ يَجْعَلَنَا وَإِيَّاكُمْ مِنَ الْهُدَاةِ الْمُهْتَدِينَ، كَمَا أَسْأَلُهُ سُبْحَانَهُ أَنْ يُوفِّقَ الْجَمِيعَ لِمَا يُحِبُّ وَيَرْضَى.

اللَّهُمَّ ارْزُقْ إِخْوَانِي عِلْمًا نَافِعًا، وَعَمَلًا صَالِحًا، وَنِيَّةً خَالِصَةً.
هَذَا وَاللَّهُ أَعْلَمُ، وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى نَبِيِّنَا مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ أَجْمَعِينَ.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ، وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى أَشْرَفِ الْأَنْبِيَاءِ وَالْمُرْسَلِينَ.
أَمَّا بَعْدُ.

فَتَدَارَسُ فِي هَذَا الْيَوْمِ - بِإِذْنِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ - (نَظَرِيَّةُ الْعَقْدِ).

التَّعْرِيفُ اللَّغَوِيُّ لِلْعَقْدِ:

وَالْعَقْدُ خِلَافُ الْحُلِّ، مَأْخُودٌ مِنَ الْفِعْلِ عَقَدَ، بِمَعْنَى: رَبَطَ وَشَدَّ، يُقَالُ: عَقَدَ الْحَبْلَ بِمَعْنَى رَبَطَهُ وَشَدَّهُ.

وَأَمَّا عَنْ مَعْنَاهُ فِي اصْطِلَاحِ عُلَمَاءِ الشَّرِيعَةِ: فَإِنَّ عُلَمَاءَ الشَّرِيعَةِ لَهُمْ مِنْهَجَانِ فِي حَقِيقَةِ الْعَقْدِ:

الْمَنْهَجُ الْأَوَّلُ: تَفْسِيرُ الْعَقْدِ بِأَنَّهُ: ارْتِبَاطُ إِجْبَابٍ بِقَبُولٍ عَلَى وَجْهِ مَشْرُوعٍ، تَكُونُ لَهُ آثَارٌ فِي الْمَحَلِّ.

وَالْمَنْهَجُ الثَّانِي: أَنَّ الْعَقْدَ هُوَ الْجُزْمُ بِتَصَرُّفٍ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ آثَارٌ فِي مَحَلِّ الْعَقْدِ. أَوْ بِصِيغَةٍ أُخْرَى: أَنَّهُ التَّصَرُّفَاتُ

الْمُؤَثِّرَةُ عَلَى مَحَلِّ مَا؛ سِوَاءِ بِنَقْلِ الْمِلْكِيَّةِ، أَوْ الْإِنْتِفَاعِ.

وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْمَنْهَجَيْنِ: أَنَّ الْمَنْهَجَ الْأَوَّلَ يَجْعَلُ مِنْ أَرْكَانِ الْعَقْدِ وَجُودَ الْإِجْبَابِ وَالْقَبُولِ، خِلَافَ الْمَنْهَجِ الثَّانِي؛

فَإِنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ ارْتِبَاطُ الْإِجْبَابِ بِالْقَبُولِ لِتَكْوِينِ الْعَقْدِ، وَلِذَا يَقُولُونَ: الْوَقْفُ عَقْدٌ، مَعَ أَنَّهُ إِنَّمَا يَكُونُ فِي صِيغَةِ

الْإِجْبَابِ بَدُونِ أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ قَبُولٌ.

أَمَّا عَنْ حَقِيقَةِ الْعَقْدِ عِنْدَ الْقَانُونِيِّينَ:

فَإِنَّهُمْ يَقُولُونَ: هُوَ تَوَافُقُ إِرَادَتَيْنِ عَلَى إِحْدَاثِ أَثَرٍ قَانُونِيٍّ مُعَيَّنٍ؛ مِنْ إِنْشَاءِ التَّزَامِ، أَوْ نَقْلِهِ، أَوْ تَعْدِيلِهِ، أَوْ إِهْلَائِهِ؛

فَالضَّمَانُ - مَثَلًا - إِنْشَاءُ التَّزَامِ، وَالْبَيْعُ نَقْلٌ، وَالْإِقَالَةُ إِهْلَاءٌ.

وَيَلَاحِظُ عَلَى هَذَا الْمَنْهَجِ، أَوْ عَلَى طَرِيقَةِ الْقَانُونِيِّينَ عَدَدٌ مِنَ الْمَلْحُوظَاتِ:

١ - أَوَّلُ هَذِهِ الْمَلْحُوظَاتِ: مَا يَتَعَلَّقُ بِالْعُقُودِ الْبَاطِلَةِ؛ فَإِنَّ الْعُقُودَ الْبَاطِلَةَ يَجْعَلُونَهَا عُقُودًا، وَمَعَ ذَلِكَ لَا تَتَرْتَّبُ

عَلَيْهَا الْآثَارُ؛ فَالْعَقْدُ الْبَاطِلُ فِيهِ إِرَادَتَانِ مُتَوَافِقَتَانِ عَلَى إِحْدَاثِ أَثَرٍ قَانُونِيٍّ، لَكِنَّهَا لَيْسَتْ عُقُودًا تَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا

آثَارَهَا.

مِثَالُ ذَلِكَ: الْعُقُودُ الَّتِي تَحْصُلُ بَيْنَ شَخْصٍ غَيْرِ مَالِكٍ وَلَا مَأْذُونٍ لَهُ فِي التَّصَرُّفِ - كَمَا لَوْ بَعْتَ سَيَّارَةَ زَيْدٍ

بَدُونِ أَنْ يَأْذَنَ لَكَ - فَهَذَا فِيهِ تَوَافُقُ إِرَادَتِكَ مَعَ إِرَادَةِ الْمُشْتَرِيِّ عَلَى إِحْدَاثِ أَثَرٍ قَانُونِيٍّ، وَمَعَ ذَلِكَ لَا يُسَمَّى عَقْدًا



تَرْتَّبَ عَلَيْهِ آثَارُ الْعُقُودِ.

٢- المَلْحُوظَةُ الثَّانِيَةُ: أَنَّهُمْ يَعْرِفُونَ الْعَقْدَ بِأَنَّهُ تَوَافُقُ إِرَادَتَيْنِ، وَالْإِرَادَةُ أَمْرٌ بَاطِنٌ خَفِيٌّ، وَالْقَاعِدَةُ: أَنَّ الْحُكْمَ الْقَضَائِيَّ إِنَّمَا يَكُونُ عَلَى الْأَمْرِ الظَّاهِرِ دُونَ الْأَمْرِ الْخَفِيِّ. فَهَذَا يُوجَدُ مِنْ نِيَّاتٍ وَإِرَادَاتٍ لَا يَحْكُمُ عَلَيْهَا الْقَضَاءُ، وَإِنَّمَا يَحْكُمُ عَلَى الْأَمْرِ الظَّاهِرِ، وَمِنْ هُنَا كَانَ تَعْرِيفُ عُلَمَاءِ الشَّرِيعَةِ لِرَبْطِ الْعُقُودِ بِالْأُمُورِ الظَّاهِرَةِ كَالْإِجَابِ أَوْلَى مِنْ كَلَامِ الْقَانُونِيِّينَ.

٣- الْأَمْرُ الثَّلَاثُ: أَنَّهُمْ يَقُولُونَ: الْعَقْدُ تَوَافُقُ إِرَادَتَيْنِ. وَتَوَافُقُ الْإِرَادَتَيْنِ لَا يَحْصُلُ بِهِ الْعَقْدُ حَتَّى يُوجَدَ تَصَرُّفَاتٌ نَاتِجَةٌ مِنْ هَذِهِ الْإِرَادَةِ؛ مِثَالُ ذَلِكَ: إِذَا كَانَتْ عِنْدِي رَغْبَةٌ فِي بَيْعِ سَيَّارَتِي، وَعِنْدَكَ رَغْبَةٌ فِي شِرَائِهَا، فَهَذَا إِرَادَتَانِ مُتَوَافِقَتَانِ، وَمَعَ ذَلِكَ لَا يَعْدُ عَقْدٌ بَيْعٍ حَتَّى تُوجَدَ الصَّيْغَةُ الَّتِي يَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا نَقْلُ الْمَلِكِ.

٤- المَلْحُوظَةُ الرَّابِعَةُ: أَنَّهُمْ يَشْتَرِطُونَ فِي الْعُقُودِ تَوَافُقَ الْإِرَادَتَيْنِ، وَفِي مَرَاتٍ لَا يَكُونُ الْعَاقِدُ مُرِيدًا لِلْعَقْدِ؛ كَمَا فِي الْعُقُودِ الْقَهْرِيَّةِ غَيْرِ الْإِخْتِيَارِيَّةِ.

مِثَالُ ذَلِكَ: فِي عَقْدِ الشُّفْعَةِ يَثْبُتُ لِلشَّرِيكَ الْحَقُّ فِي امْتِنَاكِ الشَّقْصِ الَّذِي بَاعَهُ شَرِيكُهُ، مَعَ أَنَّهُ لَمْ تَتَوَافَقِ الْإِرَادَتَانِ، فَقَدْ يَكُونُ الْمُشْتَرِي غَيْرَ رَاغِبٍ فِي هَذَا الْعَقْدِ.

وَمِثْلُهُ أَيْضًا: الْعُقُودُ الَّتِي يَكُونُ فِيهَا إِكْرَاهٌ بِحَقِّ؛ مِثْلُ: بَيْعِ الرَّهْنِ لِسَدَادِ الدِّينِ، مَعَ أَنَّ الْمَالِكَ غَيْرَ رَاغِبٍ فِي الْبَيْعِ، وَمِثْلُ: نَزْعِ مِلْكِيَّةِ الْعَقَارَاتِ الَّتِي تَكُونُ فِي الطَّرِيقِ مِنْ أَجْلِ الْمَصْلَحَةِ الْعَامَّةِ، فَإِنَّ هَذَا عَقْدٌ، وَإِنْ كَانَ بَعْضُهُمْ يَجْعَلُهُ مِنْ بَابِ التَّعْوِضِ لَا مِنْ بَابِ الْعُقُودِ.

عُلَمَاءُ الشَّرِيعَةِ يَتَدَارَسُونَ الْعُقُودَ فِي كُتُبِهِمُ الْفِقْهِيَّةِ عَلَى سَبِيلِ الْإِنْفِرَادِ؛ بِحَيْثُ يَتَدَارَسُونَ كُلَّ عَقْدٍ مُنْفَرِدًا؛ فَتَجِدُ فِي الْكُتُبِ الْفِقْهِيَّةِ: عَقْدَ الْبَيْعِ، عَقْدَ السَّلْمِ، عَقْدَ الْإِجَارَةِ، عَقْدَ الْمَزَارَعَةِ. فَيَبْحَثُونَ كُلَّ عَقْدٍ بِصِفَةِ مُنْفَرِدَةٍ. وَيَبْحَثُونَ فِي كُلِّ عَقْدٍ حُكْمَ ذَلِكَ الْعَقْدِ، وَطُرُقَ انْعِقَادِ الْعَقْدِ، وَشُرُوطَ الْعَقْدِ، وَأَرْكَانَهُ، وَالْآثَارَ الْمُرْتَبِتَةَ عَلَيْهِ، وَمَسَائِلَ النَّزَاعِ بَيْنَ الْمُتَعَاقِدِينَ، وَالضُّوَابِطَ الشَّرْعِيَّةَ الْمُتَعَلِّقَةَ بِذَلِكَ الْعَقْدِ، وَطُرُقَ انْتِهَاءِ الْعَقْدِ، وَدِرَاسَةَ الْفُقَهَاءِ دِرَاسَةً تَطْبِيقِيَّةً أَكْثَرَ مِنْ كَوْنِهَا دِرَاسَةً نَظَرِيَّةً.

وَمِنْ أَوَائِلِ مَنْ أَلْفَ فِي مَسَائِلِ الْعُقُودِ -بِحَيْثُ يُوجَدُ قَوَاعِدُ عَامَّةٌ لِلْعُقُودِ-: شَيْخُ الْإِسْلَامِ ابْنُ تَيْمِيَّةٍ فِي كِتَابِهِ



«العُقُودُ»، الَّذِي طُبِعَ بِاسْمِ: (نَظَرِيَّةُ الْعُقُودِ). هَكَذَا أَيْضًا بَعْضُ عُلَمَاءِ الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ كَتَبُوا عَنِ الْعُقُودِ بِشَكْلِ إِجْمَالِيٍّ بِمَا يَتَنَاوَلُ أَغْلَبَ الْعُقُودِ، وَمِنْ هَؤُلَاءِ: بَدْرُ الدِّينِ الزَّرْكَشِيُّ فِي كِتَابِهِ «الْمَنْثُورُ»، وَابْنُ رَجَبٍ فِي «الْقَوَاعِدِ»، وَعَدَدٌ مِنَ الْمُؤَلِّفِينَ فِي الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ.

**

أَرْكَانُ الْعُقُودِ:

إِذَا نَظَرْنَا إِلَى الْعُقُودِ وَجَدْنَا أَنَّهَا تَتَكَوَّنُ مِنْ ثَلَاثَةِ أَرْكَانٍ:

الرُّكْنُ الْأَوَّلُ: الْعَاقِدُ، وَأَغْلَبُ الْعُقُودِ يَكُونُ الْعُقُودُ مُنْشَأً مِنْ عَاقِدَيْنِ؛ كَمَا فِي الْبَيْعِ، وَالْإِجَارَةِ، وَالرَّهْنِ، وَالْوَكَالَةِ، وَهَنَّاكَ عُقُودٌ تَكُونُ نَاشِئَةً مِنْ عَاقِدٍ وَاحِدٍ؛ مِثْلُ: الْوَفِّفِ.

الرُّكْنُ الثَّانِي: الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ - أَوْ مَحَلُّ الْعُقُودِ -، وَالْمُرَادُ بِهِ: الْمَحَلُّ الَّذِي كَانَ الْعُقُودُ مُنْشَأً مِنْ أَجْلِ التَّصَرُّفِ فِيهِ، وَقَدْ يَكُونُ مَحَلُّ الْعُقُودِ عَيْنًا؛ مِثْلُ: هَذِهِ السَّيَّارَةِ، وَقَدْ يَكُونُ مَنْفَعَةً؛ مِثْلُ: السُّكْنَى، وَقَدْ يَكُونُ دَيْنًا؛ كَمَا لَوْ تَعَاقَدَ مَعَهُ فِي السَّلَمِ عَلَى أَنْ يُسَلِّمَهُ مِائَةَ صَاعٍ بَعْدَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ.

الرُّكْنُ الثَّلَاثُ: صِيغَةُ الْعُقُودِ، وَقَدْ تَكُونُ الصِّيغَةُ صِيغَةً قَوْلِيَّةً؛ بِأَنْ يَتَكَلَّمَ كُلُّ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ بِكَلَامٍ يُؤَدِّي إِلَى جَعْلِ الْإِيجَابِ يَرْتَبِطُ بِالْقَبُولِ.

وَصِيغَةُ الْعُقُودِ قَدْ تَكُونُ صَرِيحَةً، كَمَا لَوْ قَالَ: بَعْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ. أَوْ قَالَ: أَجْرْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ. وَقَدْ تَكُونُ الصِّيغَةُ مِنْ بَابِ الْكِنَايَةِ بِحَيْثُ لَا يَدُلُّ اللَّفْظُ عَلَى ذَلِكَ الْعُقُودِ إِلَّا بِقَرِينَةٍ؛ كَمَا لَوْ قَالَ: بَعْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ لِمُدَّةِ سَنَةٍ. فَإِنَّ هَذَا اللَّفْظَ كِنَايَةً يُرَادُ بِهِ عَقْدُ الْإِيجَارِ.

وَقَدْ تَعَقَّدَ الْعُقُودُ بِوَسِطَةِ الْمُعَاطَاةِ؛ بِأَنْ يَكُونَ هُنَاكَ أَفْعَالٌ تَدُلُّ عَلَى الْعُقُودِ وَلَوْ لَمْ يُوْجَدْ لَفْظٌ، وَمِنْ أَمْثَلِ ذَلِكَ: مَا لَوْ ذَهَبَتْ إِلَى الْخُبَّازِ وَوَضَعَتْ فِي صُنْدُوقِهِ رِيَالًا وَأَخَذَتْ أَرْبَعَ خُبْزَاتٍ، فَهَذَا مُعَاطَاةٌ، لَيْسَ بِصَرِيحٍ وَلَا بِكِنَايَةٍ.

مَسْأَلَةٌ: الْفُقَهَاءُ اخْتَلَفُوا فِي صِيغَةِ الْمُعَاطَاةِ: هَلْ هِيَ صِيغَةٌ تَرْتَبُّ عَلَيْهَا الْعُقُودُ أَوْ لَا؟

وَهُمْ فِي ذَلِكَ ثَلَاثَةٌ مَذَاهِبٍ مَشْهُورَةٌ:

الْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ: أَنَّ الْمُعَاطَاةَ لَيْسَتْ طَرِيقًا لِانْعِقَادِ الْعُقُودِ. وَهَذَا هُوَ مَذْهَبُ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ، قَالُوا: لِأَنَّ اللَّهَ اشْتَرَطَ فِي صِحَّةِ الْعُقُودِ الرِّضَا، وَالرِّضَا أَمْرٌ خَفِيُّ، فَلَا بَدَّ أَنْ تَرْتَبَّ الْعُقُودُ عَلَى أَمْرٍ ظَاهِرٍ الَّذِي هُوَ الصِّيغَةُ الْقَوْلِيَّةُ؛



فَإِنَّ اللَّهَ قَالَ: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(١). وَلَا يُمْكِنُ أَنْ نَعْرِفَ
وُجُودَ التَّرَاضِي إِلَّا بِوُجُودِ أَقْوَالٍ تَدُلُّ عَلَى حُصُولِ التَّرَاضِي مِنَ الطَّرَفَيْنِ.

القول الثاني: أَنَّ الْعَقْدَ يَصِحُّ بِأَيِّ طَرِيقٍ يُشْعِرُ بِهِ وَيَدُلُّ عَلَيْهِ؛ سَوَاءً كَانَ بِاللَّفْظِ أَوْ بِالْفِعْلِ، وَمِنْ هُنَا
يُصَحِّحُونَ انْعِقَادَ الْعُقُودِ بِوَاسِطَةِ الْمُعَاطَاةِ، وَهَذَا هُوَ مَذْهَبُ الْإِمَامِ أَحْمَدَ. قَالُوا: لِأَنَّ الْمَقْصُودَ تَحْصِيلَ الرِّضَا، وَإِذَا
حَصَلَ الرِّضَا صَحَّ الْعَقْدُ، قَالُوا: وَلِأَنَّ اشْتِرَاطَ الصِّيغَةِ الْقَوْلِيَّةِ يَحْتَاجُ إِلَى دَلِيلٍ، وَالْآيَةُ لَا تَنْتَهِضُ دَلِيلًا؛ لِأَنَّهَا إِنَّمَا
اشْتَرَطَتِ الرِّضَا.

وَالْقَوْلُ الثَّالِثُ: بِأَنَّ الْمُعَاطَاةَ طَرِيقٌ صَحِيحٌ لِانْعِقَادِ الْعُقُودِ فِي الْمُحَقَّرَاتِ - وَهِيَ الْأُمُورُ الْقَلِيلَةُ -، أَمَّا الْأُمُورُ
الثَّمِينَةُ فَإِنَّهُ لَا يَنْعَقِدُ الْعَقْدُ فِيهَا بِالْمُعَاطَاةِ.

مِنْ أَمْثَلَةِ بَيْعِ الْمُعَاطَاةِ: مَكَائِنُ الْبَيْعِ الذَّاتِيِّ؛ تَضَعُ رِيَالًا فِي الْمَاكِينَةِ وَتَضْغَطُ عَلَى نَوْعِ الْعَصِيرِ الَّذِي تُرِيدُ، فَيَخْرُجُ
لَكَ، هَذَا مُعَاطَاةٌ. عِنْدَ الشَّافِعِيِّ: لَا يَصِحُّ هَذَا الْعَقْدُ، وَلَا يُجُوزُ لَكَ شَرْبُ هَذَا الْعَصِيرِ؛ لِأَنَّكَ لَمْ تَمْلِكْهُ. لِأَنَّهُمْ
يَشْتَرِطُونَ صِيغَةَ قَوْلِيَّةً وَبِالتَّالِيِ فَإِنَّكَ لَا تَمْلِكْهُ. وَعِنْدَ الْجُمْهُورِ: يَصِحُّ الْعَقْدُ؛ لِأَنَّهُمْ يَشْتَرِطُونَ الرِّضَا.

**

نَنْتَقِلُ إِلَى شُرُوطِ الْعَقْدِ:

الْعَقْدُ يَشْتَرِطُ لَهُ الْعَدِيدُ مِنَ الشُّرُوطِ حَتَّى يَكُونَ صَحِيحًا:

الشَّرْطُ الْأَوَّلُ: أَهْلِيَّةُ الْعَاقِدَيْنِ؛ فَإِذَا لَمْ يَكُنِ الْعَاقِدَانِ مِمَّنْ هُمُ أَهْلِيَّةُ ذَلِكَ الْعَقْدِ، فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ الْعَقْدُ مِنْهَا؛ وَمِنْ
هُنَا فَلَا يَصِحُّ الْعَقْدُ مِنَ الْمَجْنُونِ، وَلَا مِنَ الصَّغِيرِ.

الشَّرْطُ الثَّانِي: قَابِلِيَّةُ مَحَلِّ الْعَقْدِ لِحُكْمِهِ - الْمُرَادُ بِالْحُكْمِ هُنَا: الْأَثَارُ وَالتَّيَجُّةُ -، فَلَا يَكُونُ الْعَقْدُ صَحِيحًا، إِلَّا إِذَا
كَانَ مَحَلُّ الْعَقْدِ قَابِلًا لِلْآثَارِ الْمُتَرْتِبَةِ عَلَى الْعَقْدِ.

مِثَالُ ذَلِكَ: لَوْ أُجْرَهُ تَفَاحَةٌ مِنْ أَجْلِ أَنْ يَأْكُلَهَا ثُمَّ يَعِيدُهَا إِلَيْهِ، نَقُولُ: هَذَا لَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ عَقْدَ إِجَارَةٍ؛ لِأَنَّ
مِنْ آثَارِ عَقْدِ إِجَارَةٍ: الْإِنْتِفَاعُ بِالْمَنْفَعَةِ مَعَ بَقَاءِ الْعَيْنِ، وَمِنْ ثَمَّ لَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ هَذَا الْعَقْدُ إِجَارَةً.

مَسْأَلَةٌ: وَقَدْ يَقَعُ النِّزَاعُ فِي بَعْضِ الْمَحَالِّ؛ هَلْ هِيَ قَابِلَةٌ لِلْعَقْدِ أَوْ لَا؟

(١) سورة النساء: ٢٩.



من أمثلة ذلك: وقف النقود، فإنه موطن خلاف بين الفقهاء، منشأ الخلاف هو: هل النقود تقبل أن تكون محلاً لعقد الوقف؛ لأن من مقتضى الوقف تحييس الأصل وتسييل المنفعة، وفي النقود لا يمكن أن تحبس الأصل؛ لأنك إن أبقيتها في يدك لم تحصل انتفاع بها.

وهناك من يرى أن محل العقد ليس ذات النقد الموجود باليد، وإنما القيمة التقديرية لذلك النقد، قالوا: ومن ثم لا مانع أن نجعل وقفاً نقدياً، بحيث نقول: كل من احتاج من أبناء فلان فإنه يستدين من هذا الوقف، فإذا انتهت حاجته أعاده. فهذا وقف للنقود، وبالتالي يقولون: المحل قد قبل آثار الوقف.

الشرط الثالث من شروط العقد: أن يكون العقد مباحاً؛ فإذا كان العقد من المحرمات لم يصح العقد.

مثال ذلك: الربا، هذا عقد محرّم، وبالتالي لا ينعقد ولا يكون صحيحاً. ومثله: تأجير البضع، فهذا عقد محرّم. ومثله: العقد مع الكاهن أو الساحر. هذه عقود غير معتبرة شرعاً، وكذلك العقود على الأعيان المحرمة؛ مثل: عقود بيع الخمر.

الشرط الرابع: اتّحاد المجلس، واتّحاد مجلس العقد إما أن يكون اتّحاداً حقيقياً؛ بأن يوجد العاقدان في مجلس واحد، أو أن يكون اتّحاداً حكيمياً؛ كما لو حصل العقد بالهاتف، أو بالكتابة.

الشرط الخامس: بقاء الإيجاب صحيحاً حتى القبول؛ لو قال: بعثك ثوبي. ثم قال: تراجع. ثم قلت: قبلت. نقول: الإيجاب لم يستمر حتى القبول، وبالتالي لم ينعقد العقد.

يقولون: إنه لا بد أن يكون الإيجاب متصلاً بالقبول؛ إما حقيقة، أو حكماً.

الشرط السادس: تحويل العاقد في التعاقد؛ بأن يكون العاقد مالكا للمعقود عليه، أو مأذوناً له فيه؛ إما بوكالة وهذا إذن من المالك، أو بإذن من الشارع بولاية خاصة؛ كما في ولي الأيتام، أو بولاية عامة كما في مسألة بيع القاضي للعين المرهونة.

الشرط السابع: الرضا والاختيار - وهذا في الجملة - وبعض أهل العلم يقول: بأن هذا لما كان شرطاً لبعض العقود دون بعضها، ينبغي أن نقصره على تلك العقود؛ فلا نجعله شرطاً في العقد بإجمال.

هكذا أيضاً يشترط في العقد: اتّحاد محل العقد، فلو باعك السيارة الزرقاء واشتريت منه السيارة الحمراء، لم ينعقد العقد؛ لأنه لم يتوارد على محل واحد.



هَكَذَا بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ مَنْ يَشْتَرِطُ: الْقُدْرَةَ عَلَى التَّسْلِيمِ، وَإِنْ كَانَ هُنَاكَ مَنْ يَقُولُ: هُنَاكَ مُسْتَثْنَايَاتٌ يُجِيزُ الشَّرْعُ فِيهَا الْبَيْعَ مَعَ عَدَمِ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ؛ وَمَنْ ثُمَّ لَا يَتَّبِعِي أَنْ نَجْعَلَهُ شَرْطًا فِي الْعُقُودِ.
وَمِنْ أَمْثَلِهِ ذَلِكَ: بَيْعُ الْمَالِكِ لِلْعَيْنِ الْمَغْصُوبَةِ مِنْهُ، لِنِ يَتِمَّكُنُ مِنْ اسْتِخْلَاصِهَا مِنَ الْغَاصِبِ؛ كَأَنْ يَكُونَ عِنْدَكَ سَيَّارَةٌ سُرِقَتْ مِنْكَ - وَأَنْتَ تَعْرِفُ السَّارِقَ - وَعَجَزْتَ عَنِ اسْتِخْلَاصِهَا مِنْهُ، فَبِعْتَهَا عَلَى مَنْ يَكُونُ لَدَيْهِ قُدْرَةٌ عَلَى اسْتِخْلَاصِ السَّارِقِ مِنْ هَذَا السَّارِقِ. فَهَذَا بَيْعُ السَّارِقِ مَعَ عَدَمِ قُدْرَتِكَ عَلَى التَّسْلِيمِ، وَمَعَ هَذَا صَحَّ الْعَقْدُ.

**

أَمَّا بِالنِّسْبَةِ لِلشُّرُوطِ فِي الْعَقْدِ:

* أَوَّلًا: الْفَرْقُ بَيْنَ الشُّرُوطِ فِي الْعَقْدِ وَشُرُوطِ الْعَقْدِ:

الْفَرْقُ الْأَوَّلُ: أَنَّ الشُّرُوطَ فِي الْعَقْدِ مَنْشُؤُهَا مِنَ الْعَاقِدَيْنِ، بِخِلَافِ شُرُوطِ الْعَقْدِ؛ فَإِنَّ مَنْشَأَهَا مِنَ الشَّارِعِ، إِذَا شُرُوطُ الْعَقْدِ الَّذِي اشْتَرَطَهَا هُوَ الشَّارِعُ، فَأَهْلِيَّةُ الْعَاقِدَيْنِ اشْتَرَطَهَا الشَّارِعُ، أَمَّا الشُّرُوطُ فِي الْعَقْدِ فَإِنَّ مَنْشَأَهَا هُمُ الْعَاقِدَانِ.

وَالْفَرْقُ الثَّانِي: أَنَّ شُرُوطَ الْعَقْدِ سَابِقَةٌ لَهُ؛ فَأَهْلِيَّةُ الْعَاقِدِ تَكُونُ قَبْلَ الْعَقْدِ، أَمَّا الشُّرُوطُ فِي الْعَقْدِ فَقَدْ تَكُونُ لِأَحَدِهِ.

الْفَرْقُ الثَّلَاثُ: أَنَّ قَدْ شُرُوطِ الْعَقْدِ يُؤَدِّي إِلَى بَطْلَانِ الْعَقْدِ، أَمَّا قَدْ أَحَدِ الشُّرُوطِ فِي الْعَقْدِ فَإِنَّهُ لَا يُلْغِي الْعَقْدَ وَلَا يُبْطِلُهُ، وَإِنَّمَا يُحَوِّلُ الْمُسْتَعِيدَ فِي فُسْخِ الْعَقْدِ. مِثَالُهُ: لَوْ اشْتَرَى مِنْكَ سَيَّارَةً وَاشْتَرَطَ أَنْ تَكُونَ مُشْتَمِلَةً عَلَى أَدَوَاتِ السَّلَامَةِ فِيهَا، فَلَمَّا جَاءَتِ السَّيَّارَةُ لَمْ تَوْجَدْ أَدَوَاتِ السَّلَامَةِ فِيهَا، فَحِينَئِذٍ يُحَوِّلُ الْمُتَعَاقدُ بِفُسْخِ الْعَقْدِ؛ لِعَدَمِ الْوَفَاءِ بِشَرْطِهِ، لِأَنَّ هَذَا مِنَ الشُّرُوطِ فِي الْعَقْدِ، وَلَيْسَ شَرْطًا لِلْعَقْدِ.

مَسْأَلَةٌ: هَلِ الْأَصْلُ فِي الشُّرُوطِ الصَّحَّةُ أَوْ أَنَّ الْأَصْلَ هُوَ الْمَنْعُ؟

هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مِنَ الْمَسَائِلِ الْخِلَافِيَّةِ: فِي مَذْهَبِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ أَنَّ الْأَصْلَ فِي الشُّرُوطِ هُوَ الصَّحَّةُ. وَعِنْدَ الْجُمْهُورِ أَنَّ الْأَصْلَ فِي الشُّرُوطِ هُوَ الْبَطْلَانُ، حَتَّى يَأْتِيَ دَلِيلٌ يَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ الشُّرُوطِ.

وَمَذْهَبُ الْإِمَامِ أَحْمَدَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَرْجَحُ؛ لِحَدِيثِ: «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ



حَلَالًا»^(١)، وَجَاءَ فِي رِوَايَةٍ أُخْرَى: كَمَا وَرَدَ عِنْدَ ابْنِ حِبَّانَ وَأَهْلِ السُّنَنِ.

* **ثَانِيًا: إِذَا تَقَرَّرَ هَذَا فَإِنَّ الشُّرُوطَ فِي الْعُقُودِ عَلَى سِتَّةِ أَنْوَاعٍ:**

النَّوعُ الْأَوَّلُ: اشْتَرَطَ أُمُورٌ مِنْ مُقْتَضَى الْعَقْدِ؛ فَهَذِهِ الشُّرُوطُ وَجُودُهَا وَعَدَمُهَا سَوَاءٌ، وَإِنَّمَا يُسْتَفَادُ مِنْهَا: التَّكْيِيدُ؛ كَمَا لَوْ اشْتَرَطَ الْبَائِعُ عَلَى الْمُشْتَرِي أَنْ يُسَلِّمَ الثَّمَنَ، فَنَقُولُ: تَسْلِيمُ الثَّمَنِ وَاجِبٌ وَجِدَ الشَّرْطُ، أَوْ لَمْ يُوَجَدْ.

النَّوعُ الثَّانِي: اشْتَرَطَ أَمْرٌ مِنْ مَصْلَحَةِ الْعَقْدِ؛ كَاشْتَرَاطِ الرَّهْنِ، أَوْ اشْتَرَاطِ الْحُلُولِ أَوْ التَّأْجِيلِ، أَوْ اشْتَرَاطِ الْكَفِيلِ، أَوْ اشْتَرَاطِ صِفَاتٍ فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ؛ كَمَا لَوْ اشْتَرَطَ أَنْ تَكُونَ السَّيَّارَةُ مِنَ الْمُوَدَّبِلِ الْفَلَانِيِّ، أَوْ أَنْ تَكُونَ السَّيَّارَةُ مُشْتَمَلَةً عَلَى أَدْوَاتِ السَّلَامَةِ، أَوْ أَنْ تَكُونَ السَّيَّارَةُ مَحْمَلِيَّةَ الْمَقَاعِدِ، وَهَكَذَا.

كَمَا لَوْ اشْتَرَطَ فِي الْأَمَةِ أَنْ تَكُونَ بَيْضَاءَ، أَنْ تَكُونَ طَوِيلَةً، وَأَنْ تَكُونَ جَمِيلَةً، وَأَنْ تَكُونَ ذَاتَ شَعْرِ أَسْوَدَ، وَأَنْ تَكُونَ عِيُونُهَا ذَاتَ اللَّوْنِ الْفَلَانِيِّ، هَذِهِ كُلُّهَا شُرُوطٌ فِي مَصْلَحَةِ الْعَقْدِ، وَبِالتَّالِيِ فَإِنَّ هَذِهِ الشُّرُوطَ شُرُوطٌ صَحِيحَةٌ.

النَّوعُ الثَّلَاثُ: اشْتَرَطَ أَمْرٌ مِنْ مَصْلَحَةِ الْعَاقِدِ. مِثَالُ ذَلِكَ: اشْتَرَى مِنْهُ مَسْوَاكًا بِرِيَالَيْنِ، وَاشْتَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ يُنْظَفَ السَّيَّارَةَ، أَوْ أَنْ يَغْسَلَ سَيَّارَتَهُ لِمُدَّةِ أُسْبُوعٍ يَوْمِيًّا. هَلْ هَذَا الشَّرْطُ مِنْ مَصْلَحَةِ الْعَقْدِ؟ لَيْسَ مِنْ مَصْلَحَةِ الْعَقْدِ، وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ مَصْلَحَةِ الْعَاقِدِ.

مِثَالُ آخَرَ: اشْتَرَى مِنْهُ سَيَّارَةً، وَاشْتَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ يَقُومَ بِتَنْظِيفِ ثِيَابِهِ، أَوْ غَسْلِ ثِيَابِهِ. فَيَقُولُ: هَذَا شَرْطٌ مِنْ مَصْلَحَةِ الْعَاقِدِ، لَا مِنْ مَصْلَحَةِ الْعَقْدِ، وَلَا مِنْ مَصْلَحَةِ الْعَيْنِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهَا.

هَلْ تَصِحُّ هَذِهِ الشُّرُوطُ؟ لِلْعُلَمَاءِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ:

الْقَوْلُ الْأَوَّلُ: أَنَّ هَذِهِ الشُّرُوطَ شُرُوطٌ بَاطِلَةٌ لَيْسَتْ بِصَحِيحَةٍ، وَاسْتَدَلُّوا عَلَى ذَلِكَ بِقَوْلِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ»^(٢).

وَالْقَوْلُ الثَّانِي: بِأَنَّهُ يَصِحُّ الشَّرْطُ الْوَاحِدُ، وَلَا يَصِحُّ أَكْثَرُ مِنْ شَرْطٍ. وَهَذَا هُوَ مَذْهَبُ الْإِمَامِ أَحْمَدَ، وَاسْتَدَلُّوا

(١) أخرجه الترمذي في كتاب الأحكام - باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح (١٣٥٢)، وابن ماجه في كتاب الأحكام -

باب الصلح (٢٣٥٣)، من حديث عمرو بن عوف رضي الله عنه، وصححه الألباني في «صحيح الترمذي».

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الزكاة - باب الصدقة على موالي أزواج النبي صلى الله عليه وسلم (١٤٩٣)، ومسلم في كتاب العتق - باب الولاء لمن أعتق (١٥٠٤)، من حديث عائشة رضي الله عنها.



عَلَى ذَلِكَ بِحَدِيثٍ: نَهَى عَنْ شَرْطَيْنِ فِي الْبَيْعِ، وَهَذَا الْحَدِيثُ رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(١)، وَقَدْ وَقَعَ اخْتِلَافٌ بَيْنَ الْمُحَدِّثِينَ فِي دَرَجَةِ إِسْنَادِ الْحَدِيثِ.

وَاسْتَدَلُّوا عَلَى الْجَوَازِ بِحَدِيثِ جَابِرٍ: فَإِنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اشْتَرَى مِنْهُ جَمَلَهُ، فَاشْتَرَطَ جَابِرٌ حِمْلَانَهُ إِلَى الْمَدِينَةِ، فَلَمْ يُنْكَرْ عَلَيْهِ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ^(٢). وَهَذَا شَرْطٌ مِنْ مَصْلَحَةِ الْعَاقِدِ، لَا مِنْ مَصْلَحَةِ الْعَقْدِ، وَمَعَ ذَلِكَ صَحَّحَهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قَالُوا: لِأَنَّهُ شَرْطٌ وَاحِدٌ.

وَالْقَوْلُ الثَّلَاثُ فِي الْمَسْأَلَةِ: بِأَنَّ الشُّرُوطَ الَّتِي تَكُونُ لِمَصْلَحَةِ الْعَاقِدِ تُعْتَبَرُ شُرُوطًا صَحِيحَةً وَلَوْ تَعَدَّدَتْ، وَهَذَا مَذْهَبُ جَمَاعَةٍ مِنَ التَّابِعِينَ، وَرِوَايَةٌ عَنْ أَحْمَدَ وَاخْتَارَهَا شَيْخُ الْإِسْلَامِ ابْنُ تَيْمِيَّةَ وَجَمَاعَةٌ. وَاسْتَدَلُّوا عَلَى ذَلِكَ بِعَدَدٍ مِنَ الْأَدْلَةِ مِنْهَا:

حَدِيثٌ: «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ». فَإِنَّ كَلِمَةَ (شُرُوطٍ) جَمْعٌ مُضَافٌ إِلَى مَعْرِفَةٍ، فَتُنْفِيذُ الْعُمُومِ. وَاسْتَدَلُّوا عَلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣)، وَبِقَوْلِهِ: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾^(٤). وَالْعَقْدُ قَدْ اشْتَمَلَ عَلَى هَذِهِ الشُّرُوطِ.

قَالُوا: وَأَمَّا حَدِيثُ: «كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ». فَالْمُرَادُ بِهِ: كُلُّ شَرْطٍ خَالَفَ كِتَابَ اللَّهِ، بِدَلَالَةٍ سَبَبِ الْحَدِيثِ؛ فَإِنَّ سَبَبَ الْحَدِيثِ أَنَّ قَوْمًا بَاعُوا مَمْلُوكًا وَاشْتَرَطُوا وِلَاءَهُ، فَهَذَا شَرْطٌ بَاطِلٌ؛ وَلِذَلِكَ أَبْطَلَهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

قَالُوا: وَأَمَّا حَدِيثُ: نَهَى عَنْ شَرْطَيْنِ فِي بَيْعٍ. فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ بِضَعْفِهِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: الْمُرَادُ بِهِ بَيْعُ الْعَيْنَةِ، أَوْ أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ: بَيْعُ السَّلْعَةِ بِثَمَنَيْنِ مُتَفَاوَتَيْنِ؛ أَحَدُهُمَا حَاضِرٌ، وَالْآخَرُ مُؤَجَّلٌ. وَلَعَلَّ الْقَوْلَ الْقَائِلُ بِصِحَّةِ الشُّرُوطِ وَأَنَّ الْأَصْلَ فِيهَا الصَّحَّةُ هُوَ أَرْجَحُ الْأَقْوَالِ فِي الْمَسْأَلَةِ.

(١) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع - باب في الرجل يبيع ما ليس عنده (٣٥٠٤)، وحسنه الألباني في «صحيح أبي داود».

(٢) أخرجه البخاري في كتاب النفقات - باب عون المرأة زوجها في ولده (٥٣٦٧)، ومسلم في كتاب الرضاع - باب استحباب نكاح البكر (٧١٥).

(٣) سورة المائدة: ١.

(٤) سورة الإسراء: ٣٤.



النوع الرابع من أنواع الشروط: الشروط المنافية لمقتضى العقد؛ كما لو بعثك السيارة بعشرة آلاف، على أن تبقى السيارة في ملكي، فنقول: هذا الشرط باطل؛ لأنه يتنافى مع مقتضى العقد.

مسألة: لكن هل يبطل هذا الشرط في العقد أو لا؟ فهل نقول: الشرط المنافي لمقتضى العقد يبطل ويبطل العقد؟ أو نقول: بأن الشرط باطل مع تصحيح العقد؟

هذه المسألة من المسائل الخلافية، وأكثر أهل العلم يقولون: يبطل العقد، قالوا: لأن المتعاقد لم يرض بال العقد إلا بهذا الشرط، فهو لا يرضى بالعقد بدون هذا الشرط، فإذا صححنا العقد وأبطلنا الشرط، فإن ذلك يتنافى مع الرضا، والرضا شرط من شروط صحة العقود.

