

# تمهيد

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التعريف بالضوابط الفقهية ، والملك.

المبحث الثاني: التعريف بالاستحقاق ، والتصرف ،  
والانتقال.

## المبحث الأول: التعريف بالضوابط الفقهية

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بالضوابط الفقهية لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: مصادر الضوابط الفقهية.

المطلب الثالث: الاستدلال بالضوابط الفقهية.

المطلب الرابع: ذكر أهم الدراسات المعاصرة فيها.

المطلب الخامس: تعريف الملك لغة واصطلاحاً.

المطلب السادس: أسباب الملك.

المطلب السابع: الشروط المعتبرة في الملك شرعاً وخصائصها.

## المطلب الأول:

### التعريف بالضوابط الفقهية لغةً واصطلاحاً.

#### تعريف الضابط لغةً :

الضوابط: جمع ضابط ، وهو في اللغة: مأخوذ من الضبط الذي هو لزوم الشيء وحبسه . وضبط الشيء: حفظه بالحزم ، والرجل ضابط أي حازم<sup>(١)</sup> .

تعريفه اصطلاحاً: هناك طائفة من العلماء لم تفرق بين الضابط والقاعدة من الناحية الاصطلاحية وعرفوها بتعريف واحد، ومن هؤلاء: الكمال ابن الهمام<sup>(٢)</sup> في التحرير<sup>(٣)</sup>.

ومن أهل العلم من فرق بين القاعدة والضابط، ولعل من أوائل هؤلاء تاج الدين السبكي<sup>(٤)</sup> ؛ إذ نص على أن " الغالب ، فيما اختص بباب وقصد به نظم صور متشابهة أن يسمى ضابطاً "<sup>(٥)</sup> وتابعه على ذلك الزركشي<sup>(١)</sup> فنص على التفريق

(١) انظر: لسان العرب لابن منظور (٥٠٩/٢) مادة (ضبط) ، والقاموس المحيط (٨٧٢) مادة ضبط .  
(٢) هو محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود الكمال ابن الهمام السيواسي الأصل ثم القاهري الحنفي ولد سنة ٧٩٠ هـ ، قال السخاوي في حقه: إنه عالم أهل الأرض ومحقق أولي العصر. مات في يوم الجمعة سابع رمضان سنة ٨٦١ هـ . انظر: البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع (١٩٤/٢) .

(٣) انظر: التحرير بشرح التقرير والتحجير ٢٩/١

(٤) هو عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي الشافعي ، أبو نصر: قاضي القضاة، المؤرخ، الباحث. ولد في القاهرة، وانتقل إلى دمشق مع والده، فسكنها وتوفي بها . نسبته إلى سبك (من أعمال المنوفية بمصر) وكان طلق اللسان، قوي الحجة، انتهى إليه قضاء في الشام وعزل ، قال ابن كثير: جرى عليه من الخن والشدائد ما لم يجر على قاض مثله. توفي سنة ٧٧١ هـ . انظر: الضوء اللامع للسخاوي (٤٢٨/٥) .

(٥) الأشباه والنظائر ص ٤٧ .

بين الضابط والقاعدة، وبين أن المراد بالضوابط " ما لا يخص باباً من أبواب الفقه ، ويسمى بالقاعدة في اصطلاح الفقهاء ، وأما ما يخص بعض الأبواب فيسمى ضوابط " (٢). ومن ارتضى هذا التفريق جلال الدين السيوطي (٣).

وقد استعمل الفقهاء الضابط في عدة معان عدا ما ذكر منها :

١- تعريف الشيء. ومثاله: ضابط العصبه " كل ذكر ليس بينه وبين الميت أنثى " (٤)

٢- المعيار الذي يكون علامة على تحقق معنى من المعاني في الشيء . ومثاله: ما ذكر القرافي في الجواب عن السؤال: ما ضابط المشقة المؤثرة في التخفيف ؟ فقال: " يجب على الفقيه أن يفحص عن أدنى مشاق تلك العبادة المعينة فيحققه بنص أو إجماع أو استدلال . ثم ما ورد عليه بعد ذلك من المشاق مثل تلك المشقة أو أعلى منها جعله مسقطاً ، وإن كان أدنى منها لم يجعله مسقطاً . مثاله : التأذي بالقمل في الحج مبيح للحلق بالحديث ، فأى مرض أذى مثله أو أعلى منه أباح الحلق وإلا فلا " (٥) .

(١) هو محمد بن بهادر بن عبد الله ، أبو عبد الله ، بدر الدين ، الزركشي . فقيه شافعي أصولي . تركي الأصل ، مصري المولد والوفاة . له تصانيف كثيرة في عدة فنون منها الإجابة لإيراد ما استدرسته عائشة على الصحابه ، توفي سنة ٧٩٤ هـ . انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (٣/١٦٧) .

(٢) تشنيف المسامع ( القسم الثاني ص ٩١٩ ) .

(٣) انظر: الأشباه والنظائر في النحو (١/٧) .

(٤) الأشباه والنظائر لابن السبكي ٢ (٣٠٤/٣) .

(٥) الفروق للقرافي (١/١١٩-١٢٠) .

٣- ويطلق الضابط على أقسام الشيء أو تقاسيمه . كقول السيوطي<sup>(١)</sup> " ضابط : الناس في الإمامة أقسام: الأول: من لا تجوز إمامته بحال ... الخ<sup>(٢)</sup> وقوله : "ضابط : الناس في الجمعة أقسام: الأول: من تلزمه وتعتقد به ... الخ<sup>(٣)</sup> .

