وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجزائر

كلية العلوم الإسلامية

رئيس قسم الشريعة والقانون

أ. بالطيب فاطمة

رئيس المجلس العلمي

أ.د. نور الدين بوحمخ

مذكرة تدريس في مقياس: النظريات الفقهية

السنة الأولى ماستر- تخصص: المعاملات المالية المعاصرة

قُدمت استكمالا لملف الأستاذية

(رتبة: أستاذ)

محافظ مكتبة
كلية العلوم الإسلامية
كوثر صليحة

إعداد: د/ سيدعلي غريد

السنة الجامعية: 2024 – 2025 م

1

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فهذه مذكرةٌ في مقياس: **النظريات الفقهية**، جعلتها وفق البرنامج الوزاري المقترح **للسنة الأولى ماستر (تخصص: المعاملات المالية المعاصرة)**؛ وقد أسند إليَّ تدريس هذا المقياس للتخصص المذكور أعلاه من السنة الجامعية: 2024 – 2025م، **السداسين الأول والثاني**؛ وهو مقياس سنوي، وقد احتوت هذه المذكرة على سبع موضوعات؛ موضوع لمدخل إلى علم النظريات الفقهية، وست موضوعات في نظريات معينة وفق البرنامج المقرر في عرض التكوين لهذا التخصص.

وقد جعلت ترتيبها كما جاء في المقرر؛ فبدأت بمقدمات عامة متعلقة بمدخل إلى علم النظريات الفقهية، ثم **نظرية الحق، نظرية العقد، نظرية الضمان، نظرية البطلان، نظرية الأهلية والولاية، نظرية الظروف الطارئة**.

وأسأل الله تعالى أن تكون هذه المذكرة نافعة للطلاب، وأرجو منه عز وجل التوفيق للصواب، فما كان فيها من صواب فمن الله تعالى وحده، وما كان من نقص وزلل فمن نفسي ومن الشيطان، ومن وَجد فيها عيبا أو خطأ فباب النصيحة والتصويب مفتوح، ورحم الله من أهدى إليَّ عيوبي، ولأجل ذلك تكون مراجعة الأخطاء وتصويبها مراسلةً على البريد الإلكتروني الآتي: s.ghebrid@univ-alger.dz

أهداف التعليم: تعزيز المعارف الفقهية للطلبة في مادة النظريات الفقهية بالرجوع إلى المصادر الفقهية، وتحصيل معارف جديدة متعلقة بالمادة، وكيفية تنزيل الأحكام الفقهية على الحوادث، وتكييف النوازل والواقعات وفق طابع المعاملات والاقتصاد.

الكلمات المفتاحية: **نظرية الحق - نظرية العقود - نظرية الضمان - نظرية البطلان - نظرية الأهلية والولاية - نظرية الظروف الطارئة**.

محتوى المطبوعة البيداغوجية

"النظريات الفقهية"

- الموضوع الأول: مقدمة في النظريات الفقهية
- الموضوع الثاني: نظرية الحق
- الموضوع الثالث: نظرية العقود
- الموضوع الرابع: نظرية الضمان
- الموضوع الأول: نظرية البطلان
- الموضوع الأول: نظرية الولاية والأهلية
- الموضوع السابع: نظرية الظروف الطارئة

إفادة باعتماد مطبوعة بيداغوجية في مقياس: "النظريات الفقهية"

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research

جامعة الجزائر1 (بن يوسف بن خدة)
كلية العلوم الإسلامية
المجلس العلمي

University of Algiers1 (Benyoucef Benkhedda)
Faculty of Islamic Sciences

التاريخ : 2025/11/05
القيد : 1817 ع م / 2025

إفادة

بناء على محضر المجلس العلمي لكلية العلوم الإسلامية بجامعة الجزائر1 – بن يوسف بن خدة – المنعقد يوم الأربعاء 13 محرم 1447هـ الموافق لـ :09 جويلية 2025م ، وبناء على تقارير الخبرة المقدمة من الخبـــــراء : أد. محمد مزياني و أد. عقيلة حسين و أد. جيلالي عشير تم اعتماد المطبوعة البيداغوجية الموسومة بـ :"النظريات الفقهية " موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر ، تخصص : المعاملات المالية المعاصرة ،قسم الشريعة و القانون للدكتـــــور سيد علي غبريد .

سلمت هذه الإفادة للمعني (ة)بطلب منه(ها) لاستعمالها في حدود ما يسمح به القانون.

رئيس المجلس العلمي

رئيس المجلس العلمي
كلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر 1
أ.د بكور الدين بوحزة

إفادة بتدريس مقياس: "النظريات الفقهية"

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الجزائر 1 (بن يوسف بن خدة)

كلية العلوم الإسلامية
القيد :367/ن ع د/ 2025م.
التاريخ :2025/06/25م.

إفادة

يفيد السيد نائب العميد المكلف بالدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة بكلية العلوم الإسلامية بجامعة الجزائر-1-أنّ الأستاذ: سيد علي غبريد، المولود بتاريخ :1977/07/16م حسين داي الجزائر الرتبة: أستاذ محاضر أ درّس في الكلية المواد الآتية:

للسنة الجامعية التالية: 2025/2024:

-السداسي الاول:

- مقياس النظريات الفقهية (محاضرة)(تعليم حضوري) السنة الأولى ماستر، تخصص المعاملات المالية المعاصرة.

سلمت له هذه الإفادة بطلب منه لاستعمالها فيما يسمح به القانون.

نائب العميد المكلف بالدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة

جامعة الجزائر 1 - بن يوسف بن خدة
نائب العميد
المكلف بالدراسات
والمسائل المرتبطة
بالطلبة
04
كلية العلوم الإسلامية

نائب عميد مكلف بالدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة
د/ بلمليـاني عـز الديـن

CamScanner

عرض تكوين مقياس: "النظريات الفقهية" لتخصص: المعاملات المالية المعاصرة

عنوان الماستر: المعاملات المالية المعاصرة
السداسي: الأول
اسم الوحدة: وحدة التعليم المنهجية
اسم المادة: النظريات الفقهية (1)
الرصيد: 04
المعامل: 02

أهداف التعليم: يفترض أن يكتسب الطالب من خلال دراسته لمادة النظريات الفقهية كيفية تنزيل الأحكام الفقهية على الحوادث وكذا طريقة تكييف النوازل والواقعات ذات الطابع المعاملاتي والاقتصادي، وذلك بالاعتماد على تلك النظريات التي تنتظم فيها كثير من القواعد والجزئيات الفقهية، ومن ثمّ يستطيع الطالب أن يسهم في البحث عن كلّ مشكلة معاصرة في مجال المعاملات المالية.

المعارف المسبقة المطلوبة: لابدّ للطالب أن يكون ذا اطلاع عن المدخل العام لموضوع النظريّات الفقهية وأهميّتها في معالجة النوازل وبعض النظريات الإجمالية التي تمّ تناولها في مرحلة الليسانس، إضافة إلى اكتساب معرفي للقواعد الأصولية والفقهية ذات الصلة.

محتوى المادة:

أولا ـ مقدّمة في النّظريات الفقهية: التّعريف، أهمية النّظريات الفقهية في رفد الفقه الإسلامي، البعد المقاصدي للنظريات الفقهية، أهمية النّظريات في تجديد الفقه الإسلامي ومواكبة تطورات العصر ونوازله، كيفية بناء النّظريات الفقهية وصياغتها.

ثانيا ـ نظرية الحق: التعريف، التّأصيل، الإثر الفقهي لها في مجال العقود والمعاملات المالية المعاصرة، التعسف وأثره في العقود.

ثالثا ـ نظرية العقود من حيث الكليات والمقاصد والخصائص والآثار وعلاقتها بالمعاملات المصرفية المعاصرة.

رابعا ـ نظرية الضمان وأثرها في العقود المالية والمعاملات الاقتصادية والمصرفية المعاصرة.

طريقة التقييم: امتحان + متواصل

المراجع:

- النظريات الفقهية نشأتها وظهورها وتطبيقاتها مقارنة بالقواعد الفقهية، وسام توفيق طافش.
- تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود ، د. بدران أبو العينين بدران .
- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، لمحمد أبي زهرة.
- المدخل الفقهي العام لمصطفى أحمد الزرقاء.
- التداخل بين الأحكام في الفقه الإسلامي ، خالد بن سعد الخشلان.
- نظرية الضمان ، للدكتور وهبة الزحيلي.
- نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، محمد فوزي فضل الله.

33

عنوان الماستر: المعاملات المالية المعاصرة

السداسي: الثاني

اسم الوحدة: وحدات التعليم المنهجية

اسم المادة: النظريات الفقهية (2)

الرصيد:04

المعامل:02

أهداف التعليم:

التعرف على باقي النظريات الفقهية التي كانت محل بحث من قبل الفقهاء في العصر الحديث، وكيفية البناء الفقهي والنسق العام للتنظير، وإعطاء الطالب التصور الكلي والمفاهيم الكبرى التي تؤلف نظاما حقوقيا موضوعيا ملبقا من الفقه الإسلامي.

المعارف المسبقة المطلوبة:

تاريخ التشريع، الفقه الإسلامي في السنة الأولى والثانية

محتوى المادة:

أولا: نظرية البطلان.

1- مفهوم البطلان .

2- شروط البطلان.

3- خصائص البطلان.

4- أنواع البطلان.

5- أحكام البطلان.

6- البطلان في عقود الشركات.

ثانيا: نظرية الولاية والأهلية.

1 ــ الحقيقة (الولاية ــ الأهلية).

2 ــ الأركان و الشروط والأحكام.

ثالثا: نظرية الظروف الطارئة

1 ــ الحقيقة

2 ــ الأركان والشروط والأحكام.

طريقة التقييم: امتحان +متواصل

المراجع:

1 ــ الدكتور محمد الزحيلي، النظريات الفقهية.

2 ــ النظريات الفقهية نشأتها وظهورها وتطبيقاتها مقارنة بالقواعد الفقهية، وسام توفيق ظاظش.

3 ــ نظرية البطلان بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، للدكتورة إلهام توفيق محمد المحلاوي.

4 ــ عوارض الأهلية عند الأصوليين، حسين خلف الجبوري.5 ــ الصغير بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء، محمود مجيد سعود الكبيسي، مراجعة: عبدالله إبراهيم الأنصاري .

44

الموضوع الأول:

مقدمة في النظريات الفقهية

نتناول في هذه المحاضرة مفهومَ النظرية الفقهية، وأول ما تدرك به حقيقة الأمور هو تعريفها، ولهذا سنعرج على تعريف النظرية عموما ثم نعرف النظرية الفقهية، وهذا مفرع على المطالب التالية:

الفرع الأول: مفهوم النظرية الفقهية

إن مصطلح النظرية الفقهية مركب تركيبا وصفيا[1]؛ فهو مكوَّن من صفة وموصوف، لذلك لزِمنا تعريفُ المركبين تعريفا مفردا مستقلا، ثم نعرف المصطلح باعتباره علما مركبا.

أولا: تعريف النظرية

1- **تعريف النظرية لغة:** مصطلح (النظرية) مأخوذة من مادة (نظر)، فالنون والظاء والراء أصل صحيح يرجع فروعه إلى معنى واحد؛ وهو تأمل الشيء ومعاينته، ثم يستعار ويتسع فيه، فيقال: نظَرت إلى الشيءِ، أنظُر إليه؛ إذا عاينته، ونَظَرَ يَنْظُرُ نَظَرًا، وتقول: نَظَرتُ إلى كذا وكذا من نَظَرِ العين، ونَظَرِ القلب، والنظرة اللمحة بالعجلة، ومنه الحديث أن النبي ﷺ قال لعليٍّ رضي الله عنه: «**لَا تُتْبِعْ النَّظْرَةَ النَّظْرَةَ فَإِنَّ لَكَ الْأُولَى وَلَيْسَتْ لَكَ الْآخِرَةَ**»[2].[3]

ومنه فإن النظر في اللغة يأتي على عدة معان منها:

أ- إدراك الْمُبصَرات: جاء في لسان العرب: "النَّظَر حِسُّ العين، نَظَره يَنْظُره نَظَراً ومَنْظَراً ومَنْظَرة ونَظَر إليه، والمَنْظَر مصدرُ نظر"[4].

ب- التفكر والتأمل بالذهن: ومنه قوله تعالى: ﴿**قُلِ انْظُرُوا مَاذَا فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ**﴾ [**يونس**: 101]، والنظر أيضا تقليب البَصيرةِ لإدراك الشيء ورؤيته، وقد يُراد به التَّأَمُّل والفَحْص، وقد يُراد به المعرفةُ

1- **المُرَكَّب الوصفي**: وهو ما تألَّفَ من الصفة والموصوف، مثل: فاز التلميذُ المجتهدُ، انظر: "**جامع الدروس العربية**"، مصطفى الغلاييني، (15/1)، المكتبة العصرية، بيروت – لبنان، ط: السادسة والثلاثون، 1419هـ- 1999م.

2- رواه أبو داود، كتاب النكاح، باب ما يؤمر به من غض البصر، (2151)، والترمذي، كتاب الأدب، باب ما جاء في نظرة المفاجأة، (2777)، وحسنه الألباني في صحيح أبي داود، (1865).

3- انظر: "**معجم مقاييس اللغة**"، أحمد بن فارس، (444/5)، تحقيق: عبد السلام مُحَمَّد هارون، دار الفكر، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1399هـ-1979م، "**تهذيب اللغة**"، مُحَمَّد بن أحمد الأزهري، (368/14)، تحقيق: يعقوب عبد النبي، الدار المصرية للتأليف والترجمة، القاهرة- مصر، ط: 1384هـ- 1964م.

4- "**لسان العرب**"، مُحَمَّد بن مكرم ابن منظور، (4465/6)، دار المعارف، القاهرة – مصر، [د.ت.ب].

الحاصلةُ بعد الفحْص، وقَوْلُهُ تَعالى: ﴿**قُلِ انْظُرُوا مَاذَا فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ**﴾؛ أي تأمّلوا، واستعمال النَّظَر في البَصَر أكثرُ استعمالاً عند العامة، وفي البصيرة أكثر عند الخاصة[1].

جـ- الانتظار: ويأتي النظر بمعنى الانتظار؛ يقال: نظرت فلانا وانتظرته، بمعنى واحد، ومنه قوله تعالى: ﴿**يَوْمَ يَقُولُ الْمُنَافِقُونَ وَالْمُنَافِقَاتُ لِلَّذِينَ آمَنُوا انْظُرُونَا نَقْتَبِسْ مِنْ نُورِكُمْ**﴾ [الحديد: 13]، وفي حديث أنسٍ ﷺ: «**نَظَرْنَا النَّبِيَّ ﷺ ذَاتَ لَيْلَةٍ حَتَّى كَانَ شَطْرُ اللَّيْلِ ...**[2]»[3].

وعن عبد الله بن بُحَينة ﷺ أنه قال: «**صَلَّى لَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ رَكْعَتَيْنِ مِنْ بَعْضِ الصَّلَوَاتِ، ثُمَّ قَامَ فَلَمْ يَجْلِسْ، فَقَامَ النَّاسُ مَعَهُ، فَلَمَّا قَضَى صَلَاتَهُ وَنَظَرْنَا تَسْلِيمَهُ كَبَّرَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ فَسَجَدَ سَجْدَتَيْنِ وَهُوَ جَالِسٌ، ثُمَّ سَلَّم**»[4].

فهذه المعاني الثلاثة هي التي ترجع إليها المعاني الأخرى لكلمة (نظر) وما يشتق منها، ومن هذه المعاني: التكهن، والحكم بين القوم، والإعانة والتأخير والبحث والاعتبار[5].

فمن هذا كلِّه نلاحظ أن هذه المعانيَ تشير إلى معنى مشترك وهو الإدراك سواء كان بصريا أو ذهنيا، بل إن معنى الانتظار الذي هو التأخير والترقب يؤول إلى إدراك بصري أو ذهني، وقد يدرَك المقصودُ المعنوي لكلمة (نظر) بما يتعدى به الفعل (نظر)، فقد جاء في لسان العرب: "..ومن قال إن معنى قوله: ﴿**إِلَى رَبِّهَا نَاظِرَةٌ**﴾ [القيامة: 22]؛ يعني منتظرة فقد أَخطأَ؛ لأَن العرب لا تقول نَظَرْتُ إِلى الشيء بمعنى انتظرته؛ إِنما تقول نَظَرْتُ فلاناً أَي انتظرته، وإِذا قلت نَظَرْتُ إِليه لم يكن إِلا بالعين، وإِذا قلت نظرت في الأمر احتمل أَن يكون تَفَكُّراً فيه وتدبراً بالقلب"[6].

1- انظر: "**تاج العروس من جواهر القاموس**"، مُحَمَّد مرتضى الحسيني الزَّبيدي، (245/14)، تحقيق: عبد الستار أحمد فراج، دار التراث العربي، الكويت، 1385هـ- 1965م.

2- رواه البخاري، كتاب مواقيت الصلاة، باب السمر في الفقه والخير بعد العشاء، (600)، ومسلم، كتاب المساجد، باب وقتِ العشاء وتأخيرِها، (1481)، واللفظ للبخاري.

3- "**لسان العرب**"، (4466/6).

4- رواه البخاري، كتاب الصلاة، باب ما جاء في السهو إذا قام من ركعتي الفريضة، (1224)، ومسلم، كتاب المساجد، باب وقتِ العشاء وتأخيرِها، (1297).

5- انظر: "**تاج العروس من جواهر القاموس**"، (245/14)، وما بعدها.

6- "**لسان العرب**"، (4466/6).

2- **تعريف النظرية اصطلاحا:** يعود اشتقاق كلمة (نظرية) إلى معنى التأمل الذهني والتفكير، فمصطلح (النظرية) بمفهومه المعاصر مختلف عما كان عليه عند المتقدمين، وإن كان مشتركا معه في جانب إعمال الفكر والعقل؛ لأن المتقدمين اعتبروا النظري ما كان محتاجا إلى تأمل بإعمال الفكر والتخيل، بخلاف البديهي والضروري.

فمما جاء في تعريف النظري بأنه: "الذي يتوقف حصولُه على نظر وكسب، كتصور النفس والعقل، وكالتصديق بأن العالم حادث"[1].

وعكسُ النظريِّ البديهيُّ؛ وهو: "الذي لا يتوقف حصوله على نظر وكسب، سواء احتاج إلى شيء آخر من حدس أو تجربة أو غير ذلك، أو لم يحتجْ، فيرادف الضروري، وقد يراد به ما لا يحتاج بعد توجه العقل إلى شيء أصلاً، فيكون أخص من الضروري، كتصور الحرارة والبرودة، وكالتصديق بأن النفي والإثبات لا يجتمعان ولا يرتفعان"[2].

قال الشيخ مُحَمَّد الأمين الشنقيطي رحمه الله تعالى: "فاعلم أن الضروري في الاصطلاح هو ما لا يَحتاج إدراكُه إلى تأمل، والنظري في الاصطلاح هو ما يَحتاج إدراكُه إلى التأمل"[3].

وللمعاصرين مفهوم خاص للنظرية يضاف إلى المفهوم العام؛ إذ المفهوم العام هو صفة قائمة بمعنى من المعاني كقولنا: مسألة نظرية أو أمور نظرية أو جانب نظري، وإضفاء صفة النظرية أو النظري على هذه المعاني يجعلها تُقابل البديهيَّ الضروريَّ كما عند المتقدمين، أو تقابل العملي التطبيقي كما عند المعاصرين.

وأما النظرية بمفهومها الخاص، فليست عند المعاصرين صفةً متعلقة بمعان أخرى، بل هي معنى مستقلٌ له تعريفه الخاص به؛ وهو موضوع البحث، وهذا ما سنعرفه في الجانب الاصطلاحي للنظرية.

ثانيا: تعريف وصف الفقهية

1- **تعريف الفقه لغة:** الفقهُ إدراك الشيء والعلم به، يُقال فَقِهَ فَقَهاً، من باب تعِب؛ إذا عَلِم، تقول: فَقِهْتُ الحديثَ أفْقَهُه، وفَقُهَ بالضم مثلُه، وقيل: بالضم إذا صار الفقهُ له سجيةً، وكل علم

1- "**التعريفات**"، علي بن مُحَمَّد الجرجاني، (ص: 311)، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1403هـ- 1983م.

2 - **المرجع نفسه**، (ص: 44).

3- "**آداب البحث والمناظرة**"، مُحَمَّد الأمين الشنقيطي، (ص: 11)، مكتبة ابن تيمية، القاهرة – مصر، [د.ب.ت].

بشيء فهو فِقْهٌ[1]، ومنه قوله تعالى: ﴿**قَالُوا يَا شُعَيْبُ مَا نَفْقَهُ كَثِيرًا مِمَّا تَقُولُ**﴾ [هود: 91]؛ وقوله تعالى: ﴿**إِنَّا جَعَلْنَا عَلَى قُلُوبِهِمْ أَكِنَّةً أَنْ يَفْقَهُوهُ**﴾ [الكهف: 56]؛ أي: يفهموه، فالفقه: الفهم[2].

2- **تعريف الفقه اصطلاحا**: هو العلمُ بالأحكام الشرعية العملية المكتسبُ من أدلتها التفصيلية[3].

فمصطلح (الفقهية) مصدر صناعي[4] لما ينسب لعلم الفقه.

ومن محترزات هذا التعريف: 1- **العلم**: هنا هو الإدراك والتصديق والمعرفة، ويدخل فيه سائر العلوم.

2- **الأحكام**: جمع حكم، وهو لغةً: القضاء والمنع، وعند الأصوليين: هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخييرًا أو وضعًا، وعرف الفقهاء الحكم بأنه ما ثبت بالخطاب، كوجوب الصوم؛ فإنه حكم ثبت من الآية الكريمة: ﴿**كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ**﴾ [البقرة: 183]، ويكون العلم بالأحكام هو التصديق بكيفية تعلق الأحكام بأفعال المكلفين.

ويخرج من التعريف العلم بذات الله تعالى وصفاته وأفعاله؛ فإنها تدخل في علم التوحيد والعقيدة، ويخرج العلم بالأدلة الكلية وبالقواعد والضوابط؛ فإنها تدخل في علم الأصول.

3- الشرعية: حيث يُخرج الأحكامَ غير الشرعية كالعقلية والنحوية.

4- العملية: حيث يخرج الأحكام الاعتقادية.

5- من أدلتها: حيث يخرج ما علم من غير دليل كعلم النبي ﷺ المتلقَّى عن الوحي.

6- التفصيلية: يخرج الأدلة الإجمالية لأنها من اختصاص علماء الأصول.[5]

1- انظر: "**معجم مقاييس اللغة**"، (442/4)، "**المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**"، أحمد بن مُحَمَّد الفيومي، (ص: 182)، مكتبة لبنان، بيروت- لبنان، طبعة: 1987م.

2 - انظر: "**تفسير التحرير والتنوير**"، مُحَمَّد الطاهر بن عاشور، (148/12)، الدار التونسية للنشر، تونس، ط:1984م، "**أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن**"، مُحَمَّد الأمين الشنقيطي، (188/4)، إشراف: بكر بن عبد الله أبو زيد، دار عالم الفوائد، [د.ب.ت].

3 - انظر: "**نهاية السول شرح منهاج الأصول**"، عبد الرحيم الإسنوي، (22/1)، دار عالم الكتب، بيروت-لبنان، [د.ب.ت]، "**تيسير علم أصول الفقه**"، عبدالله بن يوسف الجُديع، (ص: 11)، دار الريان، بيروت – لبنان، ط: الأولى، 1418هـ-1997م، "**معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة**"، مُحَمَّد بن حسين الجيزاني، (ص: 22)، دار ابن الجوزي، الرياض – المملكة العربية السعودية، ط: الأولى، 1416هـ- 1996م.

4- **المصدر الصناعي**: اسم تلحقه ياء النسبة مردفةً بالتاء للدلالة على صفة فيه، انظر: "**جامع الدروس العربية**"، (177/1).

5- انظر: "**القواعد الفقهية**"، يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، (ص: 38-39)، مكتبة الرشد، الرياض- السعودية، ط: الأولى، 1418هـ- 1998م.

ثانيا: تعريف النظرية الفقهية اصطلاحا: سبق بيان معنى (النظري) عند المتقدمين، وعرفنا أنه مختلف عن مدلول كلمة (نظرية) المعاصر بمعناه الخاص، وهذا المعنى الخاص هو المقصود بالبحث، فمصطلح (النظرية) يرجع إلى النظر الذي هو إعمال الفكر واستخدام العقل لإدراك قضية من القضايا التي يريد الإنسان أن يعطيها تصورا خاصا؛

1- **تعريف النظرية العامة:** من التعريفات التي عرفت بها النظرية عند المعاصرين قولهم:

- هي: "فرض علمي يربط عدة قوانين بعضها ببعض ويردها إلى مبدأ واحد يمكن أن نستنبط منه حتما أحكاما وقواعد"[1].

- وقيل: هي "بناء نظري معرفي أو سلسلة من المعلومات والمعطيات التي تبين وتفسر واقعة معينة أو ظاهرة ما، بشكل مرتب ومبوب ومتناسق ومتكامل"[2].

- وفي المعجم الوسيط: "قضية تَثبُت ببرهان"، أو هي: "طائفة من الآراء تفسَّرُ بها بعضُ الوقائع العلمية أو الفنية"[3].

فهذه تعريفات عامة لمفهوم النظرية، وقد شملت مجالات مختلفة من النظريات؛ كمجال العلوم الكونية مثل الرياضيات والفيزياء والفلك، وكذا العلوم الإنسانية كالنظريات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وتشمل أيضا العلوم الشرعية والفقه الإسلامي؛ وهي التي تعرف عند الأصوليين بالنظريات الفقهية، وسنذكر لها تعريفاتٍ خاصةً بها تظهر فيها خصوصية الجانب الفقهي الشرعي.

2- **تعريف النظرية الفقهية:** تعددت تعريفات النظرية الفقهية عند الفقهاء، وسبب هذا التعدد هو حداثة هذا المفهوم عند الفقهاء وعدم الإحاطة به وتصوره تصورا كاملا؛ ومن تعريفاتهم:

- هي: "تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلِّف كل منها على حدةٍ نظاما حقوقيا موضوعيا منبثا في الفقه الإسلامي"[4].

1- "**المعجم الفلسفي**"، مجمع اللغة العربية، (ص: 203)، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة- مصر، ط: 1403هـ-1983م.

2- "**علم القواعد الشرعية**"، نور الدين الخادمي، (ص: 337)، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض- السعودية، ط: الأولى، 1426هـ-2005م.

3 - "**المعجم الوسيط**"، مجمع اللغة العربية، (ص: 932)، دار الشروق الدولية، ط: الرابعة، 1425هـ- 2004م.

4- "**المدخل الفقهي العام**"، مصطفى أحمد الزرقا، (329/1)، دار القلم، دمشق–سورية، ط: الأولى، 1418هـ- 1998م.

– وعُرِّفت بأنها: "مفهوم كلي قوامه أركان وشرائط وأحكام عامة يتصل بموضوع معين، بحيث يتكون من كل أولائك نظام تشريعي ملزم، يشمل بأحكامه كل ما يتحقق فيه مناط موضوعه"[1].

– وعرفها الندْوي بأنها: "موضوعات فقهية أو موضوع يشتمل على مسائل فقهية حقيقتها أركان وشروط وأحكام تقُوم بين كل منها صلة فقهية تجمعها وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعا"[2].

– وعرفها الشيخ وهبة الزحيلي رحمه الله تعالى بقوله: "المفهوم العام الذي يؤلف نظاماً حقوقياً موضوعياً تنطوي تحته جزئيات موزعة في أبواب الفقه المختلفة، كنظرية الحق، ونظرية الملكية، ونظرية العقد..."[3].

وهذان التعريفان الأخيران أخص وأفضل من التعريفين السابقين لكونهما شاملين للمباحث والمواضيع الفقهية.

وبعد ذكر هذه التعريفات؛ فالقصد بذلك تعريف النظرية الفقهية لكون موضوع البحث أحدَها، فتَبيَّن أنها تشترك في وصفِ النظرية بالعموم والشمول والكلية، وكونِها مفهوما أو رؤية شاملة وليست مسائل جزئية، فنسعى في هذا البحث لجمع ما تفرق من مسائل وأحكام تحت مفهوم موحد، وإعطاء تصور مقرب عنه.

وانطلاقا مما سبق؛ يمكننا أن نستنتج تعريفا للنظرية الفقهية وهو أنها: "مجموعةُ المسائل والأحكام المترابطة فيما بينها حيث تعطي مفهوما شاملا لموضوع فقهي".

الفرع الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالنظرية الفقهية: للنظرية الفقهية صلة ببعض المصطلحات الفقهية، وسأذكر بعضها على سبيل التمثيل لا الحصر، ومنها ما يلي:

1 – "**النظريات الفقهية**"، فتحي الدريني، (ص: 140)، منشورات جامعة دمشق، ط: الرابعة، 1417هـ– 1997م.

2– "**القواعد الفقهية**"، علي أحمد الندوي، (ص: 63)، دار القلم، دمشق– سورية، ط: الرابعة، 1418هـ– 1998م.

3 – "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، وهبة الزحيلي، (7/4)، دار الفكر، دمشق– سورية، ط: الثانية، 1405هـ–1985م.

أولا: القاعدة الفقهية

1- تعريف القاعدة الفقهية

أ- **تعريف القاعدة الفقهية لغة:** تأتي مادة (قعد) في اللغة دالة على عدة معان؛ فمنها القعود ضد القيام؛ وهو الثبات والاستقرار، ومنها الأساس:

فمن الأول: يأتي لفظ (قعد) بمعنى جلس وقام وتأخر، وبمعنى ثبت[1].

ومن الثاني: القواعد جمع قاعدة، والقاعدة أصل الأس، وهو الإساس، وقواعد البيت آساسه؛ سواء كان ماديا كقواعد البيت، أو معنويا كقواعد الإسلام، أي أركانه وأصوله وأسسه[2]، ومنه قوله تعالى: ﴿**وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ**﴾ [البقرة: 126]؛ وقوله: ﴿**قَدْ مَكَرَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ فَأَتَى اللَّهُ بُنْيَانَهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ فَخَرَّ عَلَيْهِمُ السَّقْفُ مِنْ فَوْقِهِمْ وَأَتَاهُمُ الْعَذَابُ مِنْ حَيْثُ لَا يَشْعُرُونَ**﴾ [النحل: 26].

ب- **تعريف القاعدة الفقهية اصطلاحا:** عرفت القاعدة بعدة تعريفات؛ منها ما هو عام لكل ما يسمى قاعدة، ومنها ما هو خاص بقواعد الفقه، فمن الأول ما عرف بأنها:

- "الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة يفهم أحكامها منها"[3].

- أو هي: "حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته لتُعرف أحكامها منه"[4].

وأما التعريف الخاص بالقاعدة الفقهية فيمكن أن نُجمله فيما يلي:

- عرفها الندوي بأنها: "أصل فقهي كلي يتضمن أحكاما تشريعية عامة من أبواب متعددة في القضايا التي تدخل تحت موضوعه"[5].

1- انظر: "**إكمال الإعلام بتثليث الكلام**"، مُحَمَّد بن مالك الأندلسي، تحقيق: سعد بن حمدان الغامدي، منشورات جامعة أم القرى، مكتبة المدني، جدة- السعودية، ط: الأولى، 1404هـ - 1984م.

2- انظر: "**معجم مقاييس اللغة**"، (108/5)، "**لسان العرب**"، (3689/5).

3- "**الأشباه والنظائر**"، عبد الوهاب بن علي السبكي، (11/1)، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود- علي مُحَمَّد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1411هـ- 1991م.

4- "**غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر**"، شرح: أحمد بن مُحَمَّد الحنفي الحموي، (51/1)، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1405هـ - 1985م.

5- "**القواعد الفقهية**"، الندوي، (ص: 45).

– أو هي: "حكم أغلبي، يأتي تحته مسائلُ فقهيةٌ فرعية، يُتَعَرَّف من خلاله على أحكام تلك المسائل"[1].

والملاحِظ لهذه التعريفات يجد أن معناها العام واحد؛ غير أن بعض العلماء عرفها بأنها كلية، وبعضهم عرفها بأنها أغلبية؛ وهذا الاختلاف لا يؤثر في كون القاعدة كلية.

ومثال القاعدة الفقهية: القواعد الخمس الكبرى؛ (**الأمور بمقاصدها**)، (**الضرر يزال**)، (**العادة محكمة**)، (**المشقة تجلب التيسير**)، و(**اليقين لا يزول بالشك**)[2].

2– **الفرق بين النظرية الفقهية وبين القاعدة الفقهية:** مما يمكن أن يفرق به بينهما:

أ– أن موضوع الفقه الأحكام العملية والأدلة التفصيلية، أما موضوع النظرية الفقهية فهو دراسة نظرية شاملة لموضوع ما، مع بيان كل جوانبه ومآخذ الأدلة والأحكام الإجمالية والتفصيلية.

ب– أن النظرية الفقهية أكثر شمولية من القاعدة وأوسع نطاقًا منها حتى إن القاعدة تنزل إلى مراتب الضابط الفقهي بجانب النظرية؛ فنظرية (**التعسف في استعمال الحق**) مثلا يدخل فيها كثير من القواعد الفقهية مثل (**الضرر يزال**) و(**درء المفاسد مقدم على جلب المصالح**).

جـ–أن القاعدة الفقهية تتضمن حكمًا فقهيًا في ذاتها ينتقل بعد ذلك إلى الفروع التي تندرج تحتها وتدخل في نطاقها، بخلاف النظرية، فهي مفهوم عام لا تتضمن حكمًا.

د–أن النظرية تصاغ على شكل بحث أو كتاب مطول، أما القاعدة فتصاغ بعبارة موجزة دقيقة.

هـ–أن النظرية تشتمل على أركان وشروط، بخلاف القاعدة فلا تشتمل على ذلك.[3]

1– "**مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد البهية**"، صالح بن مُحَمَّد الأسمري، (ص: 19)، اعتناء: متعب بن مسعود الجعيد، دار الصميعي، الرياض– السعودية، ط: الأولى، 1420 هـ– 2000 م.

2– انظر: "**القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها**"، صالح بن غانم السدلان، (ص: 09)، دار بلنسية، الرياض–السعودية، ط: الأولى، 1417هـ–1997م، "**موسوعة القواعد الفقهية**"، مُحَمَّد صدقي البورنو، (175/1)، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت–لبنان، ط: الأولى، 1424هـ–2003م.

3– انظر: "**أصول الفقه**"، مُحَمَّد أبو زهرة، (ص: 08– 09)، دار الفكر العربي، [د.ب.ت]، "**القواعد الفقهية**"، الباحسين، (ص: 148–150)، "**القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه**"، مُحَمَّد بكر إسماعيل، (ص: 11)، دار المنار، القاهرة– مصر، [د.ب.ت]، "**القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية**"، مُحَمَّد عثمان شبير، (ص: 26)، دار النفائس، عمان– الأردن، ط: الثانية، 1428هـ–2007م.

والخلاصة أن القاعدة الفقهية تمثل ضوابط بالنسبة إلى النظريات؛ فقاعدة (**العبرة في العقود بالمقاصد**[1]) ليست سوى ضابط من ناحية مخصوصة من نظرية العقد، وهكذا سواها من القواعد[2].

ثانيا: القاعدة الأصولية

1- **تعريف القاعدة الأصولية:**

أ- **تعريف القاعدة الأصولية لغة:** (الأصولية) مصدر صناعي للفظ الأصول، وهي جمع أصل، وأسفل الشيء، والأصل: ما يستند وجود ذلك الشيء إليه، فالأصل هو ما يبنى عليه غيره.[3]

ب- **تعريف القاعدة الأصولية اصطلاحا:** عُرِّفت القاعدة الأصولية بعدة تعريفات منها:

- "هي ما يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية من الأدلة"[4].

- وعُرِّفت بأنها: "حكم كلي تنبني عليه الفروع الفقهية مصوغ صياغة عامة، ومجردة ومحكمة"[5].

ومثالها قولهم: (**العامُّ يجري على عمومه ما لم يرد دليل يخصصه**)[6]، وقولهم: (**الأمر يفيد الوجوب**)[7].

2**- الفرق بين النظرية الفقهية وبين القاعدة الأصولية:** من الفروق بين **ن.ف** و **ق.أ** ما يلي:

1- انظر: "**شرح القواعد الفقهية**"، أحمد الزرقا، (ص: 55)، تنسيق ومراجعة: عبد الستار أبو غدة، دار القلم، دمشق- سورية، ط: الثانية، 1409هـ- 1989م، "**الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية**"، مُحَمَّد صدقي البورنو، (ص: 78)، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، ط: الرابعة، 1416هـ- 1996م.

2- انظر: "**القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها**"، (ص: 16).

3- انظر: "**المحكم والمحيط الأعظم**"، علي بن إسماعيل بن سيده، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، (352/8)، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1420هـ- 2000م، "**تاج العروس من جواهر القاموس**"، (447/27).

4- انظر: "**أصول الفقه**"، مُحَمَّد الخضري، (ص: 14)، دار الحديث، [د.ب.ت]، "**المفصل في القواعد الفقهية**"، يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، (ص: 43)، دار التدمرية، الرياض- السعودية، ط: الثانية، 1432هـ- 2011م.

5- "**القواعد الأصولية عند الإمام الشاطبي من خلال كتابه الموافقات**"، الجيلالي المريني، (ص: 55)، دار ابن القيم، الدمام- السعودية، ط: الأولى، 1423هـ- 2002م.

6- انظر: "**تيسيرُ علم أصول الفقه**"، (ص: 269)، "**القواعد الأصولية عند الإمام الشاطبي من خلال كتابه الموافقات**"، (ص: 56).

7- انظر: "**الأشباه والنظائر –لابن نجيم–**"، زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، (ص: 453)، تحقيق: مُحَمَّد مطيع الحافظ، دار الفكر، بيروت- بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1403هـ- 1983م، "**مذكرة في أصول الفقه**"، مُحَمَّد الأمين بن المختار الشنقيطي، (ص: 229)، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة- السعودية، ط: الخامسة، 2001م، "**إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول**"، مُحَمَّد بن علي الشوكاني، (68/1)، تحقيق : سامي بن العربي الأثري، دار الفضيلة، الرياض- السعودية، ط: الأولى،1421هـ - 2000م.

أ- النظرية الفقهية أكثر شمولية من القاعدة الأصولية وأوسع نطاقًا منها؛ إذ القاعدة الأصولية خادمة للنظرية الفقهية.

ب- أن القاعدة الأصولية تتضمن حكماً غيرَ مباشر مستفادا عن طريق الاستدلال؛ فقاعدة (**النهي يقتضي التحريم**[1]) تُبيِّن حكم النواهي، بخلاف النظرية؛ فهي مفهوم عام لا تتضمن حكماً.

ج- النظرية الفقهية تصاغ على شكل بحث أو كتاب مطول، أما القاعدة الأصولية فمصوغة بعبارة عامة موجزة محكمة.

د- أن النظرية تشتمل على أركان وشروط، بخلاف القاعدة فلا تشتمل على ذلك.

فيظهر من هذا أن النظرية الفقهية مغايرة للقاعدة الأصولية، فالنظرية أعم وأوسع وشاملة لكثير من القواعد الأصولية.

ثالثا: القاعدة المقاصدية

2- تعريف القاعدة المقاصدية:

أ- **تعريف القاعدة المقاصدية لغة:** القاعدة المقاصدية مصطلح مركب تركيبا وصفيا، وقد سبق أن عرفنا مصطلح (القاعدة)، فبقي أن نعرف مصطلح (المقاصدية)؛ ومنه فمصطلح المقاصدية مصدر صناعي للفظ المقاصد، والمقاصد في لغة العرب جمع مقصَد بالفتح؛ ومعناه معنى المصدر أي القصد.

ب- **تعريف القاعدة المقاصدية اصطلاحا:** عُرِّفت القاعدة المقاصدية بأنها: "المعنى العام المستفاد من أدلة الشريعة المختلفة، اتجهت إرادة الشارع إلى إقامته من خلال ما بُني عليه من أحكام"[1].

1- انظر: "**التبصرة في أصول الفقه**"، إبراهيم بن علي الشيرازي، (ص: 99)، تحقيق: مُحَمَّد حسن هيتو، دار الفكر، دمشق- سورية، ط: الأولى، 1403هـ- 1983م، "**الإبهاج في شرح المنهاج**"، علي بن عبد الكافي السبكي، (46/2)، تحقيق : شعبان مُحَمَّد إسماعيل، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة – مصر، ط: الأولى، 1401هـ- 1981م.

ومثال القواعدة المقاصدية؛ القاعدة المشهورة: (**درء المفاسد مقدم على جلب المصالح**)[2]، وقاعدة: (**إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما**)[3].

2- **الفرق بين النظرية الفقهية وبين القاعدة المقاصدية:** من الفروق بين **ن.ف** و **ق.م** ما يلي:

أ- النظرية الفقهية أكثر شمولية من القاعدة المقاصدية.

ب- أن القاعدة المقاصدية تتضمن حكماً، بخلاف النظرية؛ فهي مفهوم عام لا تتضمن حكماً.

ج- تصاغ **ن.ف** على شكل بحث أو كتاب مطول، أما **ق.م** فمصوغة بعبارة عامة موجزة.

د- أن النظرية تشتمل على أركان وشروط، بخلاف القاعدة فلا تشتمل على ذلك.

فالنظرية أعم وأوسع وقد شملت كثيرا من القواعد المقاصدية.

رابعا: الضابط الفقهي

1- **تعريف الضابط الفقهي:**

أ- **تعريف الضابط الفقهي لغة:** ضَبَطَ الشيءَ ضَبْطاً: أحكمه وأتقنه، والضَّبْطُ لزوم الشيء وحبسُه وحفظُه بالحزم حفظا بليغا؛ يقال رجل ضابط: قوي شديد[4].

1- انظر: "**قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي – عرضا ودراسة وتحليلا–**"، عبد الرحمن الكيلاني، (ص: 55)، دار الفكر، دمشق – سورية، ط: الأولى، 1421هـ - 2000م.

2- انظر: "**التحبير شرح التحرير في أصول الفقه**"، علي بن سليمان المرداوي، (2239/5)، تحقيق: عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين- عوض القرني- أحمد السراح- مكتبة الرشد، الرياض- السعودية، ط: الأولى، 1421هـ - 2000م.

3- انظر: "**الأشباه والنظائر –لابن نجيم–**"، (ص: 98).

4 - انظر: "**المحكم والمحيط الأعظم**"، (175/8)، "**لسان العرب**"، (2549/4)، "**المعجم الوسيط**"، (ص: 533).

ب- **تعريف الضابط الفقهي اصطلاحا:** تباينت تعريفات الفقهاء للضابط الفقهي؛ لأن بعضَهم جعل القاعدة والضابط شيئا واحدا، ومنهم من فرق بينهما وهو الصحيح؛ فمن تعريفات الضابط ما يلي:

- عرفه ابن نجيم بقوله: "القاعدة تجمع فروعا من أبواب شتى، والضابط يجمعها من باب واحد"[1].

- وقال ابن السبكي: "والغالب فيما اختص بباب وقصد به نظم صور متشابهة أن يسمى ضابطا"[2].

- وقال بعضهم: "أمَّا الضابط فإنه يجمع الفروع والمسائل من باب واحد من الفقه"[3].

فمثال الضابط في باب إمامة الصلاة قولهم: (من صحت صلاتُه في نفسه صحةً مُغنيةً عن القضاء يصح الاقتداءُ به)[4]، ومثاله في باب الدعاوى حديث: «**الْبَيِّنَة عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِين عَلَى مَنْ أَنْكَرَ**[5]»[6].

2- **الفرق بين النظرية الفقهية وبين الضابط الفقهي:** من الفروق بين **ن.ف** و **ض.ف** ما يلي:

أ- عرفنا سابقا أن الضابط الفقهية فرع عن القاعدة الفقهية، وأن النظرية الفقهية أكثر شمولية من القاعدة الفقهية؛ فمنه: فإن النظرية الفقهية أوسع نطاقًا من الضوابط الفقهية من باب أولى.

---

1 - "**الأشباه والنظائر –لابن نجيم–**"، (ص: 192).

2 - "**الأشباه والنظائر –لابن السبكي–**"، عبد الوهاب بن علي السبكي، (11/1)، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود- علي مُحَمَّد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1411هـ- 1991م.

3 - "**القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة**"، (23/1).

4 - انظر: "**البحر المحيط في أصول الفقه**"، مُحَمَّد بن بهادر الزركشي، (314/1-315)، تحقيق: مجموعة من العلماء، دار الصفوة، القاهرة – مصر، ط: الثانية، 1413هـ - 1992م.

5- رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الدعاوى والبينات، باب البينة على المدعي واليمين على المدعَى عليه، (21201)، وصححه الألباني في "**مشكاة المصابيح**" برقم: (3758).

6 - انظر: "**الموافقات**"، إبراهيم بن موسى الشاطبي، (468/2)، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الخُبر- السعودية، السعودية، ط: الأولى، 1417هـ-1997م.

ب- إن الضابط الفقهي يتضمن حكماً؛ فالضابط في قول النبي ﷺ: «**أَيُّمَا إِهَابٍ دُبِغَ فَقَدْ طَهُرَ**[1]» يبين جواز التطهير بالدبغ، أما النظرية الفقهية فلا تشتمل على حكم معين؛ وإنما هي دراسة مطولة.

ج- النظرية الفقهية مدروسة على شكل بحث أو كتاب مطول، أما الضابط الفقهي فمصوغ بعبارة موجزة، كما قد يكون حديثا مقتبسا من جوامع كلم[2] النبي ﷺ كما سبق.

د- النظرية الفقهية مشتملة على أركان وشروط، بخلاف الضابط الفقهي فهو غير مشتمل على ذلك.

1- رواه الترمذي، كتاب اللباس، باب ما جاء جلود الميتة إذا دبغت، (1728)، والنسائي، كتاب الفرع والعتيرة، باب جلود الميتة، (4567)، وابن ماجه، كتاب اللباس، باب لبس جلود الميتة إذا دبغت، (3609)،وصححه الألباني في صحيح وضعيف الجامع الصغير وزيادته، (4476).

2- **جوامع الكلم**: إيجاز اللفظ مع تناوله المعاني الكثيرة جدا، انظر: "**الديباج على صحيح مسلم بن الحجاج**"، جلال الدين السيوطي، (57/5)، تحقيق وتعليق: أبي إسحاق الحويني، دار ابن عفان، الخُبَر- السعودية، ط: الأولى، 1416 هـ- 1996م.

الموضوع الثاني:

نظرية الحق

الفرع الأول: مفهوم الحق

أولا: تعريف الحق

1- **تعريف الحق لغة:** نقيض الباطل، ومنه قول الله تعالى: ﴿**وَقُلْ جَاءَ الْحَقُّ وَزَهَقَ الْبَاطِلُ**﴾ [الإسراء: 81]، وجمعه: حقوق وحقاق، والحق مصدر: حق الأمر يحِقُّ ويحُقُّ حقا وحقوقا من بابي: ضرب وقتل؛ صار حقا وثبت، كقوله تعالى: {**قَالَ الَّذِينَ حَقَّ عَلَيْهِمُ الْقَوْلُ**}[القصص: 63]، ويأتي بمعنى الوجوب؛ كقوله تعالى: {**وَلَكِنْ حَقَّتْ كَلِمَةُ الْعَذَابِ عَلَى الْكَافِرِينَ**} [الزمر: 71]؛ أي وجبت وثبتت، قال الأزهري: معناه: وجب يجب وجوبا، وكذلك قوله عز وجل: {**لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ عَلَى أَكْثَرِهِمْ**}[يس: 7].

كما يطلق الحق على الحكم أو على القرآن: كقوله تعالى: {**وَلَوِ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ**} [المؤمنون: 71].

ويأتي الحق بمعنى النصيب واليقين بعد الشك، يقال: أعطَى كلَّ ذي حق حقَّه، أي: حظه ونصيبه، ومنه قوله تعالى: {**وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ ۞ لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ**} [المعارج: 24-25]، ويقال حقَّه حقا وأحقَّه؛ صيره حقا لا شك فيه، كما يطلق الحق على العدل في مقابلة الظلم مثل قوله تعالى: {**وَاللَّهُ يَقْضِي بِالْحَقِّ**} [غافر: 20].[1]

2- **تعريف الحق اصطلاحا:** لم يعرف الفقهاء المتقدمون الحق بالمعنى الاصطلاحي، يقول الشيخ مصطفى الزرقا: "**لم أر للحق بمفهومه العام تعريفا صحيحا جامعا لأنواعه كلها لدى فقهاء الشريعة أو القانون**"[2]، ويقول الشيخ علي الخفيف: "**ولا يختلف استعماله عند الفقهاء عن استعماله اللغوي**"[3].

1- انظر: "**لسان العرب**"، مُحَمَّد بن مكرم ابن منظور، (49/10)، دار صادر، بيروت– لبنان، ط: الثالثة، 1414 هـ، "**تاج العروس من جواهر القاموس**"، (181/25)، "**المعجم الاشتقاقي المؤصل لألفاظ القرآن الكريم**"، مُحَمَّد حسن حسن جبل، (468/1)، مكتبة الآداب، القاهرة– مصر، ط: الأولى، 2010 م.

2- انظر: "**المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي**"، مصطفى الزرقا، (ص: 19)، دار القلم، دمشق– سورية، ط: الأولى، 1420هـ.

3- "**أحكام المعاملات الشرعية**"، علي الخفيف، (ص: 31)، دار الفكر العربي، بيروت– لبنان، ط: 1429هـ- 2008م.

ومن أقدم تعاريف الحق تعريف بدر الدين العيني إذ يقول: "**هو ما يستحقه الرجل**"[1]، وهذا التعريف غير جامع، لعدم دخول حق الله تعالى فيه، كما أنه يلزم منه الدور، فمعرفة ما يستحقه الرجل متوقفة على معرفة الحق، ومعرفة الحق متوقفة على معرفة الاستحقاق، وهكذا.

والحق في المعنى الاصطلاحي له معنيان: **معنى عام، ومعنى خاص**.

أ- **تعريف الحق بمعناه العام**: حيث يطلق على الأعيان والمنافع والمصالح المادية وغير المادية، فهو أعم من المال؛ لأن المال يطلق على ما يتموله الناس فقط، والحق بمعناه العام يطلق على ما يتقوم ويتمول، ويطلق على غيره مما لا يتقوم ولا يتمول.[2]

ومن تعريفات المتأخرين للحق بهذا المعنى ما يلي:

الأول: تعريف الشيخ مصطفى الزرقا: "الحق هو اختصاص يقرِّرُ به الشرعُ سلطة أو تكليفا"[3]؛

وهذا التعريف من أفضل التعريفات وأجودها؛ ويتميز بأنه أبان ذاتية الحق بأنه علاقة اختصاصية بشخص معين، كحق البائع في الثمن يختص به، فإن لم يكن هناك اختصاص بأحد، وإنما كان هناك إباحة عامة كالاصطياد والاحتطاب والتمتع بالمرافق العامة، فلا يسمى ذلك حقا، وإنما هو رخصة عامة للناس.[4]

محترزات التعريف:

- خرج بقوله (**اختصاص**): ما لا اختصاص فيه، كحق الاصطياد، والاحتطاب من البراري، والتنقل في الأوطان والبلدان، فلا يعتبر حقا بالمعنى المراد هنا، وإنما هي رخصة، ولكن إذا مُنح إنسانٌ امتيازا باستثمار شيء من هذه المباحات فانحصر به أصبح ذلك حقا له.

- قوله: (**يقرِّرُ به الشرعُ**): قيدٌ لبيان ما أقره الشرع وما لم يقره؛ فلا بد من إقرار الشرع لهذا الاختصاص، فما اعتبره الشارع حقا كان حقا، وما لم يعتبره فلا يعتبر.

- وقوله: (**سلطة أو تكليفا**): لأن الحق يتضمن تارة **سلطة**، ويتضمن تارة **تكليفا**.

والسلطة نوعان: سلطة على شخص، وسلطة على شيء معين:

1- "**البناية شرح الهداية**"، محمود بن أحمد العيني، (301/8)، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1420هـ- 2000م.

2- انظر: "**المعاملات المالية أصالة ومعاصرة**"، عمر دبيان بن مُحَمَّد الدبيان، (164/1)، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض- السعودية، ط: الثانية، 1432هـ.

3- "**المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي**"، (ص: 19).

4- انظر: "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (2839/4).

– **سلطة على شخص:** كحق الولاية على النفس، إذ يخَول للولي أن يمارس سلطة على القاصر تأديبا وتطببا وتعليما ... وكذلك حق حضانة الصغير وتربيته.

– **سلطة على شيء معين:** كحق الملكية، فإنها سلطة للإنسان على ذات الشيء ... وكحق التمليك بالشفعة، وحق الانتفاع بالأعيان، وحق الولاية على المال.

وأما **التكليف** فيكون دائما عهدة على إنسان، وهو إما عهدة شخصية كقيام الأجير بعمله، وإما عهدة مالية كوفاء الدين.

فهذا التعريف يشمل بعمومه جميع أنواع الحقوق؛ كحق الله تعالى على عباده؛ كفروضه على العباد من صلاة وصيام ونحوهما، ويشمل أيضا الحقوق الأدبية كحق الطاعة في المعروف للوالد على ولده، وللرجل على زوجته، وكذا يتناول حقوق الولاية العامة كحق الدولة في ولاء الرعية لها، وفي إقرار النظام، وقمع الإجرام، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والجهاد ونشر الدين والدعوة؛ ويشمل الحقوق المدنية كحق التملك، والحقوق المالية كحق النفقة، وغير المالية كحق الولاية على النفس؛ فكل ذلك وأشباهه إما سلطة يختص بها من أثبتها له الشرع، وإما تكليف بأمر مكلف به شرعا.[1]

ثانيا: تعريف الشيخ اللكنوي: عرفه الشيخ عبد الحليم اللكنوي بقوله: "**هو الحكم الثابت شرعا**"[2]، غير أن هذا التعريف غيرُ جامع ولا شامل لكل ما يطلق عليه لفظ الحق عند الفقهاء؛ فقد يطلق الحق على المال المملوك وهو ليس حكما، ويطلق على الملك نفسه، وعلى الوصف الشرعي كحق الولاية والحضانة والخيار، ويطلق على مرافق العقار كحق الطريق والمسيل والمجرى، ويطلق على الآثار المترتبة على العقود كالالتزام بتسليم المبيع أو الثمن.[3]

1- انظر: "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (2839/4).

2- انظر: "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (2838/4)، نقلا عن: "**حاشية قمر الأقمار على شرح المنار**"، عبد الحليم اللكنوي.

3- انظر: "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (2838/4).

ثالثا: تعريف الشيخ علي الخفيف: عرف الحق بأنه: "**مصلحة مستحقة شرعا**"[1]، لكن هذا التعريف هو تعريف بالغاية المقصودة من الحق، لا بحقيقته؛ فإن الحق: هو علاقة اختصاصية بين صاحب الحق والمصلحة التي يستفيدها منه.

رابعا: تعريف الشيخ أحمد أبي سنة: "ما ثبت في الشرع للإنسان، أو لله تعالى على الغير"[2].

ب- **تعريف الحق بمعناه الخاص:** يستعمل الحق بالمعنى الخاص فيما يثبت للعقار من منافع؛ كحقوق الارتفاق، مثل: حق الشرب، وحق المسيل، وحق المرور وغيرها.[3]

ويدخل في هذه الحقوق أيضا الحقوق المعنوية، من ذلك الاسم التجاري والعنوان التجاري، والتأليف والاختراع أو الابتكار، وهي حقوق خاصة لأصحابها أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها.

فالجمهور يجعلون الحق بمعناه الخاص في مقابلة الأعيان، والحنفية يجعلون الحق في مقابلة الأموال، ويقولون: إن الحق ليس بمال؛ فينتج عنه تقسيم الحق إلى: **حق مالي** و**حق غير مالي** كما سيأتي.

ثانيا: أركان الحق: للحق ركنان هما:

1- **صاحب الحق:** وهو المستحق للحق؛ وهو الله تعالى كما في الحقوق الدينية، أو الشخص الطبيعي (الإنسان)، أو الاعتباري كالشركات كما في الحقوق الأخرى.

ويقرر الفقه الإسلامي بما يسمى قانونا بالشخصية الاعتبارية أو المعنوية عن طريق الاعتراف لبعض الجهات العامة كالمؤسسات والشركات والجمعيات والمساجد بوجود شخصية اعتبارية من خلال التملك وثبوت الحقوق والالتزام بالواجبات.

2- **محل الحق:** وهو ما يتعلق به الحق ويرد عليه، وهو إما الشيء المعين الذي يتعلق به الحق كما في الحق العيني، وإما الشيء الذي يكون في الذمة؛ وهو الدين.

1- انظر: "**مذكرات الحق والذمة وتأثير الموت فيهما**"، علي الخفيف، (ص: 57)، دار الفكر العربي، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1431هـ- 2010م.

2- انظر: "**النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية**"، أحمد فهمي أبو سنة، (ص: 50)، مطبعة دار التأليف، القاهرة- مصر، ط: 1387هـ- 1967م.

3- انظر: "**المدخل إلى فقه المعاملات المالية**"، محمد عثمان شبير، (ص: 75)، دار النفائس، عمان- الأردن، ط: الأولى، 1430هـ- 2010م.

ويضاف للحق الشخصي كالعلاقة بين الدائن والمدين **ركن ثالث** وهو المدين المكلف بالحق، وهذا المكلف قد يكون معينا فردا أو جماعة كالمدين بالنسبة للدين، أو غير معين كالواجبات العامة المكلف بها جميع الناس باحترام حقوق الآخرين وعدم الاعتداء عليها.

ونوع التكليف يكون **قياما بعمل** كأداء الدين أو الثمن، أو **امتناعا عن عمل** كالامتناع عن إضرار الجار أو غيره، والامتناع عن استعمال الوديعة أو الأمانة.

ثالثا: أقسام الحقوق: قسم الفقهاء الحقوق إلى عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة، منها:

1- **تقسيم الحقوق باعتبار صاحب الحق**: حيث قسموا الحقوق بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام:

أ- **حقوق الله تعالى**: المراد بحق الله تعالى ما يتعلق بالعبادات المحضة، وما يتعلق به النفع العام للعالم من غير اختصاص بأحد، ويقابله الحق العام أو حق المجتمع في الاصطلاح القانوني الحديث، ويدخل فيه حقوق الجماعة.

ب- **حق الآدميين والعباد**: والمراد بحق العبد ما يتعلق به مصلحة خاصة، كحق الملكية وحرمة مال غيره، ويقابله في عرفنا اليوم الحق الخاص.

