



المملكة العربية السعودية
وزارة العدل
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية



الجمعية العلمية القضائية السعودية

سلسلة

ملخص الأبحاث القضائية

من مكتبة المعهد العالي للقضاء

بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)

العدد السادس

ويحتوي على (٥) ملخصات

صفر ١٤٣٦ هـ



المملكة العربية السعودية
وزارة العدل
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية



الجمعية العلمية القضائية السعودية

سلسلة

ملخص الأبحاث القضائية

من مكتبة المعهد العالي للقضاء
بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية
بالجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)

العدد السادس

ويحتوي على (5) ملخصات

صفر ١٤٣٦هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

محتويات العدد

يضم هذا العدد من السلسلة ملخصات الأبحاث الآتية:

- ١١ ١ - نظام الأئمة والمؤذنين - دراسة مقارنة
إعداد/ عبد العزيز بن حمود الفوزان
إشراف/ د. فيصل بن رميان الرميان
للعام الجامعي ١٤٢٧هـ
- ٧٣ ٢ - أحكام التظلم الإداري - دراسة مقارنة
إعداد/ فارس بن أحمد الشهري
إشراف/ د. فيصل بن رميان الرميان
للعام الجامعي ١٤٢٦هـ
- ١٠٣ ٣ - أحكام المحاصة في الفقه الإسلامي
إعداد/ سامي بن مسعد بن عطيان المطيري
إشراف/ د. سعد بن عمر الخراشي
للعام الجامعي ١٤٢٣هـ - ١٤٢٤هـ
- ١٨٥ ٤ - اختصاص الغير في نظام المرافعات الشرعية
إعداد/ عبدالعزيز بن سليمان العيد
إشراف/ د. ناصر الجوفان
للعام الجامعي ١٤٢٢هـ
- ٢٥٣ ٥ - القواعد الفقهية في صيغ العقود وتطبيقاتها
إعداد/ عبدالعزيز محمد عبد الباقي
إشراف/ د. يوسف بن عبد الله الشيبلي
للعام الجامعي ١٤٢٦هـ - ١٤٢٧هـ

كلمة رئيس مجلس الإدارة

الحمد لله وكفى والصلاة والسلام على نبينا محمد وآله وصحبه،

أما بعد..

فما زالت جمعيتكم - قضاء - تواصل الخطى لنشر العلوم القضائية، ومن ذلك الأبحاث المتخصصة التي تشتد الحاجة لها، تم اختيارها من مكتبة المعهد العالي للقضاء.

وقد يسر الله إصدار خمسة أجزاء من تلك الأبحاث ملخصة لتسهيل الإفادة منها، وقد وجدنا تفاعلا كبيرا من القراء والمهتمين.

وهاهو الجزء السادس بين يديك راجين أن ينال رضاك، شاكرين كل من بذل جهده فيه، سائلين المولى أن ينفع بها ويبارك فيها.

رئيس مجلس إدارة

الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)

د. عبدالله بن منصور الغفيلي

كلمة رئيس لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

الحمد لله رب العالمين وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن اتبعه بإحسان إلى يوم الدين. أما بعد :

فلا زالت - بفضل الله تعالى - تتوالى الأعداد من هذه السلسلة المباركة «سلسلة ملخصات الأبحاث القضائية» بجهود مباركة من (لجنة ملخصات الأبحاث القضائية) والتي كان هدفها تسهيل الانتفاع بالبحوث التكميلية ورسائل الدكتوراه لقسمي (السياسة الشرعية والفقہ المقارن) في مكتبة المعهد العالي للقضاء ، وذلك بتلخيصها لكي يسهل الانتفاع بها وإيصالها إلى المستفيدين بأكبر قدر ممكن.

وقد أخذت اللجنة منهجاً في التلخيص حرصت فيه أن يقدم زبدة البحث بما يفيد الباحث والقارئ والمختص.

أسأل الله تعالى بمنه وكرمه أن يبارك لنا في هذا المشروع ويعيننا على إنجازه بجميع مراحلہ على أكمل حال وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم، وأن يحقق فيه الأجر والنفع للجميع.

كما أسأله سبحانه أن يجزي بالخير الوفير القائمين على هذا العمل، ومن بادروا بطباعة هذه السلسلة وإخراجها ونشرها. آمين آمين آمين. وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

كتبه /

رئيس لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

د. عبدالعزيز بن سليمان بن علي الغسلان

١ / صفر / ١٤٣٦ هـ

نظام الأئمة والمؤذنين

دراسة مقارنة

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في السياسة الشرعية

إعداد الطالب:

عبد العزيز بن حمود الفوزان

إشراف فضيلة:

الدكتور / فيصل الرميان

للعام الجامعي ١٤٢٧هـ

عدد صفحات البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس ٢٦٥

عدد صفحات البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس ٢٤٢

عدد صفحات البحث بعد التلخيص ٦٤

خطة البحث

المقدمة: وتشمل: أهمية الموضوع، وسبب اختياره، بيان الدراسات السابقة لذلك، ومنهج البحث، وخطة البحث.

التمهيد:

ويحتوي على مبحث وتحتة مطلبان:

المبحث : التعريف بمفردات العنوان.

المطلب الأول: تعريف الأذان والمؤذن.

المطلب الثاني: تعريف الإمامة والإمام.

الفصل الأول: طبيعة علاقة الأئمة والمؤذنين بأطراف العلاقة:

المبحث الأول: طبيعة علاقة الأئمة والمؤذنين بالمؤمنين.

المطلب الأول: العلاقة في الفقه.

المطلب الثاني: العلاقة في النظام.

المبحث الثاني: طبيعة علاقة الأئمة والمؤذنين بالدولة.

المطلب الأول: العلاقة في الفقه.

المطلب الثاني: العلاقة في النظام.

المبحث الثالث: علاقة الإمام بالمؤذن.

المطلب الأول: العلاقة في الفقه.

المطلب الثاني: العلاقة في النظام.

الفصل الثاني: أحكام المؤذنين بين الفقه والنظام:

المبحث الأول: شروط المؤذنين:

المطلب الأول: شروط المؤذن في الفقه.

المطلب الثاني: شروط المؤذن في النظام.

المبحث الثاني: حقوق المؤذنين:

المطلب الأول: حقوق المؤذنين في الفقه.

المطلب الثاني: حقوق المؤذنين في النظام.

المبحث الثالث: واجبات المؤذنين:

المطلب الأول: الواجبات في الفقه.

المطلب الثاني: الواجبات في النظام.

المبحث الرابع: استخلاف المؤذن من ينوب عنه:

المطلب الأول: تعريف الاستخلاف.

المطلب الثاني: حكمه في الفقه.

المطلب الثالث: التنظيمات الخاصة باستخلاف المؤذن من ينوب عنه.

المبحث الخامس: المراقبة والتفتيش على المؤذنين:

المطلب الأول: أحكامه في الفقه.

المطلب الثاني: التنظيمات الخاصة بالمراقبة والتفتيش على مؤذنين.

المبحث السادس: إيقاع الجزاءات على المؤذنين:

المطلب الأول: حكمه في الفقه.

المطلب الثاني: الجزاءات على المؤذنين في النظام.

المبحث السابع: انتهاء خدمة المؤذنين:

المطلب الأول: أسبابه في الفقه.

المطلب الثاني: أسبابه في النظام.

الفصل الثالث: أحكام الأئمة في الفقه والنظام:

المبحث الأول: شروط الأئمة:

المطلب الأول: شروط الأئمة في الفقه.

المطلب الثاني: شروط الأئمة في النظام.

المبحث الثاني: حقوق الأئمة:

المطلب الأول: حقوق الأئمة في الفقه.

المطلب الثاني: حقوق الأئمة في النظام.

المبحث الثالث: واجبات الأئمة:

المطلب الأول: الواجبات في الفقه.

المطلب الثاني: الواجبات في النظام.

المبحث الرابع: استخلاف الإمام من ينوب عنه:

المطلب الأول: حكمه في الفقه.

المطلب الثاني: التنظيمات الخاصة باستخلاف الإمام من ينوب عنه.

المبحث الخامس: المراقبة والتفتيش على الأئمة:

المطلب الأول: حكمه في الفقه.

المطلب الثاني: التنظيمات الخاصة بالمراقبة والتفتيش على الأئمة.

المبحث السادس: إيقاع الجزاءات على الأئمة:

المطلب الأول: حكمه في الفقه.

المطلب الثاني: الجزاءات على الأئمة في النظام.

المبحث السابع: انتهاء خدمة الإمام:

المطلب الأول: أسبابه في الفقه.

المطلب الثاني: أسبابه في النظام.

الفصل الرابع: الاختصاص القضائي:

المبحث الأول: الاختصاص القضائي فيما يتعلق بوظيفة المؤذن.

المبحث الأول: الاختصاص القضائي فيما يتعلق بوظيفة الإمام.

الخاتمة

المراجع.

الفهارس:

التمهيد

مبحث: التعريف بمفردات العنوان

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الأذان والمؤذن

الأذان والمؤذن:

١- التعريف اللغوي للأذان والمؤذن:

جاء في اللسان: «الأذان: الإعلام.

٢- التعريف الشرعي للأذان والمؤذن:

تعددت تعاريف الأذان عند الفقهاء - رحمهم الله تعالى - في المذاهب الأربعة أهمها عند الشافعية بأنه: «قول مخصوص يعلم به وقت الصلاة».

تعريف الشافعية أخصر، وبعبارة جميلة، فلهذا السبب اخترت تعريف الشافعية.

والمؤذن هو: «المعلم بأوقات الصلاة».

المطلب الثاني: تعريف الإمامة والإمام

١- التعريف اللغوي للإمامة والإمام:

جاء في القاموس المحيط: «أهمهم وبهم: تقدمهم، وهي الإمامة، والإمام ما أتم به من رئيس أو غيره...».

٢- التعريف الشرعي للإمامة والإمام:

الإمامة الصغرى، وهي إمامة الصلاة بأنها: «ارتباط صلاة المصلي بمصل آخر بشروط يبينها الشرع».

والإمام هو: «من يقتدى به ويتبع».

الفصل الأول

طبيعة علاقة الأئمة والمؤذنين بأطراف العلاقة

المبحث الأول: طبيعة علاقة الأئمة والمؤذنين بالمأمومين

وفيه مطلبان: المطلب الأول: العلاقة في الفقه.

أولاً: علاقة الإمام والمؤذن بالمأمومين أثناء الصلاة بالنسبة للإمام، وأثناء الأذان بالنسبة للمؤذن.

بالنسبة لعلاقة الإمام بالمأمومين أثناء الصلاة تكون علاقة إقتداء واتباع، فيجب على المأمومين اتباع الإمام في الصلاة والاقتراء به.

وقد ورد الحديث بهذا حينما قال -صلى الله عليه وسلم-: (إنما جعل الإمام ليؤتم به، فإذا ركع فاركعوا، وإذا رفع فارفعوا، وإذا صلى جالساً فصلوا جالساً). والحديث متفق عليه الحديث رواه الشيخان فعند البخاري رقم (٦٨٨)، ومسلم حديث رقم (٤١٣)..

ثانياً: علاقة الإمام والمؤذن بالمأمومين بالنسبة لشؤون المسجد

أجمع الفقهاء - رحمهم الله تعالى - على وجوب صيانة المسجد والحفاظ عليها، والقيام على أمرها، ولكن إذا عرفنا هذا، وأن المساجد يجب أن تصان ويرفع ذكرها وشأنها، وأن تحفظ وترعى، وأن لا يحدث فيها شيء إلا بإذن، فمن المسؤول عن ذلك؟

إن المسؤول عن ذلك في العموم هو كل مسلم، ولكن على سبيل التخصيص فإن المسؤول عن ذلك هم القيمون على ذلك، وأول من يدخل في ذلك هم الأئمة

والمؤذنون؛ لأن هذا من الرعية التي استرعاها الله عليهم.

ثالثاً: علاقة الإمام والمؤذن بالمؤمنين خارج الصلاة وفي غير شؤون المسجد:

في الحقيقة أن علاقة إمام المسجد والمؤذن تجاه المؤمنين هي في الحقيقة علاقة اجتماعية، علاقة توجيه وإرشاد.

وقد بوب البخاري - رحمه الله - لذلك فقال: «باب ذكر العلم والفتيا في المسجد وذكر الحديث (أن رجلاً قام في المسجد فقال: يا رسول الله من أين تأمرنا أن نهل؟ فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: (يهل أهل المدينة من ذي الحليفة...) البخاري (١٣٣).»

أيضاً كان الصحابة - رضي الله عنهم - مع الرسول الكريم يجتمعون فيما بينهم في المسجد، ويدعون بعضهم للعشاء فقد جاء عند البخاري - رحمه الله - أن أنساً - رضي الله عنه - قال: وجدت النبي - صلى الله عليه وسلم - في المسجد مع ناس فقامت فقال لي: (أرسلك أبو طلحة؟ قلت: نعم. فقال: الطعام؟ قلت: نعم. فقال لمن معه قوموا فانطلق وانطلقت بين أيديهم) البخاري (٥٣٨١).

المطلب الثاني: العلاقة في النظام

أولاً: بالنسبة للعلاقة بين الإمام والمؤذن بالمؤمنين في شؤون المسجد:

جاء في الإقرار الذي يؤخذ على الإمام والمؤذن حين توقيع العقد بينهما، فإن الإمام والمؤذن يتعهدان بشروط، يجب عليهما الوفاء بها، ومن ضمنها: ما جاء في ذلك التعهد للمرشح لوظيفة إمام المسجد في الشرط الرابع والذي جاء فيه: «وَألاَّ أسمح لأي شخص بالوعظ، والإرشاد فيه ما لم يكن حاملاً ترخيصاً يحوله بذلك مصدقاً من الوزارة».

وأيضاً جاء في الشرط الخامس من نفس الإقرار: «عدم السماح لأي شخص بوضع أي منشور، أو ملصق، أو إعلان، ما لم يكن مفسوحاً ومختوماً بالختم الرسمي

لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد».

وأيضاً ما جاء في إقرار وتعهد المرشح لوظيفة المؤذن، فقد جاء في الشرط الثالث والرابع منه نفس ما ذكرنا في إقرار وتعهد الإمام.

أيضاً ذكر في التعهد والإقرار في الشرط السادس بالنسبة لتعهد الإمام أنه قال: «التعاون مع مراقب المسجد ومؤذن وخادم المسجد فيما يعود بالمصلحة العامة».

وذكر مثل هذا في المؤذن في الشرط الخامس.

ثانياً: بالنسبة لعلاقة الأئمة والمؤذنين بالمأمومين في خارج شؤون المسجد:

إن العلاقة المطلوبة من الإمام بالنسبة للمأمومين خارج شؤون المسجد هي: علاقة توجيه وإرشاد، وهذا ما جاء به القرار الصادر من مجلس الوزراء برقم ١٢١ بتاريخ ١٢/٧/١٤٠٠هـ، فقد جاء فيه في الرقم ثلاثة من الفقرة السادسة ما نصه: «... كما أن على الإمام أن يخصص جزء من وقته للوعظ، والإرشاد، وتبصير المسلمين بأمور دينهم وديناهم».

أما المؤذن فلم ينص النظام على ذلك، ولكن جاء في النظام نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ٩/١/١٣٩٢هـ (م/٧) ما نصه: «يشترط فيمن يعين للأذان أن يكون صيتاً، حسن الأداء، ويفضل أن يكون قارئاً لكتاب الله، حافظاً لبعض أجزاءه، ذا معرفة بالأحكام المتعلقة بالعبادات».

المبحث الثاني: طبيعة علاقة الأئمة والمؤذنين بالدولة

وفيه مطلبان

المطلب الأول: العلاقة في الفقه

عند النظر في كتب الفقهاء - رحمهم الله - نجد أنهم حينما تكلموا عن الإمام الراتب، أو إمام الحي، أو المؤذن على حسب تعبيراتهم نجد أن علاقة الإمام أو المؤذن

بالدولة هي علاقة تبعية.

من هذه الأحكام أن جعلوا المراقبة، والتفتيش، والعزل على الأئمة والمؤذنين، وجعلوا أمر ذلك للمحتسب، وجعلوا أيضاً للمحتسب أن يأمر المؤذن والإمام بأن يقوموا على أمر المساجد من صيانة وحفاظٍ عليها، كل هذا يدل على التبعية من الإمام والمؤذن للدولة، وهو من باب السياسة الشرعية حتى تنضبط الأمور، ولا يكون ذلك مدعاة لأن يفعل كل شخص ما بداله وما يميله عليه هواه.

المطلب الثاني: العلاقة في النظام

إن علاقة الإمام والمؤذن بالدولة هي علاقة وظيفية، ومما يدل على أن الإمام والمؤذن موظفان لدى الدولة، ما جاء في النظام نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٣٩٢/١/٩ هـ. في أكثر من مادة التصريح بذلك.

فالنظام نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٣٩٢/١/٩ هـ صرَّح بأنهما موظفان لدى الدولة في أكثر من مادة، ومن ضمن ذلك ما جاء في (م/١٦) من النظام نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٣٩٢/١/٩ هـ. قوله: «يجب على موظفي المساجد...».

وجاء في (م/١٧) من النظام نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٣٩٢/١/٩ هـ. قوله: «الجزاءات التي يمكن توقيعها على موظفي المساجد...»

ولا يلزم من عدم جعل لهما راتب معين أن لا يكونا موظفين، وإنما جعلت الدولة ما يأخذه الإمام والمؤذن مكافأة، حتى تخرج من الخلاف في جواز أخذ الأجرة على أعمال الحسبة كالإمامة والأذان.

وأما كونهما موظفين فإنهما موظفان لدى الدولة، ينص النظام نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ

١٣٩٢ / ١ / ٩ هـ. في ذلك في كثير من مواده؛ ثم إن هناك عقد بين الإمام والدولة وكذا المؤذن، وجاء في أول شروط هذا العقد تعهد وإقرار هذا نصه: «أتعهد أن أقوم بعمل الوظيفة بنفسى، وألا أنيب أي شخص غيري، إلا في حالة الضرورة القصوى، وفي الأحوال التي يحددها النظام والتعليمات، وبعد الحصول على موافقة الإدارة على البديل».

المبحث الثالث: علاقة الإمام بالمؤذن

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: العلاقة في الفقه

الحالة الأولى: علاقة الإمام بالمؤذن في شؤون الصلاة.

الحالة الثانية: علاقة الإمام بالمؤذن في شؤون المسجد.

أولاً الحالة الأولى:

إن علاقة الإمام بالمؤذن في شؤون الصلاة، علاقة أمر بالنسبة للإمام، فإنه لا بد للمؤذن أن يطيع إمامه في أمر الصلاة.

يدل لهذا، ما جاء أن بلالاً - رضي الله عنه - ما كان يقيم الصلاة حتى يأمره رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في ذلك البخاري حديث (٦٨٧)، ومسلم حديث (٤١٨).

وأيضاً إذا غاب الرسول - صلى الله عليه وسلم - فإنه يستأذن أبا بكر للصلاة البخاري حديث (٦٨٤)، ومسلم حديث (٤٣١)..

وعلى كل حال، فإن الإمام أحق بأمر الصلاة من المؤذن ولذا فهو أمر على المؤذن، وعلى المؤذن والمأمومين الطاعة له في غير معصية.

ويدل لهذه العلاقة قول الرسول - صلى الله عليه وسلم -: (إن

المؤذن أملك بالأذان، والإمام أملك بالإقامة) الترمذي في سننه حديث رقم (٣٠٣)، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه موقوفاً على علي حديث (٤٠٧١)، والبيهقي وقال: المرفوع ليس بمحفوظ، وقال عنه الألباني في السلسلة الضعيفة) حديث (٤٦٦٩): «ضعيف»..

وأما الحالة الثانية: وهي علاقة الإمام بالمؤذن في شؤون المسجد. إن علاقة الإمام بالمؤذن في شؤون المسجد هي علاقة تعاون وتساوي.

المطلب الثاني: العلاقة في النظام

بالنسبة لعلاقة الإمام بالمؤذن في شؤون الصلاة:

نصَّ النظام نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١/م) وتاريخ ١٣٩٢/١/٩ هـ في (١٦/م) على أنه: «يجب على موظفي المساجد ما يلي:

أ- مراعاة مواعيد الصلاة:

يجب أن يراعى أن لا يتقدم المؤذن على صلاحياته، فيقيم بلا إذن الإمام، أو يتقدم على الوقت المتفق عليه فيما بينهما للإقامة وغير ذلك، لأنه جاء في نص المادة السابقة المصدر السابق. في فقرة (ج) ما نصه: «القيام بالواجب حسبما تقتضيه الشريعة الإسلامية» وما تقتضيه الشريعة الإسلامية أن أمر الإقامة خاصة والصلاة عامة إلى الإمام كما مر معنا.

بالنسبة لعلاقة الإمام بالمؤذن في شؤون المسجد:

إن الاثنين مسؤولان عن المسجد بشكل عام، فقد جاء في (١٦/م) من النظام نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١/م) وتاريخ ١٣٩٢/١/٩ هـ ما نصه: «يجب على موظفي المساجد ما يلي...

ب- المحافظة على نظافة المسجد، وسلامة محتوياتها»

ولكن هذا العموم خصص بالواجبات النظامية المسلكية للإمام والمؤذن التي أصدرتها وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد في كتيب وزع على أئمة المساجد ومؤذنيها. فقد جاء في الواجبات النظامية المسلكية المرجع السابق. ما نصه: «واجبات الإمام: مراقبة المؤذن والخادم، والرفع عنهما للوزارة عند غيابهما، أو تكاسلها، أو تراخيها في العمل، وعدم تنفيذه بالشكل اللائق».

وجاء في الواجبات النظامية المسلكية بالنسبة للإمام ما نصه: «مراجعة الوزارة لطلب كل ما يحتاج إليه المسجد».

فالواجبات النظامية المسلكية بالنسبة للمؤذن جاءت بالنص التالي:

« واجبات المؤذن:

١. فتح أبواب المساجد قبل حلول وقت الصلاة بزمن كاف لا يقل عن نصف ساعة، وإغلاقها بعد الصلاة بمثل ذلك.
٢. تهيئة مكبرات الصوت قبل الأذان بعشر دقائق على الأقل.
٣. إنارة المسجد بشكل جيد وكاف دون زيادة ولا نقصان».

وهذا كما ذكرت على سبيل الخصوص، وإلا بوجه عام فإن المسلمين كلهم مأمورون بالحفاظ على المساجد، وعلى وجه الخصوص الإمام والمؤذن، فقد جاء في التعهد والإقرار الذي يوقعه كل من الإمام والمؤذن حين التقدم للترشيح في وظيفة الإمام والمؤذن ما نصه عند الاثنتين: «حيث إن المسجد بيت من بيوت الله التي أوجب الله المحافظة عليها على كل مسلم فإنني أتعهد بالمحافظة على المسجد، والرفع عن أي قصور فيه، وألاً أسمح لأي شخص بالوعظ والإرشاد فيه ما لم يكن حاملاً ترخيص يخوله ذلك مصدقاً من الوزارة».

الفصل الثاني

أحكام المؤذنين بين الفقه والنظام

وفيه سبعة مباحث

المبحث الأول: شروط المؤذنين

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: شروط المؤذن في الفقه.

أولاً: الإسلام:

اتفق الفقهاء - رحمهم الله تعالى - على أن إسلام المؤذن شرط لصحة الأذان، فلا يصح أذان الكافر.

واستدلوا أيضاً بعموم الأدلة ومنها:

قول الله تعالى: ﴿وَمَا مَنَعَهُمْ أَنْ تُقْبَلَ مِنْهُمْ نَفَقَاتُهُمْ إِلَّا أَنَّهُمْ كَفَرُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَلَا يَأْتُونَ الصَّلَاةَ إِلَّا وَهُمْ كُسَالَى وَلَا يُنْفِقُونَ إِلَّا وَهُمْ كَارِهِونَ﴾ التوبة: آية (٥٤)..

ثانياً: الذكورة:

اختلف الفقهاء - رحمهم الله - في هذا الشرط على قولين هما:

القول الأول: من الشروط الواجبة في المؤذن أن يكون رجلاً، وهذا عند الجمهور في الجملة، المالكية، والمذهب عند الشافعية، والحنابلة، ولا يعتد بأذنها لو أذنت، ويعاد أذنها

واستدلوا بما يلي: ما ذكر آنفاً من أن صوتها يوقع في الفتنة وهو منهي عنه.

القول الثاني: اعتبر الحنفية الذكورة من السنن، وكرهوا أذان المرأة، واستحب

الإمام أبو حنيفة إعادة الأذان لو أذنت.

وهذا القول للحنفية، والوجه الثاني عند الشافعية.

الترجيح:

بالنظر إلى قولي أهل العلم - رحمهم الله تعالى -، فإنه يتبين لي أن القول الأول القائل
باشترط الذكورة في الأذان هو الراجح؛ وذلك لما يأتي:

- قوة دليل أصحاب القول الأول.

- أن الأذان مشروع للإعلام بدخول وقت الصلاة، فإذا خفضت المرأة
صوتها، لم يعلم دخول الوقت.

- كذلك أيضاً أن من قال بالكراهة استحب إعادة وهذا فيه ميلان لقول
من قال باشترط الذكورة.

- أيضاً أن هذا من المحدثات في الدين وهو مردود.

ثالثاً: العقل

اختلف الفقهاء - رحمهم الله تعالى - في هذا الشرط على قولين:

القول الأول: ذهب الجمهور - رحمهم الله - المالكية، والشافعية، والحنابلة إلى أنه
يشترط في المؤذن أن يكون عاقلاً.

القول الثاني: وذهب الحنفية - رحمهم الله تعالى - إلى كراهة أذان غير العاقل، ولا
يشترط في المؤذن العقل، فلو أذن غير العاقل أجزاءً، واستحب في ظاهر الرواية إعادة
الأذان.

الراجح: الذي يظهر لي والله أعلم بعد قراءة أدلة القولين أن الراجح في هذه
المسألة هو القول الأول القائل باشترط العقل وذلك لما يلي:

١. قوة أدلة أصحاب القول الأول.

٢. الإجابة عن أدلة المجيزين.

رابعاً: البلوغ:

اتفق الفقهاء - رحمهم الله تعالى - على أن الصبي غير المميز، لا يجوز أذانه باتفاق، لأن ما يصدر منه لا يعتد به أما الصبي المميز فهو ما وقع فيه الخلاف.

فإن أذن معه غيره بأن لم يكن هو مما يقوم عليه الفرض فقد قال الحنابلة: إنه جائز بلا خلاف.

أما إذا كان الفرض لا يقوم إلاّ به فاختلفوا على قولين:

القول الأول: القول بالجواز. ذهب إلى ذلك طائفة من أهل العلم.

فذهب الحنفية مع الكراهة، ووجه عند المالكية وهو مذهب المدونة، ووجه عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة وهي المذهب إلى جواز أذان الصبي، فلا يشترط البلوغ للأذان، إذا كان الفرض قائماً على هذا الصبي.

القول الثاني: وذهب طائفة من أهل العلم كالمالكية في قول عندهم، ووجه عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة وهي الأقوى، إلى اشتراط البلوغ للأذان للصلاة، وعللوا ذلك بأن الأذان مشروع للإعلام، والإعلام لا يحصل بقوله؛ لأنه مما لا يقبل خبره ولا روايته.

الترجيح: بعد استعراض أدلة المجيزين والمانعين، فإنه يتبين لي رجحان القول الثاني وهم من يشترطون البلوغ للأذان، وذلك لقوة ما استدلووا به.

خامساً: العدالة

اختلف الفقهاء - رحمهم الله - في اشتراط كون المؤذن عدلاً على قولين:

القول الأول: أنه يصح أذان الفاسق مع الكراهة، ويستحب كونه عدلاً.

وذهب إلى هذا القول الجمهور من الحنفية، ورواية عند المالكية، ورواية عند

الشافعية، وهو المذهب عند الحنابلة .

واستدل هؤلاء بالأدلة التالية:

- ١ . أن المؤذن ينبغي أن يكون أميناً؛ لأنه أمين على المواقيت، والفاسق لا يؤمن على هذا فربما يغرهم في الصلاة والصيام.
 - ٢ . أنه يؤذن على موضع عالٍ، ولا يؤمن معه النظر إلى العورات.
 - ٣ . أنها تصح إمامته فأذانه من باب أولى.
- القول الثاني: أن العدالة تشترط في المؤذن، ولا يعتد بأذان الفاسق.

وممن ذهب إلى هذا القول المالكية في رواية عندهم، والشافعية في رواية، ووجه عند الحنابلة.

الترجيح: من خلال قراءة كل قول، وأدلته، فإنه يتضح ويتبين في هذه المسألة رجحان القول الأول وهو قول المجيزين لأذان غير العدل، لكن الأولى أن لا يتولاهما، إلا عدل ثقة؛ وذلك للأسباب التالية:

- ١ . أن ما استدل به أصحاب القول الأول من أنه يصعد وربما نظر إلى عورات الناس، فإن هذا في الوقت الحالي غير موجود، فإن المؤذنين يؤذنون داخل المساجد.
- ٢ . ما استدل به أصحاب القول الثاني من أن الأذان مشروع للإعلام، والفاسق لا يحصل الإعلام بقوله، فهذا مردود خصوصاً في وقتنا الحالي، إذ أن الناس من قديم الزمان إذا أتوا للصلاة فإنهم يعرفون هل دخل الوقت أم لا، وفي زماننا هذا، فإن التقاويم الآن كما هو معروف يذكر فيها أوقات الأذان.

المطلب الثاني: شروط المؤذن في النظام

المملكة العربية السعودية جاء في نظامها الأساسي في المادة الأولى منه، ما يدل على أن هذه الدولة دولة إسلامية دينها الإسلام ودستورها القرآن.

فقد جاء في النظام الأساسي للحكم (م/١) النظام الأساسي للحكم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (أ/٩٠) وتاريخ ٢٧/٨/١٤١٢هـ

ما نصه: «المملكة العربية السعودية، دولة إسلامية، ذات سيادة تامة، دينها الإسلام، ودستورها كتاب الله تعالى، وسنة رسوله -صلى الله عليه وسلم-...».

و النظام جاء بشروط، يجب توفرها فيمن يترشح لوظيفة الأذان:

١- الإسلام:

لأن الأذان من الشعائر الإسلامية التي لا يتولاها إلا مسلم.

٢- الذكورة:

لأن النظام خاطب الرجال وبهذا فإن النظام أخذ بالقول الراجح رأي الجمهور في ذلك وهو عدم جواز أذان المرأة، وأنها إذا أذنت فإنه يعاد أذانها.

وأما الشروط التي اشترطها النظام صراحة فقد جاءت في المادة الثالثة منه: نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ٩/١/١٣٩٢هـ.

١- أن يكون سعودي الجنسية:

هذا الشرط إنما هو من باب السياسة الشرعية، فلإمام أن ينظم ما يشاء إذا كان في مصلحة الرعية، وهذا إنما رآه إمام المسلمين في المصلحة، لكن هذا الشرط جاء في المادة التاسعة ما يستثني منه، فقد جاء في (م/٩) نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ٩/١/١٣٩٢هـ. ما نصه: «يجوز تعيين الأجانب لشغل وظائف المساجد إذا استحال شغلها بالسعوديين».

فهذه المادة استثناء من المادة السابقة، لذلك فإنه يجوز تعيين غير السعوديين للأذان إذا لم يوجد سعودي.

ثم جاء في القرار الصادر من مجلس الوزراء برقم (١٢١) وتاريخ ١٢/٧/٤٠٠ هـ صدر بهذا القرار المرسوم الملكي رقم (م/٣٣) وتاريخ ١١/٨/١٤٠٠ هـ. ما نصه: «أمام قلة السعوديين الذين يمكنهم القيام بعمل الإمامة، يجوز أن يقوم غير السعوديين، من المقيمين بالمملكة بهذه المهمة شريطة التحقق من سلامة عقيدته، وسلامته من الدخول فيما لا يعنيه، وأن يقوم قاضي البلدة بتزكيته، وأن يؤخذ رأي وزير الداخلية بشأنه».

٢- أن يكون بالغاً (٢١) سنة على الأقل:

اشتراط النظام نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ٩/١/١٣٩٢ هـ. لمن سيتولى وظيفة الأذان، أن يكون بالغاً من العمر واحداً وعشرين عاماً، لكن هذه المادة عدلت بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٢٨) وتاريخ ٢٧/٥/١٣٩٨ هـ. رقم (م/٢٨) وتاريخ ٢٧/٥/١٣٩٨ هـ: إلى أن يكون العمر المطلوب في من يتقدم لوظيفة الأذان ثمانية عشر عاماً، وبهذا فإن النظام وافق القول الذي قال به الفقهاء في اشتراط البلوغ فيمن يتولى الأذان، وأنه لا يترتب من هو دون البلوغ مؤذناً.

وهو للملكية في قول عندهم، ووجه عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة.

٣- أن يكون قادراً على القيام بواجبه:

هذا الشرط على كل حال باب واسع يدخل تحته كل ما من شأنه أن يكون عائقاً أمام القدرة على القيام بالواجب.