٤- وتطلق الضوابط على الشروط والأسباب المتعلقة بأمر من الأمور . ومثاله : أن الشافعية اشترطوا لانعقاد الجمعة أربعين<sup>(٤)</sup> .

هذه بعض إطلاقات الضابط ، وليس المقصود هو التقصي ، وإنما الغرض هو التمثيل . وبوجه عام فإننا عند تأمل إطلاقات الضابط يتضح لنا التالي :

١- أن قصر الضابط على أنه قضية كلية تنطبق جزئياتها التي هي من باب واحد ، هو الإطلاق الغالب على الضوابط ، كما ذكر ابن السبكي<sup>(٥)</sup> ولكنه لا يمثل كل الإطلاق .

٢- أن إطلاق الضوابط على التعريفات ، والمقاييس ، وتقاسيم الأشياء ، شائع عند الفقهاء ، مما يجعل تعريف الضابط بما قالوه من أنه قضية كلية تنطبق على جزئياتها التي هي من باب واحد غير دقيق .

(١) هو عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين الخضير السيوطي، جلال الدين. إمام حافظ مؤرخ أديب، له نحو ٦٠٠ مصنف منها: شرح السيوطي على مسلم، شرح السيوطي لسنن النسائي، طبقات المفسرين شافعي المذهب توفي سنة ٩١١ هـ . انظر: شذرات الذهب لابن العماد (٥٠/٨) .

(٢) الأشباه والنظائر (ص ٤٦٨) .

(٣) الأشباه والنظائر (ص ٤٦٩) .

(٤) الأصول والضوابط للنووي ص ٣٤ .

(٥) تقدمت ترجمته ص ٢ .

والمختار أن نحمل الضابط على معناه اللغوي الدال على الحصر والحبس ، فالضابط: هو كل ما يحصر ويحبس ، سواء كان بالقضية الكلية ، أو بالتعريف ، أو بذكر مقياس الشيء ، أو ببيان أقسامه ، أو شروطه ، أو أسبابه ، وحصرها .

وبناء على ما سبق يمكن أن يعرف الضابط بما يلي :

"هو ما انتظم صوراً متشابهة في موضوع واحد ، غير ملتفت فيها إلى معنى جامع مؤثر"<sup>(١)</sup>.

### تعريف الفقه لغة :

الفقه: هو الفهم مطلقاً<sup>(٢)</sup>. قَالَ تَعَالَى: ﴿فَالِ هَؤُلَاءِ الْقَوْمِ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا﴾ (النساء: ٧٨) أي: لا يكادون يفهمون<sup>(٣)</sup>.

ومن ذلك قوله تعالى ﴿وَاحْلُلْ عُقْدَةً مِّن لِّسَانِي﴾ (٢٧) يَفْقَهُوا قَوْلِي (٢٨) ﴿ (طه: ٢٧-٢٨). أي: يفهموا قولي<sup>(٤)</sup>.

ومنه قوله تعالى: قَالَ تَعَالَى: ﴿قَالُوا يَشْعِيبُ مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا مِّمَّا تَقُولُ﴾ (هود: ٩١). أي: ما نفهم كثيراً من قولك<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر: القواعد الفقهية د. يعقوب البا حسين ص ٦٧

(٢) انظر: معجم مقاييس اللغة (٤/٤٢٢) مادة فقه

(٣) انظر: تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، للشيخ عبد الرحمن بن ناصر بن السعدي ص(١٨٨)

(٤) انظر: المرجع السابق ص(٥٠٤)

(٥) انظر: تفسير القرآن العظيم، بن كثير، سامي بن محمد سلامة ، الناشر : دار طيبة للنشر والتوزيع (٣٤٦/٤)

## تعريفه اصطلاحاً :

هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية<sup>(١)</sup> .

## تعريف الضوابط الفقهية :

يمكن أن نميز بين التعريف الاصطلاحي للضابط وبين ما نحن بصدده أن نعرف الضوابط الفقهية بـ " ما انتظم صوراً متشابهة في موضوع فقهي واحد غير ملتفت فيها إلى معنى جامع مؤثر"<sup>(٢)</sup> .

(١) انظر: مختصر ابن اللحام ٣١، و شرح الكوكب المنير (٤١/١) ، والتعريفات للجرجاني ٢١٦

(٢) القواعد الكلية والضوابط الفقهية د. محمد شبير ص (٢٢)

## المطلب الثاني:

### مصادر الضوابط الفقهية

بما أن الضوابط الفقهية تختلف عن القواعد الفقهية كما بينت ذلك في التعريف بالضوابط، فإن هذا الاختلاف ينطبق على مصادر كل منهما.

فالقاعدة الفقهية قد يكون مصدرها القرآن الكريم كما في قوله تعالى: ﴿مَاعَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (٩١) (التوبة). أو السنة النبوية كما في قوله صلى الله عليه وسلم: (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا) <sup>(١)</sup>. أو مما أثر عن الصحابة والتابعين كقول عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - : (مقاطع الحقوق عند الشروط) <sup>(٢)</sup>. أو مما اجتهد الفقهاء في استنباطه كقاعدة (الأموال بمقاصدها) وقاعدة (المشقة تجلب التيسير) وغيرها من القواعد المعروفة. ولكن الضوابط الفقهية - مما ظهر لي - فإن مصدرها يقتصر على النوع الأخير من مصادر القاعدة الفقهية وهو اجتهادات الفقهاء، وذلك بأن يتبع الاجتهاد الفروع الفقهية المندرجة في باب فقهي، محاولا إيجاد رابط بينها يضم فيه هذه الفروع الفقهية تحت ضابط واحد، وهو ما يسمى بالاستقراء الفقهي.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٠٧٩)، كتاب الإجازة.

