

# النظريات الفقهية

مدخل وتطبيق

تأليف

د. حسن بن محمد سفر

أستاذ نظم الحكم الإسلامي والقضاء والمرافعات الشرعية للمشاركة

جامعة الملك عبد العزيز بجدة

قسم الدراسات الإسلامية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

### المقدمة:

الحمد لله الذي أعلى معالم العلم بالفقهاء، وأظهر شعائر الشرع الحنيف بالعلماء، والصلاة والسلام على خير خلقه سيدنا محمد المبعوث إلى سائر الأمم بالشرع الأتوم المبين أحكامه بالمنهج الأحكم، وعلى آله وأصحابه، ومن سار على نهجهم واقتضى بأثرهم، وسلم تسليما كثيرا إلى يوم الدين.

أما بعد: فإن علم الفقه وموضوعاته، واستنباط أحكامه، واستخراج نظرياته مما لا يخفى جلالة قدرها، وعظم شأنها.

وتساوقا مع هذه الغاية الكريمة، واضطلاعا بحق التبعة العلمية، فقد جاء هذا البحث المتواضع عن النظريات الفقهية، أسهاما مني في تجلية ما يتعلق بها من مفاهيم ويرتبط بمسائلها من معطيات، واستخلاصا لما قدمه فقهاء السلف والخلف من فكر دقيق، ونظر عميق في هذا التوجه التنظيمي، والتناول البحثي، في مجال الدراسات الفقهية المتنوعة.

وقد جعلت هذا البحث وفق المنهج العلمي المتعارف عليه في أوساط البحث العلمي وقسمته إلى قسمين: القسم الأول بعنوان مدخل إلى فقه النظريات الفقهية وفهمها وأسبغته بمصطلحات البحث، والقسم الثاني يتعلق باختيار بعض أهم النظريات الفقهية.

والله أسأل أن يستر عوراتي، ويغفر بفضله وكرمه أوزاري، وأن يتوفاني على الإسلام، ويوفقني إلى حسن الختام، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وأصحابه أجمعين.

## القسم الأول

## المدخل إلى فقه النظريات

جرت عادة الباحثين والمصنفين في قديم الزمان وحديثه أن يبدوا بتوضيح مفهوم ومعنى ما يريدون التأليف والتصنيف والبحث فيه من حيث المصطلح للعلم الذي يكتبون فيه، وذلك تمثيلاً مع القاعدة المنطقية المعروفة "الحكم على الشيء فرع عن تصوره"<sup>(١)</sup>، وهذه ما تعرف عند الفقهاء بالحدود والتعريفات<sup>(٢)</sup>.

## مصطلحات البحث الفقهية

## النظريات:

كلمة مفردها نظرية من النظر ويراد به البحث والاستدلال أي إقامة الدليل والبرهان وتعرف بأنها قضية تثبت ببرهان، أو أنها جملة من التصورات المؤلفة تأليفاً عقلياً، تهدف إلى ربط النتائج بالمقدمات<sup>(٣)</sup>.

## والنظريات الفقهية:

عبارة عن المفهوم العام الذي يؤلف نظاماً حقوقياً بحكم كل ما يتصل بموضوع النظرية من أحكام متنوعة مبسوطة في أبواب الفقه المختلفة وهي بعبارة أخرى: ضم موضوعات ومسائل فقهية خاضعة لأركان وشروط وأسباب متماثلة تصلها ببعضها

(١) انظر أصول الفتوي وتطبيق الأحكام الشرعية: الدكتور علي بن عباس الحكمي، ص ٢، المكتبة المكية، ١٤٢٠هـ.

(٢) انظر المصطلح الفلسفي عند العرب تحقيق كتاب الحدود والتعريفات للإمام الغزالي: عبد الأمير الأعسم، ص ٢٣٩، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة ١٩٨٩م؛ انظر أيضاً كتاب المبين شرح ألفاظ الحكماء والمتكلمين: للإمام الأمدي، ص ٣٩، دار المناهل، بيروت، ١٤٩٧هـ.

(٣) انظر معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية: محمود عبد الرحمن عبد المنعم، ج ٣، ص ٤٢٦، دار الفضيلة؛ راجع مصطلحات أصول الفقه: الدكتور قطب مصطفى سانو، ص ٤٦٠، دار الفكر المعاصر، بيروت.

البعض علاقة فقهية قانونية تكون منها وحدة موضوعية في دراسة مستقلة<sup>(١)</sup>.

## القانون:

يعنى القاعدة والمسطرة، أخذها الرومان عن اليونانيين واستعملوها منذ القرن الخامس قبل الميلاد للدلالة على الأحكام التي نقشوها على ألواح نحاسية وسموها قانون الألواح الإثنى عشر، وظلت كلمة قانون تستعمل مع تطور التشريع الروماني إلى أن اضمحلت الإمبراطورية الرومانية إلى أن اجتاح المصطلح أوروبا ثم تجددت دراسة القانون في مطلع العصر الحديث، ودخلت كلمة قانون إلى اللغة العربية عن طريق السريانية، ولم يرد هذا المصطلح في الكتاب والسنة غير أن العلماء والفقهاء المسلمين استعملوه كالفقيه محمد ابن جزي الفرناطي<sup>(١)</sup> [٧٤١هـ ت] مؤلف القوانين الفقهية في فروع المذهب المالكي، والحسن البوسى<sup>(٢)</sup> [١١٠٢هـ ت] في مؤلفه القانون في أحكام العلم والعالم والمتعلم<sup>(٢)</sup>.

## التقنين:

مصدر قن بمعنى وضع القوانين، وتقنين الفقه الإسلامي هي جمع الأحكام والقواعد التشريعية المتعلقة بمجال من مجالات الفقه والتشريع وتبويبها وترتيبها وصياغتها بعبارات أمرة موجزة واضحة في بنود تسمى مواد ذات أرقام متسلسلة ثم إصدارها في صورة قانون أو نظام تفرضه الدولة، ويلتزم بتطبيقه بين الناس<sup>(٣)</sup>.

وقال شيخنا العلامة الدكتور محمد زكي عبد البر في تعريف التقنين: هو عبارة عن جمع القواعد الخاصة بفرع من فروع القانون بعد تبويبها وترتيبها وإزالة ما قد يكون

(١) انظر النظريات والقواعد في الفقه الإسلامي: أستاذي الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان، ص ٩٤، ٥٤، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، العدد الثاني، ١٣٩٨هـ.

(٢) انظر تاريخ النظم القانونية وتطورها، ص ٦، تاريخ القانون، ص ١٧؛ انبعاث الفقه وتطبيق الشريعة، ص ٩.

(٣) انظر تقنين الأحكام: عبد الرحمن القاسم، ص ٢١، ٢٢؛ المدخل: الزرقاء، ج ١، ص ٣١٣.

بينها من تناقض وفيها من غموض وذلك في مدونة واحدة ثم إصدارها في شكل قانون تفرضه الدولة عن طريق الهيئة التي تملك سلطة التشريع فيها<sup>(١)</sup>.

### الموازنة الفقهية:

الموازنة الفقهية مصدر للفعل وزن ووازن، ووازن الشيء أى عادله وقابله وحاذاه<sup>(٢)</sup>، وفى الإصطلاح عرض الآراء والنظريات الفقهية الإسلامية، وما يقابله فى القانون الوضعى وبيان أوجه الموافقة والمخالفة بينهما تأسيساً على أصولهما، استمداً وبحثاً بالأسلوب الذى يظهرهما على حقيقتهما<sup>(٣)</sup>.

### التأصيل الفقهى:

مصدر الفعل أصل تأصيلاً أى جعله أصلاً ثابتاً يبنى عليه<sup>(٤)</sup> وتأصيل الفقه معناه رده إلى أصوله التى يبنى عليها وتشتمل هذه الأصول على المصادر الأصلية الكتاب والسنة ويلحق بهما الإجماع والقياس والمصادر التبعية كالأستحسان وسدّ الذرائع... وتأصيل الفروع الفقهية يكون يربطها بالأدلة التى استنبطت منها<sup>(٥)</sup>.

### التعليل الفقهى:

من علل الشيء أى بين علته وأثبتته بالدليل<sup>(٦)</sup>، وفى الاصطلاح إثبات علة للحكم واستنباط قواعد عامة له فى موضوع فقهي وتعليل الأحكام هو تقصيد لها أى تعيين لمقاصدها. فالتعليل يساوى التقييد<sup>(١)</sup>.

(١) انظر تقنين الفقه الإسلامي، ص ٢١، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر، ١٤٠٧هـ...

(٢) القاموس المحيط: للفيروز آبادي، ص ١٥٩٧، فصل الواو باب النون.

(٣) انظر التشريع المقارن: مصطفى أحمد، ص ٥٢٤.

(٤) انظر المصباح المنير: للإمام الفيوني، ص ١٩ مادة أصل.

(٥) راجع تأصيل وتنظيم السلطة فى التشريعات الوضعية والشريعة الإسلامية: عدي زيد الكيلاني، ص ٢٩، دار البشير، عمان، ١٤٠٧هـ.

(٦) لسان العرب: ابن منظور، ج ١١، ص ٤٦٨، باب اللام فصل العين.

(٧) انظر تعليل الأحكام: محمد مصطفى شلبي، ص ١٢، دار النهضة العربية، ١٤٠١هـ؛ والفقه الإسلامي أطواره فى الماضى والحاضر والمستقبل: للأستاذ زكريا البري، ص ١١، جامعة أم القرى، ١٤٠٣هـ.

### الضابط الفقهى:

من ضبطه ضبطاً من باب: ضرب، حفظه حفظاً، ومنه قيل: ضبطت البلاد وغيرها، إذا قمت بأمرها قياماً، وعند المحدثين المحافظ المتقن وعند الفقهاء والأصوليين: ما يقصد به نظم صور متشابهة ذلك أن الضابط يجمع فروعاً من باب واحد<sup>(١)</sup>. وجاء بحاشية الكليات: أن الواجب فى الضوابط هو الجمع والانعكاس بحيث يدخل فيها جميع أفراد المضبوط<sup>(٢)</sup>. فالضابط الفقهى هو قضية كلية فقهية منطبقة على فروع من باب<sup>(٣)</sup>.

### القواعد الأصولية:

هى ما تسمى فى أصول الفقه بالدلائل الإجمالية ومثالها أن الأمر للوجوب، ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، لا تكليف إلا بفعل، الأمر بالشيء نهى عن أضداده، النهى عن الشيء أمر بضده، النهى للتحريم، وغير ذلك من هذه القواعد وتأسيسها قائم على أصول استقرائية فاحصة للنصوص الشرعية من مصادرها الأصلية، ووظيفتها الأخذ بيد الفقيه إلى استخراج أحكام المسائل الفرعية على منهج صحيح يعصمه عن الخطأ. ومن مزاياها عموميتها، ووجازة تعبيرها<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر معجم المصطلحات والألفاظ، ج ٢، ص ٤٠٣.

(٢) انظر المصباح المنير، ص ٣٥؛ شرح الكوكب المنير، ج ١، ص ٣٠؛ الكليات، ص ٧٢٨، المغرب، ص ٢٧٩.

النظريات والقواعد فى الفقه الإسلامى، ص ٥٨.

(٣) انظر القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية فى فقه الأسرة: محمد بن عبد الله الصواط، ج ١، ص ٩٦.

(٤) انظر القواعد والنظريات الفقهية، ص ٥٩؛ وراجع أثر الاختلاف فى القواعد الأصولية فى اختلاف الفقهاء، ص ١١٧؛ القواعد والضوابط الفقهية، ص ١٠١؛ القواعد والفوائد الأصولية: البعلبي، ص ١١، القاهرة.

## التععيد الفقهي:

التععيد مصدر قعد وهو فعل اشتق من كلمة قاعدة، والفقهى نسبة إلى الفقه وهو العلم والفهم، فالتععيد الفقهي هو عمل علمي فقهي، ينتهي بالفقيه إلى صياغة الفقه قواعد، وكليات، تضبط فروعه وجزئياته، فالقاعدة هي حكم كلي، والتععيد هو إيجادها واستنباطها من مصادرها. فالفقيه في تعييده يقوم بقصد جمع شتات فروع الفقه ومسائله، وجعل كل مجموعة متجانسة متناظرة من هذه الفروع والمسائل في إطار واحد يضبطه حكم واحد وهذا العمل العلمي لا يأخذ حججه وشرعيته إلا إذا استند إلى الأصول والمصادر الشرعية واستمد منها قوته<sup>(١)</sup>.

\* \* \*

## تمهيد

كما جرت عادة الفقهاء والجهابذة الأقدمين من علماء الفقه والأصول أن يضعوا بين يدي طلاب العلم في دروسهم العلمية، وبين يدي القراء في كتبهم التي يؤلفونها مقدمات، لا بد منها لوضع الطالب والقارئ في جو العلم الذي سيدرسه أو يبحث فيه<sup>(١)</sup>.

وتشتمل هذه المقدمات أو المهدات إلى بيان حقيقة ذلك العلم المتطرق لبحثه أو دراسته، وموضوعه ومأخذه، وما يستند إليه من الأحكام، والقواعد والأصول، والفوارق التي بينه وبين غيره من العلوم، والروابط التي تربطه بها، واستمداداته.

فإذا أتم الطالب والدارس والمستمع هذه المقدمات دخل إلى صميم موضوعه، وهو مدرك لما يلقي إليه، وملاحظ لكيفية تمشى تلك المبادئ في أثناء تطبيقها على جزئيات الأحكام المعروضة عليه<sup>(٢)</sup>.

والمبادئ التي كان فقهاؤنا القدامى رحمهم الله يعنون بها في المقدمات هي: حد العلم، موضوعه، وغاياته، ومنشؤه، ونسبته إلى سائر العلوم، ووضعه، وحكم الشرع فيه، ومسائله.

## بين الفقه الإسلامي والدراسة الفقهية الغربية

منذ أن أطل الفقهاء المسلمون واختلطوا بالإطلاع على المناهج الدراسية للفقه الغربي وأساليب الدراسة في الفقه الغربي، وجدوا أن الأوربيين أيضاً يبدوون دراساتهم بما يسمونه [مدخلاً: Introduction] لدراسة العلم. وهو مؤهل به إلى العلم أي ما

(١) انظر المدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي: المستشار علي علي منصور، ص ٢١، دار الفتح، بيروت؛ وراجع الفقه الإسلامي مدخل لدراسته: الدكتور محمد يوسف موسى، ص ١٠، مطابع دار الكتاب العربي؛ مدخل إلى منهج المعرفة الإسلامية، ص ٦، المركز الإسلامي في إنجلترا، لندن.

(٢) انظر مدخل في النظرية العامة لدراسة الفقه الإسلامي ومقارنته بالفقه الأجنبي: تأليف العلامة الأستاذ علال الفاسي، ص ١٠، مطبعة الرسالة، الرباط، المغرب، ص ١٩٨٥ م.

(١) انظر نظرية التععيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء: محمد الروكي، ص ٢٩، كلية الآداب، الرباط، ١٩٩٤ م.

يقوم به مقام المقدمات، غير أنه يشتمل عادة على تفصيل أوسع لبعض الأصول الأساسية التي تتخذ عندنا علماً قائماً بنفسه، وكأن الأوربيين يرون في التذكير بها في المدخل ضرورة لا بد منها للحصول على روح التجميع الذي يميز أساليب دراساتهم المنقحة، غير أن فقهاءنا امتازوا بغاية البراعة في التحليل للموضوعات والتنظير والتعقيد<sup>(١)</sup>.

والنتائج المترتبة عليها، ولكنهم قلما كانوا يكملون بحثهم برابطة عامة تجمع بين تلك الفروع كمصادر الحق، والعقود، والالتزامات.

### منهجنا في الدراسة للنظريات

والطريقة التي سنسلكها بمشيئة الله تبارك وتعالى هي العمل على أن نقرب مفهوم النظرية وتاريخ فكرتها واختيار بعض النظريات الفقهية الهامة والضرورية.

فالمطلع على نصوص الفقهاء من أول عهود التأليف في علم الفقه وفروعه منتصف القرن الثاني الهجري يجد أن أكثرها بدأ نصوصاً جزئية هي فتاوى لأئلة توجهت إلى الفقهاء وأحكام في قضايا عرضت على العلماء والقضاة والمفتيين.

وكان أكثرها واقعاً، والقليل منها مفترضاً فكانت تذكر الأحكام أجوبة لأئلة فتذكر السؤال والجواب<sup>(٢)</sup> فكانوا رحمهم الله في غالب الأحوال يذكرون مع الأحكام أدلتها وقد يذكرون عللها<sup>(٣)</sup>.

ثم بدأ التأليف من القرن الرابع يتحول إلى أحكام كلية مستمدة من أدلتها

(١) انظر مسيرة الفقه الإسلامي المعاصر وملاحمه: تأليف الدكتور شويش هزاع علي المحاميد، ص ٥٥٠، دار عمار، الأردن، ١٤٢٢هـ.

(٢) انظر المدونة للإمام سحنون كمثال؛ وراجع المدونة في المدخل إلى أصول الفقه المالكي: محمد ولد أباه، ص ١٣٥.

(٣) انظر تحليل الأحكام: محمد مصطفى شليبي، ص ٧٤، دار النهضة العربية، بيروت، ١٤٠١هـ / ١٩٨١م.

الكلية ومن عللها، ثم أخذ الفقهاء في طور يعنون بحدود الموضوعات وتمييز بعضها عن بعض بالأركان والشروط والأسباب والموانع..

إلى أن حدث تطور ثالث من أول القرن السابع حيث تقدمت فيه أساليب الكتابة في الفقه فظهر لنا أن كثيراً من الفقهاء يضعون القواعد أي القضايا الكلية التي تشمل الموضوعات المتشابهة مثل الضرورات تبيح المحظورات، الأمور بمقاصدها، العادة محكمة الخراج بالضمان<sup>(١)</sup>.

فمن هؤلاء الفقهاء الإمام القرافي<sup>[١٦٨٤هـ]</sup>، والإمام الزركشي<sup>[٧٤٥هـ]</sup>، والإمام السيوطي<sup>[٨٠٩ - ٩١١هـ]</sup>، والإمام ابن نجيم الحنفي<sup>[٩٧٠هـ]</sup>، والإمام الحافظ ابن رجب الحنبلي<sup>[٧٤١هـ]</sup>، وإن كان لهذا الصنيع أصل في فقه الأوائل فقد وضع أبو زيد الدبوسي الحنفي<sup>[٤٣٠هـ]</sup> من علماء القرن الرابع كتباً سماه تأسيس النظر<sup>(٢)</sup>.

ثم اتسعت بعض من نضج فقهه من العلماء فأخذ يضع القواعد الكبرى فكان منهجه الفقهي أن يأتي للموضوع الكلي الذي تندرج تحته موضوعات متشابهة فيضع له قاعدة يذكر فيها جميع أحكامه من تعريف وأركان وشروط وآثار. ومن أمثلة التأليف المشتمل على هذا المنهج الفقهي الشامل لما ذكر ما كتبه الشيخ ابن تيمية<sup>[٧٢٨هـ]</sup> في العقد والشروط وما كتبه تلميذه ابن القيم في الحيل والذرائع<sup>(٣)</sup> إلى غير ذلك مما كتبه الفقهاء كالإمام القرافي<sup>[٦٨٤هـ]</sup> وهو ما نسميه اليوم بالنظرية في المصطلح الحديث.

ويعتبر كتاب قواعد الأحكام في مصالح الأنام للإمام العز بن عبد السلام<sup>[٥٧٧هـ - ٦٦٠هـ]</sup> من البواكير الأولى لتعقيد الأحكام الفقهية ووضعها في قواعد عامة، ومبادئ كلية، وضوابط منتظمة وهي مرحلة هامة في تطور الفقه الإسلامي من

(١) انظر القواعد الفقهية للفقه الإسلامي: الدكتور أحمد محمد الحصري، ص ٢٤٦، مكتبة الكليات الأزهرية.

(٢) انظر تأسيس النظر، ص ٣٠، دار الفكر، تقديم الشيخ خليل الميس، ١٣٩٩هـ.

(٣) انظر النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية: تأليف أستاذي الدكتور أحمد فهد أبو سنة، ص ٤٢، مطبعة دار التأليف، مصر، ١٣٨٧هـ.

الفروع والجزئيات إلى القواعد والكليات، ثم إلى النظريات، فكتابه يمثل نظرية المصالح في الفقه الإسلامي<sup>(١)</sup>.

ثم ركزت الحركة الفقهية حيناً من الدهر بعد الألف فلم يكن عمل الفقهاء إلا كتابة المختصرات واستخراج الفتاوى منقولاً من الكتب وجمعها<sup>(٢)</sup>.

إلى أن جاء القرن الرابع عشر فبدأ النور في أوائله يظهر من جديد ونشطت حركة التأليف في الفقه وأخذ يرقى إلى مستوى النظريات وهو النمط الذي يميز الفقه الإسلامي في ألفية القرن الواحد والعشرين.

### تعريف النظريات الفقهية

يكاد يجمع الباحثون على أن التنظير الفقهي هو سمة من سمات الفقه في العصر الحالي. فالتنظير الفقهي: هو صياغة مواضيع الفقه العامة على شكل نظريات. ونظريات الفقه نوعان:

**الأول:** النظريات العامة للفقه الإسلامي.

**الثاني:** النظريات العامة لكل نوع من فروع الفقه أو جزء من محتوياته.

وعلى ضوء هذا التقسيم يمكن تعريف النظرية الفقهية بما يلي: كلمة نظرية من النظر ويراد به البحث والاستدلال. فالنظرية الفقهية هي عبارة عن موضوع فقهي يشمل مساحة فقهية كبيرة من الأبواب والموضوعات المستقلة التي يمثل كل واحد منها وحدة حقوقية واسعة بمسائلها وفروعها يصل ما بين هذه الموضوعات علاقة فقهية يتحسسها الباحث.

(١) انظر المذهب عند الشافعية وذكر علمائهم وكتبهم واصطلاحاتهم: محمد الطيب بن يوسف اليوسف، ص ١٧١، دار البيان الحديث، ١٤٢١هـ.

(٢) راجع كتابنا تاريخ التشريع الإسلامي، ص ١١١ الطبعة الثالثة، ١٤١٧هـ، جدة.

**والنظرية بإطلاقها العام:** هي اصطلاح علمي يطلق على فكرة معينة نتيجة بحث فكري أو ملاحظة تجريبية بهدف ترتيب الحقائق ووضعها في إطار منظم.

وقد عرفت النظرية في جميع فروع العلم التجريبي والنظري، وكثيراً ما تقترب باسم صاحبها، فتوجد نظرية (أرشميدس) في علم الطبيعة لتقرير الضغط على الأجسام الطافية، كما توجد نظرية (روسو) في التعاقد الاجتماعي<sup>(١)</sup>.

والنظريات الإنسانية ليست نهائية بوجه من الوجوه، فهي وإن كانت تقترب من الحقيقة إلى حد كبير - غالباً - فقد يحدث كشف جديد يرغم العلماء على تعديل كثير من تفاصيلها، أو يتكشّف المجهول عن وقائع جديدة تغير من التقدير لنظرية ما، مما يؤدي إلى انسحابها وتواربها، كذلك يعتبر رجل العلم أحسن نظرياته وسيلة مؤقتة تعينه على طريقه، ولا ينفك ينظر حوله منقباً خيراً منها وأشمل، ذلك أن العلم الإنساني لا يعرف الكلمة الأخيرة في مسألة من مسائله، وإنما حقائقه كلها إضافية موقوتة لها قيمتها حتى يتكشّف المجهول عما يزيل هذه القيمة أو يغيرها<sup>(٢)</sup>.

وبناء على ذلك فإنه لا يمكن لأي عالم أو مفكر أن يزعم لنظريته أنها الحقيقة الأخيرة أو النهائية، بل قصارى ما يستطيع زعمه أنها الصورة التي وقف عندها جهده ويذل فيها بحثه.

### مفهوم النظرية في الشريعة الإسلامية:

لا نريد بالنظرية في شريعة الإسلام ما يتوصل إليه الباحث من حقائق نتيجة بحث علمي أو ملاحظة تجريبية، ذلك أن مبادئ الإسلام ليست نظريات بشرية ترتبط ضوابطها وتحقق نتائجها وفق معايير من صنع الإنسان وابتكاره، بل هي مقررات إلهية عامة، وقواعد كلية شاملة منزّهة عن التغيير والتعديل، لا يلحقها وهن، أو

(١) انظر العقد الاجتماعي: جان جاك روسو، ترجمة ذوقان قرقوط، دار القلم، بيروت، لبنان.

(٢) من توجيهات الإسلام للإمام الأكبر الشيخ محمود شلتوت، ص ٥٥؛ وراجع مقدمة كتاب فخر الإسلام للأستاذ أحمد أمين ص (ز).

يعتريها قصور، لأنها من وضع الخالق سبحانه وتعالى، وعلى ذلك فإنه يمتنع أن يجرى على مبادئ الإسلام العامة ما يجرى على النظريات البشرية من خضوعها للتعديل والترتيب بناء على توالى الفكر وتجدد البحث، وإنما يقتصر دور البحث فيها على فهم النصوص والقواعد الكلية واستنباط أحكام الفروع والأحكام الجزئية للأمر الطارئة، أى أن العلماء - فى النظرية الإسلامية - شراح للقواعد الكلية، ويقضون فى الفروع على هدى هذه القواعد<sup>(١)</sup>.

وعلى هذا فإن النظرية فى المصطلح الفقهى الحديث هى: القاعدة الكبرى التى يكون موضوعها كلياً يندرج تحته موضوعات متشابهة فى الأركان والشروط والأحكام العامة، وإن انفرد كل منها بأركان وشروط وأحكام خاصة<sup>(٢)</sup>.

وبتعبير آخر فإن النظرية الفقهية هى: ذلك المفهوم الكبير الذى يؤلف نظاماً موضوعياً منبثاً فى الفقه الإسلامى ومتحكماً فى كل ما يتصل بموضوعه<sup>(٣)</sup>.

وتفترق النظرية عن القاعدة الفقهية، فالنظرية تحتاج فى تكوينها إلى أركان وشروط وأحكام خاصة، بحيث تشمل جانباً كبيراً من الفقه وتصلح أساساً له، بخلاف القاعدة فإنها ضابط فقهى يراعى فى تخريج أحكام الحوادث.

وهى بعبارة أخرى: ضم موضوعات ومسائل فقهية خاضعة لأركان وشروط وأسباب متماثلة تصلها ببعضها البعض علاقة فقهية قانونية تكون منها وحدة موضوعية<sup>(٤)</sup> فى دراسة مستقلة من ذلك مثلاً نظرية العقد وعناصرها هى الموضوعات التالية: حقيقة العقد، أقسام العقود، شروط انعقاد العقد وصحته.

(١) من توجيهات الإسلام: للإمام الأكبر الشيخ محمود شلتوت، ص ٥٥١.

(٢) المدخل للفقه الإسلامى: دكتور محمد سلام مذكور، ص ١٨٧.

(٣) النظريات العامة للمعاملات فى الشريعة الإسلامية: لأستاذى الدكتور أحمد فهمى أبو سنة، ص ٤٤.

(٤) انظر النظريات والقواعد فى الفقه الإسلامى: أستاذى الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان، ص ٤٩، ٥٤، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، العدد الثانى، جمادى الثانية، ١٣٩٨هـ.