والقول الثاني: بأن الشرط يبطل ويصح العقد، وهذا هو مذهب الإمام أحمد وجماعة. واستدلوا على ذلك بما ورد في الحديث: أن عائشة رضي الله عنها اشترت بريدة من أصحابها، واشترطت لهم الولاء، فصحح لهم النبي صلى الله عليه وسلم العقد وأبطل الشرط، وقال: «إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»؛ لأن الولاء من آثار العتق، وهذا هو سبب قول النبي صلى الله عليه وسلم: «مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ، كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مِائَةً شَرْطٍ».

النوع الخامس من أنواع الشروط: اشتراط عقد في عقد، مثال ذلك: لو قلت لك: أبيعك هذا البيت بألف دينار، بشرط أن تؤجرني سيارتك بمائتي درهم. فهنا اشترطنا عقداً في عقد.

وجمهور أهل العلم على أن هذه الشروط باطلة، وحكي الإجماع على ذلك. ويستدل عليه بما ورد في الحديث: أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة^(١). ومثله ما ورد: نهى عن صفقتين في صفقة.

النوع السادس من أنواع الشروط: الشروط التي تقتضي تعليق العقد على أمر مستقبل؛ كمن باع سيارته واشترط أن تكون الزوجة راضية، قال: أبيعك سيارتي بعشرة آلاف، لكنني لا أدري يمكن أن زوجتي لا ترضى، وأنا أخاف منها، فأعلق العقد على رضاها؛ إن رضيت فالبيع تام، وإن لم ترض فالبيع ملغى.

(١) أخرجه أحمد في «مسنده» (٢/٤٧٥، ٥٠٣)، وأبو داود في كتاب البيوع - باب فيمن باع بيعتين في بيعة (٣٤٦١)، والترمذي في كتاب البيوع - باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة (١٢٣١)، والنسائي في كتاب البيوع - بيعتين في بيعة وهو أن يقول: أبيعك هذه السلعة بهائة درهم نقداً، وبمائتي درهم نسيئة (٤٦٣٢)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.



هَلْ يَصِحُّ هَذَا الشَّرْطُ؟

جَمْهُورُ أَهْلِ الْعِلْمِ قَالُوا: هَذَا الشَّرْطُ لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ أَمْرٌ جَازِمٌ فَلَا يَصِحُّ أَنْ نَجْعَلَهُ مَتَرَدِّدًا.
وَالْقَوْلُ الثَّانِي: بِأَنَّ هَذِهِ الشُّرُوطَ صَحِيحَةٌ، وَبِالتَّالِيِ يَتَوَقَّفُ انْعِقَادُ الْعَقْدِ عَلَى حُصُولِ الْمَشْرُوطِ.
مَا هِيَ أُدْلَةٌ كُلُّ؟

فَأَدْلَةُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ - مَنْ رَأَى أَنَّ الْعَقْدَ الْمُعَلَّقَ عَلَى شَرْطٍ مُسْتَقْبَلٍ لَا يَصِحُّ اسْتَدْلًا عَلَى ذَلِكَ بِحَدِيثِ: «لَا يُعْلَقُ الرَّهْنُ مِنْ صَاحِبِهِ»^(١). مَعْنَى هَذَا: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ بِأَنَّ الْعَيْنَ الْمَرْهُونَةَ لَا يَصِحُّ لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَتَمَلَّكَهَا بِمَجْرَدِ حُلُولِ أَجْلِ الدَّيْنِ، كَمَا كَانَ الْحَالُ فِي الْجَاهِلِيَّةِ؛ فَفِي الْجَاهِلِيَّةِ كَانَ الْمُرْتَهِنُ إِذَا حَلَّ الْأَجْلَ تَمَلَّكَ الْعَيْنَ الْمَرْهُونَةَ، فَلَمَّا جَاءَ الشَّرْعُ قَالَ بِأَنَّهُ إِذَا حَلَّ الْأَجْلَ يَقُومُ صَاحِبُ الْوِلَايَةِ - الْقَاضِي أَوْ غَيْرُهُ - فَيَبِيعُ الْعَيْنَ الْمَرْهُونَةَ، وَيَسُدُّ الدَّيْنَ، فَإِنْ بَقِيَ مِنْ ثَمَنِهَا شَيْءٌ أَعَادَهُ إِلَى الرَّاهِنِ، وَلَا يَأْخُذُهُ الْمُرْتَهِنُ.

وَأَدْلَةُ الْقَوْلِ الثَّانِي - وَأَمَّا مَنْ رَأَى صِحَّةَ هَذِهِ الشُّرُوطِ اسْتَدْلًا عَلَى ذَلِكَ بِالنُّصُوصِ الْوَارِدَةِ بِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الشُّرُوطِ الصَّحَّةُ، وَاسْتَدْلًا عَلَى ذَلِكَ أَيْضًا بِمَا وَرَدَ: أَنَّ عَتَّابَ بْنَ أُسَيْدٍ أَمِيرَ مَكَّةَ، اشْتَرَى دَارًا مِنْ صَفْوَانَ بْنِ أُمِيَّةَ؛ لِيَجْعَلَهَا سِجْنًا، وَاشْتَرَطَ أَنْ يَرْضَى عُمَرُ، وَكَانَ ذَلِكَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ بَدُونَ أَنْ يُنْكِرَ أَحَدٌ مِنْهُمْ، قَالُوا: فَكَانَ هَذَا إِجْمَاعًا سُكُوتِيًّا مِنْهُمْ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ.

قَالُوا: وَأَمَّا حَدِيثُ: «لَا يُعْلَقُ الرَّهْنُ مِنْ صَاحِبِهِ». فَاَلْمُرَادُ بِهِ: مَا يَفْعَلُهُ أَهْلُ الْجَاهِلِيَّةِ مِنْ تَمَلُّكِ الْمُرْتَهِنِ الْعَيْنَ الْمَرْهُونَةَ بِحُلُولِ الْأَجْلِ، وَلَوْ لَمْ يَرْضَ الرَّاهِنُ، أَمَا لَوْ قَالَ الرَّاهِنُ: إِذَا حَلَّ الْأَجْلَ فَالْعَيْنُ لَكَ مُقَابِلَ الدَّيْنِ. قَالُوا: فَهَذَا لَا يَدْخُلُ فِي الْحَدِيثِ.

كَمَا لَوْ ذَهَبَ الْوَاحِدُ مِنْكُمْ إِلَى مَحَطَّةِ الْبَنْزِينَ فَيَمْلَأُ خَزَانَ الْوَقُودِ، ثُمَّ يَفْتَشُ فِي جَيْبِهِ فَلَا يَجِدُ نَقُودًا، فَيَقُولُ: خُذْ سَاعَتِي وَسَاتِيكَ بِالْثَمَنِ قَبْلَ عَصْرِ الْغَدِ، فَإِنْ لَمْ آتِكَ بِهَا فَخُذِ السَّاعَةَ وَتَمَلَّكْهَا مُقَابِلَ الدَّيْنِ.

يَصِحُّ أَوْ لَا يَصِحُّ؟ قَالَ الْجَمْهُورُ: هَذَا لَا يَصِحُّ، وَجَعَلُوا هَذَا مِنْ إِغْلَاقِ الرَّهْنِ.

وَالْقَوْلُ الثَّانِي: بِأَنَّ هَذَا الْعَقْدَ يَصِحُّ، قَالُوا: وَإِغْلَاقُ الرَّهْنِ تَمَلُّكُ الْمُرْتَهِنِ الْعَيْنَ بَدُونَ أَنْ يَأْذَنَ الرَّاهِنُ، وَهَذَا الرَّاهِنُ قَدْ أَذِنَ، قَالُوا: وَيَدُلُّ عَلَيْهِ أَنَّ الشَّارِعَ يَطَّلِعُ إِلَى بَرَاءَةِ الدَّمِّ، وَسَدَادِ الدَّيْنِ، وَهَذَا مِنْ وَسَائِلِ تَحْقِيقِهِ.

(١) أخرجه ابن ماجه في كتاب الأحكام - باب لا يغلق الرهن (٢٤٤١)، وضعفه الألباني في «ضعيف ابن ماجه»، وقال: «ضعيف».



لَكِنْ هَلْ هَذَا مِنْ شَرْطِ عَقْدٍ فِي عَقْدٍ؟ نَقُولُ: لَا، إِنَّمَا شَرْطُ الْعَقْدِ فِي عَقْدٍ فِيهَا إِذَا تَعَدَّدَتِ الْعَيْنُ الْمَعْقُودَ عَلَيْهَا،
أَمَّا هُنَا فَإِنَّ الْعَيْنَ الْمَعْقُودَ عَلَيْهَا عَيْنٌ وَاحِدَةٌ، وَبِالتَّالِيِ يَكُونُ مِنْ تَعَاقُبِ الْعُقُودِ، فَهُوَ فِي الْأَوَّلِ كَانَ رَهْنًا، ثُمَّ تَحَوَّلَ فِي
الْأَخِيرِ إِلَى أَنْ يَكُونَ بَيْعًا؛ كَأَنَّهُ بَاعَ الْبَنْزِينَ الَّذِي أَخَذَهُ بِهَذِهِ السَّاعَةِ.
فَرَبَطَ الْعَقْدَ بِعَقْدٍ هَذَا مَعَ تَعَدُّدِ الْعَيْنِ الْمَعْقُودَ عَلَيْهَا، أَمَّا إِذَا كَانَتِ الْعَيْنُ الْمَعْقُودَ عَلَيْهَا وَاحِدَةً فَهَذَا لَيْسَ مِنْ
بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ الْمَعْقُودَ عَلَيْهَا وَاحِدَةً وَلَيْسَتْ مُتَعَدِّدَةً.

**

مَسْأَلَةٌ: مِنَ الْقَوَاعِدِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِهَذَا: هَلِ الْعِبْرَةُ فِي الْعُقُودِ بِالْأَلْفَاظِ وَالصِّيغِ، أَوْ أَنَّ الْعِبْرَةَ فِي الْعُقُودِ بِالْمَعَانِي
وَالْمَقَاصِدِ؟

فَهَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ الْخِلَافِ، لَوْ قَالَ: بَعْتُكَ السِّيَّارَةَ لِمُدَّةِ سَنَةٍ؛ فَهَلْ نَقُولُ: الْعِبْرَةُ بِالْأَلْفَاظِ، وَبِالتَّالِيِ هَذَا عَقْدٌ بَيْعٌ
وَجَدَ فِيهِ شَرْطٌ يَنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ، وَمِنْ ثَمَّ نَأْتِي بِهِ عَلَى الْخِلَافِ السَّابِقِ: الشُّرُوطُ الْمَنَافِيَةُ لِمُقْتَضَى الْعَقْدِ هَلْ تُبْطِلُ
الْعَقْدَ أَوْ لَا تُبْطِلُهُ؟ أَوْ نَقُولُ: الْعِبْرَةُ بِالْمَعَانِي وَالْمَقَاصِدِ، وَبِالتَّالِيِ فَاتَّهَمُوا وَإِنْ تَلَفَّظُوا بِلَفْظِ الْبَيْعِ، إِلَّا أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ
إِجَارَةٌ؟

وَلَعَلَّ الْأَظْهَرَ: أَنَّ الْعِبْرَةَ بِالْمَعَانِي وَالْمَقَاصِدِ؛ لِأَنَّ الْأَلْفَاظَ لَيْسَ اعْتِبَارُهَا لِذَاتِهَا.

وَيَتَعَلَّقُ بِهَذَا مَسْأَلَةٌ، وَهِيَ: هَلِ الْفَاظُ الْعُقُودِ تَعْبُدِيَّةٌ لَا يَجُوزُ تَجَاوُزُهَا، وَلَا تَنْعَقِدُ إِلَّا بِالْفَاظِهَا؟

هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ لِلْعَلَمَاءِ فِيهَا ثَلَاثَةٌ أَقْوَالٌ:

الْقَوْلُ الْأَوَّلُ: أَنَّ الْعُقُودَ لَا تَنْعَقِدُ إِلَّا بِالْفَاظِهَا، وَاخْتَلَفُوا فِي عَقْدِ الْعُقُودِ بغيرِ لُغَةِ الْعَرَبِ؛ فَبَعْضُهُمْ قَالَ: يُعْتَبَرُ

مُقَابِلَ لَفْظِ الْعَقْدِ فِي كُلِّ لُغَةٍ. وَبَعْضُهُمْ قَالَ: مَنْ تَمَكَّنَ مِنْ نَطْقِ الْعَرَبِيَّةِ، لَمْ يَصِحَّ مِنْهُ الْعَقْدُ بِغَيْرِهَا.

وَالْقَوْلُ الثَّانِي: بَأَنَّ الْفَاظَ الْعُقُودِ لَيْسَتْ مِمَّا يَتَعَبَّدُ بِهِ؛ وَمِنْ ثَمَّ فَإِنَّ الْعُقُودَ تَنْعَقِدُ بِأَيِّ لَفْظٍ دَلَّ عَلَيْهَا، وَهَذَا هُوَ

قَوْلُ شَيْخِ الْإِسْلَامِ ابْنِ تَيْمِيَّةٍ وَطَائِفَةٍ.

وَالْقَوْلُ الثَّلَاثُ: أَنَّ عُقُودَ النِّكَاحِ لَا تَنْعَقِدُ إِلَّا بِالْفَاظِهَا، وَأَمَّا الْعُقُودُ الْمَالِيَّةُ الْمَحْضَةُ فَإِنَّهَا تَنْعَقِدُ بِأَيِّ لَفْظٍ يَدُلُّ

عَلَيْهَا. وَهَذَا هُوَ قَوْلُ الْجُمْهُورِ، قَالُوا: لِأَنَّ النِّكَاحَ مِمَّا فِيهِ خَطَرٌ عَظِيمٌ، وَمِمَّا فِيهِ اسْتِحْلَالٌ لِلْأَبْضَاعِ، وَمِنْ ثَمَّ

اشْتَرَطُوا التَّقِيدَ بِالْفَاظِهَا، بِخِلَافِ غَيْرِهَا مِنَ الْعُقُودِ، قَالُوا: فَعَقْدُ النِّكَاحِ لَا يَنْعَقِدُ إِلَّا بِلَفْظِ التَّرْوِيجِ وَالْإِنْكَاحِ.



لَوْ قَالَ لَهُ: وَهَبْتُكَ ابْنَتِي. يَكُونُ عَقْدُ تَزْوِيجٍ؟ عَلَى الْقَوْلِ الثَّانِي يَصِحُّ، وَيَكُونُ عَقْدُ نِكَاحٍ. وَعَلَى الْقَوْلَيْنِ الْأَوَّلِ
وَالثَّلَاثِ لَا يَصِحُّ، وَلَا يَنْعَقِدُ بِهِ عَقْدُ النِّكَاحِ.

**

بَقِيَ عِنْدَنَا أَنْوَاعُ الْعُقُودِ، وَأَثَارُ الْعُقُودِ، وَعُيُوبُ الْعَقْدِ وَمُنْهَيَاتُهُ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْبَحْثِ الْفِقْهِيِّ وَالْبَحْثِ الْقَانُونِيِّ
فِي مَسَائِلِ الْعُقُودِ، وَبَعْضُ الْمَرَاجِعِ الْمَتَعَلِّقَةِ بِنَظَرِيَّةِ الْعَقْدِ. وَنُرْجِي الْحَدِيثَ فِيهَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ إِلَى الْغَدِ.
أَسْأَلُ اللَّهَ جَلَّ وَعَلَا أَنْ يُوفِّقَنَا وَإِيَّاكُمْ لِحَيْرِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ، وَأَنْ يَجْعَلَنَا وَإِيَّاكُمْ مِنَ الْهُدَاةِ الْمُهْتَدِينَ، كَمَا أَسْأَلُهُ
سُبْحَانَهُ أَنْ يُصَلِّحَ أَحْوَالَ الْأُمَّةِ، وَأَنْ يَرُدَّهُمْ إِلَى دِينِهِ رَدًّا جَمِيلًا، اللَّهُمَّ يَا حَيُّ يَا قَيُّوْمُ وَفَقْنَا لِمَا تُحِبُّ وَتَرْضَى، وَاجْعَلْ
أَعْمَالَنَا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى، اللَّهُمَّ كُنْ لَنَا مُعِينًا عَلَى أُمُورِ دُنْيَانَا وَآخِرَتِنَا.
هَذَا وَاللَّهُ أَعْلَمُ، وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى نَبِيِّنَا مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ أَجْمَعِينَ.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ، وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى أَشْرَفِ الْأَنْبِيَاءِ وَالْمُرْسَلِينَ.
أَمَّا بَعْدُ.

فَنَوَاصِلُ مَا كُنَّا ابْتَدَأْنَا بِهِ مِنَ الْكَلَامِ عَنِ نَظَرِيَّةِ الْعَقْدِ، وَتَقَدَّمَ مَعَنَا بَيَانُ حَقِيقَةِ الْعَقْدِ، وَأَرْكَانُ الْعَقْدِ، وَشُرُوطُ الْعَقْدِ، وَالشُّرُوطُ فِي الْعَقْدِ.

وَتَنَحَّدُ بِإِذْنِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فِي هَذَا الْيَوْمِ عَنْ عَدَدٍ مِنَ الْجُزْئِيَّاتِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِهَذِهِ النَّظَرِيَّةِ.

أَوَّلُ مَا تَنَحَّدُ عَنْهُ فِي هَذَا الْيَوْمِ بِإِذْنِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ عَنِ الْمَبْحَثِ الْأَوَّلِ: أَنْوَاعُ الْعُقُودِ:

الْعُقُودُ لَهَا تَقْسِيمَاتٌ عَدِيدَةٌ بِاعْتِبَارَاتٍ مُخْتَلِفَةٍ:

١ - فَهُنَاكَ عُقُودٌ صَحِيحَةٌ، وَهُنَاكَ عُقُودٌ فَاسِدَةٌ أَوْ بَاطِلَةٌ:

مَتَى يَكُونُ الْعَقْدُ صَحِيحًا وَمَتَى يَكُونُ الْعَقْدُ فَاسِدًا؟ الْعَقْدُ الصَّحِيحُ: هُوَ الَّذِي تَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ آثَارُهُ، بِخِلَافِ

الْعَقْدِ الْفَاسِدِ؛ فَإِنَّهُ لَا تَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ آثَارُ الْعَقْدِ الصَّحِيحِ.

وَمِنْ أَمْثَلِهِ ذَلِكَ: عَقْدُ الْبَيْعِ الصَّحِيحِ تَنْبِيءٌ عَلَيْهِ آثَارُهُ؛ فَيَكُونُ هُنَاكَ انْتِقَالٌ لِلْمِلْكِيَّةِ بَيْنَ الْبَائِعِ وَالْمَشْتَرِي فِي

الْمَيْعِ وَالثَّمَنِ، بِخِلَافِ عُقُودِ الرِّبَا؛ فَإِنَّهَا عُقُودٌ فَاسِدَةٌ، وَبِالتَّالِي لَا تَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا آثَارُ الْعَقْدِ الصَّحِيحِ.

وَمِثْلُ: عُقُودِ النِّكَاحِ، فَالْعَقْدُ الصَّحِيحُ تَنْبِيءٌ عَلَيْهِ آثَارُ النِّكَاحِ؛ مِنْ وَجُوبِ النِّفْقَةِ، وَحِلِّ الْوِطْءِ، وَوُجُوبِ

طَاعَةِ الزَّوْجِ، وَوُجُوبِ الْقِيَامِ بِمُتَطَلِّبَاتِ الزَّوْجَةِ، وَوُجُوبِ الْمَهْرِ، وَنَحْوِ هَذَا. بِخِلَافِ مَا إِذَا عَقَدَ عَلَى الْمَرْأَةِ عَقْدًا

فَاسِدًا؛ كَعَقْدِ الشُّغَارِ، أَوِ التَّحْلِيلِ، أَوِ الْمُتَعَةِ، فَإِنَّهُ لَا تَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ آثَارُ الْعَقْدِ الصَّحِيحِ؛ مِثْلُ: ثُبُوتِ النَّسَبِ.

قَدْ يَوْجَدُ فِي بَعْضِ الْمَسَائِلِ بَعْضُ الْآثَارِ لَا لَوْجُودِ الْعَقْدِ، وَإِنَّمَا لَوْجُودِ أَمْرٍ آخَرَ؛ كَالشُّبْهَةِ، لَوْ عَقَدَ عَلَيْهَا عَقْدٌ

مُتَعَةٍ، وَهُوَ يَجْهَلُ تَحْرِيمَ هَذَا الْعَقْدِ، فَإِنَّمَا نَثِبَ النَّسَبَ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ شُبْهَةٌ لَا لِصِحَّةِ الْعَقْدِ.

مَسْأَلَةٌ: مَتَى يَكُونُ الْعَقْدُ صَحِيحًا وَمَتَى يَكُونُ الْعَقْدُ فَاسِدًا؟

يَكُونُ الْعَقْدُ صَحِيحًا إِذَا وَجِدَتْ أَرْكَانُهُ وَشُرُوطُهُ، وَانْتَفَتْ مَوَانِعُهُ، وَيَكُونُ الْعَقْدُ فَاسِدًا إِذَا انْتَفَى أَحَدُ

أَرْكَانِهِ، أَوْ أَحَدُ شُرُوطِهِ، أَوْ وَجِدَ أَحَدُ مَوَانِعِهِ.

هَذَا التَّقْسِيمُ - تَقْسِيمُ الْعُقُودِ إِلَى صَحِيحٍ وَفَاسِدٍ - هُوَ الَّذِي سَارَ عَلَيْهِ جُمْهُورُ أَهْلِ الْعِلْمِ، فَهَمَّ لَا يَفْرُقُونَ بَيْنَ



الْفَاسِدِ وَالْبَاطِلِ.

وَهُنَاكَ مِنْهَجٌ آخَرٌ، وَهُوَ مِنْهَجُ الْحَنْفِيَّةِ: يُفَرِّقُونَ بَيْنَ الْفَاسِدِ وَالْبَاطِلِ؛ فَيَقُولُونَ: الْبَاطِلُ مَا نُهِيَ عَنْهُ بِأَصْلِهِ
وَوَصْفِهِ، بِخِلَافِ الْفَاسِدِ، فَإِنَّهُ مِنْهَيٌّ عَنْهُ بِوَصْفِهِ دُونَ أَصْلِهِ. وَيُرْتَبُونَ عَلَى ذَلِكَ أَنَّ الْبَاطِلَ لَا يُمَكِّنُ تَصْحِيحَهُ،
بِخِلَافِ الْفَاسِدِ فَإِنَّهُ يُمَكِّنُ تَصْحِيحَهُ.

مِثَالُ ذَلِكَ: فِي عُقُودِ الرِّبَا يَقُولُونَ: أَصْلُهَا عُقُودُ بَيْعٍ، وَبِالتَّالِيِ فَإِنَّا يُمَكِّنُ أَنْ نُصَحِّحَ الْعَقْدَ بِجَعْلِهِ عَلَى مُقْتَضَى
الشَّرْعِ، فَيَكُونُ عَقْدًا فَاسِدًا وَلَيْسَ بَاطِلًا.

وَالْجُمْهُورُ لَا يَرْتَضُونَ هَذَا التَّقْسِيمَ، وَيَقُولُونَ بِأَنَّ الْإِنْفِكَاءَ بَيْنَ الْأَصْلِ وَالْوَصْفِ إِنَّمَا هُوَ فِي الذَّهْنِ، أَمَا مَا فِي
الْخَارِجِ فَإِنَّهُ لَا يُوجَدُ أَصْلٌ إِلَّا مَعَهُ وَصْفُهُ، وَمِنْ ثَمَّ لَا يَتَصَوَّرُ الْإِنْفِكَاءَ بَيْنَهُمَا فِي الْخَارِجِ، وَأَحْكَامُ الشَّرِيعَةِ إِنَّمَا
تُطَبَّقُ عَلَى مَا فِي الْوَاقِعِ وَالْخَارِجِ، وَلَا تُطَبَّقُ عَلَى مَا فِي الذَّهْنِ، وَمِنْ هُنَا فَإِنَّهُ لَا يَتَصَوَّرُ الْإِنْفِكَاءَ فِي الْخَارِجِ بَيْنَ أَصْلِ
الْعَقْدِ وَوَصْفِهِ.

٢- كَذَلِكَ يُمَكِّنُ تَقْسِيمَ الْعُقُودِ بِاعْتِبَارِ الْمَالِيَّةِ:

إِلَى عُقُودٍ مَالِيَّةٍ؛ كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ، وَعُقُودٍ غَيْرِ مَالِيَّةٍ؛ مِنْ مِثْلِ: عَقْدِ الْهُدْنَةِ، وَهُنَاكَ عُقُودٌ تَدْخُلُ فِيهَا الْأَمْوَالُ
لَكِنْ لَيْسَ عَلَى جِهَةِ الْأَصَالَةِ، وَإِنَّمَا عَلَى جِهَةِ التَّبَعِيَّةِ؛ مِثْلُ: عُقُودِ النِّكَاحِ.

٣- كَذَلِكَ يُمَكِّنُ تَقْسِيمَ الْعُقُودِ إِلَى عُقُودٍ نَافِذَةٍ وَعُقُودٍ مَوْقُوفَةٍ:

فَالْعُقُودُ النَّافِذَةُ فِي الْحَالِ؛ مِثْلُ: عَقْدِ الْبَيْعِ مِنَ الْمَالِكِ.

وَعُقُودٌ مَوْقُوفَةٌ -يَعْنِي: مَبْنِيَّةٌ عَلَى أُمُورٍ خَارِجَةٍ عَنْهَا-، وَمِنْ أَمْثَلِهِ يُمَثِّلُ بَعْضُهُمْ بِ: بَيْعِ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ، لَوْ
حُجِرَ عَلَى إِنْسَانٍ بِسَبَبِ مُطَالَبَةِ أَهْلِ الدُّيُونِ، ثُمَّ تَصَرَّفَ بِتَصَرُّفٍ، فَإِن تَصَرَّفَهُ وَبِيعَهُ وَشَرَّاهُ مَوْقُوفٌ عَلَى إِجَارَةِ
أَصْحَابِ الْحُقُوقِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَتَصَرَّفُ بِتَصَرُّفٍ فِي مَصْلَحَتِهِمْ.

مِثَالُ آخَرَ: أَرْضٌ قِيمَتُهَا عَشْرَةُ آلَافٍ يَمْلِكُهَا الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ، فَبَاعَهَا بِخَمْسِينَ أَلْفًا، فَمِنْ مَصْلَحَةِ الْغُرَمَاءِ إِتْمَامُ
هَذَا الْعَقْدِ وَعَدَمُ الْغَايَةِ. وَمِثْلُهُ أَيْضًا: مَا لَوْ تَصَرَّفَ فِي الرَّهْنِ.

٤- هُنَاكَ تَقْسِيمٌ آخَرَ بِاعْتِبَارِ مَحَلِّ الْعَقْدِ:

حَيْثُ يُمَكِّنُ تَقْسِيمَ الْعُقُودِ إِلَى عُقُودٍ وَارِدَةٍ عَلَى مَا فِي الدَّمَةِ؛ بِحَيْثُ يَكُونُ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ غَيْرَ مُعَيَّنٍ، بَلْ عَلَى فَرْدٍ



من جنس كلي، ومن أمثله: عقد السلم؛ فهو يبيعه عشرين صاعاً من بر، وقد تكون هذه الأصع من البر لم توجد بعد، فهي غير معينة.

والنوع الثاني: عقود واردة على أعيان معينة؛ كما لو باعه هذه السيارة بعينها.

والنوع الثالث: عقود تتعين بتعيين صاحبها؛ كما لو كان عنده صبرة من طعام، طعام مكرم، فباعه صاعاً من هذه الصبرة، فهنا الصاع غير معين، لكنه يتعين بتعيين صاحبه.

٥- كذلك يمكن تقسيم العقود إلى عقود اختيارية وعقود قهرية:

العقود الاختيارية: مثل: عقد البيع.

وهناك عقود قهرية: تلزم المتعاقد ولو لم يكن موافقاً عليها، مثل: الشفعة، لو قال المشتري أنا لا أقبل بالشفعة.

نقول: لا ينظر إلى رضاك ولا إلى قبولك.

٦- بعض الفقهاء يقسم العقود إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة:

العقود المسماة معروفة عند الفقهاء؛ مثل: عقد المساقاة، وعقد الوكالة، وعقد البيع.

وإلى عقود غير مسماة: وهي العقود الجديدة التي لم تكن معروفة عند المتقدمين.

مسألة: وقد اختلف الفقهاء في العقود الجديدة غير المسماة كيف يتصرف معها؟

فقال طائفة: بأننا نقيسها على العقود المتقدمة، ولا نحدث عقداً جديداً.

بينما هناك طائفة من العلماء قالوا: يمكن أن توجد عقود جديدة نتيجة للمزج بين عقدين متقدمين ونحو

ذلك.

وقال آخرون: بأن الأصل في العقود هو الصحة، فكلما جاءنا عقد جديد فالأصل فيه أن يكون صحيحاً.

٧- هكذا أيضاً هناك عقود معاوضات: مثل البيع. وهناك عقود تبرعات: مثل الهبة. وهناك عقود لها معنى

التبرع ابتداءً ومعنى المعاوضة انتهاءً.

٨- كذلك يمكن تقسيم العقود باعتبار لزومها وعدم لزومها إلى ثلاثة أقسام:

الأولى: عقود لازمة: وهي التي يجب على المتعاقد المضي في العقد، ولا يتمكن من فسخ العقد بإرادة مستقلة،

مثل: عقد البيع.



وَالنَّوعُ الثَّانِي: عَقُودٌ جَائِزَةٌ: وَهِيَ الَّتِي يَتِمَّكُنُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدِينَ مِنْ فَسْخِ الْعَقْدِ بِدُونِ الرَّجُوعِ إِلَى الْعَاقِدِ الْآخَرَ، مِثْلُ: عَقْدِ الْوَكَالَةِ؛ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْوَكِيلِ وَالْمُوَكَّلِ يُمْكِنُهُ فَسْخُ الْعَقْدِ. وَهَنَّاكَ نَوْعٌ ثَالِثٌ: وَهِيَ الْعُقُودُ اللَّازِمَةُ مِنْ أَحَدِ الطَّرَفَيْنِ دُونَ الْآخَرِ، قَدْ يُمَثِّلُونَ لَهُ بِعَقْدِ الْمَسَابِقَةِ، وَمِثْلُهُ: عَقْدُ الْمَكَاتِبَةِ؛ فَإِنَّ السَّيِّدَ يَلْزِمُهُ الْمُضِيُّ فِي هَذَا الْعَقْدِ، وَلَا يَجُوزُ لَهُ فَسْخُهَا، بَيْنَمَا الْمَكَاتِبُ يَحِقُّ لَهُ فَسْخُ الْعَقْدِ وَتَعْجِيزُ نَفْسِهِ.

٩- كَذَلِكَ يُمْكِنُ تَقْسِيمُ الْعُقُودِ إِلَى عَقُودٍ فَوْرِيَّةٍ وَعَقُودٍ مُؤَجَّلَةٍ:

الْعُقُودُ الْفَوْرِيَّةُ: وَهِيَ الْمُنْجِزَةُ فِي الْحَالِ؛ مِثْلُ: عَقْدِ الْبَيْعِ. وَهَنَّاكَ عَقُودٌ مُؤَجَّلَةٌ: وَالتَّأْجِيلُ عَلَى نَوْعَيْنِ: تَأْجِيلٌ لِلْقَبُولِ؛ كَمَا فِي الْوَصِيَّةِ. وَتَأْجِيلٌ لِتَنْفِيذِ الْعَقْدِ؛ كَمَا لَوْ أُجِرَهُ بَيْتُهُ ابْتِدَاءً مِنْ شَهْرِ رَمَضَانَ، فَهَنَّا حَصَلَ إِجَابٌ وَقَبُولٌ فِي شَهْرِ مُحَرَّمٍ، لَكِنَّ الْعَقْدَ لَا يَبْتَدِئُ إِلَّا بِشَهْرِ رَمَضَانَ. وَيُعْتَبَرُ الْعَقْدُ صَحِيحًا وَنَافِذًا وَلَا زَمًا مُنْذُ عَقْدِهِ، بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ؛ فَإِنَّ الْعَقْدَ هَنَّاكَ لَا يَلْزَمُ إِلَّا بِالْقَبُولِ، وَقَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي يَتِمَّكُنُ مِنَ الرَّجُوعِ فِي الْوَصِيَّةِ، بِخِلَافِ عَقْدِ الْبَيْعِ.

١٠- كَذَلِكَ يُمْكِنُ تَقْسِيمُ الْعُقُودِ إِلَى عَقُودٍ مُطْلَقَةٍ وَعَقُودٍ مُؤَقَّتَةٍ:

الْعُقُودُ الْمُطْلَقَةُ: وَهِيَ الَّتِي لَمْ يَحْدَدْ لَهَا وَقْتُ؛ مِثْلُ: عَقْدِ الْبَيْعِ. وَهَنَّاكَ عَقُودٌ مُؤَقَّتَةٌ: مِنْ أَمْثَلَتِهِ: مَا لَوْ أُجِرَهُ بَيْتُهُ لِمُدَّةِ خَمْسِ سَنَوَاتٍ. مَسْأَلَةٌ: وَقَدْ اخْتَلَفَ الْفُقَهَاءُ فِي الْعُقُودِ الْمُؤَقَّتَةِ: هَلْ لَهَا حَدٌّ أَوْ لَا؟ فَقَالَتْ طَائِفَةٌ: لَا بَدَأَ أَنْ تَكُونَ أَقَلَّ مِنْ ثَلَاثِينَ سَنَةً، وَالْجُمْهُورُ عَلَى أَنَّ الْأَصْلَ فِي الْعُقُودِ صِحَّتُهَا وَعَدَمُ تَحْدِيدِ مَدَّةِ لَوْقَتِ الْعَقْدِ.

١١- بَعْضُ الْفُقَهَاءِ يُقَسِّمُ الْعُقُودَ بِتَقْسِيمَاتٍ أُخْرَى؛ مِنْهَا مَثَلًا: يَقُولُ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ: تَنْقَسِمُ الْعُقُودُ إِلَى سِتَّةِ

أَقْسَامٍ:

عُقُودٌ تَمْلِكَاتٍ: مِثْلُ الْبَيْعِ.

وَعُقُودٌ مُشَارَكَةٌ: مِثْلُ الشَّرَكَاتِ، وَالْمَسَاقَاةِ، وَالْمَغَارَسَةِ، وَالْمَزَارَعَةِ.

وَعُقُودٌ تَفْوِيزٌ وَإِطْلَاقٌ: مِثْلُ عَقْدِ الْوَكَالَةِ.



وَعُقُودٌ تَوْثِيقِيَّةٌ: مِثْلُ الصَّهْمَانِ، وَالْكَفَالَةِ.

وَعُقُودٌ حِفْظِيَّةٌ: مِثْلُ عَقْدِ الْوَدِيعَةِ.

قَدْ يَزِيدُونَ سَادِسًا وَهُوَ: عُقُودُ الْإِسْقَاطَاتِ.

المَبْحَثُ الثَّانِي: نَتَكَلِّمُ عَنْ آثَارِ الْعُقُودِ، مَاذَا يَتَرْتَّبُ عَلَى الْعَقْدِ:

كُلُّ عَقْدٍ مِنَ الْعُقُودِ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ آثَارٍ، وَلَكِنَّ آثَارَ الْعُقُودِ مُتَفَاوِتَةٌ مُخْتَلِفَةٌ بِاخْتِلَافِ نَوْعِ الْعَقْدِ، وَبِاخْتِلَافِ مَحَلِّ الْعَقْدِ.

١- مِنْ أَمْثِلَةِ الْآثَارِ الْمُرْتَبَةِ عَلَى الْعُقُودِ (مَا يَتَعَلَّقُ بِالْمِلْكِيَّةِ): فَهَذَاكَ الْعَدِيدُ مِنَ الْعُقُودِ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا آثَارٌ مُتَعَلِّقَةٌ بِالْمِلْكِيَّةِ؛ فَالْبَيْعُ تَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ آثَارٌ انْتِقَالِ الْمِلْكِيَّةِ بَيْنَ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي.

٢- وَمِنْ الْآثَارِ (حُلُّ الْاِنْتِفَاعِ أَوْ الْاِسْتِمْتَاعِ): هَذِهِ مِنْ آثَارِ كَثِيرٍ مِنَ الْعُقُودِ؛ مِثْلُ: عَقْدِ الْبَيْعِ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ حُلُّ الْاِنْتِفَاعِ، وَعَقْدِ النِّكَاحِ كَذَلِكَ، وَعَقْدِ الْإِجَارَةِ.

٣- أَيْضًا مِنْ آثَارِ بَعْضِ الْعُقُودِ (إِمْكَانِيَّةُ التَّصَرُّفِ): فَإِنَّ الْعَقْدَ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ أَنْ يُحَوَّلَ الْمُتَعَاقِدُ بِشَيْءٍ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ مَبْنِيَّةٍ عَلَى الْعَقْدِ الْأَوَّلِ؛ عَقْدُ الْإِجَارَةِ أَلَّا يُحَوَّلَ لِلْمُسْتَأْجِرِ شَيْئًا مِنَ التَّصَرُّفَاتِ؟ أَنْ يَحِقَّ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يُؤَجَّرَ، هَذَا تَصَرُّفٌ فِي الْمَنْفَعَةِ مَبْنِيٌّ عَلَى الْعَقْدِ الْأَوَّلِ.

٤- هَكَذَا أَيْضًا مِنْ آثَارِ الْعُقُودِ (الْأَحْقِيَّةُ فِي تَوْثِيقِ الْحُقُوقِ): فَإِنَّ كَلًّا مِنَ الْمُتَعَاقِدِينَ يَحِقُّ لَهُ أَنْ يَسْعَى لِتَوْثِيقِ حُقُوقِهِ؛ سِوَاكَ تِلْكَ الْحُقُوقِ الَّتِي يَتَكُونُ مِنْهَا الْعَقْدُ، أَوْ الْمُرْتَبَةِ عَلَيْهِ.

المَبْحَثُ الثَّلَاثُ: مِنْ الْأُمُورِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْعُقُودِ: مَا يَتَعَلَّقُ بِانْتِهَاءِ الْعَقْدِ وَوُجُوبِهِ:

١- انْتِهَاءُ مُدَّةِ الْعَقْدِ: الْعُقُودُ قَدْ تَكُونُ دَائِمَةً أَوْ مُطْلَقَةً، وَقَدْ تَكُونُ مُؤَقَّتَةً -كَمَا تَقَدَّمَ-، فَالْمُؤَقَّتَةُ تَنْتَهِي بِانْتِهَاءِ مُدَّتِهَا؛ مِثْلُ: عَقْدِ الْإِجَارَةِ: أَجْرَ الْأَرْضِ مِائَةً وَخَمْسِينَ سَنَةً، الْمُسْتَأْجِرُ أَصْبَحَ مِمَّنْ يَحِقُّ لَهُ الْاِنْتِفَاعُ بِالْأَرْضِ، هَلْ يَمْلِكُهَا؟ نَقُولُ: لَا يَمْلِكُ الْأَرْضَ، مَتَى يَنْتَهِي هَذَا الْعَقْدُ؟ بِانْتِهَاءِ مُدَّتِهِ وَلَوْ طَالَتْ. إِذَا مِنْ أَسْبَابِ انْتِهَاءِ الْعُقُودِ: انْتِهَاءُ الْمُدَّةِ.



٢- السَّبَبُ الثَّانِي مِنْ أَسْبَابِ انْتِهَاءِ الْعُقُودِ: وَجُودُ الْخِيَارِ: فَإِنَّ الْخِيَارَ لِمَنْ لَهُ حَقُّ الْخِيَارِ يُنْهِي الْعَقْدَ، مِثَالُ ذَلِكَ: مَا لَوْ تَعَاقَدَ مَعَهُ وَفِي أَثْنَاءِ الْمَجْلِسِ اخْتَارَ عَدَمَ الْمُضِيِّ فِي الْعَقْدِ، فَتَقُولُ حَيْثُذُ: يَحِقُّ لِلْمَتَعَاقِدِ أَنْ يَفْسَخَ الْعَقْدَ بِمَجْلِسِ الْعَقْدِ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنْ أَقْوَالِ أَهْلِ الْعِلْمِ - كَمَا هُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ وَأَحْمَدَ - حَدِيثُ: «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا»^(١)، كَمَا فِي «الصَّحِيحَيْنِ» مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ^(٢).

وَمِثْلُهُ أَيْضًا: فِي خِيَارِ الشَّرْطِ؛ لَوْ اشْتَرَى مِنْهُ سَيَّارَةً، وَاشْتَرَطَ أَنْ لَهُ الْخِيَارَ لِمُدَّةِ يَوْمَيْنِ. فَتَقُولُ حَيْثُذُ: إِذَا اخْتَارَ الْمُتَعَاقِدُ فُسَخَ الْعَقْدُ وَعَدَمَ إِمضَائِهِ، فَإِنَّهُ يَحِقُّ لَهُ ذَلِكَ.

تَنْبِيْهُ: هُنَاكَ عُقُودٌ لَا يَصِحُّ تَوْفِيقُهَا وَلَا وَضْعُ خِيَارٍ فِيهَا: مِثْلُ عَقْدِ النِّكَاحِ؛ فَإِذَا وَقَّتْ عَقْدَ النِّكَاحِ كَانَ نِكَاحٌ مُتَعَةً يَمْنَعُ مِنْهُ، وَلَيْسَ مِنَ الْأَنْكِحَةِ أَوْ الْعُقُودِ الصَّحِيحَةِ.

