

معهد العلوم الإسلامية
قسم الشريعة



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الوادي

محاضرات في مقياس:

نظريات فقهية وقانونية

السداسي الأول

إعداد:
د. ميلود ليفة

السنة: أولى ماستر
تخصص: شريعة وقانون

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله وكفى، والصلاة والسلام على النبي المصطفى، أما بعد:

«النظريات الفقهية» فن جديد طرأ على الناس في أزماننا الحاضرة، وهو محاولة جادة من علماء الأمة من أجل إبراز أحكام الشريعة الغراء، ومقارنة ما ورد إلى الناس من نظريات حقوقية بأحكام الشريعة؛ ليظهر التميز في أحكام الشريعة، وليعرف أولئك المفتونون - بما يرد إلينا من غرب وشرق - أن عندنا ما يغني بل ما يفوق ما يرد إلينا.

مَجَالُ النَّظَرِ فِي النُّظَرِ

تعريف النظريات الفقهية :

حتى تظهر معالم "النظريات الفقهية" بجلاء، يلزم تعريفها باعتبارها مركباً وصفيّاً، مكوناً من كلمتين: "النظريات" و"الفقهية"، ثم تعريفها باعتبارها لقباً على هذا العلم بعينه، لأن إدراك الشيء كوحدة كلية يتوقف على معرفة مفرداته

1- تعريف النظريات الفقهية باعتبارها مركباً وصفيّاً :

أ- تعريف النظريات .

لغة: «النظريات» مأخوذة من النظر، والنظر في لغة العرب يطلق على معان، يمكن إعادتها إلى ثلاثة معان: الأول: المشاهدة البصرية، ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَغْرَقْنَا آلَ فِرْعَوْنَ وَأَنْتُمْ تَنْظُرُونَ﴾ [البقرة: 50].

والثاني: الانتظار، ففسر قوله تعالى: ﴿أَنْظُرُونَا نَقْتَبِسُ مِنْ نُورِكُمْ﴾ [الحديد: 13]. بأن المراد به: الانتظار، ومنه قوله جل وعلا: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: 280].

والثالث: التأمل والتفكير في الأمور، والنظر في عواقبها وحقائقها، ومنه قوله جل وعلا: ﴿أَفَلَا يَنْظُرُونَ إِلَى الْإِبِلِ كَيْفَ خُلِقَتْ﴾ [الغاشية: 17]. وقد يكون هذا المعنى الثالث أقرب المعاني إلى ما نحن فيه.

اصطلاحاً:

النظرية اصطلاحاً هي: "تركيب عقلي مؤلف من تصورات متسقة تهدف إلى ربط النتائج بالمبادئ".

وقيل: "فرض علمي يربط عدة قوانين بعضها ببعض ويردّها إلى مبدأ واحد يمكن أن نستنبط منه حتماً أحكاماً وقواعد".

وقيل: "مجموعة من القضايا المرتبة في نظام معين".

ويستخلص من جملة هذه التعريفات، أن كلمة "النظرية" تعني: التصور المنهجي المنظم المتناسق لموضوع ما، يصل بالقارئ من بدايته إلى نهايته في صورة متكاملة متسقة.

وعليه فهي تصور جامع لوحدة موضوعية يحاول أن يحيط بجوانب ذلك الموضوع ويبحث كافة مستوياته وأبعاده.

ب- تعريف لفظة (الفقهية) .

الفقهية نسبة للفقه، وهو قيد للنظريات، لإخراج ما ليس فقهياً منها، كالنظريات القانونية أو الاجتماعية أو الاقتصادية أو السياسية وغيرها.

والفقه لغة: الفهم والعلم.

وأما في الاصطلاح : هو: «العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية».

فالعلم: جنس، وما بعده قيود لإخراج ما ليس من الفقه، والمقصود من العلم عندهم مطلق الإدراك الشامل للتصور والتصديق.

الأحكام: قيد أول، احتراز به عما ليس بأحكام، كالعلم بالصفات، كالسواد، والعلم بالذوات، كزيد، والعلم بالأفعال، كالقيام.

الشَّرْعِيَّةُ : قيد ثان في التَّعْرِيفِ، لإخراج الأحكام غير الشَّرْعِيَّةِ، كالعلم بالأحكام العقلية، كالواحد نصف الاثنين؛ والحسبية مثل كون الثلج بارداً؛ وكون الأحكام شرعية بسبب نسبتها إلى الشرع.

العملية : قيد ثالث في التَّعْرِيفِ، لإخراج الأحكام الشَّرْعِيَّةِ غير العملية، وهي الأحكام الاعتقادية.

من أدلتها : قيد رابع، لإخراج ما علم من غير دليل، كعلم النبي ﷺ المتلقى من الوحي.

التفصيلية : قيد خامس، لإخراج الأدلة الإجمالية، لأنها من اختصاص علماء الأصول.

2- تعريف النظريات الفقهية باعتبارها لقباً وعلماً.

إذا نظرنا في الكتابات الحديثة في باب النظريات الفقهية، نجد أنهم يسرون على ثلاثة مناهج في تعريفها:

المنهج الأول: يرون أن النظريات الفقهية جمع للمسائل المتشابهة، أو التي بينها اشتراك في أي جانب، بحيث نستخرج

من ذلك أحكاماً عامة، وكثير من كتب مؤلفات باسم النظريات يريدون هذا المنهج.

ومن سلك هذا المنهج الدكتور صالح السدلان فقال في تعريف النظرية الفقهية: "موضوعات فقهية أو موضوع يشتمل

على مسائل فقهية أو قضايا فقهية، حقيقتها أركان وشروط وأحكام، تقوم بين كل منها صلة فقهية تجمعها وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعاً"

وبنحو ذلك عرفها الدكتور مسلم بن محمد الدوسري فقال: "هي موضوع كلي فقهي يدخل تحته موضوعات فقهية

عامة متشابهة في الأركان والشروط والأحكام العامة مع اختصاص كل موضوع بأركانه وشروطه الخاصة"

والمنهج الثاني: إطلاق اسم النظريات الفقهية على الأحكام الكلية التي تشمل جزئيات فقهية وفروعاً عديدة.

فيرى أصحاب هذا المنهج أن النظريات العامة مرادفة لما يسمى بالقواعد الفقهية كما جنح إلى ذلك الشيخ محمد أبو زهرة

في كتابه أصول الفقه، حيث يقول: "إنه يجب التفرقة بين علم أصول الفقه، وبين القواعد الجامعة للأحكام الجزئية، وهي التي مضمونها يصح أن يطلق عليها النظريات العامة للفقه الإسلامي".

وقال الشيخ محمد أبو الطاهر الخطابي في مقدمة تحقيقه لقواعد الوشيري متابعاً له في هذا: "وهي تلك القواعد الجامعة

لأحكام عدة من أبواب مختلفة -غالباً- يصح في مضمونها أن يطلق عليها بلغة العصر: النظرات العامة للفقه الإسلامي، لاستيعابها أحكاماً لا تخص في أقصر عبارة وأوسع دلالة"

وهذان الإطلاقان فيهما ما فيهما؛ لأن الإطلاق الأول ليس مراداً لمن كتب في هذا العلم أصالة -النظريات الفقهية-، ولا

يحقق الأهداف التي من أجلها أوجد علم النظريات الفقهية، فإن هذا العلم قد كتب فيه من أجل تحقيق مقاصد خاصة، وليس المراد به استحداث عناوين جديدة من أجل بيان الأحكام الفقهية المتعلقة بها.

وأما المنهج الثاني: هذا التعريف هو للقواعد الفقهية، والقواعد الفقهية علم مستقل مغاير للنظريات الفقهية، كما سيأتي

التفريق بينهما.

المنهج الثالث من مناهج المؤلفين في حقيقة النظريات الفقهية: إطلاق اسم النظريات الفقهية على الدراسة

الفقهية للمواضيع الحقوقية، فيكون تعريف النظريات الفقهية هو: الدراسة الفقهية للمواضيع الحقوقية. يعني هناك موضوعات في

الأنظمة والحقوق نريد أن نعرف الموقف الفقهي الشرعي منها، فجاء تأليف هذا العلم.

ولذلك عرفها الدكتور مصطفى الزرقا بقوله: "نريد من النظريات الفقهية الأساسية تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى، التي يؤلف كلُّ منها على حدة نظاماً حقوقياً موضوعياً منبثاً في الفقه الإسلامي، كانبثاق الحملات العصبية في نواحي الجسم الإنساني، وتحكم عناصر ذلك النظام في كل ما يتصل بموضوعه من شعب الأحكام".
وعرفها الدكتور وهبة الزحيلي بأنها: "المفهوم العام الذي يؤلف نظاماً حقوقياً موضوعياً تنطوي تحته جزئيات موزعة على أبواب الفقه المختلفة" وعلى ضوء ذلك يمكن تعريف النظريات الفقهية بصيغة أخرى؛ فنقول: "هي دراسة شرعية للعناوين الحقوقية - أو القانونية - التي تجمع فروعاً فقهية من أبواب شتى".

سبب تسميتها بالنظريات الفقهية :

التسمية باسم النظريات الفقهية أخذ من الكتابات القانونية التي يقولون عنها «نظريات قانونية نظامية»، ومن هنا فهؤلاء الفقهاء المعاصرون كتبوا في مقارنة هذه الدراسات القانونية بعلوم الشريعة وسموها: «نظريات فقهية».
وقد أبدى بعض الباحثين رخصهم لهذا الاصطلاح، ووجهوا له عدت انتقادات من جهات مختلفة، أهمها اثنتان هما:
الجهة الأولى: أن اسم النظريات يشعر بأنها آراء مجردة عن الوحي، بينما الأحكام الفقهية مستقاة من الكتاب والسنة، ومن ثم فتسمية الأحكام الشرعية باسم نظريات يبقى محل إشكال وتردد.

وفي هذا يقول الدكتور عمر سليمان الأشقر: "وهذه التسمية "النظريات الفقهية" تحتاج إلى إعادة نظر؛ فالنظرية وليدة الفكر الإنساني، والأحكام الشرعية كثيرٌ منها منصوص عليه، وليس نتاجاً للفكر الإنساني؛ لذلك كان الفقهاء أدقَّ عندما سموها أحكاماً، وكل مجموعة متجانسة من الأحكام عقدوا لها باباً".
وقد أوجب على ذلك بأن الفقه يتميز بأنه يجمع بين الأثر والنظر، بين المنقول والمعقول، فجانب المعقول فيه المنضبط بنصوص الشرع مقبول، وكثيرٌ من المسائل الفقهية كانت بنظرٍ وتأملٍ في نصوص الشرع ومقاصده، وفي المسائل الحادثة حتى يخرج لها الفقيه حكماً يلائمها فيما يرى؛ ولذلك اجتهادُ المجتهد ينسب إليه لا للشرع، فيقال: هذا رأي فلان، فربما أخطأ فينسب خطؤه إليه لا للشرع، ولو أتى أحدٌ بنظرية فقهية بعد تأملٍ صرفٍ بعيد عن مصادر الفقه وتراثه، كما قبلت منه، فالفقه فيه جانب نظرٍ وتأملٍ وإعمالٍ فكري، ولكنه يدور في فلك النصوص.

والجانب الثاني مما انتقد به تسمية هذا العلم باسم النظريات الفقهية: أن قالوا إن هذه النظريات انهماك؛ لأن فيها تركاً للفقه الإسلامي الواسع الذي كتبت فيه المؤلفات لقرون عديدة، والنظر في المسائل الشرعية بناء على الكتابات القانونية، فهي تقليد للقانون الغربي، بينما الفقه الإسلامي متميز في مصادره ومسائله.
وأوجب عن ذلك بأن الكتابة في النظريات الفقهية هجوم، لأن فيها بياناً للنقص العظيم في هذه الكتابات القانونية، وفيها بيان لأوجه الخطأ والتقصير في هذه الكتابات، ومن هنا فإن الكتابة في هذا الجانب له ثمرات عديدة، وتدارس هذه المسائل المتعلقة بالنظريات الفقهية فيه رد لهجمة جائزة يراد بها مسح الأمة، وجعلها أمة تابعة لغيرها في الباطل.

وفي مقابل ذلك ذهب عددٌ من الفقهاء والباحثين المعاصرين إلى قبول هذا المصطلح والتعامل معه، وقد خرج خلال السنوات الماضية عددٌ لا يستهان به من الكتب التي تحمل اسم النظرية، أو تتضمن داخلها الكلام على النظرية، ومنها على سبيل المثال: "نظرية العقد في الفقه الإسلامي"، للشيخ شوكت العدوي، و"الملكية ونظرية العقد"، للشيخ محمد أبو زهرة، و"نظرية العقد"، و"نظرية الحق"، كلاهما للشيخ محمد سلام مدكور، و"النظريات الفقهية"، ليوסף المرصفي، و"المدخل إلى الفقه الإسلامي العام"، للشيخ مصطفى الزرقا، وقد تكلم فيه عن نظريات: الملكية، والعقد، والعرف، والمؤيدات الشرعية، ونظرية

الالتزام العامة، و"نظرية التقييد الفقهي"، لمحمد الروكي، و"نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام"؛ للدكتور محمد فوزي فيض الله، والقائمة طويلة في هذا.

وقد أصبح المصطلح مستساعاً ومُتداولاً في الأكاديميات، والجامع الفقهيّة، ولدى أكثر الفقهاء المعاصرين، وليس هناك ما يمنع استعمال هذا المصطلح، طالما عرف الإطار الذي تُقوَّب فيه النظرية الفقهيّة، والألفاظ، والمصطلحات، التي لا تتضمن محظوراً شرعياً، ولا تؤدي إلى محذور، ينظر ماذا يقصد بها؟ وماذا تتضمن؟ فإن كان حقاً قُبِلَ، وإن كان باطلاً رفض، وأما الاستعمال السيئ، فقد يحصل حتى مع الألفاظ والمصطلحات الشرعيّة، وانظر إلى العبث الحاصل تحت اسم الاجتهاد، أو المصلحة، أو المقاصد، مع أنّها ألفاظ اصطلح عليها الفقهاء من قديم وقبَلوها.

التمييز بين النظريات الفقهيّة وبين ما يقاربها من المعاني والمصطلحات :

حتى يتبين حد النظرية الفقهيّة وتظهر حقيقتها ينبغي التفريق بينها وبين ما قد يلتبس بها من المعاني، وألصق شيء بمفهوم النظريات الفقهيّة: القواعد وكذلك الأبواب الفقهيّة، وسيتبين الفرق بينهما وبين النظرية الفقهيّة من خلال ما سيأتي.

أ- الفرق بين النظريات الفقهيّة والقواعد الفقهيّة :

القاعدة الفقهيّة هي: «أصل فقهيّ كليّ، يتضمّن في ذاته أحكاماً تشريعيّة عامّة، من أبواب متعدّدة». عند ملاحظة هذا التعريف للقاعدة الفقهيّة نجد أنه وثيق الصلة بالنظرية الفقهيّة، فالقاعدة الفقهيّة تتضمّن صياغةً مختصرةً كليةً شاملةً لعدد من مسائل الفقه، تنتظمها في سلك واحد؛ مما حدا بالبعض إلى اعتبار النظرية الفقهيّة مرادفة للقاعدة الفقهيّة، أو صيغةً عصريّةً مطوّرة لها كقاعدة: (الضرر يُزال)، مع بعض التّعديلات تتحول إلى نظريةً عامّةً متكاملةً في الضرر، ومن هؤلاء الشيخ محمد أبو زهرة كما سبق النقل عنه، فقد اعتبر النظرية مرادفة للقاعدة. والصواب أن النظرية الفقهيّة تختلف عن القاعدة الفقهيّة وإن كانتا تشتركان في أن كلاً منهما يشتمل على مسائل من أبواب متفرّقة، إلاّ أنّهما يتمايزان من خلال الحيثيات التالية:

1. من حيث المفهوم: القاعدة الفقهيّة عبارة عن قضيةً كليّةً أو أغليبيّة، تتضمّن حكماً فقهيّاً، ينطبق على الفروع الدّاخلية تحت موضوعها؛ أمّا النظرية فهي موضوع فقهيّ شامل، يجمع مسائل فقهيّة مؤلّفة من جملة من العناصر، تحكمها وحدة موضوعيّة، ذات حقيقة متمثّلة في أركان وشروط، كنظرية العقد، ونظرية الملكيّة، ونظرية البطالان؛ فالقاعدة حكم شرعيّ، والنظرية دراسة وبحث وتجميع.

2- من حيث النطاق: النظرية الفقهيّة أوسع نطاقاً من القواعد في الغالب، فقد تدرج القاعدة تحت النظرية الكبرى، وتمثّل ضابطاً خاصاً بناحية معيّنة من نواحي النظرية، فقاعدة: «العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني» ليست سوى ضابطاً خاصاً بناحية من نواحي نظرية العقد، وكذلك قاعدة: «البينة على المدّعي، واليمين على من أنكر» تمثّل ضابطاً من نظرية الإثبات. على أنّ كون النظرية أوسع من القاعدة أمر غير مطّرد، فقد تكون القاعدة أعمّ من النظرية، من حيث عدم تعلقها بموضوع أو باب معيّن، بخلاف النظرية التي قد تنحصر في أبواب معيّنة لا تتعدّها.

فقاعدة: «الأمور بمقاصدها» تدخل في جميع أبواب الفقه تقريباً.

أمّا نظرية العقد فهي خاصّة بالعقود دون باقي أبواب الفقه.

3- من حيث التكوين : القاعدة الفقهيّة لا تشتمل على أركان وشروط غالباً، بخلاف النظرية التي لا يقوم بناؤها إلاّ على جملة من الشُّروط والأركان.

4- من حيث الصياغة : القاعدة الفقهية تمتاز بالإيجاز في صياغتها، لعموم معناها، وسعة استيعابها للفروع الجزئية من أبواب مختلفة، بخلاف النظرية فليست حكماً حتى توضع لها صياغة، وإنما هي موضوع فقهي، تتميز بشمولها للجانب واسع من الفقه الإسلامي ومباحثه.

5- من حيث الغاية : الغرض من صياغة القاعدة الفقهية هو جمع الفروع الفقهية المتناثرة في أبواب الفقه المختلفة، وأما الغرض من دراسة النظرية الفقهية فهو إعطاء النظرة الإجمالية للشريعة الإسلامية فيما يخص المواضيع المدروسة من خلالها، مع بيان صلاحيتها للتطبيق في كل عصر ومصر، وإثبات النقص الموجود في الدراسات القانونية.

ب- الفرق بين النظريات الفقهية والأبواب الفقهية

عند النظر في كتب الفقهاء نجد أنهم يقسمون كتبهم الفقهية إلى أبواب وكتب، يقولون: هذا باب البيع، وباب الإجارة، وهذا باب الضمان، وعلى الرغم من وجود التشابه بين الباب الفقهي والنظرية الفقهية في أن كلا منهما يجمع المسائل الفقهية المتعلقة بموضوعه ببيان التعريفات والتفاسيم والأركان والشروط... الخ، إلا أنه توجد فروقا ظاهرة بينهما، من أبرزها فرقان:

الفرق الأول: أن النظريات الفقهية مختصة بالجانب الحقوقي؛ بحقوق الناس بعضهم على بعض، مما يكون فيه خصومات ونزاع بين الناس، بينما الأبواب الفقهية لا تختص بهذا الجانب؛ إذ هي كما تنظم علاقة الناس بعضهم ببعض كذلك تنظم علاقة الإنسان بربه، كيف يعبد الله؛ سواء في باب العبادات، أو في أبواب المعاملات، أو أبواب الأنكحة، أو أبواب العقوبات، ولأجل ذلك لا نجد نظرية الطهارة أو نظرية الصلاة، أو غير ذلك من العبادات.

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

الأصل التاريخي للكتابة في النظريات الفقهية :

إن النظرية العامة، ودراسة الفقه الإسلامي في نطاقها، أمر مستحدث طريف استخلصه العلماء المعاصرون الذين جمعوا بين دراسة الفقه الإسلامي، ودراسة القانون الوضعي خلال احتكاكهم، وبوبوا المباحث الفقهية على هذا النمط الجديد، وأفردوا المؤلفات على هذه الشاكلة، إذ لم تُعرف النظرية كمصطلح مُداول في التراث الفقهي، وما عرف من كتب تراثية تحمل اسمَ نظرية مثل "نظرية العقد" لشيخ الإسلام ابن تيمية، فهي من تصرّف الناشر من باب التسويق غالباً، لكنّها لم تُعرف وتداول إلا في هذا العصر، عصر النظريات عموماً، والقانونية على وجه الخصوص.

فكتب النظريات الفقهية ألفت من أجل بيان الحكم الشرعي في النظريات القانونية لما وجد احتكاك بالدول غير المسلمة، وهذا الاحتكاك برز في أربعة أمور:

الأمر الأول : الاستعمار؛ حيث كان هناك احتكاك وتواصل بين المسلمين وغيرهم فاحتجج إلى مثل هذه المقارنات.

الأمر الثاني : الدراسات الاستشراقية؛ فكان هناك دراسات استشراقية متعلقة بالمقارنة بين الدراسات الحقوقية القانونية والمؤلفات الفقهية، فاندفع الفقهاء إلى الكتابة في هذا المجال، لتكون تلك الدراسات الفقهية فاندفع بأقلام تدافع عن الشريعة الإسلامية وأحكامها.

الأمر الثالث : البعثات الدراسية إلى البلدان غير الإسلامية، خصوصا فيما يتعلق بدراسة قوانينهم وأنظمتهم. فكان أبناء المسلمين يبتعثون لدراسة قوانين تلك الدول بمعزل من الحكم الشرعي، مما أوجب على علماء الشريعة المبادرة بذكر التاصيل الشرعي والمقارنات بين تلك النظم القانونية والأحكام الفقهية.

الأمر الرابع : فرض تطبيق القوانين الغربية في البلدان الإسلامية، فقد كانت هناك ضغوطات من أجل وضع إلزامات بالعمل بالقوانين الغربية في ديار المسلمين، مما نحتاج معه إلى إبراز النظرة الشرعية في المسائل القانونية، من خلال التأليف في النظريات الفقهية.

وقد تزامنت هذه الأمور مع حرص عدد من الفقهاء المعاصرين على تجديد الفقه وتطويره، وتحريك الدماء في شرايينه؛ لينبعث من جديد قائما بمهمته في نهضة الأمة ووحدها وتفردتها؛ حيث رأوا أن الفقه قد غيب في مواطن كثيرة وحل محله القانون الوضعي فيها، وكان منطلقهم دافع الغيرة على الفقه الإسلامي، والتصدي للشبه التي أثارها خصومه من عدم قدرته على مواكبة العصر، وأن قضاياه صالحة لأزمان مضت فقط، وأن القانون الغربي متفوق عليه من وجوه كثيرة؛ مما اضطر نفر من المعتنين بالفقه للدفاع عنه، وإظهار أصالته، وتفردته وتميزه، ومن ذلك اهتمامهم بالنظرية الفقهية، ورأوا أنها استجابة لمطلب العصر، وأن الفقه لا بد أن يكمل مسيرته وتطوره؛ ليقدم للعالم أروع النظريات.

أسباب التأليف الفقهي في النظريات الفقهية :

لقد وجد فقهاء الشريعة الحاجة ملحة للكتابة في موضوعات النظريات الفقهية، وذلك لعدد من الأسباب:

- 1- الرغبة في إظهار تفوق الشريعة على تلك الدراسات القانونية، وأنه إذا قورنت تلك الدراسات القانونية بالدراسات الشرعية الفقهية علم عوار ونقص هذه الدراسات القانونية.
- 2- محاولة علماء الشريعة تعديل القوانين لتكون متوافقة مع الشرع، بحيث نبعد المخالفات الشرعية من هذه الأنظمة.
- 3- الرغبة في إعادة صياغة الفقه الإسلامي وتقريبه لطالبيه، من خلال جمع مبادئه العامة وأصوله الكلية، ليتمكن الدارس بعد ذلك من فهمه وضبطه في أقل وقت وأقصر طريق.
- 4- رغبة علماء الشريعة أن يسهلوا على القانونيين مراجعة الفقه الإسلامي؛ ليستفيدوا من العلم الجم، ولينتفعوا بالفقه الإسلامي؛ ليكون هذا من إقامة الحجة عليهم من جانب، وليكون معينا لهم على ترك مخالفة الأحكام الشرعية من جانب آخر.
- 5- أن كثيرا من القضاة الذين يحكمون في المحاكم التي طرأت على بعض بلدان المسلمين عندهم ضعف كبير في الملكة الفقهية، فرغب الفقهاء أن يقووا الملكة الفقهية عند القضاة الذين ينظرون في هذه الأنظمة من خلال الكتابة في النظريات الفقهية.
- 6- رغبة علماء الشريعة أن يعيدوا الأمة إلى شرع الله، وإلى كتاب رب العزة والجلال، وسنة نبيه ﷺ؛ فألفوا المؤلفات في هذا الجانب.

أركان النظرية الفقهية:

تشتمل النظرية الفقهية على عدة أركان، أهمها:

- 1- **عنوان النظرية:** الغالب في هذه العناوين أن تكون عناوين في الكتابات الحقوقية، والفصول التي يسير عليها كتاب هذه الأنظمة، وإن كان هناك بعض الفقهاء من كتب نظريات بناء على الأبواب الفقهية المتجانسة، أو بناء على القواعد الفقهية، كنظرية الضمان، ونظرية الضرورة الشرعية.

2-تعريف عنوان النظرية: بحيث يعرف به في اللغة وفي الاصطلاح، ويبين الفرق بينه وبين ما له به اتصال.

3-بيان الأركان الخاصة لتلك النظرية: ففي نظرية الالتزام مثلا يذكر من أركانها: الملتزم الذي وعد غيره، أو ضمن

لغيره أن يقوم بعمل ما، والملتزم له، ونوع الالتزام، وآثار ذلك الالتزام، ونحو هذا.

4-الشروط المتعلقة بجزئيات النظرية: والملاحظ أن الشروط تكون أمورا سابقة للمشروط، يحصل قبل حصول

المشروط، بخلاف الركن فإنه جزء من الماهية؛ ولذلك مثلا في الصلاة نقول: الوضوء شرط؛ لأنه أمر خارج عن الصلاة، بخلاف الركوع فإنه ركن؛ لأنه جزء من الصلاة.

5- تقسيمات النظرية والأنواع المندرجة تحتها: ويؤتى بالتقسيمات باعتبارات متفاوتة ومختلفة، مع بيان حكم

كل نوع منها.

6- الأحكام العامة لتلك النظريات: بحيث يذكر فيها ما يتعلق بأحكام كل قسم، وكثيرا ما يعقد مؤلفو النظريات

الفقهية بابا لدراسة تلك الأحكام ضمن القواعد الفقهية الضابطة للموضوع المدروس.

7-آثار النظرية: بذكر ما يترتب عند وجود تصرفات من المكلفين تندرج تحت تلك النظرية، فنظرية الحق -مثلا- لها

آثار؛ من وجوب أداء الحقوق، ومن وجوب المحافظة عليها، ومن بيان كيفية توثيق تلك الحقوق، وآثار عدم أداء الحقوق، ونحو ذلك.

8-المقارنة بين النظرية الفقهية والنظرية القانونية: والمقارنة قد تكون من جهة الترتيب، أو من جهة التقسيم، أو

من جهة الأحكام، والكتاب الذين يكتبون في هذه الموضوعات منهم من يكتب في هذه الموضوعات ويقارن في كل جزئية بين الدراسة الفقهية والدراسة الحقوقية، ومنهم من يؤخر ذلك ليعقد فصلا في آخر النظرية يجعله لتلك المقارنة.

استمداد النظرية الفقهية

من خلال ما عرف سابقا من موضوع النظرية الفقهية من أنها مهتمة بالجانب الشرعي والقانوني، فإنها ستكون بطبيعة الحال مستمدة من الكتابات المتعلقة بهذين الجانبين.

الجانب الأول: وهو الجانب الفقهي فيأخذون مادته العلمية من كتب الشرع عموما وكتب الفقه على وجه الخصوص،

سواء في جانب تقرير الأحكام الشرعية، أو في جانب التعقيب على الأحكام القانونية ونقدها.

الجانب الثاني: وهو الجانب القانوني، حيث يأخذ كتاب النظريات المسائل المتعلقة بتعريفات القانونيين للموضوع

المدروس وكذا تقسيماتهم وأحكامهم، من كتب الأنظمة والقوانين، من أجل عرضها ودراستها دراسة الفقهية شرعية بعد ذلك.

أهمية دراسة النظريات الفقهية :

هناك حاجة داعية لكتابة هذه النظريات إذ تترتب عليها فوائد جلية يمكن إعادتها إلى عدد من الأمور:

1. تيسير البحث في الفقه على القانونيين، فإننا عندما نرغب في عرض الأحكام الفقهية المستمدة من النصوص على الباحثين في الدراسات القانونية، يستحسن مخاطبتهم بطريقتهم وأسلوبهم، ومخاطبة الناس باصطلاحاتهم وعلى وفق ترتيبهم في التأليف من الأمور التي لاحظها علماء الشريعة.

2. تعزيز الثقة في الفقه الإسلامي؛ فإنه في أزماننا الحاضرة وجدت هجمات جائرة كاذبة من عدد من المستشرقين حول التشريع الإسلامي، وبل تلقف هذه الكتابات عدد ممن ينتسب إلى هذا الدين واستجروا هذه الكتابات وأعادوا صياغتها

- بصياغات محلية؛ ليوهموا الناس أن الدراسة القانونية هي الدراسة المكتملة والوافية والمحقة لمصالح الخلق، مع تلميح وترغيب للناس في ترك الدراسات الفقهية، فعند عرض الفقه الإسلامي يحصل تعزيز الثقة به، وكما قيل: وبضدها تتميز الأشياء.
3. أن هذه الكتابات وسيلة في الدعوة إلى الله؛ فإنها تعرف الناس بشريعة الله، وتدعوهم إليها، وتبين مزايا أحكام الشريعة.
4. التنبيه على أسرار الشريعة، والحكم التي راعتها، والمصالح، والمقاصد الشرعية؛ مما يكسب الإنسان معرفة بقواعد الشريعة العامة، وبذلك نعرف بالمزايا العظيمة التي احتوت عليها الأحكام الشرعية.
5. التعريف بالفرق بين المسائل؛ فإن عددا من الكتاب الحقوقيين يأتي بمسائل متشابهة في الصورة فيعطيها حكما واحدا، بينما نجد أن الشريعة قد فرقت بينهما بناء على أسباب صحيحة تقتضي التفريق بين هذه المسائل.
6. كشف الاتجاهات العامة للفقهاء؛ بحيث تعرف منهج أهل العلم في الدراسات الفقهية.
7. إبراز سعة الشريعة، والتعريف بكمالها، وأنها ما تركت شاردة ولا واردة إلا وقد ذكرت أحكامها.
8. إثبات تناسق الشريعة وعدم تعارضها؛ فإنه ما من متكلم يتكلم ولا مؤلف يكتب إلا ولا بد أن يوجد في كتابته نوع تعارض وتناقض، وهذا ما تسلم منه نصوص الوحي، كما قال سبحانه: ﴿أَفَلَا يَتَذَكَّرُونَ الْقُرْآنَ وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا﴾ [النساء: 82].
9. تكوين الملكة الفقهية القادرة على استخراج الأحكام من أدلتها؛ فعندما يتدرب الإنسان على تقويم الكتابات الحقوقية من خلال الأدلة الشرعية، تتكون لديه قدرة على استخراج الأحكام من الأدلة.

مناهج التأليف في النظريات الفقهية :

إن الناظر في أولئك الكتاب الذين كتبوا هذه النظريات يجد أنهم ساروا على ثلاث مناهج:

المنهج الأول: من أتى بالكتابات القانونية، منطلقا منها ومحاولا أن يدخل النظرة الفقهية في هذه الكتابات القانونية، وهذه الطريقة لها ثمرات، لكن فيها أمران يجعلان الإنسان يزهده في هذه الكتابات:

الأمر الأول: أن هذه الكتابات تركز على النظرة القانونية، ومن ثم تأتي بالكتابة الفقهية من خلال النظر القانوني، وعندما ينظر الإنسان إلى الفقه من خلال نظر قانوني يجعله قاصر النظرة لا ينظر إلا من جانب واحد.

والأمر الثاني: أن من يكتب على هذه الطريقة يكون -في الغالب- معتمدا على الآراء الفقهية المتناسبة مع النظرة القانونية، ولا يكون ممن عني بالتأصيل الشرعي المنبثق من النصوص في دراسة هذه القضايا.

المنهج الثاني: الاعتماد على الكتابات الفقهية المجردة؛ بحيث يعيد ما كتبه الفقهاء بحسب صياغة النظريات الفقهية، بدون أن تكون هناك مقارنة بين الدراسات الحقوقية وكتابات الفقهاء، وهذه الطريقة أحسن من الطريقة الأولى بكثير، لها ثمرات عظيمة، لكنها لا تحقق جميع المقاصد والأهداف التي نسعى إليها من خلال الكتابة في النظريات الفقهية؛ فمثلا بهذا النوع من الكتابات لا نيسر به على القانونيين البحث في المسائل الفقهية والكتابات الفقهية، ولا تتمكن من تعزيز الثقة في الفقه، ولا تظهر جوانب المقارنة بين الفقه الإسلامي والكتابات القانونية، ومن ثم لا تظهر أسرار الشريعة ولا حكمها.

المنهج الثالث: الانطلاق من الدراسات الشرعية ثم عرض ما يوجد في الكتابات القانونية مع تقويمها، وإعطاء التصور الإسلامي المتكامل عن كل ما يتعلق بهذه النظريات، ومن ثم لا نكون مأسورين بالعناوين القانونية المدرجة تحت تلك لقاعدة، لا نتجاوزها لغيرها كما في الطريقة الأولى، وفي نفس الوقت تتمكن من إبراز المقارنة بين النظرة القانونية والنظرة الشرعية الإسلامية، وفي نفس الوقت أيضا تتمكن من إعطاء التصور الشرعي الواضح في جميع جزئيات المسائل المبحوثة، وبهذه الطريقة تتمكن من صد المحاولات التغريبية التي تحاول أن تجعل المسلمين يقبلون ما يأتيهم من غيرهم من دون التفكير في ما يأتي إليهم، فضلا عن تقويمه أو رده.

تعريف العقد :

العقد في لغة العرب : معناه الربط (أو الإحكام والإبرام) بين أطراف الشيء، سواء أكان ربطا حسيا أم معنويا، من جانب واحد، أم من جانبين. يقال: عقد النية والعزم على شيء، وعقد اليمين، أي ربط بين الإرادة وتنفيذ ما التزم به. وعقد البيع والزواج والإجارة، أي ارتبط مع شخص آخر.

وللعقد عند الفقهاء معنيان : عام وخاص .

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 مطلقا، سواء من شخص واحد أو من شخصين.

وأما المعنى الخاص الذي يراد هنا حين الكلام عن نظرية العقد فهو: ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله.

وهذا التعريف هو الغالب الشائع في عبارات الفقهاء.

فإذا قال شخص لآخر: بعثك الكتاب، فهو الإيجاب، وقال الآخر: اشتريت، فهو القبول، ومتى ارتبط القبول بالإيجاب، وكانا صادرين من ذوي أهلية معتبرة شرعا، ثبت أثر البيع في محله (وهو الكتاب هنا): وهو انتقال ملكية المبيع للمشتري، واستحقاق البائع الثمن في ذمة المشتري.

والإيجاب أو القبول: هو الفعل الدال على الرضا بالتعاقد.

