



قاعدة: «المغرط أولى بالخسارة» دراسة تحليلية نقدية

د. طارق بن طلال بن محسن عنقاوي

أستاذ مشارك بقسم الفقه بكلية الشريعة

جامعة أم القرى

ttangawi@uqu.edu.sa

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين. أما بعد:

فإنَّ من القواعد التي يكثر تداولها على ألسنة المهتمين بالمجال القضائي قاعدة (المفْرَط أولى بالخسارة)، وقد تساق في موضع الاحتجاج لتضمين الأمين الذي فرّط فيما يجب عليه تجاه مال غيره، أو للحكم على من فرّط فيما يلزم لحفظ مال نفسه.

والناظر في كلام الفقهاء يجد صوراً متنوعة للتفريط، يمكن أن يسفر استقراؤها وتحليلها عن ضبطٍ للتفريط المؤثر بما يحرّر الموقف من هذه القاعدة، فكان من مهمات البحث الفقهي أن يلج في مثل هذه الفجوات محاولاً التحرير والتفصيل بعون الله.

مشكلة البحث:

يمكن تحديد مشكلة البحث بالسؤال الرئيس التالي: هل قاعدة (المفْرَط أولى بالخسارة) قاعدة صحيحة يحتج بها بهذا الإطلاق؟ ويتفرّع عن هذا السؤال الأسئلة الفرعية التالية:

السؤال الأوّل: ما معنى قاعدة (المفْرَط أولى بالخسارة)؟ وماذا تشمل من أنواع التفريط؟

السؤال الثاني: هل توجد قاعدة فقهية بهذه الصيغة؟ ومتى بدأ استعمالها بهذه الصيغة؟ وما القواعد القريبة منها وما موضع الشبه والفرق بينها؟

السؤال الثالث: هل أخذ الفقهاء بهذه القاعدة أو بمعناها بإطلاق؟ وما الذي أخذوا به من مشمولاتها إن كان الجواب بالنفي؟

السؤال الرابع: ما الأدلة والأصول الشرعية التي يمكن أن تتعلّق بهذه القاعدة؟ وما العلاقة الصحيحة بينها وبين القاعدة؟ وما الموقف من القاعدة في ظل ذلك؟

السؤال الخامس: كيف يطبّق القضاة هذه القاعدة؟ وما مدى دقّة التطبيق من الناحية الشرعية؟

أهداف البحث:

١. بيان معنى قاعدة (المفّرط أولى بالخسارة) وما تشمله من أنواع التفريط.
٢. تحليل حضور قاعدة (المفّرط أولى بالخسارة) بصيغتها أو معناها أو حضور ما يقاربها من قواعد في كلام الفقهاء.
٣. بيان الموقف الصحيح من قاعدة (المفّرط أولى بالخسارة) في ضوء الأدلة والأصول الشرعية.
٤. دراسة نماذج من تطبيقات القضاء للقاعدة.

أهمية موضوع البحث:

تبرز أهمية موضوع البحث من خلال كثرة تداول هذه القاعدة في تسييبات القضاة وعلى ألسنة المحامين والمهتمين بالقضاء عموماً، حتّى إنّ البوابة

القضائية العلميّة التابعة لوزارة العدل السعوديّة أدرجتها ضمن تصنيف القواعد والضوابط الفقهيّة، إضافة إلى حضورها في جانب الاحتجاج على بعض من تعرضوا لخسائر مالية ادّعي أنّ تفریطهم تسبّب فيها، ومن ثمّ فقد يقضى عليهم بأحكام تحمّلهم شيئاً من الخسائر بحجّة التفریط، بينما تبرئ غيرهم من التبعة بحجّة أنّ المفّرط أولى بالخسارة، فاجتمع في موضوع البحث الكثرة وخطر الأثر لتعلّقه بإثبات أو نفي الحقوق، ومثل هذا لا بد من القضاء فيه بحجّة شرعيّة غير ملتبسة.

الدراسات السابقة:

لم أجد من أفرد هذه القاعدة ببحث شامل، غير أنّي وجدت بشبكة الإنترنت بحثاً للدكتور فهد بن عبد الله آل طالب مؤرخاً بشعبان ١٤٤١هـ عنوانه: توثيق قاعدة (المفّرط أولى بالخسارة). وقد نصّ الباحث على أنّ غرضه التوثيق من ذكر القاعدة في كلام الفقهاء وتوثيق نسبها، وأنّ ورقته البحثية لم تُعنَ بذكر أدلتها وأمثلتها والاعتراضات عليها.

منهج البحث:

سيتبع هذا البحث منهج الاستقراء والتحليل للوصول لمعنى القاعدة وتوثيقها ومعرفة مواقف الفقهاء منها، كما سيتبع مناهج الاستنباط والتحليل والنقد للوصول إلى الموقف الصحيح من الاحتجاج بالقاعدة وتوظيفها في الأحكام القضائيّة.

خطة البحث:

جعلت هذا البحث في مقدّمة وخمسة مباحث وخاتمة.

المقدّمة:

وفيها بيان موضوع البحث ومشكلته وأهدافه، والحديث عن أهميته، والدراسات السابقة فيه، وبيان المنهج المتّبع وتقسيماً الخطة.

المبحث الأوّل: معنى قاعدة (المفّرط أولى بالخسارة).

المبحث الثاني: توثيق قاعدة (المفّرط أولى بالخسارة).

المبحث الثالث: ما يُستفاد من تعليقات الفقهاء بالتفريط.

المبحث الرابع: الموقف الصحيح من قاعدة (المفّرط أولى بالخسارة) في ضوء الأدلة والأصول الشرعية

المبحث الخامس: دراسة بعض تطبيقات قاعدة (المفّرط أولى بالخسارة) في أحكام القضاء.

الخاتمة: وفيها أهم نتائج وتوصيات البحث.

فهرس المراجع.

أسأل الله التيسير والسداد وأن يجعل فيه النفع والبركة، والله أعلم وصلى الله على نبينا محمد.

المبحث الأول معنى قاعدة (المفرط أولى بالخسارة)

المطلب الأول: بيان معنى مفردات القاعدة:

المفرط في اللُّغة:

جاء في مقاييس اللُّغة: «الفاء والراء والطاء أصل صحيح يدل على إزالة شيء من مكانه وتنحيته عنه.. وكذلك التفريط، وهو التقصير، لأنه إذا قصر فيه فقد قعد به عن رتبته التي هي له»^(١)، وفي لسان العرب: «وَفَرَطٌ فِي الْأَمْرِ يَفْرُطُ فَرَطًا أَيْ قَصَّرَ فِيهِ وَضَيَّعَهُ حَتَّى فَاتَ، وَكَذَلِكَ التَّفْرِيطُ»^(٢)، وفي النهاية في غريب الحديث والأثر: «هو بالتخفيف: المسرف في العمل، وبالتشديد: المقصر فيه»^(٣).

المفرط في اصطلاح الفقهاء:

لا يخرج التفريط في استعمال الفقهاء عن المعنى اللغوي، فهو من «التهاون في الشيء حتى يتلف، وإهمال الشيء»^(٤). قال ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ: «والتفريط: هو ترك ما يجب عليه من غير عذر»^(٥)، وقال السعدي: «التفريط ترك ما يجب»^(٦). وقال بنفس الموضوع: «والتعدي فعل ما لا يجوز».

(١) مقاييس اللغة ٤ / ٤٩٠.

(٢) لسان العرب ٧ / ٣٦٨.

(٣) النهاية في غريب الحديث والأثر، ٣ / ٤٣٥.

(٤) الدر النقي في شرح ألفاظ الخرقى، ٢ / ٣٣٣.

(٥) الفتاوى، ٣٠ / ١٨٣.

(٦) القواعد والأصول الجامعة، ص ٤٦.

الخسارة في اللغة:

جاء في مقاييس اللغة: «الخاء والسين والراء أصل واحد يدل على النقص»^(١)، و«الخاسر الذي وضع في تجارته، ومصدره الخسارة والخسر»^(٢).

الخسارة في اصطلاح الفقهاء:

لا تخرج الخسارة في استعمال الفقهاء عن المعنى اللغوي، فهي «ضد الربح»^(٣).

المطلب الثاني: بيان المعنى الإجمالي للقاعدة:

سنؤسِّس بيان معنى القاعدة الإجمالي على استعمالها القضائي المعاصر، وذلك لسببين:

الأول: أن البحث يتَّجه بأهدافه لاستعمال القاعدة المعاصر في المجال القضائي.

الثاني: أن استعمال القاعدة بهذا اللفظ والإطلاق ليس شائعاً عند الفقهاء، وما يُورد على أنه شاهد له يحتاج لنقد^(٤)، لذا لن يكون تحرير معناها الإجمالي دقيقاً إن انطلق من النظر فيما يورد من شواهد استعمال الفقهاء لها.

وعليه، فقد رجعتُ إلى مجموعة من الأحكام القضائية بالمحاكم السعودية لاستقراء استعمال القاعدة في مجال القضاء، بلغت أربعة وعشرين تطبيقاً

(١) مقاييس اللغة، ٢ / ١٨٢.

(٢) لسان العرب، ٤ / ٢٣٩.

(٣) معجم لغة الفقهاء، ص ١٩٥.

(٤) وهو ما سيتناوله هذا البحث لاحقاً.

قضائياً^(١)، خمسة عشر منها في القضاء التجاري، وسبعة في القضاء العام، واثنان في المحاكم الإدارية، يضاف لذلك مبدأ قضائي قرره مجلس القضاء الأعلى، وقد تبين من دراستها تنوع أوجه التفريط المستند له في الأحكام، ويرجع ذلك ملخصاً لما يلي:

١- التأخر في المطالبة بالحق^(٢).

٢- الإقرار أو إجراء التعاقدات ثمّ الادعاء بأنّها كانت صورية على غير ظاهرها^(٣).

٣- تحرير الشيكات ثمّ ادعاء أنّها ليست على الظاهر المراد منها^(٤).

(١) اعتمدت في الاستقراء على البحث بدلالة لفظ القاعدة في موقع البوابة العلمية التابع لوزارة العدل، إضافة لما تحتها من أحكام مصنفة لأنّ الموقع جعل القاعدة ضمن تصنيفاته للأحكام، كما اعتمدت على مدونات الأحكام التابعة لديوان المظالم، ثم وجدت بعض القضايا منشورة على منصة إكس، وانتقيت منها ما رأيت أنّه يضيف جديداً لهذا الاستقراء دون ما هو من جنس ما وجدته وأدرجته قبل ذلك، واستفدت من صكوك قضيتين في المحاكم العامة حصلت عليها من أحد الأقارب.

(٢) انظر: حكم المحكمة التجارية بالرياض (٦٥٠٦) في ٢٥/١٢/١٤٤٢هـ. الرابط: <https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/38800>؛ حكم المحكمة الإدارية رقم القضية (٥٩٧٨/٢/ق) لعام ١٤٣٦هـ، من مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٣٧هـ، ٤/٤٠٧.

(٣) انظر: حكم المحكمة التجارية بالرياض (١٢٣٣٤) في ٣/٥/١٤٤٠هـ. الرابط: <https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/40991>

(٤) انظر: حكم المحكمة التجارية بالرياض (١٠٩٧٧) في ٢١/١١/١٤٤٠هـ. الرابط: <https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/35076>، حكم المحكمة التجارية بالرياض (٨٠٤) في ٢٢/٥/١٤٤٢هـ. الرابط: <https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/38438>

٤- التفريط في إعطاء إخلاء طرف^(١) أو الاتفاق على التخارج قبل تدقيق الحسابات^(٢).

٥- التفريط في الإفراغ الصوري للعقار أو التوكيل في إفراغه لغرض التمويل^(٣).

٦- التعامل مع شخص على أنه مفوّض أو وكيل دون التحقق من تفويضه ووكالته^(٤).

٧- التفريط في توثيق أو تعديل عقد الشركة وما يتضمّنه من مستحقات^(٥).

(١) انظر: رقم القضية (٣٢١٤/٢/ق) لعام ١٤٣٥هـ، من مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٣٧هـ، ٣/٥٠٢.

(٢) انظر: حكم المحكمة الإدارية رقم القضية (٥٩٧٨/٢/ق) لعام ١٤٣٧هـ، من مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٣٧هـ، ٣/٣٨٠.

(٣) صكوك غير منشورة من المحاكم العامة، وهي صك حكم محكمة الاستئناف في القضية (٤٣٩٢١٢٨٧٠) برقم الصك (٤٤٣٠٨٩٧٢٥٦) بتاريخ ٢٥/١٠/١٤٤٤هـ، وصك المحكمة العامة بجدة في الدعوى المقيدة برقم (٤٢١٣٨٦٦٠١) برقم الصك (٤٣٢٠٤٢٦٩٨) بتاريخ ١٠/٦/١٤٤٣هـ.

(٤) انظر: حكم المحكمة التجارية بجدة (٤١٩) في ١٤/٤/١٤٤٢هـ. الرابط: <https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/27296> وحكم المحكمة التجارية ببريدة (٤٣٣٦٢٥٩٧٦) في ٢٧/١٢/١٤٤٣هـ. الرابط: <https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/41430>

(٥) انظر: حكم المحكمة العامة بتبوك (٣٨) في ١٩/١٠/١٤٣٩هـ. الرابط: <https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/17982>؛ حكم المحكمة الإدارية رقم القضية (٥٩٧٨/٢/ق) لعام ١٤٣٦هـ، من مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٣٧هـ، ٤/٤٠٧.