جـ- **حق مشترك**: وهو الذي يجتمع فيه الحقان؛ حق الله تعالى وحق العبد، لكن يكون الغالب فيه إما حق الله تعالى كما في عدة المطلقة ففيها حفظ الأنساب من جهة وحفظ نسب أولاد الزوج من جهة، أو يغلب فيه حق العبد ومصالح العباد كما في القصاص والديات؛ لأنه يحقق مصلحة أولياء القتيل، وفيه حق الله بحفظ الأنفس ودرء الفساد عن المجتمع.

2- **تقسيم الحقوق باعتبار ماليتها**: وتنقسم بهذا الاعتبار إلى حقوق مالية، وحقوق غير مالية.

أ- **الحق المالي**: وهي الحقوق التي تُقوَّم بالمال وتتعلق به، وتقبل التنازل عنها والانتقال من شخص لآخر، كملكية الأعيان أو الديون أو المنافع.

ب- **الحق غير المالي**: وهي حقوق لا تُقَوَّمُ بالمال، ولا تقبل التعامل بها، أو التنازل عنها، ولا نقلها من شخص لآخر، كحق الولي في التصرف على الصغير بتعليمه وتأديبه، وحق حرية التنقل، وحق الحضانة ونحوها.

3- **تقسيم الحقوق باعتبار تعلقها بالشخص**: قسموا الحق المالي: إلى حق عيني، وحق شخصي، وحق معنوي.

أ- **الحق العيني**: سلطة مباشرة يقررها الشرع لشخص ما على عين مالية معينة يملك صاحبها أن يباشر حق التصرف بهذه العين بيعا واستعمالا واستغلالا واستهلاكا واحتباسا دون وساطة أحد، ولذا لا يُرى في الحق العيني سوى عنصرين بارزين هما: صاحب الحق، ومحل الحق، وأهم الحقوق العينية هو حق الملكية.

ب- **الحق الشخصي**: عرفه الشيخ الزرقا: "**مطلب يقره الشرع لشخص على آخر**".

وهذا الحق يكون متعلقه: تارة قياما بفعل ذي قيمة لمصلحة صاحب الحق، وتارة امتناعا عن فعل مناف لمصلحته؛ وذلك كحق كل من المتبايعين على الآخر، فإن أحدهما يستحق على الآخر أداء الثمن، والآخر يستحق تسليم المبيع، وكل من هذين الحقين فعل، وكذا حق المودع على الوديع في أن لا يستعمل الوديعة، وهذا امتناع عن فعل".[1]

وقيل في تعريف الحق الشخصي: "**هي الالتزامات التي تقوم بين الأفراد، وهي عبارة عن الحقوق التي تقوم بين شخصين مُعَيَّنين أو أكثر، ومحلها قيام المدين بعمل إيجابي أو سلبي مطلوب منه، مثل إقامة بناء، أو نقل بضاعة أو امتناع عن إقامة حائط أو رفعه**"[2].

فمحل الحق العيني بجميع أنواعه: سلطة تنصب مباشرة على عين معينة بالذات دون حاجة إلى توسط شخص آخر، في حين أن الحق الشخصي ليس سلطة وإنما رابطة والتزام قائم بين طرفين.

ومحل الحق العيني: مال معين مادي، ومحل الحق الشخصي فعل خارجي.

جـ- **الحق المعنوي**: عرف الشيخ علي الخفيف هذه الحقوق المعنوية، فقال: "**سلطة على شيء غير مادي، هو ثمرة فكر صاحب الحق أو خياله أو نشاطه، كحق المؤلف فيما ابتدعه من أفكار علمية، وحق الفنان في مبتكراته الفنية، وحق المخترع في مخترعاته الصناعية، وهكذا**".[3]

وقد اتفق القانونيون على اعتبار الحقوق المعنوية من الحقوق المالية، ولكنهم مختلفون، هل تعتبر هذه الحقوق من الحقوق المالية العينية، أم أنها حقوق مالية مستقلة بالإضافة إلى الحقوق العينية والشخصية؟ فذهب بعض القانونيين إلى أن الحقوق المالية تنقسم إلى حقوق عينية، وحقوق شخصية، وحقوق معنوية.

1- انظر: "**المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي**"، (ص: 26-27)، "**المدخل إلى فقه المعاملات المالية**"، (ص: 76).

2- "**المعاملات المالية أصالة ومعاصرة**"، (167/1).

3- "**الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية**"، علي الخفيف، (ص: 8-12)، دار النهضة العربية، بيروت- لبنان، ط: 1990م.

وجه كون الحقوق المعنوية قسما ثالثا: أن الحق العيني سلطة يعطيها القانون لشخص معين على شيء مادي معين، فالحق العيني بناء على هذا القول يشترط أن يكون محله عينا مادية قائمة بذاتها، بخلاف الحقوق المعنوية فإن محلها شيء غير مادي.[1]

وذهب بعض القانونيين إلى أن الحق المعنوي حق من الحقوق العينية، وأن الشيء الذي تنصب عليه السلطة في الحق العيني أعم من أن يكون ماديا أو معنويا.[2]

4- **تقسيم الحق من حيث تقرره في محله:** قسموها إلى حقوق مجردة، وحقوق غير مجردة.

أ- **الحقوق المجردة:** الحق المجرد هو ما كان غير متقرر في محله، ولا يجوز الاعتياض عنه، وهي المباحات، مثل: حق التملك، وحق الخيار للبائع أو للمشتري، وحق الطلاق للزوج، فلو صالح عنه بمال بطلت ورجع به، ولو صالح المخيرة بمال لتختاره بطل ولا شيء لها، ولو صالح إحدى زوجتيه بمال لتترك نوبتها لم يلزم، ولا شيء لها، وحق الشفعة مثلا هو نوع من الولاية أعطيت للشفيع في أن يتملك العقار بعد أن يتملكه المشتري، إن رأى صاحبُه الخير في الانتفاع به انتفع، وإن رأى غير ذلك ترك، دون أن يترتب على تركه والتنازل عنه تغير في حكم ذلك المحل.

فمن **أحكام الحقوق المجردة** أنه لا يجوز أخذ العوض عنها، ولا تحتمل التمليك، ولا يجوز الصلح عنها، ولا تورث.

ب- **الحقوق غير المجردة:** فهي ما له تعلق بمحله تعلق استقرار، بمعنى أن لتعلقه أثرا أو حكما قائما يزول بالتنازل عنه، وذلك كحق القصاص، فإنه يتعلق برقبة القاتل ودمه، ومع قيامه يكون غير معصوم بالنسبة لولي القصاص، وبالتنازل عنه يصير معصوم الدم.

5- **تقسيم الحقوق باعتبار الإسقاط من عدمه:** فتنقسم إلى ما يلي:

أ- **حقوق تقبل الإسقاط،** وهو الأصل، فالحقوق التي تقبل الإسقاط منها **حقوق يصح الاعتياض عنها بالمال،** ومنها **ما لا يصح فيها ذلك.**

ب- **حقوق لا تقبل الإسقاط؛** كإسقاط الأب حقه في الولاية على الصغير.

6- **تقسيم الحقوق باعتبار سبب ثبوتها:** وتنقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين:

أ- **حقوق تثبت لأجل دفع الضرر؛** كحق الشفعة والخيار.

1- انظر: "**الفقه الإسلامي والحقوق المعنوية**، عبد السلام داود العبادي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع: 5.

2- انظر: "**حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن**"، فتحي الدريني، (ص: 77)، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، ط: الثانية، 1401هـ- 1981م.

ب- **حقوق تثبت لأصحابها أصالة لا على وجه رفع الضرر:** كحق ولي المقتول في القصاص.

7- **تقسيم الحقوق باعتبار المؤيدات:** الحق باعتبار ما يدعمه من الشرع أو القضاء قسمان:

أ- **حق ديانيِ:** وهو الذي يكون فيه الإنسان مسؤولا عنه أمام الله تعالى، ولا يدخل تحت ولاية القضاء؛ فلا يتمكن القاضي من الإلزام به لسبب من الأسباب كالعجز عن إثباته أمام القضاء؛ فالدَّين الذي عجز صاحبه عن إثباته أمام القضاء لا يعني أنه صار غير مستحَق، بل يجب على المدين ديانة المبادرة إلى وفائه، والزواج العرفي غير المسجل في الحالة المدنية أو المحاكم تكون فيه الزوجية ثابتة ديانة، وتترتب عليه الأحكام الشرعية والحقوق الزوجية كالنفقة والنسب، والطاعة وغير ذلك.

ب- **حق قضائي:** وهو الذي يدخل تحت ولاية القاضي، ويمكن لصاحبه إثباته أمام القضاء.

وتظهر فائدة هذا 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 عملا بالظاهر واستحالة معرفة الحقيقة، ويكون الحكم بوقوع الطلاق حكما قضائيا، وأما ديانة فالحكم عدم وقوع الطلاق، وللإنسان أن يعمل بذلك فيما بينه وبين الله تعالى، وللمفتي إفتاؤه بذلك؛ لأن الزوج لم يقصد الطلاق في الواقع.

ففي الحق القضائي يحكم القاضي بما هو مستطاع، وحكمه لا يجعل الباطل حقا، ولا الحق باطلا في الواقع، ولا يحلل الحرام، ولا يحرم الحلال في الواقع، ثم إن القضاء ملزم، بعكس الفتوى.

والحق الديانيِ حكم أخروي يبنى على حقيقة الشيء والواقع، وإن كان خفيا عن الآخرين، ويعمل به فيما بين الشخص وبين الله تعالى، وهذا ما يعتمده المفتي، والفتوى: هي الإخبار عن الحكم الشرعي من غير إلزام.[1]

رابعا: مصادر الحق: إن منشأ الحق أو سببه الأساسي هو الشرع؛ فالشرع هو المصدر الأساسي للحقوق، غير أن الشرع قد ينشئ الحقوق مباشرة من غير توقف على أسباب أخرى، كالأمر بالعبادات المختلفة، والأمر بالإنفاق على القريب، والنهي عن الجرائم والمحرمات، وإباحة الطيبات من الرزق، فإن أدلة الشرع هنا تعتبر أسبابا مباشرة للحقوق.

1- انظر: "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، (243/4)، ط: الثانية، دار السلاسل، الكويت، "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (2853/4).

وقد ينشئ الشرع الحقوق مرتبة على أسباب أخرى يمارسها الناس، كعقد الزواج، فإنه ينشئ حق النفقة للزوجة والتوارث بين الزوجين، وعقد البيع ينشئ ملك البائع للثمن والمشتري للمبيع، والغصب سبب للضمان عند هلاك المغصوب، فتعتبر أسبابا مباشرة، وأدلة الشرع أسبابا غير مباشرة.

ومنه؛ فمصادر الحق خمسة: هي **الشرع**، و**العقد**، و**الإرادة المنفردة**، و**الفعل الضار**، و**الفعل النافع**.

1- **الشرع**: كالالتزام بالنفقة على الأقارب والزوجة، والتزام الولي والوصي.

2- **العقد**: كالبيع والهبة والإجارة.

3- **الإرادة المنفردة**: كالوعد بشيء، والنذر.

4- **الفعل الضار بالغير**: كالتزام المتعدي بضمان الشيء الذي أتلفه أو غصبه.

5- **الفعل النافع أو الإثراء بلا سبب**: كأداء دين يظنه الشخص على نفسه، ثم يتبين أنه كان بريئا منه، أو أداء دين على غيره بأمره، أو شراء شيء ثم يتبين أنه ملك لغير البائع، فيجوز لصاحب الحق الرجوعُ على الآخر بالدين، لعدم استحقاق الآخر له.[1]

الفرع الثاني: حقوق الارتفاق

أولا: تعريف الارتفاق لغة واصطلاحا

1- **تعريف الارتفاق لغة**: الرفق بالكسر ما استعين به واللطف، ومرافق الدار مصاب الماء ونحوها[2]، والمِرْفَقُ هو مجمع العضد والذراع، سمي مرفقاً لأن الإنسان يحصل به الرفق إذا أصابه إعياء فيتكئ عليه، فلما سمي به العضوُ تُنُوسي اشتقاقه وصار كالجامد، ثم اشتق منه المُرتفق.[3]

2- **تعريف الارتفاق اصطلاحا**: الارتفاق هو حق مقرر لعقار أو لشخص على عقار آخر، أو هو تحصيل منفعة تخفف شيئا من المشقة، كما قد يكون المراد به المنافع العامة التي يستوي فيها الجيران وغيرهم في البيت والطريق العام ونحو ذلك، أي الانتفاع بنحو السكنى[4].

من هذه التعاريف، يتضح أن حق الارتفاق في نظر الفقهاء من قبيل ملك المنفعة[5]، وهو أحد أنواع الملك الناقص، والمراد به الارتفاق المقرر على أموال أو منافع عامة يستوي فيها الناس في البيوت

1- انظر: "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (2853/4-2855).

2- انظر: "**القاموس المحيط**"، مجد الدين الفيروزآبادي، (236/3)، دار المعرفة، بيروت- لبنان، [د.ب.ت].

3- انظر: "**تفسير التحرير والتنوير**"، (309/15).

4- انظر: "**رد المحتار على الدر المختار**"، (92/9)، "**الموسوعة الفقهية الميسرة**"، (129/1)، "**الأهلية ونظرية الحق في الشريعة الإسلامية**"، (ص: 122).

5- انظر: "**المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي**"، (ص: 47).

والطرقات والساحات العامة ومنابع المياه ونحو ذلك، فيشترط هنا أن تكون الملكية ملكية عامة، ومن سبق إلى الانتفاع بشيء منها كان أحق به من غيره، وإذا استغنى عنه فلغيره أخذه بغير مقابل أو عوض.

وقد يكون الارتفاق مقررا على أموال خاصة، كحق كل أحد في الوصول إلى أرضه عن طريق أرض أخرى مملوكة لغيره، وكحقه في إرسال مائه في أرض جاره لسقي أرضه، وحقه في توصيل أنابيب لمياه الصالحة للشرب بإمرارها على طوابق الجيران بالنسبة لأصحاب العمارات، وكذلك حقه في صرف المياه المستعملة عن طريق تمرير قنواتها في أراضي جيرانه أو طوابقهم؛ ومنه، يكون الارتفاق انتفاعا بشيء تخفيفا للمشقة، كارتفاق الجريح بشرب الماء، وارتفاق المسافر بالجلوس في ظل الأشجار، وهو من قبيل المباحات.

ثانيا: أحكام خاصة بحقوق الارتفاق

1- **حكم الارتفاق:** الارتفاق هو الاشتراك في المنافع والمباحات العامة، أو الخاصة أحيانا؛ فالأصل في الارتفاق الإباحة ما لم يكن هناك ضرر، وحكم الإرفاق الاستحباب بما جرت العادة من التسامح به، وهو من مكارم الأخلاق، وذلك كأن يعطيَه مسقىً للسقي يوصل منه الماء لسقي حائطه أو شرب داره مثلا، أو يعطيه طريقا في أرضه ليتوصل منها إلى مثل ذلك، أو يعطيه جدارا يغرز فيه خشبة، ونحو ذلك من المرافق[1]، ودليله قوله ﷺ: «**لَا يَمْنَعْ جَارٌ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَةً فِي جِدَارِهِ**»[2]، وقوله ﷺ: «**الْمُسْلِمُونَ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ: فِي الْمَاءِ وَالْكَلإِ وَالنَّارِ**»[3]، ويشترط فيه عدم الإضرار لقوله ﷺ:«**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**»[4].

يقول ابن رشد: "أفنية الدور المتصلة بطريق المسلمين ليست بملك لأرباب الدور كالأملاك المحوزة التي لأربابها تحجيرها عن الناس، لما للمسلمين من الارتفاق بها في مرورهم إذا ضاق عنهم بالأحمال وشبهها، إلا أنهم أحق بالانتفاع بها فيما يحتاجون إليه من الرمي وغيره"[5].

1- انظر: "**شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام**"، مُحَمَّد بن أحمد بن مُحَمَّد المالكي، (274/2)، ضبط وتصحيح: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة: الأولى، 1420هـ- 2000م.

2- رواه البخاري، كتاب المظالم والغصب، باب لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره، (2463)، ومسلم، كتاب المساقاة، باب غرز الخشب في جدار الجار، (1609)، واللفظ لهما.

3- رواه أبو داود، كتاب الإجارة، باب في منع الماء، (3477)، وابن ماجة، كتاب الرهون، باب المسلمون شركاء في ثلاث، (2472).

4- رواه ابن ماجة، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، (2340).

5- انظر: "**البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة**"، مُحَمَّد بن أحمد بن رشد الجد، (162/9)، تحقيق: أحمد الحبابي، دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان، الطبعة: الثانية، 1408هـ-1988م.

فحَمل قومٌ معنى الحديث على **الندب** إلى بر الجار وليس على **الوجوب**، وبه قال أبو حنيفة ومالك؛ وروي عن مالك أنه ليس يقضي على رجل أن يغرز خشبة في جدار جاره، وإنما نرى أن ذلك كان من رسول الله على الوِصاية بالجار[1]، فحمله رضي الله تعالى عنه على الندب، لقوله ﷺ: «**لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ**[2]»، وأكثر علماء السلف أن ذلك على الندب وحملوه على معنى قوله ﷺ: «**إِذَا اسْتَأْذَنَتْ أَحَدَكُمُ امْرَأَتُهُ إِلَى الْمَسْجِدِ فَلاَ يَمْنَعْهَا**[3]»"، وقال قوم هو واجب إذا لم يكن في ذلك مضرة على صاحب الجدار، وبه قال الشافعي وأحمد وداود وأبو ثور وجماعة من أصحاب الحديث، وهو مذهب عمر بن الخطاب[4].

ونُقل عن نوازل ابن الحاج قوله: "سنة الأنهار والطرق الارتفاق بها لعامة المسلمين، فليس للسلطان أن يمنع من يريد أن ينصب على نهر إذا كانت الضفتان له أو إحداهما وأباح له صاحب الثانية ذلك، ولا حجة للسلطان أن الوادي له"[5].

2- **كيفية نشوء حق الارتفاق:** ينشأ حق الارتفاق المقرر على الأملاك العامة بإذن الشارع بالإباحة الأصلية التي منحها الله تعالى لعباده بالانتفاع بملكه، كإحياء الموات وغيره، وينشأ حق الارتفاق المقرر على الأملاك الخاصة بالعقود أو إذن المالك كما في الإجارة والوقف؛ فإن كان العقد محدد المدة فإن الارتفاق به ينتهي بانتهاء المدة، وإذا كان مطلقا غير محدد المدة فينتهي باهتلاك المرْفق، فإن أعيد تجديده وجب تجديد العقد، كما ينشأ حق الارتفاق المقرر على أملاك خاصة بالإذن، فإن الإذن لمدة معلومة فهو إلى أجله، أما إن كان مطلقا فلمالكه الرجوع فيه متى ما شاء شرط عدم الإضرار بالمرتفق.[6]

1- انظر: "**الاستذكار**"، يوسف بن عبد الله بن عبد البر، (192/7)، تحقيق: سالم مُحَمَّد عطا- مُحَمَّد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1421 - 2000، "**التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد**"، يوسف بن عبد الله بن عبد البر، (222/10)، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي- مُحَمَّد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، الرباط- المغرب، ط: 1387 هـ.

2- رواه أحمد، مسند الكوفيين، حديث عم أبي حرة الرقاشي عن عمه رضي الله عنهما، (20695).

3- رواه البخاري، كتاب النكاح، باب استئذان المرأة زوجها في الخروج إلى المسجد وغيره، (5238)، ومسلم، كتاب الصلاة، باب خروج النساء إلى المساجد إذا لم يترتب عليه فتنة وأنها لا تخرج مطيبة، (442)، واللفظ لهما.

4- انظر: "**عمدة القاري شرح صحيح البخاري**"، محمود العيني، (15/13)، دار الفكر، بيروت- لبنان، [د.ب.ت]، "**منح الجليل شرح على مختصر العلامة خليل**"، مُحَمَّد بن أحمد عليش، (216/6)، ضبط وتصحيح: عبد الجليل عبد السلام، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة: الأولى، 1424هـ-2003م،

5- انظر: "**شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام**"، (420/2).

6- انظر: "**الموسوعة الفقهية الميسرة**"، (130/1)، "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (11/3).

3- **الوصف الفقهي لحقوق الارتفاق**: الخلاف حاصل بين الحنفية وبين الجمهور في اعتبار حقوق الارتفاق حقا ماليا أو غير مالي، وذلك لاختلافهم في تطبيق أحكام المعاملات المالية عليها.

فحق الارتفاق عند الحنفية ليس بمال، وإنما هو حق يبيح لصاحبه **الانتفاع** به، وعليه فلا يجوز بيعه منفردا، وإنما يباع تبعا لأصله، لأن الحقوق لا تحتمل الإفراد بالبيع والشراء لأنهما تمليك، فلا يجوز توريثه أوهبته أو التصدق به، ولا يجوز الصلح عليه في دعوى تتعلق بالمال أو الحق من القصاص في النفس وما دونه، لأن الصلح في معنى البيع.

ولكونه ليس بمال، فلا تصح تسميته مهرا في باب النكاح؛ لأن النكاح تصرف تمليك، ولا تصح تسميته في الخلع لأنه في معرض التمليك، ومن حيث أنه لم يحتمل التمليك لم يصلح بدل الخلع.

ولا يصح بيع حق التعلي لأنه ليس بمال، ولأن المال ما يمكن إحرازه، والمال هو المحل للبيع.[1]

ولا يباع مسيل الماء ولا يوهب لأنه مجهول، إذ لا يُدرَى قدر ما يشغله من الماء، وصح بيع حق المرور تبعا للأرض بالإجماع ووحده في رواية، وبيع الحقوق بالانفراد لا يجوز، والشرب كذلك، أي صح بيعه تبعا للأرض بالإجماع ووحده في رواية.

ويترتب على كونه مالا أنه يمكن أن يورث، ويصح أن يوصى بالانتفاع به، ويصح بيع جزء شائع من الدرب، فجَوَّزَ الجمهور ذلك في حقوق الأملاك كحق المرور ومجرى الماء لأجل الحاجة، ويجوز بيع حق الهواء لإخراج الأجنحة من غير أصل يعتمده البناء، وكل هذه الحقوق مقصودة على التأبيد لأنها ملك، كما جوزوا العقد على المنافع، وإن كانت معدومة للضرورة إرفاقا بالناس، ولأن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان، فلما جاز العقد على الأعيان، وجب أن تجوز الإجارة على المنافع، ولا يخفى ما بالناس من الحاجة إلى ذلك[2].

ومنه، يتميز الحق المالي بأنه يقبل العوض عنه بالمال، كالعوض بالثمن والأجرة وضمان المتلف وبدل الصلح عن المال، وأما غير المالي فقد يقبل العوض عنه بالمال كحق القصاص وحق الطلاق، وربما لا يقبل كحق البنوة وحق الولاية[3].

1- انظر: "**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**"، علاء الدين الكاساني، (286/6-287)، دار الكتاب العربي، بيروت- لبنان، ط: الثانية، 1406هـ- 1986م، "**شرح فتح القدير**"، مُحَمَّد بن عبد الواحد ابن الهمام، (204/5)، دار الفكر، بيروت- لبنان، [د.ت].

2- انظر: "**الذخيرة**"، (186/6)، "**روضة الطالبين وعمدة المفتين**"، يحي بن شرف النووي، (444/3)، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت- لبنان، ط: الثالثة، 1412هـ- 1991م، "**أسنى المطالب شرح روض الطالب**"، (551/4)، "**المغني**"، عبد الله بن أحمد بن قدامة، (3/6)، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي- عبد الفتاح مُحَمَّد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ط: الثالثة، 1417هـ- 1997م.

3- انظر: "**الأهلية ونظرية الحق في الشريعة الإسلامية**"، (ص:124).

ثالثا: أنواع حقوق الارتفاق: حقوق الارتفاق أنواع كثيرة، وترجع هذه الكثرة لما نوَّع الله لعباده من المباحات وكثرها، فمنها ما يدخل في الارتفاقات العامة، ومنها ما هو خاص، وهي كما يلي:

الحقوق العامة تشمل المباحات المشتركة بين الناس بما ذكر من قبل في كيفية نشوئها، كما أن هناك أملاكا خاصة بأصحابها، لكن الضرورة أو الحاجة تفرض على مالكها إشراك الناس فيها لعدم تضرره.

وليست حقوق الارتفاق بمحصورة إذ إنها كثيرة العدد تختلف باختلاف موضوعاتها وأسبابها وما يراد منها، فمنها ما يتعلق بالمياه باستعمالها وصرفها وسقي الأراضي والبساتين، ومنها ما يتعلق بتحسين المباني وتوفير الهواء والشمس لها، وكعدم إقامة مصانع أو محال مقلقة للراحة في مكان معين ...[1].

فالمشهور والمذكور عند الفقهاء –على سبيل الإجمال– أن حقوق الارتفاق منحصرة في الذي يشترك فيه الناس وينتفعون به ويتداولونه سواسية، وتبرز في **حق الشِّرب (حق الشُّرب)**، و**حق الشفة**، و**حق المجرى**، و**حق المسيل**، و**حق الطريق**، و**حق الجوار**، و**حق التعلي**، ويجوز إنشاء حقوق أخرى.

ويرى بعض المالكية أنها غير محصورة فيما ذكر، فيجوز إنشاء حقوق ارتفاق أخرى بالإرادة، كأن يلتزم شخص ألا يقيم في ناحية من أرضه بناء أو يغرس شجراً، أو ألا يرتفع إلى ارتفاع معين؛ –وربما هو من باب إسقاط الحق– قال القرافي: "وضعت العرب لأنواع الإرفاق أسماء مختلفة، فالعارية لتمليك المنافع بغير عوض، وبعوض هو الإجارة، والرقبى: إعطاء المنفعة لمدة أقصرهما عمرا، لأن كل واحد منهما يرقب صاحبه، والعمرى: تمليك المنفعة مدة عمره، فهما أخص من العارية، والإفقار: عرية الظهر للركوب، مأخوذ من فقار الظهر وهي عظام سلسلته، والإسكان: هبة منافع الدار مدة من الزمان، فهذه أسماء الإرفاق بالمنافع"[2].

1– **حق الطريق: الطريق**: هو ما مُهِّدَ من الأرض وسار عليه الناس، فالمقصود بحق الطريق حق المرور والانتفاع به، فمنفعة الشارع المرور، ويجوز الجلوس به لاستراحة ومعاملة ونحوهما إذا لم يضيَّقْ على المارة، ولا يشترط إذن الإمام[3]، والطريق نوعان: طريق عام وطريق خاص؛

فالعامُّ: هو الطريق النافذ الذي جعل السلطان حق المرور فيه لكل أحد، و**الخاصُّ**: هو الطريق الذي يملك الانتفاعَ به أشخاصٌ مخصوصون دون غيرهم، سواء كان نافذا أم غير نافذ، وقد يملكون أرضه

1– انظر: "**الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية**"، (ص:143–144).

2– انظر: "**الذخيرة**"، (197/6).

3– انظر: "**منهاج الطالبين– مع حاشيتي قليوبي وعميرة–**"، يحيى بن شرف النووي، (94/3)، إشراف: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت– لبنان، الطبعة: الأولى، 1419هـ– 1998م، "**مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**"، (474/2).

أيضا[1]، وعليه؛ فلا يخلو الطريق من وجهين، إما أن يكون نافذا، وإما أن لا يكون نافذا، فإذا كان نافذا فلا يتصرف فيه بما يضر المارة ولا يشرع فيه جناح ولا ساباط[2] يضرهم، بل يشترط ارتفاعه بحيث يمر تحته منتصبا، وإن كان ممر الفرسان والقوافل فليرفعه بحيث يمر تحته المحمل على البعير مع أخشاب المظلة، وإن خاصم رجل رجلا من المسلمين، وأراد طرحه فصالحه على مال فالصلح باطل، لأن رقبة الطريق النافذ لا تكون ملكا لأحد من المسلمين، وإنما لهم حق المرور، وإنه ليس بحق ثابت في رقبة الطريق، بل هو عبارة عن ولاية المرور، فلا يجوز الصلح عنه مع ما أنه لا فائدة في هذا الصلح، لأنه إن سقط حق هذا الواحد بالصلح، فللباقين حق القلع.

أما إذا لم يكن نافذا فصالحه رجل من أهل الطريق على مالٍ للترك فالصلح جائز، لأن رقبة الطريق هنا مملوكة لأهل السكة، فكان لكل واحد منهم فيها ملكا فجاز الصلح عنه، وكذا إسقاط حق كل واحد منهم بالصلح مفيد لاحتمال تحصيل رضا الباقين.[3]

وفي هذا العصر، وضعت الدول تنظيمات وقوانين تبين فيها حقوق الناس في استعمال الطرقات، ولم تستثن هذه القوانين الراجلين ولا مستعملي المركبات، وهو بالنسبة للمسلمين من المصالح المرسلة التي يجب العمل بها وعدم مخالفتها، كما يخضع بعضها لبعض الأعراف بشرط عدم مخالفة الشرع.

2- **حق الجوار**: الجوار نوعان: جانبي وعلوي، والمقصود هنا الجوار الجانبي، أما النوع الثاني فسيأتي ذكره مفردا، و**الجوار في الاصطلاح**: هو الحق الثابت لكل من الجارين على الآخر، وينشأ من الملاصقة بالجدران، ويقتضي هذا الحق ألا يفعل الجار في ملكه ما يضر بجاره وبملكه، فلا يجوز أن يضر أحدهما بصاحبه ضررا فاحشا لأحاديث النهي عن الضرر[4].

وعليه، فحق الملكية يبيح للإنسان أن يبني في ملكه ما يشاء وكيف يشاء، لكن ليس له أن يقيم في داره مصنعا أو طاحونة توهن البناء، أو يبني بناء يمنع عن جاره الضوء والهواء، ولا أن يفتح في بنائه

1- "**الموسوعة الفقهية الميسرة**"، (1301/2-1302).

2- سقيفة على حائطين والطريق بينهما، انظر: "**منح الجليل شرح على مختصر العلامة خليل**"، (214/6)، "**مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**"، (237/2).

3- انظر: "**الذخيرة**"، (184/6)، "**مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**"، (237/2)، "**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**"، (74/6).

4- انظر: "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (65/4-66)، "**المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية**"، عبد الكريم زيدان، (ص:238)، دار الرسالة، بيروت- لبنان، ط: الثامنة، 1405هـ-1985م.

نافذة تطل على نساء جاره، ولا يحفر بئرا بجوار جدار جاره لإضراره بالجار، واستعمال الإنسان حقه على وجه يضر به أو بغيره هو ما يعرف بالتعسف في استعمال الحق عند فقهاء القانون الوضعي[1].

3- **حق التَّعَلي**: هو حق الانتفاع بعلو البناء ونحوه، أي بما هو أعلى من سطحه، ويقصد به رفع بناء فوق بناء آخر، والتعلي نوع من أنواع الجوار، إذ هو الجوار الرأسي أو العلوي، ويكون بين بناءين أحدهما يعلو على الآخر، وذلك بأن توجد دار متعددة الطبقات؛ علوها لمالك وسفلها لمالك آخر، وهذا وضعٌ يجعل للعلو حق القرار على السفل[2].

وحق الجوار جائز في الشرع كغيره من حقوق الارتفاق بشرط الأمن من الضرر كما هو معلوم، أي ما لا يضر عرفا حالا ولا مآلا بالأسفل، وقد صرحت المجلة أن لكل أحد التعليَ على حائطه المملوك بقدر ما يريد، وأن يعمل أي شيء أراده، وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرر فاحش[3].

وقد ظهر في عصرنا الحالي هذا النوع بكثرة، وانتشرت العمارات المكونة من عدة طوابق، كما ظهرت البنايات العالية في التجمعات السكانية وبين الجيران، وبعضها أعلى من بعض، وقد جرت العادة على هذا التعلي من غير نكير من بعضهم على بعض إلا حال الضرر، كما اعترف في القانون الدولي بسيادة كل دولة على إقليمها الجوي لأنه تابع لسيادة إقليمها الترابي الأرضي.

وقد ذكرنا الخلاف القائم بين الحنفية والجمهور في اعتبار مالية حقوق الارتفاق أو عدمها، ومنه فالحنفية لا يعتبرونها مالا، فلا يصح بيع حق التعلي لأنه ليس بمال[4].

أما الجمهور فيصح عندهم بيعه مع رقبته أو مستقلا عنها، على تفصيل وخلاف بينهم؟

أحكام حقوق الارتفاق العامة:

لحقوق الارتفاق أحكام عامة وأخرى خاصة، أما الخاصة فتختص بنوع دون آخر لما يكون من فرق فيما بينها، وسيذكر ذلك مع أنواع الارتفاقات الخاصة، وأما الأحكام العامة فمنها ما يأتي:

- الأصل في حقوق الارتفاق أنها ملك عام ينتفع به الناس جميعا، ومنه يجب ألا يؤدي استعمالها إلى إضرار أحدهم بالآخر، وهذا ما يعرف بالتعسف في استعمال الحق، وذلك أخذا بحديث النبي ﷺ في النهي عن الضرر، وإعمالا للقاعدة المعروفة في إزالته، ولأجل هذا كله؛ لا يجوز للمار بأرض غيره أن

1- انظر: "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (29/4)، "**المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية**"، (ص: 238).

2- انظر: "**الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية**"، (ص:130)، "**الموسوعة الفقهية الميسرة**"، (526/1)، "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (292/12).

3- انظر: "**درر الحكام شرح مجلة الأحكام**"، (212/3)، "**المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية**"، (ص: 237).

4- انظر: "**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**"، (286/6-287)، "**شرح فتح القدير**"، (204/5).

يلحق ضررا أو أذى بغيره، فليس له الوقوف في الطريق للاستهزاء بالناس، أو النظر إلى النساء، ويباح له أن يبني في ملكه ما يشاء لكنه ليس له أن يبني بناء يمنع عن جاره الضوء والهواء، ولا يجعل فيه نوافذ تطل على جاره فتكشف منزل جاره، فجاء في الحديث قوله ﷺ: «**إِيَّاكُمْ وَالْجُلُوسَ فِي الطُّرُقَاتِ ، فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ ، مَا لَنَا مِنْ مَجَالِسِنَا بُدٌّ، نَتَحَدَّثُ فِيهَا، فَقَالَ: فَإِذَا أَبَيْتُمْ إِلاَّ الْمَجْلِسَ فَأَعْطُوا الطَّرِيقَ حَقَّهُ، قَالُوا: وَمَا حَقُّ الطريق يا رسول الله؟ قَالَ: غَضُّ الْبَصَرِ، وَكَفُّ الأَذَى، وَرَدُّ السَّلامِ، وَالأَمْرُ بِالْمَعْرُوفِ، وَالنَّهْيُ عَنِ الْمُنْكَرِ**[1]»، كما لا يحق لسقاة الأراضي بالتناوب أن يسرف أحدهم في الماء عند سقي أرضه بحيث يضر بمن تحته من المنتفعين بمجرى الماء[2].

– حقوق الارتفاق مقررة على أملاك عامة أو خاصة، فالأملاك العامة كالطرق العامة والجسور والأنهار العامة غير مختصة بأحد، وحق الارتفاق المقرر عليها ثابت لعامة للناس ناشئ دون إذن أحد.

4– **حق الشِّرب**: بالكسر: الماء، والحظ منه، والمورد، ووقت الشرب[3]، وذُكر في تفسير قول الله تعالى: {**قَالَ هَذِهِ نَاقَةٌ لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ**} [الشعراء: 155]؛ أن صالحا جعل لها شِرْبا، وهو بكسر الشين وسكون الراء: النوبة في الماء، للناقة يوما تشرب فيه لا يزاحمونها فيه بأنعامهم[4].

أما **الشِّرب في الاصطلاح**: فهو عبارة عن نَوْبة الانتفاع بالماء سَقيْاً للمَزارع والدَّواب؛ أي وقته وزمانه[5]، وقيل المراد بالشِّرب الحكم في قسمة الماء[6].

1– رواه البخاري، كتاب الاستئذان، باب قول الله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْنِسُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا**﴾، (6229)، ومسلم، كتاب اللباس والزينة، باب النهي عن الجلوس في الطرقات وإعطاء الطريق حقه، (2121).

2– انظر: "**الموسوعة الفقهية الميسرة**"، (1302/2)، "**الأهلية ونظرية الحق في الشريعة الإسلامية**"، (ص: 125).

3– انظر: "**تاج اللغة وصحاح العربية (الصحاح)**"، إسماعيل بن حماد الجوهري، (230/1)، تحقيق: مُحَمَّد مُحَمَّد تامر، دار الحديث، القاهرة– مصر، ط: 1430هـ– 2009م، "**القاموس المحيط**"، (86/1).

4– انظر: "**تفسير التحرير والتنوير**"، (177/19).

5– انظر: "**المغرب في ترتيب المعرب**"، ناصر الدين بن عبد السيد المطرزي، (436/1)، تحقيق: محمود فاخوري– عبد الحميد مختار، مكتبة أسامة بن زيد، حلب– سورية، ط: الأولى، 1399هـ– 1979م، "**رد المحتار على الدر المختار**"، (13/10)، "**درر الحكام شرح مجلة الأحكام**"، (241/3)، "**موسوعة مصطلحات جامع العلوم –دستور العلماء–**"، عبد النبي بن عبد الرسول الأحمد نكري، (ص: 505)، إشراف ومراجعة: رفيق العجم، تحقيق: علي دحروج، نقل النص الفارسي إلى العربية: عبد الله الخالدي، الترجمة الأجنبية: مُحَمَّد العجم، مكتبة لبنان ناشرون، الطبعة: الأولى، 1997م، "**شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل**"، مُحَمَّد بن عبد الله الخرشي، (318/2)، المكتبة العصرية، صيدا– لبنان، ط: الأولى، 1427هـ–2006م، "**المجموع شرح المهذب**"، يحيى بن شرف النووي، (268/15)، تحقيق: مُحَمَّد نجيب المطيعي، دار الإرشاد، جدة–المملكة العربية السعودية، [د.ب.ت]، "**كشاف القناع عن متن الإقناع**"، منصور بن يونس البهوتي، (375/6)، تحقيق: مُحَمَّد أمين الضناوي، دار عالم الكتب، بيروت– لبنان، ط: الأولى، 1417هـ– 1997م.

6– انظر: "**مواهب الجليل لشرح مختصر الشيخ خليل**"، مُحَمَّد بن مُحَمَّد الحطاب، (605/7)، ضبط وتخريج زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، ط: الأولى، 1416هـ– 1995م.

ودليل هذا التناوب ما جاء في الصحيحين «**أَنَّ رَجُلاً مِنَ الأَنْصَارِ خَاصَمَ الزُّبَيْرَ عِنْدَ النَّبِيِّ ﷺ فِي شِرَاجِ الْحَرَّةِ الَّتِي يَسْقُونَ بِهَا النَّخْلَ، فَقَالَ الأَنْصَارِيُّ: سَرِّحِ**[1] **الْمَاءَ يَمُرُّ، فَأَبَى عَلَيْهِ، فَاخْتَصَمَا عِنْدَ النَّبِيِّ «ﷺ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِلزُّبَيْرِ: «اِسْقِ يَا زُبَيْرُ، ثُمَّ أَرْسِلِ الْمَاءَ إِلَى جَارِكَ ، فَغَضِبَ الأَنْصَارِيُّ فَقَالَ: أَنْ كَانَ ابْنَ عَمَّتِكَ، فَتَلَوَّنَ وَجْهُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، ثُمَّ قَالَ: «اِسْقِ يَا زُبَيْرُ، ثُمَّ احْبِسِ الْمَاءَ حَتَّى يَرْجِعَ إِلَى الْجَدْرِ، فَقَالَ الزُّبَيْرُ: وَاللَّهِ إِنِّي لأَحْسِبُ هَذِهِ الآيَةَ نَزَلَتْ فِي ذَلِكَ {فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا}** [النساء: 65]»[2]، كما يستدل له بحديث اشتراك المسلمين في ثلاث، ومنه اشتراكهم في الماء تقاسما وتداولا.

5- **حق الشفة: الشفة في اللغة:** شرب بني آدم والبهائم[3]، ولا يخرج المعنى اللغوي عن المعنى الاصطلاحي؛ **فحق الشفة في الاصطلاح:** نوع خاص من حق الشِّرب وفرع عنه، والمراد به: شُرب بني آدم والبهائم بالشفاه، وأهل الشفة هم الذين لهم حق الشرب بشفاههم وأن يسقوا دوابهم[4].

ويُلحق حقُّ الشفة بحق الشِّرب، فهو حق الشُّرب -بضم الشين-: وهو إيصال الشيء إلى جوفه بغتة مرة مما لا يتأتى فيه المضغ، والمقصود به هنا: ما يخص الإنسان والحيوان من الماء لشُربه، ويراد به تحقيق حاجة الإنسان إلى الماء لشربه وشرب دوابه، فالشفةُ أخص من الشرب لاختصاصها بالحيوان دونه، والمراد استعمال بني آدم، وكما يحتاج إلى ذلك لنفسه فكذلك يحتاج إليه لظهره، لأنه في العادة يعجز عن السفر بغير مركب، وكذلك يحتاج إلى ذلك للطبخ والخبز وغسل الثياب[5].

أما بالتعبير العصري، فمعنى حق الشفة الانتفاع بالماء لشرب الإنسان واستعماله المنزلي من طبخ وغسل ونحوهما، ولسقي البهائم بالشفاه لدفع العطش ونحوه.

1- شراج: بكسر الشين المعجمة وبالجيم، هي مسايل الماء، واحدها شرجة، والحرة: هي الأرض الملسة فيها حجارة سود، وقوله: سرح الماء، أي أرسله، انظر: "**صحيح مسلم بشرح النووي**"، (107/15).

2- رواه البخاري، كتاب المساقاة، باب سكر الأنهار، (2360)، ومسلم، كتاب الفضائل، باب وجوب اتباعه ﷺ، (2357).

3- "**أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء**"، قاسم بن عبد الله القونوي، تحقيق: يحي حسن مراد، (ص: 106)، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: 2004م-1424هـ.

4- انظر: "**المغرب في ترتيب المعرب**"، (424/1)، "**رد المحتار على الدر المختار**"، (13/10).

5- انظر: "**المبسوط**"، مُحَمَّد بن أبي سهل السرخسي، (145/23)، تحقيق: خليل محي الدين الميس، دار الفكر، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1421هـ- 2000م، "**جامع العلوم في اصطلاحات الفنون (دستور العلماء)**"، (ص: 505)، "**الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية**"، (ص:144).

6- **حق المجرى: المجرى في اللغة:** محل جري الماء، والماء الجاري هو المتدافع في انحدار أو استواء[1].

و**في الاصطلاح:** هو حق صاحب الأرض البعيدة عن مجرى الماء، في إجراء الماء إلى أرضه لسقيها[2].

ودليل مشروعية هذا الحق ما رواه مالك في الموطإ «**أَنَّ الضَّحَّاكَ بْنَ خَلِيفَةَ سَاقَ خَلِيجًا لَهُ مِنْ الْعُرَيْضِ**[3]**، فَأَرَادَ أَنْ يَمُرَّ بِهِ فِي أَرْضِ مُحَمَّدِ بْنِ مَسْلَمَةَ، فَأَبَى مُحَمَّدٌ، فَقَالَ لَهُ الضَّحَّاكُ لِمَ تَمْنَعُنِي وَهُوَ لَكَ مَنْفَعَةٌ تَشْرَبُ بِهِ أَوَّلًا وَآخِرًا وَلَا يَضُرُّكَ، فَأَبَى مُحَمَّدٌ، فَكَلَّمَ فِيهِ الضَّحَّاكُ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، فَدَعَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ مُحَمَّدَ بْنَ مَسْلَمَةَ فَأَمَرَهُ أَنْ يُخَلِّيَ سَبِيلَهُ، فَقَالَ مُحَمَّدٌ لَا، فَقَالَ عُمَرُ لِمَ تَمْنَعُ أَخَاكَ مَا يَنْفَعُهُ وَهُوَ لَكَ نَافِعٌ تَسْقِي بِهِ أَوَّلًا وَآخِرًا وَهُوَ لَا يَضُرُّكَ، فَقَالَ مُحَمَّدٌ لَا وَاللَّهِ، فَقَالَ عُمَرُ وَاللَّهِ لَيَمُرَّنَّ بِهِ وَلَوْ عَلَى بَطْنِكَ، فَأَمَرَهُ عُمَرُ أَنْ يَمُرَّ بِهِ، فَفَعَلَ الضَّحَّاكُ**»[4].

فقد أوجب عمر بن الخطاب على مُحَمَّد بن مسلمة أن يُجري ماء جاره في أرضه، وقوَّى الشافعي في القديم القول بالوجوب مستدلا بأن عمر ﷺ قضى به ولم يخالفه أحد من أهل عصره، وكان ﷺ اتفاقا منهم على ذلك، ورُدَّ هذا بأنه مجرد دعوى يحتاج إلى إقامة دليل، وعن الشافعي في الجديد قولان أشهرهما اشتراط إذن المالك فإن امتنع لم يجبر، وهو قول أصحابنا -أي الحنفية-، وحملوا الأمر فيما جاء من الحديث على الندب والنهي على التنزيه جمعا بينه وبين الأحاديث الدالة على تحريم مال المسلم إلا برضاه وهو كقوله ﷺ:«**مَا زَالَ جِبْرِيلُ عَلَيْهِ السَّلَامُ يُوصِينِي بِالْجَارِ حَتَّى ظَنَنْت أَنَّهُ سَيُوَرِّثُهُ**»، وفي الإجبار على ذلك روايتان عن الإمام أحمد، ومذهبُ أبي ثور الإجبار على إجراء الماء في أرض جارِه إذا أجراه في قُنِي في باطن أرضه.[5]

7- **حق المسيل: هو في اللغة:** مجرى السيل، والجمع مسايل ومُسُل بضمتين، وقيل مُسْلان مثل رغيف ورغفان[6]، و**في الاصطلاح:** حق تمرير الماء في عقار الغير، أو هو الحق المترتب لأرض أو دار في إسالة مائها في مجرى معين في أرض أخرى لإخراجه خارجها[7].

1- انظر: "**المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**"، (ص: 63).

2- انظر: "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (65/4).

3- العُرَيض: تصغير عرض، وهو واد بالمدينة، انظر: "**معجم البلدان**"، (114/4).

4- رواه مالك في الموطإ، باب القضاء في المرفق، (1428)، وصححه الألباني في **إرواء الغليل**، (1427).

5- انظر: "**عمدة القاري شرح صحيح البخاري**"، (15/13)، "**جامع العلوم والحكم**" ابن رجب الحنبلي، (ص:580)، تحقيق: طارق طارق بن عوض الله بن مُحَمَّد، دار ابن الجوزي، الدمام-السعودية، الطبعة: الثانية، 1420هـ -1999م.

6- انظر: "**المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**"، (ص: 180).

7- انظر: "**معجم لغة الفقهاء**"، مُحَمَّد رواس قلعة جي، (ص: 161)، دار النفائس، بيروت- لبنان، ط: الثانية، 1408هـ- 1988م.

فالأصل أنه ليس لأحد أن يسيل ماءه في ملك غيره إلا بإذنه، إلا أن يكون مضطرا إلى إسالته، وكانت هذه الإسالة لا تضر بغيره، ومشروعية هذا الحق حديث الضحاك بن خليفة المذكور سابقا[1].

فالمسيل هو حق تصريف الماء الزائد عن الحاجة، أو غير الصالح، إلى المصارف والمجاري العامة، بواسطة مجرى سطحي أو أنبوب مستور، من أرض أو دار أو مصنع، والفرق بينه وبين سابقه أن حق المجرى لجلب الماء الصالح للأرض، وحق المسيل لتصريف الماء غير الصالح عن الأرض أو الدار ونحوها[2].

الفرع الثالث: حقوق أصحاب السلطة: (الضوابط التي من صلاحيات ولاة الأمر)

جعل الشرع لولي الأمر حق الطاعة، وهي واجبة على المؤمنين لقوله تعالى: {**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ**} [النساء: 59]، وأولو الأمر في الحكم والسياسة هم الأمراء والحكام والولاة، وطاعتهم تكون تابعة لطاعة الله وطاعة رسوله، ولا طاعة لهم في معصية الله ورسوله، إذ لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، ومن المقرر عند الفقهاء أن لولي الأمر أن يُنهيَ إباحة الملكية بحظر يصدر منه لمصلحة تقتضيه، فيصبح ما تجاوزه أمراً محظوراً، ومنه، فقد خولت له الشريعة الإسلامية الحق في وضع ضوابط وقيود على الملك والحق العام أو الخاص، ويدخل هذا في: **تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة**؛ حيث أقرت الشريعة الإسلامية للأفراد حق التملك، كما صانت وحمت الملكية العامة بين إفراط الرأسمالية وتفريط الاشتراكية، وعند تعارض الحقوق يقدم الحق العام الذي لا يختص بفرد أو جماعة على الحق الخاص أو الفردي؛ لأن نفعه أعم، ولأنه تقرر عند فقهاء الأمة أن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة.

ومنه، ولتقديم المصلحة العامة؛ للحاكم التدخل في الملكيات الفردية المشروعة لتحقيق العدل والمصلحة العامة، سواء في أصل حق الملكية، أو في منع المباح وتملك المباحات، إذا أدى الاستحواذ به ومنعه إلى ضرر عام، وهذا يظهر جليا بمعرفة مساوئ الملكية الإقطاعية، ومن هنا يحق لولي الأمر العادل أن يفرض قيودا على الملكية في بداية إنشائها في حال إحياء الموات، فيحددها بمقدار معين، أو ينتزعها من أصحابها مع دفع تعويض عادل عنها بما يراه مناسبا وعادلا، إذا كان ذلك في سبيل المصلحة العامة للمسلمين، ويكون الحق في نزع الملك استثناء للمصلحة العامة، يقول النووي: "أجمع العلماء على أنه لو كان عند إنسان طعام واضطر الناس إليه، ولم يجدوا غيره، أُجبِر على بيعه دفعا للضرر عن الناس"[3].

1- انظر: "**الموسوعة الفقهية الميسرة**"، (1119/2).

2- انظر: "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (606/5).

3- انظر: "**المجموع شرح المهذب**"، (126/12).

وجاء في شرح مجلة الأحكام العدلية أنه يؤخذ لدى الحاجة ملك أي أحد بقيمته بأمر السلطان ويلحق بالطريق، ولكن لا يؤخذ ملكه من يده ما لم يؤد له الثمن[1].

وأمثلة هذا التقديم، شق الطرق وبناء المرافق العامة، كالأحياء السكنية وغيرها، في الأملاك الخاصة، ولكن لا بد من تعويض عادل يقوم بتقديره ذوو الخبرة، ومثاله كذلك الآبار والعيون غير المملوكة لأحد، داخل العمران أو خارجه، وكذلك الآبار المحفورة في الموات والبوادي ولا يعلم لها حافر.

ومن الضوابط والقيود التي جعلها الإسلام لولي الأمر على الملك الخاص، أن أعطاه الشرع حقا في التصرف في أملاك الأفراد وتصرفاتهم حماية لمصالح الأفراد والجماعات، فالحاكم يقيد تصرفات بعض الملاك بما يراه مناسبا أو تقتضيه المنفعة العامة حماية لصحة الأفراد وأموالهم وممتلكاتهم، ومن هذه الحقوق:

1- **التسعير**: السِّعر بالكسر: الذي يقوم عليه الثمن، جمعه: أسعار، وأسعَروا وسعَّروا تسعيرا؛ اتفقوا على سعر[2]، وهو جعل سعر معلوم ينتهي إليه ثمن الشيء، وحقيقته أن يأمر السلطانُ أو نوابه أو كل من ولي من أمور المسلمين أمرا أهلَ السوق أن لا يبيعوا أمتعتهم إلا بسعر كذا، فيمنعوا من الزيادة عليه أو النقصان لمصلحة[3].

واتفق الفقهاء أن الأصل في التسعير التحريم، لحديث أنس بن مالك ﷺ أنه قال: «**قَالَ النَّاسُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ غَلاَ السِّعْرُ فَسَعِّرْ لَنَا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْمُسَعِّرُ الْقَابِضُ الْبَاسِطُ الرَّازِقُ، وَإِنِّي لَأَرْجُو أَنْ أَلْقَى اللَّهَ وَلَيْسَ أَحَدٌ مِنْكُمْ يُطَالِبُنِي بِمَظْلَمَةٍ ظَلَمْتُهَا إِيَّاهُ بِدَمٍ وَلاَ مَالٍ**»[4].

أما جواز التسعير فمقيد عندهم بشروط معينة، وأنها من تدخل الحاكم لأجل مصلحة الأفراد والصالح العام، يقول ابن القيم: "وأما التسعير فمنه ما هو ظلم محرم، ومنه ما هو عدل جائز، فإذا تضمن ظلم الناس وإكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه أو منعهم مما أباح الله لهم فهو حرام، وإذا تضمن العدل بين الناس مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل، ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزيادة على عوض المثل، فهو جائز، بل واجب"[5].

1- انظر: "**درر الحكام شرح مجلة الأحكام**"، (233/3).

2- انظر: "**القاموس المحيط**"، (48/2).

3- انظر: "**المجموع شرح المهذب**"، (109/12)، "**نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار**"، مُحَمَّد بن علي الشوكاني، (238/10)، دار ابن الهيثم، القاهرة- مصر، [د.ب.ت]، "**معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء**"، نزيه حماد، (ص: 136)، دار القلم، دمشق- سورية، ط: الأولى، 2008م.

4- رواه أبو داود، كتاب الإجارة، باب في التسعير، (3451)، والترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في التسعير، (1314)، وابن ماجه، كتاب التجارات، باب من كره أن يسعر، (2200)، واللفظ لأبي داود، والحديث صححه الألباني في **صحيح ابن ماجه**، (1801).

5- انظر: "**الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**"، ابن قيم الجوزية، (231/1)، تحقيق: بشير مُحَمَّد عيون، مكتبة دار البيان، دمشق- سورية، الطبعة: الرابعة، 1426هـ-2005م.

وقال كذلك: "وجماع الأمر، أن مصلحة الناس إذا لم تتم إلا بالتسعير سعر عليهم تسعير عدل، لا وكس ولا شطط، وإذا اندفعت حاجتهم وقامت مصلحتهم بدونه لم يفعل"[1].

فإذا ازداد جشع التجار ولم يقنعوا بالربح العادل، وجب على الحاكم التسعيرُ عليهم، رفعا للظلم عن محاويج المسلمين[2]، ولذلك نشأ في كثير من الدوائر الحكومية ما يعرف بمصلحة مراقبة الأسعار.

2- **منع الاحتكار**: الاحتكار: هو شراء طعام ونحوه، وحبسه إلى الغلاء[3].

واتفق الفقهاء على أن الاحتكار محرم شرعا، والدليل على ذلك ما رواه أبو هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال: «**مَنْ احْتَكَرَ حُكْرَةً يُرِيدُ أَنْ يُغْلِيَ بِهَا عَلَى الْمُسْلِمِينَ فَهُوَ خَاطِئٌ**»[4]، وكذلك حديث «**مَنْ احْتَكَرَ فَهُوَ خَاطِئٌ**»[5]، وعلة التحريم أن في الاحتكار إضرارا بالناس وتضييقا عليهم بندرة ما يحتاجونه من الطعام خاصة.

كما اتفقوا أن للحاكم أمرَ المحتكر بإخراج ما احتكر وبيعه للناس، وقد حكى النووي فيه الإجماع[6].

لكن الفقهاء اختلفوا في محل الاحتكار، هل هو عام في كل محتكَرٍ كما جاء في الأحاديث المذكورة سابقا، أم هو خاص بالطعام والأقوات كما ذكر في بعض روايات الحديث؟.

وعليه، فإذا احتكر شخص على الناس شيئا من الضروريات بقصد إغلاء السعر عليهم، فعلى ولي أمر المسلمين أن يستخرج ما احتكره ليباع للناس بسعره العادل، رضي بذلك مالكوه أو سخطوا[7].

وفي العصر الحالي، ولأجل المصلحة والنفع العام، سخرت الحكومات عدة مصالح لخدمة الأفراد والمجتمعات وحمايتهم في هذا المجال، فأنشأت ما يسمى بمصلحة قمع الغش ومراقبة النوعية وسلامة المنتوج، ومصلحة النظافة، ومصلحة المستهلكين.

3- إثراء خزينة الدولة بما هو مشروع:

1- المرجع نفسه، (248/1).

2- انظر: "**الموسوعة الفقهية الميسرة**"، (1085/2)، "**معجم المصطلحات الاقتصادية والمالية في لغة الفقهاء**"، (ص: 178).

3- انظر: "**المغرب في ترتيب المعرب**"، (217/1)، "**معجم المصطلحات الاقتصادية والإسلامية**"، علي بن محمد جمعة، (ص: 178)، مكتبة العبيكان، الرياض- السعودية، ط: 1420هـ- 2000م.

4- رواه أحمد، مسند المكثرين من الصحابة، مسند أبي هريرة ﷺ، (8617).

5- رواه مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم الاحتكار في الأقوات، (4206).

6- انظر: "**الإقناع في مسائل الإجماع**"، علي بن محمد بن القطان (231/2)، دار الفاروق الحديثة، ط: الأولى، 1424هـ- 2004م، "**المجموع شرح المهذب**"، (48/13).

7- انظر: "**الموسوعة الفقهية الميسرة**"، (1836/2).

جعل الله للدولة الإسلامية عدة مصادر لتمويل الخزينة أو ما يعرف قديما ببيت المال، ففي حال الحروب، للخزينة جزء من الغنائم والفيء، أما حال السلم، فللدولة الحق في تملك ما يلي:

أ- **إحياء الأرض الموات: الإحياء في اللغة:** أحياه إحياء جعله حيا، والموات: ما لا مالك له ولا ينتفع به من الأراضي، لانقطاع الماء عنها، أو لغلبته عليها أو لغيرهما مما يمنع الانتفاع بها[1].

و**في اصطلاح الفقهاء:** عمارة الأرض الخربة التي لا مالك لها ولا ينتفع بها أحد، فيفهم من ذلك أنه لقب لتعمير دامر الأرض[2] بما يقتضي عدم انصراف المعمر عن انتفاعه بها، أو هو عمارة الأرض الخربة التي لا مالك لها، ولا ينتفع بها أحد، فيكون المحيي متسببا للحياة النامية فيها ببناء أو غرس أو حراث أو سقي ونحو ذلك، والدولة أولى بإحياء الأرض الموات[3].

أما بالنسبة للأفراد، فقد اختلف الفقهاء في اشتراط إذن الإمام من عدمه في تملك الأرض به، فذهب المالكية إلى عدم اشتراط إذن الإمام في الإحياء في الأرض البعيدة من العمران دون القريبة[4].