والتقييد بكونه (على وجه مشروع) لإخراج الارتباط على وجه غير مشروع، كالاتفاق على قتل فلان، أو إتلاف محصوله الزراعي، أو سرقة ماله، أو الزواج بالأقارب المحارم، فكل ذلك غير مشروع لا أثر له في محل العقد.

والتقييد بكونه (يثبت أثره في محله) لإخراج الارتباط بين كلامين لا أثر له، كالاتفاق على بيع كل شريك حصته من دار أو أرض لصاحبه بالحصصة الأخرى المساوية لها، فهذا لا فائدة منه ولا أثر له.

أركان العقد :

الركن في اصطلاح علماء الأصول من الحنفية: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان جزءا داخلا في حقيقته. ففي العبادات يعد الركوع والسجود وقراءة القرآن أركاناً للصلاة. وفي المعاملات: الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما هو ركن العقد. فركن العقد: هو كل ما يعبر به عن اتفاق الإرادتين أو ما يقوم مقامهما من فعل أو إشارة أو كتابة.

هذا هو مذهب الحنفية، وأما بقية العناصر أو المقومات التي يقوم عليها العقد من محل معقود عليه، وعاقدين، فهي لوازم لا بد منها لتكوين العقد، لأنه يلزم من وجود الإيجاب والقبول وجود عاقدين، ولا يتحقق ارتباط العاقدين إلا بوجود محل يظهر فيه أثر الارتباط.

والجمهور يقولون: إن للعقد أركاناً ثلاثة هي عاقد ومعقود عليه وصيغة. فالعاقد في البيع هو البائع والمشتري، والمعقود عليه هو الثمن والمثمن، والصيغة هي الإيجاب والقبول، باعتبار أن الركن عند الجمهور: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وإن لم يكن جزءاً داخلياً في حقيقته.

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

الركن الأول: صيغة العقد:

صيغة العقد: هي ما صدر من المتعاقدين دالاً 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. ويسمى عند القانونيين (التعبير عن الإرادة).

معنى الإيجاب والقبول:

الإيجاب والقبول يكونان صيغة العقد، أي العبارات الدالة على اتفاق الطرفين المتعاقدين. وتعريفهما عند الحنفية ما يأتي:

الإيجاب: إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولاً من كلام أحد المتعاقدين، أو ما يقوم مقامه، سواء وقع من المملك أو المملك. فقول العاقد الأول في البيع هو الإيجاب، سواء صدر من البائع أو من المشتري. فإذا قال البائع أولاً (بعث) فهو الإيجاب. وإذا ابتدأ المشتري الكلام فقال: (اشتريت بكذا) فهو الإيجاب.

والقبول: ما ذكر ثانياً من كلام أحد المتعاقدين، دالاً على موافقته ورضاه بما أوجبه الأول.

فالمعتبر إذن: أولية الصدور وثانويته فقط، سواء أكان من جهة البائع أم من جهة المشتري في عقد البيع. وعند الجمهور: الإيجاب: هو ما صدر ممن يكون منه التمليك وإن جاء متأخراً، والقبول: هو ما صدر ممن يصير له الملك، وإن صدر أولاً. ففي عقد البيع: إذا قال المشتري: اشتريت منك هذه البضاعة بكذا، وقال البائع: بعته لك بهذا الثمن، انعقد البيع، وكان الإيجاب ما صدر عن البائع، لأنه المملك، والقبول: ما صدر من المشتري، وإن صدر أولاً.

والواقع أن تسمية إحدى عبارتي العاقدين إيجاباً، والأخرى قبولا هي تسمية اصطلاحية، ليس لها أثر يذكر، والأصل العام في الإيجاب أن يقع من البائع أولاً، ويقع القبول من المشتري ثانياً.

أساليب صيغة الإيجاب والقبول:

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

أولاً: اللفظ (أو القول): اللفظ: هو الأداة الطبيعية الأصلية في التعبير عن الإرادة الحفية وهو الأكثر استعمالاً في العقود بين الناس لسهولة وقوة دلالاته ووضوحه، فيلجأ إليه متى كان العاقد قادراً عليه، وبأي لغة يفهمها المتعاقدان. ولا يشترط فيه عبارة خاصة، وإنما يصح بكل ما يدل على الرضا المتبادل بحسب أعراف الناس وعاداتهم؛ لأن الأصل في العقود هو الرضا، لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: 29] وقوله عليه الصلاة والسلام: «إنما البيع عن تراض». وعليه فلا يشترط في العقود كالبيع والإيجار والرهن والهبة ونحوها لفظ معين أو عبارة مخصوصة، كأن يقول البائع: بعث بكذا، أو ملكته لك بكذا، أو أعطيتك لك بكذا، أو وهبته بثمان كذا. ويقول المشتري: اشتريت، أو قبلت، أو رضيت، أو خذ الثمن وهات المبيع.

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

فقال الحنفية والمالكية: يصح انعقاد الزواج بكل لفظ يدل على تملك العين في الحال، كالتزويج والنكاح والتملك، والحل، والهبة والعطية والصدقة، بشرط توافر النية أو القرينة الدالة على أن المراد باللفظ هو الزواج، وبشرط فهم الشهود للمقصود؛ لأن عقد الزواج كغيره من العقود التي تنشأ بتراضي العاقدين، فيصح بكل لفظ يدل على تراضيهما وإرادتهما. وقد ورد لفظ (الهبة) في القرآن الكريم دالا على صحة استعماله لإبرام الزواج، كما ورد في السنة النبوية استعمال عبارة (التمليك). أما الوارد في القرآن فقوله تعالى: ﴿وَأَمْرًا مِّنْهُ إِنَّ وَهَبْتَ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [الأحزاب: 50] وأما الوارد في السنة فقوله عليه السلام لخاطب من الصحابة يحفظ سورا من القرآن: «ملكتهما بما معك من القرآن».

ولا يصح الزواج بلفظ لا يفيد الملك كإجارة وإعارة ووصية ورهن ووديعة ونحوها.

وقال فقهاء الشافعية والحنابلة: يشترط لصحة عقد الزواج استعمال لفظي «زوج أو نكح» وما يشتق منهما لمن يفهم اللغة العربية. أما من لا يعرف اللغة العربية فيصح الزواج منه بالعبارة التي تؤدي الغرض المقصود، وتفهم هذا المعنى؛ لأن عقد الزواج له خطورة لوروده على المرأة وهي حرة، وشرع لأغراض سامية منها تكثير النسل وبقاء النوع الإنساني، وتكوين الأسر، ففيه معنى التبعيد لله، بتكثير عباد الله الذين يعبدونه، مما يوجب علينا التزام ما ورد به الشرع، ولم يرد في القرآن الكريم إلا هذان اللفظان فقط وهما (النكاح والتزويج) وذلك في أكثر من عشرين آية: منها: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: 3] ومنها: ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا﴾ [الأحزاب: 37].

والراجح رأي الحنفية والمالكية، لأن الزواج كغيره من العقود، فيصح بكل لفظ ينشأ عن الرضا والإرادة.

ثانيا : التعاقد بالأفعال (العقد بالمعاطاة) : قد ينعقد العقد بدون قول أو لفظ، وإنما بفعل يصدر من المتعاقدين ويسمى في الفقه بالمعاطاة أو التعاطي: وهو التعاقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي دون تلفظ بإيجاب أو قبول. ففي البيع لو وجد الرجل سلعة مسعرة كتب عليها الثمن كساعة أو حلي، فناول الثمن للبايع وأخذ السلعة دون إيجاب وقبول لفظيين، انعقد البيع لدلالته على التراضي في عرف الناس.

وفي الإجارة: لو ركب الإنسان سيارة أجرة، ثم دفع ثمن التذكرة إلى الجاني دون كلام متبادل صح الإيجار عرفا.

ثالثا : التعاقد بالإشارة : الإشارة إما من الناطق أو من الأخرس.

أ— 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. لكن المالكية والحنابلة أجازوا انعقاد العقد بالإشارة المتداولة عرفا، ولو كانت من الناطق، لأنها أولى في الدلالة من الفعل الذي ينعقد به العقد، كما تقدم في المعاطاة. هذا هو الراجح.

ب — وأما العاقد العاجز عن النطق كالأخرس ومعتقل اللسان، فإن كان يحسن الكتابة فلا بد منها على الرواية الراجحة عند الحنفية؛ لأن الكتابة أبلغ في الدلالة وأبعد عن الاحتمال من الإشارة، فيلجأ إليها. وإن كان لا يحسن الكتابة، وله إشارة مفهومة، فتقوم مقام النطق باللسان باتفاق الفقهاء للضرورة، حتى لا يجرم من حق التعاقد، وعليه نصت القاعدة الفقهية: (الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان).

رابعاً: التعاقد بالكتابة: يصح التعاقد بالكتابة بين طرفين، ناطقين أو عاجزين عن النطق، حاضرين في مجلس واحد، أو غائبين، وبأي لغة يفهمها المتعاقدان، وعليه نصت القاعدة الفقهية: (الكتاب كالخطاب)

شروط الإيجاب والقبول :

اشترط الفقهاء لانعقاد العقد شروطاً 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؛ لأن الإرادة الباطنة خفية، ولأن العقود يختلف بعضها عن بعض في موضوعها وأحكامها، فإذا لم يعرف ييقين أن العاقدين قصداً عقداً بعينه لا يمكن إلزامهما بأحكامه الخاصة به.

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: بعثك الشيء بعشرة، فيقول المشتري: اشتريته بعشرة، أو ضمنية، كما لو قال المشتري في المثال السابق: اشتريته بخمس عشرة. فالتوافق متحقق ضمناً، وهذه المخالفة خير للموجب.

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

ويشترط لتحقيق معنى اتصال القبول بالإيجاب شروطاً ثلاثة هي:

أولها — أن يكونا في مجلس واحد.

وثانيها — ألا يصدر من أحد العاقدين ما يدل على إرضاه.

ثالثها — ألا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول القابل الآخر.

الركن الثاني : العاقدان :

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

وهذا يعني أن العاقد لا بد له من أهلية للتعاقد بالأصالة عن نفسه، أو ولاية شرعية للتعاقد بالنيابة عن غيره.

والذي يهمنا من بحث الأهلية أن العاقد يشترط فيه عند الحنفية والمالكية: أن يكون عاقلاً أي مميزاً أتم سن السابعة، فلا

ينعقد تصرف غير المميز لصغر أو إغماء أو جنون، وتصح تصرفات الصبي المميز المالية على التفصيل الآتي:

أ- التصرفات النافعة نفعاً محضاً : وهي التي يترتب عليها دخول شيء في ملكه من غير مقابل، كالاحتطاب،

والاحتشاش والاصطياد، وقبول الهبة والصدقة والوصية والكفالة بالدين، تصح من الصبي المميز دون إذن ولا إجازة من الولي، لأنها لنفعه التام.

ب - التصرفات الضارة ضرراً محضاً : وهي التي يترتب عليها خروج شيء من ملكه دون مقابل، كالطلاق

والهبة والصدقة والإقراض وكفالاته لغيره بالدين أو بالنفس لا تصح من الصبي العاقل ولا تنفذ، ولو أجازها وليه؛ لأن الولي لا يملك إجازة هذه التصرفات لما فيها من الضرر.

ج - التصرفات المترددة بين الضرر والنفع : وهي التي تحمل الربح والخسارة كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والزواج والمزارعة والمساقاة والشركات ونحوها، تصح من الصبي المميز، ولكنها تكون موقوفة على إذن الوالي أو إجازته مادام صغيراً أو على إجازته لنفسه بعد البلوغ؛ لأن للمميز جانباً من الإدراك غير قليل. فإن أجزيت نفذت، وإلا بطلت، والإجازة تجبر نقص الأهلية.

والأشخاص بالنسبة للأهلية :

إما عديم الأهلية وغير المميز فتعد تصرفاتهما باطلة.

أو ناقص الأهلية كالصبي المميز فيصح بعض تصرفاته، ويبطل بعضها الآخر، ويتوقف بعضها على الإجازة على التفصيل السابق.

أو كامل الأهلية وهو الراشد الذي تصح منه كل التصرفات وتنفذ ما لم يكن محجوراً عليه بسبب السفه أو الدين، أو كان ممنوعاً من التصرف بسبب مرض الموت أو الفقد أو الغياب.

الركن الثالث : محل العقد :

محل العقد أو المعقود عليه: هو ما وقع عليه التعاقد، وظهرت فيه أحكامه وآثاره.

وهو قد يكون عيناً مالية كالبيع والمرهون والموهوب، وقد يكون عيناً غير مالية كالمرأة في عقد الزواج، وقد يكون منفعة كمنفعة الشيء المأجور في إجارة الأشياء من الدور والعقارات ومنفعة الشخص في إجارة الأعمال.

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

لذا اشترط الفقهاء أربعة شروط في محل العقد، وهي ما يأتي :

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

أن يكون المعقود عليه مشروعاً : يشترط أن يكون محل العقد قابلاً لحكمه شرعاً، باتفاق الفقهاء، بأن يكون مالا مملوكاً متقوماً، فإن لم يكن كذلك، كان العقد عليه باطلاً، فبيع غير المال كالميتة والخمر، أو هبتها أو رهنها أو وقفها أو الوصية بها باطل؛ لأن غير المال لا يقبل التمليك أصلاً.

أن يكون مقدور التسليم وقت التعاقد : يشترط باتفاق الفقهاء توافر القدرة على التسليم وقت التعاقد، فلا ينعقد العقد إذا لم يكن العاقد قادراً على تسليم المعقود عليه، وإن كان موجوداً ومملوكاً للعاقد، فلا يصح بيع الحيوان الشارد ولا إجارته ورهنه وهبته ووقفه ونحوها، ولا يصح التعاقد بيعاً أو إجارة أو هبة على الطير في الهواء والسماك في البحر والصيد بعد فراره والمغصوب في يد الغاصب، لعدم القدرة على التسليم.

أن يكون معيناً معروفاً للعاقدين : لا بد أن يكون محل العقد معلوماً علماً يمنع من التراجع؛ للنهي الوارد في السنة عن بيع الغرر وعن بيع المجهول، والعلم يتحقق إما بالإشارة إليه إذا كان موجوداً، أو بالرؤية عند العقد أو قبله بوقت لا يتحمل

تغيره فيه، ورؤية بعضه كافية إذا كانت أجزاءه متماثلة، أو بالوصف المانع للجهالة الفاحشة، وذلك ببيان الجنس والنوع والمقدار.

شروط العقد :

عرفنا فيما مضى أركان العقد الثلاثة: وهي صيغة التعاقد، والعاقدان، والمحل المعقود عليه، ويتطلب العقد بالإضافة لهذه الأركان توافر أربعة أنواع من الشروط: وهي شروط الانعقاد، وشروط الصحة، وشروط النفاذ، وشروط اللزوم.

والقصد من هذه الشروط في الجملة منع وقوع المنازعات بين الناس، وحماية مصالح العاقدين، ونفي الغرر (أي الاحتمال) والبعد عن المخاطر بسبب الجهالة.

والمراد بالشرط: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان خارجا عن حقيقته، كالطهارة للصلاة شرط فيها وهي أمر خارج عن الحقيقة، وحضور الشاهدين في الزواج شرط فيه، وتعيين العوضين في البيع أو قابلية المبيع للتملك شرط فيه، والقدرة على تسليم المبيع أو أهلية العاقد شرط في البيع؛ لأن كلا منها ليس من أجزاء العقد.

ويقسم الفقهاء الشروط بحسب مصدرها إلى شرط شرعي وشرط جعلي .

الشرط الشرعي : هو الذي يفرضه الشرع، فيصبح لا بد منه لتحقيق العقد، ولا يوجد إلا به، كاشتراط أهلية العاقد لانعقاد العقد.

والشرط الجعلي: هو الذي يشترطه العاقد بإرادته ليحقق له مقصدا خاصا في العقد، فيجعل مقترنا بالعقد، أو معلقا عليه كتعليق الكفالة والطلاق، مثل إن سافر مدينتك اليوم فأنا كفيل بدينك، وإن فعلت (مخاطبا زوجته) كذا فأنت طالق، وكسائر القيود والالتزامات التي يشترطها المتعاقدان على أنفسهما.

والمقصود هنا بحث الشروط الشرعية، وهي :

أولا : شروط الانعقاد : هي ما يشترط تحققه لجعل العقد في ذاته منعقدا شرعا وإلا كان باطلا، وهي نوعان: عامة وخاصة.

فالشروط العامة: هي التي يجب توافرها في كل عقد، وهي الشروط المطلوبة في صيغة التعاقد وفي العاقد، وفي المحل المعقود عليه، وقد ذكرت سابقا فلا داعي لتكرارها هنا.

والشروط الخاصة: هي التي يطلب وجودها في بعض العقود دون سواها. كاشتراط الشهود في عقد الزواج، فلا ينعقد الزواج إلا بحضور الشاهدين، وإلا كان باطلا.

ثانيا : شروط الصحة : وهي ما يشترط شرعا لترتيب آثار العقد، فإن فقدت كان العقد فاسدا، أي محتلا اختلالا في ناحية فرعية متممة غير أساسية، مع كونه منعقدا موجودا في حد ذاته، وأغلب شروط الصحة خاص بكل عقد على حدة، ففي البيع مثلا يشترط خلوه من أحد العيوب المفسدة له: وهي الجهالة، والإكراه، والغرر.

ثالثا : شروط النفاذ : يشترط لنفاذ العقد شرطان:

الملك أو الولاية : أما الملك: فهو حيازة الشيء متى كان الحائز له قادرا وحده على التصرف فيه عند عدم المانع الشرعي، أي أن المالك له حرية التصرف والاستقلال بمنافع الشيء إلا إذا وجد مانع كالجنون أو السفه أو الطفولة أو عدم التمييز، وأما الولاية: فهي سلطة شرعية بها ينعقد العقد وينفذ، وهي إما أصلية: وهي أن يتولى الإنسان أمور نفسه بنفسه. أو

نيابية: وهي أن يتولى الشخص أمور غيره من ناقصي الأهلية، إما بإنابة المالك كالوكيل، أو بإنابة الشارع كالأولياء (الأب أو الجد) والأوصياء (وصي الأب أو الجد أو وصي القاضي).

ألا يكون في محل العقد حق لغير العاقد: فإن تعلق به حق الغير كان العقد موقوفا غير نافذ، وتعلق حق الغير له ثلاثة أوجه:

أ- أن يكون حق الغير متعلقا 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 يفيدهم به حقوقهم نفذت تصرفاته الموقوفة على إجازتهم.

ج- أن يكون متعلقا بصلاحيه 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 (المحيط بكل ماله).

رابعا: شروط اللزوم: الأصل في العقود اللزوم، ويشترط للزوم العقد كالبيع والإيجار خلوه من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد العاقدين فسخ العقد، والتي تثبت إما باشتراط العاقد أو بإيجاب الشرع. فإن وجد في العقد خيار كخيار الشرط أو خيار العيب أو الرؤية منع لزوم العقد في حق من له الخيار، فكان له أن يفسخ العقد أو أن يقبله، ويسمى العقد المشتمل على الخيار غير لازم.

آثار العقد:

لكل عقد أثر خاص وأثر عام:

فالأثر الخاص: هو حكم العقد، وحكم العقد: هو الأثر الأصلي (أو النوعي) للعقد أو الغاية الجوهرية الأساسية المقصودة من العقد كانتقال الملكية في عقد البيع والهبة، وتملك المنفعة في عقد الإيجار والإعارة، وحل المتعة الزوجية في عقد الزواج، وحق احتباس المرهون في عقد الرهن، ونحو ذلك، وحكم العقد الأصلي يتحقق آليا بتقدير الشرع بمجرد انعقاد العقد صحيحا، فلا يحتاج إلى تنفيذ، فبمجرد انعقاد البيع صحيحا تنتقل الملكية للمشتري، وهكذا سائر أحكام العقود.

وأما الأثر العام: فهو ما تشترك فيه كل العقود أو معظمها من أحكام ونتائج.

وللعقود أثاران عامان هما: النفاذ، والإلزام واللزوم.

والنفاذ: معناه ثبوت حكم العقد الأصلي منذ انعقاده، أي أن آثار العقد الخاصة ونتائجه المترتبة عليه تحدث فور انعقاد العقد، فنفاذ عقد البيع مثلا معناه انتقال ملكية المبيع والتمن بمجرد انعقاده، وإيجاب تنفيذ الالتزامات على الطرفين، كتسليم المبيع وتسلم الثمن، ونفاذ عقد الزواج معناه: إحلال المتعة الزوجية بمجرد انعقاده، وإيجاب الحقوق والالتزامات التي ينشئها العقد بينهما، كالالتزام الرجل بالنفقة، ومسؤولية المرأة عن الطاعة المشروعة.

والنفاذ يقابله التوقف، فيقال: عقد نافذ وعكسه موقوف، وأهم أنواع العقد الموقوف هي: عقد المكره، وعقد المميز، وعقد السفه المحجور عليه، وعقد المدين بدين مستغرق، وتبرع المريض مرض الموت، وعقد الفضولي.

والإلزام: معناه إنشاء التزامات متقابلة معينة على العاقدين، كما في البيع، أو إنشاء التزام معين على أحد العاقدين، كما في الوعد بجائزة، وهذا من آثار العقد.

أقسام العقود :

للعقود أقسام متعددة باعتبارات مختلفة، أهمها النظر إلى العقد بحسب إقرار الشرع له وعدم إقراره، أو بالنظر إلى كون العقود مسماة أو غير مسماة، أو بالنظر إلى غاية العقد وأغراضه، أو لكون العقد عينيا أو غير عيني، أو باعتبار اتصال الأثر به وعدم اتصاله.

التقسيم الأول : بحسب وصف العقد شرعا :

ينقسم العقد بحسب الوصف الذي يعطيه الشرع له بناء على مقدار استيفائه لأركانه وشروطه إلى صحيح تترتب عليه آثاره، وغير صحيح لا تترتب عليه آثاره.

1-العقد الصحيح : هو الذي استكمل أركانه من (صيغة وعاقدين ومحل عقد وموضوع عقد)، وشروطه الشرعية. فيصبح صالحا لترتب حكمه وآثاره عليه، وحكم العقد الصحيح: ثبوت أثره في الحال، فالبيع الصادر من كامل الأهلية على مال متقوم شرعا، ولغاية مشروعة، يترتب عليه ثبوت ملك المبيع والتمن للمشتري والبائع فور انتهاء الإيجاب والقبول.

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

ويشمل غير الصحيح عند جمهور الفقهاء غير الحنفية: الباطل والفساد، وهما بمعنى واحد.

وأما الحنفية: فيقسمون غير الصحيح إلى باطل وفساد. فلكل واحد معنى مختلف عن الآخر.

أساس الخلاف بين الحنفية وغيرهم راجع لقضية أصولية : وهي فهم أثر النهي الصادر عن الشرع، كالنهي عن شراء السمك في الماء، فإنه غرر، وعن بيعتين في بيعة، وكنحرتم بيع الخمر والميتة والخنزير ونحو ذلك. فهل النهي يقتضي فساد المنهي عنه، أي عدم الاعتبار والوقوع في الإثم معا أو أنه يقتصر على إيجاب الإثم وحده مع اعتباره أحيانا؟ ثم هل يستوي النهي عن ركن من أركان العقد مع النهي عن وصف عارض للعقد لازم له أو غير لازم؟

قال جمهور الفقهاء : إن نهي الشارع عن عقد ما: يعني عدم اعتباره أصلا، وإثم من يقدم عليه. ولا فرق بين النهي عن ركن من أركان العقد (الصيغة وأهلية العاقدين ومحل العقد) أو النهي عن وصف عارض للعقد ملازم له أو مجاور، لقوله عليه الصلاة والسلام في الحديث: «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد»، وعليه إذا حدث عقد منهي عنه فهو باطل أو فاسد لا يترتب عليه أي أثر؛ لأن نهي الشارع عنه يجعله غير مشروع أو غير موجود، وإذا كان النهي لوصف فيسري إلى الموصوف.

وقال الحنفية : قد يكون نهي الشارع عن عقد: معناه إثم من يرتكبه فقط، لا إبطاله، ويفرق بين النهي الراجع لأصل العقد (أي لخلل في الصيغة أو في العاقد أو في المحل) فيقتضي بطلان العقد وعدم وجوده شرعا وعدم ترتب أي أثر عليه، وبين النهي العائد لأمر آخر كوصف من أوصاف العقد ملازم له، فيقتضي بطلان هذا الوصف فقط، ولا يتعدى البطلان إلى أصل العقد، لأنه استكمل عناصره الأساسية، فيكون العقد فاسدا فقط.

فالبائع الصادر عن عدم الأهلية، وبيع غير المال كالميتة، وبيع مال غير متقوم كالخمر والخنزير والسّمك في الماء باطل؛ لأنّ الخلل فيه راجع لأصل العقد. والبيع المؤقت أو المشتمل على جهالة في الثمن أو المؤدي إلى التراع في العقد كبيعتين في بيعة فاسد؛ لأنّ الخلل راجع لوصف في العقد خارج عن حقيقته وذاته وأركانها.

وعلى هذا فإن غير الصحيح عند الحنفية نوعان : باطل وفساد .

أما العقد الباطل : فهو ما اختل ركنه أو محله، أو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه، كأن يكون أحد العاقدين فاقد الأهلية، كالمجنون، أو أن تكون الصيغة غير سليمة، أو يكون محل العقد غير قابل لحكم العقد شرعاً، كبيع ما ليس بمال، أو ما ليس مالا متقوماً كالخمر والخنزير والسّمك في الماء، وفي الزواج كالعقد على إحدى المحارم أو التي لم تنته عدتها من مطلقها، أو المتزوجة بزواج آخر، فكل هذه العقود باطلة، **وحكم الباطل :** أنه لا يعد منعقداً أصلاً، وإن وجدت صورته في الظاهر، فلا يترتب عليه أي أثر شرعي، فلا يفيد نقل الملكية أصلاً، إذ لا يعد موجوداً بحال.

وأما العقد الفاسد : فهو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه، أي كان صادراً ممن هو أهل له، والمحل قابل لحكم العقد شرعاً، والصيغة سليمة، ولكن صاحب ذلك وصف منهى عنه شرعاً، كبيع المجهول جهالة فاحشة تؤدي للتراع، مثل بيع دار من دور أو سيارة من سيارات دون تعيين، وكإبرام صفقتين في صفقة، كبيع دار على أن يبيعه سيارته، وكبيع مال متقوم جعل ثمنه مالا غير متقوم كخمر مثلاً، وكبيع بقرة على أنها حامل، **وحكم الفاسد :** ثبوت الملك فيه بالقبض بإذن المالك صراحة، أو دلالة كأن يقبضه في مجلس العقد أمام البائع، دون أن يعترض عليه، والعقد الفاسد واجب الفسخ شرعاً، إما من أحد العاقدين أو من القاضي إذا علم بذلك، لأنه منهى عنه شرعاً.

العقد المحرم : العقد الباطل منهى عنه لأمر أساسي فيه، والفساد منهى عنه لوصف ملازم له، فإن كان النهي لوصف غير لازم، أي مجاور للمنهى عنه، فهو حرام موجب للإثم والمعصية.

ومن أهم هذه العقود المحرمة لما فيها من الضرر أو الغرر مع أنها صحيحة ما يأتي :

- 1 - **بيع النجش :** وهو أن يزيد الرجل في السلعة، وليس له حاجة بها، إلا ليغلي ثمنها وينفع صاحبها.
- 2 - **تلقي الركبان أو الجلب :** وهو مبادرة بعض أهل المدينة أو البلد لتلقي الآتين إليها، فيشتري منهم ما معهم، ثم يبيع كما يرى لأهل البلد.

3 - **بيع الحاضر للبادي :** وهو أن يتوكل الحاضر عن البادي، ويبيع الطعام له، ويغالي السعر، وهذا له صورتان: الصورة الأولى: أن يصير الحاضر سمساراً للبادي البائع. والصورة الثانية: أن يبيع له بالتدريج أي بالتجزئة كوكيل، شيئاً فشيئاً، بدلاً من بيعه جملة.

4 - **البيع وقت النداء لصلاة الجمعة :** من حين صعود الإمام على المنبر إلى أن تنقضي الصلاة، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ [الجمعة: 9]، ويلحق بالبيع سائر العقود والصناعات كلها لما فيها من شغل عن السعي إلى الجمعة. والنهي عنها لأمر خارج عن حقيقة العقد.

التقسيم الثاني : بالنظر إلى التسمية وعدمها :

تقسم العقود إلى مسماة وغير مسماة:

أما العقود المسماة : فهي ما وضع الشرع لها اسماً خاصاً بها، وبين أحكامها المترتبة عليها، كالبيع والإجارة والشركة والهبة، والحوالة والرهن، والقرض والصلح، والزواج والوصية ونحوها.

وأما العقود غير المسماة : فهي التي لم يوضع لها اسم خاص في الشرع، ولم يرتب التشريع أحكاما خاصة بها، وإنما استحدثها الناس تبعا لحاجة. وهي كثيرة لا تنحصر، لأنها تنشأ بحسب تجدد حاجات الناس وتطور المجتمعات وتشابك المصالح، مثل عقد الاستصناع، وبيع الاستجرار، وأنواع المقاولات، أي التعهدات والالتزامات الحديثة، وأنواع الشركات التي تمنح امتيازات للتنقيب عن النفط والمعادن، وعقود النشر والإعلان في الصحف والمجلات ونحوها.

التقسيم الثالث : بالنظر إلى غاية العقد وأغراضه :

تنقسم العقود بحسب أغراضها وغاياتها إلى مجموعات سبع، فقد تكون غاية العقد هي تمليك شيء، أو الاستيثاق، أو الحفظ، أو التفويض ونحو ذلك.

1 - التملكيات : وهي ما يقصد بها تمليك شيء، عين أو منفعة، فإن كان التملك بعوض فهي عقود المعاوضات كالبيع والإجارة، وإن كان التملك مجانا بغير عوض فهي عقود التبرعات، كالهبة والصدقة والوقف.

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 ببذل أو عوض من الطرف الآخر، فهو إسقاط المعاوضة، كالطلاق على مال، والعفو عن القصاص بالدية.

3 - الإطلاقات : وهي إطلاق الشخص يد غيره في العمل، كالوكالة وتولية الولاية والقضاة، والإذن للمحجور عليه بالتصرف أو للصغير المميز بالتجارة، والإيضاء: وهو أن يعهد شخص لآخر في أن يتولى شؤون أولاده القصر بعد وفاته.

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

5 - التوثيقات : (أو التأمينات أو عقود الضمان): وهي 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، ومنها المضاربة، والمزارعة (تعهد الأرض بالعبادة) والمساقاة (تعهد الأشجار بالسقي ونحوه).

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

التقسيم الرابع : بالنظر إلى العينية وعدمها :

تنقسم العقود إلى عينية وغير عينية.

فالعقد العيني : هو الذي لا بد فيه لتمام انعقاده وترتيب أثره من تسليم الشيء المعقود عليه عينا، وهو يشمل عقودا خمسة: هي الهبة والإعارة والإيداع والرهن والقرض.

والعقد غير العيني : هو الذي يتم بمجرد الصيغة السليمة من العيوب ويترتب عليه أثره بدون حاجة إلى القبض. وهذا يشمل جميع العقود ماعدا العقود الخمسة السابقة.

التقسيم الخامس : باعتبار اتصال الأثر بالعقد وعدم اتصاله :

ينقسم العقد بحسب ترتب أثره عليه بمجرد انعقاده وعدم ترتب أثره في الحال إلى: منجز، ومضاف، ومعلق.

1 - العقد المنجز : وهو ما صدر بصيغة غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى المستقبل. وحكمه: ترتب الآثار عليه في الحال ما دام مستوفيا لأركانه وشروطه المطلوبة فيه. مثل: بعثك هذه الأرض بكذا، وقبل الآخر.

2 - العقد المضاف للمستقبل : ما صدر بصيغة أضيف فيها الإيجاب إلى زمن مستقبل. مثل: آجرتك داري لسنة من مطلع الشهر القادم. أنت طالق غدا أو بعد أسبوع، وحكمه: أنه ينعقد في الحال، ولكن أثره لا يوجد إلا في الوقت المحدد الذي أضيف إليه.

3 - عقود تصح منجزه ومضافة للمستقبل : فإذا كانت منجزه ترتب عليها أثرها في الحال، وإن كانت مضافة تأخر أثرها إلى زمن الإضافة، كالإجارة والطلاق، والوقف.

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.

أولا : انتهاء العقد بالفسخ :

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

والفسخ في العقود غير اللازمة واضح، تقرره طبيعة العقد ذاته، سواء في العقود غير اللازمة من الجانبين كالإيداع والإعارة والشركة والوكالة، فلكل من الطرفين الفسخ متى أراد، 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.

2- بسبب الخيار: يجوز لصاحب الخيار في خيار الشرط أو العيب أو الرؤية ونحوها فسخ العقد بمحض إرادته.

3- بالإقالة: الإقالة هي فسخ العقد بتراضي الطرفين، إذا ندم أحدهما وأراد الرجوع عن العقد. وهي 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 (قوة قاهرة أو ظروف طارئة بتعبير القانونيين) وذلك في عقد البيع في حالة هلاك المبيع قبل التسليم. أي في يد البائع قبل أن يتسلمه المشتري، وفي عقد الإجارة في حالة طرء أعذار من جانب المؤجر أو المستأجر أو العين المؤجرة، كالحرق دين فادح بالمؤجر لا سبيل لوفائه إلا ببيع المأجور وأداء الدين من ثمنه، وإفلاس المستأجر، أو انتقاله من حرفة إلى حرفة، وهجرة أهل القرية بعد استئجار حمام في قرية ليستغله المنتفع المستأجر.

5- لانتهاؤ مدة العقد أو تحقيق غرضه: يفسخ العقد من نفسه وينتهي بانتهاء مدته أو بتحقيق الغرض المقصود من العقد، وذلك كانهاء مدة عقد الإيجار المعينة، وسداد الدين في عقدي الرهن والكفالة، وتنفيذ الوكيل المهمة الموكلة بها.

ثانيا : انتهاء العقد بالموت :

تنتهي طائفة من العقود بموت أحد العاقدين في بعض العقود، كالشركة والوكالة: هما من العقود غير اللازمة من الجانبين. وينتهيان بالموت، فكلاهما يفسخان بموت أحد الطرفين، سواء علم الآخر بالموت أم لم يعلم.

ثالثا : انتهاء العقد بعدم إجازة الموقوف :

ينتهي العقد الموقوف إذا لم يجزه صاحب الشأن، كما في عقد الفضولي.

نظام الملكية

تعريف الملكية والملك :

الملكية أو الملك : علاقة بين الإنسان والمال أقرها الشرع تجعله مختصا به، ويتصرف فيه بكل التصرفات ما لم يوجد مانع من التصرف.

والملك كما يطلق على هذه العلاقة، يطلق أيضا على الشيء المملوك، تقول: هذا الشيء ملكي أي مملوك لي. وهذا المعنى هو المقصود في تعريف المجلة (م 521) للملك: بأنه ما ملكه الإنسان، سواء أكان أعيانا أو منافع. وعلى هذا المعنى يفهم قول الحنفية: إن المنافع والحقوق ملك وليست بمال.

وعلى هذا، فالملك أعم من المال عندهم.

والملك في اللغة: هو حيازة الإنسان للمال والاستبداد به أي الانفراد بالتصرف فيه.

وقد عرف الفقهاء الملك بتعاريف متقاربة مضمونها واحد، ولعل أفضلها هو ما يأتي:

الملك: اختصاص بالشيء يمنع الغير منه، ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداء إلا المانع شرعي.

