

النظريات الفقهية

جامعة
حلب
١٩٥٨

كلية الشريعة

قسم أصول الفقه ومقاصد الشريعة

السنة الرابعة

فصل دراسي ثاني

UNIVERSITY
OF
ALEPPO



منشورات جامعة حلب

كلية الشريعة

النظريات الفقهية

الدكتور
UNIVERSITY OF
ALEPPO

بسام الشيخ

المدرس في قسم الفقه الإسلامي وأصوله

مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية
٢٠٢١م / ١٤٤٣هـ

لطلاب السنة الرابعة
قسم الفقه الإسلامي وأصوله



الفهرس

٥	مقدمة
٢٣	مدخل إلى دراسة النظريات الفقهية
٢٨	موقع النظريات الفقهية بين علوم الفقه الإسلامي
٢٩	تقسيم النظريات الفقهية
٣١	خصائص النظرية الفقهية
٣٢	المنهج العام في دراسة النظريات الفقهية والتأليف فيها
٣٣	أهمية وفوائد دراسة النظريات الفقهية
٣٦	أثر النظريات الفقهية في تطور الفقه الإسلامي
٣٩	نظرية الحق في الفقه الإسلامي
٦٣	نظرية الأموال في الفقه الإسلامي
٧٥	نظرية العقد في الفقه الإسلامي
٧٦	المبحث الأول: تعريف العقد، والفرق بينه وبين التصرف والالتزام والإرادة المنفردة
٨٣	المبحث الثاني: تكوين العقد
١٢٦	المبحث الثالث: شروط العقد
١٢٩	المبحث الرابع: آثار العقد
١٣٠	المبحث الخامس: تصنيف العقود
١٣٨	المبحث السادس: الخيارات
١٥٦	المبحث السابع: انتهاء العقد
١٥٩	الباعث وأثره في التصرفات والعقود في الفقه الإسلامي
١٥٩	معنى الباعث وخصائصه ومكانته

١٦١	تطبيقات الباعث في المذاهب الأربعة
١٧١	نظرية الضمان (المسؤولية التقصيرية والعقدية في الفقه الإسلامي)
١٨٩	نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي
٢٠٧	نظرية التداخل في الفقه الإسلامي
٢٣١	نظرية الاستناد (الأثر الرجعي) في الفقه الإسلامي
٢٤٥	نظرية الضرورة الشرعية في الفقه الإسلامي
٢٥٣	نظرية المؤيدات الشرعية في الفقه الإسلامي
٢٦٧	نظرية البطلان في الفقه الإسلامي
٢٧٩	نظرية الفساد في الفقه الإسلامي



مقدمة

الحمد لله رب العالمين، حمداً طيباً مباركاً فيه، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين، وبعد؛

فمنذ أن بدأ إنشاء كليات الشريعة في الجامعات الإسلامية المختلفة أخذ تدريس الفقه والتأليف فيه طوراً جديداً، ذلك أن كثيراً من العلماء المعاصرين يرون الكتب المذهبية القديمة التي كانت مؤلفة للتعليم بالأسلوب القديم أو كمرجع للعلماء ليست ملائمة لحاجة التدريس الجامعي في هذا العصر، فانبرى أساتذة الفقه في هذه الكليات إلى وضع مؤلفات حديثة تلائم حاجة الطلاب في مراحل الدراسة العالية والعليا.

وهذا التجديد في تدريس الفقه صاحبه الانفتاح على المذاهب الفقهية جميعاً، وعلى آراء الصحابة والتابعين من سلف هذه الأمة الذين لم تدوّن مذاهبهم تدويناً كاملاً، وإنما نُقلت لهم آراء في موضوعات شتى في كتب اختلاف الفقهاء؛ كالأوزاعي، والليث بن سعد، وابن شبرمة، والثوري، وغيرهم؛ للاستفادة من آرائهم فيما صحّ نقله عنهم.

هذا الانفتاح أزال العصبية المذهبية التي كانت بين أتباع المدارس الفقهية المختلفة، وأصبحت الدراسة الفقهية في الجامعات تُظهر للطلاب مزايا المذاهب المختلفة وما فيها من ثروة فقهية، وتنمية فكرية، وتوسعة للمدارك بمناقشة الأدلة، وتيسير على المكلف في التطبيق، وتسهيل على أولياء الأمور لعملية التقنين من الفقه الإسلامي أن يختاروا في كل موضوع من كل مذهب ما هو أنسب وأوفى بالحاجة الزمانية والمكانية.

ومن أهم ما أسفر عنه الاتجاه العصري في تجديد الفقه؛ جانب جديد عظيم الأثر في خدمة الفقه وإبراز جوهره الأصيل، ذلك الجانب هو فتح نافذة على القانون الوضعي، والإطلال منها على آراء علماء القانون في كل موضوع؛ مما يفيد في تدريس الفقه الإسلامي وفي معرفة كيف يفكر واضعو القانون في معالجة مستجدات الواقع.

والله من وراء القصد

د. بسام الشيخ

تمهيد:

وقد كان هذا الاتصال بين الفقه والقانون الوضعي ذا ثمار طيبة، وساعد على عرض الفقه مقارناً بالقانون في المؤلفات والبحوث والرسائل الجامعية بالأسلوب الذي يفهمه رجال القانون وباللغة والعناوين والمصطلحات التي يألّفونها ولم يكونوا يعرفون مقابلها في الفقه الإسلامي، فزالت الوحشة الشديدة التي كانت بين فقهاء الشريعة وعلماء القانون إلى حد بعيد.

ومنذ أن وُضِعَ في دساتير البلاد العربية والإسلامية بعد استقلالها نصٌّ على أن الفقه الإسلامي هو المصدر الرئيس في التشريع؛ بدأت مطالبات بتوفيق القوانين القائمة مع أحكام الفقه الإسلامي، وتغيير ما يخالفه.

ذلك أن الأمة لا تتبوأ مكانتها وتنعم بعزتها بغير الاستقلال الكامل المادي والمعنوي الذي لا أثر فيه للتبعية الفكرية والثقافية والقانونية لأية دولة أخرى.

ولا يكمل الاستقلال الوطني ولا تتحقق أو تنمو ذاتية البلد المطلقة ولا تخطو خطوات بنائه نحو التقدم والمستقبل المشرق، محطة قيود التخلف إلا بالتخلص من كل آثار الاستعمار ورواسبه البعيدة المدى. ومن أولى مهام الحكم المستقل الوطني في سبيل تحقيق تلك الغاية الاعتماد في التقنين في مختلف أنواعه على التراث القومي النابع من البيئة، والمتجاوب مع تطورات أبناء البلاد وأهدافهم وعقيدتهم.

لقد اعترف الفقيه الكبير الدكتور عبد الرزاق السنهوري واضع القانون المدني المصري وغيره في البلاد العربية بأن الفقه والقضاء المصري ضيفان على القضاء الفرنسي، ولكن آن للضيف أن يعود إلى بيته، وطالب بتصير الفقه، وجعله **فقهاً مصرياً خالصاً** نرى فيه طابع قوميتنا ونحس أثر عقليتنا، ففقهنا حتى اليوم لا يزال يحتله الأجنبي، والاحتلال هنا فرنسي، وهو احتلال ليس بأخف وطأة ولا أقل عنثاً من أي احتلال آخر. لذلك كانت أمنية من أغلى الأماني العراض وأعزها لدينا أن يصدر قانون مدني وغير مدني مستمدّين كليهما من أحكام الشريعة الإسلامية. قال الدكتور السنهوري (١): أما جعل الشريعة الإسلامية هي الأساس الأول الذي يبنى عليه تشريعنا المدني، فلا يزال أمنية من

(١) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد؛ للسنهوري: حاشية ص ٤٨.

أعز الأمانى التي تختلج بها الصدور، وتنطوي عليها الجوائح. ولكن قبل أن تصبح هذه الأمنية حقيقة واقعة، ينبغي أن تقوم نهضة علمية قوية لدراسة الشريعة الإسلامية في ضوء القانون المقارن.

ومن بدهي القول إعلان أن الشريعة الإسلامية ذات المصدر السماوي الإلهي المستقل لا تزال شريعة حية صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان، أكد ذلك فقهاء القانون في الغرب والشرق، وعمداء الحقوق في البلاد العربية والأجنبية، ومؤتمرات القانون المقارن والمحامين الدولية في العصر الحديث^(١).

قال الدكتور السنهوري^(٢): «ولا أريد الاختصار على شهادة الفقهاء المنصفين من علماء الغرب، كالفقيه الألماني كوهلر والأستاذ الإيطالي دلفيشيو والعميد الأمريكي ويجمور وكثيرين غيرهم، يشهدون بما انطوت عليه الشريعة الإسلامية من مرونة وقابلية للتطور، ويضعونها إلى جانب القانون الروماني والقانون الإنكليزي إحدى الشرائع الأساسية الثلاث التي سادت ولا تزال تسود العالم. وقد أشار الأستاذ لامبير الفقيه الفرنسي المعروف في المؤتمر الدولي للقانون المقارن، الذي انعقد في مدينة لاهاي في سنة (١٩٣٢م) إلى هذا التقدير الكبير للشريعة الإسلامية، الذي بدأ يسود بين فقهاء أوروبا وأمريكا في العصر الحاضر.

ولكني أرجع للشريعة نفسها لأثبت صحة ما قررته، ففي هذه الشريعة عناصر لو تولتها يد الصياغة، فأحسنّت صياغتها، لصنعت منها نظريات ومبادئ لا تقل في الرقي وفي الشمول وفي مسابقة التطور عن أخطر النظريات الفقهية التي نتلقاها اليوم عن الفقه الغربي الحديث.

وآتي بأمثلة أربعة اضطرت إلى الاختصار عليها لضيق المقام: يدرك كل مطلع على فقه الغرب أن من أحدث نظرياته في القرن العشرين: نظرية التعسف في استعمال الحق، ونظرية الظروف الطارئة، ونظرية تحمل التبعة، ومسؤولية عديم التمييز.

(١) ينظر: قرار مؤتمر القانون المقارن في لاهاي سنة ١٩٣٨م، ومؤتمر المحامين الدولي في لاهاي سنة ١٩٤٨م، وتوصيات ندوة عمداء كليات الحقوق والقانون والشريعة بالجامعات العربية بجامعة بيروت العربية، عام ١٩٧٣م، وبجامعة بغداد عام ١٩٧٤م، وتوصيات ندوة التشريع الإسلامي في مدينة البيضاء، ليبيا عام ١٩٧٢م، وتوصيات مؤتمر الفقه الإسلامي بالرياض عام ١٩٧٦م.

(٢) ينظر: بحث الدكتور السنهوري في مجلة نقابة المحامين بدمشق؛ السنة الأولى، العدد السابع: ص ٥٠٦.

ولكل نظرية من هذه النظريات الأربع أساس في الشريعة الإسلامية لا يحتاج إلا للصياغة والبناء ليقوم على أركان قوية، ويسامت نظريات الفقه الحديث. وقد أحدثت هذه الصيحة بالاعتراف بالحق دويماً في نفوس واضعي القوانين العربية، ولم يعد مقبولاً بحال ترك مصادرنا الفقهية الإسلامية، وأخذ قانون مترجم ترجمة حرفية عن القانون المدني الفرنسي.

وأثر هذا الدوي القوي في أفكار القانونيين، فصدر في دنيا العرب قانونان مديان مستمدان من الفقه الإسلامي، وهما القانون المدني العراقي عام (١٩٥١م)، والقانون المدني الأردني عام (١٩٧٦م)، وبدأت لجان منبثقة من قرارات وزراء العدل العرب بوضع قانون مدني وآخر جزائي مستمدين من الشريعة الإسلامية منذ عام (١٩٨٠م) وكذا قانون موحد للأحوال الشخصية، وتم إنجاز مشروعات هذه القوانين الثلاثة.

وقد تحققت هذه الفكرة في بعض البلاد العربية؛ وهي الأردن، ثم تبعتها دولة الإمارات العربية والسودان، كما بدأ إعداد مشروع قانون مدني عربي موحد مستمد من الفقه الإسلامي.

وتبدو اليوم في كثير من البلاد من العالم العربي والإسلامي التفاتة نحو الفقه الإسلامي بأجمعه للاستفادة من مذهب.

مدى الاعتماد على الشريعة في القانونين المصري والسوري:

إن القانون المدني السوري الصادر عام (١٩٤٩م) وأصله القانون المصري الصادر عام (١٩٤٨م) ما يزالان قائمين على أساس من القانون المدني الفرنسي، إلا أنهما جعلوا الفقه الإسلامي مصدراً رسمياً للقانون يأتي في المرتبة الثانية بعد نصوص القانون في قانوننا السوري (ومثله القانون الجزائري الصادر عام ١٩٧٥) وفي المرتبة الثالثة بعد نصوص القانون والعرف والعادة في القانون المصري.

وفي تقديري فإن اعتبار الفقه الإسلامي مصدراً رسمياً احتياطياً في كلا القانونين ليس له فائدة عملية كبيرة؛ لأن القاضي لا يلجأ إليه إلا إذا استحال عليه الوصول إلى الحكم القانوني من نصوص التشريع، وهذا احتمال نادر، لكنه لا شك يزيد كثيراً في أهمية

الشريعة الإسلامية، ويجعل دراستها دراسة عملية في ضوء القانون المقارن أمراً ضرورياً لا من الناحية النظرية الفقهية فحسب، بل كذلك من الناحية العملية التطبيقية.

فكل من الفقيه والقاضي أصبح الآن مطالباً أن يستكمل أحكام القانون المدني، فيما لم يرد فيه نص بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي.

قال الدكتور السنهوري: ((على أننا لا نريد بتقليد التقنيات الحديثة أن نذهب في ذلك إلى مدى أبعد مما ينبغي. وإذا كنا نقول بالاستفادة دون تحفظ من التقنيات الغربية من ناحية الشكل والصياغة، ففي المادة والموضوع نتحفظ كثيراً في هذا القول)).

وهناك فرق جوهري بين أن نجعل مصدر الأحكام الصالحة التقنيات الغربية، وبين أن نجعل مصدرها الشريعة الإسلامية، ففي الحال الأولى نكون قد قطعنا كل صلة بالقديم، وبدأنا حياة قانونية جديدة، نكون فيها عالةً على فقه الغرب وجهوده، نأخذ منه ولا نعطيه. أما في الحال الثانية فنكون قد احتفظنا بصلة الماضي، وجعلنا من هذه الصلة أساساً يقوم عليه المستقبل، واحتفظنا باستقلالنا القانوني، فلا نكون عالة على فقه الغرب، وفي الوقت ذاته نكون قد استفدنا من هذا الفقه إلى أبعد مدى، إذ تصبح الأحكام التي اخترناها وخزّجناها على أحكام الشريعة الإسلامية متفقة مع أحدث الأحكام القانونية الغربية وأرقاها.

والمفكّرون الذين درسوا الحقوق الحديثة واطّلعوا على القوانين الوضعيّة المحليّة في هذه الأقطار العربيّة، وعلى كثير من القوانين المذهبيّة الأوروبيّة، عندما يلقون بأبصارهم إلى أبعد من المذهب الحنفي أو الشافعي أو غيرهما، ويقارنون تلك القوانين بما أوجدته مجموعة الاجتهادات الإسلاميّة من آراء ونظريّات وفقه خصيب، يجدون أنّ الضيق عن الحاجات التشريعيّة العصريّة ليس هو في الفقه الإسلامي عامّة، وإنّما هو في كلّ مذهب فردي على حدة.

وما يضيق عنه المذهب الواحد ونظريّاته ففي مذهب آخر سعةٌ منه وعلاج. ولم يوجد تشريع كثرت فيه الاجتهادات واتّسعت الآراء كالتشريع الإسلامي.

وهذه المذاهب - سواء منها الأربعة المدوّنة بكاملها التي سلف ذكرها، وما كان منها لم يدوّن بكامله، وإنّما نقلت آراء أصحابه في كتب الاختلاف الفقهي نقلاً صحيحاً - هذه المذاهب كلّها نسبتها إلى الشريعة الإسلامية متساوية. فأراء فقهاء الصّحابة ومَن بعدهم من

التابعين وتابعيهم، كبن أبي ليلى، وابن شبرمة، ومكحول، والأوزاعي، والحسن البصري، وسعيد بن جبير، وكثير غيرهم، لها من القيمة والاعتبار ما لآراء أبي حنيفة ومالك والشافعي وابن حنبل.

وليس من المُحتم أن يأخذ كلُّ قطرٍ مذهب أحد المجتهدين بكامله، بل يمكن أن يأخذ من قواعد كل مذهبٍ وأحكامه ما يرى أنه الأليق بالمصالح الزمنية.

وقد ظهرت هذه الحاجة إلى فقه المذاهب الأخرى لجمعية المجلة نفسها، ويشعر بذلك ما جاء في تقرير لائحة الأسباب الموجبة التي صدرت بها المجلة، من بحث الجمعية المذكورة عن مذهب ابن شبرمة في اعتبار الشروط مطلقاً في العقود، من المناقشات التي جرت حول الأخذ بمذهبه، ثم ترجيحها **الاقتصار في ذلك على المذهب الحنفي**؛ لتوسطه ولعدم الحاجة (في نظرهم) إلى الأخذ بمذهب ابن شبرمة؛ لأنَّ الاجتهاد الحنفي يعتبر ويصح كل شرط جرى عليه العرف إذا لم يكن ثمة نصٌ يمنعه بخصوصه، ولا ينافي مقاصد الشريعة العامة.

لقد بُدئ رسمياً بتنفيذ هذه الفكرة، فكرة الاستفادة من مختلف المذاهب الفقهية، عن طريق التقنين في أحكام الأحوال الشخصية أواخر العهد العثماني، إذ وضعت الحكومة آنذاك قانون حقوق العائلة في سنة ١٣٣٣م، وأخذت فيه من **المذهب المالكي** حكم التفريق الإجباري القضائي بين الزوجين عن طريق التحكيم المنصوص عليه في القرآن عند اختلافهما، وتوسعت فيه. وبذلك مكّنت المرأة أن تتخلص من زوج السوء بطلبها التفريق، كما يتمكن الرجل من أن يتخلص من امرأة السوء بالتطليق، كما أخذت أحكاماً إصلاحية أخرى من مذاهب أخرى.

وقد أخذ القانون المذكور أيضاً من **مذهب مالك** إطلاق حرية الزواج لزوج **المفقود** بعد أربع سنين من فقدانه، في حين يقضي المذهب الحنفي بانتظار وفاة جميع أقرانه في العمر، فتبقى زوجة المفقود معلقة حتى شيخوختها.

ثم حذت الحكومة المصرية في قضية التفريق وزوجة المفقود هذا الحذو في سنة ١٩٢٠م.

ثم في سنة ١٩٢٩م خطت الحكومة المصرية خطوة واسعة في الأخذ من مختلف الاجتهادات مما وراء المذاهب الأربعة، فأصدرت قانوناً تحت رقم ٢٥/ ألغت فيه تعليق

الطلاق بالشرط في معظم حالاته، كما اعتبرت تطبيق الثلاث أو الاثنتين بلفظ واحد طلاقاً واحدة عملاً برأي متأخري الحنبلية، وذلك بإقرار مشيخة الأزهر لتخلص من مآسي الطلاق المعلق وطلاق الثلاث، مما يرتكبه جُمُال الرجال في ساعات النزاع أو الغضب، فيخرجون عن حدود السنّة والمقاصد الأساسية في الطلاق المشروع^(١)، ثم يلتزمون المخرج منه بشتى الحيل والوسائل الدنيئة بعد الوقوع، مما يعرفه أهل العلم.

ويرى بعض المفكرين من علماء العصر أنّ مجموعة المذاهب الاجتهادية يجب أن تُعدّ كمذهب واحد كبير في الشريعة، وكل مذهب فردي منها؛ كالمذهب الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي وغيرها يعد في هذا المذهب العام الكبير كالآراء والأقوال المختلفة في المذهب الفردي الواحد، فيرجع علماء الأمة ويختارون منها للتقنين في ميدان القضاء والفتيا ما هو أوفى بالحاجة الزمنية ومقتضيات المصلحة في كل عصر. وهذا رأي سديد^(٢).

(١) قال الشيخ مصطفى الزرقا في (المدخل الفقهي العام: ٢٦١/١): الطلاق قد شرع في الإسلام طريقاً لانهلال الزوجية عند تعذر العشرة الصالحة بين الزوجين. فإذا علّق الزوج الطلاق، بأن قال مثلاً: إن لم يفعل كذا، وإن لم يكن قد حصل الأمر الفلاني فامراته طالق، يكون قد استعمل الطلاق لتقوية عزمته على فعل، أو لتأكيد خبر، مكان القسم بالله؛ لأنّ هذه التأكيدات قد شرع لها القسم بالله لا الطلاق. فيكون الرجل بذلك قد أساء باستعمال الطلاق في غير ما شرع له، وخرج به عن مقاصده الشرعية. ومعظم مآسي الطلاق إنّما يقع فيها الناس بطريق تعليق الطلاق على أفعالهم أو أفعال نساءهم أو غيرهن من أكل وشرب أو ذهاب أو إياب أو زيارة أو تكليم شخص أو ليس ثوب الخ... لأجل الحمل على الفعل أو المنع عنه، بحسب كون الشرط المعلق عليه من هذه الأفعال سلبياً أو إيجابياً (نحو: إن فعلت كذا، أو إن لم أفعل). بل كثيراً ما يعلقون الطلاق على أفعال بينهم وبين أصدقائهم أو أعدائهم لا دخل لنساءهم فيها، فيقع فعل الشرط المعلق عليه، وتفاجأ المرأة بطلاق مشئت للأسرة لم تكن جانية لسببه ولا علم لها به، وقد يكون الطلاق المعلق ثلاثاً لا بقاء بعده ولا لقاء. وكل ذلك منشؤه انحراف الناس بالطلاق منذ القديم عن أسلوبه وهدفه الشرعيين، واستعمالهم إياه معلقاً لتقوية العزيمة على فعل أو على ترك، بدلاً من القسم بالله، وذلك في غير ما شرع الطلاق لأجله، بل في عكس غايته الشرعية التي تدل النصوص القرآنية على حدودها. والعلماء عن ذلك غافلون ومستسلمون لهوى الناس وجهلهم في تغيير الطريق المشروع في أخطر موضوع. وقد تخلّصت البلاد المصرية من هذه المآسي بمنع الطلاق المعلق والغائه قضاء إذا كان لم يقصد بتعليقه سوى الحمل أو المنع (أي: الحث على فعل أو ترك). وهذا التدبير في مصر لو لم يكن له مستند من المذاهب الفقهية القديمة التي نقلها ابن القيم في (إعلام الموقعين) عن كبار فقهاء الصحابة لوجب على علماء الأمة اليوم أن يقرروه بطريق الاستحسان أو الاستصلاح، رداً للناس إلى الجادة الشرعية في استعمال الطلاق، وقضاء على مآسي جهالتهم فيه.

(٢) صدر في سورية ١٩٥٣م قانون عام للأحوال الشخصية جامع لجميع أحكام الأسرة في أبوابها الأربعة:

- الزواج، وما يتفرع عنه من نفقة ونسب وحضانة وطلاق وتفريق وعدة الخ..
- الأهلية، والوصاية، وما يتفرع عنها من نيابة شرعية عن القاصرين في شتى صورها كالولاية، والقوامة الخ...
- الوصية، وما يتعلق بها من شرائط وأحكام.
- الميراث.

مستمدّاً أحكامه من الفقه الإسلامي بجميع مذاهبه وآرائه، مقتبساً جميع تلك الأحكام الإصلاحية التي أخذ بها قانون حقوق العائلة العثماني من قبل، والقوانين المصرية المتفرقة التي تناولت قضايا مختلفة من أحكام الأحوال الشخصية فكان قانوننا هذا أول قانون كامل من نوعه في العالم الإسلامي كله بشموله تقنين جميع أحكام الأحوال الشخصية، وبما تضمنه فيها من أحكام إصلاحية وخطوات تقدمية نيرة ضمن جادة الشريعة وحدودها.

وقد يتوهم بعض المتوهمين ممن لا علم عندهم ولا بصيرة لهم أن اختلاف الاجتهادات في الفقه الإسلامي نقيصة، ويتمنون لو لم يكن إلا مذهب واحد. وقد يذهبون إلى أبعد من هذا في أوهامهم فيرون أن اختلاف المذاهب يعد تناقضاً في التشريع الإسلامي!

ولدفع هذا الوهم الفاسد نقول: إن الاختلاف المذهبي الشائن الذي ليس له في الأمة إلا سيئ الأثر إنما هو الاختلاف في العقائد.

أما الاختلاف الفقهي في الأحكام العملية المدنية فهو من المفاخر والذخائر؛ لأنه ثروة تشريعية؛ كلما اتسعت كانت أنفع وأنجع وأرحب وأوسع، وهذا ما يجعل الأمة في غنى من تشريعها لا يضيق بها عن حاجاتها، ويوفر لها أسساً صالحة لحل المشكلات العارضة باختلاف الظروف، ويفتح مجالاً لاختيار الحلول الأفضل كلما دعت الحاجة وأظهر التطبيق بعض المشكلات، كل ذلك دون أن تحتاج للبحث والنظر في نظريات القوانين البعيدة عن ثقافتنا وبيئتنا وديننا.

يقول الإمام أبو إسحاق الشاطبي في كتابه (الاعتصام): (وَرَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنِ الْقَاسِمِ أَيْضاً قَالَ: لَقَدْ أَعْجَبَنِي قَوْلُ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ: (مَا أَحِبُّ أَنْ أَصْحَابَ مُحَمَّدٍ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَا يَخْتَلِفُونَ، لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ قَوْلًا وَاحِدًا لَكَانَ النَّاسُ فِي ضَيْقٍ، وَإِنَّهُمْ أَيْمَةٌ يُقْتَدَى بِهِمْ، فَلَوْ أَخَذَ رَجُلٌ بِقَوْلِ أَحَدِهِمْ كَانَ سَعَةً).

وَمَعْنَى هَذَا أَنَّهُمْ فَتَحُوا لِلنَّاسِ بَابَ الاجْتِهَادِ وَجَوَّازَ الْاِخْتِلَافِ فِيهِ، لِأَنَّهُمْ لَوْ لَمْ يَفْتَحُوهُ لَكَانَ الْمُجْتَهِدُونَ فِي ضَيْقٍ، لِأَنَّ مَجَالَ الاجْتِهَادِ وَمَجَالَاتِ الظُّنُونِ لَا تَتَّفِقُ عَادَةً... فَوَسَّعَ اللَّهُ عَلَى الْأُمَّةِ بِوُجُودِ الْخِلَافِ الْفُرُوعِيِّ فِيهِمْ، فَكَانَ فَتْحُ بَابِ لِلْأُمَّةِ لِلدُّخُولِ فِي هَذِهِ الرَّحْمَةِ، فَكَيْفَ لَا يَدْخُلُونَ فِي قِسْمٍ مَن (رَحِمَ رَبُّكَ)؟! فَاخْتِلَافُهُمْ فِي الْفُرُوعِ كَاتِفًا فِيهِمْ فِيهَا، وَالْحَمْدُ لِلَّهِ^(١).

وهذا الاختلاف الفقهي نتيجة ضرورية لا يمكن إلا أن تكون، ما دام أن العلماء لهم نظرات لا تتحد، وأفهام لا تتفق.

وقد جاء هذا القانون في موضوعه خير برهان عملي على ما في الفقه الإسلامي بمعناه الواسع في مختلف مذاهبه وأصوله من كفاية وقابلية للاستجابة إلى شتى الحاجات التشريعية الزمنية.

(١) الاعتصام؛ للشاطبي: ٦٧٧/٢.

وهو لا يدلُّ على تناقض في المصدر التشريعي المستنبط منه، كما لا تدلُّ اختلافات آراء المحاكم في معنى مادة قانونية على تناقض فيها، وإنما يدلُّ على مرونة النص، وسعة قابليته التطبيقية.

على أنه إذا كان الوضوح الصريح في المادة القانونية الفرعية أحسن وأصون، فلا شك أن المرونة في المصادر الأساسية الدستورية التي تستند إليها المواد القانونية الفرعية هو الأفضل؛ ليتمكن أن تصاغ على أساسها القوانين والأحكام بحسب الحاجة.

تقنين الفقه الإسلامي والتقنين منه:

يقصد بالتقنين بوجه عام جمع الأحكام والقواعد التشريعية المتعلقة بمجال من مجالات العلاقات الاجتماعية، وتبويبها وترتيبها، وصياغتها بعبارات أمرية موجزة واضحة في بنود تسمى (مواد) ذات أرقام متسلسلة. ثم إصدارها في صورة قانون أو نظام تفرضه الدولة، ويلتزم القضاة بتطبيقه بين الناس.

ونقصد بتقنين الفقه الإسلامي: تطبيق طريقة التقنين الآنف الذكر على الأحكام الفقهية المأخوذة من مذهب واحد.

وإذا كان في المسألة الواحدة أقوال متعددة ضمن المذهب، يُختار واحدٌ منها فقط. أي إن تقنين الفقه يراد به تقنين أحكام المذهب الواحد في المعاملات إذا أرادت الدولة في بعض الأقطار الإسلامية أن يجري قضاؤها على مذهب واحد فقط.

أما التقنين من الفقه فزريد به أن تستمد الدولة تقنيناتها في مختلف الموضوعات من الفقه الإسلامي بمفهومه العام، أي من جميع المذاهب المعتمدة، ومن آراء فقهاء الصحابة والتابعين ومن بعدهم من المجتهدين الذين نقلت آراؤهم في كتب اختلاف الفقهاء، ولم تدوّن لهم مذاهب كاملة في جميع أبواب الفقه ومعاملاته، كالليث بن سعد والأوزاعي وابن شبرمة وابن أبي ليلى. ثم إذا لم يوجد في جميع الفقه في الموضوع المراد تقنينه رأي سابق، لأنَّ الموضوع مستمد من قضايا العصر المستجدة أو كان في الموضوع رأي فقهي سابق، ولكن المصلحة الزمنية (بميزانها الشرعي) تتطلب اجتهاداً جديداً بخلافه، يلجأ عندئذ إلى تخرج الأحكام المراد تقنينها في الموضوع على قواعد الفقه الإسلامي العامة، وأصول الفقه، ومقاصد الشريعة، والمصالح المرسلّة.

وفي تقنين الفقه أو التقنين منه، عندما تتعدد الآراء والأقوال الفقهية في المسألة الواحدة، يختار منها للتقنين ما هو الأصلح بحسب قوّة الدليل الشرعي، ويسر التطبيق، والقرب من مقاصد الشريعة وعدالتها. وهذا الاختيار عمل اجتهادي يتطلب فوق المعرفة الشرعية بصيرة زمنية بأحوال الناس العملية وأنواع المشكلات التي يصادفونها، والمخالفات التي يقعون فيها. وغالباً ما يعهد بهذا العمل الاجتهادي إلى مجموعة من الخبراء الثقات، وقلماً يترك لرأي شخص واحد، فهو اجتهاد جماعة وليس اجتهاد فرد.

والمحصلة النهائية للتقنين هي أنه يثبت في كل مسألة حكماً فقهياً واحداً؛ واضح النص، واجب التطبيق على القاضي والمتقاضي. وينحصر اجتهاد القاضي حينئذ في فهم هذا النص وتطبيقه على وقائع القضايا.

أهمية التقنين:

إن من بديهيات قواعد النظام اليوم في العالم أن المواطن المكلف، أي الفرد في الدولة، له الحق كل الحق أن يعرف سابقاً حكم النظام الذي يسري عليه في الأفعال والتصرفات والعقود وسائر الحوادث التي يمكن أن تقع منه أو عليه، لكي يعرف كيف يطيع النظام، ويعرف تبعاته إذا عصاه.

ومَرَدُّ ذلك إلى مبدأ هو من بديهيات أصول التشريع الإلهية المصدر أو الوضعية على حد سواء، هو مبدأ (علنية النظام). فكل نظام يراد تطبيقه على المكلفين يجب أن يكون معلناً إليهم بجميع قواعده وأحكامه قبل سريانه عليهم وففاذه فيهم، لأنّ علم المكلف بالنظام الذي تطلب منه طاعته شرط لصحة التكليف. وإن تكليفه بطاعة نظام غير معلن، بل هو في ضمير الحاكم، وهو تكليف بما لا يطاق، وهو ممتنع شرعاً وعقلاً.

وعلنية النظام هي طريق علم المكلف به، فيمكن بعدها الحكم على المكلف بمقتضاه، سواء أعلم به بعد ذلك أو جمهله، لأن بالإعلان أصبح قادراً على معرفة أحكامه جملة وتفصيلاً، إما بنفسه أو بالسؤال من أهل العلم. ومن ثم قامت في عالم التشريع القاعدة الشهيرة: «أن الجهل بالقانون ليس عذراً للمكلف يمنع تطبيقه عليه.

واليوم تتحقق العلنية بالنشر في جريدة رسمية تصدرها الدولة، وتعتبر مسؤولية عن كل حرف ينشر فيها.

ومن ثم أيضاً كان من المقرر في النظم القضائية، مهما تعددت المحاكم في الدولة الواحدة، ألا تتعدد محكمة التمييز (محكمة النقض والإبرام)، بل يجب أن تكون واحدة ليكون الاجتهاد القضائي الملزم واحداً كوحدة النص أمام المكلف، حتى يستطيع أن يعرف مسبقاً ما سيطبق على أعماله وتصرفاته.

وهذا لا ينافي إمكان تبدل اجتهاد محكمة التمييز، فإن حالة التبدل تقبل بصورة استثنائية للضرورة، ثم تبقى أمام اجتهاد واحد في تفسير النص الواحد أو القياس عليه أو ما لا نص فيه من الحوادث، إذ يحل الرأي الاجتهادي محل القديم، ولا نكون بصورة دائمة في دوامة أمام آراء اجتهادية متعددة يتخير القاضي بينها، فلا يعرف المكلف مصيره فيها.

من مزايا التقنين من الفقه:

يرى جمهور الفقهاء والمعاصرين أنَّ مزايا التقنين وموجباته تفوق كثيراً ما يراه البعض من محاذيره^(١). ويقول الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي معيّداً مزايا التقنين ما خلاصته، أن منها سهولة مراجعة الأحكام.

فمن المعروف أنَّ كتبنا الفقهية معروضة بأسلوب يختلف عن أسلوب العصر، وهي تعصُّ باختلاف الآراء في القضية الواحدة. وهذا يجعل غير المتخصص (وهم أكثر الناس) في حرج وحيرة حين يريدون الأخذ بحكم فقهي. فإذا ما فُنت أحكام الفقه بعبارة سهلة مألوفة، ورُتبت ترتيباً ميسراً فعندئذ يسهل على القاضي والفقهاء والمحامي والمتقن العادي معرفة أحكام الشريعة في العقود والمعاملات. وربما يزهد الكثيرون في مراجعة أحكام الشريعة التطبيقية لصعوبة الرجوع إلى كتب الفقهاء مفضّلين الأخذ بالقوانين الوضعية الغريبة المذلة الطريق في مراجعتها وموسوعاتها.

والى جانب هذا التسهيل، فإنَّ تقنين الفقه يؤدي إلى ضبط الأحكام الشرعية واعتماد الرأي الأصح من الآراء المختلفة بين المذاهب، بل وفي المذهب الواحد.

«فماذا يفعل القاضي أمام هذا الحشد الهائل من اختلاف الفقهاء؟ أليس من الواجب حينئذ، ونحن في عصر السرعة وتعقّد المعاملات، وكثرة القضايا المعروضة على

(١) نقل الدكتور عبد البر في كتابه «تقنين الفقه» (ص ٥٦-٥٩) أقوال عدد من الفقهاء المحدثين في ذلك.

المحكم... أليس من المصلحة أن نيسر إصدار الحكم؟ إنَّ الاجتهاد المطلوب من القاضي هو سلامة تطبيق الحكم الشرعي المقتن على الوقائع المعقدة... أما الاجتهاد بالمعنى الأوسع فنتركه لمن يختار الأحكام عند التقنين»^(١).

مشكلات عصرية يواجهها تطبيق الشريعة الإسلامية اليوم:

إن فريقاً من الناشئة الإسلامية التي نشأت في جو ثقافي لا يتيح لها أن تعرف الحقائق والقبليات الواسعة في النظام القانوني من الشريعة يرون عدم إمكان تطبيق الشريعة الإسلامية في العصر الحاضر، لأنَّ هناك مشكلات زمنية تعترض سبيل هذا التطبيق ولا تتسع الشريعة لحلها في نظرهم.

وسنعرض هنا نقاطاً موجزة لهذه المشكلات والجواب عنها.

المشكلة الأولى: الصفة الدينية في الشريعة الإسلامية: يتوهم فريق من علماء القانون الأجنبي (وانتقل هذا الوهم عنهم إلى كثير من المسلمين) أن الشريعة الإسلامية أحكام دينية ثابتة، فهي إذن لا تقبل التطور المطلوب في القوانين الحديثة بحسب الأوضاع الزمنية والاقتصادية، وهذا الوهم منشؤه عدم معرفة معنى الصفة الدينية في النظام القانوني من الشريعة. فإن القسم المدني منها إنما تضمنت نصوصه الشرعية الأصلية في القرآن والحديث النبوي قواعد ومبادئ حقوقية ذات قيم عالمية ثابتة؛ كمبدأ الرضائية وحسن النية في العقود، ومبدأ المسؤولية من الضرر وتعويضه، إلى غير ذلك مما تبنته الشرائع الوضعية الحديثة اليوم.

فالصفة الدينية هي أن العقيدة الإسلامية توجب على المؤمنين احترام جميع الأحكام الفقهية التطبيقية التي تفرع على تلك المبادئ فيؤدوا الحقوق التي توجبها ولو كانوا بعيدين عن متناول القضاء؛ لأنَّ إقامة العدل والمصالح من أمر الله عزَّ وجلَّ كما القرآن العظيم: ((إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى)) [النحل: ٩٠].

ويشمل هذا الاحترام الأنظمة الزمنية الموقوتة المتبدلة التي يعود لولي الأمر القائم بالسلطة العليا حق إصدارها شرعاً بمقتضى قاعدة المصالح المرسلة مثلاً.

(١) تقنين الفقه الإسلامي: ص ٢٧.

فالصفة الدينية في الفقه الإسلامي لا تنافي أنه مؤسس على قواعد مدنية بحتة منتجة لفقه متطور كفيل بوفاء الحاجات العصرية وحل المشكلات النابتة في الطريق، بل هذه الصفة الدينية دعامة وضمانة لاحترام المؤمنين الأحكام التشريعية كي لا يستبيحوا ما ليس لهم من حقوق الأفراد أو حقوق الدولة متى فقدت وسائل الإثبات أو كانوا في مأمن من طائلة القضاء. **فالصفة الدينية في الفقه الإسلامي مزية فيه لا عيب.** والاحترام الناشئ عنها للأحكام التشريعية تتمناه اليوم القوانين الوضعية المحضة فلا تجده لأنفسها؛ لأنه لا يأتي إلا من طريق العقيدة.

المشكلة الثانية: تطبيق الحدود: هذه المشكلة هي (في نظرهم) أن بعض العقوبات البدنية المحددة شرعاً (الحدود) كعقوبة الزاني بالجلد أو الرجم، وعقوبة السارق بقطع اليد أصبحت غير ممكنة التطبيق في هذا العصر وما استجد فيه من الملابس. والجواب عن ذلك: إن الحدود في الشريعة ولا سيما حد الزنى مشروطة بشرائط ضيقة جداً في إثباتها وتطبيقها؛ تجعلها نادرة التطبيق، فهي تسقط أو تتبدل إلى عقوبة تعزيرية يقدّرها القاضي بمجرد وجود شبهة لدى المجرم؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «ادْرؤُوا الْحُدُودَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ، فَإِنْ كَانَ لَهُ مَخْرَجٌ فَخَلُّوا سَبِيلَهُ، فَإِنَّ الْإِمَامَ أَنْ يَخْطِئَ فِي الْعَفْوِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يَخْطِئَ فِي الْعُقُوبَةِ»^(١). ومن جهة أخرى يوجد في الشريعة باب واسع هو قاعدة الضرورات وما تسوغه شرعاً من تدابير استثنائية موقوتة تشمل ترك الواجب وفعل الممنوع عندما توجد ضرورات ملجئة.

وعقوبات الحدود على الجرائم الاجتماعية هي خمس فقط وهي: (حد الزنى، والسرقه، وقذف المحصنات من النساء، وشرب الخمر، والحراة، وهي قطع الطريق للسلب والنهب). أما ما سواها من عقوبات التعزير على جميع أصناف الجرائم فكله في نظام الإسلام مفوض إلى الحاكم بحسب مقتضيات الحال.

فإذا لوحظ أن تطبيق عقوبة الحدود الخمسة قد أصبح متعذراً في زمان أو مكان تُطبّق عندئذ عقوبة أخرى، ولا يوجب هذا ترك الشريعة جمعاء.

(١) أخرجه الترمذي في الحدود، باب: درء الحدود، رقم: ١٤٢٤، ورجح وقفه. وكذا قال البيهقي في السنن الكبرى ١٧٥١٤، وصححه الحاكم في المستدرک.

على أن عقوبة السارق بقطع اليد لا ينبغي أن تتصور فيها عدداً من الأيدي المقطوعة بعدد السارقين الذين يلوعون المجتمعات البشرية اليوم باستمرار، بل إنّ يداً واحدة تكفي لمنع آلاف. وإنّ مجرد تطبيق هذه العقوبة في بعض الدول الإسلامية في بضع حوادث قد قطع دابر السرقات وأنتج أمناً داخلياً مذهلاً ومثالياً في العالم.

وللدكتور صبحي الحمصاني - وهو قاضٍ جنائي في الأصل - بحثٌ قيمٌ حول هذه العقوبة، جُلّي فيه حقائق ذات عبرة في كتابه (نظرية العقود والموجبات في الشريعة الإسلامية).

وإنّ يداً أثيمة تروّع المجتمع والمتاجر والبيوت باستمرار السرقة والسلب عن غير حاجة دافعة، ولا تردعها عن التكرار العقوبات المطبقة اليوم، خيرٌ للمجتمع أن يخسرها ويطمئن على ما هو آثم، ويفرض أنها ذهبت في حادث سيارة مثلاً!

وبهذه المناسبة نقول: إن الشريعة الإسلامية قانون للحياة الإنسانية الصالحة كلياً متكامل. ومتلازم مترابط يمسك بعضه ببعض، ويسند بعضه بعضاً، فإذا أهمل بعض أجزائه يظهر الخلل والغرابة في البعض الآخر.

- فحدُّ السرقة مثلاً مرتبط بواجب آخر؛ هو الاهتمام بحال الفقراء وكفائهم بحسن توزيع الثروة، وتحقيق التكافل والضمان الاجتماعيين.

- وحدُّ الزنى مرتبط بتطهير المجتمع من وسائل الفتنة وإثارة الغرائز الجنسية، وتبصير الناس بالدين، وحثهم على تقوى الله، وتسهيل الزواج.

- وحدُّ شرب الخمر مرتبط بمنع صنعها وتجارتها والدعاية لها. وهكذا... فهذه الارتباطات بين الزواجر والواجبات شروط لا بد منها لتطبيق عقوبات الحدود الشرعية.

أما إذا كانت هذه الواجبات في الدولة والمجتمع محملة، بل إذا كان واقع الحال في النظام السائد هو عكسها: فوسائل الإعلام المختلفة مسخرة للدعاية إلى أنواع الخمر والمفاصلة بينها، وكان تكشف النساء والفتيات وإبراز مفاتهن هو عنوان التقدمية والتمدن، وكان النظام الاقتصادي السائد يحمي التفاوت الفاحش في الثروة والأجور حتى يصبح في المجتمع فئات كثيرة محرومة وأخرى متخومة لا تهمها إلا ملذاتها المحشوة بالآثام، واستكثارها من المكسب الحرام، فكيف يعتبر تطبيق الحدود وحدها هو مظهر تطبيق الشريعة؟! وهل هذا تطبيق أو تشويه وتمويه وتناقض!!

المشكلة الثالثة: نظام الفائدة الربوية: يحرم الإسلام الربا تحريماً قطعياً ويجاربه من غير هوادة. والمعاملات التجارية والمصرفية اليوم يقوم كثير منها على أساس الفائدة التي هي من الربا المحرم قطعاً. فتطبيق الشريعة في هذه المجالات يتنافى تنافياً مؤكداً مع نظام الفائدة، ويؤدي - في نظر من ثارت في ذهنه هذه الشبهة - إلى تعطيل كثير من الأعمال التجارية والمصرفية التي هي اليوم محور الحياة الاقتصادية.

والجواب: إن الشريعة الإسلامية، إلى جانب تحريمها الربا (والفائدة منه كما أسلفنا) قد أباحت كثيراً من عقود المعاملات المالية التي فصلها الفقه، وقرر فيها قواعد وأحكاماً تسمح باستنباط عقود جديدة تنسجم مع قواعد الشريعة وتلبي الحاجات المتجددة، ويمكن بذلك إنجاز سائر المعاملات التجارية والمصرفية المناسبة للحياة الاقتصادية المعاصرة من غير اللجوء إلى الربا المحرم. وأخص بالذكر تمويل المشروعات والأعمال التجارية والصناعية، ومشروعات الحكومة ومشترياتها، ومشتريات المستهلكين. وكذلك يمكن حشد المدخرات من الجمهور واستثمارها، وإجراء عمليات التمويل الدولي، كل ذلك بعقود صحيحة فقهاً وخالية من الربا، وعلى أسس تجارية (وليست خيرية تبرعية).

وما قررناه آنفاً هو المحصلة العامة لمئات من البحوث والكتب الحديثة المتخصصة والمفصلة، كتبها اقتصاديون ومصرفيون وفقهاء، وعقدت لها عشرات المؤتمرات المتخصصة والندوات العلمية، خلال السنوات الماضية، في مجال ما صار يعرف بالاقتصاد الإسلامي^(١)

لهذا يمكننا اليوم أن نرى أن التخلص من نظام الفائدة الربوية وتشغيل الجهاز المصرفي دون اللجوء إلى الربا (لمن يريد ذلك) هو أمر ممكن التحقيق إذا أُعدت له العدة، ولا ينبغي أن يتخذ ذريعة لعدم تطبيق الشريعة.

(١) يمكن لمن شاء التوسّع في هذا الموضوع الرجوع، على سبيل المثال لا الحصر، إلى مطبوعات مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي في جامعة الملك عبد العزيز في جدة، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية بجدة أيضاً، وكتاب د. سامي حمود: تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية (عمان: ١٩٧٦ م) وتقرير مجلس الفكر الإسلامي في باكستان عن إلغاء الفائدة الربوية من الاقتصاد (من مطبوعات مركز الأبحاث المذكور)، وكتاب د. محمد عمر شابرا: نحو نظام نقدي عادل (واشنطن، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ١٤٠٨ هـ/١٩٨٧ م).

بل قد نوهت بعض الدراسات بالمزايا الاقتصادية لأساليب التمويل الإسلامي الخالي من الفائدة في تخفيف التقلُّبات والأزمات الاقتصادية وفي الحد من تركز الثروة. وقامت في مختلف البلاد بنوك إسلامية تطبِّق هذه الأساليب في التعامل والتمويل. وفي سورية باشرت المصارف الإسلامية أعمالها عام ٢٠٠٧م، ويرجع السبب في تأخر إنشاء البنوك الإسلامية في سورية إلى تأخر الترخيص للبنوك الخاصة فيها. والمصارف الإسلامية العاملة في سورية حالياً هي: **بنك الشام، ومصرف سورية الدولي الإسلامي، وبنك البركة.**

المشكلة الرابعة: الأمور المستجدة: إنّ بعض الأوضاع القانونية اليوم يقوم على أساس وجود أوضاع اقتصادية حديثة لم يكن لها نظيرٌ في الماضي الاقتصادي والفقه في الحياة الإسلامية، وذلك كالشركات القانونية المساهمة المغفلة اليوم Anonymes، وعقود التأمين Assurance وما فيها من أحكام هامة نظمها القوانين إلى غير ذلك من الأوضاع الأخرى.

والجواب على ذلك: إنّ المبادئ الحقوقية في الفقه الإسلامي ذات سعة ومرونة وقابلية عجيبة للاستيعاب والتفريع. فالنصوص الأصلية لهذه الأحكام والمبادئ في القرآن والحديث النبوي يمكن حصرها في بضع عشرات من الصفحات، وقد كانت صالحة وكافية لأن يتفرّع عنها ويُستمد منها خلال العصور الإسلامية الأولى فقه عظيم كالبحر المحيط، ومذاهب حقوقية اجتهادية، ونظريات مهمة تكوّنت منها مكتبة فقهية في الإسلام بلغت آلاف المجلدات، وكل حكم فيها مقرون بدليله من تلك النصوص بطريق الشمول أو قياس الحوادث الجديدة على الحوادث التي تناولها النص، أو بطريق الاستحسان أو الاستصلاح.

فكل الأوضاع الاقتصادية اليوم إذا كانت ضرورية مفيدة وتحقق مصلحة عامة يمكن تخرج أحكام جديدة لها على أسس الفقه الإسلامي ونظرياته كما فعل الفقهاء السابقون. وتلك الأحكام الجديدة بعد تخرجها وبنائها على قواعد الفقه الإسلامي تلحق به وتصبح جزءاً منه. وتصبح نظرياته مرجعاً للاجتهاد القضائي والتفسير القانوني فيها بالطريقة التي تضخم بها الفقه الإسلامي نفسه.

ومن الأمثلة العصرية على ذلك «عقود التأمين» التي كان الانطباع العام لدى الفقهاء حتى الستينيات أنها لا تجوز. ثم بدأت حولها البحوث الفقهية الحديثة منذ ذلك الحين^(١)، وكانت المحصلة العامة لها هي:

أ- ظهور اتفاق في الرأي بين علماء العصر والمجامع الفقهية على أنَّ التأمين على الممتلكات من الأخطار، والتأمين من المسؤولية عن الخطأ، إذا كان تأميناً تعاونياً، هو جائز فقهاً. كما أقر علماء كثيرون وهيئات فقهية صيغة «تكافل» لتحل محل «التأمين الادخاري على الحياة».

ب - قيام شركات للتأمين ولإعادة التأمين، على أسس إسلامية صحيحة تحت إشراف هيئات شرعية موثوقة.



(١) كان الشيخ الزرقا أول الباحثين في التأمين بوجه عام في صوره الثلاث: التأمين على الممتلكات، والتأمين من المسؤولية عن الفعل الخطأ، والتأمين على الحياة (بالطريقة الخالية من الفوائد الربوية) وانتهى إلى جوازه فيها كلها ما لم يتضمن العقد الذي يعقد بين المستأمن وشركة التأمين شروطاً غير مقبولة شرعاً. وقد فصل القول في ذلك في بحث قدمه إلى مؤتمر أسبوع الفقه الإسلامي الذي عُقد بجامعة دمشق سنة ١٩٦١ م، ونشر إذ ذاك في كتاب بعنوان (عقد التأمين «السوكرة» وموقف الشريعة الإسلامية منه). وقد بسط الأدلة وناقش الآراء المخالفة. ثم وسعه وأضاف إليه بحثاً آخر في الموضوع ونشره في كتاب جديد بعنوان (نظام التأمين - حقيقته والرأي الشرعي فيه)، نشرته مؤسسة الرسالة.



مدخل إلى دراسة النظريات الفقهية

تقتضي طبيعة التدرج المنطقي الانتقال من الجزئيات إلى الكليات، ومن الأفراد إلى التركيب، ومن الأحكام الجزئية إلى النظريات العامة، كما هو منهج الدراسة القانونية الحديثة.

فإذا ما تجوّلت في حديقة مليئة بالزهور المتنوعة الألوان ستعجب بهذا التنوع وجماله، وتلك فيما أرى فروع الفقه التفصيلية، ثم إن أنت انتقلت إلى مكان مرتفع يطلُّ على تلك الحديقة هالِكْ طريقة توزيع وهندسة الألوان، وأعجبك ذلك التناسق العجيب كأنه سجادة منسوجة بعناية فائقة؛ وتلك فيما أرى النظرة الشاملة لبناء النظرية الفقهية من تكلم الفروع.

ومن المعروف أن فقهاءنا لم يقرروا أحكام المسائل الفقهية على أساس النظريات العامة وبيان المسائل المتفرعة عنها، على وفق المنهاج القانوني الحديث، وإنما كانوا يتبعون أحكام المسائل والجزئيات والفروع، مع ملاحظة ما تقتضيه النظرية أو المبدأ العام الذي يهيمن على تلك الفروع. ولكن بملاحظة أحكام الفروع يمكن إدراك النظرية وأصولها. لذا كان لزاماً علينا البحث عن نظريات الفقه الإسلامي، وما أكثرها، بالرغم مما يكتنف ذلك من صعوبات استقرائية في تتبع أحكام المسائل الفقهية في بحار الكتب القديمة المترعة بالثروة الفقهية الضخمة، التي تمتاز بخصوبتها ومرونتها وتغطيتها لاحتمالات متعددة، لا تقل عن أروع ما ابتكره الفكر القانوني الحديث، بل تفوقه أحياناً بالحرص على القيم الخلقية العالية والمصالح العامة.

وحينما ندرس بدقة وإمعان طائفة من النظريات الفقهية، يتجلى لنا إحكام الربط بين الحكم الشرعي وبين مصدره وأصوله وقواعده والنظريات الفقهية التي أدركها المجتهدون من مصادر الشريعة واتخذوها نبراساً لهم في الاجتهاد.

وكلمة "نظرية" ترجمة عربية للكلمة الإنجليزية "Theory" والفرنسية "Theorie" واشتقاقها من الكلمة اللاتينية "Theoreme".

ولهذه الكلمة عدة معانٍ تختلف باختلاف الموضوعات التي تتناولها:

فهي في الاصطلاح العام: قواعد ومبادئ تُستخدم لوصف شيء ما، سواء أكان علمياً، أم فلسفياً، أم أدبياً، وقد تثبت هذه النظرية حقيقة معينة، أو تسهم في بناء فكر جديد.

وهي عند الفلاسفة: (تركيب عقلي مؤلف من تصورات متسقة، تهدف إلى ربط النتائج بالمبادئ). أو هي قضية تُثبت صحتها بحجةٍ ودليل أو برهان. وعند المشتغلين بالعلوم التجريبية البحتة: (القانون العلمي العام الذي هو نتيجة مباشرة للفروض العلمية). أو هي: مجموعة المسلمات التي تُفسّر الفروض العلمية أو الفنية. أو هي: بعض الفروض أو المفاهيم المبنية على الحقائق والملاحظات تحاول توضيح ظاهرة معينة.

وقد نهت المعاجم العربية المعاصرة إلى أن لفظ النظرية من المولّد، وأنّ معناه (قضية تثبت بالبرهان)، أو أنّه (جملة من التصورات المؤلفة تأليفاً عقلياً تهدف إلى ربط النتائج بالمقدمات).

ولهذا لا يكون من المفيد أو الملائم أن نبحت عن أصل الكلمة أو جذورها في المعاجم القديمة، ولا أن نحلل صياغتها كمصدر صناعي من الفعل الثلاثي "نظر"، لنصل بذلك إلى معنى عربي لكلمة "نظرية" كما أوردته كتب الفلسفة والمنطق؛ ذلك أن كثيراً من الفقهاء المعاصرين قد استعملوا مصطلح "النظرية" محاكاة لما سار عليه رجال القانون، وتقريباً لأحكام الفقه الكلية من النظريات القانونية التي درجت عليها الدراسة في كليات الحقوق، فحاولوا صياغة تعريف لها يضبط حدودها ومضمونها.

ومع ذلك فإننا ننظر في معنى النظر والنظرية في معاجمنا العربية لنرى كيف عرّفوا جذر الكلمة (نظر)، ولنرى الارتباط والعلاقة بين الجذر ومعنى النظرية في الاصطلاح.

النظرية لغة: (النُّونُ وَالظَّاءُ وَالرَّاءُ) أَصْلٌ صَحِيحٌ يَرْجِعُ فُرُوعُهُ إِلَى مَعْنَى وَاحِدٍ وَهُوَ تَأَمُّلُ الشَّيْءِ وَمُعَايَنَتُهُ، ثُمَّ يُسْتَعَارُ وَيَتَّسَعُ فِيهِ. فَيَقَالُ: نَظَرْتُ إِلَى الشَّيْءِ أَنْظُرُ إِلَيْهِ، إِذَا عَايَنْتُهُ^(١).

وَالنَّظَرُ: الْفِكْرُ فِي الشَّيْءِ تَقْدِيرُهُ وَتَقْيِيسُهُ مِنْكَ^(٢).

(١) ينظر: معجم مقاييس اللغة؛ لابن فارس: (نظر).

(٢) ينظر: لسان العرب؛ لابن منظور: (نظر).

النظرية اصطلاحاً:

لم يهتم بعض من ألفوا في النظريات الفقهية بتقديم تعريف لها، وإنما اكتفوا بعرضها باعتبارها معروفة ولا تحتاج إلى تعريف، في حين اجتهد عدد من أساتذة الفقه المعاصرين وقدموا لمصطلح "النظرية الفقهية" تعريفات كثيرة متعددة لا يخلو أكثرها من النقد، ولا مجال لإيرادها كلها في هذا المقام.

وقد عرفها الشيخان الفقيهان الكبيران الشيخ مصطفى الزرقا والأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي تعريفاً متقارباً؛ ودمج التعريفين يصحان:

الدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلف كلٌّ منها على حدة نظاماً حقوقياً موضوعياً منبثاً في الفقه الإسلامي كانبثاق أقسام الجملة العصبية في نواحي الجسم الإنساني، وتحكم عناصر ذلك النظام في كل ما يتصل بموضوعه من شعب الأحكام الجزئية، ويصادف الإنسان أثر هذه النظرية في حلول جميع المسائل والحوادث^(١)، فهي انتقال من الأحكام الجزئية إلى النظريات العامة الكلية^(٢).

معناها المفهوم العام الذي يؤلف نظاماً حقوقياً موضوعياً تنطوي تحته جزئيات موزعة في أبواب الفقه المختلفة، كنظرية الحق، ونظرية الملكية، ونظرية العقد، ونظرية الأهلية، ونظرية الضمان، ونظرية الضرورة الشرعية، ونظرية المؤيدات الشرعية من بطلان وفساد وتوقف وتخيير ونحو ذلك مما أذكره هنا.

ومن الملاحظ أن أغلب هذه التعريفات تؤكد على الجانب الحقوقي في النظرية الفقهية، مما يدل بوضوح على المصدر الذي استفيد منه هذا المصطلح وهو القوانين الغريبة، مع أن النص على هذا القيد غير لازم، فالنظرية الفقهية غير محصورة في الجوانب الحقوقية، فيمكن تناول نظرية فقهية في باب العبادات أو غيرها من أبواب الفقه الإسلامي.

ومن استعراض هذه التعاريف وتحليلها والجمع بينها، يبدو واضحاً أن واضعيها لا يريدون تقديم تعريف تتوافر فيه خصائص التعريف العلمي، وإنما يهدفون إلى بيان خصائص النظرية الفقهية وإيضاح صورتها، وكأنهم يضعون ضوابط علمية لمن يروم بحث موضوع فقهي في إطار نظرية فقهية.

(١) ينظر: المدخل الفقهي العام؛ الشيخ مصطفى الزرقا: ٣٢٩/١.

(٢) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته؛ أ.د. وهبة الزحيلي: ٣٦٣/٤.

ولذلك ينبغي البحث للوصول إلى تعريف أكثر دقة، يشمل كل ما يمكن أن يشكل نظرية، وإن لم يكن الموضوع يتمحور حول المفاهيم الحقوقية والقانونية البحتة.

ويمكن تعريف النظرية الفقهية بأنها: دراسة شاملة في إطار كلي لموضوع فقهي معين، تتسم بالتجريد والعموم، قوامها أركان وشرائط وأحكام جزئية، مستمدة من قواعد الفقه وفروعه ومقاصده المبتوثة في كتب المذاهب، تجمعها وحدة موضوعية متجانسة.

شرح التعريف:

دراسة شاملة في إطار كلي: وبذا تم تجنب المصطلحات التي هي أقرب إلى تخصصات بعينها، من مثل الدساتير والقضايا والتصور والمفهوم والقواعد والأنظمة... وغير ذلك؛ فالنظرية الفقهية نوع من التأليف المتكامل الذي يحيط بموضوع الدراسة من جميع جوانبه، ولا يتعرض لما هو خارج عن هذا الموضوع.

لموضوع فقهي معين: ينبغي أن ينحصر محل النظرية في موضوع كلي محدد تناولته المدونات الفقهية صراحة أو ضمناً، أو عرضت له بإشارة عابرة، أو كان من الممكن التوصل إليه بأدوات الاجتهاد الفقهي، من نحو الاستنباط والتخريج والقياس.

تتسم بالتجريد والعموم: فلا تتعلق بشخص معين بذاته أو بحالة معينة بذاتها، وإنما يكون تناولها للأشخاص بحسب صفاتهم، وللوقائع بحسب وجودها. وكون النظرية عامة ومجردة يجعلها قابلة لتطبيقات غير متناهية.

قوامها أركان وشرائط وأحكام جزئية: حيث تبدأ دراسة موضوع النظرية بتحديد ماهيته، وتقرير مشروعيته، وبيان ثمرته، ثم يتطرق البحث إلى استعراض أركانه وشروطه، واستقراء القواعد والضوابط والمقاصد والأحكام الفرعية التي تحكمه، وصولاً إلى نتيجة البحث وما خلص إليه.

مستمدة من قواعد الفقه وفروعه ومقاصده المبتوثة في مدونات الفقه: ولذا ينبغي الإحاطة بمظان وجود الأحكام التي تؤيد النظرية وترفع أعمدتها بالبحث والتمحيص، وكذا قواعد الفقه وعلل الأحكام ومقاصد التشريع واختلاف الفقهاء.

تجمعها وحدة موضوعية متجانسة: فالنظرية الفقهية درس تجريدي لموضوع فقهي محدد متكامل العناصر، يشمل بأحكامه كل ما يتحقق فيه مناط موضوعه، ويؤلف بينها في بناء مترابط منسجم يحقق العلاقة الوثيقة بين مكوناته المترامية الأطراف.

الفروق بين النظرية الفقهية والقاعدة الفقهية:

يمكن تعريف القاعدة الفقهية بأنها: حكم شرعي عملي أغلبه تدرج تحته أحكام جزئيات موضوعه. فالقاعدة الفقهية حكم فقهي عملي، إلا أنه أغلبه أي ينطبق على جزئيات كثيرة تدخل تحت معنى هذا الحكم، مثل قاعدة (الأمر بمقاصدها)، وقاعدة (المشقة تجلب التيسير)، وغيرها من القواعد الفقهية.

ويمكن التمييز بين القواعد الفقهية والنظريات الفقهية، بملاحظة الفروق الآتية:

- ١- القاعدة الفقهية تتضمن في ذاتها حكماً أغلباً ينطبق على معظم الفروع الجزئية التي تدخل تحت معنى القاعدة. أما النظرية الفقهية فهي عنوان للمادة الفقهية المندرجة تحتها، ولا تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها.
- ٢- القاعدة الفقهية حكم شرعي عملي مستنبط بالأدلة الشرعية، أما النظرية الفقهية فهي استنتاج نخرج به من دراسة عدد كبير من الجزئيات وملاحظة الروابط بينها.
- ٣- النظرية الفقهية تقوم على تقسيمات وأنواع، وعلى أركان وعلى شروط لا بد منها لقيام هذه الأركان، بخلاف القاعدة الفقهية التي هي عبارة عن حكم واحد.
- ٤- القاعدة الفقهية مُصاغة في عبارة موجزة مختصرة، بخلاف النظرية الفقهية التي هي بحث يتكون من عدة مباحث يشمل كل منها عدة مسائل.
- ٥- القاعدة الفقهية سابقة على النظرية الفقهية في الدراسة والتدوين؛ فالقواعد الفقهية عرفها الفقهاء ودرسوها من قديم، أما النظريات الفقهية فلم تظهر ولم يشتغل العلماء والباحثون بدراستها إلا في العصر الحديث.
- ٦- النظرية الفقهية أكثر اتساعاً وشمولاً من القاعدة الفقهية لأن النظرية قد يندرج تحتها عدد كبير من القواعد الكلية والضوابط الفقهية ذات الصلة بموضوع النظرية. لكن قد تكون القاعدة الفقهية أعم من النظرية الفقهية من وجه آخر؛ وهو أن تكون القاعدة الفقهية ذات صلة بعدة نظريات فقهية، كقاعدة (الأمر بمقاصدها)، فهي تتصل بعدة نظريات، كنظرية العقد ونظرية الملكية، ونظرية المؤيدات الشرعية، وغيرها. فتكون العلاقة بين النظرية والقاعدة علاقة عموم وخصوص وجهي.

٧- النظرية الفقهية ذات وحدة موضوعية حقيقية؛ فهي بناء فقهي محكم شامل، لكل مسألة فيه حكمها الخاص، سواء كان هذا الحكم قيداً أو استثناءً أو حكماً مؤقتاً أو غير ذلك، فلكل من هؤلاء موقعه الخاص في البناء الكلي للنظرية بحيث لا تتعارض أحكامها فيما بينها. أما القاعدة الفقهية فإن وحدتها ظاهرة فحسب، من حيث إن الفروع المدرجة تحتها لا يجمع بينها غير كونها تطبيقات من موضوعات شتى لقاعدة واحدة.

وبذلك تختلف النظرية عن القاعدة الكلية في أن النظرية بناء عام لقضايا ذات مفهوم واسع مشترك. أما القاعدة فهي ضابط أو معيار كلي في ناحية مخصوصة من نواحي النظرية العامة. فقاعدة (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني) مثلاً ليست سوى ضابط في ناحية مخصوصة من ميدان أصل نظرية العقد. وهكذا سواها من القواعد.

موقع النظريات الفقهية بين علوم الفقه الإسلامي:

إن الفصل بين العلوم المترابطة في الحقل العلمي الواحد حاجة تفرضها دواعي الدرس وظروف التعليم والتعلم، ومع ذلك فإنه لا يمكن وضع حدود نهائية بين علمين يشتركان في المصدر والنشأة والغاية. والعلوم الفقهية تتجلى فيها هذه الحقيقة بصورة واضحة، فلم تزل علوم الفقه تفرق وتجتمع وتجتمع لتتفرق، حيث إنه لما كثرت المسائل والفتاوى نشأ علم أصول الفقه ليبين مأخذها، ولما كثرت الفروع المستنبطة وفقاً لتلك الأصول نشأ علم القواعد الفقهية لضبط أشتات الفروع وضم أشباهها ونظائرها، ولما كثرت التخرج على القواعد قام علم المقاصد لضبط الغايات التي ترمي إليها أحكام الشريعة، ولما خاض الناس في مقاصد الأحكام على التفصيل جاءت النظريات الفقهية لتقدم رؤية إجمالية لموضوعات الفقه.

من هنا يتبين أن للنظريات الفقهية موقعاً مهماً ضمن العلوم الفقهية، ذلك أن النظرية الفقهية في طبيعتها وصف واستكشاف ونظر مجمل للموضوع الفقهي وللقواعد التي يرتكز عليها، واستخلاص للضوابط التي تضبط جريان الأفعال ودورانها على أحكامها التكليفية، وبالتالي فهي رؤية كاشفة لطبيعة الموضوع الفقهي وحدوده والأصول التي تحكمه والقواعد التي تضبطه، وهي دراسة لآثاره التطبيقية على الأفعال والتصرفات.

ولما كانت فكرة النظريات الفقهية قائمة على أساس الدراسة الموضوعية، فإن من لازم ذلك أن تسلك هذه الدراسة سبيل الرقي المطرد إلى الاعتناء بالقواعد والكليات والأمور الجامعة، ومع أن من النظريات الفقهية ما هو محدود المجال، إلا أن السمة البارزة للنظرية الفقهية أننا نستطيع تشبيهها بأعلى الهرم بينما تشكل الجزئيات والفروع قاعدته وأساسه. ولذا فالنظرية أشبه بالتلخيص المحكم للأسس والمبادئ التي يدور عليها موضوعها والذي هو مستخلص من مجمل أحكامها بحيث ينضبط وصفها من خلاله. وكمثال لذلك؛ نظرية العقد، التي تشكل تفسيراً شاملاً للعقد وأحكامه في الفقه بصورة أرقى وأشمل مما تفعله الموضوعات المتفرقة أو القواعد والضوابط المختلفة، بل هي مستخلصة من مجموع ذلك.

وإن مطالعة هذه النظريات الأساسية بعد طلوعها من مكانها وراء فروع الأحكام، تعطي الطالب ملكة فقهية عاجلة تؤهل فكره وتعينه على مدارك الفقه؛ وإن كان يحتاج في اكتسابها إلى زمن طويل.

تقسيم النظريات الفقهية:

قُسمت النظريات الفقهية عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة، كما يأتي:

أ- نظريات باعتبار موضوعها: وتنقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين:

١- نظريات ذات صبغة أصولية: والمراد بها النظريات التي تتناول موضوعات من علم أصول الفقه، مثل: نظرية المصلحة، نظرية الإباحة، نظرية العرف، نظرية السبب، نظرية الشرط، وغيرها، وقد كثرت كتابات المعاصرين في هذه النظريات^(١).

وهذه النظريات على الرغم من أنها ذات موضوعات أصولية إلا أن التواصل والتداخل بين النظريات الفقهية والنظريات الأصولية قائم، فالنظريات الأصولية تندرج تحتها موضوعات وأحكام فقهية، والنظريات الفقهية تندرج تحتها قواعد وموضوعات أصولية؛ لأنه لا انفكاك بين التنظير والتطبيق.

(١) من المؤلفات في هذا النوع من النظريات: نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، للدكتور حسين حامد حسان. ونظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، للدكتور محمد سلام مدكور. ونظرية العرف، للدكتور عبد العزيز الخياط. ونظرية العرف، للدكتور محمد الزحيلي. ونظرية السبب عند الأصوليين، للدكتور عبد العزيز الربيع. ونظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، للدكتور محمد الروقي. ونظرية التقعيد الأصولي، للدكتور أيمن البدارين.

هذا إضافة إلى أن هناك نظريات هي فقهية وأصولية في آن واحد، مثل نظرية المقاصد، ونظرية مراعاة المآلات، ونظرية الاعتبار، ونظرية التقريب والتغليب. وهذه النظريات وما شاكلها جديرة بأن توصف بأنها (نظريات فقهية)، لأنها تكشف عن الجوانب التي سار عليها الفقهاء في الفهم والاجتهاد والاستنباط، وتبين العلاقات الفقهية التي تنتج عنها الأحكام والفتاوى، فهي أشبه بالبنى التحتية التي يقوم عليها علم الفقه ويُشاد عليها صرحه.

٢- نظريات ذات صبغة فقهية بحتة: والمراد بها النظريات التي تتناول موضوعات فقهية بحتة، وهذا النوع هو المقصود عند إطلاق مصطلح النظريات الفقهية، لأنها أسبق في الوجود من الأولى وألصق باللفظ منها^(١).

ب- تقسيمها باعتبار منشأ موضوعها: وتنقسم بهذا الاعتبار أيضاً إلى قسمين:

١- نظريات ذات منشأ قانوني: وهي النظريات التي يكون موضوعها مستفاداً من التقسيم والتفريع والترتيب القانوني، وغالباً ما يرتبط ذلك بعقد الموازنات بين الشريعة والقانون في موضوع النظرية. ومن أمثلة هذا النوع: نظرية التعسف في استعمال الحق، نظرية الشخصية الاعتبارية، نظرية الالتزامات^(٢).

٢- نظريات ذات منشأ فقهي: وهي النظريات التي تدرس موضوعات معهودة في الفقه الإسلامي وتناولها الفقهاء بالبحث والاجتهاد، ولو كان ذلك باختلاف في الترتيب، سواء كان لهذه الموضوعات مقابل في القانون أم لا. ومن نماذج هذه النظريات: نظرية الضمان، نظرية الضرورة الشرعية، نظرية الولاية، نظرية الغرر، وغيرها^(٣).

(١) ثمة الكثير من الدراسات الحديثة والمعاصرة في هذا النوع من النظريات. ومن المؤلفات التي كتبت فيها: الملكية ونظرية العقد، للشيخ محمد أبو زهرة. ونظرية الحق، للدكتور أحمد فهمي أبو سنة. والوجيز في نظرية الالتزام العامة، للشيخ مصطفى الزرقا. ونظرية الضمان، للدكتور محمد فوزي فيض الله. ونظرية الضرورة الشرعية في الفقه الإسلامي، للدكتور وهبة الزحيلي. والنظريات الفقهية، للدكتور محمد فتحي الدريني.

(٢) ومما ألف في هذا النوع: نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، للدكتور عبد المنعم فرج الصدة. ونظرية الشخصية الاعتبارية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، للدكتور أحمد محمود الخولي. ونظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، للدكتور أحمد محمود الخولي. ونظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، للدكتور فاضل شاكر النعيمي.

(٣) ومن المؤلفات في هذا النوع: نظرية الضمان، للدكتور وهبة الزحيلي. ونظرية الولاية في الشريعة الإسلامية، للدكتور نزيه حماد. ونظرية الغرر في الشريعة الإسلامية، للدكتور ياسين درادكة.

ج- تقسيمها باعتبار العموم والخصوص: وتنقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين كذلك:

١- نظريات فقهية عامة: وهي التي يكون موضوعها عاماً على وجه يشكل تفسيراً لطائفة كثيرة من الأبواب والمسائل الفقهية، ويمثل بحثاً تنظيرياً لها، كما في نظرية الحق، أو نظرية العقد، أو نظرية الحكم القضائي، أو في النظريات التي تتناول الجوانب السياسية أو الاقتصادية في الإسلام بوجه عام^(١).

٢- نظريات فقهية خاصة: وهي التي يكون موضوعها خاصاً بقضية جزئية في باب فقهي محصور، ومن أمثلة هذا النوع: نظرية براءة المتهم حتى تثبت إدانته، نظرية خيار الشرط، نظرية الضمان الشخصي، وغيرها^(٢).

خصائص النظرية الفقهية:

من الملاحظ أن الدراسات التي تناولت النظريات الفقهية، تحرص على أن تتوافر في تلك النظريات مجموعة من الخصائص أو المواصفات، وهي:

١- الاستيفاء: أي أن تحيط النظرية بجميع عناصر الموضوع الذي تتعلق به، من تعريف وتقسيمات وأركان وأسباب وشروط وقواعد كلية وفروع جزئية، وذلك يحصل بالاستقراء الذي يحيط بالجزئيات ليُستنبط منها موضوع كلي.

وجزئيات النظرية تشمل النصوص الشرعية، والتصرفات النبوية، وآثار الصحابة والتابعين، والمسائل المنقولة عن الأئمة، وسائر الفروع والفتاوى والقواعد الفقهية، والمصطلحات الفقهية والأصولية، وكل ما من شأنه أن يسهم في بناء نظرية فقهية.

وبمثل هذا الاستقراء الشامل للجزئيات، يُستخرج المضمون الموضوعي للنظرية الذي يتضمن التعريف بمفهومها، وذكر أركانها وما يتعلق بها من شروط بالإضافة إلى آثار هذه النظرية التي تتمثل في تطبيقاتها والأحكام التي تُبنى عليها.

(١) ومما كتب في هذا النوع من النظريات: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للدكتور عبد الرزاق السنهوري. والنظريات السياسية الإسلامية، للدكتور محمد ضياء الدين الرئيس. ونظرية الإسلام في الاقتصاد، للدكتور عبد الحميد أبو سليمان.

(٢) ومما كتب فيها: نظرية براءة المتهم حتى تثبت إدانته وحظها من الاعتبار في الشريعة الإسلامية، للشيخ عبد الله بن سليمان بن منيع. والنظريات الفقهية في تطهير النجاسات، للدكتور إبراهيم فاضل الدبو. ونظرية الرجوع في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي، للدكتور فتح الله أكرم تفاحة. ونظرية الجريمة السلبية في الفقه الإسلامي، للباحث داود نعيم داود رداد. ونظرية خيار الشرط في الفقه الإسلامي، للباحث نجيب الله كمالي محمد. ونظرية الضمان الشخصي، للدكتور محمود بن إبراهيم الموسى.

٢- **الانتظام:** والمقصود أن استقرار المعاني الكلية في موضوع محدد غير كاف ما لم يكن ثمة تعاضد وتوافق بين أجزاء النظرية، وهذا الانتظام هو نتيجة للاستقرار الصحيح. فلا بد أن ينتظم بناء النظرية وينسجم انسجاماً تاماً، بحيث لا تبدو مجرد جزئيات ملفقة لا تنتظمها قواعد وكميات محررة. ومثل ذلك يحصل عندما يُبتغى بالنظرية الفقهية أن تنسج على منوال النظريات القانونية الغربية في تصنيفاتها ومفاهيمها وأحكامها، وأن يُتزع من الفروع الفقهية ما يوافقها ولو كان قولاً شاذاً غير معتبر، **تصنعاً لإظهار موافقة الشريعة للقانون**، وذلك ما سلكته بعض الدراسات الفقهية في بداية الانفتاح على القوانين الغربية، وتنبه له بعض العلماء المتخصصين ونهوا إليه وحذروا منه مبكراً.

٣- **الموازنة:** حيث ارتبطت النظريات الفقهية منذ نشأة البحث فيها ارتباطاً واضحاً بإجراء الموازنة بينها وبين ما يقابلها من النظريات القانونية الغربية. ومع أن هذه الموازنة ليست من صميم البناء الموضوعي للنظرية الفقهية، إلا أنها أصبحت سمة بارزة للمؤلفات التي ألفت في النظريات الفقهية، خاصة منها تلك التي تناولت موضوعات لها ما يقابلها في القوانين الوضعية.

المنهج العام في دراسة النظريات الفقهية والتأليف فيها:

عند تتبع الكتابات المعاصرة في النظريات الفقهية، تتبين قواسم مشتركة ملحوظة في عامة المؤلفات في منهج دراسة النظريات الفقهية، وتتمثل هذه القواسم المشتركة في الخطوات المنهجية الآتية:

١- تحرير المصطلح الفقهي الذي يمثل عنوان النظرية، وتوضيح الفروق بينه وبين الاصطلاحات الفقهية التي تقاربه أو تمتُّ له بصلة، وكذا بيان ما يقابله من الاصطلاحات القانونية والعلاقة بينه وبينها.

٢- العناية بالتقسيم الكلي وترتيب المادة العلمية وتنظيمها، وإن اختلفت درجة التنظيم من دراسة إلى أخرى، وتبدو الاستفادة من الترتيب القانوني ظاهرة في بعض المواطن.

٣- استخراج المعاني والقواعد الجامعة المشتركة في الموضوع الكلي للنظرية، مع مراعاة الفوارق الخاصة لكل موضوع جزئي، والإحالة إلى كتب الفروع.

٤- الاهتمام بالدراسة المقارنة، سواء بين المذاهب الفقهية، أو بينها وبين القوانين العربية والعالمية.

٥- إبراز النظريات التفصيلية الجزئية المتعلقة ببعض جزئيات النظرية الكلية، ففي نظرية العقد مثلاً نجد: نظرية مقتضى العقد، نظرية سلطان الإرادة العقدية، نظرية السبب في العقود، نظرية الغبن، نظرية النيابة، نظرية الظروف الطارئة.

أهمية وفوائد دراسة النظريات الفقهية:

تتجلى أهمية دراسة النظريات الفقهية والفوائد المرجوة منها في النقاط الآتية:

١- في دراسة النظريات الفقهية تيسر لفهم موضوعاتها، وتقريب لدراستها وتعليمها، وفي ذلك عون على تحصيل ملكة التفقه التي لا تتحصل بمدارسة الأحكام الجزئية إلا بعد عناء طويل.

٢- تعين دراسة النظريات الفقهية على إدراك وتحصيل المعاني الجامعة المنبثة في كلام الفقهاء من مقاصد وكليات وأركان وشروط وضوابط في الفهم والتنزيل وقواعد مستنقاة ونحو ذلك، مما يبنى النظر العميق وإدراك الأبعاد المختلفة للنوازل والحادثات، دون جنوح إلى وجهة نظر دون أخرى، أو التفات إلى غاية وإهمال غايات أخرى، أو تحصيل مصلحة بتفويت ما هو أعظم منها. مما يعين على حسن التبصر لوجه الصواب في التوصيف والتكييف والحكم، سواء كان ذلك في الفهم والتصور، أو في الاجتهاد والتنزيل.

٣- من شأن النظريات الفقهية تقريب المادة الفقهية وترتيبها على النحو الذي يكون فيه الفهم الصحيح للأحكام الفقهية لدى الباحثين والدارسين بمختلف تخصصاتهم.

٤- في صياغة الموضوعات الفقهية على هيئة النظريات ضم للمسائل الكثير المتقاربة والمنثورة في أبواب الفقه المختلفة وإرجاع لها إلى أصل واحد تتفرع عنه بقية الجزئيات والتفصيلات على نحو يمنع تكرار الأحكام والقواعد والضوابط، وذلك كما تختصر نظرية العقد تفصيل الأركان والشروط التي تذكر في كل عقد على حدة.

٥- من ثمرات البحث في النظريات الفقهية واستخراجها وعقد الموازنات بينها وبين النظريات القانونية؛ إثبات فضل الشريعة وغناها، وأنها مشتملة على منظومة تشريعية شاملة ومتكاملة ذات قاعدة إيمانية وأخلاقية راسخة، وأنها الأحق والأجدر بالحكم، ليكون ذلك سبباً إلى عودة تمكينها وتطبيقها في بلاد المسلمين كافة.

٦- في صياغة فقه الشريعة على هيئة النظريات القانونية الحديثة تقريباً لأحكام الشرع إلى المؤسسات التشريعية، مما يعود بالفائدة على القضاة ويكون عوناً لهم على الفهم والتنزيل والتقنين منها.

٧- في استخراج النظريات الفقهية وتدوينها تعريف لرجال القانون بفقه الشريعة على النحو الذي يلائم أساليب التفكير القانونية الحديثة، مما يكون له بالغ الأثر في التعريف بفضل الشريعة الإسلامية وشرفها، واستبانة رجال القانون عظمة مبادئها وظهورها على سائر الشرائع والقوانين، وقد كان معظمهم لا يعرفون من الشريعة الإسلامية غير فروعها الجزئية واختلافات الفقهاء فيها، مع جهل أكثرهم بالأصول والكليات والمقاصد التي تحكمها.

لماذا تأخر الاهتمام بالنظريات الفقهية حتى العصر الحديث؟

قد يُطرح سؤال حول سبب تأخر الكتابة في النظريات في الفقه الإسلامي إلى العصر الحديث وعدم التفات الفقهاء السابقين إلى هذا النمط من البحث والدرس الفقهي، في حين أن علماء القانون الأوروبيين سبقوا إلى الكتابة في النظريات وإرساء قواعدها في وقت مبكر.

في الإجابة عن هذا السؤال نجد اتجاهين أساسيين في تفسير هذا التأخر:

الاتجاه الأول: يذهب إلى أن الحاجة إلى هذه النظريات لم تكن ملحة، باعتبار أن الفقه الإسلامي نشأ نشأة واقعية تطبيقية بحيث يجيب عن مسائل الناس ونوازلهم التي هم بحاجة إليها، فيجتهد الفقهاء في فهم النصوص وتنزيلها وتحقيق مناطها والقياس عليها. وكان هذا المستوى من الاجتهاد آخذاً بالنمو المطرد من الجزئيات إلى الكليات مع الزمن حسب الحاجة التي تملها دواعي الوقت على فقهاء الزمان، وتبعاً لذلك فقد تواترت العلوم الفقهية بالظهور، من أصول وقواعد ومقاصد. ثم لما جرى الاحتكاك الكبير بين الفقه والقوانين

الوضعية في العصر الحديث نهض الفقهاء لبيان النظريات الكبرى التي تحكم الموضوعات الفقهية لأجل أن تأخذ النوازل الكبرى التي استجدت في الأزمنة المتأخرة مكانها من البناء الفقهي، ولأجل أن يستبين الفقهاء أحكام ما يناظرها من النظريات القانونية الوضعية. وهذه النشأة للفقه الإسلامي تختلف عن نشأة القوانين الوضعية التي تفتقر ابتداء إلى مرجعية تُبنى عليها، مما يدعو إلى البحث الدؤوب من خلال استقراء الأحكام والتشريعات عن أصول ومعاقد تكون أساساً لما يُبنى عليها، ومن هنا كانت الحاجة إلى النظريات موازية لتقنين الأحكام الوضعية.

الاتجاه الثاني: يذهب إلى أن ثمة عوائق حالت دون تدوين النظريات العامة للفقه الإسلامي في وقت مبكر، ومن ذلك انغلاق باب الاجتهاد في مرحلة معينة من تاريخنا الإسلامي وما أدى إليه ذلك من الاكتفاء باجتهادات الأوائل دون تطوير منهجي لآليات الاستنباط ومخرجاتها، وما زامن تلك الأحداث العلمية من أحداث سياسية وعسكرية أدت إلى الضعف العام الذي سرى في الأمة من جراء الهجمات المتوالية من قبل التتار وغيرهم وما قاموا به في بغداد ودمشق وغيرها من إتلاف للكتب وحرق للمكتبات، مما أفرز حالة علمية جديدة تمثلت في الحرص على حفظ العلم ونقله وجمعه خوفاً عليه من الضياع، والانشغال بذلك عن الإبداع والتطوير.

والواقع أنه مهما قيل في سبب تأخر التأليف في النظريات في الفقه الإسلامي، فإن مما ينبغي أن يكون متفقاً عليه أنه ما دام الهدف النهائي للنظرية هو إعطاء التفسير العام للجزئيات فإننا لو فحصنا العلوم الفقهية المختلفة لوجدنا عامة ما يمكن أن يندرج تحت نظرية ما قد سبقت الكتابة في مثله أصولاً وفروعاً وقواعد ومقاصد وغير ذلك، كما أن الغاية من الجزئيات المتفرقة واضحة جلية؛ لارتباطها بأصول الشريعة وكيانها التي تضمنت نصوصها، وذلك أمر يعرفه الفقيه ويتخرج به المتفقه، ولذلك فإن من الأمر المألوف أن نجد نظريات مدونة بصورة حديثة ليس فيها سوى ترتيب وتقريب ما دونه الفقهاء المتقدمون. بمعنى أن النظرية كامنة في الفقه ذاته، وإنما تُستخرج بالاستقراء الذي ينزع الفقيه به المعاني الكلية من الفروع الجزئية، والذي يدل على ذلك أن الفقهاء المعاصرين قد استخرجوا النظريات بالفعل، ولو لم تكن كامنة في الفقه ذاته لما اتسقت النظرية، بل لوجدوا فيها اختلافاً كبيراً.

أثر النظريات الفقهية في تطور الفقه الإسلامي:

لقد كان للتوجه إلى البحث والتأليف في النظريات الفقهية والإقبال على هذا النمط الجديد من الكتابة الفقهية من قبل العلماء والباحثين المسلمين، دور كبير في تطور الفقه الإسلامي وازدهار البحث فيه، يتجلى ذلك في النقاط الآتية:

١- كان الاهتمام بدراسة النظريات الفقهية واستخراجها؛ سبباً أساساً في العودة إلى المطولات الفقهية بالبحث والمكابدة، والمعالجة لأحكامها ومسائلها، واستخراج ما فيها من كنوز فقهية وتشريعية مغمورة، مما أعان على حسن التوصل إلى مرادات الفقهاء المعاصرين منها، مع ما صاحب ذلك من فهرستها وتوالي البرامج الحاسوبية على ترتيبها وتصنيفها.

٢- كان للتأليف في النظريات الفقهية دور مهم في تبسيط تدريس الفقه الإسلامي في كليات الشريعة في الجامعات العربية والإسلامية، وذلك أن تمهيد دراسة المدونات المطولة بالنظريات الجامعة مما يقرب تصورهما إلى الأذهان ويعين على تيسير فهمهما واستيعاب تفاصيلهما، ويعرف بالمبادئ الكلية الحاكمة لفروعها دون إغراق في التفاصيل وتضييع للكليات.

٣- أسهمت النظريات الفقهية وطرائق التأليف فيها في تطور الدراسات الفقهية الموضوعية المعاصرة، بل يمكن القول إنها من أبرز جوانب النهضة الفقهية الحديثة.

٤- أفضت دراسة النظريات الفقهية إلى ربط الصلة بين الدراسات الفقهية والدراسات القانونية، مما أسهم في رفع الوعي القانوني إلى التمكن من فقه أحكام الشريعة والإفادة من المدونات الفقهية، بعد أن كانت الشكوى تطول من صعوبتها ووعورة ألفاظها واصطلاحاتها.

وهذا أوان الشروع بعون الله تعالى في بيان النظريات التي سيدرسها طلاب السنة الرابعة في كلية الشريعة بجامعة حلب، والله أسأل أن يكرمنا وإياهم والمسلمين أجمعين بما في رضاه سبحانه وتعالى؛ إنه خير مسؤول وأكرم مأمول.

النظريات الفقهية التي ستتم دراستها حسب الخطة الدراسية المعمول بها في قسم الفقه الإسلامي وأصوله في كلية الشريعة بجامعة حلب:

- نظرية الحق في الفقه الإسلامي.
- نظرية الأموال في الفقه الإسلامي.
- نظرية العقد في الفقه الإسلامي.
- نظرية الباعث.
- نظرية الضمان (المسؤولية التقصيرية والعقدية) في الفقه الإسلامي.
- نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي.
- نظرية التداخل في الفقه الإسلامي.
- نظرية الاستناد (الأثر الرجعي) في الفقه الإسلامي.
- نظرية الضرورة الشرعية في الفقه الإسلامي.
- نظرية المؤيدات الشرعية في الفقه الإسلامي:
 - نظرية البطلان في الفقه الإسلامي.
 - نظرية الفساد في الفقه الإسلامي.

UNIVERSITY
OF
ALEPPO



نظرية الحق في الفقه الإسلامي

. تعريف الحق:

الحق في اللغة العربية له معانٍ مختلفة تدور حول معنى الثبوت والوجوب، مثل قوله تعالى: ((لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ)) [يس: ٧] أي: ثبت ووجب. وقوله سبحانه: ((لِيُحَقِّقَ الْحَقَّ)) [الأنفال: ٨] أي: يثبت ويظهر. وقوله تعالى: ((حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ [البقرة: ٢٤١] أي: واجباً عليهم.

وتطلق كلمة الحق على النصيب المحدد؛ مثل قوله تعالى: ((وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ)) [المعارج: ٢٤ - ٢٥]، كما تطلق على العدل في مقابلة الظلم؛ مثل قوله تعالى: ((وَاللَّهُ يَفْضِي بِالْحَقِّ)) [غافر: ٢٠].

وأما الفقهاء المتقدمون فلم يعرفوا الحق تعريفاً اصطلاحياً في كتبهم؛ ولعل ذلك لوضوحه عندهم، وأما المعاصرون فقد عرفه الشيخ علي الخفيف؛ فقال: الحق: هو مصلحة مستحقة شرعاً^(١). لكنه تعريف بالغاية المقصودة من الحق، وليس تعريفاً بحقيقته، فإن الحق: هو علاقة اختصاصية بين صاحب الحق والمصلحة التي يستفيد منها.

وعرّف الأستاذ مصطفى الزرقا الحق بأنه: اختصاص يقرر به الشرع سلطةً أو تكليفاً^(٢). وهو تعريف جيد؛ لأنه يشمل أنواع الحقوق الدينية؛ كحق الله على عباده من صلاة وصيام ونحوهما، والحقوق المدنية؛ كحق التملك، والحقوق الأدبية؛ كحق الطاعة للوالد على ولده، وللزوج على زوجته، والحقوق العامة؛ كحق الدولة في ولاء الرعية لها، والحقوق المالية؛ كحق النفقة، وغير المالية؛ كحق الولاية على النفس.

ويتميز هذا التعريف بأنه أبان ذاتية الحق بأنه علاقة اختصاصية بشخص معين، كحق البائع في الثمن يختص به، فإن لم يكن ثمة اختصاص بأحد، وإنما إباحة عامة كالاصطياد والاحتطاب والتمتع بالمرافق العامة، فلا يسمى ذلك حقاً، وإنما هو رخصة عامة للناس.

(١) مذكرات الحق والذمة: ص ٣٦.

(٢) المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه: ف ٣ ص ١٠.

والسلطة: إما أن تكون على إنسان؛ كحق الحضانة والولاية على النفس، أو على شيء معين؛ كحق الملكية.

والتكليف: التزام على إنسان: إما مالي؛ كوفاء الدين، وإما لتحقيق غاية معينة؛ كقيام الأجير بعمله.