وذهب الشافعية والحنابلة إلى عدم اشتراط الإذن، بشرط أن لا تكون معمورة في الحال ولا من قبل، فيجوز تملكها بالإحياء، سواء أذن فيه الإمام أم لا، فالإحياء لا يفتقر إلى إذن الإمام، لعموم الحديث «**مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ**[5]»، ولأن الموات عين مباحة فلم يفتقر تملكها إلى إذن الإمام ، كأخذ المباح[6]، إلا أن الشافعية أباحوا ذلك للمسلم دون الذمي، وللحنابلة قول موافق للشافعية، وآخر موافق المالكية في مسألة القرب والبعد.[7]

وانفرد الحنفية باشتراط إذنه مطلقا، وقالوا بأن الموات غنيمة فلا بد للاختصاص به من إذن الإمام كسائر الغنائم، ولأن الأرض كلها كانت تحت أيدي أهل الحرب استولى عليها المسلمون عنوة وقهرا،

1- انظر: "**القاموس المحيط**"، (322/4)، "**التعريفات**"، (ص:256).

2- دامر الأرض: لقب على ما لا ملك عليه، انظر: "**الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية (شرح حدود ابن عرفة)**"، مُحَمَّد الأنصاري الرصاع، (ص: 536) تحقيق: مُحَمَّد أبو الأجفان- الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، ط: الأولى، 1993م.

3- انظر: "**شرح حدود ابن عرفة**"، (ص: 535)، "**حاشية البجيرمي على الخطيب**"، سليمان بن مُحَمَّد البجيرمي، (596/3)، دار الفكر، بيروت- لبنان، ط: 1415هـ - 1995م، "**معجم المصطلحات الاقتصادية والإسلامية**"، (ص: 34).

4- انظر: "**منح الجليل شرح على مختصر العلامة خليل**"، (54/8-55)، "**الشرح الصغير للدردير**"، (335/3)، "**بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**"، (274/2).

5- رواه أبو داود، كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في إحياء الموات، (3073)، والترمذي، أبواب الأحكام، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات، (1378).

6- انظر: "**روضة الطالبين وعمدة المفتين**"، (344/4)، "**أسنى المطالب شرح روض الطالب**"، (344/4)، "**نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**"، (328/5)، "**شرح منتهى الإرادات**"، (260/4)، "**كشاف القناع عن متن الإقناع**"، (186/4).

7- انظر: "**شرح منتهى الإرادات**"، (260/4)، "**كشاف القناع عن متن الإقناع**"، (186/4).

فكانت كلها غنائم فلا يختص بعض المسلمين بشيء منها من غير إذن الإمام كسائر الغنائم، بخلاف الصيد والحطب والحشيش[1]، أما في عصرنا فربما لا يمكن ذلك لوجود قوانين تنظيمية.

ب- **تملك المعادن:** للدولة حق تملك ما يكون في جوف الأرض وما نبع منها من المعادن، هو ملك لله تعالى، وتقوم الدولة على تنظيم الانتفاع به، فإن كانت أرض مملوكة لشخص، فخرج منها معدن، فالمعدن للدولة، فإن سَيَّبته الدولة وأسقطت ملكيتها عنه، كان مالك الأرض أولى به من سائر الناس، والمعادن اليوم ثروات تتعلق بها مصالح الشعوب، فلا يجوز لأحد أن ينفرد بامتلاكها[2].

جـ- **حماية الأراضي:** قال الباجي في تعريف الحمى: "هو أن يحمي موضعا لا يقع به التضييق على الناس للحاجة العامة لذلك لماشية الصدقة والخيل التي يحمل عليها"[3]، وقد أشار النبي ﷺ إلى الحمى الحمى في معرض ذكر فعل الملوك والسلاطين، وليس على سبيل تبيان الحكم بقوله: «**أَلَا وَإِنَّ لِكُلِّ مَلِكٍ حِمًى**»[4]، وذكره مبينا للحكم في أحاديث أخر، كقوله ﷺ: «**لاَ حِمَى إِلاَّ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ**»[5].

وذهب جمهور الفقهاء إلى أنه ليس لأحد من الناس أن يحمي شيئا لنفسه، أما النبي ﷺ فقد كان له أن يحمي لنفسه وللمسلمين، ولم يحم لنفسه شيئا، وإنما حمى للمسلمين، وأما سائر أئمة المسلمين فليس لهم أن يحموا لأنفسهم شيئا، ولكن لهم أن يحموا مواضع لترعى فيها خيل المجاهدين ونَعَم الجزية وإبل الصدقة وضوال الناس التي يقوم الإمام بحفظها، وماشية الضعيف من الناس على وجه لا يستضر به من سواه من الناس[6].

الفرع الرابع: في مالية الحقوق المعنوية (الحقوق الأدبية - حقوق الابتكار):

أولا: مسميات الحق الأدبي: أطلق بعض القانونين على الحقوق المعنوية مصطلح **الحقوق الأدبية،** واختار الشيخ الزرقاء أن يسميها **حقوقَ الابتكار،** وعلل ذلك بأن اسم الحقوق الأدبية ضَيِّقٌ لا يتلاءم

1- انظر: "**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**"، (295/6).

2- انظر: "**الموسوعة الفقهية الميسرة**"، (1816/2)،

3- انظر: "**شرح حدود ابن عرفة**"، (ص: 538)، "**التاج والإكليل لمختصر خليل**"، مُحَمَّد بن يوسف المواق، (260/4)، دار الفكر، بيروت- لبنان، ط: ، 1398هـ- 1978م.

4- رواه البخاري، كتاب الإيمان، باب فضل من استبرأ لدينه، (52)، ومسلم، كتاب المساقاة، باب أخذ الحلال وترك الشبهات، (1599).

5- رواه البخاري، كتاب المساقاة، باب لا حمى إلا لله ولرسوله ﷺ، (2370).

6- انظر: "**المغني**"، (167/6).

مع كثير من أفراد هذا النوع، كالاختصاص بالعلامات الفارقة التجارية، والأدوات الصناعية المبتكرة، وعناوين المحال التجارية مما لا صلة له بالأدب والنتاج الفكري، أما اسم حق الابتكار فيشمل الحقوق الأدبية كحق المؤلف في استغلال كتابه، والصحفي في امتياز صحيفته، والفنان في أثره الفني من الفنون الجميلة، كما يشمل **الحقوق الصناعية** و**التجارية مما** يسمونه اليوم بـ: **الملكية الصناعية؛** كحق مخترع الآلة، ومبتدع العلامة الفارقة التي نالت الثقة، ومبتكر **العنوان التجاري** الذي أحرز الشهرة ...[1]

ولم يرتض بعض المعاصرين تسمية الحقوق المعنوية بحق الابتكار، قائلا "بأنه أخص من المطلوب؛ لأن **الابتكار** يشعر بتخصيص هذه الحقوق بما فيه الابتكار والإبداع فقط، في حين أن الحق قد يترتب هنا وإن لم يوجد ابتكار سواء أكان في **الأدبيات** أم في **الأسماء التجارية** أم **الصناعية** أو نحوها؛ ولذلك نرى إبقاء هذا الاسم، وهو **الحقوق المعنوية**"[2].

ثانيا: التكييف الفقهي للحقوق المعنوية: الحقوق المعنوية تدخل في الحقوق الخاصة أيضا، وهي من الحقوق الشخصية؛ ومن ذلك **الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والتأليف والاختراع أو الابتكار،** وهي حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها، وبهذا نجد أن الجمهور يجعلون الحق بمعناه الخاص في مقابلة الأعيان، ويجعل الحنفية هذا الحق في مقابلة الأموال، فيقولون: إن الحق ليس بمال.[3]

وفي قرار مجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، القرار رقم (5) د 88/ 5/09 بشأن الحقوق المعنوية؛ إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من 1 إلى 6 جمادى الأولى 1409 / 10 إلى 15 كانون الأول (ديسمبر) 1988م، بعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوع (الحقوق المعنوية) واستماعه للمناقشات التي دارت حوله؛ قرر ما يلي: **أولا:** الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف والاختراع أو الابتكار هي حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها، وهذه الحقوق يعتد بها شرعا فلا يجوز الاعتداء عليها.

ثانيا: يجوز التصرف في الاسم التجاري أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية ونقل أي منها بعوض مالي إذا انتفى الغرر والتدليس والغش باعتبار أن ذلك أصبح حقا ماليا.

1- انظر: "**المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي**"، (ص: 32).

2- انظر: "**بحوث في فقه المعاملات المعاصرة**"، علي محيي الدين القره داغي، (ص: 400)، دار البشائر الإسلامية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1422 هـ- 2001م.

3- انظر: "**المعاملات المالية أصالة ومعاصرة**"، (170/1).

ثالثا: حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصونة شرعا، ولأصحابها حق التصرف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها. والله أعلم .. [1]

يقول ابن تيمية رحمه الله تعالى: "فإن حقوق الآدميين تقبل من المعاوضة والبدل ما لا يقبلها حقوق الله تعالى، ولا تمنع المعاوضة في حق الآدمي إلا أن يكون في ذلك ظلم لغيره، أو يكون في ذلك حق لله، أو يكون من حقوق الله".[2]

1- انظر: "**مجلة مجمع الفقه الإسلامي**"، مجمع الفقه الإسلامي، (2095/5)، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة- السعودية، ع: 05.

2- انظر: "**مجموع الفتاوى**"، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، (232/31)، تحقيق: عبد الرحمن بن مُحَمَّد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية- السعودية، ط: 1416هـ- 1995م.

الموضوع الثالث:

نظرية العقود

الفرع الأول: مفهوم العقود

أولا: تعريف العقد

1- **تعريف العقد لغة:** العقدُ في اللغة الربطُ والشدُّ؛ ونقيض الحل، يقال: عَقد الحبلَ والبيعَ والعهدَ يعقِدُه عَقْداً إذا شدَّهُ، والعقدُ: الضمان والعهد، والجمعُ عقودٌ، قال اللهُ تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ [المائدة: 01]، والعقود هي أوكد العهود، ..[1]، والمعاقدة: المعاهدة، وعاقده عاهده، وتعاقد القوم تعاهدوا، والعقد في البيع إيجابه، وعقد اليمين: توثيقها، وعقدة النكاح: إحكامه وإبرامه.[2]

2- **تعريف العقد اصطلاحا:** اختلف الفقهاء في تحديد مفهوم العقد؛ فمن مُتوسع في إطلاق لفظ العقد على كل التزام لا يخلو من عهد، ومن مُضيق فيه فقصره على أنه لا يكون إلا تصرفا صادرا من شخصين أو أكثر يرتبط كل منهما بالآخر؛ ومنه؛ فمن تعريفات العقد في اصطلاح الفقهاء ما يلي: - عرفه ابن الهمام بقوله: "مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر"[3].

وعرفه ابن عابدين بأنه: "مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر أو كلام الواحد القائم مقامهما: أعني متولي الطرفين"[4].

- ولابن عابدين تعريف آخر؛ وهو قوله: "العقد ربط أجزاء التصرف الإيجاب والقبول شرعا"[5].

- وعرفه الزحيلي بقوله: "ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله"[6].

ويُمكن القول بأن هذين التعريفين مقبولان عموما لدخول عموم العقود فيهما، ولإخراجهما العقود الممنوعة لارتباطهما بالشرع.

1- انظر: "**لسان العرب**"، (3031/4)، "**تاج العروس من جواهر القاموس**"، (394/8-395).

2- انظر: "**المخصص**"، علي بن إسماعيل بن سيده، (22/4)، تحقيق: خليل إبراهم جفال، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1417هـ- 1996م، "**المحكم والمحيط الأعظم**"، (166/1)، "**تاج اللغة وصحاح العربية (الصحاح)**"، (ص: 791)، تحقيق: مُحَمَّد مُحَمَّد تامر، دار الحديث، القاهرة- مصر، ط: 1430هـ- 2009م، "**لسان العرب**"، (3031/4)، "**القاموس المحيط**"، (316/1).

3- "**شرح فتح القدير**"، (187/3).

4- "**حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)**"، مُحَمَّد أمين بن عابدين، (59/4)، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود- علي مُحَمَّد معوض، دار عالم الكتب، الرياض- السعودية، طبعة: 1423هـ- 2003م.

5- "**حاشية ابن عابدين**"، (68/4).

6- "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (80/4-81).

ولقد قرر العلماء قاعدة وهي قولهم: (**الكتاب كالخطاب**)؛ فالكتاب المستبين المرسوم الصادر من الغائب كالخطاب من الحاضر، وكذا الإرسال، حتى إنه يُعتبر فيهما مجلسُ بلوغ الكتاب ومجلسُ أداء الرسالة، فلو أرسل العاقد إيجابه في كتاب للعاقد الآخر، وبلغ الكتابُ هذا ففَهِم ما فيه، وقال قبلت في مجلس بلوغ الكتاب انعقد العقد، ويجوز أن ينعقد العقد بالكتابة من الجانبين[1].

ومن التعريفات العامة: "العقد هو ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعا"[2].

فأصل العقود الربط؛ يقال عقدتُ الحبلَ والعهدَ؛ فيُستعمل في الأجسام كعقد البناء، وفي المعاني نحو عقدت البيع والعهد والنكاح، وإذا استعمل في المعاني –كما هنا– أفاد أنه شديدُ الإحكام وقويُّ التوثيق، وقيل المراد بالعقود هي التي عقدها الله على عباده وألزمهم بها من الأحكام، وقيل هي العقود التي يعقدونها بينهم من عقود المعاملات، والأَولى شمول آية المائدة للأمرين جميعا، ولا وجه لتخصيص بعضها دون بعض[3].

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "والعهود والعقود متقاربة المعنى أو متفقة، ... وإن تضمنت معنى العقود التي بين الناس وهو أن يلتزم كل من المتعاقدين للآخر ما اتفقا عليه، فمعاقدة ومعاهدة يلزم الوفاء بها إن كان العقد لازما، وإن لم يكن لازما خُيِّرَ".[4]

وقال أبو بكر الجصاص: "كل شرط شرطه إنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد، وكذلك النذور وإيجاب القُرَب وما جرى مجرى ذلك[5]".

1- انظر: "**شرح القواعد الفقهية**"، (ص: 349)، "**مصادر الحق في الفقه الإسلامي**"، عبد الرزاق السنهوري، (1/77-78)، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1417هـ- 1997م.

2- "**التعريفات**"، (ص: 196).

3- انظر: "**الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية (شرح حدود ابن عرفة)**"، مُحَمَّد الأنصاري الرصاع، (ص:236)، تحقيق: مُحَمَّد أبو الأجفان- الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، ط: الأولى، 1993م، "**التوقيف على مهمات التعاريف**"، مُحَمَّد عبد الرؤوف المناوي، (ص: 520)، تحقيق: مُحَمَّد رضوان الداية، دار الفكر، بيروت-لبنان، ط: الأولى، 1420هـ-2000م، "**نيل المرام من تفسير آيات الأحكام**"، مُحَمَّد صديق حسن خان، (ص: 185)، المطبعة الرحمانية، مصر، ط: 1347هـ- 1929م.

4- انظر: "**الفتاوى الكبرى**"، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، (5/552)، تحقيق: مُحَمَّد عبدالقادر عطا- مصطفى عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية، ط: الأولى، 1408هـ - 1987م، "**المستدرك على مجموع فتاوى شيخ الإسلام**"، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، (5/144)، جمع وترتيب: مُحَمَّد بن عبد الرحمن بن قاسم، مجمع الملك فهد بالمدينة المنورة لطباعة المصحف الشريف، ط: الأولى، 1418 هـ.

5- "**أحكام القرآن**"، أحمد بن علي الجصاص، (3/285)، مُحَمَّد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، ط: 1412هـ-1992م.

فيظهر من هذا أن العقد في اصطلاح الفقهاء يطلق بإطلاقين عامٍّ وخاصٍّ؛

فالمعنى العام هو كل ما عزم المرء على فعله، سواء صدر بإرادة منفردة أم احتاج إلى إرادتين في إنشائه، فهذا 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.

والمعنى الخاص هو ارتباط أحد العاقدين بالآخر ارتباطا مشروعاً يظهر أثره في المحل، وهذا التعريف هو الغالب الشائع في عبارات الفقهاء.[1]

ومن هنا يتبين لنا أن العقد بمعناه العام لا يشترط فيه تطابق إرادتين، بل يتحقق بإرادة منفردة.

أما المعنى الخاص للعقد؛ فهو الالتزام الذي لا يتحقق إلا من طرفين، وهذا المعنى هو المراد عند إطلاق الفقهاء لفظ العقد، فهم يعنون به صيغة الإيجاب والقبول الصادرة من متعاقدين.

فتبين مما ذُكر أن العقد يُطلق على الشد نقيض الحل، وعلى الربط والتوثيق والإبرام والإحكام، ويكون في الأمور الحسية والمعنوية.

وأما تعريف العقد عند **أهل القانون** فهو قريب من تعريف الفقهاء له، حيث يعرفونه بأنه: "توافق إرادتين على إحداث أثرٍ قانوني من إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه"[2].

ويعرفه **الاقتصاديون** بقولهم: "اتفاقية بين شخصين أو أكثر تخلق التزاما قانونيا أو التزاماتٍ متبادلةً من أجل القيام بعملٍ أو الامتناع عن عملِ شيء خاص"[3].

ثانيا: أركان العقد

الركن لغة: ركن الشيء: جانبه الأقوى، والجمع أركانٌ وأركنٌ[4]، أما **في الاصطلاح** فهو: ما يقوم به ذلك الشيء من التقوم؛ إذ قوام الشيء بركنه، وركن الشيء ما يتم به وهو داخل فيه، بخلاف شرطه فهو خارج عنه[5]، ومنه فأركان العقد كالآتي:

1- انظر: "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (4/80-81).

2- "**الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**"، عبد الرزاق السنهوري، (1/137)، دار إحياء التراث العربي بيروت-لبنان، [د.ب.ت].

3- "**القاموس الدولي العام**"، فريال علوان- س.م لحام- م. نور- م. ساسين- هادي سعيد، (ص: 258)، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 2006.

4- انظر: "**لسان العرب**"، (3/1721).

5- "**التعريفات**"، (ص: 149).

1- **مذهب الجمهور**: ذهب جمهور الفقهاء من المذاهب الثلاثة إلى أن أركان العقد ثلاثة؛ وهي العاقدان والمعقود عليه والصيغة[1]؛ وتفصيل ذلك كما سيأتي:

أ- **العاقدان**: وهما البائع والمشتري، وهما كل من يتولى العقد؛ إما أصالة كأن يبيع أو يشتري لنفسه، أو وكالة كأن يعقد نيابة عن غيره بتفويض منه في حياته، أو وصاية كمن يتصرف خلافة عن غيره في شؤون صغاره بعد وفاته بإذن منه أو من قبل الحاكم[2].

ب- **المعقود عليه**: وهو الثمن والمثمن، فالثمن هو ما يكون بدلا للمبيع ويتعلق بالذمة، أما المثمن فهو الشيء الذي يباع بالثمن.[3]

جـ- **الصيغة**: وهي كل ما يقتضي الإيجاب والقبول من قول أو فعل، لأن المعول عليه وجود ما يدل على إرادة المتعاقدين من إنشاء العقد وإبرامه والرضا به عرفا أو لفظا أو فعلا على خلاف بين الفقهاء[4].

2- **مذهب الحنفية**: رأينا سابقا أن العقد عند الجمهور لا يتحقق إلا بوجود أركانه الثلاثة، وهي: العاقدان والمعقود عليه والصيغة، أما الحنفية فقد اقتصروا على الصيغة فقط؛ وهي الإيجاب والقبول؛ فعندهم أن ركنه الإيجاب والقبول الدالان على التبادل أو ما يقوم مقامهما من التعاطي؛ فركنه الفعل الدال على الرضا بتبادل المِلْكين من قول أو فعل[5].

1- انظر: "**حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**"، (2/3)، "**مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**"، مُحَمَّد بن الخطيب الشربيني، (6/2)، اعتناء: مُحَمَّد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1418هـ- 1997م، "**كشاف القناع عن متن الإقناع**"، (459/2).

2- انظر: "**حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**"، (2/3)، "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (219/30).

3- انظر: "**شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل**"، (262/5)، "**معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء**"، (ص: 156).

4- انظر: "**القوانين الفقهية**"، مُحَمَّد بن أحمد بن جزي، (ص: 387)، تحقيق: مُحَمَّد أحمد القياتي- سيد الصباغ، دار الأندلس الجديدة، شبرا - مصر، ط: الأولى، 1429هـ-2008م، "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (100/4)، "**ما لا يسع التاجر جهله**"، عبد الله المصلح- صلاح الصاوي، (ص: 22)، مؤسسة الرسالة، ط: الأولى، 1422هـ-2001م.

5- انظر: "**شرح فتح القدير**"، (248/6)، "**حاشية ابن عابدين**"، (14/7).

فالصيغة هي ركن العقد وأساسه، ووجودها يقتضي بالضرورة وجود الركنين الآخرين عند غيرهم، إذ لا يتصور تحقق الإيجاب بدون موجب ولا قبول بغير قابل، كما أن الإيجاب والقبول يقتضي وجود محل يجري التعاقد فيه.[1]

والذي يتبين–والله أعلم–؛ أن الخلاف بين الجمهور وبين الأحناف في أركان العقد هو خلاف لفظي ووضع اصطلاحي – ولا مشاحة في الاصطلاح– فلا أثر له في الواقع.

ثالثا: أنواع العقود: ينقسم العقد إلى عدة أنواع بناءً على الأساس الذي يقوم عليه، والموضوع الذي يهدف إليه، والخصائص التي يمتاز بها، والأحكام التي تعتريه، وذلك كالآتي:

1- **باعتبار الحكم الشرعي:** تنقسم العقود بهذا الاعتبار إلى مشروعة وغير مشروعة، كما يلي:

أ- **العقود المشروعة:** وهي التي أجازها الشرع وأذن فيها بعموم قول الله تعالى: ﴿**وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ**﴾ [البقرة: 274]، كالبيع والتجارة والإجارة والمساقاة وغيرها.

ب- **العقود المحرمة:** وهي التي منعها الشرع وحرمها لذاتها بنحو قول الله تعالى: ﴿**وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا**﴾ [البقرة: 274]، وبنحو قول النبي ﷺ: «**لَعَنَ اللَّهُ الْيَهُودَ حُرِّمَتْ عَلَيْهِم الشُّحُومُ فَبَاعُوهَا وَأَكَلُوا أَثْمَانَهَا، وَإِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ إِذَا حَرَّمَ أَكْلَ شَيْءٍ حَرَّمَ ثَمَنَهُ**»[2]، كعقد الربا، والبيوع المشتملة على الغرر والجهالة، وكبيع الأعيان المحرمة والنجسة كالخمر والميتة والدم ونحوها.[3]

ومن الفقهاء من يقسم هذا النوع حسَب أقسام الحكم التكليفي، فيضيف العقد الواجب كعقد الزواج، والمندوب كعقد القرض والوقف، والمحرم كبيع العنب لمن يغلب على ظنه أنه يعصره خمرا، والمكروه كبيع العنب لمن يغلب على ظنه اتخاذه خمرا[4].

2- **باعتبار الصحة وعدمها:** ويعبّر عنه بعض الفقهاء باعتبار وصفه، فينقسم بهذا الاعتبار إلى؛

1- "**مجلة مجمع الفقه الإسلامي**"، منظمة المؤتمر الإسلامي، (657/6)، جدة- السعودية.

2- رواه أحمد في المسند، مسند عبد الله بن عباس ﷺ، (2678)، قال الشيخ شعيب الأرناؤوط: إسناده صحيح.

3- انظر: "**العقود المالية المركبة –دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية–**"، عبد الله العمراني، (ص: 26-27)، دار كنوز إشبيليا، الرياض- السعودية، ط: الأولى، 1427هـ-2006م، "**ما لا يسع التاجر جهله**"، (ص: 26).

4- انظر: "**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**"، (233/5)، "**التاج والإكليل لمختصر خليل**"، (254/4)، "**المجموع شرح المهذب**"، (431/9)، "**اختلاف الأئمة العلماء**"، يحيى بن مُحَمَّد بن هبيرة، (396/1)، تحقيق: السيد يوسف أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1423هـ- 2002م، "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (186/4)، "**ما لا يسع التاجر جهله**"، (ص: 26).

أ- **العقد الصحيح**: هو ما استوفى أركانَه وشروطَه، وأوصافُه سليمة لا خلل فيها.

ب- **العقد غير الصحيح**: وهو ما لم يستوف أركانَه أو شروطَه بسبب خلل في صيغته أو في العاقدين أو في المحل أو الأوصاف اللازمة، ويسمى عند الجمهور بالباطل والفاسد؛ وهما بمعنى واحد.[1]

أما الحنفية فغير الصحيح عندهم ينقسم إلى قسمين: باطل وفاسد؛

- **فالعقد الباطل**: هو ما لا يكون مشروعا بأصله ووصفه، حيث اختل فيه ركن أو أكثرُ من أركانه.

- **والعقد الفاسد**: هو ما كان مشروعا بأصله دون وصفه، فاختل فيه وصف من أوصافه اللازمة له[2].

وزاد بعض المالكية قسما ثالثا وهو العقد المبهم؛ وهو العقد المتردد بين الصحة والفساد[3].

3- **باعتبار اللزوم وعدمه**: ينقسم العقد باعتبار اللزوم وعدمه إلى قسمين:

أ- **العقد اللازم**: وهو الذي لا يمكن لأحد الطرفين فسخه إلا برضا الطرف الآخر.

ب- **العقد غير اللازم**: ويُعبَّر عنه بالعقد الجائز كذلك؛ لجواز فسخه؛ وهو الذي يستطيع أحد الطرفين فسخه متى شاء دون رضا الطرف الآخر، بشرط عدم ترتب ضرر على الطرف الآخر.

وينقسم العقد اللازم إلى قسمين:

- **عقد لازم من الطرفين معا**: وهو ملزم للجانبين كالبيع والإجارة وغيرها، فلا يملك أحد العاقدين فسخه.

- **عقد لازم لأحد الجانبين فقط**: كالرهن والكفالة فهما لازمان للراهن والكفيل.

كما يمكن تقسيم العقد الصحيح اللازم إلى عقد نافذ وعقد غير نافذ (عقد موقوف)؛

- **العقد النافذ**: وهو العقد الصحيح الصادر من كامل الأهلية والولاية.

1- انظر: "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (4/234-235)، "**تصرفات الأمين في العقود المالية**"، عبد العزيز الحجيلان، (1/42)، سلسلة إصدرارات الحكمة، [د.ب.ت]، "**العقود المالية المركبة**"، (ص: 27).

2- "**الأشباه والنظائر** -لابن نجيم-"، (ص: 401).

3- انظر: "**معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء**"، (ص: 322)، نقلا عن: شرح المنهج للمنجور- إيضاح المسالك للونشريسي- إعداد المهج للشنقيطي- شرح اليواقيت الثمينة للسجلماسي.

- **العقد الموقوف**: وهو العقد الصادر عن شخص يتصف بالأهلية لكنه لا يملك ولاية لإنشاء العقد أو يصدر عن شخص أهليته ناقصة، فتتوقف تصرفاته على إجازة الولي أو الوصي، كالصبي المميز غير المأذون له.[1]

4- **باعتبار غايته وغرضه**: وبعضهم يقسمه **باعتبار طبيعته**؛ فينقسم العقد بالنظر إلى غايته وغرضه إلى:

أ- **عقود التمليك**: وهي التي تقتضي نقل ملكية الأعيان أو المنافع إما بعوض أو بغير عوض؛ وهي نوعان:

- **عقود المعاوضات**: وهي التي يكون التمليك فيها بعوض؛ كالبيع والإجارة والسلم، وفي هذا النوع تكون الحقوق متبادلة.

- **عقود التبرعات**: وهي التي يكون التمليك فيها بغير عوض؛ كالهبة والإعارة والصدقة والوصية، وهذا النوع فيه تمليك لأحد الطرفين دون الآخر.

ب- **عقود الحفظ**: وهي التي غرضها حفظ الأملاك كالوديعة والحراسة.

جـ- **عقود التوثيق**: وهي التي يقصد بها ضمان الديون لأصحابها وتأمين الدائن على دينه؛ كالرهن والكفالة والحوالة.

د- **عقود الإطلاق والتفويض**: وهي أن يفوض الشخص غيره في التصرف بعمل؛ كالوكالة والوصاية والوديعة.

هـ- **عقود المشاركات**: وهي الاشتراك في العمل والربح، كالشركة والمزارعة، والمساقاة، والمضاربة.[2]

5- **باعتبار التسمية**: ينقسم العقد بهذا الاعتبار إلى:

أ- **عقود مسماة**: وهي التي ذكر لها الشرع اسما يدل على موضوعها الخاص وأحكامها الخاصة، كالبيع والإجارة والشركة والهبة والكفالة والحوالة والوكالة والرهن والقرض والزواج والوصية ونحوها.

1- انظر: "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (240/4)، "**تصرفات الأمين في العقود المالية**"، (42/1-43)، "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (228/30-229).

2- انظر: "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (244/4-245)، "**تصرفات الأمين في العقود المالية**"، (45/1)، "**العقود المالية المركبة**"، (ص: 31-32).

ب- **عقود غير مسماة:** وهي التي لم يذكر الشرع لها اسما؛ وإنما استجد مع عادات الناس وأعرافهم وحاجاتهم؛ كعقد الاستصناع، وأنواع المقاولات، وأنواع الشركات الحديثة، وكالنزول في الفندق فهو يشمل عقد بيع الإجارة وعقد العمل، وقد يرافقه عقد أمانة، كمن يودع بعض الوثائق أو النقود أو الأمتعة لدى الفندق.[1]

6- **باعتبار مدة أدائها:** تنقسم العقود بحسب مدة أدائها وتنفيذها إلى ما يلي:

أ- **عقود فورية:** وهي التي لا يحتاج تنفيذها إلى زمن ممتد يشغله باستمرار، بل يتم تنفيذها فورا دفعة واحدة في الوقت الذي يختاره العاقدان، كالبيع المطلق والصلح والهبة وغيرها[2].

ب- **عقود متراخية:** وتسمى كذلك العقود المستمرة أو عقود المدة؛ وهي التي يستغرق تنفيذها مدة من الزمن؛ فتمتد بامتداد الزمن حسَب الشروط المتفق عليها بين الطرفين، والتي تقتضيها طبيعة هذه العقود؛ فيكون العقد بمثابة عقود متجددة مع الزمن، كعقد الإيجار أو الشركة، وعقود التوريد والتعهدات والمقاولات.[3]

7- **باعتبار أصلها:** تنقسم العقود بهذا الاعتبار إلى عقود مالية وعقود غير مالية:

أ- **عقود مالية من الطرفين:** فيكون العقد ماليًّا حقيقة كالبيع والسلم، أو حكما: كالإجارة، لأن **(المنافع تنزل منزلة الأعيان**[4]**)**.

ب- **عقود مالية من طرف واحد:** كالنكاح والخلع والجزية.

جـ- **عقود غير مالية:** كعقد الهدنة والقضاء.[5]

8- **باعتبار كيفية أدائها:** تُقسم العقود من حيث كيفية أدائها إلى عقود بسيطة وعقود مركبة؛

1- انظر: "**المدخل الفقهي العام**"، (ص: 632)، "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (242/4)، "**العقود المالية المركبة**"، (ص: 25).

2- انظر: "**المدخل الفقهي العام**"، (ص: 595)، "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (28/7).

3- انظر: "**المدخل الفقهي العام**"، (ص: 595)، "**موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة**"، وهبة الزحيلي، (279/10)-(334/10)، دار الفكر، دمشق- سورية، 2013م، "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (29/7).

4- انظر: "**تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ونبذ مذهبية نافعة**"، مُحَمَّد بن علي بن الدهان، (147/3)، تحقيق: صالح بن ناصر الخزيم، مكتبة الرشد، الرياض-السعودية، ط: الأولى، 1422هـ-2001م.

5- انظر: "**أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية**"، سلطان بن إبراهيم الهاشمي، (ص: 66)، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي– الإمارات العربية المتحدة، ط: الأولى، 1422هـ - 2002م، "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (228/30).

أ- **العقود البسيطة:** وهي التي تشتمل على عقد واحد؛ كالبيع أو الإجارة.

ب- **العقود المركبة:** وهي ما كان العقد فيها مشتملا على عقدين أو أكثر، غير أن التزاماته وآثاره تكون بمثابة عقد واحد، فالعقود المركبة عقود مستحدثة ليس لها أصل تقاس عليه.[1]

9- **باعتبار النفاذ أو عدمه:** وتنقسم العقود بهذا الاعتبار إلى قسمين:

أ- **عقود نافذة:** وهي العقود الصحيحة التي صدرت من كامل الأهلية والولاية، وتترتب عليها آثارها فور صدورها، ولا تتوقف على إجازة أحد، وهي أغلب عقود الناس.

ب- **عقود موقوفة:** وهي العقود الصادرة عن كامل الأهلية من غير أن تكون له ولاية لإصدار العقد، كالعقود التي يعقدها الفضولي، وكذلك العقود الصادرة عن ناقص الأهلية كالصبي المميز، فهذه العقود موقوفة على إجازة صاحب الشأن أو ولي المميز[2].

وقد ذكرنا شيئا من هذا التقسيم في النوع الثالث باعتبار اللزوم وعدمه؛ إذ بينهما تداخل.

10- **باعتبار الضمان وعدمه:** وتنقسم العقود بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام، وهي كما يلي:

أ- **عقود الضمان:** وهي ما كان المال المقبوض فيها مضمونا على القابض بأي سبب هلك، كعقد البيع، والقسمة، والصلح عن مال بمال، والمخارجة، والقرض، وكعقد الزواج، والمخالعة.

ب- **عقود الأمانة:** وهي ما كان المال المقبوض فيها أمانة في يد القابض، لا يضمنه إلا إذا تلف بتقصيره في حفظه، كعقد الإيداع، والعارية، والشركة بأنواعها، والوكالة، والوصاية.

جـ- **عقود مزدوجة الأثر:** وهي عقود ذات وجهين، تُنشئ الضمانَ من وجه، والأمانةَ من وجه، كعقد الإجارة، والرهن والصلح عن مال بمنفعة.

ومناط التمييز بين عقود الضمان وبين عقود الأمانة يدور مع المعاوضة؛ فكلما كان في العقد معاوضةٌ كان عقدَ ضمان، وكلما كان القصدُ من العقد غيرَ المعاوضة كالحفظ ونحوه كان العقدُ عقدَ أمانة[1].

1- انظر: "**العقود المالية المركبة**"، (ص: 33).

2- انظر: "**المدخل الفقهي العام**"، (ص: 638- 639)، "**الشروط العقْدية في الشريعة الإسلامية**"، عبد الله إبراهيم الموسى، (ص: 160)، دار ابن الجوزي، الرياض– السعودية، ط: الأولى، 1432هـ - 2012م.

11- **باعتبار الأصالة وعدمها**: وتنقسم العقود بهذا الاعتبار إلى قسمين:

أ- **عقود أصلية**: وهي العقود المستقلة في وجودها؛ فلا ترتبط مع غيرها من العقود وجوداً وعدماً كعقد البيع والإجارة والعارية.

ب- **عقود تبعية**: وهي العقود التي تكون تابعة ومرتبطة في وجودها وزوالها بغيرها من العقود؛ كعقد الرهن والكفالة.[2]

12- **باعتبار تعلق العقد**: وتنقسم العقود بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام؛ وذلك بحسب تعلق العقد بالشروط أو بالزمن، وهي كما يلي:

أ- **عقود منَجَّزة**: وهي التي تكون بصيغة مطلقة غير معلقة بشرط ولا مضافة إلى وقت مستقبل؛ فيرتبط القبول فيها بالإيجاب، أو هي العقود التي لا ترتبط مع غيرها من العقود وجوداً وعدماً كالبيع[3].

ب- **عقود مضافة إلى المستقبل**: وتسمى كذلك العقودَ المعلقة على المستقبل، وهي ما صدرت بصيغة أضيف فيها الإيجاب إلى زمن مستقبل، مثل: آجرتك داري لسنةٍ من مطلع الشهر القادم[4].

جـ- **عقود معلقة على شرط**: وهي ما صدرت معلقاً وجودها على أمر آخر بأحد أدوات الشرط؛ مثل: إن سافرت فأنت وكيلي.

13- **باعتبار الرضا وعدمه**: وتنقسم العقود بهذا الاعتبار إلى قسمين؛ وذلك كما يلي:

أ- **عقود التراضي**: وتسمى كذلك العقود الرضائية؛ وهي التي لا تخضع في انعقادها إلا لمجرد التراضي كمعظم العقود، واتفقت الاجتهادات الإسلامية على أن الرضا أساس العقود لقوله تعالى في المعاملات المالية: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ**﴾ [النساء: 29]، وقوله سبحانه في استحقاق أخذ شيء من حقوق الزوجات: ﴿**فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ**

1- انظر: "**المدخل الفقهي العام**"، (ص: 641)، "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (28/235- 236).

2- انظر: "**الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة**"، مُحَمَّد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، (ص: 288- 289)، دار كنوز إشبيليا، الرياض– السعودية، ط: الأولى، 1427هـ-2006م.

3- انظر: "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (8/18)، "**معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء**"، (ص: 324).

4- انظر: "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (4/246).

شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ [النساء: 04]، وقال النبي ﷺ: «**إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ**»[1]، وقال ﷺ: «**لاَ يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلاَّ عَنْ طِيبِ نَفْسٍ**»[2]، وبناء عليه فإن مجرد التراضي هو الذي يولد العقد والتزاماته، دون حاجة لممارسة شكلية معينة.[3]

ب- **عقود الإذعان:** وهي التي تصدر عن شركات الاحتكار للمرافق العامة والسلع الضرورية؛ فيستقل بوضع شروطه أحد المتعاقدين دون أن يكون للمتعاقد الآخر أي حق في مناقشتها، مثل شركات الكهرباء والغاز والماء والهاتف والبريد والنقل العام...[4]

رابعا: أسباب انتهاء العقد: عرفنا سابقا أن العقد ارتباط وثيق بين المتعاقدين، غير أن هذا الارتباط قد تعتريه أسباب فتحول إلى انتهائه أو إنهائه وعدم استمراره، ويمكن تقسيم أسباب انتهاء العقد إلى أسباب اختيارية وأخرى ضرورية:

1- **الأسباب الاختيارية لانتهاء العقد:** قد ينتهي العقد بأسباب اختيارية؛ وهي التي ترجع إلى اختيار المتعاقدين وإرادتهما معا، أو إلى أحدهما؛ فإذا كان بإرادة أحد العاقدين فيسميه الفقهاء فسخا، وإذا كان برضا العاقدين سُمِّي إقالة، وتفصيل ذلك كالآتي:

أ- **انتهاء العقد بالفسخ: الفسخ في اللغة:** الإفساد والنقض والتفريق[5].

أما **اصطلاحا** فهو: حل ارتباط العقد والتصرف وقلب كلِّ واحدٍ من العوضين لصاحبه، وهو بهذا يكون فيه معنى الإلغاء والإبطال[6].

وفسخ 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.

1- رواه ابن ماجه، كتاب التجارات، باب بيع الخيار، (2185).

2- أخرجه الدارقطني، كتاب البيوع، (2886).

3- انظر: "**المدخل الفقهي العام**"، (ص: 638)، "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (4/197-198).

4- انظر: "**معجم لغة الفقهاء**"، (ص: 55)، "**معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء**"، (ص: 326).

5- انظر: "**لسان العرب**"، (5/3412)، "**تاج العروس من جواهر القاموس**"، (7/319).

6- "**الأشباه والنظائر** –لابن نجيم–"، (ص: 402)، "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (6/185).

والفسخ 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 حالان:

- **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.

- **الفسخ 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.[1]

ب- **انتهاء العقد بالإقالة:**

الإقالة في اللغة: الرفع والفسخ[2]، وفي **الاصطلاح:** "رفع عقد البيع وإزالته[3]".

أو هي: "فسخ العقد بتراضي الطرفين، إذا ندم أحدهما وأراد الرجوع عن العقد[4]".

والإقالة مشروعة إجماعا عند الحاجة إليها، وهي مستحبة؛ لقول النبي ﷺ: «**مَنْ أَقَالَ مُسْلِمًا أَقَالَهُ اللَّهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ**[5]».[6]

جـ- **انتهاء العقد بانتهاء المدة:** تنتهي بعض العقود بانتهاء مدتها أو بتحقيق الغرض المقصود منها، فالعقود المؤقتة والمقيدة بالزمن قد تتوقف بعامل الزمن والتأقيت؛ فعقد الإجارة المقيد بمدة ينتهي بانتهاء المدة باتفاق الفقهاء، كالدار للسكنى أو الأرض للزراعة، إلا إذا وجد عذر يقتضي امتداد

1- انظر: "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (276/4)، "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (239/30).

2- انظر: "**لسان العرب**"، (3798/5)، "**تاج العروس من جواهر القاموس**"، (306/30)، "**المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**"، (ص: 199).

3- "**درر الحكام شرح مجلة الأحكام**"، (130/1).

4- "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (277/4).

5- رواه ابن ماجه، كتاب التجارات، باب الإقالة، (2199).

6- انظر: "**عون المعبود شرح سنن أبي داود**"، مُحَمَّد العظيم آبادي، (331/9)، تحقيق: عبد الرحمن مُحَمَّد عثمان، المكتبة السلفية، المدينة المنورة- السعودية، ط: الثانية، 1388هـ- 1969م.

المدة، كأن يكون في الأرض زرع لم يحصد، أو كانت سفينة في البحر وانقضت المدة قبل وصولها إلى الساحل، كما تنقضي الإجارة لعمل معين بانتهاء العمل المعقود عليه في إجارة الأشخاص، كالحمال والقصار[1] والخياط إذا أنهوا العمل، وكذلك عقد الوكالة المقيدة لإجراء عمل معين فإنها تنتهي بتنفيذ الوكيل المهمة الموكل بها[2].

د- **انتهاء العقد بعدم إجازة الموقوف:** من بين أسباب انتهاء العقد عدم إجازة الموقوف؛ فالعقد الموقوف ينتهي إذا لم يجزه صاحب الشأن- وهو مالك المال-، ولا تصح الإجازة إذا مات الفضولي أو من تعاقد معه، فينتهي العقد حينئذ قبل الإجازة[3].

2- **الأسباب الضرورية لانتهاء العقد:** وقد ينتهي العقد بأسباب اضطرارية؛ والأسباب الاضطرارية هي الخارجة عن اختيار المتعاقدِين؛ فيَلجأون إليها ضرورة عن غير قصد وإرادة، ويمكن إبراز بعض الأسباب الاضطرارية في الأنواع الآتية:

أ- **انتهاء العقد بالموت:** الموت سبب اضطراري لحل بعض العقود، فينتهي العقد بوفاة أحد العاقدين، أو بموت العامل أو عجزه عن تأدية العمل عجزا كاملا، بعد إثبات ذلك بشهادة طبية أو مرضية، مرضا أدى إلى انقطاعه عن العمل، كالإجارة والرهن والكفالة والشركة والوكالة[4].

ب- **انتهاء العقد بهلاك المعقود عليه:** يثبت حق الفسخ بتعذر قبض المعقود به، كما يثبت بتعذر قبض المعقود عليه؛ لأن هلاك الثمن قبل القبض يوجب انفساخ العقد كهلاك المبيع، فينفسخ العقد لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه[5].

1- قَصْرُ الثياب: أن يجمعها القَصَّار فيغسلها، وحِرْفته القِصَارة بالكسر، انظر: "**المغرب في ترتيب المعرب**"، (180/2).

2- انظر: "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (277/4)، "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (241/30).

3- انظر: "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (279/4)- (377/4).

4- انظر: "**الدرر السنية في الأجوبة النجدية**"، جمعها: عبد الرحمن بن مُحَّد بن قاسم، (16/ 274)، مطابع أم القرى، مكة-السعودية، ط: السادسة، 1417هـ-1996م، "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (277/4-278)، "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (242/30).

5- انظر: "**المبسوط**"، (166/13).

جـ- **انتهاء العقد للأعذار الطارئة:** قد يفسخ العقد وينتهي لأمر أو حادث طارئ ومفاجئ؛ لأن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر؛ فلو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحبَ العذر ضررٌ لم يلتزمه بالعقد؛ والعذر هو ما يكون عارضاً يتضرر به العاقدُ مع بقاء العقد[1].

الفرع الثاني: مفهوم العقود المالية

أولا: تعريف العقود المالية

العقود المالية مركب وصفي؛ وتعرف العقود المالية بأنها: "المعاملات المبنية على تبادل الأعيان أو المنافع بأعواض أو منافع".

فهذا التعريف قائم على "تبادل الأعيان أو المنافع" حتى يشمل أغلب أنواع البيوع أو المبادلات، وأُدرج لفظ "تبادل" حتى تدخل العقود المالية من طرفين وتخرج العقودُ المالية من طرف واحد كالنكاح والخلع، وعُطفت المنافع على الأعيان لأن المنافع تنزل منزلة الأعيان كما مرَّ.

- وجاء في الموسوعة الفقهية الكويتية: "العقد إذا وقع على عين من الأعيان يسمى عقداً مالياً باتفاق الفقهاء، سواء أكان نقل ملكيتها بعوض؛ كالبيع بجميع أنواعه من الصرف والسلم والمقايضة ونحوها، أم بغير عوض؛ كالهبة والقرض والوصية بالأعيان ونحوها، أو بعمل فيها؛ كالمزارعة والمساقاة والمضاربة ونحوها"[2].

- وعُرِّفت **المعاملات المالية المعاصرة** بأنها: "القضايا المالية التي استحدثها الناس في العصر الحديث، أو القضايا التي تغير موجب الحكم عليها نتيجة التطور وتغير الظروف، أو القضايا التي تحمل اسماً جديداً، أو القضايا التي تتكون من عدة صور قديمة"[3].

1- انظر: "**فقه السنة**"، سيد سابق، (147/3)، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة- مصر، [د.ب.ت]، "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (302/4)- (323/4).

2- "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (227/30).

3- "**الأموال ونظرية العقد**"، مُحَمَّد موسى، (ص: 419)، [د.ب.ت].

ثانيا: أنواع العقود المالية: الأصل الذي تبنى عليه العقود المالية الجارية بين العباد التراضي المدلول عليه بقول الله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ**﴾ [النساء: 29]، غير أن حقيقة الرضا لما كانت أمرا خفيا وضميرا قلبيا اقتضت الحكمة رد الخلق إلى مرد كلي وضابط جلي يستدل به عليه؛ وهو الإيجاب والقبول الدالان على رضا العاقدين[1].

ومذهب جمهور الفقهاء أن الأصلَ في العقود والشروط الجوازُ والصحة، ولا يحرم منها إلا ما أبطله الشرع أو نهى عنه[2]، وخالف في ذلك الظاهرية الذين قالوا بأن الأصل في العقود المنع حتى يقوم دليل على الإباحة، أي أن كل عقد أو شرط لم يثبت جوازه بنص شرعي أو إجماع فهو باطل ممنوع[3].

المقصودة بالعقود المالية هنا العقود المالية من الطرفين حقيقة أو حكما؛ وسأذكر أهمها كما يلي:

1- **البيع:** مبادلة مال بمال على وجه مخصوص لقصد التملك[4].

2- **الاستصناع:** هو عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع، وعُرِّف كذلك بكونه: "أن يطلب إنسان من آخر شيئا لم يصنع بعدُ ليُصنع له طبق مواصفات محددة بموادَّ من عند الصانع مقابل عوض، ويقبل الصانع ذلك".[5]

3- **الشركة:** وهي اجتماع في استحقاق أو تصرف[6].

1- "**تخريج الفروع على الأصول**"، محمود بن أحمد الزنجاني، (ص: 143)، تحقيق: مُحَمَّد أديب صالح، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، ط: الثانية، 1398هـ- 1978م.

2- انظر: "**مجموعة الفتاوى**"، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، (72/29)، عناية: عامر الجزار- أنور الباز، دار الوفاء، المنصورة- مصر، ط: الثالثة، 1426 هـ - 2005 م، "**إعلام الموقعين عن رب العالمين**"، مُحَمَّد بن أبي بكر -ابن قيم الجوزية-، (107/3)، تعليق: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن الجوزي، الدمام- السعودية، ط: الأولى، 1423هـ -2003م.

3- انظر: "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (202/4).

4- انظر: "**البحر الرائق شرح كنز الدقائق**"، زين الدين بن إبراهيم -ابن نجيم الحنفي-، (277/5)، دار المعرفة، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1413هـ -1993م، "**تيسر العلام شرح عمدة الأحكام**"، عبد الله بن عبد الرحمن البسام، (9/2)، دار الميمان، الرياض- السعودية، ط: الأولى، 1426هـ -2005م.

5- انظر: "**تحفة الفقهاء**"، علاء الدين السمرقندي، (362/2)، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط: الأولى، 1405هـ- 1984م، "**بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة**"، مُحَمَّد سليمان الأشقر- ماجد مُحَمَّد أبو رخية- مُحَمَّد عثمان شبير- عمر سليمان الأشقر، (222/1)، دار النفائس، عمان- الأردن، ط: الأولى، 1418هـ -1998م.

6- "**المطلع على أبواب المقنع**"، مُحَمَّد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي، (ص: 260)، تحقيق: مُحَمَّد بشير الأدلبي، المكتب الإسلامي، بيروت- لبنان، ط: الثالثة، 1421هـ- 2000م.

4- **المضاربة:** وهي القِراض بلغة أهل المدينة، وهي: أن يدفع رجل إلى رجل دراهم أو دنانير ليتجر فيها ويبتغي رزق الله فيها، يضرب في الأرض إن شاء أو يتجر في الحضر، فما أفاء الله في ذلك المال من ربح فهو بينهما على شرطهما[1].

5- **الإجارة:** عرفها بعضهم بأنها: عقد على منفعة معلومة مقصودة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم وضعا[2].

6- **التوريدات:** هو عقد يتعهد بمقتضاه طرف أول بأن يسلم سلعا معلومة مؤجلة، بصفة دورية خلال فترة معينة، لطرف آخر، مقابل مبلغ معين مؤجل كله أو بعضه[3].

7- **المقاولات:** عقد يتعهد أحد طرفيه بصنع شيء أو تأدية عمل لبَدَلٍ يتعهد به الطرف الآخر.[4]

8- **المناقصات:** طلب الوصول إلى أرخص عطاء، لشراء سلعة أو خدمة، تقوم فيها الجهة الطالبة لها دعوة الراغبين إلى تقديم عطاءاتهم، وفق شروط ومواصفات محددة[5].

9- **المزايدات:** وهي عقد معاوضة يعتمد على دعوة الراغبين نداء أو كتابة للمشاركة في المزاد، ويتم عند رضا البائع[6].

10- **الصرف:** وهو بيع نقد بنقد، أو هو بيع الأثمان بعضها ببعض[7].

1- انظر: "**الكافي في فقه أهل المدينة**"، يوسف بن عبد الله بن عبد البر، (ص: 384)، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الثانية، 1413هـ- 1992م، "**اختلاف الأئمة العلماء**"، (449/1).

2- "**حاشيتا القليوبي وعميرة على منهاج الطالبين**"، أحمد بن أحمد القليوبي- أحمد البرلسي الملقب بعميرة، (67/3)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط: الثالثة، 1375هـ- 1956م.

3- "**مجلة مجمع الفقه الإسلامي**"، (1977/12).

4- انظر: "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (3172/4)، "**مجلة مجمع الفقه الإسلامي**"، (849/7).

5- "**موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي**"، علي السالوس، (ص: 625)، دار الثقافة، الدوحة- قطر، [د.ب.ت]. [د.ب.ت].

6- **المرجع نفسه**، (ص: 627).

7- انظر: "**المعجم الاقتصادي الإسلامي**"، أحمد الشرباصي، (ص: 253)، دار الجيل، القاهرة- مصر، ط: 1981م، "**اختلاف الأئمة الأئمة العلماء**"، (449/1)، "**الملخص الفقهي**"، صالح بن فوزان الفوزان، (30/2)، دار ابن الجوزي، الرياض- السعودية، ط: الرابعة عشر، 1421هـ- 2001م.

الفرع الثالث: ما هو الأصل في العقود المالية؟ العقود المالية فرع خاص من العقود العامة، وقد قرر الفقهاء عدة شروط للعقود وجعلوها أصولا لها، ومنه؛ فالأصول في العقود المالية هي نفسها أصول العقود العامة، وهي كالآتي:

أولا: الأصل في العقود الجواز: ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الأصلَ في العقود والشروط الجوازُ، ولا يحرم منها أو يبطل إلا ما أبطله الشرع أو نهى عنه، يقول ابن تيمية: "الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم ويبطل منها إلا ما دل على تحريمه وإبطاله نص أو قياس[1]"، وقال الإمام سعد الدين التفتازاني: "الأصل في العقود هو الانعقاد والجواز إذْ لم توضع في الشرع إلا لذلك[2]".

ثانيا: الأصل في العقود الرضا: لا خلاف بين الفقهاء في أن الأصل في العقود هو التراضي وطيبُ النفس، فالأصل فيها هو الرضا، لقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ**﴾ [النساء: 29]، وقوله عليه الصلاة والسلام: «**إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ**»[3]. [4]

ثالثا: الأصل في العقود الصحة: إذا تعاقد العاقدان فالظاهر وقوع العقد على وجه الصحة دون الفساد؛ لأن الأصل في العقود الشرعية الصحة واللزوم وإنما يتغير لعارض[5]، وعبر بعض العلماء عن هذا بقاعدةٍ أخص منها وهي: (**الأصل السلامة واستقرار العقد**[6]).

رابعا: الأصل في العقود اللزوم: ويعبر عن هذا بقاعدة: (**الأصل لزوم العقد**)، فالأصل في العقود اللزوم، ويشترط للُزوم العقد كالبيع والإيجار خلوُّه من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد المعاقدين فسخ

1- انظر: "**مجموعة الفتاوى**"، (72/29).

2- "**شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه**"، مسعود بن عمر التفتازاني، (87/1)، ضبط وتخريج: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، [د.ت].

3- رواه ابن ماجه، كتاب التجارات، باب بيع الخيار، (2185).

4- انظر: "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (95/4)، "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (13/43).

5- انظر: "**كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**"، عبد العزيز بن أحمد البخاري، (360/4)، دار الكتاب العربي، بيروت- لبنان، [د.ب.ت]، "**منار السبيل في شرح الدليل**"، إبراهيم بن مُحَمَّد بن ضويان، (407/3)، تحقيق: مُحَمَّد عيد العباسي، مكتبة المعارف، الرياض- السعودية، ط: الأولى، 1417 هـ-1996م.

6- انظر: "**الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية**"، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، (118/1)، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1411هـ- 1990م.

العقد، 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- فيصير العقد غير لازم[1].

خامسا: الأصل في العقود المشافهة: الأصل في العقود عند الفقهاء أن تكون بإيجاب وقبول بالمشافهة، وهي مقدمة على غيرها من طرق التعبير عن الإرادة؛ كالكتابة والمراسلة والإشارة[2].

سادسا: الأصل في العقود عدم اشتراط القبض: الأصل في العقود أن لا قبض مُشترَط في صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض، لأن العقود تصح دون اشتراط القبض مثل البيع، وإلى هذا ذهب أحمد ومالك وأبو ثور وأهل الظاهر.[3]

سابعا: الأصل في العقود عدم الخيار: إن الأصل في العقود أن لا خيار إلا ما وقع عليه النص، وعلى المثبت للخيار الدليلُ، وأصل منع الخيار في البيوع هو الغرر[4].

الفرع الرابع: العقود الإلكترونية وماهيتها

أولا: تعريف العقد الإلكتروني: مما يمكن أن نعرف به العقد الإلكتروني ما يلي:

- "العقد الإلكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه عبر الأنترنت".[5]

- أو هو: "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عن بعد عبر الأنترنت، أو بوسائل اتصال أخرى؛ فاكس، تلكس، أو بوسائل مسموعة ومرئية بفضل تقنية الاتصال بين الموجب والقابل"[6].

ثانيا: التكييف الفقهي للعقد الإلكتروني: يُخرَّج التعامل بالعقود الإلكترونية على عدة معاملات فقهية معروفة أجازها شرعنا الحنيف، ومما يمكن أن تُكيَّف عليه العقود الإلكترونية ما يلي:

1- انظر: "**الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية**"، (100/1)، "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (231/4).

2- انظر: "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (310/37).

3- انظر: "**بداية المجتهد ونهاية المقتصد**"، مُحَمَّد بن أحمد بن رشد الحفيد، (2027/4-2028)، تحقيق: عبد الله العبادي، دار السلام، القاهرة- مصر، ط: الأولى، 1416هـ- 1995م، "**فقه السنة**"، (269/3).

4- انظر: "**بداية المجتهد ونهاية المقتصد**"، (1247/3).

5- "**العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري**"، مناني فراح، (ص: 22)، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر، ط: 2009 م، [د.ب].

6- "**العقود الإلكترونية على شبكة الإنترنيت بين الشريعة والقانون**"، ميكائيل رشيد علي الزيباري، (ص: 46)، أطروحة دكتوراه، تخصص: الفقه المقارن، الجامعة العراقية، بغداد- العراق، نوقشت بتاريخ: 06 مارس 2012م

أولا: بيع العين الغائبة: ويسمى **بيع الغائب**؛ وهو بيع شيء غير موجود عند الإنسان حال العقد[1].
فإذا كان المبيع غائبا، فإما أن يشتري بالوصف الكاشف له، وإما أن يشتري دون وصف، بل يحدد بالإشارة إلى مكانه أو إضافته إلى ما يتميز به؛ فإن كان **البيع بالوصف**[2]؛ فإذا تبينت المطابقة بين المبيع بعد مشاهدته وبين الوصف لزم البيع، وإلا كان للمشتري خيار الخُلف[3] عند جمهور الفقهاء.
أما الحنفية فإنهم يثبتون للمشتري هنا خيار الرؤية[4]، بقطع النظر عن سبق وصفه أو عدمه، لكن إن تم تم الشراء على أساس النموذج، ولم يختلف المبيع عنه، فليس للمشتري خيار رؤية.
وبيع الغائب مع الوصف صحيح -إلا بيع النقد- عند الجمهور في الجملة (الحنفية والمالكية وهو مقابل الأظهر عند الشافعية[5] ورواية عند الحنابلة)[6]؛
1- **مذهب الحنفية:** مذهب أبي حنيفة وأصحابه أن من اشترى شيئا لم يره فهو جائز، وله الخيار إذا رآه، فقد أجازوا بيع الغائب؛ أي بيع ما لم يره البائع والمشتري في القول المختار[7].
2- **مذهب المالكية:** جوز المالكية بيع الغائب على الصفة فيما يغلب مصادفته عليها، ولا يمكن الاطلاع عليه حال العقد، فيذكر منها ما يميزه عن غيره وتختلف الأغراض والأثمان بها، فإن وافق لزم، وإلا ثبت للمبتاع الخيار[8]؛ فيشترط عند المالكية في لزوم بيع الغائب؛ وصفه للمشتري وله خاصة

1- "**المعاملات المالية أصالة ومعاصرة**"، (526/3).
2- **البيع بالوصف:** هو ما يباع عن طريق الوصف؛ لكونه غائبا عن مجلس العقد، انظر: "**مجلة البحوث الإسلامية**"، (314/73).
3- **خيار الخُلف:** هو حق الفسخ لتخلف وصف مرغوب اشترطه العاقد في المعقود عليه، ويسمى كذلك خيار فوات الوصف، انظر: "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (157/20).
4- **خيار الرؤية:** هو أن يشتري المشتري شيئا لم يره، فإذا رآه كان بالخيار إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخه، انظر: "**معجم لغة الفقهاء**"، (ص: 181).
5- قال المزني في تعقيبه على كلام الشافعي :"وهذا تجويز بيع الغائب، ونفاه في مكان آخر"، انظر: "**مختصر المزني في فروع الشافعية**"، إسماعيل بن يحي المزني، (ص: 172)، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1989م.
6- انظر: "**البناية في شرح الهداية**"، (81/8)، "**إرشاد السالك إلى أشرف المسالك إلى فقه الإمام مالك**"، عبد الرحمن بن عسكر البغدادي، (ص: 145)، دار الفضيلة، القاهرة- مصر، [د.ب.ت]، "**مختصر المزني في فروع الشافعية**"، (ص: 172)، "**المغني**"، (31/6).
7- انظر: "**المبسوط**"، (15/8)، "**الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة**"، عمر بن إسحاق الغزنوي، (ص: 73)، مؤسسة السعادة، القاهرة- مصر، ط: الأولى، 1370 هـ - 1950م، "**البناية في شرح الهداية**"، (116/7).
8- انظر: "**أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك**"، أبو بكر بن حسن الكشناوي، (278/2)، دار الفكر، بيروت- لبنان، ط: الثانية، [د.ت].

