

المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم
جامعة أم القرى - مكة المكرمة
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
قسم الدراسات العليا
تخصص فقه



جامعة أم القرى
UMM AL-QURA UNIVERSITY

مدخل لدراسة

النظريات الفقهية

إشراف :
أ.د. عادل موسى

إعداد :
طالبات ماجستير فقه لعام 1444هـ



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



من الجدير بالاهتمام في الصياغات المعاصرة للفقه الإسلامي انتظامه في نظريات مقننة تراعى فيها اجتماع الفروع التي تشترك في أبواب النظرية؛ وذلك تسهيلاً لمعرفة تلك الأحكام للعامة والخاصة، وهذا الأمر يتناسب مع مقتضيات العصر من تجديد للتراث الإسلامي، وإعادة صياغة الدراسات الشرعية؛ لما تضيفه دراسة النظريات الفقهية وغيرها من وسائل التجديد من جدة في إعادة صياغة الفقه الإسلامي، وإلباسه حلة جديدة، وثوباً عصرياً يواكب التحولات والتغيرات والتحديات الراهنة، وبذلك نكون قد جمعنا بين الأصالة والمعاصرة، ولم نفرط في القديم، ولم ننكر الجديد.



ولما كان علم النظريات الفقهية بهذا الاسم علمًا مستحدثًا، وكان مفهومه المحدد محل أخذ ورد، أو مختلطًا بالمفاهيم الغربية للنظريات، كان من المتعين المبادرة إلى وضع مدخل لدراسة النظريات الفقهية؛ ليحدد لنا المفهوم العام لنظرية الفقهية؛ لإزالة الخلط واللبس الموجود في هذا المصطلح، ويرسم لنا حدود النظرية الفقهية، وضوابطها، ويوضح لنا أهم معالمها وأسسها، وأركانها، لتيسير على طلاب العلم لدراسة هذه النظريات، والإقبال عليها بجدٍ وشغف.

مشكلة الدراسة:

تتمثل مشكلة الدراسة في أن مراحل إعداد النظريات الفقهية من الصعوبة بمكان، كما أنه لا توجد دراسة منهجية علمية تبين لنا تبين المقصود بالنظريات الفقهية، ومدى صلتها بالمفهوم العلمي للنظرية، والأسس المعتمدة لبناء النظرية الفقهية، وكيفية ابتكار نظرية فقهية.

:ويمكن صياغة هذه المشكلة في عدة تساؤلات



- ما هو المقصود بالنظريات الفقهية في عرف الصياغة الفقهية الحديثة؟
- ما علاقة علم النظريات الفقهية مع العلوم الأخرى؟
- ما مدى أهمية النظريات الفقهية لدارسي الفقه الإسلامي وغيرهم؟
- ما هي كيفية صياغة النظريات الفقهية؟
- ماهي مناهج البحث عن النظريات الفقهية؟
- ما كيفية ابتكار نظرية فقهية؟
- ما أهم النظريات الفقهية المعاصرة؟

سنناول في هذه المحاضرة بعض مفردات الدراسة وهي:

بيان معنى النظرية في المجال العلمي، والمجال العملي، والمجال الفقهي
والمجال القانوني

التنظير الفقهي: النشأة والتطور.

النظريات الفقهية والعلوم المشابهة (العلاقة بين النظرية الفقهية والقواعد.
(الكلية- النظائر الفقهية - التقنيين الفقهي - النظريات القانونية



أهداف الدرس:

إبراز المعنى المختار للنظرية الفقهية،

بيان موقف الباحثين المعاصرين من النظريات الفقهية، واتجاهاتهم فيها

التعرف على العلاقة بين النظريات الفقهية والعلوم المشابهة

أولاً: تعريف النظرية في اللغة والاصطلاح

النظرية في اللغة: مأخوذة من النظر، ولها عدة معانٍ ترجع إلى ثلاثة معانٍ أساسية.

المعنى الأول: التوقف والانتظار، وذلك إذا كان التعدي بـ (النفس)، مثل قوله تعالى: (انظرونا نقتبس من نوركم).

المعنى الثاني: التأمل والتفكير، إذا كان التعدي بـ (في)، مثل قوله تعالى: (قل انظروا ماذا في السموات والأرض).

المعنى الثالث: المشاهدة والإبصار إذا كان التعدي بـ (إلى)، مثل قوله تعالى: (أفلا ينظرون إلى الإبل كيف خلقت).

المعنى الاصطلاحي للنظرية:

اختلف تعريف النظرية في الاصطلاح نظراً لاختلاف العلوم، فأهل الفلسفة لهم تعريف خاص بهم، وأهل المنطق لهم تعريف خاص بهم، والنظرية في البحث العلمي لها تعريف يختلف عن تعريف الفنون السابقة فلكل أهل فن تعريف مختلف عن بقية الفنون.

لكن ما يهمنا هنا في هذا المقرر تعريف النظرية في مجال البحث العلمي وهي المرادة هنا.

فالتظرية في الاصطلاح لها عدة تعاريف نذكر منها:

- أنها إطار فكري يفسر مجموعة من الحقائق العلمية، ويضعها في نسق علمي مترابط.

- مجموعة من المفاهيم والفرضيات تحاول تحديد وتوضيح والتنبؤ بظاهرة معينة.

أما مفهوم النظرية في العصر الحديث فالمراد بها:

دراسة شاملة لموضوع معين، يتسم بالعمومية، ينظم علما أو عدة علوم تهدف إلى ربط النتائج بالمبادئ.



ثانياً: تعريف النظرية العلمية والنظرية العملية:

تعريف النظرية العلمية: هي الإطار التصوري الذي يستعمله الباحث في تفسير ظواهر وملاحظات الموضوع الذي ينوي دراسته.

أما النظرية العملية: هي مجموعة من المبادئ أو المفاهيم المترابطة التي توجه وترشد مختلف أنواع الممارسات والأعمال في أي مجال.

من خلال التعريف يمكننا التفريق بين
النظرية العلمية والنظرية العملية من عدة
وجهة:



النظرية العملية

تقوم على تطبيق العلم وتجريبه

ترشد وتوجه

عملية تطبيقية

النظرية العلمية

تقوم على العلم والمعرفة

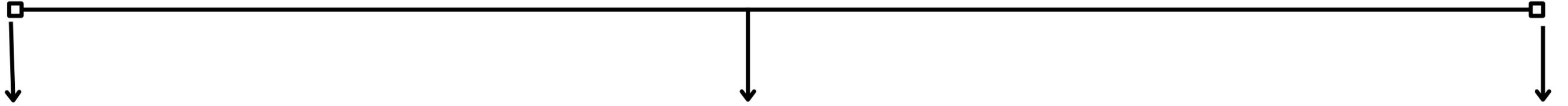
مجرد تصور

عملية نظرية

ثانياً: تعريف النظرية الفقهية:



سلك العلماء في تعريفهم للنظريات الفقهية ثلاث اتجاهات:



الاتجاه الثالث: عرفوها على أنها دراسة فقهية للمواضيع الحقوقية أو القانونية، الهدف منها بيان الموقف الفقهي من هذه الأنظمة والقوانين. ومن سلك هذا الاتجاه الدكتور وهبة الزحيلي فقد عرفها بأنها: المفهوم العام الذي يؤلف نظاما حقيقيا موضوعيا تنطوي تحته جزئيات موزعة على أبواب الفقه المختلفة كنظرية الحق، ونظرية الضمان، وغيرها.

الاتجاه الثاني: عرفوا النظريات الفقهية على أنها أحكام كلية تشمل جزئيات فقهية، وفروعا عديدة، ومن خلال دراستنا للنظرية الفقهية وبيان الفرق بينها وبين القواعد الفقهية يتضح أن هذا الاتجاه مناسب لتعريف القواعد الفقهية وليس النظرية الفقهية.

الاتجاه الأول: يرون أن النظريات الفقهية هي جمع للمسائل المتشابهة أو التي بينها اشتراك في جانب معين، بحيث نستخرج من هذه المسائل أحكاما عامة. ومن سلك هذا الاتجاه الدكتور محمد بكر إسماعيل فقد عرف النظريات الفقهية بأنها: موضوعات فقهية لها أركان وشروط وتجمع بينها روابط فقهية تجمعها وحدة موضوعية تحكم عناصرها جميعا.

التعريف المختار للنظرية الفقهية:

هو تعريف الدكتور محمد الألفي؛ حيث عرف النظرية الفقهية بأنها: دراسة شاملة في إطار كلي لموضوع فقهي متين، تتسم بالتجريد والعمومية، قوامها أركان وشرائط وأحكام جزئية، مستمدة من قواعد الفقه وفروعه ومقاصده المبتوثة في كتب المذاهب، تجمتها وحدة موضوعية متجانسة

شرح التعريف:

- دراسة شاملة: أي تدرس موضوعاً فقهيًا عامًا يندرج تحته فروع فقهية من أبواب شتى.

- في إطار كلي: وذلك تجنبًا للمصطلحات التي أثارَت العديد من التساؤلات مثل الدساتير والقضايا والتصوّر والمفهوم والقواعد والأنظمة، فالنظرية الفقهية نوع من التأليف المتكامل الذي يحيط بالموضوع من جميع أقطاره ولا يتعرّض بالاستطراد لما هو خارج عن الموضوع.

- لموضوع فقهي متين: فينبغي أن ينحصر محل النظرية في موضوع محدد تناولته المدونات الفقهية صراحةً أو ضمناً، أو عرضت له بإشارة عابرة، أو كان من الممكن التوصل إليه بأدوات الاجتهاد الفقهي من تخريج وقياس واستنباط

شرح التعريف:

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

- قوامها أركان وشرائط وأحكام جزئية: حيث تبدأ دراسة موضوع النظرية بتحديد ماهيتها، وتقرير مشروعيتها، وبيان ثمرتها، ثم يتطرق إلى استعراض أركانها وشروطها، واستقراء القواعد والضوابط والمقاصد والأحكام الفرعية التي تحكمه، وصولاً إلى نتيجة البحث، وهذا قيد مهم أخرج القواعد الفقهية، لأنها لا تشتمل على أركان وشرائط.

شرح التعريف:

- مستمدة من قواعد الفقه وفروعه ومقاصد المبتوتة في كتب المذاهب: ولا يقوم بإتقان ذلك إلا عالم آتاه الله فقه النفس، فأحاط بمظان الأحكام وسير أغوار اللسان العربي ودلالات الألفاظ، وتكوّنت لديه ملكة تهديه إلى حكم التشريع وعلل الأحكام ومقاصد التكليف واختلاف الفقهاء.

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

خصائص النظرية الفقهية:

* أن مرجعية النظريات الفقهية هو الفقه الإسلامي، من خلال الفروع التي قررها العلماء بناء على الأدلة الشرعية.

* الربط بين الفروع والمسائل الفقهية الموجودة في أبواب فقهية مختلفة تحت مبدأ شرعي عام.

* تقوم النظرية الفقهية على منهج علمي منظم، فيكون لكل نظرية تعريفها الخاص، وأركان وشروط تتعلق بهذه النظرية.

* التجريد والعموم، فهي ليست مختصة بأفراد معينين أو حالات بذاتها. أنها تجمع وحدة موضوعية متجانسة، فلا تضم أكثر من موضوع.



نشأة النظريات الفقهية

◆ فائدة دراسة نشأة النظريات الفقهية ◆

التجديد في العلم الشرعي كلما كان له أصلٌ يعود إليه، كان أقوى وأثبت وأسلم من الاعتراضات.

إفادة المتأخرين من طريقة المتقدمين في الصياغة والأسس والأدوات.

إبراز مزية وسبق علماء المسلمين حيث متى كان المفهوم متقدمًا كان أدعى إلى العناية به وتقديمه على غيره من المفاهيم الأخرى الحاكمة بغير الشريعة

تمثل مصنفات دور النشأة مراجعًا مميزة لدارس النظريات الفقهية حيث تفيده تلك المصنفات في اختيار أو بناء نظريته في موضوعها حيث تستوعب مادةً يمكن صياغة النظريات الحديثة منها.

لم يكن منهج التنظير متبع لدى الفقهاء في العصور السابقة لأن مسائل الفقه والأحكام كانت متناثرة في أبواب الفقه بالتالي لم تكن هناك حاجة لهذا المنهج ولم يكن هناك فائدة كبيرة في وقتهم، كما أنهم ساروا على ما سار عليه الفقه في عصور التأسيس.

على الرغم من أن الفقهاء لم يكن منهج التنظير متبع لديهم، لكن إذا نظرنا من حيث المحتوى نجد أنه كانت طريقة كثير منهم في التصنيف من تبويب وعنونة الموضوعات مشعرة بأنهم قصدوا معاني النظرية، فلم يغفل الفقهاء عن المعاني الكلية التي تنطوي عليها (النظريات)، وما تُقدّمه من فوائد للمشتغلين في المجال الفقهي.

وقد ظهرت محاولات لرد الشريعة إلى قواعد وكميات محدودة، وفق مافي المدونات الفقهية من أحكام متشابهة مبنوثة، ومهما تكن قيمة هذه المحاولات إلا أنها تشير أن رد الجزئيات إلى الكميات، واستخراج المعاني العامة التي بها قيام الفقه كان همًا مبكرًا لدى العلماء.

سوابق فقهية للنظرية بمفهومها الحديث:

- كتاب الخراج لأبي يوسف (ت182هـ)، والذي صنّفه بطلب من هارون الرشيد حيث ذكر فيه أولاً تعريفًا مختصرًا واستدل عليه وذكر أنواع الخراج والبلدان، والحكم في كل مسألة، مع صياغتها الموجزة الدالة وعدم خروجها عن سياق موضوع الكتاب، وهذا فيه شبه كبير بالنظريات الفقهية وصياغتها.
- الأموال لأبي عبيد القاسم بن سلام (ت224هـ).
- الأحكام السلطانية للماوردي (ت450هـ)، ومثله لأبي يعلى (ت458هـ).
- كشف الأسرار للبخاري الحنفي (730هـ) قام فيه بالكتابة في الأهلية وعوارضها.
- تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب (ت954هـ).

أسباب عدم ظهور النظريات الفقهية مبكرًا بهذا الشكل المعاصر

أن ذلك يرجع إلى طبيعة الفقه الإسلامي ومصادره التي تُستمد منها الأحكام .

فأهذه النشأة للفقه الإسلامي تختلف بشكل لا يمكن إغفاله عن نشأة القوانين الوضعية التي تفتقر ابتداءً إلى مرجعية تبنى عليها، مما يدعو إلى البحث الدؤوب عن أصول ومعاقد تكون أساسًا لما يبنى عليها. فلم تكن الحاجة ملحة لدى الفقهاء بعكس القانونيين

أن الفقهاء كانوا يضعون الفقه في خدمة الدين والحياة فنجدهم يتجهون إلى الأحكام الجزئية للقضايا التي تعرض للناس في حياتهم اليومية دون الحاجة إلى الأحكام الكلية

نشأة النظرية في العصر الحديث

بدأ ظهور مصطلح النظرية الفقهية وانتشاره مع ظهور الاستشراق، واتهام أعداء الدين التشريع الإسلامي بالعجز عن تلبية حاجات العصر المتزامنة مع تعرض ثقافة البلدان للتغيير والتبدل؛ لذلك شمرّ ثلّة من أساتذة الفقه الإسلامي عن سواعدهم وأرادوا إتمام المرحلة التي أسس لها السابقون.

فأظهروا بشكل جليّ وواضح جوانب الحيوية في الفقه الإسلامي وقدرته على الثّم على كل حداث ولو وليد ساعته، وما يمتاز به من قواعد مضبوطة وأصول مضطّرة، محاولين إعادة صياغة التراث الفقهي القديم بشكل يتلاءم مع حاجة العصر.

فنتج من جهودهم ما عُرف بـ (النظريات الفقهية) التي رأوا فيها استجابة لتطورات العصر وقدرته على التفوق على كل ما يقدمه غير المسلمين من قوانين وأنظمة

تطور

مفهوم النظريات الفقهية

تطور مفهوم النظريات الفقهية على مرحلتين :

1

بداية انتقال تدوين النظريات
الفقهية من الوسط
القانوني إلى الوسط
الفقهي .

2

ذیوع المصطلح واشتغاره
واعتماده منهجا في
الكتابات الفقهية.

الفرع الأول: بداية انتقال تدوين النظريات من الوسط القانوني إلى الوسط الفقهي:

حيث أخذ الفقهاء بترتيب الفقه والتأليف فيه على منوال النظريات القانونية، وظهرت البحوث الفقهية التي تعرض الفقه بأسلوب حديث موضوعي، وربما تعرضت للموازنة بين الفقه والقوانين الوضعية.

وربما نلاحظ في هذه الفترة أن جُل من كتب في النظريات الفقهية لم يبين مراده بها، مما يشير إلى تأثيرهم بالمفهوم القانوني، فلم يحددوا مفهوم النظرية الفقهية وأبعاده فيها، فضلاً عن أن كثير من النظريات التي تناولها الفقهاء نظريات قانونية في الأصل كنظرية العقد، والملكية، والحق، وغيرها.

مثال لأول ما كُتب بطريقة النظريات الفقهية الحديثة: نظرية التعسف في استعمال الحقوق في الفقه الإسلامي لمحمود فتحي وقد كتبت عام ١٩١٣م.

المرحلة الثانية : ذبوع المصطلح واشتهاره واعتماده منهجًا في الكتابات الفقهية:

في هذه الفترة اكتسب المصطلح أبعادًا جديدة، حيث تحرر من سطوة المفهوم القانوني، فكتبت النظريات في عامة الموضوعات الفقهية، وتطور المصطلح بحيث يتوافق مع الفقه الإسلامي.

إضافة إلى ما صُنّف من نظريات فقهية فقد استمر البحث والدراسة في هذا الفن في نطاقه البحثي والأكاديمي، وأثمر العديد من الدراسات والبحوث في موضوعه.

ولا تزال الدراسات حتى الآن في النظريات الفقهية تحاول رسم حدوده وتمييز معالمه حتى تصل صياغة النظريات الفقهية إلى الشكل الأمثل والأجود.

الخلافا

في استخدام مصطلح النظريات الفقهيّة



- اتفقوا على عدم وجود مصطلح النظرية في كلام الفقهاء السابقين.

- لم يعتبر أحد منهم النظرية دليلاً مستقلاً ولا تبعياً في استنباط الأحكام الفقهية.

- اتفقوا على محتواها ومدلولها وأسس تكوينها المتمثل بوجود وجه اشتراك أو شبهة في تفاصيل الأحكام المندرجة تحت باب واحد أو جزئية متكررة في أكثر من باب كلفظ العقد مثلاً.

- اتفقوا على أن عمل الفقيه يتمثل في الكشف عن تلك الجزئيات أو وجوه الشبه المشتركة في الفروع المختلفة.

خلاف العلماء المعاصرين في استخدام مصطلح النظرية الفقهية

1

يرفض إطلاق هذا المصطلح
ويتحفظ على إطلاقه في
الفقه الإسلامي، وإن لم
يمانعوا من التنظير الفقهي
كمنهج بحث.

2

لا يمانع من استعمال
المصطلح، وقد ذهب كثير
من الباحثين والمعاصرين إلى
استعمال لفظ نظرية في
دراساتهم وبحوثهم.

حجة من رفض إطلاق مصطلح النظرية الفقهية :

1 أن النظرية وليدة تأمل ونظر إنساني صرف، أما الفقه فهو مستمد من نصوص القرآن والسنة واجتهادات الفقهاء المبنية عليهما.

إن هذا المصطلح - بمفهومه المعاصر - وإن كان وليد تأمل نظر إنساني، فإن الفقهاء المعاصرين عندما نقلوه إلى دائرة التداول الفقهي الإسلامي قد التزموا بالضوابط الشرعية التي تمنع سريان أي فكر دخيل من بابه، حيث التزموا في استنباط هذه النظريات بما قرره فقهاؤنا الأقدمون رحمهم الله من أحكام شرعية، ولم يخرجوا عنها.

الرد

2 أن فيها تقليدًا للقانون الغربي، وفي هذا انتقاص من مكانة الفقه الإسلامي المتميز عن كل الشرائع الوضعية بمصادره الشرعية المبنية على الوحي.

مما لا شك فيه أن التأليف في النظريات الفقهية عند المعاصرين جاء متأثرًا بمناهج البحث العلمي الحديثة غير أن عدم استعمال الفقهاء الأقدمين لهذا المصطلح لا يعني عدم وجود هذه النظريات.

الرد

حجة من يذهب إلى إطلاق مصطلح النظرية الفقهية :

1 كون ثمرة عمله تنسب له لا للشرع، فيقال اجتهاد فلان فإن اخطأ فلا ينسب الخطأ للشرع، بل إليه.

2 والفقهاء يجمع بين الأثر والنظر، وبين المنقول والمعقول، وقد أبدع الفقهاء في إطلاق مصطلحات على أعمالهم الفقهية الجليلة كالأشباه والنظائر والقواعد والضوابط والفوائد والفوارق وغيرها، فلا مانع من استعمال مصطلح النظرية في المقاربة الموضوعية لأحكام ومسائل وموضوعات فقهية تشكّل في مجموعها وحدة موضوعية تعبر عن استيعاب الفقه الإسلامي لكل النوازل والمستجدات من حيث إنطاقها بالأحكام الشرعية المناسبة.

3 أن مصطلح النظرية استخدم من قبل الفقهاء سواء في المنهج أو التسمية لما لذلك من نفع عظيم للفقهاء وللمستفيدين منه.

الراجع: عدم الممانعة من استخدام مصطلح النظرية الفقهية

أن ثمار هذه النظريات واضح جلي يظهر من إقبال الناس عليها بالشكل العلمي وطلبة العلم بشكل خاص تسهياً لعلم الفقه

لأن هذه الطريقة من التأليف إذا التزم فيها بأحكام الشريعة تحقق الأصالة والمعاصرة. وحيث لا جمود في مواكبة التطور والتجديد.

اتجاهات العلماء المعاصرين في إطلاق مصطلح النظرية الفقهية

1

يطلقونها على القواعد الفقهية

2

يطلقونه على ما يعاد صياغته وترتيبه من الابواب الفقهية وفق مناهج التأليف المعاصر

3

يطلقونه على الأنظمة التشريعية العامة في الفقه الإسلامي بشروطها وخصائصها التي سبق بيانها.

الأكثر شيوعا في الدراسات الفقهية المعاصرة

تميّز

النظريات الفقهيّة عن علوم الفقه الأخرى



التمييز بين النظرية الفقهية وكلا من :

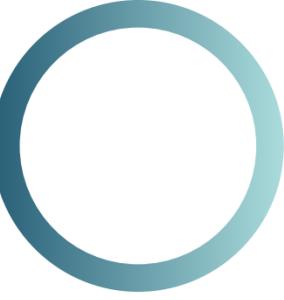




القانون

مجموعة القواعد التي تنظم الروابط الاجتماعية، والتي
تفرض الدولة اتباعها ولو بالقوة عند الاقتضاء





النظرية القانونية:

لها عدة تعريفات من أبرزها

مفهوم حقوقي عام يؤلف نظاما موضوعيا، تدرج
تحتها جزئيات تتنوع في فروع القانون المختلفة



خصائص النظرية القانونية:

* أن مرجعية النظريات القانونية؛ القانون الوضعي، وفروعه المختلفة .

- أنها تتناول موضوعا قانونيا عاما.

* تندرج تحتها قواعد قانونية متعلقة بموضوع معين، بهدف الربط بينها.

أوجه التشابه بين النظرية الفقهية والنظرية القانونية:

- المسمى
- الصياغة
- المنهج
- البناء والترتيب
- يختصان بحقوق الناس

أوجه الاختلاف بين النظرية الفقهية والنظرية القانونية:

أوجه المقارنة	النظرية الفقهية	النظرية القانونية
الموضوع	موضوعها فقهي	موضوعها قانوني
الواضع	وضعها الفقهاء الشرعيون	وضعها علماء القانون
النشأة	نشأتها قوية لأنها جاءت نتيجة تطور الفقه الاسلامي على مر العصور	نشأتها ضعيفة لأنها نتيجة تطور القانون
الاستمداد	مستمدة من الأحكام والأدلة الشرعية، سواء من المنصوص عليها أو من المعقول.	مستمدة من عقول البشر

أوجه الاختلاف بين النظرية الفقهية والنظرية القانونية:

أوجه المقارنة	النظرية الفقهية	النظرية القانونية
المرجع	تقوم على المرجعية العقدية والوحي الرباني.	تقوم على المرجعية الوضعية والعرفية
مضان الاشتقاق	ترجع الى النصوص الشرعية	ترجع الى القواعد والأنظمة القانونية
الاستقلالية	نظام عام مستقل يقوم على التحليل والاستنتاج والمقارنة.	جزء من نظام يتكامل مع غيره.
النطاق	عامة لجميع البشر	خاصة بفئة أو مجتمع معين

النظرية الفقهية والقاعدة الفقهية

القاعدة الفقهية: هي حكم شرعي في قضية أغلبية يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها.

الاتجاه الأول	الاتجاه الثاني
<p>يرى بأن النظرية الفقهية منبعها القاعدة الفقهية ثم توسعت وتكاملت لتعم جزئيات أكثر من القاعدة، مثال ذلك: قاعدة الضرر يزال توسعت وأصبحت نظرية واسعة ومتكاملة في وجوب إزالة أي نوع من أنواع الضرر. وأبرز من ذهب لهذا القول الشيخ محمد أبو زهرة، حيث قال: "إنه يجب التفرقة بين علم أصول الفقه وبين القواعد الجامعة للأحكام الجزئية، وهي التي مضمونها يصح أن يطلق عليها النظريات العامة للفقه الإسلامي ... كقواعد الملكية في الشريعة، وكقواعد الضمان، وكقواعد الخيارات، وكقواعد الفسخ بشكل عام</p>	<p>يرى أن النظرية تختلف عن القاعدة الفقهية، وهي أعم منها، وإلى هذا ذهب كثيرون من الفقهاء المعاصرين منهم الدكتور محمد بكر إسماعيل والدكتور يعقوب الباحسين، والأستاذ مصطفى الزرقا، والشيخ أحمد أبو سنة والدكتور علي الندوي وغيرهم</p>

تتفق النظرية الفقهية والقاعدة الفقهية في :

● المصدر: فكلا منهما مستمد من الفقهة الإسلامي .

● صياغة اللفظ: فكلا منهما يصاغ بعبارة موجزة.

● التطبيق: فكلا منهما له شروط وطرق للتطبيق.

● الفروع: كلاهما له فروع من أبواب مختلفة.



القاعدة الفقهية	النظرية الفقهية	مجال المقارنة
بناء أغلبي يشمل قضايا مختلفة يربطها رابط مشترك. ما يندرج تحتها من فروع حكمه واحد.	دراسة شاملة حول موضوع معين. أو هو بناء عام لقضايا ذات مفهوم مشترك تختلف أحكام ما يندرج تحتها من فروع	الطبيعة
القاعدة لا تبنى على النظرية لا يشترط وجود الشروط والأركان في القواعد الفقهية	لابد في بناء النظرية الفقهية من شروط وأركان النظرية تبنى على القاعدة وتحتاج إليها مثل: من يكتب في نظرية العقد يحتاج قاعدة العبرة في العقود للمعاني لا الألفاظ والمباني.	البناء
تميز في صياغتها بعبارات موجزة مختصرة دقيقة. صياغة القاعدة في ذاتها هي حكم شرعي، مثل قاعدة: اليقين لا يزول بالشك.	تصاغ في بحث مطول أو كتاب طويل. صياغة النظرية ليست حكمًا في ذاتها، مثل نظرية: الالتزام.	الصياغة

القاعدة الفقهية	النظرية الفقهية	مجال المقارنة
<p>لا توجد في القواعد الفقهية إشارة إلى ما يتعلق بالأنظمة والقوانين. تعنى بالعبادة أصالةً، وفيها ما يتعلق بالمعاملات والحقوق</p>	<p>فيها ما يتعلق بالفقه وأصوله. فيها مقارنة بين الدراسة الفقهية الدراسات القانونية. تتعلق بالمعاملات البشرية التي يترتب عليها الحقوق، والعبادات فيها نادرة</p>	موضوعها
<p>القاعدة بالنظر في تعدد الفروع وتفرقها بين الأبواب الفقهية هي أعم</p>	<p>النظرية من ناحية الموضوع أخص مثلًا: نظرية الحق تتحدث عن موضوع الحق فقط</p>	التوسع
<p>أسبق من حيث الدراسة والتدوين من النظرية الفقهية</p>	<p>مصطلح حديث ظهر في الأزمنة الأخيرة بظهور الدراسات الفكرية والقانونية في البلاد العربية الإسلامية.</p>	الأسبقية



النظائر الفقهية: هو علم يبحث عن المسائل الفقهية التي بينها شبه مشترك.

مثال: حكم غسل ما أصابه بول الجارية والغلام.

وجه التشابه: كلاهما بول آدمي لم يأكل الطعام.

وجه الاختلاف في الحكم: يجب غسل بول الجارية ويكفي النضح في بول الغلام.

تتفق النظرية الفقهية والنظائر الفقهية في :

● المصدر: كلاهما مستمد من الفقهة الإسلامي .

● الموضوع: كلاهما يعنى بجمع الفروع المتشبهة.

● الشمول والعموم: كلاهما له فروع من أبواب فقهية مختلفة.
● الفروع: كلاهما له فروع من أبواب مختلفة.



النظائر الفقهية	النظرية الفقهية	مجال المقارنة
تهدف إلى بحث الفروع الفقهية المتشابهة صورة لا حكمًا، وبيان المستثنيات ووجوه الجمع والفرق بين الفروع والجزئيات الفقهية.	تهدف إلى إجراء دراسة شاملة وواسعة مستقلة لجانب من جوانب الفقه الإسلامي.	الهدف منها
النظائر أقل توسعًا لكونها تجمع بين مسائل متشابهة من باب واحد.	النظرية الفقهية أوسع من النظائر لأنها تشمل عدة أبواب فقهية وقد تشمل أبواب الفقه كلها	التوسع

التقنين الفقهي: عبارة عن جمع القواعد الخاصة, بفرع من فروع القانون بعد تبويبها وترتيبها وإزالة ما يكون بينها من تناقض وما فيها من غموض, وذلك في مدونة واحدة ثم إصدارها بشكل قانوني تفرضه الدولة عن طريق الهيئة التي تملك سلطة التشريع فيها.

مثل: مجلة الأحكام العدلية.

تتفق النظرية الفقهية والتقنين الفقهي في :

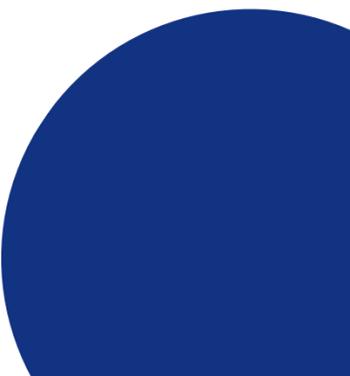
الصياغة: كلاهما يصوغه الفقيه.

الهدف: كلاهما يعد نوعًا من أنواع التجديد الإسلامي، لكن النظرية الفقهية تجمع الأحكام المتفرقة في موضوع واحد بينما التقنين غرضه التطبيق.

النشأة: كلاهما متأخر النشأة.



التقنين الفقهي	النظرية الفقهية	مجال المقارنة
كليات وقواعد.	دراسة شاملة، بناء عام... إلخ.	الطبيعة
لا يتسم بوحدة الموضوع، بل ربما يشتمل على موضوعات شتى.	تمتاز بوحدة الموضوع.	الموضوع
يصاغ على شكل مادة قانونية. صياغة مادته تشتمل على الحكم.	لا يشترط أن تصاغ صياغة قانونية، بل فقهية. صياغة النظرية ليست حكمًا في ذاتها.	الصياغة





التقنين الفقهي	النظرية الفقهية	مجال المقارنة
الإلزام فيه ديانى وقضائى أو دنيوي.	الإلزام فيه ديانى.	الإلزامية
يمتاز بالإيجاز ودقة الطرح اللفظى.	تتميز بالتعمق والاسترسال فى الإحاطة بكل جوانب الموضوع.	العمق والاسترسال
التقنين الفقهي أوسع من النظرية لتناوله كل أبواب الفقه.	النظرية تختص بموضوع واحد لذا هي أقل توسعًا	التوسع

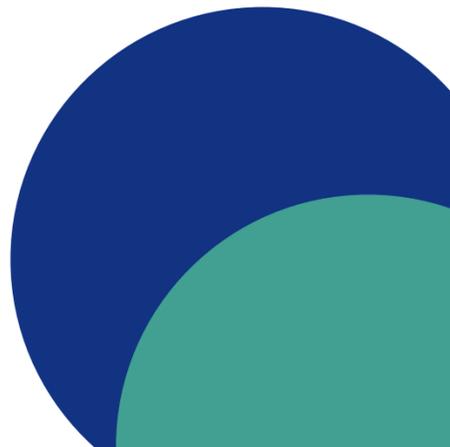


باب الفقهي: اسم لجملة من الكتاب مشتملة على فصول.

تتفق النظرية الفقهية والباب الفقهي في:

1. المصدر: كلاهما مستمد من الفقه الإسلامي وجزئياته.

2. الموضوع: كلاهما يتحدان في الموضوع، وهو جمع الفروع المتشابهة.





الباب الفقهي	النظرية الفقهية	مجال المقارنة
حقوق الناس بعضهم على بعض، حقوق الخالق	حقوق الناس بعضهم على بعض	الاختصاص بالجانب الحقوقي
لا تشتمل على مقارنة قانونية إنما تختص بمسائل الفقه	فيها مقارنة بين الدراسات الفقهية والدراسات القانونية	المقارنة والتطبيق

الجانب النظري :

الموضوعات الرئيسية المشمولة في هذا الجزء من العرض
التقديمي

• 1. أهمية دراسة النظريات الفقهية وثمرتها .

• 2. مصدر النظريات الفقهية .

• 3. أقسام النظريات الفقهية .

• 4. الأسس المنهجية لبناء النظرية الفقهية .

• 5. معوقات بناء النظرية الفقهية .

• 6. خطوات ومراحل بناء النظرية الفقهية .



أهمية النظريات الفقهية وثمرتها:

لأهمية علم النظريات الفقهية، والثمرة المترتبة على دراستها، عقدت عدة مؤتمرات وندوات للتعرف على هذا العلم والتأصيل له وبيان فائدته، والثمرة العائدة من دراسته، ومن خلال ما تم الاطلاع عليه من الكتابات التي تحدثت عن النظريات، يمكن أن نبين أهمية النظريات الفقهية بشكل عام ثم أهمية النظريات الفقهية للدارسين فقط.

أولاً: أهمية النظريات الفقهية بشكل عام:

1 تساهم النظريات والقواعد الفقهية في الرد على الذين انتقصوا الفقه الإسلامي، ووصفوه بأنه مبني على الجزئيات وأنه مجرد حلول جزئية للوقائع .

2 العمل على تنظير الفقه وتأصيله، بالإضافة إلى دراسته دراسة فقهية متعمقة وإحياء الاجتهاد بصورة المختلفة، تعتبر جميعاً مقدمات ضرورية للنهضة الفقهية المنشودة، وبخاصة في مجال التقنين .

3 إعطاء نسق نظري ومواقف ومرتكزات وإطار عام للتحرك في المجال الذي تتطرق له ضمن الخطوط والضوابط والمقاييس العامة للشريعة الإسلامية .

4 إثبات وتأكيد حيوية وفاعلية الفقه الإسلامي، وإثبات إمكانية العطاء الفقهي؛ لمواكبة تطور المسيرة العلمية .

5 بيان فاعلية الفقه؛ حيث تكفل بتعيين مواقع الحقوق، ورسم حدودها الشرعية؛ حتى تعيش البشرية في نعيم واطمئنان بعيداً عن التصادم والتنافر .

6 التسهيل على الباحثين في الدراسات الشرعية والقضاة الذين لم يتكونوا تكويناً فقهياً بالرجوع إلى النظريات الفقهية .

7 حسن عرض الإسلام: لأن النظريات تستهوي النظارين وتقرّب الحقيقة لهم، وغير المسلمين يتعذر عليهم أن يطرقوا الأبواب باباً باباً، وإنما يكتفون بقراءة عامة تعين على فهم التصورات الإسلامية .

8 تبين أن أصول هذه النظريات و مفهوماها موجودٌ بين كتب الفقه الإسلامي، و في ذلك رد على من يقول أنها من مستحدثات الفكر الغربي، وهي في الواقع أصيلة في كتب الفقه الإسلامي، و لكنها تخفى على الكثيرين .

9 الكتابة في النظريات الفقهية فيها إظهار للمميزات الفقه الإسلامي و ما فيه من حلول لمشاكل الحياة، مما جعل الغرب يعترفون به كمصدر من مصادر القانون و أنه مستقل عن غيره، و ذلك في مؤتمراتهم العامة .

10 الكتابة في النظريات الفقهية فيها تنبيه على أسرار الشريعة، و الحكم التي راعتها، و المصالح و المقاصد الشرعية، فبالتالي يكتسب الإنسان معرفة بقواعد الشريعة العامة .

تابع : أهمية النظريات الفقهية بشكل عام:

11 تسهيل عمل القضاة و الحكام، حيث إن اطلاع القاضي على النظريات الفقهية بما شملته من بحوث شاملة مستقصية لجميع الفروع و الجزئيات في دراسة مقارنة بين مذاهب الفقه المختلفة و بين القانون كل ذلك يمنح القاضي أو الحاكم القدرة على استيعاب القضايا العصرية في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية.

12 التعريف بالفرق بين المسائل، حيث إن العديد من الكتاب الحقوقيين يأتون بمسائل متشابهة في الصورة فيعطونها حكماً واحداً، بينما نجد أن الشريعة قد فرقت بين هذه المسائل لأسباب تقتضي التفريق .

13 إن إبراز النظريات الفقهية و إتقان صياغتها، يغني الباحثين و الدارسين و المقننين عن تلقي النظريات التشريعية من أي مصدر آخر.

14 إن دراسة النظريات الفقهية تعطي تصوراً كلياً للفقه الإسلامي، حيث تبين إحكام الربط بين الحكم الشرعي و مصادره، و الأصول والنظريات الفقهية التي فهمها المجتهدون من مصادر الشريعة .

15 التنظير الفقهي يسهم في إثراء الجانب القانوني و خصوصاً القانون المالي و الإداري، حيث أن أصولهما التشريعية موجودة و حاضرة في كتب الفقه لكنها بحاجة إلى تطوير و تفعيل.

16 الإسهام في معرفة حكم النوازل، حيث أن النظرية الفقهية تنشئ قاعدة لعدد كبير من الفروع الفقهية التي تفيد في التخريج للمستجدات من الفروع الشرعية.

17 تظهر أهمية النظريات الفقهية، في أنها تُعد من الوسائل الجديدة لصياغة فروع الفقه، ويساعد الفقه في مواكبة العصر الحديث، وضبط البحوث والدراسات الفقهية، ويساهم في الحلول الشرعية من خلال طبيعة منهجيته الموسوعية

ثانياً: أهمية النظريات الفقهية للدارسين:

1

تعين الباحث على إدراك كليات
الفقه الإسلامي، وعلله المؤثرة
في مجال النظرية .

