نوازل الاعتياض عن الحقوق

في الفقه الإسلامي

دراسة تأصيلية

.....

أ.م.د. ريان توفيق خليل

كلية الإمام الأعظم "أبي حنيفة النعمان" نينوى

الملخص

يدرس هذا البحث النوازل الفقهية المتعلقة بالاعتياض عن الحقوق في الفقه الإسلامي من خلال أربعة مباحث:

المبحث الأول: يدرس العلاقة بين المال والملك والحق وأثرها في الاعتياض عن الحقوق.

المبحث الثاني: يقسم الحقوق إلى قسمين رئيسين، الأول: الحقوق الأصلية: وهي الحقوق التي تستند في شرعيتها إلى الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس، والثاني: الحقوق التبعية: وهي التي تستند إلى أحد المصادر التبعية.

ويقسم كلا من هذين النوعين إلى زمرتين: الأولى الحقوق التي شرعت على وجه الأصالة كحق القصاص والخلع، والثانية: الحقوق التي شرعت لدفع الضرر، كحق الشفعة وقسم الزوجة.

أما النوع الثاني فيتجلى في الحقوق التي أقرها العرف واعتبرها متمولة كحق الخلو والنزول عن الوظائف وحق الابتكار والتأليف.

المبحث الثالث: حاول أن يتلمس الضابط لما يجوز الاعتياض عنه ، وما لا يجوز الاعتياض عنه، فالضابط عند الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة) هو صحة الاعتياض عن الحقوق التي شرعت على وجه الأصالة كحق القصاص وحق الإبقاء على الزوجية، وعدم صحة الاعتياض عن الحقوق التي شرعت لدفع الضرر كحق الشفعة وقسم الزوجة .

أما المالكية فالضابط عندهم هو صحة الاعتياض عن الحقوق إذا ترتب عن التنازل إيصال نفع للمنزول عنه ضمن محددات معينة.

المبحث الرابع: درس جملة من نوازل الاعتياض عن الحقوق، وبين حكم الاعتياض عنها، وهي:

١. التنازل عن مقعد الحج.

٢. تنازل المؤجر عن العين المؤجرة.

٣. الاعتياض عن التخصص العلمي.

٤. الاعتياض عن الحق في عقد الفرنشايز.

Abstract

This study investigates the issue of consideration for rights in Islamic Jurisprudence through four sections. The first one studies the relationship between property, ownership and right and its effect on consideration for rights. The second section divides rights into two main categories: the first one is the basic rights which derive their legality from the Quran ,the Sunnah, juristic consensus or analogy by reason, and collateral rights based on one of the collateral sources

Each of the two categories is further divided into two subcategories: The first one is the rights legalized originally, such as the right of retaliation and the right of divorce (in return for a monetary compensation to be paid by the wife to the husband) and the rights legalized to avoid damage, such as the right of preemption and wife's oath. The second subcategory features in the rights acknowledged by custom and deemed to be acquired, such as the rights of emptiness, giving up jobs , innovation and authorship.

The third section revolves around the governing factor that renders consideration permissible or not. For the majority of jurists (Hanafi ,Shafii and Hanafi jurists) the governing factor is the validity of consideration for rights legalized originally, such as the right of retaliation and maintaining spousal bond ,and invalidity of consideration for rights legalized to avoid damage, such as the right of preemption and wife's oath.

As for Maliki jurists, the governing factor is the validity of consideration for rights if a benefit is consequent from relinquishment to the one for whom relinquishment is made within certain limits .

The fourth section is devoted to researching the contemporary rights,

explaining the legal provision of consideration for them ,such as(giving up the reserved seat for pilgrimage to Mecca ,giving up the rented property by the lessor, consideration for academic specialization, and when debtor relinquishes his right as to the due date

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين، وعلى آله وصحبه أجمعين.

وبعد .. فيُعدّ الاعتياض عن الحقوق من القضايا التي شغلت العقل الفقهي قديماً وحديثاً، وتناولت المدونات الفقهية صوراً عديدة للاعتياض، واتفقت الأنظار في بعض منها، واختلفت في أخرى، ويعسر أن نجد ضوابط فقهية واضحة الحدود، غير متداخلة المسائل يمكن الاهتداء بها لحسم ما يجوز الاعتياض عنه من الحقوق مما لا يجوز، فقد تناول الفقهاء مسائل كثيرة من هذا القبيل، واختلفوا في حكم الاعتياض عنها، منها مسألة الخلو والنزول عن الوظائف والتنازل عن الشفعة و حق العلو إلى غير ذلك، والذي يعنينا في هذه الدراسة هو محاولة تتبع الجزئيات في هذا الخصوص لمحاولة اكتشاف المشتركات في موضوعات المسائل لتلمس الضوابط الفقهية الجامعة لما يجوز الاعتياض عنه من الحقوق مما لا يجوز، ثم استثمار هذه الضوابط للوقوف على جملة من النوازل المعاصرة في هذا الإطار.

وهذا لا يعني أن موضوع الاعتياض عن الحقوق جديداً من كل وجه، بل قد تم تناول العديد من مسائله في بحوث مستقلة، ولكنه من وجهة نظر الباحث مازال بحاجة إلى مزيد من العناية على صعيد الشكل والمضمون، أما جانب الشكل فيكمن في طبيعة تصنيف الحقوق من حيث جواز الاعتياض وعدمه، بحيث تكون الأقسام غير متداخلة، ليتسنى بعد ذلك معرفة الحكم الخاص بكل حق، الأمر الذي يمهد الطريق لتخريج النوازل المعاصرة المتعلقة بالاعتياض عن الحقوق.

وأما جانب المضمون فيكمن في الوقوف على مناط حكم كل مسألة؛ بغية استخراج الضابط الذي يحكمها، ثم عقد موازنة بين الاتجاهات الفقهية المختلفة لترجيح ما تدعمه الأدلة ومقاصد التشريع العامة.

وفي نهاية المطاف يأتي دور قطاف ثمرة هذا الجانب التنظيري بتقسيماته وضوابطه ومحدداته للوقوف على جملة من النوازل الفقهية المعاصرة التي يدور أمرها بين أكثر من شبه كمسألة التنازل عن مقعد الحج ، أو سبق اليد إلى استئجار موقع تجاري، أو التنازل عن منفعة اللقب العلمي للحصول على رخص فتح الكليات أو المحالّ التجارية

وغير ذلك.

مشكلة البحث:

فتكمن في تصنيف جملة من النوازل المعاصرة، بغية التعرف على حكمها الفقهي من حيث جواز الاعتياض من عدمه، وهذه النوازل هي:

١. التنازل عن مقعد الحج.

٢. تنازل المؤجر عن العين المؤجرة.

٣. الاعتياض عن التخصص العلمي.

٤. الاعتياض عن الحق في عقد الفرنشايز.

منهج البحث:

سأتبع في هذا البحث بمشيئة الله المنهج الاستقرائي الاستنباطي، الذي يعتمد على تتبع ما ورد في المسألة من أقوال فقهية، ومعرفة مناط كل مسألة؛ بغية تصنيفها تصنيفا يسهل استكشاف حكم النوازل العاصرة.

خطة البحث:

ينقسم البحث إلى مقدمة، وأربعة مباحث، وخاتمة:

أما المقدمة فتتناول أهمية البحث، ومدى الإضافة فيه على البحوث التي درست مسألة الاعتياض عن الحقوق.

المبحث الأول : ثلاثية المال والملك والحق وأثرها في الاعتياض.

المبحث الثاني : الاعتياض عن الحقوق في المدونات الفقهية وتصنيفها.

المبحث الثالث : ضوابط الاعتياض عن الحقوق.

المبحث الرابع : النوازل الفقهية المعاصرة.

الخاتمة: وفيها أبرز النتائج.

المبحث الأول

ثلاثية المال والملك والحق وأثرها في الاعتياض

يمثل كل من المال والملك والحق نسقا فقهيا في الاعتياض بصفة عامة، وقد اهتم القدماء في مدوناتهم الفقهية والأصولية بتحديد هذه المصطلحات الثلاثة، وأَلَّفَ المعاصرون في ذلك رسائل جامعية، وكتبوا بحوثا كثيرة، فضلا عن الكتب التي أبدعتها أنامل ثلة من فقهاء العصر[١]، والذي يعنينا هو خلاصة ما انتهوا إليه، دون الدخول في التفاصيل، إذ ذلك خارج عن نطاق دراستنا، ويمكن بناء الأرضية التأصيلية من خلال البناء المفاهيمي الآتي:

أولا: المال

يمكننا أن نرصد اتجاهين في تعريف المال:

الإتجاه الأول للحنفية:

١. قال السرخسي: ((والمال اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به، ولكن باعتبار صفة التمول والإحراز))[٢] .

٢. قال ابن نجيم: ((وفي الحاوي القدسي، المال: اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي، وأمكن إحرازه، والتصرف فيه على وجه الاختيار))[٣]

٣. قال ابن عابدين: ((المال: ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة))[٤] .

ومن خلال هذه التعريفات يتبين أن عنصر المالية عند الحنفية هو التمول، وهو إمكانية الادخار، وهذا ما صرح به السرخسي، فقال: ((والتمول: صيانة الشيء، وادخاره لوقت الحاجة)) وهذا يستلزم أن يكون المال عينا؛ إذ الادخار لا يتصور في المنافع، وبناء على ذلك قرروا أن المنفعة لا تعد مالا[٥]، كما سيجيء.

وقد تعرض السرخسي لبيان وظيفة المال بقوله: "والمال اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به" واحترز ابن نجيم بقوله "والتصرف فيه على وجه الاختيار" عن إباحة التصرف بنحو الميتة حالة الاضطرار، في حين أننا لا نجد

هذا القيد في تعريفي السرخسي وابن عابدين، والسبب في ذلك أن المال عند الحنفية نوعان، مال متقوم، ومال غير متقوم، فمن عرف مطلق المال أسقط هذا القيد، ومن أراد بالمُعَرَّف المال المتقوم ذكر هذا القيد، قال ابن عابدين بعد أن تعرض لكل من المال والمتقوم: ((وحاصله أن المال أعم من المتقوم))[٦] .

الإتجاه الثاني: وهو للمالكية والشافعية والحنابلة

١. قال الشاطبي: ((وأعني بالمال ما يقع عليه الملك، ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه))[٧] .
٢. قال الزركشي: ((المال ما كان منتفعا به، أي مستعدا لأن ينتفع به، وهو إما أعيان أو منافع))[٨].
٣. قال المرداوي: ((وهو – المال – ما فيه منفعة مباحة لغير ضرورة))[٩].

فالتعريف الأول أشار إلى المحل، والثاني والثالث أشارا إلى خاصَّة المحل وهي الانتفاع، والتقييد بالإباحة للاحتراز عما فيه منفعة غير مباحة كالخمر والخنزير، وتقييد الإباحة لغير الضرورة، للاحتراز عما فيه منفعة مباحة للضرورة كالكلب.

وبهذا يتبين أن عنصر المالية عند الجمهور هو المنفعة المباحة لغير ضرورة، وعلى هذا فإن المنفعة من قبيل المال عندهم خلافا للحنفية.

ثانيا: الملك، ويمكن الوقوف على جملة من التعريفات، وكما يأتي:

١. قال التفتازاني: ((والتحقيق أن المنفعة ملك لا مال؛ لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص، والمال ما من شأنه أن يدخر للانتفاع به وقت الحاجة))[١٠].
٢. قال الكمال في تعريف الملك: ((هو قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف))[١١] وأخرج بقوله ابتداء قدرة الوكيل على التصرف، فإنها مستمدة من الأصيل، وليست ابتداء.
٣. قال ابن الشاط: ((والصحيح في حد الملك: أنه تمكن الإنسان شرعا بنفسه أو بنيابة من الانتفاع بالعين أو المنفعة، ومن أخذ العوض عن العين أو المنفعة))[١٢] .
٤. قال الزرقا: ((اختصاص حاجز شرعاً، يسوغ صاحبه التصرف إلاّ لمانع))[١٣] .

وتكاد تتفق هذه التعريفات على أن الملك هو العلاقة التي أقرها الشارع الكريم بين الإنسان من جهة،

والأعيان والمنافع من جهة ثانية، بحيث يتمكن من الانتفاع بهما[١٤]، وتجدر الإشارة إلى أن الفرق بين اتجاهي الحنفية والجمهور هو أن المنفعة مندرجة في الملك عند الحنفية، كما هو صريح عبارة التفتازاني، بيد أنها مندرجة في المال عند الجمهور، وهذا الفرق لا يرتب أثراً على صعيد الملكية؛ إذ هي شاملة للأعيان والمنافع بالاتفاق.

ثالثا: الحق، ويمكن الوقوف على جملة من التعريفات، وكما يأتي:

١. قال التفتازاني: ((المراد بحق الله: ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد، فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه ... ومعنى حق العبد: ما يتعلق به مصلحة خاصة، كحرمة مال الغير))[١٥] .

٢. عرَّفه الشيخ علي الخفيف بقوله: ((مصلحة مستحقة شرعاً))[١٦] .