- ٨- إتاحة وسائل المراسلة مثل البريد الإلكتروني^(١) أو وسائل التوثيق مثل الأختام لغير صاحبها^(٢).
- ٩- التفريط في ضبط المطلوب في المرافعة أو تحصيل وسائل الإثبات الكافية وتقديمها وقت الحاجة لها أو التفريط في الدراية بعمل المؤسسة^(٣).
- ١٠- التفريط في تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها في العقد لإثبات الخلل في تنفيذ التعاقد من الطرف الآخر^(٤).
- ١١- التفريط في معرفة واتباع إجراءات الجهات الحكومية المشترطة لإثبات الحق في التقدم لوظيفة^(٥).
-
- (١) انظر: حكم المحكمة العامة بسكاكا (٧٤٠) في ١١/٣/١٤٤٠هـ. الرابط: <https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/15293>
- (٢) انظر: حكم المحكمة التجارية بالدمام (٢٢٨٦) في ٢٢/٣/١٤٤١هـ. الرابط: <https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/18637>
- (٣) انظر: حكم المحكمة التجارية بمكة المكرمة (٦٧٩/٢/ق) في ١٥/٨/١٤٣٩هـ. الرابط: <https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/17890>. وقد قرّر مجلس القضاء الأعلى ببيئته الدائمة أنّ «التعامل مع البنوك يحصل بموجب مستندات يحتفظ بها العميل، وأمّا التعامل الخاطئ مع موظف البنك فلا يُلزم البنك بشيء، وتبعية ذلك تقع على المفرط وعلى عامل البنك». (م ق د): (٥/٤٤٥)، (٢٢/٨/١٤٢٢هـ) ص ٦٥ رقم (٩٨). المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا من عام ١٣٩١هـ إلى عام ١٤٣٧هـ. مركز البحوث، وزارة العدل، الرياض، ١٤٣٨هـ.
- (٤) انظر: حكم المحكمة التجارية بجدة (٣٣٠٤) في ١٦/١١/١٤٣٩هـ. الرابط: <https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/17883>
- (٥) انظر: حكم المحكمة الإدارية رقم القضية (٤٨٠/٧/ق) لعام ١٤٣٤هـ، من مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٣٥هـ، ١/٣١٦.

١٢- التفريط في القيام بالالتزامات التعاقدية^(١).

١٣- التفريط بإلزام النفس بشرط دفع ربح مقدم في شركة مضاربة ثم ادعاء الإفلاس^(٢).

١٤- التفريط من المؤمن في حفظ الأمانة^(٣).

ويلاحظ ممَّا سبق أنَّ جزءاً كبيراً من التفريط الذي تُورد القاعدة عليه هو تفريط في حقِّ النفس، وقد تُورد أحياناً على التفريط في حقِّ الغير، وهذا الاستعمال الأخير ضعيف التناسب مع لفظ (أولى بالخسارة) الذي يدلُّ على تنازع الخسارة بين طرفي نزاع، وكأنَّ في تضمين من فرط في حقِّ نفسه خروجاً عن المألوف وتقريراً له حتى كأنَّه استحقَّ خسارته. أمَّا التفريط في حقِّ الغير فيُضمَّن المفرد فيه بلا مشاركة من الطرف الآخر في استحقاق الضمان، ولا منازعة ولا غرابة في تضمين المتعدِّي أو المفرد في حقِّ الغير حتى يقال فيه

(١) انظر: حكم المحكمة العامة بالمدينة (٦٨٥) في ١٣/٧/١٤٤٠هـ. الرابط: <https://www.sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/25169>

في ٢٠/٧/١٤٤٠هـ. الرابط: <https://www.sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/25290>

وحكم الدائرة التجارية الثانية في القضية رقم (٧٢٩) لعام ١٤٣٩هـ. مصورة على شبكة

إكس: <https://twitter.com/NaifLegal/status/1480546094878703619/photo/1>

(٢) انظر: حكم الدائرة التجارية الثالثة من المحكمة التجارية بجدة في القضية رقم (٥١٦٤)

عام ١٤٣٩هـ. مصورة على شبكة إكس: <https://twitter.com/Aldusaymani/status/1182247563233234944/photo/2>

(٣) انظر: حكم المحكمة العامة بالمدينة (٦٨٥) في ١٣/٧/١٤٤٠هـ. الرابط: <https://www.sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/25169>

إنَّه (أولى بالخسارة)! ومع ذلك فقد تطبق القاعدة على هذا النوع من التفريط مع عدم تناسبه مع ألفاظها^(١).

وعليه يمكن صياغة المعنى الإجمالي للقاعدة كما يلي:

إنَّ المقصَّر في حقِّ نفسه بعدم حفظه أو إثباته، أو عدم اتخاذ الوسائل التي يُقدَّر القضاء أنَّها لازمة لحمايته أو استعادته، أو بفعل ما يؤدي لضياعه، هو أولى بأن يخسر ذلك الحقَّ قضاءً ولا يحكم له به في مواجهة غيره، كما يُضمَّن من يقصَّر في حقِّ غيره.

وإنَّما قيِّدت الوسائل اللازمة بتقدير القضاء لأنَّ بعضها يقدر القضاء لزومه استناداً لقواعد تنظيمية، فليس اللزوم المقدر مبنياً باطراد في التطبيقات القضائية على أصول شرعية محضة، وقد يدخل التقدير القضائي أيضاً في جانب تقدير حصول التفريط بالرجوع لفهم الوقائع والاستنباط من القرائن في ضوء العرف.

وظاهر إطلاق القاعدة أنَّه قد لا يحكم للمفْرط في مواجهة غيره ولو وُجد سبب لثبوت ذلك الحقِّ له، وذلك مبني على أنَّ التفريط في حقِّ النفس مؤثِّر استقلالاً، لا أنَّه يؤثِّر تبعاً لغيره من الأوصاف المعبرة شرعاً فقط، وهو ما نجده في بعض التطبيقات كما سيأتي^(٢).

وعلى سبيل المثال وتوضيح الفرق بين تأثير التفريط في حقِّ النفس استقلالاً أو تبعاً، فقد يخسر المدَّعي ولا يُحكم له بملك عقار غُصب منه

(١) انظر الهامش السابق.

(٢) سيأتي آخر البحث دراسة بعض التطبيقات القضائية.

استغلالاً لو كالة مطلقة؛ لأنّه فرط في التوكيل المطلق، مع كون تصرف الوكيل ظاهراً في خلاف مصلحة الموكل وأنه جرى لمصلحة نفسه، ففي هذا المثال جعل التفريط في حقّ النفس مؤثراً استقلالاً.

ومثال ما يكون التأثير فيه تبعياً: خسارة المدعي دعواه لكونه يدعي أمراً خلافاً لأصل ولم يقدّم عليه بيّنة، فهنا يكون تفريطه في إثبات حقه تابعاً لأصل شرعي يوجب خسارته لدعواه ظاهراً، ولا يستقل التفريط بالتأثير؛ لأنّه لو وجدت قرينة تثبت حقه لحكم له ولو كان مفرطاً.

وقد شبّهتُ في آخر التعريف المعنى السائد المناسب مع ألفاظ القاعدة بالمعنى الثابت شرعاً والشائع في كلام الفقهاء وهو التفريط في حقّ الغير، لأبّين أنّ معنى القاعدة يدور على تنزيل المقصّر في حقّ نفسه منزلة المقصّر في حقّ غيره المستحق للتضمين، ولأشمل بذلك من يُدخل في لفظ القاعدة صورة التفريط في حقّ الغير.

وأنبّه أخيراً إلى أنّ باقي البحث مبني على هذا المعنى الذي يدور عليه أغلب الاستعمال ويتناسب مع ألفاظ القاعدة، وهذا لا يعني أنّ مشكلة البحث ناتجة عن التعريف، فالجانب النقدي في هذا البحث مبني على الاستعمال الظاهر في التطبيقات.

المبحث الثاني توثيق قاعدة (المفْرَط أولى بالخسارة)

كتب د. فهد بن عبد الله آل طالب ورقة في توثيق هذه القاعدة، أورد فيها عدّة نقول من كتب التراث، بعضها في سياق الفقه وبعضها ليس كذلك، وقسّم تلك النقول إلى ما جاء بلفظ القاعدة، وما جاء بمعناها.

وسأركّز هنا على نقاش ما أورد في سياق الفقه لأنّه المتعلّق بالعرض، غير أنّي أشير إلى أنّ ورودها في بعض كتب الأدب قديم كما يظهر ممّا أوردت الورقة من نقول، وهو سابق لورود ما يشبهها في بعض الكتابات الشرعية، ولعلّها إذ كان الأمر كذلك استعملت في قلّة من النقول الفقهية على سبيل المثل لا على سبيل التقييد الفقهي المحكم، وهذا التحليل الذي أطرحه يثبت أو ينفيه فحص تلك النقول لفهم سياقها، وغير ذلك مما سيأتي - إن شاء الله -.

كما سأركّز في نقد النقول على دلالتها على إهدار حقّ الإنسان الذي فرّط في حقّ نفسه مع وجود ما يستدعي بحث التضمين في حقّ غيره، إذ هذا التقابل بين خسارة الحقّ وبين تضمين الغير هو الذي ترد عليه هذه القاعدة أصالة كما تشير ألفاظها وتطبيقاتها.

المطلب الأوّل: النقول التي أوردت على أنّها توثق القاعدة مطابقة للفظها:

النقل الأوّل: لابن عرفة المالكي (٨٠٣هـ):

يقول د. فهد آل طالب: «أقدم من وقفت على كلامه ممّن ذكر هذه القاعدة بلفظها في سياقها الفقهي هو ابن عرفة المالكي (٨٠٣هـ) رَحِمَهُ اللهُ

في كتابه (المختصر الفقهي).. يقول في باب الرجوع عن الشهادة معقباً على قول من قال لم يُضمّن أهل المذهب الشاهدين للمشهود له أخيراً، وعذرهما بالنسيان، وذلك لأنّ الشاهد قد يكثر تحمله للشهادات فلو ضمن بالنسيان كان عليه ضرر عظيم، قال ابن عرفة: «وقوله: (فلو ضمن بالنسيان كان ضرر عظيم) مقابل بأن عدم تضمينه ضرر بالمشهود عليه، وهو غير مفرط والشاهد هو المفرط فكان أولى بالخسارة»^(١)»^(٢).

ونقل هذا النقل عن ابن عرفة الونشريسيّ (٩١٤هـ) في كتابه (عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق)^(٣).

أقول: هذا النقل لا يصلح مستنداً للقاعدة بالمعنى الإجمالي الذي قدمناه، فالشاهد هنا متسبب في ضياع حقّ غيره بتفريطه في ضبط الشهادة، وهذا النوع من التفريط يتعلّق بحقّ الغير لا بحقّ النفس.

النقل الثاني: للمتصر الكتاني (١٤١٩هـ):

في تفسيره في قصة حكم سليمان وداود عليهما السّلام في الحرث، قال: «ومن الأصول والقواعد فيها: أن المفرط أولى بالخسارة، فعندما فرط أصحاب البساتين ليلاً من رعاية بساتينهم فالخسارة عليهم ولا ضمان، وعندما يفرط أصحاب الدواب والأغنام نهراً وكان ينبغي ألا يفعلوا فالخسارة عليهم، والضمان عليهم»^(٤).

(١) المختصر الفقهي، ٩/ ٤٦٠.

(٢) توثيق قاعدة (المفرط أولى بالخسارة)، ص ٢.

(٣) عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق، ٥١٤.

(٤) تفسير المتصر الكتاني، ٥٩ / ٧ بترقيم المكتبة الشاملة آليا، وأصله تفرغ للدرس الصوتي رقم (٥٩).

أقول: الضمان يُجعل على أهل البساتين نهاراً لا ليلاً، وهذا نصُّ الحديث الوارد^(١)، فعَلَّهُ سبق قلم. والواضح أنَّ التفريط من أصحاب الدواب ليلاً هو من قبيل التفريط في حقِّ الغير، وأمَّا هدر ما يقع لأصحاب البساتين نهاراً، فلأنَّ الأصل أنَّ ضمان المال يكون على مالكة ما لم يوجد سبب لتضمين غيره، وهنا لم يقع من أصحاب الدواب تفريط يوجب تضمينهم، لأنَّ الرعي نهاراً معتاد ويصعب التحرُّز منه، والجناية هنا هي جناية بهيمة خلت عن تفريط صاحبها، وقد جاء في الحديث: ((الْعَجْمَاءُ جُبَارٌ))^(٢)، فيكون الضمان على مالك المال كما هو الأصل، ويكون ذكر تفريطه في حفظ ماله مساعداً في التعليل ووصفاً تابعاً في التأثير ولا يتمحّض تأثيره كما يوحي إطلاق القاعدة. وسيأتي تمام توجيه علاقة الحديث بالقاعدة عند الكلام عن تأصيلها من الأدلة إن شاء الله.

فالحاصل أنَّ إيراد هذا النقل ليس قوياً في توثيق القاعدة، لما فيه من معانٍ أخرى أثرت ولم يتمحّض التفريط في حقِّ النفس مؤثراً في الضمان، ثمَّ إنَّ تاريخ وفاة المؤلف رَحِمَهُ اللهُ متأخرة، فهو من جملة المعاصرين لا المتقدمين.

وبقية النقول التي جاءت بلفظ القاعدة مما أورد الدكتور فهد آل طالب غير فقهية، فلننتقل لما اعتبر أنَّه جاء بمعنى القاعدة.

- (١) يأتي إيراده والكلام على علاقته بالقاعدة في الحديث عن تأصيلها من الأدلة الشرعية.
- (٢) يأتي تخريجه ضمن الكلام على تأصيل القاعدة. قال ابن عبد البر في التمهيد (١٩/٥): «والعجماء عند العرب: كل بهيمة وسبع وحيوان غير ناطق مفصح.. الجبار: الهدر الذي لا يجب فيه شيء».

المطلب الثاني: النقول التي أوردت على أنها تؤثّق القاعدة مطابقة لمعناها:

وقد أورد د. فهد آل طالب في ورقته ستة نقول أوردتها مع دراستها فيما يلي:

١- قول ابن تيمية: «وأيضاً فالبائع إذا مكن المشتري من القبض: فقد قضى ما عليه. وإنما المشتري هو المفْرَط بترك القبض فيكون الضمان عليه؛ بخلاف ما إذا لم يمكنه من القبض: بأن لا يوفيه التوفية المستحقة؛ فلا يكيله ولا يزنه ولا يعده فإنه هنا بمنزلة ما لم يوفه إياه من الدين. وإذا لم يفعل البائع ما يجب عليه من التوفية؛ كان هو المفْرَط فكان الضمان عليه؛ إذ التفريط يناسب الضمان»^(١).

أقول: هذا النقل لابن تيمية جاء في سياق نقاش الرأي القائل بأنّ الضمان والتصرف متلازمان، فيبين أنّ التصرف قد يمنع مع ثبوت الضمان، ومن فروع ذلك مسألة المشتري إذا ترك قبض السلعة مع أنّ البائع وفى ما عليه من التسليم، فإنه يكون ضامناً مع كونه ممنوعاً من بيع ما لم يقبض.