2

من خلالها يتحصل المقصود من التفقه إذ تجتمع لدى الباحث
دقة المعاني الجامعة في الفقه واستثمارها في التفصيل
ونبذ التكرار، وكذلك إدراك أبعاد النوازل والمحدثات،
واستخراج وجوه الموازنات؛ لتستبين محاسن الشريعة
وإمكانية نفوذها في العالمين .

3

مقارنة ما توصل إليه الفقه الإسلامي مع فقه
القوانين الوضعية في البلاد العربية والإسلامية،
وتسهل عملية المقارنة لأن المقارنة غالباً تكون
بين المبادئ العامة والقضايا الكلية وليس في
الجزئيات التي تفوق الحصر وبيان مكانة الفقه
والتشريع الإسلامي وأثره في التقنين الوضعي
في مجالات المعاملات المالية والأحوال الشخصية
وغيرها .

4

جمع شتات وجزئيات ومفردات المسائل الفقهية بحيث
يسهل على الدارس مراجعتها وفهمها، إذ أن هذه
الجزئيات متناثرة في مصادر الفقه الإسلامي ومدوناته
الكبرى وجمع الشتات كذلك يمنع التضارب والتعارض
والتكرار في دراسة الأحكام الفقهية الجزئية .

5

تكمن أهمية النظريات الفقهية في أنها تمكن
طلاب العلوم الشرعية و القانونية في ابتداء
دراستهم من التعرف على المبادئ و القواعد
الأساسية التي تتألف منها كل نظرية من النظريات
العامة، كما أنها تضيف إلى الباحثين ملكة فقهية
عاجلة تؤهل فكرهم، و تعينهم على مدارك
الأحكام، و تُكون لديهم ملكة استخراج الأحكام
من أدلتها من خلال تقويم الكتابات الحقوقية .



من خلال ما تم ذكره من أهمية دراسة النظريات الفقهية

برأيك : ما هي دوافع الكتابة في النظريات الفقهية ؟



دوافع وأسباب الكتابة في النظريات الفقهية:

ما عرى الدول الإسلامية في العصر الحديث من استعمار أدى إلى تنحية الشريعة والعمل بالقوانين الوافدة، مما دعا الفقهاء إلى استخراج هذه النظريات والمقارنة بينها وبين القانون الوضعي لإثبات فضل الشريعة وعلوها عليه

سهولة الاتصالات بين العالم الإسلامي والغربي و الكتابة التي تكون عندهم تصل في لحظات إلينا و بالعكس، و من ثم هذا التواصل يجعلنا نحرص على إبراز الدراسات الفقهية المقومة للدراسات الحقوقية

انتشار فن الأنظمة بجميع البلدان، بحيث لا يتركون أي مجال من مجالات الحياة إلا و يكتبون فيه أنظمة، ومن ثم فإننا نحتاج إلى الكتابة في النظريات الفقهية؛ من أجل إظهار النظرة الشرعية الإسلامية فيما يتعلق بالمبادئ القانونية

إثبات تناسق الشريعة الإسلامية و عدم تعارضها، وقطع الطريق على المناوئين للشريعة والمعادين لمرجعيتها ممن ينتقص منها بأنها غير صالحة في هذا العصر، فكانت إقامة النظريات المختلفة المستمدة من الشريعة ردًا على مزاعمهم

إبراز جوانب الحيوية في التراث الفقهي وقابليته لملاءمة كل العصور والأزمان

الشكوى من المتخصصين في الفقه وغيرهم من أنه قد تعسر جادة البحث عن مسألة أو موضوع في المدونات الفقهية الشاملة، حيث اقتضى الحال أن يكون لها ترتيبٌ ربما استعصى في مسالكه على من لم يعتده. فكان استخراج النظريات تيسيرًا للمادة الفقهية وتقريبًا لها

التقاء فقهاء وقانونيين في العالم العربي والإسلامي بنظرائهم في الغرب في القرنين الأخيرين كان له أثر كبير في إفادة كل طرف من الآخر، ومن جملة ذلك ما استفاده الفقهاء والقانونيون العرب من أساليب الصياغة والبحث والمناهج العلمية الحديثة لدى الغربيين، فهو وإن كان الفقه قائم من الأساس على التقعيد الكلي والجمع بين المتشابهات وغيره، إلا أن استخراج النظرية وصياغتها مستفاد في جزء كبير منه من القانونيين الغربيين بوجه خاص

مصادر النظريات الفقهية :

من خلال إجابتكن على الأسئلة التالية ستتضح لنا مصادر النظرية الفقهية :

السؤال الأول : ما هو العلم الذي يتبعه علم النظريات ؟

السؤال الثاني : اكملني الفراغ بحسب ما يتبادر لذهنك :

جميع العلوم الشرعية تستمد وتبنى على

السؤال الثالث : ذكرنا في المحاضرة السابقة من الفروق بين القاعدة والنظرية أن أحدهما تبنى على الأخرى فما هي ؟

السؤال الرابع : تنقسم الأدلة الشرعية إلى قسمين ما هما ؟

السؤال الخامس : هل كل شخص يستطيع استنباط النظرية والكتابة فيها ؟

مصادر النظريات الفقهية :

تستمد النظرية الفقهية من الفقه الإسلامي و أدلته و أحكامه و قواعده .
أدلة الفقه الإسلامي منها ما هو متفق عليها : كالقرآن والسنة والإجماع
والقياس .

ومنها ما هو مختلف فيها : كقول الصحابي وسد الذرائع والمصالح المرسلة
وغيرها .

وتستمد أيضا من قواعد الفقه وفروعه ومقاصده المبتوثة في مدونات الفقه .

ولا يقوم بذلك إلا عالم آتاه الله فقه النفس فأحاط بمظان تواجد الأحكام -في مواضعها وغير مواضعها- وسبر أغوار اللسان العربي ودلالات الألفاظ، وتكونت لديه ملكة تهديه إلى حكم التشريع وعلل الأحكام ومقاصد التكليف واختلاف الفقهاء.

أقسام النظريات الفقهية :

أولاً: أقسام النظرية الفقهية باعتبار موضوعها:

<p>٢- نظريات فقهية صرفة. والمراد بها: النظريات التي تتناول موضوعات فقهية، وتعمل على جمع الفروع وترتيبها، وهي المقصودة عند الإطلاق ومن أمثلتها:</p>	<p>١- نظريات تأصيلية مستقاة من علم أصول الفقه. والمراد بالنظريات التأصيلية المستقاة من علم أصول الفقه: هي النظريات التي تتناول موضوعات من علم أصول الفقه، ومن الأمثلة عليها:</p>
<p>نظرية الحق. نظرية العقد. نظرية الملكية.</p>	<p>نظرية العرف. نظرية الإباحة. نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي. نظرية المآلات.</p>

أقسام النظريات الفقهية :

ثانيًا: أقسام النظرية الفقهية باعتبار منشأ موضوعاتها :

<p>نظرية ذات منشأ فقهي "فقهية صرفة": وهي النظريات التي تتناول موضوعات معهودة في الفقه الإسلامي وتناولها الفقهاء بالبحث والاجتهاد. ومن الأمثلة على هذه النظريات:</p>	<p>١ - نظريات ذات منشأ قانوني: وهي النظريات التي يكون موضوعها مستفادًا من التقسيم والتفريع والترتيب القانوني، ثم بحث عن أحكامها في التشريع الإسلامي وغالبًا ما يرتبط ذلك بعقد الموازنات بين الشريعة والقانون في موضوع النظرية. ومن الأمثلة على هذه النظريات:</p>
<p>- نظرية الضمان. - نظرية الربا. - نظرية الولاية. - نظرية الغرر.</p>	<p>- نظرية الالتزام. - نظرية العرف. - نظرية العقد. - نظرية التعسف. - نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون. - نظرية الشخصية الاعتبارية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.</p>

أقسام النظريات الفقهية :

ثالثاً: أقسام النظرية باعتبار العموم والخصوص

النظريات العامة:

وهي التي تتناول موضوعاً فقهياً منتشراً في أبواب مختلفة من أبواب الفقه أو حتى أصوله، كنظرية الحق: فهي مبثوثة في باب الحكم الشرعي وهو أحد أبواب علم أصول الفقه، ونجدها أيضاً في باب العبادات والمعاملات والجنايات وأحكام الأسرة، وحتى في الأحكام الدولية، وكذلك نظرية العقد ونظرية الملكية.

النظريات الخاصة:

وهي نظريات ذات نطاق ضيق، وتتناول موضوعاً خاصاً من موضوعات الفقه، تبحثه كما بحثته كتب الفقه، ولكن بترتيب وتنظيم آخر، مثل: نظرية الضمان، ونظرية الغصب، ونظرية القسامة وغير ذلك.

رابعاً: أقسام النظرية من حيث طريقة الكتابة:

١ . كتابة فقهية بحتة لم تتعرض للمسألة القانونية.

٢ . كتابة مشتركة بين الفقه والقانون

نشاط :

صنفي النظريات التالية تحت الأقسام السابق ذكرها :

نظرية القياس الأصولي

نظرية الظروف الطارئة

نظرية البطلان

نظرية الملكية

أهم ما كتب في النظريات الفقهية :

**من وجهة نظرك : ما الفائدة من استعراض أهم ما كتب في
النظريات الفقهية ؟**



جمع الدكتور عبدالحق حميش أهم ما كُتب في
نظريات الفقه الإسلامي من كتب، وأبحاث، ومقالات:
وأثرى بهذا الثبت المرجعي قائلاً: "لعله يكون ثبناً
جامعاً مفيداً لطلاب العلم والباحثين"

وحاول أن يرتب هذه النظريات حسب الموضوعات قدر
المستطاع

الكتابات في النظريات الفقهية بحسب الموضوعات :

ما كتب في نظرية إرادة العاقد وما يتعلق به:

ما كتب في نظرية الالتزام : ما كتب في نظرية التأمين:

ما كتب في نظريات خاصة بالقواعد الفقهية : ما كتب في نظرية الدولة:

ما كتب في نظريات أخرى : ما كتب في نظرية الضرورة والظروف الطارئة:

- ما كتب في النظريات الخاصة بأصول الفقه: ما كتب في نظرية العقد:

ما كتب في نظرية الحق والتعسف في استعماله:

- ما كتب في نظريات العامة : ما كتب في نظرية الاقتصاد الإسلامي وما يتعلق به :

ما كتب في نظرية الملكية والتملك والمال: ما كتب في نظرية الحرب :

ما كتب في نظرية الضمان: ما كتب في نظرية القضاء والدعوى والإثبات:

ما كتب في نظرية العقوبات والجرائم: ما كتب في النظريات السياسية:

- نظرية القياس الأصولي .
- مدى الحاجة إلى الأخذ بنظرية المصالح المرسلة في الفقه الإسلامي .
- نظرية الاستحسان .
- نظرية الاستحسان في التشريع الإسلامي وصلتها بالمصلحة المرسلة .
- نظرية العرف في الفقه الإسلامي .
- نظرية الولاية في الشريعة الإسلامية .
- نظرية الأهلية في الفقه الإسلامي .
- نظرية الأهلية في الشريعة الإسلامية .
- نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء .
- نظرية الاجتهاد في الشريعة الإسلامية .
- نظرية الأخذ بما جرى به في العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي .
- نظرية الشرط في الفقه الإسلامي .
- نظرية العرف .
- نظرية العرف في الفقه الإسلامي .
- الوجيز في نظرية البطلان.
- نظرية الغلط في القانون والشريعة الإسلامية .
- النظرية العامة للأهلية : دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون .
- نظرية السبب عند الأصوليين .
- نظرية التشريع في الإسلام ودعائهما .
- نظرية الحكم ومصادر التشريع في أصول الفقه الإسلامي .
- نظرية النسخ في الشرائع السماوية .
- نظرية الإفساد في الفقه الإسلامي .
- نظرية المقاصد عند الإمام الطاهر بن عاشور .

ما كتب في نظريات خاصة بالقواعد الفقهية :

- نظرية التععيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء .



- ما كتب في نظريات العامّة :

- النظريات العامّة في الفقه الإسلامي وتاريخه .

- النظريات الفقهية (نظرية المؤيدات التأديبية ، نظرية المؤيدات المدنية ،
نظرية الأهلية والولاية ، نظرية العرف، القواعد الفقهية) .

- النظريات العامّة في الفقه الإسلامي وتاريخه (الحق، الملك، المال، العقد) .

- النظريات العامّة في الفقه الإسلامي (العقد، الحق، الملك، العقوبة) .

- النظريات الفقهية (نظرية العقد ، نظرية الحق ، نظرية النيابة) .

- نظرية الفقه في الإسلام (مدخل منهجي) .

ما كتب في نظرية العقد:

- نظرية العقد .
- نظرية العقد والخيارات في الفقه الإسلامي .
- نظرية العقد في الفقه الإسلامي .
- نظرية العقد في الفقه الإسلامي .
- نظرية العقد في الفقه الإسلامي من خلال عقد البيع .
- نظرية العقد في الفقه الإسلامي .
- نظرية العقد في الفقه الإسلامي .
- نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي .
- تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود .
- الملكية ونظرية العقد .
- نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي .
- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية .
- النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية .
- نظرية العقد الموقوف في القانون المدني دراسة موازنة بالفقه الإسلامي .
- نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي .
- نظرية العقد في الشريعة الإسلامية .
- نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون .
- نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي .
- نظرية السبب في العقد .

ما كتب في نظرية الحق والتعسف في استعماله:

- نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي .
- نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي مع المقارنة بالفقه الغربي والقانون .
- نظرية الحق .
- نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .
- صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في قانون إسلامي .
- نظرية التعسف في استعمال الحق .
- معالم نظرية الحق لدى فقهاء الشريعة الإسلامية .
- الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون .
- الأهلية ونظرية الحق في الشريعة الإسلامية .
- نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي .
- نظرية الاستحقاق في الفقه الإسلامي .
- نظرية إسقاط الحق في الشريعة الإسلامية .

ما كتب في نظرية الضمان:

- نظرية الضمان .
- نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام .
- نظرية الضمان الشخصي "الكفالة" .

ما كتب في نظرية الضرورة والظروف الطارئة:

- نظرية الضرورة الشرعية .
- نظرية الضرورة الشرعية .
- نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي.
- نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون .
- نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .
- نظرية الأعذار الطارئة في الفقه الإسلامي .
- نظرية الضرورة الشرعية حدودها وضوابطها .
- نظرية الضرورة الشرعية .

ما كتب في النظريات السياسية:

- النظريات السياسية الإسلامية .
- نظرية الخلافة الإسلامية .
- نظرية الإسلام وهدية في الثقافة والقانون والدستور.
- نظرية السياسة الشرعية الضوابط والتطبيقات.
- النظام السياسي في الإسلام.
- النظريات السياسية الإسلامية.
- النظريات السياسية لدى الفرق الإسلامية.
- نظرية النيابة عن الأمة في الشريعة الإسلامية .

ما كتب في نظرية الملكية والتملك والمال:

- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية .
- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية .
- نظرية التملك في الإسلام .
- نظرية المال في الشريعة الإسلامية .
- نظرية الملكية في الإسلام .
- المدخل إلى الفقه الإسلامي .

ما كتب في نظرية الدولة:

- نظرية الدولة وأدائها في الإسلام .
- نظرية الدولة في الإسلام.
- نظرية الدولة في الفقه السياسي الإسلامي.
- نظرية الدولة في القانون الدولي والشريعة الإسلامية .
- النظرية الإسلامية للدولة .

ما كتب في نظرية القضاء والدعوى والإثبات:

- النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية مع مقارنات بالقانون الوضعي .
- نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون .
- نظرية حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية .
- نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي .
- نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي.
- نظرية القسامة في الفقه الإسلامي.
- نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية .
- نظرية العاقلة .
- نظرية الدفع للدعوى القضائية في الفقه الإسلامي .
- نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي.
- نظرية براءة المتهم حتى تثبت إدانته وحظها من الاعتبار في الشريعة الإسلامية.
- نظرية التقادم في الشريعة الإسلامية .

ما كتب في نظرية الحرب :

- نظرية الحرب في الشريعة الإسلامية .
- نظرية الحرب في الإسلام .
- النظرية العامة للجهاد في الشريعة الإسلامية .
- نظرية الجهاد في الإسلام .

ما كتب في نظرية الالتزام :

- هل في الفقه الإسلامي نظرية في الالتزامات .
- النظرية العامة للالتزام وفقاً لقانون المعاملات المدنية وأحكام الشريعة الإسلامية .
- نظرية الالتزامات في القانون المدني السوري وفي الفقه الإسلامي.
- نظرية الأجل في الالتزام في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية.
- النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية) .

ما كتب في نظرية العقوبات والجرائم:

- نظرية العقوبة في الإسلام .
- نظرية العقوبات .
- النظرية العامة للعقوبات والتدابير الاحترازية بين الشريعة والقانون.
- نظرية العودة إلى الجريمة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية .
- نظرية القصاص .
- نظرية الاشتراك في الجريمة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

- نظرية تجريم الأفعال في الشريعة الإسلامية.
- نظرية الارتكاب بالترك في الشريعة الإسلامية وفي القانون الوضعي.
- النظرية العامة للجزاء الجنائي: العقوبات والتدابير الاحترازية دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية.
- النظرية العامة للجزاء الجنائي في الشريعة الإسلامية .
- النظرية العامة للامتناع في الشريعة الإسلامية والقانون الجنائي الوضعي.
- نظرية الشريعة من الدفاع الاجتماعي .

ما كتب في نظرية الاقتصاد الإسلامي وما يتعلق به :

- نظرية الإسلام في الاقتصاد .
- نحو النظرية الاقتصادية في الإسلام.
- النظرية الاقتصادية في الإسلام.
- نظرية الاستغلال في الشريعة والقانون.
- نظرية الأجور في الفقه الإسلامي.
- نظرية المحاسبة المالية من منظور إسلامي.
- نظرية التوزيع في الإسلام .
- نظرية القيمة في الإسلام .
- نظرية الربا المحرم في الشريعة الإسلامية .
- عالم نظرية القيمة لدى الفقهاء المسلمين .
- المدخل إلى النظرية الاقتصادية في المنهج الإسلامي .

ما كتب في نظرية إرادة العاقد وما يتعلق به:

- نظرية الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي .
- نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي .
- نظرية تحمل التبعة بين الشريعة والقانون .
- نظرية الباعث في العقود في الفقه والأصول .
- نظرية الشخصية الاعتبارية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
- نظرية النيابة في الشريعة والقانون .
- نظرية الفسخ في الشريعة .

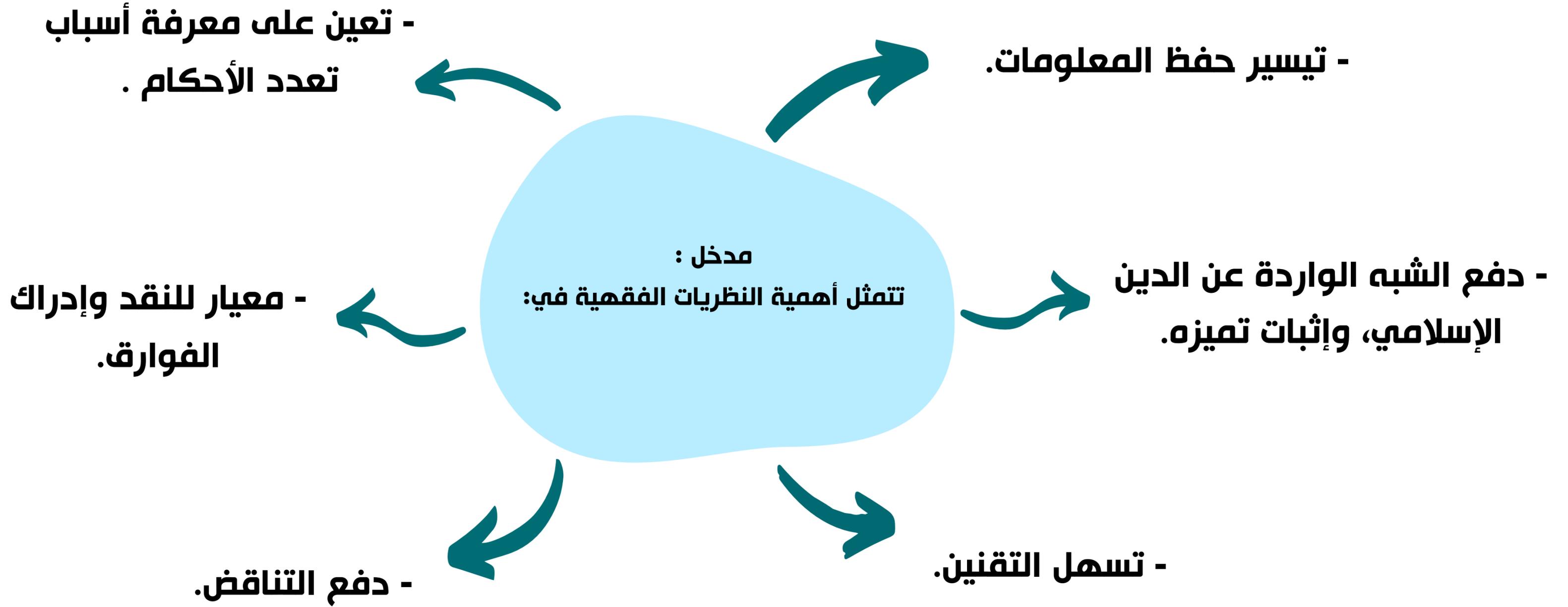
ما كتب في نظرية التأمين:

- نظرية التأمين في الفقه الإسلامي .
- نظرية التأمين التعاوني دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي .

ما كتب في نظريات أخرى :

- نظرية النبوة في الإسلام .
- نظرية القضاء والقدر وخطأ جمهور المسلمين في تقديرها .
 - نظرية الإعجاز القرآني .
 - نظرية الإسلام حول العبادة .
 - النظريات الفقهية في تطهير النجاسات .
 - نظرية خيار الشرط في الفقه الإسلامي .
 - نظرية الأهلية في المعاملات .
 - نظرية عوض المثل وأثرها على الحقوق .
 - نظرية الوعد بالمكافأة .
- ريادة الفقه الإسلامي في إبداع نظرية التدابير الوقائية .
- نظرية الإذن في التصرف في الفقه الإسلامي .
- نظرية الاسترداد في الفقه الإسلامي .
- نظرية الذمة المالية :دراسة مقارنة بين الفقهاء الوضعي والإسلامي.
 - نظرية المساواة في الشريعة الإسلامية .
 - نظرية المساواة في الشريعة الإسلامية .
 - نظرية الإدارة في الإسلام .
 - نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية .
 - نظرية الغبن بين الشريعة والقانون.
- نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي و القوانين العربية .

بناء النظرية الفقهية بين التنظير والتطبيق



- معيار للنقد وإدراك الفوارق.

الغرض من بناء النظرية الفقهية :

هو بيان الصلة بين الفروع الفقهية الموزعة ضمن أبواب الفقه المختلفة؛ ليظهر كيف تجمعها الرابطة التشريعية العامة بعناصرها المختلفة.

خصائص وشروط بناء النظرية الفقهية:

٤- ينبغي أن ينحصر محل النظرية في موضوع فقهي معين تناولته المدونات الفقهية صراحة أو ضمناً، أو عرضت له بإشارة عابرة، أو توصل إليه باجتهاد

٣- مستمدة من قواعد الفقه وفروعه ومقاصده الماثورة في مدونات الفقه.

٢- تتسم بالبناء العلمي المنهجي، الذي يقوم على عناصر متميزة، وهي: الأركان والشروط والأحكام الجزئية، تجمعها وحدة موضوعية متجانسة.

١- تشتمل النظريات الفقهية على عدد من جزئيات الفقه الإسلامي؛ تجمعها وحدة موضوعية متجانسة.

الأسس المنهجية لبناء النظرية الفقهية

4- الترتيب:

ترتيب مباحث النظرية عمل علمي، لا يقل أهمية عن بقية المراحل، لما له من أهمية في تكوين الصورة المتكاملة عن موضوع النظرية ومبادئها، ولذا فإنه يعد جزءاً أساسياً من العمل العلمي في هذا المجال. وثمة أمور لا بد من إبرازها في كل نظرية من هذه النظريات، كالتعريف بها وبأهم مصطلحاتها، والتأصيل الشرعي والفقهني لإبراز حقيقتها، وبيان أركانها وشروطها، وتوضيح أحكامها، وأثرها، وتطبيقاتها

1- التحقق من صلاحية المفهوم التشريعي لبناء نظرية:

النظرية العلمية في جوهرها عبارة عن نظام جامع يقدمه الباحث؛ لتفسير العلاقة بين مجموعة من الحقائق العلمية القائمة، والتزاماً بهذا الشرط فإن النظرية لا بد فيها من أمرين:

2- قوة التأصيل وسعة الاستمداد

البحث في النظريات الفقهية واستخلاصها ما هو إلا وجه من وجوه التعبير عنها فلا بد من إحكام الربط بين مقررات أي نظرية فقهية، والأدلة الشرعية التي يبنى عليها الفقه بجملة

3- الصياغة:

لا بد أن تكون الصياغة الفقهية للنظرية متسمة بما يلي:

- التجريد في الأحكام؛ بأن تربط الأحكام بالأشخاص والوقائع أو النوازل ذات الصفة المعينة.
- الموضوعية والعموم في الأحكام، بأن يكون الحكم جامعاً، مستوعباً، صالحاً للانطباق على الجزئيات التي تحققت فيه علة الحكم، من غير أن يكون خاصاً ببعضها دون بعض.

• أن تقدم نظاماً تشريعياً قادراً على بيان وجوه الارتباط الفقهني بين مجموعة أحكام الفقه الإسلامي، فيكون الارتباط حقيقياً.

• أن تكون مجموعة الأحكام التي يراد بها الصلة التشريعية فيما بينها موزعة على أحكام الفقه المختلفة.

سعة الاستمداد :

من أهم الأدوات الاستقراء، فتتبع جزئيات الفقه ذات الصلة بموضوع واحد، وملاحظة ما بينها من مشتركات، هو السبيل الصحيح الذي يوصل إلى المبادئ الفقهية والأحكام العامة، اللذين هما عماد أي نظرية فقهية ومبتغى أي باحث فيها. وكلما كان الاستقراء شاملاً، ومجال التتبع واسعاً، كانت النتائج التي يتوصل إليها أدق وأصوب

قوة التأصيل :

وهو أن تكون مادة الفروع متعلقة بأدلتها الشرعية الصحيحة وبحوثها المقارنة وفق طريقة الفقهاء في تناول المسائل الخلافية، بإثبات الأقوال في المسألة الخلافية الواحدة، وبيان كل ما هو معمول به في تأصيل المسائل الشرعية

المستلزمات التي
ينبغي توفرها في
كاتب النظرية الفقهية
[المُنظر]:

1- أن يكون الراغب بالبناء صاحب حرفة، تظهر عليه صنعة الفن الذي يريد بناء النظرية فيه وهو الفن الفقهي هنا، فلا يتأتى البناء للهاوي فقط، بل لممارس الصنعة بأقدمية ظاهرة.

2- أن يكون متمكنا من جزئيات العلم ثم يعمل على تركيبها وفق خطة منهجية معينة.

3- أن يقوم بتوليد المصطلحات وإدراك مفاهيم كل مصطلح ومن مجموع المصطلحات المولدة تبنى النظرية.

4- أن يكون منهجه واضحا، فوضوح المنهج من وضوح الرؤية فكما كانت الرؤية واضحة كان المنهج واضحا.

5- أن يبتعد عن العاطفة وأن يتحلى بالعقل النقدي.

6- أن يعتمد على الأدوات والآلات الصالحة لبناء النظرية من ذات المصادر الإسلامية.

7- أن يتجنب الكلام العام ويعتمد على التقييد والتحديد.

من خلال المواقف التالية ، استنبطي معوقات ومحاذير بناء النظرية

أراد أحد الكتاب إعداد نظرية فقهية معتمدا على المواد القانونية فلاحظ عدم توافقها فقام بتزييف بعض الأمور لتناسب الجوانب الفقهية مع القانونية	خطر في ذهن أحد الباحثين موضوع لنظرية فقهية فشرع في الكتابة دون استقراء وتتبع لما هو في كتب الفقه وأصوله والكتب القانونية
تم اعتماد مادة النظريات الفقهية في جامعة أم القرى إلا أن الطلبة واجهوا صعوبة في المراجع	حدثت نازلة جديدة في أحد المجتمعات فشرع أحد الباحثين في كتابة نظرية تتناول هذه النازلة
أحد المنتسبين للمذهب الحنبلي أراد كتابة نظرية فقهية فشرع في تتبع جزئياتها من المذهب الحنبلي فقط	تتبع أحد الباحثين موضوع معين فقام بصياغة نظرية وجمع تحتها جميع الجزئيات دون اعتبار للمستثنيات من هذه الجزئيات

معوقات ومحاذير بناء النظرية :

لا شك أن البحث العلمي لا يكون كذلك ما لم يتبع الباحث فيه خطوات صحيحة متسلسلة للوصول إلى مبتغاه، على النحو الذي سبق بيانه، مع الحذر من الموانع التي تحول دون الوصول إلى ذلك المبتغى، ومن أهمها ما يلي:

• ضعف التصور للوقائع المعاصرة:
إن الناظر في نازلة من النوازل متى أراد دراستها
والتوصل إلى حكمها، فإنه يسلك المناهج الآتية:

أولاً: التصور:

فإذا عرفت المسائل على حقيقتها، وشخصت صفاتها، وتصورها الإنسان تصورًا تامًا بمقدماتها ونتائجها، طبقت على نصوص الشرع، وأصوله الكلية، فإن الشرع يحل جميع المشكلات: مشكلات الجماعات والأفراد، ويحل المشاكل الكلية والجزئية حلًا مرضيًا للعقول الصحيحة، والفطر السليمة.

ثانيًا: التكييف:

وهو رد المسألة إلى أصل من أصول الشريعة، وإنما يحصل بواحد من أربعة مسالك على الترتيب الآتي: النص أو الإجماع ثم التخريج على نازلة متقدمة ثم التخريج على قاعدة فقهية أو أصل شرعي أو فتوى إمام متقدم ثم الاستنباط

ثالثًا: التطبيق:

وهو تنزيل الحكم الشرعي على المسألة النازلة، ولك أن تصور النازلة وفهمها فهمًا صحيحًا، ثم تكييفها من الناحية الفقهية، كفيلان بمعرفة حكم النازلة المناسب لها، وهذا هو النظر الجزئي الخاص، أما تنزيل الحكم على النازلة فهو أمر آخر، إذ يحتاج إلى نظر كلي عام، وإلى فقه دقيق ونظر عميق، يحافظ فيه على المقاصد

رابعًا: التوقف :

وإنما يصر إليه عند العجز عن تصور النازلة، تصورًا تامًا، أو عند عدم القدرة على تكييفها من الناحية الفقهية، أو عند تكافؤ الأدلة وعدم القدرة على ترجيح قول من الأقوال

• بناء النظرية الفقهية من غير مستند:

التوصل إلى النظرية الفقهية يقوم بأحد طريقين:

الطريق الأول: استقراء الأحكام.

الطريق الثاني: التسلسل الفكري.

أما الطريق الأول فهو الذي اتفق على صحته، وأما الطريق الثاني فهو غير صالح لبناء النظرية لسببين :

السبب الأول : أن فيه مجازاة لمفهوم النظريات القانونية، مع أن مصادر التشريع الإسلامي وتاريخه، ونشأته، تختلف عن نظائرها في النظم والتشريعات الوضعية التي يمكن لرجال القانون فيها وضع نظريات في أي عصر شاءوا، خلافاً للفقه الإسلامي الذي كان يتطور خلال فترة ما قبل التدوين، وكان لابد للانتقال من مرحلة تدوين المسائل والجزئيات إلى مرحلة النظريات من مرحلة متوسطة هي مرحلة تدوين المبادئ والقواعد، وهذا ما فعله فقهاء المسلمين.

السبب الثاني : إن في هذا القول مخالفة للمفهوم العلمي للنظرية بمعناها الدقيق الذي أسلفت، إذ أن أحد شروط النظرية أن تكون مبنية على مجموعة من الحقائق العلمية السابقة على وجودها.

وعلى هذا فإن بناء النظرية لا بد أن يسلك مسلك الاستقراء وذلك بجمع المواد الأولية لها بالاستناد إلى الأدلة المتفق عليها؛ من قرآن، أو سنة، أو إجماع، أو قياس، أو الأدلة المختلف فيها؛ من قول للصحابة، وسد للذرائع، والمصالح المرسله، وغيرها

معوقات ومحاذير بناء النظرية :

• جعل النظرية الفقهية هي الأصل في
الكتابات الفقهية:

إن النظرية الفقهية إنما احتيج إليها في ظروف معينة، وأحوال خاصة،
وجد فيها التوجه القضائي في عدد من الدول الإسلامية ينحو ناحية
القوانين الوضعية؛ ومن ثم فإن هذه الكتابات المتعلقة بالنظريات
الفقهية ليست هي الأصل، وإنما هي بمثابة الردود الكاشفة عن حقيقة
تلك الكتابات القانونية

• التعصب والجمود على المذهب:

والمراد بالتعصب: ترك الإنسان للحق من أجل انتماءاته مع قيام دليل الحق وتقوم
حقيقة التعصب على اعتقاد المتعصب أن ما عليه هو الحق الذي لا جدال فيه، ولا حق
غيره في الأمور الاجتهادية التي يسوغ فيها الخلاف-، فيؤدي إلى انغلاق في النظر،
واعتماد بالنفس، وتشنيع على المخالف، مما يولد منهجاً متشدداً يتبعه الفقيه أو
المفتي بإلزام الناس بمذهبه في النظر، وحرمة غيره من الآراء والمذاهب، مما يوقع في
الضيقة والعنت وهو مناف مع خصائص النظرية التي لابد أن تتسم بالتجرد والعموم .



7
مجاراة النظرية القانونية

لا شك أن النظريات القانونية، واشتغال الناس بها، وإعجابهم ببنائها
وترتيبها كان الدافع الأكبر إلى تأليف النظريات الفقهية على غرارها؛ للفت
الانتباه إلى الفقه الإسلامي من جديد، وتيسير سبل الرجوع إليه، والأخذ
بمقتضياته، إلا أن هذا لا يجيز لأي من الباحثين في النظريات الفقهية أن
يسلم بمقررات النظريات القانونية، أو يسعى إلى لي أعناق مبادئ الفقه
لمجاراتها، أو محاكاتها، أو يستعمل مصطلحاتها دون مسوغ صحيح

5
عدم وجود كتب ومصادر
متخصصة في بناء النظريات
الفقهية

من معوقات بناء النظريات الفقهية، أو عدم بناءها على
أسس سليمة عدم وجود مصادر متخصصة، ترشد
الباحث في قضية بناء النظرية ومداخلها والخطوات
الصحيحة التي يسير عليها.

3
المبالغة في تعميم أحكام النظرية:

إن بناء النظرية الفقهية يعتمد بصورة أساسية على استقرار جزئيات
الفقه الإسلامي، والتوصل إلى المبادئ العامة ، غير أنه لابد من الالتفات
إلى أن من الأحكام الفقهية ما يعدل به عن حكم نظائره، إلى حكم آخر
يقتضي هذا العدول، وأن من أبواب الفقه الإسلامي ما للتعبد فيه مدخل
كبير، فلا يدخله تعليل ولا قياس؛ فلا بد من أن يشار إلى الأصل العام، ثم
إلى مستثنياته، مع بيان وجه الاستثناء.

شروط الاستفادة من مناهج التدوين القانوني الحديثة :

1

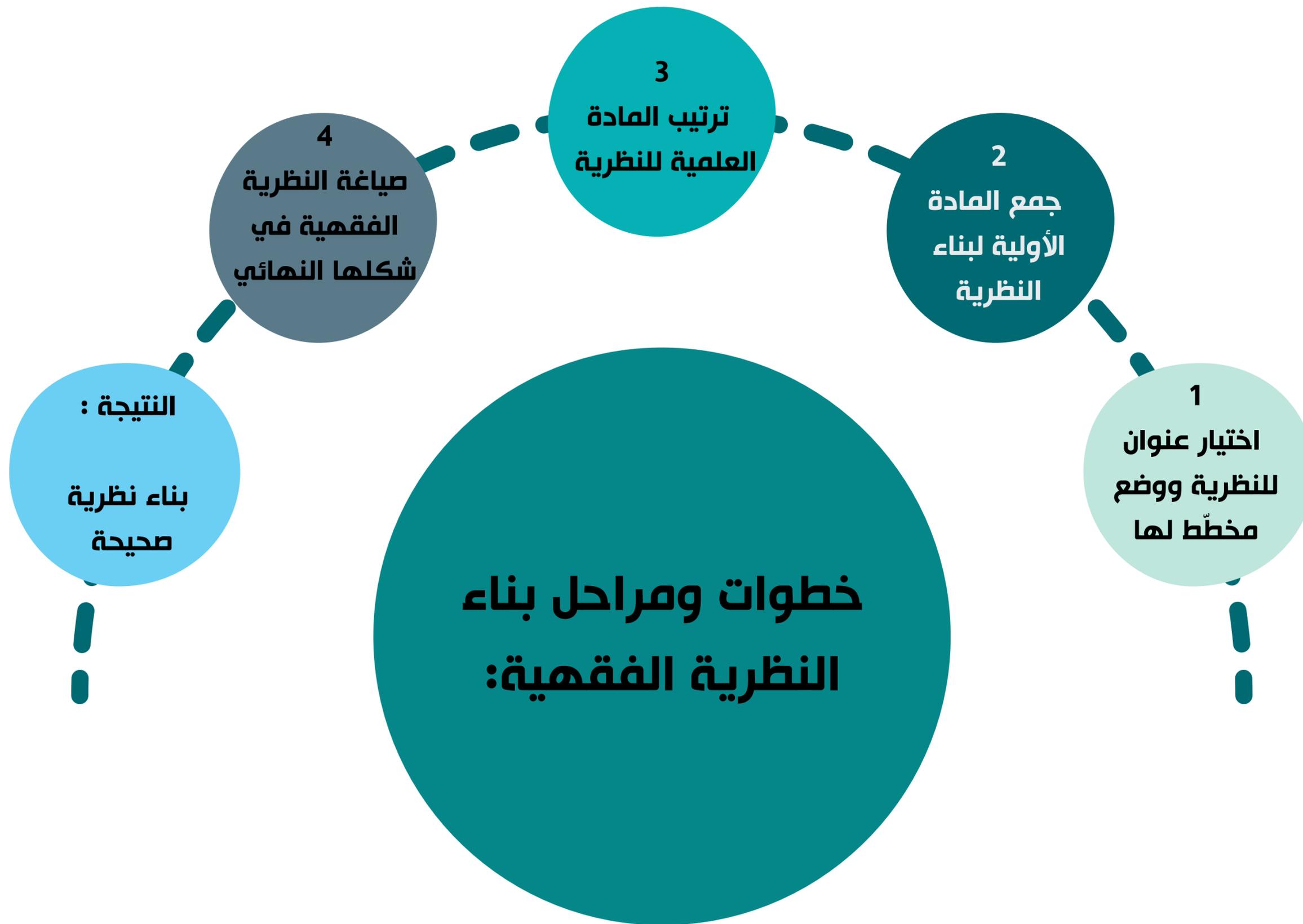
الاحتفاظ بالشخصية المتميزة للفقہ الإسلامي من حيث طبيعة الأحكام، والمنطلقات، والأهداف.