٤- أن يكون لديه المؤهلات المطلوبة لشغل الوظيفة:

هذه المؤهلات التي اشتراطها النظام نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ٩/١/١٣٩٢ هـ.، ووضحها القرار صدر بهذا القرار المرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ٩/١/١٣٩٢ هـ والذي هو نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد. رقم (٩) وتاريخ ١/١/١٣٩٢ هـ، حيث قال في الفقرة

الثالثة ما نصه: «من لم تنطبق عليهم شروط التعيين الواردة في هذا النظام من أئمة الجوامع من فئة (أ، ب، ج) وأئمة مساجد من فئة (أ، ب، ج) والمؤذنين يتخذ بشأنهم ما يلي:

١. أن يعطوا فرصة مناسبة لتأهيل أنفسهم بما يتفق والشروط التي نص عليها النظام المرفق. لتحقيق الغرض الوارد في (١) ترتب وزارة الحج والأوقاف، دورات ليلية لتلقي هؤلاء المعرفة والمعلومات المطلوبة كل ما كان ذلك ممكناً، أما في الجهات التي لا يمكن فيها إجراء دورات التدريب المشار إليها، فتتولى وزارة الحج والأوقاف تحقيق ذلك، عن طريق إرسال بعثات إلى تلك الجهات لهذا الغرض.

٢. تجري وزارة الحج والأوقاف بعد ذلك اختباراً للمذكورين، فمن نجح منهم في الامتحان يثبت على الوظيفة المناسبة له وفق هذا النظام، ومن لم ينجح وكان عمله مجزياً فيبقى في عمله، وراتبه الذي يتقاضاه وقت صدور هذا النظام، أما من لم ينجح ولم يكن عمله مجزياً فتنتهي خدماته».

٥- أن يكون حسن السيرة والسلوك ولم يسبق إقامة حد شرعي عليه، أو سجنه في جريمة عامة أو مخللة بالشرف:

بل إن المترشح لوظيفة الأذان يؤخذ عليه إقرار يوقع عليه عن حسن السيرة والسلوك، فقد ورد في هذا الإقرار ما نصه: «أقر أنا الموضح اسمي بعاليه بأنه لم يسبق أن حكم عليّ بحد شرعي، أو جريمة مخللة بالشرف، أو السجن لمدة لا تزيد عن سنة خلال الخمس السنوات الأخيرة، وفي حالة ثبوت ذلك فإني أتحمّل ما يفرضه عليّ النظام، والأوامر، والتعليمات بما في ذلك نظام التزوير».

٦- أيضاً مما اشترطه النظام نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي (م/١) وتاريخ ٩/١/١٣٩٢هـ. ما ورد في (م/٧) ما نصه: «يشترط فيمن يعين للأذان أن يكون صيتاً حسن الأداء...».

وهذا الشرط عند بعض الفقهاء من المستحبات.

٧- ألا يكون موظفاً على أي وظيفة من وظائف المسجد في أي فرع من فروع الوزارة: فلا يجوز له الجمع بين الوظيفتين، لكن جاء في (م/١٣) من النظام نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٣/٩/١٣٩٢ هـ. ما نصه: «كما يجوز في الحالات التي يراها وزير الحج والأوقاف أن يجمع شخص واحد بين وظيفتين من وظائف المسجد».

٨- أن لا يكون المرشح موظفاً في قطاع عسكري:

هذا من باب السياسة الشرعية للإمام، فإنه يرى المصلحة في ذلك، بحيث لا يعين على هذه الوظيفة عسكري.

المبحث الثاني: حقوق المؤذنين

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حقوق المؤذنين في الفقه

أولاً: أخذ ما يعطى مقابل أذانه

هل يجوز للمؤذن أن يأخذ أجراً على أذانه؟ أم أنه يعطى مقابل أذانه رزقاً من بيت مال المسلمين ولا يعطى أجراً؟

الجواب عن هذا التساؤل سيأتي بعد قليل، وهو ما يوضح هل هو حق للمؤذن أم لا؟

١- أخذ الأجرة على الأذان:

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء - رحمهم الله تعالى - على أنه إذا وجد من يؤذن محتسباً ممن تتحقق فيه شروط المؤذن فلا يجوز استئجار أحد للأذان، أما إذا لم يوجد المتطوع، أو وجد ولم

تتحقق فيه الشروط فاختلف الفقهاء في ذلك على أقوال عدة تأتي في خمسة أقوال هي كالتالي:

القول الأول: المنع:

ذهب إلى هذا القول متقدمي الحنفية، وهو قول للمالكية، ووجه عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة، قالوا بعدم جواز الإجارة على الأذن.

واستدلوا على ذلك بأدلة ذكروها هي:

١. ما روي عن الرسول -صلى الله عليه وسلم-، أنه قال لعثمان بن أبي العاص: (واتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجراً) أبو داود في سننه حديث (٥٣١)، والترمذي حديث (٣٠٩) وقال: « حديث حسن صحيح » و النسائي (٦٧٣)، وأحمد في مسنده حديث (١٥٦٧٩)، والألباني في الإرواء حديث رقم (١٤٩٣).

٢. استدلو أيضاً بأن أخذ الأجرة على الأذن، استئجار على الطاعة وهو لا يجوز.

القول الثاني: بالكرهية:

وإلى هذا القول ذهب طائفة من الحنفية، ورواية عند الحنابلة.

القول الثالث: القول بالجواز

وذهب إلى هذا القول متأخر الحنفية، وهو مذهب المالكية، ووجه عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة.

القول الرابع: الجواز إن كان فقيراً:

وإلى هذا القول ذهب الحنابلة - رحمهم الله ، فقالوا: إن كان المؤذن فقيراً أعطى أجراً وجاز له أخذه، وإن كان غنياً لم يجز له ذلك.

القول الخامس: أنه جائز لولي الأمر فقط:

وإلى هذا ذهب المالكية في قول، والشافعية في وجه عندهم، وقالوا: يجوز لولي الأمر أن يعطي المؤذن أجراً على أذانه، وللمؤذن أخذ الأجرة إذا كانت من الإمام فقط لا من غيره.

الترجيح:

القول الأول القائل بالمنع هو أظهر الأقوال في نظري، وهو الراجح عندي وذلك للأسباب التالية:

١. قوة ما استدل به أصحاب هذا القول.
٢. أنه لم يرد عن الصحابة - رضي الله عنهم - في زمن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنهم كانوا يأخذون أجراً على الأذان.
٣. أن الأذان شعيرة عظيمة، فإذا ما قلنا بجواز الإجارة عليه فإنه يدخله حظوظ النفس؛ ويكون فيها جداً طويلاً في الأخذ والإعطاء ينزه الأذان عنه.
٤. أننا لو قلنا بجواز الإجارة لأدى ذلك إلى تهاون المؤذنين بشعيرة الأذان، فقد يقول قائل أننا لو قلنا هذا اليوم، واحسموا عني هذا اليوم؛ لأنه ببدله من الإجارة، لكن لو كان من غير إجارة لأدى ذلك إلى احترام هذه الشعيرة العظيمة، والقيام بها على أكمل وجه، واحتساب الأجر عند الله.

٢- الرزق من بيت مال المسلمين:

الرزق من بيت المال على المؤذن، جائز بالاتفاق، وهذا العطاء لا يكون على سبيل المعاوضة، فيدخل في باب الإجارة، بل يكون من باب الجعالة، فيجعل الإمام له رزقاً معيناً، يعطاه هذا المؤذن، ولا يكون للمؤذن الحق في أن يطالب به إن انقطع عنه.

ثانياً: أنه الأولى في أن يقيم للصلاة:

والمقصود بهذا أن المؤذن إذا أذن للصلاة، فإنه الأحق بإقامتها، ولكن لو أذن مؤذن وأقام غيره فجائز عند الفقهاء - رحمهم الله تعالى، لكنهم اتفقوا جميعاً على أنه الأحق

بالإقامة .

واستدلوا لذلك بأدلة هي :

- ١ . ما روي عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: (إن أخص صداء قد أذن ومن أذن فهو يقيم) الترمذي رقم (١٩٩) وقال: فيه الأفيقي وهو ضعيف عند أهل العلم، وأحمد في مسنده حديث رقم (١٧٥٣٨)، ضعفه الألباني في الإرواء حديث (٢٣٧)، وضعفه في السلسلة الضعيفة (٣٥)، وأورده التبريزي في المشكاة وقال عنه الألباني: «ضعيف»..
- ٢ . أن المؤذن يكره هذا، واكتساب أذى المسلم مكروه.

ثالثاً: أن لا يُؤذَن في المسجد الذي عين فيه مؤذناً راتباً إذا كان موجوداً إلا بإذنه:

لا يؤذن في المسجد الذي عين فيه إذا كان موجوداً إلا بإذنه، أو خشية فوات الوقت، وعلى هذا اتفق الفقهاء - رحمهم الله تعالى -، بأن المؤذن أولى بالأذان في المسجد الذي عين فيه مؤذناً.

رابعاً: أن المؤذن هو الأحق بالاستخلاف في حال عدم أذانه أو غيابه:

لو عجز المؤذن عن القيام بالأذان في وقت من الأوقات، أو لو ذهب لحج أو عمرة، فإنه لا بد أن يستخلف من ينوب عنه في الأذان، وهو بذلك الأحق في اختيار من ينوب عنه.

خامساً: أنه يأمر، وينهى، ويفعل في المسجد ما لا يفعله غيره بحدود ما خصص له:

إن الشرع أعطاه خصوصيات ليست لغيره، استمدها من السلطان الذي ولاه أمر هذا المسجد، فهو له أوامر ونواهي ينفرد فيها، وله أوامر ونواهي مشتركاً فيها مع الإمام.

المطلب الثاني: حقوق المؤذنين في النظام

نصَّ نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد

الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ٩/١/١٣٩٢هـ. على الحقوق التي يستحقها المؤذن، وهي جاءت صريحة في مواد النظام، وهذه الحقوق كالتالي:

١- المكافأة:

نصّ نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ٩/١/١٣٩٢هـ. (م/١٢) على التالي: «يستحق الموظف مكافأة الوظيفة اعتباراً من تاريخ مباشرته العمل بشرط أن لا يسبق ذلك صدور قرار تعيينه»

إذن في هذه المادة، فإن نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ٩/١/١٣٩٢هـ. أعطى المؤذن مكافأة لقاء القيام بعمله وهو الأذان.

والقول بأنه يجوز أن يعطى رزقاً من بيت المال هو بالاتفاق عند الفقهاء - رحمهم الله - . واختلفوا في الإجارة عليه كما سبق معنا في المطلب السابق.

٢- يستحق المؤذن إذن بالغياب لمدة شهر بعذر مشروع:

إن نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ٩/١/١٣٩٢هـ. يعطى إذن بالغياب وهذا الإذن إنما هو في حالة العذر الشرعي، ولمدة شهر واحد فقط، وأما بالنسبة لما يأخذه المؤذن من مكافأة فإنه لا يستحقها؛ كل هذا نص عليه نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ٩/١/١٣٩٢هـ. في (م/١٤) حيث قال: «لا يستحق موظفوا المساجد إجازات، إلا في حال المرض، ولكن يجوز الإذن بغياب الموظف بعذر مشروع مدة لا تتجاوز شهراً في السنة بشرط أن ينبى شخصاً آخر تقبله وزارة الحج والأوقاف، للقيام بعمله، وأن يدفع له مكافأة الوظيفة بعدد أيام الغياب».

٣- من حقوق المؤذن الإجازة المرضية:

نص نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ

٩ / ١ / ١٣٩٢ هـ. في (م/ ١٥) حيث جاء: « يستحق الموظف الذي يثبت مرضه بموجب تقرير طبي صادر من الجهة المعنية لذلك إجازة مرضية لمدة ثلاثة أشهر بكامل المكافأة، وثلاثة أشهر بنصف المكافأة، وثلاثة أشهر بربع المكافأة، وستة أشهر بدون مكافأة.

٤- من حقوق المقررة للمؤذن عدم التفرغ للأذان:

وهذا الحق أعطاه نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١) وتاريخ ٩ / ١ / ١٣٩٢ هـ. للمؤذن في (م/ ١٣) حيث قال: «يجوز أن يعين على وظائف المسجد من يشغلون وظائف عامة، أو وظائف المستخدمين، كما يجوز في الحالات التي يراها وزير الحج، والأوقاف أن يجمع شخص واحد بين وظيفتين من وظائف المسجد».

٥- منح المكافآت عند انتهاء الخدمة إذا كان سبب الانتهاء غير تأديب:

نصت عليه المادة الخامسة والعشرون من نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١) وتاريخ ٩ / ١ / ١٣٩٢ هـ. حيث قالت: «يمنح موظفوا المساجد عند انتهاء خدماتهم اللاحقة لصدور هذا النظام إذا كان ذلك لأسباب غير تأديبية، مكافآت بمقدار نصف المكافأة الشهرية عن كل سنة من السنوات الخمس الأولى وبمقدار كامل المكافأة الشهرية عن كل سنة من السنوات التالية، وتحسب المكافأة على أساس آخر مكافأة شهرية استحقها الموظف».

٦- من الحقوق المقررة للمؤذن أنه هو من يستخلف إذا أراد الغياب:

إن نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١) وتاريخ ٩ / ١ / ١٣٩٢ هـ. قد أوجب على المؤذن أن ينيب شخصاً آخر في حالة الغياب. قد نصت المادة الرابعة عشر من نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١) وتاريخ ٩ / ١ / ١٣٩٢ هـ. على الآتي: «لا يستحق موظفو المساجد إجازات إلا في حال المرض،

ولكن يجوز الإذن بغياب الموظف لعذر مشروع مدة لا تتجاوز شهراً في السنة بشرط أن ينبى شخصاً آخر تقبله وزارة الحج والأوقاف للقيام بعمله...».

٧- أنه الأحق بشؤون المسجد:

وهذا الحق يتفق معه الفقه الإسلامي كما جاء في المطلب السابق.

٨- من الحقوق:

إن إيقاع الجزاء على المؤذن لا يجوز إلا بعد التحقيق مع المؤذن، وسماع أقواله في ذلك، فإذا لم يرتكب المخالفة لم يصح إيقاع الجزاء عليه، وهذا بقوة نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١/م) وتاريخ ١٣٩٢/١/٩ هـ..

أما إذا ثبت ارتكابه للمخالفة فيصح إيقاع الجزاء عليه بقوة نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١/م) وتاريخ ١٣٩٢/١/٩ هـ. أيضاً، فقد ورد في (١٨/م) من نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١/م) وتاريخ ١٣٩٢/١/٩ هـ. مانصه: «لا يجوز توقيع الجزاء إلا بعد إجراء تحقيق مكتوب مع المتهم وسماع أقواله، وثبوت ارتكابه المخالفة».

المبحث الثالث: واجبات المؤذنين

وفيه مطلبان

المطلب الأول: الواجبات في الفقه

أولاً: واجبات المؤذن تجاه الله سبحانه وتعالى:

إن من أولويات المسلم عامة والمؤذنين خاصة أن يقوموا بالأعمال الواجبة عليهم على أتم وجه وأكمله، وإخلاص العمل لوجهه الكريم، وهذه الطاعة من أوجب الواجبات على المسلم، إذ الإخلاص من أسباب قبول العمل، والرياء من أسباب رده، جاء في صحيح البخاري عن النبي -صلى الله عليه وسلم- (من سمع سمع الله

به ومن يرائي يرائي الله به) البخاري حديث (٦٤٩٩).

وقد جاء في الحديث (الإمام ضامن، والمؤذن مؤتمن، اللهم أرشد الأئمة واغفر للمؤذنين) أبو داود رقم (٥١٧)، والترمذي حديث (٣٠٧)، وأحمد في مسنده (٦٨٧٢)، وأورده الألباني في الإرواء حديث (٢١٧). وقال عنه: «صحيح».

أيضاً مما يجب على المؤذن أن يتعلم أحكام الأذان حتى لا يؤذن على جهل منه.

ثانياً: واجبات المؤذن تجاه إمام المسلمين:

يقول الرسول الكريم صلى الله عليه و سلم: (من أطاعني فقد أطاع الله، ومن عصاني فقد عصى الله، ومن أطاع أميرى فقد أطاعني، ومن عصى أميرى فقد عصاني) البخاري حديث (٧١٣٧)، ومسلم حديث (١٨٣٥)..

من الواجبات على المؤذن تجاه إمام المسلمين أن يقوم بالعمل المنوط به على أكمل وجه وأتمه.

ثالثاً: واجبات المؤذن تجاه إمام المسجد:

أن المؤذن لا بد أن يطيع الإمام في شؤون الصلاة، فلا يقيم الصلاة إلا بإذن الإمام وقد جاء في الحديث: (المؤذن أملك بالأذان، والإمام أملك بالإقامة) سبق تخريجه.

أيضاً مما يجب على المؤذن تجاه إمام المسجد، أن يكون الساعد الأيمن مع الإمام في جميع شؤون المسجد من إدارة للمسجد، وقيام عليه، والوقوف على شؤونه.

رابعاً: واجبات المؤذن تجاه المأمومين:

يجب على المؤذن أن يراعي الناس من حوله، فيغض الطرف عن حرمتهم.

أيضاً مما يجب على المؤذن تجاه عامة المسلمين، أن يفتح لهم أبواب المساجد، ويهيئ المسجد للمأمومين.

أيضاً مما ينبغي للمؤذن تجاه المأمومين أن ينتظرهم في الإقامة، فلا يستأذن الإمام

للإقامة للصلاة حتى يأتي من هم من جماعته الدائمين الذين لا يتأخرون، وهذا ليس على سبيل الإيجاب لكنه الأولى إذا لم يخش تأخيراً يضرُّ بالحاضرين.

خامساً: واجبات المؤذن تجاه المسجد:

حسباً بفتحها للمصلين، وإغلاقها بعد الصلوات، وتطيبها، فإنه من القومة عليها، وصيانتها.

ومن العمارة المعنوية التي يجب على المؤذن أن يؤديها تجاه المسجد أن يكون سبباً في أن يأتي الناس إليها وهم راغبون حتى يعبدوا الله على أكمل وجه، ومن ذلك أن المؤذن إذا أذن فإنه لا يخرج من المسجد إلاً للحاجة، فجلوسه في المسجد، والأذان فيه والإقامة كلها عمارة معنوية.

قال تعالى: ﴿ إِنَّمَا يَعْمُرُ مَسَاجِدَ اللَّهِ مَنِ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَأَقَامَ الصَّلَاةَ وَآتَى الزَّكَاةَ وَلَمْ يَخْشَ إِلَّا اللَّهَ فَعَسَىٰ أُولَٰئِكَ أَن يَكُونُوا مِنَ الْمُهْتَدِينَ ﴾ التوبة: الآية (١٨).

وقد روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه: (أنه رأى رجلاً خرج من المسجد بعد الأذان فقال: أما هذا فقد عصى أبا القاسم - صلى الله عليه وسلم -) رواه مسلم حديث (٦٥٥) ..

المطلب الثاني: الواجبات في النظام

١- مراعاة مواعيد الصلاة:

قد جاء في الفقرة (أ) من المادة السادسة عشر من نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٣٩٢/١/٩ هـ. مانصه: «يجب على موظفي المساجد ما يلي:

أ- مراعاة مواعيد الصلاة...»

٢- المحافظة على نظافة المسجد، وسلامة محتوياته:

فقد جاء في الفقرة (ب) من المادة السادسة عشر من نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٩/١/١٣٩٢ هـ. مانصه: «يجب على موظفي المساجد ما يلي:

ب- المحافظة على نظافة المسجد، وسلامة محتوياتها».

وفي الحقيقة أن هذا الشرط يتفق مع ما جاء عند الفقهاء - رحمهم الله تعالى - من أن من الواجبات على المؤذن ما يجب عليه تجاه المسجد، من المحافظة عليه،.

٣- القيام بالواجب حسبما تقتضيه الشريعة الإسلامية:

جاءت الفقرة (ج) من المادة السادسة عشر من نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٩/١/١٣٩٢ هـ. بما نصه: «يجب على موظفي المساجد ما يلي:

ج- القيام بالواجب حسبما تقتضيه الشريعة الإسلامية».

٤- الابتعاد عن كل ما يخل بشرف الوظيفة وكرامتها، أو يمس بالسمعة وحسن السيرة

جاءت الفقرة (د) من (م/١٦) من نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٩/١/١٣٩٢ هـ. بما نصه: «يجب على موظفي المساجد ما يلي:

د- الابتعاد عن كل ما يخالف بشرف الوظيفة وكرامتها، أو يمس بالسمعة، وحسن السيرة».

٥- أن يدفع المكافأة المدفوعة له من الأوقاف إلى من ينيبه حين يعطى إذنًا بالغياب:

نصّ نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٩/١/١٣٩٢ هـ. في مادته الرابعة عشر حيث جاء في المادة: «لا يستحق موظفوا المساجد إجازات إلاّ في حال المرض، ولكن يجوز الإذن بغياب الموظف لعذر مشروع مدة لا تتجاوز شهرًا في السنة بشرط أن ينيب شخصاً آخر قبله وزارة الحج والأوقاف

للقيام بعمله، وأن يدفع له مكافأة الوظيفة بعدد أيام الغياب».

٦- أن يقوم بعمل الوظيفة بنفسه وألاً ينوب أي شخص غيره إلاً في الضرورة القصوى، وبما يحدده النظام وبعد موافقة الإدارة:

وهذا إقرار وتعهد يؤخذ على المرشح للأذان، وهذا من واجبات المؤذن تجاه الله سبحانه وتعالى، وأمام ولي الأمر. فإنه أمام الله سبحانه وتعالى لا يخون الأمانة التي أوكلت إليه.

٧- عدم السماح لأي شخص بالوعظ في المسجد

ما لم يكن يحمل ترخيصاً بذلك، وعدم السماح بوضع أي منشور، أو ملصق، أو إعلان ما لم يكن مختوماً بالختام الشرعي لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف: وهذا من باب الواجبات على المؤذن تجاه ولي الأمر، وهو مما يؤخذ به تعهد وإقرار المؤذن حين الترشيح لوظيفة الأذان.

٨- مما يجب على المؤذن التعاون مع مراقب المسجد والإمام، وخادم المسجد بما يعود على المصلحة العامة:

وهو مما يوقع عليه المؤذن حين الترشيح للوظيفة، وهو داخل تحت واجبات المؤذن في الفقه الإسلامي كلها، فإن فيه القيام بواجب الله عز وجل وهو من الطاعة لولي الأمر وهو مما يعود بالمصلحة على الإمام والمؤذن والمؤمنين والمسجد.

٩- يجب على المؤذن التقيد بما يصدر من الإدارة من تعاميم وتعليمات:

وقد أخذ على المؤذنين التعهد بذلك حين الترشيح لوظيفة الأذان فيجب الالتزام به.

١٠- مما يجب على المؤذن فتح أبواب المسجد قبل حلول وقت الصلاة بزمن كاف لا يقل عن نصف ساعة، وإغلاقها بعد الصلاة بمثل ذلك:

وهذا ما جاء في الواجبات النظامية المسلكية التي أصدرتها وزارة الشؤون الإسلامية

والأوقاف والدعوة والإرشاد..

١١- يجب على المؤذن تهيئة مكبرات الصوت قبل الأذان بعشر دقائق على الأقل:

وهذا مما جاء في الواجبات النظامية المسلكية.

١٢- إنارة المسجد بشكل جيد وكاف دون زيادة ولا نقصان:

وهذا من الواجبات النظامية المسلكية، وقد جاءت الشريعة به في واجبات المؤذن

تجاه المصلين، وتجاه المسجد.

المبحث الرابع: استخلاف المؤذن من ينوب عنه

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الاستخلاف

الاستخلاف في اللغة: « استخلف فلاناً من فلان: جعله مكانه

والاستخلاف اصطلاحاً: «استنابة الإمام غيره ليصلي بالناس».

المطلب الثاني: حكم الاستخلاف في الفقه

أولاً: الاستخلاف قبل الأذان: كان مؤذني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لا يتركون الأذان بحال لا في السفر ولا في الحضر، ولذلك فإنه متى ما تأخر المؤذن فإنه يؤذن غيره، كما ورد أن أبا صدهاء قد أذن حينما تأخر بلال سبق تخريجه.

ثانياً: الاستخلاف أثناء الأذان: ذهب الفقهاء - رحمهم الله تعالى - في حكم

الاستخلاف أثناء الأذان كما لو طرأ عليه عذر من إغماء أو غيره وهو يؤذن إلى ثلاثة أقوال هي: المنع، والجواز، والكراهة.

فالقول الأول: المنع: ذهب الفقهاء - رحمهم الله تعالى - من الحنفية، والمذهب عند

المالكية وهو الأقوى عندهم، وقول أكثرهم، والمذهب الأصح عند الشافعية، وهو قول الحنابلة، إلى عدم جواز أن يبني الشخص الآخر على أذان الأول، إذا انقطع أذانه

أثناء الأذان، وقالوا بأنه لا بد أن يتدئ الأذان من جديد.

واستدلوا لذلك بما يلي: أنه ليس للرجل أن يبني على أذان غيره؛ لأنه عبادة بدنية فلا تصح من اثنين.

القول الثاني: الجواز: وإلى هذا القول ذهب بعض المالكية، وقول عند الشافعية، فقالوا: بجواز البناء، وأنه يعتد ببناءه على أذان غيره.

القول الثالث: الكراهة: ذهب إلى هذا القول بعض المالكية، وهم قالوا ذلك عندما تكلموا عن الأذان الجماعي، فأجازوا الأذان الجماعي مع عدم بناء أحدهم على الآخر، أما لو بنى على أذان الآخر فإنه يكره ذلك، لكن بشرط أن لا يؤدي ذلك إلى تقطيع اسم الله ورسوله، أما إذا أدى ذلك إلى تقطيع اسم الله ورسوله فيحرم.

المطلب الثالث: التنظيمات الخاصة باستخلاف المؤذن من ينوب عنه

كما أن الفقه الإسلامي أجاز للمؤذن أن يستخلف من ينوب عنه عمله، فإن: نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١) وتاريخ ١٣٩٢/٩/١ هـ. أجاز للمؤذن أن يستنوب عنه من يقوم بعمله أيضاً بشروط، لا بد أن تتوافر حتى تتم الاستنابة. وهذه الشروط على النحو الآتي:

١- لا يستحق المؤذن الغياب والاستخلاف إلا في حالتين الإجازة المرضية، والإذن بالغياب. نصّ نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١) وتاريخ ١٣٩٢/١/٩ هـ. في (م/ ١٤) على أن المؤذن لا يستحق الإجازة إلا في حالة المرض، فمتى ما ثبت مرضه بتقرير طبي فإنه يستحق الإجازة، ولكن في غير حالة المرض، فإن المؤذن يعطى إذناً بالغياب ولكن بعذر مشروع، وهذا الإذن بالغياب يختلف عن الإجازة، إذ أنه في الإذن بالغياب لا يستحق المكافأة المدفوعة إليه، بل يدفعها إلى من ينوب عنه، وقد جاء في الإقرار والتعهد المأخوذ من على المرشح لوظيفة الأذان ما نصه: «أتعهد بأن أقوم بعمل الوظيفة بنفسى، وألاً أنيب شخصاً غيري إلا في حالة الضرورة القصوى وفي الأحوال التي حددها النظام...».

ونظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٣٩٢/١/٩هـ. حدد هاتين الحالتين التي أشرت إليهما أعلاه فقط.

٢- إذا كان الاستخلاف بسبب المرض فإن الحد الأعلى للاستخلاف خمسة عشر شهراً، وإن كان إذنًا بالغياب فإن الاستخلاف لا يتعدى شهراً. وهذا ما نص عليه نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٣٩٢/١/٩هـ. في (م/١٥) حيث قال: «يستحق الموظف الذي يثبت مرضه بموجب تقرير طبي صادر من الجهة المعنية لذلك إجازة مرضية لمدة ثلاثة أشهر بكامل المكافأة، وثلاثة أشهر بنصف المكافأة، وثلاثة أشهر بربع المكافأة، وستة أشهر بدون مكافأة»، إذن فالمجموع هنا خمسة عشر شهراً.

وأما في حالة إعطائه إذنًا بالغياب، فإنه لا يحق له الاستخلاف أكثر من شهر، وهذا ما أعطاه له نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٣٩٢/١/٩هـ. في (م/١٤) حيث نصت: «ولكن يجوز الإذن بغياب الموظف لعذر مشروع مدة لا تتجاوز شهراً في السنة»، إذن فالمنظم أعطى من يريد الغياب في الحالتين قدرًا معيناً من الأيام أو الأشهر لا تجوز الزيادة عليها، وبالتالي لا يجوز الاستخلاف أكثر من هذه الأيام.

٣- أن يقوم بالإتيان بمن ينوب عن مدة غيابه: وهذا الشرط ذكرها نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٣٩٢/١/٩هـ في (م/١٤) حيث نصت على الآتي: «لا يستحق موظفوا المساجد إجازات إلا في حال المرض، ولكن يجوز الإذن بغياب الموظف لعذر مشروع مدة لا تتجاوز شهراً في السنة بشرط أن يكون ينبى شخصاً آخر..».

وأيضاً جاء في التعهد والإقرار المأخوذين على المرشح لوظيفة مؤذن ما نصه: «أتعهد أن أقوم بعمل الوظيفة بنفسى وألاً أنيب شخصاً غيري إلا في حالة الضرورة القصوى.. وبعد الحصول على موافقة الإدارة على البديل».

٤- لا بد أن تقبل الوزارة هذا الشخص المستناب:

جاء هذا في (م/ ١٤) من نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١) وتاريخ ١٣٩٢/١/٩ هـ. حيث نصت على: «بشرط أن ينيب شخصاً آخر تقبله وزارة الحج والأوقاف للقيام بعمله...».

وجاء في الإقرار والتعهد المأخوذ على المرشح لوظيفة مؤذن ما نصه: «وبعد الحصول على موافقة الإدارة على البديل».

٥- أن يدفع مكافأة الوظيفة للشخص المستناب: يدل لهذا ما جاء في (م/ ١٤) من نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١) وتاريخ ١٣٩٢/١/٩ هـ. حيث نصت على ما يلي: «وأن يدفع له مكافأة الوظيفة بعدد أيام الغياب».

المبحث الخامس: المراقبة، والتفتيش على المؤذنين

وفيه مطلبان

المطلب الأول: أحكامه في الفقه

لقد كان في السابق أهل الحسبة يقومون بمهمة الإشراف على الناس في محلاتهم ودكاكينهم، فما رأوه من غش أنكروه وعاقبوا فاعله وهكذا.

ولقد كان مما أسند إلى أهل الحسبة الإشراف على المؤذنين، فيقومون على مراقبتهم، والتفتيش عليهم، وامتحانهم، فمن كان صالحاً لهذه المهمة أبقوه، ومن كان غير صالح عزلوه.

المطلب الثاني: التنظيمات الخاصة بالمراقبة والتفتيش على المؤذنين

رتبت وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد مراقبين يقومون بالمراقبة على الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد، وقد جرى العمل لدى الوزارة، وهو أمر معروف بأنها وضعت هؤلاء المراقبين، ليقوموا بالمراقبة على المؤذنين، وقد صدر

تعميم بذلك، ومن مهام هؤلاء المراقبين ما يلي:

١- المراقبة على المؤذنين بالنسبة لأداء العمل.

٢- إيصال التعاميم إلى موظفي المساجد.

المبحث السادس: إيقاع الجزاءات على المؤذنين

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكمه في الفقه

الفقهاء- رحمهم الله تعالى - ذكروا في العقوبة أولاً أن يناصح المخطئ، وينهي عما فعل، فهذه العقوبة الأولى الإنذار على المخطئ، فمن ابتدع في الأذان مثلاً، أو يزيد فيه أو ينقص، فإنه ينهى عن ذلك، ويناصح، فإن استجاب وإلا أنزلت به العقوبة الأخرى الأشد ألا وهي العزل من التأذين. إذ أنه غير كفء لهذه المرتبة.

إن إيقاع الجزاءات أمر لا بد منه في الشرع الكريم، وقد عزل الرسول -صلى الله عليه وسلم- من خالف في أمور الشرع كما عزل الإمام الذي بصق في محراب المسجد أخرجه أبو داود حديث (٤٨١)، وأحمد في المسند في مسند المدنين حديث (١٦٥٦١)، وابن حبان في صحيحه حديث (١٦٣٦) من حديث السائب بن خلاد، وساقه التبريزي في مشكاة المصابيح حديث (٧٤٧) مع تصحيح الألباني له، أيضاً الصحابة كانوا يعزلون من يخالف الشريعة، فكان هناك عزل للولادة، وعزل للقضاة، وتنبههم، وكل هؤلاء يقومون بمصالح للمسلمين فالمؤذنون مثلهم.

المطلب الثاني: الجزاءات على المؤذنين في النظام

إن نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٣٩٢/١/٩هـ. أعطى المؤذن حقوقاً، وألزم عليه واجبات، يريد بذلك تحقيق التوازن في المجال الوظيفي. والمؤذن حينما يقوم بواجباته التي حددت له من قبل المنظم، فإنه بذلك يستحق الحقوق التي قررها المنظم، ولكن في حال ما لو

أخلَّ المؤذن بتلك الواجبات فإن نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٣٩٢/١/٩ هـ. فرض عليه عقوبات جاءت في المادة السابعة عشر منه، ولكن قبل الخوض في غمار تلك الجزاءات لا بد أن نعرف أموراً مرتبطة بتلك العقوبات هي:

١. أنه لا يجوز توقيع الجزاء إلا بعد إجراء تحقيق مكتوب مع المتهم، وسماع أقواله، وثبوت ارتكابه المخالفة.