وهذا النقل لا يتفق مع إطلاق القاعدة، لأنّ تفريط المتمكّن من القبض هنا جاء مع انتفاء سبب تضمين البائع، لأنّ ضمانه مع انتقال الملكية للمشتري إنّما يكون لبقاء واجب التسليم عليه، فإذا قام بما عليه من تمكين المشتري من القبض فقد انتفى سبب تضمينه، وارتبط الضمان بالمالك كما هو الأصل فيه^(٢) ما لم يحصل من غيره التعدي أو التفريط، والتمكّن من القبض يُعطى حكم

(١) مجموع الفتاوى، ٢٩ / ٤٠١-٤٠٢.

(٢) وهو معنى قاعدة (الخراج بالضمان). انظر: القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي، ١ / ٢٠٢، ٢٠٥.

القبض حسب رأي ابن تيمية رَحْمَةُ اللَّهِ، ولذلك جعله ضامناً، فتأثير التفريط في مسألة النقل تأتي تبعاً لوجود الملك وحكم القبض وانتفاء سبب التضمين عن البائع، فلا وجه لتضمين البائع إذاً، والضمان متعيّن في حقّ المالك المشتري، لا أنّه أولى بالخسارة مع وجود سبب التضمين من غيره، وتأمل حصر التفريط في قوله رَحْمَةُ اللَّهِ في نفس النقل: «وإنما المشتري هو المفْرط».

٢- قول ابن تيمية: «وهذا طرد أصلهم في أن المعتبر هو القدرة على الاستيفاء المقصود بالعقد، ولهذا يقولون: لو أن المشتري فرط في قبض الثمرة بعد كمال صلاحها حتى تلفت كانت من ضمانه كما لو فرط في قبض المعين حتى تلف. وهذا ظاهر في المناسبة والتأثير؛ فإن البائع إذا لم يكن منه تفريط فيما يجب عليه وإنما التفريط من المشتري: كان إحالة الضمان على المفْرط أولى من إحالته على من قام بما يجب عليه ولم يفرط؛ ولهذا اتفقوا على مثل ذلك في الإجارة؛ فإن المستأجر لو فرط في استيفاء المنافع حتى تلفت كانت من ضمانه. ولو تلفت بغير تفريط كانت من ضمان المؤجر»^(١).

أقول: هذا النقل أيضاً لا يساعد على إطلاق القاعدة، فإحالة الضمان على المفْرط هنا مرتبط بأن الطرف الآخر أدّى ما عليه ولم يوجد سبب لتضمينه غير الملك، والملك السابق أو الجاري مع التمكين من تسلّم المبيع أو المنفعة وإمكان استيفائها - كما ذكر الشيخ في صدر كلامه رَحْمَةُ اللَّهِ - لا يوجب ضمان ما فات بسبب من المشتري للثمرة أو المستأجر للمنفعة، وتأمل قوله في نفس النقل نائياً سبب التضمين عن الغير: «إحالة الضمان على المفْرط أولى من إحالته على من قام بما يجب عليه ولم يفرط».

(١) مجموع الفتاوى، ٣٠ / ٢٣٩.

٣- ما جاء في شرح منتهى الإرادات للبهوتي: «(ولو حصل مال شخص) من حيوان أو غيره (في دار آخر وتعذر إخراجه) من الدار (بدون نقض) بعضها (وجب) النقص وأخرج (وعلى ربه) أي: المال المخرج (ضمانه) أي إصلاحه. لأنه لتخليص ماله (إن لم يفرط صاحب الدار) فإن فرط فلا ضمان على رب المال. لأن المفرط أولى بحصول الضرر، كما لو كان بتعديه»^(١).

وهذا النقل لا يساعد على إطلاق القاعدة، إذ هو في تسبب صاحب المال في إتلاف مال غيره لمصلحة ماله، وهذا التسبب إن ساغ للضرورة فلا يُذهب حقَّ غيره في الضمان إن لم يكن متعدياً، فلا يصلح النقل مسوّغاً لإحالة الضمان على من فرط في حفظ ماله مع وجود سبب تضمين غيره.

٤- جاء في كشاف القناع للبهوتي: «(ولو أدخلت البهيمة رأسها في قدر ونحوه ولم يمكن إخراجه) أي الرأس (إلا بذبحها وهي) أي البهيمة (مأكولة فقال الأكثرون) منهم القاضي وابن عقيل: (إن كان) دخول رأسها (لا بتفريط من أحد كسر القدر) لرد ما حصل فيه بغير عدوان لربه (ووجب الأرش على مالك البهيمة) لأنه لتخليص ماله.

(وإن كان) دخول رأسها (بتفريط مالكها بأن أدخل رأسها بيده) في نحو القدر (أو كانت يده عليها) حال الدخول (ونحوه ذبحت [من] غير ضمان) على رب الإناء؛ لأن التفريط من جهته فهو أولى بالضرر ممن لم يفرط.

(وإن كانت) الفعلة (بتفريط مالك القدر، بأن أدخله بيده أو ألقاها) أي القدر (في الطريق كسرت) القدر أو نحوها (ولا أرش) لها على رب الشاة

(١) شرح منتهى الإرادات للبهوتي، ٢/٣٠٢.

ونحوها لأن المفْرط أولى بالضرر وقال الموفق والشارح: يعتبر أقل الضررين فإن كان الكسر هو الأقل تعين وإلا ذبح والعكس كذلك ثم قال من أيهما كان التفريط فالضمان عليه.

وإن لم يحصل تفريط من واحد منهما فالضمان على صاحب البهيمة إن كسر القدر وإن ذبحت البهيمة فالضمان على صاحب القدر»^(١).

أقول: يلاحظ في هذا النقل عدّة صور: في أوّلها - كالنقل السابق - إناطة للضمان بالتسبّب في التلف تخليصاً للمال، وفي ثانيها تعدّد بإدخال الحيوان يناسب الضمان، وفي ثالثها تفريط بإلقاء القدر في طريق، وهذا هو الذي يستحق النظر، وغاية ما فيه أنّه لا سبب لتضمين صاحب البهيمة لأنّ فعل البهائم مع عدم تفريط أصحابها في الحفظ الواجب لا يحال عليه ضمان^(٢)، فيناسب أن يتحمّل صاحب المال ضمان ماله تبعاً لقاعدة ضمان الأملاك مع عدم وجود سبب لتضمين غيره، وهذا أيضاً يخرج النقل من مساعدة إطلاق القاعدة الذي يقضي بتضمين المفْرط ولو وجد تسبّب من غيره موجب لضمّانه.

٥- قال د. فهد آل طالب: «قاعدة (المفْرط ضامن)، استخرجها د. محمد الروكي من كتاب الإشراف على مسائل الخلاف (٧٨ / ٢) للقاضي عبد الوهاب بن نصر المالكي (٤٢٢ هـ) رَحِمَهُ اللهُ، وإن كان لم ينص عليها، ثم نقلها عنه غير واحد»^(٣).

(١) كشف القناع، ٤ / ٨٦.

(٢) وسيأتي ذكر الحديث الدال على ذلك في تأصيل القاعدة.

(٣) توثيق قاعدة (المفْرط أولى بالخسارة)، ص ٦. وانظر: القواعد الفقهية من خلال كتاب الإشراف للقاضي عبد الوهاب البغدادي، د. محمد الروقي، ص ٣٣٩.

وقد نقل د. حمد الهاجري في كتابه (القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي) هذه القاعدة عن كتاب قواعد الفقه الإسلامي للروكي، وذكر أنه وقف على ست صيغ للقاعدة، وذكر منها النقل الأول الذي سبق التعليق عليه لابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ، وذكر مجموعة أخرى من النقول^(١)، وبدراستها يظهر أن جميعها يرجع إلى تفريط الأمين وينصُّ على ذلك صراحة، وليس فيها تفريط الإنسان في حق نفسه مع وجود موجب الضمان من تسبُّب غيره. وذكر د. الهاجري أيضاً صياغة الدكتور الروكي للقاعدة وأنه استنبطها من كلام القاضي عبد الوهاب المالكي، ونظراً لرجوع الصياغة لهذا الأصل فسأفق مع كلام القاضي عبد الوهاب بعد نقله. يقول رَحِمَهُ اللهُ في الإشراف على مسائل الخلاف:

«مسألة: ما أفسدت البهائم من زرع وغيره في رعيها، فإن كان نهراً فلا ضمان على أرباب الغنم إن لم يكونوا معها، وإن كان معها صاحبها ويقدر على حفظها ضمن، فإن كان ليلاً فأرسلها أو فلتت فإنه ضامن، وقال أبو حنيفة: إن كان صاحبها معها فلا ضمان عليه في ليل ولا نهار؛ ودليلنا حديث البراء أن ناقة له دخلت حائط رجل فأفسدت زرعاً له فقضى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن على أرباب الأموال حفظها بالنهار، وما أفسدت المواشي بالليل فهو ضمان على أهلها، وروي: «أن على أهلها ما أصابت بالليل»، ولأن العادة أن أرباب الزروع يحفظونها نهراً، لأن المواشي تسرح للرعي، ولا يمكن أهلها الكون معها في كل موضع، وأن أرباب المواشي يحفظونها

(١) انظر: القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي، ١/ ١٦٠.

ليلاً ويمنعونها من السرح، فإذا أرسلوها ليلاً وفرطوا في حفظها ضمنوا بتفريطهم، وتحريره أن يقال إنَّها بهيمة أتلقت زرعاً فكان الضمان ممن كان التفريط منه، أصله إذا كانت يد صاحبها عليها. وبالله التوفيق»^(١).

وظاهر من النقل أنَّ الضمان هنا للتعدي على مال الإنسان من غيره، ووجه التعدي أنَّه فرط في الواجب عليه من حفظ البهيمة، فهو تفريط في الحفظ الواجب لمال غيره لا تفريط في حفظ مال النفس مع وجود التعدي من غيره عليه. لذا فإنَّ استخراج قاعدة مطلقة في ضمان المفْرَط من هذا النقل غير دقيق، إلاَّ إذا حملنا ذلك على المعهود في كلام الفقهاء من أنَّه المفْرَط في حقِّ غيره لا في حقِّ نفسه مع وجود التعدي من الغير، فتكون القاعدة بهذا الفهم سالمة من الإطلاق المعيب في قاعدة (المفْرَط أولى بالخسارة).

٦- قال الدكتور فهد آل طالب: «ما علَّل به الفقهاء في كثير من مسائل الفقه بقولهم: «لأنَّه مفْرَط» أو «لأنَّه لم يفْرَط» ونحو ذلك، فكلُّها تدل على أنَّ المفْرَط أولى بالضمان أو الخسارة أو النقص أو الضرر»^(٢).

وهذا الذي ذكر يحتاج لاستقراء كلام الفقهاء للوقوف على ما يشمله من التفريط، ومعرفة دخول التفريط في حقِّ النفس مع وجود التعدي من الغير في ذلك من عدمه، والأنسب أن يكون ذلك في مبحث تالٍ مستقل.

(١) الإشراف على مسائل الخلاف، ٢/ ٦٦٩.

(٢) توثيق قاعدة (المفْرَط أولى بالخسارة)، ص ٦.

المبحث الثالث

ما يُستفاد من تعليقات الفقهاء بالتفريط

لا يعسر على الناظر أن يدرك أن قسماً كبيراً مما يتناوله كلام الفقهاء في التعليل بالتفريط هو في تفريط الأمين في مال غيره، ويمكن ملاحظة ذلك من قراءة كلام الفقهاء بعد جمعه بواسطة أي محرك بحث من خلال الكلمات الدلالية التي ذكرها د. آل طالب «لأنه مفرد» أو «لأنه غير مفرد»، كما يمكن ملاحظته من الفروع المذكورة تحت قاعدة المفرد ضامن التي أوردها د. حمد الهاجري في كتاب القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي^(١).

وقد قمت باستقراء كل ما يخرج بالكلمات الدلالية السابقة بالبحث في مراجع برنامج جامع الفقه الإسلامي - ويضمُّ أهمُّ الأمهات في الفقه وعلومه-، وقد كشف ذلك عن (١٤١) نتيجة، منها (٤٥) استبعدت لكونها في التفريط في حقِّ الله تعالى، واستبعدت أيضاً (٥٨) منها كانت في تصرفات الأمانة والأولياء^(٢)، و(٩) كانت في التفريط في التصرف لمنفعته أو في ملكه بما يسبب الضرر لغيره^(٣)،

(١) انظر: القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي، ١/ ١٦٠.

(٢) منها (٢٣) في تفريط المؤمن في فعل ما يجب للحفظ، و(١٠) منها في التفريط بترك توثيق أداء الأمانة من الأمين، و(١٠) منها في تفريط الأولياء، و(٦) منها في تفريط الوكيل في فعل ما يجب في التصرف عن موكله، ومنها (٣) في عدم ضمان الوكيل إذا عزل بغير علمه لعدم التفريط، ومنها (٣) في التفريط في الاستئذان المشترط للرجوع في النفقة على بهيمة غيره، ومنها (٣) في تضمين القاضي بتفريطه في فعل الواجب في الحكم والتفريط في الواجب في إقامة الحد.

(٣) منها (٤) في التفريط في حفظ البهائم عن التعدي، و(٣) في ترك إصلاح ما أوشك على الانهدام من البنيان، و(٢) في التفريط في إيقاد نار وتلف مال جار.

و(٤) في الجنايات^(١)، ليتبقى بعد ذلك (١٦) نتيجة من أصل (١٤١) (٣٤، ١١٪) هي المتضمنة للتفريط في حق النفس، وهي التي تستحق الفحص، وقد وجدتها على ثلاثة أنواع:

النوع الأوّل: التفريط في حفظ حق نفسه مع وجود أصل أو ظاهر معتبر شرعاً يحكم به عليه، أو حكم شرعي على خلاف تصرفه. وتحت هذا النوع إحدى عشر نتيجة، تفصيلها فيما يلي:

أ- ثلاث نتائج في تفريط من استعجل الزكاة فظهرت زيادة قد دفعت فلا يرجع على الآخذ^(٢).

ب- نتيجتان في عدم رجوع المغرور بالزواج من أمة لاعتماده على ظنه وعدم اشتراطه الحرية على قول^(٣).