مَسْأَلَةٌ: هَلْ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ خِيَارٌ؟

امْرَأَةٌ تَزَوَّجَتْ بِرَجُلٍ، وَاشْتَرَطَتْ أَنْ لَهَا حَقُّ فُسْخِ النِّكَاحِ، نَقُولُ: هَذَا شَرْطٌ صَحِيحٌ، وَتَمْلِكُ فُسْخَ الْعَقْدِ.

٣- النَّوعُ الثَّلَاثُ مِنْ أَنْوَاعِ انْتِهَاءِ الْعُقُودِ: فُسْخُ الْعَقْدِ الْجَائِزِ: وَكَلَهُ فِي وَكَالَةٍ بِتَصَرُّفٍ، ثُمَّ اتَّصَلَ عَلَيْهِ بَعْدَ سَاعَةٍ إِذَا بِهِ يُخَاصِمُهُ وَيَتَكَلَّمُ عَلَيْهِ، رَافِعًا صَوْتَهُ، فَقَالَ: سَأَفْسُخُ هَذِهِ الْوَكَالََةَ وَلَنْ أَقْبَلَهَا الَّتِي أَوْجَدْتُ لِهَذَا الْمُوَكَّلِ مَجَالًا لِيَتَكَلَّمَ فِيَّ وَيَقْدَحَ فِيَّ؛ هَلْ يَحِقُّ لَهُ ذَلِكَ أَوْ لَا يَحِقُّ؟ إِذَنْ، مِنْ أَنْوَاعِ انْتِهَاءِ الْعُقُودِ: فُسْخُ الْعَقْدِ، لَكِنْ هَذَا فِي الْعُقُودِ الْجَائِزَةِ.

٤- أَيْضًا مِنْ أَنْوَاعِ وَمِنْ طَرَائِقِ انْتِهَاءِ الْعُقُودِ: الْإِقَالَةُ: بِأَنْ يُوْجَدَ هُنَاكَ تَوَافُقٌ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ عَلَى الْإِغَاءِ الْعَقْدِ.

٥- كَذَلِكَ مِنْ طَرَائِقِ انْتِهَاءِ الْعُقُودِ: هَلَاكُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ: اسْتَأْجَرَ مِنْهُ سَيَّارَةً، فَجَاءَتْهَا صَاعِقَةٌ مِنَ السَّمَاءِ فَأَحْرَقَتْهَا وَأَتْلَفَتْهَا، وَهُوَ قَدْ اسْتَأْجَرَ السَيَّارَةَ لِمُدَّةِ خَمْسِ سَنَوَاتٍ، وَالصَّاعِقَةُ أَتَتْ بَعْدَ الْعَقْدِ بِشَهْرَيْنِ، نَقُولُ: يَنْفَسَخُ الْعَقْدُ وَيَنْتَهِي، وَلَا يَسْتَحِقُّ أُجْرَةً إِلَّا بِالشَّهْرَيْنِ الْمَاضِيَيْنِ فَقَطُّ.

(١) أخرجه البخاري في كتاب البيوع - باب النهي عن تلقي الركبان وأن يبيعه مردود (٢١٦٢)، ومسلم في كتاب البيوع - باب تحريم بيع الحاضر للبادي (١٥٢٣)، من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه.

(٢) هو: عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشي العدوي الصحابي المشهور أمة زينب بنت مظعون الجمحية ولد سنة ثلاث من المبعث النبوي فيما جزم به الزبير بن بكار قال: هاجر وهو ابن عشر سنين وكذا قال الواقدي حيث قال مات سنة أربع وثمانين روى عن النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان وغيرهم وروى عنه من الصحابة جابر وابن عباس وغيرهما. (الإصابة في تمييز الصحابة: ٤/ ١٨١).



قَالَ الْمُؤَجَّرُ: أَنَا قَدْ سَلَّمْتُكَ السَّيَّارَةَ، وَعَقَدْتُ مَعَكَ خَمْسَ سَنَوَاتٍ، فَيَلْزَمُكَ أَنْ تَدْفَعَ لِي أُجْرَةَ خَمْسِ سَنَوَاتٍ. نَقُولُ: لَا يُلْتَفَتُ هَذَا؛ لِأَنَّ السَّلْعَةَ تَتَلَفُ فِي مِلْكِ صَاحِبِهَا وَضَمَانِهِ، إِذَا لَمْ يَحْصُلْ هُنَاكَ تَعَدُّ وَلَا تَفْرِيطٌ.

٦- كَذَلِكَ مِنْ مُنْهَيَاتِ الْعُقُودِ: الْأَسْتِحْقَاقُ: إِذَا تَبَيَّنَ أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ مُسْتَحَقٌّ، فَلَا اسْتِحْقَاقَ يُنْهِي الْعَقْدَ وَيُلْغِيهِ، وَالْمُرَادُ بِالْأَسْتِحْقَاقِ: هُوَ تَبَيُّنُ أَنَّ السَّلْعَةَ الْمَعْقُودَ عَلَيْهَا لَيْسَتْ مَمْلُوكَةً لِلْعَاقِدِ، وَلَا مَأْذُونًا لَهُ بِالتَّصَرُّفِ فِيهَا، كَمَا لَوْ قُلْتُ: أبيعك هذا الشماع. فقبلت، فقد تم العقد، ثم تبين بعد ذلك أن هذا الشماع ليس مملوكاً للبائع، بل هو قد غصبه أو سرقه، فحيث نقول: ينتهي العقد؛ وذلك لأننا تبيننا أن العين المعقود عليها مستحقة.

**

مَسْأَلَةٌ: مَبْدَأُ الْأَنْعَاطِ وَعِلَاقَتُهُ بِالْعَقْدِ:

عِنْدَ فُقَهَاءِ الشَّرِيعَةِ مَبْدَأٌ يُسَمُّونَهُ الْأَنْعَاطَ؛ بَحَيْثُ أَنَّ الْحُكْمَ الْحَاضِرَ يَعُودُ عَلَى مَا مَضَى، يُسَمُّونَهُ أَنْعَاطًا. وَهُنَاكَ أَحْكَامٌ عَدِيدَةٌ تَمَثِّلُ هَذَا الْأَنْعَاطَ - وَأَكْثَرُ مِنْ أَشَارِ إِلَيْهَا عُلَمَاءُ الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ -، وَنَمَثِلُ هَذَا بِمَثَلٍ: عَقَدَ عَلَى امْرَأَةٍ وَأَعْطَاهَا مَهْرًا السَّيَّارَةَ الْفُلَانِيَّةَ، فَأَخَذَتِ السَّيَّارَةَ وَبَدَتْ تُؤَجِّرُهَا، وَبَعْدَ السَّنَةِ طَلَبَتْ الْفَسْخَ وَطَلَبَتْ الطَّلَاقَ - وَهُوَ وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا - وَطَلَّقَهَا الزَّوْجُ، السَّيَّارَةُ لِمَنْ؟ تَعُودُ لِلزَّوْجِ، وَفِي الْمُدَّةِ الْمَاضِيَةِ بَيْنَ تَارِيخِ الْعَقْدِ الَّذِي سَلَّمَتْ فِيهِ السَّيَّارَةَ وَتَارِيخِ الطَّلَاقِ كَانَتْ الْمَرْأَةُ قَدْ أَجَرَتِ السَّيَّارَةَ، وَأَخَذَتْ لَهَا أَمْوَالًا طَائِلَةً، نَقُولُ: نَتَبَيَّنُ بِذَلِكَ أَنَّ مِلْكَ السَّيَّارَةِ فِي تِلْكَ الْمُدَّةِ لِمَنْ؟ كَثِيرٌ مِنَ الْفُقَهَاءِ يَقُولُ: تَكُونُ لِلزَّوْجِ، وَبِالتَّالِيِ يَقُولُونَ: تَكُونُ الْأُجْرَةُ فِي الْمُدَّةِ الْمَاضِيَةِ لِلزَّوْجِ، وَيَلْزَمُ الزَّوْجَةَ أَنْ تَدْفَعَهَا. وَهَكَذَا لَوْ طَلَّقَهَا ابْتِدَاءً مِنْ عِنْدِ نَفْسِهِ؛ فَإِنَّ الزَّوْجَةَ تَسْتَحِقُّ النِّصْفَ، وَيَلْزَمُهَا إِعَادَةُ النِّصْفِ، وَالْمُنَاصَفَةُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ مِنْ مَتَى ثَبَّتَتْ؟ هَلْ هُوَ مِنْ تَارِيخِ الْفُرْقَةِ أَوْ نَقُولُ: مِنْ تَارِيخِ الْعَقْدِ؟ هَذَا إِذَا أَعْدَنَاهُ إِلَى تَارِيخِ الْعَقْدِ يُسَمَّى الْأَنْعَاطَ.

**

الْمَبْحَثُ الرَّابِعُ: مَا يَدْخُلُ فِي الْعُقُودِ وَمَا لَا يَدْخُلُ فِيهَا:

نُشِيرُ هُنَا إِلَى أَنَّ مِمَّا يَعْنِي بِهِ الْعُلَمَاءُ بَيَانَ مَا يَدْخُلُ فِي الْعُقُودِ وَمَا لَا يَدْخُلُ، فَإِذَا بَاعَ عَقَارًا أَوْ بَيْتًا مَاذَا يَدْخُلُ فِي الْعَقْدِ؟ هَلْ تَدْخُلُ الْأَبْوَابُ، هَلْ تَدْخُلُ الْفُرُشُ، هَلْ تَدْخُلُ الْمَكِيَّاتُ، هَلْ تَدْخُلُ الْمَفَاتِيحُ، هَلْ تَدْخُلُ الدَّوَالِيبُ،



هَلْ تَدْخُلُ الْكَرَّاسِي؟ هَذَا مِنْ آثَارِ الْعُقُودِ، وَقَدْ عَنِيَ الْعُلَمَاءُ بِبَحْثِ هَذَا فِي بَابِ بَيْعِ الْأَصُولِ وَالشَّارِ، لَهُمْ تَفْصِيْلَاتٌ كَثِيرَةٌ فِي ذَلِكَ.

**

المَبْحَثُ الْخَامِسُ: مَجَالَاتُ التَّأْلِيفِ فِي نَظَرِيَّةِ الْعُقُودِ:

هَذِهِ النِّظَرِيَّةُ -نَظَرِيَّةُ الْعَقْدِ- اعْتَنَى بِهَا الْفُقَهَاءُ الْمَعَاصِرُونَ، وَوَجَدَ فِيهَا مَوْلَفَاتٍ عَدِيدَةً، مِنْ أَشْهُرِ هَذِهِ الْمَوْلَفَاتِ:

- ١- كِتَابُ «الْمَلِكِيَّةُ وَنَظَرِيَّةُ الْعَقْدِ» لِلشَّيْخِ مُحَمَّدِ أَبِي زَهْرَةَ.
- ٢- وَكِتَابُ «الْأَمْوَالُ وَنَظَرِيَّةُ الْعَقْدِ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ» لِلدُّكْتُورِ مُحَمَّدِ يُوْسُفِ مُوسَى.
- ٣- وَ «نَظَرِيَّةُ الْعَقْدِ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ» لِمُحَمَّدِ سَلَامَةَ.
- ٤- وَ «نَظَرِيَّةُ الْعَقْدِ وَالْخِيَارَاتِ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ» لِلدُّكْتُورِ عَبْدِ الْعَزِيزِ الْحَيَّاطِ.
- ٥- وَ «نَظَرِيَّةُ الْعَقْدِ» لِلشَّيْخِ عَلِيِّ الْحَفِيفِ.
- ٦- وَ «نَظَرِيَّةُ الْعَقْدِ وَالتَّعْسُفِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ» لِلدُّكْتُورِ مُحَمَّدِ أَحْمَدِ فَرَّاجِ.
- ٧- وَ «نَظَرِيَّةُ الْعَقْدِ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ» لِلدُّكْتُورِ أَحْمَدِ فَهْمِي أَبِي سِنَّةِ.
- ٨- كِتَابُ «نَظَرِيَّةُ الْعَقْدِ» لِلقُرَّةِ دَاغِي.
- ٩- مِثْلُهُ أَيْضًا «صِبْغُ الْعُقُودِ فِي الْفِقْهِ» لِلدُّكْتُورِ صَالِحِ الْعَلِيْقَةِ.
- ١٠- وَ «نَظَرِيَّةُ الْعَقْدِ وَالْخِيَارَاتِ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ» لِلدُّكْتُورِ سُلَيْمَانَ الْجُرُوشِيِّ.
- ١١- وَ «نَظَرِيَّةُ الْعَقْدِ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ» مُحَمَّدُ مُحَمَّدِ حُسَيْنِ.
- ١٢- وَ «نَظَرِيَّةُ الْعَقْدِ فِي الشَّرِيعَةِ وَالْقَانُونِ» لِلدُّكْتُورِ عَبْدِ الْمُنْعَمِ الصَّدَّةِ.
- ١٣- «تَارِيخُ الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ وَنَظَرِيَّةُ الْمَلِكِيَّةِ وَالْعُقُودِ» لِلدُّكْتُورِ بَدْرَانَ أَبِي الْعَيْنِينَ.

**

المَبْحَثُ السَّادِسُ: نَتَقِلُّ إِلَى جُزْئِيَّةٍ أُخْرَى، وَهِيَ: الْمَقَارَنَةُ بَيْنَ الطَّرِيقَةِ الْفِقْهِيَّةِ وَالْقَانُونِيَّةِ فِي دِرَاسَةِ هَذِهِ الْقَاعِدَةِ:



هناك العديد من الفروق بين الدراسة الفقهية والقانونية لنظرية العقد، يمكن أن نورد منها خمسة نماذج:
النموذج الأول: أن الدراسة الفقهية فيها التفات للجانب الأخلاقي؛ ولذلك هناك مستحبات ومكروهات،
بخلاف الدراسات القانونية؛ فإمّا لا تلتفت لهذا الجانب، وإمّا تنظر إلى الحقوق مجردة.
من أمثلة هذا: أن الفقهاء ينصون على أن الإقالة مستحبة للمقيل؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «من أقال
مسئلاً أقال الله عزّته يوم القيامة»^(١). مثل هذا لا تجده في دراسات القانونيين.

الفرق الثاني: في الالتفات إلى الآثار الأخروية؛ فإن البحث الشرعي والفقهي لمسائل العقود يشار فيه إلى عدد
من الأمور الأخروية؛ من هنا يذكرون تحريم الربا، والعقوبات الشرعية الواردة في هذا الباب، بخلاف البحث
القانوني؛ فإنه لا يلتفت إلى البعد الأخروي لمسائل العقود.

الجانب الثالث: في التفريق بين الدراسة الفقهية والقانونية: أن الدراسة الفقهية مقيدة في الشرع، فهناك
مباحات، وهناك محرمات: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(٢). نهى عن بيع الغرر، ونهى عن الشيا حتى تعلم، ونحو
ذلك. بخلاف الدراسات القانونية؛ فإن العقود فيها ليست مقيدة بشيء إلا بإرادة المتعاقدين، ولذلك يقولون:
العقد شريعة المتعاقدين. فهذه الكلمة كما أنها محرمة لمخالفتها للشرع، فهي أيضاً خاطئة من جهة اللغة؛ لأن
الشريعة في الأصل تطلق على المورد العام الذي يستقي منه الجميع؛ كشريعة الماء إذا كان هناك مورد كبير يرد عليه
أناس عدة. لكن العقد مختص بالمتعاقدين ولا يرد عليه كثير من الناس، وبالتالي لا يصح إطلاق لفظه: العقد في
شريعة المتعاقدين؛ لا من جهة معناها، ولا من جهة حكمها وحقيقتها.

الفرق الرابع: أن الدراسة الفقهية لا تحصر العقود فيما فيه جهتان؛ فهناك عقود تكون من جهة واحدة؛ مثل:
عقد الوقف من جهة الواقف. وقد يمثلون له أيضاً بأمور شرعية؛ مثل: الاعتكاف، والإحرام، والنذر، بخلاف
العقد عند القانونيين؛ فإنه لا يكون إلا إذا كان هناك إرادتان.

الفرق الخامس: أن فقهاء الشريعة يعنون بالجانب التطبيقي، بل إن البحث الفقهية قد يكون منحصرًا على

(١) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع - باب في فضل الإقالة (٣٤٦٠)، وابن ماجه في كتاب التجارات - باب الإقالة (٢١٩٩)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وصححه الألباني في «مشكاة المصابيح» (٢٨٨١).

(٢) سورة البقرة: ٢٧٥.



الجانب التطبيقي، وإن وجدت كتابات فقهية في كتب القواعد في تنظير العقود، وإظهار القواعد المشتركة بينها، إلا أن هذا ليس هو الغالب على الدراسات الفقهية. بخلاف دراسات القانونيين؛ فإن التطبيق فيها ضعيف، ولا شك أن الدراسة عندما تكون تطبيقية تعطي الإنسان من التصور ما لا تعطيه الدراسة النظرية المجردة، ولا يعني هذا أننا نقتصر بالدراسة التطبيقية عن الدراسة النظرية؛ فكلٌّ منهما له أهميته.

الفرق السادس: في مباحث العقد يطيل القانونيون في بحث الإرادة، وحققتها، وأحكامها، وآثارها، وهكذا أيضاً يطيلون الكلام في بحث الالتزام، ولا تجد مثل هذا عند فقهاء الشريعة.

أيضاً من الفروقات بينهما السابع: أيضاً فإن الفقهاء أن علماء الشريعة يلتفتون إلى الأمر الظاهر من النواحي القضائية، ولهم نظر في جانب الباطن من ناحية الديانة. بينما القانونيون ينظرون إلى الإرادة، وقد انتقدوا في هذا؛ لأنه يخالف المبادئ القضائية، لأن القضاء لا يحكم على الأمور الباطنة الخفية، والإرادة منها.

هكذا أيضاً فيما يتعلق بالنظر في آثار العقود الباطلة هذا مما يعني به فقهاء الشريعة الفرق الثامن: أن فقهاء الشريعة يهتمون بالنظر في آثار العقود الباطلة، بخلاف القانونيين؛ وغيرهم لا يوليه العناية اللائقة به.

الفرق التاسع: كذلك مما اعتنى به فقهاء الشريعة: الحرص على بيان ما يندرج في العقود، والآثار المترتبة عليها.

هل من الفروق بينهم ما يتعلق بانعقاد العقود بمجرد حصول الألفاظ أو لا؟

الفرق العاشر: عند فقهاء الشريعة أن العقود تنعقد بمجرد الألفاظ، ولو لم يكن هناك توثيق؛ إذا تعاقداً اثنان بباعة سلعة، ولم يكن لديهم أحد يشهد على ذلك، فعند علماء الشريعة أن العقد ينعقد بمجرد التعاقد. بينما عند أهل القانون يقولون: لا نثبت التعاقد إلا إذا وجد دليل عليه؛ من شهادة شهود، أو إقرار، أو تسهيل وكتابة، أو نحو ذلك.

أما فقهاء الشريعة فيقولون: بمجرد عقد العقد، فإنه ثبت ولزم، وبالتالي لا يصح له التنصل من العقد.

الفرق الحادي عشر من الأمور التي أيضاً فيها اختلاف: ما يتعلق بقابلية محل العقد؛ فإن القانونيين يجعلون كل محل مملوكاً صالحاً في ورود العقود عليه؛ وبالتالي لو باعه ما لا قيمة له، فإنه يكون عقداً لازماً عند القانونيين. بخلاف علماء الشريعة فإنهم يقولون: إن ما انتفت قيمته؛ سواء بسبب تعارف الناس على انتفاء القيمة، أو بسبب



عَدَمِ اعْتِبَارِ الشَّرْعِ لَهُ، فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ الْعَقْدُ عَلَيْهِ. لَوْ بَاعَهُ حَمْرًا: فَعِنْدَ الْقَانُونِيِّينَ يَصِحُّ، أَمَّا عِنْدَ عُلَمَاءِ الشَّرِيعَةِ يَقُولُونَ: لَا يَصِحُّ. وَهُوَ نَاشِئٌ مِنْ هَذَا التَّفْرِيقِ.

الْفَرْقُ الثَّانِي عَشَرَ أَيْضًا مِنَ الْأُمُورِ الَّتِي يُفَرِّقُ فِيهَا بَيْنَ الطَّرِيقَتَيْنِ: أَنَّ الْفُقَهَاءَ يُجِيزُونَ تَأَخُّرَ الْقَبُولِ عَنِ الْإِجَابِ فِي بَعْضِ الْعُقُودِ؛ مِثْلَ الْوَصِيَّةِ، وَيَجْعَلُونَ هَذَا لِرُؤُودِ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ. بِخِلَافِ الْقَانُونِيِّينَ، مَاذَا يَفْعَلُونَ فِي الْوَصِيَّةِ؟ يَقُولُونَ: هَذِهِ لَيْسَتْ عَقْدًا، فَإِنَّهُمْ لَا يَجْعَلُونَ الْوَصِيَّةَ عَقْدًا.

الْفَرْقُ الثَّلَاثُ عَشَرَ وَهَذِهِ فِيهَا إِشَارَةٌ إِلَى شَيْءٍ، وَهُوَ: أَنَّ الْفُقَهَاءَ يَدْخُلُونَ فِي مَبَاحِثِ الْعَقْدِ مِنْ أَجْزَائِهِ مَا لَا يَرَى الْقَانُونِيُّونَ دُخُولَهُ فِيهِ. وَمِنْ أَمْثَلِهِ هَذَا: فِي الْإِحْرَامِ، وَفِي الْإِعْتِكَافِ فَهَذِهِ لَا تُعْتَبَرُ عُقُودًا عِنْدَ الْقَانُونِيِّينَ، بِخِلَافِهَا عِنْدَ عُلَمَاءِ الشَّرِيعَةِ فَيَقُولُونَ: انْعَقَدَ الْإِحْرَامُ. وَبِالتَّالِي لَوْ اشْتَرَطَ صَحَّ اشْتِرَاطُهُ عِنْدَ أَحْمَدَ وَالشَّافِعِيَّ، وَمِثْلُهُ فِي الْإِعْتِكَافِ.

هَذَا شَيْءٌ مِمَّا يَتَعَلَّقُ بِالْفَرْقِ بَيْنَ الْبَحْثِ الْفِقْهِيِّ وَالْحُقُوقِيِّ لِنَظَرِيَّةِ الْعَقْدِ.

هُنَاكَ مَا يَتَعَلَّقُ بِالشُّرُوطِ بَيْنَ الْمُتَعَاقِدِينَ، قُلْنَا: إِنَّ هُنَاكَ فَرْقًا بَيْنَ شَرْطِ الْعَقْدِ وَالشَّرْطِ فِي الْعَقْدِ، وَفَرَقْنَا بِثَلَاثَةِ شُرُوطٍ، وَقُلْنَا: بِأَنَّ الشُّرُوطَ تَنْقَسِمُ إِلَى سِتَّةِ أَقْسَامٍ.

سُؤَالٌ: هَلْ يَحِقُّ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يُوجِرَ؟

الْجَوَابُ: الْفُقَهَاءُ يَقُولُونَ: إِنْ كَانَ الْمُسْتَأْجِرُ الْجَدِيدُ أَقْلَ ضَرَرًا مِنَ الْمُسْتَأْجِرِ الْأَوَّلِ، صَحَّ، وَمِثَالُهُ: أَنَا أَجْرَتُكَ الْبَيْتَ وَأَنْتَ عِنْدَكَ ابْنَانِ، فَلَا حَقَّ لَكَ فِي أَنْ تُوجِرَ الْبَيْتَ - يَا أَيُّهَا الْمُسْتَأْجِرُ - عَلَى شَخْصٍ عِنْدَهُ خَمْسَةَ عَشَرَ وَلَدًا؛ لِأَنَّهُمْ سَيَتَلَفُونَ الْبَيْتَ.

فَحِينَئِذٍ نَقُولُ: هُوَ أَذِنَ لِلْمُسْتَأْجِرِ فِي الْإِئْتِفَاعِ بِحَدِّ مُعَيَّنٍ، فَإِذَا أَجَرَ الْمُسْتَأْجِرُ هَذِهِ الْعَيْنَ لِمَنْ يَنْتَفِعُ بِمِقْدَارِ ذَلِكَ الْحَقِّ، صَحَّ، أَوْ كَانَ أَقْلَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ أَكْثَرَ.

نَسَأَلُ اللَّهَ جَلَّ وَعَلَا أَنْ يُوفِّقَنَا وَإِيَّاكُمْ لِحَيْرِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ، وَأَنْ يَجْعَلَنَا وَإِيَّاكُمْ مِنَ الْهُدَاةِ الْمُهْتَدِينَ، كَمَا أَسْأَلُهُ سُبْحَانَهُ أَنْ يُصَلِّحَ أَحْوَالَ الْأُمَّةِ، وَأَنْ يَرُدَّهُمْ إِلَى دِينِهِ رَدًّا جَمِيلًا، وَأَنْ يَكْفِيَهُمْ كُلَّ مَنْ يَرِيدُ صَدَّهُمْ عَنِ دِينِ اللَّهِ، أَوْ يَرِيدُهُمْ أَنْ يُحْكَمُوا غَيْرَ شَرِيعَةِ اللَّهِ.

هَذَا وَاللَّهُ أَعْلَمُ، وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى نَبِيِّنَا مُحَمَّدٍ، وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ أَجْمَعِينَ.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ، وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى أَشْرَفِ الْأَنْبِيَاءِ وَالْمُرْسَلِينَ.
أَمَّا بَعْدُ.

فَتَحَدَّثَ فِي هَذَا الْيَوْمِ - بِإِذْنِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ - عَنْ نَظَرِيَّةٍ أُخْرَى مِنْ نَظَرِيَّاتِ الْفَقْهِ: أَلَا وَهِيَ (نَظَرِيَّةُ الْإِثْبَاتِ).
التَّعْرِيفُ اللَّغَوِيُّ لِلْإِثْبَاتِ:

الْإِثْبَاتُ فِي اللُّغَةِ مَا خُوِذَ مِنَ الْفِعْلِ اثْبَتَ، وَيُرَادُ بِهِ فِي اللُّغَةِ: تَمَكَّنَ مِنْ إِدَامَةِ الشَّيْءِ. وَمَصْدَرُ هَذِهِ الْكَلِمَةِ مِنَ الْفِعْلِ: ثَبَتَ، بِمَعْنَى: اسْتَقَرَّ وَأَقَامَ.

وَالْإِثْبَاتُ مَرَّةً يُقَابَلُ النَّفْيَ، وَمَرَّةً يُقَابَلُ عَدَمَ الْحَرَكَةِ؛ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿يُثَبِّتُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا بِالْقَوْلِ الثَّابِتِ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾^(١) الْآيَةَ.

مَعْنَى الْإِثْبَاتِ وَعِنْدَ فَقْهَاءِ الشَّرِيعَةِ:

الْإِثْبَاتُ: إِقَامَةُ الدَّلِيلِ الشَّرْعِيِّ لَدَى الْقَضَاءِ عَلَى حَقِّ فِي وَاقِعَةٍ مُعَيَّنَةٍ.

مَعْنَى الْإِثْبَاتِ وَأَمَّا عِنْدَ الْقَانُونِيِّينَ:

فَانَّهُمْ يَجْعَلُونَ الْإِثْبَاتَ بِمَعْنَى: الْعَمَلِيَّةَ الْقَانُونِيَّةَ الَّتِي يَقُومُ بِهَا الْمُدْعِي أَمَامَ الْقَضَاءِ؛ لِإِقْنَاعِ الْقَاضِي بِحَقِّهِ، وَبِذَلِكَ يُدْخَلُ الْقَانُونِيُّونَ فِي مَفْهُومِ الْإِثْبَاتِ: نَتِيجَةُ الْإِثْبَاتِ، وَيَدْخُلُونَ فِيهِ قَنَاعَةَ الْقَاضِي.

أَهْمِيَّةُ نَظَرِيَّةِ الْإِثْبَاتِ:

وَمَبْحَثُ الْإِثْبَاتِ مِنَ الْمُبَاحِثِ الْمُهْمَةِ؛ لِمَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ مِنْ أَهْدَافٍ عَظِيمَةٍ، أَبْرَزُهَا أَمْرَانِ:

الْأَوَّلُ: وَصُولُ الْمُدْعِي إِلَى حَقِّهِ.

وَالثَّانِي: مَنَعُ التَّعَدِّي عَلَيْهِ.

وَلِذَا اعْتَنَى فَهْمَاءُ الشَّرِيعَةِ بِالْإِثْبَاتِ وَوَسَائِلِهِ، وَلَا يَخْلُو كِتَابُ فِقْهِهِ مِنَ الْكَلَامِ عَنِ الْإِثْبَاتِ؛ سِوَاءٍ فِي حَقِيقَةِ

الْإِثْبَاتِ، أَوْ فِي وَسَائِلِهِ، أَوْ فِي آثَارِهِ.

(١) سورة إبراهيم: ٢٧.



وَيَلْحَظُ الْإِنْسَانُ هَذَا جَلِيًّا فِي أَبْوَابِ الْمُعَامَلَاتِ، وَالْأَنْكِحَةِ، وَالْعُقُوبَاتِ، وَأَبْوَابِ الْقَضَاءِ، بَلْ فِي أَبْوَابِ الْعِبَادَاتِ أَيْضًا نَمَازِجَ لَهَا يَتَعَلَّقُ بِمَسَائِلِ الْإِثْبَاتِ؛ مِثْلَ إِثْبَاتِ دُخُولِ الشَّهْرِ بِرُؤْيَا الْهَلَالِ، أَوْ إِثْبَاتِ الْبُلُوغِ، أَوْ مَا يَتَعَلَّقُ بِإِثْبَاتِ الْحَيْضِ، وَمَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ مِنْ أَحْكَامٍ؛ مِنْ الْعِدَدِ وَغَيْرِهَا، وَهُنَاكَ أَبْوَابٌ خَاصَّةٌ بِالْإِثْبَاتِ؛ مِثْلُ: أَبْوَابِ الْيَمِينِ، وَالشَّهَادَةِ، وَالْإِفْرَارِ، وَفِي الْغَالِبِ يَجْعَلُونَهَا فِي كِتَابِ الْقَضَاءِ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْقَضَاءَ يَنْبَغِي عَلَى الْإِثْبَاتِ بِهَذِهِ الْوَسَائِلِ.

وَقَدْ كَتَبَ عُلَمَاءُ الشَّرِيعَةِ مُؤَلَّفَاتٍ خَاصَّةً فِي الْإِثْبَاتِ، مِثْلُ: كِتَابِ «الطَّرِيقِ الْحُكْمِيَّةِ» لِابْنِ الْقَيْمِ، وَمِثْلَهُ «تَبْصِرَةُ الْحُكَّامِ» لِابْنِ فَرْحُونَ، وَ «مُعِينُ الْحُكَّامِ» لِلطَّرَابُلُسِيِّ.

وَكَانَ مِنْ أَبْرَزِ الْمَسَائِلِ الَّتِي يَبْحَثُونَهَا: مَسْأَلَةُ (حَقِيقَةِ الْبَيِّنَةِ)، وَهِيَ مِمَّا لَهُ اتِّصَالٌ بِالْإِثْبَاتِ؛ فَإِنَّ مِنَ الْعُلَمَاءِ مَنْ يَقْضِرُ الْبَيِّنَةَ عَلَى الشَّهَادَةِ؛ وَمَنْ ثُمَّ يَقُولُ: إِنَّ الْبَيِّنَاتِ مَحْضُورَةٌ. وَمِنَ الْعُلَمَاءِ مَنْ يَقُولُ: بَأَنَّ الْبَيِّنَاتِ هِيَ كُلُّ مَا يُوضِحُ الْحَقَّ وَيُبَيِّنُهُ؛ وَمَنْ ثُمَّ فَإِنَّ الْبَيِّنَاتِ غَيْرُ مَحْضُورَةٌ.

وَعِنْدَ الْقَانُونِيِّينَ: فَثَمَّةُ اخْتِلَافٍ مِمَّا نَلِهُدَا الْإِخْتِلَافِ، فَهَنَّاكَ مِنْ يَرَى انْحِصَارَ وَسَائِلِ الْإِثْبَاتِ، وَيَسْمُوْنَهُ: الْمَذْهَبَ الْمُقَيَّدَ، أَوِ الْمَذْهَبَ الْقَانُونِيَّ، وَهَنَّاكَ مِنْ لَا يَجِدُ وَسَائِلَ الْإِثْبَاتِ بَوْسَائِلِ مَحْضُورَةٌ وَيَقُولُونَ لَهُ: الْمَذْهَبَ الْحَرَّ أَوْ الْمَطْلُوقَ.

الْوَسَائِلُ الْمُؤَدِّيَةُ لِلْإِثْبَاتِ:

وَإِذَا نَظَرْنَا فِي وَسَائِلِ الْإِثْبَاتِ وَالطَّرِيقِ الْمُؤَدِّيَةِ إِلَيْهِ، وَجَدْنَاهَا مُتَعَدِّدَةً، وَمِنْ نَمَازِجِ هَذِهِ الْوَسَائِلِ:
أَوَّلًا: الْإِقْرَارُ: وَهُوَ فِي اللُّغَةِ الْإِعْتِرَافُ، وَمَعْنَاهُ فِي الْإِصْطِلَاحِ: إِخْبَارٌ عَنْ ثُبُوتِ حَقٍّ لِلْغَيْرِ عَلَى الْمُخْبِرِ.
وَقَدْ جَاءَتْ الشَّرِيعَةُ بِإِعْتِبَارِ الْإِقْرَارِ وَالْحُكْمِ بِنَاءً عَلَيْهِ؛ قَالَ اللهُ تَعَالَى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ﴾^(١)، وَقَالَ سُبْحَانَهُ: ﴿وَلِيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلِيَتَّقِيَ اللهُ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا﴾^(٢).

(١) سورة النساء: ١٣٥.

(٢) سورة البقرة: ٢٨٢.



وَقَدْ يَكُونُ الْإِقْرَارُ بِاللَّفْظِ، وَقَدْ يَكُونُ بِالْكِتَابَةِ، وَقَدْ يَكُونُ بِالْإِشَارَةِ بِالنَّسْبَةِ لِلْأُخْرَسِ، وَقَدْ يَكُونُ بِالسُّكُوتِ فِي الْمَسَائِلِ الَّتِي تَحْتَاجُ مِنَ الْإِنْسَانِ إِلَى بَيَانٍ فَيَسْكُتُ عَنِ الْبَيَانِ فِيهَا.

ثَانِيًا: مِنْ وَسَائِلِ الْإِثْبَاتِ الشَّهَادَةُ: وَهِيَ فِي اللُّغَةِ مَأْخُودَةٌ مِنَ الْمَشَاهِدَةِ، وَالْمُرَادُ بِهَا الرُّؤْيَةُ، وَمَعْنَاهَا فِي الْإِصْطِلَاحِ: الْإِخْبَارُ عَنْ ثُبُوتِ حَقِّ لِلْغَيْرِ عَلَى الْغَيْرِ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ. وَتَحْمَلُ الشَّهَادَةُ مِنْ فُرُوضِ الْكِفَايَاتِ، وَأَدَاؤُهَا مِنْ فُرُوضِ الْأَعْيَانِ.

وَالْعُلَمَاءُ يَقُولُونَ: الْإِقْرَارُ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ. بِمَعْنَى: أَنَّهُ يَقْتَصِرُ أَثَرُهَا عَلَى الْمُقْرَرِ، أَمَّا الشَّهَادَةُ فَهِيَ حُجَّةٌ مُتَعَدِّيَةٌ؛ بِمَعْنَى: أَنَّ أَثَرَهَا يَتَعَدَّى إِلَى الْآخَرِينَ.

وَقَدْ جَاءَتْ الشَّرِيعَةُ بِاعْتِبَارِ الشَّهَادَةِ؛ قَالَ تَعَالَى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾^(١). وَقَالَ: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾^(٢).

وَالشَّهَادَةُ لَهَا أَنْصِبَةٌ مُحَدَّدَةٌ تَخْتَلِفُ مَا بَيْنَ بَابٍ وَآخَرَ؛ فَبِالزَّنَا نَصَابُ الشَّهَادَةِ أَرْبَعَةٌ. وَهُنَاكَ مَسَائِلٌ يُقْتَصَرُ فِيهَا عَلَى شَاهِدٍ وَاحِدٍ؛ سِوَاءٍ مَعَ يَمِينِ الْمُدَّعِيِ أَوْ بَدُونِهَا، بَلْ هُنَاكَ مَسَائِلٌ قَدْ يَكْتَفَى بِشَهَادَةِ الْمَرْأَةِ الْوَاحِدَةِ؛ كَمَا فِي الْمَسَائِلِ الَّتِي تَسْتَقِلُّ بِهَا النِّسَاءُ، وَكَمَا فِي الشَّهَادَةِ بِدُخُولِ شَهْرِ رَمَضَانَ.

وَيُشْتَرَطُ فِي الشَّاهِدِ عَدَدٌ مِنَ الشُّرُوطِ، مِنْهَا: الْعَقْلُ، وَالْبُلُوغُ، وَالْعَدَالَةُ، وَعَدَمُ التُّهْمَةِ.

النَّوعُ الثَّلَاثُ مِنْ وَسَائِلِ الْإِثْبَاتِ: الْيَمِينُ: وَهِيَ فِي اللُّغَةِ: إِمَّا مِنَ الْبَرَكَةِ، أَوْ الْقُوَّةِ. وَالْيَمِينُ هُوَ الْحَلْفُ أَوْ الْقَسَمُ بِاللَّهِ تَعَالَى؛ لِإِثْبَاتِ حَقِّ لِلْإِنْسَانِ عَلَى غَيْرِهِ. وَالْيَمِينُ لَا تَكُونُ إِلَّا عِنْدَ الْإِنْكَارِ وَعَدَمِ الْبَيِّنَاتِ، وَتَكُونُ فِي جَانِبِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فِي الْغَالِبِ، لِحَدِيثِ: «وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»^(٣). فَإِنَّهُ إِذَا أَقْرَأَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ حَكْمَنَا بِالْإِقْرَارِ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ إِقْرَارٌ حَكْمَنَا بِشُهُودِ الْمُدَّعَى، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ إِقْرَارٌ وَلَا شُهُودٌ، أَخَذْنَا يَمِينَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ.

وَيُشْتَرَطُ فِي الْيَمِينِ أَنْ تَكُونَ بِاللَّهِ تَعَالَى، فَلَا يُجُوزُ الْحَلْفُ بِغَيْرِهِ؛ كَمَا فِي الْحَدِيثِ: «مَنْ كَانَ حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ

(١) سورة الطلاق: ٢.

(٢) سورة البقرة: ٢٨٢.

(٣) أخرجه البخاري تعليقا في كتاب الشهادات - باب ما جاء في البيعة على المدعي، والترمذي في كتاب الأحكام - باب ما جاء في أن البيعة على المدعي... (١٣٤١)، (١٣٤٢)، وصححه الشيخ الألباني في «صحيح الجامع» (٢٨٩٧).



«أَوْ لِيَصْمُتُ»^(١). وَيُشْتَرَطُ أَنْ تَكُونَ مَبْنِيَّةً عَلَى الْعِلْمِ، وَأَنْ تَكُونَ عَلَى الْبَتِّ؛ فَلَا يَكْفِي فِيهَا أَنْ تَكُونَ الْيَمِينُ مَبْنِيَّةً عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ.

مَسْأَلَةٌ: وَلَكِنْ وَالْأَيَّانُ هَلِ تَقْطَعُ الْخُصُومَةَ أَوْ لَا؟

هَذِهِ مِنَ الْمَسَائِلِ الَّتِي تُبْحَثُ، بِحَيْثُ إِذَا جَعَلْنَا الْمُدْعَى عَلَيْهِ يُقْسِمُ الْيَمِينَ، فَهَلْ نَقُولُ: انْقَطَعَتِ الْخُصُومَةُ، فَلَوْ وَجَدَ الْمُدْعَى بَيِّنَةً بَعْدَ ذَلِكَ لَا نَلْتَفِتُ إِلَى بَيِّنَتِهِ، لَوْ جُودَ الْحُكْمُ الْقَضَائِيُّ الْمُبْنِي عَلَى يَمِينِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ؟ أَوْ نُمْكِنُ الْمُدْعَى مِنْ إِقَامَةِ الدَّعْوَى مَرَّةً أُخْرَى وَنَسْمَعُ مَا لَدَى بَيِّنَتِهِ؟ هَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ الْإِخْتِلَافِ.

الْوَسِيلَةُ الرَّابِعَةُ مِنْ وَسَائِلِ الْإِثْبَاتِ: النُّكُولُ عَنِ الْيَمِينِ: إِذَا امْتَنَعَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ مِنَ الْيَمِينِ، فَهَلْ نَقْضِي عَلَيْهِ بِمَجْرَدِ النُّكُولِ وَالْإِمْتِنَاعِ عَنِ الْيَمِينِ؟ أَوْ نَرُدُّ الْيَمِينَ إِلَى الْمُدْعَى؟

قَالَتْ طَائِفَةٌ: بَأْتْنَا نَحْكُمُ بِمَجْرَدِ النُّكُولِ. وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَحْمَدَ، قَالُوا: لِأَنَّ الشَّارِعَ قَدْ طَالَبَهُ بِالْيَمِينِ، فَإِذَا امْتَنَعَ مِنَ الْيَمِينِ ثَبَتَ الْحَقُّ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْمِ بِالْوِظِيفَةِ الَّتِي أَمَرَهُ الشَّرْعُ بِهَا. قَالُوا: لِأَنَّهُ لَا يَمْتَنِعُ عَنِ الْيَمِينِ إِلَّا لِعِلْمِهِ بِثُبُوتِ الْحَقِّ عَلَيْهِ.