٢. يكون توقيع الجزاءات بقرار من الوزير المختص، أو من ينيبه.

٣. يبلغ الموظف بالقرار الصادر بالجزاء فور صدوره بخطاب رسمي.

وهذه الأمور نصَّ عليها نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٣٩٢/١/٩ هـ. في مواد الثامنة عشر، والتاسعة عشر، والعشرون.

فإذا عرفنا هذا فإن الجزاءات التي يمكن إيقاعها على موظفي المسجد بما فيهم المؤذن هي:

١- الإنذار: وهذا الجزاء جاء في الفقرة (أ) من المادة السابعة عشرة من نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) في تاريخ ١٣٩٢/١/٩ هـ. حيث نصت بقولها: «الجزاءات التي يمكن توقيعها على موظفي المساجد هي: أ- الإنذار».

٢- اللوم: وهذا الجزاء نصَّ عليه نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٣٩٢/١/٩ هـ. في الفقرة (ب) من المادة السابعة عشر حيث نصت على ما يلي: «الجزاءات التي يمكن توقيعها على موظفي المساجد هي ب- اللوم».

٣- حسم المكافأة بما لا يتجاوز استحقاق ثلاثة أشهر: وقد نصَّ نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ

٩/١/١٣٩٢هـ، على هذا الجزء في الفقرة (ج) من المادة السابعة عشر.

٤- الفصل من الخدمة: وهذا الجزء نصّ عليه: نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ٩/١/١٣٩٢هـ. في الفقرة (د) من المادة السابعة عشر.

وهذا الجزء يوافق ما جاء في الفقه الإسلامي حيث إن من أسباب انتهاء الخدمة العزل، وهو يوازي الفصل في هذا.

المبحث السابع: انتهاء خدمة المؤذنين

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أسبابه في الفقه

- إن من أسباب انتهاء عمل المؤذن في الأذان اختلال شرط من الشروط التي سبق ذكرها التي يجب توفرها في المؤذن حتى يجزئ أذانه، فمتى ما اختل شرط، فإن المؤذن يتعرض للعزل، فلو ارتد المؤذن وكفر بعد إسلامه فإنه يمنع من الأذان، إذ لا تصح العبادة من كافر. ولهذا فإن اختلال شرط من شروط الأذان، يعد سبباً من أسباب انتهاء خدمة المؤذن.

- أيضاً من أسباب انتهاء خدمة المؤذن ما لو عاقبه المسؤول عنه كالمحتسب على إخلاله بشيء من أمور الأذان، فمتى ما ظهر من المؤذن بدعة، أو زاد، أو نقص، أو كان جاهلاً بأمور الأذان من معرفة للأوقات وغيرها فإنه يعزل من هذه المهمة.

يدل لهذا أن الرسول الكريم -صلى الله عليه وسلم- عزل إماماً كان يبصق في المحراب سبق تخريجه، والمؤذن يقاس على الإمام في هذا. وهذا يدل على أن عقوبة العزل من أسباب انتهاء خدمة المؤذن.

- أيضاً من أسباب انتهاء خدمة المؤذن ما لو طلب المؤذن إنهاء عمله كمؤذن، ووافق صاحب الشأن، أو أن المؤذن عزل نفسه بإرادته.

ويدل لهذا أن أبا بكر - رضي الله عنه - حينما كان يصلي بالناس، والرسول - صلى الله عليه وسلم - ذاهب للإصلاح في بني عمرو، فجاء الرسول صلى الله عليه وسلم فتأخر أبو بكر ليكمل بهم الرسول - صلى الله عليه وسلم - فأشار إليه الرسول - صلى الله عليه وسلم - أن يبقى، فلم يبق أبو بكر وتأخر، وقال: ما كان لابن أبي قحافة أن يتقدم بين يدي رسول الله سبق تخريجه.

المطلب الثاني: أسبابه في النظام

نصّ نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ٩/١/١٣٩٢ هـ. الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد، على أنها تنتهي خدمة الموظف ويعتبر مستقياً لأحد الأسباب التي جاءت في المادة الحادية والعشرون وبما أن المؤذن من موظفي المسجد فإن خدماته تنتهي بأحد الأسباب التالية:

١- إذا لما يباشر عمله خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغه بقرار التعيين أو النقل: هذا ما نصت عليه المادة الحادية والعشرون من نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ٩/١/١٣٩٢ هـ، ويكون توقيع الجزاء عليه بقرار من الوزير أو من ينوبه، ويبلغ الموظف بالقرار الصادر بالجزء فور صدوره بخطاب رسمي كما جاء في المادة العشرون من المرجع السابق، وهذا ليس خاصاً بالتعيين فهو يشمل النقل أيضاً.

٢- إذا غاب عن عمله بدون عذر مشروع لمدة خمسة عشر يوماً:

بما أن النظام سمح للموظف بالغياب لعذر مشروع دون أن يؤثر ذلك على وضعه الوظيفي، فإن الغياب بدون هذا العذر يؤخذ عليه، وإذا ما بلغت مدة الغياب المتصلة خمسة عشر يوماً فأكثر فللجهة الحق في إنهاء خدمة الموظف.

أيضاً يدخل في هذا ما لو لم يباشر عمله بعد الإذن بالغياب فإنه والحالة هذه في حكم المنقطع. وهذا ما نصت عليه المادة الحادية والعشرون من نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ٩/١/١٣٩٢ هـ

٣- إذا فقد أحد شروط التعيين: ذكر نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٩/١/١٣٩٢هـ. في مادته الثالثة شروطاً لا بد من توفرها في المؤذن حتى يتم الترشيح له لوظيفة الأذان، وهذه الشروط لا بد من توفرها في المؤذن حين التقدم للوظيفة، ولا بد أن تستمر معه أثناء فترة العمل، ولكن حين يختل شرط من هذه الشروط، فإن للوزارة أن تنهي خدمة موظفها - المؤذن -، ذلك أن تلك الشروط لا بد من وجودها في القائم بعمل الوظيفة، ومتى اختل شيء منها اختل استحقاقه للوظيفة، وبالتالي يجوز للوزارة إنهاء خدماته وهذا ما نص عليه نظام الأئمة والمؤذنين في مادته الحادية والعشرون الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٩/١/١٣٩٢هـ..

٤- إذا عجز عن مباشرة عمله بسبب المرض لمدة تزيد عند خمسة عشر شهراً: إن نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٩/١/١٣٩٢هـ. كفل للمؤذن حقوقاً، مدركاً إمكانية تعرضه لبعض الظروف الصحية التي قد تمنعه من الاستمرار في العمل، فتحفظ حقوقه المادية والمعنوية.

و نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٩/١/١٣٩٢هـ. في مادته الخامسة عشرة قد أعطى للمؤذن الحق في إجازة مرضية لمدة لا تزيد عن خمسة عشر شهراً في أثنائها يكون الحق للمؤذن الرجوع إلى عمله، ولكن بعد تحطى هذه المدة فإن الحق يكون للإدارة في إنهاء خدمته، فمتى ما تعدى المؤذن الإجازة التي يعطاها، أو التي يستحقها، أثناء فترة مرضه، فإن لإدارته الحق في إنهاء خدمته.

نصّ على ذلك نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٩/١/١٣٩٢هـ. في الفقرة (د) من مادته الحادية والعشرون التي جاء نصها: «تنتهي خدمة الموظف ويعتبر مستقياً لأحد الأسباب الآتية:

د - إذا عجز عن مباشرته عمله بسبب المرض لمدة تزيد عن خمسة عشر شهراً».

٥- إذا حكم عليه بالسجن لمدة تزيد عن ستة أشهر: تنتهي خدمة المؤذن ويعتبر مستقياً كما في نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٣٩٢/١/٩هـ، وقد نصت الفقرة (هـ) من المادة الحادية والعشرون من نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٣٩٢/١/٩هـ. على هذا بقولها: «إذا حكم عليه بالسجن لمدة تزيد عن ستة أشهر».

٦- الاستقالة:

وهذه من الأشياء التي لم يذكرها نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٣٩٢/١/٩هـ، ولكن الاستقالة حق لكل موظف لدى الدولة، والمؤذنون كما مر هو من الموظفين لدى الدولة، وهذا الحق مشروع للموظف ويدخل فيه المؤذن؛ حيث يقوم بطلب مكتوب، ويقدمه إلى رئيسه المباشر معلناً رغبته في ترك الخدمة، ولا تنتهي خدمة الموظف إلاً بصدور قرار بقبول الاستقالة من الوزير المختص، أو يمضي (٩٠) يوماً من تاريخ تقديم الطلب، وهذا ما أوضحته المادة (٣٠/١) من اللائحة التنفيذية من نظام الخدمة المدنية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٩) وتاريخ ١٣٩٧/٧/١٠هـ...

الفصل الثالث

أحكام الأئمة في الفقه والنظام

وفيه سبعة مباحث:

المبحث الأول: شروط الأئمة.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: شروط الأئمة في الفقه.

١ - الإسلام:

أجمع الفقهاء - رحمهم الله - على أنه يشترط في الإمام أن يكون مسلماً.

أما لو كان الإمام مخفياً لكفره، كما لو كان يصلي بهم فترة من الزمن، وكان يعتقدونه مسلماً، لكن بعد مدة تبين له أنه ليس مسلماً وأن صلاتهم السابقة كانوا يصلونها خلفه وهو كافر، فإن الفقهاء - رحمهم الله - اختلفوا في ذلك:

فالحنفية، والحنابلة، ووجه عند الشافعية - رحمهم الله - يرون أنه إذا بان كافراً وكانوا من قبل يعتقدونه مسلماً، وصلوا معه زماناً فإنهم لا يعيدون الصلاة، لأن الأصل فيها الصحة وخبره غير مقبول في الديانات لفسقه باعترافه.

وأما المالكية، والشافعية، ووجه عند الحنابلة - رحمهم الله - فقالوا: بأن الصلاة تبطل في جميع الأحوال، لأن المأموم مقصر بترك البحث عن الإمام وعليهم الإعادة.

وأما بالنسبة (للفاسق):

فالفاسق لغةً: جاء في اللسان (فسق.. فسق العصيان والترك لأمر الله عز وجل والخروج عن طريق الحق).

وأما في الاصطلاح: فالفاسق هو المسلم الذي ارتكب كبيرة قصداً، أو صغيرة مع الإصرار عليها بلا تأويل.

فإن الحنابلة في رواية، ورواية عند المالكية بعدم جواز إمامته. لكن الحنفية، والشافعية، وفي رواية عند الحنابلة ذهبوا إلى جواز ذلك ولكنهم كرهوها، وهذا رأي المالكية إذا لم يتعلق فسقه بالصلاة.

ونوع الفسق المتعلق بالصلاة هو كما قال فقهاء المالكية كأن يكون لديه الجرأة بأن يتهاون ويترك ما أوتمن عليه من فروض الصلاة كالنية والطهارة، وكقصده الكبر بإمامته، أما إن كان الفسق يتعلق بنية الصلاة كالغضب والزنا مثلاً فلا بأس.

٢- العقل: يشترط في الإمام أن يكون عاقلاً، وهذا الشرط مما اتفق عليه الفقهاء، فلا تصح إمامة السكران، ولا إمامة المجنون المطبق، ولا إمامة المجنون غير المطبق حال جنونه؛ وذلك لعدم صحة صلاتهم لأنفسهم فلا تبنى عليها صلاة غيرهم، أما من يجن ويفيق، فتصح إمامته حال إفاقته.

والحنابلة قالوا بصحة الصلاة مع كراهة التقديم؛ لأنه ربما طرأت عليه الجنابة أثناء جنونه ولم يعلم، أو لخوف طروء الجنون عليه أثناء الصلاة.

٣- البلوغ: الجمهور - رحمهم الله - الحنفية، والمالكية، وقول للشافعية والحنابلة في المذهب عندهم وعليه جماهير الأصحاب - يرون أنه لا بد لصحة الإمامة في الفروض من أن يكون الإمام بالغاً، فلا تصح إمامة المميز للبالغ، واستدلوا بأدلة منها:

قوله - صلى الله عليه وسلم -: (لا تقدموا صبيانكم) ابن عبد الهادي في تنقيح أحاديث التعليق حديث (٣) وقال: هذا حديث لا يصح..

أن الإمام ضامن، والمميز ليس من أهل الضمان.

ولم يشترط المالكية في رواية، والشافعية في قول أكثرهم وهو رواية عند الحنابلة في الإمام أن يكون بالغاً، مستدلين لذلك بالآتي: (حديث عمرو بن سلمة: أنه كان

يؤم قومه على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وهو ابن ست أو سبع سنين) أخرجه البخاري رقم الحديث (٤٣٠٣).

للإجماع على جواز إمامة البالغ، أما في غير الفرض فتصح إمامة المميز للبالغ عند الجمهور عند بعض الحنفية، وبعض المالكية، والشافعية، وبعض الحنابلة، لأنه لا يلزم منها بناء القوي على الضعيف.

والمختار عند الحنفية، وبعض المالكية، والحنابلة في رواية، عدم جواز إمامة المميز للبالغ مطلقاً، لأن نفل الصبي ضعيف؛ لعدم لزومه بالشروع فيه بخلاف نفل البالغ فإنه قوي، ومضمون عليه بعد الشروع فيه.

٤- الذكورة: اشترط الفقهاء - رحمهم الله - لإمامة الرجال في الفروض أن يكون من يؤمهم ذكراً، وهذا متفق عليه بينهم - رحمهم الله تعالى - وعلى هذا الشرط تخرج المرأة فلا تصح إمامتها للرجال.

ويستدل لذلك بقوله - صلى الله عليه وسلم -: (أخروهنَّ من حيث أخرهنَّ الله) قال الزيلعي في نصب الراية حديث غريب مرفوعاً، وهو في مصنف عبد الرزاق موقوف على ابن مسعود ومن طريقه رواه الطبراني في معجمه، قال الهيثمي في المجمع بعد أن ساقه عن ابن مسعود رواه الطبراني في الكبير ورجاله رجال الصحيح أهـ ولا يصح رفعه؛ ولأن في إمامتها للرجال إفتاناً بها، ويخرج بهذا الشرط أيضاً الخنثى، لاحتمال أن تكون امرأة، أما النوافل ففيها خلاف.

٥- القدرة على القراءة: اشترط الفقهاء - رحمهم الله تعالى - في الإمام أن يكون قادراً على القراءة، وحافظاً مقدار ما يتوقف عليه صحة الصلاة.

وهذا الشرط يشترطه الفقهاء إذا كان من بين المقتردين من يقدر على القراءة، فلا تصح إمامة الأمي، ولا الأخرس للقارئ، وعللوا ذلك:

أن القراءة ركن مقصود في الصلاة، فلم يصح اقتداء القادر عليه بالعاجز عنه.

وفي قول للشافعية، ورواية لأحمد أن إمامة الأمي للقارئ تصح، وأما إمامة الفأفاء، أو التمام، أو اللاحن لحناً لا يغير المعنى فالحنفية، وقول للحنابلة بالمنع.

وأما الشافعية، والقول الثاني للحنابلة فيرون الكراهة.

وأما المالكية فقالوا في اللحن: إنه لا يصح الائتمام به عامة.

والقول الثاني إن كان اللحن يغير المعنى فلا تصح إمامته، وإن كان مما لا يغير المعنى فتصح.

والقول الثالث بالكراهة.

وأما بالنسبة للفأفاء والتمام فيرون الجواز.

٦- السلامة من الأعذار: يشترط في الإمام إذا كان يؤم الأصحاء، أن يكون سالماً من الأعذار، وذلك كمثل سلس البول، والرعاف، وانفلات الريح، والجرح السائل، وهذا الشرط اشترطه الحنفية، والحنابلة، وهو رواية عند الشافعية فهؤلاء لا يرون صحة صلاة أصحاب الأعذار بالأصحاء؛ وعللوا ذلك بالتالي:

أن أصحاب الأعذار يصلون مع الحدث حقيقة، وإنما تجوز صلاتهم لعذر، ولا يتعدى العذر لغيرهم لعدم الضرورة، وعلى العكس من ذلك في المشهور عند المالكية، - وهو الأصح - عند الشافعية، أن السلامة من العذر لا تشترط في الإمامة؛ وعللوا ذلك بأن الأحداث إذا عفي عنها في حق صاحبها عفي عنها في حق غيره.

٧- القدرة على توفية أركان الصلاة: يشترط في الإمام أن يكون قادراً على توفية الأركان - أركان الصلاة - وهذا إذا كان يصلي بالأصحاء، فمن يصلي بالإيحاء ركوعاً أو سجوداً لا يصح أن يصلي بمن يقدر عليهما عند جمهور الفقهاء - الحنفية، والمالكية، والحنابلة - خلافاً للشافعية، وقول للحنفية فإنهم أجازوا صحة صلاة المومئ بالأصحاء، واستدل الشافعية لذلك - رحمهم الله - بما روت عائشة - رضي الله عنها -: (أنه - صلى الله عليه وسلم - صلى في مرض موته قاعداً وأبو بكر والناس قياماً)

البخاري حديث رقم (٦٨٧)، و مسلم حديث (٤١٨) ..

وعلى الحنفية لصحة الإقتداء بأن كل واحد منها مؤد ما هو مستحق عليه بصفة الصحة فيصح إقتداؤه به.

أما إمامة القاعد للقائم فالملكية، والحنابلة، وقول للحنفية لا يجوزونها؛ لأن فيه بناء القوي على الضعيف.

واستثنى الحنابلة إمام الحي بشرطين:

١- أن يكون إمام الحي.

٢- أن يكون مرضه مما يرجى زواله.

فأجازوا إمامته، وفي رواية تصح ولو مع غير إمام الحي ولو في مرض لا يرجى زواله، وأما الشافعية، وقول أكثر الحنفية، وقول للملكية فبالجواز.

المطلب الثاني: شروط الأئمة في النظام

إن المنظم حينما وضع نظام الأئمة والمؤذنين، لم يغفل شروط تولي الإمام لوظيفة الإمامة، بل ذكرها في أول النظام في المادة الثالثة من نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٩٣٢/١/٩هـ.

وعلى هذا فإن الشروط التي يجب توفرها في الإمام هي:

١. أن يكون سعودي الجنسية.
٢. أن يكون بالغاً ثمانية عشر عاماً على الأقل وهذه بعد التعديل.
٣. أن يكون قادراً على القيام بواجبه..
٤. أن يكون لديه المؤهلات المطلوبة لشغل الوظيفة.
٥. أن يكون حسن السيرة والسلوك.
٦. ألا يكون موظفاً على أي وظيفة من وظائف المسجد في أي فرع من فروع

الوزارة.

٧. ألا يكون المرشح موظفاً في قطاع عسكري.

ومما خص نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١/م) وتاريخ ١٣٩٢/١/٩ هـ. به الأئمة من شروط ما يلي:

٨. أن يكون عارفاً بأحكام الصلاة ومواقيتها قادراً على قراءة القرآن الكريم دون لحن.

هذا الشرط من الشروط التي جاءت معدلة نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١/م) وتاريخ ١٣٩٢/١/٩ هـ، فهذا الشرط مما طرأ على نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١/م) وتاريخ ١٣٩٢/١/٩ هـ، وَعَدَلَ في الشروط السابقة، فإن المرسوم الملكي رقم (٣٣/م) وتاريخ ١٤٠٠/٨/١٠ هـ. الذي صدر معدلاً للنظام ألغى المواد الرابعة، والخامسة، والسادسة منه، ووضع بدلاً منها أنظمة جاءت في هذا المرسوم الملكي رقم (٣٣/م) وتاريخ ١٤٠٠/٨/١٠ هـ.، والتي يخصصنا منها هذا الشرط.

وعلى كل حال فإن اشتراط مثل هذا الشرط مما يحمد عليه المنظم، إذ لا بد أن يكون من يتقدم إلى الصلاة عارفاً بالأحكام فلا يصلي بالناس على جهلٍ منه، فيضيع نفسه ومن يأتيه به.

وهذا الشرط لو تأملته فإنك ستجد الفقهاء - رحمهم الله - تكلموا عنه حينما تكلموا عن شروط الأئمة، وجاء في ثنايا حديثهم، ما يوافق هذا الشرط، كما هو الحال فيمن يلحن في الصلاة، فقد ذكروا أحكاماً تختص به سبق أن بيتهها.

٩. أن يكون حافظاً عن ظهر قلب ما لا يقل عن جزئين من القرآن الكريم.

أيضاً هذا الشرط كسابقه، جاء في المرسوم الملكي برقم (٣٣/م) وتاريخ ١٤٠٠/٨/١١ هـ. في الفقرة (٢) من ثانياً، الذي جاء معدلاً للنظام.

وهذان الشرطان هما ما زيداً على ما جاء في المادة الثالثة من نظام الأئمة والمؤذنين

وخدم المساجد الصادر بالرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ٩/١/١٣٩٢هـ.

المبحث الثاني: حقوق الأئمة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حقوق الأئمة في الفقه

أولاً: أخذ ما يعطى مقابل إمامته:

أولاً: الأجرة على الإمامة: اختلف الفقهاء - رحمهم الله - في جواز أخذ الأجرة على الإمامة على ثلاثة أقوال: والمنع، والجواز، والكرهية.

القول الأول: القائلين بالمنع:

هو المذهب عند الحنفية، وقول للمالكية، وهو قول الشافعية، والمختار عند الحنابلة رواية عن الإمام أحمد.

واستدلوا بذلك: بقول النبي صلى الله عليه لعثمان بن أبي العاص: (واتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجراً) سبق تخريجه.

أيضاً مما استدل به هؤلاء أنهم قالوا: إنها من الأعمال التي يختص فاعلها يكون من أهل القرية، فلا يجوز الاستئجار عليها كنظائرها من الأذان.

القول الثاني: القائلون بالجواز: هذا القول قال به: المتأخرون من الأحناف، وقول للمالكية إذا كانت الإمامة تبعاً للأذان، وقول للشافعية وهو الرواية الأخرى عند الإمام أحمد - رحمه الله - فقالوا: يجوز أخذ الأجرة على الإمامة ولو كانت من أعمال القرب.

القول الثالث: القول بالكرهية: القائلين بهذا القول هم المالكية - رحمهم الله - وهو قول عند الحنابلة - رحمهم الله -، فقالوا: إن أخذ الأجرة على الإمامة في الصلاة مكروهاً.

الترجيح: والذي يظهر لي والله أعلم هو القول بالمنع من أخذ الأجرة على الإمامة، لأن الإمامة من أعمال القرب التي ينبغي أن يتغني بها المسلم وجه الله سبحانه وتعالى، وأما الضرورة فإنه يستعاض عنها بإعطائه من الرزق من بيت مال المسلمين.

ثانياً: الرزق على الإمامة:

أما الرزق من بيت مال المسلمين فإن الفقهاء - رحمهم الله - بالاتفاق جوزوا أخذ الرزق من بيت المال، لأن هذا المال إنما وضع لمصالح المسلمين.

ثانياً: من حقوق الإمام أن لا تقام الصلاة إلا بإذنه: فيجب على المؤذن أن يراعي حق الإمام في ذلك، ولا يقيم للصلاة حتى يأتي الإمام، إلا إن تأخر الإمام تأخراً وخشي الناس خروج الوقت.

والأدلة على حق الإمام في ذلك ما روي عن علي: (المؤذن أملك بالأذان، والإمام أملك بالإقامة) سبق تخريجه.

ثالثاً: من حقوق الإمام أنه الأحق بالإمامة إذا قلده السلطان:

فالإمام الذي يقلده ولي أمر المسلمين لا يجوز لأحد من المسلمين التقدم عليه إلا بإذنه، وهذا من باب السياسة الشرعية الموكولة إلى ولي أمر المسلمين.

رابعاً: من حقوق الإمام أنه هو من يستخلف غيره للصلاة بالجماعة:

فمن حق الإمام إذا أراد الغياب، أن يختار للقوم رجلاً يؤمهم، يشهد لهذا ما جاء في الصحيحين أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - قال: (مروا أبا بكر فليصلي بالناس) سبق تخريجه ..

خامساً: من حقوق الإمام أنه من يأمر وينهى في المسجد إذا وكل إليه الأمر من ولي أمر المسلمين أو نائبه، وهذا من باب السياسة الشرعية.

المطلب الثاني: حقوق الأئمة في النظام

إن نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١) وتاريخ ١٣٩٢/١/٩ هـ. كفل للإمام حقوقاً جاءت هذه الحقوق في ثناياه، وهذه الحقوق على سبيل الإجمال هي كالتالي:

١. المكافأة.
٢. يستحق الإمام إذن بالغياب لمدة شهر إذا كان بعذر مشروع.
٣. يستحق إجازة مرضية.
٤. عدم التفرغ للإمامة.
٥. منح المكافآت عند انتهاء الخدمة.
٦. أن الإمام هو من يستخلف من ينوب عنه إذا أراد الغياب.
٧. أنه الأحق بشؤون المسجد..
٨. لا يجوز إيقاع الجزاء عليه إلا بعد إجراء تحقيق مكتوب معه، وسماع أقواله..

المبحث الثالث: واجبات الأئمة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الواجبات في الفقه.

أولاً: واجبات الإمام تجاه الله سبحانه وتعالى:

ليتذكر هذا الإمام أنه أمام أمانة عظيمة، أنيطت به، فليتق الله فيها، فلا يقصر في الصلاة ويتهاون بها.

وعلى الإمام أن يتعلم ويقرأ كيفية صلاة النبي -صلى الله عليه وسلم-، حتى يطبقها على المأمومين؛ لأنه مطلوب منه هو الأكمل.

كذلك يجب عليه أن يتطهر للصلاة الطهارة الكاملة على الوجه المطلوب منه، ولا يتهاون لا بأركان الصلاة، ولا بشروطها، ولا بواجباتها، بل إن الأمر يتعدى فقد يطالب بالمسنونات.

ثم إنه يجب على هذا الإمام الذي تولى الصلاة بالناس أن يتعلم العلم النافع، وأن يتعلم أمور الصلاة كلها، فلا يصلي بالناس على جهل منه.

ثانياً: واجبات الإمام تجاه من ولاه هذا الأمر:

يجب على الإمام الراتب، طاعة إمام المسلمين، وهو داخل في عموم قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ النساء: آية (٥٩).

ثالثاً: واجبات الإمام تجاه المأمومين:

١- إن من واجبات الإمام تجاه المصلين من حيث الصلاة، أن يصلي بهم على الوجه الأكمل، ويقتدي بالرسول الكريم -صلى الله عليه وسلم- في الصلاة.

أيضاً من واجباته، أن ينظم وقته في الصلاة، فلا يتقدم أحياناً، ويتأخر أحياناً.

٢- من واجبات الإمام تجاه المصلين، أو جماعة المسجد من حيث الارتباط بالمسجد.

فيجب على الإمام تجاه جماعته ما يلي:

أولاً: من ناحية تربوية وعملية:

١- إقامة الدروس العامة التي من شأنها أن تفقه المصلين، وقد كان النبي -صلى الله عليه وسلم- يعلم أصحابه، فقد جاء في الحديث أن رجلاً قام في المسجد فقال: يا رسول الله من أين تأمرنا أن نهمل؟ فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: (يهمل أهل المدينة من ذي الحليفة..) سبق تخريجه.

٢- إقامة الندوات، والمحاضرات لمواجهة شبهة، أو فكر منحرف، أو حل مشكلة اجتماعية.

٣- إنشاء مكتبة تضم مجموعة من الكتب المنوعة.

٤- فتح حلقات تحفيظ القرآن الكريم.

ثانياً: من الناحية الاجتماعية:

١- التماس الحل لمشكلة تقع بين اثنين من جماعة المسجد، والصلح بينهما.

٢- تلمس أحوال الفقراء والمساكين من أبناء حيه المحتاجين للمساعدة.

٣- عقد لقاءات من خلال زيارات شهرية بين جماعة المسجد.

رابعاً: واجبات الإمام تجاه المسجد:

يجب على إمام المسجد أن يعتني بالمسجد الذي يتولى إمامته، وأن يتقي الله فيه، فيقوم على عمارته العمارتين الحسية والمعنوية.

فالعمارة الحسية بالذهاب إلى الجهات المسؤولة، وطلب ما ينقص على المسجد من أشياء تكمله، أما من الجانب الآخر هو العمارة المعنوية، فإنه يقوم على إقامة الصلوات فيها، وإقامة الدروس فيها

المطلب الثاني: الواجبات في النظام

أوجب نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ٩/١/١٣٩٢هـ. على الإمام واجبات جاءت في المادة السادسة عشرة منه، ثم أوجب على الإمام واجبات في غير أوجب نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ٩/١/١٣٩٢هـ، كما جاء في التعهد والإقرار الذي يوقعه من يُرشح لوظيفة الإمامة، هذه الواجبات في أوجب نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ

١٣٩٢/١/٩ هـ لم يخصصها المنظم للإمام وحده، وإنما جعلها تشمل موظفي المسجد بما فيهم الإمام والمؤذن، ولهذا فإننا لا نفرق حين الحديث عن الواجبات التي نصّت عليها المادة السادسة عشرة من النظام أو جب نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٣٩٢/١/٩ هـ

إذن فالواجبات المشتركة هي:

١. مراعاة مواعيد الصلاة.
 ٢. المحافظة على نظافة المسجد، وسلامة محتوياته.
 ٣. القيام بالواجب حسب ما تقتضيه الشريعة الإسلامية.
 ٤. الابتعاد عن كل ما يخل بشرف الوظيفة أو كرامتها أو يمس بالسمعة وحسن السيرة.
 ٥. أن يدفع المكافأة المدفوعة له من الوزارة إلى من ينيبه حين يعطى إذنًا بالغياب.
 ٦. أن يقوم بعمل الوظيفة بنفسه، وألاّ ينيب غيره إلاّ في الضرورة، وبما يحدده النظام، وبعد موافقة الإدارة.
 ٧. عدم السماح لأي شخص بالوعظ في المسجد ما لم يكن يحمل ترخيصاً بذلك، وعدم السماح بوضع أي منشور، أو ملصق، أو إعلان ما لم يكن مفسوحاً ومختوماً بالختم الرسمي لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف.
 ٨. مما يجب على الإمام التعاون مع مراقب المسجد، والمؤذن، والخادم بما يعود بالمصلحة العامة.
 ٩. يجب على المؤذن التقيد بما يصدر عن الوزارة من تعاميم أو تعليمات.
- هذه الواجبات يشترك فيها الإمام، والمؤذن على حد سواء، وأما الواجبات التي تزيد على الإمام فهي كالتالي:
١٠. أن يخصص جزءاً من وقته للوعظ والإرشاد.

وقد نصّ على هذا الواجب في القرار الصادر من مجلس الوزراء صدر هذا

القرار بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٣) وتاريخ ١١/٨/١٤٠٠ هـ. برقم (١٢١) وتاريخ ١٢/٧/١٤٠٠ هـ وجاء هذا النص في الفقرة (٣) من سادساً، وأيضاً جاء هذا الواجب في الإقرار والتعهد المأخوذين على الإمام حينما يتم ترشيحه على وظيفة إمام حيث نصَّ على: «أتعهد بالمحافظة على أوقات الصلوات، وأن أخصص جزءاً من وقتي للوعظ والإرشاد، وتوعيت المسلمين بأمور دينهم وديناهم».

أيضاً هناك واجبات زيدت على التي جاءت في نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ٩/١/١٣٩٢ هـ.

وقد وجدت هذه الواجبات النظامية المسلكية في كتاب أصدرته وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف بعنوان «أحكام المساجد في الشريعة الإسلامية». فنقلت منه هذه الواجبات وهي كالتالي:

١١- مراقبة المؤذن، والخدام أو الرفع عنها للوزارة.

١٢- مراجعة الوزارة لطلب كل ما يحتاج إليه المسجد:

المبحث الرابع: استخلاف الإمام من ينوب عنه

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكمه في الفقه

الحالة الأولى: الاستخلاف قبل الصلاة: وردت الأحاديث الكريمة الصحيحة بجواز استخلاف الإمام من ينوب عنه قبل الصلاة إذا عرض له عارض. ومن ذلك ما رواه الشيخان عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: (لما مرض رسول الله - صلى الله عليه وسلم - مرضه الذي مات فيه فحضرت الصلاة فأذن فقال: مروا أبا بكر فليصل بالناس...) سبق تخريجه الحديث. واللفظ للبخاري.

أيضاً من الأدلة العقلية أننا لو قلنا بعدم جواز الاستخلاف لأدى ذلك إلى حرج الأمة، وتفويت منافع عليهم.

الحالة الثانية: الاستخلاف أثناء الصلاة: هذه المسألة حصل فيها خلاف بين الفقهاء على ثلاثة أقوال.

القول الأول: القائلين بالجواز: وهو المذهب عند الحنفية، والأظهر عند الشافعية، وهو الجديد عندهم، ورواية عند الإمام أحمد - رحمهم الله - فهؤلاء ذهبوا إلى جواز الاستخلاف إذا طرأ للإمام شيء في الصلاة، بل إن بعض أهل العلم ذهب إلى جواز الاستخلاف من الإمام ولو من غير عذر مستدلاً لذلك برجوع أبي بكر حينما جاء الرسول - صلى الله عليه وسلم - يهادي بين الرجلين فتأخر ليصلي النبي - صلى الله عليه وسلم - بالناس فأبو بكر تأخر من غير حاجة سبق تخريجه.