ت- نتيجة في إلزام المشتري الذي اختلط عليه ثوبان مشتريان على الخيار من بائعين بالثمن الأعلى لكل منهما^(٤).

ث- نتيجة في إمضاء الوارث للوصية ثم ادعائه أنّه ظنّ الباقي كثيراً بعدها^(٥).

(١) ثلاث منها في سقوط الإذن الشرعي في رمي الناظر للحرمة إذا فرط في الستر الواجب أو المعتاد، وواحدة في تضمين الجاني المخطئ للتفريط.

(٢) انظر: حاشية العدوي ٢/ ٢٠٠؛ حاشية الدسوقي، ١/ ٤٧٧؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير ١/ ٦٤٢. ويرى الأخير أنّه يرجع إن بين له أنّها زكاة.

(٣) انظر: المبدع ٦/ ١٥٦، شرح الزركشي ٥/ ١١٨.

(٤) انظر: الذخيرة، ٤/ ٢٨٠.

(٥) انظر: شرح منتهى الإيرادات للبهوتي، ٢/ ٤٥٩.

ج- نتيجة في التفريط في التعامل مع السفية المحجور عليه^(١).

ح- نتيجة في عدم الاعتداد بالبينة التي تظهر بعد الصلح لكون المصالح فرط في البحث على قول^(٢).

خ- نتيجة في عدم الخيار للبائع الذي فرقت عليه الصفقة المشتملة على حرام^(٣).

د- نتيجة في التفريط بتسليم الرهن وفاء بالشرط معتقداً وجوبه، مع أنه غير واجب عند الشافعية لعدم صحة اشتراطه، فلا يسترد^(٤).

ذ- نتيجة في جعل زكاة الميت من الثلث إذا فرط فيها وأوصى بإخراجها^(٥).

ر- نتيجة في تضمين المشتري من الغاصب لعدم التثبت في شراء المغصوب^(٦).

النوع الثاني: تفريط المتعاقد في تحصيل حق نفسه مع أداء الطرف الآخر ما عليه، وذلك في مسألة التفريط بترك القبض حتى تحصل جائحة مع إمكان القبض وبذل البائع ما عليه، ومسألة استحقاق الهبة للموهوب الثاني إذا لم يقبض الأول. وعدد النقول الواردة في هذا النوع أربعة^(٧).

(١) انظر: شرح الزركشي، ١٠٠/٤.

(٢) انظر: تبصرة الحكام، ٤٩/٢.

(٣) انظر: أسنى المطالب، ٤٣/٢.

(٤) انظر: فتاوى السبكي، ٣٤٧/١.

(٥) انظر: حاشية الدسوقي، ٤٤٤/١. وهو مفرع على عدم إيجابها على الورثة بلا وصية.

(٦) انظر: حاشية العدوي، ١٤٥/٦.

(٧) انظر: المغني، ٨٢/٤؛ المبدع، ١٦٥/٤، البيان للعمراني، ٣٩١/٥. وقد ذكر الأخير

نحو ذلك في مسألة استحقاق الهبة للموهوب الثاني إذا لم يقبض الأول لضعف الهبة =

النوع الثالث: في تفريط المتعاقد في أداء الواجب عليه لحق غيره، وذلك في مسألة واحدة في دفع الزوج المهر لأب الزوجة بغير إذنها^(١).

ويلاحظ في هذه المسائل أنه ليس في شيء منها هدر حق الإنسان لكونه فرّط في حق نفسه مع وجود موجب الضمان من غيره، بل الموجود فيها هو:

١- أصل معتبر شرعاً اقتضى الحكم بضمانه لا لمجرد تفريطه في حق نفسه، كأصل لزوم العقد أو ظاهر علم البائع بما باع في مسألة خيار المشتري في ثوبين اختلطاً، وأصل عدم رجوع الساقط وصحة الإمضاء للوصية في من ادعى أنه أمضى وظنّ الباقي كثيراً، وأصل عدم تضمين السفينة ومقتضى حكم الحجر عليه شرعاً، وأصل لزوم الصلح بعد صحته عند من قال بأنّ ظهور البينة بعده لا يُعتدُّ بها، وأصل هدر المحرّم مع أصل لزوم البيع في مسألة تفريق الصفقة المتضمنة حلالاً وحراماً، وربما أثر في ذلك عدم مناسبة المعصية للتخفيف، وأصل لزوم الرهن بالقبض، وأصل كون الوصية غير لازمة فوق الثلث في مسألة من فرّط وأوصى بالزكاة، وربما يعدّ تفريطه هنا من باب المحرّم الذي لا يناسب تعدّي الغرم لغيره لكونه من ارتكب الإثم، وأصل بطلان بيع المغصوب لفوات شرط ملك التصرف، مع استحقاق المالك لثمن المبيع إن حكم بصحة البيع وثبوت الثمن في ذمة المشتري حتى يؤدّيه له.

= قبل القبض وتفريط الموهوب له. انظر: ٣٦٠/٥. ولعل الملحظ الأبرز في المسألة الأخيرة أنّ الحق لم يثبت له لأنّه ثبت وخسره، لعدم لزوم الهبة قبل القبض.

(١) انظر: مطالب أولي النهى، ١٨٨/٥.

٢- ظاهر معتبر شرعاً اقتضى الحكم بضمانه لا لمجرد تفريطه في حق نفسه، كاستحقاق الفقير للزكاة التي دفعت له ظاهراً، وظاهر علم العاقد بكون الزوجة أمة عند من قال بذلك، وظاهر صحّة العقد.

٣- عدم وجود موجب الضمان من غيره كما في مسألة حصول الجائحة بعد بذل البائع واجب التمكين من القبض، مع وجود موجب الضمان منه وهو الملك. ويمكن ردُّ هذا المذكور إلى أصل براءة الذمّة.

٤- أصل ثبوت الحق عليه لغيره وبقائه في الذمة حتى يؤدّيه الإنسان لمستحقه، كما في مسألة دفع الزوج المهر لأب الزوجة بعير إذنها^(١). ويمكن ردُّ هذا المذكور إلى أصل بقاء الذمة مشغولة بعد ثبوت شغلها.

والحاصل أنّ جميع ما سبق يمكن ردُّه إلى اقتضاء أصل أو ظاهر للحكم بالضمان، لا لمجرد التفريط، مع عدم وجود موجب الضمان من غيره كما هو ظاهر من كل المسائل.

(١) انظر: مطالب أولي النهى، ١٨٨/٥-١٨٩. وانظر: كشاف القناع، ١٣٨/٥.

المبحث الرابع الموقف الصحيح من قاعدة (المفْرَط أولى بالخسارة) في ضوء الأدلة والأصول الشرعية

المطلب الأوّل: دراسة الأدلة والأصول الشرعية ذات العلاقة بقاعدة (المفْرَط أولى بالخسارة).

ظهر لي بالاستقراء للاستدلالات المذكورة في كلام من ذكر هذه القاعدة، ومن التأمل في النصوص ذات العلاقة، أنّ ثمة نصوصاً وأصولاً يمكن استثمارها لدراسة القاعدة وفق الأصول الشرعية، ولتناول ذلك في قسمين:

القسم الأوّل: النصوص:

النصّان الأوّل والثاني: قوله تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ﴾ [الأنبياء: ٧٨].

وحديث البراء بن عازب قال: كانت له ناقةٌ ضاريةٌ، فدخلت حائطاً، فأفسدت فيه، فكلم رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فيها، فقضى أن حفظ الحوائط بالنهار على أهلها، وأن حفظ الماشية بالليل على أهلها، وأن على أهل الماشية ما أصابت ماشيتهم بالليل^(١).

(١) أخرجه أبو داود، ٤٢٢/٥ رقم الحديث ٣٥٧٠؛ وأحمد، ٥٦٨/٣٠ رقم الحديث ١٨٦٠٦؛ وابن ماجه، ٧٨١/٢ رقم الحديث ٢٣٣٢. قال ابن عبد البر: «هذا الحديث وإن كان مرسلًا، فهو حديث مشهور أرسله الأئمة، وحدث به الثقات، واستعمله فقهاء الحجاز، وتلقوه بالقبول، وجرى في المدينة به العمل، وقد زعم الشافعي: أنه تتبع مراسيل سعيد بن المسيب، فألفاها صحاحاً، وأكثر الفقهاء يحتجون بها.. وحسبك باستعمال أهل المدينة، وسائر أهل الحجاز لهذا الحديث». التمهيد، ٧/٢٢٧-٢٢٨.

قال ابن عبد البر في تعليل تضمين الجمهور أهل المواشي لما أفسدت بالليل دون النهار: «ولا خلاف بين أهل اللغة، أن النفس لا يكون إلا بالليل، وكذلك قال جماعة العلماء بتأويل القرآن»^(١).

وقد سبق إيراد الكتّاني نصّ القاعدة في كلامه على قصة حكم سليمان وداود عَلَيْهِمَا السَّلَامُ في الحرث، وجعله مناط التضمين هو التفريط من أصحاب البساتين أو أصحاب الدواب، وسبق بيان أنّ التفريط من أصحاب الدواب ليلاً هو من قبيل التفريط في واجب عليهم في حقّ الغير، وأمّا هدر ما يقع لأصحاب البساتين نهاراً، فبجانب التفريط منهم لم يقع من أصحاب الدواب تفريط يوجب تضمينهم، لأنّ الرعي نهاراً معتاد ويصعب التحرّز منه، كما أنّ الجناية هنا هي جناية بهيمة خلت عن تفريط صاحبها، وقد جاء في حديث أبي هريرة المتفق عليه مرفوعاً: ((العجماء جبار، والبئر جبار، والمعدن جبار)) الحديث^(٢). قال ابن عبد البر: «وأجمع العلماء على أن العجماء إذا جنت جنابة نهاراً، أو جرحت جرحاً لم يكن لأحد فيه سبب، أنه هدر، لا دية فيه على أحد ولا أرش»^(٣).

قال ابن عبد البر: «والفرق عند أهل العلم في حديث البراء، وحديث أبي هريرة في العجماء، وبين ما تتلفه العجماء ليلاً من الزرع والحرث، وبين ما تتلفه نهاراً، أن أهل المواشي بهم ضرورة إلى إرسال مواشيهم لترعى بالنهار،

(١) التمهيد لابن عبد البر، ٧ / ٢٢٩.

(٢) صحيح البخاري، ٢ / ١٣٠ رقم الحديث ١٤٩٩؛ صحيح مسلم، ٣ / ١٣٣٤ رقم الحديث ١٧١٠.

(٣) التمهيد لابن عبد البر، ٥ / ١٩.

ولأهل الزرع حقوق في أن لا تتلف عليهم زروعهم، والأغلب عندهم أن من له الزرع يتعاهده بالنهار، ويحفظه عنم أراده، لانتشار البهائم للرعي وغيره، فجعل حفظ ذلك بالنهار على أهل الزرع، لأنه وقت التصرف في المعاش، والرعي، وحفظ الأموال، وإرسال الدواب، والمواشي، وإذا أتلفت بالنهار من الزرع شيئاً، فصاحب الزرع إنما أتى من قبل نفسه، حيث لم يحفظه، في الوقت الذي الأغلب من الناس أنهم يحفظونه فيه ممن أراده، إذ لو منع الناس من ترك مواشيهم للرعي من أجل الزرع للحقتهم في ذلك مضرة ومشقة، فإذا جاء الليل فقد جاء الوقت الذي يرجع كل شيء إلى موضعه، ويرجع أهل الزرع إلى منازلهم، ويرد أهل الماشية ماشيتهم إلى مواضعهم ليحفظوها فيها، فإذا تركوها ليلاً، حتى أفسدت، فالجناية من أهل المواشي، لا من أهل الزرع، لأن الأغلب أن الناس لا يحفظون زروعهم بالليل، لاستغنائهم عن ذلك، وعلمهم أن المواشي بالليل تُرد إلى أماكنها.

فإذا فرط صاحب الماشية في ردها إلى منزله، أو فرط في ضبطها وحبسها عن الانتشار بالليل، حتى أتلفت شيئاً، فعليه ضمان ذلك، إلا أن تكون الماشية ضالة أو نافرة، فلا يتهيأ لصاحبها ضمها ولا ردها إلى مكانها، فإذا كان كذلك، لم يلزمه ضمان ما أتلفت بالليل، كما لا يلزمه ضمان ما أتلفت بالنهار»^(١).

والخلاصة أن الدلالة على إطلاق القاعدة لا تقوم من هذه النصوص؛ لأن الضمان فيها مبني على تفريط في حق واجب للغير عند إفساد الماشية

(١) التمهيد لابن عبد البر، ٧/ ٢٣١-٢٣٢.

ليلاً، أو على انتفاء موجب تضمين الغير في حالة إفساد الماشية نهراً، فيبقى الضمان على المالك كما هو الأصل.

النص الثالث: عن ابن عباس أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم. ولكن اليمين على المدعى عليه))^(١).

يدلُّ الحديث على إعمال أصل براءة الذمة للمدعى عليه، وأنَّ النقل عن الأصل يحتاج إلى دليل، ويقتضي ذلك أن من ادعاه بلا دليل مع إنكار المدعى عليه خسر دعواه ظاهراً لو كان صادقاً في نفسه.

وقد يكون المدعي مفرداً في إثبات حقه، لكن لا ينبغي أن يُغفل الناظر في دلالة هذا الحديث أن المناط أصالة هو إعمال الأصول دفعاً للأخذ بكل دعوى تخالفها لما يفرضه ذلك من الفساد والاضطراب في الحقوق، ومن هنا جاء الاستنكار في قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لادعى ناس دماء رجال وأموالهم)).

وهذا يختلف عن خسارة حق النفس بمجرد التفريط في الحفظ مع وجود سبب الضمان على الغير، فلا دلالة في الحديث على هذا الجانب الذي يوحي به إطلاق القاعدة.

النص الرابع: عن أم سلمة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته

(١) متفق عليه. «صحيح البخاري» (٦/ ٣٥ ط السلطانية): رقم الحديث «٤٥٥٢»؛ «صحيح مسلم» (٣/ ١٣٣٦ ت عبد الباقي): رقم الحديث ١٧١١. واللفظ لمسلم.