الخيار، وأن لا يكون بعيدا جدا ولا قريبا يمكن رؤيته بغير مشقة، فإن كان بمشقة جاز على الأشهر[1].

3- **مذهب الشافعية:** للشافعية في بيع الغائب قولان: أولهما يصح؛ لأن المبيع معلوم العين مقدور على تسليمه؛ كالعين المرئية –وهو مقابل الأظهر كما سبق-؛ والثاني؛ أنه لا يصح؛ لأن النبي ﷺ «**نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ**[2]»، وفيه غرر من حيث إنه لا يعلم بقاؤه[3].

4- **مذهب الحنابلة:** اختلفت رواية الحنابلة عن أحمد في بيع الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته، فالمشهور عنه أنه لا يصح بيعه، وفيه رواية أخرى أنه يصح، واحتج من أجازه بعموم قوله تعالى: ﴿**وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا**﴾ [البقرة: 274].[4]

ثانيا: البيع وفق البرنامج

البرنامج: هو الورقة الجامعة للحساب[5].

وبيع البرنامج هو زمام تسمية متاع التجار وسلعهم[6].

والمقصود بالبرنامج في عصرنا؛ وثيقة تبين أوصاف المبيع وصفا دقيقا مع بيان صورته ومقاساته وتاريخ الإنتاج والصنع، ومدة انتهاء صلاحيته، وغير ذلك من مواصفاته.

فالبيع وفق البرنامج هو بيع عين موصوفة وصفا دقيقا حتى كأن المشتريَ يراها رؤية حقيقية.

ومما جاء من الآثار على جواز البيع وفق البرنامج ما رواه الإمام مالك في الموطإ أنه قال: "الأمر عندنا في القوم يشترون السلعة؛ البز، أو الرقيق، فيسمع به الرجل، فيقول لرجل منهم: البز الذي اشتريت من فلان، قد بلغَتني صفته وأمره، فهل لك أن أربحك في نصيبك كذا وكذا؟ فيقول: نعم، فيربحه،

1- انظر: "**جامع الأمهات**"، عثمان بن عمر بن الحاجب، (ص: 339)، تحقيق: الأخضر الأخضري، دار اليمامة، دمشق- سورية، ط: الأولى، 1419هـ - 1998م.

2- رواه مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة، والبيع الذي فيه غرر، (1513)، بلفظ: «**نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر**».

3- انظر: "**التهذيب في فقه الإمام الشافعي**"، الحسين بن مسعود البغوي، (3/282-283)، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود- علي مُحَمَّد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1418 هـ - 1997م، "**المجموع شرح المهذب**"، (9/351).

4- انظر: "**الشرح الكبير على متن المقنع**"، عبد الرحمن بن قدامة المقدسي، (4/25)، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، [د.ب.ت]. [د.ب.ت].

5- انظر: "**القاموس المحيط**"، (1/180)، "**تاج العروس من جواهر القاموس**"، (5/420).

6- "**مشارق الأنوار على صحاح الآثار**"، عياض بن موسى السبتي، (1/85)، المكتبة العتيقة، تونس- تونس، طبعة: 1978م، [د.ب].

ويكون شريكا للقوم مكانه، فإذا نظروا إليه رأوه قبيحا، واستغلوه، قال مالك: ذلك لازم له، ولا خيار له فيه إذا كان ابتاعه على برنامج وصفة معلومة"[1].

وقال كذلك: "ذلك لازم لهم إذا كان موافقا للبرنامج الذي باعهم عليه، وهذا الأمر الذي لم يزل الناس عليه عندنا يجيزونه بينهم إذا كان المتاع موافقا للبرنامج، ولم يكن مخالفا له[2]".

1- **مذهب الحنفية:** لم أجد من فقهاء الحنفية من تكلم على هذا النوع من البيوع، وهو البيع على البرنامج، وأكثر ما تحدثوا عنه هو بيع الأنموذج الآتي ذكره، وبيع العين الغائبة، والبيع بالوصف، والبيع بالرؤية، ونحو ذلك؛ فمما جاء عند الحنفية أن المشتري إذا رأى بعض المبيع ورضي به، ولم ير الباقي، فالأصل فيه أن غير المرئي إذا كان تبعا للمرئي فليس له رد غير المرئي، وإن كان برؤية المرئي لا يعرف حال غير المرئي فإن البيع حكمه حكم البيوع، فيعتبر مرآها تبعا للمرئي، فإن رأى بعض المبيع فله الخيار إذا رأى باقيَه.[3]

2- **مذهب المالكية:** جوز المالكية بيع الأعدال[4] على البرنامج؛ فلا بأس بشراء ما في العِدل على البرنامج بصفة معلومة إذا تبين ما تضمنه برنامجه، فإن وافق الصفة لزم.[5]

3- **مذهب الشافعية:** ومذهب الشافعية أن البيع على البرنامج لا يجوز إلا إذا ثبت للمشتري خيار الرؤية؛ حيث سئل الشافعي عنه فقال: "لا يجوز من هذا شيء إلا لمشتريه الخيار إذا رآه"[6].

1- رواه مالك في الموطإ، كتاب البيوع، باب البيع على البرنامج ، (2470).

2- رواه مالك في الموطإ، كتاب البيوع، باب البيع على البرنامج ، (2471).

3- انظر: "**المحيط البرهاني في الفقه النعماني**"، محمود بن أحمد البخاري، (538/6)، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط: الأولى، 1424 هـ - 2004 م، "**مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**"، عبد الرحمن بن مُحَمَّد، (37/2)، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، [د.ب.ت].

4- الأعدال: جمع عِدل؛ وهو أحد العِدْلين اللذين على ظهر الدابة المشتملة على المتاع والأطعمة، أو هي الأحمال التي توضع فيها الأمتعة، الأمتعة، انظر: "**مشارق الأنوار على صحاح الآثار**"، (286/1)، "**شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم**"، نشوان بن سعيد الحميري، (4406/7)، تحقيق: حسين بن عبد الله العمري- مطهر بن علي الإرياني - يوسف مُحَمَّد عبد الله، دار الفكر المعاصر، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1420 هـ - 1999 م، "**صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة**"، كمال بن السيد سالم، (209/3)، المكتبة التوفيقية، القاهرة– مصر، ط: 2003م.

5- انظر: "**متن الرسالة**"، عبد الله بن أبي زيد القيرواني، (ص: 109)، دار رحاب، الجزائر العاصمة- الجزائر، [د.ب.ت]، "**التلقين في الفقه المالكي**"، عبد الوهاب بن علي البغدادي المالكي، (363/2)، تحقيق: مُحَمَّد ثالث سعيد الغاني، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض- السعودية، [د.ب.ت].

6- انظر: "**الأم**"، مُحَمَّد بن إدريس الشافعي، (604/8)، تحقيق: رفعت عبد المطلب، دار الوفاء، المنصورة- مصر، ط: الأولى، 2001م.

4- **مذهب الحنابلة:** ذهب الحنابلة في رواية لهم أن بيع الأعيان الغائبة بالصفة جائز، وكذلك الحاضرة التي تشق رؤيتها، كالأعدال تباع على البرنامج وشبهه.[1]

ثالثا: بيع الأنموذج: الأُنموذج: بضم الهمزة، وفي لغة: نَموذَج، بفتح النون والذال؛ ما يدل على صفة الشيء، وهو مثال الشيء الذي يُعمل عليه.[2]

فالمقصود ببيع الأنموذج؛ أن يعرض البائع جزءا أو عيِّنة من المبيع، ويكون الباقي موافقا لأوصاف العيِّنة، فرؤية بعض المبيع تغني عن رؤية جميعه.

وعليه؛ واعتمادا على مفهوم بيع الأنموذج، لا بد في البيع من معرفة المبيع معرفة نافية للجهالة المفضية للمنازعة، فإن كان المبيع حاضرا اكتفي بالإشارة إليه، وإن كان غائبا؛ فإن كان مما يعَرف بالنموذج كالكيلي والوزني والعددي؛ فقد اختلف أهل العلم في حكم هذا البيع على قولين[3]:

1- **صحة بيع الأنموذج:** يصح بيع الأنموذج على خلاف بين الفقهاء في شروط الجواز، وهذا قول جمهور العلماء، وللشافعية قولان، وروايةٌ ثانية في مذهب الحنابلة؛

أ- **مذهب الحنفية:** فمذهب الحنفية أن المشتري يكتفي برؤية الأنموذج رؤية واحد من الأشياء المتعددة، لأن رؤية جميع المبيع لا تشترط، لتعذره في بعض الأحوال؛ فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود، فرؤية بعضه تقوم مقام رؤية كله لتساوي آحاده، إلا إذا كان الباقي من الذي لم يره أردأَ مما رأى؛ فحينئذ يكون له الخيار، فيثبت له خيار المعيب لا خيار الرؤية، سواء كان في وعاء واحد أو أوعية مختلفة[4].

1- انظر: "**التعليقة الكبيرة في مسائل الخلاف علي مذهب أحمد**"، مُحَمَّد بن الحسين أبو يعلى الفراء، (26/3)، تحقيق: نور الدين طالب، دار النوادر، ط: الأولى، 1431 م - 2010 هـ.

2- انظر: "**المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**"، (625/2)، "**الجاسوس على القاموس**"، أحمد فارس الشدياق، (ص: 435)، دار صادر، بيروت- لبنان، طبعة: 1299هـ.

3- انظر: "**الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية**"، عبد الرحمن بن عبد الله السند، (ص: 154)، دار الوراق، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1424هـ- 2004م، "**التجارة الالكترونية من منظور الفقه الإسلامي**"، أحمد أمداح، (ص: 146)، رسالة ماجستير، نوقشت بكلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، تخصص: الفقه وأصوله، -جامعة الحاج لخضر- باتنة (الجزائر)، السنة الجامعية: 2005-2006م.

4- انظر: "**المبسوط**"، (40/15)، "**البناية في شرح الهداية**"، (124/7-125).

ب- **مذهب المالكية:** ذهب المالكية إلى صحة بيع الشيء برؤية بعضه لكن إن اشتراه جزافا بشرط كون المبيع حاضرا، وإن اشتراه مكيلا لم يشترط حضور المبيع، فلا يجوز في بيع الجزاف[1] إلا على رؤية متقدمة؛ فيكتفى برؤية بعضه كما في مغيب الأصل، وأما إن كان على الكيل فيجوز على الصفة وإن لم تتقدم للبائع فيه رؤية، ويجوز رؤية الصُّبْرة[2] بالاكتفاء برؤية بعض المبيع.[3]

ج- **مذهب الشافعية:** وذهب الشافعية إلى تفصيل آخر في بيع الأنموذج ولهم في المسألة قولان إن لم يُدخل الأنموذج في البيع: **أحدهما:** صحة البيع تنزيلا له منزلة استقصاء الوصف، و**أصحهما:** المنع؛ لأن المبيع غير مرئي ولا يشبه استقصاء الوصف[4].

د-**مذهب الحنابلة:** ذهب الحنابلة في إحدى الروايتين أن ضبط الأنموذج كذكر الصفات، فمن فتح جرابا وقال: الباقي بصفته؛ فإذا جاء على صفته فليس له رده، قال المرداوي: وهو الصواب.[5]

2- عدم صحة بيع الأنموذج:

أ- **مذهب الشافعية:** سبق وأن ذكرنا أن للشافعية في بيع الأنموذج قولين؛ أصحهما: المنع وعدم صحة البيع؛ لأن المبيع غير مرئي ولا يشبه استقصاء الوصف[6].

ب- **مذهب الحنابلة:** الصحيح من مذهب الحنابلة أنه لا يصح بيع الأنموذج؛ كأن يريه صاعا، ويبيعه الصبرة على أنها من جنسه، وهذا القول مقدم على غيره، وعللوا عدم الصحة لعدم رؤية المبيع وقت العقد.[1]

1- **بيع الجزاف:** هو بيع ما لم يعلم قدره على التفصيل؛ أي خرصا، بلا كيل أو وزن أو ذرع أو عد أو نحو ذلك ...، انظر: "**معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء**"، (ص: 163).

2- **الصُّبْرة:** هي الكَومة المجموعة من الطعام أو المتاع، من غير تقدير بكيل أو وزن أو نحو ذلك من الوحدات القياسية العرفية، انظر: "**معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء**"، (ص: 273).

3- انظر: "**التاج والإكليل لمختصر خليل**"، (293/4)، "**شرح الزرقاني على مختصر خليل**"، عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، (63/5)، ضبط: عبد السلام مُحَمَّد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1422هـ- 2002م، "**شرح الخرشي على مختصر خليل**"، (33/5).

4- انظر: "**العزيز شرح الوجيز -المعروف بالشرح الكبير-**"، عبد الكريم بن مُحَمَّد الرافعي، (57/4)، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1417هـ- 1994م.

5- انظر: "**الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**"، (295/4).

6- انظر: "**العزيز شرح الوجيز-المعروف بالشرح الكبير**"، (57/4)، "**المجموع شرح المهذب**"، (360/9-361).

والذي يترجح من مذاهب العلماء في بيع الأنموذج، هو القول بالجواز؛ وذلك لما يلي:

- يقول الله تعالى: ﴿**وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ**﴾ [البقرة: 274]، وبيع الأنموذج نوع من البيوع، وهو داخل في معنى الآية الكريمة.

- إن الأصل عدم التحريم حتى يأتي نص من الشرع ينهى عن هذه المعاملة بخصوصها، أو يكون في القول بالجواز وقوع محذور شرعي مجمع عليه.

والقول بالجواز ينبغي أن يضبط بالضوابط التالية:

أولا: أن يكون المبيع مما لا تتفاوت آحاده، حتى يمكن أن تكون رؤية الأنموذج نائبة عن رؤية الباقي؛ لأن آحاده إذا اختلفت لم يكن لرؤية الأنموذج فائدة.

ثانيا: أن يكون المبيع معينا، وليس موصوفا، فإن باع غير معين: أي موصوف كما لو قال: أبيعك مائة صاع من البر بمثل هذا الأنموذج، فهذا يشترط فيه ما يشترط في السلم؛ لأننا لو جوزنا البيع بهذه الصفة دون تقديم الثمن كان البيع بيعَ دين بدين، وهذا لا يجوز، فلا بد من تعيين المبيع في مثل هذه الحالة، أو يقدم الثمن ليكون المبيع سلما إما حالا وإما مؤجلا بناء على صحة السلم الحال.

وأما اشتراط الشافعية أن يكون الأنموذج جزءا من المبيع، حتى يمكن أن يقال: إن المشتري قد رأى بعض المبيع؛ لأن الأنموذج إذا كان خارج الصفقة يكون المبيع لم ير بعضه، وهم يمنعون بيع الغائب المعين كما مر معنا، فهذا الشرط، وإن كان طردا لمذهبهم إلا أنه ليس بوجيه؛ لأن بيع الغائب الموصوف جائز على الصحيح، ولو لم يره، والله أعلم.[2]

ثالثا: حكم العقد الإلكتروني

اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم العقود الإلكترونية إلى رأيين؛ مجيزين ومانعين، وهو خلاف مبني على الخلاف بين الجمهور من المذاهب الأربعة وغيرها وبين الظاهرية، وهما رأيان مبناهما على قاعدة معروفة وهي؛ ما هو الأصل في العقود؟ وعليه؛ فالتفصيل في هذه المسألة حسب ما يأتي:

1- انظر: "**الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**"، (295/4)، "**كشاف القناع عن متن الإقناع**"، (163/3)، "**مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**"، مصطفى بن سعد الرحيباني، (27/3)، المكتب الإسلامي، دمشق- سورية، ط: الأولى، 1961م، "**حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع**"، عبد الرحمن بن مُحَّد بن قاسم، (353/4)، ط: الأولى،1397 هـ- 1977م.

2- انظر: "**المعاملات المالية أصالة ومعاصرة**"، (36/4-39)، باختصار وتصرف.

1- **المجيزون للعقود الإلكترونية:** ذهب المجيزون جريا على مذهب جمهور الفقهاء إلى جواز استحداث العقود؛ ومنها العقود الإلكترونية، واستندوا على القاعدة أن الأصل في العقود الجواز والإباحة إلا ما دل الدليل على منعه وحظره، واستدلوا على ما ذهبوا إليه بالكتاب والسنة والمعقول:

- فدليلهم من الكتاب قوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ [المائدة: 01]،فالآية تدل على الوفاء بجميع العقود المشروعة دون استثناء؛ ولم يخص عقد دون عقد، ولا يثبت التحريم إلا بدليل، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿**وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ**﴾ [الأنعام: 120].

- واستدلوا من السنة بحديث النبي ﷺ الذي يقول فيه: «**الْحَلَالُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ، وَالْحَرَامُ مَا حَرَّمَ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ، وَمَا سَكَتَ عَنْهُ فَهُوَ مِمَّا عَفَا عَنْه**[1]»، وبقوله ﷺ: «**الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، إِلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا، أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا، وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ، إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا، أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا**[2]»، فدل الحديثان أن كل عقد أو معاملة سكت عنها الشرع لا يجوز القول بتحريمها، ويجب الوفاء بكل عقد أو شرط شرطه المسلم على نفسه، إلا ما كان مخالفا لحكم الله وحكم رسوله؛ فإنه باطل، والعقود الإلكترونية يتناولها الحديثان.

- أما من المعقول فإن العقود الإلكترونية من الحاجات الضرورية في الوقت الحاضر التي يحتاج الناس إليها في حياتهم اليومية، وهذه العقود التي تجري عبر الأنترنت تندرج تحت أصل المصالح المرسلة.

2- **المانعون للعقود الإلكترونية:** ذهب من وافق رأي الظاهرية إلى منع العقود الإلكترونية بناءً على أن الأصل في العقود المنع والحرمة إلا ما دل الدليل على إباحته وحله[3]؛ وعليه، فكل عقد مستحدث يعد عقدا باطلا، واستدل الظاهرية بالكتاب والسنة والمعقول:

1- رواه الترمذي في سننه، كتاب اللباس، باب ما جاء في لبس الفراء، (1726)، وابن ماجه في سننه، كتاب الأطعمة، باب أكل الجبن والسمن، (3367)، وقال الشيخ شعيب الأرنؤوط: حسن بمجموع طرقه وشواهده.

2- رواه أبو داود في سننه، كتاب القضاء، باب في الصلح، (3594)، والترمذي، كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، (1352)، وابن ماجه في السنن، كتاب الأحكام، باب الصلح، (2353)، واللفظ للترمذي، وصححه الألباني في صحيح الجامع الصغير وزياداته، (3756).

3- "**الإحكام في أصول الأحكام**"، علي بن أحمد بن حزم الظاهري، (12/5)، دار الآفاق الجديدة، بيروت- لبنان، [د.ب.ت].

– فمن الكتاب قول الله تعالى: ﴿**الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا**﴾ [المائدة، آية 03]، فدلت الآية أنه ليس لأحد أن يزيد في دين الله ولا أن ينقص منه، فلا يحتاج إلى زيادة؛ ومن ذلك إنشاء عقود إلكترونية حديثة.

– ومن السنة قول النبي ﷺ: «**مَا بَالُ رِجَالٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ، مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ، فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنِ كَانَ مِئَةَ شَرْطٍ**[1]»؛ فدل الحديث على إبطال أي شرط لم يرد به نص، فمن باب أولى أن يكون العقد باطلا إذا لم يستند إلى نص شرعي.

– كما استدل المانعون بالمعقول؛ فقالوا: إن العقد يعد حراما ما لم يأذن فيه الشرع بنص خاص، ولا يوجد نص خاص بالعقود الإلكترونية عن طريق الإنترنت؛ فتكون كالعدم.[2]

والذي يظهر –بعد معرفة مذهب الفريقين في حكم العقود الإلكترونية وأدلة كل فريق–؛ أن الراجح من المذهبين هو مذهب الجمهور وذلك لما يلي:

– قوة أدلة الجمهور؛ لأن الله تعالى سخر ما في السماوات والأرض لخدمة الإنسان ومنفعته، وجعل له كل ما يريده مباحا، وما كان محرما بيَّنه الله تعالى في كتابه، أو بيَّن حكمَه النبي ﷺ في سنته، يقول الله تعالى: ﴿**قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْ**﴾ [الأنعام: 152]، فدل على أن الأصل هو التحليل، والتحريم استثناء، والاستثناء لا بد له من دليل ونص خاص.

– استدلال المانعين بقوله تعالى: ﴿**الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا**﴾ [المائدة، آية 03]، ليس في محله؛ لأن الإكمال متعلق بالدين، فلا يجوز الزيادة عليه أو الابتداع فيه، لأن **الأصل في العبادات الحظر والتوقيف**[3]، أما هذه المعاملات فهي من باب العادات؛ و**الأصل في العادات الإباحة**[4].

– معلوم في ديننا أن الحلال بَيِّنٌ وأن الحرام بَيِّنٌ، وعليه؛ فالمعاملات الإلكترونية تبقى جائزة على أصلها القديم، والحادث فيها هو الوسائل الحديثة المستعملة فيها، و الوسائل لها أحكام المقاصد.

1– رواه البخاري، كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطا في البيع لا تحل، (2168)، ومسلم، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، (1504)، واللفظ للبخاري.

2– "**العقود الإلكترونية على شبكة الإنترنيت بين الشريعة والقانون**"، (ص: 147–152)، باختصار وتصرف.

3– انظر: "**القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة**"، (769/2).

4– **المرجع نفسه**، (769/2).

– إذا وقع في هذه المعاملات ما يشوبها، فالمنهي عنه هو تلك الشوائب، فما وقع فيها من غرر مثلا، فالمنع يكون بسبب الغرر لا لأجل المعاملة نفسها، فلا تمنع المعاملاتُ جميعُها، وما كان فيها من شرط فاسد، فالنهي منصبٌّ على الشرط الفاسد، وهذا المنهي عنه في الحديث «**إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا، أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا**».

– استدل المانعون بحديث: «**مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ**»، فالشرط إذا تضمن تحليل الحرام أو تحريم الحلال كان باطلا[1]، فالباطل هو الشرط لا العقد أو المعاملة.

– يرى المانعون أن عقود المسلمين وشروطهم ومعاملاتهم كلها على البطلان حتى يقوم دليل على الصحة، فإذا لم يقم عندهم دليل، استصحبوا بطلانه، فأفسدوا كثيرا من معاملات الناس وعقودهم وشروطهم بدون برهان من الله بناء على هذا الأصل الذي أصلوه، وجمهور أهل الاجتهاد على خلاف هذا، وأن (**الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشرع**) أو نهى عنه، ولا شك أن حكمهم بالبطلان حكم بالحرمة والتأثيم، ومعلوم أنه لا حرام إلا ما حرمه الله ورسوله، فكما أن (**الأصل في العبادات هو البراءة حتى يقوم دليل على الأمر والتكليف**)؛ فكذلك الأصل في المعاملات الصحة حتى يقوم دليل على خلافها؛ لأن البطلان والتأثيم تكليف واستبعاد، والأصل انتفاؤه إلى أن يرد شرعه على لسان رسوله، فإذا لم يرد، فهو من قسم ما سكت عنه رحمة منه تعالى غير نسيان[2].

احتياج الناس لمثل هذه المعاملات أصبح أمرا لا مفر منه، بسبب كثرة المعاملات، وشساعة المناطق والبلدان، وكثرة الطلب على المواد والخدمات، وليس من المصلحة منع هذه المعاملات دون سبب بيّن، بل هو من المصلحة المرسلة كما سبق ذكره.

1- "**السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار**"، مُحَمَّد بن علي الشوكاني، (ص: 362)، دار ابن حزم، بيروت– لبنان، ط: الأولى، 1425هـ- 2004م.

2- "**الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي**"، مُحَمَّد بن الحسن الحجوي، (40/2)، عناية: أيمن صالح شعبان، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان، ط: الأولى، 1416هـ- 1995م.

الموضوع الرابع:

نظرية الضمان

الفرع الأول: مفهوم الضمان

أولا: تعريف الضمان:

1- **تعريف الضمان لغة:** ضمن الشيءَ، وضمن به كعلم؛ ضمانا وضمنا فهو ضامن وضمين كفله، وفي هذا المعنى قول النبي ﷺ: «**تَضَمَّنَ اللَّهُ لِمَنْ خَرَجَ فِي سَبِيلِهِ لَا يُخْرِجُهُ إِلَّا جِهَادًا فِي سَبِيلِي وَإِيمَانًا بِي وَتَصْدِيقًا بِرُسُلِي فَهُوَ عَلَيَّ ضَامِنٌ أَنْ أُدْخِلَهُ الْجَنَّةَ أَوْ أَرْجِعَهُ إِلَى مَسْكَنِهِ** ...[1]».

ويراد به الحفظ والرعاية وفي ذلك قال ﷺ: «**الْإِمَامُ ضَامِنٌ وَالْمُؤَذِّنُ مُؤْتَمَنٌ اللَّهُمَّ أَرْشِدْ الْأَئِمَّةَ وَاغْفِرْ لِلْمُؤَذِّنِينَ**»[2]؛ ضامن بالحفظ والرعاية، لا الغرامة؛ لأنه يحفظ عليهم صلاتهم، وقيل إن صلاة المقتدي في عهدته وصحتها مقرونة بصحة صلاته، فهو متكفل لهم صحة صلاتهم، وضمنته الشيء فتضمنه عني؛ أي غرمته فالتزمه، وضمَّن الشيءَ الشيءَ إذا أودعه إياه كما تودع الوعاء المتاع، والميت القبر.[3] وعليه؛ فالضمان في اللغة يأتي بمعنى الكفالة والالتزام والاحتواء والحفظ والغرامة، وكلها معان متقاربة.

2- **تعريف الضمان اصطلاحا:** - عرفه الحنفية بأنه: رد مثيل الهالك إن كان مثليا، أو قيمته إن كان قيميا[4].

- وجاء في مجلة الأحكام العدلية أنه: إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمته إن كان من القيميات، أي في الغصب والإتلاف[5].

- وقال المالكية بأنه: شغل ذمة أخرى بالحق[6]، جاء في الفواكه الدواني: "واعلم أن الضامن مشتق من الضمان، وهو في اللغة الالتزام، وأما في الاصطلاح فيتنوع إلى ثلاثة أقسام: ضمان مال، وضمان وجه، وضمان طلب، فضمان المال التزام دين لا يسقطه عمن هو عليه، وضمان الوجه عبارة عن

1- رواه مسلم، كتاب الإمارة، باب فضل الجهاد في سبيل الله، (1876).

2- رواه أبو داود، كتاب الصلاة، باب ما يجب على المؤذن من تعاهد الوقت، (517)، والترمذي، كتاب الصلاة، باب ما جاء أن الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن، (207).

3- انظر: "**تاج العروس من جواهر القاموس**"، (333/35).

4- "**رد المحتار على الدر المختار**"، (103/10).

5- "**درر الحكام شرح مجلة الأحكام**"، (448/1).

6- "**مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**"، (30/7).

إحضار الغريم وقت الحاجة إليه، وإنما يبرأ فيه الضامن بتسليم المضمون، قال خليل: وبرئ بتسليمه له وإن بسجن أو بتسليمه نفسه إن أمره به إن حل الحق، وضمان الطلب عبارة عن التفتيش على الغريم الذي عليه الدين، ثم يخبر صاحب الدين به ولا يلزمه إحضاره ولا غرم عليه إلا إن قصر أو فرط"[1].

- وقال الشافعية عن الضمان بأنه: حق ثابت في ذمة الغير[2].

- وعُرِّف الضمان عند الحنابلة بأنه: التزام من يصح تبرعه[3]، أو: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق[4].

ومن خلال تعريفات المالكية والشافعية والحنابلة، يظهر لنا بأن الضمان عندهم يأتي بمعنى الكفالة أو الالتزام أو التعهد بأداء الدين عن المدين، وليس هذا المعنى هو المقصود من البحث، إنما المقصود من البحث هو المسؤولية الملقاة على أطراف العقد بسبب التعاقد، ويبدو أن تعريف الحنفية هو الأقرب للموضوع لأنه يعرف الضمان بغض النظر عن سببه، فيكون بذلك شاملا لموضوعنا وزائدا عليه عناصر أخرى كمسؤولية العدوان.

وسبب اختلاف تعريفات الفقهاء يرجع إلى الأصل اللغوي للكلمة، ذلك لأن أهل المذاهب حين عرفوا مسمى الضمان عندهم، وأطلقوا عليه اسم الضمان، إنما رجع كل واحد منهم إلى أحد المعاني اللغوية التي تصدق على الضمان، هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإننا نجد في ألفاظ الشرع استعمالا متنوعا لكلمة "ضمان" ينطبق على المعنيين، ومن ذلك ما جاء عن أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال: «**تَضَمَّنَ اللَّهُ لِمَنْ خَرَجَ فِي سَبِيلِهِ لَا يُخْرِجُهُ إِلَّا جِهَادًا فِي سَبِيلِي وَإِيمَانًا بِي وَتَصْدِيقًا بِرُسُلِي فَهُوَ عَلَيَّ ضَامِنٌ أَنْ**

1- "**الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني**، أحمد بن غنيم النفراوي، (392/2)، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1418هـ- 1997م.

2- "**مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**"، (257/2).

3- " **كتاب الفروع**"، مُحَمَّد بن مفلح المقدسي، (ص: 962)، تحقيق: رائد صبري علفة، بيت الأفكار الدولية، طبعة: 2004م.

4- "**المغني**"، (71/7).

أُدْخِلَهُ الْجَنَّةَ»[1]، فقد جاءت لفظة الضمان هنا بمعنى الكفالة[2]، وأما الضمان بمعنى التعويض ففي مثل قوله ﷺ: «**بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ**»[3].

وكذا قوله ﷺ: «**مَنْ تَطَبَّبَ وَلَا يُعْلَمُ مِنْهُ طِبٌّ فَهُوَ ضَامِنٌ**»[4]، واجتمع معنيان للضمان في قوله صلى الله عليه وسلم: «**مَنْ يَضْمَنْ لِي مَا بَيْنَ لَحْيَيْهِ وَمَا بَيْنَ رِجْلَيْهِ أَضْمَنْ لَهُ الْجَنَّةَ**»[5]، والمعنيان هما: الحفظ والكفالة[6]، وهكذا يتبين أن لكل طائفة من العلماء مرجع في اللغة والشرع فيما ذهبت إليه في مسمى مسمى الضمان، والبحث مرتكز على معنى التعويض الدال على المسؤولية العقدية في العقود.

أما تعريفات المعاصرين للضمان فنذكر منها تعريفين:

- تعريف الشيخ مصطفى الزرقا وهو: "التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير[7]"، وهو تعريف موجز وواضح وشامل لأسباب الضمان.

- تعريف الأستاذ وهبة الزحيلي: هو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية[8].

وهذان التعريفان يسلطان الضوء على موضوع البحث، ويضيفان إليه جانب العدوان على النفس والبدن، أي ما يتعلق بالديات.

وعرف بأنه: "شغل الذمة بحق مالي للغير جبرا للضرر الناشئ عن عدم تنفيذ العقد أو الإخلال بشروطه"[9].

1- سبق تخريجه، (ص: 78).

2- "**شرح صحيح مسلم**"، يحيى بن شرف النووي، (20/13)، المطبعة المصرية بالأزهر، ط: الأولى، 1347هـ- 1929م.

3- رواه أبو داود، كتاب البيوع، باب في تضمين العور، (3562).

4- رواه أبو داود، كتاب الديات، باب فيمن تطبب بغير علم فأعنت، (4586)، والنسائي، كتاب القسامة، باب صفة شبه العمد، (4830)، وابن ماجة، كتاب الطب، باب من تطبب ولم يعلم منه طب، (3466).

5- رواه البخاري، كتاب الرقاق، باب حفظ اللسان، (6474).

6- "**فتح الباري بشرح صحيح البخاري**"، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، (11/ 340)، دار التقوى للتراث، [د.ب.ت].

7- "**المدخل الفقهي العام**"، (1035).

8- "**نظرية الضمان**"، وهبة الزحيلي، (ص: 15)، دار الفكر، بيروت- لبنان، ط: 1418هـ- 1998م.

9- "**ضمان العقد**"، مُحَمَّد نجدات المحمد، (37)، دار المكتبي، دمشق- سورية، ط: الأولى، 1427هـ- 2007م.

وهذا التعريف فيما يظهر لي هو الأوفق بمقصود البحث لأنه يحتوي العناصر التالية:

– شغل الذمة؛ وهو ما يعبر عنه بالمسؤولية المدنية.

– عدم تنفيذ العقد أو الإخلال بشروطه، وهذا يحدد مسؤولية كل طرف من أطراف العقد.

ومن تعريفات المعاصرين: "هي شغل ذمة المضمون في التزام الحق تطوعا، إما ابتداء وهو الضمان بالمال، أو انتهاء وهو ضمان الوجه (أي يضمن الكفيل إحضار المكفول عنه عند الأجل)، أو الضمان بالطلب، وكلاهما يعود إلى الضمان بالمال"[1].

ثانيا: مشروعية الضمان: الضمان مشروع بالكتاب والسنة والإجماع.

1- **من الكتاب:** قوله تعالى: ﴿**إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا**﴾ [النساء: 58].

ووجه الاستدلال من الآية أن الأمر بأداء الأمانة يتضمن شغل الذمة بها؛ ما يعني ضمان ما تلف منها، يقول ابن العربي: "لو فرضناها نزلت في سبب فهي عامة بقولها، شاملة بنظمها لكل أمانة، وهي أعداد كثيرة، أمهاتها في الأحكام: الوديعة واللقطة والرهن والإجارة والعارية، أما الوديعة فلا يلزم أداؤها حتى تطلب، وأما اللقطة فحكمها التعريف سنة في مظان الاجتماعات، وحيث ترجى الإجابة لها، وبعد ذلك يأكلها حافظها، فإن جاء صاحبها غرمها ، والأفضل أن يتصدق بها، وأما الرهن فلا يلزم فيه أداء حتى يؤدي إليه دينه، وأما الإجارة والعارية إذا انقضى عمله فيها يلزمه ردها إلى صاحبها قبل أن يطلبها، ولا يحوجه إلى تكليف للطلب ومؤنة الرد"[2].

– قوله تعالى: ﴿**وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ**﴾ [النحل: 126].

ووجه الدلالة من الآية أنها بينت مبدأ المماثلة في العقوبة الذي يحقق العدالة في المعاملات، والضمان بجبر الضرر يندرج ضمن هذا المعنى، يقول القرطبي في تفسير قوله تعالى: ﴿**فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا**

1- "**أحكام المعاملات المالية في الفقه الإسلامي**"، (ص: 237).

2- "**أحكام القرآن**"، مُحَمَّد بن عبد الله ابن العربي، (571/1)، تحقيق: مُحَمَّد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الثالثة 1424هـ- 2003م.

عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: 194]: واختلف العلماء فيمن استهلك أو أفسد شيئا من الحيوان أو العروض التي لا تكال ولا توزن، فقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما وجماعة من العلماء: عليه في ذلك المثل، ولا يعدل إلى القيمة إلا عند عدم المثل، إلى أن قال: "قال مالك وأصحابه: عليه في الحيوان والعروض التي لا تكال ولا توزن؛ القيمة لا المثل"[1]، وكل من القولين – المثل والقيمة – بمعنى الضمان.

– قوله تعالى: ﴿**وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ**﴾ [يوسف: 72]، ومعنى "زعيم" هو: كفيل[2]، وقال الجصاص: "ظن بعض الناس أن ذلك كفالة عن إنسان وليس كذلك، لأن قائل ذلك جعل حمل بعير أجرة لمن جاء بالصاع، وأكده بقوله أنا به زعيم؛ يعني ضامن"[3]، وهذا الحكم وإن كان شرع من قبلنا، فإن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد في شرعنا ما ينسخه عند الجمهور، ما عدا الشافعية ومن وافقهم[4].

2– **من السنة:** مما استدل به على مشروعية الضمان من السنة ما يلي:

أ– عن عائشة ﵂ أن رجلا ابتاع غلاما، فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجد به عيبا، فخاصمه إلى النبي ﷺ فرده عليه، فقال الرجل يا رسول الله قد استغل غلامي، فقال رسول الله ﷺ: «**الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ**»[5]، ووجه الدلالة أن المبيع إذا كان له دخل وغلة فإن مالك الرقبة الذي هو ضامن لها يملك خراجها لضمان أصلها، فإذا ابتاع رجل أرضا فاستعملها أو ماشية فنتجها أو دابة فركبها أو عبدا

1– "**الجامع لأحكام القرآن**"، مُحَمَّد بن أحمد القرطبي، (251/3)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت– لبنان، ط: الأولى، 1427هـ– 2006م.

2– "**تفسير الطبري**"، مُحَمَّد بن جرير الطبري، (253/13)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، ط: الأولى، 1422هـ– 2001م.

3– "**أحكام القرآن**"، الجصاص، (390/4).

4– "**غاية المأمول في توضيح الفروع على الأصول**"، محمود مصطفى عبود هرموش، (ص: 476)، مكتب البحوث الثقافية، طرابلس– لبنان، ط: الأولى، 1414هـ– 1994م.

5– رواه أبو داود، كتاب البيوع، باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا، (3510)، والترمذي، كتاب البيوع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبا، (1285)، والنسائي، كتاب البيوع، باب الخراج بالضمان، (4490)، وابن ماجه، كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان، (2243).

فاستخدمه ثم وجد به عيبا، فله أن يرد الرقبة ولا شيء عليه فيما انتفع به، لأنها لو تلفت ما بين مدة الفسخ والعقد لكانت في ضمان المشتري، فوجب أن يكون الخراج له[1].

ب- عن سلمة بن الأكوع ﷺ أن النبي ﷺ أتي بجنازة ليصلي عليها فقال: «**هَلْ عَلَيْهِ مِنْ دَيْنٍ؟**» قالوا لا، فصلى عليه، ثم أتي بجنازة أخرى، فقال: «**هَلْ عَلَيْهِ مِنْ دَيْنٍ؟**» قالوا نعم، قال: «**صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ**»، قال أبو قتادة ﷺ: علي دينه يا رسول الله، فصلى عليه[2]، ووجه الدلالة من الحديث أن النبي ﷺ أقر أبا قتادة على التزامه بدين الميت، وهذا من الضمان، "وفيه دليل على جواز الضمان عن الميت سواء ترك وفاء أو لم يترك"[3].

جـ- عن أنس ﷺ قال: كان النبي ﷺ عند بعض نسائه فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين بصحفة فيها طعام، فضربت التي النبي ﷺ في بيتها يد الخادم فسقطت الصحفة فانفلقت، فجمع النبي صلى الله عليه وسلم فلق الصحفة، ثم جعل يجمع فيها الطعام الذي كان في الصحفة ويقول: «**غَارَتْ أُمُّكُمْ**»، ثم حبس الخادم حتى أتي بصحفة من عند التي هو في بيتها، فدفع الصحفة الصحيحة إلى التي كسرت صحفتها، وأمسك المكسورة في بيت التي كسرت[4].

وفي رواية أن النبي ﷺ قال: «**طَعَامٌ بِطَعَامٍ وَإِنَاءٌ بِإِنَاءٍ**»[5]، وفي رواية أخرى عن عائشة ﷺ أن النبي ﷺ قال: «**إِنَاءٌ كَإِنَاءٍ وَطَعَامٌ كَطَعَامٍ**»[6]، ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ أمر بتعويض التالف من الإناء والطعام، وهذا صريح في الضمان، قال الشوكاني: "فيه دليل على أن القيمي يضمن بمثله، ولا يضمن بالقيمة إلا عند عدم المثل"[7].

1- "**سبل السلام شرح بلوغ المرام**"، مُحَمَّد بن إسماعيل الصنعاني، (61/3)، تحقيق: مُحَمَّد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، الرياض- السعودية، ط: الأولى، 1427هـ- 2006م.

2- رواه البخاري، كتاب الكفالة، باب من تكفل عن ميت دينا فليس له أن يرجع، (2295).

3- "**تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي**"، مُحَمَّد عبد الرحمن المباركفوري، (179/4)، دار الفكر، بيروت- لبنان، [د.ب.ت].

4- رواه البخاري، كتاب النكاح، باب الغيرة، (5225).

5- رواه الترمذي، كتاب الأحكام عن رسول الله، باب ما جاء فيمن يكسر له الشيء ما يحكم له من مال الكاسر، (1359).

6- رواه النسائي، كتاب عشرة النساء، باب الغيرة، (3957).

7- "**نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار**"، (358/5).

د- عن أبي أمامة ﷺ قال: سمعت النبي ﷺ يقول في الخطبة عام حجة الوداع: «**الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ، وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ، وَالدَّيْنُ مَقْضِيٌّ**»[1]، فالزعيم – وهو الكفيل- مطالب بالغرم، وهو الضمان[2].

هـ- عن سمرة بن جندب ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «**عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَ**»[3].

ووجه الدلالة هو إلزام الآخذ بالأداء وهو الضمان، جاء في تحفة الأحوذي: "واستدل بهذا الحديث من قال بأن الوديع والمستعير ضامنان، وهو صالح للاحتجاج به على التضمين، لأن المأخوذ إذا كان على اليد الآخذة حتى ترده، فالمراد أنه في ضمانها كما يشعر لفظ "على" من غير فرق بين مأخوذ ومأخوذ"[4].

3- **من الإجماع**: فقد أجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة[5].

ثالثا: حكم الضمان: الأصل في الضمان أنه من المعروف؛ فهو مندوب لقادر واثق بنفسه أمن غائلته؛ يثاب فاعله إن كان محتاجا إلى دين لم يجد من يداينه، فهو من الإحسان ومن التعاون على البر والتقوى[6]، وقد يكون محرما إذا كان على الحرام؛ كمن يضمن من يأخذ قرضا بالربا، لأنه من التعاون على الإثم والعدوان.

رابعا: أركان الضمان وشروطه: أركان الضمان خمسة وهي:

1- "رواه الترمذي، كتاب البيوع عن رسول الله، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، (1265).

2- "**تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي**"، (482/4).

3- رواه أبو داود، كتاب البيوع، باب تضمين العور، (3561)، والترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة (1266)، وابن ماجه، كتاب الصدقات، باب العارية، (2400).

4- "**تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي**"، (483/4).

5- "**الإجماع**"، مُحَمَّد بن إبراهيم بن المنذر، (ص: 141)، تحقيق: أحمد بن مُحَمَّد حنيف، مكتبة الفرقان، عجمان – الإمارات، ط: الثانية، 1420هـ- 1999م.

6- انظر: "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (290/34).

1- **الضامن: هو من يلتزم بالحق مع المضمون عنه، وهو الوسيط بين المضمون له والمضمون عنه.**

و**شرطه**: - أن يكون **أهلا للتبرع**، بأن يكون **بالغا عاقلا غير محجور عليه**؛ فلا يصح ضمان الصبي ولا المجنون، ولا المحجور عليه بسفه؛ لأن في الضمان التزامَ مال لا فائدة للمحجور عنهم فيه، فيكون ضمانه مردودا لعدم المصلحة (لأنه عملُ معروفٍ)، ويجوز الضمان من المريض مرض الموت، ومن الزوجة فيما يتحمله ثلث مالهما، لأن الحجر عليهما فيما زاد على الثلث، فإن ضمنا بما زاد على الثلث توقف ذلك على إذن الورثة أو الزوج.[1]

2- **المضمون عنه: وهو المدين؛ أو الغريم الذي عليه الدين.**

3- **المضمون له: وهو الدائن؛ أي (صاحب المال).**

4- **المضمون فيه: وهو الحق المطالب به؛ أي ما كان دينا في الذمة.**

أ- **شروط المضمون فيه**: أن يكون دينا لازما، إما في الحال وقت الضَّمان كـ: (أنا ضامن لدَينِك على فلان)، أو يكون آيلا للُّزوم كان يقول: (داينْ فلانا وأنا ضامنٌ لهُ)، أو يقول: (جِئني بالأمر الفلاني ولك ألفٌ، فيقول الضّامنُ: أحضر له وأنا ضامن للألف)[2]، و**يُشترطُ في الدَّين المضمون**: - أن يكون مِمَّا يقبل النِّيابة؛ حيث يمكن استيفاؤه من الضامن، فلا يجوز لأحد أن يضمن عن آخر شيئا من الحدود والتعزيرات والقتل والجراح؛ لأنَّها عقوبات لا تقبل النِّيابة، والأصل أن يحبس الجاني حتى يقام عليه الحد لا أن يؤخذ عنه كفيل.[3]

1- انظر: "**مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**"، (97/5)، "**لوامع الدرر في هتك أستار المختصر**"، (599/9).

2- انظر: "**جواهر الدرر في حل ألفاظ المختصر**"، (109/6)، "**بلغة السالك لأقرب المسالك (حاشية الصاوي)**"، (431/3).

3- "**جامع الأمهات**"، (ص: 392)، "**أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك**"، (19/3)، "**لوامع الدرر في هتك أستار المختصر**"، (614/9).

ب- **أحكام متفرقة متعلقة بالمضمون فيه:**

- لا يجوز الضمان في العقوبات البدنية؛ ومن قال بالكفالة في العقوبات البدنية كالقصاص والحدود فإنَّما على معنى أنَّ الضامن مُلزمٌ بإحضار المضمون عنهُ لتنفَّذ عليه العقوبة، فإن فرَّط في إحضاره عوقب بالاجتهاد تعزيرا.[1]

- لا يجوز ضمان الأشياء المعينة؛ كمن يستعير سيارة ويأتي بضامن على أنها إذا تلفت تؤخذ من الضامن بعينها؛ لأنه يستحيل الوفاء بالمعينات إذا هلكت.

- يجوز الضمان فيما يتعلق بالأموال لجواز النيابة فيها؛ كالضمان بـ(**دين الوصية**) و(**الصلح**) و(**الخلع**) و(**الصداق**) وغير ذلك؛ لأنها ديون تجوز فيها النيابة.

- لا يشترط العلم بقدر الدين المضمون وقت الضمان؛ فلا تضره الجهالة لأنه تطوع بإلزام الإنسان نفسه ما لم يكن يلتزمه، كما جاز التطوع بالالتزام بالنذر -المالي-؛ كأن يقول الضامن: (أنا ضامن لك لدينك على فلان) وهو لا يعلم قدره، فيلزمه بعد ذلك ضمان الدين قل أو كَثُرَ.[2]

- إذا قال الضامن: (إن لم يوفك غريمك حتى يموت فالحق عليَّ)[3] فلا شيء على الضامن حتى يموت الغريم عديما -ليس له مال-، فإن مات الضامن قبل موت الغريم وجب أن يُوقف من ماله قدرُ الدَّين، حتى يتبيّن أمر الغريم، فإن مات الغريم عديما غرم الضامنُ وأُخذ من تركته، وإلا فلا شيء عليه.[4]

- **متى يجوز للضامن الرجوع؟**: يجوز للضَّامِن الرجوع عن الضمان قبل المعاملة لا بعدها، بأن يقول للمضمون عنه: (كنت قد ضمنت لك فلانا، والآن رجعتُ عن ضماني، فشأنك معه)، وقول الفقهاء (قبل المعاملة)، أي قبل تمامها، فإذا عامله يوما مثلا ثم رجع الضامن لزمه في اليوم لا فيما بعده[5].

1- "**حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**"، (346/3)، "**ضوء الشموع شرح المجموع**"، (338/3).

2- انظر: "**أحكام المعاملات المالية في الفقه الإسلامي**"، (ص: 241).

3- هذا ضمان بعد الوفاة.

4- انظر: "**الجامع لمسائل المدونة**"، مُحَمَّد بن يونس الصقلي، (126/18)، دار الفكر، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1434هـ- 2013م، "**مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**"، (101/5).

5- انظر: "**حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**"، (333/3)، "**لوامع الدرر في هتك أستار المختصر**"، (613/9).

5- **الصيغة: وهي كل لفظ يدل على تحمُّلِ الضمان، إما صراحة نحو: (داينه وأنا ضامن، أو كَفِيلٌ، أو زَعِيمٌ، أو أَذِينٌ، أو قَبِيلٌ، أو حَمِيلٌ)، أو بما يدل عليه ضِمنا، كـ: (عليَّ دينه)، أو (هذا إليَّ)، أو (أنا مسؤول عنه)، أو (ملزم به)، أو غير ذلك من الألفاظ الدالة على التحمل.**

فإذا قال شخص لآخر: (داين فلانا، أو عامله فإنه ثقةٌ أو مأمونٌ)، أو (لا تخشَ منه على مالِك)، أو نحو ذلك؛ فليس هذا بضمان من القائل، فعبارة (عامل فلانا فإنه ثقة) لا يلزم منها الضمان إذا تبين خلاف قوله، بل هي من التغرير القولي، إلا إن صرح القائل بالضمان، بأن قال: (عامل فلانا فإنه ثقة، وأنا ضامن)، فيلزمه ضمان ما يُداين به وفاءً بما التزم بعد ثبوت الدين، لقول النبي ﷺ: «**المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ**»[1].[2]

الفرع الثاني: أنواع الضمان، أسبابه، ومبطلاته

أولا: أنواع الضمان: أنواع الضمان ثلاثة، وهي كالآتي:

1- **ضمان المال:** أو **الضمان بالمال،** وهو الأصل والمقصود عند الإطلاق، قال خليل في بيان الضمان بأنه: "شغل ذمة أخرى بالحق، وصح – أي الضمان- من أهل التبرع"؛ لأن الضمان حقيقة في ضمان المال.[3]

2- **ضمان الوجه:** أو **الضمان بالوجه؛** أي بإحضار المضمون فيه، وهو عبارة عن التزام الإتيان بالغريم الذي عليه الدين وقت الحاجة، وعُبِّر بالوجه وأُريد به الذاتُ مجازًا، وهو من إطلاق اسم البعض على الكل، فحُذفت الباء للملابسة، أي متلبسًا بالوجه، ومثل الوجه غيره من الأعضاء[4].

وضمان الوجه قسمان: أ- **ضمان الوجه المطلق:** والمشهور سقوطه بإحضار الغريم، فإن لم يحضره غرم المال.

1- رواه أبو داود، أبواب الإجارة، باب في الصلح، (3594)، وصححه الألباني في **إرواء الغليل**، (1303).

2- انظر: "**بلغة السالك لأقرب المسالك (حاشية الصاوي)**"، (160/3).

3- انظر: "**مختصر خليل**"، (ص: 176)، "**التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب**"، خليل بن إسحاق الجندي، (292/6)، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط: الأولى، 1429هـ- 2008م.

4- انظر: "**شرح الزرقاني على مختصر خليل**"، (65/6)، "**التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب**"، (324/6).

ب – **ضمان الوجه المقيد:** بقوله: (ولست من المال في شيء)؛ فلا يلزمه غرم إلا إذا قدَر على إحضاره فلم يفعل.[1]

3- **ضمان الطلب:** ويسمى **ضمانَ التفتيش**؛ أي طلب المدين والتفتيش عنه؛ فإذا عجز عن إحضاره لم يلزمه شيء.[2]

فضمان الطلب يشترك مع ضمان الوجه في لزوم الإحضار، ويختص الوجه بالغرم عند التعذر؛ ولهذا لا يصح ضمان الوجه في غير المال، ويصح ضمان الطلب في المال وغيره؛ كالقصاص والتعازير والحدود؛ لأنه لا يلزم فيه غرم، ولضمان الطلب عدة صيغ، منها: (أنا حميل بطلبه)، أو (على أن أطلبه)، أو: (لا أضمن إلا الطلب)، أو: (أنا مطالب بطلبه)، وشبهه[3].

ثانيا: أسباب الضمان: يقول ابن رجب الحنبلي: "إن أسباب الضمان ثلاثة: عقد ويد وإتلاف"[4]، وعليه؛ فتفصيل هذه الأسباب كما يلي.

1- **الضمان بسبب العقد:** يعتبر العقد من أسباب الضمان ومصادره، أي إن التعاقد يحمل المتعاقدين مسؤولية تلزمهم الضمان في حال الإخلال بتلك المسؤولية وترتب ضرر على أحد الأطراف، وتعود مصدرية العقود للضمان لأحد أمرين: **الإخلال بالمسؤولية الناشئة عن مقتضى العقد** شرعا أو عرفا، أو **ما ينشأ عن أنواع الخيارات** المشروعة في كخيار الشرط أو خيار العيب؛

أ- **الإخلال بالمسؤولية الناشئة عن مقتضى العقد:** شرعت العقود المختلفة لتحقيق مصالح الخلق وتبادل المنافع بينهم، ولكل من هذه العقود مقتضيات تكون في حسبان كل طرف، وبالتالي يتحمل ما يتعلق به من تبعات عدم تحقيقها، ويدخل هذا في عموم قوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ [المائدة: 01].

1- انظر: "**توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام**"، (170/1).

2- "**المرجع نفسه**"، (170/1).

3- انظر: "**جواهر الدرر في حل ألفاظ المختصر**"، (128/6).

4- "**قواعد ابن رجب**" الْقَاعِدَةُ التَّاسِعَةُ وَالثَّمَانُونَ، وذكر الزركشي في "**المنثور في القواعد**"، (322/2) أسباب الضمان الثلاثة ؛وزاد عليها سببا رابعا وهو الحيلولة، والذي يظهر من كلامه عنها أنها تندرج في ضمان اليد والله أعلم.

ب- **ما ينشأ عن أنواع الخيارات المشروعة:** الخيار لغة من الاختيار؛ وهو اصطفاء الشيء[1]، أما اصطلاحا فهو: أن يكون العاقد مخيرا بين تنفيذ العقد وبين فسخه[2]، وقد ورد لفظ الخيار في السنة كما في قوله ﷺ: «**الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ**»[3]، وذكر الفقهاء عددا من أنواع الخيار كخيار المجلس، والشرط، والعيب ،والرؤية، وهم مختلفون في العمل ببعضها كخيار المجلس، والمقصود هنا أن الضمان قد يلزم أحد المتعاقدين في حالة ثبوت الخيار للطرف الآخر، ومثال ذلك ما يكون في خيار الشرط، وهو خيار متفق على جوازه إلا خلاف الظاهرية في الشروط، بل حكى بعضهم الإجماع على ذلك[4]، وأصله قول النبي ﷺ: «**الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ**» [5]، وقوله ﷺ: «**إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَابَةَ**»[6].

وقد صاغ الفقهاء بناء على استقراء الأدلة الكثيرة المثبتة للشروط قواعد فقهية مثل: **المعروف عرفا كالمشروط شرطا**، والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم، و**شرط الواقف كنص الشارع**.

ومعنى خيار الشرط هو إثبات حق لأحد المتعاقدين أو كليهما بالاشتراط، يملك بمقتضى الشرط الرجوع عن العقد وفسخه خلال مدة معلومة[7]، وخلال هذه المدة يكون كل منهما ضامنا لما تحت يده، بحيث لو هلك يكون لزمه المثل في المثلي والقيمة في القيمي[8].

2- **الضمان بسبب اليد:** تطلق اليد في اللغة على الكف، وقد تشمل الذراع والعضد، ولها استعمالات متعددة أخرى مثل القوة والمنة والقهر وغير ذلك، وهي بذلك حسية أو معنوية، قال

1- انظر: "**لسان العرب**"، (1300/2).

2- "**درر الحكام في شرح مجلة الأحكام**"، (**110/1**).

3- رواه البخاري، كتاب البيوع، باب إذا بين البيعان ولم يكتما، (2079)، ومسلم، كتاب البيوع، باب الصدق في البيع والبيان (1532).

4- انظر: "**المجموع شرح المهذب**"، (226/9)، "**المغني**"، (30/6).

5- رواه أبو داود، كتاب الأقضية، باب في الصلح (3594)، والترمذي، كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس (1352)، وحسنه الشوكاني بمجموع طرقه في "**نيل الأوطار**"، (281/5).

6- رواه البخاري، كتاب البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيع، (2117)، ومسلم، كتاب البيوع، باب من يخدع في البيع، (1533). (1533).

7- "**أحكام الرجوع في عقود المعاوضات المالية**"، فضل الرحيم مُحَمَّد عثمان، (161/1)، دار كنوز إشبيليا، الرياض- السعودية، ط: الأولى الأولى 1427هـ- 2006م.

8- انظر: "**بداية المجتهد**"، أبو الوليد ابن رشد الحفيد، (252/2).

الزركشي: "اليد قسمان: حسية ومعنوية، فالحسية عندنا من الأصابع إلى الكوع ويدخل الذراع في ذلك بحكم التبعية...) إلى قوله: (أما المعنوية فالمراد بها الاستيلاء على الشيء بالحيازة، وهي كناية عما قبلها لأن باليد يكون التصرف.."[1].

أما اليد اصطلاحا وفيما يخص المعاملات فتعرف بأنها: "وضع اليد على عين بالفعل أو بما يشبه تصرف الملاك"[2]، ووضع اليد أو الحيازة أقسام باعتبارات مختلفة، وذلك على النحو التالي:

أ- **باعتبار الضمان وعدمه:** وتنقسم إلى قسمين؛ يد ضمان، ويد أمانة:

– يد الضمان: وهي اليد التي تضمن ما هلك تحتها مطلقا، أيا كان سبب الهلاك[3]، وذلك في الأيدي التي لا تحوز بقصد الإرفاق والمعونة، وإنما تحوز تعديا أو معاوضة[4]، كالغصب أو الالتقاط بقصد التملك، فيلزم تحملها المسؤولية على أي حال.