والنظرية فى الاصطلاح الحقيقى المعاصر: مفهوم حقوقى عام يؤلف نظاماً موضوعياً، تندرج تحته جزئيات تتوزع فى فروع القانون المختلفة كنظرية الالتزام، ونظرية الحق، ونظرية الملكية<sup>(١)</sup>. إذن هى المفاهيم الكبرى التى يؤلف كل منها على حدة نظاماً موضوعياً منبثاً فى ثنايا الفقه<sup>(٢)</sup>.

وقد كتب الغربيون أحكامهم الفقهية القانونية فى نظريات، وحذا حذوهم بعض الفقهاء المعاصرين من المسلمين، وقرروا ما كتبوه فى الجامعات ودرسه للطلاب، وانتفع به الكثيرون من المتأخرين.

أما الفقه الإسلامى فلم يقدر له أن يكتب فى نظريات، كما قدر للتقنيات الغربية اللاتينية، والتقنيات المدنية التى اشتقت منها على طريقة مؤلفات مستقلة يطلق عليها اسم النظرية كما سيأتى بيانه.

أسباب عدم الكتابة فى النظريات فى الفقه الإسلامى قديماً بالطريقة الحديثة:

من المعلوم أن نشأة القانون كانت مع الأسرة والقبيلة، ثم تطور مع الجماعة، فالدولة هى التى اتخذت من العادات والتقاليد قانوناً ملزماً<sup>(٣)</sup>. واختلفت القوانين باختلاف الدول، وتطورت بتطورها، حتى إذا كان القرن الثامن عشر الميلادى بلغ التطور أعلاه فى ضوء النظريات الفلسفية والعلمية والاجتماعية، التى كانت تقوم على أساس العدالة والمساواة والإنسانية.

أما الشريعة الإسلامية فلم تنشأ هذه النشأة، ولم تتطور هذا التطور على مرّ السنين، لأنها نزلت من عند الله، شاملة كاملة، صالحة للإنسانية حيثما كانت ولكل

(١) انظر نظرية الضمان فى الفقه الإسلامى العام: محمد فوزى فيض الله، ص ٧، مكتبة التراث، الكويت، ط ٢، ص ١٤٠٦هـ.

(٢) انظر المدخل لدراسة الفقه الإسلامى: خالد عبد الله عبد، ص ٤٣٧، مكتبة الطالب، الرباط، طبع بمطبعة الساحل، ١٣٩٨هـ.

(٣) انظر مبادئ القانون والنظم: محمد الشيخ عمر، عبد العزيز أو غنيمه، ص ٢٢، مطبعة المدني، مصر.



زمان ومكان، فهي ليست لقوم دون آخرين، ولا دولة دون أخرى، وما يدعيه القانونيون من العدالة والمساواة والحرية ونحوهما، نزلت بمثله وبأفضل منه الشريعة الإسلامية السماوية، وطبقته الأمة في حكمها وفي حكوماتها الإسلامية.

فالقوانين الوضعية من صنع البشر وهي قوانين مؤقتة، وتسد حاجة الذين صاغوها وتتبدل كلما تغيرت الحاجة أو انقطعت

أما الشريعة الإسلامية فهي منزلة من عند الله، وهي شريعة مؤبدة وأحكامها تنزلت لمصالح الناس جميعاً في معاشهم ومعادهم، وقامت على أسس ثابتة وقوية فيها نفع للناس من المساواة والعدل والحرية والإنسانية.

وقد نهل الرعيل الأول من الفقهاء من الصحابة والتابعين رضى الله عنهم من هذه الشريعة الإسلامية السمحة الغراء كل الخير والسعادة وأثروا بفتاويهم الساحة الإسلامية، مساييرين واقعية الفقه الإسلامى الذى هو سمة تلك الفترة، فكانوا رضى الله عنهم يتخرجون من الفتوى فيما لم يقع، فكانت الأحكام تتبنى على وقوع الحوادث، وكانت واقعتها الفتاوى تنتشر بين الناس بالرواية حتى دونت في عصر التدوين<sup>(١)</sup> في مجموعات بحسب موضوعاتها ووصلت الى المجتهدين، الذين الزموا بالدراسة والتأصيل والتفريع عنده<sup>(٢)</sup> فأخرجوا بدائع من الفقه الإسلامى سميت بالنظريات في العصر الحديث.

فالنظرية الفقهية هي عبارة عن المفهوم العام الذى يؤلف نظاماً حقوقياً يحكم كل ما يتصل بموضوع النظرية من أحكام متنوعة مبثوثة في أبواب الفقه المختلفة فمثلاً نظرية الملكية عبارة عن الأحكام التى تدور حول الملكية من حيث أسبابها وأقسامها،

(١) راجع نظام الفتوى في الشريعة والفقه: تأليف سيدي محمد المكي الناصري، ص ٤، أكاديمية الملكة المغربية، ١٩٩٠م.

(٢) انظر أصول الفتيا في الفقه: للإمام محمد بن الحارث الحشني، ص ١٥، الدار العربية للكتاب، ١٩٨٥م.

وأحكام وخصائص كل قسم، والطرق التى تنتهى بها الملكية، وسائر ما يتعلق بها<sup>(١)</sup>. وفى ذلك بيان للشمولية والاحتواء فى موضوع معين. فالنظرية بهذا المعنى تختلف عن القواعد الكلية فى الفقه.

### القواعد الفقهية والنظريات الفقهية

القواعد جمع قاعدة، والقاعدة لغة الأساس ومنه قواعد البناء وأساسه<sup>(٢)</sup>. كما قال تعالى: (وإذ يرفع إبراهيم القواعد من البيت وإسماعيل)<sup>(٣)</sup>.

والقاعدة فى الاصطلاح بمعنى الضابط وهى الأمر الكلى المنطبق على جميع جزئياته. فالقاعدة قضية كلية يدخل تحتها جزئيات كثيرة، وتحيط بالفروع والمسائل من الأبواب المتفرقة<sup>(٤)</sup>.

إذن القواعد الفقهية عملية استقرائية للمسائل الفقهية المنثورة فى أبواب متفرقة يربطها جانب فقهي مشترك يلاحظه الفقيه.

يستخلص من مجموعها قاعدة توحد أطرافها، وتجمع شتاتها، ولا ينقص القاعدة أن يشذ بعض أفرادها عنها... هذه هى طبيعة القاعدة من حيث هى قاعدة، وقد عرفها الأقدمون أنها: "حكم أكثرى ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامه منه"<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر مقدمة في دراسة الفقه الإسلامى: تأليف أستاذنا الدكتور محمد السوقي، الدكتورة أمينة الجابر، ص ٦٤، دار الثقافة، قطر. (٢) انظر القواعد الفقهية: الدكتور محمد مصطفى الزحيلي، ص ١٢، مجلة البحث العلمى والتراث الإسلامى، جامعة أم القرى، العدد الخامس، ١٤٠٢هـ: المصباح المنير: للفيومي، ج ٢، ص ٧٠.

(٣) سورة البقرة: الآية: ١٢٧.

(٤) التعريفات: الجرجاني، ص ١٧٧، كشاف اصطلاحات الفنون: النهناني، ج ٥، ص ١١٧٦.

(٥) انظر النظريات والقواعد الفقهية: ص ٥٣.

## مصدر القاعدة:

مصدر القواعد متعدد فقد يكون الكتاب الكريم تارة كقوله تعالى: [وما جعل عليكم في الدين من حرج] (١). فإن هذه الآية تمثل قاعدة فقهية بكل خصائصها ومعانيها.

وقد يكون المصدر تارة أخرى من السنة النبوية كقوله ﷺ "لا ضرر ولا ضرار" وقوله ﷺ: "إنما الأعمال بالنيات" فتشتمل جوامع الكلم النبوي جليل الفوائد والفرائد. وقد يكون مصدرها أيضاً المسائل الفقهية المختلفة المنتسبة إلى أبواب وموضوعات فقهية ذات شبه وعلاقة تجمعها كقاعدة "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان"، وقاعدة "يغتفر في البقاء ما لا يفتقر في الابتداء". وغير ذلك من القواعد الكبيرة التي صدرت عن نظر وتأمل من قبل الفقهاء في المسائل الفقهية مما نتج عنه هذه القواعد (٢) التي بنيت عليها كثير من الحلول لقضايا معاصرة مشبكة ومعقدة، ثم حلها من خلال الاستقراء لهذه القواعد والاستنباط منها ما يميزها بخصائص وسمات.

## خصائص وسمات القواعد الفقهية:

تتميز القواعد الفقهية في الفقه الإسلامي بسمات وخصائص:

أولاً: أنها تضم مسائل فقهية شتى تنتمي إلى موضوعات وأبواب فقهية مختلفة.

ثانياً: الإيجاز في التعبير والشمول في المعنى بعبارات قوية جزلة وافية شاملة.

ثالثاً: من خصائصها العمومية بحيث أنها تسعف في كل شيء فهي لا تنص على حالة معينة أو قضية خاصة، قسمت العموم من خصائصها.

(١) سورة الحج، الآية: ٧٨.

(٢) انظر القواعد الفقهية دراسة نظرية تحليلية تأصيلية تاريخية: الدكتور يعقوب بن عبد الواب الباصبي، ص ١١٤، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤١٩هـ.

رابعاً: ثبوتها واستقرارها فهي معتبرة فقهاً، مسلمة بين الفقهاء.

خامساً: عدم الزاميتها في القضاء وفض المنازعات وقطع الخصومات.

## وظيفتها:

للقواعد الفقهية وظائف متعددة منها:

أولاً: بمعرفتها يستطيع الفقيه استحضار المسائل والفروع التي تندرج تحتها.

ثانياً: استئناس الفقيه بها في بادئ الأمر لدى استفتائه لما يستجد من أحداث أو يطرأ من أمور في إصدار حكم شرعي أو فتوى شرعية. وقد أجمل هذا المعنى لجنة مجلة الأحكام العدلية في قولهم: "وتفهم القواعد الفقهية في بادئ الأمر يوجب الاستئناس بالمسائل ويكون وسيلة لتقريبها في الأذهان" (١).

ثالثاً: ضبط المسائل الفقهية الكثيرة بها لاندراجها تحت معناها الكلي، وقد نوه عن هذا العلامة المالكي الشيخ القرافي (٦٨٤هـ) بقوله: "فإن الشريعة المعظمة المحمدية زاد الله تعالى منارها شرفاً وعلواً اشتملت على أصول وفروع وأصولها قسمان".

ثم ذكر القسم الثاني بقوله: "قواعد كلية فقهية جلييلة كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على أسرار الشرع وحكمه. لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى ... وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع ويقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويعرف، وتتضح مناهج الفتوى وتكشف ... ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات واتحد عنده من تناقض عند غيره وتناسب" (٢).

(١) راجع مجلة الأحكام العدلية: ص ١٦، الطبعة الخامسة، تنسيق المحامي نجيب هوايني، ١٣٨٨هـ /

١٩٦٨م.

(٢) الفرق: للإمام القرافي، ج ١، ص ٣، دار إحياء الكتب العربية، مصر.

فرحم الله شيخنا القرافي الذي أجمل لهذه الدرر شمولية وظائف القواعد الفقهية.

### الفرق بين القواعد والنظريات:

تختلف النظريات عن القواعد، فالقواعد عبارة عن ضوابط خاصة يتضمن كل منها حكماً عاماً ينطبق على الجزئيات التي تندرج تحت موضوع القاعدة. فهي مثل ضابطاً خاصاً بناحية معينة من النظرية، فمثلاً قاعدة "الأصل في العقد رضا المتعاقدين" تمثل ضابطاً خاصاً بناحية معينة في نظرية العقد، ينطبق على كل العقود، ولكنها لا تمثل أمراً عاماً يتناول أحكام العقود من جميع نواحيها<sup>(١)</sup>.

ويذهب بعض العلماء المعاصرين أمثال فضيلة العلامة الشيخ محمد أبو زهرة، رحمه الله، إلى أن النظريات الفقهية مرادفة في معناها للقواعد<sup>(٢)</sup>، ولكن هذا المذهب غير مسلم به فبين النظريات والقواعد فروق واختلافات نلخصها فيما يلي:

أولاً: القاعدة الفقهية تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها. وهذا الحكم الفقهى ينتقل إلى الفروع المندرجة تحتها فمثلاً قاعدة "اليقين لا يزول بالشك" تضمنت حكماً فقهياً في كل مسألة اجتمع فيها يقين وشك. وهذا بخلاف النظرية الفقهية فإنها لا تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها<sup>(٣)</sup> كنظرية الفسخ والبطلان<sup>(٤)</sup>.

ثانياً: القاعدة الفقهية لا تشتمل على أركان وشروط بخلاف النظرية الفقهية فلا بد لها من ذلك، ويمكن أن تندرج مجموعة من القواعد الفقهية تنسم

(١) انظر القواعد الأساسية في التشريع الإسلامي: الدكتور عبد الجليل القرناشي، ص ١٢٥، ندوة التشريع الإسلامي، كلية اللغة العربية والدراسات الإسلامية، ليبيا، البيضاء، ١٩٧٢م.

(٢) انظر أصول الفقه: العلامة الشيخ محمد أبو زهرة، ص ٨، دار الفكر العربي، القاهرة.

(٣) انظر النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، ص ٤٤: القواعد الفقهية: للأستاذ علي أحمد الندوي، ص ٥٥، القواعد: للمقري، ج ١، ص ١٠٩، تحقيق الدكتور أحمد بن حميد.

(٤) انظر المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الإسلامية والفقه والتشريع: الدكتور نصر فريد واصل، ص ١١٢، مطبعة النصر.

بصفة عامة أو تتحد في موضوعها العام تحت نظرية معينة مثل "العادة محكمة" و"المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"، ولا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان والمكان<sup>(١)</sup>. فهذه القواعد تندرج تحت عنوان "نظرية العرف" فإن العرف هو الطابع العام الغالب عليها.

إذاً النظرية أعم من القاعدة. وهذه قد تكون جزءاً من أجزاء النظرية، ولكنها مع هذا تنسم بالعموم باعتبار الجزئيات التي تندرج تحت موضوعها.

فالفرق بين النظريات والقواعد أن القواعد إنما هي ضوابط وأصول فقهية تراعى في تخريج أحكام الحوادث ضمن حدود تلك النظريات الكبرى. فمثلاً قاعدة "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني". ليست سوى ضابط في ناحية مخصوصة من ميدان أصل نظرية العقد<sup>(٢)</sup>.

فالنظرية الفقهية هي موضوعات فقهية أو مسائل أو قضايا فقهية حقيقتها أركان وشروط وأحكام تقوم بين كل منها صلة فقهية تجمعها وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعاً. فالنظرية الفقهية أوسع نطاقاً من القواعد<sup>(٣)</sup>.

### تاريخ النظريات الفقهية

إذا كان التراث الفقهى لم يعرف بعض ما عرفه القانون الوضعى من أفراد أبحاث ودراسات للنظريات القانونية، كنظرية التعسف في استعمال الحق، ونظرية النيابة، ونظرية الظروف الطارئة، فإنه عرف هذه النظريات وغيرها مبثوثة فروعاً في مختلف أبوابه ومسائله على نحو أدق مما عرفه ذلك القانون.

(١) انظر الأشباه وانتظار: لابن نجيم، ص ١٢، ١٣.

(٢) راجع الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود: بدران أبو العنين بدران، ص ٢٨٣، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية.

(٣) القواعد والضوابط الفقهية، ج ١، ص ١٠٧.

ولقد أكدت الدراسات الفقهية المعاصرة هذا، وظهرت مؤلفات وأبحاث متعددة تجلّي نظريات الفقه، وتثبت أن ما أفاض فقهاء القانون في الحديث عنه والإشادة به من نظريات تضرب جذوره إلى الشريعة الغراء، من ثم مأخوذة من نصوص الشريعة أو فقهاء<sup>(١)</sup>.

لقد عرف تراثنا الفقهي النظريات الفقهية مسائل وجزئيات كثيرة ولم يعرفها نظاماً قانونياً له أركانه، وشروطه وأقسامه، ولكن الدراسات المعاصرة باستقرارها وتبعها للجزئيات والفروع كشفت عن هذه النظريات.

ولهذا تعد دراسة النظريات الفقهية من العلوم المستحدثة من حيث البناء والتكوين القانوني لها، لا من حيث المبادئ والقواعد التي قامت عليها، وتألفت منها. فهذه عرفها الفقه منذ بدأ عصر البعثة وفمت وتفرعت مع نمو الفقه وتطوره<sup>(٢)</sup>، وظهرت المدارس والمذاهب الفقهية<sup>(٣)</sup>.

وهذا لا يضير الفقه الإسلامي في الماضي، لأن هذا الفقه ككل فقه أصيل إنما يعالج المسائل مسألة مسألة ويفتي في الحوادث عند وقوعها، ويضع لها حلولاً عملية عادلة ينساب فيها تيار خفي من المنطق القانوني المتسق، وعلى الباحث أن يكشف عن هذا التيار، وأن يسيّد نظرية متماسكة يسودها منطق قانوني سليم من الحلول المتفرقة الموضوعية للمسائل المختلفة<sup>(٤)</sup>.

وعلى الرغم من أن هذا النوع من الدراسات مستحدث نسبياً وظهر في هذا العصور لونه جديد من المؤلفات والدراسات الفقهية<sup>(٥)</sup> إلا أننا وكل علو وافتخار نقرر

(١) انظر المقارنات التشريعية: للأستاذ سيد عبد الله حسين، ج ٢، ص ١١٢، القاهرة.

(٢) انظر كتابنا المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، ص ٩٨، دار الاتحاد العربي للطباعة، القاهرة، ١٤١٠هـ.

(٣) انظر المذاهب الفقهية الإسلامية، ج ١، ص ١١٢.

(٤) انظر مصادر الحق: للدكتور عبد الرزاق السنهوري، ج ٦، ص ٩٠، ط القاهرة.

(٥) انظر تاريخ الفقه الإسلامي: للدكتور عمر سليمان الأشقر، ص ٢٠٨، مكتبة الفلاح، الكويت، ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م.

وتأكيد جازم أن فقهاء الشريعة الإسلامية لهم قدم السبق حتى في هذا المضمار، وإليكما الدليل والبيان.

### إسهامات الفقهاء في الكتابة في النظريات الفقهية قديماً

أسهم الفقهاء القدامى رحمهم الله في الكتابة حول موضوع النظريات الفقهية فمن أسهم في ذلك الفقيه المالكي العلامة سيدي الخطاب المتوفى سنة ٩٥٤هـ رحمه الله. حيث كتب رسالة قيمة في نظرية الالتزام، وقد أشار إلى ذلك الفقيه المالكي القاضي محمد حسن عليش المتوفى سنة ١٢٩٩هـ رحمه الله في كتابه المسمى "فتح العلي المالكي في الفتوى على مذهب الإمام مالك"<sup>(١)</sup>.

وقد ساق لنا في هذا الكتاب خلاصة وافية لرسالة الخطاب عن الالتزام<sup>(٢)</sup> وكان ذلك منه اعترافاً بفضل ذوى الفضل إذ أنه لولا هذه الإشارة لسيدي عليش لما وسع للباحث وغيره أن يتكلم عن هذه الرسالة. نعم أن الإمام الخطاب لم يسمي بحثه اسم النظرية ولكنه أسماه "تحرير الكلام في مسائل الالتزام"<sup>(٣)</sup>.

كما أسهم من الفقهاء القدامى رحمهم الله في الكتابة حول موضوع النظريات الفقهية العلامة الفقيه الحنفي الإمام أبو محمد غانم بن محمد البغدادي المتوفى سنة ١٠٣٠هـ رحمه الله عن نظرية الضمان مفرداً إياها بمؤلف، فالعلماء تكلموا فيها بإسهاب حيث شرحوا في كتبهم العامة موضوع الضمان شرحاً وافياً شافياً وإن لم يطلقوا عليه اسم نظرية والعبرة بالجواهر والمعنى، لا بالرسم أو المبنى، بل إننا ولله الحمد

(١) انظر مبادئ الفقه الإسلامي والنظريات العامة في الفقه الإسلامي: للدكتور يوسف قاسم، ص ٢٤٧، دار النهضة.

(٢) راجع فتح العلي المالكي، ج ٢، ص ١٢٥.

(٣) انظر تحرير الكلام في مسائل الالتزام: للإمام الخطاب، تحقيق عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٤هـ.

وجدنا أن عالمنا الفقيه البغدادي ألف في هذا الموضوع كتاباً خاصاً سماه "مجمع الضمانات"<sup>(١)</sup>، وهو كتاب مطبوع بالقاهرة منذ سنة ١٣٨٠هـ. وقد أعيد طبعه طبعاً جيدة قبل سنتين. وبعد سفرنا فقهياً في نظرية الضمان.

كما أن فقهاء الشريعة الإسلامية لهم باع كبير في الكتابة في النظريات الأخرى فنظرية الأهلية كتب عنها الإمام العلامة عبد العزيز بن أحمد البخاري المتوفى سنة ٧٣٠هـ يرحمه الله في كتابه القيم "كشف الأسرار" حيث ذكر في الجزء الرابع من هذا الكتاب القيم ما يتعلق بالأهلية من أحكام كلية أو تفصيلية<sup>(٢)</sup> وهو بهذا قدم لنا دراسة وافية متكاملة عن هذا الموضوع من جميع جوانبه غير أنه رحمه الله لم يسميه نظرية ولكنها دراسة وافية شاملة كاملة وكتابه الذي أشرنا إليه هو شرح لكتاب الأصول للعلامة الإمام فخر الإسلام البزدوي الفقيه الأصولي الحنفي سنة ٤٨٢هـ رحمه الله، فجزى الله السابقين كل خير على ما قدموا من كنوز مليئة بالجواهر الحسان فلو نقب فيها للباحثون لوجدوا عندها المنهل الصافي والماء العذب الزلال.

وهذا غييض من فييض مما أطلعنا عليه مشايخنا وعلماؤنا الأقدمون من تراث في أسفار متعددة متمثلة في كتب مطبوعة محفوظة يعكف على النهل منها طلاب العلم والباحثون. فما باننا بالنسبة لما لم نطلع عليه من دفاين، ومخطوطات، ومفردات فعسى الله أن يأتنا بها جميعاً.

### الإسهام الفقهي التنظيري الجديد عند الفقهاء المحدثين

اقتفى أعلامنا من الفقهاء المحدثين أعمال ومناهج السالفين فقاموا في هذا القرن بوظائفهم العلمية خدمة للشريعة والفقه الإسلامي خير قيام، فصبوا أحكام الفقه

(١) انظر مبادئ الفقه الإسلامي، ص ٢٤٣.

(٢) راجع كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي: تأليف الإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، ص ٣٩٣، الناشر دار الكتاب العربي، بيروت، ص ١٤١١هـ.

الإسلامي في قوالب تمثلت في نظريات عامة، تضاهى وتحاكى تلك التي صب فيها الرومان والألمان، ومن هذا حذوهم قوانينهم<sup>(١)</sup>.

فمن الفقهاء والقانونيين والحقوقيين المسلمين من خص نظرية واحدة، ومنهم من عرض لأكثر من نظرية، وهناك من حاول في دراسته لهذه النظريات أن يوازن بين الفقه والقانون، ليؤكد سبق الفقه، ودقته في مجال البحث والتأليف في النظريات، مبينين أن فقهاء القانون لم يأتوا بجديد من حيث المضمون بالنسبة لما كتبه فقهاء الإسلام وعلماء الشريعة<sup>(٢)</sup>.

هذا وقد تفاوت مؤلفات هؤلاء الأعلام الأساطين في الفقه والشريعة من حيث الكم وإن لم يختلفوا من حيث الكيف، فقد اتفقت كلمتهم على أن النظريات الفقهية قام على أسسها صرح الفقه الإسلامي وقواعد القانون فهي تعتبر كالعنصر الهندسي في بنائه العظيم الشامخ الخالد. فضلاً عما لها من قيمة علمية في تكوين الملكة الفقهية التي تعين من يدرس الفقه على الربط بين الفروع والجزئيات، والوقوف على مدارك الفقهاء وأصول اجتهادهم<sup>(٣)</sup>.

على أن بعض تلك النظريات يجب الإشارة إلى أنها كانت تدرس كجزء من علم الأصول كنظرية الأهلية والمصلحة والعرف<sup>(٤)</sup>. ولكن لأن هذا العلم نشأ لخدمة البحث الفقهي أضحت مثل هذه النظريات نظريات فقهية ولعل إدراجها ضمن النظريات الفقهية وعدها منها جاء على سبيل التغليب<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر مقدمة نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام: للدكتور محمد فوزي قبض الله، ص ١١.

(٢) راجع مقدمة في دراسة الفقه الإسلامي: لأستاذنا الدكتور محمد الدسوقي، ص ٦٧، دار الثقافة، قطر.

(٣) انظر تكوين الملكة الفقهية: للدكتور محمد عثمان شبير، ص ٦٣، وزارة الأوقاف، قطر، ١٤٢٠هـ، كتاب الأمة ٧٢.

(٤) انظر أصول القانون مقارنة بأصول الفقه: محمد عبد الجواد محمد، ص ١٣٨، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٤١١هـ.

(٥) راجع البحث الفقهي: إسماعيل سالم عبد العال، ص ٧٩، مكتبة الزهراء، القاهرة، ١٤١٢هـ.

## التأليف المستقل في النظريات الفقهية حديثاً

قام الفقهاء المحدثون في هذا القرن بالتأليف المستقل في النظريات الفقهية. فمن هؤلاء:

## ١- من الوعيل الأول:

أولاً: العلامة شيخ شيوخ العلماء في عصرهم المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم وذلك مبادرة أولى في هذا المجال الفقهي الحديث على الساحة المعاصرة القديم في التأسيس والتأليف كما أشرنا سابقاً. ابتداءً العلامة الشيخ أحمد إبراهيم نظريته في الالتزامات في الشريعة الإسلامية بمذكرة علق فيها على الأحكام والالتزامات في الشرع الإسلامي. واستفاد منها طلاب العلم والباحثين<sup>(١)</sup>.

ثانياً: كتب العلامة الإمام الأكبر شيخ الجامع الأزهر فضيلة الشيخ محمود شلتوت بحثاً فقهياً قيماً قدمه إلى مؤتمر لاهاي بعنوان "المستولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية". وكان البحث الفقهي لسماحته بعد تأسيساً وتخطيطاً فقهياً منهجياً عريضاً قائم على تأصيل فقهي شرعي لعلم النظريات الفقهية نافعاً مرشداً لمن كتب بعده رحمه الله في المستوليات<sup>(٢)</sup>.

ثالثاً: ثم عكف فضيلة الشيخ شوكت العدوي على دراسة نظرية من النظريات الفقهية وهي "نظرية العقد في الفقه الإسلامي" نال بها شهادة العالمية بدرجة أستاذ دكتور في الفقه الإسلامي من جامعة الأزهر الشريف كلية الشريعة<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر طرق الإثبات مع نظريات المذاهب الفقهية مقارن بالقانون: للعلامة أحمد إبراهيم بك، ص ٩، مطبعة القاهرة، ١٣٩٠هـ.

(٢) انظر نظرية الضمان، ص ١١.

(٣) انظر مسيرة الفقه الإسلامي المعاصر وملاحمه، ص ٦٠٤، دار عمار، الأردن.

