



# النظريات الفقهية

الأهلية، الولاية، الحق، الملكية، العقد، الحسبة

أ.د: عمر محمد جبه جي

دكتوراه في أصول الفقه ومقاصد الشريعة

السخة الثانية مصححة



الجامعة الإسلامية بمينسوتا  
قسم الدراسات العليا  
تخصص القضاء والسياسة الشرعية

# النظريات الفقهية

{الأهلية - الولاية - الحق - الملكية - العقد - الحسبة}

تأليف:

الأستاذ الدكتور: عمر محمد جبه جي

كريمكناس 79 / ناشرون

karimeknes79.editeurs@gmail.com

karimeknes79editeurs@yahoo.com



عنوان الكتاب: النظريات الفقهية (الأهلية - الولاية - الحق - الملكية - العقد - الحسبة)

التصنيف: الفقه وأصوله

المؤلف: أ.د. عمر محمد جبه جي

الناشر: كريمكناس 79 ناشرون الخاصة والمحدودة للنشر الإلكتروني الحر للدراسات الإسلامية  
النسخة الإلكترونية الثانية 2022 م (نسخة خاصة، ومصححة)

عدد الصفحات: 144 ص، 17x24 سم.

إيبين: 1-73-2-230127



EBIN: 1-73-2-230127



eP - eB / v.1: 2022.12.09

karimeknes79.editeurs@gmail.com

karimeknes79editeurs@yahoo.com

<https://sites.google.com/view/karimeknes79-editeurs>

<https://karimeknes79editeurs.webnode.fr>

<https://www.facebook.com/karimeknes79editeurs>

abuyasarja@yahoo.com

كريمكناس 79 ناشرون  
عنوان البريد الإلكتروني:

الموقع الإلكتروني:

صفحتنا على الفيسبوك:  
البريد الإلكتروني للمؤلف

الآراء الواردة في هذا الكتاب لا تعبر بالضرورة عن رأي كريمكناس 79 ناشرون

## مقدمة

الحمد لله رب العالمين، وأفضل الصلاة وأتم التسليم على سيدنا محمد الصادق الوعد الأمين وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وبعد، فإن التنظير الفقهي يُعدُّ من أرقى ما وصل إليه التفكير الفقهي المعاصر، وذلك لما يستلزم من جهدٍ عقليٍّ منظمٍ يستخرج النظم التشريعية الكلية التي قام عليها فقهننا الإسلامي الخالد، وقد قام العديد من العلماء والباحثين المعاصرين ممن جمع بين الدراسات الفقهية والدراسات القانونية بكتابة العديد من النظريات الفقهية التي استقوها من معين فقهننا العظيم، فظهرت نظرية الأهلية ونظرية الولاية ونظرية الحق والتعسف في استخدامه، ونظرية العرف، ونظرية الضرورة الشرعية، ونظرية العقد، ونظرية الحسبة وغيرها.

إن استخدام النظريات الفقهية أمرٌ حادثٌ جاء من جراء الاحتكاك بالقوانين الغربية وفقهائها، ولم يكن موجوداً عند المتقدمين من الفقهاء بل هو نسقٌ جديدٌ وصياغةٌ معاصرة للموضوعات والأحكام والمسائل والقواعد الفقهية. وذلك لأن المتقدمين من الفقهاء لم تدعهم الحاجة على هذا الصنيع، يقول الدكتور الزحيلي: "ومن المعروف أن فقهاؤنا لم يقرروا أحكام المسائل الفقهية على أساس النظريات العامة وبيان المسائل المتفرعة عنها، على وفق المنهاج القانوني الحديث، وإنما كانوا يتتبعون أحكام المسائل والجزئيات والفروع، مع ملاحظة ما تقتضيه النظرية أو المبدأ العام الذي يهيمن على تلك الفروع، ولكن بملاحظة أحكام الفروع يمكن إدراك النظرية وأصولها"<sup>(1)</sup>.

هذا وقد أوكل إليّ تدريس مقرر مادة النظريات الفقهية في الجامعة الإسلامية بمنيسوتا، لطلاب الدراسات العليا قسم القضاء والسياسة الشرعية، فقامت على عجلٍ بجمع

(1) الفقه الإسلامي وأدلته: د. وهبة الزحيلي، 7/4.

المادة العلمية من عددٍ من الكتب والمراجع في مقدمتها كتاب الفقه الإسلامي وأدلته الجزء الرابع لأستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي، وكتاب النظريات الفقهية للأستاذ الدكتور محمد الزحيلي، و النظريات الفقهية للأستاذ الدكتور فتحي الدريني، والمدخل الفقهي العام للعلامة مصطفى الزرقا، إلى جانب العديد من الأبحاث المطولة أو المختصرة التي سيراها الطلاب في قائمة المصادر والمراجع.

## هيكل البحث

قسمت البحث إلى مقدمة وسبعة مباحث.

وجعلت المبحث الأول للتعريف بالنظريات الفقهية والفرق بينها وبين القواعد الفقهية وبيان أهميتها وأنواعها وأهم مصادرها.

وأما المبحث الثاني فجعلته للحديث عن نظرية الأهلية من حيث تعريفها ومراحلها وعوارضها.

وأما المبحث الثالث فخصصته لدراسة نظرية الولاية من حيث تعريفها وأنواعها ومراتب الأولياء إلى غير ذلك.

وأما المبحث الرابع فبينت فيه نظرية الحق والتعسف في استعماله.

والمبحث الخامس: عرضت فيه لنظرية الملكية وخصائصها.

والمبحث السادس: استعرضت فيه نظرية العقد في الفقه الإسلامي من حيث أركان العقد وشروطه وأنواعه إلى غير ذلك من أحكامه.

والمبحث السابع: تحدثت فيه عن نظرية الحسبة، تعريفها وأركانها وفضلها وأحكامها وآداب المحتسب إلى غير ذلك.

وختمت الكتاب بخاتمة تضم بعض النتائج والتوصيات.

وأخيرا أقدم الشكر الجزيل لكل من أسدى إلي نصيحة، أو ساعدني في إنجاز هذا العمل فجزاهم الله خيرا، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الأستاذ الدكتور: عمر محمد جبه جي

## المبحث الأول: في تعريف النظرية الفقهية وأهميتها والفرق بينها وبين القاعدة الفقهية

في هذا المبحث سنتناول تعريف النظرية الفقهية في اللغة والاصطلاح، ثم نجري مقارنةً بينها وبين القاعدة الفقهية مبينين أوجه الاختلاف بينهما، وبعد ذلك نعرض لمزايا النظرية الفقهية وفوائدها.

### المطلب الأول: في تعريف النظرية لغةً

جاء في قاموس المنجد في اللغة العربية المعاصرة عدة تعريفات للنظرية نذكر منها<sup>(1)</sup>:

1. مجموعة من الأفكار والآراء المعروضة المتعلقة بموضوع معين، فيقال مثلاً: نظرية سياسية.
2. مجموعة قوانين، ومقترحات يرتبط بعضها ببعض، وتخضع لاختبارات معينة تؤدي إلى استنباط حقيقة علمية معينة، يقال مثلاً: نظرية الذرة.
3. قضية تثبت بحجة ودليل أو يطلب إثباتها بالبرهان، يقال: نظرية رياضية.
4. البحث عن المشكلة القائمة على العلاقة بين الشخص والموضوع، أو بين العرف والمعروف: فيقال: نظرية المعرفة.

### المطلب الثاني: في تعريف النظرية الفقهية اصطلاحاً

ذكر العلماء والباحثون عدة تعريفاتٍ للنظرية الفقهية نذكر منها ما يلي:

- عرفها الشيخ مصطفى الزرقاء بأنها: "تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى التي تؤلف كل منها على حده نظاماً حقوقياً موضوعياً منبثاً في الفقه الإسلامي... وتحكم عناصر

(1) المنجد في اللغة العربية المعاصرة: أنطون نعمة آخرون، ص: 1423.

ذلك النظام في كل ما يتصل بموضوعه من شعب الأحكام"<sup>(1)</sup>.

- وعرفها الدكتور فتحي الدريني بأنها: "مفهومٌ كليُّ قوامه أركانٌ وشرائطٌ وأحكامٌ عامة تتصل بموضوعٍ معينٍ، بحيث يتكون من كل أولئك نظامٌ تشريعيٌ ملزمٌ، يشمل بأحكامه كل ما يتحقق فيه مناط موضوعه"<sup>(2)</sup>.

- وعرفها الدكتور وهبة الزحيلي بأنها: "المفهوم العام الذي يؤلف نظاما حقوقيا تنطوي تحته جزئيات موزعة في أبواب الفقه المختلفة..."<sup>(3)</sup>.

وهذا قريب من تعريف الشيخ الزرقا بل هو اختصارٌ له.

- وعرفها علي أحمد الندوي بأنها: "موضوعاتٌ فقهيةٌ مشتملةٌ على مسائل فقهية أو قضايا فقهية حقيقتها أركان وشروط وأحكام، تقوم بين كل منها صلة فقهية تجمعها وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعا"<sup>(4)</sup>.

- وعرفها الدكتور آدم القضاة بأنها: "نظام جامع، للأحكام الشرعية العملية المجردة، المتعلقة بمبدأ تشريعي واحد، تستمد من قواعد الفقه وفروعه، وترتب ترتيبا منهجيا؛ يُظهر العلاقة بين مكوناتها، والصلة التي بينها وبين ما استمدت منه"<sup>(5)</sup>.

- وعرفها الدكتور محمد جبر الألفي بأنها: "دراسة شاملة في إطار كلي لموضوع فقهي معين، تتسم بالتجريد والعموم، قوامها أركان وشرائطٌ وأحكام جزئية، مستمدة من قواعد الفقه وفروعه ومقاصده المبنوثة في كتب المذاهب، تجمعها وحدة موضوعية

---

(1) المدخل الفقهي العام: مصطفى الزرقا، 329/1.

(2) النظريات الفقهية: د. فتحي الدريني، ص: 140.

(3) الفقه الإسلامي وأدلته: 7/4.

(4) القواعد الفقهية: علي أحمد الندوي، ص: 63.

(5) مدخل إلى دراسة النظريات الفقهية: د. آدم نوح القضاة، 383/11.

من التعاريف السابقة نرى أن النظريات الفقهية هي دراسة تتصف بالتجريد والشمول، تتناول أحد الموضوعات الفقهية، وهذا الموضوع الفقهي يتعلق بمبدأ تشريعي واحد، وهذه النظرية مستمدة من قواعد الفقه ومن فروعه، وهي مرتبة ترتيباً منهجياً حيث أن لها أركان وشروط وأحكام جزئية، وهذه الأحكام الجزئية مبثوثة في كثير من أبواب الفقه الإسلامي.

### المطلب الثالث: في الفروق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية.

عرف العلماء القاعدة الفقهية بعدة تعريفات منها:

1. حكمٌ أكثرى لا كلي، ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه<sup>(2)</sup>.
  2. أصولٌ فقهيةٌ كليةٌ، في نصوصٍ موجزةٍ دستوريةٍ، تتضمن أحكاماً تشريعيةً عامةً في الحوادث التي تدخل تحت موضوعاتها<sup>(3)</sup>.
  3. حكم شرعي في قضية أغلبية يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها<sup>(4)</sup>.
- من هذه التعريفات نرى أن القاعدة الفقهية تعطي حكماً فقهياً أغلبياً لعددٍ كبيرٍ من الفروع الفقهية المندرجة تحتها، ومن خلالها نتعرف على أحكام الجزئيات أو الفروع الفقهية المندرجة تحتها، وهذه القواعد أغلبية أو أكثرية وليست كلية، لأنها لا تخلو من وجود المستثنيات، وهي تدخل في كل الأبواب الفقهية، ولا تختص ببابٍ دون بابٍ.

(1) التظهير الفقهي: د. محمد جبر الألفي، ص: 7.

(2) غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر: أحمد بن محمد الحموي، 51/1.

(3) المدخل الفقهي العام: مصطفى الزرقا، 965/2.

(4) القواعد الفقهية: علي الندوي، ص: 43.

ومن أمثلة القاعدة الفقهية: الأمور بمقاصدها<sup>(1)</sup>، اليقين لا يزال بالشك<sup>(2)</sup>، المشقة تجلب التيسير<sup>(3)</sup>، تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة<sup>(4)</sup>.

هناك تشابه كبير بين القواعد الفقهية والنظرية الفقهية، فكلّ منهما تندرج تحتها مسائل فقهية مختلفة، ولكن هناك عدد من الفروق بينهما، ومن هذه الفروق<sup>(5)</sup>:

1. النظرية الفقهية لا تتضمن صيغتها حكماً في ذاتها، وهذا الحكم ينتقل إلى الفروع المندرجة تحتها، فقاعدة: (اليقين لا يزول بالشك) تضمنت حكماً فقهياً في كل مسألة اجتمع فيها يقين وشك، وهذا بخلاف القاعدة الفقهية فإنها تتضمن حكماً في ذاتها يصدق على جميع الفروع المنضوية تحتها.

2. النظرية الفقهية تقوم على أركان وشروط بخلاف القاعدة الفقهية فهي لا تشمل على أركان وشروط، إنما هي حكم فقهي بسيط في الغالب، خاصة القواعد الفقهية الفرعية غير الكلية.

3. النظرية أكثر شمولاً واتساعاً من القاعدة الفقهية، بل تعتبر القواعد الفقهية ذات الصلة بموضوع النظرية من أهم مواردها ومكوناتها الأساسية.

القاعدة الفقهية سابقة على النظرية الفقهية دراسةً وتديناً، فالقواعد الفقهية درسها الفقهاء وصنفوا فيها في العهود الأولى للتشريع، بينما النظرية الفقهية لم يشتغل بها الباحثون

---

(1) الأشباه والنظائر: السيوطي، 15/1، والأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص: 22.

(2) الأشباه والنظائر: السيوطي، 86/1، والأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص: 60.

(3) الأشباه والنظائر: السيوطي، 94/1، والأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص: 84.

(4) الأشباه والنظائر: السيوطي، 202/1، والأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص: 137.

(5) ينظر: محاضرات في مقياس نظريات فقهية وقانونية: د. بوشيش صالح، ص: 11-12، جامعة الحاج لخضر، 2020م. والتعريف بالنظريات الفقهية وأهميتها: د. قبلي هني، ص: 47-48، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، ع 1، 2015 م. ونظرية الغالب في الفقه الإسلامي: خالد سعدي، ص: 18، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2021 م.

إلا في العصر الحديث.

النظرية الفقهية فكرة استنتاجية للروابط المشتركة بين الفروع والجزئيات الموضوعية المستقرة، أما القاعدة الفقهية فهي حكم شرعي مستنبط من أحد المصادر الشرعية.

النظرية الفقهية تشكل وحدة موضوعية حقيقية، تقدم تفسيراً نهائياً للجزئيات والأحكام المندرجة تحتها، وأما القاعدة الفقهية فوحدتها الموضوعية ظاهرية، فهي لا تعطي تفسيراً نهائياً للفروع المندرجة تحتها، كون المسألة قد تتنازعها عدة قواعد تصلح مثلاً لها، غير أن حقيقة النظر يردّها إلى واحدة منها.

النظرية الفقهية أكثر اتساعاً وشمولاً من القاعدة الفقهية، ذلك أن النظرية الفقهية تستوعب في موضوعها العديد من المسائل الفقهية، ومختلف القواعد الأصولية والضوابط الفقهية، بينما القاعدة الفقهية يدور حكمها حول موضوع واحد فقط، كقاعدة الأمور بمقاصدها، وقاعدة العادة محكمة، وقاعدة الضرورة، وقاعدة المشقة... وغيره.

#### **المطلب الرابع: في أهمية دراسة النظريات الفقهية وفوائدها.**

التنظير الفقهي يُعدُّ من أرقى ما وصل إليه التفكير الفقهي المعاصر، وذلك لما يستلزم من جهد عقلي منظم يستخرج النظم التشريعية الكلية التي قام عليها فقهننا الإسلامي الخالد، ذلك الفقه الذي إن نظر فيه من لا دراية له به ظن أنه مجرد فروع مشتتة هنا وهناك، وإن نظر فيه المنصف العارف علم أنه بناء محكم الأصول مسدد الفروع، يُصدق بعضه بعضاً ويؤازره<sup>(1)</sup>.

إن لدراسة النظريات الفقهية المتنوعة أهمية كبيرة، ولها فوائد عظيمة نذكر منها ما

يلي:

1. النظريات الفقهية تعدّ لبنةً تضاف إلى اللبنة التي يبني عليها صرح الفقه الإسلامي

(1) ينظر: التنظير الفقهي: د. آدم القضاة، ص: 379.

في جانبه التأصيلي، وحلقةً من حلقات التجديد الذي يستدعيه التراكم المعرفي، ويتطلبه الواقع العلمي، وذلك من خلال تطويرها للدرس الفقهي من نواحي الأسلوب، العرض، المنهج، وبما تسهم في إثراء منظومة الفقه الإسلامي، وتأهيله للبقاء في مقامه الريادي<sup>(1)</sup>.

2. إن العمل على تنظير الفقه وتأصيله، بالإضافة إلى دراسته دراسةً فقهيةً معمقة، وإحياء الاجتهاد بصوره المختلفة، تعتبر جميعاً مقدماتٍ ضروريةً للنهضة الفقهية المنشودة، وبخاصة في مجال التقنين، إذ لا يبلغ تقنينٌ عصريٌّ نضوجه وكماله بغير توافرها<sup>(2)</sup>.

3. إن دراسة النظريات الفقهية تعطي تصوراً كلياً للفقه الإسلامي إذ فيها يتجلى للمتأمل إحكام الربط بين الحكم الشرعي ومصادره، والأصول أو النظريات الفقهية التي فهمها المجتهدون من مصادر الشريعة التي اتخذوها نبراساً لهم في اجتهادهم<sup>(3)</sup>.

4. تسهم النظريات الفقهية في تقويم مسار التفقه من خلال ضبط المواد الفقهية وتلخيصها، برد الفروع والأحكام المنثورة في مختلف الأبواب والفصول إلى مواردها الأصلية ومبادئها الكلية، وهو ما يمكن المتعلم من اكتساب ملكة فقهية تعينه على مدارك الفقه في زمنٍ عاجلٍ، وتغنيه عن حفظ الفروع وتتبعها<sup>(4)</sup>.

5. تكوين الملكة الفقهية القادرة على استخراج الأحكام من أدلتها، فعندما يتدرب الإنسان على تقويم الكتابات الحقوقية من خلال الأدلة الشرعية، يتكون لديه قدرة على استخراج الأحكام من الأدلة<sup>(5)</sup>.

6. للنظريات الفقهية أثرٌ بارزٌ في ضبط مسار الاجتهاد التنزيلي وتقويمه، وتخرير أحكام الحوادث والنوازل الطارئة وتحقيق مناسقاتها، وذلك بإخضاعها لأركان وشروط وأحكام

---

(1) ينظر: علم القواعد الشرعية، د نور الدين الخادمي، ص: 346، ونظرية الغالب في الفقه الإسلامي: ص: 27.

(2) ينظر: مدخل إلى دراسة النظريات الفقهية: د. آدم القضاة، ص: 385.

(3) ينظر: المدخل، القضاة، ص: 385.

(4) ينظر: نظرية الغالب: ص: 28، والمدخل الفقهي العام: 30/1.

(5) ينظر: الكتابة في النظريات الفقهية: بدر بريجان، ص: 906.

النظرية الفقهية<sup>(1)</sup>.

7. المقارنة بين النظريات الفقهية والقانونية بما يظهر الفرق بينهما في الصنعة الذي من شأنه أن يبين محاسن التشريعات الإسلامية وتفوقها على القوانين الوضعية في مختلف النظريات، في السبق والشمول والإحاطة في الفهم والتطبيق والصلاحية والتأثير، وهذا يؤدي إلى العمل على تعديل القوانين الوضعية لتكون متوافقة مع الشرع بعد إبعاد المخالفات الشرعية منها<sup>(2)</sup>.

8. تسهيل مراجعة الفقه الإسلامي على القانونيين ليستفيدوا منه من خلال استخدام طريقتهم وأسلوبهم في التأليف، ذلك أن كثيراً من القضاة في المحاكم عندهم ضعف في الملكة الفقهية، فلا بد من تقوية هذه الملكة لديهم. فحين اتجهت المؤلفات الفقهية المعاصرة نحو إبراز النظريات الفقهية، على غرار ما يفعله علماء القانون، أثبت هذا الاتجاه سبق الفقه الإسلامي، وأن ما أفاض القانونيون في الحديث عنه والإشادة به تضرب جنوره إلى الفقه الإسلامي، وكم من نظريات أو قواعد قانونية قال بها كثير من هؤلاء القانونيين وهي في الواقع مأخوذة من نصوص الشريعة أو فقهاها!<sup>(3)</sup>

9. الحاجة إلى تقنين الفقه لذلك كانت الحاجة ماسة إلى زيادة التأليف في النظريات الفقهية لتعطي حاجة المقتن للفقه الإسلامي، فبادر بعض المؤلفين إلى تأليف نظريات فقهية جديدة تلبى حاجة المطالبين بتقنين الفقه<sup>(4)</sup>.

10. إن إعادة بناء الفقه الإسلامي على صورة نظريات يوجد نوعاً من الأرضية مشتركة التي تسهم في إعادة فهم الآخرين له، وعلى مستويات دولية فتجعله من أهم مصادر الفقه الدولي المقارن<sup>(5)</sup>.

11. للنظريات الفقهية أثرٌ في الجانب الدعوي بما تفيده في التعريف بدين

---

(1) ينظر: نظرية الغالب: ص: 28.

(2) ينظر: نظرية الغالب: ص: 29.

(3) ينظر: المدخل: القضاة، ص: 385.

(4) ينظر: الكتابة في النظريات الفقهية: ص: 903.

(5) ينظر: نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق: محمد احمد سراج، ص: 8.

الإسلام وأحكامه، والإقناع بنظامه وتشريعته، من خلال عرض التصورات العامة للموضوعات الفقهية بأسلوب سهل يمكن غير المسلمين من الاطلاع على محاسن هذا الدين ومدى الحاجة إليه لحياة عادلة كريمة ومستقيمة<sup>(1)</sup>.

12. إن استخراج هذه النظريات وصياغتها صياغة منهجية علمية صحيحة يسهم في الرد على أولئك الذين انتقصوا الفقه الإسلامي، ووصفوه بأنه فقه بني على الجزئيات، وأنه مجرد حلول جزئية للوقائع، مما يجعل الاستفاضة منه قليلة بل عسيرة، لأن هذا يجعل الباحث -بدعواهم- يسير في طريق متشعب المسالك<sup>(2)</sup>.

### المطلب الخامس: أنواع النظريات الفقهية.

ذكر الباحثون عدة تقسيمات للنظريات الفقهية ومن هذه التقسيمات<sup>(3)</sup>:

1. تنقسم النظريات باعتبار درسها الموضوعي إلى:
  - أ- نظريات تأسيسية مستقاة من علم أصول الفقه نحو: نظرية العرف، نظرية المصلحة، نظرية المآلات، نظرية المقاصد..
  - ب- نظريات فقهية: تشتغل على جمع الفروع وترتيبها نحو: نظرية الحق، نظرية الملكية، نظرية الدعوى.
2. وتنقسم باعتبار المنشأ إلى:
  - أ- نظريات قانونية ثم بحث عن أحكامها في التشريع الإسلامي، مثل: نظرية الالتزام، ونظرية العقد، ونظرية الحق والتعسف في استخدامه، ونظرية الظروف الطارئة.
  - ب- نظريات فقهية صرفة معهودة في مدونات الفقهاء وتناولوها بالبحث والنظر نحو نظرية الضمان ونظرية الولاية.
3. باعتبار العموم والخصوص:

(1) ينظر: نظرية الغالب: ص: 29.

(2) ينظر: المدخل: القضاة، ص: 385.

(3) ينظر: التعريف بالنظريات الفقهية: د. قبلي بن هني، ص: 48.

أ- نظريات عامة: وهي التي تتناول موضوعًا فقهيًا منتشرًا في كثير من أبواب الفقه الإسلامي مثل نظرية الحق.

ب- نظريات خاصة: تتناول موضوعًا خاصًا، كنظرية الغصب وخيار الشرط.

### **المطلب السادس: أشهر مؤلفات النظريات الفقهية.**

1. مفهوم النظرية الفقهية وتاريخها: د. عبد الحق حميش.
2. النظريات الفقهية، د. سعيد الشثري.
3. نظرية العقد في الفقه الإسلامي: أطروحة دكتوراه، شوكت العدوي.
4. الملكية ونظرية العقد: محمد أبو زهرة.
5. الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي: محمد يوسف موسى.
6. مصادر الحق في الفقه الإسلامي: د. عبد الرزاق السنهوري.
7. المدخل الفقهي العام: مصطفى الزرقا.
8. النظريات الفقهية: د. محمد الزحيلي.
9. النظريات الفقهية: د. فتحي الدريني.

## المبحث الثاني: في نظرية الأهلية<sup>(1)</sup>.

### المطلب الأول: في تعريف الأهلية.

الأهلية في اللغة: الصلاحية والاستحقاق، يقال: فلان أهل لهذا العمل أي صالح له وجديرٌ به، ويقال: فلان أهلٌ للإكرام أي مستحقٌ له.

تعريف الأهلية اصطلاحًا: هي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام بحيث يصلح أن تثبت له حقوق على غيره وتثبت لغيره حقوق عليه.

كما تعرف بأنها: صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحًا لأن تثبت له الحقوق، وتثبت عليه الواجبات، وتصح منه التصرفات.

### المطلب الثاني: أقسام الأهلية.

الأهلية صفة معنوية يقدرها الشارع، وتقديرها يتناسب مع النمو الجسمي والاكتمال العقلي، وهذا يفيد أن الأهلية على أنواع ودرجات متفاوتة، وقد قسم العلماء الأهلية على قسمين: أهلية الوجوب وأهلية الأداء.

#### أولاً: أهلية الوجوب.

- وهي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام.
- وهي صلاحية الإنسان لأن تثبت له حقوق وتجب عليه واجبات، والإلزام ثبوت الحقوق للشخص، أي أن يكون له حق على غيره، كحق النفقة، وحق الميراث، وحقه في نقل الملكية بالبيع، وحقه في ضمان المتلفات.

والإلزام ثبوت الحقوق على الشخص، أي وجوب الحق عليه لغيره، كوجوب النفقة

---

(1) ينظر في تفصيل نظرية الأهلية: النظريات الفقهية: د. محمد الزحيلي، ص: 129-155، والوجيز في أصول الفقه: د. محمد الزحيلي، 485/1 وما بعدها.

عليه لأقاربه، وضمانه للأضرار والمتلفات.

- وتنقسم أهلية الوجوب إلى قسمين: كاملة وناقصة.

**1. أهلية الوجوب الناقصة:** وهي صلاحية الشخص للوجوب فقط، أي بأن تثبت له الحقوق على غيره، وبعبارة أدق أن تثبت له بعض الحقوق فقط دون أن يترتب عليه واجب لغيره، أو الالتزام تجاهه، كالحمل قبل الولادة، فإنه ذو أهلية وجوب ناقصة، وتتحصر أهلية الوجوب الناقصة بالحمل، ولا يشاركه فيها غيره. والسبب في نقصان أهلية الوجوب أن الصفة الإنسانية للشخص ليست متحققة وكاملة في جميع حياته، لأنه يمر بمرحلة معينة ولا تتميز فيها الصفة الإنسانية بشكل واضح.

**2. أهلية الوجوب الكاملة:** وهي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام، أي لثبوت الحقوق له وترتب الواجبات عليه، وبعبارة أدق ثبوت كل الحقوق له، وترتب بعض الواجبات والالتزامات عليه، وهي تثبت للطفل بعد ولادته وتستمر حتى الوفاة.

### ثانيًا: أهلية الأداء.

- وهي صلاحية الإنسان لصدور الأفعال والأقوال منه على وجه يعتد به شرعاً.

- وهي صلاحية الشخص لممارسة الأفعال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل، وهذا يعني أن أهلية الأداء تجعل الشخص أهلاً للمعاملة بين الناس، وتكون عبارته صالحة لثبوت الحقوق له وثبوت الحقوق عليه، وممارسته الأسباب الشرعية التي يترتب عليها الشارع أحكاماً، وحقوقاً وواجبات والتزامات.

والأصل في أهلية الأداء العقل الذي يجعل صاحبه يميز بين التصرفات النافعة والضارة، ويدرك الصالح والفاقد ويخوله قوة الفهم لمعرفة مقاصد العبارات وإدراك الثمرات.

وأهلية الأداء تكون على ثلاث حالات وهي:

**1- أهلية الأداء المعدومة:** في حال فقدان العقل والتمييز، كالصغير غير المميز،

والمجنون والسكران وغيرهم، وانعدام أهلية الأداء تعني أن الشخص ليس أهلاً للمعاملة بين الناس أو لاستعمال الحقوق الثابتة له أو التصرف فيها.

2- أهلية الأداء الناقصة: وتثبت للصغير المميز من السابعة حتى البلوغ، لأنه يملك أصل التمييز ولكنه لا يملك كمال العقل.

3- أهلية الأداء الكاملة: وتثبت للشخص اعتباراً من البلوغ، وتستمر معه إلى الوفاة إلا إذا طرأ عليه عارض يفقده العقل أو جزءاً منه.

ويتعلق بأهلية الأداء الكاملة التكليف الذي يجعل الشخص مسؤولاً تجاه ربه عن الأوامر والنواهي، والقيام بالواجبات، والابتعاد عن المحرمات، والالتزام بأحكام الشرع بشكلٍ كاملٍ.

### المطلب الثالث: أطوار الأهلية.

أ. طور الاجتنان.

حدوده: يبدأ من لحظة انعقاد النطفة في بطن الأم وينتهي بولادة الجنين حياً.

نوع الأهلية الثابتة للجنين: الأهلية الثابتة للجنين هي أهلية وجوب ناقصة وتثبت له من لحظة انعقاده نطفة حتى ولادته حياً، فإذا ولد ميتاً ألغي ما استحقه.

### أحكام هذه الأهلية الناقصة:

- ثبوت النسب له من أبيه وأمه وجميع أقربائه إذا استكمل الشروط الخاصة لثبوت النسب.

- ثبوت الميراث له ممن يموت من أقربائه الذين يستحق الإرث منهم.

- استحقاقه ما وقف عليه من عقارٍ ونحوه هذه الحقوق الأربعة موقوفة للجنين حتى يلد حياً حقيقة أو حكماً فإذا ولد حياً ثبتت له وإلا ألغيت وكأنها لم تكن.

- الوصية تصح الوصية للجنين وهو في بطن أمه.

**وتعرف الحياة:** باستهلال الجنين أي بتحركه أو بكائه فور ولادته.

**الحياة الحكمية:** تكون بحكم القاضي في حالة سقوط الجنين ميتا بسبب جناية على أمه توجب الدية ولا يستحق الجنين غير ذلك كالهبة والصدقة ولا يلزم بأثمان المشتريات ولا تصح منه الهبة ولا يصح الشراء له.

**وسبب نقص أهليته:** عائد إلى اعتباره جزءا من أمه وإلى احتمالية ولادته حيا أو ميتا.

ب. طور الطفولة.

**حدوده:** يبدأ من ولادة الجنين حيا أو حكما وينتهي ببلوغ الطفل سنه السابعة لحديث (مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين...).

**نوع الأهلية الثابتة للطفل:** تثبت للطفل أهلية وجوب كاملة تجعل الطفل أهلا للإلزام مطلقا فإذا وهب له إنسان صحت الهبة له كذلك البيع والشراء.

أما قابلية الالتزام نحو غيره فنفصلها فيما يلي:

1. العبادات البدنية كالصلاة الصوم والحج.

2. العقوبات البدنية والمالية كالقصاص والدية.

(هذان النوعان من الالتزامات لا يكون الطفل أهلا للالتزام بهما فلا يجب عليه الصلاة الصوم والقصاص والدية).

3. الالتزامات المالية التي فيها معنى التعويض كضمان قيمة المتلف.

4. الالتزامات المالية مما ليس فيه معنى التعويض ولا العقوبة كضمان ثمن البيع المشتري له أو أجره العقار المستأجر له.

هذان النوعان يكون الطفل أهلا لهما ويصح إلزامه بهما.

ت. طور التمييز.

يبدأ بسن السابعة وينتهي بالبلوغ أو الرشد.

نوع الأهلية الثابتة للمميز.