٣. عرَّفة الشيخ مصطفى الزرقا بقوله: ((اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً))[١٧].

ويلحظ أن الشيخ علي الخفيف قد عرَّف الحق بالمصلحة، والحقيقة أن المصلحة مترتبة على الحق، وليست عينه، وحقيقة الحق هو الاختصاص كما هو صريح تعريف الزرقا، ويمكن حمل كلمة "ما" في تعريف التفتازاني عليه، فكأنه قال حق العبد: اختصاص يتعلق به مصلحة خاصة.

وبهذا القدر يقترب تعريف الزرقا من تعريف التفتازاني، إلاّ أن الزرقا قد بين مصدر الحق بقوله: "يقرر به الشرع" . كما أنه تعرض لقسمي الحق؛ إذ الحق تارة يتضمن سلطة على شخص، كحق الولاية على النفس، أو على شيء معين كحق الملكية، وتارة يتضمن تكليفا، كقيام الأجير بعمله[١٨].

العلاقة بين المال والملك والحق:

من خلال التأمل في التعاريف السابقة، يتبين لنا أن الحق أعم مطلقا من الملك؛ إذ الحق شامل لكل اختصاص سواء تعلق بالمال كحق البائع بالثمن، أم بغيره كحق الولي على الصغير، أو تعلق بالمنفعة كما هي الحال في الإجارة، أما الملك فالاختصاص فيه مقصور على المال والمنفعة.

أما العلاقة بين كل من الحق والمال، والملك والمال، فهي التباين؛ إذ المال مُتَعَلَّق الحق والملك، ومتعلَّق الشيء غيره بداهة، هذا من حيث المفهوم، أما من حيث الماصدق فإن الملك أعم مطلقا من المال عند الحنفية؛ إذ المنفعة

ليست مالا عندهم، ومساو له عند الجمهور؛ لأن المال متناول للعين والمنفعة على رأيهم.

الاعتياض وأنواعه:

الاعتياض مصدر الفعل اعتاض، بمعنى أخذ العوض، والعوض هو البدل، واعتاضه جاءه طالبا العوض[١٩]، ولا يخرج استعمال الفقهاء عن المعنى اللغوي، وبهذا فإن الاعتياض يكون في مقابلة الأعيان والمنافع والحقوق؛ إذ كل منها يجري فيه طلب العوض، فالاعتياض عن الأعيان بيع، وعن المنافع إجارة، وليس للاعتياض عن الحقوق مصطلح خاص، وسينحصر بحثنا في الجنس الأعم وهو الحق، ولكن لا باعتبار تحققه في البيع والإجارة؛ إذ الاعتياض عن الأموال والمنافع قد تم استيعابها في كتب الفقه ضمن كتابي البيع والإجارة، أما الاعتياض عن الحقوق غير المتعلقة بالأعيان والمنافع فهي متناثرة في أبواب متفرقة، وهي بحاجة إلى جمع وتصنيف وتقعيد.

وتجدر الإشارة إلى أن الاعتياض عن الحقوق على ضربين، الأول: هو محض إسقاط للحق دون نقله إلى الباذل، كما في صورة الاعتياض عن حق القصاص، فإن الحق في هذه الصورة يسقط، ولا ينتقل إلى الباذل، والثاني: ينتقل إلى الباذل كما في صورة الاعتياض عن الحقوق المعنوية، فإن الحق ينتقل إلى الباذل، ويصبح هو مالكا للحق، ولما يترتب عليه.

المبحث الثاني

الاعتياض عن الحقوق في المدونات الفقهية وتصنيفها

تناول الفقهاء القدماء جملة من صور الاعتياض عن الحقوق، واتفقوا في صور واختلفوا في أخرى، ومن خلال النظر في عدد غير قليل من الجزئيات التي تعرضوا لها تكونت لدى الباحث فكرة لتصنيف هذه الحقوق بطريقة قد تكون أدعى لضبطها، ومعرفة ما يجوز الاعتياض عنه مما لا يجوز، وكما يأتي:

يمكن تقسيم الحقوق ابتداء من حيث استنادها إلى الدليل إلى قسمين:

الأول: الحقوق الأصلية: ونعني بها الحقوق التي ثبتت اعتمادا على أحد المصادر الأصلية الأربعة، الكتاب والسنة والإجماع والقياس، وهذه الحقوق يمكن تقسيمها إلى زمرتين:

الأولى: الحقوق التي شرعت على وجه الأصالة لا على وجه دفع الضرر عن من ثبتت له فقط، ومنها: حق القصاص، وحق التعزير، وحق الزوج بإبقاء النكاح، فهذه الحقوق لم تشرع لمجرد دفع الضرر، بل شرعت على وجه الأصالة، بمعنى أنه حتى لو انتفى الضرر، فالحق باق ثابت في المحل، وسنستعرض جملة من هذه الحقوق:

١. حق القصاص: وهو من الحقوق الأصلية التي ثبتت بقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِف فِّي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنصُورًا ﴿٣٣﴾ ﴾[٢٠] ، فقد أثبت هذا النص حق القصاص للولي، قال النسفي في بيان قوله جل شأنه "فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا": ((تسلطاً على القاتل في الاقتصاص منه))[٢١] ، وهذا يشير إلى أن الحق قد شرع على وجه الأصالة، إذ الضرر المترتب على القتل لا يدفعه القصاص من القاتل؛ إنما القصاص هو لردع القاتل عن القتل، وهذا يشي بأن هذا الحق شرع على وجه الأصالة، وليس لمجرد دفع الضرر، نعم قد يندفع به الضرر المعنوي، ولكن المقصد الأصيل هو ردع من يريد الإقدام على القتل، وهذا ينعكس على استقرار أمن الناس عموما، قال أبو السعود في تفسير قوله تعالى:﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴿١٧٩﴾ ﴾[٢٢] : ((ونكر الحياة؛ ليدل على أن في

هذا الجنس نوعا من الحياة عظيما لا يبلغه الوصف، وذلك لأن العلم به يردع القاتل عن القتل، فيتسبب لحياة نفسين))[٢٣]

وبناء على ما تقدم فإن الفقهاء قد اتفقوا على جواز الاعتياض عنه[٢٤]، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ ٱلۡحُرُّ بِٱلۡحُرِّ وَٱلۡعَبۡدُ بِٱلۡعَبۡدِ وَٱلۡأُنثَىٰ بِٱلۡأُنثَىٰۚ فَمَنۡ عُفِيَ لَهُۥ مِنۡ أَخِيهِ شَيۡءٞ فَٱتِّبَاعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيۡهِ بِإِحۡسَٰنٖ ﴾ [٢٥] ووجه الاستدلال أن الفعل **"عُفِيَ"** قد أسند إلى المصدر **"شَيۡءٞ"** والمصدر المبهم في حكم الموصوف، فلذا صح نيابته عن الفاعل، نحو سير بزيد بعض السير[٢٦].

وعلل الحنفية لصحة الاعتياض عن حق القصاص بأنه حق ثابت في المحل، فجاز أخذ العوض عنه[٢٧]. وعلل المالكية جواز الصلح عن دم العمد بأن العمد لا دية فيه، فجاز الصلح عنه[٢٨]، أما الحنابلة فقد عللوا جواز الصلح بوجهين، الأول: أنه عوض عن غير مال، والثاني: أنه صلح عما لا يجري فيه الربا، فأشبه الصلح عن العروض[٢٩].

٢. الصلح عن حق الزوج ببقاء النكاح، وصورة ذلك أن يخالع الزوج زوجته، فيتنازل عن حقه ببقاء النكاح، وهذا الحق من الحقوق الأصلية، ثبتت مشروعيته بقوله تعالى: ﴿ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦ ﴾[٣٠] قال البيضاوي: (("فَلا جُناحَ عَلَيْهِما فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ" على الرجل في أخذ ما افتدت به نفسها واختلعت، وعلى المرأة في إعطائه))[٣١] .

وهذا الحق ثبت أصالة؛ لأن الزوج يملك النكاح، ويملك رفعه بالطلاق، فلا يتصور أن هذا الحق قد شرع لدفع الضرر عن الزوج، نعم قد يرد أن الافتداء بالمال من جهة الزوجة غالبا ما يكون لدفع ضرر بقاء النكاح، فكيف جاز الاعتياض عنه؟

ويجاب عن ذلك بأن للمرأة حق دفع ضرر بقاء النكاح من خلال اللجوء إلى القضاء، فيرسل القاضي حكمين عملا بموجب قوله تعالى: ﴿ وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرٗا ٣٥ ﴾[٣٢] فإذا ثبت أن الزوج مضار، طلق الحكمان أو

القاضي على خلاف وتفصيل بين الفقهاء[٣٣]. أما الخلع فهو إجراء مستعجل لتخطي عقبة الإثبات التي يتطلبها اللجوء للقضاء، فضلا عن المدة التي يستغرقها النطق بالحكم، وبهذا يكون الضرر مجرد احتمال؛ لأنه لم يقترن بقضاء القاضي.

فحق إبقاء النكاح حق ثابت في المحل أسوة بحق القصاص[٣٤]، ولا خلاف بين الفقهاء في جواز الاعتياض عنه[٣٥].

٣. الصلح عن التعزير، أجاز الحنفية الصلح عن حق التعزير؛ وعللوا ذلك بأنه حق العبد، فيجوز الاعتياض عنه أسوة بحق القصاص ، وهذا يعني أن حق التعزير من الحقوق الأصلية كونه ثبت بالقياس على حق القصاص، وما يقال في حق القصاص من جهة كونه قد ثبت على وجه الأصالة، يقال في حق التعزيز.

ثانيها: الحقوق التي شرعت لا على وجه الأصالة، بل شرعت لأمر عارض في المكلف وهو دفع الضرر عنه، كحق الشفعة، وحق الزوجة في القسم، وحق القذف، وخيار المخيرة، وخيار الشرط والرؤية، وسنستعرض جملة من هذه الحقوق:

١. **حق الشفعة**، وهو من الحقوق الأصلية التي ثبتت بالسنة، فعَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا قَالَ: ((قَضَى رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ مَا لَمْ يُقْسَمْ فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصُرِّفَتِ الطُّرُقُ فَلَا شُفْعَةَ))[٣٦] كما أن الشفعة ليست حقا أصيلا ثابتا في المحل كحقوق الزمرة الأولى، بل هو حق شرع لدفع الضرر عن الشفيع لما قد يلحقه من الشريك أو الجار، من هنا لم يجز الحنفية والشافعية والحنابلة الاعتياض عنه، قال المرغيناني في معرض التعليل لعدم جواز الاعتياض عن الشفعة: ((لأنه حق التملك، ولا حق في المحل قبل التملك))[٣٧] وهذا يعني أن حق الشفعة هو مجرد خيار أثبته الشارع للشفيع، وليس حقا أصيلا متقرراً في المحل كحقوق الزمرة الأولى، وقال الشيرازي: ((وإن قال صالحني عن الشفعة على مال لم يصح الصلح؛ لأنه خيار فلا يجوز أخذ العوض عنه، كخيار الشرط))[٣٨] وقال ابن قدامة: ((فإن صالح عن حق الشفعة لم يصح الصلح؛ لأنه حق شرع على خلاف الأصل لدفع ضرر الشركة، فإذا رضي بالتزام الضرر سقط الحق من غير بدل كحد القذف، إلا أنه يسقط ههنا وجها واحدا؛ لكونه حقا لآدمي))[٣٩] وأجاز المالكية الاعتياض عن حق

الشفعة[٤٠]، قال القرافي: ((ولو أراد المشتري البيع فلم يسقط الشفيع الشفعة إلا بعوض من المشتري أو من المشتري الثاني جاز خلافا ل ش، لنا أنه ملك الأخذ فجازت المعاوضة عليه كالعقار، وقياسا على تمليك الزوجة أمرها، وقياسا على أخذ الأمة العوض إذا عتقت على أن لا توقع طلاقا))[٤١].

المناقشة والترجيح:

بعد النظر في مناط المسألة يترجح للباحث رأي الجمهور؛ إذ الشفعة ليست حقا أصيلا في المحل، بل هو حق عارض أثبته الشارع الكريم استثناء من القاعدة الكلية المطردة في جنس هذه المسائل؛ لدفع الضرر عن الشفيع، فإذا أراد الاعتياض عنه تبين أنه غير متضرر، فيبطل العوض، ويسقط حقه في الشفعة عند الحنفية والحنابلة[٤٢]؛ واختلف الشافعية في سقوطها على قولين[٤٣] ، وهذا يدل على أن حق الشفعة ليس حقا أصيلا عندهم، ويجاب عن مدرك المالكية بأن إثبات حق الأخذ للشفيع لا يستلزم جواز الاعتياض عنه؛ والمسألتان اللتان جعلتا أصلا للقياس فهي من مورد النزاع.