رابعاً: وقدم للعلم وطلابه والباحثين ورواده فضيلة الشيخ الإمام العلامة محمد أبو زهرة رحمه الله كتابه القيم في النظريات والموسوم "الملكية ونظرية العقد". وقد أضاف فيه لبنات في ترسيخ مفاهيم النظريات ولأهميته قررت كلية حقوق القاهرة كمرجع أساسي لتدريس النظريات الفقهية الإسلامية والنظريات القانونية الحقوقية<sup>(١)</sup>.

خامساً: كما كتب من بعد العلامة الشيخ أبو زهرة رحمه الله العلامة الفقيه والقانوني الشيخ الدكتور محمد يوسف موسى صاحب السفر العظيم "المدخل للفقه الإسلامي" كتابه القيم حول النظريات الشرعية الموسوم "الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي"<sup>(٢)</sup>.

سادساً: كما أفاد العلم والعلماء والباحثين في الكتابة حول النظريات العامة في الفقه الإسلامي العالم الفقيه الشيخ الدكتور محمد سلام مدكور رئيس قسم الشريعة بكلية حقوق القاهرة وأستاذ الشريعة والقانون بجامعة الكويت رحمه الله في موسوعته الفقهية القانونية الموسومة "المدخل للفقه الإسلامي ومصادره ونظرياته العامة"<sup>(٣)</sup>. وكتابه المفيد "مناهج الاجتهاد في الإسلام في الأحكام الفقهية"<sup>(٤)</sup>. وتناول مفهوم النظريات الفقهية في مؤلفه الجامع الشامل "نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء" الذي فذل في بحثه القيم بخاتمة مفيدة عن شمولية الفقه الإسلامي والشراء الموجود فيه حول النظريات الفقهية<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر الملكية ونظرية العقد، ص ١١.

(٢) انظر المدخل للفقه العام الإسلامي، ص ٢١٢.

(٣) انظر المدخل للفقه الإسلامي: للدكتور محمد سلام مدكور، ص ٤٠٩، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٣٨٠هـ.

(٤) راجع مناهج الاجتهاد في الإسلام: الدكتور محمد سلام مدكور، ص ٨٧٢، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٤م.

(٥) انظر نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء: الدكتور محمد سلام مدكور، ص ٥٨، دار النهضة العربية، ١٩٨٤م.

## ب- الوعييل الثاني:

وتالت بعد المرحلة التأسيسية الحديثة صياغة الفقه الإسلامي في نظريات عامة: كتابات العلماء، والمؤلفات الأكاديمية، والرسائل الجامعية في موضوع علم النظريات الفقهية، فكتب الرعييل الثاني من الفقهاء والقانونيين من علماء الشريعة والفقه المشتغلون بالفقه والقانون نظريات متعددة كنظرية المسئولية التقصيرية، ونظرية التعسف في استعمال الحق وفي الضمان، وفي نظرية الضرر، ونظرية رد الاعتبار، ونظرية الأمير ومسئوليته وغيرها من النظريات، فعلى سبيل المثال كتب الأعلام العلماء والفقهاء أمثال:

أولاً: العلامة الأستاذ فتحى الدينى كتاباً قيماً ذى تأصيل فقهي أسرى وهو كتاب "نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي" (١).

ثانياً: العلامة الدكتور محمد نعيم ياسين حيث وضع مؤلف في النظرية القضائية سماه "نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية" (٢).

ثالثاً: العلامة الشرعى والحقوقى الأستاذ الدكتور عبد السلام الترماني حيث وضع كتاباً عظيم الفائدة اسماء "نظرية الظروف الطارئة" (٣).

رابعاً: العلامة أستاذنا الدكتور حسين حامد حسان رئيس الجامعة الإسلامية العالمية بالباكستان سابقاً وأستاذ الشريعة الإسلامية بجامعة القاهرة الذى كتب في نظرية المصلحة في الفقه الإسلامى ويعد سفره القيم من أوفى ما كتب في هذه النظرية (٤).

(١) انظر نظرية التعسف، ص ٥٠١؛ الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص ٢٢٢، مؤسسة الرسالة.

(٢) انظر نظرية الدعوى، دار الفتاوى، عمان، ط ١، ١٤١٩هـ / ١٩٩٩م.

(٣) انظر نظرية الظروف الطارئة، دار المحافظ، بغداد، ١٩٦٩م؛ الوسيط في تاريخ القانون، جامعة الكويت.

(٤) انظر نظرية المصلحة، مكتبة المتنبى، القاهرة، ١٩٨١م؛ المدخل لدراسة الفقه الإسلامى، ١٩٨١م.

سابعاً: كما أن من العلماء من أشار إلى النظريات الفقهية وإن لم يخرجها في كتاب مستقل كالعلامة الشهيد الشيخ عبد القادر عودة الذى ألف الكتاب القيم العظيم الفائدة في النظريات الجنائية الإسلامية والموسم "التشريع الجنائى فى الإسلام". والذى يعتبر كتابه من قبيل النظريات الفقهية المتطورة (١).

ثامناً: ولا يُنسى فقه النظريات وتاريخه ما قدمه العلامة الأستاذ الفاضل الدكتور الشيخ مصطفى أحمد الزرقاء أستاذ الشريعة الإسلامية والقانون المدنى فى كلية الشريعة، وكلية الحقوق بجامعة دمشق، رحمه الله، للأجيال من مؤلفات قيمة فيها من التأصيل الشرعى الفقهي والقانونى ما تعد معالم بارزة فى علم المدخل للفقه والقانون إن لم تضاهيها. منها "المدخل الفقهي العام" (٢) ذلكم الكتاب الذى ذاع صيته وانتشر فى قاعات العلم وحلقات التدريس ذكره وريحه المليئة بعبق وعطر التراث الفقهي عوده. ثم كُتبه الأخرى المتعلقة ببحثنا كنظريات الملكية، والعقد، والعرف، والمؤيدات الشرعية، وأخيراً المدخل إلى نظرية الالتزام العامة فى الفقه الإسلامى (٣)، وكلها درر وأزهار باسقة تقطف منها فى تأصيل النظريات طلاب العلم والباحثين والأكاديميين.

فرحم الله هذه الثلة المباركة من علمائنا الأعلام، وبارك الله فى الرعييل من الطبقة الثانية ونفعنا بعلمهم فى الدين والدنيا والآخرة.

(١) انظر سلسلة مقالات الدكتور توفيق الشاوي فى مجلة المجتمع الحلقة التاسعة بعنوان "النظريات الشرعية تستوجب التوسع فى القياس والاجتهاد والإجماع"، ص ٤٦، العدد ١٣٨٥.

(٢) انظر المدخل الفقهي العام فى طبعته الجديدة المتطورة ترتيباً وتبويباً وزيادات، دار القلم، دمشق، ١٤١٨هـ.

(٣) راجع المدخل إلى نظرية الالتزام العامة فى الفقه الإسلامى المقدمة، ص ٧، دار القلم، دمشق، ١٤٢٠هـ.

المقارن<sup>(١)</sup>.

عاشراً: كما تناولت بعض المؤلفات في النظريات الفقهية النظرية السياسية فكتب الأستاذ الدكتور محمد ضياء الدين الرئيس رحمه الله كتابه الموسوم "النظريات السياسية الإسلامية"، تناول فيه الجوانب الفقهية المتعلقة بنظرية الإمامة والخلافة والعقد السياسي الإسلامي في منظور البهجة<sup>(٢)</sup>.

حادى عشر: وتناولت بعض الكتب جوانب خاصة متعلقة بالفقه السياسي الإسلامي كنظرية. فكتب الأستاذ الدكتور حسن كونا كاتا رسالة قيمة سماها "النظرية السياسية عند ابن تيمية". وأشار فيها إلى نظرية الإمامة في الفقه السننى ومفهوم الدولة كنظرية في دولة الشريعة وارتباطها بمفهوم النظريات المتعلقة بالسياسة الشرعية في مجال التوحيد، والاقتصاد، والعقوبات وما يترتب على الخروج على الشرعية وخروج الحاكم عن الشرعية<sup>(٣)</sup>.

ثانى عشر: كما تناولت بعض المؤلفات في النظريات الفقهية، النظريات العقوبية كحد السرقة، وحد الزنا، وحد الخمر. فكتب فضيلة شيخنا العلامة الشيخ الدكتور عبد العزيز الحياط وزير الأوقاف والشئون والمقدسات الإسلامية في المملكة الأردنية الهاشمية سابقاً كتابه المؤيدت التشريعية "نظرية العقوبات" الشامل لمفاهيم نظرية المؤيدت العقوبية والتأديبية وحرمة الأنفس، والأعراض، والأموال، ومقصد الشريعة الإسلامية من سنّ العقوبات ونظريتها في الحدود والتعازير<sup>(٤)</sup>.

ثالث عشر: وأبان فضيلة الشيخ إسماعيل العمري القاضى الشرعى فى المحاكم

(١) انظر نظرية نفي الضرر في الفقه المقارن، ص ١٥، رابطة الثقافة والعلاقات الإسلامية، طهران، إيران.

(٢) راجع النظريات السياسية الإسلامية، ص ٢٢٢، مكتبة دار التراث، القاهرة، ١٩٧٩م.

(٣) راجع النظرية السياسية عند ابن تيمية، ص ٣٥، دار الأخلا، الدمام، ١٤١٥هـ.

(٤) انظر المؤيدت التشريعية نظرية العقوبات؛ للعلامة شيخنا عبد العزيز الحياط، ص ١٧، دار السلام

للطباعة والنشر، القاهرة، ١٤٠٦هـ.

خامساً: شيخنا وأستاذنا العلامة الدكتور وهبة الزحيلي أستاذ ورئيس قسم الشريعة بجامعة دمشق والبحث والخبير والفقير الضليح بجميع الفقه الإسلامى والذى أثنى المكتبة الفقهية بمؤلفاته القيمة والتى منها فى تخصص النظريات "نظرية الضمان"، و"نظرية الضرورة الشرعية"<sup>(١)</sup>.

سادساً: وكتب الأستاذ الدكتور ياسين أحمد إبراهيم درادكة رسالة قيمة عن نظرية الغرر<sup>(٢)</sup>.

سابعاً: أستاذنا الفاضل الدكتور نزيه حماد أستاذ الفقه الإسلامى وأصوله فى كلية الشريعة بجامعة أم القرى. الذى وضع كتاباً شاملاً وافياً موسوم بـ "نظرية الولاية فى الشريعة الإسلامية". تناول فيه المفاهيم الشاملة للولاية الخاصة والعامة وولاية الإمامة العظمى، وولاية القضاء والمظالم، والولايات الدينية. فهو بمثابة نظريات متداخلة فى فقه السياسة الشرعية<sup>(٣)</sup> عظيم الفائدة.

ثامناً: العلامة الأستاذ الدكتور يوسف قاسم أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق جامعة القاهرة، مؤلف كتاب القيم فى النظريات الفقهية الموسوم بـ "نظرية الضرورة فى الفقه الجنائى الإسلامى والقانون الجنائى الوضعى". والذى تناول فيه الضرورة وتاريخها ومصادرها فى الكتاب والسنة، وأركانها وأثرها فى المسئولية ومفهومها فى القانون الجنائى<sup>(٤)</sup>.

تاسعاً: كما وضع الدكتور عبد الجبار حمد شرارة مؤلف فى النظريات الفقهية تناول فيه الجوانب المتعددة وسماه "نظرية نفي الضرر فى الفقه الإسلامى

(١) انظر نظرية الضمان، دار الفكر؛ نظرية الضرورة الشرعية، ص ٤٩، مؤسسة الرسالة، ١٤٠٢هـ؛ راجع الفعل الضار والضمان فيه دراسة وصياغة قانونية؛ الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء، ص ١٣، دار القلم، دمشق، ١٤٠٩هـ.

(٢) انظر نظرية الغرر، طبعة وزارة الأوقاف والشئون والمقدسات الإسلامية، الأردن، ١٣٩٤هـ.

(٣) انظر نظرية الولاية فى الشريعة الإسلامية، ص ٧، دار القلم، دمشق، ١٤١٤هـ.

(٤) راجع نظرية الضرورة ص ٥٩، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٤٠١م.



العراقية سابقاً في كتابه القيم "الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون". الحق واستعمال الوجه المشروع فيه وأشار إلى القواعد الفقهية للتعسف في استعمال الحق، والتكييف القانوني للنظرية مقارنة بالتشريعات الأخرى والتطبيقات في المرافعات القضائية المدنية فيها<sup>(١)</sup>.

رابع عشر: وفي مجال النظريات الفقهية المتعلقة بالحقوق والأهلية كتب فضيلة الشيخ الدكتور عبد الله بن عبد العزيز العجلان كتابه الموسوم بـ "الأهلية ونظرية الحق في الشريعة الإسلامية". الذي تتطرق فيه لنظرتي الأهلية والحق ووضعهما توضيحاً وافياً وأبان وجوب أهلية صاحب الحق وهو سفر قيم في مجال فقه النظريات<sup>(٢)</sup>.

خامس عشر: ومن المغرب العربي الكبير أثرى المكتبة الفقهية الإسلامية والقانونية الوضعية العلامة الشيخ سيدي محمد الحبيب التجكاني أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية أصول الدين بتطوان بمؤلفه القيم في فقه النظريات والموسوم بـ "النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية مع مقارنات بالقانون الوضعي". تناولت فصوله المتناسقة ذي التسلسل الترابطي الموضوعي النظرية القضائية والشاملة للدعوى والمرافعة والحكم والتنفيذ، مع عناصر أساسية لوسائل الإثبات الشرعية والقانونية<sup>(٣)</sup>.

ثم تتابعت الكتابة تأليفاً في النظريات الفقهية المتنوعة والمختلفة.

لذا وقد آن الأوان في العرض لأهم بعض النظريات الفقهية لإمام الطالب بها متطراً لموضوعات والعناصر الرئيسية للنظريات مرشداً إلى مظانها في كتب أهل العلم.

(١) راجع الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق: العمري، منشورات مكتبة بسام، الموصل، العراق، ١٤٠٥هـ.

(٢) الأهلية ونظرية الحق: العجلان، ص ١٣، مؤسسة الممتاز للطباعة، الرياض، ١٤١٦هـ.

(٣) انظر النظرية العامة للقضاء والإثبات: التجكاني، ص ١٠، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، ١٤٠٥هـ.

## القسم الثاني أهم النظريات الفقهية

### أولاً: نظرية الملكية

لما كانت الشريعة الإسلامية خاتمة الشرائع السماوية جاءت رحمة للعالمين محققة السعادة لهم في دينهم ودنياهم، جامعة شاملة ذي بناء قوى تحقق على طول الدهر وتقدم الأيام والزمان مقاصد الشريعة الإسلامية وولاياتها الخمس. ومن كمال الشريعة أن فقهها الإسلامي المبين للأحكام الشرعية جاء منظماً لحياتها الدنيوية ليترتب عليه الثواب أو العقاب الأخرى، شملت أحكامها ما يشبع الرغبات ويقر الملكيات، ويحفظ الأموال ويشرع صنوف من أعمال البر والتعاون والتقوى، تضيء جواً من الحب والوئام والتعاون والإيثار بين الأفراد والجماعات.

فجاءت بتنظيم شامل متكامل لفقه المعاملات التي منه استنبطت النظريات ومنها نظرية الملكية، ونظرية العقد، والنظريات الأخرى. فينبغي قبل أن نتكلم عن الملكية أن نلقى الضوء عن المال وما في معناه مما يدخل في ملك الإنسان من حق أو منفعة، مشيرين إلى الولاية على المال مع نماذج تطبيقية للنوازل الفقهية لولاية المال. فتمهد لذلك فنقول وبالله التوفيق. أن النظرية الأولى نظرية الملكية قامت على بناء قوى راسخ حفظت فيه الحقوق والأموال، ونهت فيه عن الغش والخداع والغدر في العلاقات التعاملية بين الأفراد والجماعات والناس كلهم جميعاً، وأقرت للفرد ملكيته وشرطت أن تكون قائمة على أصول مشروعة من كسب حلال، وإنفاق في أوجه شرعية صحيحة وفق منهج الكتاب والسنة وأعمال الخلفاء الراشدين، وما وضعه الفقهاء من تعميمات وتنظيمات مصرفية. هذا وقد استلزم البحث أن نشير إلى النقاط الآتية:-

## تعريف المال:

لما كان المال هو شريان الحياة الاقتصادية والمجربى الذى تقوم عليه تصرفات بنى آدم أفراد ومجتمع، وقوام المعاملات ومحور الأنشطة الاقتصادية والإقتصادية والاستثمارية، كان لازماً إلقاء نظرة سريعة على موضوعه تقيداً لبيان نظرية الملكية التى يتكون منها.

**فالمال:** يطلق على ما يرغب الناس فى إقتنائه وامتلاكه. فالإبل مال، والبقير مال، والذهب مال، والنخيل مال، والأرض مال، والعمائر مال، والمزارع والبساتين والحدائق مال<sup>(١)</sup>.

فالمال إذن هو ما ملكته وكان فى حوزتك وتصرفك. وللمال عند البادية مفهوم آخر فيطلقون على الأتعام مال، وأهل الحواضر يطلقون على الذهب والفضة مال، وإن كان الجميع كله مال، قال الإمام ابن الأثير: المال فى الأصل ما يملك من الذهب والفضة ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان، وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل لأنها كانت أكثر أموالهم<sup>(٢)</sup>.

وقد قسم العلماء والفقهاء المال إلى أربعة أقسام:-

**أولاً:** المال الصامت. والمقصود به الأخرس كالعين والورق وسائر ما يصنع ويصوغ منها.

**ثانياً:** العرض. ويشمل الأمتعة والبضائع، والجواهر، والحديد والنحاس.

**ثالثاً:** العقار. والمقصود به كل مسقوف كالدور والفنادق، والمزارع والبساتين.

**رابعاً:** الحيوان. كالرقيق، والكراع: وهى الخيل والحمير والإبل والماشية.

كما تناول الفقهاء تعريفاً للمال بعد التقسيم العام له. فقد عرفه فقهاء الشريعة بأنه شرعاً "عين يجرى فيها التنافس والابتدال"<sup>(١)</sup>.

وعرفه الإمام الفقيه ابن عابدين بقوله: "ما يميل إليه الطبع، ويمكن إدخاره لوقت الحاجة"<sup>(٢)</sup>.

كما عرفه جمهور الفقهاء بأنه: "ما كان له قيمة مادية بين الناس وجاز شرعاً الانتفاع به حال السعة والاختيار"<sup>(٣)</sup>.

وعرفه الشيخ البهوتى من أعلام الحنابلة بقوله: "ما فيه منفعة أو لغير حاجة ضرورة"<sup>(٤)</sup>.

وقال الشافعى: "ما له قيمة يباع بها وتلزم متلفه"<sup>(٥)</sup>.

وعلى ضوء التعريفات المتقدمة للفقهاء يستلزم ألا يكون المال مالاً إلا إذا توفر فيه عنصران:

(١) شرح فتح القدير: الكمال ابن الهمام، ج٤، ص١٢٥.

(٢) حاشية ابن عابدين: ج٥، ص٥٧.

(٣) انظر الملكية فى الشريعة الإسلامية: لأستاذنا الدكتور عبد السلام العبادي، ص١١٢.

(٤) انظر كشاف القناع، ج٣، ص١٥٢.

(٥) الأشباه والنظائر: السيوطي، ص٣٥٤.

(١) انظر النهاية فى غريب الحديث والأثر: لابن الأثير، ج٤، ص٣٧٣؛ البحر الرائق: للإمام ابن نجيم، ج٥، ص٢٥٦؛ راجع النظريات العامة فى الفقه الإسلامى تأليف أستاذنا الدكتور محمود بلال مهران، ج٢، ص١٥٧، القاهرة، دار الثقافة العربية، ١٤١٩هـ.

(٢) انظر النهاية، ج٢، ص١١٠.

(أ) حث الشرع على تنمية الأموال، واستثمارها بطرق مشروعة، والسعى في تحصيلها قال تعالى: (وآخرون يضرعون في الأرض يبتغون من فضل الله)<sup>(١)</sup>، وقال جل وعلا: (فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله)<sup>(٢)</sup>، ووجه عنه فقال: "يا عمر نعماً للمال الصالح عند الرجل الصالح"<sup>(٣)</sup>.

فالأموال عنصر من العناصر التي لا بد منها في الحياة، وأن كل ما تتوقف عليه الحياة في أصلها وكمالها، وسعادتها وعزها، لا سبيل للحصول عليه إلا بالمال كما قال تعالى: (المال والبنون زينة الحياة الدنيا)<sup>(٤)</sup>.

(ب) أمر الله أن لا يداول المال بين الناس بالباطل وذلك بتحريم:-

(١) الربا الذي ينهب أموال الناس استغلالاً، وامتهاناً لإنسانية الإنسان الذي يلجأ إلى التعامل به بدافع من الحاجة والضرورة كما قال تعالى: (وأحل الله البيع وحرم الربا)<sup>(٥)</sup>.

(٢) حرم الله الاحتيال الذي ينهب بأموال البعض عن خوف أو غفلة كما قال تعالى: (لا تأكلوا أموالكم بهنكم بالباطل إلا أن تكون تمهارة عن تراض منكم)<sup>(٦)</sup>، وقال عنه: "لا يحل مال امرء ألا بطيب نفس منه"<sup>(٧)</sup>.

(٣) عدم جواز تسليم الأموال إلى من لا يستطيع القيام بها والمحافظة عليها، وتنميتها كالأيتام والسفهاء، كما قال تعالى: (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم

(١) سورة المزمل. الآية: ٢٠.

(٢) سورة الجمعة. الآية: ١٠.

(٣) رواه أصحاب السنن.

(٤) سورة الكهف. الآية: ٤٦.

(٥) سورة البقرة. الآية: ٢٧٥.

(٦) سورة النساء. الآية: ٢٩.

(٧) رواه الإمام البخاري.

الأول: أن يكون الشيء له قيمة مادية مطلقاً، سواء أكان عيناً أم منفعة. أما إذا كان الشيء تافهاً لا قيمة له بين الناس كحبة قمح، أو قطرة ماء، أو منفعة كشم برتقال أو عنب، فإنه لا يعتبر مالاً، ويلحق به ما لا نفع فيه أصلاً كالذباب والصراصير من الحشرات التي لا نفع فيها.

ثانياً: أن يكون الشيء قد أباح الشرع الانتفاع به في حال السعة والاختيار، فإن كان الشيء له قيمة بين الناس، ولكن الشريعة أهدرت قيمته ومنعت الانتفاع به !! كالخمر والخنزير ولحم الميتة، ومنفعة آلات اللهو المحرمة<sup>(١)</sup> فإنه لا يعتبر مالاً من المنظور الشرعي، لأن الشارع حرم الانتفاع به، ولا يعتبر مالاً ما فيه منفعة مباحة للحاجة كالكلب، وما فيه منفعة تباح للضرورة كالميتة في حال المخمصة.

### العلة الشرعية في الاهتمام بالمال:

جاءت الشريعة الإسلامية بالاهتمام بالمال والحث عليه فتناولت مصادر التشريع الإسلامي عنصرين أساسيين في الحياة لهما تأثير كبير عليهما وهما المال والبنون<sup>(٢)</sup>.

### العنصر الأول: المال

المال عنى به الشارع الحكيم عناية كبيرة. فوضع له أحكام تصونه من الضياع، وحرم جمعه من غير طريق مشروع حفظاً لأموال الغير، ووضع له قواعد وتنظيمات إذا روعيت استقرت الحياة، وهدأت النفوس، واطمأنت القلوب، وانتفع الكل، ونال الجميع حقوقهم وجاء ذلك بنصوص ثابتة من كتاب الله وسنة رسوله عنه واجتهاد الفقهاء فمن ذلك:-

(١) راجع بيان اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بشأن الغناء وآلات اللهو والطرب، ص ٣٧٩، مجلة البحوث، العدد ٥٩؛ انظر بيع الأعيان المحرمة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي: محمد رنا، ص ٩٠، دار الفكر العربية.

(٢) انظر الولاية على المال في الشريعة الإسلامية: عبد السلام الرقي، ص ٣٦، دار إفريقيا الشرق، المغرب، ١٩٩٦م.

التي جعل الله لكم قياماً<sup>(١)</sup> لأن تسليمها لهم يؤول بها إلى أكلها بالباطل<sup>(٢)</sup>.

(٤) كما ذم الإسراف والتبذير فيها فقال تعالى: [ولا تسرفوا إنه لا يحب المرففين]<sup>(٣)</sup>، وقال تعالى: [ولا تهذر تبذيراً \* إن المهذرين كانوا إخوان الشياطين]<sup>(٤)</sup>.

### العنصر الثاني: الأولاد

عنى الشارع الحكيم بعنصر المال واهتم بالأولاد والمحافظة على ميراثهم من المال فأقسام الولاية على أموالهم وفق رسم منظم مشدداً على الاعتناء بهم كبرهان على أهميتهم فهم بذور الحياة وقلبها النابض وعنوان استمراريتها إلى ما شاء الله.

**الولاية على المال:**

المقصود بها: الولاية على مال القاصرين ومن في حكمهم ممن قيد الشرع تصرفاتهم المالية إلى حد معين<sup>(٥)</sup>.

وتنقسم الولاية على المال إلى قسمين:

**أولها: الولاية العامة:** وهي سلطة خولها الشارع الحكيم للسلطان أو من ينوب عنه، بموجبها يتصرف في أموال المولى عليهم، لمصلحتهم، ما لم يكن لهم ولي خاص كالأب أو وصيه. والأصل في مشروعيتها حقها قوله **عنه**: "السلطان ولي من لا ولي له"<sup>(٦)</sup> وذلك بمقتضى ولايته العامة التي يمارسها بنفسه أو بواسطة من ينوب عنه

(١) سورة النساء. الآية: ٥.

(٢) الجامع لأحكام القرآن: القرطبي، ج ٥، ص ٢٣٥.

(٣) سورة الأعراف. الآية: ٣١.

(٤) سورة الإسراء. الآية: ٢٦ - ٢٧.

(٥) انظر الولاية على المال في الشريعة الإسلامية، ص ٦٦.

(٦) رواه الإمام أحمد في مسنده، ج ٦، ص ٢٥٠.

كالامراء والقضاة ونوابهم. فالقاضي ولي من لا ولي له<sup>(١)</sup>. فتعتبر ولاية القصار والأيتام جزءاً من القضاء وهذا بدوره جزء من الإقامة العظمى والتي تندرج ولاية القضاء في ضمنها<sup>(٢)</sup>.

**ثانيها: الولاية الخاصة:** وهي سلطة يخولها الشرع لشخص معين بالذات يتولى بموجبها إدارة أموال من تحت ولايته لمصلحة هذا الأخير أو لمصلحة حقوق الأغيار في ماله. فالولي يقوم على حماية أموال من قصرت أهليته كالصغير والمجنون، والسفيه أو من تعلقت حقوقهم بأموال من اعتبرهم الشرع في وضعية المحجور عليهم كالورثة للمريض مرض الموت، والدائن بالنسبة للمفلس، والزوجة بالنسبة للزوج.