تثبت للمميز أهلية أداء ناقصة تجعله أهلا لصدور بعض الأقوال والأفعال منه على وجه يُعتدُّ به شرعا ولقد قسّم الفقهاء تصرفات المميز إلى ثلاثة أقسام:

1. تصرفات شرعية ضارة ضررا محضا (كالهبة والصدقة والوقف والطلاق) هذا النوع من التصرفات يعد باطلاً أجازة الولي.

2. تصرفات شرعية نافعة نفعاً محضاً كقبول الهدية والصدقة وجوب الأجرة له بإجارة نفسه هذا النوع من التصرفات صحيحاً.

3. تصرفات مترددة - دائرة - بين النفع والضرر كالبيع والإجارة والشركة والزواج.

هذا النوع من التصرفات يعد صحيحاً موقوفاً على إجازة الولي فإن أجازته نفذ وإلا بطل.

أما بالنسبة للعبادات البدنية كالصلاة والصوم فإنها تصح من المميز مطلقاً دون أن تجب عليه، أما الحج فيصح منه ولكن لا يسقط عنه حجة الإسلام.

ث. طور البلوغ والرشد:

- **حدوده:** يبدأ ببلوغ الإنسان رشيدا ويعرف البلوغ بالاحتلام عند الغلام وبالحيض أو الحمل عند الفتاة أو بلوغ الغلام والفتاة سن الخامس عشر عند الشافعي والصابين - أبو يوسف ومحمد الشيباني - أو بلوغ سن الثامنة عشر عند الصبي والسابعة عشر عند الفتاة، في قول أبو حنيفة وبه أخذ القانون السوري.

**والرشد في الإنسان:** حسن التصرف بالمال على الوجه المعتاد.

وإذا بلغ الإنسان من غير رشد فهل يبقى في طور التمييز أم ينتقل إلى طور البلوغ الراشد؟

ذهب أبو حنيفة إلى أنه إذا بلغ الإنسان بالفعل أو السن فقد انتهى في حقه طور التمييز وانتقل إلى طور البلوغ إلا أنه لا يسلم إليه ماله حتى الرشد الفعلي أو بلوغه سن الخامسة والعشرين، وذهب الصاحبان والشافعي إلى أنه يبقى في طور التمييز حتى يرشد.

**نوع الأهلية الثابتة في هذا الطور.**

الأهلية هنا أهلية أداء كاملة.

للإنسان فيها يعد أهلا للقيام بجميع التصرفات الشرعية التي يعتد بها ويترتب عليه أحكامها، فيكون أهلا لبيع والشراء والصدقة والهبة... وتعتبر كل أقواله وأفعاله صحيحة نافذة منذ صدورهما، وتصح منه كل الواجبات الدينية.

وهذا كله محل اتفاق بين الفقهاء ولكنهم اختلفوا في البالغ غير الرشيد:

فذهب أبو حنيفة إلى أن البالغ غير الرشيد تثبت له أهلية أداء كاملة بالبلوغ وحده فتجب عليه كل واجبات الإسلام وتصبح أقواله وأفعاله الشرعية صحيحة نافذة ولا يستثنى من ذلك سوى تسليمه ماله فإنه يوقف إلى حين رشده أو بلوغه سنه، وذهب الصاحبان والشافعي إلى أنه له أهلية أداء ناقصة سوى الواجبات الدينية فإنها تلزمه بالبلوغ مطلقا

رشيدا كان أم غير رشيد أما عباراته وتصرفاته المالية فإنه يسري عليها ما يسري على المميز من أحكام.

### المطلب الرابع: عوارض الأهلية.

تتخصر عوارض الأهلية في أهلية الأداء، لأن أهلية الأداء تناط في الأصل بالعقل والتمييز، وأقيم البلوغ للدلالة على العقل، ودلالة البلوغ على العقل والتمييز ليست قطعية، وإنما تعيد غلبة الظن، لإمكان تحقق البلوغ وتخلف العقل والإدراك والتمييز.

فإن ثبت دليل قوي أن العقل تأخر عن البلوغ وأن التمييز مفقود فإن الشريعة تحجب أهلية الأداء الكاملة عن الشخص الذي بلغ سفيهاً أو ضعيف الرأي والفهم والتقدير، أو بلغ مجنوناً أو بلغ عاقلاً ثم جُنَّ.

وقد صنف العلماء والأصوليون العوارض إلى قسمين، إما سماوية بان تصيب الإنسان من الله ولا كسب للإنسان فيها، ولا اختيار له في وقوعها كالجنون والعتة والنوم، وإما أن تكون العوارض كسبية تقع بفعل الإنسان وكسبه كالسكر والإكراه.

أ- عوارض سماوية: هي التي لا يكون للشخص فيها اختيار واكتساب (الجنون، الصغر، العتة، النسيان، الإغماء، الرق، النوم المرض، الحيض، النفاس، الموت).

ب- عوارض مكتسبة: وهي التي يكون للشخص دخل في اكتسابها (الجهل، السكر، الهزل، السفه، الخطأ، الإكراه، المديونية).

كما ذكر العلماء تقسيماً آخر للعوارض وهو كما يلي:

أ- عوارض تزيل أهلية الأداء: الجنون والنوم والإغماء.

ب- عوارض تنقص الأهلية ولا تزيلها مثال العتة الخفيف: وهو الذي يكون معه إدراك بسيط فتصح بعض تصرفاته ويعتبر كالصبي المميز.

ت- عوارض تغير بعض الأحكام لمصالح معينة (السفه، الغفلة، المديونية).

### 1. الجنون.

وهو اختلال يصيب عقل الإنسان، ويفقد معه الإدراك والتمييز بين الأمور الحسنة والقبیحة، ويؤثر الجنون على أهلية الأداء ويبطلها.

والمعول عليه في معرفة الجنون هو خبرة المختصين في الأمراض العقلية، والجنون فنون وأنواع، وأهمها بالنسبة للأهلية نوعان:

جنون مطبق مستمر، وجنون غير مطبق أي متقطع، وفي حالة الجنون المتقطع يكون الشخص.

فاقدًا لأهلية الأداء حال الجنون، فلا تصح منه التصرفات، أما في حالة الإفاقة فتكون أهليته كاملة، وتكون تصرفاته معتبرة صحيحة ما دام عقله سليمًا.

### 2. العته.

وهو آفة تصيب العقل، وتؤثر فيه قليلاً، وتصفه بالخلل والاضطراب، وتجعل الشخص كالمجنون في بعض الحالات والتصرفات، بينما يتصف بالعقل والإدراك والتمييز في حالات وتصرفات أخرى.

وبما أن العته لا يزيل العقل بالكلية، لذلك كانت أهلية الأداء عند المعتوه ناقصة كالصغير المميز.

### 3. السكر.

الأصل أن يكون السكر سائبًا لأهلية الأداء لتعطل العقل وزواله بهن ولكن الفقهاء نظروا إلى السكر من ناحية أخرى وهي حرمة تناول المسكرات وأن الشخص الذي يتناول

المسكرات بإرادته واختياره، لذلك اختلف الفقهاء في أهلية السكران إلى قولين:

الأول: قرر بعض الفقهاء أن السكر يزيل أهلية الأداء نهائيًا، ويصح السكران كالصغير غير المميز فلا تعتبر أقواله ولا أفعاله ولا جميع تصرفاته، سواء أكان السكر بسبب مباح كالإكراه أو الاضطرار أو تناول بعض الأدوية، أم كان بسبب محظورٍ كشرب الخمر والمخدرات طواعيةً، فالأهلية معدومة مع ثبوت الإثم والعقاب للشارب على شربه وعلى تضييعه التكاليف الشرعية.

والثاني: ذهب جمهور الفقهاء إلى التمييز بين السكران بسبب مباح فيفقد الأهلية، ولا تعتبر عباراته وأقواله، وتسقط عنه التكاليف، ولا يتحمل إثمًا ولا عقابًا، وبين السكران بسبب محظورٍ فإنه يعاقب على الشرب وتعتبر تصرفاته الضارة، فتنفذ عليه ويتحمل آثارها، جزًا له، بالإضافة إلى العقاب الجزائي بسبب إخلاله بعقله.

#### 4. النوم.

وهو فتورٌ طبيعيٌّ يعتري الإنسان فيعطل العقل و الحواس عن العمل والإدراك، ولكنه لا يزول به، ومع ذلك فإن النائم يفقد أهلية الأداء نهائيًا أثناء النوم، فلا تعتبر أقواله وتصرفاته، ولا يؤاخذ بها، أما التكاليف الشرعية فإن أداءها يتأخر إلى وقت الانتباه، لقوله ﷺ: «من نام عن صلاةٍ أو نسيها فليصلها إذا ذكرها»<sup>(1)</sup>

#### 5. الإغماء.

والإغماء يشبه النوم في أثره الجسمي، ولكنهما يختلفان بأن النون عارضٌ فطريٌّ عاديٌّ والثاني عارضٌ غير عاديٍّ.

ويتفقان في الحكم، فتكون تصرفات المغمى عليه ملغاةً كالنائم، ولا ينتج عنها أثرٌ،

(1) رواه أحمد وأصحاب السنن.

وتتعدم أهلية الأداء نهائياً، أما أهلية الوجوب فتبقى كاملةً، فتثبت له كل الحقوق، ويلتزم ببعض الواجبات ويتحمل أثر التصرفات المادية التي تصدر عنه في الضمان، كالصغير غير المميز.

## 6. السفه.

خفة تعتري الإنسان فتبعثه على العمل بخلاف موجب العقل في الإدارة وحسن التقدير، وموضوع السفه تقديري وغير منضبط، ويعتمد على إساءة استعمال الحق، والإنفاق في غير موضعه، وينتج عن السفه عدم الاتزان في التصرفات المالية، فينفق أمواله في غير الطريق الشرعي.

والسفه لا يؤثر في الأهلية، ولكن نظراً لما يترتب على تصرفات السفيه من أضرار تلحقه أو تلحق بغيره، اعتبر الفقهاء حالته عارضاً للأهلية، واختلفوا في الإجراء المناسب له على قولين:

يحجر على السفيه والمغفل في التصرفات المالية فلا تصح منهما محافظة على مالهما ويحجر على المدين في التصرفات الضارة بحقوق الدائنين وهذا مذهب الجمهور، وذهب أبو حنيفة إلى عدم جواز الحجر بسبب السفه والغفلة والمديونية حفاظاً على الكرامة وقال بأن الضرر بالحجر أكبر من المصلحة.

## 7. الغفلة.

وهي من صور ضعف بعض الملكات النفسية التي لا تخل بالعقل، ولكنها تؤثر في سلامة التقدير وحسن الرأي وإدراك المصلحة في التصرفات الراجعة، وهذه الغفلة تشكك في صحة العقل والتمييز التي تقوم عليها أهلية الأداء وتعترض كمال أهلية الأداء، لذلك ذهب الجمهور وهم مالك والشافعي وأحمد والصاحبان من الحنفية إلى الحجر على المغفل كالسفيه، ومنع الإمام أبو حنيفة الحجر عليه.

## 8. الدين.

وهو ما يثبت في ذمة الإنسان من أموال الناس، وكان أكثر مما يملك المدين فهذا إشعار بفشله وخسارته وسوء تصرفه في الظاهر، والدين لا يؤثر في الأهلية، ولكن القانون يتدخل لحماية أصحاب الديون والحقوق، فيحد من تصرفات المدين بالحجر عليه عند جمهور الفقهاء خلافاً لأبي حنيفة الذي منع الحجر على المدين، وأقر للدائن أن يلازم المدين وأن يطلب من القاضي حبسه حتى يؤدي ما عليه.

وينحصر أثر الحجر على المدين بمنعه من التصرفات التي تضر بدائنيه، كالتبرع والهبات والمعاوضات المشتملة على محاباة أو غبن فاحش، كما أن الحجر عليه يعطي القاضي الحق في بيع أمواله جبراً عنه لسداد ديون الغرماء.

## 9. الخطأ.

وهو من عوارض الأهلية عند بعض الأصوليين، يقول رسول الله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»<sup>(1)</sup>.

ولقد قسم الأصوليون الخطأ إلى أقسام وهي<sup>(2)</sup>:

أولاً: خطأ في القول أو الفعل، كمن أراد إصابة هدف فأصاب إنساناً فقتله أو أراد كلاماً فأخطأ ولفظ الطلاق، وهذا الفعل لا يرفع التبعة المالية ولكن يرفع العقوبة والإثم.

ثانياً: خطأ في القصد، كمن قصد صيدا فقتل رجلاً، وهذا الخطأ لا يسقط الغرامة المالية ولكن يسقط العقوبة البدنية.

ثالثاً: خطأ في التقدير، كخطأ الأطباء في تقدير الدواء، ومن ذلك خطأ القاضي

(1) صحيح البخاري: كتاب الإيمان، رقم: 6669.

(2) ينظر: الرخص الشرعية: الصلابي، ص: 281 وما بعدها.

والمجتهد.

الخطأ في حقوق الله قد يسقط الفعل وقد لا يسقطه، أما حقوق العباد فلا يسقطها الخطأ، ولكنه يصلح أن يكون سببا مخففا للتبعات.

## 10. النسيان.

وهو من عوارض الأهلية عند بعض الأصوليين وقد مر معنا حديث (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه).

ولكن علماء الأصول وضعوا ضوابط للنسيان المؤثر في الترخيص وهي كما يلي<sup>(1)</sup>:

- حقوق العباد لا يعتبر النسيان سببا في إسقاطها، وإنما يسقط الإثم أما الضمان فواجب، لأن حقوق العباد مبنية على المشاحة والمقاضاة.

- حقوق الله مبنية على العفو والمسامحة ولذلك يعتبر النسيان عذرا معتبرا في حقوق الله، إما بالإسقاط وإما بالتخفيف، فإن كان مما يمكن تداركه كالصلاة والصوم أو الحج أو الكفارات أو النذور فلا يسقط بنسيانه لأن غرض الشارع منه تحصيل مصلحته، فما كان على الفور وجب تداركه على الفور وما كان على التراخي فهو باقٍ على تراخيه والأولى تعجيله لأنه مسارعة في الخيرات<sup>(2)</sup>.

- ألا يكون هناك تقصير واضح من المكلف.

ومن علامات التقصير ما يقوله العز بن عبد السلام رحمه الله: "الغالب من النسيان ما يقصر أمده ولا يستمر على طول الزمان إلا ما ندر منه، فمن أتى بمحذور الصلاة مع النسيان فإن قصر زمانه عفي عنه اتفاقا، وإن طال زمانه ففيه مذهبان: أحدهما يعفى عنه؛ لأنه ينتهك الحرمة به.

(1) ينظر: الرخص الشرعية: الصلابي، ص: 277.

(2) ينظر: قواعد الأحكام، 3/2.

والثاني: لا يعفى عنه؛ لأن الشرع قد فرق في الأعذار بين غالبها ونادرها، فعفا عن غالبها لما في اجتنابه من المشقة الغالبة، وآخذ بنادرها؛ لانتفاء المشقة الغالبة<sup>(1)</sup>.

## 11. الجهل.

ليس الجهل على إطلاقه يصلح لأن يكون سببا في رفع الحرج، بل لا بد من التفصيل كما يلي<sup>(2)</sup>:

- الجهل بأصول الدين وضرورياته مما يعرفه القاصي والداني والعدو والصاحب وخاصة في بلاد المسلمين لا يكون عذرا ولا يقبل ادعاء صاحبه بذلك، وكذلك المحرمات كالزنا والسرقه وأكل أموال الناس بالباطل وغيرها من المحرمات التي يعلمها جميع الناس عالمهم وجاهلهم لا يعذر الجهل بها.
- القريب العهد بالإسلام يعذر بالجهل، حيث لم يعيش في ديار الإسلام ولم يتشرب تعاليمه.

ويمكن أن يلتحق بالمعذورين بالجهل المسلمون الذين يعيشون في البلاد التي فتر فيها الإسلام واختفت تعاليمه ولم يبق إلا اسمه، كدول الاتحاد السوفييتي السابق ودول البلقان وغيرها، يقول ابن تيمية رحمه الله: "إن الأمكنة والأزمنة التي تفتت فيها النبوة لا يكون حكم من خفيت عليه آثار النبوة حتى أنكر ما جاءت به خطأ كما يكون حكمه في الأمكنة والأزمنة التي ظهرت فيها آثار النبوة"<sup>(3)</sup>.

فالواجب على المسلمين وولاة الأمور إرسال الدعاة إلى هناك لإحياء ما اندرس من تعاليم الإسلام الحنيف.

(1) قواعد الأحكام، 3/2.

(2) ينظر: الرخص الشرعية، ص: 288 وما بعدها.

(3) بغية المرئاد في الرد على المتفلسفة والقرامطة والباطنية: لابن تيمية، ص: 311

## 12. مرض الموت.

وهو الداء الذي يعجز صاحبه عن القيام بمصالحه العادية، ويغلب فيه الهلاك، ويلزمه حتى الموت، ولا تزيد مدته عن سنة.

وهو لا يؤثر في الأهلية، مادام العقل سليماً، والتفكير صحيحاً، ولكن إذا تفاقم المرض، وغلب فيه الهلاك، واتصل فعلاً بالموت فهذا يدل على أن المريض يحس قبل غيره بهذا الخطر، ويحتمل أن يتصرف في أمواله على غير الطريق الشرعي

قال بعض الفقهاء من الحنفية والحنابلة بالحجر عليه في بعض التصرفات للحفاظ على حقوق غيره من الورثة والغرماء.

ورفض المالكية والشافعية الحجر عليه وقرروا بأنه يبقى كامل الأهلية حتى الموت، ولا تتأثر بالمرض إلا إذا وصل إلى العقل وملكة الإدراك والتمييز.

## 13. الإكراه.

الإكراه من عوارض الأهلية عند بعض الفقهاء، وقد قسم العلماء الإكراه بحسب درجته إلى قسمين<sup>(1)</sup>:

**الأول: الإكراه الملجئ أو التام:** ويكون بالتهديد بالقتل أو القطع وهذا الإكراه يفسد معه الاختيار ويعدم الرضا.

**والثاني: الإكراه غير الملجئ الناقص:** ويكون بالتهديد بالحبس أو الضرب غير المتلف، يعدم في هذا الإكراه الرضا ولا يفسد الاختيار.

ولقد ذكر العلماء تفصيلاً للتصرفات التي تصدر عن المكلف وأثر الإكراه عليها

(1) ينظر: أصول الفقه الإسلامي: د. وهبة الزحيلي، 1/187.

وفصلوا في ذلك تفصيلا كثيرا وخالصة ما ذكره ما يلي (1):

- إن كان المكره عليه من الإقرارات (الإقرار بالزواج، الطلاق، أو أن لفلان حق عليه...) فيبطل الإقرار بالإكراه سواءً أكان ملجئاً أو غير ملجئ.
- إن كان المكره عليه من العقود والتصرفات (الإكراه على البيع، الشراء، الإجارة، الشركة...) مما يحتمل الفسخ أو الإمضاء، الإكراه على هذه الأشياء يفسدها عند النية ولا يبطلها، فإذا تم الرضا بعد زوال الإكراه صحت وإلا فسخت.
- الإكراه على تصرفات التي لا تحتمل الفسخ (الزواج، الطلاق، العتق، النذر، اليمين) فقد ذهب الشافعي إلى أن الإكراه على التصرفات لا يفسدها بل تبقى صحيحة.
- الإكراه على الأفعال (القتل، شرب الخمر، الإلتلاف، الزنا) إذا كان الإكراه غير ملجئ تكون المسؤولية على المستكراه وإذا كان الإكراه ملجئاً ففي المسألة تفصيلاً:

أ. هناك نوعٌ يجب فعله ويأثم الممتنع عنه كالإكراه على شرب الخمر أو يأكل لحم الميتة أخذاً بقاعدة: (الضرورات تبيح المحظورات).

ب. نوعٌ يرخص فعله ولكن الصبر أفضل كالإكراه على الكفر بالله أو ترك الصلاة أو إلتلاف مال الغير وفي حال قتل يعتبر شهيداً.

ت. نوعٌ لا يحل فعله بحالٍ (القتل، وقطع العضو، والزنى)، هذه التصرفات لو فعلها حال الإكراه يعتبر آثماً، وفي العقوبة تفصيلاً للعلماء لن أطيل بذكره هنا.

### الإكراه على الزنا:

قال الشافعية لا حد على المستكراه سواء كان رجلاً أو امرأة لوجود الشبهة والحدود تدرأ بالشبهات.

(1) ينظر: الوجيز في أصول الفقه: د. وهبة الزحيلي، ص: 161.

أما الحنفية فقد فصلوا فقالوا: لا حد على المستكرهه مطلقا سواء أكان الإكراه ملجئ أم غير ملجئ لأنه لم يحصل منها فعل الزنى وإنما حصل منها التمكين، أما الرجل فإن كان الإكراه ملجئ فلا حد وإن كان غير ملجئ فعليه الحد.

### الإكراه على القتل:

الشافعية يقتص من المكره والمستكره تغليظا لأمر الدماء، وقال أبو حنيفة ومحمد: يقتص من المكره لأنه هو القاتل الحقيقي والمستكره هو مجرد آلة بيده ويعذر المستكره وذهب أبو يوسف إلى أنه لا قصاص على أي منهما لأن المكره متسبب بالقتل وليس قاتل حقيقي والمستكره فاقد للإرادة وبالتالي تجب الدية فقط على المكره، أما زفر فيرى أن القصاص على المستكره لأن القتل وجد منع حقيقة. هذا الكلام كله إذا كان الإكراه ملجئاً أما إذا كان الإكراه غير ملجئ فالقصاص على المستكره.

## المبحث الثالث: في نظرية الولاية الشرعية والنيابة<sup>(1)</sup>.

### المطلب الأول: تعريف الولاية.

الولاية لغةً: هي السلطة والنصرة وتولي الأمر والقيام به أو عليه.

الولاية شرعاً: 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.

وعرفها العلامة الزرقا بأنها: "قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية".

### المطلب الثاني: أنواع الولاية.

الولاية إما أن تكون أصلية: بأن يتولى الشخص عقداً أو تصرفاً بنفسه، بأن يكون كامل أهلية الأداء بالغاً راشداً عاقلاً.

أو نيابةً: بأن يتولى الشخص أمور غيره.

والولاية أو النيابة الشرعية عن الغير: إما أن تكون اختيارية أو إجبارية.

فالاختيارية: هي الوكالة أي تفويض التصرف والحفظ إلى الغير.

والإجبارية: هي تفويض الشرع أو القضاء التصرف لمصلحة القاصر، كولاية الأب أو الجد أو الوصي، وولاية القاضي على القاصر، فالولاية في جوهرها ضربٌ من النيابة، فالاختيارية هي الوكالة التي موضوعها تفويض التصرف إلى الغير، أما الإجبارية فهي

<sup>(1)</sup> ينظر: المدخل الفقهي العام، 2/843-859، والفقہ الإسلامي وأدلته، 4/139 وما بعدها، والنظريات

الفقهية: د. محمد الزحيلي، ص: 157 وما بعدها.

الولاية التي يفوض الشرع أو القضاء التصرف لمصلحة القاصر بالنيابة عنه إلى شخصٍ آخر.

والولاية النيابية الإجبارية إما ان تكون عن النفس أو المال:

**فالولاية على النفس:** هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية كالتزويج والتعليم والتأديب والتطبيب والتشغيل في حرفة ونحو ذلك.

**والولاية على المال:** هي الإشراف على شؤون القاصر المالية حفظ المال واستثماره وإبرام العقود والتصرفات المتعلقة بالمال.

**المطلب الثالث: الأولياء ودرجاتهم.**

**أولاً: الولاية على النفس.**

تثبت للأقرب فالأقرب من العصابات على الترتيب التالي:

1. البنوة (الأبناء ثم أبناء الأبناء) فابن المجنون والمجنونة مثلاً يتولى شؤونهما الشخصية.

2. الأبوة (الآباء ثم الأجداد).

3. الأخوة (الإخوة ثم أبناء الإخوة).

4. العمومة (الأعمام ثم أبناء الأعمام).

وهذا هو ترتيب الإرث والولاية في الزواج حسب المادة: (21) من قانون الأحوال الشخصية السوري.

**ثانياً: الولاية على المال.**

الولاية على المال بالنسبة للصغير القاصر تثبت عند الحنفية على الترتيب التالي:  
الأب ثم وصي الأب ثم الجد، ثم وصي الجد ثم القاضي ثم وصي القاضي وهو من يعينه

القاضي.

والسبب في هذا الترتيب أن الأب أوفر الناس شفقة على ولده ويعقبه وصيه الذي اختاره ليقوم مقامه والظاهر أنه اختاره من سائر الناس لعلمه بأن شفقته على الصغير مثل شفقته عليه، والجد يأتي بعدئذ لأن شفقته دون شفقة الأب، والقاضي أمين على مصالح الأمة وبخاصة اليتامى بقوله ﷺ: «السلطان ولي من لا ولي له».

### المطلب الرابع: من يحتاج إلى الولاية

تثبت الولاية على الصغير القاصر والمجنون والمعتوه والمغفل والسفيه.

أما الولاية على مال الصغير القاصر: فتكون لأحد الأولياء الستة السابق ذكرهم.

أما الولاية على المجنون والمعتوه فتكون لمن كان وليه قبل البلوغ من أب أو جد أو وصي، فإذا بلغ رشيداً ثم طرأ عليه الجنون عادت إليه ولاية من كان وليه قبل البلوغ على الرأي الراجح عند الحنفية والشافعية.

وقال المالكية والحنابلة: تكون الولاية عليه حينئذٍ للقاضي ولا تعود لمن كانت له من اب أو جد، لأن الولاية سقطت ببلوغ الصغير رشيداً والساقط لا يعود.

أما الولاية على السفيه وذي الغفلة: فإنها تكون للقاضي باتفاق المذاهب الأربعة، لأن الحجر عليهما متوقف على قضاء القاضي حفاظاً على مالهما ومراعاة لمصلحتهما.

### المطلب الخامس: شروط الولي.

يشترط في الولاية عن الغير أن تتوفر في الولي الشروط التالية:

1. الحرية والبلوغ والعقل، وهي الشروط المطلوبة لتوفر أهلية الأداء الكاملة فإن نقص أحد هذه العناصر كانت أهلية الولي غير كافية لنفسه، وليس له ولاية على ماله، فلا تثبت له ولاية على غيره بالأولى، لأن فاقده الشيء لا يعطيه.

2. اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه، لأن الولاية سلطة تقوم على التناصر والتعاون والتناصح والسلطان والقوة، وعند اختلاف الدين تضعف هذه العناصر.

كما لا تثبت للمسلم ولاية على غير المسلم لأن الولاية تقوم على القرابة والمودة ولا تواد بين المؤمن والكافر.

3. القدرة على التصرفات: لأن المقصود من الولاية تحقيق مصلحة المولى عليه، وهي لا تتحقق مع العجز وعدم الأمانة.

4. العدالة: أي الاستقامة على أمور الدين والأخلاق والمروءات، فلا ولاية للفاقد، لأن فسقه يجعله متهمًا في رعاية مصالح غيره.

5. رعاية مصلحة المولى عليه في التصرفات، فليس للولي سلطة في مباشرة التصرفات الضارة بالمولى عليه ضررًا محضًا، كالتبرع من مال القاصر أو البيع والشراء بغبنٍ فاحشٍ، أما التصرفات النافعة نفعًا محضًا كقبول الهبة والوصية والكفالة بالمال والتصرفات المترددة بين الضرر والنفع كالبيع والشراء بغبن يسير أو بمثل القيمة فتكون صحيحة نافذة.

فإذا أخل الولي بأحد هذه الشروط، جاز للقاضي تبديله بسبب نقص الأهلية أو الكفر أو الفسق، فإن صار الولي غير أمين ضم القاضي إليه مساعدًا آخر يعينه.

## المبحث الرابع: في نظرية الحق<sup>(1)</sup>

### المطلب الأول: تعريف الحق.

الحق في اللغة: الثبوت والوجوب، قال رحمته الله: (لقد حق القول على أكثرهم فهم لا يؤمنون) أي ثبت ووجب، وقال رحمته الله: (ليحق الحق ويبطل الباطل) أي يثبت ويظهر.

### الحق في الاصطلاح:

عرفه العلامة الزرقا بأنه: "هو اختصاص يقرر به الشرع سلطةً أو تكليفاً".

وهذا التعريف يشتمل أنواع الحقوق الدينية كحق الله على عباده من صلاة وصيام وغيرها، والحقوق المدنية كحق التملك، والحقوق الأدبية كحق طاعة الولد لوالده والزوجة لزوجها، والحقوق العامة كحق الدولة في ولاء رعيبتها، والحقوق المادية كحق النفقة، وغير المالية كحق الولاية على النفس.

ويتميز هذا التعريف بأنه أبان ذاتية الحق بأنه علاقة اختصاصية بشخص معين، كحق البائع في الثمن يختص به.

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

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

وأشار لمنشأ الحق في نظر الشريعة: وهو إرادة الشارع، لأن منشأ الحق هو الله إذ لا حاكم غيره ولا تشريع سوى ما شرع.

---

(1) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، 8/4 وما بعدها، والنظريات الفقهية: د. فتحي الدريني، ص: 112 وما بعدها. وقد تم استقاء معظم المعلومات عن نظرية الحق من كتاب أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي.

## المطلب الثاني: أركان الحق.

### للملق ركنان:

صاحب الحق: وهو المستحق.

ومحل الحق: وهو ما يتعلق به الحق ويرد عليه؛ وهو إما الشيء المعين الذي يتعلق به الحق كما في الحق العيني، أو الدين.

ويضاف للحق الشخصي كالعلاقة بين الدائن والمدين ركن ثالث: وهو المدين المكلف بالحق.

ونوع التكليف إما أن يكون قياماً بعمل كأداء الدين أو الثمن، أو امتناعاً عن عمل، كالامتناع عن إضرار الجار أو غيره، والامتناع عن استعمال الوديعة أو الأمانة.

والمكلف قد يكون معيناً فرداً أو جماعةً كالمدين بالنسبة للدين، أو غير معين كالواجبات العامة المكلف بها جميع الناس باحترام حقوق الآخرين وعدم الاعتداء عليها.

صاحب الحق: هو الله تعالى في الحقوق الدينية، والشخص الطبيعي الإنسان، أو الاعتباري كالشركات في الحقوق الأخرى.

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

### المطلب الثالث: أنواع الحق.

هناك عدة تقسيمات للحق باعتبارات مختلفة وهي:

- التقسيم الأول: باعتبار صاحب الحق.

يقسم الحق باعتبار صاحبه إلى ثلاثة أقسامٍ وهي:

**القسم الأول: ما هو حق خالص لله (الحق العام).**

وهو ما قصد به التقرب إلى الله ﷻ وتعظيمه وإقامة شعائر دينه، أو تحقيق النفع العام للعالم من غير اختصاص بأحد من الناس. وينسب إلى الله ﷻ لعظم خطره وشمول نفعه، أي أنه هو حق للمجتمع.

مثال أول: العبادات المختلفة من الصلاة والصيام والحج والزكاة والجهاد، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والنذر واليمين وتسمية الله عند الذبح وكل أمر ذي بال.

مثال آخر: الكف عن الجرائم وتطبيق العقوبات من حدود (حد الزنا والقذف والسرقة والحراة وشرب المسكرات) وتعزيزات على الجرائم المختلفة، وصيانة المرافق العامة من أنهار وطرق ومساجد وغيرها مما لا بد منها للمجتمع.

وقسم الحنفية حقوق الله إلى ثمانية أنواع وهي:

**النوع الأول: عبادات خالصة لله لا يوجد فيها معنى المؤونة ولا العقوبة (كالصلاة والصيام).**

**النوع الثاني: عبادات فيها مؤونة (كفلة) كصدقة الفطر.**

**النوع الثالث: مؤونة فيها معنى العبادة كدفع العشر في الأراضي الزراعية.**

**النوع الرابع: مؤونة معنى العقوبة كالخراج.**

**النوع الخامس: عقوبة كاملة كالحدود كحد الزنى حد السرقة شرب الخمر.**

**النوع السادس: عقوبة قاصرة كحرمان القاتل من الميراث فهي عقوبة قاصرة على**

المال دون البدن.

**النوع السابع:** حقوق دائرة بين الأمرين العقوبة والعبادة (عقوبة فيها معنى العبادة) كالكفارات.

**النوع الثامن:** حق قائم بنفسه كدفع الخمس من الغنائم والخمس من المعادن والكنوز.

**وأحكام حق الله ﷻ كثيرة:**

وهي لا يجوز إسقاطها بعفو أو صلح أو تنازل، ولا يجوز تغييره، فلا يسقط حد السرقة بعفو المسروق منه أو صلحه مع السارق بعد بلوغ الأمر إلى الحاكم. ولا يسقط حد الزنا بعفو الزوج أو غيره أو إباحة المرأة نفسها.