٢. **حق القَسْم بين الزوجات**، وهو حق أصلي ثبت بعبارة قول النبي صلى الله عليه وسلم: ((إِذَا كَانَ عِنْدَ الرَّجُلِ امْرَأَتَانِ، فَلَمْ يَعْدِلْ بَيْنَهُمَا، جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَشِقُّهُ سَاقِطٌ))[٤٤] وهذا الحق ليس حقا أصيلا، بل ثبت لدفع الضرر عن الزوجة كما يشعر به هذا الحديث، وبناء على هذا لم يجز الحنفية والشافعية والحنابلة الاعتياض عنه، وعلل الحنفية عدم الجواز بأنه اعتياض عن حق لم يجب بعد، وبنوا على هذا أن الزوجة لو تركت قَسْمَها لضرتها بلا عوض صح ذلك، ولها الرجوع؛ لأن حقها في القَسْمِ لم يجب؛ إذ ليس القسم حقا متقررا، بل يجب مسقبلا[٤٥]. وعلل الشافعية عدم الجواز بأن هذا الحق ليس عينا ولا منفعة؛ إذ إن مقام الزوج عندها ليس بمنفعة مَلَكَتْها عليه[٤٦]. وعلل الحنابلة عدم الجواز بأن حق المرأة في كون الزوج عندها، وليس ذلك بمال[٤٧]. وهذه التعليلات لا تتنافى مع الأصل الذي قررناه من أن الحق في هذه الزمرة ليس أصيلا بل لدفع الضرر عن صاحبه، فالحنفية قد عللوا عدم جواز الاعتياض بأن حق القسم حق لم يجب بعد كما مر، ومع ذلك فإن ابن عابدين قد قرر الأصل الذي تبنى عليه هذه الزمرة بقوله: ((وحاصله: أن ثبوت حق الشفعة للشفيع، وحق القسم للزوجة وكذا حق الخيار في النكاح للمخيرة إنما هو لدفع الضرر عن الشفيع والمرأة، وما ثبت لذلك لا

يصح الصلح عنه؛ لأن صاحب الحق لما رضي علم أنه لا يتضرر بذلك، فلا يستحق شيئا))[٤٨] .

أما المالكية فقد أجازوا الاعتياض عن حق القسم، وعللوا ذلك بأنه من قبيل إسقاط الحق[٤٩].

المناقشة والترجيح:

الأصل الذي اعتمد عليه الفريق الأول هو أن حق القسم للزوجة إنما شرع من أجل دفع الضرر عنها، وليس حقا أصيلا ثابتا في المحل ليصح الاعتياض عنه، ويدل على هذا الأصل قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا۟ فِى ٱلْيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُوا۟ ﴿٣﴾ ﴾[٥٠] فقد أباح المولى التعدد، ثم نَوَّهَ إلى ضرورة العدل حالة التعدد، فإن خشي أن لا يعدل فواحدة، أو ما ملكت اليمين، وهذا هو الأقرب إلى أن لا يعول الزوج، أي أن لا يميل، قال أبو السعود: ((العَول: الميلُ من قولهم عال الميزانُ عَوْلاً إذا مال، وعال في الحكم أي جار، والمرادُ هنا الميلُ المحظورُ المقابلُ للعدل))[٥١] واستدل المالكية لجواز الاعتياض عن حق القسم بقوله تعالى: ﴿ وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ۚ وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ ۗ ﴾[٥٢] قال القرطبي: ((قال علماؤنا: وفي هذا أن أنواع الصلح كلها مباحة في هذه النازلة، بأن يعطي الزوج على أن تصبر هي، أو تعطي هي على أن يؤثر الزوج، أو على أن يؤثر ويتمسك بالعصمة، أو يقع الصلح على الصبر والأثرة من غير عطاء، فهذا كله مباح))[٥٣] .

وهذا الاستدلال لا يتم تقريبه، إذ اللازم من الدليل أعم من الدعوى؛ فالدليل يقرر مبدأ الصلح، أعم من أن يكون بعوض أو دون عوض، والدعوى صلح الزوجة عن قَسْمِها بمال، فلا يتم الاستدلال.

والذي يترجح لدى الباحث هو عدم جواز الاعتياض عن حق القسم؛ استنادا إلى الأصل المقرر في هذه الزمرة من أن الحق الذي شرع لدفع الضرر ليس حقا متقرراً في المحل، بل هو حق لعارض دفع الضرر، فلا يصح الاعتياض عنه.

٣. **حق القذف**، وهو من الحقوق الأصلية ثبت بقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا ۚ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ﴿٤﴾ ﴾[٥٤] كما أنه شرع لدفع الضرر عن المقذوف، فهو

ليس حقا متقرراً في المحل كما هو الحال في حق الشفعة وقسم المرأة، قال المرغيناني: ((ويشترط مطالبة المقذوف؛ لأن فيه حقه من حيث دفع العار، وإحصان المقذوف))[٥٥] .. ولم تجز المذاهب الفقهية الأربعة الاعتياض عن هذا الحق، فالحنفية عللوا المنع بأن المغلب في حد القذف هو حق الله، وحقوق الله لا يصح الاعتياض عنها[٥٦]، أما المالكية فقد عللوا المنع بأنه اعتياض عن العرض[٥٧]، والعرض مما لا يعتاض عنه، أما الشافعية فقد عللوا المنع بأن حق الحد في القذف ليس بمال ولا يؤول إلى المال[٥٨]، وأما الحنابلة فقد عللوا عدم جواز الاعتياض بأنه إن كان حقا لله لم يكن للعبد أخذ العوض عنه، وإن كان حقا للعبد فهو ليس حقا ماليا ليعتاض عنه، كما أن هذا الحق قد شرع لتنزيه العرض، والعرض لا يعتاض عنه بالمال[٥٩] .

٤. **خيار الشرط**: وهو من الحقوق الأصلية، ثبت بالسنة، فعن ابن عمر رضي الله عنهما، قال : ((سمعت رجلا من الأنصار وكانت بلسانه لوثة يشكو إلى رسول الله –صلى الله عليه وسلم– : أنه لا يزال يغبن فى البيع فقال له رسول الله –صلى الله عليه وسلم: إذا بايعت فقل لا خلابة، ثم أنت بالخيار فى كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال، فإن رضيت فأمسك، وإن سخطت فاردد))[٦٠] وقد شرع هذا الخيار لدفع ضرر الغبن كما صرح به ابن عمر رضي الله عنه.

واختلف الحنفية في الاعتياض عنه، فقد أجازه قاضي خان، واعتبر ذلك زيادة في الثمن إذا كان الخيار للبائع، وحطاً من الثمن إذا كان الخيار للمشتري[٦١]، في حين لم يجز البغدادي الاعتياض عن خيار الشرط، وجعله نظير الصلح عن الكفالة والشفعة وقسم الزوجة[٦٢].

ولم يجز الشافعية والحنابلة الاعتياض عن خيار الشرط[٦٣]، وعلل الشافعية المنع بأن المكلف لا يملك اسقاط خيار ثابت بالشرع[٦٤]، أما الحنابلة فقد عللوا المنع بأن كلا من الخيار في البيع أو الشفعة وحد القذف لم تشرع لاستفادة المال[٦٥]، وكأنهم رأوا أن الاعتياض يستلزم تغيير الوضع الذي شرع له الخيار ، ولم أرَ للمالكية تعرضا لهذه المسألة.

المناقشة والترجيح:

الذي يترجح للباحث هو قول قاضي خان؛ لأن خيار الشرط شرع للتروي لمن له الخيار، فإذا كان الخيار للبائع وأراد الفسخ، فإن الظاهر أن الفسخ لأجل شعوره بالغبن، فالعوض الذي يدفعه المشتري في هذه الصورة إنما هو لأجل رغبته بالمبيع، ودفع شعور البائع بالغبن، أما في صورة كون الخيار للمشتري فإن العوض الذي يدفعه البائع إنما هو لأجل رغبته بالثمن ودفع شعور المشتري بالغبن، فأمكن في هاتين الصورتين أن يجعل العوض الذي يدفعه المشتري ملتحقا بأصل العقد على أصل الحنفية بأن زيادة الثمن والحط منه تلحقان بأصل العقد خلافا لزفر[٦٦]، وبهذا خرجت هذه المسألة عن مجرد الاعتياض عن حق شرع لدفع الضرر، ولا يلزم تغيير الوضع الشرعي لخيار الشرط كما يرى الحنابلة؛ نظرا لصرف العوض إما إلى الثمن أو المبيع، خلافا للشفعة وحد القذف.

٥. **حق السبق إلى مكان بعينه**، كأن يسبق إلى الجلوس بمكان معين في المسجد ليجلس فيه، أو السوق ليبيع فيه، وهذا الحق من الحقوق الأصلية؛ إذ ثبت بقول النبي صلى الله عليه وسلم: ((من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له))[٦٧] .

وقد تعرض لهذا النوع من الحقوق من جهة الاعتياض كل من المالكية والشافعية والحنابلة، أما المالكية فالذي يستفاد من كلام الشيخ عليش عدم جواز الاعتياض عنه؛ إذ يقول: ((من ملك المنفعة فله المعاوضة عليها، وأخذ عوضها، ومن ملك الانتفاع بنفسه فقط فليس له المعاوضة عليها، ولا أخذ عوضها كساكن المدرسة والرباط والجالس في المسجد أو في الطريق، فليس لأحد إيجار مكانه من المسجد أو المدرسة أو الرباط أو الطريق؛ لأنه لم يملك منفعته، بل ملك انتفاعه بنفسه فقط))[٦٨] إلا أن كلام الدسوقي يدل على جواز الاعتياض؛ إذ يقول: (("قوله والجالس في المسجد، والأسواق" أي فإنه إنما يستحق الانتفاع بذلك المكان الذي اشتهر بالجلوس فيه من المسجد أو السوق، فليس له بيعه ولا إجارته ولا إعارته، نعم له أن يسقط حقه فيه لغيره على ما مر))[٦٩] إشارة إلى قوله السابق: ((ويجوز إسقاط الحق في الانتفاع ببيوت المدارس، والوظائف مجانا وفي مقابلة دراهم على المعتمد))[٧٠] وقد يقال إن مراد الشيخ عليش هو عدم إجازة الاعتياض عن طريق الإجارة كما صرح في نهاية كلامه المار، أما كلام الدسوقي فهو ناظر إلى إجازة إسقاط الحق مقابل دراهم، وهذا هو محل بحثنا.

أما الشافعية فلم يجيزوا الاعتياض عن حق السبق إلى المكان، قال الإمام النووي : ((قلت: وليس للإمام ولا غيره من الولاة أن يأخذ ممن يرتفق بالجلوس والبيع ونحوه في الشوارع عوضا بلا خلاف والله أعلم))[٧١] .

وأجاز الحنابلة الاعتياض عن حق السبق، قال البهوتي: (("وليس له" أي: لمن قلنا إنه أحق بشيء من ذلك السابق "بيعه" ؛ لأنه لم يملكه، كحق الشفعة قبل الأخذ، وكمن سبق إلى مباح، لكن النزول عنه بعوض لا على وجه البيع جائز كما ذكره ابن نصر الله قياسا على الخلع))[٧٢] .

أما الحنفية فقد تعرضوا لهذا الحق من جهة المشروعية، ولم يتعرضوا له من جهة الاعتياض، قال السرخسي: ((كل من سبق إلى موضع فهو أحق به، ولكن ليس له أن يتعنت، ويقصد الإضرار بالغير))[٧٣] إلا أن القياس على جنس المسائل التي تعرضوا فيها للاعتياض تشي بأنهم لا يجيزون الاعتياض عن هذا الحق، إذ إن النظر يقتضي بأن سبب مشروعيته هو دفع الضرر عن السابق بمزاحمة اللاحق.

الثاني: الحقوق التبعية: ونعني بها الحقوق التي ثبتت اعتمادا على أحد المصادر التبعية كالعرف مثلا.. وعلى الرغم من أنها منحصرة في الحقوق الثابتة بالعرف بحكم الاستقراء، إلا أنا آثرنا تسميتها بالحقوق التبعية، ولم نسمها بالحقوق العرفية لوجهين، الأول: إن هذا أنسب للمقابلة مع الحقوق الأصلية التي ثبتت اعتمادا على المصادر الأربعة، والثاني: لفسح المجال لما قد ينشأ من الحقوق مستقبلا وهو خارج عن دليل العرف؛ إذ قد يستجد ما يستند إلى المصلحة أو الاستحسان، فيكون هذا التصنيف أدعى للضبط.

ومعنى كونها حقوقا عرفية هو أن الشريعة لم تقرَّها ابتداء، بل بواسطة إقرارها لمبدأ العرف، وجعله دليلا للاستدلال بشرائط مخصوصة.

ويمكن تقسيمها إلى زمرتين أسوة بالحقوق الأصلية:

الأولى: ما ثبت على وجه الأصالة، بمعنى أنها حقوق شرعت على وجه الأصالة، وليس لدفع ضرر عارض، وسنستعرض جملة من هذه الحقوق كما يأتي:

١. حق الخلو: قال محمد قدري باشا: ((الخلو المتعارف في الحوانيت هو أن يجعل الواقف أو المتولى أو المالك على

الحانوت قدراً معيناً من الدراهم يؤخذ من الساكن، ويعطيه به تمسكاً شرعياً، فلا يملك صاحب الحانوت بعد ذلك إخراج الساكن الذي ثبت له الخلو، ولا إجارة الحانوت لغيره ما لم يدفع له المبلغ المرقوم))[٧٤] . ويستفاد من التعريف أن المبلغ الذي يدفعه الساكن إنما هو في مقابل المكوث في الحانوت، وأن هذا المكوث ملغي برد المبلغ المدفوع.