فالولاية الخاصة على المال تتميز بما يلي:-

**أولاً:** أنها ذات صفة شخصية بأن يتولاها الشخص بهذه الصفة.

**ثانياً:** أنها ذات صفة القرابة، بأن يتولاها الشخص القريب من المولى عليه.

**ثالثاً:** أن تكون هذه القرابة من جهة الأب لا من جهة الأم. وهذا ما نطقت به عبارات الفقهاء جاء في عبارة الإمام الكاساني في البدائع "أما ولاية الأب فلأنها داعية إلى كمال النظر في حق الصغير لوفور شفقة الأب وهو قادر على ذلك"<sup>(٣)</sup>. وقال الشافعي نصاً على تقديم الآباء على الأمهات في النظر في مصالح أموال المجانين والأطفال لأنهم أقوم وأعرف به من الأمهات"<sup>(٤)</sup>. وذهب الحنابلة إلى ذلك بقوله: "ولا تثبت الولاية على الصبي والمجنون إلا للأب ثم لوصيه"<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر الأحوال الشخصية: أحمد الحصري، ص ٣، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، ١٩٦٨م.

(٢) انظر تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام: ابن فرحون، ص ١٩، ٢٠.

(٣) انظر بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٥٢.

(٤) القواعد: العز بن عبد السلام، ج ١، ص ٦٦.

(٥) المقنع: ابن قدامة، ص ١٢٥.

كما أبان المذهب المالكي أن صفته الشخصية والقرابة، والأبوة من مميزات الولاية الخاصة قال خليل: "والولي الأب ثم وصيه"<sup>(١)</sup>.

وهكذا نص الفقهاء على أن الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة إذا كان متعلقتهما واحد وذلك من حيث التصرف لا من حيث الإشراف<sup>(٢)</sup>. فالولاية أمانة، والأمانة حق على المكلف، يتعلق به حق غيره، ويحفظه لأجل أن يوصله الى ذلك الغير، كالمال سواء كان المودع عنده ذلك الحق قد تعاقد مع المودع على ذلك، أم لم يكن كذلك. فالأمانة ما يؤمن عليه الإنسان من الأمن، وهو طمأنينة النفس وعدم الخوف، وكل أمانة يجب حفظها.

والأمانة أنواع ثلاثة جمعت في قوله تعالى: {يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم وأنتم تعلمون}<sup>(٣)</sup>. وهذه الأمانات هي أمانة العلم، وأمانة المال، وجعلها بعضهم ثلاثاً: أمانة العبد مع الرب، وأمانة العبد مع الناس، وأمانة العبد مع نفسه.

والحكمة من تأكيد الأمر بالأمانة وبيان فائدتها، وتوضيح معرفة الخيانة هي أنه من المعلوم الجلي أن بقاء النوع الإنساني قائم بالمعاملات والمعاضات في منافع الأعمال، وروح المعاملة، والمعاوضة إنما هي أمانة، فإن فسدت الأمانة بطلت صلات المعاملة وأفضى ذلك إلى الفناء العاجل، فقد كشف الحق أن الأمانة دعامة بقاء الإنسان، ومن الأمانة الولاية، والولاية لها مساس بالنظام العام في أحكامها لا تجوز إضاعتها، وتلزم المحافظة عليها بحكم الشرع<sup>(٤)</sup>.

(١) مواهب الجليل: الخطاب، ج ٥، ص ٦٩، ٧٠.

(٢) انظر مدونة الأحوال الشخصية، ص ٢١٤.

(٣) سورة الأنفال. الآية: ٢٧.

(٤) انظر المنار: محمد رشيد رضا، ج ٥، ص ١٧٧.

## تطبيقات

وتطبيقاً للنصوص النظرية من حيث أن أحكام الولاية من النظام العام، لا يجوز النقص منها أو الزيادة فيها، مراعاة للمصلحة العامة. فإن تطبيقات هذه النصوص ورد منها الكثير في كتاب النوازل الجديدة الكبرى للإمام الفقيه سيدي المهدي الوزاني. نسوق منها بعض التطبيقات الأول يتعلق بعدم أهلية الأب السفية للولاية على أولاده، والثاني يتعلق ببطان الزيادة في حدود الولاية.

ومنهجنا التوضيحي سنتناوله على النحو الآتي:-

أولاً: عرض النازلة بحالها، أو مختصرة حسب طبيعتها سؤالاً وفتحاً وجواباً.

ثانياً: ما يستفاد من النازلة من أحكام.

تطبيق نوازلي رقم (١) على عدم جواز ولاية السفية:

### ١- عرض النازلة:

ومما ألقى بخط الفقهاء ما نصه: "الحمد لله، سئل كاتبه، كان الله له، عن صببية ماتت أمهم ولهم أب سفية، أردا أن يأخذ ما وجب لهم فيها، وقال المجدة: إن أخذه كله وأفسده ويقى الأولاد بمضيعة يموتون جوعاً، هل يمنع الأب من ذلك أم لا؟

فأجاب: إن الأب السفية لا ولاية له على أولاده، بل هو أحق أن يولى عليه، وحينئذ لا يجوز أن يعطى ما وجب للأولاد، ويتركون بمضيعة، بل يضعه القاضي عند أمين ويفرض لهم الفقة فيه، الحمد لله المسطر أعلاه صحيح والله أعلم وكتبه عبد ربه محمد بن الحسن بناني<sup>(١)</sup>.

(١) النوازل الفقهية الكبرى: سيدي المهدي الوزاني، ج ٤، ص ٥٥.

## ب- استيفاد النازلة:

يستفاد من النازلة ما يأتي:-

أولاً: إن لا ولاية للسفيه لنقصان أهليته، فكل من بلغ من الرشد، وكان سفيهاً يكون ناقص الأهلية ويخضع لأحكام الولاية على ماله.

ثانياً: من لا ولاية له على نفسه لا ولاية له على غيره.

ثالثاً: لا تسلم للسفيه أموال، ولا تصح منه تصرفات حال سفيه، فتصرفان السفيه غير نافذة إذا صدرت منه في حالة السفه.

رابعاً: من لا ولي له من السفهاء البالغين، أو سفهوا بعد الرشد، فللقاضي أن يحجر عليه من وقت ثبوت حالته بذلك<sup>(١)</sup>.

تطبيق نوازل رقم (٢) على التزام حدود الولاية من غير زيادة فيها:

من المعلوم من النظام العام والمصلحة العامة أن لا تتعدى الولاية حدود المصلحة التي تعود على المولى عليه بالنفع، فلا يجوز للأب على سبيل المثال أن يتصدق بماله ولده الذي تحت ولايته. وهذا ما تنص عليه النازلة الآتية:-

## أ- عوض النازلة:

سئل ابن زرب عن شرط لزوجه في صداقها أن لا يرحلها من دارها ما لم تطلبه بكرائها، فإن طلبته به له أن يرحلها.

أجاب ابن زرب فقال: ذلك جائز، قيل له: فإن طلبت بكرائها فيما مضى؟ قال: فإن كانت مولى عليها أخذ بكراء ما مضى، ولم ينفعه ما عقده في سقوط الكراء عنه، قيل له: فإن كانت ذات أب وهي في ولايته، وأباح له سكنى الدار فلأى شيء لا يضمن

(١) انظر الولاية على المال في الشريعة الإسلامية، ص ٤٤.

الأب الكراء، ويحمل محمل الهبة منه له، ولا يكون على الزوج منه شيء؟ فقال: ليس هذا هبة، والكراء على الزوج، ولا شيء على الأب، ووقف لي هذا، يريد ليس للأب أن يهب مال ولده، ولا ابنته إلا أن يلتزم الأب له ضمان الدرك لأنها في حجره<sup>(١)</sup>.

## ب- استيفاد النازلة:

تناولت هذه النازلة ما يتعلق بموضوع الولاية على المال التي ذكرناها سابقاً وقد اندرجت تحتها مسائل على النحو الآتي:

أولاً: كل تعاقد أو تصرف صدر من القاصر، أو من ينوب عنه لا أثر له إن كان يفقره أو يحمله أى تكليف، ولو بإذن شرعى، ويعود الوضع إلى ما كان عليه قبل التعاقد، مع تحمل التبعة.

ثانياً: لا يجوز للنائب الشرعى أن يتبرع من مال من تحت ولايته، ولو كان أباً، وإلا تحمل الدرك<sup>(٢)</sup> وكان مسؤولاً عن عمله في ماله، فإذا أخل الوصى أو المقدم بواجب من الواجبات المفروضة عليه يعد مسؤولاً في ماله عما يلحق القاصر بسبب تقصيره، وضامناً له<sup>(٣)</sup>.

## تقسيم المال باعتبار من يملكه:

ينقسم المال باعتبار من يملكه إلى مال خاص ومال عام:

## الأموال الخاصة:

هى الأموال الخاصة بفرد لا يشاركه فيها غيره أى أنها ليست مشاعة للناس ولا يملك غير صاحبها شيئاً من رقبته أو منفعتها كدار على ومزرعة سليمان.

(١) النوازل الفقهية الكبرى: سيدي المهدي الوزاني، ج ٣، ص ٢٣٥.

(٢) المدرك المقصود به المسؤولية والتبعة على ما يمكن ضياعه من الحقوق.

(٣) انظر العقد المنظم للحكام: ابن سلمون، ص ١١٢؛ القاضي المكتاسي: مجالي القضاة، ص ٧٨.

## الأسئلة العامة:

هي التي لا يملكها الفرد وإنما هي ملك عام لجميع أفراد الأمة ونفعها للكافة أي أن ملكيتها ومنفعتاتها مشاعة وليست مقصورة على فرد معين دون فرد كالحدايق العامة، والمدارس، والمساجد، والجامعات، والأربطة الخيرية.

وقد يصير المال الخاص عاماً، إما بإرادة المالك وذلك كأن يبني رجل داراً ويجعله مدرسة عامة لتحفيظ القرآن الكريم أو لدراسة العلوم الشرعية، أو مستشفى عاماً. فلكل إنسان أن يتعلم العلوم القرآنية والدراسات الشرعية في تلك المدارس<sup>(١)</sup>.

كما أن لكل إنسان أن يعالج في المستشفى وينام على أسرته، وينتفع بخدماته. وكذلك يصير المال الخاص عاماً بحكم الشرع الذي أباح لولى الأمر أن ينتزع ملكاً خاصاً لمصلحة عامة<sup>(٢)</sup> كشق طريق أو إقامة جسر أو توسعة مسجد، كما وسع أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه المسجد الحرام حيث انتزع الأملاك الخاصة وعض أهلها وأصبحت ملكاً عاماً لمنافع المسلمين والحجاج والمعتمرين<sup>(٣)</sup>.

وقد يصحح المال العام خاصاً، كأن تكون معارضة بين فرد ودولته فيأخذ الفرد حديقة عامة من الدولة، ويعطيها عوضاً عنها داراً لتنتفع بها في أى غرض. فالحديقة بعد أن كانت ملكاً عاماً شائعاً أصبحت ملكاً للفرد الذي أخذها من الدولة عوضاً عن داره<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر الملكية والعقد في الفقه الإسلامي: الدكتور أحمد الشافعي، ص ١٩، المكتب العربي للطباعة، ١٤١٣هـ.

(٢) انظر انتزاع الملكية للمنفعة العامة: أستاذنا يوسف محمد قاسم، ص ٩٤٩، ج ٢، العدد ٤، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

(٣) انظر الإنفاق العام علي توسعة المسجد الحرام في عهد عمر رضى الله عنه من بحث الملكية الفردية وتحديدتها في الإسلام: للشيخ علي الخفيف، ج ١، ص ٢٦، بحوث مجمع البحوث الإسلامية؛ وراجع السياسة المالية لعمر بن الخطاب رضى الله عنه: تأليف قطب إبراهيم محمد، ص ١٢٧، الهيئة المصرية للكتاب، ١٩٨٤م؛ وتحصيل الطريق إلي تسهيل الطريق: للعلامة شيخ الإسلام وقاضي القضاة ابن الشحنة، ص ١٥٧، قطر، وزارة الأوقاف.

(٤) راجع الملكية والعقد في الفقه الإسلامي: ص ٣١.

فالأصل في إباحة انتزاع الملكية للمنفعة العامة معاوضته بالمال وفق الضوابط الشرعية هو عمل الصحابة رضوان الله عليهم، وعمل الصحابة والاستدلال بعمل الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين إنما هو استدلال بالسنة والإجماع اللذين أوجب الله العمل بهما بنص كتابه العزيز تبارك وتعالى وسنة رسوله ﷺ<sup>(١)</sup>.

## الملك

كما سبقت الإشارة إلى أن الشريعة الإسلامية جاءت بمنهج شامل متكامل ينفع الناس في حياتهم كلها، ويحتاج الناس في هذا التكامل إلى العيش والأخذ والعطاء والملك والتملك باعتباره غريزة فطر الإنسان عليها وضرورة ملحة تتطلبها ظروف المعيشة في الحياة. فإن الإسلام البناء القوي والهيكل المنظم للعلاقات الاجتماعية والأنشطة الاقتصادية تناول مفهوم الملك من كافة جوانبه المتعددة، وفروعه المختلفة، فنظمه وفق مبادئ وقواعد دقيقة استنبطها الفقهاء من استقراءهم لمقاصد وحكم الشارع الحكيم تبارك وتعالى وصاغها الجهابذة والنظارة من فقهاء المسلمين الأعلام في هيئة نظريات سموها نظرية الملكية.

## تعريف الملكية:

الملكية عند علماء اللغة تنسب إلى الملك، والملك في اللغة احتواء الشيء<sup>(٢)</sup> والقدرة على الاستبداد به فهي حيازة للمال، والانفراد بالتصرف فيه<sup>(٣)</sup>.

(١) راجع بحث شيخنا العلامة بكر أبو زيد، الثامنة في العقار للمصلحة العامة، ص ٩١، ج ٢، العدد ٤، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٤٠٨هـ.

(٢) انظر لسان العرب، ج ١٠، ص ٢٩٤؛ الملكية والعقد، ص ٤٢.

(٣) انظر الأشباه والنظائر: السيوطي، ص ٣٤٢، نقلاً عن الإمام تاج الدين السبكي من علماء الشافعية؛ وراجع شيخنا السرجاني في الملكية ونظرية العقد، ص ٢٠.

وفى الاصطلاح الشرعى عرفها فقهاء الشريعة وأعلامها بأنها حكم شرعى مقدر فى العين أو المنفعة يقتضى تمكّن من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك والعوض عنه من حيث هو كذلك<sup>(١)</sup>. وعرف الجرجانى ذلك بقوله: "اتصال شرعى بين الإنسان وبين شئ يكون مطلقاً لتصرفه فيه وحاجزاً عن تصرف غيره فيه"<sup>(٢)</sup>. وعند شيخ الإسلام ابن تيمية: هى القدرة الشرعية على التصرف فى الرقبة. وعرفها العلامة الشيخ على الحنفى رحمه الله بأنها "اختصاص يمكن صاحبه شرعاً من أن يستبد بالتصرف والانتفاع عند عدم المانع الشرعى"<sup>(٣)</sup>.

فمن التعاريف الفقهية يتضح أن الملك والملكية هو عبارة عن علاقة كائنة بين الإنسان والشئ فهو التصوير الشرعى لهذه العلاقة وثمرتها وحدودها.

وبهذا يتبين أن الملكية ليست شيئاً مادياً وإنما هى علاقة اختصاصية بإقرار الشارع. فحيثما أقر الشارع هذه العلاقة ثبت الملك، وحيثما نفى الشارع هذه العلاقة انتفى الملك<sup>(٤)</sup>.

**ما يجوز تملكه وما لا يجوز:**

إذا كان المال بطبيعته قابلاً للملك إلا أنه يتنوع من حيث قبوله لذلك إلى ثلاثة أنواع:

(أ) نوع لا يقبل التملك ولا التملك بحال من الأحوال وهو ما كان مخصصاً للمنافع العامة كالطرق، والأنهار، والحدائق العامة.

(١) انظر الملكية والشفعة، ص ١٥٢.

(٢) راجع إدرار الفروق على أنوار الفروق، ج ٣، ص ٢٠٩. تهذيب الفروق، ج ٣، ص ٢٣٣؛ الفتاوى، ج ٢٩، ص ٣٩.

(٣) انظر الملكية فى الشريعة الإسلامية، ص ١٥٠؛ أحكام المعاملات الشرعية: الشيخ على الحنفى، ص ٣٧، دار الفكر العربى، الطبعة الثانية.

(٤) راجع ضوابط الملكية فى الفقه الإسلامى: عدنان التركمانى، ص ١٦، دار المطبوعات الحديثة، ١٤٠٤هـ.

فهذه الأشياء غير قابلة للملك لأنها مخصصة للمنافع العامة، فإن زالت عنها هذه الصفة عادت إلى حالتها الأصلية وهى صلاحيتها للتملك.

(ب) نوع لا يقبل التملك إلا بمسوغ شرعى. ومثاله الأراضى الموقوفة، وأملاك بيت المال، (وزارة المالية) فى مصطلحات التنظيم الإدارى لمؤسسات الدولة الإسلامية<sup>(١)</sup>.

فالوقف لا يصح بيعه، ولا تملكه إلا إذا رأت المحكمة الشرعية وقاضى المسلمين حل الوقف أو استبدال شئ منه<sup>(٢)</sup> أو مناقلته.

وكذلك أملاك الدولة لا يجوز بيعها إلا لضرورة كاحتياج الدولة إلى ثمنه أو رأى ولى الأمر أخذاً بالسياسة الشرعية والمصلحة المرضية فى ذلك<sup>(٣)</sup>.

(ج) نوع يصح تملكه وتقليكه وهو خلاف هذين النوعين.

كما تجدر الإشارة إلى أن هناك أنواعاً لا تقبل التملك، ولا يجوز تملكها ولا يجوز أن تكون محلاً للملك مثل:

(١) الأعيان التى لا تشتمل على منفعة مقصودة يعتد بها شرعاً بحيث لا يكون لها قيمة بين الناس مثل الذباب، والحشرات، والبعض. فهذه أعيان لا يصح أن تكون محلاً للتملك، فإذا حازها شخص واعتدى

(١) انظر أحكام المعاملات الشرعية: العلامة الشيخ على الحنفى، ص ٣٩؛ ملكية الأراضى فى الشريعة الإسلامية: محمد بن على السميح، ص ٦٩، الطبعة الأولى، ١٤٠٢هـ.

(٢) انظر المناقلة والاستبدال بالأوقاف والإفصاح بما وقع فى ذلك من النزاع والخلاف: تأليف العلامة ابن قاضى الجبل الحنبلى، ص ٤٧، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، تحقيق الدكتور سليمان الأشقر، ط ١، ١٤٠٩هـ؛ وراجع المناقلة بالأوقاف: لابن زريق الحنبلى، ص ١٤٥، وزارة الأوقاف الكويتية، سلسلة الرسائل التراثية، ١٤٠٩هـ؛ وأيضاً المناقلة بالأوقاف لابن قاضى الجبل مع تعليقات سماحة الشيخ عبد الله ابن عمر بن دهبى رحمه الله، ص ٢٣، مطابع الصفا، مكة المكرمة، الطبعة الثانية.

(٣) راجع السياسة الشرعية أساسها المصلحة والعدل، ص ١٠٥؛ الحق ومدى سلطان الدولة فى تقييده للأستاذ فتحي الدينى.



آخر عليه فيها فإنه لا يترتب على الاعتداء أى ضمان.

(٢) الأعيان والمنافع المحرمة. فجميع الأعيان والمنافع التى حرّمها الشارع تبارك وتعالى لا تكون محلاً للملك كخمر وخنزير. فلا يجوز الانتفاع بها شرعاً وبالتالي لا تكون محلاً للملك.

(٣) أبان الفقهاء أن ما عداها فإنه قابل للتملك والتملك<sup>(١)</sup>.

### اقسام الملكية:

قسم الفقهاء الملك إلى أقسام وحصرها البعض فى أنواع كالإمام الفقيه ابن رجب الحنبلى حيث أبان فى قواعده إلى أنها أربعة أنواع<sup>(٢)</sup>.

وقسم الجمهور من الفقهاء الملك إلى نوعين: تام وناقص.

### أولاً: الملك التام:

والمقصود به هو ما ثبت على رقبة الشئ ومنفعته معاً بحيث يثبت معه الملك فيهما جميع الحقوق المشروعة وإيضاح ذلك أن تكون العين مملوكة لصاحبها رتبة ومنفعة<sup>(٣)</sup>. وهذا هو الأصل فى ملك الأعيان أن تكون شاملة للرقبة والمنفعة.

### خصائص الملك التام:

يختص الملك التام بخصائص أربع هى:

(١) حرية التصرف. ذلك أن المالك له الحق فى أن يتصرف فى العين ومنافعها بكافة التصرفات المشروعة من بيع وإجارة وغيرها من التصرفات المشروعة التى لا تخالف مبادئ الشريعة الإسلامية وقواعدها، أى أنه يتمتع

(١) انظر أحكام المعاملات الشرعية، ص ٣١.

(٢) انظر القواعد: الحافظ ابن رجب الحنبلى، ص ١٩٥، دار الباز للنشر والتوزيع، مكة المكرمة.

(٣) راجع القواعد: للإمام الزركشى، ص ٣٤٨.

بسلطات الملكية الثلاث من استعمال، وتصرف، واستغلال. فقد جاء فى مرشد الحيران فى المادة الخامسة: "أن الأعيان المملوكة للرقبة والمنفعة هى ما كان للمالكها حق التصرف فيها عيناً ومنفعة"<sup>(١)</sup>.

(٢) شمولها للعين والمنفعة. "فلملك حق الانتفاع بالشئ المملوك بأى وجه من وجوه الانتفاع ما لم يكن ذلك محرماً شرعاً كأن يجعل داره نادياً للقمار فهذه المنفعة محرمة شرعاً.

(٣) دوام ملكية الأعيان. ذلك أن الملك يكون دائماً غير مؤقت. فليس له زمن معين ينتهى بانتهاه فلا يعترضه التقييد بالزمان والمكان، ولا ينتهى هذا الملك إلا بهلاك العين المملوكة أو بانتقاله إلى غيره بالوراثة إذا مات المالك، أو بتصرف شرعى ناقل للملكية كالبيع والهبة<sup>(٢)</sup>. وهذا النوع لا يقبل الإسقاط إلا فى الوقف فهى دائمة بالنسبة للشئ المملوك، أما لشخص الملك فتتغير بطرق انتقال الملكية المختلفة.

(٤) عدم مطالبة المالك ملكاً تاماً بضمان العين ولا بقيمتها إذا أتلّفها هو بغير موجب، وذلك لأن الضمان لا يستحقه إلا المالك ولا يكون الإنسان مديناً لنفسه ولانعدام فائدة الضمان فى تلك الحالة. ولكن هذا لا يعفيه من توقيع عقوبة عليه إن كان متعمداً كالحجر عليه مثلاً. جاء فى شرح منتهى الإرادات "ومعنى تام الملك أن لا يتعلّق به حق غيره بحيث يكون له التصرف فيه على حساب اختياره وفوائده عائدة عليه"<sup>(٣)</sup>. فالشريعة الإسلامية أقرت الملكية الخاصة وأخذت بها، وبنّت كثيراً من أحكامها على الاعتراف بها كما أشارت إلى ذلك مصادر التشريع الإسلامى القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

(١) مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان: محمد قدرى باشا، ص ٤، المكتبة المصرية، ط ١٣٣٨ هـ.

(٢) راجع الملكية ونظرية المقدم: شيخنا الدكتور السرجاني، ص ٢٤.

(٣) شرح منتهى الإرادات: البهوتي، ج ١، ص ٤٥؛ وراجع كشاف القناع، ج ١، ص ٤٢٧.

## الأسباب الموجبة للملك التام:

يكون الملك التام مستفاد من عدة أسباب نوجزها فيما يلي:-

السبب الأول حيازة الأموال المباحة أو وضع اليد عليها. وهذا السبب يتميز عن غيره من أسباب الملك الأخرى بما يلي:-

(أ) أنه سبب رئيسي منسئ للملكية فيوجد لها بعد أن لم تكن. بخلاف بقية الأسباب فإن الملكية تكون ثابتة قبل تحقق السبب، وبسببه تنتقل من شخص لآخر. فالبيع مثلاً ينقل المبيع من ملك البائع إلى ملك المشتري، والميراث ينقل المال الموروث من ملك المورث إلى ملك الوارث. والشفعة تنقل الشيء المشفوع فيه من ملك المالك الجديد إلى ملك الشريك أو الجار.

أما التملك بوضع اليد على المباح، فإنه يثبت ابتداء بوضع اليد، ومن المعلوم أن المال قبل الاستيلاء عليه غير مملوك لأحد، وبه صار ملكاً للمستولى عليه، فالصائد مثلاً صاد سمكة من البحر ملكها بالصيد، علماً بأنها لم تكن قبل الصيد ملكاً لأحد.

وهذا يتضح إن الحيازة أساس لكل ملكية وجدت ابتداء في هذا الوجود لأن الأشياء كانت في الأصل مباحة لا يملكها أحد ثم تملكها الناس بالحيازة والاستيلاء، ثم لما آلت إليهم تصرفوا فيها بالبيع وغيره ثم توارثوها كذلك.

(ب) إنه سبب مختص بالأموال المباحة. والمقصود بالأموال المباحة "جميع ما خلقه الله تعالى في الأرض ليتفجع به الناس أجمعون مما لم يحزه أحد كالأشجار التي تنبت في في الجبال أو الصحراء أو الغايات وليست مملوكة لأحد، والسماك في البحر والمعادن في باطن الأرض"<sup>(١)</sup>. أما إذا وضع شخص يده

(١) انظر أحكام المعاملات الشرعية: الشيخ علي الحنفي، ص ٢٧.

على الأموال المملوكة سواء كانت عقاراً أو منقولاً وهي مملوكة للغير لم يملكها بوضع اليد عليها وإن امتد زمنها، كما أنه لا يسقط حق المال الأصلي بترك المطالبة به، ولو طالت مدة الترك خلافاً للقانون الوضعي<sup>(١)</sup>.

(ج) إنه سبب فعلى لا يتحقق إلا بالفعل. ولهذا صح من كل من يستطيعه ويقدر عليه ولو لم يكن أهلاً للإلزام والالتزام كالصغير، والصبي، والسفيه، والمجنون، فمن استولى منهم على مال أصبح هذا المال المباح باستيلائه عليه مالكاً له، وإن لم يستطع أن يتملك مثله بشرائه من مالكة بغير واسطة.

## شروط مختلف فيها:

## من الشروط المختلف فيها:-

(١) كون الإحياء بإذن الإمام. هذا الشرط اشترطه الإمام أبي حنيفة رحمه الله. وقد استدل على ذلك بأن الأرض ملك المسلمين جميعاً، فلم يكن لأحد أن يختص بجزء منها بدون إذن الإمام. وقد قال رسول الله ﷺ: "ليس للمراء إلا ما طابت به نفس إمامه"<sup>(٢)</sup>. كما وأن الأرض وإن كانت مباحة إلا أنه قد يتزاحم الناس عليها فتقع الشحنة بينهم، فمنعاً لهذا يشترط إذن الإمام لأنه بما له من الولاية العامة يستطيع قطع أسباب الخصام، فلا يأذن بشئ إلا بما ليس فيه ضرر<sup>(٣)</sup>.

أما الجمهور فلم يشترطوا هذا الشرط فقد جاء في الإنصاف "ومن أحيا أرضاً ميتة فهي له بإذن الإمام أو غير إذنه"<sup>(٤)</sup>.

(١) راجع الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية: للعلامة الشيخ محمد أبو زهرة، ص ١٣٣.