– يد الأمانة: وهي اليد التي تضمن في حالة التعدي لا غير، لأنها وإن استفادت في بعض الحالات من الشيء المؤتمن عليه، إلا أنها لم تحزه عدوانا، ولا كان معنى العوض للمالك الأول مقصودا في الإذن بالحيازة، فكان الحائز عليها أمينا في يده، ويكون هذا غالبا في معاملات الإرفاق والمعونة كالوديعة والمضاربة، ولعل الحكمة في ذلك ما قال الماوردي وهو يثبت أن يد الوكيل يد أمانة: "أن الوكالة عقد إرفاق ومعونة، وفي تعلق الضمان بها ما يخرج عن مقصود الإرفاق والمعونة فيها" [5]، وقال النووي في تعليله لعدم ضمان الوديعة بغير عدوان: "ولأن حفظ الوديعة معروف وإحسان، فلو ضمنت من غير

1- انظر: "**الجامع لأحكام القرآن**"، (82/8)، "**لسان العرب**"، (4950/6)، "**المنثور في القواعد**"، (369/3).

2- "**درر الحكام في شرح مجلة الأحكام**"، علي حيدر، (331/4).

3- "**قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد**"، نزيه حماد، (368) دار القلم، دمشق- سورية، ط: الأولى، 1421هـ- 2001م.

4- "**الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي**"، أبو الحسن الماوردي، (501/6)، تحقيق: علي معوض- عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى 1414هـ - 1994م.

5- المرجع نفسه، (502/6).

عدوان زهد الناس في قبولها، فيؤدي إلى قطع المعروف.." [1]، أي إن في جعل اليد الأمينة غير ضامنة إلا بالتعدي تشجيع للناس على التعاون والإرفاق، وإلا زهدوا في ذلك وتعطلت مصالحهم[2].

وقد اتفق الفقهاء على اعتبار بعض الأيدي أمينة كالوديع والمضارب والمستأجر، واختلفوا في بعض الأيدي ومنها يد المستعير.

ب– **باعتبار الإذن وعدمه:** وتنقسم إلى قسمين:

– **وضع اليد بإذن:** كَيَدِ الوديع والمستعير والمستأجر والبائع قبل قبض المبيع، وعامل المضاربة والوصي ونحوهم، ولا خلاف في ضمان هؤلاء بالتعدي، وإنما اختلِف في ضمان بعضهم بغير تعد أو تقصير كالآفة السماوية، على أساس تقدير اليد هل هي يد ضمان أو يد أمانة؟ كما هو الشأن في يد المستعير.

– **وضع اليد بغير إذن:** وفي هذه الحالة يحوز واضع اليد الشيء دون إذن من المالك الأصلي وهو على ضربين:

ما كان بعدوان: كالسرقة والغصب وهنا تعتبر اليد يد ضمان، أي يلزم واضع اليد الضمان على أي حال.

ما لم يكن بعدوان: كوضع اليد على اللقطة، والاستيلاء على أموال الحربيين، وحيازة مال ظن أنه له وما شابه ذلك.

جـ– **باعتبار القصد من وضع اليد:** وينقسم إلى ثلاثة أقسام:

– **وضع اليد بقصد تملك العين:** وهذا يحتمل أن يكون بعوض كالمبيع، أو بغير عوض؛ كقبض الهبة[3]، كما يحتمل أن يكون عدوانا كالسرقة والغصب.

1- "**المجموع شرح المهذب**"، (09/15).

2- "**قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد**"، (370).

3- "**مجمع الضمانات**"، (707/2)، "**الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني**"، (252/2).

- **وضع اليد بقصد الانتفاع:** وقد يكون لمصلحة متبادلة كيد المستأجر، ويد الصانع، أو لمصلحة واضع اليد فقط كالمستعير.

- **وضع اليد بقصد الحفظ:** كَيَدِ الوديع والملتقط بقصد التعريف.

3- **الضمان بسبب الإتلاف:** التلف في اللغة هو الهلاك والعطب[1].

والإتلاف اصطلاحا: هو إخراج الشيء من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة[2]، ويكون في الإنسان وأعضائه، وفي الحيوان والنبات والجمادات[3].

والإتلاف أنواع باعتبارات عدة منها:

أ- **باعتبار ما يقع عليه التلف:** قد يكون المتلف إنسانا أو مالا، ويطلق الفقهاء على الإتلاف الواقع على الإنسان الجنايات أو الجراحات أو الدماء كما هو في الأبواب الفقهية، أما إتلاف المال فيسمى إتلافا ويسمى أيضا جناية[4].

ب- **باعتبار كيفية الإتلاف:** يعبر عن الإتلاف بالهلاك، وبالنظر إلى ناحية الضمان، فإنه يشرع بالهلاك والاستهلاك، بمعنى أن إتلاف مال الغير لا ينظر فيه إلى الوجه الذي زال به حتى لو كان في نفع المتلِف، كأن يكون قد أكل طعام غيره، فهذا إتلاف بالنسبة لمالكه وإن لم يعتبر كذلك عرفا.

جـ- **باعتبار العلاقة بين المتلِف والمتلَف:** أي العلاقة السببية بين الفعل والضرر، فهناك المباشر والمتسبب، وهناك حالات اجتماع المباشر والمتسبب، وخلاصته أن المباشر المنفرد ضامن مطلقا، وأن المتسبب المنفرد لا يضمن إلا متعديا، وأنه في حالة اجتماع المباشرة والتسبب يضمن الأكثر قوة في التأثير، فإن تساويا ضمنا معاً.

د- **باعتبار الإذن في الإتلاف:** وهو نوعان:

1- "**لسان العرب**"، (440/1).

2- "**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**"، (164/7).

3- "**نظرية الضمان**"، الزحيلي، (67).

4- "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (228/28).

- **إتلاف مأذون فيه شرعا**: وقد ذكر ابن عبد السلام صوره فقال: "وهو أضرب أحدها: إتلاف لإصلاح الأجساد وحفظ الأرواح، كإتلاف الأطعمة والأشربة والأدوية، وذبح الحيوان المباح حفظا للأمزجة والأرواح، ويلحق به قطع الأعضاء المتآكلة حفظا للأرواح، فإن إفساد هذه الأشياء جائز للإصلاح.

- **إتلاف غير مأذون فيه**: ويكون إما خطأً أو تفريطا أو عدواناً، وهذا أيضا منه ما يوجب الضمان ومنه ما لا يوجبه.

ثالثا: مبطلات الضمان: من مبطلات الضمان ما يلي:

1- **فساد العقد**: يبطل الضمان وتسقط مطالبة الضامن بالأداء إذا كان الدين المضمون ناشئا عن معاملة فاسدة كعقود الربا، وما اشتمل على غرر فاحش، ومثاله الضمان على الصرف المؤخر[1] أو الاقتراض بفائدة أو ضمانٍ على العقود والبيوع المحرمة؛ فلا يجوز الضمان فيها؛ لأنه إعانة على الفساد، ولا يلزم الضامنَ شيءٌ إذا ضمن في عقد فاسد، ولو فات المبيع الفاسد، وإنما تلزم المشتريَ القيمةُ، ولا يكون الكفيل ضامنا لها، فالأصل أن العقد إذا فسد بين المتبايعين وقد دخلا فيه مدخلا واحدا لم تلزم الكفالة؛ لأن الفساد من قبل المتبايعين فبطل الضمان لبطلان أصله[2].

2- **الضمان إذا كان بأجرة**: والأجرة على الضمان يسميها الفقهاء (ضمانا بجُعْلٍ)، والمراد به: "شغل ذمة شخص آخر بتحميله مسؤولية تلف الشيء أو هلاكه، مقابل أجر على هذا الضمان"؛

1- **الصرف المؤخر**: في الأصناف الستة التي يكون فيها الربا؛ لحديث: «**الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ، وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ مِثْلًا بِمِثْلٍ سَوَاءً بِسَوَاءٍ يَدًا بِيَدٍ، فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ**»، رواه مسلم، كتاب المساقاة، باب الصرف، (1587)، وحديث: «**لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ آكِلَ الرِّبَا، وَمُوكِلَهُ، وَكَاتِبَهُ وَشَاهِدَيْهُ، وَقَالَ: هُمْ سَوَاءٌ**»، رواه مسلم، كتاب المساقاة، باب لعن آكل الربا ومؤكله، (1598)، فقد لعن الآكل والمؤكل؛ لأنهما ترابيا، والكاتب والشاهدين؛ لأنهما أقرا ذلك.

2- انظر: "**الذخيرة**"، (213/9).

كأن يقول: (**أُحضر لك الضامنَ مقابل أن تعطيَني أجرة**)[1]، فإذا كان الضمان بجعلٍ صريحاً فلا خلاف في منعه، فإن بعدُتِ التهمةُ وكان الضمان بجعل مُحتَمَلًا لا صريحا جاز[2].[3]

والأجرة تفسد الضمان لأن الضمان من المعروف الذي لا يكون إلا لله، فلا يجوز أن يدفع الدائن أو المدين أجرة للضامن على ضمانه، وقيل: أنه إذا غرم مع زيادة ما أخذ أجرة على الضمان فيؤول إلى قرض مع سلف جرا نفعا، وإن لم يَغرم كان ما أخذه من المال أكلا بالباطل[4].[5]

وتجوز الأجرة على الضمان من أجنبي للمدين على أن يأتي دائنُه بضامن، سواء كان الدين حالاً أو مؤجلا[6].[7]

الفرع الثالث: خطابات الضمان

أولا: تعريف خطابات الضمان: خطابات الضمان التي تصدرها المصارف، يكون فيها المصرف هو الضامن، فخطاب الضمان هو: "تعهد من المصرف يتم بمقتضاه ضمانٌ للالتزام الواقع على العميل تجاه طرف ثالث في حدود مبلغ معين"[8].

وخطاب الضمان[9] قد يكون بغطاء فعلي يتولى فيه المصرف الدفع عن المدين، وقد يكون تعهدا وكفالة بغير غطاء.

ثانيا: أنواع خطابات الضمان: ويطلق عليها خطاب الضمان البنكي، ومنها ما يلي:

1- انظر: "**حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**"، (341/3)، "**شرح الزرقاني على مختصر خليل**"، (60/6).

2- لم يطلب جعلا، وإنما أعطاه المضمون عنه من طيب نفسه، أو أعطاه صاحب المال دون أن يطلب أو يقصد أن يعطى.

3- انظر: "**شرح مختصر خليل للخرشي**"، (94/5)، "**شرح الزرقاني على مختصر خليل**"، (176/5).

4- أي: يكون قد أخذ مالا بغير حق.

5- انظر: "**توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام**"، (168/1).

6- صورته أن يقول: "أُعيرُ لفلان مالا، ائتني بضامن وأعطيك أُجرتك"، فهذه أجرة على الإتيان لا على الضمان، وقد جوزها بعض الفقهاء.

7- انظر: "**حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**"، (341/3).

8- الأطراف الثّلاثة هم: المصرف، الدائن، والمدين.

9- **خطاب الضمان نوعان:** ما يكون بغطاء فعلي بتحمل الدين وضمانه (فيكون كضمان المال)، وما يكون بغير غطاء، فلا يسدد المصرف المال، إنما يكون كالشاهد أو الدال على الغريم (فيشبه الضمان بالوجه أو الضمان بالطلب).

1- **خطاب ضمان ابتدائي:** يصدر للعملاء بغرض ضمان جدية العرض المقدم للمشاركة في المناقصات والمزايدات الحكومية وغير الحكومية والتأكد من كفاية المركز المالي لمقدم العطاء.

2- **خطاب ضمان نهائي (حسن التنفيذ):** يصدر للعملاء بغرض ضمان جدية الأعمال وتنفيذها والارتباطات، ويسترد العميل هذا الضمان إذا تم تنفيذ المطلوب على الوجه المتفق عليه.

3- **خطاب الضمان المالي:** يصدر كالتزام من البنك لضمان العميل لدى الجهة المستفيدة من خطاب الضمان، وذلك للتأكد من مقدرته على تنفيذ الشروط المتفق عليها.

4- **ضمان دفعة مقدمة:** يصدر لصالح مالك المشروع بغرض ضمان استعادة قيمة الدفعة المقدمة في حال عدم الالتزام بالتنفيذ والشروط المتفق عليها.[1]

ثالثا: حكم خطاب الضمان: تقدم أن الضمان من عقود الإرفاقِ والمعروفِ التي لا يجوز أخذ الأجرة عليها، لأنها تؤول إلى قرض جرّ نفعا، أو إلى أكل أموال الناس بالباطل، وقد جاء في قرارات مَجْمَع الفقه الإسلامي[2] أن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجرة عليه لقاء عملية الضمان التي يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته، سواء كان الضمان بغطاء أو بدونه.

وأجاز المجمع أخذ المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه مع عدم الزيادة على أجرة المِثل[3].[4]

1- انظر: https://www.bankalbilad.com/ar/sme/trade- finance/Pages/LETTEROFGUARANTEE.aspx

2- ملاحظة وتنبيه فيما يخص المجامع الفقهية: - مجمع الفقه الإسلامي تابع لرابطة العلماء المسلمين بمكة.

- مجمع الفقه الإسلامي الدولي، تابع لمنظمة التعاون الإسلامي، ومقرها جدة.

- مجمع مجلس الإفتاء والتعاون الإسلامي الأوربي في إيرلندا: ويهتم بما يتعلق بالمسلمين في أوربا وبالأقليات المسلمة.

- وهناك مجمع أخرى؛ كالمجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر، ومجامع محلية وإقليمية ودولية، في مصر، والهند، أمريكا الشمالية، أبرزها الذي في مكة.

3- ولا بد من التفريق بين المصاريف الإدارية وبين أجرة الضمان.

4- "**أحكام المعاملات المالية في الفقه الإسلامي**"، (ص: 244).

الموضوع الخامس:

نظرية البطلان

إن البطلان هو جزاء ينصب على العقد، وحقيقته تعطيل فاعلية العقد على إحداث أي أثر قانوني؛ فالبطلان هو سلطة شرعية على وجوب توفر العقد على جميع مسائله وأركانه الجوهرية، وإلا وقع العقد باطلًا إذا تخلف ركن من أركانه، أو اختل اختلالًا يؤدي إلى عدم الاعتداد به.

الفرع الأول: مفهوم البطلان

أولا: تعريف البطلان

1- تعريف البطلان لغة

الباطل خلاف الحق وضده، ويعني ذهابَ الشيء وزوالَه، وقلة مكثه في الوجود، قال ابن فارس :الباء والطَّاء واللام أصل واحد، وهو ذهاب الشيء وقلة مكثه ولبثِه، يُقال: بَطَلَ الشَّيْءُ يَبطُل بُطْلًا وبُطُولًا؛ ذهب ضياعا وخسرا، ومنه قول الله تعالى: ﴿**فَوَقَعَ الْحَقُّ وَبَطَلَ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ**﴾ [الأعراف: 118]، ومنه قوله تعالى: ﴿**وَقُلْ جَاءَ الْحَقُّ وَزَهَقَ الْبَاطِلُ إِنَّ الْبَاطِلَ كَانَ زَهُوقًا**﴾ [الإسراء: 81]، وقوله تعالى: ﴿**بَلْ نَقْذِفُ بِالْحَقِّ عَلَى الْبَاطِلِ فَيَدْمَغُهُ فَإِذَا هُوَ زَاهِقٌ**﴾ [الأنبياء: 18]، وسُمِّي الشَّيطان البَاطِل لأنَّه لا حقيقة لأفعاله، وكلُّ شيء منه فلا مرجوع له ولا مُعوَّل عليه، وبطَل الأجير بالفتح بِطالة: أي تعطل؛ فهو بطال.[1]

والْبَطَلُ الشُّجاعُ، لأنه يعرض نفسه للمتالف، يُقال: بطَل بيِّن البُطولة والبَطالة، وامرأة بطلة.[2]

2- تعريف البطلان اصطلاحا

ذهب الجمهور أن البطلان مرادف للفساد، وفرق الحنفية بين البطلان والفساد، والتفصيل كما يلي:

أ- تعريف البطلان عند الجمهور

غالبًا ما يُعرف البطلان في الفقه الإسلامي بأنه ضد الصحة، ومقابل ونقيض لها، وقالوا :إن العقد الباطل هو العقد الذي لا يترتب عليه أي أثر من الآثار نتيجة لخللٍ في ركن من أركانه، أو مخالفته لما قصد الشرع فيه؛ بمعنى أن الباطل هو التصرف غير المقبول، في مجال التعامل بين الناس في الأمور الدنيوية، وما لا يكون مقبولا عند الله تعالى من الأعمال الأخروية؛ فالبطلان يكون في العبادات والمعاملات على حد سواء، ومن تعريفات الأصوليين والفقهاء للبطلان ما يلي:

- عرفه الآمدي بتعريف عام بقوله: "**وهو نقيض الصحة بكل اعتبار من الاعتبارات**".[3]

1- انظر: "**تاج اللغة وصحاح العربية (الصحاح)**"، (1635/4)، "**مقاييس اللغة**"، (258/1)، "**القاموس المحيط**"، (ص: 966).

2- انظر: "**مقاييس اللغة**"، (258/1).

3- "**الإحكام في أصول الأحكام**"، علي بن مُحَمَّد الآمدي، (131/1)، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت- لبنان، [د.ت].

- وعرفه الطوفي بقوله: "**هو وقوع الفعل غير كاف في سقوط القضاء ومخالفا للأمر**".[1]

- وعرف كذلك بأنه: "**ما لا يتعلق به النفوذ ولا يعتد به، بأن لم يستجمع ما يعتبر فيه شرعاً، عقداً كان أو عبادة**".[2]

فالبطلان يرادف الفساد عند الجمهور؛ وتخلف الآثار المقصودة من الفعل؛

- ففساد العبادات عبارة عن عدم الاعتداد بها، ولا تبرأ الذمة، ولا يحصل بها الثواب.

- وفساد المعاملات والعقود عبارة عن عدم النفوذ، ولا يترتب عليه أثره من نقل الملك أو حل الاستمتاع ونحو ذلك.[3]

وعرفه الشيخ الزرقا بأنه: "**عدم اكتساب التصرف وجودَه الاعتباري وآثاره في نظر الشارع**".

فالتصرف له ناحيتان: وجود حسي، ووجود اعتباري؛

فالوجود الحسي: هو وقوعه بحركته وصورته المادية.

والوجود الاعتباري: وهو أن يعتبر الشارع له بعد وقوعه صفةَ الصلوح لأن تترتب عليه أحكامه، وهي آثاره المقررة له شرعا.[4]

ب- **تعريف البطلان عند الحنفية**

- عرفه الزيلعي ممثلا له مقارَنا مع غيره فقال: "**البيع على أربعة أقسام: صحيح؛ وهو المشروع بأصله ووصفه، ويفيد الحكم بنفسه إذا خلا عن الموانع، وباطل؛ وهو غير مشروع أصلا، وفاسد؛ وهو مشروع بأصله دون وصفه، وهو يفيد الحكم إذا اتصل به القبض، وموقوف؛ وهو يفيد الحكم على سبيل التوقف، وامتنع تمامه لأجل غيره؛ وهو بيع ملك الغير**".[5]

1- انظر: "**شرح مختصر الروضة**"، سليمان بن عبد القوي الطوفي، (444/1)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1407هـ- 1987م.

2- "**شرح الورقات في أصول الفقه**"، مُحَمَّد بن أحمد المحلي، (ص: 78)، تحقيق: حسام الدين عفانة، جامعة القدس، القدس- فلسطين، ط: الأولى، 1420هـ- 1999م.

3- انظر: "**تلخيص الأصول**"، حافظ ثناء الله الزاهدي، (ص: 30)، مركز المخطوطات والتراث والوثائق، الكويت، ط: الأولى، 1414هـ- 1994م، "**أصول الفقه الذي لا يسع الفقيهَ جهلُه**"، عياض بن نامي السلمي، (ص: 59)، دار التدمرية، الرياض- السعودية، ط: الأولى، 1426 هـ- 2005م.

4- انظر: "**المدخل الفقهي العام**"، (664/2).

5- "**تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**"، عثمان بن علي الزيلعي، (44/4)، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة- مصر، ط: الأولى، 1313هـ.

- وعرف عبدُ العزيز البخاري الفاسدَ بقوله: "**وعندنا هو قسم ثالث مغاير للصحيح والباطل؛ وهو ما كان مشروعا بأصله غير مشروع بوصفه**".

- ثم عرف الصحة والباطل والفاسد فقال: "**واعلم أن الصحة عندنا قد يطلق أيضا على مقابلة الفاسد، كما يطلق على مقابلة الباطل؛ فإذا حكمنا على شيء بالصحة فمعناه: أنه مشروع بأصله ووصفه جميعا، بخلاف الباطل؛ فإنه ليس بمشروع أصلا، وبخلاف الفاسد فإنه مشروع بأصله دون وصفه**".[1]

فالفرق بين الفاسد والباطل: أنهما عند الجمهور بمعنى واحد، وهو: ما لا يترتب عليه أثره، وعند الحنفية يفرق بينهما بأن الفاسد: ما شرع بأصله ولم يشرع بوصفه، والباطل: ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه، فمثال الفاسد عندهم: العقود الربوية، فإذا باع رشيدٌ من رشيد درهما بدرهمين فالعقد فاسد وليس بباطل، ومثال الباطل عندهم: إذا باع حَمْل الحمل الذي في بطن ناقته، أو باع الدم بدراهم، فالعقد باطل في الصورتين؛ لأن الخلل في المبيع، فحمْل حمل الناقة معدوم، والدم نجس.

وبين العقدين -عندهم- فرق كبير؛ فإن العقد الفاسد إذا اتصل بالقبض يفيد الملك الخبيث، والباطل لا يفيد شيئا، والعقد الفاسد يمكن إصلاحه برد الزيادة إذا كانت هي سببَ الفساد؛ فيكون الباقي حلالا طيبا، أما الباطل فهو لغو لا فائدة فيه ولا يمكن إصلاحه.

تنبيهات: - وقع التفريق بين الفاسد والباطل عند الشافعية في عقد الكتابة، فجعلوا منها فاسدا وباطلا، وفرقوا بينهما، ووقع مثل ذلك عند الحنابلة في النكاح ففرقوا بين العقد الفاسد والباطل؛ فجعلوا الباطلَ ما اختل ركنه: ككون الزوجة معتدة، والفاسدَ: ما اختل شرطه كالنكاح بلا ولي.

- الصحة والفساد جعلهما الرازي وأتباعه من الأحكام التكليفية، وقالوا الصحة ليست شيئا زائدا على الاقتضاء والتخيير، بل هي راجعة إلى واحد من الأحكام التكليفية الخمسة.

وجعلها ابن الحاجب من الأحكام العقلية لا من الأحكام الشرعية.[2]

ثانيا: الألفاظ ذات الصلة بالبطلان

1- **الفساد**: الفساد نقيض الصلاح، وفساد العبادة بطلانها، فالفساد مرادف للبطلان عند الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) فكل من الباطل والفاسد يطلق على الفعل الذي يخالف وقوعُه الشرعَ، ولا تترتب عليه الآثار، ولا يسقط القضاء في العبادات.

1- "**كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**"، (259/1).

2- انظر: "**أصول الفقه الذي لا يسع الفقيهَ جهلُه**"، (ص: 59-61).

وهذا في الجملة، ففي بعض أبواب الفقه يأتي التفريق بين البطلان والفساد، كالحج والعارية والكتابة والخلع[1]؛ قال الزركشي: "واعلم أن أصحابنا فرقوا بين الفاسد والباطل في مواضع: **أولها**، و**ثانيها**: **الخلع** و**الكتابة**، فالباطل منهما ما كان على غير عوض مقصود كالميتة، أو رجع إلى خلل في العاقد كالصغر والسفه، والفاسد خلافه، وحكم الباطل أن لا يترتب عليه مال، والفاسد يترتب عليه العتق والطلاق، ويرجع الزوج بالمهر والسيد بالقيمة، و**ثالثها**: **الحج**؛ يبطل بالردة ويفسد بالجماع، وحكم الباطل أنه لا يجب قضاؤه ولا يمضي، بخلاف الفاسد، وأما الفاسد ابتداء، فيتصور فيما إذا أحرم بالعمرة ثم جامع، ثم أدخل عليها الحج، فالأصح أنه ينعقد فاسدا، وقيل: صحيحا، وقيل: لا ينعقد، وأما إذا أحرم مجامعا فينعقد فاسدا أيضا على الأصح، و**رابعها**: **العارية**؛ فقد حكى الغزالي في الوسيط في صحة إعارة الدراهم والدنانير خلافا، ثم قال فإن أبطلناها ففي طريق أهل العراق أنها مضمونة، لأنها إعارة فاسدة، وفي طريق المَرَاوِزة أنها غير مضمونة؛ لأنها غير قابلة للإعارة فهي باطلة، كذا حصرها جماعة في هذه الأربعة، وهو ممنوع بل يجري ذلك في سائر العقود"[2].

ويقول السيوطي: القاعدة الرابعة: الباطل والفاسد عندنا مترادفان، إلا في الكتابة والخلع، والعارية، والوكالة، والشركة، والقراض، وفي العبادات: في الحج، فإنه يبطل بالردة، ويفسد بالجماع ولا يبطل، قال الإمام في الخلع: كل ما أوجب البينونة وأثبت المسمى، فهو الخلع الصحيح، وكل ما أسقط الطلاق بالكلية، أو أسقط البينونة، فهو الخلع الباطل، وكل ما أوجب البينونة من حيث كونه خلعا، وأفسد المسمى، فهو الخلع الفاسد.

وفي الكتابة الصحيحة: ما أوقعت العتق، وأوجبت المسمى؛ بأن انتظمت بأركانها وشروطها، والباطلة: ما لا توجب عتقا بالكلية، بأن اختل بعض أركانها، والفاسدة: ما أوقعت العتق، وتوجب عوضا في الجملة، بأن وجدت أركانها ممن تصح عبارته ووقع الخلل في العوض، أو اقترن بها شرط مفسد، ونظير هذه القاعدة: الواجب والفرض عندنا مترادفان؛ إلا في الحج فإن الواجب يجبر بدم، ولا يتوقف التحلل عليه، والفرض بخلافه"[3].

1- انظر: "**الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية**"، (ص: 286)، "**تشنيف المسامع بجمع الجوامع**"، مُحَمَّد بن عبد الله الزركشي، (186/1)، تحقيق: سيد عبد العزيز- عبد الله ربيع، مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث، ط: الأولى، 1418هـ - 1998م.

2- انظر: "**البحر المحيط في أصول الفقه**"، (2/26-27).

3- انظر: "**الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية**"، (ص: 286-287).

ويقول ابن اللحام الحنبلي: "البطلان والفساد مترادفان عندنا وعند الشافعية، وقال أبو حنيفة إنهما متباينان فالباطل عنده ما لم يشرع بالكلية كبيع المضامين والملاقيح[1]، والفاسد ما شرع أصله ولكن امتنع لاشتماله على وصف محرم كالربا؛ إذا تقرر هذا، فذكر أصحابنا مسائل فرقوا فيها بين الفاسد والباطل ظن بعض المتأخرين أنها مخالفة للقاعدة، والذي يظهر والله أعلم أن ذلك ليس بمخالفة للقاعدة، وبيانه أن الأصحاب إنما قالوا: البطلان والفساد مترادفان، في مقابلة قول أبي حنيفة حيث قال: ما لم يشرع بالكلية هو الباطل، وما شرع أصله وامتَنع لاشتماله على وصف محرم هو الفاسد.

فعندنا كل ما كان منهيا عنه إما لعينه أو لوصفه ففاسد وباطل، ولم يفرق الأصحاب في صورة من الصورتين بين الفاسد والباطل في المنهي عنه، وإنما فرقوا بين الفاسد والباطل في مسائل الدليل.

منها: إذا أحرم الواطىء حال وطئه هل ينعقد إحرامه أم لا؟ كلام أبي البركات صريح في انعقاده، وقال بعض أصحابنا في مسألة البيع الفاسد: إنه لا يجب مُضِيه فيه، فدل على أنه لا ينعقد فيكون باطلا، ولو جامع قبل التحلل الأول فسد حجه، وحُكم الباطل لا يجب المضي فيه، والفاسد يجب المضي فيه.

ومنها الكتابة؛ فإنه إذا كاتب من لا يصح العقد منه فإنها تكون كتابة باطلة، ولا يترتب عليها العتق وسواء كان السيد أو العبد.

وقال القاضي: إذا كاتب عبدَه الطفلَ المجنونَ فإنه يعتق بالأداء، والمذهب خلافه، وكذا لو كاتبه على عوض غير منجم فالعقد باطل، وقيل: أن الكتابة تصير فاسدة ولا تبطل من أصلها، وأما إذا كاتبه بعوض مجهول فهي فاسدة ولا تبطل من أصلها"[2].

أما عند الحنفية، فالفساد يباين البطلان بالنسبة للمعاملات، فالبطلان عندهم: مخالفة الفعل للشرع لخلل في ركن من أركانه أو شرط، وخالفوا هذا الأصل في بعض المسائل؛ فيكون الباطل والفاسد مترادفين، وذلك في العبادات وعقد النكاح: قال ابن نجيم: "الباطل والفاسد عندنا في العبادات مترادفان، وفي النكاح كذلك."[3]

وقال الشارح الحموي: "قوله: وفي النكاح كذلك؛ يعني: أن الباطل والفاسد في باب النكاح مترادفان؛ لأن ثبوت الملك في باب النكاح مع المنافي، وإنما يثبت ضرورة تحقق المقاصد من حل

1- **بيع المضامين**: بيع ما في أصلاب الفحول من ماء، و**بيع الملاقيح**: بيع ما في الأجنة دون الأمهات، انظر: "**المغني**"، (312/4).

2- انظر: "**القواعد والفوائد الأصولية وما يتبعها من الأحكام الفرعية**"، علي بن مُحَمَّد بن اللحام، (ص: 152)، تحقيق: عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، ط: 1420 هـ - 1999 م.

3- انظر: "**الأشباه والنظائر**" لابن نجيم، (ص: 191).

الاستمتاع للتوالد والتناسل، فلا حاجة إلى عقد لا يتضمن المقاصد فلا يثبت الملك، فإن قلت: فإذا كان باطلًا، كيف ترتب عليه الأحكام كثبوت النسب ووجوب العدة وسقوط الحد وغيرها؟ قلتُ: لتحقق شبهة العقد؛ فإن هذه الأحكام مما تثبت بالشبهات، كذا في حواشي فصول البدائع.[1]

قال الفناري: "ككون النكاح مما لا يسقط بالشبهات، بل يثبت بها"[2].

2- الفسخ - الانفساخ

يتفق البطلان والفسخ في أثرهما؛ حيث يترتب على كل منهما عامة زوال العقد بأثر رجعي يستند إلى وقت إبرامه، لكنهما يختلفان اختلافًا أساسيا في جوهرهما.

فالفسخ يطلق في الاصطلاح ويراد به على ما قال الكاساني: "**فسخ العقد هو رفعه من الأصل وجعله كأن لم يكن**"[3]، وقال ابن نجيم بأن الفسخ : "**هو حل ارتباط العقد**".[4]

وعرفه ابن قدامة بأنه: "**رفع للعقد من حينه لا من أصله**"[5].

أما البطلان فوصف يلحق العقد بسبب عدم مراعاة أحكام القانون في تكوينه، ومؤداه أن العقد ينهار من أساسه، تبعًا لانهيار ركن من أركانه، ويعتبر العقد كأن لم يكن.

فالفسخ يلحق عقدا قام صحيحا وتولد عنه التزامات لطرفيه، ولعدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزاماته كان للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد، فإذا ما أُجيب لطلبه انحل العقد واعتبر نتيجةَ انحلاله كأن لم يكن.

وهكذا يظهر الفارق بين البطلان والفسخ في اعتبار أن العقد الباطل لم يقم أصلًا؛ بسبب اختلال ركنٍ من أركانه، في حين أن العقد المفسوخ أركانه سليمة مستوفية لشروطها، فينشأ العقد صحيحا وينتج آثاره، ولكنه انحل بعد ذلك لعدم تنفيذ هذه الآثار أو بعضها، ويكون انحلاله هذا مزيلا له بأثر رجعي.

ويمكن إجمال الفرق بينهما فيما يلي:

1- "**غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر**"، أحمد بن مُحَمَّد مكي الحموي، (439/3)، دار الكتب العلمية، ط: الأولى، 1405هـ- 1985م.

2- "**فصول البدائع في أصول الشرائع**"، مُحَمَّد بن حمزة الفناري، (358/2)، تحقيق: مُحَمَّد حسين مُحَمَّد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط: الأولى، 2006 م- 1427هـ.

3- انظر: "**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**"، (295/2).

4- انظر: "**الأشباه والنظائر**" لابن نجيم، (ص: 192).

5- انظر: "**المغني**"، (111/4).

1- **من حيث التوقيت الذي ينشأ في السبب المؤدي إلى كل منهما:** فالسبب المؤدي إلى البطلان ينشأ مقارِنا لمرحلة الانعقاد ومصاحبًا لها، إذ يتعلق بأركان العقد أو شروط صحته؛ أي أن سبب البطلان يولد مع ميلاد العقد؛ أما الفسخ فلا ينشأ سببه المؤدي إلى انحلال العقد إلا بعد قيام العقد صحيحا في مرحلة التنفيذ، فالفسخ لا يتعلق بتكوين العقد ونشأته، وإنما يرجع إلى أسباب طرأت على العقد بعد وجوده صحيحا.

2- **من حيث سبب كل منهما:** يختلف البطلان عن الفسخ من جهة السبب الذي يؤدي إلى حدوث كليهما؛ فسبب البطلان تخلفُ ركن من أركان العقد أو اختلالُه، أمَّا سبب الفسخ فليس لعيب الانعقاد، بل لخلل في التنفيذ، يُحدثه أحدُ المتعاقدين بعدم تنفيذ التزاماته، فعدم التنفيذ الموجب للفسخ يعتبر واقعة خارجية لا تدخل في بناء العقد، بخلاف العيب المؤدي إلى البطلان؛ فهو متعلق ببنيان العقد ذاته.

3- **من حيث نطاق تطبيق كل منهما:** يختلف الفسخ عن البطلان في أن الفسخ لا يكون إلا في العقود الملزمة للجانبين، بعد أن يكون قد نشأ صحيحا وترتبت عليه الآثار القانونية كلها منذ تكوينه، وبالتالي فالعقد قبل أن يرد عليه الفسخ عقد صحيح في جميع جوانبه؛ في حين أن البطلان في جميع صوره يرد على عقود لم تنشأ منذ إبرامها نشأة سليمة؛ فهو معاصر لتكوينه من حيث وجوده.

4- **من حيث السلطة التقديرية للقاضي في كل منهما:** الحكم بفسخ العقد خاضع للسلطة التقديرية للقاضي؛ فقد يحكم القاضي بفسخ العقد، وربما لا يحكم به، أمَّا العقد القابل للإبطال فيحكم به القاضي متى طلبه العاقد صاحب المصلحة؛ لأن البطلان يرجع إلى عيب في ركن من أركان العقد، أما الفسخ فإن أركان العقد سليمة مستوفية لجميع شرائط إنشاء العقد، إلا أنه بسبب عدم تنفيذ أحد المتعاقدين التزامه يفسخ العقد.

فالعقد الباطل لا تلحقه الإجازة؛ إذ الإجازة لا تلحق إلا العقد الصحيح الموقوف عند من يرى صحة العقد الموقوف؛ بخلاف العقد الباطل فإنه غير منعقد أصلًا، ومعدوم لا وجود له ولا تلحقه الإجازة.

5- **من حيث حاجة العقد إلى حكم قضائي:** لا يحتاج العقد الباطل إلى فسخ؛ إذ هو منقوض من أصله، كما أنه لا يحتج به أمام القضاء، ولا يحتاج إلى حكم حاكم لنقضه؛ لأن فسخ العقد يقع على العقد المنعقد الموجود، والباطل غير منعقد لعدم وجوده أصلا، فكان كالمعدوم.

نخلص من ذلك إلى أن البطلان والفسخ وإن اشتركا في أثرهما والغاية التي يقصدانها؛ إلا أنهما يختلفان في مبناهما وحقيقتهما.[1]

3- عدم النفاذ

- **النفاذ في اللغة:** نَفَذَ الشيءُ ينفُذ نُفوذاً ونَفاذاً، والنفاذ جواز الشيء والخلوص منه، ورجل نافذ ونَفوذ ونَفَّاذ؛ ماض في جميع أموره، وأمره نافذ؛ أي مطاع، ونفذ السهم الرمية ونفذ فيها: خالط جوفها ثم خرج طرفه من الشق الآخر، ونفذ الشيء: مضى، صار معمولا به، ووقع وتحقق.[2]

- **عدم النفاذ في الاصطلاح:** كثيرًا ما يقع الخلط بين بطلان العقد وبين عدم نفاذه؛ أي عدم سريانه في حق شخص من الأشخاص، والأمران مختلفان تمامًا، فالبطلان يمَسُّ العقد في ذات وجوده ويحيله عدمًا، أما عدم النفاذ أو عدم السريان فمعناه أن العقد لا ينتج أثرًا ما في مواجهة شخص أو أشخاص معينين، دونما اعتبار لما إذا كان هو في ذاته صحيحًا أو باطلًا.

فقد يكون العقد صحيحًا في ذاته ولكنه لا يسري في حق الغير؛ أي أنه لا ينفذ في مواجهتهم، بل إن هذا الحكم هو الذي تمليه القواعد العامة في نسبية آثار العقد؛ أي أن العقود لا تنفع ولا تضر غير عاقديها، فالبطلان يُعدم العقد ويمنعه من إنتاج آثاره بين عاقديه أساسًا، وعدم السريان يجعل العقد غير نافذ في حق الغير، فعدم السريان يُثار بالنسبة للأجنبي.

فمثلًا إذا كان العقد يخضع لإجراءات التشهير بقصد إعلام الغير، وأهمل الطرفان هذا الإجراء الجوهري، فإن هذا العقد لا يبطل؛ أي أنه لا ينتج آثاره بين عاقديه، كل ما في الأمر أنه لا يحق لهم الاحتجاج به على الغير، وكذلك ما يتعلق بالعقد الصوري؛ فهو صحيح ومنتج لآثاره بين طرفيه، ولكن لا يسري في مواجهة الغير.

فإذا أجر شخص مثلًا دارًا يملكها غيرُه لثالثٍ، فالإيجار برغم وقوعه على ملك الغير صحيح في العلاقة بين عاقديه، وهو ينتج بالتالي آثاره بينهم؛ لكنه لا ينفذ في مواجهة المالك الحقيقي ما لم يقره، وإذا باع شخص ملك غيره، فالبيع صحيح بين عاقدين ومنتج آثاره بينهما؛ ولكنه لا ينفذ في مواجهة المالك الحقيقي ما لم يقره.

وإذا أبرم النائب باسم الأصيل عقدًا تجاوز به حدود نيابته، فإن العقد يقع غير نافذ في حق الأصيل ما لم يقره؛ لاعتباره معقودًا من غير ذي صفة، فالعقد ينتج آثاره فيما بين العاقدين ولكنه يكون

1- انظر: "**بطلان العقد في الفقه الإسلامي والقانون السعودي**"، مُحَمَّد إبراهيم القاسم، (ص: 2113-2114)، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون، الدقهلية – مصر، مج 22، ع: 03.

2- انظر: "**لسان العرب**"، (514/3)، "**معجم اللغة العربية المعاصرة**"، (2249/3).

موقوفَ الأثر بالنسبة إلى الغير، فإذا ما أقره نفذ في حقه، وهذا يقابل في حدود معينة العقدَ الموقوف في الفقه الإسلامي.

4- **الانحلال: الانحلال لغة:** الانفكاك، انحل الشيء: انفك، وألغيت شرعية وجوده وانفكت روابطه[1]، وفي دستور العلماء: الانحلال: بطلان الصورة[2].

والانحلال عند الفقهاء بمعنى البطلان، والانفكاك، والانفساخ.

الفرع الثاني: أثر البطلان ومقتضاه

أولا: الآثار المترتبة على البطلان:

البطلان: وهو ما يقابل معنى الصحة؛ فله معنيان:

أحدهما: أن يراد به عدم ترَتب آثار العمل عليه في الدنيا؛

- **ففي العبادات:** تكون غيرَ مُجزئة، ولا مبرئة للذمة، ولا مسقطة للقضاء، فقد تكون المخالفة راجعة إلى نفس العبادة كالصلاة من غير نية، أو ناقصة ركعة أو سجدة، أو نحو ذلك مما يُخل بها من الأصل، وقد تكون راجعة إلى وصف خارجي مُنفك عن حقيقتها وإن كانت مُتصفة به؛ كالصلاة في الدار المغصوبة مثلا.

- **وفي المعاملات:** إنها باطلة، بمعنى عدم حصول فوائدها بها شرعا من حصول أملاك، واستباحة فروج، وانتفاع بالمطلوب.

الثاني: أن يراد بالبطلان عدم ترتب آثار العمل عليه في الآخرة، وهو الثواب، ويُتصور ذلك في العبادات والمعاملات؛

- **ففي العبادات:** كالمتعبد رئاء الناس؛ فإن تلك العبادة غير مجزئة ولا يترتب عليها ثواب.

- **وفي المعاملات:** كالمتصدق بالصدقة يتبعها بالمن والأذى، وقد قال تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُبْطِلُوا صَدَقَاتِكُمْ بِالْمَنِّ وَالْأَذَى كَالَّذِي يُنْفِقُ مَالَهُ رِئَاءَ النَّاسِ**﴾ [البقرة: 264].[3]

1- انظر: "**لسان العرب**"، (514/3)، "**معجم اللغة العربية المعاصرة**"، (549/1).

2- انظر: "**جامع العلوم في اصطلاحات الفنون (دستور العلماء)**"، (133/1).

3- انظر: "**الموافقات**"، (452/1-456)، بتصرف.

ثانيا: هل النهي يقتضي الفساد؟

هذه المسألة من المسائل الكبيرة في أصول الفقه، وقد اعتنى بها العلماء عناية كبيرة حتى إن بعضهم لا يذكر في باب النهي إلا هذه المسألة.

وقد أفردها العلائي بمؤلف مستقل سماه: "**تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد**".

وعليه؛ بناء على ما سبق من الخلاف في البطلان عند الحنفية والجمهور، وأن الحنفية قد يسمون الفعل أو العقد فاسداً، ولكنهم لا يعدونه باطلا من كل وجه، وإنما يرتبون عليه آثاره أو بعضها؛ لأنهم يفرقون بين الفساد والبطلان.

وأما الجمهور فحيث أطلقوا الفساد في هذه المسألة فإنهم يريدون البطلان، وعدم ترتب آثار الفعل عليه سواء أكان عبادة كالصوم والصلاة، أم عقدا كالبيع والإجارة، أم إيقاعاً كالطلاق والعتاق.

محل النزاع في المسألة: أطلق بعض العلماء محل النزاع وأدخل فيه كل نهي سواء حمل على التحريم أم على الكراهة، وقيده بعضهم بأن يكون النهي للتحريم.

وأخرج بعض العلماء النهي عن العبادات وزعم الاتفاق على أن النهي عنها يقتضي بطلانها.

وقسم بعضهم النهي ثلاثة أقسام:

أ- **النهي عن الشيء لعينه:** وهذا لا يختلفون في أنه يقتضي فساد المنهي عنه، ومثلوه بالنهي عن بيع الكلب، والنهي عن بيع النجاسات.

ب- **النهي عن الشيء لوصف ملازم له:** وهذا فيه الخلاف بين الحنفية والجمهور، كالنهي عن البيوع الربوية وبيوع الغرر.

جـ- **النهي عن الشيء لأمر خارج:** مثل النهي عن الغصب هل يقتضي فساد الصلاة في الدار المغصوبة؟ وهل يقتضي بطلان صلاة المتوضئ بالماء الغصوب؟ وبعضهم يمثله بالنهي عن البيع بعد نداء الجمعة الثاني، وقالوا: إن الخلاف في القسم الثاني دون الأول والثالث.[1]

والظاهر أن الخلاف جارٍ في القسمين الأخيرين، وأما القسم الأول فقد اتفقوا على أنه يقتضي البطلان، ولكن الإشكال يحصل في حد المنهي عنه لعينه، فإنهم لم يذكروا له حداً يتميز به، ولهذ فإنهم يختلفون عند التطبيق، فقد يقول قائل إن الربا منهي عنه لعينه، وينازعه الآخر ويقول، بل هو منهي

1- انظر: "**بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب**"، محمود بن عبد الرحمن الأصفهاني، (97/2)، تحقيق: محمد مظهر بقا، دار المدني، المدينة المنورة- السعودية، ط: الأولى، 1406هـ - 1986م، "**شرح الورقات في أصول الفقه**"، (ص: 117-119).

عنه لوصفه. ويمثل الفقهاء كذلك بمسألة النهي عن الصلاة في الأماكن السبعة[1]، والبيع على بيع أخيه، وصيام يومي العيدين، ونحو ذلك؛ لورود النهي عن هذه الأشياء.

الفرع الثالث: مسائل وتطبيقات:

أولا: حكم بيع العصير أو العنب لمن يتخذه خمرا: ذهب الحنفية والشافعية، والحنابلة في وجه: إلى صحة هذا البيع، وعلله الشافعية بأن النهي – المستفاد من حديث لعن العاصر وإن كان يقتضي الكراهة أو التحريم؛ لأن البيع سبب لمعصية متحققة أو متوهمة – لا يقتضي البطلان هنا، لأنه راجع إلى معنى خارج عن ذات المنهي عنه وعن لازمها، لكنه مقترن به، نظير البيع بعد نداء الجمعة، فإنه ليس لذاته لا لازمها، بل هو لخشية تفويتها.[2]

وذهب المالكية إلى: أنه يجبر المشتري على إخراجه من ملكه، من غير فسخ للبيع.

وفي الشرح الكبير للدسوقي أنه يمنع -أي المسلم- أيضا بيع التوراة والإنجيل لهم لأن فيها إعانة لهم على ضلالهم، واعلم أنه كما يمنع بيع ما ذكر لهم تمنع أيضا هبته لهم، والتصدق به عليهم، و(قوله: كبيع جارية لأهل الفساد)؛ أو بيع أرض لتتخذ كنيسة أو خمارة، والخشبة لمن يتخذها صليبه، والعنب لمن يعصره خمرا والنحاس لمن يتخذه ناقوسا، وكذا يمنع أن يباع للحربيين آلة الحرب من سلاح أو كراع أو سرج وكل ما يتقون به في الحرب من نحاس أو خباء أو ماعون، ويجبرون على إخراج ذلك، وأما بيع الطعام لهم فقال ابن يونس عن ابن حبيب يجوز في الهدنة، وأما في غير الهدنة فلا يجوز، والذي في المعيار عن الشاطبي أن المذهب المنع مطلقا وهو الذي عزاه ابن فرحون في التبصرة وابن جزي في القوانين، وذكر في المعيار أيضا عن الشاطبي أن بيع الشمع لهم ممنوع إذا كانوا يستعينون به على إضرار المسلمين، فإن كان لأعيادهم فمكروه، (قوله: وأجبر المشتري من غير فسخ للبيع على

1- **مواطن ورد الشرع بالنهي عن الصلاة فيها: أحدها: المزبلة والمجزرة**؛ والنهي فيهما لنجاسة الموضع، فلو فرش ثوبا أو بساطا طاهرا، صحت صلاته، ولكن تكره بسبب النجاسة تحته. **الثاني: قارعة الطريق**، للنهي عنها معنيان: أحدهما: غلبة النجاسة، والثاني: اشتغال القلب بسبب مرور الناس. **والثالث: بطن الوادي**؛ والنهي عنه للخوف السالب للخشوع، بسبب سيل يتوقع، فإن لم يتوقع سيل فيحتمل أن يقال لا كراهة، ويحتمل الكراهة لمطلق النهي، والصواب ما ذكره الشافعي رحمه الله، فإنه يكره الصلاة في واد خاص، وهو الذي نام فيه رسول الله ﷺ ومن معه عن الصبح حتى فاتت، وقال: (اخرجوا بنا من هذا الوادي) وصلى خارجه. **الرابع: الحمام**؛ قيل: سبب النهي كثرة النجاسة والوسخ، وقيل: لأنه مأوى الشيطان. **الخامس: ظهر الكعبة. السادس: أعطان الإبل. السابع: المقبرة**؛ وتكره الصلاة فيها بكل حال، ثم إن كانت غير منبوشة، أو بسط عليها طاهرا صحت صلاته، وإن علم أن موضع صلاته منبوش لم تصح، وإن شك في نبشه، صحت على الأظهر، ويكره استقبال القبر في الصلاة. انظر: "**روضة الطالبين وعمدة المفتين**"، (1/277-278).

2- انظر: "**تحفة المحتاج في شرح المنهاج**"، أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي، (4/309)، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة- مصر، ط: 1357هـ- 1983 م.

إخراجه)؛ هذا هو المشهور كما قال المازري: وهو مذهب المدونة، ومقابله أنه يفسخ البيع إذا كان المبيع قائما، ونسبه سحنون لأكثر أصحاب مالك، قال ابن رشد: والخلاف مقيد بما إذا علم البائع أن المشتري كافر، أما إذا ظن أنه مسلم، فإنه لا يفسخ بلا خلاف، ويجبر على إخراجه من ملكه ببيع ونحوه.[1]

أما الحنابلة فنصوا على: أنه إذا ثبت التحريم، بأن علم البائعُ قصدَ المشتري الخمرَ بشراء العنب، بأي وجه حصل العلم، فالبيع باطل، وذلك لأنه عقد على عين لمعصية الله تعالى بها فلم يصح، ولأن التحريم هنا لحق الله تعالى فأفسد العقد، كبيع درهم بدرهمين.[2]

ثانيا: حكم بيع ما يقصد به فعل محرم: ذهب الجمهور (الحنفية والمالكية والشافعية) وهو أيضا احتمال عند الحنابلة إلى: أن البيع صحيح، لأنه لم يفقد ركنا ولا شرطا.

غير أن المالكية نصوا مع ذلك، في مسألة بيع السلاح، على إجبار المشتري على إخراجه عن ملكه، ببيع أو هبة أو نحوهما، من غير فسخ للبيع.

يقول الدسوقي: يمنع أن يباع للحربيين آلة الحرب، من سلاح أو كراع أو سرج، وكل ما يتقوون به في الحرب، من نحاس أو خباء أو ماعون، ويجبرون على إخراج ذلك.

كما نص القليوبي من الشافعية، على أن من باع أمة لمن يكرهها على الزنى، ودابة لمن يحملها فوق طاقتها، فللحاكم أن يبيع هذين على مالكهما قهرا عليه.

ومذهب الحنابلة أن هذا البيع باطل، لأنه عقد على عين لمعصية الله تعالى بها، فلم يصح.

ثالثا: حكم الصلاة في الأرض المغصوبة: قال الشيخ مُحَمَّد الأمين الشنقيطي: إيضاح ذلك أن المصلي في الدار المغصوبة إذا قام إلى الصلاة شغل بجسمه الفراغ الذي هو كائن فيه، وشُغله الفراغَ المملوكَ لغيره بجسمه تعديا غصبٌ؛ فهو حرام، فلا يمكن أن يكون قربة لامتناع كون الواحد بالعين واجبا حراما قربة ومعصية لاستحالة اجتماع الضدين في شيء واحد من جهة واحده؛ فيلزم بطلان الصلاة المذكورة، ومنع هذا القائلون بصحة الصلاة في الأرض المغصوبة وهم الجمهور، وقالوا: الصلاة في الأرض المغصوبة فعل له جهتان، والواحد بالشخص يكون له جهتان؛ هو طاعة من إحداهما، ومعصية من إحداهما، فالصلاة في الأرض المغصوبة من حيث هي صلاة (قربة)، ومن حيث هي غصب معصية، فله صلاته وعليه غصبه، فيقول من قال ببطلانها: الصلاة في المكان المغصوب ليست

1- "**حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**"، (7/3).

2- انظر: "**المغني**"، (168/4)، "**المنح الشافيات بشرح مفردات الإمام أحمد**"، منصور بن يونس البهوتي، (422/1)، تحقيق: عبد الله بن مُحَمَّد المطلق، دار كنوز إشبيليا، الرياض- السعودية، ط: الأولى، 1427 هـ - 2006م.

من أمرنا؛ فهي رد، للحديث الصحيح: «**مَنْ أَحْدَثَ فِي أَمْرِنَا هَذَا مَا لَيْسَ مِنْهُ فَهُوَ رَدٌّ**»[1]، فيقول خصمه الصلاة في نفسها من أمرنا فلست برد، وإنما الغصب هو الذي ليس من أمرنا فهو رد.

واعلم أن حاصل أقوال العلماء في الصلاة في المكان المغصوب أربعة مذاهب:

الأول: أنها باطلة يجب قضاؤها، وهو أصح الروايتين عن الأمام أحمد رحمه الله.

الثاني: أنها باطلة ولا يجب قضاؤها لأن النهى يقتضى البطلان ولأن السلف لن يكونوا يأمرون بقضاء الصلاة في المكان المغصوب، وممن قال به الباقلاني والرازي، ولا يخفى بعده.

الثالث: أنها صحيحة، وهي رواية أخرى عن أحمد، وعليه الجمهور منهم مالك والشافعي وأكثر أهل العلم، وأكثرهم على أنها صحيحة لا أجر فيها كالزكاة اذا أخذت منه قهرا.

الرابع: أنها صحيحة وله أجر صلاته وعليه إثم غصبه؛ وهذا أقيس.[2]

رابعا: حكم بيع الحاضر للبادي: المنصوص عن الإمام أحمد وظاهر المذهب عدم صحة هذا البيع وبطلانه، لما فيه من الضرر على أهل البلد؛ حيث سئل الإمام عن الحضري يبيع للبدوي؛ فقال: أكره ذلك، وأرد البيع في ذلك، ويشترط-على هذه الرواية- لعدم صحة البيع ثلاثة شروط:

- **الأول**: أن يكون الحاضر قصد البادي، ليبيع له سلعته.
- **الثاني**: أن يكون البادي جاهلًا بسعر السلعة في السوق يومَها.
- **الثالث**: أن يكون البادي جالبًا للسلعة يريد بيعها، والناس في حاجة إلى سلعة البادي.

وهناك رواية ثانية: وهي احتمال البيع صحيح، نقل ذلك عن الإمام أحمد؛ حيث سئل عن بيع حاضر لبادٍ فقال: لا بأس به، فقيل له: فالخبر الذي جاء بالنهي؟ قال: كان ذلك مرة.

واختلفت الرواية في البيع على بيع أخيه: فروي عنه ما يدل على البطلان؛ لما فيه من الضرر بأخيه.[3]

1- رواه البخاري، كتاب الصلح، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود، (2697)، ومسلم، كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة، ورد محدثات الأمور، (1718).

2- انظر: "**مذكرة في أصول الفقه**"، (ص: 28-29).

3- انظر: "**العدة في أصول الفقه**"، مُحَمَّد بن الحسين ابن الفراء، (447/2)، تحقيق: أحمد بن علي المباركي، ط: الثانية 1410 هـ- 1990م، "**المغني**"، (161/4)، "**شرح الزركشي على مختصر الخرقي**"، مُحَمَّد بن عبد الله الزركشي، (197/5)، دار العبيكان، ط: الأولى، 1413 هـ- 1993م، "**الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**"، (331/4).

الموضوع السادس:
نظرية الولاية والأهلية

المطلب الأول: نظرية الأهلية

الفرع الأول: مفهوم الأهلية

أولا: تعريف الأهلية

1- **تعريف الأهلية لغة**: الأهلية مصدر صناعي لكلمة (أهل)، وأهل الرجل عشيرته وذوو قرباه ومن يجمعه وإياهم مسكن واحد، أو هم: من يجمعه وإياهم نسب أو دين، أو ما يجري مجراهما من صناعة وبيت وبلد، وأهل الأمر: ولاته، وهو أهل لكذا أي مستوجب ومستحق له، ولا يقال مستأهل، ومنه قوله تعالى: {**هُوَ أَهْلُ التَّقْوَى وَأَهْلُ الْمَغْفِرَةِ**} [المدثر: 56]، الواحد والجمع في ذلك سواء[1]، ومنه قول النبي ﷺ: «**أَهْلُ الْقُرْآنِ، هُمْ أَهْلُ اللَّهِ وَخَاصَّتُهُ**[2]»؛ فالله سبحانه أهل لأن يتقيَه عبادُه ويلتزموا طاعته وتقواه، وهو سبحانه أيضا أهل لأن يغفر لعباده إذا أنابوا إلى ربهم وتابوا إليه من ذنوبهم.[3]

2- **تعريف الأهلية اصطلاحا**: الأهلية في الاصطلاح الصلاحية، وقد عرفت بعدة تعريفات منها:

- عرفها عبد العزيز البخاري بأنها: "**صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه**"[4].

- وعرفها الشيخ الزرقا بمفهومها العام الشامل بأنها: "**صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلا صالحا لخطاب تشريعي**".[5]

- وعرفها الشيخ الزحيلي بقوله: "**هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق المشروعة له، ووجوبها عليه، وصحة التصرفات منه**"[6].

- كما عرفت بأنها: "**صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحا لأن تثبت له الحقوق، وتثبت عليه الواجبات، وتصح منه التصرفات**"[7]، وعليه؛ فالأهلية صلاحية الإنسان قانونا للوجوب والأداء، وعدم الأهلية وفقدانها: حرمان المرء من حق أو تصرف[8].

1- انظر: "**لسان العرب**"، (29/11-32)، "**تاج العروس من جواهر القاموس**"، (42/28).

2- رواه النسائي، كتاب فضائل القرآن، باب أهل القرآن، (7977).

3- انظر: "**التيسير في أحاديث التفسير**"، مُحَمَّد المكي الناصري، (338/6)، دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1405هـ- 1985م.

4- انظر: "**كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**"، (237/4).

5- "**المدخل الفقهي العام**"، (783/2).

6- انظر: "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (2960/4).

7- "**النظريات الفقهية**"، عمر مُحَمَّد جبه جي، (ص: 16)، الجامعة الإسلامية بمنيسوتا، كريمكناس 79 ناشرون، نسخة إلكترونية.

8- انظر: "**معجم اللغة العربية المعاصرة**"، (136/1).

