مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية
المجلد 4 (3) – 2024: 51–68

Damascus University Journal of Legal Sciences
Vol 4 (3) -2024: 51-68

حكم استحقاق العوض في الالتزام المجرد بالامتناع

عمر نور الدين[1]، محمد نجدات المحمد[2] ، فواز صالح[3]

[1] طالب دكتوراه في قسم الفقه الإسلامي وأصوله في كلية الشريعة بجامعة دمشق.

[2] أستاذ في قسم الفقه الإسلامي وأصوله في كلية الشريعة بجامعة دمشق.

[3] أستاذ في قسم القانون الخاص في كلية الحقوق بجامعة دمشق.

الملخص:

الالتزامُ بالامتناع –ويُطلق عليه أيضاً الالتزام السلبي–هو الالتزام الذي يمتنعُ الشخصُ بموجَبه عن القيامِ بعملٍ يُباح أو يحقّ له القيامُ به لولا هذا الالتزام، كالالتزام بالامتناع عن المنافسة، أو الالتزام بالامتناع عن الزواج أو عن البناء إلى علوٍّ معين في ملكه. ويتّصف الالتزام بالامتناع بأنّه لا يتضمّن أيّ عملٍ إيجابي يقوم به الملتزِم، بل كلّ ما هو مطلوبٌ منه هو الكفُّ والامتناع عن القيام بعملٍ ما، ويستحقُّ العوضَ مقابل التزامه المجرّد بالامتناع، فيتناول هذا البحث حكم استحقاقِ الملتزِم بالامتناع للعوض مقابل التزامه المجرد. وقد ثبت حصول منفعة حقيقية للملتزم له، والمنفعة مالٌ عند جمهور الفقهاء فجاز أخذ العوض مقابل هذا الالتزام، وأيضاً فقد عدّ علماء الأصول التركَ فعلاً ومن مقتضى التكليف عند توفّر القصدِ من المكلّف، فإذا اقترن الامتناعُ بالقصدِ فإنّه يخرج من دائرة العدم الأصلي، وبما أنَّ الالتزام بالامتناع لا يكون إلّا مقصوداً فإنّه يُعدُّ فعلاً بذلك ويستحقّ الملتزمُ العوضَ مقابله، وأيضاً فإنّ الملتزم بالامتناعِ يفوته كسبٌ أو فرصةُ كسبٍ نتيجةً لامتناعه عن القيام بعملٍ معيَّن، ففوات الكسب أو فرصة الكسب كلٌّ منهما يُعدُّ سبباً لاستحقاق العوض.

الكلمات المفتاحية: الالتزام بالامتناع، العوض، الكسب الفائت، الفرصة الضائعة.

تاريخ الايداع: 2022/1/2
تاريخ القبول: 2022/4/19

حقوق النشر: جامعة دمشق –سورية، يحتفظ المؤلفون بحقوق النشر بموجب **CC BY-NC-SA**

ISSN: 2789-7621 (online)
https://journal.damascusuniversity.edu.sy

Justification For The Entitlement To Compensation In Commitment To Abstain Cases

Omar Nouraldeen[1], Mohammed Najdat Al-Mohammed[2], Fawaz Saleh[3]

[1] Ph.D. student in the Department of Islamic Jurisprudence and its origins at the Faculty of Sharia at Damascus University.
[2] Professor in the Department of Islamic Jurisprudence and its Origins at the Faculty of Sharia at Damascus University.
[3] Professor in the Department of Private Law at Faculty of Law at Damascus University.

Abstract:

Commitment to abstain—sometimes called negative commitment—is a commitment under which a given person refrains from doing an act that he is normally permitted to do in the absence of the commitment. This may include the commitment to abstain from the right of competition, from marriage, or from building his/her own property to a certain level. Commitment by abstaining does not ask the abstained person to do something as it obliges the person to cease or refrain from doing a specific act. By doing so the abstained person will receive compensation.

This research deals with the justification for the entitlement to compensation in the situation of commitment by abstaining despite not having to do any work. Anthropology scholars have already mandated this matter when the assigned person shows intention. When abstinence is accompanied by intent, it comes out of the circle of original nothingness. Given that the obligation to abstain is only intentional, it is actually considered as an act in itself and, thus, the committed person is entitled to compensation. In addition, the one who is committed to abstaining normally misses some earning as a result of his commitment to not do a particular act. Accordingly, an obligation to not earn or do something should lead to compensation.

Received: 2/1/2022
Accepted: 19/4/2022

Copyright: Damascus University- Syria, The authors retain the copyright under a CC **BY- NC-SA**

Key Words: Commitment To Abstain, Compensation, Missed Earning, Missed Chance.

المقدمة: بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسول الله ﷺ أمّا بعد:

فموضوع الالتزامات من أهم المواضيع التي تحتاج إلى دراسات علمية معمقة ومقارنة بين الفقه والقانون، فقد يكون من مصلحة أحدهم أن يمتنع شخص ما عن القيام بعمل معين، فيتعاقد معه على أن يمتنع عن هذا العمل مقابل عوض يتفقان عليه، مثل أن يتفق شخص مع آخر على أن يمتنع عن منافسته في سوق معينة، أو أن يمتنع عن الدخول في مناقصة أو مزايدة، أو أن يتفق الزوجان على امتناع الزوج عن الزواج بأخرى مقابل مال، أو أن تمتنع الزوجة عن الزواج بعد وفاة الزوج أو طلاقها منه مقابل مال.

والمالكية هم أكثر المذاهب توسعاً في مسائل الالتزام بالامتناع، يليهم المذهب الحنبلي، ثم المذهبان الحنفي والشافعي، أمّا بالنسبة للمذهب الحنفي فالذي دفعهم إلى الحكم بعدم جواز أخذ العوض على الالتزام المجرد هو أنّهم اشترطوا في المالية الحيازة والادخار، وهذا غير متوفر في الالتزام المجرد، فلم يجيزوا المعاوضة عنه كونه ليس مالاً عندهم.[1]

أمّا الشافعية فعلى الرغم من أنّ الالتزام المجرد يُعدُّ مالاً عندهم بناءً على الشروط التي وضعوها لعدّ الشيء مالاً، فإنّهم منعوا أخذ العوض على الالتزام المجرد بالامتناع؛ لأنّهم لم يجدوا مسوغاً لأخذ العوض عليه كونه ليس عملاً إيجابياً محسوساً.[2]

وللوصول إلى حكم استحقاق العوض على الالتزام المجرد بالامتناع فقد تم دراسة مسألة مالية الالتزام المجرد، ومسألة مدى عدّ الترك عملاً، وحكم التعويض عن الكسب أو فرصة الكسب التي تضيع على الملتزم بالامتناع.

أهمية البحث: الالتزام بالامتناع شائع بين الناس في معاملاتهم، ويمسّ جوانب عديدة من حياتهم، اقتصادية واجتماعية وغيرها، ففي الالتزام بالامتناع عن المنافسة تأثير واضح على السوق والأسعار وجودة السلع، وفي الالتزام بالامتناع عن الزواج مساس بمقاصد الشريعة في الحض على الزواج، فكانت الحاجة ماسة لدراسة الموضوع من جوانبه المختلفة، ومن أهمِّ هذه الجوانب مسألة حكم استحقاق الملتزم بالامتناع للعوض.

سؤال البحث: ما حكم استحقاق الملتزم بالامتناع للعوض على الرغم من عدم قيامه بأي عمل إيجابي؟

هدف البحث: دراسة حكم استحقاق الملتزم بالامتناع للعوض على الرّغم من عدم قيامه بأي عملٍ إيجابي.

حدود البحث: لا يدخل ضمن حدود البحث حكم استحقاق العوض في مسائل مشابهة للالتزام بالامتناع كإسقاط الحق والتنازل عنه والإبراء منه؛ لأنّ هذه المعاملات تتضمّن تصرفاً بالمحلّ ذاته بخلاف الالتزام بالامتناع الذي تكون المعاوضة فيه على الالتزام المجرّد بالامتناع.

منهج البحث: اتَّبعت في هذا البحث المنهج الاستقرائي، وذلك بالاطّلاع على كتب الشريعة والقانون، والمنهج الاستنباطي وذلك باستنباط واستخراج الأحكام الشرعية والقانونية من مصادرها، إضافة إلى المنهج التحليلي المقارن وذلك بتحليل الأقوال والأدلّة والمقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة، ثم المقارنة فيما بينها وبين القانون.