فإذا حاز الشخص مالا بطريق مشروع أصبح مختصا به، واختصاصه به يمكنه من الانتفاع به والتصرف فيه إلا إذا وجد

مانع شرعي يمنع من ذلك كالجنون أو العته أو السفه أو الصغر ونحوها. كما أن اختصاصه به يمنع الغير من الانتفاع به أو التصرف فيه إلا إذا وجد مسوغ شرعي يبيح له ذلك كولاية أو وصاية أو وكالة.

وتصرف الولي أو الوصي أو الوكيل لم يثبت له ابتداء، وإنما بطريق النيابة الشرعية عن غيره، فيكون القاصر أو المجنون

ونحوهما هو المالك، إلا أنه ممنوع من التصرف بسبب نقص أهليته أو فقدانها، ويعود له الحق بالتصرف عند زوال المانع أو العارض.

قابلية المال للتملك وعدمها :

المال في الأصل قابل بطبيعته للتملك، لكن قد يعرض له عارض يجعله غير قابل في كل الأحوال أو في بعضها للتملك،

فيتنوع المال بالنسبة لقابليته للتملك إلى ثلاثة أنواع:

1 - ما لا يقبل التملك ولا التملك بحال: وهو ما خصص للنفع العام كالطرق العامة والجسور والحصون

والسكك الحديدية والأهمار والمتاحف والمكتبات العامة والحدائق العامة ونحوها. فهذه الأشياء غير قابلة للتملك لتخصيصها للمنافع العامة. فإذا زالت عنها تلك الصفة عادت لحالتها الأصلية، وهي قابلية التملك، فالطريق إذا استغني عنه أو ألغي جاز تملكه.

2 - ما لا يقبل التملك إلا بمسوغ شرعي: كالأموال الموقوفة وأملاك بيت المال أي الأموال الحرة في عرف

القانونيين. فالمال الموقوف لا يباع ولا يوهب إلا إذا تهدم أو أصبحت نفقاته أكثر من إيراده، فيجوز للمحكمة الإذن باستبداله.

وأموال بيت المال (أو وزارة المالية، أو الحكومة) لا يصح بيعها إلا برأي الحكومة لضرورة أو مصلحة راجحة، كالحاجة إلى ثمنها، أو الرغبة فيها بضعف الثمن ونحو ذلك؛ لأن أموال الدولة كأموال اليتيم عند الوصي لا يتصرف فيها إلا للحاجة أو المصلحة.

3 - ما يجوز تملكه وتمليكه مطلقا بدون قيد: وهو ما عدا النوعين السابقين.

أنواع الملك :

الملك إما تام أو ناقص.

فالملك التام : هو ملك ذات الشيء (رقبته) ومنفعته معا، بحيث يثبت للمالك جميع الحقوق المشروعة.

ومن أهم خصائصه : أنه ملك مطلق دائم لا يتقيد بزمان محدود ما دام الشيء محل الملك قائما. ولا يقبل الإسقاط، فلو غضب شخص عينا مملوكة لآخر، فقال المالك المغضوب منه: أسقطت ملكي، فلا تسقط ملكيته ويبقى الشيء ملكا له، وإنما يقبل النقل، إذ لا يجوز أن يكون الشيء بلا مالك. وطريق النقل إما العقد الناقل للملكية كالبيع، أو الميراث أو الوصية. ويمنح صاحبه الصلاحيات التامة وحرية الاستعمال والاستثمار والتصرف فيما يملك كما يشاء، فله البيع أو الهبة أو الوقف أو الوصية، كما له الإعارة والإجارة، لأنه يملك ذات العين والمنفعة معا، فله التصرف بهما معا، أو بالمنفعة فقط. وإذا أتلّف المالك ما يملكه لا ضمان عليه؛ إذ لا يتصور مالك وضامن في شخص واحد، لكن يؤاخذ ديانة؛ لأن إتلاف المال حرام، وقد يؤاخذ قضاء فيحجر عليه إذا ثبت سفهه.

والمالك الناقص : هو ملك العين وحدها، أو المنفعة وحدها. ويسمى ملك المنفعة حق الانتفاع. وملك المنفعة قد يكون حقا شخصيا للمنتفع أي يتبع شخصه لا العين المملوكة، وقد يكون حقا عينيا أي تابعا للعين دائما، بقطع النظر عن الشخص المنتفع، وهذا يسمى حق الارتفاق، ولا يكون إلا في العقار.

أنواع الملك الناقص : وعلى هذا يكون الملك الناقص ثلاثة أنواع:

1 - ملك العين فقط: وهو أن تكون العين (الرقبة) مملوكة لشخص، ومنافعها مملوكة لشخص آخر، كأن يوصي شخص لآخر بسكنى داره أو بزراعة أرضه مدة حياته، أو مدة ثلاث سنوات مثلا، فإذا مات الموصي وقبل الموصى له، كانت عين الدار ملكا لورثة الموصي بالإرث، وللموصى له ملك المنفعة مدة حياته أو المدة المحددة. فإذا انتهت المدة صارت المنفعة ملكا لورثة الموصي، فتعود ملكيتهم تامة.

وفي هذه الحالة: ليس للمالك العين الانتفاع بها، ولا التصرف بمنفعتها أو بالعين، ويجب عليه تسليم العين للمنتفع ليستوفي حقه من منافعها، فإذا امتنع أجبر على ذلك.

وبه يظهر أن ملكية العين فقط تكون دائمة، وتنتهي دائما إلى ملكية تامة، وملكية المنافع قد تكون مؤقتة؛ لأن المنافع لا تورث عند الحنفية أو دائمة كالوقف.

2 - ملك المنفعة الشخصي أو حق الانتفاع:

هناك أسباب خمسة لملك المنفعة: وهي الإعارة والإجارة، والوقف والوصية، والإباحة.

أما الإعارة: فهي: تملك المنفعة بغير عوض. فللمستعير أن ينتفع بنفسه، وله إعارة الشيء لغيره، لكن ليس له إجارته؛ لأن الإعارة عقد غير لازم (يجوز الرجوع عنه في أي وقت)، والإجارة عقد لازم، والضعيف لا يتحمل الأقوى منه، وفي إجارة المستعار إضرار بالمالك الأصلي.

وأما الإجارة: فهي تملك المنفعة بعوض. وللمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه، أو بغيره مجاناً أو بعوض إذا لم تختلف المنفعة باختلاف المنتفعين، حتى لو شرط المؤجر على المستأجر الانتفاع بنفسه. فإن اختلف نوع المنفعة كان لا بد من إذن المالك المؤجر.

وأما الوقف: فهو 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 العرف من ذلك، فليس له الاستغلال.

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

وأما الإباحة: فهي الإذن باستهلاك الشيء أو باستعماله، كالإذن بتناول الطعام أو الثمار، والإذن العام بالانتفاع بالمنافع العامة كالمرور في الطرقات والجلوس في الحدائق ودخول المدارس والمشافي. والإذن الخاص باستعمال ملك شخص معين كركوب سيارته، أو السكن في داره.

والفرق بين الإباحة والملك: هو أن الملك يكسب صاحبه حق التصرف في الشيء المملوك ما لم يوجد مانع. أما الإباحة: فهي حق الإنسان بأن ينتفع بنفسه بشيء. بموجب إذن. والإذن قد يكون من المالك كركوب سيارته، أو من الشرع كالانتفاع بالمرافق العامة، من طرقات وأهوار ومراعي ونحو ذلك. فالمباح له الشيء لا يملكه ولا يملك منفعته، بعكس المملوك.

خصائص حق المنفعة أو الانتفاع الشخصي :

يتميز الملك الناقص أو حق المنفعة الشخصي بخصائص أهمها ما يأتي:

1 - يقبل الملك الناقص التقييد بالزمان والمكان والصفة عند إنشائه، بعكس الملك التام، فيجوز لمن يعير سيارته لغيره أو يوصي بمنفعة داره أن يقيد المنتفع بمدة معينة كشهر مثلاً، وبمكان معين كالركوب في المدينة لا في الصحراء، وأن يركبها بنفسه لا بغيره.

2 - عدم قبول التوارث عند الحنفية خلافاً لجمهور الفقهاء: فلا تورث المنفعة عند الحنفية؛ لأن الإرث يكون للمال الموجود عند الموت، والمنافع لا تعد مالا عندهم كما تبين. أما عند غير الحنفية فتورث المنافع في المدة الباقية؛ لأن المنافع عندهم أموال كما ذكرت، فتورث كغيرها من الأموال، فمن أوصى لغيره بسكنى داره مدة معلومة، ثم مات قبل انتهاء هذه المدة، فلورثته الحق بسكنى الدار إلى نهاية المدة.

3 - لصاحب حق المنفعة تسلم العين المنتفع بها ولو جبراً عن مالكها. ومتى تسلمها تكون أمانة في يده، فيحافظ عليها كما يحافظ على ملكه الخاص، وإذا هلكت أو تعيبت لا يضمنها إلا بالتعدي أو بالتقصير في حفظها. وما عدا ذلك لا ضمان عليه.

4 - على المنتفع ما تحتاجه العين من نفقات إذا كان انتفاعه بها مجاناً، كما في الإعارة، فإن كان الانتفاع بعوض كما في الإجارة فعلى مالك العين نفقاتها.

5 - على المنتفع بعد استيفاء منفعته تسليم العين إلى مالكها متى طلبها إلا إذا تضرر المنتفع. كما إذا لم يكن وقت حصاد الزرع في أرض مستأجرة أو مستعارة، فله إبقاء الأرض بيده حتى موسم الحصاد، ولكن بشرط دفع أجر المثل.

انتهاء حق المنفعة :

حق المنفعة حق مؤقت كما عرفنا، فينتهي بأحد الأمور التالية:

1 - انتهاء مدة الانتفاع المحددة.

2 - هلاك العين المنتفع بها أو تعييبها بعيب لا يمكن معه استيفاء المنفعة، كانهدام دار السكنى أو صيرورة أرض الزراعة سبخة أو ملحة. فإن حصل ذلك بتعدي مالك العين ضمن عيننا أخرى، كالموصي بركوب سيارة ثم عطلها، فعليه تقديم سيارة أخرى.

3 - وفاة المنتفع عند الحنفية؛ لأن المنافع لا تورث عندهم.

4 - وفاة مالك العين إذا كانت المنفعة من طريق الإعارة أو الإجارة؛ لأن الإعارة عقد تبرع، وهو ينتهي بموت المتبرع، ولأن ملكية المأجور تنتقل إلى ورثة المؤجر.

وهذا عند الحنفية، وقال الشافعية والحنابلة: الإعارة عقد غير لازم، فيجوز للمعير أو لورثته الرجوع عنها، سواء أكانت مطلقة أم مؤقتة. وقال المالكية: الإعارة المؤقتة عقد لازم، فمن أعار دابة إلى موضع كذا، لم يجز له أخذها قبل ذلك، وإلا لزمه إبقاؤها قدر ما ينتفع بالمستعار الانتفاع المعتاد. وبذلك يتبين أن الجمهور يقولون: إن الإعارة لا تنتهي بموت المعير أو المستعير، وكذلك الإجارة لا تنتهي بموت أحد العاقدين؛ لأنها عقد لازم كالبيع.

أما إذا كانت المنفعة من طريق الوصية أو الوقف، فلا ينتهي حق المنفعة بموت الموصي؛ لأن الوصية تبدأ بعد موته، ولا بموت الواقف؛ لأن الوقف إما مؤبد، أو مؤقت فيتقيد بانتهاء مدته.

3 - ملك المنفعة العيني أو حق الارتفاق : حق الارتفاق: هو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر، مملوك

لغير مالك العقار الأول. وهو حق دائم يبقى ما بقي العقاران دون نظر إلى المالك. مثل حق الشرب، وحق المجرى، وحق المسيل، وحق المرور، وحق الجوار، وحق العلو.

أما حق الشرب : فهو 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 المتزلي. وسمي بذلك لأن الشرب يكون عادة بالشفة.

والماء بالنسبة لهذا الحق أربعة أنواع :

أ- ماء الأثمار العامة كالنيل ودجلة والفرات ونحوها من الأثمار العظيمة: لكل واحد الانتفاع به، لنفسه ودوابه وأراضيه، بشرط عدم الإضرار بالغير، لحديث: «الناس شركاء في ثلاث: الماء والكأ والنار» وحديث «لا ضرر ولا ضرار».

ب - ماء الجداول والأثمار الخاصة، المملوكة لشخص: لكل إنسان حق الشفة منه، لنفسه ودوابه، وليس لغير مالكة سقي أراضيه إلا بإذن مالك المجرى.

ج - ماء العيون والآبار والحياض ونحوها المملوكة لشخص: يثبت فيها كالنوع الثاني حق الشفة دون حق الشرب. فإن أبي صاحب الماء، ومنع الناس من الاستقاء لأنفسهم ودوابهم، كان لهم قتاله حتى ينالوا حاجتهم، إذا لم يجدوا ماء قريبا آخر.

د - الماء المحرز في أوان خاصة: كالجرار والصحاريح، لا يثبت لأحد حق الانتفاع به بأي وجه إلا برضا صاحب الماء؛ لأن الرسول عليه السلام نهي عن بيع الماء إلا ما حمل منه. لكن المضطر إلى هذا الماء الذي يخاف على نفسه الهلاك من العطش، له أخذ ما يحتاجه منه، ولو بالقوة ليدفع عن نفسه الهلاك، ولكن مع دفع قيمته، لأن (الاضطرار لا يبطل حق الغير).

وحق المجرى : هو حق صاحب الأرض البعيدة عن مجرى الماء في إجرائه من ملك جاره إلى أرضه لسقيها. وليس للجار أن يمنع مرور الماء لأرض جاره، وإلا كان له إجراؤه جبراً عنه، دفعا للضرر عنه.

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

والفرق بين المسيل والمجرى : أن المجرى جلب المياه الصالحة للأرض، والمسيل لصرف الماء غير الصالح عن الأرض أو عن الدار. وحكمه مثل حق المجرى، ليس لأحد منعه إلا إذا حدث ضرر بين.

وحق المرور : هو حق صاحب عقار داخلي بالوصول إلى عقاره من طريق يمر فيه سواء أكان الطريق عاما غير مملوك لأحد، أم خاصا مملوكا للغير. فالطريق العام يحق لكل إنسان المرور فيه. والطريق الخاص: يحق لأصحابه المرور فيه وفتح الأبواب والنوافذ عليه، وليس لهم سده أمام العامة للتجاء إليه.

وحق الجوار : الجوار نوعان: علوي وجانبي، وفيه حقان:

أ- حق التعلي : وهو الثابت لصاحب العلو على صاحب السفلى، أي الحق الطائفي أو حق العلو.

ب - حق الجوار الجانبي : وهو الثابت لكل من الجارين على الآخر.

ولصاحب حق التعلي حق القرار على الطبقة السفلى، وهو حق ثابت دائما لصاحب العلو، لا يزول بهدم العقار كله أو تهدم السفلى، وله ولورثته إعادة بنائه حين يريد، وليس لصاحب العلو أو السفلى أن يتصرف في بنائه تصرفا يضر بالآخر، وإذا تهدم السفلى وجب على صاحبه إعادة بنائه، فإن امتنع أجبر على ذلك قضاء، فإن رفض كان لصاحب العلو البناء ويرجع على الآخر بالنفقات، إذا بني بإذن القاضي أو إذن صاحب السفلى، فإن بني من غير إذن رجعت بقيمة البناء وقت تمامه، لا بما أنفق؛ لأنه لم يكن وكيلا بالإتفاق.

وليس لصاحب الجوار الجانبي إلا حق واحد وهو ألا يضر أحدهما بصاحبه ضررا فاحشا بينا: وهو كل ما يمنع المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى، أو يكون سببا لهدم البناء أو وهن فيه.

أمور ثلاثة متعلقة بحقوق الارتفاق :

الأول - الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي : يفترق حق الارتفاق عن حق الانتفاع من نواح

أربع تالية:

1 - حق الارتفاق يكون دائما مقررا على عقار، فتنقص 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 وإجارة السيارة.

2 - حق الارتفاق مقرر لعقار إلا حق الجوار فقد يكون لشخص أو لعقار. أما حق الانتفاع فإنه دائما مقرر لشخص معين باسمه أو بوصفه.

3 - حق الارتفاق حق دائم يتبع العقار وإن تعدد الملاك. وحق الانتفاع الشخصي مؤقت ينتهي بأحوال معينة كما

تقدم.

4 - حق الارتفاق يورث حتى عند الحنفية الذين لا يعدونه مالا؛ لأنه تابع للعقار. وأما حق الانتفاع فمختلف في إرثه بين الفقهاء كما سبق بيانه.

الثاني - خصائص حقوق الارتفاق : لحقوق الارتفاق أحكام عامة وخاصة.

فأحكامها العامة أي إذا ثبتت تبقى ما لم يترتب على بقائها ضرر بالغير، فإن ترتب عليها ضرر أو أذى وجب إزالتها، فيزال المسيل القدر في الطريق العام، ويمنع حق الشرب إذا أضر بالمتفاعلين، ويمنع سير السيارة في الشارع العام إذا ترتب عليها ضرر كالسير بالسرعة الفائقة، أو في الاتجاه المعاكس، عملاً بالحديث النبوي المتقدم «لا ضرر ولا ضرار» ولأن المرور في الطريق العام مقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه.

وأما الأحكام الخاصة فستأتي في بحث حقوق الارتفاق المخصص لكل نوع منها.

الثالث - أسباب حقوق الارتفاق : تنشأ حقوق الارتفاق بأسباب متعددة منها:

1 - الاشتراك العام: كالمرافق العامة من طرقات وأهبار ومصارف عامة، يثبت الحق فيها لكل عقار قريب منها، بالمرور والسقي وصراف المياه الزائدة عن الحاجة، لأن هذه المنافع شركة بين الناس يباح لهم الانتفاع بها، بشرط عدم الإضرار بالآخرين.

2 - الاشتراط في العقود: كاشتراط البائع على المشتري أن يكون له حق مرور بها، أو حق شرب لأرض أخرى مملوكة له، فيثبت هذان الحقان بهذا الشرط.

3 - التقادم: أن يثبت حق ارتفاق لعقار 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.

أسباب الملك التام :

إن أسباب أو مصادر الملكية التامة في الشريعة أربعة هي:

الاستيلاء على المباح، والعقود، والخلفية، والتولد من الشيء المملوك. وفي القانون المدني هي ستة: الاستيلاء على ما ليس له مالك من منقول أو عقار، والميراث وتصفية التركة، والوصية، والالتصاق بالعقار أو بالمنقول، والعقد، والحيازة والتقادم.

وهذه الأسباب تنفق مع الأسباب الشرعية ما عدا الحيازة والتقادم (وضع اليد على مال مملوك للغير مدة طويلة)، فإن الإسلام لا يقر التقادم المكسب على أنه سبب للملكية، وإنما هو مجرد مانع من سماع الدعوى بالحق الذي مضى عليه زمن معين، توفيراً لوقت القضاة، وتجنباً لما يثار من مشكلات الإثبات، وللشك في أصل الحق. أما أصل الحق فيجب الاعتراف به لصاحبه وإيفائه له ديانة. فمن وضع يده على مال مملوك لغيره لا يملكه شرعاً بحال.

كذلك لا يقر الإسلام مبدأ التقادم المسقط على أنه مسقط للحق بترك المطالبة به مدة طويلة، فاكتساب الحقوق وسقوطها بالتقادم حكم ينافي العدالة والخلق، ويكفي في ذلك أن يصير الغاصب أو السارق مالكا، إلا أن الإمام مالك في المدونة خلافاً لمعظم أصحابه يرى إسقاط الملكية بالحيازة، كما يرى تملك الشيء بالحيازة، ولكنه لم يحدد مدة للحيازة، وترك تحديدها للحاكم.

1 - الاستيلاء على المباح :

المباح : هو المال الذي لم يدخل في ملك شخص معين، ولم يوجد مانع شرعي من تملكه كالماء في منبعه، والكأ والحطب والشجر في البراري، وصيد البر والبحر. ويتميز هذا النوع بما يأتي:

أ- أنه سبب منشئ للملكية على شيء لم يكن مملوكا لأحد. أما بقية أسباب الملكية الأخرى (العقد، الميراث ونحوهما) فإن الملكية الحادثة مسبقة بملكية أخرى.

ب - أنه سبب فعلي لا قولي: يتحقق بالفعل أو وضع اليد، فيصح من كل شخص ولو كان ناقص الأهلية كالصبي والمجنون والمحجور عليه. أما العقد فقد لا يصح من هؤلاء أو يكون موقوفا على إرادة أخرى، وهو سبب قولي.

ويشترط للتملك بهذا الطريق أي إحراز المباح شرطان :

أولهما — ألا يسبق إلى إحرازه شخص آخر، لأن «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له» كما قال النبي عليه السلام.

ثانيهما — قصد التملك: فلو دخل الشيء في ملك إنسان دون قصد منه لا يملكه، كما إذا وقع في حجر إنسان، لا يملكه. ومن نشر شبكته، فإن كان للاصطياد تملك ما يقع فيها، وإن كان للتجفيف لم يملك ما يقع فيها؛ لأن «الأمور بمقاصدها».

والاستيلاء على المباح له أنواع أربعة هي : إحياء الموات، والاصطياد، والاستيلاء على الكأ، والاستيلاء على المعادن والكنوز.

2 - العقود الناقلة للملكية :

العقود كالبيع والهبة والوصية ونحوها من أهم مصادر الملكية وأعمها وأكثرها وقوعا في الحياة المدنية؛ لأنها تمثل النشاط الاقتصادي الذي يحقق حاجات الناس من طريق التعامل. أما الأسباب الأخرى للملكية فهي قليلة الوقوع في الحياة.

ويدخل في العقود التي هي سبب مباشر للملكية حالتان :

الأولى : العقود الجبرية التي تجريها السلطة القضائية مباشرة، بالنيابة عن المالك الحقيقي، كبيع مال المدين جبرا عنه لوفاء ديونه، وبيع الأموال المحتكرة. فالتملك يتملك عن طريق عقد بيع صريح بإرادة القضاء.

الثانية : نزع الملكية الجبري : وله صورتان:

أ- الشفعة: وهي عند الحنفية حق الشريك أو الجار الملاصق بتملك العقار المبيع جبرا على مشتريه بما بذل من ثمن ونفقات. وقصرها الجمهور على الشريك.

ب - الاستملاك للصالح العام: وهو استملاك الأرض بسعرها العادل جبرا عن صاحبها للضرورة أو المصلحة العامة، كتوسيع مسجد، أو طريق ونحو ذلك.

والمتملك من هذا الطريق يملك بناء على عقد شراء جبري مقدر بإرادة السلطة. وعلى هذا فالعقد المسبب للملكية إما أن يكون رضائيا أو جبريا، والجبري: إما صريح كما في بيع مال المدين، أو مفترض كما في الشفعة ونزع الملكية.

3 - الخلفية : وهي أن يخلف شخص غيره فيما كان يملكه، أو يحل شيء محل شيء آخر، فهي نوعان: خلفية

شخص عن شخص وهي الإرث. وخلفية شيء عن شيء وهي التضمين.

والإرث سبب جبري للتملك يتلقى به الوارث بحكم الشرع ما يتركه المورث من أموال التركة.

والتضمين: هو إيجاب الضمان أو التعويض على من أتلف شيئاً لغيره، أو غصب منه شيئاً فهلك أو فقد، أو ألحق ضرراً بغيره بجناية أو تسبب. ويدخل فيه الديات وأروش الجنائيات أي الأعياض المالية المقدرة شرعاً الواجبة على الجاني في الجراحات.

4 - التولد من المملوك : معناه أن ما يتولد من شيء مملوك يكون مملوكاً لصاحب الأصل؛ لأن مالك الأصل هو مالك الفرع، سواء أكان ذلك بفعل مالك الأصل، أم بالطبيعة والخلقة. فغاصب الأرض الذي زرعها يملك الزرع عند الجمهور غير الحنابلة؛ لأنه نماء البذر وهو ملكه، وعليه كراء الأرض، ويضمن لصاحب الأرض نقصانها بسبب الزرع. وثمره الشجر وولد الحيوان وصوف الغنم ولبنها لمالك الأصل.

وقال الحنابلة: الزرع لمالك الأرض، لقوله ﷺ: «من زرع في أرض قوم بغير إذنه، فليس له من الزرع شيء، وله نفقته».

بَابُ الشَّرْطِ

تعريف الشرط :

أولاً : لغة :

إن أصل معنى كلمة الشرط لغة يدل على عِلْمٍ وعلامة، فما كان من باب العِلْمِ على الشيء أو العلامة عليه، فهو شرط في اللغة؛ ومنه: الشرط بمفهومه في باب العقود، فهو علامة يجعلها المتعاقدان على ما يراه كلٌّ منهما هاماً في العقد الذي يُجريانه، وتطلق الشروط على الصكوك لأنها علامات دالة على التوثق، من هنا جاء المعنى الاصطلاحي للشرط، والذي صار علماً عليه حتى عند اللغويين، ومنه قول الفيروزآبادي: «الشرط: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه»؛ إن هذا الإلزام المذكور في تعريف الفيروزآبادي، إنما يتمثل في أشياء يحددها كل طرف، فهي علامة رضا كل منهما في إجراء العقد.

ثانياً : اصطلاحاً :

الشرط إما أن يكون شرعياً، أو لغوياً، أو عادياً، أو عقلياً.

فالشرط الشرعي: هو ما كان مستفاداً من الشرع، كجعل طهارة الأعضاء من الحدث والنجس شرطاً لصحة الصلاة، وحولان الحول شرطاً لوجوب الزكاة، والقدرة على تسليم المبيع شرطاً لصحة عقد البيع.

والشرط العقلي: هو ما كان مرده إلى العقل، كما في اعتبار الحياة شرطاً للعلم.

والشرط العادي: هو ما كان مرد اشتراطه إلى العرف، أو العادة، كما في اعتبار الغذاء شرطاً لبقاء الحياة في الحيوانات. وهذه الثلاثة لا خلاف بين العلماء في أنه يلزم من عدمها العدم، ولا يلزم من وجودها وجود ولا عدم لذاتها، فيلزم من عدم الطهارة عدم صحة الصلاة، ولا يلزم من وجود الطهارة وجود صحة الصلاة ولا عدمها، ويلزم من عدم حولان الحول عدم وجوب الزكاة - في الأموال التي يشترط لوجوب الزكاة فيها حولان الحول، كالتقدين، والتجارة، والأنعام - ولا يلزم من وجود حولان الحول وجوب الزكاة لاحتمال عدم بلوغ النصاب، ولا عدم وجوبها لاحتمال وجود النصاب، ويلزم من عدم القدرة على تسليم المبيع عدم صحة عقد البيع، ولا يلزم من وجود القدرة على تسليم المبيع وجود صحة عقد البيع ولا عدمها، لاحتمال اختلال ركن من أركان عقد البيع، أو شرط آخر من شروطه.

ويلزم من عدم الحياة عدم حصول العلم، ولا يلزم من وجود الحياة وجود حصول العلم ولا عدم حصوله، إذ قد توجد الحياة مع الجهل.

ويلزم من عدم الغذاء عدم بقاء الحياة في الحيوانات، ولا يلزم من وجود الغذاء بقاء الحياة في الحيوانات ولا عدم بقائها. وهذه الثلاثة وهي - الشرط الشرعي، والشرط العقلي، والشرط العادي - يجمعها تعريف واحد للشرط وهو: ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته.

✓ فيحترز بالقيد الأول، وهو قولهم: "ما يلزم من عدمه العدم" عن المانع، فإنه لا يلزم من عدمه شيء.

✓ وبالقييد الثاني: وهو قولهم: "ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم" عن السبب؛ فإنه يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم.

✓ وبالقيد الثالث، وهو قولهم: "لذاته" عن مقارنة الشرط وجود السبب، فإنه يلزم من وجوده الوجود لكن لا لذات الشرط، وإنما لذات وجود السبب، كما إذا قارن حولان الحول اكتمال النصاب، فيلزم من ذلك وجود وجوب الزكاة، لكن لا لذات الشرط - وهو حولان الحول- وإنما لوجود السبب، وهو بلوغ النصاب.

✓ ويحترز به أيضاً عن مقارنة الشرط وجود المانع، فإنه يلزم من وجوده العدم، لكن لا لذات الشرط، وإنما لوجود المانع، كما إذا اقترن حولان الحول بوجود الدين المستغرق للنصاب عند من يرى الدين مانعاً، فيلزم عدم وجوب الزكاة، لكن لا لذات الشرط، وإنما لوجود المانع، وهو الدين.

وأما الشرط اللغوي: فهو ما كان مرد اشتراطه إلى اللغة، أي: ما استفيدت شرطيته من اللغة، ويسمى أيضاً بالشرط النحوي، وهو ما دخل عليه أداة من أدوات الشرط المخصوصة الدالة على سببية الأول ومسببية الثاني.

أو هو عبارة عن تعليق حكم على شيء بأداة من أدوات الشرط عند النحويين، ك: إن، وإذا، ومن، ومتى، وحيثما، وأينما، ونحو ذلك مما يدل على التعليق، أو على سببية الأول ومسببية الثاني، كقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ [الحجرات: 6]، وقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُولَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: 6]، وقوله: ﴿فَإِن أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: 6]، وقوله سبحانه: ﴿فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾ [البقرة: 222]، وقول القائل: "إن جاءك زيد فأكرمه"، وقول القائل لامرأته: "إن دخلت الدار فأنت طالق"، ونحو ذلك.

ومما تجدر الإشارة إليه أن للشروط اللغوية أسباب، أي: أن حكمها حكم السبب؛ وذلك لأنه يلزم من وجودها الوجود ومن عدمها العدم، فإذا قال القائل لعبده: "إن دخلت الدار فأنت حر" يلزم من دخوله الدار الحرية، ومن عدم دخولها عدم الحرية، إلا أن يخلفه سبب آخر للعتق، كأن يعتقد تنجيهاً قبل دخوله الدار بأن يقول له: "أنت حر".

وكذلك إذا قال الرجل لزوجته: "إن دخلت الدار فأنت طالق" فإنه يلزم من دخولها الدار وقوع الطلاق، ومن عدم دخولها الدار عدم وقوع الطلاق، إلا أن يخلفه سبب آخر لإيقاع الطلاق، كأن يطلقها تنجيهاً قبل دخولها الدار بأن يقول لها: "أنت طالق"، فإن وقوع الطلاق والحالة هذه لا للتعليق على شرط دخولها الدار، وإنما لسبب آخر وهو تنجيز الطلاق.

وبما أن الشروط اللغوية يلزم من وجودها الوجود ومن عدمها العدم لذا فتكون أسباباً بهذا المعنى، لأن هذا هو شأن السبب؛ إذ السبب هو: ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته، ولهذا يقول النحاة في الشرط والجزاء بسببية الأول ومسببية الثاني، بخلاف الشروط الشرعية، والعقلية والعادية، فإن كل واحد منها يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته، فإن كل واحد منها ينتفي المسمى بانتفائه ولا يوجد بوجوده.

أنواع الشرط :

ينقسم الشرط إلى أقسام متعددة من حيثيات مختلفة:

أولاً : باعتبار معناه وما يدل عليه :

ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

أ- الشرط المحض: وهو الشرط الذي لم يلاحظ فيه إضافة الحكم إليه، أو إفضاؤه إلى الحكم، بل مجرد توقف الحكم على وجوده، كما في اشتراط الوضوء لصحة الصلاة، فإن الصلاة غير مضافة إليه، ولا هو مفض إليها، لأنه قد يوجد دونها، وكذلك حولان الحول في حق وجوب الزكاة، وهكذا...

ب- شرط في حكم العلة : وهو الشرط الذي لم تعارضه علة تصلح لإضافة الحكم إليها، كحفر بئر في شارع عام وقع فيه إنسان فمات، فإن الحفر هنا شرط للموت، ولم يلحق به من العلة ما يصلح لإناطة الحكم بها، فكان للشرط هنا حكم العلة، ولذلك فإن الفقهاء يضمنون الحافر دية القتل، لعدم وجود من هو أولى منه بالضمان، بخلاف ما لو حفر إنسان حفرة، فألقى فيها رجل رجلا آخر فمات، فإن الدية هنا على الملقى ولا شيء على الحافر، لأن الإلقاء هنا علة القتل، والعلة مقدمة على الشرط في إناطة الحكم بها.

ج- شرط في معنى السبب : وهو الشرط السابق (المتقدم) الذي اعترض بينه وبين الحكم فعل فاعل مختار غير منسوب إليه فعله، كما إذا فك إنسان وثاق عبد فأبق (هرب)، فإن الهرب هنا وقع من العبد، لا من الفاك للعبد، فلا يعتبر له حكم العلة، ولكن العبد غير صالح لإناطة الحكم بعمله لعدم الذمة، فاعتبر الفك في هذه الحال شرطا في حكم السبب للهرب، والسبب لا يجب به الضمان لعدم التأثير، ولذلك فإن الفقهاء لا يحكمون على الفاك هنا بشيء من التعويض. هذا بخلاف فتح قفص فيه طائر، فإن الفاتح يضمن قيمة الطائر، لعدم وجود الاختيار في الطائر، مما يجعل للفتح حكم العلة.

ثانيا : باعتبار جهة اشتراطه :

ينقسم إلى قسمين هما:

أ- شرعي (حقيقي) : وهو ما توقف وجود الحكم على وجوده بحكم الشرع، أي إن إقامته شرطا للحكم إنما كان بفعل الشارع، وسمي بالشرط الحقيقي، لأن الشارع هو المرتب الحقيقي للأحكام، مثل جعل الطهارة شرطا لصحة الصلاة، وكذلك ستر العورة ودخول الوقت شرطا لصحتها، وجعله امتلاك البيع مشروطا بوحدة مجلس الإيجاب والقبول، وبالقدرة على تسليم المبيع، وهكذا...

ب - جملي : وهو ما توقف عليه وجود الحكم وكان مقاما من قبل المكلف نفسه، لا من قبل الشارع، مثل اشتراط حمل المبيع إلى البيت على البائع، وكذلك تسليم الثمن في وقت معين في مكان معين، وغير ذلك من الشروط التي اختلف الفقهاء في صحة اشتراطها، وهذه حكم العقد موقوف على تحققها كما في الشروط الحقيقية، والفارق بينهما هو أن النوع الأول كان مقاما من قبل الشارع، وهذا مقام من قبل المكلف نفسه، بحيث إنه لو لم يشترطه لما تعلق به الحكم.

ثالثا : باعتبار تعلقه بحكمه :

وهو على قسمين:

أ- شرط مطلق : وهو علامة على وجود الحكم في كل أحواله، بحيث إذا انتفى في أي حال من الأحوال انتفى الحكم بانتفائه، مثل الشاهدين على عقد النكاح، فإنهما شرط لصحته، فإذا انتفيا فسد العقد، سواء أكان ذلك لعذر أو لغير عذر على حد سواء، إذ لا يسقط اشتراطها بالأعذار.

ب- شرط مقيد بعدم العذر: أي إن حكمه يسقط في حالة العذر، كما في الطهارة في الصلاة فإنها تسقط في حق المعذور، وكذلك استقبال القبلة، فإنه يسقط في حق المريض وغيره من أصحاب الأعذار، مثل حالة من به سلس بول مع البول الناقض للطهارة، كذلك صلاة المريض العاجز عن الاتجاه إلى القبلة، فإنها تصح إلى أي جهة توجه.