(٢) رواه البخاري معلقا بصيغة الجزم عن عمر - رضي الله عنه - في كتاب الجمعة في باب الطيب

للجمعة ورواه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب الصداق في باب الشروط في النكاح برقم

(١٤٢١٦)، وأخرجه الألباني في الإرواء رقم (١٨٩١) و صححه.



## المطلب الثالث :

### الاستدلال بالضوابط الفقهية

اختلف أهل العلم في الاستدلال بالضوابط الفقهية على أقوال ثلاثة:

القول الأول: مقتضى قول الجويني<sup>(١)</sup> وابن دقيق العيد<sup>(٢)</sup> وابن نجيم<sup>(٣)</sup> عدم جواز الاحتجاج بالقواعد الكلية والضوابط الفقهية. واستدلوا لذلك بما يأتي:

١. أن الضوابط الفقهية أغلبية وليست كلية ، وأن المستثنيات فيها كثيرة، ومن المحتمل أن يكون الفرع المراد استنباطه من القاعدة داخلا في المستثنيات<sup>(٤)</sup>.

(١) ابن حمويه، محمد بن عمر بن علي الجويني العلامة، المفتي، صدر الدين، أبو الحسن محمد ابن أبي الفتح عمر بن علي ابن العارف محمد بن حمويه الجويني، الشافعي، الصوفي. ولد بجوين، وتفقه على أبي طالب محمود بن علي الأصبهاني صاحب (التعليقة)، وبدمشق على القطب النيسابوري، وبرع في المذهب، وأفقي. وتزوج بابنة القطب، فأولدها الأمراء الكبراء: عماد الدين عمر، وفخر الدين يوسف، وكمال الدين أحمد، ومعين الدين حسن. درس بالشافعي، ومشهد الحسين، وترسل عن الكامل إلى الخليفة، فمرض بالموصل، ومات سنة سبع عشرة وست مائة. روى عن: أبي الوقت، ونصر بن نصر العكبري، والحسن بن أحمد الموسيبادي، وعاش أربعاً وسبعين سنة، وكان حسن السمعة، كثير الصمت، كبير القدر، غزير الفضل، صاحب أوراد وحلم وأناة. (٨٠/٢٢). انظر: سير أعلام النبلاء (٨٣/٤٢).

(٢) هو الإمام الفقيه المجتهد المحدث الحافظ العلامة شيخ الإسلام تقي الدين أبو الفتح محمد بن علي بن وهب بن مطيع القشيري المنفلوطي الصعيدي المالكي والشافعي صاحب التصانيف المعروفة. توفي سنة ٧٠٢ هـ. انظر: سير أعلام النبلاء (٢٧٣/١٣).

(٣) هو زين العابدين بن إبراهيم بن محمد المشهور بابن نجيم المصري. من فقهاء وأصولي الحنفية. توفي سنة ٩٧٠ هـ.

(٤) انظر: المدخل الفقهي للزرقاء ٩٤٨/٢

٢. أن أغلب الضوابط لا تستند إلى نصوص شرعية ، وإنما تستند إلى استقراء ناقص للفروع الفقهية فلا تفيد اليقين والبعض الآخر منها يستند إلى الاجتهاد وهو يحتمل الخطأ ، فتعميم حكم الضابط على جميع الفروع فيه نوع من المجازفة<sup>(١)</sup>.

٣. أن الضوابط الفقهية هي ثمرة للفروع المختلفة ورابط لها ، وليس من المعقول أن نجعل ما هو ثمرة ورابط دليلاً للاستنباط<sup>(٢)</sup>.

القول الثاني: مقتضى قول الغزالي<sup>(٣)</sup> والقرافي<sup>(٤)</sup> وابن بشير<sup>(٥)</sup> والشاطبي<sup>(٦)</sup> من المالكية أن الأصل جواز الاستدلال بالضوابط الفقهية الكلية إذا لم يعارضها أصل مقطوع به من كتاب أو سنة أو إجماع.

ويؤيد ذلك:

١. أن الضوابط الفقهية كليه أي منطبقة على جميع جزئياتها ، ولا يقدح في كليتها وجود استثناءات - كما بينا سابقاً - .

(١) انظر: القواعد الفقهية لبا حسين ص ٢٧٢.

(٢) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه للبورنو ص ٣٩.

(٣) هو الفيلسوف الفقيه الأصولي أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الشافعي، ولد في مدينة طوس من أعمال خراسان، وتوفي بها، تجول في طلب العلوم الشرعية والعقلية حتى نبغ فيها ثم أثر التصوف وغلب عليه، وله أكثر من مائتي كتاب ومقالة ورسالة . توفي سنة ٥٠٥ هـ . انظر: موسوعة الأعلام (٤٢٧/١).

(٤) هو أحمد بن إدريس المشهور بالقرافي الشيخ الإمام العالم الفقيه الأصولي ونسب إلى القرافة ولم يسكنها وإنما سئل عنه عند تفرقة الجامكية بمدرسة الصاحب ابن شكر ف قيل هو بالقرافة فقال بعضهم: اكتبوه القرافي، فلزمه ذلك. وكان مالكيًا، إمامًا في أصول الفقه وأصول الدين، عالمًا بالتفسير وعلوم آخر . توفي سنة ٦٨٢ هـ . انظر: الأعلام للزركلي (١٩٣/٥).

(٥) انظر: الديباج لابن فرحون ص ٨٧.

(٦) إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، أصولي حافظ. من أهل غرناطة.

كان من أئمة المالكية. توفي سنة (٧٩٠). من كتبه "الموافقات في أصول الفقه" أربع مجلدات، و"الاعتصام" مجلدين . انظر : الأوهام الواقعة في أسماء العلماء والأعلام (١٥/١) .