الدراسات المرجعية: لم أعثر –بعد البحث– عن دراسةٍ مستقلةٍ تتناول موضوع حكم استحقاق العوض على الالتزام المجرد بالامتناع. وهذا يعود إلى ندرة الأبحاث الفقهية التي تناولت موضوع الالتزام بالامتناع بالأساس.

---

1 (ابن عابدين، 1992، ج: 5، ص: 51).

2 (الماوردي، 1999، ج: 6، ص: 443).

الجديد في البحث: التوصل إلى حكم استحقاق الملتزم بالامتناع للعوض، وهو ما لم يتطرق له أحد من الباحثين الذين قرأت لهم ممن كتبوا في الالتزامات.

مكونات البحث:

المقدمة.

المبحث الأول: مالية الالتزام المجرد بالامتناع.

المطلب الأول: المعقود عليه محل المعاوضة في الالتزام بالامتناع.

المطلب الثاني: عناصر المالية عند الفقهاء.

المطلب الثالث: مالية المنافع عند الفقهاء.

المطلب الرابع: مدى تحقق عناصر المالية في الالتزام المجرد بالامتناع.

المبحث الثاني: مدى عدّ الالتزام بالامتناع عملاً وحكم استحقاق العوض مقابل الكسب الفائت والفرصة الضائعة.

المطلب الأول: مدى عدّ الالتزام بالامتناع عملاً وأدلته.

المطلب الثاني: حكم التعويض عن الكسب الفائت.

المطلب الثالث: حكم التعويض عن الفرصة الضائعة.

المطلب الرابع: مدى تحقّق فوات الكسب أو فرصة الكسب في الالتزام بالامتناع.

المبحث الأول: مالية الالتزام المجرد بالامتناع.

الحكم الشرعي بالجواز أو المنع على استحقاق العوض في الالتزام المجرد بالامتناع، منوط في الأصل بمدى عدِّ الالتزام المجرد مالاً أو ليس بمال، فإذا عُدَّ مالاً شرعاً جازت المعاوضة عنه بمال، باستثناء ما قام الدليل على منعه، وإن لم يُعدَّ مالاً شرعاً فلا تجوز المعاوضة عنه بمال؛ لأنّ أخذ البدل عنه يكون من قبيل أكل أموال الناس بالباطل،[3] والله عز وجل يقول: {لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل}. [النساء: 29]

ومن أجل الوصول إلى حكم المعاوضة عن الالتزام المجرد، كان من الضروري الاعتماد على مسألة مالية المنفعة، إذ إنّ الشبه واضح بين الالتزام المجرد والمنفعة في أنّ كلا منهما عبارة عن شيء غير مادي، إضافة إلى أنّ المعاوضة تقع على المنفعة الناتجة عن الالتزام المجرد بالامتناع لصالح الملتزم له، فحتى لو أُضيفت المعاوضة إلى الالتزام المجرد إلّا أنّ المقصود والغرض منه هو المنفعة الناتجة عنه.

ولا بد قبل ذلك من بيان ماهية المعقود عليه محل المعاوضة هنا، وكذلك دراسة عناصر المالية عند الفقهاء، ومنها سيتم التوصل إلى ما إذا كانت المنفعة مالاً أم لا.

3() (حماد، 2017، ص57)

المطلب الأول: المعقود عليه محل المعاوضة في الالتزام بالامتناع.

تحدّث الفقهاء عن محلّ العقد وهو ما يقع عليه التعاقد ويظهر فيه أثر العقد وأحكامه، ويُعبَّر عنه بالمعقود عليه وهو يختلف باختلاف العقود، فقد يكون عيناً كبيع سيارة أو منفعة كمنفعة الدار المستأجرة أو عملاً كالتعاقد مع طبيب لإجراء عملية،[4] أمّا في القانون فإنّ محلّ الالتزام هو الأداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن، وهو إما أداء شيء أو عمل أو امتناع عن عمل، وبعبارة أخرى هو كل ما يلتزم به المدين.[5]

وتبيّن عن طريق الاستقراء أنّ محلّ الالتزام بالامتناع ينحصر في شيئين اثنين، فهو إمّا أن يكون رخصة أو حريّة عامّة مثل حرية العمل وحرية التجارة وإمّا أن يكون حقاً خاصّاً كحق الإنسان في التصرف فيما يملك، وعلى الرغم من أن الحريات العامة والحقوق تعدّ محلاً للالتزام بالامتناع إلّا أنّ الملتزم لا يعاوض عن الحريّة العامّة نفسها؛ لأنّها ليست محلّاً للتصرّف كونها ملازمة ولصيقة بالشخصية فتكسب نفس صفاتها، ولا يعاوض عن الحقّ ذاته أيضاً حتى لا يتحوَّل العقد من التزام بالامتناع إلى عقد آخر كالتنازل أو الإسقاط.[6]

ومن المناسب عند دراسة مسألة الالتزام بالامتناع التمييز بين أمور ثلاثة، وهي موضوع الالتزام ومحلّ الالتزام والمعقود عليه محلّ المعاوضة، فموضوع الالتزام هنا هو الامتناع وهو واحد في جميع صور الالتزام بالامتناع، أمّا محلّ الالتزام فهو الشيء الذي يتعلّق به الامتناع ويتوجه إليه، وهو إمّا أن يكون حريّة عامّة أو حقاً، ويختلف نوع الحريّة العامّة والحقّ من التزام إلى آخر، وأمّا المعقود عليه محلّ المعاوضة فهو الالتزام المجرد ذاته.[7] ففي مسألة الالتزام بالامتناع عن المنافسة يكون موضوع الالتزام هو الامتناع، ومحلّ الالتزام هو المنافسة والتي تعدّ حريّة عامّة لكل شخص، والمعقود عليه محلّ المعاوضة هو الالتزام المجرّد ذاته بالامتناع.

والالتزام المجرد هو الالتزام المحض الذي يثبت في ذمة الملتزم ويشغلها، من غير تصرف بعين أو دين أو منفعة بالمعنى الاصطلاحي، فإذا التزم بتسليم عين أو دين أو منفعة فلا يُعدُّ ذلك من قبيل الالتزام المجرد.

وينقسم الالتزام المجرد إلى قسمين: الالتزام المجرد الإيجابي، وذلك باستعداده للقيام بعمل في المستقبل، كالالتزام بالضمان، فلا يُعدُّ من قبيل الالتزام المجرد التعاقد مع أجير على القيام بعمل معين لصالح المستأجر، فهنا تنعقد المعاوضة على العمل ذاته لا على الالتزام ويسمى بإجارة الأبدان، فالمقصود بالالتزام المجرد أن يستحق الملتزم العوض مقابل التزامه المحض المجرد لا مقابل العمل الذي سيقوم به، وبعبارة أخرى فإن الملتزم يستحق العوض مقابل استعداده للقيام بالعمل، وإن كان لنوعية العمل أثر إلى حد ما في تحديد العوض. والقسم الثاني هو الالتزام المجرد السلبي: ويكون بالامتناع عن عمل يباح أو يحق للملتزم القيام به في الأصل لولا التزامه الذي يقضي بامتناعه عنه،[8] وهنا يظهر تجرد الالتزام بشكل أوضح، إذ لا عمل إيجابي يتوجب على الملتزم القيام به، بل كل ما هو مطلوب منه الكف والامتناع عن عمل معين لصالح الملتزم له.

(4) (زيدان، د.ت، ص: 307).

(5) (الصدة، 1971، ص: 278).

6 (الشاطبي، 1997، ج1، ص200 وما بعدها)، و(الدريني، 1984، ص: 204)، و(كيرة، 1958، ص: 581 وما بعدها).

(7) (الزرقا، 1999، ص63)

(8) (الزرقا، 1999، ص85-86).

المطلب الثاني: عناصر المالية عند الفقهاء.

اتفقت المذاهب الأربعة على اشتراط وجود منفعة مقصودة ذات قيمة في عرف الناس وذلك حتى يُعدَّ ذلك الشيء مالاً، واختلفوا في أمرين اثنين: الأول: العينية أو إمكانية الحيازة، والثاني: كون المنفعة مباحة شرعاً.

العنصر الأول: وجود منفعة مقصودة ذات قيمة في عرف الناس.

المنافع هي الغرض الأظهر والمقصود الحقيقي للناس من جميع الأموال،[9] ولذلك فقد اتفق الفقهاء على اشتراط وجود منفعة مقصودة في الشيء حتى يُعدَّ مالاً، أمّا ما لا نفع فيه فلا يُعدُّ مالاً، وترتب على ذلك أنّ أخذ العوض على شيء لا نفع فيه قريب من أكل المال بالباطل،[10] وقد قال تعالى: {لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل} [النساء:29].