من بعض، فأقضي نحو ما أسمع، فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار»^(١).

يدل الحديث على أنه «حيث لم يأت المظلوم بحجة يحكم له بها، فالحاكم معذور، إذ لا حجة معه يوصل بها صاحب الحق إلى حقه»^(٢)، وإن كان حكم بشاهدين مثلاً فكانا «شاهدي زور أو نحو ذلك فالتقصير منها وممن ساعدهما وأما الحكم فلا حيلة له في ذلك ولا عيب عليه بسببه»^(٣).

وهذا الذي سبق لا إشكال فيه، لكن هل فيه دلالة على أن المفرط في إظهار حجته يخسر حقه لتفريطه، فيكون أولى بالخسارة بإطلاق؟ الجواب: لو فرط خسر جرياً على الأصول الثابتة شرعاً كبراءة الذمة، ولعدم ظهور ما يوجب الحكم له، لا لمجرد تفريطه، فلو فرط لكن وجد الحاكم ما يظهر أنه محق من القرائن وطرق الحكم المعتبرة كالنكول عند من يقول به، لم يجوز أن يجعل تفريطه مع ظهور حقه مسقطاً له.

النصوص الخامسة والسادس والسابع والثامن: حديث أبي هريرة قال: إن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((لا تلقوا الجلب. فمن تلقاه فاشترى منه، فإذا أتى سيده السوق، فهو بالخيار))^(٤).

(١) صحيح البخاري، ٩ / ٦٩ رقم الحديث ٧١٦٩؛ صحيح مسلم، ٣ / ١٣٣٧ رقم الحديث ١٧١٣.

(٢) «الطرق الحكمية في السياسة الشرعية - ط البيان» (ص ١٦٧).

(٣) «شرح النووي على مسلم» (١٢ / ٦).

(٤) صحيح مسلم، ٣ / ١١٥٧، رقم الحديث ١٥١٩.

وعنه أيضاً أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام. إن شاء أمسكها وإن شاء ردها. ورد معها صاعاً من تمر))^(١).

وعن محمد بن يحيى بن حبان، قال: هو جدي منقذ بن عمرو وكان رجلاً قد أصابته أمة في رأسه فكسرت لسانه، وكان لا يدع على ذلك التجارة، وكان لا يزال يُغبن، فأتى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فذكر ذلك له فقال له: ((إذا أنت بايعت، فقل: لا خلافة، ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال، فإن رضيت فأمسك، وإن سخطت فارددها على صاحبها))^(٢).

وعن عائشة: أن رجلاً ابتاع غلاماً، فأقام عنده ما شاء الله أن يُقيم، ثم وجد به عيباً، فخاصمه إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فردّه عليه، فقال الرجل: يا رسول الله قد استغلّ غلامي، فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الخِراج بالضمّان))^(٣).

ففي هذه الأحاديث السابقة نقض للبيع لأجل المشتري الذي خُدع أو وجد بالسلعة عيباً أو غبن في الثمن، وهذه الأحوال لا تخلو من تفريط

(١) متفق عليه واللفظ لمسلم. صحيح البخاري، ٣/ ٧٠، رقم الحديث ٢١٤٨. صحيح مسلم، ٣/ ١١٥٨، رقم الحديث ١٥٢٤.

(٢) ابن ماجة، ٢/ ٧٨٩، رقم (٢٣٥٥)، وقد حسّنه الألباني ٦/ ٨٨٣ سلسلة الأحاديث الصحيحة.

(٣) أخرجه مع ذكر الردّ بالعيب أبو داود، ٥/ ٣٧٠ رقم الحديث ٣٥١٠، وابن ماجة، ٢/ ٧٥٤، رقم الحديث ٢٢٤٣، وغيرهما. وقد ضعفه جماعة من المحدثين لأن في طريقه عن عروة راويين فيهما ضعف، وحسنه بعضهم بالطريقين، ولفظ الخراج بالضمّان تلقاه العلماء بالقبول. انظر: إرواء الغليل، ٥/ ١٥٩.

يعرض أحياناً للمشتري في حال التدليس أو العيب، ومع ذلك فقد أثبت الحقّ فيه للمشتري بإطلاق لوجود التسبّب من البائع إمّا لتفريطه في البيان الواجب لحال السلعة أو تعديّه بالتدليس فيها، وكذلك الأمر في البائع الذي قد يعرض له التفريط فيغبن في الثمن كما في تلقّي الجلب، فيقضى له رغم تفريطه لوجود التعدي من المشتري الذي تلقّاه.

ولا يقدر في دلالة هذه الأحاديث أنّ التفريط محتمل، لأنّ الأحاديث أطلقت الحكم مع قيام الاحتمال، فدلّ ذلك على عدم الالتفات لوجود التفريط في بعض الصور والأحيان ما دام سبب الحكم قائماً.

القسم الثاني: أصول القضاء الشرعي:

نمّا يمكن الاستفادة منه في تأصل هذه القاعدة أصول القضاء الشرعي، وأعني بها ما ينطلق منه ويهدف إليه ذلك القضاء الشريف من تحقيق العدل والحكم بالحق والتوصّل إليه بما يوصل إليه من البيّنات والقرائن وطرق الحكم المعتمدة، فالناظر في ذلك يدرك بلا ريب أنّ شوائب التفريط التي تكثر في الناس لا تمنع استخراج الحق من القضاء والحكم به إذا استبان بطريق صحيح، بل إنّ النزوع لنوع من الظواهر مع إهمال البواطن وقرائن الأحوال إضاعة للحق.

وقد أفاض ابن القيم رَحْمَةُ اللَّهِ فِي كتابه الجليل الطرق الحكمية في تقرير هذا الأصل وحشد له أدلة كثيرة وتطبيقات متنوعة من الأقضية وتقاريرات الفقهاء، مثل استدلاله بحكم داود عَلَيْهِ السَّلَامُ بين المرأتين المدعيتين للولد، وتقارير القرآن لقريظة قدّ القميص من دبر في قصة يوسف، واعتبار الشرع

لَلْوَثِ^(١) في القسامة^(٢)، واعتبار القيافة^(٣)، واعتبار الصفة في دفع اللقطة لصاحبها، والقضاء بالنكول، وإقامة حدِّ الزنا بالحبل مع عدم الزوج والسيد، وغير ذلك مما لا يتسع له هذا المقام^(٤)، ولعلي أكتفي هنا بنقل بعض تقريراته الجامعة في هذا الباب.

يقول رَحْمَةُ اللَّهِ: «والحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات، ودلائل الحال، ومعرفة شواهد، وفي القرائن الحالية والمقالية، كفقهاء في كليات الأحكام: أضع حقوقاً كثيرة على أصحابها، وحكم بما يعلم الناس بطلانه ولا يشكون فيه، اعتماداً منه على نوع ظاهر لم يلتفت إلى باطنه وقرائن أحواله»^(٥).

ويقول: «فالبينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره.. والشاهدان من البينة، ولا ريب أن غيرها من أنواع البينة قد يكون أقوى منها، كدلالة الحال على صدق المدعي، فإنها أقوى من دلالة إخبار الشاهد»^(٦).

(١) قال الخطابي في أعلام الحديث (٢/ ١٤٦٧): «شاهد حال يدل نوعاً من الدلالة على صدق المدعين، وذلك مثل الحال في العداوة القائمة بين اليهود وبين المسلمين، والدار دار اليهود، لا يخاطبهم فيها غيرهم».

(٢) قال البهوتي في شرح منتهى الإرادات (٥/ ١٠٦): «وهي أيان مكررة في دعوى قتل معصوم».

(٣) جاء في إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام (٢/ ٢٠٧): «اعتبار الأشباه لإلحاق الأنساب».

(٤) انظر ص ٨ فما بعدها من الطرق الحكمية.

(٥) الطرق الحكمية، ٦/١.

(٦) الطرق الحكمية، ١/ ٢٥-٢٦.

ويقول: «فإن الله سبحانه أرسل رسله، وأنزل كتبه، ليقوم الناس بالقسط، وهو العدل الذي قامت به الأرض والسموات، فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان، فثم شرع الله ودينه، والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخصص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين أمانة، فلا يجعله منها، ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها، بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق، أن مقصوده إقامة العدل بين عباده، وقيام الناس بالقسط، فأى طريق استخراج بها العدل والقسط فهي من الدين، وليست مخالفة له»^(١).

وظاهر من النقول السابقة أن هذا الأصل يفضي إلى بطلان التمسك بانتفاء الطرق المعتادة، وخطأ ترك الحكم بحق ثابت بطريق صحيح بدعوى تفريط المدعي في أخذ إجراءات وتراتب معتادة في حفظ وإثبات حقه، بل تأمل ما يقول رَحْمَةُ اللَّهِ فِي هَذَا النُّقْلِ:

«والمقصود: أن الشريعة لا ترد حقاً، ولا تكذب دليلاً، ولا تبطل أمانة صحيحة، وقد أمر الله سبحانه بالتثبت والتبين في خبر الفاسق، ولم يأمر برده جملة. فإن الكافر والفاسق قد يقوم على خبره شواهد الصدق، فيجب قبوله والعمل به»^(٢). أقول: فإذا كان الخبر الذي يأتي من طريق فاسق يقبل أحياناً، فكيف يبطل حق المفرط بإطلاق؟!!

بل قد يحكم بهذه الطرق مع وجود ظواهر مقدوحة تخالفها، يقول رَحْمَةُ اللَّهِ:

(١) الطرق الحكيمة، ١ / ٣١.

(٢) الطرق الحكيمة، ١ / ٦٣.

«ولم يزل حذاق الحكام والولاة يستخرجون الحقوق بالفراصة والأمارات، فإذا ظهرت لم يُقدّموا عليها شهادة تحالفها ولا إقراراً. وقد صرح الفقهاء كلهم بأن الحاكم إذا ارتاب بالشهود فرّقهم وسألهم: كيف تحمّلوا الشهادة؟ وأين تحمّلوها؟ وذلك واجب عليه، متى عدل عنه أثم، وجار في الحكم. وكذلك إذا ارتاب بالدعوى سأل المدعي عن سبب الحق، وأين كان، ونظر في الحال: هل يقتضي صحة ذلك؟ وكذلك إذا ارتاب بمن القول قوله كالأمين والمدعى عليه وجب عليه أن يستكشف الحال، ويسأل عن القرائن التي تدل على صورة الحال»^(١).

وأختم بتوجيه نفيس للشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ رَحِمَهُ اللهُ يَقُولُ فيه تعليقاً على قضية ترك القاضي فيها الحكم بالملك مع وجود الإحياء لأنّ المدّعي لم يحتجّ به، فقال:

«إن القاضي إذا جلس إليه الخصوم: فعليه أن يجتهد في كلّ طريقٍ لإيضاح وجه الحكم وتبينه وإيصال الحق إلى صاحبه، فيحرر الدعوى، ويسأل الخصم عن كل حجة يدي بها، ويتحرّى الصواب، ويحرص على استخراج الحق ولو بقوله سأفعل كذا وهو لا يريد أن يفعله، ولا يقف عند ظواهر الألفاظ ويترك حقائق المعاني، ويدل لهذا حديث أبي هريرة الصحيح: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((بينما امرأتان معهما ابنان لهما إذ جاء الذئب فأخذ أحد الابنين، فتحاكما إلى نبي الله داود، ففضى به للكبري، فخرجتا، فدعاها سليمان فقال: هاتوا السكين أشقّه بينكما. فقالت الصغرى: يرحمك الله، هو ابنها لا تشقه. ففضى

(١) الطرق الحكمية، ١/ ٦٥.

به للصغرى)). متفق عليه. فعرف صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بشفقة الصغرى أنه ابنها، ولم يعتبر إقرارها به للكبرى.. وهذا فيه من الفوائد، وردع الظلمة، وإيصال الحقوق إلى أهلها ما لا يخفى. وكان القاضي تخرج من هذا ظاناً أنه من باب تلقين الخصم حجته، مع أنه ليس منه؛ لأن المقصود من المنع من تلقين الخصم حجته: إذا مال الحاكم إلى أحد الخصمين على وجه الجور والظلم، لما فيه من كسر نفس خصمه وعدم إقامة حجته، وليس هذا مما نحن بصدده، ولهذا ذكر العلماء أن القاضي يستفسر من الخصوم عن كل ما تتطلبه القضية، ويجرر الدعوى، وهذا لا يتأتى غالباً إلا بزيادة إيضاحات تشبه ما ذكر، فعلى القاضي أن يسلك أقرب الطرق التي تُنهي القضية، ولا يطيل على الخصوم الأخذ والرد، أو يتركهم يتخبّطون في وجهة غير مجدية وهو يجد لهم طريقاً شرعية أقرب منها، وكل هذا من أعمال القاضي المسؤول عنها^(١).

المطلب الثاني: الموقف الصحيح من قاعدة (المفّرط أولى بالخسارة) في ضوء الأدلة والأصول الشرعية:

يظهر من دراسة الأدلة والأصول الشرعية وتحليل كلام الفقهاء أن إطلاق القاعدة الذي يفهم منه أن ذات تفريط الإنسان في حق نفسه مسقط لحقه لا يصح شرعاً، وإنما يؤثر التفريط من الإنسان إذا كان تفريطاً في حق

(١) فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ، ١٢ / ٣٨١. ومسألة التلقين ليست مسألتنا بالضرورة وإن كان لها نوع صلة، ولمزيد حولها انظر: تلقين القاضي الخصوم والشهود، دراسة فقهية تطبيقية على الأحكام القضائية بالمحاكم السعودية، د. فهيد بن وزير العتيبي، مجلة مداد الأدب، م ٢٦، ١٤، المقال السادس:

غيره، ويكون مساعداً في التعليل لعدم ثبوت حقه ظاهراً على الغير إذا جاءت الدعوى منه خلافاً لأصل مستصحب أو ظاهر شرعي معتبر، دون ظهور ما يثبت حق المدعى ويوجب تقديم جانبه.

ووجه هذا التفصيل أنّ مخالفة الظاهر المعتبر أو الانتقال عن الأصل الثابت شرعاً يحتاج لدليل ناقل، فيسقط اعتبار الدعوى العارية عنه، ويكون ذكر التفريط في توثيق دليل الدعوى مساعداً في التعليل لردّ الدعوى، ولا يخفى أنّ هذا لا يوجب اعتبار التفريط مسقطاً للدعوى بإطلاق، بل يثبت الحق ولو مع التفريط إذا وجد ما يرجح جانبه، ولا دليل على إسقاط الحق بمجرد التفريط.