2

• الاقتصار في مجال الاستفادة على الجانب الشكلي المتعلق بالتبويب والتقسيم والترقيم.

3

• عدم استخدام المصطلحات القانونية بديلاً أصيلاً عن المصطلحات الفقهية.



المرحلة الأولى: اختيار عنوان للنظرية ووضع مخطط لها:

- اختيار عنوان النظرية:

- ينبغي للدارس في علم النظريات أن يختار عنواناً نظرية ترتبط بالواقع وتخدمه، فالمنهجية الصحيحة في التنظير الانطلاق من الواقع إلى النصوص وليس العكس، فننظر في الواقع ثم إلى النصوص لنؤصل عنواناً النظرية الذي بُنيت عليه.

- استمداد العنوان:

- الغالب في عنوان النظرية الفقهية أن يكون مأخوذاً من الدراسات الحقوقية، والفصول والأنظمة القانونية، وإن كان هناك بعض الفقهاء كتبوا في علم النظريات بناءً على أبواب الفقه وقواعده، وحاولوا استقاء عناوين تلك النظريات منها، إلا أن الغالب في عناوين النظريات الفقهية أن تكون موافقة لعناوين الكتابات الحقوقية.

- تحليل العنوان:

- ينبغي أن يعرف بالعنوان في اللغة والاصطلاح، ويبين الفرق بينه وبين ماله به صلة، وتذكر الخصائص التي تتعلق بذلك العنوان.

- وضع مخطط النظرية:

- 4. بيان الأحكام العامة لتلك النظريات، بحيث يذكر فيها ما يتعلق بأحكام كل قسم.
- 5. ذكر آثار النظرية، وما يترتب على وجود تصرفات المكلفين المندرجة تحتها، فمثلاً: (نظرية الحق) لها آثار، منها: وجوب أداء الحقوق، ووجوب المحافظة عليها، وكيفية توثيق تلك الحقوق، وما آثار عدم أداء الحقوق.
- 6. المقارنة بين الدراسة الشرعية والدراسات القانونية، وقد تكون المقارنة من جهة الترتيب أو التقسيم أو الأحكام.

- بعد اختيار عنوان النظرية، لا بُد أن تراعى الأجزاء الخاصة بخطة تلك النظرية ويكون ذلك بعدة أمور:
- 1. تحديد الأركان الخاصة بتلك النظرية، لأن كل نظرية لها أركانها التي يقتضيها موضوعها.
- 2. تحديد الشروط المتعلقة بجزئيات النظرية.
- 3. وضع تقسيمات النظرية، والأنواع المندرجة تحتها، مع بيان حكم كل نوع منها، ويؤتى بالتقسيمات باعتبار متفاوتة ومختلفة.

المرحلة الثانية: جمع المادة الأولية لبناء النظرية:

وتعتمد في ذلك على مسلكين:

الأول: الاستقراء

- من أهم الأدوات العلمية لبناء النظرية وهو: تتبع أمور جزئية لإثبات حكمها الكلي الذي يشملها؛ فالاستقراء بنوعيه التام والناقص يبدأ بالبحث الواسع على صعيد الجزئيات، ثم تنتقل إلى الربط والتركيب لتصل في النهاية إلى الأحكام والحقائق الكلية.
- وكلما كان الاستقراء شاملاً، ومجال التتبع واسعاً، كانت النتائج التي يتوصل إليها أدق وأصوب، ولذا كان تتبع كل الجزئيات (الاستقراء التام) يفيد القطع، وتتبع أغلبها (الاستقراء الناقص) يفيد الظن الغالب، الذي هو حجة عند الفقهاء ، أما تتبع بعضها فلا يفيد شيئاً من ذلك.
- كما أن النصوص المستقراة تنقسم إلى ثلاث من حيث صلتها بالنظرية التي ستكون لاحقاً في ذهن الفقيه:
1. النصوص الصريحة في تأييدها للنظرية: وهي التي يستقي منها الباحث أحكام النظرية.
 2. النصوص الصريحة في عدم تأييد النظرية: وهذه لا يلتفت إليها؛ لأنها لا تخدم الباحث في شيء
 3. النصوص غير الصريحة في الموافقة أو عدم الموافقة: يحتاج فهم النص والكشف عن مضمونه إلى كفاءة اجتهادية فائقة.

الثاني: الاستنباط:

على الممارس في المرحلة الأولى أن يسعى إلى استيعاب ما أثارته تجارب الفكر الإنساني حول ذلك الموضوع الخارجي من مشاكل، وما قدمه من حلول، وما طرحه التطبيق التاريخي من أسئلة ونقاط فراغ، كل ذلك ليشكل لديه نقطة انطلاق مبدئية، يتجه بعدها إلى درس الموضوع الذي تبناه، وتقييمه تقيماً شاملاً من وجه نظر الفقه الإسلامي، وفق معطيات القرآن والسنة الشريفة، من أحكام ومفاهيم وأفكار، للوصول أخيراً إلى اكتشاف النظرية الإسلامية الشاملة فيه

إن استنباط الأحكام الكلية من أصولها ومصادرها، اعتماداً إما على المادة الأولية الأساسية لصياغة النظريات، وهي القواعد الفقهية والأصولية من جهة، وإلا فالرجوع إلى مصادر الشريعة الأصلية، النقلية والعقلية، إذا لم تكن المادة جاهزة على شكل هذه القواعد، وإن هذا المسلك يعتمد أساساً على الاستقراء الذي يقدم له المادة جاهزة لاستخراج الأحكام منها، وتوظيفها في بناء النظرية الفقهية .

المرحلة الثالثة: ترتيب المادة العلمية للنظرية :

يعد ترتيب مباحث النظرية عملاً علمياً لا يقل أهمية عن أي مرحلة من المراحل السابقة؛ لأنه مهم في تكوين الصورة المتكلمة عن موضوع النظرية ومبادئها؛ ولذا يعد جزءاً أساسياً لا مكملاً من العمل العلمي في هذا المجال.

يقول الدكتور عبدالفتاح مراد في موسوعة البحث العلمي: بناء النظرية العلمية يعتمد على جهد عقلي تركيبي -من جانب الباحث- يتميز بالنظرة الكلية إلى الحقائق الجزئية، ويحرص على تنظيم الأجزاء في نطاق كل موحد.

وهذا الترتيب يسهل إذا كانت مباحث الموضوع متكاملة في كتب التراث، أما إذا لم تكتمل فإن وضع هيكل النظرية وإنزال المباحث المتفرقة ومحاولة سد الثغرات يصبح عملاً ضرورياً؛ للتوصل إلى نظرية متكاملة.

ولذا نجد أن بعض النظريات-كالالتزام- تطلع بعناوين مستحدثة -كقوة الالتزام وعناصره-، وهي عناوين وتراتيب جديدة لا نجد مثلها في المدونات الفقهية، وإن كانت مستمدة من الفقه.

ولا شك أن لكل نظرية بناؤها الخاص الذي يتناسب مع موضوعها وغايتها، غير أن هناك أموراً لابد من إبرازها في كل نظرية كالتعريف بها، والتأصيل الشرعي والفقهي لإثبات حقيقتها، وبيان أركانها وشروطها، وتوضيح أحكامها، وأثارها، وتطبيقاتها.

ومن خلال ما سبق يمكن وضع خطوات لترتيب المادة العلمية للنظرية الذي يكون بالاعتماد على مراحل جزئية، كالجمع والترتيب، والترتيب والتنسيق، والمقارنة، وتفصيل ذلك وفق الخطوات الآتية:



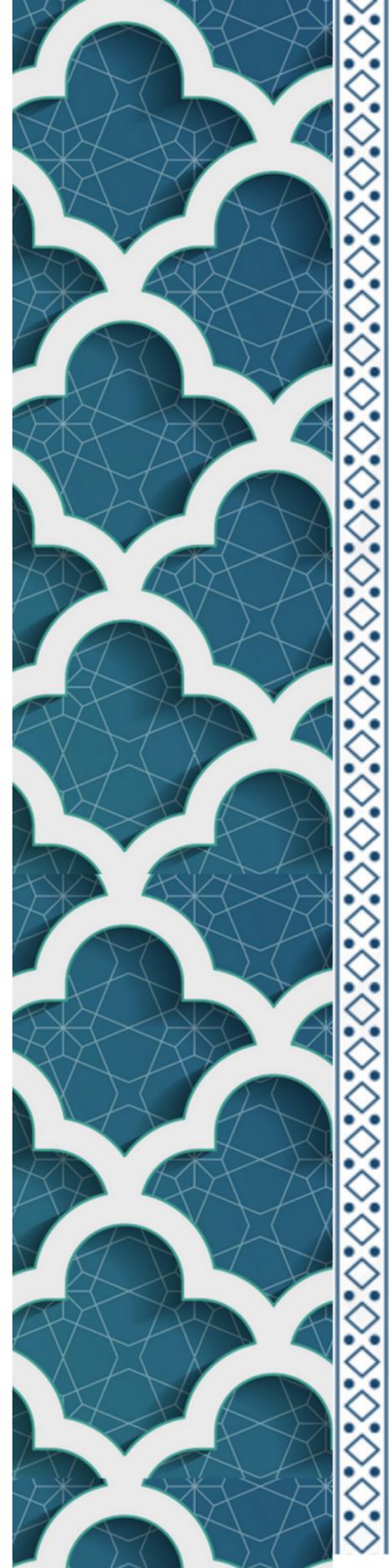
المرحلة الرابعة: صياغة النظرية الفقهية في شكلها النهائي:

النظرية الفقهية قد تصاغ على شكل بحث أو كتاب مطوّل والتعبير عنها قد يكون بلفظة واحدة أو عبارة يجتمع تحتها كل ما يتعلق بذلك العنصر فتكون دالة على المضمون الذي يسرد في البحث، ونجد أن فقهاء التنظير عالجوا مادّة وموضوعات النظريات بحسب ما يلي:

1 أن تكون الأحكام الفقهية العامة المنضوية تحت النظرية، والتي تشكّل مبادئ النظرية الأساسية مجردة في صياغتها؛ لأن التجريد يلزم منه الاطراد والعموم، والتجريد في الأحكام يراد به ربط الأحكام بالأشخاص والوقائع لا لذاتها وإنما للمعنى القائم بها؛ فلا بد أن يكون الحكم صالحاً للانطباق على الجزئيات التي تحققت فيها علة هذا الحكم من غير أن يكون خاصاً ببعض دون بعض؛ لذا فالدارس إذا أراد في نظرية العقد مثلاً أن يبين شروط محل العقد؛ فإنه يعمد إلى كتب الفروع الفقهية فيستخرج شروط المبيع، وشروط العين المستأجرة، وشروط المحل في العقود الأخرى، ويقارن بينها؛ ليصل إلى الشروط المشتركة؛ مبرزاً علة اشتراط كل واحد منها، وما يرد عليه من استثناءات دون أن يكون مختصاً بعقد بعينه.

2 ترتيب مباحث النظرية وترتيبها معتمد على موضوعها، ولا شك أن لكل نظرية هيكلها الخاص الذي يتناسب مع موضوعها، غير أنه لا بد من إبراز عناصر أساسية في كل نظرية، وهي: كالتعريف بها لغوياً واصطلاحياً، والتأصيل الشرعي والفقهي لإثبات حقيقتها، وبيان أركانها وشروطها، وتوضيح أحكامها وآثارها وتطبيقها.

3 أن يكون الحكم على النظرية موضوعياً جامعاً مستوعباً صالحاً للانطباق على الجزئيات التي تحققت فيها علة هذا الحكم، من غير أن يكون خاصاً ببعضها دون بعض، لأنه إذا كان خاصاً بعين الجزئية لا بموضوعها وعلتها لم تتحقق فيه صفة العموم المنشودة.



نظرية الملك

الجانب التطبيقي يشمل دراسة بعض النظريات الفقهية منها:

نظرية الضمان

نظرية الحق

نظرية الملك

نظرية الفساد

نظرية الباعث وأثره في
التصرفات والعقود

نظرية العقد



محاورة العرض

تعريف نظرية الملك والألفاظ ذات الصلة.

أركان الملكية.

شروط الملكية.

مشروعية الملكية.

مؤلفات المعاصرين في نظرية الملكية.

مناهج المؤلفين.

أقسام الملكية.

الفرق بين التمليك والإباحة وملك المنفعة وحق الانتفاع.

أسباب الملكية.

التصرف في الملك وآثاره.

نزع الملكية.

الفرق بين نظرية الملك في الفقه الإسلامي والقانون.

مقدمة

إن الملكية وخصائصها من أخطر ما يقوم عليه النظام الاقتصادي في الماضي والحاضر، وهي محور الخلاف بين النظامين العالميين المعاصرين: النظام الرأسمالي والنظام الاشتراكي، لذا كان بحث الملكية وتوابعها من القضايا المهمة.

وهناك كثير من أوجه الالتقاء والشبه بين الأنظمة الحالية في أهدافها السامية، وبين النظام الإسلامي في تنظيم الملكية، على نحو يحقق مصلحة الفرد والجماعة، أو مصلحة الشعب والدولة، وبذلك انحلت عقدة الصراع على قضية الملكية بما كفله الإسلام من صون مبدأ التملك، ولكن مع تقييده بقيود شديدة ومتعددة لتحقيق مصلحة الجماعة، وتطويقه بوازع الدين الحارس الأمين لكل مصلحة عامة، والدافع القوي للمساهمة في دعم الصالح العام.

كما أن كثيراً من الأحكام الفقهية القديمة، مأخوذ به فعلاً في التقنيات الوضعية الحديثة، سواء في ميدان العقود أم في حال الاعتداء على الأموال، وضمان المتلفات على أساس من العدالة والمساواة بين الضرر والتعويض، ورعاية حق الملكية، والدفاع عن المقدسات من نفس ومال وعرض. وهو كله دليل على سمو المبادئ الإسلامية وعدالتها في التطبيق.

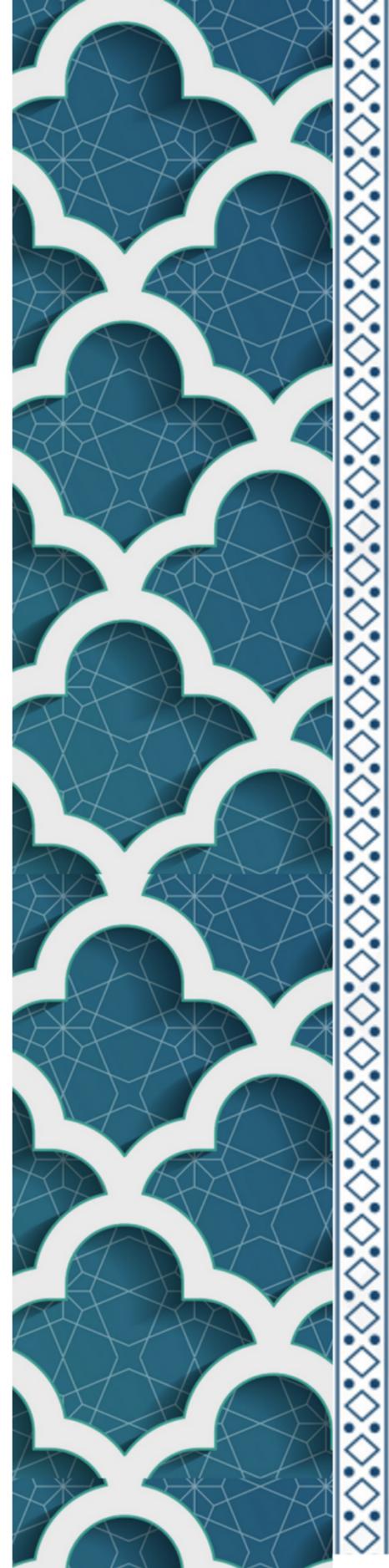
الملك في اللغة: مشتقة من لفظ الملك، وهو ما ملكت اليد من مال، والخول، والمَلِكُ والمِلِكُ والمُلْكُ: احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به.

عند القانونيين

هو الحق الذي يخول صاحبه سلطة مباشرة على شيء مادي معين بالذات، يستطيع بمقتضاها استعمال هذا الشيء واستغلاله والتصرف فيه.

عند الفقهاء

تبعية تمكن المتبوع من الافراد بالانتفاع بالمملوك، وأخذ العوض عنه، والتصرف فيه إلا لمانع شرعي.



من خلال التعريف السابق هل نستطيع أن نستنتج أركان الملكية؟

أركان الملكية

حق التصرف
فإن لم يملك الشخص
التصرف و الانتفاع لا
يعد مالكا.

المملوك
سواء كان عينا أو منفعة
أو غير ذلك من مما
يصح تملكه.

المالك
هو الذي حاز العين أو
المنفعة و يملك
التصرف فيها و أخذ
الضمان عليها.

شروط الملكية

- إباحة المال و إمكانية تملكه، بأن يكون خالياً من الموانع الشرعية. فلا يكون مالاً عاماً للمسلمين أو مملوكاً للدولة، أو ارتبط حق الغير به، أو يكون أمر محرماً شرعاً مثل الخنزير أو الميتة.
- أهلية المالك، بكونه بالغاً و عاقلاً يستطيع التصرف فيه و أخذ العوض عنه.
- عدم الإضرار بالآخرين، فلا يصح أن يكون التملك أو استعمال الملك طريقاً للإضرار بالجماعة أو مصدر قلق أو اضطراب ومنازعة وسيطرة.
- وجود المسوّغ الشرعي للتملك، و ذلك في بعض الأموال كالأوقاف و الإرث.
- أن تشمل العين على منفعة مقصودة يعتد بها الشرع، بحيث يكون لها قيمة بين الناس، لأن الملك إنما شرع من أجل الانتفاع و ذلك بخلاف الحشرات كالبعوض و الذباب مثلاً.

الألفاظ ذات الصلة بالملك

التصرف

يعني تسلط المالك على كيان الشيء ووجوده وهو إما تصرف مادي ويكون ذلك بالقضاء على مادة الشيء أو إجراء تغيير أو تعديل فيها كاستهلاك الخبز أو هدم بناء ونحوه.

الاستغلال

يكون بالإفادة من الشيء بطريق غير مباشر وذلك بالحصول على ثماره والثمار هي ما يتولد عن الشيء من فوائد أو منافع في مواعيد دورية دون مساس بأصل. مثل: المحصولات الزراعية فالشجرة باقية ونأخذ منها الثمرة.

الاستعمال

أي: الإفادة من الشيء مباشرة وذلك عن طريق القيام بالأعمال المادية التي تمكن الشخص للحصول على الخدمة أو المنفعة التي يمكن أن يؤديها. مثال: إذا كان الشيء سيارة فإن استعمالها يكون بركوبها وإذا كان أرضا فإن استعمالها يكون بزراعتها وهكذا.

يعد الاستعمال والاستغلال والتصرف من سلطات الملكية، والملكية هي التي تخول الاستفادة من هذه السلطات.

مشروع عينة الملكية

من الأدلة المثبتة للإنسان حق التملك وذلك لا يعني انقطاع ملكية الله له؛ لأنه عز وجل مالك الإنسان وما يملك، فنسب الشارع الحكيم المال إلى الإنسان في المواضع التالية:

من القرآن الكريم:

قال تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا﴾.
قال تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا﴾.
قال تعالى: ﴿وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾.
قال تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾.

من السنة:

قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "ألا إن كل ربا من ربا الجاهلية يوضع، لكم رؤوس أموالكم، لا تظلمون ولا تظلمون".

قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "إن الله لا ينظرُ إلى صُورِكُمْ ولا إلى أَمْوَالِكُمْ وإنما ينظرُ إلى قلوبِكُمْ وأَعْمَالِكُمْ".

أكدت الشريعة على وجوب احترام ممتلكات الآخرين وتحريم الاعتداء عليها، ومن هذه النصوص التي تؤكد هذا المعنى:

من القرآن الكريم:

قال تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾.

قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾.

من السنة:

قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "فمن قضيت له بحق مسلم، فإنما هي قطعة من النار، فليأخذها أو فليتركها".
و"من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه فقد أوجب الله له النار، وحرم عليه الجنة" فقال له رجل: يا رسول الله؛ وإن كان شيئاً يسيراً؟ قال: "وإن قضيباً من أراك".
و"إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام، كحرمة يومكم هذا، في بلدكم هذا، في شهركم هذا".

و"كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه".

تنقسم الملكية
إلى أقسام عديدة
باعتبارات
مختلفة

أقسام الملكية باعتبار محل الملك.

أقسام الملكية باعتبار التمام
والنقص.

أقسام الملكية باعتبار الشيوخ
والتميز.

أقسام الملكية باعتبار العموم
والخصوص.

أقسام الملكية باعتبار شخصية
المالك.

أقسام الملكية باعتبار الاختيار
وعدمه.

أقسام الملكية باعتبار الاستقرار
وعدمه.

أولاً: أقسام الملكية باعتبار محل الملك

- ملك للمنفعة: وهو أن يملك الإنسان حق الاستفادة فقط من الشيء، مع المحافظة على عينه، كملك المستأجر لمنفعة الدار المستأجرة، ويكون ملك المنفعة بطريق الإعارة أو الإجارة، أو غيرها من الأسباب المشروعة لتمليك المنافع.

- ملك للعين: ويسمى أيضاً ملك الرقبة، وهو أن ذات الشيء ومادته مملوكة، ويكون في الأموال المنقولة كملك السيارة وملك الثياب وسائر المتاع، والأموال غير المنقولة كملك العقار من أراضٍ، ودور، وحوانيت، وغيرها.

- ملك الديون: التي تكون في الذمم: كمبلغ لأحد في ذمة آخر بسبب ما، كثمن مبيع على مشتريه، وبديل قرض على مقترضه، وقيمة مال متلف على من أتلفه، ولا يسمى ديناً إلا إذا كان التزاماً.

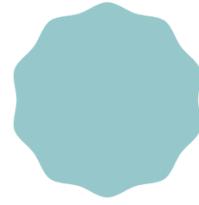
أما الوديعة من النقود المحفوظة لصاحبها لدى وديع، فهي من قبيل ملك العين.

ثانياً: أقسام الملكية باعتبار التمام والنقص

ملكية تامة:

وهي ملك الرقبة والمنفعة معاً، وهو عامة الأملاك الواردة على الأعيان المملوكة بالأسباب المقتضية لها من بيع وهبة إرث وغير ذلك، "ويملك فيه التصرف في الرقبة بالبيع والهبة، ويورث عنه، ويملك التصرف في منفعه بالإعارة والإجارة والانتفاع وغير ذلك" ومن صور ذلك: ملك الشخص للقلم الذي يكتب به، فهو مالك لعينه، بحيث يمكنه بيعه وهبته وغير ذلك، وهو كذلك مالك لمنفعته بحيث يمكنه الكتابة به.

ملكية ناقصة:
وهي على ثلاث صور:



الصورة الثالثة:
ملك الانتفاع
المجرد.

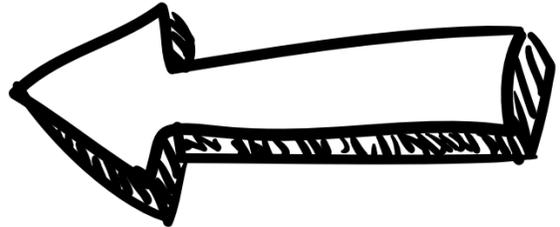


الصورة الثانية:
أن يملك الرقبة
دون المنفعة.



الصورة الأولى:
أن يملك
الشخص المنفعة
دون الرقبة.

وفيما يلي تفصيل ذلك



الصورة الأولى: أن يملك الشخص المنفعة دون الرقبة

وهي أكثر الحالات الواقعة للملك الناقص، وتكون على ضربين:

الضرب الأول:

ملك مؤبد، ويندرج تحته صور منها:

- الوصية بالمنافع، ويشمل جميع أنواعها إلا منفعة البضع فقد وقع في دخولها بالوصية خلاف.
- الوقف: فإن منافعه وثمراته مملوكة للموقوف عليه.
- الأرض الخراجية المقررة في يد من هي في يده بالخراج، يملك منافعها على التأبيد.

الضرب الثاني:

ملك غير مؤبد، ويندرج تحته عدة صور منها:

- الإجارة
- منافع المبيع المستثناة في العقد مدة معلومة.

الصورة الثانية: أن يتمك الرقبة دون المنفعة

وذلك على خلاف الأصل في ملكية الرقبة، إذ أن الأصل في ملكية الرقبة هو الملك التام؛ لأن من خصائص ملكية الرقبة أن تستتبع المنفعة.

ولذلك كان ملك الرقبة دون المنفعة حالة استثنائية تثبت موقوتة ثم تؤول إلى استتباع المنفعة، ولا تكون إلا بالوصية في حالتين:

الأولى: إذا أوصى المالك لشخص بمنفعة شيء بعد وفاته مدة معينه، أو مدة حياة الشخص الموصى له، فإن ورثة الموصي في هذه الحالة يملكون بالإرث رقبة ذلك الشيء فقط، أما منفعتة فيملكها الموصى له.

الثانية: إذا أوصى مالك العين لشخص بمنفعتها مدة معينه، أو مدة حياته، وأوصى لشخص آخر برقبته، فيكون الموصى له بالرقبة مالكا لها دون منفعتها مدة استحقاق الموصى له بالمنفعة لمنفعتها.

الصورة الثالثة: ملك الانتفاع المجرد

ولها عدة صور:

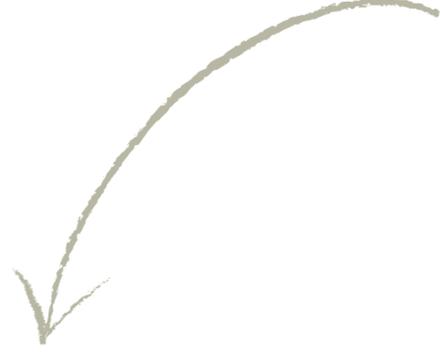
- المنتفع بملك جاره، من وضع خشب وممر من دار ونحو ذلك.

- أكل الضيف لطعام المضيف، فإنه إباحة محضة لا يحصل به الملك بحال.

- ملك المستعير، فإنه يملك الانتفاع لا المنفعة.

- إقطاع الأرفاق، كمقاعد الأسواق ونحوها.

الفروق بين الملك التام والملك الناقص



استحقاق الضمان:

فإن الملك التام إذا فات فهو في ضمان مالكة، بخلاف الملك الناقص، فإن تلفه لا يكون فيمن يملكه ملكاً ناقصاً، وإنما يكون في صاحب الملك التام، فلو تلفت العين المستأجرة في نصف المدة، لقلنا للمؤجر وهو مالك العين: أن يعيد نصف الأجرة للمستأجر.

أن الملك التام يمكن الإنسان من جميع التصرفات المشروعة، كملك البائع، أما الملك الناقص فلا يمكن من جميع التصرفات، كملك المستأجر للمنفعة.

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

ثالثاً: أقسام الملكية
باعتبار
الشيوع والتميز:

- الملك المتميّز: هو ما يتعلق بشيء معين ذي حدود تفصله عما سواه، فيستقل المالك بالملك فيه.
مثل: ملك دار كاملة، أو طابقاً كاملاً منها، أو كتاب أو سيارة.

- الملك المشاع: وهو ما يتعلق بجزء نسبي غير معين من مجموع الشيء، مهما كان ذلك الجزء كبيراً أم صغيراً، ويسمى الملك المشاع "بالحصّة الشائعة" ويسمّيه الفقهاء "جزء منبث في الكل" فيكون كل جزء أو ذرة من المال المشترك، ملكاً لجميع المشتركين غير مخصوص بأحد منهم.
مثل: يملك الإنسان نصف دار مع آخر دون تحديد ما هو ملك كل واحد منهما، أو ربع فرس.
ولكن متى قسّم المال المشترك بين الشركاء، زال الشيوع فيه، وأصبحت ملكية كل واحد منهم متميزة.

رابعًا: أقسام الملكية
باعتبار
العموم والخصوص:

• ملك عام:

الملك العام هو الملك الذي لا يختص به مالك معين، وإنما يشترك فيه الناس لا على التعيين، كملك الماء والكلاً والنار، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: (المسلمون شركاء في ثلاث في الكلاً والماء والنار).

• ملك خاص:

وهو الذي له مالك معين، سواء أكان فرداً أم جماعة، ولا يشاركون فيه بقية الناس.

خامساً: أقسام الملكية باعتبار شخصية المالك

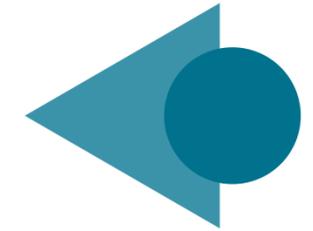
- ملكية لأشخاص معينين:
كملك الشخص لما في جيبه من النقود، فتكون الملكية لشخص مستقل متميز له وجود في الخارج.

- ملكية الشخصية الاعتبارية:
وهي شخصية مقدرة في الذهن، ليس لها وجود في الخارج إلا من خلال آثارها.
مثل: الشركات التجارية، فليس لها كيان في الخارج إلا من خلال آثارها، كمبانيها ومكاتبها وغيرها.

سادساً: أقسام الملكية
باعتبار
الاختيار وعدمه:

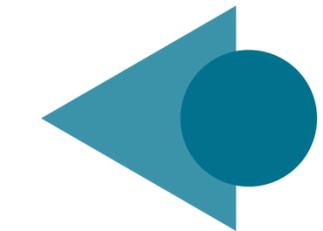
• ملكية اختيارية:

تحتاج لإثباتها إلى عمل أو قبول، وتحصل بالأقوال كما في
المعاوضات مثل: الملكية المترتبة على البيع، كما تحصل بالأفعال
مثل: تناول المباحات كالاصطياد والإحياء.



• ملك قهري:

لا يكون فيه اختيار للإنسان ولا يحتاج إلى قبول؛ كملك الورثة ومنافع
الوقف



الفروق بين الملك الاختياري والملك القهري:

الاختياري يملك بالعوض المعين، أو بما في الذمة، ولا يتوقف على أداء الثمن بلا خلاف. وأمّا القهري، كالأخذ بالشفعة فلا يملك حتى يقبض المشتري الثمن، أو يرضى بتأخيره على أحد القولين والصحيح يملك بذلك وبقضاء القاضي له

التملك القهري يحصل بالاستيلاء على ملك الغير كما في أموال الكفار، بخلاف الاختياري

التملك القهري على خلاف في اشتراط معرفة شروطه من الرؤية ونحوها، أمّا الاختياري يشترط فيه قطعاً

يغتفر في القهري مالا يغتفر في الاختياري، كالرد بالعيب وكذا الصيد في حق المحرم، ولا يملك ذلك كله في الاختيار

سابعًا: أقسام الملكية
باعتبار الاستقرار
وعدمه:

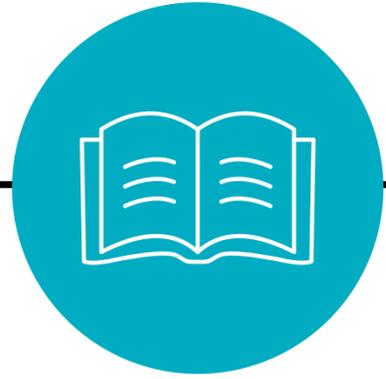


ملك غير مستقر:
وهو الذي يحتمل السقوط، كالأجرة قبل
استيفاء المنفعة، والثلث قبل قبض المبيع،
والمهر قبل الدخول.

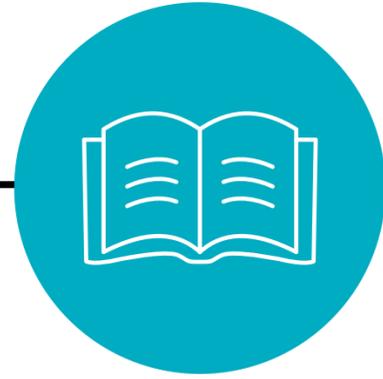


ملك مستقر:
وهو الذي لا يحتمل السقوط بتلف المحل، أو
تلف مقابله كثلث المبيع بعد القبض،
والصداق بعد الدخول.

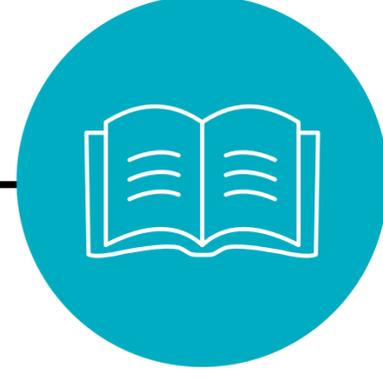
أبرز مؤلفات المعاصرين في نظرية الملكية:



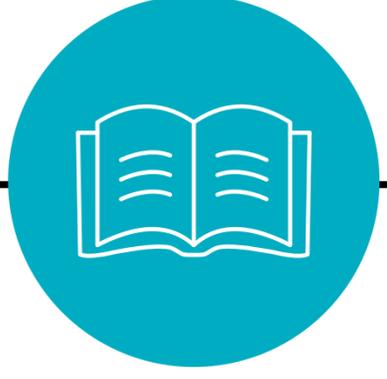
الملكية في الشريعة
الإسلامية للدكتور عبد
السلام العبادي.



الملكية ونظرية العقد في
الشريعة الإسلامية، لمحمد
أبو زهرة.

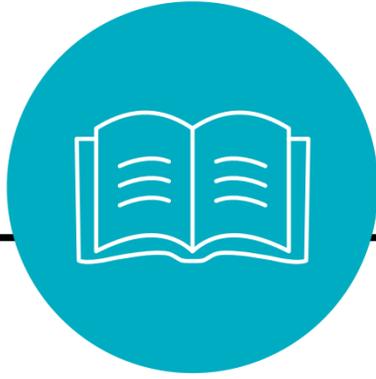


تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية
الملكية والعقود، لبدران أبو
العينين.

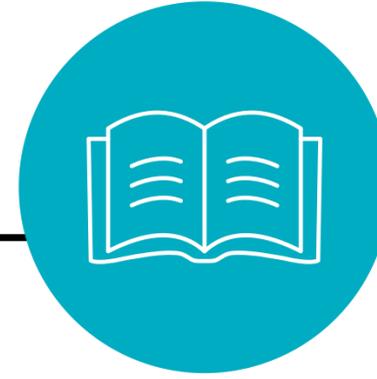


أحكام الملكية في الفقه
الإسلامي، لمحمد منصور
مدخلي.

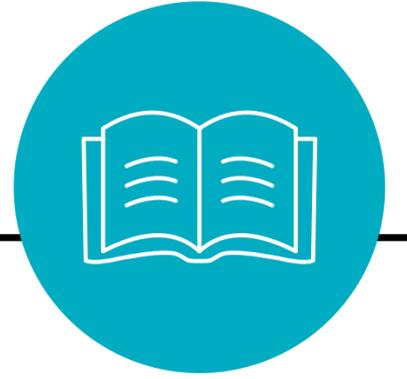
أبرز مؤلفات المعاصرين في نظرية الملكية:



الملكية في الشريعة
الإسلامية، للدكتور علي
الخفيف.



الملكية ونظرية العقد في
الشريعة الإسلامية، لأحمد
فراج حسين.



المال والملكية في الشريعة
الإسلامية، لمحمود
عبدالمجيد مغربي.

مناهج المؤلفين في نظرية الملكية

من اعتبرها نظرية مستقلة، ومن هؤلاء الزرقا.

من جعلها مقدمة لنظرية العقد، ولم يعتبروها نظرية مستقلة،
ومن هؤلاء الشيخ أبو زهرة؛
حيث كتب كتاباً في الملكية ونظرية العقد؛ وذلك لأن العقد
أحد أسباب الملك.

القانونيون فلا يعدون الملكية نظرية مستقلة، وإنما يتكلمون عنها
ضمن نظرية الحق فيجعلونها ركناً في هذه النظرية؛ لأن الملكية هي
محل الحق، ولذلك لا يقولون: نظرية الملكية، وإنما يقولون: حق
الملكية.

وخاصة ذلك:
إنه عند النظر في موضوع الملكية والكلام فيه، نجد أنه
موضوع يملك مكونات بحث النظريات الفقهية؛ ولذا ناسب
أن يتكلم عنه على أنه نظرية فقهية مستقلة.

الفرق بين التملك والإباحة، وملك المنفعة وحق الانتفاع:

ثمّ مسألة يجدر بنا الإشارة إليها، ولبحثها صلة بنظرية الملكية، وهي **بيان** الفروق بين الإباحة والتملك، وبين ملك المنفعة وحق الانتفاع، وحاصل ما قيل في بيان الفرق بينها ما يلي:

أولاً: الفرق بين الإباحة والتمليك:

الإباحة

الإذن باستهلاك الشيء أو باستعماله، فهي لا تجعله مملوكًا، بل دون التمليك. فلو أباح إنسان لآخر أن يأكل من طعامه، أو من ثمرة بستانه، لا يملك المباح له شيئاً من الطعام أو الثمرة، ولا يحق له أن يبيع، ولا أن يبيح لغيره، وإنما يحق له أن يأكل فقط، إذ لا يملك التمليك أو الإباحة إلا المالك، والمباح له ليس بمالك؛ وبهذا يعلم أن مجرد الإباحة من مالك لغيره ليست بهبة ولا إعارة، وإنما هي ترخيص وإذن. غير أنه إذا قامت الدلائل على أن المراد بها الهبة أو الإعارة فعندئذ تنعقد سبباً لتمليك العين أو المنفعة؛ كمن استهدى من آخر شيئاً، أو طلب إعارته، فأجابه بقوله: أبحثه لك فخذ، فإن الإباحة قد عبر بها عندئذ عن معنى الهبة أو الإعارة مجازاً؛ ومن القواعد المقررة: "أن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني".

أطلق الفقهاء لفظ " المباح " على معنيين:

المباحات الخاصة :

وهي الأشياء المملوكة ملكًا خاصًا، إذا أباح مالكه لشخص أن يستهلكه أو يستعمله، ومصدر إباحته مالكه، وإباحته بهذا المعنى لا تعني تملكه.

المباحات العامة :

وهي كل ما لم يدخل في ملك خاص، ولا مانع من تملكه شرعًا. مثل: حيوان الصيد، وحطب البوادي. ومصدر إباحتها هو الشرع الذي سوغ للناس عامة أن يملكوها بالإحراز المستوفى لشرائطه الشرعية، ومتى امتلكوها ساغ لهم أن يتصرفوا فيها تصرف الملاك من كل وجه.

أولاً: الفرق بين الإباحة والتمليك:

التمليك

تبعية تمكن المتبوع من الانفراد بالانتفاع بالمملوك،
وأخذ العوض عنه.

له حق التصرف فيه ما لم يوجد مانع شرعي.

ونخلص مما سبق أن الملك يكسب صاحبه حق التصرف في الشيء المملوك ما لم يوجد مانع شرعي،
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 وأنهار ومراعٍ ونحوها.