وهذا الحق قد تعارفه الناس قديما في بعض الأماكن، فهو من الحقوق التبعية، قال ابن نجيم: ((والحاصل أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص، ولكن أفتى كثير من المشايخ باعتباره؛ فأقول على اعتباره: ينبغي أن يفتى بأن ما يقع في بعض أسواق القاهرة من خلو الحوانيت لازم، ويصير الخلو في الحانوت حقا له؛ فلا يملك صاحب الحانوت إخراجه منها، ولا إجارتها لغيره، ولو كانت وقفا))[٧٥] كما يمكن القول إنه حق ثابت أصالة؛ نظرا لتقومه عرفا، ولذا استقرت الفتوى عند الحنفية على جواز الاعتياض عنه[٧٦].

وكذا الحال عند المالكية، قال الشيخ عليش: ((وقد سئل العلامة الناصر اللقاني بما نصه: ما تقول السادة العلماء أئمة الدين – رضي الله عنهم أجمعين – في خلوات الحوانيت التي صارت عرفا بين الناس في هذه البلدة وغيرها وبذلت الناس في ذلك مالا كثيرا .. فأجاب بما نصه: الحمد لله رب العالمين نعم إذا مات شخص وله وارث شرعي يستحق خلو حانوته عملا بما عليه الناس))[٧٧]

وبناء على ما تقدم فإن الذي يملك هذا الحق هو صاحب العقار، فالعوض الذي يأخذه إنما هو لقاء تنازله عن حقه في المطالبة بإخلاء العقار بعد انتهاء مدة الإجارة، وهذا يستلزم أن ينتقل الحق إلى المستأجر، والمتجه أنه ليس للمالك أن يطالبه بإخلاء العقار، ولو ردَّ له العوض، وفاقا لعبارة الأشباه وفتوى اللقاني؛ لأن الاعتياض إذا جرى بين الطرفين بالتراضي اكتسب حكم العقد، وهذا يعني أن الحق انتقل إلى المستأجر، فلا يمكن للمالك أن يستقل برده، ولو أعاد العوض، خلافا لظاهر عبارة محمد قدري باشا من أن المالك لا يملك إخراج الساكن ما لم يدفع له المبلغ المدفوع، اللهم إلاّ إذا أراد أن ذلك بتراضي الطرفين، والله أعلم.

ومن الصور التي يتوهم دخولها في حق الخلو، ما لو لم يدفع المستأجر بدل الخلو للمالك، وأراد أن يتنازل عن مقامه في العين المستأجرة لقاء عوض مالي، فهذه الصورة ليست مما صدقات حق الخلو؛ إذ المستأجر مالم يعتض عن

هذا الحق من المالك، لا يثبت له شيء ليعتاض هو عنه، نعم له حق الانتفاع بالعين المؤجرة مدة عقد الإجارة، وسيأتي الكلام عن هذا النوع في المبحث الرابع إن شاء الله.

٢. النزول عن الوظائف، وصورة المسألة أن يكون للشخص وظيفة في الأوقاف كالإمامة والخطابة، فيتنازل عن هذه الوظيفة لغيره لقاء عوض محدد[٧٨]، وقد ذكر الحنفية هذه المسألة وقرروا عدم جواز الاعتياض عن الوظيفة؛ واعتبروها حقا مجردا عن الملكية، إلاّ أن المتأخرين قد أفتوا بجواز النزول عن الوظائف بمال، وخرَّجوا المسألة على رأي الكثير من علماء المذهب باعتبار العرف الخاص[٧٩]، وهذا يعني أن العرف قد اعتبر الوظيفة حقا ماليا، ويعول عليه في هذا الخصوص، ولو كان عرفاً خاصاً ليس شائعاً في عموم الأمصار، قال ابن عابدين ناقلا عن فتاوى العيني: ((ليس للنزول شيء يعتمد عليه، ولكن العلماء والحكام مشوا على ذلك للضرورة، واشترطوا إمضاء الناظر؛ لئلا يقع فيه نزاع))[٨٠].

واختلفت أنظار علماء الشافعية في حكم النزول عن الوظائف، فقال السبكي في فتاويه: ((لكن في جواز أخذ العوض في مقابلة النزول – النزول عن الوظيفة – نظر)) وقال ابن حجر: ((وأفتى بعضهم بحل النزول عن الوظائف بالمال أي لأنه من أقسام الجعالة، فيستحقه النازل ويسقط حقه))[٨١]

أما الحنابلة فقد أجازوا النزول عن الوظائف، قال الرحيباني: (("وقد يستدل بجواز أخذ العوض في ذلك كله" – أي: بالنزول عن الإقطاعات وعن الوظائف – "بالخلع" ؛ فإنه يجوز أخذ العوض "مع أن الزوج لم يملك البضع" ، وإنما ملك الاستمتاع به، فأشبه المتحجر. انتهى ما في المبدع))[٨٢]

الثانية: ما ثبت عارضا كدفع الضرر، مثل الحق الثابت لمحيي الأرض بالتحجير.

والمقصود بالتحجير: ((وضع الأحجار وغيرها في أطراف الأراضي؛ لأجل أن لا يضع آخر يده عليها))[٨٣]، وهذا الحق قد أقره العرف، وجعل للمُحَجِر ميزة تمنع غيره من استغلال الأرض المُحَجَرة، والتحجير متعلق بإحياء الموات المشار إليه بقوله صلى الله عليه وسلم: ((من أعمر أرضا ليست لأحد فهو أحق))[٨٤] .

ويرى الحنفية أن التحجير لا يثبت الملكية للمُحَجِر، بل الأولوية[٨٥]، وبناء على هذا التأسيس يتجه القول بأنه لا يجوز الاعتياض عندهم عن هذا الحق؛ لأن الأثر المترتب على التحجير هو دفع ضرر مزاحمة الغير في الأرض

المحجرة، وليس حقا مستقرا في المحل، كما هو الحال في جنس هذه المسائل.

واعتبر الشافعية أن التحجير من قبيل حق التملك، وهذا الحق لا يباع ولا يوهب، قال الشربيني: ((".. الأصح" المنصوص "أنه لا يصح بيعه" أي أحقية اختصاص المتحجر كما قاله الإمام وغيره، ولا هبته كما قاله الماوردي خلافا للدارمي؛ لأن حق التملك لا يباع ولا يوهب كحق الشفعة))[٨٦] .

وكذا الحنابلة، فقد اعتبروا التحجير يُثْبِت أحقية التصرف للمحجر، ولا يثبت الملكية، قال ابن مفلح: (("ومن تحجر مواتا لم يملكه، وهو أحق به، ووارثه بعده، ومن ينقله إليه، وليس له بيعه" لأنه لم يملكه فلم يملك بيعه كحق الشفعة قبل الأخذ، "وقيل: له ذلك"))[٨٧]

أما المالكية فلم أر لهم تصريحا بحكم هذه المسألة، لكنهم تعرضوا لمسألة السبق إلى مكان، وأجازوا الاعتياض عنها كما سبق، ولعل هذه المسألة قريبة منها.

المبحث الثالث

ضوابط الاعتياض عن الحقوق

بعد تناول الحقوق المتقدمة من حيث جواز الاعتياض وعدمه، نحاول في هذا المبحث تلمس الضوابط التي تجمعها؛ ليمكن معايرة ما يَجِدُّ من مسائل اعتمادا على هذه الضوابط، ونبدأ بعرض ما جادت به أنامل الفقهاء الكرام في هذا الصدد.

أولا: الحنفية والشافعية والحنابلة

فرَّق الحنفية بين ما يجوز الاعتياض عنه من الحقوق وما لا يجوز بناء على طبيعة شرعية الحق، فالحق الذي شرع لدفع الضرر لا يصح الاعتياض عنه عندهم، قال ابن عابدين: ((إن ثبوت حق الشفعة للشفيع، وحق القسم للزوجة، وكذا حق الخيار في النكاح للمخيرة إنما هو لدفع الضرر عن الشفيع والمرأة، وما ثبت لذلك لا يصح الصلح عنه؛ لأن صاحب الحق لما رضي علم أنه لا يتضرر بذلك، فلا يستحق شيئا))[٨٨].

أما الحق الذي شرع على وجه الأصالة، وهو المعبر عنه عند الحنفية بالحق المشروع على وجه البر والصلة، فيصح الاعتياض عنه، قال ابن عابدين: ((أما حق الموصى له بالخدمة، فليس كذلك – أي لم يشرع على وجه دفع الضرر – بل ثبت له على وجه البر والصلة، فيكون ثابتا له أصالة، فيصح الصلح عنه إذا نزل عنه لغيره، ومثله ما مر عن الأشباه من حق القصاص والنكاح والرق، حيث صح الاعتياض عنه؛ لأنه ثابت لصاحبه أصالة لا على وجه رفع الضرر عن صاحبه))[٨٩] .

وإذا تأملنا في المسائل التي تناولتها المدونات الفقهية الحنفية نرى أنها جاءت متسقة مع هذا الضابط، فحق القصاص والخلع والتعزير، حقوق ثبتت على وجه البر والصلة، فجاز الاعتياض عنها، وحق الشفعة والقسم والقذف ثبتت لدفع الضرر، وبالتالي لم يجيزوا الاعتياض عنها.

وكذلك الحال مع مسائل الزمرة الثانية، فالخلو والنزول عن الوظائف حقان أقرهما العرف، وعدَّ الحق فيهما ثابتا على وجه البر والصلة؛ نظرا لما يترتب عليهما من آثار مالية، فجاز الاعتياض عنهما، والتحجير والسبق إلى

مكان شرعا لدفع الضرر عن المُحجِر والسابق، فلم يجز الاعتياض عنهما.

ويبقى النظر في المسائل المستجدة في تحقيق مناط طبيعة شرعية كل مسألة كما سنعرضه في المبحث الرابع.

ولم أرَ في الفقه الشافعي من تعرض لضابط للتمييز بين الحقوق من حيث الاعتياض وعدمه، أما في الفقه الحنبلي فقد وقفنا على بعض الإشارات لدى علماء الحنابلة تؤيد الضابط الذي ذكره الحنفية، قال ابن قدامة: ((وإن صالح عن حق الشفعة، لم يصح؛ لأنه حق شرع على خلاف الأصل لدفع ضرر الشركة، فإذا رضي بالتزام الضرر، سقط الحق من غير بدل، ولم يجز أخذ العوض عنه))[٩٠] فقد صرح بعدم جواز الاعتياض عن حق الشفعة، وعلل ذلك بقوله: "لأنه حق شرع على خلاف الأصل لدفع ضرر الشركة"

وقال البهوتي: ("لا" يصح صلح "بعوض عن خيار" في بيع أو إجارة "أو" عن "شفعة أو" عن "حد قذف" لأنها لم تشرع لاستفادة مال، بل الخيار للنظر في الأَحَظ، والشفعة لإزالة ضرر الشركة، وحد القذف للزجر عن الوقوع في أعراض الناس))[٩١] فقد صرح بأن كلا من الخيار والشفعة وحد القذف لم تشرع لاستفادة المال، وبين طبيعة شرعية كل منها.

ويمكن القول إن هذا الأصل الذي ذكره علماء الحنفية ملاحظ لدى فقهاء الشافعية والحنابلة كما يظهر من التأمل في الفروع الفقهية المارة؛ إذ هي محل اتفاق بين المذاهب الثلاثة باستثناء حق الأسبقية؛ إذ أجاز الحنابلة الاعتياض عنه، ويبدو أنه خروج عن هذا الضابط، والذي يظهر لي أنه ليس بخروج عنه، إذ إنهم قاسوه على التنازل في الخلع، قال الخلوتي: (("وليس له بيعه" أيْ: ليس لمن قلنا إنه أحق بشيء من ذلك السابق بيعه؛ لأنه لا يملكه كحق الشفعة قبل الأخذ، وكمن سبق إلى مباح، لكن النزول عنه بعوض لا على وجه البيع جائز -كما ذكره ابن نصر اللهَّ - قياسًا على الخلع))[٩٢].

وهذا يعني أنهم اعتبروه من الحقوق الأصلية التي ثبتت على وجه الأصالة، وهذه الزمرة يجوز الاعتياض عنها؛ بناء على هذا الأصل، فالخلاف ليس في الضابط، بل في تصنيف هذا الحق اعتمادا على طبيعته.

ثانيا: المالكية:

المتابع لمدونات المالكية لا يكاد يجد ضابطا لما يجوز الاعتياض عنه من الحقوق مما لا يجوز، ولكن يمكن الاستهداء بما قالوا في كتاب الإجارة: ((وكل من أوصل نفعا عن عمل أو مال بأمر المنتفع، أو بغير أمره، مما لابد له منه بغرم، فعليه أجرة العمل ومثل المال، بخلاف عمل يليه بنفسه أو بعبده أو مال يسقط مثله عنه))[٩٣].