ولا يكفي ليكون الشيء مالاً وجود منفعة مجردة، بل لا بد أن تكون هذه المنفعة ذات قيمة مادية بين الناس في عرفهم وعادتهم، وهو ما عبّر عنه بعض الفقهاء "بالتمول" أي اتخاذ الشيء مالاً، فقد جاء في البحر الرائق: "والمالية إنما تثبت بتمول الناس كافة أو بتمول البعض..... فما يكون مباح الانتفاع بدون تمول الناس لا يكون مالاً كحبة حنطة"،[11] ويظهر هذا الشرط بوضوح في تعريف ابن العربي للمال بقوله: "ما تمتد اليه الأطماع"،[12] فما لا قيمة له في عرف الناس لا تمتد إليه أطماعهم.

وكذلك فيما نقل السيوطي عن الشافعي في تعريف المال حيث قال: "لا يقع اسم مال إلا على ما له قيمة يباع بها..."،[13] فمفاد هذا التعريف أنّ العرف هو أساس ثبوت مالية الأشياء شرعاً. وأيضاً فقد قال ابن عقيل في تعريف المال: "ما يتناقله الناسُ في العادةِ بالعقودِ الشرعيَّةِ –لطلبِ الأرْباحِ والأكساب"،[14] وواضح أنّ العرف والعادة عنصر جوهري في عدِّ الشيء مالاً.

العنصر الثاني: كون المنفعة مباحة شرعاً.

اختلف الفقهاء في اشتراط إباحة الانتفاع كعنصر في المالية، فذهب الحنفية إلى أنّ إباحة الانتفاع شرعاً ليس من شروط وعناصر المالية، فقاموا بناء على ذلك بتقسيم المال إلى متقوم وغير متقوم، فالمال المتقوم هو ما حيز بالفعل ويباح الانتفاع به شرعاً في حال السعة والاختيار، والمال غير المتقوم هو ما لم يتوفر فيه أحد الأمرين الحيازة أو جواز الانتفاع حال السعة والاختيار.[15]

وثمرة التفريق بين المتقوم وغير المتقوم عند الحنفية أنّه يشترط في المبيع أن يكون مالاً متقوماً وإلا بطل العقد، أمّا الثمن فإن كان غير متقوم فإنّه يفسد العقد ولا يبطل، وسبب التفريق بين المبيع والثمن في التقوم هو أنّ المبيع هو المقصود بالذات في عقد البيع فتقومه شريطة انعقاد، أمّا الثمن فهو وسيلة فلا يقصد بذاته فكان تقومه شرط صحة لا انعقاد.

بينما اشترط جمهور الفقهاء من المالكية[16] والشافعية[17] والحنابلة[18] إباحة الانتفاع كعنصر من عناصر المالية، فما لا يباح نفعه شرعاً لا يُعدُّ مالاً كالخمر والخنزير والميتة، قال الرصاع: "وما لا يؤذن فيه فلا عبرة به، فلا تعتبر قيمته؛ لأنّ المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً".[19]

---

(9) (ابن عبد السلام، 1991، ج:3، ص:183.)

(10) (السرخسي، 1993، ج: 2، ص: 171)، و(ابن العربي، 2003، ج: 2، ص: 107) و(الشربيني، 1994، ج: 2، ص: 342)، و(ابن مفلح، 1997، ج: 4، ص: 9).

(11) (ابن نجيم، د.ت، ج: 5، ص: 277)

(12) (ابن العربي، 2003، ج: 2، ص: 107)

(13) (السيوطي، 1990، ص: 327).

(14) (ابن عقيل، 1999، ج: 1، ص: 133).

(15) (الزرقا، 1999، ص133)، و(الخفيف، 2008، ص: 34)، و(مجلة الأحكام العدلية، د.ت، المادة 127)، (ابن نجيم، د.ت، ج: 5، ص: 277).

العنصر الثالث: العينية أو إمكانية الحيازة.

انفرد الحنفية في اشتراط العينية لتحقق المالية، ويقصد به أنّ ما يُعدُّ مالاً يجب أن يكون شيئاً مادياً محسوساً له وجود خارجي يمكن إحرازه وحيازته، فيخرجون بذلك كلاً من المنافع والديون والحقوق المحضة كالتعلي والشفعة،[20] وأُجيب عن اشتراط الحنفية للعينية وإمكانية الحيازة بأنّ الحيازة ينبغي أن تكون في كل شيء بحسب طبيعته، وهذا معهود في الشرع مجاراة لطبائع الأشياء وخصائصها الذاتية، إذ يمكن أن تتحقق الحيازة المادية للمنافع وذلك عن طريق حيازة مصادرها.[21]

واستدل الحنفية كذلك بأنّ صفة المالية للشيء إنما تثبت بالتمول، والتمول صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة، والمنافع لا تبقى وقتين، ولكنّها أعراض كلما تخرج من حيز العدم إلى حيز الوجود تتلاشى، فلا يتصور فيها التمول،[22] وأُجيب عن هذا الكلام بأنّه مبني على اشتراط الإحراز في المال، في حين أنّه لم يقم دليل عليه، بل أدلة مالية المنافع تدل على عدم اشتراطه.[23]

المطلب الثالث: مالية المنافع عند الفقهاء.

ذهب الحنفية إلى أنّ المنافع ليست من الأموال؛ لأنّهم اشترطوا في المال أن يكون عيناً قابلة للحيازة، فخرجت المنفعة حينئذ من مسمى المال فهي ملك لا مال.[24]

بينما ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنّ المنافع أموال واستدلوا على ماليتها بأنَّ الطبع يميل إليها ويسعى في ابتغائها وطلبها وتنفق في سبيلها الأموال، وأنّ الذوات لا تصير أموالاً إلا بمنافعها، فلا تقوم إلا بمقدار ما فيها من منفعة وما تشبعه من حاجة نافعة، إذ كل شيء لا منفعة فيه لا يكون مالاً، وإذا كان الشأن كذلك فكيف نسلب المالية والتقوم عما كان سببهما ومناطهما والعلة في وجودهما في الذوات والأشياء.[25]

وأيضاً فإنّ عدم اعتبار المنافع أموالاً فيه تضييع لحقوق الناس، وإغراء على الاعتداء على منافع الأعيان التي يملكها الغير، وهذا ينافي مقاصد الشريعة الإسلامية وعدالتها، وقد عدّ الشارع المنافعَ أموالاً كما هو مقتضى فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم حين زوج رجلاً من امرأة بما معه من القرآن، فقد اخرج البخاري في صحيحه عن سهل بن سعد، قال: جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، إني قد وهبت لك من نفسي، فقال رجل: زوجنيها، قال: {قد زوجناكها بما معك من القرآن}[26]

(16) (الرصاع، 1931، ص: 505)

(17) (قليوبي، وعميرة، 1995، ج: 2، ص: 505)

(18) (ابن مفلح، 1997، ج: 4، ص: 9).

(19) (الرصاع، 1931، ص: 505)

(20) (الزرقا، 1999، ص126)، و(الدريني، 1992، ص: 281).

(21) (الدريني، 1992، ص: 333)

(22) (السرخسي، 1993، ج: 11، ص: 79).

(23) (النور، محمد سليمان، 2015، ص: 9)

(24) (ابن عابدين، 1992، ج: 5، ص: 51).

(25) (ابن العربي، 2003، ج: 2، ص: 107) و(الشربيني، 1994، ج: 2، ص: 342)، و(ابن مفلح، 1997، ج: 4، ص: 9)، و(أبو زهرة، 1996، ص: 52.)

(26) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوكالة، باب وكالة المرأة الإمام في النكاح، رقم الحديث: (2310). (البخاري، 2001، ج: 3، ص: 100).

فيستدل بهذا الحديث على جواز جعل المنفعة صداقاً.[27] وقد ورد نص قرآني صريح باشتراط أن يكون الصداق مالاً قال تعالى: {وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ} [النساء:24]، فهذا يعني بالضرورة عدّ المنفعة مالاً.

والراجح هو قول الجمهور القاضي بمالية المنافع، لقوة أدلتهم، فعدُّ المنفعة مالاً أولى من العين، إذ إنَّ العين لا تسمى مالاً إلَّا لاشتمالها على المنفعة، ولذلك لا يصح بيعها بدونه،[28] وبالمنفعة تقام المصالح وتقضى الحوائج لا بعين المال.[29]

المطلب الرابع: مدى تحقق عناصر المالية في الالتزام المجرد بالامتناع.

سبق دراسة مسألة مالية المنفعة والقول برجحان مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة الذين ذهبوا إلى أنّ المنفعة مال شرعاً.