وأشار التعريف لمنشأ الحق في نظر الشريعة: وهو إرادة الشرع، فالحقوق في الإسلام منخ إلهية تستند إلى المصادر التي تستنبط منها الأحكام الشرعية، فلا يوجد حق شرعي من غير دليل يدل عليه، فمنشأ الحق هو الله تعالى؛ إذ لا حاكم غيره، ولا تشريع سوى ما شرعه. وليس الحق في الإسلام طبيعياً مصدره الطبيعة أو العقل البشري، إلا أنه منعاً مما قد يتخوف منه القانونيون من جعل مصدر الحقوق إلهياً وبالتالي إطلاق الحرية في ممارسة الحق، منعاً من هذا الخطر قرر الإسلام سلفاً تقييد الأفراد في استعمال حقوقهم بمراعاة مصلحة الغير وعدم الإضرار بمصلحة الجماعة، فليس الحق مطلقاً وإنما هو مقيد بما يفيد المجتمع ويمنع الضرر عن الآخرين، والحق في الشريعة يستلزم واجبين: واجب عام على الناس باحترام حق الشخص وعدم التعرض له. وواجب خاص على صاحب الحق بأن يستعمل حقه بحيث لا يضر بالآخرين.

. أركان الحق:

للحق ركنان: صاحب الحق وهو المستحق، ومحل الحق: وهو ما يتعلق به الحق ويرد عليه. وهو إما الشيء المعين الذي يتعلق به الحق؛ كما في الحق العيني، أو الدين. ويضاف للحق الشخصي كالعلاقة بين الدائن والمدين ركن ثالث: وهو المدين المكلف بالحق.

ونوع التكليف إما أن يكون قياماً بعمل كأداء الدين أو الثمن، أو امتناعاً عن عمل، كالامتناع عن إضرار الجار أو غيره، والامتناع عن استعمال الوديعة أو الأمانة. والمكلف قد يكون معيناً فرداً أو جماعة كالمدين بالنسبة للدين، أو غير معين كالواجبات العامة المكلف بها جميع الناس باحترام حقوق الآخرين وعدم الاعتداء عليها.

صاحب الحق: هو الله تعالى في الحقوق الدينية، والشخص الطبيعي (الإنسان) أو الاعتباري (كالشركات والمؤسسات) في الحقوق الأخرى، الذي يتمتع بالسلطات التي يمارسها على محل الحق.

وتبدأ الشخصية الطبيعية لكل إنسان ببدء تكون الجنين، بشرط ولادته حياً ولو حياة تقديرية. ويعتبر حياً **عند الحنفية** بظهور أكثر المولود حياً، وتعتبر الحياة تقديرية عندهم في حالة إسقاط الجنين بجناية، كما لو ضرب شخص امرأة حبلى فأسقط جنيناً ميتاً، فإنه يرث ويورث.

وقال **غير الحنفية**: يشترط تمام الولادة لاعتبار الشخص حياً، وانفصاله عن أمه انفصلاً تاماً. وبه أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري. وتنتهي الشخصية الطبيعية بالوفاة الحقيقية (الموت)، أو التقديرية؛ كالحكم بوفاة المفقود أو الغائب الذي لا يعلم مكانه، ولا يُدرى أهو حي أو ميت، وذلك بوفاة أقرانه في غالب الظن، أو ببلوغه تسعين سنة.

ولكن مع زوال الشخصية بالموت تظل ذمة الإنسان وأهلية وجوبه باقية افتراضاً بقدر ما تقتضيه تصفية الحقوق المتعلقة بتركته، وذلك للضرورة وبقدر الضرورة، كما سيأتي في نظرية الأموال، فيمتلك الميت ما باشر سبب ملكيته في حياته كنصب شبكة للصيد وقع فيها المصيد، ويضمن ما باشر سبب ضمانه، كالالتزام بدفع قيمة ما يقع من حيوان في حفرة حفرها في الطريق العام.

ويقر الفقه الإسلامي ما يسمى قانوناً: الشخصية الاعتبارية، أو المعنوية أو الشخصية المجردة عن طريق الاعتراف لبعض الجهات العامة؛ كالمؤسسات والجمعيات والشركات والمساجد بوجود شخصية تشبه شخصية الأفراد الطبيعيين في أهلية التملك وثبوت الحقوق، والالتزام بالواجبات، وافتراض وجود ذمة مستقلة للجهة العامة بقطع النظر عن ذم الأفراد التابعين لها، أو المكونين لها.

والأدلة كثيرة على هذا الإقرار، سواء من النصوص أو من الاجتهادات الفقهية. فمن النصوص: قول النبي صلى الله عليه وسلم: «... وَذِمَّةُ الْمُسْلِمِينَ وَاحِدَةٌ يَسْعَى بِهَا أَدْنَاهُمْ فَمَنْ أَخْفَرَ مُسْلِمًا فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ لَا يَقْبَلُ مِنْهُ صَرْفٌ وَلَا

عَدْلٌ...»^(١)؛ أي: إن الأمان الصادر للعدو من أحدهم يسري على جماعة المسلمين. ومنها نصوص الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والتي تقضي بجواز رفع ما يسمى بدعوى الحسبة من أي فرد لقمع غش وإزالة منكر أو أذى عن الطريق، وتفريق بين زوجين بينهما علاقة محرمة، وإن لم يكن للمدعي مصلحة شخصية.

ومن الاجتهادات: فصل بيت المال عن مال الحاكم الخاص، وقولهم: بيت المال وارث من لا وارث له، واعتبار الحاكم نائباً عن الأمة في التصرف بالأموال العامة على وفق المصلحة، كما يتصرف الوصي بمال اليتيم. وهو نائب عن الأمة أيضاً في إبرام المعاهدات التي تظل نافذة على الرغم من موته أو خلعه، وفي تعيين الموظفين أو العمال الذين لا ينزلون بموت الحاكم، وفي إصدار الأحكام القضائية، فلا يضمن القاضي الدية إذا أخطأ في قضائه في حقوق الله كقطع يد السارق بشهود زور، وإنما ضمانها في بيت المال.

. أنواع الحق:

ينقسم الحق عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة بحسب المعنى الذي يدور عليه الحق، أذكر أهم هذه التقسيمات وأحكامها وما يترتب عليها من نتائج.

التقسيم الأول: باعتبار صاحب الحق:

ينقسم الحق بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أنواع: حق الله، وحق الإنسان، وحق مشترك: وهو ما اجتمع فيه الحقان، ولكن قد يغلب حق الله، وقد يغلب حق الإنسان الشخصي^(٢).

١ - حق الله تعالى (أو ما يسمى الحق العام): وهو ما قصد به التقرب إلى الله تعالى وتعظيمه وإقامة شعائر دينه، أو تحقيق النفع العام للناس من غير اختصاص بأحد منهم. وينسب إلى الله تعالى لعظيم خطره وشمول نفعه، أي إنه حق للمجتمع.

مثال الأول: العبادات المختلفة من الصلاة والصيام والحج والزكاة والجهاد، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

(١) أخرجه البخاري، كتاب: الجزية، باب: إثم من عاهد ثم غدر، برقم: ٣٠٠٨، وفي مواضع أخرى، وأخرجه مسلم في كتاب الحج، باب: فضل المدينة ودعاء النبي ﷺ فيها بالبركة، برقم: ١٣٧٠، ٩٩٤/٢. واللفظ للبخاري.

(٢) تنظر في تفصيل هذا التقسيم كتب أصول الفقه.

ومثال الثاني: الكف عن الجرائم وتطبيق العقوبات من حدود وتعزيرات على الجرائم المختلفة، وصيانة المرافق العامة من أنهار وطرق ومساجد وغيرها مما لا بد منها للمجتمع.

وأحكام حق الله تعالى كثيرة: وهي لا يجوز إسقاطه بعفو أو صلح أو تنازل، ولا يجوز تغييره، فلا يسقط حد السرقة بعفو المسروق منه أو صلحه مع السارق بعد بلوغ الأمر إلى الحاكم. ولا يسقط حد الزنى بعفو الزوج أو غيره أو إباحة المرأة نفسها.

ولا يورث هذا الحق، فلا يجب على الورثة ما فات مورثهم من عبادات، إلا إذا أوصى بإخراجها، ولا يسأل الوارث عن جريمة المورث.

ويجري التداخل في عقوبة حقوق الله، فمن زنى مراراً، أو سرق مراراً ولم يعاقب في كل مرة، فيكتفى بعقوبة واحدة؛ لأن المقصود من العقوبة هو الزجر والردع ويتحقق بذلك.

واستيفاء عقوبة هذه الجرائم للحاكم، فهو الذي يؤدب على ترك العبادات أو التهاون بشأنها، وهو الذي يقيم الحدود والتعزيرات على العصاة منعاً من الفوضى ومن وقوع الجريمة.

٢ - حق الإنسان (أو العبد): وهو ما يقصد منه حماية مصلحة الشخص، سواء أكان الحق عاماً؛ كالحفاظ على الصحة والأولاد والأموال، وتحقيق الأمن، وقمع الجريمة، ورد العدوان، والتمتع بالمرافق العامة للدولة؛ أم كان الحق خاصاً؛ كرعاية حق المالك في ملكه، وحق البائع في الثمن، وحق المشتري في المبيع، وحق الشخص في بدل ماله المتلف، ورد المال المغصوب، وحق الزوجة في النفقة على زوجها، وحق الأم في حضانة طفلها، والأب في الولاية على أولاده، ونحو ذلك.

وحكم هذا الحق أنه يجوز لصاحبه التنازل عنه، وإسقاطه بالعفو أو الصلح أو الإبراء أو الإباحة، ويجرى فيه التوارث، ولا يقبل التداخل، فتتكرر فيه العقوبة على كل جريمة على حدة، واستيفاءه منوط بصاحب الحق أو وليه.

٣ - الحق المشترك: وهو الحق الذي يجتمع فيه الحقان: حق الله وحق العبد، لكن إماماً أن يغلب فيه حق الله تعالى، أو يغلب فيه حق العبد.

مثال الأول: عدة المطلقة، فيها حق الله: وهو التعبد وصيانة الأنساب عن الاختلاط، وفيها حق العبد، وهو المحافظة على نسب أولاده، لكن حق الله غالب؛ لأن

التعبد أصلٌ، ولأن في صيانة الأنساب نفعاً عاماً للمجتمع، وهو حمايته من الفوضى والانهيار.

ومثاله أيضاً: عند الحنفية^(١) حد القذف فيه حقان: حق للمقذوف بدفع العار عنه وإثبات شرفه وحصانته، وحق الله: وهو صيانة أعراض الناس وإخلاء العالم من الفساد، والحق الثاني أغلب^(٢).

وحكمه عندهم: أنه يلحق بالقسم الأول، وهو حق الله تعالى باعتبار أنه هو الغالب.

ومثال الثاني: حق القصاص الثابت لولي المقتول، فيه حقان: حق لله وهو تطهير المجتمع عن جريمة القتل النكراء، وحق للعبد: وهو شفاء غيظه وتطبيب نفسه بقتل القاتل، وهذا الحق هو الغالب؛ لأن مبنى القصاص على المماثلة، بقوله تعالى: ((كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ)) [المائدة: ٤٥]، والمماثلة ترجح حق العبد.

وحكمه أنه يلحق بالقسم الثاني: وهو حق الشخص في جميع أحكامه، فيجوز لولي المقتول العفو عن القاتل، والصلح معه على مال، بل ندب الله تعالى إلى العفو والصلح، فقال: ((فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ)) [البقرة: ١٧٨]. وقال عز وجل: ((وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا)) [الإسراء: ٣٣].

تقسيم حق الشخص (أو العبد):

ينقسم حق العبد الخاص من حيث إنه صاحب الحق إلى التقسيمين الآتيين:

الأول: حقوق تقبل الإسقاط وحقوق لا تقبل الإسقاط:

١ - الحق القابل للإسقاط: الأصل أن جميع الحقوق الشخصية تقبل الإسقاط بخلاف الأعيان، كحق القصاص وحق الشفعة وحق الخيار. وإسقاط الحق إما أن يكون بعوض أو بغير عوض.

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي: ١١٣/٩، ورد المحتار والدر المختار: ١٨٩/٤.

(٢) وقال الشافعية والحنبلية وفي قول لمالك هو الأظهر عند ابن رشد: حد القذف حق خالص للمقذوف، لأن القذف جناية على عرضه، وعرضه حقه، فالعقاب حقه.

٢ - الحق الذي لا يقبل الإسقاط: ثمة حقوق لا تقبل الإسقاط استثناءً من الأصل العام المتقدم وهي ما يأتي:

أ - **الحقوق التي لم تثبت بعد:** إسقاط الزوجة حقها في المبيت والنفقة المستقبلية، وإسقاط المشتري حقه في خيار الرؤية قبل الرؤية، وإسقاط الوارث حقه في الاعتراض على الوصية حال حياة الموصي، وإسقاط الشفيع (الشريك أو الجار) حقه في الشفعة قبل البيع. كل هذا لا يسقط؛ لأن الحق نفسه لم يوجد بعد.

ب - **الحقوق المعتمدة شرعاً من الأوصاف الذاتية الملازمة للشخص:** إسقاط الأب أو الجد حقهما في الولاية على الصغير، فإن الولاية وصف ذاتي لهما لا تسقط بإسقاطهما.

ج - **الحقوق التي يترتب على إسقاطها تغيير للأحكام الشرعية:** إسقاط المطلق حقه في إرجاع زوجته، وإسقاط الموصي حقه في الرجوع عن الوصية، وإسقاط مالك العين حقه في ملكها؛ لأن معنى إسقاط حقه في ملكها إخراجها عن ملكه إلى غير مالك، فتكون سائبة لا مالك لها، وقد نهى الشرع عن السائبة التي كانت في الجاهلية بقوله تعالى: ((مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ وَلَكِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ وَكَثُرُهُمْ لَا يَعْقِلُونَ))^(١) [المائدة: ١٠٣]، فأصبح المبدأ المقرر: (لا سائبة في الإسلام). فإسقاط المالك حقه في ملكها يترتب عليه تغيير حكم الشرع الثابت، وهذا باطل.

د - **الحقوق التي يتعلق بها حق الغير:** إسقاط الأم حقها في الحضانة، والمطلق حقه في عدة مطلقتها، والمسروق منه حقه في حد السارق؛ لأن هذه الحقوق مشتركة، وإذا كان للإنسان ولاية على إسقاط حقه، فليس له ولاية على إسقاط حق غيره.

الثاني: حقوق تورث وحقوق لا تورث:

اتفق الفقهاء على وراثة الحقوق المقصود بها التوثق؛ كحبس المرهون لوفاء الدين، وحبس المبيع لاستيفاء الثمن، وحق الكفالة بالدين لأنها من الحقوق اللازمة المؤكدة.

(١) البحيرة: هي الشاة التي تلد خمسة أبطن خامسها أنثى. والسائبة: الناقة التي تسبب لآلهتهم فترعى حيث شاءت، ولا يأخذ لبنها إلا ضيف ولا يحمل عليها. والوصيلة: الناقة التي تلد ذكراً ثم أنثى، فيقولون: وصلت أخاها، فلم يذبحوها الذكر لآلهتهم كما كان مقررأ عندهم من ذبح الذكر وإبقاء الأنثى لهم. والحام أو الحامي: الفحل الذي يولد من ظهره عشرة أبطن. (ينظر تفسير القرآن العظيم؛ للحافظ ابن كثير: ١٠٧/٢).

واتفقوا أيضاً على وراثة حقوق الارتفاق كحق الشرب والمرور؛ لأنها حقوق تابعة للعقار ولازمة له.

وكذلك اتفقوا على إرث خيار التعيين والعيب؛ لأن البيع في خيار التعيين لازم، والحق محصور في اختيار أحد الأشياء. والبيع تم في خيار العيب على أساس سلامة المبيع من العيب، فثبت ذلك الحق للورثة دفعا للضرر والغبن.

واختلف الفقهاء في إرث خيار الشرط وخيار الرؤية وأجل الدين وحق الغنم في الغنمية بعد الإحراز، وقبل القسمة:

فقال الحنفية: لا تورث الحقوق والمنافع؛ لأن الإرث يجري في المال الموجود وهو الأعيان، وهذه ليست أموالاً عندهم. أما الديون فما دامت في الذمة فليست مالاً لأنها أوصاف شاغلة لها، ولا يُتصور قبضها حقيقة، وإنما يقبض ما يعادلها، لكنها تورث لأنها مال حكومي؛ أي شيء اعتباري يملكه الدائن، وهو موجود في ثروة المدين، فالدين مالٌ من حيث المال.

وقال غير الحنفية: تورث الحقوق والمنافع والديون؛ لأنها أموال.

التقسيم الثاني: باعتبار محل الحق:

ينقسم الحق باعتبار محله المتعلق به إلى حق مالي وغير مالي، وإلى حق شخصي وحق عيني، وإلى حق مجرد وحق غير مجرد.

١ - الحقوق المالية وغير المالية:

الحقوق المالية: هي التي تتعلق بالأموال ومنافعها أي التي يكون محلها المال أو المنفعة، كحق البائع في الثمن، والمشتري في المبيع، وحق الشفعة، وحقوق الارتفاق، وحق الخيار، وحق المستأجر في السكنى، ونحوها.

والحقوق غير المالية: هي التي تتعلق بغير المال مثل حق القصاص، وحق الحرية بجميع أنواعها، وحق المرأة في الطلاق أو التفريق لعدم الإنفاق، أو بسبب العيوب التناسلية أو للضرر وسوء العشرة أو للغيبة أو الحبس، وحق الحضنة، وحق الولاية على النفس، ونحو ذلك من الحقوق السياسية والطبيعية.

٢ - الحق الشخصي والحق العيني:

الحق الشخصي: هو ما يُقرُّه الشرع لشخص على آخر. ومحله إما أن يكون قياماً بعمل؛ كحق البائع في تسلم الثمن وحق المشتري في تسلم المبيع، وحق الإنسان في الدين وبدل المتلفات والمغصوبات، وحق الزوجة أو القريب في النفقة. وإما أن يكون امتناعاً عن عمل؛ كحق المودع على الوديع في عدم استعمال الوديعة.

وللحق الشخصي عناصر ثلاثة: هي صاحب الحق، ومحل الحق، والمكلف أو المدين، إلا أن العلاقة بين طرفي هذا الحق هي الميزة أو البارزة، دون المحل وهو المال.

والحق العيني: هو ما يقره الشرع لشخص على شيء معين بالذات. فالعلاقة القائمة بين صاحب الحق وشيء مادي معين بذاته، والتي بموجبها يمارس المستحق سلطة مباشرة على الشيء هي الحق العيني. مثل حق الملكية الذي به يستطيع المالك ممارسة أكل السلطات على ما يملكه: وهي التصرف بالشيء واستثماره واستعماله. وحق الارتفاق المقرر لعقار على عقار معين كحق المرور أو المسيل أو تحميل الجذوع على الجدار المجاور. وحق احتباس العين المرهونة لاستيفاء الدين. وللحق العيني عنصران فقط هما: صاحب الحق، ومحل الحق.

خصائص الحق العيني والحق الشخصي:

يتميز كل من هذين الحقين بمميزات وخصائص أهمها ما يأتي:

١ - حق التبع لصاحب الحق العيني دون الشخصي: لصاحب الحق العيني تتبع الشيء

الذي تعلق به حقه في أي يد وجدت فيها العين مهما تغير واضع اليد عليها. فلو غصب شخص شيئاً ثم باعه أو غصب منه وتداولته الأيدي، جاز للمالك رفع الدعوى على الحائز الأخير صاحب اليد. أما الحق الشخصي: فلا يطالب به إلا المكلف به أصالة وهو المدين أو نيابة وهو الكفيل أو المحال عليه.

وسبب التفرقة: أن الحق العيني متعلق بعين معينة لا بذمة شخصية، والعين يمكن انتقالها من يد إلى أخرى. أما الحق الشخصي فمتعلق بذمة المكلف أو المدين، فلا يُسأل عنه غيره إلا بإرادته؛ كما في الكفالة والحوالة.

٢ - حق الامتياز أو الأفضلية لصاحب الحق العيني: يكون لصاحب الحق العيني حق

الأولوية أو الامتياز على سائر الدائنين العاديين إذا كان دينه موثقاً برهن. أما

صاحب الحق الشخصي فليس له حق الامتياز إلا استثناء في أحوال معينة كحالة التهمة أو الشك، فتقدم ديون الصحة على ديون المرض، وحالة الضرورة، فتقدم نفقات التكفين والتجهيز على بقية الحقوق المتعلقة بالتركة، ويقدم دين النفقة للزوجة والأولاد الصغار على الديون العادية. وحالة رعاية المصلحة العامة، فتقدم ديون الحكومة على ديون الناس العادية.

٣ - سقوط الحق العيني بهلاك محله: إذا هلك محل الحق العيني سقط الحق وبطل العقد. فإذا هلك المبيع في يد البائع قبل قبض المشتري له بطل العقد، وسقط حق المشتري في تسلّم المبيع. وإذا احترقت الدار المؤجرة بطل عقد الإجارة، وسقط حق المستأجر في الانتفاع بها.

أما إذا هلك محل الحق الشخصي فلا يسقط الحق ولا يبطل العقد، فإذا هلكت أموال المدين، فلا يسقط حق الدائن بالدين؛ لأن الدين متعلق بالذمة لا بمال معين. وإذا هلك الشيء المسلم فيه في عقد السلم وجب على البائع (المسلم إليه) تسليم غيره.

٣ - الحقوق المجردة وغير المجردة:

الحق المجرد أو المحض: هو الذي لا يترك أثراً بالتنازل عنه صلحاً أو إبراء، بل يبقى محل الحق عند المكلّف (أو المدين) بعد التنازل كما كان قبل التنازل. مثل حق الدين، فإن الدائن إذا تنازل عن دينه، كانت ذمة المدين بعد التنازل هي بعينها قبل التنازل، ولا يترتب على التنازل عن الحق أثر من الآثار. وكذلك حق الشفعة إذا أسقط الشفيع حقه في الشفعة، كانت ملكية المشتري للعقار بعد التنازل عن الشفعة هي بعينها قبل التنازل. ومثله حق المدعي في تحليف خصمه اليمين، وحق الخيار، والحق في وظائف الأوقاف.

والحق غير المجرد: هو الذي يترك أثراً بالتنازل عنه، كحق القصاص فإنه يتعلق برقبة القاتل ودمه، ويترك فيه أثراً بالتنازل عنه، فيتغير فيه الحكم، فيصير معصوم الدم بالعفو بعد أن كان غير معصوم الدم، أي مباح القتل بالنسبة إلى ولي المقتول المستحق للقصاص، ولكن برأي الحاكم. ومثل حق استمتاع الزوج بزوجه، يتعلق بالزوجة، ويمنعها من إباحة نفسها لغير زوجها بالعقد عليها، فإذا تنازل الزوج عن هذا الحق بالطلاق، استردت المرأة حريتها، فتتزوج بمن تشاء.

وتظهر **فائدة هذا التقسيم** في أن الحق **غير المجرد** تجوز المعاوضة عنه بالمال، كحق القصاص وحق الزوجة يجوز لكل من ولي المقتول والزوج أخذ العوض المالي في مقابل التنازل عن حقه بالصلح. أما الحق **المجرد**: فلا يجوز الاعتياض عنه كحق الولاية على النفس والمال وحق الشفعة، وهذا رأي الحنفية، ويجوز عند غير الحنفية أخذ العوض عنه. التقسيم الثالث: باعتبار المؤيد القضائي وعدمه:

ينقسم الحق باعتبار وجود المؤيد القضائي وعدمه إلى نوعين: **حق ديانى**، و**حق قضائى**.

فالحق الديانى: هو الذي لا يدخل تحت ولاية القضاء. فلا يتمكن القاضي من الإلزام به لسبب من الأسباب؛ كالعجز عن إثباته أمام القضاء. وإنما يكون الإنسان مسؤولاً عنه أمام ربه وضميره. فالدين الذي عجز صاحبه عن إثباته أمام القضاء لا يعني أنه صار غير مستحق، بل يجب على المدين ديانة المبادرة إلى وفائه. والزواج غير المسجل في المحاكم الشرعية تكون فيه الزوجية ثابتة ديانةً. وتترتب عليها الأحكام الشرعية من نفقة وثبوت نسب وغير ذلك.

والحق القضائى: هو ما يدخل تحت ولاية القاضي، ويمكن لصاحبه إثباته أمام القضاء. وتظهر **ثمرة التقسيم** في أن الأحكام الديانية تبنى على النوايا والواقع والحقيقة. وأما الأحكام القضائية فتبنى على ظاهر الأمر، ولا ينظر فيها إلى النوايا وواقع الأمر وحقيقته. فمن طلق امرأته خطأ، ولم يقصد إيقاع الطلاق، يحكم القاضي بوقوع طلاقه عملاً بالظاهر واستحالة معرفة الحقيقة، ويكون الحكم بوقوع الطلاق حكماً قضائياً. وأما ديانةً فالحكم عدم وقوع الطلاق، وللإنسان أن يعمل بذلك فيما بينه وبين الله تعالى، وللمفتي إفتاؤه بذلك؛ لأن الزوج لم يقصد الطلاق في الواقع.

. مصادر الحق أو أسبابه:

مر بنا سابقاً أن منشأ الحق أو سببه الأساسي: هو الشرع. فالشرع هو المصدر الأساسي للحقوق، والسبب الوحيد لها، لكن الشرع قد ينشئ الحقوق مباشرة من غير توقف على أسباب أخرى، كالأمر بالعبادات المختلفة، والنهي عن الجرائم والمحرمات، وإباحة الطيبات من الرزق، فإن أدلة الشرع هنا تعتبر أسباباً مباشرة للحقوق.

وقد ينشئ الشارع الحقوق أو الأحكام مرتبة على أسباب أخرى يمارسها الناس، كعقد الزواج، فإنه ينشئ حق النفقة للزوجة والتوارث بين الزوجين وغير ذلك. وعقد البيع ينشئ ملك البائع للثمن والمشتري للمبيع. والغصب سبب للضمان عند هلاك المغصوب. وتعتبر العقود والغصب أسباباً مباشرة، وأدلة الشرع أسباباً غير مباشرة. والمقصود من الأسباب أو المصادر في هذا المبحث: الأسباب المباشرة، سواء أكانت أدلة الشرع أم الأسباب التي أقرتها وعينتها هذه الأدلة. فليس المراد من المصدر هنا: المصدر الأمر في إيجاب الالتزام، إذ تكون عندئذ جميع المصادر مردها إلى الشرع أو القانون.

ومصادر الحق بالنسبة للالتزامات خمسة: هي الشرع، والعقد، والإرادة المنفردة، والفعل النافع، والفعل الضار. **فالعقد:** كالبيع والهبة والإجارة. **والإرادة المنفردة:** كالوعد بشيء والنذر. **والشرع:** كالالتزام بالنفقة على الأقارب والزوجة، والتزام الولي والوصي، وإيجاب الضرائب. **والفعل الضار بالغير:** كالتزام المتعدي بضمان الشيء الذي أتلفه أو غصبه. **والفعل النافع أو الإثراء بلا سبب:** كأداء دين يظنه الشخص على نفسه، ثم يتبين أنه كان بريئاً منه، أو أداء دين الغير بأمره، أو شراء شيء ثم يتبين أنه ملك الغير، فيجوز لصاحب الحق الرجوع على الآخر بالدين، لعدم استحقاق الآخر له.

ويمكن إدخال جميع هذه المصادر في الواقعة الشرعية. والواقعة الشرعية إما أن تكون طبيعية كالجوار والقربة والمرض ونحوها، أو اختيارية. والواقعة الاختيارية إما أن تكون أعمالاً مادية ممنوعة وهي الفعل الضار، أو أعمالاً مشروعة من جانب واحد وهي الفعل النافع، وإما أن تكون تصرفات شرعية.

والتصرفات الشرعية: إما وحيدة الطرف وهي الإرادة المنفردة، أو متعددة وهي العقد^(١).

ويلاحظ أن هذه المصادر هي الأسباب المباشرة للالتزام، وأما المصدر غير المباشر لكل التصرفات الشرعية والأفعال المادية فهو الشرع.

(١) المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه: ف ٤٩-٥٢.

وأما مصادر الحق العيني فهي أسباب الملك التام أو الناقص؛ وأسباب الملك التام في الشريعة أربعة: الاستيلاء على المباح، والعقود، والحلّفة، والتولد من الشيء المملوك. وفي القانون المدني هي ستة: الاستيلاء على ما ليس له مالك من منقول أو عقار، والميراث وتصفية التركة، والوصية، والالتصاق بالعقار أو بالمنقول، والعقد، والحيازة والتقادم.

وأما **الملك الناقص** فهو ملك العين وحدها، أو المنفعة وحدها. ويسمى ملك المنفعة حق الانتفاع. وملك المنفعة قد يكون حقاً شخصياً للمنتفع أي يتبع شخصه لا العين المملوكة، (وثمة أسباب خمسة لملك المنفعة الشخصية: وهي الإعارة والإجارة، والوقف والوصية، والإباحة) وقد يكون حقاً عينياً أي تابعاً للعين دائماً، بقطع النظر عن الشخص المنتفع، وهذا يسمى حق **الارتفاق**، ولا يكون إلا في العقار، (وهو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر، مملوك لغير مالك العقار الأول. وهو حق دائم يبقى ما بقي العقاران دون نظر إلى المالك. مثل حق الشرب، وحق المجرى، وحق المسيل، وحق المرور، وحق الجوار، وحق العلو).

قال الدكتور السهوري: إنه يمكن رد مصادر الحقوق في الفقه الإسلامي (سواء بالنسبة للالتزامات أم بالنسبة للحقوق العينية) إلى مصدرين اثنين، كما في الفقه الغربي أو القوانين الوضعية وهما: التصرف القانوني، والواقعة القانونية^(١).
والتصرف الشرعي أو القانوني يشمل العقد والإرادة المنفردة. والواقعة الشرعية أو القانونية تشمل الفعل الضار والفعل النافع.

ويلاحظ أخيراً أن **الإقرار لا يعد منشئاً للحق**، وإنما هو إخبار بالحق على الرأي الراجح عند الفقهاء. كما أن **قضاء القاضي لا يعد منشئاً للحق**، وإنما هو مظهر للحق وكشف له، إلا إذا قضى القاضي بشهادة زور، ولم يكتشف الزور فيها، فإن قضاءه يعد منشئاً للحق ظاهراً؛ أي قضاء لا ديانة.

وهذه هي المسألة المعروفة في الفقه الإسلامي بأن قضاء القاضي ينفذ ظاهراً وباطناً، أو ظاهراً فقط، وهي محل خلاف بين الفقهاء.

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي: ٦٩/١.

. أحكام الحق:

أحكام الحق: هي آثاره المترتبة عليه بعد ثبوته لصاحبه، وأحكامه ما يأتي:

١ - استيفاء الحق: لصاحب الحق أن يستوفي حقه بكل الوسائل المشروعة.

أما استيفاء حق الله تعالى في العبادة فيكون بأدائها على الوجه الذي رسمه الله تعالى للعبادة إما في الأحوال العادية (العزيمة)، أو في الأحوال الاستثنائية (الرخصة) مثل قصر الصلاة، وإباحة الفطر في رمضان للمريض والمسافر، والتيمم بالتراب بدل الماء في أثناء المرض أو فقد الماء، والنيابة في الحج للعاجز عنه، وإباحة النطق بالكفر مع اطمئنان القلب بالإيمان حال الإكراه عليه.

فإن امتنع الشخص عن أداء العبادة: فإن كان الحق مالياً كالزكاة أخذها الحاكم جبراً عنه ووزعه في مصارفه الشرعية. وإن كان غير مالي حمله الحاكم على فعله بما يملك من وسائل إن ترك الحق ظاهراً، وإلا عاقبه الله في الدنيا بالحن والآلام، وفي الآخرة بالعذاب الأليم.

واستيفاء حق الله تعالى في منع الجرائم والمنكرات يكون بامتناع الناس عنها، فإن لم يكف الناس عنها، كان حق الله إقامة العقوبة، ويستوفى ولي الأمر أو نائبه بعد إصدار الحكم القضائي بها منعاً من التظلم وإثارة الفتن، وشيوع الفوضى وانحيار المجتمع. وأما استيفاء حق الإنسان (العبد): فيكون بأخذه من المكلف به باختياره ورضاه، فإن امتنع من تسليمه: فإن كان الموجود تحت يده عين الحق كالمغصوب والمسروق والوديعة، أو جنس الحق كأمثال العين المغصوبة عند هلاكها، ولكن ترتب على أخذه من قبل صاحب الحق نفسه فتنة أو ضرر في الحالتين أو كان الموجود تحت يده من خلاف جنس الحق مطلقاً، فليس لصاحب الحق باتفاق الفقهاء استيفاؤه بنفسه، وإنما بوساطة القضاء.

أما إذا كان الموجود تحت يد الآخذ مالاً من جنس الحق، ولم يترتب على الأخذ بطريق خاص فتنة أو ضرر، فالمشهور عند المالكية والحنبلية أن صاحب الحق يستوفيه بوساطة القضاء^(١)، لقوله صلى الله عليه وسلم: «إِذِ الْأَمَانَةُ إِلَى مَنْ ائْتَمَكَ، وَلَا تَحْنُ مَنْ

(١) الشرح الكبير للدردير: ٣٣٥/٤، المغني: ٢٥٤/٨.

خَانَكَ»^(١)، ولأن النبي صَلَّى الله عليه وسلم قضى لهند زوجة أبي سفيان بأخذ حقها ولو لم يعلم زوجها بقوله: «خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدُكَ، بِالْمَعْرُوفِ»^(٢)، فدل على أنه لا بد من القضاء لأخذ عين الحق أو جنسه.

وقال الشافعية^(٣): لصاحب الحق استيفاء حقه بنفسه بأي طريق، سواء أكان من جنس حقه، أم من غير جنسه، لقوله تعالى: ((وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ)) [الشورى: ٤٠]، ((وَأَنْ عَاقِبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوْقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ)) [النحل: ١٢٦]، والتماثل ليس من كل وجه، وإنما هو في المالية. ولقوله عليه الصلاة والسلام: «مَنْ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ عِنْدَ رَجُلٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ وَيَتَّبِعُ الْبَيْعَ مَنْ بَاعَهُ»^(٤).

ووافق الحنفية^(٥) الشافعية فيما إذا كان المأخوذ من جنس حقه لا من غيره، والمفتى به اليوم - كما قال ابن عابدين - جواز الأخذ من جنس الحق أو من غيره، لفساد الذم والماطلة في وفاء الديون.

ويسمي الفقهاء هذه المسألة مسألة «الظفر بالحق»، وهي من أهم أحكام المعاملات التي يفرق فيها بين الأحكام القضائية والأحكام الديانية.

والخلاصة: أن من وجد عين حقه عند آخر مالا أو عروضاً (سلعاً) وكان ممطلاً في رده أو جاحداً الدين، فيباح له باتفاق الفقهاء أخذه ديانة لا قضاء للضرورة، عملاً بالحديث السابق: «مَنْ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ عِنْدَ رَجُلٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»^(٦).

والأصل في استيفاء الحق أن يكون بالعدل، فلا يزداد عليه، فإن كان الحق معلوم النوع محدد المقدار؛ كتمن دار وأجرتها وبدل قرض فلا تجوز الزيادة عليه في الاستيفاء وفي حكم القاضي.

(١) أخرجه أبو داود، كتاب: البيوع؛ أبواب الإجارة، باب: في الرجل يأخذ حقه من تحت يده، برقم: ٣٥٣٥، وأخرجه الترمذي في كتاب البيوع، باب: برقم: ١٢٦٤، وحسنه.

(٢) أخرجه البخاري، كتاب: النفقات، باب: إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، برقم: ٥٣٦٤، وفي مواضع أخرى بألفاظ متعددة.

(٣) مغني المحتاج للشربيني ١٦٢/٤.

(٤) أخرجه أبو داود، كتاب: البيوع؛ أبواب الإجارة، باب: في الرجل يجد عين ماله عند رجل، برقم: ٣٥٣١، وسكت عنه.

(٥) رد المحتار والدر المختار: ٢١٩/٣.

(٦) نظرية الضرورة الشرعية لأستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي: ص ١٨٨.

وإن كان الحق مطلقاً غير محدد النوع أو المقدار، فيحمل على الوسط المتعارف عليه بين الناس، فيؤخذ المتوسط من أموال الزكاة. ولا تؤخذ كرائم الأموال أو خسيسها. والدليل على استيفاء الوسط نصوص كثيرة قرنت بالمعروف أو العرف، مثل قوله تعالى: ((وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةُ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ)) [البقرة: ٢٣٣]، وفي كفارة اليمين صرح باعتبار الوسط في قوله تعالى: ((فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ)) [المائدة: ٨٩] والمراد بالأوسط: الوسط في نوع الطعام وعدد الوجبات. وعلى هذا فنفقة الزوجة والأقارب مقدرة بالوسط المتعارف عليه بالنص، وتجب زكاة الفطر من غالب قوت البلد: وهو الذي تعارف أهل البلد على تناوله.

التسامح في الاستيفاء والأداء: الأصل أن يكون استيفاء الحق كاملاً، لكن الشارع ندب صاحب الحق إلى عدم استيفاء حقه كله أو بعضه تسامحاً وإحساناً وإيثاراً، خصوصاً إذا كان المكلف أو المدين في ضائقة، وذلك خير يثاب عليه فاعله، قال تعالى: ((وَأِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ)) [البقرة: ٢٨٠] والمراد بالتصدق في الآية: إبراء المدين من دينه.

وفي تنازل المرأة عن شيء من حقوقها أو عن كل مهرها، قال تعالى: ((فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا)) [النساء: ٤]. ((وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى)) [البقرة: ٢٣٧]، وفي التنازل عن حق القصاص قال تعالى: وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا [الإسراء: ٣٣].

وهناك آية تقرر مبدءاً عاماً في التنازل عن الحقوق وهي قوله تعالى: ((وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ)) [الشورى: ٤٠].

٢ - حماية الحق: قررت الشريعة حماية الحق لصاحبه من أي اعتداء بأنواع مختلفة من المؤبدات منها المسؤولية أمام الله ، والمسؤولية المدنية، وتقرير حق التقاضي.

فالعبادات التي هي نوع من حقوق الله تعالى حماها الشرع بوازع الدين ودافع الإيمان القائمين على الرهبة من عذاب الله ، والرغبة في ثوابه ونعيم الدنيا. ولذا كثيراً ما

بدئت آيات القرآن في التكليف الشرعية بوصف الإيمان: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اسْتَعِينُوا بِالصَّبْرِ وَالصَّلَاةِ إِنَّ اللَّهَ مَعَ الصَّابِرِينَ [البقرة: ١٥٣].

وثمة نوع آخر من الحماية للعبادة وهو الحسبة: وهي الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه، والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله، وهو حق ثابت لكل فرد من أفراد الأمة، وللمحتسب - وهو والي الحسبة - مطالبة تارك الصلاة والزكاة، أو المفطر في رمضان بأداء ما تركه. ولكل مسلم رفع دعوى الحسبة على المعاصي إلى المحتسب أو القاضي ليؤدب العاصي بما يردعه ويزجره عن ترك العبادات وغيرها... وهكذا بقية حقوق الله تعالى.

وأما حقوق الناس الخاصة (العباد) فحمايتها بوازع الدين الذي يوجب على كل فرد احترام حق غيره في ماله أو عرضه أو دمه، وبالمرافعة إلى القضاء لمطالبة من وجبت عليه. وهكذا حمت الشريعة كل أنواع الحقوق الدينية والمدنية، الخاصة والعامة باحترام الحق لصاحبه، وعدم الاعتداء عليه، وبمعاينة المعتدي.

٣ - استعمال الحق بوجه مشروع: على الإنسان أن يستعمل حقه وفقاً لما أمر به الشرع وأذن به. فليس له ممارسة حقه على نحو يترتب عليه الإضرار بالغير، فرداً أو جماعة، سواء أقصد الإضرار أم لا. وليس له إتلاف شيء من أمواله أو تبذيره لأن ذلك غير مشروع.

فحق الملكية يبيح للإنسان أن يبني في ملكه ما يشاء وكيف يشاء، لكن ليس له أن يبني بناء يمنع عن جاره الضوء والهواء، ولا أن يفتح في بناءه نافذة تطل على نساء جاره، لإضراره بالجار.

واستعمال الإنسان حقه على وجه يضر به أو بغيره هو ما يعرف بالتعسف في استعمال الحق عند فقهاء القانون الوضعي.

فإن مارس الإنسان ما ليس حقاً له فلا يسمى تعسفاً وإنما هو اعتداء على حق الغير، فالمستأجر الذي ينتفع بالدار على وجه يضر بها يعد متعسفاً، أما الغاصب فإنه يعد متعدياً.

أدلة حرمة التعسف: ثمة أدلة كثيرة على تحريم التعسف منها ما يأتي:

١ - قال تعالى: ((وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتُعْتَدُوا)) [البقرة: ٢٣١] نهى الشرع عن استعمال حق المراجعة بقصد الإضرار، كما كان يفعل في الجاهلية حيث يطلق الرجل زوجته، ثم إذا قاربت عدتها على الانتباه راجعها، ثم طلقها، فنهى الشرع عنه، والنهي يفيد التحريم، فيكون التعسف حراماً.

٢ - قال تعالى بعد بيان أنصاء الورثة: ((غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ)) [النساء: ١٢] نهى الله تعالى عن الوصية الضارة بالورثة؛ كالوصية لو ارث، أو بأكثر من الثلث، والنهي للتحريم، فيكون التعسف حراماً.

٣ - قال عز وجل: ((وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا)) [النساء: ٥] فقد أمر الله بالحجر على السفیه الذي ييذر ماله، إذ إنه تعسف في استعمال حق الإنفاق، فيكون التعسف ممنوعاً مستحقاً التأديب والحجر.

٤ - حديث السفينة في التضامن بإزالة المنكر^(١): أمر النبي صلى الله عليه وسلم بمنع من في أسفل السفينة من خرقها، لما فيه من الضرر، وهو هلاك الجميع، ففعلهم يكون تعسفاً حراماً.

والسبب في تحريم التعسف:

أولاً: ليس لصاحب الحق حرية مطلقة في ممارسة حقه، وإنما هو مقيد بعدم الإضرار بالغير، للنصوص الشرعية التي تمنع الإضرار بالغير وتحريم الاحتكار وبيع مال المحتكر جبراً عنه عند الحاجة، سواء أكان الضرر ناشئاً عن استعمال حق مشروع أم عند اعتداء محض.

ثانياً: نزعة الحقوق الجماعية: فلا تقتصر المصلحة المستفادة من الحق الخاص المالي على صاحبه فقط، وإنما تعود على المجتمع أيضاً؛ لأن ثروته جزء من ثروة الأمة التي يجب

(١) أخرج البخاري في كتاب: الشركة، باب: هل يفرع في القسمة والإستيهام فيه، برقم: ٢٤٩٣: عن النعمان بن بشير رضي الله عنهما: قال النبي صلى الله عليه وسلم: «مَثَلُ الْقَائِمِ عَلَى حُدُودِ اللَّهِ وَالْوَاقِعِ فِيهَا، كَمَثَلِ قَوْمٍ اسْتَهَمُوا عَلَى سَفِينَةٍ، فَأَصَابَ بَعْضُهُمْ أَعْلَاهَا وَبَعْضُهُمْ أَسْفَلَهَا، فَكَانَ الَّذِينَ فِي أَسْفَلِهَا إِذَا اسْتَقَوْا مِنَ الْمَاءِ مَرُّوا عَلَى مَنْ فَوْقَهُمْ، فَقَالُوا: لَوْ أَنَّا خَرَقْنَا فِي نَصِيبِنَا خَرْقًا وَلَمْ نُؤْذِ مَنْ فَوْقَنَا، فَإِنْ يَتْرَكُوهُمْ وَمَا ارَّادُوا هَلَكُوا جَمِيعًا، وَإِنْ أَخَذُوا عَلَى أَيْدِيهِمْ نَجَوْا، وَنَجَوْا جَمِيعًا».

أن تبقى قوية استعداداً للطوارئ، فيجب ألا يتصرف الفرد في ماله تصرفاً ضاراً؛ لأن ذلك يعد اعتداءً على حق المجتمع، واعتداءً على نفسه.

قواعد منع التعسف في استعمال الحق:

القاعدة الأولى: قصد الإضرار: إذا قصد الإنسان من استعمال حقه الإضرار لا المصلحة المنشودة من الحق، كان استعماله تعسفاً محرماً، ووجب منعه. والدليل على ذلك تحريم الرجعة إضراراً بالزوجة، والوصية إضراراً بالورثة والدائنين، وسفر الزوج بزوجه بعيداً عن بلدها وأهلها إضراراً بها، ورفع الدعوى على الفضلاء بالتهمة الباطلة للتشهير بهم، وإقرار مريض الموت بالدين لحرمان الورثة أو الدائنين، وطلاق مريض الموت زوجته فراراً من ميراثها، فكل ذلك تعسف حرام، وأساس هذه القاعدة هو قصد الضرر.

ويترتب على التعسف في هذه الحال **ثلاثة أمور:** تأديب صاحب الحق المتعسف وتعزيره بما يراه القاضي رادعاً لأمثاله، وبطلان التصرف إذا كان قابلاً للإبطال، وتعويض الضرر من هذا التعسف. ويعرف قصد الضرر بالأدلة والقرائن.

القاعدة الثانية: قصد غرض غير مشروع: إذا قصد الشخص من استعمال حقه تحقيق غرض غير مشروع لا يتفق مع المصلحة المقصودة من الحق، وإنما يستتر وراء استعمال الحق المشروع، كاتخاذ عقد الزواج وسيلة لتحليل المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول، ولا يقصد به الزواج الدائم، وكذا إسلام الزوجة غير المسلمة بقصد الإرث من زوجها، وهبة المال قبيل الحول بقصد إسقاط الزكاة الواجبة.

وقد أخذت هذه القاعدة من مبدأ (سد الذرائع) وما يتفرع عنه من بطلان الحيل المحرمة التي يقصد بها إباحة الحرام أو تحريم الحلال أو إسقاط الواجب.

وأساس هذه القاعدة هو قصد الضرر أيضاً كالقاعدة الأولى، ويعرف ذلك بالأدلة والقرائن التي تعين القصد.

القاعدة الثالثة: ترتب ضرر أعظم من المصلحة: إذا استعمل الإنسان حقه بقصد تحقيق المصلحة المشروعة منه، ولكن ترتب على فعله ضرر يصيب غيره أعظم من المصلحة المقصودة منه، أو يساويها، منع من ذلك؛ سداً للذرائع، سواء أكان الضرر الواقع عاماً يصيب الجماعة، أو خاصاً بفردٍ أو مجموعة أفراد. والدليل على المنع قول النبي صلى الله

عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»^(١)، وعلى هذا فإن استعمال الحق يكون تعسفاً إذا ترتب عليه ضرر عام، وهو دائماً أشد من الضرر الخاص، أو ترتب عليه ضرر خاص أكثر من مصلحة صاحب الحق أو أشد من ضرر صاحب الحق أو مساو لضرر المستحق. أما إذا كان الضرر أقل أو متوهماً فلا يكون استعمال الحق تعسفاً.

من أمثلة الضرر العام بالأمة أو بالجماعة: الاحتكار: وهو شراء ما يحتاجه الناس وادخاره لبيعه وقت غلاء الأسعار وحاجة الناس إليه. وهو ممنوع لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «لَا يَحْتَكِرُ إِلَّا خَاطِئٌ»^(٢). ومنه تلقي الركبان: وهو تلقي التاجر للوافدين من الريف إلى المدينة لبيع محاصيلهم، وشراؤها بثمن أقل من السعر القائم، وبيعها لأهل المدينة بثمن مرتفع. وهذا حرام؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقي الركبان. ومثال الضرر الخاص الأشد: فتح نافذة في بناء تطل على مقر نساء الجار إلا إذا كانت أعلى من مستوى النظر. وقد منع رسول الله صلى الله عليه وسلم سمرة بن جندب من دخول بستان لأحد الأنصار لتفقد نخله بسبب تأذي الأنصاري من دخوله^(٣)؛ لأن الضرر في الدخول كان أشد من عدم تفقد صاحب النخل نخله.

(١) أخرجه عن عباد بن الصامت رضي الله عنه ابن ماجه في سننه، باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره، برقم: ٢٣٤٠، وأحمد في المسند ٣٢٦/٥، برقم: ٢٢٨٣٠، والبيهقي في السنن الكبرى ١٥٦/٦. وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه الدارقطني في سننه ٧٧/٣، برقم: ٢٨٨، والحاكم في المستدرک ٦٦/٢، برقم: ٢٣٤٥، وقال: (هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه). ووافقه الذهبي. والبيهقي في السنن الكبرى، باب: لا ضرر ولا ضرار، برقم: ١١١٦٦، ٦٩/٦. وعن عائشة رضي الله عنها الطبراني في الأوسط ٣٠٧/١، برقم: ١٠٣٣، والدارقطني في سننه ٢٢٧/٤، برقم: ٨٣. وعن أبي هريرة رضي الله عنه الدارقطني في سننه ٢٢٨/٤، برقم: ٨٦. وعن ابن عباس رضي الله عنهما في المسند ٣١٣/١، برقم: ٢٨٦٧، وأبو يعلى في مسنده ٣٩٧/٤، برقم: ٢٥٢٠، والطبراني في الكبير ٢٢٨/١١، برقم: ١١٥٧٦. وعن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه مراسلاً مالك في الموطأ، باب: القضاء في المرافق ٧٤٥/٢، برقم: ١٤٢٩، والشافعي في مسنده ٢٢٤، والبيهقي ١٣٣/١٠. قال ابن الملقن: ((وقال ابن الصلاح: حسن، قال أبو داود: وهو أحد الأحاديث التي يدور عليها الفقه...، وقال البيهقي: تفرد به عثمان بن محمد عن الدراوردي، قلت: لا؛ بل تابعه عليه عبد الملك بن معاذ النصيبی، فرواه عن الدراوردي كما أفاد ابن عبد البر في تمهيده، وأما ابن حزم فخالف في محله، فقال: هذا خير لا يصح قط)). [خلاصة البدر المنير ٤٣٨/٢] وانظر: التمهيد لابن عبد البر ١٥٩/٢٠، والمحلّى ٢٤١/٨، وبهذا يظهر أن الحديث يعول عليه؛ لأن الأمة تلقتة بالقبول من جهة، ومن جهة أخرى يقوي الحديث مسائل فرعية ورد فيها أدلة قطعية الثبوت والدلالة.

(٢) أخرجه مسلم في البيوع، باب: تحريم الإحتكار في الأقوات، برقم: ١٣٠ - (١٦٠٥).
(٣) أخرج أبو داود في كتاب: الأقضية، باب: من القضاء، برقم: ٣٦٣٦: عن سمرة بن جندب، أنه كانت له عَصَدٌ من نخل في خانط رجل من الأنصار، قال: ومع الرجل أهله، قال: فكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به ويشق عليه، فطلب إليه أن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم، فذكر ذلك له فطلب إليه النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيعه، فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى، قال: «فهبه له ولك كذا وكذا» أمراً رغبة فيه فأبى، فقال: «أنت مضار» فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لئانصاري: «أذهب فألق نخله».

ومثال الضرر الخاص المساوي للمصلحة: أن يفعل مالك الدار فيها شيئاً يتضرر به جيرانه؛ رأى أبو حنيفة منعه من ذلك دفعاً للضرر الذي يصيب غيره، والضرر يجب رفعه لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار». وقال أبو يوسف ومحمد: لا يمنع صاحب الحق حينئذ من استعمال حقه مراعاة لحق المالك، لتساويهما في الضرر، فيرجح حق المالك عملاً بما يبيحه له ملكه من استعمال وانتفاع.

ومثال الضرر القليل: بناء جدار أو غرس شجر في أرضه، مما يترتب عليه حجب الهواء عن جاره، لا يمنع منه المالك ولا يكون تعسفاً؛ إذ لا بد من مثل هذا الضرر القليل عادة أثناء الانتفاع بالحق.

ومثال الضرر الموهوم: كثرة إنجاب النسل الذي قد يترتب عليه ضائقة اقتصادية، لا يمنع منه الإنسان؛ لأن الضرر هنا متوهم؛ فالله تعالى أودع في الأرض من الكنوز والموارد ما يكفي حاجة الإنسان إذا استخدمت الأيدي العاملة والعقول المفكرة، وتمت مراقبة الله وتقواه في هذه الموارد، كما قال تعالى: ((وَلَوْ أَنَّ أَهْلَ الْقُرَى آمَنُوا وَاتَّقَوْا لَفَتَحْنَا عَلَيْهِم بَرَكَاتٍ مِّنَ السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ وَلَكِن كَذَّبُوا فَأَخَذْنَاهُم بِمَا كَانُوا يَكْسِبُونَ)) [الأعراف: ٩٦]. وقال سبحانه في شأن أهل الكتاب: ((لَوْ أَنَّهُمْ أَقَامُوا التَّوْرَةَ وَالْإِنْجِيلَ وَمَا أُنْزِلَ إِلَيْهِمْ مِنْ رَبِّهِمْ لَأَكْلُوا مِنْ فَوْقِهِمْ وَمِنْ تَحْتِ أَرْجُلِهِمْ مِنْهُمْ أُمَّةٌ مُّقْتَصِدَةٌ وَكَثِيرٌ مِنْهُمْ سَاءَ مَا يَعْمَلُونَ)) [المائدة: ٦٦].

وأساس هذه القاعدة: هو مقدار الضرر الناشئ عن استعمال الحق.

القاعدة الرابعة: الاستعمال غير المعتاد وترتب ضرر للغير: إذا استعمل الإنسان حقه على نحو غير معتاد في عرف الناس، ثم ترتب عليه ضرر للغير، كان متعسفاً، كرفع صوت المذياع المزج للجيران والتأذي به، واستئجار دارٍ ثم ترك الماء في جدرانها وقتاً طويلاً، أو استئجار سيارة ثم يحملها أكثر من حمولتها، أو دابة ثم يضربها ضرباً قاسياً أو يحملها ما لا تطيق؛ ففي كل ذلك يعتبر متعسفاً، فيمنع من تعسفه، ويعوض المتضرر عما أصابه من ضرر.

كذلك يمنع من استعمال حقه، إذا استعمل حقه استعمالاً غير معتاد، ولم يترتب عليه ضرر ظاهر؛ لأن الاستعمال على هذا النحو لا يخلو من ضرر، وعدم ظهور الضرر لا يمنع من وجوده في الواقع، وإن كان يمنع من الحكم عليه بالتعويض لعدم وضوح الضرر،

فإن كان الاستعمال معتاداً مألوفاً، ووقع الضرر فلا يعد تعسفاً، ولا يترتب على ذلك ضمان، كالطبيب الجراح الذي يجري عملية جراحية معتادة، ويموت المريض، فلا يضمن. ومثله من يوقد فرنًا يتأذى الجيران بدخانه، أو يدير آلة يتضرر الجيران بصوتها المعتاد، فلا ضمان؛ لأن كل ذلك معتاد مألوف.

وبناء عليه: من يشعل ناراً في أرضه، فطار منها شرر أحرق شيئاً لجاره، إن كان ذلك في أحوال عادية فلا ضمان عليه. وإن كان ذلك في وقت هبوب الرياح واشتدادها، فعليه الضمان.

والمقياس في ذلك هو العرف الذي يحدد كون التصرف معتاداً أو غير معتاد. وعليه تطبق أحكام التعامل مع الخباز والكواء إذا أحرق ما سلم له، يضمن إذا تصرف تصرفاً غير معتاد بزيادة وقود النار، وحرارة الكهرباء.

القاعدة الخامسة: استعمال الحق مع الإهمال أو الخطأ: إذا استعمل الإنسان حقه على وجه ليس فيه احتياط واحتراس وتثبت، فأضر بالغير، وهذا ما يعرف بالخطأ، كان متعسفاً أو مسؤولاً مسؤولية تقصيرية. سواء أكان خطأ في القصد، كما إذا رأى الصياد شبحاً من بعيد، فظنه صيداً، فأطلق عليه النار، فإذا هو إنسان.

أو كان خطأ في الفعل، كما إذا سد الصائد الرمية على صيد، فانحرفت وأصاب إنساناً، أو تجاوزت الصيد إلى إنسان فقتلته.

فذلك كله إساءة في استعمال الحق يترتب عليه تعويض الضرر الذي أصاب الغير؛ لأنه كان يجب عليه التثبت والانتباه أو الاحتراس في كل من القصد والفعل، فإذا قصد في ذلك تحمل نتيجة فعله صوناً لدماء الناس وأموالهم.

والدليل أن الله تعالى أوجب تعويض الضرر في القتل الخطأ بالدية، ومنع النبي من الضرر في الحديث المتقدم: «لا ضرر ولا ضرار» ولا سبيل إلى رفع الضرر بعد وقوعه إلا بإيجاب الضمان أو التعويض.

ومجال هذه القاعدة هو الضرر الناشئ عن الخطأ في استعمال الحق، سواء أكان هذا الحق ثابتاً بإذن الشارع، أم بالعقد أم بغيرهما من مصادر الحق؛ لأن استعمال الحقوق

مقيد بشرط السلامة كما يقرر الفقهاء، ولأن أموال الناس ودماءهم معصومة لا تهدر بحال، فيجب ضمانها وتعويض الضرر الواقع عليها.

وأساس هذه القاعدة حصول الضرر، سواء أكان قليلاً أم كثيراً.

ولا تطبق هذه القاعدة في حالتين:

الأولى: إذا كان استعمال الحق لا يمكن فيه الاحتراز أو التثبت عادة، كالطبيب الذي يجري عملية جراحية على النحو المعتاد، فأفضى ذلك إلى تلف عضو أو نفس، لا يكون ضامناً.

الثانية: إذا اتخذ الشخص الاحتياطات، ومع ذلك وقع الضرر، فلا يضمنه كما إذا قام إنسان بالتدرب على إطلاق النار في ملكه، ووضع لافتات على أرضه بعدم الدخول، فلا ضمان عليه إذا أصاب أحداً دخل أرضه. كما لا ضمان على من سلك طريقاً مخوفاً أو فيه سباع فوجد مقتولاً، لا تجب دية.

ومن تطبيقات هذه القاعدة: حوادث السير بدون قصد من قتل وإتلاف مال، وما يترتب على ممارسة حق التأديب للزوج والمعلم والأب والحاكم من إتلافات غير مقصودة. وحالات تجاوز حدود الدفاع الشرعي من الأخف إلى الأثقل، واستهلاك الأموال على الظن أنها مال الشخص، فكل ذلك يوجب تعويض الضرر.

آثار أو أحكام التعسف:

التعسف في استعمال الحق يندرج تحت (الفعل الضار) أحد مصادر الحق. أما ما ينشأ عن التعسف من حقوق أو آثار وأحكام فهي ما يأتي:

- ١ - إزالة الضرر عيناً كهدم البناء الذي بناه المالك ملاصقاً لجاره، فسد عليه النور والهواء، وسد النافذة التي فتحها المالك، وكانت تطل على نساء جاره.
- ٢ - التعويض عن الضرر إذا كان تلف نفس أو عضو أو مال.
- ٣ - إبطال التصرف كإبطال زواج التحليل وبيع العينة والوصية الضارة بالورثة.
- ٤ - المنع من ممارسة الحق كمنع الزوج من السفر بزوجه إذا قصد بالسفر إيذاءها.
- ٥ - التعزير كالدعوى المرفوعة على الشرفاء للتشهير بهم.

٦ - الإِجبار على الفعل كإِجبار التجار على البيع بسعر معين، وإِجبار العمال على العمل بأجر المثل.

٤ - نقل الحق:

يجوز انتقال الحق بسبب ناقل له، سواء أكان الحق مالياً؛ كحق الملكية في المبيع، فإنه ينتقل من البائع للمشتري بسبب عقد البيع، وحق الدين، فإنه ينتقل من ذمة الدائن إلى تركته بسبب الوفاة، أم كان الحق غير مالي؛ كحق الولاية على الصغير، فإنه ينتقل من الأب إلى الجد بسبب وفاة الأب، وحق الحضانة، فإنه ينتقل من الأم إلى الجدة لأم إذا تزوجت الأم بغير محرم من الصغير.

وأسباب انتقال الحق كثيرة منها: العقد، ومنها الالتزام الذي يتم من جانب واحد، ومنها الوفاة، ومنها حوالة الدين من مدين إلى مدين آخر. وهي نوع من العقد لا خلاف في مشروعيته بين الفقهاء. ومنها حوالة الحق من دائن إلى دائن؛ كأن يحيل البائع دائنه على المشتري بالثمن، ويحيل المرتهن على الراهن بالدين.

٥ - انقضاء الحق:

ينتهي الحق بسبب من الأسباب المقررة شرعاً لانتهاؤه، وهو يختلف بحسب نوع الحق، فحق الزواج ينتهي بالطلاق، وحق الابن في النفقة على أبيه ينتهي بقدرته على الكسب، وحق الملكية ينتهي بالبيع، وحق الانتفاع ينتهي بفسخ عقد الإجارة أو انتهاء المدة، أو بانفساخ العقد بالأعذار أو الظروف الطارئة كانهدام المنزل، وحق الدين ينتهي بالأداء أو بالمقاصة أو بالإبراء؛ وهو إسقاط صاحب الحق حقه ممن هو عليه. وتفاصيل ذلك تعرف في بحث نظرية العقد.

نظرية الأموال في الفقه الإسلامي

المال بطبيعته محل الملكية إلا إذا وجد مانع من الموانع، وهو في الغالب محل المعاملات المدنية كالبيع والإيجار والشركة والوصية ونحوها. وهو أيضاً عنصر ضروري من ضرورات الحياة أو المعيشة التي لا غنى عنها للإنسان. لذا لا بد من ذكر تعريف المال وأقسامه وما يقبل التملك منه وما لا يقبل، ثم بيان تعريف الملك وأقسامه وخصائص كل قسم.

- تعريف المال:

- المال في اللغة: كل ما يُقتنى ويحوزه الإنسان بالفعل سواء أكان عيناً؛ كذهب أو فضة أو حيوان أو نبات، أم منفعة؛ كالركوب واللبس والسكنى. أما ما لا يحوزه الإنسان فلا يسمى مالاً في اللغة؛ كالطير في الهواء والسمك في الماء والأشجار في الغابات والمعادن في باطن الأرض.

وأما في اصطلاح الفقهاء ففي تحديد معناه رأيان:

أولاً: عند الحنفية^(١): المال: هو كل ما يمكن حيازته وإحرازه وينتفع به عادة، أي إن المالية تتطلب توفر عنصرين:

١ - إمكان الحيازة والإحراز: فلا يعد مالاً ما لا يمكن حيازته؛ كالأمور المعنوية مثل العلم والصحة والشرف والذكاء، وما لا تمكن السيطرة عليه؛ كالهواء الطلق^(٢) وحرارة الشمس وضوء القمر.

٢ - إمكان الانتفاع به عادة: فكل ما لا يمكن الانتفاع به أصلاً؛ كالحم الميتة والطعام المسموم أو الفاسد، أو ينتفع به انتفاعاً لا يعتد به عادة عند الناس؛ كحبة قمح أو قطرة ماء، لا يعد مالاً، لأنه لا ينتفع به وحده. والعادة تتطلب معنى الاستمرار بالانتفاع بالشيء في الأحوال العادية، أما الانتفاع بالشيء حال الضرورة كآكل لحم

(١) البحر الرائق: ٢/٢٢٧، رد المحتار لابن عابدين: ٣/٤.

(٢) أما الهواء المضغوط المعبأ في زجاجات فهو مال محرز.

الميتة عند الجوع الشديد (المخمصة) فلا يجعل الشيء مالاً، لأن ذلك ظرف استثنائي.

وتثبت المالية بتموّل الناس كلهم أو بعضهم، فالخمر أو الخنزير مال لانتفاع غير المسلمين بهما. وإذا ترك بعض الناس تمول مال كالثياب القديمة فلا تزول عنه صفة المالية إلا إذا ترك كل الناس تموله.

وقد ورد تعريف المال في المادة (١٢٦) من المجلة نقلاً عن ابن عابدين الحنفي، وهو: «المال: هو ما يميل إليه طبع الإنسان، ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة، منقولاً كان أو غير منقول».

ولكنه تعريف منتقد؛ لأنه ناقص غير شامل، فالخضروات والفواكه تعدّ مالاً، وإن لم تدخر لتسرع الفساد إليها. وهو أيضاً بتحكيم الطبع فيه قلق غير مستقر؛ لأن بعض الأموال كالأدوية المرة والسموم تنفر منها الطباع على الرغم من أنها مال. وكذلك المباحات الطبيعية قبل إحرازها من صيود ووحوش وأشجار في الغابات تعدّ أموالاً ولو قبل إحرازها أو تملكها.

ثانياً: وأما المال عند جمهور الفقهاء: فهو كل ما له قيمة يلزم متلفه بضمانه^(١).

وهذا المعنى هو المأخوذ به قانوناً، فالمال في القانون وهو كل ذي قيمة مالية.

وهذا يعني أن الحنفية حصروا معنى المال في الأشياء أو الأعيان المادية أي التي لها مادة وجرم محسوس. وأما **المنافع والحقوق** فليست أموالاً عندهم وإنما هي ملك لا مال. وغير الحنفية اعتبروها أموالاً؛ لأن المقصود من الأشياء منافعها لا ذواتها، وهذا هو الرأي الصحيح المعمول به في القانون وفي عرف الناس ومعاملاتهم، ويجري عليها الإحراز والحيازة.

والمقصود بالمنفعة: هو الفائدة الناتجة من الأعيان؛ كسكنى الدار، وركوب السيارة، ولبس الثوب ونحو ذلك.

وأما الحق: فهو ما يقرره الشرع لشخص من اختصاص يؤهله لممارسة سلطة معينة أو تكليف بشيء. فهو قد يتعلق بالمال؛ كحق الملكية وحق الارتفاق بالعقار المجاور من مرور أو شرب أو تعلي، وقد لا يتعلق بالمال؛ كحق الحضانة، والولاية على نفس القاصر.

(١) قال الإمام الشافعي رضي الله عنه: لا يقع اسم مال إلا على ماله قيمة يباع بها ويلزم متلفه، وإن قلت، وما لا يطرحه الناس مثل الفليس وما أشبه ذلك. (ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٢٥٨).

والمنافع، والحقوق المتعلقة بالمال، والحقوق المحضة كحق المدعي في تحليف خصمه اليمين ليست أموالاً عند الحنفية؛ لعدم إمكان حيازتها بذاتها، وإذا وجدت فلا بقاء ولا استمرار لها، لأنها معنوية، وتنتهي شيئاً فشيئاً تدريجياً.

وقال جمهور الفقهاء: إنها تعد مالاً، لإمكان حيازتها بجيازة أصلها ومصدرها، ولأنها هي المقصودة من الأعيان، ولولاها ما طلبت، ولا رغب الناس بها.

ويترتب على هذا الخلاف بعض النتائج أو الثمرات في الغصب والميراث والإجارة. فمن غصب شيئاً وانتفع به مدة، ثم رده إلى صاحبه، فإنه يضمن قيمة المنفعة عند الجمهور، وأما عند الحنفية: لا ضمان عليه إلا إذا كان المغصوب شيئاً موقوفاً، أو مملوكاً لیتيم، أو معداً للاستغلال؛ كعقار معد للإيجار كفندق أو مطعم؛ لأن هذه الأملاك بحاجة شديدة للحفظ ومنع العدوان عليها. وهذا المعنى في الواقع موجود في كل المنافع، فينبغي الإفتاء بالضمان في كل المغصوبات.

والإجارة تنتهي بموت المستأجر عند الحنفية؛ لأن المنفعة ليست مالاً حتى تورث، وغير الحنفية يقولون: لا تنتهي الإجارة بموت المستأجر وتظل باقية حتى تنتهي مدتها. والحقوق لا تورث عند الحنفية؛ كالحق في خيار الشرط أو خيار الرؤية. وتورث عند الجمهور.

. أقسام المال:

قسم الفقهاء المال عدة تقسيمات يترتب عليها أحكام مختلفة بحسب كل قسم، وأكتفي ببيان أربعة تقسيمات، أوضحها القانون المدني:

- ١ - باعتبار إباحة الانتفاع وحرمة إلى: متقوم وغير متقوم.
- ٢ - باعتبار استقراره في محله وعدم استقراره إلى: عقار ومنقول.
- ٣ - باعتبار تماثل آحاده أو أجزاءه وعدم تماثلها إلى: مثلي وقيمي.
- ٤ - باعتبار بقاء عينه بالاستعمال وعدم بقاءه إلى: استهلاكي واستعمالي.

. المال المتقوم وغير المتقوم:

المال المتقوم: كل ما كان محرراً بالفعل، وأباح الشرع الانتفاع به كأنواع العقارات والمنقولات والمطعومات ونحوها.

وغير المتقوم: ما لم يجرز بالفعل، أو ما لا يباح الانتفاع به شرعاً إلا في حالة الاضطرار، مثال الأول: السمك في الماء والطير في الهواء والمعادن في باطن الأرض ونحوها من المباحات؛ كالصيد والأعشاب، فهي غير متقومة عرفاً. ومثال الثاني: الخمر والخنزير بالنسبة للمسلم غير متقومين شرعاً، فلا يباح للمسلم الانتفاع بهما إلا عند الضرورة وبقدر الضرورة؛ كدفع خطر جوع شديد أو عطش شديد يخشى معه الهلاك، ولا يجد الإنسان شيئاً آخر سواهما، فيباح له الانتفاع بأحدهما بقدر ما يدفع الهلاك عن نفسه.

أما بالنسبة لغير المسلم فهما من الأموال المتقومة عند فقهاء الحنفية؛ لأننا أمرنا بتركهم وما يدينون. فلو أتلّفهما مسلم أو غير مسلم وجب عليه ضمانهما. وقال جمهور الفقهاء: لا يعتبران مالاً متقوماً؛ لأن غير المسلمين المقيمين في بلادنا ملزمون بأحكام المعاملات الإسلامية، فلهم ما للمسلمين، وعليهم ما عليهم.

وتظهر فائدة هذا التقسيم في موضعين:

الأول: صحة التعاقد عليه وعدمها: فالمتقوم يصح أن يكون محلاً لجميع العقود التي ترد على المال كالبيع والإيجار والهبة والإعارة والرهن والوصية والشركة ونحوها. وغير المتقوم: لا يصح التعاقد عليه بشيء من تلك العقود، فيعد بيع المسلم خمرًا أو خنزيرًا بيعاً باطلاً، ولو اشترى المسلم بخمر أو خنزير كان الشراء فاسداً، وسبب التفرقة بين الحالين أن المبيع هو المقصود الأصلي من البيع، فتقومه شرط انعقاد. وأما الثمن فهو وسيلة لا يقصد لذاته، فتقومه شرط صحة. وهذا بحسب فقه السادة الحنفية الذين يفرقون بين الفساد والبطلان في باب المعاملات؛ خلافاً لجمهور الفقهاء.

الثاني: الضمان عند الإتلاف: إذا أتلّف إنسان مالاً متقوماً لغيره وجب عليه ضمان مثله إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيمياً. أما غير المتقوم فلا يضمن بالإتلاف إذا كان لمسلم. فلو أراق أحد خمرًا لمسلم أو قتل خنزيراً له، لا يضمنه. أما لو أتلّفه أحد لذي (أي غير مسلم مقيم في دار الإسلام) ضمن له قيمته عند الحنفية، لأنه مال متقوم عندهم، كما تقدم.

وأما عند القانونيين: فالتقوم: ما كان ذا قيمة بين الناس. وعدم التقوم: هو خروج الأشياء عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون؛ كالمخدرات الممنوعة والمواد الحربية المتفجرة، وكل الأشياء المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة أو المخصصة للنفع العام بالفعل. كما هو مفهوم المادة (٨٣) من القانون المدني.

. العقار والمنقول:

للفقهاء اصطلاحان في بيان المقصود من العقار والمنقول، أحدهما للحنفية، والآخر للمالكية.

رأي الحنفية: المنقول: هو ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر، سواء أبقى على صورته وهيئته الأولى، أم تغيرت صورته وهيئته بالنقل والتحويل ويشمل النقود والعروض التجارية وأنواع الحيوان والمكيلات والموزونات.

والعقار: هو الثابت الذي لا يمكن نقله وتحويله أصلاً من مكان إلى آخر كاللدور والأراضي^(١).

ويلاحظ أن البناء والشجر والزرع في الأرض لا تعد عقاراً عند الحنفية إلا تبعاً للأرض، فلو بيعت الأرض المبنية أو المشجرة أو المزروعة طبقت أحكام العقار على ما يتبع الأرض من البناء ونحوه. أما لو بيع البناء وحده أو الشجر وحده من غير الأرض فلا يطبق عليها حكم العقار. فالعقار عند الحنفية لا يشمل إلا الأرض خاصة. والمنقول يشمل ما عداها^(٢).

رأي المالكية: ضيق المالكية من دائرة المنقول ووسعوا في معنى العقار فقالوا: المنقول: هو ما أمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر مع بقاءه على هيئته وصورته الأولى كالملابس والكتب والسيارات ونحوها. والعقار عندهم: هو ما لا يمكن نقله وتحويله أصلاً كالأرض، أو أمكن تحويله ونقله مع تغيير صورته وهيئته عند النقل والتحويل كالبناء والشجر. فالبناء بعد هدمه يصير أنقاضاً، والشجر يصبح أخشاباً^(٣).

(١) مجلة الأحكام العدلية؛ م ١٢٨-١٢٩.

(٢) رد المحتار: ٤٠٨/٣.

(٣) بداية المجتهد: ٢٥٤/٢.

وهذا الرأي هو المتفق مع القانون المدني السوري، كما نصت المادة ١/٨٤: «كل شيء مستقر بجيزه ثابت فيه، لا يمكن نقله منه، دون تلف، فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول».

لكن توسع القانون في معنى العقار في الفقرة الثانية من هذه المادة، فأدخل فيه المنقولات التي يضعها صاحبها في عقار يملكه لخدمة هذا العقار أو استثماره، حتى السجاد والسبك، وسماها (عقاراً بالتخصيص) وهذا سائغ في مذهب المالكية. وأدخل فيه أيضاً في المادة (٨٥) الحقوق العينية المترتبة على العقار كحقوق الارتفاق والتأمينات، حتى الدعوى المتعلقة بحق عيني على عقار. واعتبار هذه الدعوى عقاراً فيه إغراق في تصور معنى العقار.

هذا وقد يتحول المنقول إلى عقار وبالعكس، مثال الأول: الأبواب والأقفال وتمديدات الماء والكهرباء تصبح عقاراً باتصالها بالعقار على نحو ثابت. ومثال الثاني: أنقاض البناء وكل ما يستخرج من الأرض من معادن وأحجار وتراب، تصبح منقولاتاً بمجرد فصلها عن الأرض.

وتظهر فائدة تقسيم المال إلى عقار ومنقول في طائفة من الأحكام الفقهية الآتية:

١ - الشفعة: تثبت في المبيع العقار، ولا تثبت في المنقول، إذا بيع مستقلاً عن العقار، فإن بيع المنقول تبعاً للعقار ثبت فيها الشفعة.

وكذلك بيع الوفاء (عند الحنفية) يختص بالعقار دون المنقول.

٢ - الوقف: لا يصح عند الحنفية - خلافاً لجمهور الفقهاء - إلا في العقار. أما المنقول فلا يصح وقفه إلا تبعاً للعقار كوقف أرض وما عليها من آلات وحيوان، أو ورد بصحة وقفه أثر عن السلف كوقف الخيل والسلاح، أو جرى العرف بوقفه كوقف المصاحف والكتب وأدوات الجنائز. ويصح عند غير الحنفية وقف العقار والمنقول على السواء.

٣ - بيع الوصي مال القاصر: ليس للوصي بيع عقار القاصر إلا بمسوغ شرعي؛ كإيفاء دين أو دفع حاجة ضرورية أو تحقيق مصلحة راجحة. وقد أنيط ذلك بإذن القاضي في قانون الأحوال الشخصية؛ لأن بقاء عين العقار فيه حفاظ على مصلحة القاصر أكثر من حفظ ثمنه. أما المنقول: فله أن يبيعه متى رأى مصلحة في ذلك.

وكذا في بيع مال المدين المحجور عليه لوفاء دينه يبدأ أولاً ببيع المنقول، فإن لم يف ثمنه انتقل إلى العقار تحقيقاً لمصلحة المدين.

٤ - يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف - خلافاً لبقية الفقهاء - بيع العقار قبل قبضه من المشتري، أما المنقول فلا يجوز بيعه قبل القبض أو التسليم؛ لأن المنقول عرضة للهلاك كثيراً بعكس العقار.

٥ - حقوق الجوار والارتفاق تتعلق بالعقار، دون المنقول.

٦ - لا يتصور غصب العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف، إذ لا يمكن نقله وتحويله، ويرى محمد وسائر الفقهاء إمكان غصب العقار، والرأي الأول أخذت به المجلة (م ٩٠٥ وما بعدها). أما المنقول فيتصور غصبه باتفاق الفقهاء^(١).

. المال المثلي والقيمي:

المال المثلي: ما له مثل أو نظير في الأسواق من غير تفاوت في أجزائه أو وحداته تفاوتاً يعتد به في التعامل. والأموال المثلية أربعة أنواع هي: المكيلات (كالقمح والشعير) والموزونات (كالقطن والحديد) والعدييات المتقاربة في الحجم كالجوز والبيض، وبعض أنواع الذرعيات (التي تباع بالذراع أو المتر ونحوهما): وهي التي تتساوى أجزاؤها دون فرق يعتد به كأثواب الجوخ والقطن والحزير، وألواح البلور، والأخشاب الجديدة. أما إن تفاوتت أجزاء المذروع كالنسيج غير المتماثل الأجزاء وكالأراضي، فيصبح مالاً قيماً لا مثلياً. وكما يعد المعداد المتقارب من المحصولات الطبيعية من المال المثلي، كذلك يعد المعداد المتماثل من المصنوعات من مادة واحدة وشكل واحد مالاً مثلياً؛ كأواني الأكل والشرب، والسيارات المتحدة النوع، وأدوات غيارها، والكتب الجديدة المطبوعة.

والمال القيمي: هو ما ليس له نظير أو مثل في السوق، أو له مثل ولكن مع التفاوت المعتد به بين وحداته في القيمة، مثل أفراد الحيوان والأراضي والأشجار والدور وأنواع السجاد والبسط والأحجار الكريمة كالماس والياقوت والكتب المخطوطة أو المستعملة.

(١) وهناك أحكام قانونية تختلف بين العقار والمنقول: منها أن انتقال ملكية العقار لا يتم إلا بالتسجيل، أما المنقول فلا حاجة في نقل ملكيته إلى التسجيل. ومنها أن الحيازة بسبب صحيح وبحسن نية في المنقول سند الملكية. أما العقار فإن حيازته ولو بسبب صحيح لا تثبت بها الملكية إلا بمضي خمس سنين (م ٩٢٧، ٩١٨).

ويدخل في المال القيمي: العدديات المتفاوتة القيمة في آحادها كالبطيخ والرمان عند اختلاف أحجامها وأنواعها.

وقد ينقلب المال المثلي قيمياً وبالعكس، وحالات انقلاب المثلي قيمياً أربع هي:

- ١ - الانقطاع من السوق: إذا انقطع وجود المال المثلي من الأسواق انقلب قيمياً.
- ٢ - الاختلاط: إذا اختلط مالان مثليان من جنسين مختلفين كحنطة وشعير، صار الخليط قيمياً.

٣ - التعيب أو الاستعمال: إذا تعيب المال المثلي أو استعمل، صار له قيمة خاصة. وانقلاب المال القيمي إلى مثلي يكون في حال الكثرة بعد الندرة، فإذا كان المال نادر الوجود في السوق، ثم أصبح كثير الوجود، صار مثلياً بعد أن كان له قيمة خاصة. ويلاحظ أن المال المتقوم أعم من القيمي، فالمتقوم يشمل القيمي والمثلي. وتظهر فائدة التقسيم إلى مثلي وقيمي فيما يأتي:

١ - **الثبوت في الزمة:** يثبت المال المثلي ديناً في الزمة؛ أي: بأن يكون ثمناً في البيع، عن طريق تعيين جنسه وصفته. ويصح بالتالي وقوع المقاصة بين الأموال المثلية. أما القيمي: فلا يقبل الثبوت ديناً في الزمة عند الحنفية خلافاً لجمهور الفقهاء، فلا يصح أن يكون ثمناً، ولا تجري المقاصة بين الأموال القيمية. وإذا تعلق الحق بمال قيمي كرأس غنم أو بقر، يجب أن يكون معيناً بذاته، متميزاً من سواه، بالإشارة إليه منفرداً، لا مشاراً إليه بالوصف؛ لأن أفراد المال القيمي ولو من نوع واحد غير متماثلة، ولكل واحد منها صفة وقيمة معينة.

٢ - **كيفية الضمان** عند التعدي أو الإتلاف: إذا أتلف شخص مالاً مثلياً، مثل كمية من القمح أو السكر، وجب عليه ضمان مثله، حتى يكون التعويض على أكمل وجه، والمثل أقرب إلى الشيء المتلف صورة ومعنى، أي مالية.

أما القيمي فيضمن المتعدي قيمته؛ لأنه يتعذر إيجاب مثله صورة، فيكتفى بإيجاب مثله معنى، أي من ناحية المالية، وهي القيمة.

٣ - **القسمة الجبرية** وأخذ النصيب: تدخل القسمة جبراً في المال المثلي المشترك، ولكل شريك أخذ نصيبه في غيبة الآخر دون إذنه.

أما القيمي: فلا تدخل فيه القسمة الجبرية، ولا يجوز للشريك أخذ نصيبه في غيبة الآخر بدون إذنه؛ لأن القسمة فيها معنى الإفراز والمبادلة، فإذا كان المال مثلياً كانت جهة الإفراز هي الراجعة لتماثل أجزائه. وإذا كان قيمياً كانت جهة المبادلة هي الراجعة لعدم تماثل أجزائه، فكأنه أخذ بدل حقه لا عينه.

٤ - الربا: الأموال القيمة لا يجري فيها الربا المحرم، فيجوز بيع شاة بشاتين، أي يجوز بيع القليل بالكثير من جنسه.

أما الأموال المثلية فيجري فيها الربا الحرام الذي يوجب تساوي العوضين المتجانسين في الكمية والمقدار، وتكون الزيادة حراماً. فلا يجوز بيع قنطار من القمح بقنطار وربع مثلاً، لاشتغال البيع على ما يسمى بربا الفضل، وهذا الربا يختص شرعاً بالمقدرات المثلية من مكيل أو موزون فقط (بحسب رأي الحنفية في علة الربا بجريان الربا في المكيل والموزون).

الذمة المالية وخصائصها:

لا يتصور ثبوت دين على إنسان إلا بتصور محل اعتباري مفترض مقدر وجوده في كل إنسان. وهذا المحل المقدر المفترض هو الذمة، فالذمة تختلف عن الأهلية، إذ إن الأهلية: هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وتحمل الواجبات. وتحمل الواجبات أو الالتزامات يستلزم وجود محل في الشخص تستقر فيه تلك الواجبات أو الديون. وتبدأ الأهلية ناقصة منذ بدء تكون الجنين، وتكمل أهلية الوجوب بالولادة.

وبالولادة تبدأ الذمة مع بدء تصور وجود العنصر الثاني من تلك الأهلية: وهو عنصر المديونية أو الالتزام، فالأهلية هي الصلاحية، والذمة محل الصلاحية.

فالذمة: هي محل اعتباري في الشخص تقع فيه الديون أو الالتزامات^(١).

أولاً: خصائص الذمة:

١ - الذمة من صفات الشخصية الطبيعية؛ وهو الإنسان، أو الاعتبارية؛ كالشركات والمؤسسات والأوقاف والمساجد. فلا ذمة للجنين قبل ولادته، فلا تصح الهبة له، لكن تصح الوصية له بشرط ولادته حياً، ولا ذمة للحيوان، فلو أوصى شخص لدابة

(١) المدخل إلى الالتزام في الفقه؛ للأستاذ مصطفى الزرقا: ف ١٢٣.

وقصد تمليكها فالوصية باطلة، لكن لو كان بقصد الإنفاق عليها صحت الوصية، ويكون المقصود بها مالها. ولا يتعين صرف الموصى به للنفقة على الدابة عند الحنفية^(١)، ويتعين ذلك لعلف الدابة عند الشافعية^(٢).

٢ - لا بد لكل شخص بعد ولادته من ذمة، حتى ولو كانت فارغة بريئة؛ لأن الذمة من توابع الشخصية، وتلازم العنصر الثاني من أهلية الوجوب، وهذه الأهلية مناطها الصفة الإنسانية، فتلازم الإنسان منذ وجوده.

٣ - لا تتعدد الذمة، فكل شخص ذمة واحدة، ولا اشتراك بين أشخاص في الذمة.

٤ - الذمة لا حدّ لسعتها، فهي تتسع لكل الديون مهما عظمت؛ لأن الذمة ظرف اعتباري، يتسع لكل الالتزامات.

٥ - الذمة متعلقة بالشخص، لا بأمواله وثروته، ليتمكن من ممارسة نشاطه الاقتصادي بحرية مطلقة تمكنه من تسديد ديونه، فله التجارة والبيع ولو كان مديناً بأكثر مما يملك. وله وفاء أي دين متقدم أو متأخر في الثبوت. ولا يحق للدائنين الاعتراض عليه.

٦ - الذمة ضمان عام لكل الديون بلا تمييز لدين على آخر إلا إذا وجد لصاحب دين حق عيني كالرهن، أو كانت بعض الحقوق الشخصية ذات امتياز كنفقات التجهيز والتكفين، ودين النفقة للزوجة والأولاد الصغار، وديون الضرائب الحكومية.

ثانياً: انتهاء الذمة:

تبدأ الذمة بالولادة وتنتهي بالوفاة، وللفقهاء آراء ثلاثة في انتهاء الذمة:

الرأي الأول للحنبلية في رواية عندهم^(٣): انهدام الذمة بمجرد الموت: لأن الذمة من خصائص الشخصية، والموت يعصف بالشخص ويدمته. وأما الديون فتتعلق عند أكثر الحنبلية بالتركة، فمن مات ولا تركة له سقطت ديونه.

الرأي الثاني للمالكية والشافعية وبعض الحنبلية^(٤): بقاء الذمة بعد الموت حتى إيفاء الديون وتصفية التركة: تبقى الذمة بعد الموت حتى تصفى الحقوق المتعلقة بالتركة. فيصح

(١) الدر المختار: ٤٥٩/٥.

(٢) مغني المحتاج ٤٢/٣.

(٣) القواعد؛ لابن رجب: ص ١٩٣.

(٤) مغني المحتاج ٤٠/٣، المغني ٢١/٦.

للميت اكتساب الحقوق الجديدة التي كان هو سبباً لها؛ كمن نصب شبكة للاصطياد، فوقع فيها حيوان، فإنه يملكه، وتظل ذمة الميت باقية بعد موته حتى تسدد ديونه، لقوله عليه السلام: «نَفْسُ الْمُؤْمِنِ مُعَلَّقَةٌ بِدَيْنِهِ حَتَّى يَقْضَى عَنْهُ»^(١).

ويمكن أن تشغل ذمة الميت بعد موته بديون جديدة، كشلها بثن المبيع الذي رده المشتري على البائع بعد موته بسبب عيب ظهر فيه. وكالتزامه بضمان قيمة ما وقع في حفرة حفرها قبل موته في الطريق العام.

وتصح الكفالة بعد الموت بما على الميت المفلس من ديون؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم صح هذه الكفالة. وتصح عند المالكية لا الشافعية والحنبلية الوصية لميت. ويقتصر أثر الموت في هذا الرأي على عدم مطالبة الميت بالحقوق وإنما يطالب ورثته بأداء الحقوق لأصحابها.

الرأي الثالث للحنفية: ضعف الذمة: إن الموت لا يهدم الذمة، لكن يضعفها، فتبقى بقدر الضرورة لتصفية الحقوق المتعلقة بالتركة التي لها سبب في حال الحياة. فيكتسب الميت بعد موته ملكية جديدة كما في صورة نصب الشبكة للصيد، ويلتزم بالديون التي تسبب بها الشخص قبل موته، كرد المبيع المعيب عليه والتزامه بالثن، وضمان ما وقع في حفرة حفرها في الطريق العام. لكن لا تصح كفالة دين على ميت مفلس عند أي حنيفة خلافاً للصاحبين^(٢). ولا تصح الوصية للميت أو الهبة له. وبهذين الحكمين الأخيرين يفرق الرأي الثالث عن الرأي الثاني.

. المال الاستهلاكي والاستعمالي:

المال الاستهلاكي: هو الذي لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه، كأنواع الطعام والشراب والحطب والنفط والورق والنقود. فلا يمكن الانتفاع بهذه الأموال ما عدا النقود إلا باستئصال عينها. وأما النقود فاستهلاكها يكون بخروجها من يد مالكها، وإن كانت أعيانها باقية بالفعل.

(١) أخرجه الترمذي في كتاب الجنائز، باب: ما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه»، برقم: ١٠٧٨، وحسنه. وابن ماجه في الصدقات، باب: التَّشْدِيدُ فِي الدَّيْنِ، برقم: ٢٤١٣. وصححه الحاكم في المستدرک ٢٢١٩ على شرط الشيخين، ووافقه الذهبي.

(٢) بدائع الصنائع؛ للكاساني: ٦/٦.

والمال الاستعمالي: هو ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، كالعقارات والمفروشات والثياب والكتب ونحوها.

وينظر إلى الانتفاع المميز بين النوعين **لأول مرة**، لا إلى حالات الاستعمال المتكررة. فإن زالت عين الشيء من أول انتفاع كان استهلاكياً، وإن بقيت عينه حينئذ كان استعمالياً.

وتظهر فائدة التقسيم فيما يأتي:

يقبل كل نوع من هذين المالين نوعاً معيناً من العقود. فالمال الاستهلاكي يقبل العقود التي غرضها الاستهلاك لا الاستعمال؛ كالقرض وإعارة الطعام. والمال الاستعمالي يقبل العقود التي هدفها الاستعمال دون الاستهلاك؛ كالإجارة والإعارة. فإن لم يكن الغرض من العقد هو الاستعمال وحده أو الاستهلاك وحده، صح أن يرد على كلا النوعين: الاستعمالي والاستهلاكي؛ كالبيع والإيداع، يصح ورودهما على كل من النوعين على السواء.



نظريّة العقد في الفقه الإسلامي

تمهيد:

التعاقد مع الآخرين وليد الحاجة إلى التعامل، والتعامل ضرورة اجتماعية قديمة ملازمة لنشوء المجتمعات، وتخطي مرحلة الانغلاق والانعزال التي كان يعيشها الإنسان البدائي، فأصبح لا غنى لكل إنسان من العيش المشترك مع الجماعة، لتأمين حاجياته، ولا يتم ذلك بدون التبادل والتعاون مع الآخرين. وللمبادلات صور متعددة، تخضع لما يعرف بنظرية العقد، التي تنظم حركة النشاط الاقتصادي، وتضبط أصول التعامل، وتبادل الأعيان والمنافع، ولا تخلو الحياة اليومية من إبرام عقد من العقود، مما يجعل الحياة مترعة بالعقود.

فتكون نظرية العقد: هي البناء الشرعي الذي يقوم عليه نظام التعاقد.

وقد وضع فقهاء الإسلام نظاماً على حدة لكل عقد معروف في عصرهم، ويمكن للباحث أن يستخلص نظرية عامة للعقد من جملة هذه الأنظمة، وبحوث الفقهاء حول تعريفات العقد، وأركانه وشروطه، وأحكامه التي قرروها لكل عقد. وبه يمكن الانتقال من الطابع الاستقرائي والتحليلي للقضايا الفردية الذي سار عليه فقهاؤنا إلى المنهج التركيبي أو النظريات العامة التي يسير عليها الآن فقهاء العصر الحديث في القانون وغيره. والأصول العامة لنظرية العقد في الفقه الإسلامي تتضح من خلال المباحث الآتية:

- تعريف العقد، والفرق بينه وبين التصرف والالتزام، والإرادة المنفردة والوعد بالعقد.

- تكوين العقد (ركن العقد، عناصر العقد، الإرادة العقدية).

- شروط العقد.

- آثار العقد (حكم العقد، النفاذ، الإلزام واللزوم).

- تصنيف العقود (التقسيمات الخمسة).

- الخيارات (خيار المجلس، الشرط، العيب، الرؤية، التعيين، النقد).

- انتهاء العقد.

المبحث الأول: تعريف العقد، والفرق بينه وبين التصرف والالتزام والإرادة المنفردة:

العقد في لغة العرب: معناه الربط (أو الإحكام والإبرام) بين أطراف الشيء، سواء أكان ربطاً حسيماً أم معنوياً، من جانب واحد، أم من جانبين. يقال: عقد النية والعزم على شيء، أي: ربط بين الإرادة وتنفيذ ما التزم به. وعقد البيع والزواج والإجارة، أي ارتبط مع شخص آخر. وهذا المعنى اللغوي داخل في المعنى الاصطلاحي الفقهي لكلمة العقد. وللعقد عند الفقهاء معنيان: عام وخاص.