أيضاً مما استدلل به المجيزون أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - لما طعن قدم عبد الرحمن بن عوف في الصلاة البخاري (٣٧٠٠). فكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد فكان ذلك إجماعاً منهم .

القول الثاني: القائلين بعدم الجواز: وهو الأظهر عند الشافعية، والقول القديم عند الشافعي، والرواية الأخرى عند الإمام أحمد عدم الجواز.

القول الثالث: القائلين بالنذب: وهم المالكية - رحمهم الله - فيرون أنه يندب للإمام أن يستخلف إذا طرأ عليه عذر في الصلاة.

الترجيح: بعد أن استعرضنا أقوال الفقهاء - رحمهم الله -، وأدلتهم فالذي يظهر لي والله أعلم هو قول المجيزين، وذلك لقوة أدلتهم وصراحتها، وأما المانعين فإن أدلتهم لا ترقى لأن تخالف النص فهو صحيح صريح في هذا الباب.

المطلب الثاني: التنظيمات الخاصة باستخلاف الإمام من ينوب عنه

إن نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٣٩٢/١/٩ هـ. حين تكلم عن الاستخلاف لم يفرق بين الاستخلاف بالنسبة للإمام والمؤذن، بل جعل أحكام الاستخلاف التي ذكرها شاملة للإمام والمؤذن على حدٍ سواء، يقاس عليه الإمام هنا، لهذا فإن مبدأ الاستخلاف في نظام الأئمة

والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ٩/١/١٣٩٢هـ. جائز، لكن النظام اشترط شروطاً.

وهذه الشروط على سبيل الإجمال هي:

١- لا يستحق المؤذن الغياب والاستخلاف إلا في حالتين الإجازة المرضية، والإذن بالغياب.

٢- إذا كان الاستخلاف بسبب المرض فإن الحد الأعلى للاستخلاف خمسة عشر شهراً، وإن كان إذنًا بالغياب فإن الاستخلاف لا يتعدى شهراً.

٣- أن يقوم بالإتيان بمن ينوب عن مدة غيابه.

٤- لا بد أن تقبل الوزارة هذا الشخص المناب.

٥- أن يدفع مكافأة الوظيفة للشخص المستناب.

المبحث الخامس: المراقبة والتفتيش

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكمه في الفقه

إن الفقهاء - رحمهم الله - حينما تكلموا في كتبهم عن الأئمة، وشروط توليهم وغيرها مما يتعلق بأحكام الأئمة، لم يغفلوا جانب المراقبة والتفتيش عليهم، وقد أسند الفقهاء - رحمهم الله تعالى - أمر المراقبة والتفتيش إلى أهل الحسبة، فتجد أن من تكلم عن الحسبة من الفقهاء لم يغفل جانب الأئمة في ذلك.

و مسألة المراقبة على الأئمة مسألة لا بد منها، وترتقي إلى درجة الوجوب على الإمام الأعظم، أو من ينوب عنه؛ لأن هذا مما استرعاه الله عليه، وهو مسؤول عن رعيته أمام الله سبحانه وتعالى. فقد ورد عند الشيخين من حديث ابن عمر أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - قال: (ألا كلكم راعٍ،

وكلكم مسؤول عن رعيته... سبق تخريجه

المطلب الثاني: التنظيمات الخاصة بالمراقبة والتفتيش على الأئمة

لا فرق في المراقبة بالنسبة للإمام عما جاء في المراقبة على المؤذنين، إذ هم في ذلك سواء، وما ذكرته بالنسبة للمراقبة على المؤذنين فإنه ينطبق تماماً على الأئمة.

المبحث السادس: إيقاع الجزاءات على الأئمة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكمه في الفقه

ذكر الفقهاء - رحمهم الله تعالى - أن الإمام متى ما أتى بما يخالف الشريعة فإنه ينهى عن ذلك، فإن لم ينته وجب عزله، وبذلك يكون الفقهاء - رحمهم الله - أوقعوا عليه العقوبة الأولى وهي الإنذار، ثم إن لم ينته فإنه يعزل مباشرة بعد ذلك، فقد جاءت نصوص بعض الفقهاء - رحمهم الله - بذلك.

وعلى هذا فإن إيقاع الجزاءات على الأئمة أمر له وجود في الشرع الكريم، يدل لذلك ما جاء عند أبي داود، وأحمد وغيرهما أن رجلاً أمّ قوماً فبصق في القبلة ورسول الله - صلى الله عليه وسلم - ينظر فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - حين فرغ: (لا يصلي لكم) فأراد بعد ذلك أن يصلي لهم فمنعوه، وأخبروه بقول الرسول - صلى الله عليه وسلم - فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: (نعم). وحسبت أنه قال: (إنك أذيت الله ورسوله) سبق تخريجه.

فمتى ما وقع الإمام في مخالفة للشريعة فإن إيقاع الجزاء عليه جائز، بل قد يرقى لدرجة الوجوب أحياناً كما فعله الرسول - صلى الله عليه وسلم - في الحديث السابق. وإنما قلت جائز، لأن هناك من المخالفات التي لا تستحق إيقاع الجزاء فيكفي فيها التنبيه.

المطلب الثاني: الجزاءات على الأئمة في النظام

إن المنظم حين وضع الجزاءات في نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ٩/١/١٣٩٢هـ. جعلها شاملة لموظفي المسجد، ولم يخصها بالأئمة لوحدهم أو بالمؤذنين، وإنما جعلها شاملة للثنتين معاً، كما نصت بذلك المادة السابعة عشر من نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ٩/١/١٣٩٢هـ، حيث نصّت على التالي: «الجزاءات التي يمكن إيقاعها على موظفي المساجد هي:

١. الإنذار.
٢. اللوم.
٣. حسم مكافأة بما لا يتجاوز استحقاق ثلاثة أشهر.
٤. الفصل.

المبحث السابع: انتهاء خدمة الإمام

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أسبابه في الفقه

أن من أسباب انتهاء خدمة الإمام إذا طرأ عليه شيء يُحِلُّ بشروط الإمامة السابق ذكرها، فإنه مباشرة ينتهي عمله كإمام، ويبعد عن الإمامة.

أيضاً من أسباب انتهاء خدمة الإمام ما لو عوقب الإمام إذا أحل بشيء من أمور الدين، فمتى ما عزل الموكل إليه الأمر وقد كان في السابق المحتسب فإن إمامته في الصلاة لا تصح؛ لأنه عزل بأمر الوالي الذي قلده.

أيضاً من أسباب انتهاء خدمات الإمام، ما لو طلب الإمام نفسه الإغفاء من

منصبه

أيضاً من أسباب انتهاء خدمة الإمام ما لو عزل الإمام نفسه، كما فعل الحسن بن

علي - رضي الله عنه - حينما عزل نفسه وبإيعاع معاوية - رضي الله عنه رواه الحاكم في المستدرک علی الصحیحین حدیث (٤٧٧٤) وقال: «إسناده صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه»

لكن يجب أن يكون هناك ضوابط لعزل الإمام نفسه، فمن هذه الضوابط:

- ١- أن يتم إبلاغ صاحب الشأن بهذه الاستقالة.
- ٢- تكون هذه الاستقالة في وقت مناسب.
- ٣- أن يوجد من يحل محله في الإمامة.
- ٤- أن لا يكون في تركه منصبه ضررٌ على المأمومين.

المطلب الثاني: أسبابه في النظام

لم يفرق نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١/م) وتاريخ ١٣٩٢/١/٩ هـ. بين الإمام والمؤذن، فانتهاه خدمة الإمام والمؤذن واحدة، لذا فإن المادة الحادية والعشرون من نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١/م) وتاريخ ١٣٩٢/١/٩ هـ، جاءت شاملة لموظفي المسجد، ولم تنص على أحدهما، يبين ذلك نص المادة السابقة حيث نصت على ما يلي: «تنتهي خدمة الموظف» وبناءً على هذا، فإن أسباب انتهاء الخدمة هي ما يلي:

١. إذا لم يباشر عمله خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغه بقرار التعيين أو النقل.
٢. إذا غاب عن عمله بدون عذر مشروع لمدة خمسة عشر يوماً.
٣. إذا فقد أحد شروط التعيين.
٤. إذا عجز عن مباشرته عمله بسبب المرض لمدة تزيد عن خمسة عشر شهراً.
٥. إذا حكم عليه بالسجن لمدة تزيد عن ستة أشهر.

هذه الأسباب الخمسة نصَّ عليها نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر

بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ٩/١/١٣٩٢ هـ. في (م/٢١).

لكن هناك سبب زائد لم ينص عليه نظام الأئمة والمؤذنين وخدم المساجد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ٩/١/١٣٩٢ هـ وقد نص عليه نظام الخدمة المدنية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٩) وتاريخ ١٠/٧/١٣٩٠ هـ في مادته الثلاثين. وهذا السبب هو:

٦. الاستقالة.

الفصل الرابع

الاختصاص القضائي

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: الاختصاص القضائي فيما يتعلق بوظيفة المؤذن.

الاختصاص القضائي فيما يتعلق بوظيفة المؤذن هو ديوان المظالم. ذلك أن جميع موظفي الدولة جهة الاختصاص لديهم هو ديوان المظالم إلا ما استثني بنص، لكن الأصل هو الديوان كما نصّت على ذلك المادة الثامنة من ديوان المظالم، فهم يتبعون نظام الخدمة المدنية، فقد نصّت المادة (م/ ٨) من ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥١) وتاريخ ١٧/٧/١٤٠٢ هـ. في جميع فقراتها على أن ديوان المظالم هو جهة التحاكم بالنسبة لموظفي الدولة.

المبحث الثاني: الاختصاص القضائي فيما يتعلق بوظيفة الإمام

إن الإمام كما هو من موظفي الدولة وكما هو معلوم بأن - موظفي الدولة جهة الاختصاص لديهم هو ديوان المظالم إلا ما استثني.

تم التلخيص بحمد الله تعالى
وصلّى الله وسلّم على نبينا محمد
وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

ملخص بحث

أحكام التظلم الإداري

دراسة مقارنة

مع تطبيقات قضائية من ديوان المظالم

بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في السياسة الشرعية

إعداد الطالب

فارس بن أحمد الشهري

إشراف فضيلة الشيخ الدكتور

فيصل بن رميان الرميان

الأستاذ المساعد بقسم السياسة الشرعية

١٤٢٦هـ

عدد صفحات البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس ١٠٤

عدد صفحات البحث بدون المقدمة والفهارس ٨٢

عدد صفحات البحث بعد التلخيص ٢٧

وقد قسمت البحث إلى تمهيد وثلاثة فصول وخاتمة، هي كالتالي:

التمهيد:

ويتكون من خمسة مباحث:

المبحث الأول: تعريف التظلم.

المطلب الأول: تعريف التظلم لغةً.

المطلب الثاني: تعريف التظلم فقهاً.

المطلب الثالث: تعريف التظلم نظاماً.

المبحث الثاني: تعريف الإداري.

المطلب الأول: تعريف الإداري لغةً.

المطلب الثاني: تعريف الإداري فقهاً.

المطلب الثالث: تعريف الإداري نظاماً.

المبحث الثالث: تعريف التظلم الإداري باعتباره علماً.

المطلب الأول: تعريف التظلم الإداري في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: تعريف التظلم الإداري في النظام.

المبحث الرابع: نظرة تاريخية في نشأة التظلم الإداري وحكمته.

المطلب الأول: نشأة التظلم الإداري.

الفرع الأول: نشأة التظلم الإداري في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: نشأة التظلم الإداري في القانون الحديث.

الفرع الثالث: نشأة التظلم الإداري في النظام السعودي.

المطلب الثاني: الحكمة من التظلم الإداري.

المبحث الخامس: تمييز التظلم الإداري عن التظلمات الأخرى.

المطلب الأول: التظلم الإداري والطلب الأصلي.

المطلب الثاني: التظلم الإداري والطلب المعاد لتقديمه.

المطلب الثالث: التظلم الإداري والطلب السابق.

المطلب الرابع: التظلم الإداري والدعوى الإدارية.

الفصل الأول: إجراءات التظلم الإداري.

ويتكون من ثلاثة مباحث، كما يلي:

المبحث الأول: تقديم التظلم الإداري.

المبحث الثاني: فحص التظلم الإداري.

المبحث الثالث: البت في التظلم الإداري.

المطلب الأول: البت من قبل الجهة الإدارية.

المطلب الثاني: البت من قبل الجهة الرئاسية.

المطلب الثالث: البت من قبل لجنة إدارية.

الفصل الثاني: أنواع التظلم الإداري، درجاته، وشروطه.

ويتكون من ثلاثة مباحث، كما يلي:

المبحث الأول: أنواع التظلم الإداري.

المطلب الأول: التظلم الاختياري.

المطلب الثاني: التظلم الوجوبي.

المبحث الثاني: درجات التظلم الإداري.

المطلب الأول: التظلم من القرارات الإدارية المتعلقة بحقوق الموظف العام.

المطلب الثاني: التظلم من القرارات الإدارية الأخرى.

المبحث الثالث: شروط التظلم الإداري.

المطلب الأول: أن يكون التظلم بعد صدور القرار الإداري.

المطلب الثاني: أن يتضمن التظلم عرضاً واضحاً للموضوع.

المطلب الثالث: أن يكون التظلم مجدياً.

المطلب الرابع: أن يتم تقديم التظلم في الميعاد المحدد نظاماً.

المطلب الخامس: أن يتم تقديم التظلم إلى الجهة الإدارية المختصة.

الفصل الثالث: آثار التظلم الإداري.

ويتكون من ثلاثة مباحث، كما يلي:

المبحث الأول: الآثار المتعلقة بالمتظلم.

المبحث الثاني: الآثار المتعلقة بجهة الإدارة.

المطلب الأول: قبول جهة الإدارة للتظلم.

المطلب الثاني: رفض جهة الإدارة للتظلم.

المطلب الثالث: سكوت جهة الإدارة.

المبحث الثالث: الآثار المتعلقة بالقرار.

المطلب الأول: تنفيذ القرار.

المطلب الثاني: قطع ميعاد رفع الدعوى.

المطلب الثالث: حلول القرار الصادر بالفصل في التظلم محل التظلم الأصلي.

خاتمة: تتضمن أبرز النتائج التي توصلت إليها في البحث.

التمهيد

ويتكون من خمسة مباحث:

المبحث الأول: تعريف التظلم

المطلب الأول: تعريف التظلم لغة:

التظلم على وزن تَفَعَّل: وهو مصدر تَظَلَّمَ يَتَظَلَّمُ تَظَلُّماً، بمعنى شكاية من أوقع الظلم إلى الحاكم أو السلطان أو غيره، ففيه طلب المظلوم إنصافه ممن ظَلَمَهُ.

المطلب الثاني: تعريف التظلم فقهاً.

تعريف التظلم في الفقه الإسلامي من خلال التطبيق العملي بأنه: الشكوى المقدمة من شخص إلى من يستطيع إنصافه.

المطلب الثالث: تعريف التظلم نظاماً.

التظلم في النظام السعودي: هو التصرف الذي يسبق التقدم إلى القضاء المختص، كما أنه الوسيلة التي يمنحها النظام للأشخاص المتضررين من القرار لتقديم عريضة الدعوى التي يمكنهم من خلالها تقديم شكاواهم ضد جهة الإدارة أمام القضاء للفصل في المنازعة الناشئة بينهما.

المبحث الثاني: تعريف الإداري

المطلب الأول: تعريف الإداري لغة

يقصد بـ (الإداري) النسبة إلى (الإدارة) باعتبار أن الإدارة وهي تقوم بممارسة نشاطها فهي تقوم بتقليب الأعمال وتحريكها وفق نهج معين تمليه عليها أهدافها وطريقة سير عملها .

المطلب الثاني: تعريف الإداري فقهاً

الإدارة في الفقه الإسلامي هي ممارسات الديوان التي تُجرى بحسبه الأعمال في الدولة.

المطلب الثالث: تعريف الإداري نظاماً

في النظام السعودي عُرِّفت بأنها: [توظيف المبادئ والوسائل والأساليب من أجل غايات واضحة وعلى نحو محدد ومنسق].

المبحث الثالث: تعريف التظلم الإداري باعتباره علماً

المطلب الأول: تعريف التظلم الإداري في الفقه الإسلامي

قيام المتضرر في حق من حقوقه بشكاية من أوقع عليه الضرر إلى والي المظالم من أجل النظر في مظلمته وإزالة أسبابها بحيث تعود حقوقه الشرعية إليه.

المطلب الثاني: تعريف التظلم الإداري في النظام

«هو الإجراء الذي يقوم به صاحب الشأن ويعبر من خلاله عن عدم رضاه عن القرار الإداري ويقدم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار أو السلطة الرئاسية لها، أو لجنة إدارية خاصة ينظر التظلمات، بهدف حثها على إعادة النظر في ذلك القرار وتعديل أو إلغائه في مدد ومواعيد حددها النظام».

المبحث الرابع: نظرة تاريخية في نشأة التظلم الإداري وحكمته

المطلب الأول: نشأة التظلم الإداري

الفرع الأول: نشأة التظلم الإداري في الفقه الإسلامي.

نشأ التظلم الإداري كإحدى الأدوات والوسائل التي تمكن المضرور أو صاحب المظلمة من استرداد حقه عن طريق قضاء المظالم.

ومن حيث الوقائع تاريخياً، والتي توصل الأخذ بقضاء المظالم فقد بدأت منذ

عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وذلك بإنصافه المظلوم، والأخذ على يد الظالم، في حوادث كثيرة جداً تؤكد البداية الفعلية لهذا النوع من القضاء، حيث كانت أغلب تلك الحوادث عبارة عن تظلمات يتقدم بها أصحاب الشأن ويجدون النصر من النبي - صلى الله عليه وسلم -، وعلى هذا النهج مضى الخلفاء الراشدون، فكانوا ينظرون المظالم بالاستناد إلى ولاية الخلافة، باعتبار القضاء من وظائفها.

وعندما ورث عبد الملك بن مروان الخلافة كان أول من خصص يوماً يتلقى فيه شكاوى المتظلمين دون أن يباشر القضاء فيها، فكانت مهمته في هذه المرحلة البحث فيما إذا كان هناك ظلامة تحتاج إلى القضاء، فيدفع بها إلى قاضيه حيث ينظرها ويقضي فيها.

الفرع الثاني: نشأة التظلم الإداري في القانون الحديث

الأصل في طبيعة الوظيفة الإدارية أن تراقب الإدارة تصرفاتها المختلفة بنفسها، ولما كان هذه النظام غير كافٍ لرد جميع الحقوق إلى أصحابها، أو لإعادة الأمور إلى نصابها، قامت الرقابة القضائية على قرارات الإدارة.

الفرع الثالث: نشأة التظلم الإداري في النظام السعودي

نشأ التظلم الإداري في المملكة العربية السعودية مع بداية تكوّنهما في عهد الملك عبدالعزيز بن عبدالرحمن رحمه الله ونظراً لاتساع الدولة وكثرة السكان وتطور وظائف الدولة فقد اقتضى الأمر تخصيص جهة معينة يبحث مظالم الأفراد تكون تابعة لجلالة الملك ومسؤولة أمامه وهذا ما تم في سنة ١٣٧٣ هـ حيث أنشئت إدارة بمجلس الوزراء باسم ديوان المظالم، وتنحصر مهمتها في بحث شكاوى المواطنين. ثم في عام ١٩٧٤ هـ صدر المرسوم الملكي ٢/٣/٨٧٥٩ الذي يقضي بإنشاء ديوان المظالم كجهة مستقلة. ونصت المادة الأولى منه على أن «يشكل ديوان مستقل باسم ديوان المظالم. ويقوم بإدارة هذا الديوان رئيس من درجة وزير يعين بمرسوم ملكي، وهو المسؤول أمام جلالة الملك وجلالته المرجع الأعلى له.

وقد كان ذلك هو أول تطبيق عملي لأحكام التظلم الإداري في النظام السعودي ثم بعد صدور نظام ديوان المظالم كجهة قضاء إداري مستقل، ١٤٠٢هـ، وصدور قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم أخذ التظلم حيزاً كبيراً ومهماً في النظام، وبات له قواعد ومواعيد تنظمه كما في المادة الثالثة منه، والتي تنص على أنه «فيما لم يرد به نص خاص يجب في الدعوى النصوص عليها في الفقرة (ب) من المادة الثامنة من نظام ديوان المظالم أن يسبق رفعها إلى الديوان التظلم إلى الجهة الإدارية المختصة خلال ستين يوماً...» قواعد المرافعات والإجراءات أمام الديوان الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (١٩٠) وتاريخ ١٦/١١/١٤٠٩هـ، المادة (٣)..

المطلب الثاني: الحكمة من التظلم الإداري

أشار قرار رئيس الديوان ذي الرقم (٢) وتاريخ ٣/٤/١٤١٠هـ إلى الحكمة من التظلم عندما ورد به صراحة ضرورة الالتزام بالإجراءات المشار إليها في المواد من الأولى حتى الرابعة من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم «بغية الحد بقدر المستطاع من عدد القضايا، وتحقيق العدالة الإدارية بطريقة أيسر للناس وبإنهاء تلك المنازعات في مراحلها الأولى» تعميم رئيس ديوان المظالم رقم (٢) بتاريخ ٣/٤/١٤١٠هـ. كما أشار العديد من القرارات الصادرة عن الديوان إلى حكمة التظلم، ففي إحداها أن الحكمة من التظلم الإداري من أجل «إنهاء المنازعات الإدارية في مراحلها الأولى قبل طرحها على القضاء المختص إذا ما أُجيب المتظلم إلى طلبه دون الدخول في لدد الخصومة أمام القضاء ومن ناحية أخرى تقلل الوارد- بقدر الإمكان - من عدد القضايا التي ترفع إلى ديوان المظالم باعتباره جهة القضاء الإداري المنوط بها الفصل في تلك المنازعات». القرار رقم ٨٦/٣ لعام ١٤٠٠هـ في القضية رقم ٢/٤١ ق لعام ١٣٩٩هـ، والقرار رقم ٨٦/١٠ لعام ١٤٠٠هـ في القضية رقم ٢/١١١ ق لعام ١٣٩٩هـ، والقرار رقم ٨٦/١ لعام ١٤٠١هـ.

كما أن التظلم الإداري يعتبر محاولة للصلح قبل عرض النزاع على القضاء.

المبحث الخامس: تمييز التظلم الإداري عن الطلبات الأخرى

المطلب الأول: التظلم الإداري والطلب الأصلي:

يكمن الفرق الجوهرى بين الطلب الأصلي والتظلم الإداري في الناحية الموضوعية. فالطلب الأصلي لا يقتضى وجود نزاع سابق بين الإدارة وصاحب الشأن بخلاف التظلم الإداري. كما أن الطلب الأصلي لا يوجه ضد عمل قانوني.

المطلب الثاني: التظلم الإداري والطلب المعاد تقديمه:

الطلب الجديد بالمعنى الفني الدقيق، الذي يشتمل على تغيير في الظروف أو الأسانيد القانونية التي يرتكن إليها صاحب الشأن، يختلف عن التظلم لأنه لا يوجد ضد قرار إداري سابق.

المطلب الثالث: التظلم الإداري والطلب السابق:

يفترق الطلب السابق عن التظلم الإداري في كون الأول خلافاً للثاني لا يوجد ضد عمل قانوني موجود فعلاً، بل إن هدفه هو استعداد ذلك العمل القانوني أي إحداث تصرف تقوم به جهة الإدارة من أجل أن يتمكن صاحب الشأن من رفع دعوى قضائية أمام القضاء الإداري، ويلاحظ أن النظام السعودي لا يأخذ بقاعدة القرار الإداري السابق في دعاوى القضاء الكامل. ويستثنى من ذلك المنازعات الواردة في المادة ٨ / ١ / أ من نظام ديوان المظالم وذلك طبقاً للمادة (٢) فقرة (١) من قواعد المرافعات أمام الديوان ففي الفقرة ١ / أ من المادة (٨) من نظام الديوان يختص الديوان بالفصل في الدعاوى المتعلقة بالحقوق المقررة في نظم الخدمة المدنية والتقاعد لموظفي ومستخدمي الحكومة والأجهزة ذوات الشخصية المعنوية العامة المستقلة أو ورثتهم والمستحقين عنهم. نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٥١ وتاريخ ١٧ / ٧ / ١٤٠٢ هـ.

ثم أوجبت المادة الثانية من قواعد المرافعات والإجراءات أمام الديوان، في الدعاوى المتعلقة بالحقوق المقررة في نظام الخدمة المدنية أن يسبق رفعها إلى الديوان

مطالبة الجهة الإدارية المختصة خلال خمس سنوات من تاريخ نشوء الحق المدعى به. قواعد المرافعات والإجراءات أمام الديوان، المادة الثانية، فقرة (١).

المطلب الرابع: التظلم الإداري والدعوى الإدارية

يختلف التظلم الإداري عن الدعوى الإدارية في أن الأول يقدم للجهة الإدارية أما الثاني فيقدم للقضاء، كما أن الأول يهدف إلى إصدار قرار إداري بشأن موضوع التظلم في حين يهدف الثاني إلى صدور حكم قضائي يفصل في النزاع، ويتفق التظلم الإداري والدعوى الإدارية في كونها وسائل قانونية تهدف إلى صدور العمل مطابقاً للقانون.

الفصل الأول

إجراءات التظلم الإداري

ويتكون من ثلاثة مباحث، كما يلي:

المبحث الأول: تقديم التظلم.

يلاحظ أن نص المادة الثالثة من قواعد المرافعات والإجراءات أمام الديوان، لا يشترط اتباع شكل معين، بيد أن العمل استقر على ضرورة الشكل الكتابي للتظلم في كثير من الأجهزة الإدارية في المملكة حيث يتم عادة تسجيل التظلم في السجل العام ويعطى رقماً وتاريخاً، ويحصل صاحب الشأن عادة على ورقة مراجعة يبين فيها رقم التظلم وتاريخ تقديمه.

ويتعين على المتظلم أن يشتمل تظلمه على موضوع القرار المتظلم منه والأسباب التي بنى عليها التظلم.

كما حدد القرار المشار إليه كيفية تقديم التظلم الوجوبي وذلك حسب ما ورد في الفقرة الرابعة من القرار المذكور التي نصت على أن «تتلقى الجهة الإدارية المعنية التظلم المقدم إليها، وتسجله برقم مسلسل في سجل خاص بالتظلمات الإدارية ويبين فيه تاريخ تقديم التظلم، ويعطى المتظلم إيصالاً رسمياً يتضمن رقم التظلم وتاريخ تقديمه. ويسلم له مباشرة أو يسلم باليد بواسطة البريد المسجل».

المبحث الثاني: فحص التظلم الإداري

نصت بعض الأنظمة في المملكة على الجهات التي تتولى فحص التظلم، كما في المادة العاشرة من نظام مجلس الخدمة المدنية فقد جعلت من اختصاصات المجلس: «ط - فحص تظلمات الموظفين المحالة إليه من الجهات المختصة وإيداء الرأي فيها». الفقرة (ط) من المادة العاشرة من نظام مجلس الخدمة المدنية الصادرة بالمرسوم الملكي

رقم ٤٨/٢، وتاريخ ١٠/١١/١٣٩٧هـ

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الجهة الإدارية مصدرة القرار أو الجهة الرئاسية لها عندما تقوم بفحص التظلم، يمكن لها أنه تستدعي صاحب الشأن أو الغير ممن له صلة بالموضوع للاسترشاد بوجهة نظره أو ما لديه من معلومات أو مستندات حول موضوع التظلم.

المبحث الثالث: البت في التظلم الإداري

المطلب الأول: البت من قبل الجهة الإدارية

إذا تقدم المضرور بتظلمه إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار، فإنه بموجب ذلك تقوم الإدارة بإعادة النظر في القرار المتظلم منه، إما بسحبه أو بإلغائه أو بتعديله أو باستبدال غيره به، بعد أن تُبَصَّر بوجه الخطأ الذي ارتكبه.

وعند البت في التظلم تباشر الجهة الإدارية السلطات التي لها على أفعالها، أو على أعمال مرؤوسيهيها أو على أعمال من يرتبطون بها بوصاية إدارية كما أن سلطاتها في هذا المجال لا تقتصر على النظر في مشروعية القرار، بل تتعداه إلى النظر في مدى ملاءمته ومناسبته فيما يصطلح عليه برقابة الملائمة. ويرد على سلطة الإدارة في هذا الصدد قيود تملحها ضرورة احترام الحقوق المكتسبة واستقرار الأوضاع الإدارية.

المطلب الثاني: البت من قبل الجهة الرئاسية

ويقصد بالجهة الرئاسية السلطة التي ترأس مُصدر القرار محل التظلم، ويرجع في تحديد الصفة الرئاسية داخل كل وزارة أو مصلحة إلى القوانين والقرارات المنظمة لها. وبناءً على ذلك يتولى الرئيس سحب القرار أو إلغائه أو تعديله بما يجعله مطابقاً للقانون، وقد يعيد القرار إلى مُصدره لإعادة النظر فيه وتعديله بناءً على تظلم المضرور منه.

المطلب الثالث: البت من قبل لجنة إدارية

تشكل أحياناً لجنة إدارية تختص بنظر التظلمات والبت فيها، حيث تتكون من عدد من الموظفين الإداريين ذوي المراتب الوظيفية العليا، فتقوم هذه اللجنة بنظر موضوع التظلم وفحصه والبت فيه على وجه الاستقلال والحياد، ومن ثم تقرر إما تعديله أو رفضه، كما سيأتي لاحقاً من هذا البحث.

الفصل الثاني

أنواع التظلم الإداري، درجاته، وشروطه

المبحث الأول: أنواع التظلم الإداري

المطلب الأول: التظلم الاختياري

الأصل العام يتمثل في التظلم الاختياري الذي يتقدم به صاحب الشأن من تلقاء نفسه دون اشتراط من المنظم، خلال مدة الستين يوماً التالية لعلمه بالقرار الإداري سواء عن طريق تبليغه به، أو نشره في الجريدة الرسمية، كما أوضحته المادة (٣) من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم.

ويهدف المتظلم بذلك إلى كسب الوقت واختصار المدة اللازمة للبت في تظلمه، ورغبة منه في معرفة الآثار القانونية والنتائج المادية المترتبة على تقديمها بأسرع وقت ممكن.

المطلب الثاني: التظلم الوجوبي

وهو التظلم الذي يجب أن يرفعه صاحب الشأن إلى جهة الإدارة وذلك في حالات محده نظاماً، كشرط سابق على رفع دعوى الإلغاء، بحيث إذا رفعت الدعوى قبل تقديمه فإنها تعتبر غير مقبولة.

وفي المملكة العربية السعودية، فإن استقراء المادة الثالثة من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم، والعديد من الأحكام والقرارات القضائية التي سبقت الإشارة إليها عند الحديث عن الحكمة من التظلم، كلها تكشف بجلاء أن التظلم يعد وجوبياً، ولم يقتصر الأمر عند هذا الحد بل جعل التظلم الوجوبي من درجة واحدة بالنسبة للقرارات الإدارية بوجه عام، ويكون من درجتين بالنسبة للقرارات الإدارية المتعلقة بشؤون الخدمة المدنية، كما سيأتي في المبحث الثاني من هذا

الفصل بحثه مستوفيا في حينه.

وقد ذهب الديوان في هذا الخصوص إلى (... على أنه لا ريب في تقديم هذا التظلم إلى جهة الإدارة هو إجراء واجب على المدعي وشرط لازم لقبول دعواه، ومن ثم يتعين عليه هو إثبات قيامه بهذا الإجراء، فإذا لم يقدم ما يدل على حصوله كانت دعواه غير مقبولة، وبناءً على ذلك، فإنه قد خلت الدعوى من إشارة إلى سبق تقديم المدعية تظلماً إلى جهة الإدارة، فقد لزم القضاء بعدم قبول هذه الدعوى) حكم هيئة التدقيق رقم ٢٣/ت/١ لعام ١٤٠٥هـ، في القضية رقم ١/٥٥١/ق لعام ١٤٠٢هـ، بتاريخ ٢٤/٣/١٤٠٥هـ..

ويجب التنبيه إلى نص المادة الأولى والتي توجب أن تكون نتيجة التظلم من البيانات اللازم تضمينها عريضة الدعوى، حيث تنص على: (ترفع الدعوى الإدارية بطلب من المدعي يقدم إلى رئيس ديوان المظالم أو من ينيبه متضمناً بيانات عن المدعي والمدعى عليه، وموضوع الدعوى وتاريخ مطالبة الجهة الإدارية بالحق المدعى به إن كان مما تجب المطالبة به قبل رفع الدعوى وفقاً للمادة الثانية من هذه القواعد ونتيجة المطالبة، أو تاريخ التظلم من القرار المطعون فيه إن كان مما يجب التظلم منه إلى الجهة الإدارية قبل رفع الدعوى وفقاً للمادة الثالثة من هذه القواعد ونتيجة التظلم...) المادة (١) من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم.