ثانيًا: الفرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع:

يفرق الفقهاء بين ملك المنفعة وحق الانتفاع، وخصاصة ما قيل في الفرق بينهما وجهان:

أن الانتفاع المحض حق ضعيف بالنسبة لملك المنفعة؛ لأن صاحب المنفعة يملكها ويتصرف فيها تصرف الملاك في الحدود الشرعية، بخلاف حق الانتفاع المجرد، لأنه رخصة لا يتجاوز شخص المنتفع.

أن سبب حق الانتفاع أعم من سبب ملك المنفعة، لأنه كما يثبت ببعض العقود كالإجارة والإعارة مثلاً، كذلك يثبت بالإباحة الأصلية، كالانتفاع من الطرق العامة والمساجد ومواقع النسك، ويثبت أيضاً بالإذن من مالك خاص. كما لو أباح شخص لآخر أكل طعام مملوك له، أو استعمال بعض ما يملك.

أما المنفعة فلا تملك إلا بأسباب خاصة، وهي الإجارة والإعارة والوصية بالمنفعة والوقف، على تفصيل وخلاف في بعض ذلك بين أهل العلم، يطلب في مظانه.

وعلى هذا فمن ملك منفعة شيء يملك أن يتصرف فيه بنفسه، أو أن ينقلها إلى غيره، ومن ملك الانتفاع بالشيء لا يملك أن ينقله إلى غيره، فالمنفعة أعم أثرًا من الانتفاع.



مثال مالك المنفعة
كمن استأجر دارًا أو استعارها، فله أن يؤجرها
من غيره أو يسكنه بغير عوض، ويتصرف في
هذه المنفعة تصرف الملاك في أملاكهم على
جري العادة، على الوجه الذي ملكه.



مثال حق الانتفاع:

سكنى المدارس، والرابطات والمجالس، في الجوامع،
والمساجد، والأسواق، ومواضع النسك، كالمطاف والمسعى
ونحو ذلك، فله أن ينتفع بنفسه فقط. ولو حاول أن يؤجر
بيت المدرسة أو يسكن غيره أو يعاوض عليه بطريق من طرق
المعاوضات امتنع ذلك.

أسباب الملكية

أسباب التملك عند الفقهاء:

ويراد بها المصادر التي بمقتضاها يتم اكتساب حق الملكية على شيء معين بالذات.

إحراز المباحات: وهو المال الذي لم يدخل في ملك محترم، ولا يوجد مانع شرعي من تملكه، مثل: صيد الحيوانات، وإحياء الموات؛ يعتبر صورة من صور الاستيلاء على المباح.

- يشترط في هذا التملك ألا يسبقه غيره في إحرازه؛ وأن تتوافر لدى من يحرز المباح النية في تملكه، فرامي شبكته لتجفيفها لا يعتبر مالكا للصيد ما لم ينو.

العقود: فالعقود الناقلة للملكية من سلطان شخص إلى غيره من أسباب التملك، مثل: البيع، الإجارة، المهر في النكاح؛ فمن باع منقولاً أو عقاراً يكون قد نقل ملكية المبيع إلى المشتري إذا توافرت فيه شروط صحة التصرف كالأهلية والاختيار، وحينئذ تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد التعاقد إلا في حالة لو اشترط على أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على أداء الثمن، فهنا تبقى الملكية للبائع إلى حين تحقق الشرط.

- يشترط أن تكون العين مملوكة للعاقدة مباحة النفع مقدوراً على تسليمها معلومة.

أسباب الملكية

أسباب التملك عند الفقهاء:

الْخَلْفِيَّةُ: وهي حلول شخص أو شيء غيره ويكون محله في الملكية، مثل: ثبوت الملك بسبب الضمان؛ كأن يتلف شخص مال غيره خلفه وجوب الضمان عليه، فملك ذلك الشخص للضمان ناشئ من هذا السبب.

كذلك الميراث والوصية؛ فهما يعتبران سبباً لانتقال الملكية، فالأول منهما جبري، بمعنى أنه لا يتوقف على قبول الوارث ولا يرد برده، ولا يؤثر فيه قصد المورث إلى حرمان ورثته؛ أما الثاني فإن ملكية الموصى به تنتقل إلى الموصى له بمجرد الموت، ولكنها ملكية غير مستقرة، بسبب خيار الموصى له في قبولها أو ردها، فإذا قبلها استقرت ملكيته على الموصى به، وإذا ردها عادت إلى التركة.

التولد من المملوك: فمن القواعد المقررة أن ما يتولد وينشأ عن المملوك مملوك، فلو ملك شخص شاة فإن ما تأتي به يكون ملكاً لذلك الشخص.

الشفعة: وهي حق تملك العقار المشفوع فيه من مالكة الجديد ولو جبراً عنه بما قام عليه من الثمن والتكاليف.

وقد صنف العلماء هذه الأسباب جملة من التصنيفات باعتبارات مختلفة:

باعتبار الشخص الذي تؤول إليه الملكية إلى:

ما كان بعمل شرعي؛
كالتجارة والصناعة والزراعة.
ما كان بحكم شرعي؛ كالزكاة والإرث.
ما كان بإرادة الغير؛ كالهبة والصدقة والوصية.

باعتبار الصيغة إلى:

أسباب فعلية؛ كالاستيلاء على المباح.
أسباب قولية؛ كما في العقود في أكثر صور انتقالها.
أسباب اعتبارية؛ كما في الميراث فسبب ليس من باب القول، ولكنه حالة خاصة اعتبرها الشارع سبباً لوراثة المال عن الميت.

باعتبار الصفة الأصلية إلى:

أسباب منشئة؛ كالإحياء والصيد
أسباب ناقلة؛ كما في العقود والميراث

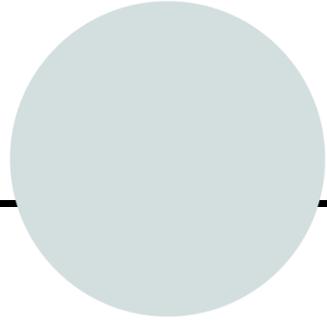
باعتبار وجود الإرادة وعدمها إلى:

أسباب اختيارية: وهي ما كان الإنسان مختاراً في إيجادها كما في الاستيلاء على المباح وسائر العقود.
أسباب جبرية: وهي ما ليس للإنسان فيها اختيار كما في الميراث والمتولد من المملوك.

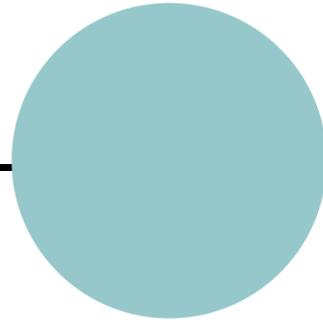


التصرف في الملك وآثاره

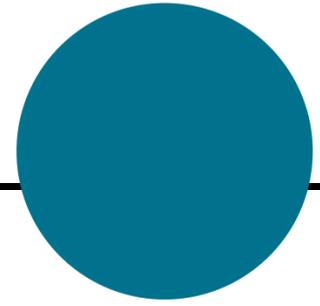
إن الأصل في الملك أحقية التصرف للمالك فيما يملكه كما يشاء، لأن ذلك مقتضى الملكية، ويستثنى من ذلك:



إذا كان المال قد يتعلق به حق للآخرين:
مثل: الرهن فلا يحق للراهن أن يتصرف
في المال المرهون بدعوى أنه ملكه،
لتعلق حق المرتهن به.



التصرفات المحرمة:
مثل: التجارة بالخمور، والتعامل بالربا،
وما فيه ضرر للآخرين.



عدم أهلية المالك
مثل: كونه صغيراً أو مجنوناً أو
محجوراً عليه، فلا ينفذ تصرفه.

أبرز آثار الملكية

أخذ العوض:

فله أخذ العوض عما يملكه سواء بالثمن، أو الأجرة أو الضمان، ويعرف أخذ العوض بالاستغلال عند القانونين.

حق التصرف:

فيتمكن من البيع والشراء والتأجير والرهن كل أنواع التصرفات.

الانتفاع:

فإن المالك يحق له أن ينتفع بما يملكه وهو ما يعرف عند القانونيين بالاستعمال.

نزع الملكية

الأصل أنه متى ملك الإنسان شيئاً ملكاً تاماً لسبب من الأسباب السابقة، لا يجوز أن يُنتزع منه ما ملكه إلا برضاه، ولكن قد توجد دواع تدعو إلى انتزاع الملك جبراً، ويمكن حصر هذه الدواعي في الحالات التالية:

الحالة الأولى:

نزع الملك لقضاء دين على صاحبه قد امتنع عن أدائه ظلماً ومظلاً، فحينئذ يحكم القاضي بالحجر على أمواله لإيفاء الدين منه، فإن لم يكن في أمواله شيء من جنس الدين باع الحاكم من أمتعته بقدر ما يفي به الدين، ويبدأ البيع بالأيسر فالأيسر على المدين.

الحالة الثانية:

نزع الملك لمنافع عامة، كحفر الأنهار، وفتح الطرق والشوارع وتوسيعها وتوسيع المساجد وغير ذلك مما خصص للمنفعة العامة، فإذا احتيج إلى ملك شخص لشيء مما ذكر وامتنع المالك من إعطائه مختاراً بالثمن الذي تقدره الحكومة، يحكم القاضي بنزع ملكه جبراً مقابل ثمن يقدره الخبراء العادلون.

نزع الملكية

الحالة الثالثة:

أن يمتنع المالك للطعام عن بيعه للناس ويحتكره في حين احتاج الناس إليه، ففي هذه الحالة يبيع الحاكم ماله جبراً دفعاً للضرر عن الناس، ويلحق بذلك التسعير.

الحالة الرابعة:

الشفعة، وهي من الأمور التي تفيد المِلك، ومعناها شرعاً: تملك العقار المبيع كله أو بعضه، جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والمصاريف. والحكمة من مشروعيتها: دفع الضرر الدائم عن الشفيع الذي ربما ينشأ من المشتري بسبب سوء المعاشرة والمعاملة.

الفروق بين نظرية الملك في الفقه الإسلامي والقانون

نظام الملكية إنما يعني خاصة نظام الأموال التي هي عصب الحياة، إذ هو بصفة عامة تحديد لمدى اختصاص كل فرد من أفراد المجتمع بما يقع تحت سيطرته من قيم مالية، واستغلاله لها بالاستعمال، ولمدى ما يلقي على عاتقه من أعباء، وما يفرض عليه من ضوابط تتعلق بهذه السيطرة وتقتضيها المصلحة العامة.



وهنا يطرح سؤال: ما الفرق في نظرية الملكية بين الفقه الإسلامي والقانون؟

أولاً معنى الملكية

تبعية تمكن المتبوع من الانفراد بالانتفاع بالمملوك، وأخذ العوض عنه،
والتصرف فيه إلا لمانع شرعي.

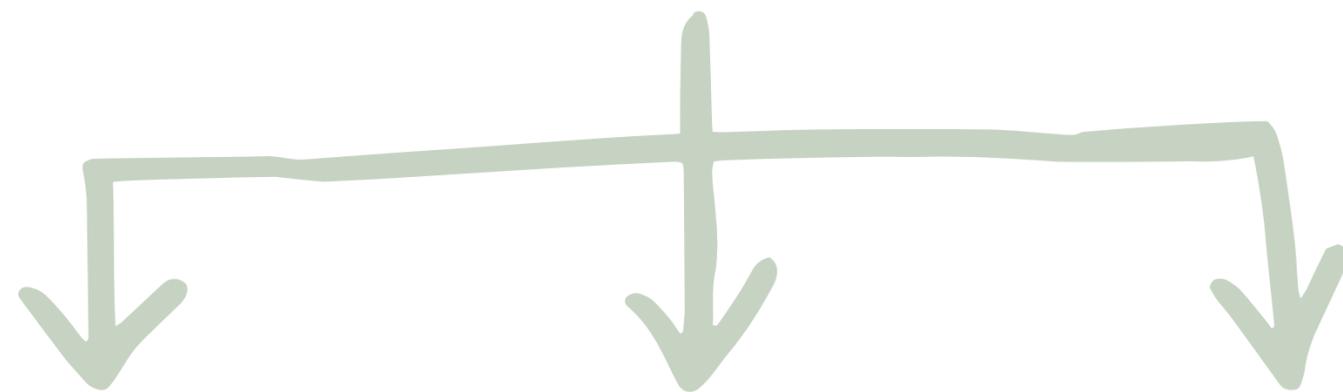
عند الفقهاء:

هو الحق الذي يخول صاحبه سلطة مباشرة على شيء مادي معين
بالذات، يستطيع بمقتضاها استعمال هذا الشيء واستغلاله والتصرف
فيه

عند القانونيين:

فيلتقي المعنيان في الاختصاص بالأشياء و الانتفاع منها و التصرف فيها، و يفترقان من حيث
الضوابط، فالملكية في الشريعة الإسلامية تختلف ضوابطها عن الملكية في القوانين الوضعية. 

يُلاحظ عدة فروق منها:



الفرق الأول:

يرى الفقهاء أن الملكية تتمتع بمكونات بحث النظريات الفقهية. بخلاف القانونيين فانهم يرون أن الملكية ليست نظرية، بل يجعلونها من أجزاء نظرية الحق.

الفرق الثاني:

أن فقهاء الشريعة يفرقون بين ملك المنفعة وحق الانتفاع، فملك المنفعة يجوز الإعتياض عنه بخلاف حق الانتفاع. ومن أمثله: الوقف: فإن الموقوف عليهم لا يملكون العين وإنما يملكون المنفعة، ويجوز لهم الإعتياض عنها بتأجير العين الموقوفة، فإذا كان هناك وقف لعمارة هي موقوفة لأبناء زيد فإنهم يؤجرونها ويأخذون الأجرة؛ لأنهم ملكوا المنفعة، بخلاف حق الانتفاع فإن صاحب هذا الحق لا يملك الإعتياض عنه. ولا شك أن نظرة الفقهاء في التفريق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع هو المتعين وأن طريقة القانونيين في عدم التفريق طريقة خاطئة.

الفرق الثالث:

من حيث أسباب الملكية: فإن أسباب الملكية عند الفقهاء على أربعة أنواع: إحراز المباحات، والعقود، والخلفية، والتولد من المملوك.

بخلاف أسباب الملكية عند القانونيين، فإنها ستة:

الاستيلاء، أي: إذا استولى على مال. الحيازة: مثل لو حاز الماء من البئر، وهذه عند الفقهاء تجمعها: إحراز المباحات، والفقهاء قالوا: إحراز المباحات بحيث يحترز من الغصب؛ فإنه ليس سبباً من أسباب الملكية، بخلاف كلمة القانونيين: إن الاستيلاء سبب للملك. العقود، الوصية، فالوصية عند القانونيين سبباً مستقلاً، والفقهاء منهم من يقول: إن الوصية هذه من العقود؛ لأنه لا بد من قبول من الموصى له. الميراث، الالتصاق. و الالتصاق وإن لم يكن تكلم عنه الفقهاء كسبب من أسباب الملكية إلا أنهم تناولوه عند كلامهم في الشفعة، للتشابه بينهما. وبهذا نجد أن كلام الفقهاء في أسباب الملك أقوم وأسد من كلام القانونيين.

الفرق الرابع:

طبيعة الدراسة:
عند الفقهاء: دراسة نظرية تطبيقية؛ لذلك يجد الإنسان من الفروع الفقهية التطبيقية المتعلقة بالملكية عند الفقهاء الشيء الكثير، ومن هنا نجد تفاصيل دقيقة عند علماء الشريعة في باب الملكية لا نجدها عند القانونيين.
أما عند القانونيين: دراسة نظرية تتعلق بالتأطير النظري لأموال الملكية شروطاً وأركاناً وضوابط.

الفرق الخامس:

على ما تقع الملكية:
الملكية عند الفقهاء تكون في الأموال، والأعيان، والمنافع، والحقوق، والديون. بينما القانونيين لا تكون إلا للأعيان المالية.
ومن هنا فإن كلام الفقهاء يشمل بعمومه الملكية الفكرية، وملكية الاسم التجاري، وملكية مواقع الشبكة في الإنترنت بخلاف الملكية عند القانونيين فإنها لا تشمل هذه الصور؛ لأنها ليست أعياناً مالية.

الفرق السادس:

الجانب التعبدي أن الدراسة الفقهية فيها إشارة إلى جوانب التعبد، وجعل العلاقة بين الخالق والمخلوق مؤثرة على ما يتعلق بأحكام الملكية، بخلاف الدراسات القانونية فإن جانب التعبد ليس فيها ظاهراً.

أخيرًا فإن موضوع الملكية موضوع فيه تفاصيل كثيرة، وفيه أحكام فقهية عديدة، وهذا يجعلنا نؤكد على أن نظرة الفقهاء الذين جعلوا الملكية نظرية مستقلة أولى من أولئك الذين جعلوها سببًا أو جعلوها جزءًا من نظريات أخرى، كمن جعلها مما يدخل في نظرية العقد؛ لأن العقد أحد أسباب الملكية، أو أدخلها في نظرية الحق؛ لأن الملكية محل للحق.

بعد المقارنة بين الدراسة الفقهية والدراسة القانونية في تفاصيل هذه النظرية يتبين تفوق الدراسات الفقهية في هذا الجانب، ونجد فيها من التفاصيل ما لا نجده في كلام القانونيين، والطريقة التي سار عليها الفقهاء أولى من طريقة القانونيين.

نلخص ما تم تناوله في هذه المحاضرة من خلال الأسئلة التالية:

3

2

1

6

5

4

نلخص ما تم تناوله في هذه المحاضرة من خلال الأسئلة التالية

ما هي أسباب التملك عند
الفقهاء؟

عددي أركان الملك؟

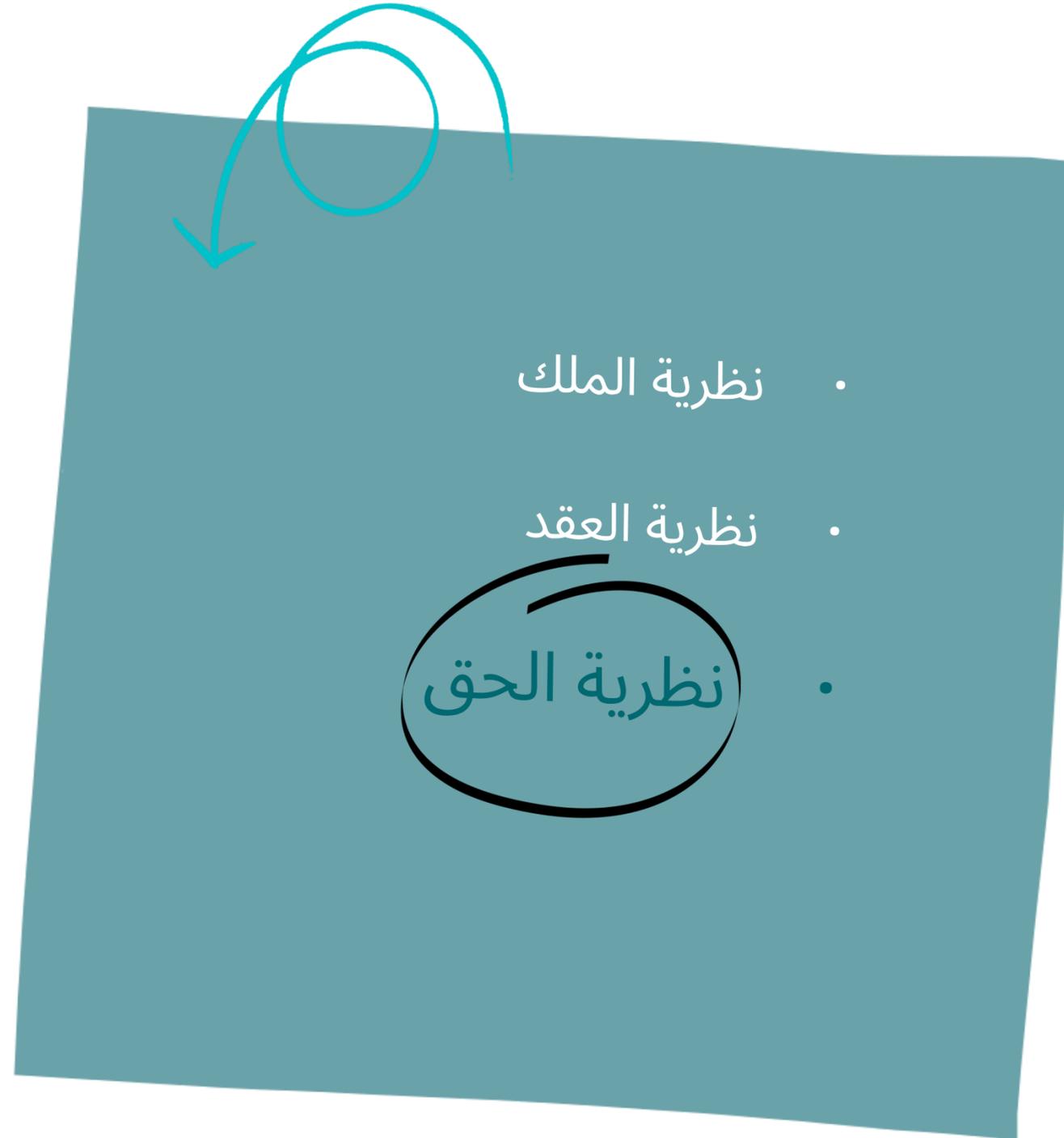
ماهي نظرية الملك؟

ماهي أقسام الملكية باعتبار
الاستقرار وعدمه؟

اذكري أبرز مؤلفات المعاصرين في
نظرية الملك؟

أطلق الفقهاء لفظ المباح على
معنيين ما هما؟

نظرية الحق



• نظرية الملك

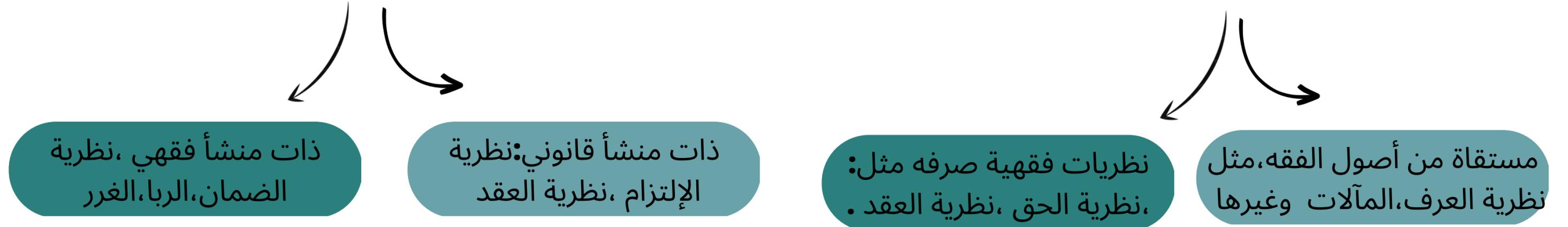
• نظرية العقد

• نظرية الحق

من خلال ماتم دراسته نظرياً، سنذكر أقسام النظريات الفقهية باعتباراتها المختلفة ،

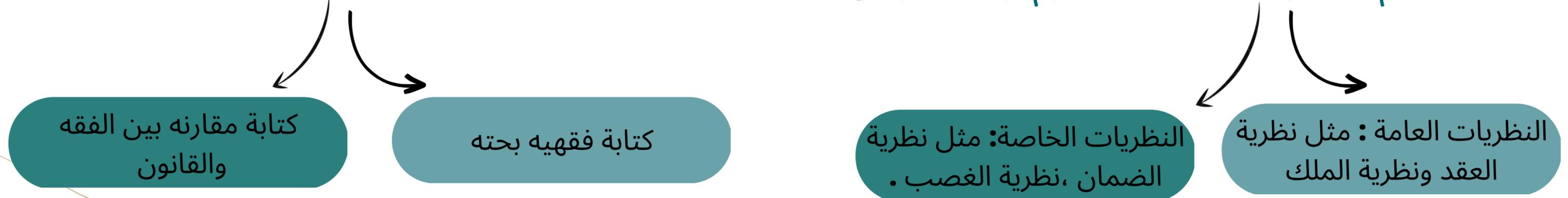
تنقسم النظرية الفقهية بعدة اعتبارات:
أولاً: أقسام النظرية الفقهية باعتبار موضوعها

ثانياً: أقسام النظرية الفقهية باعتبار منشأ موضوعاتها:



ثالثاً: أقسام النظرية باعتبار العموم والخصوص :

رابعاً: أقسام النظرية باعتبار طريقة الكتابة



باعتقادك في أي قسم من هذه الأقسام تندرج نظرية الحق ؟

أهم ماسنتناوله في محاضرة اليوم من نظرية الحق :

- تعريف الحق والألفاظ ذات الصلة.
- مصادر الحق عند الفقهاء
- أركان الحق
- أقسام الحقوق
- شروط الحق وطرق إثباته
- أحكامه
- نقل الحق
- إنقضاء الحق
- الفرق بين الحق عند الفقهاء والقانونيين

معنى الحق

لغة: ضد الباطل ويطلق على معاني كثيرة

ثبت ووجب كما في قوله تعالى (لقد حق القول على اكثرهم فهم لا يؤمنون)

العدل كما في قوله (والله يقضي بالحق)

النصيب المحدد الواجب كما في قوله تعالى (والذين في اموالهم حق معلوم للسائل والمحروم)

الصدق كما في قوله تعالى (قوله الحق وله الملك)

معنى الحق لدى الفقهاء :

قال بعض القانونيين ان علماء الشريعة لم يعنوا بتعريف الحق وفي هذا نظر فأن علماء الشريعة لازالو يستعملون هذا اللفظ في معان محددة.

وللفقهاء ثلاث مناهج في تعريف حقيقه الحق:

المنهج الثالث: (جعل الحق علاقه بين شيئين فيه مصلحة لاحد الطرفين) مثل حق الزوج وحق الاب

(عدم الالتفات للاختصاص والنظر الى تحويل الانسان للانتفاع المنفعه التي تخول لصاحبها الانتفاع بها شرعا مثل حق المرور بالطرق اتحق الانتفاع بالمرافق العامه

(ملاحظه معنى الاختصاص في الحق) المصلحه التي تختص بصاحبها شرعا

ما الفرق بين المنهج الاول والثاني ؟

المنهج الاول المصلحه.

المنهج الثاني المنفعه .



ان المصلحه ثمرت الحق وليست الحق بذاته كما انه ليس بالضروره ان تكون هناك
مصلحه لصاحب الحق

اما المنهج الثاني فشتمل على كل منفعه سواء كانت خاصه بصاحبها او شاركها فيها غيره فقد
وردت احاديث تبين ان الحق اعم واشمل مثل قوله :صلى الله عليه وسلم ((اعطو الطريق حقه
بينما الطريق ليس ملكا لاحد ولا يملك هو ، لانه منفعه مشتركه بين الناس
اما المنهج الثاني حصر الحق في المنفعه ومن الحقوق ماليس منفعه لصاحبها مثل الولاية .

والمنهج الثالث ايضا حصر المنفعه بين اثنين والحق اوسع من ذلك.



تعريف الحق لدى القانونيين :

اختلف القانونيين في ماهية الحق بسبب الاختلاف في النظر في العنصر الجوهرى المؤثر في الحق نفسه.

ولهم اربع مناهج:

يرون ان الحق صفة يتصف بها صاحبها ، وهي قدره او سلطه اراديه تثبت للشخص يستمدّها من القانون مثل حق التصرف في المال

المنهج
الشخصي

ينظرون الى العنصر المادي او الموضوعي وهو المصلحة او المنفعة ، وهي المصلحة التي يحميها القانون مثل ثبوت حق الحضانه للام

المنهج
الموضوعي

المنهج
المختلط

يحاول التوفيق بين المنهجين السابقين وهي ان
الحق قدره اداريه لتحقيق مصلحه يحميها القانون

المنهج
الحديث

الحق ميزه يمنحها القانون لشخص يتصرف بمقتضاها في
العمال مثل الامور الماليه.

التعريف المختار

تعريف الشيخ الزرقا: اختصاص يقرر به الشرع، يقتضي سلطة أو تكليفاً.

أولاً: عنصر الاختصاص، وهو علاقة تشمل من الحقوق ما كان مالياً كاستحقاق الدين في الذمة، وما ليس مالياً كحق الولي في الولاية، ولأن كلها حقوق وجب أن يشملها التعريف. والاختصاص يقتضي نسبة الحق للمختص، إذ لا معنى للاختصاص بدون وجود ميزة ممنوحة لصاحبه وممنوعة عن غيره.

ثانياً: إقرار الشرع لهذا الاختصاص شرط للاعتراف بالحق وما ينبني عليه من تخويل السلطة أو التكليف؛ لأن ما اعتبره الشرع حقاً هو الحق وما لا فلا.

ثالثاً: أما السلطة، فلأن الحق قد يخول لصاحبه سلطة وهي

الفرق بين الحق والألفاظ ذات الصلة

ناشئة عن إذن عام بخلاف الحق فهو ناشئ عن سبب

الحرية

الرخصة مرتبة وسط بين الحرية والحق، فحق الشخص في أن يملك هو: رخصة -
الرخصة استثناء من قاعدة عامة لسبب خاص ناتج من دليل شرعي خاص أما الحقوق
فلها أسباب عامة.

الرخصة

الواجب هو التزام اما الحق فهو سلطه

الواجب

الفرق بين الحق والألفاظ ذات الصلة

الحق أثر للحكم؛ فبين الحق والحكم علاقة المسبب بالسبب. ، مثال: الواجبات من الأحكام ونشأت عنها الحقوق -الأحكام يطالب بها العبد ويحرم عليه التهاون فيها، بخلاف الحقوق له إسقاطها

الحكم

العقد سبب من أسباب الحقوق

العقد

الذمم هي محال الحقوق.

الذمه

مصادر الحق عند الفقهاء:

منشأ الحق وسببه الاساسي هو الشرع



1

المصدر الأول: أدلة الشريعة وقواعدها، ومثاله: حق الوالدين، فإن مصدره الكتاب والسنة، فقد قال تعالى: (وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا يَٰهٗ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا)، ومن ذلك أيضاً: الأمر بالإنفاق على القريب.

2

المصدر الثاني: العقود، فإن كان هناك عقد بين اثنين، ترتب عليه حقوق لكل واحد منهما، ومثاله: عقد الزواج، فإنه ينشئ حق النفقة للزوجة والتوارث بين الزوجين وغير ذلك. وعقد البيع ينشئ ملك البائع للثمن والمشتري للمبيع.

3

المصدر الثالث: الإرادة المنفردة أو الالتزام: فإنه إذا التزم إنسان بشيء ترتب على ذلك الالتزام عدد من الحقوق، كالوعد بشيء والنذر.

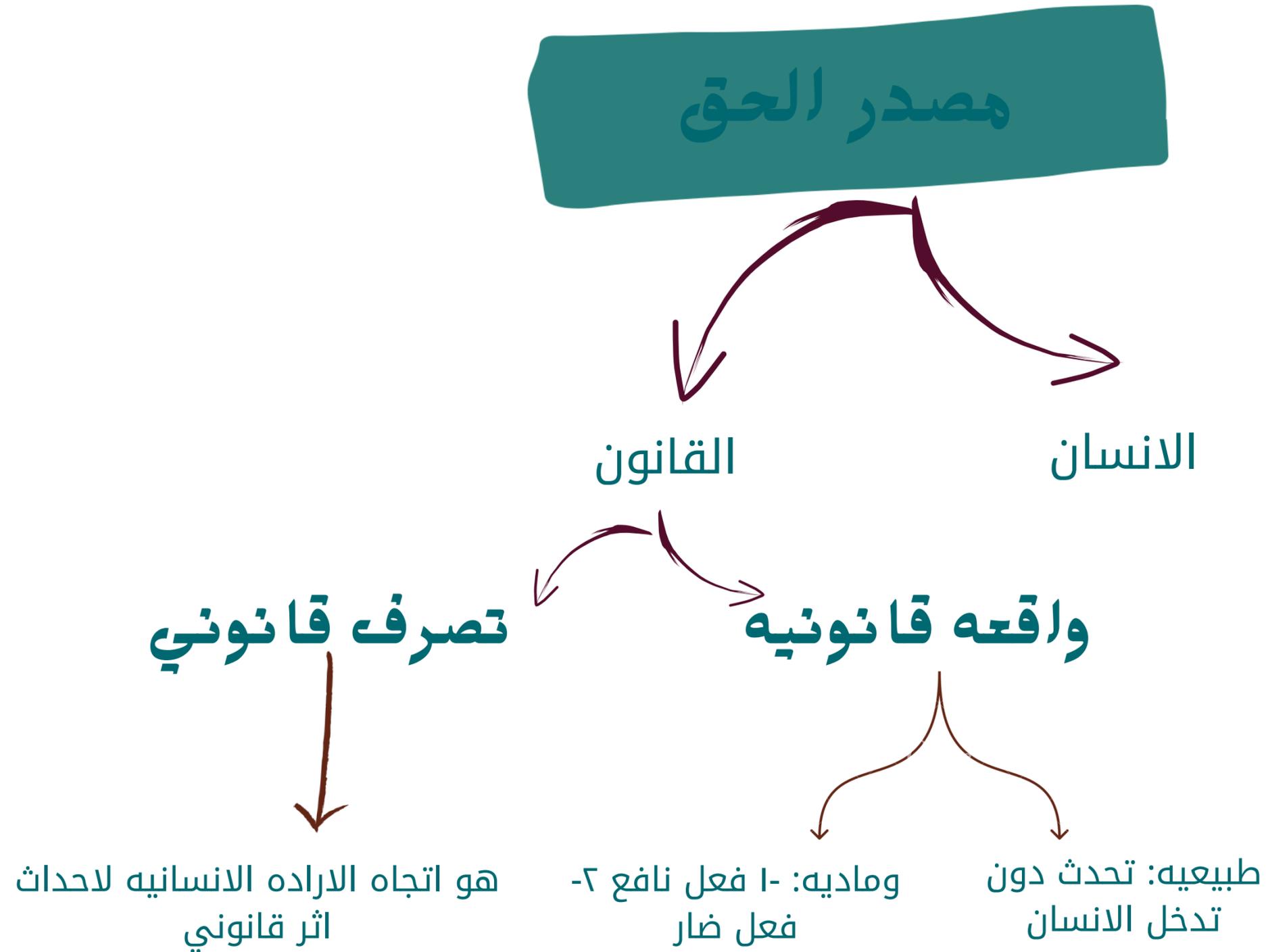
4

المصدر الرابع: الفعل النافع، كأداء دين يظنه الشخص على نفسه، ثم يتبين أنه كان بريئاً منه، أو أداء دين الغير بأمره، أو شراء شيء ثميتبين أنه ملك الغير، فيجوز لصاحب الحق الرجوع على الآخر بالدين، لعدم استحقاق الآخر له.

5

المصدر الخامس: الفعل الضار، كالتزام المتعدي بضمان الشيء الذي أتلفه أو غصبه

مصادر الحق عند القانونيين:



أركان الحق

صاحب الحق؛

محل الحق؛

من عليه الحق؛



اقسام الحق باعتبارات فقيهه

أولاً: باعتبار محل الحق

اولا :الحقوق المالية وغير المالية:
الحقوق المالية:

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

والحقوق غير المالية:

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

أولاً: باعتبار محل الحق

ثانياً: الحق الشخصي والحق العيني

الحق الشخصي:

وهو "ما يقره الشرع لشخص على آخر، بحيث يثبت في ذمته"
وهو إما يكون:

1. قيام بعمل ما، كقيام البائع بتسليم المبيع للمشتري.
2. امتناع عن العمل، كالامتناع عن استعمال الوديعة، والأمانة، والامتناع عن إضرار الآخرين.

الحق العيني:

وهو "ما يقره الشرع لشخص على شيء معيّن بالذات"، ويكون في الأشياء سواء كانت مادية أو غير مادية والمقصود بالأشياء: هو ما له كيان مستقل، سواء كان مادياً كقطعة الأرض، والحيوان، وغيرها، أو كان معنوياً كأفكار المؤلفين، العلامة التجارية.

أولاً: باعتبار محل الحق

ثالثاً: الحق المجرد وغير المجرد:

الحق المجرد أو المحض: وهو "الذي لا يترك أثراً بالتنازل عنه"، بل يبقى محل الحق عند المكلف بعد التنازل كما كان قبل الحق، مثال: حقالشفعة، فإذا أسقط الشفيع حقه في الشفعة، كانت ملكية المشتري للعقار بعد التنازل عن الشفعة هي بعينها قبل التنازل.

الحق غير المجرد: وهو "الذي يترك أثراً بالتنازل عنه"، مثاله: حق القصاص، فإنه يترك أثراً بالتنازل عنه، فيتغير فيه الحكم، فيصير القاتلمعصوم الدم بعد أن كان مباح الدم.

باعتبار صاحب الحق

1. حق لله عز وجل، كالعبادات.
2. حق للعبد، حق المالك في ملكه، حق حفظ الأموال.
3. حق مشترك: وهو ما اجتمع فيه حق الله وحق العبد، لكن منها ما يغلب فيه حق الله كعدة المطلقة: إذ فيها حق لله وهو صيانة الأنساب منالاختلاط، وحق للعبد وهو المحافظة على نسب أولاد الزوج، لكن يغلب حق الله لكونه أعم، ومن الحقوق المشتركة ما يغلب فيها حق العبد كحقوق القصاص، إذ فيه حق لله بتطهير المجتمع من جريمة القتل، وحق للعبد بشفاء غيظه وتطيب خاطره، وهو الغالب.

باعتبار وجود المؤيد القضائي وعدمه

1. حق قضائي: لا يثبت إلا بحكم الحاكم.
2. حق ديانتي: يثبت بواسطة حكم الشرع ابتداءً ولو لم يقض قاض بذلك الحق.

باعتبار قابليته للإسقاط وعدمه

1. حقوق يملك أصحابها إسقاطها، مثل: حق النفقة والمبيت للزوجة، حق الشفعة وحق الخيار في البيع، حق القصاص.
2. حقوق لا يملك أصحابها إسقاطها، مثل حق الوارث في الورث، إذ تنازله عنها لا يعد إسقاطاً بل هبة.

باعتبار التعيين وعدمه

1. حق عيني: "ما نظر الشارع فيه إلى الفاعل"،
مثاله: حق الله في أداء العبد للصلاة.
2. حق كفائي: "ما نظر الشارع فيه إلى الفعل"،
فإذا قام به من يكفي سقط الطلب عن بقية
المكلفين"، مثاله: حق المستفتين على العلماء
فيالفتوى في النوازل.