رابعاً : باعتبار صيغته :

وهو على قسمين:

أ- شرط صريح، وهو ما جاء فيه الاشتراط بلفظ الشرط الصريح أو بأداة من أدواته، كإن وإذا، مثل أن يشترط المطلق في طلاقه فيقول لزوجته: (هي طالق إن جاء فلان؟ أو إذا جاء فلان، أو بشرط أن يأتي فلان).

ب- شرط بطريق الدلالة، وهو ما جاء فيه الاشتراط ضمناً بدون تلفظ به أو بأدواته، مثل أن يقول الرجل: (المرأة التي أتزوجها طالق، فإنه في معنى قوله: (إن تزوجتها فهي طالق)، ولذلك فإن هذا القسم يأخذ حكم الشرط الصريح تماماً من كل وجه، لأن القاعدة الفقهية تقول (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني).

خامساً : باعتبار الصحة والبطلان :

تنقسم الشروط الجعلية من حيث صحتها وبتلاؤها إلى ثلاثة أقسام:

أ- شروط مكملة لحكمة المشرع، ولا يكون فيها ما ينافي الحكمة التي شرع الحكم لها، وهي الشروط الموافقة لمقتضى العقد، أو لا تنافي مقتضى العقد، كما يعبر عن ذلك الفقهاء، مثل اشتراط تقديم رهن بالثمن المؤجل، أو حميل أو غير ذلك من الوثائق، فإن ذلك صحيح باتفاق الفقهاء، ويلزم به الطرفان في العقد.

ب- شروط منافية لحكمة المشرع، أو مخالفة لمقتضى العقد كما يعبر عن ذلك الفقهاء، مثل اشتراط البائع على المشتري عدم الاستفادة من المبيع، أو عدم بيعه، أو عدم الإنفاق على الزوجة، وغير ذلك من الأحكام التي جعلها الشارع آثاراً شرعية للعقد الصحيح، وهذا النوع من الشروط باطل باتفاق الفقهاء، ولكن أيبطل العقد به، أو يبطل الشرط فقط ويبقى العقد صحيحاً؟

في المذاهب الفقهية اختلاف كبير في هذا الموضوع، لكن القاعدة الأساسية التي انتهجها الحنفية في ذلك تتركز في مدى الاستفادة من هذا الشرط وعدمها، وفي قدرة المستفيد على طلب تنفيذ الشرط وعجزه عن ذلك، فإذا كان في الشرط المخالف لمقتضى العقد منفعة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما، وكان المنتفع أهلاً للمطالبة بها فإن الشرط يكون فاسداً مفسداً للعقد في وقت واحد، وذلك لما يسببه من منازعات، مثاله من باع جارية واشترط على مشتريها أن يطعمها كل يوم لحماً، فإن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد، لما فيه من تضيق حرية المشتري التي ثبتت له بالعقد، فهو فاسد لذلك، وفيه منفعة للجارية المشتراة وهي أهل للمطالبة بهذا الشرط، فهو مفسد للعقد لذلك أيضاً، لما فيه من إثارة الخصام والمنازعات، فإن كان من ثبتت المنفعة له ليس من أهل المطالبة، كمن باع لآخر دابة واشترط على مشتريها أن لا يشغلها، فإن الشرط هنا باطل لمخالفته لمقتضى العقد، ولكن لا يؤثر في صحة العقد بل يلغو، لأن المستفيد من هذا الشرط غير أهل للمطالبة، فيعتبر العقد صحيحاً والشرط باطلاً غير ملزم لعدم المنازعة.

ج- ألا يظهر في الشرط منافية لحكمة المشرع ولا موافقة لها، كاشتراط المشتري على البائع نقل المبيع إلى بيته مثلاً، فإنه غير موافق لمقتضى العقد ولا مناف له، وهذا النوع من الشروط الجعلية اختلف الفقهاء في حكمه على مذاهب، تركزت في مذهبين اثنين:

* عدم تصحيح هذه الشروط واعتبارها شروطاً باطلة، اعتماداً على أن المشرع هو المختص الوحيد بإنشاء الشروط، وأن الأصل في الشروط البطلان حتى يقوم الدليل على الصحة، وهذا الاتجاه هو ما ارتكز عليه مذهب أبي حنيفة والشافعية، مع اختلاف بينهما في بعض الفروع والتفصيلات.

* تصحيح هذه الشروط واعتبارها، اعتمادا على أن الأصل في الشروط الصحة ما لم يقدّم دليل مخالف، وهذا الاتجاه يمثل مذهب الحنبلية ومذهب المالكية، مع اختلاف بينهما توسعة وتضييقا، فالحنابلة توسعوا أكثر من المالكية في تصحيح الشروط الجعلية، وعلى كل فإن هذا البحث هو أصق بمباحث الفقه منه بالأصول، ولذلك اقتصر فيه على الإجمال دون التفصيل.

سادسا : باعتبار ارتباطه بالسبب أو المسبب :

وهو ينقسم إلى قسمين:

أ- شرط مكمل للسبب: وهو الشرط الذي يتوقف عليه كمال سبب الماهية، وذلك لأن الأسباب ماهيات وأحكام وضعية يتوقف عليها أحكام تكليفية، وهذه الماهيات التي هي أسباب شروط معينة لا بد من تحققها لقيام معنى السببية في السبب، مثل حولان الحول، فإنه شرط مكمل لمعنى كمال النصاب الذي هو سبب وجوب الزكاة.

فحكم الشرط هنا هو تكميل السبب، وأما ارتباطه بالمسبب وهو وجوب الزكاة فهو ارتباط غير مباشر، بخلاف النوع الثاني الآتي، فارتباط الشرط فيه بالماهية الأصلية إنما هو ارتباط مباشر.

ب - شرط مكمل للمسبب: وهو الشرط الذي يتعلق به مباشرة وجود الماهية دون أن يرتبط بسبب من أسبابها، فهو مقوم لمعنى الماهية نفسها، مثل اشتراط التساوي بين الجاني والمجني عليه في القصاص، من حيث السلامة من نقص الأطراف وغيرها، فإنه شرط مباشر في المساواة الكامنة في القصاص، ولا علاقة له بأحد أسبابه، وكذلك استقبال القبلة، فإنه شرط مباشر لصحة الصلاة، دون أن يرتبط بأسبابها، وكذلك الطهارة وغيرها.

حكم ترك الاشتراط :

الشروط الجعلية هي شروط متروك أمر اشتراطها إلى المكلف على طريق التخيير، فلا ثواب على فعلها أو تركها، ولا عقاب على ذلك أيضا.

أما الشروط الشرعية التي أنطأ الشارع بها واجبات محددة، فإن حكم اشتراطها من حيث الجملة كذلك أيضا، لأن الشروط من حيث كونها داخلية تحت خطاب الوضع لم يقصد الشارع اشتراطها أو تركها من حيث هي شروط، ولذلك فإن للمكلف فعلها أو تركها على حد سواء من هذه الحيثية، وأما من حيث تفويتها لمشروطاتها الواجبة، فإن موجبه الإثم، ولكن الإثم هنا لتفويت الواجب لا لترك الشرط، بدليل أن الواجب لو فات لنقص سبب من أسبابه لا لفوات هذا الشرط المتروك فإنه لا إثم ولا عقاب في ذلك.

هذا من حيث العموم، أما من حيث التفصيل، فإننا نقسم الترك إلى قسمين:

1- ترك الشرط مع قصد تفويت مشروطه: وهذا حكمه الكراهة من حيث هو تفويت الشرط، بصرف النظر عن حكم تفويت المشروط الذي ترتب عليه، والأصل فيه عدم الكراهة كما هو الحال في النوع الثاني من الترك كما سيأتي، ولكن الكراهة ثبتت إما في ترك الشرط عمدا من التسبب في ترك الواجب وإبطاله، وأما ما جاء في حديث النبي ﷺ أنه قال: (لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة) أي جمع أموال الزكاة المتفرقة بغية تقليل مقدار الواجب، كمن عنده أربعون شاة جمعها إلى شياه جاره البالغة أربعين أيضا ليثبت فيها جميعا شاة واحدة بدل شاتين، وكذلك تفريق الأموال المجتمعة بغية تقليل الزكاة أو التخلص منها، كسبعين شاة بين رجلين يجب فيها شاة واحدة، فإذا قسمت بينهما نصفين لم يجب فيها شيء لنقصان حصة كل شريك عن النصاب، وغير ذلك من الأحاديث الشريفة التي ورد فيها النهي عن الترك للشرط بغية عدم

انعقاد المشروط كثيرة، وأقل درجات النهي الكراهة، فلا بد من إثباتها، وأما الحرمة فلا محل لإثباتها نظراً لما تقرر من أن الشارع لا قصد له في تحقيق الشرط أو منعه.

2- ترك للشرط من غير قصد إلى إبطال المشروط وتفويته: كمن اقتسم مع شريكه الشياه لمشاحنة بينهما، ففتح عن ذلك نزول الزكاة عنهما، فإنه لا كراهة على واحد منهما، لعدم القصد إلى الإبطال. هذا مع الانتباه إلى أن المشروط لا بد باطل في كلتا الحالتين الماضيتين مادام لم يتحقق شرطه، لأن معنى الشرط هو ذلك، هذا بالنسبة للشرط المطلق، وأما الشرط المقيّد بعدم العذر، فإن مشروطه يصح مع فواته إذا كان الفوات لعذر مأذون فيه من قبل الشارع.

أدلة مشروعية الشروط الجعلية :

يدل على مشروعية الشروط الجعلية التي يشترطها أحد المتعاقدين أدلة كثيرة منها:

1- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]، فإذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد مأموراً به، علم أن الأصل صحة العقود والشروط، إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره وحصل به مقصوده، ومقصود العقد هو الوفاء به، فإذا كان الشارع قد أمر بمقصود العهود دل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة.

2- قوله ﷺ: (المسلمون على شروطهم) فهذا يدل دلالة واضحة على أنه ينبغي للمسلم أن يفى بشرطه، وأنه يلزمه أن يفى لأخيه المسلم بما اشترط على نفسه تجاهه، ولا يجوز له أن يخنله ولا أن يخدعه ولا أن يغشه وعليه أن يحضه النصيحة بالوفاء له.

3- عن جابر بن عبد الله أنه كان يسير على جمل له قد أعيا فأراد أن يسيه قال: فلحقني النبي ﷺ فدعا لي وضربه فسار سيراً لم يسر مثله، قال: بعنيه بوقية. قلت: لا، ثم قال: بعنيه، فبعته بوقية واستثنيت عليه حملانه إلى أهلي، فلما بلغت أتيته بالجمل فنقدني ثمنه، ثم رجعت فأرسل في أثري فقال: "أتراني ما كستك لأخذ جملك، خذ جملك ودراهمك فهو لك". ووجه الدلالة من الحديث أن جابراً ابتداءً ذلك الشرط من عند نفسه من غير سؤال: هل هو مما تقره الشريعة أو لا؟ وأقره على ذلك النبي ﷺ، فدل ذلك على أن المتقرر عند جابر ﷺ جواز الاشتراط وأن الأصل فيه الحل، وإقرار النبي ﷺ ذلك منه دليل على الجواز.

4- وكذلك أيضاً دل دليل الأثر فإن عمر بن الخطاب ﷺ قال في كلمته المشهورة: (مقاطع الحقوق عند الشروط)، أي: إذا أردت أن تقطع الحق فتعطي مال الناس للناس، وتأخذ مالك من هذه الحقوق فإنما يكون بالشروط، فإذا كان بينك وبين أخيك المسلم شرط ووفيت له الشرط على أتم الوجوه وأكملها فقد قطعت له حقه كاملاً، وعلى هذا (مقاطع الحقوق عند الشروط) معناه: أنه يلزم المسلم إذا أراد أن يؤدي حق أخيه المسلم أن ينظر ما الذي اشترطه على نفسه تجاهه فيؤدي له ذلك الشرط كاملاً تاماً.

5- استصحاب الإباحة الأصلية إذ إن العقود والشروط من باب الأفعال العادية والأصل فيها عدم التحريم فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم كما إن الأعيان الأصل فيها عدم التحريم، وقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حُرِّمَ عَلَيْكُمْ﴾ [الأنعام: 119] عام في الأعيان والأفعال، وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة؛ لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة.

6- أن أداء الشروط والقيام بها من النصيحة، والله عز وجل أوجب على المسلم أن ينصح لأخيه المسلم، ومن الغش أن يشترط عليه ويقول له: هل السيارة من نوع كذا؟ قال: من نوع كذا، فجاء فإذا السيارة ليست كما قال، فمعنى ذلك أنه غشه وأنه كذب عليه، والغش والكذب لا يأذن الله بهما، وإذا وفى له وأدى له الأمر كما اتفقا فقد صدق وبين، والنبي ﷺ يقول: (فإن صدقا وبيننا بورك لهما في بيعهما) فالله يبارك في المال الذي وفيت شروطه.

ضوابط إحداث شروط جعلية في العقود :

هناك ضوابط يجب اعتبارها عند إحداث عقود وشروط جديدة، حتى لا تكون سلطة اشتراط الشروط، دافعة إلى التفلت من ضوابط الشرع الشريف؛ وهذه الضوابط هي:

أولا : عدم وجود نهي عنه بخصوصه : وهي بديهية في المنطق الفقهي الإسلامي، والأمر لا يحتاج إلى بحث، وإنما نكتفي ها هنا بضرب مثال للشرط المحرم: كأن يشترط عليه في عقد القرض أن يرده إليه مع زيادة عليه، فهذا ربا محرم لا خلاف في تحريمه، فيحرم اشتراطه.

ثانيا : عدم تضمّنه للجهالة : وعدم تضمّن العقد للجهالة وما يلحق بها من الغرر، أصل أصيل في معاملات الناس، ولئن رضي الناس ببعض أسبابه، ظانين أنفسهم في حصن من التزاع المحتمل، فإن الشرع لا يرضى به، رعاية منه للناس، ومنعاً لأهوائهم أن تلعب بهم؛ والشرط يُعتدّ به ما لم يكن فيه جهالة مفضية إلى نزاع.

قال ابن الهمام: «والأصل في اشتراط الأوصاف: أن ما كان وصفا لا غرر فيه فهو جائز، وما فيه غرر لا يجوز». وقال الشوكاني مميّزا بين ما يصحّ من الشروط وما لا يصحّ: «فما كان منها مستلزما للجهالة في المبيع الموجبة لبيع الغرر، فهو ممنوع؛ وما لم يكن كذلك، فلا اعتبار به، بل هو إما باطل في نفسه، غير مؤثر في البيع، كالشروط المستلزمة لرفع موجب العقد مخالفة لما يقتضيه، كما يفيد ذلك حديث بريرة، أو هو صحيح في نفسه، مع صحة العقد، وهو ما يرجع منها إلى حديث جابر وحديث ابن عمر، في شرط عدم الخداع».

ثالثا : منع الاحتيال على مقاصد العقود : وهو أصل في غاية الأهمية، حيث إنه ما جعل من عقدٍ إلا وله مقصدٌ قصد من ورائه تحقيقه، والعقود لولا مقاصدها لكانت عبثا، وإن مقاصد العقود في ديننا محفوفة بما يحقق الصالح البشري، وبما يمنع الظلم والتزاع.

والعقود تتنوع مقاصدها، فمن مقصد إلى تسهيل الحياة بتبادل السلع بالأثمان، وقد جعل البيع على رأسها؛ ومن مقصد إلى إباحة ما جعله الله تعالى جزءا من فطرة الإنسان، من حاجة كل من الذكر والأنثى إلى بعضهما، وهو مقصود الزواج؛ ومن مقصد يراد منه توثيق الحقوق، وهو ما يتمثل في الكفالة وغيرها؛ وهكذا.

فليس من عقدٍ إلا وله مقصد شرع العقد لتحصيله وتحقيقه؛ ثم لا فرق بين أن يأتي مقصد العقد أصالة من الشرع، أو من الناس، إذا كان لا يصادم أصلا أو نصّا؛ فما يقصد الشرع إليه، أو يقصد الناس الوصول به إلى مصالحهم، نصّت عليه النصوص، أو استنبطه العلماء منها، أو درج الناس على التعامل على وفقه، فهو معتبر شرعا في المقاصد، ما دام لا يصادم الأصول، وهو الذي يترتب على القصد إليه العقد كليله، وهو بعد ذلك يُنتج أثره، الذي هو حكمه المترتب عليه، فحكم كل عقد هو الأثر المترتب عليه، أو الغاية المقصودة من إنشائه؛ ولقد نصّ الإمام العزّ بن عبد السلام والسيوطي على أن «كل تصرفٍ تقاعد عن تحصيل مقصوده، فهو باطل»؛ وفي هذه القاعدة من العموم ما يسمح بشموليتها لجميع العقود، ويرجع

بطلان مثل هذا التصرف، إلى أنه قد فرغ من معناه الذي وُجد لأجله، فصار وجود شكل هذا التصرف خالياً من معناه، داعياً إلى عدم اعتباره، بل إلى اعتبار بطلانه.

ولأجل ما مضى تقريره، فإن «المقاصد معتبرة في التصرفات من العقود وغيرها»، ومناقضة قصد الشارع باطل، وكان الشاطبي قد ضرب أمثلة لما تقدم، منها عقد البيع الذي يقصد فيه عاقده عدم استباحة العقود عليه، ويدخل في معناه عقد البيع في حالة الإكراه الملجئ، فهذا بيع لا يقصد به البائع استباحة المشتري للسلعة، بل هو يريد إبقاءها لنفسه؛ ثم قال الشاطبي في نهاية استعراضه لبعض الأمثلة من هذا القبيل: «فكل قصد ناقض قصد الشارع فباطل».

وكمثال على هذا أيضاً أن الشرع الشريف رتب على الطلاق الرجعي حق الزوج في الرجعة أثناء العدة، فإذا قال لزوجته: أنت طالق ولا رجعة لي عليك، نفذ طلاقه، ولم يسقط حقه في الرجعة، ذلك أن ما قرره الشرع، لا يملك الإنسان رفعه.

وكذلك يقلب بيع العينة مقصد البيع الذي هو انتقال السلعة، إلى جعل هذا البيع سبيلاً إلى الربا، فيشتري المشتري بألف حالة، ويبيع ما اشتراه من بائعه نفسه، بألف ومائتين مؤجلاً، تحيلاً منه على الربا، فاستعمل عقداً مقصده نقل السلعة، رفعا للخرج عن الناس، وتيسيراً لحياتهم، محولاً المقصد الشرعي إلى ما ينقضه.

رابعاً: منع تحكّم أحد طرفي العقد في الآخر دون مبرر شرعي: والمقصود بالتحكم هنا ما يؤدي بأحد العاقدين إلى التزام أمر ليس من مقتضى العقد، ويقلص حرّيته العقدية، مع ما يؤدي به إلى تنازله عن حق له، وإنما دفعه إلى هذا التنازل تحكّم الآخر، وليس مصلحة العملية التعاقدية.

والفقه الإسلامي قضى بحرية المتعاقدين، دون الاقتصار على حرية أحدهما، كاشتراط أحد طرفي العقد عدم تحمّل تبعه ما ينتج عن تقصيره فيما اتفق عليه مع الطرف الآخر، كأن يتخلّى الأجير المشترك عن تبعه تقصيره الذي يؤدي إلى تضييع حق الآخر؛ وكاشتراط المرتهن عدم مسؤوليته عن ضياع الرهن وهو في يده.

كتاب الضرورة

معنى الضرورة في اللغة والاصطلاح.

أولاً : معنى الضرورة في اللغة.

الضرورة اسم لمصدر الاضطرار، ومعناها : الاحتياج إلى الشيء، يقال: اضطره إلى كذا، أي: أحوجه إليه، وأجأه فاضطر، ويقال: الضرورة، والضاورة، والضاوراء، والجمع: ضرورات.

والخلاصة أن: الضرورة في اللغة تأتي على معانٍ من أهمها ما يلي:

الأول : الضرورة بمعنى الحاجة، يقال: رجل ذو ضرورة أي: حاجة.

قال ابن منظور: «ورجل ذو ضارورة وضرورة أي: ذو حاجة وقد اضطرَّ إلى الشيء أي ألجئ إليه»

الثاني : الضرورة بمعنى الضيق، يقال: اضطر فلان إلى كذا يعني: ضاق به الأمر حتى اضطر إلى كذا.

الثالث : الضرورة بمعنى المشقة.

الرابع : الضرورة بمعنى الضرر، أو المبالغة في الضرر.

ثانياً : معنى الضرورة في الاصطلاح

عرف الفقهاء الضرورة بتعريفات متعددة من أهمها ما يلي:

التعريف الأول : تعريف الجصاص الحنفي قال: «الضرورة هي خوف الضرر على نفسه، أو بعض أعضائه بترك

الأكل». وقد انطوى تحته معنيان:

أحدهما : أن يحصل في وضع لا يجد غير الميتة.

والثاني : أن يكون غيرها موجوداً، ولكنه أكره على أكلها بوعيد يخاف منه تلف نفسه، أو تلف بعض أعضائه.

التعريف الثاني : تعريف الحموي في حاشيته على الأشباه والنظائر لابن نجيم حيث قال: «بلوغ المكلف حداً إن لم

يتناول الممنوع (المحرم) هلك أو قارب» يعني : أنها حالة إذا وصل إليها المكلف، ولم يتناول المحظور، أو الحرام هلك يقيناً، أو قارب الهلاك.

التعريف الثالث : تعريف الشيخ الدردير من المالكية قال: «الخوف على النفس من الهلاك، علماً، أو ظناً» وقال

أيضاً : «هي حفظ النفوس من الهلاك، أو شدة الضرر».

التعريف الرابع : تعريف السيوطي من الشافعية قال: «بلوغ المكلف حداً إن لم يفعل الممنوع هلك أو قارب» يعني:

قارب الهلاك، ثم قال: «وهذا يبيح تناول الحرام».

وعند الحنابلة : إن الضرورة «أن يخاف تلفاً، أو ضرراً، أو مرضاً، أو انقطاعاً عن الرفقة يخشى معه الهلاك»

نخلص من هذه التعريفات إلى ما يلي :

أولاً : أن تعريفات الفقهاء للضرورة متقاربة إلى حد كبير.

ثانياً : أن معاني الضرورة تدور كلها حول دفع الضرر عن النفس، وما دونها، وأرى أن الضرورة أعم من ذلك، حيث إنها تشمل دفع الضرر عن الأنفس، والأعراض والأموال والأديان والأوطان علماً (أي: قطعاً) أو ظناً. فلا يشترط أن يصير حتى يشرف على الموت.

ولهذا فالأحسن أن يقال في تعريفها : أنها الحالة التي إذا وصل إليها المكلف، أبيض له فعل الحرام؛ لتشمل ضرورة دفع الاعتداء بكل صورته وأشكاله.

الأدلة الشرعية لقاعدة: "الضرورات تبيح المحظورات"

لقد توافرت الأدلة الشرعية على أن: "الضرورات تبيح المحظورات" ومن أهم تلك الأدلة ما يلي :

أولاً : الأدلة من القرآن الكريم على اعتبار الضرورات تبيح المحظورات :

ورد في القرآن الكريم آيات كثيرة تفيد اعتبار الضرورة لإباحة المحظور، ومن ذلك ما يلي :

أ- قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَنزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة: 173].

وجه الدلالة من الآية أن: من حلت به ضرورة أي: مجاعة - وهو بالصفة التي وصفنا - فلا إثم عليه في أكله إن أكله، واشترط في إباحة الميتة للضرورة ألا يكون باغياً.

وقد روي عن ابن عباس في معنى قوله: (فمن اضطر) يعني: إلى شيء مما حرم غير باغ، ولا عاد يقول: «من أكل شيئاً من هذه وهو مضطر فلا حرج، ومن أكله وهو غير مضطر، فقد بغى واعتدى» ومن خرج باغياً، أو عادياً أو في معصية الله فلا رخصة له، وإن اضطر إليه.

قال السعدي: «وفي هذه الآية دليل على القاعدة المشهورة: "الضرورات تبيح المحظورات" فكل محظور، اضطر إليه الإنسان، فقد أباحه له، الملك الرحمن. فله الحمد والشكر، أولاً وآخراً، وظاهراً وباطناً»

ب- قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخَنزِيرِ وَمَا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَلِكَ فُسْخُ الْيَوْمِ يَبْسُ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْهُمْ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرٍ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [المائدة: 3].

ج- قوله تعالى: ﴿وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُررْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنْ كَثِيرًا لِيُضِلُّونَ بِأَهْوَاءِهِمْ بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ﴾ [الأنعام: 119].

د- قوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خَنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [الأنعام: 145] ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خَنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [الأنعام: 145]

هـ - قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَنزِيرِ وَمَا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [النحل: 115].

فهذه الآيات على مجموعها تدل جملةً وتفصيلاً على أن: الضرورات تبيح المحظورات، فقد دلت على تحريم الميتة، واستثنى ما وقع الاضطرار إليه، فإذا اندفعت الضرورة لم يحل الأكل كحالة الابتداء.

ثانياً: الأدلة من السنة على أن: الضرورات تبيح المحظورات: دلت أحاديث كثيرة على أن الضرورات تبيح المحظورات.

ومن أهم تلك الأحاديث ما يلي:

أ- قوله ﷺ: «(لا ضرر ولا ضرار)»

وجه الدلالة من الحديث هو: وجوب إزالة الضرر، ومن ثم يزال الضرر، ولو بإباحة المحظورات.

ب- عن أنس بن مالك ﷺ قال: «رَخَّصَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِلزُّبَيْرِ بْنِ الْعَوَّامِ، وَعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ فِي لُبْسِ الْحَرِيرِ لِحِكَّةٍ كَانَتْ بِهِمَا». (لحكة) هي الجرب أو نحوها

وجه الدلالة: أن لبس الحرير محرم على الرجال، لكن الرسول ﷺ رخص لبسه للضرورة.

ج- وعن جابر بن سمرة، أن رجلاً، نزل الحرةً ومعه أهله وولده فقال رجل إن ناقةً لي ضلت فإن وجدتها فأمسكها فوجدتها، فلم يجد صاحبها فمرضت فقالت امرأته: انحرها فأبى فنفتت (أي: ماتت الناقة) فقالت: اسلخها حتى نُقَدَّ شحمها، ولحمها، ونأكله، فقال: حتى أسأل رسول الله ﷺ: فاتاه فسأله فقال «هل عندك غنى يغنيك؟»، قال: لا قال: «فكلوها» قال: فجاء صاحبها فأخبره الخبر فقال: هلا كنت نحررتها قال: استحييت منك.

وجه الدلالة: دل الحديث على أنه يجوز للمضطر أن يتناول من الميتة إذا لم يجد غيرها.

ثالثاً: دلت القواعد العامة للتشريع الإسلامي على أن الضرورات الشرعية تبيح المحظورات، وأن اعتبار هذه القاعدة يتفق مع الأصول العامة للتشريع مثل: دفع الحرج والمشقة عن المكلفين، وبناء الأحكام على التخفيف والتيسير ونحو ذلك.

حكم العمل بالضرورة:

قسّم الفقهاء حكم العمل بالضرورة إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: ضرورة يجب فعلها. مثل: أكل الميتة للمضطر، فإنه يجب عليه تناول من الميتة؛ لدفع الهلاك، وإلا أثم؛ ولذلك فإنه إذا خاف التلف وجب عليه الأكل، ويكون الحكم في حقه من حيث هذا المعنى عزيمة، ويُسمى رخصة من جهة رفع الحرج عن نفسه.

القسم الثاني: ضرورة يباح فعلها: كإجراء كلمة الكفر على اللسان عند الإكراه، فيجوز العمل بالضرورة؛ لوجود الإذن في ارتكاب المحذور وهو كلمة الكفر باللسان، ولكن يبقى المحذور على ما هو عليه من الحرمة والحظر، ولا يصير جائزاً؛ لأن حرمة الكفر مؤبدة، المرفوع عنه هنا هو الإثم والمواخذة الأخروية فقط؛ ولذلك فإن المكروه هنا لو صبر حتى قتل كان شهيداً؛ لأنه مازال مشمولاً بدليل العزيمة.

والفرق بين القسمين أن: الرخصة في القسم الأول رخصة سقوط التحريم؛ لأن الله تعالى استثنىها من التحريم، أما الرخصة في القسم الثاني رخصة شرفية مع قيام الحظر لحق المالك، فيصير بالصبر عليها مقيماً حكم الله فلا إثم عليه. وهذا معناه أن: المحظورات التي تبيحها الضرورة على نوعين وهما:

النوع الأول: محذور تسقط حرمة نهائياً: كالأكل من الميتة.

النوع الثاني : محظور باق على حرمة، وقد رفعت الضرورة المؤاخذة عنه في الآخرة فقط مثل: التلفظ بكلم الكفر، وأكل مال الغير.

القسم الثالث : ضرورة يحرم فعلها نحو: الإكراه على قتل المسلم، أو قطع عضو منه بغير حق، أو الزنا ونحو ذلك، فهذا القسم من المحظورات لا تؤثر فيه الضرورات الشرعية، ولا يباح بالضرورة.

ضوابط الضرورات التي تبيح المحظورات

ليست كل حالة شديدة تطراً على المكلف تكون ضرورة تبيح له فعل المحظور، وإنما للضرورة ضوابط يجب توافرها؛ حتى تكون سبباً لإباحة المحظور، ومن أجل أن توضع قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات" في مسارها الصحيح، وضع الفقهاء ضوابط يجب توافرها؛ حتى يتحقق الأثر الشرعي للقاعدة وهو إباحة المحظور للمكلف، وهذه الضوابط تلخص في

خمسة ضوابط، وهي كما يلي :

الضابط الأول : أن تكون الضرورة قائمة بالفعل.

الضابط الثاني : أن تكون الضرورة ملجئة.

الضابط الثالث : أن تقدر الضرورة بقدرها.

الضابط الرابع : تعذر دفع الضرورة بوسيلة أخرى غير فعل المحظور.

الضابط الخامس : ألا يترتب على العمل بالضرورة ضرر أكبر من الضرر الحاصل بها.

الضابط الأول : أن تكون الضرورة متحققة بالفعل

يعني هذا الضابط أن تكون ضرورة حقيقية وواقعية، بأن يتيقن المكلف، أو يغلب على ظنه أنه إذا لم يرتكب المحظور، فسيلحقه ضرر مؤدي إلى الهلاك، فلا بد من تقدير وقوع الضرر من القطع والجزم بذلك، أو على الأقل حصول الظن الغالب.

والدليل على هذا الضابط : ما قرره الفقهاء من قواعد كلية تفيد أن الأحكام الشرعية لا تناط بالظن وإنما باليقين، ومن ذلك قولهم: "أن الرخص لا تناط بالشك"، ومن ثم فالضرورات لا تناط بالشك، أو لا تعمل عملها بالشك، وإنما باليقين، ولا عبرة بالأوهام، ولا الظنون المرجوحة والاحتمالات البعيدة.

الضابط الثاني : أن تكون الضرورة ملجئة .

يعني أن يتحقق فيها الاضطرار، بحيث يُخشى منها تلف النفس، أو الأعضاء، أو أحد الضروريات الخمس الواجب الحفاظ عليها ورعايتها، وهي: الدين، والنفس، والعرض، والمال، والعقل كما سبق؛ لأن قوام الحياة بدونها كلها، أو بعضها متعذر، فكان في المساس بها إخلال للعدل، ومن ثم كان لها أثرها في إباحة المحظورات.

حد الضرورة التي تبيح المحظور : لا خلاف أن الجوع القوي لا يكفي لتناول الحرام، ولا خلاف أنه لا يجب الامتناع إلى أن يشرف على الموت، فإن الأكل حينئذ لا ينفع، ولو انتهى إلى تلك الحالة لم يحل له الأكل، فإنه غير مفيد، ولا خلاف في الحل إذا كان يخاف على نفسه، لو لم يأكل من جوع، أو ضعف عن المشي، أو الركوب أو ينقطع عن رفقته، ويضيع ونحو ذلك، فلو خاف حدوث مرض مخيف جنسه، فهو كخوف الموت، وإن خاف طول المرض فكذلك.

الضابط الثالث : أن تقدر الضرورة بقدرها

ويتحقق هذا الضابط بشرطين :

الشرط الأول : ألا يتناول من المحظور إلا بقدر ما يدفع الضرر فقط، فإن استرسل، أو توسع حرم قطعاً.

والعلة في ذلك أن: المضطر إنما جاز له أن يتناول الحرام بقدر ما يزيل عنه الضرورة، فلا يباح له إلا بالقدر الذي تندفع به؛ لأن ما زاد عن ذلك القدر لا يصدق عليه حالة الضرورة، فينبئ على التحريم.

والدليل على هذا الاشتراط قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [النحل: 115].
وجه الدلالة: أن تناول من المحظور أكثر مما يزيل الضرورة بغي وعدوان، فالباغي هو الذي يأكل من الميتة فوق الحاجة، والعادي هو: الذي يتناول من المحظور مع وجود غيره.

ومن الفروع والتطبيقات التي تتفرع على ذلك الشرط ما يلي:

- 1- أن المضطر لا يأكل من الميتة فوق ما يسد رمقه، وإلا كان متناولاً للحرام.
- 2- أن من استشير في مخاطب، ففهم أن المستشير يكتفي له بالتعريض كقوله له: لا يصلح لك ذلك الرجل. لم يجوز له أن يعدل للتصريح.
- 3- أن الطبيب يجوز أن ينظر إلى العورة عند الحاجة، وكذلك يجوز للمرأة والرجل أن ينظرا إلى عورة الرجل عند الضرورة، وتقدر بقدرها، فلا يجوز له الزيادة عن قدر الحاجة.

الشرط الثاني: أن يتقدر زمن إباحة المحظور بقدر بقاء الضرورة. وهذا المعنى يفيد أن: الضرورة علة وسبب لإباحة المحظور، والحكم يرتبط وجوده بالعلة، فإذا زالت الضرورة زالت الإباحة، وهي الحكم المرتبط وجوده بوجودها، ولا يجوز العمل به في حالة عدم وجود الضرورة. **والسبب في ذلك أن:** الضرورة بدل الأصل المتعذر، فإذا زال العذر، أمكن العمل بالأصل، ولا يجوز العمل بالخلف والبدل في وقت واحد؛ لأنه لا يجمع بين البدل والمبدل منه.

واجب المسلم نحو الضرورة: يجب على المسلم نحو الضرورة أمران:

أولهما: يجب ألا يتسبب المسلم لإيقاع نفسه في الضرورة، عملاً بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: 195]، وهذا معناه أنه: لو أتلّف ماله وهو يعلم أنه سيضطر بعد إتلافه إلى أكل المحرمات، يكون آثماً. وكذلك: يحرم عليه أن يؤدي بنفسه إلى الموت عملاً بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾.

ثانيهما: يجب على المسلم التخلص من الضرورة وإزالتها. بمعنى: أنه يسعى بكل جهده للتخلص من الضرورة، وعدم الاستسلام لها؛ لأن المضطر إذا لم يسع للخروج من الضرورة يكون آثماً.

الضابط الرابع: تعذر دفع الضرورة بوسيلة أخرى غير فعل المحظور.

ويتحقق ذلك بأن يتعين ارتكاب المحظور وسيلة لدفع الضرر، بحيث لا يستطيع المكلف دفع الضرورة إلا بارتكاب المحظور، ومتى استطاع أن يزيل الضرر بوسيلة أخرى مباحة امتنع عليه ارتكاب المحظور.