المبحث الثاني: درجات التظلم الإداري

المطلب الأول: التظلم من القرارات الإدارية المتعلقة بحقوق الموظف العام

عُهد إلى ديوان المظالم، بحسب الفقرة (أ) من المادة الثامنة من نظام ديوان المظالم الاختصاص بالفصل في: (الدعوى المتعلقة بالحقوق المقررة في نظم الخدمة المدنية والتقاعد لموظفي ومستخدمي الحكومة والأجهزة ذوات الشخصية المعنوية العامة المستقلة أو ورثتهم والمستحقين عنهم) المادة الثامنة، فقرة (أ)، من نظام ديوان المظالم.

وقد أوجبت المادة الثانية الإجراءات أمام ديوان المظالم، أن يسبق رفع الدعوى

الإدارية أمام الديوان، التظلم إلى جهتين بالترتيب؛ جهة الإدارة ثم وزارة الخدمة المدنية، وذلك في الطعون المتعلقة بالحقوق المقررة في نظم المدنية، كما سبق الإشارة إليه، حيث أوجبت الفقرة (١) من نفس المادة، مطالبة الجهات الإدارية المختصة خلال خمس سنوات من تاريخ نشوء الحق المدعى به الفقرة (١) من المادة الثانية من قواعد المرافعات والإجراءات أمام الديوان.

ثم استثنت هذه القاعدة في حالة ما إذا كان هناك عذر شرعي حال دون المطالبة بالحق خلال خمس سنوات، فإنه يجب سماع الدعوى برغم مضي المدة، وإذا طالب الموظف، قبل مضي السنوات الخمس المشار إليها، فإن الجهة الإدارية تكون ملزمة بأن تبت في المطالبة خلال تسعين يوماً من تاريخ تقديمها لها، وقد أوجب النظام - في حالة رفض جهة الإدارة - أن يكون قرارها الصادر بالرفض مسيئاً، وعلى وزارة الخدمة المدنية أن تبت في التظلم خلال ستين يوماً من تاريخ تقديمه الفقرة (٢) من المادة الثانية، قواعد المرافعات والإجراءات أمام الديوان..

(فإذا صدر قرار وزارة الخدمة المدنية برفض التظلم أو مضت المدة المحددة دون البت فيه جاز رفع الدعوى إليديوان المظالم خلال تسعين يوماً من تاريخ العلم بالقرار الصادر بالرفض، أو انقضاء الستين يوماً المذكورة دون البت في التظلم، أو خلال ما تبقى من خمس السنوات المذكورة في الفقرة الأولى أيهم أطول). الفقرة (٣) من المادة الثانية، قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم.

المطلب الثاني: التظلم من القرارات الإدارية الأخرى

وأعني بهذا النوع من التظلمات، التظلم من القرار الذي لا علاقة له بحق من حقوق موظفي الخدمة المدنية ونحوهم، وهذا النوع من التظلمات هو ما أشارت إليه الفقرة (١/ب) من المادة الثامنة من نظام ديوان المظالم المادة الثامنة، فقرة (أ)، من نظام ديوان المظالم..

وقد حددت المادة الثالثة من لائحة قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان

المظالم الأصول الإجرائية التي يتعين مراعاتها قبل رفع دعوى الإلغاء، وهي كماورد قى المادة الثالثة من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم:

أولاً: التظلم من القرار خلال ستين يوماً من تاريخ العلم به، ويتحقق العلم بهذا القرار بأحد سبيلين: إما الإبلاغ بالقرار، أو النشر في الجريدة الرسمية إذا تعذر الإبلاغ بالقرار..

ثانياً: بت الجهة الإدارية في التظلم خلال تسعين يوماً.

وتبدأ هذه المدة من تاريخ تقديم التظلم إلى الجهة الإدارية، ولا يعتد بالتظلم إذا لم يكن للمتظلم مصلحة في إلغاء القرار المتظلم منه.

ثالثاً: رفع دعوى خلال ستين يوماً وذلك على تفصيل:

فإن كانت الدعوى غير متعلقة بشؤون الخدمة المدنية فإن صاحب الشأن يكون ملزماً برفعها إلى الديوان خلال ستين يوماً من تاريخ علمه بالقرار الصادر بفرض تظلمه إن كان قد صدر قرار خلال التسعين يوماً التي يناط بالجهة الإدارية البت بالتظلم خلالها، أو من تاريخ انقضاء مدة التسعين يوماً كاملة، إذا لم تبت الجهة الإدارية في التظلم المقدم لها.

المبحث الثالث: شروط التظلم الإداري

المطلب الأول: أن يكون التظلم بعد صدور القرار الإداري.

إن استقراء نص المادة الثالثة من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم، وكذلك نص المادة الثامنة، الفقرة (١/ ب) من نظام الديوان، يكشف دون عناء أن التظلم إنما يوجد ضد قرار إداري بالمعنى الفني الدقيق، أي ضد وقد أكد ديوان المظالم على ضرورة أن يكون هناك قرار إداري حتى يمكن التظلم منه، حيث ذهب في أحد أحكامه إلى أن... عدم صدور القرار يجعل التظلم في غير محله القرار رقم ٨ / ٤ / ١٣٩٩ هـ في القضية رقم ٢٨٢ / ق لعام ١٣٩٨ هـ مجموعة المبادئ الشرعية

والنظامية لعام ٧٩ - ١٣٩٩ هـ، ص ٣٦.

لا يجوز التظلم الإداري ضد القرارات والأعمال الصادرة عن السلطة التشريعية، كالقوانين والتشريعات وما في حكمها، كما لا يجوز أيضاً التظلم الإداري ضد القرارات والأعمال الصادرة عن السلطة القضائية.

المطلب الثاني: أن يتضمن التظلم عرضاً واضحاً للموضوع.

يجب أن يفرغ في محرر مكتوب مدوّن به اسم مقدّمه ومحل إقامته ومهنته والقرار المعيب وجهة إصداره وتاريخ صدوره ومضمونه ووجه الطعن عليه، ويجب عند تقديم التظلم الإداري أن يكون المتظلم ذا صفة ومصلحة أو وكيلًا ونائبًا، شريطة أن يكون مفوضاً بتوكيل صحيح قانوناً لذلك.

كما يمكن للطاعن أن يستند في تقديمه للتظلم إلى سائر الأسباب سواء تلك المتعلقة بالمشروعية أو الخاص بالملاءمة في إصدارها، مع الأخذ في الاعتبار بالفرق بين الرقابة الإدارية من جهة شمولها وعمومها للرقابتين: المشروعية، ورقابة الملائمة، والرقابة القضائية باعتبار انحصارها في رقابة المشروعية دون الملائمة، فهذه الأخيرة ترجع إلى جهة الإدارة بما لها من سلطة تقديرية في رعاية ما تصدره من قرارات.

المطلب الثالث: أن يكون التظلم مجدياً

أي أن يكون من الجائز نظاماً للجهة التي أصدرت القرار سحبه أو إلغاؤه أو تعديله. أما إذا كانت تلك الجهة قد استنفذت سلطتها بإصدارها ذلك القرار بحيث أصبح خارج سلطتها في إمكانية تعديله أو إلغاؤه أو سحبه، فإن التظلم حينئذ يعتبر غير مجد، أي انه لا ينتج أثره القانوني في قطع الميعاد، وبالتالي فإنه يجب أن يتجه صاحب الشأن مباشرة إلى القضاء رافعاً دعواه.

المطلب الرابع: أن يتم تقديم التظلم في الميعاد المحدد نظاماً

أولاً: بدء الميعاد بالنسبة للتظلم للجهة الإدارية مصدرة القرار:

تنص المادة الثالثة من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم على أن: (فيما لم يرد به نص خاص يجب في الدعوى المنصوص عليها في الفقرة (ب) من المادة الثامنة من نظام ديوان المظالم أن يسبق رفعها إلى الديوان التظلم إلى الجهة الإدارية المختصة خلال ستين يوماً من تاريخ العلم بهذا القرار، ويتحقق العلم به بإبلاغ ذوي الشأن به أو نشره في الجريدة الرسمية إذا تعذر الإبلاغ....)

ويثور التساؤل عن مدى إمكانية تطبيق قاعدة العلم اليقيني هنا، وما إذا كان علم صاحب الشأن علماً يقينياً حسب ما هو متعارف عليه في الفقه والقضاء الإداري المقارن يؤدي إلى بدء سريان ميعاد التظلم؟ والذي أرجحه أنه متى ثبت العلم بالقرار على نحو قاطع في تاريخ محدد فإن ميعاد التظلم يسري في حق صاحب الشأن، وهذا ما أكدته ديوان المظالم حين قرر في أحد أحكامه أن الموظف إذا كان منقطعاً عن العمل ولم يبلغ بالقرار فإن تاريخ العلم بالنسبة له هو تاريخ مباشرة العمل، وقد ورد في الحكم المشار إليه ما يلي:

(فحيث أن المدعي يذكر انه لم يبلغ بالقرار رسمياً حتى تاريخ مباشرته للعمل الإداري بتاريخ ٢٨ / ١٠ / ١٤١١ هـ وحيث انه كان منقطعاً عن العمل من تاريخ ٣٠ / ٢ / ١٤١١ هـ حتى صدور قرار الوزارة رقم ٨ / ٢٠٩٤ / ٢٨ / ١٠ / ١٤١١ هـ بسحب قرار طي قيده لانقطاعه عن العمل.

وحيث إن الوزارة لم تثبت إبلاغه بقرار التحويل رسمياً فإن تبلغه بالقرار يعتبر من تاريخ مباشرته للعمل الإداري بتاريخ ٢٨ / ١٠ / ١٤١١ هـ وحيث تظلم المدعي للجهة الإدارية بتاريخ ١٩ / ١٢ / ١٤١١ هـ حسب ورقة المراجعة المرفقة بأوراق القضية ولم تبت في تظلمه وتظلم لديوان الخدمة المدنية بتاريخ ٢٠ / ٣ / ١٤١٢ هـ حسب تذكرة المراجعة المرفقة ومضت المدة المحددة دون أن يبت في التظلم لذا فإن تظلمه أمام الديوان يصبح مقبولاً من الناحية الشكلية الحكم رقم ٢١ / د / ف / ٩ لعام ١٤١٥ هـ في الدعوى الإدارية رقم ٧٨١ / ١ / ق لعام ١٤١٢ هـ بتاريخ ١٧ / ٦ / ١٤١٥ هـ..

وتجدر الإشارة هنا إلى أن عبء الإثبات يقع على عاتق الجهة الإدارية في حالة

وجود منازعة من صاحب الشأن، فيجب على الجهة الإدارية أن تثبت تاريخ إبلاغ صاحب الشأن أو تاريخ النشر في الجريدة الرسمية أو تاريخ العلم اليقيني، وهذا ما أكده ديوان المظالم في الحكم رقم ٢١/د/ف/٩ لعام ١٤١٥هـ في

الدعوى رقم ٧٨١/١/ق لعام ١٤١٢هـ بتاريخ ١٧/٦/١٤١٥هـ السابق الإشارة إليه حيث ورد به: (وحيث إن الوزارة لم تثبت إبلاغه بقرار التحويل رسمياً فان تبلغه بالقرار يعتبر من تاريخ مباشرته للعمل الإداري)

ثانياً: بدء ميعاد التظلم إلى وزارة الخدمة المدنية في دعوى إلغاء القرارات الإدارية المتعلقة بشؤون الخدمة المدنية:

تنص المادة الثالثة من قواعد والإجراءات أمام ديوان المظالم على أن:

(... أما إذا كانت الدعوى متعلقة بشؤون الخدمة المدنية فيتعين قبل رفعها إلى الديوان التظلم إلى وزارة الخدمة المدنية خلال ستين يوماً من تاريخ العلم بالقرار الصادر برفض التظلم أو انقضاء مدة التسعين يوماً المحددة للجهة الإدارية دون البت فيه).

هذه الفقرة حددت بدء ميعاد الدرجة الثانية من التظلم، في الحالات التي يكون التظلم فيها على درجتين، حيث يجب قبل رفع الدعوى إلى ديوان المظالم التظلم إلى وزارة الخدمة المدنية إذا كان القرار المتظلم منه متعلقاً بشؤون الخدمة المدنية.

ثالثاً: بدء ميعاد التظلم إلى وزارة الخدمة المدنية في دعاوى المطالبة بالحقوق الوظيفية:

نصت المادة الثانية من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم، وقد نصت المادة المذكورة على أن: (إذا صدر قرار الجهة الإدارية برفض المطالبة خلال المدة المحددة في الفقرة السابقة أو انقضت هذه المدة دون أن تبت في المطالبة فلا يجوز رفعها إلى الديوان إلا بعد التظلم إلى وزارة الخدمة المدنية خلال ستين يوماً من تاريخ العلم بالقرار الصادر برفض المطالبة أو انقضاء المدة المحددة في الفقرة السابقة دون

البت فيه).

فلا يجوز لصاحب الشأن أن يرفع الدعوى أمام ديوان المظالم قبل التظلم إلى وزارة الخدمة المدنية، ويرفع التظلم خلال ستين يوماً من تاريخ علمه بالرفض أو انقضاء مدة التسعين يوماً المقررة للرد على المطالبة.

رابعاً: مواعيد خاصة للتظلم:

نصت المادة الثالثة من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم،: (فيما لم يرد به نص خاص يجب في الدعاوى المنصوص عليها في الفقرة (ب) من نظام ديوان المظالم...)، وهذا نص واضح قصد به المنظم بيان القاعدة العامة في التظلمات وكونها تخضع للمادة الثالثة من قواعد المرافعات والإجراءات أمام الديوان، أما في حالة الأنظمة التي تنص على مواعيد خاصة للتظلم من القرار فإنها لا تخضع للقاعدة المبينة في المادة الثالثة، فتكون استثناء من القاعدة الأساس واجبة التطبيق.

المطلب الخامس: أن يتم تقديم التظلم إلى الجهة الإدارية المختصة في المملكة العربية السعودية

تنص المادة الثالثة من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم صراحة على ضرورة تقديم التظلم إلى الجهة لإدارية المختصة، هذا بالنسبة للدرجة الأولى من التظلم، وبالتالي فإن المبدأ هو أن يقدم التظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار أو الجهة الرئاسية لها.

ولعله من الجدير القول بأن التظلم إلى جهة إدارية غير مختصة - أي غير الجهة مصدرة القرار أو السلطة الرئاسية لها-، يكون عديم الأثر قانوناً، وعليه فإن الأخذ بروح النص والاعتداد بالحكمة من التظلم يستدعي القول بالاعتداد بالتظلم الذي يقدم إلى جهة إدارية غير مختصة في الحالات التي لا يمكن أن ينسب فيها تقصير أو تهاون للمتظلم.

أما في الحالات التي لا يقبل فيها تقصير من المتظلم، فإنه يجب عدم الاعتداد

بتظلمه هذا، مما لا يستتبع أثراً نظامياً على المدة المحددة للتظلم من القرار الصادر بحقه حفاظاً على استقرار القاعدة النظامية التي تشترط تقديم التظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار أو الجهة الرئاسية لها.

الفصل الثالث

آثار التظلم الإداري

ويتكون من ثلاثة مباحث، كما يلي:

المبحث الأول: الآثار المتعلقة بالمتظلم

يترتب على التظلم الإداري بالنسبة للمتظلم أربعة آثار هي:

١- يعتبر تقديم التظلم إفصاحاً عن رفض المتظلم للقرار الإداري.

٢- تقديم التظلم يترتب عليه أن المتظلم يكشف عن نيته في محاصمة الإدارة قضائياً وذلك إذا لم تستجب لتظلمه بسحب القرار المتظلم منه أو تعديله على النحو الصحيح قانوناً.

٣- قيام المتظلم بتقديم التظلم للجهة الإدارية، يوفر شرطاً ضرورياً ولازمياً لقبول الدعوى، وذلك في حالة التظلم الوجوبي، كما هو مقرر في المادة الثالثة من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم..

٤- يترتب على تقديم التظلم، ثبوت علم المتظلم بالقرار المتظلم منه علماً يقيناً.

وفي المملكة العربية السعودية لا توجد إشارة إلى فكرة العلم اليقيني في قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم، ويرى البعض إمكانية الأخذ بفكرة العلم اليقيني باعتبار أنها تدخل في الإطار العام لاجتهادات الديوان، ومن صور العلم اليقيني تقديم التظلم للجهة الإدارية مصدرة القرار أو الجهة الرئاسية لها، لأن تقديم التظلم يدل على أن صاحب الشأن من المؤكد علم بالقرار، وينطبق ذات الوضع على حالة طلب وقف تنفيذ القرار.

المبحث الثاني: الآثار المتعلقة بجهة الإدارة

المطلب الأول: قبول جهة الإدارة للتظلم.

يترتب على التظلم الإداري قبول جهة الإدارة، أو الجهة الرئاسية لها للتظلم وذلك حينما تقوم تلك الجهة -الإدارية أو الرئاسية - بسحب قرارها المتظلم منه أو تعديله أو إلغائه، خلال مدة التسعين يوماً التي حددتها المادة الثالثة من قواعد المرافعات والإجراءات أمام الديوان والتي جاء فيها:

(... وعلى الجهة الإدارية أن تبت في التظلم خلال تسعين يوماً من تاريخ تقديمه) قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم، المادة الثالثة..

فإن كانت الدعوى متعلقة بحق من حقوق الموظف العام فقد حدد المنظم مدة ستين يوماً أخرى للبت في هذه المطالبة من قبل وزارة الخدمة المدنية بقوله: (أما إذا كانت الدعوى متعلقة بشؤون الخدمة المدنية فيتعين قبل رفعها إلى الديوان التظلم إلى وزارة الخدمة المدنية خلال ستين يوماً من تاريخ العلم بالقرار الصادر برفض التظلم أو انقضاء مدة التسعين يوماً المحددة للجهة الإدارية دون البت فيه. وعلى وزارة الخدمة المدنية أن يبت في التظلم خلال ستين يوماً من تاريخ تقديمه).

المطلب الثاني: رفض جهة الإدارة للتظلم.

قال المنظم: (...وعلى الجهة الإدارية أن تبت في التظلم خلال تسعين يوماً من تاريخ تقديمه، وإذا صدر القرار بالرفض وجب أن يكون مسيباً، ويعتبر مضي تسعين يوماً على تاريخ تقديم التظلم دون البت فيه بمثابة صدور قرار برفضه. وترفع الدعوى إن لم تكن متعلقة بشؤون الخدمة المدنية إلى الديوان خلال ستين يوماً من تاريخ العلم بالقرار الصادر بالرفض أو مضي التسعين يوماً المذكورة دون البت فيه.

أما إذا كانت الدعوى متعلقة بشؤون الخدمة المدنية فيتعين قبل رفعها إلى الديوان التظلم إلى وزارة الخدمة المدنية خلال ستين يوماً من تاريخ العلم بالقرار الصادر برفض التظلم أو انقضاء مدة التسعين يوماً المحددة للجهة الإدارية دون البت فيه.

وعلى وزارة الخدمة المدنية أن تبت في التظلم خلال ستين يوماً من تاريخ تقديمه. وإذا صدر قرار وزارة الخدمة المدنية برفض التظلم أو مضت المدة المحددة له دون البت فيه جاز رفع الدعوى إلى ديوان المظالم خلال تسعين يوماً من تاريخ العلم بالقرار الصادر بالرفض أو انقضاء الستين يوماً المذكورة دون البت في التظلم. ويجب أن يكون قرار وزارة الخدمة المدنية برفض التظلم مسبباً.

وإذا صدر قرار وزارة الخدمة المدنية لصالح المتظلم ولم تقم الجهة الإدارية بتنفيذه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغه جاز رفع الدعوى إلى ديوان المظالم خلال الستين يوماً التالية لهذه المدة). قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم، المادة الثالثة.

المطلب الثالث: سكوت جهة الإدارة

من آثار التظلم المتعلقة بجهة الإدارة سكوت جهة الإدارة وصمتها عن البت في التظلم المقدم إليها. حيث اعتبر النظام انقضاء (مدة التسعين يوماً على تاريخ تقديم التظلم دون البت فيه بمثابة صدور قرار برفضه) قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم، المادة الثالثة..

وإذا صدر قرار وزارة الخدمة المدنية برفض التظلم أو مضت المدة المحددة له دون البت فيه جاز رفع الدعوى إلى ديوان المظالم خلال تسعين يوماً من تاريخ العلم بالقرار الصادر بالرفض أو انقضاء الستين يوماً المذكورة دون البت في التظلم. ويجب أن يكون قرار وزارة الخدمة المدنية برفض التظلم مسبباً.

ففي التظلمات المتعلقة بالحقوق المقررة في نظم الخدمة المدنية، إذا مضت المدة المحددة للبت في التظلم من قبل الجهة الإدارية، وهي فترة التسعين يوماً التي حدتها المادة الثانية من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم، دون أن تبت تلك الجهة في التظلم، فلا يجوز رفعه إلى ديوان المظالم إلا بعد أن يتم التظلم إلى وزارة الخدمة المدنية خلال ستين يوماً من تاريخ العلم بانقضاء المدة المحددة دون البت فيه.

المبحث الثالث: الآثار المتعلقة بالقرار

المطلب الأول: تنفيذ القرار

يترتب على التظلم الإداري تنفيذ القرار الإداري المتظلم منه ، حيث إن المادة السابعة من قواعد المرافعات والإجراءات أمام الديوان تنص على أنه (لا يترتب على رفع الدعوى وقف تنفيذ القرار المطعون فيه على أنه يجوز للدائرة المختصة أن تأمر بوقف تنفيذ القرار أو أن تأمر بإجراء تحفظي أو وقتي بصفة عاجلة عند الاقتضاء خلال أربع وعشرين ساعة من تقديم الطلب العاجل أو إحالته إليها إذا قدرت ترتب آثار يتعذر تداركها وذلك حتى تفصل في أصل الدعوى) قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم ، المادة السابعة.

فإذا كان رفع الدعوى أمام ديوان المظالم لا يترتب عليه وقف تنفيذ القرار فمن باب أولى أن لا يترتب ذلك على التظلم من القرار.

والذي أرجحه هو أنه وفقاً للمادة السابعة من قواعد المرافعات لا يترتب على التظلم وقف تنفيذ القرار الإداري ، ولذلك أُويد ما يذهب إليه البعض بقوله: (وحبذا لو نهج المنظم السعودي منهجاً مماثلاً - أي النظام الألماني الذي يترتب على التظلم وقف تنفيذ القرار - أو حدد على الأقل الحالات التي يحسن فيها وقف تنفيذ القرار الإداري خشية فوات محل التظلم، مثل الأمر بهدم منزل، تفادياً للمساءلة القضائية والحكم بالتعويض على الإدارة إن كان له محل).

المطلب الثاني: قطع ميعاد رفع الدعوى

يترتب على التظلم الإداري - سواء كان اختيارياً أو وجوبياً - انقطاع سريان ميعاد الدعوى، وهي فترة التسعين يوماً كما قررتها المادة الثالثة من قواعد المرافعات أمام الديوان - حيث يتدئ بعدها احتساب ميعاد رفع دعوى الإلغاء من جديد. (فترفع الدعوى إن لم تكن متعلقة بشؤون الخدمة المدنية إلى الديوان خلال ستين يوماً من تاريخ العلم بالقرار الصادر بالرفض أو مضي التسعين يوماً المذكورة دون البت فيه.

أما إذا كانت الدعوى متعلقة بشؤون الخدمة المدنية فيتعين قبل رفعها إلى الديوان التظلم إلى وزارة الخدمة المدنية خلال ستين يوماً من تاريخ العلم بالقرار الصادر برفض التظلم أو انقضاء مدة التسعين يوماً المحددة للجهة الإدارية دون البت فيه. وعلى وزارة الخدمة المدنية أن يبت في التظلم خلال ستين يوماً من تاريخ تقديمه.

وإذا صدر قرار وزارة الخدمة المدنية برفض التظلم أو مضت المدة المحددة له دون البت فيه جاز رفع الدعوى إلى ديوان المظالم خلال تسعين يوماً من تاريخ العلم بالقرار الصادر بالرفض أو انقضاء الستين يوماً المذكورة دون البت في التظلم. ويجب أن يكون قرار وزارة الخدمة المدنية برفض التظلم مسبباً.

وإذا صدر قرار وزارة الخدمة المدنية لصالح المتظلم ولم تقم الجهة الإدارية بتنفيذه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغه جاز رفع الدعوى إلى ديوان المظالم خلال الستين يوماً التالية لهذه المدة) قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم، المادة الثالثة.

المطلب الثالث: حلول القرار الصادر بالفصل في التظلم محل القرار الأصلي

يترتب على التظلم أن القرار الصادر إثر التظلم الوجوبي يحل محل القرار موضع التظلم، فلو صدر قرار من مدير إدارة وتم التظلم منه إلى الوزير فإن الطعن القضائي يوجه إلى قرار الوزير.

والذي أرجحه في هذا الجانب أنه من الصعب حرمان المتظلم من إثارة أسباب جديدة أمام القضاء وذلك لأن الشخص عادةً لا يثير كل ما لديه عند التظلم للجهة الإدارية إما لاعتبارات أدبية وإما خوفاً من استعداء الإدارة أو رغبةً في حسم النزاع دون إشكاليات أكثر تعقيداً، لكن عندما يصل الأمر للقضاء فمن المنطقي أن تتاح للطاعن إثارة كل ما لديه حول مشروعية القرار المطعون عليه.

ومن ناحية أخرى فإن القول بأن الفصل في التظلم الإداري بمثابة حكم أولي في النزاع لا يمكن التسليم به بسهولة، فشتان بين القضاء والإدارة وبين التظلم والحكم.

تم التلخيص بحمد الله تعالى
وصلى الله وسلم على نبينا محمد
وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

تلخيص بحث

أحكام المحاسبة في الفقه الإسلامي

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن

إعداد الطالب

سامي بن مسعد بن عطيان المطيري

إشراف

د / سعد بن عمر الخراشي

الأستاذ المساعد بالمعهد العالي للقضاء

لعام ١٤٢٣هـ - ١٤٢٤هـ

عدد صفحات البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس ٤٠٣

عدد صفحات البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس ٣١٨

عدد صفحات البحث بعد التلخيص ٦٦

خطة البحث:

يشتمل البحث على مقدمة وتمهيد وستة فصول وخاتمة.

المقدمة:

وتشتمل على: أهمية الموضوع، وأسباب اختياره، الدراسات السابقة، ومنهج البحث، وخطة البحث.

التمهيد: ويشمل على خمسة مباحث:

المبحث الأول: تعريف المحاصّة لغة، واصطلاحاً، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف المحاصّة في اللغة.

المطلب الثاني: تعريف المحاصّة في الاصطلاح.

المبحث الثاني: علاقة المحاصّة بالقسمة، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف القسمة في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني: علاقة المحاصّة بالقسمة.

المبحث الثالث: علاقة المحاصّة بالعول، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف العول في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني: علاقة المحاصّة بالعول.

المبحث الرابع: مشروعية المحاصّة.

المبحث الخامس: فيما تقع المحاصّة.

الفصل الأول: محاصّة مال المفلس، وفيه تمهيد وستة مباحث:

التمهيد:

المبحث الأول: المسارعة في محاصّة أموال المفلس، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مسارعة القاضي في بيع أموال المفلس ومحاصته.

المطلب الثاني: ما يسارع به من أموال المفلس في البيع والمحاصة، وحكم ذلك.

المبحث الثاني: كيفية محاصة مال المفلس وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: محاصة الديون التي من جنس مال المفلس.

المطلب الثاني: محاصة الديون المخالفة لجنس مال المفلس ووصفته.

المطلب الثالث: محاصة الديون المختلفة بعضها نقداً، وبعضها عروضاً، وبعضها طعاماً.

المبحث الثالث: الديون الباقية بعد المحاصة، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حكم تأجير القاضي المفلس لسداد دينه وإلزامه بذلك.

المطلب الثاني: حكم قبول التبرعات والسعي في الاقتراض لسداد الديون الباقية بعد المحاصة.

المطلب الثالث: مشاركة من لهم ديون باقية بعد المحاصة من تجدد لهم دين على المفلس.

المبحث الرابع: استحقاق الغريم أخذ عين ماله من المفلس قبل المحاصة، وشروط ذلك، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: استحقاق الغريم أخذ عين ماله من المفلس قبل المحاصة.

المطلب الثاني: شروط استحقاق الغريم أخذ عين ماله من المفلس قبل المحاصة.

المبحث الخامس: المحاصة بعد ظهور غريم بعد محاصة مال المفلس.

المبحث السادس: ما لا يدخل تحت المحاصة من مال المفلس.

الفصل الثاني: محاصة تركة الميت، وفيه تمهيد وأحد عشر مبحثاً:

التمهيد: تعريف التركة لغة واصطلاحاً.

المبحث الأول: حلول الديون على المدين بموته، وصلة ذلك بالمحاصّة.

المبحث الثاني: قسمة التركة قبل محاصّة الغرماء.

المبحث الثالث: محاصّة الغرماء تركة الميت، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: كيفية محاصّة الغرماء تركة الميت.

المطلب الثاني: ظهور غريم بعد محاصّة الغرماء تركة الميت.

المبحث الرابع: محاصّة الورثة تركة مورثهم، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكم محاصّة الورثة تركة مورثهم «رأي العلماء في العول».

المطلب الثاني: الأصول التي تقع فيها محاصّة الورثة لتركة مورثهم «الأصول التي تعول».

المبحث الخامس: المحاصّة عند ظهور وارث بعد قسمة التركة.

المبحث السادس: استحقاق الغريم أخذ عين ماله من تركة الميت قبل المحاصّة.

المبحث السابع: المحاصّة بعد ظهور شيء من التركة.

المبحث الثامن: المحاصّة عند تراحم دين الله ودين الآدمي بتركة الميت.

المبحث التاسع: المحاصّة عند تراحم الوصايا.

المبحث العاشر: محاصّة الأجنبي للورث عند الوصية لهما.

المبحث الحادي عشر: محاصّة غير الوارث المقر له بدين في مرض الموت غرماء الصحة.

الفصل الثالث: المحاصّة في المعاملات، وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: محاصّة المؤجر والمستأجر، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: محاسبة المؤجر.

المطلب الثاني: محاسبة المستأجر.

المبحث الثاني: محاسبة الشريك لشريكه، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: محاسبة الأرباح والخسائر في الشركة.

المطلب الثاني: المحاسبة عند فساد الشركة في غير شركة المضاربة.

المطلب الثالث: المحاسبة في شركة المضاربة، وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: المحاسبة عند فساد شركة المضاربة.

الفرع الثاني: المحاسبة عند تعدد العمال في المضاربة.

الفرع الثالث: المحاسبة في النفقة على عامل المضاربة.

الفرع الرابع: محاسبة المضارب تركة الميت المدين له.

المطلب الرابع: شركة المحاسبة في العصر الحديث، وفيه سبعة فروع:

الفرع الأول: تعريف شركة المحاسبة.

الفرع الثاني: خصائص شركة المحاسبة.

الفرع الثالث: تكوين شركة المحاسبة.

الفرع الرابع: إدارة شركة المحاسبة.

الفرع الخامس: توزيع الأرباح والخسائر.

الفرع السادس: انقضاء شركة المحاسبة.

الفرع السابع: التكيف الفقهي لشركة المحاسبة.

المبحث الثالث: المحاسبة عند توثيق أحد الغرماء دينه بالرهن أو بالضمان، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: المحاصصة عند توثيق أحد الغرماء دينه بالرهن، وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: المحاصصة عند إفلاس المدين الراهن.

الفرع الثاني: المحاصصة حالة كون الدائن المرتهن له دينان أحدها برهن والآخر بدون رهن.

الفرع الثالث: المحاصصة عند توثيق الدين بالرهن المحرم.

الفرع الرابع: المحاصصة عند الاختلاف في الرهن المقبوض.

المطلب الثاني: المحاصصة عند توثيق أحد الغرماء دينه بالضمان، وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: المحاصصة عند إفلاس المضمون عنه.

الفرع الثاني: المحاصصة عند إفلاس الضامن أو موته.

الفرع الثالث: محاصصة الغريم للغريم في الضمان.

الفرع الرابع: المحاصصة عند الاختلاف في الضمان.

المبحث الرابع: محاصصة الغرماء للمدين الذي عنده وديعة.

الفصل الرابع: المحاصصة في فقه الأسرة، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: المحاصصة عند ضيق الوقف عن مستحقه.

المبحث الثاني: محاصصة الزوجة غرماء زوجها، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: محاصصة الزوجة غرماء زوجها في الصداق.

المطلب الثاني: محاصصة الزوجة غرماء زوجها في النفقة، وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: محاصصة الزوجة غرماء زوجها المفلس في النفقة على نفسها.

الفرع الثاني: محاصصة الزوجة غرماء زوجها المفلس في النفقة على ولده.

الفرع الثالث: محاصّة الزوجة غرماء زوجها المفلس في النفقة على أبويه.

المبحث الثالث: محاصّة المطلقة غرماء مطلقها بالمتعة، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكم المتعة.

المطلب الثاني: محاصّة المطلقة غرماء مطلقها بالمتعة.

الفصل الخامس: المحاصّة في الجنایات، وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: المحاصّة في جنایة العبد.

المبحث الثاني: المحاصّة بين الجناة في قيمة الجراح فيما دون النفس، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: المحاصّة في تعدد الجراح.