٢. أن حجية الضوابط الفقهية وصلاحياتها للاستدلال استفيد من مجموع الأدلة الجزئية التي نهضت بمعنى ذلك الضابط ، فإن كل دليل جزئي هو حجة بذاته يصح الاستدلال به، فمن باب أولى أن تتحقق هذه الحجية في الضوابط التي أرشدت إليها مجموع الأدلة<sup>(١)</sup> وتكون دلالتها قطعية.

٣. أن تتبع اجتهادات الأئمة الأعلام ليرشد إلى اعتبارهم لهذه الضوابط واعتمادهم عليها للكشف عن الحكم الشرعي المناسب للوقائع والمستجدات التي لم يرد فيها نص الأمر الذي يبين لنا أن هذه الضوابط راسخة في أذهان المجتهدين<sup>(٢)</sup>. ومن الأمثلة على ذلك: صرَّح جمهور الفقهاء أن الجماعة إذا قتلوا واحداً يقتلون به، وكان مما احتجوا به بالإضافة إلى قول الصحابي والقياس ، فقال ابن العربي: (( فإن الله سبحانه وتعالى إنما قتل من صيانة للأنفس عن القتل ، فلو علم الأعداء أنهم بالاجتماع يسقط القصاص عنهم لقتلوا عدوهم في جماعتهم. فحكما بإيجاب القصاص عليهم ردعاً للأعداء ، وحسماً لهذا الداء ))<sup>(٣)</sup>.

القول الثالث: ذهبت لجنة إعداد مجلة الأحكام العدلية إلى أن الأصل في الضوابط الفقهية عدم صحة الاستناد إليها في استنباط الأحكام ما لم يوجد عليها نص صريح من الكتاب أو السنة. فقد جاء في تقريرهم : (( المقالة الثانية من المجلة هي القواعد التي جمعها ابن نجيم ، ومن سلك مسلكه من الفقهاء رحمهم الله تعالى. فحكام الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد إلا أن لها فائدة كلية في ضبط المسائل ))<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر: قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي للكيلاني ص ١٠٨

(٢) المرجع السابق.

(٣) أحكام القرآن لابن العربي (٢/٦٢٤) . وانظر: قواعد المقاصد للكيلاني ص (١٠٩).

(٤) مجلة الأحكام العدلية ص (١١) . وقد ذهب كثير من المعاصرين إلى مثل هذه الرأي : منهم علي الندوي في القواعد الفقهية ص (٢٩٥) ، ومحمد صدقي البورنو في الوجيز في إيضاح قواعد الفقه =

وقد علل بعض شراح المجلة ذلك بأن هذه الضوابط لها مدارك ومأخذ وقيود وشروط قد تغيب عن بال الكثير من المقلدين. حيث قال الأتاسي<sup>(١)</sup> : (( يتنور بها المقلد ، ولا يتخذها مدار للفتوى والحكم ، فلعل بعضاً من حوادث الفتوى خرجت من اطرادها بقيد زائد ، أو لأحد الأسباب المتقدم ذكرها . وهذا يحتاج إلى نظر دقيق وتحر عميق يجري تلك الضوابط في مشتملاتها الحقيقة ، ويستثنى منها ما خرج عنها بقيد أو سبب من الأسباب المارة))<sup>(٢)</sup>.

يفهم من هذا النص أن القاضي المقلد لمذهب من المذاهب يستأنس بتلك الضوابط ولا يستند إليها في استنباط الأحكام ، في حين أن المجتهد العالم بالمدارك والمآخذ والقيود والشروط يجوز له الاستناد إليها في الاستنباط.

### والراجع جواز الاستدلال بها بالشروط التالية:

١. أن تستند القاعدة الفقهية على دليل من كتاب أو سنة أو إجماع.
  ٢. أن لا تعارض القاعدة الفقهية أصلاً مقطوعاً به من كتاب أو سنة أو إجماع.
- وبناء على ذلك فإن الضوابط التي كان أصلها نصاً من كتاب أو سنة نبوية أو كانت مستندة إلى أدلة صريحة من الكتاب والسنة أو الإجماع تعتبر مصدراً يجوز الاستناد إليها في الاستنباط؛ لأن الرجوع إليها رجوع إلى الأدلة التي استندت إليها : مثل قاعدة " الأمور بمقاصدها " فإنها تستند إلى نص صريح من السنة وهي

=الكلية ص (٤٠) ، وأحمد بن عبد الله بن حميد في مقدمة تحقيق القواعد للمقري (١١٦/١) ، وصالح السدلان في القواعد الفقهية الكبرى ص (٣٨).

(١) هو الشيخ العلامة الجليل القاضي المفتي الشاعر النابغة محمد طاهر أفندي بن الشيخ المفتي محمد خالد أفندي بن المفتي العلامة أبي الفتح محمد الثاني الأتاسي . توفي سنة ١٣٥٩ هـ . انظر : مشاهير أعلام المسلمين (١/١١١).

(٢) شرح الأتاسي للمجلة (١/١٢).

قوله صلى الله عليه وسلم: ((إنما الأعمال بالنيات))<sup>(١)</sup> وأما الضوابط الفقهية التي لا تستند إلى دليل صريح من الكتاب أو السنة أو إجماع ؛ فإنها لا تعتبر مصدراً يستند إليها في الاستنباط ، سواء اتفق الفقهاء على تقييدها أو اختلفوا فيه. ولكن عند الاتفاق يمكن أن يستأنس بها في الترجيح بين الآراء وتفريع الأحكام وتخريجها. وبهذا يمكن الجمع بين الأقوال الثلاثة<sup>(٢)</sup>.