باعتبار التحديد والتقدير و عدمه

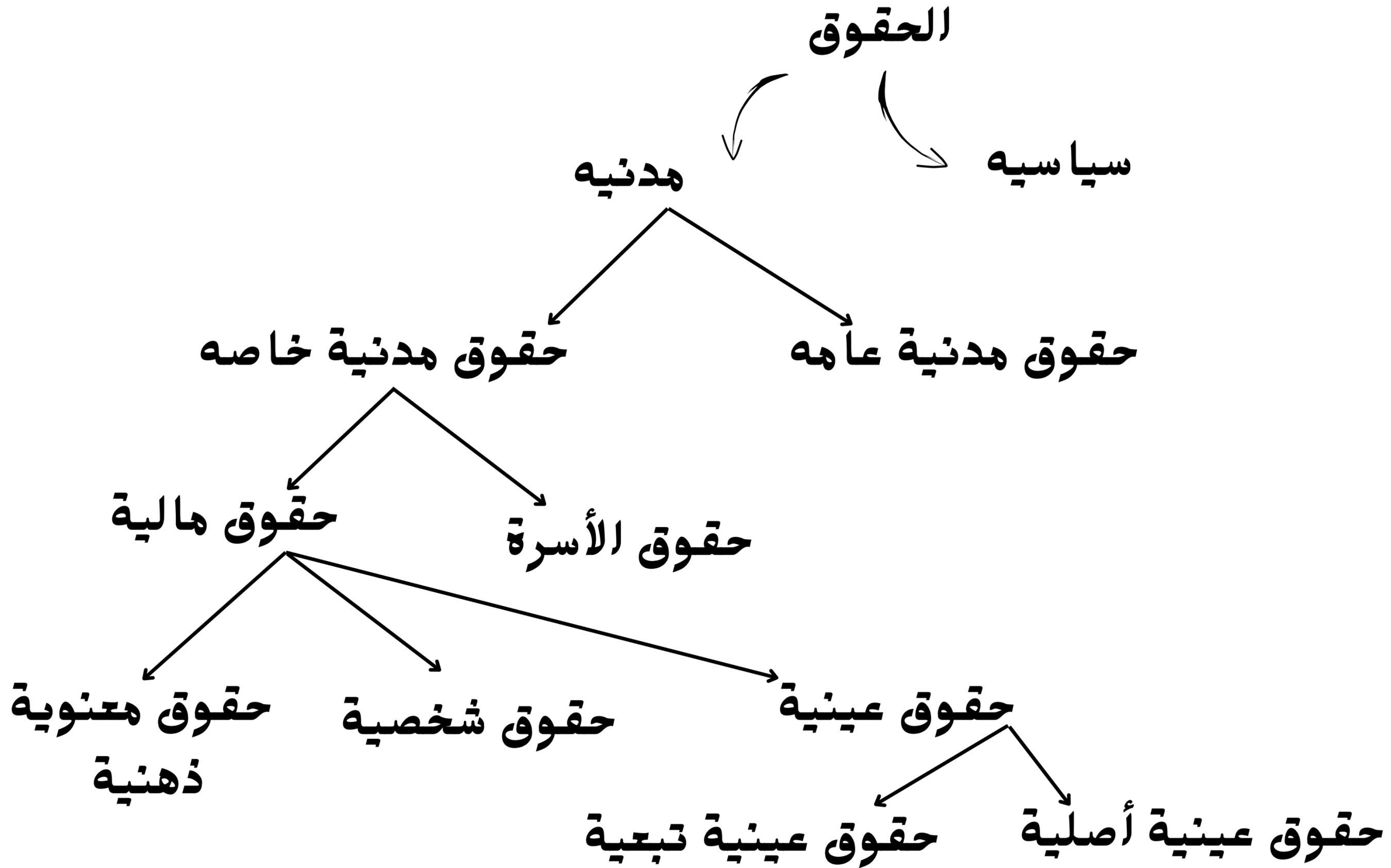
1. الحق المحدود: "الذي بيّن الشرع أو الالتزام أنه مقدر" مثاله: الفرائض الخمس من الصلوات، مقادير الزكاة، أثمان المشتريات.
2. الحق غير المحدود: "الذي لم يعيّن الشرع أو الالتزام مقداره مع وجود التكليف به" مثاله: نفقة الأبناء والأقارب، الصدقات لسد حاجة المحتاجين.

باعتبار الإرث وعدمه

1. الحقوق التي تورث، مثل: حقوق الملكية.
2. الحقوق التي لا تورث، مثل: حق العالم في الفتوى.
3. الحقوق التي وقع الاختلاف في توريثها، كحق المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة، فالجمهور على أنه حق يورث، والحنفية يقولون لا تورث.



اقسام الحق باعتبار قانوني



شروط الحق

يُشترط في الحق اهران

مشروعية ذلك الحق:

فإن لم يكن مشروعًا، فإنه لا يثبت الحق، ومن أمثلته: ما لو أمر الوالد ولده بعدم القيام بواجب من الواجبات الشرعية كالزكاة، أو أمر الزوج زوجته بالأُ تغطي وجهها، لم تلزم طاعته؛ وذلك لأن هذا الحق لم تثبت مشروعيته، ولذلك لا يكون حقًا صحيحًا

ثبوت الحق

بأن يكون الحق له سبب صحيح يؤدي إلى إثباته، فلو جاء إنسان لآخر، وقال: أعطني نفقة؛ لأنني في سن والدك، لقلنا له: لم يثبت الحق هنا؛ لعدم وجود سببه

طرق إثبات الحق

طرق إثبات الحق متعددة ومختلفة، ولذلك يخصصونها بنظرية مستقلة يسمونها بـ (نظرية الإثبات)، وهذه الطرق لا تنشئ حقًا جديدًا، وإنما توثق الحقوق الثابتة، وتكون دليلًا على وجودها، ولا يلزم توافق الحق، وطريق إثباته في وقت وجودها، وهي:

أولاً: الإقرار



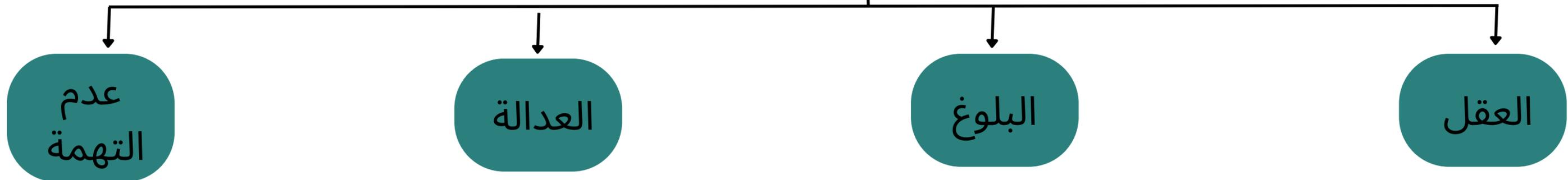
وهو إخبار عن ثبوت حقٍّ للغير على المخبر.
يعتبر من أقوى وسائل الإثبات؛ لكنه حجة قاصرة لا تشمل إلا المقر فقط
▶ اللفظ. ▶ الكتابة. ▶ لإشارة بالنسبة للأخرس.
▶ السكوت بالنسبة للمسائل التي تحتاج من الإنسان إلى بيان فيسكت عن البيان فيها.

ثانياً: الشهادة



وهي الإخبار عن ثبوت حقٍّ على الغير في مجلس القضاء.
وتحُمَلُ الشهادة من فروض الكفاية، وأداؤها من فروض الأعيان؛
ويعتبر حجة متعددة.

يشترط في الشاهد



ثالثاً: اليمين

وهو الحلف أو القسم بالله تعالى؛ لإثبات حقٍّ للإنسان على غيره، يُشترط فيها:

- ▶ أن تكون بالله تعالى.
- ▶ أن تكون مبنية على العلم.



رابعاً: القرائن

وهي أمور محتفة بالخصومات، تشهد لأحد الخصمين على الآخر، من أمثله: الاستدلال بوجود العداوة بين المتخاصمين، ووجود اللوث؛ لإثبات حق أحد المتخاصمين على الآخر.

ومما يدخله العلماء في القرائن:

الشاهد العرضي: وهي الظروف المحيطة بالدعوى كالحيازة، ووجود آثار أحد الخصمين على محل النزاع.

الوسم: وهي علامة تُوضع على جسم الحيوان بعد كيه بحديدة محماة، يقصد بها تمييز مالك الحيوان وقبيلته.

القيافة: وهي استطلاع أوجه الشبه بين أعضاء شخصين أو آثار أقدمهما.

خامساً: الرجوع إلى أهل الخبرة

كالرجوع إليهم في تقويم المتلفات، والرجوع إلى أهل الطب فيما هو متعلق بالطب.



سادساً: الكتابة

ويدخل فيها جانبان

الجانب الثاني: كتابة أصحاب الحقوق، كالوصية والكتابات والسندات الموثقة.

الجانب الأول: كتابة القاضي إلى القاضي سواء أكانت بإثبات شهادة، أو كانت للإخبار بحكم سابق في المسألة.

أحكام الحق

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

1 - مشروعية استيفاء الحق، والمطالبة به:

لصاحب الحق أن يستوفي حقه بكل الوسائل المشروعة؛ فإذا استوفاه فإنه لا يلحقه حرج بذلك، بل هو مما يثبت له شرعاً، والاستيفاء نوعان، هما:

أ. استيفاء حق الله تعالى:

في العبادة: يكون بأدائها على الوجه الذي رسمه الله تعالى للعبادة إما في الأحوال العادية (العزيمة)، أو في الأحوال الاستثنائية (الرخصة) مثل قصر الصلاة، وإباحة الفطر في رمضان للمريض والمسافر، والتيمم بالتراب بدل الماء أثناء المرض أو فقد الماء، والنيابة في الحج للعاجز عنه، وإباحة النطق بالكفر مع اطمئنان القلب بالإيمان حال الإكراه عليه. **فإن امتنع الشخص عن أداء العبادة:** فإن كان الحق مالياً؛ كالزكاة أخذه الحاكم جبراً عنه ووزعه في مصارفه الشرعية. وإن كان غير مال حمله الحاكم على فعله بما يملك من وسائل إن ترك الحق ظاهراً، وإلا عاقبه الله في الدنيا بالمحن والآلام، وفي الآخرة بالعذاب الأليم.

واستيفاء حق الله تعالى في منع الجرائم والمنكرات: يكون بامتناع الناس عنها، فإن لم يكفّ الناس عنها، كان حق الله إقامة العقوبة، ويستوفيها ولي الأمر أو نائبه بعد إصدار الحكم القضائي بها منعاً من التظالم وإثارة الفتن والعداوات، وشيوع الفوضى وانهيار المجتمع.

1 - مشروعية استيفاء الحق، والمطالبة به:

لصاحب الحق أن يستوفي حقه بكل الوسائل المشروعة؛ فإذا استوفاه فإنه لا يلحقه حرج بذلك، بل هو مما يثبت له شرعاً، والاستيفاء نوعان، هما:

ب - استيفاء حق الإنسان (العبد):

يكون بأخذه من المكلف به باختياره ورضاه، فإن امتنع من تسليمه، ففيه حالتان:

1- إن كان الموجود تحت يده عين الحق؛ كالمغصوب والمسروق والوديعة، أو جنس الحق؛ كأمثال العين المغصوبة عند هلاكها، ولكن ترتب على أخذه من قبل صاحب الحق نفسه فتنة أو ضرر في الحالتين، أو كان الموجود تحت يده من خلاف جنس الحق مطلقاً؛ ليس لصاحب الحق باتفاق الفقهاء استيفاءؤه بنفسه، وإنما بواسطة القضاء.

2- أما إن من وجد عين حقه عند آخر مالا أو عروضاً (سلعاً) وكان مماطلاً في رده أو جاحداً الدين، فيباح له باتفاق الفقهاء أخذه ديانة لا قضاء للضرورة، عملاً بالحديث السابق: {مَنْ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ عِنْدَ رَجُلٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ وَيَتَّبِعُ الْبَيْعُ مَنْ بَاعَهُ}.

2 - حماية الحق:

قررت الشريعة حماية الحق لصاحبه من أي اعتداء بأنواع مختلفة من المؤيدات منها:

- 1 المسؤولية أمام الله
- 2 والمسؤولية المدنية
- 3 وتقرير حق التقاضي.

أ- فالعبادات التي هي نوع من حقوق الله تعالى حماها الشرع بوازع الدين ودافع الإيمان القائمين على الرهبة من عذاب الله، والرغبة في ثوابه ونعيم الدنيا. ولذا كثيراً ما بدئت آيات القرآن في التكاليف الشرعية بوصف الإيمان: (يا أيها الذين آمنوا) [سورة البقرة: 282]. وهناك نوع آخر من الحماية للعبادة وهو الحسبة: وهي الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه، والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله، وهو حق ثابت لكل فرد من أفراد الأمة، وللمحتسب وهو والي الحسبة، فله مطالبة تارك الصلاة والزكاة، أو المفطر في رمضان بأداء ما تركه. ولكل مسلم رفع دعوى الحسبة على المعاصي إلى المحتسب أو القاضي ليؤدب العاصي بما يردعه ويزجره عن ترك العبادات وغيرها. وهكذا بقية حقوق الله تعالى كالكف عن الجرائم تكون حمايتها أيضاً بوازع الدين وبالحسبة.

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

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

3 - استعمال الحق على الوجه المشروع

منع التعسف والإعتداء

فالإنسان يستعمل حقه وفقاً لما أمر به الشرع وأذن به. فليس له ممارسة حقه على نحو يترتب عليه الإضرار بالغير، فرداً أو جماعةً، سواء أقصد الإضرار أم لا. وليس له إتلاف شيء من أمواله أو تبذيره لأن ذلك غير مشروع. فحق الملكية يبيح للإنسان أن يبني في ملكه ما يشاء وكيف يشاء، لكن ليس له أن يبني بناء يمنع عن جاره الضوء والهواء، ولا أن يفتح في بنائه نافذة تطل على نساء جاره، لإضراره بالجار.

واستعمال الإنسان حقه على وجه يضر به أو بغيره هو ما يعرف بالتعسف في استعمال الحق؛ فإن مارس الإنسان ما ليس حقه فلا يسمى تعسفاً وإنما هو اعتداء على حق الغير، فالمستأجر الذي ينتفع بالدار على وجه يضر بها يعد متعسفاً، أما الغاصب فإنه يعد متعدياً.

4- أن الحق ينقضي بانقضاء حكم سببه، أو بانقضاء مدته.



نقل الحق وإنتقضاء الحق

نقل الحق:

الحقوق نوعان من حيث قابلية الانتقال:

1- حقوق تقبل النقل:

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

2- حقوق لا تقبل النقل:

كحق الزوجية من حيث هو لا يقبل النقل، إلا أنه قد ينتقل لوجود سبب آخر؛ كما لو طلقت الزوجة فتزوجها آخر، ولكن لو لم ينتقل سبب الحق الذي هو الزوجية فإنه لا يصح النقل، فلو قال شخص سأسافر وسأنقل حق الزوجية لفلان مدة غيبي لم يقبل منه هذا.

فالنوع الأول يورث الحق فيه، والثاني لا يورثه، وهناك حقوق وقع الخلاف في إرثها، كحق خيار الشرط، قال الجمهور: هو حق يورث، وخالفهم علماء الحنفية.

أسباب إنتقال الحق :

1- العقد:

فإنه يوجب انتقال حق المبيع من ذمة البائع إلى ذمة المشتري، وحق الثمن من ذمة المشتري إلى ذمة البائع. كذلك الحوالة، كحوالة الحق من دائن إلى دائن، كأن يُحيل البائع دائنه على المشتري بالثمن.

2- الإلتزام :

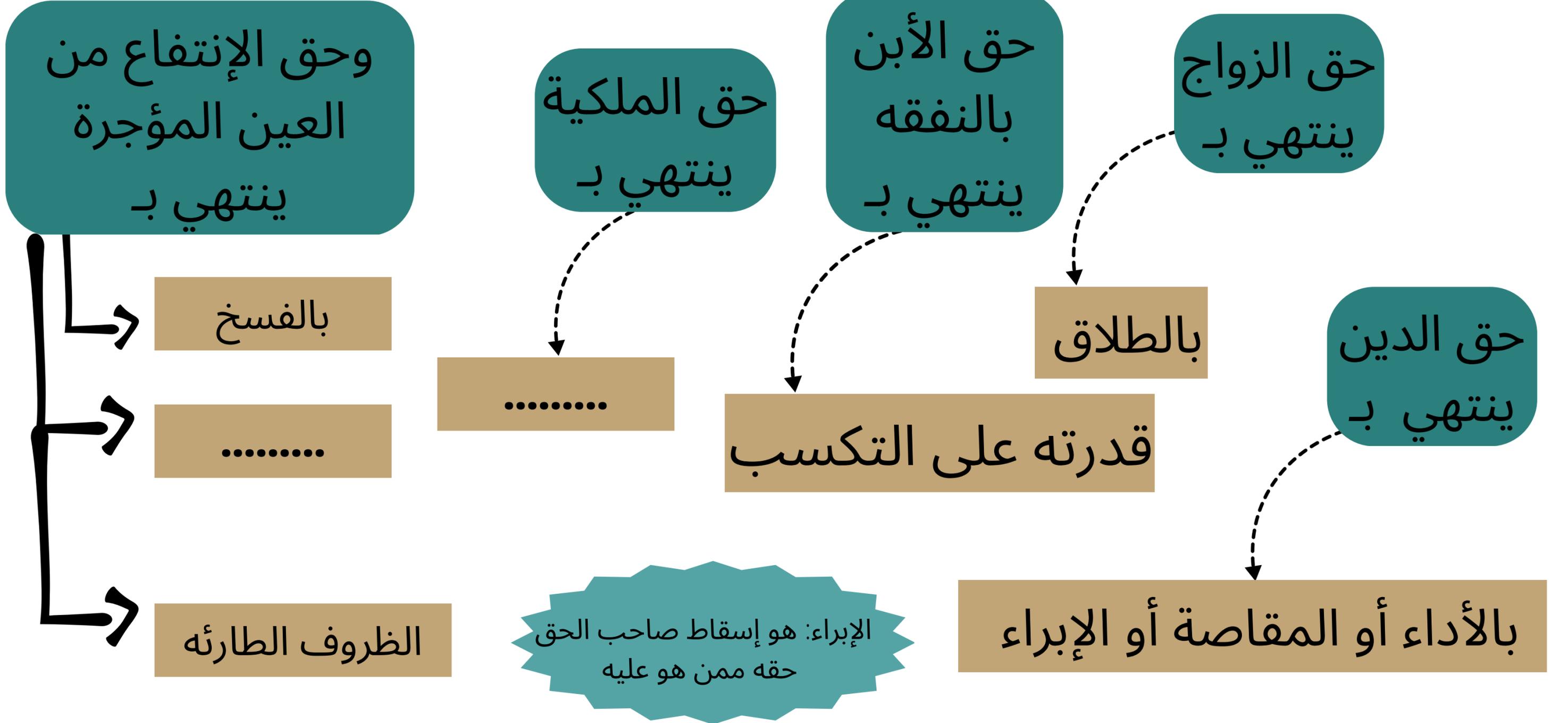
الذي يتم من جانب واحد: عقد الهبة وذلك أن الواهب يلتزم بتسليم الهبة إلى الموهوب له، أما الموهوب له، فلا يلتزم بشيء. والوديعة كذلك فالموذع يلتزم بالمحافظة على الوديعة، وتسليمها إلى صاحبها، أما المودع فلا يلتزم بشيء.

3- الوفاة:

ينتقل فيه الحق من ذمة المورث إلى ذمة الورثة..

إنقضاء الحق :

الانقضاء في اللغة يقصد به الانتهاء والزوال، وهو أن يفقد الشخص السيطرة على الحق. ينتهي الحق بسبب من الأسباب المقررة شرعاً لانتهائه، وهو يختلف بحسب نوع الحق،



يمكن تلخيص هذه المقتضيات لانتهاء الحق فيما يلي:

1. انتهاء السبب
2. وجود سبب ناقل للحق
3. فسخ العقود أو انفساؤها
4. انتهاء المدة كما في الإجارة
5. الوفاء بالحق كما في الوفاء بالدين وإرجاع الوديعة
6. تنازل صاحب الحق عن حقه كما في الإبراء

الفروقات بين الفقهاء والقانونيين حول الحق



القانون	الفقه	الفرق
الحق هو ميزة يمنحها القانون لشخص يتصرف بمقتضاها في المال	الحق هو المنفعة التي تخول لصاحبها الانتفاع بها شرعا	التعريف
لا بد أن يكون منصوصا عليها، بالتالي هي محصورة	يدخل فيها جانب الإحسان مثل: حق الوالد، بالتالي هي غير محصورة	مقتضيات الحق
لا يكون حقا إلا ما ثبت بالقضاء	حقوق قضائية وحقوق تثبت بالديانة	التدين
مقتصرة على حقوق المخلوقات	حقوق لله عز وجل ورسوله صلى الله عليه وسلم إضافة إلى حقوق المخلوقات	الشمول





القانون	الفقه	الفرق
متعلقة بإرادة هذا الحق	تثبت ولو لم يكن هناك إرادة لهذا الحق	الأثر
تعتبر مصالح لمن له الحق	تعتبر واجبات على من عليه الحق	الاعتبار
1- القانون. 2- الفرد واردة. 3- المجتمعات. 4- العقل	1- أدلة الشريعة وقواعدها. 2- العقود. 3- الالتزام.	مصادر الحق
دنيوي فقط	دنيوي وأخروي	الجزاء



أبرز المؤلفات في نظرية الحق وما يتعلق بها:

"مصادر الحق" لعبد الرزاق السنهوري .
- "الحق والذمة" للشيخ علي الخفيف .

- "الأهلية ونظرية الحق في الشريعة الإسلامية" لعبد الله بن عبد العزيز العجلان(١).

- "الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده" لفتحي الدريني

- "نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي" لأحمد محمود الخولي

الذمة والحق والالتزام و وتأثيرها بالموت" للمكاشفي طه الكباشي،

- "نظرية الحق" للدكتور جميل الشرقاوي .

- "الإبراء من الحق في الفقه الإسلامي" للدكتور صالح المحيميد .

- "الحق وأنواعه" للدكتور صالح المحيميد

- "أسباب سقوط الحقوق المالية" لمحمود طهران .

- "بيع الحقوق والمنافع في الفقه الإسلامي" لمحمد محروس الأعظمي .

- "الشريعة الإسلامية في القرآن - نظرية الحق" لعبد السلام التونجي .

- "المعاوضة على الحقوق" لعبدالله موسى

- "الحق في الشريعة الإسلامية" للأستاذ عثمان جمعة ضميرية ، بحث منشور في مجلة البحوث الإسلامية العدد (40) .

- "الحق في الحق" للدكتور محمد شتا أبو سعد ، مجلة العدل عدد (١٤)

- نظرية الحق: أحمد فهمي أبو سنة، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، ١٩٧١م.

معالم نظرية الحق لدى فقهاء الشريعة الإسلامية: بلحاج العربي بن أحمد، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد ٢٥ شوال، ذو القعدة، ذو الحجة ١٤١٥هـ. -



نراجع ماسبق
أختاري رقم من 1 إلى 6



بناءً على ما سبق أجيب عن الأسئلة التالية :

1. كم منهج للفقهاء في تعريف الحق ؟
2. في الألفاظ ذات الصلة هناك (الرخصة) ما علاقتها بالحق ؟
3. أذكر شروط من شروط الحق ؟
4. بماذا ينقضي حق الزواج ؟
5. أذكر فرق (الشمول) بين الفقه والقانون في نظرية الحق
6. هل يثبت أثر الحق ولو لم يكن هناك إرادة لهذا الحق ؟

نظرية العقد

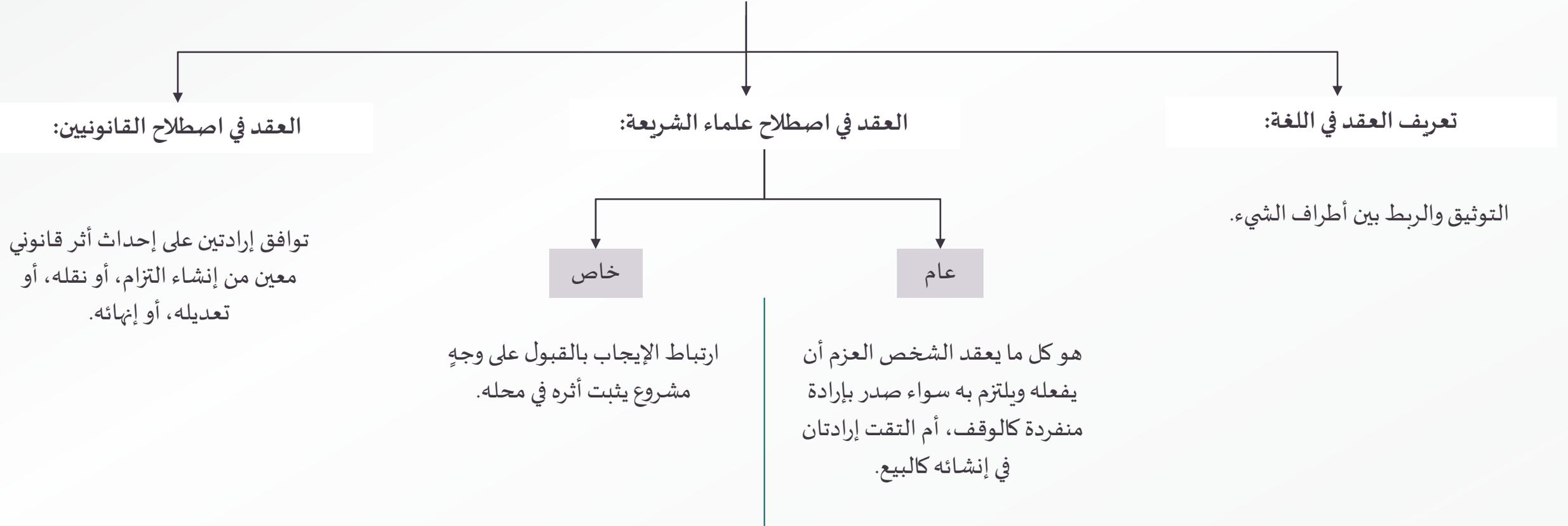


المحور الأول:

التعريف بنظرية العقد والألفاظ ذات الصلة



تعريف نظرية العقد:



والمعنى الخاص هو ما يهم هنا.

العقد والالتزام:

الالتزام: هو كل تصرف يتضمن إنشاء حق، أو تعديله، أو نقله، أو إنهائه، سواء كان صادرًا من شخص واحد أو شخصين.

العلاقة:

- الالتزام أعمّ من العقد بالمعنى الخاص، والعقد بمعناه الخاص نوع من الالتزام.

- العقد بالمعنى العام والالتزام مترادفان متساويان.

العقد والتصرف:

التصرف هو: كل ما صدر عن الشخص بإرادته من قول أو فعل، يرتب عليه الشرع أثرا من الآثار، سواء أكان في صالح ذلك الشخص أم لا. فيشمل الأقوال الصادرة عن الشخص كالبيع والهبة، والأفعال كالاستهلاك والانتفاع وإحراز المباحات.

وبه يتبين أن التصرف نوعان: فعلي وقولي.

العقد والألفاظ ذات الصلة (الالتزام- التصرف- الوعد)

أنواع التصرف:

وأما التصرف القولي فهو نوعان: عقدي وغير عقدي.
أما العقدي اتفاق إرادتين؛ كالشركة والبيع. وغير العقدي قد يكون مجرد إخبار بحق؛ كالدعوى والإقرار.

أما التصرف الفعلي: فهو الواقعة المادية الصادرة عن الشخص؛ كالغصب والإتلاف وقبض الدين وتسلم المبيع.

العلاقة: التصرف أعم من العقد والالتزام، إذ أنه يشمل الأقوال والأفعال. فكل عقد هو تصرف، وليس كل تصرف عقداً.

العقد والوعد:

الوعد: إخبار عن إنشاء المخبر مع وفاء في المستقبل.

الفرق بين العقد والوعد:

الفرق من جهة الحكم:

جميع الفقهاء متفقون على أن العقد يلزم الوفاء به من العاقد، ويجبره القاضي على تنفيذه عند الامتناع.

أما الوعد فإن الفقهاء متفقون على أن استحباب الوفاء به مطلوب ديانة؛ لأن ذلك من مكارم الأخلاق. ولكنهم اختلفوا على وجوب الوفاء به قضاءً؛ فالمالكية يقولون بلزوم الوفاء بالوعد، بينما الجمهور لا يرون بلزوم الوفاء بالوعد.

الفرق من جهة المعنى والصيغة:

الوعد لا يتضمن إنشاء التزام في الحال، وإنما هو مجرد إخبار عن إنشاء التزام في المستقبل، بخلاف العقد فإنه يتضمن إنشاء التزام في الحال،

المحور الثاني: أركان العقد

يثبت العقد وتوجد حقيقته إذا اجتمعت مكوناته، فكينونة العقد عناصر لا يقوم بغير توافرها كلها مجتمعة، ويتم انعقاده بمجرد توافرها.





الركن عند
الجمهور

عند الجمهور: "هو ما يتوقف عليه وجود الحكم، وإن لم يكن جزءاً في ماهيته"

الركن عند الحنفية

عند الحنفية: "هو ما يتوقف عليه وجود الحكم، ويكون جزءاً في ماهيته"

إذا نظرنا إلى العقود وجدنا أنها تتكون من ثلاثة أركان عند الجمهور، ووجد ركنان إضافيان عند بعض العلماء؛ أما الحنفية فركن واحد؛ وهي الصيغة.
والاختلاف في الاصطلاح لا تأثير له من حيث النتيجة.

الركن الثاني

٢ / العاقدان؛ بأن يباشر العقد ويصدر عنه بالإيجاب أو القبول، وأغلب العقود يكون العقد منشئاً من عاقلين؛ كما في البيع، وهناك عقود تكون ناشئة من عاقد واحد؛ كالوقف.

الركن الثالث

٣ / محل العقد -المعقود عليه-؛ ويراد به: المحل الذي كان العقد منشئاً من أجل التصرف فيه، وقد يكون محل العقد عيناً؛ كالبيت، وقد يكون منفعة؛ كالسكنى، وقد يكون ديناً، كالسلم.

الركن الأول

١ / صيغة العقد (الإيجاب والقبول): والإيجاب: ما صدر من المالك. والقبول: ما صدر من الممتلك؛ وهذا مذهب الجمهور.

ويُراد بالصيغة: ما يصدر من المتعاقدين دالاً على توجه إرادتهما لإنشاء العقد؛ وقد تكون:

أ- قولية.

ب- المعاطاة.

الركن الخامس

٥/ الشكل:

الأصل أنه لا يلزم لانعقاد العقد حصول الرضا به في شكل معين. وقد خرج عن هذا الأصل عدة عقود قضى القانون في شأنها بضرورة توافر هذا الركن وهو إفراغها في شكل معين بحيث إذا لم يراع هذا الشكل وقع العقد باطلاً.

مثال ذلك: الرهن الرسمي فإنه لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية.

الركن الرابع

٤/ السبب:

تستعمل كلمة السبب للدلالة على معنيين مختلفين:

(١) الغرض المباشر الذي يريد المدين أن يحققه بالتزامه، كالتزام البائع بنقل الملكية فإنه يريد بذلك الحصول على الثمن.

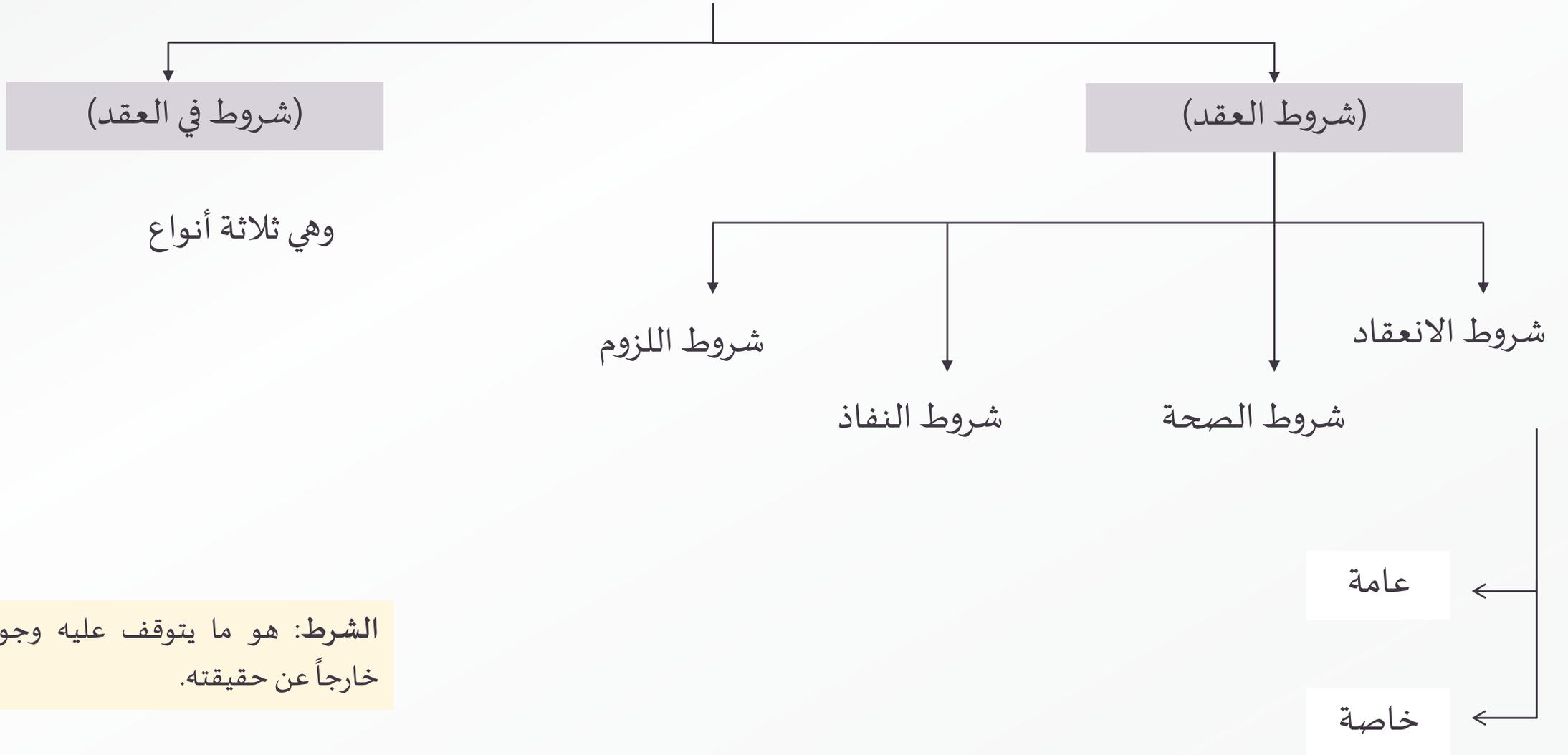
(٢) الغرض غير المباشر وهو الدافع الخاص بكل ملتزم في العقود المتشابهة، كأن يكون الباعث لدى البائع الحصول على الثمن استغلاله في مشروع تجاري أو سداد دين عليه.



المحور الثالث:
شروط نظرية العقد



شروط نظرية العقد:



الشرط: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان خارجاً عن حقيقته.

١. **شروط الانعقاد:** هي ما يشترط تحققه لجعل العقد في ذاته منعقداً شرعاً وإلا كان باطلاً.

وهي نوعان:



أ. **شروط عامة:**

هي التي يجب توافرها في كل عقد، وهي الشروط المطلوبة في صيغة التعاقد وفي العاقد، وفي المحل المعقود عليه.

ب. **شروط خاصة:**

هي التي يطلب وجودها في بعض العقود دون سواها.
مثال ذلك: الشروط الخاصة بعقد السلم ومنها: اشتراط قبض رأس مال السلم كله في مجلس العقد.

شروط الركن الأول: الصيغة:

الاتصال؛ بأن يصدر القبول فور علم القابل بالإيجاب.

الوضوح؛ بأن يكون كل من الإيجاب والقبول واضح الدلالة على إرادة العاقدین في إنشاء العقد، وإرادة وجود نوع العقد.

البقاء؛ بأن يظل الإيجاب قائمًا حتى يصدر القبول في المجلس.

التطابق والتوافق؛ بأن يكون القبول موافقًا للإيجاب.

شروط الركن الثاني: العاقدان:

الأهلية، وهي قسمان:

الرضا.

الولاية؛ بأن تكون له سلطة تمكنه من تنفيذ العقد، وترتيب آثاره عليه، وهذه السلطة قد تكون بالأصالة، وقد تكون بقيام شخص على شؤون غيره بولاية شرعية كولاية الأب على ابنه.

أهلية وجوب: بصلاحية الإنسان لثبوت الحقوق له، وعليه.

أهلية أداء: بصلاحية الإنسان للمعاملة واستعمال الحقوق الثابتة له، والتصرف فيها، وإنشاء حقوق لغيره؛ وهي تثبت كاملة للبالغ العاقل الرشيد.

عوارض الأهلية: هي عبارة عن صفات غير ذاتية تشوب أهلية الأداء للإنسان. وهي: (العتة- الجنون- السفه- الغائب والمحكوم بعقوبة جنائية).

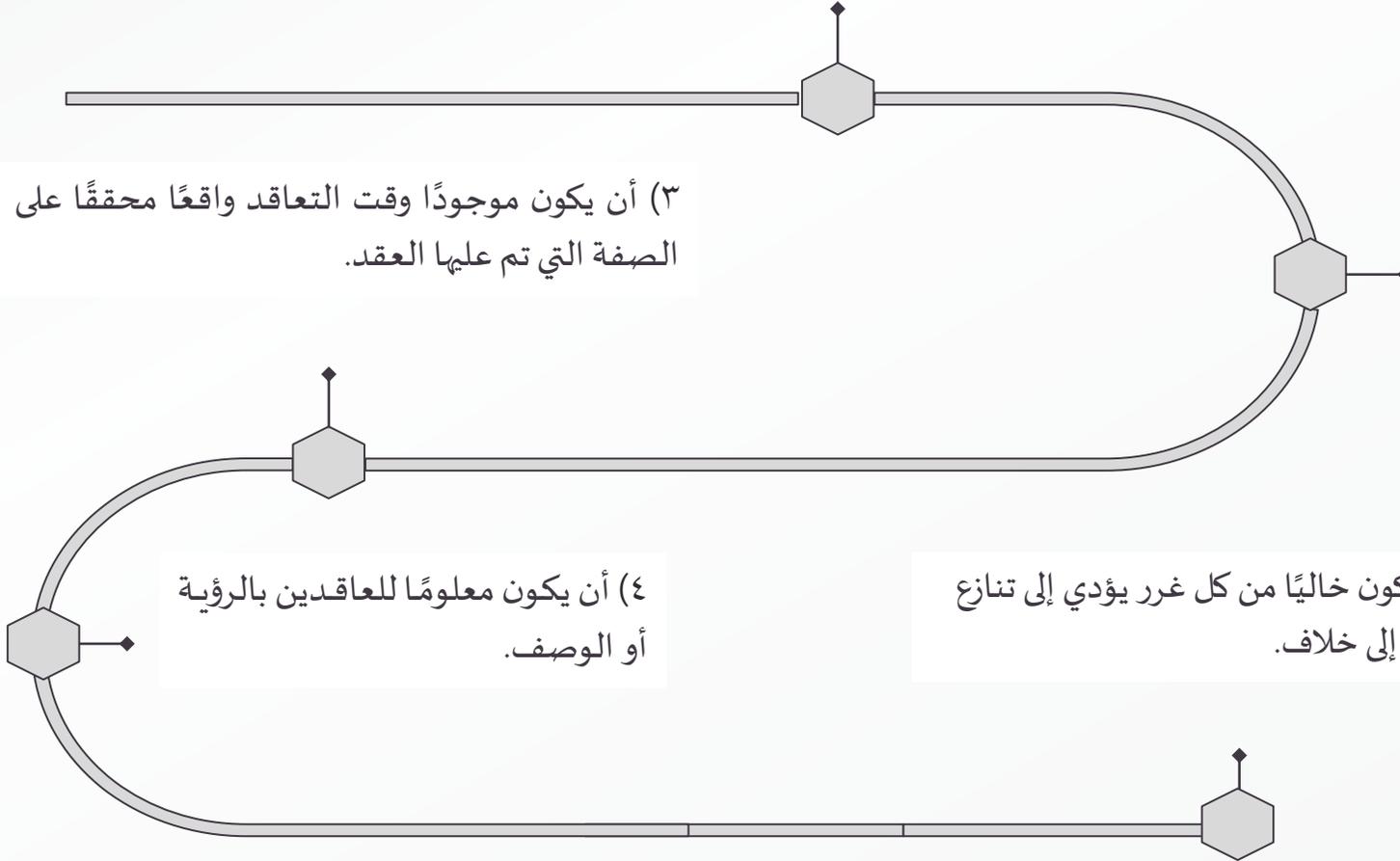
(١) أن يكون المحل قابلاً للتعامل فيه شرعاً؛ بأن يكون مألماً
طاهراً منتفعاً به مملوفاً، مباحاً شرعاً.