والدليل على هذا الضابط: قوله ﷺ لعمران بن حصين ؓ عندما كانت به بواسير، فسأل النبي ﷺ عن الصلاة فقال ﷺ: «(صل قائماً فإن لم تستطع، فقاعداً، فإن لم تستطع فعلى جنب)»

وجه الدلالة: أن عدم استطاعة الصلاة قائماً، لم ييح الصلاة على جنب، وإنما أباح أولاً الصلاة قاعداً، ثم عدم استطاعة الصلاة قاعداً، أباح الصلاة على جنب وهكذا؛ لأن الميسور لا يسقط بالمعسور.

الضابط الخامس: ألا يترتب على العمل بالضرورة ضرر أكبر من الضرر الحاصل بها:

هذا الضابط معنى قاعدة فقهية من القواعد المكملة لقاعدة: "الضرر يزال" وهي قاعدة: "الضرر لا يزال بالضرر" فالضرر يجب إزالته لكن لا يزال بضرر مماثل، ولا بضرر أكبر منه، وإنما يزال الضرر بضرر أدنى منه فقط. وهذا يجعل قاعدة: "الضرر

الضرورات تبيح المحظورات" ترتبط ارتباطاً وثيقاً بقاعدة تعارض المفسد بعضها مع بعض، والموازنة بينهما؛ من أجل إزالة المفسدة من غير أن يترتب على إزالتها مفسدة أعظم منها، أو مساوية لها، فإذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً؛ لارتكاب أخفهما، وإلا فلا معنى لإزالة مفسدة بمفسدة مساوية، أو أكبر منها؛ لأنه عند إزالة الضرر بالضرر الأكبر أو المساوي لا يقال: إن الضرر قد زال؛ لأنه ما زال باقياً. ولهذا قيد الفقهاء قاعدة: "الضرورات تبيح المحظورات" بقيد مهم، وهو: بشرط عدم نقصان الضرورة عن المحذور؛ ليخرج ما لو كان الميت نبياً، فإنه لا يحل أكله للمضطر؛ لأن حرمة أعظم في نظر الشرع من حاجة المضطر. وكذلك في حالات الإكراه على الزنا والقتل لا يباح واحد منهما بالإكراه؛ لأن المفسدة فيهما مساوية أو تزيد من الضرورة.

قواعد فقهية في نظرية الضرورة

الضرورة تقدر بقدرها

معنى القاعدة أن الضرورة المبيحة للمحرم لا تبيح منه إلا بمقدار ما تندفع به وتزول، فإذا زال الخطر واندفع الهلاك أو المشقة عاد المحرم إلى أصله وهو عدم جواز ارتكابه؛ وذلك لأن ارتكاب المحرم للضرورة هو رخصة شرعها الله تعالى للمضطرين، فيجب أن لا تتعدى محلها وتتجاوز موضعها؛ لأن المكلف إذا تجاوز بها موضعها فهو مرتكب للحرام من غير ضرورة، فيكون آثماً، من باب أن الدوام على الشيء كابتدائه، فالجائع المضطر له أن يأكل من الميتة بقدر ما يدفع عنه خطر الهلاك، فإذا اندفع عنه لم يحل له الأكل بعد ذلك، فإن تمادى على الأكل فهو كمن أكل الميتة ابتداءً من غير اضطرار.

وهذه القاعدة مقيّدة لقاعدة "الضرورات تبيح المحظورات" ومعنى ذلك أن جواز ارتكاب المحرم عند الضرورة ليس على إطلاقه بل هو مقيد بحال الضرورة وحجمها ومقدار خطرها، فالنظر إلى العورة محرم، ويجوز للطبيب الإقدام عليه لضرورة العلاج، لكن إنما يباح له من ذلك ما تمس إليه الحاجة وهو موضع العلاج.

ومما يدخل في تقدير الضرورة بقدرها أنها إذا زالت واندفعت وجب أن يرتفع حكم الإباحة ويصار إلى الأصل وهو الحرمة؛ لأن علة الإباحة هي وجود الضرورة فمتى اندفعت الضرورة ارتفعت الإباحة، ولذلك جاء من صيغ القاعدة أن الضرورة إذا اندفعت لم يباح لها ما وراءها.

وتقدير الضرورة، ومعرفة حجمها يختلف عند الفقهاء — باختلاف حال المكلف ونوع المحذور المضطر إلى ارتكابه، والضابط في ذلك عندهم أنها تتقدر بما يحقق اندفاع الخطر عنه، فإذا أيقن المكلف أو غلب على ظنه أن الضرر قد زال والخطر قد اندفع فذلك هو الحد الذي يجب أن لا يتماذى معه في ارتكاب المحرم، ومن النماذج التي يمكن الاحتذاء بها والقياس عليها في تفصيل هذا الضابط وتزيله على وقائع الحياة ما نقل عنهم في جواز أكل الميتة للمضطر، فقد ذكروا في ذلك مقياسين لضبط الضرورة في هذا المثال وهما:

1- يجوز للمضطر أن يأكل من الميتة بقدر ما يسد به رمقه. وهذا هو الحد الأدنى من ارتكاب محذور أكل الميتة، ولا خلاف بين الفقهاء في جواز ذلك، وإنما الخلاف فيما زاد عليه.

2- يجوز له أن يأكل منها إلى حد الشبع، واشتهر بالقول بذلك الإمام مالك وجاء عنه قوله يستحسن ذلك "إن أحسن ما سُمع في الرجل يضطر إلى الميتة أنه يأكل منها حتى يشبع ويتزود منها، فإن وجد عنها غنى طرحها".

ومع اختلاف الفقهاء في تحديد مقدار الضرورة الذي يجب مراعاته في ارتكاب المحرم، فإنهم قد اتفقوا جميعاً على أصل القاعدة وأنه لا يجوز للمكلف ارتكاب المحرم عند قيام الضرورة إلا بمقدار ما يندفع عنه خطر الهلاك.

ومجال تطبيقها جميع ما أباحتها الضرورات من المحرمات في العبادات، والعادات، والمعاملات

أدلة القاعدة :

- 1- قوله تعالى ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: 173]. فجعل سبحانه وتعالى نفي الإثم عن المضطر إلى أكل الميتة وغيرها من المحرمات مقيداً بانتفاء البغي والعدوان عنه، وقد ذهب كثير من المفسرين إلى أن المراد بالبغي في هذه الآية ونظائرها مجاوزة حد الضرورة إلى حد الاختيار. ووجه الاستدلال أي إباحة الأكل من الميتة ونحوها للمضطر مشروطة بأن لا يكون باغياً أي مجاوزاً لحد الضرورة، فإنما له أن يأكل منها بقدر ما تندفع به ضرورته.
- 2- لأن ارتكاب المحرم للضرورة رخصة، والأصل في الرخص الشرعية أن تقصر على محلها ولا تتعداه إلى غيره.
- 3- لأن الزيادة على مقدار الضرورة في ارتكاب المحرم للمضطر، هي توسع في الحرام
- 4 - قاعدة "الدوام كالاتداء" لأن الزيادة على حد الضرورة والتمادي في ارتكاب المحرم، هي كفعل المحرم ابتداءً من غير ضرورة بناءً على أن الدوام على الشيء كابتدائه.

تطبيقات القاعدة :

- 1- جاءت الشريعة بالترخيص في المسح على الجبيرة، لكن يجب أن لا تستر من الجزء الصحيح إلا بقدر ما لا بد منه للاستمساك؛ وذلك لأن المسح على العضو الواجب غسله جاز للضرورة، والضرورة تقدر بقدرها.
- 2- التيمم طهارة ضرورية، والحكم المقدر بالضرورة مقدر بقدرها، فلا يتييم قبل الوقت ولا يبقى بعده.
- 3- المعذور الذي لا يستطيع القيام يصلي قاعداً، لكن إن كان قادراً على القيام في تكبيرة الإحرام أتى بها قائماً ثم جلس، وكذا إذا كان غير قادر على الركوع أو السجود دون القيام صلى قائماً ثم رقع وسجد بالطريقة التي يقدر عليها؛ إذ الضرورة تقدر بقدرها.
- 4- المرأة إذا كانت في عدتها وإحداها من وفاة زوجها، لا يحل لها أن تكتحل أو تتطيب إلا لضرورة كالتداوي مثلاً، فيباح لها ذلك بقدر الضرورة. وكذلك خروجها من بيت زوجها لا يباح لها إلا إذا اضطرت أو احتاجت، وتقدر الضرورة في ذلك بقدرها.
- 5- إذا اضطرت المرأة أن تتداوى عند الرجل، فيجوز له أن يلمسها لضرورة الفحص، لكن بشرط ألا يلمس من بدنها إلا ما تقتضيه ضرورة المرض؛ لأن الضرورة تقدر بقدرها، ويجوز للطبيب أيضاً أن ينظر إلى عورة المريض لضرورة العلاج، على أن لا يتجاوز موضع المرض منها.
- 6- إذا جاز للحاكم العادل فرض ضرائب أو الزيادة في مقدار ضريبة مفروضة، فعليه أن يلتزم حد الاعتدال بما يتناسب مع إمكانيات الناس ودرجة الغنى واليسار، فلا يجوز له إلزام المكلفين بالضريبة بما ينقل كاهلهم ويدهقهم؛ لأن الشريعة تقصد إقامة العدل والحكم بالقسط بين الناس، والضرورة تقدر بقدرها.
- 7- يدفع الصائل بالأخف فالأخف إن أمكن، فإن أمكن دفعه بكلام واستغاثة حرّم الضرب، ولو أمكن دفعه بالضرب حرم القتل؛ لأن ذلك جواز للضرورة، ولا ضرورة في الأثقل مع إمكان تحصيل المقصود بالأسهل والضرورة تقدر بقدرها.

8- الغيبة وإن كانت محرمة فإنها تباح في أحوال للمصلحة، والمجوز لها غرض صحيح شرعي لا يمكن الوصول إليه إلا بها، كالتظلم إلى القاضي والاستفتاء والنصيحة والتعريف والواجب الاقتصار منها على ما يتأدى به الغرض؛ لأنها إنما جازت لضرورة، والضرورة تقدر بقدرها.

9- الأصل عدم جواز اقتناء الكلب، ويجوز في بعض الأحوال كالتخاذه للصيد، فإذا اقتناه لذلك لم يجز له أن يقتني زيادة على القدر الذي يصطاد به؛ لأن ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها.

الاضطرار لا يبطل حق الغير

مفاد القاعدة: أنه لو أصاب إنسان مال غيره بناءً على الاضطرار الذي يجوز له التصرف في ملك غيره، لا تكون الإصابة الناشئة عن الاضطرار سبباً لأن يكون المتلف غير ضامن، بل يجب على المستهلك أو المتلف ضمان مثل ما أتلفه إن كان مثلياً، أو ضمان قيمته، إن كان قيمياً.

فالقاعدة تقرر أن الفعل المشروع حالة الضرورة إذا ترتب عليه إتلاف مال الغير - كمن أكل طعام غيره بدون إذنه مضطراً لدفع الهلاك عن نفسه - فإن ترخيص الشارع وإباحته استهلاك مال الغير بدون إذنه لداعي الضرورة لا يسقط عن الفاعل المسئولية المالية، ولا يعفيه من ثبوت مثل ما أتلفه، أو قيمته ديناً في ذمته لمالكه، فالأعدار الشرعية لا تنافي عصمة المحل، والإباحة للاضطرار لا تنافي الضمان؛ لأن الضمان من الجوارب، والغرض من الجوارب جبر ما فات من مصالح حقوق الله وحقوق عباده، ولا يشترط في ذلك أن يكون من وجب عليه الجبر آتماً، وكذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد والجهل والعلم والذكر والنسيان، وعلى المجانين والصبيان.

وبناءً على ما تقدم، فإن هذه القاعدة مقيّدة ومبينة لقاعدة: "الضرورات تبيح المحظورات"؛ لأن الاضطرار وإن كان يبيح فعل المحظور شرعاً، إلا أنه لا يمس حقوق الآخرين المالية، ولا يبطلها، كما أنها مقيّدة لقاعدة: "الجواز الشرعي ينافي الضمان" أي أن الجواز الشرعي ينافي الضمان لكن بشرط أن لا يكون الجواز بسبب الاضطرار، ودفع الأذى عن النفس أو المال أو العرض، أما إن كانت الإباحة بسبب الاضطرار فإن المكلف يرفع عنه الإثم والمؤاخذه الأخروية، أما حقوق الغير فتبقى على أصل الضمان، فكما قال صاحب "كشف الأسرار": "إن تأثير الضرورة في إسقاط الإثم دون الحكم حتى إن من أصابته مخمصة يباح له تناول مال الغير ولا يسقط الضمان".

والمضطر إلى إتلاف شيء إما أن يتلفه لدفع أذاه عن نفسه كالصائل، آدمياً كان أو غيره، وإما أن يدفع أذاه عن نفسه أو ماله به، أي أن يكون المتلف آلة لدفع الأذى، كدفع ضرر الجوع عن النفس بواسطة أكل طعام الغير. فإن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه عند جميع من قال بوجوب الضمان على المضطر - على ما سبق بيانه -؛ بناءً على أن الاضطرار لا يبطل حق الغير، وأما إن أتلفه لدفع أذاه فلا يجب عليه الضمان اتفاقاً، بناءً على أن الجواز الشرعي ينافي الضمان، غير أن الحنفية استثنوا من ذلك ما إذا كان المؤذي الصائل صغيراً أو مجنوناً أو دابة فقتله المعتدى عليه أو جرحه جرحاً يجب القصاص فيه، فإنه يكون مسؤولاً مدنياً فقط لا جنائياً، بمعنى أنه لا قصاص عليه، بل تجب عليه دية الصبي والمجنون، ويضمن قيمة الدابة.

ويستوي في أصل وجوب الضمان ما إذا كان الضمان وارداً على إتلاف مال الغير بسبب الاضطرار الناشئ عن سبب سماوي كما في صورة المخمصة، أو الاضطرار الناشئ عن الإكراه الملحق.

وهذه القاعدة من القواعد التي تنظم أحكام الضرورة، و أحكام ضمان المتلفات في الشريعة الإسلامية، وقد أخذ بها جمهور الفقهاء من الحنفية، و الشافعية، و الحنابلة، و المالكية - في الأظهر عندهم -، بل لقد حكى بعضهم اتفاق الفقهاء عليها

في الجملة، من ذلك ما قاله الإمام الطحاوي - رحمه الله تعالى - : " اتفقوا أنه لو اضطر إلى طعام غيره فأكله ضمنه "، لكن المتبع لمذاهب الفقهاء يجد أن هناك من خالف الجمهور، ورأى أن المضطر لا ضمان عليه، و به - أعني سقوط الضمان عن المضطر - قال بعض المالكية وبعض الشافعية، وإليه ذهب أيضاً الظاهرية، قال ابن حزم - رحمه الله تعالى - : " من أكره على... أكل مال مسلم أو ذمي، فمباح له أن يأكل، ويشرب ولا شيء عليه لأحد ولا ضمان؛ لقول الله عز وجل: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [سورة الأنعام: 119]، وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [سورة البقرة: 173]... فإن كان المكروه على أكل مال مسلم له مال حاضر فعليه قيمة ما أكل؛ لأن هذا هو حكم المضطر؛ فإن لم يكن له مال حاضر فلا شيء عليه فيما أكل؛ لما ذكرنا " اهـ.

أدلة القاعدة :

أولاً - من السنة النبوية المطهرة :

1- عن أبي حميد الساعدي أن النبي ﷺ قال: (لا يحل لامرئ أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفس منه) قال ذلك لشدة ما حرم الله من مال المسلم على المسلم.

2- حديث عمرو بن يثري رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: " لا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه ".

3- حديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً: " كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه ".

ووجه الدلالة في هذه الأحاديث وأمثالها هو أنها حرمت على المسلم مال غيره إلا برضا منه وطيب نفس منه، ولم تفرق بين المضطر وغيره فشمّل التحريم المضطر وغيره، ومعلوم أن أكل مال الغير يستوجب الإثم والضمن لصاحبه، إلا أن المضطر قد رُفِعَ عنه الإثم بأدلة أخرى - مثل آية سورة البقرة وسورة الأنعام المذكورتين آنفاً - فبقي الضمان عليه.

ثانياً : من المعقول :

1- يستدل لها من المعقول بأننا إن لم نقل بوجوب الضمان على المضطر لألحقنا الضرر بصاحب المال، ومن القواعد المقررة في الشريعة أن الضرر لا يزال بالضرر، وليس لأحد أن يزيل الضرر عن نفسه بالإضرار بغيره، فلذلك وجب على المضطر دفع العوض، حتى لا يجتمع على صاحب المال فوات العين والبدل.

وأما الذين خالفوا الجمهور، ولم يقولوا بمقتضى هذه القاعدة، فقد أخذوا بعموم قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان، ولم يروا هذه القاعدة التي بين أيدينا مقيدة لها، كما رأينا في كلام ابن حزم السابق. والله تعالى أعلم.

تطبيقات القاعدة :

1- إذا اضطر شخص حال الخمصة إلى طعام غيره وأكله جاز له ذلك، ولكن يضمن قيمته، إلا إذا أبرأه صاحب المال؛ لأن إذن المالك لم يوجد، وإنما وجد إذن الشرع، وهو ينفي الإثم والعقاب الأخرى، ولا يوجب سقوط الضمان.

2- المحرم إذا اضطر لذبح الصيد وأكله، جاز له ذبحه، ولكن يضمنه بالفدية، بناءً على موجب هذه القاعدة.

3- لو أشرفت سفينة على الغرق، فألقى أحد الركاب متاع غيره ليخفف حمولتها جاز، لكن يضمن قيمته؛ لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير.

4- إذا انتهت مدة عقد الإيجار لسفينة مأجورة كانت وسط البحر، فإن صاحب السفينة يجبر على أن يبقى المستأجر في السفينة حتى يخرج به إلى البر، لكن تجب على المستأجر أجرة المثل، لأن المستأجر وإن كان مضطراً، إلا أن الاضطرار لا يبطل حق الغير.

5- من أعار غيره أرضاً للزراعة، ثم أراد أن يرجع في إعارته، وجب إبقاء الزرع في الأرض حتى يُحصَد لحساب المستعير بطريق الإجارة بأجر المثل، وكذلك إذا انتهت مدة إيجار الأراضي المزروعة، أو مدة إعارة أرض أعيّرت للزراعة، وجب تمديد الإيجار بأجر المثل؛ لأن المستأجر وإن كان مضطراً لإدراك الزرع، إلا أن الاضطراب لا يبطل حق الغير.

6- لو انتهت مدة إجارة الظئر، وقد صار الرضيع لا يأخذ ثدي غيرها، ولم يستغن بالطعام، فإنها تجبر على إرضاعه، لكن بأجرة المثل.

7- لو علق طلاق زوجته على فعل نفسه الذي لا بد منه، وكان التعليق في حالة المرض أو الصحة، ووقع الشرط في المرض، يعتبر فارغاً من الميراث، فترث زوجته؛ لأن اضطرابه إلى فعل ما لا بد منه لا يبطل حق زوجته في الإرث.

8- من صال عليه غير عاقل، كحيوان - مثلاً - فقتله، يضمن قيمته لصاحبه عند الحنفية؛ لأن الاضطراب لا يبطل حق الغير، خلافاً للجمهور الذين قالوا بسقوط ضمانه، ولم يفرقوا بين كون الصائل عاقلاً أو غير عاقل؛ لأنه جائز له شرعاً أن يدفع أذاه عن نفسه، وجواز الشرع لا يجتمع معه الضمان.

9- لو هدم دار جاره وقت الحرق لمنع سريان الحريق، بغير إذن ولي الأمر وبغير إذن صاحبها فإنه يجوز له ذلك ويضمن قيمتها.

الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة

هذه القاعدة من قواعد رفع الحرج وإزالة الضرر عن الأمة حيث تفتح باب إلحاق الحاجة بالضرورة فهي بمثابة جسر شرعي ممدود بين الضرورات والحاجات. وهي قاعدة فقهية مقاصدية تقرر أصلاً يُمكن فقهاء شريعتنا السمحة من تكييف مستجدات الحياة باستمرار مع مقاصدها.

فالحاجة إذاً تنزل فيما يحظره ظاهر الشرع منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة.

ومعنى كون الحاجة عامة أن عامة الناس يحتاجون إليها فيما يمس مصالحهم العامة من تجارة وزراعة وصناعة وسياسة عادلة وحكم صالح. ومعنى كون الحاجة خاصة أن يحتاج إليها فرد أو أفراد محصورون أو طائفة خاصة كأرباب حرفة معينة. وبذا تكون التسهيلات الاستثنائية لا تقصر على حالات الضرورات بل تشمل أيضاً الحاجات الجماعية والفردية مما دون الضرورة فتوجب هذا النوع من التسهيلات أيضاً. إلا أن هذه القاعدة لا تخلو من الخطورة عند تطبيقها إذا لم يسلك بها سبيل الاحتياط، علماً بأن خطورة عدم مراعاة هذه القاعدة قد تكون أعظم. وقد تفتن إلى ذلك الإمام الجويني - رحمه الله - وحاول رسم حدود لتطبيقها بعد أن بين بوضوح إشكالياتها حيث قال: "فالقول المجمل في ذلك أن الحرام إذا طبق الزمان وأهله، ولم يجدوا إلى طلب الحلال سبيلاً، فلهم أن يأخذوا منه قدر الحاجة، ولا تشترط الضرورة التي نرعاها في إحلال الميتة في حقوق آحاد الناس، بل الحاجة في حق الناس كافة تنزل منزلة الضرورة في حق الواحد المضطر. فإن الواحد المضطر لو صابر ضرورته ولم يتعاط الميتة لهلك، ولو صابر الناس حاجاتهم وتعدوها إلى الضرورة لهلك الناس قاطبة، ففي تعدي الكافة الحاجة من خوف الهلاك ما في تعدي الضرورة في حق الآحاد. بل لو هلك واحد لم يؤد هلاكه إلى حرم الأمور الكلية الدنيوية والدينية، ولو تعدى الناس الحاجة لهلكوا بالمسلك الذي ذكرناه من عند آخرهم... فإذا تقرر قطعاً أن المرعي الحاجة، فالحاجة لفظة مبهمة لا ينضبط فيها قول... وخوف الروح ليس مشروطاً فيما نحن فيه كما يشترط في تفاصيل الشرع في الآحاد في إباحة الميتة وطعام الغير. وليس من الممكن أن تأتي بعارة عن الحاجة تضبطها ضبط التخصص والتنقيص حتى تتميز المسميات والملقبات بذكر أسمائها وألقابها، ولكن أقصى الإمكان في ذلك من البيان تقريب وحسن ترتيب ينبه على الغرض.

فقول: لسنا نعني بالحاجة تشوق الناس إلى الطعام وتشوفها إليه فرب مشتته لشيء لا يضره الانكفاف عنه، فلا معتبر بالتشهي والتشوف فالمرعي إذا دفع الضرر واستمرار الناس على ما يقيم قواهم". اهـ

وينبغي التنبيه إلى أن فرضية إطباق الحرام التي توصل بها الإمام الجويني إلى البرهنة على خطورة عدم مراعاة الحاجة كما تراعى الضرورة في بعض الحالات، هي نفسها التي بنى عليها الغزالي قاعدته: " مهما حرم الكل حل الكل "، بعد سير احتمالات خطاب المكلفين إذا افترض وقوع مثل ذلك على ما هو مبين في صياغة تلك القاعدة.

ولعل ما صرح به الجويني، من الغموض في مفهوم الحاجة التي يتعين تزيلها منزلة الضرورة، هو ما دفع بعض من أتى بعده من العلماء إلى استقراء جملة من الشروط يلزم التقييد بها عند تطبيق القاعدة التي بين أيدينا من أجل ضمان مراعاة مقاصد الشريعة مع عدم تعطل المصالح الحاجية العامة للأمة. فقد أوضح أحمد الزرقا شروط الحاجة التي تنتزل منزلة الضرورة - موضحاً لها بأمثلة - في حدود أكثر دقة بقوله: "والظاهر أن ما يجوز للحاجة إنما يجوز فيما ورد فيه نص يجوزه، أو تعامل، أو لم يرد فيه شيء منهما، ولكن لم يرد فيه نص يمنعه بخصوصه، وكان له نظير في الشرع يمكن إلحاقه به وجعل ما ورد في نظيره وارداً فيه...، أو كان لم يرد فيه نص يجوزه أو تعامل ولم يرد فيه نص يمنعه ولم يكن له نظير جائز في الشرع يمكن إلحاقه به، ولكن كان فيه نفع ومصلحة، كما وقع في الصدر الأول من تدوين الدواوين، وضرب الدراهم، والعهد بالخلافة، وغير ذلك مما لم يأمر به الشرع ولم ينه عنه ولم يكن له نظير قبل، فإنه دعت إليه الحاجة، وسوغته المصلحة، بخلاف الضرورة فإن ما يجوز لأجلها لا يعتمد شيئاً من ذلك".

وانطلاقاً من هذا فإنه يمكن تلخيص أهم ما اشترطه العلماء في إلحاق الحاجة بالضرورة المبيحة للمحظور فيما يلي:

- 1_ أن تكون الشدة الباعثة على مخالفة الحكم الأصلي بالغة درجة الحرج غير المعتاد.
- 2_ أن يكون الضابط في تقدير تلك الحاجة النظر إلى أوضاع الناس ومجموعهم بالنسبة للحاجة العامة، وإلى أوضاع الفئة المعنية التي تتعلق بها الحاجة إذا كانت خاصة.
- 3_ أن تكون الحاجة متعينة بالألا يوجد سبيل آخر للتوصل إلى الغرض سوى مخالفة الحكم.
- 4_ أن تقدر الحاجة بقدرها كما هو الحال بالنسبة إلى الضرورات، جرياً على ما تقرره قاعدة: ما أبيع للحاجة يقدر بقدرها.
- 5_ ألا يخالف الحكم المبني على الحاجة نصاً من كتاب الله تعالى أو سنة رسوله ﷺ وارداً في حكم ذلك الأمر بخصوصه.

6_ ألا يعارض قياساً صحيحاً أقوى منه.

7_ أن يكون مندرجاً في مقاصد الشرع.

8_ أن لا تفوت معه مصلحة أكبر.

وهذه القاعدة تكاد تكون محل إجماع وقد أوردتها الموسوعة الكويتية بصيغة تنبئ بذلك وهي: اتفق الفقهاء على أن ما يباح دفعاً للضرر يباح دفعاً للحاجة. ومجال تطبيقها واسع بل يفترض أن يكون في توسع مستمر مواكباً لمستجدات الحياة. فهي جارية في العبادات، والعادات، والمعاملات، والجنايات كما سنبين ذلك في تطبيقاتها بحول الله.

أدلة القاعدة :

- 1_ قاعدة: " ما ثبت على خلاف الدليل للحاجة قد يتقيد بقدرها وقد يصير أصلاً مستقلاً "

ووجه الاستدلال بها هو أن أحكام العرايا والمساقاة والسلم الواردة فيها قد ثبتت على خلاف الأصل للحاجة لما فيها من بيع المعدوم وبيع الرطب باليابس والعمل بالحزر والتخمين في تقدير المالين الربويين وتأخير التقابض ثم أصبحت أصولاً مستقلة تقاس عليها نظائرها.

2_ قاعدة الحرج مرفوع وأدلتها.

3_ قاعدة المشقة تجلب التيسير وأدلتها.

تطبيقات القاعدة :

1_ يرخص للإنسان أن يتخلف عن الجماعة إذا خاف بذهابه إليها أن يسرق ماله، أو يضيع عليه لوجود الحاجة. وضياع المال في حكم الفوات، كأن يكون عنده دابة ولا يجد مكاناً يحفظها فيه، فإن أقيمت الصلاة وتركها فإنها تضيع فحينئذ يجوز له أن يتخلف عنها؛ لأن الحاجة تتل مثلثة الضرورة عامة كانت أو خاصة.

2_ تجوز استئجار السمسار على أن له في كل مائة كذا فإن القياس يمنعه ويوجب له أجر المثل ولكن جوزه لحاجة الناس إليه، والحاجة تتل مثلثة الضرورة عامة كانت أو خاصة.

3_ تجوز استئجار الظئر للإرضاع على القول بأن العقد يرد على اللبن والخدمة تثبت تبعاً فإنه جوز للحاجة بالتعامل وبقوله سبحانه: فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن [الطلاق: 6]، وإلا فالقياس يأباه لأنه وارد على استهلاك العين، والإجارة إذا وردت على استهلاك الأعيان مقصوداً لا تجوز، وإنما أجازت هنا للحاجة، والحاجة تتل مثلثة الضرورة عامة كانت أو خاصة.

4_ تجوز الاستصناع فيما فيه تعامل على الصحيح من أن الاستصناع يبيع لا وعد، فإن القياس يأباه لأنه يبيع لمعدوم لكن جوزه استحساناً بالإجماع للحاجة بسبب تعامل الناس عليه وما فيه من الخلاف فليس في أصل جوازه بل في أنه يبيع أو عدة. ومن أمثله أن يطلب شخص من صانع أحذية أن يصنع له حذاء أو عدة أحذية والجلد وما يحتاج إليه الصانع من المستصنع، فإنهم جوزه للحاجة، والحاجة تتل مثلثة الضرورة عامة كانت أو خاصة.

5_ تجوز خيار التعيين عند من جوزه: وهو منتشر في هذا العصر ومن صورته أن يذهب إنسان إلى بائع ساعات ويختار من بين الساعات المعروضة أكثر من واحدة ثم يتعاقد مع البائع على شراء واحدة غير معينة من الساعات التي أخذها على أن يكون له خيار التعيين فإذا وقع اختياره على واحدة منها أصبح العقد لازماً، وهذا من بيع المجهول فيكون فاسداً فيمنع؛ لأنه يؤدي إلى الغرر المنهي عنه ولكنه أجاز لمسيس الحاجة إليه وهي رفع الغبن عن المشتري ولا سيما بعد أن تعددت الصناعات، وأصبحت أصنافاً وألواناً بدرجات متفاوتة في الجودة يصعب معرفتها لغير ذوي الخبرات بالمبيعات. ومن أمثله أيضاً أن المرأة قد لا تستطيع الذهاب إلى البائع لسبب أو لآخر فلا تجد إلا أن توكل من يشتري لها على أن تكون بالخيار بين قطعتين أو أكثر من الثياب فكانت الحاجة ماسة إلى مشروعية هذا الخيار، فجوز هذا البيع لاحتياج المشتري إليه إذ قد يكون غير خبير بأحوال البيع والشراء فيحتاج إلى استشارة العارفين ليأخذ الأفضل، والحاجة تتل مثلثة الضرورة عامة كانت أو خاصة.

6_ الجراحة التجميلية الحاجية: هذا النوع من الجراحة جائز قياساً على غيره من الجراحة

المشروعة بجامع وجود الحاجة في كل. وقد نوقشت أدلة جوازه بأنها معارضة للنهي عن تغيير خلق الله. والجواب من وجوده: منها أنه إذا وجدت الحاجة الموجبة للتغيير فيستثنى ذلك من التحريم. قال النووي - رحمه الله -: "وأما قوله المتفلجات

للحسن فمعناه يفعلن ذلك طلباً للحسن، وفيه إشارة إلى أن الحرام هو المفعول لطلب الحسن، أما لو احتاجت إليه لعلاج أو عيب في السن ونحوه فلا بأس"، فإذا كان لإزالة تشويهه فيجوز >؛ لأن الحاجة تتزل متزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة.

7_ التخدير في الجراحة الطبية، ويمكن أن يصل إلى مقام الضرورة: وهي الحالة التي يتعذر فيها إجراء الجراحة الطبية بدون تخدير كما في جراحة القلب المفتوح ونحوها من أنواع الجراحة الخطيرة والتي إذا لم يخدر فيها المريض فإنه سيموت في أثناء الجراحة أو بعدها بقليل. أو يصل إلى مقام الحاجة: وهي الحالة التي لا يتعذر فيها إجراء الجراحة الطبية بدون تخدير، ولكن المريض يلقي فيها مشقة فادحة لا تصل به إلى درجة الموت والهلاك، وهي الحالة المتوسطة، ومن أمثلتها جراحة بتر الأعضاء... وما كان منها بالغاً مبلغ الحاجة يعتبر جوازه مخرجاً على القاعدة الشرعية التي تقول: الحاجة تتزل متزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة.

تطبيقات فقهية معاصرة للضرورات الشرعية

أولاً : تطبيقات فقهية معاصرة توافرت فيها الضوابط الشرعية للضرورة

(1) جواز السعي فوق سقف المسعى للضرورة.

من التطبيقات المعاصرة لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات ما أفتي به أكثر أهل العلم من جواز السعي فوق سقف المسعى للضرورة؛ ليكون وسيلة من وسائل علاج ازدحام الحجاج أيام الموسم، بشرط: استيعاب ما بين الصفا والمروة، وأن لا يخرج عن مسامحة المسعى عرضاً، فالضرورة الشرعية تقتضي جواز ذلك للعدر، واستدلوا على ذلك بقياس السعي على الطواف باعتبار إنه يجوز للحاج، والمعتزم أن يطوف بالبيت، ويسعى بين الصفا والمروة ركباً لعدر باتفاق، ولغير عذر على خلاف بينهم، فمن يسعى فوق سقف المسعى يشبه من يسعى ركباً بعيداً ونحوه، إذ الكل غير مباشر للأرض في سعيه، وعلى رأي من لا يرى جواز السعي ركباً لغير عذر، فإن ازدحام السعاة في الحج يعتبر عذراً يبرر الجواز.

(2) نقل الأعضاء من إنسان ميت إلى إنسان حي للضرورة.

الأعضاء من الأموات للأحياء، حيث قررت المجامع الفقهية: إباحة النقل استناداً إلى القواعد الفقهية الحاكمة بإزالة الضرر ومسألة إباحة الضرورات للمحظورات، ومن أهم الأدلة التي استند إليها الفقهاء في إباحة نقل أعضاء الموتى للأحياء ما يلي:

(أ) قاعدة: "الضرورات تبيح المحظورات" وأن الضرر يجب إزالته، فنقل الأعضاء من الموتى للأحياء فيها إزالة الضرر عن الأحياء بضرر أخف منه، حيث إن الأموات وإن كانت لهم حرمة، لكن تُقدّم مصالح الأحياء على مصالح الأموات.

(ب) أن في نقل الأعضاء من الأموات للأحياء، نوعاً من تحقيق التكافل الاجتماعي والإحسان، والإيثار بين أبناء المجتمع.

(ج) القياس على ما أباحه الفقهاء قديماً من استخدام أسنان الموتى وعظامهم للأحياء للضرورة، فالضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصان الضرورة عن المحظور، ولاشك أن حرمة الأحياء ورعاية مصالحهم أولى من انتهاك حرمة الميت.

ومن أهم هذه الفتاوى ما يلي :

- 1- فتوى المؤتمر الإسلامي الدولي المنعقد بماليزيا في أبريل سنة 1969م.
- 2- فتوى المؤتمر الإسلامي الأعلى بالجزائر بشأن نقل الدم، وزرع الأعضاء في اليوم العشرين من شهر أبريل لسنة 1972م.

- 3- فتوى مفتي الديار المصرية برقم (1069) في اليوم الثاني من شهر فبراير لسنة 1972م بشأن إباحة سلخ جلد الميت لعلاج حروق الأحياء.
- 4- فتوى الشيخ جاد الحق برقم (1323) في ديسمبر سنة 1979م عن زرع الأعضاء.
- 5- فتوى كبار علماء المملكة العربية السعودية برقم (99) في سنة 1402هـ.
- 6- فتوى الأوقاف الكويتية برقم 132 / 9 لعام 1400هـ.
- 7- فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، الذي ينظم زرع الأعضاء - الدورة الثامنة - لسنة 1405هـ - 1985م.