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

ويجري التداخل في عقوبة حقوق الله، فمن زنى مرارا، أو سرق مرارا ولم يعاقب في كل مرة، فيكتفى بعقوبة واحدة؛ لأن المقصود من العقوبة هو الزجر (والردع ويتحقق بذلك) واستيفاء عقوبة هذه الجرائم للحاكم، فهو الذي يؤدب على ترك العبادات أو التهاون بشأنها، وهو الذي يقيم الحدود والتعزيرات على العصاة منعا من الفوضى وتثبيتا من وقوع الجريمة.

**القسم الثاني: حق خالص للعباد (حق الإنسان).**

وهو ما يقصد منه حماية مصلحة الشخص، سواء أكان الحق عاما كالحفاظ على الصحة والأولاد والأموال، وتحقيق الأمن، وقمع الجريمة، ورد العدوان، والتمتع بالمرافق العامة للدولة؛ أم كان الحق خاصا، كرعاية حق المالك في ملكه، وحق البائع في الثمن والمشتري في المبيع، وحق الشخص في بدل ماله المتلف، ورد المال المغصوب، وحق الزوجة في النفقة على زوجها، وحق الأم في حضانة طفلها، والأب في الولاية على أولاده، وحق الإنسان في مزاولته العمل ونحو ذلك.

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

كما يملك الإنسان حق رفع دعوى من أجل الحصول على حقه كما يملك إسقاط حقه أو العفو فيه وهذه الحقوق تتعلق بها مصلحة المكلف الدنيوية.

### القسم الثالث: الحق المشترك.

هو الحق الذي يجتمع فيه حقان: حق الله وحق الشخص، لكن إما أن يغلب فيه حق الله ﷻ أو حق الشخص

المثال الأول (حق الله غالب): عدة المطلقة.

فيها حق الله: وهو صيانة الأنساب عن الاختلاط، وفيها حق الشخص، وهو المحافظة على نسب أولاده، لكن حق الله غالب؛ لأن في صيانة الأنساب نفعاً عاماً للمجتمع، وهو حمايته من الفوضى.

المثال الثاني (حق الله غالب): حد القذف.

عند الحنفية فيه حقان حق لله لأنه بإقامته تصان أعراض الناس وفيه حق للعبد لأن فيه رفع العار عن المقذوف وحق الله أغلب من حق العبد وبالتالي لا يسقط الحد بعفو المقذوف.

عند الشافعية والحنابلة حد القذف حق خالص للعبد المقذوف ويسقط بعفوه.

المثال الثالث (حق العبد غالب): ما اجتمع فيه حقان وحق العبد أغلب: القصاص والديات فيه حق للعبد من حيث تحقيقه مصلحة أولياء القتل وفيه حق لله من حيث درء الفساد عن المجتمع ولأن الشارع يتشوف إلى حقن الدماء إلا أنه فوض أمر العفو إلى العبد

فصار حق العبد أغلب.

### ▪ التقسيم الثاني: باعتبار قابليتها للإسقاط.

ينقسم حق الشخص الخاص باعتبار أنه صاحب الحق إلى التقسيمين التاليين:

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

2. **الحق الذي لا يقبل الإسقاط:** هناك حقوق لا تقبل الإسقاط على سبيل الاستثناء من الأصل العام المتقدم وهي ما يأتي:

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

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

ومثلها عند أبي يوسف: ولاية الواقف على وقفه، تثبت له سواء شرطها أو نفاها؛ لأنها أثر ملكه.

ت- **الحقوق التي يترتب على إسقاطها تغيير للأحكام الشرعية:** كإسقاط المطلق حقه في إرجاع زوجته، وإسقاط الواهب حقه في الرجوع عن الهبة، وإسقاط الموصي حقه في الرجوع عن الوصية.

ومنها إسقاط مالك العين حقه في ملكها، لا يقبل الإسقاط؛ لأن معنى إسقاط حقه

في ملكها إخراجها عن ملكه إلى غير مالك، فتكون سائبة لا مالك لها.

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

#### ■ التقسيم الثالث: باعتبار قابليتها للتوارث.

اتفق الفقهاء على وراثته الحقوق المقصود بها التوثق كحبس المرهون لوفاء الدين، وحبس المبيع لاستيفاء الثمن، وحق الكفالة بالدين لأنها من الحقوق اللازمة المؤكدة. واتفقوا أيضا على وراثته حقوق الارتفاق كحق الشرب والمرور؛ لأنها حقوق تابعة للعقار ولازمة له. وكذلك اتفقوا على إرث خيار التعيين والعيب؛ لأن البيع في خيار التعيين لازم، والحق محصور في اختيار أحد الأشياء. والبيع تم في خيار العيب على أساس سلامة المبيع من العيب، فيثبت ذلك الحق للورثة دفعا للضرر والغبن.

واختلف الفقهاء في إرث خيار الشرط، وخيار الرؤية، وأجل الدين، وحق الغانم في الغنيمة بعد الإحراز، وبعد القسمة:

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

وقال غير الحنفية: تورث الحقوق والمنافع والديون؛ لأنها أموال، لقوله ﷺ: «من ترك مالا أو حقا فلورثته، ومن ترك كلاً أو عيالا فإلي».

## ▪ التقسيم الرابع: باعتبار محل الحق.

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

### 1. الحقوق المالية وغير المالية.

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

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

### 2. الحق الشخصي والحق العيني.

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

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

- **الحق العيني:** هو ما يقره الشرع لشخص على شيء معين بالذات. فالعلاقة القائمة بين صاحب الحق وشيء مادي معين بذاته، والتي بموجبها يمارس المستحق سلطة

مباشرة على الشيء هي الحق العيني.

مثل حق الملكية الذي به يستطيع المالك ممارسة أكل السلطات على ما يملكه

يتميز كل من هذين الحقين بمميزات وخصائص أهمها ما يأتي:

أ- حق التتبع لصاحب الحق العيني دون الشخصي:

لصاحب الحق العيني تتبع الشيء الذي تعلق به حقه في أي يد وجدت فيها العين مهما تغير واضع اليد عليها. فلو غصب شخص شيئاً ثم باعه أو غصب منه وتداولته الأيدي، جاز لمالكه رفع الدعوى على الحائز الأخير صاحب اليد.

أما الحق الشخصي: فلا يطالب به إلا المكلف به أصالة وهو المدين أو نيابة وهو الكفيل أو المحال عليه.

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

ب- حق الامتياز أو الأفضلية لصاحب الحق العيني:

كون لصاحب الحق العيني حق الأولوية أو الامتياز على سائر الدائنين العاديين إذا كان دينه موثقاً برهن.

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

ج- سقوط الحق العيني بهلاك محله:

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

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

#### ▪ التقسيم الخامس: باعتبار المؤيد القضائي.

ينقسم الحق باعتبار وجود المؤيد القضائي وعدمه إلى نوعين:

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

**والثاني: الحق القضائي:** هو ما يدخل تحت ولاية القاضي، ويمكن لصاحبه إثباته أمام القضاء.

وتظهر ثمرة التقسيم في أن الأحكام الدينية تبنى على النوايا والواقع والحقيقة. وأما الأحكام القضائية فتبنى على ظاهر الأمر ولا ينظر فيها إلى النوايا وواقع الأمر وحقيقته. فمن طلق امرأته خطأ، ولم يقصد إيقاع الطلاق، يحكم القاضي بوقوع طلاقه عملاً بالظاهر واستحالة معرفة الحقيقة، ويكون الحكم بوقوع الطلاق حكماً قضائياً. وأما ديانة فالحكم عدم

وقوع الطلاق، وللإنسان أن يعمل بذلك فيما بينه وبين الله ﷻ، وللمفتي إفتاؤه بذلك؛ لأن الزوج لم يقصد الطلاق في الواقع.

### المطلب الرابع: مصادر الحق أو أسبابه.

عرفنا سابقا أن منشأ الحق أو سببه الأساسي أو غير المباشر هو: هو الشرع. فالشرع هو المصدر الأساسي للحقوق، والسبب الوحيد لها، 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.

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

والمقصود من الأسباب أو المصادر في هذا المبحث: لأسباب المباشرة، سواء أكانت أدلة الشرع أم الأسباب التي أقرتها وعينتها هذه الأدلة.

ومصادر الحق بالنسبة للالتزامات خمسة:

هي الشرع، والعقد، والإرادة المنفردة، والفعل النافع، والفعل الضار.

فالعقد كالبيع والهبة والإجارة. والإرادة المنفردة كالوعد بشيء والنذر. والشرع كالالتزام بالنفقة على الأقارب والزوجة، والتزام الولي والوصي، وإيجاب الضرائب. والفعل الضار بالغير كالتزام المتعدي بضمان الشيء الذي أتلفه أو غصبه. والفعل النافع أو الإثراء بلا سبب كأداء دين يظنه الشخص على نفسه، ثم يتبين أنه كان بريئا منه، أو أداء دين الغير بأمره، أو شراء شيء ثم يتبين أنه ملك الغير، فيجوز لصاحب الحق الرجوع على

الأخر بالدين، لعدم استحقاق الآخر له.

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

والتصرفات الشرعية: إما وحيدة الطرف وهي الإرادة المنفردة، أو متعددة وهي العقد.

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

وأما مصادر الحق العيني فهي أسباب الملك التام أو الناقص الآتي بيانها في بحث نظرية الملكية.

والتصرف الشرعي أو القانوني يشمل العقد والإرادة المنفردة. والواقعة الشرعية أو القانونية تشمل الفعل الضار والفعل النافع.

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

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

## المطلب الخامس: أحكام الحق.

هي آثاره المترتبة عليه بعد ثبوته لصاحبه، وهي كالاتي:

1. استيفاء الحق: لصاحب الحق أن يستوفي حقه بكل الوسائل المشروعة.

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

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

واستيفاء حق الله ﷻ في منع الجرائم والمنكرات يكون بامتناع الناس عنها، فإن لم يكف الناس عنها، كان حق الله إقامة العقوبة، ويستوفيهما ولي الأمر أو نائبه بعد إصدار الحكم القضائي بها منعا من التظالم وإثارة الفتن والعداوات، وشيوع الفوضى وانحيار المجتمع

ب- واستيفاء حق الإنسان: يكون بأخذه من المكلف به باختياره ورضاه، فإن امتنع عن تسليمه: فإن كان الموجود تحت يده عين الحق كالمغصوب والمسروق والوديعة، أو جنس الحق كأمثال العين المغصوبة عند هلاكها، ولكن ترتب على أخذه من قبل صاحب الحق نفسه فتنة أو ضرر في الحالتين أو كان الموجود تحت يده من خلاف جنس الحق مطلقاً، فليس لصاحب الحق باتفاق الفقهاء استيفاؤه بنفسه، وإنما بواسطة القضاء.

أما إذا كان الموجود تحت يد الآخذ مالا من جنس الحق، ولم يترتب على الأخذ

بطريق خاص فتنة أو ضرر، فالمشهور عند المالكية والحنابلة أن صاحب الحق يستوفيه بواسطة القضاء.

لأن النبي ﷺ قضى لهند زوجة أبي سفيان بأخذ حقها ولو لم يعلم زوجها بقوله: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»، فدل على أنه لا بد من القضاء لأخذ عين الحق أو جنسه.

وقال الشافعية: لصاحب الحق استيفاء حقه بنفسه بأي طريق، سواء أكان من جنس حقه، أم من غير جنسه، ووافق الحنفية على رأي الشافعية فيما إذا كان المأخوذ من جنس حقه لا من غيره، والمفتى به اليوم كما قال ابن عابدين جواز الأخذ من جنس الحق أو من غيره، لفساد الذم والمماثلة في وفاء الديون.

ويلاحظ أن هذا البحث المسمى فقها (الظفر بالحق) من أهم أحكام المعاملات التي يفرق فيها بين الأحكام القضائية والأحكام الدينية.

نوع المأخوذ: الأصل في استيفاء الحق أن يكون بالعدل، فلا يزداد عليه فإن كان الحق معلوم النوع محدد المقدار كثمن دار وأجرتها وبدل قرض فلا تجوز الزيادة عليه في الاستيفاء وفي حكم القاضي.

وإن كان الحق مطلقا غير محدد النوع أو المقدار، فيحمل على الوسط المتعارف عليه بين الناس، فيؤخذ المتوسط من أموال الزكاة. ولا تؤخذ كرائم الأموال أو خسيسها.

ويجوز التعزير للممتنع عن دفع الزكاة بأخذ أعلى الحق الواجب، أو تعزيمه الضعف، لحديث: «من دفعها مؤتجرا بها فله أجرها، ومن منعها فإننا آخذوها وشطر ماله، عزيمة من عزمات ربنا تبارك وتعالى».

## التسامح في الاستيفاء والأداء :

الأصل أن يكون استيفاء الحق كاملاً، لكن الشارع ندب صاحب الحق إلى عدم استيفاء حقه كله أو بعضه تسامحاً وإحساناً وإيثاراً، وبخاصة إذا كان المكلف أو المدين في ضائقة، وذلك خير يثاب عليه فاعله.

لقوله ﷺ: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: 280]، والمراد بالتصدق في الآية: إبراء المدين من دينه.

وفي تنازل المرأة عن شيء من حقوقها أو كل مهرها قال ﷺ: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ [النساء: 4].

وفي التنازل عن حق القصاص: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾ [الإسراء: 33].

وهناك آية تقرر مبدئاً عاماً للتنازل عن الحقوق وهي قوله ﷺ: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ﴾ [الشورى: 40].

## 2. حماية الحق.

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

فالعبادات التي هي نوع من حقوق الله ﷻ حماها الشرع بوزاع الدين ودافع الإيمان القائمين على الرهبة من عذاب الله، والرغبة في ثوابه ونعيم الدنيا.

وهناك نوع آخر من الحماية للعبادة وهو الحسبة: وهي الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه، والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله، وهو حق ثابت لكل فرد من أفراد الأمة، وللمحتسب

وهو والي الحسبة، فله مطالبة تارك الصلاة والزكاة، أو المفطر في رمضان بأداء ما تركه. ولكل مسلم رفع دعوى الحسبة على المعاصي إلى المحتسب أو القاضي ليؤدب العاصي بما يردعه ويزجره عن ترك العبادات وغيرها.

وهكذا بقية حقوق الله ﷻ كالكف عن الجرائم تكون حمايتها أيضا بوازع الدين وبالحسبة.

وأما حقوق الناس الخاصة: فحمايتها بوازع الدين الذي يوجب على كل فرد احترام حق غيره في ماله أو عرضه أو دمه، وبالمرافعة إلى القضاء لمطالبة من وجبت عليه.

وهكذا حمت الشريعة كل أنواع الحقوق الدينية والمدنية، الخاصة والعامة باحترام الحق لصاحبه، وعدم الاعتداء عليه، وبمعاقبة المعتدي.

**أما حق المؤلف** الذي يدخل تحت عنوان قانوني جديد وهو الحق الأدبي فهو حق مصون في تقديري شرعا على أساس قاعدة الاستصلاح أو المصلحة المرسله، فكل عمل فيه مصلحة غالبية أو دفع ضرر أو مفسدة يكون مطلوبا شرعا.

والمؤلف قد بذل جهدا كبيرا في إعداد مؤلفه، فيكون أحق الناس به، سواء في الجانب المادي: وهو الفائدة المادية التي يستفيد منها من عمله، أو المعنوي: وهو نسبة العمل إليه. ويظل هذا الحق خالصا دائما له ولورثته.

### 3. استعمال الحق بوجه مشروع.

على الإنسان أن يستعمل حقه وفقا لما أمر به الشرع وأذن به. فليس له ممارسة حقه على نحو يترتب عليه الإضرار بالغير، فردا أو جماعة، سواء أقصد الإضرار أم لا. وليس له إتلاف شيء من أمواله أو تذييره لأن ذلك غير مشروع.

فحق الملكية يبيح للإنسان أن يبني في ملكه ما يشاء وكيف يشاء، لكن ليس له

أن يبني بناء يمنع عن جاره الضوء والهواء، ولا أن يفتح في بنائه نافذة تطل على نساء جاره، لإضراره بالجار.

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

فإن مارس الإنسان ما ليس حقا له فلا يسمى تعسفا وإنما هو اعتداء على حق الغير، فالمستأجر الذي ينتفع بالدار على وجه يضر بها يعد متعسفا، أما الغاصب فإنه يعد متعديا.

وتجاوز الحكام والموظفين حدود الشريعة وحدود صلاحياتهم كاغتصاب بعض الأموال، وجباية ضرائب ظالمة لا يعد تعسفا في استعمال الحق، وإنما هو استعمال لغير الحق أو تجاوز عن الحق، المستوجب التأديب أو التعزير، فقد عزل عمر بن عمار بن ياسر عن ولاية الكوفة والمغيرة بن شعبة عن ولاية البصرة لما شكا إليه أهل الولايتين. وأنشأ عبد الملك بن مروان ولاية المظالم (كمجلس الدولة الآن) لمحاسبة الولاة والجباة وموظفي الدولة إذا ظلموا أحدا من الناس، أو تجاوزوا حدود سلطتهم أو صلاحياتهم.

### المطلب السادس: التعسف في استعمال الحق.

#### ■ أولا: أدلة حرمة التعسف.

هناك أدلة كثيرة على تحريم التعسف منها ما يأتي:

- قال ﷺ: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيَتَعْتَدُوا﴾ [البقرة: 231].

نهى الشرع عن استعمال حق المراجعة بقصد الإضرار، كما كان يفعل في الجاهلية حيث يطلق الرجل زوجته، ثم إذا قاربت عدتها على الانتهاء راجعها، ثم طلقها، فنهى الشرع

عنه، والنهي يفيد التحريم، فيكون التعسف حراما.

- قال ﷺ بعد بيان أنصاء الورثة: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ﴾ [النساء: 12].

نهى الله ﷻ عن الوصية الضارة بالورثة كالوصية لوارث أو بأكثر من الثلث، والنهي للتحريم، فيكون التعسف حراما.

- وقال ﷺ: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ﴾ [النساء: 5]، قد أمر الله بالحجر على السفیه الذي يبذر ماله، إذ إنه تعسف في استعمال حق الإنفاق، فيكون التعسف ممنوعا مستحقا التأديب والحجر.

#### ■ ثانيًا: أسباب حرمة التعسف.

هناك سببان في تحريم التعسف وهما:

**أولاً:** ليس لصاحب الحق حرية مطلقة في ممارسته، وإما هو مقيد بعدم الإضرار بالغير، للنصوص الشرعية التي تمنع الإضرار بالغير وتحريم الاحتكار وبيع مال المحتكر جبرا عنه عند الحاجة، وتحريم العدوان على الدماء والأموال والأعراض، سواء أكان الضرر ناشئا عن استعمال حق مشروع أم عند اعتداء محض.

**ثانياً:** نزعة الحقوق الجماعية: فلا تقتصر المصلحة المستفادة من الحق الخاص المالي على صاحبه فقط، وإنما تعود على المجتمع أيضا؛ لأن ثروته جزء من ثروة الأمة التي يجب أن تبقى قوية استعدادا للطوارئ. بل إن للمجتمع في الظروف العادية نصيبا مفروضا في المال الخاص عن طريق الزكاة والخراج والكفارات وصدقة الفطر وغيرها، ونصيبا مندوبا إليه عن طريق الصدقات والوصايا والأوقاف وسائر وجوه الخير والبر. وهذا ما يعبر عنه اليوم بأشترابية الحقوق.

وإذا كان للمجتمع حق في مال الأفراد، فيجب ألا يتصرف الفرد في ماله تصرفاً ضاراً؛ لأن ذلك يعد اعتداءً على حق المجتمع، واعتداءً على نفسه.

### ▪ ثالثاً: قواعد منع التعسف في استخدام الحق.

#### القاعدة الأولى: قصد الإضرار

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

ويترتب على التعسف في هذه الحالة ثلاثة أمور:

- تأديب صاحب الحق المتعسف وتعزيره بما يراه القاضي رادعاً لأمثاله.

- وبطلان التصرف إذا كان قابلاً للإبطال.

- وتعويض الضرر من هذا التعسف.

ويعرف قصد الضرر بالأدلة والقرائن.

#### القاعدة الثانية: قصد غرض غير مشروع

ذا قصد الشخص من استعمال حقه تحقيق غرض غير مشروع لا يتفق مع المصلحة المقصودة من الحق، وإنما يستتر وراء استعمال الحق المشروع، كاتخاذ عقد الزواج وسيلة لتحليل المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول، ولا يقصد به الزواج الدائم، واتخاذ عقد

البيع وسيلة للربا أو الفائدة.

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

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

### القاعدة الثالثة: ترتب ضرر أعظم من المصلحة

إذا استعمل الإنسان حقه بقصد تحقيق المصلحة المشروعة منه، ولكن ترتب على فعله ضرر يصيب غيره أعظم من المصلحة المقصودة منه، أو يساويها، منع من ذلك سدا للذرائع، سواء أكان الضرر الواقع عاما يصيب الجماعة، أو خاصا بشخص أو أشخاص.

وعلى هذا فإن استعمال الحق يكون تعسفا إذا ترتب عليه ضرر عام، وهو دائما أشد من الضرر الخاص، أو ترتب عليه ضرر خاص أكثر من مصلحة صاحب الحق أو أشد من ضرر صاحب الحق أو مساو لضرر المستحق. أما إذا كان الضرر أقل أو متوهما فلا يكون استعمال الحق تعسفا.

من أمثلة الضرر العام بالأمة أو بالجماعة:

الاحتكار: وهو شراء ما يحتاجه الناس وإدخاره لبيعه وقت غلاء الأسعار وحاجة الناس إليه.

ومنه بيع السلاح أثناء الفتنة، وبيعه لقطاع الطرق، وبيع العنب للخمار، وبيع السلع بأكثر من ضعف القيمة، فذلك يضر الجماعة، فيمنع التاجر منه، ولولي الأمر عند الحنفية والمالكية تسعير السلع بالربح المعقول. فإن أبوا من ذلك بيعت السلع جبرا عنهم.

كذلك لولي الأمر منع الناس من زراعة المخدرات، وزراعة أشياء لا تحتاج إليها

الأمة أو تحتاج إلى غيرها.

#### القاعدة الرابعة: الاستعمال غير المعتاد وترتب ضرر للغير.

إذا استعمل الإنسان حقه على نحو غير معتاد في عرف الناس، ثم ترتب عليه ضرر للغير، كان متعسفا، كرفع صوت المذياع المزعج للجيران والتأذي به، واستئجار دار، ثم ترك الماء في جدرانها وقتا طويلا، أو استئجار سيارة ثم يحملها أكثر من حمولتها، أو دابة ثم يضربها ضربا قاسيا أو يحملها ما لا تطيق.

ففي كل ذلك يعتبر متعسفا، فيمنع من تعسفه، ويعوض المتضرر عما أصابه من ضرر.

كذلك يمنع من استعمال حقه، إذا استعمل حقه استعمالا غير معتاد، ولم يترتب عليه ضرر ظاهر؛ لأن الاستعمال على هذا النحو لا يخلو من ضرر، وعدم ظهور الضرر لا يمنع من وجوده في الواقع، وإن كان يمنع من الحكم عليه بالتعويض لعدم وضوح الضرر، فإن كان الاستعمال معتادا مألوفًا، ووقع الضرر فلا يعد تعسفا، ولا يترتب على ذلك ضمان، كالطبيب الجراح الذي يجري عملية جراحية معتادة، ويموت المريض، فلا يضمن. ومثله من يوقد فرنا يتأذى الجيران بدخانها، أو يدير آلة يتضرر الجيران بصوتها المعتاد، فلا ضمان؛ لأن كل ذلك معتاد مألوف.

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

وكذلك سقاية الأرض، إن كان سقيا عاديا، فتسرب الماء إلى أرض الجار، فلا ضمان، وإن كان سقيا غير عادي بماء لا تحتمله الأرض عادة، فعليه ضمان الضرر اللاحق بالغير.

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

### القاعدة الخامسة: استعمال الحق مع الإهمال أو الخطأ

إذا استعمل الإنسان حقه على وجه ليس فيه احتياط واحتراس وتثبت، فأضر بالغير، وهذا ما يعرف بالخطأ، كان متعسفا أو مسؤولا مسؤولية تقصيرية.

سواء أكان خطأ في القصد، كما إذا رأى الصياد شبحا من بعيد، فظنه صيدا، فأطلق عليه النار، فإذا هو إنسان.

أو كان خطأ في الفعل، كما إذا سدد الصائد الرمية على صيد، فأنحرفت وأصابت إنسانا، أو تجاوزت الصيد إلى إنسان فقتلته فذلك كله إساءة في استعمال الحق يترتب عليه تعويض الضرر الذي أصاب الغير؛ لأنه كان يجب عليه التثبت والانتباه أو الاحتراس في كل من القصد والفعل، فإذا قصد في ذلك تحمل نتيجة فعله صونا لدماء الناس وأموالهم.

ومجال هذه القاعدة هو الضرر الناشئ عن الخطأ في استعمال الحق، سواء أكان هذا الحق ثابتا بإذن الشارع، أم بالعقد أم بغيرهما من مصادر الحق؛ لأن استعمال الحقوق مقيد بشرط السلامة كما يقرر الفقهاء، ولأن أموال الناس ودماءهم معصومة لا تهدر بحال، فيجب ضمانها وتعويض الضرر الواقع عليها.

وأساس هذه القاعدة حصول الضرر، سواء أكان قليلا أم كثيرا.

ولا تطبق هذه القاعدة في حالتين:

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

يكون ضامنا.

**والثانية:** إذا اتخذ الشخص الاحتياطات، ومع ذلك وقع الضرر، فلا يضمنه كما إذا قام إنسان بالتدرب على إطلاق النار في ملكه، ووضع لافتات على أرضه بعدم الدخول، فلا ضمان عليه إذا أصاب أحدا دخل أرضه. كما لا ضمان على من سلك طريقا مخوفا أو فيه سباع فوجد مقتولا، لا تجب ديته.

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

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

#### ■ رابعًا: آثار وأحكام التعسف.

1. إزالة الضرر عينا كهدم البناء الذي بناه المالك ملاصقا لجاره، فسد عليه النور والهواء، وسد النافذة التي فتحها المالك، وكانت تطل على نساء جاره.
2. التعويض عن الضرر إذا كان تلف نفس أو عضو أو مال.
3. إبطال التصرف كإبطال زواج التحليل وبيع العينة والوصية الضارة بالورثة.
4. المنع من ممارسة الحق كمنع الزوج من السفر بزوجه إذا قصد بالسفر إيذاءها.
5. التعزير كالدعاوى المرفوعة على الشرفاء للتشهير بهم.
6. الإيجابار على الفعل كإيجابار التجار على البيع بسعر معين، وإيجابار العمال على العمل بأجر المثل.

## المطلب السابع: نقل الحق وانتقاضه.

### أولاً: نقل الحق.

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

**أسباب انتقال الحق كثيرة منها:** العقد، ومنها الالتزام الذي يتم من جانب واحد، ومنها الوفاة، ومنها حوالة الدين من مدين إلى مدين آخر. وهي نوع من العقد لا خلاف في مشروعيته بين الفقهاء. ومنها حوالة الحق من دائن إلى دائن كأن يحيل البائع دائنه على المشتري بالثمن، ويحيل المرتهن على الراهن بالدين، وتحيل الزوجة على زوجها بالمهر، وهي جائزة على التحقيق عند فقهاء المذاهب.

### ثانياً: انقضاء الحق.

ينتهي الحق بسبب من الأسباب المقررة شرعاً لانتهائه، وهو يختلف بحسب نوع الحق، فحق الزواج ينتهي بالطلاق، وحق الابن في النفقة على أبيه ينتهي بقدرته على الكسب، وحق الملكية ينتهي بالبيع، وحق الانتفاع ينتهي بفسخ عقد الإجارة أو انتهاء المدة، أو بانفساخ العقد بالأعذار أو الظروف الطارئة كانهدام المنزل، وحق الدين ينتهي بالقضاء أو الإسقاط.

## المبحث الخامس: في نظرية الملكية<sup>(1)</sup>.

### المطلب الأول: تعريف الملكية والملك.

الملك لغةً: حيازة الإنسان للمال وانفراده في التصرف فيه.

الملك والملكية اصطلاحاً: اختصاص بالشيء يمنع الغير منه، ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداءً إلا لمانع شرعي، والمانع هنا هو الجنون - أو العته - أو السفه - أو الصغر - وغيرها.

قابلية المال للتملك وعدمها: المال ثلاثة أنواع بالنسبة لقابلية التملك:

**الأول:** ما لا يقبل التملك ولا التملك بحال: وهو ما خصص للنفع العام كالطرق العامة والجسور والسكك الحديدية والأنهار والمتاحف والمكتبات العامة، والحدائق العامة.  
**الثاني:** ما لا يقبل التملك إلا بمسوغ شرعي: كالأموال الموقوفة وأملاك بيت المال.

مثال: المال الموقوف لا يباع ولا يوهب إلا إذا تهدم أو أصبحت نفقاته أكثر من إيراده، فيجوز للمحكمة الإذن باستبداله، وأملاك بيت المال أو وزارة المالية لا يصح بيعها إلا برأي الحكومة لضرورة أو مصلحة راجحة، كالحاجة إلى ثمنها أو الرغبة فيها بضعف الثمن ونحو ذلك.

**الثالث:** ما يجوز تملكه وتملكه مطلقاً بدون قيد وهو ما عدا النوعين السابقين.

### المطلب الثاني: أنواع الملك.

الملك: تام، وناقص.

❖ **أولاً: الملك التام:** وهو ملك ذات الشيء ومنفعته معا.

---

(1) تم اختصار هذه النظرية من كتاب أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي المعنون ب (الملكية وخصائصها) وهو كتاب مقرر في كلية الشريعة جامعة دمشق، وهو في الأصل جزء من المجلد الرابع من موسوعة الفقه الإسلامي وأدلته.

وأهم خصائصه:

1. ملك مطلق دائم لا يتقيد بزمان محدود وما دام الشيء الذي هو محل الملك قائماً.
2. لا يقبل الإسقاط، فلو غصب شخص عينا مملوكة لآخر، فقال المالك: أسقطت ملكي، فلا تسقط ملكيته ويبقى الشيء ملكاً له.
3. يقبل النقل بالبيع أو الميراث أو الوصية.
4. يمنح صاحبه صلاحيات تامة في حرية استعماله واستثماره.
5. إذا أتلّف المالك فلا ضمان عليه قضاءً ولكنه يؤخذ ديانة لأن إتلاف المال حرام، وقد يؤخذ قضاءً فيحجر عليه لسفهه.

#### ▪ أسباب الملك التام.

وهي أربعة:

1. الاستيلاء على المباح.
  2. العقود الناقلة للملكية.
  3. الخلفية.
  4. التولد من المملوك.
- **العقود الناقلة للملكية:** كالبيع والهبة والوصية ويدخل في هذه العقود أيضاً:
1. العقود الجبرية التي تجريها السلطة القضائية مباشرة، كبيع مال المدين جبراً عنه لوفاء ديونه، وبيع الأموال المحترقة.

2. نزع الملكية الجبري وله صورتان:

- الأولى:** الاستملاك للصالح العام: وهو استملاك الأرض بسعرها العادل جبراً عن صاحبها للضرورة أو المصلحة العامة، كتوسيع مسجد أو طريق.
- والثانية:** الشفعة: وهي حق الشريك أو الجار الملاصق بتملك العقار المبيع جبراً على مشتريه بما بذل من ثمن ونفقات.

▪ **الخلفية:** وهي أن يخلف شخص غيره فيما كان يملكه أو يحل شيء محل شيء

آخر فهي نوعان:

**الأول:** خلفية شخص عن شخص وهي الإرث وهو سبب جبري للتملك.

**والثاني:** خلفية شيء عن شيء وهي التضمنين: وهو إيجاب الضمان أو التعريض

على من أتلف شيء غيره...

▪ **التولد من المملوك:** ومعناه أن ما يتولد من شيء مملوك يكون مملوكا لصاحب الأصل (فثمر الشجر وولد الحيوان وصوف الغنم ولبنها هي لمالكها).

▪ **الاستيلاء على المباح:** وهو المال الذي لم يدخل في ملك شخص معين، ولم يوجد مانع شرعي من تملكه، ويتميز هذا النوع بما يلي:

1. إنه سبب منسئ للملكية على شيء لم يكون مملوكا لأحد.