المطلب الثاني: محاصّة المجنى عليه غرماء المدين الجاني.

المبحث الثالث: المحاصّة عند عفو أحد الورثة عن القصاص، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: من يستحق العفو عن القصاص من ورثة القاتل.

المطلب الثاني: المحاصّة عند عفو أحد المستحقين عن القصاص.

المبحث الرابع: المحاصّة في الدية عند اشتراك جماعة في قتل واحد، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حكم قتل الجماعة بالواحد.

المطلب الثاني: المحاصّة في الدية عند قتل الجماعة بالواحد.

المطلب الثالث: المحاصّة عند برأ المجنى عليه من إحدى الجراحات قبل موته.

المبحث الخامس: المحاصّة في القسامة، وفيه، ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: المحاصّة في أيان القسامة.

المطلب الثاني: المحاصّة في القسامة في حالة عدم أهلية أحد الأولياء وغيبته.

المطلب الثالث: المحاصّة في القسامة في حالة موت أحد الأولياء.

الفصل السادس: في تعيين المحاصّة ونقضها، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تعيين المحاصّة.

المبحث الثاني: نقض المحاصّة.

الخاتمة: وتشتمل على أهم النتائج.

الفهارس

التمهيد

وفيه خمسة مباحث

المبحث الأول: تعريف المحاصة لغة، واصطلاحاً.

وفيه مطلبان

المطلب الأول: تعريف المحاصة في اللغة.

المحاصة مأخوذة من مادة حَصَّ بتضعيف الصاد ولها أصول ثلاثة: أحدها: النَّصيب

والآخر: وَضُوحُ الشيء، وتمكُّنُهُ.

والثالث: ذهاب الشيء وقلته.

والمعنى الأول هو الأقرب لموضوعنا، ولما نحن بصدد.

المطلب الثاني: تعريف المحاصة في الاصطلاح

من خلال النظر فيما تشمله المحاصة، وما ذكره أهل العلم فيها: يمكن أن نجعل للمحاصة معنيان:

المعنى الأول: المحاصة بالمعنى العام هي إعطاء حصة لكل دائن من مال المدين بالنسبة الثابتة. وسواء كان هذا الدين دية أو حصة في مال شركة اتفقوا عليها ونحو ذلك.

المعنى الثاني المحاصة بالمعنى الخاص: إعطاء كل مستحق حصته من المال المستحق بنسبة دينه عند التزاحم فيه.

المبحث الثاني: علاقة المحاصّة بالقسمة

وفيه مطلبان

المطلب الأول: معنى القسمة في اللغة والاصطلاح.

أولاً: معنى القسمة في اللغة: القسمة هي التجزئة، وقاسمه الشيء، أي أخذ كل واحد قسّمه.

ثانياً: معنى القسمة في الاصطلاح:

عبارة عن تمييز لكل نصيب، وإفراز له عن غيره.

المطلب الثاني: علاقة المحاصّة بالقسمة

المحاصّة بمعناها العام قسمة إلا أنها قسمة بالنسبة المقدرة.

أما المحاصّة بمعناها الخاص فلا تكون إلا إذا ضاق المال عن الحقوق، كمطالبة الغرماء للمفلس، فتكون العلاقة بينها وبين القسمة علاقة عموم وخصوص، فالقسمة أعم من المحاصّة، ويشتركان في التقسيم والإفراز.

المبحث الثالث: علاقة المحاصّة بالعول

وفيه مطلبان

المطلب الأول: معنى العول في اللغة والاصطلاح.

أولاً: معنى العول في اللغة: العول في اللغة، له عدة معان: منها الميل في الحكم إلى الجور، ويطلق العول ويراد به النقصان، كما يطلق ويراد الزيادة.

ثانياً: معنى العول في الاصطلاح: هو زيادة في السهام نقصان في الأنصاء.

المطلب الثاني: علاقة المحاصّة بالعول

تظهر العلاقة بين العول والمحاصّة في استحقاق كل من الوارث في المسألة العائلة،

والغريم أو الموصى له في المحاصة ونحوهما في أخذهم أقل من حقهم المقدّر.

المبحث الرابع: مشروعية المحاصة.

القسم الأول: جاءت الأدلة آمرة بالوفاء بالحقوق، وأداء الديون إلى مستحقيها، ومن ذلك ما يلي:

بَوَّب البخاري - رحمه الله تعالى - في كتابه الصحيح: باب أداء الديون وقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾ سورة النساء، آية ٥٨..

ثم روى بسنده إلى أبي ذر - رضي الله عنه - قال: كنت مع النبي - صلى الله عليه وسلم - فلما أبصر - يعني أهدأ - قال: (ما أحبُّ أنِّي تحوّل لي ذهباً يمكثُ عندي منه دينارٌ فوق ثلاثٍ إلا ديناراً أرضه لِدِينِ) رواه البخاري، رقم (٢٣٨٩)

القسم الثاني: فالأصل في مشروعية القسمة من الكتاب قول الله تعالى: ﴿وَنَبِّهَهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شَرْبٍ مَحْتَضَرٌ﴾ سورة القمر، آية (٢٨).

ومن السنة ما ورد عن النبي - صلى الله عليه وسلم - من قضائه بالشفعة فيما لم يقسم، وتقسيمه للغنائم والمواريث بين الصحابة - رضي الله عنه -، ومن ذلك قول جابر: «قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالشفعة في كل لم يقسم، فإذا وَقَعَتِ الحُدُودُ، وصِرَفَتِ الطُّرُقُ فلا شُفْعَةَ» رواه البخاري، رقم (٢٢٥٧).

وقد أجمع أهل العلم على مشروعية القسمة.

ثم إن الناس بحاجة ماسة إلى القسمة والمحاصة ليحصل كل واحد منهم على حقه وبالمحاصة تُستوفى الديون من المدينين للدائنين إذا ضاقت أمواله عن سدادها ففي شرعية المحاصة درأ للمفاسد وجلب للمصالح، والله أعلم.

القسم الثالث: الأحاديث والآثار والقواعد الواردة في شأن المحاصة خاصة:

فمن الأحاديث: ما رُوي أن معاذاً -رضي الله عنه- رَكِبَتْهُ دُيُونُ فَبَاعَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- مالهَ وَقَسَمَ ثَمَنَهُ بَيْنَ غَرَمَائِهِ بِالْحِصَصِ أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ، السنن الكبرى. وَضَعَفَ هَذَا الْحَدِيثَ الْأَلْبَانِيُّ، وَذَكَرَ لِلْحَدِيثِ طَرِيقَ تَقْوِيهِ،: إِرْوَاءُ الْغَلِيلِ، وَرُوي الْحَدِيثُ مَرْسَلًا قَالَ عَبْدُ الْحَقِّ: «وَالْمُرْسَلُ أَصَحُّ مِنَ الْمُتَّصِلِ»، وَقَالَ ابْنُ الطَّلَاعِ: «هُوَ حَدِيثٌ ثَابِتٌ» تَلْخِيصُ الْحَبِيرِ..

وَمِنَ الْأَثَارِ: وَمَا رُوي عَنِ عُمَرَ -رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ- أَنَّ رَجُلًا مِنْ جُهَيْنَةَ كَانَ يَشْتَرِي إِلَى أَجْلِ فَيْعَالِي هَا فَأَفْلَسَ، فَرَفَعَ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ -رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ- ثُمَّ خَطَبَ النَّاسَ، فَقَالَ: «أَمَّا بَعْدُ أَيُّهَا النَّاسُ فَإِنَّ الْأَسِيْفَ أَسِيْفَعُ بَنِي جُهَيْنَةَ رَضِيَ مِنْ دِينِهِ وَأَمَانَتِهِ بِأَنْ يُقَالَ سَبَقَ الْحَاجُّ إِلَّا أَنَّهُ أَدَانَ مَعْرُضًا، فَأَصْبَحَ وَقَدْ رِينَ بِهِ، فَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَيْهِ دِينَ فَلْيَأْتِنَا بِالْغَدَاةِ، نَقْسِمَ مَالَهُ بَيْنَ غَرَمَائِهِ، وَإِيَّاكُمْ وَالِدِينَ...» الْحَدِيثُ رَوَاهُ الْبَيْهَقِيُّ، السنن الكبرى،، وَمَالِكٌ: الْمُوطَأُ ص ٤٢٩.

المبحث الخامس: فيما يقع المحاصصة

المحاصصة تكون في كل ما يلزم ذمته من دين سواء كان الدين المتحاصص فيه للحر أو للعبد دين معاملة أو دين جنائية، أما عند اجتماعها فيقَدَّم دين المعاملة على دين الجنائية.

ولا يقتصر في المحاصصة على الديون بل يتعدى ذلك إلى الوقف، والوصية، وكذا الشفعة والحقوق المشتركة، ويأتي مزيد بيان في المباحث الآتية، والله تعالى أعلم.

الفصل الأول

محاصة مال المفلس

وفيه تمهيد، وستة مباحث:

أولاً: الفليس في اللغة: أفلس الرجل: إذا لم يبق له مال، أي يراد أنه صار إلى حال يقال فيها لا فليس معه، وفلّسه القاضي حكم بإفلاسه.

ثانياً: الفليس في الاصطلاح:

يطلق الفلّس أو الإفلاس في الاصطلاح على معنيين:

«أحدهما: أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون في ماله وفاء.

الثاني: أن لا يكون له مال معلوم أصلاً».

والمعنى الأول: هو المراد به هنا، وهو الغالب في كلام الفقهاء.

المبحث الأول: المسارعة في محاصة مال المفلس.

وفيه مطلبان

المطلب الأول: مسارعة القاضي في بيع أموال المفلس ومحاصته

ذكر المالكية أن المدين له ثلاثة أحوال:

الأولى: إحاطة الدين بجميع ماله قبل التفليس، فلا يجوز له في هذه الحالة إتلاف

شئ من ماله بغير عوض فيما لا يلزمه، وإذا فعل شئ كان للغرماء إبطاله.

الثانية: قيام الغرماء عليه فيسجنونه أو يقومون عليه فيستتر منهم ويحولون بينه

وبين أمواله وهذا ما يعرف بالتفليس بالمعنى الأعم.

الثالثة: حكم الحاكم بخلع ماله للغرماء لعدم مقدرته على الوفاء وكذا منع الغريم من التبرع ومن البيع والشراء، وهذا ما يعرف بالتفليس بالمعنى الأخص. والذي يظهر أن الراجح في تفليس الغريم هو الرجوع إلى الحاكم في كل الأحوال وعدم ترك ذلك للغرماء؛ حسماً لمادة النزاع، ودرأً للمفاسد؛ إذ درء المفاسد مقدم على جلب المصالح.

لكن ما حُكِّم مبادرة القاضي ومسارعته في بيع مال المفلس، ومحاصّة الغرماء بهاله بعد طلبهم الحجر عليه. اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

أولاً: الأقوال في المسألة:

القول الأول: يشرع للقاضي أن يبادر في بيع ومحاصّة مال المفلس، الغرماء؛ لأجل إيفاء الغرماء ديونهم، وإلى هذا ذهب أبو يوسف، ومحمد بن الحسن من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، وابن حزم الظاهري، واختيار ابن تيمية.

ومن كلام الجمهور يظهر مشروعية بيع مال المفلس ومحاصّته إلا أن المالكية والحنابلة يرون وجوب ذلك، أما الشافعية فقد استحبوا ذلك إذ الأولى عندهم أن يتولى المالك بيعه بإذن حاكم أو نائبه.

القول الثاني: لا يشرع للقاضي بيع مال المفلس ولا محاصّته سواء كان ماله عروضاً أو عقاراً أما إن كان دينه دراهم وله دنانير أو العكس، باعها القاضي في دينه استحساناً. وهو قول أبي حنيفة.

ثانياً: أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: ما روي أن معاذ - رضي الله عنه - ركبته ديون فباع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص مطالب أولي النهى، ٤ / ٣٧٦.

الدليل الثاني:

أنَّ في بيع القاضي مال المفلس إيفاء الدائن دينه ودفع للضرر عنه بالتأخير، وترك ذلك مضرة، وقال النبي -صلى الله عليه وسلم- «لا صَرَّرَ ولا ضَرَّار» رواه ابن ماجه، حديث رقم ٢٣٤٠، ٢٣٤١، سنن ابن ماجه ورواه مالك في الموطأ، حديث ٣١، وصححه الألباني.

ثالثاً: الترجيح والمناقشة:

بعد النظر يظهر رجحان القول الأول، وهو قول الجمهور، القائل بمشروعية مبادرة القاضي ومسارعتة لبيع مال المفلس، ومحاصته لقوة ما استدلوا به من أدلة؛ إذ أدلتهم تَنَصَّبُ على عين هذه المسألة.

المطلب الثاني: ما يسارع به من أموال المفلس

في البيع والمحاصة، وحكم ذلك

أولاً: ما يسارع به أموال المفلس في البيع والمحاصة:

هذا، وقد رتب أهل العلم ما يسارع به من أموال المفلس في البيع، والمحاصة على نحو ما يلي:

فبيع أولاً: ما يسرع إليه الفساد كالفواكه، والبقول، واللحم، فهذا لا يُسْتَأْنَبُه إلا لساعة ونحوها؛ لئلا يضيع ويتلف، ثم بعد ذلك: ما يخشى فساده، ولو كان غير مرهون.

ثم يباع: المرهون ثم العبد الجاني لتعجيل حق مستحقها، وهو قول بعض الشافعية، وقول الحنابلة. وذهب البعض من الشافعية إلى تقديم العبد الجاني في البيع على المرهون؛ لأن الرهن إذافات لم يطل حق المرتهن، بخلاف العبد الجاني؛ ولذا يُقَدِّمُ بيعه. ثم يأتي بعد ذلك مال القراض المضاربة ليؤخذ منه الربح، ثم بعد ذلك: الحيوان لاحتياجه إلى النفقة.

ثم المنقول من الأثاث ونحوه لما يخشى من الضياع من نحو سرقة، ويقدم الملبوس على النحاس، ثم العقار؛ لأنه أبعد تلفاً وتأخيره أكثر لطالبه فيزداد ثمنه، ويقدم البناء على الأرض.

أما بالنسبة في بيع ريع الفلّس للتسوق به فيتمهل الشهر والشهرين، أما الحيوان فيتمهل به يسيراً؛ لأن الحيوان أسرع بيعاً.

ثم ما حصل من مال الفلّس يقسمه الحاكم بين الغرماء بالمحاصة بنسب ديونهم على التدرج، فكلما قبض من ثمن المبيع قسمه بينهم تبرئة للذمة، فإن لم يمكن قسمة ذلك ومحاصته انتظر في ذلك حتى يجتمع ما يمكن قسمته ومحاصته.

ثانياً: حكم الترتيب: اختلف علماء الشافعية في حكم الترتيب لأموال الفلّس من حيث تقديمها في البيع، ومحاصتها، فذهب البعض: إلى أن الترتيب واجب، وذهب البعض الآخر: إلى أن الترتيب مستحب.

والتحقيق أن الأمر في ترتيب بيع مال الفلّس: يرجع للحاكم، وينبغي عليه أن لا يغفل عما ذكره أهل العلم في الترتيب.

المبحث الثاني: كيفية محاصة مال الفلّس

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: محاصة الديون التي من جنس مال الفلّس.

الديون إما أن تكون: عروضاً، أو طعاماً، أو نقداً.

فإن كانت الديون عروضاً أو عيناً، صيرّ الفلّس ماله عيناً، ويحاصّ الغرماء ماله، وكيفية ذلك بأن يعلم الفلّس ما لكل واحد منهم، فيجمع ماله، ثم ينظر كم مقدار ما وجد له من المال مما عليه من الدين، فإن كان النصف أخذ كل غريم نصف ماله من الدين، وما بقي يكون في ذمته.

وإن كان ماله طعاماً أو غيره من قليل أو موزون وعليه من الدين مثله، دُفِعَ إلى غرمائه محاصة بينهم؛ إذ هو من جنس ما لهم كالعين.

وإن كانت أمواله نقداً وعليه من النقد من جنسها، كأن كانت أمواله دراهم وديونه دراهم أخذوها محاصة بينهم، وكذلك إن كانت ديونه دنانير وأمواله دنانير. فإن تغيرت كأن تكون أمواله دنانير وديونه دراهم، أو العكس، فالقاضي يبيع الدراهم بالدنانير والدنانير بالدراهم ويقضي بها دينه محاصة بينهم، كما سيأتي في طرق المحاصة.

المطلب الثاني: أن تكون الديون مخالفة لجنس مال المفلس، وصفته

فإن كانت الديون مخالفة لجنس مال المفلس، بأن كانت ديون المفلس أثمان وماله عروض أو طعام ونحوه أو العكس.

فإن كانت الديون عروضاً أو طعاماً أو أعيان وماله أثمان فإن الدائنين يتقاسمون ماله بينهم محاصة، وإن لم يرضوا إلا بعروضهم أو طعامهم، فإن الحاكم يشتري لهم بما حصل لهم من المحاصة من جنس حقهم إلا فيمن له دين من سلم لم يجز أن يأخذ إلا من جنس حقه، وإن تراضيا على دفع عوضه؛ لأن ما في الذمة من المسلم لا يجوز أخذ بدل عنه، لقوله -صلى الله عليه وسلم-: «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره» رواه أبو داود، رقم (٣٤٦٨)، سنن أبي داود، ٣/٤٨٠؛ وابن ماجه، رقم (٢٢٨٣)، سنن ابن ماجه، وضعفه الألباني.

فإن كانت الديون أثماناً وأمواله عروضاً أو طعاماً بيعت، واقتسموا أمواله محاصة.

المطلب الثالث: أن يكون على المفلس ديون مختلفة

بعضها نقداً وبعضها عروضاً وبعضها طعاماً

وقد نصَّ علماء المالكية على هذه المسألة. إذا كان على المفلس ديون مختلفة بعضها نقداً وبعضها عرض، وبعضها طعام بأن كان لواحد من الغرماء دنانير، ولأحدهم

عروض، ولبعضهم طعام فإن ما خالف النقد من مقوم ومثلي يُقَوِّم يوم قسم المال، وهو مراده بيوم الحصاص.

وأعلم أن محل تقويم مخالف النقد إذا كان مال المفلس نقداً، أما لو كان الدين كله عروضاً موافقة لمال المفلس في النوع والصفة فلا حاجة للتقويم بل يتحصون بنسبة عرض كل لمجموع العروض.

ومن طرق المحاصصة التي بها يتحصل كل غريم على حقه، ثلاثة طرق تكلم عنها الفقهاء في كتبهم، كما أنه يمكن الاستعانة بما جاء في قسمة التركة من طرق في قسمة مال المفلس على الغرماء.

الطريقة الأولى: هو أن يُنسب مال المدين الموجود إلى مجموع ما عليه من ديون ويعطى كل غريم بهذه النسبة من مال المدين.

الطريقة الثانية: أن يُنسب كل دين لمجموع الديون فيأخذ كل دائن من المال المدين بقدر هذه النسبة.

الطريقة الثالثة: أن يضرب دين كل غريم بمال المدين ويقسم حاصل الضرب على مجموع الديون.

المبحث الثالث: الديون الباقية بعد المحاصصة

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: حكم تأجير القاضي المفلس لسداد دينه، وإلزامه بذلك.

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: ليس للقاضي إجبار المفلس على التكسب، ولا يؤجره لسداد ما عليه من ديون. وهو قول الحنفية والمالكية، والمذهب عند الحنابلة. وهو قول الشافعية فيما إذا كانت الديون من غير معصية.

القول الثاني: للقاضي أن يُجبرَ المفلس على التكسب، ويؤجره لسداد ما عليه من الديون. وهو قول الشافعية إن كان المفلس عاصي بسبب هذا الدين. ورواية عند الحنابلة، وقول جماعة من التابعين.

الأدلة: أدلة القول الأول:

الدليل الأول: قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ سورة البقرة، آية ٢٨٠.

الدليل الثاني: روى أبو سعيد أن رجلاً أصيب في ثمار ابتاعها وكثر دينه، فقال النبي -صلى الله عليه وسلم- «تصدقوا عليه»، فتصدقوا عليه فلم يبلغ وفاء دينه، فقال النبي -صلى الله عليه وسلم-: «خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ» صحيح مسلم، ١٨٠/٥.

الدليل الثالث: لا يلزم المفلس التكسب لوفاء ما عليه؛ لأن الدين إنما تعلق بذمته، ولم يتعلق بعينه.

أدلة القول الثاني: الدليل الأول: ما روي من أن النبي -صلى الله عليه وسلم- باع سُرقاً في دينه وكان سُرق رجلاً دخل المدينة، وذكر أن وراءه مالاً فداينه الناس، فركبته ديون، ولم يكن وراءه مال، فسأه سُرقاً، وباعه بخمسة أبعرة أخرج به البيهقي، السنن الكبرى، ٨٣/٦-٨٤، وحسنه الألباني، إرواء الغليل، ٥/٢٦٤.

الدليل الثاني: قالوا بأن المنافع تجري مجرى الأعيان في صحة العقد عليها، وتحريم أخذ الزكاة، وثبوت الغنى بها، فكذا في وفاء الدين، ومن المنافع إجارة المدين.

الترجيح والمناقشة: زجح ابن قدامة القول الثاني، وهو أن للحاكم حق إجبار المفلس على التكسب، وذلك لما ساقه من الأدلة، وكما هو ظاهر في الاعتراض السابق والإجابة عنه.

ومع ترجيح ابن قدامة للقول الثاني إلا أنه قيّد الإجبار على التكسب في حالة مَنْ

كان كسبه فَضْلَةً عن نفقته، ونفقة من يمونه، والذي يظهر لي أن إجبار المفلس على التكسب يترك لنظر الحاكم مراعيًا بذلك حالة المفلس وظروفه، ومكانته ومنصبه. مطبقاً لقاعدة درء المفسد مُقَدَّمٌ على جلب المصالح، فإن كان من الأصلح تأجير المفلس، وأن في ذلك مصلحة للغرماء، ولا ضرر على المفلس فلا مانع من إجباره على التكسب خاصّة إذا كان عاصياً بِدَيِّنِه كغاصب، وإلا فإن الأولى عدم إجباره على تأجير نفسه.

المطلب الثاني: حكم قبول التبرعات والسعي في الاقتراض لسداد الديون الباقية بعد المحاصّة

المفهوم من كلام الحنفية والمنصوص من كلام المالكية والحنابلة أن المفلس لا يُجْبَر على قبول التبرعات من الصدقات والهبات لسداد ما عليه من دين.

المطلب الثالث: مشاركة من لهم ديون باقية بعد المحاصّة مَنْ تجدد لهم دين على المفلس

هل يشارك مَنْ لهم ديون باقية بعد المحاصّة مَنْ تجدد لهم دين، في حالة ما إذا فُك الحجر عن المفلس من دينه الأول بعد المحاصّة، ثم حُجِر عليه مرة أخرى بدينٍ ثاني بطلب من الغرماء الجُدد أم لا؟ اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين: القول الأول: أن مَنْ بقي لهم من الديون لهم حق المشاركة في محاصّة مَنْ تجدد لهم دين.

وهو المذهب عند الشافعية، والحنابلة.

القول الثاني: أن المحاصّة الثانية تختص بأصحاب الدين الثاني دون مَنْ بقي لهم دين بعد المحاصّة الأولى، إلا أن يُفْضَلَ عن دينهم فَضْلَةً من غير مال الآخرين كإرث، فحينئذ لمن بقي لهم دين بعد المحاصّة الأولى حق المشاركة، وهو المذهب عند المالكية.

الترجيح والمناقشة: والذي يظهر رجحانه قول المالكية، وهو التفصيل: إن كان ما تجدد للمفلس من مال هو من اختصاص الغرماء الجُدد فلا دخل للأولين، وإن كان من غير الغرماء الجُدد فهم فيه سواء؛ وذلك قياساً على الديون الحادثة بعد الحجر الأول فإنهم لا دخل لهم في الديون التي كانت قبل الحجر ولا يتحصّون معهم، فكذا هنا .

المبحث الرابع: استحقاق الغريم، أخذ عين ماله من المفلس قبل المحاصة، وشروط ذلك

وفيه مطلبان

المطلب الأول: استحقاق الغريم أخذ عن ماله من المفلس قبل المحاصة.

فإذا وجد عند رجل مدين سلعة سواء كانت من بيع، أو وديعة، أو عارية، أو غير ذلك، فأفلس هذا الرجل، والمتاع لا زال على هيئته وصفته، فهل لصاحب المتاع أن يأخذ عين ماله، أو يتحصّص مع الغرماء بئمنها؟

اتفق أهل العلم على أنه إذا كانت السلعة التي عند المفلس وديعة، أو عارية، أو لقطعة أورهن ونحوها، ووجدت بعينها فلا خلاف في أنه أحق بأخذ سلعته من غيره.

كما أن العلماء متفقون على أن صاحب المتاع أحق بسلعته التي باعها إذا لم يُقبضها المفلس، والخلاف فيما إذا وجد صاحب المتاع السلعة التي باعها عند المفلس بعد إقباضه إياه، على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن صاحب المتاع أحق بمتاعه دون سائر الغرماء بشروط ذلك، وهو في ذلك بالخيار إن شاء تركها وحاصّ مع الغرماء بئمنها، وإن شاء رجع فيها بعينها ولم يحاصّ الغرماء. روي ذلك عن عثمان وعلي - رضي الله عنهما - وجماعة من التابعين، وهو قول مالك، والشافعي، وأحمد، وابن حزم الظاهري.

القول الثاني: أن صاحب السلعة إن كان قد اشتراها بالنقد فهو أحق بها من الغرماء، وإن كان أخذها عن دين في ذمّة البائع فهو أسوة الغرماء يتحصّن معهم، وهو قول بعض المالكية.

القول الثالث: أن صاحب السلعة لا حق له في سلعته التي وجدها عند المفلس، بل هو أسوة الغرماء يتحصّن معهم في ذلك، وليس له خيار الفسخ، روي عن علي وابن مسعود - رضي الله عنهما، وهو قول أبي حنيفة، وهو قول أهل الكوفة وبعض التابعين، وبعض المالكية.

أدلة القول الأول: الدليل الأول: عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به» رواه البخاري، رقم (٢٤٠٢)، ورواه مسلم، رقم (١٥٥٩)، وفي بعض الروايات «إذا وُجِدَ عِنْدَهُ المتاع، ولم يُفَرِّقْهُ» أنه لصاحبه الذي باعه رواه مسلم، رقم (١٥٥٩).

الدليل الثاني: من القياس فلصاحب المتاع الخيار بين أخذ متاعه، وبين أن يحاصّ به الغرماء كخيار المسلم في السلم بانقطاع المسلم فيه، وكذا إذا تعيّن الدار بانهدامها، فإنها تنفسخ الإجارة فكذا هنا.

الترجيح الذي يظهر رجحانه هو قول الجمهور وهو أن للغريم الذي يجد عين حقه الرجوع فيما وجد من عين ماله، وذلك بالشروط المعتبرة - وسيأتي الحديث عنها -؛ وذلك لقوة دليل الجمهور، وهو حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - فهو في الصحيحين، وهما أصح كتابين بعد كتاب الله عز وجل، وما ذكروه من الأحاديث لا تُقَدَّم على ما في الصحيحين؛ لما فيها من الضعف، وصاحب السلعة في ذلك له الخيار: إما أن يأخذ عين ماله إذ هو أحق به أو يحاصّ بعين ماله الغرماء.

المطلب الثاني: شروط استحقاق الغريم لأخذ عين ماله من المفلس قبل المحاصّة

الشرط الأول: أن تكون السلعة باقية بعينها، ولم يتلف بعضها، فإذا تلف بعضها

كانهدام جدار أو تلف ثمرة فليس له الرجوع عند الحنابلة، استدلالاً بقول النبي -صلى الله عليه وسلم-: «من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره» سبق تخريجه.

أما المالكية والشافعية، يرون أن تلف بعض العين لا يمنع الرجوع، والمانع هو تلف الكل.

الشرط الثاني: أن يكون المفلس قد ملك العين قبل الحجر، فإن كان الملك بعد الحجر فليس لصاحب العين أخذ عين ماله، ولا فسخ؛ لتعذر الاستيفاء ولأنه لا يستحق المطالبة بثمنها.

وقيل: أن هذا ليس شرطاً، بل له الخيار، وإن كان بعد الحجر، لعموم الحديث في قوله -صلى الله عليه وسلم-: «مَنْ أدرك ماله بعينه..» الحديث، سبق تخريجه

وهناك وجه ثالث: أنه إن باعه عالمًا بفلسه فلا فسخ، وإن لم يعلم فله الفسخ.

الشرط الثالث: أن تكون السلعة على حالها التي اشتراها عليها، فإن انتقلت عين السلعة عن الحال التي اشتراها عليها بحيث يزيل اسمها: فعند المالكية، والحنابلة، أن ذلك يمنع الرجوع كما لو طحن الحنطة أو ذبح الكبش؛ لأنه لم يجد عين ماله.

أما الشافعية: فيُفَصِّلون في الأمر: فإن لم تزد القيمة بهذا الانتقال رجوع، ولا شيء للمفلس، وإن نقصت فلا شيء للبائع معه، والزيادة في السلعة إن زادت فالأصح أنها للمفلس؛ لأن الزيادة قد حصلت بفعله.

الشرط الرابع: أن لا يكون المبيع قد زاد عند المفلس زيادة متصلة، كالسمن والكبر، ونحو ذلك، وهو مذهب الإمام أحمد، أما قول المالكية، والشافعية، ورواية عند أحمد: أن الزيادة المتصلة لا تمنع الرجوع إلا أن الغرماء يُحَيَّرُون بين أن يعطوه السلعة أو ثمنها الذي باعها به، أما الزيادة المنفصلة، فإنها لا تمنع الرجوع عند الجميع فالعين للغريم وما زاد للمفلس.

الشرط الخامس: أن لا يكون قد تعلق بالسلعة حق لازم للغير كأن وقفها أو باعها أو رهنها، فإن كان ذلك فلا رجوع.

الشرط السادس: أن يكون العوض -الثمن- ديناً، فلو كان عيناً قُدِّمَ بها المفلس على الغرماء، وهو شرط عند الشافعية.

الشرط السابع: وهو شرط عند الشافعية. أن يكون الثمن حالاً عند الرجوع، فإن كان مؤجلاً ولم يحل فلا رجوع؛ إذ أنه لا يملك المطالبة، أما عند الحنابلة فإنه يرجع في السلعة؛ إذا كان الثمن مؤجلاً، لكن تُوقَفُ السلعة إلى أن يحل الدين، فيختار البائع الفسخ أو الترك.

الشرط الثامن: وهو شرط عند الحنابلة. وهو أن لا يكون البائع قد قبض شيئاً من ثمنها، فإن كان قد قبض من ثمنها شيئاً سقط حق الرجوع.

واستدلوا بحديث أبي هريرة -رضي الله عنه- أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: «أيما رجل باع سلعة فأدرك سلعته بعينها عند رجل قد أفلس، ولم يكن قد قبض من ثمنها شيئاً فهي له، وإن كان قد قبض منها شيئاً فهو أسوة الغرماء» أخرجه الدارقطني ٣/ ٣٠، وأبو داود، ٣/ ٥٠٩، وابن ماجه، ٣/ ١١٦، والحديث صحيح لغيره كما ذكر الألباني، انظر: إرواء الغليل، ٥/ ٢٧٠..

وقال مالك: «إن شاء أن يرد ما قبض ويأخذ السلعة كلها، وإن شاء حاصَّ الغرماء فيما بقي من سلعته»، أما الشافعية قالوا: إن كان قبض بعض الثمن أخذ ما يقابل باقيه.

الشرط التاسع: وهو شرط عند المالكية: وهو أن لا يفديه الغرماء بالثمن، فإن فدوه بثمنه الذي على المفلس، ولو بما لهم الخاص بهم أو ضمنوا له ذلك، أو أعطوه كفيلاً بذلك، فليس له أخذ عين ماله حينئذ، أما الشافعية والحنابلة: فهم يرون أن حقه في الفسخ لا يسقط بذلك، ولو قالوا نحن نُقَدِّمُك بالثمن؛ لما في ذلك من المنّة واحتمال ظهور غريم آخر.

واستدلوا بعموم حديث «من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به» سبق تحريجه.

لكن لو أن الدائنين بذلوا الثمن للمفلس، فأعطاه للبائع صاحب العين سقط حقه في الفسخ.

الشرط العاشر: وهو شرط عند المالكية والحنابلة. أن يكون المفلس حياً إلى حين أخذ العين منه، فإن مات بعد الحجر عليه، سقط حق البائع في الرجوع.

بخلاف الشافعية الذين يرون حق استرجاع العين، حتى وإن مات المفلس.

الشرط الحادي عشر: وهو شرط عند الحنابلة. أن يكون البائع حياً إلى حين الرجوع، فلو مات فليس للورثة حق الرجوع، وفي قول عندهم لورثته حق الرجوع.

الشرط الثاني عشر: أن على الغريم أن يرجع فور علمه بالحجر، فإن تراخى في الرجوع وادعى الجهل بأن الرجوع على الفور قبل منه، ولو صولح عن الرجوع على مال لم يصح، وبطل حقه من الفسخ إن علم.

الشرط الثالث عشر: اشترط الشافعية أن يكون ذلك في معاملة محضة كبيع.