وَالْقَوْلُ الثَّانِي فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ: أَنَّهُ نَرُدُّ الْيَمِينَ إِلَى الْمُدْعَى. وَهَذَا مَذْهَبُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ، وَقَدْ وَرَدَ فِي حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَدَّ الْيَمِينَ^(٢). وَلِبَعْضِ أَهْلِ الْعِلْمِ كَلَامٌ فِيهِ.

وَلَعَلَّ الْقَوْلَ الثَّانِي أَظْهَرَ؛ إِذْ هُوَ أَقْوَى فِي مَعْرِفَةِ الْحَقِّ، وَرَدُّ الْيَمِينِ يُعْطِي الْقَاضِيَ مِنْ غَلْبَةِ الظَّنِّ مَا لَا يُحْصِلُهُ بِمَجْرَدِ النُّكُولِ.

الْأَمْرُ الْخَامِسُ مِنْ وَسَائِلِ الْإِثْبَاتِ: الْقَرَائِنُ: وَهِيَ أُمُورٌ مُحْتَفَةٌ بِالْخُصُومَاتِ، تَشْهَدُ لِأَحَدِ الْخُصَمَيْنِ عَلَى الْآخَرِ. وَبَعْضُهُمْ يَقُولُ: الْقَرَائِنُ هِيَ الْإِسْتِدْلَالُ بِأَمْرٍ مَعْلُومٍ عَلَى أَمْرٍ مَجْهُولٍ. وَمِنْ أَمْثَلَتِهِ: الْإِسْتِدْلَالُ بِوُجُودِ الْعَدَاوَةِ بَيْنَ الْمُتَخَاصِمِينَ، وَوُجُودِ اللَّوْثِ لِإِثْبَاتِ حَقِّ أَحَدِ الْمُتَخَاصِمِينَ عَلَى الْآخَرِ.

وَالْقَرَائِنُ يُدْخَلُ فِيهَا كَثِيرٌ مِنَ الْبَاحِثِينَ الْعَدِيدِ مِنَ الْوَسَائِلِ - وَخُصُوصًا الْمَعَاصِرَةَ - مِثْلُ: التَّصْوِيرِ،

(١) أخرجه البخاري في كتاب الأيمان والندور - باب لا تخلفوا بأباكم (٦٦٤٦)، ومسلم في كتاب الأيمان - باب النهي عن الحلف بغير الله تعالى (١٦٤٦).

(٢) أخرجه البيهقي في «السنن الصغرى» (٤٣/٩).



والتسجيل، والتحليل، والبصمة الوراثية، فإن قال قائل: البصمة الوراثية الـ (DNA) أمرٌ مؤكدٌ لا شك فيه؛ فعندما نجد شعرةً بمسرح الجريمة ونحللها، فإذا أثبت التحليل أنها لفلان، فإن ذلك حكم قطعي، فكيف تجعلونه مجرد قرينة؟ وهذا ما دعا بعض الباحثين إلى أن يقول: هذا أقوى من شهادة الشهود.

نقول: هذا التفات إلى جانب واحد، وإغفال لجوانب أخرى؛ فقد يكون الجاني قد أحصر إلى مسرح الجريمة بعض شعر المتهم من أجل أن يدرأ التهمة عن نفسه، بل قد يقوم بوضع بعض دم المتهم في مسرح الجريمة، يأخذه من تحليل قام به في المستشفى ونحوه.

ومن أمثلة القرائن: ما لو وجد شخص في مسرح الجريمة بنفسه؛ كما ورد في واقعة أن الناس سمعوا صوت استغاثة، فذهبوا إلى ذلك المكان، فوجدوا شخصاً معه سكين، والدم يتقاطر منها، فدخلوا فوجدوا شخصاً آخر مقتولاً، فهنا قرينة على أن هذا الشخص هو الجاني، ثم بعد ذلك تبين أن هذا الشخص ليس هو الجاني، واعترف الجاني، وكان هذا الشخص قد دخل إلى هذا المكان فوجد هذا المقتول يتشحط في دمه وعنده السكين فأخذها، فلما خرج والسكين بيده يتقاطر دماً والمقتول في المكان الذي خرج منه، ظن الناس أنه هو القاتل.

والحكم بالفضاء له أدلة كثيرة، منها: ما ورد في الحديث: أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترط على أهل خيبر ألا يخرجوا إلا بأمتعتهم الشخصية، فكان منهم ابن أبي الحقيق، فلما خرج سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن الأموال التي خرج بها من المدينة - وكان قد خرج بجلد ثور مملوء ذهباً - فقال: أفنته الحروب. فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «العهد قريب، والمال أكثر من ذلك»^(١). هذه قرينة على أن المال لا يمكن أن ينفق في مثل هذه المدة القليلة، ثم أمر الزبير أن يمسه بعذاب، فشهد من شهد أنه كان يتردد إلى خربة من خراب يثرب، ففتشوها فوجدوا المال فيها، فكان بذلك ممن نقض عهده.

السادس: كذلك من وسائل الإثبات عند بعض أهل العلم: علم القاضي: والمراد به ظن القاضي الغالب، أو مشاهداته الخاصة.

وهل يجوز للقاضي أن يحكم بناء على علمه أو لا؟ هذه من مواطن الخلاف؛ والجمهور قالوا: بأن القاضي لا يحكم بناء على علمه؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إنا أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن

(١) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (١٣٧/٩).



يَكُونُ الْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، وَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْئًا فَلَا يَأْخُذُ، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ»، وَفِي رِوَايَةٍ أُخْرَى: «فَإِنَّ أَحَدَكُمْ قَدْ يَكُونُ الْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِحَقِّ أَخِيهِ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ»^(١). قَالُوا: لَمَّا قَالَ: «وَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ» دَلَّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَقْضِي إِلَّا بِوَسَائِلِ الْإِثْبَاتِ، لَا بِعِلْمِهِ.

وَيَدُلُّ عَلَى هَذَا مَا وَرَدَ فِي الْحَدِيثِ: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ لِلْحَضْرَمِيِّ وَالْكَنْدِيِّ لَمَّا اخْتَصَمَا، قَالَ لِلْمُدَّعِي: «شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينَهُ»^(٢)، فَلَمْ يَلْتَمِثْ إِلَى عِلْمِهِ.

وَقَدْ وَرَدَ أَنَّ اثْنَيْنِ تَحَاكَمَا إِلَى عُمَرَ؛ فَطَالَِبَ الْمُدَّعِي بِالشَّهَادَةِ، فَقَالَ: أَنْتَ شَاهِدِي - يَقُولُهُ لِعُمَرَ -، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: إِنْ شِئْتَ شَهَدْتُ وَلَمْ أَحْكَمْ. قَالُوا: فَدَلَّ هَذَا عَلَى أَنَّ الْقَاضِي لَا يَشْهَدُ بِنَاءً عَلَى عِلْمِهِ.

وَذَهَبَ الْإِمَامُ الشَّافِعِيُّ - فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ - إِلَى أَنَّ الْقَاضِي يَحْكُمُ بِنَاءً عَلَى عِلْمِهِ، وَاسْتَدَلَّ عَلَى هَذَا بِبَعْضِ الْوَفَائِعِ، مِنْ مِثْلِ: قِصَّةِ دَاوُدَ الْمَذْكُورَةِ فِي سُورَةِ «ص»؛ حَيْثُ حَكَمَ بِنَاءً عَلَى كَلَامِ الْمُدَّعِي بِدُونِ أَنْ يَسْتَمَعَ إِلَى كَلَامِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، قَالُوا: فَدَلَّ هَذَا عَلَى أَنَّهُ قَدْ حَكَمَ بِعِلْمٍ سَابِقٍ لَهُ، وَإِنْ كَانَ الْجُمْهُورُ يَقُولُونَ: حُكْمُهُ بِكَلَامِ أَحَدِ الْخُصْمَيْنِ هُوَ الَّذِي جَعَلَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ يُعَاتِبُهُ؛ وَمِنْ ثَمَّ لَا يَصِحُّ الْإِسْتِدْلَالُ بِهَذَا.

كَمَا اسْتَدَلُّوا بِحَدِيثِ هِنْدَ بِنْتِ عْتَبَةَ؛ فَإِنَّمَا قَالَتْ: إِنَّ أَبَا سَفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ؛ لَا يُعْطِنِي وَبَنِيَّ مَا يَكْفِينَا، أَفَأَخُذُ مِنْ مَالِهِ؟ فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ»^(٣). قَالُوا: فَحَكَمَ هُنَا بِدُونِ أَنْ يَسْتَمَعَ لِقَوْلِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ. وَالْجُمْهُورُ يَقُولُونَ: هَذَا مِنَ الْفُتْوَى، وَكَيْسَ مِنَ الْقَضَاءِ.

السَّابِعُ: كَذَلِكَ مِنْ وَسَائِلِ الْإِثْبَاتِ: الرَّجُوعُ إِلَى الْخِبْرَةِ وَأَهْلِهَا: وَمِنْ أَمْثَلِهِ هَذَا: الرَّجُوعُ إِلَى أَهْلِ الْخِبْرَةِ فِي تَقْوِيمِ الْمُتْلَفَاتِ، وَهَكَذَا أَيْضًا: الرَّجُوعُ إِلَى أَهْلِ الْخِبْرَةِ فِي قَدَمِ الْمُعِيبِ؛ هَلْ هَذَا الْعَيْبُ قَدِيمٌ، أَوْ نَاشِئٌ. وَمِثْلُهُ: الرَّجُوعُ إِلَى أَهْلِ الطَّبِّ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِمَسَائِلِ الطَّبِّ، وَمِنْهَا غَوْرُ الْجِرَاحَةِ، وَنَوْعُ الْجُرْحِ.

(١) أخرجه البخاري في كتاب الشهادات - باب من أقام البيعة بعد اليمين (٢٦٨٠)، ومسلم في كتاب الأفضية - باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة (١٧١٣)، من حديث أم سلمة رضي الله عنها.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الأيمان والندور - باب عهد الله عز وجل (٦٦٥٩)، ومسلم في كتاب الأيمان - باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار (١٣٨).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب النفقات - باب إذا لم ينفق الرجل (٥٣٦٤).



وَبَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ يَدْخُلُ فِي هَذَا الْبَابِ مَا يَتَعَلَّقُ بِالْمُعَايَنَةِ.

كَذَلِكَ مِنْ وَسَائِلِ الْإِثْبَاتِ: الْكِتَابَةُ: وَهَذَا يَدْخُلُ فِيهِ جَانِبَانِ:

الْجَانِبُ الْأَوَّلُ: كِتَابَةُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي؛ سِوَاءَ كَانَ بِإِثْبَاتِ الشَّهَادَةِ الَّتِي كَانَتْ لَدَيْهِ، كَمَا لَوْ كَانَ الشُّهُودُ فِي بَلَدٍ آخَرَ غَيْرِ بَلَدِ الْقَاضِي، فَيَكْتُبُ إِلَى قَاضِي الْبَلَدِ الْآخَرَ مِنْ أَجْلِ أَنْ يُحَرَّرَ شَهَادَةَ الشُّهُودِ، أَوْ كَانَتْ كِتَابَةُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي لِإِخْبَارِهِ بِحُكْمٍ سَابِقٍ فِي الْمَسْأَلَةِ؛ كَمَا لَوْ ادَّعَى شَخْصٌ عَلَى آخَرَ حَقًّا مِنَ الْحُقُوقِ عِنْدَ الْقَاضِي، فَقَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ: هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ قَدْ نَظَرَهَا قَاضِي النَّاحِيَةِ الْفُلَانِيَّةِ وَحَكَمَ فِيهَا. فَيَكْتُبُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي الْآخَرَ يَسْأَلُهُ عَمَّا كَانَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مِنَ الْقَضَاءِ.

وَالنَّوْعُ الثَّانِي: كِتَابَةُ أَصْحَابِ الْحُقُوقِ؛ كَمَا وَرَدَ فِي حَدِيثِ الْوَصِيَّةِ - حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ - فِي «الصَّحِيحِ» أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُرِيدُ أَنْ يُوصِيَ فِيهِ بَيْتَ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ»^(١)، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ قَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾^(٢)، وَمِنْ هَذَا النَّوْعِ: تِلْكَ الْكِتَابَاتُ الْمُوثَقَةُ؛ كَمَا لَوْ كَتَبَ كِتَابًا لِإِثْبَاتِ حَقِّ عَلَيْهِ، وَقَامَ بِإِشْهَادِ الشُّهُودِ عَلَى أَنْ هَذِهِ الْكِتَابَةُ هِيَ كِتَابَتُهُ.

هَكَذَا أَيْضًا هُنَاكَ طَرُقٌ أُخْرَى؛ كَالْقِسَامَةِ، وَالقَّرْعَةَ، فَهَذِهِ مِنْ وَسَائِلِ الْإِثْبَاتِ.

التَّاسِعُ: أَيْضًا مِنْ وَسَائِلِ الْإِثْبَاتِ: الْبَيِّنَاتُ الْمُرَكَّبَةُ: بِأَنْ تَكُونَ الْوَسِيلَةُ مُرَكَّبَةً مِنْ جَانِبَيْنِ. وَمِنْ أَمْثَلَتِهِ: الشَّهَادَةُ عَلَى الْإِقْرَارِ، لَوْ أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ بِحَقِّ مِنَ الْحُقُوقِ، لَكِنْ ذَلِكَ الْإِقْرَارُ لَمْ يَكُنْ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ، فَتَمَكَّنَ مِنْ إِحْضَارِ شُهُودٍ يَشْهَدُونَ بِإِقْرَارِهِ، فَهَذِهِ بَيِّنَةٌ مُرَكَّبَةٌ مِنْ شَهَادَةٍ وَإِقْرَارٍ.

مَسْأَلَةٌ: لِمَاذَا الْبَيِّنَةُ وَالشُّهُودُ يُطَالَبُ بِهَا الْمُدَّعِي، وَلَا يُطَالَبُ بِهَا الْمُدَّعَى عَلَيْهِ؟

هَذَا لِعَدَدِ مِنَ الْأُمُورِ:

الْأَمْرُ الْأَوَّلُ: وَرُودُ الْحَدِيثِ؛ كَمَا جَاءَ فِي الْحَدِيثِ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «لَوْ يُعْطَى أَنَا»

(١) أخرجه البخاري في كتاب الوصايا - باب الوصايا (٢٧٣٨)، ومسلم في كتاب الوصية (١٦٢٧).

(٢) سورة البقرة: ٢٨٢.



بَدَعُواهُمْ؛ لَادَّعَوْا أَمْوَالَ قَوْمٍ وَدِمَاءَهُمْ، لَكِنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعِيِ»^(١).

السَّبَبُ الثَّانِي: أَنَّ الْمُدَّعِيَّ يُطَالَبُ بِأَمْرِ مُخَالَفٍ لِلْوَاقِعِ؛ فَهُوَ يَقُولُ: هَذَا الْمَالُ الَّذِي بِيَدِ زَيْدٍ مَلَكَهُ. فَمُطَالَبَتُهُ مُخَالَفَةٌ لِلظَّاهِرِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْمَالَ مَمْلُوكٌ لِصَاحِبِ الْيَدِ.

وَالْأَمْرُ الثَّلَاثُ: أَنَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ نَافٍ، وَالنَّافِي يَعْجِزُ عَنِ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَى النَّفْيِ فِي جَمِيعِ الْأَزْمَانِ، بِخِلَافِ الْمُثَبَّتِ؛ فَإِنَّ الْإِثْبَاتَ يَكْفِي فِيهِ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَى ثُبُوتِ الْأَمْرِ فِي لَحْظَةٍ وَاحِدَةٍ، كَمَا لَوْ قَالَ: هَذِهِ السَّيَّارَةُ الَّتِي بِيَدِ زَيْدٍ مَلَكَهُ؛ لِأَنَّهُ بَاعَنِي إِيَّاهَا. كَمْ يَسْتَعْرِقُ وَقْتُ الْبَيْعِ؟ لَحْظَاتٍ يَتِمَكَّنُ الشُّهُودُ مِنَ الشَّهَادَةِ بِهَا، بَيْنَمَا الْمُدَّعَى عَلَيْهِ يَقُولُ: أَنَا لَمْ أَبْعِ السَّيَّارَةَ. نَفْيٌ، لَا يَتِمَكَّنُ مِنْ إِقَامَةِ شُهُودٍ قَدْ صَاحَبُوهُ فِي جَمِيعِ الْوَقْتِ؛ وَلِذَلِكَ فَإِنَّ الْإِثْبَاتَ فِي الْحَقِيقَةِ لَا يَرُدُّ عَلَى الْحَقِّ الَّذِي يُطَالَبُ بِهِ الْمُدَّعَى، وَإِنَّمَا الْإِثْبَاتُ يَكُونُ عَلَى الْوَاقِعَةِ الْمُؤَدِّيَةِ لِنُشُوءِ الْحَقِّ؛ فَأَنَا آتِي بِالشُّهُودِ الَّذِينَ يَشْهَدُونَ أَنَّ زَيْدًا بَاعَ السَّيَّارَةَ لِي، فَهُمْ لَا يَشْهَدُونَ أَنَّ السَّيَّارَةَ مَلَكَهُ، وَإِنَّمَا يَشْهَدُونَ بِالْبَيْعِ، وَهَذَا الْبَيْعُ يُؤَدِّي إِلَى إِثْبَاتِ أَوْ إِلَى نُشُوءِ حَقِّي فِي السَّيَّارَةِ. أَيْضًا مِنْ وَسَائِلِ الْإِثْبَاتِ: الْقَسَامَةُ، وَالْقُرْعَةُ.

أَرْكَانُ الْإِثْبَاتِ:

هُنَاكَ مَنْ ذَكَرَ أَرْكَانَ الْإِثْبَاتِ وَجَعَلَهَا خَمْسَةَ أَقْسَامٍ؛ لَكِنَّ اخْتِلَافَ فِي هَلْ هَذِهِ الْأَرْكَانُ هِيَ أَرْكَانُ الْإِثْبَاتِ أَوْ أَرْكَانُ لِلثُّبُوتِ؟ مَوْطِنُ نَظَرٍ وَاجْتِهَادٍ.

هَذِهِ الْخَمْسَةُ أَرْكَانُ هِيَ:

الرُّكْنُ أَوَّلًا: وَسِيلَةُ الْإِثْبَاتِ وَالْمُثَبَّتِ بِهِ.

الرُّكْنُ وَثَانِيًا: الْمُثَبَّتُ لَهُ، وَهُوَ صَاحِبُ الْحَقِّ الَّذِي يَثْبُتُ حَقُّهُ بِهَذِهِ الْوَسِيلَةِ.

الرُّكْنُ وَالثَّلَاثُ: الْمُثَبَّتُ عَلَيْهِ، وَهُوَ الْمُحْكُومُ عَلَيْهِ. وَإِنْ كَانَ هُنَاكَ مَسَائِلٌ لَا يَكُونُ فِيهَا مُحْكُومٌ عَلَيْهِ؛ كَمَا لَوْ

طَالَبَ الْمُدَّعَى بِإِثْبَاتِ مَلَكَتِهِ لِلْعَيْنِ الَّتِي لَا يُوْجَدُ لَهَا مُطَالَبٌ.

الْأَمْرُ الرَّابِعُ: يَذْكُرُهُ بَعْضُ الْحُقُوقِيِّينَ أَنَّ مِنْ أَرْكَانِ الْإِثْبَاتِ الْمُثَبَّتِ، وَيُرِيدُونَ بِهِ الْقَاضِي، وَإِنْ كَانَ بَعْضُ أَهْلِ

(١) أخرجه الطبراني في «المعجم الكبير» (١١/١٧/١١٢٢٥)، وفي «المعجم الأوسط» (٧٩٧١).



العِلْمُ يَقُولُ: هَذَا لَيْسَ مِنْ أَرْكَانِ الْإِثْبَاتِ؛ لِأَنَّ الْإِثْبَاتَ مِنْ عَمَلِ الْمُدْعَى، وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِ الْإِثْبَاتِ أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي قَدْ حَكَمَ بِنَاءً عَلَى ذَلِكَ.

وَمِنْ هُنَا نَعْرِفُ أَنَّ الْبَاحِثِينَ يَنْقَسِمُونَ فِي حَقِيقَةِ الْإِثْبَاتِ إِلَى قِسْمَيْنِ:

الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: مَنْ يَجْعَلُ الْإِثْبَاتَ هُوَ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ وَنَحْوَهَا مِنْ قِبَلِ الْمُدْعَى أَوْ الْمُدْعَى عَلَيْهِ؛ سَوَاءً حَكَمَ الْقَاضِي بِهَا أَوْ لَمْ يَحْكَمْ، فَيَقُولُونَ: حُكْمُ الْقَاضِي هَذَا ثُبُوتٌ، وَلَيْسَ إِثْبَاتًا.

وَالْمَنْهَجُ الثَّانِي: يَقُولُونَ: لَا يَكُونُ هُنَاكَ إِثْبَاتٌ إِلَّا إِذَا حَكَمَ الْقَاضِي بِهَا، وَأَمَّا الثُّبُوتُ فَهَذَا أَثَرٌ لِلْإِثْبَاتِ.

الرُّكْنُ الْخَامِسُ: الْوَاقِعَةُ الَّتِي يَرَادُ الْإِثْبَاتَ فِيهَا، وَيَسْمَوْنَهَا: مَحَلَّ الْإِثْبَاتِ. وَقَدْ تَكُونُ فِي أَمْوَالٍ، وَقَدْ تَكُونُ فِي حُقُوقٍ، كَمَا قَدْ تَكُونُ تِلْكَ الْوَاقِعَةُ فِي تَصَرُّفَاتٍ مِنَ الْمُكَلَّفِينَ - الْمُرَادُ بِالتَّصَرُّفَاتِ: تِلْكَ الْأَعْمَالُ الَّتِي يَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا أَثَرٌ فِي الْمِلْكِيَّةِ وَنَحْوَهَا-، وَقَدْ يَكُونُ مَحَلُّ الْإِثْبَاتِ فِي أَعْمَالٍ غَيْرِ مَشْرُوعَةٍ، بِحَيْثُ يُثْبِتُونَ مَثَلًا حُصُولَ الْإِتْلَافِ مِنْ زَيْدٍ.

مَسْأَلَةٌ: مِنَ الْمَعْلُومِ أَنَّ الثُّبُوتَ الَّذِي يَصْدُرُ بِهِ حُكْمٌ مِنَ الْقَاضِي يُشْتَرَطُ لَهُ أَمْرَانِ:

الْأَمْرُ الْأَوَّلُ: صِحَّةُ الدَّعْوَى؛ فَإِنَّ الْقَاضِيَّ لَا يَحْكُمُ إِلَّا بِنَاءً عَلَى دَعْوَى، وَلَا بَدَأَ أَنْ تَكُونَ الدَّعْوَى صَحِيحَةً، وَصِحَّتُهَا بِأَنْ تَكُونَ مُحَرَّرَةً، أَوْ مُحَدَّدَةً. لَوْ قَالَ: لِي عَلَى زَيْدٍ حَقٌّ، أَطْلُبُ مِنْكَ يَا أَيُّهَا الْقَاضِي أَنْ تَحْكُمَ فِيهِ. لَا يَقْبَلُ مِنْهُ دَعْوَاهُ، وَلَا تَكُونُ دَعْوَاهُ صَحِيحَةً؛ حَتَّى يَبَيِّنَ مَا هُوَ هَذَا الْحَقُّ.

الشَّرْطُ الثَّانِي: كَذَلِكَ يُشْتَرَطُ أَنْ تَكُونَ الدَّعْوَى مُمَكِّنَةً الْوُقُوعِ؛ قَالَ: أَخَذَ مِنِّي خَمْسَةَ آلَافٍ قَبْلَ سَبْعِينَ سَنَةً، وَأَعْمَارُهُمْ لَا تَصِلُ لِهَذَا الْمِقْدَارِ، فَحِينَئِذٍ لَا تَكُونُ الدَّعْوَى صَحِيحَةً.

الشَّرْطُ الثَّلَاثُ: كَذَلِكَ لَا بَدَأَ أَنْ تَكُونَ الدَّعْوَى مُمَكِّنَةً الْإِثْبَاتِ أَوْ النَّفْيِ. لَوْ قَالَ: جَاءَنِي زَيْدٌ وَهُوَ نَائِمٌ فَأَتَلَفَ مَالِي، وَهُوَ مِمَّنْ يَمْشِي وَهُوَ نَائِمٌ. وَلَمْ يَكُنْ مَعَهُ شُهُودٌ وَلَا بَيِّنَاتٌ.

الشَّرْطُ الرَّابِعُ كَذَلِكَ مِنْ شُرُوطِ الدَّعْوَى: وَقُوعُ التَّنَازُعِ فِيهَا، أَوْ عَلَى الْأَقْلِ إِمْكَانِيَّةٌ وَقُوعُ التَّنَازُعِ فِي الْمَسْأَلَةِ.

مَسْأَلَةٌ: مِنَ الْأُمُورِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْإِثْبَاتِ: التَّفْرِيقُ بَيْنَ الْمُدْعَى وَالْمُدْعَى عَلَيْهِ:



مَتَى نَقُولُ هَذَا الشَّخْصَ مُدَّعٍ؟ وَمَتَى نَقُولُ: إِنَّ الْمُقَابِلَ لَهُ هُوَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ؟ هَذِهِ مَسْأَلَةٌ مُهِمَّةٌ، وَعِنْدَ الْحُقُوقِيِّينَ يُسَمَّوْنَهَا عِبَاءَ الْإِثْبَاتِ يَكُونُ عَلَى مَنْ؟ وَإِذَا فَهِمْتَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ تَمَكَّنَ الْإِنْسَانُ مِنَ الْقَضَاءِ، وَعِنْدَ عُلَمَاءِ الشَّرِيعَةِ يَجْعَلُونَ قَوَاعِدَ يَسِيرُونَ عَلَيْهَا؛ مِنْهَا مَثَلًا فِي قَوْلِ بَعْضِهِمْ: إِنَّ الْمُدَّعِيَّ مَنْ إِذَا تَرَكَ الدَّعْوَى تَرَكَ وَلَمْ يُطَالِبْهُ أَحَدٌ بِشَيْءٍ، بِخِلَافِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ؛ فَإِنَّهُ لَوْ تَرَكَ لَمْ يَتَرَكَ.

وَهُنَاكَ عِلَامَاتٌ تُحَدِّدُ الْمُدَّعِيَّ مِنَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ؛ مَثَلًا: مِنْ قَوَاعِدِ الشَّرِيعَةِ: أَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ الذَّمِّ؛ فَمَنْ يَنْسَبُ إِلَى شَيْءٍ مِنَ الذَّمِّ عَدَمَ بَرَاءَتِهَا يَكُونُ مُحَالِفًا لِلْأَصْلِ، وَمِنْ ثَمَّ يَكُونُ مُدَّعِيًا.

أَيْضًا مِنَ الْعِلَامَاتِ الَّتِي تُعَيِّنُ فِي هَذَا: وَجُودُ الْيَدِ؛ فَإِنَّ وَجُودَ الْيَدِ عَلَى مَلِكٍ يَجْعَلُ صَاحِبَ الْيَدِ مُدَّعَى عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ الْإِنْسَانَ يَمْلِكُ مَا تَحْتَ يَدِهِ.

هَكَذَا أَيْضًا: ظَاهِرُ الْحَالِ قَدْ يَعْرِفُ الْقَاضِي بِالْمُدَّعِي مِنَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ مَنْ كَانَ قَوْلُهُ مُتَوَافِقًا مَعَ الظَّاهِرِ فَقَوْلُهُ أَرْجَحُ؛ وَمِنْ ثَمَّ هُوَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ. لَوْ قَالَ الشَّاهِدُ: ذَهَابِي إِلَى مَجْلِسِ الْقَضَاءِ يَحْتَاجُ إِلَى أُجْرَةٍ، أَنَا فِي مَدِينَةٍ وَأَنْتُمْ فِي مَدِينَةٍ أُخْرَى، فَمَنْ يَتَكَفَّلُ بِأُجْرَةِ الطَّائِرَةِ، وَأُجْرَةِ السَّكَنِ، وَأُجْرَةِ السَّيَّارَةِ الَّتِي سَتُسْتَأْجَرُ مِنَ الْمَطَارِ إِلَى مَجْلِسِ الْقَضَاءِ؟

الْعُلَمَاءُ هُمْ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ثَلَاثَةٌ أَقْوَالٍ مَشْهُورَةٌ:

الْقَوْلُ الْأَوَّلُ: يَقُولُ: بَانَ الْمُدَّعِي هُوَ الَّذِي يَتَحَمَّلُ هَذِهِ النِّفَقَاتِ.

وَالْقَوْلُ الثَّانِي: يَقُولُ: بَانَ الْمَحْكُومَ عَلَيْهِ هُوَ الَّذِي يَتَحَمَّلُ هَذِهِ النِّفَقَاتِ، فَلَوْ حُكِمَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ قَالُوا:

يَجِبُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ أَنْ يَدْفَعَ نِفَقَاتِ الشَّاهِدِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَقْرَأَ ابْتِدَاءً لَمْ نَحْتَاجْ إِلَى هَذِهِ النِّفَقَاتِ.

وَهُنَاكَ قَوْلٌ ثَالِثٌ: يَقُولُ: بَانَ النِّفَقَاتِ تَكُونُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ.

صِلَةٌ نَظْرِيَّةٌ الْإِثْبَاتِ بِالنَّظَرِيَّاتِ الْأُخْرَى:

أَمَّا عَنْ صِلَةِ هَذِهِ النَظْرِيَّةِ بِالنَّظَرِيَّاتِ الْأُخْرَى: فَهُنَاكَ نَظَرِيَّاتٌ تَنْشَأُ عَنْهَا نَظْرِيَّةُ الْإِثْبَاتِ؛ مِثْلُ: نَظْرِيَّةِ

الدَّعْوَى، فَإِنَّ الدَّعْوَى تَكُونُ أَوَّلًا، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ نَنْظُرُ فِي الْإِثْبَاتِ وَوَسَائِلِهِ، وَهُنَاكَ أُمُورٌ مِنْ آثَارِ الْإِثْبَاتِ؛ مِنْ

مِثْلِ: الْإِلْتِزَامِ، فَإِنَّهُ نَاشِئٌ مِنَ الْإِثْبَاتِ. وَمِنْ مِثْلِ: الْحُقُوقِ؛ فَإِنَّ الْحَقَّ نَاشِئٌ مِنَ الْإِثْبَاتِ.



تتكلم بعد ذلك عن: المقارنة بين النظرة الفقهية والقانونية لمسائل الإثبات:

ويمكن أن نبرز المقارنة بعدد من الأمور:

الأمر الأول: أن كثيرا من القوانين تجعل الخصوم شهودا؛ يجعلون المدعي والمدعى عليه شهودا، أي: يستمعون إلى أقوالهم على أنهم من الشهود. بخلاف النظرة الفقهية؛ فهي تجعل كلام الخصوم يحتاج إلى إثبات، ويجعلون كلام الشهود بينات ودلائل.

الفرق الثاني: أن النظرة الشرعية إلى مسائل الإثبات فيها استتارة جانب الديانة في النفوس؛ ولهذا مثلا جاءت الشريعة بإيجاب إدلاء الشاهد بالشهادة التي لديه، حتى ولو لم يعلم بها الخصوم؛ ولذا ورد في الحديث: «ألا أخبركم بخير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها»^(١). ومن هنا جاءت الشريعة بتحريم كتمان الشهادة؛ قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾^(٢)، وقال سبحانه: ﴿وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾^(٣).

الفرق الثالث من الفروقات في هذا الباب أيضا: أن الشهادة في الشرع لا بد أن تكون قسما بالله تعالى، بينما هي عند الحقوقيين مطلقة، في الأيمان عند علماء الشريعة يستعملونها، ويبنون الحقوق عليها الأيمان؛ لأنها قسم بالله تعالى، بينما الشهود لا يطالبون باليمين، إذا جاء الشاهد يشهد عند القضاء عند القانونيين، بل يكتفون بقوله، ولا يطالبونه باليمين؛ وذلك لأن الاعتماد على قول الشاهد وشهادته، وليس قوله يمينا.

الفرق الرابع من الدراسات الفقهية والقانونية في هذا الباب: أن الفقهاء عندهم عدد من القرائن لا يعتبرها القانونيون، ومن أمثلة ذلك: القيافة وتتبع الأثر، ومن ذلك أيضا: القسامة في مسائل الدماء، ومن ذلك أيضا: الفراش في مسائل النسب.

الفرق الخامس: أن علماء الشريعة يضيئون وسائل الإثبات في أبواب الجنايات التي يترتب عليها عقوبات، ويوسعون الإثبات في أبواب الأموال؛ ولذلك في أبواب الحدود والجنايات لا بد من شاهدين، بخلاف قضايا

(١) أخرجه مسلم في كتاب الأفضية - باب بيان خير الشهود (١٧١٩).

(٢) سورة البقرة: ٢٨٣.

(٣) سورة البقرة: ٢٨٢.



الأموال؛ فإنه يُقبل فيها شهادة رجل وامرأتين. وعند الجمهور أنه تُقبل شهادة الرجل ويمين المدعي، بينما القانونيون يعكسون؛ فيتوسعون في وسائل الإثبات في أبواب الجنایات، ويضيّقون وسائل الإثبات في قضايا الحقوق الماليّة.

الفرق السادس من الفروقات بين المنهجين: أن الفقهاء يرون أن الشهادة مقدّمة على القرائن، ويجعلون الشهادة وسيلةً مستقلةً، بينما القانونيون يجعلون الشهادة بمثابة القرينة، ويوازنون بينها وبين بقية القرائن، ويجعلون الشهادة من وسائل الإثبات ذات القوة المحدودة.

الفرق السابع أيضًا من الفروقات بين النظرات القانونيّة والفقهية في مسائل الإثبات: أن القانونيين يجعلون الإثبات مرتبًا بقناعة القاضي، أو المحلفين، بخلاف علماء الشريعة فيجعلون الإثبات مبنياً على وسائله، ولا يبنونه على قناعة القاضي أو غيره.

الفرق الثامن كذلك: يلاحظ أن القانونيين يجعلون مسائل الإثبات تأخذ حيزًا كبيرًا من بحثهم القانوني؛ وذلك لأن القضاء مبني على الإثبات، والقانون متركز على مسائل في القضاء والنزاع.

لكن البحث في الإثبات لا يأخذ حيزًا كبيرًا عند الفقهاء؛ وذلك لأن نظرة الفقهاء ليست مقتصرة على الجانب القضائي، فالجانب القضائي إنما يمثل جزءًا من نظراتهم، ولا شك أن النظرة التكامليّة أولى من النظرة الجزئية، على أن الفقهاء عندهم من التفصيلات والجزئيات ما لا يجده الإنسان عند الحقوقيين والقانونيين.

وبعض الناس قد يقول: بأن الفقهاء عندهم اختلافات كثيرة، وإذا نظر الإنسان إلى القانونيين وجد أن لديهم من الاختلاف أضعاف ما لدى الفقهاء إذا قارناه بالنسبة؛ فإن المسائل القانونيّة إذا وازناها بالاختلاف الموجود عند القانونيين وصلنا إلى نسبة كبيرة، بينما إذا وازنا بين المسائل الفقهية والاختلاف الفقهي، وجدنا أن النسبة أقل بكثير.

**

مجالات التأليف في نظرية الإثبات:

بعد هذا نورد عددًا من نماذج المؤلفات التي جاءت في نظرية الإثبات، هناك العديد من المؤلفات التي حرصت على الكلام عن الإثبات؛ سواء ما استقل منها بالنظر الفقهي، أو ما شمل المقارنة بين النظر الفقهي والقانوني، ومن أمثلة المؤلفات في هذا الباب:



- «النظريّة العامّة لإثبات موجبات الحدود» للشيخ عبد الله الركبان.
و«نظريّة الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي» للشيخ نصر فريد واصل.
و«أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي» للدكتور محمد الحقيّل.
و«طرق القضاء في الشريعة» لمجيد السّاكية.
و«الوجيز في الدعوى والإثبات» للدكتور شوكت عليان.
و«نظريّة الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي» للدكتور أحمد فتحي بهنسي.
و«النظريّة العامّة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية» لمحمد الحبيب التّجكّاني.
و«النظريّة العامّة في الإثبات» لسَمير تناغور.
و«التّوضيح في نظريّة الإثبات» لمحمد محمود العزّي.
و«الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي» للدكتور إبراهيم الفايز.
و«وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية» للدكتور محمد الزّحيلي.
و«نظريّة الإثبات» لحسين حسين المؤمن.
و«من طرق الإثبات في الشريعة والقانون» للدكتور أحمد البهي.
كذلك من المؤلفات: «المستندات الكتابيّة وقوتها في الإثبات» لعبد العزيز الدّعير.
و«القضاء ونظام الإثبات في الفقه» لمحمود محمد هاشم.
و«الإثبات الجنائي في ضوء القضاء والفقه» عبد الحميد الشوّاربي.
و«طرق الإثبات الشرعيّة» أحمد إبراهيم.
و«الدّعوى وطرق الإثبات» للدكتور عبد الحميد ميهوب عويس.
و«علم القضاء وأدلة الإثبات في الفقه» لأحمد الحصري.
وهذه نماذج من المؤلفات التي ألفت في هذا الباب. هذا ما يتعلّق بهذه النظريّة - نظريّة الإثبات -، ولعلنا إن شاء الله تعالى نلتقي في الغد بإذنه عزّ وجلّ، لننتحدث عن نظريّة أخرى.

**



الأسئلة

السؤال: إذا كان المدعى عليه غير مسلم ولم يكن هناك بيعة ولا شهود؟
الجواب: فحيث أخذ يمين المدعى عليه، ونجعله يقسم باسم من أسماء الله المعظمة عنده في دينه.

أسأل الله جلَّ وعلا أن يوفقنا لخيري الدنيا والآخرة، هذا والله أعلم، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله
وصحبه أجمعين.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ، وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى أَشْرَفِ الْأَنْبِيَاءِ وَالْمُرْسَلِينَ.
أَمَّا بَعْدُ.

فَتَحَدَّثْتُ فِي هَذَا الْيَوْمِ - بِإِذْنِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ - عَنْ مَوْضُوعٍ جَدِيدٍ مِنْ مَوْضُوعَاتِ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ، أَلَا وَهُوَ:
مَوْضُوعُ (الغَرَرِ).

التَّعْرِيفُ اللَّغَوِيُّ لِلْغَرَرِ:

الْغَرَرُ فِي اللَّغَةِ: هُوَ تَعْرِيفُ الْمَرْءِ نَفْسَهُ لِلْهَلَاكِ. وَقَدْ يُطْلَقُ أَيْضًا عَلَى الْخَطَرِ، أَوْ الْخُدْعَةِ، وَالْجَهْلِ، وَعَدَمِ
مَعْرِفَةِ الْعَوَاقِبِ، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿لَا يَغُرَّتْكَ تَقَلُّبُ الَّذِينَ كَفَرُوا فِي الْبِلَادِ﴾^(١)، وَقَالَ سُبْحَانَهُ: ﴿يَا أَيُّهَا
النَّاسُ إِنَّ وَعْدَ اللَّهِ حَقٌّ فَلَا تَغُرَّنَّكُمُ الْحَيَاةُ الدُّنْيَا وَلَا يَغُرَّنَّكُم بِاللَّهِ الْغُرُورُ﴾^(٢).

قَالَ الْقَاضِي عِيَّاضُ: أَصْلُ الْغَرَرِ لُغَةٌ: مَا لَهُ ظَاهِرٌ مَحْبُوبٌ وَبَاطِنٌ مَكْرُوهٌ؛ وَلِذَا سُمِّيَتِ الدُّنْيَا: مَتَاعُ الْغُرُورِ.

وَقَدْ يَكُونُ الْغَرَرُ مِنَ الْخُدَيْعَةِ، وَمِنْهُ قِيلَ: الْغُرُّ لِلْمُخَادِعِ أَوْ الْخُدَاعِ. وَقَدْ يُقَالُ ذَلِكَ أَيْضًا لِمَنْ يُمْكِنُ أَنْ يُخْدَعَ.

تَعْرِيفُ الْغَرَرِ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ:

وَأَمَّا تَعْرِيفُ الْغَرَرِ فِي الْإِصْطِلَاحِ؛ فَهُنَاكَ مَنْ يَجْعَلُ الْغَرَرَ هُوَ الْجَهَالَةُ، وَهُنَاكَ مَنْ لَا يُدْخِلُ الْمَجْهُولَ فِي مُسَمَّى
الْغَرَرِ، وَهُنَاكَ مَنْ يَجْعَلُ الْمَجْهُولَ أَحَدَ أَجْزَاءِ الْغَرَرِ، وَيُدْخِلُ فِي الْغَرَرِ أُمُورًا أُخْرَى.