2. إنه سبب فعلي لا قولي يتحقق بالفعل أو بوضع اليد، ويصح من كل شخص ولو

كان ناقص الأهلية ويشترط فيه شرطان:

أ- ألا يسبق إلى إحرازه شخص آخر لحديث: (من سبق إلى مالم سبقه إليه مسلم فهو له).

ب- قصد التملك: فلو دخل الشيء في ملكه دون قصده لا يملكه كمن نشر شبكته للتجفيف ووقع فيها سمك لم يملكها لأن الأمور بمقاصدها.

وللاستيلاء على المباح أربعة صور هي:

**الأولى:** إحياء الموات (أي استصلاح الأراضي البور) وستأتي دراستها.

**الثانية:** الاصطياد: وهو وضع اليد على شيء مباح غير مملوك لأحد، ويكون ذلك إما بالإمساك، أو بفعل يعجز الطير أو الحيوان أو السمك من الفرار، كاتخاذ الحياض لصيد السمك، أو الشباك، أو الحيوانات المدربة على الصيد كالكلاب والفهود والجوارح، والصيد حلال إلا إذا كان الإنسان محرما، أو كان المصيد في حرم مكة أو حرم المدينة.

إن نشر شبكة للتشيف فوق وقع فيها صيد فالصيد لمن سبقت يده إليه لأن نية صاحب الشبكة لم تتجه إلى الصيد، وهذا مأخوذ من قاعدة (الأمر بمقاصدها).

**الثالثة:** الاستيلاء على الكلاً والأجام: والكلاً: هو الحشيش الذي ينبت في الأرض بغير زرع، والأجام: الأشجار الكثيفة في الغابات أو الأرض غير المملوكة، وحكم الكلاً:

أنه لا يملك وإنما هو مباح للناس جميعا لهم أخذه ورعيه لحديث: (الناس شركاء في ثلاثة: الماء والكلأ والنار)، وأما الآجام: فهي من الأموال المباحة إن كانت في أرض غير مملوكة وأما في الأرض المملوكة فهي لصاحب الأرض وليس لأحد أن يأخذ منها شيئا إلا بإذنه.

**الرابعة:** الاستيلاء على المعادن والكنوز:

المعادن: ما يوجد في باطن الأرض من أصل الخلقة كالذهب والفضة والنحاس والحديد والرصاص ونحوها.

والكنز: ما دفنه الناس وأودعوه في باطن الأرض من الأموال، سواء في الجاهلية أو في الإسلام، وسيأتي تفصيل هذا البحث فيما بعد.

❖ **ثانيا:** الملك الناقص: وهو ملك العين وحدها، أو المنفعة وحدها، ويسمى ملك المنفعة (حق الانتفاع).

مثال: الموصى له بمنفعة شيء ما مدة حياته.

**أنواعه:**

**النوع الأول:** ملك العين فقط: كأن تكون العين مملوكة لشخص ما، ومنافعها مملوكة لشخص آخر.

مثال: أوصى لفلان بسكنى داره لثلاث سنوات ثم مات، تكون ملكا للورثة ومنفعتها ملكا للموصى له، فإذا انتهت المدة، صارت المنفعة والعين ملكا للورثة.

- إن ملكية العين تكون دائمة وتنتهي دائما إلى ملكية تامة، وملكية المنافع دائما تكون مؤقتة، لأن المنافع لا تورث عند الحنفية.

**النوع الثاني:** ملك المنفعة الشخصي (حق الانتفاع)

1. **الإعارة:** عرفها جمهور الحنفية بأنها: تملك المنفعة بغير عوض، فللمستعير أن ينتفع بنفسه، وله إعارة الشيء لغيره لكن ليس له إجارتها، لأن الإعارة عقد غير لازم، والإجارة عقد لازم، والضعيف لا يتحمل الأقوى منه، كما أن في إجارة المستعار إضرار

بالمالك الأصلي.

2. **الإجارة:** تملك المنفعة بعوض، وللمستأجر أن يستوفي المنفعة بنفسه أو بغيره مجاناً أو بعوض، إذا لم تختلف المنفعة باختلاف المنتفعين، فإذا اختلف نوع المنفعة كان لا بد من إذن المالك المؤجر.

3. **الوقف:** هو حبس العين عن تملكها لأحد من الناس وصرف منفعتها إلى الموقوف عليه، فالوقف يفيد تملك المنفعة للموقوف عليه، وله استيفاء المنفعة بنفسه أو بغيره إن أجاز له الواقف الاستثمار، فإن نص على عدم الاستغلال أو منعه منه العرف فليس له ذلك.

4. **الوصية بالمنفعة:** تفيد ملك المنفعة فقط في الموصى به، وله استيفاء المنفعة بنفسه، بعوض أو بغير عوض إن أجاز له الموصي الاستغلال.

5. **الإباحة:** هي الإذن باستهلاك الشيء أو باستعماله، كالإذن بتناول الطعام، أو الإذن العام بالانتفاع بالمرافق العامة، كالمرور في الطرقات والدخول إلى المدارس والمشافي، أو الجلوس في الحدائق العامة وكذلك الإذن الخاص باستخدام ملك شخص معين، كركوب سيارته أو السكن في داره، وليس للمنتفع إنابة غيره في الانتفاع بالمباح له ولا إعارته ولا إباحتة لغيره.

الملك: يكسب صاحبه حق التصرف في الشيء المملوك مالم يوجد مانع.

أما الإباحة: فهي حق الإنسان بأن ينتفع بنفسه بالشيء بموجب الإذن، والإذن قد يكون خاصاً أو عاماً كما مرّ، فالمباح له الشيء لا يملكه ولا يملك منفعته بعكس المملوك.

- يقبل الملك الناقص التقييد بالزمان والمكان والصفة عند إنشائه بعكس الملك التام.

- مثال: أعرتك السيارة لشهر، اركب ناقتي في الصحراء لا في المدينة.

- عدم قبول التوارث عند الحنفية خلافاً للجمهور.

- فلا تورث المنفعة لأن الإرث يكون للمال والمنافع ليست بأموال عند الحنفية.

- لصاحب حق المنفعة تسلم العين المنتفع بها ولو جبرا عن مالکها ومتى تسلمها تكون أمانة في يده ولا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير في الحفظ.
- على المنتفع ما تحتاجه العين من نفقات إذا كان انتفاعه بها مجانا كما في الإجارة، فإذا كان الانتفاع بعوض كما في الإجارة فعلى مالك العين نفقاتها.
- على المنتفع بعد استيفاء منتفعته تسليم العين إلى مالکها متى طلبها، إلا إذا تضرر المنتفع، كما إذا لم يحن وقت الحصاد في أرض مستعارة أو مستأجرة.

### انتهاء حق المنفعة:

1. انتهاء مدة الانتفاع المحددة.
  2. هلاك العين المنتفع بها، أو تعييبها بعيب لا يمكن معه استيفاء المنفعة (كانهدام دار السكنى).
  3. وفاة المنتفع عند الحنفية لأن المنافع لا تورث عندهم.
  4. وفاة مالك العين: إذا كانت المنفعة عن طريق الإجارة أو الإجارة لأن الإجارة عقد تبرع وهو ينتهي بموت المتبرع، ولأن ملكية المأجور تنتقل إلى ورثة المؤجر، أما إذا كانت المنفعة عن طريق الوصية أو الوقف فلا ينتهي حق المنفعة بموت الموصي، لأن الوصية تبدأ بعد موته، ولا بموت الواقف، لأن الوقف إما مؤبد أو مؤقت ينتهي بانتهاء وقته.
- النوع الثالث: ملك المنفعة العيني (حق الارتفاق).

وهو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لغير مالك العقار الأول، وهو حق دائم يبقى ما بقي العقاران، وحقوق الارتفاق هي: (حق الشرب، حق المجرى، حق المسيل، حق المرور، حق الجوار، حق العلو).

### الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي:

1. حق الارتفاق يكون دائما مقررًا على عقار، فتنتقص به قيمة العقار المقرر عليه، أما حق الانتفاع الشخصي فقد يتعلق بعقار كوقف العقار أو الوصية به أو إجارته أو إعارته، وقد يتعلق بمنقول كإعارة الكتاب أو إجارة السيارة.

2. حق الارتفاق مقرر لعقار إلا حق الجوار فقد يكون لشخص أو لعقار، أما حق الانتفاع فإنه دائماً مقرر لشخص معين باسمه أو بوصفه.
3. حق الارتفاق حق دائم يتبع العقار وإن تعدد الملاك وحق الانتفاع الشخصي مؤقت ينتهي بأحوال معينة.
4. حق الارتفاق يورث حتى عند الحنفية الذين لا يعتبرونه مالا لأنه تابع للعقار، أما حق الانتفاع فمختلف في إرثه بين الفقهاء.

### أسباب حقوق الارتفاق:

1. **الاشتراك العام:** كالمرافق العامة من طرقات وأنهار ومصارف عامة يثبت الحق فيها لكل عقار قريب منها بالمرور والسقي وصرف المياه الزائدة لأن هذه المنافع شركة بين الناس فيباح لهم الانتفاع بها بشرط عدم الإضرار بالآخرين.
2. **الاشتراك في العقود:** كاشتراط البائع على المشتري أن يكون له حق المرور بها، أو حق شرب لأرض أخرى مملوكة له.
3. **التقادم:** أن يثبت حق ارتفاق العقار من زمن قديم لا يعلم الناس وقت ثبوته، كإرث أرض زراعية لها حق المجرى أو المسيل على أرض أخرى، لأن الظاهر أنه ثبت بسبب مشروع حملاً لأحوال الناس على الصلاح، حتى يثبت العكس.

**وصفه الفقهي:** حق الارتفاق عند الحنفية ليس مالا، وإنما هو حق مالي يسوغ لمالكة الانتفاع به، ولا يجوز بيعه مستقلاً عن الأرض ولا يجوز هبته أو التصديق به ولا يجوز الصلح عليه، ولا يصح جعله مهراً في عقد الزواج.

ويترتب على كونه حقاً مالياً أنه يمكن أن يورث، لأن الإرث عند الحنفية يجري من الأموال وفي بعض الحقوق كخيار العيب، ويصح أن يوصى بالانتفاع به، ويصح بيع الأرض دون حق الارتفاق، ولا يدخل حق الارتفاق كحق الشرب مثلاً في بيع الأرض إلا بالنص عليه صراحة.

## أحكام حق الارتفاق العامة:

1. يجب ألا يؤدي استعمالها إلى الإضرار بالغير (لا ضرر ولا ضرار)، فلا يجوز للمار بأرض غيره إلحاق الأذى بغيره، وليس لمن يسقي أرضه بحق الشرب مثلاً أن يسرف في الماء، بحيث يضر بمن تحته من المنتفعين بمجرى الماء.
2. إما أن تثبت حقوق الارتفاق على أملاك خاصة أو عامة، أما الأملاك العامة: فمثل الأنهار الكبيرة، أو الطرق، أو المرافق العامة كالقناطر والجسور وحق الارتفاق ثابت للناس جميعاً بلا إذن من أحد عند غير أبي حنيفة أما الأملاك الخاصة بفرد أو أفراد فلا يثبت حق الارتفاق عليها إلا بإذن المالك.

وإذا لم يعرف سبب حق الارتفاق يترك لصاحبه حق الانتفاع به (القديم يترك على قدمه) بشرط ألا يكون ضاراً بالغير، كالمسيل القذر الذي يلوث بئر الجيران، أو النافذة المنخفضة التي تطل على مقر نساء الجار، وذلك عملاً بقاعدة: (الضرر لا يكون قديماً).

أنواع حقوق الارتفاق: عند الحنفية محصورة في ستة: (حق الشرب، والطريق والمجرى والمسيل والتعلي والجوار) ولا يجوز إحداث غيرها عند الحنفية لأن في ذلك تقييد للملكية، وعند المالكية أنها غير محصورة، ويجوز إنشاء حقوق ارتفاق أخرى بالإرادة، كأن يلتزم شخص ألا يقيم في ناحية من أرضه بناء أو يغرس شجراً، أو ألا يرتفع إلى ارتفاع معين.

### 1. حق الشرب:

**لغة:** النصيب من الماء، قال عليه السلام: «هذه ناقة الله لها شرب ولكم شرب يوم معلوم»، ويطلق أيضاً على زمن الشرب.

**اصطلاحاً:** هو النصيب المستحق من الماء لسقي الزرع والشجر، أو نوبة الانتفاع بالماء لمدة معينة لسقي الأرض، ويلحق به حق الشفة: وهو حق شرب الإنسان والدواب والاستعمال المنزلي، وسمي بذلك لأن الشرب عادة يكون بالشفة.

## أنواع المياه بالنسبة لحق الشرب والشفة:

أ- الماء المحرز في أوان خاصة: كالحياض والأنابيب والصهاريج، لا يثبت لأحد حق الانتفاع به بأي وجه إلا برضا صاحب الماء، ولكن المضطر له أن يشرب منه ويضمن قيمته لمالكه، وذلك لحديث: «نهى الرسول عن بيع الماء إلا ما حمل منه» ولكن ورد عن النبي أيضا أنه نهى عن بيع فضل الماء (وهذا الحديث مخصص بجواز بيع الحطب مع أن الناس شركاء فيه).

ب- ماء الآبار والعيون والحياض: (المملوكة لشخص ما).

هذه المياه يثبت فيها حق الشفة دون حق الشرب فإن أبى صاحب الماء ومنع الناس من الاستقاء لأنفسهم ولدوابهم، كان لهم قتاله حتى ينالوا حاجتهم إذا لم يجدوا ماءً قريبا آخر، ودليل ذلك: أن قوما سفروا وردوا ماء، فطلبوا من أهله السماح لهم بالشرب منه وبسقي دوابهم التي كادت تهلك من العطش فأبوا، فذكروا ذلك لعمر بن الخطاب فقال: "هألاً وضعتم فيهم السلاح".

في النوع السابق يجوز للمضطر أن يأخذ الماء الفائض عن الحاجة بالقوة ولكن بدون سلاح أما في هذا النوع فيجوز له أخذه بالسلاح، قال ﷺ: «لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به الكلاً» أي حيث أن الماشية إنما ترعى بقرب الماء، فإذا منع من الماء منع من الكلاً.

ت- ماء الجداول والأنهار الخاصة (المملوكة لشخص معين).

لكل إنسان منه حق الشفة منه لنفسه ولدوابه، وليس لغير مالكة سقي أراضيهِ إلا بإذن مالك المجرى، هذا ولا يجوز لصاحبه عند الحنفية بيع حق الشرب منفرداً، بأن باع شرب يوم أو أكثر، لأنه عبارة عن حق الشرب والسقي، والحقوق عندهم لا تحتل الأفراد بالبيع والشراء، (فلو باع الأرض مع الشرب جاز ذلك تبعاً للأرض) ولا يدخل الشرب في بيع الأرض إلا إذا سماه صراحة، وأجاز المالكية والشافعية والحنابلة بيع الماء المملوك، ولكن يستحب لصاحبه أن يبذله بغير ثمن ولا يجبر على بذله، إلا أن يكون قوم اشتد بهم

العطش فخافوا الموت، فيجب عليه سقيهم فإن أبي قاتلوه.  
ث- ماء الأنهار العامة: كالنيل والفرات ونحوها، يجوز لكل أحد الانتفاع بها، لنفسه ولدوايه وأراضيه، بشرط عدم الإضرار بالغير، وذلك لحديث: «الناس شركاء في ثلاث: الماء والكلأ والنار».

### الأحكام العامة لحق الشرب (أو الانتفاع بالمياه):

1. المحافظة على حافة البئر أو العين أو النهر، فإن لم يفعل كان لصاحب المجرى منعه من الانتفاع، دفعا للضرر عنه عملا بحديث: (لا ضرر ولا ضرار) ومن الضرر تسرب الماء إلى أرض الجار على وجه غير معتاد.
2. يجب على المنتفع إمرار الماء من طريق عام إن وجد، فإن لم يوجد كان على صاحب الطريق الخاص الإذن بإمرار الماء وذلك لقول عمر لمحمد بن مسلمة حين منع مرور الماء من أرضه: "والله ليمرنَّ به، ولو على بطنك".
3. حق الشرب يورث وتصح الوصية به حتى عند الحنفية، ويجوز بيعه تبعا للأرض لا مستقلا عند الحنفية.
4. إن كان الماء مملوكا لجماعة من الناس وزع بينهم بالعدل، إما بالمناوبة الزمانية أو بأن يفتح كل واحد مجرى إلى أرضه بما يتناسب معها.
5. بالنسبة لماء الأمطار والسيول الذي يزدحم عليه الناس فقد قضى به النبي على الشكل التالي: "أن الأعلى يشرب قبل الأسفل، ويترك الماء إلى الكعبين ثم يرسل الماء إلى الأسفل الذي يليه، وكذلك حتى تنقضي الحوائط أو يفنى الماء".

### كُرِّي الأنهار التي منها الشرب: والمقصود بذلك إخراج الطين من أرض النهر

- وحفره، وإصلاح ضفتيه، وإصلاح الجسور التي عليه ونحوها.
1. الأنهار الكبيرة كالفرات والنيل ونحوها نفقة كُرِّيها من بيت مال المسلمين فإن لم يكن في بيت المال أجبر الحاكم على إصلاح النهر، وتفرض مؤونة ذلك على الأغنياء الموسرين الذين لا يطيقون الإصلاح بأنفسهم.

2. النهر المملوك لجماعة من الناس، نفقته عليهم، لأن الحق لهم والمنفعة تعود إليهم على الخصوص، (الغنم بالغرم).
3. النهر المملوك لأهله الخاص بفتة محدودة، نفقة إصلاحه على أهله أيضا، فإن أبى أحدهم يرجع عليه بحصته من النفقة، والكري يكون على الشركاء بحسب حصصهم من الشرب والأراضي.

### أحكام حق الشفة: تختلف بحسب نوع الماء:

1. ماء البحار: لكل واحد من الناس حق الشفة وسقي الأراضي، لأنها غير مملوكة لأحد.
2. ماء الأنهار العظيمة كالفرات ودجلة وسيحون وجيحون (...): للناس فيها حق الشفة مطلقا، وحق سقي الأراضي، لأنها مباحة في الأصل لكل إنسان شربا وسقيا، مالم يضر بالجماعة لأن دفع الضرر عنهم واجب.
3. ماء الأنهار الصغيرة المملوكة الخاصة بقوم معينين (ماء المقاسم) حق الشفة ثابت فيها للضرورة، ولأن الأصل في الماء اشتراك الناس فيه، لكن إذا كان ماء النهر أو البئر في أرض مملوكة فلصاحب الأرض منع من يريد الشفة من الدخول في ملكه، إذا كان يجد ماءً بقربه، فإن لم يجد إما أن يسمح له بالدخول أو يأخذ له الماء.
4. الماء المحرز في الأواني: لا يحق لغير صاحبها الانتفاع بها لا شربا ولا سقيا ولا غيره، ولكن للمضطر الذي يخاف على نفسه من الهلاك أن يأخذ منها حسب حاجته ولو بالقوة وعليه الضمان كما سبق.

### 2. حق المجرى:

وهو حق صاحب الأرض البعيدة عن مجرى الماء من إجرائه في ملك جاره إلى أرضه لسقيها، وليس للجار أن يمنعه من ذلك، وإلا أجبر على ذلك.

**أحكامه:** المبدأ العام في الشرع أنه ليس لصاحب الأرض منع جاره من إمرار الماء في أرضه، عملا بقول عمر: "ولا ليمرنَّ به، ولو على بطنه" وليس لصاحب الأرض نقل

المجرى من مكانه إلا برضا أصحاب الحق فيه ولهم الحق في ترميمه، وتعميقه، وتقوية جانبه، ولصاحب الأرض الحق في مطالبتهم بإصلاحه حتى لا يتسرب الماء منه فيتلف مزروعاته.

- وإذا كان المجرى مشتركا بين جماعة، فليس لأحدهم سده إلا برضا الجميع على أن يسده كل واحد في نوبته، فإن منعه من سده، كان له رفع الماء إلى أرضه بآلة عملا بقاعدة: (يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام).

- وحق المجرى إن كان قديما في أرض الغير يترك على حاله عملا بقاعدة: (القديم يترك على قدمه) إلا إذا كان فيه ضرر على صاحب الأرض فيزال عملا بقاعدة: (الضرر لا يكون قديما).

- وإن أريد إحداث مجرى جديد فلا بد من استئذان صاحب الأرض وليس لمالك الأرض منعه لما مر من قول عمر رضي الله عنه.

### 3. حق المسيل:

- وهو مجرى على سطح الأرض، أو أنابيب تنشأ لتصريف المياه الزائدة عن الحاجة أو غير الصالحة حتى تصل إلى مصرف عام أو مستودع، كمصارف الأرض الزراعية أو مياه الأمطار أو الماء المستعمل في المنازل.

- والفرق بينه وبين حق المجرى: أن المجرى لجلب المياه الصالحة للأرض، والمسيل لصرف الماء غير الصالح عن الأرض أو عن الدار، وهذا ليس لأحد منعه أيضا.

- والمسيل قد يكون مملوكا للمنتفع به، أو لصاحب الأرض التي يمر فيها، وقد يكون مرفق عام.

- وإذا تعينت أرض الجار لإحداث المسيل، لم يجز لمالكها المعارضة أو الممانعة، إلا إذا ترتب عليه ضرر يبين، ويظل هذا الحق وإن تغيرت صفة الأرض المقرر لها، كأن كانت أرضا زراعية فصارت منزلا أو مصنعا.

- وإذا كان المسيل قديما بقي على حاله إلا إذا ترتب على وجوده ضرر لقاعدة: (الضرر لا يكون قديما).

- وتجب نفقات إصلاح المسيل على المنتفع به، إذا كان في ملكه أو في ملك غيره، فإن كان في أرض عامة، فنفقة الإصلاح على بيت المال.

4. **حق المرور:** وهو حق أن يصل الإنسان إلى ملكه (دارا أو أرضا) بطريق يمر فيه، سواء أكان من طريق عام، أو من طريق خاص مملوك له أو لغيره، أو لهما معا، وحكمه يختلف بحسب نوع الطريق:

1. **الطريق عام:** لكل إنسان حق الانتفاع به، لأنه من المباحات وذلك سواء بالمرور، أو بفتح نافذة، أو طريق فرعي عليه، أو إنشاء شرفة، أو إيقاف السيارات، أو إنشاء مركز للبيع والشراء ولا يتقيد إلا بشرطين:

**الأول:** السلامة وعدم الإضرار بالآخرين.

**والثاني:** الإذن فيه من الحاكم.

- فإن أضر الماء بالآخرين كأن أعاق المرور منع، وإن لم يترتب على فعله ضرر، جاز بشرط إذن الحاكم عند أبي حنيفة، ولا يشترط الإذن عند الصحابين والشافعية والحنابلة أخذا بحديث: «من سبق إلى مالم يسبق إليه مسلم، فهو أحق به». وقال المالكية: من بنى في طريق المسلمين أو أضاف شيئا من الطريق إلى ملكه منه من ذلك باتفاق.

2. **الطريق خاص:** حق الانتفاع مقصود على صاحبه أو أهله المشتركين فيه وليس لغيرهم أن يفتح عليه بابا أو نافذة إلا بإذن منهم، ولكافة الناس حق المرور فيه عند زحمة الطريق العام، وليس لأصحابه سده أو إزالته احتراماً لحق العامة فيه.

5. **حق الجوار:** وهو نوعان (علوي وجانبي) وفيه حقان:

**الأول: حق التعلّي:** وهو حق القرار الدائم أو الاستناد لصاحب الطبقة العليا على الطبقة السفلى، والانتفاع بسقوفها، وهذا حق دائم ثابت لصاحب العلو على حساب السفلى، فيكون للعلو حق البقاء والقرار على ذلك السفلى، دون أن يملك عند الحنفية سقفه، فلا يزول الحق بهدمه، أو انهدام السفلى، أو هما معا، ويظل هذا الحق قائما يجري فيه التوارث.

وقال المالكية: السقف الذي بين الطابقين لصاحب السفلى، وعليه إصلاحه وبنائه

إن انهدم، ولصاحب العلو الجلوس عليه.

وقال الشافعية: السقف مشترك بين صاحب العلو والسفل.

- لا يباع حق التعلي استقلالاً عند الحنفية لأنه ليس بمال، وقال غير الحنفية يجوز بيعه استقلالاً، لأن الحقوق أموال عندهم وهذا هو الصحيح فقها وعرفاً وعملاً.
- واختلف أبو حنيفة مع صاحبيه في مدى حق التصرف لكل من صاحب العلو وصاحب السفل:

**فقال أبو حنيفة:** الأصل في تصرفات المالك في ملكه، إذا تعلق به حق الغير الحظر، لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير، وبناء عليه فليس لصاحب السفل أن يحدث في بنائه أي تغيير كفتح نافذة أو رفع جدار، إلا برضا صاحب العلو، وإن لم يضر به، وليس لصاحب العلو زيادة بناء يوهن السفل.

**وقال الصحابان:** الأصل في ذلك الإباحة، لأنه تصرف في ملكة والملك يقتضي إطلاق التصرف، وبناءً على ذلك يحق لصاحب السفل أن يصنع ما لا يضر بالبناء الأعلى وهذا الرأي هو الراجح.

**الثاني: حق الجوار الجانبي:** وهو الناشئ عن تلاصق الحدود وتجاورها، ويكون لكل من الجارين الحق في الارتفاق بعقار جاره، على ألا يلحق به ضرراً بيناً فاحشاً، ولذلك حديث: «لا يدخل الجنة من لا يأمن جاره بوائقه».

- قال الشافعية وأبو حنيفة والظاهرية: لصاحب الملك أن يفعل في ملكه ما يشاء، وإن ألحق الضرر بغيره، فله فتح ما شاء من النوافذ، وهدم ما شاء من الجدران، وحفر ما رأى من الآبار، وإنشاء ما يشاء من المصانع.

- وقال الصحابان: يتقيد استعمال مالك العقار وتصرفه بما لا يؤدي إلى ضرر بين فاحش بجاره لأنه (لا ضرر ولا ضرار) وبذلك أخذت مجلة الأحكام العدلية، (الضرر الفاحش: كالتسبب بتهدم جدار الجار، أو يحول داره إلى مطحنة أو فرن).

- وقال المالكية والحنابلة: يتقيد استعمال المالك بألا يضر بالآخرين، ولو بالنية

والقصد، فإن لم تكن له مصلحة ظاهرة في التصرف، أو لم يقصد إلا الإضرار بالآخرين منع منه.

### قيود الملكية:

1. أن تكون في دائرة منع الضرر.
  2. ليس شيء قابلاً للتملك الفردي.
  3. للجماعة أو الدولة حقوق مفروضة على الملكية الخاصة.
- منع الإضرار بالآخرين: إن الحقوق المقررة على الملكية أساسها أمران:
- الأول: منع ضرر الغير.**
- والثاني: نفع الغير إن لم يكن ثمة ضرر لاحق به.**

والضرر أربعة أقسام عند العلماء:

1. الضرر المؤكد الوقوع: وحكمه أنه إذا تمكن صاحب الحق من استعمال ملكه دون إضرار بغيره، فيمنع من الضرر، لأنه (يتحمل الضرر الخاص في سبيل دفع الضرر العام)، وإذا كان الضرر خاصاً بالأحاد، فيكون حق صاحب الحق أولى بالاعتبار.
2. الضرر الغالب وقوعه: وهذه الحالة تلحق بالحالة السابقة في الأحكام.
3. الضرر الكثير غير الغالب: وفي هذا خلاف بين العلماء:

**فالمالكية والحنابلة:** يرون العمل بقاعدة: (دفع المضار مقدم على جلب المصالح) واحتمال الضرر كاف لمنع الفعل.

**والحنفية والشافعية:** يرون أن الفعل مشروع في أصله، واحتمال الضرر لا يصلح دليلاً على الضرر المتوقع، فلا يمنع حق لمجرد احتمال الضرر.

4. الضرر القليل: وهذا لا يلتفت عليه لقلته.

▪ **منع الملكية الخاصة في بعض الحالات:**

1. الأموال ذات النفع العام كالمساجد والمدارس والطرق والأوقاف الخيرية ونحوها من المنافع العامة التي لا تؤدي غايتها إلا إذا كانت للجماعة.

2. الأموال الموجودة بخلق الله كالمعادن والنفط والأحجار والماء والكلأ والنار، والمعادن كلها مملوكة للدولة عند المالكية، والمعادن الظاهرة أو السائلة والملح والماء والكبريت والنفط والكحل والياقوت كلها ملك للدولة عند الحنابلة، أما عند غير المالكية والحنابلة: فعندهم تفصيلات كثيرة، ولكنهم متفقون على أن للدولة حظا كبيرا.

3. الأموال التي تؤول ملكيتها للدولة من الأفراد، أو يكون للدولة عليها ولاية، فالأولى مثل الأموال الضائعة التي تؤول ملكيتها إلى بيت المال وكذلك المال الذي لا وارث له (بيت المال وارث من لا وارث له)، والثانية مثل الأراضي الخراجية الزراعية التي آلت إلى المسلمين بالفتح كأراضي الشام ومصر والعراق وفارس وغيرها فهي مملوكة للدولة، وتعتبر اليد القائمة عليها يد انتفاع فقط لا تملك تام، ولولي الأمر نزع هذه اليد مع تعويض مناسب لها وذلك إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، ومن ذلك ما فعله الرسول حيث حمى أرضا في المدينة لترعى فيها خيل المسلمين.

▪ حقوق الجماعة في ملكيات الأفراد:

1. الزكاة: وهي واجب ديني، وتقوم الدولة بجبايتها وإجبار أصحاب رؤوس الأموال على أدائها، وهي تؤخذ من الأموال النامية، وهي:

أ- النعم (الإبل، البقر، الغنم) التي ترعى من الكلأ العام.

ب- الذهب والفضة والأوراق النقدية بنسبة (2.5%).

ت- أموال التجارة (2.5%).

ث- الزروع والثمار بنسبة العشر فيما سقي بغير الآلة ونصف العشر فيما سقي بالآلة.

2. تأمين حاجيات الدفاع عن البلاد: إذا لم يكن في خزينة الدولة ما يكفي لذلك،

فتفرض ضرائب على الأغنياء عملا بالمصالح المرسله وذلك عند الغزالي والقرافي والشاطبي والقرطبي وابن حزم والعز وابن عابدين.

3. كفاية الفقراء: للدولة أن تطالب الأغنياء بإغناء الفقراء إذا لم تكف الزكاة وذلك

لحديث: «إن في المال حقا سوى الزكاة».

4. الإنفاق على الأقارب: كالأباء والأجداد والأبناء وأحفادهم إذا كانوا محتاجين.

5. صدقات الفطر.
6. الأضاحي.
7. النذور والكفارات.

#### ▪ أحكام الأراضي:

الأراضي المستولى عليها بالفتح:

- الأراضي التي فتحت عنوة.
- الأراضي التي استولى عليها صلحا.
- الأراضي التي ملكت عفوا لجلاء أهلها عنها.

الأراضي المستقرة داخل الدولة:

- أراضي مملوكة (عامرة، خراب).
- أراضي مباحة (ما هو من مرافق البلد للاحتطاب ورعي المواشي، الأراضي الموات).

#### أولا: الأراضي المستولى عليها بالفتح:

الأراضي التي فتحت عنوة:

1. ذهب المالكية في المشهور عندهم والحنابلة والشيعة الإمامية والزيدية إلى أن ملكية الأراضي تنتقل إلى الفاتحين بمجرد الاستيلاء عليها لأنها مال زال عنه ملك المحاربين بالاستيلاء عليه، فصار كالمباح تسبق إليه اليد، فيتم تملكه بإحرازه.
2. وذهب الشافعية إلى أن تملك الأراضي والمنقولات يكون بالاستيلاء والقسمة بالتراضي أو اختيار تملكها.
3. وذهب الحنفية إلى أن ملكة الأراضي لا تنتقل إلا بالضم إلى دار الإسلام، أو حيازتها فعلا، وجعلها جزءا من دار الإسلام.