(٢) رواه الطبراني من حديث معاذ وفيه ضعف. راجع نصب الراية: للزليعي، ج ٤، ص ٢٩٠.

(٣) حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٢٨٧؛ راجع شرح المجلة للأناسي، ج ٤، ص ١٠٤.

(٤) الإنصاف، ج ٦، ص ٣٥٧؛ الخراج: لأبي يوسف، ص ٦٨؛ الأموال: للإمام أبي عبيد، ص ٧٧.

(٢) كون الأرض المراد إحيائها بعيدة عن العمران. حيث أوضح الفقه الإسلامي عملاً بالسياسة الشرعية القائمة على المصالح المرضية أن الأرض إن كانت قريبة من العمر وتعلقت بمصالحه كطرقه وفنائه وسبل مائه فلا تملك بالإحياء، وإن لم تتعلق بمصالحه فالراجع تملك بالإحياء<sup>(١)</sup>.

ما يتحقق به الإحياء:

إحياء الأرض وجعلها صالحة للزراعة أو للانتفاع يتحقق بإزالة المانع من الانتفاع بها فإن كان مواتها بسبب غمر المياه لها، فإحيائها يكون بتخفيف الماء وإقامة السدود حولها، وإن كان السبب في مواتها عدم وصول المياه إليها يكون إحيائها بتوصيل الماء إليها بحفر بئر أو شق ترعة، وإن كان السبب فساد تربتها، فإحيائها يكون بحرثها وسقيها وإصلاح هذه التربة الفاسدة. أما إذا كانت الأرض تقصد للبناء فإحيائها يكون بالبناء عليها أو إنشاء سور حولها أو أحاطها بحائط وهو ما يسمى عند الفقهاء بالتحجير<sup>(٢)</sup> وما شاكل ذلك بأن يهيئ الأرض لما يريد منها، ويختلف ذلك بحسب الغرض<sup>(٣)</sup>.

### ٣- الاستيلاء على المعادن والكنوز:

اتفق الفقهاء على أن المعادن بأنواعها المتعددة إذا وجدت في أرض تابعة لمزبنة بيت المال (الدولة الإسلامية) فإنها تكون مملوكة لها، والتصرف فيها للإمام في الدولة الإسلامية وليس لأحد تملكها والاستيلاء عليها<sup>(٤)</sup>.

(١) راجع ملكية الأرض في الشريعة الإسلامية، ص ١٢٧.

(٢) التحجير من حجر أي وضع حجراً أو علامة أو أدار حول الأرض تراباً أو أحجاراً؛ راجع المغني، ج ٥، ص ٥٦٩.

(٣) حاشية الشرقاوي، ج ٢، ص ١٨٣.

(٤) حاشية ابن عابدين، ج ٢، ص ١٦؛ المقدمات والمهدات: لابن رشد، ج ١، ص ٢٢٥؛ الأم، ج ٢، ص ٢٧٢؛ المغني، ج ٢، ص ٦٢؛ الكشاف، ج ١، ص ٤٨٥.

أما المعادن الموجودة في أرض غير تابعة للدولة فقد اختلف الفقهاء فيها على قولين:

(أ) القول الأول: أن هذه المعادن لجميع المسلمين يفعل الإمام فيها ما يراه مصلحة لهم. فالمعادن ملك عام ولا تتبع ملكيتها ملكية الأرض الخاصة أنها أشبه بالفئ الذي ينال بلا تعب ولا عمل، ولأن المعادن في باطن الأرض أقدم من ملك المالكين للأرض ذهب إلى ذلك المالكية<sup>(١)</sup>.

(ب) القول الثاني: أن هذه المعادن سواء كانت ظاهرة أم باطنة تكون للمالك الأرض التي ظهرت فيها. ذهب إلى ذلك الجمهور، لأن من ملك الأرض فإنما يملكها بكل شيء فيها سواء نتج من باطنها أم من ظاهرها، ولا يلحق بحكمها الكثر الإسلامي والجاهلي. فالإسلامي من الأموال العامة المباحة فلا يجوز لمن عثر عليه أن يملكه، بل يأخذ حكم اللقطة فيعرفه، فإن وجد صاحبه أو ورثته سلم إليهم، وإن لم يوجد تصدق به على الفقراء. أما الجاهلي فخمسه للدولة وياقيه للواجد، فإن كان في أرض مملوكة فتكون للمالكها ولا شيء للواجد، أما إذا كانت غير مملوكة فإنها للواجد<sup>(٢)</sup>.

### ٣- حيازة المباح:

الأشياء المباحة كالماء والكلاً وأحطاب الجبال وفواكهها التي لا ملك لها وأحجارها مادامت غير مملوكة لأحد، هذه كلها مباحة وحيازتها سبب للملكيتها، فأول محتاز لها المالك الأول لها، أنشأت ملكيته تلك الحيازة.

(أ) فالماء كالبحار والأنهار والعيون في الجبال منفعة عامة يحق للناس جميعاً

(١) حاشية الزرقاني، ج ٢، ص ١٦٩؛ حاشية الدسوقي، ج ١، ص ٤٨٥.

(٢) انظر المجموع: ج ٦، ص ٩١؛ فتح القدير، ج ١، ص ٥٣٩؛ المدونة الكبرى، ج ٢، ص ٥٢.

(٣) سبل السلام: للصنعاني، ج ٣، ص ٨٦؛ نيل الأوطار: للشوكاني، ج ٣، ص ٣٤٤.

الانتفاع بها لقول الرسول ﷺ: "الناس شركاء في ثلاثة: الماء والكلا والنار"<sup>(١)</sup>. أما إذا أخذ شخص جزءاً من هذه المياه وأحرزها بوضعها في إناء ونحوه فتكون ملكاً له، ولا حق لأحد غيره فيه، لأنه وإن كان مباح الأصل فقد صار بالإستيلاء عليه مملوكاً ملكاً خاصاً لمحرزه.

(ب) الكلا: وهو الحشائش التي تثبت بغير زرع أحد، سواء من نبات أخضر أو يابس، فإن الفقهاء ذهبوا إلى أنها إذا نبتت في أرض غير مملوكة لأحد كالجبال والصحاري أو نبتت في أرض مملوكة ملكاً خاصاً ولكن صاحب الأرض لم يعدها لذلك ولم يرعاها ولم يهتم بها فإن ذلك مباح للناس جميعاً من غير تخصيص أحد لقوله ﷺ "الناس شركاء في ثلاثة: الماء والكلا والنار" علماً بأن هذه الإباحة لا تعني التملك للأرض وإحرازها.

(ج) الأجام وهي الأشجار الغليظة التي تكون غابات، وهذه إن كانت في أرض غير مملوكة تكون من الأموال المباحة، فكل فرد حق الانتفاع بها والإستيلاء عليها، وإن كانت في أرض مملوكة فإنها في تلك الحالة تكون ملكاً لصاحب الأرض فلا يجوز الأخذ منها إلا بإذن المالك<sup>(٢)</sup>.

#### ٤- الصيد:

وهو اقتناص الحيوان المباح الممتنع عن الإنسان، وأخذه بحيلة ودقة ونظر وفن إما لطيرانه في الهواء، أو اعتصامه بالتلال والجبال، أو بفراره في الغابات أو بسباحته في الماء. وعلى ضوء ذلك فلكل إنسان الحق في أن يتملك الحيوان بالإستيلاء عليه وصيده، إلا صيد الحرم فإنه لا يملك بالإستيلاء عليه عندئذ يصبح ملكاً له، ولا يجوز لغيره أن يعتدي عليه أو يأخذه إلا بسبب ناقل الملكية سواء كان الإستيلاء حقيقياً أو حكماً<sup>(٣)</sup>.

(١) سُبُل السلام: للصنعاني، ج٣، ص٨٦؛ نيل الأوطار: للشوكاني، ج٣، ص٣٤٤.  
(٢) راجع الملكية ونظرية العقد، ص١٥٩.  
(٣) انظر الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص٣٢.

السبب الثاني الإرث: والمقصود به عند الفقهاء أن يحل الوارث محل مورثه فيما كان له من أموال أو حقوق مالية عند وفاته. وأسباب الإرث هي: الزوجية، والقربة، والإعتاق، وشروط الميراث هي: موت المورث حقيقة أو حكماً أو تقديراً، حياة الوارث. أما موانع الإرث فهي القتل، إختلاف الدين، إختلاف الدارين، الرق<sup>(١)</sup>.

السبب الثالث الشفعة: وهي بضم الشين من الشفع سميت بذلك لضم نصيب الشريك إلى نصيبه. والمقصود بها تملك العقار المبيع كله أو بعضه، جبراً عن مشتره بما قام عليه من الثمن والتكاليف، والأصل في شريعته خبر الإمام البخاري عن جابر رضي الله عنه: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة<sup>(٢)</sup>. وقد أبان الفقهاء أسباب أخذ الشفعة، وشروطها، وطلبها ومسقطاتها في كتب الفقه الإسلامي<sup>(٣)</sup>.

#### ثانية: الملك الناقص:

وهو ما يثبت في ذات الشيء وحدها أو في منفعته وحدها أي أن المالك يملك العين بدون منفعتها، أو يكون مالك للمنفعة دون العين<sup>(٤)</sup>.

#### أنواع الملك الناقص:

يتنوع الملك الناقص إلا ثلاثة أنواع:-

(أ) النوع الأول: أن يكون المالك مالاً للعين فقط دون المنفعة<sup>(٥)</sup>، وهذا النوع أقل أنواع الملك الناقص، وجوداً لأنه جاء على خلاف الأصل. فالأصل الملك والانتفاع بالعين. فإذا ثبت ملك عين انتفاع بها كان ذلك خلاف

(١) راجع إختلاف الدارين وأثره في أحكام النكاحات والمعاملات، ص١٥٩، دار السلام للطباعة.

(٢) رواه البخاري، ج٣، ص١٢٥.

(٣) إعلام الموقعين، ج٢، ص٨٦؛ كشاف القناع، ج٢، ص٣٣١؛ أحكام الملكية والشفعة، ص٢٩٤.

(٤) الأشباه والنظائر: للسيوطي، ص٣٧٩؛ بدائع الصنائع، ص٣٨٦.

(٥) القواعد: ابن رجب، ص٤١.

الأصل. وقد أجاز تشجيعاً لأعمال الخير والبر ولكن لا يثبت إلا في صورتين:-

(١) الصورة الأولى: كأن يوصى المالك بمنفعة عين مملوكة له لشخص طول حياته أو لمدة معلومة ثم بوفاء الموصى ينتقل الملك إلى الورثة دون المنفعة، وللموصى له المنفعة طوال حياته أو المدة المحددة. فعلى الورثة تسليم العين إلى الموصى له بالانتفاع وإن امتنعوا أجبرهم الحاكم.

(٢) الصورة الثانية: أن يوصى شخص بأرضه لشخص ويوصى بمنفعتها لشخص آخر فإذا مات الموصى فإن الموصى له بالأرض يصبح مالكا للعين وحدها، ويصبح الموصى له بالمنفعة مالكا للمنفعة وحدها وكلاهما ملك ناقص ويجب تسليم العين للملك المنفعة.

#### خصائص هذا النوع من الملك:

- (١) لا يحق للمالك العين الانتفاع بها لا بنفسه ولا بغيره.
- (٢) عدم جواز تصرف مالك العين تصرفاً يضر بمالك المنفعة.
- (٣) أن مالك العين إذا أتلّفها ضمن المنفعة لمالكها.
- (٤) أن مالك العين إذا مات انتقلت العين إلى ورثته<sup>(١)</sup>.
- (٥) أن نفقات العين اللازمة وما يترتب عليها من ضرائب وإصلاحات لاستبقاء المنفعة تكون على مالك المنفعة.

(ب) النوع الثاني: ملك المنفعة وحدها، وحق الانتفاع شخصياً. أي أن يملك الشخص منافع الشيء دون رقبته. وهذا النوع أكثر الحالات الواقعة للملكية الناقصة<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر الملكية ونظرية العقد: أستاذنا السرجاني، ص ٤٣.

(٢) راجع أحكام الملكية والشفعة: عبد العظيم شرف الدين، ص ٣١٢، ط ١، ١٣٨٩هـ.

#### القيود الاضطرارية التي تقع على الملكية:

تشمل هذه القيود بيان مدى أحقية الدولة الإسلامية في التدخل لإيجاد قيود تقع على حق الملكية. وقبل التطرق لذلك لابد من الإشارة إلى وظائف الدولة الإسلامية. ووظيفة الدولة الإسلامية:

أبان العلماء أن الإجماع قد انعقد على أن الحكم يتم وفق الشريعة الإسلامية والوظيفة الأساسية للدولة في الإسلام هو القيام على تطبيق وتنفيذ أحكام الشريعة والحراسة على الالتزام بها وذلك لتحقيق المصالح المادية والروحية للأفراد والجماعات مما ينعكس ذلك على السعادة لهم في الدارين<sup>(١)</sup>.

وإذا كان فقهاء المسلمين كالإمام الماوردي<sup>ت: ٤٥٠هـ</sup> والإمام أبي يعلى الخنيلي<sup>ت: ٤٥٨هـ</sup> وشيخ الإسلام ابن تيمية<sup>ت: ٧٢٨هـ</sup> رحمهم الله قد أبانوا الوظائف الأساسية للدولة الإسلامية والتي منها حفظ الأمن والدفاع عن البيضة، والقيام بتنصيب الولاة والقضاة والعمال فإن شمولية الوظائف للدولة تقتضى الإشراف العام على المرافق الحيوية والناشط الاقتصادية فهناك من الشمولية ما يقتضى المرافق السياسية، والحكومية، والاجتماعية، والأخلاقية، والتنظيمية، والاقتصادية<sup>(٢)</sup>.

فالوظائف شاملة بشكل عام. ولكن ونحن بصدد الإشارة إلى نظرية الملكية يهمننا أن نبرز أهم الوظائف للدولة ذي الصلة بالمجال الاقتصادي وهي على النحو الآتي:-

- (١) المطالبة بقيام الأفراد والجماعات بفروض الكفاية العملية في الجانب الاقتصادي ومثال ذلك الاهتمام بالصناعات، وتطوير الإنتاج وسدّ الباب من الاعتماد على الدول الأخرى وفي ذلك ضمان لقوة الدولة من النواحي الدفاعية والحربية والاستعداد لأي طارئ من عدو متربص وصديق طائش.

(١) انظر كتابنا النظام السياسي في الإسلام، ص ٧٨، ط ١، ١٤١١هـ.

(٢) انظر الأحكام السلطانية: الماوردي، ص ١١٢؛ الأحكام السلطانية: أبي يعلى الخنيلي، ص ٢٠٠؛ السياسة الشرعية، ص ٢٥؛ غياث الأمم في التيات الظلم: أبي المعالي الجويني، ص ٣٢٠، قطر، ١٤٠٠هـ.

كما تشمل المطالبة بالعمل نحو إتاحة الفرصة نحو تشجيع الزراعة والصناعة واستصلاح الأراضي ليعود نفعها على العباد والبلاد، وأن عدم الاهتمام بهذا الجانب وإهماله له عواقب وأضرار سيئة على البنية الأساسية للدولة.

(٢) الإشراف العام على المناشط الاقتصادية للأفراد: من وظائف الدولة الإسلامية مراقبة النشاط الاقتصادي للأفراد والحرص على التزامه بقواعد الشريعة الإسلامية وتنصيب ولاة للحسبة مهمتهم مراقبة المعاملات المالية ومحاربة الغش والخيانة، وتطبيق المكيال والميزان<sup>(١)</sup>، وعدم السماح بصناعة المحرمات كآلات اللهو، والمسكرات ومنع إبرام العقود الربوية والميسر وغيرها وإنزال العقوبات الرادعة ضد المخالفين والمنتهكين المخالفات والمحرمات<sup>(٢)</sup>.

(٣) ضمانات الحاجات الأساسية لرعايا الدولة الإسلامية. كفل النظام السياسي الإسلامي للرعايا في الدولة الإسلامية في أن تؤمن لهم ضروريات الحياة من مأكّل ومسكن وملبس وعلاج وكل ما لا يمكن الاستغناء عنه. وقواعد الشريعة المقررة في مجال تحقيق الدولة لهذه الوظيفة متعددة تعتمد على تحميل كل فرد مسئولية العمل وواجباته والسعي نحو إشباع رغباته وتحقيقه نحو الضرب في الأرض ابتغاء جلب المكاسب المشروعة. فإذا لم تتاح تلبية الحاجات فيجب العمل بنظام النفقات وكفالة الاحتياجات التي تقع على عاتق الدولة<sup>(٣)</sup>.

(١) في آداب الحسبة: تأليف الفقيه أبي عبد الله السقطي المالقي الأندلسي، ص ٢٩، دار الفكر الحديث؛ خلة راجع: الحسبة، ص ١٣٣.

(٢) راجع العقوبات الشرعية وأسبابها: العلامة الشيخ علي قراة، ص ٢٦٥، دار مصر للطباعة؛ النظام العقابي الإسلامي: أبو المعاطي حافظ، ص ٣.

(٣) الأشباه والنظائر، ص ٣٧٦؛ راجع الملكية في الشريعة الإسلامية، ج ٢، ص ٢٣٢.

## وسائل الدولة الإسلامية في تقييد الملكية في الشريعة

من القواعد العامة المقررة في الشريعة الإسلامية أنه لا يجوز للحاكم أن يتعرض للناس في أموالهم بغير حق. إذ أن في الاعتداء على الأموال ضرب من ضروب الظلم وصورة من الصور غمط الحقوق والعاقبة في ذلك خسران وإيذان بفساد العمران وخراب البلدان كما أوضح ذلك العلامة ابن خلدون في مقدمته. فالعدوان على الناس في أموالهم ذاهب بآمالهم في التحصيل والاكتساب فتكسد الأسواق وتكثر البطالة وتضطرب الأحوال ويختل الأمن وتذهب هيبة السلطان، غير أن هناك وسائل صحية لتدارك المخاطر المحدقة باقتصاد الدولة الإسلامية وتتجلى تلك الوسائل التي تخدم المصلحة العامة لجميع الأفراد والجماعات في الدولة الإسلامية فيما يلي:-

أولاً: فرض الضرائب على أموال الناس. الضريبة عند العلماء هي فريضة إلزامية، يلتزم الفرد بإدائها إلى الدولة تبعاً لمقدرته على الدفع، وتستخدم حصيلتها في تغطية النفقات العامة<sup>(١)</sup>. ولهذا أجاز الفقهاء للحاكم المسلم فرض ضرائب غير ما ررته الشريعة من واجبات وحقوق<sup>(٢)</sup>. واشتروطوا فرضها إذا توافرت الموجبات الملحة والضرورة لها من ذلك:

(أ) وجود حاجات حقيقة للدولة كدفاع عن البلاد من خطر داهم، وسد لنفقات الدولة عجزت الخزينة من سدادها.

(ب) فراغ بيت المال من الأموال التي تسد الحاجات الأساسية للدولة.

(ج) أن تتوفر في فارض الضرائب الطائع أمره من الحكام الشروط الواجبة في الإمامة.

(١) انظر مدي تدخل الدولة في فرض لبررائب، ص ٤١.

(٢) راجع ضوابط الملكية في الفقه الإسلامي، ص ١٦٧.

(د) أن تكون هذه الضرائب بالقدر الذي يكفى سد الحاجات والضرورات دون التوسع والسعة<sup>(١)</sup>.

ثانياً: فرض التسعير عند لزوم دواعيه: التسعير هو كما يعرفه العلماء "أن يأمر السلطان أو نوابه أو كل من ولى من أمور المسلمين أمراً أهل السوق أن لا يبيعوا أمتعتهم إلا بسعر كذا، فيمنع من الزيادة عليه أو النقصان لمصلحة"<sup>(٢)</sup>.

وبناء على هذا ذهب الجمهور إلى عدم جواز التسعير<sup>(٣)</sup> وإن فعل السلطان رباغ الناس بالسعر المحدد فهم مكرهون عليه وبالتالي فالبيع غير صحيح أو مكروه على تفصيل موسع عند الفقهاء. فيما ذهب بعض المالكية والشافعية والشيخ ابن تيمية وابن القيم إلى جواز التسعير فى الأموال والأعمال إذا احتاج الناس إليها، وجمهور المالكية على جواز التسعير فى حالى الأضرار بالعامّة إذا كان صاحب المال فى غنى عنه. وعلى ضوء ذلك فإذا اقتضت المصلحة العامة الأخذ بالسياسة الشرعية والأحوال المرضية التسعير بعدل ومعقولة فإنه يجب تنفيذ أمر راعى الرعية ولى أمر الدولة الإسلامية. قال الشيخ ابن القيم رحمه الله: "وجماع الأمر أن مصلحة الناس إذا لم تتم إلا بالتسعير سعر عليهم تسعير عدل، ولا وكس، ولا شطط، وإذا اندفعت حاجتهم وقامت مصالحهم بدونهم لم يفعل"<sup>(٤)</sup>.

## ثانياً: نظرية العقد

من النظريات الفقهية نظرية العقد والتي يدور رحاها ويعتمد عليها اعتماداً كلياً فى نظم العقود والمعاملات وإبرام الاتفاقيات فهى الرابطة الحسنى بين أطراف الشيء. فهو يشمل الرابطة أو التوثيق والالتزام من جانب واحد أو من جانبين<sup>(١)</sup>، فعلاً كان أو تركاً.

والعقد فى اصطلاح الفقهاء هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره فى محله<sup>(٢)</sup>. والإيجاب هو ما يصدر أولاً من كلام أحد المتعاقدين، والقبول هو ما يصدر ثانياً من كلام الآخر وهو ما يفيد الرضا بما قاله الأول. وعلى ضوء ذلك يتم الإيجاب والقبول بشرطهما كان هذا ارتباطاً بين المتعاقدين يظهر فى العقود عليه الذى هو محل العقد فإن كان بيعاً فإن السلعة المبيعة تخرج من ملك البائع إلى ملك المشتري وهكذا<sup>(٣)</sup>.

أما العقد عند فقهاء القانون فهو يمثل: توافق إرادتين على إحداث أثر قانونى من إنشاء التزام أو نقله، أو تعديله أو إنهائه. فإنشاء الالتزام كالبيع والإجارة، ونقله كالحوالة، وتعديله كتأجيل الدائن الدين للمدين، وإنهاؤه كالإبراء من الدين، وفسخ عقد الإجارة قبل الموعد المحدد<sup>(٤)</sup>.

ومن هنا نجد أن القانون يخصص العقد بما كان فيه توافق إرادتين أما ما يتم بإرادة واحدة فليس بعقد. وهو ما يتفق مع ما ذهب إليه الجمهور من الفقهاء فى تعريف العقد. إلا أن تعريف الفقهاء أشمل وأدق وأحكم من تعريف القانونيين فهو اتفاق وارتباط والتزام<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر نظام الإسلام: فتحي الدرينى، ج٢، ص١٦، جامعة دمشق.

(٢) نيل الأوطار: للإمام الشوكاني، ج٥، ص٣٣٥.

(٣) انظر المغنى، ج٤، ص٢٣٩؛ المهذب، ج١، ص٢٩٩؛ الإقصاص، ج١، ص٣٦؛ نهاية المحتاج، ج٢، ص٤٧٣؛ ضوابط الملكية، ص١٦٨.

(٤) الطرق الحكيمة، ص٢٨٦، ٢٨٧؛ وراجع الحسبة: لشيخ الإسلام ابن تيمية، ص٣٤؛ غاية المنتهى، ج٢، ص٢١.

(١) انظر القاموس المحيط باب الدال فصل العين، ج١، ص٣١٥؛ المصباح المنير، ص١١٢.

(٢) راجع المغنى مع الشرح الكبير، ج٤، ص٤٠٣؛ العناية، ج٥، ص٨٤؛ المحرشي، ج٥، ص١٥.

(٣) انظر الشريعة الإسلامية وأحكامها: بدران أبو العنين، ص٣٦٤.

(٤) راجع المدخل المفصل للتعريف بالفقه الإسلامى: محمد مصطفى شلبى، ص٤٠٣.

(٥) الملكية والعقد، ص١٢٧.

## الفرق بين العقد والوعد:

هناك فرق بين العقد والوعد من حيث المعنى والحكم.

(أ) فمن حيث المعنى فإن العقد يتضمن إنشاء التزام فى الحال. والوعد فى المستقبل.

(ب) أما من حيث الحكم فالعقد يجب الوفاء به من العاقد ويجبره القاضى على ذلك إن امتنع<sup>(١)</sup>.

أما الوعد فإن من يعد لا يجبر على الوفاء بما وعد قضاءً وإنما هو مخير بين الوفاء بوعده وبين عدمه. وعند بعض الفقهاء كالمالكية يلزم الوفاء بالوعد. فالواعد عندهم يجبر على الوفاء بوعده قضاءً فى جميع الأحوال إلا إذا مات الواعد وقد استدل فقهاء المالكية بنصوص كثيرة من القرآن والسنة والتي تأمر بالوفاء بالوعد والعهد وتحذر من النكث كقوله تعالى: [وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً]<sup>(٢)</sup>. وقوله ﷺ: "لا إيمان لمن لا أمانة له، ولا دين لمن لا عهد له"<sup>(٣)</sup>.

وعلى هذا سار كثير من القانونيين فرأوا أن العهد ملزم متى توفرت فيه شروط معينة<sup>(٤)</sup>.

## أركان العقد:

الركن فى اللغة: هو جانب الشئ الذى يمسكه ويستند عليه. وفى الاصطلاح ما به قوام الشئ الذى لا يوجد إلا به<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر الوسيط: السنهوري، ص ١٠٧.

(٢) سورة الإسراء، الآية: ٣٤.

(٣) رواه ابن ماجة فى سننه.

(٤) راجع عقد البيع: البدرأوى، ص ١٢.

(٥) انظر معجم أصول الفقه: خالد رمضان حسن، ص ١٤٠، القاهرة، ١٤١٨هـ.

وعلى ضوء هذا الاستناد تتكون أركان العقد من أمور ثلاثة:-

(١) الصيغة وهى الإيجاب والقبول.

(٢) العاقدان اللذان يصدر عنهما الإيجاب والقبول.

(٣) المحل وهو المعقود عليه.

وبيان هذه الأركان على النحو الآتى:-

## ١- الإيجاب والقبول:

الإيجاب ما صدر أولاً من أحد المتعاقدين ليدل على أنه يرغب بالطوع والاختيار أن ينشئ العقد. والقبول ما صدر ثانياً من العاقد الثانى<sup>(١)</sup> دالاً على موافقته ورضاه بما أوجبه الأول<sup>(٢)</sup>. فالعبرة فى تمييز الإيجاب عن القبول هو الصدور أولاً بصرف النظر عن صدر عنه. ومثال ذلك: أن عقد الزواج إذا قال الرجل فيه للمرأة تزوجتك، فقالت: زوجتك نفسى، أو قبلت كان قول الرجل إيجاباً، وقول المرأة قبولاً.

أو إذا قالت المرأة للرجل تزوجتك، أو زوجتك نفسى فقال الرجل تزوجتك، أو قبلت الزواج بك، كان قول المرأة إيجاباً، وقول الرجل قبولاً. وكذا فى البيع والتملك يكون كذلك<sup>(٣)</sup>.