وتأسيساً على هذا الضابط يمكن أن يقال: إن الضابط عند المالكية في جواز الاعتياض هو إيصال النفع للغير، أما المسائل الوفاقية مع الجمهور فلا شك في وجود النفع فيها، وأما الخلافيات ففي مسائل الزمرة الثانية من الحقوق الأصلية، فالنفع في الشفعة من جهة أن يسلم للمشتري المشفوع فيه، والنفع في قسم الزوجة حاصل للمتنازل له من جهة استئثاره بنوبة المتنازل.

وخالفوا هذا الأصل في التنازل عن حق القذف، فوافقوا الجمهور في منع الاعتياض عنه، وعللوا المنع بأن العِرض لا يعتاض عنه[٩٤]، ويمكن القول بأنه لا يوجد نفع في صورة الاعتياض عن هذا الحق؛ إذ العوض على فرض إجازة الاعتياض لا يدفع الألم النفسي الذي سببه القذف، وبهذا يسلم هذا الضابط من النقض.

أما مسائل الزمرة الثانية من الحقوق التبعية، فقد جاء التنازل عن حق السبق متسقا مع هذا الضابط؛ إذ أجازوا إسقاطه مقابل عوض[٩٥]، وإيصال النفع فيه للمنزول عنه ظاهر.

محددات الاعتياض عن الحقوق: ما سبق التعرض له هو ضابط الاعتياض، بيد أن لهذه الضوابط محددات تبين الدائرة التي يجوز فيها الاعتياض، وكما يأتي:

١. أن لا يكون الحق حقا محضا للعبد، ونعني به الحقوق التي شرعت للارتباط بذات الإنسان أو ذهنه، مثل حق النسب أو الولاية على الصغير أو الاختصاص العلمي، فمثل هذه الحقوق مرتبطة بمحل معين لا تقبل الانفكاك عنه، فنحو حق النسب خارج عن دائرة الاعتياض بأي وجه من الوجوه، بيعا أو إجارة أو إسقاطا، وهذا ما أشار إليه حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب))[٩٦] .

٢. أن لا يترتب على الاعتياض تغيير للوضع الشرعي، فالشريعة قد جعلت للعقود آثارا تترتب عليها تحقيقا لمصالح العباد، فالنكاح من العقود المؤبدة، فلا يصح اعتياض أحد طرفي العقد عن حقه في التأبيد؛ لأن هذا الاعتياض يهدم وضع الشريعة لهذا العقد، وكذا الحال في الاعتياض عن حق الرؤية في البيع أو حق المرأة في العفة، أو حق الدائن في الرهن.

٣. أن لا يكون الحق احتماليا؛ نظرا لوجود الجهالة والغرر المانعين من صحة العقود بصفة عامة، فلا يصح الاعتياض عن حق أحد الشريكين في أرباح يتوقع تحققها مستقبلا، أو صلح أحد الورثة عن حصته في تركة مورثه .

٤. أن لا يتنافى الاعتياض مع الشروط أو الأسباب أو الموانع التي أقرها الشارع، فلا يجوز للقاتل مصالحة الورثة على الإرث، لكونه ممنوعا منه بسبب القتل، أو مصالحة الموهوب له عن هبة لم يقبضها؛ إذ القبض شرط صحة الهبة.

٥. أن لا يترتب على الاعتياض إباحة ما حرمته الشريعة، فلا يجوز اعتياض المدين عن حقه في الأجل؛ لأنه يترتب عليه إباحة الاعتياض عن الأجل، وهو محرم على قول جمهور الفقهاء[٩٧]

المبحث الرابع

النوازل الفقهية المعاصرة

يتناول هذا المبحث جملة من النوازل المعاصرة – التي لم تتعرض لها الدراسات المعاصرة حسب اطلاع الباحث – مما يندرج تحت مسمى الحق، بغية التعرف على حكم الاعتياض عنها، وذلك من خلال الضوابط والمحددات التي توصلنا إليها في المبحث الثالث، وذلك في أربعة مطالب.

المطلب الأول

الاعتياض عن مقعد الحج

دأبت الجهات المسؤولة على تنظيم سفر مواطنيها لأداء فريضة الحج، إذ إن لكل دولة حصة من عموم الحجيج وفق تعداد سكانها العام، ولا شك أن الحصة هي أقل بكثير من عدد الراغبين بأداء الفريضة، من هنا عمدت الجهات المسؤولة في كل دولة على تحديد ضوابط معينة لمن يسمح له بالسفر لأداء الحج، وعادة ما تعتمد القرعة للمتقدمين وفق ضوابط محددة، والسؤال، هل يجوز لمن خرج اسمه في قرعة الحج الحق في الاعتياض عن هذا الحق لشخص آخر؟

وفي الجواب نقول: لابد من معرفة طبيعة هذا الحق وفق التصنيف الذي تم عرضه في المبحث الثاني، فهذا الحق ثبت من خلال الاقتراع أو نظام آخر يؤدي الغرض ذاته، وهذا يعني أن الشخص الذي سمح له بأداء فريضة الحج قد امتلك ميزة عمن لم يخرج اسمه في الاقتراع.

ولابد من استبعاد بيع هذا الحق؛ لأن متعَلَقه ليس مالا، وكذا لابد من استبعاد إجارته؛ لأنه لايقبل التأقيت ؛ فضلا عن كون متعلقه ليس منفعة ناشئة عن ذات الشيء، كما هو الحال في منافع الأعيان القابلة للإجارة، فلم يبق إلا توصيفه بالجنس الأعم وهو الحق.

وهذا الحق يقع ضمن الحقوق الأصلية؛ إذ ثبتت مشروعية الاقتراع بما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن

رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ((لو يعلم الناس ما في النداء والصف الأول، ثم لم يجدوا إلا أن يستهموا عليه لاستهموا))[٩٨] ووجه الاستدلال أن استيعاب الصف الأول محدود، وقد بين النبي صلى الله عليه أن الأسلوب الأمثل لدرء تزاحم المصلين عليه هو الاستهام، وهذا المعنى عينه متحقق في مسألتنا؛ إذ عدد مقاعد الحج محدود، والراغبون كثيرون، والاقتراع هو الأسلوب الأمثل لدفع تزاحم الراغبين.

ومن خلال التأمل في طبيعة شرعية هذا الحق يمكن القول إن هذا الحق قد شرع لدفع ضرر التزاحم، فهو ليس حقا أصليا، وبناء على هذا فلا يصح الاعتياض عنه أسوة بالحقوق التي شرعت لدفع الضرر، ولا سيما أنه حق يتوقف عليه أداء فريضة الحج، ففيه شائبة حقوق الله التي لا يصح الاعتياض عنها بالإجماع، نعم يجوز التنازل عنه بلا عوض، إن لم يكن صاحبه مستطيعا الاستطاعة الشرعية، أو كان مستطيعا، وقلنا بأن الحج واجب على التراخي، أما إن كان مستطيعا، وقلنا بأن الحج واجب على الفور فيحرم عليه التنازل عنه دون عوض فضلا عن الاعتياض.

المطلب الثاني

تنازل المؤجر عن العين المؤجرة

وصورة هذا الحق فيمن استأجر موقعا تجاريا، وبمرور الزمن أصبح لهذا الموقع قيمة مالية، فهل يجوز للمستأجر التنازل عن هذا الحق لقاء عوض؟

وللإجابة لابد أولا من تصنيف هذا الحق، ومعرفة طبيعته، ولابد أن نستبعد اندراج هذا الحق ضمن حق الخلو؛ إذ المسألة مفروضة في صورة الإجارة العارية عن الخلو، بمعنى أن العقد هو عقد إجارة محضة لم يدفع المستأجر للمؤجر إلا بدل الإجارة.

والحق الذي يملكه المستأجر في هذه الصورة هو حق استيفاء المنفعة ضمن مدة الإجارة، وهذا يعني أن هذه المسألة تخضع لأحكام عقد الإجارة، وهو بهذا الاعتبار خارج عن نطاق هذه الدراسة الخاصة بالنظر في الحقوق المتحققة في غير البيع والإجارة، كالشفعة والخلع وغيرهما مما سبق ذكره، وإنما آثرنا التعرض له لاشتباهه بالحقوق الذي يصح الاعتياض عنها.

وقد تناول الفقهاء هذا النوع من التنازل في كتاب الإجارة، وأجازوا للمستأجر أن يتنازل عما تبقى من مدة الإجارة، باعتباره قد ملك المنفعة ضمن مدة الإجارة، فله الحق أن يستوفيها بنفسه، أو يسكنها غيره مقابل عوض[٩٩].

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى جواز أن تكون الأجرة الثانية أكثر من الأولى؛ وعللوا ذلك بأن المؤجر الأول ملك المنفعة، فملك إيجارها مطلقا[١٠٠]، أما الحنفية فلم يجيزوا أن تؤجر العين المستأجرة بأكثر من الأجرة الأولى إلا إذا آجرها بخلاف الجنس، أو أصلح فيها شيئا[١٠١].

وتجدر الإشارة إلى أن هذا التنازل مقيد بما تبقى من مدة الإجارة، وبعد انتهائها يكون للمالك الحق بتجديد العقد أو مطالبته بإخلاء العقار وتسليمه، وليس له الحق بالبقاء باعتباره قد دفع عوضا للمستأجر الأول؛ إذ

العوض لقاء المنفعة المتبقية، وليس بدل الخلو.

وقد يتجه القول بأن لهذا الحق شبها بحق السبق إلى مكان، من جهة كون المستأجر قد سبقت يده إلى هذا المكان، فهو أولى به من غيره، وبناء على هذا المبنى فيصح الاعتياض عن هذا الحق عند المالكية والحنابلة كما تبين في المبحث الثاني، على أن لا يرتب هذا التنازل حقا كالحق الذي يرتبه التنازل عن حق الخلو؛ إذ حق الخلو إنما هو ملك لصاحب العقار، والمسألة مفروضة فيما إذا لم يتم دفع بدل الخلو للمالك الأصلي، أو ممن تنازل له كما تقرر في المبحث الثاني.

المطلب الثالث

الاعتياض عن الحق في التخصص العلمي

صورة هذه المسألة أن يكون للشخص تخصص علمي معين، فيروم بعض المستثمرين إنشاء جامعة مثلا، وتشترط الجهات المسؤولة عن منح الترخيص وجود عدد معين من الأساتذة الذين يحملون ألقابا علمية معينة لمنح الرخصة، ومثل ذلك منح رخصة مزاولة مهنة الصيدلية؛ إذ الرخصة لا تمنح إلا لمن يحمل شهادة جامعية في الصيدلة، فهل يصح الاعتياض عن التخصص العلمي دون أن يكون للمعتاض أي دور علمي، بل لمجرد إدراج اسمه في المستمسكات المطلوبة للحصول على الرخصة؟

لا بد في البداية من تحديد طبيعة هذا الحق وتصنيفه، وبالتأمل في حقيقة التخصص العلمي يتبين أن هذا التخصص قد منح بعد اشتراطات محددة، إن على صعيد الشهادة الجامعية الأولية أو العليا، أو على صعيد التدرج العلمي للحصول على لقب معين بشروط محددة، وهذا التخصص يعطي الحق لصاحبه بأن يتمتع بما يترتب عليه من استحقاقات، وهذا يعني بالضرورة أنه لا يمكن لغير صاحب هذا التخصص أن يمارس هذا التخصص بتفويض من صاحبه الأصلي؛ فهو شبيه بحق النسب الذي يرتب استحقاقات لصاحبه، ولا يمكن لغيره ولو بتفويض من صاحبه أن ينتفع به بأي وجه من الوجوه.

فعلى الرغم من ثبوت حق التمتع بما يترتب على هذا الحق لصاحبه، إلا أنه حق محض للعبد مرتبط بذهنه، فلا يقبل الاعتياض كما مر في محددات الاعتياض في المبحث الثالث.

والحقيقة أن هذا الحق مما لا يتصور فيه الاعتياض؛ لأنه لا يمكن أن ينفك عن صاحبه، فاشتراط وجود تخصصات معينة لمنح بعض الرخص، لا يعني الاكتفاء بصورة التخصص، بل بحقيقته؛ إذ إن الأقسام العلمية المختلفة لا يمكن أن تقوم على ساق إلا بوجود من خلال وجود ذوات أصحابها، كما أن اشتراط شهادة الصيدلة لمنح الترخيص؛ يقتضي تواجد الصيدلي نفسه وقيامه بالإشراف على صرف الوصفات الطبية، وبيان جرعاتها، وتحديد كمياتها، والتحذير من سوء استعمالها، ومجرد وجود رخصة الصيدلي معلقة على جدران الصيدلة، لا يحقق

شيئا من مهامه العلمية، والحقيقة أن مثل هذه الاشتراطات لمنح التراخيص لم تأت من فراغ، إنما هي وليدة دراسات وخبرات متراكمة تهدف لتحقيق المصالح العامة التي لا تتحق إلا من خلال هذه الاشتراطات.