- وموات الأرض التي فتحت عنوة أو صلحا لا يملك إلا بالإحياء بالاتفاق.
1. ذهب جمهور الصحابة والشافعية والظاهرية إلى أنه تنتقل ملكية هذه الأراضي من أصحابها إلى المسلمين، كالغنائم ... الخمس لمن ذكرتهم الآية: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ﴾ [الأنفال: 41] والأربعة الأخماس الباقية للغانمين فإن طابت بتركها نفوس الغانمين بعوض أو بغيره، وقفها الإمام على مصلح المسلمين.
  2. وذهب المالكية والإمامية إلى أن هذه الأراضي تصبح وقفا على المسلمين، بمجرد الحيازة دون أن تحتاج إلى وقف الإمام، ولا تكون ملكا لأحد، ويصرف خراجها في مصالح المسلمين من أرزاق المقاتلة وبناء القناطر والمساجد وغير ذلك من سبل الخير، إلا أن يرى الإمام في وقت من الأوقات أن المصلحة تقتضي القسمة.
  3. ويرى الحنابلة أن الإمام يفعل ما يراه الأصلح من قسمتها ووقفها، وتكون الأرض عشرية خراجية، العشر على المستغل، والخراج على رقبة الأرض.
  4. وقال الحنفية والزيدية: الإمام بالخيار، إن شاء قسمها بين المسلمين كما فعل النبي بخيبر، وإن شاء أقر أهلها عليها، ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج، فتكون أرض خراج، وأهلها أهل ذمة.

الأدلة على جواز قسمة الأراضي على الغانمين:

1. عموم قوله ﷺ: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾ [الأنفال: 41] أي أن الخمس لمن ذكرتهم الآية أو للدولة، والأربعة الأخماس الباقية ملك الغانمين.
2. حديث: «أيما قرية أتيتوها وأقمتم فيها فسهمكم فيها، وأيما قرية عصت الله ورسوله، فإن خمسها لله ورسوله، ثم هي لكم».
3. قسمة النبي لخيبر وأموال بني قريظة وبني النضير بين الغانمين.
4. وقال عمر: "أما والذي نفسي بيده، لولا أن أترك آخر الناس بيانا ليس لهم شيء، ما فتحت قرية إلا قسمتها كما قسم رسول الله خيبر ولكني أتركها خزانة لهم يقتسمونها".

سؤال: هل القسمة لازمة للإمام أم له الخيار في أمور أخرى؟

1. ذهب الشافعية والظاهرية إلى أنه يجب قسمة الأراضي بين الغانمين كسائر الأموال، عملاً بالآية السابقة، وبفعل النبي حيث قسم أراضي خيبر، وإذا لم يقسم الإمام الأرض، فعليه أن يستطيب الغانمين، كما استطاب رسول الله أنفس الغانمين يوم حنين، وكما فعل في خيبر وبني قريظة، وكما استطاب عمر الغانمين بعد فتح سوار العراق بعوض، كما أن الإمام لا يملك إبطال هذا الحق بترك الأرض في أيدي أهلها كالمقول، ومن يطب نفساً منهم فهو أحق بحقه.

2. وقال المالكية والإمامية: تصبح الأرض وقفا بمجرد الاستيلاء عليها، واحتجوا بفعل عمر حيث وقف الأراضي التي افتتحها كمصر والشام والعراق.

3. وقال الحنفية والحنابلة: إن الأصل المقرر أن يكون للإمام الخيار في الأراضي فله أن يقسمها، وله أن يتركها وقفا واستدلوا بما يلي:

أ- إن آية الحشر: ﴿مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى﴾ [الحشر: 7] مخصصة لآية المغانم السابقة فيما عدا الأرض، أما آية الحشر فقد أعطت الإمام الحق في أن يتصرف بما يجده من المصلحة.

ب- رسول الله عمل بآية الأنفال وعمر عمل بآية الفية (الحشر)، وليس فعل النبي براد لفعل عمر، لأن فعل النبي إما على سبيل الإباحة لجهالة صفة الفعل منه، وإما على سبيل الوجوب فهو واجب مخير.

ت- ترك الرسول قرى لم يقسمها، فقد ظهر على مكة عنوة ولم يقسمها، وظهر على قريظة والنضير وعلى كثير من أرض العرب ولم يقسم غير خيبر.

ث- أجمع الصحابة على ما رآه عمر في شأن سواد العراق.

ج- لو قسمت هذه الأراضي من أين تجد الدولة نفقاتها لإنفاقها على مصالح المسلمين، كما أنه إذا قسمت الأرض بين الغانمين واشتغلوا بالزراعة وتركوا الجهاد فسرعان ما تضعف الأمة وتصبح نهبة للطامعين، كما أن ترك الأرض في يد أصحابها فيه مصلحة للاقتصاد العام فأهلها أخبر بها، بخلاف العرب الذين لم يكونوا يألون حياة الزراعة والاستقرار في

المدينة، وهذا المذهب هو الراجح.

### الأراضي التي جلا عنها أصحابها خوفاً:

وهذا النوع من الأراضي يعرف عند الفقهاء بأنه (الفيء) وهو المال الذي حصل من الحربيين بلا قتال ولا إيجاب خيل ولا ركاب.

**وحكمها:** أنها تنتقل ملكيتها إلى بيت المال بالاستيلاء عليها، وتصير أملاك دولة، ويضع عليها الإمام خراجاً يؤخذ كأجرة ممن يعامل عليها من مسلم أو معاهد وهذا الكلام كله في شأن الأراضي والعقارات.

أما المنقولات من الفيء ففيه خلاف:

عند الجمهور يوقف أيضاً ويصرف لصالح المسلمين، وعند الشافعية يخمس كالغنيمة، واعتبروا آية الفيء مقيدة بآية الغنيمة والراجح هو مذهب الجمهور لأن أموال بني النضير كانت مما أفاء الله على رسوله فكانت للنبي خاصة، فكان ينفق على أهله نفقة سنة، وما بقي يجعله في الخيول والسلاح عُدَّة في سبيل الله.

### الأرض التي فتحت صلحاً:

يتحدد الحكم بموجب عقد الصلح، فهو إما أن يقع الصلح على أن تكون الأرض للمسلمين وإما أن يقع على أن تكون الأرض لأصحابها كأرض اليمن والحيرة.

1. إذا وقع الصلح على أن تكون الأرض للمسلمين، تصبح الأرض وقفاً وتعتبر من ديار الإسلام، لأن النبي فتح خيبر، وصالح أهلها على أن يعمرها أرضها ولهم نصف ثمرتها، فكانت للمسلمين من دونهم، وصالح بني النضير على أن يجلبهم من المدينة ولهم ما أفلت الإبل من المتعة والأموال إلا السلاح، ويوضع على هذه الأرض الخراج وإذا اشترى المسلم جزءاً من هذه الأرض ظل ملتزماً بضريبة الخراج.

2. إذا وقع الصلح على أن تبقى الأرض ملكاً لأصحابها، تكون لهم ويلتزم المسلمون

بالتنفيذ شروط الصلح كاملة، ولكن يوضع الخراج على الأرض، ويكون لببيت المال، وهذا الخراج يعتبر في حكم الجزية، فمتى أسلموا سقط عنهم عند الجمهور والإمامية وذلك لأن عمر بن عبد العزيز كتب لعماله: "ولا خراج على من أسلم من أهل الأرض"، وعند الحنفية والزيدية: لا يسقط الخراج، لأن الخراج عندهم فيه معنى المؤنة ومعنى العقوبة. وتعتبر دار هؤلاء المصالحين دار عهد أو صلح عند الشافعية وبعض الحنابلة، وعند الجمهور تعتبر دار إسلام وأهلها أهل نعمة تؤخذ منهم الجزية.

### ثانيا: أحكام الأراضي داخل الدولة:

#### 1. الأراضي المملوكة لأصحابها:

- أ- الأراضي المملوكة العامرة: وحكمها أنه لا يجوز لأحد أن يتصرف فيها من غير إذن صاحبها.
- ب- الأراضي الخراب التي انقطع ماؤها: هذه الأرض ملك لصاحبها وإن طال الزمان على خرابها، حتى إنه يجوز له بيعها وهبتها وإجارتها وتورث عنه فإن لم يعرف صاحبها فحكمها حكم اللقطة.

وأما الكلاً الذي ينبت في الأرض المملوكة فهو مباح للناس ما لم يقطعه صاحب الأرض وكذلك السمك والطيور وسائر المباحات.

أما الحطب والقصب فليس لأحد أن يقطعها إلا بإذن المالك، وإذا كان الكلاً مستتباً في أرض مملوكة بفعل صاحبها وسقيه، كان ملكاً خاصاً له.

#### 2. الأراضي الموات:

- أ- ما كان من مرافق أهل البلدة: يستعمل مرعى للمواشي ومحتطبا لهم أو مقبرة لموتاهم أو ملعباً لصغارهم فهو حق لأهل البلدة الأموات سواء أكان داخل البلدة أم خارجها، ولا يجوز للإمام أن يقطعه لأحد، ولكن ينتفع بالحطب والقصب الذي في هذه الأرض من قبل أهل البلدة وغيرهم.

والحد الفاصل فيما يعتبر قريبا من أهل البلدة: هو المكان الذي يسمع فيه الرجل

صوت الشخص الذي يناديه من آخر أرض مملوكة فإذا لم يسمع الصوت فهو موات لا يتبع تلك القرية، ويقاس على ذلك أرض الملح والقار والنفط لا تعد أرض موات ولا يجوز إقطاعها لأحد وإنما تكون حقا لجماعة المسلمين.

ب- الأراضي الموات: (إحياء الموات)

**الإحياء:** هو إصلاح الأرض الموات بالبناء أو الغرس أو قلب الأرض للزراعة.

**والموات:** هو الأرض التي لا عمارة ولا ماء فيها، ولا يملكها ولا ينتفع بها أحد، أو هو الأرض التي تعذر زرعها لانقطاع الماء عنها، أو لغلبتها عليها، غير مملوكة بعيدة عن العمران، وحد الموات عند الشافعية: ما لم يكن عامرا، ولا حريما لعامر، قرب العامر أو بعد.

**الخلاصة:** (هو استصلاح الأراضي الزراعية أو جعلها صالحة للزراعة، برفع عوائق الزراعة من أحجار وأعشاب منها، واستخراج الماء، وتوفير التربة الصالحة للزراعة، وإقامة الأسوار عليها أو تشييد البناء فيها).

مشروعيته: حديث: «من أحيا أرضا ميتة فهي له»، «من عمر أرضا ليست لأحد فهو أحق بها»، «من سقى إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له».

- ذهب أبو حنيفة والمالكية إلى أنه لا بد من إذن الحاكم أو نائبه، لقوله ﷺ: «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه» فإذا لم يأذن لم تطب نفسه به فلا يملكه.

- وقال الصحابيان والشافعية والحنابلة: يجوز تملك الأرض بالإحياء، وإن لم يأذن الإمام للأحاديث السابقة واعتبروا تلك الأحاديث صادرة عن النبي بطريق الشرع والنبوة، أما أبو حنيفة والمالكية فاعتبروا تلك الأحاديث صادرة بطريق الإمامة والسياسة.

سؤال: ما ملك بالإحياء ثم درس وعاد مواتا هل يملك بالإحياء؟

- قال الشافعية والحنابلة: لا يملك بالإحياء، لأن الأحاديث التي أجازت الإحياء مقيدة بغير المملوك وقد قال ﷺ: «من أحيا أرضا ميتة فهي له».

- وقال أبو يوسف: يملك بالإحياء ما لا يعرف له مالك بعينه إذا كان بعيدا من القرية.  
- وقال محمد: "إن ملكت في الإسلام لا تكون مواتا، وإذا لم يعرف مالکها تكون لجماعة المسلمين".

- وقال المالكية: يملك بالإحياء ما اندرس من عمارة الأرض لعموم الأحاديث السابقة، ولأن الأصل أن هذه الأرض مباحة فإذا تركت تصير مواتا وتعود إلى الإباحة.

الراجح من المذاهب الأربعة أنه يملك بالإحياء لأنه لا حرمة لملك الجاهلية ولقوله ﷺ: «عادي الأرض لله ولرسوله ثم هو بعد لكم» وهناك رأي آخر للشافعية هو أنه لا يملك بالإحياء لأنه ليس بموات.

سؤال: ما جرى عليه الملك في الإسلام لمسلم أو نمي غير معين، ثم لم يعرف مالکة فهل يملك بالإحياء؟؟

- عند الحنفية والمالكية ورواية عند أحمد يملك بالإحياء لعموم الأخبار الواردة في مشروعية الإحياء.

- وعند الشافعية: هو مال ضائع، أمره إلى الحاكم في حفظه إلى ظهور مالکة أو بيعه وحفظ ثمنه واستقراضه على بيت المال أي لا يملك بالإحياء.

- والصحيح عند الحنابلة: أنه لا يملك بالإحياء، فلا أثر لإحيائه ويكون فينا بمنزلة ما جلا عنه الأعداء خوفا، فيوزع في سبيل المصالح العامة.

### آراء المذاهب في الموات القابل للإحياء:

1. مذهب الحنفية: الأرض الموات: هي أرض خارج البلد، لم تكن ملكا لأحد، ولا حقا له خاصا، ولم يكن من مرافق البلدة ولا محتطبا لأهلها أو مرعى لهم.

2. مذهب المالكية: هو ما سلم عن اختصاص بإحياء ولم يكن حريم عمارة كمحتطب أو مرعى لبلد، فإذا اندرست عمارتها من بناء أو غرس أو تفجير ماء، لا يزول ملكها عن أحيائها، إلا بإحياء جديد من غيره بعد اندراسها بمدة طويلة يقدرها عرف الناس.

وذلك سواء أكانت الأرض قريبة من العمران أم بعيدة، إلا أن القرية يفتقر إحيائها إلى إذن الحاكم.

3. **مذهب الشافعية:** هو ما لم يكن عامرا أو حريما لعامر قرب العامر أو بعد، أو هو الأرض التي لم تعمّر قط في بلاد الإسلام، ولا يملك الإحياء حريم معمور، وما تمس الحاجة إليه لتمام الانتفاع مثل ملعب الخيل ومناخ الإبل ومطرح الرماد.

4. **مذهب الحنابلة:** هي الأرض التي ليس لها مالك، ولا بها ماء، ولا عمارة، ولا ينتفع بها، وهي الخارجة عن ملك مسلم أو معاهد، ولكن لا يجوز إحياء ما قرب من العمران وتعلق بمصالحه من طرقه ومسيل مائه وملقى أتربته، وما تعلق بالقرية من مرعى لأغنامها ومحتطب لأهلها (...).

### كيفية الإحياء وطرقه:

قال الحنفية: يكون الإحياء بالبناء أو الغرس أو بحرث الأرض، أو بشق النهر أو بإلقاء البذور، أو السقاية، أو التحويط (...).

وقال المالكية: يكون الإحياء بأحد الأمور التالية:

1. بتفجير ماء لبئر أو عين.
2. بإزالة الماء منها إذا كانت مغمورة بالماء.
3. ببنائها.
4. بغرس الشجر فيها.
5. بحرث الأرض.
6. بقطع شجر بها بنية وضع يده عليها.
7. بتسوية الأرض وكسر أحجارها.

وقال الحنابلة: يكون الإحياء بأن يحوط عليها حائطا منيعا، أو بإجراء ماء للأرض أو بحفر بئر أو أن يغرس فيها شجرا، ولا يحصل الإحياء بمجرد الحرث والزرع.

وقال الشافعية: يرجع في ذلك إلى العرف، فإذا أراد إحياء الموات مزرعة فيكون ذلك بجمع التراب وتسوية الأرض وشق ساقية لها أو حفر بئر فيها، وإن كان يريد إحياءها بالعمار اشترط تحويطها بالآجر أو القصب (...).

**التحجير أو التحويط:** وهو وضع الأحجار حول الأرض التي يريد إحياءها.

قال الحنفية: إن حجر شخص الأرض، لا يملكها بالتحجير، لأنه ليس التحجير بإحياء، ولكن المحتجر أولى بها من غيره، ولا تؤخذ منه إلى ثلاث سنين، فإذا لم يعمرها فيها أخذها الحاكم منه، وذلك لقول عمر: "ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق".

وقال المالكية: لا يكون الإحياء بالتحجير إلا أن يبين الملكية حيث يحفر البئر.

وقال الشافعية والحنابلة: بالتحجير يصير أحق الناس بالأرض لحديث: "من سبق إلى مالم يسبق إليه مسلم فهو أحق به"، فلو أحياه آخر ملكه.

ويعطى المحتجر مدة ثلاث سنوات فإن لم يحيي الأرض أعلم وأسهل شهرين أو ثلاثة على ما يراه الحاكم فإن لم يكن له عذر فلا يمهل وتؤخذ الأرض منه.

### شروط الإحياء:

**1. شروط المحيي:** يجوز إحياء كل من يملك المال، ولا يشترط عند الجمهور كون المحيي مسلماً لعموم قول النبي ﷺ: «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له» ولأن الإحياء أحد أسباب التملك فاشترك بذلك المسلم والذمي، واشترط الشافعية كون المحيي مسلماً، فلو أحيأ ذمي أرضاً نزعته منه ولا أجر له، ولو نزعها منه مسلم فأحيأها ملكها ولو لم يأذن الإمام، لأن في إحياء الذمي استعلاء وهو ممتنع عليهم في دار الإسلام.

### 2. شروط الأرض المحيية:

أ- ألا تكون ملكاً لأحد مسلم أو ذمي.

ب- ألا تكون مرتقفاً لأهل البلدة.

ت- أن تكون عند الشافعية في بلاد الإسلام، ولا فرق في ذلك بين أرض الإسلام ودار الحرب عند الجمهور لعموم الأحاديث.

### 3. شروط الإحياء الذي يثبت به الملك:

أ- أن يكون بإذن الإمام عند أبي حنيفة والمالكية خلافاً للصاحبين والشافعية والحنابلة وقد مرَّ تفصيل ذلك.

ب- في حالة التحجير: يشترط عند الحنفية أن يتم الإحياء في مدة أقصاها ثلاث سنين فإذا لم يعمرها فيها أخذها منه الحاكم وقد سبق تفصيل ذلك.

### أحكام إحياء الموات:

#### 1. تملك الأرض المحيية:

- قال أبو القاسم البلخي: "يثبت بالإحياء حق استغلال الأرض لاحق الملكية، فإذا أعرض عنها بطل حقه فيها".

- وقال عامة الفقهاء: "الثابت بالإحياء هو حق الملكية المطلقة استدلالاً بالأحاديث السابقة وفيها (فهي له) واللام هنا للتملك".

#### 2. وظيفة الأرض المحيية:

- قال أبو يوسف: "إن أحيائها مسلم وكانت من الأراضي العشرية فالواجب فيها العشر، وإن كانت من خير الخراجية ففيها الخراج".

- وقال محمد: "إن أحيائها بماء المطر أو بماء الأنهار الكبيرة فهي عشرية، وإن أحيائها بماء الخراج فهي خراجية".

- وقال الحنابلة: "لا خراج على من أحيى موات الأرض المفتوحة عنوة كأرض مصر والشام والعراق، أما إن أحيى نمي فهي خراجية مطلقاً (وهذا رأي متفق عليه)".

#### 3. الحرِّيم: هو ما تمس الحاجة إليه لتمام الانتفاع بالمعمور، أو ما يحتاج إليه

لمصلحة العامر من المرافق، كحريم البئر، وفناء الدار والطريق، ومسيل الماء، ومرافق القرية...

مشروعية الحريم: الأصل في ذلك أن النبي جعل للبئر حريماً، وللعين حريم بالإجماع لأن النبي جعل لكل أرض حريماً.

### مقدار الحريم:

1. عند الحنفية:

أ- حريم العين الجارية: خمسمئة ذراع من كل جانب لقول الزهري: "حريم العين خمسمئة ذراع من كل ناحية" وبناء عليه يمنع غير صاحب الحريم من الحفر ونحوه في مسافة الحريم.

ب- حريم البئر:

- حريم بئر العطن أربعون ذراعاً من كل جانب (التي ينزح منها الماء باليد).

- حريم بئر الناضح أربعون ذراعاً عند أبي حنيفة، وستون عند الصحابين (وهي البئر التي ينزح منها الماء بالبعير ونحوه).

ت- حريم القناة: بقدر ما يصلحه لإلقاء الطين ونحوه، والغالب أنه يفوض لرأي الإمام.

ث- حريم النهر:

- عند أبي حنيفة: لا حريم له في ملك الغير.

- عند أبي يوسف: حريمه قدر نصف العرض من كل جانب.

- عند محمد: قدر عرض النهر من كل جانب.

ج- حريم الشجر: خمسة أذرع من كل جانب لجعل النبي ﷺ.

2. عند المالكية:

أ- حريم البئر: ما يتصل بها من الأرض، ويختلف بقدر كبر البئر وصغرها، وشدة الأرض ورخاوتها.

ب- حريم الدار: مدخلها ومخرجها، ومواضع مضابطها، ومطرح ترابها، ومصب ميزابها.

ت- حريم الفدان: حواشيه ومدخله ومخرجه.

ث- حريم القرية: موضع محتطبها ومرعاها.

ج- حريم الشجر: ما فيه مصلحة عرفا، فلصاحبها أن يمنع من أراد إحداث شيء بقربها يضر بها من بناء أو غرس أو حفر بئر ونحو ذلك.

3. عند الشافعية:

أ- حريم القرية: النادي - ومرتكض الخيل - ومناخ الإبل - ومراح الغنم - وملعب الصبيان.

ب- حريم بئر الشرب: موضع المستقي منها.

ت- حريم النهر: ملقى الطين وما يخرج منه بحسب العرف.

ث- حريم الدار: مطرح رماد وكناسة وثلج، وممر في جهة الباب (الدار المحفوفة بدور

لا حريم) ويتصرف كل في ملكه على العادة فإن تعدى ضمن.

ج- حريم آبار القناة: مالو حفر فيه نقص مأوها.

4. عند الحنابلة:

أ- حريم الدار: مطرح تراب وكناسة وثلج وماء وميزاب.

ب- حريم أرض زراعة: قدر ما يحتاجه زارعها لسقيها، وربط دوابها، وطرح سبخها ونحوه.

ت- حريم النهر: ما يحتاجه النهر لطرح ما يقع فيه من أوساخ...

ث- حريم الشجر: قدر مد أغصانها.

ج- حريم العين: خمسمئة ذراع.

ح- حريم البئر العادية: (القديمة) خمسون ذراعا من كل جانب.

حريم البئر غير القديمة خمسة وعشرون ذراعا من كل جانب.

لحديث: «للعين خمسمئة ذراع، وحريم بئر العطن أربعون ذراعا».

## ▪ الحمى وإقطاع الأراضي والمعادن

أولا: الحمى:

- أصل الحمى: كان الزعيم من العرب في الجاهلية إذا نزل بأرض مخصبة، استعوى كلبا على مكان عالٍ، فحيث انتهى إليه صوته من كل جانب، حماه لنفسه، فلا يرمى فيه غيره، ويرعى هو مع غيره، وهذا لا يجوز شرعا.
- معناه شرعا: أن يحمي الإمام أرضا من الموات، فيمنع الناس من الرعي فيها ليختص بها دونهم، لمصلحة المسلمين لا لنفسه.
- مشروعيته: لا يجوز لأحد أن يحمي مواتا ليمنع إحياءه ورعي ما فيه من الكلاً لحديث: «لا حمى إلا لله ولرسوله».

ويجوز باتفاق المذاهب للإمام أن يحمي لخييل المجاهدين وإبل الصدقة وأنعام الجزية لأن النبي حمى النقيع لخييل المسلمين، كما أن عمر حمى شرف والزبذة.

قال عمر: "المال مال الله، والعباد عباد الله، فلولا ما أحمل عليه في سبيل الله ما حميت من الأرض شبرا في شبر".

### وأجاز المالكية الحمى بشروط:

1. حاجة المسلمين إليه: فلا يحمي الإمام إلا عند الحاجة.
2. أن يكون المحمي قليلا لا يضيّق على الناس.
3. أن يكون المحمي مكانا خاليا من البناء والغرس.
4. أن يكون الغرض منه تحقيق مصلحة عامة للناس، مثل الجهاد ونحوه، ورعي دواب الحرب أو الصدقة أو الجزية.

حكم ما حماه رسول الله أو إمام غيره: ليس لأحد نقضه أو تغيير مع بقاء الحاجة إليه ومن أحيا منه شيئا لم يملكه، أما إن زالت الحاجة إليه ففيه عند الشافعية والحنابلة وجهان:

الأول: يجوز لأنه زال سببه.

الثاني: لا يجوز لأن ما قضى به الرسول نص لا ينقض بالاجتهاد.

- أما إن حمى غير النبي فغيره هو، أو غيره من الأئمة جاز.
- أما إن أحياه إنسان بعد الإمام ففيه قولان:
- الأول: لا يملكه لأن اجتهاد الإمام لا يجوز نقضه.
- الثاني: يملكه لأن حمى الإمام اجتهاد، وملك الأرض بالإحياء نص والنص مقدم على الاجتهاد.

## ثانيا: الإقطاع

**تعريفه:** هو إعطاء الإمام بعض الأراضي الموات لمن يراه أهلا لإحيائها، وذلك إما لملكه فيعمره، أو أن يجعل الإمام لهذا الشخص غلة هذه الأرض مدة، ويلحق بالأرض المعدن.

**مشروعيته:** أقطع رسول الله وائل بن حجر أرضا بحضرموت، وأقطع الزبير بمقدار مجرى فرسه، وحيث بلغ سوطه، كما أقطع ناسا من جهينة أرضا.

كما أقطع أبو بكر الزبير، وأقطع عمر عليا، وأقطع عثمان: الزبير، وسعد، وابن مسعود، وخباب، وأسامة رضي الله عنهم.

ويجوز أيضا إقطاع المعادن للاستغلال، فرسول الله أقطع بلال بن الحارث معادن القبلية.

## أنواع الإقطاع:

- إقطاع تملك: (موات، عامر، معادن).
  - إقطاع استغلال: (عشر، خراج).
  - إقطاع إرفاق.
- 1. حكم إقطاع الموات:** يجوز باتفاق المذاهب للإمام أن يقطع الموات لمن يحييه لأن ذلك يؤدي إلى عمارة الأرض، ورسول الله أقطع بلال بن الحارث العقيق، وأقطع وائل بن

- حجر أرضاً، وأقطع أبا بكر وعمر وعثمان وجمعا من الصحابة.
- وإن أقطع الإمام لشخص أرضاً ملكها عند المالكية وإن لم يعمرها بشيء فله بيعها وهبتها وتورث عنه، ولا يملكها عند الجمهور وإنما يكون أحق بإحيائها خلال مدة ثلاث سنوات فإن أحيائها وإلا نزعته منه.
  - ولا ينبغي للإمام أن يقطع من الموات إلا بقدر طاقة المقطع له على الإحياء، فإن أقطعه ذلك جاز له استرجاع ما زاد عن طاقة المقطع له.
  - كما يجوز للإمام إقطاع غير الموات تمليكاً للمصلحة، ويجوز الإقطاع من مال الخراج أو الجزية.
  - ولا يقطع الإمام المعمور من أرض العنوة كمصر والشام والعراق موكاً عند المالكية لأنها وقف عندهم، بل يقطعها امتاعاً وانتفاعاً، أما أرض الصلح فلا يقطعها الإمام لأحد أبداً لأنها ملك لأصحابها.

## 2. حكم إقطاع العامر (إقطاع الإرفاق):

قال الشافعية والحنابلة: يجوز إقطاع ما بين العامر من الرحاب للمساجد ونحوها، ومقاعد الأسواق، والطرق الواسعة، إقطاع انتفاع، ولا يملكه المقطع وإنما ينتفع به مالم يضيق على الناس أو يضر بالمارة.

## 3. حكم إقطاع المعادن وملكيته:

**المعادن:** هي ما يوجد في باطن الأرض من أصل الخلقة، كالذهب والفضة والنحاس والحديد والرصاص.

**الركاز:** (الكنز) هو المال المدفون في الأرض بفعل صاحبه أو بأثر حادث إلهي كزلزال أو رياح عاتية أدى إلى طمر بلد بما فيها من ثروات سواء كان ذلك في عهد الجاهلية أو الإسلام.

والفرق بين المعدن والركاز: أن المعدن جزء من الأرض، أما الركاز فهو دفين مودع فيها.

والمعدن والكنز يشملهما الحنفية بكلمة (الركاز) وحكمها واحد لحديث (وفي الركاز الخمس) وقال الجمهور: الركاز دفين الجاهلية، والمعدن دفين أهل الإسلام.

### أنواع المعادن:

1. ما يقبل الطرق والسحب فيعمل منه الصفائح والحلي والأسلاك (كالذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص)، ما يذوب بالإذابة.
2. ما لا يقبل الطرق والسحب كالماس والياقوت والعقيق والفيروز والكحل والزرنيخ.
3. المعادن السائلة (كالنفط والقار ونحوها من الزيوت المعدنية).

### وقسم الشافعية والحنابلة المعادن إلى:

- أ- **المعادن الظاهرة:** وهي البارزة غير المختلطة بالأرض، والتي لا تحتاج إلى مشقة في استخراجها أو الوصول إليها (كالنفط والقار والملح والكحل والكبريت).
- ب- **المعادن الباطنة:** هي التي تحتاج إلى جهد لاستخراجها، كالذهب والحديد والنحاس والرصاص.

### حكم المعادن عند الحنفية:

لا تكون أرض المعادن كأرض الملح والنفط ونحوها مما لا يستغني عنها المسلمون أو الأمة أرض موات، فلا يجوز للإمام أن يقطعها لأحد، لأنها حق لعامة المسلمين وفي الإقطاع إبطال حقهم وذلك لا يجوز.

### أولاً: المعادن:

1. إن كانت الأرض غير مملوكة في أرض الإسلام، وكان مما يقبل الطرق والسحب، يكون فيه الخمس لبيت المال كالواجب في الغنيمة، والباقي لمن عثر عليه، لحديث: «في الركاز الخمس».
2. وإن كان المعدن مما لا يقبل الطرق والسحب كالماس والياقوت فلا خمس فيه ويكون كله للواجد، لأن ذلك من جنس الأرض كالتراب والأحجار العادية.

3. وإن كان المعدن مائعا فلا شيء فيه لبيت المال وكله للواجد، أما الزئبق ففيه الخمس لأنه ينطبع مع غيره.
4. وإن وجد المعدن في أرض مملوكة لبعض الناس فأربعة أخماس لصاحب الملك والخمس لبيت المال.
5. وإن وجد المعدن في أرضه ففيه الخمس لبيت المال عند الصاحبين ولا خمس فيه عند أبي حنيفة.

### ثانيا: الكنز:

1. إن كان إسلاميا (وجد عليه علامة الإسلام، كالمصحف أو مكتوب على الدراهم لا إله إلا الله) ووجد في أرض غير مملوكة كالجبال والمغاور، كان بمنزلة اللقطة، فيجب على الواجد التعريف بها، ثم الانتفاع بها إن كان فقيرا والتصدق بها إن كان غنيا.
2. وإن كان الكنز غير إسلامي (جاهلي، رومي، فارسي ...) كان لبيت المال منه الخمس والباقي للواجد.
3. وإن وجد في أرض مملوكة فالخمس لبيت المال والباقي للمالك الأرض عند أبي حنيفة ومحمد، وهو للواجد عند أبي يوسف.
4. وإن وجد في دار الحرب، فإن وجد في أرض غير مملوكة لأحد فهو للواجد ولا خمس فيه لأنه مال أخذه من غير القهر والغلبة، وإن وجد في أرض مملوكة ففيه الخمس لبيت المال، والباقي للمالك عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف للواجد لأنه مباح سبقت يده إليه.

### ثالثا: المستخرج من البحر:

كاللؤلؤ والمرجان والعنبر، لا شيء فيه لبيت المال عند أبي حنيفة ومحمد وجميعه للواجد، وذلك لقول ابن عباس: «هو شيء دسره البحر لا خمس فيه» ولأن يد الكفرة لم تثبت على باطن البحار، فلم يكن الخارج منها مأخوذا بطريق القهر لهم فلا يكون غنيمة، وعند أبي يوسف: الخمس لبيت المال والباقي لمستخرجه، لأن عمر كتب لعامل له وجد

لؤلؤة بأن فيها الخمس، ولأن الكفار يملكون الأرض كلها برا وبحرا فيكون كل ما يصير من ذلك إلينا غنيمة وفي الغنائم الخمس (وهذا الرأي هو الراجح)، وعند عمر بن عبد العزيز معادن البحر كمعادن البر، فيها الزكاة إذا بلغت نصابا.

### حكم المعادن عند المالكية:

المعدن غير الركاز، والمعدن: هو ما يخرج من الأرض من ذهب أو فضة بعمل وتصفية.