هذا وإن للإيجاب والقبول شروط أبانها الفقهاء لا يتحقق إلا إذا توفرت وهى:-

(١) موافقة القبول للإيجاب: والموافقة هنا هو أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب، وبعبارة أخرى أن يتحد موضوع العقد ومثال ذلك: لو قالت المرأة: زوجتك نفسى بخمسمائة ريال، فقال: قبلت بسبعمائة، فالأمر

(١) انظر فتح القدير: ج ٢، ص ٤٤.

(٢) راجع البحر الزخار، ج ٥، ص ٢٨٤.

(٣) انظر العقد فى الفقه الإسلامى، ص ١٣١.



موقوف على قبول الزوجة فهو مخالفة في مصلحة الموجب بعكس فيما لـ  
قال: بعثك هذا القلم بثلاثين ريال، فقال الآخر: قبلت، هنا وافق القبول  
الإيجاب واتحد موضوع العقد<sup>(١)</sup>.

(٢) أن يكون كل من الإيجاب والقبول واضح الدلالة على مراد  
المتعاقدين: ويتم ذلك إذا كانت الألفاظ المستعملة للإيجاب والقبول في كل  
عقد تدل في اللغة والعرف على نوع العقد المراد للمتعاقدين، أما إذا لم  
يتضح يقيناً أن طرفي العقد قصداً عقداً معيناً، فإنه لا يعقل إزاهما  
بأحكامه الخاصة به. ومثال ذلك إذا قال: وهبتك هذا الكتاب بعشرة ريلان  
انعقد البيع بهذا اللفظ لأنه اقترن بالثمن<sup>(٢)</sup>.

(٣) اتصال القبول بالإيجاب: والمقصود به أن يصدر القبول متصلاً بالإيجاب  
في مجلس العقد إذا كان الطرفان حاضرين معاً، أما إذا كان أحدهما  
حاضراً والآخر غائباً، وجب على الغالب بمجرد أن يعلم بالإيجاب أن يظهر  
رأيه ليتصل قبوله بالإيجاب دون فاصل.

وقد أبان الفقهاء من الجمهور أن الاتصال يتحقق باتحاد المجلس فإذا صدر  
الإيجاب من أحد الطرفين فليس بلازم أن يصدر القبول من الطرف الآخر فوراً بل يجوز  
أن يتريث في إصداره مادام مجلس العقد لم ينفذ وهذا خلاف للشافعية الذين يرون  
الاتصال لا يتحقق إلا بالصدور القبولي فوراً.

وإن ما ذهب إليه الجمهور هو الأيسر لما فيه من السعة والتوسعة على الناس في  
معاملاتهم وهو ما ذهب إليه القانون المدني وهو موافق لرأي الجمهور<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر كشف القناع، ج ٢، ص ١١٥؛ بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٣٧.

(٢) راجع العقد في الفقه الإسلامي، ص ١٣٥.

(٣) انظر الوسيط في القانون: السنهوري، المادة ٩٤.

كما أن هناك عقود مستثناة من اتصال القبول بالإيجاب أشار الفقهاء في  
انحصارها في عقود ثلاثة:-

(١) الوصية: فإن قبول الموصى له لا أثر له إذا صدر بعد موت الموصى مصراً  
على وصيته. فالقبول قبل ذلك لا عبره به.

(٢) الإيصال: وهو أن يجعل غيره وصياً على أولاده يتعهد شئونهم بعد وفاته  
فإنه لا يشترط أن يكون القبول فيه في مجلس الإيجاب، بل يجوز أن  
يكون في حياة الموصى أو بعد وفاته.

(٣) الوكالة: يصح قبولها في مجلس آخر ومن هنا صح توكيل الغائب<sup>(١)</sup> وهي  
تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله<sup>(٢)</sup> وهو أن يقيم  
شخص غيره مقام نفسه في تصرف مملوك له معلوم قابل للنيابة<sup>(٣)</sup>.

### صيغة الإيجاب والقبول:

والمراد بها الصورة الدالة على توجه إرادة المتعاقدين، ذلك أن أساس العقد هو  
توجه إرادة كل من طرفيه لإنشائه، وهذه الإرادة أمر باطنى لا يظهر إلا بما يدل عليه من  
قول أو فعل أو كتابة أو إشارة، فالصيغة قد تكون لفظاً، وقد تكون كتابة، وقد تكون  
إشارة، وقد تكون فعلاً.

(أ) فالتعاقد باللفظ هو الأصل في الكشف عن الإرادة والنية. فالعقد ينعقد  
بتلفظ طرفيه بالإيجاب والقبول باللغة التي يفهمانها. ومثال ذلك عقد  
البيع فيصح فيه أن يقول الموجب: بعث لك هذا، أو وهبت هذا بثمان كذا،  
ويقول القابل: قبلت أو رضيت، أو خذ الثمن ونحو ذلك<sup>(٤)</sup>.

(١) حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٢١؛ مواهب الجليل، ج ٤، ص ٢١١.

(٢) مغني المحتاج، ج ٢، ص ٢١٧.

(٣) راجع الوكالة: أستاذنا السرجاني، ص ١٣٨.

(٤) راجع نهاية المحتاج، ج ٣، ص ٣٦٦؛ كشف القناع، ج ٣، ص ١٤٧.

(ب) التعاقد كتابة: وهو أن العقد ينعقد كتابة بشرط أن تكون مستبينة أى تكون مكتوبة على ورق واضح وأن تبقى الصورة بعد الانتهاء منها. فإن استبانة الكتابة وقرأ كل من المتعاقدين ما كتبه الآخر وفهمه فإن العقد ينعقد. فلو كتب إليه: بعث لك دارى بكذا، ووصله، ووصله الكتاب وفهم ما فيه، وقال: قبلت البيع فى مجلس قراءة الكتاب انعقد البيع، بعكس فيما لو كانت الكتابة غير مستبينة ولم تفهم فإن العقد لا ينعقد<sup>(١)</sup>. علماً بأن عقد الزواج لا ينعقد بالكتابة بين الحاضرين ما دام قادرين على النطق ومثاله لو كتب شخص لأمرأة: تزوجتك، أو كتبت له: زوجتك نفسى وهما فى المجلس فقال أو قالت: قبلت، لا ينعقد العقد بينهما، لأن الأصل فى التعبير عن قصد الزواج الألفاظ، ولا يجوز العدول عنها إلى غيرها إلا عند الضرورة، ولا ضرورة هنا والعاقدان يقدران على النطق والتلفظ بالإيجاب والقبول<sup>(٢)</sup>. وما عدا ذلك جائز لأنه يتفق ومقتضيات العصر وعرف الناس وتعبير عن إرادة العاقدين ورضاهما وما هى إلا ترجمان عما فى النفس وتسجيلاً لما يجرى من اللسان.

(ج) التعاقد بالإشارة: الإشارة من القادر على الكلام لا تصح ولا ينشأ بها العقد لأن الإشارة مهما قويت دلالتها لا تفيد اليقين الذى يفيد التعبير باللفظ أو الكتابة<sup>(٣)</sup>.

وخالف المالكية فى ذلك معتبرين الإشارة المفهومة أداة للتعاقد معللين ذلك بأن إنشاء العقود هو التعبير عن الإرادة بما يدل عليها، وأن التعاقد بالإشارة إولى من التعاقد بالأفعال<sup>(٤)</sup> لأن الإشارة سميت كلاماً فى قوله تعالى: [قال رب اجعل لى

(١) انظر مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٢؛ تبصرة الحكام: لابن فرحون، ج ٢، ص ٤٠.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٣.

(٣) انظر الملكية ونظرية العقد، ص ٦٨.

(٤) راجع شرح الخرشى، ج ٤، ص ٣٠٤؛ حاشية الدسوقي، ج ٢، ص ١٤.

أية قال آتتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا<sup>(١)</sup> والرمز الإشارة. مستثنين من ذلك عقد الزواج فمنعوا أن ينعقد بالإشارة من القادر على الكلام والكتابة، فهو عقد له أهميته فى حياة الناس<sup>(٢)</sup>. وقد وافق السادة المالكية شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله لموافقته لنصوص الشريعة فى جلب التيسير ودفع المشقة وما خير<sup>(٣)</sup> فى أمر اختار أيسرها ما لم يكن إثماً، فإن كان إثماً كان أبعد الناس منه.

#### ب- العاقدان:

ومن أركان العقد أيضاً العاقدان إذ أنه لما كان العاقد سواء كان موجباً أو قابلاً أما أن يبرم العقد لنفسه أو أن يبرمه نيابة عن غيره. فإن كان مبرماً فلا بد من توافر أهلية الإبرام، فليس كل واحد من الناس يصلح أن يكون عاقداً، فمنهم من يصلح لإبرام العقود ومنهم من لا يصلح، ومنهم من لا يصلح لإنشاء أى عقد فإيجابه وقبوله يعد لغو لا قيمة له.

أما إذا كان يبرمه لحساب الغير فيجب زيادة على توافر الأهلية أن تكون له صلاحية أو ولاية أو سلطة لإبرام العقد. ومن المعلوم أن السلطة إما أن تكون مصادرها الشرع الشريف فتكون ولاية، أو القضاء الشرعى فتكون وصاية، أو الاتفاق فتكون وكالة. فإذا لم تتوفر للعاقد السلطة الإبرامية للعقود النظامية الشرعية القانونية سمي المبرم فضولياً<sup>(٣)</sup>. قال الشريف المجرجاني فى التعريفات: "هو من لم يكن ولياً ولا أصيلاً ولا وكيلاً فى العقد".

فالأهلية فى العاقد وهى الصفة التى يقدرها الشارع فى الشخص لتجعله صالحاً لثبوت الحقوق له، ووجوب التزامات عليه وصحة التصرفات منه أمراً لازماً<sup>(٤)</sup>. وقد

(١) سورة آل عمران، الآية: ٤١.

(٢) مواهب الجليل، ج ٣، ص ٤٩٩.

(٣) التعريفات: الشريف المجرجاني، ص ١٦٧، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤٠٣ هـ.

(٤) انظر مرآة الأصول، ص ٢٢١؛ كشف الأسرار، ج ٢، ص ٢٣٧.

قسمها الفقهاء إلى قسمين:-

(١) - أهلية وجوب (٢) - أهلية أداء

فأهلية الوجوب هي صلاحية الإنسان لثبوت الحقوق له، ووجوب الالتزامات عليه<sup>(١)</sup>. وأهلية الوجوب عند الفقهاء هي الأساس لثبوت الحقوق، والالتزامات بالواجبات.

وأهلية الأداء هي صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه على وجه يعتد به شرعاً<sup>(٢)</sup>. وهي صلاحية تؤهل الشخص لأن يطالب غيره، ويطالبه غيره بالأثار المترتبة على العقد المتفق عليه ومناطها التمييز والعقل.

وسبب تسمية أهلية الوجوب لأنه ينظر للإنسان من خلالها من جهتين:-

(١) من جهة كونه صالحاً لأن يجب له: كاستحقاقه قيمة المتلفات من أمواله على من أتلّفها، وكوجوب ثبوت نسب الابن من أبيه.

(٢) من جهة كونه صالحاً لأن يجب عليه: كوجوب دفع ثمن المبيع له من أمواله، ولزوم الضمان عليه في ماله إن أتلّف مال غيره<sup>(٣)</sup>.

عوارض الأهلية:

من المعلوم بالضرورة أن أهلية الإنسان تمر بمراحل وهي في طريقها إلى التكامل بحسب مراحل حياة الإنسان فمنذ كونه جنيناً حتى احتلامه فرشه فالأهلية ترافق حياته كلها، فتبدأ أهلية الوجوب ناقصة ثم تنتهي إلى أهلية أداء كاملة. فأهلية الوجوب والأداء تمر بمراحل أساسية خمس هي:

(١) انظر الفروق: القرافي، ج٣، ص٢٢٠؛ التقرير والتحرير، ج٢، ص١٦٦.

(٢) المدخل للفقه الإسلامي: الشيخ سلام مذكور، ص٤٤١؛ أصول البيوع المنوعة: الشيخ عبد السمیع إمام، ص٢١؛ الالتزامات في الشرح المختيف: أحمد إبراهيم، ص١١٢.

(٣) انظر مرآة الأصول: ملا خسرو، ص٣٢١.

(١) مرحلة كون الإنسان جنيناً أى حملاً.

(٢) مرحلة الطفولة وعدم التمييز.

(٣) مرحلة التمييز.

(٤) مرحلة البلوغ.

(٥) مرحلة الرشد.

وهي تطورات في حياة الإنسان جسمياً وفكرياً وسلوكياً. وقد تعترى هذه الأهلية عوارض. والعوارض كما عرفها الفقهاء جمع عارض أى أمر طارئ. وفي الاصطلاح الشرعى هي أمور تؤثر في مناط الأهليتين أو إحداها تأثيراً كلياً وجزئياً<sup>(١)</sup>.

وتنقسم العوارض إلى قسمين أو نوعين:

أولاً: العوارض الإلهية.

ثانياً: العوارض المكتسبة.

وقد قدم علماء الأصول عند إرادة الكلام عن العوارض، العوارض الإلهية على العوارض المكتسبة ذكراً وذلك لأمر:-

(١) لأن الإلهية أظهر في العارضية من المكتسبة.

(٢) كونها خارجة عن اختيار الإنسان بخلاف العوارض المكتسبة.

(٣) كونها أكثر تأثيراً ووقوعاً في تغيير الأحكام من العوارض المكتسبة<sup>(٢)</sup>.

والعوارض الإلهية سميت الإلهية لأنها من عند الله تعالى ولا دخل لإرادة

(١) راجع كشف الأسرار، ج٤، ص٢٦٢؛ مختار الصحاح، ص٢٥٧.

(٢) انظر الأهلية وعوارضها: الشيخ أحمد إبراهيم، ص٣٧؛ التعريفات: للرجزاني، ص١٥٩؛ شرح المنار وحواشيه، ص٩٤٤.

الإنسان فيها. وقد حددها الفقهاء بأحد عشر عارضاً وهي الجنون، العته، الإغماء، النوم، مرض الموت، الرق، الصفر، الحيض، النفاس، النسيان، الموت. وسوف نلقى الضوء بصفة مقتضبة إلى ما يحتاج التعريف بها على النحو التالي:-

### العارض الأول: الجنون:

الجنون عند الفقهاء خلل في العقل يؤدي إلى انحراف تصرفات الإنسان القولية والفعلية عن النهج القويم غالباً<sup>(١)</sup>. ويتنوع الجنون إلى نوعين:

(أ) النوع الأول: الجنون الأصلي: وهو أن يولد الإنسان فاقد العقل، فلا يصلح لقبول ما أعد لقبوله من العقل. وهذا الجنون لا يرجى لصاحبه الشفاء منه. وقيل أنه جنون متصل بزمن الصبا، بأن يُجن الإنسان صغيراً، فعندما يبلغ يبلغ مجنوناً<sup>(٢)</sup>.

(ب) النوع الثاني: الجنون العارض: وهو معناه أن يبلغ الإنسان سليم العقل كامل الفهم ثم يطرأ عليه الجنون. وقد عرفه الإمام البيهقي بقوله: "وأما معنى عارض أوجب زوال الاعتدال الحاصل للدماغ، وهذا النوع من الجنون يمكن أن ينفع معه العلاج بما يسر الله ومن الأدوية المتنوعة المتعددة"<sup>(٣)</sup>. وكلاهما يكون مطبقاً أو متقطعاً. فالجنون المطبق هو المتصل بلا إفاقة سواء أكان منذ الصغر أم أصيب به بعد البلوغ والجنون المتقطع وهو الذي يفتب وقتاً ويحضر وقتاً<sup>(٤)</sup>. وتأثيره على الأهلية أنه في حالة الجنون المطبق الممتد تعتبر أهلية الأداء معدومة. وفي حالة المتقطع فأهلية الأداء في حالة حضور الجنون عند صاحبه تكون معدومة، وفي حالة غياب الجنون تكون أهلية الأداء تامة<sup>(٥)</sup>.

(١) راجع كشف الأسرار، ج٤، ص٢٦٣.

(٢) تيسير التحرير، ج٢، ص٤٢٠؛ التعريفات، ص٧٩.

(٣) تيسير التحرير، ج٢، ص٤٢٠.

(٤) كشف الأسرار، ج٤، ص٢٦٥.

### العارض الثاني: العته:

العته عند الفقهاء ضعف العقل وينشأ عنه ضعف في الوعي والإدراك فيصير صاحبه مختلف الإدراك<sup>(١)</sup>. ويتنوع إلى نوعين:-

#### (أ) معتوه مميز.

(ب) معتوه غير مميز. وتأثيرها على الأهلية أنها لا تؤثر في أهلية الوجوب مطلقاً وإنما تؤثر في أهلية الأداء بحسب نوع العته. فإن كان مميزاً أعطى أحكام أهلية الصغير المميز<sup>(٢)</sup>. ذلك أن الآفة لم تذهب بعقله كما في الجنون، وأنه يميز ولكن لا يرقى إلى درجة تدبير الأمور تدبيراً سليماً والحكم عليها حكماً صحيحاً. أما أن كان المعتوه غير مميز فإنه يعطى أحكام أهلية المجنون الممتد<sup>(٣)</sup>.

وهناك فروق بين المعتوه والمجنون. فالمعتوه قد يكون مميزاً أو غير مميز كالصبي، أما المجنون فإنه لا يكون مميزاً، إضافة إلى أن المعتوه مصاب بضعف عقلي، أما المجنون فإنه لا عقل له. وأن المعتوه لا يصاب بتهيج واضطرابات بعكس المجنون فإنه يصاب بهيج واضطراب وفقدان لكل شئ<sup>(٤)</sup>.

### العارض الثالث: الإغماء:

الإغماء عند الفقهاء فقد الحس والحركة وهو فتور غير أصلي لا بمحدد يزبل عمل القوى وصاحبه يصاب بذهول وفقدان يمنعه من تلقي التكاليف فضلاً عن فهمها فالقوى المدركة عند صاحبها معطلة<sup>(٥)</sup>.

(١) مجمع الأنهر: دار أفندي، ج٢، ص٤٢٧.

(٢) مغني المحتاج، ج١، ص٤٣٢.

(٣) انظر الفتاوي الهندية، ج٢، ص٦٥؛ راجع الالتزامات في التشريع الإسلامي، ص١٢٦.

(٤) انظر فتح الغفار: ابن نجيم، ج٢، ص٨٨؛ عوارض الأهلية، ص١٩٧.

(٥) انظر عوارض الأهلية، ص١٩٧.

ولها تأثير كبير في الأهلية بقسميها أهلية التعبد، وأهلية التصرف فلا يطالب بالصلاة والصيام. فإذا أفاق من إغمائه طوبى بالتكليف وهكذا فإذا غاب إغمائاً ذهبت الأهلية وإذا عاد عادت الأهلية والخطاب المتضمن الأداء يتأخر الأخذ به حسب الإفاقة من الإغماء والتمكن من الأداء إرادة واختياراً<sup>(١)</sup>.

#### العارض الرابع: النوم:

وهو عارض يمنع فهم الخطاب الشرعى وهى فترة طبيعية تحدث للإنسان بلا اختيار منه وتمنع الحواس الظاهرة والباطنة عن العمل مع سلامتها، وتمنع استعمال العقل مع قيامه. والنوم لا يؤثر على أهلية الوجوب لأنها مترتبة على الذمة والإسلام وهما موجودان مع وجود النوم. وإنما يؤثر على أهلية الأداء بقسميها. فالنوم لا ينفىها لأن ميناها على التمييز وهو منعدم بالنوم لذا لا يعتد بأقوال النائم أبداً للحديث النبوى الشريف وهو قوله ﷺ "رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق، وعن الصبي حتى يحتلم". فمثلاً عندما يؤدي النوم إلى إتلاف مال الغير، أو إتلاف نفس فإنه يضمن وكذلك إذا كان نائماً فانقلب على إنسان فقتله فعليه الدية دون القصاص لعدم الإرادة والقصد<sup>(٢)</sup>.

وإذا حصل من النائم تفريط أو تساهل وأدى إلى إتلاف أموال ودهس أنفس فإنها جرائم يسأل عنها النائم المتسبب في الجناية لقوله تعالى: {يا أيها الذين آمنوا خذوا حذرکم}<sup>(٣)</sup>، وقوله جل وعلا: {ولا تلقوا بأيديکم إلى التهلكة}<sup>(٤)</sup>.

كما أن لولى الأمر في الدولة الإسلامية وضع الرادع والعقاب البدنى أخذاً بالسياسة الشرعية فإذا علم أن شخصاً أو جماعة يعرضون أرواح الناس للأخطار بسبب

(١) راجع فواتيح الرحمن شرح مسلم الثبوت، ج١، ص١٧١؛ روضة الطالبين، ج٩، ص١٤٩.  
(٢) التعريفات، ص١٤٨؛ كشف الأسرار، ج٤، ص٢٧٧؛ حاشية الروض، ج٤، ص١٨٩.

(٣) سورة النساء، الآية: ٧١.

(٤) سورة البقرة، الآية: ١٩٥.

نومهم، فإن له أن يمنعهم من مزاولته ما قد يكون في مزاولتهم إياه ضرر في النفوس أو الأموال ويضع عليهم العقاب<sup>(١)</sup>.

#### العارض الخامس: صوص الموت:

وهو علة تعترى الإنسان بنقص أو انحراف في صحته فلا تأثير لها إلا إذا أضيف إليها الموت عند ذلك يكون التأثير للموت وليس للمرض. لأن المرض نوع من العجز فلا يؤدي إلى عدم فهم الخطاب، ولذا يلزم المريض جميع الحقوق: حقوق الله، وحقوق العباد. لذا اقتضى الأمر التعريف بمرض الموت. فهو لغة السقم<sup>(٢)</sup>، واصطلاحاً هو علة تقعد الإنسان عن مزاولته عمله المعتاد وتتصل بالموت، وقيل ما يعرض للبدن فيخرجه عن الاعتدال الخاص<sup>(٣)</sup>.

وعلى ضوء ذلك فلا بد أن يجتمع في مرض الموت وصفان:-

أولهما: الغلبة فيه الهلاك ويرجع ذلك إلى الطبيب الأمين المشخص للمرض<sup>(٤)</sup>.

ثانيهما: أن يعقب الغلبة الموت متصلاً به سواء أكان الموت بسبب الموت أم كان بسبب آخر خارجي كقتل أو غرق، أو انتحار، أو تصادم، أو حدوث مرض فتاكاً أفضى إلى الموت.

ومرض الموت تأثيره في الأهلية أنه لا يؤثر في أهلية الوجوب مطلقاً، ولا يؤثر في أهلية الأداء تأثيراً كاملاً بل ينقصها بحيث تحدد تصرفاته فلا تصح هبته ولا تبرعاته إلا في حدود الثلث<sup>(٥)</sup>، كما ترث منه زوجته إذا طلقها طلاقاً بائناً في مرض

(١) انظر عوارض الأهلية والمسئولية الجنائية: الدكتور صالح العلي، ص٥٠٠.

(٢) مختار الصحاح، ص٦٢١.

(٣) التعريفات: الجرجاني، ص٢١١.

(٤) انظر مسئولية الأطباء في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي: الدكتور محمود محمد الزيني، ص٦١، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٣م؛ بُلغة الأمانة ومقصد اللبيب من أستاذ وطبيب، ص٧.

تحقيق العلامة المؤرخ سيدي عبد الوهاب بن منصور، المغرب، المطبعة الملكية.

(٥) انظر الوصية في الفقه الإسلامي: أستاذنا أحمد الشافعي، ص٨٣، ١٦٦، ١٦٧، ١٤١٢هـ.

الموت دون رضاها إذا مات وهي في العدة عند جمهور أهل العلم. وهناك خلاف بين الفقهاء في توريثها، علماً بأن الخلاف في هذه المسألة لا يرجع إلى نصوص من كتاب الله وسنة رسوله ﷺ إذ لم يرد فيها أية ولا حديث وإنما مرد ذلك إلى اختلافهم في النظر والاجتهاد وإلى اختلاف أصحاب رسول الله ﷺ أو تابعيهم في وقوع الطلاق أو عدم وقوعه. وفي ثبوت التوارث مع وقوعه أو عدم ثبوته فالمالكية مذهبهم توريثها، والحنابلة تترثه ما لم تتزوج، والشافعية لا توارث فيهم، والحنفية أنها تترثه مادامت في العدة. والأصح والله أعلم قول الجمهور: وهو توريث الميتة من زوجها الذي طلقها باناً في مرض موته معاملة له بنقيض قصده فيبغى عدم نسيان الفضل بينهما<sup>(١)</sup>.

### العارض السادس والسابع والثامن والتاسع:

#### الرق والصغر والحيض والنفاس:

فهى عوارض واضحة فالرق يؤثر في أهلية الأداء. فالعبد وما ملكت يده لسببه، أما الصغر فقد عده علماء الأصول من العوارض الإلهية. فالحق تبارك وتعالى خلق الإنسان وحمله التكليف الشرعية والدينية الصغر يتنافى مع التكليف لذا كان عارضاً من عوارض الأهلية<sup>(٢)</sup>.

أما الحيض والنفاس فهى موانع شرعية تمنع إيجاب بعض العبادات الدينية التي تشترط لها الطهارة أو تمنع ممارستها لفترة محددة. لكن أهلية الوجوب وأهلية الأداء فهى كاملة أى أهلية التعبد وأهلية التصرف لكن عدم توافر الشرائط الشرعية للتكليف على تفصيل موضح عند الفقهاء فى كتب الفقه<sup>(٣)</sup>.

(١) راجع القوانين الفقهية: لابن جزى، ص ٢٥٣؛ المغني: لابن قدامة، ج ٦، ص ٣٣٠؛ روضة الطالبين، ج ١، ص ٧٣، ٧٢؛ بداية المجتهد، ج ٢، ص ٦٢؛ شرح الهداية، ج ٢، ص ٥٦٩؛ الأهلية ونظرية الحق في الشريعة الإسلامية، ص ٥٨.

(٢) انظر عوارض الأهلية، ص ١٣٢.

(٣) راجع نيل الأوطار: الشوكاني، ج ٤، ص ٢٨٠؛ كشف الأسرار، ج ٤، ص ٢٦٢.

### العارض العاشر: النسيان:

والنسيان هو ضد الحفظ والذكر وفي اصطلاح الفقهاء حالة تطرأ على الذاكرة تعترى الإنسان بدون اختياره فتوجب الغفلة عن الحفظ فهو لا ينافى الأهلية ولا ينقصها ولكنه يعتبر معذرة شرعية تسقط بها المؤاخذة على إشمال بعض الواجبات رحمة بالناس ورفعاً للحرج. ولا فرق بين النسيان والسهو لأن كل واحد منهما يستعمل مكان الآخر فعد النسيان من عوارض الأهلية<sup>(١)</sup>.

### العارض الحادى عشر: الموت:

وهو عارض عرفه الفقهاء بأنه ضد الحياة وهو عجز ليس فيه جهد القدرة بوجه وأنه ينافى أحكام الدنيا مما فيه تكليف، لأنه يعتمد القدرة والموت ينافيها<sup>(٢)</sup>.