(٣) أن يكون موجوداً وقت التعاقد واقعاً محققاً على
الصفة التي تم عليها العقد.

(٢) أن يكون مقدوراً على
تسليمه.

(٤) أن يكون معلوماً للعاقدين بالرؤية
أو الوصف.

(٥) أن يكون خالياً من كل غرر يؤدي إلى تنازع
ويفضي إلى خلاف.



٢. شروط الصحة: وهي ما يشترط شرعاً لترتيب آثار العقد، فإن فُقدت كان العقد فاسداً، أي مختلفاً اختلالاً في ناحية فرعية متممة غير أساسية، مع كونه منعقداً موجوداً في حد ذاته.

وأغلب شرائط الصحة خاصة بكل عقد على حدة.

٣. شروط النفاذ: يشترط لنفاذ العقد شرطان:



الأول: الملك أو الولاية.

والملك: هو حيازة الشيء متى كان الحائز له قادرًا وحده على التصرف فيه عند عدم المانع الشرعي.
والولاية: سلطة شرعية بها ينعقد العقد وينفذ وهي نوعان:

(١) ولاية أصلية: ومعناها: أن يتولى الإنسان أمور نفسه بنفسه.

(٢) ولاية نيابية: ومعناها: أن يتولى الشخص أمور غيره من ناقصي الأهلية إما بإنابة المالك كالوكيل أو بإنابة الشارع كأولياء.

الثاني: ألا يكون في محل العقد حق لغير العاقد (لا تتبع ما ليس عندك): فإن تعلق به حق الغير كان العقد موقوفاً غير نافذ. وتعلق حق الغير له ثلاثة أوجه، كالتالي:

أوجه تعلّق حق الغير:

١/ أن يكون حق الغير متعلقاً بعين المحل المعقود عليه، كبيع ملك الغير.

٢/ أن يكون متعلقاً بمالية المحل المعقود عليه دون عينه، كتصرف المدين غير المحجور عليه بما يضر حقوق الدائنين.

٣/ أن يكون متعلقاً بصلاحية التصرف نفسه، لا بمحله المعقود عليه، كتصرف ناقص الأهلية المحجور عليه إما حجراً شرعياً بسبب الصغر كالمميز، أو حجراً قضائياً بسبب السفه أو الدين المستغرق.

٤. **شروط اللزوم:** الأصل في العقود اللزوم، ويشترط للزوم العقد كالبيع والإيجار خلوه من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد المتعاقدين فسخ العقد فإن وجد في العقد خيار كخيار الشرط أو خيار العيب، منع لزوم العقد في حق من له الخيار، ويسمى العقد المشتمل على الخيار غير لازم. أي أن العقد يكون صحيحًا في نفسه، ولكنه غير لازم.

(٣) اشتراط أمر من مصلحة العاقد:

بأن لا يظهر في الشرط منافاة لمشروطه ولا ملاءمة، ولأحد المتعاقدين فيه مصلحة. كاشتراط المرأة في العقد ألا يتزوج عليها. وهو محل خلاف بين الفقهاء فالجمهور يرى عدم لزومها، والحنابلة يرون بلزومها وللمشترط أن يفسخ العقد إذا أخل بها الطرف الآخر.

(٢) الشروط المنافية لمقتضى العقد:

بأن يكون الشرط غير ملائم لمقصود المشروط ولا مكملّ لحكمته، كالاشتراط البائع ألا ينتفع المشتري بالمبيع. فهذا القسم لا إشكال في إبطاله؛ لأنه مناف لحكمة السبب.

(١) الشروط الموافقة لمقتضى العقد:

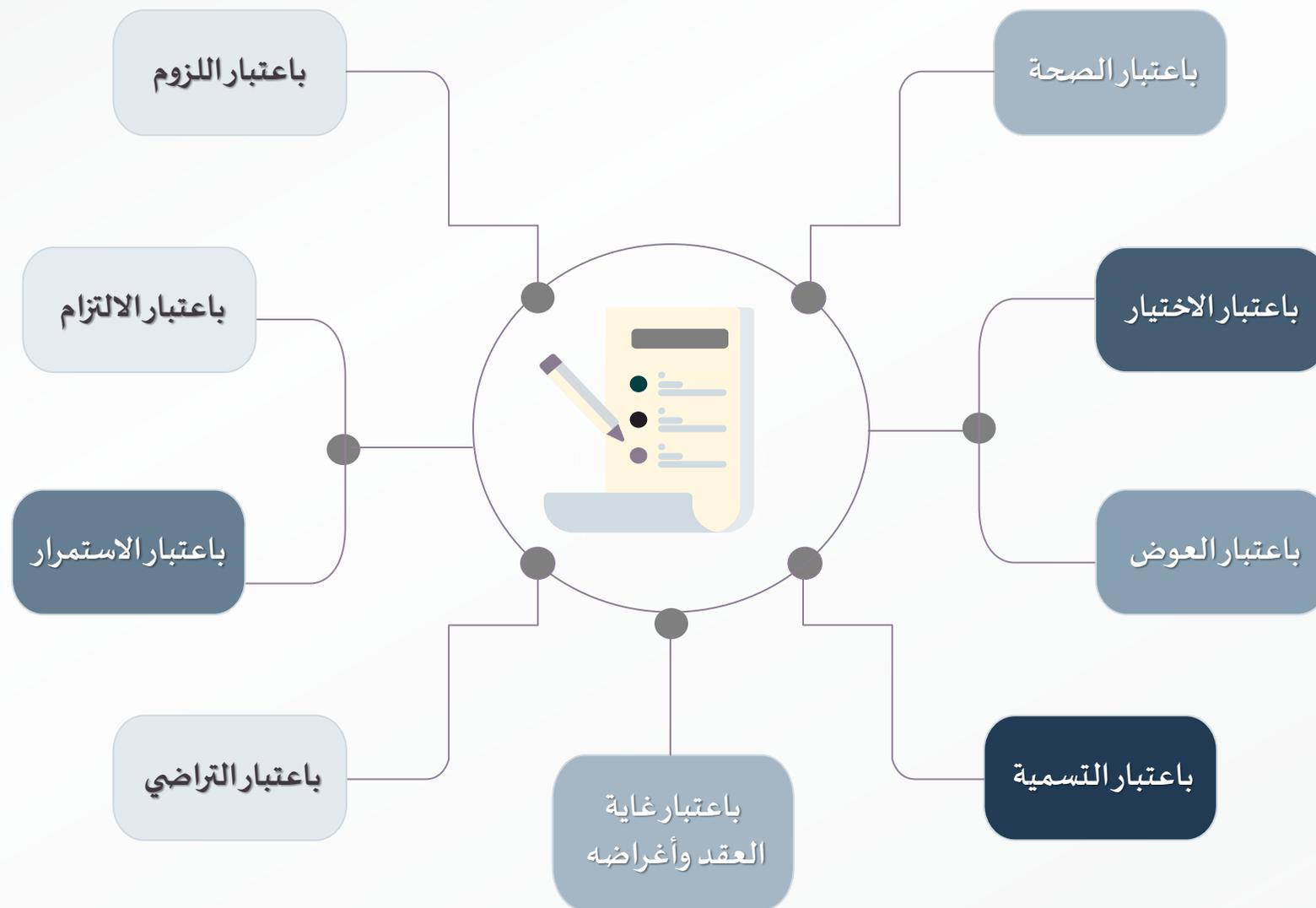
بأن يكون الشرط مُكَملاً لحكمة المشروط وعاضداً لها، كالاشتراط الرهن والنقد في الثمن في البيع. فهذا القسم لا إشكال في صحته شرعاً؛ لأنه مكملّ لحكمة كلّ سبب يقتضي حكماً.



المحور الرابع: أنواع العقود

العقود لها تقسيمات عديدة باعتبارات مختلفة، كما يلي:





باعتبار الاختيار
تنقسم إلى قسمين:

(١) عقود قهرية:
تلزم المتعاقد ولو لم يكن
موافقاً عليها مثل الشفعة.

(٢) عقود اختيارية:
مثل عقد البيع.

باعتبار الصحة
تنقسم إلى قسمين:

(١) العقد الصحيح:
هو الذي تترتب عليه آثاره.

(٢) العقد الفاسد:
لا تترتب عليه آثار العقد
الصحيح.

باعتبار التسمية
تنقسم إلى قسمين:

(١) عقود مسماة:

العقود المعروفة عند
الفقهاء مثل: عقد المساقاة،
وعقد الوكالة، وعقد البيع.

(٢) عقود غير مسماة: هي
العقود الجديدة التي لم تكن
معروفة عند المتقدمين.

باعتبار العوض
تنقسم إلى قسمين:

(١) عقود معاوضات:
مثل البيع.

(٢) عقود تبرعات:
مثل الهبة.

باعتبار اللزوم تنقسم إلى قسمين:

عقود لازمة: وهي التي توجب على المتعاقد المضي في العقد ولا

يتمكن من فسخ العقد بإرادة مستقلة، مثل عقد البيع.

عقود جائزة: وهي التي تمكن كل واحد من المتعاقدين من فسخ

العقد بدون الرجوع إلى العاقد الآخر مثل: عقد الوكالة.

باعتبار الالتزام تنقسم إلى قسمين:

(١) عقود ملزمة للجانبين

العقود التي تنشئ التزامات متبادلة بحيث يصبح كل طرف دائنًا ومدينًا في نفس الوقت. مثل: البيع يجعل البائع دائنًا بالثمن ومدينًا بنقل ملكية المبيع، كما يجعل المشتري دائنًا بالمبيع ومدينًا بالثمن.

(٢) عقود ملزمة لجانب واحد

الملزمة لجانب واحد: العقود التي تنشئ التزامات غير متبادلة بحيث يصبح أحد طرفي العقد دائنًا فقط والآخر مدينًا فقط.

مثل: الهبة فإنها تلزم الواهب بنقل ملكية الموهوب فيكون مدينًا غير دائن، في حين يعتبر الموهوب له دائنًا بالموهوب دون أن يتحمل بأي التزام.

١) عقود مستمرة: إذا كان تنفيذ العقد يمتد مع الزمن فتستمر الأداءات ويتكرر التنفيذ فإنه يكون عقدًا مستمرًا. مثل: عقد الإيجار.

باعتبار الاستمرار تنقسم إلى قسمين:

٢) عقود فورية: إذا كان تنفيذ العقد يتم مرة واحدة ولا يتكرر فإنه يكون عقدًا فوريًا. مثل: البيع

باعتبار التراضي تنقسم إلى ثلاثة أقسام:



(١) العقود الرضائية: مجرد تراضي الطرفين كافي لانعقاد العقد. مثل: البيع والإجارة.

(٢) العقود الشكلية: التراضي وحده لا يكفي لقيام العقد بل يلزم إفراده في شكل خاص حدده القانون. مثل: الرهن الرسمي.

(٣) العقود العينية: التراضي لا يكفي في انعقاد العقد إلا إذا اقترن بتسليم محل العقد. مثل: الهبة غير الموثقة في محرر رسمي فإنها لا تنعقد إلا إذا اقترنت بقبض الموهوب.

باعتبار غاية العقد وأغراضه تنقسم إلى سبعة أقسام:

(١) التمليكات: وهي ما يقصد بها تمليك شيء، عين أو منفعة، فإن كان التملك بعوض فهي عقود معاوضات كالبيع، وإن كان التملك مجاناً فهي عقود التبرعات كالهبة.

(٢) الإسقاطات: -وهي ما يقصد بها إسقاط حق من الحقوق، سواء ببذل، أم بدون بدل. فإن كان الإسقاط بدون بدل من الطرف الآخر فهو الإسقاط المحض، كالطلاق المجرد عن المال، وإن كان الإسقاط ببذل من الطرف الآخر، فهو إسقاط المعاوضة، كالطلاق على مال،

(٣) الإطلاقات: وهي إطلاق الشخص يد غيره في العمل، كالوكالة وتولية الولاية والقضاء، والإذن للمحجور عليه بالتصرف أو للصغير المميز بالتجارة.

باعتبار غاية العقد وأغراضه تنقسم إلى سبعة أقسام:

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.

(٤)

التوثيقات أو التأمينات أو عقود الضمان: وهي التي يقصد بها ضمان الديون لأصحابها وتأمين الدائن على دينه، وهي الكفالة والحوالة والرهن.

(٥)

الاشتراك: وهي التي يقصد بها المشاركة في العمل والربح، كعقود الشركات بأنواعها، ومنها المضاربة.

(٦)

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

(٧)

المحور الخامس:
الآثار المترتبة على العقود

وهي نوعان: آثار عامة وآثار خاصة



الآثار الخاصة: هي الأحكام الحقوقية التي تترتب على كل عقد بحسب موضوعه، فالبيع ينقل الملكية لقاء عوض، والإجارة وعقود المنافع تفيد نقل المنفعة أو إباحة الانتفاع، والهبة تنقلها بلا عوض، والرهن ينشئ احتباس مال المدين في مقابل الدين، وهكذا.

أما الآثار العامة: فهي ما تشترك فيه العقود جميعها أو معظمها، من أحكام ونتائج، وهي ثلاثة آثار عامة:

اللزوم:

فيتم العقد بمجرد الإيجاب والقبول، فلا يكون لأحدهما أن يرجع في العقد. ولا يشذ عن هذا إلا طائفة يسيرة من العقود تقتضي طبيعتها عدم اللزوم، وإلا ما وجب فيه الخيار لأحد العاقدين.

الإلزام:

وهو كل تكليف بفعل، أو بامتناع عن فعل، يجب بمقتضى العقد على أحد العاقدين لمصلحة العاقد الآخر، كتسليم المبيع، وضمان العيب وأداء الثمن.

النفاد:

ومعناه أن العقد منتج نتائج المترتبة عليه شرعاً منذ انعقاده. فنفاذ البيع مثلا معناه: أنه بمجرد انعقاده صحيحا قد نقل ملكية المبيع إلى المشتري، وملكية الثمن إلى البائع.



المحور السادس:
المقارنة بين العقد عند الفقهاء والقانونيين





وجه المقارنة	عند الفقهاء	عند القانونيين
تعريف العقد	<p>(١) العقود الباطلة لا تعد عقودًا في الشريعة.</p> <p>(٢) يعرفون العقد بتوافق بالإيجاب والقبول وهو أمر ظاهر.</p> <p>(٣) يعرفون العقد بواقعه الشرعية.</p> <p>إذاً تعريف الفقهاء في نظر الشرعيين أدق؛ لأن العقد ليس هو اتفاق الإرادتين ذاته، وإنما هو الارتباط الذي يقره الشرع، فقد يحدث الاتفاق بين الإرادتين، ويكون العقد باطلاً لعدم توافر الشروط المطلوبة.</p>	<p>(١) أن العقود الباطلة تعد عقودًا في القانون.</p> <p>(٢) يعرفون العقد بتوافق إرادتين، الإرادة أمر خفي.</p> <p>(٣) يعرفون العقد بواقعه المادية.</p>
أركان العقد	<p>خمسة أركان:</p> <p>الصيغة، العاقدان، المعقود عليه، السبب، الشكل.</p>	<p>ثلاثة أركان:</p> <p>التراضي، السبب، المحل (المعقود عليه): وهو ليس ركنًا عندهم لكنه ركن في الالتزام المتولد عن العقد.</p>





وجه المقارنة	عند الفقهاء	عند القانونيين
حرية التعاقد في إنشاء العقود	الرأي الصحيح في الفقه الإسلامي: أن الأصل في المعاملات الإباحة والحرية لا المنع والحظر فهي كالعادات من هذه الناحية.	مبدأ الحرية مقيد بقيود كثيرة في القانون حيث مر بمرحلة الحرية المطلقة ثم نتج عن ذلك ظهور إشكالات، جعلتهم بعد ذلك يضعون قيود على الحرية.
الجانب الأخلاقي والآثار الأخروية	الفقهاء يلتفتون للجانب الأخلاقي، وفي الحديث عن العقود يشيرون إلى الأمور الأخروية، كتحرим الربا.	القانونيون لا يلتفتون للجانب الأخلاقي، وإنما ينظرون إلى الحقوق المجردة، ولا يلتفتون إلى البعد الأخروي لمسائل العقود.
الجانب التطبيقي	الفقهاء يعنون بالجانب التطبيقي، بل قد يكون البحث الفقهي منحصراً على الجانب التطبيقي.	التطبيق عند القانونيين ضعيف مقارنة بالتطبيق عند الفقهاء.
انعقاد العقد	ينعقد العقد عند الفقهاء بمجرد الألفاظ، ولو لم يكن هناك توثيق.	لا ينعقد العقد إلا إذا وجد دليل عليه، من شهادة شهود أو إقرار.





نظرية العقد في الفقه الإسلامي
لمحمد سلامة

نظرية العقد لعز الدين خوجه

نظرية العقد في الفقه الإسلامي
لفتحى الدريني

نظرية العقد للسهنوري

الدراسات السابقة التي

كتبت في نظرية العقد

نظرية العقد في الفقه الإسلامي
لمحمد حسين

نظرية العقد للشيخ
أبي زهرة





التعريف بنظرية

الباعث وآثارها



أولاً: التعريف بنظرية
الباعث

معاني "الباعث" في اللغة

قولنا: انبعث الشيء

قوله تعالى:
"ثُمَّ بَعَثْنَاكُمْ مِنْ بَعْدِ مَوْتِكُمْ"

قولنا: بعثه على الأمر

قولنا: "إن للفتنة بعثات"

قولنا: بعثه من منامه

معاني "الباعث" في اللغة

قولنا: انبعث الشيء
أي: بمعنى الاندفاع والدافع
وهو المراد

قوله تعالى: **ثُمَّ بَعَثْنَاكُمْ مِنْ بَعْدِ مَوْتِكُمْ " أي: أن الله تعالى يحيي العباد بعد موتهم**

قولنا: بعثه على الأمر
أي: بمعنى الإرسال

قولنا: **" إن للفتنة بعثات "**
أي: إشارات وتهميجات

قولنا: بعثه من منامه
أي: بمعنى الإيقاظ

الباعث في الاصطلاح:

"الدافع الذي يقوم عليه تصرف أو عمل، يخفي شراً أو خيراً"

أولاً:
تعريفه باعتبار
معناه في اللغة

الباعث في الاصطلاح:

لم ترد كلمة **الباعث** على لسان الأصوليين وإنما ورد لفظ **«القصد أو النية»** و **«الابتغاء»** تعبيراً عن هذا الدافع.

ثانياً:
تعريفه عند
الأصوليين

الباعث في الاصطلاح:

واستعملوا لفظ الباعث في غير معنى الدافع بل بمعنى:

«العلة أو السبب الحامل على التشريع»

وسبب إبدالهم لفظ الباعث إلى العلة أو السبب هو أن هذا المعنى لا يليق بالذات العلية ففسر بمعنى تضمن «العلة»

وهي حكمة مقصودة للشارع من تحقيق مصلحة أو درء مفسدة.

ثانيًا:
تعريفه عند
الأصوليين

الباعث في الاصطلاح:

والإمام الآمدي في كتابه الإحكام عرّف العلة «بالباعث»، حيث يقول:
«لأن العلة إما بمعنى الأمانة أو الباعث ... وأما إن كانت بمعنى الباعث، فلا يمتنع أيضاً أن يكون الوصف الواحد باعثاً للشرع ..»

ثانياً:
تعريفه عند
الأصوليين

الباعث في الاصطلاح:

لم ترد كلمة الباعث على لسان الفقهاء المتقدمين
وكانوا يعبرون عنها

”بالقصود والنوايا”

ولعل كثرة استعمالهم لهذه الألفاظ هو الحديث :

” إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى .. ”

ثالثاً:
تعريفه عند
الفقهاء

الباعث في الاصطلاح:

والإمام الشافعي في كتابه الأم يستعمل كلمة النية بمعنى
الباعث حيث يقول :
"أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحًا في الظاهر لم أبطله
بتهمة، وأجزته بصحة الظاهر،
وأكره لهما النية، إذا كانت لو أظهرت كانت تفسد العقد، ولا
معنى للنية هنا **إلا الباعث**"

ثالثًا:
تعريفه عند
الفقهاء

الباعث في الاصطلاح:

عرّفوه من جانب الجناية بأنه:
نشاط نفسي وعامل داخلي سابق على الجريمة، وهو دافع إلى ارتكابها.

رابعًا:
تعريفه عند
القانونيين

الباعث في الاصطلاح:

وعرّفوه من جانب العقود بأنه:
هو أمر نفسي خارج عن العقد يتغير بتغير البواعث.

رابعًا:
تعريفه عند
القانونيين

الباعث في الاصطلاح:

عرّف بعدة تعريفات لكن لعل أقربها لكونه جامعًا هو قولنا بأن
الباعث هو:

“المقصود الحقيقي غير المباشر المحرك لإرادة المكلف نحو
تصرف ما”

خامسًا:
تعريفه عند
الفقهاء
المعاصرين



اتفق علماء القانون والفقهاء أن الباعث:

أمر ذاتي نفسي، وخفي، وغير داخل في العقد، بل هو أمر خارج عنه، وأنه لا يقتصر على العقود فقط.

واختلفوا في:

أن علماء القانون أدخلوا الباعث تحت السبب، أما علماء الفقه أدخلوه تحت النية والمقصد.



ثانيًا: الألفاظ ذات الصلة

والنية والقصد متقاربان في المعنى ولذلك عرف النووي النية بالقصد، وفرقهم عن الباعث:

- ✓ من ناحية التحريك:
أن الباعث هو المحرك للنية ، باعتبار أن النية ميل النفس و توجهها نحو العمل ، و الباعث هو الدافع المثير لهذا الميل.
- ✓ من ناحية الوجود:
أن الباعث أكثر ما يستعمل في العقود ، فخلافاً للنية فلا يخلوا منها أي تصرف من تصرفات العبد
- ✓ من ناحية التعدد:
النية والقصد أمر واحد غير متعدّد، أمّا البواعث فقد تتعدّد من شخص لآخر ومن تصرف لآخر.

أما الترادف:

فإن النية إذا استعملت بمعنى "الباعث الدافع" كانت هي والباعث والقصد ذات معنى واحد وهو: "الغرض البعيد غير المباشر الذي اتخذ الفعل وسيلة إليه."

النية والقصد

ثانياً: الألفاظ ذات
الصلة:

الغاية هي المآل والنتيجة المرجوة للتصرف أو الفعل:

والباعث يتجسّد عملاً وواقِعًا في "الغاية بعد التنفيذ" من خلال الفعل أو التصرف،
وحيثُذ يحكم على التصرف بحكم الشرع في تلك الغاية، إيجابًا أو سلبيًا حسب الأحوال.





الإرادة لا بد لها من باعث يدفعها.

وهي أعم من الباعث، لأنها ظاهرة وباطنة، أمّا الباعث فهو عنصر ذاتي داخلي
يختلف باختلاف الأشخاص



السبب معياره موضوعي وينص عليه القانون، وهو داخل في العقد لا يتغير في النوع الواحد من العقود، أما الباعث فمعياره ذاتي وهو خارج عن العقد ويتغير من عقد إلى عقد بتغير المتعاقدين، وما يدفعهم من البواعث.



الباعث عند القانونيين يأتي مفسراً للحيلة التي خالفت مقصدًا من مقاصد الشريعة،
وحيث لا تثار نظرية الباعث في القانون إلا إذا كان الغرض غير مشروع -بالحيلة-.





ثالثاً: الأمثلة التوضيحية

شراء عقار:

فالقصد عند جميع من أراد شراء العقار هو التملك

أما البواعث فتتعدد

فقد يكون باعته على ذلك هو: تأجيره

أو الفرار من الزكاة

أو هبته

أو استثماره لاحقاً

أو وقفه

وغيره من البواعث التي تختلف باختلاف الأشخاص

عقد النكاح

فإن الرجل فيه قاصد نكاح المرأة والعقد عليها، ولكن غايته من ذلك النكاح والباعث الذي حركه إليه يختلف من شخص لآخر

فقد يكون باعته على ذلك هو: الطمع في مالها،

أو الرغبة في جمالها وحسنها،

أو الرغبة في أن تخدمه،

أو الرغبة في نسبها،

وقد يكون باعته تحصيل السكن والمودة والاستمتاع المشروع،

وقد يكون باعته السعي لتحليلها لمن بانته منه،

فهذه البواعث هي التي تقف وراء قصد الرجل للنكاح وهي من حيث العلم بها وقصدها متقدمة على قصد العقد على المرأة،

ولكنها متأخرة عنه من حيث الحصول والوجود، بل هي أثر من آثاره وإذا كان الباعث أمراً ذاتياً وخفياً فهو خارج عن نطاق

التعاقد؛ لأنه ليس ركناً في التصرف داخلاً في ماهيته، ولا شرطاً يتوقف عليه وجوده، وإذا كان الباعث أمراً ذاتياً فهو متغير، أي

يختلف باختلاف الأشخاص



رابعًا: أهمية ومكانة
النظرية:

١. أن البواعث تجعل الشيء الواحد حلالاً أو حراماً، و صحيحاً أو فاسداً، و طاعة أو معصية، و ذلك باختلاف الباعث على الأمر.

فالعقود قد تكون صحيحة في ظاهرها لاشتمالها على الأركان والشروط المطلوبة شرعاً، لكن يكون عاقده اثماً عاصياً أمام الله تعالى لارتكابه الحرام بطرق ملتوية، فتذرعوا بظاهر العقد ، وتحايلوا على شرع الله ودينه بما لا يتقبله مسلم ورج صادق الإيمان لمقاصد الشريعة وغاياتها الأصيلة البعيدة المدى.



٢- أن قبول الأعمال عند الله عز وجل، و ترتب الثواب عليها، يدور على ما يقوم بقلب العبد من صلاح المقصد و سلامة الباعث

فكلما أحسن العبد مقصده و صحح باعته، كان ذلك سبباً لقبول عمله و مضاعفة أجره و ثوابه،
و في مقابل ذلك: حبوط العمل، و حرمان الأجر نتيجة كل عمل حمل العبد عليه باعث سيء.

وقد استدل الفقهاء على الباعث بعدد من الأدلة من القرآن و السنة، منها:

أ- من القرآن الكريم:

﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾.

وجه الدلالة من الآية:

تفيد هذه الآية لزوم انظار المدين المعسر إلى أن يفرج الله عنه بالميسرة، فلو طلب الدائن أن يسجن المدين المعسر، مع العلم بإعساره، فهذه قرينة قاطعة على القصد إلى الإضرار، أو للعبث، وكلاهما لا يشرع.

ب- من السنة:

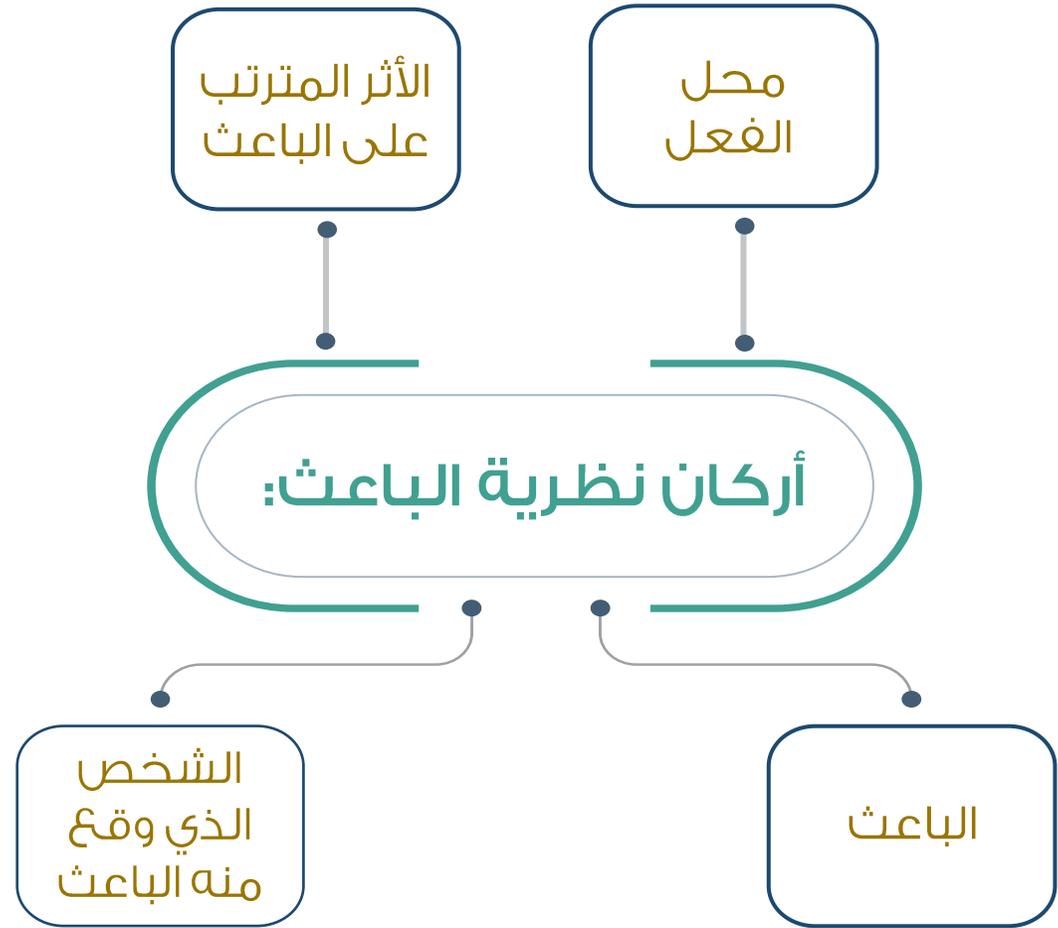
قول النبي ﷺ: «إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى فَمَنْ كَانَتْ هَجْرَتُهُ إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ فَهَجْرَتُهُ إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَمَنْ كَانَتْ هَجْرَتُهُ إِلَى دُنْيَا يُصِيبُهَا أَوْ امْرَأَةٍ يَنْكِحُهَا فَهَجْرَتُهُ إِلَى مَا هَاجَرَ إِلَيْهِ».

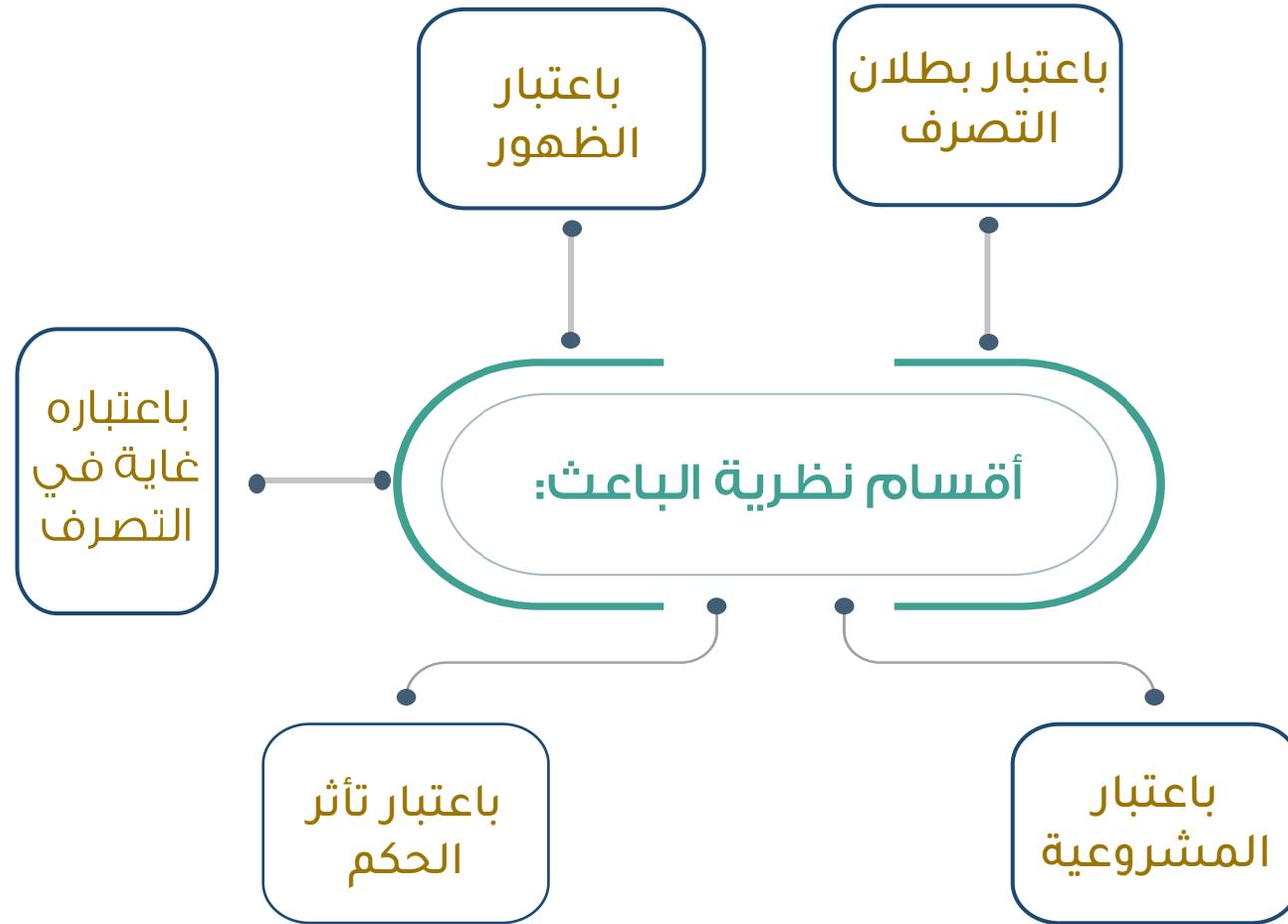
وجه الدلالة من الحديث:

يبين الحديث الشريف، أن الإنسان لا ينال من الجزاء إلا ما نواه و ابتغاه و قصد إليه، و إن فساد العمل و صلاحه رهن بالباعث عليه و إن الباعث هو معيار مشروعية الفعل بقطع النظر عن صورته المادية.



خامسًا: أركان النظرية
وأقسامها:





● أولاً: باعتبار المشروعية وعدمها:

- باعث غير مشروع، وهو ما ناقض قصد الشارع:
 - ضابطه في المعاملات والعقود: كل " من قصد أن يعقد -عقداً- ليفسخ لا لغرض في المعقود عليه، أو قصد منفعة محرمة بالمعقود عليه.
 - مثاله: النكاح بنية التحليل.
- باعث مشروع، وهو ما كان غير مناقض لقصد الشارع:
 - مثاله: الوصية لأكثر من الثلث لغير وارث مع إجازة الورثة وعدم الإضرار بهم، إذ الباعث مع خلوه من المحاذير الشرعية معتبر ولا حرمة فيه .

• ثانياً: باعتبار تأثيره في الحكم:

○ باعث مؤثر:

- سواء أكان تأثيره من أجل مناقضته لمقصود الشارع أم لا، فهذا النوع من البواعث يجب إعماله عند النظر إلى الوقائع.

- مثاله: بيع العقار للهروب من الزكاة.

○ باعث غير مؤثر:

- باعث غير مؤثر في الحكم، فلا يلتفت إليه ولا يعول عليه عند تقرير الأحكام والنوازل.

- مثاله: السرقة من أجل الصدقة بالمال المسروق.

والعقوبات المقدرة شرعاً يجب تطبيقها متى توفرت شروطها، ولا ينظر فيها إلى البواعث.

• ثالثاً: من حيث إبطال التصرف في حق أطراف التصرف:

- باعث يترتب على إعماله بطلان التصرف في حق جميع أطراف التصرف:
 - مثاله: ما لو تواطأ المحلل والمحللة على التحليل، فإن العقد باطل ظاهراً وباطناً في حقهما جميعاً، فلا يحل لكل منهما تمكين الآخر من الاستمتاع، ولو مات أحدهما لم يرثه الآخر.
- باعث يترتب على إعماله إبطال التصرف في حق طرفي التصرف دون الآخر:
 - مثاله: في نكاح التحلل فيما إذا حصل التحليل بنية المحلل دون علم المرأة بذلك، فإن النكاح باطل في حق المحلل دون الزوجة، ولهذا فلا يحل له وطء المرأة، ولا يرثها لو ماتت بعد العقد وأما المرأة فترثه لو مات بعد العقد.

• رابعًا: باعتبار ظهوره واستتاره:

- باعث ظاهر: أي منصوص عليه في التصرف.
مثاله: لو قال شخص لآخر: زوجتك موليتي فلانة على أن تحللها لزوجها الأول ثم تطلقها، فهذا الباعث لا خلاف بين الفقهاء في وجوب اعتباره ومن ثم إبطال العقد بسببه.
- باعث مستتر: أي غير منصوص عليه في التصرف، لكن أمكن الكشف عنه من خلال القرائن والأحوال.
مثاله: بيع عصير العنب لمن يعلم من حاله أخاذه خمرًا. وهذا القسم من البواعث المستترة محل نظر واجتهاد بين أهل العلم ما بين معمل لها ومهمل.



• خامساً: باعتباره غاية ومقصداً من التصرف:

○ الباعث النوعي:

وهو: " المقصد الأصلي الذي شرع العقد من أجله".