وبالنسبة لمدى تحقق عناصر المالية في الالتزام المجرد، فإنّ جمهور الفقهاء اشترطوا لتحقق المالية في الشيء توفر عنصرين اثنين فيه، الأول: وجود منفعة مقصودة ذات قيمة في عرف الناس، والثاني: أن تكون هذه المنفعة مباحة شرعاً، وبناء على مذهبهم هذا والذي هو الراجح في المسألة فإنّه سيتم دراسة مدى تحقق هذين العنصرين في الالتزام المجرد بالامتناع للوصول إلى الحكم الشرعي في عدِّه مالاً أم لا، وبناء عليه يتحدد حكم استحقاق العوض على الالتزام المجرد بالامتناع.

العنصر الأول: وجود منفعة مقصودة ذات قيمة في عرف الناس في الالتزام المجرد بالامتناع.

يتضح بشكل جلي من خلال كلام جمهور الفقهاء عن المال وعناصره المعتبرة أنّ المنفعة هي أصل ومستند ومعيار القيمة، وحيث تكون المنفعة تكون القيمة أي تكون المالية، وتأسيساً على هذا فإنّ المناط يتسع ليشمل كل نفع ذي قيمة بين الناس، إذا لم يكن الانتفاع به محرماً شرعاً، مما يستلزم ذلك جريان المعاوضة فيه عرفاً.[30]

يقول الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي: "إنّ القيمة المالية في الشيء إنما يبرزها بل يوجدها العرف الاجتماعي، سواء أعرفنا المال بأنه كل ما يمكن حيازته مما يمكن الانتفاع به كما هو رأي الحنفية، أو عرفناه بأنه مطلق ما كانت له قيمة يعتد بها عرفًا كما هو رأي الجمهور؛ ذلك لأن إقبال الناس على الشيء بالاستفادة منه أو إعراضهم عنه هو الذي يلعب الدور في إعطاء ذلك الشيء أو عدم إعطائه القيمة".[31]

وبناء على ما سبق، فإنّ الالتزام بالامتناع يُعدُّ مالاً، بسبب تمول الناس له وجعله محلاً لتعاملاتهم في مجالات عدة كالمعاملات المالية والأحوال الشخصية، وكونه أصبح عرفاً عالمياً ونظمته قوانين الدول المختلفة.

وأيضاً فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنّ مناط المالية هو وجود النفع –كما تقدم– وبناء على ذلك ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى جواز المعاوضة عن الزبل والسرقين والديدان إذا ظهر أنّ لها منفعة مقصودة في عرف الناس،[32] ولا يخفى ما لهذه الأشياء

(27) (ابن حجر، 1960، ج: 9، ص: 212).

(28) (الزنجاني، 1987، ج: 9، ص: 225).

(29) (التفتازاني، د.ت، ج: 1، ص: 327).

(30) (الدريني، 1992، ص: 285).

(31) (البوطي، 1988، ص: 1958).

(32) (السرخسي، 1993، ج: 24، ص: 15) و(الأصبحي، 1994، ج: 3، ص: 198)، و(المرداوي، د.ت، ج: 4، ص: 280).

من منفعة محدودة جداً مقارنة بما استجد من أشياء لها منفعة ظاهرة وذات أثر، واعتاد الناس وتعارفوا على المعاوضة عنها، فيكون عدها مالاً والقول بجواز المعاوضة عنها آكد.[33]

فكيف تكون الديدان ويكون الزبل والسرقين مالاً لما لها من منفعة محدودة، ولا يكون الالتزام بالامتناع مالاً، مع أنّ الالتزام بالامتناع يقضي بأن يقيد الشخص حريته، ويضيق على نفسه بشأن رخصة وحرية عامة ممنوحة له من قبل الشرع والقانون، أو يمتنع عن استعمال حق يختص به لمدة مؤقتة، مع حصول نفع واضح للطرف الآخر من زوال مزاحمة الملتزِم له في العمل الذي امتنع عنه.

ومن جانب آخر، فلا بد من وجود قيمة مادية في الالتزام بالامتناع بالنسبة للملتزم له، إذ لا منفعة ترجى من عمل أو كف لا قيمة له، كمن التزم تجاه آخر أن يمشي مدة من الزمن، أو أن يمتنع عن الطعام أو النوم مدة معينة، ونحو ذلك من الأعمال المباحة التي لا طائل تحتها أو لا يعود على الملتزم له ثمرة منها، وهذه القيمة تتجلى بوضوح في الالتزامات الإيجابية، أمّا في الالتزامات السلبية فإنّ قيمتها تظهر بشكل غير مباشر، إذ إنّ مصلحة الملتزم له والتي لها قيمة بالنسبة له، تكمن في امتناع الملتزم عن عمل معين، وليس في قيامه بعمل مادي ما، وليست قيمة الالتزام دائما مادية، بل قد تكون معنوية أو أدبية، كما في امتناع الزوجة عن الزواج بعد موت الزوج أو امتناع شخص عن خطبة فتاة معينة.[34]

العنصر الثاني: كون المنفعة في الالتزام بالامتناع مباحة.

إذا تحقق العنصر الأول في الالتزام بالامتناع وهو وجود منفعة حقيقية ذات قيمة بين الناس، فلا بد بعد ذلك من أن تكون تلك المنفعة مباحة شرعاً، وتحقُّقُ هذا العنصر يختلف من التزام إلى آخر، فإذا كان الالتزام بالامتناع يمس حقاً من حقوق الله مثلاً كالالتزام بالامتناع عن أداء عبادة كالصلاة، فإنّه التزام ممنوع ولا يُعدُّ مالاً شرعاً؛ بسبب حرمة الانتفاع الناتج عنه، وكذلك عند وجود خلل في أحد شروط المحل فإنّه يجعل ذلك الالتزام غير مباح أيضاً، وكذلك إذا كان فيه إضرار بالغير سواء أكان ذلك الغير شخصاً ما أو المجتمع بأكمله كالإضرار بالسوق والمنافسة فيه.[35]

وبناء على القول الراجح وهو قول جمهور الفقهاء بأنّ المنفعة مال شرعاً، يمكن الحكم بمالية الالتزام المجرد أيضاً، وذلك للشبه الكبير بين الالتزام المجرد والمنفعة في أنّ كلا منهما عبارة عن شيء غير مادي، إضافة إلى أنّ المعاوضة تقع على المنفعة الناتجة عن الالتزام المجرد بالامتناع لصالح الملتزم له، فحتى لو أُضيفت المعاوضة إلى الالتزام المجرد إلّا أنّ المقصود والغرض منه هو المنفعة الناتجة عنه، ويظهر ذلك جلياً في قول الإمام الحطاب: "الملتزم به هو كل ما فيه منفعة"،[36] وفي تعريف مصطفى الزرقا للالتزام بأنّه: "كون الشخص مكلفاً شرعاً بعمل أو امتناع عن عمل لمصلحة_غيره"،[37] وكذلك في تعريف الطاهر بن عاشور للالتزام بأنّه: "إنشاء لزوم فعل أو ترك في منفعة شخص آخر"،[38] ويشترط إضافة إلى ذلك أن تكون المنفعة الناتجة عنه مباحة شرعاً.

(33) (حماد، 2017، ص: 74).

(34) (الزرقا، 1999، ص: 92-93).

(35) (الخرشي، د.ت، ج: 5، ص: 83)، و(ابن القيم، 1991، ج: 1، ص: 85)، و(الخفيف، 2008، ص: 256).

(36) (الحطاب، 1984، ص: 69).

(37) (الزرقا، 1999، ص: 93).

(38) (ابن عاشور، 1923، ص: 236).

المبحث الثالث: مدى عدّ الالتزام بالامتناع عملاً وحكم استحقاق العوض مقابل الكسب الفائت والفرصة الضائعة.

يتميز الالتزام بالامتناع بأنّه لا يتضمّن أيّ عملٍ إيجابي يقوم به الملتزِم، بل كلّ ما هو مطلوبٌ منه هو الكفُّ والامتناع عن القيام بعملٍ ما، ويأخذ العوضَ مقابل التزامه المجرّد بالامتناع، فكان لا بد من دراسة مسألة مدى عدِّ الترك عملاً، وكذلك حكم استحقاق العوض مقابل ما يفوت الملتزم بالامتناع من كسب أو فرصة كسب.

المطلب الأول: مدى عدّ الالتزام بالامتناع عملاً وأدلته.