وَلِذَلِكَ كَانَ مِنْ تَعْرِيفَاتِ الْفُقَهَاءِ لِلْغَرَرِ قَوْلُ بَعْضِهِمْ: الْغَرَرُ مَا انْطَوَى عَنْكَ أَمْرُهُ، وَخَفِيَتْ عَلَيْكَ عَاقِبَتُهُ.

وَقَوْلُ بَعْضِهِمْ: مَا احْتَمَلَ أَمْرَيْنِ أَغْلِبَهُمَا أَحْوَفُهُمَا.

وَقَوْلُ آخَرُونَ: الْغَرَرُ مَا تَرَدَّدَ بَيْنَ السَّلَامَةِ وَالْعَطَبِ؛ يَعْنِي: الْهَلَاكِ.

وَهَكَذَا قَوْلُ بَعْضِهِمْ: الْغَرَرُ مَا لَا يَدْرِي عَنْ حُصُولِهِ، أَوْ مَا يَكُونُ مُسْتَوْرَ الْعَاقِبَةِ.

تَعْرِيفُ الْغَرَرِ عِنْدَ الْقَانُونِيِّينَ:

وَأَمَّا بِالنِّسْبَةِ لِلْقَانُونِيِّينَ؛ فَإِنَّهُمْ لَا يَرْكُزُونَ عَلَى الْغَرَرِ كَثِيرًا، وَمَنْ تَحَدَّثَ مِنْهُمْ عَنِ الْغَرَرِ قَصَرَهُ عَلَى مَا يَكُونُ فِي

(١) سورة آل عمران: ١٩٦.

(٢) سورة فاطر: ٥.



محل العقد، أو في مقداره؛ ولذلك يقل الحديث عن الغرر عند القانونيين، إلا من استقى أحكام الغرر من الشريعة الإسلامية.

وقد ذكر ما يتعلق بالغرر فيما يسمى بـ (العقد الاحتياطي)، والمراد بالعقد الاحتياطي: العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين تحديد وقت تمام العقد، أو ما سيأخذه، أو ما سيدفعه، بحيث يتحدد ذلك مستقبلاً. وبذلك نعرف أن مفهوم الغرر عند القانونيين ضيق جداً.

**

أما من جهة الفرق بين الغرر وما له به نوع اتصال:

١- فمن أنواع ما له به اتصال: كلمة الغبن: والمراد بالغبن: الزيادة الفاحشة في سعر المبيع، أو النقصان الفاحش، أو الإخبار بخلاف الثمن؛ كما لو قال: اشتريتها بعشرة، وأبيعها لك بمثل ذلك، وهو إنما اشتراها بخمسة. ومن هنا: فالغبن متعلق بالثمن، أما الغرر فإنه يشمل ما يتعلق بصفة العقود عليه.

٢- هكذا من الكلمات التي قد يكون لها اتصال بالغرر: الجهالة: والجهالة جزء من أجزاء الغرر؛ فكل جهالة فيها غرر، وهناك أشياء من الغرر ليست من الجهالة.

٣- ومثل هذا أيضاً يقال في القمار: فإن القمار المراد به: الغرم المحقق، والغنم المظنون؛ مثال ذلك: يشتري أناس كثر ورقة بريال - كل واحد منهم يشتري ورقة - ثم يضربون قرعة لهذه الأوراق؛ فمن خرجت له أعطي مائة. هذا قمار؛ لأنه غرم محقق، يدفع ريالاً وقد يحصل المائة وقد لا يحصلها، ولا يحصلها إلا أحدهم، فهذا قمار، والقمار نوع من أنواع الغرر.

٤- أيضاً من الفروقات التي نحتاج إليها: التفريق بين الغرر والتغرير: والفرق بينهما يظهر في جانبين:

الجانب الأول: أن التغرير خداع؛ كما لو باعه سيارة على أنها من الموديل الفلاني، وتكون قبل ذلك بسنوات، هذا تغرير. وأيضاً: يزوجه المرأة على أن سنّها عشرون، ويكون سنّها ثلاثين، هذا تغرير.

فالتغرير خداع يقع من أجل إيهام العاقد الآخر بخلاف الواقع، مما يجعله يقدم على إبرام العقد. بخلاف الغرر؛ فإن الجهالة فيه من الطرفين؛ إذ كل منهما يجهل العقود عليه.

الفرق الثاني: أن الغرر مبطل للعقد؛ بحيث لا يصح العقد من أصله. بخلاف التغرير؛ فإنه يجوز من خداع



بأن يفسخ البيع، فنجعل له الخيار بين إمضاء البيع وفسخه.

**

حكم الغرر:

أما من جهة حكم الغرر؛ فهو من المحرمات، ولا يجوز عقد الغرر؛ وذلك لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(١)، وقوله جلّ وعلا: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٢)، وقوله سبحانه: ﴿فَبِظُلْمٍ مِنَ الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ طَيِّبَاتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ وَبِصَدِّهِمْ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ كَثِيرًا (١٦٠) وَأَخَذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ وَأَكْلِهِمْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ﴾^(٣). فجعل أكل أموال الآخرين بالباطل من أسباب نزول العقوبات في الدنيا.

ويدل على المنع من بيع الغرر: ما ورد في «الصحيح» من حديث جابر^(٤)، أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر^(٥). كما يدل على المنع منه: النصوص النبوية المتعاقبة في النهي عن صور من صور الغرر؛ من مثل حديث: نهى عن بيع الملامسة، والمنابذة^(٦). وحديث: نهى عن بيع الحصة^(٧)، ونحو هذا.

قال النووي رحمه الله: النهي عن بيع الغرر أصل عظيم من أصول كتاب البيوع، يدخل فيه مسائل كثيرة غير منحصرة.

(١) سورة البقرة: ١٨٨.

(٢) سورة النساء: ٢٩.

(٣) سورة النساء: ١٦٠، ١٦١.

(٤) هو: الصحابي الجليل جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام بن ثعلبة بن حرام بن كعب بن غنم بن كعب بن سلمة، أبو عبد الله، وأبو عبد الرحمن، الأنصاري، الخزرجي، السلمي، المدني، الفقيه، الإمام، الكبير، المجتهد، الحافظ، صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم. وكان مفتي المدينة في زمانه. شهد ليلة العقبة مع والده، وأطاع أباه يوم أحد، وقعد لأجل أخواته، ثم شهد الخندق وبيعة الشجرة، وقد ورد أنه شهد بدرًا. شاخ، وذهب بصره، وقارب التسعين. توفي بالمدينة سنة أربع وتسعين، وقيل: سنة سبع وتسعين. انظر: الاستيعاب (١/ ١١٤) ترجمة (٢٩٦)، وأسد الغابة (١/ ٤٩٢) ترجمة (٦٤٧).

(٥) أخرجه مسلم في كتاب البيوع - باب بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه غرر (١٥١٣).

(٦) أخرجه البخاري في كتاب البيوع - باب بيع الملامسة (٢١٤٤)، ومسلم في كتاب البيوع - باب إبطال بيع الملامسة والمنابذة (١٥١٢).

(٧) أخرجه مسلم في كتاب البيوع - باب بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه غرر (١٥١٣).



الحِكْمَةُ مِنَ النَّهْيِ عَنِ الْغَرْرِ:

وَالنَّاطِرُ فِي النَّهْيِ عَنِ الْغَرْرِ يَجِدُ أَنَّ هُنَاكَ حِكْمًا كَثِيرَةً مُرْتَبَةً عَلَى هَذَا الْمَنْعِ، مِنْ تِلْكَ الْحِكْمِ:
أَوَّلًا: أَنَّ عُقُودَ الْغَرْرِ مِنْ أَكْلِ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ؛ مِمَّا يَجْعَلُ النَّاسَ يَتَجَرَّأُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ فِي أَكْلِ أَمْوَالِهِمْ.
وَتَانِيًا: عُقُودَ الْغَرْرِ تُؤَدِّي إِلَى التَّنَازُعِ وَالشُّقَاقِ.
وَتَالِثًا: الْمَنْعُ مِنَ عُقُودِ الْغَرْرِ يُؤَدِّي إِلَى اسْتِقْرَارِ الْعُقُودِ وَالْمَعَامَلَاتِ.
وَرَابِعًا: عُقُودُ الْغَرْرِ تُؤَدِّي إِلَى أَنْ يَفْقِدَ النَّاسُ ثِقَتَهُمْ بِبَعْضِهِمْ؛ فَإِذَا كُنْتَ لَا تَأْمَنُ مِنْ وُجُودِ الْمَفَارِقَاتِ الْكَبِيرَةِ
بَيْنَ مَا تُؤْمَلُ أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ، وَبَيْنَ حَقِيقَتِهِ، فَهَذَا يَجْعَلُكَ تَفْقِدُ الثِّقَّةَ وَلَا تَطْمَئِنُّ إِلَى التَّعَامُلِ مَعَ الْآخَرِينَ؛
وَلِذَلِكَ فَإِنَّ عُقُودَ الْغَرْرِ مِنْ أَكْبَرِ أَسْبَابِ الْأَزْمَاتِ الْاِقْتِصَادِيَّةِ الَّتِي تَمُرُّ عَلَى النَّاسِ.

تَطْبِيقَاتُ الْغَرْرِ فِي الشَّرِيعَةِ:

فُقُهَاءُ الشَّرِيعَةِ بَحْثُوا فِي الْغَرْرِ، وَذَكَرُوا لِلْغَرْرِ تَطْبِيقَاتٍ كَثِيرَةً؛ وَمِنْ أَمْثَلِ ذَلِكَ: مَا يَذْكُرُونَهُ فِي شُرُوطِ الْعُقُودِ
مِنْ وُجُوبِ الْعِلْمِ بِالْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَمَعْرِفَةِ الثَّمَنِ، وَهَكَذَا أَيْضًا يَبْحَثُونَ فِي مَسَائِلِ الْجِهَالَةِ وَالْقَهْرِ.
وَالْغَالِبُ أَتَمُّهُمْ يَدْخُلُونَ مَسَائِلَ الْغَرْرِ فِي ثَنَائِهِمْ بَحْثُهُمْ الْفُقَهِيَّةَ، وَإِنْ وَجَدَ مِنَ الْفُقَهَاءِ مَنْ يُفْرِدُ الْغَرَرَ بِعَنَاوِينَ
مُسْتَقِلَّةٍ، وَمِنْ هَؤُلَاءِ: ابْنُ رُشْدٍ الْجَدُّ فِي كِتَابِهِ «الْمُقَدِّمَاتُ الْمُمَهَّدَاتُ»، وَحَفِيدُهُ فِي «بَدَايَةِ الْمُجْتَهِدِ»، وَالنَّوَوِيُّ فِي
«الْمَجْمُوعِ»، وَالْمَاوَرِدِيُّ فِي «الْحَاوِي»، وَشَيْخُ الْإِسْلَامِ ابْنُ تَيْمِيَّةٍ فِي «الْقَوَاعِدِ النُّورَانِيَّةِ»، وَالْقَرَأِيُّ فِي «الْفُرُوقِ»؛
حَيْثُ جَعَلَ لَهَا قَاعِدَةً مُسْتَقِلَّةً.

سِرُّ اهْتِمَامِ الْمَعَاصِرِينَ بِمَبْحَثِ الْغَرْرِ أَكْثَرَ مِنَ الرَّبَا:

وَقَدْ عَنِي كَثِيرٌ مِنَ الْمَعَاصِرِينَ بِبَابِ الْغَرْرِ - وَإِنْ كَانَ اهْتِمَامُ الْفُقَهَاءِ بِالرَّبَا أَكْثَرَ -؛ وَذَلِكَ لِثَلَاثَةِ أُمُورٍ:
الْأَمْرُ الْأَوَّلُ: أَنَّ بَابَ الرَّبَا مُحْسُومٌ؛ إِذْ يُمْنَعُ مِنْ قَلِيلِهِ وَكَثِيرِهِ، بِخِلَافِ الْغَرْرِ.
وَالسَّبَبُ الثَّانِي: أَنَّ النُّصُوصَ الْوَارِدَةَ فِي التَّشْدِيدِ فِي بَابِ الرَّبَا كَثِيرَةٌ مُتَعَدِّدَةٌ، بِخِلَافِ الْغَرْرِ.



وَالسَّبَبُ الثَّلَاثُ: أَنْ مَنْ لَا يَدْرِكُ عَوَاقِبَ الْأُمُورِ قَدْ يَظُنُّ أَنَّ فِي الرَّبَا مَصْلَحَةً لَهُ؛ يَجِدُ أَنَّهُ يَدْفَعُ الْمِائَةَ وَيَأْخُذُ مِائَةً وَزِيَادَةً بَعْدَ سَنَةٍ، فَيَظُنُّ أَنَّهُ يَسْتَفِيدُ بِذَلِكَ، وَهُوَ فِي حَقِيقَةِ الْأَمْرِ أَنَّهُ يَتَضَرَّرُ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى تَقْلِيلِ الْأَعْمَالِ، وَبِالتَّالِي لَا تَنْمُو الْأَمْوَالُ، وَالزِّيَادَةُ الَّتِي تَكُونُ فِي الرَّبَا أَقَلُّ مِنْ نَقْصَانِ قِيَمَةِ الْمَالِ، فَإِنَّ قِيَمَ الْأَمْوَالِ النَّقْدِيَّةِ تَنْقُصُ، وَهَذَا النَّقْصُ أَكْثَرُ مِنَ الزِّيَادَةِ الَّتِي يَظُنُّ الْمُرَابِي أَنَّهُ قَدْ حَصَلَهَا.

**

صُورٌ مِنَ الْغَرْرِ أَجَازَتْهَا الشَّرِيعَةُ:

تَقَدَّمَ مَعَنَا أَنَّ الْغَرْرَ لَا يَمْنَعُ كُلَّهُ وَلَا يُجَسِّمُ بَابَهُ، بَلْ هُنَاكَ صُورٌ مِنَ الْغَرْرِ أَجَازَتْهَا الشَّرِيعَةُ، وَأَضْرَبُ لِدَلِيلِكَ مِثَالًا:

لَوْ كَانَ عِنْدِي مَنْزِلٌ فِي مَدِينَةٍ أُخْرَى، فَعَرَضْتُهُ عَلَيْكَ، فَاشْتَرَيْتَهُ مِنِّي، وَأَنْتَ لَا تَعْرِفُ مَسَاحَتَهُ، وَلَا تَعْرِفُ مَوْقِعَهُ، وَلَا تَعْرِفُ كَيْفِيَّةَ تَصْمِيمِ بِنَائِهِ، وَلَا تَعْرِفُ أَيَّ شَيْءٍ عَنْ هَذَا الْمَسْكَنِ. فَهَذَا غَرْرٌ، الشَّرِيعَةُ تَمْنَعُ مِنْهُ. لَكِنْ لَوْ بَعَثْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ، فَأَنْتَ تَجْهَلُ مَا يَتَعَلَّقُ بِأَسَاسَاتِ الدَّارِ، وَلَا تَدْرِي يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ الْحَدِيدُ الَّذِي وُضِعَ فِي أَسَاسِ الْبُنْيَانِ مِمَّا قَدْ لَحِقَهُ الصَّدَأُ أَوْ لَا، وَيُمْكِنُ أَنْ تَكُونَ قَوَاعِدُ الْبُنْيَانِ قَدْ وَجَدَ فِيهَا شَيْءٌ مِنَ التَّصَدُّعِ. وَمَعَ ذَلِكَ هَذَا الْبَيْعُ جَائِزٌ، وَهَذَا الْغَرْرُ الْمَوْجُودُ فِي هَذَا الْعَقْدِ لَا يُؤَثِّرُ عَلَى صِحَّةِ الْعَقْدِ. فَلَمَّاذَا مَنَعْنَا مِنَ الصُّورَةِ الْأُولَى بِحُجَّةٍ أَنْ فِيهَا غَرْرًا؟ وَأَجْزَانَا الثَّانِيَّةَ مَعَ أَنْ فِيهَا غَرْرًا؟ إِذَا لَيْسَ كُلُّ غَرْرٍ مُؤَثِّرًا. هُنَا وَيَنْبَغِي بِنَا أَنْ نَعْرِفَ الضَّابِطَ الَّذِي نَفْرُقُ بِهِ بَيْنَ الْغَرْرِ الْمُوَثِّرِ وَالْغَرْرِ غَيْرِ الْمُوَثِّرِ: الْعُلَمَاءُ لَهُمْ فِي هَذَا ثَلَاثَةٌ مَنَاهِجٌ:

الْمَنْهَجُ الْأَوَّلُ: التَّفْرِيقُ بَيْنَ الْكَثْرَةِ وَالْقَلَّةِ؛ قَالُوا: فَالْغَرْرُ الْقَلِيلُ يُعْفَى عَنْهُ، وَالْغَرْرُ الْكَثِيرُ لَا يُعْفَى عَنْهُ. وَلَكِنْ هَذَا الضَّابِطُ غَيْرُ مَعْرُوفٍ الْمَعْلُومِ؛ إِذْ مَتَى يَكُونُ الْغَرْرُ كَثِيرًا، وَمَتَى نَحْكُمُ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ قَلِيلٌ؟ وَالْقَاعِدَةُ فِي الشَّرِيعَةِ: أَنَّ الْأَوْصَافَ غَيْرَ الْمُنْضَبِطَةَ لَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُ الْأَحْكَامِ عَلَيْهَا.

الْمَنْهَجُ الثَّانِي: أَنَّ مَا وَقَعَتْ حَاجَةٌ عَامَّةٌ لَهُ فَإِنَّهُ يُعْفَى عَنِ الْغَرْرِ فِيهِ. وَهَذَا أَيْضًا غَيْرُ مُنْضَبِطٍ؛ وَمَنِ الَّذِي يَقَرَّرُ بِأَنَّهَا حَاجَةٌ عَامَّةٌ؟

الْمَنْهَجُ الثَّلَاثُ: التَّفْرِيقُ بَيْنَ الْغَرْرِ الْأَصِيلِ وَالْغَرْرِ التَّابِعِ؛ فَإِذَا كَانَ الْغَرْرُ يَتَعَلَّقُ بِأَصْلِ فِي الْعَقْدِ، فَإِنَّهُ يَمْنَعُ مِنَ



العقد؛ ولهذا إذا باع حمل الشاة لم يصح العقد، لأن العقد قد اشتمل أصالة على الغرر، بخلاف ما لو باع شاة في بطنها حمل؛ فإن الحمل تابع، فاغتفر الغرر فيه.

ومثل هذا: لو باع الثمار قبل بدو الصلاح؛ فإنه لا يصح هذا العقد، لأن العقد وقع أصالة على ما فيه غرر، بخلاف ما إذا باع الأشجار وعليها الثمار قبل بدو الصلاح؛ فإنه حينئذ يصح العقد؛ وذلك لأن الثمار هنا لم يقع العقد عليها أصالة، وإنما وقع تبعاً.

وحيث نقول: ما غلب على العقد من الغرر حتى أصبح العقد يوصف به، فإنه غرر مؤثر؛ ولذلك ورد في الحديث: أنه نهى عن بيع الثمار قبل بدو الصلاح^(١)، وفي الحديث الآخر: «من باع نخلاً قبل أن يؤبر فثمرته للمبتاع»، وقال: «من باع نخلاً قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»^(٢).

ويدل على صحة هذا الفرق: حديث النهي عن بيع الغرر؛ فإنه لم يقل: نهى عن الغرر، ولم يقل: نهى عن بيع فيه غرر، وإنما قال: نهى عن بيع الغرر. مما يدل على أن الحكم يتعلق بالعقد الذي يبنى على الغرر، وليس المراد بالنهي: العقد الذي يقع في أثناءه غرر على جهة التبعية.

أنواع العقود بالنسبة إلى الغرر:

أما عن أنواع العقود بالنسبة للغرر: فيمكن أن نقسمها باعتبار:

النوع الأول منها مثلاً: الغرر في التبرعات؛ هل يصح عقد التبرع الذي يكون مبنياً على الغرر أو لا؟ مثال ذلك: ما لو قال له: وهبتك ما في سيارتي من المال. قال: قبلت. وهما لا يعلمان بما في السيارة من المال، فهل يصح هذا العقد أو لا يصح؟ هذا من مواطن الخلاف بين فقهاء الشريعة: وعند مالك وأحمد أن العقد صحيح.

والثاني: العقود المحوّلة بالتصرّفات أو عقود التوثيقات؛ ومن هذا عقود الشركة، وعقد الضمان، والكفالة.

أما بالنسبة للشركات: فالأصل النهي عن المشاركة بما يكون الغالب فيه الغرر، لكن هناك من يتوسّع في المنع

(١) أخرجه البخاري في كتاب الزكاة - باب من باع ثماره أو نخله أو أرضه أو زرعه (١٤٨٦)، ومسلم في كتاب البيوع - باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع (١٥٣٤).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب البيوع - باب من باع نخلاً قد أبرت أو أرضاً مزروعة أو بإجارة (٢٢٠٤)، ومسلم في كتاب البيوع - باب من باع نخلاً عليها ثمر (١٥٤٣).



مَنْ بَابِ الْغَرْرِ فِي عُقُودِ الشَّرَكَاتِ؛ وَلِذَلِكَ نَجِدُ أَنَّ بَعْضًا مِنْ فُقَهَاءِ الشَّافِعِيَّةِ لَا يَصَحِّحُ شَرِكَةَ الْأَبْدَانِ، وَلَا شَرِكَةَ الْوُجُوهِ، وَلَا شَرِكَةَ الْمَفَاوِضَاتِ؛ بِنَاءً عَلَى وُجُودِ الْغَرْرِ فِيهَا. بَيْنَمَا يَرَى آخَرُونَ أَنَّ الْغَرْرَ فِي هَذِهِ الْعُقُودِ مُحْتَمَلٌ؛ وَبِالتَّالِي تَصَحُّ هَذِهِ الْعُقُودِ.

مَسْأَلَةٌ: هَلْ يَصَحُّ لِي أَنْ أَضْمَنَ أَوْ أَكْفَلَ فِي مَالٍ مَجْهُولٍ؟ لَوْ قَالُوا: فَلَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ وَأَدْخَلَ السَّجْنَ، فَجَاءَ إِلَى الدَّائِنِ وَقَالَ: أَنَا أَضْمَنُ مَا عَلَى فَلَانٍ مِنَ الْمَالِ. وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِمِقْدَارِهِ، هَلْ يَصَحُّ هَذَا الضَّمَانُ؟ وَمِثْلُهُ: إِذَا كَانَ لَهُ عَلَيْهِ حُقُوقٌ لَا يَعْلَمُ مَا مِقْدَارُهَا، فَجَاءَ وَكْفَلَهُ فِي هَذِهِ الْحُقُوقِ.

فَعِنْدَ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ: أَنَّ هَذِهِ الْكِفَالَةَ لَا تَصَحُّ؛ لِمَا فِيهَا مِنَ الْغَرْرِ. وَعِنْدَ الْجُمْهُورِ يَقُولُونَ: تَصَحُّ الْكِفَالَةُ بِمَالٍ مَجْهُولٍ. وَعِنْدَ أَحْمَدَ يَقُولُ: إِنْ كَانَ سَيُّوُلٌ إِلَى الْعِلْمِ صَحَّ الضَّمَانُ وَالْكَفَالَةُ.

وَمِنْ بَابِ دَفْعِ الْغَرْرِ مَعَ فُقَهَاءِ الشَّافِعِيَّةِ وَآخَرُونَ مِنْ عَقْدِ الْوَكَالَةِ الْعَامَّةِ - الْوَكَالَةِ الْعَامَّةِ بِالتَّفْوِضِ فِي جَمِيعِ الْأُمُورِ بِدُونِ تَخْصِيصٍ - كَمَا لَوْ قَالَ: وَكَلْتُكَ وَكَالَةً عَامَّةً تَتَصَرَّفُ عَنِّي بِأَيِّ تَصَرَّفٍ يَحِقُّ لِي أَنْ أَتَصَرَّفَ بِهِ. فَهَنَّاكَ طَوَائِفٌ مَنَعُوا مِنْ هَذَا، وَقَالُوا: فِيهِ غَرْرٌ. وَآخَرُونَ أَجَازُوهُ قَالُوا: الْغَرْرُ فِيهَا مُحْتَمَلٌ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوَكَّلْهُ فِي التَّصَرُّفَاتِ إِلَّا لِثِقَتِهِ فِيهِ. فَالْأَصَالَةُ فِي هَذَا مُتَعَلِّقَةٌ بِالثِّقَةِ.

هَكَذَا أَيْضًا مِنْ أَنْوَاعِ الْعُقُودِ الَّتِي يَقَعُ فِيهَا الْغَرْرُ: عُقُودُ الْمَعَاوِضَاتِ؛ مِثْلُ: الْبَيْعِ.

وَالْغَرْرُ فِي عُقُودِ الْمَعَاوِضَاتِ قَدْ يَقَعُ فِي الصَّيْغَةِ: وَمِنْ أَمْثَلِهِ ذَلِكَ: مَا لَوْ قَالَ لَهُ: أْبَيْعُكَ السَّيَّارَةَ؛ إِمَّا بَعْشَرِينَ تَدْفَعُهَا بَعْدَ أُسْبُوعٍ، أَوْ بِثَلَاثِينَ تَدْفَعُهَا بَعْدَ ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ. فَصَيْغَةُ الْعَقْدِ هَذِهِ مَبْنِيَّةٌ عَلَى غَرْرٍ؛ وَمِنْ ثَمَّ لَا يَصَحُّ. وَهَذِهِ الصَّوْرَةُ مِنَ الصُّورِ الَّتِي فَسَّرَ بِهَا حَدِيثُ: نَهَى عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ^(١).

وَالنَّوْعُ الثَّانِي: الْغَرْرُ الْوَاقِعُ فِي مَحَلِّ الْعَقْدِ: كَمَا لَوْ قَالَ لَهُ: أْبَيْعُكَ بَعْشَرِينَ جُنِيهًا؛ فَإِنَّهُ لَا يَعْلَمُ هَلْ هُوَ الْجُنِيهِ الْإِسْتِرْلِينِي، أَوْ الْجُنِيهِ الْمَصْرِي. فَهَذَا جَهْلٌ فِي مَحَلِّ الْعَقْدِ. وَالْفُقَهَاءُ يُقَسِّمُونَ الْغَرْرَ فِي مَحَلِّ الْعَقْدِ إِلَى أَقْسَامٍ:

(١) أخرجه أحمد في «مسنده» (٢/٤٧٥، ٥٠٣)، وأبو داود في كتاب البيوع - باب فيمن باع بيعتين في ببيعة (٣٤٦١)، والترمذي في كتاب البيوع - باب ما جاء في النهي عن بيعتين في ببيعة (١٢٣١)، والنسائي في كتاب البيوع - بيعتين في ببيعة وهو أن يقول: أبيعك هذه السلعة بمائة درهم نقدًا، وبياتني درهم نسيئة (٤٦٣٢)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.



مِنْهُمْ مَنْ يَجْعَلُهَا حَمْسَةَ أَقْسَامٍ فَيَقُولُ:

النَّوْعُ الْأَوَّلُ: الْغَرَرُ فِي الْوُجُودِ؛ هَلِ الْعَيْنُ الْمُعْقُودُ عَلَيْهَا مَوْجُودَةٌ أَوْ غَيْرُ مَوْجُودَةٍ؟

وَالنَّوْعُ الثَّانِي: الْغَرَرُ فِي الْحُصُولِ؛ هَلْ يَتِمَّ كُنُّ مِنْ تَحْصِيلِ الْعَيْنِ الْمُعْقُودِ عَلَيْهَا أَوْ لَا؟ كَمَا فِي بَيْعِ الْجَمَلِ الشَّارِدِ.

وَالنَّوْعُ الثَّلَاثُ: الْغَرَرُ فِي الْمَقْدَارِ؛ كَمَا لَوْ قَالَ: أبيعك ما في بيتي من أنواع الأثاث. وهما لا يعرفان كميته.

وَالرَّابِعُ: الْغَرَرُ فِي الْأَجْلِ؛ قَالَ: تُسَدِّدُ لِي الثَّمَنَ بَعْدَ مُدَّةٍ.

وَالخَامِسُ: الْغَرَرُ فِي الثَّمَنِ.

وَهُنَاكَ مَنْ يَصُوغُهَا وَيَجْعَلُهَا سَبْعَةَ أَنْوَاعٍ فَيَقُولُ:

النَّوْعُ الْأَوَّلُ: الْغَرَرُ فِي مَحَلِّ الْعَقْدِ؛ كَمَا لَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ عِنْدِي سَيَّارَاتٌ فَهِيَ لَكَ بِإِثْمَةٍ.

وَالنَّوْعُ الثَّانِي: الْغَرَرُ بِجِنْسِ الْمُعْقُودِ عَلَيْهِ، كَمَا لَوْ قَالَ: أبيعك ما على أرضي من الأشياء. وهما لا يعلمان بما يقع

على الأرض.

وَالنَّوْعُ الثَّلَاثُ: الْغَرَرُ الْمُتَعَلِّقُ بِنَوْعِ مَحَلِّ الْعَقْدِ؛ كَمَا لَوْ سَأَلَهُ فَقَالَ: هَلْ عِنْدَكَ سَيَّارَةٌ؟ قَالَ: نَعَمْ. قَالَ: سَأَشْتَرِيهَا

مِنْكَ بِإِثْمَةٍ. وَهُوَ لَا يَعْرِفُ مَا نَوْعُهَا، وَلَا صِفَاتِهَا.

وَالنَّوْعُ الْخَامِسُ: الْغَرَرُ الْمُتَعَلِّقُ بِمَقْدَارِ الْمَحَلِّ، قَالَ: أبيعك ما لدي من السيَّارات بمبلغ كذا. وهما لا يعلمان

كم عدد السيَّارات التي لديه.

وَالنَّوْعُ السَّادِسُ: الْغَرَرُ الْمُتَعَلِّقُ بِالْأَجْلِ.

وَالنَّوْعُ الْآخِرُ: الْغَرَرُ الْمُتَعَلِّقُ بِعَدَمِ الْقُدْرَةِ عَلَى تَسْلِيمِ الْعَيْنِ الْمُعْقُودِ عَلَيْهَا.

أَيْضًا: وَمِمَّا يَدْخُلُ فِي الْغَرَرِ عِنْدَهُمْ: الْغَرَرُ فِي بَيْعِ الْمَعْدُومِ، وَهَذَا مُتَعَلِّقٌ بِالنَّوْعِ الْأَوَّلِ، وَهُوَ الْغَرَرُ الَّذِي يَكُونُ

فِي ذَاتِ الْمُعْقُودِ عَلَيْهِ.

وَأَهْلُ الْقَانُونِ لَا يَتَوَسَّعُونَ فِي مِثْلِ هَذِهِ التَّفَاصِيلِ، بَلْ بَعْضُهُمْ يَحْصُرُ الْعُقُودَ الْإِحْتِمَالِيَّةَ بِمَا يَكُونُ الْغَرَرُ فِيهِ فِي

مَحَلِّ الْعَقْدِ، أَوْ فِي مَقْدَارِهِ.

مَسْأَلَةٌ: هَلِ الْغَرَرُ يَخْتَصُّ بِعُقُودِ الْمَعَاوَضَاتِ أَوْ الْعُقُودِ الْمَالِيَّةِ؟



لَوْ قَدَّرَ مَثَلًا فِي بَابِ النِّكَاحِ أَنَّهُ كَانَ هُنَاكَ غَرْرٌ، فَمَا الْحُكْمُ؟

هُنَا نَقُولُ: الْغَرْرُ إِذَا أُنِيتَ بِرُكْنٍ مِنْ أَرْكَانِ عَقْدِ النِّكَاحِ؛ مِنْ مِثْلِ مَا يَتَعَلَّقُ بِالزَّوْجَيْنِ. أَوْ يَكُونُ بِأَثَرٍ مِنَ الْآثَارِ؛ كَالْمَهْرِ. فَأَمَّا بِالنِّسْبَةِ لِلْغَرْرِ الْمُتَعَلِّقِ بِرُكْنِ عَقْدِ النِّكَاحِ: فَإِنَّهُ يُجَوِّلُ الطَّرْفَ الْآخَرَ بِفَسْخِ النِّكَاحِ، لَكِنَّهُ لَا يُبْطِلُ عَقْدَ النِّكَاحِ.

فِي بَابِ الْبَيْعِ: الْغَرْرُ يُبْطِلُ الْعَقْدَ، أَمَا فِي بَابِ النِّكَاحِ: لَا يُبْطِلُهُ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ عُقُودَ الْأَنْكِحَةِ لَيْسَ الْمَقْصُودُ فِيهَا الْمَعَاوِضَةُ، وَإِنَّمَا هُنَاكَ مَقَاصِدُ أُخْرَى؛ مَتَى غَلَبَ عَلَى ظَنِّ الْعَاقِدِ أَنَّهُ يُحْصِلُهَا فِي هَذِهِ الْعُقُودِ، جَازَ لَهُ أَنْ يَبْقَى عَلَى ذَلِكَ الْعَقْدِ.

وَأَمَّا بِالنِّسْبَةِ لِلْغَرْرِ فِي آثَارِ عَقْدِ النِّكَاحِ؛ فَمِنْ أَمْثَلَتِهِ: الْغَرْرُ فِي الْمَهْرِ؛ كَمَا لَوْ كَانَ الْمَهْرُ غَيْرَ مُسَمًّى، أَوْ كَانَ الْمَهْرُ غَيْرَ مُحَدَّدِ الْمِقْدَارِ، قَالَ: زَوْجَتُكَ بِرِيَالَاتٍ. فَهَذَا يَنْعَقِدُ النِّكَاحَ عَلَى الصَّحِيحِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ.

تَأْثِيرُ الْغَرْرِ عَلَى الشُّرُوطِ:

هَكَذَا أَيْضًا فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِتَأْثِيرِ الْغَرْرِ عَلَى الشُّرُوطِ فِي الْعُقُودِ: هَلْ نَقُولُ: بِأَنَّهُ يَمْنَعُ مِنْ صِحَّةِ الْعَقْدِ؟ أَوْ نَقُولُ: يُوْرِثُ خِيَارَ الْفَسْخِ؟

نَقُولُ: الْغَرْرُ فِي الشُّرُوطِ لَا يَمْنَعُ مِنْ انْعِقَادِ الْعُقُودِ؛ لِأَنَّ الشُّرُوطَ قَرَرَهَا الْمُتَعَاقِدُ لِمَصْلَحَتِهِ، فَتَمَّتْ تَنَازُلُ عَنْ ذَلِكَ الشَّرْطِ، حَقَّ لَهُ التَّنَازُلُ؛ وَمِنْ ثَمَّ لَا يُبْطِلُ الْعَقْدَ بِسَبَبِ أَمْرٍ يُمْكِنُ انْفِكَافُ الْعَقْدِ عَنْهُ، وَهُوَ الشُّرُوطُ.

سُبُلُ الْوَقَايَةِ مِنْ آثَارِ الْغَرْرِ:

جَاءَتِ الشَّرِيعَةُ بِحِمَايَةِ الْمُكَلَّفِينَ مِنْ آثَارِ الْغَرْرِ، وَبِوَقَايَتِهِمْ مِنَ الْوُقُوعِ فِيهِ؛ وَذَلِكَ مِنْ خِلَالِ عَدَدٍ مِنَ الْأُمُورِ، مِنْهَا:

عَدَمُ تَصْحِيحِ عُقُودِ الْغَرْرِ؛ لِحَدِيثِ: مَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرْرِ^(١).

وَمِنْهَا: اشْتِرَاطُ الْعِلْمِ بِالْمُعْقُودِ عَلَيْهِ، وَمَعْرِفَةُ الْعَوْضِ؛ وَلِذَا وَرَدَ فِي الْحَدِيثِ: «نَهَى عَنِ الثُّنْيَا»^(٢) وَفِي رِوَايَةٍ:

(١) سبق تخريجه.



«نَهَى عَنِ الثُّنْيَا إِلَّا أَنْ تُعْلَمَ»^(١).

وَهَكَذَا أَيْضًا: قَرَّرَ الشَّرْعُ خِيَارَ الشَّرْطِ، وَخِيَارَ الْمَجْلِسِ، وَبَقِيَّةَ أَنْوَاعِ الْخِيَارِ؛ دَفْعًا لِلضَّرْرِ الْمُتَوَقَّعِ مِنْ وُجُودِ غَرَرٍ فِي الْعَقْدِ.

وَهُنَاكَ وَسَائِلٌ كَثِيرَةٌ اتَّخَذَتْهَا الشَّرِيعَةُ فِي هَذَا الْبَابِ.

يَبْقَى عِنْدَنَا أَنْ نَتَبَاخَثَ فِي الْفَرْقِ بَيْنَ الدَّرَاسَاتِ الْفُقَهِيَّةِ وَالدَّرَاسَاتِ الْقَانُونِيَّةِ فِي مَا يَتَعَلَّقُ بِالْغَرَرِ:

الْفَرْقُ الْأَوَّلُ: كَمَا تَقَدَّمَ أَنَّ الْفُقَهَاءَ يُشْبِعُونَ هَذَا الْبَابَ بِالْبَحْثِ وَالِدِّرَاسَةِ، وَعِنْدَهُمْ مِنَ التَّفْصِيْلَاتِ الشَّيْءُ الْكَثِيرُ، وَدِرَاسَتُهُمْ كَمَا اشْتَمَلَتْ عَلَى الْجَوَابِ التَّأْصِيلِيَّةِ فَقَدْ اشْتَمَلَتْ أَيْضًا عَلَى تَطْبِيقَاتٍ فَرْعِيَّةٍ وَفُقَهِيَّةٍ كَثِيرَةٍ، بِخِلَافِ الْقَانُونِيِّينَ فَإِنَّ دِرَاسَتَهُمْ فِي هَذَا الْبَابِ مُقْتَضِبَةٌ وَقَلِيلَةٌ، بَلْ كَثِيرٌ مِنَ الْقَانُونِيِّينَ لَا يَسْلَمُ بَأَنَّ الْغَرَرَ نَظْرِيَّةٌ مُسْتَقَلَّةٌ.

وَالْفَرْقُ الثَّانِي: أَنَّ الْفُقَهَاءَ يَجْسِمُونَ فِي مَسَائِلِ الْغَرَرِ، وَيَبْطُلُونَ الْعَقْدَ؛ لِوُجُودِ الْغَرَرِ الَّذِي يَكُونُ أَصْلًا فِي الْعَقْدِ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُمْ يَرَوْنَ أَنَّ الْحَقَّ فِي هَذَا لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ.

بِخِلَافِ الْقَانُونِيِّينَ فَإِنَّهُمْ يَقُولُونَ: بَأَنَّ الْعُقُودَ لَيْسَ فِيهَا حَقٌّ لِلَّهِ، وَإِنَّمَا الْحَقُّ فِيهَا لِلْمُتَعَاقِدِينَ، فَمَهْمَا حَصَلَ تَرَاضٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدِينَ صَحَّحْنَا الْعَقْدَ؛ وَلِذَلِكَ فَهَمَّ يُجِيزُونَ أَكْثَرَ عُقُودِ الْغَرَرِ وَيُصَحِّحُونَهَا، وَيُلْزِمُونَ بِهَا، وَيَقَعُ عِنْدَهُمْ مِنَ التَّنَازُعِ وَالْخِلَافِ بِسَبَبِ ذَلِكَ الشَّيْءِ الْكَثِيرِ.

الْفَرْقُ الثَّلَاثُ: وَمِنْ هُنَا نَقُولُ: بَأَنَّ الشَّرِيعَةَ تَمْنَعُ مِنَ الْغَرَرِ، وَلَوْ كَانَ فِيهِ اتِّفَاقٌ بَيْنَ الْمُتَعَاقِدِينَ وَرِضًا مِنْهُمَا، بِخِلَافِ أَهْلِ الْقَانُونِ فَإِنَّهُمْ يَسْمَحُونَ بِالْغَرَرِ الَّذِي يَتَرَاضَى عَلَيْهِ الْمُتَعَاقِدَانِ؛ بِنَاءً عَلَى مَا يَقَرَّرُونَهُ مِنْ حُرِّيَّةِ التَّعَاقُدِ، وَمِنْ هُنَا كَانَتْ صُورُ الْغَرَرِ وَجَمَالَاتُهُ أَكْثَرَ بِكَثِيرٍ عِنْدَ فُقَهَاءِ الشَّرِيعَةِ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الشَّرِيعَةَ تَقَدِّمُ الْعَمَلَ بِمَا يُحَقِّقُ مَصَالِحَ الْعِبَادِ، وَيُحَقِّقُ الْعَدْلَ بَيْنَهُمْ، فَهَمَّ يَقَدِّمُونَ هَذَا عَلَى مُجَرَّدِ مَرَاعَاةِ التَّرَاضِي بَيْنَ الْمُتَعَاقِدِينَ، وَمِنْ هُنَا نَجِدُ أَنَّ هُنَاكَ صُورًا كَثِيرَةً يُجِيزُهَا أَهْلُ الْقَانُونِ وَيُلْزِمُونَ الْمُتَعَاقِدِينَ بِهَا، مَعَ اشْتِمَالِ عُقُودِهِمْ عَلَى غَرَرٍ كَثِيرٍ.

(١) أخرجه مسلم في كتاب البيوع - باب النهي عن المحاقلة والمزابنة وعن المخابرة (١٥٣٦).

(٢) أخرجه النسائي في كتاب البيوع - باب النهي عن بيع الثنيا حتى تعلم (٤٦٣٣).