(١) أخرجه البخاري ، كتاب بدء الخلق ، باب (١) ، ٢/١ ، وأخرجه مسلم بلفظ "إنما الأعمال بالنية" في كتاب الإمارة في باب قوله صلى الله عليه وسلم إنما الأعمال بالنية ، برقم (٥٠٣٦) .  
(٢) للاستزادة انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية للدكتور/ محمد عثمان شبير ، ص (٨٤-٨٧)

## المطلب الرابع :

### ذكر أهم الدراسات المعاصرة في الضوابط والقواعد الفقهية

من أهم الدراسات المتعلقة بالقواعد والضوابط الفقهية المعاصرة وبخاصة في باب المعاملات ما يلي :

- ١- القواعد الفقهية ، للدكتور / يعقوب بن عبد الوهاب الباسين .
- ٢- القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، للأستاذ الدكتور / محمد بن عثمان شبير.
- ٣- القواعد الفقهية ، للدكتور / محمد بن مصطفى الزحيلي .
- ٤- الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، للدكتور / محمد صدقي بن أحمد البورنو.
- ٥- القواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية ، للدكتور / عبد السلام بن إبراهيم الحصين .
- ٦- القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي ، للدكتور / حمد بن محمد الهاجري .
- ٧- القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع في الشريعة الإسلامية ، للدكتور / عبد المجيد بن عبد الله دية .
- ٨- قواعد الفقه الإسلامي من خلال الإشراف على مسائل الخلاف ، للدكتور / حمد الروكي.

- ٩- القواعد والضوابط الفقهية للدكتور / علي بن أحمد الندوي .
- ١٠- القواعد الفقهية للشيخ ، أحمد الزرقاء .
- ١١- ضوابط العقود ، للدكتور / عبد الحميد محمود البعلي .
- ١٢- القواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية ، لإبراهيم بن علي الشال ( رسالة ماجستير ) .

## المطلب الخامس :

### تعريف الملك

#### تعريف الملك لغة :

الميم واللام والكاف أصلٌ صحيح يدلُّ على قوَّةٍ في الشيء . مَلَكَهُ يَمْلِكُهُ بالكسر مِلْكاً بكسر الميم ، وهذا الشيء مِلْكٌ يَمِينِي و مَلِكٌ يَمِينِي والفتح أفصح و مَلِكُ المرأة تزوجها و المملوكُ العبد و مَلَكَهُ الشيء تَمْلِكاً جعله مِلْكاً له يُقَال مَلَكَهُ المال والمُلْكُ فهو مُمْلِكٌ . يقال ما في مَلِكِهِ شيء وما في مِلْكِهِ شيء وما في مَلَكَتِهِ شيء بفتحيتين أي لا يملك شيئاً وفلان حسنُ المَلَكَةِ أي حسنُ الصنيع إلى مَمَالِكِهِ . وفي الحديث " لا يدخل الجنة سيء المملكة " (١) و ملاك الأمر بفتح الميم وكسرها: ما يقوم به ، يقال القلب مِلَاكُ الجسد (٢).

#### تعريف الملك اصطلاحاً :

اتصال شرعي بين الإنسان وبين شيء يكون مطلقاً لتصرفه فيه وحاجزاً عن تصرف غيره فيه (٣) ويمكن أن يعرف الملك بعبارة أدق فنقول هو "اختصاص إنسانٍ بشيءٍ يُخَوِّلُهُ شرعاً الانتفاع [ به ] ، والتصرف فيه وحده ابتداءً ، إلا لمانع"

فهذا التعريف يبين الركائز التي يقوم عليها الملك : فهو لا يقوم شرعاً إلا إذا تحقق أمران ؛ أحدهما : شيءٌ ماديٌّ ( مال أو منفعة أو ما يؤول إليهما ) ؛

(١) أخرجه والترمذي برقم (١٩٤٦) في كتاب البر والصلة في باب الإحسان إلى الخدم و ابن ماجه برقم (٣٦٩١) في كتاب الأدب في باب الإحسان على الممالك ، ، ورواه الإمام أحمد في المسند وقال عنه البوصيري : هذا إسناد ضعيف .

(٢) انظر مختار الصحاح (١/٦٤٢)

(٣) انظر كتاب التعريفات باب الميم (١/٢٨٦)



وثانيهما : إنسان يرتبط بهذا الشيء، ارتباطاً يمكنه من الانتفاع به، والتصرف المشروع فيه كما أنه يُبين حقيقة الملك، وأنه اختصاصٌ بالشيء المملوك، اختصاصاً يمنع غير مالكه من الانتفاع به، أو التصرف فيه، إلا عن طريقه شخصياً، أو عن طريق وكيله أو نائبه الشرعي، ثم هو يجعل معنى الملك شاملاً لملك الأعيان والمنافع، سواء أُعدت من المال أم لا، وملك الحقوق على اختلاف أنواعها مالية كانت أم لا، متى تحقق فيها اختصاصها بشخص ما، اختصاصاً يخول له القدرة على أن يحجز غيره ويمنعه من أن يكون له بها انتفاع، أو يكون له فيها تصرف نافذ .

## المطلب السادس :

### أسباب الملك

ينقسم الملك باعتبار سببه إلى ملك اختياري أو قهري .

يقول الزركشي : الملك قسمان : أحدهما يحصل قهراً كما في الميراث ومنافع الوقف .

والثاني : يحصل بالاختيار وهو على قسمين :

أحدهما : بالأقوال ، ويكون في المعاوضات كالبيوع ، وفي غيرها كالهبات والوصايا ، والوقوف إذا اشترطنا القبول .