ومهمة القضاء الشرعي إحقاق الحق وإنصاف المظلوم، والبيّنة ما أبان الحق كما قرّر العلماء، ومتى استبان الحق فالعدول عنه ظلم، ولذا جاءت الشريعة بإثبات الخيار في حالات التدليس والغبن والعيوب الخفية، مع أنّ شائبة التفريط توجد كثيراً مع هذه الأسباب.

والنقد السابق يتوجّه للقاعدة بما فيها من إطلاق ظهر أثره في بعض التطبيقات كما سيأتي، ويظهر لي أنّ تصحيح هذا الخلل لا يكفي فيه النظر إلى التطبيقات وضبطها بما سبق من التفصيل فقط، فالقاعدة نفسها بهذه الألفاظ تساعد على هذا الخلل، لذا فإنّ الموقف الصحيح من هذه القاعدة هو عدم اعتبارها قاعدة فقهية تصلح للاستدلال والتسبيب القضائي.

المبحث السادس دراسة بعض تطبيقات قاعدة (المفّرط أولى بالخسارة) في أحكام القضاء

سأنتقي من التطبيقات القضائية ما يظهر تنوعها وأنها ليست على نمط واحد في الرجوع للقاعدة، ولكل نمط ما يرد عليه من النقد، وبهذا يحصل تكميل نقد هذه القاعدة بطريقة تطبيقية تراعي تنوع التطبيقات.

الجانب التطبيقي الأول: قضية توكيل في إفراغ أدّى إلى انتقال العقار دون مقابل:

تتلخص وقائع القضية محلّ التمثيل حسب صكّها وضبوطها في إبرام المدعي اتفاقية تمويل تتضمن النصّ على عمل وكالة بالهبة والبيع لعقار قدّم كضمان، ونصّت الاتفاقية على إعادة إفراغه بعد سداد التمويل، وبعد صدور الوكالة قام الوكيل بإفراغ العقار بالهبة من المدّعي إلى زوجة الوكيل مباشرة، ثم توكّل عنها في بيعه بسعر يقل كثيراً عن قيمته الحقيقية، واستلمت الزوجة الشيك، ثمّ توفّي الله تعالى الوكيل بعد فترة من المطالبة والمماطلة منه دون جدوى، وقام المدعي عليه - وهو من آلت إلى يده العين - برهن العقار أكثر من مرة وحصل على تمويلات بمبالغ كبيرة عليه، وأقرّ أثناء مرافعة الاستئناف بأنّه دفع عمولات غير معتادة عليه تزيد عن نصف قيمته التي اشتراها بها.

وقد أقام المدعي دعواه على المشتري لأنّ العين بيده وهو يطلب استردادها لكونها آلت إليه بطريق باطل شرعاً، واحتج بأنّ الاتفاقية مقيدة

لتصرف الوكيل وبإحالة العادة لهبة امرأة أجنبية عقاراً بهذه القيمة دون مقابل مما يدل على بطلان تصرف الوكيل لمصلحة نفسه خلافاً لمصلحة موكله وإذنه، وحاول بهذه البيّنات وغيرها من قرائن الحال بيان بطلان التصرف في العقار، لكنّ دائرة الدرجة الأولى حكمت بردّ الدعوى مستندة للتوكيل وصحّة الشراء وحجيّة الصكوك العقارية وعدم صحّة الطعن فيها إلا بالتزوير وحفظاً لاستقرار عقود الناس ومبايعاتهم إن تعدّى الوكلاء^(١).

ثم انتهت دائرة الاستئناف بالأغلبية - خلافاً لرئيسها - إلى ردّ الدعوى، وسببت ذلك بوجود «وكالة نظامية وصریحة في ذكر الهبة، والموكل يتحمل هذا التفريط وكان الأولى منه في حفظ حقه بطرق غير الوكالة والتصریح بالهبة للوكيل، وفي نقض مثل هذا الإجراء يحصل منه إشكال في إلغاء كثير من البيوع النظامية التي تمت بمستندات رسمية وأفرغت لدى جهات رسمية، ويحدث أيضاً خلل في ميثاقية تصرفات الوكلاء المبنية على ما تم توكيلهم به، ويفتح باب لتراجع كل موكل فيما يراه مناسباً له سيما لو ارتفعت الأسعار أو أي أمر يتعلق بذلك، والمفرط أولى بالخسارة»^(٢).

أمّا رئيس الدائرة فقد كان له رأي آخر، فقد قال حسب نصّ ضبط جلسة الحكم: «أرى نقض حكم الدرجة الأولى والحكم بإعادة العقار للمستأنف أصالة، لكونه بعد الاطلاع والدراسة وسماع ما لدى الطرفين ومناقشتهم

(١) صك حكم الدرجة الأولى الصادر من الدائرة العامة الحادية عشرة بمكة المكرمة بتاريخ ٢٥/١٢/١٤٤٣هـ ورقم صكّه (٤٣٣٩٢٦٥٨١) في القضية (٤٣٩٢١٢٨٧٠).

(٢) صك حكم محكمة الاستئناف في القضية (٤٣٩٢١٢٨٧٠) برقم الصك (٤٤٣٠٨٩٧٢٥٦) بتاريخ ٢٥/١٠/١٤٤٤هـ.

ولقوة جانب المستأنف وما جاء في استئنافه، ولكونه لم تجر العادة أن تكون الهبات بمثل هذه العقارات وبهذه القيمة، كما أنه لم تجر العادة أيضاً أن يتم هبة مثل ذلك للزوجة أو الأولاد أو الأقارب فمن باب أولى لمن كان أجنبياً عنه، كما أنه يفهم من التوكيل بالهبة وعلى إطلاقه أن تكون لمن له صلة بالموكل لا أن تكون الهبة لمن له علاقة وصلة بالوكيل، مما يجعل أن في هذه الهبة ما يوجب الريبة في تصرفات الوكيل وفيما أوكل به، لا سيما وأنه قام بهبة العقار لزوجته ومن ثم قام بأخذ وكالة منها في بيع العقار الذي وهبه لها دون القيام بما تم الاتفاق عليه في مسألة التمويل والاتفاقيين المذكورين في القضية، وما جاء أيضاً في مسألة البيع والغبن فيها لكون العقار تم بيعه بأقل من قيمته، لا سيما وأن المنطقة التي فيها العقار لا يتم بيع مثل هذا العقار بهذا المبلغ.

أما ما يتعلق بحجية الصكوك العقارية المعتبرة شرعاً ونظاماً وأنه لا يكون هنالك استقرار لعقود الناس ومبايعاتهم إن تعدى الوكلاء، فإنه في حالة ثبوت عدم ملكية العقار لمن لديه صك عليها بظهور ما يثبت عدم صحتها من أدلة أو قرائن أو ما يتعلق بتجاوز الوكلاء في تصرفاتهم، فalcضاء شرعاً ونظاماً لم يوضع إلا لأجل الفصل في المنازعات في مثل هذه القضايا وإعادة الحقوق لأصحابها والله الموفق»^(١).

وهذا الرأي من رئيس الدائرة يتضمّن مناقشة وافية لهذا الحكم وبيان أنه لم يجر على أصول الشرع القضائية ولم يعمل مقتضيات الوقائع والقواعد الشرعية في إبطال التصرف، ويلاحظ في الحكم أنه جعل التفريط بذاته موجباً

(١) ضبط جلسة الحكم بتاريخ ١٩/١٠/١٤٤٤ هـ للقضية (٤٣٩٢١٢٨٧٠).

لخسارة الحقّ مع وجود ما يظهره من دلائل وقرائن، كما يلاحظ النزوع إلى الأخذ بظواهره على خلاف ذلك لمجرد أنّها أخذت صفة رسمية.

وبالتأمل في هذا الملاحظ في الحكم يجدر التنبيه والتنبه إلى أنّ النزوع المجرد للجانب الرسمي في الأوراق والإجراءات قد يوقع في الغلط إذا كانت قد أوقعت على خلاف مقتضى الشرع، ولا يبرّر هذا النزوع وجود التفريط إذا قام سبب الحكم للمفّرط في حقّ نفسه بما ثبت له شرعاً، ولا يصح أن يجعل شيء مسقطاً لمقتضيات الشرع.

وأيضاً يلحظ من وقائع القضية أنّ التعويل على التفريط في مثل هذه الصور قد يفضي للتناقض من القاضي لكون التفريط متصوراً في الطرفين، فيمكن التعليل به في جانب المدعى عليه أيضاً، فهو بشرائه لعقار بقيمة منخفضة جداً عن قيمته الحقيقية وبعمولة عالية تبلغ أضعاف العمولة المعتادة، يكون قد فرّط في الثبوت من سلامة ملكيته مع هذه القرائن الظاهرة على عدم السلامة، وقد جاء في حاشية العدوي: «لا يقال كيف يغرم مع كونه اشتراه، لأننا نقول هو اشتراه من غير مالكه فيجب عليه غرم القيمة لمالكه، ويرجع بثمنه على الغاصب البائع له إن وجدته وإلا ضاع عليه الثمن؛ لأنه مفّرط بعدم تثبته في الشراء حيث اشترى من الغاصب»^(١).

ويظهر مما سبق أنّ القاعدة في هذا الحكم كانت أساساً لردّ الدعوى باعتبار التفريط موجباً لسقوط الحق، رغم وجود ما يدلّ على ثبوته واستحقاقه، وقد

(١) حاشية العدوي على شرح مختصر خليل للخرشي، ٦/١٤٥.

وجدتُ بدراسة التطبيقات التي وقفت عليها أنّ هذا النوع يوجد في بعض دعاوى الإفراغ الصوري للعقار أو التوكيل في هبته لغرض التمويل^(١).

الجانب التطبيقي الثاني: دعوى بئمن جوال ببيع غير موثّق بعقد مكتوب:

خلاصة الوقائع أنّ المدّعي ادعى بئمن جوال ذكر أنّه باعه بئمن آجل كان قد حلّ وقت رفع القضية، وقد أجابت المدعى عليها بأنّ الجوال أهدي لها ولم يبيع، وذكرت وجود علاقة بينها وبين المدعي تتمثّل في محاولة تقربّه منها ليتزوج ابنتها، وقد أقرّ المدعي بالعلاقة المذكورة لكنّه أصر على نفي الهبة، وقامت الدائرة بتوجيه اليمين نحو المدعى عليها، فحلفت على نفي البيع وردت الدائرة الدعوى.

وفي التسبب ظهر أنّ الدائرة أعملت قرينة إقرار المدعى عليها مباشرة باستلام الجوال رغم عدم بيّنة المدعي، وقرينة وجود العلاقة المذكورة، وقرينة عدم تحرير عقد كما جرت العادة في البيوع الآجلة، وهنا عصّدت

(١) وهي دعاوى تقام بالمحكمة العامة التي لا تتوفر نصوص أحكامها في موقع البوابة العلمية التابعة لوزارة العدل، لذا لم يظهر له عندي نماذج كثيرة، غير أنّه توفر لي سكان من هذا النوع بتواصل شخصي مع صاحب قضيتين تعرّض فيهما لخسارة عقارين، وذكرت القاعدة في تسبب الحكّمين، أحدهما القضية المعروضة أعلاه، والأخرى قضية مضمّنة في صك المحكمة العامة بجدة في الدعوى المقيدة برقم (٤٢١٣٨٦٦٠١) برقم الصك (٤٣٢٠٤٢٦٩٨) بتاريخ ١٠/٦/١٤٤٣هـ، وخلاصتها إبرام عقد شراكة في عقار مقابل تشطيب مبنى، وتضمّن إفراغ العقار لأخي الشريك لغرض جلب التمويل، إلّا أنّ الأخ قام بهبته لأمه لتقوم الأخيرة ببيعه! ومع إقرار الأخ بأنّه كان مجرد صورة وتناقض الشريك إلّا أنّ الدعوى ردّت وتضمّن التسبب ذكر القاعدة.

الدائرة التسبب بالتفريط وأن المفرط أولى بالخسارة، ثم أعملت أيضاً قرينة سكوت المدعي سنة دون استلام أي قسط، ثم ذكرت بعض القواعد المتعلقة بإعمال القرائن وتوجيه اليمين^(١).

وبالتأمل نجد أن القاعدة استعملت للتعزيد ولم بين الحكم على مجرد التفريط مع وجود مستند سليم للحكم للمدعي، وأن الدائرة نظرت في القرائن المحتملة لتستظهر منها التوصيف الأرجح للتصرف، وأعملت أصل براءة الذمة، وفي هذا ما يكفي للحكم دون الاستناد للتفريط من المدعي.

وهذا النوع من التطبيق الذي تردُّ الدعوى فيه استناداً لأصل أو ظاهر شرعي معتبر، وتذكر القاعدة تبعاً لذلك لا على أنها أساس مؤثر استقلالاً، منتشر حسب ما رأيت في القضايا التجارية.

ويلاحظ في هذا التسبب أن التفريط إنما يفهم إرادته في هذا السياق على تقدير صدق المدعي، وكأنَّ الدائرة تلوم المدعي على تقدير صدقه في عدم تثبيت حقه والتفريط في ذلك، في حين أنَّها لم تبين حكمها عليه على مجرد ذلك، بل على أصول معتبرة أخرى، فلا يمكن توجيه النقد لنتيجة الحكم هنا لقيامها على أصول معتبرة، لكن يمكن انتقاد الاعتضاد بالقاعدة لأنَّ التفريط بمجرد غير مؤثر، وذكره إنما يؤلم المدعي على تقدير صدقه ويزيده ألماً على ألم خسارته.