أما **المعنى العام**: الأقرب إلى المعنى اللغوي والشائع عند فقهاء المالكية والشافعية والحنبلية^(١) فهو: كل ما عزم المرء على فعله، سواء صدر **بإرادة منفردة**؛ كالوقف والإبراء والطلاق واليمين، أم احتاج إلى **إرادتين** في إنشائه؛ كالبيع والإيجار والتوكيل والرهن، أي إن هذا المعنى يتناول الالتزام مطلقاً، سواء من شخص واحد أو من شخصين، ويشمل حينئذ ما يسمى في المعنى الضيق أو الخاص عقداً، كما يشمل ما يسمى تصرفاً أو التزاماً. فالعقد بالمعنى العام ينتظم جميع الالتزامات الشرعية، وهو بهذا المعنى **يرادف كلمة الالتزام**.

وأما **المعنى الخاص** الذي يراد حين الكلام على نظرية العقد فهو: ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله. أو **بعبارة أخرى**: تعلق كلام أحد العاقلين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل^(٢).

وهذا التعريف هو الغالب الشائع في عبارات الفقهاء. فإذا قال شخص لآخر: بعتك الكتاب، فهو الإيجاب، وقال الآخر: اشتريت، فهو القبول، ومتى ارتبط القبول بالإيجاب، وكنا صادرين من ذوي أهلية معتبرة شرعاً، ثبت أثر البيع في محله: وهو انتقال ملكية المبيع للمشتري، واستحقاق البائع الثمن في ذمة المشتري.

والإيجاب أو القبول: هو الفعل الدال على الرضا بالتعاقد. والتقييد بكونه (على وجه مشروع) لإخراج الارتباط على وجه غير مشروع، كالاتفاق على قتل فلان، أو إتلاف

(١) ويميل إلى هذا الرأي أبو بكر الرازي الجصاص في كتابه أحكام القرآن: ٢/٢٩٤.

(٢) رد المحتار: ٣٥٥/٢، والعناية بهامش فتح القدير: ٧٤/٥.

محصوله الزراعي، أو سرقة ماله، أو الزواج بالأقارب المحارم، فكل ذلك غير مشروع لا أثر له في محل العقد. والتقييد بكونه (يثبت أثره في محله) لإخراج الارتباط بين كلامين لا أثر له؛ كالاتفاق على بيع كل شريك حصته من دار أو أرض لصاحبه بالحصصة الأخرى المساوية لها، فهذا لا فائدة منه ولا أثر له.

والعقد قانوناً يلتقي مع هذا التعريف الثاني عند الفقهاء: وهو «توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني من إنشاء التزام أو نقله، أو تعديله أو إنهائه»^(١)، فإنشاء الالتزام كالبيع والإجارة، ونقله كالحالة، وتعديله كتأجيل الدين، وإنهاؤه كالإبراء من الدين، وفسخ الإجارة قبل أوانها، فالتعريفان متقاربان.

وهذا التعريف وإن كان واضحاً سهلاً، إلا أن تعريف الفقهاء في نظر الشرعيين أدق؛ لأن العقد ليس هو اتفاق الإرادتين ذاته، وإنما هو الارتباط الذي يقره الشرع، فقد يحدث الاتفاق بين الإرادتين، ويكون العقد باطلاً لعدم توافر الشروط المطلوبة شرعاً، فالتعريف القانوني يشمل العقد الباطل.

ثم إن مجرد توافق الإرادتين بدون واسطة للتعبير عنهما من كلام أو إشارة أو فعل لا يدل على وجود العقد، وتظل الإرادة حينئذ أمراً خفياً غير معروف. وبذلك يشمل التعريف القانوني الوعد بالعقد مع أنه ليس بعقد^(٢).

العقد والالتزام:

الالتزام: هو كل تصرف يتضمن إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إنهائه، سواء أكان صادراً من شخص واحد؛ كالوقف والإبراء والطلاق على غير مال، أم من شخصين؛ كالبيع والإجارة والطلاق على مال.

فالالتزام يرادف كلمة العقد بالمعنى العام الذي ذكر، ويختلف عن كلمة العقد بالمعنى الخاص، فالعقد مقصور على نوع خاص من الالتزام وهو ما كان صادراً من شخصين؛ كالبيع والإيجار والرهن ونحوه، والالتزام يشمل ما صدر من شخص واحد؛ كالوقف والنذر واليمين، كما يشمل ما صدر من شخصين أو وجد إرادتين مزدوجتين؛ كالبيع والإجارة.

(١) الوسيط للسنهوري: ص ١٣٨.

(٢) المدخل الفقهي العام: ف ١٣٤.

العقد والتصرف:

التصرف: هو كل ما صدر عن الشخص بإرادته من قول أو فعل، يرتب عليه الشرع أثراً من الآثار، سواء أكان في صالح ذلك الشخص أم لا. فيشمل الأقوال الصادرة عن الشخص كالبيع والهبة والوقف والإقرار بحق، والأفعال كإحراز المباحات والاستهلاك والانتفاع، سواء أكان القول أو الفعل لصالح الشخص كالبيع والاصطياد، أم لغير صاحبه كالوقف والوصية، والسرقه والقتل. وبه يتبين أن التصرف نوعان: فعلي وقولي. أما التصرف الفعلي: فهو الواقعة المادية الصادرة عن الشخص كالغصب والإتلاف وقبض الدين وتسلم المبيع.

أما التصرف القولي فهو نوعان: عقدي وغير عقدي. أما العقدي فهو اتفاق إرادتين كالشركة والبيع، وغير العقدي قد يكون مجرد إخبار بحق كالدعوى والإقرار، وقد يقصد به إنشاء حق أو إنهاء كالوقف والطلاق والإبراء.

وعلى هذا فإن التصرف أعم من العقد والالتزام إذ إنه يشمل الأقوال والأفعال، وينتظم الالتزام وغير الالتزام، وقد يكون التصرف القولي غير داخل في معنى العقد ولو بمعناه الواسع أو العام كالدعوى والإقرار. فكل عقد هو تصرف، وليس كل تصرف عقداً.

العقد والإرادة المنفردة:

قد تستقل الإرادة الواحدة بإنشاء التزام، كما قد تنشئ أحياناً عقداً من العقود في أحوال استثنائية، عملاً بالنزعة الموضوعية للالتزام أو بالمذهب المادي الذي نلاحظه في الفقه الإسلامي، والذي يعد الالتزام فيه علاقة مالية أكثر منه علاقة شخصية بين طرفين: دائن ومدين.

والالتزام بإرادة واحدة: معناه التعهد بشيء يصبح به المتعهد مديناً لآخر غير موجود حين إنشاء الالتزام كالوعد بالمكافأة أو بالجائزة للمتفوقين من الناجحين، أو لمن يصنع دواء لعلاج مرض معين مثلاً. وأمثلة الالتزام بإرادة واحدة في الفقه الإسلامي كثيرة منها:

١ - الجعالة: هي التزام جُعل أو أجر معين لمن يقوم بعمل معين، بدون تحديد أمد معين، وهي عقد جائز غير لازم كتقديم مكافأة لمن يرد متاعاً ضائعاً، أو يبيّن حائطاً أو يحفر

بئراً يصل إلى الماء، أو ينجح نجاحاً متفوقاً، أو يحقق نصراً حريماً، أو يبتكر علاجاً ناجعاً، أو يخترع اختراعاً صناعياً، أو يحفظ القرآن الكريم. وقد أجازها جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنبلية، ولم يجزها الحنفية^(١)، لما فيها من الغرر والجهالة والاحتمال بالنسبة للملتزم وبالنسبة للقائم بالعمل الذي لا يدري ما يحتاجه من مجهود لإنجاز العمل.

والقانون المدني السوري في المادة (١٦٣) نظم الوعد بجائزة: وهو تخصيص أجر لشخص لن يتعين إلا بتنفيذ الأداء الذي حدده الواعد. وأجاز الرجوع عنه إذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل.

٢ - الوقف: هو حبس المال عن التصرف، وتخصيص ريعه لجهة بر، تقرباً إلى الله تعالى، كالوقف على دور العلم وجهات الخير كالمشافي والمدارس والمصانع الخيرية، والوقف لفلان، ثم على جهة خير معينة. وينعقد الوقف بإرادة الواقف وحده، فإن كان على شخص فله حق الرد، فيصرف إلى جهة الخير أو البر التي عينها الواقف.

٣ - الإبراء: إسقاط شخص ما له من حق لدى شخص آخر، كإسقاط الدائن دينه المستقر في ذمة مدينه. يتم بدون حاجة لقبول المدين، إلا أنه يترد برده في مجلس الإبراء، لما فيه من معنى التملك (أي تملك الدين للمدين)، دفعاً للمنة والجميل الذي يصنعه الدائن له، والإنسان لا يملك شيئاً جبراً عنه. فهو من قبيل الإسقاطات عند جمهور الفقهاء غير المالكية.

وقال المالكية في راجح مذهبهم: يحتاج الإبراء إلى قبول المبرأ؛ لأنه من قبيل التمليكات التي يشترط فيها القبول؛ كالهبة والصدقة.

٤ - الوصية: تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، فهي عقد يتم بإرادة واحدة هي إرادة الموصي، وتتحقق بإيجابه (أو عبارته أو كتابته أو إشارته المفهمة) فيكون ركن الوصية هو الإيجاب من الموصي فقط، إلا أنها تترد بالرد عند الحنفية؛ لأنه ليس له إلزامه على قبولها.

(١) ينظر: بدائع الصنائع: ٢٠٦/٦، الشرح الصغير للدردير: ٧٩/٤، مغني المحتاج: ٤٢٩/٢، المغني: ٥٠٧/٥.

واتفق الفقهاء على أن الوصية من العقود الجائزة (غير اللازمة) فللموصي أن يرجع فيما أوصى به. فالإيجاب بالوصية هو ركن الوصية. وأما القبول من الموصى له بعد وفاة الموصي فليس بركن للوصية، ولكنه على الراجح عند فقهاء المالكية والحنفية والشافعية والحنبلية^(١) شرط للزوم الوصية ودخول الموصى به في ملك الموصى له من بعد الموت. فالحقيقة الشرعية للوصية عندهم تكون بالإيجاب من الموصي فقط، ولا تتوقف على قبول الموصى له. وتنفذ الوصية من ثلث التركة، ولا وصية جائزة للوارث إلا بإجازة الورثة، كما لا تجوز الوصية لغير الوارث بما زاد عن ثلث التركة إلا بموافقة الورثة.

٥ - اليمين: عقد قَوِيٌّ به عزم الحالف على الفعل أو الترك، مثل: والله لأكرمَنَّ جاري، أو لأعلمَنَّ هذا اليتيم على نفقتي، فيجب عليه ديانة الوفاء بيمينه، فإن لم يوقِّ به، حنث في يمينه ولزمته كفارة اليمين.

٦ - الكفالة: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق أي في الدين، فيثبت الدين في ذمتها معاً. واقتصر - الحنفية على أن الضم محصور في المطالبة بالدين. فالكفالة: التزام الكفيل بالدين بأدائه إلى الدائن بدلاً من المدين عند مطالبته. وهي توجد بمجرد التزام الكفيل بالدين ورضاه به عند المالكية والشافعية والحنبلية وأبي يوسف من الحنفية، أي إن ركن الكفالة هو الإيجاب وحده، وأما القبول من الدائن أو المدين فليس ركناً عند هؤلاء. فتكون التزاماً من جانب واحد. وقال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن: ركن الكفالة: الإيجاب من الكفيل، والقبول من الدائن^(٢).

العقد بإرادة منفردة:

الأصل العام في العقود أن يكون العاقد متعدداً، أي أن العقد ينشأ بإيجاب وقبول يعبر كل واحد منهما عن إرادة صاحبه؛ لأن العقد ينشئ أثراً متعارضة وحقوقاً أو التزامات متضادة، مثل تسليم المبيع وتسلمه، والمطالبة بتسليم المبيع وقبض الثمن، ورد المبيع بالعيب، وفسخ العقد بالخيارات، ويستحيل أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً ومتسلاً، طالباً ومطالباً، مما يوجب أن يكون العقد من طرفين.

(١) ينظر: تبين الحقائق؛ للزيلعي: ١٨٢/٦، الشرح الكبير للدردير: ٤/٢٤، مغني المحتاج: ٣/٥٣، المغني: ٢٥/٦.

(٢) ينظر: الدر المختار: ٤/٢٦١، الشرح الصغير للدردير: ٣/٢٩٤، مغني المحتاج: ٢/٢٠٠، المغني: ٥/٥٣٥.

لكن استثناء من هذا الأصل يجوز عند بعض الفقهاء إبرام العقد بعائد واحد في بعض حالات البيع والزواج.

البيع بعائد واحد:

أجاز الحنفية^(١) ما عدا زفر انعقاد البيع بإرادة شخص واحد متخذاً صفتين بالنيابة عن البائع وعن المشتري، في حالات نادرة هي شراء الأب، أو وصيه، أو الجد، مال الصغير لنفسه، أو بيع مال نفسه من الصغير، وبيع القاضي والرسول عن طرفي العقد؛ لأن القاضي لا ترجع إليه حقوق العقد أي (لا يلتزم بشيء من التزامات العقد كالتسليم ودفع الثمن)، فكان بمنزلة الرسول، والرسول بعكس الوكيل عن الجانبين لا تلزمه حقوق العقد؛ لأنه سفير ومعبّر عن كلام الأصيل، فجاز لكل من القاضي والرسول تولي العقد عن الجانبين. ولا يجوز ذلك للوكيل من الجانبين.

وأجاز الحنبلية^(٢) أن يتولى عاقد واحد عن الجانبين كالوكيل عن الطرفين عقد البيع ونحوه من عقود المعاوضات الأخرى كالإجارة مثلاً؛ لأن حقوق العقد وآثاره أو التزاماته ترجع عندهم للموكل نفسه صاحب الشأن. كما أجازوا ذلك أيضاً في عقد الزواج، وفي الدعوى، فيصح أن يكون الشخص الواحد وكيلاً في الدعوى عن المدعي والمدعى عليه، مثلاً مصلحة الطرفين ومقياً الحجة أو الدفع لكل منهما.

وروي عن الإمام مالك أن للوكيل والوصي أن يشتريا لأنفسهما من مال الموكل واليتيم، إذا لم يحاييا أنفسهما^(٣).

الزواج بعائد واحد:

أجاز جمهور الحنفية (ما عدا زفر) للشخص الواحد أن يتولى طرفي عقد الزواج بإيجاب يقوم مقام القبول في خمس صور^(٤):

١ - إذا كان الشخص ولياً من الجانبين: كأن يزوج الجد بنت ابنه الصغيرة لابن ابنه الصغير.

(١) ينظر: رد المحتار: ٥/٤، تبين الحقائق: ٢١١/٦.

(٢) ينظر: كشف القناع؛ للبهوتي: ٢٣٨/٢.

(٣) ينظر: القوانين الفقهية؛ لابن جزي: ص ٣٢٨.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع: ٢٣١/٢.

- ٢ - إذا كان وكيلاً من الجانبين: كأن يقول: زوجت موكلي فلاناً موكلي فلانة.
- ٣ - إذا كان أصيلاً من جانب وولياً من جانب آخر، كأن يتزوج ابن عم بنت عمه الصغيرة التي تحت ولايته، فيقول أمام الشهود: تزوجت بنت عمي فلانة.
- ٤ - إذا كان أصيلاً من جانب ووكيلاً من جانب آخر، كما لو وكلت امرأة رجلاً لزوجها من نفسه.

٥ - إذا كان ولياً من جانب ووكيلاً من جانب، مثل زوجت بنتي من موكلي.

والسبب في مشروعية انعقاد الزواج في هذه الأحوال أن العاقد ليس إلا سفيراً عن الأصل ومعبراً عنه، فلا يتحمل شيئاً من التزامات العقد، والواحد يصلح أن يكون معبراً عن اثنين بصفتين مختلفتين.

وقال الشافعية^(١): يجوز الزواج بعاقد واحد إذا كان ولياً من الجانبين وذلك في حالة الجد فقط، له أن يزوج حفيديه ببعضهما، ويتولى وحده العقد عن الطرفين، وذلك للضرورة لعدم وجود ولي آخر من درجته، ولقوة ولايته وشفقته دون سائر الأولياء.

وقد منع القانون المدني السوري في المادة ١٠٩ من تعاقد الشخص مع نفسه، سواء أكان التعاقد لحساب نفسه أم لحساب غيره إلا إذا رخص الأصل مقدماً لنائب في التعاقد مع نفسه، أو وجد نص في القانون، أو قضت قواعد التجارة بجواز ذلك^(٢).

العقد والوعد:

ثمة فرق بين العقد والوعد به من ناحية الحكم (أي الأثر المترتب على العقد)، وهو أن العقد يلزم الوفاء به من العاقد ديانةً وقضاءً باتفاق الفقهاء، لقوله تعالى: ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)) [المائدة: ١]. أما الوعد فلا يلزم الوفاء به قضاءً، بل الوفاء به مندوب مطلوب ديانةً ومن مكارم الأخلاق. هذا هو السائد عند الفقهاء.

وقال الفقيه التابعي عبد الله بن شبرمة: يلزم الواعد ويجبر على الوفاء بوعده قضاءً.

وقال الحنفية: يلزم الوعد إذا صدر معلقاً على شرط منعاً لتغيير الموعد. وعبروا عن ذلك بقاعدة فقهية: (المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة) (م ٣٨ مجلة) وقال ابن

(١) نهاية المحتاج: ١٩٢/٥.

(٢) ينظر: الوسيط؛ للسنيوري: ص ٢٠٢.

نجيم: «لا يلزم الوعد إلا إذا كان معلقاً»^(١) مثل أن يقول شخص لآخر: إذا لم يعطك فلان ثمن المبيع، فأنا أعطيه لك. فيلزمه إعطاؤه حينئذ؛ لأن الوعد اكتسب صفة الالتزام والتعهد. وقال **المالكية**^(٢): يلزم الواعد بوعده قضاءً إن أدخل الموعد في سبب أو وعده مقروناً بذكر السبب، لتأكد العزم على الدفع حينئذ. مثال ذلك أن يقول رجل لآخر: اهدم دارك وأنا أقرضك ما تبني به الدار، أو اخرج إلى الحج وأنا أقرضك، ففعل الموعد ذلك، فيجب عليه الإقراض لأنه أدخل الموعد في الالتزام. بل ذهب أصبغ إلى وجوب الوفاء ولو لم يباشر الموعد فعل الزواج أو الشراء؛ دفعاً للضرر الحاصل للموعد من تغير الواعد.

فإن وعده بدون ذكر السبب، كأن يقول شخص لآخر: أسلفني كذا، فيقول المخاطب: نعم، لا يلزمه الوعد. **والقوانين الوضعية المدنية** تتفق مع رأي ابن شبرمة وبعض المالكية على أن الوعد بعقد أو بعمل ملزم قانوناً.

المبحث الثاني: تكوين العقد (ركن العقد، عناصر العقد، الإرادة العقدية):
*** ركن العقد:**

الركن في اصطلاح علماء الأصول من الحنفية: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان جزءاً داخلاً في حقيقته. ففي العبادات يعدُّ الركوع والسجود وقراءة القرآن أركاناً للصلاة. وفي المعاملات: الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما هو ركن العقد. فركن العقد: هو كل ما يعبر به عن اتفاق الإرادتين أو ما يقوم مقامهما من فعل أو إشارة أو كتابة^(٣)؛ وأما بقية العناصر أو المقومات التي يقوم عليها العقد من محل معقود عليه، وعاقدين، فهي لوازم لا بد منها لتكوين العقد، لأنه يلزم من وجود الإيجاب والقبول وجود عاقدين، ولا يتحقق ارتباط العاقدين إلا بوجود محل يظهر فيه أثر الارتباط.

(١) ينظر: الأشباه والنظائر؛ لابن نجيم: كتاب الحظر والإباحة؛ ص ٢٤٧.

(٢) ينظر: الفروق؛ للقرافي: ٢٤/٤-٢٥.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع: ١٣٣/٥، رد المحتار: ٥/٤.

وذهب جمهور الفقهاء^(١) إلى إن للعقد أركاناً ثلاثة هي: عاقد ومعقود عليه وصيغة. فالعاقد في البيع هو البائع والمشتري، والمعقود عليه هو الثمن والمثمن، والصيغة هي الإيجاب والقبول، باعتبار أن الركن عند الجمهور: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وإن لم يكن جزءاً داخلياً في حقيقته.

وأيّاً كان هذا الاختلاف فهو اصطلاح لا تأثير له من حيث النتيجة.

تعريف الإيجاب والقبول:

الإيجاب والقبول يكونان صيغة العقد، أي العبارات الدالة على اتفاق الطرفين المتعاقدين. وتعريفها عند الحنفية^(٢):

الإيجاب: إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولاً من كلام أحد المتعاقدين، أو ما يقوم مقامه، فقول العاقد الأول في البيع هو الإيجاب، سواء صدر من البائع أو من المشتري. **والقبول:** ما ذكر ثانياً من كلام المتعاقدين، دالاً على موافقته على ما أوجبه الأول.

وعند جمهور الفقهاء: **الإيجاب:** هو ما صدر ممن يكون منه التملك وإن جاء متأخراً، **والقبول:** هو ما صدر ممن يصير له الملك، وإن صدر أولاً. ففي عقد البيع: إذا قال المشتري: اشتريت منك هذه البضاعة بكذا، وقال البائع: بعته لك بهذا الثمن، انعقد البيع، وكان الإيجاب ما صدر عن البائع، لأنه المملك، والقبول: ما صدر من المشتري، وإن صدر أولاً.

والواقع أن تسمية إحدى عبارتي العاقدين إيجاباً، والأخرى قبولاً هي تسمية اصطلاحية، ليس لها أثر يذكر.

* عناصر العقد:

عناصر العقد: هي مقوماته الذاتية التي ينشأ بها العقد، ولا يتحقق إلا بوجودها، وهي أربعة: صيغة التعاقد، والعاقدان، ومحل العقد، وموضوع العقد.

(١) ينظر: الشرح الكبير: ٢/٣، مغني المحتاج: ٣/٢، غاية المنتهى: ٣/٢.

(٢) ينظر: رد المحتار: ٦/٤.

العنصر الأول: صيغة العقد:

صيغة العقد: هي ما صدر من المتعاقدين دالاً على توجه إرادتهما الباطنة لإنشاء العقد وإبرامه. وتعرف تلك الإرادة الباطنة بوساطة القول أو ما يقوم مقامه من الفعل أو الإشارة أو الكتابة. وقد اتفقت الشرائع على أن مدار وجود العقد وتحققه هو صدور ما يدل على التراضي من كلا الجانبين بإنشاء التزام بينهما. وهذا هو ما يعرف بصيغة العقد عند فقهاءنا.

ويسمى عند القانونيين (التعبير عن الإرادة).

أساليب صيغة الإيجاب والقبول:

التعبير عن الإرادة العقدية الجازمة يكون بأي صيغة تدل عرفاً أو لغة على إنشاء العقد، سواء بالقول أو بالفعل أو بالإشارة أو بالكتابة.

أولاً: اللفظ (أو القول): هو الأداة الطبيعية الأصلية في التعبير عن الإرادة الخفية وهو الأكثر استعمالاً في العقود بين الناس لسهولة وقوة دلالته ووضوحه، فيلجأ إليه متى كان العاقد قادراً عليه، وبأي لغة يفهمها المتعاقدان. وعليه فلا يشترط في العقود كالبيع والإيجار والرهن والهبة ونحوها لفظ معين أو عبارة مخصوصة، كأن يقول البائع: بعت بكذا، أو ملكته لك بكذا، أو أعطيته لك بكذا، أو وهبته بثلث كذا. ويقول المشتري: اشتريت، أو قبلت، أو رضيت، أو خذ الثمن وهاتِ المبيع.

أما **عقد الزواج** فاختلف الفقهاء في شأن الألفاظ المستعملة فيه، نظراً لخطورته وقد استه. فقال **الحنفية والمالكية**^(١): يصح انعقاد الزواج بكل لفظ يدل على تملك العين في الحال، كالزواج والنكاح والتمليك، والجعل، والهبة والعطية والصدقة، بشرط توافر النية أو القرينة الدالة على أن المراد باللفظ هو الزواج، وبشرط فهم الشهود للمقصود؛ لأن عقد الزواج كغيره من العقود التي تنشأ بتراضي العاقدين، فيصح بكل لفظ يدل على تراضيها وإرادتهما. وقد ورد لفظ (الهبة) في القرآن الكريم دالاً على صحة استعماله لإبرام الزواج، في قوله تعالى: ((وَأَمْرًا مَوْمِنَةً إِن وَهَبْتَ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ)) [الأحزاب: ٥٠]، كما ورد في السنة النبوية استعمال

(١) ينظر: رد المحتار: ٣٦٨/٢، الشرح الكبير: ٢٢٠/٢.

عبارة (التمليك) في قوله عليه الصلاة والسلام لخاطبٍ من الصحابة يحفظ سوراً من القرآن: «مَلَكْتُكُمْ بِمَا مَعَكُمْ مِنَ الْقُرْآنِ»^(١).

ولا يصح الزواج بلفظ لا يفيد الملك كإجارة وإعارة ووصية ورهن ووديعة ونحوها، ولا بالألفاظ المصحفة مثل تجوزت.

وقال فقهاء الشافعية والحنبلية^(٢): يشترط لصحة عقد الزواج استعمال لفظي «زوج أو نكح» وما يشتق منها لمن يفهم اللغة العربية. أما من لا يعرف اللغة العربية فيصح الزواج منه بالعبارة التي تؤدي الغرض المقصود، وتفهم هذا المعنى؛ لأن عقد الزواج له خطورة لوروده على المرأة وهي حرة، وشرع لأغراض سامية منها تكثير النسل وبقاء النوع الإنساني، وتكوين الأسر، ففيه معنى التعبد لله، بتكثير عباد الله الذين يعبدونه، مما يوجب علينا التزام ما ورد به الشرع، ولم يرد في القرآن الكريم إلا هذان اللفطان فقط وهما (النكاح والتزويج) وذلك في أكثر من عشرين آية: ((فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ)) [النساء: ٣]، ومنها: ((فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ [الأحزاب: ٣٧].

صيغة اللفظ أو نوع الفعل:

اتفق الفقهاء على صحة انعقاد العقد بالفعل الماضي، لأن صيغته أدل على المراد وأقرب إلى تحقيق المقصود؛ وهو إنشاؤها في الحال، فينعقد بها العقد من غير توقف على شيء آخر كالنية أو القرينة، وقد تعارف الناس استعمال هذه الصيغة، وأقرهم الإسلام عليها واستعملها النبي صلى الله عليه وسلم في جميع العقود، لإفادتها تنجيز العقد حالاً ودلائلها على الإرادة الجازمة وحدوث الشيء قطعاً من غير احتمال معنى آخر، مثل بعت، واشترت، ورهنت، ووهبت، وزوجت، وأعرت، وقبلت، ونحو ذلك.

واتفق الفقهاء أيضاً على الانعقاد بصيغة المضارع إذا توافرت نية الحال أو دلت القرينة على إرادة إنشاء العقد حالاً؛ لأن المضارع يدل على الحال والاستقبال، ففيه احتمال

(١) أخرجه البخاري، كتاب: فضائل القرآن، باب: بَابُ الْقِرَاءَةِ عَنْ ظَهْرِ الْقَلْبِ، برقم: ٥٠٣٠، وفي مواضع أخرى، وأخرجه مسلم في كتاب النكاح، باب: بَابُ الصَّدَاقِ، وَجَوَازِ كَوْنِهِ تَعْلِيمَ قُرْآنٍ، وَخَاتَمَ حَدِيدٍ، وَغَيْرَ ذَلِكَ مِنْ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ، وَاسْتِحْبَابِ كَوْنِهِ خَمْسِمِائَةَ دِرْهَمٍ لِمَنْ لَا يَجُفُّ بِهِ، برقم: ٧٦ - (١٤٢٥).

(٢) ينظر: مغني المحتاج: ١٣٩/٣، المغني: ٥٣٢/٦.

الوعد والمساومة، فكان لا بد من النية لتعيين المراد في الحال، وإنشاء العقد حالاً، مثل أبيع وأشتري وأزوجك وأقبل وأرضى.

وينعقد العقد بالجملة الاسمية على الأصح، مثل أنا بائع لك كذا، أو واهب لك كذا، فقال آخر: أنا قابل: أو قال: نعم.

واختلف الفقهاء في انعقاد العقد بلفظ الأمر الذي يعبر به عن المستقبل، مثل: بعني أو اشتر مني، أو آجرني، أو خذه بكذا:

فقال الحنفية^(١): إن ما عدا عقد الزواج لا ينعقد عقده بلفظ الأمر، ولو نوى ذلك، ما لم يقل القائل الأمر مرة أخرى في المثل السابق: اشتريت، أو بعت، أو استأجرت؛ لأن لفظ الأمر مجرد طلب وتكليف، فلا يكون قبولاً ولا إيجاباً. أو كانت العبارة تنبئ عن إيجاب أو قبول مقدر (مفهوم ضمناً) يقتضيه المعنى ويستلزمه كأن يقول المشتري: اشتريت منك هذا بكذا، فقال البائع: خذه، والله يبارك لك، فكأنه قال: بعتك فحذه.

وأما عقد الزواج فيصح بصيغة الأمر مثل قول الرجل لولي المرأة: زوجني فلانة، فأجاب: زوجتك، لأن لفظ الأمر للمساومة، وعقد الزواج يُسبق عادة بالخطبة، فلا يقصد بهذا الأمر الوعد والمساومة، وإنما المقصود به إنشاء العقد، لا مقدمات العقد وهي الخطبة، فيحمل على الإيجاب والقبول.

وقال جمهور الفقهاء^(٢): **ينعقد العقد بلفظ الأمر بدون حاجة للفظ ثالث من الأمر، سواء أكان بيعاً أم زواجاً؛ لأن أساس العقد هو التراضي، وقد جرى العرف على استعمال صيغة الأمر في إنشاء العقود كالماضي والمضارع، فينعقد بها العقد، ويكون الأمر أو المستدعي عاقداً فعلاً: بائعاً أو مشترياً مثلاً، وهذا الرأي هو الأرجح لما فيه من تحقيق مصالح الناس ومراعاة أعرافهم وعاداتهم دون مصادمة النصوص الشرعية.**

واتفق الفقهاء على عدم انعقاد العقد بصيغة الاستقبال: وهي صيغة المضارع المقرون بالسين أو سوف مثل: سأبيعك؛ لأن ذكر السين يدل على إرادة العقد في المستقبل، فهو وعد بالعقد وليس عقداً، أي أنه يدل على عدم إرادة الحال، فلا ينعقد بها العقد، حتى ولو نوى بها العاقد الإيجاب والقبول.

(١) ينظر: البدائع: ١٣٣/٥، رد المحتار: ٩/٤.

(٢) ينظر: مواهب الجليل؛ للخطاب: ٢٢٨/٤، حاشية الدسوقي: ٣/٣، مغني المحتاج: ٤/٢، المغني: ٥٦٠/٣.

كذلك لا ينعقد العقد بصيغة الاستفهام، لدلائها على المستقبل، لأنها سؤال الإيجاب والقبول، وليست إيجاباً ولا قبولاً.

ثانياً: التعاقد بالأفعال (العقد بالمعاطاة):

قد ينعقد العقد بدون قول أو لفظ، وإنما بفعل يصدر من المتعاقدين ويسمى في الفقه بالمعاطاة أو التعاطي: وهو التعاقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي دون تلفظ بإيجاب أو قبول. مثل أن يأخذ المشتري المبيع، ويدفع للبائع الثمن، أو يدفع البائع المبيع، فيدفع له الآخر ثمنه من غير تكلم ولا إشارة، سواء أكان المبيع حقيراً أم نفيساً.

لكن الفقهاء اختلفوا في التعاقد بالتعاطي في العقود المالية على أقوال ثلاثة:

الأول: مذهب الحنفية والحنبلية^(١): ينعقد العقد بالتعاطي فيما تعارفه الناس، سواء أكان الشيء يسيراً أم نفيساً؛ لأن تعارف الناس دليل ظاهر على التراضي، سواء تمت المبادلة الفعلية من الجانبين، أو من جانب واحد ومن الآخر اللفظ على الأصح المقتضى به، وسواء في ذلك البيع والإجارة والإعارة والهبة والرجعة. وذلك بشرط أن يكون ثمن المعقود عليه معلوماً تماماً، وإلا ففسد العقد، وألا يصرح العاقد مع التعاطي بعدم الرضا بالعقد. والقانون المدني السوري يتفق مع هذا الرأي، كما جاء في المادة (١/٩٣).

الثاني: مذهب مالك وأصل مذهب أحمد^(٢): ينعقد العقد بالتعاطي متى كان واضح الدلالة على الرضا، سواء تعارفه الناس أم لا، وهذا الرأي أوسع من سابقه وأيسر على الناس، فكل ما يدل على البيع وسائر العقود الأخرى ما عدا الزواج ينعقد العقد به؛ لأن المعول عليه وجود ما يدل على إرادة المتعاقدين من إنشاء العقد وإبرامه والرضا به، وقد تعامل الناس به من عصر النبوة فما بعده. ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه الاقتصار على الإيجاب والقبول، ولا إنكار التعاطي، فكانت القرينة كافية على الدلالة على الرضا.

الثالث: مذهب الشافعية^(٣): لا تنعقد العقود بالأفعال أو بالمعاطاة لعدم قوة دلائها على التعاقد؛ لأن الرضا أمر خفي، لا دليل عليه إلا باللفظ، وأما الفعل فقد يحتمل غير

(١) ينظر: البدائع: ١٣٤/٥، رد المحتار: ١١/٤، غاية المنتهى: ٥/٢.

(٢) ينظر: مواهب الجليل: ٢٢٨/٤، المغني: ٥٦١/٣.

(٣) ينظر: المهذب؛ للشيرازي: ٢٥٧/١، مغني المحتاج: ٣/٢.

المراد من العقد، فلا يعقد به العقد، وإنما يشترط أن يقع العقد بالألفاظ الصريحة أو الكنائية، أو ما يقوم مقامها عند الحاجة كالإشارة المفهمة أو الكتابة.

ومع ذلك فقد اختار جماعة من الشافعية منهم النووي والبعثي والمتولي، صحة انعقاد بيع المعاطاة في كل ما يعده الناس بيعاً، لأنه لم يثبت اشتراط لفظ، فيرجع للعرف كسائر الألفاظ المطلقة، وبعض الشافعية كابن سريج والثورياني خصص جواز بيع المعاطاة بالمحقرات أي غير النفيسة: هي ما جرت العادة فيها بالمعاطاة كرتل خبز، أو رغيف، وحزمة بقل ونحوها.

عقد الزواج: وبغض النظر عن الاختلاف السابق في التعاقد بالمعاطاة، أجمع الفقهاء على أن الزواج لا ينعقد بالفعل؛ لأن عقد الزواج خطير مقدس له آثار دائمة على المرأة، فكان لا بد من الاحتياط له، وإتمامه بأقوى الدلالات على الإرادة: وهو القول، حفاظاً على كرامة المرأة ومستقبلها، وصوناً لها عن الابتدال، ولأن عقد الزواج يتطلب الإشهاد عليه، تمييزاً له عن الزنى، ولا يتمكن الشهود من معرفة عقد الزواج إلا بسماع لفظ الإيجاب والقبول^(١).

وكالزواج عند الإمام الشافعي: الطلاق والخلع والرجعة، لا تجوز إلا بالقول.

ثالثاً: التعاقد بالإشارة:

الإشارة إما من الناطق أو من الأخرس.

أ - إذا كان العاقد قادراً على النطق فلا ينعقد بإشارته، بل عليه أن يعبر عن إرادته بلسانه لفظاً أو كتابة؛ لأن الإشارة وإن دلت على الإرادة لا تفيد اليقين المستفاد من اللفظ أو الكتابة، فلا بد من العبارة، وإلا لم ينشأ العقد عند الحنفية والشافعية^(٢).

لكن القانون المدني السوري وغيره في المادة (١/٩٣) أجاز انعقاد العقد بالإشارة المتداولة عرفاً، ولو كانت من الناطق، إذ لم يقيد بالخرس. وهذا يتفق مع مذهب

(١) تنص المادة ٥ من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يأتي: «ينعقد الزواج بإيجاب من أحد العاقدين، وقبول من الآخر» وتنص المادة ٦ منه على أنه: «يكون الإيجاب والقبول في الزواج بالألفاظ التي تفيد معناه لغة أو عرفاً».

(٢) ينظر: البدائع: ١٣٥/٥، نهاية المحتاج: ١١/٣.

المالكية والحنبلية^(١) الذين يجيزون التعبير عن الإرادة من الناطق بالإشارة المفهمة، لأنها أولى في الدلالة من الفعل الذي ينعقد به العقد، كما تقدم في المعاطاة.

ب - وأما العاقد العاجز عن النطق كالأخرس ومعتقل اللسان، فإن كان **يحسن الكتابة** فلا بد منها على الرواية الراجحة عند **الحنفية**؛ لأن الكتابة أبلغ في الدلالة وأبعد عن الاحتمال من الإشارة، فيلجأ إليها.

وإن كان لا يحسن الكتابة، وله إشارة مفهمة، فتقوم مقام النطق باللسان **باتفاق الفقهاء** للضرورة، حتى لا يجرم من حق التعاقد، وعليه نصت القاعدة الفقهية: (الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان). هذا إذا كان الخرس أصلياً، بأن ولد أخرس، فأما إذا كان عارضاً بأن طرأ عليه الخرس، فلا تعتبر إشارته إلا إذا دام به الخرس حتى وقع اليأس من كلامه، وصارت الإشارة مفهومة، فيلحق بالأخرس الأصلي.

ولا فرق في اعتبار إشارة الأخرس بين أن يكون قادراً على الكتابة، أو عاجزاً عنها، ولا بين أن يكون الخرس أصالةً أو طارئاً عند جمهور الفقهاء^(٢).

رابعاً: التعاقد بالكتابة:

يصح التعاقد بالكتابة بين طرفين، ناطقين أو عاجزين عن النطق، حاضرين في مجلس واحد، أو غائبين، وبأي لغة يفهما المتعاقدان، بشرط أن تكون الكتابة مستبينة (بأن تبقى صورتها بعد الانتهاء منها) ومرسومة (مسطرة بالطريقة المعتادة بين الناس بذكر المرسل إليه وتوقيع المرسل)، فإذا كانت غير مستبينة؛ كالرقم أو الكتابة على الماء أو في الهواء، أو غير مرسومة كالرسالة الخالية من التوقيع مثلاً، لم ينعقد بها العقد، وعليه نصت القاعدة الفقهية: (الكتاب كالخطاب)، وهذا رأي **الحنفية والمالكية**^(٣).

لكن عقد الزواج لا يصح انعقاده بالكتابة إذا كان العاقدان حاضرين في مجلس واحد، إلا حال العجز عن النطق كالأخرس؛ لأن الزواج يشترط لصحته حضور الشهود وسماعهم كلام العاقلين، وهذا لا يتيسر في حال الكتابة.

(١) ينظر: الشرح الكبير: ٣/٣، المغني: ٥٦٢/٥.

(٢) ينظر: مواهب الجليل: ٢٢٩/٤، روضة الطالبين؛ للنووي: ٣/٣٤١.

(٣) ينظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه: ١٠/٤، الشرح الكبير: ٣/٣.

وقيد الشافعية والحنبلية^(١) صحة التعاقد بالكتابة أو الرسالة فيما إذا كان العاقدان غائبين، أما في حال الحضور فلا حاجة إلى الكتابة؛ لأن العاقد قادر على النطق، فلا ينعقد العقد بغيره. ويُعدُّ مجلس فضِّ الرسالة هو مجلس العقد، فيلزم أن يقبل فيه، فإن قام من المجلس قبل أن يقبل انتهى مفعول الإيجاب.

. شروط الإيجاب والقبول:

الشرط: ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون جزءاً خارجاً عن حقيقته. وقد اشترط الفقهاء لانعقاد العقد شروطاً ثلاثة في الإيجاب والقبول هي^(٢):

- ١ - وضوح دلالة الإيجاب والقبول؛ لأن الإرادة الباطنة خفية، ولأن العقود يختلف بعضها عن بعض في موضوعها وأحكامها، فإذا لم يعرف بيقين أن العاقدين قصداً عقداً بعينه لا يمكن إلزامهما بأحكامه الخاصة به.
 - ٢ - تطابق القبول والإيجاب: بأن يكون القبول موافقاً للإيجاب، بأن يرد على كل ما أوجبه الموجب وبما أوجبه، أي على كل محل العقد، ومقدار العوض في عقود المعاوضات، سواء أكانت الموافقة حقيقية، أو ضمنية (بأكثر مما طلب). فالتوافق متحقق ضمناً، وهذه المخالفة خير للموجب. لكن العقد لا يلزم إلا بالمقدار الذي وجهه الموجب، وأما الزيادة فموقوفة على قبول الموجب في مجلس العقد، فإن قبل به الموجب لزم القابل؛ لأن المال لا يدخل في ملك إنسان بغير اختياره إلا في الميراث.
- فإن لم يتطابق القبول مع الإيجاب، لا ينعقد العقد، كأن خالف القابل في محل العقد، فقبل غيره، أو بعضه، فلا ينعقد العقد لمخالفته محل العقد، أو لتفرق الصفة على البائع، والمشتري لا يملك تفريقها؛ أي: تجزئتها.
- وكذا إذا خالف في مقدار الثمن أو في وصفه أو أجله، لا ينعقد العقد أيضاً، لعدم تطابق القبول مع الإيجاب، وحينئذ لا بد من إيجاب جديد.

ويختلف القانون المدني مع الفقه الحنفي في حالة المخالفة إلى خير للموجب، إذ يقرر القانونيون أن العقد لا يتم، كما يفهم من صريح المادة (٩٧) مدني سوري «إذا اقترن

(١) ينظر: المذهب: ٢٥٧/١، غاية المنتهى: ٢/٤.

(٢) ينظر: البدائع: ١٣٦/٥، حاشية الدسوقي: ٥/٣، مغني المحتاج: ٥/٢.

القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه، اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً»
لكن يتفق ذلك مع مذهب الشافعية^(١).

٣ - اتصال القبول بالإيجاب: بأن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد إن كان الطرفان حاضرين معاً، أو في مجلس علم الطرف الغائب بالإيجاب.

ويتحقق الاتصال بأن يعلم كل من الطرفين بما صدر عن الآخر بأن يسمع الإيجاب ويفهمه، وبأن يصدر منه ما يدل على إعراضه عن العقد، سواء من الموجب أو من القابل.

ومجلس العقد: هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مشغولين فيه بالتعاقد. ويشترط لتحقيق معنى اتصال القبول بالإيجاب شروط ثلاثة؛ هي^(٢):

الشرط الأول: أن يتحد مجلس الإيجاب والقبول: فلا يجوز أن يكون الإيجاب في مجلس، والقبول في مجلس آخر؛ لأن الإيجاب لا يعد جزءاً من العقد إلا إذا التحق به القبول. فلو قال البائع: بعثك الدار بثمن كذا، أو آجرتك المنزل بأجرة كذا، ثم انتقل الموجب إلى غرفة أخرى، انتهى المجلس الأول، فإذا قبل القابل بعد هذا الانتقال لم ينعقد العقد، ويحتاج إلى إيجاب جديد؛ لأن الإيجاب كلام اعتباري لا بقاء له إذا لم ينضم إليه القبول في حال واحدة من المجلس.

وهل تشترط الفورية في القبول؟

قرر جمهور الفقهاء^(٣) أنه لا يشترط الفور في القبول، لأن القابل يحتاج إلى مدة للتأمل، وإنما يكفي صدور القبول في مجلس واحد، ولو طال الوقت إلى آخر المجلس؛ لأن المجلس الواحد يجمع المتفرقات للضرورة، وفي اشتراط الفورية تضيق على القابل، أو تفويت للصفقة من غير مصلحة راجحة، فإن رفض فوراً، فتضيع عليه الصفقة، وإن قبل فوراً، فرمى كان في العقد ضرر له، وقد أخذ القانون المدني في المادة (٢/٩٥) بهذا الرأي، فلم يشترط الفورية في القبول، وصرح الأستاذ السنهوري بأن القانون أخذ هذا من الفقه الحنفي^(٤).

(١) ينظر: الوسيط؛ للسنهوري: ص ٢١٩، مغني المحتاج: ٦/٢.

(٢) ينظر: الملكية ونظرية العقد؛ للشيخ محمد أبو زهرة: ص ١٧٥.

(٣) ينظر: البدائع: ١٣٧/٥، مواهب الجليل: ٢٤٠/٤، المغني: ٤/٤.

(٤) ينظر: الوسيط: ص ٢١٥.

وقال الشافعية^(١): يشترط أن يكون القبول فور الإيجاب، فلو تخلل لفظ أجنبي لا تعلق له بالعقد ولو يسيراً بأن لم يكن من مقتضاه ولا من مصالحه ولا من مستحباته، لا يتحقق الاتصال بين القبول والإيجاب، فلا ينعقد العقد. واتجاه الشافعية هذا متفق مع الأصل في القبول: وهو أن يتصل بالإيجاب مباشرة وفوراً لينعقد العقد، ويخفف من شدة هذا الرأي مبدأ خيار المجلس لكل من العاقلين بعد انعقاد العقد، والذي بمقتضاه يثبت لكل من العاقلين حق فسخ العقد ما دام في المجلس لم يفتقرا عنه بأبدانها.

هذا وقد فسّر كثير من الشافعية اتصال القبول بالإيجاب بأنه السائد عرفاً بين الناس، فلا يضر الفصل اليسير ويضر الطويل وهو ما أشعر بإعراضه عن القبول. فيكون رأي الشافعية كغيرهم^(٢).

حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة:

سبق القول بأن المعول عليه هو مجلس بلوغ الرسالة أو الكتابة، كأن يقول شخص: بعت لفلان كذا، فاذهب يا فلان وقل له هذا، فذهب فأخبره، فقبل المشتري في مجلسه ذلك، صح العقد. فليس المراد من اتحاد المجلس المطلوب في كل عقد كون المتعاقدين في مكان واحد، لأنه قد يكون مكان أحدهما غير مكان الآخر، إذا وجد بينهما واسطة اتصال، كالتعاقد بالهاتف أو بالمراسلة (الكتابة)، وإنما المراد باتحاد المجلس: اتحاد الزمن أو الوقت الذي يكون المتعاقدان مشغولين فيه بالتعاقد، فمجلس العقد: هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مقبلين على التفاوض في العقد، وعن هذا قال الفقهاء «إن المجلس يجمع المتفرقات».

وعلى هذا يكون مجلس العقد في المكاملة الهاتفية: هو زمن الاتصال ما دام الكلام في شأن العقد، فإن انتقل المتحدثان إلى حديث آخر انتهى المجلس. ومجلس التعاقد بإرسال رسول أو بتوجيه خطاب بأي طريقة كتابية: هو مجلس تبليغ الرسالة، أو وصول إشعار الرسالة، لأن الرسول سفير ومعبر عن كلام المرسل، فكأنه حضر بنفسه وخطب بالإيجاب فقبل، في المجلس. فإن تأخر القبول إلى مجلس ثان، لم ينعقد العقد. وبه تبين أن

(١) ينظر: نهاية المحتاج: ٨/٣، مغني المحتاج: ٦/٢.

(٢) ينظر: المجموع؛ للنووي: ١٧٩/٩.

مجلس التعاقد بين حاضرين: هو محل صدور الإيجاب، ومجلس التعاقد بين غائبين: هو محل وصول الكتاب أو تبليغ الرسالة، أو المحادثة الهاتفية.

ويتخرج هذا على قول الإمام النووي في [المجموع]: (لَوْ تَنَادَيَا وَهُمَا مُتَبَاعِدَانِ وَتَبَايَعَا صَحَّ الْبَيْعُ بِلَا خِلَافٍ (وَأَمَّا) الْخِيَارُ ... وَالْأَصَحُّ فِي الْجُمْلَةِ ثُبُوتُ الْخِيَارِ وَأَنَّهُ يَحْصُلُ التَّفَرُّقُ بِمُفَارَقَةِ أَحَدِهِمَا مَوْضِعَهُ وَيَنْقَطِعُ بِذَلِكَ خِيَارُهُمَا جَمِيعًا، وَسَوَاءٌ فِي صُورَةِ الْمَسْأَلَةِ كَانَا مُتَبَاعِدَيْنِ فِي صَحْرَاءٍ أَوْ سَاحَةٍ أَوْ كَانَا فِي بَيْتَيْنِ مِنْ دَارٍ أَوْ فِي صَحْنٍ وَصَفَّةٍ صَرَّحَ بِهِ الْمُتَوَلَّى وَاللَّهُ أَعْلَمُ).

وهذا الذي قاله فقهاؤنا يشمل كل ما توصل إليه أبناء جيلنا من تطورٍ في إجراء تعاقداتهم بوسائل التواصل الحديثة؛ مرئية كانت أو مسموعة.

الشرط الثاني: ألا يصدر من أحد العاقدين ما يدل على إعراضه عن العقد: بأن يكون الكلام في موضوع العقد، وألا يتخلله فصل بكلام أجنبي يُعَدُّ قرينةً على الإعراض عن العقد.

فإن ترك الموجب مجلس العقد قبل قبول الآخر، أو ترك الطرف الآخر المجلس بعد صدور الإيجاب، أو انشغل الطرفان في موضوع آخر لا صلة له بالعقد، بطل الإيجاب. ولو قبل الآخر حينئذ لا يعتبر قبوله متمماً للعقد؛ لأن الإيجاب ذهب ولم يبق له وجود.

الشرط الثالث: ألا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول القابل: لا بد لانعقاد العقد من استمرار الموجب على إيجابه الذي وجهه للقابل، فإن عدل عن إيجابه، لم يصح القبول. وللموجب أن يرجع عن إيجابه قبل صدور القبول من الطرف الآخر، ويبطل الإيجاب حينئذ؛ لأن الالتزام بالعقد لم ينشأ بعد، ولأن الموجب حر التصرف بملكه وحقوقه، وإيجابه أثبت للطرف الآخر حق التملك، وحق الملك أقوى من حق التملك، فيقدم عليه عند التعارض؛ لأن الأول ثابت لصاحبه أصالة والثاني لا يثبت إلا برضا الطرف الأول، والتراضي بين الجانبين أساسي لصحة العقود؛ وهو مذهب جمهور الفقهاء^(١).

(١) ينظر: البدائع: ١٣٤/٥، مغني المحتاج: ٤٣/٢، غاية المنتهى: ٢٩/٢.

ويتفق القانون المدني في المادة (٩٥) مع هذا الرأي، فإنه إذا لم يتعين ميعاد للقبول يجوز للموجب التحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً.

وقال **المالكية**^(١): ليس للموجب الرجوع عن إيجابه، وإنما يلتزم بالبقاء على إيجابه حتى يعرض الطرف الآخر عنه، أو ينتهي المجلس؛ لأن الموجب قد أثبت للطرف الآخر حق القبول والتملك، فله استعماله وله رفضه، فإذا قبل ثبت العقد، وإذا أعرض عن الإيجاب لم ينشأ العقد. وعليه لا يكون الرجوع مبطلاً للإيجاب.

وقالوا أيضاً: إذا حدد الموجب للطرف الآخر مدة للقبول، فيلتزم بها؛ لأنه إذا كان ليس للموجب الرجوع عن إيجابه قبل قبول الآخر، فيكون من باب أولى ملتزماً بالبقاء على إيجابه إذا عين ميعاداً للقبول. ويسمى (الإيجاب المفتوح)، ويشبه نشرة أسعار الصرف التي تصدر يومياً، وكذا نشرة أسعار الذهب اليومية. وهذا يتفق مع المبدأ العام في الشريعة وهو «المسلمون على شروطهم»، ومثل هذا الشرط لا ينافي بمقتضى العقد. والقانون المدني في المادة (٩٤) يقرر ذلك: «إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينتضي هذا الميعاد. وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال، أو من طبيعة التعامل».

العقود التي لا يشترط فيها اتحاد المجلس:

اتحاد المجلس شرط في جميع العقود ما عدا ثلاثة: الوصية، والإيضاء، والوكالة. أما **الوصية** (وهي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت): فيستحيل فيها تحقق اتحاد المجلس؛ لأن القبول لا يصح من الموصى له في حال حياة الموصي، وإنما يكون بعد وفاته مصراً على الوصية.

وأما **الإيضاء** (وهو جعل الغير وصياً على أولاده ليرعى شؤونهم بعد وفاته): فلا يلزم صدور القبول في حياة الموصي، وإنما يصح بعد وفاته، وعلى كل حال لا يصح وصياً إلا بعد وفاة الموصي، وإن قبل في حياته.

وأما **الوكالة** (وهي تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل في أثناء الحياة) فمبنية على التوسعة واليسر والسماحة، فلا يشترط فيها اتحاد المجلس؛ لأن قبولها قد يكون باللفظ

(١) ينظر: مواهب الجليل: ٢٤١/٤.

(القول)، أو بالفعل بأن يشرع الوكيل في فعل ما وكل فيه، ويصح فيها توكيل الغائب (أي غير الموجود في مجلس العقد)، فمجرد علمه بالتوكيل له القيام بالعمل الموكل فيه^(١).

وكالوكالة عند الحنبلية: كل عقد جائز غير لازم يصح القبول فيه على التراخي، مثل الشركة والمضاربة والمزارعة والمساقاة، والوديعة والجمالة. مبطلات الإيجاب: يبطل الإيجاب بالأمر الآتية^(٢):

- ١ - رجوع الموجب عنه قبل القبول في المجلس، على رأي الجمهور.
- ٢ - رفض الإيجاب من الطرف الآخر، إما صراحة كأن يقول: لا أقبل، أو ضمناً كأن يعرض عنه إما بالقيام عن المجلس بعد القعود، أو بالاشتغال بعمل آخر.
- ٣ - انتهاء مجلس العقد، بتفرق العاقدین عرفاً؛ لأن الإيجاب يظل قائماً في المجلس، فلما انتهى بطل مفعوله، لأن المجلس يجمع المتفرقات.
- ٤ - خروج الموجب عن أهليته قبل القبول بالموت أو بالجنون أو بالإغماء ونحوه، وكذا فقد القابل أهليته بهذه الأسباب؛ لأن انعقاد العقد يتوقف على توافر الأهلية، فإذا فقدت لم ينعقد العقد، لاحتمال وجود الرجوع عن الإيجاب، أو لعدم فهم القبول، أو لعدم صدور قبول معتبر شرعاً.
- ٥ - هلاك محل العقد قبل القبول، أو تغييره بما يصيره شيئاً آخر، مثل قلع عين حيوان، أو انقلاب عصير العنب خمرًا، ونحو ذلك.

العنصر الثاني: العاقد:

الإيجاب والقبول اللذان يكونان ركن العقد كما تقدم، لا يتصور وجودهما من غير عاقد، فالعاقد ركيزة التعاقد الأصلية. لكن ليس كل واحد صالحاً لإبرام العقود، فبعض الناس لا يصلح لأي عقد، وبعضهم يصلح لإنشاء بعض العقود، وآخرون صالحون لكل عقد.

وهذا يعني أن العاقد لا بد له من أهلية للتعاقد بالأصالة عن نفسه، أو ولاية شرعية للتعاقد بالنيابة عن غيره. ويستلزم ذلك بحث الأهلية والولاية، لكن بقدر إجمالي، وأما تفصيل أحكام الأهلية والولاية فمتروك لكتب الفقه والأصول المطولة، ولمادة الأحوال

(١) ينظر: البدائع: ٢٠/٦، القوانين الفقهية: ص ٣٢٨، مغني المحتاج: ٢٢٢/٢، غاية المنتهى: ١٤٧/٢.

(٢) ينظر: رد المحتار والدر المختار: ٢١/٤، الشرح الكبير: ٥/٣، مغني المحتاج: ٦/٢، غاية المنتهى: ٥/٢.

الشخصية ومدخل القانون، إذ إن نصوص الأهلية والولاية موزعة بين قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني السوريين.

أولاً: الأهلية:

الأهلية في اللغة: الصلاحية، وفي اصطلاح الفقهاء: هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق المشروعة له ووجوبها عليه، وصحة التصرفات منه. وهي نوعان: أهلية وجوب، وأهلية أداء.

أ - أهلية الوجوب: هي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام، **أو:** هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له؛ كاستحقاق قيمة المتلف من ماله، أو وجوبها عليه؛ كالتزامه بتمن المبيع وعوض القرض.

ومناط هذه الأهلية: هو الحياة أو الصفة الإنسانية^(١)، فكل إنسان حتى الجنين في بطن أمه له أهلية وجوب، والأهلية تبدأ في الفقه مع بدء الشخصية. والشخصية تبدأ في الفقه الإسلامي منذ بدء تكون الجنين في الرحم وتنتهي بالموت. وفي القانون المدني تبدأ بتمام ولادة الإنسان حياً، وتنتهي بموته (م ٣١).

وأهلية الوجوب نوعان: ناقصة وكاملة:

أهلية الوجوب الناقصة: هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له فقط، أي تؤهله للإلزام ليكون دائئاً لا مديناً. وتثبت للجنين في بطن أمه قبل الولادة. فتثبت له بعض الحقوق الضرورية النافعة له؛ وهي التي لا تحتاج إلى قبول، وهي: النسب، والميراث، واستحقاق الوصية، واستحقاق الوقف وغلاته، وتتوقف الثلاثة الأخيرة منها على ولادته حياً.

وثبوت الحق للجنين في الوقف هو رأي الحنفية والمالكية، أما رأي الشافعية والحنبلية فلا يثبت له حق التملك إلا بالإرث والوصية، فلا يصح عندهم الوقف على الجنين، لأنه يشترط إمكان التملك في الحال وهو لا يملك.

أهلية الوجوب الكاملة: هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له، وتحمل الواجبات (أو الالتزامات). وتثبت للشخص منذ ولادته حياً، دون أن تفارقه في جميع أدوار حياته، فيصلح لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات.

(١) المدخل إلى الالتزام في الفقه؛ للأستاذ مصطفى الزرقا: ف ٤٠٨.

وتحديد **وجود الولادة**: فيه رأيان للفقهاء، قال **الحنفية**: تثبت أهلية الوجوب بمجرد ظهور أكثر الجنين حياً. وقال **الجمهور**: لا تثبت هذه الأهلية إلا بتمام ولادة الجنين حياً. وبهذا الرأي أخذ القانون المدني السوري (م ١٣)، وقانون الأحوال الشخصية السوري (م ٢٣٦ و ٢/٢٦٠).

وأما **الحقوق الثابتة للطفل بعد الولادة**: فهي التي تحصل له نتيجة **التصرف** الذي يمكن **للولي أو الوصي** أن يمارسه بالنيابة عنه، كتملك ما يشتري له أو يوهب له. وأما الالتزامات الواجبة على الطفل فهي كل ما يستطيع أدائه عنه من ماله، سواء من حقوق العباد أو من حقوق الله، وهي:

(١) الأعواض المالية في الأفعال المدنية كشن المشتريات وأجرة الدار، أو في الأفعال الجنائية كتعويض المتلفات التي يتلفها من أموال الآخرين.

(٢) والضرائب المالية للدولة كعشر-الزراع وخراج الأرض (ضريبة الأراضي الزراعية) وضريبة ورسوم الجمارك والمباني وضريبة الدخل ونحوها.

(٣) والصّلات الاجتماعية المنوطة بالغنى؛ كنفقة الأقارب والمعسرين وزكاة الفطر في رأي **أبي حنيفة وأبي يوسف**. وزكاة المال في رأي **جمهور الفقهاء**، رعاية لمصلحة الفقراء والمحتاجين والمجتمع بصفة عامة، وهو رأي أقوم وأفضل وأحق بالعمل، لاسيما في ظروفنا الحاضرة. وأما **الحنفية** فلم يوجبوا الزكاة في مال الصبي لأنهم اعتبروها عبادة مالية، والطفل لا يكلف بالتكاليف الدينية إلا بعد البلوغ.

وأهلية الوجوب وإن كانت كاملة **ليس لها أثر في إنشاء العقود**، فكل تصرف من الطفل غير المميز، حتى ولو كان نافعا نفعاً محضاً له؛ كقبول الهبة أو الوصية، يعد **باطلاً**، لأن عبارته ملغاة. كذلك لا يجب على الطفل غير المميز شيء من العبادات الدينية؛ كالصلاة والصوم والحج. وأما الذمة المالية فتثبت للطفل كاملة بمجرد الولادة وتلازمه طوال الحياة.

ب - أهلية الأداء: هي صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه (أو لممارستها ومباشرتها) على وجه يُعتد به شرعاً، وهي مترادف المسؤولية، وتشمل حقوق الله من صلاة وصوم وحج وسواها، والتصرفات القولية أو الفعلية الصادرة عن الشخص. فالصلاة

ونحوها التي يؤديها الإنسان تسقط عنه الواجب، والجناية على مال الغير توجب المسؤولية.

وأساس ثبوتها أو مناط هذه الأهلية هو التمييز أو العقل والإدراك، فمن ثبتت له أهلية الأداء صحت عباداته الدينية؛ كالصلاة والصوم، وتصرفاته المدنية كالعقود. وأهلية الأداء نوعان: ناقصة وكاملة:

أهلية الأداء الناقصة: هي صلاحية الشخص لصدور بعض التصرفات منه دون البعض الآخر، وهي التي يتوقف نفاذها على رأي غيره، وهذه الأهلية تثبت للشخص في دور التمييز بعد تمام سن السابعة إلى البلوغ. ويعد في حكم المميز: **الشخص المعتوه** الذي لم يصل به العته إلى درجة اختلال العقل وفقده، وإنما يكون ضعيف الإدراك والتمييز.

ويفرق بالنسبة للمميز والمعتوه بين حقوق الله وحقوق العباد:

أما **حقوق الله تعالى:** فتصح من الصبي المميز؛ كالإيمان والكفر والصلاة والصيام والحج، ولكن لا يكون ملزماً بأداء العبادات إلا على جهة التأديب والتهذيب، ولا يستتبع فعله عهدة في ذمته، فلو شرع في صلاة لا يلزمه المضي فيها، ولو أفسدها لا يجب عليه قضاؤها.

وأما **حقوق العباد:** فعند الشافعي وأحمد: تعد عقود الصبي وتصرفاته باطلة.

وأما عند الحنفية والمالكية: فإن تصرفاته المالية أقسام ثلاثة:

أ - **التصرفات النافعة فعلاً محضاً:** وهي التي يترتب عليها دخول شيء في ملكه من غير مقابل، كالاختطاب، والاحتشاش والاصطياد، وقبول الهبة والصدقة والوصية والكفالة بالدين، تصح من الصبي المميز دون إذن ولا إجازة من الولي، لأنها لنفعه التام.

ب - **التصرفات الضارة ضرراً محضاً:** وهي التي يترتب عليها خروج شيء من ملكه دون مقابل، كالطلاق والهبة والصدقة والإقراض والكفالة لا تصح من الصبي العاقل ولا تنفذ، ولو أجازها وليه؛ لأن الولي لا يملك إجازة هذه التصرفات لما فيها من الضرر.

ج - **التصرفات المترددة بين الضرر والنفع:** وهي التي تحتل الربح والخسارة؛ كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والزواج والمزارعة والمساقاة والشركات ونحوها، تصح من الصبي المميز، ولكنها تكون **موقوفة** على إذن الولي أو إجازته مادام صغيراً أو على إجازته

لنفسه بعد البلوغ؛ لأن للمميز جانباً من الإدراك غير قليل. فإن أجزت نفدت، وإلا بطلت، والإجازة تجبر نقص الأهلية.

أهلية الأداء الكاملة: هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات على وجه يعتد به شرعاً دون توقف على رأي غيره. وتثبت لمن بلغ الحلم عاقلاً أي للبالغ الرشيد، فله بموجبها ممارسة كل العقود، من غير توقف على إجازة أحد.

عوارض الأهلية:

أهلية الأداء قد يعترضها بعض العوارض فتؤثر فيها، والعوارض: هي ما يطرأ على الإنسان فيزيل أهليته أو ينقصها أو يغير بعض أحكامها. وهي نوعان:

١ - عوارض مساوية: وهي التي لم يكن للشخص في إيجادها اختيار واكتساب؛ مثل الجنون والعتة والإغماء والنوم، ومرض الموت.

٢ - عوارض مكتسبة: وهي التي يكون للشخص دخل واختيار في تحصيلها؛ مثل السكر والسفه والدين.

واليكم فكرة موجزة عن هذه العوارض وآثارها.

١ - **الجنون:** اختلال في العقل ينشأ عنه اضطراب أو هيجان. وحكمه أنه سواء أكان مُطبقاً أم غير مطبقٍ معدّم للأهلية حال وجوده، فتكون تصرفات المجنون القولية والفعلية لاغية باطلة لا أثر لها. ولكنه يطالب بضمان أفعاله الجنائية على النفس أو المال.

٢ - **العتة:** ضعف في العقل ينشأ عنه ضعف في الوعي والإدراك، يصير به المعتوه مختلط الكلام، فيشبه مرة كلام العقلاء، ومرة كلام المجانين. وحكمه حكم الصبي المميز، لصاحبه أهلية أداء ناقصة.

٣ - **الإغماء:** تعطل القوى المدركة المحركة حركة إرادية بسبب مرض يعرض للدماغ أو القلب. وهو يشبه النوم في تعطيل العقل، إلا أن النوم عارض طبيعي، والإغماء غير طبيعي، فيكون حكمها واحداً في التصرفات، وهو إلغاؤها وبطلانها لانعدام القصد عند المغنى عليه.

٤ - **النوم:** فتور طبيعي يعتري الإنسان في فترات منتظمة أو غير منتظمة لا يزيل العقل، بل يمنعه عن العمل، ولا يزيل الحواس الظاهرة، بل يمنعها أيضاً عن العمل. وعبارات النائم كالمغنى عليه لا اعتبار لها إطلاقاً.

٥ - **السُّكر:** حالة تعرض للإنسان بامتلاء دماغه من الأبخرة المتصاعدة إليه، فيتعطل معه عقله المميز بين الأمور الحسنة والقيحة. وهو **نوعان:** سُكْرٌ بطريق مباح؛ كالحاصل من الدواء أو البنج، أو حالة الاضطراب أو الإكراه. وسُكْرٌ بطريق حرام؛ كالحاصل من الخمر أو أي مسكر آخر. والسُّكر بنوعيه لا يذهب العقل، بل يعطله مدة من الزمن، ويزيل الإرادة والقصد.

وحكمه على المشهور عند **المالكية** ومتأخري الحنبلية: أنه يبطل العبارة ولا يترتب عليها التزام، فتبطل عقودُه وتصرفاته لعدم سلامة القصد أو الإرادة، سواء أكان بطريق مباح أو محظور، فلا يصح يمينه وطلاقه وإقراره ولا بيعه وهبته ولا سائر أقواله^(١). إلا أن **المالكية** قالوا في **الطلاق:** لو سكر سكرًا حرامًا صح طلاقه، إلا ألا يميز فلا طلاق عليه لأنه صار كالجنون.

وقال **جمهور الفقهاء:** يفرق بين السكر بمباح فليس لعبارته أي اعتبار، وبين السكر بمحرم، فتقبل عبارته زجرًا له وعقابًا على تسببه في تعطيل عقله، فتعد تصرفاته من قول أو فعل صحيحة نافذة، عقابًا وزجرًا له ولأمثاله، سواء في ذلك الزواج والطلاق والبيع والشراء والإجارة، والرهن والكفالة ونحوها.

٦ - **السفه:** خفةٌ تعتري الإنسان، فتحمله على العمل بخلاف موجب العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة، والمراد به هنا ما يقابل الرشد: وهو تبذير المال وإنفاقه في غير حكمة، ولو في أمور الخير عند **الحنفية**؛ كبناء المساجد والمدارس والملاجئ. ولم يجعل **الشافعية** الإسراف في وجوه الخير سفهًا^(٢).

والسفه لا يؤثر في الأهلية، فيظل السفه كامل الأهلية، لكنه يمنع من بعض التصرفات.

(١) وهذا رأي الإمام أحمد في رواية عنه اختارها جماعة من الحنبلية، والطحاوي والكرخي وأبو يوسف وزفر من الحنفية، والمزني وابن سريج وغيرهما من الشافعية. وبه أخذ قانون الأحوال الشخصية في سورية ومصر.

(٢) ينظر: تبیین الحقائق: ١٩٢/٥، مغني المحتاج: ١٦٨/٢.

الحجر على السفیه: قد يبلغ الشخص سفیهاً، وقد يطرأ عليه السفه بعد بلوغه راشداً.

أ - من بلغ سفیهاً: اتفق الفقهاء على أن الصبي إذا بلغ سفیهاً يمنع عنه ماله، ويظل تحت ولاية وليه، لقول الله تعالى: ((وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا)) [النساء: ٥]. ويستمر هذا المنع أبداً عند جمهور الفقهاء والصاحيين، حتى يتحقق

رشده لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ آتَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦]. وقال أبو حنيفة: تنتهي مدة منع ماله عنه ببلوغه خمساً وعشرين سنة؛ لأن هذه السن غالباً يتحقق فيها الرشد، فإن لم يرشد لا ينتظر منه رشد بعدئذ.
ب - من بلغ رشيداً ثم صار سفیهاً: لا يجوز أبو حنيفة الحجر عليه، لأنه حر في تصرفاته، والحجر ينافي الحرية، وفيه إهدار لإنسانيته وكرامته.

وقال جمهور الفقهاء، والصاحبان (أبو يوسف ومحمد) وبرأيهما يفتي في المذهب الحنفي: يجوز الحجر على السفیه، رعاية لمصلحته، ومحافظة على ماله، حتى لا يكون عالة على غيره. ويكون حكمه حينئذ حكم الصبي المميز في التصرفات، إلا أن الحجر على السفیه في هذه الحال يكون بحكم قضائي، بالتثبت من السفه أو التبذير، ومنعاً من إلحاق الضرر بمن يتعامل مع السفیه من غير بيئة وتحقق من حاله. وهذا رأي أبي يوسف والشافعي وأحمد ومالك رحمهم الله تعالى^(١).

والحجر في هذه الحال محصور في التصرفات التي تحتل الفسخ، ويطلقها الهزل؛ كالبيع والإجارة والرهن. أما التصرفات التي لا تحتل الفسخ ولا يطلها الهزل؛ كالزواج والطلاق والرجعة والخلع، فلا يحجر عليه بالإجماع.

٧ - الدين أو المديونية (الإفلاس): الخلاف الذي سبق في الحجر على السفیه يجري في الدين. فأبو حنيفة لا يجوز الحجر على المدين، وإن استغرق دينه ماله، لأنه كامل الأهلية بالعقل، فلا حجر عليه، حفاظاً على حرته في التصرف وإنسانيته. وإنما يؤمر بسداد ديونه، فإن أبي يحبس لبيع ماله بنفسه ويؤدي ما عليه من الديون.

(١) ينظر: الدر المختار: ١٠٢/٥، بداية المجتهد: ٢٧٦/٢، مغني المحتاج: ١٦٨/٢، المغني: ٤٦٩/٤.

وقال **الصاحبان والأئمة الثلاثة**: يحجر القاضي على المدين الذي ترتبت عليه ديون حالة الأجل، وكانت ديونه مستغرقة لماله، وطلب الدائنون الغرماء الحجر عليه، وهذا هو المفلس، والمفلس لغة: من لا مال له، وشرعاً، من دينه أكثر من ماله.

وبالحجر على المدين تنتقص أهليته، ويصبح كالصغير المميز، ومتى وقع الحجر عليه صارت تصرفاته المالية التي تضر بدائنيه **موقوفة على إجازتهم**، سواء أكانت تلك التصرفات تبرعات محضة؛ كالهبة أو الوقف، أم معاوضات مشتملة على المحاباة في الثمن؛ كالبيع بأقل من القيمة، أو الشراء بأكثر من القيمة، فإن أجازوا التصرف نفذ، وإن رفضوه بطل.

٨ - **مرض الموت**: هو المرض الذي يعجز الإنسان عن ممارسة أعماله المعتادة ويتصل به الموت قبل مضي سنة من بدئه، إذا لم يكن في حالة تزايد أو تغير، فإن كان يتزايد اعتبر مرض موت من تاريخ اشتداده أو تغيره، ولو دام أكثر من سنة.

ولا بد لتوافر معنى مرض الموت من أمرين: أن يكون مما يغلب فيه الهلاك عادة وأن يتصل به الموت فعلاً، ولو من حادث آخر كالقتل والحرق والغرق وغيرها. وبناء عليه ألحق الفقهاء به حالات مثل: ركاب سفينة جاءت بها ريح عاصف، وظنوا أن الموت نازل بهم. أو الأسرى لدى دولة اعتادت قتلهم. وكذا المجاهد الذي خرج للقاء العدو بائعاً نفسه في سبيل الله والوطن.

ومرض الموت لا ينافي أهلية وجوب الأحكام الشرعية في حقه، سواء حقوق الله وحقوق العباد وأهلية العبادة، لأنه لا تأثير له على الزمة والعقل والنطق.

ولا ينافي أيضاً أهلية الأداء؛ لأنه لا يخل بالعقل، فتجب للمصاب به حقوق غيره، كما تجب على الصحيح. وتظل عباراته وأقواله معتبرة؛ إلا أنه يحجر عليه ويمنع من بعض التصرفات كالمدين حماية لحقوق الدائنين التي تصبح متعلقة بماله بعد أن كانت متعلقة بذمته فقط، وحماية لحقوق الورثة أيضاً التي تصبح متعلقة بأعيان وموجودات التركة نفسها في رأي أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه.

فإذا كان التصرف الصادر من المريض لا يقبل الفسخ أو الإبطال؛ كالزواج والطلاق والرجعة والعفو عن القصاص، **نفذ بعد الموت في حدود ثلث التركة**. وإن كان التصرف قابلاً للفسخ، كان **موقوفاً** على إجازة أصحاب الحق بعد الوفاة إذا كان ضاراً

بمصلحتهم؛ كال تبرع والهبة والوقف وبيع المحاباة، وكالبيع المشتمل على غبن. فإن كان التصرف لا غبن فيه، ومع أجنبي غير وارث، نفذ ولم يتوقف على إجازة أحد.

وللمريض أن يقر بدين عليه لأجنبي أو لوارث. فإن كان لأجنبي غير وارث فهو صحيح نافذ دون حاجة لإجازة الورثة، ولو أحاط الإقرار بجميع ماله، لكن تُقدّم عليه عند الحنفية ديون الصحة.

وإن كان الإقرار لوارث فلا ينفذ إلا بإجازة باقي الورثة، فإن أجازه نفذ، وإلا بطل.

ثانياً: الولاية:

تعريف الولاية: الولاية في اللغة: هي تولي الأمر والقيام به أو عليه. وفي اصطلاح الشرع: هي سلطة شرعية يتمكن بها صاحبها من إنشاء العقود والتصرفات وتنفيذها، أي ترتيب الآثار الشرعية عليها. والولاية على القاصر: هي إشراف الراشد على شؤون القاصر الشخصية والمالية.

أنواع الولاية: الولاية إما أن تكون أصلية: بأن يتولى الشخص عقداً أو تصرفاً لنفسه، بأن يكون كامل أهلية الأداء (بالغاً عاقلاً راشداً)، أو نيابية: بأن يتولى الشخص أمور غيره.

والولاية النيابية أو النيابة الشرعية عن الغير: إما أن تكون اختيارية أو إجبارية: **فالاختيارية:** هي الوكالة؛ أي تفويض التصرف والحفظ إلى الغير. **والإجبارية:** هي تفويض الشرع أو القضاء التصرف لمصلحة القاصر، كولاية الأب أو الجد أو الوصي على الصغير، وولاية القاضي على القاصر.

والولاية النيابية الإجبارية: إما أن يكون ولاية على النفس أو ولاية على المال. **الولاية على النفس:** هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية؛ كالزواج والتعليم والتأديب والتطبيب والتشغيل في حرفة ونحو ذلك.

وهي تثبت عند الحنفية للأقرب فالأقرب من العصابات: البنوة، ثم الأبوة، ثم الأخوة، ثم العمومة. ولم يثبت الجمهور للبنوة ولاية، فجعلوها للأبوة، فالأخوة، فالعمومة.

الولاية على المال: هي الإشراف على شؤون القاصر المالية من حفظ المال واستثماره وإبرام العقود والتصرفات المتعلقة بالمال. وهي محل البحث هنا. وتثبت عند **الحنفية** على الترتيب الآتي: الأب، ثم وصي الأب، ثم الجد، ثم القاضي، ثم وصي القاضي: وهو من يعينه القاضي. وتكون عند **المالكية والحنبلية** أولاً للأب ثم لوصيه، ثم للحاكم، ثم لمن يقيمه أميناً عنه، ولا ولاية للجد وغيره من القرابة. وذهب **الشافعية** إلى أن الولاية للأب أولاً ثم للجد أي الأب، ثم لوصيهما، ثم القاضي أي العدل الأمين^(١).

من يحتاج إلى الولاية:

تثبت الولاية على الصغير القاصر والمجنون والمعتوه، والمغفل، والسفيه، وقد اصطلح قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٦٣) على تسميات لأنواع الولاية على هؤلاء كما يبدو من النص الآتي:

« ١ - النيابة الشرعية عن الغير تكون إما ولاية، أو وصاية أو قوامة، أو وكالة قضائية.

٢ - الولاية للأقارب للأب أو غيره، والوصاية على الأيتام، والقوامة على المجانين والمعتوهين، والمغفلين والسفهاء. والوكالة القضائية عن المفقودين».

والحقيقة أن حالات النيابة الشرعية الأربع هذه كلها داخلة تحت كلمة (الولاية) عند فقهاءنا كما سبق بيانه.

تصرفات الولي ومدى صلاحياته:

يشترط في الولي إجمالاً أن يرعى مصلحة المولى عليه في التصرفات، وهذا يعني أنه ليس له مباشرة أي تصرف يلحق ضرراً محضاً بالمولى عليه؛ كالتبرع من ماله، وله أن يتصرف فيما يحقق مصلحة القاصر؛ كحفظ أمواله وإدارتها واستثمارها، والإنفاق الضروري عليه، وشراء ما لا بد له منه، وبيع المنقولات، وعلى الأب الإنفاق على الصغير إن لم يكن له مال، لقوله تعالى: ((وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)) [البقرة: ٢٣٣].

(١) ينظر: البدائع: ١٥٢/٥، الشرح الكبير: للدردير: ٢٩٢/٣، نهاية المحتاج: ٣٥٥/٣، غاية المنتهى: ١٤٠/٢.

فإن كان للصغير مال أنفق عليه من ماله. وجاز للأب المحتاج أن يأخذ نفقته
الضرورية من مال الصغير، لقول الله تعالى: ((وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا
فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ)) [النساء: ٦].

وأما بيع عقار القاصر: فالمفتى به في مذهب الحنفية: أنه يجوز للأب بيع عقار
القاصر مثل القيمة فأكثر، ولا يجوز ذلك للوصي عند متأخري الحنفية إلا للضرورة كبيع
لتسديد دين لا وفاء له إلا بهذا المبيع.

ثم قرر قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٧٢/٢) أنه لا يجوز للأب
(وكذا الوصي من باب أولى) بيع عقار القاصر أو رهنه إلا بإذن القاضي بعد تحقق
المسوغ، كبيع للنفقة أو لوفاء الدين.

الوكالة

الوكالة: نيابة شرعية عن الغير حال الحياة، وهي نوع من الولاية كما تقدم، والوكالة
في اللغة تطلق ويراد بها إما الحفظ، وإما التفويض، وعند الفقهاء يراد بها المعنيان، وإن
كان المعنى الأول تبعياً والثاني هو الأصل.
وعبارة الحنفية في تعريفها: هي إقامة الشخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز
معلوم.

أو: هي تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل.
وعبارة المالكية والشافعية والحنبلية في تعريفها: هي تفويض شخص ما له فعله مما
يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته.
وكل تصرف جاز للشخص مباشرته بنفسه جاز له التوكيل فيه.

وتصح الوكالة بأجر، وبغير أجر، فإذا كانت بأجرٍ لزم العقد، وإذا لم يذكر الأجر
صراحة حكم العرف: فإن كانت مأجورة عادة؛ كتوكيل المحامين وسماسرة البيع والشراء، لزم
أجر المثل بحسب العرف. وإن كانت غير مأجورة عرفاً، كانت تبرعاً، عملاً بالأصل في
الوكالات: وهو أن تكون بغير أجر على سبيل التعاون في الخير.

وهذا النوع لا يلزم فيه المضي في العمل، بل للوكيل التخلي عنه متى شاء. وهذا مذهب الحنفية والمالكية والحنبلية. وقال الشافعية: الوكالة ولو بجعل غير لازمة من الجانبين^(١).

والوكالة باعتبارها إطلاقاً في التصرف يصح أن تكون منجزة في الحال، كأنت وكيلي من الآن في كذا، كما يصح عند الحنفية والحنبلية أن تكون مضافة إلى وقت في المستقبل؛ كأنت وكيلي في الدعوى الفلانية في الشهر القادم، أو معلقة على شرط، مثل: إن قدم فلان فأنت وكيلي في بيع هذا الكتاب؛ وذلك لحاجة الناس إلى ذلك.

وقال الشافعية في الأصح: لا يصح تعليق الوكالة بشرط من صفة أو وقت، لما في التعليق من غرر، لكن يصح عندهم جعل الوكالة منجزة في الحال، واشترائط بدء التصرف معلقاً على شرط، مثل أنت وكيلي الآن في بيع هذه الأرض، ولكن لا تبعها إلا بعد حصول الأمر الفلاني.

شروط الوكالة:

يشترط لصحة الوكالة شروط في الموكل وفي الوكيل وفي المحل الموكل فيه^(٢). أما الموكل: فيشترط فيه أن يكون مالكاً للتصرف الذي يوكل فيه أي أهلاً لممارسته؛ لأن من لم يملك التصرف لا يملك تمليكه لغيره. فلا يصح التوكيل أصلاً من فاقده الأهلية كالجنون أو الصبي غير المميز، ولا من ناقص الأهلية أي المميز في التصرفات الضارة به كالطلاق والهبة. ويصح التوكيل من المميز في التصرف النافع له كقبول الهبة، كما يصح منه التوكيل بإجازة وليه في التصرفات المترددة بين الضرر والنفع كالبيع والشرء والإيجار. ويصح التوكيل من المحجور عليه للسفه أو الغفلة فيما يباح له من التصرفات. ويصح للمرأة التوكيل في مباشرة عقد زواجها. وهذا عند الحنفية.

وقال المالكية والشافعية والحنبلية: لا يصح التوكيل من الصبي مطلقاً؛ إذ لا يصح عندهم مباشرته لأي تصرف. كما لا يصح للمرأة توكيل امرأة أخرى في إبرام عقد زواجها. ويصح لها عند المالكية توكيل الرجل في ذلك.

(١) ينظر: البدائع: ٢٠/٦، القوانين الفقهية: ص ٣٢٩، نهاية المحتاج: ٣٨/٤، غاية المنتهى: ١٥٤/٢.

(٢) ينظر: البدائع: ٢١/٦، الشرح الكبير: ٣٧٧/٣، مغني المحتاج: ٢١٩/٢، المغني: ٨٣/٥.

وأما **الوكيل**: فيشترط فيه أن يكون عاقلاً، فيصح أن يكون المميز وكيلاً، سواء أكان مأذوناً في التجارة أم محجوراً. ولا يصح جعل المجنون والمعتوه وغير المميز وكيلاً في التصرفات لعدم اعتبار عبارتهم. هذا عند **الحنفية**.

وقال **الجمهور**: وكالة الصبي غير صحيحة، لأنه غير مكلف بالأحكام الشرعية، فلا تصح مباشرة التصرف لنفسه، فلا يصح توكيله عن غيره. ولا يصح أن تكون المرأة وكيلة عن غيرها في مباشرة عقد الزواج؛ لأنها لا تملك مباشرة عقدها بنفسها فلا تملك مباشرة عقد غيرها.

وأما **الموكل فيه (محل الوكالة)**: فيشترط فيه ما يأتي:

١ - أن يكون معلوماً للوكيل: فلا يصح التوكيل **بالمجهول جهالة فاحشة**، مثل: اشتر لي داراً، ويصح مع **الجهالة اليسيرة** مثل: اشتر لي صوفاً بسعر كذا.

٢ - أن يكون **التصرف مباحاً** شرعاً: فلا يجوز التوكيل في فعل محرم شرعاً؛ كالغصب.

٣ - أن يكون مما **يقبل النيابة**، كالبيع والشراء والإجارة والتبرع، ورد الودائع وقضاء الديون ونحوها. وذلك لأن التصرفات بالنظر لقبولها النيابة وعدم قبولها أنواع ثلاثة:

نوع يقبل النيابة اتفاقاً، كما تقدم.

ونوع لا يقبل النيابة اتفاقاً، كاليمين، والعبادات الشخصية المحضة كالصلاة والصيام والطهارة من الحدث.

ونوع مختلف فيه كاستيفاء القصاص والحدود الشرعية. فقال **الحنفية**: لا يجوز التوكيل فيها، بل لا بد من حضور الموكل وقت الاستيفاء (أي التنفيذ)، ولأن غيبته شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات. وقال **الجمهور**: يجوز التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص، سواء أحضر الموكل أم غاب؛ لأن الحاجة قد تدعو لذلك، ولأن الوكيل كالأصيل.

أنواع الوكالة: للوكالة أنواع منها الوكالة الخاصة والعامة، والوكالة المقيدة والمطلقة، ويترتب على الوكالة ثبوت ولاية التصرف الذي تناوله التوكيل.

- هل للوكيل توكيل غيره؟

إذا كانت الوكالة خاصة أو مقيدة بأن يعمل الوكيل بنفسه، لم يحز له توكيل غيره فيما وكل فيه.

وإن كانت الوكالة مطلقة أو عامة بأن قال له: اصنع ما شئت، جاز له توكيل الغير، ويكون هذا الغير وكيلًا مع الأول عن الموكل. هذا عند الحنفية.

وقال المالكية: ليس للوكيل أن يوكل غيره إلا أن يكون الوكيل لا يليق به تولي ما وكل فيه بنفسه، كأن يكون وجيهاً، والموكل به حقير فله التوكيل حينئذ.

وقال الشافعية والحنبلية: ليس للوكيل أن يوكل غيره بلا إذن الموكل متى كان قادراً على ما وكل فيه. أما إذا لم يكن قادراً على القيام بكل ما وكل فيه، فله أن يوكل غيره ويكون الوكيل الثاني وكيلًا مع الأول عن الموكل.

حكم العقد وحقوقه في الوكالة:

حكم العقد: هو الغرض والغاية منه. ويراد به هنا الأثر الذي يترتب على العقد شرعاً. ففي عقد البيع: يكون الحكم: هو ثبوت ملكية المبيع للمشتري واستحقاق الثمن للبائع، وفي عقد الإجارة: الحكم هو تملك المستأجر المنفعة، واستحقاق الأجرة للمؤجر.

واتفق الفقهاء على أن حكم العقد الذي يتم بوساطة وكيل: يقع مباشرة للموكل نفسه، لا للوكيل؛ لأن الوكيل يعمل في الحقيقة لموكله وبأمره، فهو قد استمد ولايته منه. ويترتب عليه أن المسلم لو وكل غير مسلم في شراء خمر أو خنزير، لم يصح الشراء؛ لأن المسلم ليس له أن يملك شيئاً من هذين.

حقوق العقد: هي الأعمال والالتزامات التي لا بد منها للحصول على حكمه أو على الغاية والغرض منه، مثل تسليم المبيع، وقبض الثمن، والرد بالعيب...

فإذا باشر المرء العقد بنفسه ولمصلحته عاد إليه حكم العقد وحقوقه. وأما إن توسط وكيل في إجراء العقد وإبرامه، عاد حكم العقد إلى الموكل كما عرفنا، وأما حقوق العقد فتارة ترجع إلى الموكل، وتارة ترجع إلى الوكيل بحسب نوع التصرف الذي يتولاه الوكيل.

والتصرفات التي يمارسها الوكيل نوعان:

النوع الأول: ما يلزم أن يضيفه الوكيل إلى الموكل، ولا يجوز له إضافته إلى نفسه، فإن أضافه إلى نفسه وقع العقد له لا للموكل، مثل الزواج والطلاق والخلع، والعقود العينية أي التي لا تتم إلا بالقبض؛ (الهبة والإعارة والإيداع والقرض والرهن). يلزم الوكيل أن يقول حين إبرام العقد: قبلت زواج فلانة لفلان، وطلقت امرأة فلان، ووهبتك من مال

فلان، ولا يصح أن يقول: تزوجت أو طلقت على كذا ووهبت؛ فينصرف أثر التصرف إليه.

وحكم هذا النوع: أن حقوق التصرف ترجع إلى الموكل، ولا يطالب الوكيل منها بشيء أصلاً؛ لأن الوكيل في هذه التصرفات يكون **سفيراً ومعبراً محضاً عن الموكل**.
النوع الثاني: ما لا يلزم أن يضيفه الوكيل إلى الموكل، وإنما يصح إضافته له أو لنفسه كالمعاوضات المالية، مثل البيع والشراء والإجارة والصلح الذي هو في معنى البيع (أي الصلح بعوض عن إقرار) فيصح أن يقول الوكيل: بعت أو اشتريت، كما يصح أن يقول: بعت مال فلان، واشتريت لفلان.

وحكم هذا النوع: أن الوكيل إذا أضاف التصرف للموكل، مثل: اشتريت لفلان، رجعت الحقوق للموكل، ولزمته هو، ولا يطالب الوكيل بشيء، لأنه في هذه الحال مجرد سفير ومعبّر عن الأصيل. وإن أضاف الوكيل التصرف لنفسه رجعت إليه الحقوق دون الموكل؛ لأنه هو الذي باشر العقد ولا يعرف الطرف الآخر سواه. فإذا كان وكيلاً عن البائع لزمه تسليم المبيع للمشتري، وقبض الثمن. وإذا كان وكيلاً عن المشتري واطلع على عيب المبيع، أو أظهر أن المبيع مستحق لغير البائع، كان هو المكلف بمقاضاة البائع وخصومته، ويلزمه ضمان الثمن للمشتري حال استحقاق المبيع، كما يلزمه دفع الثمن للبائع إذا كان المبيع سليماً من العيوب.

انتهاء الوكالة: تنتهي الوكالة بأحد الأمور الآتية:

- ١ - انتهاء الغرض من الوكالة: بأن يتم تنفيذ التصرف الذي وكل فيه الوكيل.
- ٢ - قيام الموكل بالعمل الذي وكل فيه غيره: كأن يبرم البيع الذي وكل فيه غيره.
- ٣ - خروج الموكل أو الوكيل عن الأهلية: بموت، أو جنون، أو حجر لسفه؛ لأن الوكالة تتطلب استمرار الأهلية للتصرفات، فإذا زالت الأهلية بطلت الوكالة.
- ٤ - استقالة الوكيل: إذا تنازل الوكيل عن الوكالة أو استقال، أو رفض الاستمرار في العمل، انتهت الوكالة؛ لأن الوكالة عقد غير لازم، يجوز للوكيل أن يتنازل عنها في أي وقت.

لكن يشترط عند الحنفية أن يعلم الموكل بهذا التنازل، حتى لا يتضرر بما فعل الوكيل، ولم يشترط الشافعية علم الموكل بعزل الوكيل نفسه.

- ٥ - هلاك العين الموكل بالتصرف فيها؛ لأن العقد يصبح غير ذي موضوع.
- ٦ - عزل الموكل وكيله: لأن الوكالة عقد غير لازم، فللموكل إنهاء الوكالة في أي وقت شاء. لكن يشترط لصحة العزل عند الحنفية والمالكية شرطان:

أحدهما: علم الوكيل بالعزل، حتى لا يلحقه ضرر بإبطال ولايته فيما إذا تصرف تصرفاً يوجب عليه الضمان، بدفع الثمن مثلاً، وتملك المبيع. وقال الشافعية في الأصح عندهم، والحنبلية في الأرجح لديهم: لا يشترط علم الوكيل بالعزل؛ لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه، فلا يحتاج إلى علمه؛ كالطلاق.

ثانيهما: ألا يتعلق بالوكالة حق لغير الموكل: فإن تعلق بها حق لغيره لم يصح العزل إلا برضا صاحب الحق، كأن يوكل المدين الراهن شخصاً (هو الدائن أو غيره) ببيع الرهن وسداد الدين منه إذا حل الأجل، فلا يصح عزل الوكيل حينئذ بغير رضا الدائن صاحب الحق، لتعلق حقه بالموضوع.

الفضالة

قد ينعقد العقد بالفضالة التي تتخذ بالإجازة حكم الوكالة عند بعض الفقهاء.

والفضولي في اللغة: هو من يشتغل بما لا يعنيه أو بما ليس له. وعمله هذا يسمى فضالة.