وقد وضعت بعض المجمع الفقهي ضوابط لجواز نقل الأعضاء من الميت من أهمها ما يلي :

- 1- موافقة الميت أثناء حياته بترع عضو أو أعضاء من جسمه، والتبرع بها لمن يحتاج إليها، بشرط أن يكون ذلك من غير إكراه، وبدون مقابل مالي له أو لورثته، وإنما يكون ابتغاء الثوبة من الله تعالى. وأن يكون ذلك الإذن كتابياً، وعليه شهود.
- 2- موافقة أهل الميت أو إذهم، ويشترط موافقة أهل الميت حتى بعد إذن الميت، ولو كان قد أذن في حياته وقبل وفاته؛ وذلك لرعاية حرمة الحي، حتى لو أذن بعض الورثة دون البعض، فلا يجوز نقل العضو؛ حتى لا يكون تعسف في استعمال الحق.
- ولا يعلل إذهم بأنهم يملكون الجسد بعد الوفاة، وإنما ذلك باعتبار أن المساس بجسده يؤثر عليهم، ويضرهم ضرراً معنوياً، والقاعدة أن: "الضرر يزال" فلا يجوز إلا برضاهم حتى ينتفي الضرر.
- 3- أن يكون لنقل الأعضاء ضرورة وحاجة ماسة تترل متزلة الضرورة؛ لما هو معلوم أن الحاجة إذا عمّت نزلت منزلة الضرورة.

(3) جواز نقل الدم بأجرة للضرورة

من التطبيقات المعاصرة لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات أنه لا خلاف بين العلماء أنه يحرم بيع الدم البشري، وكذلك الأعضاء البشرية، تحرم التجارة فيها، لكن يستثنى من ذلك حالات الضرورة، التي يُحتاج فيها الدم من أجل إنقاذ مريض في عملية جراحية، أو ولادة ونحو ذلك، ولا يوجد من يتبرع إلا بعوض، فيجوز شراؤه؛ من أجل الضرورة.

وقد نصت بعض المجمع الفقهي على : «أنه لا يجوز أخذ أجرة، أو عوض مقابل نقل الدم» وعللوا ذلك بأن: بيع الآدمي الحر باطل شرعاً لكرامته، أما بذل المال من المستفيد ابتغاء الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة، أو على سبيل المكافأة فمحل نظر واجتهاد.

وتفرع على ذلك ما قرره مجلس كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية في القرار رقم (65) وتاريخ 7 / 2 / 1399هـ حيث قرر بالأكثرية ما يلي:

أولاً : يجوز أن يتبرع الإنسان من دمه، بما لا يضره عند الحاجة إلى ذلك لإسعاف من يحتاجه من المسلمين.

ثانياً : يجوز إنشاء بنك إسلامي لقبول ما يتبرع به الناس من دمائهم، وحفظ ذلك لإسعاف من يحتاج إليه من المسلمين، على أن لا يأخذ البنك مقابلاً مالياً من المرضى، أو أولياء أمورهم عوضاً عما يسعفهم به الدماء، وألا يتخذ ذلك وسيلة تجارية للكسب؛ لما في ذلك من المصلحة العامة.

(4) بتر العضو المريض واستئصاله للضرورة.

من التطبيقات المعاصرة لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات هذه المسألة وإن كانت من المسائل القديمة لكنها تتكرر كثيراً، وتختلف فيها أدوات القطع وطرقه في حالات كثيرة يضطر فيها الطبيب إلى بتر عضو من أعضاء مريضه؛ من أجل استئصال المرض، حيث لا يكون أمامه فرصة للعلاج إلا من خلال الحسم والبتر؛ ولهذا قرر العلماء أنه: يجوز للطبيب ذلك استناداً على قاعدة الضرورة الشرعية، بشرط أن تتحقق الضرورة بالفعل، وتتوافر فيها ضوابطها ومن ثمّ فالطبيب المسلم الثقة هو المسؤول عن ذلك، فالضرورات تبيح المحظورات.

وأن عليه أن يراعى أخف الضررين؛ لحماية ما يمكن حمايته من المصالح ودرء المفاسد، والضرر عن المريض. ومن ذلك أيضاً: جواز نقل عين قرر الأطباء استقطاعها لعلّة أصابت صاحبها، ومع ذلك يمكن الاستفادة منها لشخص آخر؛ لتحقيق المصلحة وانتفاء الضرر.

(5) نقل الأعضاء من إنسان حي إلى آخر للضرورة: من التطبيقات المعاصرة لقاعدة الضرورات تبيح

المحظورات: فتاوى المجامع الفقهية ودوائر الإفتاء والهيئات العلمية، التي تبيح نقل الأعضاء من إنسان حي إلى إنسان آخر، فقرر العلماء في المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في الدورة الثامنة، المنعقدة بمكة المكرمة في 5/7/1405 هـ ما يلي:

أولاً: أن أخذ عضو من جسم إنسان حي وزرعه في جسم آخر مضطر لإنقاذ حياته، أو لاستعادة وظيفة من وظائف أعضائه الأساسية هو عمل جائز على قاعدة: "الضرورات تبيح المحظورات" إذا توافرت فيه الشروط الآتية:

1- ألا يترتب على أخذ العضو من المتبرع ضرراً يخل بحياته؛ لأن القاعدة: الضرر يزال إن أمكن من غير ضرر أو بضرر أقل منه، ولا يجوز إزالته بضرر مساوي، ومن باب أولى بضرر أكبر منه. فلو كان لإزالة الضرر بضرر مثله، أو أشد فإنه لا يجوز؛ لأنه ليس من باب إزالة الضرر، وإنما من باب التهلكة المنهي عنها.

2- أن يكون النقل تبرعاً بدون عوض.

3- أن يتعين النقل الوسيلة الوحيدة لإنقاذ المريض، ومعالجته حتى تتحقق حالة الضرورة.

4- أن يكون نجاح كل من عمليتي: الترع والزرع محققاً في العادة وغالباً. وقد أجازت دار الإفتاء المصرية ذلك،

فصدرت فتوى الشيخ جاد الحق على جاد الحق رقم (1323) بتاريخ 15/1/1400 هـ الموافق 5/12/1979م. ففي فتاوى الأزهر للشيخ جاد الحق: يجوز نقل عضو أو جزء عضو من إنسان حي متبرع لوضعه في جسم إنسان حي بشروطه، كما يجوز نقل الدم من إنسان لآخر بذات الشروط متى غلب على ظن الطبيب وإنقاذه هذا الأخير بهذا النقل، ويكون قطع العضو أو جزئه من الميت إذا أوصى بذلك قبل وفاته، أو بموافقة عصبته.

(6) جواز الإجهاض للضرورة وتحملاً لارتكاب أخف الضررين.

من التطبيقات القديمة والمعاصرة لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات: جواز الإجهاض للمرأة الحامل إذا تعرضت حياتها للخطر، وأصبح الإجهاض ضرورياً لإنقاذ حياتها، عملاً بالقاعدة: "يُتحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد" وأنه إذا تعارضت مفسدتان، روعي أخفهما ضرراً؛ لارتكابهما؛ من أجل الحفاظ على الضروريات، وهنا تعارضت مصلحة الجنين ومصلحة الأم، فتقدّم مصلحة الأم على مصلحة الجنين بشرط أن يكون ذلك بمعرفة الطبيب المسلم الثقة.

وقد أصدر المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي قراراً في دورته الثانية عشرة في (15) من شهر رجب سنة

1410 هـ الموافق (10) من شهر فبراير سنة 1990م بجواز الإجهاض قبل مرور (120) يوماً منذ بداية التلقيح.

(7) جواز استخدام وسائل منع الحمل المؤقتة للضرورة : من التطبيقات المعاصرة لقاعدة الضرورات تبيح

المحظورات: ما قرره الفقهاء من: جواز استخدام وسائل منع الحمل المؤقتة للضرورة بشروط أهمها ما يلي :

- 1- الحفاظ على صحة المرأة وأولادها من كثرة الحمل وتتابعه.
- 2- أن يكون بالمرأة مرض يمنع الحمل، أو يكون الحمل معه سبباً في زيادة المرض عليها.
- 3- أن يكون قرار تنظيم النسل حسب تقدير الزوجين وتشاورهما معاً.
- 4- ألا يكون تنظيم النسل خشية الفقر.
- 5- ألا يكون في استخدام الوسائل ضرر بالمرأة أو بالرجل، لو كانت الوسائل خاصة به.

وبهذا جاء في فتاوى قطاع الإفتاء بالكويت أنه: يجوز اللجوء إلى منع الحمل على النطاق الفردي، لأي سبب من الأسباب ما لم يكن مؤدياً إلى العقم، ومنع الإنجاب نهائياً، ومع ذلك يجوز منع الحمل نهائياً بالتعقيم الجراحي على النطاق الفردي، في حالات الضرورة التي يقدرها الطبيب المسلم الثقة إذا استنفدت كل الوسائل الأخرى.

(8) سفر المرأة بغير محرم للضرورة .

من التطبيقات القديمة والمعاصرة لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات: سفر المرأة بدون محرم في حالات معينة من

أهمها ما يلي :

- 1- من مات محرمها في الطريق أثناء السفر.
 - 2- من أجبرت على السفر من بلد بالقوة وليس عندها محرم.
 - 3- من اضطرت للهجرة من بلاد الكفر إلى بلاد الإسلام وليس معها محرم.
- ففي مثل هذه الحالات تتحقق الضرورة في حق المرأة التي لم تجد محرمًا، وعليها أن تكمل سفرها، أو تسافر لإنقاذ نفسها، أو الفرار بدينها، ونحو ذلك، فهي في حالات الضرورة قطعاً، ويجوز لها في تلك الحالة السفر بغير محرم؛ لأن الضرورات تبيح المحظورات متى استوفت ضوابطها، وهي هنا كذلك.

(17) لا يجب غسل ما تحت حشو الأسنان وغطاؤها في الوضوء والغسل للضرورة .

من التطبيقات لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات أفتى بعض العلماء بأن حشو الأسنان وشدها وغطاؤها بالأسلاك من الذهب والفضة جائز للضرورة. وكذلك غيرها من البلاطين والمعادن لم يرد فيها ما يمنع جوازها. ويتفرع على ذلك أنه لا يجب غسل ما تحت هذه الأشياء في الوضوء أو الغسل منعاً للحرص والضرورة.

ثانياً : تطبيقات معاصرة لم تستوف ضوابط الضرورة الشرعية

(1) لا يجوز التداوي بالمسكرات والمخدرات مع وجود البديل استناداً للضرورة .

فمن التطبيقات المعاصرة التي تتفرع على الضرورات الشرعية، والتي لم تبلغ فيها الضرورة حدّها إقدام بعض الناس على ارتكاب المنكرات، والمحرمات من المسكرات والمخدرات بحجة التداوي من بعض الأمراض، مع وجود البدائل الطبية للمسكرات أو المخدرات، فالضرورة غير متحققة، وكما سبق يشترط في الضرورات حتى تبيح المحظورات أن تكون الضرورة حقيقية لا مظنونة ولا متوهمة، وهنا الضرورة وهمية، بل غير حقيقية؛ لما ورد في قوله ﷺ: «إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم»، وأنه ﷺ سئل عن التداوي بالخمير فقال: «(إنما هي داء)»

وبهذا أفتى مفتي مصر: «أنه لا يحل التداوي بالمحرمات إلا عند تعيينها دواء وعدم وجود مباح سواها، وبقدر الضرورة حتى يزول هذا الإدمان وبإشراف الأطباء المتقنين لمهنتهم». أما شرب الخمر بحجة التداوي للضرورة مع وجود بدائل طبية فهذا لا يجوز ولا يدخل تحت قاعدة الضرورة.

(2) لا يجوز تحديد النسل خوفاً من الفقر استناداً للضرورة.

من التطبيقات المعاصرة للضرورات الشرعية، التي لم تستوف ضوابطها ما يلجأ إليه بعض الناس من تحديد النسل، بحجة كثرة العيال وضيق المساكن وقلة الأموال، وقد نهي الله سبحانه وتعالى عن ذلك في قوله تعالى ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ﴾ [الأنعام: 151]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ﴾ [الإسراء: 31].

ولهذا اشترط الفقهاء لمنع الحمل شروطاً منها: ألا يكون من أجل خشية الفقر، وكثرة العيال؛ لأن ذلك ليس بضرورة شرعية تبيح منعه.

ولهذا قررت المحامع الفقهية ودور الإفتاء أن: منع النسل من أجل كثرة العيال أو خشية الفقر حرام شرعاً ولا يجوز؛ لأن ذلك ليس من قبيل الضرورات الشرعية، ولما كان الحفاظ على التناسل من المصالح، والضروريات الشرعية، التي تكفلت الشريعة بحفظها، فلا يجوز المساس بها إلا إذا قامت ضرورة شرعية حقيقية تقتضي ذلك.

وأفتى الشيخ حسن المأمون مفتي دار الإفتاء المصرية بأن: «منع النسل أو تحديده يتنافى مع مقاصد النكاح ولا يباح شرعاً إلا للضرورة، وعند وجود عذر يقتضيه، كالخوف على حياة الأم إن هي حملت. أما خوف الفقر وكثرة الأولاد وتزايد السكان ليست من الأعذار المبيحة لمنع النسل أو تحديده».

(3) لا يجوز العمل في الفنادق والملاهي ودور الرقص استناداً للضرورة.

من التطبيقات المعاصرة للضرورات الشرعية، التي لم تستوف ضوابطها، ولا تؤثر في إباحة المحظور: العمل في الفنادق والمسارح والملاهي ودور السينما والرقص، والتي ترتكب فيها الأعمال المحرمة من شرب الخمر والمخدرات والزنا والرقص والغناء، والذي يتنافى مع حدود الشرع، وحجتهم في ذلك: عدم وجود عمل آخر بدلا عنه، وأنه إذا لم يعمل ذلك العمل، فسوف يؤدي ذلك إلى ارتكابه لجريمة السرقة، أو الرشوة، ونحوها مما هو محرم أيضاً.

وهذه الحالة وأمثالها، ليست من قبيل الضرورة الحقيقية المتيقنة، التي تبيح له فعل المحظور، فالعمل في أماكن اللهو التي تُرتكب فيها المنكرات، ويكون دخلها من الفسق والفجور محرم شرعاً، وواجب على المسلم أن يبحث لنفسه عن عمل حلال، يتكسب منه بالعيش به هو، ومن يعول، وأنه إذا جد في الطلب والبحث سوف يجد ما يغنيه وأنه يصبر، فطلب الحلال له منزلة عظيمة عند الله تعالى.

(4) لا يجوز تبرير التكاثر عن الفرائض في أوقاتها بالضرورة.

من التطبيقات المعاصرة للضرورات الشرعية، والتي لم تستوف فيها الضرورة ضوابطها: ما يقوم به بعض الناس من محاولة التخلص من أداء الفرائض في أوقاتها؛ بسبب وجودهم في حفل عام أو اجتماع خاص، بحجة الضرورة، واتخاذ الحفل ذريعة لترك الفريضة، أو تأخيرها ونحو ذلك، فيترك الواجب والفرائض تحت ستار مبدأ التخفيف والتيسير على الناس، دون التقيد بقيود الضرورة الشرعية وضوابطها، أو للجهل بأحكامها، والحالات التي يصح أن تندرج تحتها دون غيرها.

(5) لا يجوز السماح ببيع الخمر والمحرمات في البلاد الإسلامية من أجل الضرورة.

من التطبيقات المعاصرة للضرورات الشرعية، التي لم تستوف فيها الضرورة ضوابطها، ومن ثم لا تبيح المحظور لعدم توافر شروطها: أن يُسمح بجلب وشراء الخمر والمحرمات، وبيعها في البلاد الإسلامية؛ من أجل تشجيع السياحة، ودخول الأجانب من غير المسلمين إلى البلاد الإسلامية؛ من أجل حاجة البلاد إلى العملات الأجنبية، التي يأتي بها هؤلاء السياح، وأن السياحة مصدر من مصادر الدخل القومي، وإذا لم يتم توفير كل احتياجاتهم، حتى ولو كانت محرمات، فإن ذلك سيؤدي إلى ضياع نسبة كبيرة من الدخل القومي للبلاد، ومن ثم يجوز جلب الخمر وبيعها لهم، وهذا التبرير لا يجوز؛ لأن الأصل أن غير المسلمين الذين يُسمح لهم بالدخول إلى البلاد الإسلامية، يلتزمون باحترام قوانين البلاد الإسلامية وآدابها، فهم ملتزمون بأحكام المسلمين ما داموا في بلادهم؛ فلا يجوز أن يرتكبوا المحرمات، ولا يؤذوا المسلمين بارتكابها، ومن ثم لا ضرورة في إباحة جلب الخمر والمحرمات لهم، بذلك السبب فالضرورة غير حقيقية، ولم تستوف شروطها؛ لأنه إذا لم يتناول الأجنبي غير المسلم الخمر في البلاد الإسلامية لا يصيبه ضرر، ولن يصيب الأمة الإسلامية ضرر من ذلك؛ ومن ثم فلا مصلحة من وراء الأمور المحرمة، وإنما المصلحة في اتباع شرع الله تعالى، فإذا وجد الشرع فثمة المصلحة.

(7) لا يجوز التأمين التجاري للضرورة :

من التطبيقات المعاصرة للضرورة الشرعية إفتاء بعض العلماء بجواز التأمين التجاري للحاجة وهذا لا يجوز؛ لأن التأمين التجاري معناه: التزام طرف لآخر بتعويض نقدي يدفعه له، أو لمن يعينه عند تحقيق حادث احتمالي مبين في العقد مقابل ما يدفعه له هذا الآخر من مبلغ نقدي في قسط أو نحوه. ففيه مخاطرة بالمال، وإن كان فيها استفادة للمؤمن عليه عند حصول الحادث المحتمل وقوعه، وخسارته قسطه عند عدم هذا الحادث، وريح المؤمن في هذا الحال، لكن المخاطرة أزيد من الفائدة، ولا يتحقق فيه العدل والأصل في المعاملات المالية تحقيق العدل بين طرفيها، وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي أن عقد التأمين التجاري من الرهان المحرم؛ لأن كلا منهما فيه جهالة وغرر ومقامرة.

عقد التأمين التجاري فيه أخذ مال الغير بلا مقابل، وأخذ بلا مقابل في عقود المعاوضات التجارية محرم ولا يجوز إباحته على أساس إن الضرورات تبيح المحظورات لا يصح الاستدلال به هنا، فإن ما أباحه الله من طرق كسب الطيبات أكثر أضعافاً مضاعفة مما حرّمه عليهم، فليس هناك ضرورة معتبرة شرعاً تلجئ إلى ما حرّمته الشريعة من التأمين.

(8) لا يجوز نقل عضو من إنسان حي يعطل زواله وظيفة أساسية في حياته لعدم الضرورة مثل: نقل

القلب أو الكبد أو العينين أو الكليتين، ونحو ذلك للحفاظ على الضروريات التي يجب الحفاظ عليها؛ لأن ذلك ضرر محض، ويعتبر قتل نفس وإلقاء بالنفس إلى التهلكة، ولا يجوز للإنسان أن يلحق الضرر بنفسه؛ عملاً بقول النبي ﷺ: « لا ضرر ولا ضرار » وأنه في حالة النقل للغير سوف يكون إزالة للضرر عن الغير بضرر بالنفس وهو ضرر شديد، وكما هو مقرر أن: الضرر لا يزال بالضرر الأشد منه أو المساوي، ففي هذه الحالة زاد المحظور عن الضرورة، فلم تبيح الضرورة المحظور؛ لعدم توافر شرطها وهو عدم نقصان الضرورة عن المحظور، فلم يجز النقل.

نظرية الظروف الطارئة

مفهوم نظرية الظروف الطارئة :

الظرف الطارئ هو: كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول على العقد ينجم عنه اختلال بين في المنافع المتولدة عن عقد يتواخى تنفيذه إلى أجل أو آجال، ويصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهابا شديدا ويتهدهده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار، وذلك كخروج سلعة تعهد المدين بتوريدها وارتفع سعرها ارتفاعا فاحشا غير مألوف ولا متوقع.

وعليه تعرف نظرية الظروف الطارئة بأنها: مجموعة القواعد والأحكام التي تعالج الآثار الضارة اللاحقة بأحد العاقدين الناتجة عن تغير الظروف التي تم بناء العقد في ظلها.

إذا فإن الوصف الشرعي لنظرية الظروف الطارئة " أنها صورة من صور تعديل التزام العقد، أو فسخه أو انفساخه بحكم الشرع، وعليه فإن مبنى نظرية الظروف الطارئة يقوم على تعديل العقد أو فسخه انفساخه تلقائيا بحكم الشرع لظرف طارئ غير قاهر لم يكن متوقعا عند إنشاء العقد، لكون العقد يكون متراخي التنفيذ ولا يقع دفعة واحدة، فيطراً ظرف يؤدي إلى جريان العقد على نحو مرهق لأحد العاقدين على حساب الآخر.

الأدلة الشرعية التي نهضت بتأصيل نظرية الظروف الطارئة :

نهضت بتأصيل نظرية الظروف الطارئة عدة أدلة بحملها فيما يلي:

1- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: 188]، وجه الدلالة: إن ما أتت عليه الجائحة مثلا من الثمار أو الزروع ينبغي أن يحط ويخفض من الثمن بقدر التالف حتى يتم إعادة التوازن بين ما يعطى كل من العاقدين وبين ما يأخذ، وإلا اختل هذا التوازن فأخذ أحدهما أضعاف ما أعطى، أو العكس، وهو ضرب من أكل أموال الناس بالباطل ودون مقابل، ذلك لأن ما استفيد نتيجة للظروف لا يقوم على سبب ثابت في نظر الشرع وهذا هو الباطل الذي لا يقوم على سبب شرعي معتبر، وكذلك إذا حال العذر الطارئ دون تمكن أحد طرفي العقد من استيفاء المنفعة مع كونها قائمة، لذا فالسكوت عن تعديل الالتزام أو السكوت عن الفسخ أصبح أمرا مفضيا إلى التظالم وإلى أكل أموال الناس بالباطل، وهذا مما نهت عنه الشريعة.

2- قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ [النحل: 90]، وجه الدلالة: العدل هو إعطاء كل ذي حق حقه، أما الإحسان فيتجاوز العدل إلى الفضل والمفسرون قالوا: العدل هو الواجب، والواجب هو أمر الله تعالى، وقد يقضي بتكليف ما لا يطاق، وفي ذلك ظلم وجور وهما مما لا يتصور صدورهما عن الله تعالى، لذلك فكان الأمر بالإحسان للتخفيف من تفريط العدل أو المبالغة في تطبيقه، لأجل ذلك يتحول عن العدل إلى الإحسان، فوجوب الوفاء بالعقد عدل، وهو أمر الله تعالى ولكن جاء بالإحسان إذا تسبب الوفاء بالعقد في ضرر زائد نجم عن ظرف طارئ لم يكن في الحسبان، فيتحول عن العدل إلى الإحسان. بمعنى يوقف حكم الدليل نفيا للضرر اللازم لا لذاته بل لآثاره ويعمل على تعديل العقد أو إلى فسخه تخفيفا من آثار تنفيذ العقد

3- جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: «لو بعث من أحيك ثمرا، فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا، بم تأخذ مال أحيك بغير حق؟» رواه مسلم، وجه الاستدلال: قال القرطبي: هذا دليل واضح على وجوب إسقاط ما أحيج من الثمرة عن المشتري.

4- وعن جابر: «أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح» رواه مسلم، وجه الاستدلال: من القواعد الأصولية المقررة أن الأمر يفيد الوجوب ما لم تصرفه قرينة، بل على العكس الأمر هنا أن هناك روايات تبين أن عدم وضع الجوائح لا يحل، وهو أكل لأموال الناس بالباطل وبدون وجه حق، فعن أبي سعيد الخدري، قال: أصيب رجل في عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها، فكثر دينه، فقال رسول الله ﷺ: «تصدقوا عليه»، فتصدق الناس عليه، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال رسول الله ﷺ لغرمائه: «خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك» رواه مسلم، فقوله ﷺ في آخر الحديث "ليس لكم إلا ذلك" يدل على أنه لو كانت الجوائح لا توضع لكان لهم طلب بقية الدين.

5- عائشة رضي الله عنها قالت: سمع رسول الله ﷺ صوت خصوم بالباب عالية أصواتهما، وإذا أحدهما يستوضع الآخر، ويسترفقه في شيء، وهو يقول: والله لا أفعل، فخرج عليهما رسول الله ﷺ، فقال: «أين المتألي على الله، لا يفعل المعروف؟»، فقال: أنا يا رسول الله، وله أي ذلك أحب. متفق عليه، وجه الاستدلال: أن الحديث فيه الحض على الرفق بالغيرم والإحسان إليه والوضع عنه. قال المهلب: وفي حديث عائشة النهي عن التألي على الله؛ لأن فيه معنى الاستبداد بنفسه، والقدرة على إرادته، فكأنه لما حتم بالألا يفعل، ففهم من إنكار النبي ﷺ التحريم لذلك رجوع عن تأليه ويمينه، وقال: أي من الوضع عنه أو الرفق به. «له أي ذلك أحب».

ضوابط تطبيق نظرية الظروف الطارئة :

لنظرية الظروف الطارئة شروطا يلزم توافرها لتطبيقها حتى يكون النظر فيها معتبرا، وهي:

1- وجود عقد يترأخى تنفيذه عن وقت إبرامه سواء أكان من العقود المستمرة التنفيذ كما عقد الإجارة أو كعقود بيع الثمار القائم على الشجر وبعد بدو صلاحه، أو كان عقد بيع فوري التنفيذ فيما عدا الزروع والثمار إذا كان الثمن كله مؤجل التنفيذ أو كان مقسطا، وعلى هذا فلا بد من وجود عقد تراخى وقت تنفيذه عن وقت إبرامه ليتصور طروء العذر أو الحادث بعد الإبرام وقبل التنفيذ أو أثناءه مما يجعل تنفيذ الالتزام التعاقدى ضارا ضررا زائدا نتيجة للظرف الطارئ.

2- أن يكون الحادث الطارئ ليس في الوسع توقعه ولا دفعه والتحرز منه، كحدوث فيضانات، أو تغير قيمة النقود، أو انتشار وباء، أو حدوث حروب.. الخ من الحوادث التي لا يمكن دفعها ولا التحرز منها.

3- أن يكون الظرف الطارئ خارجا عن إرادة المتعاقدين، وعليه فإذا كان طوع إرادتهما فلا يعد من الضرر المسوغ لإعادة النظر في الالتزام، لذلك فيشترط أن لا يكون حدوثه بسبب أي من المتعاقدين وأن لا يكون مسئولا عن آثاره وحده.

4- أن يحدث ضرر زائد أو فاحش غير معتاد نتيجة لهذا الظرف أو العذر الطارئ، لا نتيجة الالتزام نفسه، وملازم حدوثه لتنفيذ موجب العقد، بحيث لا يمكن انفكاكه في الأعم الأغلب، ويستوي أن يكون الضرر ماديا اقتصاديا يحل بالتوازن بين الالتزامات الناشئة عن العقد، أو أن يكون معنويا يمس الاعتبار الإنساني، أو شرعيا يمنع الشارع نفسه من تنفيذ العقد لطرء هذا الحادث أو المانع الشرعي.

القواعد الفقهية العامة المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة :

استنبط الفقهاء المسلمون العديد من القواعد الفقهية وعملوا على تطبيقها لمعالجة الظروف الطارئة والأضرار الناجمة عنها ومن هذه القواعد نذكر ما يلي:-

1- درء المفاسد أولى من جلب المصالح: تتمثل هذه القاعدة في دفع المفسدة عند تعارضها مع المنفعة، بمعنى إذا تعارضت منفعة دائن في إلزام المدين بتنفيذ التزامه مع مفسدة الضرر الذي يصيب المدين إذا نفذ التزامه مع حدوث ظرف الطارئ، وجب دفع المفسدة، وبالتالي يدفع الضرر الناشئ عنها بالفسخ للعدر في عقد الإيجار مثلاً أو بالحط من الثمن بقدر التلف الذي سببته الجائحة في بيع الثمار، وهذه القاعدة تترجم قول النبي ﷺ: «دعوني ما تركتكم، إنما هلك من كان قبلكم بسؤالهم واختلافهم على أنبيائهم، فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه، وإذا [ص:95] أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم» متفق عليه، فالنبي ﷺ قيّد الطاعة بالاستطاعة، وبالمقابل جعل النهي مطلقاً، وفي هذا ما يدل على حرج المفساد ووجوب التصدي لها وتقديمها على جلب المنافع أو المصالح، لأن الواجبات تتأثر بالرخص من باب رفع الحرج، أما المفساد فلا تتطرق إليها الرخص، وعليه إذا تعارضت مفسدة ومصلحة قدم درء المفسدة، الناتجة عن ظرف الطارئ الذي لم يكن بالحسبان.

2- الضرر يزال: هي قاعدة متفرعة عن قول النبي ﷺ "لا ضرر ولا ضرار"، والمعنى أن الضرر غير المستحق تجب إزالته إذا وقع أياً كان منشؤه، لأنه ظلم، ولا ريب أنه إذا كانت إزالته واجبة شرعاً إذا وقع فإن دفعه قبل وقوعه واجب من باب أولى، إذ من المقررات الشرعية أن الضرر يدفع بقدر الإمكان، لأن في ذلك حكمة بالغة، فالوقاية خير من قنطار علاج، وعليه فدفع الضرر عن المتضرر بالظرف الطارئ واجب شرعاً.

3- الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أم خاصة: إذا كانت مواقع الضرورة مستثناة من قواعد الشرع، دفعا لها فالحاجة كذلك تيسيرا على الناس، ورفعاً للعسر والضيق غير المألوف عنهم، والمدين بالالتزام المرهق نتيجة لعذر طارئ واقع في الحاجة التي تقرب من الضرورة، فيجب رفع الضيق عنه ولو استثناء من قواعد الشرع.

4- المشقة تجلب التيسير : وفي ضوئها يسعنا أن نيسر على المدين إذا ما لحقت به مشقة، أو أحاط به ظرف طارئ بحيث أصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً.

5- قاعدة الضرورات تبيح المحظورات: بالاستناد إلى هذه القاعدة نستطيع الخروج عن قاعدة احترام "القوة الملزمة للعقد" ويتبدئ هذا الخروج في إقالة المدين الذي غدا التزامه مرهقاً من عشرته، وذلك بتخفيف التزامه، وهذه الإقالة ترتقي إلى مستوى الضرورة، ولذلك ساغ لنا أن نهدر في سبيلها مبدأ احترام القوة الملزمة للعقد.

6- قاعدة الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف: وفي ضوء هذه القاعدة يسعنا أيضاً أن نخفض التزام المدين المرهق وهو الضرر الأشد بتحمل الدائن جانباً منه كأن يتحمل جانباً من ارتفاع الأسعار المؤدي لإرهاق المدين وهو بالنسبة للدائن في هذه الحالة يمثل الضرر الأخف.

تأثير الظروف الطارئة على التزامات العقدية :

إذا طرأ بعد إبرام عقد المفاوضة أو التوريد أو نحوهما من العقود ذات التنفيذ المتراخي ما يوجب تغييراً كبيراً في الأسعار بأسباب طارئة عامة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم، فإنه يحق للقاضي وحده في هذه الحال عند التنازع، وبناء على طلب المفاوض أو المورد تعديل الحقوق والالتزامات العقدية بصورة توزع القدر الزائد والخسارة اللاحقة على الطرفين

المتعاقدين، كما يجوز للقاضي أن يفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ، يجبر له جانباً معقولاً من الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد.

هذا ما صدر به قرار مجلس المجمع الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، وهذا نص القرار:

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده سيدنا ونبينا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً.
أما بعد:

فقد عرض على مجلس المجمع الفقهي الإسلامي مشكلة ما قد يطرأ بعد إبرام عقود التعهد ونحوها من العقود ذات التنفيذ المتراخي في مختلف الموضوعات من تبدل مفاجئ في الظروف والأحوال ذات التأثير الكبير في ميزان التعادل الذي بني عليه الطرفان المتعاقدان حساباتهما فيما يعطيه العقد كلياً منهما من حقوق، وما يحمله إياه من التزامات، مما يسمى اليوم في العرف التعامل بالظروف الطارئة.

وقد عرضت مع المشكلة أمثلة لها من واقع أحوال التعامل وأشكاله توجب التفكير في حل فقهي مناسب عادل يقضي على المشكلة في تلك الأمثلة ونظائرها الكثيرة. فمن صور هذه المشكلة الأمثلة التالية:

(أ)- لو أن عقد مقاوله على إنشاء بناية كبيرة يحتاج إنشاؤها إلى مدة طويلة تم بين طرفين، وحدد فيه سعر المتر المكعب من البناء وكسوته بمبلغ مائة دينار مثلاً، وكانت كلفة المواد الأولية من حديد وأسمنت وأخشاب وسواها وأجور عمال تبلغ عند العقد للمتر الواحد ثمانين ديناراً، ف وقعت حرب غير متوقعة، أو حادث آخر خلال التنفيذ قطعت الاتصالات والاستيراد، وارتفعت بها الأسعار ارتفاعاً كبيراً يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً جداً.

(ب)- لو أن متعهداً في عقد توريد أرزاق عينية يومياً من لحم وجبن ولبن وبيض وخضروات وفواكه ونحوها إلى مستشفى، أو إلى جامعة فيها أقسام داخلية، أو إلى دار ضيافة حكومية، بأسعار اتفق عليها في كل صنف مدى عام. فحدثت جائحة في البلاد أو طوفان أو فيضان أو زلزال أو جاء جراد جرد المحاصيل الزراعية، فارتفعت الأسعار إلى أضعاف كثيرة عما كانت عليه عند عقد التوريد، إلى غير ذلك من الأمثلة المتصورة في هذا المجال.

فما الحكم الشرعي الذي يوجهه فقه الشريعة في مثل هذه الأحوال التي أصبحت كثيرة الوقوع في العصر الحاضر الذي يتميز بالعقود الضخمة بقيمة الملايين، كالتعهد مع الحكومات في شق الطرق الكبيرة، وفتح الأنفاق في الجبال، وإنشاء الجسور العظيمة، والمجمعات لدوائر الحكومة، أو للسكنى، والمستشفيات العظيمة، أو الجامعات. وكذا المقاولات التي تعقد مع مؤسسات أو شركات كبرى لبناء مصانع ضخمة، ونحو ذلك مما لم يكن له وجود في الماضي البعيد؟

فهل يبقى المتعاقد الملتزم على حدود عقده وأسعاره قبل تبدل الظروف وطروء التغييرات الكبيرة المشار إليها مهما تكبد في ذلك من خسائر ماحقة، أو ساحقة، تمسكاً بمقتضى العقد وحدوده في الأسعار والكميات، أو له مخرج وعلاج من فقه الشريعة الحكيمة السمحة العادلة يعيد كفتي الميزان إلى التعادل، ويحقق الإنصاف بقدر الإمكان بين الطرفين؟

وقد نظر مجلس المجمع في النظائر الفقهية ذات الصلة بهذا الموضوع من فقه المذاهب، واستعرض قواعد الشريعة ذات العلاقة مما يستأنس به، ويمكن أن يوصي بالحكم القياسي والاجتهاد الواجب فقهاً في هذا الشأن كما رجع إلى آراء فقهاء المذاهب فوجد ما يلي:

(1)- إن الإجارة يجوز للمستأجر فسخها بالطوارئ العامة التي يتعذر فيها استيفاء المنفعة، كالحرب والطوفان ونحو ذلك، بل الحنفية يسوغون فسخ الإجارة أيضاً بالأعداء الخاصة بالمستأجر، مما يدل على أن جواز فسخها بالطوارئ العامة

مقبول لديهم أيضاً بطريق الأولوية، فيمكن القول أنه محل اتفاق، وذكر ابن رشد في بداية المجتهد تحت عنوان: (أحكام الطوارئ) أنه: "عند مالك أن أرض المطر (أي البعلية التي تشرب من ماء السماء فقط) إذا كريت فمنع القحط من زراعتها، أو إذا زرعها المكتري، فلم يثبت الزرع لمكان القحط (أي بسببه) أن الكراء يفسخ، وكذلك إذا استعدرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة فلم يتمكن المكتري من زرعها" انتهى كلام ابن رشد.