#### أولا: المعادن:

1. إن كان في أرض غير مملوكة لأحد: فهو للإمام يقطعه لمن شاء من المسلمين، انتقاعا لا تمليكا، أو يجعله في بيت المال للمصلحة العامة ولا يختص بشيء منه من وجد في أرضه.
2. أن يكون في أرض مملوكة لمالك معين: فهو للإمام في المشهور من المذهب وقيل لصاحب الأرض.
3. وإن وجد في أرض مملوكة للغير كأرض العنوة والصلح فهو للإمام أيضا.

**والخلاصة:** إن المعادن الجامدة والسائلة للدولة، لأن هذه المعادن قد يجدها شرار الخلق، فلو لم يكن حكمها للإمام، فلو لم يكن أمرها إلى الإمام، لأدى الأمر إلى القتل والهرج.

وأما الواجب في المعدن فهو الزكاة وهي ربع العشر إن كان نصابا، ولا حول في زكاة المعدن بل يزكى لوقته كالزراع.

#### ثانيا: الركاز: وهو الكنز:

1. إن وجد في الصحاري وكان من دفين الجاهلية، فهو لواجده ويدفع الخمس لبيت المال سواء قلَّ أو كثر.

2. إن وجد في أرض مملوكة، قيل: يكون لواجده، وقيل: يكون لمالك الأرض.
  3. إن وجد في أرض فتحت عنوة:
    - قيل لواجده.
    - وقيل للذين افتتحوها الأرض.
  4. وإن وجد في أرض فتحت صلحا:
    - قيل لواجده.
    - وقيل لأهل الصلح.
- (وفي كل ما سبق يدفع الخمس لبيت المال).

- وإن كان الكنز إسلاميا فهو لقطعة يعرف سنة فإن لم يعرف صاحبه وضع في بيت المال.

### حكم المعادن عند الشافعية والحنابلة:

**المعدن:** ما تولد من الأرض، وكان من غير جنسها وكان جزءا من الأرض.

**والركاز:** هو دفين الجاهلية، والمعادن نوعان: ظاهرة وباطنة.

1. **المعادن الظاهرة:** لا يجوز إقطاعها لأحد سواء إقطاع تملك أو إقطاع إرفاق بل هي للجميع ولا تملك بإحياء أرض موات وجدت فيها، لأن هذه الأمور مشتركة بين الناس مسلمهم وكافرهم كالماء والكأ، ولأن النبي أقطع رجلا ملح مأرب فلما قال له الرجل: إنه كالماء العذب (العذب)، قال: فلا، إذن.
2. **المعادن الباطنة:** لا يملكها بالحفر والعمل من كشفها أيضا.

عند الشافعية من أحياء أرضا مواتا، فملكها بذلك، فظهر له فيها معدن باطن ملكه، لأنه بالإحياء ملك الأرض بجميع أجزائها ومن أجزائها المعدن، بخلاف الركاز فإنه مودع فيها.

أما المعدن الظاهر فلا يملك عند الشافعية لأنه حق للجميع، وقال الحنابلة: من أحيأ أرضا مواتا، فملكها ملك المعادن الجامدة، أما المعادن الجارية كالنفط والقار، فالأظهر أنه لا يملكها وتكون حقا للجميع.

ومن سبق في الموات إلى معدن ظاهر أو باطن، فهو أحق بما ينال منه دون أن يملكه لحديث: «من سبق إلى مالم يسبق إليه مسلم فهو له».

والخلاصة: المعادن الظاهرة للدولة، أما الباطنة فلا تكون لمكتشفها فهي للدولة أيضا، فإن ظهرت في أرض أحيأها شخص، ملك هذا الشخص الباطن عند الشافعية، وملك الجامد فقط عند الحنابلة.

والواجب في المعدن ربع العشر إن كان ذهباً أو فضة عند الشافعية، وكذلك إن كان من غيرهما عند الحنابلة إن بلغت قيمته نصاباً.

أما الكنز ففيه الخمس لبيت المال إن وجد بأرض مملوكة والباقي لصاحب الأرض، أما إن وجد في أرض موات فهو لواجده، أما إن كان إسلامياً وعلم مالكه فهو له، وإلا فهو لقطة باتفاق الحنابلة والشافعية.

اعتبر القانون المدني السوري (المادة: 830) ثلاثة أخماس لمالك العقار وخمس لمكتشفه وخمس لخزينة الدولة (هذا في الكنز).

## المبحث السادس: في نظرية العقد<sup>(1)</sup>.

نظرية العقد هي البناء الشرعي الذي يقوم عليه نظام التعاقد، وقد وضع فقهاء الإسلام نظاما على حدة لكل عقد معروف في عصرهم، ويمكن للباحث أن يستخلص نظرية عامة للعقد من جملة هذه الأنظمة، وبحوث الفقهاء حول تعريفات العقد، وأركانه وشروطه، وأحكامه التي قرروها لكل عقد. وبه يمكن الانتقال من الطابع الاستقرائي والتحليلي للقضايا الفردية الذي سار عليه فقهاؤنا إلى المنهج التركيبي أو النظريات العامة التي يسير عليها الآن فقهاء العصر الحديث في القانون وغيره<sup>(2)</sup>.

### المطلب الأول: في تعريف العقد.

**أولاً: العقد لغةً:** معناه الربط بين أطراف الشيء، سواء أكان ربطا حسيا أم معنويا، من جانب واحد، أم من جانبين.

### ثانياً: العقد اصطلاحاً:

للعقد عند الفقهاء معنيان:

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

(1) تم تلخيص نظرية العقد من كتاب الفقه الإسلامي وأدلته الجزء الرابع لأستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي رحمه الله، كما تم الاستفادة من محاضرات في مقياس نظريات فقهية وقانونية، للدكتور بوشيش صالح، جامعة الحاج لخضر، حيث لخص هذه النظرية من عدة كتب في مقدمتها كتاب أستاذنا الزحيلي.

(2) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، 78/4.

وأما المعنى الخاص: فهو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله. أو: تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل.

### والعقد قانوناً:

هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني من إنشاء التزام أو نقله، أو تعديله أو إنهائه.

فإنشاء الالتزام كالبيع والإجارة، ونقله كالحوالة، وتعديله كتأجيل الدين، وإنهاؤه كالإبراء من الدين، وفسخ الإجارة قبل أوانها، فالتعريفان متقاربان.

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

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

والعقد في القانون المدني أحد أنواع الاتفاق، فليس كل اتفاق عقدا، وإنما يتخصص العقد بما يمثل التعارض بين مصلحتين، وبما ينصب على محل وقتي يستنفد وينتهي بالتنفيذ مرة واحدة، فالاتفاق على إنشاء منظمة لا يعتبر عقدا، لأنه لا يمثل تعارضا في المصالح، ولأن محل العقد هو وضع دائم مستمر، وليس وضعاً وقتياً يستنفد مرة واحدة.

أما العقد في الفقه الإسلامي فلا يعرف هذا التخصيص، فالزواج عقد، والإسلام عقد، والذمة عقد، مع أنها نظم دائمة، وقد لا تقوم على تحكيم المصلحة.

## الالتزام:

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

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

## العقد والإرادة المنفردة

قد تستقل الإرادة الواحدة بإنشاء التزام، كما قد تنشئ أحيانا عقدا من العقود في أحوال استثنائية، عملا بالنزعة الموضوعية للالتزام أو بالمذهب المادي الذي نلاحظه في الفقه الإسلامي.

والذي يعد الالتزام فيه علاقة مالية أكثر منه علاقة شخصية بين طرفين: دائن ومدين.

معناه التعهد بشيء يصبح به المتعهد مدينا لآخر غير موجود حين إنشاء الالتزام كالوعد بالمكافأة أو بالجائزة للمتفوقين من الناجحين، أو لمن يصنع دواء لعلاج مرض معين مثلا.

وأمثلة الالتزام بإرادة واحدة في الفقه الإسلامي كثيرة منها:

1. الجعالة: هي التزام جعل أو أجر معين لمن يقوم بعمل معين، بدون تحديد أمد

معين، وهي عقد جائز غير لازم كتقديم مكافأة لمن يرد متاعا ضائعا، أو يبني حائطا أو يحفر بئرا يصل إلى الماء، أو ينجح نجاحا متفوقا في امتحان، أو يحقق نصرا حربيا على العدو، أو يشفي مرضا معينا، أو يبتكر علاجا ناجعا، أو يخترع اختراعا صناعيا، أو يحفظ القرآن الكريم.

وقد أجازها جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، عملا بقصة يوسف مع إخوته: ﴿قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعَ الْمَلِكِ وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: 72].

ولم يجزها الحنفية لما فيها من الغرر والخطر أي الجهالة والاحتمال بالنسبة للملتزم وبالنسبة للقائم بالعمل الذي لا يدري ما يحتاجه من مجهود لإنجاز العمل.

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

3. **الإبراء:** إسقاط شخص ماله من حق لدى شخص آخر، كإسقاط الدائن دينه المستقر في ذمة مدينه. يتم بدون حاجة لقبول المدين.

4. **الوصية:** تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، سواء أكان المملك عينا أم منفعة، كالوصية بمبلغ من المال أو بمنفعة دار لفلان أو لجهة خير بعد وفاة الموصي، فهي عقد يتم بإرادة واحدة هي إرادة الموصي.

5. **اليمين:** عقد قوي به عزم الحالف على الفعل أو الترك، مثل والله لأكرمَنَّ جاري، أو لأعلمَنَّ هذا اليتيم على نفقتي، فيجب عليه ديانةً الوفاء بيمينه، فإن لم يوفَّ به، حنث في يمينه ولزمته كفارة اليمين.

6. الكفالة: عند غير الحنفية: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق أي في الدين، فيثبت الدين في ذمتها معا.

### المطلب الثاني: أركان العقد وصيغته.

أركان العقد عند جمهور الفقهاء هي: العاقدان، والمحل، والصيغة، فإذا تخلف واحد منها لم ينعقد العقد.

في حين ذهب فقهاء الحنفية إلى حصر أركان العقد في الصيغة أي الإيجاب والقبول لأن وجودهما يستلزم وجود غيرهما مما لا يتحقق العقد إلا به.

### صيغة العقد:

هي ما صدر من المتعاقدين دالا على توجه إرادتهما الباطنة لإنشاء العقد وإبرامه. وتعرف تلك الإرادة الباطنة بواسطة اللفظ أو القول أو ما يقوم مقامه من الفعل أو الإشارة أو الكتابة. وهذه الصيغة هي الإيجاب والقبول. وقد اتفقت الشرائع على أن مدار وجود العقد وتحققه هو صدور ما يدل على التراضي من كلا الجانبين بإنشاء التزام بينهما. وهذا هو ما يعرف بصيغة العقد عند فقهاءنا. ويسمى عند القانونيين (التعبير عن الإرادة).

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

1. اللفظ: هو الأداة الطبيعية الأصلية في التعبير عن الإرادة الخفية وهو الأكثر استعمالا في العقود بين الناس لسهولة وقوة دلالاته ووضوحه، فيلجأ إليه متى كان العاقد قادرا عليه، وبأي لغة يفهمها المتعاقدان. ولا يشترط فيه عبارة خاصة، وإنما يصح بكل ما يدل على الرضا المتبادل بحسب أعراف الناس وعاداتهم.

أما عقد الزواج فاختلف الفقهاء في شأن الألفاظ المستعملة فيه، نظرا لخطورته وقداسته.

2. الأفعال (المعاطاة): وهي التعاقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي دون تلفظ بإيجاب أو قبول.

مثل أن يأخذ المشتري المبيع، ويدفع للبائع الثمن، أو يدفع البائع المبيع، فيدفع له الآخر ثمنه من غير تكلم ولا إشارة، سواء أكان المبيع حقيرا أم نفيسا.

ففي البيع لو وجد الرجل سلعة مسعرة كتب عليها الثمن كساعة أو حلي، فناول الثمن للبائع وأخذ السلعة دون إيجاب وقبول لفظيين، انعقد البيع لدلالته على التراضي في عرف الناس. كذلك ينعقد لو اقتصر المشتري على دفع عربون؛ لأنه جزء من الثمن.

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

**الأول:** مذهب الحنفية والحنابلة: ينعقد العقد بالتعاطي فيما تعارفه الناس، سواء أكان الشيء يسيرا كالبيضة والرغيف والجريدة أم نفيسا كالدار والأرض والسيارة؛ لأن تعارف الناس دليل ظاهر على التراضي، سواء تمت المبادلة الفعلية من الجانبين، أو من جانب واحد ومن الآخر اللفظ على الأصح المفتى به، وسواء في ذلك البيع والإجارة والإعارة والهبة والرجعة.

وذلك بشرط أن يكون ثمن المعقود عليه معلوما تماما، وإلا فسد العقد، وألا يصرح العاقد مع التعاطي بعدم الرضا بالعقد.

**والثاني:** مذهب مالك وأصل مذهب أحمد: ينعقد العقد بالفعل أو بالتعاطي متى كان واضح الدلالة على الرضا، سواء تعارفه الناس أم لا، وهذا الرأي أوسع من سابقه وأيسر على الناس، فكل ما يدل على البيع أو الإجارة، أو الشركة أو الوكالة وسائر العقود الأخرى ما عدا الزواج ينعقد العقد به؛ لأن المعول عليه وجود ما يدل على إرادة المتعاقدين من إنشاء العقد وإبرامه والرضا به، وقد تعامل الناس به من عصر النبوة فما بعده. ولم ينقل عن النبي ﷺ وأصحابه الإقتصار على الإيجاب والقبول، ولا إنكار التعاطي، فكانت

القرينة كافية على الدلالة على الرضا.

**والثالث:** مذهب الشافعية والشيعة والظاهرية: لا تنعقد العقود بالأفعال أو بالمعاطاة لعدم قوة دلالتها على التعاقد؛ لأن الرضا أمر خفي، لا دليل عليه إلا باللفظ، وأما الفعل فقد يحتمل غير المراد من العقد، فلا يعقد به العقد، وإنما يشترط أن يقع العقد بالألفاظ الصريحة أو الكنائية، أو ما يقوم مقامها عند الحاجة كالإشارة المفهومة أو الكتابة.

ونظرا لما يشتمل عليه هذا المذهب من تشدد وشكلية محدودة ومجافاة لمبدأ المرونة والسماحة واليسر، فقد اختار جماعة من الشافعية منهم النووي والبعوي والمتولي، صحة انعقاد بيع المعاطاة في كل ما يعده الناس بيعا، لأنه لم يثبت اشتراط لفظ، فيرجع للعرف كسائر الألفاظ المطلقة.

وبعض الشافعية كابن سريج والرويانى خصصوا جواز بيع المعاطاة بالمحقرات: هي ما جرت كرتل خبز، أو رغيف، وحمزة بقل ونحوها.

عقد الزواج: وبغض النظر عن الاختلاف السابق في التعاقد بالمعاطاة، أجمع الفقهاء على أن الزواج لا ينعقد بالفعل، كإعطاء المهر مثلا، بل لا بد من القول للقادر عليه؛ لأن عقد الزواج خطير مقدس له آثار دائمة على المرأة، فكان لا بد من الاحتياط له.

3. **التعاقد بالإشارة:** إذا كان العاقد قادرا على النطق فلا ينعقد بإشارته، بل عليه أن يعبر عن إرادته بلسانه لفظا أو كتابة؛ لأن الإشارة وإن دلت على الإرادة لا تفيد اليقين المستفاد من اللفظ أو الكتابة، فلا بد من العبارة، وإلا لم ينشأ العقد عند الحنفية والشافعية.

وأجاز انعقاد العقد بالإشارة المتداولة عرفا، ولو كانت من الناطق، إذ لم يقيدوا بالخرس. وهذا يتفق مع مذهب المالكية والحنابلة. لذين يجيزون التعبير عن الإرادة من الناطق بالإشارة المفهومة، لأنها أولى في الدلالة من الفعل الذي ينعقد به العقد، كما تقدم

في المعاطاة.

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

وإن كان لا يحسن الكتابة، وله إشارة مفهومة، فتقوم مقام النطق باللسان باتفاق الفقهاء للضرورة، حتى لا يحرم من حق التعاقد.

#### 4. التعاقد بالكتابة:

يصح التعاقد بالكتابة بين طرفين، ناطقين أو عاجزين عن النطق، حاضرين في مجلس واحد، أو غائبين، وبأي لغة يفهما المتعاقدان، بشرط أن تكون الكتابة مستبينة.

وقيد الشافعية والحنابلة صحة التعاقد بالكتابة أو الرسالة فيما إذا كان العاقدان غائبين، أما في حال الحضور فلا حاجة إلى الكتابة؛ لأن العاقد قادر على النطق، فلا ينعقد العقد بغيره.

#### - حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة:

تمكن أبناء العالم المعاصر من إنجاز كثير من معاملاتهم وعقودهم المالية بواسطة آلات الاتصال الحديثة، كالهاتف والبرقية واللاسلكي والتلكس والفاكس ونحوها، وأصبح ضروريا معرفة كيفية إبرام تلك العقود من الناحية الشرعية، وهذا ما أبينه هنا بالاعتماد على ما كتبه فقهاؤنا وقرروه عند الكلام على صيغة العقد، وشروط الإيجاب والقبول، وشروط تحقيق معنى اتصال القبول بالإيجاب ليكون شطرا العقد في مجلس واحد.

#### الإيجاب والقبول:

واشترط الفقهاء لانعقاد العقد شروطا ثلاثة في الإيجاب والقبول هي:

1. **وضوح دلالة الإيجاب والقبول**، أي أن يكون كل من الإيجاب والقبول واضح الدلالة على مراد العاقدين، بأن تكون مادة اللفظ المستعمل لهما في كل عقد تدل لغة أو عرفاً على نوع العقد المقصود للعاقدين.

2. **تطابق القبول والإيجاب**: بأن يكون القبول موافقاً للإيجاب، بأن يرد على كل ما أوجبه الموجب وبما أوجبه، أي على كل محل العقد، ومقدار العوض في عقود المعاوضات، سواء أكانت الموافقة حقيقية.

كما لو قال البائع: بعتك الشيء بعشرة فيقول المشتري: اشتريته بعشرة.

أو ضمنية: كأن يقول البائع: بعتك الشيء بعشرة، فيقول المشتري: اشتريته بعشرين.

إن لم يتطابق القبول مع الإيجاب، وحدثت مخالفة بينهما، لا ينعقد العقد.

كأن خالف القابل في محل العقد، فقبل غيره، أو بعضه، مثل قول البائع: بعتك الأرض الفلانية بألف، فيقول المشتري: قبلت شراء الأرض المجاورة لها، أو قبلت شراء نصفها بنصف الثمن المنفق عليه، فلا ينعقد العقد لمخالفته محل العقد، أو لتفرق الصفقة على البائع، والمشتري لا يملك تفريقها أي تجزئتها.

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

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

4. **اتحاد المجلس**: يشترط لانعقاد العقد أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، فإن اختلف المجلس لا ينعقد العقد.

## المطلب الثالث: المعقود عليه

هو المعقود عليه الذي تقع عليه صيغة العقد، فبدونه تكون الصيغة لغوا لانعدام محلها. ويختلف المحل باختلاف العقود، فقد يكون عينا مالية، كالمبيع في عقد البيع، والموهوب في عقد الهبة، وكالمرهون في عقد الرهن، وقد يكون عملاً، كالأجير في الإجارة، والزرع في المزارعة، والوكيل في الوكالة، وقد يكون منفعة، كمنفعة المأجور في عقد الإجارة، ومنفعة المستعار في عقد العارية، وقد يكون غير ذلك كما في عقد النكاح والكفالة ونحوهما.

**يشترط في محل العقد عدة شروط، هي:**

1. أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد شرعاً: المراد بحكم العقد؛ الأثر المترتب على العقد، ويختلف بحسب طبيعة كل عقد، فأثر عقد البيع هو انتقال ملكية المبيع من البائع إلى المشتري، ويشترط فيه أن يكون المال متقوماً مملوكاً للبائع، فما لم يكن بمال بالمعنى الشرعي، وكذا ما لم يكن متقوماً، أي منتفعا به شرعاً كالميتة والخمر والخنزير، لا يصح بيعه.

وفي عقود المنفعة كعقد الإجارة والإعارة ونحوهما يشترط أن يكون محل العقد منفعة مقصودة مباحة، فال تجاوز الإجارة على المنافع المحرمة.

2. أن يكون المحل موجوداً عند إنشاء العقد: اتفق الفقهاء على اشتراط وجود المحل عند إنشاء العقد على الإجمال لحديث النبي ﷺ: (لا تبع ما ليس عندك).

ومنه فإن بيع المعدم وبيع الإنسان ما لا يملك وبيع الزروع والثمار قبل ظهورها يقع باطل، ولا يرتب أثره. واستثنوا من ذلك عقد السلم، وعقد الاستصناع لحاجة الناس إليها.

3. أن يكون مقدو على تسليمه: أي أن يكون المحل قابلاً للتسليم، وهو شرط متفق عليه في عقود المعاوضات، فإذا لم يكن العاقد قادراً على تسليم المحل المعقود عليه، وإن

كان موجودا ومملوكا للعائد، فلا يصح بيع الحيوان الشارد ولا إجارته ورهنه ونحوها، ولا يصح التعاقد بيعا أو إجارة على الطير في الهواء والسماك في البحر والصيد بعد فراره والمغصوب في يد الغاصب لعدم القدرة على التسليم.

4. أن يكون معلوماً: أي أن يكون معيناً ومعروفاً للعاقدين، ويحصل العلم بمحل العقد بكل ما يميزه عن الغير، من رؤيته أو رؤية بعضه عند العقد أو قبله بوقت لا يحتمل تغييره فيه، أو بوصفه وصفاً يكشف عنه تماماً وذلك ببيان جنسه ونوعه ومقداره، أو بالإشارة إليه إذا كان موجوداً. فلا يجوز بيع شاة من القطيع مثال، أو إجارة إحدى الدارين؛ لأن الجهالة في محل العقد تسبب الغرر وتقضي إلى النزاع.

### **المطلب الرابع: شروط العاقدين**

1. الأهلية: أن يكون العائد أهلاً للتصرف، وهو البالغ الرشيد فلا يصح من صغير غير مميز ومجنون.

2. الولاية: ولكي ينعقد العقد صحيحاً نافذاً تظهر آثاره شرعاً لا بد في العائد بجانب أهلية الأداء أن تكون له ولاية التصرف ليعقد العقد.

3. الرضا والاختيار: اتفق الفقهاء على أن الرضا أساس العقود، فعرفه جمهور الفقهاء: بأنه قصد الفعل دون أن يشوبه إكراه.

### **المطلب الخامس: شروط العقد.**

يقسم الفقهاء شروط العقد إلى شروط انعقاد وشروط صحة، وشروط نفاذ، وشروط لزوم.

#### **أولاً: شروط الانعقاد.**

وهي الشروط التي تجعل من العقد موجوداً ومنعقداً شرعاً، وبتخلفها يكون باطلاً، وهي نوعان: شروط عامة، وشروط خاصة.

1. **الشروط العامة:** هي التي يجب توافرها في كل عقد، وهي الشروط المرتبطة بأركان العقد، وقد سبق الحديث عنها.

2. **الشروط الخاصة:** وهي الشروط التي تقتضيها طبيعة بعض العقود دون غيرها، مثل اشتراط الشهود في عقد الزواج، فلا ينعقد الزواج إلا بتوفر هذا الشرط وإلا وقع باطلاً.

### ثانياً: شروط الصحة.

وهي ما يشترط شرعا لترتيب آثار العقد، فإن فقدت كان العقد فاسداً، أي مختلاً اختلالاً في ناحية فرعية متممة غير أساسية، مع كونه منعقداً موجوداً في حد ذاته.

وأغلب شرائط الصحة خاص بكل عقد على حدة. ففي البيع مثلاً يشترط فيه خلو العقد من أحد العيوب المفسدة له، وهي الجهالة والغرر والتوقيت والإكراه والضرر والشرط الفاسد.

### ثالثاً: شروط النفاذ.

يشترط لنفاذ العقد شرطان:

1. **الملك أو الولاية:** المراد بالملك هو حيازة الشيء متى كان الحائز له قادراً وحده على التصرف فيه عند عدم المانع الشرعي، أي أن المالك له حرية التصرف والاستقلال بمنافع الشيء إلا إذا وجد مانع كالجنون أو السفه أو الصغر.

2. ألا يكون في محل العقد حق لغير العاقد: فإن تعلق به حق الغير كان العقد موقوفاً غير نافذ.

فإن تعلق به حق الغير كان العقد موقوفاً غير نافذ، وتعلق حق الغير له ثلاثة أوجه:

أ- أن يكون حق غير متعلقٍ بعين المحل المعقود عليه، كبيع ملك الغير وتبرع

المريض مرض الموت بما يزيد عن ثلث أمواله، يكون موقوفا على إجازة الورثة.

ب- أن يكون متعلقا بمالية المحل المعقود عليه دون عينه، كتصرف المدين غير المحجور عليه بما يضر حقوق الدائنين، تتعلق حقوقهم بمالية أموال المدين لاستيفاء ديونهم، وليست حقوقهم متعلقة بأعيان أمواله، فلو أتى المدين بمال آخر يفهم به حقوقهم نفذت تصرفاته الموقوفة على إجازتهم.

ت- أن يكون متعلقا بصلاحيية التصرف نفسه، لا بمحله المعقود عليه، كتصرف ناقص الأهلية المحجور عليه إما حجرا شرعيا بسبب الصغر كالمميز، أو حجرا قضائيا بسبب السفه أو الدين المستغرق.

#### رابعًا: شروط اللزوم.

الأصل في العقود اللزوم، ويشترط للزوم العقد خلوه من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد العاقدين فسخ العقد، فإن وجد في العقد خيار الشرط أو العيب أو الرؤية منع لزوم العقد في حق من له الخيار، فكان له أن يفسخ العقد أو أن يقبله، ويسمى العقد المشتمل على الخيار عقد غير لازم.

#### المطلب السادس: أقسام العقود.

أولًا: أنواع العقود باعتبار تسميتها.

##### 1. العقود المسماة:

هي ما وضع الشارع لها أسماء خاصة بها، وبين أحكامها المترتبة عليها، كالبيع والإجازة والشركة والهبة، والكفالة والحوالة والوكالة والرهن، والقرض والصلح، والزواج والوصية، ونحو ذلك.

## 2. العقود غير المسماة.

هي ما لم يضع الشارع له أسماء خاصة خاصة، ولم يرتب التشريع أحكاماً خاصة بها، وإنما استحدثها الناس نظراً للحاجة إليها. وهي عقود كثيرة لا تنحصر، لأنها تنشأ بحسب تجدد حاجات الناس وتطور المجتمعات وتشابك المصالح، مثل عقد الاستصناع، وأنواع المقاولات، وأنواع الشركات التي تمنح امتيازات للتقريب عن النفط والمعادن، وعقود النشر والإعلان في الصحف والمجلات والإذاعات والقنوات الفضائية، ونحوها.

### ثانياً: أنواع العقود باعتبار الوصف الشرعي لها.

1. **العقد الصحيح:** هو الذي استكمل أركانه الأساسية، وشروطه الشرعية، فيصبح سبباً صالحاً لترتب حكمه وآثاره عليه، ويعرفه الحنفية بقولهم: هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه، وحكم العقد الصحيح، ثبوت أثره في الحال ما لم يكن في البيع خيار، فالبيع الصادر من كامل الأهلية على مال متقوم شرعاً، ولغاية مشروعة لفائدة مشتري كامل الأهلية، يترتب عليه ثبوت ملك المبيع والتمن للمشتري والبائع فور انتهاء الإيجاب والقبول.

### 2. العقد غير الصحيح:

هو ما اختلف فيه أحد أركانه أو شرط من شروطه. وحكمه أنه لا يترتب عليه أثر كبيع الميتة والدم والخنزير والخمر، وكبيع فاقد الأهلية، ويشمل العقد غير الصحيح.

الباطل والفاقد خلافاً للحنفية.

وأما الحنفية فيقسمون العقد غير الصحيح إلى باطل وفساد، وينحصر هذا التقسيم في العقود الناقلة للملكية، والعقود التي توجب التزامات متقابلة من العاقدين، كالبيع والإجارة والهبة والقرض والحوالة والشركة، ونحوها. أما العقود ير المالية؛ كالوكالة والوصاية والزواج على الأصح والعقود المالية التي ليس فيها التزامات متقابلة كالإعارة والإيداع، والتصرفات المنفردة كالطلاق والوقف والكفالة والإقرار ونحوها، فهذه لا فرق فيها بين الفاسد والباطل.

ثالثاً: أنواع العقود باعتبار اللزوم وعدمه.

### 1. العقد اللازم:

هو ما ليس لأحد عاقيه فسخه دون رضا الآخر؛ كالبيع والإجارة. والأصل في العقود اللزوم؛ لأن الوفاء بالعقود واجب شرعاً قال ﷺ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1].

### 2. العقد غير اللازم.

يسميه بعض الفقهاء العقد الجائز، هو ما يملك كل من طرفيه أو أحدهما فقط فسخه دون رضا الطرف الآخر، إما عملاً بطبيعة العقد نفسه كالوكالة والإعارة والإيداع، أو لمصلحة العاقد كالعقد المشتمل على الخيار.

### رابعاً: أنواع العقود باعتبار غاية العقد وأغراضه.

1. التمليكات: وهي ما يقصد بها تمليك شيء، عين أو منفعة، فإن كان التمليك بعوض فهي عقود المعاوضات كالبيع والإجارة، والصرف والصلح، والقسمة، والاستصناع، والمزارعة والمساقاة، والزواج، ونحوها مما فيه معاوضة ومبادلة بين طرفين.

وإن كان التمليك مجاناً بغير عوض فهي عقود التبرعات، كالهبة والصدقة والوقف والإعارة وحالة الدين.

وقد يكون التبرع في ابتداء العقد كالقرض والكفالة بأمر المدين، والهبة بشرط العوض، ثم يلزم الطرف الآخر بدفع البذل، فهي تبرع ابتداءً، معاوضةً انتهاءً.

2. الإسقاطات: وهي ما يقصد بها إسقاط حق من الحقوق، سواء ببذل، أم بدون بدل.

فإن كان الإسقاط بدون بدل من الطرف الآخر فهو الإسقاط المحض، كالطلاق

المجرد عن المال، والعفو عن القصاص، والإبراء عن الدين، والتنازل عن حق الشفعة وإن كان الإسقاط ببديل أو عوض من الطرف الآخر، فهو إسقاط المعاوضة، كالطلاق على مال، والعفو عن القصاص بالدية.

3. **الإطلاقات:** هي إطلاق الشخص يد غيره في العمل، كالوكالة وتولية الولاية والقضاء، والإذن للمحجور عليه بالتصرف أو للصغير المميز بالتجارة.

4. **التقييدات:** وهي منع الشخص من التصرف، كعزل الولاية والقضاء، ونظار الوقف، والأوصياء، والقوام على المحجور عليهم، والوكلاء، وحجر الشخص عن التصرف بسبب الجنون أو العته أو السفه أو الصغر.

5. **التوثيقات:** (التأمينات، عقود الضمان) هي التي يقصد بها ضمان الديون لأصحابها وتأمين الدائن على دينه، وهي الكفالة والحوالة والرهن.

6. **الاشتراك:** وهي التي يقصد بها المشاركة في العمل والربح، كعقود الشركات بأنواعها.

7. **الحفظ:** وهي التي يراد منها حفظ المال لصاحبه، كعقد الإيداع، وبعض خصائص الوكالة.

### خامسًا: أنواع العقود باعتبار العينية وعدمها.

1. **العقد العيني:** هو الذي لا بد فيه لتمام انعقاده وترتيب أثره من تسليم الشيء المعقود عليه عينا.

وهي خمسة عقود: هي الهبة والإعارة والإيداع والرهن والقرض.

فهذه العقود لا بد لتمامها وترتيب أثرها عليها من قبض المعقود عليه؛ لأن هذه العقود ما عدا الرهن من التبرعات، والتبرع إحسان، فلا بد له من شيء يؤكد، وهو القبض.

2. **العقد غير العيني:** هو الذي يتم بمجرد الصيغة السلمية من العيوب ويترتب عليه أثره بدون حاجة إلى القبض. وهذا يشمل جميع العقود ما عدا العقود الخمسة السابقة.

### **المطلب السابع: الخيارات.**

الخيارات؛ جمع خيار، وهو أن يكون للمتعاقد الحق في إمضاء العقد أو فسخه، إن كان الخيار خيار شرط أو رؤية أو عيب، أو أن يختار أحد المبيعين إن كان خيار تعيين.