وعند الفقهاء من يتصرف في شؤون غيره، دون أن يكون له ولاية على التصرف. أو من يتصرف في حق غيره بغير إذن شرعي كأن يزوج من لم يأذن له في الزواج، أو يبيع أو يشتري ملك الغير بدون تفويض، أو ولاية أو توكيل. فهذا التصرف يسمى فضالة.

وللفقهاء رأيان في تصرف الفضولي^(١):

أولهما: للحنفية والمالكية: تصرفات الفضولي تقع صحيحة، لكنها موقوفة على إجازة صاحب الشأن، إن أجازته نفذ، وإن رده بطل. واستدلوا على رأيهم بما يأتي:

أولاً: بعموم الآيات القرآنية الدال على مشروعية البيع، والفضولي كامل الأهلية، فإعمال عقده أولى من إهماله، وربما كان في العقد مصلحة للمالك، وليس فيه أي ضرر بأحد؛ لأن المالك له ألا يجيز العقد، إن لم يجد فيه فائدة.

(١) ينظر: البدائع: ١٤٨/٥، الشرح الكبير: ١٢/٣، المجموع: ٢٨١/٩، كشاف القناع؛ للبهوتي: ١١/٢.

ثانياً: بما ثبت عن عُرْوَةَ الْبَارِقِيِّ، قَالَ: دَفَعَ إِلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دِينَاراً لِأَشْتَرِيَ لَهُ شَاةً، فَاشْتَرَيْتُ لَهُ شَاتَيْنِ، فَبِعْتُ إِحْدَاهُمَا بِدِينَارٍ، وَجِئْتُ بِالشَّاةِ وَالِدِينَارٍ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَذَكَرَ لَهُ مَا كَانَ مِنْ أَمْرِهِ، فَقَالَ لَهُ: «بَارَكَ اللَّهُ لَكَ فِي صَفَقَةِ يَمِينِكَ»^(١)، فشرء الشاة الثانية وبيعها لم يكن يأذن النبي عليه الصلاة والسلام، وهو عمل فضولي جائز بدليل إقرار النبي صلى الله عليه وسلم له.

وخلاصة هذا الرأي: أن الملكية أو الولاية هي من شروط **نفاذ التصرف**، فإذا لم يكن العاقد مالكاً ولا ولاية له، كان العقد **موقوفاً**.

ثانيها: للشافعية والحنبلية: تصرف الفضولي باطل، لا يصح ولو أجازاه صاحب الشأن؛ لأن الإجازة تؤثر في عقد موجود، وهذا العقد لا وجود له منذ نشأته، فلا تصيره الإجازة موجوداً. واستدلوا بما يأتي:

أولاً: بأن تصرف الفضولي تصرف فيما لا يملك، وتصرف الإنسان فيما لا يملكه منهى عنه شرعاً، والنهي يقتضي عدم مشروعية المنهي عنه، فعن حَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ، قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، يَأْتِينِي الرَّجُلُ فَيُرِيدُ مِنِّي الْبَيْعَ لَيْسَ عِنْدِي أَقَابَتَاغُهُ لَهُ مِنَ السُّوقِ؟ فَقَالَ: «لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»^(٢). أي ما ليس مملوكاً لك، وسبب النهي اشتغال العقد على الغرر الناشئ عن عدم القدرة على التسليم وقت العقد، وما يترتب عليه من النزاع.

وأجابوا عن حديث عروة البارق: بأنه كان وكيلاً مطلقاً عن النبي صلى الله عليه وسلم، وتصرفاته التي قام بها تنفذ، لأنها تمت بمقتضى وكالة خالف فيها الوكيل إلى خير، فينفذ تصرفه.

ثانياً: إن أي تصرف لا يوجد شرعاً إلا بتوافر الولاية والأهلية عند العاقد، وهذه الولاية لا تكون إلا بالملك أو بالإذن من المالك، والفضولي ليس مالكاً لما يتصرف فيه ولا مأذوناً له من المالك بالتصرف، فلا يكون لتصرفه وجود شرعاً، ولا يترتب عليه أي أثر.

(١) أخرجه أبو داود في كتاب: البيوع، بَابُ فِي الْمَضَارِبِ يُخَالَفُ، برقم: ٣٣٨٤، والترمذي في كتاب البيوع، باب: ، برقم: ١٢٥٨، واللفظ للترمذي، وحسن إسناده الترمذي هذا: المنذري والنووي؛ كما في البدر المنير؛ لابن الملقن: ٤٥٣/٦.

(٢) أخرجه أبو داود: البيوع، بَابُ فِي الرَّجُلِ يَبِيعُ مَا لَيْسَ عَنْدهُ، برقم: ٣٥٠٣، والترمذي: البيوع، بَابُ مَا جَاءَ فِي كَرَاهِيَةِ بَيْعِ مَا لَيْسَ عَنْدَكَ، برقم: ١٢٣٢، والنسائي: البيوع، بَيْعُ مَا لَيْسَ عِنْدَ الْبَائِعِ، برقم: ٤٦١٣، وابن ماجه في التجارات، بَابُ النَّهْيِ عَنِ بَيْعِ مَا لَيْسَ عَنْدَكَ وَعَنْ رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ، برقم: ٢١٨٧، وصححه ابن الملقن في البدر المنير: ٤٨٩/٦.

وخلاصة هذا الرأي: أن الملكية أو الولاية من شروط انعقاد التصرف، فإذا لم يتوفر شرط الانعقاد كان التصرف باطلاً.

وقد أخذ القانون المدني السوري في مواد عشر (١٨٩-١٩٨) برأي الحنفية والمالكية، وطبق عليها قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي (م ١٩١)، لكنه حصر الفضالة بقيام الفضولي بشأن عاجل لشخص آخر، كما يفهم من تعريفها (م ١٨٩): «الفضالة: هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك».

شروط إجازة تصرف الفضولي:

اشترط القائلون بصحة تصرف الفضولي شروطاً ثلاثة:

- ١ - أن يكون للعقد مجيز حالة إنشاء العقد، وإلا وقع العقد باطلاً.
 - ٢ - أن تكون الإجازة حين وجود العاقلين (الفضولي والطرف الآخر) والمعقود عليه وصاحب الشأن: فلو حصلت الإجازة بعد هلاك واحد من هؤلاء الأربعة، بطل التصرف، ولم تفلح الإجازة شيئاً.
 - ٣ - ألا يمكن تنفيذ العقد على الفضولي عند رفض صاحب الشأن: مثل بيع ملك الغير أو إجارته، سواء أضاف العقد لنفسه أم لصاحب المال، ومثل شراء شيء لغيره وأضاف العقد لذلك الغير. ففي كل هذه الحالات يكون العقد موقوفاً. أما إذا أمكن تنفيذ العقد على الفضولي عند عدم إجازته، فينفذ على الفضولي.
- أثر إجازة تصرف الفضولي:**

يترتب على الإجازة من صاحب الشأن جعل التصرف نافذاً، وجعل الفضولي وكيلًا يلتزم بحقوق التصرف؛ لأن «الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة».

العنصر الثالث: محل العقد:

محل العقد أو المعقود عليه: هو ما وقع عليه التعاقد، وظهرت فيه أحكامه وآثاره. وهو قد يكون عيناً مالية؛ كالمبيع والمرهون والموهوب، وقد يكون عيناً غير مالية؛ كالمرأة في عقد الزواج، وقد يكون منفعة؛ كمنفعة الشيء المأجور في إجارة الأشياء من الدور والعقارات ومنفعة الشخص في إجارة الأعمال.

وليس كل شيء صالحاً ليكون معقوداً عليه، فقد يمتنع إبرام العقد على شيء شرعاً أو عرفاً، كالخمر، والمرأة المحرم بسبب النسب أو الرضاع، لا تصلح أن تكون زوجة لقريبها.

لذا اشترط الفقهاء شروطاً في محل العقد، وهي ما يأتي:

١ - **أن يكون موجوداً وقت التعاقد:** فلا يصح التعاقد على معدوم؛ كبيع الزرع قبل ظهوره لاحتمال عدم نباته، ولا على ما له خطر العدم، أي احتمال عدم الوجود كبيع الحمل في بطن أمه، لاحتمال ولادته ميتاً، وكبيع اللبن في الضرع، لاحتمال عدمه بكونه انتفاخاً، ولا يصح التعاقد على مستحيل الوجود في المستقبل، كالتعاقد مع طبيب على علاج مريض توفي، فإن الميت لا يصلح محلاً للعلاج، وكالتعاقد مع عامل على حصاد زرع احترق، فكل هذه العقود باطلة.

وهذا الشرط مطلوب عند **الحنفية والشافعية**، سواء أكان التصرف من عقود المعاوضات أم عقود التبرعات، فالتصرف بالمعدوم فيها باطل بدليل نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبل، ونهيه عن بيع المضامين والملاقيح، وعن بيع ما ليس عند الإنسان؛ لأن المبيع فيها وقت التعاقد معدوم.

واستثنوا من هذه القاعدة العامة في منع التصرف بالمعدوم عقود السلم والإجارة والمساقاة والاستصناع مع عدم وجود المحل المعقود عليه حين إنشاء العقد، مراعاة لحاجة الناس إليها، وتعارفهم عليها، وإقرار الشرع صحة السلم والإجارة، والمساقاة ونحوها.

واكتفى **المالكية** باشتراط هذا الشرط في **المعاوضات المالية**، أما في **عقود التبرعات** كالهبة والوقف والرهن فأجازوا ألا يكون محل العقد موجوداً حين التعاقد، وإنما يكفي أن يكون محتمل الوجود في المستقبل.

وأما **الحنبلية**: فلم يشترطوا هذا الشرط، واكتفوا بمنع البيع المشتمل على الغرر الذي نهى عنه الشرع، مثل بيع الحمل في البطن دون الأم، وبيع اللبن في الضرع، والصوف على ظهر الغنم. وأجازوا فيما عدا ذلك - كما قرر **متأخروهم** - بيع المعدوم عند العقد إذا كان محقق الوجود في المستقبل بحسب العادة، كبيع الدار على الهيكل أو الخريطة؛ لأنه لم يثبت النهي عن بيع المعدوم لا في الكتاب ولا في السنة ولا في كلام الصحابة، وإنما ورد في السنة النهي عن بيع **الغرر**: وهو ما لا يقدر على تسليمه، سواء أكان موجوداً أم

معدوماً؛ كبيع الفرس والجمال الشارد، فليست العلة في المنع لا العدم ولا الوجود، فبيع المعدوم إذا كان مجهول الوجود في المستقبل باطل للغرر، لا للعدم.

بل إن الشرع صحح بيع المعدوم في بعض المواضع، فإنه أجاز بيع الثمر بعد بدء صلاحه، والحب بعد اشتداده، والعقد في هذه الحال ورد على الموجود والمعدوم الذي لم يخلق بعد. وأما حديث النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان فالسبب فيه: هو الغرر لعدم القدرة على التسليم، لا أنه معدوم^(١).

٢ - أن يكون المعقود عليه مشروعاً: يشترط أن يكون محل العقد قابلاً لحكمه شرعاً، باتفاق الفقهاء، بأن يكون مالا مملوكاً متقوماً، فإن لم يكن كذلك، كان العقد عليه باطلاً، فبيع غير المال كالميتة والدم، أو هبتها أو رهنها أو وقفها أو الوصية بها باطل؛ لأن غير المال لا يقبل التملك أصلاً، وذبيحة الوثني والملحد والمجوسي والمرتد كالميتة. ويبطل التصرف بكل شيء لا يقبل بطبيعته حكم العقد الوارد عليه، فالأموال التي يتسارع إليها الفساد؛ كالخضروات والفواكه لا تصلح محلاً للرهن؛ لأن حكمه: وهو حبس المرهون لإمكان استيفاء الدين منه عند عدم الأداء في وقته، لا تقبله هذه الأموال.

٣ - أن يكون مقدور التسليم وقت التعاقد: اتفق الفقهاء على أن العقد لا ينعقد إذا لم يكن العاقد قادراً على تسليم المعقود عليه، وإن كان موجوداً ومملوكاً للعاقد. ويكون العقد باطلاً. وهذا الشرط مطلوب في المعاوضات المالية باتفاق العلماء، وفي التبرعات عند غير الإمام مالك، فلا يصح العقد على الحيوان الشارد، ولا يصح التعاقد على الطير في الهواء والسمك في البحر؛ لعدم القدرة على التسليم.

٤ - أن يكون معيناً معروفاً للعاقدين: اشترط الفقهاء أن يكون محل العقد معلوماً علماً يمنع من النزاع؛ للنهي الوارد في السنة عن بيع الغرر وعن بيع المجهول.

والعلم يتحقق إما بالإشارة إليه إذا كان موجوداً، أو بالرؤية عند العقد أو قبله بوقت لا يحتمل تغيره فيه، ورؤية بعضه كافية إذا كانت أجزاءه متماثلة، أو بالوصف المانع للجهالة الفاحشة، وذلك ببيان الجنس والنوع والمقدار، كأن يكون المبيع حديداً من

(١) ينظر: البدائع: ١٣٨/٥، المبسوط؛ للسرخسي: ١٩٤/١٢، الشرح الصغير: ٣٠٥/٣، المهذب: ٢٦٢/١، مغني المحتاج: ٣٠/٢، المغني: ٢٠٠/٤، إعلام الموقعين؛ لابن قيم الجوزية: ٨/٢.

الصلب أو الفولاذ من حجم معين. فلا يصح التصرف بالمجهول جهالة فاحشة: وهي التي تنفي إلى المنازعة.

ويكون العقد فاسداً عند الخفية، باطلاً عند الجمهور، وتغفر الجهالة اليسيرة، وهي التي لا تؤدي إلى المنازعة ويتسامح الناس فيها عادة.

٥ - أن يكون المبيع طاهراً لا نجساً ولا متنجساً: وهو شرط اشترطه الجمهور؛ لأن جواز البيع يتبع الطهارة، فكل ما كان طاهراً أي ما يباح الانتفاع به شرعاً يجوز بيعه عندهم. وأما النجس والمتنجس فيبطل بيعه، والنجس: مثل الكلب ولو كان معلماً للنهي عن بيعه، والخنزير والميتة والدم والزبل والحشرات والبهائم الكاسرة التي لا يؤكل لحمها؛ كالذئب، والطيور الجارحة كالنسر، والمتنجس الذي لا يمكن تطهيره كالخل والدبس واللبن. لكن أجاز هؤلاء الفقهاء بيع المختلف في نجاسته؛ كالبغل والحمار، وبيع طيور الصيد؛ كالصقر والعقاب المعلم، والطيور المقصود صوته كالهزار والبلبل والبيغاء. ولم يشترط الخفية هذا الشرط، فأجازوا بيع النجاسات كشعر الخنزير وجلد الميتة للانتفاع بها إلا ما ورد النهي عن بيعه منها؛ كالخمر والخنزير والميتة والدم، كما أجازوا بيع الحيوانات المتوحشة، والمتنجس الذي يمكن الانتفاع به في غير الأكل. والضابط عندهم: أن كل ما فيه منفعة تحل شرعاً، فإن بيعه يجوز.

العنصر الرابع: موضوع العقد:

إن موضوع العقد: هو أحد مقوماته الأربعة التي لا بد من وجودها في كل عقد، وهو المقصد الأصلي الذي شرع العقد من أجله. فهو في عقود البيع: نقل ملكية المبيع للمشتري بعوض. وفي الإيجارات: تمليك المنفعة بعوض، وفي الهبات: تمليك العين الموهوبة بلا عوض، وفي الإعارات: تمليك المنفعة بلا عوض، وفي الزواج: حل الاستمتاع المشترك بين الزوجين. وموضوع العقد يتحد في الحقيقة مع عبارتي: المقصد الأصلي للعقد (أو الغاية النوعية من العقد)، وحكم العقد، فهذه المصطلحات الثلاثة مترادفة يمثل كل واحد منها وجهاً لحقيقة واحدة.

السبب في النظرية الحديثة عند القانونيين:

السبب في القضاء اليوم والذي أخذت به القوانين المدنية العربية في سوريا (م ١٣٧، ١٣٨) وفي مصر (م ١٣٦، ١٣٧) هو المسمى: سبب العقد، أو السبب المصلحي أو سبب السبب وهو الباعث الذاتي أو الدافع البعيد الذي دفع العاقد إلى العقد. والسبب بهذا المعنى ليس عنصراً موضوعياً، وإنما يختلف في النوع الواحد من الالتزامات باختلاف الأشخاص، فهو إذن عنصر شخصي، غير ثابت، بعكس السبب الفني الذي يعد عنصراً موضوعياً ثابتاً في النوع الواحد من الالتزام.

فوظيفة سبب العقد أو السبب في النظرية الحديثة: هي منع صحة عقد يبتغى بوسائل مشروعة للوصول إلى نتائج غير مشروعة، فبه تتحقق مصلحة المجتمع، وهي حماية الأخلاق أو النظام العام، أي إن السبب المصلحي يتضمن فكرة الجزاء على خطأ: وهو إرادة المتعاقدين تحقيق غاية غير مشروعة.

موقف الفقهاء من نظرية السبب بالمعنى الحديث (الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة):

الفقه الإسلامي في نظرية السبب له اتجاهان؛ اتجاه تغلب فيه النظرة الموضوعية، واتجاه يلاحظ فيه النوايا والبواعث الذاتية^(١).

أما الاتجاه الأول: فهو مذهب الحنفية والشافعية^(٢) الذين يأخذون بالإرادة الظاهرة في العقود، لا بالإرادة الباطنة، أي إنهم حفاظاً على مبدأ استقرار المعاملات لا يأخذون بنظرية السبب أو الباعث، لأن فقهم ذو نزعة موضوعية بارزة؛ كالفقه الجرمانى، والسبب أو الباعث الذي يختلف باختلاف الأشخاص عنصر ذاتي داخلي قلق يهدد المعاملات.

ولا تأثير للسبب أو الباعث على العقد إلا إذا كان مصرحاً به في صيغة التعاقد، أي تضمنته الإرادة الظاهرة؛ كالاستئجار على الغناء والنوح والملاهي وغيرها من المعاصي. فإذا لم يصرح به في صيغة العقد فالعقد صحيح لاشتماله على أركانه الأساسية من إيجاب

(١) ينظر: مصادر الحق؛ للسنهوري: ٥١/٤.

(٢) ينظر: تبیین الحقائق: ١٢٥/٥، البدائع: ١٨٩/٤، المهذب: ٢٦٧/١، مغني المحتاج: ٣٧/٢.

وقبول وأهلية المحل لحكم العقد، ولأنه قد لا تحصل المعصية بعد العقد ، ولا عبرة للسبب أو الباعث في إبطال العقد، أي أن العقد صحيح في الظاهر، دون بحث في النية أو القصد غير المشروع، لكنه **مكروه أو حرام**، بسبب النية غير المشروعة. وبناء عليه قال الحنفية والشافعية بصحة العقود الآتية مع الكراهة التحريمية عند الحنفية والحرمة أو الكراهة عند الشافعية:

- ١ - بيع العينة: (أي البيع الصوري المتخذ وسيلة للربا) كبيع سلعة بثن مؤجل إلى مدة بمئة ليلة، ثم شراؤها في الحال بمئة وعشر، فيكون الفرق ربا. لكن أبا حنيفة استثناه من مبدئه في عدم النظر إلى النية غير المشروعة، اعتبر هذا العقد فاسداً إن خلا من توسط شخص ثالث بين المالك المقرض والمشتري المقترض. فيكون بيع العينة ممنوعاً غير جائز عند مالك وأبي حنيفة وأحمد. وجوز ذلك الشافعي وأصحابه مستدلين على الجواز في الظاهر بما وقع من ألفاظ البيع التي لا يراد بها حصول مضمونه.
- ٢ - بيع العنب لعاصر الخمر: أي لمن يعلم البائع أنه سيتخذه خمرأ، أو يظنه ظناً غالباً، وهو حرام عند الشافعية، فإن شك في اتخاذه خمرأ أو توهمه فالبيع مكروه في رأيهم.
- ٣ - بيع السلاح في الفتنة الداخلية: أو لمن يقاتل به المسلمين أو لقطع الطرق المحاربين ومثله بيع أدوات القمار، وإيجار دار للدعارة، والإجارة على حمل الخمر لمن يشربها ونحو ذلك، وهو بيع حرام عند الشافعية.
- ٤ - زواج المحلل: وهو الذي يعقد زواجه على امرأة مطلقة طلاقاً ثلاثاً (أي البائن بينونة كبرى) بقصد تحليلها لزوجها الأول بالدخول بها في ليلة واحدة مثلاً ثم يطلقها ليصح لزوجها الأول العقد عليها من جديد، عملاً بظاهر الآية القرآنية: ((فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ)) [البقرة: ٢٣٠]. وهو مكروه عند الشافعية إذا لم يشترط في صلب العقد ما يخل بمقصوده الأصلي، فإن شرط ذلك كأن شرط أن يطلق بعد الوطء حرم وبطل.

وأما **الاتجاه الثاني**: فهو مذهب **المالكية والحنبلية**^(١) الذين ينظرون إلى القصد والنية أو الباعث، فيبطلون التصرف المشتل على باعث غير مشروع؛ بشرط أن يعلم الطرف الآخر بالسبب غير المشروع، أو كان بإمكانه أن يعلم بذلك بالظروف والقرائن التي تدل على القصد الخبيث كإهداء العدو هدية لقائد الجيش، والإهداء للموظفين، فذلك مقصود به الرشوة، فتكون للدولة. وهبة المرأة مهرها لزوجها، يقصد به استدامة الزواج، فإن طلقها بعدئذ، كان لها الرجوع فيما وهبت.

هذا الاتجاه يأخذ تقريباً بنظرية السبب أو بمذهب الإرادة الباطنة في الفقه اللاتيني، مراعاة للعوامل الأدبية والخلقية والدينية، فإن كان الباعث مشروعاً، فالعقد صحيح، وإن كان غير مشروع فالعقد باطل حرام، لما فيه من الإعانة على الإثم والعدوان. وبناء عليه قال **المالكية والحنبلية** بطلان العقود السابقة.

. الإرادة العقدية:

الإرادة هي القوة المولدة للعقد، والعقد كما تقدم: هو توافق إرادتين على وجه ينتج أثره الشرعي، وهو الالتزام المطلوب للمتعاقدين. والكلام أو التعبير هو ترجمان الإرادة، فينبغي أن يكون معبراً تماماً عن الإرادة. والإرادة نوعان: باطنة حقيقية، وظاهرة.

والإرادة **الباطنة**: هي النية أو القصد. والإرادة **الظاهرة**: هي الصيغة (أو ما يقوم مقامها) التي تعبر عن الإرادة الباطنة، فإذا تطابقت الإرادتان وجد العقد. وإذا وجدت الإرادة الظاهرة وحدها كالتعبير الصادر من الطفل غير المميز أو النائم أو المجنون، لم تفد شيئاً، كما أن التصرف لا يوجد بمجرد النية أو الإرادة الباطنة، فمن نوى الطلاق أو الوقف لا يصبح بمجرد نيته مطلقاً أو واقفاً.

وقد عرفنا في بحث صيغة التعاقد ما تتحقق به الإرادة الظاهرة. وأما الإرادة الباطنة فتتحقق بالرضا والاختيار.

والحنفية يقررون أن الرضا والاختيار شيئان متغايران. **فالاختيار**: هو القصد إلى النطق بالعبارة المنشئة للعقد، سواء أكان ذلك عن رضا أم لا. **والرضا**: هو الرغبة في أثر

(١) ينظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٩١/٣، مواهب الجليل: ٤٠٤/٤، المغني: ١٧٤/٤.

العقد عند التلفظ بما يدل على إنشائه. فإذا وجد الرضا وجد الاختيار، وإذا وجد الاختيار لا يلزم وجود الرضا. ويقرر **الجمهور** أن الرضا والاختيار بمعنى واحد. لكن في الحياة العملية قد توجد الإرادة الظاهرة وحدها، ولا توجد معها إرادة باطنة، فما حكم العقد؟

. صورية العقود:

قد توجد الإرادة الظاهرة وحدها، وتنعدم الإرادة الباطنة، فيكون العقد صورياً، ويظهر ذلك في الأحوال الآتية:

- ١ - **الهزل أو الاستهزاء:** وهو أن يراد بالشيء ما لم يوضع له ولا ما يصلح اللفظ له استعارة. فإذا نطق الشخص بعبارة لا يريد بها إنشاء التصرف، وإنما قصد بها الهزل أو الاستهزاء والعبث، مستخدماً صورية التصرف القولي أو العقد، كانت العبارة الصادرة من الهازل عند **الشافعية على الراجح**^(١) صالحة لإنشاء العقود وترتيب الآثار عليها، سواء في المعاوضات المالية؛ كالبيع والإيجار أم في الأحوال الشخصية؛ كالزواج والطلاق، وذلك عملاً بالإرادة الظاهرة، لا بالقصد الداخلي، وحفاظاً على مبدأ استقرار العقود والمعاملات، ولا يلتفت إلى دعوى الهزل.
- وفصل **الحنفية والحنبلية وأكثر المالكية**^(٢) بين عقود المبادلات المالية وغيرها. فعقود المبادلات المالية كالبيع أو التي محلها المال كالهبة والوديعة والعارية لا يترتب على عبارة الهازل بها أي أثر لعدم تحقق الرضا أو القصد الذي تقوم عليه الإرادة.
- وأما التصرفات الخمسة التي سوى الشارع فيها بين الجد والهزل (وهي الزواج والطلاق والرجعة والإعتاق واليمين) فصححوا عبارة الهازل فيها، ورتبوا عليها آثارها.
- ٢ - **الخطأ:** هو وقوع الفعل بدون قصد، كأن يقصد المتكلم النطق بكلمة فيسبق لسانه إلى كلمة أخرى فيتلفظ بها، كأن يقول: طَلَّقت، وهو يريد أن يقول: بعت.

(١) ينظر: المجموع: ١٨٤/٩، نهاية المحتاج: ٨٢/٦.
(٢) ينظر: رد المحتار: ٢٥٥/٤، الشرح الكبير: ٤/٣، المغني: ٥٣٥/٦.

والمخطئ - كالناسي أو المجنون - عند الشافعية والمالكية والحنبلية^(١) لا يترتب على عبارته أي عقد أو التزام، عملاً بقول النبي صلى الله عليه وسلم: «إِنَّ اللَّهَ قَدْ تَجَاوَزَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ، وَالنَّسْيَانَ، وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ»^(٢).

وقال الحنفية: المخطئ والناسي يترتب على عبارتهما أثرهما في التصرفات والعقود؛ لأن الإرادة أمر باطني خفي لا اطلاع لنا عليه، فلو قبلنا دعوى الخطأ والنسيان في التصرفات لتزلزلت المعاملات، وضاعت الحقوق.

٣ - **التلجئة أو المواضعة:** هي أن يتظاهر أو يتواطأ شخصان على إبرام عقد صوري بينهما إما بقصد التخلص من اعتداء ظالم على بعض الملكية، أو بإظهار مقدار بدل أكثر من البديل الحقيقي ابتغاء الشهرة والسمعة، أو لتغطية اسم الشخص الذي يعمل لمصلحته باطناً (قضية الاسم المستعار).
أي إن المواضعة إما أن تكون في أصل العقد، أو في مقدار البديل، أو في الشخص.

مثال **الحال الأول:** بيع المدين أمواله لتهريبها من وجه الدائنين، أو عقد قروض صورية لبعض الناس لمزاومة الدائنين الحقيقيين.

وقد اختلف الفقهاء^(٣) في حكم العقد التلجئة في هذه الحال: فقال الحنفية والحنبلية إنه عقد فاسد غير صحيح كحالة الهزل تماماً؛ لأن العاقدين ما قصدا البيع، فلم يصح منهما. وقال الشافعية: هو بيع صحيح؛ لأن البيع تم بأركانه وشروطه، وأتى باللفظ مع قصد واختيار خالياً عن مقارنة مفسد، أي إن رأيهم في هذه العقود كرايهم في عقود الهازل.

ومثال **الحال الثانية:** إعلان زيادة في المهر في عقد الزواج بعد الاتفاق سراً على مقدار المهر الحقيقي بقصد الرياء والسمعة والشهرة. أو زيادة الثمن في عقد بيع العقار لمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة. فلا يجب في هذه الحال إلا المهر المتفق عليه سراً في عقد الزواج، أو الثمن الحقيقي الذي تم به البيع، وكل من الزواج والبيع صحيح.

(١) ينظر: الفروق؛ للقرافي: ١٤٩/٢، الأشباه والنظائر؛ للسيوطي: ص ٦٩.

(٢) أخرجه ابن ماجه في الطلاق، بَابِ طَلَاقِ الْمُكَرَّهِ وَالنَّاسِي، برقم: ٢٠٤٣، وصححه ابن حبان: ٧٢١٩، والحاكم: ٢٨٠١ على شرط الشيخين، ووافقه الذهبي.

(٣) ينظر: رد المحتار: ٢٥٥/٤، مغني المحتاج: ١٦/٣، المغني: ٢١٤/٤.

ومثال **الحال الثالثة**: تواطؤ اثنين على إخفاء وكالة سرية في عمل معين، والتظاهر بأن الوكيل يعمل باسمه لمصلحته الشخصية أو أنه هو الأصيل في العمل، ثم يعلن أن اسمه مستعار، كأن يقرر شخص بأن الدكان أو السند أو الأموال التي في يده هي لشخص آخر، فيعد قوله إقراراً بالحق لذلك الشخص (راجع المجلة: م ١٥٩١ - ١٥٩٣).

٤ - الإكراه: يقصد الشخص في حالة الإكراه التلفظ بالعبرة مع فهمه لمعناها، ولكنه لم يرَضْ بترتب الآثار عليها. فالإكراه بنوعيه الملجئ وغير الملجئ يعدم الرضا، أي الإرادة الحقيقية.

وبما أن الإكراه يعدم الرضا لم يترتب عند **الجمهور** على عبارة المستكره أي أثر في جميع العقود والتصرفات، للحديث السابق: «إِنَّ اللَّهَ قَدْ تَجَاوَزَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ، وَالْأَسْيَانَ، وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ» فلا يصح طلاقه وزواجه وغيرهما. وبهذا أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٨٩) والقانون المصري.

إلا أن **الشافعية والحنبلية** قالوا: **بيع المكره باطل**. وقال **المالكية**: **بيع المكره غير لازم**، فيكون للعائد المستكره الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه.

وأما **الحنفية** فعدوا الإكراه كالهزل تماماً. فالعقود المالية كالبيع والإجارة والرهن ونحوها، أو التي محلها المال كالهبة والوديعة والإعارة تكون **موقوفة على إجازة المستكره** بعد زوال ظرف الإكراه، فإن رضي بها وأجازها في مدة ثلاثة أيام وبقي العائد الآخر راضياً نفذت، وإن لم يجزها بطلت. والتصرفات الخمسة التي لله فيها حق (وهو الزواج والطلاق والرجعة واليمين والعتاق) تكون **صحيحة كالهزل تماماً**؛ لأن الشارع جعل العبارة فيها عند القصد إليها قائمة مقام الإرادة، فيترتب عليها أثرها.

. سلطان الإرادة العقدية (أو مدى الحرية في العقود والشروط):

يأخذ فقهاء القانون الحديث بمبدأ سلطان الإرادة العقدية؛ أي إن الإرادة حرة في إنشاء العقود واشتراط الشروط لتحديد التزامات التعاقد وآثاره المترتبة عليها، ولكن في حدود النظام العام: وهي الحدود التي يضعها التشريع وفقاً لمصالح الفرد والمجتمع ومقتضيات السياسة والاقتصاد، فلا يصح مثلاً الاستئجار على ارتكاب جريمة أو على فعل ما ينافي الآداب الاجتماعية، أو النظام الاقتصادي والسياسي.

ويعبر القانونيون عن حرية الاشتراط وتحديد التزامات التعاقد بقاعدة مشهورة هي (العقد شريعة المتعاقدين) أي إنه قانون ملزم لكل من الطرفين المتعاقدين فيما تقضي به بنوده وشروطه. وقد نص القانون المدني السوري على ذلك في المادة (١٤٨/١).

وهذا يعني أن السلطان المطلق في إنشاء العقد وآثاره المترتبة عليه هو **لإرادة المتعاقدين**، دون نظر إلى فكرة التعادل في الغنم والغرم؛ أي ما قد يكون من غبن فاحش على أحد المتعاقدين.

كما أنه يمكن الاتفاق على أنواع جديدة من العقود بحسب ما تقتضيه المصالح الاقتصادية والتطورات الزمنية، دون اقتصار على ما يعرف بالعقود المسماة وهي التي نظمها التشريع وحدد لها التزامات معينة.

. حرية التعاقد ورضائيته:

اتفقت الاجتهادات الإسلامية على أن الرضا أساس العقود؛ لقوله تعالى في المعاملات المالية: ((إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)) [النساء: ٢٩]. وبناء عليه فإن مجرد التراضي هو الذي يولد العقد والتزاماته، دون حاجة لممارسة شكلية معينة، إلا عقد الزواج الذي يخضع لخطورته لشكلية الإعلان بالإشهاد عليه. والإرادة حرة في إبرام العقد دون خضوع لأي نوع من أنواع الإكراه العقدي، سواء في المعاملات المالية، أم في عقود الزواج، إلا ما توجهه قواعد العدالة ومصلحة الجماعة، كبيع القاضي أموال المدين المماطل جبراً عنه لإيفاء ديونه، وبيع الأموال المحتكرة لصالح الجماعة، واستملاك الأراضي للمصالح العامة.

واختلفت الاجتهادات الإسلامية على رأيين في مبدأ حرية إنشاء العقود (حرية التعاقد) أي: اختيار نظام معين ليكون عقداً بين طرفين، أو اختيار نوع معين من أنواع العقود الجديدة بالإضافة إلى العقود المتعارف عليها في الماضي. على رأيين:

الرأي الأول: للظاهرية: وهم المضيقون الذين يقولون: الأصل في العقود المنع حتى يقوم دليل على الإباحة، أي إن كل عقد أو شرط لم يثبت جوازه بنص شرعي أو إجماع فهو باطل ممنوع^(١). واستدلوا على رأيهم بأدلة ثلاثة:

(١) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام؛ لابن حزم: ٥٩٣/٥، وليس لهذا المذهب أتباع اليوم؛ إلا فيما ندر.

١ - إن الشريعة شاملة لكل شيء، وقد تكفلت ببيان ما يحقق مصالح الأمة، ومنها العقود، على أساس من العدل، وليس من العدل ترك الحرية للناس في عقد ما يريدون من العقود، وإلا أدى ذلك إلى هدم نظام الشريعة.

٢ - يقول النبي صلى الله عليه وسلم: «مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ»^(١)، فكل عقد أو شرط لم يشرعه الشرع بنص أو إجماع يكون باطلاً؛ لأنه إذا تعاقد الناس بعقد لم يرد في الشريعة وأصولها يكونون قد أحلوا أو حرموا غير ما شرع الله، وليس لأحد من المؤمنين سلطة التشريع.

٣ - يؤيده الحديث النبوي: «مَا كَانَ مِنْ شَرَطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِثْلَ شَرَطٍ»^(٢)؛ أي إن الشرط غير المنصوص عليه باطل، وكذا العقد غير المنصوص عليه.

الرأي الثاني: لجاهير الفقهاء: وهم الموسعون الذين يقولون: الأصل في العقود الإباحة ما لم يمنعها الشرع أو تخالف نصوص الشرع. واستدلوا على رأيهم بما يأتي:

١ - إن الآيات القرآنية والأحاديث النبوية السابق ذكرها لم تشترط لصحة العقد إلا الرضا والاختيار، وكذلك آية ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)) [المائدة: ١] أوجبت الوفاء بكل عقد دون استثناء، أي إنها نصت على مبدأ القوة الإلزامية للعقد، وأوجبت على الإنسان الوفاء بعقده الذي باشره بإرادته الحرة، فيصبح العقد ملزماً له بنتائجه، ومقيداً لإرادته حفظاً على مبدأ استقرار التعامل. وهذا يدل على أن تحريم شيء من العقود أو الشروط التي يتعامل بها الناس تحقيقاً لمصالحهم، بغير دليل شرعي، تحريم لما لم يحرمه الله، فيكون الأصل في العقود والشروط هو الإباحة.

٢ - هناك فرق بين العبادات والمعاملات. أما العبادات فيجب ورود الشرع بها، وأما المعاملات ومنها العقود فلا تتطلب ورود الشرع بها. فيكفي في صحتها ألا تحرمها الشريعة استصحاباً للمبدأ الأصولي وهو أن الأصل في الأفعال والأقوال والأشياء هو

(١) أخرجه البخاري في الصلح، باب إذا اصطَلَحُوا عَلَى صَلَاحٍ جَوْرٍ فَالْصَلَحُ مَرْدُودٌ، برقم: ٢٦٩٧، بلفظ: «مَنْ أَحْدَثَ فِي أَمْرِنَا هَذَا مَا لَيْسَ فِيهِ، فَهُوَ رَدٌّ»، ومسلم في الحدود، باب نَقْضِ الْأَحْكَامِ الْبَاطِلَةِ، وَرَدُّ مُحْدَثَاتِ الْأُمُورِ، برقم: ١٨ - (١٧١٨)، واللفظ له، وعَلَّقَهُ الْبُخَارِيُّ أَيْضاً بِنَفْسِ اللَّفْظِ.

(٢) أخرجه البخاري في البيوع، باب إذا اشْتَرَطَ شَرْطاً فِي الْبَيْعِ لَا تَحِلُّ، برقم: ٢١٦٨، ومسلم في الطلاق، باب إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ، برقم: ٨ - (١٥٠٤).

الإباحة؛ لأن القصد من المعاملات رعاية مصالح الناس، فكل ما يحقق مصالحهم يكون مباحاً.

٣ - يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»^(١)، ويقاس على الشروط الصحيحة كل عقد لا يصادم أصول الشريعة، ويحقق مصالح الناس. وهذا الرأي هو الأصح، إذ لم نجد في الشرع ما يدل على أي حصر- لأنواع العقود وتقييد الناس بها، فكل موضوع لم يمنعه الشرع ولا تقتضي قواعد الشريعة وأصولها منعه جاز التعاقد عليه، على أن تراعى شرائط انعقاد العقود؛ كالأهلية والصيغة وقابلية المحل لحكم العقد.

. حرية الاشتراط:

حرية الاشتراط هو مبدأ سلطان الإرادة في تعديل آثار العقد، وللفقهاء رأيان في حرية الاشتراط في العقود:

الرأي الأول: للظاهرية، وهم القائلون بأن الأصل في العقود المنع، قالوا: إن الأصل في الشروط المنع، فكل شرط لم يقره الشرع في القرآن أو السنة فهو باطل. الرأي الثاني: لسائر الفقهاء الآخرين: وهو أن الأصل في العقود والشروط الإباحة، لكن هؤلاء فريقان:

١ - **الفريق الأول: الحنبلية:** يقولون: الأصل في الشروط العقدية هو الإطلاق، فكل شرط لم يرد الشرع بتحريمه فهو جائز.

٢ - **الفريق الثاني: الجمهور** يقولون: الأصل في الشروط العقدية هو التقييد، فكل شرط خالف الشرع أو مقتضى العقد فهو باطل، وما عداه فهو صحيح.

وقد سبق ذكر أدلة المذهبين في بحث حرية التعاقد. ويرى أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي أن يؤخذ برأي الحنبلية في إطلاق حرية الاشتراط للعاقدين في العقود المالية؛ تحقيقاً لحاجات الناس ومصلحتهم ومراعاة لما يطرأ من تطورات وأعراف في إبرام عقود

(١) أخرجه الترمذي في الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، برقم: ١٣٥٢، واللفظ له، وقال: هذا حديث حسن صحيح، وابن ماجه في الأحكام، باب الصلح، برقم: ٢٣٥٣.

لأغراض مشروعة، وإلا لشلّت حركة التجارة والنشاط الاقتصادي الذي اتسع ميدانه في العقود والشروط على نحو لم يكن معروفاً لدى الفقهاء.

ويؤخذ برأي الجمهور في عقود الزواج؛ حرصاً على ما له من حرمة وقداسة ولما فيه من جانب العبادة، ولما تتطلبه الأسرة من استقرار ودوام، ينبغي من أجله عدم إفساح المجال لحرية الاشتراط التي تتأثر بالأهواء، وتعصف بأغراض الزواج السامية. وقد قال الفقهاء: «الأصل في الأبضاع التحريم».

المبحث الثالث: شروط العقد:

سبق بيان عناصر العقد الأساسية الأربعة: وهي صيغة التعاقد، والعاقدان، والمحل المعقود عليه، وموضوع العقد أو المقصد الأصلي للعقد.

ويتطلب العقد بالإضافة لعناصره توافر أربعة أنواع من الشروط: وهي شروط الانعقاد، وشروط الصحة، وشروط النفاذ، وشروط اللزوم.

والقصد من هذه الشروط في الجملة منع وقوع المنازعات بين الناس، وحماية مصالح العاقدين، ونفي الغرر، والبعد عن المخاطر بسبب الجهالة.

أولاً: شرائط الانعقاد: هي ما يشترط تحققه لجعل العقد في ذاته منعقداً شرعاً وإلا كان باطلاً. وهي نوعان: عامة وخاصة.

فالشرائط العامة: هي التي يجب توافرها في كل عقد.

والشرائط الخاصة: هي التي يطلب وجودها في بعض العقود دون سواها. كاشتراط الشهود في عقد الزواج، فلا ينعقد الزواج إلا بحضور الشاهدين، وإلا كان باطلاً.

وكاشتراط التسليم في العقود العينية (وهي الهبة والإعارة والإيداع والقرض والرهن) فلا يتم انعقاده إلا بتسليم محل العقد وإلا كان باطلاً.

والشرائط العامة للانعقاد: هي الشروط المطلوبة في صيغة التعاقد وفي العاقد، وفي المحل المعقود عليه، وألا يكون العقد ممنوعاً شرعاً، وأن يكون العقد مفيداً.

أما شروط الصيغة والعاقد ومحل العقد فقد ذكرت سابقاً فلا داعي لتكرارها هنا.

وأما كون العقد غير ممنوع شرعاً: فهو ألا يوجد نص شرعي يقتضي بطلانه، مثل التبرع من مال الصغير القاصر أو بيع شيء من ماله بغبن فاحش، فلا تنعقد الهبة من مال

القاصر، ويكون العقد باطلاً. ومثل الاستئجار على فعل المعاصي أو ارتكاب الجرائم أو بيع المخدرات والمسكرات. ومثل بيع الشيء المحتمل للوجود والعدم، كبيع اللبن في الضرع والصوف على الظهر، واللؤلؤ في الصدف، والحمل في البطن، والسّمك في الماء، والطير في الهواء قبل صيدهما. ومنه بيع ضربة القانص (وهو أن يقول البائع: بعتك ما يخرج من إلقاء هذه الشبكة مرة بكذا)، وضربة الغائص (وهو أن يقول البائع: أغوص غوصة، فما أخرجته من اللآلئ فهو لك بكذا).

وأما كون العقد مفيداً: فهو أن يحقق مصلحة معقولة. فلا ينعقد الرهن مثلاً في مقابل الأمانة كالوديعة؛ لأن الوديعة ونحوها أمانة غير مضمونة. ولا يصح التعاقد بين اثنين على عدم الاشتغال في التجارة مثلاً؛ لأن ذلك مصادم لمبدأ حرية الإنسان الاقتصادية، وحماية هذه الحرية من النظام العام في الإسلام.

ولا يصح التعاقد أيضاً على أمر واجب على الإنسان شرعاً، كالاتفاق على الامتناع من فعل جريمة، والاستئجار على فعل الواجبات الدينية كالصلاة، واستئجار الزوجة على القيام بأعمال المنزل أو على إرضاع طفلها؛ لأن ذلك واجب عليها ديانة.

ثانياً: شرائط الصحة: وهي ما يشترط شرعاً لترتيب آثار العقد، فإن فقدت كان العقد فاسداً، أي مختلفاً اختلافاً في ناحية فرعية متممة غير أساسية، مع كونه منعقداً موجوداً.

ومعظم شرائط الصحة خاص بكل عقد على حدة. ففي البيع مثلاً يشترط عند الحنفية خلوه من أحد العيوب الستة الآتية: وهي الجهالة، والإكراه، والتوقيت، والغرر (غرر الوصف)، والضرر، والشرط الفاسد.

ثالثاً: شرائط النفاذ: يشترط لنفاذ العقد شرطان:

أ - الملك أو الولاية. أما الملك: فهو حيازة الشيء متى كان الحائز له قادراً وحده على التصرف فيه عند عدم المانع الشرعي، أي أن المالك له حرية التصرف والاستقلال بمنافع الشيء إلا إذا وجد مانع كالجنون أو السفه أو الطفولة أو عدم التمييز.

وأما الولاية: فهي سلطة شرعية بها ينعقد العقد وينفذ، وهي إما أصلية: وهي أن يتولى الإنسان أمور نفسه بنفسه. أو نيابية: وهي أن يتولى الشخص أمور غيره من

ناقصي الأهلية، إما بإناة المالك كالوكيل، أو بإناة الشارع كالأولياء (الأب أو الجد) والأوصياء (وصي الأب أو الجد أو وصي القاضي).

ويترتب على هذا الشرط أن محل العقد ينبغي أن يكون مملوكاً للعاقد، فإن لم يكن مملوكاً له بأن كان فضولياً، كان العقد غير نافذ أو موقوفاً على إجازة المالك إذا باعه عن مالكة نفسه، أما إن باعه عن نفسه هو، لا عن مالكة نفسه، كان البيع باطلاً.

وقد جعل الشافعي وأحمد المالك أو الولاية من شرائط الانعقاد، فتعتبر تصرفات الفضولي باطلة. كما سبق.

ب - **ألا يكون في محل العقد حق لغير العاقد:** فإن تعلق به حق الغير كان العقد موقوفاً غير نافذ، وتعلق حق الغير له ثلاثة أوجه:

١ - أن يكون حق الغير متعلقاً **بعين المحل المعقود** عليه، كبيع ملك الغير وتبرع المريض مرض الموت بما يزيد عن ثلث أمواله، يكون موقوفاً على إجازة الورثة.

٢ - أن يكون متعلقاً **بمالية المحل المعقود** عليه دون عينه، كتصرف المدين غير المحجور عليه بما يضر حقوق الدائنين، تتعلق حقوقهم بمالية أموال المدين لاستيفاء ديونهم، وليست حقوقهم متعلقة بأعيان أمواله، فلو أتي المدين بمال آخر فيفهم به حقوقهم نفذت تصرفاته الموقوفة على إجازتهم.

٣ - أن يكون متعلقاً **بصلاحية التصرف** نفسه، لا بمحله المعقود عليه، كتصرف ناقص الأهلية المحجور عليه إما حجراً شرعياً بسبب الصغر كالمميز، أو حجراً قضائياً بسبب السفه أو الدين المستغرق (المحيط بكل ماله).

إن ناقص الأهلية لا يملك التصرف في أمواله، ويكون تصرفه موقوفاً على إجازة وليه الشرعي من أب أو جد أو وصي. فإن أجازه نفذ، وإن رده بطل.

وكما أن حق الغير (أي غير العاقدين) مانع من نفاذ التصرف، هناك مانع آخر من النفاذ وهو الإكراه.

رابعاً: شروط لزوم: الأصل في العقود اللزوم، ويشترط للزوم العقد كالبيع والإيجار خلوه من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد المتعاقدين فسخ العقد، والتي تثبت إما باشتراط العاقد أو بإيجاب الشرع. فإن وجد في العقد خيار؛ كخيار الشرط أو خيار العيب أو الرؤية منع لزوم العقد في حق من له الخيار، فكان له أن يفسخ العقد أو أن

يقبله، إلا إذا حدث مانع من ذلك، كما سيتبين في بحث الخيارات. ويسمى العقد المشتمل على الخيار غير لازم.

المبحث الرابع: آثار العقد:

لكل عقد أثر خاص وأثر عام:

فالأثر الخاص: هو حكم العقد، وحكم العقد: هو الأثر الأصلي (أو النوعي) للعقد أو الغاية الجوهرية الأساسية المقصودة من العقد كانتقال الملكية في عقد البيع والهبة، وتملك المنفعة في عقد الإيجار والإعارة، وحل المتعة الزوجية في عقد الزواج، وحق احتباس المرهون في عقد الرهن، وتفويض التصرف في عقد الوكالة، ونحو ذلك.

ويقال للحكم الأصلي للعقد: موضوع العقد. ويفترق الحكم الأصلي للعقد عن الالتزام. فالالتزام هو كون الشخص مكلفاً بفعل، أو بامتناع عن فعل. مثال الأول: تسليم المبيع وأداء الثمن. ومثال الثاني: عدم التعدي على نفس أو مال الغير، وعدم استعمال الوديعة.

ومصدر الالتزام قد يكون هو الشرع كالإتفاق على الأقارب، وقد يكون مصدره العقد، كالاتزامات بدفع الأجرة أو الثمن، وقد يكون مصدره غير العقد وهو الفعل الضار كضمان المتلفات.

وحكم العقد الأصلي يتحقق آلياً بتقدير الشرع بمجرد انعقاد العقد صحيحاً، فلا يحتاج إلى تنفيذ، فبمجرد انعقاد البيع صحيحاً تنتقل الملكية للمشتري، وهكذا سائر أحكام العقود.

أما الالتزام: فيحتاج إلى تنفيذ؛ لأنه تكليف على شخص لمصلحة آخر، فملكية المبيع وإن انتقلت إلى المشتري بمجرد البيع، لكن ذلك الأثر يحتاج إلى تنفيذ التزام البائع: وهو القيام بتسليم المبيع إلى المشتري.

والالتزامات قد يستلزمها العقد ذاته: وهي التي نظمها الشرع آثاراً للعقد المنشئ لها كالاتزام بتسليم المبيع وضمان العيب، والالتزام بدفع الثمن أو الأجرة. وقد يشترطها العقاد كاستعمال المبيع مدة بعد البيع، وإيصال المبيع لبית المشتري، ودفع الأجرة سلفاً، ونحو ذلك.

وأما **الأثر العام**: فهو ما تشترك فيه كل العقود أو معظمها من أحكام ونتائج. وللعقود أثران عامان هما: النفاذ، والإلزام واللزوم.

والنفاذ: معناه ثبوت حكم العقد الأصلي منذ انعقاده، أي أن آثار العقد الخاصة ونتائج المترتبة عليه تحدث فور انعقاد العقد، فنفذ عقد البيع مثلاً معناه انتقال ملكية المبيع والتمن بمجرد انعقاده، وإيجاب تنفيذ الالتزامات على الطرفين، كتسليم المبيع وتسلم الثمن، وضمان العيب إن ظهر فيه عيب. والنفاذ يقابله **التوقف**، فيقال: عقد نافذ وعكسه موقوف.

والإلزام: هو إنشاء التزامات متقابلة معينة على العاقدين، كما في البيع، أو إنشاء التزام معين على أحد العاقدين، كما في الوعد بجائزة، وهذا من آثار العقد. ويختلف **الإلزام عن اللزوم**. فاللزوم: هو عدم استطاعة فسخ العقد إلا بالتراضي، **والتراضي** على فسخ العقد يسمى **إقالة**.

ويكتسب العقد صفة **اللزوم** عند **الحنفية والمالكية** بمجرد تمام العقد. وهذا ما أخذ به القانون وجرى عليه القضاء.

وعند **الشافعية والحنبلية**: لا يكتسب العقد صفة **اللزوم** إلا بعد انقضاء مجلس العقد، بتفرق العاقدين بأبدانهما، عملاً بخيار المجلس الثابت في السنة النبوية، على ما سيذكر في مبحث الخيارات.

المبحث الخامس: تصنيف العقود:

للعقود أقسام متعددة باعتبارات مختلفة، أهمها النظر إلى العقد بحسب إقرار الشرع له وعدم إقراره، أو بالنظر إلى كون العقود مسماة أو غير مسماة، أو بالنظر إلى غاية العقد وأغراضه، أو لكون العقد عينياً أو غير عيني، أو باعتبار اتصال الأثر به وعدم اتصاله.

التقسيم الأول: بحسب وصف العقد شرعاً:

ينقسم العقد بحسب الوصف الذي يعطيه الشرع له بناء على مقدار استيفائه لأركانه وشروطه إلى **صحيح** تترتب عليه آثاره، و**غير صحيح** لا تترتب عليه آثاره. **العقد الصحيح**: هو الذي استكمل عناصره الأساسية من (صيغة وعاقدين ومحل عقد وموضوع عقد)، وشرائطه الشرعية. فيصبح صالحاً لترتب حكمه وآثاره عليه.

ويعرفه الحنفية بقولهم: هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه.

وحكم العقد الصحيح: ثبوت أثره في الحال، فالبيع الصادر من كامل الأهلية على مال متقوم شرعاً، ولغاية مشروعة، يترتب عليه ثبوت ملك المبيع والتمن للمشتري والبائع فور انتهاء الإيجاب والقبول إذا لم يكن في البيع خيار.

العقد غير الصحيح: هو ما اختل فيه أحد عناصره الأساسية أو شرط من شروطه.

وحكمه: أنه لا يترتب عليه أثر كبيع الميتة والدم والخمر والخنزير، وكبيع فاقد الأهلية. ويشمل غير الصحيح عند جمهور الفقهاء: الباطل والفساد، وهما بمعنى واحد.

وأما الحنفية: فيقسمون غير الصحيح إلى باطل وفساد. فكل واحد معنى مختلف عن الآخر، وتلك القسمة محصورة في العقود الناقلة للملكية أو العقود التي توجب التزامات متقابلة من العاقدين، كالبيع والإجارة والهبة والقرض والحالة والشركة والمزارعة والمساقاة والقسمة. أما العقود غير المالية كالوكالة والوصاية والزواج على الأصح والعقود المالية التي ليس فيها التزامات متقابلة كالإعارة والإيداع، والعبادات، والتصرفات المنفردة كالطلاق والوقف والكفالة والإقرار ونحوها، فهذه لا فرق فيها بين الفاسد والباطل.

ومنشأ الخلاف بين الحنفية والجمهور راجع لقضية أصولية^(١): وهي هل النهي يقتضي فساد المنهي عنه، أي عدم الاعتبار والوقوع في الإثم معاً أو أنه يقتصر على إيجاب الإثم وحده مع اعتباره أحياناً؟ ثم هل يستوي النهي عن ركن من أركان العقد مع النهي عن وصف عارض للعقد لازم له أو غير لازم؟

قال جمهور الفقهاء: إن نهي الشارع عن عقد ما: يعني عدم اعتباره أصلاً، وإثم من يقدم عليه. ولا فرق بين النهي عن ركن من أركان العقد (الصيغة وأهلية العاقدين ومحل العقد) أو النهي عن وصف عارض للعقد ملازم له أو مجاور. وعليه إذا حدث عقد منهي عنه فهو باطل أو فاسد لا يترتب عليه أي أثر؛ لأن نهي الشرع عنه يجعله غير مشروع أو غير موجود، وإذا كان النهي لوصف فيسري إلى الموصوف.

(١) ينظر: كشف الأسرار: ص ٢٥٨، شرح جمع الجوامع؛ للمحلي: ٨٠/١، الإحكام؛ للآمدي: ٦٨/١.

وقال **الحنفية**: قد يكون نهى الشارع عن عقد: معناه إثم من يرتكبه فقط، لا إبطاله، ويفرق بين النهي الراجع لأصل العقد (أي لخلل في الصيغة أو في العاقد أو في المحل) فيقتضي بطلان العقد وعدم وجوده شرعاً وعدم ترتب أي أثر عليه، وبين النهي العائد لأمر آخر كوصف من أوصاف العقد ملازم له، فيقتضي بطلان هذا الوصف فقط، ولا يتعدى البطلان إلى أصل العقد، لأنه استكمل عناصره الأساسية، فيكون العقد فاسداً فقط.

فالبيع الصادر عن عديم الأهلية، وبيع غير المال كالميتة، وبيع مال غير متقوم كالخمر والخنزير والسّمك في الماء باطل؛ لأن الخلل فيه راجع لأصل العقد. والبيع المؤقت أو المشتمل على جهالة في الثمن أو المؤدي إلى النزاع في العقد كبيعتين في بيعة فاسد؛ لأن الخلل راجع لوصف في العقد خارج عن حقيقته وذاته وأركانه.

وإذا كان النهي بسبب أمر مجاور للعقد غير ملازم له وليس شرطاً فيه، كان مقتضاه الكراهة للإقدام عليه في هذه الحال كالبيع وقت النداء لصلاة الجمعة.

وعلى هذا فإن **غير الصحيح عند الحنفية** نوعان: **باطل وفاسد**.

أما **العقد الباطل**: فهو ما اختل ركنه أو محله، أو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه، كأن يكون أحد العاقلين فاقداً الأهلية، أو أن تكون الصيغة غير سليمة، أو يكون محل العقد غير قابل لحكم العقد شرعاً، كبيع ما ليس بمال، وفي الزواج كالعقد على إحدى المحارم أو التي لم تنته عدتها من مطلقها، أو المتزوجة بزواج آخر، فكل هذه العقود باطلة.

وحكم الباطل: أنه لا يعد منعقداً أصلاً، وإن وجدت صورته في الظاهر، فلا يترتب عليه أي أثر شرعي، فلا يفيد نقل الملكية أصلاً، إذ لا يعد موجوداً بحال.

وأما **العقد الفاسد**: فهو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه، أي كان صادراً ممن هو أهل له، والمحل قابل لحكم العقد شرعاً، والصيغة سليمة، ولكن صاحب ذلك وصف منهى عنه شرعاً، كبيع المجهول جهالة فاحشة تؤدي للنزاع، مثل بيع دار من دور، أو سيارة من سيارات دون تعيين، وكإبرام صفقتين في صفقة، وكبيع مال متقوم جعل ثمنه مالاً غير متقوم.

وحكم الفاسد: ثبوت الملك فيه **بالقبض** بإذن المالك صراحة، أو دلالة.

والعقد الفاسد واجب الفسخ شرعاً، إما من أحد العاقدین أو من القاضي إذا علم بذلك، لأنه منهي عنه شرعاً. وإمكان الفسخ مشروط **بشرطين**:

الأول: بقاء المعقود عليه على ما كان قبل القبض، فلو تغير شكله بأن هلك أو استهلك، أو كان غزلاً فنسجه، أو قمحاً فطحنه، أو دقيقاً فخبزه، امتنع الفسخ.

والثاني: عدم تعلق حق الغير به، فلو تصرف به المشتري لآخر بالبيع أو بالهبة وتم قبضه من الموهوب له، امتنع الفسخ.

العقد الصحيح مع الكراهة التحريمية (عند الحنفية) أو الحرمة (عند الجمهور): العقد الباطل منهي عنه لأمر أساسي فيه، والفاسد منهي عنه لوصف ملازم له، فإن كان النهي لوصف غير لازم، أي مجاور للمنهي عنه، فهو مكروه كراهة تحريمية عند الحنفية، وحرام موجب للإثم والمعصية عند جمهور الفقهاء.

ومن أهم هذه العقود المكروهة أو المحرمة لما فيها من الضرر أو الغرر مع أنها صحيحة:

١ - **بيع النجش**: وهو أن يزيد الرجل في السلعة، وليس له حاجة بها، إلا ليغلي ثمنها وينفع صاحبها. وهو عند الحنفية **مكروه تحريماً**، لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن النجش. لكنهم قالوا: لا يكره النجش إلا إذا زاد المبيع عن قيمته الحقيقية، فإن لم يكن بلغ القيمة فزاد لا يريد الشراء فحائز، ولا بأس به لأنه عون على العدالة.

وهو **صحيح عند الجمهور مع الحرمة من غير خيار عند الشافعية** إن لم يثبت التواطؤ من البائع؛ وكذا **في الأصح** عندهم مع ثبوت التواطؤ منه، وللمشتري - عند غيرهم - رده إذا لم يوجد مانع، كتغير المبيع وتعيبه، وقال الحنبلية بفساده.

وأما **المزايدة** أو البيع **بالمزاد العلني**: وهو أن ينادي على السلعة، ويزيد الناس فيها بعضهم على بعض حتى تقف على آخر زائد فيها فيأخذها، فهو بيع صحيح جائز لا ضرر فيه.

٢ - **تلقي الركبان** أو الجلب: وهو مبادرة بعض أهل المدينة أو البلد لتلقي الآتين إليها، فيشتري منهم ما معهم، ثم يبيع كما يرى لأهل البلد. وهذا حرام عند الشافعية، ومكروه تحريماً عند الحنفية إن أضر بالأهالي، وإلا فلا يكره إذا لم يلبس السعر على

الواردين لأنه إن فعل هذا كان فيه تغيير بهم. وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن تلقي البيوع أو أن يتلقى الجلب.

وسبب النهي الإضرار بصاحب السلعة (البادي) لشراء الشيء بأقل من سعره الغالب، والإضرار بأهل البلد أيضاً. والبيع صحيح عند الأئمة، لأن النهي لأمر خارج عن البيع، لكن يثبت فيه عند الحنبلية خيار الغبن، وقيد الشافعية بما إذا كان الشراء بأقل من سعر البلد.

٣ - بيع الحاضر للبادي: وهو أن يتخصص شخص ببيع بضاعة الغريب على التدرج مع حاجة أهل البلد، بسعر أعلى، مع أن الغريب كان يريد البيع بسعر اليوم. وكراهة هذه البيوع إذا كانت تضر بأهل البلد، وإلا فلا ضرر، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيع حاضر لباد. وقد أجاز المالكية فسخ هذا البيع، كالنجش. وهو حرام عند الشافعية. وسبب النهي عنه: الإضرار بأهل السوق لبيع السلعة بأكثر من ثمن المثل، أو من طريق السمسرة، ويفسخ عند المالكية إن لم يفت بتغير أو تعيب أو تصرف، وهو صحيح عند الأئمة الثلاثة؛ لأن النهي لأمر خارج عن البيع، وهو الرفق بأهل الحضر.

ودليل النهي عن هذه البيوع حديث ابن عباس رضي الله عنهما، قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا تَلْقُوا الرُّبَّانَ، وَلَا يَبِيعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ»، قَالَ: فَقُلْتُ لِابْنِ عَبَّاسٍ: مَا قَوْلُهُ «لَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ؟» قَالَ: لَا يَكُونُ لَهُ سِمْسَارًا^(١).

٤ - البيع وقت النداء لصلاة الجمعة: عند الجمهور من حين صعود الإمام على المنبر إلى أن تنتضي الصلاة، وعند الحنفية: من الأذان الأول. وهذا البيع صحيح مكروه تحريماً عند الحنفية، وصحيح حرام عند الشافعية؛ لقوله تعالى: ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ)) [الجمعة: ٩] ويلحق بالبيع سائر العقود والصناعات كلها لما فيها من شغل عن السعي إلى الجمعة. وعدّ المالكية هذا البيع من البيوع الفاسدة، وقالوا: إنه يفسخ على المشهور وأبطله الحنبلية.

(١) أخرجه البخاري في البيوع، باب: هل يبيع حاضر لبادٍ بغير أجر، وهل يعينه أو ينصحه، برقم: ٢١٥٨، وفي مواضع من صحيحه، ومسلم في البيوع، باب: تحريم بيع الحاضر للبادي، برقم: ١٩ - (١٥٢١).

أنواع العقد الصحيح:

ينقسم العقد الصحيح عند الحنفية والمالكية إلى نافذ وموقوف:

النافذ: هو ما صدر ممن له أهلية وولاية على إصداره، كأغلب عقود الناس مثل العقد الصادر من الرشيد في ماله، أو الولي أو الوصي للقاصر، أو الوكيل لموكله.

وحكمه: أنه تترتب عليه آثاره فور صدوره، من غير توقف على إجازة أحد.

والموقوف: هو ما صدر من شخص له أهلية التعاقد، من غير أن يكون له ولاية إصداره. كعقد الصغير المميز فيما يتردد بين الضرر والنفع.

وحكمه: أنه لا تترتب عليه آثاره إلا إذا أجازه صاحب الشأن الذي يملك إصداره، فإن لم يجزه بطل العقد.

وهذا العقد عند الشافعية والحنبلية باطل.

أنواع العقد النافذ:

ينقسم العقد النافذ إلى لازم وغير لازم:

اللازم: هو ما ليس لأحد عاقديه فسخه دون رضا الآخر، كالبيع والإجارة.

والأصل في العقود اللزوم؛ لأن الوفاء بالعقود واجب شرعاً؛ وثبتت صفة اللزوم عند الحنفية والمالكية بمجرد صدور العقد من العاقلين. وعند الشافعية والحنبلية: لا يلزم العقد إلا بتفرق العاقلين بأبدانها، أو إذا تخيراً، فاختاراً لزومه، عملاً بحديث خيار المجلس: «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، أَوْ يَقُولُ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ اخْتَرْ»^(١).

وغير اللازم أو الجائز: هو ما يملك كلٌّ من طرفيه أو أحدهما فقط فسخه دون رضا الآخر، إما عملاً بطبيعة العقد نفسه؛ كالوكالة والإعارة والإيداع، أو لمصلحة العاقد كالعقد المشتل على الخيار.

والعقود من حيث اللزوم وقابلية الفسخ وعدمه أربعة أنواع:

١ - عقود لازمة لا تقبل الفسخ: كالزواج لا يقبل الفسخ ولو باتفاق العاقلين، وإنما يقبل الإنهاء بطرق شرعية؛ كالطلاق والخلع والتفريق القضائي. وكل ما لا يقبل الفسخ لا يثبت فيه خيار؛ لأن الخيار يعطي حق الفسخ لصاحبه.

(١) أخرجه البخاري في البيوع، باب إذا لم يؤقت في الخيار، هل يجوز البيع، برقم: ٢١٠٩، وفي مواضع من صحيحه، ومسلم في البيوع، باب الصدق في البيع والبيان، برقم: ٤٧ - (١٥٣٢).

٢ - عقود لازمة تقبل الفسخ: أي تقبل الإلغاء بطريق الإقالة باتفاق العاقدین. وهي عقود المعاوضات المالية كالبيع والإيجار والصلح والمزارة والمساقاة ونحوها. وهذه العقود تقبل الفسخ بالخيار أيضاً.

٣ - عقود لازمة لأحد الطرفين: كالرهن والكفالة: فإنهما لازمان بالنسبة إلى الراهن والكفيل، وغير لازمين بالنسبة للدائن المرتهن، والمكفول له؛ لأن العقد لمصلحتها الشخصية توثيقاً للحق، فلها التنازل عنه.

٤ - عقود غير لازمة للطرفين: وهي التي يملك كل من العاقدین فيها حق الفسخ والرجوع، كالإيداع والإعارة والوكالة والشركة والمضاربة والوصية والهبة، فالعقود الخمسة الأولى يجوز لكل من العاقدین فسخ العقد متى شاء. والوصية والهبة يصح للموصي والواهب الرجوع عنها، كما يصح للموصى له والموهوب له ردها وإبطالها بعد وفاة الموصي، وفي حال حياة الواهب.

التقسيم الثاني: بالنظر إلى التسمية وعدمها:

تقسم العقود إلى مسماة وغير مسماة:

أما العقود المسماة: فهي ما وضع الشرع لها اسماً خاصاً بها، وبيّن أحكامها المترتبة عليها، كالبيع والإجارة والشركة والهبة والكفالة والحالة والوكالة والرهن ونحوها.

وأما العقود غير المسماة: فهي التي لم يوضع لها اسم خاص في الشرع، ولم يرتب التشريع أحكاماً خاصة بها، وإنما استحدثها الناس تبعاً للحاجة. وهي كثيرة لا تنحصر، لأنها تنشأ بحسب تجدد حاجات الناس وتطور المجتمعات وتشابك المصالح، مثل عقد الاستصناع، وبيع الاستجرار، وأنواع المقاولات، أي التعهدات والالتزامات الحديثة، وأنواع الشركات التي تمنح امتيازات للتنقيب عن النفط والمعادن، وعقود النشر والإعلان والمجلات ونحوها.

وسبق أن الرأي الغالب أو الراجح فقهاً هو جواز إحداث عقود جديدة لا تخالف نصوص الشريعة ومبادئها وقواعدها العامة.

التقسيم الثالث: بالنظر إلى غاية العقد وأغراضه:

تنقسم العقود بحسب أغراضها وغاياتها إلى مجموعات سبع:

١ - **التمليكات:** وهي ما يقصد بها تملك شيء، عين أو منفعة، فإن كان التملك بعوض فهي عقود المعاوضات كالبيع والإجارة، وإن كان التملك مجاناً بغير عوض فهي عقود التبرعات، كالهبة والصدقة والوقف والإعارة وحوالة الدين.

٢ - **الإسقاطات:** وهي ما يقصد بها إسقاط حق من الحقوق، سواء ببذل، أم بدون بدل. فإن كان الإسقاط بدون بدل من الطرف الآخر فهو الإسقاط المحض، كالطلاق المجرد عن المال، والإبراء عن الدين، والتنازل عن حق الشفعة. وإن كان الإسقاط ببذل أو عوض من الطرف الآخر، فهو إسقاط المعاوضة، كالطلاق على مال، والعفو عن القصاص بالدية.

٣ - **الإطلاقات:** وهي إطلاق الشخص يد غيره في العمل، كالوكالة وتولية الولاية والقضاء، والإبضاء: إلى من يتولى شؤون أولاده القصر بعد وفاته.

٤ - **التقييدات:** وهي منع الشخص من التصرف، كالجبر الشخص عن التصرف بسبب الجنون أو العته أو السفه أو الصغر.

٥ - **التوثيقات:** (أو التأمينات أو عقود الضمان): وهي التي يقصد بها ضمان الديون لأصحابها وتأمين الدائن على دينه، وهي الكفالة والحوالة والرهن.

٦ - **الاشتراك:** وهي التي يقصد بها المشاركة في العمل والربح، كعقود الشركات بأنواعها، ومنها المضاربة، والمزارعة، والمساقاة.

٧ - **الحفظ:** وهي التي يراد منها حفظ المال لصاحبه، كعقد الإيداع.

التقسيم الرابع: بالنظر إلى العينية وعدمها:

تنقسم العقود إلى عينية وغير عينية.

فالعقد العيني: هو الذي لا بد فيه لتمام انعقاده وترتيب أثره من تسليم الشيء المعقود عليه عيناً. وهو يشمل عقوداً خمسة: هي الهبة والإعارة والإيداع والرهن والقرض. فهذه العقود لا بد لتمامها وترتب أثرها عليها من قبض المعقود عليه؛ لأن هذه العقود - ما عدا الرهن - من التبرعات، والتبرع إحسان، فلا بد له من شيء يؤكده، وهو القبض.

والعقد غير العيني: هو الذي يتم بمجرد الصيغة السليمة من العيوب ويترتب عليه أثره بدون حاجة إلى القبض. وهذا يشمل جميع العقود ما عدا العقود الخمسة السابقة.

التقسيم الخامس: باعتبار اتصال الأثر بالعقد وعدم اتصاله:

ينقسم العقد بحسب ترتب أثره عليه بمجرد انعقاده وعدم ترتب أثره في الحال إلى أنواع ثلاثة: هي منجز، ومضاف، ومعلق.

١ - **العقد المنجز:** وهو ما صدر بصيغة غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى المستقبل. **وحكمه:** ترتب الآثار عليه في الحال ما دام مستوفياً لأركانه وشروطه المطلوبة فيه. والأصل في العقود التنجيز في الحال؛ أي إن آثارها تترتب عليها فور إنشائها ما عدا الوصية والإيصاء، فلا يمكن بطبيعتها أن يكونا ناجزين، لإضافتهما حتماً لما بعد وفاة الموصي.

٢ - **العقد المضاف للمستقبل:** ما صدر بصيغة أضيف فيها الإيجاب إلى زمن مستقبل. مثل: آجرتك داري لسنة من مطلع الشهر القادم. أنت طالق غداً أو بعد أسبوع. **وحكمه:** أنه ينعقد في الحال، ولكن أثره لا يوجد إلا في الوقت الذي أضيف إليه. ٣ - **العقد المعلق على شرط:** هو ما صدر معلقاً وجوده على أمر آخر بأحد أدوات الشرط. مثل: إن سافرت فأنت وكيل. إذا قدم فلان من الحجاز فقد بعثتك الشيء الفلاني.

ويختلف المعلق على شرط عن المضاف للمستقبل في أن العقد المعلق لا ينعقد إلا حين وجود الشرط المعلق عليه. أما المضاف للمستقبل فهو منعقد في الحال، ولكن آثاره لا يسري مفعولها إلا في المستقبل المضاف إليه.

المبحث السادس: الخيارات:

سبق البيان أن العقد اللازم هو الخالي من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد العاقدين فسخه وإبطاله.

ومعنى **الخيار:** أن يكون للمتعاقد الحق في إمضاء العقد أو فسخه، إن كان الخيار خيار شرط أو رؤية أو عيب. أو أن يختار أحد المبيعين إن كان الخيار خيار تعيين. والخيارات سبعة عشر، سأجمل هنا الكلام على ستة منها فقط، هي خيار المجلس، وخيار التعيين، وخيار الشرط، وخيار العيب، وخيار الرؤية، وخيار النقد. وقد شرعت الخيارات إما ضمناً لرضا العاقدين أو حفظاً لمصلحتهم، أو دفعاً للضرر الذي قد يلحق أحد العاقدين، فهي مشروعة للضرورة أو للحاجة إليها.

ومصدر الخيارات: إما اتفاق العاقدین كخيار الشرط وخيار التعيين. وإما حكم الشرع، كخيار العيب وخيار الرؤية. وقد يعدُّ خيار العيب ثابتاً باشتراط المتعاقد ضمناً لا صراحة.

١- خيار المجلس:

وهو أن يكون لكل من العاقدین حق فسخ العقد ما داما في مجلس العقد، لم يتفرقا بأبدانهما، أو يخير أحدهما الآخر فيختار لزوم العقد.

ومعنى هذا أن العقد لا يلزم إلا بإنهاء مجلس العقد بالتفرق أو بالتخير. وليس ذلك في كل العقود وإنما في العقود اللازمة من الجانبين فقط؛ لأن الدليل المثبت له ورد في البيع، فيقاس عليه ما في معناه من عقود المعاوضات.

وقد انقسم الفقهاء في شأنه فريقين:

- فقال الحنفية والمالكية^(١): يلزم العقد بالإيجاب والقبول، ولا يثبت فيه خيار المجلس؛ لأن الله أمر بالوفاء بالعقود في قوله تعالى: ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)) [المائدة: ١]، والخيار منافٍ لذلك، فإن الراجع عن العقد لم ينف به، ولأن العقد يتم بمجرد التراضي، بدليل قوله تعالى: ((إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ)) [النساء: ٢٩]، والتراضي يحصل بمجرد صدور الإيجاب والقبول، فيتحقق الالتزام من غير انتظار لآخر المجلس.

ولم يأخذوا بالأحاديث الواردة في إثبات خيار المجلس لمنافاتها لعموم الآيات القرآنية المذكورة. وتأول الحنفية حديث خيار المجلس «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا» بأنه وارد في مرحلة ما قبل تمام العقد. فالبيعان: معناه المتساومان قبل العقد، إن شاء عقدا البيع، وإن شاء لم يعقدها، والمراد بالتفرق: هو التفرق بالأقوال لا بالأبدان، أي أن للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل قبول الآخر، وللآخر الخيار، إن شاء قبل في المجلس، وإن شاء رد، وهذا هو خيار القبول أو الرجوع.

ويلاحظ أن هذا التأويل لا معنى له؛ لأن كل عاقد قبل إبرام العقد حرٌّ في القبول وعدمه، وهذا التأويل يجعل الحديث عديم الفائدة، فلا حاجة للمشرع لإثبات مبدأ حرية

(١) ينظر: البدائع: ١٣٤/٥، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه: ٨١/٣.

الإنسان فيما يلتزم، فهو أصل عام، والأصل في كل إنسان عدم الالتزام. فإذا لم يقبل الذي وجه له الإيجاب لا يسمى ذلك تفرقاً وإنما اختلافاً.

وحديث خيار المجلس لا يعارض آية الأمر بالوفاء بالعقود؛ لأن المراد بالعقود هي الكاملة اللازمة التي لا خيار فيها، ولا يعارض أيضاً آية ((إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ))؛ لأن هذا الخيار مشروع للتأكد من تمام التراضي.

- وقال الشافعية والحنبلية^(١): إذا انعقد العقد بتلاقي الإيجاب والقبول يقع العقد جائزاً أي غير لازم، ما دام المتعاقدان في مجلس العقد. ويكون لكلٍ من العاقدين الخيار في فسخ العقد أو إمضائه، ما دام مجتمعين في المجلس لم يتفرقا بأبدانهما، أو يتخيرا.

ويجد طبيعة التفرق: العرف الشائع بين الناس في التعامل، وهذا هو خيار المجلس. واستدلوا على مشروعيته بالحديث الصحيح الثابت برواية البخاري ومسلم وهو أنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، أَوْ يَقُولُ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ اخْتَرْ»^(٢). أي اختر اللزوم. وأما التفرق فهو أن يتفرقا بأبدانهما، فلو أقاما في ذلك المجلس مدة متطاولة كسنة أو أكثر، أو قاما وتماشيا مسافة، فهما على خيارهما، كما قال النووي. والرجوع في التفرق إلى العادة، فما عده الناس تفرقا فهو تفرق ملزم للعقد، وما لا فلا.

٢- خيار التعيين:

هو أن يكون للعاقد حق تعيين أحد الأشياء الثلاثة المختلفة في الثمن والصفة التي ذكرت في العقد. فإذا عين الواحد صار محل العقد معلوماً بعد أن كان مجهولاً بعض الجهالة. وهو لا يثبت إلا في عقود المعاوضات المالية التي تفيد نقل ملكية الأعيان كالبيع، والهبة بعوض، والقسمة ونحوها.

ولا يثبت هذا الخيار إلا للمشتري فقط، على الرأي الراجح عند الحنفية.

وقد اختلف الفقهاء في مشروعيته، فمنعه الشافعي وأحمد وزفر من الحنفية لجهالة المبيع، والمبيع يشترط أن يكون معلوماً.

(١) ينظر: مغني المحتاج: ٤٣/٢، المغني: ٥٦٣/٣.

(٢) أخرجه البخاري في البيوع، باب إِذَا لَمْ يُؤَقَّتْ فِي الْخِيَارِ، هل يَجُوزُ الْبَيْعُ، برقم: ٢١٠٩، وفي مواضع من صحيحه، ومسلم في البيوع، باب الصَّدَقِ فِي الْبَيْعِ وَالْبَيَانِ، برقم: ٤٧ - (١٥٣٢).

وأجازه أبو حنيفة وصاحبه استحساناً لحاجة الناس إليه، إذ قد يكون الشخص غير خبير بأحوال المشتريات، فيحتاج إلى استشارة غيره ليأخذ الأرفق والأوفق له. وقد يحتاج الشخص إلى توكيل غيره بالشراء ويرغب في رؤية الشيء المشتري، ولا يوافق التاجر على إخراج البضاعة من محله إلا بشراء واحد من اثنين أو ثلاثة. وهذا معنى معقول وواقعي، محقق لمصلحة التاجر لكي تصبح البضاعة المقبوضة مضمونة لا مجرد أمانة، ونافع للمشتري لتحقيق رغبته وميوله، وليس في جهالة المبيع خطورة، لأنها لا تفضي إلى النزاع، لتعيين ثمن كل صنف على حدة.

شروطه: اشترط الحنفية القائلون بخيار التعيين شروطاً ثلاثة لصحته وهي:

- ١ - أن يكون الخيار بين ثلاثة أشياء على الأكثر؛ لأن أصناف الأشياء تتراوح عادة بين الجيد والوسط والردئ، فما زاد عن الثلاثة لا يصح فيه الخيار، لعدم الحاجة إليه.
 - ٢ - أن تكون الأشياء متفاوتة القيمة أو الوصف، وثن كل منها محدد معين، فإن كانت الأشياء متحدة القيمة أو الوصف فلا معنى للخيار بينها. وإذا كان الثمن غير محدد لكل منها، كان مجهولاً، وجهالة الثمن تفسد البيع.
 - ٣ - أن تكون مدة الخيار معلومة، لا تزيد عن ثلاثة أيام عند أي حنيفة كخيار الشرط، فإن زادت على ذلك فسد العقد.
- وقال الصحابان: يكفي أن تكون المدة معلومة، وإن زادت عن ثلاثة أيام.

أثر خيار التعيين:

إذا اقتصر المشتري على ذكر خيار التعيين بدون خيار الشرط، كان العقد لازماً تثبت به ملكية أحد الأشياء، وينحصر دور المشتري في اختيار أحد الأشياء التي اشتراها. وإن مات المشتري ورثه ورثته في ممارسة حق الاختيار. فإن انضم إلى خيار التعيين خيار الشرط كان العقد غير لازم، ولا يورث حق الخيار حينئذ، ويحق للمشتري رد العقد بكامله.

انتهاء خيار التعيين: ينتهي خيار التعيين إما صراحة أو دلالة أو حكماً، كأن يقول: قبلت هذا الشيء دون غيره، أو تصرف في أحد الأشياء تصرفاً يدل على أنه اختاره. أو

هلك أحد الأشياء في يد المشتري بعد القبض، فيتعين الهالك مبيعاً، وعليه ثمنه، والآخر يكون أمانة في يده يجب رده إلى صاحبه^(١).

٣- خيار الشرط:

هو أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما أو لغيرهما الحق في فسخ العقد أو إمضائه خلال مدة معلومة، كأن يقول المشتري للبائع: اشتريت منك هذا الشيء على أني بالخيار مدة يوم أو ثلاثة أيام.

وشرع للحاجة إليه لدفع الغبن عن العاقد في العقود.

ويثبت فقط في العقود اللازمة القابلة للفسخ بتراضي الطرفين، ولو كان لزومها من جانب واحد، وذلك كالبيع والإجارة، والمزارعة والمساقاة، والشركة ومنها المضاربة، والقسمة، والكفالة والحوالة، والرهن إذا اشترطه الراهن للزوم العقد من جانبه، ولا حاجة للمرتين لاشتراطه؛ لأن العقد بالنسبة إليه غير لازم.

أما العقود غير اللازمة كالوكالة والإعارة والإيداع والهبة والوصية فلا حاجة فيها لاشتراط الخيار، لأنها بطبيعتها غير لازمة.

وأما العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ كالزواج والخلع والطلاق فلا يصح اشتراط الخيار فيها، لأنه يتعذر فسخها.

كذلك لا يصح اشتراط الخيار في عقدي السلم والصرف؛ لأن السلم يشترط لصحته قبض رأس مال السلم في مجلس العقد، والصرف يشترط فيه قبض البدلين في المجلس. وخيار الشرط يقتضي تأخير القبض عن المجلس وإذا تأخر القبض عن المجلس فسد العقد، فلا يصح اشتراط خيار فيها.

مدة الخيار: اتفق جمهور الفقهاء على أن مدة الخيار المشروط ينبغي أن تكون معلومة، فإن لم تكن له مدة، أو كانت المدة مجهولة، أو كان الخيار مؤبداً لم يصح العقد، وكان فاسداً عند الحنفية، وباطلاً عند الشافعية والحنبلية.

وقال الإمام مالك: يجوز الخيار المطلق بدون تحديد مدة، ويحدد الحاكم له مدة كمدة خيار مثله في العادة؛ لأن اختيار المبيع في مثله مقدر في العادة، فإذا أطلق الخيار حمل على المعتاد.

(١) ينظر: البدائع: ٢٦١/٥، تبیین الحقائق: ٢١/٤، فتح القدير: ١٣٠/٥.

ويفسد العقد باشتراط مدة زائدة على المعتاد بكثير أي بعد يوم، أو بشرط مدة مجهولة كإلى أن تمطر السماء.

ثم اختلف الفقهاء في مقدار مدة الخيار على ثلاثة أقوال:

١ - فقال أبو حنيفة وزفر والشافعي: إنها لا تزيد على ثلاثة أيام، عملاً بمقتضى الحديث الذي ثبتت به مشروعية هذا الخيار، وهو حديث حَبَّان بن مُنْقِذ الذي كان يغبن في البيع والشراء، فشكا أهله إلى رسول الله صَلَّى الله عليه وسلم، فقال: «إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ: لَا خِلَافَةَ، ثُمَّ أَنْتَ فِي كُلِّ يَوْمٍ تَبْتَاعُهُ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَ لَيَالٍ؛ إِنْ رَضِيتَ فَأَمْسِكْ، وَإِنْ سَخِطْتَ فَرُدَّ»^(١). فهذا الخيار شرع استثناءً لدفع الغبن عن الناس، فيقتصر - فيه على مورد النص، والنص جعل المدة ثلاثة أيام، فلا يزداد عليها، ولأن الحاجة تتحقق بالثلاث غالباً.

فلو زاد عليها فسد العقد عند أبي حنيفة وزفر، ويعود صحيحاً عند أبي حنيفة إذا ارتفع سبب الفساد بإجازة العقد في مدة الأيام الثلاثة، وعند زفر: الفاسد من العقود لا يعود صحيحاً بحال. ويطل العقد عند الشافعي.

٢ - وقال صاحبان والحنبلية: تكون مدة الخيار بحسب اتفاق العاقلين، ولو كانت أكثر من ثلاثة أيام؛ لأن الخيار شرع للتروي والمشورة، وقد لا تكفي الأيام الثلاثة. والتحديد المذكور في حديث حبان كان كافياً بالنسبة له بتقدير النبي صَلَّى الله عليه وسلم. وما يكون كافياً لشخص قد لا يكفي لغيره، فلا يكون هذا التحديد مانعاً من الزيادة على المدة المذكورة.

(١) أصله في الصحيحين حتى قوله (لا خلافة)؛ أخرجه البخاري في البيوع، بَابُ مَا يُكَرَهُ مِنَ الْخِدَاعِ فِي الْبَيْعِ، برقم: ٢١١٧، وفي مواضع من صحيحه، ومسلم في البيوع، بَابُ مَنْ يُخَدَعُ فِي الْبَيْعِ، برقم: ٤٨ - (١٥٣٣). وأخرج الجملة التي فيها تحديد المدة: البيهقي في السنن الكبرى، في البيوع، بَابُ الدَّلِيلِ عَلَى أَنْ لَا يَجُوزُ شَرْطُ الْخِيَارِ فِي الْبَيْعِ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، برقم: ١٠٧٦٥، والدارقطني في سننه، في البيوع، برقم: ٣٠١١، وتتمته عند البيهقي: (فَبَقِيَ حَتَّى أَدْرِكَ زَمَانَ عُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَهُوَ ابْنُ مِائَةٍ وَثَلَاثِينَ سَنَةً، وَكَثُرَ النَّاسُ فِي زَمَانِ عُثْمَانَ فَكَانَ إِذَا اشْتَرَى شَيْئاً فَرَجَعَ بِهِ فَقَالُوا لَهُ: لِمَ تَشْتَرِي أَنْتَ؟ فَيَقُولُ: قَدْ جَعَلَنِي رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِيمَا ابْتِيعْتُ بِالْخِيَارِ ثَلَاثًا، فَيَقُولُونَ: ارُدُّهُ فَإِنَّكَ قَدْ غَنَيْتَ، أَوْ قَالَ: غَشَشْتُ، فَيَرْجِعُ إِلَى بَيْعِهِ فَيَقُولُ: خُذْ سِلْعَتَكَ وَرُدَّ دَرَاهِمِي، فَيَقُولُ: لَا أَفْعَلُ قَدْ رَضِيتَ فَذَهَبَتْ بِهِ، حَتَّى يَمُرَّ بِهِ الرَّجُلُ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَيَقُولُ: إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَدْ جَعَلَهُ بِالْخِيَارِ فِيمَا يَبْتَاعُ ثَلَاثًا، فَيَرُدُّ عَلَيْهِ دَرَاهِمَهُ وَيَأْخُذُ سِلْعَتَهُ). ومعنى: لا خلافة: لا خديعة. وفي سنن الدارقطني ٣٠١٢ مرفوعاً: «ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ».

٣ - وقال المالكية: يجوز الخيار بقدر ما تدعو إليه الحاجة، ويختلف ذلك باختلاف الأحوال، فالفاكهة لا يجوز الخيار فيها أكثر من يوم، والثياب والدواب: ثلاثة أيام، والأرض البعيدة: أكثر من ثلاثة أيام، والدار ونحوها: شهر؛ لأن المفهوم من الخيار هو اختبار المبيع، وإمكان الاختبار يختلف بحسب المبيعات، تحقيقاً لحاجة العقد.

أثر خيار الشرط:

لخيار الشرط أثران: أحدهما متفق عليه، والآخر مختلف فيه.

أما **الأثر المتفق عليه**: فهو جعل العقد غير لازم بالنسبة لمن له الخيار. فيجوز له الفسخ في مدة الخيار، وإمضاء العقد، وإذا مضت المدة بدون فسخ أو إمضاء سقط خياره ولزمه العقد.

ويصح الفسخ والإمضاء بالقول الدال عليه مثل: أجزت العقد، أو فسخته، كما يصح بالفعل الدال عليه أو المتضمن له، كالتصرف في المبيع بالبيع أو الإجارة، سواء من البائع إذا كان له الخيار، أو من المشتري صاحب الخيار.

ويشترط لصحة الفسخ شرطان:

١ - أن يكون في مدة الخيار، لأن العقد يلزم بمضي مدة الخيار بلا فسخ من صاحب الخيار.

٢ - علم الطرف الآخر بالفسخ إذا كان الفسخ قولياً **عند أبي حنيفة ومحمد** منعاً من إلحاق الضرر به، فإنه إذا كان بائعاً قد يسكت عن البحث عن مشتر آخر، اعتماداً على أن المشتري لم يفسخ العقد، وفي هذا ضرر به، وإذا كان مشترياً فقد يتصرف في المبيع ظناً منه أن البائع لم يفسخ العقد، فيلحقه الضمان، وفي هذا ضرر به، وبالعالم بالفسخ يتمتع لحوق هذا الضرر. أما **الفسخ الفعلي** فلا يشترط فيه علم الطرف الآخر به لأنه أمر حكمي، ولا يشترط العلم في الفسخ الحكمي كعزل الوكيل والشريك والمضارب بارتداده ولحاقه بدار الحرب، أو جنونه جنوناً مطبقاً.

ولا يشترط علم الطرف الآخر بإجازه العقد.

وقال **أبو يوسف والحنبلية**: لا يشترط علم الطرف الآخر بالفسخ أيضاً؛ لأن القبول بالخيار يدل على تسليط صاحب الخيار على الفسخ، سواء علم الآخر أم لم يعلم.

وأما **الأثر المختلف فيه**: فهو عدم ترتب أثر العقد عليه. وهذا عند الحنفية والمالكية، فالخيار عند هؤلاء مانع من ترتب آثار العقد، فلا تنتقل الملكية عند أي حنيفة في كلا البدلين إذا كان الخيار للعاقدين أثناء مدة الخيار، أي إنه لا يزول المبيع عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري، كما لا يزول الثمن عن ملك المشتري ولا يدخل في ملك البائع؛ لأن الخيار موجود في جانبي البائع والمشتري.

وإذا كان الخيار للبائع وحده لا تنتقل ملكية المبيع عنه، ويخرج الثمن عن ملك المشتري؛ لأن العقد لازم في حقه، ولكن لا يدخل في ملك البائع، حتى لا يجتمع البدلان (المبيع والثمن) في يد واحدة، لمنافاته لمبدأ التعادل بين العاقدين. وقال **الصاحبان**: يدخل الثمن في ملك البائع؛ لأن الشيء لا يصح أن يكون بلا مالك.

وإذا كان الخيار للمشتري وحده فلا يخرج الثمن عن ملكه، وأما المبيع فيخرج عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري عند أي حنيفة، ويدخل في ملكه عند **الصاحبين**. وقرر **المالكية**: أن ملك المبيع للبائع زمن الخيار، حتى ينقضي الخيار. **ودليلهم**: أن من شرط الخيار لنفسه لم يتم رضاه بالعقد، والآثار لا توجد إلا مع الرضا التام.

وقال **الشافعية والحنبلية** في أظهر الرأيين عندهم: تترتب آثار العقد عليه في مدة الخيار، وتنتقل ملكية البدلين للطرفين المتعاقدين، سواء أكان الخيار للعاقدين أم لأحدهما؛ لأن العقد نافذ، فتترتب أحكامه (آثاره) عليه. وأثر الخيار محصور في منع اللزوم فقط. وتظهر **ثمرة الخلاف** بين الفريقين في مؤونة (نفقة) المعقود عليه والزيادة فيه، فعلى رأي **الحنفية والمالكية**: تكون المؤونة في مدة الخيار على البائع والزيادة له. وعلى رأي **الشافعية والحنبلية**: تكون المؤونة على المشتري والزيادة له. **اتهاء خيار الشرط**:

العقد المشتمل على الخيار غير لازم، وباتهاء الخيار إما أن يزول العقد، أو يصبح لازماً. وينتهي الخيار بأحد الأمور الآتية:

١ - **إمضاء العقد أو فسخه** في مدة الخيار، سواء أكان ذلك بالقول أم بالفعل.