(2)- وذكر ابن قدامة المقدسي في كتاب الإجارة من المغني (المطبوع مع الشرح الكبير (6/ ص 30) أنه: "إذا حدث خوف عام يمنع من سكني ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة، أو تحصر البلد فامتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع، أو نحو ذلك، فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ؛ لأنه أمر غالب يمنع المستأجر من استيفاء المنفعة. فأما إذا كان الخوف خاصاً بالمستأجر، مثل أن يخاف وحده لقرب أعدائه لم يملك الفسخ؛ لأنه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية فأشبهه مرضه".

(3)- وقد نص الإمام النووي رحمه الله في روضة الطالبين (5/ 239) أنه لا تنفسخ الإجارة بالأعذار سواء أكانت إجارة عين أو ذمة، وذلك كما إذا استأجر دابة للسفر عليها فمرض أو حانوتاً لحرفة فندم، أو هلكت آلات تلك الحرفة، أو استأجر حماماً فتعذر الوقود، قال النووي: وكذا لو كان العذر للمؤجر بأن مرض، وعجز عن الخروج مع الدابة، أو أكرى داره، وكان أهله مسافرين فعادوا، واحتاج إلى الدار أو تأهل. قال: فلا فسخ في شيء من ذلك إذ لا خلل في المعقود عليه. اهـ

(4)- ما يذكره العلماء رحمهم الله في الجوائح التي تجتاح الثمار المبيعة على الأشجار بالأسباب العامة كالبرد والجراد، وشدة الحر والأمطار والرياح ونحو ذلك مما هو عام حيث يقررون سقوط ما يقابل الهالك بالجوائح من الثمن وهي قضية الجوائح المشهورة في السنة والفقهاء.

(5)- ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله في مختصر الفتاوى (ص: 376) أن من استأجر ما تكون منفعة إجارته لعامة الناس، مثل الحمام، والفندق والقيسارية، فنقصت المنفعة المعروفة لقلة الزبون، أو لخوف أو حرب أو تحول سلطان ونحوه، فإنه يحط عن المستأجر من الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة.

(6)- وقال ابن قدامة أيضاً في الصفحة (29) من الجزء السابق الذكر نفسه: "ولو استأجر دابة ليركبها، أو يحمل عليها إلى مكان معين، فانقطعت الطريق إليه لخوف حادث، أو اكترى إلى مكة فلم يجح الناس ذلك العام من تلك الطريق فلكل واحد منهما فسخ الإجارة، وإن أحب إبقاءها إلى حين إمكان استيفاء المنفعة جاز".

وقال الكاساني من فقهاء الحنفية في الإجارة من كتاب بدائع الصنائع (ج 4 ص: 197) "إن الفسخ في الحقيقة امتناع من التزام الضرر، وإن إنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقد والشرع؛ لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرره، فاستأجر رجلاً لقلعها، فسكن الوجع يجير على القلع، وهذا قبيح عقلاً وشرعاً".

هذا وقد ذكر فقهاء المذاهب في حكم الأعذار الطارئة في المزارعة والمساقاة والمغارسة شبيه ما ذكروا في الإجارة.

(7)- قضى رسول الله ﷺ وأصحابه من بعده، وقرر كثير من فقهاء المذاهب في الجوائح التي تجتاح الثمار ببرد أو صقيع أو جراد أو دودة، ونحو ذلك من الآفات، أنها تسقط من ثمن الثمار التي بيعت على أشجارها ما يعادل قيمة ما أتلفته الجائحة، وإن عمت الثمر كله تسقط الثمن كله.

(8)- قال رسول الله ﷺ فيما ثبت عنه (لا ضرر ولا ضرار) وقد اتخذ فقهاء المذاهب من قوله هذا قاعدة فقهية

اعتبروها من دعائم الفقه الكبرى الأساسية، وفرعوا عليها أحكاماً لا تحصى في دفع الضرر وإزالته في مختلف الأبواب.

ومما لا شك فيه أن العقد الذي يعقد وفقاً لنظامه الشرعي يكون ملزماً لعاقديه قضاءً؛ عملاً بقوله تعالى في كتابه العزيز: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]، ولكن قوة العقد الملزمة ليست أقوى من النص الشرعي الملزم للمخاطبين به كافة، وقد وجد المجمع في مقاييس التكاليف الشرعية، ومعايير حكمة التشريع أن المشقة لا ينفك عنها التكليف عادة بحسب طبيعته، كمشقة القيام في الصلاة، ومشقة الجوع والعطش في الصيام، لا تسقط التكليف، ولا توجب فيه التخفيف، ولكنها إذا تجاوزت الحدود الطبيعية للمشقة المعتادة في كل تكليف بحسبه أسقطته أو خففته، كمشقة المريض في قيامه في الصلاة، ومشقته في الصيام، ومشقة الأعمى والأعرج في الجهاد، فإن المشقة المرهقة عندئذ بالسبب الطارئ الاستثنائي توجب تدبيراً استثنائياً يدفع الحد المرهق منها، وقد نص على ذلك وأسهب في بيانه، وأتى عليه بكثير من الأمثلة في أحكام الشريعة الإمام أبو إسحاق الشاطبي رحمه الله في كتابه (الموافقات في أصول الشريعة).

فيتضح من ذلك أن الخسارة المعتادة في تقلبات التجارة لا تأثير لها في العقود؛ لأنها طبيعة التجارة وتقلبها التي لا تنفك عنها، ولكنها إذا تجاوزت المعتاد المؤلف كثيراً بمثل تلك الأسباب الطارئة الآنفه الذكر توجب عندئذ تدبيراً استثنائياً. ويقول ابن القيم رحمه الله في كتابه (إعلام الموقعين): "إن الله أرسل رسوله، وأنزل كتبه بالعدل الذي قامت به السماوات والأرض، وكل أمر أخرج من العدل إلى الجور، ومن المصلحة إلى عكسها فليس من شرع الله في شيء، وحيثما ظهرت دلائل العدل، وسفر وجهه فثم شرع الله وأمره" (إعلام الموقعين).

وقصر العاقدين إنما تكشف عنه وتحده ظروف العقد، وهذا القص لا يمكن تجاهله، والأخذ بحرفية العقد مهما كانت النتائج، فمن القواعد المقررة في فقه الشريعة أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

ولا يخفى أن طريق التدخل في مثل تلك الأحوال المعروضة آنفاً في العقود المتراخية التنفيذ لأجل إيجاد الحل العادل الذي يزيل الجور إنما هو من اختصاص القضاء، ففي ضوء هذه القواعد والنصوص المعروضة التي تنير طريق الحل الفقهي السديد في هذه القضية المستجدة الأهمية، يقرر الفقه الإسلامي ما يلي:

(1) في العقود المتراخية التنفيذ (كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات) إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبديلاً غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تغييراً كبيراً بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير، أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته، فإنه يحق للقاضي في هذه الحال عند التنازع، وبناء على الطلب تعديل الحقوق والالتزامات العقدية بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، كما يجوز له أن يفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه إذا رأى أن فسحه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ، يجبر له جانباً معقولاً من الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد بحيث يتحقق عدل بينهما دون إرهاب للملتزم ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعاً رأي أهل الخبرة الثقات.

(2) ويحق للقاضي أيضاً أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيراً بهذا الإمهال.

هذا وإن مجلس المجمع الفقهي يرى في هذا الحل المستمد من أصول الشريعة تحقيقاً للعدل الواجب بين طرفي العقد، ومنعاً للضرر المرهق لأحد العاقدين بسبب لا يد له فيه، وأن هذا الحال أشبه بالفقه الشرعي الحكيم، وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها. والله ولي التوفيق، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه. انتهى نص القرار السابع الصادر

من المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، والتابع لرابطة العالم الإسلامي بشأن الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية.

نظرية التعسف في استعمال الحق

أولاً : مفاهيم أساسية عن النظرية :

الفقه الإسلامي أظلت رايته بلاد المسلمين في أكبر بقعة عرفها التاريخ على وجه الأرض ثمانين سنة وثلاثمائة وألفاً - صان فيها حقوق الناس، وحفظ مصالحهم فعموا بعدالة التشريع وعدالة القضاء: ذلك العدل الذي من أجله أرسل الله الرسل، وأنزل الكتب: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيُقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾ [الحديد: 25].

جهد القضاء والمفتون من الفقهاء في استنباط الأحكام من مصادر الشريعة كلما نزلت بهم قضية أو حزم أمر، فكانوا يحدثون للناس أفضية بقدر ما أحدثوا، ويصونون فيهم المصلحة التي أرادها الله من هذا الدين؛ كما يقول تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ [الأنبياء: 107]، فقامت بذلك الحجة البالغة على كمال هذا الدين، وعلى أنه شريعة الناس كافة إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، وقامت بذلك الآية البينة على أن الفقه كائن حي ينمو ويؤتي أكله بإذن الله لتلبية حاجات الحياة ومطالبها على اختلاف ألوان المجتمعات في كل عصر ومصر.

وإن من القواعد العامة في الفقه الإسلامي: "الأصل هو استعمال الحقوق على الوجه المشروع"، وهو الذي أجازته الشرع وأذن به، ولكن قد ينحرف البعض من أصحاب الحقوق عن هذا الصلّة فيستعملون حقوقهم على وجه غير مشروع وبأسلوب غير مأذون به من الشارع، فيسيؤون إلى غيرهم ويلحقون المضارّ بجيرانهم؛ لذلك وضع الإسلام القواعد التي تبين حدود استعمال الحقوق وممارستها بما يضمن لكل ذي حق حقه؛ بحيث لا يُسيء أحد إلى غيره أو يسبّب له ضرراً، وقد جمعت هذه القواعد أخيراً تحت ما يُعرف باسم: نظرية التعسف في استعمال الحق.

ونظرية التعسف في استعمال الحق تسميتها بهذا الاسم منقولة عن رجال الحقوق الغربيين؛ ولكن هذه النظرية عرفها الإسلام منذ أرسل الله رسوله وأنزل عليه قرآنه واعتنقه الناس ديناً، وطبّقوه في قضاياهم، وسائر علاقاتهم شريعة محكمة، بين الحق كما بين مصادره وأنواع التعدي عليه مباشرة وتسبباً وعمداً وخطأً، وعن طريق التحايل والذريعة، فلم يترك قانونه قضية من غير حكم، ولكن الذين يقرؤون لرجال القانون من الغرب، ولا يقرؤون الفقه الإسلامي دأبوا على أن يُعجبوا بكل ما نقلوه عن الغرب على حين يتهمون الفقه بقصر نظرياته، وجمود أحكامه.

فهذه النظرية ليست جديدة على التشريع الإسلامي، بل هي قديمة في هذا التشريع قدم ذلك التشريع نفسه، وهي دليل على إعجاز هذا التشريع العظيم، فقد قام أساسها المحكم آيات القرآن الكريم وسنة الرسول الأمين، ثم أخذت النظرية تنمو وتتطور وتأخذ مكانها في التشريع الإسلامي على يد الأئمة المجتهدين وكبار الفقهاء من سلف هذه الأمة، فقد تعهدوا أئمة الإسلام في جميع مراحل التشريع الإسلامي بما عهد فيهم من نظر دقيق، وفهم عميق، ودراية بأصول الشريعة ومقاصدها، حتى استوت النظرية خلقاً سوياً كامل التكوين واضح المعالم، وكان لها من العموم والشمول ما ليس لغيرها من النظريات التي نشأت في ظل القوانين والتشريعات الوضعية.

ثانيا : مفهوم التعسف في استعمال الحق :

قال الشاطبي رحمه الله: "لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد كانت الأعمال معتبرة بذلك لأنه مقصود الشارع فيها كما تبين، فعذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقا، والمصلحة مخالفة فالفعل غير صحيح وغير مشروع، لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور هي معانيها وهي المصالح التي شرعت لأجلها، فالذي عمل من ذلك على غير هذا لوضع فليس على وضع المشروعات". اهـ.

بهذه المقالة يلخص الشاطبي رحمه الله نظرية التعسف في استعمال الحق ضمن إطار تأصيله لقاعدة مراعاة المآل، فهو رحمه الله يربط التعسف بمبدأ التعدي بطريق التسبب، وهذا معيار ذاتي يضاف إليه معايير موضوعية تتمثل في إحداث الضرر دون قصد من المكلف ولا نية، وذلك في إطار الموازنة بين المصلحة والضرر، والمقارنة بين الأضرار.

هذه الموازنة والمقارنة هي بغرض مراعاة المقاصد التي توخى الشارع تحقيقها، والتي يزيد بها وضوحا قول الشاطبي: "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالأقدام أو بالإحجام إلا بعد نظرة إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، فقد يكون مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب، أو لمفسدة تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسده تنشأ عنه، أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك. فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية فرمما أدى استحلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعا من إطلاق القول بالمشروعية، وكذلك إذ أطلق القول في الثاني بعدم المشروعية ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية وهو مجال للمجتهد صعب المورد، إلا انه عذب مذاق، محمود الغب، جار علي مقاصد الشريعة" اهـ.

ويزيد ما ذكرناه آنفا وضوحا أن الأفعال الإنسانية المأذون بها وما ينشأ عنها متعلقة بضرورة موافقة قصد المكلف لقصد الشارع وفق ضابط محدد يبينه الشاطبي بقوله: "وضابطه أنك تعرض مسألتك على الشريعة، فإن صحت في ميزانها فانظر في مآلها بالنسبة إلى حال الزمان وأهله، فإن لم يؤد ذكرها إلى مفسدة فاعرضها في ذهنك على العقول، فإن قبلتها فلك أن تكلم فيها إما على العموم إن كانت مما تقبلها العقول على العموم، وإما على الخصوص إن كانت غير لائقة بالعموم، وإن لم يكن لمسألتك هذا المساغ، فالسكوت عنها هو الجاري على وفق المصلحة الشرعية والعقلية". اهـ.

فإذا كان يترتب على فعل ما ضرر ما لجهة ما، وسوا كانت النية المستفاد من القرائن الحالية أنه قصد به الإضرار فهذا التعسف يجب أن يدرأ، أو كان الضرر دون نية إحداثه فهذا أيضا يستوجب الدرء، على اعتبار أن مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا فهو باطل، وذلك بناء على قاعدة: "كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة".

ثالثا : أدلة النظرية من الكتاب والسنة :

1 - أدلة النظرية من القرآن الكريم :

وردت آيات من الكتاب الكريم تنهى عن الضرر، وذلك في عديد من المناسبات، فمنها ما ورد في الوصية، ومنها ما ورد في الرجعة في النكاح، ومنها ما ورد في الرضاعة والولاية، ونذكر أمثلة لهذه الآيات فيما يلي:

1- قال الله - تعالى - في آخر آيات المواريث من سورة النساء - : ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾ [النساء: 12].

فقد دلَّ هذا النص الكريم على مشروعية الوصية، ودل - أيضاً - على أن قضاء الديون وتنفيذ الوصايا مُقدَّمان على حقوق الورثة من التركة، ودل النص - ثالثاً - على أن الوصية المشروعة هي ينبغي أن تكون على العدل، لا على الإضرار والخور والحيف بأن يحرم بعض الورثة من نصيبه أو ينقصه أو يزيده على ما قدر الله له من الفريضة، ومن المضارة في الوصية - أيضاً - أن يزيد الإنسان على المقدار الذي سَمَحَ له الشارع أن يوصي به وهو الثلث، كما دلَّ على ذلك الحديث: «الثلث والثلث كثير»، وقد تكون المضارة ناشئة عن مجرد الإيذاء ولو كان في حدود الثلث، كما لو قصد الموصي بالوصية مجرد إلحاق الضرر بالورثة وحرمانهم من جزء من التركة؛ ولذلك يَأْتَمُّ بقصده المضارة.

2- قال الله - تعالى - : ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبِغْنَ أَجْلَهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُومًا وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: 231].

فقد دلَّت هاتان الآيتان على أن من كان قصده من الرجعة المضارة فإنه آثم بذلك، وهذا هو ما كان يفعله أهل الجاهلية، كان الرجل يُطلق المرأة فإذا قاربت انقضاء العدة راجعها ضراراً لثلاث تذهب إلى غيره، ثم يُطلقها فتعتد، فإذا شارفت على انقضاء العدة طلقها لتطول عليها العدة، فنهاهم الله عن ذلك، وتوعدهم عليه؛ فقال - سبحانه - : ﴿وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ [البقرة: 231]؛ ولذلك فقد ذهب مالك إلى أن من راجع امرأته قبل انقضاء عدتها ثم طلقها دون أن يمسهَا، إن كان يقصد بذلك مضارتها بتطويل عدتها، لم تستأنف العدة، وبنّت على ما مضى منها؛ معاملة له بنقيض مقصوده.

بل إن بعض العلماء يقول: لو رجّع بقصد الإضرار بالزوجة وعلم الحاكم بذلك المقصد طلق عليه، وفي هذا يقول القرطبي: "الرجل مندوب إلى المراجعة، ولكن إذا قصد الإصلاح بإصلاح حاله معها وإزالة الوحشة بينهما، فأما إذا قصد الإضرار وتطويل العدة والقطع بها عن الخلاص من رقبة النكاح، فمُحَرَّمٌ؛ لقوله - تعالى - : ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ [البقرة: 231]، ثم من فعل ذلك، فالرجعة صحيحة وإن ارتكب النهي وظلم نفسه، ولو علمنا نحن ذلك المقصد طلقنا عليه".

3- قال الله - تعالى - : ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بَوْلِدِهِ﴾ [البقرة: 233].

وقد دلَّت هذه الآية الكريمة على أحقية الأم برضاعة ولدها؛ لأنها أرفق به من الأجنبية، كما فهم منها بعض العلماء أن الرضاع واجب على الأم مطلقاً، وقصره البعض على حال ما إذا لم يقبل الطفل إلا ثديها، وهو مشهور قول مالك.

ولأن الرضاعة حق للأم، وقد يكون واجباً عليها في نفس الوقت؛ قال الله - تعالى - : ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بَوْلِدِهَا﴾ [البقرة: 233]؛ أي لا تدفعه عنها لتضرَّ أباه بتربيته، ويقول الزمخشري، في معناها - أيضاً - أي لا تضار والدة زوجها بسبب ولدها، وهو أن تعنف به وتطلب منه ما ليس بعدل من الرزق والكسوة، وأن تشغل قلبه بالتفريط في شأن الولد، وأن تقول بعدما ألفتها الصبي: اطلب له مرضعةً، وما أشبه ذلك، وفي معنى قوله - تعالى - : ﴿وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بَوْلِدِهِ﴾ [البقرة: 233]؛ أي:

ولا يضار مولود له امرأته بسبب ولده بأن يَمْنَعها شيئاً مما وجب عليه من رزقها وكسوتها، ولا يأخذه منها، وهي تُريد إرضاعه.

ومن ذلك يتبين أن الرضاعة مشروع لصالح الطفل وصيانتها، حتى لا يتعرض للإصابة بالأمراض نتيجة حرمانه من غذائه الطبيعي الذي خلقه الله - تعالى - له وهو لبن أمه؛ ولذلك فلا يجوز للأب أو الأم إذا حدث بينهما شقاق أو خصام لأي سبب من الأسباب، أن يستغل أي منهما مسألة رَضاع الطفل الذي جاء منهما للضغط بها على الآخر، كأن يمنع الأب الأم من إرضاعه إذا كانت راغبة في ذلك، أو ترفض هي إرضاعه إذا لم يقبل الطفل أحداً غيرها، أو تطلب على الإرضاع أجراً ليس في طاقة الأب دفعه، فإن فعل أحدهما شيئاً من ذلك، كان مسيئاً في استعمال حقه مُتَعَسِّفاً فيه.

2 - أدلة النظرية من السنة النبوية :

وردت أحاديث كثيرة عن الرسول - صلى الله عليه وآله وسلم - تنهى عن الضرر وتُحذّر من الإساءة في استعمال الحقوق، بعضها جاء في صيغ تدل على العموم، وبعضها الآخر ورد في مناسبات خاصة وفي قضية مُعيّنة، ونذكر أمثلة لهذه الأحاديث فيما يأتي:

1- روى ابن عباس وعبادة بن الصامت وغيرهما أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: «لا ضرر ولا ضرار»، وهذا حديث يدل بعمومه على تحريم جميع أنواع الضرر والإضرار بالنفس أو بالغير.

والمشهور بين العلماء في تفسير الضرر والضرار، أن الضرر هو فعل الواحد؛ بحيث يلحق الأذى بآخر، والضرار هو فعل الاثنين على وجه المقابلة والمبادلة بينهما من المفاعلة.

وهذا الحديث الشريف يُمثّل نوعاً من أنواع الإعجاز اللغوي؛ إذ بكلمات محدودة يعدّ قاعدة كبرى تقوم عليها نظرية التعسّف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي؛ لأن مضمون هذه النظرية هو منع استعمال الحقوق على نحو يلحق الضرر بالآخرين بأي صورة من الصور.

2- ما أخرج أحمد بسنده إلى عبد الله بن مسعود عن النبي ﷺ: «لعن الله المحلل والمحلل له»

وجه الدلالة: أن الزواج عمل مشروع في الأصل، ولكن الزواج لأجل التحليل عمل غير مشروع، فلما قصد بالمشروع غير المشروع نهى عنه الشارع، وحكم بفساده؛ لأنه تعاون على الإثم، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانَ﴾ [المائدة: 2].

3- وما أخرج البخاري عن النعمان بن بشير أنه ﷺ قال: «مثل القائم في حدود الله والواقع فيها؛ كمثل قوم استهموا على سفينة، فصار بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها، وكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم، فقالوا: لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقاً، ولم نؤذ من فوقنا، فإن تركوهم وما أرادوا هلكوا جميعاً، وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعاً». ووجه الدلالة من الحديث: أن الذين في أسفل السفينة يستعملون نصيبهم وحقهم؛ لكن لما أرادوا أن يستعملوه على وجه غير مشروع؛ لأنه يضر الجماعة ضرراً عظيماً لا يتكافأ مع مصلحة شربهم، وترك إيذاء الفريق الأعلى، اعتبره الشارع منكراً يجب أن يمنعوا عنه.

3- دليل النظرية من المعقول :

أن الأفعال المأذون فيها لم تشرع لتكون وسيلة للإضرار بالغير وإنما شرعت لتحقيق مصالح المكلفين ومنافعهم، فإذا انحرفت عن غايتها ومصلحتها نتيجة فعل المكلف وممارسته؛ فإنها لا تبقى على أصل المشروعية والإذن لأنها مخالفة لمقصد الشارع منها، وهذا ما تقرره فقها في قاعدة: من ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل.

رابعاً : التكيف الفقهي للتعسف في استعمال الحق :

نظرية التعسف في استعمال الحق مبنية على قاعدة سد الذرائع التي تقول: إن المشروع إذا أدى إلى محذور كان محظوراً، أو المباح إذا أدى إلى حرام كان حراماً، وبناء عليه يكون التعسف في استعمال الحق قد تسبب في أمر محظور، فيعتبر متعدياً بطريق التسبب؛ لتقصيره عند استعمال حقه، بقصد الضرر أو بالسعي في حصول مفساد غالبية أو في تحقيق أغراض غير مشروعة أو لعدم الاحتراس، فيكون مسئولاً عن هذا التقصير وترتب عليه حكم مرتكب المحذور، وهو في كل شيء بحسبه كما يأتي، فلا فرق في حكم الشريعة بين من يأتي بما هو محذور من أول الأمر؛ كالضرب والغصب، ومن يأتي بمشروع أدى إلى محذور نتيجة التقصير، كل تتعلق به مسئولية المخالفة.

وبهذا يتبين أن التعسف في استعمال الحق في حكم الفقه هو من الفعل الضار أو الامتناع الضار أو العقد المحرم. ويترتب على التعسف أحكاماً بحسب التعسف وأثره، منها:

- 1 - إزالة الضرر عيناً كهدم البناء الذي بناه المالك ملاصقاً لجاره، فسد عليه النور والهواء، وسد النافذة التي فتحتها 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 - الإيجاب على الفعل كإيجاب التجار على البيع بسعر معين، وإيجاب العمال على العمل بأجر المثل.

خامساً : معايير نظرية التعسف في استعمال الحق :

تتبع المسائل الخاصة بالتعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، التي تعرض لها الفقهاء أثناء علاجهم لجزئيات الفقه المختلفة، أمكن وضع معايير خمسة يتوصل عن طريقها إلى الكشف عن وجود التعسف ومعرفته؛ بحيث يمكن أن تستوعب هذه المعايير جميع حالات وصور التعسف في استعمال الحق.

وهذه المعايير هي:

- 1- تمحُّص قصد الإضرار بالغير.
- 2- عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يصيب الغير.
- 3- استعمال الحق في غير ما شرع من أجله.
- 4- استعمال الحق على وجه غير معتاد أو مع عدم مراعاة الحيطة والحذر.

ونتكلم فيما يلي عن كل معيار من هذه المعايير، مع ذكر أمثلة لحالات وصور التعسف التي يمكن أن يشملها كل منها.

المعيار الأول - تمحُّص قصد الإضرار :

وقد نصَّ على هذا المعيار صراحة فقهاء الحنابلة؛ حيث قالوا عند شرح حديث: «لا ضرر ولا ضرار»: وإنما المراد إلحاق الضرر بغير حق، وهذا على نوعين؛ أحدهما: ألا يكون في ذلك غرض سوى الضرر بذلك الغير، فهذا لا ريب في قبضه وتحريمه.

وعلى ذلك، فالشخص يكون مُسيئاً في استعمال حقه: إذا لم يكن له من غرض عند استعماله لحقه سوى الإضرار بالغير، حتى لو ترتب على هذا الاستعمال بعض المنافع والمصالح غير المقصودة، فلا عبرة بما طالما لم تكن مقصودة ابتداءً. ومن هذا يتبين أنه يشترط لتحقيق هذا المعيار شرطان:

أحدهما: أن يكون قصد صاحب الحق عند استعماله لحقه هو إلحاق الضرر بالغير.

والثاني: ألا يكون له قصد آخر من وراء هذا الاستعمال؛ بحيث إذا صاحب قصد الإضرار قصد تحصيل منفعة ما ولو كانت تافهة، فإن الفعل حينئذ لا يكون محكوماً بهذا المعيار، وإن كان التصرف في ذاته يُعتبر إساءة في استعمال الحق، وإنما يحكمه معيار آخر، وهو عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يُصيب الغير.

ومن المتفق عليه بين الفقهاء جميعاً أن قصد الإضرار بالغير محرّم؛ حيث نهي عنه الشارع في أكثر من مناسبة، فقد ورد في القرآن النهي عن المضارة في الوصية والرجعة والرضاع وغيرها، وقد ذكرنا النصوص الدالة على ذلك منذ قليل عند تعرُّضنا لبيان أدلة نظرية التعسف من الكتاب، كذلك فقد وردت أحاديث عن الرسول - صلى الله عليه وآله وسلم - تنهى عن الضرر.

وبشأن هذا الحديث الجامع: «لا ضرر ولا ضرار» الذي أوجب نفي الضرر في جميع الأفعال والتصرفات، يقول الإمام الشاطبي: "لا إشكال في منع قصد الإضرار من حيث هو إضرار؛ لثبوت الدليل على ألا ضرار في الإسلام". ويقول أبو يوسف في الخراج: "لا يحل لمسلم أن يتعمد الإضرار لجاره، ولا القصد لتغريق أرضه، ولا لتحريق زرعه بشيء يحدثه في أرض نفسه".

ولما كان قصد الإضرار من الأمور الخفية التي يصعب تبينها أو إثباتها، فيمكن الاستدلال عليه بالقرائن، ومن ذلك خلو الفعل من المصلحة؛ حيث يُعتبر قرينة على تمحُّص قصد الإضرار بالغير؛ إذ الأصل أن أفعال العقلاء لا تخلو عن مصلحة، فإذا جاء الفعل خالياً عن ذلك، كان هذا قرينة في القضاء على قصد الإضرار بالغير.

ومن تطبيقات هذا المعيار عند الفقهاء :

(أ) رجل أراد أن يحرق حصائد أرضه، فأوقد النار في حصائده، فذهبت النار إلى أرض جاره، فأحرق زرعها، لا يضمن، إلا أن يعلم أنه لو أحرق حصائده تتعدى النار إلى زرع جاره؛ لأنه إذا علم، كان قاصداً إحراق زرع الغير، وكذلك

رجل له قطن في أرضه، وأرض جاره لاصقة بأرضه، فأوقد النار من طرف أرضه إلى جانب القطن، فأحرقت ذلك القطن، كان ضمان القطن على الذي أوقد النار؛ لأنه إذا علم أن ناره تتعدى إلى القطن كان قاصداً إحراق القطن.

(ب) قال ابن عتاب: الذي أقول به وأنقله من مذهب مالك أن جميع الضرر يجب قطعه، إلا ما كان من رفع بناء من هبوب الريح وضوء الشمس، وما كان في معناهما، إلا أن يثبت أن مُحدث ذلك أراد الضرر بجاره".

(ج) وجاء في تبصرة الحكام أيضاً: "لو ادعى الصعاليك على أهل الفضل دعاوى باطلة، وليس لهم من قصد إلا التشهير بهم وإيقافهم أمام القضاء إيلاً وامتهاناً، لا تُسمع الدعوى، ويؤدّب المدعي".

ومن هذه الأمثلة يتبين لنا: أن صاحب الحق يُعتبر مسيئاً في استعمال حقه، إذا كان قصده من الاستعمال هو الإضرار بالغير، وفي هذه الحال يجب منعه من استعمال حقه مع إلزامه بتعويض الغير عما أصابه من ضرر نتيجة هذا الاستعمال، ويجوز للحاكم أن يؤدّبه أيضاً إذا كان الحق المستعمل هو دعوى، وكان قصده من استعمالها التشهير بذوي الفضل والصلاح، وإلحاق المعرة بهم؛ وذلك ردعاً له وزجراً لأمثاله من الصعاليك والأراذل.

المعيار الثاني : عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يصيب الغير :

وفي هذا المعيار يكون لصاحب الحق مصلحة عند استعماله لحقه، وفي نفس الوقت يترتب على هذا الاستعمال ضرر بالغير، يفوق في ضخامته المصلحة التي يجنيها صاحب الحق، ونظراً لهذا التفاوت بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يُصيب الغير، اقتضى منطوق العدل ومبدأ عدم جواز إلحاق الضرر بالغير الذي هو قاعدة من قواعد الإسلام، اقتضى ذلك منع صاحب الحق من استعماله لحقه، إذا لم يكن هناك تناسب بين مصلحته والضرر الذي يحلُّ بالغير.

بعض التطبيقات لهذا المعيار :

(أ) قضاء الرسول - صلى الله عليه وآله وسلم - على سمرّة بن جندب بقلع نخله كما ذكرنا القصة من قبل؛ دفعاً لضرره عن الأنصاري حينما أصرّ سمرّة على الدخول إلى نخله إضراراً بالأنصاري، ورفض البيع والمناقلة والهبة؛ وذلك لأن سمرّة - وإن كان صاحب حق ومصلحة في دخوله إلى نخله - إلا أن الضرر الذي يُصيب الأنصاري وأهله بسبب هذا الدخول يفوق بكثير المصلحة التي يجنيها سمرّة من ذلك، ومن هنا قضى الرسول - عليه السلام - بقلع نخل سمرّة وإن كان في ذلك ضرر به؛ وذلك دفعاً للضرر الأشد بالضرر الأخف.

وفي هذا يقول ابن القيم مُعلقاً على قضاء الرسول - صلى الله عليه وآله وسلم - : "وإن كان عليه - أي صاحب الشجرة - في ذلك - أي في القضاء عليه بالقلع - ضرر يسير، فضرر صاحب الأرض ببقائها - أي الشجرة في بستانه - أعظم؛ فإن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما، فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة، وإن أباه من أباه".

(ب) ما نصّ عليه الفقهاء من جواز التسعير عند مغالاة التجار وأصحاب السلع في أثمان بضائعهم وسلعهم، وتجاوزهم الحدود المألوفة في الربح، فهذا التسعير وإن كان فيه ضرر بالتجار وأصحاب السلع، إلا أن الضرر الذي يحدثه أقل بكثير، ومن المقرر شرعاً: أن الضرر الخاص يُتحمل من أجل دفع الضرر العام.

ومما يرتبط بجواز التسعير ما نصّ عليه الفقهاء أيضاً من منع الاحتكار وبيع السلع على المحتكرين حسب السعر القائم جبراً عليهم؛ وذلك دفعاً للضرر العام بالضرر الخاص.

وفي ذلك يقول ابن القيم: "وقال أصحاب أبي حنيفة: لا ينبغي للسلطان أن يسعّر على الناس إلا إذا تعلق به حق ضرر العامة، فإذا رفع القاضي أمر المحتكر ببيع ما فضل من قوته وقوت أهله، على اعتبار السعر في ذلك، ونهاه عن الاحتكار، فإن أبي حنيفة وعزّره على مقتضى رأيه زجرًا له ودفعًا للضرر عن الناس، فإن تعدى أرباب الطعام وتجاوزوا القيمة تعديًا فاحشًا، وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير، سعّره حينئذ بمشورة أهل الرأي والبصيرة".

(ج) ومن تطبيقات هذا المعيار أيضًا ما نصّ عليه ابن نجيم في الأشباه والنظائر؛ حيث يقول: "طلب صاحب الأكثر القسمة وشريكه يتضرر، فإن صاحب الكثير يُجاب على أحد الأقوال؛ لأن ضرره في عدم القسمة أعظم من ضرر شريكه بها؛ حيث يُعتبر صاحب الأقل مُتعمدًا في استعمال حقه عند امتناعه عن إجابة صاحب الأكثر نتيجة عدم القسمة أكثر من ضرر شريكه الآخر صاحب الأقل بسببها، ينبغي إجابة صاحب الأكثر في طلبه القسمة دفعًا للضرر الأشد بالضرر الأخف".

المعيار الثالث : استعمال الحق في غير ما شرع من أجله :

الحقوق في الإسلام شرعت لتحقيق مصالح جليلة وغايات سامية، ولم تُشرع لمجرد التلهي، أو العبث، أو لاستغلالها فيما لا يُفيد، وعلى ذلك فإذا استعمل الإنسان حقه في غير الغرض الذي شرع له، والغاية التي منح من أجلها، كان مناقضًا لقصد الشارع، ومسيئًا في استعمال حقه.

وهذا المبدأ لا يُنازع في صحته أحد من الفقهاء، وإنما هو محل اتفاق بينهم جميعًا، وإذا كان هناك خلاف في بعض مسأله، فإنما هو خلاف في التطبيق، وليس خلافًا في نفس المبدأ.