ثانيا: أنواع الأهلية

من خلال تعريفات الأهلية السابقة يتضح أن هناك نوعين من الأهلية؛ أهلية وجوب، وأهلية أداء:

1- **أهلية الوجوب:** مما عرفت به أهلية الوجوب ما يلي:

- عرفها الشيخ الزرقا بقوله: "**صلاحية الشخص للإلزام والالتزام**[1]"؛ أي أن يكون الشخص صالحًا لأن يلزم له حقوق على غيره، ويَلزمُه حقوقٌ لغيره، وأن يكون صالحًا لأن يلتزم بهذه الأمور بنفسه.[2]

- وعرفها الشيخ الزحيلي بأنها: "**هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وتحمل الواجبات**".[3]

- كما عرفها بعضهم بقوله: "**صلاحية الإنسان لثبوت الحقوق له، ووجوب الحقوق عليه**"؛ فهي ذات جانبين؛ ثبوت الحقوق له، ووجوب الحقوق عليه، والأول يثبت للجنين، وكلاهما يثبت للإنسان بعد الولادة من غير احتياج إلى تمييز أو عقل.[4]

فأهلية الوجوب ثابتة لكل إنسان بوصفه إنسانا؛ ذكرا كان أم أنثى، جنينا كان أم طفلا أم مميزا أم بالغا، رشيدا أم سفيهًا، عاقلا أم مجنونا، صحيحا أم مريضا؛ لأنها مبنية على خاصة فطرية في الإنسان، فكل إنسان أيا كان له أهلية الوجوب، ولا يوجد إنسان عديم أهلية الوجوب؛ لأن أهليته للوجوب هي إنسانيته؛ فمناطها الإنسانية، ويستوي في ذلك الصغير والكبير.[5]

وخلاصة القول أن أهلية الوجوب تثبت للإنسان من وقت ميلاده، بل من وقت كونه جنينا إلى وقت موته، فإذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت الشخصية معها، وذلك كالجنين يولد ميتا.[6]

وبناء على هذا تنقسم الأهلية بدورها إلى قسمين؛

أ- **أهلية وجوب ناقصة:** وهي صلاحية الإنسان لأن تكون له حقوق، ولكن لا يصلح لأن يجب عليه شيء، كأهلية الجنين؛ فهي ثابتة له في بطن أمه، وبها كان أهلا لاستحقاق الإرث والوصية.

1- "**المدخل الفقهي العام**"، (785/2).

2- "**الوجيز في أصول الفقه الإسلامي**"، محمد مصطفى الزحيلي، (497/1)، دار الخير، دمشق-سوريا، ط: الثانية، 1427هـ-2006م.

3- "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (2888/4).

4- "**الصغير بين أهليه الوجوب و أهليه الأداء**"، محمود مجيد بن سعود الكبيسي، (ص: 60)، جامعة أم القرى، مكة- السعودية، سنة النشر: 1401هـ- 1981م.

5- انظر: "**علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع**"، عبد الوهاب خلاف، (ص: 128)، مطبعة المدني، [د.ب.ت]، "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (152/7).

6- "**المعاملات المالية أصالة ومعاصرة**"، (503/1).

إن أهلية الوجوب الناقصة تثبت للجنين في بطن أمه، فيكون أهلًا لأن تثبت له حقوق فقط، دون أن تترتب عليه واجبات، بشرط ولادته حيًا، فإن الجنين تثبت له حقوق أربعة لا تحتاج إلى قبول، وهي:

- حقه في النسب من أبويه وأسرته.
- حقه في الميراث من مورثه لتفرعه عن النسب.
- استحقاق الوصية، أي ما يوصى له به حال كونه جنينًا.
- استحقاق الوقف؛ أي ما يوقف عليه من قريب أو بعيد.

ولا تجب عليه لغيره واجبات أو التزامات.

ويترتب عليه أن الحقوق التي تحتاج إلى قبول كالشراء والهبة لا تثبت له؛ لأن الجنين ليست له عبارة، وكذلك لا تصح الهبة منه والصدقة والشراء له، فمن وهب له شيئًا أو اشتراه له من أب أو غيره، فلا يملكه، ولا يجب في ماله شيء من نفقة أقاربه المحتاجين.

والسبب في نقص أهلية الجنين اعتباران: اعتبار بأنه جزء من أمه، واعتبار بأنه نفس مستقلة، فبحسب الاعتبار الأول لم يجعل له ذمة كاملة صالحة لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات، وبالاعتبار الثاني جعلت له ذمة ناقصة تؤهله لاكتساب الحقوق فقط.

ونظرًا لأن وجود الجنين محتمل، فربما يولد حيًا أو ميتًا، فقد اشترط الفقهاء لاستحقاقه الحقوق المالية أن ينفصل حيًا، فلو انفصل ميتًا لم يكن الموصى به لورثته، والميراث الموقوف له من تركة مورثه يبقى على ذمة المورث الأصلي ويوزع لبقية الورثة، وعليه؛ فالجنين له ذمة ناقصة تؤهله لاكتساب بعض الحقوق فقط، وليست له ذمة كاملة صالحة لاكتساب الحقوق كلها والالتزام بالواجبات.[1]

ب- **أهلية وجوب كاملة:** وهي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق له، وثبوت الواجبات عليه، وهذه الأهلية تثبت للإنسان من ولادته إلى موته، فيرث ويورث، وتجب له النفقة، كما تجب في ماله.[2]

2- **أهلية الأداء:** وتُعرَّف بأنها: - "**صلاحية المكلف لأن تعتبر شرعا أقواله وأفعاله**".[3]

- وعرفت كذلك بأنها: "**صلاحية الإنسان لصدور الفعل عنه على وجه يعتد به شرعا**"[4].

1- "**مجلة مجمع الفقه الإسلامي**"، (ص: 1767)، ع: 12، "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (347/39).

2- "**القاموس المبين في اصطلاحات الأصوليين**"، محمود حامد عثمان، (ص: 77)، دار الزاحم، الرياض- السعودية، ط: الأولى، 1423هـ- 2002م.

3- "**علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع**"، (ص: 128).

4- "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (21/27).

فمناط هذه الأهلية التمييز؛ بحيث إذا صدر منه عقد أو تصرف كان معتبرا شرعا، وترتبت عليه أحكامه، وإذا صلى أو صام أو حج أو فعل أي واجب كان معتبرا شرعا ومسقطا عنه الواجب، وإذا جنى على غيره في نفس أو مال أو عرض أخذ بجنايته وعوقب عليها بدنيا وماليا، فأهلية الأداء هي المسؤولية وأساسها في الإنسان التمييز بالعقل[1]؛ أي مناط أهلية الأداء العقل والتمييز.

فأهلية الأداء صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه (أو لممارستها ومباشرتها) على وجه يعتد به شرعا، وهي ترادف 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.

وأهلية الأداء نوعان: ناقصة وكاملة؛

أ- أهلية الأداء الناقصة: وهي صلاحية الإنسان لصدور بعض التصرفات دون بعض، ومناط هذه الأهلية هو التمييز حتى يبلغ الانسان عاقلا.

ب- أهلية الأداء الكاملة: وهي صلاحية الإنسان لصدور الأفعال منه على وجه يُعتَدّ به شرعا، وتثبت هذه الأهلية للبالغ الرشيد؛ فيكون صالحا لإبرام جميع التصرفات من غير توقف على إجازة غيره.[2]

ثالثا: الألفاظ ذات الصلة بالأهلية: من المصطلحات التي يقرب معناها من الأهلية ما يلي:

1- **التكليف:** التكليف في اللغة: إلزام ما فيه كلفة[3].

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي، حيث عرف الأصوليون التكليفَ بأنه: "**إلزام ما فيه كلفة ومشقة**"[4]، وقيل: "**الدعاء إلى ما فيه كلفة ومشقة**".[5]

والعلاقة بين الأهلية وبين التكليف أن الأهلية وصف للمكلف الذي خوطب بالتكليف.

2- **الذمة:** الذمة في اللغة: العهد والضمان والكفالة والأمان، وجمعها ذِمام، وفلان له ذمة: أي حق[1]، وهي في الاصطلاح فعُرفت بأنها: "**معنى مقدر في المحل يصلح للإلزام والالتزام**".[2]

1- انظر: "**علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع**"، (ص: 128)، "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (21/27).

2- "**القاموس المبين في اصطلاحات الأصوليين**"، (ص: 77-78).

3- انظر: "**الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة**"، زكريا بن مُحَّد الأنصاري، (ص: 69)، تحقيق: مازن المبارك، دار الفكر المعاصر، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1411هـ، "**التوقيف على مهمات التعاريف**"، (ص: 107).

4- "**الأشباه والنظائر**"، للسبكي، (77/2).

5- انظر: "**رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب**"، عبد الوهاب بن علي السبكي، (561/1)، تحقيق: علي مُحَّد معوض- عادل أحمد عبد الموجود، عالم الكتب، لبنان- بيروت، ط: الأولى، 1999م- 1419هـ.

وعرفت كذلك بأنها: "**معنى شرعي مقدر في الإنسان قابل للإلزام والالتزام**".[3]

كما قيل بأنها: "**وصف يَصير الشخص به أهلا للإلزام والالتزام**".[4]

فلا 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 أن 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.[5]

وعليه؛ فالعلاقة بين الأهلية وبين الذمة أن الأهلية أثر لوجود الذمة؛ إذ الذمة من لوازم أهلية الوجوب؛ وهي ثابتة بناء على الذمة.[6]

الفرع الثاني: عوارض الأهلية

قد تعرض للإنسان أمور، وتطرأ عليه أحوال؛ فيكون لها تأثير في أهليته، وهذا ما يسمى بعوارض الأهلية، وعلمنا أن أهلية الوجوب مناطها الصفة الإنسانية، فتثبت للإنسان بوصفه إنسانا، وثبت له أهلية وجوب ناقصة وهو جنين في بطن أمه، ثم ثبت له أهلية وجوب كاملة بولادته حيا، وتبقى هذه الأهلية ملازمة له في جميع أحواله لا تزول عنه إلا بالموت.

وبناء على ما سبق، فأهلية الوجوب لا تتأثر بالعوارض، لأنها لا تخرج الإنسان عن إنسانيته.

1- انظر: "**لسان العرب**"، (221/12)، "**تاج العروس من جواهر القاموس**"، (206/32).

2- "**غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر**"، (6/4).

3- انظر: "**رفع النقاب عن تنقيح الشهاب**"، الحسين بن علي الرجراجي، (434/5)، تحقيق: أحمد بن محمد السراح- عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين، مكتبة الرشد، الرياض- السعودية، ط: الأولى، 1425هـ- 2004م.

4- "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (152/7).

5- انظر: "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (2888/4).

6- "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (249/13).

وأهلية الأداء مناطها العقل، فلا تبدأ في الإنسان إلا بعد أن يصبح مميزا، ولا تكتمل إلا بعد أن يتكامل في الشخص عقله.

أولا: تعريف عوارض الأهلية

1- **تعريف العوارض لغة**: العارض في اللغة: المانع أو الحائل.

2- **تعريف العوارض اصطلاحا**: هي أحوال تطرأ على الإنسان المكلف فتؤثر في الأحكام التي تتعلق بأهلية الوجوب أو بأهلية الأداء، عن الثبوت لنقص في العقل أو فقدانه ونحوها.

ثانيا: أقسام عوارض الأهلية: يقسم الأصوليون عوارض الأهلية إلى قسمين: سماوية ومكتسبة.

أ- **العوارض السماوية**[1]: وتسمى عوارضَ طبيعية؛ وهي الأوصاف التي تلحق العبد دون أن يكون له فيها اختيار واكتساب[2]، وهي:

1- **الجنون**: وهو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهجه إلا نادرا[3]؛ أي هو اختلال في العقل، يصاحبه اضطراب يمنع من أصابه من التمييز بين الأمور الحسنة والأمور القبيحة، وإدراك عواقب الأفعال والتصرفات، وعليه؛ فالمجنون تسقط عنه التكاليف البدنية كلها، فلا يخاطب بالصلاة والصوم والحج والكفارات، ولكن تثبت في ماله المغارم المالية، فيضمن من ماله ما يتلفه، وتجب الزكاة في ماله عند جمهور الفقهاء، ولا تجب عند الحنفية، ولا تقام عليه الحدود إذا ارتكب ما يوجبها[4].

2- **النسيان**: وهو عدم الاستحضار للشيء في وقت حاجته[5].

فالنسيان في هذه الحالة يجعل عذرا في حق الله تعالى، بحيث يسقط الإثم فيه، فصار في حكم النوم، ولهذا قرن النبي ﷺ بين نسيان الصلاة والنوم عنها في قوله: «**مَنْ نَسيَ صَلاةً فَلْيصَلِّهَا إِذَا ذَكَرَهَا، لَا**

1- **السماوي**: المنسوب للسماء؛ لكونه لا دخل لمخلوق فيه، انفرد به رافع السماء، انظر: "**منح الجليل شرح مختصر خليل**"، (53/9).

2- انظر: "**شرح التلويح على التوضيح**"، (167/2).

3- "**تيسير التحرير**"، (259/2).

4- انظر: "**أصول السرخسي**"، مُحَمَّد بن أحمد السرخسي، (148/1)، دار المعرفة، بيروت-لبنان، [د.ب.ت]، "**أصول الفقه**"، أبو زهرة، زهرة، (ص: 340).

5- "**تيسير التحرير**"، (263/2).

كَفَّارَةَ لَهَا إِلَّا ذَلِكَ»[1]، إنما يصير النسيان عذرا في حق الشرع إذا لم يكن عن تقصير، فإذا وقع الإنسان فيه بالتقصير، فلا يكون عذرا، كمن نسي القرآن بعدما حفظه مع قدرته على التذكار بالتكرار، فإنه يستحق الوعيد، ونسيان حقوق العباد لا يجعل النسيان عذرا، فمن أتلف مال غيره ناسيا يجب عليه ضمانه، لأن حقوق العباد محترمة لحاجتهم[2].

3- **العته:** هو اختلال العقل بحيث يختلط كلام العبد، فيشبه مرة كلام العقلاء، ومرة كلام المجانين[3].

فالمعتوه إذا كان غير بالغ، كان في حكم الصبي غير المميز[4]، وإذا كان بالغا صار في حكم الصبي المميز؛ فتثبت له أهلية أداء ناقصة، فيصح إسلامه، ولا تجب عليه العبادات، ولا يثبت في حقه العقوبات، وتصح منه التصرفات النافعة نفعا محضا كقبول الهبة، وتكون التصرفات المترددة بين الأمرين متوقفة على إجازة الولي، كالبيع والشراء[5].

ويجب على المعتوه ضمان المتلف لأنه لا يحتمل العفو لكونه حق العبد، بخلاف حقوق الله تعالى، فإنها تجب بطريق الابتلاء، وذلك يتوقف على كمال العقل[6].

4- **النوم:** هو العجز عن الإدراكات والإحساسات الظاهرة وعن الحركات الإرادية الصادرة عن قصد واختيار يوجب تأخير الخطاب بالأداء إلى وقت الانتباه لامتناع الفهم.[7]

فحكم النوم تأخير الخطاب بالأداء إلى وقت الانتباه لامتناع الفهم وإيجاد الفعل حالة النوم، دون تأخير نفس الوجوب وإسقاطه حالة النوم لعدم إخلاله بالذمة والإسلام؛ فهو مبطل لعبارات النائم كالبيع والشراء والإسلام والردة والطلاق والعتاق لانتفاء الإرادة والاختيار، كما أنَّ النوم يعد سببا من أسباب سقوط المؤاخذة بالنسبة لحقوق الله تعالى، فإذا زنى النائم لا يقام عليه الحد، وكذلك إذا شرب

1- رواه البخاري، كتاب مواقيت الصلاة، باب من نسي صلاة فليصل إذا ذكر، (597)، ومسلم، كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب قضاء الصلاة الفائتة، واستحباب تعجيل قضائها، (684).

2- انظر: "**كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**"، (277/4)، "**شرح التلويح على التوضيح**"، (335/2).

3- "**شرح التلويح على التوضيح**"، (337/2).

4- انظر: "**الوجيز في أصول الفقه الإسلامي**"، (494/1).

5- انظر: "**شرح التلويح على التوضيح**"، (335/2).

6- انظر: "**كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**"، (274/4).

7- انظر: "**شرح التلويح على التوضيح**"، (336/2).

أو قذف، أما حقوق العباد، فإنها لا تسقط المؤاخذة فيها، فإذا أتلف النائم مال إنسان وجب ضمان ما أتلفه.[1]

5- **الإغماء:** هو فتور يزيل القوى ويعجِز به ذو العقل عن استعماله مع قيامه حقيقة، فالإغماء أشد من النوم في سلب الاختيار والقوة، وهو سبب من أسباب سقوط المؤاخذة بالنسبة لحقوق الله تعالى، وعليه فالإغماء إذا زاد على يوم وليلة تسقط به الصلوات عند الحنفية.[2]

وذهب مالك والشافعي إلى أن امتداد الإغماء باستيعاب وقت الصلاة مسقط للقضاء[3].

أما حقوق العباد فإنها لا تسقط المؤاخذة فيها[4].

6- **المرض:** هو حالة للبدن خارجة عن المجرى الطبيعي[5].

ولما كان المرض غيرَ مناف للأهليتين، وجب على المريض العبادات كاملة، كما تجب على الصحيح؛ كالصلاة والزكاة وغيرهما؛ فتجب على المريض نفقة الأزواج والأولاد والعبد، ويصح منه النكاح والطلاق والبيع والشراء وغيرها، ولما كان المرض سببَ الموت، لما فيه من ترادف الآلام، وضعف القوى المفضي إلى مفارقة الروح الجسد، كان المرض سبب تعلق حق الوارث والغريم بماله بقدر ما يقع به صيانة الحق[6]، وهو مقدار الثلثين في حق الوارث، وجميع المال في حق الغريم إن كان الدين مستغرقا، وهذا إذا اتصل الموت بالمرض، لأن علة الحجر مرض مميت لا نفس المرض، فقَبْل وجود الوصف – أي كون المرض مميتا- لا يثبت الحجر.[7]

ب- **العوارض المكتسبة:** هي الأوصاف التي يكون لكسب العباد مدخل فيها بمباشرة الأسباب[8]، ومن أبرز هذه العوارض:

1- انظر: "**شرح التلويح على التوضيح**"، (336/2)، "**تيسير التحرير**"، (266/2)، "**أصول الفقه**"، أبو زهرة، (ص: 342).

2- "**كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**"، (279/4)، "**تيسير التحرير**"، (266/2).

3- انظر: "**التلقين في الفقة المالكي**"، (40/1)، "**الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي**"، (39/2).

4- انظر: "**كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**"، (280/4).

5- "**كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**"، (307/4).

6- أي حق الوارث والغريم.

7- انظر: "**كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**"، (307/4)، "**تيسير التحرير**"، (278/2).

8- انظر: "**شرح التلويح على التوضيح**"، (357/2)، الكافي الوافي، ص76.

1- **السفه:** خفة تعتري الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة، أو هو: خفة تعرض للإنسان من الفرح والغضب فتحمله على العمل، بخلاف طور العقل، وموجب الشرع.[1]

فالسفيه يعمل -باختياره- على خلاف موجب العقل والشرع، وعليه؛ فالسفه لا يوجب خللا في الأهلية، فيكون السفيه مخاطَبا بكل التكاليف الشرعية[2].

أجمع العلماء على أن الصبي إذا بلغ سفيها يمنع عنه ماله لقوله تعالى:{**وَلا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَاماً**} [النساء: 5]، أي لا تؤتوا المبذرين أموالهم التي ينفقونها فيما لا ينبغي، ثم علق الله تعالى الإيتاء بإيناس الرشد، أي بإبصاره، حيث قال: {**فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ**} [النساء: 6]، أي إذا رأيتم فيهم صلاحا في العقل وحفظ المال، فادفعوا إليهم أموالهم؛ لأن الله تعالى علق الإيتاء بإيناس الرشد، فلا يجوز قبله، وهو مذهب الجمهور؛ فلا يدفع إلى السفيه ما لم يؤنس منه الرشد، وأن عقوده غير المالية ماضية، وهو اختيار أبي يوسف ومُحَمَّد من الحنفية[3]، وذهب أبو حنيفة أن أن السفيه إذا بلغ خمسا وعشرين سنة ولم يؤنس منه الرشد، دُفع إليه المال، وقال أبو يوسف ومُحَمَّد لا يدفع المال إليه ما لم يؤنس منه الرشد[4].

2- **السكر:** حالة تعرض للإنسان من امتلاء دماغه من الأبخرة المتصاعدة إليه، فيتعطل معه عقله المميز بين الأمور الحسنة، والقبيحة[5].

واتفق العلماء على أن السكر إذا كان بمباح كالحاصل من الأدوية، أو كان حراما، لكنه قد أخذ كرها، لا مؤاخذة فيه، ولا مؤاخذة في الأقوال والأفعال التي تصدر عن السكران، إلا عن المغارم المالية[6]، أما إذا كان السكر بمحرم، فقد اختلف العلماء على مذهبين:

1- انظر: "**كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**"، (369/4)، "**التعريفات**"، (ص: 119).

2- انظر: "**كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**"، (369/4).

3- انظر: "**كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**"، (370/4)، "**شرح التلويح على التوضيح**"، (380/2)، "**أصول الفقه**"، أبو زهرة، زهرة، (ص: 342).

4- انظر: "**المبسوط**"، (161/24).

5- "**شرح التلويح على التوضيح**"، (369/2).

6- انظر: "**أصول الفقه**"، أبو زهرة، (ص: 344).

المذهب الأول: ذهب الحنفية والمالكية والشافعي وبعض أصحابه والحنابلة إلى أن السكران مؤاخذ بأفعاله وأقواله، فيلزم طلاقه وعتاقه، ويقتص منه إذا ارتكب جناية توجب القصاص، أو توجب الحد.

قال البزدوي: "وتصح عباراته كلها بالطلاق والعتاق...وإذا باشر سبب القصاص لزمه حكمه، وإذا قذف أو أقر به لزمه الحد.."[1]، فإذا طلق السكران، وفي الموطإ: "أن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار سئلا عن طلاق السكران؟ فقالا: إذا طلق السكران جاز طلاقه، وإن قَتل قُتل به، قال مالك: وعلى ذلك الأمر عندنا"[2]، وقال الشافعي: "ومن شرب خمرا أو نبيذا فأسكره فطلق لزمه الطلاق، والحدود كلها والفرائض"[3].

قال الفتوحي: "فيكون حكمُه حكمَ الصاحي في أقواله وأفعاله، وهذا الصحيح من مذهب أحمد"[4].

المذهب الثاني: ذهب الكرخي والطحاوي من الحنفية، والباقلاني من المالكية، وجمهور الشافعية وبعض الحنابلة وهو اختيار المعتزلة إلى أن السكران غير مكلف[5]؛ فلا تصح عباراته بالطلاق والعتاق والبيع والشراء والإقرار، ولا تقام عليه العقوبات التي تسقط بالشبهة، وهي القصاص والحدود، لأنها تدرأ بالشبهات، وفقد الوعي شبهة على الأقل[6].

والذي يجب أن يقال في تصرف السكران أنه على نوعين: **أحدهما**: يعقل ما يقول، فهذا مخاطب، وتصح جميع تصرفاته بإطباق أهل العلم، **والثاني**: لا يعقل ما يقول، وهو محل خلاف بين العلماء.

قال ابن العربي: "وهو على ضربين منتش وملتج؛ فأما الملتج وهو لاحق المجنون ... وأما المنتشي فلا خلاف فيه"[7].

1- انظر: "**كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**"، (354/4-355).

2- رواه مالك في الموطإ، كتاب الطلاق، باب جامع الطلاق، (82).

3- "**الأم**"، (270/5).

4- "**شرح الكوكب المنير**"، مُحَمَّد الفتوحي، (506/1)، تحقيق: مُحَمَّد الزحيلي- نزيه حماد، مكتبة العبيكان، الرياض، ط: 1997م.

5- انظر: "**المجموع شرح المهذب**"، (63/17)، "**شرح فتح القدير**"، (489/3)، "**المسودة في أصول الفقه**"، آل تيمية، (ص: 37)، تحقيق: مُحَمَّد محيي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي، [د.ب.ت]، "**القواعد والفوائد الأصولية وما يتبعها من الأحكام الفرعية**"، (ص: 60).

6- انظر: "**أصول الفقه**"، أبو زهرة، (ص: 346).

7- انظر: "**المحصول**"، مُحَمَّد بن عبد الله بن العربي، (ص: 26)، تحقيق: حسين علي اليدري- سعيد فودة، دار البيارق، عمان- الأردن، ط: الأولى، 1420هـ - 1999م.

3- **الخطأ**: هو أن يفعل فعلا من غير أن يقصده قصدا تاما[1]، كما إذا رمى صيدا فأصاب إنسانا، فإنه قصد الرمي، ولم يقصد به الإنسان.

واعتبر الخطأ من العوارض المكتسبة باعتبار أنه لا يخلو عن تقصير، غير أن الله تعالى جعل الخطأ عذرا من إسقاط حقه، إذا حصل عن اجتهاد، فلو أخطأ المكلف في القبلة بعد ما اجتهد جازت صلاته ولا إثم، ولو أخطأ في الفتوى بعد ما اجتهد لا يأثم، ويستحق أجرا واحدا، وكذا لو رمى إنسانا على اجتهادِ كونه صيدا فقتله، فلا قصاص، ولا يؤاخذ بحد فيما لو زفت إليه غير امرأته فوطئها على ظن أنها امرأته[2].

ولم يجعل الخطأ عذرا في سقوط حقوق العباد، حتى لو أتلف مال إنسان خطأ بأن رمى إلى شاة أو بقرة على ظن أنها صيد، أو أكل مال إنسان على ظن أنه ملكه، يجب الضمان، وكونه مخطئا معذورا لا ينافي عصمة المحل[3].

ويصح طلاق المخطئ عند الحنفية؛ لأن القصد أمر باطن، لا يوقف عليه، فلا يتعلق الحكم بوجوده حقيقة، بل يتعلق بالسبب الظاهر الدال عليه، وهو أهلية القصد بالعقل والبلوغ ، بأن أراد أن يقول مثلا أسقني، فجرى على لسانه أنت طالق[4]، وعند مالك والشافعي لا يصح؛ لأن المخطئ غير قاصد، فهو كطلاق النائم.[5]

4- **الجهل**: هو تصور المعلوم على خلاف ما هو به[6].

فالأحكام الشرعية المقررة في الكتاب والسنة، والأحكام التي انعقد الإجماع عليها لا يسع أحدا أن يخالفها بدعوى الجهل بها، وذلك لمن يقيم في الديار الإسلامية، ومن ذلك وجوب الصلوات الخمس، وصوم رمضان، وحج بيت الله، وأداء الزكاة، وتحريم القتل والزنا والسرقة والخمر، وما كان في معنى هذا

1- "**شرح التلويح على التوضيح**"، (388/2).

2- انظر: "**كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**"، (381/4)، "**التقرير والتحبير**"، (205/2)، "**تيسير التحرير**"، (306/2).

3- انظر: "**كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**"، (381/4)، "**تيسير التحرير**"، (263/2).

4- انظر: "**غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر**"، (84/1)، "**البحر الرائق شرح كنز الدقائق**"، (263/3).

5- انظر: "**منح الجليل شرح مختصر خليل**"، (89/4)، "**الحاوي الكبير فقه مذهب الإمام الشافعي**"، (234/10).

6- "**اللمع في أصول الفقه**"، إبراهيم بن علي الشيرازي، (ص: 04)، دار الكتب العلمية، ط: الثانية، 1424هـ- 2003م.

مما يعلمه عامة أهل الإسلام، أما الأحكام التي يُدركها المجتهدون بالاجتهاد مما لم يرد فيه نص صريح من كتاب أو سنة ولم ينعقد عليه إجماع، فيسع العامة أن يجهلوها.[1]

5- **الإكراه:** هو حمل الغير على ما لا يرضاه من قول أو فعل[2].

فالمعتبر في المكرِه تمكنه من إيقاع ما هدد به، فإنه إذا لم يكن متمكنا من ذلك فإكراهه هذيان.

والمعتبر في المكرَه أن يصير خائفا على نفسه من جهة المكره في إيقاع ما هدده به عاجلا.

والمعتبر فيما أكره به أن يكون متلفا أو مزمنا أو متلفا عضوا، أو موجبا عما ينعدم الرضا باعتباره.

والمعتبر في الفعل الذي أكره عليه أن يكون محرما، إما لحقه، أو لحق إنسان آخر، أو لحق الشرع[3].

- **أقسام الإكراه:** يقسم العلماء الإكراه إلى ثلاثة أقسام:

أ- **الإكراه الملجئ:** هو الإكراه الذي يعرض النفس أو عضوا من الأعضاء للتلف، كالتهديد بالقتل، أو بقطع عضو من الأعضاء، وكذلك التهديد بالضرب الشديد يؤدي إلى تلف عضو من الأعضاء، وهذا النوع يسمى إكراها تاما، لأن المكرَه يكون في يد المكرِه كالآلة[4].

ب- **الإكراه غير الملجئ:** كالإكراه بحبس أو بقيد أو بضرب لا يخاف منه على نفسه، وهذا النوع من الإكراه يسمى إكراها ناقصا، لتمكن المكرَه من الصبر من غير فوات النفس أو العضو[5].

جـ- **التهديد بأذى ينزل بأحد أصول المكره أو فروعه:** كحبس أبيه أو ولده أو أمه أو أخته وأخيه، أو زوجته، بما دون إتلاف النفس أو عضو من الأعضاء.

والإكراه في الجملة لا ينافي الأهلية بنوعيها، لأنها ثابتة بالذمة والعقل والبلوغ، ولا يوجب سقوط الخطاب بحال، سواء كان ملجئا أم لم يكن[6].

- **مذاهب العلماء في تكليف المكره:** اتفق العلماء على أن الإكراه الملجئ يمنع التكليف أي بفعل الأمر المكرَه عليه وبنقيضه؛ لأن المكره عليه واجب الوقوع، وضده ممتنع، والتكليف بالواجب والممتنع

1- انظر: "**أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله**"، (ص: 83)، "**موسوعة القواعد الفقهية**"، (48/3).

2- انظر: "**تيسير التحرير**"، (306/2).

3- انظر: "**كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**"، (382/4).

4- انظر: "**أصول الفقه**"، أبو زهرة، (ص: 356).

5- انظر: "**شرح التلويح على التوضيح**"، (390/2).

6- انظر: "**شرح فتح القدير**"، مُحَمَّد بن عبد الواحد بن الهمام، (234/9)، دار الفكر، [د.ب.ت].

محال لزوال القدرة؛ إذ لا قدرة له على واحد منهما[1]، أما إذا كان الإكراه غير ملجئ، فهو محل خلاف بين العلماء؛ - فذهب الجمهور أن المكره مكلف؛ إذ لو لم يكن التكليف ثابتا في حقه: لما أُمِر بالكف عن القتل، ولما أثم بفعل القتل، وهو قول أكثر العلماء.[2]

- وذهب المعتزلة والطوفي من الحنابلة والسبكي من الشافعية أن المكره ليس مكلفا فيما أكره عليه، قال الجويني: ذهبت المعتزلة إلى أنه لا يجوز تكليفه بالعبادة؛ لأن من أصلهم وجوب إثابة المكلف، والمحمول على الشيء لا يثاب عليه، قال: وقد ألزمهم القاضي الإكراه على القتل وهو هفوة عظيمة.[3]

ثالثا: بعض تطبيقات عوارض الأهلية

- النوم لا ينافي أهلية الوجوب لعدم إخلاله بالذمة، إلا أنه يوجب تأخير توجه الخطاب بالأداء.

- الجنون لا يؤثر في أهلية الوجوب، فإن المجنون يرث ويملك لبقاء ذمته، والمتلفات بسبب أفعاله مضمونة في ماله كالصبي الذي لم يصل إلى سن التمييز.[4]

- المعتوه في تصرفاته كالصبي المميز، فتثبت له أهلية الأداء القاصرة، إذ لا فرق بينه وبين الصبي كما جاء في التلويح، إلا في مسألة واحدة وهي: أن امرأة المعتوه إذا أسلمت لا يؤخر عرض الإسلام عليه، كما لا يؤخر عرضه على ولي المجنون بخلاف الصبي، والفرق بينهما واضح، فإن الصبا مقدر بخلاف العته والجنون.[5]

- الإغماء لا يؤثر في أهلية الوجوب لأن مناطها الإنسانية، أما أهلية الأداء فإنه ينافيها، لأن مدارها العقل، وهو مغلوب على عقله.[6]

- النسيان وهو لا ينافي الوجوب لكنه لما كان من جهة صاحب الشرع يكون عذرا في حقه.[7]

1- انظر: "**نهاية السول شرح منهاج الوصول**"، (ص: 66)، "**غاية الوصول في شرح لب الأصول**"، (ص: 08).

2- انظر: "**نفائس الأصول في شرح المحصول**"، أحمد بن إدريس القرافي، (1638/4)، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود- علي محمد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، ط: الأولى، 1416هـ - 1995م، "**المسودة في أصول الفقه**"، (ص: 35)، "**البحر المحيط في أصول الفقه**"، (75/2).

3- انظر: "**البرهان في أصول الفقه**"، عبد الملك بن عبد الله الجويني، (17/1)، تحقيق: صلاح عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط: الأولى، 1418 هـ - 1997 م، "**الإبهاج في شرح المنهاج**"، (162/1).

4- انظر: "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (162/7).

5- انظر: "**شرح التلويح على التوضيح**"، (337/2)، "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (162/7).

6- انظر: "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (267/5).

7- انظر: "**شرح التلويح على التوضيح**"، (337/2).

- الحيض والنفاس لا يؤثران في أهلية الوجوب، ولا في أهلية الأداء، إلا أنهما اعتبرا من العوارض لأن الطهارة منهما شرط لصحة كل عبادة يشترط فيها الطهارة كالصلاة.[1]

- الإكراه سواء أكان ملجئا أم غير ملجئ كما قال الحنفية -أو إكراها بحق أو بغير حق- كما قال الشافعية – لا يؤثر في أهلية الوجوب لبقاء الذمة، ولا يؤثر في أهلية الأداء لبقاء العقل والبلوغ، إلا أنهم عدوه من العوارض؛ لأنه يفسد الاختيار، ويجعل المكرَه -بفتح الراء- في بعض صوره آلة للمكرِه -بكسر الراء-.[2]

المطلب الثاني: نظرية الولاية

الفرع الأول: مفهوم والولاية

أولا: تعريف والولاية

1- **تعريف الولاية لغة:** وَلِيَ الشيءَ، وولي عليه وِلاية ووَلاية، الولاية القرب والدنو، والولي: المحب، والصديق، والنصير، والوِلاية بالكسر: السلطان، كالإمارة، وبالفتح المصدر وبمعنى النصرة.[3]

2- **تعريف الولاية اصطلاحا:** عرف الفقهاء الولاية بعد تعريفات متقاربة، ومن أهمها:

- عرفها الشيخ الزرقا بأنها: "قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية".

وتسمى كذلك بالنيابة الشرعية.[4]

- وعرفها الشيخ الزحيلي بقوله: "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".[5]

---

[1]- انظر: "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (164/5).

[2]- انظر: "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (167/7).

3- انظر: "**لسان العرب**"، (407/15)، "**المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**"، (672/2)، "**القاموس المحيط**"، (ص: 1344).

4- انظر: "**المدخل الفقهي العام**"، (843/2).

5- "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (2984/4).

ثانيا: علاقة الأهلية بالولاية

يسمى الإنسان قبل استكمال أهلية الأداء **قاصرا**؛ سواء كان فاقدا لهذه الأهلية كلها كالصبي غير المميز، أم كانت ناقصة كما بين سن التمييز وسن الرشد، والقاصر في جميع أحواله محتاج إلى ما يقيم حياته كحاجة الكبير الراشد نفسه؛ لذا، اتفقت الشرائع السماوية والوضعية على طريقة وحيدة يمكن أن تتكفل بذلك سميت في الاصطلاح بـ: **الولاية**.[1]

وعرفنا أن العقد يتطلب لوجوده ونفاذه وترتيب آثاره الشرعية أن يكون العاقد ذا أهلية أداء، وذا ولاية على العقد؛ بأن يكون أصيلا عن نفسه أو وليا أو وصيا على غيره، فإن لم يكن أصيلا أو وليا أو وصيا كان فضوليا.

وأهلية الأداء شرط انعقاد العقد ووجوده، فإن لم تتوافر كان العقد باطلا، أما الولاية فهي شرط لنفاذ العقد وترتب الآثار الشرعية عليه، فلا تَثبت إلا لكامل أهلية الأداء، أما ناقص أهلية الأداء فلا ولاية له على نفسه ولا على غيره.

وأهلية الأداء: صلاحية الشخص لمباشرة العقود، والولاية: صلاحية الشخص لإنفاذ العقود.

وبناء عليه يكون للعقد بالنظر للأهلية والولاية أحوال ثلاث:

1- إذا كان العاقد كامل الأهلية وصاحب ولاية: اعتبر العقد صحيحا نافذا إلا إذا كان فيه ضرر بآخر فيصبح موقوفا على الإجازة، كالتصرف بالمأجور أو المرهون قبل انتهاء مدة الإجارة أو قبل أداء الدين، وتصرف المدين الذي يضر الدائنين، وتصرف المريض مرض الموت.

2- يبطل العقد الصادر من عديم الأهلية وفاقد الولاية، كالمجنون والصبي غير المميز، فإن كان من ناقص الأهلية كالصبي المميز، توقف عقده المتردد بين الضرر والنفع كالبيع على إجازة وليه أو وصيه.

3- إذا صدر العقد من صاحب أهلية أداء كاملة، ولكنه فاقد الولاية -وهو الفضولي- كان موقوفا على إجازة المعقود له.[2]

ثالثا: الألفاظ ذات الصلة بالولاية

1- النيابة:

النيابة في اللغة: جعل الإنسان غيره نائبا عنه في الأمر، يقال: ناب عنه في الأمر: إذا قام مقامه.[3]

1- انظر: "**المدخل الفقهي العام**"، (843/2).

2- انظر: "**المدخل الفقهي العام**"، (843/2)، "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (2984/4-2985).

3- انظر: "**لسان العرب**"، (775/1).

و**النيابة في الاصطلاح**: قيام الإنسان عن غيره بفعل أمر.

وعليه؛ فالولاية أعم من النيابة، والأخص يستلزم معنى الأعم ولا عكس، فكل نيابة ولاية ولا عكس.[1]

2- **العمالة**: يقال: أعملته وعملته، وقد يكون عمَّلته بمعنى وليته وجعلته عاملا، والعامل: هو الذي يتولى أمور الرجل في ماله وملكه وعمله، ومنه قيل للذي يستخرج الزكاة: عامل، والعمالة: وظيفة جابي الضرائب، والذي يأخذه العامل من الأجرة يقال له: عُمالة بالضم.[2]

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي.

والصلة بين الولاية والعمالة: أن الولاية أعم من العمالة، وذلك أن كل من ولي شيئا من عمل السلطان فهو وال، فالقاضي وال، والأمير وال، والعامل وال، وليس القاضي عاملا ولا الأمير، وإنما العامل من يلي جباية المال فقط، فكل عامل وال، وليس كل وال عاملا.[3]

3- **القوامة: القوامة لغة**: مِن قام على الشيء يقوم قياما، أي حافظ عليه وراعى مصالحه؛ ومن ذلك: القيم، وهو الذي يقوم على شأن شيء ويليه ويصلحه، والقوامة: القيام بالأمر بتقديره وإصلاحه، ومنه قوله تعالى: {**الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ**} [النساء: 34]، وكلها مشتقة من القيام المجازي، لأن شأن الذي يهتم بالأمر ويعتني به أن يقف ليدبر أمره ويرعاه.

ولا يخرج الاستعمال الفقهي للكلمة عن معناها اللغوي، والفقهاء يستعملون لفظ (القيم) بمعنى: المتولي والناظر، فيقولون: القيم على الصغير والمجنون والسفيه، والقيم على مال الوقف، ويريدون به الأمين الذين يتولى أمره ويقوم بمصالحه قيام الحفظ والصيانة.

والصلة بينهما أن القوامة أخص من الولاية.[4]

4- **الوصاية: الوصاية لغة**: مصدر وصى، تعني طلب شخص شيئا من غيره ليفعله على غيب منه حال حياته وبعد مماته.

و**الوصاية في الاصطلاح الفقهي**: إقامة الإنسان غيره مقام نفسه بعد وفاته لينظر في شؤون تركته وما يتعلق بها من ديون ووصايا وفي شؤون أولاده الصغار ورعايتهم، ويسمى ذلك الشخص المقام وصيا.

1- انظر: "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (25/42).

2- انظر: "**النهاية في غريب الحديث والأثر**"، (300/3).

3- انظر: "**الفروق اللغوية**"، الحسن بن عبد الله العسكري، (ص: 189)، تحقيق: مُحَمَّد إبراهيم سليم، دار العلم والثقافة، القاهرة – مصر، [د.ب.ت].

4- انظر: "**التسهيل لعلوم التنزيل**"، (40/1)، "**الكليات**"، (ص: 731)، "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (138/45).

أما إقامة غيره مقامه في القيام ببعض أموره في حال حياته، فلا يقال له في اصطلاحهم وصاية، وإنما يسمى وكالة.

والوصاية على ذلك أخص من الولاية.[1]

5- **الوكالة: الوكالة في اللغة:** التفويض إلى الغير ورد الأمر إليه.

ومعناها في **الاصطلاح الفقهي:** تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة من التصرفات إلى غيره ليفعله في حياته، وقد عرفها المناوي بأنها: استنابة جائز التصرف مثله فيما له عليه تسلط أو ولاية ليتصرف فيه، وقال التهانوي: هي إقامةُ أحد غيرَه مقامَ نفسه في تصرف شرعي معلوم مورث لحكم شرعي؛ كالنكاح والطلاق المورثين للحل والحرمة.[2]

وعلى ذلك فالوكالة أخص من الولاية.[3]

الفرع الثاني: أقسام الولاية وأحكامها

أولا: أقسام الولاية

1- **الولاية على النفس:** هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية كالتزويج والتعليم والتأديب والتطبيب والتشغيل في حرفة ونحو ذلك.[4]

وتنقسم إلى نوعين: ولاية إجبار -ولاية حتم وإيجاب-، وولاية اختيار، -وولاية ندب واستحباب-؛[5]

أ- **ولاية الإجبار:** أو **ولاية حتم وإيجاب؛** وهي تنفيذ القول على الغير، وهي بهذا المعنى العام تثبت بأربعة أسباب: القرابة والملك، والولاء، والإمامة.

أ- **ولاية القرابة:** تثبت لصاحبها بسبب قرابته من المولى عليه، إما بقرابة قريبة كالأب والجد والابن، أو بقرابة بعيدة كابن الخال وابن العم.

1- انظر: "**أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء**"، (111/1)، "**كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم**"، (1794/2)، "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (139/45).

2- انظر: "**التوقيف على مهمات التعاريف**"، (ص: 340)، "**كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم**" (1805/2).

3- "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (138/45-139).

4- "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (2986/4).

5- "**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**"، (241/2).

- **وولاية الملك**: هي الولاية التي تثبت للسيد على مملوكه، فله تزويج عبده أو أمته جبرا عنهما، ويتوقف نفاذ زواجهما على إذنه، وشرط ثبوت هذه الولاية للسيد: أن يكون **عاقلا بالغا**، فلا ولاية للمجنون والمعتوه ولا للصبي قبل البلوغ على تزويج العبد أو الأمة.

.- **وولاية الولاء** نوعان: ولاء عتاقة، وولاء موالاة.

– ولاء العتاقة: هو الحق الشرعي الذي يثبت للمعتق على عتيقه، حتى إنه يرثه به، وله أن يزوجه إذا كان العتيق صغيرا أو كبيرا مجنونا أو معتوها. وشرط ثبوت هذه الولاية أن يكون المعتق عاقلا بالغا.

– ولاء الموالاة: هو الذي يثبت بناء على عقد بين اثنين على أن يناصره، ويغرم عنه إذا جنى، ويرثه إذا مات، وتثبت بهذا العقد ولاية تزويجه، ويشترط لثبوت هذه الولاية أن يكون الولي عاقلا بالغا حرا، وألا يكون للمولى عليه أحد يرثه من النسب أو العصبة السببية.

- **ولاية الإمامة**: هي ولاية الإمام العادل ونائبه، كالسلطان والقاضي، فلكل منهما تزويج عديم الأهلية أو ناقصها بشرط ألا يكون له ولي قريب، «**فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ**»[1].

وولاية الإجبار بالمعنى الخاص: هي حق الولي في أن يزوج غيره بمن شاء.[2]

2- **الولاية على المال**: هي الإشراف على شؤون القاصر المالية من حفظ المال واستثماره وإبرام العقود والتصرفات المتعلقة بالمال.[3]

ثانيا: أحكام الولاية على النفس والمال

إذا بلغ الصبي غير رشيد بقي ناقص أهلية الأداء، واستمرت الولاية المالية عليه عند جمهور الفقهاء، فلا تنفذ تصرفاته، ولا تسلم إليه أمواله، أما الولاية على النفس كالتأديب والتطبيب والتعليم والتزويج فترتفع عنه بمجرد بلوغه عاقلا، أي أن اشتراط الرشد محصور في التصرفات المالية، وأما غير ذلك كالزواج والطلاق فإنها نافذة منه بمجرد البلوغ عاقلا.

وخالف أبو حنيفة في هذا فقال: إذا بلغ الشخص عاقلا غير رشيد كملت أهليته، وارتفعت الولاية عنه، احتراما لآدميته وحفاظا على كرامته، ولكن لا تسلم إليه أمواله على سبيل الاحتياط والتأديب،

---

[1]- رواه أبو داود، كتاب النكاح، باب في الولي، (2083)، والترمذي، أبواب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، (1102)، والنسائي، كتاب النكاح، باب الثيب تجعل أمرها لغير وليها، (5373)، وابن ماجه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، (1879).

2- "**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**"، (238/2)، "**تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**"، (171/3)، "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (6692/6).

3- "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (2986/4).

لا على سبيل الحجر عليه، لأنه لا يرى الحجر على السفيه (أي المبذر)، وأما منع أمواله عنه فينتهي: إما بالرشد فعلا، أو ببلوغه خمسا وعشرين سنة.[1]

1- انظر: "**تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**"، (195/5)، "**الوسيط في المذهب**"، (95/5)، "**مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**"، "**وبل الغمامة في شرح عمدة الفقه لابن قدامة**"، عبد الله بن مُحَمَّد الطيار، دار الوطن، الرياض- السعودية، ط: الأولى، 1429هـ- 1432هـ، (488/2)، "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (2970/4).

الموضوع السابع:
نظرية الظروف الطارئة

المبحث الأول: المفهوم العام لنظرية الظروف الطارئة:

المطلب الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة- الألفاظ ذات الصلة بها، وشروطها

نظرية الظروف الطارئة مصطلح قانوني؛ وهو حديث في الفقه الإسلامي، غير أن بعض مفاهيمه هي في الأصل من نتاج الفقه الإسلامي الثري، لذا سنذكر تعريفات النظرية من الجانبين الفقهي والقانوني. ولقد نشأت هذه النظرية في نطاق القضاء الإداري، ثم تسللت إلى ميدان الحقوق الخاصة، وفكرتها قائمة على إسعاف المتعاقد عند الاختلال العقْدي مما قد يجره إلى الهلاك، فتهدف إلى تحقيق العدالة ورفع الغبن، فمبدؤها العدالة القاضي بإزالة الإرهاق بسبب الظروف المفاجئة بعد التعاقد.[1]

الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة

أولا: تعريف نظرية الظروف الطارئة لغة

1- **تعريف الظروف لغة:** ظرف الشيء وعاؤه، والجمع ظروف، ومنه ظروف الزمان والمكان عند النحويين، وقالوا: إنك لغضيض الطرف نقي الظرف، ويسميها الكسائيُّ الْمَحالَّ[2].

2- **تعريف لفظ الطارئة لغة:** طرَأ على القوم طَرْءا وطُرُوءا؛ أتاهم من مكان أو طلع عليهم من بلد آخر، أو خرج عليهم من مكان بعيد فُجاءة، أو أتاهم من غير أن يعلموا، أو خرج عليهم من فجوة، أو حصل بغتة فهو طَارِئٌ.[3]

ثانيا: تعريف نظرية الظروف الطارئة اصطلاحا

1- **تعريف نظرية الظروف الطارئة عند الفقهاء:** مما عُرِّفت به هذه الظروف الطارئة ما يلي:

-عرفها الأستاذ وهبة الزحيلي بقوله: "رد الالتزام المرهق إلى حد المعقول عند وقوع أي صعوبة في التنفيذ"، وبيَّن كونَ هذه الصعوبةَ بسبب حادثة غير متوقعة، أو بأسباب استثنائية عامة كوقوع حرب يترتب على حدوثها أن يصير تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة.[4]

1- انظر: "**نظرية الظروف الطارئة -دراسة تاريخية ومقارنة بالشريعة الإسلامية-**"، عبد السلام الترمانيني، (ص: 106)، دار الفكر، بيروت- لبنان، ط: 1971م، "**نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي**"، وهبة الزحيلي، (ص: 316)، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، ط: الرابعة، 1985م.

2- انظر: "**المحكم والمحيط الأعظم**"، (17/10)، "**لسان العرب**"، (2748/4)، "**تاج العروس من جواهر القاموس**"، (111/24).

3- انظر: "**لسان العرب**"، (2648/4)، "**المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**"، (372/2).

4- انظر: "**نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي**"، (ص: 317).

-وعُرِّفت بأنها: "حالة عامة غير مألوفة أو غير طبيعية، أو واقعة مادية عامة لم تكن في حسبان المتعاقدَين وقت التعاقد، ولم يكن في وسعهما ترتيب حدوثها بعد التعاقد، ويترتب عليها أن يكون تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، وإن لم يصبح مستحيلا"[1].

ويمكن أن ألخص هذه التعريفات، فأقول: "هي تلك التغيرات الطبيعية أو الاختلالاتُ الاقتصادية والسياسية أو التكنولوجية غيرُ المتوقعة التي تجعل التزام المتعاقدين مرهقا أو مستحيلا".

2- **تعريف نظرية الظروف الطارئة عند أهل القانون والاقتصاد:** مما عرَّف به أصحاب القانون ورجال الاقتصاد نظريةَ الظروف الطارئة بأنها: "حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي –وإن لم يصبح مستحيلا- صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة"[2]، وعليه؛ فالظرف الطارئ هو ظرف يحصل بعد التعاقد بصورة مفاجئة لم تكن في حسبان العاقدين وقت التعاقد[3].

الفرع الثاني: الألفاظ ذات الصلة بنظرية الظروف الطارئة: سأحاول ذكر بعض الألفاظ والاصطلاحات التي يقرُب مفهومها من هذه النظرية؛ حيث إن هذه النظرية قد استعملت باصطلاحات مغايرة في مبناها متقاربة في معناها، ومنه فمن الألفاظ ذات الصلة بهذه النظرية ما يلي:

أولا: الجوائح

1- **تعريف الجوائح لغة:** الجوح الاستئصال؛ ومنه الاجتياح، وجاحتهم السَّنةُ وأجاحتهم واجتاحتهم: استأصلت أموالهم، والجائحة: المصيبةً تَحل بالرجل في ماله فتجتاحه كلَّه[4].

2- **تعريف الجوائح اصطلاحا:** مما عُرِّفت به الجوائح بأنها: "المصيبة تجتاح المال أي تستأصله؛ وهي الآفة التي تهلك الأموال والثمار وتستأصلها، وكل مصيبة عظيمة وفتنة مُبيرة جائحة"[5].

1- انظر: "**الوجيز في نظرية الظروف الطارئة**"، مُحَمَّد عبد الرحيم عنبر، (ص: 19)، **السلسلة القانونية**، ط: 1987م، [د.ب]، "**مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري**"، بلحاج العربي، (787/2)، دار هومة، الجزائر، ط: 2015م.

2- انظر: "**الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، القانون المدني**"، رئاسة الجمهورية، الأمانة العامة، (ص: 995-996)، ع: 31، س: 12، 1975م، "**النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري**"، بلحاج العربي، (251/1)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط: 1995م.

3- انظر: "**مجلة مجمع الفقه الإسلامي**"، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة- السعودية، (358/2)، ع 9.

4- انظر: "**لسان العرب**"، (719/1)، "**تاج العروس من جواهر القاموس**"، (355/6).

5- انظر: "**المعجم الاقتصادي الإسلامي**"، (ص: 102).

وعرفت كذلك بأنها: "الآفة التي تصيب الثمار، فتهلكها، كالبرد والقحط والعطش والعفن وأمراض النباتات والزروع ونحوها من الآفات السماوية"[1].

ثانيا: الحوادث المفاجئة

1- **تعريف الحوادث المفاجئة لغة:**

أ- **الحوادث:** جمع حادثة؛ حدث الشيء يحدث حدوثا وحداثة وأحدثه هو؛ فهو محدث وحديث، وكذلك استحدثه، والحدوث كون شيء لم يكن، وأحدثه الله فحدث، وحدث أمر أي وقع[2].

ب- **المفاجئة:** فَجَأه الأمرُ كسَمِعه ومَنَعه، والأول أفصح؛ يفجَؤه فَجْأً، وفُجاءة: هجم عليه من غير أن يشعر به، وقيل: إذا جاءه بغتة من غير تقدم سبب، وكل ما هجم عليك من أمر فقد فجئك[3].

2- **تعريف الحوادث المفاجئة اصطلاحا:** لم أجد تعريفا خاصا لهذا المصطلح إلا ما ذكره الشيخ بكر أبو زيد من أن القانون الأمريكي استعمله في بيان معنى الظروف الطارئة؛ وذلك بقوله: "وفي القضاء الدستوري الأمريكي باسم **نظرية الحوادث المفاجئة**[4]"، فقد يكون بهذا مرادفا لنظرية الظروف الطارئة. وقد نقل الأستاذ وهبة الزحيلي عن غيره بأنها: "كل أمر عارض خارج عن تدخل الإنسان[5]".

ويظهر أنه تعريف غير مانع من دخول ما يقارب مفهوم الحوادث المفاجئة؛ فيمكننا أن نعرفها بأنها: "تلك العوارض الفجائية التي وقعت ولم تكن في حسبان المتعاملين، ولم يكن لها سبب متقدم".

ثالثا: القوة القاهرة

1- **تعريف القوة القاهرة لغة:**

أ- **القوة:** بالضَّمِّ: ضد الضعف؛ يكون في البدن وفي العقل، والجمع: قُوَى وقِوى[6].

ب- **القاهرة:** القهر: العلو والغلبة والأخذ من فوق، والقاهر والقهار من صفاته تعالى؛ قهر خلقه بسلطانه وقدرته وصرفهم على ما أراد طوعا وكرها، فالقاهر: هو الغالب جميعَ الخلق[7].

2- **تعريف القوة القاهرة اصطلاحا:** عُرِّفت القوة القاهرة بعدة تعريفات منها:

1- "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (303/4).

2- انظر: "**المحكم والمحيط الأعظم**"، (252/3)، "**لسان العرب**"، (796/2).

3- انظر: "**المحكم والمحيط الأعظم**"، (493/7)، "**تاج العروس من جواهر القاموس**"، (344/1).

4- "**معجم المناهي اللفظية**"، بكر أبو زيد، (ص: 424)، دار العاصمة، الرياض- السعودية، ط: الثالثة، 1996م.

5- انظر: "**مجلة مجمع الفقه الإسلامي**"، (223/2)، ع 8.

6- انظر: "**المحكم والمحيط الأعظم**"، (459/6)، "**تاج العروس من جواهر القاموس**"، (360/39).

7- انظر: "**المحيط في اللغة**"، إسماعيل بن عباد، (21/4)، تحقيق: محمد آل ياسين، مطبعة المعارف، بغداد- العراق، ط: الأولى، 1975م، 1975م، "**مقاييس اللغة**"، (36/5)، "**تاج العروس من جواهر القاموس**"، (496/13).

- "هي أن يحصل التلف بقوة لا يستطيع الإنسان دفعها وليس في إمكانه أن يحترز عنها"[1].

- وهي عند القانونيين: "حادثة أو عمل لا يمكن توقعه أو ضبطه بطريقة معقولة"[2].

فيتلخص أنها: "ما حصل من الأمور القهرية التي لا يستطيع الإنسان تجنبها ولا التحرز منها لإبعاد الأضرار أو إكمال الالتزامات"، فهي في القانون الحوادثُ الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.

رابعا: نظرية العذر: مما يقرب معناه من نظرية الظروف الطارئة مصطلح العذر، ولقد استعمله الفقهاء الحنفية قديما باصطلاح "فسخ الإجارة بالأعذار"[3]؛ والمقصود به إنهاء العقد المبرم بين شخصين لعذر خارج عن إرادتهما، ومنه؛ فوجب التطرق لبيان هذا المصطلح وعلاقته بنظرية الظروف الطارئة.

1- **تعريف العذر لغة**: العُذر هو الحجة التي يُعتذَر بها، وجمعه أعذار؛ واعتذر اعتذارا ومَعذِرة[4].

2- **تعريف العذر اصطلاحا**: لا يخرج المعنى الاصطلاحيُّ للعذرِ عن المعنى اللغويّ[5].

خامسا: نظرية الضرورة

1- **تعريف الضرورة لغة**: الضرورة مأخوذة من الضرر؛ وهو الضيق وضد النفع، تقول حملتني الضرورة على كذا وكذا، والضراءُ نقيض السراءِ؛ ولهذا أطلقت على المشقة[6].

2- **تعريف الضرورة اصطلاحا**: مما عرفت به الضرورة عند الفقهاء قولهم:

- "الضرورة مشتقة من الضرر وهو النازل مما لا مدفع له"[7].

- وعرفها المالكية بقولهم: "هي الخوف على النفس من الهلاك علماً أو ظناً"[8].

وليس لازما أن يُنَصَّ على لفظ الضرورة بحروفها لاستنباط حكم شرعي؛ بل العبرة بالمعنى المقصود، سواء ورد بلفظه أو بمعناها[9]؛ وقعَّد العلماء لمبدإ الضرورة بعدة قواعد منها: (الضرورات تبيح

1- انظر: "**حوادث السير**"، عبد الله مُحَمَّد عبد الله، بحث منشور في **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، (223/2)، ع 8.

2- "**القاموس الدولي العام**"، (ص: 304).

3- انظر: "**مختصر القدوري**"، أحمد القدوري، تحقيق: كامل مُحَمَّد عويضة، (ص: 105)، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1997م، "**البناية شرح الهداية**"، (419/9).

4- انظر: "**مقاييس اللغة**"، (253/4-254)، "**تاج العروس من جواهر القاموس**"، (540/12).

5- انظر: "**الموسوعة الفقهية الكويتية**"، (19/30).

6- انظر: "**تاج العروس من جواهر القاموس**"، (388/12)، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، (360/2).

7- "**التعريفات**"، (ص: 141).

8- "**حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**"، (115/2).

9- انظر: "**فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة –آفاق وأبعاد–**"، عبد الوهاب أبو سليمان، (ص: 52)، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب- البنك الإسلامي للتنمية، جدة- السعودية، الطبعة، الأولى، 1993م.