والثاني : يحصل بالأفعال كتناول المباحات كالاصطياد والإحياء .

ثم فرق الزركشي بينهما فقال : ومما يتخالفان فيه - أعني الاختياري والقهري - أن الاختياري يملك بالعوض المعين ، أو بما في الذمة ، ولا يتوقف على أداء الثمن بلا خلاف ، وأما القهري كالأخذ بالشفعة فلا يملك حتى يقبض المشتري الثمن ، أو يرضى بتأخيره على أحد القولين ، والصحيح أنه يملك بذلك وبقضاء القاضي له .

ومنها : أن التملك القهري يحصل بالاستيلاء على ملك الغير كما في أموال الكفار ، بخلاف الاختياري .

ومنها : أن التملك القهري هل يشترط فيه معرفة شروطه من الرؤية ونحوها ؟ خلاف - كما في الشفعة ، يؤخذ الشق الذي لم يره - على قولين ، والاختياري يشترط فيه قطعاً .

ومنها : أنه يغتفر فيه ما لا يغتفر في الاختياري ، كالرد بالعيب ، وكذا الصيد في حق المحرم ، ولا يملك ذلك كله بالاختيار<sup>(١)</sup> .

وقال القرافي : اختلف العلماء ، هل الأسباب الفعلية أقوى أم القولية أقوى ؟  
ف قيل : الفعلية أقوى ، وقيل : القولية أقوى .

وقد بين القرافي الفرق بين السببين فقال : الأسباب الفعلية تصح من السفه المحجور عليه دون القولية . فالحجور عليه يملك الصيد بالاصطياد ، والأرض بالإحياء ، في حين لا يملك إنشاء عقود البيع والهبة ونحوهما ، وذلك لأن الأسباب الفعلية تعود بالنفع عليه ، أما الأسباب القولية فإنها موضع المماكسة والمغابنة ، فقد تعود عليه بالضرر ، كما أن فيها طرفا آخر ينازعه ويجاذبه إلى الغبن ، وهو ضعيف العقل ، فلا يستطيع تحقيق مصلحته<sup>(٢)</sup> .

و ذكر ابن نجيم في الأشباه أن أسباب الملك هي :

المعاوضات المالية ، والأمهار ، والخلع ، والميراث ، والهبات ، والصدقات ، والوصايا ، والوقف ، والغنيمة ، والاستيلاء على المباح ، والإحياء ، وتملك اللقطة بشرطه ، ودية القتل يملكها أولا ثم تنتقل إلى الورثة ، ومنها الغرة يملكها الجنين فتورث عنه ، والغاصب إذا فعل بالمغصوب شيئا أزال به اسمه وعظم منافعه ملكه ، وإذا خلط المثلي بمثلي بحيث لا يتميز ملكه .

(١) المنشور في القواعد (٢٣١/٣-٢٣٣)

(٢) الفروق (٢٠٤/١)

وذكر الحصكفي<sup>(١)</sup> أن أسباب الملك ثلاثة :

ناقل كبيع وهبة ، وخلافة كإرث ، وأصالة وهو الاستيلاء حقيقة بوضع اليد ، أو حكما بالتهيئة كنصب شبكة لصيد<sup>(٢)</sup>.

وذكر السيوطي نقلا عن الكفاية أن أسباب الملك ثمانية : الميراث ، والمعاوضات ، والهبات ، والوصايا ، والوقف ، والغنيمة ، والإحياء ، والصدقات<sup>(٣)</sup>.

قال ابن السبكي : وبقيت أسباب أخرى ، منها : تملك اللقطة بشرطه ، ومنها : دية القتل يملكها أولا ثم تنقل لورثته على الأصح ، ولذلك يوفى منها دينه ، ومنها : الجنين ، الأصح أنه يملك الغرة ، ومنها : خلط الغاصب المغصوب بماله ، أو بمال آخر لا يتميز فإنه يوجب ملكه إياه ، ومنها : الصحيح أن الضيف يملك ما يأكله ، وهل يملك بالوضع بين يديه ، أو في الفم ، أو بالأخذ ، أو بالازدراء يتبين حصول الملك قبيله ؟ أوجه<sup>(٤)</sup>.

(١) هو أحمد بن محمد بن علي الحصكفي، ابن الملا: أديب، له شعر وكتب. أصله من حصن كيفا( في ديار بكر) ومولده ووفاته بجلب. له ( حلبة المفاضلة في المطارحة والمراسله-خ) و ( أبكار المعاني المخدرة-خ) و ( اقتطاف شقائق النعمان ، من رياض الوافي بوفيات الأعيان -خ) خمسة أجزاء منه ، بخطه، ابتداءها من سنة ٩٧٦ ونهايتها ٩٩٠ و(جامع المتفرقات من فوائد الورقات ، لإمام الحرمين -خ) في الأصول (١) . توفي سنة ١٠٠٣ هـ .

(٢) الأشباه لابن نجيم ص٣٤٦ ، وحاشية ابن عابدين (٢٩٨/٥)

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣١٧ ، وأشباه ابن نجيم ص(٣٤٦-٣٥٠)

(٤) المرجع السابق.

## المطلب السابع :

### الشروط المعتبرة في استعمال الملك شرعا وخصائصها

أهم هذه الشروط وأولها بالاعتناء أن تكون طريقة التملك مشروعة ولذلك فالوسائل المحرمة من سرقة ، وغصب ، أو استغلال ، أو قمار ، أو ربا ، أو نحو ذلك ليست من أسباب التملك ، حيث قطعت الشريعة الطريق بين الأسباب المحرمة والملك ، ومنعتها منعاً باتاً ، وطالبت المؤمنين جميعاً أن تكون أموالهم حلالاً طيباً ، وبذلك وردت الآيات والأحاديث الكثيرة ، منها قوله تعالى ﴿ يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ۝٢٩ ﴾ (النساء: ٢٩). حيث منع أكل أموال الناس إلا عن طريق الرضا والإرادة .