وعند الحنابلة يصح الرجوع في العين المبيعة وفي غيرها كقرض ورأس مال السلم.

الشرط الرابع عشر: اشترط الشافعية أن يكون الرجوع بنحو قولك فسخت البيع.

أي يكون الرجوع بالقول. ولم يشترط ذلك الحنابلة.

الشرط الخامس عشر: اشترط الشافعية أن يتعذر استيفاء العوض بسبب الإفلاس.

المبحث الخامس: المحاصة بعد ظهور غريم بعد محاصة مال المفلس

الحكم لو تحاص الغرماء، وقسموا مال غريمهم بينهم ثم بعد انتهاء القسمة ظهر

غريم لم يتحص معهم؟ بعد النظر في كتب الفقهاء، تجد أن الأمر لا يخلو من حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون الحاكم أو المفلس عالم بوجود غريم آخر، فحينئذ يراسله القاضي ليعلم قدر دينه، ويراجعه في ذلك ليتبين الأمر، وإن لم يستطع الحاكم المراجعة رجع إلى ما يُخبر به المفلس، وأفرز له بقدر دينه محاصّة مع الغرماء، فإن رجع إلى أمر المفلس ثم حضر الغريم، وبان أن له زيادة فحكمه حكم غريم ظهر بعد القسمة ولم يعلم الحاكم، وسيأتي.

ولو تلف بيد حاكم ما أفرزه للغائب بعد أخذ الحاضر حصته أو أفرزها، فقد ذكر أهل العلم أن الغائب لا يزاحم من قبض.

وبَيّن المالكية: أنه لو كان مال المفلس مستحق لثلاثة، أحدهم غائب لم يكن لهم علم به اقتسم الحاضران ماله، فإن حضر رجع عليهما. واحترزوا من قولهم لم يكن معهما علم مما لو كانا عالمين به، فإنه يأخذ المليون عن المعدم والحاضر عن الغائب والحي عن الميت.

الحالة الثانية: أن يكون الحاكم أو المفلس غير عالمين بذلك، ولم يأت دليل على وجود غريم ثم ظهر غريم بعد ذلك وأثبت أن له على المفلس دين، فلا تخلو هذه الحالة من أمرين:

الأول: أن يكون الدين بعد الحجر على المفلس، فهو دين حادث لا يحاصّ الغرماء فيه .

الثاني: أن يكون الدين قبل الحجر عليه، فقد اختلف الفقهاء في نقض المحاصّة أو رجوعه على الغرماء على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن للغريم حق الرجوع على الغرماء بقسطه، وهو قول مالك، وقول الشافعي، والمذهب عند الحنابلة.

القول الثاني: أن الغريم لا يحاصّ الغرماء، ولا يرجع عليهم، وعليه فيبقى المال في ذمّة المفلس حكى هذا القول عن الإمام مالك.

القول الثالث: تنقض المحاصة، وعليه فيتحصّون من جديد، وهو قول الشافعية في الأصح عندهم.

أدلة القول الأول: الدليل الأول: «أن الغريم لو كان حاضراً قاسمهم فإذا ظهر بعد ذلك قاسمهم كغريم الميت يظهر بعد قسم ماله».

الترجيح: والذي يظهر رجحانه القول الأول. بأن الغريم يرجع على الغرماء بقسطه، ولا تنقض المحاصة.

وألحق بعض أهل العلم بهذه المسألة: ما لو باع الفلّس شيئاً مستحقاً قبل الحجر، والثلث المقبوض تالف فهو يعتبر دين كغريم ظهر، وحكم ذلك أن المشتري يشارك الغرماء سواء من غير نقض القسمة أو مع نقضها، وسواء كان إتلاف الفلّس الثلث قبل الحجر أو بعده، أما إذا كان الثلث باقياً فإنه يرده.

المبحث السادس: ما لا يدخل تحت المحاصة من أموال الفلّس

أولاً: النفقة: فقد أوجب العلماء على الحاكم أن ينفق على الفلّس وزوجته وأولاده الصغار من ماله، وكذلك من تلزمه نفقته من أقاربه، وهو رأي الأئمة الأربعة.

ومما يستدل به على ذلك: قول الرسول -صلى الله عليه وسلم-: «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول» رواه البخاري، رقم (٥٣٥٦)، ومسلم، رقم (١٠٣٥)؛ ولأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء؛ ولأن النفقة حق ثابت لغير هذا الفلّس فلا يبطله الحجر.

ثانياً: الكسوة: لا خلاف أنه يجب كسوة الفلّس من ماله، وكذلك كسوة من تلزمه نفقته .

ثالثاً: تجهيز الميت وتكفينه ودفنه: فإن مات الفلّس أو ممن تلزمه نفقته فإنهم يُجَهَّزون من غُسل، وتكفين، ودفن من مال الفلّس، أما الزوجة: فمذهب الحنابلة أن الزوج الفلّس لا يُلزم بتكفينها؛ لأن النفقة واجبة لأجل الاستمتاع بها، وقد فات

ذلك بموتها فلا يجب، بخلاف الأقارب فإن نفقتهم باقية، لأن قرابتهم باقية، والذي يظهر أن الزوج المفلس يلزم بتكفين زوجته.

رابعاً: آلة الصنعة: ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه ينبغي أن يترك للمفلس ما يكتسب من صنعه ونحوها على تفصيل بينهم:

فيرى المالكية: إن احتاج إلى آلة الصانع وقلت قيمتها تركت له، فإن لم يحتاج إليها أو كانت قيمتها كثيرة بيعت.

ويرى بعض الشافعية أن آلة حرفته تباع إن كان مجنوناً، فإن كان عاقلاً فلا تباع في الأصح عندهم، ويترك له رأس مال يتجر به إن لم يحسن الكسب إلا به.

ويرى بعضهم أن آلة الحرفة تباع وإن كان عاقلاً.

وعند الحنابلة يجب أن يترك للمفلس ما يتجر به من ماله إن كان تاجراً، وكذا آلة الحرفة إن كان ذا صنعة، فإن لم يكن ذا تجارة أو ليس له صنعة تُرك له قوت يتقوت به، والأظهر في ذلك أن القاضي ينظر في حاجة المفلس، فإن كانت آلة الصنعة من حوائجها الأصلية تركها، وإلا باعها ووفى بها دائنيه. والله أعلم.

خامساً: السكن والخادم والمركوب: إذا كان للمفلس داران يستغني بسكن أحدهما بيعت الأخرى، أما الدار التي لا غنى للمفلس عن سكنها أو كان له خادم أو مركوب، فقد اختلف العلماء هل تباع في سداد دينه أم لا على قولين:

القول الأول: لا تباع في سداد دينه في المحاصّة. وهو قول أبو حنيفة وأحمد، واختيار ابن قدامة.

القول الثاني: تباع الدار ويستأجر له بدلاً منها، وما فضل أعطي للغرماء، كما يباع خادمه ومركوبه لأجل سداد الدين. وهو قول مالك والشافعي، واختيار ابن المنذر.

استدل القول الأول: بأن هذه الدار، أو المركوب، أو الخادم، مما لا غنى للمفلس

عنه، فلا تُباع وتصرف في دينه كثيابه وقوته.

الترجيح رجح ابن قدامة القول الأول؛ لما ذكره من تعليل، والذي اختاره ابن قدامة هو ما ظهر رجحانه؛ إذ أنه إذا استأجر دار يُصَاعَف عليه الحِمْل من الديون مع مرور الزمن، والضرر لا يزال بالضرر، كما أن هذه من حوائجه الأصلية، خاصّة في هذا الزمان باستثناء الخادم؛ ولذا شرط بعض الحنابلة في الخادم أن لا يكون نَفِيساً لا يصلح لمثله، وإلا فإنه يباع ويشترى ما يصلح لمثله إن كان يُجْدَم مثله ورد الفضل على الغرماء.

هذا وهناك بعض أموال المفلس لا تدخلها المحاصة: فذكر الفقهاء أنه يترك للجندي المرتزق خيله، وسلاحه المحتاج إليهما، بخلاف المقطوع للجهاد، إذ الغرماء بالدين حينئذ أولى إلا إذا كان الجهاد عليه فرض عين، ويترك للمفلس كتب العلم، وذلك تفقهاً لا أن يُتاجرَ بها.

وأما المصحف فيباع في سداد الدين؛ لأنه محفوظ فلا يحتاج إلى مراجعته، ويسهل السؤال عنه بخلاف كتب العلم. وهو في هذا الزمان أكثر وفرة، وأيسر حصولاً، واقتناء.

وفي كل الأحوال، فإنه يرجع فيما لا يدخلها المحاصة من أموال المفلس من حوائجه الأصلية، إلى ما تعارف عليه أهل البلد، وأنَّ هذا يختلف باختلاف الأحوال والأزمان والأماكن والأشخاص.

الفصل الثاني

محاصة تركة الميِّت

وفيه تمهيد وأحد عشر مبحثاً:

التمهيد: تعريف التركة، لغةً واصطلاحاً.

المبحث الأول: حلول الديون على المدين بموته، وصلة ذلك بالمحاصة

التمهيد

أولاً: التركة في اللغة: تركة الرجل ميراثه، وتَرَكَت الشيء تركاً، خليته، وتركة الرجل الميِّت ما يتركه من التراث المتروك.

ثانياً: التركة في الاصطلاح:

هناك وجهتين: في تعريف التركة: وجهة الحنفية: التركة ما يتركه الميِّت من الأموال، والحقوق المالية، خالياً عن تعلق حق الغير بعين منه، فيدخلون في التعريف دية الخطأ، والصلح عن العمد. وعلى هذا الرأي لا تورث الحقوق العينية. ويتابعهم في ذلك ابن حزم.

الوجهة الثانية: وهي وجهة الجمهور المالكية والشافعية والحنابلة: فهم يرون أن التركة كل ما يتركه الميِّت من أموال، وحقوق مالية.

فعلى رأي الجمهور تكون الحقوق المتعلقة بالتركة خمسة: تجهيز الميِّت، والحقوق العينية، والحقوق المرسله، والوصايا، وحق الورثة.

وعلى رأي أبو حنيفة وابن حزم الظاهري أربعة: تجهيز الميِّت، والديون المرسله التي لم تتعلق بعين من أمواله، والوصايا، وحق الورثة.

المبحث الأول: حلول الديون على المدين بموته، وصلة ذلك بالمحاصة

أولاً: حلول الديون على المدين بموته: اختلف العلماء في هذه المسألة على أربعة أقوال: القول الأول: أن الدين المؤجل لا يحل بوفاة الدائن، ويحل بوفاة المدين. وهو قول الحنفية، والمالكية، والشافعية، ورواية عند الحنابلة.

القول الثاني: أن الدين المؤجل لا يحل بوفاة المدين، بل يبقى الدين في ذمة الميت، ويتعلق بعين ماله شريطة: أن يوثق الورثة الدين برهن، أو كفيل مليء، بأقل الأمرين من قيمة التركة، أو الدين، فإن لم يرضوا أصبح الدين حالاً. وهو المذهب عند الحنابلة، وقول جماعة من التابعين.

القول الثالث: أن الدين المؤجل سواء كان له على الناس، أو للناس عليه، فإن الأجل يبطل ويحل الدين. وهو مذهب الظاهرية.

القول الرابع: أن الدين يبقى إلى أجله. وهو قول بعض التابعين.

أدلة القول الأول: الدليل الأول: لأصل أن الأجل حق للمدين لا حق لصاحب الدين، فيبطل أجل من عليه الدين دون من له، فتعتبر حياة وموت المدين في الأجل دون صاحب الدين.

الدليل الثاني: إن غرماء الميت أحق بهاله في حياته ففي وفاته أولى، إذ لو تركت ديونهم إلى وقت الحلول، كما في الحياة، لكان في ذلك منع لذمة الميت من أن تبرأ، وقد قال النبي -صلى الله عليه وسلم-: «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه دينه» رواه الترمذي، وقال هذا حديث حسن، سنن الترمذي ص ٢٥١؛ ورواه ابن ماجه. سنن ابن ماجه، ٣/ ١٤٥.

الترجيح: والذي يظهر رجحانه هو قول الجمهور، وهو أن الدين المؤجل يحل على المدين بموته؛ ولما ذكروه من تعليلات؛ وفي ذلك مبادرة لتخليص ذمة المدين، إذ ورد أن روح الميت معلقة بدينه؛ وجاء في حديث سلمة بن الأكوع، من أن النبي -صلى الله عليه وسلم- أتى بجنائز ليصلي عليها فقال: «هل عليه من دين؟». قالوا:

لا، فصلّى عليه ثم أُتِيَ بجزاة أخرى فقال: «هل عليه من دين؟» قالوا: نعم، قال: «صلُّوا على صاحبكم»، قال أبو قتادة عليّ دِينُهُ يا رسول الله، فصلّى عليه رواه البخاري، رقم (٢٢٩٥).

ثانياً: صلة هذه المسألة بالمحاصّة: بيّن هذا ابن قدامة - رحمه الله - وهي عبارة عن ثمرة من ثمرات المسألة: يقول ابن قدامة: «وإن مات مفلس وله غرماء، بعض ديونهم مؤجّل، وبعضها حال، وقلنا: المؤجّل يحل بالموت، تساووا في التركة، فاقسموها على قدر ديونهم - أي بالمحاصّة - وإن قلنا: لا يحل بالموت نظرنا؛ فإن وثق الورثة لصاحب المؤجّل، اختص أصحاب الحال بالتركة، وإن امتنع الورثة من التوثيق، حلّ دينه، وشارك أصحاب الحال - أي محاصّة -؛ لئلا يُفْضِي إلى إسقاط دينه بالكلية».

المبحث الثاني: قسمة التركة قبل محاصّة الغرماء

بيّن العلماء أنه إذا كان على الميّت دين، فليس للورثة حق في قسمة المال بينهم حتى يسددوا دين الميّت من هذه التركة، فإن قُسمت التركة نُقضت، لكن ما الحكم لو قُسمت التركة، ثم ظهر دين على الميّت، هل تنقض القسمة أم لا؟.

هذه المسألة مبنية على مسألة أخرى، وهي هل تنتقل التركة إلى الورثة بمجرد موته أم لا؟ وقد اختلف العلماء في المسألة على قولين:

القول الأول: أن التركة تنتقل إلى الورثة سواء عليه دين أم لا، وهو قول الشافعي، والمذهب عند الحنابلة.

القول الثاني: أن التركة تنتقل إلى الورثة في الجزء الذي لا يقابل الدين، أما ما كان مشغولاً بالدين من التركة فهو في حكم الميّت حتى تسدد ديونه، وهو رأي الحنفية والمالكية ورواية عند الحنابلة.

استدل القول الأول: بقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من ترك حقاً أو مالاً فهو لورثته» سبق تخريجه.

الترجيح: والذي يظهر رجحان ما ذهب إليه الشافعي والحنابلة من أن التركة تنتقل إلى الورثة، سواء عليه دين أم لا؛ وذلك لقوة ما استدلوا به من الحديث.

ويتبين من الخلاف السابق أن قسمة التركة قبل محاصة الغرماء تكتنفها وجهتين: وجهة الشافعية والحنابلة ووجهة الحنفية والمالكية.

فعلى وجهة الشافعية والحنابلة: فإنها تصح قسمة التركة قبل محاصة الغرماء سواء أكان الدين مستغرق بالتركة أم لا، وقال بعضهم: يصح تصرف كل وارث في حصته قبل المحاصة للغرماء في الدين غير المستغرق للتركة، ولا يصح التصرف في حصته إذا كان الدين مستغرق للتركة.

وعلى وجهة الحنفية والمالكية: إن كان الدين مستغرق بالتركة، ولا قضاء الورثة، وليس له مال يُسدّد منه، فلا تصح قسمة التركة قبل محاصة الغرماء؛ وعليه تنقض القسمة، أما إذا كان الدين غير مستغرق بالتركة فتجوز القسمة قبل محاصة الغرماء على أن يخصص للديون جزء من التركة.

المبحث الثالث: محاصة الغرماء تركة الميّت

وفيه مطلبان

المطلب الأول: كيفية محاصة الغرماء تركة الميّت.

إذا كانت تركة الميّت وافية بديون الغرماء فحينئذ لا يحتاج إلى محاصة تركة الميّت، أما إذا قلت تركة الميّت عن الوفاء بجميع الديون التي للغرماء فيأتي دور المحاصة في ذلك، وحينئذ نُزّل الغرماء الدائنين مكان الورثة، ونقسم التركة بينهم بحسب ما لهم على الميّت بأحد الطرق الستة: وحينئذ عندنا ثلاث معطيات ومطلوب واحد.

المعطى الأول: نصيب كل غريم من مجموع الديون على التركة.

المعطى الثاني: مجموع الديون.

المعطى الثالث: التركة

المطلوب: نصيب كل غريم من هذه التركة.

الطريق الأول: أن ينسب نصيب كل غريم إلى مجموع الديون، ثم تعطيه من التركة بمقدار هذه النسبة من مجموع الديون.

الطريقة الثانية: أن تضرب نصيب كل غريم في التركة، ثم تقسم حاصل ذلك على مجموع الديون.

الطريقة الثالثة: أن تُقسَم التركة على مجموع الديون، وحاصل القسمة يُضْرَب به نصيب كل غريم من مجموع الديون، والنتيجة هو نصيب الغريم من التركة.

الطريقة الرابعة: أن تقسم مجموع الديون على التركة، وحاصل القسمة، يُقسَم عليه نصيب كل غريم، والنتيجة هو نصيبه.

الطريقة الخامسة: أن تقسم مجموع الديون على نصيب كل غريم وحاصله تقسم عليه التركة.

الطريقة السادسة: أن نُخْرِجَ القاسم المشترك الأكبر بين التركة ومجموع الديون ثم نقسم مجموع الدين على القاسم المشترك الأكبر ونضع الناتج المسمى «وفق مجموع الديون» في مخرج الكسور، ويجعل وفق التركة: وهو ناتج قسمة التركة على القاسم المشترك الأكبر، فوق مجموع الديون، ثم يضرب دين كل غريم في وفق التركة، ثم يقسم على وفق مجموع الديون وتضع العدد الصحيح تحت التركة، والكسر تحت مخرج الديون.

المطلب الثاني: ظهور غريم بعد محاسبة الغرماء تركة الميت

ذكرنا فيما مضى أنه إذا طرأ غريم بعد محاسبة مال المفلس، فإن المحاسبة لا تُنْقِض على الراجح من قولي أهل العلم.

لكن ما الحكم لو طرأ الغريم بعد محاصة الغرماء تركة الميت.

لا خلاف في هذه المسألة فالمالكية، والشافعية، والحنابلة، يرون أن المحاصة لا تنقض، بل يرجع على كل غريم بحصته؛ لأن المقصود يحصل بذلك.

المبحث الرابع: محاصة الورثة تركة مورثهم

وفيه مطلبان

المطلب الأول: حكم محاصة الورثة تركة مورثهم «رأي العلماء في العول»

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن الفرائض قد تعول، ويدخل عليهم النقص جميعاً، وتُقسَم التركة بينهم على قدر فروضهم محاصة. وهو قول عامة الصحابة -رضي الله عنهم- ومن تبعهم من التابعين، وقال به الحنفية، والشافعية، والحنابلة.

القول الثاني: أن الفرائض لا تعول، وعليه فلا محاصة بين الورثة في تركة مورثهم وإن ضاقت التركة فيدخل الضرر على الأخوات والبنات. وهو قول ابن عباس -رضي الله عنه- وابن حزم، وبعض التابعين.

أدلة القول الأول: الدليل الأول: عموم آيات المواريث، فقد جاءت نصوص الشارع الحكيم عامة في المواريث، ولم تفرق بين حالة ازدحام التركة بالفروض أو عدم ازدحامها أو أن بعضهم أولى من بعض، فيستوون في الاستحقاق، وما يدخل عليهم من نقص.

الدليل الثاني: قول النبي -صلى الله عليه وسلم-: «الحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فهو لأولى رجل ذكر» رواه البخاري، برقم (٦٧٣٢)..

الدليل الثالث: من الإجماع يقول ابن قدامة -رحمه الله- «ولا نعلم اليوم قائلاً بمذهب ابن عباس، ولا نعلم خلافاً بين فقهاء العصر في القول بالعول، بحمد الله

ومنه».

الدليل الرابع: إذا ضاقت التركة عن الغرماء بجميع الفروض، فإن النقص يدخل على الجميع، قياساً على مال المفلس إذا ضاق عن دين غرمائه، ومال الميت بين أرباب الديون، والثالث بين أهل الوصايا، إذا لم تكفيهم أجمعين.

الترجيح: والذي يظهر رجحانه قول الجمهور بأن المسائل تعول؛ وذلك لقوة ما استدلوا به من الإجماع، والآية، والحديث.

المطلب الثاني: الأصول التي تقع فيها محاصصة الورثة لتركة مورثهم «الأصول التي تعول»

أصول المسائل التي تقع فيها المحاصصة هي كما يلي:

الأصل الأول: الستة: وتعول إلى سبعة وثمانية وتسعة وعشرة.

الأصل الثاني: (اثنا عشر): وتعول إلى ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر.

الأصل الثالث: (الأربعة والعشرين): ويعول مرة واحدة: إلى سبعة وعشرين.

المبحث الخامس: المحاصصة عند ظهور وارث بعد قسمة التركة

ما الحكم إذا ظهر وارث بعد محاصصة تركة الميت؟ في المسألة ثلاث وجهات:

الوجهة الأولى: وجهة المالكية، والحنابلة: وهي أن المحاصصة لا تُنقض بل يرجع على الورثة ويأخذ قسطه.

الوجهة الثانية: وجهة الشافعية: أن المحاصصة تُنقض.

الوجهة الثالثة: وهي وجهة الحنفية فقد فصلوا في الأمر فإن كانت قسمة التركة بقضاء قاضي فلا تُنقض، وإلا فالأصل أنها تنقض.

والذي يظهر أن المحاصصة لا تُنقض، بل يرجع الوارث على الورثة، لأن الحق

سيصل إليه، وفي النقض إبطال وفي التصحيح مع إيصال الحق لصحابه أولى من الإبطال.

المبحث السادس: من وجد عين ماله من الغرماء في التركة قبل المحاصة

وقع الخلاف بين الأئمة الثلاثة في مدى أحقية الغريم في أخذه لعين ماله من تركة الميت قبل المحاصة على قولين:

القول الأول: أن الغريم في حال وفاة المفلس ليس أحق بعين ماله، بل هو أسوة الغرماء.

وهو قول المالكية، والحنابلة.

القول الثاني: أن الغريم في حال وفاة المفلس، أحق بعين ماله من بقية الغرماء.

وهو قول الشافعي، وابن حزم الظاهري

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: رُوِيَ عن النبي -صلى الله عليه وسلم-: أنه قال: «أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه، ولم يقبض الذي باعه شيئاً، فوجده بعينه فهو أحق به، وإن مات الذي ابتاعه، فصاحب المتاع أسوة الغرماء»، وفي رواية: «أيما امرئ مات، وعنده مال امرئ بعينه اقتضى من ثمنه شيئاً أو لم يقتض فهو أسوة الغرماء» رواه مالك، الموطأ ص ٣٧٧؛ وابن ماجه، سنن ابن ماجه، ١١٧/٣. وصححه الألباني، الإرواء ٢٧١/٥.

الدليل الثاني: قال ابن رشد -رحمه الله-: «بين الذمة في الفلوس والموت فرقا وذلك أن المفلس مُمكنٌ أن تثرى حاله، فيتبعه غرماءه بما بقي عليه وذلك غير متصور في الموت».

الدليل الثالث: قال ابن قدامة -رحمه الله-: «ولأنه تعلق به حق غير المفلس

والغرماء، وهم الورثة، فأشبهه المرهون».

الترجيح والمناقشة: والذي يظهر رجحانه قول المالكية والحنابلة، بأن الغريم لا يجوز له أخذ عين متاعه بعد الموت، وأنه أسوأ الغرماء في ذلك، لما ذكره من الحديث الذي صححه الألباني؛ ولما ذكره من التعليقات.

المبحث السابع: المحاصصة بعد ظهور شيء من التركة

ذكر أهل العلم أن مال الغريم يتعلق بدمّة المفلس لا في عينه، فإذا مات فإنه يُقضى عنه من تركته، وذكروا أن روحه مُعلّقة بدينه حتى يُقضى عنه، وعليه فلو ظهر للميت مال فإن للغريم حق الاستيفاء من ذلك.

المبحث الثامن: المحاصصة عند تراحم دين الله ودين الأدمي بتركة الميت

استعرضنا في المباحث السابقة ديون الغرماء المتعلقة بتركة الميت، وفي هذا المبحث نتطرق لديون العباد، وديون الله إذا تعلقت بالتركة، فإذا كانت تكفي للدينين وُقيت الديون جميعها.

أما إذا ضاقت التركة عن الدينين، فننظر في ديون العباد: فإن كانت متعلقة بالعين، أو أخذ عليها رهن ونحوه قُدِّمت على ديون الله. وأما إذا كانت ديون العباد مرسلة غير متعلقة بالدمّة فقد اختلف العلماء في ذلك:

القول الأول: يرى أصحاب هذا القول أن ديون الله تسقط بالموت، وحينئذ تقدم ديون العباد إلا إذا أوصى الميت بهذه الديون فتخرج حينئذ من ثلث ماله، وهو مذهب الحنفية.

القول الثاني: يرى تقديم ديون العباد على ديون الله فتؤدى ديون العباد ثم بعد ذلك ديون الله وهو مذهب المالكية، وقول عند الحنابلة في حالة إذا لم يتعلق دين الله بالدمّة.

القول الثالث: يرى تقديم ديون الله على ديون العباد، وهو مذهب الشافعية،

والظاهرية، وقول عند الحنابلة.

القول الرابع: يرى أنه إذا كانت هناك ديون لله وديون للعباد وضافت عنها التركة فتقسم التركة بين الدينين بالمحاصة. وهو المذهب عند الحنابلة.

أدلة القول الثاني: يمكن أن يُستدل للملكية:

بحديث سلمة بن الأكوع، من أن النبي -صلى الله عليه وسلم- أُتِيَ بجنّازة لِيُصَلِّيَ عليها فقال: «هل عليه من دين؟». قالوا: لا، فصلَّى عليه ثم أُتِيَ بجنّازة أخرى فقال: «هل عليه من دين؟» قالوا: نعم، قال: «صلُّوا على صاحبكم»، قال أبو قتادة عليّ دِينُهُ يا رسول الله» سبق تخريجه.

والأصل في حقوق العباد أنها مبنية على المشاحة، وحقوق الله سبحانه مبنية على المسامحة، فتقدّم حقوق العباد على حقوق.

وذكر لهم الماوردي دليلين فقال: أحدهما: أن نفوس الأدميين أشح، والله تعالى بحقوقه أسمح، ولذلك جعل لها أبدالاً، وأسقطها بالشبهات.

والثاني: أن مستحقيها متعيّنون، وحقوق الله تعالى لا يتعيّن مستحقيها، وما تعيّن مستحقه أو كد».

الترجيح والمناقشة:

إن أدلة كل من المالكية والشافعية قوية لقوة الأصل الذي بنى عليه المالكية قولهم، وهو أن حقوق الله مبنية على المسامحة، وحقوق العباد مبنية على المشاحة، ولقوة دليل الشافعية والظاهرية وصراحتها، وهو قول النبي -صلى الله عليه وسلم-: «فدين الله أحق أن يُقضى»، وأما الحنابلة فجمعوا بين رأي المالكية والشافعية فقالوا بالمحاصة.

والذي يظهر رجحان قول المالكية؛ لقوة الأصل الذي بنى عليه قولهم؛ ولما جاء في حديث سلمة بن الأكوع الأنف الذكر.

بقي الحديث عن ديون الله إذا ضاقت عنها التركة. كالحج والزكاة والكفارات.

يرى الشافعية، والحنابلة، وابن حزم الظاهري، أن جميع ديون الله سواء، فإذا وجبت فإنه يجب فيها المحاصصة، إلا أن منهم مَنْ قَدَّمَ الزكاة على الديون الأخرى؛ لأنها تتعلق بالعين، والصحيح أن جميع ديون الله سواء؛ لعموم حديث النبي -صلى الله عليه وسلم-: «نعم، فدين الله أحق أن يُقَضَى» سبق تخريجه.

أما المالكية فيُقدِّمون بعض الديون على بعض.

المبحث التاسع: المحاصصة عند تراحم الوصايا

إذا جهز الميت من ماله وكفن، وأُدي ما عليه من حقوق وديون، فيُنظَر بعد ذلك إلى ما أوصى به من وصايا، فإن اتسع الثلث لجميعها أُدِّيت هذه الوصايا حسب ما أوصى، وإن لم يتسع الثلث لها، فقد تباينت آراء الفقهاء والمذاهب في ذلك.

أولاً: المذهب الحنفي: ذكروا أن الوصايا إن اتسع الثلث لجميعها نُفِّذت، وكذلك إذا لم يتسع لجميعها، ولكن أجازته الورثة، أما إذا لم يتسع الثلث لجميعها ولم تجزه الورثة، فلا تخلو هذه الوصايا: إما أن تكون كلها لله أو كلها للعباد أو تكون الوصايا مختلطة.

أولاً: إذا كانت الوصايا كلها لله: فلا يخلو الأمر عندهم إما أن تكون متحدة في رتبة واحدة، كأن تكون كلها فرائض أو كلها واجبات أو كلها مندوبات، فيُقدَّم فيها ما بدأ به الميت في كلامه، فإن كان بعضها أقوى من بعض، بدأ بالأقوى والأهم.

ثانياً: إذا كانت الوصايا كلها للعباد: فعند الحنفية لا يخلو الأمر من حالين:

الحالة الأولى:

أن تكون كل وصية من الوصايا لا تتجاوز الثلث، فيأخذ كل واحد من الوصية بنسبة وصيته من الثلث، وذلك عن طريق المحاصصة. وهذا بلا خلاف عند الحنفية.

فإن كان مع هذه الوصايا أحد الأشياء الثلاثة: وهي الإعتاق المنجز في المرض أو المعلق بالموت أو البيع بالمحاباة بما لا يتغابن به الناس في المرض فيُقدَّم صاحبه على غيره .

الحالة الثانية:

إذا كان في الوصايا ما يزيد على الثلث، فإن أجازت الورثة لكل واحد ما أوصى به، وإن لم تجز الورثة، فالثلث بينهما نصفين على قول أبي حنيفة، واستثنى أبو حنيفة خمسة صور. وعند الصاحبين الثلث بينهما محاصة على حسب أسهمهم، كالحالة الأولى.

الصورة الأولى والثانية: العتق في المرض وفي الوصية بالعتق في المرض.

الصورة الثالثة والرابعة: المحاباة في المرض وفي الوصية.

الصورة الخامسة: في الوصية بالدرهم المرسل.

وفي هذه الصور الخمس يتوافق رأي أبي حنيفة مع رأي الصاحبين.

ثالثاً: إذا كانت الوصايا بعضها لله وبعضها الآخر لعباده.

فإن أوصى لقوم بأعيانهم وأوصى مع ذلك بوصايا لله، فما كان لعباده يتحصون فيه فيما بينهم في الثلث، وما كان لله يقدم بحسب الأقوى، الفرائض ثم الواجبات ثم النوافل، فإن كانوا سواء يقدم بما بدأ به الموصي.

والطريقة في ذلك بأن يقسم ثلث ماله نصفين: نصف لعباده يتحصون فيه، والنصف الآخر وهو ما كان لله. يُقدَّم الأقوى فالأقوى.

فإن كان مع الوصايا لله قد أوصى لواحد معين، فإن الثلث يُقسَّم على أربعة أسهم لكل واحد سهم.

ثانياً: المذهب المالكي: يرى المالكية أن الوصية إذا لم تسع ثلث ماله، ولم تجزه

الورثة؛ فإنها حينئذ ترتب حسب ترتيب الشرع أو ما بدأ به الموصي، فإذا كانت هناك وصايا لا تبدأ فيها بأي منها فحينئذ يتحصّون في الثلث.

ثالثاً: المذهب الشافعي:

يرى الشافعية أن الموصي إذا وصى بوصايا تزيد عن الثلث، ولم تجز الورثة، فلا تخلو هذه الوصايا إما أن تكون متعلقة بالموت أو منجزة.

فإن كانت متعلقة بالموت فلا تخلو؛ إما أن تكون عتقاً أو غيره.

فإن كانت الوصايا عتقاً فَحَسْب، أقرع بينهم، ولا يعتق من كلِّ بعضه، ولا يُقدّم العتق المعلق بالموت على الموصى بعتقه؛ وقال بعضهم: تقع مُرَبَّة.

فإن كانت الوصايا غير العتق، فيتحصّون في الثلث باعتبار القيمة، أو المقدار.

فإذا اجتمع العتق وغيره، فُسِّط الثلث عليهما بالقيمة، وفي قول: يُقدّم العتق لتعلق حق الله، وحق الأدمي به.

أما إذا كانت الوصايا منجزة، فلا تخلو الوصايا:

إما أن تكون دفعة واحدة أو لا، فإن لم تكن دفعة واحدة قدّم الأول منها فالأول، وخرجت من الثلث، أما إذا كانت هذه الوصايا قد وقعت دفعة واحدة، فلا تخلو:

إما أن تكون متحدة الجنس، كعتق عبيد أو إبراء جمع، فيُقرع في العتق خاصة.