الامتناع في اللغة: هو الإمساك والضَّن، وهو خلاف البذل والعطاء، ويأتي متعدّياً فيقال: امتنع عن كذا، والامتناع: الكفّ عن الشيء.

ومن الألفاظ التي تأتي بمعنى الامتناعِ التركُ وهو ودْعُ الشيء وتخليته وهو ضد الفعل، والترك: عدم فعل المقدور سواء كان هناك قصدٌ من التارك أم لا، أمّا عدمُ فعلِ ما لا يقدرُ عليه فلا يُسمّى تركاً.[39]

والترك قد يكون بقصدٍ أو بدونِ قصد،[40] أمّا الامتناع فإنّه لا يكون إلا بقصد كما يوحي لفظ الامتناع، فكان لفظ الامتناع أنسب لموضوع البحث، كونه يعالج مسألة الالتزام بالامتناع الذي لا يكون إلا عن قصدٍ من الملتزم.

وقد بحث الأصوليون مسألة عدِّ الامتناع أو الترك عملاً في باب مقتضى التكليف، فذهب أغلبهم إلى انّ الترك عملٌ وجوديٌ عند توفّر القصدِ من التارك، ويترتّب على ذلك الثواب والعقاب[41]. قال السرخسي: "مذهب أهل السنّة والجماعة أن تركَ الفعلِ فعل".[42] وجاء في شرح مختصر الروضة: "ولو لم يكن ضدّ الشيء إلّا تركُه لكانَ فعلاً؛ لأنّ تركَ الشيءِ هو الإعراضُ عن فعله والإعراض فعل، نعم، تارةً يكون بالبدن فيظهر للحسّ وتارةً يكونُ بالقلبِ والنفسِ، فيدرَك عقلاً لا حساً".[43]

واستدلّوا على قولهم هذا بأدلّة من القرآن والسنة، وهي كالآتي:

الدليل الأول: قوله تعالى: **{لَوْلَا يَنْهَاهُمُ الرَّبَّانِيُّونَ وَالْأَحْبَارُ عَنْ قَوْلِهِمُ الْإِثْمَ وَأَكْلِهِمُ السُّحْتَ لَبِئْسَ مَا كَانُوا يَصْنَعُونَ}** [المائدة 63]. فترك الربانيين والأحبار نهيهم عن قول الإثم وأكل السحت سمّاه الله تعالى صنعاً في قوله: لبئس ما كانوا يصنعون، أي: صنيعهم الذي هو تركُ النهيِ المذكور.[44]

الدليل الثاني: قوله تعالى: **{وَقَالَ الرَّسُولُ يَارَبِّ إِنَّ قَوْمِي اتَّخَذُوا هَذَا الْقُرْآنَ مَهْجُورًا}** [الفرقان: 30]. فالأخذ التناول، والمهجور المتروك، فصار المعنى تناولوه متروكاً، أي فعلوا تركه وهذا واضح في دلالته على أنّ الترك فعل.[45]

الدليل الثالث: قوله صلى الله عليه وسلم: {المسلمُ من سلِم المسلمونَ من لسانِه ويدِه}.[46] فقد سمّى النبي صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث ترك أذى المسلمين إسلاماً.[47]

---

(39) (الكفوي، د.ت، ص: 299-298)، و(ابن منظور، 1993، ج: 10، ص: 405).

(40) (الكفوي، د.ت، ص: 298).

(41) (ابن أمير حاج، 1983، ج: 2، ص: 81)، والسرخسي، د، د.ت، ج: 1، ص: 79)، (ابن قدامة، 2002، ج: 1، ص: 174)، و(تقي السبكي، 1995، ج: 2، ص: 75).

(42) (السرخسي، د.ت، ج: 1، ص: 79).

(43) (الطوفي، 1987، ج: 1، ص: 240).

(44) (الشنقيطي، 1995، ج: 6، ص: 48).

(45) (تاج الدين السبكي، 1992، ج: 1، ص: 100).

والحكم بعدِّ الترك عملاً منوط بمدى توفر القصد، فليس كلّ ترك يُعدُّ عملاً، بل يشترط لذلك توفر القصد من التارك،[48] ومن أجل الوصول إلى أنّ الالتزام بالامتناع يُعدُّ عملاً ينبغي التفريق بين العدم الأصلي وبين الامتناع المقصود، فالتركُ هو عدمُ فعلِ المقدورِ عليه بقصدٍ أو بدون قصد،[49] فإن كان بدون قصد وهو مجرّد تركِ الشخص عملاً ما من غير قصدٍ أو من غير التزامٍ في الذمة، فهذا يمكن تسميته بالعدم الأصلي ولا يُعدُّ التزاماً ولا تكليفاً ولا يترتّب عليه أثر.

ولكن عندما يتفق أحدهم مع آخر على أن يلتزم بالامتناع عن عملٍ ما، فإنّه يخرج الامتناع من نطاق العدم الأصلي ويدخل في التكليف، فيستحق العوض مقابل ذلك، جاء في تيسير التحرير: "المكلَّف به ليس العدمَ الأصلي، بل هو كفُّ النفس عن ميلها إلى المنهي عنه، والكفُّ فعل"،[50] فالالتزام بالامتناع إذن هو كفُّ النفس الذي يترتب عليه عدمُ الفعل، أمّا العدم المحض من غير التزام ومن عير كفِّ النفس فليس مناطاً للتكليف.

وكذلك الأمر في القانون فإنّ الامتناع يُعدُّ عملاً، فقد ذهب وحيد الدين سوار إلى إمكانية ردّ كلٌّ من الالتزام بإعطاء والالتزام بعمل والالتزام بالامتناع عن عمل إلى ضربٍ واحدٍ من ضروب الالتزام وهو الالتزام بعمل، وعلّل ذلك بأنّ الامتناع عن عمل هو في حد ذاته عمل، والمهمّ في موضوع الالتزام هو نشاط المدين أو خدمته أو جهده نفسياً كان أو جسدياً.[51]

المطلب الثاني: حكم التعويض عن الكسب الفائت.

من الضروري قبل الدخول في حكم التعويض عن الكسب الفائت والفرصة الضائعة التفريق بينهما وذلك بضرب مثال توضيحي لكلٍّ منهما، فالكسب الفائت هو ما كان يأمل الشخص المضرور الحصول عليه لو جرت الأمور كالمعتاد ولم يحدث الفعل الضار، كتعطيل منافع الإنسان وذلك بحبسه أو حجز حريته ومنعه من العمل، فإنّ الفاعل يلزمه تعويض المحبوس عن أجرته أو كسبه المتوقع في الأيام التي منعه من العمل بها، فالكسب الفائت هنا محقّق الوقوع في الأحوال العادية، ولا غرر هنا ولا احتماليّة ولا مزاحمة من الغير على الحصول على ذلك الكسب، أمّا الفرصة الضائعة فهي تفويت فرصة احتماليّة غير مؤكدّة للكسب، كمن يحبس شخصاً ظلماً، فتسبّب ذلك بتأخره عن امتحان القبول في وظيفة، فحصوله على الوظيفة أمر احتمالي، فقد يحصل عليها وقد لا يحصل، بسبب وجود المزاحمة من الغير.[52] ويظهر مما سبق أنّ الكسب الفائت أكثر ثباتاً وجديّة من الفرصة الضائعة، إذ إنّ مكمن الخلاف بينهما هو في مدى تحقق فوات المنفعة وجديتها.

---

(46) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان، باب من سلم المسلمون من لسانه ويده، رقم الحديث(10)، ومسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب بيان تفاضل الإسلام، وأي الأمور أفضل، رقم الحديث(40). (البخاري، 2001، ج: 1، ص: 11)، و(مسلم، د.ت، ج: 1، ص: 65).

(47) (الشنقيطي، 1995، ج: 6، ص: 49).

(48) (ابن أمير حاج، 1983، ج: 2، ص: 81)، و(السرخسي، د.ت، ج: 1، ص: 79)، (ابن قدامة، 2002، ج: 1، ص: 174)، و(تقي الدين السبكي، 1995، ج: 2، ص: 75).

(49) (الكفوي، د.ت، ص: 299-298).

(50) (أمير بادشاه، د.ت، ج: 2، ص: 135).

(51) (سوار، 2003، ص: 26).

(52) (بوساق، 1998، ص: 126-125)، و(الخفيف، 2000، ص: 45)، و(الزرقا، 1988، ص: 118)، و(السنهوري، 1964، ج: 1، ص: 863-862).