وللموت أقسام حيث قسمه العلماء إلى الموت الحقيقي الذى هو مفارقة الروح للبدن على وجه الحقيقة واليقين، والثانى الموت الحكيمى وصورته هى صدور حكم قضائى من قبل قاضى المسلمين بموت شخص من الأشخاص لسبب من الأسباب وذلك كأن يرتد عن الإسلام ويلتحق بدار الحرب فيعتبر ميتاً حكماً فتبين منه زوجته فتقسم أمواله بين ورثته والزوجة تعتد وتتزوج، فإن عاد المرتد إلى دار الإسلام مسلماً فالحكم فى حقه أن يعاد له ما بقى من أمواله عيناً أما ما استهلكه الورثة وما تصرفوا فيه فلا يحق له أن يطالب به والزوجة لا سبيل أن يعيدها لنفسه بعد زواجها من غيره. وكذا المفقود فإذا ظهر أنه ما يزال حياً وعاد إلى أهله فتطبق فى حقه الأحكام المتعلقة بالمرتد عن الإسلام فيما يتعلق بأموال زوجته<sup>(٣)</sup>. وتأثيره على الأهلية أن الموت ينهى حياة كل حى وإذا انتهت الحياة انتهى كل شىء، والأهلية شىء كالأشياء تلازم الإنسان فهى معه على قيد الحياة وتفارقه أن فارقت الحياة، فهى دائرة معه وجوداً وعدم<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر شرح التلويح على التوضيح، ج ٢، ص ١٦٩؛ الأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص ٣٠٢.

(٢) راجع عوارض الأهلية عند الأصوليين، ص ٣١٣.

(٣) انظر الأهلية وعوارضها: العلامة أحمد إبراهيم، ص ٢٩٠.

(٤) الأهلية ونظرية الحق، ص ٦٤.

## ثانياً: العوارض المكتسبة:

وهي الأمور التي تؤثر في مناط الأهليتين أو إحداهما تأثيراً كلياً أو جزئياً حقيقة أو حكماً باختبار الإنسان وفعله ومنها:-

## ١- العارض الأول: السُّكُو:

ولغة السكران ضد الصاحي والجمع سكارى<sup>(١)</sup>. وعرفه الفقهاء بأنه زوال العقل وانعدام التمييز بسبب تناول الخمر أو المسكر بحيث لا يدرك السكران بعد افاقته ما صدر منه حال سكره<sup>(٢)</sup>. وقيل غفلة تعرض للإنسان مع الطرب والنشاط وفنور الأعضاء<sup>(٣)</sup> فيعتل العقل ولا يميز بين الحسن والقبيح مما يجعله مؤثر في أهلية الأداء، فيمنع تصرفاته شرعاً ولا يجوز العمل والأخذ بها.

## ٢- العارض الثاني: السفه:

وهو لغة ضد الحلم وعرفه الفقهاء بأنه حالة تعتري الإنسان<sup>(٤)</sup> فتحمله على التصرف على نحو يخالف المعقول طبعاً وشرعاً مع بقاء عقله. ومن علامات السفه تهاويل المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل ولو كان في وجوه البر والإحسان. فالأصل في الإنفاق في وجوه البر والإحسان مشروع. إلا أن الإسراف فيه حرام، كالإسراف في الطعام والشراب. وعند الشافعية والحنابلة أن الإسراف في إنفاق المال في وجوه الخير والبر لا يعتبر سفهاً وإن كان كثيراً ولا يعتبر سفهاً إلا بالبيع والشراء وبالغبن الفاحش أو رمى المال وإن قل<sup>(٥)</sup>. وأما مدى تأثيره في الأهلية فإن السفه إذا وجد عند الإنسان فإن أهلية الأداء تتأثر وتصبح بمثابة أهلية الأداء عند الصبي المميز فتوقف جميع

(١) مختار الصحاح، ص ١٦٤.

(٢) انظر مرآة الأصول، ص ٣٤٩.

(٣) راجع الالتزامات في الشرع الإسلامي، ص ١٣٧.

(٤) مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٦٨: الأهلية ونظرية الحق، ص ٦٨.

(٥) انظر مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٤: الإقناع، ج ٢، ص ٢٢٢.

تصرفاته المالية على إذن وليه أو وصيه، ولكن يصح منه إقراره بالعقوبات على نفسه فيعاقب على الجنايات التي يقترفها من نفس أو مال وتصح تصرفاته في الزواج والطلاق<sup>(١)</sup> علماً بأن الحجر على السفه يثبت بوجود السفه وبزوال الحجر عنه بزوال السفه بحكم القاضي الشرعي عند جمهور العلماء وأبو يوسف من الأحناف<sup>(٢)</sup>.

وهناك عوارض أخرى هي موضع خلاف بين الفقهاء كالإفلاس، والهزال، والخطأ، والجهل، والإكراه، والسفر. وقد بسطت تفصيلتها في كتب الفقه الإسلامي العام<sup>(٣)</sup>.

## موانع الأهلية:

قد يمنع مانع الشخص من مباشرة التصرفات بنفسه أو الاستقلال بمباشرة بمفرده أو إدارة أمواله. وهذه الموانع ثلاثة هي:-

## أولاً: الحكم بعقوبة جنائية:

فإذا حكم على شخص بعقوبة قيدت حرته فاستلزم حتماً حرمانه من إدارة أموره كأموال والعقار مدة اعتقاله وللمحكوم عليه أن يعين قيماً يقوم مقامه لإدارة أعماله، فإن لم يفعل فإن المحكمة الشرعية تقوم بتعيين هذا القيم محافظة على أموال المحكوم عليه<sup>(٤)</sup>.

## ثانياً: الغيبة:

ينطبق نفس الحكم السابق على الغائب أو المفقود من تعيين وكيله يدير الأحوال والأمور حتى لا تتعطل المصالح ليتبين أمرهما ثم تنتهي مهمة التوكيل.

(١) المغني، ج ٢، ص ٥٠٠: بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٣٨.

(٢) بدائع الصنائع، ج ٧، ص ١٦٩: مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٧٠: الإقناع، ج ٢، ص ٢٢٧.

(٣) راجع عوارض الأهلية عند الأصوليين، ص ٣٢٨.

(٤) راجع للفائدة علاقة المواطن بالدوائر الشرعية: الشيخ عبد الكريم بن حمد الحقييل، ص ١٢٢، الطبعة الأولى، ١٣٨٧هـ.

## ثالثاً: العاهة المزدوجة أو العجز الجسماني:

فيذا كان الإنسان ذو عاهة مزدوجة كالأصم والأبكم، أو الأعمى والأصم، أو الأعمى والأبكم، أو العاجز جسمانياً كالمشلول وقعيد الفراش. فكل هؤلاء قد يكونون كاملين الأهلية بكمال الإدراك والتمييز لكن العجز يمنع من تحقيق المصلحة. لذلك قررت معظم النظم الوضعية تحقيقاً للمصلحة التي تحرص عليها الشريعة الإسلامية تعيين مساعد قضائي لصاحب العاهة يعاونه في التصرفات حتى لا يغبن في بيع أو شراء أو غيره فلا يكون تصرفه صحيحاً إذا انفرد بالتصرف بل لابد من يشاركه في إبرام التصرف حفظاً على الحقوق والمصلحة العامة له.

## عيوب العقد:

المقصود بعيوب العقد: عبارة عن أمور تلابس إنشاء العقد وتحيط به يكون لها تأثير في أصل العقد، أو في صحته، أو في لزومه. وعيوب العقد كثيرة ومتنوعة ترجع في أغلب الأحوال إلى الغلط والتغيب والإكراه. وهي على التفصيل فيما يلي:

## أولاً الغلط:

المراد بالغلط في العقد ظهور المعقود عليه بخلاف ما عين بالعقد سواء كانت المخالفة في ذاته أو في صفة من صفاته<sup>(١)</sup>.

ويؤخذ من هذا التعريف أن الغلط في المعقود عليه نوعان:

(١) غلط في ذات أو في جنس المعقود عليه.

(٢) غلط في صفة من صفات المعقود عليه.

مثال الأول: إذا قال شخص اشترت هذا الخاتم من الذهب مشيراً إلى خانم معين، وبعد قبول الآخر ظهر أن الخاتم من النحاس المطلي وليس ذهباً، أو اشترى قمحا<sup>(١)</sup> انظر نظرية العقد دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، ص ١٥٥.

فظهر شعيراً، أو اشترى ماساً فظهر زجاجاً.

مثال الثاني: وهو الغلط في الصفة، أن يشتري شخص ثوباً على أنه من الحرير الطبيعي فإذا هو من الحرير الصناعي، أو اشترى فصاً من الياقوت لبيلاً على أن لونه أحمر فتبين بعد ذلك أن لونه أصفر<sup>(١)</sup>.

## أثر الغلط:

يختلف أثر الغلط في أحد النوعين عن الآخر. فالغلط في ذات المعقود عليه - جنسه - يترتب عليه بطلان العقد، فيجعله كأن لم يكن، لأن محل العقد غير مطلوب والعقد لا يوجد بدون محله.

وأما الغلط في النوع الثاني وهو الغلط في الصفة فلا يترتب عليه بطلان العقد، وإنما يترتب عليه عدم لزوم العقد في حق من وقع الغلط في جانبه، أي يكون له حق الفسخ مع مراعاة أن حق الفسخ إنما يكون في العقود التي تقبل الفسخ كعقود المعاوضات المالية وما في معناها، أما العقود التي لا تقبل الفسخ كعقد الزواج فإنها تقع لازمة، ولا يثبت فيها خيار الفسخ بفوات الوصف المرغوب فيه وذلك عند الحنفية، ومذهب الحنابلة يثبت خيار الفسخ في عقد الزواج بفوات الوصف المرغوب فيه. وعليه إذا تزوج رجل بامرأة على أنها جميلة فتظهر أنها دميمة أو على أنها متعلمة فإذا هي جاهلة لم يكن للزوج حق فسخ العقد وله هذا الحق عند الحنابلة<sup>(٢)</sup>.

## ثانياً: التغيب:

التغيب في اللغة النقص ومعناه عند الفقهاء أن يكون أحد البديلين في عقود المعاوضة لا يساوي الآخر في قيمته بأن يكون أقل منه أو أكثر<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي: للإمام جعفر بن الحسن الهذلي، ص ١٧٤، بيروت، دار مكتبة الحياة، ١٩٧٨م، تحقيق وإشراف محمد جواد مغنية.

(٢) راجع دراسات في الفقه الإسلامي: أستاذنا الدكتور رشاد حسن خليل، ص ٥٠.

(٣) انظر أحكام العقود في الشريعة الإسلامية: تأليف الشيخ علي قراة، ص ٦٣ دار مصر للطباعة.



مثال ذلك: أن يبيع شخص ما قيمته مائة بخمسين أو مائتين فالبايع في الحال الأولى مغبون والمشتري في الحالة الثانية مغبون أيضاً.

كذلك إذا اشترى السلعة التي قيمتها مائة دينار بمائة وخمس فالمشتري مغبون، لأن ماله نقص خمس دنائير تلك التي دفعها زيادة على السعر، غير أن الغبن هنا يسير، أما الغبن في المثال الأول فهو غبن فاحش. ويؤخذ مما سبق أن الغبن نوعان: يسير وفاحش، ويختلف كل منها عن الآخر في مقداره وتأثيره، فالغبن اليسير هو ما تساهل فيه الناس عادة، وهو ظاهرة لا تخلو منه المعاملات الجارية بين الناس وهذا هو سبب التسامح به غالباً، ولذلك فإنه لا يؤثر في العقد إلا في صور قليلة، وإن كنا نرى أن الغبن اليسير لا يؤثر مطلقاً على العقد، لأنه يقع كثيراً ويستسيغه الناس، وذلك استقراراً للمعاملات<sup>(١)</sup>.

أما الغبن الفاحش فقليل بأنه الذي يزيد عن عشر قيمة الشيء الحقيقية، وقيل إذا بلغ ثلث القيمة، وقيل هو الذي لا يقل عن خمس القيمة، وعرفه البعض بأنه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين من أهل المعرفة بالأشياء والخبرة بالأسواق<sup>(٢)</sup>.

أما عن أثر الغبن الفاحش فلا خلاف بين الفقهاء في أنه يؤثر في العقود المتعلقة بمال الوقف أو المحجور عليه بسبب الصغر أو الجنون أو السفه أو بيت المال. فإذا بيع شيء من ذلك بغبن فاحش نقص البيع، سواء كان الغبن نتيجة تقرير أم لا، لأن التصرف في هذه الأموال مقيد بالنظر والمصلحة، والتصرف بالغبن يتنافى مع ذلك.

أما العقود المتعلقة بغير هذه الأموال فقد اختلف الفقهاء في تأثير الغبن الفاحش فيها على أقوال ثلاثة:-

القول الأول: يرى أن الغبن الفاحش لا يؤثر فيها مطلقاً، فلا يخوز للمغبون عن فسخ العقد ولو كان الغبن وليد خداع، واستند على أن المغبون

(١) انظر نظرية العقد دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية: ص ١٤٥.

(٢) راجع مجلة الأحكام الشرعية علي مذهب الإمام أمد بن حنبل، ص ٤٠٨.

مقصر في حق نفسه، إذ المفروض أن يكون بصيراً بما يضره وما ينفعه، وأن يسأل أهل الخبرة قبل أن يقدم علي التعاقد.

والقول الثاني: يقرر أن الغبن يعطي الحق للمغبون في الفسخ لأن الغبن ظلم، والظلم يجب رفعه ما أمكن ويمكن هنا رفع الغبن بالفسخ.

والقول الثالث: يرى أصحابه التفصيل، وهو أن الغبن الفاحش إذا كان وليد خداع وتغريب من العاقد الآخر، أو من يعمل لحسابه كالسمسار، فإنه يبرر للمغبون حق الفسخ، وإن لم يكن وليد تغريب من أحد كان العقد لازماً ولا حق للمغبون في الفسخ<sup>(١)</sup>.

واعتمدوا في قولهم هذا علي الغبن في الحالة الأولى ناتج عن الخداع والتضليل، فكان المغبون معذوراً، ولأن الرضا بالعقد كان علي أساس عدم الغبن، فإذا ظهر الغبن لم يصادفه الرضا.

أما في الحالة الثانية فإن العقد قد خلا من أساليب الخداع والتضليل والاحتيال، وما يحصل من الغبن يكون نتيجة تقصير المغبون وعدم ترويه وسؤاله أهل الخبرة، فتقع تبعة ذلك عليه وحده<sup>(٢)</sup>.

ونري رجحان القول الأخير لأنه أعدل الأقوال.

### ثالثاً: التغريب:

التغريب في اللغة: الخداع والطمع بالباطل، ومعناه في الفقه استعمال حيلة وخدعة مع المتعاقدين ليقدّم علي العقد ظناً أنه في مصلحته وفي الواقع خلاف ذلك، سواء كان هذا الأسلوب من أحد المتعاقدين أو من غيره مما يتصل به كالدلال والسمسار الذي يرغب الناس في السلع.

(١) انظر المفتي: للإمام ابن قدامة، ج ٤، ص ٩٠؛ القوانين الفقهية: للإمام بان جزى الغرناطي، ص ١٧١.

(٢) راجع بداية المجتهد: للإمام ابن رشد، ج ٢، ١٤٤؛ مجلة الأحكام العدلية، ص ٣٢٢؛ نظرية الالتزام: العطار، ص ١٧٢.

والتفجير نوعان: قولى، وفعلى، ولكل منهما حكمه الخاص.

أما التفجير القولى: فهو الكذب من أحد العاقدين أو ممن يعمل لحسابه ليحصل العاقد الآخر على التعاقد معه ولو بغبن.

ومن أمثلة هذا النوع: أن يقول البائع للمشتري قيمة هذه السلعة كذا فيشتريها بناء على قوله، أو يقول المشتري للبائع قد عرض على ما هو أحسن من هذه السلعة بأقل من هذا الثمن، فيغتر البائع بقوله ويبيعه السلعة بذلك الثمن، وكان يعلن البائع بأى طريقة من طرق الإعلان عن سلعته ويصفها بأوصاف حميدة ترغب فى شرائها، ثم يتضح بعد التعاقد أن المعقود عليه شئ عادى<sup>(١)</sup>.

وهذا النوع من التفجير حرام لأنه غش وقد نفر الله من الغش وتوعد صاحبه بالعقاب، ولكنه لا يؤثر فى صحة العقد ولا لزومه، فليس للمغرور حق فسخ العقد، لأنه ليس إلا خداعاً وتضليلاً والاندفاع وراءه إنما يكون نتيجة التقصير وعدم التروى، وتبعا التقصير تكون على المقصر وحده، هذا إذا لم يترتب على التفجير غبن، أما إذا ترتب على التفجير غبن فإنه يحق للمغبون فسخ العقد<sup>(٢)</sup>.

والتفجير الفعلى: أن يحدث أحد المتعاقدين فعلاً فى المعقود عليه ليظهر بصورة جيدة على خلاف الواقع كمن يصبغ الثوب القديم ليظهر أنه جديد، وكمن بطلى سيارته المستعملة بطلاء لتظهر فى عين المشتري أنها جديدة، وكمن يحبس اللبن فى ضرة البقرة أو الشاة لتظهر للمشتري أنها حلوب فيقدم على شرائها.

وهذا النوع من التفجير يجعل العقد غير لازم، فيكون للمغرور الحق فى فسخ العقد، ويسمى هذا بخيار التفجير أو خيار الوصف.

(١) فتاوى قاضي الجماعة أبي القاسم بن سراج الأندلسي، ص ٢٠٩، تحقيق محمد أبو الأجنان؛ السلسلة الأندلسية فتاوى علماء غرناطة، (٧)، المجمع الثقافي، ١٤٢٠هـ.  
(٢) شرح اللعة دمشقية: للعالمى، ج ٣، ص ٥٠٠.

هذا ومن صور التفجير صورة اشتهرت فى الفقه باسم التدليس وهو إخفاء عيب فى الشئ المعقود عليه وكتمانه ليظهر فى غير صورته الحقيقية<sup>(١)</sup>.

وصور التدليس فى المعاملات التجارية المعاصرة كثيرة ومنتشرة فى الأسواق ومن ذلك: إذا كان المبيع ثوباً به خرق فرفاها البائع ليخفى هذا العيب وليظهر الثوب بصورة السليم، أو كان فى الحيوان عيب كمرض خفى أو طبع غير ظاهر وباعه صاحبه من غير أن يعلم به المشتري.

وهذا التدليس عمل غير مشروع بل هو حرام، لنهى النبى ﷺ فيما رواه عقبه بن عامر قال: "سمعت النبى ﷺ يقول: المسلم أخو المسلم لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً وفيه عيب إلا بينه له"<sup>(٢)</sup>.

وأما أثر التدليس على العقد، فإنه يعطى الحق للمدلس عليه فسخ العقد، ويسمى هذا عند الفقهاء بخيار العيب أو التدليس.

رابعاً الإكراه:

المراد بالإكراه: حمل الشخص على فعل ما لا يرضاه ولا يختار حصوله. وهو نوعان: إكراه ملجئ، وهو ما يسقط معه الرضا والقدرة والاختيار، وإكراه غير ملجئ، وهو ما يسقط معه الرضا وتبقى القدرة والاختيار، وهو فى كلا الحالين سالب للرضا ومعيب للإرادة. فإذا أكره شخص آخر على التلفظ بصيغة العقد بأى وسيلة من وسائل الإكراه، كالتهديد بالضرب الشديد، أو الحبس، أو إتلاف ماله فاضطر المكره للتخلص من الأذى إلى الاستجابة لرغبة المكره بالتلفظ بالعبرة المستعملة فى إنشاء العقد وهو غير راغب فى عقده، فإن جمهور الفقهاء يرون بأن هذه العبارة لا ينعقد بها العقد أياً كان نوعه، لأن المكره لا يقصد بها سوى التخلص والفرار مما هدد به، وحبثهم فى ذلك:

(١) راجع المغنى مع الشرح الكبير، ج ٤، ص ٢٧٨.

(٢) سنن الدارقطني، ج ٢، ص ١١٥.

قول النبي ﷺ: "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه" أخرجه ابن ماجه.  
وخالف الحنفية فذهبوا إلى أن عبارة المكره تصلح لإنشاء بعض العقود وترتب  
آثارها عليها وهي العقود الخمسة: الزواج، الطلاق، الرجعة، الإعتاق، اليمين، وذلك  
قياساً على الهازل، إذ أن كلا منهما قد قصد التلغظ بالعبارة<sup>(١)</sup>.

أما الهازل فأمره ظاهر وأما المكره فإنه كان مخيراً بين ما هدد به وبين النطق  
بالعبارة فاختر النطق بها.

أما سوى ذلك من العقود فيرون: أن العبارة فيها تصلح لإنشاء العقد لتوفر قصد  
العبارة - على ما وضعنا - ولكن لا يترتب عليه أثره الشرعي، لعدم توفر الرضا الذي  
هو الأساس في ترتب الآثار، بل يظل العقد متوقفاً على إجازة العاقدين بعد زوال حالة  
الإكراه.

والحق أن قياس المكره على الهازل في العقود الخمسة قياس باطل من جهتين:  
أولاً: أنه يصطدم مع النص الوارد في السنة أي أنه قياس في مقابلة النص وهو  
قول الرسول ﷺ "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه".

وثانياً: أن الهازل نطق بالعبارة المستعملة في العقد حراً مختاراً مدركاً خطر هذه  
العقود وأهميتها، ولكنه مع ذلك تهاون بشأنها وجعلها محلاً لهزله  
وعيبه، فألزم بها تغليظاً عليه، وحتى لا تتخذ أحكام الله هزواً. أما  
المكره فلم تكن له حرية في النطق بالعبارة ولم يكن عنده قصد في التلغظ  
بها، وإنما حمل عليها قهراً، وإذا انتفى قصده للعبارة انتفى اختياره،  
وكانها لم تكن<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر دراسات في الفقه الإسلامي، ص ٥٥؛ وراجع أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب: تأليف  
سالم الرافعي، ص ٥٦٥، دار الوطن للنشر، الرياض، ١٤٢٢هـ.  
(٢) انظر أحكام المعاملات الشرعية، ص ٣٤٤؛ مجلة الأحكام العدلية وشرحها: منير القاضي، ص ٩٣.

وبالتالي لا ينشأ بها أي عقد سواء كان من العقود الخمسة المذكورة أم كان من  
غيرها. وما يؤيد القول بأن عبارة المكره ملغاة وكأنها لم تكن قول الله تعالى في المكره  
على الكفر: {من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن  
بالإيمان}<sup>(١)</sup>.

ويتضح مما تقدم أن الفقه الإسلامي في مراجعه القديمة لا توجد فيه نظرية عامة  
للعقد، بل هو يستعرض العقود المسماة عقداً وعلى الباحث أن يستخلص النظرية العامة  
للعقد من بين الأحكام المختلفة لهذه العقود المسماة ويكون منها نظرية<sup>(٢)</sup>.

(١) سورة النحل، الآية: ١٠٦.

(٢) انظر مصادر الحق: الفقيه القانوني عبد الرزاق السنهوري، ج ٦، ص ١٩٠، ٢٠٠؛ وراجع تعليقات فضيلة  
الدكتور علي جمعة محمد، علي ما أراده الفقيه السنهوري من ذلك، ص ١٤٥ من كتابه القيم المدخل.

## ثالثاً: نظرية نفي الضرر

لا يخفى أن الضرر والضرار موجود في كل صقع وزمان، وأن الإنسان ما يرح ضاراً أو مضروراً إلا من رحم ريك. ولما كانت الشريعة الإسلامية ممثلة في فقهها تهدن إلى خير الناس وأمنهم واستقرارهم، وهو ما لا يستقيم مع نوازل الضرر ونوازع الأذى وأساليب إيقاعه. لذا فإن الشريعة الإسلامية قد بث فيها منع الضرر ورفعها في قواعدها الكلية. وأحكامها التفصيلية التي أبانها القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ومصادر التشريع الإسلامي الأخرى.

كما عالج فقهاء المسلمين مسائل الضرر وأنواعه المختلفة في أبواب الفقه من العبادات والمعاملات، وأحكام الجنايات والديات<sup>(١)</sup>.

ولأهمية هذا الموضوع في حياة الناس العملية، ولما كانت مسائله منثورة وتكاد لا تحصى كثرة، ولما كانت الإحاطة به والكشف عن معالجة كل مسألة يحتاج إلى أوقات وأزمان لا تنهض به فترة وجيزة وفصل دراسي أكاديمي بل يحتاج إلى أسفار ومجلدات.

لذا رأيت من المناسب السير على ما وضعته من خطة في مقدمة هذا البحث وهي العرض العام المختصر الذي تقوم عليه أسس وأركان كل نظرية، أبين فيها المعالم، وألم شتات الموضوع وقواعده العامة وأحكامه الكلية لتعطي تصور عام على بعض النظريات الفقهية وأدحض الافتراءات التي يروج لها الفكر الغربي، وفقهاء القانون الغربي من كون الفقه الإسلامي ليس له عناية بالنظريات، ولا بالمبادئ العامة.

ولما كان عنوان النظرية نفي الضرر المستمد من الحديث النبوي الشريف "لا ضرر ولا ضرار"<sup>(٢)</sup> فلا بد من تعريف الضرر.

(١) انظر دراسات في الفقه والقانون: تأليف القاضي طارق زيادة، ص ٩٥، طرابلس، ١٩٩٠م.  
(٢) سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٥٧، باب الأحكام، مسند الإمام أحمد، ج ٤، حديث رقم ٢٣٤١؛ جامع العلوم، ص ٢٨٦.

## التعريف:

الضرر في اللغة النقصان يدخل في الشيء وهو ضد النفع، وقيل شدة الحال والأذية<sup>(١)</sup>، وفي الاصطلاح الشرعي: أن المراد بالضرر ما ينفعك ويضر صاحبك، والضرار ما يضر صاحبك ولا ينفعك فيكون الضرر ما قصد به الإنسان منفعة وكان فيه ضرر على غيره، والإضرار ما قصد به الإضرار بغيره<sup>(٢)</sup>. كما ذكره الفقيه الطرابلسي في المعين. ونقل هذا التعريف الإمام ابن رجب الحنبلي<sup>(٣)</sup>. وحكى ترجيح ابن عبد البر وابن الصلاح له كما نقله الإمام الباجي<sup>(٤)</sup>. فهو إذن إلحاق مفسدة بالغير يصيب الشخص في الجسم أو العرض أو المال أو أي شأن محترم شرعاً من شؤونه، ناشئاً عن إحداث أمر غير مشروع<sup>(٥)</sup>.

## مفهوم نفي الضرر والنهي عن إيقاع الضرر شرعاً:

اعتبر الفقهاء رحمهم الله الحديث النبوي الشريف لا ضرر ولا ضرار حجة يستندون إليها في الأحكام الشرعية في نفي الضرر. وعد العلماء والفقهاء هذا الحديث قاعدة كبرى تنبئ عليها قواعد فرعية وأحكام جزئية كثيرة في أبواب الفقه بدءاً من باب العبادات إلى باب المعاملات إلى الجنايات وغيرها وفق ترتيب الموضوعات الفقهية عند كل مذهب<sup>(٦)</sup>.

كما ذهب الفقهاء رحمهم الله إلى أن المراد بالنفي في الحديث النبوي الشريف هو النهي والزجر عن إيقاع الضرر مطلقاً، فيكون مقام الإخبار عن مفاوضية الشارع ويكون

(١) لسان العرب: ابن منظور، ج ٤، ص ٤٨٤.

(٢) انظر معين الحكم فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام: الطرابلسي، ص ٢١٢.

(٣) راجع جامع العلوم والحكم، ص ٢٨٨.

(٤) انظر المنتقى في شرح الموطأ، ج ١، ص ٤٠٦.