المطلب الرابع

الاعتياض عن الحق في عقد الفرنشايز

يعد عقد الفرنشايز من العقود الحديثة، التي بدأت تزحف على الساحة التجارية، وقد استعمل الفرنسيون هذا المصطلح في العصور الوسطى لوصف آلية منح حق الامتياز، وتعد الولايات المتحدة الأمريكية المهد الحقيقي لهذا النظام الذي تطور على يد رجال الأعمال الأمريكيين[١٠٢].

وخلاصة هذا التعاقد أن يعمد صاحب العلامة التجارية بالتنازل عن حقه في الاستئثار بعلامته لقاء عوض مالي، فيسمح للغير أن يعمل تحت مظلتها، شريطة أن يلتزم بمعايير التصنيع التي يمليها عليه صاحب العلامة التجارية. وقد عُرِّف هذا الحق بـ ((أنه عقد بين طرفين مستقلين قانونيا واقتصاديا، يقوم بمقتضاه أحد طرفيه، والذي يطلق عليه مانح الامتياز، بمنح الطرف الأخر، والذي يطلق عليه ممنوح الامتياز، الموافقة على استخدام حق أو أكثر من حقوق الملكية الفكرية والصناعية أو المعرفة الفنية، لإنتاج سلعة أو توزيع منتجاته، أو خدماته تحت العلامة التجارية التي ينتجها أو يستخدمها مانح الامتياز ووفقا لتعليماته، وتحت إشرافه حصريا في منطقة جغرافية محددة، ولفترة زمنية محددة، مع التزامه بتقديم المساعدة الفنية، وذلك مقابل مادي، أو الحصول على مزايا، أو مصالح اقتصادية))[١٠٣].

ومن خلال النظر في هذا التعريف يمكن القول بأن محل هذا العقد هو الملكية الفكرية أو الصناعية، والآثار المترتبة عليه بالنسبة لصاحب العلامة (المانح) هو الحصول على عوض مالي لقاء منح الترخيص، وبالنسبة للممنوح له الإفادة من العمل تحت مظلة العلامة التجارية ذات الانتشار الواسع، والثقة الكبيرة.

وبعد النظر في هذا الحق واشتراطاته يتبين لنا أنه من قبيل الحقوق التبعية التي أقرها العرف العام، وحمتها الأنظمة والتشريعات القانونية، كما أنه من زمرة الحقوق الأصلية؛ نظرا إلى أن العرف قد اعتبره حقا ماليا، وهذا التصنيف يجعل الباحث يجنح إلى القول بصحة الاعتياض عن هذا الحق، إلا أن هذا الحكم تعترضه إشكاليتان:

الأولى: أن هذا الامتياز مؤقت بمدة، في حين أن جنس مسائل الاعتياض مطلقة عن المدة.

الثانية: أن هذا التعاقد لا يُمَكِّنُ الممنوح له الامتياز من الإفادة من الترخيص إلا من خلال جملة أمور، تتوقف على الطرف الأول، وهي خارجة عن محل العقد، وهي[١٠٤]:

١. الآلات والأدوات المطلوبة لممارسة النشاط، وعادة ما تكون هذه الآلات محصورة لدى المانح.

٢. توريد المواد الخام اللازمة للتصنيع، والتي تحمل سر نجاح العلامة التجارية، وخصوصيتها عما سواها.

٣. تدريب كوادر الممنوح له الترخيص للقيام بعملية الإنتاج.

ويمكن تخطي إشكالية التوقيت، بالقياس على التمليك المؤقت في عقد الإجارة؛ إذ التمليك نوعان، مطلق، كما في البيع، ومؤقت كما في الإجارة، وبناء على هذا الأصل يمكن القول بأن التنازل عن الحقوق نوعان، الأول: مطلق كما في الصور التي تم استعراضها في المبحث الثاني، والثاني: مؤقت كما في هذه المسألة، فلا يوجد ما يمنع عن التنازل المؤقت عن الحق.

أما الاشتراطات الخارجة عن محل العقد فيمكن تخريجها على مبدأ العقود المركبة[١٠٥]، وتحديدا اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة[١٠٦]، فالعقد الأول هو التنازل عن حق الامتياز، والثاني عقود بيع الآلات والأدوات المطلوبة لتشغيل المشروع، والثالث: عقد توريد المواد الخام، والرابع: عقد تدريب الكوادر، وقد اختلف العلماء في هذه الجزئية من الجزئيات الكثيرة التي تتحرك فيها العقود المركبة على ثلاثة أقوال، وكما يأتي:

القول الأول: عدم جواز اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة، وهذا رأي الحنفية[١٠٧] والشافعية[١٠٨]، والصحيح عند الحنابلة[١٠٩]، واستدلوا بالأحاديث الواردة في النهي عن بيعتين في بيعة[١١٠].

القول الثاني: لا يجوز اشتراط عقد الجعالة أو الصرف أو المساقاة أو الشركة أو القراض في عقد البيع، ولا يجوز اشتراط عقد منها مع الآخر، ويجوز فيما عدا ذلك، وهذا مشهور مذهب المالكية[١١١]، واستدلوا بأن هذه العقود متضادة بآثارها، وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات[١١٢].

القول الثالث: يجوز اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة، وهو قول أشهب من المالكية[١١٣]، وأحد قولي الإمام الشافعي[١١٤]، ومقابل الصحيح عند الحنابلة[١١٥]، واختاره ابن تيمية[١١٦]، واستدلوا بأن الأصل في العقود والشروط هو الإباحة إلا ما دلَّ الدليل الخاص على تحريمه، واشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة مما لم يرد الدليل على تحريمه، وأن العقد قد اشتمل على جائزين[١١٧] .

والذي يترجح لدى الباحث هو القول الثالث؛ لأن كل عقد بانفراده صحيح، فالتركيب إنما جمع عقودا صحيحة، وما تألف من عقود صحيحة فهو صحيح، وقد علل العمراني صحة الجمع بين البيع والإجارة في عقد واحد بناء على أحد القولين في المذهب بقوله: ((لأن كل واحد منهما لو أفرده بالعقد صح، فإذا جمع بينهما فليس فيه أكثر من اختلاف الأحكام، فلم يمنع صحة العقد، كما لو باع سيفًا وشقصًا من أرض بألف))[١١٨] .

أما النهي عن بيعتين في بيعة فالراجح في تفسيره هو أن تتضمن الصفقة الواحدة ثمنين للمبيع، سعرا زائدا لبيعه آجلا، وسعرا أقل لبيعه عاجلا، وينفض المجلس ولم يعين واحد منهما، وهذا ما رجحه جملة من الفقهاء المعاصرين[١١٩].

وبناء على هذا الترجيح فلا مانع من اجتماع العقود الثلاثة مع التنازل عن حق الفرنشايز؛ إذ كل عقد بانفراده صحيح، فاجتماعها لا يرتب أثراً فاسداً.

الخاتمة

بعد الفراغ من البحث يمكن تسجيل أبرز النتائج التي توصل إليها البحث:

١. عنصر المالية عند الحنفية هو التمول، وعنصر المالية عند الجمهور هو المنفعة المباحة لغير ضرورة.

٢. الملك هو العلاقة التي أقرها الشارع الكريم بين الإنسان من جهة، والأعيان والمنافع من جهة ثانية، بحيث يتمكن من الانتفاع بهما.

٣. الحق تارة يتضمن سلطة على شخص، كحق الولاية على النفس، أو على شيء معين كحق الملكية، وتارة يتضمن تكليفا، كقيام الأجير بعمله.

٤. الحقوق من حيث استنادها إلى الدليل نوعان: حقوق أصلية وحقوق تبعية، وتقسم كل منهما إلى حقوق شرعت على وجه الأصالة، وحقوق شرعت لدفع الضرر عمن شرعت له.

٥. ضابط الاعتياض عن الحقوق عند الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة) هو أن الحقوق التي شرعت أصالة كحق القصاص والخلع يجوز الاعتياض عنها، والحقوق التي شرعت لدفع الضرر كالشفعة وقسم الزوجة لا يصح الاعتياض عنها.

٦. ضابط الاعتياض عند المالكية أن الحق إذا تضمن إيصالا للنفع للغير جاز الاعتياض عنه.

٧. محددات الاعتياض عن الحقوق خمسة، وهي:

- أن لا يكون الحق حقا محضا للعبد، ونعني به الحقوق التي شرعت للارتباط بذات الإنسان أو ذهنه، مثل حق النسب أو الولاية على الصغير أو الاختصاص العلمي، فمثل هذه الحقوق لا يصح الاعتياض عنها.

- أن لا يترتب على الاعتياض تغيير للوضع الشرعي ، فلا يصح اعتياض أحد طرفي عقد النكاح عن حقه في التأبيد.

- أن لا يكون الحق احتماليا، فلا يصح الاعتياض عن حق أحد الشريكين في أرباح يتوقع تحققها مستقبلا .

- أن لا يتنافى الاعتياض مع الشروط أو الأسباب أو الموانع التي أقرها الشارع، فلا يجوز للقاتل مصالحة الورثة على الإرث.

- أن لا يترتب على الاعتياض إباحة ما حرمته الشريعة، فلا يجوز اعتياض المدين عن حقه في الأجل.

٨. لا يجوز الاعتياض عن مقعد الحج؛ لأنه شرع لدفع ضرر التزاحم.

٩. يجوز لمن استأجر موقعا تجاريا، أن يتنازل عما تبقى من مدة الإجارة بعوض معين سواء ولو كان أكثر من بدل الإجارة، ويتجه جريان الخلاف في حق السبق إلى مكان في هذه المسألة.

١٠. لا يجوز الاعتياض عن حق التخصص العلمي لكونه حقا ذهنيا محضا، لا يمكن الإفادة منه دون صاحبه.

١١. يجوز الاعتياض عن الحق في عقد الفرنشايز باعتباره عقدا قد تركب من مجموعة عقود، كل واحد صحيح بانفراده.

الهوامش

(١) من ذلك: الحق والذمة لفضيلة الشيخ علي الخفيف؛ الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبو زهرة، والمدخل الفقهي للشيخ مصطفى الزرقا الفقهي العام للزرقا.

(٢) المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت:٤٨٣هـ)، دار الفكر – بيروت، ط١، ١٤٢١هـ ٢٠٠٠م، ١١/ ١٤٣.

(٣) البحر الرائق، إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (ت:٩٧٠هـ)، دار الكتاب الإسلامي، ط٢، ٥/ ٢٧٧.

(٤) رد المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، دار إحياء التراث العربي ٠ بيروت، ط١، ١٤١٩هـ – ١٩٩٨م ، ٧/ ٧.

(٥) ينظر: المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت:٤٨٣هـ)، تح: خليل محي الدين الميس، دار الفكر – بيروت، ط١، ١٤٢١هـ ٢٠٠٠م، ٣/ ٤٤.

(٦) حاشية ابن عابدين، ٧/ ٧.

(٧) الموافقات في أصول الشريعة، ابراهيم بن موسى اللخمي المعروف بالشاطبي، دار المعرفة – بيروت، ط٤، ١٤٢٠هـ – ١٩٩٩م، ٢/ ٣٣٢.

(٨) الدر المنثور، بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (ت: ٧٩٤هـ)، وزارة الأوقاف الكويتية، ط٢، ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م، ٣/ ٢٢٢.

(٩) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علي بن سليمان بن أحمد المَرْداوي (ت:٨٨٥هـ)، تح: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي/ د. عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان – القاهرة، ط١، ١٤١٥هـ – ١٩٩٥م، ١١/ ٢٣.

(١٠) التلويح إلى شرح حقائق التنقيح، سعد الدين مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني (ت:٧٩١هـ)، دار الأرقم- بيروت، ط١، ١٤١٩هـ – ١٩٩٨م، ١/ ٣٧٠.

(١١) فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (ت:٨٦١هـ)، دار الفكر – بيروت، د.ط، د.س، ٦/ ٢٤٨.

(١٢) إدرار الشروق على أنوار الفروق، بهامش الفروق، قاسم بن عبد الله ابن الشاط (ت:٧٢٣هـ)، دار الكتب العلمية – بيروت، ط١، ١٤١٨هـ – ١٩٩٨م، ٣/ ٣٦٥.

(١٣) المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، دار القلم – دمشق، ط٢، ١٤٢٥هـ – ٢٠٠٤م، ١/ ٣٣٣

(١٤) ينظر: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي – القاهرة، ١٩٩٦م، ٦٥.

(١٥) التلويح إلى شرح حقائق التنقيح، ٢/ ٣٢٦.

(١٦) الحق والذمة، الشيخ علي الخفيف، دار الفكر العربي – القاهرة، ط١، ١٤٣١– ٢٠١٠، ٥٧.

(١٧) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم – دمشق، ط١، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م، ١٩.

(١٨) ينظر: المصدر نفسه، ٢٠-٢١.

(١٩) ينظر: ترتيب القاموس المحيط مادة (عوض)، الطاهر أحمد الزاوي، الدار العربية للكتاب، ط٣، ١٩٨٠، ٣/ ٣٤٤-٣٤٥.