ومصدر الخيار إما اتفاق العاقدين كخيار الشرط وخيار التعيين، وإما حكم الشرع، كخيار العيب وخيار الرؤية، وقد يعتبر خيار العيب ثابتا باشتراط المتعاقد ضمنا لا صراحة.

ونظرا لكثرة الخيارات التي تحد عنها الفقهاء سنقتصر على أهمها:

### **1. خيار المجلس:**

وهو أن يكون لكل من العاقدين حق فسخ العقد ما دام في مجلس العقد، لم يتفرقا بأبدانهما، أو يخير أحدهما الآخر فيختار لزوم العقد.

ومعنى هذا أن العقد لا يلزم إلا بإنهاء مجلس العقد بالتفرق أو بالتخير. وليس ذلك في كل العقود وإنما في العقود اللازمة من الجانبين فقط القابلة للفسخ وهي عقود المعاوضات المالية كالبيع بأنواعه وصلاح المعاوضة والإجارة؛ لأن الدليل المثبت له وهو الحديث ورد في البيع، فيقاس عليه ما في معناه من عقود المعاوضات.

واستدلوا على ذلك بحديث: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا».

وقد أثبت خيار المجلس فقهاء الشافعية والحنابلة، في حين منعه الحنفية والمالكية، وحملوا التفرق الوارد في الحديث على التفرق في الأقوال لا التفرق في الأبدان.

## 2. خيار الشرط.

هو أن يكون لأحد المتعاقدين أو كليهما أو لغيرهما الحق في فسخ العقد أو إمضائه خلال مدة معلومة؛ كأن يقول المشتري للبائع: اشتريت منك هذا الشيء على أنني بالخيار مدة يوم أو ثلاثة أيام وخيار الشرط ثابت عند جميع الفقهاء، لحديث: «إذا بايعت فقل لا خلافة، ولي الخيار ثلاثة أيام».

## 3. خيار العيب.

هو أن يكون لأحد العاقدين الحق في فسخ العقد أو إمضائه إذا وجد عيب في أحد البديلين، ولم يكن صاحبه عالما به وقت العقد.

فسبب هذا الخيار: هو ظهور عيب في المعقود عليه أو في بدله ينقص قيمته أو يخل بالغرض المقصود منه، ولم يكن صاحبه مطلعاً على العيب عند التعاقد، فسمي خيار العيب.

وثبت هذا الخيار مشروط دلالة أو ضمناً؛ لأن سلامة المعقود عليه أو بدله مطلوبة للعاقدين، وإن لم يشترطها صراحة. فإذا لم تتوافر السلامة اختل رضا العاقدين بالعقد، والرضا أساس العقود، فشرع له الخيار لتدارك الخلل الحادث.

## 4. خيار الرؤية.

هو أن يكون للمشتري الحق في إمضاء العقد أو فسخه عند رؤية المعقود عليه، إذا لم يكن رآه عند إنشاء العقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه عادة.

وسبب هذا الخيار: عدم رؤية محل العقد حين التعاقد أو قبله، فإذا كان قد رآه سقط خياره.

وثبت هذا الخيار عند القائلين به بحكم الشرع من غير حاجة لاشتراطه في العقد،

بخلاف خيار الشرط والتعيين، فإنهما مشروطان في العقد.

ويثبت كخيار العيب في العقود اللازمة التي تحتمل الفسخ كبيع الشيء المعين بالذات، والإجارة، وقسمة الأموال القيمة كالأراضي والدواب، والصلح على عين بعوض معين. أما بيع الشيء المعين بالوصف كما في عقد السلم فلا يثبت فيه خيار الرؤية.

أجاز جمهور الفقهاء خيار الرؤية في بيع العين الغائبة أو غير المرئية، وقال الشافعي في المذهب الجديد: لا ينعقد بيع الغائب أصلاً، سواء أكان بالصفة، أم بغير الصفة، ولا يثبت خيار الرؤية؛ لأن في العقد غرراً وجهالة قد تفضي إلى النزاع بين العاقدين، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر.

## 5. خيار التعيين.

هو أن يكون للعاقِد حق تعيين أحد الأشياء الثلاثة المختلفة في الثمن والصفة التي ذكرت في العقد. فإذا عين الواحد صار محل العقد معلوماً بعد أن كان مجهولاً بعض الجهالة.

وهو لا يثبت إلا في عقود المعاوضات المالية التي تفيد نقل ملكية الأعيان كالبيع، والهبة بعوض، والقسمة ونحوها.

ولا يثبت هذا الخيار إلا للمشتري فقط، على الرأي الراجح عند الحنفية.

وقد اختلف الفقهاء في مشروعيته، فمنعه الشافعي وأحمد وزفر من الحنفية لجهالة المبيع، والمبيع يشترط أن يكون معلوماً.

وأجازه أبو حنيفة وصاحبه استحساناً لحاجة الناس إليه، إذ قد يكون الشخص غير خبير بأحوال المشتريات، فيحتاج إلى استشارة غيره ليأخذ الأرفق والأوفق له. وقد يحتاج الشخص إلى توكيل غيره بالشراء ويرغب في رؤية الشيء المشتري، ولا يوافق التاجر على

إخراج البضاعة من محله إلا بشراء واحد من اثنين أو ثلاثة، وهذا معنى معقول وواقعي، محقق لمصلحة التاجر لكي تصبح البضاعة المقبوضة مضمونة لا مجرد أمانة، ونافع للمشتري لتحقيق رغبته وميوله، وليس في جهالة المبيع خطورة، لأنها لا تقضي إلى النزاع، لتعيين ثمن كل صنف على حدة.

## 6. خيار النقد.

هو أن يتبايع اثنان على أنه إذا لم ينقد المشتري الثمن في مدة معينة، فلا بيع بينهما، فإذا نقد المشتري الثمن في المدة المحددة تم البيع، وإذا لم ينقده فيها كان البيع فاسداً.

وقد أجاز أبو حنيفة وصاحبه خلافاً لزفر هذا الخيار استحساناً لحاجة الناس إليه، ولأنه في الحقيقة نوع من خيار الشرط. ويؤيده أن ابن عمر أجازوه.

ويصح أن يكون خيار النقد للبائع أيضاً، كما لو تبايع اثنان، وقبل البائع الثمن، وقال: إذا رددت الثمن في مدة ثلاثة أيام، فالبيع بيننا، فإن رده فسد البيع، وإن لم يرده تم العقد.

## المطلب الثامن: انتهاء العقد.

ينتهي العقد إما بالفسخ، أو بالموت، أو بعدم الإجازة في العقد الموقوف، وانتهاء العقد بالفسخ له حالات. وأما الموت فقد تنتهي به بعض العقود.

### أولاً: انتهاء العقد بالفسخ.

فسخ العقد: قد يكون برفعه من أصله كما في حالة الخيارات وهو الإلغاء، وقد يكون بوضع نهاية له بالنسبة للمستقبل كما في الإعارة والإجازة، وهو الفسخ بالمعنى الشائع.

والفسخ في العقود غير اللازمة واضح، تقرره طبيعة العقد ذاته، سواء في العقود غير اللازمة من الجانبين كالإيداع والإعارة والشركة والوكالة، فلكل من الطرفين الفسخ متى أراد، ما لم يتعلق بالوكالة حق الغير، كما بان في بحث الوكالة، أم في العقود اللازمة من جانب، وغير اللازمة من الجانب الآخر، كالرهن والكفالة، فللمرتهن فسخ الرهن دون رضا الراهن. وللمكفول له وهو الدائن فسخ الكفالة دون رضا المدين.

وأما الفسخ في العقود اللازمة فله حالات وهي:

### 1. الفسخ بسبب فساد العقد:

إذا وقع العقد فاسدا 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.

### 2. 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.

### 3. الإقالة.

الإقالة هي فسخ العقد بتراضي الطرفين، إذا ندم أحدهما وأراد الرجوع عن العقد.

هي مندوبة لقوله ﷺ: «من أقال نادما بيعته أقال الله عشرته يوم القيامة».

#### 4. لعدم التنفيذ.

يجوز الفسخ لعدم تنفيذ الطرف الآخر التزامه في حالة خيار النقد، كما تقدم. ويجوز الفسخ بسبب استحالة التنفيذ لآفة سماوية.

#### 5. لانتهاء مدة العقد أو تحقيق غرضه.

ينفسخ العقد من نفسه وينتهي بانتهاء مدته أو بتحقيق الغرض المقصود من العقد، وذلك كانهاء مدة عقد الإيجار المعينة، وسداد الدين في عقدي الرهن والكفالة، وتنفيذ الوكيل المهمة الموكل بها.

#### ثانيا: انتهاء العقد بسبب عدم إجازة الموقوف.

ينتهي العقد الموقوف إذا لم يجزه صاحب الشأن، كما بان في بحث عقد الفضولي ولا تصح الإجازة كما عرفنا إذا مات الفضولي أو من تعاقد معه، فينتهي العقد حينئذ قبل الإجازة. وللفضولي نفسه فسخ العقد قبل الإجازة دفعا للعهدة عن نفسه.

#### ثالثا: انتهاء العقد بالموت.

تنتهي طائفة من العقود بموت أحد العاقدين منها:

1. الإجازة: تنتهي الإجازة عند الحنفية موت أحد العاقدين، بالرغم من أنها عقد لازم من الطرفين، أي أن العقد ينفسخ من نفسه بالموت.

وقال غير الحنفية: لا تنتهي الإجازة أو لا تنفسخ بموت أحد العاقدين. وسبب الخلاف راجع لتصور كيفية انعقاد الإجازة.

ف عند الحنفية: تتعد الإجازة في المنافع بحسب حدوثها شيئا فشيئا، أي أن المستأجر يمتلك المنفعة تدريجيا مع مضي المدة، فما يحدث من منفعة بعد موت المالك لا يكون

مملوكا له، فلا يصح بقاء العقد عليه.

وعند غير الحنفية: تعتبر المنفعة كأنها موجودة حال العقد، ويتملك المستأجر المنافع بالعقد دفعة واحدة ملكا لازما، فيورث عنه، كما يورث الشيء المبيع، فتكون الإجارة كالبيع لا يبطل بموت أحد العاقدين.

**2. الشركة والوكالة:** هما من العقود غير اللازمة من الجانبين. وينتهيان بالموت، فالشركة تنسخ بموت أحد الشريكين، سواء علم الآخر بالموت أم لم يعلم، كذلك الوكالة تنسخ بموت الوكيل أو الموكل، سواء علم الطرف الآخر بموت صاحبه أم لم يعلم.

## المبحث السابع: في نظرية الحسبة<sup>(1)</sup>.

### المطلب الأول: تعريف الحسبة لغة واصطلاحاً.

للحسبة في اللغة عدة معانٍ وهي: العد والحساب طلب الأجر والثواب من الله والاكْتفاء به، حسن التدبير في الأمور والنظر في مآلاتها، الإنكار، الاختبار والسبر.

وفي الاصطلاح: فعرفها ابن خلدون بأنها: وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر<sup>(2)</sup>.

ومن تعريفات الحسبة هي: "فاعلية المجتمع المسلم في القيام بأعمال البر والخير وتغيير المنكر، وفق السياسة الشرعية، حماية لمقاصد الشريعة الإسلامية"<sup>(3)</sup>.

وخلاصة القول في الحسبة أنها تمثل الرقابة التطبيقية العامة على قيم المجتمع الإسلامي، باعتبارها وظيفة دينية خلقية وقاعدتها وأصلها هو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، كما قال ابن القيم: وهي صفة وصف الله بها هذه الأمة، وفضلها من أجل ذلك على سائر الأمم<sup>(4)</sup>. فقال الله ﷻ: ﴿كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَوْ آمَنَ أَهْلُ الْكِتَابِ لَكَانَ خَيْرًا لَهُمْ مِنْهُمُ الْمُؤْمِنُونَ وَأَكْثَرُهُمُ الْفَاسِقُونَ﴾. وهذا الأمر الإلهي الخاص بالأمة الإسلامية يدخل فيه جميع ما أمر الله به وكل أنواع البر وهو من الاحتساب، والمنكر تدخل فيه كل المعاصي المخالفة لقواعد الشريعة ونظامها ومن هنا يأتي التداخل بين مفهوم الحسبة وفريضة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فما هي طبيعة هذا التداخل؟ لبيان ذلك يمكن عقد مقارنة بينهما.

(1) هذا المبحث مقتبس من كتابي الإحياء في ثوبه الجديد.

(2) المقدمة لابن خلدون، ص: 249.

(3) إحياء وتطوير مؤسسة الحسبة: د. محمد عثمان شبير، ص: 135.

(4) انظر: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص: 232.

## المطلب الثاني: أهمية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر هو القطب الأعظم في الدين، وهو المهم الذي ابتعث الله له النبيين أجمعين، ولو طوى بساطه وأهمل علمه وعمله لتعطلت النبوة واطمحت الديانة، وعمت الفترة وفشت الضلالة وشاعت الجهالة واستشرى الفساد، واتسع الخرق وخربت البلاد وهلك العباد ولم يشعروا بالهلاك إلا يوم التتاد.

وقد دل على وجوبه القرآن والسنة وإجماع الأمة وإشارات العقول السليمة.

أما الآيات: فمنها قوله ﷺ: ﴿ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون﴾ [آل عمران: 104] ففي الآية بيان الإيجاب، فإن قوله ﷺ: ﴿ولتكن﴾ أمرٌ وظاهر الأمر الإيجاب، وفيها بيان أن الفلاح منوطٌ به إذ حصر، وقال: ﴿وأولئك هم المفلحون﴾، وفيها بيان أنه فرض كفاية لا فرض عين وأنه إذا قام به أمة سقط الفرض عن الآخرين، إذ لم يقل: كونوا كلكم أمرين بالمعروف بل قال: ﴿ولتكن منكم أمة﴾، فإذا مهما قام به واحدٌ أو جماعةٌ سقط الحرج عن الآخرين واختص الفلاح بالقائمين به المباشرين، وإن تقاعد عنه الخلق أجمعون عم الحرج كافة القادرين عليه لا محالة.

وقال ﷺ: ﴿ليسوا سواء من أهل الكتاب أمة قائمة يتلون آيات الله آناء الليل وهم يسجدون، يؤمنون بالله واليوم الآخر ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ويسارعون في الخيرات وأولئك من الصالحين﴾ [آل عمران: 113].

فلم يشهد لهم بالصلاح بمجرد الإيمان بالله واليوم الآخر حتى أضاف إليه الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

وقال ﷺ: ﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ويقيمون الصلاة﴾ [التوبة: 71].

فقد نعت المؤمنين بأنهم يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر فالذي هجر الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر خارج عن هؤلاء المؤمنين المنعوتين في هذه الآية.

وقال ﷺ: ﴿لعن الذين كفروا من بني إسرائيل على لسان داود وعيسى ابن مريم ذلك بما عصوا وكانوا يعتدون كانوا لا يتناهون عن منكر فعلوه لبئس ما كانوا يفعلون﴾ [المائدة 78].

وهذا غاية التشديد إذ علل استحقاقهم للعنة بتركهم النهي عن المنكر.

وقال ﷺ: ﴿كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر﴾ [آل عمران: 104].

وهذا يدل على فضيلة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إذ بين أنهم كانوا به خير أمة أخرجت للناس.

وقال ﷺ: ﴿فلما نسوا ما ذكروا به أنجينا الذين ينهون عن السوء وأخذنا الذين ظلموا بعذاب بئيس بما كانوا يفسقون﴾ [الأعراف: 165].

فبين أنهم استفادوا النجاة بالنهي عن السوء ويدل ذلك على الوجوب أيضا.

وأما الأخبار والآثار: فمنها ما روي عن أبي بكر الصديق ؓ أنه قال في خطبة خطبها: "أيها الناس إنكم تقرؤون هذه الآية وتقولونها على خلاف تأويلها، ﴿يا أيها الذين آمنوا عليكم أنفسكم لا يضركم من ضل إذا اهتديتم﴾ [المائدة: 105] وإن رسول الله ﷺ يقول: «ما من قوم عملوا بالمعاصي وفيهم من يقدر أن ينكر عليهم فلم يفعل إلا يوشك أن يعمهم الله بعذابٍ من عنده»<sup>(1)</sup>.

وعن أبي ثعلبة الخشني أنه سأل رسول الله ﷺ عن تفسير قوله ﷺ: ﴿لا يضركم

(1) أخرجه أصحاب السنن.

من ضل إذا اهتديتم»، فقال: «يا أبا ثعلبة مر بالمعروف وانه عن المنكر، فإذا رأيت شحا مطاعا، وهوى متبعا، ودنيا مؤثرة، وإعجاب كل ذي رأي برأيه فعليك بنفسك ودع عنك العوام، إن من ورائكم فتنا كقطع الليل المظلم للمتمسك فيها بمثل الذي أنتم عليه أجر خمسين منكم، قيل: بل منهم يا رسول الله، قال: لا بل منكم لأنكم تجدون على الخير أعوانا ولا يجدون عليه أعوانا»<sup>(1)</sup>.

وقال رسول الله ﷺ: «لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر أو ليسلطن الله عليكم شراركم ثم يدعوا خياركم فلا يستجاب لهم»<sup>(2)</sup>، معناه تسقط مهابتهم من أعين الأشرار فلا يخافونهم.

وقال ابن مسعود رضي الله عنه: قال رسول الله ﷺ: «ما بعث الله ﷺ نبيا إلا وله حواري فيمكث النبي بين أظهرهم ما شاء الله ﷻ، يعمل فيهم بكتاب الله وبأمره، حتى إذا قبض الله نبيه مكث الحواريون يعملون بكتاب الله وبأمره وبسنة نبيه، فإذا انقضوا كان من بعدهم قومٌ يركبون رؤوس المناير يقولون ما يعرفون ويعملون ما ينكرون، فإذا رأيت ذلك فحق على كل مؤمن جهادهم بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه وليس وراء ذلك إسلام»<sup>(3)</sup>.

وقال رضي الله عنه: «سيد الشهداء حمزة بن عبد المطلب ورجل قام إلى إمام جائر فأمره ونهاه فقتله»<sup>(4)</sup>.

وقال أبو الدرداء رضي الله عنه: «لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر أو ليسلطن الله عليكم

(1) أخرجه أبو داود والترمذي وحسنه وابن ماجه.

(2) أخرجه الترمذي من حديث حذيفة وقال: هذا حديث حسن.

(3) روى مسلم نحوه.

(4) أخرجه الحاكم في المستدرک وصح إسناده من حديث جابر.

سلطانا ظالما لا يجلب كبيركم، ولا يرحم صغيركم، ويدعوا عليه خياركم فلا يستجاب لهم، وتستصرون فلا تنصرون، وتستغفرون فلا يغفر لكم".

وقال علي بن أبي طالب عليه السلام: "أول ما تغلبون عليه من الجهاد، الجهاد بأيديكم ثم الجهاد بألسنتكم ثم الجهاد بقلوبكم، فإذا لم يعرف القلب المعروف، ولم ينكر المنكر نكس فجعل أعلاه أسفله".

### المطلب الثالث: أركان الحسبة

الحسبة التي هي عبارة شاملة للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أربعة:

المحتسب، والمحتسب عليه، والمحتسب فيه، ونفس الاحتساب، فهذه أربعة أركان ولكل واحد منها شروطه.

#### الركن الأول: شروط المحتسب.

**أولا - التكليف:** غير المكلف لا يجب عليه، ويجوز له ذلك مادام عاقلا، فالصبي المراهق للبلوغ المميز وإن لم يكن مكلفا فله إنكار المنكر وإذا فعل ذلك نال به ثوابا، ولم يكن لأحد منعه من حيث إنه ليس بمكلف فإن هذه قريبة وهو من أهلها كالصلاة والإمامة وسائر القربات.

**ثانيا - الإيمان:** لأن هذا نصره للدين فكيف يكون من أهله من هو جاحد لأصل الدين وعدو له.

**ثالثا - العدالة:** فقد اعتبرها قوم وقالوا: ليس للفاسق أن يحتسب، وربما استدلوا فيه بالانكير الوارد على من يأمر بما لا يفعله مثل قوله عليه السلام: ﴿أَتَأْمُرُونَ النَّاسَ بِالْبِرِّ وَتَنْسَوْنَ أَنْفُسَكُمْ﴾ وقوله عليه السلام: ﴿كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾، وربما استدلوا من طريق القياس بأن هداية الغير فرع للاهتمام، والإصلاح زكاة عن نصاب الصلاح، فمن ليس بصالح في نفسه فكيف يصلح غيره، ومتى يستقيم الظل والعود أعوج؟

والحق أن للفاسق أن يحتسب قال سعيد بن جبير: إن لم يأمر بالمعروف ولم ينه عن المنكر إلا من لا يكون فيه شيء لم يأمر أحد بشيء فأعجب مالكا ذلك من سعيد بن جبير.

ولكن نقول: من علم أن قوله لا يقبل في الحسبة لعلم الناس بفسقه فليس عليه الحسبة بالوعظ إذ لا فائدة في وعظه، أما الحسبة القهرية فلا يشترط فيها ذلك فلا حرج على الفاسق في إراقة الخمر وكسر الملاهي وغيرها إذا قدر.

وأما الآيات التي استدلوا بها فهو إنكارٌ عليهم من حيث تركهم المعروف، لا من حيث أمرهم.

**رابعا - الإذن من جهة الإمام والوالي:** فقد شرط قومٌ هذا الشرط ولم يثبتوا للأحاد من الرعية الحسبة، وهذا الاشتراط فاسدٌ فإن الآيات والأخبار التي أوردناها تدل على أن كل من رأى منكرا فسكت عليه عصى إذ يجب نهيه أينما رآه وكيفما رآه على العموم، فالتخصيص بشرط التفويض من الإمام تحكم لا أصل له.

**خامسا - القدرة،** ولا يخفى أن العاجز ليس عليه حسبة إلا بقلبه، إذ كل من أحب الله يكره معاصيه وينكرها.

وقال ابن مسعود رضي الله عنه: "جاهدوا الكفار بأيديكم، فإن لم تستطيعوا إلا أن تكفروا في وجوههم فافعلوا".

واعلم أنه لا يقف سقوط الوجوب على العجز الحسي، بل يلتحق به ما يخاف عليه مكروها يناله ولذلك أربعة أحوال:

**أحدها:** أن يعلم أنه لا ينفع كلامه، ويضرب إن تكلم، فلا تجب عليه الحسبة بل ربما تحرم في بعض المواضع.

**الحالة الثانية:** أن يعلم أن المنكر يزول بقوله وفعله، ولا يقدر له على مكروه فيجب عليه الإنكار.

**الحالة الثالثة:** أن يعلم أنه لا يفيد إنكاره لكنه لا يخاف مكروها، فلا تجب عليه الحسبة لعدم فائدتها ولكن تستحب لإظهار شعائر الإسلام، وتذكير الناس بأمر الدين.

**الحالة الرابعة:** أن يعلم أنه يصاب بمكروه ولكن يبطل المنكر بفعله، كما يقدر على أن يرمي زجاجة الفاسق بحجر فيكسرها، ويريق الخمر ولكن يعلم أنه يرجع إليه فيضرب رأسه فهذا ليس بواجبٍ وليس بحرامٍ بل هو مستحبٌ، ويدل عليه الخبر الذي أوردناه في فضل كلمة حق عند إمام جائر.

**هل يجوز أن يعرض المحتسب نفسه للهلاك من أجل تغيير المنكر، وما معنى قوله ﷺ: ﴿وَلَا تَلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾؟**

لا خلاف في أن المسلم الواحد له أن يهجم على صف الكفار ويقاثل وإن علم أنه يقتل، وهذا ربما يظن أنه مخالف لموجب الآية وليس كذلك، فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما: "ليس التهلكة ذلك بل ترك النفقة في طاعة الله ﷻ، أي من لم يفعل ذلك فقد أهلك نفسه".

وإذا جاز أن يقاثل الكفار حتى يقتل جاز أيضا له ذلك في الحسبة، ولكن لو علم أنه لا نكاية لهجومه على الكفار كالأعمى يطرح نفسه على الصف أو العاجز فذلك حرامٌ، وداخل تحت عموم آية التهلكة، وإنما جاز له الإقدام إذا علم أنه يقاثل إلى أن يقتل أو علم أنه يكسر قلوب الكفار بمشاهدتهم جراته واعتقادهم في سائر المسلمين قلة المبالاة وحبهم للشهادة في سبيل الله فتتكسر بذلك شوكتهم.

فكذلك يجوز للمحتسب بل يستحب له أن يعرض نفسه للضرب وللقتل إذا كان لحسبته تأثير في رفع المنكر، أو في كسر جاه الفاسق، أو في تقوية قلوب أهل الدين.

وأما إن رأى فاسقا متغلبا وعنده سيف وبيده قدح وعلم أنه لو أنكر عليه لشرب

القدح وضرب رقبتة فهذا مما لا أرى للحسبة فيه وجها وهو عين الهلاك، فإن المطلوب أن يؤثر في الدين أثرا ويفديه بنفسه، فأما تعريض النفس للهلاك من غير أثر فلا وجه له بل ينبغي أن يكون حراما، وإنما يستحب له الإنكار إذا قدر على إبطال المنكر، أو ظهر لفعله فائدة وذلك بشرط أن يقتصر المكروه عليه.

ما حد المكروه الواقع على المحتسب الذي يسقط وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر عليه؟

المكروه يكون في فوات الصحة والسلامة أو الثروة أو الجاه.

وأما الصحة والسلامة ففواتهما بالضرب، فكل من علم أنه يضرب ضربا مؤلما يتأذى به في الحسبة لم تلزمه الحسبة، وإن كان يستحب له، وإذا فهم هذا في الإيلام بالضرب فهو في الجرح والقطع والقتل أظهر.

وأما الثروة فهو بأن يعلم أنه تنهب داره ويخرب بيته وتسلب ثيابه فهذا أيضا يسقط عنه الوجوب، ويبقى الاستحباب، إذ لا بأس بأن يفدي دينه بدنياه.

وأما الجاه ففواته بأن يضرب ضربا غير مؤلم على ملامن الناس، أو يسود وجهه ويظاف به وكل ذلك من غير ضرب مؤلم للبدن، وهو فادح في الجاه ومؤلم للقلب.

والصواب أن ما يسقط المروءة كالطواف به في البلد حاسرا حافيا فهذا يرخص له في السكوت، لأن المروءة مأمورٌ بحفظها في الشرع، وهذا مؤلمٌ للقلب ألما يزيد على ألم ضربات متعددة، وعلى فوات دريهمات قليلة، وأما لو خاف أن يتعرض له باللسان إما في حضرته بالتجهيل والتحميق والنسبة إلى الرياء والبهتان، وإما في غيبته بأنواع الغيبة فهذا لا يسقط الوجوب، إذ ليس فيه إلا زوال فضلات الجاه التي ليس إليها كبير حاجة.

هل يجوز أن يعرض المحتسب غيره للهلاك من أجل تغيير المنكر؟

إن علم المحتسب أنه يضرب معه غيره من أصحابه أو أقاربه أو رفقاءه فلا تجوز له الحسبة بل تحرم، لأنه عجز عن دفع المنكر إلا بأن يفضي ذلك إلى منكرٍ آخر.

وللمحتسب الامتناع عن الحسبة لخوف شيء من هذه المكاره في حق أولاده وأقاربه، لأن له أن يسامح في حقوق نفسه، وليس له المسامحة في حق غيره، فإذا ينبغي أن يمتنع عن الحسبة فإنه إن كان ما يفوت من حقوقهم يفوت عن طريق المعصية كالضرب والنهب فليس له هذه الحسبة لأنه دفع منكر يفضي إلى منكر، وإن كان يفوت لا بطريق المعصية فهو إيذاءً للمسلم أيضا وليس له ذلك إلا برضاهم.

عموم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لجميع المكلفين.

اعلم أن كل قاعدٍ في بيته أينما كان فليس خاليا في هذا الزمان عن منكرٍ من حيث التقاعد عن إرشاد الناس وتعليمهم وحملهم على المعروف، فأكثر الناس جاهلون بالشرع في شروط الصلاة في البلاد فكيف في القرى والبوادي، وواجبٌ أن يكون في مسجد ومحلة من البلد فقيهٌ يعلم الناس دينهم، وكذا في كل قرية، وواجبٌ على كل فقيه فرغ من فرض عينه وتفرغ لفرض الكفاية أن يخرج إلى من يجاور بلده ليعلمهم دينهم وفرائض شرعهم.

وكل عامي عرف شروط الصلاة فعليه أن يعرف غيره، وإلا فهو شريكٌ في الإثم، ومعلومٌ أن الإنسان لا يولد عالما بالشرع وإنما يجب التبليغ على أهل العلم فكل من تعلم مسألة واحدة فهو من أهل العلم.

وكل من تيقن أن في السوق منكرا يجري على الدوام أو في وقت بعينه وهو قادرٌ على تغييره فلا يجوز له أن يسقط ذلك عن نفسه بالتعود في البيت، بل يلزمه الخروج.

على أن العامي ينبغي له ألا يحتسب إلا في الجليات المعلومة كشرب الخمر والزنا وترك الصلاة، فأما ما يعلم كونه معصية بالإضافة إلى ما يطيف به من الأفعال ويفتقر

فيه إلى اجتهاد، فالعامي إن خاض فيه كان ما يفسده أكثر مما يصلحه.

فحقّ على كل مسلمٍ أن يبدأ بنفسه فيصلحها بالمواظبة على الفرائض وترك المحرمات، ثم يعلم ذلك أهل بيته، ثم يتعدى بعد الفراغ منهم إلى جيرانه، ثم إلى أهل محلته، ثم إلى أهل بلده، ثم إلى أهل السواد المكتنف ببلده، ثم إلى أهل البوادي وهكذا إلى أقصى العالم، فإن قام به الأدنى سقط عن الأبعد وإلا حرج به على كل قادرٍ عليه قريباً كان أو بعيداً، ولا يسقط الحرج ما دام يبقى على وجه الأرض جاهلاً بفرض من فروض دينه وهو قادرٌ على أن يسعى إليه بنفسه أو بغيره فيعلمه فرضه.

### الركن الثاني: ما فيه الحسبة.

وهو كل منكر، موجودٍ في الحال، ظاهرٍ للمحتسب بغير تجسسٍ، معلومٍ كونه منكراً بغير اجتهاد فهذه أربعة شروط فلنبحث عنها:

**الأول:** كونه منكراً ونعني به أن يكون محذور الوقوع في الشرع، ويعم هذا الصغيرة والكبيرة فلا تختص الحسبة بالكبائر بل كشف العورة في الحمام، والخلوة بالأجنبية، واتباع النظر للنسوة الأجنبية كل ذلك من الصغائر ويجب النهي عنها.

**الشرط الثاني:** أن يكون موجوداً في الحال وهو احتراز أيضاً عن الحسبة على من فرغ من شرب الخمر فإن ذلك ليس إلى الأحاد وقد انقرض المنكر، واحتراز عما سيوجد في ثاني الحال كمن يعلم بقرينة حال أنه عازم على الشرب في ليلته فلا حسبة عليه إلا بالوعظ

**الشرط الثالث:** أن يكون المنكر ظاهراً للمحتسب بغير تجسس، فكل من ستر معصية في داره وأغلق بابها لا يجوز أن يتجسس عليه، فمن أغلق باب داره وتستر بحيطانه فلا يجوز الدخول عليه بغير إذنه لنعرف المعصية إلا أن يظهر في الدار ظهوراً يعرفه من هو خارج الدار، وكذا إذا ارتفعت أصوات السكران بالكلمات المألوفة بينهم بحيث يسمعونها

أهل الشوارع، فهذا إظهارٌ موجبٌ للحسبة.

**الشرط الرابع:** أن يكون كونه منكرا معلوما بغير اجتهادٍ، فكل ما هو في محل

الاجتهاد فلا حسبة.

والمسائل تنقسم إلى:

- ما يتصور أن يقال فيه كل مجتهد مصيب، وهي أحكام الأفعال في الحل والحرمة، وذلك هو الذي لا يعترض على المجتهدين فيه، إذ لم يعلم خطؤهم قطعا بل ظنا.

فليس للحنفي أن ينكر على الشافعي أكله الضب والضبغ ومترك التسمية، ولا للشافعي أن ينكر على الحنفي شربه النبيذ الذي ليس بمسكر، وتناوله ميراث ذوي الأرحام وجلوسه في دار أخذها بشفعة الجوار إلى غير ذلك من مجاري الاجتهاد.