المحظورات[1])، ولا بد من تقييد هذه الضرورة؛ إذ جواز تناولِها وإتيانِها مقدر بحسَبها وقدرها، لذلك جعل العلماء قاعدة ضابطة للقاعدة السابقة وهي قولهم: (الضرورة تقدر بقدرها[2]).

وانتهى الأستاذ عبد السلام الترمانيني بأن هذه النظرية معدودة من جملة تطبيقات نظرية الضرورة[3].

الفرع الثالث: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة؛ مِمَّا اشتُرط لتطبيق هذه النظرية ما يلي:

1- يجب أن يكون هذا الحادث غيرَ متوقَّع الحصول ولا يمكن دفعه؛ كانتشار وباء، ونشوب حرب، أو إضراب مفاجئ أو استيلاء إداري، وهذا الشرط يؤكد أساس مبدإ العدالة.

2- أن يكون وقوع الحادث استثنائيا عاما، قد وقع بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه.

3- ألا يكون العقد احتماليا بطبيعته أو بالاتفاق؛ لأن من يعقد عقدا احتماليا يجب أن يتوقع كل الحوادث حتى الاستثنائية منها التي يُحتمل أن تؤثر في مدى التزاماته.

4- أن يكون الحادث مؤثرا على العقد؛ فتترتب على تنفيذه خسارة تجاوز الخسارة العادية.

5- يقتصر مجال نظرية الظروف الطارئة على العقود المتراخية التنفيذ، وهو ما يسمى بشرط التراخي؛ بأن يكون عقدا مستمرا (أي عقد مدة)، أو عقدا فوريا مؤجل التنفيذ.

6- ألا يكون لإرادة المتعاقدين دخل في الظرف الطارئ، فلا يكون أحد المتعاقدين سببا في هذا الظرف، وعُبِّر عنه بأن يكون الحادث أجنبيا عن المتعاقدين، أو يرجع إلى سبب أجنبي.

7- أن الهدف هو تحقيق العدالة أو عدم الإخلال بمبدإ التوازن العقْدي[4].

1- انظر: "**الموافقات**"، (99/5)، "**شرح الكوكب المنير**"، (444/4).

2- انظر: "**القواعد الكبرى**"، العز بن عبد السلام، (146/1)، تحقيق: نزيه حماد- عثمان ضميرية، دار القلم، دمشق- سورية، ط: الأولى، 2000م، "**تيسير علم أصول الفقه**"، (ص: 341).

3- انظر: "**نظرية الظروف الطارئة -دراسة تاريخية ومقارنة بالشريعة الإسلامية-**"، (ص: 87).

4- انظر: "**الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**"، (983/3)، "**نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي**"،(318/72)، **الوضعي**"،(318/72)، "**النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري**"، (255/1)، "**أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة**"، عادل المطيرات، (ص: 73-77)، رسالة دكتوراه، قسم: الشريعة الإسلامية، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، القاهرة- مصر، 1422هـ - 2001م، "**نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد الإداري**"، سمير اليوسف، (ص: 39)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 2003م.

الفرع الرابع: أدلة نظرية الظروف الطارئة، نصوصها القانونية، وموقف العلماء منها

أولا: الأدلة الشرعية لنظرية الظروف الطارئة: أخذت كثير من الدول بهذه النظرية سواء في قضائها الإداري أو المدني، واستدل العلماء لها بجملة من الأدلة المنقولة والمعقولة[1]، ومنها ما يلي:

1- **أدلة نظرية الظروف الطارئة من الكتاب:** من أدلة القرآن الدالة على إعمال الظروف الطارئة:

أ- قولُ الله تعالى: ﴿**لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا**﴾ [البقرة: 185]؛ فاليسر مقصَدٌ من المقاصد، وفي الآية إشارة إلى أن هذا الدين بيَّن حفظَ المصالح ودرء المفاسد، في أيسر كيفية وأرفقها، كما بينت يسرَ الشريعة الإسلامية وخلوَّها من العسر والحرج؛ لأجل هذا كله يفهم أن إلزام المتعاقد بتنفيذ عقده مع حدوث الطارئ ليس من التيسير في شيء، وإنما هو العسر الذي لا يريده الله تعالى[2].

ب- قوله تعالى: ﴿**يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ**﴾ [البقرة: 286]، فأصل الأوامر والنواهي ليست من الأمور التي تشق على النفوس، بل هي غذاء للأرواح ودواء للأبدان، وحمية عن الضرر، ومع هذا إذا حصل بعض الأعذار التي هي مظنة المشقة حصل التخفيف والتسهيل، فدلت الآية أن إلزام المتعاقد بتنفيذ عقده مع حدوث الطارئ يسبب له الضرر الذي ليس في مقدورِه ووسعِه دفعُه، وهذا الأمر منفيٌّ بالنص[3].

ج- كما يمكن أن يُستدل عليها بالآيات الدالة على التخفيف ورفع الحرج؛ كقوله عز وجل: ﴿**يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ**﴾ [النساء: 28]، وقوله تعالى: ﴿**وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ**﴾ [الحج: 78].

2- **أدلة نظرية الظروف الطارئة من السنة النبوية:** من النصوص النبوية التي قد يستدل بها لهذه النظرية؛ أحاديثُ جلب المنافع أو دفع المضار، وبعضها هو نص قاعدة فقهية أو أصلها، ومنها:

1- انظر: "**نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد الإداري**"، (ص: 57).

2- انظر: "**فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير**"، مُحَمَّد الشوكاني، (210/1)، دار ابن كثير، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1993م، "**أيسر التفاسير لكلام العلي الكبير**"، أبو بكر جابر الجزائري، (164/1)، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة- السعودية، ط: الثالثة، 1997م، "**قاعدة المشقة تجلب التيسير -دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية-**"، يعقوب الباحسين، (ص: 520)، مكتبة الرشد، الرياض- السعودية، ط: الأولى، 2003م.

3- انظر: "**تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان**"، عبد الرحمن بن ناصر السعدي، (ص: 120)، تحقيق: عبد الرحمن بن معلا اللويحق، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1420هـ-2000م، "**قاعدة المشقة تجلب التيسير -دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية-**"، (ص: 520).

أ- قوله ﷺ: «**لَوْ بِعْتَ مِنْ أَخِيكَ ثَمَرًا فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ فَلاَ يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا ...**»[1].

ب- وعنه: «**أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِوَضْعِ الْجَوَائِحِ**»[2].

ففي هذين الحديثين دليل واضح على وجوب إسقاط ما أُجيح من الثمرة عن المشتري[3].

ج- وقد جاء عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**»[4]؛ فوجه دلالة الحديث أن دفع الضرر واجب في كل شيء، وفيه دليل على تحريم الضرار على أي صفة.[5]

د- وعنه عن النبي ﷺ قال: «**إِنَّ اللَّهَ وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ**»[6].

ففي الحديث دلالة على أن المستكرَه عليه موضوع؛ ولذا كان الإكراه مُعدِما للرضا ومفسدا للاختيار أو مبطلا له، فيؤثر في التصرفات ويجعلها باطلة.[7]

وعليه؛ فإن العاقد الذي أكره بظرف طارئ لا دخل له فيه ولا قدرة عليه أولى بكون التصرف الذي باشره مع غيره صار باطلا وغير نافذ، ووجب إعادة النظر في حقيقة العقد.

هـ- جاء في الحديث أن رسول الله ﷺ قال: «**لا يَمْنَعْ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أن يَغْرِزَ خَشَبَةً فِي جِدَارِهِ**».[8]

فوجه الدليل ما ذكره ابن عبد البر في التمهيد نقلا عن عبد الملك بن حبيب أنه قال: "في قوله ﷺ «**لا يَمْنَعْ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أن يَغْرِزَ خَشَبَةً فِي جِدَارِهِ**» لازم للحاكم أن يحكم به على من أباه وأن يجبره عليه بالقضاء؛ لأنه حق قضى به رسول الله ﷺ، ولأنه أيضا من الضرار أن يدفعه أن يغرز خشبَ بيتِه في جداره فيمنعه بذلك المنفعة، وصاحب الجدار لا ضرر عليه في ذلك"[9].

أقول بأن: المتعاقد الذي حصل له ظرف طارئ له الأولوية في أن يُدفع عنه الضررُ والضرارُ.

1- رواه مسلم، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، (1554).

2- رواه مسلم، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، (1554).

3- انظر: "**المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم**"، أحمد القرطبي، (423/4)، تحقيق: محي الدين مستو- يوسف بديوي- أحمد السيد- محمود بزال، دار ابن كثير، دمشق – سورية، الطبعة: الأولى، 1416هـ- 1996م.

4- رواه ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب من بنى ما يضر بجاره، (2340).

5- انظر: "**شرح صحيح البخاري -لابن بطال-**"، علي بن خلف بن عبد الملك، (16/7)، تحقيق: ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، الرياض- السعودية، ط: الثانية، 1423هـ - 2003م، "**نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار**"، (294/5).

6- رواه ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، (2045).

7- انظر: "**عمدة القاري شرح صحيح البخاري**"، (87/13)، **الفقه الإسلامي وأدلته**، (215/4)، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، (311/1).

8- رواه مسلم، كتاب المساقاة، باب غرز الخشب في جدار الجار، (1609).

9- "**التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد**"، ، (233/10).

3- **أدلة نظرية الظروف الطارئة من فقه الصحابة:** إن الناظر في قضاء بعض الصحابة ﷺ يرى أنهم كانوا يراعون الظروف التي تطرأ على معاملات الناس، ومما يمكن اعتباره دليلا على نظرية الظروف الطارئة؛ «أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا له من العُرَيض، فأراد أن يمر به في أرض مُحَمَّد بن مسلمة، فأبى مُحَمَّد، فقال له الضحاك: لِمَ تمنعني، وهو لك منفعة تشرب به أولا وآخرا، ولا يضرك، فأبى مُحَمَّد، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب، فدعا عمر بن الخطاب مُحَمَّد بن مسلمة، فأمره أن يخلي سبيله، فقال مُحَمَّد: لا، فقال عمر: لم تمنع أخاك ما ينفعه، وهو لك نافع، تسقي به أولا وآخرا، وهو لا يضرك، فقال مُحَمَّد: لا والله، فقال عمر: والله ليمرن به، ولو على بطنك، فأمره عمر أن يمر به، ففعل الضحاك»[1].

فوجه الدلالة أنه لو لم يكن ذلك واجبا لما أجبره على ذلك، ولو كان من باب «**لاَ يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلاَّ بِطِيبِ نَفْسِهِ**[2]» ما قضى به عمر، وقال الشافعي: "إن عمر لم يخالفه أحد من الصحابة"[3].

4- **أدلة نظرية الظروف الطارئة من القواعد الفقهية:** استدل الفقهاء على نظرية الظروف الطارئة بجملة من القواعد الفقهية، سنذكرها في مبحث خاص كما سيأتي.

5- **نظرية الظروف الطارئة من المعقول:** لا يُعقل أن يَدخل أي متعاقد في صفقة قصد الخسارة أو تضييع أمواله، وكل من المتعاقدين لا يرضى لنفسه أن تضيع جهوده ويعرض ماله للتلف، فيحب أن يُعامل في حالة خسارة فادحة بأسباب خارجة عن إرادتهما بتعويض شيء مما خسره، وقد يستدل لهذا الكلام بما جاء في قول النبي ﷺ: «**لَا يُؤْمِنُ أَحَدُكُمْ حَتَّى يُحِبَّ لِأَخِيهِ مَا يُحِبُّ لِنَفْسِهِ**[4]».

وذكر الأستاذ السنهوري أنه لو لزم استمرار العقد عند وقوع الحادث والعذر للزم صاحبَ العذر ضررٌ لم يلتزمه بالعذر، فكان العدول عن مقتضى امتناعا من التزام الضرر[5].

1- رواه مالك، باب القضاء في المرفق، (1426).

2- الدارقطني، كتاب البيوع، (2885).

3- انظر: "**التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد**"، (262/10)، "**سبل السلام شرح بلوغ المرام**"، (ص: 94).

4- رواه البخاري، كتاب الإيمان، باب من الإيمان أن يحب لأخيه ما يحب لنفسه، (13).

5- انظر: "**الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**"، (633/1).

ثانيا: النصوص القانونية لنظرية الظروف الطارئة ومقارنتها بالفقه الإسلامي

1- **النصوص القانونية لنظرية الظروف الطارئة:** نص القانون المدني الجزائري (ق.م.ج) على نظرية الظروف الطارئة، فقد تحدث عنها بموجب الأمر 75-85، المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م، يتضمن القانون المدني، والمعدَّل والمتمَّم بالقانون 07-05، المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428هـ الموافق لـ 13 ماي 2007م[1] ؛ وقد عبَّرت هذه النصوص على نظرية الظروف الطارئة بعبارات متقاربة؛ كعبارة "**حوادث استثنائية**"، وعبارة "**الحالة الطارئة**" ولم تنصَّ عليها بلفظها.

- نصت المادة 107 من (ق.م.ج) على أنه: "إذا طرأت **حوادث استثنائية** عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة؛ جاز للقاضي تبعا للظروف أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"[2].

وقد قضت المحكمة العليا بأنه يجوز للقاضي إذا طرأت **حوادث استثنائية** عامة - وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي صار مرهقا - أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[3].

ومن العبارات القانونية التي أخذت بمعنى الظروف الطارئة اصطلاح "**السبب الأجنبي**"؛ وهو أربعة أقسام: **القوة القاهرة، الخطأ المفاجئ، خطأ المتضرر، خطأ الغير.**

فالسبب الأجنبي هو: "كل أمر غير منسوب إلى المدين أدى إلى حدوث الضرر الذي لحق الدائن، أو يكون فعلَ الغير"[4]، كما عرَّفه القضاءُ الجزائري من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا والذي جاء فيه: "التعريف القانوني للقوة القاهرة هي أنها حدث تتسبب فيه قوة تفوق قوة الإنسان؛ حيث لا يستطيع هذا الأخير أن يتجنبها أو أن يتحكم فيها، كما تتميز القوة القاهرة أيضا بطابع عدم قدرة الإنسان على توقعها".[5]

1- انظر: "**الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، القانون المدني**"، (ص: 955-1007).

2- انظر: "**الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، القانون المدني**"، (ص: 995-996).

3- انظر: "**القانون المدني في ضوء اجتهاد المحكمة العليا**"، عمار بوضياف، (ص: 45)، قرار الغرفة الإدارية بتاريخ: 1993/10/10م، (رقم: 99694)، دار جسور، الجزائر، ط: الأولى، 2015م.

4- "**النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري**"، (291/1).

5- انظر: "**المجلة القضائية**"، المحكمة العليا الجزائرية، حكم الغرفة التجارية، بتاريخ: 1990/06/11م، (65920)، ع: 2.

- نصت عليه المادة 127 على ما يلي: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه **كحادث مفاجئ** أو **قوة قاهرة** أو **خطإ صدر من المضرور** أو **خطإ من الغير** كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك"[1].

فالمادة 127 فصلت حالة **السبب الأجنبي**، فتكون على أربع حالات: **الحادث المفاجئ**، و**القوة القاهرة**، و**الخطأ الصادر من المضرور**، و**خطأ الغير**؛ فإذا أثبت العاقد المتضرر عند القضاء واحدا من هذه الأربعة انتفت المسؤولية عنه؛ ففي القوانين المعمول بها، لا يستطيع المدين أن يدفع المسؤولية عنه إلا بنفي علاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام وبين سلوكه؛ وذلك بإثبات السبب الأجنبي[2].

- بينت المادة 176 أنه: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين عن تنفيذ التزامه"[3].

- تنص المادة 1/178 على جواز الاتفاق على تحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة"[4].

- وتنص المادة 2/178 على "جواز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءَه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطإ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه"[5].

- نصت المادة 307 على انقضاء الالتزام إذا أصبح الوفاء به مستحيلا لسبب أجنبي عن إرادته.[6]

2- **مقارنة نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني:** يمكن أن نلخص أوجه الاتفاق والاختلاف لهذه النظرية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري فيما يلي:

1- **الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، القانون المدني**، (ص: 997).

2- "**النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري**"، (291/1).

3- "**الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، القانون المدني**"، (ص: 999).

4- "**الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، القانون المدني**"، (ص: 999).

5- "**الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، القانون المدني**"، (ص: 1000).

6- "**الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، القانون المدني**"، (ص: 1007).

أ- **أوجه الاتفاق**: مما يتفق فيه الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بخصوص الظروف الطارئة ما يأتي:

- توافق كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في اعتبار الحادثِ الطارئ أمرا غير متوقع.

- يشترك الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في كون العذر الطارئ لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلا، وإنما يكفي أن يكون مرهقا.

ب- **أوجه الاختلاف**: من أوجه اختلاف الفقه الإسلامي مع القانون فيما يتعلق بالنظرية ما يلي:

- ليس في الإسلام نظام مفصل كامل؛ كالنظام المعروف في القانون الدستوري والإداري، وإنما هناك مبادئ عامة يصح أن تكون أساسا لتكوين قانون بالمعنى الصحيح.

- توسع الفقه الإسلامي في تقدير الحادث الطارئ؛ فيكفي لتحققه كونه ضارا بمصلحة المتعاقدين.

- في القانون المدني لا بد من أن يكون الحادث استثنائيا عاما كحرب أو زلزال.

- ويختلف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في أثر الحادث الطارئ؛ فهو في القانون رد الالتزام المرهق إلى حد المعقول.

- التطبيقات الفقهية سواء من باب التقعيد والتأصيل أو التفريع والتفصيل أوسع شمولاً وأكثراً إحاطة وأسبق حكما من "نظرية الظروف الطارئة"؛ فالمواضعة على هذا الاصطلاح لدى المسلمين فيها منابذة للمصطلحات الشرعية التي يقف الناظر فيها على معانيها من غير عناء ولا تكلف، أما هذه المواضعة الوافدة ففيها سُنة الإبعاد والتبعية وقطع فِتية المسلمين عن فقههم في شكله وحقيقته.[1]

قال الشيخ الزحيلي: "إذا كان المقصود هو دفع الضرر وتحقيق العدالة فلا مانع في تقديري من الأخذ بوجهة النظر القانونية في هذا الشأن"[2].

المطلب الثاني: القواعد الفقهية المؤيدة لنظرية الظروف الطارئة

استدل الفقهاء على العمل بنظرية الظروف الطارئة بجملة من القواعد الفقهية، وذكر الشيخ بكر أبو زيد أن هذا الاصطلاح لا وجود لمبناه في الفقه، لكن مضمونه موجود بصفة موسعة في عدة مظاهر

1- انظر: "**نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي**"، (ص: 311) و (ص: 324- 325)، "**معجم المناهي اللفظية**"، (ص: 425).

2- "**نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي**"، (ص: 329).

منها قواعد نفي الضرر؛ كقاعدة: **الضرر يزال- لا ضرر ولا ضرار- الضرورات تبيح المحظورات- الضرر الأشد يزال بالأخف- يدفع الضرر بقدر الإمكان- يحتمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام**، وهكذا ...[1]".

فمن بين القواعد التي يستدل بها على هذه النظرية قواعد الضرورة ونفي الضرر، وقواعد التيسير والتخفيف، وغير ذلك، وسنذكر ما تيسر منها مع التعليق على كل قاعدة وربطها بالنظرية.

أولا: (لا ضرر ولا ضرار): أورد العلماء هذه القاعدة بعدة صيغ، وهذه الصيغة هي الأكثر شيوعا في كتب القواعد الفقهية، فوردت بلفظ: **(الضرر لا يزال بالضرر)**، و: **(يزال الضرر بلا ضرر)**.

وهذه القاعدة فرع عن القاعدة الكبرى **(الضرر يزال)**، وجعلوها -وهو الحديث- دليلاً على القاعدة وأصلاً لها، ولكن التعبير بصيغة الحديث أشمل وأعم، حيث يشمل الضرر ابتداءً ومقابلة، ويعطيها قوة؛ ويجعلها دليلا لبناء الأحكام عليه، بخلاف لفظ **(الضرر يزال)** فليس له قوة شرعية كنص الخبر[2].

ومعنى القاعدة أنه لا فعلَ ضررٍ ولا ضرارٍ بأحد في ديننا، ولا يجوز شرعا لأحد أن يلحق بآخر ضررا ولا ضرارا، وقد سيق ذلك بأسلوب نفي الجنس ليكون أبلغ في النهي والزجر[3].

وبخصوص ما يحدث من التغيرات المفاجئة على العقود فقد يلحق بسببها اضطراب في استمرارية العقد، فيلحق ضرر بأحد المتعاقدين، وحينها وجب إعمال القاعدة لإزالة الضرر، فيُرجع إلى جهات الاختصاص لإعداد تقارير الخبرة عن الخسائر وإنهاء المنازعات؛ فيُعاد النظر في وضعية الشركاء.

ثانيا: (المشقة تجلب التيسير): هذه القاعدة من القواعد الكبرى التي عليها مدار الفقه؛ ويتخرج عليها جميع رخص الشرع وتخفيفاته، وقد ذكرَتها أكثر كتب القواعد بهذا اللفظ، أو بما يؤدي معناه[4].

فالصعوبة سبب للتسهيل، والشريعة تخفف الأحكام التي تجلب حرجا للمكلف بما يقع تحت قدرته؛ فالحرج مرفوع عنه شرعا، وشرط جلب التيسير عدم مصادمتها نصا، فإذا صادمت نصا روعي دونها.[5]

1- انظر: "**معجم المناهي اللفظية**"، (ص: 424-425).

2- انظر: "**القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير**"، (277/1-278)، "**القواعد الفقهية مع الشرح الموجز**"، عزت الدعاس، (ص: 28)، دار الترمذي، دمشق- سورية: ط: الثالثة، 1989م، "**الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية**"، (ص: 251).

3- انظر: "**شرح القواعد الفقهية**"، أحمد الزرقا، (ص: 165). دار القلم، دمشق- سورية، ط: الثانية، 1989م.

4- انظر: "**القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير**"، (425/1).

5- انظر: "**شرح القواعد الفقهية**"، (ص: 157)، "**القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة**"، (257/1)، "**الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية**"، (ص: 218).

ومن تطبيقات النظرية أن استمرار العقد والالتزامات بين المتعاقدين بعد وقوع الحوادث المفاجئة والاستثنائية يصبح أمرا مرهقا على أحد المتعاقدين، ويصبح تنفيذ العقد شاقا أو مستحيلا، لذا يستوجب العدول إلى ما يجلب التيسير بالوصول إلى حل مناسب يحدده أهل الخبرة والاختصاص.

ثالثا: (إذا ضاق الأمر اتسع): إذا دعت الضرورة والمشقة إلى اتساع الأمر فإنه يتسع إلى غاية اندفاعها، فإذا زالت الضرورة عاد الأمر إلى ما كان عليه، ويقرب منها **(الضرورة تقدر بقدرها)** [1]، وعكسها قاعدةُ: **(إذا اتسع الأمر ضاق)**، وقاعدة: **(كل ما يَتجاوز حدَّه انعكس إلى ضده)**[2].

فإذا ضاق الأمر بين المتعاقدين بسبب ظرف طارئ أو حادث خارج لم يكن في الحسبان؛ اتسع إلى ما فيه رفع المشقة والحرج؛ وذلك بتوقيف التعامل وإيجاد صيغة مناسبة أو جديدة حسماً للنزاع.

رابعا: (الضرورات تبيح المحظورات): هذه القاعدة من استثناءات القرآن الكريم لحالاتِ الاضطرار بقوله تعالى: ﴿ **وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ**﴾ [الأنعام: 119] -بعد تَعداده طائفة من المحرمات-، فهي مقيَّدة ببعض القواعد؛ كقاعدة **(الضرورة تقدر بقدرها)**، وقاعدة **(الاضطرار لا يبطل حق الغير)**، وهي فرع عن قاعدتي **(لا ضرر ولا ضرار)** و**(إذا ضاق الأمر اتسع)**، قال ابن القيم: "ومن قواعد الشرع الكلية أنه: **(لا واجب مع عجز، ولا حرام مع ضرورة)**"، فإذا لم يتناول معها الممنوع حصل الهلاك للمضطر، كفقد عضو أو حاسة، ومن فروعها الفقهية؛ جوازُ إتلاف مال الغير إذا أكره عليه بملجئ[3].

فتدل القاعدة أن الضرورة الملجئة وهي الحوادث المفاجئة التي أخلَّت بالتوازن الاقتصادي تُجيز اللجوءَ إلى الممنوع؛ وهو عدم استمرار العقد وإكمال تنفيذ الاتفاق، واللجوء إلى التسوية والتصالح.

خامسا: (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف): هذه **القاعدة** أخص من قاعدة **(الضرر يزال)**، ومن ألفاظها: **(الضرر لا يزال بمثله) أو (الضرر لا يزال بالضرر)**، وهي في معنى القاعدة **(يختار أهون الشرين، أو أخف الضررين)**، و **(إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما)**.

1- انظر: "**شرح القواعد الفقهية**"، (ص: 163)، "**موسوعة القواعد الفقهية**"، (321/1).

2- انظر: "**نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي**"، (ص: 221).

3- "**إعلام الموقعين عن رب العالمين**"، (227/3)، "**شرح القواعد الفقهية**"، (ص: 185)، "**القواعد الفقهية مع الشرح الموجز**"، (ص: 43)،"**القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة**"، (276/1).

ومعناها أن الضرر ليس متفاوتا وليس على درجة واحدة، فيجب رفعه؛ وإذا لم يمكن إزالته نهائيا- وكان بعضه أشد من بعض ولا بد من ارتكاب أحدهما- فيجوز إزالته بضرر أخف منه، فالضرر الأشد يزال ويرفع ويجتنب بارتكاب الضرر الأخف، فتقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.[1]

قال ابن تيمية: "لا يجوز دفع الفساد القليل بالفساد الكثير، ولا دفع أخف الضررين بتحصيل أعظم الضررين؛ فإن الشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها بحسب الإمكان، ومطلوبها ترجيح خير الخيرين إذا لم يمكن أن يجتمعا جميعا، ودفع شر الشرين إذا لم يندفعا جميعا"[2].

ومنه؛ فاضطراب العقد واختلاله بسبب الظروف الطارئة قد يتضرر به عدة أطراف، وربما يوجد مستفيد واحد، فقد يتضرر المورِّدُ، والجهة المموِّلة، والزبونُ، ويكون الرابح الوحيد هو الشركةَ المصنعةَ، فيدفع الضرر الأكبر بأضرار صغرى، عملا بالقاعدة **(يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام)**، فيتعيَّن تقسيم الخسائر والأعباء، فلا يتحملها طرف واحد؛ لأن **(درء المفاسد أولى من جلب المنافع)**.

سادسا: (يدفع الضرر بقدر الإمكان): هذه القاعدة من فروع قاعدة إزالة الضرر، ومن: **(الضرر مدفوع بقدر الإمكان)**؛ فالأصل أن الضرر لا يقره الشرع نهائيا، ويجب دفعه ما أمكن، وفقا لقاعدة المصالح المرسلة والسياسة الشرعية، فالأصل رفعه كليا دون ضرر ما أمكن، وإلا فيتوسل لدفعه بقدر ما يمكن، كأن يُجبَر بعوض، أما إذا لم يمكن دفعه بالكلية ولا جبره فإنه يترك على حاله.[3]

وفي مجال إعمال نظرية الظروف الطارئة؛ يُراعى دفع الأضرار، فيَلجأ أطرافُ العقد إلى تدارك الأخطار كانتظار مدة لا تؤثر على طبيعة العقد والعمل، أو بدفع الخسائر كلها عن الطرف المتضرر، وإلا يُستدرك ما أمكن شيئا فشيئا، وإلا يفصل المختصون في جانب المنازعات في تقليل الخسائر وتوزيعها.

سابعا: (الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة في إباحة المحظور): ومن ألفاظها **(الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة)**.

ومعنى القاعدة أن الحاجة تتنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة في كونها تثبت حكما، وإن افترقا في كون حكم الأولى مستمرا وحكم الثانية موقتا بمدة قيام الضرورة؛ إذ **(الضرورة تقدر بقدرها)**؛

1- انظر: "**الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية**"، (ص: 259-260)، "**المعاملات المالية أصالة ومعاصرة**"، (403/4).

2- "**مجموعة الفتاوى**"، (194/23).

3- انظر: "**درر الحكام**"، (42/1)، "**شرح القواعد الفقهية**"، (ص: 185)، "**القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة**"، (208/1)، "**الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية**"، (ص: 256).

فالضرورة كخشيةِ الهلاك والإكراهِ الملجئ، والمحتاجُ لا يهلك، ولكنه يجد مشقة شديدة تستدعي تيسيرا، فهي دون الضرورة، فالحكم الثابت لأجلها مستمر، والثابت للضرورة مؤقت.[1]

وعليه؛ فالحادث المفاجئ سيُوقع أطرافَ العقد في حالة ضرورة أو حاجة مرهقة، وكلاهما يستدعي تيسيرا وتسهيلا، فلزم إيجاد حل وصيغة ترفع الحرج والمشقة الشديدة، وذلك بالتسوية والتصالح.

المبحث الثاني: تطبيقات نظرية الظروف الطارئة بين القديم والحديث: لم يصُغ الفقهاء نظرية الظروف الطارئة؛ غير أنهم طبقوها في مسألتي: الفسخ للأعذار الطارئة، والفسخ بسبب الجوائح[2].

نذكر في هذا المبحث بعض النظائر الفقهية القديمة للنظرية الظروف الطارئة لتنزيلها وتكييفها على ما جاء في الفقه الإسلامي قديما، وعلى ما ذكر الفقهاء المعاصرون من مسائل تنزل عليها.

وقبل التحدث عن ذلك ينبغي لنا أن نبيّن مفهوم **التكييف الفقهي** كما عرفه العلماء المعاصرون.

لم يعرف الفقهاء قديما التكييف الفقهي؛ بل هو من استعمال الفقهاء المعاصرين[3]؛

أ- "التكييف الفقهي للمسألة: تحريرها وبيان انتمائها إلى أصل معين معتبر"[4].

ب- ومما عرف به كذلك بأنه: "التصور الكامل للواقعة وتحرير الأصل الذي تنتمي إليه"[5].

المطلب الأول: الطوارئ على العقود عند الفقهاء قديما

ذكر العلماء ما يتعلق من تغيرات للعقد في بعض أبواب الفقه؛ كباب الإجارة، وباب شراء الثمار، وغير ذلك، وذكر الأحناف ما يطرأ عليه في **باب الفسخ بالأعذار**، في حين أن الجمهور ذكروه في **باب الجوائح**، والتفصيل كالآتي:

الفرع الأول: الفسخ للأعذار الطارئة

أولا: تعريف العذر: عرفنا سابقا العذر لغة واصطلاحا؛ وأعيده في هذا الموضع لمناسبته المقام؛

1- "**شرح القواعد الفقهية**"، (ص: 209)، "**القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة**"، (288/1)، "**موسوعة القواعد الفقهية**"، (67/3).

2- انظر: "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (638/10)، "**نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي**"، (ص: 320).

3- انظر: "**منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة**"، مسفر القحطاني، (ص: 350)، دار الأندلس الخضراء، جدة- السعودية، ط: الأولى، 2003م.

4- "**معجم لغة الفقهاء**"، (ص: 143).

5- "**منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة**"، (ص: 354).

1- **تعريف العذر لغة:** مصدر من الفعل عَذَر يعذِر؛ من باب ضرب، وعذره بما صنع يعذِره عُذْرا وعِذْرة ومَعذِرة، والاسم منه العُذْر والمَعْذِرة، والعذر: الحجة التي يعتذر بها، والجمع أعذار[1].

2- **تعريف العذر اصطلاحا:** مما عُرِّف به العذر في الاصطلاح الفقهي ما يلي:

– عرفه السمرقندي بقوله: "ما يكون عارضا يتضرر به العاقد مع بقاء العقد ولا يندفع بدون الفسخ[2]".

– وعُرِّف كذلك بأنه: "عجز العاقد عن المضي في موجِبه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به[3]".

– وقال بعض المعاصرين هو: "ما يتعذر معه المُضِيُّ على موجَب الشرع إلا بتحمل ضرر زائد[4]".

فيظهر أن العذر له تعلق بالرخصة؛ فالعلاقة بينهما السببية، فالعذر سبب للرخصة؛

فمما عُرفت به الرخصة أنها: "اسمٌ لما بني على أعذار العباد[5]".

وعُرِّفت كذلك بأنها: "الحكم الثابت على خلاف الدليل لعذر هو المشقة والحرج[6]".

ثانيا: مذاهب الفقهاء في الفسخ بالعذر: اختلف الفقهاء فيما يتعلق بفسخ العقود بالأعذار إلى مذهبين:

1- **مذهب الحنفية:** أجاز الحنفية فسخ عقد الإجارة وعقد المزارعة بالأعذار الطارئة؛ لأن الحاجة تدعو إلى الفسخ؛ لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر، للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد[7].

جاء في حاشية ابن عابدين: "والحاصل أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله، يثبت له حق الفسخ"[8].

1- انظر: "**كتاب العين**"، الخليل بن أحمد الفراهيدي، (93/2)، تحقيق: مهدي المخزومي- إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، بيروت- لبنان، "**تاج اللغة وصحاح العربية (الصحاح)**"، (739/2)، "**مقاييس اللغة**"، (253/4-254).

2- "**تحفة الفقهاء**"، (360/2).

3- "**البناية شرح الهداية**"، (420/9).

4- "**معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء**"، (ص: 312).

5- "**كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**"، (299/2).

6- "**التمهيد في تخريج الفروع على الأصول**"، عبد الرحيم الإسنوي، (ص: 71)، تحقيق: مُحَمَّد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1980م.

7- انظر: "**مختصر القدوري**"، (ص: 105)، "**المبسوط**"، (2/16)، "**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**"، (197/4)، "**البناية شرح الهداية**"، (419/9).

8- "**حاشية ابن عابدين**"، (110/9).

2- **مذهب جمهور الفقهاء:** يرى الجمهور؛ مالك والشافعي وأحمد والثوري وغيرهم أن الإجارة عقد لازم لا ينفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة.[1]

قال القاضي عبد الوهاب: "الإجارة عقد لازم من الطرفين جميعا من جهة المؤاجر والأجير؛ كالجعالة من المؤاجر والمستأجر، ليس لأحد منهما بعد العقد الصحيح فسخ لعذر، أو لغير عذر، إلا بما يفسخ به العقد اللازم"[2].

قال النووي: "وليس للأجير فسخ الإجارة، وإن قلنا: لا تستقر، فله فسخها، وليس للمستأجر الفسخ بحال، لأن الإجارة لا تنفسخ بالأعذار"[3].

وقال ابن قدامة في بيان الإجارة وفسخها: "وهي عقد لازم ليس لواحد منهما فسخها؛ لأنها بيع فأشبهت بيوع الأعيان، إلا أن يجد العين معيبة"[4].

ثالثا: أنواع الأعذار المبيحة لفسخ العقود: الأعذار المعتبرة للأخذ بالرخصة أو النكول عن الالتزام غير محصورة، وضرب الفقهاء أمثلة للبيان والتوضيح لا لغرض الحصر؛ فقد يكون العذر بسبب العجز الحسي أو العجز الشرعي، أو بسبب الخوف على النفس أو المال، أو كان في ذلك مصلحة يُخشى فواتُها[5].

فقد نص الحنفية أن إذا المستأجر خاف نقض الإجارة بينهما قبل انتهاء مدة الإجارة بموت رب الدار أو بأن يلحقه دين فادح أو غير ذلك من أنواع العذر[6]، ومنه؛ فمن الأعذار التي بسببها ينقض العقد: العقد:

1- **انتهاء مدة الإجارة بالموت:** من العيوب التي تنهي الإجارةَ الموتُ؛ فتبطل الإجارة عند الأحناف بموت أحد المتعاقدين، فإذا مات أحدهما وقد عقد الإجارة لنفسه انفسخت، وإن عقدها لغيره لم تنفسخ، خلافا للشافعية الذين قالوا بأنها لا تنفسخ بموت أحدهما، واستدل الحنفية بقوله ﷺ: «**إِذَا**

1- انظر: "**نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي**"، (ص: 320-323).

2- "**عيون المسائل**"، عبد الوهاب بن علي، (ص: 593)، تحقيق: علي بورويبة، دار ابن حزم، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 2009م

3- "**روضة الطالبين وعمدة المفتين**"، (314/4).

4- "**الكافي في فقه الإمام أحمد**"، عبد الله بن قدامة، (397/4)، تحقيق: عبد الله التركي، دار هجر، الجيزة- مصر، ط: الأولى، 1997م.

5- انظر: "**المعاملات المالية أصالة ومعاصرة**"، (384/19)، باختصار وتصرف.

6- انظر: "**المخارج في الحيل**"، مُحَمَّد بن الحسن الشيباني، (ص: 102)، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة- مصر، ط: 1999م، "**المبسوط**"، (216/30).

مَاتَ الْإِنْسَانُ انْقَطَعَ عَنْهُ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثَةٍ[1]»؛ فظاهره يقتضي أن عقوده كلها تبطل بموته إلا ما دل عليه دليل[2].

2-**هلاك المعقود عليه:** ومما يبطل العقد هلاك العين المعقود عليها؛ فمن العيوب هلاك المستأجَرِ، والمستأجَرِ فيه لوقوع اليأس عن استيفاء المعقود عليه بعد هلاكه، فلم يكن في بقاء العقد فائدة.[3]

3-**لحوق دَين فادح:** نص فقهاء الحنفية على فسخ العقد إذا لحق صاحبَ العمل دينٌ فاحش لا يُستطاع معه استمرار العقد، ومثلوا لذلك في باب الإجارة والمزارعة وغيرها، فمما صرحوا به جواز الفسخ إذا خاف المستأجِر أن تُنْقَضَ الإجارة بينهما بأن يلحقه دين فادح، فإذا كان على رب الأرض دين فادح ولم يقدر على قضائه إلا ببيع الأرض فسخت المزارعة وبيعت بالدين؛ لأنها تفسخ بالأعذار، وهذا عذر.[4]

ولخص الشيخ الزحيلي ما ذهب إليه الحنفية في بيان الأعذار المبيحة للفسخَ ومثَّل لها بحدوث مرض المستأجر أو سفره أو إفلاسه أو سرقة ماله، أو احتراق بضاعته، أو لحوق دين فادح بالمؤجر لا يجد طريقاً لقضائه إلا ببيع المأجور وأدائه من ثمنه، كما أجازوا فسخ الإجارة لموت أحد العاقدين[5].

الفرع الثاني: الفسخ بسبب الجوائح: يفسخ العقد للعذر أو لحوادثَ طارئةٍ إذا كان عقد إيجار ونحوه، كما يفسخ في العقود المتعلقة ببيع الثمار بسبب الجوائح.

أولا: تعريف الجوائح

1- **تعريف الجوائح لغة:** الجوح الاستئصال؛ وجاحتهم السَّنةُ جوحا وجياحة وأجاحتهم واجتاحتهم: استأصلت أموالهم، والجائحة: المصيبةُ تَحل بالرجل في ماله فتجتاحه كلَّه[6].

- **تعريف الجوائح اصطلاحا:** تباينت تعريفات الفقهاء للجوائح؛ فبعضهم جعلها دون تصرف الإنسان، وبعضهم أدخل فيها تصرف الإنسان؛ كتسلط جيش وجور سلطان، كما أن بعضهم جعلها

1- رواه مسلم، كتاب الوصية، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته، (1631).

2- انظر: "**مختصر القدوري**"، (ص: 105)، "**التجريد**"، أحمد بن مُحَمَّد القدوري، تحقيق: مُحَمَّد سراج- علي جمعة مُحَمَّد، (3596/7)، دار السلام، القاهرة- مصر، ط: الأولى، 2004م.

3- "**تحفة الفقهاء**"، (350/2)، "**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**"، (223/4).

4- انظر: "**المخارج في الحيل**"، (ص: 102)، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، (282/5).

5- انظر: "**موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة**"، (317/10).

6- انظر: "**لسان العرب**"، (719/1)، "**تاج العروس من جواهر القاموس**"، (355/6).

متعلقة بالثمار خاصة، وبعضهم وسَّع مفهومها ومتعلَّقها، أما الأحناف فلم يتطرقوا لها بهذا المصطلح، بل أدخلوها في باب فسخ الإجارة بالأعذار، وذكروا معناها في باب الشفعة[1]، ومنه؛ فمن تعريفات الفقهاء للجوائح: - عرفها المالكية بقولهم: "هي كل شيء لا يُستطاع دفعه لو عُلم به"[2].

- وقال الشافعي: "وجماع الجوائح كل ما أذهب الثمرة أو بعضها بغير جناية آدمي"[3].

- وعرفها ابن قدامة بأنها: "كل آفة لا صنع للآدمي فيها كالريح والبرد والجراد والعطش"[4].

- وقيل هي: "الآفة التي تهلك الثمارَ والأموالَ"[5].

- وعرفها بعض المعاصرين بأنها: "الآفة التي تصيب الزروع أو الثمار فتهلكها دون أن يكون لآدمي صنع فيها كالبرَد والقحط والعطش والعفن وأمراض النباتات والزروع ونحوها من الآفات السماوية"[6].

قال ابن القاسم: "كل ما أصاب الثمرة من الجراد والريح والنار والغرق والبرَد والمطر والطير الغالب والدود عفَّن الثمرة في الشجر والسموم فذلك كله جائحة توضع عن المبتاع إن أصابت الثلث فصاعدا، والجيش يمر بالنخل فيأخذ ثمرته فذلك جائحة[7].

فيتبين مما سبق أن المالكية لم يفرقوا في بيان الجوائح بين ما كان آفة سماوية وما كان من جناية آدمي؛ وما نراه اليوم من أوبئة وحروب ومن جناية الآدميين يفوق أحيانا ما كان بفعل آفة سماوية.

وعليه؛ فالذي يظهر أن مذهب المالكية في الجوائح أقرب المذاهب إلى مفهوم الظروف الطارئة الحاليّ؛ لتعميمه مفهومَ الجوائح؛ فاعتبر في الجائحة كلَّ ما يؤثر على استمرارِ العقد وإرادةِ المتعاقدين.

ثانيا: مذاهب الفقهاء في الفسخ بسبب الجوائح: عرفنا أن الفقهاء انقسموا في باب الفسخ بالأعذار إلى فريقين؛ فأخذ بها الحنفية، ولم يُجَوِّزها الجمهور، ومنه؛ فمذاهب الفقهاء في الفسخ بالجوائح كما يلي:

1- انظر: "**الجوهرة النيرة على مختصر القدوري**"، أبو بكر الحداد، (332/1)، مكتبة حقانية، باكستان، [د.ب.ت].

2- "**التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب**"، (573/5).

3- "**الأم**"، (119/4).

4- "**المغني**"، (179/6).

5- "**الروضة الندية شرح الدرر البهية**"، مُحَمَّد صديق حسن خان، (104/2)، دار الجيل، بيروت- لبنان، [د.ب.ت].

6- انظر: "**فقه السنة**"، (109/3)، "**الفقه الإسلامي وأدلته**"، (303/4).

7- انظر: "**المدونة الكبرى**"، مالك بن أنس، (590/3)، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1994م.

1- **مذهب الحنفية:** لم يتطرق مذهب الحنفية لموضوع فسخ العقود بسبب الجوائح بهذا المصطلح، بل أدخلوه في باب فسخ الإجارة بالأعذار كما رأينا؛ ومما نص عليه الحنفية بخصوص الجوائح ما يلي: "إذا باع ثمرةَ النخل رجلٌ من المشتري على شجرتها فأصابتها جائحة، كانت من ضمان المشتري"[1].

وجاء عنهم كذلك: "إذا اشترى ثمرة فأصابها جائحة، فما ذهب من ذلك قل أو كثر بعد أن يقبضه المشتري ذهب من ماله، وما ذهب في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري بطل ثمنه عن المشتري"[2].

واستدل الحنفية بحديث أبي سعيد الخدري ﷺ: (أن رجلا أصيب في ثمار ابتاعها على عهد رسول الله ﷺ فكثُر دَينُه، فقال عليه الصلاة والسلام للغرماء: «**خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ، وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ**[3]»).[4]

فقوله «**لَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ**»: ظاهره أنه وضع الجائحة؛ بمعنى أنه لا يُؤخذ منه ما عجز عنه، ويحتمل أن المعنى: ليس لكم في الحال إلا ذلك لوجوب الانتظار في غيره، لقوله تعالى: ﴿**فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ**﴾ [البقرة: 280]، وحينئذ فلا وضع أصلا، وبالجملة فهذا الحديث دليل لمن يقول بعدم الوضع، والله تعالى أعلم[5].

فاعتمادا على ما استند عليه الحنفية يمكننا أن نقول بأن مذهبهم لا يعتد بالجوائح، ولا يتأثر العقد عندهم بسببها، بل يبقى بعد انعقاده في ذمة المشتري وضمانه، ولا يتحمل البائع شيئا من ذلك.

2- **مذهب الجمهور:** ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز وضع الجوائح؛ وعرفنا أن المعتبرَ عند المالكية كلُّ ما أتلف الثمرة سواء كان بسماوي أو بفعل آدمي، وعند الشافعية والحنابلة ما لا صنع للآدمي فيه، وعليه؛ وسنذكر أدلة الفقهاء ومعتمدهم في ذلك مع بيان أقوالهم، وذلك حسب ما يأتي:

1- "**التجريد**"، (2410/5).

2- "**اللباب في الجمع بين السنة والكتاب**"، مُحَمَّد علي المنبجي، تحقيق: مُحَمَّد فضل المراد، (513/2)، دار القلم، دمشق- سورية، ط: الثانية، 1994م.

3- رواه مسلم، كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين، (1556).

4- انظر: "**التجريد**"، (2410/5-2411)، "**اللباب في الجمع بين السنة والكتاب**"، (513/2).

5- "**حاشية السندي على سنن النسائي**"، مُحَمَّد بن عبد الهادي السندي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، (265/7-266)، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب- سورية، ط: الثانية، 1986م.

ذكرنا فيما سبق أدلة نظرية الظروف الطارئة من السنة النبوية، وهذه الأدلة هي نفسها أدلة نظرية الجوائح، فسنعيد ذكر شيء منها باختصار؛ فمما استدل به الجمهور[1] على الأخذ بوضع الجوائح ما يلي: - ما رواه جابر ﷺ: «**أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِوَضْعِ الْجَوَائِحِ**».

- ما رواه مالك: (أن عمر بن عبد العزيز قضى بوضع الجائحة، قال مالك: "وعلى ذلك الأمر عندنا"، ... "والجائحة التي توضع عن المشتري: الثلث فصاعدا، ولا يكون ما دون ذلك جائحة")[2].

وبيان مذهب الفقهاء القائلين بوضع الجوائح ما يلي:

1- **مذهب المالكية:** مما ذكره المالكية في وجوب وضع الجائحة في الجملة أن الأصل فيه ما رُوي أن رسول الله ﷺ **أَمَرَ بِوَضْعِ الْجَوَائِحِ**، وما روي أنه قال «**مَنْ بَاعَ ثَمَرَةً فَأَصَابَتْهَا جَائِحَةٌ، فَلَا يَأْخُذْ مِنْ مَالِ الْمُشْتَرِي شَيْئًا، عَلَامَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ بِغَيْرِ حَقٍّ**[3]» وما رُوي أنه «**نَهَى عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى تُزْهِيَ، ... وَقَالَ: أَرَأَيْتَ إِذَا مَنَعَ اللهُ الثَّمَرَةَ، فَبِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ**[4]».

فأخذ المالكية بهذه الآثار وحكموا بوضع الجائحة، وخالفهم أبو حنيفة والشافعي وأصحابهما.[5]

2- **مذهب الشافعية:** ذهب الشافعية إلى القول بوضع الجوائح، وأن الضمان يكون على البائع مطلقا، كثيرا كان أو قليلا؛ أما عند الاختلاف فلا يكون على البائع كما صرح بذلك بعض الشافعية بأنه لو اختلف البائع والمشتري في مقدار الهالك فالقول قول البائع، لأن الأصلَ السلامةُ وعدمُ الهلاك ولزومُ الثمن[6].

1- انظر: "**أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك**"، (309/2)، "**الأم**"، (57/3)، "**مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه**"، إسحاق بن منصور، (2810/6)، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة- السعودية، ط: الأولى، 2004م.

2- رواه مالك، كتاب البيوع، باب الجائحة في بيع الثمار والزرع، (1298).

3- رواه ابن ماجه، كتاب التجارات، باب بيع الثمار سنين والجائحة، (2219).

4- رواه البخاري، كتاب البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ثم أصابته عاهة، (2198).

5- "**المقدمات الممهدات**"، مُحَمَّد بن رشد، تحقيق: مُحَمَّد حجي، (535/2)، دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1988م.

6- انظر: "**المهذب في فقه الإمام الشافعي**"، إبراهيم الشيرازي، (71/2)، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1995م، "**بحر المذهب في فروع المذهب**"، عبد الواحد الروياني، تحقيق: أحمد عزو عناية، (201/6)، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 2002م، "**روضة الطالبين وعمدة المفتين**"، (565/3).

ومذهب الشافعية القديم يوافق المالكية من كونها بآفة سماوية أو بفعل آدمي؛ وبين بعض الشافعية ذلك بأنه لا فرق على القولين بين أن يكون الهلاك بسماوي أو بسرقة وهو ظاهر المذهب، وذهب بعضهم أن فعل الآدمي فيه وجهان: ما ذكرنا؛ لأن ذلك جائحة في العادة، والثاني: لا توضع"[1].

3- **مذهب الحنابلة:** للحنابلة في مسألة وضع الجوائح روايتان، إحداهما موافقة لمذهب المالكية؛ فإذا تلفت الثمرة قبل الجذاذ كان الضمان على البائع، فيرجع المشتري عليه بالثمن أو ببعضه، وعلى رواية إن أتلفت دون الثلث فعلى المشتري، وإن ثلثا فصاعدا فعلى البائع، وإن تعيبت الثمرة خُير المشتري[2].

فحاصل مذهب الجمهور الأخذ بوضع الجوائح مع اختلافهم في مقدار الوضع وعلى من يكون الضمان، واتفقوا على أن ما لا يحتاج إلى بقائه في أصله لتمام صلاحه ولا لبقاء نضارته كالتمر اليابس والزرع فلا خلاف في أنه لا يوضع فيه؛ لأن تسليمه قد كمل بتخلي البائع عنه إلى المبتاع[3].

ثالثا: مقدار ما يوضع من الجوائح: مذاهب الجمهور في مقدار ما يوضع من الجوائح كما يلي:

1- **مذهب المالكية:** ذهب المالكية إلى وضع ما أصاب المشتريَ من الجوائح إذا أصاب الثمرةَ والغلةَ الثلثُ فأكثر، وإذا لم يبلغ الثلث فلا ضمان على البائع، وجاءت نصوص المالكية مبينة ذلك، ومنها:

– في الموطإ: (أن عمر بن عبد العزيز قضى بوضع الجائحة، قال مالك: وعلى ذلك الأمر عندنا، قال مالك: والجائحة التي توضع عن المشتري: الثلث فصاعدا، ولا يكون ما دون ذلك جائحة).

– قال مالك: "إذا أصابت الجائحة الثلث فصاعدا، وضع عن المشتري ما أصابه من الجائحة"[4].

فيُفهم من كلامه أنه إذا لم يبلغ الثلث فلا يوضع شيءٌ؛ وذكر بعضهم أنه إذا وجب العفو عن اليسير؛ فما قصر عن الثلث في حكم اليسير؛ فلا يسمى عند العرب جائحة، ولا تحمل الأحاديث عليه[5].

وجاء أن البقل إذا بلغت جائحته الثلث وضع عن المشتري، وإلا لم يوضع عنه شيء ولا جائحة فيه[1].

1- "**بحر المذهب في فروع المذهب الشافعي**"، (202/6).

2- **شرح الزركشي على مختصر الخرقي**، (525/3).

3- انظر: "**المنتقى شرح الموطإ**"، سليمان بن خلف الباجي، (233/4)، مطبعة السعادة، القاهرة- مصر، ط: الأولى، 1332هـ، "**حاشيتا القليوبي وعميرة على منهاج الطالبين**"، (238/2)، "**مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**"، (204/3).

4- "**المدونة الكبرى**"، (581/3).

5- "**إكمال المعلم بفوائد مسلم**"، عياض بن موسى، تحقيق: يحي إسماعيل، (219/5)، دار الوفاء، المنصورة- مصر، ط: الأولى، 1998م.

وذكر بعضهم أصل الخلاف في أن الجائحة توضع في الثلث فأكثر؛ وهو المشهور، وقيل توضع في القليل والكثير؛ هي رواية سحنون عن ابن القاسم في (**العتبية**) ومثله في (**كتاب ابن المواز**) [2].

2- **مذهب الشافعية:** ذهب الشافعية إلى أن الضمان يكون على البائع مطلقا؛ لا فرق ما كان فوق الثلث أو دونه؛ وبيان المقدار ما ثبت في السنة بوضعه، فوضعت كل قليل وكثير أصيب من السماء بغير جناية أحد، أما أن يوضع الثلث فصاعدا ولا يوضع ما دونه فهذا لا خبر ولا قياس ولا معقول[3].

3- **مذهب الحنابلة:** فرق الحنابلة في ضمان المتلف بين ما كان بجائحة وبين ما كان بتعدي آدمي؛ فظاهر المذهب أنه لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها، إلا أن يكون التالف يسيرا لأنه لا ينضبط؛ فقد جرت العادة بتلف مثله، فلا يلتفت إليه، قال أحمد: "لا أقول في عشر تمرات، ولا عشرين تمرة، ولا أدري ما الثلث، وذلك لأن الشرع أمر بوضع الجوائح، ولم يجعل له حداً فوجب رده إلى ما تعارفه الناس جائحة".[4]

وللحنابلة رواية أخرى؛ وهي أن ما كان دون الثلث فهو من ضمان المشتري، لأن الثمرة لا بد من تلف شيء منها فلا بد من حد فاصل، والثلث يصلح ضابطاً، لقوله ﷺ: «**وَالثُّلُثُ كَثِير**[5]»؛ فهو دليل على أن حد الكثرة والقلة هو الثلث؛ لأن ما دونه لو دخل في حد الكثرة لقدره النبي ﷺ.[6]

وأوضح الزحيلي أن فسخ الإجارة بالأعذار وبالجوائح في بيع الثمار ونحوهما من الحوادث الطارئة عند الفقهاء؛ مثل كساد الأوراق النقدية المستوجب للبطلان، وهي أمثلة حية لنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، تطبيقاً لمبدأ العدالة، ومراعاة لوجوب توفر التعادل والتوازن في الالتزامات وتنفيذها[1].

1- انظر: "**المدونة الكبرى**"، (587/3)، "**الجامع لمسائل المدونة**"، (332/14)، "**البهجة في شرح التحفة**"، علي بن عبد السلام التسولي، (53/2)، تحقيق: مُحَمَّد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1998م.

2- انظر: "**التبصرة**"، علي بن مُحَمَّد اللخمي، (4771/9)، تحقيق: أحمد عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط: الثانية، 2012م، "**مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها**"، علي بن سعيد الرجراجي، (348/7)، تحقيق: أحمد بن علي الدمياطي، دار ابن حزم، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 2007م، "**المختصر الفقهي**"، مُحَمَّد بن عرفة، (201/6)، تحقيق: حافظ مُحَمَّد خير، مؤسسة خلف الحبتور للأعمال الخيرية، دبي- الإمارات، ط: الأولى، 2014م.

3- انظر: "**الأم**"، (118/4)، "**مختصر المزني في فروع الشافعية**"، (ص: 115)، **المجموع شرح المهذب**، (169/12).

4- انظر: "**المغني**"، (179/6)، "**الممتع في شرح المقنع**"، المَنَجَّى بن عثمان، تحقيق: عبد الملك بن دهيش، (517/2)، مكتبة الأسدي، مكة، ط: الثالثة، 2003م، **الجامع لعلوم الإمام أحمد**، خالد الرباط- سيد عزت عيد، (142/9)، دار الفلاح، ط: الأولى، 2009م.

5- رواه البخاري، كتاب الوصايا، باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس، (2742)، مسلم، كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث، (1628).

6- انظر: "**الكافي في فقه الإمام أحمد**"، (45/2)، "**الممتع في شرح المقنع**"، (517/2)،.

المطلب الثاني: أثر الظروف الطارئة على العقود والمعاملات الإلكترونية نماذج تطبيقية للطوارئ على العقود المستحدثة

سأذكر في ما بقي بعض المسائل التطبيقية للعقود المستحدثة التي تتعلق بالنظرية وتتأثر بها، وسبق وأن ذكرنا في نظرية العقود ما يتعلق بالعقد الإلكتروني؛ لذا سنتعرض لما سبق ذكره بشيء مختصر.

وعليه؛ **فالعقود المستحدثة** هي: "العقود التي تستجد استجابة للتغيرات التي تحدث في حياة الناس في مختلف العصور، فتوَلد أنواعا جديدة من العلاقات والمعاملات والعقود بينهم لتنهض بحاجتهم إلى تلك العلاقات المختلفة"[2].

المسألة الأولى:

إن استعمال التكنولوجيا والوسائل الحديثة المختلفة أصبح أمرا ضروريا وإلزاميا؛ ومن هذه الوسائل استعمال تقنيات الحواسيب الآلية في مجالات شتى، وفي المعاملات المالية المستحدثة خاصة.

غير أنه قد يطرأ على هذه المعاملات أعطاب تفسدها وتُذهِب المعلومات وتُخلط الالتزامات، ومن الاختلالات الناجمة الفيروساتُ الإلكترونية؛ فهل يمكن اعتبارها ظرفا طارئا تُفسخ به العقود أو تُعدَّل؟

الفرع الأول: تعريف العقد الإلكتروني: المعاملات الإلكترونية هي جملة من النشاطات والخدمات والتجارات التي تتم عبر الإنترنت والكمبيوتر وبنوك المعلومات[3]، وأخص منها **التجارةُ الإلكترونية،** وهي: "مجموعة متكاملة من عمليات عقد الصفقات، وتأسيس الروابط التجارية، وتوزيع، وتسويق، وبيع المنتجات بوسائل إلكترونية"[4]، ويصعب حصر العقود الإلكترونية لتجدد وتعدد صورها؛ وعليه فسأكتفي بما يتعلق بالعقد الإلكتروني فقط، فأقول: - "العقد الإلكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه عبر الأنترنت".[5]

1- انظر: "**موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة**"، (348/1).

2- "**العقود المستجدة وضوابطها -دراسة أصولية تطبيقية-**"، سارة بنت عادل روزي، (ص: 28)، رسالة ماجستير، قسم: الشريعة، تخصص: أصول الفقه، جامعة أم القرى، مكة- السعودية.