وقد أمر الله بأكل الطيبات فقال تعالى : ﴿ يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُلُوا مِن طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ وَأَشْكُرُوا لِلَّهِ إِنْ كُنْتُمْ إِيَّاهُ تَعْبُدُونَ ۝١٧٢ ﴾ (البقرة: ١٧٢).

وقد ورد عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أيها الناس إن الله طيب لا يقبل إلا طيباً ، وإن الله أمر المؤمنين بما أمر به المرسلين فقال ﴿ يَتَأَيَّهَا الرُّسُلُ كُلُوا مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَاعْمَلُوا صَالِحًا إِنِّي بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ۝٥١ ﴾ (المؤمنون: ٥١) ، وقال ﴿ يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُلُوا مِن طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ ﴾ (البقرة: ١٧٢). ثم ذكر الرجل يطيل السفر أشعث أغبر يمد يديه إلى

السماء : يا رب يا رب ، ومطعمه حرام ، ومشربه حرام وملبسه حرام وغذي بالحرام ، فأني يستجاب لذلك))<sup>(١)</sup>

وإن من الأمور المعبرة في استعمال الأملاك ما يلي :

١- أن لا يكون مبذرا مسرفا ، ولا مقترأ بخيلا ، قال تعالى : ﴿ وَآتِ ذَا الْقُرْبَىٰ حَقَّهُ وَالْمِسْكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَلَا تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا ۚ إِنَّ الْمُبَذِّرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كَفُورًا ۚ ﴾ (الإسراء: ٢٦ - ٢٧) وقال سبحانه ﴿ وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا ۚ ﴾ (الإسراء: ٢٩) . والآيات والأحاديث في هذا المجال كثيرة .

٢- ألا يستعمل المالك ما حرمه الشرع ، ومن ذلك حرمة لبس الحرير للرجال واستعمال الذهب لهم واستعمال أواني الذهب والفضة للرجال والنساء .

٣- وجوب الاستئمان في الجملة وعدم تعطيل الأموال حتى تؤدي دورها في التداول والتعمير ، تدل على ذلك الآيات والأحاديث الكثيرة التي تطالب بالعمل والتجارة والصناعة والزراعة بصيغ الأوامر ، ومنها قوله تعالى : ﴿ هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذَلُولًا فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ ۚ ﴾ (الملك: ١٥) وقوله تعالى : ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِن فَضْلِ اللَّهِ ۚ ﴾ (الجمعة: ١٠) ومن الأحاديث قول النبي صلى الله عليه وسلم : "من ولي يتيما له مال فليتجر فيه ولا يتركه حتى تأكله الصدقة"<sup>(٢)</sup> . كما صرح الفقهاء بأن ما لا تتم

(١) أخرجه مسلم في باب قبول الصدقة من الكسب الطيب من كتاب الزكاة برقم (٢٣٩٣)

(٢) رواه الترمذي في سننه باب زكاة مال اليتيم (٣٢/٢) . والحديث ضعفه ابن حجر في تخريج مشكاة

المصابيح (٢٥٢/٢) ، وكذلك الألباني في ضعيف الترمذي (٦٤١)

مصالح الأمة إلا به فهو واجب على الكفاية ، ونصوا على أن الحرف والصنائع والتجارة المحتاج إليها من فروض الكفايات لأن قيام الدنيا بها ، وقيام الدين يتوقف على أمر الدنيا ، حتى لو امتنع الخلق منه أثموا ، وكانوا ساعين في إهلاك أنفسهم ، لكن النفوس مجبولة على القيام به ، فلا تحتاج إلى حث عليها وترغيب فيها<sup>(١)</sup>. وقال محمد بن الحسن الشيباني<sup>(٢)</sup> : ثم المذهب عند جمهور الفقهاء أن الكسب بقدر ما لا بد منه فريضة<sup>(٣)</sup>.

٤- عدم الإضرار بالفرد والمجتمع : اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز للشخص في استعماله ملكه أن يقصد الإضرار بالغير ، لقوله صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا ضرار"<sup>(٤)</sup> وهذا يدل على عدم جواز الإضرار بأحد لا في ماله ، ولا في نفسه ولا في عرضه .

وكذلك لا يجوز مقابلة الضرر بالضرر والإتلاف بالإتلاف ، فكل تصرف - ولو كان في ملك المالك - يمنع إذا أدى إلى الإضرار بالآخرين ، ولذلك منع الفقهاء

(١) مغني المحتاج (٤/ ٢١٣) ، وإحياء علوم الدين (١٧/١) ، وتيسير التحرير (٢/ ٢١٣) .

(٢) أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني فقيه العصر ولد بواسط وعاش سبعا وخمسين سنة وسمع أبا حنيفة ومالك بن مغول وطائفة وكان من أذكى العالم قال أبو عبيد ما رأيت أعلم بكتاب الله منه وقال الشافعي لو أشاء أن أقول تزل القرآن بلغة محمد بن الحسن لقلت لفصاحته وقال محمد بن الحسن خلف أبي ثلاثين ألف درهم فأنفقت نصفها على النحو وولي القضاء بعد محمد بن الحسن علي ابن حرملة التيمي صاحب أبي حنيفة . توفي سنة ١٨٩ هـ . انظر : طبقات الفقهاء للشيرازي

(٣) الكسب ص ٤٤ ، ٦٣ .