(١) يوجد نصُّ المرافعة ضمن صك أزيلت منه البيانات، ويظهر منه أن تاريخه في العام

١٤٤٢ هـ بالمحكمة العامة دون تحديد البلد، وهو منشور على منصة إكس: <https://x.com/>

kkmz_f/status/1698203495168430488?t=eOv25dbTWRFiORF8MCoF9A&s=35

الجانب التطبيقي الثالث: التفريط بإلزام النفس بشرط دفع ربح مقدم في شركة مضاربة ثم ادعاء الإفلاس:

تتلخّص وقائع هذه الدعوى في إبرام عقود مضاربة مع مساهمين وسندات لأمر على أن يلتزم المدعي بالتالي: سداد مبالغ شهرية محددة تحديداً نسبياً من رأس المال المدفوع، وتحرير سند لأمر وقت توقيع العقد لضمان رأس المال، وبعد أن اكتشف المدعي عدم صحة وشرعية تلك العملية التجارية وبعد إفلاسه بسبب تلك العملية رغب الاكتفاء برد رأس المال وإنهاء العقود وتسليم السندات، فرفضت المدعى عليها ذلك وتقدموا لمحكمة التنفيذ لتنفيذ السندات لأمر، وطلب المدعي الحكم ببطالان العقد وفساده، وإبطال السند لأمر وإنهاء كافة آثاره بين الطرفين، كما طلب إثبات سداد المدعي للمبالغ المستلمة من قبل المدعى عليها وإبراء ذمة.

وقد ذكرت المدعى عليها جواباً أنّ المدعي رجل أعمال وأبرم أكثر من ثلاثين عقداً ويعادل ما استلمه من مبالغ ٢٠٠, ٢٠٠, ١٤, ريالاً، وأنّ العقود صحيحة.

وقد حكمت الدائرة بردّ الدعوى وسبّبت بما يلي: «وبما أن المدعي أسس طلبه على عدم تحديد الأرباح بنسبة مشاعة معينة إضافة إلى اشتراط ضمان رأس المال وكلا الشرطين مؤثر في صحة العقد، ولأن الدائرة وبرجوعها إلى العقد تبين أنه قد نص على أرباح متوقعة تدفع لرب المال شهرياً، ولم يرد شرط صريح بإلزام المضارب بذلك المبلغ المتوقع إذ الأصل توزيع الأرباح المتحققة فعلاً لا ظناً، ولأنه من المتصور معرفة التاجر الماهر بأرباح تجارته

وتوقعه بما استثمره من أرباح حال سلامتها من معوقات حسن سيرها، ولأن المدعي ظل يصرف للمدعى عليها الأرباح التي توقع بنفسه تحصيلها طوال فترة المشاركة للعقد الأصلي والمدة الإضافية دون أن يشعر المدعى عليها بنقصها أو تعثر سيرها طوال تلك الفترة، وذلك مؤذن بنجاح سير المضاربة وتحصيلها للأرباح المتوقعة، ولأنه عند انتهاء العقد وحلول موعد إعادة رؤوس الأموال لأربابها تقدم المدعي بطلب لإبطال العقود إثر صمته فترة سريانها، مما يدل على أن دعوى المدعي قائمة على التملص من إعادة رأس المال حين انتهاء فترة المضاربة وذلك بالموافقة لطبيعة عقود المضاربة التي تقتضي إعادة رأس المال حين انتهاء العقد وسلامته من الخسارة، ولأن القاعدة الفقهية نصت على أن: «من سعى إلى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه» ولقاعدة: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» ولأن العقود انتهت فترة سريانها مما يقيد سلطة المحكمة في تصحيحها نظراً لفوات مدتها ونفاذ مضمونها على ما هو عليه وهو ما يجعل من القول بصحتها واحتساب ما استلمته المدعى عليها ربحاً خالصاً وثبوت الحق له في استرداد رأس ماله كاملاً أولى بالإعمال وإن كان قولاً مرجوحاً، ويجعل من المدعي المفرط أولى بالخسارة، حيث إنه من فرط في إلزام نفسه بهذه الشروط الواردة في العقد، ولا ينال من ذلك دعوى وكيل المدعي بعدم علم موكله بمشروعية العقد باشتراك ربح مقدر وضمان لرأس المال، إذ ذلك ليس بشرط لازم عليه علاوة على أنه لا يعذر بجهله ذلك، لأنه مفرط ولما يظهر من ذلك من أنه طريق لأكل أموال الناس بالباطل ولما كان شرع الله المطهر أشرف وأعظم من أن

يلحق به مثل هذه التصرفات الملتوية، وحتى لا يكون القضاء الشرعي ملجأ لأهل الحيل الباطلة، فإن الدائرة تنتهي إلى الحكم برفض الدعوى وفق ما هو ثابت في منطوقها»^(١).

ويلاحظ في تسيب الدائرة أنّها أعملت قرائن متعدّدة رأّت أنّها تورث التهمة في احتيال المدّعي على إعادة رأس المال، منها أنّها استنتجت من عدم الشرط الصريح على إلزام المضارب بالمبلغ المتوقّع أنّه بادر بالسداد لحصول الأرباح، وكذلك من كونه استمر في السداد دون إشعار بأي إشكال في سير المضاربة، ثم قوّت تسيبها بتفريط المدعي بإلزام نفسه بهذا الشرط وتفريطه في العلم بالحكم.

والإشكال الذي يلوح بالتأمّل في هذا الاستناد للقاعدة هو أنّها قوّت الاستناد لهذه القرائن التي قد يقال بضعفها وعدم كفايتها لمقاومة عدّة أصول شرعية كانت تستوجب نظراً مغايراً من الدائرة، مثل أصل عدم الربح، واللجوء للمحاسبة والسؤال عن تفاصيل العمل التجاري وعن بيّنات المدّعي على خسارته، وكان من الممكن أن يظهر من ذلك صدق المدّعي أو على الأقل نقص الربح الحقيقي عن الربح المقدّر المدفوع، إضافة لتصحيح الدائرة للعقد رغم الشرط للمقتضي للفساد، ولا يمنع فوات المدة ونفاذ المضمون أن يعاد على ما مضي بالتصحيح وفق مقتضيات الشرع.

(١) انظر: حكم الدائرة التجارية الثالثة من المحكمة التجارية بجدة في القضية رقم (٥١٦٤) لعام ١٤٣٩هـ. <https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/23600>

أيضاً يمكن أن يعارض وجود التفريط من المدعي بوجود تفريط من المدعى عليهم في عدم الاطلاع على حسابات المضاربة وتحصيل ما يثبت الربح من خلال ذلك طول مدتها، وهذا وإن كان غير موجب للحكم لكنه قد يكون صالحاً للإيراد والمعارضة؛ إذ الجنوح إلى تفريط من طرف دون طرف لا يخلو من نوع تحكّم.

وهذا التطبيق يوحي بأن بعض الأحكام قد تستند لظاهر غير قوي لا يكفي للحكم، فيلقى القضاء عن كاهله معاناة التدقيق وسماع البيّنات بالتسبب بالتفريط في حقّ النفس، غير أنّ هذا الانطباع قد لا يكون دقيقاً في عين هذا التطبيق نظراً لكون المنشور حوله ناقصاً لا يتضمّن نصّ العقد، وربّما يتضمّن ما يقوّي نظر الدائرة.

الجانب التطبيقي الرابع: مقارنة حكمين متغايرين في الحكم بثبوت التعامل مع وجود الختم وكون التوقيع من غير مفوض:

جاء في حكم الدائرة الثانية من المحكمة التجارية بجدة الصادر في القضية رقم (٥٩٣) لعام ١٤٣٨هـ: «وحيث قرر المدعى عليه وكالة بأن موكله لم يرتبط بأي علاقة تعاقدية مع المدعية ولم يوقع أي عقد تأجير للمعدات، وأن الفواتير لا تحمل توقيع مالك المؤسسة أو شخص يحمل تفويضاً رسمياً من المؤسسة، ومصدق عليه من الغرفة التجارية ولديه صلاحيات مخولة بالتعاقد في التعاملات التجارية، وحيث إنّ الدائرة وبعد سماعها للدعوى، ودفع الطرفين، وبعد اطلاعها على أصول الفواتير المقدّمة من المدعية تبين لها بأنها صادرة على مطبوعات المدعى عليه، وعليها ختمه، وحيث إنّ التعامل محل

الدعوى كان مع العمال، وحيث إن العمال غير مفوضين من المدعى عليه، مما يتضح معه للدائرة تفريط المدعية وحيث نص الفقهاء على أن المفّرط أولى بالخسارة.. مما تنتهي معه الدائرة إلى رفض هذه الدعوى..»^(١).

وجاء في حكم المحكمة العامة بمكة المكرمة الصادر في القضية رقم (٧٧٨) بتاريخ ١٤ / ٩ / ١٤٣٩ هـ: «ولما دفعت به المدعى عليها من أن محرر تلك السندات هو أحد الموظفين لديها والمنضوين تحت كفالتها، وأن على المدعي مواجهته بالمطالبة، وحيث إن المدعى عليها لم تطعن في تلك السندات بأي مطعن يؤثر على صحة مضمونها من تسليم المدعي لمحررها ما كتب عليها من المبالغ، ولما يظهر من خلال ذلك من أنه لا يمكن أن يحدث التصرف في مطبوعات المدعى عليها وأختامها بهذه الصفة التي عليها السندات إلا في أحد حالين: الأولى/ أن تكون متواطئة مع محررها، والثانية/ أن تكون مفرطة ومهملة في حفظها، وهي في كلا الحالين مسؤولة عن نتيجتهما، ولها في حال ثبوت ما ادعته من تصرف مكفولها (...). بغير إذنها أن ترجع عليه في جميع الحقوق التي ترتبت في ذمتها بسبب تصرفاته.. فترك المدعى عليها لعاملها أوراقها وأختامها وتسليطه للتعامل مع الآخرين، يجعل مسؤولية تصرفاته عليها ولا يجوز لها التنصل منها بحال، لأن (المفّرط أولى بالخسارة)، ولأن الأصل في الشرع أن الإنسان ضامن لأفعاله كلها لا يتحمل غيره عنه شيئاً من تبعاتها، ذلك أن الأصل مسؤولية الشخص عن الضرر الذي نشأ

(١) وهو منشور بمنصة إكس على الرابط: https://twitter.com/s_m_shaalan/status/1184758396827910144

عن فعله لا فعل غيره، لكن الفقهاء استثنوا من هذا الأصل ضمان الشخص لأفعال التابعين له كالخدم والعمال والموظفين، لأنهم يصيرون نواباً عنه، فيصير فعلهم منقولاً إليه كأنه فعل نفسه، ولأن الأعمال التي قام بها العامل لم تكن في الخفاء الذي لا يمكن الاطلاع عليه، مع ما وازاه من صمت مطبق من المدعى عليها، وهو دليل موجب للظن الغالب على رضاها وإذنها، وعليه فإن الدائرة تتجه إلى الحكم بإلزام المدعى عليها بمبلغ المطالبة، ولا ينال من ذلك ما دفعت به المدعى عليها من عدم صفة، إذ إن العامل استلم المبالغ محل المطالبة من المدعي بصفته ممثلاً للمدعى عليها، لا بصفته الشخصية، وعليه فإنه يجب عليها أن تتحمل ما حدث بسبب تفريطها في حفظ كيانها ونشاطها وممتلكاتها من استغلال الغير عموماً بأي نوع استغلال أو تصرف غير مخول لهم، ومن بعد يحق لها محاسبتهم على تصرفهم^(١).

يلاحظ أنّ وجود الختم اعتبر تارة ولم ينظر لكون الموقع غير مفوض وجعل المدعي مفرطاً في إتاحتها، ومرة أهدر وجود الختم وجعل المتعامل مع غير المفوض هو المفرط! وهذا يؤكد أنّ وصف التفريط في حق النفس لا ينضبط تعليل الأحكام به، ويمكن رميه في بعض الدعاوى على طرفيها.

(١) <https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/17373>

الخاتمة

وفيها أهم نتائج وتوصيات البحث:

النتائج:

أورد في نهاية هذا البحث بعض النتائج المهمة، وبعضها ليس من باب التلخيص فقط، بل فيه استنتاجات هذا محلها، وأهم تلك النتائج:

١. كثرة تداول القاعدة محل البحث في مجال القضاء وتنوع تطبيقاتها.
٢. الأغلب في الاستعمال حسب استقراء البحث هو إيراد القاعدة على التفريط في حق النفس.
٣. تدور تطبيقات القاعدة على إهدار ما يدعي به المقصّر في حق نفسه بعدم حفظه أو إثباته أو بذل ما يقدر القاضي أنه لازم لحمايته أو استعادته، أو بفعل ما يؤدّي لضياعه، وقد يهدر ذلك مع وجود سبب لتضمين غير المفْرَط في حق نفسه.
٤. النقول التي أوردت لتوثيق القاعدة بلفظها هي نقول من مصادر أدبيّة لا علاقة لها بالفقه، ونقلان فقهيان أحدهما لابن عرفة المالكي (٨٠٣هـ) استعملت القاعدة فيه على سبيل المثل لا التععيد الفقهي، والتفريط فيه هو تفريط في حق الغير لا النفس، ونقل عن المنتصر الكتّاني (١٤٢٠هـ) وهو معاصر، ولا يتمحّض فيه هدر حق المفْرَط في حق نفسه لأجل تفريطه.
٥. النقول التي أوردت لتوثيق القاعدة بمعناها لا تتفق مع إطلاق القاعدة، وجميعها في التفريط في حق الغير لا النفس، أو فيه انتفاء لسبب

الضمان عن غير المفْرَط، وليس فيها تفريط الإنسان في حق نفسه مع وجود موجب الضمان من تسبّب غيره.

٦. أظهر استقراء كلام الفقهاء في تضمين المفْرَط أنّ أغلبه جاء في تفريط الأمين والتفريط في حقّ الغير، أما ما يتعلّق منه بالتفريط في حقّ النفس فلا يصل إلى نسبة ١٢٪، وهذا القسم جاء على ثلاثة أنواع: نوع هو التفريط في حفظ حق نفسه مع وجود أصل أو ظاهر معتبر شرعاً يحكم به عليه، أو حكم شرعي على خلاف تصرفه (١١ من أصل ١٦ نتيجة)، ونوع هو تفريط المتعاقد في تحصيل حق نفسه مع أداء الطرف الآخر ما عليه (٤ من أصل ١٦ نتيجة)، ونوع هو تفريط المتعاقد في أداء الواجب عليه لحق غيره فيبقى في ذمّته (نتيجة واحدة من أصل ١٦ نتيجة).

٧. لم أجد أي مسألة فقهية قال فيها فقيه بخسارة الإنسان حقّ نفسه لمجرد تفريطه مع وجود سبب التضمين في غيره، وهو ما ينزع السند من القاعدة من كلام الفقهاء تماماً.