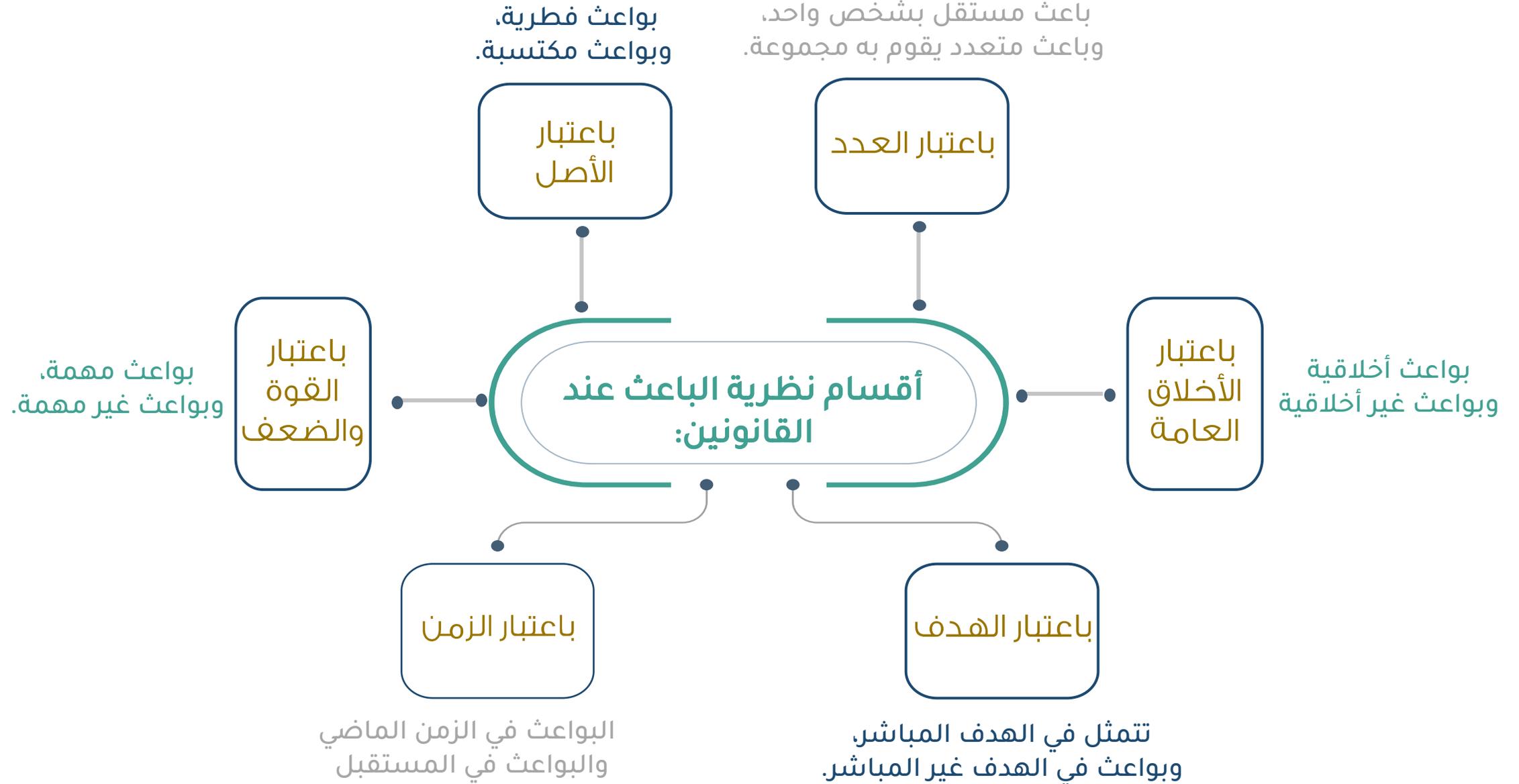
مثاله: البيع لكسب المال، والشراء لأجل التملك.

○ الباعث الشخصي:

وهو: المقصد الشخصي الذي أوقع المكلف التصرف، وأجرى العمل من أجل تحقيقه، والوصول

إليه سواء أكان هذا المقصد حسناً أم سيئاً، مناقضاً لمقصود الشارع أم لا.

مثاله: من يتزوج المرأة لرغبته في قيامها على والديه.





سادسًا: ضوابط وشروط
إعمال الباعث:



و المقصود بالشروط والضوابط هنا هو :

أثر اعتبار الباعث في التصرفات المأذون فيها ابتداء و التي يلزم عنها إضرار
بالآخرين ، هذا وأن التصرفات غير المأذون فيها ممنوعة قبل أن يسأل عن الباعث
عليه



و تنقسم الضوابط إلى قسمين:

- القسم الأول : قسم يتعلق بالأدلة و القرائن الكاشفة عن وجود الباعث و منها :



١- انتفاء المصلحة المشروعة من العمل مع لزوم المضرة بالآخرين.

مثاله: أن يمنع غيره من الارتفاق بأرضه إذا ترتب على الارتفاق نفع لكليهما، كما جاء في قضاء عمر رضي الله عنه في قضية محمد بن مسلمة، إذ أراد الضحاك بن خليفة أن يسوق خليجا له من وادٍ في المدينة يسمى العريض ليمر به من أرض محمد بن مسلمة إلى أرضه ليسقيها ، فأبى محمد أن يسمح للضحاك بالارتفاق بأرضه ، فقال عمر : والله ليمرن به و لو على بطنك.

٢- أن يكون في تحصيل الفعل مصلحة مشروعة ، و لكن يلزم عنه إضرار بالآخرين و يمكن تحصيل المصلحة من جهة أخرى لا يلزم عنها إضرار .

فيعتبر عمله في هذه الصورة متمحضا لقصد الإضرار ، لأنه يمكنه تحصيل المصلحة من وجه آخر دون ضرر .

مثاله: من كان مضطراً لأخذ طعام الغير وكان بإمكانه أخذ طعام جاره بالاستئذان أو الطلب .

٣- علم الطرف الآخر أو أن يكون في وسعه أن يعلم بالقرائن .

و أحيانا لا يشترط علم الطرف الآخر بل يكفي قيام الدليل على الباعث غير المشروع .

مثاله: نكاح التحليل .



٤- من القرائن التي تكشف عن الباعث السلوك العام و ليس السلوك الفردي ، و في هذا إقامة المجتمع ككل مقام الفرد و اعتبار الباعث الاجتماعي قائما مقام الباعث الفردي.
و **من أمثلته:** ما أفتى به الحنفية من عدم جواز بيع القرد و إن أمكن الانتفاع بجلده، وذلك لأنه لا يستخدم عادة لهذا الغرض بل بقصد التلهي و هو أمر محظور.



القسم الثاني : بالنسبة للشروط المتعلقة بمحل أعمال الباعث،
فهي ألا يكون المآل أو الاداء مناقضا من جهة الصورة المادية للفعل لغرض المشرع ،
فإذا كان المآل مناقضا فلا عبرة للباعث لأن المناقضة غير مشروعة لذاتها
فالمخالفة المذكورة تكون على صورتين :



١- أن يخالف أداءً و يوافق قصدًا .

مثالها: ارتكاب المحرمات بنية القربة ، فهذا العمل بمجموعه مناقض لغرض المشرع لأن العمل المشروع هو ما وافق مراد الشارع أداء و قصدا و لا عبرة للباعث لأن الباعث لم يلاق محله.



٢- و هي أن يوافق مراد الشارع من جهة الباعث و يخالفه من جهة المآل .

مثاله: أن يسب آلهة الكفار قاصدًا تسفيه رموز الكفر و هو غرض مشروع لا ريب إلا أن المآل مخالف

لغرض المشرع

فلا عبرة للباعث في هذه الصورة، لأن الاعتداد بالباعث إنما هو من جهة أنه يدل على المآل فيما لو

تحقق هذا الباعث .

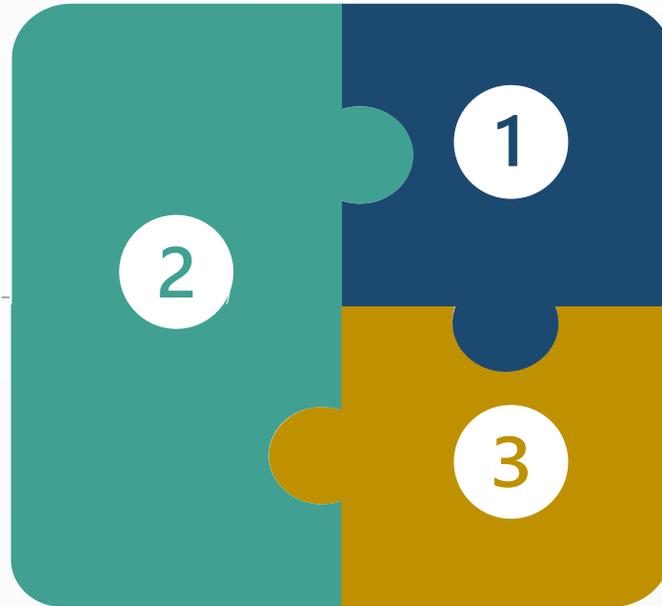


سابقًا: خصائص النظرية:



خارج عن العقد

فهو ليس ركناً في العقد ولا شرطاً من شروط وجوده. لذا على القاضي أن يبحث عنه خارج العقد، ويستدل عليه بكل القرائن وظروف انعقاد العقد



نفسى

إذ يرجع فيه إلى نيات النفس، وخفاياها، وما تتأثر به من دوافع

متغير

فيختلف الباعث في العقد الواحد نظراً لتعدد البواعث الدافعة للتعاقد لدى المتعاقد



ثامناً: مسالك كشف
الباعث:

من المسالك ما هو ظاهر معلوم، ومنها ما هو مستتر
ويحتاج المستتر لمعرفة إلى بعض الأمور لكشفها، فمن المسالك :



مسلك العرف والعادة

وهو بدلالة العرف والعادة على
مقصد المتعاقدين

مثال ذلك:

ما جرى التعارف عليه عند بعض
الناس من قيام المقترض بإهداء
المقرض هدية قبل الوفاء، و
قصده من ذلك: تأخير الاقتضاء و
تأجيله، و إن لم يكن قد نص على
ذلك أو تكلم به أثناء العقد.

مسلك التواطؤ على الباعث

وهو أن يتفق الطرفان على
الباعث

مثال ذلك:

ما لو تواطأ الواهب مع
الموهوب له على أن يهبه
المال الزكوي قبيل انتهاء
الحول، ثم يرجعه الموهوب له
إلى الواهب بعد مضي الحول،
ليستأنف به حولاً جديداً

مسلك الإقرار وهو من أقوى المسالك

وهو أن يقر في العقد أو
على التصرف

مثال ذلك:

إذا أقر الزوج بأنه إنما
عقد على المرأة بغرض
التحليل، كان ذلك العقد
عقد تحليل، و إن لم
ينص فيه على التحليل

مسلك دلالة الحال:

ويقصد به معرفة الباعث من خلال حال الشخص، وهو مسلك قوي كذلك

مثال ذلك:

ما لو عُرف رجل بكثرة التحليل، ولم يكن معروفاً بالأخلاق والدين، وتزوج فتاة بصدّاق أقل من ثلاثة دراهم، ثم عجل بالطلاق أو بالخلع، عُلم قطعاً وجود التحليل، فحال الرجل وحال المرأة، وصورة مفارقتها بعد ذلك كل ذلك من دلائل الحال الكاشفة عن الباعث.

مسلك محل العقد

ويراد به بيان أن مما يكشف عن قصد العاقد وباعثه على التصرف: محل العقد نفسه، فقد يكون قرينة كاشفة عن الباعث الذي حمل على التصرف.

مثاله:

بيع الجارية المعدة للغناء.



تاسعًا: آثار الباعث في
الفروع الفقهية:



لا خلاف بين الفقهاء في الاعتداد بالبائع إن ظهر في صلب العقد
وأنه شرط لصحة التصرف عند ظهوره
ولا خلاف في أن الباعث غير المشروع إذا أسفر عنه التعبير في صلب العقد يبطله؛ لاقترانه
بشرط محرم.
وإنما الخلاف فيما إذا لا يتضمن هذا الباعث تعبيرٍ ولم يمكن استخلاصه من طبيعة محل
العقد ضمناً.



المالكية والحنابلة: أكثر توسعا في أعمال الباعث والاعتداد به، ولو عن طريق القرائن.

الحنفية والشافعية: لا يعتدون بالباعث إلا في العبادات، أو صرح به في العقود، وإلا تمسكوا

بالظاهر.

في العبادات: اللمس الناقض للوضوء:

ذهب المالكة والحنابلة في رواية إلى: أن اللمس الناقض للوضوء هو اللمس بقصد التلذذ فإن لم يكن قاصدا التلذذ فلا ينقض الوضوء.

وذهب الشافعي إلى أن مجرد ملامسة البشر هي ناقضة للوضوء، وهو راجع إلى تفسير الآية " أو لامستم النساء "

ويلاحظ أن الباعث عند المالكية والحنابلة هو المعيار، فإن قصد ولو لم يلتذ فعلا وجب عليه الوضوء، اعتبارا للباعث وإن لمسته وهو لا يريد، لا شيء عليه، لانتفاء القصد. ويلاحظ أيضا أن الباعث كان من مقومات السبب، فما لم يقصد باللمس التلذذ، فلا يتحقق سبب نقض الوضوء.

في المعاملات: بيع العنب لعاصره خمراً:

من قال بإلغاء النظر للباعث في العقود قالوا: إذا باع صاحب العنب عنبه لمن يعلم أنه سيتخذه خمراً، أو يظنه ظناً غالباً، فإن شك في اتخاذه خمراً أو توهمه فالبيع ذاته - مكروه، ويصح.

وأما عند من قال بالنظر للباعث: فهو محرم، ولا يصح.

فالاتجاه الأول لا يأخذ بالسبب أو الباعث إلا إذا كان داخلاً في صيغة العقد، وتضمنه التعبير عن الإرادة ولو ضمناً، ولا يعتد به إذا لم تتضمنه صيغة العقد.

في أحكام الأسرة: نكاح المحلل:

اختلف العلماء في نكاح المحلل فذهب الجمهور مالك وأحمد والشافعي والثوري إلى أن النكاح باطل، ولا تحل للزوج الأول.

وقال الحنفية وبعض فقهاء الشافعية: هو مكروه وليس بباطل، لأن في تسميته بالمحلل ما يدل على الصحة لأنها سبب الحل، وروي عن الأوزاعي أنه قال: بئس ما صنع والنكاح جائز.

في رفع الدعاوى إلى القضاء: رفع دعوى على غير مصلحة:

فمن شروط الدعوى، المصلحة المشروعة، فحيث لا يكون للمدعي مصلحة في رفع الدعوى، لا تقبل.
كرفعها على تارك الصلاة، أو على أمر تافه كحبة قمح.

ومن الدعاوى التي ينظر فيها إلى الباعث ومعاقبته:

أنه اذا ثبت أمام القضاء، أن لا غرض للمدعي إلا الإضرار بالخصم، فللخصم أن يطالبه بالتعويض عن كل ضرر ما جراء تعطيل مصالحه، ودفعه لساحة المحكمة دون سبب جدي إلا الانتقام والإضرار.



عاشراً: مقارنة النظرية بين
الفقه والقانون :



وجه المقارنة	الباعث فى الفقه الإسلامى	الباعث فى القانون الوضعى
من حيث مبدأ سد الذريعة	علماء الفقه اهتموا بدراسة هذا المبدأ	علماء القانون لم يهتموا بدراسة مبدأ سد الذريعة الذي يرتبط بالباعث واكتفوا بالإشارة إليه فقط
من حيث النظر إلى الباعث	الشريعة الإسلامية لا تنظر إلى الأعمال الظاهرة فقط، بل يمتد نظرها إلى بواطن الأمور من نية وقصد وباعث	القانون لا ينظر للباعث إلا في العمل غير المشروع إذا احتاج إلى ذلك
من حيث ترتب عقوبة أو جزاء على الباعث غير المشروع	الشريعة الإسلامية تعاقب على الباعث غير المشروع	القانون لا يرتب جزاء ولا عقوبة على الباعث إلا في العمل غير المشروع إذا احتاج إلى ذلك
نوع العقوبة	العقوبة تشمل الدنيا والآخرة معاً.	القانون عقوبته على الباعث في العمل غير المشروع دنيوية.
من حيث المكافئة على الباعث المشروع	الشريعة الإسلامية تكافئ على الباعث المشروع بالأجر في الدنيا والجزاء في الآخرة.	القانون لا يكافئ على الباعث المشروع لأنه هو الأصل
من حيث الغرض من الباعث	الغرض من الباعث عند الشريعة الإسلامية يكون مشروعاً ويكون غير ذلك	القانون غرضه من الباعث غالباً يكون غير مشروعاً



الحادي عشر: أبرز المؤلفات
في نظرية الباعث:



١. أثر البواعث على العقود و التصرفات في الفقه الإسلامي: عمر محمد الحسن أوهاج، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، ٢٠٠٢م.
٢. حقيقة الباعث في الفقه الإسلامي: خالد بن سعد بن فهد الخشلان، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد ٨٦، ٢٠٠٦م.
٣. نظرية الباعث في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي: آيات أحمد عبد الرزاق تلاحمه، جامعة القدس، فلسطين، ١٤٣٩هـ.
٤. نظرية الباعث و أثرها في العقود و التصرفات في الفقه الإسلامي: عبد الله إبراهيم زيد الكيلاني، وزارة الأوقاف و الشؤون و المقدسات الإسلامية، الأردن.
٥. نظرية الباعث في العقود في الفقه والأصول: أ.د. وهبة الزحيلي.
٦. أثر الباعث غير المشروع على الالتزامات العقدية: أسعد فاضل منديل، مجلة جامعة كربلاء العلمية، العدد ٢، ٢٠٠٦م.
٧. الباعث و أثره في العقود و التصرفات في الفقه الإسلامي: مصونة الخطيب الحسني، جامعة دمشق، ١٤٢٤هـ.
٨. أثر الباعث في العقود: عبدالمولى أبو القاسم إبراهيم أبو حليقة، جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية، ٢٠١٤م.
٩. نظرية الباعث عند الإمام الشاطبي و أثرها في التصرفات الشرعية: بدر الدين عماري، جامعة وهران.
١٠. نظرية الباعث و أثرها في النكاح: عماد العريبيدي، جامعة أم القرى.
١١. الباعث في القانون الوضعي والفقه الإسلامي: بن غريب رابع، جامعة جيجل في الجزائر، ٢٠٢٢م.



"نظرية الضمان"

إن نظرية الضمان تُعد من أهم النظريات،
وتتمثل أهميتها في الغاية منها، حيث إنها
تبحث في مفهوم وأحكام ضمان الأنفس
والأموال بسبب الاعتداء عليها عمداً أو خطأً،
مما يؤدي إلى هلاكها أو تلفها ويوجب
تعويض صاحبها عنها، حفاظاً على الحقوق،
وصيانة لها من كل أذى، وتطبيقاً لمبدأ
العدالة الذي قامت عليه الشريعة الإسلامية،
حتى يطبق ذلك الحكام والقضاة في قضايا
الفصل في الخصومات، لأن حرمة النفوس
والأموال عظيمة عند الله

نظرية الضمان

الموضوعات الرئيسية المشمولة في هذا العرض
التقديمي

- -المطلب الأول: مفهوم الضمان والألفاظ ذات الصلة
- - المطلب الثاني: مشروعية الضمان
- - المطلب الثالث: قواعد فقهية في الضمان
- -المطلب الرابع: أركان الضمان
- -المطلب الخامس: شروط الضمان
- -المطلب السادس: أقسام الضمان
- -المطلب السابع: أسباب الضمان
- -المطلب الثامن: محل الضمان
- -المطلب التاسع عقود الضمان
- -المطلب العاشر: نظرية الضمان بين الفقه والقانون

مفهوم الضمان والألفاظ ذات الصلة.

أولاً: الضمان لغة:

هو الكفالة، فيقال ضمين أي: كفيل .
ويأتي أيضاً بمعنى الالتزام والالتزام والغرامة .

ثانياً: الضمان اصطلاحاً :

اختلف الباحثين في الضمان على عدة تعاريف:

التعريف الأول: هو التعهد بسداد الحق المالي الواجب على الآخرين، ومن ثم فهم يحصرونه في الضمان المالي الذي يكون بالترام مسبق .

التعريف الثاني: توسعة مفهوم الضمان ليشمل الالتزام بسداد الحقوق الواجبة على الآخرين، ويشمل أيضاً الالتزام بإحضار أبدان الآخرين، الذي يسميه أهل الصنف الأول : كفالة .

التعريف الثالث: توسعة مفهوم الضمان ليشمل التعويض وضمأن المتلفات ، هو واجب رد بدل الشيء بالمثل أو القيمة.

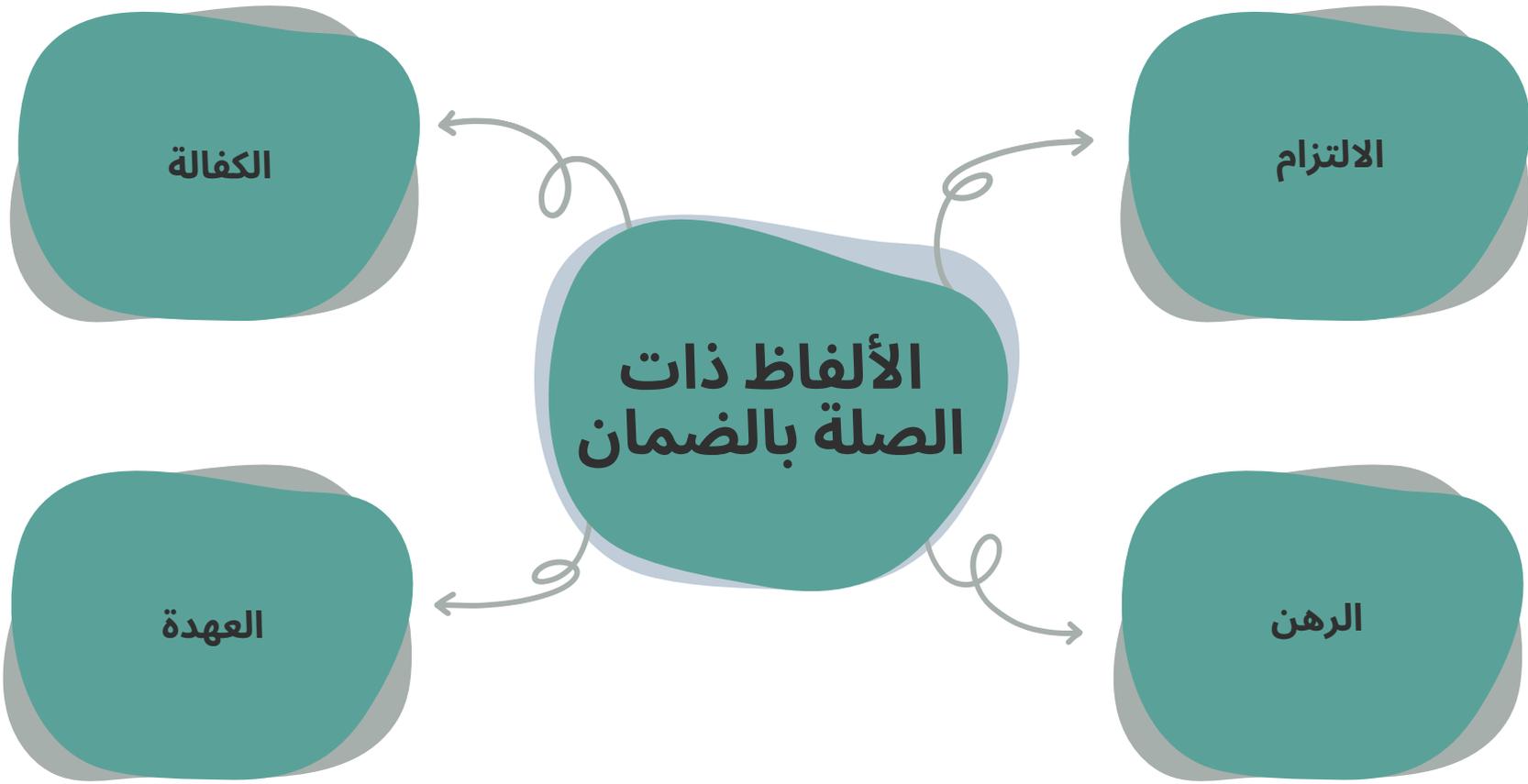
أما مفهومه في الاصطلاح -بما يتلاءم مع عموم نظرية الضمان الشاملة للمسؤولية البدنية والجنائية-: الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية .

والتعريف المختار:

"شغل الذمة بحق مالي أوجب الشارع أداءه جبراً لضرر لحق بالغير في ماله أو بدنه أو شعوره، سواء نشأ هذا الضرر بمخالفة العقد أو شرط من شروطه، أو بارتكاب فعل أو ترك حرمه الشارع ذاتاً أو مآلاً".

أما تعريفه عند القانونيين :

يوسعون مفهوم الضمان فيجعلونه يشمل الرهن ، بل بعضهم يجعله يشمل الحوالة .
ويعرفون الضمان: بأنه الالتزام بتعويض المتضرر ، لقاء ما أصابه من اعتداء أو ضرر ، سواء كان بعقد، أو بدونه.
وقد يستخدمون لفظة أخرى ترادف لفظة الضمان، ألا وهي: (المسؤولية)، أو يقولون: (المسؤولية القانونية عن الفعل الضار).



الألفاظ ذات الصلة بالضمان :

أولاً: الالتزام:

- الالتزام لغة: هو الثبوت والدوام، وعدم المفارقة .

- الالتزام في الاصطلاح: "إلزام المرء نفسه ما لم يكن لازماً لها".

- العلاقة بين الالتزام والضمان:

بينهما عموم وخصوص، حيث إن الضمان يتعلق بإتلاف مال الغير عمداً أو خطأً، بينما الالتزام أعم من الضمان، فقد يكون إلزاماً للنفس بشيء غير لازم عليها ولا يتعلق بالغير كالنذر، وقد يكون إلزاماً للنفس بشيء غير لازم عليها فيما يخص الغير كضمان المتلف.

ثانياً: الرهن.

- الرهن لغة: الثبوت والدوام والاستقرار .

- الرهن اصطلاحاً: " هو جعل عين مالية وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر استيفائه ممن هو عليه".

- العلاقة بين الرهن والضمان:

أن كلاً منهما عقد وثيقة للدين، إلا أن الضمان قد يكون بإلزام الضامن نفسه ما ثبت في ذمة غيره، بخلاف الرهن فلا يصح إلا بتقديم المدين عين مالية للدائن ليستوفي منها الدين عند عدم القدرة على الوفاء.

ثالثاً: الكفالة.

- الكفالة لغة: الإلزام ، وتأتي بمعنى الإعالة .

- الكفالة اصطلاحاً: " هي التزام رشيد إحضار من عليه حق مالي لربه".

- العلاقة بين الكفالة والضمان.

بينهما عموم وخصوص، فالضمان قد يكون بالكفالة، وقد يكون بالتعدي والإتلاف، أما الكفالة فهي خاصة بإحضار المدين دون الدين أو المال.

رابعاً: العهدة.

- العهدة لغة: هي وثيقة المتبايعين التي يرجع إليها عند الالتباس .

- العهدة اصطلاحاً: هي بذات المعنى عند جمهور الفقهاء، فالعهدة عندهم هي الوثيقة والدرك بين المتبايعين .

- العلاقة بين العهدة والضمان:

إن العلاقة بين العهدة والضمان هي العموم والخصوص، فالضمان أعم من العهدة، بينما أن العهدة تختص بالعقود، بينما الضمان في سائر المعاملات والجنايات .

مشروعية الضمان :

شرع الضمان للحفاظ على حرمة الأموال، التي هي من المقاصد الضرورية في الشريعة الإسلامية؛ وذلك جبرًا لما يقع من الأضرار، وحدًا واجبًا للاعتداء، وزجرًا وقمعًا للمعتدين .

جاء ذلك في قوله تعالى: (فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ) [البقرة: 194].

ومن السنة قوله : «على اليد ما أخذت حتى تؤدي».

وقد أجمع الفقهاء على أن الدماء والأموال مصونة في الشرع، وأن الأصل فيها الحظر، فلا يحل دم المسلم ولا ماله إلا بحق، ولا يحل إلزام أحد غرامة لم يوجبها نص أو إجماع.

قواعد فقهية في الضمان :

1- لا ضرر ولا ضرار.

2-المباشر ضامن وإن لم يتعمد، والمتسبب لا يضمن إلا بالتعمد.

3-الجواز الشرعي ينافي الضمان.

4-الاضطرار لا يبطل حق الغير.

5- ما لا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه.

أركان الضمان

الاتجاه الثاني :

الصيغة

العاقدان

محل العقد

الاتجاه الأول :

التعدي أو
الاعتداء

الضرر

الإفضاء أو العلاقة
السببية بين الضرر
والتعدي

أركان الضمان :

للعلماء في تحديد أركان الضمان اتجاهين
• الاتجاه الأول: من قسم أركان الضمان باعتبار المسؤولية فجعلها: (تعدي وضرر وإفشاء)

الركن الأول: التعدي أو الاعتداء :
وهو لغة: مجاوزة الحد.

وشرعاً: مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً أو عادة.
وقد يكون التعدي عن طريق المباشرة إذا لم يفصل بينه وبين حدوث الضرر فعل آخر، كقطع شجر الغير بلا وجه حق.
ويكون بطريق التسبب إذا فصل بينه وبين الضرر فعل آخر أدى إليه فكان علة لوقوعه، ولا فرق بينهما في الحكم.

الركن الثاني: الضرر:

وهو في اللغة: نقص يدخل على الأعيان.
وشرعاً: إلحاق مفسدة بالغير أو هو كل إيذاء يلحق بالشخص سواء في ماله أو جسمه أو عرضه.
والضرر في ذاته على نوعين:

1- مادي أو مالي: ما يصيب مال الإنسان فيتلف بعضه أو يصيبه بتعيب ينقص قيمته أو يذهب بالمال كله أصلاً ومنفعة.
2- معنوي: مثل ما يصيب الإنسان في شرفه وعرضه من الأذى كالقذف والسب، أو من إيذاء الشعور أو امتهان المعاملة.

الركن الثالث: الإفشاء أو العلاقة السببية بين الضرر والتعدي

الإفشاء: من معانيه اللغوية: الوصول إلى الشيء.

والمراد منه هنا: الرابطة بين التعدي والضرر إما بالمباشرة أو تسبباً.

فإذا وجدت المباشرة وحدها: لزم الضمان مثل السرقة، والإحراق، والإغراق، والكسر.

وإذا وجد التسبب وحده:

وجب الضمان بالشروط الآتية:

1- أن يحدث تعد من فاعل السبب.

2- أن يقع الضرر بتعمد المتسبب.

3- أن يؤدي السبب إلى النتيجة قطعاً دون تدخل سبب آخر حسب العادة، أو ألا يتخلل بين السبب والمسبب فعل شخص آخر، وإلا نسب الفعل إليه مباشرة.

أركان الضمان :

• الاتجاه الثاني: من جعل الضمان مقتصر على العقد (مثل عقود الضمان والكفالة) فيجعل هناك صيغة وعاقدان وحق مضمون.

الركن الأول- الصيغة:

وينعقد الضمان بكل لفظ أو فعل يدل على التزام الموجب وتعهده بما التزم، وكذلك بالكتابة وإشارة الأخرس إذا كانت تدل على المقصود.

الركن الثاني- العاقدان:

وهما طرفا العقد اللذان لا يتم انعقاده إلا بهما، ولا بد أن يكون كل منهما أهلاً لإجراء العقد وذلك بأن يكون بالغاً عاقلاً رشيداً غير محجور عليه.

الركن الثالث: المعقود عليه (محل العقد):

وهو المعبر عنه في الضمان بالمضمون، وهو الحق الملتزم به لصاحب الحق، وهو إما أن يكون عيناً، أو ديناً، أو نفساً، أو فعلاً

الشروط المتعلقة بأركان الضمان:

الركن الأول: الضامن أو الكفيل، ويشترط فيه ما يلي:

- 1- أن يكون عاقلا بالغاً.
- 2- ألا يكون محجوراً عليه لسفه، ولا يصح منه أن يضمن غيره.
- 3- ألا تكون امرأة متزوجة إذا أرادت أن تضمن في مقدار يزيد على ثلث مالها بغير إذن زوجها.
- 4- ألا يكون مريضاً مرض موت، فلا يجوز له أن يضمن بأكثر من ثلث ماله.
- 5- ألا يكون الضامن عليه دين يستغرق كل ماله.
- 6- ألا يكون مكرهاً على الضمان.

الركن الثاني: المضمون له، وهو صاحب الحق، ويشترط فيه ما يلي:

- 1- أن يكون معروفاً للضامن؛ لتفاوت الناس في المطالبة شدة ولينا، فلا يصح ضمان المجهول.
- 2- لا يشترط رضا المضمون له؛ لأن الضامن لا يضره؛ إذ هو التزام يزيد دينه تأكيداً.

الركن الثالث: المضمون عنه، وهو المدين، ويشترط فيه ما يلي:

أن يكون معلوماً، فلا يصح ضمان المجهول إذا كان الضمان في المستقبل، فإذا قال شخص لآخر: ضمنت لك ما تبيعه للناس بالدين، فإن الضمان لا يصح.

الركن الرابع: المضمون به، وهو الدين أو العين أو النفس، ويشترط فيه ما يلي:

- 1- أن يكون الدين لازماً أو آيلاً إلى اللزوم، كالثمن في زمن الخيار آيلاً للزوم، وكالقرض، وثمان المبيع في مدة الخيار، ولا يصح الضمان بالدين غير اللازم، كدين الكتابة؛ لأن المكاتب له أن ينقض العقد ويمتنع عن الأداء.
- 2- أن يكون الدين معلوماً قدراً وجنساً، كأن يقول الضامن: ضمنت لك ما على زيد من دينه، وقدره ألف دينار، وإلا لا يصح الضمان.
- 3- يشترط لصحة ضمان العين، أن تكون مضمونة على من هي في يده، كالعين المغصوبة، والعين المستعارة، عند جمهور العلماء، وضمان العين وضمان الأعيان أن تكون مضمونة بردها إن كانت قائمة، أو رد قيمتها عند تلفها.
- 4- يشترط لصحة ضمان النفس أن يكون على المضمون ببدنه حق لادمي، أو عقوبة، وألا يكون حداً أو قصاصاً.

الركن الخامس: الصيغة، وهي كل ما يفيد التعهد والضمان، كقول الضامن: كفلت أو تحملت، وأنا بذلك المال زعيم، أو حميل، أو غريم، أو دين فلان عليّ، أو إحضار فلان عليّ، أو نحو ذلك.

أقسام الضمان وأنواعه :

2

ضمان المال، وهو التعويض المالي عن الضرر اللاحق بالغير. ويكون بقدر الضرر أو التعدي الحاصل.

1

ضمان النفس، وهو الدية في القتل الخطأ، أو في القتل العمد إذا حدث عفو أو صلح عن القصاص .

وينقسم ضمان المال إلى نوعين:

1- ضمان كامل

2- ضمان جزئي.

وينقسم أيضا بحسب تقديره شرعا إلى نوعين:

1- مضبوط

2- غير مضبوط

كما أنه ينقسم بحسب استقراره على الضامن أو عدم

استقراره إلى:

1- مستقر

2- متحول.

أولا - تقسيم ضمان المال باعتبار مقداره :

الضمان الكلي :

هو الالتزام بدفع قيمة جميع الشيء المتلف إذا كان ألتلف كليا أو جزئيا فاحشا شبيها بالتلف التام.
ومن أمثلته: لو أتلّف رجل مصراعي باب، أو أحد زوجي خف، كان للمالك أن يسلم إليه الآخر، ويضمنه قيمتها .

أما الضمان الجزئي:

فهو الالتزام بدفع قيمة النقصان اليسير في المصوب أو في الإتلاف الجزئي، وذلك بأن يقوم الشيء صحيحا من كل شيء، ويقوم مجنيا عليه، ويعطى المالك ما بين القيمتين، وهذا باتفاق الفقهاء. لأن القاعدة المقررة تقول: (ما ضمن كله ضمن جزؤه بالأرث) .

ثانيا- تقسيم ضمان المال باعتبار تقديره شرعا:

النوع المضبوط:

هو ما حدد الشرع بإتلافه مقدارا معيناً من الأموال، إما لحق الله تعالى، أي رعاية لمصلحة عامة، كإتلاف الصيد البري في حرم مكة أو في أثناء الإحرام بالحج والعمرة. أو لحق شخص معين، كضمان الأموال المثليات؛ لأنه محدد شرعا بالمثل: «إناء بإناء وطعام بطعام».

ومن هذا النوع:

مقابلة الجاني بنقيض قصده من الحرمان من الإرث أو الوصية، كعقوبة القاتل لمورثه بحرمانه من الميراث، وعقوبة الموصى له القاتل للموصي ببطلان وصيته وحرمانه منها عند الجمهور غير الشافعية .

أما غير المضبوط:

فهو التعويض غير المقدر شرعا، وإنما فوض لاجتهاد الأئمة والقضاة بحسب المصالح، وهو كل ما لم تأت به الشريعة بقاعدة عامة.

ومن هذا النوع :

ما يسمى بحكومة العدل، أي التعويض الذي يقدره الخبراء في حالة الجراح التي ليس لها أرش. ومنه كل ما فوض به القاضي من إصدار الحكم بالتعويض المالي على الأضرار الأدبية، أو المادية حسب تقديره إذا لم يكن هناك مقدار محدد شرعا .

ثالثا - تقسيم ضمان المال باعتبار استقراره وتحوله:

الضمان المستقر:

هو أن يلتزم الشخص التعويض عن فعل نفسه دون أن يكون له الحق في الرجوع بما يدفعه على أحد، كضمان المتلفات، وضمان الغاصب هلاك الشيء المغصوب.

والضمان المتحول:

هو الذي من شأنه أن يعطي للضامن الذي دفع الضمان حقا في الرجوع بما ضمنه على شخص آخر، علما بأن الأصل العام أن يسأل كل شخص عن فعل نفسه، وهذا هو المبدأ المقرر في الإسلام - مبدأ المسؤولية الفردية أو الشخصية: (ولا تزر وازرة وزر أخرى)، إلا أنه يستثنى من هذا المبدأ حالة وجود التعدي، سواء أكان الفعل تعديا بنفسه وطبيعته كما في الغصب، أم بسبب صدور تصرف عدواني من الشخص كإعارة الشيء المستعار إلى آخر، أم بسبب إهمال أو تقصير أو تهاون بالمحافظة على أمتعة الناس، كالأجير العام أو المشترك .

مثال على الضمان المتحول:

ليس للوكيل أن يوكل غيره من دون إذن موكله، لأن الوكالة ملحوظ فيها شخص الوكيل بذاته لاعتبارات تتعلق بالرأي والخبرة والأمانة ونحو ذلك. والوكيل أمين فيما وكل فيه، فلا يضمن إلا إذا حدث منه تعد أو تفريط. فإذا وكل غيره يكون ضامنا

أسباب الضمان:

السبب الأول: العقد، وبعضهم يقول الشرط،
وبعضهم يقول الالتزام :

ومن الأدلة على أن هذا من أسباب الضمان قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [سورة المائدة: 1] فلو نُصَّ على شرط صراحة، أو كان الشرط مفهوماً ضمناً حسب العرف والعادة، ثم أدخل العاقد بما تقتضيه طبيعة العقد أو يتطلبه الشرط، فلم يَقم بتنفيذ التزامه على الوجه المتفق عليه ضمن.

مثاله: مقتضى عقد البيع تسليم المبيع والثمن، وسلامة العوضين، فإذا لم يَقم المدين بتنفيذ التزامه أو وُجد عيب في المبيع، كانت المسؤولية عقدية مستوجبة للضمان؛ لخطأ عقدي.

القاعدة العامة في ضمان العقد:

هي تنفيذ العقد بما أوجبه من شروط صحيحة شرعاً، إما بطريق الاختيار أو بطريق الإيجاب، فإن لم يمكن تنفيذه وجب اللجوء إلى التعويض العادل عن الضرر، إما باتفاق المتعاقدين أو بتقدير القاضي، ويلحق بالعقد الصحيح ما قبض على سؤم الشراء، بأن يقبض المساوم الشيء بعد معرفة ثمنه يقصد الشراء فيهلك في يده، فيضمنه بقيمته بالغة ما بلغت .