(٥) راجع المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية: سليمان مرقص، ص ١٣٠، معهد البحوث والدراسات، القاهرة، ١٩٧١م.

(٦) انظر ترتيب الموضوعات الفقهية ومناسباته في المذاهب الأربعة: أبو سليمان، ص ١٥، جامعة أم القرى، ١٤٠٨هـ.

الكلام نفيًا أريد به النهي، وإلى هذا ذهب الإمام ابن نجيم من فقهاء الحنفية<sup>(١)</sup>، والباجي والزرقاني من فقهاء المالكية<sup>(٢)</sup>، والسيوطي من الشافعية<sup>(٣)</sup>، كما ذكره ابن رجب من الحنابلة<sup>(٤)</sup>، وأورده ابن حجر، واستخرجوا عليه القواعد والضوابط والذبور والنواهي شراح مجلة الأحكام<sup>(٥)</sup>.

## نفي مشروعية الضرر:

ذهب فريق من الفقهاء إلى أن المراد بنفي الضرر في الحديث نفي مشروعية الضرر في التكليف والوضعيات. أي نفي الحكم الناشئ من قبله الضرر<sup>(٦)</sup>، وحاصلة الحرمة التكليفية ومثاله: أن الحكم الشرعي التكليفي أو الوضعي الثابت<sup>(٧)</sup> كالجوب الثابت في الوضوء، والغسل بعناوينها الأولية فإنه ينفي عنها إذا استلزم الإتيان بها ضرراً، وكذا اللزوم الثابت للبيع بعنوانه فإنه ينفي هذا اللزوم<sup>(٨)</sup>.

وقد أجمل العلامة ابن حجر رحمه الله هذا المعنى وأوضحه بقوله: "إن الحديث فيه حذف إذ أصله لا حقوق وإلحاق أو لا فعل ضرر بأحد في ديننا، أي لا حقوق شرعاً إلا لموجب خاص<sup>(٩)</sup>".

(١) الأشباه والنظائر، ص ٨٥.

(٢) المنتقى علي الموطأ، ص ٤٠٦؛ شرح الزرقاني علي الموطأ، ج ٤، ص ٣٢.

(٣) الأشباه والنظائر، ص ١٥٠.

(٤) جامع العلوم الحكم، ص ٢٨٨.

(٥) راجع شرح قواعد المجلة: المحاسني، ص ٥٠؛ القواعد الكلية: عبد الرحمن الصابوني، ص ٤٨.

(٦) انظر مصباح الأصول، ج ٢، ص ٥٢.

(٧) الحكم الشرعي التكليفي: هو ما اقتضى طلب الفعل من المكلف أو الكف عنه أو التخيير بين الفعل والترك؛ راجع الشيخ عبد الوهاب خلاف في أصول الفقه، ص ١٠٩.

(٨) راجع نحة الأزهار شرح منظومة لا ضرر ولا ضرار: القطيفي، ص ١٧.

(٩) فتح البين لشرح الأربعين: ابن حجر، ص ٢٣٧.

## الضرر المنفي وشروطه في الفقه الإسلامي:

من المعلوم بالضرورة أن المراد بالضرر الأذى الذي يصيب الإنسان في النفس أو العرض أو المال أو غير ذلك من شؤونه المحترمة شرعاً. وهو بهذا التحديد ينقسم إلى تسمين:-

أولاً: الضرر المادي ويتمثل بالإصابة الجسدية أو بما يؤدي إلى خسارة مادية.

ثانياً: الضرر المعنوي ويتمثل بالإخلال بمصلحة غير مالية، كما لو كان الأذى بمس الشرف أو السمعة، أو العاطفة والمشاعر الدينية أو غيرها<sup>(١)</sup>.

وإذا كان الفقه الإسلامي يتجه إلى الضمان في بعض موارد الضرر<sup>(٢)</sup>، أي أنه لا يتجه إلى نفي مطلق الضرر بل الضرر المخصوص، فقد أبان الفقهاء استناداً إلى النصوص الشرعية وإلى التطبيقات النوازلية إلى أن هناك شروطاً ثلاثة يستلزم توفرها لنفي الضرر، وهي كما يلي:-

الأول: أن يقع الضرر فعلاً أو يكون محقق الوقوع.

الثاني: أن يكون الضرر ماساً بحق محترم شرعاً.

الثالث: أن يعده الشرع أو العرف ضرراً.

## صياغة نظرية نفي الضرر:

من خلال الاستقراء والتوضيحات المتقدمة والاطلاع على الأدلة الشرعية على نظرية نفي الضرر من مصادر التشريع الإسلامي. يمكن أن نخلص إلى أن نظرية نفي الضرر في الفقه الإسلامي تنص على ما يأتي:-

(١) انظر التعويض عن الضرر المعنوي: مقدم السعيد، ص ٨٠؛ النظام الإسلامي في تعويض الضرر: هلال فرغلي، ص ٢١.

(٢) راجع بدائع الصنائع، ج ٢، ص ٣١٦؛ الاختيار: الموصلي، ص ١٣٥؛ المنفي، ج ٩، ص ٦٥.

"كل ضرر ينشأ عن إحداث أمر غير مشروع يكون منغياً، ويتمثل النفي بذمه قبل الوقوع بالحيلولة والمنع، ويرفعه بعد الوقوع بالإزالة والضمان"<sup>(١)</sup>.

والمراد بالأمر غير المشروع في المصطلح الشرعي لا القانوني، كما أن رسوخ هذه النظرية وتأصيلها الفقهي والشرعي يستند إلى مجموعة من الأدلة الشرعية والقواعد الفقهية المستنبطة من النصوص القرآنية والأحاديث النبوية الدالة على دفع الضرر وإزالته وترتيب الضمان المادي والعقابي عليه حماية للإنسان في عرضه وجسده وماله بما شرع من أحكام الحدود والقصاص، والتعزيرات والضمان، وما أُلزمت به الجميع بحفظ النفوس والأعراض<sup>(٢)</sup> من كل ضرر يلحق بها، ورتبت المسؤولية على الإنسان في حالة تعرضها لأي مساس بغير حق شرعي.

## رابعاً: نظرية الدفاع الشرعي

يعتبر الدفاع عن الحقوق الأساسية التي صانها النظام القضائي الإسلامي للمتهم وكفلها له، كما وأن معظم الدساتير العالمية تؤكد على مبدأ أساسي متمثل بأن الدفاع حق محترم ومقدس. ولما كانت نظرية الدفاع الشرعي لها أهمية عظيمة وتقدير كبير في حياة الناس العملية. ولما كانت مسائله منثورة وتكاد لا تحصى كثرة، ولما كانت الإحاطة بها والكشف عن معالجة تنظيمها واستخراج تقنياتها من كتب وموضوعات الفقه القضائي يحتاج إلى مؤلفات وأوقات وأزمان لا تنهض به فترة وجيزة وفصل دراسي أكاديمي انتهجت العرض العام المختصر في توضيح المعالم الأساسية لموضوع هذه النظرية مبتدأ بتعريف المقصود من الدفاع.

هو وسيلة وأدوات إجرائية نظمها المنظم حينما رسم إجراءات التقاضي وهي تتولد من ممارسة الحق في الدعوى<sup>(١)</sup>.

فإذا لم تمارس الدعوى القضائية أمام القضاء فإن وسيلة الدفاع لن تتولد.

### صلاحياتها:

لاشك أنها وسائل إجرائية يتم استخدامها في مجلس القضاء وتتولد نتيجة ممارسة الحق في الدعوى وهي في الغالب تشكل مجموعة من المكونات الإجرائية التي يمنحها النظام لصاحب المصلحة الذي له أن يستخدمها أو لا يستخدمها<sup>(٢)</sup>. وتتولد الدفاع من شروط قبول الدعوى القضائية ذاتها.

### وسائل الدفاع:

وسائل الدفاع في التنظيم القضائي كثيرة منها الأوراق والمستندات والبراهين

(١) انظر القضاء والتقاضي والتنفيذ: الشيخ عبد الرحمن القاسم، ص ٢٠٣، مطبعة السعادة، ١٤٠٣هـ.

(٢) راجع التنظيم القضائي من الناحيتين القانونية والشرعية: مصطفى الراعي، ص ٢٨، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، ١٩٦٩م.

(١) انظر نفي الضرر في الفقه الإسلامي المقارن: شرارة، ص ٧٨.

(٢) انظر مقاصد الشريعة الإسلامية: العلامة محمد الطاهر ابن عاشور، ص ٢٥.

وعمليات المنطق والاستدلال التي يقوم بها الخصم للدفاع عن حقوقه<sup>(١)</sup>. وهي تؤدي إلى تأييد وتقوية عناصر الادعاء المطروح أمام المجلس الشرعي في الطلب القضائي<sup>(٢)</sup>.

ووسائل الدفاع والدفع يعتبران وجهان للحق في الدفاع. ذلك الحق الذي يغفل للخصم إبداء كل ما يعلن له ومنحه كل المهل والفرص والأجال اللازمة لإبداء وإعداد ما لديه من أدلة ووسائل ودفع ثم إعلام الطرف الآخر بكل ذلك، ومن ثم سماع المحكمة لكل ما يطرح عليها من هذه المسائل والفصل فيها.

### حقوق الدفاع المقررة للخصوم:

أشار الفقه القضائي الإسلامي أن على عاتق المحاكم الشرعية والدوائر والدواوين المحاكمية واجب احترام حقوق الدفاع المقررة للخصوم وتمكينهم من استعمالها وليس عليها واجب أن تجبر الخصم على الدفاع عن حقوقه. بل أن كل ما على المحكمة من تمكين الخصم من إبداء دفاعه ودفعه دون أن يكون واجب عليها أن تلتفت نظر الخصم إلى حقه في الدفاع أو تكلفة بتقديم دليل ينقضة أو ينتقض ادعاءات خصمه<sup>(٣)</sup>.

وقد نظمت المادة ١٩ من نظام الأعمال الإدارية أمام الدوائر الشرعية الصادرة سنة ١٣٧٢هـ في المملكة العربية السعودية هذه المسألة بشكل جيد حينما نصت على أن "يكلف المحاكم المدعى عليه بالجواب حالاً. فإذا كان الجواب يعسر عليه في المجلس كاحتياج المدعى عليه لمراجعة دفاتره أو استحضار وثائقه أو تحرير كشف حسابي، بهل مدة كافية في نظر القاضي"<sup>(٤)</sup>.

وكذلك تنص المادة ٢١ من تنظيم الأعمال الإدارية في الدوائر الشرعية علماً بأنه "إذا دفع أحد الطرفين بدفع صحيح وطلب الجواب من الطرف الآخر فاستمهل لأجله لا

(١) انظر الدفاع الشرعي: يوسف قاسم، ص ١٨٤.

(٢) راجع حالات الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي: علي عبده، ص ٢٥، مجلة منبر الإسلام، وزارة الأوقاف، العدد الأول، سنة ٣٦، عام ١٣٩٨هـ.

(٣) انظر أصول المرافعات الشرعية وعلم القضاء: الدكتور نبيل إسماعيل، ص ٦٢، منشأة المعارف، الإسكندرية.

(٤) تنظيم الأعمال الإدارية في الدوائر الشرعية، ص ٥، مطبعة الحكومة السعودية، ١٣٨٣هـ.

يسمح له الحاكم إلا في الحالات التي يرى فيها ضرورة إمهاله<sup>(١)</sup>. وإن مثل هذا النص يدل دلالة قاطعة على أن المنظم السعودي يعتنق مبدأ احترام حقوق الدفاع ويعمله في الخصومات الناشئة أمام القضاء<sup>(٢)</sup>.

كما يوجب بعض الفقهاء في الشريعة الإسلامية على القاضي أن يعلم المدعى إذا لم تكن لديه بينة أن القول قول خصمه المنكر يمينه أو قوله للمنكر عند تحليفه<sup>(٣)</sup>، إذا لم يحلف قضيت عليك بالنكول أو أن يعرف المدعى بحالته إذا أقام شاهداً واحداً أن له أن يحلف مع شاهده. فكل ذلك لا يعدو أن يكون تعريفاً بحكم الشرع وليس تدخلاً من القاضي في بينة أحد الخصوم. وعلى ذلك ففي كل الأحوال التي يقوم فيها القاضي بتوضيح حكم الشرع للخصوم لا يكون قد خرج عن مبدأ حياده كما لا يكون قد تدخل في أدلة الإثبات التي يقع على عاتق الخصوم تقديمها وفق الوجه الشرعي<sup>(٤)</sup>.

فالقضاء في الإسلام ونظريته الدفوعية تقوم على اعتبار رد الحقوق إلى أصحابها وإقامة العدل بين الناس وهذا هو جوهر القضاء في الإسلام. فالشريعة الإسلامية تحترم غاية الاحترام مبدأ حقوق الدفاع وتشكل الإجراءات المتخذة في النظام القضائي الإسلامي من المرافعات والدعوى والردود وعناصر المتطلبات القضائية والإثباتات الشرعية بكل الصور المتعددة نظرية الدفاع الشرعي القائمة على العدل والحرية والمساواة.

### القواعد الفقهية المكونة للنظريات:

ويمكننا من خلال الاستقراء والتأمل الفاحص أن ندرج مجموعة من القواعد الفقهية التي تختلف في فروعها وجزئياتها وآثارها ولكنها قد تتسم بصفة عامة ومزايا

انظر تنظيم الأعمال الإدارية، ص ٦؛ وراجع نظام تركيز المسؤوليات في القضاء الشرعي، ص ١١.

(٢) انظر أصول المرافعات الشرعية، ص ٣٦٤.

(٣) القضاء في الإسلام: الشيخ محمد سلام مذكور، ص ٩٩، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٣٨٤هـ.

(٤) راجع وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي: شيخنا محمد ابن معجوز، ص ٣١٩، دار الحديث الحسنية، المغرب، ١٤٠٤هـ.

مشتركة، أو تتحد في موضوعها العام تحت نظرية معينة على سبيل المثال القواعد الآتية:-

أولاً: العادة محكمة.

ثانياً: لا ينكر تغير الأحكام (المبنية على المصلحة أو العرف) بتغير الزمان.

ثالثاً: إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت.

رابعاً: استعمال الناس حجة يجب العمل بها.

خامساً: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

سادساً: المعروف بين التجار كالمشروط بينهم.

سابعاً: التعيين بالعرف كالتعيين بالنص<sup>(١)</sup>.

فهذه المجموعة من القواعد الفقهية المعروفة بغض النظر عن الفروع والجزئيات المختلفة تحت كل منها، فإنه يمكن أن نضعها جميعاً تحت عنوان نظرية العرف مثلاً. وذلك لأن العرف هو الطابع العام الغالب على جميع هذه القواعد المذكورة وهكذا بقية القواعد نلبسها ثوب النظريات<sup>(٢)</sup>.

وعلى هذا الطراز بعد الدقة والتأمل يمكن أن نوزع كثيراً من تلك القواعد مجموعة تحت قواعد كبرى معينة أو نظريات معينة<sup>(٣)</sup>.

(١) راجع كتب القواعد الفقهية كتأسيس النظر: الأشباه والنظائر؛ المسالك إلى قواعد الإمام مالك؛ القواعد لابن رجب؛ قواعد أحكام للزبن عبد السلام؛ القواعد النورانية لابن تيمية.  
(٢) انظر المدخل: الدكتور علي جمعة محمد، ص ١٤٧، المعهد العالي للفكر الإسلامي، ١٤١٧هـ.  
(٣) راجع النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية: تأليف شيخنا الدكتور أحمد فهمي أبو سنة، ص ٤٤، مطبعة دار التأليف، ١٣٨٦هـ.

## الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام على سيد السادات وآله وصحبه وبعد

فقد تم بعون الملك العلام المنعم على عبده أفضل الإنعام تحديد مفهوم المدخل العام لفقه النظريات الفقهية واتضح منه أن الفقه الإسلامي يمتلك أصالة ليس في معالجة النوازل والحوادث والوقائع الجزئية فحسب، وإنما في حقل النظريات أيضاً وإن من أهم الفوائد والاستنتاجات لهذه الدراسة ما يلي:-

أولاً: ظهور أهمية علم الفقه الإسلامي وأصوله واستخراج الدرر الكامنة في كتبه، وأبوابه، وفصوله، واستخلاص الأساليب والقواعد المنهجية للسير بها في التعامل مع المستجدات المعاصرة والنوازل الواردة والتغيرات السريعة الحاصلة في عالم اليوم.

ثانياً: فهم طبيعة هذه الأحداث ووضع الأطر النظرية والتنظير الفقهي لها القائم من النهل مما في تراث الأمة الإسلامية.

ثالثاً: الحاجة الملحة والضرورة إلى تجديد أساليب عرض الفقه الإسلامي وفق أصول ثابتة وخطوط مرسومة لتواكب المستجدات والظروف الطارئة وبيان صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان وفكر ونظام وفق الأصول والمبادئ العامة في مصادر التشريع الإسلامي.

رابعاً: ظن كثير من الناس أنه عندما كتب الغربيون أحكامهم القانونية في نظريات أن فقهاء المسلمين تأخروا عن هذا العمل وسبقهم به الأوروبيون، ثم اكتشفوا أسبقية فقهاء المسلمين إلى التطرق للتأليف في النظريات.

خامساً: إسهام علماء المسلمين وفقهائنا في الكتابة حول موضوع النظريات دحض هذه الافتراءات والتشكيكات فقد كتب سيدي الخطاب في نظرية



الالتزام والإمام البغدادي في نظرية الضمان والعلامة عبد العزيز البخاري في نظرية الأهلية ولكنهم لم يسموها نظريات بل المتأخرين لما عكفوا على دراستها اكتشفوا الجهود السبقة لعلماء وفقهاء الإسلام في التأليف في النظريات الفقهية قبل الفقه الغربي.

سادساً: استفاد الرعيل الأول من كنوز الفقه الإسلامي فأخرجوا لنا الأسفار المتضمنة القوالب والصيغ وتم صب هذه الدرر في قوالب تكونت منها النظريات الفقهية لعلماء وفقهاء الرعيل الثاني من أساطين الشريعة وجهابذة الفقه الإسلامي.

سابعاً: تبعت المرحلة السابقة المرحلة التأسيسية الحديثة في صياغة الفقه الإسلامي في نظريات عامة تطرقت في سير أغوار موضوعات الفقه من عبادات ومعاملات وجنايات وحدود وتعزيرات.

ثامناً: تم خلال هذا المؤلف التطرق بشئ مختصر لبعض النظريات الفقهية كنظرية الملكية، ونظرية العقد، ونظرية نفي الضرر، ونظرية الدفاع الشرعي كاملة توضيحية ونماذج تدريسية يشار إليها أثناء المحاضرات بتوضيح مسهب ودراسة شاملة.

تاسعاً: المطالبة بإعادة صياغة الفقه الإسلامي تقنياً وتنظيراً وتقييداً خدمة عظيمة خالدة له ينبغي الاستمرار التطويري لها مسايرة مع التقنيات الحديثة والتكنولوجيات الغازية، والنوازل المدلهمة.

عاشراً: الاستفادة من الدراسات القانونية في مجال النظريات عند الفقهاء والقانونيين الأوروبيين من إنجليز وفرنسيين مع التزام الدراسات الفقهية الإسلامية العصرية وفق أصول البحث العلمي ليحول دون السلبيات ولتخرج مؤلفات فقهية قانونية إسلامية تليق بمكانة أمة القرن الواحد والعشرون.

وبعد، فهذا جهد العبد الفقير القاصر بذل كل ما في وسعه فإن وفق ورضى عنه فمنه تعالى التوفيق والقبول، وأن ظهر القصور فإنه من لوازم البشر ولله الكمال وحده جل وعلا.

مستغفر الله من كل خطيئة أخطأتها، أو ذنب اقترفته، أو شطط ارتكبته في قول أو نقل أو رأي، وشقيعي القصد النزبه والنية الخالصة لله عز وجل ثم لخدمة شريعته التي جاهد في الوصول إلى تبليغها للأمة سيد المرسلين وخاتم النبيين سيدنا محمد ﷺ وعلى آله الميامين وأصحابه الكرام وزوجاته الطاهرات أمهات المؤمنين وحشرنا الله في زمرهم أجمعين والله حسبي ونعم الوكيل.

\* \* \*  
\* \* \*  
\* \* \*

## المصادر والمراجع

اولاً: القرآن الكريم

ثانياً: المعاجم الفقهية والقانونية:

- (١) التعريفات: للشريف الجرجاني، بيروت، دار الكتب العلمية.
- (٢) التعريفات الفقهية: للإمام المفتي محمد عميم المجددي، جيد آباد، كراتشي.
- (٣) دستور العلماء: للإمام النكري، مؤسسة الأعظمي، بيروت.
- (٤) القاموس الفقهي: حسين مرعي، دار المجتبي، بيروت، ١٤١٣هـ.
- (٥) القاموس المبين في اصطلاحات الأصوليين: محمد حامد عثمان، دار الحديث، القاهرة، ١٤٢١هـ.
- (٦) الكاشف عن أصول الدلائل: للإمام الفخر الرازي، دار الجيل، بيروت.
- (٧) الكليات: للإمام أبي البقاء، إحياء التراث العربي، دمشق، ١٩٨٢م.
- (٨) المبين شرح ألفاظ الحكماء والمتكلمين: للإمام الأمدى، دار المناهل، بيروت، ١٤٠٧هـ.
- (٩) معجم أصول الفقه: خالد رمضان حسن، القاهرة، ١٤١٨هـ.
- (١٠) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية: لمحمود عبد الرحمن عبد المنعم، دار الفضيلة، القاهرة.
- (١١) معجم مصطلحات أصول الفقه: قطب مصطفى سانو، دار الفكر، دمشق، سورية.

## ثالثاً: التفسير:

(١) تفسير القرآن العظيم: للإمام الحافظ ابن كثير.

(٢) تفسير الكشاف للإمام الزمخشري، دار المعرفة، بيروت.

(٣) الجامع لأحكام القرآن: للإمام القرطبي.

رابعاً: الحديث النبوي الشريف:

(١) سهل السلام: للإمام الصنعاني، دار أحياء التراث العربي.

(٢) سنن أبي داود: المكتبة المصرية.

(٣) صحيح الإمام البخاري بشرح فتح الباري: للإمام ابن حجر العسقلاني.

(٤) صحيح الإمام مسلم بشرح الإمام النووي.

(٥) مسند الإمام أحمد بن حنبل: دار صادر، بيروت.

(٦) نيل الأوطار: للإمام الشوكاني.

خامساً: أصول الفقه:

(١) الإحكام في أصول الأحكام: للإمام الأمدى، مكتبة صبيح، القاهرة.

(٢) أصول الفقه: محمد زكريا البرديسي، ١٣٨١هـ.

(٣) أصول الفقه الإسلامي: زكريا البري، دار النهضة العربية.

(٤) أصول القانون مقارنة بأصول الفقه: محمد عبد الجواد، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٤١١هـ.

(٥) روضة الناظر وجنة المناظر: للإمام ابن قدامة، المكتبة السلفية، القاهرة.

## سادساً: الفقه العام:

- (١) أحكام الملكية والشفعة: عبد العظيم شرف الدين، ط ١، ١٣٨٩هـ، القاهرة.
- (٢) الأشباه والنظائر: جلال الدين السيوطي، دار الفكر، بيروت.
- (٣) أصول الفتوى وتطبيق الأحكام الشرعية: الدكتور علي عباس الحكيم، المكتبة المكية، ١٤٢٠هـ.
- (٤) أصول الفتيا في الفقه: للإمام محمد بن الحارث الخشني، الدار العربية للكتاب، ١٩٨٥م.
- (٥) أصول المرافعات الشرعية وعلم القضاء: نبيل إسماعيل، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- (٦) البحث الفقهي: إسماعيل سالم عبد العال، مكتبة الزهراء، القاهرة، ١٤١٢هـ.
- (٧) تأسيس النظر: الإمام الدبوسي، دار الفكر، ١٣٩٩هـ.
- (٨) تحرير الكلام في مسائل الالتزام: للإمام الخطاب، تحقيق عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي.
- (٩) تحليل الأحكام: الدكتور محمد مصطفى شليبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٤٠١هـ.
- (١٠) التعويض عن الضرر المعنوي: مقدم السعيد، دار الحدائق، بيروت.
- (١١) جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود: تأليف الشيخ العلامة شمس الدين محمد المنهاجي الأسيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٧هـ.

## النظريات الفقهية - مدخل وتطبيق

- (١٢) الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق: إسماعيل العمري، مكتبة بسام، الموصل، العراق، ١٤٠٥هـ.
- (١٣) الدفاع الشرعي: يوسف قاسم، دار النهضة، القاهرة.
- (١٤) العقوبات الشرعية وأسبابها: العلامة الشيخ علي قراعة، دار مصر للطباعة.
- (١٥) عوارض الأهلية والمسئولية الجنائية: الدكتور صالح العلي.
- (١٦) القواعد الفقهية: الدكتور يعقوب الباحسين، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤١٨هـ.
- (١٧) القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية: محمد بن عبد الله الصواط، دار البيان الحديث، ١٤٢٢هـ.
- (١٨) الكليات الفقهية: تأليف الإمام المقرئ، دراسة وتحقيق محمد أبو الأجنان، الدار العربية للكتاب، تونس.
- (١٩) مجلة الأحكام العدلية: الطبعة الخامسة تنسيق المحامي نجيب هواويني، بيروت، ١٣٨٨هـ.
- (٢٠) المدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي: المستشار علي منصور، دار الفتح، بيروت.
- (٢١) مرشد المجهران إلى معرفة أحوال الإنسان: محمد قدرى باشا، المكتبة العصرية، ط ١، ١٣٣٨هـ.
- (٢٢) المسئولية المدنية في تقنيات الهلاك العربية: سليمان مرقص، معهد البحوث والدراسات، القاهرة، ١٩٧١م.
- (٢٣) معين الحكام فيما يتعدد بين الخصمين من الأحكام: للإمام الطرابلسي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٩٣هـ.

- (٢٤) المقارنات التشريعية: الشيخ سيد عبد الله حسين، مطبعة البابى الحلبي، القاهرة.
- (٢٥) المقارنات التشريعية تطبق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك: تأليف العلامة محمد حسنين بن محمد مخلوف العدوي، دراسة وتحقيق محمد أحمد سراج، وعلى جمعة محمد، دار السلام، ط ١، القاهرة، ١٤٢٠هـ.
- (٢٦) الملكية والعقد في الفقه الإسلامي: أحمد الشافعي، المكتب العربي للطباعة، ١٤١٣هـ.
- (٢٧) نظام الفتوى في الشريعة والفقه: سيدى المكي الناصري، أكاديمية المملكة المغربية، ١٩٩٠م.
- (٢٨) النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية: الدكتور أحمد فهمي أبو سنة، دار التأليف.
- (٢٩) نظرية التعقيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء: محمد الروكي، كلية الآداب، الرباط، ١٤١٤هـ.
- (٣٠) نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام: محمد فوزي فيض الله، مكتبة دار التراث، الكويت.
- (٣١) النظرية العامة للقضاء والإثبات: محمد الحبيب التجكاني، دار النشر المغربية، الدار البيضاء.
- (٣٢) نظرية الملكية والعقود: بدران أبو العينين، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية.
- (٣٣) النوازل الفقهية الكبرى: سيدى المهدي الوزاني، وزارة الأوقاف، المغرب.