والكسب الفائت معروف عند الفقهاء المتقدمين، وقد تناولوه بالبحث والدراسة لكن من غير أن يسمّوه هذه التسمية، فتعرّضوا للكسب الفائت عند دراسة مسألة فوات منفعة الحرّ ومنفعة المغصوب[53] وغيرها من المسائل التي أخذ الفقهاء فيها بالاعتبار التعويض عن الكسب الفائت.

فبالنسبة لمسألة تفويت منفعة الحر، مثل خطف شخص ما أو احتجازه أو حبسه ظلماً أو كسر يده، وأدّى ذلك إلى تعطيل كسبه، فذهب الشافعية في وجه، والحنابلة في الصحيح إلى وجوب تعويض المضرور عما فاته من كسب كان من المفروض أن يحقّقه لو كان حراً أو لم يتعرّض لاعتداء، وذلك باعتبار أن منفعته مال يجوز أخذ العوض عنه فضُمِّنت بالغصب،[54] جاء في مغني المحتاج: "لا تُضمن (منفعة بدن الحر) إلا بالتفويت (في الأصح)، فإن حبسه ولم يستوف منفعته، لم يستحق شيئاً وإن كان صغيراً. والثاني: أنَّها تُضمن بالفوات أيضاً؛ لأنّ منافعه تُقَوَّم في الإجارة الفاسدة".[55] وجاء في الإنصاف: "(وإن حبسه مدة، فهل يلزمه أجرته؟ على وجهين) أحدهما: يلزمه. وهو الصحيح، والوجه الثاني: لا يلزمه".[56]

وأيضاً فقد ذهب الحنفية إلى وجوب النفقة على المضرور حتى يتماثل للشفاء ويتمكن من العمل والكسب، جاء في الدر المختار: "إذا ضربَ يدَ غيرِه فكسرها وعجز عن الكسب، فعلى الضارب المداواة والنفقة إلى أن يبرأ".[57]

وذهب المالكية[58] والشافعية في أصح الوجهين،[59] والحنابلة في وجه،[60] إلى وجوب التعويض عند التفويت دون الفوات، والتفويت يكون باستخدام الشخص وتشغيله عنده والانتفاع به، أمّا الفوات فهو تعطيله عن العمل من غير انتفاع الغاصب أو المعتدي به.

المطلب الثالث: حكم التعويض عن الفرصة الضائعة.

يكمن الفرق بين الكسب الفائت والفرصة الضائعة في مدى تحقق فوات المنفعة المأمولة وجديتها، ففوات المنفعة في مسألة الكسب الفائت أكثر جدية واحتماليةُ تحققها أكبر بخلاف مسألة الفرصة الضائعة فإنّ فيها احتمالات شتى متعاكسة، فالمنفعة التي تفوت على الشخص الذي تعرضت سيارته المعدّة للأجرة لحادث سير شبه محققة الحدوث في الأحوال الاعتيادية، بينما مسألة تأخر شخص عن امتحان القبول في وظيفة بسبب وجود تعدي من آخر، فإنّ حصوله على الوظيفة أمر احتمالي لا يخلو من غرر وجهالة للنتيجة، فقد يحصل عليها وقد لا يحصل، بسبب وجود المزاحمة من الغير.

وقريب من التعويض عن الفرصة الضائعة بيع العربون وهو أن يشتري أحدهم سلعة فيدفع إلى البائع مبلغاً من المال على أنه إن أخذ السلعة احتسب به من الثمن، وإن لم يأخذها فذلك للبائع، وقد أجازه الحنابلة[61] خلافاً لجمهور الفقهاء الذين عدّوه من أكل أموال الناس بالباطل.[62] وقد استحق البائع مبلغ العربون إن لم يقم المشتري بالشراء كتعويض عن ضرر التعطل والانتظار،[63]

53 (الدردير، د.ت، ج: 3، ص: 448) الشربيني، 1994، ج: 2، ص: 286)، و(البهوتي، د.ت، ج: 4، ص: 111).
(54) (البهوتي، د.ت، ج: 4، ص: 78).
(55) (الشربيني، 1994، ج: 3، ص: 354).
(56) (المرداوي، د.ت، ج: 6، ص: 129).
(57) (ابن عابدين، 1992، ج: 6، ص: 562).
(58) (ابن عبد البر، 1980، ج: 2، ص: 849).
(59) (الشربيني، 1994، ج: 3، ص: 354).
(60) (المرداوي، د.ت، ج: 6، ص: 129).
61 (ابن قدامة، 1968، ج: 4، ص: 175).
62 (الدردير، د.ت، ج: 3، ص: 63)، و(الشربيني، 1994، ج: 2، ص: 395).

وبعبارة أخرى كتعويض عن الفرصة الضائعة على البائع بأن يبيع سلعته في المدة التي أمسك فيها عن التصرف ريثما يقرر المشتري. وهذا المثال أقرب إلى الفرصة الضائعة منها إلى الكسب الفائت.

وقد ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى أنّ تفويت الفرصة لا يستوجب الضّمان، وبالتالي فليس سبباً للتعويض، والسبب في عدم الضّمان أنّه ليس كسباً محققاً فكل ما هنالك أنّه من المحتمل أن يكون من ورائها كسب مالي، وفي كثير من الأحيان تكون الأضرار التي يدّعيها المدّعي وهمية وهو ما يؤدّي إلى أكلِ أموال الناس بالباطل، فأساس التعويض المالي في الفقه الإسلامي قائم على جبر الضرر، وذلك بإحلال مال محلَّ مالٍ فاقدٍ مكافئ لردِّ الحال إلى ما كانت عليه إزالةً للضرر وجبراً للنقص، وبالنسبة لتفويت الفرصة فإنّ المتضرر لم يفقد مالاً قائماً، بل إن احتمال فقد المال نتيجة لتفويت الفرصة احتمال ضعيف، لوجود احتمالات شتى معاكسة لاحتمال حدوث الضرر،[64] فالكسب الذي يعوَّض فواته يجب أن يكون أكيداً لا شكّ فيه، أمّا المأمول الاحتمالي فلا.[65]

ويمكن الرد عليهم بأنّ جمهور الفقهاء قد أجازوا التعويض عن الكسب الفائت –كما سبق– على الرغم من أنّه غير قائم على اليقين، إذ إنّ فوات المنفعة في كلٍّ من الكسب الفائت والفرصة الضائعة احتمالية، ولا تصل إلى درجة اليقين، فالشخص المجروح ربما يكسب إن لم يتعرض للجرح وربما لا يكسب، وكذلك الذي فاته الامتحان ربما ينجح وربما لا ينجح، ومع ذلك أقر الفقهاء على خلاف فيما بينهم باستحقاق المجروح للتعويض.

فالفرصة الضائعة وإن كانت أمراً محتملاً، فإنّ تفويتها أمر محقق، فالتعويض يكون عن تفويت تلك الفرصة وليس عن الفرصة ذاتها، ويجب أن تكون الفرصة حقيقية وجدية قابلة للتقدير، وليست مجرد أمل نابع من شعور ونفسية صاحبه، فإذا كان الكسب الاحتمالي لا يكفي اساساً للتعويض، فإنّ الحرمان من فرصة الحصول على الكسب قد تحقق وقوعه، إذ تحولَ الكسب من الاحتمال إلى الاستحالة بموجب فعل المدعى عليه.[66]

والذي دفع المانعين إلى القول بمنع التعويض عن الفرصة الضائعة هو أنّها لا تُعدّ مالاً، إضافة إلى ما في كثير من حالاتها من الغرر والاحتماليّة التي تقرِّبها من الوهم. لكن إذا أمكن إثباتُ ماليّة الفرصة الضائعة في حالاتٍ معيّنةٍ تتوفر فيها شروط وعناصر الماليّة، وأمكن نفي الاحتماليّة والغرر فيها بفرض شروط وضوابط معينة، إضافة إلى توفر الأدلّة والقرائن على أنّ الفرصة الضائعة كان الكسب فيها شبه محقق، فحينها لا يجدر تعميم الحكم بمنع التعويض في جميع حالات الفرصة الضائعة، بل يختلف جواز التعويض من حالة لأخرى بحسب توفر عناصر الماليّة وتحقيقها للشروط والضوابط التي تخرجها من دائرة الغرر والوهم.

فيمكن الحكم بالتعويض عن الفرصة الضائعة نفسها بغضّ النظر عن النتيجة والكسب المتوقع، إذ إنّ الكسب المتوقع أمر احتمالي، وذلك بناءً على القواعد العامة التي تنفي وقوع الضرر، وتطالب بضمان الأضرار المترتبة على الفعل، بسبب تقصير أو إهمال أو عدم احتراز أو لتعارف الناس ذلك، مثل قاعدة "الضرر يزال"، وقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، وقاعدة "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً".[67] والضمان هنا من قبيل التسبب لا المباشرة، وهو يستوجب التعويض بسبب وجود التعدي.[68]

---

63 الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، 120/5، ومصادر الحق، السنهوري، 96/2 وما بعدها.