٢ - **مضي مدة الخيار دون إجازة (إمضاء) أو فسخ.**

٣ - **هلاك المعقود عليه** أو تعيبه في يد صاحب الخيار، فإن كان الخيار للبائع مثلاً بطل البيع وسقط الخيار، وإن كان الخيار للمشتري لا يبطل البيع، ولكن يسقط الخيار، ويلزم البيع، ويجب على المشتري دفع الثمن، سواء أكان الهلاك أو التعيب بفعل المشتري أو بفعل البائع، أو بآفة سماوية.

٤ - **زيادة المعقود عليه** في يد المشتري إذا كان الخيار له، زيادة متصلة متولدة منه كسمن الحيوان، أم غير متولدة منه كالبناء على الأرض وصباغة الثوب. أو زيادة منفصلة متولدة منه كولد الحيوان وثمره البستان. أما الزيادة المنفصلة غير المتولدة منه كالأجرة فلا تبطل الخيار ولا تمنع الرد.

٥ - **موت المشروط له الخيار عند الحنفية والحنبلية**؛ لأن خيار الشرط كخيار الرؤية لا يورث عندهم لأنه حق شخصي خاص بصاحبه، ولا يتصور انتقال ذلك من شخص إلى آخر.

وقال المالكية والشافعية: لا يسقط الخيار بالموت، بل ينتقل إلى الورثة؛ لأنه حق متعلق بالمال وهو المعقود عليه، وليس من الحقوق الشخصية، والحقوق المالية يجري فيها الإرث^(١).

٤- خيار العيب:

هو أن يكون لأحد العاقدين الحق في فسخ العقد أو إمضائه إذا وُجد عيبٌ في أحد البديلين، ولم يكن صاحبه عالماً به وقت العقد. فسبب هذا الخيار: هو ظهور عيب في المعقود عليه أو في بدله ينقص قيمته أو يخل بالغرض المقصود منه، ولم يكن صاحبه مطلعاً على العيب عند التعاقد، فسمي خيار العيب.

وثبت هذا الخيار مشروط دلالة أو ضمناً؛ لأن سلامة المعقود عليه أو بدله مطلوبة للعقد، وإن لم يشترطها صراحة. فإذا لم تتوافر السلامة اختل رضا العاقد بالعقد، والرضا أساس العقود، فشرع له الخيار لتدارك الخلل الحادث.

(١) ينظر: البدائع: ١٧٤/٥، رد المحتار: ٥٠/٤، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه: ٩١/٣، القوانين الفقهية: ص ٢٧٣، المجموع: ٢٠١/٩، مغني المحتاج: ٤٧/٢، المغني: ٥٨٥/٣، غاية المنتهى ٣٢/٢.

وإذا لم تتوافر السلامة لم يتحقق أيضاً مبدأ التعادل في التبادل الذي تقوم عليه عقود المعاوضات، فشرع هذا الخيار حفاظاً على مبدأ المساواة هذا.

وقد أثبت الشرع هذا الخيار لمن فوجئ بالعيب بأحاديث نبوية متعددة منها: «المُسْلِمُ أَخُو المُسْلِمِ، وَلَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ بَاعَ مِنْ أَخِيهِ بَيْعاً فِيهِ عَيْبٌ إِلَّا يَنْتَهُ لَهُ»^(١).

ويثبت خيار العيب وخيار الرؤية في العقود اللازمة التي تحمل الفسخ، كعقد البيع، والإيجار، وقسمة الأعيان والصلح على عوض عيني.

العيب الموجب للخيار: هو عند الحنفية والحنبلية: كل ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة ويوجب نقصان القيمة في عرف التجار نقصاناً فاحشاً أو يسيراً؛ كالعمى والعور، وهذا التعريف ذو معيار مادي. وعند الشافعية ذو معيار شخصي، وهو: كل ما ينقص القيمة أو يفوت به غرض صحيح؛ كجراح الدابة، أو قطع شيء من أذن الشاة المشتراة للأضحية، أو ضيق الحذاء المشتري.

شروط ثبوت خيار العيب: يشترط لثبوت خيار العيب بعد الاطلاع على العيب شروط وهي:

- ١ - وجود العيب قبل العقد، أو بعده قبل التسليم، أي: أن يكون قديماً. فلو حدث العيب بعد التسليم، أو عند المشتري لا يثبت الخيار.
- ٢ - جهل المشتري بوجود العيب عند العقد والقبض. فإن كان عالماً به عند أحدهما فلا خيار له، لأنه يكون راضياً به دلالة.
- ٣ - عدم اشتراط المالك البراءة عن العيوب في محل العقد، فلو شرط ذلك فلا خيار للمشتري، لأنه إذا أبرأه فقد أسقط حق نفسه.
- ٤ - ألا يزول العيب قبل الفسخ.

وقد صحح الحنفية البيع بشرط البراءة من كل عيب، وإن لم تعين العيوب بتعداد أسمائها، سواء أكان المشتري جاهلاً بوجود العيب في المبيع أم عالماً بعيب المبيع. وسواء أكان العيب موجوداً قبل البيع أم حادثاً بعده قبل القبض. وهذا في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف.

(١) أصله في مسلم قوله: (المسلم أخو المسلم) من حديث ابن عمر؛ وأخرجه ابن ماجه بتمامه في التجارات، باب: من باع عيباً فليبيته، برقم: ٢٢٤٦، وصححه الحاكم في المستدرک ٢١٥٢ على شرط الشيخين ولم يخرجاه ووافقه الذهبي.

وقال **محمد ومالك والشافعي** وهو المعمول به في قانوننا المدني: يشمل شرط البراءة: العيب الموجود عند العقد فقط، لا الحادث بعد العقد وقبل القبض؛ لأن البراءة تتناول الشيء الثابت الموجود.

كذلك لا تصح البراءة عند **المالكية والشافعية وفي رواية عند الحنبلية** إلا عن عيب لا يعلم به البائع، أما ما يعلم به فلا تصح البراءة عنه.

وقت خيار العيب: يثبت خيار العيب متى ظهر العيب ولو بعد العقد بزمن طويل. أما فسخ العقد بعد العلم بالعيب فوراً أو على التراخي ففيه رأيان للفقهاء:

قال **الحنفية والحنبلية:** خيار الرد بالعيب على التراخي، ولا يشترط أن يكون رد المبيع بعد العلم بالعيب على الفور. فمضى علم العيب فأخر الرد، لم يبطل خياره حتى يوجد منه ما يدل على الرضا؛ لأن هذا الخيار شرع لدفع الضرر، فلا يبطل بالتأخير؛ ولأن الحقوق إذا ثبتت لا تسقط إلا بإسقاطها أو بانتهاء الوقت المحدد لها، وليس لهذا الحق وقت محدد.

وقال **المالكية والشافعية:** يجب الفسخ على الفور بعد العلم بالعيب. والمراد بالفور: ما لا يعد تراخياً في العادة، فلو اشتغل بصلاة أو أكل ونحوه لا يعد متراخياً. والسبب في اشتراط الفور: هو ألا يلحق العاقد الآخر ضرر من التأخير، فإذا تأخر في رد المعقود عليه بدون عذر سقط حقه ولزم العقد.

حكم العقد المشتمل على خيار عيب: حكم العقد أو أثره حال وجود شيء معيب: هو ثبوت الملك للمالك في محل العقد للحال؛ لأنه إذا لم تتوافر سلامة المعقود عليه تأثر العقد في لزومه، لا في أصل حكمه، بخلاف خيار الشرط؛ لأن الشرط المنصوص عليه ورد على أصل الحكم، فمنع انعقاده بالنسبة للحكم أو الأثر في مدة الخيار. وأثر خيار العيب هو جعل العقد غير لازم بالنسبة لمن ثبت له الخيار، فله إما الرضا بالمعقود عليه كما هو، وحينئذ يسقط الخيار ويلزم العقد، وإما رده إلى مالكه الأول، وحينئذ يبطل العقد.

وهل له الاحتفاظ بالمعقود عليه والمطالبة بفرق النقصان بسبب العيب؟

قرر **الحنفية:** أنه ليس للمالك الرجوع بنقصان العيب أو الخط من ثمن المبيع ما دام الرد ممكناً؛ لأن المالك لا يلزم بدفع قيمة النقصان إلا برضاه دفعاً للضرر عنه.

فإن تعذر الرد كان لصاحب الخيار الرجوع بالنقصان بشرط أن يكون امتناع الرد بسبب ليس لصاحب الخيار دخل فيه، كهلاك محل العقد، أو تعييب عيب جديد، أو تغير صورته بحيث أصبح له اسم جديد، أو زيادته زيادة منفصلة متولدة منه، كالولد والثرثرة، وذلك دفعاً للضرر بقدر الإمكان.

ويجوز الحط من قيمة المبيع لقاء العيب بتراضي الطرفين.

وطريقة معرفة النقصان: أن يقوم المعقود عليه سليماً من العيب، ثم يقوم على أنه معيب، ويكون الفرق بين القيمتين هو النقصان، فيرجع به. فإذا كانت قيمته سليماً ألفين، وقيمتة معيباً ألفاً، رجع بنصف الثمن الذي تم به الشراء.

أما إذا كان امتناع الرد بسبب من جهة المشتري كأن باع الشيء أو وهبه أو وقفه لم يكن له الرجوع بالنقصان. وكذلك إن رضي بالعيب صراحة أو دلالة ليس له الرجوع بالنقصان؛ لأن الرضا بالعيب كما يمنع الفسخ يمنع الرجوع بنقصان العيب، إذ به يتبين أن السلامة من العيب لم تكن مطلوبة.

كيفية فسخ العقد ورد المعقود عليه:

إذا كان المعقود عليه ما يزال في يد صاحبه أي قبل قبضه من الآخر، فيفسخ العقد بقول العاقد الآخر: (رددت)، ولا يحتاج إلى قضاء القاضي، ولا إلى التراضي، باتفاق الحنفية والشافعية.

وأما إن قبضه الممتلك فلا يفسخ إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي عند الحنفية؛ لرفع النزاع الذي قد يقع بين العاقلين بسبب احتمال كون العيب جديداً عند القابض، فلا يوجب الرد، أو كونه قديماً عند المالك الأصلي، فيوجب الرد.

وقال الشافعية والحنبلية: يفسخ العقد بقول الممتلك: (رددت) بغير حاجة إلى التراضي أو قضاء القاضي، كالفسخ بخيار الشرط أو خيار الرؤية؛ لأن خيار العيب يجعل العقد غير لازم بالنسبة لصاحب الخيار، وغير اللازم يجوز فسخه بغير حاجة إلى رضا العاقد الآخر، ولا إلى قضاء القاضي.

موانع الرد بالعيب وسقوط الخيار:

- يتمتع الرد بالعيب ويسقط الخيار بعد ثبوته ويلزم العقد بأسباب وهي ما يأتي:
- ١ - الرضا بالعيب بعد العلم به: إما صراحة، أو دلالة؛ لأن الرضا بالعيب بعد العلم به دليل على أن سلامة المعقود عليه ليست مقصودة له، فلا معنى لإثبات الخيار له.
 - ٢ - إسقاط الخيار: صراحة كقوله: أسقطت خياري، أو دلالة؛ كأن أبرأه من العيب الذي ظهر في المعقود عليه؛ لأن خيار العيب حقه فله أن يتنازل عنه.
 - ٣ - هلاك المعقود عليه، أو تعيبه بعيب جديد في يد صاحب الخيار، أو تغييره تغييراً تاماً، كطحن الحنطة، وخبز الدقيق، ونحوه.
 - ٤ - زيادة المعقود عليه في يد صاحب الخيار زيادة متصلة غير متولدة من الأصل كالبناء أو الغرس على الأرض، وصبغ الثوب، أو زيادة منفصلة متولدة من الأصل كالولد والثمره. أما الزيادة المتصلة المتولدة من الأصل كالسمن والكبر، والزيادة المنفصلة غير المتولدة كالغلة والكسب، فلا تمنع الرد بالعيب.
- وامتناع الرد في الصورة الأولى سببه تعذر فصل الزيادة، ولا يرد معها لأنها حق صانعها.
- وامتناع الرد في الصورة الثانية، سببه أن الممتلك لو ردَّ الأصل دونها، تبقى له دون مقابل، وهو ممنوع شرعاً، لأنه ربا.
- إرث خيار العيب:**

اتفق الفقهاء على أنه يورث خيار العيب وخيار التعيين، لتعلق الحق بذات المعقود عليه، فلو مات صاحب الخيار لم يسقط الخيار، وينتقل الحق لورثته؛ لأن المورث استحق المعقود عليه سلباً من العيب، ولزمه أحد الأشياء في خيار التعيين، فلا يجبر الوارث على أخذه معيماً، وإنما يثبت له ما ثبت لمورثه. وفي خيار التعيين يلزم الوارث بما لزم المورث.

وأما خيار الشرط وخيار الرؤية فلا يورثان عند الحنفية (ويوافقهم الحنبلية في عدم إرث خيار الشرط) خلافاً للمالكية والشافعية؛ لأن الخيار متعلق بإرادة العاقد ومشيئته، فهو من الحقوق الشخصية التي لا تقبل الانتقال من شخص لآخر بالوراثة.

ومنشأ الخلاف بين الحنفية والجمهور في إرث الخيار راجع إلى اختلافهم في إرث الحقوق. فقال **الحنفية**: الأصل أن يورث المال دون الحقوق، إلا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال. وقال **الجمهور**: الأصل أن تورث الحقوق والأموال، إلا إذا قام دليل على وجود اختلاف بين الحق والمال بالنسبة للإرث^(١).

٥- خيار الرؤية:

هو أن يكون للمشتري الحق في إمضاء العقد أو فسخه عند رؤية المعقود عليه، إذا لم يكن رآه عند إنشاء العقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه عادة. فسبب هذا الخيار: عدم رؤية محل العقد حين التعاقد أو قبله، فإذا كان قد رآه سقط خياره.

وثبت هذا الخيار عند القائلين به بحكم الشرع من غير حاجة لاشتراطه في العقد، بخلاف خيار الشرط والتعيين، فإنهما مشروطان في العقد. ويثبت كخيار العيب في العقود اللازمة التي **تحتل الفسخ** كبيع الشيء المعين بالذات، والإجارة، وقسمة الأموال القيمة للأراضي والدواب، والصلح على عين بعوض معين. أما بيع الشيء المعين بالوصف كما في عقد السلم (بيع آجل بعاجل) فلا يثبت فيه خيار الرؤية.

مشروعيته: أجاز **جمهور الفقهاء** خيار الرؤية في بيع العين الغائبة أو غير المرئية، واستدلوا بما رواه ابن أبي مليكة عن علقمة بن وقاص الليثي: أن عثمان رضي الله تعالى عنه ابتاع من طلحة أرضاً بالمدينة ناقلاً بأرض له بالكوفة، فقال عثمان: لي النظر، بعتك ما لم أره، فقال طلحة: إنما النظر لي، لأنني ابتعت مغيباً، وأنت قد رأيت ما ابتعت، فتحاكما إلى جبير بن مطعم، ف قضى على عثمان أن البيع جائز وأن النظر لطلحة لأنه ابتاع مغيباً، وقد كان ذلك بحضور من الصحابة فلم ينكر منهم أحد، فكان إجماعاً^(٢).

(١) ينظر: البدائع: ٢٧٤/٥، رد المحتار: ٧٤/٤، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه: ١٢٣/٣، القوانين الفقهية: ص ٢٦٥، المذهب: ٢٧٤/١، مغني المحتاج: ٥١/٢، المغني: ١٥٢/٤، غاية المنتهى ٣٥/٢.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٢٦٨/٥، رقم: ١٠٧٢٧، وانظر معاني الآثار للطحاوي: ١٠/٤، ونصب الراية: ١٠-٩/٤.

وبما رواه ابن أبي شيبة، والبيهقي مرسلًا، عن مكحول، رفعه إلى النبي ^١ قال: «من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه، إن شاء أخذه وإن شاء تركه». هذا والمرسل حجة عند الحنفية وكثير من الفقهاء ^(١).

ثم إن في تصحيحه مصلحة كبرى، ذلك أننا لو أفسدناه واشترطنا رؤية المشتري للمبيع، لنتج عنه ضررٌ، فربما تفوت على المشتري مصلحة، بأن يذهب مشترٍ آخر - قد رأى المبيع - إلى البائع فيساومه فيه ويشتريه منه، فيفوت على الأول، فكان في تصحيحه مصلحة له، والمصلحة مقصود الشارع حيث لم يوجد نص مخالف.

وقال الشافعي في الجديد: لا ينعقد بيع الغائب أصلاً، سواء أكان بالصفة، أم بغير الصفة، ولا يثبت خيار الرؤية؛ لأن في العقد غرراً وجهالة قد تفضي إلى النزاع بين العاقلين، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر. وأما حديث «من اشترى ما لم يره» فهو حديث ضعيف كما قال البيهقي أو باطل كما قال الدارقطني.

من يثبت له خيار الرؤية: يثبت خيار الرؤية عند الحنفية والمالكية للمتملك، كالمشتري في البيع، والمستأجر في الإيجار، أما المملك فلا يثبت له هذا الخيار، وهو البائع والمؤجر، عملاً بما قضى به جبير بن مطعم بين عثمان وطلحة، ولأن المملك يعرف ما يملكه عادة، فلا ضرورة لثبوت الخيار له. فإذا باع ما لم يره، وهو أمر نادر، كان مقصراً في حق نفسه، فلا يستحق المطالبة بفسخ العقد. أما المملك فلم يتمكن من رؤية محل العقد، ولا سبيل إليه، فكان من المصلحة منحه الخيار. وأثبت الحنبلية خيار الرؤية للمملك؛ كالبائع إذا باع ما لم يره.

وقت ثبوت الخيار: يثبت الخيار للمشتري عند رؤية المعقود عليه، لا قبلها، فلو أجاز العقد قبل الرؤية، لا يلزم العقد، ولا يسقط الخيار، وله أن يرد المعقود عليه؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أثبت الخيار للمشتري بعد الرؤية.

(١) روي هذا الحديث مرسلًا عن طريق مكحول، إلا أن فيه ابن أبي مريم، وهو ضعيف لجهالة عدالته، إلا أن هذه الجهالة غير مؤثرة لأنها لا تنفي علم غير المضعفين بها. وقد روى هذا الحديث أيضاً البصري، وسلمة بن المحبق، وابن سيرين، وعمل به ابن سيرين، ومالك، وأحمد. كما روى الحديث أبو حنيفة مرفوعاً عن الهيثم، عن محمد بن سيرين، عن أبي هريرة رضي الله عنه. ورواه من طريق أبي حنيفة الدارقطني، إلا أن فيه إلى أبي حنيفة عمر بن إبراهيم الكردي، وهو منسوب إلى وضع الحديث، انظر فتح القدير: ١٣٨/٥، ونصب الراية: ٩/٤. لهذا كله قال الدارقطني والبيهقي: المعروف أن هذا من قول ابن سيرين. أي: لا يصح رفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم. كما صرح البيهقي في السنن الكبرى ٢٦٨/٥.

أما لو فسخ العقد قبل الرؤية صح الفسخ، لا من أجل الخيار، وإنما لأن العقد غير لازم، وغير اللازم يجوز فسخه كالعقد الذي فيه خيار العيب، وعقد الإعارة والإيداع.

شروط ثبوت الخيار: يشترط لثبوت الخيار شروط، وإلا كان العقد لازماً وهي:

١ - **عدم رؤية محل العقد** عند إنشاء العقد أو قبله بزمان لا يتغير فيه، فإن كان قد رآه قبل العقد لا يثبت له الخيار.

٢ - أن يكون محل العقد **عيناً معينة**؛ كالأرض والدار والدابة والسيارة، إذا وصفت بما ينفي عنها الجهالة المفضية إلى النزاع؛ لأن للناس أغراضاً خاصة في الأعيان، فيثبت الخيار لينظر الممتلك هل يصلح له أو لا؟ ويظل له الخيار ولو وافق الوصف عند الحنفية.

أما **المعين بالوصف** لا بالذات بأن كان ديناً موصوفاً في الزمة؛ كالمسلم فيه فلا يثبت فيه خيار الرؤية؛ لأن المعقود عليه الموصوف إن وجد بأوصافه المتفق عليها لزم العقد، وإن تخلف وصف منها لم يتحقق لعدم وجود محله.

٣ - أن يكون العقد **مما يقبل الفسخ**، كالبيع والإجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال ونحوها؛ لأن هذه العقود تنفسخ برد هذه الأشياء، فيثبت فيها خيار الرؤية.

أما ما لا يقبل الفسخ كالزواج والخلع والصلح عن دم العمد ونحوها، فلا يثبت فيها خيار الرؤية بسبب عدم رؤية المهر أو بدل الخلع أو عوض الصلح إذا كان شيئاً معيناً كدار وأرض معينة.

كيفية الرؤية: الرؤية قد تكون لجميع المعقود عليه، أو لبعضه (رؤية النموذج)، والضابط فيه: أنه يكفي رؤية ما يدل على المقصود، ويفيد المعرفة به. وذلك بأي حاسة من الحواس بحسب طبيعة محل العقد، فإن كان من المطعومات يكون العلم به بالذوق، وإن كان من المشمومات كالروائح كانت معرفته بالشم، وإن كان من الملموسات كالأقمشة كان العلم به باللمس. وإن كان من المرئيات كالصور والأراضي والحبوب كان العلم به بوساطة النظر بالنسبة للبصير.

أما الأعمى فهو كالبصير في غير المرئيات، وأما في المرئيات فيكتفى منه بوصف الشيء وصفاً كافياً. ويجوز عند الحنفية للبصير والأعمى التوكيل بالنظر والرؤية.

أثر خيار الرؤية: يكون العقد الوارد على العين الغائبة أو غير المرئية غير لازم لمن ثبت له الخيار، فيخير بين الفسخ والإجازة عند رؤية المعقود عليه؛ لأن عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة، ولأن جمالة وصف المعقود عليه تؤثر في رضا الممتلك فيثبت له الخيار، سواء أكان المعقود عليه موافقاً للوصف المتفق عليه أم مخالفاً له، وهذا مذهب الحنفية.

وقال الحنبلي والمالكية: **العقد لازم للممتلك** إذا وجد المعقود عليه مطابقاً للوصف المتفق عليه، فإن كان مخالفاً لما وصف، ثبت له الخيار.

وأما **حكم العقد** أو أثر الخيار: فلا يمنع نقل الملكية في البديلين، أي لا أثر لخيار الرؤية على العقد، فتنتقل ملكية المعقود عليه للممتلك، وملكية العوض للمالك فور تمام العقد بالإيجاب والقبول.

كيفية فسخ العقد: لا يتوقف الفسخ بخيار الرؤية على التراضي أو قضاء القاضي، ويكون بالقول وبالفعل صراحة أو دلالة، مثل فسخت العقد أو رددته، أو أن يتصرف بالمعقود عليه بالبيع أو الهبة ونحوهما، أو أن يهلك المعقود عليه قبل القبض. ويشترط للفسخ شروط هي:

- ١ - أن يكون الخيار موجوداً، فإن سقط لزوم العقد.
 - ٢ - ألا يترتب على الفسخ تفريق الصفقة على المالك، برد بعض المعقود عليه وإجازة العقد في البعض الآخر؛ لأن في التفريق ضرراً به.
 - ٣ - أن يعلم المالك بالفسخ ليكون على بينة من أمره وأمر سلعته ليتصرف فيها كما يريد.
- وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وأما أبو يوسف فلا يشترط ذلك.

مدة خيار الرؤية: الأصح عند الحنفية: أن خيار الرؤية يثبت مطلقاً في جميع العمر إلى أن يوجد ما يسقطه، أي إنه لا يتأقت بوقت، بل متى ثبت فإنه يستمر إلى أن يحدث ما يسقطه؛ لأنه حق من الحقوق، والحقوق لا تسقط إلا بإسقاطها، أو بانتهاء الأمد المحدد لها، ولأن سببه اختلال الرضا، والحكم يبقى ما بقي سببه. وقال الحنبلي: يكون خيار الرؤية على الفور.

ما يسقط به خيار الرؤية: يسقط خيار الرؤية في الأصل بما يسقط به خيار الشرط وخيار العيب وهو:

١ - ما يدل على الرضا بالعقد صراحة أو دلالة بعد الرؤية لا قبلها؛ لأن الحقوق لا تسقط قبل ثبوتها.

٢ - هلاك محل العقد، أو تعييبه بعيب يمنع الرد، سواء أكان بفعل العاقد أم بفعل شخصي- أجنبي عن العقد، أم بآفة سماوية.

٣ - زيادة المعقود عليه بعد القبض زيادة تمنع الرد، وهي الزيادة المتصلة غير المتولدة من الأصل كالبناء وصنع الشيء، والزيادة المنفصلة المتولدة منه كالولد واللبن والصوف. أما الزيادة المتصلة المتولدة منه كالسمن والكبر، والزيادة المنفصلة غير المتولدة منه كالغلة، فإنها لا تمنع الرد.

٤ - موت صاحب الخيار، سواء قبل الرؤية أم بعدها. فلا يورث خيار الرؤية عند الحنفية والحنبلية كخيار الشرط؛ لأن الخيار مجرد رغبة ومشئئة أو حق شخصي.

وقال مالك: يورث خيار الرؤية كما يورث خيار التعيين والعيب؛ لأن الإرث يثبت في الحقوق والأموال المملوكة على السواء.

وهذا أقرب إلى المنطق؛ لأن الوارث يخلف المورث في كل ما ترك من مال وحقوق ومنها حق الخيار^(١).

٦- خيار النقد:

هو أن يتبايع اثنان على أنه إذا لم ينقد المشتري الثمن في مدة معينة، فلا بيع بينهما، فإذا نقد المشتري الثمن في المدة المحددة تم البيع، وإذا لم ينقده فيها كان البيع فاسداً.

ويصح أن يكون خيار النقد للبائع أيضاً، كما لو تباع اثنان وقبض البائع الثمن، وقال: إذا رددت الثمن في مدة ثلاثة أيام، فلا بيع بيننا، فإن رده فسد البيع، وإن لم يرده تم العقد.

وقد أجاز أبو حنيفة وصاحبه خلافاً لزفر هذا الخيار استحساناً لحاجة الناس إليه، ولأنه في الحقيقة نوع من خيار الشرط.

(١) ينظر: البدائع: ٢٩٢/٥، رد المحتار: ٦٨/٤، المبسوط: ٦٩/١٣، فتح القدير: ١٣٧/٥، تبين الحقائق: ٣٠/٤، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه: ٢٥/٣، مغني المحتاج: ١٨/٢، المغني: ٥٨١/٣، غاية المنتهى ٣٣/٢.

مدته: قال أبو حنيفة: أقصى مدة هذا الخيار ثلاثة أيام. وقال صاحبان: يجوز إلى أربعة أيام فأكثر.

ولا يورث هذا الخيار عند الحنفية؛ لأنه حق شخصي. لكن إذا كان الاختيار للبائع في رد الثمن، فمات في أثناء المدة يلزم البيع بموته، لأنه تحقق عدم الرد بموته. وإن كان الخيار للمشتري في نقد الثمن فمات في مدة الخيار، بطل البيع بموته، لأنه تحقق عدم نقد الثمن بموته، فيبطل العقد^(١).

المبحث السابع: انتهاء العقد:

ينتهي العقد إما بالفسخ، أو بالموت، أو بعدم الإجازة في العقد الموقوف. **انتهاء العقد بالفسخ:** فسخ العقد: قد يكون برفعه من أصله كما في حالة الخيارات وهو الإلغاء، وقد يكون بوضع نهاية له بالنسبة للمستقبل كما في الإعارة والإجارة، وهو الفسخ بالمعنى الشائع.

والفسخ في العقود غير اللازمة واضح، تقرره طبيعة العقد ذاته، سواء في العقود غير اللازمة من الجانبين كالإيداع والإعارة والشركة والوكالة، فلكل من الطرفين الفسخ متى أراد، ما لم يتعلق بالوكالة حق الغير، كما بان في بحث الوكالة، أم في العقود اللازمة من جانب، وغير اللازمة من الجانب الآخر، كالرهن والكفالة، فللمرتهن فسخ الرهن دون رضا الراهن.

وللمكفول له وهو الدائن فسخ الكفالة دون رضا المدين.

وأما الفسخ في العقود اللازمة فله حالات وهي:

١ - **الفسخ بسبب فساد العقد:** إذا وقع العقد فاسداً؛ كبيع المجهول أو البيع المؤقت بمدة، وجب فسخه إما من طريق العاقدين، أو من طريق القاضي، إلا إذا وجد مانع من الفسخ كأن يبيع المشتري ما اشتراه أو يهبه. وحينئذ يجب على المشتري دفع قيمة المبيع يوم قبضه، لا الثمن المتفق عليه.

(١) ينظر: فتح القدير: ١٣٢/٥، رد المحتار: ٥١/٤.

٢ - بسبب الخيار: يجوز لصاحب الخيار في خيار الشرط أو العيب أو الرؤية ونحوها فسخ العقد بمحض إرادته، إلا في خيار العيب بعد القبض عند الحنفية لا يجوز الفسخ فيه إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي.

٣ - بالإقالة: الإقالة هي فسخ العقد بتراضي الطرفين، إذا ندم أحدهما وأراد الرجوع عن العقد. وهي مندوبة لقوله صلى الله عليه وسلم: «مَنْ أَقَالَ مُسْلِمًا، أَقَالَهُ اللَّهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»^(١).

٤ - لعدم التنفيذ: يجوز الفسخ لعدم تنفيذ الطرف الآخر التزامه في حالة خيار النقد، كما تقدم. ويجوز الفسخ بسبب استحالة التنفيذ لآفة سماوية (قوة قاهرة أو ظروف طارئة بتعبير القانونيين) وذلك في عقد البيع في حالة هلاك المبيع قبل التسليم. أي في يد البائع قبل أن يتسلمه المشتري، وفي عقد الإجارة في حالة طروء أضرار من جانب المؤجر أو المستأجر أو العين المؤجرة عند الحنفية، كالحقوق دين فادح بالمؤجر لا سبيل لوفائه إلا ببيع المأجور وأداء الدين من ثمنه، وإفلاس المستأجر، أو انتقاله من حرفة إلى حرفة، وهجرة أهل القرية بعد استئجار حمام في قرية ليستغله المنتفع المستأجر.

٥ - لانتهاء مدة العقد أو تحقيق غرضه: يفسخ العقد من نفسه وينتهي بانتهاء مدته أو بتحقيق الغرض المقصود من العقد، وذلك كانهاء مدة عقد الإيجار المعينة، وسداد الدين في عقدي الرهن والكفالة، وتنفيذ الوكيل المهمة الموكلة بها. **انتهاء العقد بالموت:** تنتهي طائفة من العقود بموت أحد العاقدين، منها نماذج مما يأتي:

١ - الإجارة: تنتهي الإجارة عند الحنفية بموت أحد العاقدين، بالرغم من أنها عقد لازم من الطرفين، أي إن العقد يفسخ من نفسه بالموت؛ لأن ما يحدث من منفعة بعد موت المالك لا يكون مملوكاً له، فلا يصح بقاء العقد عليه.

(١) أخرجه أبو داود في كتاب: البيوع، أبواب الإجارة، باب في فضل الإقالة، برقم: ٣٤٦٠، وابن ماجه في كتاب البيوع، باب الإقالة، برقم: ٢١٩٩، واللفظ له، وصححه الحاكم ٢٢٩١ على شرط الشيخين، ووافقه الذهبي.

وقال **جمهور الفقهاء**: لا تنتهي الإجارة أو لا تنفسخ بموت أحد العاقلين؛ لأن المستأجر يملك المنافع بالعقد دفعة واحدة ملكاً لازماً، فيورث عنه، كما يورث الشيء المبيع، فتكون الإجارة كالبيع لا يبطل بموت أحد العاقلين.

٢ - **الرهن والكفالة**: هما من العقود اللازمة من جانب واحد هو الدائن المرتهن أو المكفول له. فإذا مات الراهن بيع الرهن بوساطة وصيه وقضي منه دينه إن كان ورثته صغاراً. فإن كانوا كباراً خلفوا الميت في المال، وكان عليهم تخليص الرهن بقضاء الدين.

وأما الكفالة: فإذا كانت كفالة بالدين فلا تنتهي بموت المدين الأصيل، وإنما تنتهي بأحد أمرين: أداء الدين إلى الدائن، أو الإبراء من الدين. وإذا مات الكفيل يؤخذ الدين من تركته. وإن كانت كفالة بالنفس فتنتهي بموت الأصيل المكفول بنفسه، وبموت الكفيل، للعجز عن إحضار المكفول عنه.

٣ - **الشركة والوكالة**: هما من العقود غير اللازمة من الجانبين. وينتهيان بالموت، فالشركة تنفسخ بموت أحد الشريكين، سواء علم الآخر بالموت أم لم يعلم. وكذلك الوكالة تنفسخ بموت الوكيل أو الموكل، سواء علم الطرف الآخر بموت صاحبه أم لم يعلم.

٤ - **المزارعة والمساقاة**: عقدان غير لازمين من الجانبين، لم يجزها **أبو حنيفة**، وأجاز **الشافعية** المساقاة، والمزارعة تبعاً للمساقاة، وأجازها **المالكية** بشروط منها المساواة بين المالك والعامل في الربح.

وأجازها **الحنبلية والصاحبان** مطلقاً. وعلى هذا الرأي ينفسخ العقد بموت صاحب الأرض أو العامل (المزارع أو المساق)، سواء قبل العمل والزراعة أم بعدهما، وسواء أكان الزرع أو الثمر قد آن حصاده وجنيه أم لا. لكن إذا مات صاحب الأرض قبل نضج الزرع تترك الأرض بيد المزارع إلى الحصاد مراعاة لمصلحة الطرفين. وإذا مات العامل فلورثته المضي في العمل إلى الحصاد.

اتهاء العقد بعدم إجازة الموقوف: ينتهي العقد الموقوف إذا لم يجزه صاحب الشأن، وإذا مات الفضولي أو من تعاقد معه، فينتهي العقد حينئذ قبل الإجازة. وللفضولي نفسه فسخ العقد قبل الإجازة دفعاً للعهد عن نفسه.

الباعث وأثره في التصرفات والعقود في الفقه الإسلامي

مدخل:

كان للفقه الإسلامي فضل السبق في إرساء «مبدأ الرضائية» في العقود تأسيساً على احترام سلطات الإرادة، قبل أن تعرفه أوروبا بقرون، ويقضي المبدأ بأن يتم العقد وينتج آثاره بمجرد اتفاق إرادتين، من دون توقّف على شيء من الإجراءات والمراسيم الشكلية.

غير أن هذه الإرادة قد يحركها باعثٌ لإنشاء تصرف هو في ظاهره مستكمل لأركانه وشروطه الشرعية، من توافر الإيجاب والقبول، وأهلية تامة للعاقدين، ومحليّة للعقد قابلة لحكمه، لتحقيق أغراض غير مباشرة تناقض مقاصد التشريع.

وللوقاية من تعسف الإرادة وما يؤول إليه طغيانها من تحقيق أغراض غير مشروعة أرست الشريعة فكرة الباعث كقيدٍ يرد على مبدأ الرضائية، حتى لا تناقض مقاصد التشريع فيما تنشئ من تصرفات هي في ظاهرها جائزة، ولكن في تنفيذها - بالنظر إلى ما تهدف إليه من غاية نهائية غير مباشرة ما يمس المصلحة العامة، أو يهدم مقاصد التشريع.

أولاً: معنى الباعث وخصائصه ومكانته:

تحديد معنى الباعث: يقصد بالباعث الدافع الذي يحرك إرادة المنشئ للتصرف إلى تحقيق غرض غير مباشر.

والمقصود هنا: الدافع إلى تحقيق غرض غير مشروع، يجاوز الحدود الأخلاقية أو يمس المصلحة العامة، أو يناقض مقاصد التشريع، أو التحايل على إبطال المصالح الشرعية المعتمدة، فعقد البيع مثلاً؛ من نتائج المباشرة: انتقال ملكية المبيع للمشتري، وانتقال ملكية الثمن للبائع، أما الغرض غير المباشر الذي يمكن أن يكون باعثاً لأحد المتعاقدين، أو لكليهما، فنحو أن يبتغي المشتري اتخاذ المبيع لتحقيق غرض محرم؛ كمن يشتري عنباً ليتخذه خمرًا مثلاً، فاتخاذ عصير العنب خمرًا باعثٌ حمل المشتري على إنشاء عقد البيع مع البائع، وهو دافع غير مشروع؛ لأنه يرمي إلى تحقيق غرض يحرمه الشارع.

هذا؛ والباعث أمر ذاتي وخفي وخارج عن نطاق التعاقد؛ لأنه ليس ركناً في التصرف داخلياً في ماهيته، ولا شرطاً يتوقف عليه وجوده، وإذا كان الباعث أمراً ذاتياً فهو متغير؛ أي: يختلف باختلاف الأشخاص.

خصائص الباعث:

إذن؛ يمتاز الباعث بأنه ذاتي، وخارج عن نطاق التعاقد، وأنه متغير، وهذه نتيجة لكونه أمراً نفسياً ذاتياً. وإذا تعددت البواعث فالعبرة عندئذ بالباعث الرئيس.

ففكرة الباعث إذن وسيلة لإبطال التصرف الذي هو في ظاهره جائز، ويُقصد به الوصول إلى أغراض وغايات محرمة، وهو بهذا المعنى يوافق الاحتياط على قواعد الشرع الذي أشار إليه الإمام الشاطبي في تعريفه للحيلة بقوله: «و**حقيقتها**: تقديم عملٍ ظاهرٍ الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر» ثم يقول: «فمآل العمل فيها - أي الحيلة - خرم قواعد الشريعة في الواقع»^(١)؛ أي هدمها بتحليل محرم أو إسقاط واجب، وكلاهما مناقض لمقاصد التشريع.

مكانة الباعث في الفقه الإسلامي:

إن الفقه الإسلامي ذو نزعة مثالية يقيم للعناصر الخلقية والأدبية مقام الصدارة في تشريعه، ذلك لأنه فقه ديني الصبغة.

وقد تظاهرت الآيات الكثيرة على توطيد ذلك، مثل قول الله تعالى: ((وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ)) [المائدة: ٢]. وقوله تعالى: ((إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ)) [النحل: ٩٠]، وقوله تعالى: ((قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ)) [الأعراف: ٣٣]، كل ذلك يقتضي أن يعتد بـ(الباعث) الذي يقاس به شرف النوايا وطهارتها، فكان الفقه الإسلامي ذا نزعة ذاتية.

غير أنه إلى جانب ذلك ينزع نزعة مادية موضوعية، تعتد بالعبارة الظاهرة في التصرفات، بمعنى أن تمام التصرف وصحته وترتب آثاره عليه، ومقتضى هذه النزعة ألا يُعتد بما هو خارج عن نطاق التصرف من الأمور النفسية الخفية؛ كالبواعث، وهو بهذه النزعة يقترب من **الفقه الجرماني** الذي لا يبحث بنشأة الالتزام أو صحته خارج نطاق العبارة

(١) ينظر: الموافقات؛ للشاطبي: ٢٠١/٤.

المنشئة له، فلا يبحث عن غايات نهائية وأغراض غير مباشرة خارجة عن النطاق التعبيري الفني الذي هو مظهر للإرادة، بل هو الإرادة. وهذا النظر يضيق مجال فكرة الباعث وأثرها في التصرفات.

وإذا كان الفقه الإسلامي بحكم كونه ديني الصبغة ينزع نزعة ذاتية تعدد بالبواعث والنوايا، غير أننا لا نجد في أي من مذاهبه الفقهية نظرية عامة للباعث، ولكننا نجد تطبيقات تفصيلية يمكن عن طريق تحليلها ومن ثم تأصيلها، استخلاص (نظرية الباعث).

أثر هاتين النزعتين في المناهج الفقهية:

لا خلاف بين العلماء في أن الباعث غير المشروع إذا أسفر عنه التعبير في صلب العقد يبطله، لاقتران العقد حينئذ بشرط محذور محرم. أما إذا لم يتضمنه التعبير، ولم يمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد ضمناً، ففي الاعتداد به خلاف بين الفقهاء.

تطبيقات الباعث في المذاهب الأربعة:

أولاً: مذهب الحنفية:

لا يعتد الحنفية بالباعث إلا إذا تضمنته صيغة العقد صراحةً، أو أمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد.

جاء في (تبيين الحقائق) للزيلعي: «ولا يجوز - أي: الاستئجار - على الغناء والنوح والملاهي؛ لأن المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد، فلا يجب عليه الأجر من غير أن يستحق هو على الأجير شيئاً، إذ المبادلة لا تكون إلا باستحقاق كل واحد منهما على الآخر، ولو استحق للمعصية لكان ذلك مضافاً إلى الشارع من حيث إنه شرع عقداً موجباً للمعصية تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً»^(١).

وفي (الفتاوى الخانية): «رحل استأجر فحلاً لينزي به، لا يجوز ذلك، ولا أجر فيه، وكذا النأحة والمغنية ... وإن استأجر المسلم ذمياً، لبيع الخمر أو الميتة أو الدم، لم يجز؛ لورود النهي عن ذلك»^(٢).

وفي (البدائع): «ولا تجوز إجارة الإماء للزنى؛ لأنها إجارة على المعصية»^(١).

(١) ينظر: تبيين الحقائق؛ للزيلعي: ١٢٥/٥.

(٢) ينظر: الفتاوى الخانية: ٣٢٢/٢.

وهكذا نرى أن الحنفية يعتقدون بمشروعية محل العقد، ما دام لم يرد في صيغته، أو لم يمكن أن يستخلص من محل العقد ما يسفر عن الباعث صراحة أو ضمناً. هذا؛ وعلماء الحنفية مجمعون على أنه لا يجوز التعاقد على ما يفضي إلى الإثم والمعصية، ولكن الخلاف بين الإمام وصاحبيه فيما تقوم به المعصية:

فالإمام يرى أن الباعث ما دام لا يوجد ما يسفر عنه صراحة لا يُعتد به، فينظر إلى محل العقد، فإذا قامت المعصية بذاته فلا يجوز العقد عندئذ، أما إذا لم تقم المعصية بعينه، فيجوز.

أما **الصاحبان** فقد جاوزا المحل، ونظرا إلى الباعث غير المشروع، وقالوا بالكراهية؛ كما في التحايل على إسقاط الشفعة، وكما في بيع العينة. جاء في (الاختيار لتعليل المختار): «قَالَ: (وَلَا تُكْرَهُ الْحِيلَةُ فِي إِسْقَاطِ الشُّفْعَةِ قَبْلَ وَجُوبِهَا) عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ؛ لِأَنَّهُ مَنَعَ مِنْ وَجُوبِ الْحَقِّ، وَيُكْرَهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّهَا شَرَعَتْ لِدَفْعِ الضَّرَرِ، وَالْحِيلَةُ تُنَافِيهِ»^(٢).

فتعليل الإمام محمد صريحٌ بأن الكراهة للتعسف؛ لأن في إسقاط الشفعة منافاةً لقصد الشارع، فإذا شرعت الشفعة لدفع الضرر، فإسقاطها عن طريق التحايل بأميرٍ ظاهره الجواز يفضي إلى الإضرار، وهو مناقض لقصد الشارع، كما هو الحال في التحايل لإسقاط الزكاة.

وبوجه عام؛ فإن المذهب الحنفي لا يقيم كبير وزن للباعث غير المشروع بعد أن يكون محل العقد مشروعاً، لا تقوم معصية بذاته، فمن ذلك ما جاء في (تبيين الحقائق): «وجاز بيع العصير من خَمَارٍ؛ لأن المعصية لا تقوم بعينه بل بعد تغيره، بخلاف بيع السلاح من أهل الفتنة؛ لأن المعصية تقوم بعينه فيكون إعانته لهم، وتسبباً، وقد نهينا عن التعاون على العدوان والمعصية، ولأن العصير يصلح لأشياء كلها جائز شرعاً، فيكون الفساد إلى اختياره»^(٣).

(١) ينظر: البدائع: ١٩٠/٤.

(٢) ينظر: الاختيار لتعليل المختار؛ لابن مودود الموصلي: ٤٨/٢.

(٣) ينظر: تبيين الحقائق: ٢٩/٦.

فالنَّصُّ صريح في أن العبرة بمحل العقد، وتوافر شروطه أو فواتها، ولا ينظر إلى الباعث غير المشروع، ولو قامت القرائن على وجوده، فكون المشتري خماراً قرينة قوية في الدلالة على الباعث غير المشروع؛ وهو اتخاذ خمر، ومع ذلك لم يلتفت إليه. هذا؛ ويعتد بالباعث غير المشروع عند الحنفية إذا نص عليه صراحة على سبيل الشرط؛ فيبطل العقد.

ثانياً: مذهب الشافعية:

يأخذ الإمام الشافعي رحمه الله تعالى بالنزعة الموضوعية، فيذهب إلى أن العقود والالتزامات لا تؤثر فيها البواعث النفسية الخفية، وما دام العقد قد وجد بأركانه وشروطه فلا تأثير للباعث في صحته.

ويظهر هذا جلياً في نص الإمام الشافعي في (الأم)؛ حيث قال: «أصل ما أذهب إليه: أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين، وأجزته بصحة الظاهر، وأكره لهما التية إذا كانت التية لو أظهرت كانت تفسد البيع، وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلماً؛ لأنه قد لا يقتل به، ولا أفسد عليه هذا البيع، وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمرًا ولا أفسد البيع إذا باعه إياه؛ لأنه باعه حلالاً، وقد يمكن أن لا يجعله خمرًا أبداً، وفي صاحب السيف أن لا يقتل به أحداً أبداً، وكما أفسد نكاح المتعة. ولو نكح رجل امرأة عقداً صحيحاً، وهو ينوي أن لا يمسيكها إلا يوماً أو أقل أو أكثر لم أفسد النكاح، إنما أفسده أبداً بالعقد الفاسد»^(١).

هكذا ينظر الشافعي إلى العقود نظرة موضوعية بعيدة عن المعيار الشخصي للمتعاقدين، فهو لا يحكم عليها من حيث آثارها ومقاصدها بحسب أغراض المتعاقدين ودوافعها التي لا تذكر وقت العقد، وإن كانت بينة واضحة من أحوالهما.

فلا ينظر إلا إلى صيغة العقد، بغض النظر عن القرائن وملابسات الأحوال، ولو كانت تدل دلالة قوية على أن العاقد اتخذ من التعاقد ذريعة للوصول إلى أمر محرم، فيحكم الشافعية بصحة العقد، ويرون حرمة ارتكاب الأمر المحرم المقصود بالعقد.

(١) ينظر: الأم؛ للشافعي: ٧٥/٣.

ثالثاً: مذهب الحنبلية:

يأخذ الحنبلية بالنزعة الذاتية، فيعتدون بالبائع غير المشروع ولو لم تتضمنه صيغة العقد، فإذا تبين ذلك أبطل به العقد، ما دام قد اتخذ العقد وسيلة إلى أمر غير مشروع؛ لأن في تنفيذه إعاناً على المعصية والعدوان، وذلك منهى عنه بالنص.

ولا يشترط لإبطال التصرف في العقود، إذا تبين أن البائع عليه غير مشروع سوى علم الطرف الآخر بهذا البائع؛ ضماناً لاستقرار التعامل، يقول ابن قيم الجوزية: «القصد روح العقد، ومصححه ومبطله، فاعتبار القصد في العقود أولى من اعتبار الألفاظ، فإن الألفاظ مقصودة لغيرها، ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها، فإذا ألغيت واعتبرت الألفاظ التي لا تراد لنفسها، كان هذا إلغاء لما يجب اعتباره واعتباراً لما قد يسوغ إلغاؤه»^(١).

ويقول في موضع آخر مؤكداً أعمال البواعث في التصرفات، وأن ذلك من قواعد الشريعة التي لا يجوز هدمها: «وَقَاعِدَةُ الشَّرِيعَةِ الَّتِي لَا يَجُوزُ هَدْمُهَا أَنَّ الْمَقَاصِدَ وَالْإِعْتِقَادَاتِ مَعْتَبَرَةٌ فِي التَّصَرُّفَاتِ وَالْعِبَارَاتِ كَمَا هِيَ مَعْتَبَرَةٌ فِي التَّقَرُّبَاتِ وَالْعِبَادَاتِ، فَالْقَصْدُ وَالنِّيَّةُ وَالْإِعْتِقَادُ يَجْعَلُ الشَّيْءَ حَلَالاً أَوْ حَرَاماً وَصَحِيحاً أَوْ فَاسِداً»^(٢).

جاء في (كشف القناع): «(ولا يصح) بيع (سلاح ونحوه في فتنة أو لأهل حرب أو لقطاع طريق إذا علم) البائع (ذلك) من مشتره (ولو بقرائن) لقوله تعالى: ((قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ)) [المائدة: ٢]، (ويصح بيع السلاح لأهل العدل لقتال البغاة)، وقاتل (قطاع الطريق)؛ لأن ذلك معونة على البر والتقوى»^(٣).

وجاء في (المغني): «وبيع العصير ممن يتخذه خمرًا باطل، وجملة ذلك؛ أن بيع العصير لمن يعلم يقيناً أنه يتخذه خمرًا محرّم... ولنا قوله تعالى: ((وَلَا تَعَاوُنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ))، وهذا نهى يقتضي التحريم، والقريفة حالية. وروي عن النبي صلى الله عليه

(١) ينظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين: ٧٨/٣.

(٢) ينظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين: ٧٩/٣.

(٣) يجعل الحنبلية من قوله تعالى: (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان) قاعدة عامة تقتيد بها الحقوق سلباً وإيجاباً، كما جعلوها قيداً يرد على العموميات، تحريماً لمقصد الشارع، ويحتكمون إليها في خلافهم مع فقهاء المذاهب الأخرى. ينظر: كشف القناع عن متن الاقتناع: ١٨١/٣.

وسلم أنه لعن في الخمر عشرة... ولأنه يعتقد عليها لمن يعلم أنه يريد لها للمعصية، فأشبهه إجارة أمته لمن يعلم أنه يستأجرها ليزني بها، والآية^(١) مخصوصةً بصور كثيرة، فيخص منها محل النزاع بدليلنا.

وقولهم: تمّ البيع بشروطه وأركانه. قلنا: لكن وجد المانع منه^(٢)، إذا ثبت هذا، فإنما يحرم البيع ويبطل إذا علم البائع قصد المشتري ذلك، إمّا بقوله، وإمّا بقرائن محتفة به تدل على ذلك.

فأما إن كان الأمر محتملاً، مثل أن يشتريها من لا يعلم، أو من يعمل الخلّ والخمر معاً، ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر، فالبيع جائز^(٣).

وهكذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام؛ كبيع السلاح لأهل الحرب، أو لقطاع الطريق، أو في الفتنة، وبيع الأمة للغناء، أو إيجارها كذلك، أو إجارة داره لبيع الخمر فيها، فهذا حرامٌ، والعقد باطلٌ.

وقد نصّ الإمام أحمد رحمه الله تعالى على مسائل، نبّه بها على ذلك، فقال في القصاب والخبّاز: إذا علم أن من يشتري منه، يدعو عليه من يشرب المسكر، لا يبيعه، ومن يختلط الأقداح لا يبيعها ممن يشرب فيها. ونهى عن بيع الديباج للرجال، ولا بأس ببيعه للنساء. وروي عنه؛ لا يبيع الجوز من الصبيان للقمار. وعلى قياسه البيض، فيكون بيع ذلك كله باطلاً^(٤).

رابعاً: مذهب المالكية:

يرى الإمام الشاطبي - عملاً بحديث «إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ»^(٥) - بأن المقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعادات، على تفصيل ذكره^(٦)، وأورد الأدلة من الكتاب والسنة والمعقول على هذا الأصل.

(١) وهي الآية التي تمسك بها أصحاب النزعة الموضوعية في تصحيح العقد إذا لم يرد في صيغة العقد ما يدل عليه. أي: قوله تعالى: (وأحل الله البيع وحرم الربا) [البقرة: ٢٧٥].

(٢) وهو الباعث غير المشروع، وإذا اجتمع المقتضي والمانع قدم المانع.

(٣) المغني: ١٦٧/٤.

(٤) ينظر: المغني: ١٦٨/٤، وكشاف القناع: ١٤٦/٣.

(٥) متفق عليه؛ أخرجه البخاري في بدء الوحي، كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم؟، برقم: ١. واللفظ له، ومسلم في الإمارة، باب قَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّةِ»، برقم: ١٥٥ - (١٩٠٧).

(٦) الموافقات: ١٣/٣.

هذا؛ والإمام مالك يُعمل الباعث غير المشروع في التصرفات، ولكن لا يبطله إذا تبين الباعث، بل يحول دون أثره، كما يذهب إلى اعتبار ما يؤدي إليه التصرف من المحذور في الكثرة من الأحوال، ولم يصل أداؤه إلى المفسدة في الغالب من الظن - فضلاً عن القطع - مظنة للباعث غير المشروع، عملاً بالاحتياط والتحريز عن الفساد؛ لأن الشريعة قامت على الأخذ بالحزم والاحتياط.

وبذلك يختلف الإمام مالك عن الشاطبي من حيث إن الأول يعد التصرف صحيحاً، ولكن يرى وجوب إخراج الملك من المشتري، خلافاً للشاطبي الذي يرى بطلان التصرف.

جاء في (التبصرة): «ويمنع المسلمون من بيع آلة الحرب يعني من الحربيين... ويلحق بذلك بيع العنب لمن يعصره خمرًا»^(١). ثم يقول في مؤيد هذا المنع: «ويؤدب من يبيع آلات اللهو ويفسخ البيع ويكسر ويؤدب أهل ذلك».

وفي (مواهب الجليل) ما يفيد أن بيع العنب لمن يعصره خمرًا، وبيع ثياب الحرير ممن يلبسها، وهي لا تحل له غير جائز^(٢). فهذا يقضي بطلان الالتزام، بينما النص السابق لا يميز استدامة آثاره، لما يترتب عليه من مفسد وآثام.

نستخلص من هذه النصوص فيما يتعلق بإعمال الباعث غير المشروع في المعاولات عند المالكية وجهتان من النظر:

الأولى: أن العقد لا ينعقد بتأثير الباعث غير المشروع إذا علم من الطرف الآخر؛ كما جاء في (مواهب الجليل).

الثانية: أن العقد ينعقد، ولكنه واجب الفسخ، إذا لم يعلم البائع بقصد المشتري، بل يجبر هذا على إخراجه من ملكه.

فأراء فقهاء المالكية تتردد بين الأخذ بالنزعة الموضوعية والأخذ بالنزعة الذاتية.

والراجح أن المذهب المالكي أميل إلى الأخذ بالنظرية الذاتية لما يأتي:

(١) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام؛ لابن فرحون: ٢٠٠/٢.

(٢) مواهب الجليل: ٢٦٧/٤.

أ - أن المحققين من أصولي المذهب المالكي، قد حملوا لواء النزعة الذاتية وأفاضوا القول فيها، وأقاموا الأدلة على أصالة هذا المبدأ في الشريعة، وهو الذي يتفق ومقاصدها الأساسية، ولم يقصروا أثر البواعث على العبادات، بل برهنوا على شمول أثره للعبادات والمعاملات، وأوجبوا - ليكون التصرف سليماً نافذاً - أن يكون قصد المكلف في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع، ويقصد هنا ما يشمل الباعث.

يرشدنا إلى هذا إقامتهم الأدلة على إبطال نكاح التحليل، إلى جانب إقامتهم الحجج على إبطال بيع الآجال التي يقصد بها تحقيق الربا - كما في بيع العينة - ويُنَوِّها مناقضة قصد المكلف لقصد الشارع في التحايل على إسقاط الزكاة عن طريق الهبة قرب نهاية الحول.

وعلى هذا فقد شمل إعمال الباعث غير المشروع نكاح التحليل، وعقود المعاوضات والتبرعات على حد سواء.

ب - إن المذهب المالكي هو أكثر المذاهب الفقهية توسعاً في تطبيق مبدأ الذرائع^(١)، وهو مبدأ يتجه اتجاهاً:

الأول: إلى الباعث على التصرف.

الثاني: إلى مآل التصرف.

فكيف يتفق القول بأنه مذهب موضوعي النزعة مع اعتباره لـ (مبدأ سد الذرائع) أصلاً مهماً لاستنباط الأحكام في فقهه، حتى صار يعرف فقهه به.

ج - ذهب الإمام مالك إلى توريث كلِّ مُبْنَةِ في مرض الموت، ولو لم يتبين له الباعث غير المشروع في كل حادثة على حدة، وهو قصد حرمانها من الإرث، اكتفاءً بهذه المظنة - وهي مرض الموت - إعداماً لهذا التصرف في ذاته في هذا الظرف؛ سداً للذريعة، واحتياطاً لدرء المفسدة، وتطبيقاً لنظرية التعسف في أوسع مدى، بناءً على المقصد الكلّي من اعتبار المصالح في الأحكام.

(١) ينظر: الموافقات: ٢٠٠/٤ وما بعدها. على أن الإمام الشاطبي لا يجعل التحيل من الذرائع، بل يجعل التحيل قسماً خاصاً. وهذا يدل على تأصل النزعة الذاتية في أصول مذهب المالكية.

أثر الباعث في التبرعات:

اتفق الفقهاء على أن عبارة المتبرع إذا تضمنت ما يدل على أن الباعث عليه أمر محظور لا ينشأ الالتزام؛ لأنه التزام محرّم، وكلّ محرّم باطل. فالوصية بالمحظور؛ كالوصية بمال يشترى به خمر، أو للنواح، أو كالوصية لمعابد الوثنيين باطلة؛ لأن هذه الالتزامات الانفرادي تمحض شرّاً فيكون باطلاً.

أمّا إذا لم تتضمنه العبارة فيجري فيه الخلاف الذي جرى في عقود المعاوضات على ما بيّنا آنفاً.

غير أنّه فيما يتعلق بضابط الباعث غير المشروع في التبرعات، لا يشترط فيه وجوب علم الطرف الآخر، كما في العقود ذات الطرفين، بل لا يتصور اشتراطه؛ لأن التبرع التزام انفرادي من طرف واحد، وليس له طرف آخر تتوقف نشأته عليه، وليس مكلفاً بأداء التزام مقابل.

ومن ذلك أيضاً: (وصية الضرار)، فإذا تبين أن الموصي يقصد بوصيته الإضرار بورثته، بطلت وصيته؛ لأن الإضرار بالورثة أمر محرّم محظور.

فإذا ما صدرت وصية مثلاً، وجب البحث عن الباعث الذي دفع الموصي إلى الإيضاء، وذلك بالنظر فيما اشترطه، وما صدر عنه من أقوال، وما احتقّ بالتصرف من قرائن، فإذا تبين أن الباعث منافٍ لمقصد الشرع، كانت الوصية باطلة، وإذا كثرت البواعث فالمعول عليه هو الباعث الرئيس.

وكذلك (هبة المال قرب نهاية الحول، لإسقاط الزكاة)؛ لأن الباعث عليها مناقض لقصد الشارع. ومع ذلك إذا كان التبرع موجهاً إلى شخص معلوم؛ لزم أن يكون بحيث يستطيع أن يعلم بذلك الباعث، وإن لم يكن عالماً به فعلاً، كما في إهداء المقرض إلى المقرض إذا لم تجر له بذلك عادة.

هذا وقد رأينا أن الفقه الإسلامي يكتفي في أعمال الباعث غير المشروع في بطلان عقود المعاوضات بمجرد العلم أو افتراضه أو مظنته البعيدة، فكان بذلك أكثر خصوصية، وأوسع مجالاً في تطبيق فكرة الباعث التي هي بدورها تطبيق لـ (نظرية التعسف) في معظم جوانبها.

والخلاصة: فإن فكرة الباعث تَرُدُّ قِيداً على الإرادة أو على التصرف الإرادي محافظةً على مقصود الشارع، ومن أجل هذا كانت فكرة الباعث عند **الذاتيين** خصبة مثمرة، تُقَيِّدُ الإرادة في كل تصرف يُنتج نتيجةً غير مشروعة؛ محافظةً على مقصود الشرع. ولما كان الباعث عاملاً نفسياً ذاتياً، يختلف باختلاف الأشخاص، وهو أمر خارج عن نطاق التعاقد، كان لا بدَّ من **وضع ضابط له**، حتى لا يكون سبباً في تزعزع المعاملات وعدم استقرارها.

وقد رأينا الفقهاء مختلفين في ضبطه، فمنهم من اشترط أن يكون **منصوصاً** عليه في صلب العقد، وهم **الشافعية والحنفية** كما رأينا.

ومنهم مَنْ لم يشترط النص عليه في صلب العقد، بل اكتفى بعلم المتعاقد الآخر، أو بوجود قرائن يُفترض معها هذا العلم، وهذا مذهب المالكية والحنبلية.

ومنهم مَنْ اكتفى بمظنَّة الباعث البعيدة، فلم يشترط وجود الباعث غير المشروع في كلّ معاملةٍ من المعاملات التي يكثر فيها هذا القصد، اكتفاءً بالكثرة دون غلبة الظن؛ عملاً بالاحتياط الذي يوجب الاعتداد بهذه الكثرة، وجعلها في مرتبة الأمور الظنية الغالبة، وهو مذهب الإمام مالك فيما نقلنا عنه.

UNIVERSITY
OF
ALEPPO



نظرية الضمان (المسؤولية التقصيرية والعقدية في الفقه الإسلامي)

تعريف الضمان:

يتردد في الفقه القانوني المعاصر مصطلح (المسؤولية التقصيرية والعقدية) وهو مصطلح لم يأت الفقه الإسلامي على ذكره وإن كان معناه ومفهومه يندرج تحت ما عرف في الفقه الإسلامي بـ (الضمان). فإذا كانت المسؤولية تعني المؤاخظة، فإنَّ الضمان - في أحد معانيه - يعنينا كذلك عند فقهاء المسلمين.

ونورد فيما يأتي المعاني الفقهية التي أطلق عليها الفقهاء لفظ (الضمان) في استعمالاتهم.

الضمان في اصطلاح الأصوليين والفقهاء: يعنينا من تعريف الضمان في بحثنا هذا تحديد ناحيته المدنية، لا الجنائية، وقد حدده الحنفية بما يفيد شغل الذمة بأداء مثل ما أتلّف، إن كان من المثلّيات، أو بقيته إن كان من القيمّيات، وهذا المعنى كما يتحقق في ضمان التصرفات الفعلية غير المشروعة - فيما يتعلق بالأموال - يتحقق كذلك في ضمان العقود.

غير أنه فيما يتعلق بضمان العقود، كشغل ذمة البائع بمثل أو قيمة المبيع الهالك في يده قبل تسليمه، إنّما هو أثر لازم لحكم العقد، من وجوب التسليم، عند أداء المشتري الثمن، وليس أثراً مباشراً للعقد، وكذلك ضمان الوديعة مثل أو قيمة العين المودعة أثر لحكم عقد الوديعة، من التزامه بالمحافظة عليها، إذا هلك بتقصير منه أو تعدّ، وعلى هذا كان الضمان في جانبه المدني لا الجنائي، عند الفقهاء على نوعين: ضمان الإلتاف. وضمان العقد.

وقد عرّف الشوكاني الضمان، بأنه: غرامة التالف.

وعرّفه ابن نجيم بقوله: ردُّ مثل الهالك إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيمياً.

وعرّفه بعض المحدثين بأنه: التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير.

وهي معانٍ متقاربة، تتسم بالوضوح والإيجاز.

غير أنَّ بعض المحدثين قد عرّف الضمان بأنه: شغلُ الدَّيْنِ بما يجب أدائه من مال أو عمل، عند تحقيق شرط أدائه في الحال، أو في المستقبل المعين. وهذا في الواقع تعريفٌ بالأعم، لأنه: يشمل (الدَّيْنِ) ولا علاقة له بالتصرفات الفعلية التي تشكل اعتداءً على مالٍ يتلفه.

كما يشمل (عقد الأجير المشترك والخاص)، ومحله العمل، وليس هذا من قبيل ما نحن فيه، من الاعتداء على الأموال بالإتلاف.

نعم إذا امتنع الأجير عن أداء التزامه، من القيام بالعمل محلّ العقد، وكذا إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع إلى المشتري عند أدائه الثمن، يُجبر قضاءً على ذلك، ويعزّره الحاكم وينفذه عليه إن أمكن، غير أنَّ الشارع لا يلزمه بتعويض مالي عن تأخره أو امتناعه، فكان هذا التعريف غير مانع.

وأيضاً، قد يكون الضمان بمعنى (الكفالة بالمال أو النفس)، وفي هذا النوع الأخير من الكفالة، محله إحضار شخص وهو عمل، غير أنَّ الامتناع عن ذلك لا يستوجب التعويض المالي وإن لحق الدائن ضررٌ من جرّائه، وهذا ليس مما نحن بصدد البحث فيه أيضاً.

وهكذا نرى أنَّ الالتزام بعملٍ، سواء أكان حكماً وأثراً للعقد كما في عقد البيع، من مثل التزام البائع بتسليم المبيع، أم كان محلاً للعقد كما في عقد الأجير المشترك أو الخاص، فإنَّ امتناع الملتزم عن الأداء لا يستوجب التعويض المالي عن التأخير، ولو لحق الدائن ضررٌ بسبب ذلك، وإنَّما يُجبر قضاءً إن أمكن.

أدلة مشروعية الضمان:

تهض بمشروعية الضمان أدلة من الكتاب والسنة والقواعد الفقهية.

أولاً: أمّا الكتاب، ففيما يتعلق بالإعارة والوديعة وكلّ شيء ائتمن صاحبه غيره عليه أو ألزم به الشارع من مثل قوله تعالى: ((إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا)) [النساء: ٥٨].

وجه الاستدلال: أن الله تعالى أوجب أداء الأمانة بصريح الأمر، وهذا يستلزم شغل الذمة مما به، وإلا كان توجه الخطاب بالطلب في غير مطلوب، وهذا لا يتصور، وشغل الذمة مما يتحقق به الضمان الذي يستوجب الأداء.

وعلى هذا فالضمان بنوعيه - ضمان الإتلاف، وضمان العقد - يشمل عموم الآية الكريمة، من حيث شغل الذمة به، ووجوب أدائه عند تحقيق شرطه.

هذا والأداء الكامل إما برّد العين إن كانت قائمة، كما في ردّ المصوب، وهو ما تقرّره السنّة، قال صلى الله عليه وسلم: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتُ حَتَّى تُؤَدِّي»^(١).

أو برّد مثلها الكامل صورة ومعنى، إن هلك أو أتلّفت وكانت من المثليات. أو ردّ قيمتها التامة - وهو المثل المعنوي - إن كانت من القيميات، أو كانت من المثليات وانقطع مثلها، تعويضاً وجبراً للتالف.

وقوله تعالى: ((فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ)) [البقرة: ١٩٤].

وجه الاستدلال: أن الآية الكريمة بعمومها، تقرّر مبدأ المماثلة في الجزاء عدلاً والتعويض ضرب من الجزاء، والمماثلة الكاملة ما كانت صورة ومعنى، إن أمكن، وإلا فالمثلثة معنى - وهي القيمة - مُجَزَّئة. غير أن هذا الجبر أو الجزاء، لا ينطوي على معنى العقوبة الزاجرة، وإنما هو مجرد ردّ للبدل التالف على صاحبه، لعصمة ماله فيقوم محل المال التالف.

وقوله تعالى: ((وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ)) [النحل: ١٢٦].

وجه الاستدلال: أن الآية صريحة الدلالة على وجوب تحقيق مماثلة العقوبة للفعل الجرمي، وهذا وإن كان نصّاً في العقوبات الزاجرة للعدوان على الأنفس، غير أنه يُستأنس به في الاستدلال على مبدأ المماثلة في العدوان على الأموال كذلك من قبل أن (المماثلة)

(١) أخرجه أبو داود في كتاب: البيوع، باب في تضمين العور، برقم: ٣٥٦١، والترمذي في كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، برقم: ١٢٦٦، وابن ماجه في الصدقات، باب العارية، برقم: ٢٤٠٠، وصححه الحاكم في المستدرک ٢٣٠٢ وقال على شرط البخاري ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.

مبدأ عامٌ يُفَرِّره العدل في الجزاء على العدوان بإطلاق عقوبة أو تعويضاً وجبراً، إلا ما استثنى بدليل، كما في ضمان العقد؛ على ما سيأتي تفصيله.

وقوله تعالى: ((وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا)) [الشورى: ٤٠].

وهذا تأكيدٌ لتقرير مبدأ المثلية في الجزاء عدلاً.

وجه الدلالة: أنَّ التعويض الماليَّ ضربٌ من الجزاء، لأنه من قبيل إزالة الضرر المالي الذي أحدثه المعتدي، وأمثلة طريق لذلك هو إحداث نقص في مال المعتدي، يماثل الذي أحدثه في مال المعتدى عليه، ويؤد على هذا الأخير جبراً وعوضاً، وهذا ضرب من الجزاء، ومما يؤكد ذلك أنه جبر وتعويض وجب شرعاً في مقابل انتهاك عصمة المال بالنسبة للمعتدى عليه، وهو نفسه انتهاك لعصمة مال المعتدي، جزاءً وفاقاً، وعلى هذا فإن عموم عصمة النفس أو المال مخصّصة بما قدمنا من الآيات الثلاث بالنسبة للمعتدي.

ثانياً: الأدلة من السنة النبوية:

ما روي عن سَمُرَةَ رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَ»^(١).

وجه الدلالة: أنَّ المقتضى وهو المعنى اللازم المقدّر الذي يتوقف عليه فهم المراد من نص الحديث هو الضمان على الرَّاحِج، فيكون معنى الحديث: (على اليد ما أخذت حتى تؤديه)، ووجه كونه هو الرَّاحِج أنَّ الحديث يوجب ردَّ عين ما أخذت اليد إن كانت قائمة، لأنه الواجب الأصلي، وإلا فالضمان؛ لأن الضمان غرامة التالف.

وما روي عن أنس رضي الله عنه قال: أهدت بعض أزواج النبي صلى الله عليه وسلم إلى النبي صلى الله عليه وسلم طعاماً في قصعة، فَضَرَبَتْ عَائِشَةُ الْقَصْعَةَ بِيَدِهَا، فَأَلْقَتْ مَا فِيهَا، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «طَعَامٌ بِطَعَامٍ، وَإِنَاءٌ بِإِنَاءٍ»^(٢).

(١) أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه، وصححه الحاكم ووافقه الذهبي.

(٢) أخرجه الترمذي بهذا اللفظ في كتاب الأحكام، باب ما جاء فيمن يكسر له الشيء ما يحكم له من مال الكاسر؟ برقم: ١٣٥٩، حديث حسن صحيح. وبمعناه من فعله صلى الله عليه وسلم أخرج البخاري في المظالم والغصب، باب إذا كسر قصعة أو شيئاً لغيره، برقم: ٢٤٨١، بلفظ: (أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَانَ عِنْدَ بَعْضِ نِسَائِهِ، فَأَرْسَلَتْ إِحْدَى أُمَّهَاتِ الْمُؤْمِنِينَ مَعَ خَادِمٍ بِقَصْعَةٍ فِيهَا طَعَامٌ، فَضَرَبَتْ بِيَدِهَا، فَكَسَرَتِ الْقَصْعَةَ، فَضَمَّهَا وَجَعَلَ فِيهَا الطَّعَامَ، وَقَالَ: «كُلُوا» وَحَبَسَ الرَّسُولُ وَالْقَصْعَةَ حَتَّى فَرَّغُوا، فَدَفَعَ الْقَصْعَةَ الصَّحِيحَةَ، وَحَبَسَ الْمَكْسُورَةَ).

وجه الدلالة: أنّ الباء في الحديث للعوض، فأوجب الرسول صلى الله عليه وسلم طعاماً وإناءً على المتلف، مثل الطعام والإناء الذي أتلّفه، عوضاً وجبراً. ومعلوم أنّ القيميّ يضمن بقيمته، والمثليّ بمثله، فصارت قضيّة: مَنْ كَسَرَ شَيْئاً فَهُوَ لَهُ وَعَلَيْهِ مِثْلُهَا، وهذا عامٌ.

ما روي عن النّعمان بن بشير رضي الله عنهما، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «مَنْ أَوْقَفَ دَابَّةً فِي سَبِيلٍ مِنْ سُبُلِ الْمُسْلِمِينَ أَوْ فِي أَسْوَاقِهِمْ فَأَوْطَتْ يَدٌ أَوْ رَجُلٌ فَهُوَ ضَامِنٌ»^(١). وهذا واضح.

ثالثاً: الأدلة من القواعد الفقهيّة:

من المقررات الفقهيّة التي تهض مبدأ المسؤولية عن الضرر الماليّ، ما جاء في قواعد فقهية متفرعة عن القاعدة التشريعية التي أرساها النبي صلى الله عليه وسلم: (لا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ).

(الضَّرَرُ يُزَالُ): فهذه القاعدة توجب معالجة ما وقع من الضرر، بإزالة عينه إن أمكن، وذلك برد المال عيناً، إن كان قائماً، وإلا فالتعويض مثلاً أو قيمة كما ذكرنا. (الضَّرَرُ يُدْفَعُ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ): وهذه القاعدة تتضمن حكماً وقائياً يجب فيه الحيلولة حتى لا يقع الضرر، لأنّ الدفع أسهل من الرّفْع، أو الوقاية خير من العلاج، وهذا المعنى لا يصلح سنداً لموضوعنا.

غير أنّ قاعدة الدّفْع هذه يتحقق مناطها العامُّ في الجبر بالمثل أو القيمة؛ لأنّ هذا هو الممكن دفعه من الضرر.

فتلخّص أنّ مبدأ الضمان مستقرٌّ في الشّرع قطعاً، بما قدمنا من الأدلة.

أسباب الضّمان:

ذكر الفقهاء للضمان أسباباً عدّة في أبواب الفقه المختلفة، إذ لم تُجمع في باب واحد، ومن ذلك:

(١) أخرجه البيهقي في كتاب الأشربة والحد فيه، باب الدابة تنفخ برجلها، برقم: ١٨١٤٨، وقال البيهقي في (معرفة السنن والآثار: ٩٥/١٣): وَهَذَا لَا يَصِحُّ، أَبُو جَزْيٍ وَالسَّرِيُّ ضَعِيفَانِ.

إلزام الشّارع بالضمان مباشرة وبما يشغل ذمة المكلف المخاطب من النفقات بوجه عام، أو من أموال الزكاة، أو الكفارات في خصالها الماليّة، ويوجب الأداء أيضاً، وهذا لا يتضمن معنى التعويض عن مال أُلِف وإنما هو: **تكليف** يحقق معنى التكافل الاجتماعي الملزم في دائرة الأسرة أو المجتمع. أو **عقوبة** زاجرة عن عمل محرّم، كما في الفطر عمداً في رمضان دون عذر، أو الحنث في اليمين، من الخطايا الدينيّة، وهذا مما لا يدخل في بحثنا. وقد يكون سببه العقد، وهو ما يطلق عليه الفقهاء (ضمان العقد) وسيأتي البحث فيه.

وذكروا من الأسباب: (الإتلاف، والغصب، والتّفويت، والتّعيب، والتّغير، والحيلولة بين المالك وماله، والشّروط، واليد غير المحقّة، والتّسبّب تعدياً) ويجمع هذه الأسباب جميعاً معنى واحد هو (الفعل الضّارّ عند تحقق شرطه) وهو ركن من أركان الضمان التي نتناولها بالبحث فيما يأتي.

أركان الضّمان:

الركن الأول: الفعل الضّارّ تعدياً

أولاً: الفعل الضّارّ وأنواعه: إنّ الفعل الضّار ليس مشروعاً، بل هو فعلٌ محظور، ولذا كان سبباً للتّضمنين بما يكون له من أثر في إتلاف المال، ولا يشترط في فاعله أن يتوافر فيه الإدراك، أو القصد إلى الإضرار، بل تنعقد سببّيّة الفعل الضار لضمان ما يترتب عليه من ضرر أو إتلاف للمال ولو كان فاعله فاقد الأهليّة، كالصبي غير المميّز، أو المجنون، أو غير المدرك ولا القاصد؛ كالنائم والنّاسي، إذ ليست أهليّة الأداء شرطاً في التّضمنين، ذلك لأن أساس التّضمنين الماليّ هو جبرُ المتلف، صيانةً لعصمة مال الإنسان، ولذا كان العمد والخطأ في إتلاف المال سواء، وإن كان للعمد والخطأ أثر في العدوان على الأنفس.

غير أنه يُشترط أن يكون الفعل الضار قد وقع تعدياً؛ أي: من دون وجه حق وعلى سبيل الاعتداء أو المجاوزة على حق الغير، والتعدي لا يعني التعمد ولا القصد. ومن صور التعدي في الفعل الضّارّ أن يكون فعلاً لم يأذن به الشرع أصلاً.

وما تجدر الإشارة إليه أنَّ الفعل المشروع في الأصل لنشوءه عن حق إذا أدى استعماله الحاضر إلى ضرر فاحش أو راجح بالغير انقلب فعلاً ضاراً غير مشروع بالنظر إلى نتيجته، وهذا ضرب من التعسف في استعمال الحق، كما علمت.

الفرق بين الفعل الضار والفعل التعسفي في المسؤولية التقصيرية:

الفعل التعسفي يُشترط فيه أن يكون ما أدى إليه من (ضرر) فاحشاً أو راجحاً، لتثور المسؤولية التعسفية، وذلك لأن الفعل التعسفي مشروع في أصله. أما الفعل الضار فلا يُشترط فيما يترتب عليه من ضرر أن يكون الضرر فاحشاً أو راجحاً، بل يكفي لتثور مسؤوليته أن يكون يسيراً. وذلك لأن الفعل الضار غير جائز في أصله.

أنواع الفعل الضار:

الفعل الضار الإيجابي (الوقوعي): الفعل الضار الإيجابي حسي، فإذا ترتب عليه ضرر بالغير تعدياً، انعقد سبباً يستوجب التضمن، سواء أكان ترتب ذلك الضرر عن طريق المباشرة أو التسبب.

ويكون بطريق المباشرة: إذا لم يفصل بينه وبين حدوث الضرر فعل آخر، أو كما تقول مجلة الأحكام العدلية (المادة ٨٨٧): (الإتلاف مباشرة هو إتلاف الشيء بالذات)؛ كقطع الشخص أشجار غيره أو كسر إنائه.

ويكون بطريق التسبب: إذا فصل بين الفعل وبين الضرر فعل آخر أدى إليه فكان علّة لوقوع الضرر، أو كما تقول مجلة الأحكام العدلية (المادة ٨٨٨): (الإتلاف تسبباً: هو التسبب لتلف شيء يعني إحداث أمر في شيء يُفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة).

الفعل الضار السلبي: هو فعلٌ نفسي، لا حسي مادي، بمعنى الكف أو الامتناع عن الفعل، وقد اختلف الفقهاء في كونه سبباً للتضمن شرعاً:

فذهب الحنفية والشافعية^(١) إلى أنه ليس سبباً للتضمن شرعاً، وذلك كمن رأى مالاً لغيره يحترق، وكان في وسعه إنقاذه ولم يفعل، فإنه لا يضمن؛ لأنه ليس مباشراً، ولا متسبباً، ولا تضمن إلا عن طريقهما.

(١) ينظر: البدائع: ١٦٤/٧، تبیین الحقائق: ١٤٣/٦، نهاية المحتاج: ١٥١/٥.

هذا والامتناع أمرٌ سلبيٌّ عديمي، والمباشرة والتسبب لا يكونان إلا بأمر وجودي وقوعي، والله سبحانه لا يؤاخذ على الفعل النفسي مجرداً حتى يخرج إلى حيز الوقوع. وذهب المالكية والحنبلية^(١) إلى القول بالتضمنين في هذه الصورة، ومستندهم في ذلك أنه ترك واجباً، وهو إنقاذ مال أخيه المسلم، مع قدرته على ذلك، وأدّى امتناعه عن أداء الواجب إلى تلف المال المحترق تسبباً، فيكون مسؤولاً وضامناً، كمن وجد لقطة في الطريق ولم يلتقطها وهو يعلم أنها إذا تُركت تلفت، كان ضامناً، فكذا هذا، ولأنه ضرب من التسبب في تضييع المال. والراجح في رأي بعض أساتذتنا^(٢) هو ما ذهب إليه الحنبلية والمالكية.

ثانياً: التعدي^(٣): قدّمنا آنفاً أنّ التعدي في اصطلاح الفقهاء، لا يعني التعمد أو القصد، وإنما يعني وقوع الفعل الضار من دون وجه حقٍّ أو مجاوزة إلى حق الغير، أو عدم الجواز الشرعي أو العدوان، كما يعني الإهمال والتقصير. وقد استقرت في الفقه الإسلامي قاعدة مؤدّاها أنّ (الجواز الشرعي يُنافي الضمان). وعلى هذا فلو حفر بئراً في الطريق العام من دون إذن ولي الأمر ووقعت فيها دابة ففَقَّت، ضمن الحافر؛ لأنه تسبب في هذا الضرر تعدياً ومن دون وجه حق، بخلاف ما لو كان الحفر بإذن من ولي الأمر. ومن ذلك ما لو نشب حريق في دار فهدمها الجار من دون إذن صاحبها قطعاً لامتداد الحريق إلى داره، ومن دون إذن ولي الأمر، ضمن، لأنه مباشر للإتلاف، على وجه التعدي.

ونرى أنه إذا تعيّن الهدم طريقاً إلى إنقاذ داره وتعدّر استئذان صاحب الدار المحترقة لغيبته، أو تعسر استئذان السلطات في الوقت المناسب كان له أن يهدمها، ولا ضمان إنقاذاً لحقه، ولأن واجباً عليه شرعاً ألاّ يتسبب في ضياع ماله دون مقصد شرعي، ألا الغصب.

(١) ينظر: بداية المجتهد: ٢/٢٦٢، كشاف القناع: ٢/٣٦٢.

(٢) ينظر: النظريات الفقهية، أ.د. فتحي الدريني: ص ٢١٦، وعزا هذا الترجيح للشيخ علي الخفيف في الضمان: ص ٨٢.

(٣) يطلق المالكية في كتبهم على غصب المنفعة لفظ: التعدي، أما الاستيلاء على العين عدواناً فيسمونه: الغصب.

ترى أنه لو رأى مال غيره يحترق وكان بإمكانه إنقاذه ولم يفعل كان ضامناً لتركه واجباً - كما قدمنا - فأمواله أولى.

ويوردُ الإمام السرخسي صوراً من الأفعال الضارة تعدياً ودون جواز شرعي ويتسبب فاعلها في وقوع أضرار بالغير، من ذلك: (إذا وضع الرجل في الطريق حجراً أو بنى فيه بناء أو أخرج من حائطه جذعاً أو صخرة شاخصة في الطريق أو أشرع كنيفاً أو حياضاً أو ميزاباً أو وضع في الطريق جذعاً فهو ضامن لما أصاب من ذلك؛ لأنه (مُسبِّب) لهلاك ما تلف بما أحدثه وهو متعدي في هذا التسبب، فإنه أحدث في الطريق ما يتضرر به المارة أو يحول بينهم وبين المرور في الطريق الذي هو حقهم^(١)).

والتعدي شرطٌ للتضمنين فإذا انتفى الشرط انتفى المشروط، إذ لا يترتب على الجواز الشرعي ضمان، للمنافاة.

هذا ولا ينظر في التعدي - كشرط للتضمنين في المتلفات المالية - إلى التعمد، فالتعمد والخطأ في ذلك سواء، بل انتفاء التمييز أو الإرادة أصلاً لا يُخلُ بمبدأ التضمنين؛ لأن الشريعة تقيم الضمان على التعدي وضعاً مادياً للمحل، ولم تعتبر أيّاً من العناصر الذاتية؛ كالإدراك أو التمييز، أو الإرادة، أو القصد، أو التعمد، أو الخطأ منوطاً للضمان.

فعلى هذا الصَّغير غير المميز، كالكبير البالغ العاقل المدرك في مسؤولية التضمنين عما ترتب على أفعاله الضَّارة من إتلاف لمال الغير، وكذلك المجنون، والمعتوه، والنائم فيما لو انقلب على مال أثناء نومه فأتلفه؛ لأن الضمان ليس من باب العقوبة التي يُشترط فيها القصد والإرادة بل من باب الجبر والتعويض المالي.

والمقصود بانتفاء الأهلية هنا هو أهلية الأداء، وإلا فإن أهلية الوجوب شرط؛ لأنها مناط الإنسانيّة وقيام الزمة في ثبوت الحقوق لصاحبها وعليه، وإلا فإن انتفاء الأهلية وجوباً وأداءً لا ضمان معه كالحيوان؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «العجماء جرحها جبار...»^(٢).

(١) المبسوط: ٦/٢٧.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب: الديات، باب: العجماء جبار، برقم: ٦٩١٣، ومسلم في كتاب الحدود، باب جرح العجماء، والمعدن، والبئر جبار، برقم: ٤٥ - (١٧١٠)، واللفظ له.

هذا؛ واعتبار العمد والخطأ في التعدي في الأنفس لا في الأموال، وفي الإثم الأخرى وعدمه.

وأما فيما يتعلق بالتقصير والإهمال وقلة الاحتراس، فإن الضابط هو مخالفة السلوك المألوف للرجل العادي. ومن المقرر عند أصحاب القواعد أن كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط فيه في الفقه يرجع فيه إلى العرف.

الاستثناءات من قاعدة التعدي:

استثنى الفقهاء من قاعدة التعدي: حالة الدفاع الشرعي عن النفس أو المال، أو العرض، وحالة الضرورة، حال تنفيذ أوامر ذي الولاية الخاصة، أو العامة. ففي هذه الحالات لا يُعدُّ الفاعل متعدياً، في حكم الشرع ولو تحقق في مناط التعدي ظاهراً.

الركن الثاني: الضرر

عرّف بعض الفقهاء الضرر بأنه: (كلُّ خسارة في المال ينشأ عن نقص فيه أو في منفعه، أو زوالها مع أصلها جملةً، أو زوال بعض أوصافه مما يؤثر في قيمته) وعلى هذا فالإتلاف أو الضرر قد يكون جزئياً، وقد يكون كلياً، والأول إفسادٌ، والثاني استهلاك^(١).

- أنواع الضرر:

الضرر المادي: وهو ما يصيب مال الإنسان، فيتلّف بعضه، أو يصبه بتعيبٍ يُنقص قيمته، أو يذهب بالمال كله أصلاً ومنفعة، فيجب التعويض على صاحبه بالمال بقدر التالف، ليحلَّ مالٌ مكان مالٍ، جبراً وتعويضاً، ولهذا وجب التعويض بالمثل الكامل ليكون الجبر من كل وجه، صورة ومعنى، وإلا فيجب المساواة الثامنة من حيث المالية وهي القيمة.

الضرر المعنوي: وهو ما يصيب الإنسان في شرفه وعرضه من الأذى؛ كما في (القذف والسب)، أو من إيذاءٍ للشعور، أو امتهان في المعاملة، والأصل في الضرر المعنوي عدم التضمنين؛ لأنه لا يخضع لقواعد التعويض في الفقه الإسلامي التي تقضي بأن

(١) ينظر: مجمع الضمانات: ص ٣٠٨.

يحلّ مالٌ محلّ مالٍ أُتلف، إلا أن بعض الفقهاء قالوا بتعويض الألم إذا لم يحدث أثراً. وقالوا: يُترك تقدير التعويض المالي فيه للقاضي.

الضَرَرُ عِلَّةُ الضَّمان:

تبين مما تقدم أن الضرر هو علة الضمان مطلقاً، بحيث لا يشترط في الفاعل الذي أحدثه القصد أو التعمد، أو الإدراك والتمييز.

فالصَّغير غير المميز، والمجنون، والمعتوه، والمخطئ، والنائم، والتَّاسِي؛ كل أولئك إذا أتلف مالا للغير، وجب عليه الضمان في ماله لأن الضرر في ذاته عِلَّةٌ للتضمنين شرعاً، بل يُحكم بالتضمنين على من لم يحدث منه فعلٌ نشأ عنه الضرر، كاللَّف الذي يحدث في مال هو في يد ضمان، لما ذكرنا من أنَّ الشريعة اعتبرت الضرر مطلقاً علة في تشريع حكم التضمنين، فإذا وُجدت العلة (الضرر) وُجد المعلول وهو الحكم حتماً؛ أثراً للعلة، وعليه فإن حكم التضمنين من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف، وهو مذهب الجمهور ورأي عند المالكية^(١).

وإذا كان الضرر علة في حكم التضمنين كان رُكناً بحيث إذا انتفى الضرر انتفى الضمان، ولو باشر الفاعل فعلاً ضاراً من شأنه أن ينشأ عنه الضرر، أو تسبب في إحداث ذلك ولكن الضرر لم يقع، فلا ضمان عليه.

فلو ذبح شاة لغيره لا ترجى حياتها فإنه لا يضمن قيمتها لعدم الضرر، وإن باشر فعلاً ضاراً، بل قد أفاد صاحبها.

أما لو تركها دون ذبح وهي مشرفة على الهلاك وأدّى امتناعه عن ذبحها إلى الإضرار بصاحبها إتلافاً، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنه يضمن؛ لأن تركه لذبحها ضرب من التعدي في صورته السلبية؛ كما بينا سابقاً.

الركن الثالث: الإفضاء أو علاقة السببية بين الضرر والتعدي

لا تنهض المسؤولية أو يُحكم بالتضمنين إلا بعد تحقق العلاقة بين الفعل الضار ونتيجته من الضرر، إما عن طريق المباشرة أو التسبب، وهي وإن كانت شرطاً يتوقف

(١) ينظر: تبیین الحقائق: ٢٢٢/٥، حاشية الخرشى: ١٥١/٦.

عليه الحكم بالتضمنين غير أن الشرط يُعد من الأركان عند جمهور الفقهاء خلافاً للحنفية، وبانتفاء هذه العلاقة ينفي الحكم بالضمان.

ويقصد بالعلاقة التلازم الذي لا انفكاك له بين السبب وبين ما أدى إليه من نتيجة، أو بين العلة ومعلولها عند انتفاء المانع، وهذا التلازم هو ما يطلق عليه الإفضاء. أما السبب: فهو الفعل الضار على وجه التعدي. وأما النتيجة: فهي الضرر، ولو لم يكن ثمة تعدٍ أو تعمد أو قصد.

الفرق بين السبب والعلّة:

السبب: ما كان موصلاً إلى المسبب من غير تأثير.

والعلّة: هي ما شرع الحكم عنده أثراً له.

فالعلّة تؤثر في الحكم؛ لأنّ الشارع عدّها أساساً في تشريع الحكم؛ لأنها مظنة الحكمة أو المصلحة.

ويرى الأصوليون أنّ السبب الحقيقي لا بُدَّ أن يتوسّط بينه وبين الحكم علّة فيضاف الحكم عندئذ إلى العلة من دون السبب، إذ إيجاد العلة يطلق عليه (المباشرة)، وإيجاد السبب يطلق عليه (التسبب)، والمباشرة يجب تقديمها على التسبب إذا اجتماعاً تبعاً للتأثير في الأول من دون الثاني، واستقرّ هذا قاعدة عامّة في الفقه الإسلامي مؤداها أنّه: (إذا اجتمع المباشر والمتسبب، أضيف الحكم إلى المباشر).

هذا؛ وتقديم المباشرة على التسبب مما انعقد عليه الإجماع.

المباشرة و التسبب:

تقدم أن الإتلاف أو الضرر هو علة الحكم في التضمنين، غير أن التّلف قد يحصل عادة بطريق المباشرة أو التسبب.

والمباشرة: هي اتصال الفعل الضارّ ذاته بالمال فيتلفه. أو هي إيجاد علة إتلافه، دون أن يتوسط بينهما فعل آخر يتسبب عنه الضرر، فهذا ضررٌ مباشرٌ، لا خلاف في تضمين من باشره وأحدثه، وذلك لأنّ فعله علة التّلف بدليل نسبته إليه، كإحراق الزّرع، أو قطع الشجر، أو هدم البنيان، أو قتل الحيوان، أو إحراق المتاع، أو تمزيق الثوب.

وليس أي من الأهلية، أو التمييز، أو الإدراك، أو التعمد شرطاً في حكم التضمين، لما قدّمنا من أنّ الشّرع ربّب الضّمان على التّعدي وضعاً مادياً للمحلّ، فكان حكماً وضعياً لا تكليفيّاً. وعلى هذا فالمباشرة في الإلتلاف اتصال الفعل الضّارّ ذاته بمحلّ الضّرر من المال من دون أن يتوسط فعل آخر ويحدث فيه تلفاً أو ضرراً، بحيث يُنسبُ هذا الفعل عادةً إلى فاعله الذي باشره، أو هي إيجاد علّة التّلف.

أمّا التّسبّب: فهو اتّصال (أثر الفعل) بمحلّ الضّرر؛ وهو المال، لا ذات الفعل وحقيقته، فيوصل ذلك إلى تلفه، وذلك بأن يحدث أحد أموراً في شيء يُفضي إلى تلف شيء آخر على جزي العادة.