بعض التطبيقات لهذا المعيار :

(أ) جاء في المدونة: "أرأيت إن زوج الصغيرة أبوها بأقل من مهرٍ مثلها، أيجوز ذلك عليها في قول مالك؟ قال: سمعتُ مالكا يقول: يجوز عليها نكاح الأب، فأرى إن زوجها الأب بأقل من مهرٍ مثلها أو بأكثر، فإن ذلك جائز إذا كان إنما زوجها على وجه النظر لها، قال: ولقد سألتُ مالكا امرأة ولها ابنة في حجرها وقد طلق الأم زوجها عن ابنة له منها، فأراد أبوها أن يُزوجها من ابن أخ له معدما لا شيء له، أفترى لي أن أتكلّم؟ قال: نعم، أرى لك في ذلك مُتكلّمًا، قال ابن القاسم: فأرى أن إنكاح الأب إياها جائز، إلا أن يأتي من ذلك ضرر، فيُمنع من ذلك".

وواضح من هذا النص: أن حق الولاية على النفس مُقيّد بمصلحة الصغير؛ حيث يرى الإمام مالك أن حق الأب في تزويج ابنته الصغيرة التي هي في ولايته يجب أن يُمارَس على وجه النظر والمصلحة لها، فإذا رأى أن مصلحتها تتحقّق في تزويجها من شخص معيّن جاز له أن يُزوجها منه ولو بأقل من مهرٍ مثلها، طالما كان في ذلك مصلحة لها، أما إذا انعدم وجه المصلحة في تصرف الأب بأن زوجها من شخص غير أمين عليها أو يُسيء عشرتها ومعاملتها، فإن الأب حينئذ يكون مسيئًا في استعمال حق الولاية الذي منحه الشارع إياه، ويكون لمن تعنيه مصلحة الصغيرة وبهيمه أمرها أن يُخاصم الأب في ذلك، ويمنعه من إتمام هذا الزواج.

ويتفق الأحناف مع الإمام مالك فيما ذهب إليه من أن حق ولاية الأب في تزويج الصغيرة مُقيّد بمصلحتها، فلا يجوز للأب أو الجد أن يُزوجا الصغيرة بأقل من مهرٍ مثلها؛ لأن ذلك ليس من مصلحتها.

(ب) شرع الله - تعالى - البيع وسيلة للحصول على المال الطيب الحلال وحرّم الربا؛ لأنه وسيلة للمال الخبيث الحرام، فقال - تعالى - : ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: 275]، ومن ذلك يتبين أن البيع مشروع لمصالح جليلة وغايات نبيلة، وأن الربا حرّمه الله - تعالى - نظراً لما يؤدّي إليه من المكاسب الخبيثة، وما يترتب عليه من المضارّ التي تعصف بالفرد والجماعة، وما يورثه من العداوة والبغضاء بين أفراد الأمة، ومن هنا ذهب الإمام مالك والإمام أحمد إلى تحريم بيع (العينة)؛ لأنه وإن كان في ظاهره بيع إلا أنه وسيلة إلى الربا، وتحايل عليه، والأشياء لا تُشرع لذاتها، وإنما تُشرع نظراً لما ترتب عليها من مصلحة، فإذا كان ما يترتب عليها ليس على وجه المشروعات كانت الوسائل المؤدية إليه غير مشروعة أيضاً، وإن كان ظاهرها يبدو موافقاً لمقاصد الشارع، وهذا ما قرره الإمام الشاطبي في أكثر من مناسبة؛ حيث يقول: "لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد كانت الأعمال معتبرة بذلك؛ لأن مقصود الشارع فيها كما تبين، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقاً والمصلحة مخالفة، فالفعل غير صحيح وغير مشروع؛ لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور أخرى هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها، فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع، فليس على وضع المشروعات".

المعيار الرابع : استعمال الحق على وجه غير معتاد ، أو مع عدم مراعاة الحيطة والحذر :

يتحقّق التعسّف في استعمال الحق وفقاً لهذا المعيار: إذا استعمل الإنسان حقه بأسلوب غير معتاد، وغير متعارف عليه بين الناس أو دون مراعاة لما يقتضيه واجب الاستعمال العادي من مراعاة للحيطة والحذر، فإذا ترتّب على استعمال الإنسان لحقه بهذه الصورة ضرر بالغير كان متعمداً وعليه ضمان هذا الضرر باتّفاق الفقهاء.

وقد نصّ على هذا المعيار ابن رجب حيث يقول: "فأما التصرف في ملكه بما يتعدى ضرره إلى غيره: فإن كان على غير الوجه المعتاد مثل أن يؤجج في أرضه ناراً في يوم عاصف فيحترق ما يليه، فإنه متعمدٌ بذلك وعليه الضمان"؛ وذلك لأن هبوب الريح في مثل هذا اليوم العاصف يقتضي من الإنسان العادي الامتناع عن تأجيج النار في أرضه؛ لأن من شأن الريح أن تنقل النار إلى ما جاورها من أشياء قابلة للاحتراق، فمن أوقد النار في أرضه في مثل هذا اليوم، فترتب على ذلك مضار لحيّات بجاره ضمن؛ وذلك باتّفاق الفقهاء، نظراً لاستعماله لحقه استعمالاً غير مشروع؛ حيث استعمله على وجه غير معتاد، ولم يراع الحيطة والحذر عند استعماله.

بعض التطبيقات لهذا المعيار :

(أ) رجل أحرق شوكة أو تبناً في أرضه، فذهبت الريح بالشرارات إلى أرض جاره وأحرقت زرعه، إن كان يُبعد من أرض الجار على وجه لا يصل إليه شرر النار في العادة، فلا ضمان عليه؛ لأنه حصل بفعل النار، وأنه جبار، ولو كان بقرب من أرضه على وجه يصل شرر النار غالباً، فإنه يضمن؛ لأن له الإيقاد في ملك نفسه، لكن بشرط السلامة.

(ب) وجاء في مجمع الضمانات: "إذا سقى أرض نفسه فتعدى إلى أرض جاره فأفسدها، إن كان السقي غير معتاد ضمن، وإن كان معتاداً لا يضمن".

وواضح من المثالين السابقين أن الإنسان مُقيد عند استعماله لحقه باستعماله على الوجه المعتاد المتعارف عليه بين الناس، فإذا ما استعمله على خلاف ذلك كان مسيئاً في استعمال حقه، فإذا ترتب على هذا الاستعمال ضرر بالغير كان ضامناً له، أما إذا استعمله على الوجه المعتاد فترتب على ذلك ضرر بالغير، فلا ضمان عليه؛ حيث لم يكن متعمداً أو مسيئاً في استعمال حقه. (ج) وكتأجيج نار في يوم عاصف - أي شديد الريح - فأحرقت شيئاً، فيضمن المال في ماله والدية على عاقلته، إلا أن يكون في مكان بعيد لا يظن فيه الوصول إلى المحروق عادة فلا ضمان.

(د) جاء في المهذب للشيرازي: "إذا أجاج على سطحه ناراً فطارت شرارة إلى دار الجار فأحرقتها أو سقى أرضه فترل الماء إلى أرض جاره فغرقها، فإن كان الذي فعله ما جرت به العادة لم يضمن؛ لأنه غير مُتعدٍ، وإن فعل ما لم تجر به العادة بأن أجاج من النار ما لا يقف على حد داره أو سقى أرضه من الماء ما لا تحتمله ضمن؛ لأنه مُتعدٍ".

(هـ) جاء في كشف القناع عن متن الإقناع: "وإن أجاج ناراً في موات أو في ملكه أو سقى أرضه فتعدى ما ذكر من النار والماء إلى ملك غيره فأتلفه لم يضمن الفاعل؛ لأن ذلك ليس من فعله ولا تعديه ولا تفريطه، إذا كان التأجيج أو السقي مما جرت به العادة بلا إفراط ولا تفريط، فإن فرط بأن ترك النار مؤججة والماء مفتوحاً ونام، فحصل التلف بذلك وهو نائم، ضمن لتفريطه، كذلك إن أجاج ناراً تسري في العادة لكثرتها، أو أجاجها في ريح شديدة تحملها إلى ملك غيره، ضمن لتعديه". وواضح من هذه النصوص أن صاحب الحق يضمن إذا استعمل حقه على وجه لم تجر العادة عليه، أو لم يُراع عند الاستعمال الحيلة والحذر مما ترتب على ذلك لُحوق الضرر بالغير؛ حيث يعتبر مُتعمداً نتيجة إساءته في استعمال حقه، أما إذا استعمله على وجه مُعتاد فترتب على ذلك ضرر بالغير، فلا ضمان عليه لعدم تعديه.

المعيار الخامس: ترتب الضرر الفاحش:

يُعتبر الإنسان مسيئاً في استعمال حقه إذا استعمله بطريقة يترتب عليها ضرر فاحش بالغير، مهما كانت قيمة المصلحة أو الفائدة التي يحصل عليها صاحب الحق نتيجة لهذا الاستعمال، وحينئذ يمنع صاحب الحق من استعماله لحقه بهذه الصورة؛ لأنه من المقرر شرعاً أن درء المفسد مقدم على جلب المصالح، أما الاستعمال الذي يترتب عليه ضرر عادي ومألوف، فليس من التعسف، ولا يُعتبر صاحبه مسيئاً فيه، وبناءً عليه فلا يُمنع صاحب الحق منه، وإلا لأدّى ذلك إلى تعطيل الانتفاع بالحقوق؛ حيث لا يخلو استعمالها من بعض المضار التي يمكن تحملها عادة، مثل: رائحة الدخان التي تأتي من بيت الجار نتيجة طبخه أو خبزه على العادة، وكصوت المذياع الذي يمكن تحمله عادة، ونحو ذلك.

وقد حدّد بعض الفقهاء الضرر الفاحش بأنه: ما يكون سبب الهدم، وما يوهن البناء، أو يخرج عن الانتفاع بالكلية وما يمنع الحوائج الأصلية؛ كسد الضوء بالكلية.

والواقع أن تحديد الضرر الفاحش من الأمور التي تختلف باختلاف الأشخاص والأماكن والأزمان، فما يُعتبر ضرراً فاحشاً بالنسبة لشخص مُعَيّن أو في بعض الأمكنة والأزمنة، قد لا يُعتبر كذلك بالنسبة لشخص آخر، أو في أمكنة وأزمنة أخرى؛ فالأصوات التي تنتج عن الآلات والمصانع تعتبر ضرراً فاحشاً بالنسبة لأشخاص تقتضي طبيعة عملهم الهدوء وعدم الضوضاء، ولا تعتبر كذلك بالنسبة لأشخاص آخرين لا تقتضي طبيعة عملهم مثل ذلك، كذلك فإن مثل هذه الأصوات تعتبر

ضرراً فاحشاً بالنسبة لمنطقة مخصصة للسكن أو في الأوقات المتأخرة من الليل، ولا تعتبر كذلك بالنسبة لمنطقة صناعية أو في وقت النهار.

وعلى ذلك ينبغي أن يُترك تحديد مفهوم الضرر الفاحش إلى العرف السائد في جميع الأمكنة والأزمنة، فما يُعتبره هذا العرف ضرراً فاحشاً ينبغي أن يؤخذ به، وبالتالي يمنع أصحاب الحقوق من استعمال حقوقهم إذا استعملوها على وجه يترتب عليه مثل هذا النوع من الضرر، وأما الضرر الذي لا يُعتبره العرف فاحشاً فلا يُمنع أصحاب الحقوق منه؛ لأنهم غير مُسيئين في استعمال حقوقهم، بناءً على هذا المعيار، ومع ذلك فيمكن اعتبارهم مُسيئين بناءً على بعض المعايير السابقة التي تحدّثنا عنها من قبل.

بعض التطبيقات لهذا المعيار :

(أ) جاء في تبين الحقائق للزيلي: "للإنسان أن يتصرّف في ملكه ما شاء من التصرفات، ما لم يضر بغيره ضرراً ظاهراً، ولو أراد بناء تنور في داره للخبز الدائم، كما يكون في الدكاكين، أو رحاً للطحن، أو مدقات للقصارين لم يجرؤ؛ لأن ذلك يضر بالجيران ضرراً ظاهراً، لا يمكن التحرّز عنه، والقياس أنه يجوز؛ لأنه تصرّف في ملكه، وترك ذلك استِحساناً لأجل المصلحة".

وواضح مما قرره الزيلي: أن صاحب الحق يتقيد عند استعماله لحقه بعدم الإضرار بالغير ضرراً فاحشاً، فإن استعمل حقه على وجه ترتّب عليه لحوق ضرر بالغير، وكان هذا الضرر فاحشاً، منع من هذا الاستعمال لتعسّفه فيه، مع إلزامه بتعويض من أصابه الضرر نتيجة لذلك.

(ب) جاء في المدونة: "أرأيت إن كانت لي عرصة إلى جانب دُور قوم، فأردت أن أُحدّث في تلك العرصة حماماً أو فرناً أو موضعاً لرحاً فأبي عليّ الجيران ذلك، أيكون لهم أن يمنعوني في قول مالك؟ قال: إن كان ما يحدث ضرراً على الجيران من الدخان وما أشبهه، فلهم أن يمنعوك من ذلك؛ لأن مالكاً قال: يمنع من ضرر جاره، فإذا كان هذا ضرراً منع من ذلك، قلت: وكذلك إن كان حداداً فاتخذ فيها كيراً أو اتخذ فيها أفراناً يسيل فيها الذهب والفضة، أو اتخذ فيها أرحية تضر بجدران الجيران، أو حفر فيها آباراً، أو اتخذ فيها كنيفاً قرب جدران جيرانه منعه من ذلك؟ قال: نعم، كذلك قال مالك في غير واحد من هذا في الدخان وغيره، قلت لابن القاسم: أرأيت إن كانت دار الرجل إلى جنب دار قوم ففتح في غرفة كوى أو أبواباً يُشرف منها على دور جيرانه، أيمنعه مالك من ذلك أم لا؟ قال: قال مالك: يُمنع من ذلك".

(ج) جاء في تبصرة الحكام لابن فرحون: "يُمنع الرجل من إحداث إسطبل للدواب عند باب جاره، بسبب بولها وزبلها وحركتها ليلاً ونهاراً، ومنعها الناس من النوم، وكذلك الطاحون وكبير الحداد وشبهه، وليس للرجل منع جاره من حفر بئر في داره إذا كانت الأرض صلبة لا تضرُّ بئره، وإن كانت رخوة وخشي أن ينشف ماء بئره منع".

وواضح من هذين النصين: أن أصحاب الحقوق يلتزمون عند استعمال حقوقهم بعدم الإضرار بالغير، فإن استعمل أحدهم حقه على وجه ترتّب عليه إضرار بالغير، سواء كان هذا الإضرار مادياً، أو أدبياً كالإشراف على مقرّ النساء، منع من ذلك، مع إلزامه بتعويض الشخص المضرور عما أصابه من ضرر نتيجة لهذا الاستعمال المتعسّف فيه، وسواء كان هذا الضرر مباشراً أم بطريق التسبب.

(د) جاء في المغني لابن قدامة: "...وليس للجار التصرف في ملكه تصرفاً يضرُّ بجاره، نحو أن يبني فيه حماماً بين الدور، أو يفتح خبازاً بين العطارين، أو يجعله دكان قصارة يهزُّ الحيطان ويخرها، أو يحفر بئراً إلى جنب بئر جاره يَحْتَدِبُ ماءها".

(هـ) جاء في مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: "وحرَمَ على المالك أن يُحْدِثَ بملكه ما يضرُّ بجاره؛ لِحَبْرِ: ((لا ضرر ولا ضرار))، احتج به أحمد، كحمام يتأذى جاره بدخانها، أو ينضر حائطه بمائه، ومثله مطبخ سكر، وكنيف ملاصق لحائط جاره يتأذى بريجه، أو يصل إلى بئره، ورحاً يهتزُّ بها حيطانها، وتثور يتعدى دخانها إليه، وعمل دكان قصارة أو حدادة يتأذى بكثرة دقه، ويهز الحيطان؛ للْحَبْرِ، ويحرم غرس شجر نحو تين كجميز تسري عروقه فتشق مصنع جاره، وحفر بئر ينقطع بها ماء بئر جاره، وسقي وإشعال نار يتعديان إلى جاره، ونحو ذلك من كل ما يؤذيه.

ويضمن من أحدث بملكه ما يضرُّ بجاره ما تلف بسبب ذلك لتعديهِ، ولجاره منعه من ذلك، بخلاف طبخه وخبزه في ملكه، فلا يُمنَعُ منه؛ لدعاء الحاجة إليه، وليُسِرَ ضرره لا سيما بالقرى".

(و) وجاء في مطالب أولي النهى أيضاً: "ويلزم الأعلى من الجارين بناء سترة تمنع مُشَارَفَةَ الأسفل؛ لأن الإشراف على الجار إضرار به؛ لأنه يكشفه ويطلع على حرمة، فمَنَعُ منه، وكذا لو كانت السترة قديمة فأنهضت، فإنه يجب إعادتها، فإن استويا في العلو اشتركا في بنائها؛ إذ ليس أحدهما أولى من الآخر بالسترة فلزمتهما، ويجوز ممتنع منهما على البناء مع الحاجة؛ لأنه حق عليه، لتضرُّر جاره بمجاورته له من غير سترة، فأجبر عليه كسائر الحقوق، وإن كان سطح أحدهما أعلى من الآخر، فليس له الصعود على سطحه على وجه يُشْرِفُ على بيت جاره، إلا مع السترة كما تقدّم".

وواضح من هذه النصوص أن المالك يتقيّد عند تصرفه في ملكه بعدم إلحاق ضرر فاحش بجاره، فإن أتى تصرفاً ترتّب عليه مثل هذا النوع من الضرر مُنَعُ من ذلك، سواء كان الضرر مادياً أو أدبياً، مع تضمينه قيمة ما تلف بسبب هذا التصرف؛ لتعديهِ، وإلزامه بإقامة سترة تحول دون اطلاعه على عورات جاره، كفاً لمضارّه عنه.

سادساً : مجال النظرية :

إن الفقه الإسلامي لا يفرق - فيما يتعلق بمجال تطبيق نظرية التعسف - بين جميع الحقوق، فالأدلة التي تمنع المضارة والانحراف في الاستعمال وردت عامة في كل شأن من شؤون الحياة، حتى الأكل والشرب والجلوس في الطرقات، ويكون كذلك في استعمال الحقوق العامة التي اصطُحِحَ على تسميتها الرخص العامة، فكما يرد التعسف في استعمال الحق بمعناه الخاص، وهو ما كان صاحبه مختصاً به، يرد كذلك على الحريات والرخص العامة كحرية التعاقد وحرية التقاضي وحرية التجارة والاجتماع والمنافسة والتنقل وما إلى ذلك من الحريات العامة.

فالإباحة أو الحريات العامة هي إذن من الشارع، مع العلم أن مصدر الحق والرخصة إنما هو حكم الشارع، فكلاهما يمنحان صاحبهما مكنة الانتفاع لتحقيق غرض معين وينطبق التعسف عليها لأنه ينطوي على استعمال الفعل المأذون فيه شرعاً في غير ما شرع لها.

فالتعسف متصور في الإباحة كما هو متصور في الحق.

وقد أورد الفقهاء في باب تحريم التعسف أمثلة من الحق والإباحة دون وضع التفرقة بينهما ومن ذلك أن الإمام الشاطبي في تفصيله لمراتب الضرر المترتبة على الفعل المأذون فيه شرعاً، يجمع في الحكم بين استعمال حق الملكية على وجه سلبى بامتناع

المالك عن بيع ما يحتاج إليه المسجد من أرضه وبين تلقي السلع للمصلحة العامة وهذا من حرية التجارة وذلك تصرف في حق الملكية.

ونستنتج من كل ما سبق أن نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي تسري على الحقوق وكذا الرخص والحريات العامة دون استثناء وذلك نتيجة لخصائص الشريعة الإسلامية والتي تتميز بالعمومية والشمولية.

نظرة المؤيدات الشرعية

معنى المؤيدات الشرعية :

المؤيدات الشرعية: هي الأحكام أو التدابير التي شرعت لا لتنظيم علاقات الناس، وإنما لحمل الناس على طاعة أحكام الشريعة الأصلية.

فالأحكام الأصلية : هي التي تنظم علاقات الناس بوضع الواجبات وبيان المحظورات. فهي غاية التشريع لإقامة مجتمع أخلاقي متضامن قوي سعيد. وضمانا لاحترام تلك الأحكام الأصلية شرعت المؤيدات: وهي الأحكام الموضوعية لحماية الأحكام الأصلية.

أنواع المؤيدات الشرعية :

المؤيدات الشرعية إما ترغيبية أو ترهيبية.

فالترغيبية : هي التي وضعت لترغيب الناس بتطبيق أحكام الشريعة كالمكافآت التشجيعية لمن يقدم للجماعة عوناً في أمر حربي يحقق النصر.

والترهيبية : هي التي وضعت لمنع الناس من مخالفة أوامر ونواهي الشريعة. وهذه نوعان: إما مؤيدات مدنية أو مؤيدات تأديبية. والمؤيد المدني أقوى تأثيراً من المؤيد التأديبي، وأشد منعا للمخالفة بسلب التصرف نتائجه، واعتباره ملغى. أما المؤيد التأديبي فبالرغم من تأثيره الزاجر القامع للجريمة قد يتجرأ الناس على نظامه، فيقتفون الجريمة ويرضون بالعقوبة.

المؤيدات المدنية :

يتمثل دور المؤيدات المدنية في إلغاء التصرف المخالف لنظام الشريعة، إما إلغاء كلياً وهو البطلان، وإما إلغاء فرعياً وهو الفساد، وإما وضعه في طريق الإلغاء: وهو التوقف حماية لمصلحة الغير، أو التخيير لسلب اللزوم عن العقد حماية لمبدأ التعادل أو التوازن، أو لتوفير الرضا السليم.

وقد سبق بحث هذه المؤيدات الأربعة (البطلان، الفساد، التوقف، التخيير) في نظرية العقد.

ونكتفي هنا ببيان أهم الفروق وأوجه التشابه بين البطلان والفساد:

أهم الفروق بين البطلان والفساد :

تظهر الفوارق بين الباطل والفساد فيما يأتي:

1 - السبب : إن سبب البطلان هو وجود مخالفة لنظام الشريعة في ناحية جوهرية كالخلل الذي يصيب أحد مقومات العقد الأساسية (العاقد، والمعقود عليه، والصيغة) أو أحد شرائط الانعقاد، كصدور العقد من عدم الأهلية بسبب الصغر أو الجنون وعدم قابلية المحل المعقود عليه للتصرف كبيع الأموال العامة والأوقاف، والزواج بالمحارم، وعدم الإشهاد في عقد الزواج، وعدم تسليم المعقود عليه في العقود العينية كالهبة ونحوها.

أما سبب الفساد، فهو مخالفة العقد لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة.

وقد تبين أن أسباب الفساد ستة يمكن إيجازها في أربعة: وهي:

✓ الجهالة الفاحشة، كبيع شاة من قطع، وغرر الوصف كبيع بقرة على أنها حامل أو تحلب كذا رطلا.

✓ والإكراه على رأي جمهور الحنفية (عدا زفر) الذين يعتبرونه مفسدا للعقد. وأما زفر فيعتبره موقفا للعقد، ورأيه أوجه وأصح.

✓ والشرط المفسد في المعاوضات المالية كالبيع والإيجار والشركة: وهو الشرط التقييدي الممنوع شرعا كالتوقيت في البيع، وعدم التقابض في عقد الصرف.

✓ والضرر الذي يلحق البائع بتسليم محل العقد كبيع جذع من سقف وذراع من ثوب يضره التبعض.

2 - الحكم أو الأثر: لا يترتب على الباطل أي أثر أصلا، فهو كالمعدوم سواء، فلا تنتقل الملكية في العوضين في

عقد البيع مثلا، ولا يترتب على الزواج الباطل حل الاستمتاع والنفقة والتوارث.

لكن استثناء من ذلك: يعتبر المبيع المقبوض في البيع الباطل مضمونا بالمثل أو بالقيمة إذا تلف أي كان سبب التلف، وليس مجرد أمانة لا تضمن حال التلف إلا بالتعدي أو بالتقصير في الحفظ.

وكذلك يترتب على الزواج الباطل بعض الآثار الضرورية إذا أعقبه دخول: وهي ثبوت نسب الولد، وإيجاب العدة على المرأة، واستحقاق المرأة المهر. فيختلف بذلك عن الزنى.

أما الفاسد: فيترتب عليه بعض آثار العقد الصحيح إذا تم التنفيذ أي القبض أو التسليم، فتنقل الملكية في العوضين في البيع الفاسد بالقبض. ويتملك المستأجر المنفعة في الإجارة الفاسدة وتلزمه الأجرة باستيفاء المنفعة فعلا. لكن البيع الفاسد لا يلزم المشتري بدفع الثمن المسمى المتفق عليه، وإنما ثمن المثل أي قيمة المبيع في السوق يوم القبض. وفي الإجارة الفاسدة يلزم المستأجر بدفع أجر المثل، لا الأجر المسمى في العقد.

ويلاحظ أن هذا الأثر يرتبه الفقه على تنفيذ العقد، لا على العقد نفسه.

3 - استحقاق الفسخ: الباطل لا يحتاج إلى فسخ؛ لأنه معدوم لم يوجد، والفسخ يرد على عقد قائم كالعقد

المشتمل على أحد الخيارات.

وأما الفاسد: فيستحق الفسخ رعاية لأحكام الشرع إما بإرادة أحد العاقدين، أو بإرادة القاضي؛ لأن إزالة الفساد واجب شرعا، وبالفسخ يرتفع الفساد.

ويبقى حق الفسخ قائما ولو بعد التنفيذ حتى يزول سببه إلا إذا وجد أحد موانع الفسخ وهي:

أ- هلاك المعقود عليه أو استهلاكه أو تغيير شكله واسمه كطحن القمح وخبز الدقيق.

ب - الزيادة المتصلة غير المتولدة من الأصل كخلط الدقيق بالسمن أو العسل والبناء على الأرض وصيغ الثوب. أما

أنواع الزيادات الأخرى وهي الزيادة المتصلة المتولدة كالسمن والحمل، والزيادة المنفصلة المتولدة كالولد والثمرة أو غير المتولدة كالكسب والغلة فلا تمنع الفسخ والرد.

ج - التصرف بالشئ المقبوض بعقد فاسد من قبل القابض كالباع والهبة والرهن والوقف.

وحق الفسخ بسبب الفساد يورث، فلو مات أحد العاقدين جاز لورثته أو للعاقدين الآخر فسخ العقد بعد الموت.

4 - عموم الأثر وخصومه: البطلان يمكن أن يصيب كل أنواع التصرفات القولية والفعلية، العقدية وغير

العقدية، كالبيع والإيجار والهبة، والإقرار والدعوى، وإحراز المباح وقبض الثمن والموهوب.

وأما الفساد فلا يجري إلا في العقود المالية المنشئة التزامات متقابلة أو ناقلة للملكية، فلا يجري الفساد في العبادات

والتصرفات الفعلية، والعقود غير المالية كالزواج والوصاية والتحكيم، والعقود المالية التي لا تنشئ التزامات متقابلة ولا تنقل

الملكية كالإيداع والإعارة، وتصرفات الإرادة المنفردة كالطلاق والوقف والإبراء. فهذه التصرفات لا تكون إلا صحيحة أو باطلة.

وأما أوجه الشبه بين الباطل والفساد فأهمها ما يأتي :

أ- الباطل لا يقبل الإجازة لأنه معدوم. وكذلك الفساد لا يرتفع فسادة بالإجازة؛ لأن العاقد لا يملك مخالفة نظام الشريعة، وليس له إقرار المخالفة، وإنما ينبغي إزالة الفساد احتراماً لحكم الشرع، إلا إذا زال سبب فسادة كتعيين المجهول.

ب - الباطل لا يسري عليه التقادم (مرور الزمان) ويمكن التمسك ببطان العقد مهما طالت المدة؛ لأن الباطل معدوم. وكذلك الفساد لا يسري عليه التقادم، وإنما يظل مستحق الفسخ شرعاً مهما طال الأمد، إلا إذا وجد مانع من موانع الفسخ.

المؤيدات التأديبية (أو العقوبات) :

إن مخالفة أحكام الشريعة وارتكاب المنكرات تستوجب عقاباً أخروياً ودينياً. والعقوبات الدنيوية نوعان:

1 - عقوبات مقدرة : وهي التي قدر لها الشرع نوعاً ومقداراً معيناً وهي القصاص، والحدود الخمسة (وهي حد الزنا، وحد القذف، وحد السرقة، وحد الحرابة، وحد شرب الخمر والمسكرات).

2 - عقوبات غير مقدرة وهي التعزيرات : وهي التي لم يحدد لها الشرع نوعاً ولا مقداراً معيناً، وإنما فوضها إلى تقدير الحكام لتطبيق ما يروونه محققاً للمصلحة بحسب ظروف الجاني والجناية، وهذه التعزيرات: مشروعة على كل معصية أو منكر أو إيذاء لا حد فيه، سواء بالقول أو بالفعل أو بالإشارة، وسواء أكانت الجريمة انتهاكاً للحرمة الدينية والاجتماعية كالأكل في نهار رمضان بغير عذر، وترك الصلاة، وطرح النجاسة في طريق الناس، والاستهزاء بالدين، والإخلال بالآداب العامة، أو كانت اعتداءً على حق شخصي كأنواع السب والشتيم والضرب والإيذاء بأي وجه، والغش والتزوير والاحتتيال ونحوها.

والتعزير يكون إما بالضرب أو بالحبس أو الجلد أو النفي أو التوبيخ أو التغميم المالي، ونحو ذلك مما يراه الحاكم رادعاً للشخص بحسب اختلاف حالات الناس، حتى القتل سياسة كما قرر فقهاء الحنفية والمالكية.

والتعزير مفوض للدولة في كل زمان ومكان، فإنها تضع للقضاة أنظمة يطبقونها بحسب المصلحة. وأغلب العقوبات الوضعية الحديثة تدخل في نطاق التعزير. ولا مانع شرعاً من تقنين العقوبات التعزيرية بجانب الحدود والقصاص على النحو المعروف الآن. ويعد التعزير قاعدة مرنة صالحة للتطبيق في كل عصر بما يحقق المصلحة أو المقصود من العقوبة. وما وضع حدين للعقوبة قانوناً أدنى وأقصى، أو الحكم مع وقف التنفيذ إلا لون من ألوان المرونة أو العفو عن العقوبة المقررين في التعزيرات.

والحكمة من تشريع الحدود أو العقوبات عامة : هو زجر الناس وردعهم عن اقتراف الجرائم الموجبة لها،

وصيانة المجتمع عن الفساد، وتخليص الإنسان من آثار الخطيئة، وإصلاح الجاني.

فمن حكمة الله سبحانه وتعالى ورحمته أن شرع العقوبات في الجنايات الواقعة بين الناس بعضهم على بعض في النفوس والأبدان والأعراض والأموال كالقتل والجرح والقذف والسرقة، فأحكم سبحانه وتعالى وجوه الزجر الرادعة عن الجنايات غاية الأحكام، وشرعها على أكمل الوجوه المتضمنة لمصلحة الردع والزجر، ورتب على كل جنائية ما يناسبها من العقوبة. وجعل هذه العقوبات دائمة على ستة أصول: قتل، وقطع، وجلد، ونفي، وتغريم مال، وتعزير.

وليس في هذه العقوبات قسوة أو تنكيل وتعذيب للمجرم كما يزعم بعض الناس؛ لأن هذه الجرائم الموجبة لها خطيرة تهز كيان المجتمع، ولأنها أنسب عقوبة لزجر المجرم وأمثاله، وأقمع للجريمة ومطاردة المجرمين، وأدعى لتحقيق أمن المجتمع واستقراره.

والتخلص من ضرر مجرم يتباكى عليه الزاعمون حب الإنسانية والإنسان أوجب من تهديد أمن المجتمع بكامله، عن طريق ترويع المجرمين أمن البيوت والنساء والأطفال، وما يعقبه من العديد من الجرائم والمنكرات.

ولقد أثبت التاريخ أن المجتمع الإسلامي عندما طبق الحدود الشرعية، عاش آمنة مطمئنا على أمواله وأعراضه ونظامه، حتى إن المجرم نفسه كان يسعى لإقامة الحد عليه، رغبة في تطهير نفسه، والتكفير عن ذنبه.

هذا مع العلم بأن تطبيق القصاص والحدود يتطلب تشددا كبيرا في شروط إثبات الجريمة، مما لا نكاد نجد له مثيلا عند القانونيين، بل إن الحدود ومنها القصاص تسقط بالشبهات عملا بالحديث النبوي: «ادرؤوا الحدود بالشبهات» وقد توسع الفقهاء في بيان ما هو شبهة مسقط للحد توسعا كبيرا، حتى إن مجرد ادعاء الشبهة كادعاء الزوجية في حال الوطاء من المتهم يسقط الحد، وكذا هرب المحدث أثناء إقامة الحد يسقط الحد.

إن القسوة على المجرم رحمة عامة للمجتمع في مجموعه، حتى يتخلص من الجريمة وخطرها الويل، والتضحية بعدد محدود من المجرمين أهون كثيرا من ترك الجريمة تفتك بالآلاف الأبرياء. والشريعة الإسلامية هي شريعة الرحمة الحقبة بالناس، والله سبحانه أدرى بما يعالج به خطر بعض المجرمين وهو أرحم بهم.

الشريعة أساس الحكم على الجريمة والعقاب: وقد سبق الفقهاء المسلمون إلى معرفة قاعدة: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) لتقريرهم القاعدتين التاليتين:

1 - (لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص).

2 - (الأصل في الأفعال والأقوال والأشياء الإباحة).

ومصدر هاتين القاعدتين قول الله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ [الإسراء: 15] وقوله سبحانه: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمَّهَا رَسُولًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾ [القصص: 59] وقوله جل شأنه: ﴿رُسُلًا مَّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ﴾ [النساء: 165].

فهذه النصوص قاطعة بأن لا جريمة إلا بعد بيان، ولا عقوبة إلا بعد إنذار. ومن هنا كانت فترة الجاهلية لا عقاب فيها على الجرائم التي حدثت أثناءها، سواء أكانت الجريمة إراقة دم حرام أم غيرها.

وقد تضافر القرآن الكريم والسنة النبوية وكتب الفقهاء على بيان المعاصي والمنكرات وتفصيل العقوبات المقررة في الدنيا على الأشخاص. ولا يقبل شرعا من أي مسلم أو مسلمة الاعتذار بالجهل بأحكام الشريعة، وعليه أن يتعلم القدر الضروري منها لقوله عليه السلام: «طلب العلم فريضة على كل مسلم» ويعد التقصير في التعليم والتعلم جريمة مستوجبة التعزير.

والعمل بأحكام الشريعة في النطاقين الجزائي والمدني وغيرهما واجب على الدولة والأفراد، ويعد التخلي عن الشريعة إثما كبيرا وجرما عظيما. وليس تطبيق أحكام الشريعة أمرا صعبا أو غير متفق مع ظروف العصر الحديث، وإنما الإعراض عن ذلك نوع من الوهم وفقدان الثقة بالذات وافتتان بأنظمة العصر ويعد جائرا عن الشرع.

ولا شك بأن أحكام الشريعة تتطلب إقامة مجتمع إسلامي متكامل في العقيدة والعبادة والسلوك الأخلاقي، وينبغي أن تتجه أنظمة الدولة الإدارية والتعليمية والإعلامية إلى العمل بروح الإسلام وأنظمته وآدابه، حتى يسهل تقبل الحكم الشرعي الإلهي عن عقيدة واقتناع وحب واحترام.