وَمِنْ أَمْثَلِهِ هَذَا مَثَلًا: عَقُودُ الْبَيْعِ الشَّبَكِيِّ؛ تَشْتَرِي مَنِّي سِلْعَةً، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ كُلِّ مُشْتَرٍ تُخَضِّرُهُ لِي أُعْطِيكَ نِسْبَةً
مِنَ الثَّمَنِ الَّذِي يَدْفَعُهُ، وَالْمُشْتَرِي الْجَدِيدُ يَحْصُلُ عَلَى مِثْلِ ذَلِكَ، وَيَكُونُ لِلأَوَّلِ نِسْبَةٌ عَن كُلِّ مَنْ يَأْتِي بِهِمْ ذَلِكَ
الشَّخْصُ الَّذِي عَرَفَهُمْ بِهِ، وَهَكَذَا. الشَّرِيعَةُ تَمْنَعُ مِنْ مِثْلِ هَذِهِ الْعُقُودِ لِمَا فِيهَا مِنَ الْغَرْرِ، بِخِلَافِ أَهْلِ الْقَانُونِ.
وَلِذَلِكَ أَيْضًا مِنَ الصُّورِ الَّتِي كَثُرَ تَدَاوُلُهَا: التَّأْمِينُ التَّجَارِي؛ فَإِنَّ الْقَانُونِيِّينَ يَأْذَنُونَ بِهَا وَلَا يَمْنَعُونَهَا، وَذَلِكَ
لِأَنَّ الْغَرَرَ الْمَوْجُودَ فِيهَا لَا يَتَعَارَضُ مَعَ مَا يَقَرُّرُونَهُ مِنْ حُرِّيَةِ التَّعَاقُدِ، بِخِلَافِ النَّظَرَةِ الْفِقْهِيَّةِ، فَإِنَّهَا تَمْنَعُ مِنْ مِثْلِ
هَذَا لِلْغَرْرِ الْعَظِيمِ الَّذِي يَحْتَوِي عَلَيْهِ هَذَا الْعَقْدُ؛ وَمِنْ هُنَا فَإِنَّ الْغَرَرَ لَيْسَ لَهُ نَظَرِيَّةٌ عِنْدَ الْقَانُونِيِّينَ، وَلَا يَمَثُلُ
مَحْظُورًا لَدَيْهِمْ، بِخِلَافِ النَّظَرَةِ الْفِقْهِيَّةِ فِي هَذَا الْبَابِ.

**

مَجَالَاتُ التَّأْلِيفِ فِي مَبْحَثِ الْغَرْرِ:

أَمَّا بِالنِّسْبَةِ لِلْمُؤَلَّفَاتِ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِالْغَرْرِ فَهِيَ كَثِيرَةٌ؛ وَهُنَاكَ دَرَأَسَاتٌ لِعَدَدٍ مِنَ الْعُقُودِ الَّتِي فِيهَا الْغَرَرُ، وَهُنَاكَ
دَرَأَسَاتٌ تَخْتَصُّ بِالنَّظَرِ فِي الْغَرْرِ نَفْسِهِ، وَمِنْ أَمْثَلِ الدَّرَأَسَاتِ الْفِقْهِيَّةِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْغَرْرِ:
«كِتَابُ الْغَرْرِ فِي الْعُقُودِ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ» لِلدُّكْتُورِ صَدِيقِ مُحَمَّدِ الْأَمِينِ الصَّرِيرِ.
وَلَهُ كِتَابٌ آخَرُ عُنْوَانُهُ: «الْغَرَرُ فِي الْعُقُودِ وَآثَارُهُ فِي التَّطْبِيقَاتِ الْمُعَاصِرَةِ».
وَمِنَ الْمُؤَلَّفَاتِ فِي الْغَرْرِ: كِتَابُ «نَظَرِيَّةِ الْغَرْرِ فِي الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ» لِلدُّكْتُورِ يَاسِينَ أَحْمَدَ إِبْرَاهِيمَ دَرَادِكَةَ.
وَمِنَ الْمُؤَلَّفَاتِ فِيهِ: «أَثَرُ الْجَهَالَةِ وَالضَّرُورَةِ فِي الْمُعَامَلَاتِ الْمَالِيَّةِ» لِلدُّكْتُورِ مُحَمَّدِ مُحَمَّدٍ سُلَيْمَانَ الْمُحَمَّدِ.
وَمِنَ الْمُؤَلَّفَاتِ فِيهِ: كِتَابُ «قَاعِدَةُ الْغَرْرِ دِرَأَسَةٌ تَأْصِيلِيَّةٌ» لِلدُّكْتُورِ عَبْدِ اللَّهِ السَّكَاكِرِ.
وَمِنَ الدَّرَأَسَاتِ فِي هَذَا الْبَابِ: «دِرَأَسَةٌ مُقَارَنَةٌ فِي الْغَرْرِ» لِلدُّكْتُورِ مُصْبَاحِ الْمُتَوَلِّي السَّيِّدِ حَمَّادِ.
وَمِنْ أَمْثَلَتِهِ أَيْضًا: كِتَابُ «الْغَرْرِ فِي حُلِّ الْإِلْتِزَامِ التَّعَاقُدِيِّ» لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ جَبْرِ.
كَذَلِكَ مِنَ الْمُؤَلَّفَاتِ فِيهِ: «نَظَرِيَّةِ الْغَرْرِ فِي الْبُيُوعِ» لِلدُّكْتُورِ رَمْضَانَ حَافِظَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ السُّيُوطِيِّ.
وَمِنْ أَمْثَلَتِهِ أَيْضًا: كِتَابُ «بَيْعِ الْغَرْرِ وَأَحْكَامِهِ فِي الشَّرِيعَةِ» مِنْ تَأْلِيفِ: مُحَمَّدِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ مَنْدُورِ.
وَأَيْضًا مِنَ الْمُؤَلَّفَاتِ فِيهِ: «قَاعِدَةُ الْغَرْرِ فِي الشَّرِيعَةِ وَعِلَاقَتُهَا بِعَقْدِ التَّأْمِينِ» تَأْلِيفُ: عَلَاءِ الدِّينِ زَعْتَرِيِّ.
وَمِنْ أَمْثَلَةِ الْمُؤَلَّفَاتِ الَّتِي لَهَا صِلَةٌ بِالْقَاعِدَةِ: «التَّغْرِيرُ وَآثَرُهُ فِي الْعُقُودِ» لِلدُّكْتُورَةِ كِفَاحِ عَبْدِ الْقَادِرِ الصُّورِيِّ.



هَذَا مَا يَتَعَلَّقُ بِنَظَرِيَّةِ الْغَرْرِ وَتَقْسِيمَاتِهَا، وَأَرْكَانِهَا، وَشُرُوطِهَا، وَضَوَابِطِ الْغَرْرِ الْمُؤَثِّرِ، وَأَنْوَاعِ الْغَرْرِ وَتَقْسِيمَاتِهِ.
وَلَعَلَّنَا بِإِذْنِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ نَتَكَلَّمُ عَنْ مَوْضُوعٍ آخَرَ فِي الْغَدِّ بِإِذْنِهِ جَلَّ وَعَلَا.

الْأَسْئَلَةُ

السُّؤَالُ: هَذَا سُؤَالٌ يَقُولُ: اشْتَرَى أَخِي مَخْزَنًا كَامِلًا تَابِعًا لِمَحَلِّ كَمَالِيَّاتٍ، فِيهِ كَثِيرٌ مِنَ الْعُطُورِ وَالتَّحْفِ، وَقَالَ لَهُ صَاحِبُ الْمَخْزَنِ أَيْعَكَ هَذَا الْمَخْزَنَ الَّذِي تَرَاهُ، فَهَلْ هَذَا جَائِزٌ؟

الجواب: نقول: هو هنا شاهد المبيع، وقلب نظره فيه، وتمكّن من إحصائه، فانتفى الغرر بمثل هذا.

السُّؤَالُ: جُمْلَةُ «القانون لا يحمي المغفلين»؟

الجواب: الشريعة جاءت أصالةً لحماية العاجزين عن تحصيل حقوقهم، وجاءت بإعطاء كل ذي حق حقه، ولذا كانت الشريعة تفق مع أولئك الذين تؤخذ حقوقهم، والقاضي الشرعي لا ينظر إلى ظواهر الأمور مجردة، وإنما ينظر إلى الفرائض كما تقرّر في حديثنا عن الإثبات، ثم إن القانون إنما يحاطب الناس بحسب الأمور الظاهرة، بخلاف الخطاب الشرعي؛ فإنه لا يكتفي بالخطاب بالأمر الظاهر، وإنما يعلّق القلوب بالله عزّ وجلّ؛ ولذلك قال: «فمن قضيت له بحق أخيه فإتأ أقطع له قطعة من النار»، وفي رواية أخرى: «فإن أحدكم قد يكون ألحن بحجته من بعض، فمن قضيت له بحق أخيه فإتأ أقطع له قطعة من النار»^(١).

أسأل الله جلّ وعلا أن يوفّقنا وإياكم لخيري الدنيا والآخرة، وأن يجعلنا وإياكم من الهداة المهتدين، هذا والله أعلم، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

(١) أخرجه البخاري في كتاب الشهادات - باب من أقام البيعة بعد اليمين (٢٦٨٠)، ومسلم في كتاب الأفضية - باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة (١٧١٣)، من حديث أم سلمة رضي الله عنها.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ، وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى أَشْرَفِ الْأَنْبِيَاءِ وَالْمُرْسَلِينَ.
أَمَّا بَعْدُ.

فَتَحَدَّثَ فِي هَذَا الْيَوْمِ - بِإِذْنِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ - عَمَّا يَتَعَلَّقُ بِـ «دَفْعِ الصَّائِلِ»، أَوْ مَا يَسْمِيهِ بَعْضُهُمْ بِـ «نَظَرِيَّةِ الدَّفَاعِ الشَّرْعِيِّ».

التَّعْرِيفُ لِنَظَرِيَّةِ الدَّفَاعِ الشَّرْعِيِّ:

وَقَدْ عَرَّفَ طَائِفَةٌ هَذِهِ النَّظَرِيَّةَ - الدَّفَاعِ الشَّرْعِيِّ - بِأَنَّ الْمُرَادَ بِهَا: رَدُّ الْإِعْتِدَاءِ حِفَاطًا عَلَى الضَّرُورِيَّاتِ الْحَمْسِ، وَمِنْ الْمَعْلُومِ أَنَّ مِنْ مَقَاصِدِ الشَّرِيعَةِ: الْحِفَاطُ عَلَى الضَّرُورِيَّاتِ الْحَمْسِ وَهِيَ: الدِّينُ، وَالنَّفْسُ، وَالْعَقْلُ، وَالْمَالُ، وَالْعِرْضُ.

وَبَعْضُ الْفُقَهَاءِ يَقُولُ عَنِ الدَّفَاعِ الشَّرْعِيِّ: بِأَنَّهُ وَاجِبُ الْإِنْسَانِ فِي حِمَايَةِ نَفْسِهِ أَوْ غَيْرِهِ مِنْ كُلِّ اعْتِدَاءٍ حَالٍ غَيْرِ مَشْرُوعٍ، بِالْقُوَّةِ اللَّازِمَةِ لِدَفْعِ الْإِعْتِدَاءِ.

وَكَمَا تَقَدَّمَ أَنَّ فُقَهَاءَ الشَّرِيعَةِ يَقُولُونَ: «دَفْعُ الصَّائِلِ»؛ وَالْمُرَادُ بِالدَّفْعِ: الرَّدُّ بِقُوَّةٍ، وَالْمُرَادُ بِالصَّائِلِ: الْمُتَطَاوِلُ عَلَى غَيْرِهِ.

فَ «الدَّفَاعِ الشَّرْعِيِّ» هَذَا مُصْطَلَحٌ حُقُوقِيٌّ، يُقَابَلُهُ عِنْدَ عُلَمَاءِ الشَّرِيعَةِ: «دَفْعُ الصَّائِلِ»، وَإِنْ كَانَ أَهْلُ الْحُقُوقِ وَالْقَانُونِ لَا يَتَّفِقُونَ عَلَى مُسَمًّى وَاحِدٍ، بَلْ عِنْدَهُمْ أَسْمَاءٌ مُخْتَلِفَةٌ مُتَعَدِّدَةٌ لِهَذِهِ النَّظَرِيَّةِ؛ فَبَعْضُهُمْ يَقُولُ: «بُطْلَانُ الْعِصْمَةِ»، وَآخَرُونَ يَقُولُونَ: «انْحِسَارُ الْحِمَايَةِ الْجَنَائِيَّةِ»، وَآخَرُونَ يَقُولُونَ: «الْحَقُّ الطَّبِيعِيُّ»، وَآخَرُونَ يَقُولُونَ: «إِبْطَالُ الْبَغْيِ»، وَهُنَاكَ مَنْ يَقُولُ: «الْبَوَاعِثُ الْقَانُونِيَّةُ»، وَهُنَاكَ مَنْ يَقُولُ: «تَنَازُعُ الْحُقُوقِ»، وَهُنَاكَ مَنْ يَقُولُ: «الْإِكْرَاهُ الْأَدْبِيُّ»، وَآخَرُونَ يَقُولُونَ: «مُقَاوَمَةُ الشَّرِّ»، وَآخَرُونَ يَقُولُونَ: «التَّضْحِيَّةُ»، وَبَعْضُهُمْ يَقُولُ: «التَّحَلُّلُ مِنَ الْعَقْدِ الْاجْتِمَاعِيِّ».

وَهَذَا يُشِيرُ لَكَ إِلَى أَنَّ الْقَانُونِيِّينَ لَيْسُوا بِمُتَّفِقِينَ، كَمَا يَزْعُمُ بَعْضُهُمْ، بَلْ عِنْدَهُمْ مِنَ الْإِخْتِلَافِ وَالتَّنَازُعِ مَا لَا يُوْجَدُ عِنْدَ عُلَمَاءِ الشَّرِيعَةِ رُبْعَهُ، فَمِنْ صُورِ هَذَا الْإِخْتِلَافِ:

١ - اِخْتَلَفَ الْفُقَهَاءُ اِخْتِلَافًا بَيْنًا فِي التَّعْرِيفِ حَتَّى يَخْتَلِفُوا فِي حَقِيقَةِ هَذِهِ النَّظَرِيَّةِ، وَيُمْكِنُ تَقْسِيمُ مَوَاقِفِهِمْ إِلَى



أقسام متعددة، من أبرزها:

أَن بَعْضَهُمْ يَقُولُ: الدَّفَاعُ الشَّرْعِيُّ هُوَ: اسْتِعْمَالُ الْقُوَّةِ اللَّازِمَةِ لِصَدِّ خَطَرٍ حَالٍ غَيْرِ مَشْرُوعٍ يَهْدُدُّ بِالْإِيذَاءِ. وَآخَرُونَ يَقُولُونَ: الدَّفَاعُ الشَّرْعِيُّ: إِبَاحَةُ دَرءِ الْجَرِيمَةِ بِالْجَرِيمَةِ. وَآخَرُونَ يَقُولُونَ: هِيَ دَفْعُ الْقُوَّةِ بِالْقُوَّةِ.

وَهُنَاكَ مَنْ يَقُولُ: دَفْعُ اعْتِدَاءِ إِجْرَامِيٍّ عَلَى وَشَكِّ الْوَقُوعِ، بِدَرءِ خَطَرِهِ عَنِ نَفْسِ الْمُدْفِعِ أَوْ مَالِهِ.

٢- وَهُمْ يَخْتَلِفُونَ أَيْضًا فِي الدَّفَاعِ الشَّرْعِيِّ مَا هُوَ الْحُكْمُ الْقَانُونِيُّ لَهُ؟ فَمِنْهُمْ طَائِفَةٌ تَقُولُ: الدَّفَاعُ الشَّرْعِيُّ حَقٌّ.

وَآخَرُونَ يَقُولُونَ: الدَّفَاعُ الشَّرْعِيُّ تَرْخِصٌ.

وَآخَرُونَ يَقُولُونَ: بَانَ الدَّفَاعُ الشَّرْعِيُّ تَدْبِيرٌ مِنَ التَّدَابِيرِ الْإِحْتِرَازِيَّةِ.

٣- كَمَا يَخْتَلِفُونَ أَيْضًا فِي الْأَسَاسِ الْقَانُونِيِّ لِهَذِهِ النَّظَرِيَّةِ:

فَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ: هَذِهِ النَّظَرِيَّةُ مَبْنِيَّةٌ عَلَى أَسَاسِ الْعَدَالَةِ.

وَآخَرُونَ يَقُولُونَ: بَانَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى انْعِدَامِ حُرِّيَّةِ الْإِخْتِيَارِ؛ لِأَنَّ الْمُدْفِعَ لَا يَجِدُ مَنَاصًا لِدَفْعِ الْإِعْتِدَاءِ الْوَاقِعِ عَلَيْهِ إِلَّا بِاسْتِعْمَالِ الْقُوَّةِ.

وَالْمَنْهَجُ الثَّلَاثُ يَقُولُونَ: الدَّفَاعُ الشَّرْعِيُّ مَبْنِيٌّ عَلَى أَسَاسِ الْمَقَارَنَةِ بَيْنَ قِيمَتَيْنِ مُتَعَارِضَتَيْنِ.

وَالْمَنْهَجُ الرَّابِعُ يَقُولُ: بَانَ الْأَسَاسُ الْقَانُونِيُّ لِهَذِهِ النَّظَرِيَّةِ هُوَ صِيَانَةُ الْحُقُوقِ.

٤- وَهُنَاكَ اخْتِلَافَاتٌ كَثِيرَةٌ بَيْنَهُمْ فِيهَا يَتَعَلَّقُ بِتَفَاصِيلِ هَذِهِ الْقَاعِدَةِ، وَجُزْئِيَّاتِهَا، وَأَحْكَامِهَا، وَشُرُوطِهَا.

بَيْنَمَا يَجِدُ الْإِنْسَانُ أَنَّ فِقْهَاءَ الشَّرِيعَةِ عِنْدَهُمْ مِنَ التَّوَافِقِ وَالتَّقَارُبِ الشَّيْءُ الْكَثِيرُ، مَعَ أَنَّ فِقْهَاءَ الشَّرِيعَةِ أَكْثَرُ مِنَ

الْقَانُونِيِّينَ بِأَضْعَافٍ مُتَعَدِّدَةٍ، وَعُصُورُهُمْ وَقُرُونُهُمْ أَكْثَرُ مِنْهُمْ، فَلَهُمْ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعَةِ عَشَرَ قَرْنًا، بِخِلَافِ الدَّرَاسَاتِ

الْقَانُونِيَّةِ الْحَدِيثَةِ الَّتِي لَمْ تُؤْصَلْ إِلَّا فِي قَرْنَيْنِ مِنَ الزَّمَانِ، وَلَيْسَ هَذَا خَاصًّا بِهَذِهِ النَّظَرِيَّةِ فَقَطُّ، بَلِ النَّظَرِيَّاتِ السَّابِقَةُ

وَالنَّظَرِيَّاتِ الَّتِي لَمْ نَدْرُسْهَا، فِيهَا مِنَ الْخِلَافِ وَالنِّزَاعِ الشَّيْءُ الْكَثِيرُ.

الأساس الشرعي لنظرية الدفاع الشرعي:



نَتَقِلُّ إِلَى الْأَسَاسِ الشَّرْعِيِّ لِهَذِهِ النَّظَرِيَّةِ -نَظَرِيَّةِ «الدَّفَاعِ الشَّرْعِيِّ»-، فَلَقَدْ وَرَدَتْ نُصُوصٌ كَثِيرَةٌ فِي الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ تُدَلُّ عَلَى هَذَا الْأَسَاسِ:

أَوَّلُهَا: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَجَزَاءٌ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾^(١).

ثَانِيهَا: قَوْلُهُ سُبْحَانَهُ: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾^(٢).

وَالثَّلَاثُهَا: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ﴾^(٣).

وَرَابِعُهَا: قَوْلُهُ سُبْحَانَهُ: ﴿وَلَمَنْ ائْتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولَئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ (٤١) إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَيَبْغُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ أُولَئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾^(٤).

وَجَمِيعُ فُقَهَاءِ الشَّرِيعَةِ يَرَوْنَ أَنَّ هَذِهِ الْأَسْسُ أُسُسٌ صَحِيحَةٌ، وَأُسُسٌ مُتْرَابِطَةٌ يَقْوِي بَعْضُهَا بَعْضًا، وَلَيْسَ بَيْنَهَا تَعَارُضٌ وَتَنَاقُضٌ.

وَكَذَلِكَ يَأْخُذُوهَا مِنْ نُصُوصِ مِنَ السُّنَّةِ؛ كَمَا فِي حَدِيثِ: «مَنْ قُتِلَ دُونَ مَالِهِ فَهُوَ شَهِيدٌ»^(٥)، وَحَدِيثِ: «لَوْ أَنَّ امْرَأًا أَطَّلَعَ عَلَيْكَ بِغَيْرِ إِذْنٍ فَحَدَفْتَهُ بِعَصَاةٍ فَفَقَّاتَ عَيْنَهُ لَمْ يَكُنْ عَلَيْكَ جُنَاحٌ»^(٦)، وَفِي الْحَدِيثِ الْآخَرِ: أَنَّ رَجُلًا عَضَّ آخَرَ، فَزَرَ يَدَهُ فَسَقَطَتْ ثَنِيَّتُهُ، فَأَبْطَلَهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَقَالَ: «يَعَضُّ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ كَمَا يَعَضُّ الْفَحْلُ لَا دِيَّةَ لَكَ»^(٧). يَعْنِي الذِّكْرَ مِنَ الْإِبِلِ، وَفِي الْحَدِيثِ الْآخَرَ قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَرَأَيْتَ إِنْ جَاءَ رَجُلٌ يُرِيدُ أَخْذَ مَالِي؟ قَالَ: «فَلَا تُعْطِهِ مَالَكَ». قَالَ: أَرَأَيْتَ إِنْ قَاتَلَنِي؟

(١) سورة الشورى: ٤٠.

(٢) سورة البقرة: ١٩٤.

(٣) سورة النحل: ١٢٦.

(٤) سورة الشورى: ٤١، ٤٢.

(٥) أخرجه البخاري في كتاب المظالم والغصب - باب من قاتل دون ماله (٢٤٨٠)، ومسلم في كتاب الإيمان - باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم (١٤١)، من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.

(٦) أخرجه البخاري في كتاب الديات - باب من اطلع في بيت قوم ففققوا عينه فلا دية (٦٩٠٢)، ومسلم في كتاب الآداب - باب تحريم النظر في بيت غيره (٢١٥٨).

(٧) أخرجه البخاري في كتاب الديات - باب إذا عض رجلاً فوقعت ثناياه (٦٨٩٢)، ومسلم في كتاب القسامة والمحارين - باب الصائل على نفس الإنسان أو عضوه (١٦٧٣).



قَالَ: «قَاتِلُهُ». قَالَ: أَرَأَيْتَ إِنْ قَتَلْتَنِي؟ قَالَ: «فَأَنْتَ شَهِيدٌ». قَالَ: أَرَأَيْتَ إِنْ قَتَلْتَهُ؟ قَالَ: «هُوَ فِي النَّارِ»^(١).

**

اتِّصَالَ نَظَرِيَّةِ الدَّفَاعِ الشَّرْعِيِّ بِبَعْضِ القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ:

وَهُنَاكَ قَوَاعِدُ فِقْهِيَّةٌ لَهَا اتِّصَالٌ بِهَذِهِ النِّظَرِيَّةِ، مِنْهَا:

قَاعِدَةٌ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» الوَارِدَةُ فِي الحَدِيثِ الَّذِي لَهُ أَسَانِيدٌ مُتَعَدِّدَةٌ يَقْوِي بَعْضُهَا بَعْضًا، بِأَنَّ الشَّرِيعَةَ قَدْ نَفَتْ الضَّرَرَ؛ وَمِنْ طُرُقِ نَفْيِ الضَّرْرِ دَفْعُ الصَّائِلِ. وَمِنْ ذَلِكَ قَاعِدَةٌ: «الضَّرَرُ يُزَالُ».

وَهَكَذَا أَيْضًا قَاعِدَةٌ: «الضَّرُورَاتُ تُبِيحُ المَحْظُورَاتِ»؛ فَإِنَّ نَظَرِيَّةَ الدَّفَاعِ الشَّرْعِيِّ مَجَالٌ مِنْ مَجَالَاتِ تَطْبِيقِ قَاعِدَةِ «الضَّرُورَاتُ تُبِيحُ المَحْظُورَاتِ».

وَهَكَذَا أَيْضًا مَا يَتَعَلَّقُ بِأَحْكَامِ الإِكْرَاهِ؛ فَإِنَّ الإِكْرَاهَ لَهُ اتِّصَالٌ بِهَذِهِ النِّظَرِيَّةِ.

وَبَعْضُ أَهْلِ العِلْمِ يَقُولُ: بِأَنَّ مِنْ شُرُوطِ هَذِهِ النِّظَرِيَّةِ مُرَاعَاةَ نَظَرِيَّةِ «التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ»، فَالدَّفَاعُ عَنِ النَّفْسِ أَوْ المَالِ وَرَدُّ المُعْتَدِينَ مَشْرُوعٌ، لَكِنْ بِشَرْطِ أَلَّا تَتَجَاوَزَ الحُدُودَ، وَكَمَا سَيَأْتِي فِي شُرُوطِ تَطْبِيقِ هَذَا المَبْدَأِ: أَنَّ الصَّائِلَ يُدْفَعُ بِالأَقْلِ فَالأَقْلُ.

وَقَدْ يَقُولُ قَائِلٌ: بِأَنَّهُ قَدْ وَرَدَ فِي قِصَّةِ ابْنِي آدَمَ أَنَّ الإِبْنَ المَقْتُولَ قَالَ: ﴿لَئِن بَسَطْتَ إِلَيَّ يَدَكَ لِتَقْتُلَنِي مَا أَنَا بِبَاسِطِ يَدَيَّ إِلَيْكَ لِأَقْتُلَنَّكَ﴾^(٢). فَلِمَ يَسْتَعْمَلُ هَذَا المَبْدَأَ؟

فَنَقُولُ: فَرَقَ بَيْنَ تَقْرِيرِ مَبْدَأِ الحَقِّ وَبَيْنَ إِجْبَابِهِ، ثُمَّ هَذَا مِنْ شَرَائِعِ الأُمَّمِ السَّابِقَةِ، وَإِذَا وَجِدَ فِي شَرِيعَتِنَا حُكْمٌ مُقَرَّرٌ فِي مَسْأَلَةٍ لَمْ نَحْتَجْ إِلَى شَرَائِعِ الأُمَّمِ السَّابِقَةِ.

وَيَدُلُّكَ عَلَى هَذَا مَا وَرَدَ فِي آخِرِ هَذِهِ القِصَّةِ مِنْ قَوْلِهِ سُبْحَانَهُ: ﴿مَنْ أَجَلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأَرْضِ﴾^(٣). وَمِنْ أَنْوَاعِ الفَسَادِ فِي الأَرْضِ: الصَّيَالُ وَالإِعْتِدَاءُ عَلَى الآخَرِينَ

(١) أخرجه مسلم في كتاب الإيمان - باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم (١٤٠).

(٢) سورة المائدة: ٢٨.

(٣) سورة المائدة: ٣٢.



بِالرَّغْبَةِ فِي سَفْكَ دِمَائِهِمْ، أَوْ أَخْذِ أَمْوَالِهِمْ، أَوْ الْإِعْتِدَاءِ عَلَى أَعْرَاضِهِمْ.
بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ يَقُولُ: بَأَنَّ دَفْعَ الصَّائِلِ هَذَا حَقٌّ. وَبَعْضُهُمْ يَقُولُ: وَاجِبٌ. وَتَرْتَّبَ عَلَى ذَلِكَ: هَلْ يَجِبُ عَلَى
الْإِنْسَانِ أَنْ يَدْفَعَ الصَّائِلَ؟ أَوْ أَنْ ذَلِكَ لَيْسَ مِنَ الْأُمُورِ الْوَاجِبَةِ عَلَيْهِ؟ فَبَعْضُهُمْ قَالَ: يَجِبُ؛ لِأَنَّهُ بِذَلِكَ يَدْرَأُ مُنْكَرًا
سَيِّعٌ إِمَّا بِسَفْكِ دَمٍ حَرَامٍ، أَوْ بِانْتِهَاكِ عَرْضٍ، أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ.
وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ: الدَّفَاعُ عَنِ النَّفْسِ وَالْعَرْضِ وَاجِبٌ، بِخِلَافِ الدَّفَاعِ عَنِ الْمَالِ.
إِذَا الشَّرِيعَةُ لَمْ تُعْطِ دَفْعَ الصَّائِلِ حُكْمًا وَاحِدًا، بَلْ فَرَّقَتْ بِحَسَبِ مَحَلِّ الْإِعْتِدَاءِ، وَفَرَّقَتْ بِحَسَبِ نَوْعِ الْإِعْتِدَاءِ،
وَفَرَّقَتْ أَيْضًا بِحَسَبِ ظُرُوفِ وَقُوعِ الْعُدْوَانِ، وَلَا شَكَّ أَنَّ الْإِعْتِدَاءَ مِنَ الْمَحْرَمَاتِ وَمِنْ كِبَائِرِ الْإِثَامِ، قَالَ اللَّهُ
تَعَالَى: ﴿وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾^(١). وَالنُّصُوصُ الْوَارِدَةُ فِي تَحْرِيمِ الظُّلْمِ وَالتَّشْنِيعِ عَلَى أَصْحَابِهِ كَثِيرَةٌ
مُتَعَدِّدَةٌ.

وَهُنَاكَ أَرْكَانٌ مُتَعَلِّقَةٌ بِهَذِهِ النَّظَرِيَّةِ مَبْنَاهَا عَلَى أَمْرَيْنِ:
الْأَمْرُ الْأَوَّلُ: الْإِعْتِدَاءُ، أَوْ بَعْضُهُمْ يَقُولُ: تَوَقُّعُ الْإِعْتِدَاءِ؛ فَإِنَّهُ إِذَا جَاءَكَ شَخْصٌ شَاهِرًا سَيْفَهُ وَقَدْ تَوَجَّهَ إِلَيْكَ
بِسُرْعَةٍ كَبِيرَةٍ، هُنَا يَغْلِبُ عَلَى ظَنِّكَ أَنَّهُ سَيَعْتَدِي عَلَيْكَ، وَتَتَوَقَّعُ مِنْهُ ذَلِكَ، فَحِينَئِذٍ يَأْتِي تَطْبِيقُ هَذِهِ الْقَاعِدَةِ؛ فَمَنْ تَمَّ
يَكُونُ هُنَاكَ رَاغِبٌ فِي الْإِعْتِدَاءِ، أَوْ شَارِعٌ فِي الْإِعْتِدَاءِ، وَهُوَ الَّذِي عَمِلَ الْأَسْبَابَ مِنْ أَجْلِ أَنْ يَتِمَّكَ مِنَ الْإِعْتِدَاءِ
عَلَى غَيْرِهِ.

وَالثَّانِي: مَنْ يَرَادُ الْإِعْتِدَاءَ عَلَيْهِ، أَوِ الْمُعْتَدَى عَلَيْهِ.

وَالثَّلَاثُ: الْأَلَّةُ الَّتِي يُرِيدُ أَنْ يَنْفِذَ الْمُعْتَدِي الْإِعْتِدَاءَ بِهَا.

هَذَا هُوَ الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: تَوَقُّعُ الْإِعْتِدَاءِ، وَالْقِسْمُ الثَّانِي: الدَّفَاعُ؛ فَحِينَئِذٍ يَكُونُ هُنَاكَ صَائِلٌ وَدَافِعٌ، وَقَدْ يَكُونُ
هُنَاكَ آلَةٌ.

تَقْسِيمَاتُ الْإِعْتِدَاءِ:

(١) سورة البقرة: ١٩٠.



١- الإعتداء يُمكنُ تَقْسِيمُهُ بِتَقْسِيمَاتٍ مُخْتَلِفَةٍ؛ مِنْهَا مَا يَتَعَلَّقُ بِمَحَلِّ الإِعْتِدَاءِ: فَهَنَّاكَ اِعْتِدَاءٌ عَلَى النَّفْسِ، وَهَنَّاكَ اِعْتِدَاءٌ عَلَى العَرَضِ، وَهَنَّاكَ اِعْتِدَاءٌ عَلَى المَالِ، وَيَجْمَعُهَا قَوْلُ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ»^(١).

٢- كَمَا يُمكنُ تَقْسِيمُ الإِعْتِدَاءِ إِلَى اِعْتِدَاءٍ -أَوْ رَغْبَةٍ اِعْتِدَاءٍ- عَلَى المُدَافِعِ، وَاعْتِدَاءٍ عَلَى غَيْرِ المُدَافِعِ: كَمَا لَوْ وَجَدَ إِنْسَانٌ صَائِلًا يُرِيدُ الإِعْتِدَاءَ عَلَى امْرَأَةٍ مِنَ المُسْلِمِينَ لِيَتَنَهَكَ عِرْضَهَا، فَيَأْتِي مُسْلِمًا صَاحِبَ شَهَامَةٍ فَيَدْفَعُ عَنْهَا ذَلِكَ الإِعْتِدَاءَ.

٣- كَذَلِكَ يُمكنُ تَقْسِيمُ الإِعْتِدَاءِ إِلَى اِعْتِدَاءٍ بِالفِعْلِ -قَدْ يَسْمُونَهُ الإِعْتِدَاءَ الإِجَابِيَّ-؛ مِثْلُ: الإِعْتِدَاءِ بِالسَّرِقَةِ، بِالقَتْلِ، هَذَا اِعْتِدَاءٌ بِفِعْلٍ.

وَقَدْ يَكُونُ هُنَاكَ اِعْتِدَاءٌ سَلْبِيٌّ بِأَنْ يَفْعَلَ فِعْلًا لَا يُمكنُ غَيْرُهُ مِنْ تَلْبِيَةِ ضُرُورَتِهِ، وَقَدْ يَمَثَلُ لَهُ بِمَنْعِ المَضْطَرِّ مِنَ الطَّعَامِ، [٢٢:٤٣ إلى ٢٣:٠٨] بِأَنْ زَيْدًا كَانَ عِنْدَ مَالِهِ عِنْدَ تَلْفِهِ وَكَانَ قَادِرًا عَلَى إِبْعَادِ التَّلْفِ عَنْهُ، وَمَعَ ذَلِكَ لَمْ يَفْعَلْ، فَهَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ أَوْ لَا؟ وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «المُسْلِمُ أَخُو المُسْلِمِ، لَا يَظْلِمُهُ وَلَا يُسْلِمُهُ»^(٢). لَا يُسْلِمُهُ يَعْنِي: لَا يَتْرُكُهُ مِنْ نُصْرَتِهِ وَتَأْيِيدِهِ.

٤- هَكَذَا أَيْضًا يُمكنُ تَقْسِيمُ الإِعْتِدَاءِ إِلَى اِعْتِدَاءٍ حَقِيقِيٍّ؛ بِأَنْ يَكُونَ قَدْ وَقَعَ وَشَرَعَ فِي الإِعْتِدَاءِ، وَوَصَلَ الأَذَى إِلَى المُعْتَدَى عَلَيْهِ.

وَالنَّوْعُ الثَّانِي: الإِعْتِدَاءُ التَّصَوُّرِيُّ: بِأَنْ يَتَصَوَّرَ وَجُودَ اِعْتِدَاءٍ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ اِعْتِدَاءٌ حَقِيقَةً. وَمِنْ أَمْثَلِهِ ذَلِكَ: مَا لَوْ شَاهَدَ فِي اللَّيْلِ مَنْ يَتَحَرَّكُ حَرَكَاتٍ مُرِيبَةً حَوْلَ بَيْتِهِ، فَخَشِيَ مِنْهُ، فَأَخَذَ خَشْبَةً فَضْرَبَهُ، فَإِذَا هُوَ أَخُوهُ يُرِيدُ إِصْلَاحَ بَعْضِ الأشْجَارِ فِي حَوْشِ البَيْتِ، فَهَنَّا تَصَوُّرُ اِعْتِدَاءٍ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ اِعْتِدَاءٌ.

٥- هَكَذَا أَيْضًا يُمكنُ تَقْسِيمُ الإِعْتِدَاءِ إِلَى اِعْتِدَاءٍ بِالعَمْدِ، وَاعْتِدَاءٍ بِالحَطِّ، وَعِنْدَ الجُمُهورِ قِسْمٌ ثَالِثٌ، وَهُوَ شِبْهُ العَمْدِ.

(١) أخرجه البخاري في كتاب الحج - باب الخطبة أيام منى (١٧٤١)، ومسلم في كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات - باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال (١٦٧٩).

(٢) أخرجه مسلم في كتاب البر والصلة والآداب - باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه وماله (٢٥٦٤).



والمَرَادُ بِالْعَمْدِ: مَا تَوَفَّرَ فِيهِ أَمْرَانِ: الْأَمْرُ الْأَوَّلُ: صَلَاحِيَّةُ الْأَلَّةِ، وَالثَّانِي: قَصْدُ الْجَنَائِيَّةِ. لَا يُشْتَرَطُ أَنْ يَقْصِدَ الْقَتْلَ، وَإِنَّمَا يَقْصِدُ الْجَنَائِيَّةَ؛ كَمَا لَوْ ضَرَبَهُ بِالْمَسْدَسِ فَقَتَلَهُ وَكَانَ يَرِغِبُ أَنْ تَكُونَ فِي قَدَمِهِ، لَكِنَّهَا صَادَفَتْ أَنَّ الْمَضْرُوبَ نَزَلَ لِيَجْلِسَ عَلَى الْأَرْضِ فَوَقَعَتْ فِي رَأْسِهِ، هُنَا لَمْ يَقْصِدِ الْجَانِي الْقَتْلَ، وَإِنَّمَا قَصَدَ الضَّرْبَ، لَكِنَّ الضَّرْبَ جَنَائِيَّةٌ، فَيَكُونُ مِنْ قِبَلِ الْعَمْدِ؛ لِأَنَّ الْعَمْدَ يُشْتَرَطُ فِيهِ قَصْدُ الْجَنَائِيَّةِ، وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ قَصْدُ الْقَتْلِ.

أَمَّا شِبْهُ الْعَمْدِ فَهُوَ الَّذِي فِيهِ قَصْدُ جَنَائِيَّةٍ، لَكِنَّ الْأَلَّةَ لَا تَقْتُلُ غَالِبًا، فَالْجَمْهُورُ يُشْتَبُونَ شِبْهَ الْعَمْدِ كَمَا وَرَدَ فِي الْحَدِيثِ: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ فِي قِتِيلِ شِبْهِ الْعَمْدِ: «قِتِيلُ الْخَطَا شِبْهُ الْعَمْدِ بِالسَّوْطِ أَوْ الْعَصَا»^(١). يَعْنِي: الْعَصَا لَا تَقْتُلُ غَالِبًا.

وَالنَّوْعُ الثَّلَاثُ: الْخَطَا، وَالمَرَادُ بِهِ: أَنْ يَفْعَلَ الْإِنْسَانُ فِعْلًا مَبَاحًا، فَيَنْتَجِعُ عَنْهُ اعْتِدَاءٌ عَلَى الْآخَرِينَ، هَذَا يُوجِبُ الضَّمَانَ، وَلَا يُشْرَعُ مَعَهُ قِصَاصٌ.

٦- كَذَلِكَ يُمَكِّنُ تَقْسِيمَ الْإِعْتِدَاءِ إِلَى اعْتِدَاءٍ وَقَاعٍ، وَاعْتِدَاءٍ مُتَوَقَّعٍ، أَوْ بَعْضُهُمْ يَقُولُ: عَلَى وَشَكِّ الْوُقُوعِ.

٧- كَمَا أَنَّهُ يُقَسَّمُ الْإِعْتِدَاءُ إِلَى اعْتِدَاءٍ مَطْنُونٍ وَاعْتِدَاءٍ مُتَوَهَّمٍ أَوْ مَشْكُوكٍ فِيهِ.

٨- هَكَذَا أَيْضًا يُقَسَّمُ الْإِعْتِدَاءُ إِلَى اعْتِدَاءٍ مُبْتَدَأٍ، وَاعْتِدَاءٍ انْتِقَامِيٍّ.

**

كَذَلِكَ بَعْضُهُمْ يُقَسِّمُ سَبَابَ الدَّفَاعِ الشَّرْعِيِّ إِلَى قِسْمَيْنِ:

يقول: اعْتِدَاءٌ، وَتَهْدِيدٌ بِالْإِعْتِدَاءِ؛ أَمَّا الْإِعْتِدَاءُ لَهُ أَثَارُهُ أَيَّا كَانَ نَوْعُ الْإِعْتِدَاءِ؛ مَثَلًا: الْإِعْتِدَاءُ بِالْقَتْلِ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ أَرْبَعَةُ أُمُورٍ:

الْأَمْرُ الْأَوَّلُ: الْإِثْمُ. وَالْأَمْرُ الثَّانِي: الْقِصَاصُ إِنْ كَانَ عَمْدًا عُدْوَانًا. وَالْأَمْرُ الثَّلَاثُ: الدِّيَّةُ. وَالْأَمْرُ الرَّابِعُ:

الْكَفَّارَةُ إِذَا كَانَ خَطَاً. وَهُنَاكَ أَمْرٌ خَامِسٌ فِي بَعْضِ الْحَالَاتِ: أَلَا وَهِيَ الْقِيَمَةُ، كَمَا لَوْ قَتَلَ مَمْلُوكًا.