هذا؛ والإلتلاف مباشرةً أوضح من أن يفتقر إلى مثال، فقطع الأشجار في ملك الغير دون وجه حق إلتلافٌ مباشرةً، بخلاف ما إذا كان بإذن المالك، حيث يُعد إلتافاً مباشراً بحق، فيضمن في الحال الأولى دون الثانية، وكذا لو هدم جداراً لغيره من دون وجه حق، أو حرق زرعه.

أمّا الإلتلاف تسبّباً فكان يحفر أحد حفرةً في الطريق العام فيسقط فيها حيوان أو تُلقى به الريح فيها، فيتلف، ضمن الحافر لتعديه بالحفر، وتسبّبه في الإلتلاف، ولنسبة الإلتلاف إليه عادة، سواء سقط الحيوان من تلقاء نفسه، أو بفعل الريح. فهو متعدّد لأنّه حفر في الطريق العام، وهو حق العامّة من دون إذنٍ ممن يمثلهم، وهو وليّ الأمر أو نوّابه.

وهو متسبب لأن الحفر سبب موصلٌ إلى ذلك التّلف، على جري العادة. وبذلك اجتمع التّسبّب والتّعدي فيترتب على ذلك حكم التضمين، بخلاف ما إذا حفر أحد حفرة في أرض يملكها ثم سقط فيها حيوان لغيره، فتلف فإنّه لا يضمن؛ لأنّه وإن كان متسبباً لكنه غير متعدّد، والمتسبّب لا يضمن إلا إذا كان متعدّياً.

وهذا ويشترط في ضمان الإلتلاف تسبّباً ألا يتخلّل بين فعله وبين الإلتلاف فعل مختارٌ مُباشِرٌ، وذلك لأن المباشرة أو العلة مقدّمة على السبب في الحكم، لكونها مؤثّرة في الحكم دون السبب، ومن هنا كان تقديم المباشرة على التسبب لرُجحان العلة بالتأثير المباشر، دون السبب؛ لأنّه طريق موصلٌ إلى المسبّب ولكن دون تأثير.

إذا اجتمع المباشِرُ والمتسببُ أضيف الحكم إلى المباشر: فلو حفر شخص حفرة في الطرق العامّة، فجاء آخر وألقى فيها حيواناً أو متاعاً فأتلفه، كان الدّافع هو الضامن، أمّا الحافر فلا ضمان عليه؛ لمباشرة الأول وتسبب الثاني.

ولأنّ الفعل الضّارّ، وما ترتب عليه من تلف، يُنسب عادة إلى الدّافع. ولو دلّ شخص لصّاً على مال فسرقة، فالضمان على السارق؛ لأنه مباشر، أمّا المتسبب وهو الدّالّ فلا ضمان عليه.

وعلى هذا تُقدّم المباشرة على التسبب إذا تعارضتا أو اجتمعا لقوة الأول بتأثيره؛ لأنّه علّة الإتلاف، والعلّة هي أساس الحكم بالتضمنين.

الفرق بين المباشرة والتسبب في الحكم:

أساس التّفرة بين المباشرة والتسبب أنّ الأولى قوامها اتصال الفعل الضّار ذاته بمحلّ الضّرر - وهو المال - فكان علّة مؤثرة في الإتلاف، وهذه العلّة من الظهور بحيث لا تدع حاجة إلى النظر إلى فاعلها، وقصده أو تعمده؛ لأن الفعل الضّار المباشر ينسب إلى فاعله عادة لإحداثه إيّاه، فلا مناص من الحكم عليه بالتضمنين لذلك، وجوباً. وهذا بخلاف المتسبب؛ لأن فعله لا يتصل بذاته بمحلّ الضّرر كالمباشر، بل بآثره، على ما فصلناه، لذا لم يكن تسببه في إحداث الضّرر ظاهراً ظهوراً المباشرة، ولا قوياً قوتها، إذ المفروض أنّه عند اجتماعهما قد تخلّل بين تسببه وبين التلف أو الضّرر فاصل؛ هو فعل مُختارٍ مُباشرٍ أحدث الضّرر، فالضّرر إذن قد تراخى حدوثه عن التسبب، ولكنه حدث إثر المباشرة، فكان السبب مجرّد سبيل موصل إلى الضّرر غير مؤثر، بخلاف المباشرة فإنّها علّة مؤثرة في إحداثه ودون تراخ.

وبعبارة أخرى: إنّ سببيّة فعل المتسبب للضّرر أضعف وأخفى من المباشرة، ومع هذا الضّعف والخفاء النسبي لا يرتفع إلى مستوى المباشرة من حيث القوة والظهور، بدليل نسبة الفعل أو الضّرر إلى المباشر عادة دون المتسبب. لذا قُدمت المباشرة على التسبب عند اجتماعهما، وأضيف الحكم بالتضمنين إلى المباشر وليس إلى المتسبب باتفاق المذاهب، لوجود مسوّغ الترجيح عند تعارضهما، وهو قوّة المباشرة وظهورها في إحداث الضّرر، فالفارق واقعي.

غير أنه إذا ارتفع التَّسَبُّبُ إلى مستوى المباشرة في بعض الحالات من حيث القوة والظهور، حتى كان السبب في معنى العلة المؤثرة أضيف حكم التضمين إلى المتسبب وحده أو إليهما معاً على السواء، لانتفاء سبب الترجيح، استثناءً من قاعدة تقديم المباشر على المتسبب وهو ما نتناوله بالبحث حالياً.

الحالات المستثناة من قاعدة (تقديم المباشرة على التَّسَبُّب):

يستخلص مما سبق أنَّ قاعدة تقديم المباشرة على التَّسَبُّب المتفق عليها ليست على إطلاقها، بل مقيدة بالأصل يصبح السبب في معنى العلة، من حيث القوة والأثر، والظهور، وهو ما أشار إليه ابن رجب في (القواعد)، بأن تكون المباشرة مبنية على السبب، وناشئة عنه سواء كان الفعل المتسبب ملجئاً إلى المباشرة أو لا.

من ذلك ما إذا حكم القاضي بمال آخر فذهب به، بناءً على شهادة شهود، ثم رجعوا عن شهادتهم، فالضمان على الشهود المتسببين وحدهم، لا على القاضي المباشر للإتلاف، للأسباب الآتية:

- ١- لأن الشهود قد ألجؤوا القاضي إلى الحكم الذي هو علة الإتلاف.
- ٢- ليس في عمل القاضي تعدي، والتعدي شرط في حكم التضمين.
- ٣- أن التعدي مع التَّسَبُّب كانا متوافرين في الشهادة، أما التَّسَبُّب فظاهر، وأما التعدي فللرجوع، أو التزوير، مما ألجأ القاضي إلى الحكم بشهادة زور.

لذا، كانت المباشرة كما ترى مبنية على التسبب، وكان ظهور التأثير وقوته في الشهادة لا في قضاء القاضي، فارتفعت إلى مستوى العلة من حيث الظهور وقوة التأثير، فكانت في معنى العلة، بل العلة - وهي المباشرة - مبنية عليها.

وهذا القيد قد استقرَّ في فقه الحنفية والمالكية^(١) في الجملة أيضاً، حيث قالوا بتضمين الحافر حفرة في طريق حيوان يعلم أنه يمر فيها، ومن أزداه فيها، إذ القصد إلى الإتلاف من المتسبب جعله بمنزلة الدافع، فالضمان على المباشر والمتسبب كليهما.

(١) ينظر: تبیین الحقائق: ١٥٠/٦، الشرح الكبير: ٣/٤٤٣.

كذلك قالوا: يضمن من أمسك شخصاً لظالم، ليأخذ منه ما معه من النقود بعد فراره، فالضمان عليهما؛ لأنَّ المتسبب بتعديده، وقصده إلى إتلاف المال، ارتفع إلى مستوى المباشرة، أو اعتبر مساهماً في الفعل المباشر. وهكذا ترى أنَّ الضمان قد يُلزم به المتسبب وحده، أو مع المباشر.

شروط الضمان:

الشرط الأول: أن يكون الضرر أو الإتلاف واقعاً على مالٍ مُتَقَوِّمٍ مملوكٍ، فلا ضمان إذا كان المتلف ليس مالاً أصلاً؛ كالميتة والدم، أو ليس متقوماً؛ كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم، أو ليس مملوكاً لأحد؛ كالمباحات.

واختلف الفقهاء في تضمين مغتصب المنافع، فذهب الحنفية إلى أن غصب المنافع لا يوجب تضمين غاصبها؛ لكونها ليست مالاً متقوماً عندهم، فلا يتحقق فيها معنى التعدي.

وذهب الجمهور إلى أن التعدي على المنافع يتحقق في التعدي على مصادرها أو الحيلولة بين صاحبها وبين الانتفاع بها بأيّ حائل، والحيلولة نوعٌ من التعدي، وحجَّتُهم أنها تقابل بالمال في عقد الإجارة، وتختلف قيمتها باختلاف الزمان والمكان والبيئات كالأعيان، فتضمن بالتعدي.

الشرط الثاني: أن يكون الفعل الضار واقعاً على سبيل التعدي، بمعنى المجاوزة إلى حق الغير دون جواز شرعيٍّ، أو دون إذن من المالك بالإتلاف، ولا يعني التعدي التعمد والقصد، أو توافر عنصر التمييز والإدراك في المتعدي سواء كان الإتلاف بطريق المباشرة أو التَّسبُّب.

الشرط الثالث: أن يكون الضرر واقعاً بطريق المباشرة أو التَّسبُّب ليس غير، وقد فصلنا القول فيهما.

الشرط الرابع: ألا يكون الفعل الضار واقعاً بأمر ممن له الولاية على فاعله فيما له حق الأمر فيه؛ كأمر الرئيس بالنسبة لمروؤسه الموظف.

الشرط الخامس: ألا يكون الإلتلاف ناشئاً عن الدفاع الشرعي عن النفس، وهذه هي مسألة الصائل المتعدي، كإلتلاف سلاحه، وكراعه، ودابته، وسائر أدواته، وكذلك إلتلاف أدوات الباغي وسلاحه.

الشرط السادس: ألا يكون الإلتلاف بحكم الشرع، على سبيل التغريم بالمال عقوبة، مثل كسر دنانٍ الخمر إذا اقتضت إراقتها ذلك، أو كان بأمر من له الولاية، تغليظاً للعقوبة.
هذا؛ والشرط الرابع والخامس والسادس من المستثنيات من قاعدة التضمن.

أخيراً: ما الفرق بين ضمان العقد وضمن الإلتلاف ويد الضمان؟

ضمان العقد في الفقه الإسلامي يعني التعويض المالي عن عينٍ مائيّة تلفت قبل تسليمها إلى مستحقها، في يد من التزم بذلك بموجب عقد، وعلى هذا فإنّ ضمان العقد لا يكون - كما يقول السيوطي - إلا في عين معيّنة في صلب العقد، كالمبيع، أو الثمن إذا كان عيناً معيّنة في عقد البيع، أو الأجرة إذا كانت عيناً معيّنة في عقد الإجارة، وكذا بدل الصلح إذا كان عيناً.

هذه الأعيان المنصوص عليها في صلب العقد، تُعتبر مضمونة ضمان عقدٍ على من وجب عليه تسليمها للطرف الآخر، بموجب العقد، إذا تلفت قبل التسليم.

ويختلف **ضمان الإلتلاف** عن ضمان العقد، فيما يتعلق بأساس التعويض فيهما، أنّ ضمان الإلتلاف يقوم على المثليّة صورةً ومعنى، أو المثليّة معنى وهي القيمة، والمثليّة إنّما تعني المساواة أو المعادلة والتكافؤ بين العوض والمعوض عنه؛ لأنّ الفعل الضار يردّ على العين وعلى أوصافها كذلك، فتجب مراعاة كلّ ذلك في التقدير، وهذه هي المماثلة التامّة.



نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي

تمهيد في مظان^(١) الأحكام التي اشتقت منها نظرية الظروف الطارئة:

إن ما يطلق عليه في الاصطلاح: «الظروف الطارئة» في الفقه الوضعي، ولا سيما في معظم قوانين البلاد العربية التي تبنت هذه النظرية من الفقه الإسلامي قد وجدت فروعها، وتطبيقاتها منذ القدم في الفقه الإسلامي في المظان الآتية:

- ١- أحكام فسخ عقد الإجارة بـ(العذر)، في المذهب الحنفي^(٢)، سواء أكان العذر - وهو الظرف الطارئ - على إبرام العقد لاحقاً بالمؤجر أم بالمستأجر، أم بالعين المؤجرة. ونظرية العذر هذه تفرد بها المذهب الحنفي من دون سائر المذاهب.
- ٢- وضع الجوائح^(٣) في الزرع والثمار في المذهب المالكي والحنبلي، وأحكام الجوائح تدور بين فسخ العقد، وبين الخط من الثمن عن المشتري بقدر التالف من الثمر، أو الزرع تبعاً لما أحدثته الجائحة^(٤) من أثر استئصالاً، أو إقصاءً، وفي هذه الحال يكون التلف كلاً، أو بعضاً من ضمان البائع وحده.
- ٣- أحكام خيار العيب في المعقود عليه؛ حيث يثبت حق الخيار للمشتري إذا كان المعقود عليه معيباً، وهو أساس صالح ليكون من مظان نظرية الظروف الطارئة.
- ٤- توزيع عبء الخسارة على طرفي العقد في حالة تقلب أسعار النقود^(٥) وتغير قيمتها، أي تعديل الثمن المسمى، لا فسخ العقد، وهو ما يسميه ابن عابدين: «الصلح على الأوسط».

(١) المظان - بفتح الميم وتشديد النون - جمع مظنة - بفتح الميم وكسر الظاء وتشديد النون، ومظنة الشيء: موضعه ومألفه الذي يظن كونه فيه. مختار الصحاح؛ الرازي: (ظنن).

(٢) ينظر بحث فسخ الإجارة للعذر: المبسوط: ٢/١٦، تبيين الحقائق: ١٤٦/٥، البحر الرائق: ٣٥/٨.

(٣) ينظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٢٧/٤، بداية المجتهد: ١٦٣/٢، المغني: ٢١٦/٤. والجوائح: هي الأفات التي تصيب الثمر؛ سواء أكانت آفة سماوية أم غير سماوية.

(٤) ينظر: رسائل ابن عابدين؛ رسالة تنبيه الرقود على مسائل النقود: ٥٨/٢.

مضمون النظرية^(١):

إن اعتبارات العدالة والإنصاف في معايير أحكام الفقه الإسلامي، أو شروطه، لا تختلف من جهة تصورهما نظراً، أو تطبيقهما عملاً في كل فرع من فروع هذا الفقه، فلا يصدر حكم عن الأئمة مستخلص من نص، أو مستنبط اجتهاداً إلا على أساس استدلال دقيق قوي محكم، يربط الجزئي بالكلي، والحكم بعلمته، والحكمة من تشريعه، ولا يضع شرطاً إلا ليؤكد ذلك المقصد نظراً وعملاً، إذ الشروط ينبغي ألا تتنافى مع حكمة مشروعية الحكم، فلا تجد بينها تناقضاً أو تخالفاً مما يؤكد المنطق المتسق لهذا التشريع العظيم.

وعلى هذا فمضمون النظرية - كما يُستخلص من تطبيقاتها في مظانها - أن ثمة حادثاً، أو ظرفاً، أو عذراً خاصاً^(٢)، أو عاماً، قد طرأ بعد إبرام العقد، وقبل تنفيذه، أو أثناء سريانه، سواء أكان لاحقاً بشخص^(٣) أحد طرفي العقد أو بمحل العقد مما لم يكن متوقعاً، ولا ممكن الدفع غالباً^(٤)، جعل تنفيذ الالتزام التعاقدى ضاراً بالمدين ضرراً زائداً أو فاحشاً، وغير مستحق بالعقد؛ لأن منشأ ذلك الحادث لا ذات الالتزام، فهو خارج عن نطاق التعاقد، سواء أكان قوام الضرر:

- تفويت منفعة محل العقد كلاً، أو بعضاً.

- أو تعذر استيفاء منفعة المعقود عليه حساً أو شريعاً، حتى يصبح مستحيلاً لا مرهقاً فحسب^(٥) في بعض الحالات. والحادث الذي يمنع استيفاء المنفعة حساً، كالفيضان، أو الحرب التي تنشر خوفاً عاماً يحول دون إمكان زراعة الأرض، أو الوصول إلى العقار المؤجر في الثانية. والمانع الشرعي مثل عارض الحيض بالنسبة للمرأة المستأجرة لتنظيف المسجد، إذا اتفقت مدة الإجازة مع طروء هذا العارض، إذ يحرم عليها شرعاً

(١) من الخطأ الظن بأن ما يسمى بـ(نظرية الظرف الطارئة) في قوانين البلاد العربية، وبعض القوانين الأجنبية تطابق في مضمونها، ومعاييرها، وأحكامها ما استقر في الفقه الإسلامي المقارن من تطبيقات لها، فثمة فروق واضحة في كل أولئك، مما تأبى الدقة العلمية في البحث إغفالها، فادعاء بعض الكاتبيين المحدثين هذا التطبيق فيه شيء كثير من التزويد.

(٢) اشترطت القوانين العربية في الظرف أن يكون استثنائياً وعاماً، لا خاصاً بالمدين.

(٣) لا تعترف القوانين بالظرف الشخصي، بل الموضوعي الواقع على محل العقد مما يقصر أثره على اقتصادياته.

(٤) بعض الظروف في تطبيقات هذه النظرية في الفقه الإسلامي ممكن التوقع والدفع، خلافاً للقوانين التي اشترطت ألا يكون متوقعاً، بل ليس في الوسع توقعه، ولا دفعه.

(٥) تشترط القوانين العربية الإرهاق، فإذا بلغ حد الاستحالة دخل في (نظرية الظروف القاهرة).

- دخول المسجد، فتتفسخ الإجازة بهذا العذر، فالمانع شرعي إذ من الممكن أن تنظف المسجد لولا هذا المانع الشرعي.
- أو كان ضرراً شخصياً راجحاً، يلزم من المضى في تنفيذ موجب العقد (تنفيذ الالتزام) لظرف شخصي لا علاقة له بمحل العقد، وسلامته، وكامل منفعته^(١).
- وأما الأثر، أو الحكم الذي يترتب على مثل هذه الأعذار فيكون:
- إما فسخ عقد الإجازة؛ كما في المذهب الحنفي.
- أو الحط من الثمن بقدر التالف من المبيع؛ كما في الجائحة، أو الآفة التي أصابت الثمر، أو الزرع، أو الخضار.
- أو سقوط الثمن كله إذا أتت الجائحة عليه؛ كما في المذهبين المالكي والحنبلي، وتحمل البائع عبء الخسارة كلها.
- أو تعديل قيمة الالتزام التعاقدي في الثمن.
- أو توزيع عبء الخسارة على طرفي العقد في مسألة الوفاء بالنقود عند تقلب قيمتها، وأسعارها، وهذا ما يسميه ابن عابدين «الصلح على الأوسط».
- أو إرجاء تنفيذ الالتزام على ضوء ما تقتضيه العدالة في كل حالة على حدة.
- وذلك هو مضمون النظرية - بإجمال وإيجاز - في الفقه الإسلامي.
- والخلاصة:** إن مضمون النظرية يعتمد على العناصر الآتية من الأركان والشروط:
- أولاً: وجود عقد يترأخى تنفيذه عن وقت إبرامه:** سواء أكان من العقود المستمرة
- التنفيذ،** حتى يعتبر الزمن عنصراً ملازماً للاستيفاء من قبل أحد المتعاقدين لا ينفصل عنه؛ لأنه معياره، كما في عقد الإجازة بالنسبة للمستأجر، أو يعتبر عنصراً في الأداء بالنسبة لمن عليه الحق بالنسبة للمؤجر. أو كعقود بيع الثمر القائم على الشجر، وبعد بدو صلاحه، فإنه تقطف بطونها متلاحقة على النضارة عادةً، فيستمر تنفيذ العقد، ولا يتعاصر مع وقت إبرامه. ومثل ذلك بيع الزروع، والخضار التي يتلاحق جنيهاً.

(١) لا تعترف القوانين العربية بالظرف الشخصي الطارئ الذي ينشأ عنه ضرر أرجح من منفعة العقد بعد الموازنة في النظرية العامة إلا استثناء في بعض التطبيقات في عقد الإجازة، كما يرى في نص المادة (٦٠٨) من القانون المدني المصري مثلاً؛ وهذا الاستثناء في الواقع رجوع إلى أحكامها في الشريعة الإسلامية.

أو كان العقد **عقد بيع فوري التنفيذ** فيما عدا الزرع والثمار والخضار، إذا كان الثمن كله مؤجل التنفيذ بالاتفاق إلى أجل مسمى، أم كان منجماً على أقساط.

وعلى هذا فلا بد من وجود عقد تراخى وقت تنفيذه عن وقت إبرامه ليتصور طروء العذر، أو الحادث بعد الإبرام، وقبل التنفيذ، أو أثناءه مما يجعل تنفيذ الالتزام التعاقدى ضاراً ضرراً زائداً نتيجة للظرف الطارئ.

ثانياً: أن يطرأ حادث غير متوقع بعد إبرام العقد، أو لم يكن بالوسع توقعه، ولا يمكن دفعه والتحرز منه، وهذا في الأعم الأغلب في التطبيقات، كما أسلفنا، وسواء أكان الحادث سماوياً؛ كالجوائح، والفيضان، والجراد، والعفن، والدود، أم من الآدميين؛ كالحرب والفتن.

١- ويشترط ألا يكون حدوثه بسبب من أي من المتعاقدين، وإلا كان مسؤولاً عن آثاره وحده، ولا ينتفع بأحكام هذه النظرية.

٢- كما يشترط ألا يكون منه تقصير في دفعه، والتحرز منه وإلا كان مقصراً ويتحمل تبعه تقصيره، ولا يستفيد من أحكام هذه النظرية.

٣- يستوي أن يكون الظرف عاماً أو خاصاً، لاحقاً بشخص أي من المتعاقدين.

ثالثاً: أن يحدث ضرر زائد، أو فاحش غير معتاد نتيجة لهذا الظرف، أو العذر الطارئ، لا نتيجة للالتزام نفسه، وملازم حدوثه لتنفيذ موجب العقد، بحيث لا يمكن انفكاكه في الأعم الأغلب.

رابعاً: يستوي أن يكون الضرر مادياً اقتصادياً يخل بالتوازن بين الالتزامات الناشئة عن العقد. أو أن يكون ضرراً معنوياً يمس الاعتبار الإنساني. أو أن يكون ضرراً **شرعياً** يمنع الشارع نفسه من تنفيذ العقد لطرء هذا الحادث، أو لمانع حسي، أو لمانع شرعي كما أسلفنا.

التكييف الفقهي للنظرية:

يقصد بالتكييف الفقهي للنظرية وصفها الذي أضفاه عليها الفقهاء في ضوء الآثار التي ترتبت عليها، وقد سبقت الإشارة إلى أن النظرية ذات أحكام وآثار، يطبق كل منها

على الواقعة المعروضة بظروفها بما يتفق ومقتضى العدل، وعلى هذا يختلف الحكم، أو الحل باختلاف طبيعة الواقعة وظروفها الملازمة على النحو الآتي:

- أ - ثبوت حق الفسخ للمتعاقد المضروب بالأعذار في عقد الإجارة.
- ب - الانفساخ التلقائي بحكم الشرع عند تعذر استيفاء المنفعة لمانع شرعي.
- ج - تعديل قيمة الالتزام عند تغيير قيم الثمن - ارتفاعاً وهبوطاً - وتوزيع عبء الخسارة على طرفي العقد، وهو ما سماه ابن عابدين: «الصلح على الأوسط» لإعادة التوازن بقدر الإمكان .

د - تحميل البائع وحده عبء الخسارة - كلاً، أو بعضاً - في جائحة الثار والزروع، بقدر التالف، وتعديل الثمن على حساب البائع وحده.

التكييف الفقهي للنظرية في ضوء الحلول الآتية الذكر:

تتخذ النظرية - في ضوء ما تقدم - صورة انفساخ العقد شرعاً، أو تعديل العقد، أو فسخه بإرادة منفردة؛ هي إرادة الطرف المضروب.

هذا؛ وحق فسخ العقد ثابت هنا لا على أساس أن العقد فاسد، ولا على أساس خيار الشرط، أو غيره من الخيارات، بل على أساس الضرر الفاحش الناشئ عن السبب الطارئ غير المستحق بالعقد^(١).

وعليه فإن هذه النظرية في الشريعة الإسلامية لا تمثل:

أ- صورة من صور «البطلان» بدهاء؛ لأن المفروض أن العقد صحيح قائم نافذ لازم، ثم طرأ العذر.

ب- ولا صورة من صور «انقضاء العقد الذي يتم تنفيذ التزاماته المتبادلة»؛ لأن المفروض أن الالتزام المبرق لم ينفذ بعد إذا أصبح تنفيذه بعد طرؤ العذر سبباً لأضرار فاحشة

(١) اتخذت النظرية في قوانين البلاد العربية صورة واحدة فقط، هي صورة «تعديل العقد» ويتولى ذلك القضاء وحده، فلا تعرف القوانين العربية - التي استقت النظرية من الشريعة الإسلامية - صورة «فسخ العقد» بل أبقت على العقد قائماً على الرغم من طرؤ الظروف، وجعلت للقاضي سلطة «تعديل العقد» فقط. غير أن هذه القوانين اضطرت آخر الأمر في تطبيقات عقد الإجارة، وظروف طارئة شخصية لاحقة بالمستأجر إلى اللجوء إلى إثبات حق الفسخ، كما في (المادة: ٦٠٨ و ٦٠٩) من القانون المدني المصري، وهذا حكم مقتبس من الفقه الإسلامي في بعض مذاهبه، كالمذهب الحنفي، ولكن على سبيل الاستثناء من عموم حكم النظرية.

لاحقة بالمدين، وهو غير مستحق بالعقد، فكان ثبوت الفسخ للمتعاقد المضورر ليدفع عن نفسه الضرر، ولیمتنع عن تحمل غير المستحق إن شاء.

ج - وليس صورة من الفسخ بالتراضي (الإقالة)، ولا بسبب الخيار الذي يتصل بعبوب الرضا.

مبدأ تدخل القاضي لتعديل التزامات العقد، أو فسخه:

إن الفقه الإسلامي وفي ضوء أحكام هذه النظرية لم يجعل العقد شريعة للمتعاقدین، يقوم مقام القانون في إلزام كل من متعاقديه بكل آثاره وبنوده، وفي جميع الظروف المتغيرة، بل وضع «مبدأ إعادة النظر في العقد» من جديد في ضوء آثار الظروف التي طرأت عليه بما تقتضيه العدالة، سواء أكانت إعادة النظر من قبل المتعاقد المتضرر - وهو صاحب الحق الأول في هذه الحال - أو من قبل القاضي، وبذلك وضعت الشريعة «مبدأ تدخل القاضي» في تعديل العقد في ضوء الظروف الجديدة الطارئة، فلم تعد وظيفته مقتصرة على مجرد تفسير العقد في ضوء نية عاقدیه، أو بعبارة أخرى: يملك القاضي المجتهد وظيفتين وفق الأحوال:

- ١- وظيفة تفسير العقد في ضوء نية عاقدیه لیتم تطبيقه تطبيقاً سليماً على مقتضى- تلك النية المشتركة لطرفیه، وهذه هي وظيفته الأساسية.
- ٢- وظيفة تعديل العقد، أو تعديل قيمة الالتزام، وأحياناً فسخه؛ تحقيقاً للعدالة، وهذا تدخل من القاضي، وخروج على مبدأ أصل لزوم العقد من جهة الظاهر.

تدخل المشرع للحكم بانفساخ العقد تلقائياً:

ويتدخل المشرع أحياناً بحكم مباشر في حالات معينة، فيقضي بانفساخ العقد تلقائياً من دون حاجة إلى إرادة الطرف المتضرر، أو إلى حكم القضاء، وذلك إذا كان الطرف المانع شرعياً.

أدلة تأصيل النظرية:

يدل لهذه النظرية أدلة إجمالية عامة، وأدلة تفصيلية:

- أ - الأدلة الإجمالية: ترجع الأدلة الإجمالية التي تنهض بتأصيل هذه النظرية إلى: أصول تشريعية عامة، وقواعد فقهية.

أولاً: الأصول التشريعية العامة:

١ - قول الله تعالى: ((وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ)) [البقرة: ١٨٨].

وجه الاستدلال: أنَّ ما أتت عليه الجائحة - مثلاً - من الثَّار أو الزَّرْع المبيعة ينبغي أن يُحطَّ ويخفَّض من الثَّمن بقدر التالف حتى تتم إعادة التَّوازن بين ما يعطي كلُّ من العاقدين وما يأخذ، وإلاَّ اختلَّ هذا التَّوازن، فأخذ أحد المتعاقدين أضعاف ما أعطى، وهو ضرب من أكل أموال الناس بالباطل دون مقابل.

ذلك لأن ما استفيد نتيجة للظُّروف لا يقوم على سبب ثابت في نظر الشَّرع، وهذا هو الباطل الذي لا يقوم على سبب شرعي معتبر، وكذلك إذا حال العذر الطَّارئ دون تمكن أحد طرفي العقد من استيفاء المنفعة مع كونها قائمة، أو إذا أدَّى إلى فواتها، فينبغي أن تحل الرابطة العقدية إذا شاء الطرف المتضرر؛ لأن بقاء العقد وتنفيذ الالتزام يؤدي حتماً إلى أن يستوفي قيمة الالتزام كاملاً، وأن يحرم الآخر، أو ينقص من حقه من دون وجه حق، ولا سيما إذا لم يكن له يد في طروء هذا الطَّرف، ولا قبْلَ له بدفعه، أو الاحتراز منه، ولم يثبت تقصيره، أو تفریطه.

وقد جاء هذا المعنى في قول النبي صلى الله عليه وسلم: «أَرَأَيْتَ إِذَا مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَ، يَمْ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ؟!»^(١)، قال الإمام العيني في بيان هذا الاستفهام الاستنكاري: بأي شيء يأخذ أحدكم مال أخيه إذا تلف الثمر؛ لأنَّه إذا تلف الثمر لا يبقى للمشتري في مقابلة ما دفع شيء، فيكون أخذ البائع بالباطل^(٢). وقال أبو العباس القرطبي: وهذا يدل على أن بيعها قبل بدو صلاحها من أكل المال بالباطل، ولأنَّه غررٌ، وبيع الغرر محرَّم^(٣).

وجه الاستدلال بالأحاديث ظاهر، وهو أن البائع إذا تمسك بالعقد، وطالب المشتري بالثمن، فلا يحل له أخذه؛ لأنَّه باطل، وبغير حق، ولا يحل. وعلى هذا فالأصل التشريعي العام، وهو قوله تعالى: ((وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ)) [البقرة: ١٨٨] شاملٌ بعمومه هذه الفروع التي جاءت السنة التفصيلية مؤكدة لحكم الأصل العام.

(١) متفق عليه. أخرجه البخاري في البيوع، باب إذا باع الثَّمار قبل أن يبُدَّ صلاحها، ثم أصابته عاهة فهو من البائع، برقم: ٢١٩٨، ومسلم في المساقاة، باب فضل الغرس والزَّرع، برقم: ١٦ - (١٥٥٥).

(٢) عمدة القاري شرح صحيح البخاري؛ للعيني: ٨/١٢.

(٣) المفهم لما أشكل من صحيح مسلم؛ للقرطبي: ٣٨٨/٤.

فالإبقاء على العقد، وعدم فسخه، أو عدم تعديل قيمة الالتزام التي أثر فيها العذر الطارئ بما يعيد التوازن، صار سبباً مفضياً إلى ظلم أحد طرفيه، وانتفاع الآخر بالباطل، ولم تشرع العقود في الشريعة لتكون أسباباً مفضية لذلك بالبداهة، أو لإيقاع الناس في الظلم من جراء تنفيذها في ظرف طارئ فآثر على قيمة الالتزام تأثيراً بيناً، فكان أثره ضرراً لازماً لتنفيذه، ولا ينفك عنه.

إذا فعموم «لزوم العقد» ووجوب الوفاء بالتزاماته مقيد بالأدلة الإجمالية التي تحرم الظلم، وأكل أموال الناس بالباطل، وتمنع إيقاعهم في العنت والحرج، إذ لا يجوز الاجتزاء بأصل عام، وإطراح الأدلة الأخرى، لأن التشريع الإسلامي كلٌّ لا يتجزأ تصوراً ووقوعاً، أو نظراً وتطبيقاً. وهذا من باب تحقيق المناط الخاص.

ذلك لأن المناط العام هو قيام عقد مبرم صحيح نافذ لازم، مقرر في الظروف العادية التي لم يطرأ تغيير يترك أثراً في توازن آثار العقد والتزاماته، حتى إذا تغيرت الظروف الملائمة نشأت عنها دلائل تكليفية أخرى - كما ذكرنا - تتعلق بمآلاتها؛ إذ لكل حالة بظروفها حكم خاص بها، يحقق العدل والمصلحة المعتمدة فيها؛ ولأن هذه المآلات لم يتم التراضي عليها عند إبرام العقد.

وأيضاً تعميم حكم المناط العام إنما يفترض التشابه في الظروف، أما وقد اختلفت، واختلفت بالتالي آثارها تبعاً لها، فقد غدا من الظلم سحب الحكم العام عليها بعد ذلك، بل لا بد لكل واقعة بظروفها من حكم خاص يناسبها عدلاً؛ نظراً للمال.

وتطبيقاً لمقتضى هذا الأصل الذي أصْلَنَاهُ لك، فإن الآية الكريمة: ((وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ)) [البقرة: ١٨٨] أصل تكليفي عام، يتعلق بنظرنا هذه أساساً عاماً لحكمها في كل عقد نشأ عن الظرف الذي طرأ بعد إبرامه، وقبل تنفيذه أو أثناءه ضرر مالي زائد غير مستحقٍ بالعقد نفسه، يلزم حدوثه تنفيذ الالتزام التعاقدية في ظل هذا الظرف بالنسبة لأحد متعاقديه، ويستفيد المتعاقد الآخر حتماً من نتائج هذا الظرف من دون وجه حق، أو سبب شرعي معتبر. فانتفاء السبب الشرعي لتحمل الضرر الزائد، وما يلزم عنه من فائدة زائدة للطرف الآخر هو الباطل بعينه.

فهذا الدليل التكميلي العام الذي نشأ تعلقه باختلال التوازن بين الالتزامات في مضمون العقد اقتصادياً، أو إعدامها كلياً حسب الأحوال، ليحكمه بحكمه، حماية للطرف

المضّرور، قد عارض الحكم الأصلي لآثار العقد، وهو اللزوم، أو وجوب الوفاء بها، أو المضي في موجب العقد.

أو بعبارة أخرى: تعارض أصلاً في مثل هذه الحال بالنسبة لآثار العقد:

أحدهما: أصل اللزوم، وهو وجوب الوفاء بالتزامات العقد، لقوله تعالى: ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)) [المائدة: ١]، وهو أصل عام في عقود المعاوضات؛ كالبيع والإجارة، مناطه العام قيام عقد مبرم صحيح نافذ، فيكون لازماً كما بينّا.

ثانيهما: أصل تكليفي عام، نشأ عند طروء الظرف، وتعلق بأثر هذا الظرف، ومقتضاه تحريم أكل أموال الناس من دون سبب شرعي معتبر، أو من دون وجه حق؛ وذلك لأن الضرر الفاحش اللاحق بأحد المتعاقدين نتيجة للظرف الطارئ، هو في الواقع نفع زائد بالنسبة للطرف الآخر، يستفيدة لزوماً لا من العقد، والظرف الطارئ ليس سبباً شرعياً يسوغ هذه الفائدة؛ لأنّه نفع من دون عوض، ومن هنا كان باطلاً. يرشدك إلى هذا أنه لولا الظرف الطارئ لما نشأ الضرر بالنسبة لأحد طرفي العقد، ولما استفاد من ذلك الطرف الآخر حتماً.

وإنما قلنا: إن الأصل التكليفي العام - وهو قوله سبحانه: ((وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ)) [البقرة: ١٨٨] - إنما تعلق بأثر الظرف، لا بذاته، إذ الأحكام تتعلق بالآثار والمالات، وهي هنا الإضرار.

وأيضاً التعلق بالأثر والمال إنما كان عند طروء الظرف لا قبله، وذلك لأن طروء الظرف وقبل حدوث أثره على آثار العقد والتزاماته كان واجباً العمل بحكم الأصل، وهو اللزوم، ووجوب الوفاء بالتزامات المتبادلة على كلّ من طرفيه لتحقيق مناطه العام في الأحوال العادية، وهو قيام العقد المبرم الصحيح النافذ.

هذا ومن المعلوم أنّه إذا تعاور الواقعة دليلان متعارضان وجب الترجيح؛ إذ ليس لله تعالى إلا حكم واحد فقط في كل واقعة مهما اختلفت ظروفها، يجب على المجتهد تحريه وتبينه عند التطبيق، وبالترجيح يرتفع التعارض الظاهري.

وقد رأينا الفقهاء يرجحون دليل المال على دليل حكم الأصل، فيحكمون بحكم المناط الخاص لا العام حماية للطرف الضعيف المضّرور فيحكمون: إما بالفسخ، إذا تعين طريقاً

لرفع الظلم، أو بتعديل قيمة الالتزام. أو بإرجاء تنفيذه مدة معينة إذا كان من المتوقع زوال الظرف في وقت معقول، عملاً بقاعدة الميسرة.

كل ذلك دفعاً للضرر، ومنعاً لأحد طرفي العقد أن يأكل مال أخيه بالباطل مستفيداً من نكبات الظروف، إذ الظرف الطارئ والخارج عن نطاق التعاقد، ليس سبباً شرعياً يثبت به حق امتلاك أموال الناس؛ لأنه من دون عوض، وإذا فقد السبب الشرعي، كان امتلاك مال الغير باطلاً مشمولاً بعموم الآية الكريمة.

هذا الدليل الإجمالي قاصر عن أن يكون أساساً لعموم مناهات النظرية وشمول أحكامها.

أو بعبارة أخرى: إن هذا الدليل الإجمالي قاصر عن عموم الدعوى؛ أي: قاصر عن أن يكون أساساً لعموم مناهات النظرية، وشمول أحكامها؛ ذلك لأنه لا يتناول إلا «الضرر المالي» فقط؛ أي: لا يتعلق إلا باقتضادات العقد، لكن المعلوم أن مضمون النظرية يتسع ليشمل بعمومه وقائع أخرى، مما يكون فيها الضرر جسيماً، أو أدبياً معنوياً، وهذا لا علاقة له بالمال أصلاً، ولا سيما في عقد الإجارة، والأعذار التي تطرأ عليه، مما يستوجب فسخه لضرر جسيماً أو أدبياً، فضلاً عن المانع الشرعي.

وعلى كل حال، فإن هذا لا يخلُ بصلاحيته هذا الدليل ليكون مبنياً وأساساً لكثير من أحكام هذه النظرية، إذ تتضافر على النهوض بتأصيلها أدلة أخرى كثيرة إجمالية وتفصيلية، على ما سيأتي بيانه.

٢- ومن الأصول الشرعية الإجمالية قوله تعالى: ((إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ)) [النحل: ٩٠] وجه الاستدلال: أَنَّ العدل هو: المساواة والدقة في الاقتضاء في المعاملات، وَالْإِحْسَانُ: تجاوز العدل إلى الفضل عملاً بقوله سبحانه: ((وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ)) [البقرة: ٢٣٧]، ويقول الإمام العز بن عبد السلام: وَأَجْمَعَ آيَةُ فِي الْقُرْآنِ لِلْحَثِّ عَلَى الْمَصَالِحِ كُلِّهَا وَالزَّجْرِ عَنِ الْمَفَاسِدِ بِأَسْرِهَا قَوْلُهُ تَعَالَى: ((إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ)) [النحل: ٩٠] ^(١).

والإحسان في المعاملات يخفف من حدة المعادلة الدقيقة في الاقتضاء؛ أي يخفف من أثر تطبيق القواعد العامة، فيكون الاستثناء الذي يكون أقرب إلى روح التشريع في

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأناس: ١٨٩/٢.

بعض الظروف والأزمات. ووجوب الوفاء بالعقد عدل، والله تعالى أمر به، ولكن جاء الأمر بالإحسان إذا لزم عن إيفاء العقد ضرر زائد في ظرف طارئ.

وعلى هذا فالتشريع التفصيلي في قوله سبحانه: ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)) [المائدة: ١] إذا أضحي تطبيقه في ظرف من الظروف مؤدياً إلى ضرر راجح غير مستحق بالنسبة لواقعة معينة، يوقف حكمه نفيًا للضرر اللازم له، لا لذاته، وتستثنى الواقعة، ويثبت لها حكم آخر يدفع الضرر. وكذلك مضارة الدائن بمدينه بما نشأ له عن العقد من حق غير مشروع بمقتضى قوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»؛ لأن هذا ضرب من المضارة في التصرف في الحق، وهو محرم.

ثانياً: القواعد الفقهية العامة التي تنهض بتأصيل النظرية:

١ - القاعدة الأولى: (الضرر يزال): وهذه القاعدة متفرعة عن قوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»، والمعنى أن الضرر غير المستحق تجب إزالته شرعاً إذا وقع أيّاً كان منشؤه؛ لأنه ظلم.

ولا ريب أنه إذا كانت إزالته واجبة شرعاً - إذا وقع - فإن دفعه قبل وقوعه واجب من باب أولى، إذ من المقررات الشرعية أن «الضرر يدفع بقدر الإمكان».

٢ - القاعدة الثانية: (الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أم خاصة). وإذا كانت مواقع الضرورة مستثناة من قواعد الشرع دفعاً لها، فالحاجة كذلك تيسيراً على الناس، ورفعاً للعسر، والضيق غير المألوف عنهم.

والمدين بالالتزام المرهق - نتيجة لعذر طارئ - واقع في الحاجة التي تقرب من الضرورة، فيجب رفع الضيق عنه، ولو استثناءً من قواعد الشرع.

٣ - القاعدة الثالثة: (درء المفسد أولى من جلب المصالح): أصل هذه القاعدة قول النبي صلى الله عليه وسلم: «مَا نَهَيْتُكُمْ عَنْهُ، فَاجْتَنِبُوهُ وَمَا أَمَرْتُكُمْ بِهِ فَافْعَلُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ، فَإِنَّمَا أَهْلَكَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ كَثْرَةُ مَسَائِلِهِمْ، وَاخْتِلَافُهُمْ عَلَى أَنْبِيَائِهِمْ»^(١).

(١) متفق عليه. أخرجه البخاري في الاعتصام بالكتاب والسنة، باب الاقتداء بسنن رسول الله ﷺ، برقم: ٧٢٨٨، ومسلم في الفضائل، باب توقيده ﷺ وترك إكثار سؤاله ممّا لا ضرورة إليه، برقم: ١٣٠ - (١٣٣٧).

وجه الاستدلال: أن النبي صلى الله عليه وسلم علّق امتثال الأمر بالاستطاعة، بينما سدّ باب التّهيّ كله، فلم يجزه أبداً إلا عند الصّورة. ثم إن الأمر في طلب الفعل ولو مرة، والنهي يفيد طلب الكف عن الفعل أبداً. وأيضاً الواجبات تؤثر فيها المشقة للترخيص، ولو كانت من باب الحرج بخلاف المحرّمات، فإنّه لا يؤثر فيها إلا الصّورة التي يخشى منها على النّفس أو الدّين، وسائر الصّورات الخمس.

ويقول الفقهاء: محل هذه القاعدة إذا كانت المفسدة راجحة، وكانت في غير ضرورة. فإذا تعارضت مفسدة ومصلحة، قدمت المفسدة الرّاجحة؛ لما قدمنا من شدّة اعتناء الشّارع بالمنهيات أشدّ من اعتنائه بالمأمورات، للحديث المتقدم. وبينا أنّنا أنّ تعارض في مسألتنا هذه أصلاً:

- مصلحة الأصل التي يقتضيها وجوب إيفاء العقد.
- ومفسدة أو ضرر ناتج عن الظّرف الطّارئ، وهو بين فاحش، وغير مستحق.
فيقدم دفع الضرر الراجح غير المستحقّ بالفسخ، أو بالتّعديل حسب الأحوال.

4- القاعدة الرابعة: (الضرر الأشدُّ يزال بالأخفّ): إذ يراعى في تطبيق القواعد الآمرة في الشّرع ألا يلزم عن ذلك ضرر راجح غير مستحق بفعل الطّروف؛ لأنّه ظلم، والظلم محرم قطعاً، وهذا شرط ضمنيّ تتوقف عليه سلامة التّطبيق والنتائج عدلاً. ولعلّ هذا هو مؤدّى قولهم: (لا بدّ في العقد من رضا المتعاقدين، وموافقة الشّرع)؛ أي: إنشاءً، وتطبيقاً، ونتائج.

ذلك أن التّشريع الإسلاميّ كلّ متّسق، لا تتناقض جزئياته مع كلياته لا في التّصور، ولا في الوقوع. يؤيد ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم: «مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ»^(١).

ب - الأدلة التفصيلية الخاصة بالنّظرية:

دلّ على هذه النّظرية عدد من الأحاديث، ذكر بعضها في سياق ما تقدّم من استدلال، ونزيد هنا بعضاً منها:

(١) أخرجه البخاري في الصّحيح، باب إذا اصطَلَحُوا عَلَى صَلَاحٍ جَوْرٍ فَالْصَلَحُ مَرْدُودٌ، برقم: ٢٦٩٧، بلفظ: «مَنْ أَحْدَثَ فِي أَمْرِنَا هَذَا مَا لَيْسَ فِيهِ، فَهُوَ رَدٌّ»، ومسلم في الحدود، باب نَقْضِ الْأَحْكَامِ الْبَاطِلَةِ، وَرَدِّ مُحَدَّثَاتِ الْأُمُورِ، برقم: ١٨ - (١٧١٨)، واللفظ له، وعلقه البخاري أيضاً بنفس اللفظ.

١- قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لَوْ بَعْتَ مِنْ أَخِيكَ ثَمَرًا، فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ، فَلَا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا، بِمَ تَأْخُذُ مَالَ أَخِيكَ بِغَيْرِ حَقٍّ؟»^(١).

٢- عن جابر رضي الله عنه: «أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَمَرَ بِوَضْعِ الْجَوَائِحِ»^(٢).

والجائحة: هي الآفة السماوية التي تصيب الثمار فتهلكها ولا خلاف أن البرد والقحط والعطش جوائح، وكذلك كل ما هو آفة سماوية، وأما ما كان من الآدميين، كالسرقة، ففيه خلاف: منهم من قال إنه جائحة تشبهاً بالآفة السماوية، ومنهم من لم يره جائحة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث عن أنس: «أَرَأَيْتَ إِذَا مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ، بِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ؟».

٣- عن عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، قَالَتْ: سَمِعْتُ عَائِشَةَ، تَقُولُ: سَمِعَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ صَوْتَ خُصُومٍ بِالْبَابِ، عَلِيَّةٌ أَصَوَّتَهُمَا، وَإِذَا أَحَدُهُمَا يَسْتَوِضِعُ الْآخَرَ وَيَسْتَرْفِقُهُ فِي شَيْءٍ، وَهُوَ يَقُولُ: وَاللَّهِ لَا أَفْعَلُ، فَخَرَجَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَيْهِمَا، فَقَالَ: «أَيْنَ الْمُتَالِي عَلَى اللَّهِ لَا يَفْعَلُ الْمَعْرُوفَ؟» قَالَ: أَنَا، يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَلَهُ أَيُّ ذَلِكَ أَحَبُّ^(٣).

ووجوه الاستدلال بهذه الأحاديث:

أولاً: ما روي عنه صلى الله عليه وسلم أنه أمر بوضع الجوائح، والأمر يقتضي الوجوب، ولا يصرف إلى الاستحباب، والتدب، كما ورد في روايات أخرى من أن عدم وضعها لا يحل، وهو أكل لأموال الناس بالباطل، ومن دون وجه حق.

ثانياً: قوله صلى الله عليه وسلم: «أَيْنَ الْمُتَالِي عَلَى اللَّهِ لَا يَفْعَلُ الْمَعْرُوفَ؟» استفهام يفيد الإنكار، وهو يفيد المنع والتَّحْرِيم.

ثالثاً: فهم الصحابي إنكار النبي صلى الله عليه وسلم لتعينه على أنه يفيد التَّحْرِيم، ولذا أجاب النبي صلى الله عليه وسلم إلى ما رغب، فقال: هو له يا رسول الله. أي: له الخط من الثمن أو الفسخ، وفي رواية: «وله أي ذلك أحب».

(١) أخرجه مسلم في المساقاة، بابُ فَضْلِ الْغَرَسِ وَالزَّرْعِ، برقم: ١٤ - (١٥٥٤).

(٢) أخرجه مسلم في المساقاة، بابُ فَضْلِ الْغَرَسِ وَالزَّرْعِ، برقم: ١٧ - (١٥٥٤).

(٣) متفق عليه. أخرجه البخاري في الصلح، باب: هَلْ يُشِيرُ الْإِمَامُ بِالصَّلْحِ، برقم: ٢٧٠٥، ومسلم في المساقاة،

باب استحباب الوضع من الدين، برقم: ١٩ - (١٥٥٧).

وهذه الأحاديث تهض بمجموعها لتفيد وجوب الحط من الثمن، أو الفسخ، وهو الرّاجح.

ولا بدّ من ذكر أقوال الفقهاء فيما إذا بيع الثّمر بعد بدو صلاحه، وسلمه البائع للمشتري بالتخلية، ثم تلفت بالجائحة قبل أوان الجذاذ:

فقال الشافعي، وأبو حنيفة، وغيره من الكوفيين، والليث بن سعد: لا يرجع المشتري على البائع بشي، وحملوا الأحاديث التي وردت بوضع الجوائح على ما إذا بيع الثّمر قبل بدو الصّلاح بغير شرط القطع.

واستدل الطحاوي على هذا الاتجاه بحديث عن أبي سعيد الخدري، قال: أصيب رجل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمار ابتاعها، فكثر دينه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «تصدقوا عليه»، فتصدق الناس عليه، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لغرمائه: «خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ ، وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ»^(١).

ووجه استدلال الطحاوي بالحديث: أن دين الغرماء لم يبطل بذهاب الثّمار بالعاها، ولم يأخذ النبي صلى الله عليه وسلم الثّمّن ممن باعها منه، فدل على أنّ وضع الجوائح ليس على عمومها.

ويجاب عن ذلك: بأنّه ليس في هذا الحديث حجّة على عدم وضع الجوائح، إذ لا صلة له بموضوع النزاع، ولم يصرح في الحديث بأن ذهاب ثمرة ذلك الرّجل كان بعاها سامة. وأما ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة، والإمام الشافعي في الجديد من حمل الأحاديث التي تفيد وجوب وضع الجوائح على ما إذا بيعت قبل بدو الصّلاح، فيجاب عنه بما أجاب به الشّوكاني من أنّ: «التّخصيص على الوضع»^(٢) مع البيع قبل الصّلاح لا ينافي الوضع الجديد مع البيع بعده، ولا يصلح مثله لتخصيص ما دلّ على وضع الجوائح ولا لتقييده»^(٣).

(١) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار، كتاب البيوع، باب الرّجل يشتري الثّمرة فيقبضها فيصيبها جائحة، برقم: ٥٦٢٨.

(٢) وضعه الجوائح أو الحط من الثمن بقدر التالف من الثمر.

(٣) نيل الأوطار؛ للشوكاني: ٢٠١/٥.

ومفاد كلام الإمام الشوكاني أنَّ الظرف في قوله: «قبل بدو الصَّلاح» لا يصلح قيلاً تقيّد به أحاديث الباب، إذ لا تنافي بين وجوب الوضع قبله أو بعده؛ لأنَّ هذا القيد غير معتبر في تشريع الحكم لسبب واضح؛ هو أنَّه يتنافى مع حكمة التشريع، وهو دفع الضرر والظلم، وذلك لا يختلف بكون العاهة قبلاً أو بعداً، فالمشترع نصّ على القبليّة لا للتقييد بل للواقع، وعلى هذا فلا مفهوم له؛ لأنَّ مفهوم المخالفة إنّما يعمل به إذا لم يثبت من المشرع إرادة الموافقة في الحالين؛ حالة ثبوت القيد، وانتفائه، تحقيقاً للمصلحة والعدل.

ومنشأ الخلاف: هل التخلية قبض كامل، فيكون الهلاك من ضمان المشتري، لأن المبيع هلك بعد التسليم الكامل؟ أو التخلية ليست قبضاً كاملاً، فيكون هلاك المبيع قبل التسليم من ضمان البائع؟

وهذا اختلاف في تحقيق مناط التسليم الكامل في الوقائع المعروضة.

والراجح ما قلنا من وجوب وضع الجوائح، وهو ما أكده الإمام أبو العباس القرطبي في وصف حديث: «لو بعت من أخيك ثراً، فأصابه جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟»، فقال: «دليل واضح على وجوب إسقاط ما أجيح من الثمرة عن المشتري»^(١).

المال بوصفه أصلاً للنظرية: ممّا يتضمن مفهوم هذه النظرية، ومناطقها ما أتى به الحنفية من أحكام اجتهادية تتعلق بفسخ عقد الإجارة بالعدر، أو الظرف الطارئ، سواء أكان متعلقاً بالمستأجر، أو المؤجر، أو العين المؤجرة، إذ اعتمدوا فيما صدروا عنه من اجتهادات في هذا الصدد أصل النظر في المال على ما صرح به أئمة مذهبيهم.

وأصل النظر في مال الظرف، أو العذر الطارئ هو العلة في سلب صفة اللزوم في الحال عن عقد الإجارة وإثبات حق الفسخ للمتضرر، إذا تعيّن طريقاً لدفع الضرر غير المستحق.

ذلك لأنَّ «العذر الطارئ» يؤدي إلى الضرر «مآلاً فيما لو مضى المدين الذي كان العذر في جانبه على موجب العقد»^(٢)، ونفذ ما التزم به في ظلّ هذا العذر، وهو ما

(١) المفهم لما أشكل من صحيح مسلم؛ للقرطبي: ٤/٢٣٤.

(٢) المبسوط؛ للسرخسي: ٢/١٦، تبيين الحقائق: ١٤٦/٥، بدائع الصنائع: ٤/١٩٧.

صرّح به الإمام السرخسي وغيره من أئمة الحنفية، بقوله: «وعندنا جواز هذا العقد - أي: عقد الإجارة - للحاجة، ولزومه لتوفير المنفعة على المتعاقدين. فإذا آل الأمر إلى الضرر أخذنا فيه بالقياس، وقلنا: العقد - عقد الإجارة - في حكم المضاف في حق المعقود عليه، بالإضافة في عقود التمليكات تمنع اللزوم في الحال؛ كالوصية».

فالملاحظ أن أئمة الحنفية رأوا تحت تأثير أصل وجوب اعتبار «المال» إلى تكييف عقد الإجارة حالة طرء العذر بأنّه في حكم العقد المضاف بالنسبة للمعقود عليه، وهو المنافع تكييفاً مردّه إلى أنّ «المنافع» - وهي محل العقد - ليست بطبيعتها موجودة عند إبرام العقد، بل ستوجد مستقبلاً عند استيفائها، إذ هي في اجتهداهم أغراض تحدث شيئاً فشيئاً عند الاستيفاء، فكان عقد الإجارة عقداً مضافاً حكمه وأثره إلى المستقبل بالنسبة للمنافع، لا أنّه عقد مضاف حقيقة، فأشبه الوصية من هذا الوجه، فكان الأصل فيه عدم اللزوم، ولكنه اعتبر لازماً للحاجة استحساناً، والأصل أنّ بالإضافة في عقود التملك التي تقبل بطبيعتها بالإضافة كعقد الإجارة، والمساقاة، والمزارعة تمنع صفة اللزوم في الحال؛ بسبب الإضافة هذه، فثبت فيها حق الفسخ، كالوصية حال حياة الموصي دفعا للضرر، ولكنها مستثناة من هذا الأصل العام، واعتبرت لازمة للحاجة. وهذا الأساس الفقهي عند الحنفية الخاص بمسألة إثبات حق فسخ الإجارة بالعذر، ألجأ الحنفية إلى اعتماده مستنداً خاصاً لهذا الحق؛ وجوب العمل بمقتضى أصل النّظر في المال، واعتباره في تطبيقات الفروع.

قياس العذر الطارئ على العيب في المعقود عليه قبل القبض أساس ثانٍ يسوغ حق الفسخ: أثبت الحنفية حق الفسخ بالعذر، قياساً على العذر الطارئ على العيب في المعقود عليه قبل القبض، بجامع أن كلاً منهما يحدث ضرراً زائداً لم يستحق بالعقد إذا مضى المدين الذي قام العذر في جانبه على موجب العقد؛ أي: قام بتنفيذ التزامه، وهذا المنطوق العام، أو الضابط الفقهي للعذر، يروونه متحققاً في العيب في المعقود عليه^(١).

(١) غير أنّه يؤخذ على الحنفية أن العذر أوسع شمولاً من العيب اللاحق بالمعقود عليه؛ لأنهم يعتبرون الأعذار الشخصية التي لا علاقة لها بالمعقود عليه، فيثبتون حق الفسخ بمقتضاها، ولو كان المعقود عليه قائماً سليماً، إلا أن يقال: إنّ العلة الجامعة هي مطلق الضرر الزائد الذي لم يستحق بالعقد أياً كان منشؤه من العذر الشخصي بالمؤجر، أو المستأجر، أو بالمعقود عليه، وهذا النّظر لم يوافقهم عليه سائر المذاهب الأخرى، على أن الأعذار الشخصية التي توجب حق الفسخ ليست مطلقة، بل هي أضرار شخصية مخصوصة.

إنَّ ظهور العيب قبل القبض يوجب حق الفسخ للمتضرر، فكذلك العذر؛ وبيان ذلك: أنَّ العيب يوجب نقصاً في المعقود عليه، ممَّا يترتب عليه تفاوت الثمن أو الأجرة، بين حالتي المعقود عليه سليماً أو معيباً، وهو ضرر لم يستحقَّ بالعقد لأنَّ الأصل «سلامة المعقود عليه» من العيوب؛ تحقيقاً للرضا الكامل بتحقيق التوازن ما أمكن. فكان ثبوت حق الفسخ شرعاً، دفعاً لهذا الضرر الزائد غير المستحقِّ بالعقد، واستعمال المدين لحقه في الفسخ يكون امتناعاً عن تحمل هذا الضرر.

هذا ويؤكد أئمة الحنفية أنَّ الضرر الزائد عن المستحقِّ بالعقد هو علة الحكم بثبوت حق الفسخ، وليس مجرَّد العيب، حين قالوا: «ثمَّ الفسخ بسبب العيب لدفع الضرر لا لعين العيب، فإذا تحقَّق الضرر في إيفاء العقد يكون ذلك عذراً في الفسخ، وإن لم يتحقَّق العيب في المعقود عليه»، وهذا تأكيد لوحدة العلة بين العذر والعيب، في المعقود عليه، وهو الضرر الزائد أو إن شئت فقل: «وحدة المال بينهما»، كما صرح السرخسي.

ويمكن تعليل اجتهادات الحنفية والمالكية في إثبات حق الفسخ في عقد الإجارة، وعقد البيع في الثَّار والزُّروع بعد بدو صلاحها، إذا أصيبت بجائحة بأساس فقهي عامٍّ مؤداه: أنَّ المقرَّر شرعاً أنَّ العقود لم تشرع إلا للحاجة الماسة إليها في التَّعامل، وتبادل المنافع، والتيسير على الناس في طرائق كسبهم ووسائل معاشهم، ممَّا يرفع الضيق والعنت والحرَج والضرر عنهم، ولم تشرع قطعاً تلك المالات والنتائج الضرورية التي تصبح العقود أو تنفيذها في ظرف من الظروف، ذريعةً مفضيةً إليها، فهم هذا من تعليلهم، حيث قالوا: إنَّ حقَّ الفسخ للعيب، لا لذات العيب، بل للضرورة، كذلك العذر لا يفسخ به عقد الإجارة لذات العذر بل لماله، وهو الضرر غير المستحقِّ في حدِّ ذاته، أيَّا كان منشؤه.

ولو افترض بقاء العقد قائماً ولازماً لطرفيه على الرِّغم من تلك النتائج الضرورية الحتمية لعادت العقود - إبراماً وتنفيذاً - على أصل تشريعها بالنقض، كما يقول الأصوليون.

ومعلوم أنَّ الأصل في التكاليف والمشروعات أن تكون نتائج تنفيذها وتطبيقها عملية، مطابقة لما رسم الشارع لها من مالٍ نظرياً، حتى تتمَّ المطابقة والمساواة بين التَّطبيق والتَّشريع؛ لأنَّ هذا هو مراد الشارع قطعاً، وإلا وقعت المناقضة بين التَّطبيق والشرع، والمناقضة باطلة بالإجماع، فلا يتسبَّب في المصير إليها، وعليه فلا ينفذ العقد إذا غلب

على الظن أنه مفض إلى هذه المناقضة، بل هي مناقضة للمقاصد الحاجية العامة التي لم تشرع العقود والمعاملات بوجه عام إلا لتحقيقها.

فالغاية العامة للعقد والمعاملات تتصل بالمقاصد الحاجية غالباً، وهي المصالح التي لا بد منها لتيسير الحياة من دون مشقة غير معتادة مما يتعلق بالاقتصاد والاجتماع وغير ذلك من وجوه المصالح التي ترفع الضيق والخرج عن الناس بتحقيقها، وهي من دون الضروريات، وأهمها عقود البيع والإجارة بجميع صورها.

فالعدل إذن هو قطب الرّحى في التشريع الإسلاميّ، قياساً أو استحساناً حسب الظروف والأحوال، وبذلك كانت معاييرها من الدقة والإحكام بحيث تقدره على تحقيق مقتضى العدل والمصلحة، ورفع الحرج والضرر في الظروف المتغيرة، وفي كلّ واقعة تعرض.

وخلاصة ما تقدم: إنّ الشّارع الحكيم لا يحمل الملتزم فوق ما التزم فعلاً عند العقد. ويلزم عن هذا عقلاً، أنّه يشترط أن تكون الظروف وقت إبرام العقد قائمة عند تنفيذه، إذا كان لتغيرها أثر في مآل تنفيذ العقد وضرر زائد؛ وهو شرط ضمنيّ فهم لزوماً عقلياً من التعليل السابق للأئمة، وإن لم يصرحوا به.

فحقّ الامتناع عن المضيّ في موجب العقد؛ أي: الامتناع عن تنفيذ الالتزام من جانب المتعاقد المدين به بمقتضى حقّ الفسخ الثابت له شرعاً، لم تكن علته ذات الالتزام، ولا الضرر الناشئ عن الالتزام؛ لأن ذلك يجب الوفاء به شرعاً، وإنما لوصف ملازم للالتزام لا ينفك عنه، بسبب العذر أو الظرف الطارئ الملابس، وهذا الضرر غير مستحق بالعقد، ولا هو من التزاماته، فكان الفسخ طريقاً متعيناً لدفع الظلم عنه.

نظريّة التّداخل في الفقه الإسلامي

تعريف التداخل:

التداخل لغة: الدُّخُول: نَقِيزُ الخُرُوجِ، دَخَلَ يَدْخُلُ دُخُولاً وَتَدَخَّلَ وَدَخَلَ بِهِ، وَتَدَخَّلَ الشَّيْءُ أَي دَخَلَ قَلِيلاً قَلِيلاً، وَقَدْ تَدَاخَلَنِي مِنْهُ شَيْءٌ. والمدخل، بِالْفَتْح: الدُّخُول وَمَوْضِعُ الدُّخُول أَيْضاً. وداخلة الرجل: باطنُ أمره. وتداخلُ المفاصلُ ودخالها: دخولُ بعضها في بعض. وتداخلُ الأمور: تشابُّها والتباسُها ودخولُ بعضها في بعض^(١).

وأما اصطلاحاً فعرفه الجرجاني بقوله: التداخل: عبارة عن دخول شيء في شيء آخر بلا زيادة حجم ومقدار^(٢). وهو لا يخرج عن التعريف اللغوي، وفيه دور منطقي حيث عرف التداخل بالدخول. ويتناول تعريفه الأمور الشرعية وغيرها، كما أنه يقصره على الأمور المتساوية.

ويمكن تعريف التداخل بالقول: هو اجتماع حكمين شرعيين أو أكثر، متفقين، أو مختلفين، من جنس واحد، أو جنسين، والاكتفاء بواحد منهما، لدليل شرعي. ومن المصطلحات ذات الصلة:

التكرار: وهو عبارة عن الإتيان بشيء مرة بعد أخرى. والتكرار يلزم منه التداخل إذا كان المكرر قابلاً للتداخل، فهو بمعنى اجتماع أمرين متفقين، كمن زنى مرتين قبل إقامة الحد.

الاندراج: وهو دخول أمر في أمر أكبر منه، أو دخول الأدنى في الأعلى. وعليه: فيعتبر الاندراج صورة من صور التداخل، ذلك أن من صور التداخل، دخول الأصغر في الأكبر.

مشروعية التداخل:

التداخل كما نص عليه كثير من الفقهاء هو استثناء من الأصل، وخروج عن مقتضى القياس.

(١) لسان العرب؛ لابن منظور: (دخل)، القاموس المحيط: (دخل).

(٢) التعريفات؛ للجرجاني: (باب التاء)؛ ص ٥٤.

قال العز بن عبد السلام: (التداخل على خلاف الأصل، والأصل تعدد الأحكام بتعدد الأسباب)^(١).

وقال القرافي: (فالأصل أن يترتب على كل سبب مسببه، والتداخل على خلاف الأصل)^(٢).

فالأصل تكرر الأحكام بتكرر موجباتها، ولكن للتيسير ورفع الحرج عن المكلفين أُجري الاستثناء، ومما يدل على مشروعية التداخل وقوعه في كثير من الأحكام، وثبوت هذا الوقوع بأدلة من القرآن، والسنة، وأقوال الصحابة، ومن هذه الأدلة:

- **من القرآن:** قوله تعالى: ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهَّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ)) [المائدة: ٦].

ووجه الدلالة في الآية الكريمة: أن الله تعالى حينما يأمر الجنب بالتطهر، وهو الاغتسال، فإنه يدل ويقتضي أن الاغتسال كافٍ عن الوضوء والغسل، وأنه ليس عليه بعد الغسل من الجنابة حدث آخر، لأن الغسل يتضمن غسل أعضاء الوضوء الأربعة، فصار الأصغر جزءاً من الأكبر.

- **من السنة:**

١. حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما في حديث حجة النبي صلى الله عليه وسلم، حيث قال فيه: (...حَتَّى آتَى الْمَزْدَلِفَةَ، فَصَلَّى بِهَا الْمَغْرِبَ وَالْعِشَاءَ بِأَذَانٍ وَاحِدٍ وَإِقَامَتَيْنِ...) ^(٣).

ووجه الدلالة: أن الحديث نص في أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بأذان واحد وإقامتين، في الجمع بعرفة ومزدلفة، فدل على مشروعية التداخل في الأذان.

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: ٢٥٢/١.

(٢) الفروق: ٣٠/٢.

(٣) أخرجه مسلم، كتاب الحج، باب: حجة النبي صلى الله عليه وسلم، برقم: ١٤٧ - (١٢١٨).

٢. عن عائشة رضي الله عنها، زوج النبي صلى الله عليه وسلم، قالت: خرجنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع فأهللنا بعُمْرة، ثُمَّ قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ كَانَ مَعَهُ هَدْيٌ فَلْيُهِلَّ بِالْحَجِّ مَعَ الْعُمْرَةِ، ثُمَّ لَا يَحِلَّ حَتَّى يَحِلَّ مِنْهُمَا جَمِيعاً» فَقَدِمْتُ مَكَّةَ وَأَنَا حَائِضٌ، وَلَمْ أَطْفِئِ بِالْبَيْتِ، وَلَا بَيْنَ الصَّافَا وَالْمَرْوَةِ، فَشَكُوتُ ذَلِكَ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: «انْقِضِي رَأْسَكَ وَامْتَشِطِي وَأَهْلِي بِالْحَجِّ، وَدَعِي الْعُمْرَةَ»، فَفَعَلْتُ، فَلَمَّا قَضَيْنَا الْحَجَّ أَرْسَلَنِي النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَعَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ إِلَى التَّنْعِيمِ فَاعْتَمَرْتُ، فَقَالَ: «هَذِهِ مَكَانُ عُمْرَتِكَ»، قَالَتْ: فَطَافَ الَّذِينَ كَانُوا أَهْلُوا بِالْعُمْرَةِ بِالْبَيْتِ، وَبَيْنَ الصَّافَا وَالْمَرْوَةِ، ثُمَّ حَلُّوا، ثُمَّ طَافُوا طَوَافاً آخَرَ بَعْدَ أَنْ رَجَعُوا مِنْ مَنًى، وَأَمَّا الَّذِينَ جَمَعُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ، فَإِنَّمَا طَافُوا طَوَافاً وَاحِداً.

وفي رواية الترمذي: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «مَنْ أَحْرَمَ بِالْحَجِّ وَالْعُمْرَةِ، أَجْزَأُهُ طَوَافٌ وَاحِدٌ، وَسَعْيٌ وَاحِدٌ مِنْهُمَا، حَتَّى يَحِلَّ مِنْهُمَا جَمِيعاً»^(١).

وجه دلالة الحديث: هذا الحديث ينص صراحةً على إجزاء طواف واحد وسعي واحد للقارن، مع أنها عبادتان: الحج والعمرة، وهذا دليل على مشروعية التداخل.

- **أقوال الصحابة:** ومنه: ما ثبت عن ابن عمر، وابن عباس، وغيرهما من الصحابة على القول بوجوب كفارة واحدة إذا تكررت الأيمان، وكان المحلوف به والمحلوف عليه متحدًا^(٢).

- **الأدلة التبعية:** قال الباقري: (الأصل أن مبنى السجدة على التداخل يعني في الاستحسان، والقياس أن يجب لكل تلاوة سجدة، سواء كانت في مجلس واحد أو لم تكن؛ لأن السجدة حكم التلاوة، والحكم يتكرر بتكرر سببه. وجه الاستحسان ما ذكره بقوله "دفعاً للحرج" وذلك أن المسلمين يحتاجون إلى تعليم القرآن وتعلمه، وذلك

(١) متفق عليه. أخرجه البخاري في الحج، باب كيف تحل الحائض والنفساء، برقم: ١٥٥٦، ومسلم في الحج، باب بيان وجوه الإحرام، برقم: ١١١ - (١٢١١). والترمذي في الحج، باب ما جاء أن القارن يطوف طوافاً واحداً، برقم: ٩٤٨.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه؛ في الأيمان والندور، باب: الحلف على أمور شتى، برقم: من ١٦٠٥٦ - ١٦٠٦٧.

يحتاج إلى التكرار غالباً، فالإزام التكرار في السجدة يفضي إلى الحرج لا محالة، والحرج مدفوع^(١).

فدليل مشروعية التداخل في الأحكام الشرعية هو الاستحسان، والذي هو مصدر من مصادر التشريع التبعية عند القائلين به من الأصوليين.

هل التداخل ملزم؟ وأيها أفضل، التداخل أم التعدد؟

بمعنى هل يلزم على المكلف أن يأخذ بالتداخل في الأحكام التي ثبت فيها، أم إنَّ له الأخذ بالتعدد، وترتيب أحكام عدة على حسب مسيَّباتها؟
باستقراء الأحكام الشرعية في أبواب الفقه، نجد أنَّ أغلب الأحكام التي ورد فيها التداخل غير ملزمة للمكلف، وله الأخذ بالتداخل أو التعدد، إلا في مسائل يسيرة.

وهنا يرد سؤال آخر: هل الأفضل للمكلف الأخذ بالتداخل أم التعدد؟

وفائدة هذا السؤال تظهر خصوصاً في العبادات التي يمكن جريان التعدد فيها، أي أنَّ التداخل فيها ليس على سبيل الإلزام، كما أنَّ محله العبادات التي ليست من قبيل التروك، أما ما كان على سبيل التروك كإزالة النجاسة، فليست مقصودةً هنا.

وعلى هذا يمكن تقسيم العبادات من حيث أفضلية التعدد أو التداخل إلى قسمين:

أولاً: ما يكون التداخل فيها هو الأفضل:

وذلك يكون لورود النص بذلك، ومثال ذلك كمن دخل المسجد وقد أقيمت الصلاة، فإن تحية المسجد تدخل مع المكتوبة، ولا يفرد بها صلاةً مستقلة، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: «إِذَا أُقِيمَتِ الصَّلَاةُ فَلَا صَلَاةَ إِلَّا الْمَكْتُوبَةُ»^(٢)، وحديث أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَرَّ بِرَجُلٍ يُصَلِّي، وَقَدْ أُقِيمَتِ صَلَاةُ الصُّبْحِ، فَكَلَّمَهُ بِشَيْءٍ لَا نَدْرِي مَا هُوَ، فَلَمَّا انْصَرَفْنَا أَحْطَنَّا نَقُولُ: مَاذَا قَالَ لَكَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؟ قَالَ: قَالَ لِي: «يُوشِكُ أَنْ يُصَلِّيَ أَحَدُكُمْ الصُّبْحَ أَرْبَعًا»^(٣).

(١) العناية شرح الهداية: ٢٢/٢.

(٢) أخرجه مسلم في صلاة المسافرين وقصرها، باب كراهة الشروع في نافلة بعد شروع المؤذن، برقم: ٦٤ - (٧١٠).

(٣) متفق عليه، واللفظ لمسلم، رواه البخاري، كتاب الأذان، باب إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة، برقم: ٦٦٣.

ومسلم، كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب كراهة الشروع في نافلة بعد شروع المؤذن، برقم: ٦٥ - (٧١١).

ثانياً: ما يكون التعدد فيها هو الأفضل:

وذلك لورود السنة بذلك، كالجمع بين الوضوء والغسل في الطهارة الكبرى. أو قد يكون التعدد أفضل ليس لورود السنة بذلك، بل لأنّ التعدد فيها مقصود لذاته، لكونه قرينة. ومثال ذلك: ما لو أحر طواف الإفاضة حتى خرج، فإنّ طواف الإفاضة يجزئ عن طواف الوداع عند الحنبلية^(١)، وهو تداخل باندرج الأدنى في الأعلى، لكن الأفضل في حقه تعدد الطواف، ليكون للإفاضة طواف خاص، وللوداع طواف خاص.

وذهب الحنفية والشافعية^(٢) إلى أنه من طاف طواف الإفاضة ونوى به طواف الوداع فإنه لا يجزئه عن طواف الوداع، فلا يدخل طواف الوداع في طواف الإفاضة، لاختلاف مقصودهما.

ووجه أفضلية التعدد عند القائلين بالتداخل أنّ في التعدد مزيد عمل، وكثرة فعل، ولهذا علل بعض الفقهاء أفضلية التمتع على القران والإفراد، بأنّ في التمتع مزيد عمل، حيث يحصل للحاج عمرة كاملة بأفعالها، وحجّ كامل بأفعاله، بينما في القران تتداخل أعمال العمرة والحج، فيكتفى بطواف واحد وسعي واحد، وفي الإفراد لا يحصل إلا الحج.

ولهذا قعد الفقهاء قاعدة عبّروا عنها بقولهم: (ما كان أكثر فعلاً كان أكثر فضلاً)^(٣). وقال ابن رجب: (إذا تقابل عملان أحدهما ذو شرف في نفسه ورفعة وهو واحد، والآخر ذو تعدد في نفسه وكثرة، فأيهما يرجح. ظاهر كلام أحمد ترجيح الكثرة)^(٤). فإذا رجحت الكثرة على الوحدة مع نفاستها، فمع عدمها أولى.

تداخل الأسباب وتساقطها وتعددتها:

بحث الإمام القراني رحمه الله تعالى تداخل الأسباب في كتابه (الفروق)، حيث بيّن معنى تداخل الأسباب وتساقط الأسباب والفرق بينها.

فقسّم الأسباب من حيث تداخلها أو عدمه إلى ثلاث أقسام:

١. تداخل الأسباب

٢. تساقط الأسباب

(١) القواعد؛ لابن رجب: ص ٢٤.

(٢) الأشباه والنظائر؛ للسيوطي: ص ١٢٦، الأشباه والنظائر؛ لابن نجيم: ص ١١٢.

(٣) الأشباه والنظائر؛ للسيوطي: ص ١٤٣.

(٤) القواعد؛ لابن رجب الحنبلي: ص ٢٢.

٣. عدم التداخل أو التساقط أي التعدد

أولاً: تداخل الأسباب:

وهو القسم الأقل في الشريعة.

وقد عرفه القرافي بقوله: (التداخل بين الأسباب معناه أن يوجد سببان مسببهما واحد، فيترتب عليهما مسبب واحد، مع أن كل واحد منهما يقتضي مسبباً من ذلك النوع ومقتضى القياس أن يترتب من ذلك النوع مسببان)^(١).

وقد ساق القرافي لهذا المعنى عدة أمثلة، منها:

١. تداخل الأسباب المتماثلة، كالملاستين في الوضوء، والجنابتين في الغسل، فإنه يكفي وضوء واحد، وغسل واحد.
٢. وكذلك تداخل الأسباب المختلفة، كالحيض والجنابة في الغسل، فإنه يترتب عليه غسل واحد، وكالملازمة والجنابة، فإن سبب الوضوء الذي هو الملازمة اندرج في الجنابة فلم يترتب عليه وجوب وضوء وأجزأه الغسل.
٣. تداخل تحية المسجد مع صلاة الفرض مع تعدد سببها فيدخل دخول المسجد الذي هو سبب التحية في الزوال الذي هو سبب الظهر مثلاً فيقوم سبب الزوال مقام سبب الدخول فيكتفى به.
٤. تداخل صيام رمضان مع صيام الاعتكاف، فإن الاعتكاف سبب لتوجه الأمر بالصوم ورؤية هلال رمضان سبب توجه الأمر بصوم رمضان فيدخل سبب الاعتكاف في سبب رؤية الهلال، ويتداخل الاعتكاف ورؤية الهلال.
٥. تداخل الحدود المتماثلة وإن اختلفت أسبابها؛ كالقذف وشرب الخمر، أو تماثلت؛ كالزنى مراراً والسرقه مراراً والشرب مراراً قبل إقامة الحد عليه.

ثانياً: تساقط الأسباب:

وقد عرفه بقوله: (وأما تساقط الأسباب فإنما يكون عند التعارض وتنافي المسببات بأن يكون أحد السببين يقتضي شيئاً والآخر يقتضي ضده، فيقدم صاحب الشرع الراجح منهما على المرجوح، فيسقط المرجوح أو يستويان فيتساقطان معاً).

(١) الفروق: ٢٩/٢.

وقد قسّم القرافي تساقط الأسباب إلى قسمين:

القسم الأول: التساقط بسبب الاختلاف في جميع الأحكام؛ ومن أمثلة ذلك:

١. الردة مع الإسلام.
٢. القتل والكفر اللذان يقتضيان عدم الإرث مع القرابة الموجبة للميراث.
٣. الدين مسقط للزكاة وأسبابها توجبها.

القسم الثاني: التساقط بسبب الاختلاف في بعض الأحكام؛ ومثال ذلك: النكاح مع الملك إذا عقد على أمته، فإن النكاح يوجب إباحة الوطء، والملك يوجب مع ذلك ملك الرقبة والمنافع، فيسقط النكاح تغليباً للملك بسبب قوته، وتكون الإباحة الحاصلة مضافة للملك فقط، ولا يحصل تداخل فلا يقال هي مضافة لهما البتة.

ثالثاً: عدم تداخل الأسباب أو تساقطها؛ أي: تعددها:

وهو القسم الأكثر في الشريعة وهو عدم التداخل حتى مع تماثل الأسباب. ومن أمثلة ذلك:

١. **الإتلافان** يجب بهما ضمانان ولا يتداخلان.
 ٢. **الطلاقان** يتعدد أثرهما ولا يتداخلان، بل ينقص كل طلاق من العصمة طلاقة إلا أن ينوي التأكيد أو الخبر عن الأول.
 ٣. **الزوالان** فإنهما يوجبان ظهريين وكذلك بقية أوقات الصلوات وأسبابها.
 ٤. **النذران** يتعدد منذورهما ولا يتداخل.
- وهو كثير جداً في الشريعة، فالأصل أن يترتب على كل سبب مسببه، والتداخل على خلاف الأصل.
- وبه يظهر أن** تساقط الأسباب يكون عند تعارض وتنافي المسببات، بأن يكون أحد السببين يقتضي شيئاً، والآخر يقتضي خلافه. وأن تداخل الأسباب إنما يكون عند وجود سببين مسببهما واحد.

محل التداخل

محل التداخل هو: الأمران المجتمعان، واللذان هما مقدمة التداخل، وقد اختلف الفقهاء في تحديدهما، فمنهم من يرى أن **محل التداخل هو الأسباب**، ومنهم من يرى أن محل التداخل هو **الأحكام**، ومنهم من يرى التفريق بين العبادات والعقوبات.

وقد صرح بعض الفقهاء بهذا المحل، وكان بحتم مصحوباً بشيء من التقعيد والتأصيل، وهم **الحنفية والمالكية**، ومنهم من لم يتعرض لبحث هذه المسألة قصداً وإنما يُعرف رأيهم عن طريق استقراء مسائل التداخل عندهم، وبيان ما كتبوه عن التداخل عموماً. ويمكن بيان مناهج الفقهاء وأقوالهم في مسألة محل التداخل على النحو الآتي:

القول الأول: التفريق بين العبادات والعقوبات، وهو مذهب الحنفية:

الأصل في التداخل كونه في **الحكم**؛ لأنه أمر حكمي ثبت بخلاف القياس، إذ الأصل أن لكل سبب حكماً، فيليق بالأحكام لا بالأسباب؛ لثبوت الأسباب حساً بخلاف الأحكام، واعتبار الثابت حساً غير ثابت أبعد من اعتباره كذلك في غير المحسوس لكننا لو قلنا به في الحكم في العبادات لبطل التداخل؛ لأنه بالنظر إلى الأسباب يتعدد، وبالنظر إلى الحكم يتحد فيتعدد؛ لأنه إذا دارت بين الثبوت والسقوط ثبتت؛ لأن مبنائها على الكثير؛ لأننا خلقنا لها، بخلاف العقوبات؛ لأن مبنائها على الدرء والعفو حتى إذا دارت كذلك سقطت، ولأن المتحقق تأثير المجلس في جميع الأسباب لا الأحكام على ما في البيع وغيره، وهذا التداخل تقييد بالمجلس، فعلم أنه في السبب^(١).

فالأليق في **العبادات** أن يكون التداخل في السبب، لأن التداخل إذا كان في الحكم دون السبب كانت الأسباب باقية على تعددها، فيلزم وجود السبب الموجب للعبادة بدون العبادة، فيلزم الإسقاط بعد وجوب سبب الإثبات، وفي ذلك ترك الاحتياط فيما يجب فيه الاحتياط، لأن العبادة يجب الاحتياط في إثباتها لا في إسقاطها، فقلنا بتداخل الأسباب فيها ليكون جميعها بمنزلة سبب واحد ترتب عليه حكمه إذا وجد دليل الجمع. أما التداخل في **العقوبات** فيكون التداخل في **الحكم**، لأن العقوبات ليست مما يحتاط في إثباتها بل مما يحتاط في درئها، فلا يلزم من تركها مع قيام سببها الأمر الشنيع، بل يحصل المقصود منها في الدنيا وهو الزجر بعقوبة واحدة، مع جواز عفو المولى تعالى في الآخرة وإن تعدد السبب، فيكون عدم الحكم مع وجود الموجب مضافاً إلى عفو الله وكرمه، فإنه هو الموصوف بسبوغ العفو وكمال الكرم^(٢).

(١) فتح القدير؛ للكمال بن الهمام: ٢٣/٢.

(٢) ينظر: العناية شرح الهداية: ٢٤/٢، البناية؛ العيني: ٦٧٣/٢، رد المحتار: ١١٥/٢.

وثمره هذا التفريق بين العبادات والعقوبات تظهر في:

الأول: فيما إذا تلا آية سجدة فسجد، ثم قرأ تلك الآية في ذلك المجلس مرات تكفيه تلك السجدة عن التلاوة التي توجد بعدها، لأن التلاوة الأولى سببٌ والبقية تابعٌ لها.

الثاني: إذا زنى فجلد ثم زنى ثانياً يجلد ثانياً، لوجود سببه مع ظهور أنه لم يحصل المقصود وهو الانزجار عن الزنى بالحد الأول، وكذلك ثالثاً ورابعاً لعدم التداخل في الأسباب، بخلاف ما إذا زنى ولم يحد ثم زنى مرة واحدة؛ لتداخل الحكم والعقوبة.

القول الثاني: كون محل التداخل هو الأسباب، وهو مذهب المالكية:

أما المالكية فقد نصوا على ذلك صراحة، ومن ذلك ما ذكره القرافي في كتابه (الفروق) في مسألة تداخل الأسباب وتساقطها، وقد سبق الحديث عن هذه المسألة آنفاً.

القول الثالث: كون محل التداخل هو الأحكام، وهو مذهب الشافعية والحنبلية:

لم ينص الشافعية والحنبلية على قولٍ في هذه المسألة، لكن يمكن معرفة مذهبهم بعد استقراء أمثلة التداخل التي ذكروها في كتبهم.

أما مذهب الشافعية فيدل عليه ما ذكره الزركشي في كتابه (المنثور)، حيث قال: (التَّداخُلُ يَدْخُلُ فِي ضُرُوبٍ؛ أَحَدُهَا الْعِبَادَاتُ وَهِيَ قِسْمَانِ: الْأَوَّلُ: أَنْ يَكُونَ فِي وَاجِبٍ، ... وَثَانِيَهُمَا: أَنْ يَكُونَ فِي مَسْنُونٍ...)^(١)، وهذا إشارة صريحة إلى أن محل التداخل في العبادات إنما هو الأحكام. وكذلك في العقوبات، فقد دلت الأمثلة التي ساقها في كتابه على كون التداخل في الأحكام.

وكذلك ما ذكره العز بن عبد السلام من الأمثلة فيما يقبل التداخل، ومنها قوله: (المثال الرابع: سجود السهو يتداخل مع تعدد أسبابه)^(٢)، فذكر كون السجود واحداً والأسباب متعددة.

وكذا ما قاله السيوطي: (إذا اجتمع حدث وجنابة، كفى الغسل على المذهب... ولو جامع بلا حائل... والأكثرون قالوا: يحصل الحدثان...)^(١)، فذكر كفاية غسل واحد مع وجود سببين، وهما اللبس والجنابة.

(١) المنثور في القواعد؛ للزركشي: ٢٦٩/١.

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام؛ عز الدين ابن عبد السلام: ٢٥١/١.

أما ما يدل على مذهب الحنبلية فهو ما ذكره ابن رجب في كتابه (القواعد): (إذا اجتمعت عبادتان من جنس في وقت واحد ليست إحداها مفعولة على جهة القضاء ولا على طريق التبعية للأخرى في الوقت تداخلت أفعالهما، واكتفى فيهما بفعل واحد).

فقوله: (تداخلت أفعالهما) يدل على وقوع التداخل في الحكم.

وكذلك ما ذكره من أمثلة بعد ذلك، حيث قال: (وأما الأحداث الموجبة للطهارة من جنس أو جنسين موجبها واحد فيتداخل موجبها...) ^(٢) حيث نصّ على تداخل موجب الأحداث، وموجبها هي الأحكام المترتبة عليها.

والذي يظهر أن الراجح كون محل التداخل في الأحكام ويؤيد ذلك ما يأتي:

١. كون التداخل واقعاً في الأحكام هو الأصل، ووقوعه في الأسباب خلاف الأصل، وذلك ما أشار إليه الكمال ابن الهمام رحمه الله تعالى من أن الأسباب موجودة وثابتة حساً ومتعددة، وإيقاع التداخل بينها بعيد، بينما الأحكام غير ثابتة حساً، وإيقاع التداخل بينها وجيه.

٢. أن حقيقة التداخل، وثمرته، وفائدته للمكلف، إنما تظهر في المسببات - أي: الأحكام - فهي التي يكتفى بواحد منها ويسقط ما عداها عن المكلف.

٣. وأما قول الحنفية: إنما لو قلنا بالتداخل في الأحكام في العبادات، للزم من ذلك ترك العبادة المطلوب تكثيرها مع قيام سببها. فيجاء عنه بعدم التسليم بذلك، إذ لا يلزم من التداخل في العبادات في الأحكام تقليل العبادة، لأنّ التداخل ليس على سبيل الإلزام، فللمكلف الخيار بين إيقاعه وعدم إيقاعه، إلا في مسائل يسيرة.

- أسباب التداخل:

أسباب التداخل هي المسوغات والأدلة الشرعية التي جوزت التداخل، وجعلته ممكناً. وقبل الشروع في بيان أسباب التداخل يحسن التنبيه على أمور:

١. أسباب التداخل لا يعني وجودها بالضرورة حصول التداخل بين ما يترتب عليها من أحكام، بل هي إشارة وقرينة على ترجيح جانب التداخل على جانب التعدد، ولا بد

(١) الأشباه والنظائر؛ للسيوطي: ص ١٢٦.

(٢) القواعد؛ لابن رجب الحنبلي: ص ٢٣.

مع وجود هذه الأسباب، أو وجود أحدها، من توافر شروط التداخل، وانتفاء موانعه، لأجل حصول التداخل.

٢. أسباب التداخل ليست مما يتوفر في جميع مسائل التداخل، فهناك بعض المسائل التي يوجد بها جميع أسباب التداخل، وبعض المسائل التي يوجد بها بعض الأسباب لا كلها، وذلك راجع إلى طبيعة المسألة الفقهية.

٣. أسباب التداخل هي أسباب اجتهادية، فقد يذكر فريق من العلماء سبباً ولا يوافقه عليه آخرون، وقد يتفقون على سبب ثم يختلفون في تطبيقه على مسألة بعينها.

٤. عند ذكر الأمثلة لأسباب التداخل، فالمراد مجرد التمثيل، دون التعرض للخلاف الفقهي في المسألة، فقد يكون القائل بالتداخل في هذه المسائل فريق من الفقهاء فقط.

أولاً: النصوص الشرعية:

فقد ترد نصوص شرعية من الكتاب والسنة النبوية المطهرة تدل على وقوع التداخل في مسألة معينة، فيكون هذا النص دليلاً وقينةً على وقوع التداخل في هذه المسألة، ومثال ذلك حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما في حديث حجة النبي صلى الله عليه وسلم، حيث قال فيه: (...حَتَّى أَتَى الْمُزْدَلِفَةَ، فَصَلَّى بِهَا الْمَغْرِبَ وَالْعِشَاءَ بِأَذَانٍ وَاحِدٍ وَإِقَامَتَيْنِ...)، فالحديث نص في أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بأذان واحد وإقامتين، في الجمع بعرفة ومزدلفة، فدل على مشروعية التداخل في الأذان.

ثانياً: تحقق المقصود من الأمرين المتداخلين بفعل واحد^(١):

قال السيوطي وابن نجيم: (إذا اجتمع أمران من جنس واحد، ولم يختلف مقصودهما، دخل أحدهما في الآخر غالباً)^(٢)، يفهم من هذا الكلام أن التداخل إنما يكون في الأحكام التي لا يختلف مقصودها عند وقوعها، لكن الملاحظ أن التداخل يقع في الأمور وإن اختلف مقصودها، فالتعبير بعدم اختلاف المقصود غير دقيق، ولا تنضبط به المسائل، وعدم انضباطه يظهر في هذه المسألتين:

الأولى: التداخل بين طواف القدوم، وطواف العمرة.

(١) ينظر: رد المحتار: ١/١٦٩، رد المحتار: ٤/٥٠، المدونة: ١/٢٢٨، المجموع: ٤/٥٣٦، المغني: ٢/٢٥٧.

(٢) ينظر: الأشباه والنظائر؛ للسيوطي: ص ١٢٦، الأشباه والنظائر؛ لابن نجيم: ص ١١٢.

الثانية: التداخل بين طواف الإفاضة، وطواف الوداع.

فالذين عبروا بعدم الاختلاف بالمقصود، اختلف قولهم في المسألتين، فقالوا بالتداخل بالأولى، وهي التداخل بين طواف القدوم وطواف العمرة، ومنعوا التداخل بين طواف الإفاضة وطواف الوداع، بحكم اختلاف مقصودهما، لأنّ المقصود بطواف الإفاضة تفريغ الذمة، وبطواف الوداع توديع البيت^(١).

لكننا نجد أن المقصود في طوافي العمرة والقدوم مختلف أيضاً، فالمقصود من طواف الفرض تفريغ الذمة، والمقصود من طواف القدوم تحية البيت في أول لقاء.