٨. كشفت دراسة النصوص الشرعية التي يمكن تعلّقها بالقاعدة أنّ دلالتها على القاعدة غير قائمة، لأنّ الضمان فيها مبني على التفريط في حق الغير أو على انتفاء موجب تضمين الغير، والتعويل على الأصول الشرعية كبراءة الذمّة وارتباط الخراج بالضمان وإعمال الظاهر والاتساق معها بين في هذه النصوص.

٩. تدلّ نصوص الخيارات على إثبات الحقّ لمن يُتصوّر في حاله التفريط تصوّراً ظاهراً، فيقضى به للتعدّي أو التفريط من خصمه في حقّ الغير.

١٠. تدلُّ أصول القضاء الشرعي على أنَّ شوائب التفريط لا تمنع استخراج الحق والقضاء به إذا استبان بطريق صحيح كالقرائن المعتبرة التي توصل لخلاف ما يظهر أولاً، وتفضي بالناظر إلى ترك الجمود على الظواهر والطرق المعتادة في الحكم التي يؤول الجمود عليها وإهمال ما يقدر فيها من قرائن إلى تضييع بعض حقوق المفْرطين في إثبات حقوقهم.

١١. ظهر من التأصيل الشرعي وتحليل كلام الفقهاء أنَّ ما قد يفهم من القاعدة من إسقاط حق الإنسان لمجرد تفريطه في حق نفسه يخالف أصول الشريعة ومقرّرات الفقهاء، وأن التفريط من الإنسان إنَّها يؤثر إذا كان تفريطاً في حقِّ غيره، ويكون مساعداً في التعليل لعدم ثبوت حقه ظاهراً على الغير إذا جاءت الدعوى منه خلافاً لأصل مستصحب أو ظاهر شرعي معتبر، دون ظهور ما يثبت حقَّ المدعى ويوجب تقديم جانبه.

١٢. ظهر من بعض التطبيقات حصول الجمود أحياناً على ظاهر الإجراءات الرسمية مع هدر ما يثبت الطعن فيها وأنَّها على غير الظاهر المعتاد منها، وأنَّ بعض القضاة يُخطئ البعض في ذلك.

١٣. بعض صور التفريط التي تعتمد في بعض القضايا مقابلة بتفريط من الطرف الآخر، ويظهر من هذا عدم انضباط التسبب بالتفريط في حقِّ النفس، وأنَّه قد يفضي للتناقض والتحكُّم، حتَّى إنَّ بعض الإجراءات التي يعوّل عليها في الإثبات تعتبر ويهدر ما يخالفها مما يثبت عكسها في تطبيق، ثم يأتي تطبيق آخر فيعتبر ما أهدر ويهدر ما اعتبر التطبيق الآخر.

١٤. جرت بعض التطبيقات على إعمال الأصول والظواهر والقرائن المعتبرة شرعاً، وجاء التسبب بالتفريط فيها تبعاً لذلك فيما يشبه الاستئناس، لكن يعاب عليه التعويل على ما يشبه الوصف الطردي مع أثره النفسي السيء على تقدير صدق الطرف المحكوم عليه باطناً.

١٥. تشير بعض التطبيقات إلى نزعة محتملة عند بعض القضاة في التعويل على قاعدة (المفّرط أولى بالخسارة) مع وجود ما قد يقوي جانب المفّرط، وقد تُقصر في التحقق من البيّنات أو تهمل النظر في القرائن واستيفاء إجراءات التقاضي، وتكتفي بظاهر غير منضبط أو أصل يجتمل وجود ما يقتضي الانتقال عنه، نزوعاً إلى هذه القاعدة.

١٦. بعض التطبيقات القضائية المنشورة يظهر عليها نقص المعلومات المنشورة بطريقة قد تؤثر على ثقة الباحث في استيعاب التطبيق والخروج من دراسته باستنتاجات يطمئن لصحتها.

التوصيات:

يوصي الباحث بما يلي:

١. عدم التسبب القضائي بهذه القاعدة لما فيها من الإطلاق الموهوم لما يخالف أصول الشرع مع عدم صحّة نسبتها للفقهاء، ولما فيها من التعويل على وصف غير مؤثّر بذاته شرعاً وهو التفريط المجرّد في حقّ النفس، مع ما فيها من التبيكيت والتحزين على تقدير صدق ذلك المفّرط، ولما تفتحه من ذرائع التساهل في الاجتهاد في استخراج الحقّ والقضاء به لمن يستحقّه شرعاً.

٢. عناية الباحثين بدراسة التسيبات القضائية التي تتضمن تعليقات مستحدثة دراسة نقدية جادة في الاستقراء والتحليل والتفهم لكلام الفقهاء وأدلة وأصول الشرع، وقد يفيد في بعضها الدراسة التاريخية لمعرفة جذور التسيب التي قد تكون وافدة من ثقافات خارجة في مصدريتها عن الشرع.

٣. العناية بتنمية الملكة النقدية والبحثية في التأهيل العلمي للمجال القضائي.

٤. تطوير النشر العلمي للأحكام القضائية ليكون أشمل من جهة، وأيسر في البحث من جهة، لما ظهر للباحث من صعوبة البحث الدقيق وعدم وجود أو عدم فاعلية الأدوات المعتمدة في بعض المواقع العلمية التي تقوم بالنشر، والاضطرار للقراءة الموسعة للوصول للمطلوب عوضاً عن الاختصار عبر أدوات البحث الفعالة.

فهرس المراجع

١. إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، ابن دقيق العيد، ط. مطبعة السنة المحمدية، (د. م)، (د. ط)، (د. ت).
٢. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، لمحمد ناصر الدين الألباني، ط. المكتب الإسلامي، بيروت، ط ٢، بيروت، ١٤٠٥ هـ.
٣. أسنى المطالب شرح روض الطالب، لذكريا الأنصاري الشافعي (ت ٩٢٦ هـ)، دار الكتاب الإسلامي، (د. م)، (د. ط)، (د. ت).
٤. الإشراف على نكت مسائل الخلاف، القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (٤٢٢ هـ)، ت. الحبيب بن طاهر، ط. دار ابن حزم، ط ١، ١٤٢٠ هـ.
٥. أعلام الحديث، أبو سليمان حمد بن محمد الخطابي (ت ٣٨٨ هـ)، ت. د. محمد بن سعد آل سعود، ط. جامعة أم القرى (مركز البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي)، ط ١، ١٤٠٩ هـ.
٦. البيان في مذهب الإمام الشافعي، ليحيى بن أبي الخير العمراني (ت ٥٥٨ هـ)، ت. قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة، ط ١، ١٤٢١ هـ.
٧. تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، لإبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (ت ٧٩٩ هـ)، ط. مكتبة الكليات الأزهرية، ط ١، ١٤٠٦ هـ.
٨. تفسير المنتصر الكتاني، بترقيم المكتبة الشاملة آليا، وأصله تفرغ للدرس الصوتي رقم (٥٩).
٩. تلقين القاضي الخصوم والشهود، دراسة فقهية تطبيقية على الأحكام القضائية بالمحاكم السعودية، د. فهيد بن وزير العتيبي، مجلة مداد الأدب، م ٢٦ ع ١، المقال السادس:

<https://digitalcommons.aaru.edu.jo/midad/vol26/iss1/6>

١٠. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد في حديث رسول الله - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ =، لأبي عمر بن عبد البر النمري القرطبي (٤٦٣هـ)، ت. بشار عواد معروف وآخرون، ط. مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، لندن، ط. ١، ١٤٣٩هـ.
١١. توثيق قاعدة (المفّرط أولى بالخسارة)، د. فهد بن عبد الله آل طالب، بحث منشور على شبكة الإنترنت، شعبان من ١٤٤١هـ.
١٢. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد بن عرفة الدسوقي، ط. دار الفكر، (د. ط)، (د. ت).
١٣. حاشية الصاوي على الشرح الصغير، أبو العباس أحمد الصاوي، د. دار المعارف، (د. ط)، (د. ت).
١٤. حاشية العدوي على شرح الخرشبي، لعلي بن أحمد العدوي (ت ١١٨٩هـ)، ط. دار الفكر، بيروت، (د. ط)، (د. ت).
١٥. الدر النقي في شرح ألفاظ الخرقى، لجمال الدين يوسف بن حسن بن عبد الهادي الحنبلي المعروف بـ «ابن المبرد» (ت ٩٠٩هـ)، ت. د. رضوان بن غربية، ط. دار المجتمع للنشر والتوزيع، ط ١، جدة، ١٤١١هـ.
١٦. الذخيرة، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت ٦٨٤هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤٢٢هـ.
١٧. سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، لمحمد ناصر الدين الألباني، ط. مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، (د. ت).
١٨. سنن ابن ماجه، لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت ٢٧٣هـ)، ت. محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، (د. م) (د. ت).
١٩. سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني (ت ٢٧٥هـ)، ت. شعيب الأرنؤوط - محمد كامل قره بللي، ط. دار الرسالة العالمية، ط ١، (د. م)، ١٤٣٠هـ.

٢٠. سنن الترمذي، لمحمد بن عيسى الترمذي (ت ٢٧٩هـ)، ت. أحمد شاكر ومحمد عبد الباقي، البابي الحلبي، القاهرة، ط ٢، ١٣٩٥هـ.
٢١. سنن النسائي، لأحمد بن شعيب النسائي (ت ٣٠٣هـ)، ت. عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ط ٢، ١٤٠٦هـ.
٢٢. شرح الزركشي على مختصر الخرقي، شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي الحنبلي (ت ٧٧٢هـ)، ط. دار العبيكان، ط ١، ١٤١٣هـ.
٢٣. شرح منتهى الإرادات، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي، ط. عالم الكتب، بيروت، ط ١، ١٤١٤هـ.
٢٤. شرح النووي على مسلم، ليحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ٢، ١٣٩٢هـ.
٢٥. صحيح البخاري، لمحمد بن إسماعيل البخاري (ت. ٢٥٦هـ)، دار طوق النجاة، بيروت، ط ١، ١٤٢٣هـ.
٢٦. صحيح مسلم، لمسلم بن الحجاج النيسابوري (ت. ٢٦١هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د. ط)، ١٣٧٤هـ.
٢٧. صكوك غير منشورة من المحاكم العامة للقضايا (٤٣٩٢١٢٨٧٠)، (٤٢١٣٨٦٦٠١).
٢٨. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية، ط. مكتبة دار البيان، (د. ط)، (د. ت).
٢٩. عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق، لأبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، ت. حمزة أبو فارس، ط. دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط ١، ١٤١٠هـ.
٣٠. فتاوى السبكي، لتقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي (ت ٧٥٦هـ)، ط. دار المعرفة، بيروت، (د. ت).



٣١. فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ، ت. محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، ط. مطبعة الحكومة بمكة المكرمة، ط ١، ١٣٩٩هـ.
٣٢. القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقسيم البديعة النافعة، لعبد الرحمن بن ناصر السعدي، ط. مكتبة السنة، (د. ط)، (د. ت).
٣٣. القواعد الفقهية من خلال كتاب الإشراف للقاضي عبد الوهاب البغدادي، د. محمد الروكي، ط. دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط ١، ١٤٢٤هـ.
٣٤. القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي، لحمد بن محمد الجابر الهاجري، ط. دار كنوز إشبيلية، الرياض، ١٤٣٠هـ.
٣٥. كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس البهوتي (ت ١٠٥١هـ)، دار الفكر، بيروت، (د. ط)، ١٤٠٢هـ.
٣٦. لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن علي، ابن منظور الإفريقي (ت ٧١١هـ)، ط. دار صادر، بيروت، ط ٣، ١٤١٤هـ.
٣٧. المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا من عام ١٣٩١هـ إلى عام ١٤٣٧هـ. مركز البحوث، وزارة العدل، الرياض، ١٤٣٨هـ.
٣٨. المبدع في شرح المقنع، لإبراهيم بن محمد بن عبد الله ابن مفلح (ت ٨٨٤هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٨هـ.
٣٩. مجموع فتاوى ابن تيمية، لأحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحرّاني (ت ٧٢٨هـ)، ت. عبد الرحمن بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، (د. ط)، ١٤١٦هـ.
٤٠. مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٣٧هـ، ديوان المظالم، الرياض، ١٤٣٧هـ.



٤١. مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٣٥هـ، ديوان المظالم، الرياض، ١٤٣٨هـ.
٤٢. المختصر الفقهي، لمحمد بن محمد ابن عرفة الورغمي المالكي، (ت ٨٠٣هـ)، ت. د. حافظ خير، ط. مؤسسة خلف الحبتور للأعمال الخيرية، ط ١، ١٤٣٥هـ.
٤٣. مسند الإمام أحمد، للإمام أحمد بن حنبل (٢٤١هـ)، ت. شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، إشراف: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط. مؤسسة الرسالة، ط ١، (د. م)، ١٤٢١هـ.
٤٤. مطالب أولي النهى، مصطفى بن سعد الرحباني، ط. المكتب الإسلامي، ط ٢، (د. م)، ١٤١٥هـ.
٤٥. معجم لغة الفقهاء، لمحمد رواس قلعة جي حامد قنبي، ط. دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ط ٢، ١٤٠٨هـ.
٤٦. المغني، لعبد الله بن أحمد بن قدامة (ت ٦٢٠هـ)، مكتبة القاهرة، (د. م)، ط ١، ١٣٨٨هـ.
٤٧. مقاييس اللغة، لأحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (ت ٣٩٥هـ)، ت. عبد السلام محمد هارون، ط. دار الفكر، ١٣٩٩هـ.
٤٨. النهاية في غريب الحديث والأثر، لمجد الدين المبارك بن محمد ابن عبد الكريم الجزري ابن الأثير (ت ٦٠٦هـ)، ت. طاهر الزاوي - محمود الطناحي، ط. المكتبة العلمية، بيروت، ١٣٩٩هـ.

مواقع الإنترنت:

١. البوابة العلمية القضائية التابعة لوزارة العدل السعودية:
<https://sjp.moj.gov.sa/>
٢. أحكام عدّة مصورة من شبكة إكس (مبثّة روابطها في الهوامش).