(٢٠) سورة الإسراء، الآية: ٣٣

(٢١) ؛ ينظر: أنوار التنزيل وأسرار التأويل المعروف بتفسير البيضاوي، عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوي (٦٨٥هـ) ، تح: محمد عبد الرحمن المرعشلي، دار إحياء التراث العربي – بيروت، ط١، ١٤١٨هـ، ٣/ ٢٥٤.

(٢٢) سورة البقرة، الآية:١٧٨.

(٢٣) إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم المعروف بتفسير أبي السعود، محمد بن محمد بن مصطفى العمادي (ت:٩٨٢هـ)، دار المصطفى للطباعة – القاهرة، د.س، ١/ ٢٩٥.

(٢٤) ينظر: بدائع الصنائع، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني (ت: ٥٨٧هـ)، دار الكتب العلمية – بيروت،ط٢، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، ٧/ ٢٥٠؛ شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي (ت:١١٠١هـ)، دار الفكر – بيروت، د.س، ٦/ ٨؛ البيان في مذهب الإمام الشافعي، يحيى بن أبي الخير سالم العمراني، دار المنهاج – جدة، ط٤، ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤؛ ١١/ ٤٢٩؛ المغني، ٤/ ٣٦٩.

(٢٥) سورة البقرة، من الآية ١٧٨.

(٢٦) ينظر: مدارك التنزيل وحقائق التأويل المعروف بتفسير النسفي، عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي (ت: ٧١٠هـ، دار ابن كثير – دمشق/ بيروت، ط٥، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م، ١/ ١٥٥؛ روح المعاني، محمود بن عبد الله الآلوسي، (ت:١٢٧٠هـ) ، مؤسة الرسالة – بيروت، ط١، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م، ٣/ ١٠٨.

(٢٧) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي الزيلعي (ت:٧١٠هـ)، دار الكتب العلمية – بيروت، ط٢، ٥/ ٤٧٨.

(٢٨) ينظر: شرح الزُّرقاني على مختصر خليل مع حاشية البناني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني (ت:١٠٩٩هـ)، دار الكتب العلمية – بيروت، ط١، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م، ٦/ ١٥.

(٢٩) ينظر: المغني، ٦/ ٢٨٦.

(٣٠) سورة البقرة، من الآية ٢٢٩.

(٣١) تفسير البيضاوي، ١/ ١٤٢.

(٣٢) سورة النساء، آية ٣٥.

(٣٣) ينظر: فتح القدير، ٤/ ٢٤٤؛ شرح ميارة الفاسي، محمد بن أحمد بن محمد المالكي (ت:١٠٧٢هـ)، تح: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية – بيروت، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م، ١/ ٣١٣؛ مغني المحتاج، ٤/ ٤٢٩؛ المغني، ٨/ ١٦٧.

(٣٤) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٣/ ١٨٢.

(٣٥) البناية، محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى المعروف بالعيني (ت:٨٥٥هـ)، دار الكتب العلمية – بيروت، ط١، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م، ٥/ ٥٠٦؛ بداية المجتهد، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (ت:

٥٩٥هـ)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط٤،١٣٩٥هـ-١٩٧٥م، ٢/ ٦٧؛ البيان، ٧/ ١٠؛ المغني،١٠/ ٢٦٧.

(٣٦) رواه البخاري، كتاب الشفعة، باب: فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة، رقم ٢٢٥٧.

(٣٧) الهداية، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني(ت:٥٩٣هـ)، تح: طلال يونس، دار إحياء التراث العربي – بيروت، د.س، ٣/ ١٩٢.

(٣٨) المهذب، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ت:٤٧٦هـ)، دار الكتب العلمية – بيروت، د.س، ٢/ ٢١٨، وينظر: التهذيب في فقه الإمام الشافعي، محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي (ت:٥١٦هـ) ، دار الكتب العلمية – بيروت، ط١، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، ٤/ ٣٥٣؛ المجموع مع تكملة السبكي والمطيعي، محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت:٦٧٦هـ)، دار الفكر – بيروت، ١٤/ ٣١٩.

(٣٩) المغني، محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة (ت: ٦٢٢هـ)، دار الفكر – بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، ٤/ ٣٢٢.

(٤٠) ينظر: التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق (ت: ٨٩٧هـ) ، دار الكتب العلمية – بيروت، ط١، ١٤١٦هـ - ١٩٩٤م، ٧/ ٣٧٨.

(٤١) الذخيرة، شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن بالقرافي (ت: ٦٨٤هـ)، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط، ١٩٩٤م، ٧/ ٣٨٠.

(٤٢) ينظر: البناية، ١٠/ ١٢؛ الشرح الكبير على المقنع، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت:٦٨٢هـ) ، تح: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي – د.عبد الفتاح محمد الحلو، هجر، القاهرة، ط١، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م، ١٣/ ١٦٦.

(٤٣) ينظر: كفاية النبيه، أحمد بن محمد بن علي الأنصاري المعروف بابن الرفعة (٧١٠هـ)، تح: مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية بيروت، ط١، ١٤٠٩هـ، ١١/ ٤٣؛ تحفة المحتاج، ٦/ ٨٠.

(٤٤) سنن الترمذي ، باب ما جاء في التسوية بين الضرائر (٣/ ٤٤٧) بالرقم (١١٤١). قال أبو عيسى وإنما أسند هذا الحديث همام بن يحيى عن قتادة ورواه هشام الدستوائي عن قتادة قال: كان يقال ولا نعرف هذا الحديث مرفوعا إلا من حديث همام و همام ثقة حافظ.
ورواه الحاكم في مستدركه بالرقم (٢٨١٨). وقال: هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ عَلَى شَرْطِ الشَّيْخَيْنِ ، وَلَمْ يُخَرِّجَاهُ ".

(٤٥) ينظر: حاشية ابن عابدين، ٤/ ٢٨٨.

(٤٦) مغني المحتاج، محمد بن محمد الشربيني (ت: ٩٧٧هـ)، دار إحياء التراث العربي – بيروت، د.س، ٤/ ٥٢٠.

(٤٧) المغني، ٧/ ٢٣٧.

(٤٨) حاشية ابن عابدين، ٧/ ٢٧.

(٤٩) شرح مختصر خليل للخرشي، ؛ منح الجليل، ٣/ ٥٤١.

(٥٠) سورة النساء، الآية: ٣.

(٥١) تفسير أبي السعود، ٢/ ١١٧.

(٥٢) سورة النساء، من الآية: ١٢٨.

(٥٣) الجامع لأحكام القرآن المعروف بتفسير القرطبي، محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي القرطبي (ت:٦٧١هـ)، تح:

أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية – القاهرة، ط٢، ١٣٨٤هـ، ١٩٦٤، ٥/ ٤٠٥.

(٥٤) سورة النور، الآية: ٤.

(٥٥) الهداية، ٢/ ٣٥٦.

(٥٦) مجمع الأنهر، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو المعروف بداماد أفندي (ت:١٠٧٨هـ)، دار إحياء التراث العربي – بيروت، د.س، ١/ ٦٠٦.

(٥٧) ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي، ٨/ ٩٠.

(٥٨) كفاية الأخيار، أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني الحصني (ت:٨٢٩هـ)، تح: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دار الخير – دمشق، ط١، ١٩٩٤م، ١/ ٣٦٢.

(٥٩) ينظر: الشرح الكبير على المقنع، ١٣/ ١٦٦.

(٦٠) رواه البيهقي في سننه، كتاب: البيوع، باب: الدليل على أنه لا يجوز، رقم ١٠٧٦٥. قال القسطلاني: ((وقد زاد البيهقي في هذا الحديث بإسناد حسن: ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليالٍ)) . إرشاد الساري، أحمد بن محمد بن أبى بكر بن عبد الملك القسطلاني، المطبعة الكبرى الأميرية – مصر، ط٧، ١٣٢٣هـ، ٤/ ٤٨.

(٦١) ينظر: فتاوى قاضيخان بهامش الفتاوى الهندية، حسن بن منصور الأوزجندي المعروف بـ قاضي خان (ت:٢٩٥هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية – بولاق/ مصر، ط٢، ١٣١٠هـ، ٢/ ١٨٥.

(٦٢) ينظر: مجمع الضمانات، أبو محمد بن غانم البغدادي، تح: أ.د. محمد أحمد سراج/ أ.د. علي جمعة محمد، دار السلام – القاهرة، ط١، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م، ٢/ ٨٠٩.

(٦٣) ينظر: المهذب، ٢/ ٢١٨؛ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ١٣/ ١٦٤.

(٦٤) كفاية النبيه في شرح التنبيه، ١١/ ٤٣.

(٦٥) مطالب أولي النهى، ٣/ ٣٦٤.

(٦٦) ينظر: الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود الموصلي (ت: ٦٨٣هـ)، تح: الشيخ شعيب الأرناؤوط، الرسالة العالمية – بيروت، ط٢، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م، ٢/ ١٧.

(٦٧) رواه ابو داود سنن أبي داود ، باب ما جاء في إقطاع الأَرَضِينَ (٤/ ٦٧٩) بالرقم (٣٠٧١). قال محققه شعيب الأرنؤوط : إسناده ضعيف.

(٦٨) منح الجليل شرح مختصر خليل، ٧/ ٤٩٣.

(٦٩) الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: ١٢٣٠هـ)، دار الفكر – بيروت، د.س،٣/ ٤٣٤.

(٧٠) المصدر نفسه.

(٧١) روضة الطالبين، محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت:٦٧٦هـ)، تح: زهير الشاويس، المكتب الإسلامي – بيروت، عمان، دمشق، ط٣، ، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م، ٥/ ٢٩٥.

(٧٢) شرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى (١٠٥١هـ)، عالم الكتب – بيروت، ط ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، ٢/ ٣٦٨.

(٧٣) المبسوط، ٢٣/ ٢٩٠.

(٧٤) مرشد الحيران، محمد قدري باشا (ت: ١٣٠٦هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، ط٢، ١٣٠٨ هـ - ١٨٩١م، ٩٨.

(٧٥) الأشباه والنظائر، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (ت: ٩٧٠هـ)، دار الكتب العلمية – بيروت، ط١ ، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م، ٨٩.

(٧٦) ينظر: حاشية ابن عابدين، ٧/ ٢٨.

(٧٧) فتح العلي المالك، محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي ت: ١٢٩٩هـ)، دار المعرفة – بيروت، د.س، ٢/ ٢٤٩.

(٧٨) حاشية ابن عابدين، ٧/ ٢٥.

(٧٩) ينظر: البحر الرائق، ٥/ ٢٥٣.

(٨٠) المصدر نفسه، ٧/ ٢٦.

(٨١) تحفة المحتاج، مع حاشيتي الشرواني وابن القاسم، شهاب الدين ابن حجر الهيتمي (٩٧٣هـ)، دار الحديث – القاهرة، ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م، ٧/ ٧٢١-٧٢٢.

(٨٢) مطالب أولي النهى، مصطفى بن سعد بن عبده الرحيباني (١٢٤٣هـ)، المكتب الإسلامي، ط٢، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م، ٤/ ١٩١.

(٨٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، دار الكتب العلمية – بيروت، ط١، ٢٠١٠م، ٣/ ٨.

(٨٤) رواه البخاري، كتاب المزارعة، باب: من أحيا أرضا مواتا، رقم ٢٣٣٥.

(٨٥) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٧/ ٧٩.

(٨٦) مغني المحتاج، ٣/ ٥٠٤.

(٨٧) المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح (ت:٨٨٤هـ)، دار الكتب العلمية – بيروت، ط١، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م، ٥/ ١٠٦.

(٨٨) حاشية ابن عابدين، ٤/ ٥٢٠.

(٨٩) المصدر نفسه.

(٩٠) الشرح الكبير، ١٣/ ١٦٦.

(٩١) مطالب أولي النهى، ٣/ ٣٦٤.

(٩٢) حاشية الخلوتي على منتهى الإرادات، محمد بن أحمد بن علي البهوتي الْخَلْوَتي (ت: ١٠٨٨ هـ)، تح: د.سامي بن محمد بن عبد الله الصقير ود. محمد بن عبد الله بن صالح اللحيدان، دار النوادر – دمشق، ط١، ١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م، ٣/ ٤٣١.

(٩٣) التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، خليل بن اسحق الجندي (ت: ٧٧٦هـ)، تح: أبو الفضل الدمياطي أحمد بن علي، مركز التراث الثقافي المغربي – الدار البيضاء/ دار ابن حزم – بيروت، ط١، ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م، ٥/ ٥٦٦.

(٩٤) ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي، ٨/ ٩٠.

(٩٥) ينظر: الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي، ٣/ ٤٣٤.

(٩٦) رواه البيهقي، كتاب: الولاء، باب: من أعتق مملوكا له، رقم ٢١٤٣٧.

٩٧ ينظر: حاشية ابن عابدين، ٥/ ٦٤٠؛ منح الجليل، ٤/ ٥٢٩؛التهذيب، ٤/ ١٤؛ المغني، ٤/ ٥٢.