فإذا منعوا التداخل بحجة اختلاف المقصود، وجب عليهم منع التداخل في هذه المسألة أيضاً. وبناءً عليه: يكون المراد من كلام السيوطي وابن نجيم، أنه إذا تحقق المقصود من شرع الحكمين بفعل واحد، كان التداخل جامعاً للحكمين في حكم واحد، لأنه بإعمال التداخل يتحقق كلا المقصودين من شرع الحكمين. ومن أمثلة ذلك:

١. اغتسل للجنابة ونوى معه غسل الجمعة، أجزأه غسل واحد^(٢)، لأنّ مقصود الشرع قد تحقق بغسل واحد، ومقصود الشرع من غسل الجمعة المحافظة على المسجد، لئلا يتأذى الناس بأي رائحة كريهة تشوش على المصلين، وتشغلهم عن عبادتهم، فكان أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالاغتسال يوم الجمعة مشروعاً لعدة الاجتماع، والمقصود من غسل الجنابة، رفع الحدث، فإذا اغتسل للجنابة، زال الحدث وزال التفث والشعث اللذين من أجلهما شرع غسل يوم الجمعة، فتحقق مقصود الشارع من شرع الحكمين بفعل واحد، وهذا هو مفهوم التداخل هنا.

٢. التداخل بين طواف الوداع وطواف الإفاضة، فإن طواف الإفاضة ركن، وطواف الوداع واجب، فيتداخلان، لأنّ مقصود الشارع من طواف الوداع، أن يكون آخر عهد المسلم بالبيت طوافاً، لذلك من طاف طواف الإفاضة ونوى معه طواف الوداع، أجزأه وتداخل، لأنّ مقصود الشارع يتحقق بالأعلى منهما، وهو طواف الإفاضة.

(١) ينظر: غمز عيون البصائر؛ للحموي: ٣٩٣/١، روضة الطالبين؛ للنووي: ٧٦/٣.

(٢) ينظر: الأشباه والنظائر؛ للسيوطي: ص ٢٢، الأشباه والنظائر؛ لابن نجيم: ص ٣٤.

٣. التداخل في تكرار الحدود المتماثلة قبل إقامة الحد، لأنّ مقصود الشارع من إقامة الحد الزجر والردع والمنع من المعاودة مرة أخرى، ويتحقق مقصود الشارع فيمن زنى مراراً قبل إقامة الحد، بإقامته مرة واحدة.

أما إذا اختلف المقصود من الحكمين، ولم يمكن تحقيق مقصودهما بفعل واحد، فلا تداخل، ومثال ذلك: ما لو وطئ إنساناً بشبهة بكرة، فإنّه يجب المهر والأرش، ولا تداخل بينهما، لأنّ المقصود من المهر لأجل الاستمتاع، والأرش من أجل الجناية، فاختلف المقصودان، ولم يتحققا بواحدٍ منهما، فامتنع التداخل^(١).

ثالثاً: اتحاد الجنس في محل التداخل:

فإذا كانت الأمور المجتمعة من جنس واحد، كان ذلك دلالةً وقرينةً على إرادة التداخل، قال السيوطي وابن نجيم - كما سبق -: (إذا اجتمع أمران من جنس واحد...)، وقال ابن رجب: (إذا اجتمعت عبادتان من جنس...)، وقال الزركشي: (الثاني العقوبات: فإن كانت لله تعالى من جنس واحد، تداخلت)^(٢).

ومن أمثلة التداخل في الأمور من جنس واحد:

١. التداخل بين الأحداث من جنس واحد، كمن بالَ مرتين، فيجب الوضوء مرةً واحدة، وكمن أجنب مرتين فيجب الغسل مرةً واحدة.

٢. التداخل بين الحدود المتحدة جنساً، كما لو زنى مراراً قبل إقامة الحد، فيقام حدّ واحد، وكمن كرر القذف، أو السرقة مراراً.

٣. التداخل بين الكفارات من جنس واحد، كمن جامع في نهار رمضان مراراً، لم يلزمه غير كفارة واحدة.

أما إذا اختلف الجنس في محل التداخل - أي الأمور المجتمعة - فقد انتفت القرينة على التداخل، فيتعدد الحكم ولا يحصل التداخل إلا لوجود قرينة أخرى، وسبب آخر يسوّغ التداخل. ومن أمثلة ذلك:

١. لو زنى، وشرب، وسرق، ولزمه قتل، أقيم الكل ولا تداخل، لاختلاف الجنس.

(١) ينظر: الأشباه والنظائر؛ للسيوطي: ص ١٢٧.

(٢) ينظر: المنثور في القواعد؛ للزركشي: ٢٧٠/١.

٢. لو دخل المسجد الحرام فوجدهم يصلّون جماعةً فصلّاها، فإنّه لا يحصل له تحيّة البيت وهو الطواف، لأنّه ليس من جنس الصلاة^(١).

٣. إن حلق وقلم ولبس وتطيب ووطئ فعليه لكل واحد كفارة، لأنّه فعل محظورات من أجناس فلم تتداخل أجزاؤها^(٢).

رابعاً: اتحاد المجلس:

يقصد باتحاد المجلس: وقوع الأفعال كلها في مجلس واحد. ومن أمثلة ذلك:

١. لو تلا آية سجدة وكررها في مجلس واحد، اكتفى بسجدة واحدة، وإن كان في مجالس تعددت^(٣).

٢. لو كرر محظوراً من محظورات الإحرام، من جنس واحد، في مجلس واحد، لزمته فدية واحدة، وإن كان في مجالس تعددت، وذلك مثل من حلق ثم حلق، أو لبس ثم لبس، أو تطيب ثم تطيب، فالحكم فيه كما لو فعل ذلك دفعة واحدة، وتجزئه كفارة واحدة^(٤).

خامساً: العذر الذي يلحق بتركه مشقة بالغة بالمكلف:

فإذا وجد العذر الشديد كان مسوّغاً للتداخل، لأن التداخل شرع استحساناً، من أجل التخفيف ورفع الحرج، ومثال ذلك: الجمع بين الصلاتين في السفر، وفي المرض، وفي المطر، حيث تتداخل أوقات الصلاة في وقت واحد.

سادساً: الضرورة:

ومثال ذلك: دفن أكثر من رجل في قبر واحد عند الضرورة، كأن كثروا وعُسّر إفراد كل ميت بقبر، لضيق مكان أو تعذر حافر، فإنّ الأصل دفن كلّ ميت في قبر واحد، ولكن لمكان الضرورة جمعنا بينهما في محل الحكم^(٥).

(١) ينظر: المنتثور في القواعد؛ للزركشي: ٢٧٠/١.

(٢) ينظر: العدة شرح العمدة، بهاء الدين المقدسي: ص ١٩٨.

(٣) الأشباه والنظائر؛ لابن نجيم: ص ١١٢.

(٤) العدة شرح العمدة، بهاء الدين المقدسي: ص ١٩٧.

(٥) ينظر: فتح القدير: ١٤١/٢، شرح الزرقاني على مختصر خليل: ١٨٢/٢، مغني المحتاج: ٤٠/٢، المغني: ٤٢٠/٢.

- شروط التداخل وموانعه:

أولاً: أن تكون الأحكام المجتمعة واقعة على شخص واحد:

فإذا كانت الأحكام واقعة على أكثر من شخص، فلا تتداخل، ومن أمثلة ذلك:

١. لو حمل حاج أو معتمر آخر مثله ليطوف به، فإن الطواف إنما يقع عن واحد منهما لا كليهما، عند الحنبلية^(١).

٢. لو اشترك جماعة محرمون في قتل صيد، فإنَّ الجزء يتعدد في حقهم عند الحنفية، لأنَّ الجزء واقع على أكثر من شخص^(٢).

٣. لو قذف جماعة رجلاً أو امرأة، وجب على كل واحدٍ حد، ولا يُكتفى بحدٍ واحدٍ لهم جميعاً^(٣).

ثانياً: عدم أداء موجب السبب أو الأسباب الأولى أداءً كاملاً قبل وجود بقية الأسباب:

ويظهر أثر هذا الشرط خصوصاً في الكفارات، والفدية، والحدود، ونحوها، فلا يقع التداخل بين هذه الأحكام إذا وجدت بعد ترتب الموجب كاملاً على ما قبلها من الأسباب المقتضية لما يماثلها.

قال المقرئ المالكي: (تجدد السبب بعد انقضاء تعلُّقه، كابتدائه، وأما قبله، فإن كان معقولاً تداخلت؛ كالحدود والأحداث، وإلا فقولان؛ كالولوغ)^(٤).

ويترتب على هذا الشرط ثلاث صور:

الصورة الأولى: وجود السبب الثاني الموجب للحكم بعد أداء موجب -أي حكم-

السبب الأول كاملاً. وفي هذه الصورة يمتنع التداخل، ومن أمثلة ذلك:

١. لو وطئ في نهار رمضان، ثم كفر للوطء الأول، ثم وطئ في اليوم الثاني، لزمته كفارة أخرى، وامتنع التداخل هنا، لأنَّ الوطء الثاني حصل بعد أداء موجب الوطء الأول.

(١) ينظر: المغني: ٢٤٤/٣.

(٢) ينظر: البدائع: ٢٠٢/٢، المبسوط: ٨٠/٤.

(٣) ينظر: البدائع: ٢٨٨/٦، الذخيرة؛ للقرافي: ١٠٥/١٢.

(٤) القواعد؛ للمقري: ٤٣١/٢.

٢. لو فعل إحدى محظورات الإحرام كالحلق مثلاً، ثم كفر للحلق الأول، ثم حلق ثانية، فإنه يكفر مرة أخرى، لأن الحلق الثاني حصل بعد أداء موجب الحلق الأول، فامتنع التداخل بينهما.

٣. لو زنى فُحْدً، ثم زنى بعد الحد، فإنه يقام عليه الحد مرة أخرى، لأنّ الزنى الثاني حصل بعد استيفاء موجب الزنى الأول، فامتنع التداخل بين الحدين.

٤. لو فعل ناقضاً من نواقض الوضوء، أو موجباً من موجبات الغسل، فتوضاً أو اغتسل، ثم فعل ناقضاً أو موجباً آخر، لزمه الوضوء أو لغسل ثانية، لأن الناقض أو الموجب الثاني حصل بعد ترتب موجب الناقض أو الموجب الأول، فامتنع التداخل.

الصورة الثانية: وجود السبب الثاني الموجب للحكم قبل أداء موجب السبب الأول.

وفي هذه الصورة لا يمتنع التداخل، ومن أمثلة ذلك:

١. لو وطئ في نهار رمضان، ثم وطئ في اليوم الثاني قبل أن يكفر للوطء الأول، كفته كفارة واحدة عند بعض أهل العلم، وأمكن التداخل هنا، لأنّ الوطء الثاني حصل قبل أداء موجب الوطء الأول.

٢. لو كرر محظوراً من محظورات الإحرام، كمن حلق ثم حلق، كفته كفارة واحدة عند بعض أهل العلم، وأمكن التداخل، لأن الحلق الثاني حصل قبل أداء موجب الحلق الأول.

٣. لو زنى ثم زنى ثانية قبل أن يُحْدَ، فإنه يُحْدَ حداً واحداً، ويمكن التداخل، لأن الزنى الثاني وقع قبل استيفاء موجب الزنى الأول.

٤. لو فعل ناقضاً من نواقض الوضوء، أو موجباً من موجبات الغسل، ثم فعل ناقضاً آخر أو موجباً آخر، قبل الوضوء أو الغسل، فيمكن التداخل ويكتفي بوضوء واحد أو غسل واحد.

الصورة الثالثة: وجود السبب الثاني الموجب للحكم بعد الشروع في أداء موجب السبب الأول، وقبل استيفائه كاملاً. فقد يمتنع التداخل بين ما تم استيفاءه من موجب السبب الأول، وبين موجب السبب الثاني، ويبقى التداخل ممكناً بين ما بقي من موجب السبب الأول وبين موجب السبب الثاني. ومثال ذلك:

١. لو قذف، فأقيم عليه بعض الحد، ثم عاد فقذف ثانيةً قبل إكمال الحد، لم يُستوفى بقية الحد الأول، ويُجدّ ثانية، ودخل ما بقي من الحد الأول في الحد الثاني^(١).
٢. لو أحدث ناقضاً من نواقض الوضوء، فتوضأ، وقبل إكمال وضوئه أحدث ناقضاً آخر، لم يُكمل الوضوء الأول، ويتوضأ ثانيةً، ويدخل ما بقي من الوضوء الأول في الوضوء الثاني.

وقس على هذه الأمثلة غيرها من الكفارات والفدية والأحداث.

ثالثاً: ألا تكون الأمور المتداخلة مقصودة في نفسها جميعاً:

وبناءً على هذا الشرط يتبين لنا ثلاث صور:

الصورة الأولى: أن تكون الأمور المراد إيقاع التداخل بينها مقصودة في نفسها جميعاً.

وفي هذه الحال **يُمْتَنَعُ التداخل**، ولا يجوز إيقاعه، مثال ذلك: صلاة الظهر والعصر، أو صلاتا ظهر، أو صلاتا عصر، فلا يُكْتَفَى بصلاة واحدة عن صلاتين، لأنّ كل صلاة مقصودة في نفسها، فامتنع التداخل بينها.

الصورة الثانية: أن تكون الأمور التي يراد إيقاع التداخل بينها غير مقصودة في نفسها جميعاً. وفي هذه الحال **يَجْرِي التداخل** ولا يُمْتَنَعُ، مثال ذلك: سجدة السهو، فلو تكرر السهو في صلاة واحدة، اكتفي بسجود واحد، لأنّ سجود السهو غير مقصود في نفسه، بل المقصود منه جبر ما يحصل في الصلاة من سهو، وترغيم للشيطان، ولهذا جرى التداخل بينها.

الصورة الثالثة: أن تكون الأمور المراد إيقاع التداخل بينها، منها ما هو مقصود في نفسه، ومنها ما ليس مقصوداً في نفسه. وفي هذه الحال **يَجْرِي التداخل** أيضاً ولا يُمْتَنَعُ، ويدخل الأمر الغير مقصود في نفسه في الأمر المقصود في نفسه، ومثال ذلك: صلاة الفريضة وركعتا تحية المسجد، فلو دخل المسجد فصلّى الفريضة مباشرة، كفته عن تحية المسجد، فإنّ الفريضة وإن كانت مقصودة في نفسها، لكن تحية المسجد غير مقصودة في

(١) الأشباه والنظائر؛ للسيوطي: ص ١٢٦.

نفسها، بل المقصود منها إيقاع صلاة عند دخول المسجد تحية له وتعظيماً له، ولهذا جرى الداخل بينها وبين الفريضة.

وما يستثنى من هذا الشرط، الحج والعمرة، فإنَّ كلاً منهما مقصودٌ في نفسه، ومع ذلك يقع التداخل بينهما؛ لورود النص.

قال العز بن عبد السلام: (وَأَمَّا دُخُولُ الْعُمْرَةِ فِي الْحَجِّ فَإِنَّهُ بَعِيدٌ مِنْ قَوَاعِدِ الْعِبَادَاتِ فَيَقْتَصِرُ فِيهِ عَلَى حَدِّ وَرُودِهِ)^(١).

رابعاً: ملائمة الوقت والمكان والهيئة للأمرين المتداخلين:

ويتضح هذا الشرط خاصةً في أبواب العبادات، فإن كان الوقت، أو المكان، أو الهيئة، مما لا يصح إيقاع العبادتين جميعاً - منفردتين غير متداخلتين - فيه امتنع التداخل.

ومن أمثلة ملائمة الوقت:

١. لو طاف للإفاضة ونوى به الوداع أيضاً، ثم خرج من مكة، ولم ينشغل بشيء آخر بعد طوافه، أجزأه ذلك الطواف عن الإفاضة والوداع، لأن الوقت الذي فعل فيه الطواف صالحٌ لإيقاع الطوافين جميعاً منفردين فيه. لكن لو طاف للإفاضة، ثم أقام في مكة، أو انشغل بشيء معتبر، لم يجزئه ذلك الطواف عن الوداع، بل لا بد من طوافٍ آخر عن الوداع، لأنَّ الوقت الذي فعل فيه طواف الإفاضة غير صالح لإيقاع الطوافين جميعاً منفردين، فلئن صح وقتاً لطواف الإفاضة إلا أنه لا يصح وقتاً لطواف الوداع، لأن طواف الوداع يجب أن يكون آخر عهد الإنسان البيت.

٢. لو اغتسل للجنابة بعد الفجر، ونوى به غسل الجمعة أيضاً، أمكن التداخل عند جمهور العلماء، ولم يمكن عند المالكية. وذلك للاختلاف في وقت غسل الجمعة، هل

يبدأ من طلوع فجر يوم الجمعة، أو يبدأ من وقت الرواح إلى الجمعة؟

فعلى القول بأن وقت غسل الجمعة يبدأ من الفجر، فإيقاع الغسل من الجنابة بعد الفجر يجزئ عن غسل الجمعة، لأن الوقت صالحٌ لإيقاع الغسلين جميعاً منفردين فيه. وعلى القول أنَّ الوقت يبدأ من وقت الرواح إلى الجمعة، فإيقاع غسل الجنابة بعد الفجر

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام؛ عز الدين ابن عبد السلام: ٢٥٢/١.

لا يجزئ عن غسل الجمعة، لأنه وقع في وقت غير صالح لإيقاع الغسلين جميعاً منفردين، فلئن صح إيقاع غسل الجنابة فيه، إلا أنه لا يصح إيقاع غسل الجمعة فيه^(١).
ومثال ملائمة المكان:

لو دخل المسجد فصلى ركعتين ينوي بهما راتبة الفجر وتحية المسجد، أجزأه ذلك، لأن المكان الذي فعلت هذه العبادة صالح لإيقاع العبادتين جميعاً منفردتين فيه. لكن لو صلى راتبة الفجر في بيته، فإنها لا تكفيه عن تحية المسجد إذا دخله، لأن المكان الذي فعلت فيه راتبة الفجر، غير صالح لإيقاع العبادتين جميعاً منفردتين فيه، فلئن صح إيقاع راتبة الفجر فيه، إلا أن تحية المسجد لا يصح إيقاعها في البيت، لأن سببها دخول المسجد.

ومثال ملائمة الهيئة:

ما لو دخل المسبوق المسجد فوجد الإمام راکعاً، فكبر قائماً تكبيرةً ينوي بها الإحرام والركوع، أجزأه ذلك عند كثير من أهل العلم الذين قالوا إن تكبيرة الإحرام تجزئ في حال القيام، لأن التكبيرة وقعت في هيئة صالحة لإيقاع العبادتين جميعاً منفردتين فيها، وهي القيام. لكن لو كبر للإحرام في حال الهوي إلى الركوع لم يجزئه ذلك عن تكبيرة الإحرام، لأن الحال الذي فعلت فيه العبادة، غير صالح لإيقاع العبادتين جميعاً منفردتين فيه، فلئن صح إيقاع تكبيرة الركوع فيه، إلا أن تكبيرة الإحرام لا يصح إيقاعها فيه.

خامساً: ألا تكون إحدى العبادتين مفعولةً على جهة التبعية للأخرى في الوقت:

وعل هذا فإن كانت إحدى العبادتين تابعة للأخرى في الوقت، امتنع التداخل. كما لو صلى إنسان ركعتين ينوي بهما راتبة الفجر والفريضة، فلا تصح عن الاثنين، لأن سنة الفجر تابعة للفريضة في الوقت.

لكن لو صلى ركعتين ينوي بهما تحية المسجد وفريضة الفجر، أجزأته عنهما، لأن تحية المسجد غير تابعة للفجر في الوقت.

(١) ينظر: رد المحتار: ١/١٦٩، المدونة: ١/٢٢٧، المجموع: ٤/٥٣٦، المغني: ٢/٢٥٧.

هذا إذا كانت التبعية من جهة الوقت، أما إذا كانت التبعية من جهة الفعل، فلا يمتنع التداخل، بل قد تكون سبباً للتداخل ومسوغاً له. كما لو لبس المحرم مخيطاً مطيباً، **فَرَجَّحَ الرَّافِعِيُّ لُزُومَ فِدْيَتَيْنِ. وَصَحَّحَ النَّوَوِيُّ وَاحِدَةً لِاتِّحَادِ الْفِعْلِ وَتَبَعِيَّةِ الطَّيِّبِ** ^(١).

سادساً: ألا تكون إحدى العبادتين مفعولةً على جهة القضاء:

وهذا الشرط ليس على إطلاقه، بل هو في الصيام فقط، وعند بعض العلماء. ومن أمثلة ذلك:

١. ما لو نوى بصيامه قضاء ما عليه، وصيام ست من شوال، فلا يحصل له بصيامه هذا الأمران جميعاً، بل يكون عن القضاء فقط، ولا يجوز فضل صيام الست من شوال. ويمكن تعليل هذه المسألة من ناحية أخرى: وهو أن الفضل الوارد في صيام ست من شوال، إنما يتحقق بعد استكمال صيام رمضان، كما جاء في حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «مَنْ صَامَ رَمَضَانَ ثُمَّ أَتْبَعَهُ سِتًّا مِنْ شَوَّالٍ، كَانَ كَصِيَامِ الدَّهْرِ» ^(٢). حيث يدل قوله صلى الله عليه وسلم: (ثم أتبعه) على أن صيام الست يكون بعد صيام رمضان، ومن صام الست قبل قضاء ما عليه، لم يكن داخلياً في مفهوم الحديث، ولم يحصل له صيام الست ^(٣).

٢. لو صام يوم عرفة ناوياً بذلك عرفة وقضاء رمضان، أو صوم كفارة، أو نذر، فلا يحصل له ثواب صيام يوم عرفة، ويحصل له ثواب صوم القضاء أو الكفارة أو النذر فقط، وذلك عند أبي يوسف من الحنفية، والإسنوي من الشافعية. وذهب البارزي من الشافعية إلى أنه يحصل له ثواب صيام يوم عرفة، ويصح صوم القضاء أو الكفارة أو النذر. وقال محمد من الحنفية: يكون عن التطوع، لأنه عين الوقت لجهتين مختلفتين متنافيتين فسقطتا للتعارض وبقي أصل النية وهو نية الصوم فيكون عن التطوع ^(٤).

(١) الأشباه والنظائر؛ للسيوطي: ص ١٢٧.

(٢) أخرجه مسلم، كتاب الصيام، باب استحباب صيام ستة أيام من شوال إتباعاً لرمضان، برقم: ٢٠٤ - (١١٦٤).

(٣) ينظر: حاشية البجيرمي على الخطيب؛ المسماة تحفة الحبيب: ٤٠٦/٢. وهو مشهور مذهب الحنبلية.

(٤) ينظر: البدائع: ٨٤/٢. الأشباه والنظائر؛ للسيوطي: ص: ٢٢. ولم أجد للمالكية والحنبلية تفصيلاً في المسألة.

أما في غير الصيام من أحكام، فلا يشترط هذا الشرط، ويمكن التداخل حتى لو كانت إحدى العبادتان مفعولةً على جهة القضاء، ومثال ذلك:
لو دخل المسجد وصلى الظهر قضاءً، أجزأت عن القضاء وتحية المسجد كذلك.

- أنواع التداخل:

لدى استقراء المسائل التي وقع فيها التداخل، يتبين أن التداخل ينقسم إلى أنواع عديدة، وذلك باعتبارياتٍ مختلفة، هي:

أولاً: أنواع التداخل من حيث الوقوع وعدمه:

وينقسم إلى ثلاثة أنواع:

١. ما يقبل التداخل باتفاق؛ كتداخل العمرة والحج.
٢. ما لا يقبل التداخل باتفاق؛ كالصلوات المفروضة.
٣. ما اختلف في وقوع التداخل فيه، وأمثله كثيرة؛ كتداخل الكفارات والأحداث^(١).

ثانياً: أنواع التداخل من حيث وقوعه في أبواب الفقه:

ذكر القرافي أنَّ التداخل وقع في الشريعة في ستة أبواب، وهي:
الطهارات، والصلوات، والصيام، والكفارات، والحدود المتماثلة، والأموال^(٢).
أما الزركشي فقد قسم أنواع التداخل من حيث وقوعه في أبواب الفقه إلى أربعة أنواع، وهي: العبادات، والعقوبات، والإتلافات، والعدتان^(٣).
وهذا التقسيم أعم وأدق من السابق، حيث جمع جُلَّ مسائل التداخل في أبواب الفقه.

ثالثاً: أنواع التداخل من حيث نوع الأحكام التكليفية المتداخلة:

١. تداخل بين واجب وواجب؛ كالتداخل بين الوضوء والغسل الواجبين، والتداخل بين تكبيرة الإحرام وتكبيرة الركوع، والتداخل بين طواف الإفاضة وطواف الوداع^(٤).

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنعام؛ عز الدين ابن عبد السلام: ٢٥١/١.

(٢) الفروق: ٢٩/٢.

(٣) المنثور في القواعد: ٢٦٩/١-٢٧٦.

(٤) المنثور في القواعد: ٢٦٩/١.

٢. تداخل بين مسنون ومسنون؛ كالتداخل بين سنة ركعتي الوضوء وتحية المسجد، والتداخل بين صيام يوم عرفة وصيام الاثنين.

٣. تداخل بين واجب ومسنون؛ كالتداخل بين غسل الجنابة وغسل الجمعة، والتداخل بين الفريضة وتحية المسجد، والتداخل بين حج الفريضة والعمرة.

٤. تداخل بين واجب ومباح؛ كالتداخل بين الغسل الواجب والغسل بنية التبرد.

٥. تداخل بين مسنون ومباح؛ كالتداخل بين غسل الجمعة والغسل بنية التبرد.

رابعاً: أنواع التداخل من حيث الكثرة والقلة في الأمور المتداخلة:

١. دخول القليل مع الكثير؛ كدخول دية اليد أو العين في دية النفس، ودخول حكومة الأهداب في دية الأجفان.

٢. دخول الكثير مع القليل؛ كدخول دية الأطراف إذا كان أكثر من طرفين في دية النفس.

٣. دخول المساوي مع المساوي؛ كدخول طواف الوداع في طواف الإفاضة فإنهما متساويان عدداً وكيفيةً.

خامساً: أنواع التداخل من حيث ترتيب الأمور المتداخلة (١):

١. دخول المتقدم في المتأخر؛ كدخول حدث الوضوء المتقدم في الجنابة المتأخرة.

٢. دخول المتأخر في المتقدم؛ كدخول حدث الوضوء المتأخر في الجنابة المتقدمة.

٣. دخول الطرفين في الوسط؛ كدخول حدثي الوضوء الأول والآخر في الجنابة في الوسط.

سادساً: أنواع التداخل من حيث اتفاق الأمور المتداخلة واختلافها:

١. تداخل في أمرين متفقين من جنس واحد، كتداخل سببين متفقين للوضوء، كمن بالَ مرتين، أو قبَلَ مرتين، وتداخل سببين متفقين للغسل، كمن جامع مرتين، وكمن قَلَّمَ أظافر يديه ورجليه في مجلس واحد وهو محرم.

٢. تداخل في أمرين مختلفين من جنس واحد، كتداخل النوم والبول والتقييل كموجبات للوضوء، وتداخل الجماع والاحتلام كموجبات للغسل.

٣. تداخل بين أمرين مختلفين من جنسين، كتداخل بولٍ وانقطاع حيض كموجبات للوضوء والغسل، ومكن قلم أظافره وتطيب ولبس المخيط وهو محرم.

سابعاً: أنواع التداخل من حيث الإلزام والتخيير في إيقاعه:

١. تداخل على سبيل التخيير؛ كالتداخل بين طواف الإفاضة وطواف الوداع، فيمكن الأخذ بالتداخل والاكتفاء بطواف واحد، ويمكن عدم الأخذ به وإيقاع طوافين للإفاضة والوداع.

٢. تداخل على سبيل الإلزام، كالتداخل بين تحية المسجد والفريضة لمن دخل المسجد بعد إقامة الصلاة، فلا يشرع للإنسان أن يأتي بتحية المسجد مستقلة، وكالتداخل بين سجدة السهو عند تكرار السهو في الصلاة، فلا يشرع أن يعدد سجود السهو.

ثامناً: أنواع التداخل من حيث وقوع الأمرين المتداخلين، أو وقوع أحدهما وسقوط الآخر^(١):

١. أن يحصل له بالفعل الواحد العبادتان بشرط أن ينويهما جميعاً؛ كتداخل حدّثين أصغر وأكبر، فيكفيه الغسل عنهما إذا نواهما.

٢. أن يحصل له بالفعل الواحد إحدى العبادتين وتسقط الأخرى، كما إذا قدم المعتمر مكة فإنه يبدأ بطواف العمرة ويسقط عنه طواف القدوم.

وضابط هذا التقسيم النية، فإن نوى كلا الأمرين المتداخلين حصلاً جميعاً، وإن نوى أحدهما حصل وسقط الآخر، على اختلاف العلماء في فروع المسائل الفقهية.

تاسعاً: أنواع التداخل من حيث استقلالية الأحكام أو تبعيتها لبعضها:

١. تداخل بين أحكام مستقلة، وهو غالب مسائل التداخل؛ كالتداخل بين حدود السرقة عند تكررها، ونحو ذلك.

٢. تداخل بين أحكام تبعية؛ كالتداخل بين حكومة الأهداب ودية الأجفان فيما لو قطع إنسان جفن شخص وعليه أهداب، وكالتداخل فيما لو لبس المحرم مخيطاً مُطَيَّباً، فالطيب غير مقصود وهو تابع للبس المخيط.

(١) القواعد؛ لابن رجب: ص ٢٣-٢٦.



نظرية الاستناد (الأثر الرجعي) في الفقه الإسلامي

تعريف الاستناد لغة: الالتجاء والاعتماد.

واصطلاحاً: هُوَ أَنْ يَثْبُتَ الْحُكْمُ فِي الْحَالِ ثُمَّ يَسْتَدِلُّ إِلَى وَقْتِ وُجُودِ السَّبَبِ ^(١).
وفي الموسوعة الفقهية الكويتية: هُوَ أَنْ يَثْبُتَ الْحُكْمُ فِي الْحَالِ لِتَحَقُّقِ عَلَّتِهِ، ثُمَّ يَعُودَ الْحُكْمُ الْقَهْقَرَى لِيَثْبُتَ فِي الْمَاضِي تَبَعاً لثَبُوتِهِ فِي الْحَاضِرِ ^(٢).
ومصطلح الاستناد مصطلح فقهي، أمّا المصطلح القانوني المطابق له فهو مصطلح: (الأثر الرجعي).

وأما المصطلحات ذات الصلة بالاستناد فهي:

١- الانعطاف: لغة: الميل، وانعطف: انثنى ورجع وانحنى ^(٣).
واصطلاحاً: السَّريَان من المستقبل للماضي ^(٤)، بمعنى أَنَّ الْحُكْمَ يَنْعُطِفُ عَلَى زَمَنِ سَابِقٍ. وهذا هو الاستناد بعينه.

٢- الأثر الرجعي: في الاصطلاح القانوني الشائع اليوم في عصرنا يُسَمَّى انسحابُ الأحكام على الماضي: أثراً رجعياً. ويُستعمل هذا التعبير في رجعية أحكام القانون نفسها كما في آثار العقود على السواء. فيقال: هذا القانون له أثر رجعي وذاك ليس له. وليس في لغة القانون اسم لعدم الأثر الرجعي.

أمّا الفقه الإسلامي الغني بلغته واصطلاحاته التي تتجلى فيها عبقرية فقهاءه خلال العصور فيسمي عدم رجعية الآثار (اقتصاراً) بمعنى أَنَّ الْحُكْمَ يَثْبُتُ مُقْتَصِراً عَلَى الْحَالِ لَا مَنْسَجِباً عَلَى الْمَاضِي.

وتُسمَّى رجعية الأثر: (استناداً) وهو اصطلاح الحنفية. ويسميه المالكية (انعطافاً).
وقانوننا المدني الجديد قد اقتبس واضعو أصله المصري هذا الاصطلاح من الفقه الإسلامي فاستعملوا فيه لفظ الاستناد بمعنى الأثر الرجعي ^(١).

(١) غمز عيون البصائر، شهاب الدين الحموي: ٣/٤٦٣.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية: ١٠٧/٤.

(٣) لسان العرب، جمال الدين ابن منظور الأنصاري: مادة (عطف).

(٤) التجريد لنفع العبيد (حاشية البجيرمي على شرح المنهج)، سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي: ٣٩٠/٤.

٣- الاستصحاب المقلوب: وهو من المصطلحات الشبيهة بالاستناد، ويُراد به: ثبوت أمرٍ في الأوّل لثبوته في الثّاني لفقدان ما يصلح للتّغيير. وهو اختيار ابن السّبيكي في جمع الجوامع^(٢).

وعرّفه الشّيخ الزّرقا: جعل الأمر الثّابت في الحال مستصحباً ومنسحباً للماضي، وَهُوَ الْمُسَمَّى بالاستصحاب المعكوس، وبتحكيم الحال^(٣).

وعلاقته بالاستناد: الاستصحاب المقلوب هو عينُ الاستناد، وفيها رجوع الحكم من الحاضر إلى الماضي. والاستصحاب المقلوب دليل على إثبات الحكم في الزّمان الماضي بالاستدلال على وجوده في الحاضر للثبوت من الحاضر والشكّ في الماضي وكذلك الاستناد.

- **تأصيل الاستناد:** إن الاستناد بمعناه المتقدّم - وكذا المصطلحات الأصوليّة ذات الصّلة به - وردت في كتب الأصول والفقه وسبق القول بأنّ الاستناد مصطلح في المذهب الحنفيّ، لكن الجمهور لهم اصطلاحات تختلف في الاسم دون المضمون، فقد عبّر جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنبلية عن الاستناد بمصطلح (الانعطاف). وفيما يأتي بعض النّصوص التي تدلّ على ذلك:

أولاً: المالكية: قال الإمام أبو العباس الوئشيري في (إيضاحه): ((القاعدة الثّانية والثلاثون) المترقّبات إذا وقعت، هل يُقدّر حصولها يوم وجودها وكأنّها فيما قبل كالعدم، أو يُقدّر أنّها لم تزل حاصلةً من حين حصلت أسبابها التي أثّرت أحكامها، واستند الحكم إليها وهي: قاعدة التّقدير والانعطاف.

وعليها بيع الخيار إذا أمضي كأنّه لم يزل الإمضاء من حين العقد في أحد القولين؛ والرّد بالعيب، كأنّ العقد لم يزل منقوضاً، وإجازة الورثة الوصيّة كأنّها لم تزل جائزة - على الخلاف في هاتين - وتقدير الربح مع أصله في أول الحول، أو يوم الشراء؛ في باب الزكاة^(٤).

(١) المدخل الفقهي العام؛ الزرقا: ٥٩٦/١.

(٢) تشنيف المسامع بجمع الجوامع للسبيكي؛ بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي: ٢٤٦/٢.

(٣) شرح القواعد الفقهية للزرقا؛ الشّيخ أحمد محمد الزرقا: ص ٨٩.

(٤) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك؛ أحمد بن يحيى الوئشيري: ٢١٢/١.

ثانياً: الشافعية: ذكر السيوطي هذا المصطلح في (الأشباه والنظائر) فقال: (وَمِنْ نَظَائِرِ ذَلِكَ: نِيَّةُ الْجَمَاعَةِ فِي الْأَثْنَاءِ، أَمَّا فِي أَثْنَاءِ صَلَاةِ الْإِمَامِ وَفِي أَوَّلِ صَلَاةِ الْمَأْمُومِ فَلَا شَكَّ فِي حُصُولِ الْفَضِيلَةِ، لَكِنْ هَلْ هِيَ فَضِيلَةُ الْجَمَاعَةِ الْكَامِلَةِ أَوْ لَا؟ فَإِنْ قُلْنَا بِالْأَوَّلِ فَقَدْ عَادَتْ النِّيَّةُ بِالْإِنْعَاطِفِ، وَبِهِ صَرَّحَ بَعْضُ شُرَاحِ الْحَدِيثِ)^(١).

ثالثاً: الحنبلية: جاء في (قواعد ابن رجب) ما نصّه: ((القَاعِدَةُ السَّادِسَةُ عَشْرَةَ بَعْدَ الْمِائَةِ): مَنْ اسْتَنَدَ تَمْلُكُهُ إِلَى سَبَبٍ مُسْتَقَرٍّ لَا يُمَكِّنُ إِبْطَالُهُ وَتَأَخَّرَ حُصُولُ الْمَلِكِ عَنْهُ فَهَلْ يَنْعَطِفُ إِحْكَامُ مَلِكِهِ إِلَى أَوَّلِ وَقْتِ انْعِقَادِ السَّبَبِ وَيَثْبُتُ إِحْكَامُهُ مِنْ حِينِئِذٍ أَمْ لَا يَثْبُتُ إِلَّا مِنْ حِينَ ثُبُوتِ الْمَلِكِ؟ فِيهِ خِلَافٌ وَلِلْمَسْأَلَةِ أَمْثَلَةٌ كَثِيرَةٌ)^(٢).

فقوله: هل ينعطف إحكام ملكه يعني ثبوت إحكام الملك عند تمام السبب بأثر رجعي يمتد إلى وقت ابتداء السبب على القول بالانعطاف.

إنّ الفقهاء قد عرفوا الاستناد طريقاً من طرق ثبوت الأحكام الشرعية فقد ذكر الحصكفي: (اعلم أنّ طرق ثبوت الأحكام أربعة: الانقلاب، والاقتصار، والاستناد، والتبيين)^(٣).

وبين الفقهاء كثيراً من الفروع التي ثبتت أحكامها بالاستناد والانعطاف دون ذكر الأدلة، ومن خلال النظر في النصوص يمكن أن يستدلّ لهم بعدة أحاديث على حجية الاستناد والانعطاف وهي ما يأتي:

أولاً: عَنِ السَّيِّدَةِ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا وَعَنْ أَبِيهَا، قَالَتْ: دَخَلَ عَلَيَّ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ذَاتَ يَوْمٍ فَقَالَ: «هَلْ عِنْدَكُمْ شَيْءٌ؟»، فَقُلْنَا: لَا، قَالَ: «فَإِنِّي إِذْنٌ صَائِمٌ»، ثُمَّ أَتَانَا يَوْمًا آخَرَ، فَقُلْنَا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَهْدِي لَنَا حَيْثُ، فَقَالَ: «أَرَبَيْنِيهِ، فَلَقَدْ أَصْبَحْتُ صَائِمًا» فَأَكَلَ^(٤).

وجه الاستدلال بالحديث: قد دلّ الحديث على جواز عقد نية صوم التطوع من النهار، وهذا في الظاهر تقدير للحكم وهو صحّة الصوم من أول النهار على شرطه وهو

(١) الأشباه والنظائر، للسيوطي: ص ٢٦.

(٢) القواعد، لابن رجب البغدادي الحنبلي: ص ٢٦٥.

(٣) الدر المختار (مع حاشية ابن عابدين)؛ الحصكفي: ٢٦٩/٣. قال ابن عابدين في رد المحتار: "كَذَا عِبَارَتُهُمْ، فَهُوَ مُصَدَّرٌ بِمَعْنَى التَّبَيُّنِ؛ أَي: الظُّهُور".

(٤) أخرجه مسلم، كتاب الصيام، باب جواز صوم النافلة بنية من النهار، ١٧٠- (١١٥٤).

التَّيَّة الواقعة في أثناء النَّهار. وهذا الحديث فيه استناد وانعطاف؛ وذلك لأنَّه يقتضي سرَّيان صحَّة الصَّوم من الحاضر (وهو وقت التَّيَّة الواقعة في أثناء النَّهار) إلى الماضي (وهو أوَّل النَّهار).

ثانياً: عَنِ السَّيِّدَةِ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: أَنَّ قَوْماً قَالُوا لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: إِنَّ قَوْماً يَأْتُونَنَا بِاللَّحْمِ، لَا نَدْرِي: أَذْكَرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ أَمْ لَا؟ فَقَالَ: «سَمُّوا عَلَيْهِ أَنْتُمْ وَكُلُوهُ» قَالَتْ: وَكَانُوا حَدِيثِي عَهْدٍ بِالْكَفْرِ^(١).

وجه الاستدلال بالحديث: إِنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَباح الأكل من اللحم الَّذي حصل الشُّكُّ في التَّسْمِيَةِ عليه حين الذَّحْجِ واعتُبرت التَّسْمِيَةُ المَعْدُومَةُ موجودةً تقديرًا حين الذَّحْجِ، وسبب التقدير هنا: هو تَرْقُبُ وجود التَّسْمِيَةِ من حين وجود سببها وهو إرادة الذَّحْجِ فيجوز الأكل من الذَّيْبَةِ على تقدير انعطاف التَّسْمِيَةِ على وقتها وهو وقت الذَّحْجِ، والشَّيْءُ المَرْقُبُ إذا وقع فإنه يُحْكَمُ بثبوته من حين حصلت أسبابه وهو إرادة الذَّحْجِ التي أثَّرت حكمها وأُسند الحكم إليها. فهذا الحديث فيه استناد لأنَّه يقتضي سرَّيان التَّسْمِيَةِ من الحاضر (وهو وقت الأكل من اللحم) إلى الماضي (وهو وقت الذَّحْجِ).

ثالثاً: عَنْ حَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعَثَ حَكِيمَ بْنَ حِزَامٍ يَشْتَرِي لَهُ أُضْحِيَّةً بِدَيْنَارٍ، فَاشْتَرَى أُضْحِيَّةً، فَأَرْبَحَ فِيهَا دَيْنَاراً، فَاشْتَرَى أُخْرَى مَكَانَهَا، فَجَاءَ بِالْأُضْحِيَّةِ وَالْدَيْنَارِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: «صَحَّ بِالشَّاةِ، وَتَصَدَّقَ بِالْدَيْنَارِ»^(٢).

وَعَنْ عُرْوَةَ الْبَارِقِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: دَفَعَ إِلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دَيْنَاراً لِأَشْتَرِيَ لَهُ شاةً، فَاشْتَرَيْتُ لَهُ شَاتَيْنِ، فَبِعْتُ إِحْدَاهُمَا بِدَيْنَارٍ، وَجِئْتُ بِالشَّاةِ وَالْدَيْنَارِ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَذَكَرَ لَهُ مَا كَانَ مِنْ أَمْرِهِ، فَقَالَ لَهُ: «بَارَكَ اللَّهُ لَكَ فِي صَفْقَةِ يَمِينِكَ»، فَكَانَ يَخْرُجُ بَعْدَ ذَلِكَ إِلَى كُنَاسَةِ الْكُوفَةِ فَيَرْبِخُ الرِّبْحَ الْعَظِيمَ، فَكَانَ مِنْ أَكْثَرِ أَهْلِ الْكُوفَةِ مَالاً^(٣).

(١) أخرجه البخاري، كتاب الذبائح والصيد، باب ذبيحة الأعراب ونحوهم، ٥٥٠٧.

(٢) أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب في المضارب يخالف، برقم: ٣٣٨٦. والترمذي، كتاب البيوع، باب (مرسل)، برقم: ١٢٥٧. واللفظ له، وقال مشيراً إلى انقطاعه: "حديث حكيم بن حزام لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وحبيب بن أبي ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام".

(٣) ذكره البخاري مرسلًا في كتاب المناقب، باب (مرسل)، ٣٦٤٢. وأخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب في المضارب يخالف، برقم: ٣٣٨٤. والترمذي، كتاب البيوع، باب (مرسل)، برقم: ١٢٥٨، واللفظ له. وابن

توجيه الدليل بما يناسب نظرية الاستناد: إن هذا العقد كان موقوفاً على إجازته صلى الله عليه وسلم فلما أجازته نفذ، ونفوذته بالإجازة فيه الاستناد؛ وذلك لأنه يقتضي سرّيان النفاذ من الحاضر (وهو وقت الإجازة) إلى الماضي (وهو وقت إنشاء العقد). قال السرخسي بعد أن ذكر هذه الواقعة: ولو لم يكن البيع موقوفاً على إجازته لأمره بالاسترداد^(١).

- أركان نظرية الاستناد:

يظهر جلياً من خلال استعراض تعريف الاستناد أنه يبنى على ثلاثة أركان وهي:
أولاً: علة الاستناد: إنّ علة الحكم في الاستناد ثابتة ابتداءً، لكنها علة مجازية؛ لتخلف وصف من أوصافها اقتضى التراخي بينها وبين حكمها، أو لوجود مانع منع من ترتب الحكم عليها في الحال حتى إذا ما تحقق وصفها أو زال المانع يثبت الحكم من حين انعقادها، وثبوت الحكم من حين انعقادها أي بأثر رجعي دليل عليها للحكم ابتداءً.

ثانياً: سرّيان الحكم: أي انسحاب الحكم من الزمن الحاضر إلى الزمن الماضي لتحقيق علته، وهذا هو جوهر الاستناد.

ثالثاً: الحكم المستند: وهو الحكم الذي ثبت في الحاضر لتحقيق علته ولم يكن ثابتاً في الماضي لعدم تمام علته، إلا أنه لما ثبت في الحاضر انسحب على الماضي وثبت أثره فيه.

- ضوابط نظرية الاستناد:

أولاً: ألا يكون الحكم ممّا يطّلع عليه العباد. مثال: بيع الفضولي الموقوف على إجازة المالك فإنه لا يمكن العلم بإجازته قبل أن يجيز فإن أُجيز البيع ثبت حكمه بأثر رجعي يمتدّ إلى وقت البيع وهو ما لا يُعلم إلا بعد صدور الإجازة.

ثانياً: لا بدّ من قيام محلّ الحكم من حين ابتداء انعقاد علته إلى حين تمامها وترتّب الحكم عليها؛ وذلك كالبيع الموقوف فإنه إن أُجيز ثبت أثر الإجازة بأثر رجعي يمتدّ إلى وقت

ماجه، كتاب الصدقات، باب الأمين يتجرّ فيه فريخ، برقم: ٢٤٠٢. قال ابن الملقن في "خلاصة البدر المنير ١٥١/٢": "رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه بإسناد صحيح خلافاً لابن حزم، وأخرجه البخاري في صحيحه مرسلاً".

(١) المبسوط؛ السرخسي: ١٥٤/١٣.

الانعقاد لا إلى وقت صدورها شريطة بقاء المَحَلِّ (المبيع) فلو هلك قبل الإجازة ثم أُجِيزَ البيعُ لا تنفُذُ الإجازة ولا يثبتُ حكمُها.

ثالثاً: إذا وُجِدَ الدليلُ المغيّرُ للاستناد فإنه يتغيّرُ به الحكم.

رابعاً: الاستناد حجة يمكن التمسك بها لبيان حكم ما سلف من خلال ما يأتي بحيث يُحْكَمُ الحالُ في الماضي.

خامساً: يمكن اعتماد الاستناد لحلّ كثير من الإشكالات التي قد تُعرض للفقهاء والمفتين في حال عدم وجود دليل صريح يدلُّ على حكم في المسألة.

- أثر الاستناد في التّقييد:

من تعريف الاستناد والمصطلحات ذات الصلة به يتبيّن أن الاستناد له أثر في القواعد الأصوليّة والفقهيّة الآتية:

أولاً: قاعدة التقديرات الشرعية: (التقدير: هو إعطاء الموجود حكمَ المعلوم وإعطاء المعلوم حكمَ الموجود... وَمِنَ التَّقْدِيرَاتِ: إعطاء المتقدم حكمَ المتأخّر وإعطاء المتأخّر حكمَ المتقدم. مثاله: كمن رمى سهماً أو دهوراً حجراً ثمّ مات، فأصابا بعد موته شيئاً، فأفسداه، فإنّه يلزمه ضمّانه تقديرًا لإفساده قبيل موته، وكذلك لو حفر بئراً في محلّ عدواناً، فوقع فيها إنسانٌ بعد موته وجب ضمّانه، فإن كانت له تركة صُرفت في ذلك، فإن أتلّفها الورثة لزمهم ضمانها، وإن لم يُخَلّف شيئاً بقيت الظلامة إلى يوم القيامة)^(١).

ويُعَدُّ القرافيُّ التّقديرَ من الخطابِ الوضعيِّ فيقول: (وَأَمَّا خِطَابُ الْوَضْعِ فَهُوَ خِطَابُ بِنَصَبِ الْأَسْبَابِ؛ كَالزَّوَالِ وَرُؤْيَةِ الْهَالِلِ، وَنَصَبِ الشُّرُوطِ؛ كَالْحَوْلِ فِي الزَّكَاةِ وَالطَّهَارَةِ فِي الصَّلَاةِ، وَنَصَبِ الْمَوَانِعِ؛ كَالْحَيْضِ مَانِعٍ مِنَ الصَّلَاةِ وَالْقَتْلِ مَانِعٍ مِنَ الْمِيرَاثِ، وَنَصَبِ التَّقَادِيرِ الشَّرْعِيَّةِ؛ وَهِيَ إِعْطَاءُ الْمَوْجُودِ حُكْمَ الْمَعْدُومِ، أَوِ الْمَعْدُومِ حُكْمَ الْمَوْجُودِ؛ كَمَا نَقَدَّرُ رَفْعَ الْإِبَاحَةِ بِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ بَعْدَ ثُبُوتِهَا قَبْلَ الرَّدِّ. وَنَقُولُ: ارْتَفَعَ الْعَقْدُ مِنْ أَصْلِهِ، لَا مِنْ حِينِهِ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ لِلْعُلَمَاءِ، وَنَقَدَّرُ النَّجَاسَةَ فِي حُكْمِ الْعَدَمِ فِي صُورِ الصَّرُورَاتِ كَدَمِ الْبَرَاغِيثِ وَمَوْضِعِ الْحَدَثِ فِي الْمَخْرَجِينَ وَنَقَدَّرُ وُجُودَ الْمَلِكِ لِمَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ: أَعْتِقَ عَبْدَكَ عَنِّي لِتَثَبَّتَ لَهُ الْكَفَّارَةُ وَالْوَلَاءُ مَعَ أَنَّهُ لَا مَلِكَ لَهُ، وَنَقَدَّرُ الْمَلِكَ فِي دِيَةِ الْمَقْتُولِ خَطَأً قَبْلَ مَوْتِهِ حَتَّى يَصِحَّ فِيهِ الْإِرْثُ، فَهَاتَانِ مِنْ بَابِ إِعْطَاءِ الْمَعْدُومِ حُكْمَ الْمَوْجُودِ، وَالْأُولَيَانِ مِنْ بَابِ إِعْطَاءِ

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، العز بن عبد السلام: ١١٢/٢، ١١٥.

المَوْجُودِ حُكْمِ الْمَعْدُومِ، وَهُوَ كَثِيرٌ فِي الشَّرِيعَةِ، وَلَا يَكَادُ بَابٌ مِنْ أَبْوَابِ الْفِقْهِ يَنْفَكُ عَنِ التَّقْدِيرِ^(١).

ثانياً: قاعدة (الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة): والمراد بها أن إجازة صاحب الحقّ لتصرّف غيره بيعاً أو شراءً أو تزويجاً أو غير ذلك بمنزلة تفويض الوكيل في التصرّف قبل العقد، فكلاهما سبب لصحة العقد ونفاذه، ويشمل حكم هذه القاعدة تصرّفات الفضوليّ والعبد والصغير ونحوهم ممّن لا تنفذ تصرّفاتهم مباشرة.

وجه صلة هذه القاعدة بالاستناد: أن القول بنفوذ العقد أو التصرّف بالإجازة يعني استحباب حكم الحاضر، وهو نفوذ التصرّف إلى الماضي وهو وقت إنشائه. فإنّ العقد كان صحيحاً؛ لكنّ نفاذه موقوفٌ على إجازة صاحب الحقّ، يقول صاحب (بدائع الصنائع): (وَالْعَقْدُ الْمَوْقُوفُ إِذَا اتَّصَلَتْ بِهِ الْإِجَازَةُ تَسْتَنْدُ الْإِجَازَةَ إِلَى وَقْتِ الْعَقْدِ، وَإِذَا اسْتَنْدَتِ الْإِجَازَةُ إِلَيْهِ صَارَ كَأَنَّهُ عَقَدَهُ بِإِذْنِهِ، إِذِ الْإِجَازَةُ اللَّاحِقَةُ كَالِإِذْنِ السَّابِقِ)^(٢).

ثالثاً: قاعدة (السّرية تكون في الأمور الشرعية لا الحقيقية): معنى السّرية: ثبوت الحكم في الكلّ بسبب ثبوته في البعض، وحكم الاستناد حكم السّرية.

ومعنى الاستناد: أن يثبت الحكم في الزمان المتأخّر ويرجع القهقري حتى يُحكم بثبوته في الزمان المتقدّم وهو المسمى بالأثر الرجعيّ، ويُسمّى بالانعطاف أيضاً.

ومفاد القاعدة: أن ثبوت الحكم في الكلّ بسبب ثبوته في البعض أو اعتبار الحكم مستنداً إنما يكون في الأمور الشرعية التي ثبتت أحكامها شرعاً، ولا تكون في الأمور الحسنيّة والعقليّة.

ومن الأمثلة: إذا نوى الصوم في النفل وقت الضّحي صحّ الصوم بالنية التقديرية لا بالنية التحقيقية. ومنها: النّصاب تجب فيه الزكاة عند تمام الحول مستنداً إلى وقت وجوده^(٣).

رابعاً: قاعدة التقدير والانعطاف: المترقّبات إذا وقعت هل يُقدّر حصولها يوم وجودها، وكأنّها فيما قبل كالعدم، أو يُقدّر أنّها لم تزل حاصلةً من حين حصلت أسبابها التي أثّرت أحكامها، واستند الحكم إليها وهي قاعدة التقدير والانعطاف، وعليها بيع الخيار

(١) أنوار البروق في أنواء الفروق (الفروق)؛ القرافي: ١٦١/١.

(٢) بدائع الصنائع: ٢٣٧/٢.

(٣) الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان؛ زين الدين ابن نجيم: ص ٣١٤.

إذا أُمضي كأنه لم يزل الإمضاء من حين العقد في أحد القولين، والردُّ بالعيب، كأنَّ العقد لم يزل منقوضاً، وإجازةُ الورثة الوصيَّة، كأنها لم تزل جائزةً، على الخلاف في هاتين.
وتقدير الربح مع أصله في أول الحول، أو يوم الشراء في باب الزكاة، وصيام التَّطَوُّع
بنية قبل الزوال من اليوم المصوم، فإنه ينعقد الصوم بها عند أبي حنيفة والشافعي،
وتنعطف النية على ما قبل وقتها من اليوم، ومن أعتق عبده في سفره ثم قدم فأكرهه وقدم
من شهد عليه، فحكم عليه، هل يُقدَّر الحكم يوم أعتق، أو الآن وقع^(١).

- نماذج من المسائل الفقهية المبنية على الاستناد

وُجد في كتب الفقه بعضُ الفروع الفقهية كأمثلة وتطبيقاتٍ للاحتجاج بالاستناد
منتشرة في معظم أبواب الفقه ومن أهمها ما يأتي:

تطبيقات نظرية الاستناد في العبادات:

أولاً: (الزكاة تجب في أصل المال مع ربحه الذي حصل أثناء الحول ويُقدَّر الحول
حاصلاً من أول الحول): إذا اشترى الإنسان سلعة ما فزادت هذه السلعة أو ربحت قبل
تمام حول الزكاة بشهرٍ فيجب عليه زكاة رأس المال وزكاة ربحه، وإن لم يتم للربح حول؛ لأنَّ
الربح فرعٌ، والفرعُ يتبع الأصل، وربح التجارة حوله حول أصله، وكذلك نتاج البهائم حوله
حول الأمهات؛ لأنَّ النتاج فرعٌ فيتبع الأصل، ويُقدَّر الربح حاصلاً أول الحول.

وتخرج هذه المسألة على الاستناد: أننا نستصحب الحال الحاضرة وهي وجود
الربح ونقدِّره كائناً في الماضي، فكأنه كان موجوداً مع الأصل؛ لأنَّ الشرع لما دلَّ على
وجوب الزكاة في النماء ولم يوجد النماء إلا في أثناء الحول فإنه يتعين تقدير وجود النماء في
أول الحول؛ تحقيقاً للشرط في وجوب الزكاة، وهو دوران الحول، فيفعل ذلك محافظةً على
الشرط بقدر الإمكان وذلك بإعطاء الموجود حكم موجودٍ آخر (تبعية النماء للأصل في
الملك فيتبعه في الحول كذلك) أو إعطاء المعدم حكم الموجود (ترقُّب وجود النماء منذ أن
ملك الأصل ونوى به التجارة)^(٢).

(١) ينظر: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك؛ الونشريسي: ص ٨٦.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع: ١٣/٢، بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ٣٣/٢، حاشية الخرشي شرح مختصر خليل،
محمد بن عبد الله الخرشي: ١٩٦/٢، المهذب في فقه الإمام الشافعي: ٢٩٦/١، المغني: ٤٦٧/٢.

ثانياً: (إن صوم التطوع ينعقد بنية من النهار قبل الزوال من اليوم وتُقدَّر النية حاصلة من أول وقت الصيام): الذي عليه الجمهور من الحنفية والشافعية والحنبلية أن صوم التطوع يجوز بنية من النهار^(١).

لما ورد عن السيدة عائشة رضي الله عنها قالت: دخل علي رسول الله ﷺ ذات يوم فقال: «هل عندكم شيء؟»، فقلنا: لا، قال: «فإني إذن صائمٌ». وأما المالكية فقد رأوا أنه لا يُجزئ الصيام إلا بنية قبل الفجر ولو كان تطوعاً^(٢).

وتخرج هذه المسألة على الاستناد: إن الأصل أن يقع المسبب عقيب سببه، والمشروط عقيب شرطه، لكن إن وقع في الشرع ما ظاهره أن الحكم قد وقع متقدماً على سببه أو شرطه فإنه يُقدَّر تقدُّم وقوع السبب أو الشرط (النية) الذي أثر هذا الحكم (الصوم)، فيُقدَّر صائماً من أول النهار ويُقدَّر كأنه نوى من ذلك الوقت انعطافاً على الماضي؛ بأن يُعطى المتقدِّم حكم المتأخِّر وينتفي فيه القول بتقدُّم الحكم على شرطه. **ثالثاً:** الأكل من اللحم الذي حصل الشك في التسمية عليه حين الذبح.

وتخرج هذه المسألة على الاستناد: إن النبي صلى الله عليه وسلم أباح الأكل من اللحم الذي حصل الشك في التسمية عليه حين الذبح، واعتبرت التسمية المدومة موجودة تقديرًا حين الذبح. وذلك فيما ورد عن السيدة عائشة رضي الله عنها: أن قومًا قالوا للنبي صلى الله عليه وسلم: إن قومًا يأتوننا باللحم، لا ندري: أذكر اسم الله عليه أم لا؟ فقال: «سمُّوا عليه أتمَّ وكُلوه» قالت: وكانوا حديثي عهدٍ بالكفر.

وسبب التقدير هنا: هو ترقُّب وجود التسمية من حين وجود سببها وهو إرادة الذبح فيجوز الأكل من الذبيحة على تقدير انعطاف التسمية على وقتها وهو وقت الذبح. والشيء المترقَّب إذا وقع فإنه يُحكم بثبوتها من حين حصلت أسبابها وهو إرادة الذبح التي أثرت حكمها وأسند الحكم إليها.

- تطبيقات نظرية الاستناد في الأحوال الشخصية:

أولاً: (إذا أوصى الشخص لوارث فأجازة الورثة ظهر أنه مملوك له منذ وفاة الموصي): ويكون الاستناد أيضاً في الوصية إذا قبل الموصى له المعين ما أوصى له به،

(١) ينظر: الباب في شرح الكتاب، الغنيمي: ١٦٣/١، مغني المحتاج: ١٤٩/٢، كشف القناع: ٣١٧/٢.

(٢) بداية المجتهد: ٥٦/٢.

عِنْدَ مَنْ يَثْبُتُ الْمَلِكُ فِيهِ مِنْ حِينَ مَوْتِ الْمُوصِي، وَهُوَ الْقَوْلُ الْأَصَحُّ لِلشَّافِعِيَّةِ، وَهُوَ وَجْهٌ مَرْجُوحٌ عِنْدَ الْحَنْبَلِيَّةِ، وَعَلَيْهِ فَيُطَالِبُ الْمُوصَى لَهُ بِثَمَرَةِ الْمُوصَى بِهِ، وَتَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ وَفَطْرَتُهُ وَغَيْرُهُمَا مِنْ حِينَ مَوْتِ الْمُوصِي^(١). فَلَهُ غَنَمُ الْوَصِيَّةِ وَعَلَيْهِ غَرْمَا مِنْ حِينَ الْمَوْتِ.

ثانياً: (تبرعات المريض مرض الموت): مرض الموت يهلك منه الإنسان غالباً، وهو قبل الموت متصل بالموت، فيتعلق حقُّ الورثة أو الغرماء في مال هذا المريض من ابتداء هذا المرض إلا أنه لا يثبت حقُّهم إلا عند الموت، فإذا مات تبين أن حقَّ الورثة أو حقَّ الغرماء كان ثابتاً في مال هذا المريض من ابتداء المرض، وإنما تعلَّق ثبوتُ حقِّ هؤلاء بمال هذا المريض باتصال المرض بالموت؛ لأنَّه إنَّما ثبت حقُّهم في ماله نظراً لهم لكي لا تبطل حقوقهم لإخراج أمواله إلى غيرهم في هذا المرض الذي يغلب فيه هلاكه، والمسائل تخرج على هذا، حتى إنه لو وهب هذا المريض جميع أمواله من إنسان وسلمها إليه ثم مات في مرضه ذلك فإن لم يكن عليه ديونٌ تُنقصُ هبته في ثلثي ماله وتردُّ إلى الورثة والثلث يبقى للموهوب له؛ لأنَّه تبين أنَّ حقَّ الورثة كان ثابتاً في ثلثي ماله من ابتداء المرض وهو الملك من وجهه^(٢).

- تطبيقات نظرية الاستناد في المعاملات:

العقد الموقوف: الأصل في العقد أنه متى توافرت مقوماته الشرعية أن يترتب عليه حكمه عقب انعقاده مباشرة، إلا أنَّ العقد قد ينعقد ويتراخى عنه حكمه لتوقُّف هذا الحكم على أمرٍ خارجٍ عن ماهية العقد ذاته، ويُسمَّى العقد في هذه الحال بالعقد الموقوف، فالعقد الموقوف هو العقد الذي يصدر من شخص له أهلية التعاقد من غير أن يكون له ولاية إصداره أو يتوقَّف ترتُّب الأثر على إجازته ممَّن يملك إجازته شرعاً.

الأثر الرجعي لحكم العقد الموقوف: تتَّجه أغلبُ المذاهب الفقهيَّة إلى القول بأنَّ العقد الموقوف يفيد حكمه بعد الإجازة بأثر رجعيٍّ يمتدُّ إلى وقت الانعقاد ولا يقتصر على وقت الإجازة، وهذا هو الاستناد بعينه.

(١) ينظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: ٦٧/٦، المغني: ١٥٦/٦، الموسوعة الفقهية الكويتية: ١١٠/٤.

(٢) معرفة الحجج الشرعية؛ البزدوي: ص ٢٤٢، وينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية: ١١٠/٤.

مثاله: بيع الصبي المميز يقف نفاذه على إجازة وليه، فإذا أجازته نفذ نفاذاً مستنداً إلى وقت وجود العقد، حتى يملك المشتري زوائده المتصلة والمنفصلة.

ومعنى الاستناد في الإجازة مثلاً أن العقد الموقوف إذا أُجيز يكون للإجازة استناداً وانعطافاً، أي تأثير رجعي، فبعد الإجازة يستفيد العاقد من ثمرات العقد منذ انعقاده؛ لأن الإجازة لم تُنشئ العقد إنشاءً بل أفذته إنفاذاً، أي فتحت الطريق لآثاره الممنوعة المتوقعة لكي تمر وتسري، فتلحق تلك الآثار بالعقد المولّد لها اعتباراً من تاريخ انعقاده، لا من تاريخ الإجازة فقط. فبعد الإجازة يُعدّ الفضولي كوكيل عن صاحب العقد قبل العقد، وبما أن تصرفات الوكيل نافذة على الموكل منذ صدورهما، يكون عقد الفضولي نافذاً على المَجيز نفاذاً مستنداً إلى تاريخ العقد.

وثمة اتّجاه لا يقول بنظرية التوقّف في العقد ومن ثمّ لا مجال للبحث في رجعية حكم العقد من وجهة نظر هذا الاتجاه.

• مذاهب الفقهاء في العقد الموقوف والأثر الرجعي لحكمه:

اختلفت آراء الفقهاء في نظرية توقّف العقد ما بين قائل بذلك ونافٍ وفيما يلي بيان ذلك:

١- الحنفية: حكم العقد الموقوف عند الحنفية أنه يثبت بعد الإجازة بأثر رجعيّ يمتدّ إلى وقت إنشاء العقد، وجاء في (بدائع الصنائع): (بيع الفضولي يثبت بطريق الاستناد)^(١).

٢- المالكية: يتفق المالكية مع الحنفية في القول بنظرية توقّف العقد، ويظهر ذلك جلياً من خلال بعض الفروع؛ كبيع الفضوليّ مثلاً، كما يتفق المالكية مع الحنفية أيضاً على القول بأن الحكم الثابت بالعقد الموقوف يثبت بعد الإجازة بأثر رجعيّ يمتدّ إلى تاريخ انعقاد العقد^(٢).

٣- الشافعية: للشافعية مذهبان؛ القديم: وهو القول بتوقّف هذه العقود. والجديد: وهو القول بطلانها. والمعتمد في المذهب في معظم هذه العقود هو القول بطلانها. إلا أنه

(١) بدائع الصنائع: ٢٦٤/٥

(٢) بداية المجتهد: ١٨٩/٢.

على القول بالتوقّف فإنهم يقولون بثبوت الحكم بعد الإجازة بأثر رجعيّ موافقين ما ذهب إليه الحنفية والمالكية.

٤- الحنبليّة: ولهم روايتان في عقد الفضوليّ؛ الأولى: التوقّف، الثانية: البطلان وهي الرواية المعتمدة، وعلى القول بالرواية الأولى فإنهم قد اختلفوا أيضاً في كيفية ثبوت الحكم على قولين: الأول: إن الحكم يثبت بأثر رجعيّ وهو المشهور عندهم. الثاني: إن الحكم يثبت مقتصرّاً من حين الإجازة^(١).

وهذا بشكل عامّ يشمل جميع العقود الموقوفة، فإذا أردنا أن نأخذ مثلاً تطبيقياً وليكن:

– تصرفات الفضوليّ: ذهب الحنفية والمالكية والشافعيّ في القديم وأحمد في رواية إلى أنّ تصرفاته معتبرة، وأنّ عقودهم في حالتي البيع والشراء منعقدة، إلّا أنّها موقوفة على إجازة صاحب الشأن، فإن أجازها جازت ونفذت وإلا بطلت؛ لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة. وقد سبقت شروط إجازة تصرف الفضولي في نظرية العقد.

وذهب الشافعيّ في مذهبه الجديد وهو إحدى الروايتين عن أحمد إلى أنّه لا تصحّ تصرفات الفضوليّ، فبيع الفضوليّ وشراؤه باطل من أساسه، ولا ينعقد أصلاً، فلا تلحقه إجازة صاحب الشأن^(٢).

وقال ابن رجب: تصرف الفضوليّ جائز موقوف على الإجازة إذا دعت الحاجة إلى التصرف في مال الغير أو حقه وتعدّر استئذانه إمّا للجهل بعينه أو لغيبته ومشقة انتظاره^(٣).

وعلى القول بصحة عقد الفضوليّ وتوقّفه على إذن المالك – تيسيراً على الناس في تحقيق مصالحهم – فإنه يفيد حكمه بأثر رجعيّ بعد إجازته بحيث يُعدّ العقد نافذاً ومرتباً لآثاره من حين انعقاده لا من حين إجازته، فلو كان العقد بيعاً كانت ثمرات المبيع الحاصلة في الوقت ما بين صدور العقد من الفضولي وصدور الإجازة من المالك للمشتري ما دام أنّه ملك المبيع بأثر رجعيّ يمتد إلى وقت إنشاء العقد، الأمر الذي يستلزم ملكيته لثمرات هذا المبيع.

(١) القواعد؛ لابن رجب الحنبلي: ص ٢٦٦.

(٢) ينظر: البدائع: ٢٣٧/٢، بداية المجتهد: ١٨٩/٢، مغني المحتاج: ٣٥١/٢، المغني: ٢٠٥/٥.

(٣) القواعد: ص ٤١٧.

واشترطوا لصحة الإجازة قيام المُجيز والمحِلّ عند العقد، بالإضافة إلى قيام العاقلين. ولذا يقول الحصكفي: كلُّ تصرف صدر من الفضوليّ وله مُجيز - أي من يقدر على إمضائه حال وقوعه - انعقد موقوفاً، وما لا مُجيز له لا ينعقد أصلاً^(١).

ثانياً: إن المَغصوب إذا تلف تحت يد الغاصب بفعله أو بغير فعله يضمنه بمثله أو بقيمته، فإذا ضمنه مَلِكُهُ ملكاً مستنداً إلى وقت وجود سبب الضمان، حتّى إنه يملك زوائده المتصلة التي وُجدت من حين الغصب إلى حين الضمان؛ لأنها نماء ملكه والمضمونات تملك بأداء الضمان ملكاً مستنداً إلى وقت سبب الضمان^(٢).

- تطبيقات نظرية الاستناد في الجنايات:

إن الاستناد أكثر ما يظهر في المعاملات والعقود الموقوفة، ووجوده في باب الجنايات قليل، ولكن بعض المسائل يُمكن تخريجها على الاستناد في باب الجنايات؛ من ذلك:

أولاً: لو دحرج شخص حجراً ثم مات، فأصاب الحجرُ بعد موته إنساناً فقتله، أو مالاً فأتلفه؛ فإنه يلزم هذا الشخص ضماناً ما ترتّب على فعله. بيان ذلك: أن القتل أو الإتيلاف للمال بالحجر في هذه المسألة حدث بعد موت مَنْ تسبب في دحرجة الحجر، فيُقدّر حصولُ القتل أو الإتيلاف قبل موته، ويلزم هذا الشخص ضماناً ما ترتّب على فعله هذا، إعطاءً لهذا الإتيلاف حكمَ الإتيلاف الحاصل قبل الموت.

قال الولاتي: من التقديرات الشرعية: إعطاء المتأخّر حكمَ المتقدّم كمن رمى سهماً أو حجراً ثم مات الرامي فأصاب السهمُ أو الحجرُ شيئاً بعد موته فأفسده فإنه يلزمه ضمانه وقُدِرَ الفساد كأنه قد وقع متقدّماً في حياته. وكذا من حفر بئراً ثم مات فوقع فيها شيءٌ بعد موته فهلك فيلزمه ضمانه، ويُقدّر كأنه وقع متقدّماً في حياته^(٣).
ثانياً: تقدير ملك المقتول خطأً للديّة قبل الموت ليصح إرثها عنه^(٤) فيُعطى حكمَ الموجود وهو معدوم^(١)؛ لأن الديّة لا تثبت إلّا بزهوق الرّوح، والميت ليس من أهل الملك.

(١) الدر المختار؛ للحصكفي: ١٠٦/٥.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني ٢٤٦/٥، الموسوعة الفقهية الكويتية ١١٠/٤، مادة (استناد).

(٣) الدليل الماهر الناصح شرح نظم المجاز الواضح على قواعد المذهب الراجح؛ محمد يحيى الولاتي: ص ١٤٨.

(٤) البحر المحيط في أصول الفقه؛ الزركشي: ١٧٠/١.

ويقول ابن نجيم: دِيَّةُ الْقَتْلِ تَثْبُتُ لِلْمَقْتُولِ ابْتِدَاءً ثُمَّ تَنْتَقِلُ إِلَى وَرَثَتِهِ؛ فَهِيَ كَسَائِرِ أَمْوَالِهِ فَتَقْضَى مِنْهَا دُيُوتُهُ وَتُنْفَقُ وَصَايَاهُ؛ وَلَوْ أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ دَخَلَتْ^(٢).

وعند الحنبلية روايتان: يقول ابن رجب: (دِيَّةُ الْمَقْتُولِ هَلْ تَحْدُثُ عَلَى مِلْكِ الْوَارِثِ؛ لِأَنَّهَا تَجِبُ بَعْدَ الْمَوْتِ، أَوْ عَلَى مِلْكِ الْمَوْرُوثِ؛ لِأَنَّ سَبَبَهَا وَجَدَ فِي حَيَاتِهِ، عَلَى رِوَايَتَيْنِ مَعْرُوفَتَيْنِ، وَحَكَى ابْنُ الزَّاعُونِي فِي الْإِقْتَاعِ الرَّوَايَتَيْنِ فِي الْقِصَاصِ أَيْضًا: هَلْ هُوَ وَاجِبٌ لِلْوَرَثَةِ ابْتِدَاءً أَوْ مَوْرُوثٍ عَنِ الْمَيِّتِ؟)^(٣).

ويقول القرافي: إعطاء المعدم حكم الموجود: كَتَقْدِيرِ الْمَلِكِ فِي الدِّيَّةِ مُقَدِّمًا قَبْلَ زُهُوقِ الرُّوحِ فِي الْمَقْتُولِ خَطَأً حَتَّى يَصِحَّ فِيهَا الْإِرْثُ فَإِنَّهَا لَا تَجِبُ إِلَّا بِالزُّهُوقِ وَحِينَئِذٍ لَا يَقْبَلُ الْمَحَلُّ الْمَلِكُ وَالْمِيرَاثُ فَرَعُ مِلْكِ الْمَوْرُوثِ فَيَقْدَرُ الشَّارِعُ الْمَلِكُ مُتَقَدِّمًا قَبْلَ الزُّهُوقِ بِالزَّمَنِ الْقَرْدِ حَتَّى يَصِحَّ الْإِرْثُ^(٤).

ثالثاً: التكفير في القتل بعد الجرح وقبل الموت: الأصل في كفارة القتل الخطأ أنها تجب بعد الموت، إلا أن العلماء قالوا بجواز تعجيل التكفير عن القتل بعد الجرح وقبل الموت^(٥).

وهذا الفرع من الفروع الفقهية المخرجة على الاستناد؛ لأن التكفير من القاتل بعد الجرح وقبل الموت لا يكون صحيحاً إلا إذا قُدِّرَ حصولُ الموت عند وجود الجرح ووقت التكفير انعطافاً على الماضي.

UNIVERSITY
OF
ALEPPO

(١) الفروق: ١/١٦١.
(٢) الأشباه والنظائر؛ ابن نجيم: ص ٣٠١.
(٣) القواعد، ابن رجب الحنبلي، ص ٢٦٥.
(٤) الفروق، القرافي: ٣/١٨٩.
(٥) أصول السرخسي: ٢/٣٠٥، الشرح الكبير على متن المقنع، أبو الفرج بن قدامة المقدسي: ٢/٦٨٢. وهو أحد قولي الشافعية تكملة المجموع؛ للمطيعي: ١١٦/١٨.

نظرية الصّورة الشّرعية في الفقه الإسلامي

تمهيد:

لقد استهدفت الشريعة الإسلامية المحافظة على مقاصد الشريعة، والتزام سياستها وحكمتها التشريعية، ورعاية مصلحة الناس كافة في المعاملات والعقوبات وأداء الأموال والعلاقات الزوجية لا المصلحة الخاصة، وعدم إهدار مصلحة أهم مما دونها، واتقاء المفسدة الكبرى بالدنيا عند الضرورة، وأن يكون الشرع هو معيار تحقيق المصلحة ودرء المفسدة.

ومقاصد الشريعة هي: حفظ الدين (من عقائد وعبادات)، والنفس، والعقل، والنسل، والمال، وينبغي التدرج في الحفاظ عليها بحسب مراتبها وهي الضروريات أولاً، ثم الحاجيات، ثم التحسينيات.

أما الضروريات: فهي التي يتوقف عليها حياة الناس الدينية والدينية بحيث إذا فقدت اختلت الحياة في الدنيا، وضاع النعيم وحل العقاب في الآخرة. أي إنها كل ما لا بدّ منه لحفظ المقاصد الخمسة الأصلية. وقد روعيت هذه الضروريات في الإسلام من ناحية تحقيقها وإيجادها، ومن ناحية المحافظة على بقائها.

فتحقيق الدين بالإتيان بأركان الإسلام المعروفة، وبمعاقبة المرتد منعاً للفتنة، والنفس تتحقق بالتزواج الشرعي، ويحافظ عليها بتشريع القصاص؛ وهكذا.

وأما الحاجيات: فهي التي يحتاج الناس إليها لرفع الحرج عنهم فقط، بحيث إذا فقدت وقع الناس في الضيق والحرج دون أن تختل الحياة. فقد تتحقق بدونها المقاصد الخمسة، ولكن مع المشقة والضيق. وقد لوحظ باستقراء أحكام الشريعة أنها تسعى لرفع الحرج عن المكلفين؛ ففيما يتعلق بالعبادات شرعت الرخص المتنوعة، وفيما يتعلق بالنفس أبيع الصيد والتمتع بلذيق الطعام، وفي العقوبات أنها تُدرأ بالشبهات؛ وهكذا.

وأما التحسينيات: فهي المصالح التي يقصد بها الأخذ بمحاسن العادات ومكارم الأخلاق والمروءات؛ كالطهارات وستر العورات في مسائل العبادات، والنهي عن بيع النجاسات في أمور المعاملات والمال، ومنع التمثيل بقتلى العدو في العقوبات والحروب؛ وهكذا. فهي بمثابة السور للحفاظ على المقاصد الخمسة الضرورية.

مفهوم الضرورة:

قال عنها الجرجاني: الضرورة مشتقة من الضرر، وهو النازل بلا مدافع له. ولقد تعرض الفقهاء لتبني هذا المفهوم عند حديثهم عن المحمصة، واختلفت تعريفاتهم على النحو الآتي:

عرفها الجصاص من الحنفية: خوف الضرر أو الهلاك على النفس أو بعض الأعضاء بترك الأكل.

وعرفها المالكية بأنها: الخوف على النفس من الهلاك علماً أو ظناً، أو هي خوف الموت، ولا يشترط أن يصبر حتى يشرف على الموت وإنما يكفي حصول الخوف من الهلاك ولو ظناً.

وعرفها الشافعية: من خاف من عدم الأكل على نفسه موتاً أو مرضاً مخوفاً أو زيادته أو طول مدته أو انقطاعه عن رفقته أو خوف ضعفه عن مشي أو ركوب ولم يجد حلالاً يأكله ووجد محرماً لزمه أكله.

وعرفها الشيخ مصطفى الزرقا: الضرورة أشد دافعاً من الحاجة، فالضرورة هي ما يترتب على عصيانها خطر، كما في الإكراه الملجئ وخشية الهلاك جوعاً. والملاحظ أن تعريفات الفقهاء متجهة إلى ضرورة الغذاء فقط ولا تشمل المعنى العام للضرورة وتجعلها نظرية تبيح المحظور أو ترخص بترك الواجب.

وقد اقترح الدكتور وهبة الزحيلي التعريف الآتي ليكون جامعاً لكل حالات الضرورة: هي أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الجديدة بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بالعضو أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال وتوابعها، ويتعين أو يباح عندئذ ارتكاب الحرام أو ترك الواجب أو تأخيره عن وقته دافعاً للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع^(١).

أدلة مشروعية مبدأ الضرورة:

من القرآن الكريم:

قال الله تعالى: ((فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ)) [البقرة: ١٧٣].

(١) نظرية الضرورة الشرعية، أ.د. وهبة الزحيلي: ص ٦٧.

وقال تعالى: ((الْيَوْمَ اكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتِمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ)) [المائدة: ٣].
 وقال تعالى: ((قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلًا لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ)) [الأنعام: ١٤٥].
 وقال تعالى: إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ [النحل: ١١٥].

وقال سبحانه وتعالى: ((وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ)) [الأنعام: ١١٩].
 وقد تضمنت هذه الآيات كلها استثناء حالة الضرورة، حفاظاً على النفس من الهلاك، ولا يلتفت حينئذٍ إلى سبب التحريم؛ وهو وجود الضرر، لأن حالة الجوع تجعل جهاز الهضم قوياً يمتثل الطعام دون أذى، بخلاف الحالات المعتادة.
 قال البزدوي وغيره من علماء التفسير والأصول: (استثنى الله حالة الضرورة، والاستثناء من التحريم إباحة، إذ الكلام صار عبارة عما وراء المستثنى، وقد كان مباحاً قبل التحريم، فبقي على ما كان في حالة الضرورة) ^(١).

من السنة النبوية الشريفة:

- عَنْ جَابِرِ بْنِ سَمُرَةَ، أَنَّ رَجُلًا كَانَ مَعَ وَالِدِهِ بِالْحَرَّةِ، فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ: إِنَّ نَاقَةً لِي ذَهَبَتْ، فَإِنْ أَصَبْتَهَا فَأَمْسِكْهَا، فَوَجَدَهَا الرَّجُلُ، فَلَمْ يَجِئْ صَاحِبَهَا حَتَّى مَرِضَتْ، فَقَالَتْ لَهُ امْرَأَتُهُ: اخْرِزْهَا حَتَّى نَأْكُلَهَا، فَلَمْ يَفْعَلْ حَتَّى تَفْقَتْ، فَقَالَتْ امْرَأَتُهُ: اسْلُخْهَا حَتَّى تُقَدِّدَ لَحْمَهَا وَشَحْمَهَا، قَالَ: حَتَّى أَسْأَلَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَسَأَلَهُ فَقَالَ: " هَلْ عِنْدَكَ شَيْءٌ يُغْنِيكَ عَنْهَا؟ " قَالَ: لَا، قَالَ: " كُلُّهَا "، فَجَاءَ صَاحِبُهَا بَعْدَ ذَلِكَ، فَقَالَ: فَهَلَّا نَحَرَّتْهَا؟ قَالَ: اسْتَحْيَيْتُ مِنْكَ ^(٢).

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، للبخاري: ١٥١٨/٤.
 (٢) أخرجه أحمد في المسند: ٢٠٩٤١، وضعفه محققه الشيخ شعيب الأرنؤوط.

- عَنْ سَمُرَةَ بْنِ جُنْدُبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: (إِذَا أُرْوِيَتْ أَهْلَكَ مِنَ اللَّبَنِ غَبُوقًا فَاجْتَنِبْ مَا نَهَكَ اللَّهُ عَنْهُ مِنَ الْمَيْتَةِ)^(١).

- عن جابر بن سمرة رضي الله عنه، قال: ماتت بغلٌ عند رجلٍ، فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم يستفتيه فزعم جابر بن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لصاحبها: (أَمَا لَكَ مَا يَغْنِيكَ عَنْهَا؟) قال: لا. قال: (اذهب فكلها)^(٢).

وهذه الأحاديث تدلُّ على أنه يجوز للمضطر أن يتناول من الميتة ما يكفيه، واقتصر بعض العلماء على إباحة ما يسدُّ الرمق فقط.

- عَنْ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَ: كُنَّا مَعَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي سَفَرٍ، فَتَدَّ بَعِيرٌ مِنَ الْإِبِلِ، قَالَ: فَرَمَاهُ رَجُلٌ بِسَهْمٍ فَحَبَسَهُ، قَالَ: ثُمَّ قَالَ: «إِنَّ لَهَا أَوَابِدَ كَأَوَابِدِ الْوَحْشِ، فَمَا عَلَيْكُمْ مِنْهَا فَاصْنَعُوا بِهِ هَكَذَا» قَالَ: قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّا نَكُونُ فِي الْمَغَارِي وَالْأَسْفَارِ، فَتُرِيدُ أَنْ نَذْبَحَ فَلَا تَكُونُ مُدَى، قَالَ: «أَرِنِ، مَا نَهَرَ - أَوْ: أَنَهَرَ - الدَّمَ وَذَكَرَ اسْمُ اللَّهِ فَكُلْ، غَيْرَ السِّنِّ وَالظُّفْرِ، فَإِنَّ السِّنَّ عَظْمٌ، وَالظُّفْرَ مُدَى الْحَبَشَةِ»^(٣).

- عَنْ سَمُرَةَ بْنِ جُنْدُبٍ، أَنَّ نَبِيَّ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «إِذَا أَتَى أَحَدُكُمْ عَلَى مَاشِيَةٍ فَإِنْ كَانَ فِيهَا صَاحِبُهَا فَلْيَسْتَأْذِنْهُ، فَإِنْ أَذِنَ لَهُ فَلْيَحْتَلِبْ وَلْيَشْرَبْ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا فَلْيَصُوتْ ثَلَاثًا، فَإِنْ أَجَابَهُ فَلْيَسْتَأْذِنْهُ وَإِلَّا فَلْيَحْتَلِبْ وَلْيَشْرَبْ وَلَا يَحْمِلْ»^(٤).

- عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ الْعَاصِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ الثَّمَرِ الْمُعَلَّقِ، فَقَالَ: «مَنْ أَصَابَ فِيهِ مِنْ ذِي حَاجَةٍ غَيْرَ مُتَخَذٍ حُبْنَةً، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ»^(٥).

(١) أخرجه البيهقي في الضحايا، باب ما يحلُّ مِنَ الْمَيْتَةِ بِالضَّرُورَةِ، ٢٠١٢٩.

(٢) أخرجه الحاكم في الأُطعمة: ٧١٥٥، وقال: على شرط مسلم، ولم يخرجاه. ووافقه الذهبي في التلخيص.

(٣) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد، باب إِذَا نَذَّ بَعِيرٌ لِقَوْمٍ، فَرَمَاهُ بَعْضُهُمْ بِسَهْمٍ فَقَتَلَهُ، فَأَرَادَ إِصْلَاحَهُمْ، فَهُوَ جَائِزٌ، برقم: ٥٥٤٤، ومسلم في الصيد والذبائح، باب جَوَازِ الدَّبْحِ بِكُلِّ مَا أَنَهَرَ الدَّمَ...، برقم: ٢٠ - (١٩٦٨).

(٤) أخرجه أبو داود في الجهاد، باب فِي ابْنِ السَّبِيلِ يَأْكُلُ مِنَ الثَّمَرِ، وَيَشْرَبُ مِنَ اللَّبَنِ إِذَا مَرَّ بِهِ، برقم: ٢٦١٩، والترمذي في البيوع، باب مَا جَاءَ فِي احْتِلَابِ الْمَوَاشِيِّ بِغَيْرِ إِذْنِ الْأَرْبَابِ، برقم: ١٢٩٦، وقال: حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ غَرِيبٌ وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ بَعْضِ أَهْلِ الْعِلْمِ.

(٥) أخرجه أبو داود في الحدود، باب مَا لَا قَطْعَ فِيهِ، برقم: ٤٣٩٠، والترمذي في البيوع، باب مَا جَاءَ فِي الرُّخْصَةِ فِي أَكْلِ الثَّمَرَةِ لِلْمَارِّ بِهَا، برقم: ١٢٨٧، وقال: حَدِيثٌ غَرِيبٌ ... وَقَدْ رَخَّصَ فِيهِ بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ لِابْنِ السَّبِيلِ فِي أَكْلِ الثَّمَرِ، وَكَرِهَهُ بَعْضُهُمْ إِلَّا بِالثَّمَنِ.

وإنما تُحمل هذه الأحاديث على أنه رخص فيه للجائع المضطر الذي لا شيء معه يشتري به طعاماً، وعلى ما يكفيه قدر قوت بطنه فقط.

قال القرطبي: (لأنَّ الأصلَ الْمُتَّفَقَ عَلَيْهِ تَحْرِيمُ مَالِ الْغَيْرِ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ، فَإِنْ كَانَتْ هُنَاكَ عَادَةٌ بِعَمَلِ ذَلِكَ كَمَا كَانَ فِي أَوَّلِ الْإِسْلَامِ، أَوْ كَمَا هُوَ الْآنَ فِي بَعْضِ الْبُلْدَانِ، فَذَلِكَ جَائِزٌ. وَيُحْمَلُ ذَلِكَ عَلَى أَوْقَاتِ الْمَجَاعَةِ وَالضَّرُورَةِ، كَمَا تَقَدَّمَ وَاللَّهُ أَعْلَمُ. وَإِنْ كَانَ الثَّانِي وَهُوَ النَّادِرُ فِي وَقْتٍ مِنَ الْأَوْقَاتِ، فَاخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِيهَا عَلَى قَوْلَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَأْكُلُ حَتَّى يَشْبَعَ وَيَتَضَلَّعَ، وَيَتَزَوَّدُ إِذَا خَشِيَ الضَّرُورَةَ فِيمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنْ مَفَازَةٍ وَقَفَرٍ، وَإِذَا وَجَدَ عَنْهَا غَنًى طَرَحَهَا. قَالَ مَعْنَاهُ مَالِكٌ فِي مُوطَّئِهِ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَكَثِيرٌ مِنَ الْعُلَمَاءِ. وَالْحُجَّةُ فِي ذَلِكَ أَنَّ الضَّرُورَةَ تَرْفَعُ التَّحْرِيمَ فَيَعُودُ مُبَاحًا. وَمَقْدَارُ الضَّرُورَةِ إِنَّمَا هُوَ فِي حَالَةِ عَدَمِ الْقُوَّةِ إِلَى حَالَةِ وُجُودِهِ. وَحَدِيثُ الْعَنْبَرِ نَصٌّ فِي ذَلِكَ... وَقَالَتْ طَائِفَةٌ: يَأْكُلُ بِقَدْرِ سَدِّ الرَّمَقِ. وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَابْنُ حَبِيبٍ، وَفَرَّقَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ بَيْنَ حَالَةِ الْمُقِيمِ وَالْمُسَافِرِ فَقَالُوا: الْمُقِيمُ يَأْكُلُ بِقَدْرِ مَا يَسُدُّ رَمَقَهُ، وَالْمُسَافِرُ يَتَضَلَّعُ وَيَتَزَوَّدُ، فَإِذَا وَجَدَ غَنًى عَنْهَا طَرَحَهَا، وَإِنْ وَجَدَ مُضْطَرًّا أَعْطَاهُ إِثَّاهَا وَلَا يَأْخُذُ مِنْهُ عَوْضًا، فَإِنَّ الْمِيتَةَ لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا) (١)

- عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «مَنْ أَطْلَعَ فِي بَيْتِ قَوْمٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ فَقَفَّوْا عَيْنَهُ، فَلَا دِيَّةَ لَهُ، وَلَا قِصَاصَ» (٢).

وهو نص صريح في إجازة هذا الفعل رداً لضرر المتلصص الناظر بغير إذن، وإنما سقطت الدية والقصاص لممارسته حقاً مشروعاً له للضرورة.

ضوابط الضرورة:

يفهم من تعريف الضرورة الذي سبق أن الضرورة لا بد فيها من تحقق شروط وضوابط حتى يصح الأخذ بها وتخطي القواعد العامة في التحريم والإيجاب بسببها، وحينئذ يتبين أنه ليس كل من ادعى الضرورة يسلم له ادعاؤه أو يباح فعله، وهذه الضوابط التي يراد بها تحديد معنى الضرورة بالمعنى الضيق هي ما يأتي:

(١) الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي): ٢/٢٢٧.
(٢) أخرجه مسلم في الآداب، بَابُ تَحْرِيمِ النَّظَرِ فِي بَيْتِ غَيْرِهِ، برقم: ٤٣ - (٢١٥٨)، بلفظ: «مَنْ أَطْلَعَ فِي بَيْتِ قَوْمٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ، فَقَدْ حَلَّ لَهُمْ أَنْ يَقْفُوا عَيْنَهُ». والنسائي في القسامة، مَنْ أَقْتَصَّ وَأَخَذَ حَقَّهُ دُونَ السُّلْطَانِ، برقم: ٤٨٦٠. واللفظ له.

١. أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة، بمعنى أن يحصل في الواقع خوف الهلاك أو التلف على النفس أو المال، وذلك بغلبة الظن حسب التجارب، أو يتحقق المرء من وجود خطر حقيقي على إحدى الضروريات الخمس، فيجوز حينئذٍ الأخذ بالأحكام الاستثنائية لدفع الخطر ولو أدى ذلك إلى الإضرار بالآخرين، عملاً بقاعدة: (إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما) ^(١). فإذا لم يخف الإنسان على شيء مما ذكر لم يباح له مخالفة الحكم الأصلي العام من تحريم أو إيجاب.
٢. أن يتعين على المضطر مخالفة الأوامر أو النواهي الشرعية، أو ألا يكون لدفع الضرر وسيلة أخرى من المباحات إلا المخالفة، كإذا غُصَّ وعنده خمر جاز له أن يدفع الغُصص بالخمر، لكن بشرط ألا يوجد ماء، لكن لو وجد الماء فلا يلجأ إلى المخالفة لوجود الوسيلة المباحة، وكذا أن يوجد في مكان لا طعام فيه مما يباح، فله أن يتناول منه، لكن لو وجد - وإن كان مملوكاً لغيره - فلا تباح له المخالفة، لأن له أخذه بقيمته ممن يملكه.
٣. أن تكون الضرورة مُلجئة بحيث يخشى تلف النفس والأعضاء، كما لو أُكْرِه على تناول الميتة تحت تهديد بإتلاف عضو أو نفس، فيجوز له المخالفة.
٤. ألا يخالف المضطر مبادئ الشريعة الإسلامية من حفظ حقوق الآخرين، وتحقيق العدل، وأداء الأمانات، ودفع الضرر، والحفاظ على أصول المعتقد، وكل ما خالف قواعد الشرع فلا أثر فيه للضرورة، ويدخل تحت هذا حلُّ السحر بالسحر.
٥. أن يقتصر فيما يباح تناوله للضرورة على الحد الأدنى أو القدر اللازم لدفع الضرر؛ لأن إباحة المحرم ضرورة، والضرورة تقدر بقدرها. ثم ليعلم أن الاضطرار سبب لإباحة الفعل المحرم، إلا أنه لا يُسقط حقوق الآدميين وإن كان يُسقط حق الله تعالى ويرفع الإثم والمؤاخذه عن المضطر، فإن الضرورة لا تُبطل حقوق الآدمي. مصداقاً لقاعدة: (الاضطرار لا يبطل حق الغير).
٦. أن يصف الدواء بمحرم - إن تعيّن دواءً - طبيبٌ عدلٌ ثقةٌ في دينه وعلمه، وألا يوجد علاج آخر مباح يقوم مقامه، وهذا بمعنى الشرط الثاني تقريباً.