السبب الثاني: اليد، فإن اليد العادية غير مؤتمنة، يجب على صاحبها الضمان؛ حتى ولو لم يكن هناك تفريط ولا تعد :

دليله : قول النبي ﷺ : { عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَ } .

مثاله: لو قُدِّر أن إنساناً غصب من آخر سيارة، فجاءت صاعقة فأحرقتها، قلنا: يجب على الغاصب الضمان، قال الغاصب: لم أتلّفها أنا، ولم أفرط ولم أتعد، وليس هناك عقد يلزمني بالضمان. نقول: هناك سبب آخر من أسباب الضمان هو اليد العادية، فوجب عليك ضمانه . وبذلك نعم أن اليد الحكيمة غير المالكة على نوعين:

النوع الأول: يد أمانة؛ وهي حيازة المال نيابة لا ملكاً، مثل: يد المودع، ويكون القبض فيها لمصلحة المالك، فلا يجب عليه الضمان في الإلتلاف إلا في حالة التعدي.

القاعدة العامة في ضمان اليد:

هي مراعاة المثلية بين الضرر وبين التعويض. فإذا تعذر رد الشيء بعينه وجب رد مثله إن كان مثلياً ، ودفع قيمته إن كان قيمياً؛ لأن القيمة تقوم مقام المثل في المعنى وفي الاعتبار المالي . النوع الثاني: يد الضمان: وهي ما كان القبض فيها لغير مصلحة المالك، ويد الضمان يجب عليها ضمان المتلف في كل حال.

السبب الثالث: الإلتلاف : إن من أتلّف مالا لغيره بغير حق وجب عليه ضمانه .

أساس الالتزام بالضمان في إلتلاف مال الغير حديث أنس - رضي الله عنه - قال: {أَهْدَتْ بَعْضُ أَرْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ - إِلَى النَّبِيِّ ﷺ - طَعَامًا فِي قِصْعَةٍ، فَضَرَبَتْ عَائِشَةُ الْقِصْعَةَ بِيَدِهَا، فَأَلْقَتْ مَا فِيهَا، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ -: «طَعَامٌ بِطَعَامٍ، وَإِنَاءٌ بِإِنَاءٍ»} .

وبعضهم يقسم الإلتلاف إلى قسمين: إلتلاف بالمباشرة وإلتلاف بالتسبب.

فالإلتلاف المباشر: هو إخراج الشيء من دون أن تكون هناك واسطة، كإحراق الثوب، والقتل، والذبح، والهدم.

أما الإلتلاف بالتسبب: هو أن يحيك شخص أمراً يفضي إلى تلف شيء للغير أو نقصان قيمته، وهو يتضمن ثلاثة أمور: التعدي-التعمد-ألا يكون التلف قد نشأ عن فعل آخر مباشر، مثال: كأن يحفر شخص بئراً في الطريق العام من غير إذن الحاكم، فإذا سقط فيه إنسان ضمن؛ ولا ضمان في إلتلاف بحق أو لما ليس مالا.

القاعدة العامة في ضمان الإلتلاف:

جبران الضرر الواقع، فيراعى فيه جنس التالف وماليته، يقول السرخسي: «ضمن العدوان مقدر بالمثل بالنص»، فإذا تعذر الأصل يصار إلى البديل. والتعذر قد يكون حقيقية كانقطاع وجود المثل في الأسواق، أو يكون حكماً كوجوده بأكثر من ثمن المثل

محل الضمان :

حدد ابن رشد المالكي محل الضمان فقال: "وأما ما يجب فيه الضمان: فهو كل مال أتلفت عينه، أو تلفت عند الغاصب أو عند غيره عينه بأمر من السماء أو سلطت عليه اليد، وذلك فيما ينقل ويحول باتفاق".

واختلفوا فيما لا ينقل ولا يحول مثل العقار :
-فقال الجمهور: إنها تضمن بالغصب، أي أنه إذا انهدمت الدار ضمن قيمتها.

-قال أبو حنيفة: لا يضمن. وسبب اختلافهم: هل كون يد الغاصب على العقار مثل كون يده على ما ينقل ويحول؟ فمن جعل ذلك حكماً واحداً، قال بالضمان. ومن لم يجعل حكم ذلك واحداً، قال: لا ضمان.

-وقال ابن القيم: إن محل الضمان: هو ما قبل المعاوضة، أي أن يكون قابلاً للبيع والشراء، فالملاهي والأصنام والخمور والخنازير غير مضمونة شرعاً، لأنها لا تقبل المعاوضة! لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ".

وإذا أردنا تعميم معنى الضمان فنقول: المضمونات قسمان:

1- ما ليس بمال وهم البشر، فيضمنون بالجناية على النفس أو الأعضاء إما بالمباشرة وإما بالتسبب.

2- ما هو مال: وينقسم إلى أعيان ومنافع، وزوائد، ونواقص، وأوصاف. وتضمن الأموال يتلفها أو إتلافها تحت يد عادية، والمراد باليد العادية: الضامنة، وإن لم يكن صاحبها متعدياً.

محل الضمان :

أما الأعيان فنوعان : أمانات ومضمونات .

الأمانات : هي التي يجب تسليمها بذاتها، فإذا هلكت لا تضمن إلا بالتعدي أو بالتقصير ، كإهمال حفظ الوديعة مما أدى إلى تلفها أو ضياعها أو سرقتها، وحينئذ لا تبقى أمانة، بل تكون مفسوبة. فإن هلكت بلا تعد فلا شيء في مقابلتها .

وهو نوعان:

1-أمانة حصلت في يد المؤتمن برضا صاحبها، وحكمها أنه لا يجب أدائها إلا بعد المطالبة بها، مثل الودائع، والعواري عند الحنفية والمالكية، والهبات، وأموال الشركات والمضاربات والوكالات والعين المؤجرة، حالة بقاء عقودها قائمة.

2-أمانة حصلت في يد المؤتمن من دون رضا صاحبها، وحكمها أنه يجب المبادرة إلى ردها مع العلم بمستحقها والتمكن منه، ولا يجوز التأخير مع القدرة على الرد، مثل اللقطة إذا علم صاحبها، أو الشيء المودع والمرهون ومال المضاربة ونحوها في حالة إذا مات المؤتمن، وانتقلت الأمانة إلى وارثه، فلا يجوز له إمساكه مع العلم بصاحبه.

وينطبق ذلك أيضاً على الأمانات بعد فسخ عقودها كالإيداع والوكالة والشركة والمضاربة، فإنه يجب على المؤتمن ردها إلى أصحابها فوراً لزوال الائتمان.

والحنفية من أجل تحديد الملزم بالتسليم قسموا العين التي هي أمانة إلى واجبة التسليم كالعارية والمستأجر في يد الأجير، وغير واجبة التسليم كالودائع ومال الشركات والمضاربات.

والمضمونات :

يجب ضمان تلفها أو إتلافها في كل الحالات، حتى ولو كان التلف قضاءً وقدرًا.

الأعيان المضمونة عند الحنفية من ناحية الالتزام برد المثل أو القيمة نوعان :

1- عين مضمونة بنفسها أي في حد ذاتها: وهي التي يجب ضمان ردها بعينها ما دامت موجودة، فإذا هلكت وجب الإتيان بمثلها إن كان لها مثل، وإلا فعليه قيمتها.

2- عين مضمونة بغيرها: هي العين التي يجب تسليمها ما دامت موجودة، فإذا هلكت لا يجب تسليم مثلها ولا قيمتها. فهي إذن ليست بمضمونة، ولكنها تشبه المضمونة، كالمبيع قبل قبض المشتري له مضمون بالثمن، والمرهون مضمون بالدين. فإذا هلك المبيع قبل القبض، لا يجب على البائع أو غيره شيء لا المثل ولا القيمة. ولكن يسقط الثمن عن ذمة المشتري، وهو غير المثل والقيمة وإذا هلك المرهون لا يجب على الدائن المرتهن شيء للمدين، ولكن يسقط من الدين عن الراهن بمقدار الأقل من الدين والمرهون.

والأعيان المضمونة عند المالكية والشافعية إما أن تكون :

-أولاً: بسبب العدوان كالمغصوبات والمسروقات ونحوها.

-ثانياً: بسبب قبض بغير عدوان، بل بإذن المالك كقبض المبيع الذي يصبح المشتري بقبضه ضامناً له، أو بقاء يد البائع، فإن المبيع يكون من ضمان البائع قبل القبض، وكقبض المبيع بيعاً فاسداً فإنه من ضمان المشتري، ويضمن عندهم بالقيمة إذا تغير في ذاته، أو تغير سوقه، أو تعلق به حق الغير، أو تلف بأفة سماوية، أو أتلفه المشتري.

وقال الحنابلة :

الأعيان المضمونة وهي التي يجب ضمانها بالتلف والإتلاف بكل حال تجب المبادرة إلى ردها في كل الأحوال، سواء أكان حصولها بيد الضامن بفعل مباح أم محظور.

فالأول كالعواري إذ هي مضمونة عندهم، فيجب ردها إذا استوفى المستعير منها الغرض المستعار له، سواء طالبه المالك أم لم يطالب، لأنها عندهم من المضمونات فهي شبيهة بالمغصوب. والثاني كالمغصوب والمقبوض بعقد فاسد ونحوهما.

حكم ضمان العقار :

يضمن المنقول ضمان يد أو حيازة بالتعدي عليه بالنقل والتحويل باتفاق الفقهاء، وأما العقار فقد اختلف الفقهاء فيه، وبرز الخلاف في الغصب :

فقال أبو حنيفة وأبو يوسف : إنه لا يتصور غصب العقار، لكن إذا أتلفه الغاصب، ضمنه بالإتلاف. وتعليل ذلك أنه لم يتحقق معنى الغصب وهو (إزالة يد المالك عن ماله بفعل في المال)، لأن العقار ما زال موجوداً في محله بلا نقل وتحويل، وإبعاد المالك عن عقاره فعل في المالك لا في العقار، وهذا المعنى لا يوجب الضمان، كما لو حال شخص بين المالك ومتاعه أو ماشيته، فتلف ذلك.

وقال جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، ومحمد صاحب أبي حنيفة: إنه يتصور غصب العقار كالأراضي والدور، ويجب على غاصبها، لوجود الانتفاع بها على وجه التعدي، وهي الغاية المطلوبة من الاستيلاء، والتعدي أحد أركان الضمان، ولأن معنى الغصب (وهو الاستيلاء على حق الغير عدواناً، أو إزالة يد المالك عن ماله من دون إذنه) متحقق حينئذ، ولأن ما ضمن في البيع وجب ضمانه في الغصب كالمنقول، ولأنه يمكن الاستيلاء على الشيء بأن يحول بينه وبين مالكه، مثل أن يسكن الدار ويمنع مالكها من دخولها.

ويدل لهذا الرأي الأرجح والله أعلم قوله صلى الله عليه وسلم: " من ظلم قيد شبر من الأرض، طوّقه يوم القيامة من سبع أرضين".

حكم ضمان المنافع :

كذلك اختلف متقدمو الحنفية مع جماهير العلماء في ضمان منافع الأشياء المباحة التي تستباح بعقد الإجارة، كالسكنى والاستخدام والركوب والزراعة واللبس ونحو ذلك. وأما ما لا يستباح بعقد الإجارة وهو ما لا تستحق منافعه بعوض كالغنم والشجر والطير، فإنه لا ضمان لمنافعه اتفاقاً.

وقد برز الخلاف أيضاً في غصب منافع العقار:

قال أئمة الحنفية: المنافع ليست أموالاً، لكن يمكن تملكها، لأن المال عندهم مقصور على الأشياء المادية، والمنافع ليست ذات وجود مادي، وإنما هي أغراض متجددة تحدث شيئاً فشيئاً على مرّ الزمن، لذا فإنه لا يمكن أن يرد عليها الغصب، ولا تضمن بالتلف ضمان يد، لكن تكون مضمونة أي ذات قيمة، إذ عقد عليها عقد من العقود كالإجارة والزواج، فيصبح تقويمها عندئذ للضرورة، ولرضا المتعاقدين، وبهذا الاتفاق تصبح مالاً متقوماً.

أدلة الحنفية: حكم الحنفية بعدم ضمان المنافع بالغصب أو الإتلاف لأسباب عدة منها:

"أما عدم ضمان المنافع بالغصب فلأنها حدثت بفعل الغاصب وكسبه والكسب للكاسب لقوله عليه الصلاة والسلام: «من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق به»، فلا يضمن ملكه".
قول النبي صلى الله عليه وسلم (الخراج بالضمان) أي أن الغنم بالغرم.

وقال المالكية: تضمن منافع الأموال من دور وأرض بالاستعمال فقط، ولا تضمن حالة الترك، أي تضمن بالتفويت دون الفوات.

وقال الشافعية والحنابلة: تضمن منافع الأموال التي يستأجر المال من أجلها بالغصب أو بالتعدي، سواء استوفى الغاصب المنافع أو تركها حتى ذهبت، لأن المنافع أموال متقومة كالأعيان، ولأن الغرض الأظهر من جميع الأموال هو منفعتها، ولأن الشرع عد المنفعة مالاً، إذ أجاز جعلها مهراً في عقد الزواج.

أدلة جمهور الفقهاء: استدلوها بأدلة عدة منها:

اقتضاء المصلحة له، وتمشيه مع الواقع، وحفظ للحقوق،
ولأن الأموال لا يحرص عليها إلا لمنافعها.

الترجيح: وعلى هذا فإن قيمة المنفعة المستولى عليها بالتعدي تكون مضمونة بأجرة المثل، لضبايع المنفعة على صاحبها، وهذا ما أخذ به القانون المدني الذي يقضي بضمان أجر مثل العقارات المغصوبة، والتعويض عن كل ضرر يلحق بالمالك بسبب ضبايع منافع ماله المغصوب عليه.



2

عقود شرعت للملك
والربح ونحوهما، لكن
الضمان يترتب عليها
باعتبارها أثاراً لازماً
لأحكامها

1

العقود التي شرعت
للضمان

عقود الضمان

4

عقود مزدوجة الأثر ذات
الوجهين:
ضمان - أمانة

3

عقود الأمانة

عقود الضمان :

وهي التي يترتب عليها الضمان بالقبض عند التلف، فإذا وجد عقد من هذه العقود، وانتقل محل العقد من يد إلى أخرى، كان ذلك المحل مضموناً مطلقاً، سواءً هلك بفعل الشخص القابض، أو بفعل أجنبي، أو بآفة سماوية .

وتنقسم العقود بالنسبة للضمان وعدمه إلى أربعة أقسام :

- 1- العقود التي شرعت للضمان، أو هو الضمان بذاته، وهو الكفالة - كما يسميها الحنفية-، والضمان كما يسميه الجمهور.
- 2- عقود لم تشرع للضمان، بل شرعت للملك والربح ونحوهما، لكن الضمان يترتب عليها باعتبارها أثراً لازماً لأحكامها، وتسمى: عقود ضمان، ويكون المال المقبوض فيها مضموناً على القابض، بأي سبب هلك، كعقد البيع، والقسمة، والصلح عن مال بمال، والمخارجة، والقرض، وعقد الزواج، والمخالعة، والإقالة.
- 3- عقود أمانة يتجلى فيها طابع الحفظ والأمانة، والربح في بعض الأحيان، ويكون المال المقبوض فيها أمانة في يد القابض، لا يضمنه إلا إذا تلف بسبب تقصيره في حفظه، كعقد الإيداع، والعارية، والشركة بأنواعها، والوكالة، والوصاية، والهبة.
- 4- وعقود مزدوجة الأثر ذات وجهين، تنشئ الضمان من وجه، والأمانة من وجه، كعقد الإجارة، والرهن والصلح عن مال بمنفعة، فهي في الأصل أمانة، إلا أنه يترتب عليها الضمان في بعض حالاتها.

مناطق التمييز بين عقود الضمان وعقود الأمانة :

يمكن التفريق بين عقد الضمان وعقود الأمانة على أساس فكرة المعاوضة، فإذا كان القصد من العقد هو المعاوضة كان العقد عقد ضمان، وإذا لم يكن القصد من العقد هو المعاوضة كالحفظ ونحوه، فالعقد عقد أمانة.

يد الضمان	يد الأمانة
يد الحائز للشيء بقصد تملكه كالمشتري، أو لمصلحة نفسه كالغاصب.	يد الحائز للشيء لا يقصد تملكه باعتبار أنه نائب عن المالك كالوديع والمستعير والمستأجر.
أن الحائز يتبني رعايته، وإذا جبره الله عليه أو وقع التلف بفعله أو بفعل غيره أو آفة سماوية.	أن الحائز يتبني رعايته، وإذا جبره الله عليه أو وقع التلف بفعله؛ لأن قيمته. سواء وقع التلف بفعله أو بفعل غيره أو آفة سماوية.
	الله افترض فيه الأمانة والأمين يصدق فيما يدعيه. فلا يُسأل عما تحت يده إلا إذا تعدى أو قصر.

أولاً: العقود التي شرعت للضمان:

• الضمان في عقد الكفالة:

إذا صحَّ الضمان أو الكفالة باستجماع شروطها لزم الضامن أداء ما ضمنه وكان للمضمون له (الدائن) مطالبته ولا يُعلم فيه خلاف.

ثانيًا: العقود التي لم تشرع للضمان ويترتب عليها الضمان:

• الضمان في عقد البيع :

إن عقد البيع، ومنه المقايضة، هو أظهر مثال لعقود الضمان؛ إذ أن المقصود منه واضح وهو المعاوضة، فإذا قبض المبيع أو الثمن انتقل الضمان؛ لاستيفاء أو استحقاق العوض المقابل له. ويمكن تحديد المسؤول عن ضمان البيع أو المتحمل تبعه هلاكه ببحث أحوال الهلاك الثلاثة، وهي الهلاك الكلي والهلاك الجزئي، وهلاك النماء. ويفرق في الحكم تبعًا لأحوال هلاكه، هلاك كله، وهلاك بعضه، وهلاك نمائه، وهلاكه في البيع الصحيح والفاسد والباطل، وهلاكه وهو في يد البائع، أو في يد المشتري.

أ- الهلاك الكلي:

فإذا هلك المبيع كله بعد القبض فإما أن يكون الهلاك على المشتري، وإما على البائع:

أولاً- إن كان تلف المبيع بآفة سماوية أو بفعل المشتري أو بفعل المبيع نفسه كحيوان قتل نفسه، أو بفعل شخص أجنبي فلا يفسخ البيع، ويكون هلاكه على ضمان المشتري؛ لأن المبيع خرج عن ضمان البائع بقبض المشتري، فتقرر الثمن عليه، ويرجع بالضمان على الأجنبي حال كون الاعتداء منه.

بيان الضمان في هذه العقود فيما يلي:

ثانياً- إذا هلك المبيع بفعل البائع فينظر في :

إذا كان المشتري قد قبض المبيع بإذن البائع، أو من دون إذنه، لكنه سلم الثمن، أو كان الثمن مؤجلاً، فيكون هلاكه بسبب البائع موجباً للضمان عليه.

وإذا هلك المبيع كله قبل القبض (أي قبل تسليم المبيع للمشتري) فحكم ضمانه كالآتي:

أولاً- إذا هلك بآفة سماوية، أو بفعل المبيع نفسه، أو بفعل البائع، فينفسخ عقد البيع، ويسقط الثمن عن المشتري، ويكون ضمان المبيع على البائع.

ثانياً- إذا هلك بفعل المشتري، لا يفسخ البيع، وعليه الثمن.

ثالثاً- إذا هلك بفعل أجنبي (أي غير البائع والمشتري)، لا يفسخ البيع، ويكون المشتري بالخيار: إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أمضاه، ودفع الثمن، وطالب الأجنبي بالضمان.

والخلاصة:

أن تلف المبيع قبل القبض على حساب البائع أو في ضمانه وينفسخ العقد، وإن إتلاف المشتري قبض، وإتلاف الأجنبي لا يوجب الاتفساخ، لكن للمشتري الخيار.



ب- الهلاك الجزئي:

يكون ضمان الهلاك الجزئي كضمان الهلاك الكلي من حيث المسؤول عنه، أي إنه إذا كان الهلاك قبل التسليم، كان البائع هو الضامن بمعنى انفساخ البيع في الجزء التالف وسقوط ما يقابله من الثمن عن المشتري، وإذا كان الهلاك بعد التسليم، كان المشتري هو الضامن بمعنى بقاءه ملزماً بالثمن. وتفصيل ذلك يعرف مما يأتي:

إذا هلك بعض المبيع بعد القبض:

أولاً- إن كان الهلاك بأفة سماوية، أو بفعل المشتري، أو بفعل المبيع نفسه، أو بفعل أجنبي، فالضمان على المشتري. ثانياً. وإن كان بفعل البائع ينظر: إن كان القبض بإذنه (أي البائع) أو كان الثمن مدفوعاً فعلاً له، أو مؤجلاً، فالضمان عليه أي على البائع، وإن كان القبض بغير إذنه، والثمن واجب الوفاء حالاً، يفسخ البيع في قدر الشيء التالف، ويسقط عن المشتري حصته من الثمن أي إن البائع هو الذي يتحمل التبعة.

وإذا هلك بعض المبيع قبل القبض ينظر:

أولاً- إن كان الهلاك بأفة سماوية:

- 1- فإن كان نقصان المبيع نقصان قدر بأن كان الشيء مكياً كالحنطة، أو موزوناً كالقطن، أو معدوداً ، كالجوز والبيض، فهلك بعضه: يفسخ العقد بقدر الهالك، وتسقط حصته من الثمن عن المشتري. ثم يكون المشتري بالخيار في القسم الباقي لتفرق الصفقة عليه (أي تجزئتها): إن شاء أخذه بخصته من الثمن، وإن شاء فسخ البيع.
- 2- وإن كان النقصان نقصان وصف (وهو كل ما يدخل في البيع من غير تسمية كالشجر والبناء في الأرض، والجودة في المكيل والموزون) فلا يفسخ البيع أصلاً، ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن؛ لأن الأوصاف لا حصة لها من الثمن، ويكون المشتري بالخيار: إن شاء أخذ المبيع كما هو بجميع الثمن، وإن شاء تركه لتعيب المبيع.

ثانياً- وإن كان الهلاك بفعل المبيع نفسه كحيوان جرح نفسه، فلا يفسخ البيع، ولا يسقط شيء من الثمن عن المشتري. والمشتري بالخيار: إن شاء أخذ الباقي بجميع الثمن، وإن شاء فسخ العقد.

ثالثاً- وإن كان الهلاك بفعل البائع، فيبطل البيع بقدره، ويسقط عن المشتري حصة الهالك من الثمن، سواء أكان النقصان نقصان قدر، أم نقصان وصف، لأن الأوصاف لها حصة من الثمن عند الاعتداء عليها، والمشتري بالخيار في الباقي بخصته من الثمن.

رابعاً- وإن كان الهلاك بفعل المشتري، فلا يبطل البيع، ولا يسقط عنه شيء من الثمن؛ لأنه صار قابضاً لكل المبيع بإتلافه بعضه.

ج- هلاك النماء

النماء هو زيادة المبيع، والزيادة إما أن تحدث قبل القبض وإما بعده، وكل منهما إما زيادة متصلة وإما منفصلة. والمتصلة: إما أن تكون متولدة من الأصل كالحسن والجمال والكبر والسن، وإما غير متولدة كصبغ الثوب أو خياطته، وكالبناء والغرس على الأرض.

والمنفصلة أيضاً: إما متولدة من الأصل كالولد والثمرة واللبن، وإما غير متولدة كالغلة الناتجة من استثمار المباني، وعلى هذا:

1- قبيل القبض: إذا أتلّف البائع الزيادة، يضمنها يعني أنه تسقط حصتها من الثمن عن المشتري، كما لو أتلّف جزءاً من المبيع. وإذا هلكت الزيادة بآفة سماوية كأن هلك ثمّر النخل، فلا تضمن كالأوصاف؛ أي إنه لا يسقط شيء من الثمن، لأنها وإن كانت مبيعة إلا أنها تدخل في البيع تبعاً لا مقصوداً، فهي إذن كالأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، ولا يكون للمشتري الحق بفسخ العقد.

2- بعد القبض: تكون الزيادة مضمونة، فإذا قبضها المشتري يصير لها حصة من الثمن بالقبض، فيقسم الثمن على قيمة الأصل يوم العقد، وعلى قيمة الزيادة يوم القبض.

المقبوض ببيع فاسد

البيع الفاسد: هو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه، أي أن يصدر من أهل له في محل قابل للبيع، ولكن عرض له أمر أو وصف غير مشروع. مثل بيع المجهول جهالة تؤدي للنزاع كبيع دار من الدور أو سيارة من السيارات المملوكة لشخص، دون تعيين، وكإبرام صفقتين في صفقة كبيع دار على أن يبيعه سيارته مثلاً.

وأما المقبوض ببيع فاسد: إذا هلك أو استهلك فيجب أداء ضمانه، كالعقد الصحيح في وجوب الضمان وعدمه، لكن يفترق العقد الفاسد عن العقد الصحيح بأن ضمان العقد الصحيح بما اتفقا عليه. ولكن ضمان العقد الفاسد بالقيمة لا بالمسمى سواء أكانت القيمة أكثر من المسمى أو أقل منه، والمقبوض على سوم الشراء عند هلاكه مضمون بقيمته أيضاً كالعقد الفاسد.

وأما زوائد المبيع بيعاً فاسداً فلا تضمن بالهلاك، وتضمن بالاستهلاك، أي إنها تكون أمانة في يد المشتري.

• الضمان في عقد القسمة:

القسمة تشتمل على المعاوضة، فهي عقد ضمان، فإذا قبض كل شريك نصيبه، ثم هلك، كان ضامناً له، وليس لصاحبه تعلق به.

• الصلح بمال عن مال :

والصلح يتضمن معنى المعاوضة! لأن المصالح يتنازل عادة عن بعض حقه، فالصلح عن مال بمال يعتبر في حكم البيع، وبما أن البيع عقد ضمان، فهذا الصلح عقد ضمان أيضاً.

• الضمان في عقد المخارجة أو التخارج :

وهو أن يتفق الورثة عن تراض على أن يخرج بعضهم عن حقه في الميراث في مقابل شيء معلوم من التركة، أو من غيرها. وهو عقد معاوضة ، ويعتبر صلحاً عند الفقهاء، إلا أنه أشبه بالبيع، فهو على كل حال عقد ضمان،

• الضمان في عقد الزواج:

لابد من المهر في عقد الزواج فيجري فيه الضمان! فيكون في ضمان الزوج حتى يسلمه للزوجة. وكذلك الخلع فهو في ضمان الزوجة حتى تسلمه للزوج.

• الضمان في عقد القرض:

القرض اذا قبضه المقرض ضمنه كلما هلك

• إقالة عقود الضمان :

وهي متفرعة عن البيع و تجري في جميع العقود اللازمة ما عدا عقد الزواج . وإقالة عقود الضمان السابق ذكرها لها حكم هذه العقود، فإذا تم قبض أحد العوضين بعد الإقالة، كان القابض مسؤولاً عن ضمانه في جميع الحالات.

ثالثاً: الضمان في عقود الأمانة:

الضابط في ضمان هذه العقود أنه لا يترتب عليها الضمان بالتلف بمجرد قبض المعقود عليه، وإنما بالتعدي عليه من القابض، أو بالتقصير في حفظه.

• ضمان الوديعة

الوديعة: هي المال المودع عند أمين لحفظه.

الإيداع: هو تسليط المالك غيره على حفظ ماله صراحة: مثل أودعتك أو دلالة مثل وضع المال عند رجل حالة الحريق. ولا خلاف بين علماء المذاهب الفقهية أن الوديعة أمانة محضة في يد الوديع لا مضمونة وأن الضمان لا يجب إلا بالتعدي أو التقصير.

فتضمن الوديعة إذا ترك الوديع حفظها، أو أودعها عند من لا يودع ماله عنده عادة، أو استعملها في حاجاته الشخصية، أو سافر بها سفرًا يعرضه للمخاطر، أو جرده أي أنكر وجودها لديه بعد طلب المودع لها، أو خلط الوديعة بغيرها من أمواله أو بوديعة أخرى بحيث لا يمكن تمييزها، أو مات مجهلاً الوديعة أي لم يبينها، أو خالف شرط المودع في كيفية حفظها.

• الضمان في عقد العارية:

العارية: (العين المعارة) أي المأخوذة من مالها أو مالك منفعتها أو مأذونها للانتفاع بها مطلقاً، أو زمناً معلوماً بلا عوض. الإعارة: هو عقد يفيد تمليك المنفعة بغير عوض، وهذا مذهب الحنفية والمالكية. واختلف أئمة المذاهب هل يد المستعير يد أمانة أم يد ضمان؟

-الحنفية: يد المستعير يد أمانة؛ فلا يضمن على كل حال إلا بتعد أو تقصير.

-المالكية: على التفصيل فقالوا: يضمن المستعير ما يغاب عليه وهو ما يمكن إخفاؤه كالثياب والسفينة في عرض البحر؛ وذلك إذا لم يكن على التلف أو الضياع بينة على حصوله بلا سبب من المستعير.

ولا يضمن المستعير ما لا يغاب عليه كالحيوان والعقار، وما قامت البينة على تلفه بلا سبب من المستعير.

-الشافعية: العارية مضمونة على المستعير إذا تلفت بغير الاستعمال المأذون فيه، أما إذا تلفت في الاستعمال المأذون فيه فلا ضمان عليه.

-الحنابلة: العارية مضمونة على المستعير مطلقاً سواء أتعدى المستعير، أم لم يتعد.

والخلاصة: أن المذاهب في كون المستعار أمانة أم مضموناً: أمانة عند الحنفية، مضمونة عن الحنابلة، وعلى التفصيل عند المالكية والشافعية.

ثالثًا: الضمان في عقود الأمانة:

• الضمان في عقد الشركة:

عقد الشركة: هو أن يتفق اثنان فأكثر على الاشتراك في الاتجار بمال وربحه. والفقهاء متفقون على أن يد الشريك في شركات الأموال يد أمانة كالإيداع؛ لأن كل شريك قبض مال الشريك الآخر بإذن صاحبه للمتاجرة فيه، لا لأجل أن يدفع الثمن. ويضمن الشريك بالتعدي أو التقصير.

• الضمان في عقد الوكالة:

الوكالة: هي إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم. أو هي تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل. واتفق الفقهاء على أن المقبوض في يد الوكيل يعتبر أمانة بمنزلة الوديعة ونحوها؛ لأن يد الوكيل يد نيابة عن الموكل بمنزلة يد الوديع؛ فلا يضمن إلا إذا حدث منه تعد أو تقصير.

• ضمان الوصي في عقد الوصاية:

الإيصاء جعل غير المالك لماله بعد موته، أو تفويض التصرف في ماله ومصالح أطفاله إلى غيره بعد موته. فهو عقد يفوض فيه الوصي إنساناً بعد وفاته ويسمى -الوصي المختار- تنفيذ وصيته أو رعاية حقوق أولاده القاصرين. ويعدّ الوصي نائباً شرعياً عن الموصي يتولى تنفيذ الوصية وإدارة شؤون القاصرين، وتصرفاته نافذة، ويده على مال المتوفى يد أمانة فلا يضمن ما تلف من المال بدون تعد أو تقصير.

• الضمان في عقد الهبة:

الهبة: هي عقد يفيد التملك بلا عوض حال الحياة تطوّعًا. واتفق الفقهاء على أن قبض الهبة قبض أمانة غير مضمون؛ لأن الهبة عقد تبرع كالإعارة أو الإيداع.

رابعًا: العقود المزدوجة الأثر:

ضابط ضمان هذه العقود أن أصلها العام والغالب فيها أنها تنشئ صفة الأمانة! فلا يكون ضامنًا في حالة التلف لأن الأمين يصدق في دعواه ويكون ضامنًا في حالة الإلتلاف بالتعدي والتقصير، إلا أنها من ناحية أخرى تنشئ صفة الضمان! فيضمن في كل حال، وهذه العقود ثلاثة: الإجارة، والرهن، والصلح عن مال بمنفعة.

• ضمان الإجارة:

الإجارة نوعان:

النوع الأول هو: إجارة على المنافع.

وهو أن يكون المعقود عليه هو المنفعة كإجارة الدور والمنازل والحوانيت، والدواب للركوب والحمل، والثياب والحلي للبس، والأواني للاستعمال.

وتعد العين المأجورة على منفعة أمانة في يد المستأجر باتفاق العلماء، فإذا تلفت بغير تفريط منه لم يضمنها، لأنه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها فكانت أمانة.

أما المنفعة المعقود عليها كسكنى الدار، وركوب السيارة فهى مضمونة على المستأجر بمجرد تمكنه من استفائها بالتسليم الفعلي للمأجور أو بالتخلية، فلو لم ينتفع بالمأجور مدة من الزمن، يلزمه دفع الأجرة عن تلك المدة وهذا هو أثر الضمان الذي يترتب على انعقاد الإجارة.

النوع الثاني: الإجارة على الأعمال.

وهي التي تعقد على عمل معلوم كبناء وخياطة وحمل وصبغة وإصلاح شيء ونحو ذلك من حالات إجارة الأجراء. والضمان في إجارة الأعمال يختلف حكمه بسبب صفة الأجير فالأجير في إجارة الأعمال أو أجرة الأشخاص نوعان: أجير خاص وأجير مشترك.

والأجير العام أو المشترك: هو الذي يعمل لعامة الناس! أو هو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس كالصباغ والحداد والطبيب ونحو ذلك

والأجير الخاص: هو الذي يسلم عين للعمل فيها ويستحق الأجرة بعد انتهائه من العمل وإكماله، فإن لم يكمله وعمل بعض العمل، فيستحق من الأجر بقدر ما أنجز من العمل، ويصير المعمول مسلماً إلى صاحبه، ويملك المطالبة بقدر ذلك.

وقد كان الحكم في صفة يد الأجير المشترك كالأجير الخاص، كل منهما يده يد أمانة لا يضمن هلاك الشيء إلا بالتعدي أو بالتقصير، لكن نظرًا لفساد ديانة الناس وكثرة ادّعائهم التلف، أوجب الفقهاء تضمين الأجير المشترك لمصلحة الناس في ذلك.

وعلى هذا فإن الأجير المشترك ضامن لما جنت يده أو قصر في حفظه، فإن تلف الشيء في يده من غير تعد ولا تفريط ففي تضمينه رأيان الحنفية فيما يفتى عندهم والمالكية: يد الأجير المشترك يد ضمان على الإطلاق، وعند الشافعي وأحمد: يد الأجير المشترك يد أمانة كالأجير الخاص فلا يضمن ما تلف عنده إلا بالتعدي أو بالتقصير.

وأما الأجير الخاص لا يكون ضامنًا للعين التي تسلم اليه للعمل فيها إلا بالتفريط، لأن يده يد أمانة كالوكيل والشريك.



رابعًا: العقود المزدوجة الأثر:

• ضمان الرهن:

- الرهن: هو توثقة دين بعين، يمكن استيفاؤه منها أو من ثمنها، إن تعذر الاستيفاء من المدين.
اختلف الفقهاء في ضمان الرهن، إذا هلكت العين المرهونة عند المرتهن بعد قبضها وبعد تحقق شروط الرهن:
ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الرهن أمانة في يد المرتهن فلا يضمن إلا إذا تعدّى أو فرط.
وذهب الحنفية إلى أن الرهن إذا قبضه المرتهن كانت ماليته مضمونة أمّا عينه فأمانة.
وذهب المالكية إلى ضمان الرهن بشروط منها: أن يكون في يد المرتهن، أن يكون ممّا يغاب عليه، ألا تقوم بينة على هلاكه أو تلفه بغير سبب.

• الضمان في الصلح عن مال بمنفعة.

إذا وقع الصلح عن مال بمنفعة، كسكنى دار، وركوب سيارة مدّة معلومة، اعتبر هذا الصلح بمثابة عقد إجارة.
ويثبت لهذا النوع من الصلح شروط الإجارة ومن أهمّها: اعتبار العين المتصالح على منفعتها كالدار أو السيارة أمانة في يد المصالح، أمّا المنفعة ذاتها فإنها مضمونة على المصالح بمجرد تسلم العين.

نهاية الضمان:

- بالإبراء : كما لو قال صاحب الحق، أبرأتك يا أيها الضامن.
- وبالوفاء : وفاء صاحب الحق، أو بوفاء الضامن.

العلاقة بين الضمان في الفقه والقانون

يتمتع كل فرد في مجتمعات العدالة بمجموعة من الحقوق، وعليه التزامات يجب أن ينفذها بالمقابل، وذلك هو الأصل العام وفقاً لما يجيزه الفقه الإسلامي، وينظمه القانون الوضعي، فالإنسان لم يترك حراً في تصرفاته بحيث يؤدي الغير ويضره، وإنما نظم سلوكه وعلاقته مع الغير ضمن قواعد قانونية ملزمة، وبما أن الشريعة الإسلامية الغراء قامت على مبدأ العدالة، فقد أوجدت فكرة الضمان أو ما يسمى اليوم في القانون بالمسؤولية المدنية.

تعريف الضمان في القانون :

- إلزام الجاني بالتعويض.

- الإلتزام بتعويض المتضرر! لقاء ما أصابه من اعتداء أو ضرر! سواءً كان بعقد، أو بدونه.

- قد يستخدمون لفظة أخرى ترادف لفظة الضمان، ألا وهي: (المسؤولية)، أو يقولون: (المسؤولية القانونية عن الفعل الضار).

يتشابه الفقه مع القانون في الضمان في أمور :

1- الضمان في الفقه وفي القانون ملزم عند وقوع الضرر.

2- يصدر قرار الضمان من جهة قضائية.

3- يتفق الفقه مع القانون في إيجاب الضمان عند عدم الالتزام بتحقيق غاية العقد ولو كان السبب قوة قاهرة، أما ما يتعلق بالعناية فيجب الضمان فيهما عند عدم العناية المطلوبة.

يختلف الفقه مع القانون في الضمان في أمور:

1- مصطلح الضمان عند القانونيين أوسع من الفقهاء، فهم يدخلون صوراً في مفهوم الضمان لا يعدها الفقهاء منه، كالرهن.

2- الضمان عند الفقهاء للأموال المحترمة، أما غير المحترمة فهي هدر كخمر لمسلم، لكن عند القانونيين يوجبون الضمان في هذا.

3- في الفقه لا يقتصر على الحكم القضائي، وإنما يخاطب ضمائر الناس ويخوفهم من رب العزة والجلال، بخلاف الخطاب القانوني.

4- القانونيون يمنعون المسؤولية عن السبب الخارجي! لعدم وجود علاقة سببية بين الفعل والضرر، بينما الفقهاء يقررون ذلك في عقود الضمان كالإعارة، وفي الإهمال والتقصير بالنسبة لعقود الأمانة.

5- القانونيون يجيزون الاتفاق ابتداءً على عدم المسؤولية، بينما يمنع الفقهاء ذلك ولا يصح عندهم هذا الشرط.

6- الضمان في القانون يعد جزاءً دنيوياً بحثاً بينما هو في الفقه يمتد للآخرة.