(٩٨) رواه البخاري، كتاب الأذان، باب الاستهام في الأذان، رقم ٦١٥.

(٩٩) حاشية ابن عابدين، ٩/ ٣٣؛ مواهب الجليل، محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المعروف بالحطاب (ت: ٩٤٥هـ)، دار الفكر – بيروت، ط٣، ١٤١٢هـ – ١٩٩٢م، ٥/ ٤١٧؛مغني المحتاج، ٣/ ٤٧٤، الشرح الكبير، ١٤/ ٣٩٤.

(١٠٠) مواهب الجليل، ٥/ ٤١٧؛ المجموع، ١٥/ ٦١؛ المغني، ٥/ ٢٧٨.

(١٠١) حاشية ابن عابدين، ٩/ ٣.

(١٠٢) ينظر: الطبيعة القانونية لعقد الفرنشايز، عروسي ساسية، جامعة سطيف٢/ كلية الحقوق والعلوم السياسية، رسالة ماجستير نوقشت بتاريخ: ١٧/ ٦/ ٢٠١٥، ٢٧.

(١٠٣) https://ar.wikipedia.org/wik

(١٠٤) ينظر: الطبيعة القانونية لعقد الفرنشايز، ٢٧.

(١٠٥) عرفها الدكتور عبد الله العمراني بقوله: ((مجموع العقود المالية المتعددة التي يشتمل عليها العقد على سبيل الجمع والتقابل، بحيث تعتبر جميع الحقوق والالتزامات المترتبة عليها بمثابة آثار العقد الواحد)). العقود المالية المركبة دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية، د. عبد الله بن محمد بن عبد الله العمراني، دار كنوز إشبيلية- الرياض، ط١، ١٤٢٧هـ – ٢٠٠٦م، ٤٧.

(١٠٦) للتعرف على أنواع العقود المركبة، ينظر: المصدر نفسه، ٩٢-١٤٥.

(١٠٧) ينظر: المبسوط، ١٣/ ٢٩.

(١٠٨) ينظر: الحاوي الكبير، علي بن محمد بن حبيب الماوردي، تح: الشيخ علي معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية – بيروت، ط١، ١٤١٤هـ – ١٩٩٤م، ٥/ ٣٢٠.

(١٠٩) ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٤/ ٣٤٩.

(١١٠) ينظر: فتح القدير، ٦/ ٤٤٧.

(١١١) ينظر: بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (ت: ١٢٤١هـ)، دار المعارف، د.س، ٣/ ٥٣.

(١١٢) ينظر: الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي، ٣/ ٣٢.

(١١٣) ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي، ٥/ ٤٠.

(١١٤) ينظر: الحاوي الكبير، ٥/ ٣٢٠؛ البيان، ٥/ ١٤٨.

(١١٥) ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٤/ ٣٤٩.

(١١٦) ينظر: العقود، أحمد بن تيمية، ت: ٧٢٨هـ)، تح: محمد حامد الفقي، مكتبة السنة المحمدية – القاهرة، د.س،١٨٩.

(١١٧) ينظر: التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب، ٥/ ٢٧٩.

(١١٨) البيان، ٥/ ١٤٨.

(١١٩) ينظر: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، د. علي القره داغي، دار البشائر الإسلامية – بيروت، ط٢، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م، ٣٦٦-٣٦٧.

المصادر والمراجع

- القرآن الكريم

١. الحاوي الكبير، علي بن محمد بن حبيب الماوردي، تح: الشيخ علي معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية – بيروت، ط١، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م

٢. الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود الموصلي (ت: ٦٨٣هـ)، تح: الشيخ شعيب الأرناؤوط، الرسالة العالمية – بيروت، ط٢، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م.

٣. إدرار الشروق على أنوار الفروق، بهامش الفروق، قاسم بن عبد الله ابن الشاط (ت:٧٢٣هـ)، دار الكتب العلمية – بيروت، ط١، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.

٤. إرشاد الساري، أحمد بن محمد بن أبى بكر بن عبد الملك القسطلاني، المطبعة الكبرى الأميرية – مصر، ط٧، ١٣٢٣هـ.

٥. إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم المعروف بتفسير أبي السعود، محمد بن محمد بن مصطفى العمادي (ت:٩٨٢هـ)، دار المصطفى للطباعة – القاهرة، د.س.

٦. الأشباه والنظائر، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (ت: ٩٧٠هـ)، دار الكتب العلمية – بيروت، ط١ ، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م.

٧. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علي بن سليمان بن أحمد المَرْداوي (ت:٨٨٥هـ)، تح: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي/ د. عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان – القاهرة، ط١، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

٨. أنوار التنزيل وأسرار التأويل المعروف بتفسير البيضاوي، عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوي (٦٨٥هـ) ، تح: محمد عبد الرحمن المرعشلي، دار إحياء التراث العربي – بيروت، ط١، ١٤١٨هـ.

٩. البحر الرائق، إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (ت:٩٧٠هـ)، دار الكتاب الإسلامي، ط٢.

١٠. بداية المجتهد، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (ت: ٥٩٥هـ)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط١٣٩٥،٤هـ-١٩٧٥م.

١١. بدائع الصنائع، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني (ت: ٥٨٧هـ)، دار الكتب العلمية – بيروت،ط٢،

١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

١٢. البناية، محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى المعروف بالعيني (ت:٨٥٥هـ)، دار الكتب العلمية – بيروت، ط١، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.

١٣. البيان في مذهب الإمام الشافعي، يحيى بن أبي الخير سالم العمراني، دار المنهاج – جدة، ط٤، ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤.

١٤. التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق (ت: ٨٩٧هـ) ، دار الكتب العلمية – بيروت، ط١، ١٤١٦هـ - ١٩٩٤م.

١٥. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي الزيلعي (ت:٧١٠هـ)، دار الكتب العلمية – بيروت، ط٢.

١٦. تحفة المحتاج، مع حاشيتي الشرواني وابن القاسم، شهاب الدين ابن حجر الهيتمي (٩٧٣هـ)، دار الحديث – القاهرة، ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م، ٧/ ٧٢١-٧٢٢

١٧. ترتيب القاموس المحيط مادة (عوض)، الطاهر أحمد الزاوي، الدار العربية للكتاب، ط٣، ١٩٨٠.

١٨. التلويح إلى شرح حقائق التنقيح، سعد الدين مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني (ت:٧٩١هـ)، دار الأرقم- بيروت، ط١، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.

١٩. التهذيب في فقه الإمام الشافعي، محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي (ت:٥١٦هـ) ، دار الكتب العلمية – بيروت، ط١، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

٢٠. التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، خليل بن اسحق الجندي (ت: ٧٧٦هـ)، تح: أبو الفضل الدمياطي أحمد بن علي، مركز التراث الثقافي المغربي – الدار البيضاء/ دار ابن حزم – بيروت، ط١، ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م.

٢١. الجامع لأحكام القرآن المعروف بتفسير القرطبي، محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي القرطبي (ت:٦٧١هـ)، تح: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية – القاهرة، ط٢، ١٣٨٤هـ، ١٩٦٤.

٢٢. حاشية الخلوتي على منتهى الإرادات، محمد بن أحمد بن علي البهوتي الْخَلْوَتي (ت: ١٠٨٨ هـ)، تح: د.سامي بن محمد بن عبد الله الصقير ود. محمد بن عبد الله بن صالح اللحيدان، دار النوادر – دمشق، ط١، ١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م.

٢٣. الحق والذمة، الشيخ علي الخفيف، دار الفكر العربي – القاهرة، ط١، ١٤٣١ - ٢٠١٠.

٢٤. الدر المنثور، بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (ت: ٧٩٤هـ)، وزارة الأوقاف الكويتية، ط٢، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

٢٥. درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، دار الكتب العلمية – بيروت، ط١، ٢٠١٠م.

٢٦. الذخيرة، شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن بالقرافي (ت: ٦٨٤هـ)، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط، ١٩٩٤م.

٢٧. رد المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، دار إحياء التراث العربي ٠ بيروت، ط١، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

٢٨. روح المعاني، محمود بن عبد الله الآلوسي، (ت:١٢٧٠هـ) ، مؤسة الرسالة – بيروت، ط١، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م.

٢٩. روضة الطالبين، محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت:٦٧٦هـ)، تح: زهير الشاويس، المكتب الإسلامي – بيروت، عمان، دمشق، ط٣، ، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.

٣٠. شرح الزُّرقاني على مختصر خليل مع حاشية البناني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني (ت:١٠٩٩هـ)، دار الكتب العلمية – بيروت، ط١، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.

٣١. الشرح الكبير على المقنع، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت:٦٨٢هـ) ، تح: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي – د.عبد الفتاح محمد الحلو، هجر، القاهرة، ط١، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

٣٢. الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: ١٢٣٠هـ)، دار الفكر – بيروت، د.س

٣٣. شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي (ت:١١٠١هـ)، دار الفكر – بيروت، د.س، ٦/ ٨.

٣٤. شرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى (١٠٥١هـ)، عالم الكتب – بيروت، ط ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

٣٥. شرح ميارة الفاسي، محمد بن أحمد بن محمد المالكي (ت:١٠٧٢هـ)، تح: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية – بيروت، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.

٣٦. العقود، أحمد بن تيمية، ت: ٧٢٨هـ)، تح: محمد حامد الفقي، مكتبة السنة المحمدية – القاهرة، د.س.

٣٧. فتاوى قاضي خان بهامش الفتاوى الهندية، حسن بن منصور الأوزجندي المعروف بـ قاضي خان (ت:٢٩٥هـ

)، المطبعة الكبرى الأميرية – بولاق/ مصر، ط٢، ١٣١٠هـ.

٣٨. الطبيعة القانونية لعقد الفرنشايز، عروسي ساسية، جامعة سطيف٢/ كلية الحقوق والعلوم السياسية.

٣٩. العقود المالية المركبة دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية، د. عبد الله بن محمد بن عبد الله العمراني، دار كنوز إشبيلية- الرياض، ط١، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م

٤٠. فتح العلي المالك، محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي ت: ١٢٩٩هـ)، دار المعرفة – بيروت، د.س، ٢/ ٢٤٩

٤١. فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (ت:٨٦١هـ)، دار الفكر – بيروت، د.ط، د.س.

٤٢. كفاية النبيه، أحمد بن محمد بن علي الأنصاري المعروف بابن الرفعة (٧١٠هـ)، تح: مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية بيروت، ط١، ١٤٠٩هـ.

٤٣. المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح (ت:٨٨٤هـ)، دار الكتب العلمية – بيروت، ط١، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.

٤٤. المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت:٤٨٣هـ)، دار الفكر – بيروت، ط١، ١٤٢١هـ ٢٠٠٠م.

٤٥. مجمع الأنهر، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو المعروف بداماد أفندي (ت:١٠٧٨هـ)، دار إحياء التراث العربي – بيروت، د.س.

٤٦. مجمع الضمانات،أبو محمد بن غانم البغدادي، تح: أ.د. محمد أحمد سراج/ أ.د. علي جمعة محمد، دار السلام – القاهرة، ط١، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.

٤٧. المجموع مع تكملة السبكيأ والمطيعي، محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت:٦٧٦هـ)، دار الفكر – بيروت.

٤٨. مدارك التنزيل وحقائق التأويل المعروف بتفسير النسفي، عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي (ت: ٧١٠هـ، دار ابن كثير – دمشق/ بيروت، ط٥، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.

٤٩. المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، دار القلم – دمشق، ط٢، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

٥٠. المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم – دمشق، ط١، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.

٥١. مرشد الحيران، محمد قدري باشا (ت: ١٣٠٦هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، ط٢، ١٣٠٨ هـ -

١٨٩١م.

٥٢. مطالب أولي النهى، مصطفى بن سعد بن عبده الرحيبانى (١٢٤٣هـ)، المكتب الإسلامي، ط٢، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

٥٣. مغني المحتاج، محمد بن محمد الشربيني (ت: ٩٧٧هـ)، دار إحياء التراث العربي – بيروت، د.س.

٥٤. المغني، محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة (ت: ٦٢٢هـ)، دار الفكر – بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.أأ

٥٥. الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي – القاهرة، ١٩٩٦م.

٥٦. المهذب، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ت:٤٧٦هـ)، دار الكتب العلمية – بيروت، د.س، ٢١٨/٢

٥٧. الموافقات في أصول الشريعة، ابراهيم بن موسى اللخمي المعروف بالشاطبي، دار المعرفة – بيروت، ط٤، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.

٥٨. مواهب الجليل، محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المعروف بالحطاب (ت: ٩٤٥هـ)، دار الفكر – بيروت، ط٣، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

٥٩. الهداية، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني(ت:٥٩٣هـ)، تح:

طلال يونس، دار إحياء التراث العربي – بيروت.

مواقع الانترنت:

١. https://ar.wikipedia.org