(١) الأشباه والنظائر؛ للسيوطي: ص ٨٧.

٧. أن يتحقق ولي الأمر - في حال الضرورة العامة - من وجود ظلم فاحش أو ضرر واضح أو حرج شديد أو منفعة عامة، بحيث تتعرض الدولة للخطر إن لم تأخذ بمقتضى الضرورة.

٨. أن يكون الهدف - في حالة فسخ العقد للضرورة - تحقيق العدالة أو عدم الإخلال بمبدأ التوازن العقدي بين المتعاقدين^(١).

قواعد الضرورة وتطبيقاتها:

- ١- المشقة تجلب التيسير؛ مثالها: في العبادات: الفطر للمريض والمسافر. وفي المعاملات: الغرر القليل في البيوع. وفي الحظر والإباحة: إزالة الغصة بالخمير. والنظر للورة عند التطيب.
- ٢- إذا ضاق الأمر اتسع؛ مثالها: في العبادات: يعفى عن قليل الدم للضرورة. وفي المعاملات: فسخ الإجارة بالأعذار. وفي الأحوال الشخصية: خروج المعتدة عدة وفاة لضرورة كسب المعيشة. وفي القضاء: قبول شهادة النساء والصبيان في المواضع التي لا يدخلها الرجال. وشهادة القابلة على الولادة.
- ٣- الضرورات تبيح المحظورات؛ مثالها: في العبادات: يتسامح في ذرق الطيور إذا عمت به البلوى. ونبش قبر الميت بعد الدفن للضرورة. وفي المعاملات: إتلاف بضائع الغير إن كان بقاؤها سبباً في الغرق. والتسعين الجري. وفي الأحوال الشخصية: ثبوت بعض الحقوق للجنين. وفي الحظر والإباحة: تناول الميتة والخمر للمضطر. والنظر للفرج عند الختان وكذلك عند الولادة. وفي الجهاد: مشاركة المرأة في القتال إن توغل العدو في أرض الإسلام. وفي السياسية الشرعية: نفوذ حكم وقضاء من ولاه ولي الأمر وإن لم يكن كفؤاً. ونزع ولي الأمر للملكية من يد صاحبها للمصلحة العامة. وفي القضاء: عدم انتقاض الاجتهاد القديم للقاضي (وإن كان خطأً) بالاجتهاد الجديد.
- ٤- الضرورة تقدر بقدرها؛ مثالها: في العبادات: الجبيرة يجب ألا تستر العضو إلا بقدر الاستمسك. وجواز تعدد صلاة الجمعة بقدر الحاجة. وفي الجهاد: يباح للمقاتل المضطر الأكل من الغنمة بقدر الحاجة. وفي الحظر والإباحة: ينظر الطبيب إلى

(١) ينظر: نظرية الضرورة الشرعية، أ.د. وهبة الزحيلي: ص ٦٩.

العورة عند التطيب بمقدار الحاجة. وأكل المضطر من الميتة بمقدار سد الرمق. وفي الأحوال الشخصية: يجوز للخاطب النظر للمخطوبة بقدر الحاجة. وفي القضاء: لا تباح اليمين الكاذبة للضرورة إن اندفعت بالتورية. وفي السياسة الشرعية: إذا جاز للحاكم العادل فرض ضرائب على الأغنياء أو زيادة الضرائب فعليه ألا يثقل كاهلهم ويلتزم حد الاعتدال.

٥- **ما جاز لعذر يطل بزواله؛ مثالها:** في العبادات: من تيمم لفقد الماء يبطل تيممه بحضور الماء. وفي المعاملات: لا يجوز للمستأجر فسخ الإجارة إذا أزال المؤجر العيب قبل الفسخ. وفي الأحوال الشخصية: تمنع المعتدة التي جاز لها الخروج لضرورة الكسب أن تخرج إذا صار لها مال تستغني به. وفي القضاء: لا يجوز للقاضي قبول الشاهد على الشاهد إذا عاد الشاهد الأصيل.

٦- **الميسور لا يسقط بالمعسور؛ مثالها:** في العبادات: يجب غسل الباقي من العضو المقطوع عند الطهارة. ومن قدر على ستر بعض عورته في الصلاة دون البعض الآخر ستر القدر الممكن جزماً.

٧- **الاضطرار لا يبطل حق الغير؛** في المعاملات: إتلاف المال عند الإكراه الملجئ يوجب الضمان. وفي الحظر والإباحة: من أكل طعام الغير مضطراً يضمن عند زوال الاضطرار.

٨- **الحاجة العامة أو الخاصة تنزل منزلة الضرورة؛** ومثالها: في العبادات: يجوز للحائض والجنب وحامل النجاسة دخول المسجد دون كراهة إن كانت هناك حاجة أو عذر. وفي المعاملات: إباحة السلم والمضاربة وبيع العرايا والخيارات في العقود. وفي الحظر والإباحة: النظر لوجه المرأة عند المعاملة والإشهاد والخطبة والتعليم. ويجوز تضبيب الإناء بالفضة، وجواز لبس الحرير للرجل المريض بمرض جلدي. وفي الجهاد: التبخر بين الصفوف. وجواز الأكل من الغنيمة للمحارب في دار الحرب ولو لم يصل للاضطرار.

نظريّة المؤيّدات الشرعيّة في الفقه الإسلامي

منشأ المؤيّدات:

إن الشرائع إنما تؤسّس لتنظيم علاقات الناس، ولصيانة مصالحهم العامة والخاصة، وإقامة العدل، ومنع العدوان بينهم.

ومن أهم خصائص التشريع العملي أنه إلزامي يجب أن يخضع له المكلفون، ويحتزموا أوامره ونواهيه، ويلتزموا الجادة التي خطّها لهم في أعمالهم ومعاملاتهم المولدة للحقوق بينهم.

- والمراد بالأعمال جميع الأفعال المادية التي تصدر عنهم، كالسير، والكلام، والأكل، والشرب، والاستعمال، والاستهلاك، والحيازة... مما يمكن أن ينشأ عنه حق، ولو لم يقصد الفاعل بفعله إلى إنشاء هذا الحق.

- والمراد بالمعاملات التصرفات المدنية، أي التي يقصد بمباشرتها إنشاء الحقوق أو إسقاطها بين شخصين فأكثر، سواء أكانت من تصرفات الإرادة المنفردة؛ كالطلاق، والإبراء، والوقف، أو كانت من العقود ذات الطرفين، كالبيع والشركة.

ففي جميع الأعمال والمعاملات يجب أن يراعى نظام التشريع، وتحترم أوامره:

أ- ففي الأعمال العادية إذا سار الإنسان مثلاً ساعياً في شؤونه وحاجاته يجب أن يتقيّد بنظام السير، وألا يتخذ أرض غيره طريقاً.

ومن كلّ سواه أو تكلم عليه يجب ألا يخرج كرامته وحرمته بإهانة أو سب أو قبح. ومن أكل أو شرب أو استعمال أو استهلاك أو احتاز واستولى يجب أن ينحصر عمله في نطاق ماله وحقوقه، أو نطاق سلطته وصلاحيته، فلا يمس في ذلك شيئاً من مال غيره أو حقوقه؛ وهلم جراً...

ب- وفي المعاملات من العقود وسائر التصرفات المدنية يجب أن يتقيّد الإنسان بالطرق والمراسم والأشكال وسائر الشروط التي يحددها التشريع ويوجبها، لأنه لم يوجبها إلا لمصلحة قدرها الشارع. ولمنع مشكلات يلحظ أنها قد تنشأ من عدم مراعاتها.

فيجب مثلاً في العقد أن يحصل تبادل الإرادتين بصورة جازمة واضحة، وأن يكون العاقد ذا أهلية للعقد، وأن يكون المعقود عليه معلوماً ليتمكن التنفيذ وقطع النزاع بلا

إشكال، وألا يكون موضوعه عملاً أو أمراً يمنع الشرع، وأن يجري وفقاً للمراسم الشكلية التي يفرضها التشريع القائم؛ بأن يكون العقد مثلاً معلناً بحضرة شهود فيما يجب فيه الإشهاد كالزواج، وأن يكون مكتوباً أو مسجلاً بالطرق المخصوصة فيما يجب فيه الكتابة أو التسجيل كالشركات القانونية والوكالة بالخصومة، وكبيع العقار اليوم في مثل بلادنا، وذلك لأن هذه القيود إنما فرضها التشريع تنظيماً وضبطاً، ودفعاً لمخازير، ورعاية لمصالح، فيجب أن يتقيد بها الناس في معاملاتهم كلما أوجب التشريع شيئاً منها في شيء من المعاملات.

ولكي يكون التشريع التنظيمي محترماً مطاعاً في أمره ونهيه يجب أن يكون إلى جانبه من الأحكام والترتيبات ما يضمن له هذه الحرمة، ويلجئ الناس إلى طاعته. وذلك بأن يرتب الشارع على المخالفة لأمره ما يجعل الطريق المخالف وعراً المسالك، عقيم المساعي، بحيث لا يجد الإنسان الثمرة التي يبتغيها من عمله ومسعاها إلا في سلوك الطرق التي عينها الشارع. **والإلا فإن التشريع يكون فاقداً صفته الإلزامية**، فيكون عندئذ أشبه بالمواعظ الإرشادية منه بالقوة الملزمة، فتسهل على الناس مخالفتها إذا كانت مخالفتها كطاعته من حيث النتيجة في تحصيل الثمرة التي يسعى إليها الفاعل.

فتلك الأحكام التي تشرع، لا لتنظيم علاقات الناس ومصالح الجماعة فحسب، بل لتأييد أصل التشريع الناظم لتلك العلاقات والمصالح، وإلجاء الناس إلى طاعته في أمره ونهيه، هي ما تسمى في اصطلاح الحقوق الحديثة: **مؤيدات**. وذلك لأنها تؤيد التشريع، أي تكسبه القوة اللازمة.

وقد تسمى أيضاً: ضوامن، جمع ضامن، لأنها تضمن هذه الطاعة للشرع القائم وتتكفل بها. **وفقهاء الإسلام** يسمونها **زواجر**، لأنها تزجر عن تنكب جادة الشرع ومخالفة أوامره، وهي تتصل بموضوع حكمة التشريع وتعد من أهم مباحثه.

تعريف المؤيدات:

بناء على ما تقدم يمكننا تعريف المؤيدات الشرعية بأنها: كل ما يشرع من التدابير لحمل الناس على طاعة أحكام الشريعة الأصلية. فالتشريع الكامل يتضمن دائماً نوعين من الأحكام:

- **أحكاماً أصلية**، وهي التي يتكوّن منها نظام الشريعة الناظم للمصالح والعلاقات والمعاملات، وتجب حماية حدودها من تجاوز الناس عليها.

- **وأحكاماً تأييدية**، لأجل حماية تلك الأحكام الأصلية.

فالمؤيّدات الشرعية هي **الأحكام الحامية**.

والنظام الأصلي الذي شرّعت المؤيّدات لحمايته هي **الأحكام المحمية**.

فالمؤيّدات بالنسبة إلى أصل الشريعة كالجيش بالنسبة إلى البلاد ومصالحها: يذود عنها، ويحمي حدودها، وينكّل بمن يتجاوز عليها. وإذا فقد الجيش الحامي أو اضمحلت قوته استبيحت البلاد، وزال سلطان الدولة. فكذا إذا فقدت المؤيّدات التشريعية هتكت حرمة الشريعة ولم يبق لها سلطان.

تقسيم المؤيّدات:

المؤيّدات الترغيبية والمؤيّدات الترهيبية:

إنّ المؤيّدات الشرعية تنقسم - بحسب كون المقصود الشرعي بها هو حمل الناس على فعل أو منعهم عنه - إلى نوعين هما: المؤيّدات الترغيبية، و المؤيّدات الترهيبية.

أ- فعندما يكون غرض الشارع تشويق الناس إلى فعل مرغوب التحصيل، وتنشيطهم إليه، وحملهم على تحمل أعبائه، يرتّب على الإقدام عليه مكافأة ومنحة ترغيبهم فيه.

وذلك كما تعفي القوانين المالية اليوم المنشآت الزراعية والصناعية من الضرائب المطروحة على أمثالها عدة سنوات منذ إنشائها، وكما تسن أنظمة لمنح الرواتب المالية التي ترتب للمتزوجين من الشباب، وكالتعويضات العائلية التي توظف لهم، وتقرر عدد أولادهم في بعض الدول ترغيباً في الزواج.

ومن هذا القبيل في الإسلام التنفيل المشروع في معارك الجهاد الحربي. والتنفيل هو حق الأمير أو القائد في أن يعلن للجند أن من قتل قتيلاً من الأعداء فله سلّبه، ترغيباً للجند وتقوية لعزائمهم، كما فعل النبي عليه الصلاة والسلام في غزوة حنين. وعندئذ يستحق كل مجاهد أسلاب قتيله فتكون منحة خاصة له.

هذا، وبما أنّ الإسلام نظام إصلاح لخواحي الحياة الثلاث: الروحية، والمادية، والمدنية معاً، لذلك كانت المؤيّدات الترغيبية الأخروية في الإسلام كثيرة جداً، ولا سيما

فما يتصل بأعمال الخير، وإخلاص العمل، وإصلاح الأحوال، والتضحيات الواجبة، وإيثار المصلحة العامة على المصلحة الشخصية الخاصة عند التعارض.

ومن هذا القبيل ما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم: أن من همَّ بحسنة ولم يتيسر له فعلها كتبت له حسنة واستحق ثوابها الأخروي عند الله تعالى، ومن همَّ بسيئة ولم يفعلها لم تكتب عليه شيئاً. وهذا **مؤيد ترغيبي** للحمل على نية الخير، والإقلاع عن نية السوء قبل تنفيذها.

ب- وعندما يكون غرض الشارع منع الناس من مخالفة أمره ونهيه يرتب على المخالفة جزاءً زاجراً مؤلماً يكون هو **المؤيد الترهبي** الضامن لمنع المخالفة.

تنوع المؤيد الترهبي: وهذا المؤيد الترهبي الزاجر نوعان: تأديبي، ومدني.
ذلك لأنَّ حكمة التشريع تقتضي تنوع المؤيد الترهبي بحسب أنواع المخالفات تبعاً لموضوع النظام التشريعي الذي تنتهك المخالفة حرمة:

أ- فإذا كان الفعل المخالف من قبيل الجرائم العدوانية التي تخل بأمن المجتمع ونظام الجماعة، فالجزاء المؤيد يجب أن يكون **تأديبياً** بعقوبة قامعة ترهب من الإقدام على الفعل المخالف الموجب لها.

وهذا النوع هو **المؤيد التأديبي**، أو العقوبة، ويتألف منه نظام العقوبات في تشريع الدولة، وهذه العقوبة قد تكون بدنية، أو مالية، أو حازرة للحرية؛ كالحبس والنفي، أو معنوية؛ كالتشهير بالشخص. وقد تكون مركبة من عنصرين فأكثر.

ومن الواضح أنَّ هذا النوع من المؤيدات لا يضمن منع المخالفات وقطع دابر الإجرام بحيث ينتفي من المجتمع، لكنه كل المستطاع في التشريع، لأنَّ أفعال الناس المادية لا يمكن السيطرة عليها سيطرة تامة. فقد يقدم الإنسان على الجريمة ويفاجئ بها بحيث لا تمكن الحيلولة دونها، وهو راضٍ بالعقوبة ولو كانت موتاً.

ب- وإذا كان الفعل المخالف من قبيل إهمال الشرائط التي يفرضها التشريع في النظام المدني لأنواع معاملات الناس وتصرفاتهم الحقوقية من عقود وغيرها، فإنَّ المؤيد لمنع المخالفة ينبغي أن يكون حرمان المتصرف من النتائج التي يبتغيها من تصرفه. وذلك بأن يعتبر عمله في نظر التشريع لغواً، أي مسلوب الحكم والنتيجة، فلا يكسب صاحبه الحق المطلوب، ولا يحتج به أمام القضاء عند الاقتضاء.

وهذا النوع من المؤيد المدني (الحقوقي)، وينشأ عنه نظرية البطلان وتفاريحها في التشريع المدني.

ومن الواضح أنَّ هذا النوع من المؤيدات هو أقطع لدابر المخالفة من المؤيد التأديبي، لأنَّ ترتيب النتائج الحقوقية على التصرفات ليس هو أثراً مادياً لفعل محسوس ربما لا تمكن الحيلولة دونه، بل هو أمر اعتباري منوط باعتبار الشارع. فإذا سلب الشارع عن التصرف المخالف لنظامه الشرعي نتائجه كلها أو بعضها لم يستطع الفاعل بوجه من الوجوه أن يكتسب أمام السلطة القضائية ما نفاه الشارع من الحقوق ما دام القضاء هو المطبق لشريعة الشارع.

درجات الإلغاء: وهذا الإلغاء لحكم التصرف المخالف ليس درجة واحدة.

- ١- فقد يكون إلغاء كلياً، وذلك إذا كانت المخالفة لنظام التعامل واقعة في ناحية أساسية. وعندئذ يسمى المؤيد: **بطلاناً**.
 - ٢- وقد يكون إلغاء جزئياً من بعض الوجوه، وذلك إذا كانت المخالفة في ناحية فرعية، وعندئذ يسمى المؤيد: **فساداً**.
 - ٣- وإذا كان التصرف يمس حقاً محترماً للغير، كمن باع مال غيره بلا إذنه، فإنَّ العقد يكون معتبراً في ذاته إذا استوفى شرائطه، لكنه متوقف من حيث الحكم والثمره حتى يرضى صاحب الحق الممسوس أو يرفض: فإن رضي بالعقد نفذ، وإن رفض بطل. وهذا يسمى: **توقفاً**؛ وهو حماية لحق الغير.
 - ٤- وإذا كان في التصرف المدني إخلالاً بالتوازن العقدي الواجب بين حقوق المتعاقدين المتقابلة، بحيث يكون مظنة لطغيان مصلحة أحدهما على مصلحة الآخر دون تحقق رضاه، فإنَّ المؤيد الضامن لإعادة التوازن أو سلامة الرضا يكون بمنح الطرف الذي تعرض حقه للضرر خياراً في فسخ العقد إن شاء. وهذا المؤيد يسمى **تخييراً**؛ وهو من مباحث شوائب الإرادة العقدية أو عيوب الرضا. وقد تقدم تفصيله في نظرية العقود.
- فعلى هذه الأسس والاعتبارات تنزل في الفقه الإسلامي نظرية المؤيدات الشرعية العامة التي هي من ضرورات كل تشريع ولوازم فكرته.

المؤيّدات التأديبية: العقوبات المقدّرة

إنّ العقوبات المقدّرة النصيّة في الشريعة الإسلامية صنفان: الحدود، والقصاص. أما الحدود فهي خمس عقوبات: حد الزنى، وحد القذف، وحد السرقة، وحد الحرابة، وحد شرب الخمر.

والحدود الأربعة جاء بها القرآن. أما حد شرب الخمر فلم يذكر في القرآن وإنما جاءت به السنة. وهذه الحدود كلها عقوبات بدنية، أدناها الجلد بالسوط، وأعلىها القتل.

شرائط الجرائم الموجبة للحدود: والجرائم الموجبة للحدود يشترط في صفة كل منها وكيفية وقوعها لكي يجب بها الحد شرائط عديدة اختلفت فيها الاجتهادات. وهي مفصلة في مواظنها من كتب الفقه، فحد السرقة مثلاً من جملة شرائطه أن يكون المسروق نصاباً معيناً من المال، وأن يؤخذ خفية من حرز حرز. فيخرج عنه الغصب، والأخذ جهرًا، ويجحد الوديعة أو العارية.

تأثير الشبهات في درء الحدود: ويشترط أيضاً في الحدود جميعاً بوجه عام ألا يكون لمرتكب جريمتها شبهة تجعل له شبهة معذرة أو تقتضي تخفيف مسؤوليته، كما لو سرق الدائن من مدينه ما يعادل دينه ولو كان الدين مؤجلاً، أو سرق أحد الزوجين من الآخر؛ أو سرق الشخص من أحد أقاربه المحارم، لأن الخلطة بينهم عادة، ودخول بعضهم بيوت بعض يجعلان شبهة في تحقق شريطة الحرز تدرأ الحد.

ومرجع ذلك إلى قول النبي عليه الصلاة والسلام: «ادْرُؤُوا الْحُدُودَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ، فَإِنْ كَانَ لَهُ مَخْرَجٌ فَخَلُّوا سَبِيلَهُ، فَإِنَّ الْإِمَامَ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعَفْوِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعُقُوبَةِ»^(١). ومعنى هذا أنه يراعى عند الشك جانب المتهم. وهذا ما أقرته نظريات الفقه الجنائي الحديث وقوانينه.

وقد توسّع فقهاؤنا في نطاق الشبهة المسقطة للحدود نظراً لدلالة الآثار المروية عن النبي عليه الصلاة والسلام في ذلك؛ حتى قالوا: إن مجرد ادعاء الشبهة في مظنتها من مرتكب الجريمة الموجبة للحد يسقط الحد دون حاجة إلى إثبات تلك الشبهة المدعاة.

(١) أخرجه الترمذي في الحدود، باب: درء الحدود، رقم: ١٤٢٤، ورجح وقفه. وكذا قال البيهقي في السنن الكبرى ١٧٥١٤، وصححه الحاكم في المستدرک.

شروط الإثبات في هذه الجرائم: ويشترط أيضاً في إثبات هذه الجرائم الموجبة للحدود أمام القضاء شروطاً خاصة تختلف في بعضها عن بعض وتزيد عما يشترط في إثبات غيرها من الحقوق. وهي مفصلة في مباحث الشهادات من كتب الفقه.

فجرمة الزنى بصفاته وشروطه الموجبة للحد عسيرة الإثبات جداً، ولا سيما أن مدعيها إذا لم يتمكن من إثباتها يعتبر قاذفاً، ويحدُّ حد القذف، إلا إذا كان زوجاً وأصرَّ على تهمته لزوجته وعجز عن الإثبات، فلا يحدُّ حد القذف، بل يجري التلاعن بينهما أمام القضاء بطلب المرأة، ونتيجة اللعان تفريق القاضي بين الزوجين المتلاعنين.

واللعان أيمان معيَّنة متعدّدة يقسمها الرجل أمام القاضي على صدقه في اتهامه لزوجته بالزنى، وتقسم نظيرها المرأة على كذبه.

ومتى ثبتت هذه الجرائم بمبثباتها المقبولة شرعاً ووجبت حدودها فإنه لا يجوز فيها العفو من المجني عليه، ولا تسامح من ولي الأمر الحاكم، لأنها من حقوق الشرع التي تسمى: **حقوق الله**، إذ تعلق بإقامتها صيانة ناحية أساسية من نظام المجتمع الإسلامي، وهي **حفظ الضرورات الخمس: الدين، والنفس، والنسل، والعقل، والمال**.

إلا أن حد القذف من بين هذه الحدود يفترق عن سائرهما بأن الاجتهادات الإسلامية تكاد تكون متفقة على أنه ليس حقاً خالصاً للشرع، بل فيه حق شخصي وحق شرعي. ولذلك يشترط في إقامته الادعاء الشخصي من المَقْذوف لو حيّاً، أو من أحد أصوله أو فروعه إن كان المَقْذوف ميتاً حين القذف، ويسقط الحد بعفوهم.

هذا ويجب التنبيه إلى أمر مهم، وهو أن سقوط الحد معناه سقوط نوع عقوبته الخاصة، لا سقوط الحق العام في أصل العقاب.

فسقوط الحد لا ينافي معاقبة الفاعل بعقوبة أخرى أخف من الحد على سبيل التعزير إذا كان سقوط الحد لشبهة يبقى معها الفاعل مستحقاً للتأديب.

فالحدود في نظر علماء الشريعة فيها حقان:

- حق الجماعة العام في أصل العقاب للتأديب والانزجار عما يتضرر به العباد من أنواع الفساد.

- وحق الله تعالى، أي حق الشرع في نوع العقوبة المقدرة.

فسقوط نوع العقوبة لا يستلزم سقوط أصلها الذي يتعلق به حق عام لمصلحة الجماعة.

وأما **القصاص**: فهو في اللغة مأخوذ من اقتصاص الأثر بمعنى اتباعه وتعبه. ثم غلب استعماله في معنى قتل القاتل لما فيه من تتبع أثر الدم بالعقاب. ويسمى القتل على سبيل القصاص أيضاً: قوداً، إذ كانت العادة أن يقاد القاتل بجبل أو نحوه إلى القصاص.

وهو في الشرع: معاقبة الجاني على جريمة القتل أو القطع أو الجرح عمداً بمثلها. وقد جاء القرآن العظيم بشريعة القصاص في النفوس بقوله تعالى: ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ)) [البقرة: ١٧٨]. ثم بين حكمته وثمرته الاجتماعية بقوله: ((وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ)) [البقرة: ١٧٩].

فأفاد أن نماء الحياة الاجتماعية الطيبة بحقن الدماء وصور النفوس والأجسام من العدوان يتوقف على القصاص الذي فيه تحقيق للعدالة الكاملة، وحماية للبنية الإنسانية من أن يستهان بالعدوان عليها، كي يعلم المعتدي على حياة غيره أو جسمه أنه كأنما يعتدي في النهاية بنظير ذلك على نفسه عن طريق القصاص. فعندئذ يتهيب الإقدام على هذا الجرم الهدّام حرصاً على نفسه. وإنّ الواقع المستمر ينبي بأن كل العقوبات غير المتكافئة مع هذه الجريمة الفظيعة إنما تُسهّل ارتكابها؛ لاطمئنان المجرم إلى أنه سيكون في النهاية سليماً، كما أنها أيضاً تبقي في النفوس حزازتها، فتحمل أهل القتل على تبني فكرة الانتقام الشخصي، فتكون للجناية ذيول جارية.

فمن فُقت عينه أو قطعت يده عمداً وعدواناً من معتدٍ جان أثيم كيف يطبق أن يرى الجاني يخلق بعينين، أو يتمتع بيدين!!.

وفي الجاهلية كان قتل شخص يؤدي إلى إفناء قبائل بأسرها ثأراً، فجاء نظام القصاص علاجاً شافياً واقعياً مانعاً من التجاوز.

وإذا قيل - كما ترى بعض النظريات الأجنبية الحديثة -: إنّ الجناية على الإنسان تهديم للبنية الإنسانية يجب أن نرمم فيه ما تهدم بقدر الإمكان، لا أن نضيف إليه تهديماً آخر نفعه يارادتنا قصاصاً، **فالجواب**: إنّ التهديم التالي لا يجتنب بترك القصاص بل يزداد، ولكن بأيدي الناس أنفسهم، وبصورة غير عادلة. فخيرٌ لنا أن نتفادى التهديم الكثير الجائر

الذي تُحدثه الفوضى بالقليل الذي توقعه أيدي العدالة على سبيل العقاب المماثل الذي لا سبيل للوقاية إلا به، فإنه لا يمنع الرامي شيء كيقينه بأنَّ سهمه سينعكس إلى صدره. ويتَّضح من تعريف القصاص أنه نوعان: قصاص في النفس، وقصاص في الأعضاء. ويشترط في الجناية بوجه عام لتكون جريمة موجبةً للقصاص شرائط ثلاث: العدوان، والعمد، وإمكان المماثلة بين الجريمة وقصاصها:

- فإذا انتفى العدوان فلا جريمة ولا قصاص؛ كالقتل بحق في الدفاع المشروع.
 - وإذا انتفى العمد كان خطأً، وموجبه ضمان مالي لا قصاص. وقد يستوجب عقوبة على التقصير في الاحتياط، أو عدم الانتباه.
 - وإذا لم تكن المماثلة ممكنة أو كانت مشكوكاً في إمكانها بأن كان يخشى أن يزيد القصاص على الجناية في الكيفية أو الكمية انتفى القصاص أيضاً، وانتقل الحكم إلى عقوبة تعزيرية غير مقدّرة، مع الضمان المالي.
- وشريطة **المماثلة** هذه تتجلى نتيجتها في **قصاص الأعضاء**، فإنه لا يجري إلا فيما يمكن فيه تحقيق هذه المماثلة كفقء العين، وقطع العيد من المفصل، وقلع السن، بخلاف نحو كسر العظم وقطع اليد من غير المفصل، لعدم إمكان ضبط القصاص بحيث لا يزيد عن الجناية في نتيجه أو في المضاعفات التي قد يؤدي عادة إليها.
- وشريطة التماثل هذه قد اختلفت المذاهب الاجتهادية كثيراً في حدودها. أما **قصاص النفس فالاجتهاد الحنفي** فيه أوسع الاجتهادات في شريطة التماثل هذه، فهو يرى جريانه بين **جميع الأنفس المعصومة** عصمة مؤبدة دون تمييز بسبب حرية أو جنس أو دين، متى كان القتل عمداً عدواناً.
- فيُقتل الحرُّ بالعبد، والرجلُ بالمرأة، والمسلمُ بغير المسلم، والعاقل بالمجنون. والكبيرُ بالطفل الوليد، والجماعة بالواحد، للتساوي في حرمة الشخصية الإنسانية.
- ومعنى **العمد شرعاً** في هذا المقام هو مجرد القصد إلى الجناية الواقعة ولو لم يكن عن سابق تصور وتصميم. فالعمد في القتل أن يقصده القاتل المعتدي بوسيلة وصورة تفضيان إليه، ويموت المجني عليه من ذلك.

فهذا يكفي في استحقاق الجاني عقوبة الموت قصاصاً، سواءً أكان مُبَيِّتاً في نفسه فكرة الجريمة وعازماً عليها بسابق تصميم وإعداد، أو كان قصده إليها آتياً مرتجلاً حين ارتكابها.

وكلُّ جناية بغير حق على نفس أو جسم إذا امتنع فيها القصاص لانتفاء بعض شرائطه يستحق فاعلها التعزير بعقوبة غير مقدرة، بل مفوضة إلى رأي السلطان بما يراه كافياً لإصلاح الجاني، ويجب عليه فيها ضمان مالي: دية أو أرش، أو حكومة عدل؛ وذلك بحسب نوع الجناية.

- **فَالْدِّية** هي: ما يؤدي من المال بدلاً من النفس.
- **والأرش** هو: ما يؤدي بدلاً من الأعضاء.
- أما **حكومة العدل** فهي: ما يقدره الحاكم بمعرفة الخبراء العدول من تعويض مالي عما ليس فيه دية مقدرة شرعاً من جرائم العدوان على الجسم، من جرح وتعطيل وغيرهما. وهذه العقوبات المالية تنطوي أيضاً على معنى تعويض الضرر للمجني عليه أو لورثته.

طريقة تنفيذ القصاص: لا عبرة في القصاص لما يكون قد فعله الجاني القاتل من تعذيب للقتيل أو تمثيل به. بل يقتصر في القصاص على إماتة القاتل بقطع عنقه ضرباً بالسيف، وهذا هو الاجتهاد الحنفي والحنبلي.

ولا يوجد مانع شرعي من استعمال ما يظهر من وسائل أخرى إذا كانت مساوية للسيف كالمفصلة أو ما هو أسرع وأسهل قتلاً. فيعود إلى السلطة الحاكمة أمر اختيار الوسيلة مما لا عنف فيه ولا تعذيب ولا وحشية.

ويحق لوليِّ الدم الشرعي - إن شاء - أن يكون هو الجلاد الذي يكلف من قبل نائب السلطان بتنفيذ حكم الإعدام على القاتل المحكوم عليه تحت إشراف السلطة المنفذة إن كان يستطيع ويحسن التنفيذ.

وهذا تدبير أشفى لألم المصاب دون ضرر بالمحكوم عليه أو النظام الاجتماعي، إذ لا بد من جلاد لتنفيذ حكم الإعدام، فليكن هو ولي الدم إن شاء.

وفي هذه أيضاً من **السياسة الشرعية** أسلوب حكيم. فكما أنه أشفى لألم المصاب هو أيضاً أدعى لرحمة ولي الدم وإشفاقه من التنفيذ، فلعله عندما يقف بنفسه موقف الجلاد يتيَّب إراقة الدم فيعفو؛ وعندئذ يسقط حق القصاص، وينتقل الحكم إلى عقوبة مفوّضة لرأي الحاكم غير مقدرة.

هذا حكم الإسلام بحق ولي الدم في تنفيذ القصاص، لا كما يزعم بعض الدّسّاسين أو الجاهلين أنّ الشريعة الإسلامية توجب تسليم القاتل إلى ولي الدم يفعل به ما يشاء!.
ويختلف القصاص عن الحدود في ناحية أساسية، هي أنه قد شرع فيه للمجني عليه ثم لأولياء دمه حق العفو؛ ويسقط القصاص بعفوهم. أما في الحدود فالعفو ممنوع.
فإذا لم يكن للقتيل وارث كان حق القصاص إلى الحاكم يستوفيه باسم العامة، وليس له العفو لأنه ضرر بهم. وبذلك تكون الشريعة الإسلامية قد انتهجت نهجاً وسطاً في أمر القصاص الذي اختلفت فيه الشرائع تشدداً وتساهلاً لما له من خطر.

على أنّ الاجتهادات في هذه الناحية مختلفة، فقد ذهب بعضها إلى أن عفو ولي الدم مسقط للعقوبة مطلقاً. وعلى هذا يكون الحق العام للشرع في عقوبة القاتل تابعاً للحق الخاص فيها. وهذا ما أوهم أناساً اليوم أنّ هذه الشريعة العظمى قد قصرت عن إدراك فكرة الحق العام في عقوبة القتل!.

وهذا خطأ كبير، فإنّ أحد الاجتهادات المختلفة لا يمثل حتماً نظرية الشريعة، إذ لا يتعيّن به الصواب في فهم نصوصها، وإنما يمثل رأي صاحبه في الناحية المختلف فيها.
والصواب في هذه القضية ما عليه الاجتهادات الأخرى مما أوضحناه آنفاً: أنّ حق ولي الدم إنما هو في نوع العقوبة. أما أصلها فحق للشرع لا يسقطه عفو المجني عليه أو وليه، لأنّ سقوط نوع العقوبة لا يستلزم سقوط أصلها؛ كما تقدم.

هذا ما تشهد له قواعد الشريعة ومقاصدها العامة التي يجب تنزيل النصوص الخاصّة على منازلها منها. ولذا لو لم يكن للقتيل وارث كان حق القصاص إلى الحاكم، وليس لهذا الحاكم حق العفو كما نقلناه آنفاً.

وإنّ نصوص الفقهاء صريحة مستفيضة في أنّ القصاص يشتمل على حق خاص للشخص، وحق عام للشرع^(١).

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، للبخاري: ١٦١/٤.

ومن المقررات البديهة في فقه الشريعة أن حقوق الشرع العامة لا تسقط بإسقاط أحد. ولذا لا يسقط حدُّ السرقة مثلاً بعفو المسروق منه، وكذا غيره من الحدود، لأنها حق عام.

ثم إنَّ الاجتهادات التي اتجهت هذا الاتجاه السديد قد اختلفت بعد ذلك في تحديد عقوبة القاتل أو تفويضها إذا عفا عنه ولي القصاص.

فذهب مالك والليث بن سعد وأهل المدينة إلى أنه يعاقب بعد العفو عنه بالجلد والسجن. وحجتهم في هذا التحديد أنه المروي عن عمر بن الخطاب. وذهب غيرهم إلى أنَّ عقوبته بعد العفو مفوَّضة للإمام فيما يراه كافياً من العقوبات^(١).

وهذا الرأي الأخير هو مقتضى قواعد المذهب الحنفي.

المؤيدات التأديبية: العقوبات المفوضة، أو التعزير

التعزير في أصل اللغة: المنع والتأديب.

وفي الاصطلاح الفقهي هو: معاقبة المجرم بعقاب مفوَّض شرعاً إلى رأي ولي الأمر نوعاً ومقداراً.

وذلك في جميع أنواع الجرائم والأعمال الممنوعة التي تستوجب الزجر والتأديب، غير موجبات الحدود والقصاص.

والنظر الشرعي في ذلك أنَّ الجرائم لا تنحصر، وقد يجدُّ منها أنواعٌ لم تكن معهودة من قبل. فلذلك تناول الشرع بالتخصيص من تلك الجرائم الشائعة ما هي أشدُّ إخلالاً بنظام الإسلام الاجتماعي الأساسي، وهي موجبات الحدود فقدَّرت عقوبتها، وترك ما وراءها مفوَّضاً ترتيبه وتقديره إلى أولياء الأمر العام، يقدرونه في كل جريمة بحسبها، تبعاً لاختلاف الأزمنة والأمكنة والأشخاص ودرجة التهذيب الاجتماعي.

فمن الناس من ينزجر بالتنبيه والزجر اليسير. ومنهم من لا يكفيه ويكفُّه إلا العقاب الكثير. ومن ثم كان للحاكم أن يعاقب على الفعل الواحد بعقوبات متفاوتة بحسب تفاوت الأشخاص ودرجة تأثرهم بالعقاب^(١).

(١) بداية المجتهد: ٣٣٨/٢، المغني: ٤٦٨/٩.

ويكون التعزير بكل ما يراه المحاكم مناسباً من أنواع العقوبات المشروعة، وهي التي فيها تأديب بلا تعذيب، من جلد وحبس ونفي وتغريم مالي، ويمكن أن يبلغ التعزير الإعدام.

ضابط ما يوجب التعزير: إذا كانت المصلحة قد قضت بأن تترك العقوبة التعزيرية مفعولة شرعاً إلى رأي المحاكم دون تحديد ثابت، فإنَّ من اللازم تحديد السبب أي تحديد الحال الجرمية التي يستحق الإنسان بها التعزير. وهذا ما فعله الفقهاء، فقد نصبوا لما يوجب التعزير ضابطاً عاماً فقالوا: الضابط أن كل من ارتكب منكراً، أو آذى غيره بغير حق، بقول أو بفعل أو إشارة، يلزمه التعزير^(٢).

فيدخل في عموم هذا الضابط جميع الجرائم المخلة بالنظام، سواءً أكانت عدواناً من بعض الناس على بعض في النفس أو المال، كالضرب والشتم والإرهاب والتزوير وشهادة الزور والغش والاحتيال وما شاكلها؛ أو كانت انتهاكاً للحرمة الدينية وجهاً بالمعاصي، كإفطار رمضان، والاستهزاء بالدين، والدعوة على الزندقة، والإخلال بالآداب العامة، وما أشبه ذلك.

ويدخل أيضاً في ارتكاب المنكر إهمال الواجبات الدينية، ومن جملتها التعليم والتعلم. فإذا قصر العالم في واجب التعليم، أو قصر الجاهل في تعلم القدر الواجب شرعاً من العلم استحقا عقوبة التعزير على التقصير.

صفة التعزير، وأثر العفو فيه: إذا كان الجرم الموجب للتعزير من قبيل انتهاك الحرمات الدينية المحضة دون عدوان على أحد من الناس كانت عقوبة التعزير حقاً للشرع خالصاً. وإذا كان فيه عدوان على شخص بضرب أو شتم أو غير ذلك كان في التعزير حقان: حق للشخص في الانتصاف له من الفاعل، وحق للشرع في التأديب والقمع. فإذا عفا المعتدى عليه، أو كان التعزير في قضية من حقوق الشرع الخالصة، فعلى الحاكم أن يعاقب للتأديب رغم عفو صاحب الحق الشخصي.

على أنه في حال عفو المتضرر، أو خلو التعزير عن حق لشخص يجوز للحاكم أن يعفو إذا تحقق انزجار الفاعل ورأى أنَّ العفو أصلح له.

(١) الدر المختار: ١٧٩/٣.

(٢) رد المحتار: ١٨٢/٣، الأحكام السلطانية؛ للمواردي: ص ٣٤٤.

ومن الواضح أنه لا يُعتبر منح الشرع لولي الأمر حق العفو في التعزير دون تخفيف العقاب مخلاً بفكرة الحق العام، لأنّ هذا المنح مقيد بمقتضى المصلحة كما رأينا. على أنّ النظريات والقوانين الجزائية الحديثة لدينا ولدى أرقى الأمم في التشريع القانوني اليوم تمنح رئيس الدولة حق العفو الخاص حتى في أعظم الجرائم من القتل فما دونه بعد القضاء بها إذا وجد في العفو مصلحة؛ ولم يعتبر هذا مخلاً بفكرة الحق العام. وإنّ طريقة الحكم بالعقاب مؤجل التنفيذ، وهي المعروفة في التشريع الفرنسي باسم sursis والمعدودة من أرقى طرائق التشريع الجزائي الحديث التي جمعت بين المحافظة على الحق العام واعتبار الحثثات الشخصية وسياسة المصالح، ليست تلك الطريقة إلا لوناً من العفو المعلق الذي فوّضه الشرع الإسلامي لولاة الأمر الحاكمين يستعملونه بحسب المصلحة.

تقنين العقوبات اليوم يدخل في نظام التعزير الإسلامي: وإذا كانت عقوبة التعزير في الإسلام مفوّضة لآراء الحكام دون تقدير فإنّ هذا لا ينافي ولا يمنع تقدير العقوبات وتحديد بقانون لمختلف أنواع الجرائم، ضبطاً للأحكام، وجزياً مع الدواعي الزمنية، كما يحصل في قوانين العقوبات في العصر الحاضر، لأنّ هذا التحديد داخل في ذلك التفويض. فقانون العقوبات لدينا اليوم تدخل معظم أحكامه في نطاق التعزير المشروع بالنظر الإسلامي، سوى ما فيه من إهمال للحدود، وإخلال بالقصاص في بعض مواطنه. والواقع أنّ هذه الشريعة السمحة التي طبقت آفاق الأرض بنظامها القانوني الرائع قد استغنت عن التطور بأنها جاءت بمبادئ قانونية ذات قيم ثابتة خالدة في نصوص عامة مرنة، فالذي يحتاج إلى التطور ليس هو الشريعة الإسلامية ذاتها، بل هو الإدراك العقلي والتجربي لدى خصومها الجاهلين. وكذا وسائل التطبيق الزمنية وفقه الفقهاء. بما تقدم نختم الكلام على المؤيّدات التأديبية، وننتقل فيما يلي إلى المؤيّدات المدنية (وهي: البطالان والفساد والتوقف والتخير) في العقود.

وبما أن التوقف والتخير قد سلف بيانهما مفصلاً في نظرية العقود فسيقتصر كلامنا في هذه النظرية على البطالان، ثم على الفساد.

نظريّة البطلان في الفقه الإسلامي

سبق آنفاً أنّ المؤيّدات المدنية لنظام المعاملات تبرز في التشريع بصور أربع: البطلان، والفساد، والتوقف، والتخيير.

أولاً: تعريف البطلان لغة واصطلاحاً:

البطلان في أصل اللغة: سقوط الشيء لفساده.

ويقال: بطل دم القتيل، إذا ذهب هدرًا بلا ثأر ولا دية، ومنه قيل للشجاع: بطل؛ لأنه يعرض دمه أو دم منازله للبطلان.

والباطل ما لا ثبات له عند الفحص عنه، ومنه قيل لخلاف الحق (باطل)، وعلى هذا المعنى يقع ما في القرآن من نحو قوله تعالى عن عبدة الأصنام: ((إِنَّ هَؤُلَاءِ مُتَّبِعُونَ مَا هُمْ فِيهِ وَبِاطِلٌ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ)) [الأعراف: ١٣٩] ومنه تعبير (أكل المال بالباطل) أي بغير حق.

وابطال الشيء إفساده وإزالته، حقاً كان الشيء في ذاته أو باطلاً^(١).

ثم جاء القرآن باستعمال البطلان في معنى ديني اعتقادي محض، وهو ألا يترتب على العمل الحسن في ذاته ثوابه الموعود في الآخرة، لما يصاحبه من سوء. وعلى هذا قوله تعالى: ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُبْطِلُوا صَدَقَاتِكُمْ بِالْمَنِّ وَالْأَذَى)) [البقرة: ٢٦٤].

ثم لما بدأت تتكون لغة الفقه الإسلامي واصطلاحاته، أخذ البطلان في لسان الفقهاء معنى عملياً تشريعياً جديداً، فاستعملوه بمعنى عدم صحة العمل ذي الأثر الشرعي عندما يكون ذلك العمل غير معتبر في نظر الشارع، بحيث يعدّ وجوده كعدمه، لمخالفة ناحية يوجب الشارع مراعاتها فيه. فلا يترتب عليه أثره الشرعي الخاص من نشوء حق أو سقوط تكليف.

ويجري ذلك في العبادات الدينية والأعمال والمعاملات المدنية على السواء: فبطلان الصلاة والصيام مثلاً هو عدم اعتبار صحة لهما. فلا يبرئان ذمة المكلف بهما عن الواجب، بل يبقى مكلفاً بإعادتهما.

(١) مفردات القرآن؛ للراغب الأصفهاني: (بطل).

وبطلان التصرف الشرعي من بيع وشراء، وزواج وطلاق، وإقرار وإبراء، وأخذ وعطاء، وسائر المعاملات المدنية، هو عدم حصول آثارها المقررة لها شرعاً بين الناس، من امتلاك وانتفاع، واستباحة واستمتاع، وسائر الحقوق والثمرات والمصالح التي جعل ذلك التصرف سبيلاً إليها وسبباً منشئاً لها^(١).

وهذا هو **البطلان المطلق** نفسه بالمعنى القانوني في الاصطلاح الحقوقي الأجنبي^(٢).

وعلى ذلك يمكننا تعريف البطلان في الاصطلاح الفقهي بأنه: (عدم اكتساب التصرف وجوده الاعتباري وآثاره في نظر الشارع). أي: إن البطلان هو عدم ذلك الوجود الاعتباري للتصرف، وإن وجدت صورته الحسية.

ثانياً: تطبيق ذلك على التصرفات القولية والفعلية:

أ- بطلان التصرفات القولية: إن التصرفات القولية تكون عقدية وغير عقدية، فالعقود، كالبيع والإجارة والهبة، وجودها الحسي؛ هو صدور الإيجاب والقبول، أو ما يقوم مقامهما مما تعقد به العقود عادة. ووجودها الاعتباري؛ هو كونها رابطة منعقدة يربط المتعاقدين بحقوق والتزامات رتبها الشرع على انعقاد هذه الرابطة بينهما.

فإذا وجدت هذه العقود مستوفية مقوماتها وشرائطها الأساسية في نظر الشارع اعتبرت منعقدة، أي موجودة شرعاً كما وجدت حساً، وترتبت عليها أحكامها ونتائجها التي رتبها الشارع على انعقادها من تملك أو غيره.

وأما إذا وقعت غير مستوفية لأركانها وشرائطها التي جعل الشارع وجودها الاعتباري متوقفاً عليها في نظره، كما لو صدر البيع من مجنون، أو حصلت الهبة والتبرع من مال وقف أو مال قاصر صغير، فإن العقد، رغم وجوده حساً، يكون معدوماً اعتباراً، أي غير منعقد. فلا يترتب عليه حكمه من تملك أو التزام. وهذا معنى بطلان العقد^(٣).

ومثل ذلك يقال في غير العقود من التصرف القولي، سواء أكان إخباراً كالإقرار، أو إنشاءً كالدعوى بطلب الحق.

(١) ينظر: الموافقات؛ للشاطبي: ٢٩٢/١.

(٢) ينظر: الموجز في الالتزامات؛ للسنيهوري؛ ف ١٦٤.

(٣) ينظر: البدائع: ٢١٨/٤.

ب- بطلان التصرفات الفعلية: وكذلك يقال في التصرفات الفعلية، سواء أكانت مستقلة؛ كإحراز المباحات، أو كانت مستندة إلى عقد؛ كقبض المبيع مثلاً. فإنّ هذه التصرفات هي أفعال حسية تترتب عليها نتائجها التي قررها لها الشارع عندما تستوفي شرائطها التي يتوقف عليها اعتبارها الشرعي. فإذا لم تستوف شرائطها لا يكون لها اعتبار، فلا تترتب عليها آثارها.

فإحراز الشيء المباح مثلاً ينشئ شرعاً ملكيةً لمحرزه إذا استوفى الإحراز شرائطه التي منها أن يكون واقعاً بقصد التملك. فإذا لم يقع القصد كان وجوده كعدمه؛ لأنه لم يكتسب الوجود الاعتباري في نظر الشارع فلا يترتب عليه حكمه وهو الملكية لمحرزه، بل يجوز لغيره أخذه.

وتسليم المبيع إلى المشتري، لكي يعتبر تنفيذاً صحيحاً لعقد البيع، يجب فيه تسليم المبيع خالياً غير مشغول بحق لغير المشتري. فلو سلم البائع الوعاء المبيع من كيس ونحوه مشغولاً بأشياءه كان التسليم باطلاً. فلا يترتب عليه حكمه وهو انتقال ضمان المبيع إلى عهدة المشتري، بل يبقى البائع هو المسؤول الضامن لهلاك المبيع كأنه لا يزال في يده حكماً دون تسليم، لأنه هو الشاغل له. إلا أن يأذن البائع للمشتري بقبض ما فيها من أمواله، فينقذ بذلك إيداع. وعندئذ يصح التسليم ويعتبر المشتري متسلماً للمبيع بحكم البيع، ولما فيه من مال البائع على سبيل الوديعة.

سبب البطلان: يستنتج مما تقدّم بيانه أنّ البطلان في جميع حالاته وصوره يمكن رده إلى سبب واحد، هو مخالفة التصرف لنظامه الشرعي في ناحية جوهرية.

وبذلك يتجلى في البطلان معنى **المؤيد الحامي** لأحكام الشريعة الأصلية؛ ومن ثمّ يقول الفقهاء في تعريف العقد الباطل: هو العقد الذي ليس مشروعاً بأصله^(١)، وهم يريدون من عدم مشروعية العقد بأصله: أنه قد وقع مخالفاً لشريعة أساسية من النظام الشرعي فيه؛ سواء أكانت ذاتية، أي متعلقة ببعض الأوصاف المشروطة شرعاً في مقومات التصرف وأركانه؛ أو كانت شكلية محضة.

(١) ينظر: فتح القدير: ٤٢/٦.

فقد رأينا في نظرية العقود مثلاً أن لكل عقد مقومات لا بد من وجودها لكي يتحقق وجوده الفعلي، ومن هذه المقومات أركانه.

ثم إنَّ لكل من هذه المقومات شرائط، أي صفات مطلوبة شرعاً لا بد من تحققها فيه حتى يتكون قوام العقد بمقوماته الصحيحة، ويكتسب وجوده الاعتباري.

ورأينا أيضاً أن ثمة عقوداً شكلية يخضع تكوينها لمراسم معينة من تسجيل أو إشهاد أو كتابة، بحيث تعد تلك المراسم الشكلية في نظر التشريع من شرائط تكوينها، كالإشهاد في عقد الزواج شرعاً، وكالتسجيل في عقد الوكالة بالخصومة قانوناً. وثمة أيضاً عقود عينية يعتبر فيها تسليم الأعيان التي يرد عليها العقد شريطة لتامها، كالقرض والوديعة.

فجميع تلك المقومات العقدية، وشرائطها الأساسية إنما تعبر دائماً عن تلك النواحي الأساسية في نظر الشارع وتحددها: إما بمقتضى نصه الصريح، وإما بطريق الاجتهاد في فهم نصوصه والقياس عليها. وذلك لكي يكون المكلف المتصرف على بصيرة من مصير عمله.

ومن ثم تسمى تلك الشرائط في العقود: شرائط الانعقاد، لأن كلاً منها يعبر عن ناحية من تلك النواحي الجوهرية التي إذا فقدت لم ينعقد العقد. على أنه قد تختلف الأنظار الاجتهادية في بعض النواحي من النظام التشريعي هل هي جوهرية أساسية يترتب على مخالفتها بطلان كلي، أو هي فرعية لا تُوجب بطلان التصرف من أصله، وإنما تُوجب خللاً آخر يسمى فساداً يكون العقد معه مستحقاً للإبطال، كما سنرى في نظرية الفساد^(١).

تجزؤ البطلان:

والبطلان قابل للتجزؤ في نظر فقهاءنا، فقد يكون العقد أو التصرف الواحد بعضه باطل وبعضه معتد به بالنسبة إلى ناحية دون أخرى من محله.

(١) من هذا القبيل اختلاف الاجتهادات في معلومية العوضين في عقود المعاوضات كالبيع والإجارة والصلح عن مال بمال.

فقد ذهب الشافعية إلى أن كل جهالة في العقد تورثه بطلاناً كلياً، لأنَّ معلومية المحل والبذل وما يتصل بهما ناحية أساسية في نظره. وذهب الحنفية إلى أن معلومية المحل والعوض المقابل في العقود إنما هي ناحية فرعية لا توجب مخالفتها بطلاناً كافياً، وإنما توجب الفساد.

وذلك لأن الاعتبار الشرعي قد تتوافر شرائطه في جزء دون آخر من المحل، فلا مانع من تجزؤ الاعتبار^(١).

فقد نص الفقهاء على أنه إذا جمع إنسان بين ماله ومال موقوف فباعهما صفقة واحدة صح البيع في ماله بحصته من الثمن، وبطل في الموقوف عند الحنفية، بينما يعطي الشافعية للمشتري خيار تفريق الصفقة^(٢).

أما إذا كان البطلان في بعض غير معين ولا سبيل إلى تعيينه فإن البطلان يعم، لعدم إمكان التنفيذ مع الجهالة.

الفرق بين بطلان العقد وانفساخه:

إن الانفساخ الذي تقدم بيانه في بحث انحلال العقد آخر نظرية العقود هو شبيه بالبطلان. وقد يعبر فقهاؤنا عنه أحياناً بالبطلان تسامحاً في التعبير.

لكن الواقع أن بين البطلان بالمعنى والسبب اللذين سلف إيضاحهما، وبين انفساخ العقود فرقاً بيناً.

أ- فبطلان العقد يكون عن مخالفة لنظام التشريع من ناحية أساسية في عملية العقد. فالعقد عندئذ يكون من أصله باطلاً، أي معدوماً اعتباراً.

فإذا انعقد العقد على وجهه الصحيح لا يتصور بعد ذلك فيه مخالفة في عملية للعقد لأنها قد انقضت، إلا أن يتبين أنه قد كان هناك مخالفة مستورة توجب البطلان، فعندئذ يسترد الاعتبار، فيعتبر باطلاً منذ نشأ. وبهذا يتجلى في بطلان العقد كونه مؤيداً مدنياً لنظام التعاقد.

فأما الانفساخ فإنما يكون بعد تمام الانعقاد الصحيح لسبب طارئ يمتنع معه بقاء العقد بعد وجوده؛ كهلاك المبيع عند البائع بعد العقد قبل التسليم. فالعقد هنا لا مخالفة فيه، وهلاك المبيع بعد ذلك ليس مخالفة لنظام التعاقد، ولكنه حادث يتعذر معه تنفيذ

(١) وبهذا النظر الفقهي في قابلية البطلان للتجزؤ جاء القانون المدني السوري، إذ نصت المادة /١٤٤/ منه على أنه: (إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال، فيبطل العقد كله).

(٢) ينظر: الدر المختار ورد المحتار: ١٠٤/٤، روضة الطالبين: ١٥٤/١.

العقد فينفسخ. ومثل ذلك يلحظ في الإجارة إذا هلك المأجور، وفي الشركة إذا هلك رأس المال المخصص لها.

ب- ويفترق أيضاً بطلان العقد عن الانفساخ من ناحية أخرى هي أن البطلان يكون العقد معه معدوماً من أصله أبداً. أما الانفساخ فقد يرفع العقد من أصله فيكون الانفساخ مستنداً بأثر رجعي كما في هلاك المبيع قبل التسليم. وقد يقع مقتصرأ غير مستند، فيزول به الارتباط التعاقدي اعتباراً من وقت الانفساخ. أما ما مضى فيبقى على حكم التعاقد، كما في انفساخ الإجارة والشركة ونحوهما من العقود المستمرة.

نتائج البطلان:

إنَّ للبطلان نتيجةً أساسيةً سلبيةً تتفرَّع عنها عادة عدة أحكام عامة هي بمثابة خصائص للبطلان. وسنبين فيما يأتي تلك النتيجة الأساسية السلبية. ثم الحالات الاستثنائية بالنسبة إليها. ثم الخصائص المتفرعة عن تلك النتيجة الأساسية.

النتيجة الأساسية للبطلان:

أنَّ البطلان يفقد به التصرف سببته لحكمة، فلا يترتب عليه ذلك الأثر النوعي المقرَّر له شرعاً في حال صحته.

فإذا كان التصرف الباطل عقداً لا تنشأ به التزاماته. وإذا كان إقراراً لم يؤخذ به صاحبه. وإذا كان إبراءً لم يسقط به الالتزام، وهلم جراً... وهذا نظر عام في بطلان جميع التصرفات على الإطلاق.

وبهذا يتَّضح معنى قول الفقهاء: إنَّ العقد الباطل لا يترتب عليه حكم أصلاً.

وبعض المعاصرين اليوم قد استشكل ذلك بأنَّ عدم اعتبار العقد الباطل هو حكم شرعي له، فهو حكم سلبي يقابل الحكم الإيجابي الإنشائي للعقد المنعقد. فكيف يصح القول بأنَّ الباطل لا يترتب عليه حكم؟ وهذا نظر صحيح في ذاته، لكن مراد الفقهاء أنَّ العقد الباطل لا تترتب عليه الأحكام والنتائج التي قررها الشارع لحالة انعقاده واعتباره. ومنشأ الإشكال والاعتراض من تنكير كلمة (حكم) فإنه يوهم نفي أي حكم كان، لا حكم الخاص المقرر للعقد الصحيح.

الحالات الاستثنائية التي للعقد الباطل فيها أثر معتبر:

على أنَّ هذا المبدأ العام في النتيجة السلبية للبطلان تشدُّ عنه حالات استثنائية يكون فيها للعقد الباطل تأثير في وصف ما يبنى عليه من فعل، فتترتب عليه بعض الآثار الفرعية التي تترتب على حالة انعقاده. وسنرى ذلك في الحالات الآتية:

الحال الأولي: في عقد النكاح:

ففي النكاح تتجلى أظهر الحالات التي يكون للعقد الباطل فيها بعض الآثار الفرعية للعقد الصحيح.

فعقد النكاح الباطل لا يثبت حكمه الأصلي من حل الاستمتاع والنفقة والتوارث بحال من الأحوال. ولكنه إذا أعقبه دخول فإن المرأة تستحق به مهرًا، ويثبت به نسب الولد من الرجل، وتجب فيه على المرأة العدة من تاريخ المفارقة. ذلك لأن الشرع يحتاط في إثبات الأنساب وإيجاب العدة بمجرد الشبهة، ويستلزم ذلك لزوم المهر، فإنَّ اتصال الرجل بالمرأة في شريعة الإسلام لا يمكن أن يخلو عن إحدى نتيجتين: إما عقوبة الحد إذا كان زنى محضًا، وإما المهر إذا كان بنكاح صحيح أو بشبهة. والعقد - وإن لم يكن صحيحًا - يورث شبهة تثبت بها هذه الأحكام الاحتياطية.

ويلحظ هنا أن هذه الأحكام الاستثنائية في النكاح الباطل لم تترتب إلا بناءً على فعل الدخول، لا على مجرد العقد. ولكنها لم تكن لتثبت لولا هذا العقد الباطل، إذ يكون الاتصال عندئذ بين الرجل والمرأة مجرد زنى لا تأويل فيه لولا استناده إلى هذا العقد. ومن ثم اعتبرت أثرًا للعقد الباطل.

الحال الثانية: في ضمان المبيع المقبوض في البيع الباطل:

اختلف الفقهاء في حكم البيع الباطل إذا قبض فيه المشتري المبيع:

فمنهم من يرى أن المبيع يكون أمانة في يد المشتري غير مضمون عليه إذا هلك دون تعدٍ منه أو تقصير في حفظه؛ كالوديعة في يد الوديع. وحجة ذلك أن البيع لما كان باطلاً لم يبق سوى مجرد القبض بإذن البائع. وهذا لا يوجب الضمان على القابض إلا بالتعدي أو التقصير. فيبقى المبيع على ملك البائع أمانة في يد المشتري. وبهذا الرأي أخذت المجلة (م ٣٧٠).

ويرى آخرون أنَّ المبيع يكون في يد المشتري **مضموناً** عليه بمثله إذا كان مالاً مثلياً، وقيمته إن كان قيمياً. وحجتهم أنه مقبوض على سبيل المعاوضة المقصودة بالعقد. وبطلان البيع إنما يمنع انتقال الملكية به، ولكنه لا يلغي فكرة المعاوضة الثابتة فيه، والتي لم يسلم البائع المبيع إلا على أساسها. ومن المقرر أن القبض على سبيل البدلية يوجب الضمان. ومن المقرر أيضاً أنَّ الشيء المقبوض على سَوِّم الشراء^(١) بلا عقد هو **مضمون** على قابضه بالمثل أو القيمة إذا بين له الثمن عند المساومة، لدلالة هذا البيان على أن صاحبه لم يسلمه إلا على أساس المعاوضة والضمان. فالمبيع المقبوض في البيع الباطل ليس بأدنى حالاً منه.

وهذا النظر هو المرجح في اجتهاد المذاهب الأربعة. وبذلك نرى أن البيع الباطل، وإن لم يترتب عليه حكمه، قد كان له في قبض المبيع أثر وصفي جعله **مضموناً**.
الحال الثالثة: في انقلاب العقد:

ومما يتصل بالآثار الاستثنائية للعقد الباطل ما يكون من انقلاب هذا العقد أحياناً إلى عقد آخر صحيح عند بعض الفقهاء. فإن العقد الذي يعدُّ باطلاً في موضوعه الخاص قد يتضمن عناصر عقد آخر لا يتنافى مع غرض العاقلين، فينصرف إليه، وإن عُدَّ باطلاً في موضوعه المتعاقد عليه.

مثال ذلك: أنَّ فقهاءنا حكموا ببطلان البيع والإجارة إذا صرح في عقدهما بنفي الثمن والأجرة صراحةً؛ بأن قال العاقد: بعثك هذا الشيء بلا ثمن، أو قال: آجرتك إياه بلا أجرة؛ وذلك لأنهما من عقود المعاوضة التي تقوم على أساس بدلين متقابلين. فإذا نفي الثمن صراحة انتفت حقيقة العقد وهي المعاوضة^٢.

ثم اختلفوا بعد تقرير بطلان البيع والإجارة؛ هل ينقلب العقد فينعقد البيع هبة، والإجارة إعارة؟

(١) القبض على سوم الشراء: هو أن يأخذ الإنسان شيئاً من صاحبه على أنه إن أعجبه اشتراه.
(٢) بخلاف ما إذا كان الثمن أو الأجرة مسكوتاً عنهما في العقد دون أن ينفي صراحة، كما لو قال: بعثك هذا الشيء أو آجرتك، وقبل الآخر. فإن الثمن أو الأجرة يعتبر حينئذ ملحوظاً، ولكنه مجهول لعدم بيانه. فيفسد العقد فساداً، كما سنرى في البحث الآتي عن الفساد.

وهل ينقلب البيع إعاره إذا كان فيه توقيت مع نفي البذل، كما لو قال: بعثك منفعة هذا الشيء شهراً بلا ثمن، أو لا ينقلب العقد في شيء من ذلك؟
ذهب فريق من الفقهاء إلى هذا الانقلاب تنزيلاً على القاعدة العامة القائلة: العبرة في العقود والمعاني لا للألفاظ والمباني.

وذهب الأكثرون إلى عدم الانقلاب، بحجة أن العقد الأصلي هنا باطل فهو معدوم، والانقلاب لا يكون في مقدوم. وهذا هو الرأي الأظهر عند الفقهاء.
ولكن لا مانع من النظر في الرأي الأول، إذ القواعد الفقهية تؤيده، فإن من القواعد المقررة أن (إعمال الكلام أولى من إهماله) ما أمكن، ومن صور إعمال الكلام حمله على المجاز إذا تعذرت الحقيقة. فيعتبر التعبير بالبيع والإجارة مجازاً عن الهبة والإعارة. وأن المجاز في العقود معهود. حتى لقد صرح الحنفية في النكاح، على خطورة موضوعه، أنه ينعقد بلفظ البيع على سبيل المجاز في التعبير^(١).

خصائص البطلان:

إنَّ للبطلان خصائص عديدة هي أحكام عامة متفرعة عن تلك النتيجة الأساسية السلبية للبطلان كما سلفت الإشارة إليه. وهذه الخصائص هي:
أولاً: إن بطلان الشيء يستلزم بطلان ما في ضمنه، وبطلان ما بني عليه.
وعلى هذا قرّر الفقهاء أنه:

أ- إذا باع الإنسان شيئاً بيعاً باطلاً، واشتمل البيع على شروط وحدد فيه الثمن، بطلت مع البيع الشروط التي اشترطها العاقدان فلا تلزمهما، وبطلت أيضاً تسمية الثمن المسمى. فهذا مثال لبطلان ما تضمنه الباطل.

ب- وإذا جرى التقابض بين الطرفين في المبيع والثمن على سبيل التنفيذ لهذا البيع الباطل لا يعدُّ هذا التقابض بيعاً بالتعاطي، لأنه إنما قصد به الطرفان البناء على العقد

(١) والنظر القانوني الحديث في الفقه الأجنبي يتجه إلى هذا فيما يسمونه: نظرية تحول العقد، وهي نظرية حديثة في الفقه الألماني. حتى إن أصحابها يتوسعون فيها فيقولون بانقلاب البيع إلى هبة ولو كان الثمن مذكوراً في العقد، إذا كان الثمن تافهاً يسيراً بالمسبة إلى المبيع بحيث يدل على قصد التبرع. (ينظر: الموجز في الالتزامات؛ للسنهوري: ف/١٦٨). وبهذا أخذ القانون المدني السوري، وأصله القانون المصري الجديد. فقد صرحت المادة /١٤٥/ منه بأنه: (إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال، وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإنه يكون صحيحاً باعتباره ذلك العقد الذي توافرت فيه أركانه، إذا تبين أن نية العاقدين كانت تنصرف إليه).

الباطل، فيكون باطلاً أيضاً. ويبقى ما قبضه كل منهما ملكاً لصاحبه. وهذا مثال بطلان ما بُني على الباطل.

ثانياً: إذا بطل التصرف الفعلي لزم نقضه وإعادة الأوضاع إلى سابق عهدها قبل التصرف.

وذلك لأنَّ التصرف الفعلي يحدث أثراً مادياً على كل حال، سواء أكان التصرف صحيحاً أو باطلاً. وبذلك يختلف عن التصرف القولي الذي يكون أثره اعتبارياً محضاً. فلا بد من إزالة الأثر الذي أحدثه التصرف الفعلي الباطل لتعود الأوضاع الحقوقية إلى ما كانت عليه من سابق حالها.

وبناء على ذلك لو تقابض المتبايعان المبيع في البيع الباطل يلتزم كل قابض برد ما قبضه، لبطلان القبض المبني على عقد باطل.

فلو استهلك المشتري المبيع في هذه الحال يضمن للبائع مثله إذا كان مثلياً، وقيمته إذا كان قيمياً، سواء أكانت قيمته في السوق أكثر أو أقل من الثمن المسمى في العقد. ذلك لأن البيع لما كان باطلاً كانت تسمية الثمن في ضمنه باطلة أيضاً. والأصل في ضمان الأموال التعادل. والمعادل للمال المستهلك هو مثله أو قيمته. وإنما حلَّ الثمن المسمى محلها بسبب العقد. فإذا بطل الاتفاق على الثمن لأنه جزء من العقد الباطل رجع الضمان إلى أصله بالمثل أو القيمة.

وهذا بخلاف ما لو كان البيع منعقداً صحيحاً، فقبض المشتري المبيع دون رضا البائع قبل دفع الثمن المستحق، وهلك المبيع في يد المشتري أو استهلكه، فإنما يضمن للبائع الثمن المتفق عليه في العقد، لا قيمة المبيع، لأنَّ المبيع قد انتقلت ملكيته إلى المشتري بمجرد تمام البيع الصحيح لقاء ثمن معين حلَّ محل القيمة بالتراضي.

ثالثاً: العقد الباطل لا يقبل الإجازة:

فالإجازة إنما هي في الحقيقة إرادة منفردة يقرر بها الإنسان ويمضي تصرفاً قائماً متوقعاً جعل الشرع له فيه حق التقرير والرفض.

فالنظر الفقهي أنَّ محل الإجازة إنما هو العقد المنعقد الموقوف الذي يمس حقاً لغير العاقدین. فلذلك الغير أن يجيزه إن شاء فينفذ عليه، أو أن يرفضه فيبطل. والعقد الباطل

ليس قائماً متوقفاً ليمكن إنفاذه إلى غايته بالإجازة، بل هو لغو عديم الاعتبار في نظر التشريع، فكأنه لم يوجد أصلاً. فإذا ما أريدت إجازته لينفذ إلى الغاية الحقوقية المقصودة به يجب إيجاده بإنشاء جديد على وجه معتبر^(١).

وعلى هذا قرر الفقهاء أن العقد إذا بطل لعدم أهلية العاقد، كما لو باع المجنون ووهب الصغير شيئاً من ماله، ثم عقل المجنون أو بلغ الصغير فأجاز العقد لا يجوز، لأنه صدر باطلاً فلا يقبل الإجازة، فعليه إن شاء أن يحدّد إنشاءه.

رابعاً: العقد الباطل لا يحتاج إلى فسخ، ولا يحتج به أمام القضاء.

أما كونه لا يحتاج إلى فسخ؛ فلأنّ الفسخ إنما يحتاج إليه في عقد قائم يكون لأحد طرفيه الخيار في التحلل من رابطة أو بقاءه. ثم قد يستقل الطرف الخيّر عندئذ في الفسخ؛ كما في خيار الشرط في البيع، إذ يفسخه صاحب الخيار خلال المدة المشروطة له دون حاجة إلى رضا أو قضاء، وقد يحتاج الفسخ إلى رضا أو قضاء؛ كما في خيار العيب عند الحنفية.

أما العقد الباطل فهو معدوم لم يوجد، وإزالة المعدوم مستحيل. وأما كون العقد الباطل لا يحتج به أمام القضاء فذلك نتيجة لازمة لبطلانه في ذاته دون حاجة إلى إبطال.

ويترتب عليها أنّ القاضي يرد الاحتجاج بالعقد الباطل إذا ادعى أو تمسك به ذو مصلحة لديه، ولو لم يدفع الخصم بالبطلان ولم ينتبه إليه. ذلك لأنّ الباطل إذا كان لا يحتاج إلى إبطال، فتقرير بطلانه عند التمسك به لا يتوقف على الطلب.

خامساً: البطلان لا يسري عليه حكم التقادم:

التقادم هو مرور الزمن؛ فلا يمتنع التمسك ببطلان العقد الباطل لمنع تنفيذه ولو مضت على العقد مدة التقادم، (وهي خمسة عشر عاماً)؛ ذلك لأنّ الباطل معدوم. والعدم لا ينقلب وجوداً بطول الأمد.

فلو فرض في البيع الباطل مثلاً أنّ المشتري لم يكن قد قبض المبيع حتى انقضى خمسة عشر عاماً، ثم رفع البائع الدعوى على المشتري ليلزمه بقبض المبيع وأداء الثمن. فإنّ

(١) وبهذا أخذ القانون المدني السوري؛ إذ صرحت المادة ١٤٢/١ منه بأن البطلان لا يزول بالإجازة.

للمشتري أن يدفع دعوى البائع بحجة بطلان البيع. وكذا لو رفع المشتري الدعوى على
البائع طالباً تسليم المبيع بعد التقادم، فإن للبائع أن يدفع دعواه ببطلان البيع. ويقبل من
كل منهما هذا الدفع رغم تركه الادعاء بالبطلان مدة التقادم. ذلك لأنّ كلاهما في الأصل
غير مكلف بالادعاء والتقاضي لإبطال العقد، لما قدمنا أنّ الباطل لا يحتاج إلى إبطال.



نظرية الفساد في الفقه الإسلامي

أولاً: معنى الفساد لغة واصطلاحاً:

الفساد في اللغة: هو تغير الشيء عن الحال السليمة وخروجه عن الاعتدال. فهو ضد الصلاح. يقال: فسد اللحم، إذا اعتراه تغير أو عفونة حتى أصبح غير صالح. ثم استعمل لغة في جميع الأشياء والأمور الخارجة عن نظام الاستقامة؛ كالبغي والظلم والفتنة. وعليه قول الله تعالى: ((ظَهَرَ الْفَسَادُ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ بِمَا كَسَبَتْ أَيْدِي النَّاسِ لِيُذِيقَهُمْ بَعْضَ الَّذِي عَمِلُوا لَعَلَّهُمْ يَرْجِعُونَ) [الروم: ٤١]، وقوله سبحانه: ((وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ)) [البقرة: ٢٢٠].

ثم لما نشأت الاجتهادات الفقهية واصطلاحاتها أطلق الحنفية الفساد على معنى تشريعي مدني جديد، فاستعملوه للدلالة على حالة يعتبرون فيها العقد مختلاً في بعض نواحيه الفرعية اختلاً يجعله في مرتبة بين الصحة والبطلان.

ثانياً: منشأ نظرية الفساد والاختلاف فيها:

إنَّ نظرية فساد العقود حنفية المنشأ، فإنَّ الاجتهاد الحنفي هو الذي قررها وانفرد بها من بين سائر الاجتهادات الأخرى التي لا تجعل بين البطلان والصحة مرتبة ثالثة. فالعقد عند جمهور المجتهدين إما صحيح منعقد، وإما باطل أو فاسد غير منعقد، وذلك عندما يخالف العقد الأمر والنهي الشرعيين في نظام التعاقد.

غير أن الاجتهاد الحنفي لحظ أنَّ صور المخالفات ليست في درجة واحدة، بل منها مخالفات أساسية، ومنها فرعية. فلا ينبغي أن تكون النتيجة واحدة في الحالتين، لأنَّ قوة الجزاء المؤيد يجب أن تتناسب مع درجة المخالفة للنظام. والعقد المخالف لنظامه في ناحية فرعية فقط هو موافق للنظام المشروع في جميع النواحي الأساسية. وتوافرت فيه أركانه وسائر مقوماته وشرائطها. فيجب أن يكون في مرتبة بين البطلان والصحة.

وسبب الاختلاف في مرتبة الفساد: أنهم اختلفوا في مقتضى النهي الشرعي عن التصرفات ذات الوجود الاعتباري؛ كالعقود.

فذهب جمهور الفقهاء إلى أن مقتضى النهي البطلان، لأنه ينافي مشروعية الفعل المنهي عنه مطلقاً، دون تمييز بين النواحي التي يتعلّق بها النهي. وذهب الحنفية إلى أن مجرد النهي عن الفعل لا يدل على عدم مشروعية أصله حتماً، بل قد تجتمع مشروعية أصل الفعل مع النهي عنه، فما نهى عنه الشارع نهياً دون أن ينص على بطلانه نصاً، فإن نتيجة النهي تختلف فيه باختلاف سبب النهي، أي باختلاف نوع المخالفة للنظام الشرعي.

أ- فقد ينهى الشرع عن الفعل لأنه ليس بمشروع من أصله، إذ يكون من المفسد القبيحة في ذاتها؛ كالزنى والقتل والغصب، وهذا الفعل يعدُّ باطلاً محضاً؛ ومن هذا القبيل النهي الوارد في السنة النبوية عن بيع الملاحيق والمضامين؛ كما تقدّم في نظرية العقود، فإنّ الشرع لم يعتبرها محلاً صالحاً للعقد.

ب- وقد ينهى الشارع عن الفعل المشروع الأصل، فينصرف النهي إلى وصف يستقبّحه الشارع فيه ويريد تجريده عنه؛ لأنّ الأصل لما كان مشروعاً لم يبق إلا الوصف هدفاً للنهي؛ وذلك كالنهي الشرعي عن الربا. فإنّ عقد الربا هو بيع أو قرض، فهو مشروع الأصل، ولكن فيه وصفاً زائداً يستقبّحه الشارع هو اشتماله على فضلٍ بلا عوض.

وكذلك النهي عن اشتراط شروط خاصة في عقد البيع والإجارة فإنّ عقدهما في أصله مشروع، ولكن الشرط هو وصف غير مشروع. فالعقد المنهي عنه إذا كان من هذا القبيل لا يفيد النهي بطلانه، بل يعتبر منعقداً انعقاداً فاسداً، أي مختلاً في ناحية فرعية منه اختلالاً يجعله مستحقاً للإبطال، ما لم يمنع من إبطاله مانع. فإذا منع من إبطاله مانع، استقرّ اعتباره وثبت حكمه.

أما الباطل فإنه لا يترتّب عليه شيء من نتائج العقد الصحيح؛ كما تقدم.

وهذا معنى قول الفقهاء في تعريف العقد الفاسد: أنه (هو العقد المشروع بأصله لا بوصفه). بخلاف العقد الباطل، فإنه عندهم غير مشروع بأصله ولا بوصفه كما تقدم في بحث البطلان.

ج- وقد ينهى الشرع عن الفعل المشروع الذي ليس في أصله أو أوصافه الذاتية أية مخالفة لنظامه، وتكون علة النهي أمراً خارجياً محضاً؛ كالنهي عن البيع وقت أذان الجمعة.

فهذا النهي لا يوجب بطلاناً ولا فساداً، لأنَّ البيع تام المقوّمات والشرائط الذاتية، وإنما النهي لمعنى خارجي هو الانتهاء بالعقد عن العبادة الواجبة. **فمقتضاه مجرد الحرمة الدينية**، كما لو اشتغل الإنسان بمبايعاته عن صلاة أخرى حتى فات وقتها. فإنَّ ذلك محرّم ديانة ولكنه لا يؤثر في صحة عقودها التي مارسها عوضاً عن العبادة في وقتها.

ومن هذا القبيل النهي الوارد في السنة النبوية عن خطبة الإنسان على خطبة أخيه، وسومه على سومه أخيه، إلا أن يأذن له، وأمثال ذلك من صور النهي. فلا يوجب هذا النهي في النكاح والشراء الواقعين كذلك بطلاناً أو فساداً من الوجهة المدنية القضائية، وإنما يوجب كراهة دينية لمعنى أخلاقي خارج عن عناصر تكوين العقد.

ونحن إذا ساوينا بين النتائج في جميع حالات النهي دون نظر إلى علة النهي وهدفه، نكون قد ساوينا بين ماهية عقدية كاملة سليمة وأخرى ناقصة.

هذا محصل نظر الأصوليين والفقهاء في مبنى **نظرية الفساد** التي ذهب إليها **الحنفية**^(١). وقد قال القرافي المالكي في كتابه **(الفروق)** عن مبنى هذا التمييز بين الفساد والبطلان في نظرية أبي حنيفة (أنه فقه حسن).

والاجتهادان **المالكي والشافعي**، خلافاً **للحنبلي**، قد تابعا في مواطن دون أخرى التمييز **الحنفي** بين نهبي مفسدٍ لماهية الفعل، ونهبي متعلقٍ بأمر خارج عنها فلا يفسدها. لكنهما على كل حال، كغيرهما من الاجتهادات، لم يميزا بين الفساد والبطلان في المعنى والنتائج.

ثالثاً: التصرفات التي يفترق فيها الفساد عن البطلان:

رأينا سابقاً أنَّ البطلان يجري في جميع أنواع التصرفات من فعلية وقولية، عقدية كانت أو غير عقدية.

أما الفساد فمجاله أضيق من ذلك، فإنَّ التمييز بين البطلان والفساد لا يشمل جميع التصرفات، بل إنّ منها ما ليس له إلا مرتبتان: الصحة والبطلان، فلا فرق فيه بين فاسد وباطل في عدم الاعتبار الشرعي.

(١) ينظر: أصول فخر الإسلام البزدوي وشرحه (كشف الأسرار): ٢٥٦/١-٢٩١، فتح القدير شرح الهداية: ٤٢/٦.

غير أنَّ فقهاء المذهب الحنفي الذي أسس نظرية الفساد إلى جانب البطلان في نطاق المؤيدات الشرعية لم يضع فقهاؤه إلى اليوم ضابطاً يقيم حداً واضحاً لما يجري فيه هذا التمييز بين البطلان والفساد وما لا يجري، ولكنهم قد فصلوا أسباب الفساد وأحكامه تفصيلاً مستوعباً في الفصول التي ميزوا بين بطلانها وفسادها، كالبيع والإجارة والهبة والمخارجة وغيرها. وهم يصرحون في بعض الفصول الأخرى بأنه لا فرق فيها بين فاسد وباطل كما في العبادات، فإنها جميعاً تكون: إما **صحيحة مبرئة** لذمة المكلف، أو غير **صحيحة** فلا يسقط بها الواجب، وفي هذه الحال يقال إنها فاسدة أو باطلة بمعنى واحد. **ضابط ما تجري فيه نظرية الفساد وما لا تجري:**

باستقراء نصوص الفقهاء والأصوليين وتتبع مباحثهم في التمييز بين البطلان والفساد في شتى الفصول الفقهية من الأحكام المدنية يظهر لنا أنَّ التمييز بين الفساد والبطلان لا يجري إلا في العقود المالية التي تنشئ التزامات متقابلة، أو تنقل الملكية.

فيدخل في هذا الضابط عقود البيع والإجارة والرهن والحوالة والصلح عن المال والمخارجة والقسمة والشركة والمزارعة وأمثالها، لأنها تنشئ التزامات متقابلة. ويدخل أيضاً عقد القرض والهبة، لأنها ينقلان الملكية. فكل ذلك، مما يتميز فساداً عن بطلانه، ويعتبر مع الفساد منعقداً. ويخرج عن هذا الضابط جميع التصرفات الأخرى؛ وهي:

- ١- التصرفات الفعلية مطلقاً.
- ٢- التصرفات القولية التي ليست من قبيل العقود، بل من تصرف الإرادة المنفردة؛ كالطلاق والإعتاق، والوقف والإبراء، والكفالة، وكذلك الإقرار.
- ٣- العقود غير المالية؛ كالزواج والوكالة والوصاية والتحكيم، فإنَّ الوكالة والوصاية والتحكيم عقود تفويض.

٤- العقود المالية التي لا تنشئ التزامات متقابلة ولا تنقل الملكية؛ كالإيداع والإعارة. فكل هذه الأنواع من التصرفات التي تخرج عن ذلك الضابط لا يعتبر لها إلا مرتبتا **وجود وعدم**، أو **صحة وبطلان**. وليس لها بينهما مرتبة ثالثة هي **الفساد**. بل إنَّ فسادها وبطلانها بمعنى واحد في الدلالة على عدم وجودها الاعتباري في نظر الشرع^(١).

(١) سبق في بحث البطلان أن النكاح الباطل قد تترتب عليه بعض آثار النكاح الصحيح من نسب ومهر وعدة إذا أعقبه دخول، ذلك أنه يعتبر فيه شبهة كافية لإثبات النسب الذي يتوسّع الشرع في إثباته احتياطاً، ويتبع ذلك

رابعاً: التعريف الاصطلاحي للفساد:

عرّف الحنفية العقد الفاسد بأنه: هو العقد المشروع بأصله لا بوصفه، ونرى أن هذا التعريف لا يعطي صورة واضحة عن حقيقة معنى الفساد، وإنما يكشف عن سببه فقط، كما أن فيه غموضاً يورث كثيراً من الاشتباه. وبناءً على ما تقدم يمكننا أن نعرف الفساد في العقد بمعناه المقصود في اصطلاح الفقه الحنفي تعريفاً آخر بأنه: هو اختلال في العقد المخالف لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة؛ يجعله مستحقاً للفسخ.

الأسباب العامة للفساد:

إنّ حالات الفساد ترجع إلى سبب عام هو: مخالفة العقد لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة. وهذا السبب العام يبرز في العقود بصورة عديدة يمسك بها الفقهاء ويحددونها في كل عقد، فتعتبر هي السبب المباشر في فساد.

وهذه الصور المختلفة للمخالفة الموجبة للفساد منها ما له تأثير مفسد عام في العقود التي يعترها الفساد، ومنها ما يختص ببعض هذه العقود دون بعض. ومن ثم تنقسم أسباب الفساد إلى نوعين: عامة وخاصة.

فأما الأسباب الخاصة فيرجع في معرفتها إلى شرائط الصحة في كل عقد على حدة من كتب الفقه، ولا مجال لعرضها هنا.

فالشيوخ مثلاً يفسد الرهن عند الحنفية دون غيرهم، ولا يفسد البيع، والاشتراط الممنوع، المسمى بالشرط المفسد، يفسد عقود المعاوضات ولا يفسد الهبة؛ وهلم جراً...

وأما الأسباب العامة للفساد فهي لا تعدو ثلاثة: الجهالة، والغرر، والإكراه، على رأي من يرى الإكراه موجباً لفساد العقد لا لتوقفه.

أولاً: الجهالة:

الجهالة المفسدة للعقود في الاجتهاد الحنفي إنما يراد بها الجهالة الفاحشة وهي التي تنفضي إلى نزاع مشكل. والنزاع المشكل هو الذي يتعذر حسمه لتساوي حجة الطرفين فيه

المهر والعدة. وهذا الأثر هو ما دعا بعض الفقهاء إلى أن يميزوا بين فاسد النكاح وباطله، لا من حيث الانعقاد وعدمه، فكلاهما غير منعقد، بل من حيث ثبوت هذه الآثار وعدمها. فالنكاح الفاسد عندهم هو ذلك الذي يصلح أن يكون فيه شبهة استحلال للمتعة يثبت معها النسب والمهر والعدة وإن لم يكن النكاح منعقداً، كالنكاح بلا شهود، ونكاح المعتدة قبل انقضاء عدتها. أما النكاح الباطل فهو الذي لا شبهة فيه أصلاً، كما لو تزوج رجل إحدى محارمه، كبنته أو أخته عالمياً بالحرمة، فإنه كالزنى المحض بل أظفع. فلا يترتب عليه أثر من نسب أو مهر. وتجب فيه عقوبة الحد.

استناداً إلى تلك الجهالة؛ وذلك كما لو باع إنسانُ شاةً غير معينة من قطع غنم: فالبايع قد يريد إعطاء الرديئة بحجة عدم التعيين. والمشتري كذلك يريد الجودة بحجة عدم التعيين أيضاً.

فهذه الصورة وأمثالها من صور الجهالة مفسدة للعقد.

أما الجهالة التي لا تؤدي إلى نزاع مشكل فلا تضر بالعقد. وذلك كما لو باع الإنسان كل ما في صندوقه أو في بيته دون معرفة ما فيه. فيصح العقد لأن المبيع، وإن كان مجهولاً، هو معين بالذات بحد حاصر له متفق عليه وهو الصندوق أو البيت.

ثانياً: الغرر:

الغرر: هو في اللغة بمعنى التغير، أي الإيهام والتوريط. والمراد به عند الفقهاء: أن يعتمد التعاقد على أمر موهوم غير موثوق.

وسمي كذلك لأن ظاهره يغرّ العاقد ويورطه في نتيجة موهومة.

وأصله ما ثبت في السنة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر^(١)، واجتهاد الحنفية يميز بين نوعين من الغرر:

الأول: غرر في أصل المعتقد عليه، وهذا يوجب بطلان العقد، وذلك كبيع الحمل في بطن أمه، فإنه باطل لاحتمال أن يكون انتفاخاً، أو يولد ميتاً.

الثاني: غرر في الأوصاف والمقادير ونحوها من النواحي الفرعية، وهذا يوجب فساد العقد، وهو المقصود هنا.

ثالثاً: الإكراه:

اختلف رأي الحنفية في أثر الإكراه على العقود، هل يفسدها، أو يجعلها موقوفة؟ فذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن الإكراه يفسد العقد، بينما يذهب الإمام زفر إلى أن الإكراه يجعل العقد موقوفاً قابلاً للصحة.

نتيجة الفساد:

استناداً إلى ما سبق يتقرر أن فساد العقد نتيجه: أن يصبح العقد مستحقاً للفسخ بإرادة كلٍّ من الطرفين، وإرادة القاضي.

(١) أخرجه مسلم في البيوع، باب بطلان بيع الخصاة، والبيع الذي فيه غرر، برقم: ٤ - (١٥١٣).

أي إن العقد يفقد قوته الإلزامية؛ فيجب فسخه بطلب أحد العاقدين، أو بعلم القاضي، وهذا لا ينافي ترتب الأحكام الأصلية على العقد الفاسد بمقتضى انعقاده، فترتب الحكم نتيجة للانعقاد، واستحقاق الفسخ نتيجة للفساد.

أولاً: ترتيب الحكم على العقد الفاسد: لا يترتب الحكم على البيع الفاسد بمقتضى انعقاده، وإنما بتمام القبض، ونفاذ التصرف فيه. وكذا في الإجارة الفاسدة يثبت حكمها وتلزم الأجرة باستيفاء المنفعة فعلاً، لا بمجرد العقد.

ذلك أنه ما دام مستحقاً للفسخ، وهو عرضة للإبطال فليس من المصلحة الشرعية تعجيل بناء حكم على عقد يوجب الشرع نقضه، لأن الدفع أسهل من الرفع. لكن إذا وقع التنفيذ، والعقد منعقد، لم يبق مناص من إثبات حكم العقد.

إلا أن هذا الحكم الذي يثبت في العقد الفاسد عند تنفيذه لا تثبت فيه الحقوق المتقابلة بمحدودها التي حددها العقد، بل يردُّ الفساد هذه الحقوق المتقابلة إلى قواعدها الأصلية التي توجب التعادل في التبادل؛ لأن الحدود الاتفاقية في العقد قد فسدت بفساده، وعلى هذا قرروا في البيع الفاسد أنه إذا تم تنفيذه بالتسليم حتى انتقلت إلى المشتري ملكية المبيع، وجبت عليه قيمته يوم القبض. والقيمة هي سعر السوق لا ثمنه الاتفاقي المسمى في العقد.

وفي الإجارة الفاسدة يستحق المؤجر بتنفيذها أجر المثل كقيمة للمنافع المستوفاة، لا الأجر المسمى في العقد. وهكذا.

ثانياً: استحقاق الفسخ: وأما استحقاق الفسخ بمقتضى الفساد فهو مقيد بشرطتين:

الأولى: بقاء المعقود عليه على حاله بعد تنفيذ العقد.

الثانية: ألا يؤدي فسخ العقد الفاسد إلى إبطال حقوق قد اكتسبها غير المتعاقدين في المعقود عليه، وإلا كان الحق الناشئ للغير مانعاً شرعياً من فسخ العقد السابق بمقتضى الفساد.

وغاية الفقهاء من منع الفسخ رغم الفساد عند عدم توافر هذين الشرطين إنما هي الحرص على استقرار التعامل، وصيانة الحقوق المكتسبة.

الفساد لا يرتفع بالإجازة:

لا يرتفع فساد العقد بإجازة أحد العاقدين أو كليهما، لأنه ناشئ عن مخالفة نظام العقد، وليس لأحد أن يقرّ هذه المخالفة، بل يبقى العقد الفاسد مستحقاً للفسخ ولو أجازته المتعاقدان.

لكن الفساد يمكن أن يزول بإزالة سببه، كما لو كان الفساد لشروط ممنوع مفسدٍ فتخلى الطرفان عن الشرط في مجلس العقد، فعندئذٍ يزول الفساد وينقلب العقد صحيحاً؛ للقاعدة (إذا زال المانع عاد الممنوع).

خاتمة في ترتيب أحوال العقد بحسب أنواع المؤيدات المدنية:

العقد: إما منعقد، وإما باطل.
والمنعقد: إما صحيح، وإما فاسد.
والصحيح: إما نافذ، وإما موقوف.
والنافذ: إما لازم، وإما مخير (غير لازم).
فالانعقاد يقابله: البطلان.
والصحة يقابلها: الفساد.
والنفاذ يقابله: التوقف.
واللزوم يقابله: التخيير، أو: عدم اللزوم.

UNIVERSITY
OF
ALEPPO

دقق الكتاب علمياً:

الدكتور الدكتور الدكتور
محمد بيع سباهي محمد أسعد ماهر النونو

دقق الكتاب لغوياً:

الدكتور
أحمد ياسوف

حقوق الطبع والنشر والترجمة محفوظة
لمديرية الكتب والمطبوعات الجامعية

UNIVERSITY
OF
ALEPPO