3- انظر: "**المسؤولية الإلكترونية**"، مُحَمَّد حسين منصور، (ص: 11)، منشأة المعارف، الإسكندرية- مصر، ط: 2006م.

4- "**أحكام التجارة الإلكترونية في الفقه الإسلامي**"، عدنان بن جمعان الزهراني، (ص: 29)، رسالة دكتوراه، قسم: الدراسات العليا الشرعية، تخصص: الفقه الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة- السعودية.

5- "**العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري**"، (ص: 22).

الفرع الثاني: التكييف الفقهي العقد الإلكتروني: يُكَيَّف التعامل بالعقود الإلكترونية على عدة معاملات فقهية معروفة أجازها شرعنا الحنيف، ومنها:

أولا: بيع العين الغائبة: ويسمى بيع الغائب؛ وهو بيع شيء غير موجود عند الإنسان حال العقد[1].

ويصح بيع الغائب عند الجمهور، وهو مقابل الأظهر عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة[2].

ثانيا: البيع وفق البرنامج: المقصود بالبرنامج في عصرنا؛ وثيقة تبين أوصاف المبيع وصفا دقيقا مع بيان صورته ومقاساته وتاريخ الإنتاج والصنع، ومدة انتهاء صلاحيته، وغير ذلك من مواصفاته.

فالبيع وفق البرنامج هو بيع عين موصوفة وصفا دقيقا حتى كأن المشتريَ يراها رؤية حقيقية.

ثالثا: بيع الأنموذج: والمقصود ببيع الأنموذج؛ أن يعرض البائع جزءا أو عيِّنة من المبيع، ويكون الباقي موافقا لأوصاف العيِّنة، فرؤية بعض المبيع تغني عن رؤية جميعه.

وقد ترجح سابقا قول الجمهور القائلين بجواز هذه الأنواع من البيوع، وتكيف العقود الإلكترونية والبيع عن طريق الإنترنت عليها.

الفرع الثالث: الظروف الطارئة على المعاملات والعقود الإلكترونية

إن جواز المعاملات والعقود الإلكترونية لا يمنع من وجود بعض الأخطار التي تعكر صفوها، وتحدث اختلالات واضطرابات بين المتعاقدين تصل إلى التنازع والتقاضي، وقد يؤول العقد إلى الفسخ أو التعديل؛ ومن المخاطر التي تعتبر ظرفا طارئا يُخل بالتوازن العقْدي وبإرادة المتعاقدين، ما يلي:

أولا: الفيروسات الإلكترونية: إن استخدام الفيروس في مجال الحاسب يعد من قبيل المجاز؛ حيث يتعلق الأمر بإنشاء برنامج للحاسوب الآلي مثل أي برنامج آخر؛ فالفيروس الإلكتروني: "هو برنامج يتميز بالقدرة التدميرية والوظائف التخريبية، كالإتلاف والحذف والتعديل والنسخ، فهو ليس فيروسا بالمعنى العضوي أو البيولوجي؛ بل يشترك معه في الخصائص نفسها تقريبا، ويهدف إلى إحداث أكبر ضرر بنظام الحاسب الذي يعمل عليه وأيِّ نظام آخر متصل به في أي مكان في العالم".[3]

1- "**المعاملات المالية أصالة ومعاصرة**"، (526/3).

2- انظر: "**البناية شرح الهداية**"، (81/8)، **إرشاد السالك إلى أشرف المسالك إلى فقه الإمام مالك**، (ص: 145)، "**مختصر المزني في فروع الشافعية**"، (ص: 172)، "**المغني**"، (31/6).

3- انظر: "**المسؤولية الإلكترونية**"، (ص: 242).

ثانيا: القرصنة الإلكترونية: القرصنة الإلكترونية "هي العمليات غير المشروعة التي يقوم بها بعض المعتدين للسطو على المؤلفات والأعمال الفكرية والإبداعية لغيرهم واستخدامها بغير ترخيص"[1].

فالقرصنة هي عمل يقوم به أشخاص متطفلون (القراصنة)، لهم خبرة خاصة بالكمبيوتر، يتجولون عبر الإنترنت، ويقومون بالتجسس أو التخريب، وأنشطتهم موجَّهة لإثبات الذات أو الانتقام أو الابتزاز، أو للتأثير في الحكومات أو الشعوب أو المجتمع الدولي بأسره؛ وبعضهم له أهداف سياسية أو دينية أو اجتماعية معينة، وربما لمجرد التسلية، ولبعضهم بواعث أخرى كالتجسس وسرقة المعلومات، وبعضها من تصميم الشركات الصانعة لأنظمة الحماية لتروج أنظمة الحماية ضد الفيروسات التي تبيعها.[2]

وبعد معرفة هذين الخطرين من أخطار العقود الإلكترونية؛ يمكن التمثيل لبعض النماذج؛ وهي أنواع من الجرائم الإلكترونية؛ أذكر ما جاء في بعض البحوث المعاصرة الخاصة بذلك، ومنها:

1- جرائم سرقة البيانات والمعلومات الشخصية أو الإدارية أو تخص العمل أو النشاط العام للدولة.

2- جرائم تغيير البرامج وإجراءات التشغيل، وهي البرامج والإجراءات التي تضعها الشركات المنتجة التي دفعت تكاليف تصميمها وإنتاجها، وهذا يمثل أضرارا بالذمة المالية لأصحاب هذه الشركات.

3- جرائم اختلاس الأرصدة بالتلاعب في البيانات المختزنة في الحاسب، والاستخدام غير الشرعي لشخصية المجني عليه، حيث تؤدي إلى سلب النقود الإلكترونية[3] أو المادية عن طريق التحويل البنكي.

4- افتعال معلومات غير حقيقية؛ فيتخذ الجاني اسما أو صفة كاذبة، تمكنه من الاستيلاء على مال المجني عليه، أو الحصول على شيكات قابلة للدفع بطريق غير مشروع إضرارا بالذمة المالية للأفراد.

5- الإتلاف العمدي لوحدات تشغيل المعلومات والعبث بلوحات مفاتيح وأزرار التشغيل، وكلها معقدة التركيب بالغة الحساسية، تحتوي على كم هائل من المعلومات.

وقد بادرت كثير من الدول بوضع تشريعات خاصة لمكافحة جرائم الحاسب الآلي، وذلك إيمانا منها بمدى الخطورة والأضرار التي ترتب على تلك الجرائم وما تمثله من انتهاكات على حقوق الانسان[1].

1- انظر: **الاعتداء على حق الملكية الفكرية -التقليد والقرصنة-**، زواني نادية، (ص: 15)، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر- كلية الحقوق والعلوم الإدارية، السنة الجامعية، 2002-2003م.

2- انظر: "**أحكام التجارة الإلكترونية في الفقه الإسلامي**"، (ص: 40-41).

3- **النقود الإلكترونية:** "هي قيمة نقدية مخزنة على وسيلة إلكترونية مدفوعة مقدما وغير مرتبطة بحساب بنكي، وتستعمل أداةً للدفع لتحقيق أغراض مختلفة"، انظر: موقع: **شبكة الألوكة الشرعية**، رابط الموقع: "www.alukah.net"، بتاريخ: 2016/05/21 م.

وبعد ذكر هذه المخاطر، ينبغي التنبيه على ما يلي:

1- في حالة تعرض العقود الإلكترونية والمعلومات الخاصة بالالتزامات المالية بين العاقدين إلى بعض الفيروسات، ومن هذه الفيروسات ما يعرف بفيروس الفدية[2]، فيستولي الفيروس على المعلومات كلها الموجودة في الأجهزة، ويجعل الملفات مشفرة، وعليه؛ تصير المعلومات في حوزة مرسل البرنامج الفيروسي، ولا يمكن للعاقد الحصول عليها إلا بدفع الفدية المطلوبة، وتكون بالتأكيد بمبالغ عالية وخيالية.

فمثل هذه الأخطار التي يتعرض إليها أحد المتعاقدين؛ يمكن أن يعتبرها المتضرر ظرفا طارئا يعتذر بسببه تجاه من يلتزم لهم بإنجاز أعمال، إما لأجل تأخرها، أو لضياعها وتلفها، فله - بعد أن كان أخذ احتياطاته وأسباب الحماية الكافية واللازمة- أن يلجأ إلى طلب تعويض من شركة التأمين، أو أن يُراجع العقد مع الطرف الآخر قصد تعديله بتقاسم الأعباء أو فسخ العقد والتراضي على ما أنجز فقط.

2- ومن بين الظروف الطارئة على العقود الإلكترونية؛ أخطار القرصنة الإلكترونية، فقد يتعرض العقد بعد إبرامه إلى قوة قاهرة مفاجئة تتمثل في هجوم قرصنة، والغرض من ذلك الاستيلاء على معلومات، أو الحسابات المالية، أو التهديد مقابل فدية -كما مر بالنسبة للفيروسات الإلكترونية-، غير أن تهديد القرصنة أكثر، لأن الفيروسات الإلكترونية تصيب كل من تصفح الموقع أو استعمل أجهزة غير محمية، أما القرصنة فيقصد أصحابها الاستحواذ على معلومات الضحية أو الأرصدة المالية، فالمتعاقد الذي تعرض للقرصنة يُعَد ضحية، ويمكنه أن يعتبر هذا الخطر ظرفا طارئا، تنطبق عليه أحكام الظروف الطارئة في غير مجال العقود الإلكترونية.

وعليه؛ فيُحكم بحدوث الظرف الطارئ في المجال الإلكتروني بعد أن يتخذ المتعامل إلكترونيا أسباب الحماية والتأمين الإلكتروني، وفي حالة التعرض لحوادث إلكترونية مفاجئة لا بد من اللجوء إلى خبير

1- انظر: "**الجريمة المرتكبة عبر الإنترنت**"، صغير يوسف، (ص: 45)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية -جامعة مولود معمري، 2013م، "**الآليات المصرية لحماية حقوق الإنسان تطبيقا على بعض الجرائم المستحدثة**"، مُحَمَّد أحمد داود، (ص: 313)، [د.ب.ت].

2- **فيروس الفدية**: "هو نوع من أنواع البرامج الخبيثة التي خطت خطوات واسعة وأصبحت منتشرة بشكل لا يصدق، تضم نوعين رئيسيين هما: برامج تشفير، وبرامج حظر"، انظر: موقع: "**كاسبرسكي**"، "www.kaspersky.com"، بتاريخ: 2016/12/12 م.

في مجال الجريمة الإلكترونية[1] أو الأمن السيبراني[2] ومحاكم الجرائم الإلكترونية لمعاينة الحادثة وإثبات حالة التعرض لأخطار قهرية، وضبط محضر خبرة ومعاينة.

1- **الجريمة الإلكترونية**: "هي كل سلوك غير مشروع أو مناف للأخلاق وغير مسموح به ويرتبط بالمعالجة الآلية للبيانات أو بنقلها"، انظر: موقع: "**صحيفة مكة**"، "www.makkahnewspaper.com"، منشور بتاريخ: 2017/10/19م، نقلا عن المنظمة الأوربية للتعاون والتنمية الاقتصادية (أو إي سي دي).

2- **الأمن السيبراني**: هو مجموع الوسائل التقنية والتنظيمية والإدارية التي يتم استخدامها لمنع الاستخدام غير المصرح به، وسوء الاستغلال واستعادة المعلومات الإلكترونية، بهدف ضمان عمل نظم المعلومات واستمراريتها، وحماية وسرية البيانات الشخصية وحماية المواطنين والمستهلكين من المخاطر في الفضاء السيبراني، انظر: موقع: "**صحيفة المواطن الإلكترونية**"، "www.almowaten.net"، مقال منشور بتاريخ: 2017/10/31م.

قائمة المصادر والمراجع

1- **القرآن الكريم**.

2- **الإبهاج في شرح المنهاج**، علي بن عبد الكافي السبكي، تحقيق: شعبان مُحَمَّد إسماعيل، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة – مصر، ط: الأولى، 1401هـ- 1981م.

3- **الإجماع**، مُحَمَّد بن إبراهيم بن المنذر، تحقيق: أحمد بن مُحَمَّد حنيف، مكتبة الفرقان، عجمان – الإمارات، ط: الثانية، 1420هـ- 1999م.

4- **أحكام التجارة الإلكترونية في الفقه الإسلامي**، عدنان بن جمعان الزهراني، رسالة دكتوراه، قسم: الدراسات العليا الشرعية، تخصص: الفقه الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة- السعودية.

5- **أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة**، عادل المطيرات، رسالة دكتوراه، قسم: الشريعة الإسلامية، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، القاهرة- مصر، 1422هـ - 2001م.

6- **أحكام الرجوع في عقود المعاوضات المالية**، فضل الرحيم مُحَمَّد عثمان، دار كنوز إشبيليا، الرياض- السعودية، ط: الأولى 1427هـ- 2006م.

7- **الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية**، عبد الرحمن بن عبد الله السند، دار الوراق، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1424هـ- 2004م.

8- **أحكام القرآن**، أحمد بن علي الجصاص، مُحَمَّد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، ط: 1412هـ- 1992م.

9- **أحكام القرآن**، مُحَمَّد بن عبد الله ابن العربي، تحقيق: مُحَمَّد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الثالثة 1424هـ- 2003م.

10-**أحكام المعاملات الشرعية**، علي الخفيف، دار الفكر العربي، بيروت– لبنان، ط: 1429هـ- 2008م.

11-**أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية**، سلطان بن إبراهيم الهاشمي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي– الإمارات، ط: الأولى، 1422هـ - 2002م.

12-**الإحكام في أصول الأحكام**، علي بن أحمد بن حزم الظاهري، دار الآفاق الجديدة، بيروت- لبنان، [د.ب.ت].

13-**الإحكام في أصول الأحكام**، علي بن مُحَمَّد الآمدي، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت- لبنان، [د.ت].

14-**اختلاف الأئمة العلماء**، يحيى بن مُحَمَّد بن هبيرة، تحقيق: السيد يوسف أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1423هـ- 2002م.

15-**آداب البحث والمناظرة**، مُحَمَّد الأمين الشنقيطي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة – مصر، [د.ب.ت].

16-**إرشاد السالك إلى أشرف المسالك إلى فقه الإمام مالك**، عبد الرحمن بن عسكر البغدادي، دار الفضيلة، القاهرة- مصر، [د.ب.ت].

17-**إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول**، مُحَمَّد بن علي الشوكاني، تحقيق : سامي بن العربي الأثري، دار الفضيلة، الرياض- السعودية، ط: الأولى،1421هـ - 2000م.

18-**إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، مُحَمَّد ناصر الدين الألباني، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت- لبنان، ط: الثانية 1405 هـ - 1985م.

19-**الاستذكار**، يوسف بن عبد الله بن عبد البر، تحقيق: سالم مُحَمَّد عطا- مُحَمَّد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1421 – 2000.

20-**أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك**، أبو بكر بن حسن الكشناوي، دار الفكر، بيروت- لبنان، ط: الثانية.

21-**الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية**، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1411هـ- 1990م.

22-**الأشباه والنظائر –لابن نجيم–**، زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، تحقيق: مُحَمَّد مطيع الحافظ، دار الفكر، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1403هـ- 1983م.

23-**الأشباه والنظائر**، عبد الوهاب بن علي السبكي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود- علي مُحَمَّد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1411هـ- 1991م.

24-**أصول السرخسي**، مُحَمَّد بن أحمد السرخسي، دار المعرفة، بيروت-لبنان، [د.ب.ت].

25-**أصول الفقه الذي لا يسع الفقيهَ جهلُه**، عياض بن نامي السلمي، دار التدمرية، الرياض- السعودية، ط: الأولى، 1426 هـ- 2005م.

26-**أصول الفقه**، مُحَمَّد أبو زهرة، دار الفكر العربي، بيروت- لبنان، [د.ب.ت].

27-**أصول الفقه**، مُحَمَّد الخضري، دار الحديث، [د.ب.ت].

28-**أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن**، مُحَمَّد الأمين الشنقيطي، إشراف: بكر بن عبد الله أبو زيد، دار عالم الفوائد، [د.ب.ت].

29-**الاعتداء على حق الملكية الفكرية -التقليد والقرصنة-**، زواني نادية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر- كلية الحقوق والعلوم الإدارية، السنة الجامعية، 2002-2003م.

30-**إعلام الموقعين عن رب العالمين**، مُحَمَّد بن أبي بكر –ابن قيم الجوزية-، تعليق: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن الجوزي، الدمام- السعودية، ط: الأولى، 1423هـ -2003م.

31-**الإقناع في مسائل الإجماع**، علي بن مُحَمَّد بن القطان، دار الفاروق الحديثة، ط: الأولى، 1424هـ- 2004م.

32-**إكمال الإعلام بتثليث الكلام**، مُحَمَّد بن مالك الأندلسي، تحقيق: سعد بن حمدان الغامدي، منشورات جامعة أم القرى، مكتبة المدني، جدة- السعودية، ط: الأولى، 1404هـ - 1984م.

33-**إكمال المعلم بفوائد مسلم**، عياض بن موسى، تحقيق: يحيى إسماعيل، دار الوفاء، المنصورة- مصر، ط: الأولى، 1998م.

34- **الآليات المصرية لحماية حقوق الإنسان تطبيقا على بعض الجرائم المستحدثة**، مُحَمَّد أحمد داود،[د.ب.ت].

35-**الأم**، مُحَمَّد بن إدريس الشافعي، تحقيق: رفعت عبد المطلب، دار الوفاء، المنصورة- مصر، ط: الأولى، 2001م.

36-**الأموال ونظرية العقد**، مُحَمَّد موسى، [د.ب.ت].

37-**أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء**، قاسم بن عبد الله القونوي، تحقيق: يحيى حسن مراد، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: 2004م-1424هـ.

38-**أيسر التفاسير لكلام العلي الكبير**، أبو بكر جابر الجزائري، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة- السعودية، ط: الثالثة، 1997م.

39-**البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، زين الدين بن إبراهيم –ابن نجيم الحنفي-، دار المعرفة، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1413هـ -1993م.

40- **البحر المحيط في أصول الفقه**، مُحَمَّد بن بهادر الزركشي، تحقيق: مجموعة من العلماء، دار الصفوة، القاهرة – مصر، ط: الثانية، 1413هـ - 1992م.

41- **بحر المذهب في فروع المذهب**، عبد الواحد الروياني، تحقيق: أحمد عزو عناية، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 2002م.

42- **بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة**، مُحَمَّد سليمان الأشقر- ماجد مُحَمَّد أبو رخية- مُحَمَّد عثمان شبير- عمر سليمان الأشقر، دار النفائس، عمان- الأردن، ط: الأولى، 1418هـ -1998م.

43- **بحوث في فقه المعاملات المعاصرة**، علي محيي الدين القره داغي، دار البشائر الإسلامية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1422 هـ- 2001م.

44- **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، مُحَمَّد بن أحمد بن رشد الحفيد، تحقيق: عبد الله العبادي، دار السلام، القاهرة- مصر، ط: الأولى، 1416هـ- 1995م.

45- **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، علاء الدين الكاساني، دار الكتاب العربي، بيروت- لبنان، ط: الثانية، 1406هـ- 1986م.

46- **البرهان في أصول الفقه**، عبد الملك بن عبد الله الجويني، تحقيق: صلاح عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط: الأولى، 1418 هـ - 1997 م.

47- **بطلان العقد في الفقه الإسلامي والقانون السعودي**، مُحَمَّد إبراهيم القاسم، بحث منشور في **مجلة كلية الشريعة والقانون**، الدقهلية – مصر، مج 22، ع: 03.

48- **البناية شرح الهداية**، محمود بن أحمد العيني، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1420هـ- 2000م.

49- **البهجة في شرح التحفة**، علي بن عبد السلام التسولي، تحقيق: مُحَمَّد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1998م.

50- **بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب**، محمود بن عبد الرحمن الأصفهاني، تحقيق: مُحَمَّد مظهر بقا، دار المدني، المدينة المنورة- السعودية، ط: الأولى، 1406هـ - 1986م.

51- **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة**، مُحَمَّد بن أحمد بن رشد الجد، تحقيق: أحمد الحبابي، دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان، الطبعة: الثانية، 1408هـ-1988م.

52- **تاج العروس من جواهر القاموس**، مُحَمَّد مرتضى الحسيني الزَّبيدي، تحقيق: عبد الستار أحمد فراج، دار التراث العربي، الكويت، 1385هـ- 1965م.

53- **تاج اللغة وصحاح العربية (الصحاح)**، إسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق: مُحَمَّد مُحَمَّد تامر، دار الحديث، القاهرة- مصر، ط: 1430هـ- 2009م.

54- **التاج والإكليل لمختصر خليل**، مُحَمَّد بن يوسف المواق، دار الفكر، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1398هـ- 1978م.

55- **التبصرة في أصول الفقه**، إبراهيم بن علي الشيرازي، تحقيق: مُحَمَّد حسن هيتو، دار الفكر، دمشق- سورية، ط: الأولى، 1403هـ- 1983م.

56- **التبصرة**، علي بن مُحَمَّد اللخمي، تحقيق: أحمد عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط: الثانية، 2012م.

57- **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، عثمان بن علي الزيلعي، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة- مصر، ط: الأولى، 1313هـ.

58-**التجارة الالكترونية من منظور الفقه الإسلامي**، أحمد أمداح، رسالة ماجستير، نوقشت بكلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، تخصص: الفقه وأصوله، -جامعة الحاج لخضر- باتنة (الجزائر)، السنة الجامعية: 2005-2006م.

59-**التجريد**، أحمد بن مُحَمَّد القدوري، تحقيق: مُحَمَّد سراج- علي جمعة مُحَمَّد، دار السلام، القاهرة- مصر، ط: الأولى، 2004م.

60-**التحبير شرح التحرير في أصول الفقه**، علي بن سليمان المرداوي، تحقيق: عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين- عوض القرني- أحمد السراح- مكتبة الرشد، الرياض- السعودية، ط: الأولى، 1421هـ - 2000م.

61-**تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي**، مُحَمَّد عبد الرحمن المباركفوري، دار الفكر، بيروت- لبنان، [د.ب.ت].

62-**تحفة الفقهاء**، علاء الدين السمرقندي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط: الأولى، 1405هـ- 1984م.

63-**تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، أحمد بن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة- مصر، ط: 1357هـ- 1983 م.

64-**تخريج الفروع على الأصول**، محمود بن أحمد الزنجاني، تحقيق: مُحَمَّد أديب صالح، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، ط: الثانية، 1398هـ- 1978م.

65-**تشنيف المسامع بجمع الجوامع**، مُحَمَّد بن عبد الله الزركشي، تحقيق: سيد عبد العزيز- عبد الله ربيع، مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث، ط: الأولى، 1418هـ - 1998م.

66-**تصرفات الأمين في العقود المالية**، عبد العزيز الحجيلان، سلسلة إصدارات الحكمة، [د.ب.ت].

67-**التعريفات**، علي بن مُحَمَّد الجرجاني، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1403هـ- 1983م.

68-**التعليقة الكبيرة في مسائل الخلاف علي مذهب أحمد**، مُحَمَّد بن الحسين أبو يعلى الفراء، تحقيق: نور الدين طالب، دار النوادر، ط: الأولى، 1431 م - 2010 هـ.

69-**تفسير التحرير والتنوير**، مُحَمَّد الطاهر بن عاشور، الدار التونسية للنشر، تونس، ط:1984م.

70-**تفسير الطبري**، مُحَمَّد بن جرير الطبري، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، ط: الأولى، 1422هـ- 2001م.

71-**تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ونبذ مذهبية نافعة**، مُحَمَّد بن علي بن الدهان، تحقيق: صالح بن ناصر الخزيم، مكتبة الرشد، الرياض-السعودية، ط: الأولى، 1422هـ-2001م.

72-**تلخيص الأصول**، حافظ ثناء الله الزاهدي، مركز المخطوطات والثراث والوثائق، الكويت، ط: الأولى، 1414هـ- 1994م.

73-**التلقين في الفقه المالكي**، عبد الوهاب بن علي البغدادي المالكي، تحقيق: مُحَمَّد ثالث سعيد الغاني، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض- السعودية، [د.ب.ت].

74-**التمهيد في تخريج الفروع على الأصول**، عبد الرحيم الإسنوي، تحقيق: مُحَمَّد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1980م.

75-**التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد**، يوسف بن عبد الله بن عبد البر، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي- مُحَمَّد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، الرباط- المغرب، ط: 1387 هـ.

76-**تهذيب اللغة**، مُحَمَّد بن أحمد الأزهري، تحقيق: يعقوب عبد النبي، الدار المصرية للتأليف والترجمة، القاهرة- مصر، ط: 1384هـ- 1964م.

77-**التهذيب في فقه الإمام الشافعي**، الحسين بن مسعود البغوي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود- علي مُحَمَّد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1418 هـ - 1997م.

78-التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب، خليل بن إسحاق الجندي، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط: الأولى، 1429هـ- 2008م.

79-**التوقيف على مهمات التعاريف**، مُحَمَّد عبد الرؤوف المناوي، تحقيق: مُحَمَّد رضوان الداية، دار الفكر، بيروت-لبنان، ط: الأولى، 1420هـ-2000م.

80-**تيسر العلام شرح عمدة الأحكام**، عبد الله بن عبد الرحمن البسام، دار الميمان، الرياض- السعودية، ط: الأولى، 1426هـ -2005م.

81-**تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان**، عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تحقيق: عبد الرحمن بن معلا اللويحق، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1420هـ-2000م.

82-**تيسيرُ علم أصول الفقه**، عبدالله بن يوسف الجُديع، دار الريان، بيروت – لبنان، ط: الأولى، 1418هـ-1997م.

83- **التيسير في أحاديث التفسير**، مُحَمَّد المكي الناصري، دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1405هـ-1985م.

84-**الجاسوس على القاموس**، أحمد فارس الشدياق، دار صادر، بيروت- لبنان، طبعة: 1299هـ.

85-**جامع الأمهات**، عثمان بن عمر بن الحاجب، تحقيق: الأخضر الأخضري، دار اليمامة، دمشق- سورية، ط: الأولى، 1419هـ - 1998م.

86-**جامع الدروس العربية**، مصطفى الغلاييني، المكتبة العصرية، بيروت – لبنان، ط: السادسة والثلاثون، 1419هـ-1999م.

87-**جامع العلوم والحكم**، ابن رجب الحنبلي، تحقيق: طارق بن عوض الله بن مُحَمَّد، دار ابن الجوزي، الدمام-السعودية، الطبعة: الثانية، 1420هـ -1999م.

88-**الجامع لأحكام القرآن**، مُحَمَّد بن أحمد القرطبي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1427هـ- 2006م.

89-**الجامع لعلوم الإمام أحمد**، خالد الرباط- سيد عزت عيد، دار الفلاح، ط: الأولى، 2009م.

90-**الجامع لمسائل المدونة**، مُحَمَّد بن يونس الصقلي، دار الفكر، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1434هـ- 2013م.

91-**الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، القانون المدني**، رئاسة الجمهورية، الأمانة العامة، 1975م.

92-**الجريمة المرتكبة عبر الإنترنت**، صغير يوسف، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية -جامعة مولود معمري، 2013م.

93- **الجوهرة النيرة على مختصر القدوري**، أبو بكر الحداد، مكتبة حقانية، باكستان، [د.ب.ت].

94- **حاشية البجيرمي على الخطيب**، سليمان بن مُحَمَّد البجيرمي، دار الفكر، بيروت- لبنان، ط: 1415هـ - 1995م.

95- **حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع**، عبد الرحمن بن مُحَمَّد بن قاسم، ط: الأولى،1397 هـ- 1977م.

96- **حاشية السندي على سنن النسائي**، مُحَمَّد بن عبد الهادي السندي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب- سورية، ط: الثانية، 1986م.

97- **حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)**، مُحَمَّد أمين بن عابدين، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود- علي مُحَمَّد معوض، دار عالم الكتب، الرياض- السعودية، طبعة: 1423هـ- 2003م.

98- **حاشيتا القليوبي وعميرة على منهاج الطالبين**، أحمد بن أحمد القليوبي- أحمد البرلسي الملقب بعميرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط: الثالثة، 1375هـ- 1956م.

99- **الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي**، أبو الحسن الماوردي، تحقيق: علي معوض- عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى 1414هـ - 1994م.

100- **الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة**، زكريا بن مُحَمَّد الأنصاري، تحقيق: مازن المبارك، دار الفكر المعاصر، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1411هـ.

101- **حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن**، فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، ط: الثانية، 1401هـ- 1981م.

102- **حوادث السير**، عبد الله مُحَمَّد عبد الله، بحث منشور في **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، ع 8.

103- **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، علي حيدر، تعريب: المحامي فهمي الحسيني، دار عالم الكتب، الرياض- السعودية، ط: خاصة، 1423 هـ- 2003 م.

104- **الدرر السنية في الأجوبة النجدية**، جمعها: عبد الرحمن بن مُحَمَّد بن قاسم، مطابع أم القرى، مكة-السعودية، ط: السادسة، 1417هـ-1996م.

105- **الديباج على صحيح مسلم بن الحجاج**، جلال الدين السيوطي، تحقيق وتعليق: أبي إسحاق الحويني، دار ابن عفان، الخُبَر- السعودية، ط: الأولى، 1416 هـ- 1996م.

106- **رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب**، عبد الوهاب بن علي السبكي، تحقيق: علي مُحَمَّد معوض- عادل أحمد عبد الموجود، عالم الكتب، لبنان- بيروت، ط: الأولى، 1999م- 1419هـ.

107- **رفع النقاب عن تنقيح الشهاب**، الحسين بن علي الرجراجي، تحقيق: أحمد بن مُحَمَّد السراح- عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين، مكتبة الرشد، الرياض- السعودية، ط: الأولى، 1425هـ- 2004م.

108- **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت- لبنان، ط: الثالثة، 1412هـ- 1991م.

109- **الروضة الندية شرح الدرر البهية**، مُحَمَّد صديق حسن خان، دار الجيل، بيروت- لبنان، [د.ب.ت].

110- **سبل السلام شرح بلوغ المرام**، مُحَمَّد بن إسماعيل الصنعاني، تحقيق: مُحَمَّد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، الرياض- السعودية، ط: الأولى، 1427هـ- 2006م.

111- **سنن ابن ماجه**، مُحَمَّد بن يزيد القزويني، تحقيق: مُحَمَّد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، بيروت- لبنان، [د.ب.ت].

112- **سنن أبي داود**، سليمان بن الأشعث السجستاني، تحقيق: مُحَمَّد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا- بيروت، [د.ب.ت].

113- **سنن البيهقي**، أحمد بن الحسين البيهقي، تحقيق: مُحَمَّد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الثالثة، 1424هـ - 2003 م.

114- **سنن الترمذي**، مُحَمَّد بن عيسى الترمذي، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان، ط: 1998م.

115- **سنن الدارقطني**، علي بن عمر الدارقطني، تحقيق: شعيب الارنؤوط- حسن عبد المنعم شلبي- عبد اللطيف حرز الله- أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، ط: الأولى، 1424 هـ - 2004 م.

116- **سنن النسائي**، أحمد بن شعيب النسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب- سورية، ط: الثانية، 1406هـ – 1986م.

117- **السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار**، مُحَمَّد بن علي الشوكاني، دار ابن حزم، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1425 هـ- 2004م.

118- **شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه**، مسعود بن عمر التفتازاني، ضبط وتخريج: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، [د.ت].

119- **شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل**، مُحَمَّد بن عبد الله الخرشي، المكتبة العصرية، صيدا- لبنان، ط: الأولى، 1427هـ-2006م.

120- **شرح الزرقاني على مختصر خليل**، عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، ضبط: عبد السلام مُحَمَّد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1422هـ- 2002م.

121- **شرح الزركشي على مختصر الخرقي**، مُحَمَّد بن عبد الله الزركشي، دار العبيكان، ط: الأولى، 1413 هـ- 1993م.

122- **شرح القواعد الفقهية**، أحمد الزرقا، تنسيق ومراجعة: عبد الستار أبو غدة، دار القلم، دمشق- سورية، ط: الثانية، 1409هـ- 1989م.

123- **الشرح الكبير على متن المقنع**، عبد الرحمن بن قدامة المقدسي، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، [د.ب.ت].

124- **شرح الكوكب المنير**، مُحَمَّد الفتوحي، تحقيق: مُحَمَّد الزحيلي- نزيه حماد، مكتبة العبيكان، الرياض، ط: 1997م.

125- **شرح الورقات في أصول الفقه**، مُحَمَّد بن أحمد المحلي، تحقيق: حسام الدين عفانة، جامعة القدس، القدس- فلسطين، ط: الأولى، 1420هـ- 1999م.

126- **شرح صحيح البخاري –لابن بطال–**، علي بن خلف بن عبد الملك، تحقيق: ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، الرياض- السعودية، ط: الثانية، 1423هـ - 2003م.

127- **شرح صحيح مسلم**، يحي بن شرف النووي، المطبعة المصرية بالأزهر، ط: الأولى، 1347هـ- 1929م.

128- **شرح فتح القدير**، مُحَمَّد بن عبد الواحد ابن الهمام، دار الفكر، بيروت- لبنان، [د.ت].

129- **شرح مختصر الروضة**، سليمان بن عبد القوي الطوفي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1407هـ- 1987م.

130- **شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام**، مُحَمَّد بن أحمد بن مُحَمَّد المالكي، ضبط وتصحيح: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة: الأولى، 1420هـ- 2000م.

131- **الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة**، مُحَمَّد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، دار كنوز إشبيليا، الرياض— السعودية، ط: الأولى، 1427هـ-2006م.

132- **الشروط العقْدية في الشريعة الإسلامية**، عبد الله إبراهيم الموسى، دار ابن الجوزي، الرياض— السعودية، ط: الأولى، 1432هـ - 2012م.

133- **شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم**، نشوان بن سعيد الحميري، تحقيق: حسين بن عبد الله العمري- مطهر بن علي الإرياني - يوسف مُحَمَّد عبد الله، دار الفكر المعاصر، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1420 هـ - 1999 م.

134- **صحيح البخاري**، مُحَمَّد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، تحقيق: مُحَمَّد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط: الأولى، 1422هـ.

135- **صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة**، كمال بن السيد سالم، المكتبة التوفيقية، القاهرة— مصر، ط: 2003م.

136- **صحيح مسلم**، مسلم بن الحجاج النيسابوري، تحقيق: مُحَمَّد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، [د.ب.ت].

137- **الصغير بين أهليه الوجوب و أهليه الأداء**، محمود مجيد بن سعود الكبيسي، جامعة أم القرى، مكة- السعودية، سنة النشر: 1401هـ- 1981م.

138- **ضمان العقد**، مُحَمَّد نجدات المحمد، دار المكتبي، دمشق- سورية، ط: الأولى، 1427هـ- 2007م.

139- **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**، ابن قيم الجوزية، شمس الدين، تحقيق: بشير مُحَمَّد عيون، مكتبة دار البيان، دمشق- سورية، الطبعة: الرابعة، 1426هـ-2005م.

140- **العدة في أصول الفقه**، مُحَمَّد بن الحسين ابن الفراء، تحقيق: أحمد بن علي المباركي، ط: الثانية 1410 هـ- 1990م.

141- **العزيز شرح الوجيز -المعروف بالشرح الكبير-**، عبد الكريم بن مُحَمَّد الرافعي، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1417هـ- 1994م.

142- **العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري**، مناني فراح، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر، ط: 2009 م، [د.ب].

143- **العقود الإلكترونية على شبكة الإنترنيت بين الشريعة والقانون**، ميكائيل رشيد علي الزيباري، أطروحة دكتوراه، تخصص: الفقه المقارن، الجامعة العراقية، بغداد- العراق، نوقشت بتاريخ: 06 مارس 2012م.

144- **العقود المالية المركبة –دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية–**، عبد الله العمراني، دار كنوز إشبيليا، الرياض- السعودية، ط: الأولى، 1427هـ-2006م.

145- **العقود المستجدة وضوابطها –دراسة أصولية تطبيقية–**، سارة بنت عادل روزي، رسالة ماجستير، قسم: الشريعة، تخصص: أصول الفقه، جامعة أم القرى، مكة- السعودية.

146- **علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع**، عبد الوهاب خلاف، مطبعة المدني، [د.ب.ت].

147- **علم القواعد الشرعية**، نور الدين الخادمي، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض- السعودية، ط: الأولى، 1426هـ-2005م.

148- **عمدة القاري شرح صحيح البخاري**، محمود العيني، دار الفكر، بيروت- لبنان، [د.ب.ت].

149- **عون المعبود شرح سنن أبي داود**، مُحَمَّد العظيم آبادي، تحقيق: عبد الرحمن مُحَمَّد عثمان، المكتبة السلفية، المدينة المنورة- السعودية، ط: الثانية، 1388هـ- 1969م.

150- **عيون المسائل**، عبد الوهاب بن علي، تحقيق: علي بورويبة، دار ابن حزم، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 2009م.

151- **غاية المأمول في توضيح الفروع على الأصول**، محمود مصطفى عبود هرموش، مكتب البحوث الثقافية، طرابلس- لبنان، ط: الأولى، 1414هـ- 1994م.

152- **الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة**، عمر بن إسحاق الغزنوي، مؤسسة السعادة، القاهرة- مصر، ط: الأولى، 1370 هـ - 1950م.

153- **غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر**، شرح: أحمد بن مُحَمَّد الحنفي الحموي، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1405هـ - 1985م.

154- **الفتاوى الكبرى**، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، تحقيق: مُحَمَّد عبدالقادر عطا- مصطفى عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية، ط: الأولى، 1408هـ - 1987م.

155- **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار التقوى للتراث، [د.ب.ت].

156- **فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير**، مُحَمَّد الشوكاني، دار ابن كثير، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1993م.

157- **الفروق اللغوية**، الحسن بن عبد الله العسكري، تحقيق: مُحَمَّد إبراهيم سليم، دار العلم والثقافة، القاهرة – مصر، [د.ب.ت].

158- **فصول البدائع في أصول الشرائع**، مُحَمَّد بن حمزة الفناري، تحقيق: مُحَمَّد حسين مُحَمَّد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط: الأولى، 2006 م- 1427هـ.

159- **الفقه الإسلامي وأدلته**، وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق- سورية، ط: الثانية، 1405هـ-1985م.

160- **الفقه الإسلامي والحقوق المعنوية**، عبد السلام داود العبادي، بحث منشور في **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، ع: 5.

161- **فقه السنة**، سيد سابق، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة- مصر، [د.ب.ت].

162- **فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة –آفاق وأبعاد–**، عبد الوهاب أبو سليمان، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب- البنك الإسلامي للتنمية، جدة- السعودية، الطبعة، الأولى، 1993م.

163- **الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي**، مُحَمَّد بن الحسن الحجوي، عناية: أيمن صالح شعبان، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط: الأولى، 1416هـ- 1995م.

164- **الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني**، أحمد بن غنيم النفراوي، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1418هـ- 1997م.

165- **قاعدة المشقة تجلب التيسير -دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية-**، يعقوب الباحسين، مكتبة الرشد، الرياض- السعودية، ط: الأولى، 2003م.

166- **القاموس الدولي العام**، فريال علوان- س.م لحام- م. نور- م. ساسين- هادي سعيد، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 2006.

167- **القاموس المبين في اصطلاحات الأصوليين**، محمود حامد عثمان، دار الزاحم، الرياض- السعودية، ط: الأولى، 1423هـ- 2002م.

168- **القاموس المحيط**، مجد الدين الفيروزآبادي، دار المعرفة، بيروت- لبنان، [د.ب.ت].

169- **القانون المدني في ضوء اجتهاد المحكمة العليا**، عمار بوضياف، دار جسور، الجزائر، ط: الأولى، 2015م.

170- **قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد**، نزيه حماد، (368) دار القلم، دمشق- سورية، ط: الأولى، 1421هـ- 2001م.

171- **القواعد الأصولية عند الإمام الشاطبي من خلال كتابه الموافقات**، الجيلالي المريني، دار ابن القيم، الدمام- السعودية، ط: الأولى، 1423هـ- 2002م.

172- **القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها**، صالح بن غانم السدلان، دار بلنسية، الرياض-السعودية، ط: الأولى، 1417هـ-1997م.

173- **القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه**، مُحَمَّد بكر إسماعيل، دار المنار، القاهرة- مصر، [د.ب.ت].

174- **القواعد الفقهية مع الشرح الموجز**، عزت الدعاس، دار الترمذي، دمشق- سورية: ط: الثالثة، 1989م.

175- **القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة**، مُحَمَّد مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق- سورية، ط: الثالثة، 1430 هـ- 2009م.

176- **القواعد الفقهية**، علي أحمد الندوي، دار القلم، دمشق- سورية، ط: الرابعة، 1418هـ- 1998م.

177- **القواعد الفقهية**، يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشد، الرياض- السعودية، ط: الأولى، 1418هـ-1998م.

178- **القواعد الكبرى**، العز بن عبد السلام، تحقيق: نزيه حماد- عثمان ضميرية، دار القلم، دمشق- سورية، ط: الأولى، 2000م.

179- **القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية**، مُحَمَّد عثمان شبير، دار النفائس، عمان- الأردن، ط: الثانية، 1428هـ-2007م.

180- **قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي – عرضا ودراسة وتحليلا–**، عبد الرحمن الكيلاني، دار الفكر، دمشق – سورية، ط: الأولى، 1421هـ - 2000م.

181- **القواعد والفوائد الأصولية وما يتبعها من الأحكام الفرعية**، علي بن مُحَمَّد بن اللحام، تحقيق: عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، ط: 1420 هـ - 1999م.

182- **القوانين الفقهية**، مُحَمَّد بن أحمد بن جزي، تحقيق: مُحَمَّد أحمد القياتي- سيد الصباغ، دار الأندلس الجديدة، شبرا - مصر، ط: الأولى، 1429هـ-2008م.

183- **الكافي في فقه الإمام أحمد**، عبد الله بن قدامة، تحقيق: عبد الله التركي، دار هجر، الجيزة- مصر، ط: الأولى، 1997م.

184- **الكافي في فقه أهل المدينة**، يوسف بن عبد الله بن عبد البر، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الثانية، 1413هـ-1992م.

185- **كتاب العين**، الخليل بن أحمد الفراهيدي، تحقيق: مهدي المخزومي- إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، بيروت- لبنان.

186- **كتاب الفروع**، مُحَمَّد بن مفلح المقدسي، تحقيق: رائد صبري علفة، بيت الأفكار الدولية، طبعة: 2004م.

187- **كشاف القناع عن متن الإقناع**، منصور بن يونس البهوتي، تحقيق: مُحَمَّد أمين الضناوي، دار عالم الكتب، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1417هـ- 1997م.

188- **كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**، عبد العزيز بن أحمد البخاري، دار الكتاب العربي، بيروت- لبنان، [د.ب.ت].

189- **اللباب في الجمع بين السنة والكتاب**، مُحَمَّد علي المنبجي، تحقيق: مُحَمَّد فضل المراد، دار القلم، دمشق- سورية، ط: الثانية، 1994م.

190- **لسان العرب**، مُحَمَّد بن مكرم ابن منظور، دار المعارف، القاهرة – مصر، [د.ت.ب].

191- **اللمع في أصول الفقه**، إبراهيم بن علي الشيرازي، دار الكتب العلمية، ط: الثانية، 1424هـ- 2003م.

192- **ما لا يسع التاجر جهله**، عبد الله المصلح- صلاح الصاوي، مؤسسة الرسالة، ط: الأولى، 1422هـ-2001م.

193- **المبسوط**، مُحَمَّد بن أبي سهل السرخسي، تحقيق: خليل محي الدين الميس، دار الفكر، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1421هـ- 2000م.

194- **متن الرسالة**، عبد الله بن أبي زيد القيرواني، دار رحاب، الجزائر العاصمة- الجزائر، [د.ب.ت].

195- **المجلة القضائية**، المحكمة العليا الجزائرية، ع: 2.

196- **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة- السعودية.

197- **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**، عبد الرحمن بن مُحَمَّد، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، [د.ب.ت].

198- **مجموع الفتاوى**، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، تحقيق: عبد الرحمن بن مُحَمَّد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية- السعودية، ط: 1416هـ- 1995م.

199- **المجموع شرح المهذب**، يحيى بن شرف النووي، تحقيق: مُحَمَّد نجيب المطيعي، دار الإرشاد، جدة- السعودية، [د.ب.ت].

200- **مجموعة الفتاوى**، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، عناية: عامر الجزار- أنور الباز، دار الوفاء، المنصورة- مصر، ط: الثالثة، 1426 هـ - 2005 م.

201- **مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد البهية**، صالح بن مُحَمَّد الأسمري، اعتناء: متعب بن مسعود الجعيد، دار الصميعي، الرياض- السعودية، ط: الأولى، 1420 هـ- 2000 م.

202- **المحصول**، مُحَمَّد بن عبد الله بن العربي، تحقيق: حسين علي اليدري- سعيد فودة، دار البيارق، عمان- الأردن، ط: الأولى، 1420هـ - 1999م.

203- **المحيط البرهاني في الفقه النعماني**، محمود بن أحمد البخاري، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط: الأولى، 1424 هـ - 2004 م.

204- **المحيط في اللغة**، إسماعيل بن عباد، تحقيق: مُحَمَّد آل ياسين، مطبعة المعارف، بغداد- العراق، ط: الأولى، 1975م.

205- **المخارج في الحيل**، مُحَمَّد بن الحسن الشيباني، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة- مصر، ط: 1999م.

206- **المختصر الفقهي**، مُحَمَّد بن عرفة، تحقيق: حافظ مُحَمَّد خير، مؤسسة خلف الحبتور للأعمال الخيرية، دبي- الإمارات، ط: الأولى، 2014م.

207- **مختصر القدوري**، أحمد القدوري، تحقيق: كامل مُحَمَّد عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1997م.

208- **مختصر المزني في فروع الشافعية**، إسماعيل بن يحي المزني، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1989م.

209- **المخصص**، علي بن إسماعيل بن سيده، تحقيق: خليل إبراهم جفال، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1417هـ- 1996م.

210- **المدخل الفقهي العام**، مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق—سورية، ط: الأولى، 1418هـ- 1998م.

211- **المدخل إلى فقه المعاملات المالية**، مُحَمَّد عثمان شبير، دار النفائس، عمان- الأردن، ط: الأولى، 1430هـ- 2010م.

212- **المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي**، مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق- سورية، ط: الأولى، 1420هـ.

213- **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية**، عبد الكريم زيدان، دار الرسالة، بيروت- لبنان، ط: الثامنة، 1405هـ-1985م.

214- **المدونة الكبرى**، مالك بن أنس، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1994م.

215- **مذكرات الحق والذمة وتأثير الموت فيهما**، علي الخفيف، دار الفكر العربي، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1431هـ- 2010م.

216- **مذكرة في أصول الفقه**، مُحَمَّد الأمين بن المختار الشنقيطي، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة- السعودية، ط: الخامسة، 2001م.

217- **مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه**، إسحاق بن منصور، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة- السعودية، ط: الأولى، 2004م.

218- **المستدرك على مجموع فتاوى شيخ الإسلام**، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، جمع وترتيب: مُحَمَّد بن عبد الرحمن بن قاسم، مجمع الملك فهد بالمدينة المنورة لطباعة المصحف الشريف، ط: الأولى، 1418 هـ.

219- **مسند الإمام أحمد**، أحمد بن مُحَمَّد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1421 هـ- 2001م.

220- **المسودة في أصول الفقه**، آل تيمية، تحقيق: مُحَمَّد محيي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي، [د.ب.ت].

221- **المسؤولية الإلكترونية**، مُحَمَّد حسين منصور، منشأة المعارف، الإسكندرية- مصر، ط: 2006م.

222- **مشارق الأنوار على صحاح الآثار**، عياض بن موسى السبتي، المكتبة العتيقة، تونس- تونس، طبعة: 1978م، [د.ب].

223- **مشكاة المصابيح**، مُحَمَّد بن عبد الله الخطيب التبريزي، تحقيق: مُحَمَّد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت- لبنان، ط: الثالثة، 1985م.

224- **مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري**، بلحاج العربي، دار هومة، الجزائر، ط: 2015م.

225- **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1417هـ- 1997م.

226- **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، أحمد بن مُحَمَّد الفيومي، مكتبة لبنان، بيروت- لبنان، طبعة: 1987م.

227- **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، مصطفى بن سعد الرحيباني، المكتب الإسلامي، دمشق- سورية، ط: الأولى، 1961م.

228- **المطلع على أبواب المقنع**، مُحَمَّد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي، تحقيق: مُحَمَّد بشير الأدلبي، المكتب الإسلامي، بيروت- لبنان، ط: الثالثة، 1421هـ- 2000م.

229- **معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة**، مُحَمَّد بن حسين الجيزاني، دار ابن الجوزي، الرياض – المملكة العربية السعودية، ط: الأولى، 1416هـ- 1996م.

230- **المعاملات المالية أصالة ومعاصرة**، عمر دبيان بن مُحَمَّد الدبيان، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض- السعودية، ط: الثانية، 1432هـ.

231- **المعجم الاشتقاقي المؤصل لألفاظ القرآن الكريم**، مُحَمَّد حسن حسن جبل، مكتبة الآداب، القاهرة- مصر، ط: الأولى، 2010م.

232- **المعجم الاقتصادي الإسلامي**، أحمد الشرباصي، دار الجيل، القاهرة- مصر، ط: 1981م.

233- **المعجم الفلسفي**، مجمع اللغة العربية، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة- مصر، ط: 1403هـ- 1983م.

234- **معجم المصطلحات الاقتصادية والإسلامية**، علي بن مُحَمَّد جمعة، مكتبة العبيكان، الرياض- السعودية، ط: 1420هـ- 2000م.

235- **معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء**، نزيه حماد، دار القلم، دمشق- سورية، ط: الأولى، 1429هـ- 2008م.

236- **معجم المناهي اللفظية**، بكر أبو زيد، دار العاصمة، الرياض- السعودية، ط: الثالثة، 1996م.

237- **المعجم الوسيط**، مجمع اللغة العربية، دار الشروق الدولية، ط: الرابعة، 1425هـ- 2004م.

238- **معجم لغة الفقهاء**، مُحَمَّد رواس قلعة جي، دار النفائس، بيروت- لبنان، ط: الثانية، 1408هـ- 1988م.

239- **معجم مقاييس اللغة**، أحمد بن فارس، تحقيق: عبد السلام مُحَمَّد هارون، دار الفكر، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1399هـ-1979م.

240- **المغرب في ترتيب المعرب**، ناصر الدين بن عبد السيد المطرزي، تحقيق: محمود فاخوري- عبد الحميد مختار، مكتبة أسامة بن زيد، حلب- سورية، ط: الأولى، 1399هـ- 1979م.

241- **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، مُحَمَّد بن الخطيب الشربيني، اعتناء: مُحَمَّد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1418هـ- 1997م.

242- **المغني**، عبد الله بن أحمد بن قدامة، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي- عبد الفتاح مُحَمَّد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ط: الثالثة، 1417هـ- 1997م.

243- **المفصل في القواعد الفقهية**، يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، دار التدمرية، الرياض- السعودية، ط: الثانية، 1432هـ- 2011م.

244- **المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم**، أحمد القرطبي، تحقيق: محي الدين مستو- يوسف بديوي- أحمد السيد- محمود بزال، دار ابن كثير، دمشق – سورية، الطبعة: الأولى، 1416هـ- 1996م.

245- **المقدمات الممهدات**، مُحَمَّد بن رشد، تحقيق: مُحَمَّد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1988م.

246- **الملخص الفقهي**، صالح بن فوزان الفوزان، دار ابن الجوزي، الرياض- السعودية، ط: الرابعة عشر، 1421هـ- 2001م.

247- **الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية**، علي الخفيف، دار النهضة العربية، بيروت- لبنان، ط: 1990م.

248- **الممتع في شرح المقنع**، المَنَجَّى بن عثمان، تحقيق: عبد الملك بن دهيش، مكتبة الأسدي، مكة، ط: الثالثة، 2003م.

249- **منار السبيل في شرح الدليل**، إبراهيم بن مُحَمَّد بن ضويان، تحقيق: مُحَمَّد عيد العباسي، مكتبة المعارف، الرياض- السعودية، ط: الأولى، 1417 هـ-1996م.

250- **مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها**، علي بن سعيد الرجراجي، تحقيق: أحمد بن علي الدمياطي، دار ابن حزم، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 2007م.

251- **المنتقى شرح الموطإ**، سليمان بن خلف الباجي، مطبعة السعادة، القاهرة- مصر، ط: الأولى، 1332هـ.

252- **منح الجليل شرح على مختصر العلامة خليل**، مُحَمَّد بن أحمد عليش، ضبط وتصحيح: عبد الجليل عبد السلام، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة: الأولى، 1424هـ-2003م.

253- **المنح الشافيات بشرح مفردات الإمام أحمد**، منصور بن يونس البهوتي، تحقيق: عبد الله بن مُحَمَّد المطلق، دار كنوز إشبيليا، الرياض- السعودية، ط: الأولى، 1427 هـ - 2006م.

254- **منهاج الطالبين- مع حاشيتي قليوبي وعميرة-**، يحيى بن شرف النووي، إشراف: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت- لبنان، الطبعة: الأولى، 1419هـ- 1998م.

255- **منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة**، مسفر القحطاني، دار الأندلس الخضراء، جدة- السعودية، ط: الأولى، 2003م.

256- **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، إبراهيم الشيرازي، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1995م.

257- **الموافقات**، إبراهيم بن موسى الشاطبي، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الخُبر- السعودية، ط: الأولى، 1417هـ-1997م.

258- **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، مُحَمَّد بن مُحَمَّد الحطاب، ضبط وتخريج زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 1416هـ- 1995م.

259- **موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة**، وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق- سورية، 2013م.

260- **الموسوعة الفقهية الكويتية**، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط: الثانية، دار السلاسل، الكويت.

261- **موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي**، علي السالوس، دار الثقافة، الدوحة- قطر، [د.ب.ت].

262- **موسوعة القواعد الفقهية**، مُحَمَّد صدقي البورنو، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت-لبنان، ط: الأولى، 1424هـ-2003م.

263- **موسوعة مصطلحات جامع العلوم -دستور العلماء-**، عبد النبي بن عبد الرسول الأحمد نكري، إشراف ومراجعة: رفيق العجم، تحقيق: علي دحروج، نقل النص الفارسي إلى العربية: عبد الله الخالدي، الترجمة الأجنبية: مُحَمَّد العجم، مكتبة لبنان ناشرون، الطبعة: الأولى، 1997م.

264- **موطأ الإمام مالك**، مالك بن أنس، تحقيق: مُحَمَّد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، ط: 1406 هـ - 1985م.

265- **النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية**، أحمد فهمي أبو سنة، مطبعة دار التأليف، القاهرة- مصر، ط: 1387هـ- 1967م.

266- **النظريات الفقهية**، عمر مُحَمَّد جبه جي، الجامعة الإسلامية بمنيسوتا، كريمكناس 79 ناشرون، نسخة إلكترونية.

267- **النظريات الفقهية**، فتحي الدريني، منشورات جامعة دمشق، ط: الرابعة، 1417هـ- 1997م.

268- **نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي**، وهبة الزحيلي، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، ط: الرابعة، 1985م.

269- **نظرية الضمان**، وهبة الزحيلي، دار الفكر، بيروت- لبنان، ط: 1418هـ- 1998م.

270- **نظرية الظروف الطارئة -دراسة تاريخية ومقارنة بالشريعة الإسلامية-**، عبد السلام الترمانيني، دار الفكر، بيروت- لبنان، ط: 1971م.

271- **نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد الإداري**، سمير اليوسف، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ط: الأولى، 2003م.

272- **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري**، بلحاج العربي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط: 1995م.

273- **نفائس الأصول في شرح المحصول**، أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود- علي مُحَمَّد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، ط: الأولى، 1416هـ - 1995م.

274- **نهاية السول شرح منهاج الأصول**، عبد الرحيم الإسنوي، دار عالم الكتب، بيروت-لبنان، [د.ب.ت].

275- **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار**، مُحَمَّد بن علي الشوكاني، دار ابن الهيثم، القاهرة- مصر، [د.ب.ت].

276- **نيل المرام من تفسير آيات الأحكام**، مُحَمَّد صديق حسن خان، المطبعة الرحمانية، مصر، ط: 1347هـ- 1929م.

277- **الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية (شرح حدود ابن عرفة)**، مُحَمَّد الأنصاري الرصاع، تحقيق: مُحَمَّد أبو الأجفان- الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، ط: الأولى، 1993م،

278- **وبل الغمامة في شرح عمدة الفقه لابن قدامة**، عبد الله بن مُحَمَّد الطيار، دار الوطن، الرياض- السعودية، ط: الأولى، 1429هـ- 1432هـ.

279- **الوجيز في أصول الفقه الإسلامي**، مُحَمَّد مصطفى الزحيلي، دار الخير، دمشق- سوريا، ط: الثانية، 1427هـ- 2006م.

280- **الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية**، مُحَمَّد صدقي البورنو، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، ط: الرابعة، 1416هـ- 1996م.

281- **الوجيز في نظرية الظروف الطارئة**، مُحَمَّد عبد الرحيم عنبر، **السلسلة القانونية**، ط: 1987م، [د.ب].

282- **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي بيروت-لبنان، [د.ب.ت].

المواقع الإلكترونية:

- موقع: **بنك البلاد**، رابط الموقع: https://www.bankalbilad.com/ar/sme/trade-finance/Pages/LETTEROFGUARANTEE.aspx

- موقع: **شبكة الألوكة الشرعية**، رابط الموقع: www.alukah.net

- موقع: **صحيفة المواطن الإلكترونية**، رابط الموقع: www.almowaten.net

- موقع: **صحيفة مكة**، رابط الموقع: www.makkahnewspaper.com

- موقع: **كاسبرسكي**، رابط الموقع: www.kaspersky.com

فهرس الموضوعات

مقدمة: ..... ص: **02**

الموضوع الأول: مقدمة في النظريات الفقهية ..... ص: **08**

الموضوع الثاني: نظرية الحق ..... ص: **22**

الموضوع الثالث: نظرية العقود ..... ص: **48**

الموضوع الرابع: نظرية الضمان .....؟..... ص: **76**

الموضوع الخامس: نظرية البطلان ..... ص: **95**

الموضوع السادس: نظرية الولاية والأهلية ..... ص: **109**

الموضوع السابع: نظرية الظروف الطارئة ..... ص: **129**

قائمة المصادر والمراجع ..... ص: **158**

فهرس الموضوعات ..... ص: **174**