(64) (بوساق، 1998، ص: 126–125)، و(الخفيف، 2000، ص: 45).

(65) (الزرقا، 1988، ص: 118).

66 (الدسوقي، 1995، ص: 293)، و(أرباب، يوسف، 2009، ص: 118).

(67) (الزحيلي، د.ت، ص: 10)، و(فيض الله، 1962، ص: 133).

68 (القرافي، 1998، ج: 4، ص: 27)، (الشربيني، 1994، ج:3، ص: 340)، (ابن رجب، د.ت، ص: 204).

أمّا بالنسبة للموقف القانوني، فإنّ كلاً من الكسب الفائت والفرصة الضائعة يُعدُّ سبباً للتعويض ومستوجباً للضمان في القانون، فقد نصَّت الفقرة الأولى من المادة (222) من القانون المدني السوري على ما يلي: "1- إذا لم يكن التعويض مقدّراً في العقد أو بنصٍّ في القانون، فالقاضي هو الذي يقدّره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب... ".

والفرصة الضائعة بحدّ ذاتها لها قيمة ماليّة حقيقية في القانون، وذلك بغضّ النظر عن النتيجة والكسب المتوقع، إذ إنّ الكسب المتوقع أمر احتمالي، فقد يصل للنتيجة المتوقعة والكسب المتوقع وقد لا يصل، فالعبرة هو بالفرصة ذاتها، واستحقاق العوض هو مقابل تفويت هذه الفرصة، وليس مقابل الكسب المتوقع من هذه الفرصة.(69)

فالذي التزم بالامتناع عن الدخول في مناقصة فإنّه بذلك يفوِّت على نفسه فرصة الظفر بتلك الصفقة، وهذه الفرصة بحدّ ذاتها لها قيمة ماليّة، حتى لو لم يكن الظفر بالصفقة مؤكّداً، فهو لا يأخذ العوض بدلاً عما كان سيكسبه إذا حصل على الصفقة، بل يأخذ العوض مقابل الفرصة الفائتة.

المطلب الرابع: مدى تحقّق فوات الكسب أو فرصة الكسب في الالتزام بالامتناع.

إنّ استحقاق الملتزم بالامتناع للعوض ليس من قبيل أكل المال بالباطل وليس مقابل العدم الأصلي، بل إنّ لامتناعه قيمة ماليّة، إذ إنّ الامتناع فعل كما قرر الأصوليين وكما هو في القانون، وبفعله هذا قد فوت على نفسه كسباً أو فرصة كسب.

والالتزام بالامتناع -كما هو معلوم- إمّا أن يكون محله حرية عامة، وإمّا أن يكون حقّاً، ففي الحالة الأولى يُفوِّت الملتزم على نفسه فرصة كسب، وفي الحالة الثانية يُفوِّت على نفسه كسباً محققاً لو جرت الأمور كالمعتاد.

فالالتزام بالامتناع عن حرية عامة كالامتناع عن المنافسة يُعدُّ من قبيل الفرصة الضائعة، بسبب وجود الاحتماليّة الناتجة عن مزاحمة ومنافسة الغير للظفر بمنفعة العمل الذي امتنع عنه، كون الملتزم غير مالك لها بل هو والجميع سواسية أمامها.

أمّا الالتزام بالامتناع عن استعمال حق كالامتناع عن تشغيل معمله لفترة أو عدم منافسة شخص عن طريق تقليص نوعية البضائع التي يبيعها، كل ذلك من قبيل الربح الفائت كون حدوثها محقّقاً لو جرت الأمور كالمعتاد، لعدم وجود المزاحمة من قبل الغير، إذ إن محل الالتزام بالامتناع يختص به الملتزم.

وجديرٌ بالذكر أنّ السياق الذي درس فيه الفقهاء والقانونيون التعويض عن الكسب الفائت أو الفرصة الضائعة هو في مسألة التعويض عن فعل ضار يقوم به شخص فيتسبب بتفويت كسب أو فرصة كسب على شخص آخر، بينما في موضوع الالتزام بالامتناع فالأمر يختلف إذ لا يوجد فعل ضار وبالتالي فلا يوجد تعويض إلزامي، وإنّما رضي الملتزم بالامتناع بتفويت كسب أو فرصة كسب على نفسه بإرادته وذلك مقابل عوض.

ولا يؤثر هذا الاختلاف في السياق على استحقاق الملتزم بالامتناع للعوض، فسواء أكان فوات الكسب أو فرصة الكسب نتيجة لفعل ضار، أو كان نتيجة لاتفاق بين طرفين بأن يلتزم أحدهم بالامتناع عن عمل معين، فالنتيجة واحدة وهو أنّ للكسب وفرصة الكسب قيمةٌ ماليّة، بل إنّ قيمة الكسب الفائت أو فرصة الكسب آكد في حالة الالتزام بالامتناع؛ بسبب وجود التراضي بين طرفي الالتزام، وليس العوض إلزامياً هنا كما في حالة التسبب بالإضرار.

(69) (السنهوري، 1964، ج: 1، ص: 863-862).

الخاتمة:

وتتضمّن أهم النتائج والتوصيات.

النتائج:

1-للعرف دور كبير في عدِّ الشيء مالاً في الشريعة الإسلامية، وجريان العرف بالمعاوضة عن الالتزام بالامتناع وتموله من قبل الناس أعطاه صفة المالية بشرط كونه مباحاً.

2-يستحقُّ الملتزم بالامتناع العوضَ على الرغم من عدم قيامه بأي عمل إيجابي؛ لأنّ امتناعه عن العمل عن قصد منه، والترك عمل إذا قُصد.

3-يستحقُّ الملتزمُ بالامتناعِ العوضَ؛ لأنّه يفوِّت على نفسه كسباً أو فرصة كسب، وكلاهما له قيمة ماليّة.

التوصيات: أوصي الباحثين بالتركيز أكثر على البحث في مسائل الالتزامات السلبية بسبب شيوعها في مختلف مجالات الحياة العملية، فمسّت الحاجة إلى دراسات علمية معمقة في جوانبه المختلفة.

التمويل:

هذا البحث ممول من جامعة دمشق وفق رقم التمويل (501100020595).

Funding:
this research is funded by Damascus university – funder No. (501100020595).

المراجع:

1- ابن العربي، محمد. (2003). أحكام القرآن. بيروت: لبنان. دار الكتب العلمية. ص: 4 أجزاء.
2- ابن القيم، محمد. (1991). اعلام الموقعين عن رب العالمين. ط:1، بيروت: لبنان. دار الكتب العلمية. ص: 4 أجزاء.
3- ابن الهمام، كمال الدين. (د.ت). فتح القدير. دمشق: سوريا. دار الفكر. ص: 10 أجزاء.
4- ابن أمير الحاج، شمس الدين. (1983). التقرير والتحبير. ط:2. بيروت: لبنان. دار الكتب العلمية. ص: 3أجزاء.
5- ابن بادشاه، محمد أمين. (د.ت). تيسير التحرير. بيروت: لبنان. دار الفكر. ص: 4 أجزاء.
6- ابن حجر، أحمد، (1960). فتح الباري شرح صحيح البخاري، بيروت: لبنان. دار المعرفة. ص: 13 جزء.
7- ابن عابدين، محمد. (1992). رد المحتار على الدر المختار. ط:2. بيروت: لبنان. دار الفكر. ص: 6 أجزاء.
8- ابن عاشور، الطاهر. (1923). التوضيح والتصحيح لمشكلات كتاب التنقيح. ط:1. تونس: تونس. مطبعة النهضة. ص: 552.
9- ابن عبد البر، يوسف. (1980). الكافي في فقه أهل المدينة. ط:2. الرياض: السعودية. مكتبة الرياض الحديثة. ص: جزأين.
10- ابن عبد السلام، عزّ الدين. (1991). قواعد الأحكام في مصالح الأنام. بيروت: لبنان. دار الكتب العلمية. ص: جزأين.
11- ابن عقيل، علي. (1999). الواضح في أصول الفقه. ط:1. بيروت: لبنان. مؤسسة الرسالة. ص: 5 أجزاء.
12- ابن قدامة، موفق الدين. (1968). المغني. القاهرة: مصر. مكتبة القاهرة. ص: 10 أجزاء.
13- ابن قدامة، موفق الدين. (1994). الكافي في فقه الإمام أحمد. ط:4. بيروت: لبنان. دار الكتب العلمية. ص: 4 أجزاء.
14- ابن قدامة، موفق الدين. (2002). روضة الناظر وجنة المناظر. ط:2. بيروت: لبنان. مؤسسة الريان. ص: جزأين.
15- ابن مفلح، إبراهيم. (1997). المبدع في شرح المقنع. ط:1. بيروت: لبنان. دار الكتب العلمية. ص: 8 أجزاء.
16- ابن منظور، محمد.(1993). لسان العرب. ط:3. بيروت: لبنان. دار صادر. ص: 15جزء.
17- ابن نجيم، محمد. (د.ت). البحر الرائق شرح كنز الدقائق. القاهرة: مصر. دار الكتاب الإسلامي. ص: 8 أجزاء.
18- أبو زهرة، محمد. (1996). الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية. القاهرة: مصر. دار الفكر العربي. ص: 400.
19- أرباب، يوسف. التعويض الناشئ عن تفويت الفرصة –أحكامه تطبيقاته في الفقه الإسلامي والقانون. رسالة ماجستير من كلية الشريعة والقانون- جامعة أم درمان الإسلامية، السودان. ص:235.
20- الأصبحي، مالك. (1994). المدونة. ط:1. بيروت: لبنان. دار الكتب العلمية. ص: 4 أجزاء.
21- البخاري، محمد. (2001). صحيح البخاري. ط:1. بيروت: لبنان. دار طوق النجاة. ص: 9 أجزاء.
22- البهوتي، منصور. (د.ت). كشاف القناع عن متن الإقناع. بيروت: لبنان. دار الكتب العلمية. ص: 6 أجزاء.
23- بوساق، محمد. (1998). التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي. ط:1. الرياض: السعودية. دار إشبيليا. ص: 421.
24- البوطي، محمد سعيد. (1988). حق الإبداع العلمي وحق الاسم التجاري. مجلة مجمع الفقه الإسلامي. العدد الخامس. جدة: السعودية. منظمة المؤتمر الإسلامي. ص: 1958
25- التفتازاني، سعد. (د.ت). شرح التلويح على التوضيح. القاهرة: مصر. مكتبة صبيح. ص: جزأين.
26- الحطاب، محمد. (1984). تحرير الكلام في مسائل الالتزام. ط:1. بيروت: لبنان. دار الغرب الإسلامي. ص: 419.

27- حماد، نزيه. (2017). المعاوضة عن الالتزام. ط:1. دمشق: سوريا. دار الفكر. ص: 158.
28- الخرشي، محمد. (د.ت). شرح مختصر خليل. بيروت: لبنان. دار الفكر. ص: 8 أجزاء.
29- الخفيف، علي. (2000). الضّمان في الفقه الإسلامي. القاهرة: مصر. دار الفكر العربي. ص: 352.
30- الخفيف، علي. (2008). أحكام المعاملات الشرعية. القاهرة: مصر. دار الفكر العربي. ص: 515.
31- الدردير، أحمد، (د.ت). الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي. بيروت: لبنان. دار الفكر. ص: 4 أجزاء.
32- الدريني، فتحي. (1984). الحقّ ومدى سلطان الدولة في تقييده. ط: 4. بيروت: لبنان. مؤسسة الرسالة. ص: 286.
33- الدريني، فتحي، (1992). الفقه الإسلامي المقارن. ط:3. دمشق: سوريا. منشورات جامعة دمشق. ص: 436.
34- الدسوقي، إبراهيم. (1995). تعويض الضرر عن المسؤولية المدنية. الكويت: الكويت. مطبوعات جامعة الكويت. ص: 706.
35- الرصاع، محمد. (1931). شرح حدود ابن عرفة. ط:1. بيروت: لبنان. دار الغرب الإسلامي. ص: 543.
36- الزحيلي، وهبة. (د.ت). التعويض المادي عن الضرر الأدبي أو المادي غير المباشر الناتج عن الجناية أو الشكوى الكيدية. مجلة مجمع الفقه الإسلامي. عدد32. جدة: السعودية. منظمة المؤتمر الإسلامي. ص: 32.
37- الزرقا، أحمد. (1988). الفعل الضار والضّمان فيه. ط:1. دمشق: سوريا. دار القلم. ص: 271.
38- الزرقا، مصطفى. (1999). المدخل إلى نظرية الالتزام العامّة في الفقه الإسلامي. ط: 1. دمشق: سوريا. دار القلم. ص: 366.
39- الزنجاني، محمود. (1978). تخريج الفروع على الأصول. ط:2. بيروت: لبنان. مؤسسة الرسالة. ص: 393.
40- زيدان، عبد الكريم. (د.ت). المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية. الاسكندرية: مصر. دار عمر بن الخطاب. ص: 424.
41- السبكي، تاج الدين. (1992). طبقات الشافعية الكبرى. ط:2. الجيزة: مصر. هجر للطباعة. ص: 10 أجزاء.
42- السبكي، تقي الدين. (1995). الإبهاج في شرح المنهاج. بيروت: لبنان. دار الكتب العلمية. ص: 3أجزاء.
43- السرخسي، محمد. (1993). المبسوط. بيروت: لبنان. دار المعرفة. ص: 30 جزء.
44- السرخسي، محمد. (د.ت). أصول السرخسي. ص: جزأين.
45- السنهوري، عبد الرزاق. (1964). الوسيط في شرح القانون المدني. بيروت: لبنان. دار إحياء التراث العربي. ص: 10 أجزاء.
46- السنهوري، عبد الرزاق. (د.ت). مصادر الحقّ في الفقه الإسلامي. ط: 1. بيروت: لبنان. دار إحياء التراث الإسلامي. ص: جزأين.
47- سوار، وحيد الدين. (2003). النظرية العامة للالتزام. ط: 10. دمشق: سوريا. منشورات جامعة دمشق. ص: 932.
48- السيوطي، جلال الدين. (1990). الأشباه والنظائر. ط:1. بيروت: لبنان. دار الكتب العلمية. ص: 542.

49- الشاطبي، إبراهيم. (1997). الموافقات. ط: 1. القاهرة: مصر. دار ابن عفّان. ص: 7 أجزاء.
50- الشربيني، محمد. (1994). مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. ط: 1. بيروت: لبنان. دار الكتب العلمية. ص: 6 أجزاء.
51- الشنقيطي، محمد الأمين. (1995). أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن. بيروت: لبنان. دار الفكر. ص: 9 أجزاء.
52- الصدة، عبد المنعم. (1971). مصادر الالتزام. بيروت: لبنان. دار النهضة العربية. ص: 720.
53- الطوفي، سليمان. (1987). شرح مختصر الروضة. ط:1. بيروت: لبنان. مؤسسة الرسالة. ص:3أجزاء.
54- الفيروزآبادي، مجد الدين. (2005). القاموس المحيط. ط:8. بيروت: لبنان. مؤسسة الرسالة. ص: 1357.
55- فيض الله، محمد فوزي. (1961). المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون. أطروحة دكتوراه. كلية الشريعة: جامعة الأزهر. القاهرة: مصر. ص: 505.
56- القرافي، أحمد. (1998). أنوار البروق في أنواء الفروق. بيروت: لبنان. دار الكتب العلمية. ص: 4 أجزاء.
57- قليوبي، أحمد سلامة، وعميرة، أحمد البرلسي. (1995). حاشيتا قليوبي وعميرة. بيروت: لبنان. دار الفكر. ص: 4 أجزاء.
58- الكفوي، أيوب. (د.ت). الكليات. بيروت: لبنان. مؤسسة الرسالة. ص: 1083.
59- كيرة، حسن. (1958). أصول القانون. ط:2. القاهرة: مصر. دار المعارف. ص: 1195.
60- لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية. (د.ت). مجلة الأحكام العدلية. كراتشي. باكستان. كارخانه تجارت كتب. ص: 376.
61- الماوردي، علي. (1999). الحاوي الكبير. ط:1. بيروت: لبنان. دار الكتب العلمية. ص: 19جزء.
62- المرداوي، علاء الدين. (د.ت). الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف. ط:2. بيروت: لبنان. دار إحياء التراث العربي. ص: 12 جزء.
63- النور، محمد سليمان، (2015). اختلاف الفقهاء في مالية المنافع. مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية. العدد الأول. غزة: فلسطين. ص: 1-41.
64- النيسابوري، مسلم. (د.ت). صحيح مسلم. بيروت: لبنان. دار إحياء التراث العربي. ص: 5 أجزاء.