وَهَذِهِ هِيَ الْأُمُورُ الْخَمْسَةُ مِنَ الْآثَارِ تُوْجَدُ أَوْ يُوجَدُ بَعْضُهَا فِي بَقِيَّةِ أَنْوَاعِ الْعُدْوَانِ.

**

(١) أخرجه أحمد في «مسنده» (١٨٣/٢)، وأبو داود في كتاب الديات - باب ديات الأعضاء (٤٥٦٥).



نَتَقَبَّلُ إِلَى شُرُوطِ اسْتِعْمَالِ الدَّفَاعِ الشَّرْعِيِّ:

هُنَاكَ الْعَدِيدُ مِنَ الشَّرُوطِ الَّتِي تُحَوِّلُ لِلْإِنْسَانِ اسْتِعْمَالَ قَاعِدَةِ الدَّفَاعِ الشَّرْعِيِّ؛ بِحَيْثُ إِذَا انْتَفَتِ هَذِهِ الشَّرُوطُ -أَوْ انْتَفَى أَحَدُهَا- فَإِنَّا لَا نَجْعَلُ ذَلِكَ التَّصَرُّفَ مِنْ حُقُوقِ الْمَكْلُوفِ، وَبِالتَّالِي نَعْتَبِرُ مَا ظَنَّ أَنَّهُ مِنَ الدَّفَاعِ نَعْتَبِرُهُ عُدْوَانًا وَجِنَايَةً.

الشَّرْطُ الْأَوَّلُ: أَنْ يَكُونَ الدَّفَاعُ الشَّرْعِيُّ عَلَى جِهَةِ الْمُقَابَلَةِ، أَوْ لِصَدِّ الْعُدْوَانِ، أَمَا إِذَا كَانَ ابْتِدَاءً فَإِنَّهُ لَا يَدْخُلُ فِي قَاعِدَتِنَا.

الشَّرْطُ الثَّانِي: أَلَّا يَكُونَ مُنْطَلَقَ الْإِنْسَانِ فِي الدَّفَاعِ الشَّرْعِيِّ الْإِجَابَةُ عَنْ تَهْدِيدٍ بِمَشْرُوعٍ، التَّهْدِيدُ بِالْأَمْرِ الْمَشْرُوعِ لَا يُحَوِّلُ لِلْإِنْسَانِ أَنْ يَدْفَعَ مَنْ يَسْتَعْمِلُ الْأَمْرَ الْمَشْرُوعَ، لَوْ قَالَ الزَّوْجُ لَزَوْجَتِهِ: سَأَطْلُقُكَ. فَضْرَبْتَهُ، فَهَلْ مِنْ حَقِّهَا ذَلِكَ؟ نَقُولُ: لَا. قَالَتْ: هَذَا دِفَاعٌ بِأَمْرٍ مَشْرُوعٍ. قِيلَ: لَيْسَ هَذَا مِنَ الدَّفَاعِ الْمَشْرُوعِ؛ لِأَنَّ سَبَبَهُ تَهْدِيدٌ بِأَمْرٍ مَشْرُوعٍ جَائِزٌ لَهُ.

وَهَكَذَا لَوْ تَوَعَّدَهُ بِإِقْفَافِ إِعْطَائِهِ الزَّكَاةَ؛ قَالَ الْغَنِيُّ لِلْفَقِيرِ: لَنْ أُعْطِيكَ زَكَاتِي بَعْدَ الْيَوْمِ؛ لِأَنَّكَ مُؤَذٍ. فَضْرَبَهُ، قَالَ: هَذَا مِنَ الدَّفَاعِ الْمَشْرُوعِ. نَقُولُ: لَا، هَذَا لَيْسَ مِنَ الدَّفَاعِ الْمَشْرُوعِ.

الشَّرْطُ الثَّلَاثُ: أَلَّا يَكُونَ هُنَاكَ طَرِيقٌ لِرَدِّ الْعُدْوَانِ إِلَّا بِالدَّفَاعِ الشَّرْعِيِّ، أَمَا إِذَا كَانَ هُنَاكَ طَرِيقٌ فَلَا يَحِقُّ لَهُ حِينَئِذٍ أَنْ يَسْتَعْمِلَ الدَّفَاعَ الشَّرْعِيَّ. مِثَالُ ذَلِكَ: لَوْ هَدَدَهُ بِالْقَتْلِ، لَا يَحِقُّ لَهُ أَنْ يَأْتِيَ فَيَقْتُلَ الْمُهْدَدَ؛ لِأَنَّهُ يَتِمَكَّنُ مِنْ إِقْفَافِ عُدْوَانِهِ وَصَدِّهِ لِأَنَّهُ يَمَكِّنُ أَنْ يُوقِفَ عُدْوَانَهُ وَتَهْدِيدَهُ بِوَاسِطَةِ الشَّرْطِ -رِجَالِ الْأَمْنِ-.

الشَّرْطُ الرَّابِعُ: أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ اسْتِمْرَارٌ فِي الْإِعْتِدَاءِ، فَلَوْ ضْرَبَهُ ضَرْبَةً وَأَرَادَ أَنْ يَضْرِبَهُ ثَانِيَةً، لَكِنَّهُ تَوَقَّفَ لِتَحَرُّكِ الْخَوْفِ مِنَ اللَّهِ فِي قَلْبِهِ، فَحِينَئِذٍ صَدَّ وَلَمْ يُوَاصِلْ ضَرْبَ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ، وَبِالتَّالِي لَا يَحِقُّ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ أَنْ يُعَاقِبَ الْجَانِيَّ؛ لِمَاذَا؟ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ وَالْعُدْوَانَ لَمْ تَعُدْ مُسْتَمِرَّةً.

الشَّرْطُ الْخَامِسُ: أَلَّا يَكُونَ الدَّفَاعُ الشَّرْعِيُّ ضِدَّ أَصْحَابِ الْوِلَايَةِ؛ فَقَدْ وَرَدَ فِي الْحَدِيثِ: «تَسْمَعُ وَتَطِيعُ لِلْأَمِيرِ وَإِنْ ضْرَبَ ظَهْرَكَ وَأَخَذَ مَالَكَ فَاسْمَعْ وَأَطِعْ»^(١).

الشَّرْطُ السَّادِسُ: أَلَّا يَتَجَاوَزَ الْحَدَّ الَّذِي يُوقِفُ الْعُدْوَانَ، فَإِذَا دَفَعَ الْإِنْسَانُ الصَّائِلَ دِفَاعًا شَرْعِيًّا، فَإِنَّا يَدْفَعُهُ

(١) أخرجه مسلم في كتاب الإمارة - باب وجوب ملازمة جماعة المسلمين عند ظهور الفتن (١٨٤٧).



إِلَى الْحَدِّ الَّذِي يُوقِفُ الْعُدْوَانَ، وَلَا يَتَجَاوَزُ ذَلِكَ.

الشَّرْطُ السَّابِعُ: أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ غَلْبَةٌ ظَنٌّ بِصِيَالِ الْمُعْتَدِي، لَوْ كَانَ فِي يَدِهِ سِلَاحٌ وَلَكِنَّهُ جَالِسٌ، لَا يَحِقُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَأْتِيَ فَيَقُومُ بِضَرْبِهِ أَوْ بِقَتْلِهِ، بِدَعْوَى الدَّفَاعِ الشَّرْعِيِّ؛ لِأَنَّهُ لَا يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ أَنَّهُ مِمَّنْ يَصُولُ أَوْ مِمَّنْ يَرِغَبُ فِي الإِعْتِدَاءِ وَالْعُدْوَانِ.

الشَّرْطُ الثَّامِنُ: أَنْ يَكُونَ الإِعْتِدَاءُ حَالًا أَوْ عَلَى وَشِكِّ الحُلُولِ، أَمَا إِذَا كَانَ الإِعْتِدَاءُ مَاضِيًا - فِي الزَّمَنِ المَاضِي - ، فَلَا نَأْتِي بِقَضِيَّةِ الدَّفَاعِ الشَّرْعِيِّ، وَإِنَّمَا يَكُونُ هَذَا مِنْ قَبِيلِ الإِنْتِقَامِ، وَبِالتَّالِي لَا نَطْبِقُ عَلَيْهِ هَذِهِ القَاعِدَةَ - قَاعِدَةَ الدَّفَاعِ الشَّرْعِيِّ -، وَإِنَّمَا نَجْعَلُهُ مِنْ قَبِيلِ الْمُعْتَدِي.

الشَّرْطُ التَّاسِعُ: أَنْ يَكُونَ الدَّفْعُ بِالأَقْلِّ فَالأَقْلُّ؛ فَلَوْ قَدَّرَ أَنَّهُ يَتِمَكَّنُ مِنْ صَدِّ عُدْوَانِهِ بِالكَلَامِ، لَمْ يَجِزْ لَهُ أَنْ يَتَجَاوَزَ إِلَى اسْتِعْمَالِ العَصَا، وَلَوْ قَدَّرَ أَنَّهُ يَتِمَكَّنُ مِنْ صَدِّ عُدْوَانِهِ بِالعَصَا، فَلَا يَمَكَّنُ مِنْ اسْتِعْمَالِ السِّلَاحِ، وَلَوْ قَدَّرَ أَنَّهُ يَتِمَكَّنُ مِنْ صَدِّ عُدْوَانِهِ بِالجُرْحِ، لَمْ يَحِقِّ لَهُ أَنْ يَتَجَاوَزَ إِلَى قَطْعِ العَضْوِ، وَلَوْ قَدَّرَ أَنْ يَتِمَكَّنُ مِنْ صَدِّ عُدْوَانِهِ بِقَطْعِ العَضْوِ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَتَجَاوَزَ إِلَى إِهْلَاكِ النَّفْسِ. فَيَدْفَعُ الصَّائِلَ بِالأَقْلِّ فَالأَقْلُّ، وَإِذَا تَجَاوَزَ الدَّفَاعُ مِقْدَارَ الأَقْلِّ، فَحِينَئِذٍ يَكُونُ مُعْتَدِيًا ظَالِمًا، وَنُوجِبُ عَلَيْهِ آثَارَ فِعْلِ الْمُعْتَدِي.

أَهْلُ القَانُونِ يُقَسِّمُونَ هَذِهِ الجُزْئِيَّةَ إِلَى: تَجَاوُزِ بِسُوءِ النِّيَّةِ، وَيَجْعَلُونَهُ مِثْلَ الإِعْتِدَاءِ المُبْتَدَأِ. وَالنَّوعُ الثَّانِي عِنْدَهُمْ: التَّجَاوُزُ بِحُسْنِ النِّيَّةِ، وَيَجْعَلُونَهُ وَسَطًا بَيْنَ الإِدَانَةِ وَالبَرَاءَةِ.

وَلَكِنْ حُسْنُ النِّيَّةِ وَسُوءُ النِّيَّةِ هَذَا مِنَ الأُمُورِ البَاطِنَةِ، وَالقَضَاءُ لَا يَكُونُ عَلَى الأَمْرِ البَاطِنِ، إِنَّمَا يَكُونُ عَلَى الأُمُورِ الظَّاهِرَةِ.

بَعْضُ أَهْلِ العِلْمِ يُقَسِّمُ الدَّفَاعَ الشَّرْعِيَّ إِلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ:

القِسْمُ الأوَّلُ: الدَّفَاعُ الشَّخْصِيُّ أَوْ الدَّفَاعُ الحَاصُّ. وَمِنْ أَمْثَلَتِهِ: دَفْعُ الصَّائِلِ.

وَالقِسْمُ الثَّانِي: الدَّفْعُ العَامُّ، وَذَلِكَ بِدَفْعِ أَنْوَاعِ الشُّرُورِ عَنِ المُجْتَمَعِ المُسْلِمِ. وَمِنْ أَمْثَلَتِهِ: الأَمْرُ بِالمَعْرُوفِ، فَهَذَا دِفَاعٌ شَرْعِيٌّ عَامٌّ؛ لِأَنَّهُ يَدْرَأُ اللهُ بِهِ مَفَاسِدَ المُنْكَرَاتِ، وَمِنْهُ أَعْمَالُ رِجَالِ الأَمْنِ، فَإِنَّهُمْ يُؤَدُّونَ دَوْرًا فِي الدَّفَاعِ الشَّرْعِيِّ العَامِّ؛ لِأَنَّ اللهَ يَحْفَظُ بِهِمُ الأَمْنَ، وَيَدْرَأُ بِهِمُ المَخَافَافَ عَنِ قُلُوبِ النَّاسِ.

وَمِثْلُ هَذَا أَيْضًا: الدُّعَاةُ، فَإِنَّهُمْ ضَمِنُوا يَدْفَعُ اللهُ عَزَّ وَجَلَّ بِهِمُ عَنِ الأُمَّةِ الشَّرِّ العَظِيمِ؛ لِأَنَّهُمْ يُعِيدُونَ النَّاسَ إِلَى



اللَّهِ، وَيَجْعَلُونَهُمْ يَخَافُونَ مِنْهُ سُبْحَانَهُ، فَلَا يَعْتَدِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضِهِمُ الْآخِرَ، وَيَأْمُرُونَ النَّاسَ بِالْقِيَامِ بِحُقُوقِ بَعْضِهِمْ تَجَاهَ بَعْضِهِمُ الْآخِرِ، وَأَدَاءَ الْوَاجِبَاتِ.

هُنَاكَ نَوْعٌ ثَالِثٌ: يَذْكُرُهُ بَعْضُهُمْ يَسْمُونَهُ: الدَّفْعُ الدَّوْلِيُّ، وَيُمَثِّلُونَ لَهُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِعَقْدِ الصُّلْحِ وَالْهُدْنَةِ بَيْنَ أَهْلِ الْوِلَايَةِ فِي بِلَادِ الْإِسْلَامِ وَمَنْ سِوَاهُمْ مِنْ أَهْلِ الْبُلْدَانِ الْآخَرَى، وَمِمَّا يَدْخُلُ فِيهِ أَيْضًا: مَشْرُوعِيَّةُ الْجِهَادِ، هَذَا دَفْعٌ دَوْلِيٌّ.

بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ يُقَسِّمُ الدَّفْعَ الشَّرْعِيَّ بِاعْتِبَارِ مَحَلِّهِ إِلَى أَقْسَامٍ:

فَيَقُولُ: هُنَاكَ دِفَاعٌ عَنِ النَّفْسِ، وَهُنَاكَ دِفَاعٌ عَنِ أَجْزَاءِ الْبَدَنِ، وَهُنَاكَ دِفَاعٌ عَنِ الْمَالِ، وَهُنَاكَ دِفَاعٌ عَنِ الْأَعْرَاضِ، وَهُنَاكَ دِفَاعٌ عَنِ حُرْمَةِ الْمَسَاكِينِ، وَهُنَاكَ دِفَاعٌ عَنِ التَّابِعِينَ؛ كَمَا لَوْ كَانَ عِنْدَهُ أَوْلَادٌ أَوْ زَوْجَةٌ أَوْ خَدَمٌ، وَأَرَادَ أَحَدٌ أَنْ يَصُولَ عَلَيْهِمْ، وَهُنَاكَ دِفَاعٌ عَنِ الْآخَرِينَ.

تَرَدُّدُ الْقَانُونِيِّينَ فِي اسْتِقْلَالِيَّةِ نَظَرِيَّةِ الدَّفْعِ الشَّرْعِيِّ:

مِنْ الْعَجَائِبِ فِي نَظَرَاتِ الْقَانُونِيِّينَ لِهَذِهِ النِّظَرِيَّةِ أَنَّهُمْ اخْتَلَفُوا: هَلْ هَذَا الْمَوْضُوعُ - وَهُوَ الدَّفْعُ الشَّرْعِيُّ - صَالِحٌ لِأَن يَكُونَ نَظَرِيَّةً حُقُوقِيَّةً أَوْ لَا؟ وَهُمْ عَلَى ثَلَاثَةِ مَنَاهِجٍ:

الْمَنْهَجُ الْأَوَّلُ: يَقُولُ بِأَنَّ هَذَا الْمَوْضُوعَ أَقْلٌ مِنْ أَنْ يَكُونَ نَظَرِيَّةً؛ بَلْ هُوَ جُزْءٌ مِنْ نَظَرِيَّةِ الْمُؤَيَّدَاتِ التَّأْدِيبِيَّةِ.

الْمَنْهَجُ الثَّانِي: وَآخَرُونَ يَقُولُونَ: إِنَّ هَذَا مَوْضُوعٌ كَبِيرٌ، يُمْكِنُ تَقْسِيمُهُ إِلَى مَوَاضِعَ مُخْتَلِفَةٍ، كُلُّ مَوْضُوعٍ يُمَثِّلُ نَظَرِيَّةً مُسْتَقْلِلَةً، تَقَدَّمَ مَعْنَى بَعْضِ أَجْزَاءِ هَذِهِ النِّظَرِيَّةِ.

الْمَنْهَجُ الثَّلَاثُ: وَهُنَاكَ مَنْ يَقُولُ بِأَنَّ هَذَا مَوْضُوعٌ صَالِحٌ لِأَن يَكُونَ نَظَرِيَّةً؛ لِاِكْتِمَالِ أَرْكَانِ النِّظَرِيَّةِ فِي هَذَا الْمَوْضُوعِ.

مَجَالَاتُ التَّأْلِيفِ فِي نَظَرِيَّةِ الدَّفْعِ الشَّرْعِيِّ:

نُشِيرُ إِلَى بَعْضِ الْمُؤَلَّفَاتِ فِي هَذِهِ النِّظَرِيَّةِ، مِنْ ذَلِكَ:

كِتَابُ «الدَّفْعُ الشَّرْعِيُّ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ» لِ مُحَمَّدٍ الْمُحَرِّيرِثِ.



و«نظريّة الدفاع الشرعيّ مُقارَنةً بين القانون الفرنسيّ والقوانين المصريّة» للدكتور حامد الشريف.
و«نظريّة الدفاع في الفقه الجنائيّ الإسلاميّ والقانون الجنائيّ الوضعيّ» ليوسف قاسم.
و«الدفاع الشرعيّ في ضوء الفقه والقضاء» لعبد الحميد الشواربي.
و«حقّ الدفاع الشرعيّ الخاصّ» للصديق أبي الحسن محمد.
و«الدفاع الشرعيّ في الفقه الإسلاميّ» لمحمد سيّد عبد التّواب.
و«الدفاع الشرعيّ الخاصّ في الفقه الإسلاميّ» لزياد حمدان محمود ساخن.
و«ضوابط الدفاع الشرعيّ الخاصّ» للدكتور عبد الله بن سليمان المطرودي.
تلاحظون أنّ الدفاع الخاصّ يقابل الدفاع العامّ الذي يكون في مثل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر،
ويقابل الدفاع الدوليّ:
أيضاً هناك كتاب «الدفاع الشرعيّ العامّ» لعلاء الدين إبراهيم محمود الشثريّ.
وهناك كتاب «حالات الدفاع الشرعيّ» لعليّ عليّ عبد الإله طنطاوي.
وهناك «العقوبة البدنيّة وعلاقتها بالدفاع الشرعيّ» للدكتور الحسينيّ سليمان جاد.
وكتاب «الدفاع الشرعيّ» لمحمود عليّ سرطاوي.
وكتاب «دفع الصائل وأحكامه في الفقه الإسلاميّ» لأمل الدباسي.
وكتاب «النظريّة العامة لعذر تجاوز حدود حقّ الدفاع الشرعيّ» وهو جزئية من جزئيات هذه النظريّة،
للدكتور محمد نعيم فرحات.

الفروقات بين الدراسات الفقهية والدراسات القانونية حول نظريّة الدفاع الشرعيّ:
هناك العديد من الفروقات بين الدراسات الفقهية والدراسات القانونية المتعلقة بهذا الموضوع، وقد أشرت في
ثنياً كلامي قبل قليل إلى أمثلة لهذه الفروق؛ ومن ذلك:
١ - ما يتعلّق بالاختلاف؛ فإنّ الفقهاء شبه متفقين فيما يتعلّق بهذه القاعدة، بخلاف القانونيين فيبينهم من
الاختلاف والنزاع الشيء الكثير.



٢- أيضًا من الفروقات: أن الدراسات الشرعية في هذا الباب دراسات واقعية سبق تطبيقها في عصور مختلفة متعددة، بخلاف الدراسات القانونية فإنها في الغالب مبنية على أمور نظرية.

٣- الأمر الآخر: أن الدفاع الشرعي الدولي عند الفقهاء مرعى ومضبوط بضوابط وشروط، بخلافه عند القانونيين؛ بل نجد في المؤسسات القانونية - وبعضها دولي - من يؤصل الاعتداء، ويجعله مشروعاً، وتشهدون أنواعاً من الاعتداءات على دول ومؤسسات وجماعات وأفراد، وهناك تدخل من دول في دول أخرى على سبيل الاعتداء، ويأخذون ذلك بقرارات أممية.

٤- أيضًا يلاحظ أن الفقهاء اعتنوا بالتقسيم الذي تترتب عليه أحكام فقهية؛ ولذلك فهم يجعلون لكل جزء من جزئيات هذه القاعدة أحكاماً تناسبها، بخلاف القانونيين فإن كلامهم في الجملة يعطي حكماً واحداً.

٥- هكذا أيضًا تلاحظون أن فقهاء الشريعة اعتنوا ببيان ضوابط هذه القاعدة، والشروط التي لا بد من توفرها من أجل عدم المؤاخذه القضائية لمن استعمل حق الدفاع الشرعي.

يبقى هنا مسألة: وهي مسألة: أن دفع الصائل لا يكفي حجة في ترك عقوبة الدافع إلا عند إقامته للبينة؛ كما لو قيل له: لم تقتل فلاناً؟ قال: أتاني يريد قتي فقتلته. فإن هذه الدعوى لا تقبل إلا ببيته، وعند علماء الشريعة أن الدافع يجب عليه إقامة البينة. أما أهل القانون فيبينهم نزاعات كثيرة في هذه المسألة.

الأسئلة

السؤال: يقول: رجل قتل رجلاً عمداً ولم يحكم عليه بقصاص للجاني، فكان للمقتول أبناء قصر، فعندما كبروا قاموا بقتل من قتل أباهم، فما الحكم؟

الجواب: تلاحظون أن جزئيات هذه القاعدة لا بد أن ينظر فيها أهل القضاء؛ إذ إن فيها من الأمور المترتبة عليها ما يجعل الفصل فيها للقضاء، ثم إن مسائل الخصومات والنزاع لا يمكن أن يتكلم فيها المفتي بشيء؛ لأنه إنما يسمع من طرف واحد.

ثم إن الاجتهاد المتعبد به في مسائل الخصومات اجتهاد أصحاب الولاية القضائية، أما المفتي فليس له ولاية قضائية في هذا الباب.



السُّؤَالُ: يَقُولُ: دَخَلَ بَيْتِي وَحَاوَلَ الْإِعْتِدَاءَ عَلَيَّ، فَقَمَمْتُ بِقَتْلِهِ، هَلْ هَذَا مِنْ دَفْعِ الصَّائِلِ؟
الجَوَابُ: نَقُولُ: مِنْ دَفْعِ الصَّائِلِ، لَكِنْ لَا بُدَّ مِنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَى أَنَّهُ قَدْ حَاوَلَ الْإِعْتِدَاءَ.
أَسْأَلُ اللَّهَ جَلَّ وَعَلَا أَنْ يُوفِّقَنَا لِحَيْرِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ، وَأَنْ يُجْعَلَنَا وَإِيَّاكُمْ مِنَ الْهُدَاةِ الْمُهْتَدِينَ، كَمَا أَسْأَلُهُ سُبْحَانَهُ
أَنْ يُصَلِّحَ أَحْوَالَ الْأُمَّةِ، وَأَنْ يَرُدَّهُمْ إِلَى دِينِهِ رَدًّا جَمِيلًا، وَأَسْأَلُهُ جَلَّ وَعَلَا أَنْ يَرْزُقَكُمْ الْعِلْمَ النَّافِعَ وَالْعَمَلَ
الصَّالِحَ، وَأَنْ يُجْعَلَكُمْ مِنَ الْهُدَاةِ الْمُهْتَدِينَ، وَأَنْ يُجْعَلَكُمْ أُمَّةً هُدَى يُقْتَدَى بِكُمْ فِي الْخَيْرِ.
هَذَا وَاللَّهُ أَعْلَمُ، وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى نَبِيِّنَا مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ أَجْمَعِينَ.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ، وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى أَشْرَفِ الْأَنْبِيَاءِ وَالْمُرْسَلِينَ.
أَمَّا بَعْدُ.

نَتَبَاخَثُ فِي هَذَا الْيَوْمِ - بِإِذْنِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ - نَظْرِيَّةً جَدِيدَةً مِنَ النَّظَرِيَّاتِ الْفِقْهِيَّةِ، أَلَا وَهِيَ: (نَظْرِيَّةُ الضَّمَانِ).
تَعْرِيفُ الضَّمَانِ:

أَوَّلًا: التَّعْرِيفُ اللَّغَوِيُّ:

وَالضَّمَانُ فِي اللَّغَةِ يُطْلَقُ وَيُرَادُ بِهِ: التَّحْمُّلُ، وَالْكَفَالَةُ، وَالْإِتِّزَامُ، وَالْمَسْئُولِيَّةُ.

ثَانِيًا: التَّعْرِيفُ الْفِقْهِيُّ:

وَأَمَّا عَنْ مَفْهُومِهِ فِي الْأَصْطِلَاحِ فَإِنَّ الْبَاحِثِينَ يَخْتَلِفُونَ فِيهِ:

- ١ - فَمِنْهُمْ مَنْ يَرَى أَنَّ الضَّمَانَ هُوَ التَّعَهُدُ بِسَدَادِ الْحَقِّ الْمَالِيِّ الْوَاجِبِ عَلَى الْآخِرِينَ، وَمَنْ ثُمَّ فَهَمَ يَحْضُرُونَهُ فِي الضَّمَانِ الْمَالِيِّ الَّذِي يَكُونُ بِالِتِّزَامِ مُسَبِّقًا. وَهَذَا هُوَ رَأْيُ فَهَاءِ الْحَنَابِلَةِ وَطَوَائِفِ.
- ٢ - وَمِنْهُمْ مَنْ يُوَسِّعُ مَفْهُومَ الضَّمَانِ فَيَجْعَلُهُ يَشْمَلُ الْإِتِّزَامَ بِسَدَادِ الْحُقُوقِ الْوَاجِبَةِ عَلَى الْآخِرِينَ، وَيَشْمَلُ أَيْضًا الْإِتِّزَامَ بِإِحْضَارِ أَبْدَانِ الْآخِرِينَ، الَّذِي يُسَمِّيهِ أَهْلُ الصَّنْفِ الْأَوَّلِ: كِفَالَةً، وَهَنَّاكَ مَنْ يَرَى أَنَّ الضَّمَانَ يَشْمَلُ الْكِفَالَةَ الْبَدَنِيَّةَ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ: بِأَنَّ الضَّمَانَ يَتَعَلَّقُ بِالْمَالِ، وَالْكَفَالَةَ تَخْتَصُّ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِالْأَبْدَانِ.
- ٣ - وَهَنَّاكَ مِنْهُجٌ نَالِثٌ يُوَسِّعُ فِي مَفْهُومِ الضَّمَانِ وَيُدْخِلُ فِيهِ: التَّعْوِيضَ، وَضَمَانَ الْمُتْلَفَاتِ؛ وَمَنْ هُنَا يَقُولُ بَعْضُهُمْ فِي تَعْرِيفِ الضَّمَانِ: هُوَ وَاجِبٌ رَدُّ بَدَلِ الشَّيْءِ بِالْمِثْلِ أَوْ الْقِيَمَةِ.

ثَالِثًا: مَفْهُومُ الضَّمَانِ عِنْدَ الْقَانُونِيِّينَ:

أَمَّا عِنْدَ الْقَانُونِيِّينَ فَيَتَمُّ يُوَسِّعُونَ فِي مَفْهُومِ الضَّمَانِ؛ فَيَجْعَلُونَهُ أَيْضًا يَشْمَلُ الرَّهْنَ، بَلْ بَعْضُهُمْ يَجْعَلُهُ يَشْمَلُ الْحَوَالَةَ، وَيَعْرِفُونَ الضَّمَانَ: بِأَنَّهُ الْإِتِّزَامُ بِتَّعْوِيضِ الْمُتَضَرَّرِ؛ لِقَاءَ مَا أَصَابَهُ مِنْ اعْتِدَاءٍ أَوْ ضَرَرٍ؛ سَوَاءً كَانَ بَعْقِدٍ، أَوْ بَدُونِهِ.

وَقَدْ يَسْتَعْدِمُونَ لَفْظَةً أُخْرَى تُرَادِفُ لَفْظَةَ الضَّمَانِ، أَلَا وَهِيَ: (الْمَسْئُولِيَّةُ)، أَوْ يَقُولُونَ: (الْمَسْئُولِيَّةُ الْقَانُونِيَّةُ عَنِ الْفِعْلِ الضَّارِّ).



وَقَاعِدَةُ الضَّمانِ قَاعِدَةٌ مَهْمَةٌ فِي الشَّرِيعَةِ؛ وَلِذَلِكَ بُنِيَتْ عَلَيْهَا الْكَثِيرُ مِنَ الْمَسَائِلِ الْفِقْهِيَّةِ فِي الْعَدِيدِ مِنَ الْأَبْوَابِ، وَيَدُلُّكَ عَلَى أَهْمِيَّةِ هَذِهِ الْقَاعِدَةِ كَثْرَةُ النِّزَاعِ بَيْنَ الْمُتَخَاصِمِينَ النَّاشِئِ مِنْ أَحْكَامِ الضَّمانِ، وَيَدُلُّكَ عَلَى هَذَا أَيْضًا أَنَّ كُلَّ رَاغِبٍ فِي إِبْرَاءِ ذِمَّتِهِ وَإِرْضَاءِ رَبِّهِ يُجَاوِلُ أَنْ يَسْتَقْصِي أَحْكَامَ الضَّمانِ؛ لِئَلَّا يَلْحَقَهُ شَيْءٌ مِنَ الْمَأْثَمِ. وَيَتَرْتَّبُ عَلَى هَذِهِ الْقَاعِدَةِ -مَتَى قَامَ النَّاسُ فِيهَا عَلَى الْأُسُسِ الشَّرْعِيَّةِ-: أَنْ يَثِقَ بَعْضُهُمْ فِي بَعْضِهِمُ الْآخِرَ، وَيَطْمَئِنُّوا لِلتَّعَامُلِ مَعَ بَعْضِهِمْ.

أنواع الضمان:

كَمَا تَقَدَّمَ أَنَّ الْمَفَاهِيمَ فِي الضَّمانِ مُتَفَاوِتَةٌ، وَمِنْ هُنَا نَشَأَتْ عِنْدَ الْحُقُوقِيِّينَ تَقْسِيمَاتٌ كَثِيرَةٌ لِلضَّمانِ؛ لِأَنَّهَا أَصْلًا يُوسَّعُونَ فِي مَفْهُومِهِ، وَمِنْ هُنَا قَسَمُوا الضَّمانَ إِلَى:

النوع الأول: الضمان العيني؛ بَأَنَّ يَكُونُ هُنَاكَ عَيْنٌ تَضْمَنُ حَقَّكَ إِذَا خَشِيتَ مِنْ فَوَاتِهِ، وَهَذَا الَّذِي يُسَمِّيهِ عُلَمَاءُ الشَّرِيعَةِ: الرَّهْنَ، وَهَذَا النَّوعُ مَشْرُوعٌ فِي الشَّرِيعَةِ، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ نُصُوصٌ كَثِيرَةٌ، مِنْهَا: قَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾^(١). وَفِي الْحَدِيثِ: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَاتَ وَدَرَعُهُ مَرْهُونَةٌ عِنْدَ يَهُودِيٍّ^(٢).

والنوع الثاني: الضمان الشخصي، وَيَدْخُلُ فِيهِ مَا يَتَعَلَّقُ بِعُقُودِ الضَّمانِ وَالْكَفَالَةِ الَّتِي قَدْ وَرَدَ فِي النُّصُوصِ بِمَشْرُوعِيَّةِ الضَّمانِ فِيهَا؛ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعِ الْمَلِكِ وَلِنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾^(٣). وَمَا وَرَدَ فِي الْحَدِيثِ: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «الزَّعِيمُ غَارِمٌ»^(٤).

(١) سورة البقرة: ٢٨٣.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب السلم - باب الكفيل في السلم (٢٢٥١)، ومسلم في كتاب المساقاة - باب الرهن وجوازه في الحضرة كالسفر (١٦٠٣).

(٣) سورة يوسف: ٧٢.

(٤) أخرجه أحمد في «مسنده» (٢٦٧/٥)، وأبو داود في كتاب البيوع - باب في تضمين العور (٣٥٦٥)، والترمذي في كتاب البيوع - باب ما جاء في أن العارية مؤداة (١٢٦٥)، وابن ماجه في كتاب الأحكام - باب الكفالة (٢٤٠٥)، وصححه الألباني في «صحيح الجامع» (٤١١٦).



وَيَدْخُلُ فِي الضَّمَانِ الشَّخْصِيَّ أَيْضًا: مَا يَتَعَلَّقُ بِالتَّعْوِيضَاتِ الَّتِي تُبَتَّتْ فِي الشَّرِيْعَةِ، فِي أُدْلَةٍ مُتَعَدِّدَةٍ؛ مِنْهَا: قَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾^(١).

وَمِنْهَا: مَا وَرَدَ أَنَّ بَعْضَ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَهَدَتْ إِلَيْهِ طَعَامًا فِي صَحْفَةٍ فِي لَيْلَةٍ غَيْرِهَا، فَغَارَتْ الْأُخْرَى فَدَفَعَتْ الْإِنَاءَ فَكَسَرَتْهُ، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِنَاءٌ بِإِنَاءٍ وَطَعَامٌ بِطَعَامٍ»^(٢)، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ قَوْلُ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ»^(٣).

تَقْسِيْمَاتُ الضَّمَانِ:

هُنَاكَ تَقْسِيْمَاتٌ عَدِيْدَةٌ لِلضَّمَانِ، مِنْهَا:

- ١- تَقْسِيْمُهُ بِاعْتِبَارِ مَا يَدْخُلُ فِيهِ مِنَ الْحُقُوقِ؛ حَيْثُ يَنْقَسِمُ إِلَى ضَمَانِ عَامٍّ لِجَمِيْعِ الْحُقُوقِ، كَمَا لَوْ قَالَ: أَنَا ضَامِنٌ لِجَمِيْعِ الْحُقُوقِ وَالذُّيُوْنِ الَّتِي عَلَى زَيْدٍ. وَهُنَاكَ ضَمَانٌ خَاصٌّ مُتَعَلِّقٌ بِحَقٍّ وَاحِدٍ مَعْلُومٍ. التَّرَامُ الْإِنْسَانِ بِسَدَادٍ مَا عَلَى نَفْسِهِ مِنَ الذُّيُوْنِ وَالْإِلْتِرَامَاتِ هَذَا يُسَمَّى ضَمَانًا عَامًّا.
- ٢- كَذَلِكَ هُنَاكَ ضَمَانٌ مُعَلَّقٌ عَلَى سَبَبٍ، وَهُنَاكَ ضَمَانٌ مُطْلَقٌ.
- ٤- أَيْضًا هُنَاكَ ضَمَانٌ مُنْضَبِطٌ مُحَدَّدٌ بِالشَّرْعِ، قَدْ يُمَثِّلُوْنَ لَهُ بِالْكَفَّارَاتِ؛ لِأَنَّ الْكَفَّارَاتِ عَلَى طَرِيْقَةِ الْحُقُوقِيْنَ مِنْ أَنْوَاعِ الضَّمَانِ، كَيْفَ؟ قَالُوا: لِأَنَّهَا التَّرَامُ وَاجِبٌ عَلَى الْإِنْسَانِ، فَبِالتَّلَاتِي نُسَمِّيهِ ضَمَانًا. وَهُنَاكَ ضَمَانٌ غَيْرٌ مُنْضَبِطٌ يُوَكَّلُ إِلَى الْمُجْتَهِدِيْنَ تَقْدِيْرُهُ وَتَحْدِيْدُهُ.

- ٥- كَمَا أَنَّ هُنَاكَ ضَمَانًا مُسْتَقْرًّا؛ كَمَا لَوْ أَتَلَفَ شَخْصٌ مَالَ شَخْصٍ، حَيْثُ نَزَّ عَلَى الْمُتَلَفِ الضَّمَانُ، وَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ. بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَعَارَ إِنْسَانٌ مِنْ آخَرَ عَارِيَّةً فَسَرَقَ مِنْهُ بِتَقْرِيْبٍ مِنْهُ، فَحَيْثُ نَزَّ الْمَالِكُ يَعُودُ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ وَيَطَالِبُهُ بِالضَّمَانِ، وَالْمُسْتَعِيرُ يَعُودُ عَلَى الْغَاصِبِ وَيَطَالِبُهُ بِالضَّمَانِ، فَهَذَا يُقَالُ لَهُ: ضَمَانٌ مُتَحَوِّلٌ؛ فَالْأَوَّلُ مُسْتَقْرٌّ أَيْ يَسْتَقِرُّ

(١) سورة البقرة: ١٩٤.

(٢) أخرجه أحمد في «مسنده» (١٠٥/٣)، والترمذي في كتاب الأحكام- باب ما جاء فيمن يكسر له الشيء، ما يحكم له من مال الكاسر؟ (١٣٥٩)، من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه، وصححه الألباني في «صحيح الترمذي».

(٣) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع- باب في تضمين العور (٣٥٦١)، والترمذي في كتاب البيوع- باب ما جاء في أن العارية مؤداة (١٢٦٦)، وابن ماجه في كتاب الأحكام- باب العارية (٢٤٠٠)، وضعفه الألباني في «ضعيف الجامع» (٣٧٣٧)، وقال: «ضعيف».



عَلَى شَخْصٍ وَاحِدٍ وَلَا يَتَحَوَّلُ مِنْ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ.

**

أَسْبَابُ الضَّمَانِ:

أَمَّا عَنْ أَسْبَابِ الضَّمَانِ فَهِيَ مُتَعَدِّدَةٌ، وَلِلْعُلَمَاءِ فِيهَا اصْطِلَاحَاتٌ مُخْتَلِفَةٌ؛ مِنْ أَشْهَرِ هَذِهِ الاصْطِلَاحَاتِ إِعَادَةُ الضَّمَانِ إِلَى ثَلَاثَةِ أُمُورٍ:

الْأَمْرُ الْأَوَّلُ: الضَّمَانُ النَّاشِئُ عَنِ الْعَقْدِ، كَمَا فِي عَقْدِ الضَّمَانِ؛ فَإِنَّهُ ضَمُّ ذِمَّةٍ إِلَى أُخْرَى فِي سَدَادِ الْحَقِّ.

وَالثَّانِي: الْإِتْلَافُ؛ فَإِنَّ مَنْ أَتْلَفَ مَا لَا لِغَيْرِهِ وَجَبَ عَلَيْهِ ضَمَانُهُ.

وَالسَّبَبُ الثَّلَاثُ مِنْ أَسْبَابِ الضَّمَانِ: الْيَدُ، وَبَعْضُهُمْ يَقُولُ: الْيَدُ الْعَادِيَّةُ، أَوْ الْيَدُ غَيْرُ الْمُؤْتَمَتَةِ. فَلَوْ قُدِّرَ أَنَّ إِنْسَانًا غَضِبَ مِنْ آخَرَ سَيَّارَةً، فَجَاءَتْ صَاعِقَةٌ فَأَحْرَقَتْهَا، قُلْنَا: يَجِبُ عَلَى الْغَاصِبِ الضَّمَانُ. قَالَ الْغَاصِبُ: لَمْ أَتْلَفْهَا أَنَا، وَلَمْ أَفْرُطْ وَلَمْ أَتَعَدَّ، وَلَيْسَ هُنَاكَ عَقْدٌ يَلْزُمُنِي بِالضَّمَانِ. نَقُولُ: هُنَاكَ سَبَبٌ آخَرٌ مِنْ أَسْبَابِ الضَّمَانِ هُوَ الْيَدُ الْعَادِيَّةُ، فَوَجَبَ عَلَيْكَ ضَمَانُهُ.

وَهُنَاكَ مَنْ يُقَسِّمُهَا إِلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ: يَقُولُ: الْيَدُ، وَالشَّرْطُ، وَيَدْخُلُ فِي الشَّرْطِ مَا يَتَعَلَّقُ بِالْعُقُودِ وَالْإِلْتِزَامَاتِ؛ أَخْذًا مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١).

وَيُقَسِّمُ بَعْضُهُمُ الْإِتْلَافَ إِلَى قِسْمَيْنِ: مُبَاشَرَةً، وَتَسْبِيبًا.

إِذَنْ عِنْدَنَا الْمَنْهَجُ الْأَوَّلُ يَقُولُ: بِأَنَّ أَسْبَابَ الضَّمَانِ ثَلَاثَةٌ:

أَوَّلُهَا: الْعَقْدُ، وَبَعْضُهُمْ يَقُولُ: الشَّرْطُ، وَبَعْضُهُمْ يَقُولُ الْإِلْتِزَامُ. وَمِنْ أَمْثَلَةِ الْعَقْدِ: عَقْدُ الْكِفَالَةِ، وَعَقْدُ

الضَّمَانِ، وَمِنْ الْأَدِلَّةِ عَلَى أَنَّ هَذَا مِنْ أَسْبَابِ الضَّمَانِ قَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

وَالسَّبَبُ الثَّانِي مِنْ أَسْبَابِ الضَّمَانِ: الْيَدُ؛ فَإِنَّ الْيَدَ الْعَادِيَّةَ غَيْرَ مُؤْتَمَتَةٍ، يَجِبُ عَلَى صَاحِبِهَا الضَّمَانُ، حَتَّى وَلَوْ لَمْ

يَكُنْ هُنَاكَ تَفْرِيطٌ وَلَا تَعَدُّ، لِقَوْلِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ». وَلِقَوْلِهِ: «لَيْسَ

لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»^(٢).