(٤) رواه الإمام أحمد في مسنده من حديث ابن عباس (١/ ٣١٣) وحديث عبادة بن الصامت (٣٨/ ٧٨) ، والدارقطني عن أبي سعيد الخدري في كتاب البيوع (٣/ ٧٧) ، والإمام مالك في موطنه من حديث يحيى المازني عن أبيه (٤/ ١٠٧٨) . وقال عنه الألباني في التعليقات الرضية (٢/ ٢٥٧) : "حسن أو صحيح لكثرة طرقه"

المالك من إشعال النار في يوم عاصف ، ولو كان في ملكه ، ما دام يترتب عليه إحراق شيء من أموال الجيران ، حيث يعتبر متعديا ، وعليه الضمان<sup>(١)</sup>.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/١٥) ، وفتح القدير (٥٠٦/٥) ، وحاشية ابن عابدين (٤٤٣/٥) ، ونهاية المحتاج (٣٢٧/٥) ، والقوانين الفقهية ص ٣٧٠ ، والمغني لابن قدامة (٣٨٨/٤) .



## **المبحث الثاني: التعريف بالاستحقاق ، والتصرف ، والانتقال ، والملك.**

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الاستحقاق لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: تعريف التصرف لغة واصطلاحاً.

المطلب الثالث: تعريف الانتقال لغة واصطلاحاً.

## المطلب الأول :

### تعريف الاستحقاق

### تعريف الاستحقاق لغة :

استحق الشيء والأمر: و استَحَقَّهُ أي استوجبه ، وفي التزويل العزيز ﴿ فَإِنَّ عُثْرَ عَلَى أَنَّهُمَا أَسْتَحَقَّا إِثْمًا ﴾ (المائدة: ١٠٧) أي استوجبا العقوبة<sup>(١)</sup>.

وفي الصحاح للجوهري<sup>(٢)</sup> "أحققت الشيء: أي أوجبته ، واستحققته ، أي: استوجبته"<sup>(٣)</sup>.

وفي لسان العرب لابن منظور<sup>(٤)</sup>: " **والاستحقاق والاستيجاب قريبان من السواء**"<sup>(١)</sup>.

(١) انظر: المعجم الوسيط (١/١٨٨)

(٢) هو إسماعيل بن حماد الجوهري، أبو نصر: أول من حاول (الطيران) ومات في سبيله. لغوي، من الأئمة. أشهر كتبه (الصحاح) مجلدان . وله كتاب في (العروض) ومقدمته في (النحو) أصله من فاراب، ودخل العراق صغيراً، وسافر إلى الحجاز فطاف البادية، وعاد إلى خراسان، ثم أقام في نيسابور. وصنع جناحين من خشب وربطهما بجبل، وصعد سطح داره، ونادى في الناس: لقد صنعت ما لم أسبق إليه وسأطير الساعة. توفي سنة ٣٩٣ هـ. انظر: البلغة في تراجم أئمة النحو واللغة (٥/٣٢) .

(٣) انظر: الصحاح (٥/١٤٦)

(٤) هو أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الانصاري الرويفعي الافريقي، صاحب (لسان العرب): الامام اللغوي الحجة. من نسل رويغ بن ثابت الانصاري. ولد بمصر (وقيل: في طرابلس الغرب) وخدم في ديوان الانشاء بالقاهرة. ثم ولي القضاء في طرابلس. وعاد إلى مصر فتوفي فيها، وقد ترك بخطه نحو خمسمائة مجلد، وعمي في آخر عمره. قال ابن حجر: كان مغرماً باختصار كتب الادب المطولة. وقال الصفدي: لا أعرف في كتب الادب شيئاً إلا وقد اختصره أشهر كتبه =

## تعريف الاستحقاق اصطلاحاً :

جاء في القاموس الفقهي لسعدي أبو جيب "الاستحقاق: طلب الحق.

وشرعاً: ظهور كون الشيء حقاً واجباً للغير"<sup>(٢)</sup>.

وجاء في المطلع "تقول: استحق فلان العين فهي مستحقة ؛ إذا ثبت أنها حقه"<sup>(٣)</sup>.

= (لسان العرب) عشرون مجلداً، جمع فئه أمهات كتب اللغة، فكاد يغني عنها جميعاً.. توفي سنة ٧١١ هـ .

انظر: الأعلام للزركلي (١٠٨/٧) .

(١) انظر: لسان العرب (٤٩/١٠)

(٢) القاموس الفقهي (٩٤/١)

(٣) المطلع (٢٧٥/١)

## المطلب الثاني :

### تعريف التصرف لغة

#### تعريف التصرف لغة :

هو الانتقال من حال إلى حال ، ولذا يقال للرجل الذي يصرف الدراهم بالدنانير والعكس صيرفي ؛ لأنه متقلب في أموره مجرب لأحوالها<sup>(١)</sup>.

#### تعريف التصرف شرعا :

هي الأعمال التي يترتب عليها حكم الشارع من صحة أو فساد<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر: لسان العرب (١٨٩/٩)

(٢) انظر: القاموس الفقهي (٢١٠/١)

## المطلب الثالث : تعريف الانتقال

### تعريف الانتقال لغة:

مأخوذ من النقل وهو تحويل الشيء من موضع إلى موضع<sup>(١)</sup>.

### وأما تعريف الانتقال شرعا:

فهو مطابق لتعريفه لغة<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر: مختار الصحاح (٦٨٨/١)

(٢) انظر: القاموس الفقهي (٣٦٠/١)