- وإلى ما لا يتصور أن يكون المصيب فيه إلا واحد، كمسألة الرؤية، والقدر، وقدم الكلام، ونفي الصورة والجسمية والاستقرار عن الله ﷻ، فهذا مما يعلم خطأ المخطئ فيه قطعا ولا يبقى لخطئه الذي هو جهلٌ محضٌ وجهٌ، فإذن البدع كلها ينبغي أن تحسم أبوابها وتتكسر على المبتدعين بدعهم، وإن اعتقدوا أنها الحق.

وعلى الجملة فالحسبة في البدعة أهم من الحسبة في كل المنكرات.

كما أن المنكرات تنقسم إلى مكروهة، وإلى محظورة، فإذا قلنا: هذا منكرٌ مكروهٌ فاعلم أن المنع منه مستحبٌ، والسكوت عليه مكروهٌ وليس بحرام، إلا إذا لم يعلم الفاعل أنه مكروهٌ فيجب ذكره له لأن الكراهة حكمٌ في الشرع يجب تبليغه إلى من لا يعرفه، وإذا قلنا: منكرٌ محظورٌ فيكون السكوت عليه مع القدرة محظورا.

**الركن الثالث: المحتسب عليه.**

وشرطه أن يكون إنسانا ولا يشترط كونه مكلفا فالصبي لو شرب الخمر منع منه وإن كان قبل البلوغ، ولا يشترط كونه مميزا إذ بينا أن المجنون لو كان يزني بمجنونة منعه

منه.

فالحسبة عبارة عن المنع عن منكرٍ لحق الله صيانة للممنوع عن مقارفة المنكر، فممنع المجنون عن الزنا لحق الله، وكذا ممنع الصبي عن شرب الخمر.

والإنسان إذا أتلف زرع غيره ممنع منه لحقين:

أحدهما: حق الله ﷻ فإن فعله معصية.

والثاني: حق المتلف عليه.

الركن الرابع: نفس الاحتساب.

وله درجات وآداب:

**الدرجة الأولى: التعريف** فإن المنكر قد يقدم عليه المقدم بجهله، وإذا عرف أنه منكر تركه، ويجب التعريف باللطف من غير عنف، فالطباع أحرص على ستر عورة الجهل منها على ستر العورة الحقيقية، وفي التعريف كشف للعورة وهو مؤذٍ للقلب فلا بد وأن يعالج دفع أذاه بلطف الرفق، فإن إيذاء المسلم حرامٌ محذورٌ، كما أن تقريره على المنكر محذورٌ، فمن اجتنب محذور السكوت على المنكر، واستبدل عنه محذور الإيذاء للمسلم مع الاستغناء عنه فقد غسل الدم بالبول.

**الدرجة الثانية: النهي بالوعظ والنصح والتخويف** بالله ﷻ وذلك فيمن يقدم على الأمر وهو عالم بكونه منكراً، أو فيمن أصر عليه بعد أن عرف كونه منكراً، كالذي يواظب على الشرب أو على الظلم فينبغي أن يوعظ ويخوف بالله ﷻ، وتورد عليه الأخبار الواردة بالوعيد في ذلك، وتحكى له سيرة السلف وعبادة المتقين، وكل ذلك بشفقة ولطف من غير عنفٍ وغضبٍ، بل ينظر إليه نظر المترحم عليه، ويرى إقدامه على المعصية مصيبةً على نفسه، إذ المسلمون كنفسٍ واحدةٍ.

**الدرجة الثالثة: السب والتعنيف بالقول الغليظ الخشن، وذلك يعدل إليه عند العجز عن المنع باللطف، وظهور مبادئ الإصرار والاستهزاء بالوعظ والنصح، ولسنا نعني بالسب والفحش بما فيه نسبة إلى الزنا ومقدماته، بل أن يخاطبه بما فيه مما لا يعد من جملة الفحش كقوله: يا فاسق يا أحمق يا جاهل ألا تخاف الله وما يجري هذا المجرى.**

**ولهذه الرتبة أدبان:**

**أحدهما: ألا يقدم عليها إلا عند الضرورة والعجز عن اللطف.**

**والثاني: ألا ينطق إلا بالصدق ولا يسترسل فيه فيطلق لسانه الطويل بما لا يحتاج إليه بل يقتصر على قدر الحاجة.**

**الدرجة الرابعة: التغيير باليد وذلك ككسر الملاهي وإراقة الخمر، وإخراجه من الدار المغصوبة بالجر، واختطاف الثوب الحرير من لابسه واستلاب الثوب المغصوب منه ورده على صاحبه.**

**وفي هذه الدرجة أدبان:**

**أحدهما: ألا يباشر بيده التغيير ما لم يعجز عن تكليف المحتسب عليه ذلك.**

**الثاني: أن يقتصر في طريق التغيير على القدر المحتاج إليه، فإن زيادة الأذى فيه مستغنى عنه.**

**الدرجة الخامسة: التهديد والتخويف كقوله: دع عنك هذا، أو لأكسرن رأسك أو لأضربن رقبتك، أو لأمرن بك، وما أشبهه.**

**والأدب في هذه الرتبة ألا يهدده بوعيد لا يجوز له تحقيقه، كقوله: لأنهبن دارك، أو لأضربن ولدك أو لأسبين زوجتك وما يجري مجراه، بل ذلك إن قاله عن عزم فهو حرام، وإن قاله من غير عزم فهو كذب.**

**الدرجة السادسة:** مباشرة الضرب باليد والرجل وغير ذلك مما ليس فيه شهر سلاح وذلك جائز للأحاد بشرط الضرورة والاقتصار على قدر الحاجة في الدفع، فإذا اندفع المنكر فينبغي أن يكف.

والمحتسب يراعي التدرج فإن احتاج إلى شهر سلاح وكان يقدر على دفع المنكر بشهر السلاح وبالجرح فله أن يتعاطى ذلك ما لم تثر فتنةً، كما لو قبض فاسق مثلاً على امرأة فيأخذ قوسه ويقول له: خل عنها أو لأرمينك، فإن لم يخل عنها فله أن يرمي، وينبغي ألا يقصد المقتل بل الساق والفخذ وما أشبهه ويراعي فيه التدرج.

**الدرجة السابعة:** ألا يقدر عليه بنفسه ويحتاج فيه إلى أعوان يشهرون السلاح، وربما يستمد الفاسق أيضاً بأعوانه ويؤدي ذلك إلى أن يتقابل الصفان ويتقاتلا.

**وسائر المراتب لا يخفى وجه استغنائها عن إذن الإمام إلا المرتبة الأخيرة.**

فاستمرار عادات السلف على الحسبة على الولاة قاطعٌ بإجماعهم على الاستغناء عن التفويض، بل كل من أمر بمعروفٍ فإن كان الوالي راضياً به فذاك، وإن كان ساخطاً له فسخطه له منكرٌ يجب الإنكار عليه فكيف يحتاج إلى إذنه في الإنكار عليه.

ويدل على ذلك عادة السلف في الإنكار على الأئمة.

أما المرتبة الأخيرة فقد ظهر الاختلاف في احتياجها إلى إذن الإمام، فقال قائلون: لا يستقل آحاد الرعية بذلك لأنه يؤدي إلى تحريك الفتن وهيجان الفساد وخراب البلاد.

وقال آخرون: لا يحتاج إلى الإذن وهو الأقيس لأن التضارب يدعو إلى التعاون فلا ينبغي أن يبالي بلوازم الأمر بالمعروف، ومنتهاه تجنيد الجنود في رضا الله ودفع معاصيه.

## المطلب الرابع: آداب المحتسب

جميع آداب المحتسب مصدرها ثلاث صفاتٍ في المحتسب: العلم والورع وحسن الخلق.

أما العلم فليعلم مواقع الحسبة، وحدودها، ومجاريها، وموانعها، ليقصر على حد الشرع فيه، ولا يشترط أن يكون فقيها مطلقا بل فيما يأمر به وينهى عنه.

والورع ليردعه عن مخالفة معلومةٍ فما كل من علم عمل بعلمه، بل ربما يعلم أنه مسرفٌ في الحسبة وزائدٌ على الحد المأذون فيه شرعا، ولكن يحمله عليه غرض من الأغراض، وليكن كلامه ووعظه مقبولا فإن الفاسق يهزأ به إذا احتسب، ويورث ذلك جراءةً عليه.

وأما حسن الخلق فليتمكن به من اللطف والرفق، فإن الغضب إذا هاج لم يكف مجرد العلم والورع في قمعه ما لم يكن في الطبع قبوله بحسن الخلق، وعلى التحقيق فلا يتم الورع إلا مع حسن الخلق والقدرة على ضبط الشهوة والغضب، وبه يصبر المحتسب على ما أصابه في دين الله.

قال الحسن البصري رضي الله عنه: "إذا كنت ممن يأمر بالمعروف فكن من أخذ الناس به وإلا هلكت".

ومن آداب الحسبة توطين النفس على الصبر، ولذلك قرن الله تعالى الصبر بالأمر بالمعروف فقال حاكيا عن لقمان: ﴿يَا بَنِي آدَمَ اصْبِرُوا وَارْكَبُوا الصَّلَاةَ وَأَمْرًا بِالْمَعْرُوفِ وَأَنْهَاءً عَنِ الْمُنْكَرِ وَأَصْبِرْ عَلَى مَا أَصَابَكَ﴾.

ومن الآداب تقليل العلائق حتى لا يكثر خوفه. وقطع الطمع عن الخلائق حتى تزول عنه المداهنة، فمن لم يقطع الطمع من الخلق لم يقدر على الحسبة، ومن طمع في أن تكون قلوب الناس عليه طيبة وألسنتهم بالثناء عليه مطلقا لم تتيسر له الحسبة.

ويدل على وجوب الرفق ما استدل به المؤمن إذا وعظه واعظٌ وعنف له في القول فقال: "يا رجل ارفق فقد بعث الله من هو خيرٌ منك إلى من هو شرٌّ مني وأمره بالرفق، فقال ﷺ: ﴿فقولاً له قولاً لنا لعله يتذكر أو يخشى﴾".

فليكن اقتداء المحتسب في الرفق بالأنبياء ﷺ، فقد روى أبو أمامة أن غلاماً شاباً أتى النبي ﷺ فقال: «يا نبي الله تأذن لي في الزنا؟ فصاح الناس به، فقال النبي ﷺ: قربه، ادن فدنا حتى جلس بين يديه، فقال النبي ﷺ: أتعبه لأمك؟ فقال: لا جعلني الله فداك، قال: كذلك الناس لا يحبونه لأمهاتهم، أتعبه لابنتك؟ قال: لا جعلني الله فداك، قال: كذلك الناس لا يحبونه لبناتهم، أتعبه لأختك؟ وزاد ابن عوف حتى ذكر العممة والخالة وهو يقول: في كل واحد لا جعلني الله فداك، وهو ﷺ يقول: كذلك الناس لا يحبونه، فوضع رسول الله ﷺ يده على صدره وقال: اللهم طهر قلبه واغفر ذنبه وحصن فرجه» فلم يكن شيء أبغض إليه منه يعني من الزنا<sup>(1)</sup>.

### المطلب الخامس: الحسبة للولد على الوالد والرعية على السلطان

رتبنا للحسبة سبعة مراتب ودرجات وللولد الحسبة بالرتبتين الأوليين وهما التعريف ثم الوعظ والنصح باللطف، وليس له الحسبة بالسب والتعنيف والتهديد ولا بمباشرة الضرب.

وأما الرعية مع السلطان فالجائز الرتبتان الأوليان وهما التعريف والوعظ، وأما المنع بالقهر فليس ذلك لأحد الرعية مع السلطان فإن ذلك يحرك الفتنة ويهيج الشر، ويكون ما يتولد منه من المحذور أكثر وأما التخشين في القول كقوله: يا ظالم يا من لا يخاف الله وما يجري مجراه فذلك إن كان يحرك فتنة يتعدى شرها إلى غيره لم يجز، وإن كان لا يخاف إلا على نفسه فهو جائز بل مندوبٌ إليه، فلقد كان من عادة السلف التعرض للأخطار والتصريح بالإنكار من غير مبالاة بهلاك المهجة والتعرض لأنواع العذاب، لعلمهم بأن ذلك شهادة قال رسول الله ﷺ: «خير الشهداء حمزة بن عبد المطلب ثم رجل قام إلى إمام فأمره

(1) رواه أحمد بإسناد جيد، ورجاله رجال الصحيح.

ونهاه في ذات الله تعالى فقتله على ذلك»<sup>(1)</sup>، وقال ﷺ: «أفضل الجهاد كلمة حق عند سلطانٍ جائرٍ».

ولما علم المتصلبون في الدين أن أفضل الكلام كلمة حقٍ عند سلطانٍ جائرٍ، وأن صاحب ذلك إذا قتل فهو شهيدٌ كما وردت به الأخبار قدموا على ذلك موطنين أنفسهم على الهلاك، ومحتملين أنواع العذاب وصابرين عليه في ذات الله ﷻ ومحتسبين لما يبذلونه من مهجهم عند الله، ولقد كانت سيرة العلماء وعادتهم في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وقلة مبالاتهم بسطوة السلاطين لكونهم اتكلوا على فضل الله ﷻ أن يحرسهم، ورضوا بحكم الله ﷻ أن يرزقهم الشهادة، فلما أخلصوا لله النية أثر كلامهم في القلوب القاسية فلينها وأزال قساوتها، وأما الآن فقد قيدت الأطماع ألسن العلماء فسكتوا، وإن تكلموا لم تساعد أقوالهم أحوالهم، فلم ينجحوا ولو صدقوا وقصدوا حق العلم لأفلحوا، ففساد الرعايا بفساد الملوك، وفساد الملوك بفساد العلماء، وفساد العلماء باستيلاء حب المال والجاه، ومن استولى عليه حب الدنيا لم يقدر على الحسبة على الأراذل، فكيف على الملوك والأكابر، والله المستعان على كل حال.

وطريق وعظ السلاطين وأمرهم بالمعروف ونهيمهم عن المنكر ما نقل علماء السلف ونقتصر الآن على حكايات يعرف وجه الوعظ وكيفية الإنكار عليهم.

روى الأصمعي قال: "دخل عطاء بن أبي رباح على عبد الملك بن مروان وهو جالسٌ على سريره وحواليه الأشراف من كل بطن وذلك بمكة في وقت حجه في خلافته، فلما بصر به قام إليه وأجلسه معه على السرير وقعد بين يديه وقال له: يا أبا محمد ما حاجتك؟ فقال: يا أمير المؤمنين اتق الله في حرم الله وحرم رسوله فتعاهده بالعمارة، واتق الله في أولاد المهاجرين والأنصار فإنك بهم جلست هذا المجلس واتق الله في أهل الثغور فإنهم حصن المسلمين، وتفقد أمور المسلمين فإنك وحدك المسؤول عنهم، واتق الله فيمن

(1) أخرجه الحاكم من حديث جابر وقال: "صحيح الإسناد".

على بابك فلا تغفل عنهم، ولا تغلق بابك دونهم.

فقال له: أجل أفعل ثم نهض وقام، فقبض عليه عبد الملك فقال: يا أبا محمد إنما سألتنا حاجة لغيرك وقد قضيناها، فما حاجتك أنت؟ فقال: ما لي إلى مخلوق حاجة، ثم خرج فقال عبد الملك: هذا وأبيك الشرف".

وروي أن عمر بن هبيرة دعا بفقهاء أهل البصرة وأهل الكوفة وأهل المدينة وأهل الشام وقرائها فجعل يسألهم وجعل يكلم عامر الشعبي فجعل لا يسأله عن شيء إلا وجد عنده منه علما، ثم أقبل على الحسن البصري فسأله ثم قال: "هما هذان، هذا رجل أهل الكوفة يعني الشعبي، وهذا رجل أهل البصرة يعني الحسن، فأمر الحاجب فأخرج الناس وخلا بالشعبي والحسن، فأقبل على الشعبي فقال: يا أبا عمرو إني أمين أمير المؤمنين على العراق وعامله عليها ورجلٌ مأمورٌ على الطاعة، ابتليت بالرعية ولزمني حقهم فأنا أحب حفظهم وتعهد ما يصلحهم مع النصيحة لهم، وقد يبلغني عن العصابة من أهل الديار الأمر أجد عليهم فيه فأقبض طائفةً من عطائهم فأضعه في بيت المال، ومن نيتي أن أردّه عليهم فيبلغ أمير المؤمنين أنني قد قبضته على ذلك النحو، فيكتب إلي أن لا ترده فلا أستطيع رد أمره، ولا إنفاذ كتابه وإنما أنا رجلٌ مأمورٌ على الطاعة، فهل علي في هذا تبعة، وفي أشباهه من الأمور، والنية فيها على ما ذكرت؟

قال الشعبي: فقلت أصلح الله الأمير إنما السلطان والدٌ يخطئ ويصيب، قال: فسر بقولي وأعجب به ورأيت البشر في وجهه، وقال: فله الحمد، ثم أقبل على الحسن فقال: ما تقول يا أبا سعيد؟

قال: إني سمعت عبد الرحمن بن سمرة القرشي صاحب رسول الله ﷺ يقول: قال رسول الله ﷺ: «من استرعى رعية فلم يحطها بالنصيحة حرم الله عليه الجنة»<sup>(1)</sup>، وحق الله

(1) رواه البيهقي في معجم الصحابة بإسناد لين، وقد اتفق عليه الشيخان بنحوه من رواية الحسن عن معقل

ابن يسار.

ألزم من حق أمير المؤمنين، والله أحق أن يطاع ولا طاعة لمخلوقٍ في معصية الخالق، فاعرض كتاب أمير المؤمنين على كتاب الله ﷻ، فإن وجدته موافقا لكتاب الله فخذ به، وإن وجدته مخالفا لكتاب الله فانبذه، يا ابن هبيرة اتق الله فإنه يوشك أن يأتيك رسول من رب العالمين يزيلك عن سريرك ويخرجك من سعة قصرِكَ إلى ضيق قبرِكَ، فتدع سلطانك ودنياك خلف ظهرِكَ، وتقدم على ربك، وتنزل على عملك، يا ابن هبيرة إن الله ليمنعك من يزيد ولا يمنعك يزيد من الله، وإن أمر الله فوق كل أمرٍ، وإنه لا طاعة في معصية الله، وإنني أحذرك بأسه الذي لا يرد عن القوم المجرمين.

فقال ابن هبيرة: أربع على ظلعك أيها الشيخ، وأعرض عن ذكر أمير المؤمنين، فإن أمير المؤمنين صاحب العلم، وصاحب الحكم، وصاحب الفضل، وإنما ولاه الله ﷻ ما ولاه من أمر هذه الأمة لعلمه به، وما يعلمه من فضله ونيته.

فقال الحسن: يا ابن هبيرة الحساب من ورائك سوطٌ بسوطٍ وغضبٌ بغضبٍ، والله بالمرصاد يا ابن هبيرة، إنك إن تلق من ينصح لك في دينك ويحملك على أمر آخرتك، خيرٌ من أن تلقى رجلا يغرك ويمنيك، فقام ابن هبيرة وقد بسر وجهه وتغير لونه.

قال الشعبي: فقلت يا أبا سعيد أغضبت الأمير، وأوغرت صدره وحرمتنا معروفة وصلته، فقال: إليك عني يا عامر، قال: فخرجت إلى الحسن التحف والطرف وكانت له المنزلة، واستخف بنا وجفينا، فكان أهلا لما أدي إليه، وكنا أهلا أن يفعل ذلك بنا، فما رأيت مثل الحسن فيمن رأيت من العلماء إلا مثل الفرس العربي بين المقارف وما شهدنا مشهدا إلا برز علينا، وقال لله ﷻ وقلنا مقاربةً لهم، قال عامر الشعبي: وأنا أعاهد الله ألا أشهد سلطانا بعد هذا المجلس فأحابيه".

# الخاتمة

## وتتضمن ملخص الأفكار التي وردت في الكتاب

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين، وبعد، فقد وصلت إلى نهاية هذه الجولة العلمية في مقرر النظريات الفقهية يطيب لي أن أثبت أهم النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث، وأعقبها ببعض التوصيات.

1. النظرية الفقهية هي دراسة شاملة في إطار كلي لموضوع فقهي معين، تتسم بالتجريد والعموم، قوامها أركان وشرائط وأحكام جزئية، مستمدة من قواعد الفقه وفروعه ومقاصده المبنوثة في كتب المذاهب، تجمعها وحدة موضوعية متجانسة.
2. إن العمل على تنظير الفقه وتأصيله، بالإضافة إلى دراسته دراسة فقهية معمقة، وإحياء الاجتهاد بصوره المختلفة، تعتبر جميعاً مقدماتٍ ضروريةً للنهضة الفقهية المنشودة، وبخاصة في مجال التقنين.
3. الأهلية هي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام بحيث يصلح أن تثبت له حقوق على غيره وتثبت لغيره حقوق عليه.
4. للأهلية عدة أطوار من المرحلة الجنينية إلى مرحلة البلوغ الراشد ولكل مرحلة أحكامها الخاصة.
5. هناك العديد من عوارض الأهلية كالصغر والجنون والسكر والإكراه والعته والسفه وغيرها.
6. الولاية هي سلطة شرعية يتمكن بها صاحبها من إنشاء العقود والتصرفات وتنفيذها، أي ترتيب الآثار الشرعية عليها.
7. هناك عدة درجات للولاية على النفس حددها الفقهاء كما أن هناك مجموعة من الشروط للأولياء منها الحرية والبلوغ واتحاد الدين والعدالة ورعاية المصالح المولى عليه.

8. الحق: هو اختصاص يقرر به الشرع سلطةً أو تكليفاً.
9. للحق أقسام منها: ما هو حقٌّ خالصٌ لله، ومنها ما هو حقٌّ خالصٌ للعبد، ومنه ما اشترك فيه الحقان، ولكل نوعٍ من هذه الحقوق أحكامه الخاصة.
10. وهناك تقسيمات أخرى للحق باعتبارات مختلفة: كقابليتها للتوارث وقابليتها للإسقاط، وتقسيمها إلى حقوق مالية وغير مالية، إلى غير ذلك من التقسيمات.
11. التعسف باستعمال الحق محظورٌ شرعاً وقد ذكر العلماء قواعد شرعية لضبط التعسف منها: قصد الإضرار، قصد غرضٍ غير مشروع، ترتب ضرر أكبر من المصلحة، الاستعمال غير المعتاد وترتب ضرر على الغير.
12. الملكية: اختصاص بالشيء يمنع الغير منه، ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداءً إلا لمانع شرعي.
13. للتملك أربعة أسبابٍ وهي: الاستيلاء على المباح، والعقود الناقلة للملكي، والخلفية، والتولد من المملوك.
14. العقد هو: توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني من إنشاء التزام أو نقله، أو تعديله أو إنهائه.
15. أركان العقد عند جمهور الفقهاء هي: العاقدان، والمحل، والصيغة، فإذا تخلف واحد منها لم ينعقد العقد، وهناك شروط وأحكام لكل ركنٍ من هذه الأركان.
16. ذكر العلماء عدة تقسيمات للعقود باعتبارات مختلفة: فقسموها باعتبار تسميتها إلى مسماة وغير مسماة، وباعتبار وصفها الشرعي إلى صحيحة وغير صحيحة، وباعتبار اللزوم إلى لازمة وغير لازمة إلى غير ذلك.
17. وضع العلماء مجموعة من الخيارات في العقود منها: خيار المجلس وخيار العيب وخيار الرؤية وخيار التعيين وخيار النقد وغيرها.
18. ينتهي العقد بالفسخ وبالإقالة أو بانتهاء مدته أو بموت أحد المتعاقدين.
19. الحسبة: هي فاعلية المجتمع المسلم في القيام بأعمال البر والخير وتغيير المنكر، وفق السياسة الشرعية، حماية لمقاصد الشريعة الإسلامية.

20. للحسبة أربعة أركان وهي: المحتسب، والمحتسب عليه، والمحتسب فيه، ونفس الاحتساب.

ولكل واحدٍ من هذه الأركان شروط وأحكام.

21. نكر العلماء للحسبة درجات فهي تبدأ بالتعريف فالنصح والتخويف فالتعنيف بالقول فالتغيير باليد.

هذه أهم النتائج التي توصلت إليها من هذا البحث، وفي نهاية هذا البحث أوصي كليات الشريعة والقانون بإدراج هذه المادة ضمن مناهجها المقررة في مرحلة البكالوريوس والماجستير، لما لهذه المادة من دورٍ كبيرٍ في بناء الفكر الفقهي القانوني لدى دارسي الشريعة والقانون.

وفي الختام لا يسعني إلا أن أحمد الله ﷻ على ما أكرمني به من إتمام هذا البحث، فما كان فيه من صواب فمن الله، وما كان فيه من خطأ فمن نفسي ومن الشيطان، فالحمد لله أولاً وآخراً، والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله.

الدكتور: عمر جبه مجيد

دبي - الإمارات.

## المصادر والمراجع

القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

### كتب السنة النبوية:

1. سنن ابن ماجة.
2. سنن أبي داود.
3. سنن الترمذي.
4. صحيح الإمام البخاري.
5. صحيح الإمام مسلم.
6. المستدرک على الصحيحين للحاكم النيسابوري.
7. مسند الإمام أحمد بن حنبل.

### كتب الفقه وأصوله:

1. إحياء وتطوير مؤسسة الحسبة: د. محمد عثمان شبير، مقال منشور في سلسلة كتاب الأمة منشورات وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية / قطر / 87 / 1423 هـ - 2002م.
2. الأشباه والنظائر: السيوطي، دار الكتب العلمية.
3. أصول الفقه الإسلامي: د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق.
4. التعريف بالنظريات الفقهية وأهميتها: د. قبلي هني، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، ع 1، 2015 م.
5. التنظير الفقهي: د. محمد جبر الأنفي، معهد القضاء، شبكة الألوكة، 2015 م.
6. الرخص الشرعية: أسامة الصلابي، دار الإيمان، الاسكندرية، 2002 م.
7. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: ابن قيم الجوزية، مطبعة السنة المحمدية، 1372-1953 م.
8. علم القواعد الشرعية، د. نور الدين الخادمي، مكتبة الرشد، السعودية، ط/1-2005م.
9. غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر: أحمد بن محمد الحموي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/1- 1985 م.

10. الفقه الإسلامي وأدلته: د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط/3- 1989 م.
  11. القواعد الفقهية: علي أحمد الندوي، دار القلم، دمشق، ط/2- 1412 هـ.
  12. الكتابة في النظريات الفقهية: بدر بريجان، مجلة جامعة الشارقة، ع1، 2021 م.
  13. محاضرات في مقياس نظريات فقهية وقانونية: د. بوشيش صالح، جامعة الحاج لخضر، 2020 م.
  14. المدخل الفقهي العام: مصطفى الزرقا، دار القلم، ط/2- 2004 م.
  15. مدخل إلى دراسة النظريات الفقهية: د. آدم نوح القضاة، المجلة الأردنية للدراسات الإسلامية، مج11، 2015 م.
  16. الملكية وخصائصها: د. وهبة الزحيلي، مطبوعات جامعة دمشق.
  17. النظريات الفقهية: د. فتحي الدريني، جامعة دمشق، ط/2- 1089 م.
  18. النظريات الفقهية: د. محمد الزحيلي، دار القلم، 1993 م.
  19. نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق: محمد احمد سراج، المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط/2- 1988 م.
  20. نظرية الغالب في الفقه الإسلامي: خالد سعيدي، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2021 م.
  21. الوجيز في أصول الفقه: د. محمد الزحيلي، دار الخير، 2006 م.
  22. الوجيز في أصول الفقه: د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق.
- كتب متنوع:**
1. بغية المرئاد في الرد على المتفلسفة والقرامطة والباطنية، أهل الإلحاد القائلين بالحلول والاتحاد: ابن تيمية، تحقيق موسى سليمان، مكتبة العلوم والحكم، الرياض، 1408 هـ.
  2. مقدمة ابن خلدون: عبد الرحمن بن خلدون، دار نهضة مصر، 2012 م.
  3. المنجد في اللغة العربية المعاصرة: أنطون نعمة آخرون، دار المشرق، بيروت- 1996م.

## فهرس المحتويات

3	مقدمة
6	المبحث الأول: في تعريف النظرية الفقهية وأهميتها والفرق بينها وبين القاعدة الفقهية
6	المطلب الأول: في تعريف النظرية لغةً
6	المطلب الثاني: في تعريف النظرية الفقهية اصطلاحًا
8	المطلب الثالث: في الفروق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية
10	المطلب الرابع: في أهمية دراسة النظريات الفقهية وفوائدها
13	المطلب الخامس: أنواع النظريات الفقهية
14	المطلب السادس: أشهر مؤلفات النظريات الفقهية
15	المبحث الثاني: في نظرية الأهلية
15	المطلب الأول: في تعريف الأهلية
15	المطلب الثاني: أقسام الأهلية
17	المطلب الثالث: أطوار الأهلية
21	المطلب الرابع: عوارض الأهلية
31	المبحث الثالث: في نظرية الولاية الشرعية والنيابة
31	المطلب الأول: تعريف الولاية
31	المطلب الثاني: أنواع الولاية
32	المطلب الثالث: الأولياء ودرجاتهم
33	المطلب الرابع: من يحتاج إلى الولاية
33	المطلب الخامس: شروط الولي

35	المبحث الرابع: في نظرية الحق
35	المطلب الأول: تعريف الحق
36	المطلب الثاني: أركان الحق
36	المطلب الثالث: أنواع الحق
45	المطلب الرابع: مصادر الحق أو أسبابه
47	المطلب الخامس: أحكام الحق
51	المطلب السادس: التعسف في استعمال الحق
58	المطلب السابع: نقل الحق وانقضاؤه
59	المبحث الخامس: في نظرية الملكية
59	المطلب الأول: تعريف الملكية والملك
59	المطلب الثاني: أنواع الملك
95	المبحث السادس: في نظرية العقد
95	المطلب الأول: في تعريف العقد
99	المطلب الثاني: أركان العقد وصيغته
104	المطلب الثالث: المعقود عليه
105	المطلب الرابع: شروط العاقدين
105	المطلب الخامس: شروط العقد
107	المطلب السادس: أقسام العقود
111	المطلب السابع: الخيارات
114	المطلب الثامن: انتهاء العقد
118	المبحث السابع: في نظرية الحسبة

118.....	المطلب الأول: تعريف الحسبة لغة واصطلاحًا.....
119.....	المطلب الثاني: أهمية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.....
122.....	المطلب الثالث: أركان الحسبة.....
132.....	المطلب الرابع: آداب المحتسب.....
133.....	المطلب الخامس: الحسبة للولد على الوالد وللرعية على السلطان.....
137.....	الخاتمة.....
140.....	المصادر والمراجع.....

# النظريات الفقهية

الأهلية، الولاية، الحق، الملكية، العقد، الحسبة

## نبذة عن الكتاب

هذا الكتاب الذين بين أيدينا هو كتاب متخصص معد لطلاب الماجستير في تخصص القضاء والسياسة الشرعية، في الجامعة الإسلامية بمينسوتا، والكتاب يحتوي عدة مباحث تتضمن التعريف بالنظريات الفقهية وأوجه الاختلاف بينها وبين القواعد الفقهية، وبيان فائدة دراستها، ويعرض لنظرية الأهلية من حيث تعريفها ومراحلها، ولنظرية الولاية تعريفها وأنواعها ومراتب الأولياء، ثم يفصل في نظرية الحق والتعسف في استعماله، ويبين نظرية الملكية وخصائصها، ويفصل في نظرية العقد في الفقه الإسلامي من حيث أركان العقد وشروطه وأنواعه وأحكامه، ويختم بعرض نظرية الحسبة من حيث تعريفها وأركانها وفضلها وأحكامها وآداب المحتسب.

## التعريف بالمؤلف

أبو ياسر الشامي عمر محمد إسماعيل جبه جي، من مواليد 1979 م، أستاذ بالجامعة الإسلامية بمينسوتا، ومحاضر بمنصة رواق، حاصل على دكتوراه في أصول الفقه ومقاصد الشريعة، ودكتوراه في الأداء القرآني، وله العديد من المؤلفات النافعة، منها:



- الفقه السياسي عند الإمام الغزالي
- فقه الموازنات في الشريعة الإسلامية
- مباحث أصولية مقاصدية
- مقاصد الشريعة الإسلامية
- مقاصد الشريعة الإسلامية عند الإمام الغزالي وغيرها الكثير.



كتبنا للملايين بلا ملايين



EBIN: 1-73-2-230127

كريمكناس 7 ناشرون

الخاصة والمحدودة للنشر الإلكتروني الحر

karimeknes79.editeurs@gmail.com

karimeknes79editeurs@yahoo.com