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) أخرجه أبو داود في كتاب الخراج والإمارة والفيء - باب في إحياء الموات (٣٠٧٣)، والترمذي في كتاب الأحكام - باب ما ذكر في إحياء



السَّبَبُ الثَّلَاثُ: الْإِتْلَافُ، وَبَعْضُهُمْ يَقْسِمُهُ إِلَى قِسْمَيْنِ: مَبَاشَرَةً، وَتَسَبُّبًا، وَبَعْضُهُمْ يُسَمِّيهِ: الْفِعْلَ الضَّارَّ.
عِنْدَنَا سُؤَالٌ: يَقُولُ: مُوجِبَاتُ الْكُفَّارَاتِ أَوْ خِصَالُ الْكُفَّارَةِ هَذِهِ فِيهَا التَّزَامُ، وَعَلَى طَرِيقَةِ الْحُقُوقَيْنِ يَجْعَلُونَهَا
مِنْ أَنْوَاعِ الضَّمَانِ، فَمِنْ أَيِّ الْأَقْسَامِ الثَّلَاثَةِ أَوْ الْأَسْبَابِ الثَّلَاثَةِ؟
بَعْضُهُمْ يَجْعَلُ سَبَبًا رَابِعًا يُسَمِّيهِ الْإِتْلَافَ، وَبَعْضُهُمْ يَقُولُ: هَذَا نَلْحِقُهُ بِالْإِتْلَافِ؛ لِأَنَّهُ نَاشِئٌ مِنْ فِعْلِ
الْمُكَلَّفِ.

مِثْلُهُ أَيْضًا: دِيَّةُ الْخَطَا، يَجِبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ سَدَادُ الدِّيَّةِ، مِنْ أَيِّ الْأَقْسَامِ: هَلْ هُوَ بِالْإِتْلَافِ الشَّرْعِ مُجَرَّدًا، أَوْ نَقُولُ بِأَنَّ
سَبَبَهُ الْإِتْلَافُ؟ قَالَ الْعَاقِلَةُ: نَحْنُ مَا أَتْلَفْنَا شَيْئًا. نَقُولُ: أَتْلَفَ قَرِيْبُكُمْ، وَقَدْ جَاءَتِ الشَّرِيعَةُ بِمَشْرُوعِيَّةٍ تَضَامِنُكُمْ
وَاجْتِمَاعِكُمْ عَلَى سَدَادِ الْحُقُوقِ الْوَاجِبَةِ عَلَيْكُمْ.

**

نَهَايَةُ الضَّمَانِ:

الضَّمَانُ قَدْ يَنْتَهِي بِالْإِبْرَاءِ؛ كَمَا لَوْ قَالَ صَاحِبُ الْحَقِّ: أَبْرَأْتُكَ يَا أَيُّهَا الضَّامِنُ.
وَقَدْ يَنْتَهِي بِالْوَفَاءِ؛ وَفَاءِ صَاحِبِ الْحَقِّ، أَوْ بِوَفَاءِ الضَّامِنِ.
وَالضَّمَانُ قَدْ يَقَعُ عَلَى الْأَعْيَانِ؛ وَمِنْهُ ضَمَانُ الدَّرَكِ، مَا هُوَ ضَمَانُ الدَّرَكِ؟ الْمُرَادُ بِهِ أَنْ يَضْمَنَ شَخْصٌ أَنَّ الْعَيْنَ
الْمُبَاعَةَ مَمْلُوكَةٌ لِلْبَائِعِ؛ وَأَنَّهُ مَتَى تَبَيَّنَ أَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ لِغَيْرِهِ، فَإِنَّ الضَّامِنَ يَقُومُ بِدَفْعِ التَّعْوِيْضِ.
النَّوعُ الثَّانِي مِنَ الْمَحَالِّ الَّتِي يَقَعُ عَلَيْهَا الضَّمَانُ: الْمَنَافِعُ؛ فَإِنَّ الْمَنْفَعَةَ مَضْمُونَةٌ. وَمِنْ أَمْثَلَةِ ذَلِكَ: سُكْنَى الدَّارِ.
هَكَذَا أَيْضًا فِي الزَّوَائِدِ الَّتِي تَكُونُ فِي الْعَيْنِ الْمَضْمُونَةِ؛ فَإِنَّ مَا تَوْلَدَ عَنِ الْمَضْمُونِ فَإِنَّهُ مَضْمُونٌ، مِثْلُ أَبْنَاءِ
الشَّاةِ. وَنَضْرِبُ لَهُذَا بِمِثَالٍ: لَوْ أَنَّ غَاصِبًا غَصَبَ جَمَلًا، وَبَعْدَ سَنَةٍ تَلَفَ أَوْ لَحِقَهُ نَقْصٌ، وَكَانَتِ الشَّاةُ قَدْ جَاءَتْ
بَوْلِدٍ، فَحِينَئِذٍ نَقُولُ: مَاذَا يَجِبُ عَلَى الْغَاصِبِ؟ نَقُولُ: يَجِبُ عَلَيْهِ أُمُورٌ:

الْأَمْرُ الْأَوَّلُ: عَلَيْهِ أَنْ يَقُومَ بِإِرْجَاعِ الْعَيْنِ الْمَغْصُوبَةِ إِلَى الْمَغْصُوبِ مِنْهُ، رَدُّ الْغُصُوبِ مِنَ الْوَاجِبَاتِ.
وَعَلَيْهِ ثَانِيًا ضَمَانُ التَّلْفِ الْحَاصِلِ، وَكُلُّ نَقْصٍ حَصَلَ فِي الْعَيْنِ الْمَغْصُوبَةِ فَعَلَى الْغَاصِبِ أَنْ يُعَوِّضَ عَنْهُ، حَتَّى

أرض الموات (١٣٧٨)، والنسائي في «سننه الكبرى» (٥٧٦١)، وأبو يعلى في «مسنده» (٩٥٧)، والبزار في «كشف الأستار» (١٢٥٦)،
والبيهقي في «السنن الكبرى» (١١٥٥٢)، وضياء الدين المقدسي في «الأحاديث المختارة» (١٠٩٦)، (١٠٩٨).



وَلَوْ كَانَتْ تِلْكَ الزِّيَادَةُ الَّتِي فَاتَتْ فِي الْعَيْنِ الْمَغْصُوبَةِ إِنَّمَا حَدَّثَتْ عِنْدَ الْعَاصِبِ، لَوْ قَامَ بِإِطْعَامِهَا طَعَامًا خَاصًّا
فَزَادَتْ قِيمَتُهَا، ثُمَّ نَقَصَتْ بَعْدَ ذَلِكَ، قُلْنَا: عَلَى الْعَاصِبِ ضَمَانُ هَذِهِ الصِّفَةِ.

الأمر الثالث: عَلَى الْعَاصِبِ أَنْ يُعِيدَ الْعَيْنَ الْمَغْصُوبَةَ عَلَى مَا كَانَتْ عَلَيْهِ؛ وَيُزِيلَ التَّغْيِيرَاتِ وَالْإِحْدَاثَاتِ الَّتِي
كَانَتْ فِي الْعَيْنِ الْمَغْصُوبَةِ.

الأمر الرابع: عَلَيْهِ دَفْعُ الْعَوَظِ عَنِ الْمَنَافِعِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْعَيْنِ الْمَغْصُوبَةِ، لَمَّا غَضِبَ الْجَمَلُ قَالَ: أَنَا أُوجِرُ الْجَمَلَ -
أَجْعَلُهُ لِلْأَطْفَالِ يَرْكَبُونَ عَلَيْهِ فَيَتَفَرَّجُونَ-، وَالْآنَ هَذَا غَاصِبٌ قَدْ حَرَمَنِي مِنْ هَذِهِ الْأُجْرَةِ. فَحَيْثُ نَقُولُ: عَلَى
الْعَاصِبِ أَنْ يُعَوِّضَ صَاحِبَ الْمَلِكِ عَنِ هَذِهِ الْمَنْفَعَةِ.

وَهَكَذَا أَيْضًا: عَلَيْهِ أَنْ يَضْمَنَ الزَّوَائِدَ. لَوْ قُدِّرَ أَنَّ هَذِهِ النَّاقَةَ نُبِتَتْ فَجَاءَهَا وَلَدٌ، ثُمَّ إِنَّ الْوَالِدَ مَاتَ، قُلْنَا: عَلَى
الْعَاصِبِ ضَمَانُ نَاتِجِ هَذِهِ النَّاقَةِ.

أَرْكَانُ الضَّمَانِ:

أَهْلُ الْحُقُوقِ يَجْعَلُونَ أَرْكَانَ هَذِهِ النَّظَرِيَّةِ قِسْمَيْنِ: الْاِعْتِدَاءُ، وَالثَّانِي: الضَّرَرُ الْحَاصِلُ بِالْاِعْتِدَاءِ. وَأَمَّا مَنْ يَرَى
أَنَّ الضَّمَانَ مُقْتَصِرٌ عَلَى الْعَقْدِ -مِثْلُ: عَقُودِ الضَّمَانِ وَالْكَفَالَةِ- فَيَجْعَلُ هُنَاكَ صِيغَةً، وَهُنَاكَ عَاقِدَانِ، وَهُنَاكَ حَقٌّ
مَضْمُونٌ.

مَا هِيَ شُرُوطُ الضَّمَانِ؟

هُنَاكَ عِدَّةٌ مِنَ الشُّرُوطِ حَتَّى يَجِبَ الضَّمَانُ:

الأول: أَهْلِيَّةُ الضَّامِنِ، لَوْ جَاءَ طِفْلٌ وَقَالَ: أَنَا سَأَضْمَنُ فُلَانًا وَالذِّينَ الَّذِي عَلَيْهِ. لَمْ يَقْبَلْ مِنْهُ هَذَا؛ لِعَدَمِ
أَهْلِيَّتِهِ.

الشرط الثاني: أَنْ يَكُونَ الْمَضْمُونُ مُتَقَوِّمًا، بِحَيْثُ تُعْتَبَرُ مَالِيَّتُهُ؛ لَوْ قُدِّرَ أَنَّ شَخْصًا اشْتَرَى مِائَةَ رَطْلِ خَمْرٍ بِأَلْفِ
رِيَالٍ، وَسَلَّمَ الْأَلْفَ فِي الْحَالِ عَلَى أَنْ يَتِمَّ تَسْلِيمُ الْخَمْرِ بَعْدَ خَمْسَةِ أَشْهُرٍ، وَجَاءَ شَخْصٌ لِيَضْمَنَ هَذَا الْحَقَّ، فَنَقُولُ:
هَذَا الضَّمَانُ غَيْرُ صَاحِحٍ؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ الْمَضْمُونَةَ غَيْرَ مُتَقَوِّمَةٍ فِي الشَّرِيعَةِ، أَي لَيْسَتْ مَالًا مُعْتَبَرًا.



الشَّرْطُ الثَّلَاثُ فِي ضَمَانِ الْأَضْرَارِ: نَقُولُ: يَشْتَرِطُ أَنَّ الْمَضْمُونِ قَدْ فَاتَ، أَمَا إِذَا أَمَكْنَ تَصْلِيحُهُ وَإِعَادَتُهُ فَحَيْثُ نَزَلَ لَا تُوجِبُ الضَّمَانَ.

الشَّرْطُ الرَّابِعُ أَيْضًا يَقُولُونَ: مِنَ الشَّرْطِ: أَنْ يَكُونَ لِلضَّمَانِ فَائِدَةٌ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ فَائِدَةٌ لَمْ يَجِبْ وَلَمْ يُشْرَعْ. الشَّرْطُ الْخَامِسُ هَكَذَا أَيْضًا يَقُولُونَ: مِنْ شُرُوطِ الضَّمَانِ: أَنْ يَكُونَ الضَّرْرُ مُتَحَقِّقًا بِشَكْلِ دَائِمٍ، أَمَا إِذَا أَمَكْنَ تَصْلِيحُهُ وَتَصْلِيحُهُ فَإِنَّهَا تُوجِبُ عَلَيْهِ التَّصْلِيحَ.

**

مَوَانِعُ إِجَابِ الضَّمَانِ:

أَمَا عَنْ مَوَانِعِ إِجَابِ الضَّمَانِ فَلَهَا أَنْوَاعٌ عَدِيدَةٌ مِنْ أَشْهَرِهَا ثِنْتَانِ:
الْأَوَّلُ: إِذَا كَانَ الْإِتْلَافُ بِحَقٍّ؛ كَمَا لَوْ أَذِنَ الشَّارِعُ فِي شَيْءٍ مِنْ أَنْوَاعِ الْإِتْلَافَاتِ، فَقَدْ يُمَثَّلُ لَهُ: بِمَا وَرَدَ فِي الْحَدِيثِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِإِحْرَاقِ مَتَاعٍ مَنْ يَصِيدُ فِي الْحَرَمِ. فَإِحْرَاقُ الْمَتَاعِ هَذَا لَا يَجِبُ بِهِ ضَمَانٌ. وَمِثْلُهُ أَيْضًا: مَا وَرَدَ فِي الْخَبَرِ مِنْ إِتْلَافِ وَإِحْرَاقِ مَتَاعِ الْغَالِ. وَهُوَ الَّذِي يَأْخُذُ مِنَ الْغَنِيمَةِ قَبْلَ قِسْمَتِهَا.
ثَانِيًا مِنْ مَوَانِعِ الضَّمَانِ: أَنْ يَكُونَ الْإِتْلَافُ حَاصِلًا مِمَّنْ يَقَعُ الضَّرْرُ عَلَيْهِ.

**

نَنْتَقِلُ إِلَى الْمَقَارَنَةِ بَيْنَ أَحْكَامِ هَذِهِ النَّظَرِيَّةِ وَبَيْنَ شَيْءٍ مِنَ الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ:

أَوَّلُ ذَلِكَ: مَا يَتَعَلَّقُ بِالْمُبَاشِرِ وَالْمُتَسَبِّبِ، إِذَا وَجِدَ مُبَاشِرٌ وَمُتَسَبِّبٌ فَالضَّمَانُ عَلَى الْمُبَاشِرِ.
مِثَالُ ذَلِكَ: شَخْصٌ حَفَرَ حُفْرَةً فِي الطَّرِيقِ، فَجَاءَ شَخْصٌ فَوَقَفَ عَلَى حَافَةِ هَذِهِ الْحُفْرَةِ، فَجَاءَ آخَرَ فَأَلْقَاهُ فِيهَا. فَهَذَا الْمَلْقِيُّ مُبَاشِرٌ، وَالْحَافِرُ لِلْحُفْرَةِ هَذَا مُتَسَبِّبٌ، مَنْ الَّذِي يَجِبُ عَلَيْهِ الدِّيَّةُ؟ الْمُبَاشِرُ أَوِ الْمُتَسَبِّبُ؟ الْمُبَاشِرُ. وَهَذِهِ هِيَ الْقَاعِدَةُ الْعَامَّةُ: أَنَّ الْمُبَاشِرَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْمُتَسَبِّبِ، إِلَّا فِيمَا إِذَا كَانَ الْمُبَاشِرُ مَعْدُورًا فِي الْمُبَاشَرَةِ، فَحَيْثُ نَقُولُ: يَجِبُ الْحُكْمُ عَلَى الْمُتَسَبِّبِ.

أَوْ يَكُونُ مِمَّنْ لَا يَلْحَقُهُ أَحْكَامُ الضَّمَانِ بِفِعْلِهِ، مِثَالُ ذَلِكَ: قَامَ شَخْصٌ بِإِطْلَاقِ حَيَوَانَ الذُّبِّ فِي حَدِيقَةِ الْحَيَوَانِ، فَأَكَلَ شَخْصًا فَمَاتَ، فَالذُّبِّيُّ عَلَى مَنْ؟ عَلَى الذُّبِّ؛ لِأَنَّهُ الْمُبَاشِرُ؟ نَقُولُ: لَا يَلْحَقُ فِعْلُهُ حُكْمًا، وَبِالْتَّلِيِّ يَكُونُ الْحُكْمُ عَلَى الْمُتَسَبِّبِ.



مِثَالٍ آخَرَ: جَاءَكَ أَضْيَافٌ، فَأَرَدْتَ أَنْ تَذْبَحَ لَهُمْ دَجَاجَةً أَوْ شَاةً، فَذَهَبْتَ إِلَى السُّوقِ مِنْ أَجْلِ اسْتِجْلَابِ هَذِهِ الشَّاةِ، لَمَّا خَرَجْتَ مِنْ بَيْتِكَ فَإِذَا بِجَارِكَ عِنْدَهُ شَاةٌ فِي سَيَّارَتِهِ، فَقُلْتَ: هَذَا يَقْصُرُ عَلَيْنَا الْعَنَاءَ. فَأَخَذْتَهَا، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ قُلْتَ: سَأَمُرُ السَّائِقَ لِيَذْبَحَهَا. فَذَبَحَهَا، فَقَامَتْ زَوْجَتُهُ بِطَبْخِهَا، وَقَامَ الْأَضْيَافُ بِأَكْلِهَا، عَلِمَ صَاحِبُ الشَّاةِ، فَذَهَبَ إِلَى جَارِهِ وَطَالَبَهُ بِالضَّمَانِ.

وَالْقَاعِدَةُ الشَّرْعِيَّةُ: أَنَّهُ إِذَا اجْتَمَعَ الْمُتَسَبِّبُ وَالْمُبَاشِرُ فَالْحُكْمُ عَلَى الْمُبَاشِرِ. فَمَنْ هُوَ الْمُبَاشِرُ؟ هَلْ هُوَ الْآكِلُ - وَهُمْ الْأَضْيَافُ - نَطَالِبُهُمْ بِالضَّمَانِ، أَوِ الزَّوْجَةُ الَّتِي طَبَخَتْ، أَوِ السَّائِقُ الَّذِي ذَبَحَ؟
نَقُولُ: الْحُكْمُ هُنَا لَيْسَ عَلَى الْمُبَاشِرِ؛ فَهَوَّلَاءَ كُلُّهُمْ لَيْسَ عَلَيْهِمْ ضَمَانٌ، إِنَّمَا الضَّمَانُ عَلَى الْمُتَسَبِّبِ؛ لِمَاذَا؟ لِأَنَّ الْمُبَاشِرَ مَعْدُورٌ فِي مَبَاشَرَتِهِ.

القاعدة الثانية: مَا يَتَعَلَّقُ بِالْأَضْطِرَّارِ وَحَقِّ الْغَيْرِ؛ هَلْ إِذَا اضْطُرَّ إِنْسَانٌ إِلَى اسْتِعْمَالِ حَقِّ غَيْرِهِ يُبْطَلُ الضَّمَانُ أَوْ لَا؟ هَلْ نَقُولُ: إِنَّ الْأَضْطِرَّارَ لَا يُبْطَلُ حَقَّ الْغَيْرِ؟ أَوْ نَقُولُ: الضَّرُورَاتُ تُبِيحُ الْمُحْظُورَاتِ؟
نَقُولُ: هَذَا يَنْقَسِمُ إِلَى قِسْمَيْنِ:

القِسْمُ الْأَوَّلُ: إِنْ كَانَ الْأَضْطِرَّارُ نَاشِئًا مِنْ مِلْكِ الْغَيْرِ، لَمْ يَجِبِ الضَّمَانُ، كَمَا لَوْ هَاجَ عَلَيْهِ الْجَمَلُ فَخَشِيَ عَلَى نَفْسِهِ مِنْهُ، فَحَيْثُ نَقُولُ: إِذَا قَتَلَهُ لَا ضَمَانَ فِيهِ.

النَّوْعُ الثَّانِي: أَنْ يَكُونَ الْأَضْطِرَّارُ غَيْرَ نَاشِئٍ مِنْ حَقِّ الْغَيْرِ؛ كَمَا لَوْ جَاعَ فَاضْطُرَّ إِلَى ذَبْحِ جَمَلٍ غَيْرِهِ، وَهَذَا الْأَضْطِرَّارُ مِنَ الْجُوعِ لَيْسَ نَاشِئًا مِنْ جَمَلِ الْغَيْرِ، وَبِالتَّالِيِ يَجِبُ الضَّمَانُ.

أَلْقَى شَخْصٌ بَعْضَ أَمْتَعَةِ السَّفِينَةِ فِي الْبَحْرِ مِنْ أَجْلِ دَرءِ الضَّرُورَةِ، فَلَمَّا وَصَلَ إِلَى السَّاحِلِ طَالَبَهُ أَصْحَابُ هَذَا الْمَتَاعِ بِالضَّمَانِ، هَلْ يَجِبُ الضَّمَانُ لِأَنَّهُ قَدْ أَتْلَفَ مَالَ غَيْرِهِ؟ أَوْ نَقُولُ: لَا يَجِبُ الضَّمَانُ لِأَنَّهُ مُضْطَرٌّ إِلَى إِتْلَافِ ذَلِكَ الْمَالِ؟

نَقُولُ: كَمَا تَقَدَّمَ فِي الْقَاعِدَةِ السَّابِقَةِ نَنْظُرُ هَلِ الْأَضْطِرَّارُ نَاشِئٌ مِنْ مِلْكِ الْغَيْرِ، فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ حَيْثُ نَقُولُ، أَوْ لَيْسَ نَاشِئًا مِنْهُ؟

مِثَالٌ ذَلِكَ: وَهُوَ يَسِيرُ فِي السَّفِينَةِ سَقَطَتْ عَلَيْهِ حَقِيْبَةٌ كَبِيرَةٌ، فَخَشِيَ عَلَى نَفْسِهِ مِنَ الْعَطْبِ فَأَلْقَاهَا فِي الْبَحْرِ، لَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّ الْأَضْطِرَّارَ هُنَا نَشَأَ مِنْ حَقِّ الْغَيْرِ، لَكِنْ لَوْ قُدِّرَ أَنَّهُ خَشِيَ عَلَى السَّفِينَةِ مِنَ الْعَرَقِ بِسَبَبِ كَثْرَةِ حَمُولَتِهَا



فَأَلْفَى بَعْضَ الْأُمْتِعَةِ، فَنَقُولُ: لَمْ يَنْشَأْ الْأَضْطِرَارُ مِنْ ذَلِكَ الْمَتَاعِ بَعَيْنِهِ، وَبِالتَّالِيِ يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ، وَبَعْضُهُمْ يَقُولُ: الضَّمَانُ عَلَى الْمُلْقِي وَحْدَهُ، وَبَعْضُهُمْ يَقُولُ: بَلِ الضَّمَانُ عَلَى جَمِيعِ أَهْلِ السَّفِينَةِ؛ لِأَنَّ الْمُلْقِيَّ لَمْ يَلْتَقِ لِمَصْلَحَةِ نَفْسِهِ، إِنَّمَا أَلْفَى لِمَصْلَحَةِ جَمْعَاءَ.

أَيْضًا مِنْ أَنْوَاعِ التَّصَرُّفِ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ وَتَعَلَّقَ الضَّمَانُ بِهِ، وَمِنْ هَذَا: تَصَرَّفَاتُ الْفُضُولِيِّ - وَهُوَ الَّذِي يَبِيعُ وَيَشْتَرِي وَهُوَ غَيْرُ مَالِكٍ بَدُونِ إِذْنٍ -؛ فَهَلْ يُوجِبُ هَذَا التَّصَرُّفُ الضَّمَانَ؟
نَقُولُ: نَنْظُرُ إِلَى الْإِذْنِ اللَّاحِقِ؛ هَلْ هُوَ مُعْتَبَرٌ أَوْ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ؟
القَاعِدَةُ الرَّابِعَةُ كَذَلِكَ مِنَ الْقَوَاعِدِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِهَذَا الْبَابِ: أَنَّ الْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ، وَالْغَنَمَ بِالْغُرْمِ: كَمَا وَرَدَ فِي ذَلِكَ أَحَادِيثُ، مَا مَعْنَى هَذَا الْكَلَامِ؟

نَقُولُ: إِنَّ الْعَيْنَ إِذَا كَانَتْ مَضْمُونَةً عَلَى إِنْسَانٍ فَإِنَّ الْعَلَّةَ النَّاتِجَةَ مِنْهَا تَكُونُ لَهُ.
مِثَالُ ذَلِكَ: عَقَدَ عَلَى امْرَأَةٍ، وَاشْتَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ عِمَارَتَهُ الْمَكُونَةَ مِنْ مِائَةٍ وَعِشْرِينَ دَوْرًا تَكُونَ مِلْكًا لَهَا كَمَهْرٍ فِي ذَلِكَ الْعَقْدِ، فَوَافَقَ، لَكِنَّهُ بَعْدَ سَنَةٍ مَلَّتِ الْمَرْأَةُ مِنْهُ وَلَمْ تَرَعْبْ فِيهِ، فَطَلَبَتْ الْفُرْقَةَ، فَطَلَّقَهَا بِطَلَبِ مِنْهَا، فَحَيْثُ لَيْسَ لَهَا فِي الْمَهْرِ شَيْءٌ، فَتَقْوِمُ بِإِعَادَةِ الْعِمَارَةِ إِلَى مِلْكِ الزَّوْجِ، الْأَجْرَةُ الْعِمَارَةَ فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ - مُدَّةَ السَّنَةِ - لِمَنْ تَكُونُ؟ لِلزَّوْجَةِ؛ لِأَنَّهَا لَوْ تَلَفَتْ الْعِمَارَةَ فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ لَتَلَفَتْ فِي مِلْكِهَا، فَإِذَا كَانَ الضَّمَانُ مُسْتَقَرًّا عَلَيْهَا، فَهَكَذَا أَيْضًا يَكُونُ لَهَا الْخَرَاجُ.

مَا الْفَرْقُ بَيْنَ الْبَحْثِ الشَّرْعِيِّ الْفِقْهِيِّ وَالْبَحْثِ الْحُقُوقِيِّ وَالْقَانُونِيِّ؟ فِي نَظَرِيَةِ الضَّمَانِ:

نَقُولُ: هُنَاكَ فُرُوقَاتٌ مُتَعَدِّدَةٌ تُشِيرُ إِلَى تَمَازُجٍ مِنْهَا فَقَطُّ:

١ - مِنْهَا مَا يَتَعَلَّقُ بِالْمُصْطَلِحَاتِ، وَمُصْطَلِحِ الضَّمَانِ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ يُغَايِرُ مُصْطَلِحَ الضَّمَانِ عِنْدَ الْحُقُوقِيِّينَ؛ وَلِذَلِكَ يَجِدُ الْإِنْسَانُ مِنَ الصُّوَرِ الَّتِي يَدْخُلُهَا الْقَانُونِيُّونَ فِي مَفْهُومِ الضَّمَانِ الشَّيْءَ الْكَثِيرَ، كَمَا مَثَلْنَا بِالرَّهْنِ يَجْعَلُونَهُ مِنْ صُورِ الضَّمَانِ.

أَيُّهَا أَوْلَى: وَضَعُ كُلِّ صُورَةٍ بِاسْمٍ خَاصٍّ؟ أَوْ جَعَلَ الْجَمِيعَ يَشْمَلُهَا اسْمًا وَاحِدًا؟ الْأَوْلَى أَنْ تَسْتَقِلَّ كُلُّ صُورَةٍ بِاسْمٍ، خُصُوصًا أَنْ أَحْكَامَهَا مُخْتَلِفَةٌ.



الفُقهاءُ المعاصرونَ الذينَ كَتَبُوا فِي نَظَرِيَّةِ الضَّمانِ سارُوا على طَريقَةِ القانونيينَ، ولَعَلَّ هَذَا مِنْ بابِ مُحاطَبَةِ القومِ بما يَعْرِفونَ، أو مُحاطَبَةِ القومِ باصطِلاحاتِهِم.

٢- أيضًا مِنْ الفَرقِ بَينَ البَحْثِ الفِقهِيِّ والقانونيِّ: أَنَّ الفُقهاءَ يَجْعَلونَ الضَّمانَ لِلأموالِ المُحترَمةِ، أمَّا الأموالُ غَيرَ المُحترَمةِ فَإِنَّه لا ضَمانَ فِيها؛ كما لو أَتَلَفَ خَزيزًا مَمْلوكًا مُسَلِمًا، نَقولُ: لا يَجِبُ فِيهِ ضَمانٌ.

وَقَد يَجِبُ فِيهِ التَّعزِيرُ؛ بِناءٍ على أَنَّهُ مِنْ الاِفتِياتِ على أَصحابِ الوِلايَةِ؛ مِثالُ ذَلِكَ: يَسِيرُ فِي الشَّارِعِ فِقابِلَ رَجُلًا مَعَهُ آلَةٌ عَجَنٍ، فَأَخَذَها مِنْهُ وَأَتَلَفَها. نَقولُ: هَذَا لَيسَ صَاحِبِ وِلايَةٍ، وَبِالتَّالي هُوَ لَم يَسْتَأذِن، فَاسْتَحَقَّ العُقوبَةَ التَّعزِيرِيَّةَ، لَكِن لا يَجِبُ لِصَاحِبِ هَذِهِ الأَلَةِ شَيءٌ مِنَ الضَّمانِ، هَذَا عِنْدَ فُقهاءِ الشَّرِيعَةِ. أمَّا عِنْدَ القانونيينَ فَيُوجِبونَ الضَّمانَ فِي مِثْلِ هَذَا.

٣- فَرَقَ آخَرُ: أَنَّ البَحْثَ الفِقهِيَّ لا يَقتَصِرُ على الحُكْمِ القَضائِيِّ، وَإِنَّمَا يُحاطَبُ ضَمائِرَ النَّاسِ وَيُخَوِّفُهُمُ مِنْ رَبِّ العِزَّةِ وَالجَلالِ، بِخِلافِ الخُطابِ القانونيِّ.

المؤلفات في نظرية الضمان:

لَعَلَّنَا فِي آخِرِ حَدِيثِنا اليَومِ نُسِيرُ إلى عَدَدٍ مِنَ المؤلِّفاتِ فِي هَذَا البَابِ: مِنْ فُقهاءِ الحَنَفِيَّةِ المُتَقَدِّمينَ: أَبُو مُحَمَّدٍ غِيَاثُ الدِّينِ غانِمُ البَغدادِيِّ الحَنَفِيُّ، فَهَذَا الفقيهُ قَد أَلفَ مُؤلِّفًا سَماهُ: «مِجمَعُ الضَّماناتِ» تَحَدَّثَ فِيهِ عَن أنواعِ الضَّمانِ وأقسامِهِ وأحكامِهِ، وَإِن لَم يَسِرْ على طَريقَةِ الحُقوقِيِّينَ فِي تَقْسيَماتِ هَذِهِ النَظَرِيَّةِ.

أيضًا مِنْ أَلَفَ: الدُّكتورُ مُحَمَّدُ بنُ إِبْراهيمِ المُوَسَّى فِي كِتابِهِ «نَظَرِيَّةُ الضَّمانِ الشَّخْصِيِّ الكِفالَةُ».

وَالدُّكتورُ وَهْبَةُ الزُّحَيْلِيُّ فِي كِتابِهِ «نَظَرِيَّةُ الضَّمانِ أو أَحكامُ المُسؤولِيَّةِ المَدنيَّةِ الجِنايَةِ فِي الفِقهِ الإِسلاميِّ».

كَذَلِكَ مِنْ أَلَفَ: مُحَمَّدُ عَبدُ المُنعمِ أَبُو زَيدٍ فِي كِتابِهِ «الضَّمانُ فِي الفِقهِ الإِسلاميِّ وَتَطْبِيقاتُهُ فِي المَصارِفِ

الإِسلاميَّةِ».

مِنْ أَلَفَ أَيضًا: الدُّكتورُ بهاءُ الدِّينِ العَلايِيُّ أَلَفَ كِتابَ «الضَّمانُ الشَّخْصِيُّ وَالعَينيُّ الكِفالَةُ».

كَذَلِكَ مِنْ أَلَفَ: الشَّيخُ عَلِيُّ الحَفيفُ أَلَفَ كِتابَ «الضَّمانُ فِي الفِقهِ الإِسلاميِّ»، وَأَرادَ بِالعُنْوانِ هُنَا المِصْطَلَحَ



الحقوقية.

مَنْ أَلْفَ أَيضًا: إِبْرَاهِيمُ فَاضِلُ الدُّبُو أَلْفَ كِتَابَهُ «ضَمَانُ الْمَنَافِعِ دِرَاسَةٌ مُقَارِنَةٌ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ وَالْقَانُونِ». كَذَلِكَ: الدُّكْتُورُ مُحَمَّدُ سِرَاجُ أَلْفَ كِتَابَ «ضَمَانُ الْعُدْوَانِ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ». الدُّكْتُورُ مُحَمَّدُ فَوْزِي فِيضُ اللَّهِ أَلْفَ كِتَابَ «نَظَرِيَّةُ الضَّمَانِ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ الْعَامِّ». كَذَلِكَ مِمَّنْ أَلْفَ فِي جَزَائَاتٍ مِنْ هَذِهِ النَّظَرِيَّةِ: الدُّكْتُورُ عَبْدُ الْعَزِيزِ عَبْدُ الْقَادِرِ؛ حَيْثُ كَتَبَ «الْإِلْتِزَامُ الْعَيْنِيُّ بَيْنَ الشَّرِيعَةِ وَالْقَانُونِ».

كَذَلِكَ مِمَّنْ أَلْفَ: الشَّيْخُ مُصْطَفَى الزَّرْقَا فِي كِتَابِهِ «الْفِعْلُ الضَّارُّ وَالضَّمَانُ فِيهِ». مِمَّنْ أَلْفَ أَيضًا: الدُّكْتُورُ السَّيِّدُ عِيدُ نَائِلُ أَلْفَ كِتَابَ «أَحْكَامُ الضَّمَانِ الْعَيْنِيِّ وَالشَّخْصِيِّ».

كُنْتُ أَرْغَبُ أَنْ أَتَحَدَّثَ فِي هَذَا الْيَوْمِ أَيضًا عَنْ نَظَرِيَّةِ الضَّرُورَةِ.
(نَظَرِيَّةُ الضَّرُورَةِ)

نُشِيرُ فِيهَا إِلَى حَمْسَةِ أُمُورٍ:

الْأَمْرُ الْأَوَّلُ: فِي حَقِيقَةِ الضَّرُورَةِ: مَتَى نَقُولُ هُنَاكَ ضَّرُورَةٌ؟ هُنَاكَ مِنْهُجَانٌ: الْمَنْهَجُ الْأَوَّلُ: يَقُولُ: الضَّرُورَةُ تَكُونُ عِنْدَ خَوْفِ فَوَاتِ النَّفْسِ أَوْ عُضْوٍ مِنَ الْأَعْضَاءِ. وَالْمَنْهَجُ الثَّانِي: يَقُولُ: الضَّرُورَةُ مَاخُودَةٌ مِنَ الضَّرَرِ؛ فَأَيُّ ضَرَرٍ لَاحِقٍ نُسَمِّيهِ ضَّرُورَةً. لَكِنَّا لَا نَجْعَلُهُ سَبَبًا لِإِسْتِبَاحَةِ الْمَحْظُورِ، إِلَّا عِنْدَمَا تَكُونُ الضَّرُورَةُ أَعْظَمَ مِنَ الْمَحْظُورِ؛ وَلِذَلِكَ يَقُولُونَ: الضَّرُورَةُ مَا يَلْحَقُ بِفَوْتِهِ ضَرَرٌ وَلَا يَقُومُ غَيْرُهُ مَقَامَهُ. وَلَعَلَّ هَذَا الْمَنْهَجُ أَرْجَحُ مِنَ الْأَوَّلِ.

**

الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَّةُ: فِي الْأَدِلَّةِ الدَّالَّةِ عَلَى تَأْثِيرِ الضَّرُورَةِ:

يَقُولُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرَرْتُمْ إِلَيْهِ﴾^(١)، وَقَالَ سُبْحَانَهُ: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ

(١) سورة الأنعام: ١١٩.



غَيْرِ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِيْمَ عَلَيْهِ ﴿١﴾، وَقَالَ سُبْحَانَهُ: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيْمَانِهِ إِلَّا مِنْ أُوْكْرِهِ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيْمَانِ﴾

(١)

المسألة الثالثة: في شروط استباحة المحظور بالضرورة:

وهذا شيء مهم؛ لأن كثيراً من الناس يستدل بهذه القاعدة بدون ملاحظة صوابها، فلا يكون استدلاله صحيحاً، بل يكون استدلالاً خاطئاً.

من شروط القاعدة: أن تكون الضرورة أعظم من المحظور؛ لو قال له: اقتل عشرة، وإلا قتلناك. نقول هنا: المحظور أعظم من الضرورة، وبالتالي لا يستباح المحظور بهذه الضرورة.

الشرط الثاني: ألا يمكن دفع الضرورة إلا بارتكاب المحظور؛ قال: حقي عند الموظف لن يعطيني إياه إلا بالرشوة، والضرورات تبيح المحظورات. نقول: يمكنك استخلاص حقتك بإخبار الجهات الأمنية التي تلاحق أهل الرشوة، وبالتالي لا يحق لك أخذ الرشوة.

الشرط الثالث: أن تكون الضرورة متحققاً، أما لو كانت موهومة لم يقم عليها دليل؛ فإنه حينئذ لا يستباح المحظور بهذه الضرورة. قال: ماذا ستفعل بمعاملتك؟ قال سأفعل الرشوة. قال: لم؟ قال: أسمع كلاماً من الناس أن الرشوة تمشي. نقول: لا يجوز ذلك.

الشرط الرابع: ألا يستباح من المحظور إلا بمقدار ما يدفع الضرورة، وهذا يسمونه تقدر الضرورة بقدرها. قال: أنا مضطر إلى أكل الميتة. قلنا: لكنك أكلت جملاً كاملاً، تستطيع دفع الإضرار بأكل جزء يسير.

هل يصح أن تكشف المرأة وجهها أمام الطبيب بدعوى: الضرورات تبيح المحظورات؟ نقول: لا بد من ملاحظة الشروط السابقة؛ من تلك الشروط مثلاً: أن تكون الضرورة أعظم من المحظور، لو كان ذلك من أجل التجميل، أو كان ذلك لأم يسير في فخذها، لم يصح لها أن تكشف عند الطبيب.

الشرط الثاني: ألا يمكن اندفاع الضرورة إلا بارتكاب المحظور، فإذا كان هناك طيبة متفنة؛ فحينئذ لا يصح الذهاب للطبيب الرجل.

(١) سورة البقرة: ١٧٣.

(٢) سورة النحل: ١٠٦.



الشَّرْطُ الْآخَرُ: أَنْ تَكُونَ الصَّرُورَةُ مُتَحَقِّقَةً غَيْرَ مُتَوَهِّمَةٍ، لَوْ كَانَتْ تَتَوَقَّعُ أَنْ تُصَابَ بِالْمَرَضِ الْفُلَانِي، فَحِينَئِذٍ نَقُولُ: لَا يَجُوزُ لَهَا أَنْ تَكْشِفَ عِنْدَ الطَّيِّبِ. ثُمَّ مِنْ شُرُوطِ هَذَا أَنْ تَقْدَرُ الصَّرُورَةُ بِقَدْرِهَا؛ فَمَا دَامَ أَنَّهَا تَشْتَكِي إِيَّاهُمْ رَجُلِهَا، فَلَا يَصِحُّ أَنْ تَكْشِفَ وَجْهَهَا أَمَامَ الطَّيِّبِ.

أَسْأَلُ اللَّهَ جَلَّ وَعَلَا أَنْ يَرْزُقَكُمْ الْعِلْمَ النَّافِعَ وَالْعَمَلَ الصَّالِحَ، وَأَنْ يَجْعَلَ لَكُمْ مِنَ الْهُدَاةِ الْمُهْتَدِينَ، كَمَا أَسْأَلُهُ سُبْحَانَهُ أَنْ يُعْظِمَ لَكُمْ الْأَجْرَ وَالثَّوَابَ، وَأَنْ يَجْعَلَ كُلَّ حَرْفٍ سَمِعْتُمُوهُ فِي هَذِهِ الدَّوْرَةِ فِي مِيزَانِ حَسَنَاتِكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، كَمَا أَسْأَلُهُ سُبْحَانَهُ أَنْ يُصَلِّحَ أَحْوَالَ الْأُمَّةِ، وَأَنْ يُعِيدَهُمْ إِلَى دِينِهِ عَوْدًا حَمِيدًا، وَأَنْ يُوفِّقَ وِلَاةَ أُمُورِ الْمُسْلِمِينَ لِلْحُكْمِ بِالشَّرِيعَةِ وَالْعَمَلِ بِالسُّنَّةِ، كَمَا أَسْأَلُهُ سُبْحَانَهُ أَنْ يَغْفِرَ لَوَالِدِينَا وَلِوَالِدَيْكُمْ، وَأَنْ يُصَلِّحَ أَبْنَاءَنَا وَأَبْنَاءَكُمْ. هَذَا وَاللَّهُ أَعْلَمُ، وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى نَبِيِّنَا مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ أَجْمَعِينَ.