وإن كانت قد اختلفت جنس الوصايا، فإن كان فيها عتق قدّم العتق، وقال البعض: يقسط الثلث على الوصايا محاصّة، وإن لم يكن فيها عتق تحاصّوا في الوصايا.

ويرى الشافعية أن المحاصّة تقع في الموصى به حتى وإن كان فيها واجباً، كالحج الواجب، وإن كان في الحقيقة يعتبر الحج الواجب من قبل الديون.

رابعاً: المذهب الحنبلي: فيرى الحنابلة إذا ضاق الثلث عن الموصى به ولم تجز الورثة فإن الوصايا لا تخلو من ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أن يوصي بواجب، وحيثئذ الوصيّة الواجبة لا تخلو من أربعة أقسام:

القسم الأول: الوصيّة بالواجب من رأس ماله، فهذا تأكيد لما وجب بالشرع، وإن لم يف ماله بذلك أُخذ ماله كله ودُفِعَ في الواجب، كما لو لم يوص.

القسم الثاني: أن تكون الوصيّة بأداء الواجب من ثلث ماله فتصح أيضاً، فإن لم يف الثلث أُخذ ماله كله ودُفِعَ في الواجب كما لو لم يوص، وإن كان أوصى مع ذلك بتبرع قُدِّم الواجب وما فُضِّل فهو للتبرع، كما ذكر ذلك القاضي.

وقال أبو الخطاب: «أي زاحم بالواجب أصحاب الوصايا».

القسم الثالث: أن يوصي بالواجب ويطلق، فهو من رأس المال، فإن كان ثم وصية تبرع، فلصاحبها ثلث الباقي، وذهب بعضهم: إلى أن الواجب من الثلث كما في القسم الثاني.

القسم الرابع: أن يوصي بالواجب، ويقرن بها الوصيّة بالتبرع، ففيه وجهان:

الأصح أن الواجب من رأس المال، وقيل: أنه من الثلث.

الحالة الثانية: أن يوصي بواجب وتبرع، وقد تكلم عنها الحنابلة في أثناء كلامهم في تقسيم أحوال الوصيّة الواجبة.

الحالة الثالثة: الوصيّة بتبرع، فإذا أوصى بتبرعات لأشخاص، وضاق الثلث عن هذه الوصايا، تحاصوا وقُسمت كمسائل العول و كالديون التي على المفلس عند التزاحم في الاستحقاق.

وعلى ضوء ذلك، يقال:

أن الوصايا لا تخلو: إما أن تكون حقوقاً لله، أو حقوق للعباد، أو خليطاً منهما، كما أنها قد تكون واجبة، أو غير واجبة، أو خليطاً منهما، وقد تكون الوصايا في ثلث المال، أو في رأس المال، وقد يفني الثلث بكل الوصايا، وقد لا يفني إلا بعضها ثم إذا

لم يفِ بكل الوصايا، هل تجيز الورثة ذلك، أم لا، اعتبارات لا بد أن نضعها أمامنا حين تراحم الوصايا:

فإذا اتسع الثلث لما أوصى به الموصي، نُفِذت وصيته، وإن لم يتسع، وأجازت الورثة الوصية فُتِنَفَّذَ أيضاً، وإن لم تجز الورثة ذلك، فلا يخلو الأمر:
إما أن تكون هذه الوصايا واجبة أو تكون غير واجبة:

فإن كانت واجبة، فقد تكون حقوق لله، أو للآدميين، أو خليطاً منهما، وحينئذ هذه الوصايا قد يُوصَى بها في الثلث أو في رأس المال.

والحقيقة أن الوصايا الواجبة ديون على الموصي، أوصى بها تأكيداً لتبراً ذمته، وعليه فتخرج من رأس ماله، قال تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ سورة النساء، آية ١١. وقال النبي -صلى الله عليه وسلم- في شأن الرجل الذي سأله هل يَصُومُ عن أمِّه، وكان عليها قضاء من رمضان لم تتمكن من صيامه في حياتها، قال: «نعم، فدين الله أحق أن يُقَصَى» سبق تحريجه.

وتقدم على الوصايا المتبرع بها كما هو رأي الحنابلة.

وهل يقدم حق الله أو الآدمي سبق أن رجحنا في الديون أن حق الآدمي مُقَدَّم ويدل على ذلك ما جاء من الأدلة في مسألة اجتماع دين الله ودين الآدمي.

أما الوصايا غير الواجبة، ويسميتها البعض اختيارية.

فالوصية هنا تكون من ثلث مال الموصي إلا أن يجيز الورثة ما زاد على الثلث.

وحينئذ لا تخلو الوصايا الاختيارية من ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أن تكون الوصية لله، فإن وَفَى الثلث نُفِذت الوصايا، وإلا فإنها تقسم بينها محاصّة.

الحالة الثانية: أن تكون الوصايا للعباد، وضاق الثلث عن الوصايا، فتقسم بينهم

بالمحاصّة، وإن أجازت الورثة، أخذ كل موصى له وصيّته بحسب نسبه.

الحالة الثالثة: أن تكون الوصايا مختلطة بين وصايا الله، ولعباده، فإن وقى الثلث، أو لم يفِ ثلث الموصي وأجازت الورثة، نُفِذت الوصية بحسب ما أوصى، وإن لم تجز الورثة ذلك: فلا يخلو، إما أن يُعيّن الموصي سهاماً، فتقسم الوصايا بينهم محاصّة بحسب السهام، وأما إذا لم يُعيّن الموصي سهاماً، فتقسم الوصية بينهم بالتساوي.

المبحث العاشر: محاصّة الأجنبي للوارث عند الوصية لهما

لقد أجمع أهل العلم على أنه لا وصية لوارث إلا أن يميز ذلك الورثة، أخذاً من حديث النبي -صلى الله عليه وسلم-: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث» رواه الترمذي، ص ٤٧٥؛ ورواه داود، وحسن إسناده ابن حجر، تخلص الحبير.

فإذا أوصى رجل لوارث، وأجنبي بثلث ماله، أو مال معين ونحو ذلك، ثم مات، فلا يخلو ذلك من حالين:

الحالة الأولى: أن يميز الورثة الوصية للوارث:

فإذا أوصى لوارثه وأجنبي بثلثه، وأجاز الورثة وصية الوارث، فالثلث بينهما، فإن كانت الوصية لهما بأكثر من الثلث، وأجاز الورثة ما زاد على الثلث جازت الوصية، وإن ردوا ما زاد على الثلث فهو بينهما محاصّة.

فالحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة يرون أن للوارث اقتسام الوصية مع الأجنبي عند الوصية لهما بحسب الوصية، إذا أجاز الورثة ذلك.

الحالة الثانية: في حالة عدم إجازة الوصية للوارث:

إذا أوصى رجل لوارثه ولأجنبي بثلثه، ولم يميز ذلك الورثة جازت الوصية في حق الأجنبي دون الوارث عند المذاهب الأربعة الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة.

ومع اتفاق العلماء على بطلان الوصية للوارث عند عدم الإجازة، وصحّت وصية

الأجنبي إلا أنهم اختلفوا، هل يحاصّ الوارث الأجنبي، فيأخذ الأجنبي ما خرج له من المحاصّة، أم يكون الثلث جميعه للأجنبي، خلاف بين العلماء على قولين:

القول الأول: أن الأجنبي يحاصّ الوارث فما حصل للوارث اقتسمه مع بقية الورثة، وأخذ الأجنبي ما خرج له من المحاصّة، وهو المشهور من مذهب الحنفية، وقول المالكية، والشافعية، والحنابلة.

القول الثاني: أن الثلث جميعه للأجنبي، وعليه فلا محاصّة مع الوارث، وهو رأي لبعض الحنفية.

استدل أصحاب القول الأول: بالقياس، فإذا بطلت الوصيّة في حق الوارث، بقيت في حق الأجنبي، فأخذ ما بقي من الثلث، كما لو أوصى لأجنيين فرد أحدهما دون الآخر.

الترجيح والمناقشة: والذي يظهر رجحانه القول الأول، وهو أن الأجنبي يأخذ ما بقي من الثلث بعد المحاصّة، لصحة قياسهم.

**المبحث الحادي عشر: محاصّة غير الوارث المُقر له بدين في مرض الموت
غرماء الصحة**

إن الديون إذا كانت جميعها ثابتة بالبينة أو الإقرار في حال الصحة، وضاقّت التركة عنها تساووا في ذلك، واقتسموا المال محاصّة.

وإذا كانت الديون بإقرار المريض في مرض الموت، فقد أجمع العلماء على جواز إقراره لغير وارث إذا لم يكن عليه دين في الصحة، وعليه فإذا ضاقّت التركة عن المُقر به من الديون تساووا في ذلك، واقتسموا المال محاصّة.

والنظر في الحكم هنا، في حالة ما إذا ثبت عليه دينان، أحدهما في حال الصحة، والآخر في حال مرض الموت، هل يتحصّان في ذلك، أم يُقدّم دين الصحة على دين المرض؟ الحكم في هذه المسألة لا يخلو من حالتين:

الحالة الأولى: أن يتسع المال للدينين فحيثُ لا إشكال، ويأخذ كل منهما نصيبه.

الحالة الثانية: أن يضيق المال عن الدينين، وفي هذه الحالة اختلف العلماء، على

قولين:

القول الأول: أنهما سواء في استحقاق الديون، من تركة الميت، وعليه فيقسم المال بينهما محاصّة، وهو قول ابن أبي ليلى من الحنفية، ومذهب المالكية، الشافعية، ورواية عن الحنابلة.

القول الثاني: أنهما ليسوا سواء في استحقاق الديون، بل يُقدّم دين الصحة على الدين الذي ثبت في مرض الموت بالإقرار، وهو مذهب الحنفية، والحنابلة، وبه قال النخعي، والثوري.

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: قالوا لا يُقدّم دين الصحة على دين المرض الثابت بالإقرار، بل يستويان؛ وذلك قياساً على ما لو ثبتا بالبينة، وكما لو أقرهما في الصحة، أو أقرهما في حال المرض.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: «أن أحد الإقرارين وُجد في حال الإطلاق، والآخر في حال الحجر - أي مرض الموت - فيقدّم ما وُجد في حال الإطلاق على ما وجد في حال الحجر وإنما قلنا ذلك؛ لأن بسبب المرض يلحقه الحجر ليتعلق حق الغرماء، والورثة بهاله حتى لا يجوز تبرعه بشيء، إذا كان عليه دين محيطاً، وبما زاد على الثلث، إذا لم يكن عليه دين لتعلق حق الورثة بهاله...».

الترجيح والتعليل:

والذي يظهر أن دين الصحة، ودين المرض على أربعة أحوال:

الحالة الأولى: أن يكون دين الصحة، ودين المرض قد ثبتا بالبينة فحينئذ يستويان في الاستحقاق، ولا يُقدّم أحدهما على الآخر، ويتحصّان في تركة الميّت.

الحالة الثانية: أن يكون دين الصحة قد ثبت بالإقرار، ودين المرض قد ثبت بالبينة، فيستويان في الاستحقاق والمحاصّة.

الحالة الثالث: أن يكون دين الصحة قد ثبت بالبينة، ودين المرض قد ثبت بالإقرار فيقدّم دين الصحة على دين المرض.

الحالة الرابعة: أن يكون دين الصحة، ودين المرض قد ثبتا بالإقرار، ففي هذه الحالة ينظر إلى التهمة. هل المقر بالدين في حال مرضه متهم في ذلك أم لا؟.

ويعرف ذلك بدلالة الأحوال، وصدق المقر أو كذبه، وإن كان هناك شهود ونحوه،

كما

الفصل الثالث

المحاصة في المعاملات

وفيه أربعة مباحث

المبحث الأول: محاصة المؤجر والمستأجر.

وفيه مطلبان

المطلب الأول: محاصة المؤجر.

إذا أجز المؤجر داراً، أو سيارة، أو شيئاً آخر، ثم أفلس أو مات، فهل تنفسخ الإجارة بذلك أو تبقى في ذمته؟ لا يخلوا الأمر من حالين:

الحالة الأولى: أن يكون المُسْتَأْجِر شيئاً معيناً، فالإجارة باقية لا تنفسخ، ويكون المستأجر أحق بالعين التي استأجرها، سواء قبضت العين أم لا؛ لقيام تعيينها مقام قبضها.

واشترط بعض المالكية، بأن تكون العين المستأجرة مقبوضة..

ويتعلق بالعين المستأجرة أمران: الأمر الأول: هل لغرماء المؤجر أن يبيعوا الدار، وهي مؤجرة، ويتحصوا في ثمنها؟

الأمر الثاني: ما الحكم لو انهدمت العين المستأجرة أو هلكت قبل انقضاء مدة الإجارة؟

أما الأول: فقد ذكر الفقهاء - رحمهم الله - أن الغرماء إذا طلبوا بيعها في الحال بيعت، وهي مؤجرة. وإن رأوا تأخير الثمن، فلهم ذلك؛ لأنه من حقهم، أما إذا اختلفوا، فطلب بعضهم التأخير، وبعضهم التقديم، قُدِّم من طلب تقديم البيع.

أما الثاني: فذكر الحنابلة أن الإجارة تنفسخ حينئذ، ويحاصّ المستأجر المؤجر مع الغرماء ببقية الأجرة.

الحالة الثانية: وهي ما إذا كانت الإجارة لدار أو دابة موصوفة في الذمة، فالمستأجر أحق بها في فلس المؤجر أو موته إن أقبضه المؤجر إياها قبل تفليسه أو موته، فإن لم تكن مقبوضة حين التفليس فهو أسوة الغرماء. يتحاصون في ذلك.

وللشافعية زيادة تفصيل في ذلك، فذكروا أن المؤجر إذا لم يكن سلم عيناً، وكانت الأجرة باقية في يد المؤجر، فللمستأجر أحقية الفسخ، واسترجاع الأجرة، فإن تلفت الأجرة حاصّ الغرماء بأجرة المثل للمنفعة، ولا تُسَلَّم إليه حصته بالمحاصّة، إذ يرى الشافعية أن إجارة الذمة سَلَم في المنافع، فلا يصح الاعتياض عنها.

المطلب الثاني: محاصّة المستأجر

إذا استأجر رجل أرضاً ليزرعها، أو داراً ليسكنها، أو دابة ليحمل عليها، ثم أفلس المستأجر، فلا يخلو الأمر، من إحدى ثلاث حالات :

الحالة الأولى: أن يكون الفليس قبل مضي شيء من المدة فحينئذ يكون للمؤجر الأحقية في فسخ الإجارة، ويدخل ضمن هذه الحالة إذا مضى مدة من الإجارة لا تُذَكَّر، ويحكم ذلك العادة والعرف، فحينئذ يعتبر المؤجل له الحق في استرجاع عين ماله، يدل على ذلك: ما ورد عن أبي هريرة -رضي الله عنه- أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: «من أدرك متاعه عند إنسان أفلس فهو أحق به» سبق تخريجه.

الحالة الثانية: أن يكون الفليس بعد انقضاء مدة الإجارة، فهو حينئذ غارم، وعليه الأجرة كاملة، يحاصّ بها مع الغرماء.

الحالة الثالثة: أن يكون الفليس بعد انقضاء بعض مدة الإجارة، فقد اختلف الفقهاء في ذلك.

القول الأول: وهو أن المؤجر ليس له الأحقية في فسخ الإجارة، وعليه فإن المؤجر

يحاصُّ المستأجر مع الغرماء في الأجرة الكاملة، وهو مذهب الحنابلة.

القول الثاني: أن المؤجر بالخيار، إن شاء فسخ الإجارة عند فليس المستأجر وحاصَّ الغرماء بما مضى من الأجرة، وإن شاء لم يفسخ الإجارة وحاصَّ الغرماء بجميع الأجرة، وهو مذهب المالكية، والشافعية، وقول بعض الحنابلة.

والمالكية يَحْصُونَ التخيير بالفلس، أما في الموت فهو أسوة الغرماء.

استدل أصحاب القول الثاني: بأن العقود عليه منفعة، فإذا فسخ العقد، فإنه يفسخه فيما يملك بالعقد، وهنا لما تعذر عليه الفسخ ردها فكان عليه عوضها، قياساً على ما لو فسخ البيع بعد أن أتلّف المبيع، فله قيمته يحاصُّ به مع الغرماء، فكذلك هنا، ويحاصُّ بأجر المثل.

الترجيح والمناقشة: والذي يظهر رجحانه قول الجمهور، وهو أن المؤجر بالخيار إن شاء فسخ الإجارة وحاصَّ الغرماء بما بقي من الأجرة، وإن شاء لم يفسخ، وحاصَّ الغرماء بجميع الأجرة؛ وذلك بناء على أن الأجرة مقابل المدة المنتفع بها، وأن الأجرة تتجزأ بحسب المدة.

المبحث الثاني: محاصة الشريك لشريكه

وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول: محاصة الأرباح والخسائر في الشركات.

من المعلوم أن شركة العقد بجميع أنواعها قائمة على أساس تحصيل الأرباح، كما أنها تتعرض للخسارة التي يجب أن تتحملها الشركة.

ويُعرف مقدار الربح باشتراط كل شريك نسبة يأخذ بهذه النسبة حصته من الربح يقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «المسلمون عند شروطهم» صحيح البخاري،

٧١ / ٣

فإذا لم يُنصَّ الشركاء على الربح، فإن الربح يكون بحسب حصّة كل شريك من الشركة، هذا، وإن كان ما ذكرناه من أن المحاصّة في الربح، يكون بحسب الاشتراط، إلا إن هذا الأمر ليس محل اتفاق بين العلماء.

فقد اختلف الفقهاء في مقدار الربح، هل هو على ما اشترطوا عليه أم على قدر رأس المال؟

لاخلاف في جواز أن يكون الربح بحسب حصّة كل شريك في رأس مال الشركة؛ إذا لم يكون هناك شرط بينهم لاقتسام الربح.

ولا خلاف بين أهل العلم في أن المضاربة المحصّنة تكون بحسب الاشتراط، كما أنه لا خلاف على إبطال المضاربة إذا شرط أحدهم أو كلاهما دراهم معدودة.

واختلفوا فيما عدا هذا، على قولين:

القول الأول: أن الربح بحسب ما اشترطوا؛ وعليه فيجوز التفاوت في الربح.

وهو المذهب عند الحنفية، والحنابلة.

القول الثاني: أن الربح على قدر رأس المال، وتفسد الشركة بالتفاوت في الربح.

وهو المذهب عند المالكية، والشافعية.

استدل أصحاب القول الأول: أن استحقاق الأجرة في الشركة إنما يكون بالمال،

والعمل، والضمان، والتفاضل يكون بهذه الأشياء الثلاثة، أو بأحدهما.

الترجيح والمناقشة: والذي يظهر رجحانه أن الربح يكون بحسب ما اشترطه،

وأن الربح يتفاوت بحسب التفاوت في المال والعمل والضمان؛ وذلك لقول الرسول

-صلى الله عليه وسلم-: «المسلمون عند شروطهم» سق تخريجه.

ولاتفاق العلماء أن المضارب في المضاربة المحصّنة يجوز له أن يشترط نصف الربح،

أو ثلثه أو ما يحدده بينهم، فكذا هنا.

فالمحاسبة في الربح تكون على حسب ما يشترط الشريك، فإن يكن هناك شرط لتقسيم الربح، فيكون بحسب حصة كل شريك في رأس مال الشركة.

أما بالنسبة للمحاسبة في الخسارة لوضيعة: فلا خلاف بين المذاهب الأربعة أنها على قدر رأس المال.

المطلب الثاني: المحاسبة عند فساد الشركة في غير شركة المضاربة

أولاً: شركة العنان وشركة الوجوه. إذا فسدت شركتي العنان والوجوه، فالشريك فيهما يخاص شريكه في رأس المال، بقدر حصة كل واحد منهما، وعمل كل واحد منهما في نصيب شريكه كالعامل في المضاربة يعطى أجره عمله، وطريقة ذلك: أن ينظر أجره عمل كل منهما في المالين ويسقط منها أجره عمله في ماله ويرجع على شريكه بالباقي، فإن تساويا في العمل والمال اقتسما الربح بينهما بالمناصفة، وعند الحنفية لا أجر لأحدهما على صاحبه.

ثانياً: شركة الأبدان: إذا فسدت شركة الأبدان فيقسم الشريك مع شريكه بالمناصفة، ثم يرجع كل واحد منهما على الآخر بنصف أجره عمله.

المطلب الثالث: المحاسبة في شركة المضاربة

الفرع الأول: المحاسبة عند فساد شركة المضاربة: إذا فسدت المضاربة، فلا يخلو هذا الفساد من حالين: الحالة الأولى: أن يكون فساد المضاربة قبل العمل، فحينئذ تُفسخ المضاربة الفاسدة ويُردُّ المال إلى مالكه.

الحالة الثانية: أن يكون فساد المضاربة بعد العمل، فقد أُخْتِلف في ذلك على أربعة أقوال، أشهرها، قولان: القول الأول: أن المضاربة الفاسدة إجارة فيردُّ جميعه إلى إجارة مثله فيكون للعامل أجره المثل، والربح يكون للمالك، ويتحمل المالك الخسران، وهو قول جمهور العلماء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة.

القول الثاني: أن المضاربة الفاسدة ترد إلى قراض المثل، وهي رواية عن مالك.

واستدل مَنْ قال إن للعامل أجرة المثل: بأن المضاربة الفاسدة في معنى الإجارة الفاسدة، والأجير لا يستحق النفقة ولا المسمى في الإجارة الفاسدة، وإنما يستحق أجره المثل، فكذا هنا، والربح لرب المال؛ لأنه نساء ملكه، وإنما يستحق المضارب جزءاً منه بالشرط، ولم يصح فكان المال كله لرب المال والخسران عليه.

ثمرة الخلاف: إذا كان المالك -رب المال -مفلساً، وطالبه الغرماء بالمال، وحُجِرَ عليه، وفسدت المضاربة، فإن قيل: إن المضاربة الفاسدة إجارة، وأن للعامل الأجرة فحينئذ، يحاصّ العامل مع الغرماء، ولا يتقدّم عليهم، وإن قيل: إن المضاربة الفاسدة يجب فيها قراض المثل، فهو أحقّ بهما القراض من الغرماء، ويتقدّم عليهم، ولا يدخل معهم في المحاصّة.

الفرع الثاني: المحاصّة عند تعدد العمّال في المضاربة: إذا تعدد عمّال المضاربة، وربح المالك، فإن عمّال المضاربة يتحصّون في الربح بقدر أعمالهم.

الفرع الثالث: المحاصّة في النفقة على عامل المضاربة: ذكر فقهاء المالكية لهذه المسألة صوراً: الصورة الأولى: أن يأخذ عامل المضاربة مالاً للقراض من رجل، ويتجهز به لسفره، ويكتري به دابة، ويتزود ثم يأخذ قراضاً ثانياً من غيره، ويستخدمه في المضاربة.

الصورة الثانية: أن يأخذ عامل المضاربة قراضاً فيسافر به، ويأخذ مالاً آخر لنفسه فالنفقة في صورتين تكون على المالين بالحصص.

الصورة الثالثة: أن يخرج عامل المضاربة لحاجة نفسه ثم يعطيه رجلاً حين خروجه مالاً للقراض، فالنفقة تكون على مبلغ القراض وقيمة نفقته في سفره، فيأخذ من القراض حصته من النفقة، ويكون باقي النفقة عليه.

الفرع الرابع: محاصّة المضارب تركة الميت المدين له: إذا كان الميت عليه ديون من

مضاربة، وبيع، وإجارة، ونحو ذلك، فإن المضارب يحاص الغرماء الآخرين دون أن يتقدم عليهم، أما إذا أوصى الميت بأن هذا المال قراض فإن صاحب القراض يُقدّم على أصحاب الديون، فليس لهم أن يحاصّوه، وسواءً أكانت الوصية في المرض أو في الصحة.

المطلب الرابع: شركة المحاصة في العصر الحديث

الفرع الأول: تعريف شركة المحاصة: جاء في المادة (٤٠) من نظام الشركات السعودي ما نصه: «شركة المحاصة هي الشركة التي تستتر عن الغير، ولا تتمتع بشخصية اعتبارية، ولا تخضع لإجراءات الشهر» نظام الشركات، ص ٤٢.

الفرع الثاني: خصائص شركة المحاصة:

تتمتع شركة المحاصة بعدة خصائص، وهي كما يلي:

أولاً: أنها شركة مستترة يقتصر وجودها على الشركاء دون غيرهم، ولا يعرف العميل إلا من يتعامل معه دون باقي الشركاء، واكتسابها لصفة الخفاء يجعلها شركة لا تتمتع بالشخصية المعنوية.

ثانياً: شركة المحاصة شركة أشخاص، وعليه فـ«لا يجوز للشريك أن يتنازل عن حصته لأجنبي عن الشركة دون موافقة باقي الشركاء جميعاً أو بالقيود التي يتفقون عليها»

ثالثاً: لا يكتسب الشركاء في هذه الشركة، ولو كانت الشركة تجارية، وصف التجار إلا من تعامل باسمه في هذه الشركة.

رابعاً: تعتبر هذه الشركة شركة تجارية إلا أنها قد تقوم بأعمال مدنية لا تدخل في التجارة .

خامساً: لا يشترط لهذه الشركة عقدٌ كتابي، بخلاف باقي الشركات.

الفرع الثالث: تكوين شركة المحاصصة:

يجب حتى تتكون شركة المحاصصة أن تتوفر الأركان الموضوعية العامة، والأركان الموضوعية الخاصة. أما الأركان الموضوعية العامة، فهي: الرضا، والمحل، والسبب، والأهلية.

وأما الأركان الموضوعية الخاصة، فهي: تعدد الشركاء، ونية المشاركة، وتقديم الحصص والمساهمة في الأرباح والخسائر.

أما الأشياء الشكلية، فلا تشترط لتكوين شركة المحاصصة؛ إذ لا شخصية لها، فلا يلزم إثباتها بتحرير عقد كتابي، فيجوز أن تثبت بكافة الطرق دون الحاجة إلى شهر الشركة في الجرائد ونحوها.

فقد نصت المادة (١٠) من نظام الشركات السعودي على استثناء شركة المحاصصة من بين الشركات الأخرى في عدم اشتراط كتابة عقدها، فقال:

«باستثناء شركة المحاصصة يثبت عقد الشركة، وكذلك ما يطرأ عليه من تعديل بالكتابة...» نظام الشركات السعودي، ص ٣٣..

وجاء في المادة (٤٥) من نظام الشركات السعودي:

«يجوز إثبات شركة المحاصصة بجميع الطرق، بما في ذلك البيّنة» المرجع السابق، ص ٤٣.

الفرع الرابع: إدارة شركة المحاصصة: يختار الشركاء طريقة من إحدى ثلاث طرق لإدارة أعمالهم في الشركة وتنظيمها.

الأولى: أن يتفق الشركاء على أن يتقدم كل منهم بجزء من العمل، ثم يتقدم كل واحد منهم بحساب عما اكتسبه، فيقتسموا الربح والخسارة فيما بينهم.

الثانية: أن يتفق الشركاء على اختيار مدير لهم لهذه الشركة، يقوم بالتعامل

لحسابهم، يراعي بذلك مصلحة الشركة، ويتعاقد مع الغير باسمه الشخصي، وما نتج من آثار تكون المصلحة للشركة، وحينئذ يرجع هذا الغير على مدير هذه الشركة، ما لم يتخذ الشركاء إجراء يفصح عن شركتهم، فقد جاء في المادة (٤٦) من نظام الشركات السعودي:

«ليس للغير حق الرجوع إلا على الشريك الذي تعامل معه..» ص ٤٣.

الثالثة: اتفاق الشركاء على وجوب اشتراكهم في جميع الأعمال التي تتم لحساب الشركة، ويوقعون على العقد ويلزمون أمام الغير، وحينئذ يكون التزامهم تضامنياً إذا كانت شركة المحاسبة قائمة على أساس التجارة، وحينئذ لا يجوز للشريك أن يقوم بعمل بمفرده إلا عند الضرورة، وقد حددت هذه الضرورة في النظام السعودي في المادة (٢٧) من هذا النظام، وهو وجود أمر عاجل يترتب على تفويته خسارة حسية للشركة نظر: ص ٣٨.

الفرع الخامس: توزيع الأرباح والخسائر: تُوزَع الأرباح والخسائر كل نهاية سنة مالية أو عند انتهاء كل عملية تكونت من أجلها المحاسبة، ويُقدّم مدير شركة المحاسبة حساباً عن إدارته للعمليات التي قام بها لمصلحة الشركة، ويوضع في الاعتبار عند محاسبة الشركاء وقسمة الأرباح والخسائر شروط الاتفاق بين الشركاء، كما أنه لكل شريك محاصص أن يسأل عن خسائر الشركة في جميع أمواله ما لم يُتَّفَقَ على تحديد المسئولية بقيمة الحصص، وعند عدم النسبة تُوزَع الأرباح، والخسائر بنسبة الحصص المتحصّنين.

الفرع السادس: انقضاء شركة المحاسبة: تنقضي شركة المحاسبة بما تنقضي به شركة التضامن، جاء في المادة (٤٧) من نظام الشركات السعودي:

«تسري على شركة المحاسبة أحكام المادة (٣٥)» ص ٤٣.

وجاء في المادة (٣٥):

أن انقضاء شركة التضامن يكون بما يلي:

- ١- بوفاة أحد الشركاء.
- ٢- أو بالحجز على أحد الشركاء.
- ٣- أو بشهر إفلاس أحد الشركاء؛ أو إعساره.
- ٤- أو بانسحاب أحد الشركاء من الشركة، إذا كانت مدتها غير معينة.

الفرع السابع: التكييف الفقهي لشركة المحاصصة:

يتبين عند النظر في تعريف شركة المحاصصة، وخصائصها، وتكوينها، وإدارتها، أن الشريعة لا تخالف قيام مثل هذه الشركة، إذ الأصل في العقود التراضي، ما لم تخالف نصاً من الشارع، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا ءَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ سورة النساء، آية ٢٩..

فهي جائزة شرعاً إذ هي نوع من شركتي العنان والمضاربة.

وتكون شركة عنان ومضاربة، إذا احتفظ كل شريك بملكية حصته لكن سلّمها لواحد يقوم باستثمارها مع بقية الحصص لمصلحة الكل.

كما أنه إذا تصرف مع العامل بعض الشركاء في الإدارة للشركة، تصبح الشركة عنان، وأما الذين لم يشاركوهم في الإدارة، وإنما قدّموا المال فهم شركاء مضاربون. هذا ومن المعلوم أن المفاوضة هي عبارة عن اجتماع أنواع من الشركات من عنان ووجوه وأبدان ومضاربة، وقد أجازها بعض الفقهاء من الحنفية، المالكية، وقول للحنابلة؛ لأن ما جاز وحده جاز مع غيره، وبناء عليه فيجوز تعدد الشركات في شركة واحدة.

وقد أجاز هذه الشركة، بعض المعاصرين.

أما بالنسبة لاستتار الشركة، أو كون الشركة لا عنوان لها، ولا موطن، ولا جنسية،

ولا ذمّة منفصلة إذ لا شخصية اعتبارية لها، فيقال ليس في قواعد الشريعة ما يُعَارِضُ ذلك .

إذ الأصل في العقود التراضي، وأن لا يكون في هذه المعاملات ما يخالف الشرع، ويعتبر المتعامل باسم الشركة وكيل عن الشركاء.

المبحث الثالث: المحاسبة عند توثيق أحد الغرماء دينه بالرهن أو الضمان

وفيه مطلبان

المطلب الأول: المحاسبة عند توثيق أحد الغرماء دينه بالرهن.

وفيه أربعة فروع

الفرع الأول: المحاسبة عند إفلاس المدين الراهن:

لا يخلو الأمر من حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون الرهن غير مقبوض: فقد أجمع أهل العلم أن الرهن لا يكون إلا مقبوضاً، فلو أفلس المدين الراهن أو مات ولم يقبض المرتهن الرهن فإنه حينئذ يحاصّ مع الغرماء بدينه، ولا يكون أحق بهذا الرهن.

الحالة الثانية: أن يكون الرهن مقبوضاً: فإذا كان المرتهن قد قبض الرهن، ثم أفلس الراهن أو مات، فإن المرتهن أولى من باقي الغرماء بهذا المرهون، ويقدم عليهم، ولا يحاصّ معهم. وذلك عند الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة.

الفرع الثاني: المحاسبة في حالة كون المرتهن له دينان أحدهما برهن والآخر بدن

رهن:

إذا كان لشخص على شخص دينان أحدهما برهن والآخر بدون رهن، فإن الدين الذي برهن يُقدّم به على سائر الغرماء، وأما الدين الذي لا رهن فيه فالمرتهن فيه أسوة الغرماء، كما أنه ليس له أن يُستوفي دينه الثاني الذي لا رهن فيه مما تبقى من

ثمن رهن دينه الأول، بل يحاص الغرماء بجميع دينه الثاني إذا لا رهن به.

الفرع الثالث: المحاصّة عند توثيق الدين بالرهن المحرم: إذا كان الرهن محرماً كخمر وغيره، ورهنه المدين للدائن، فلا يخلو عقد الرهن عند المحاصّة من أربع حالات:

الحالة الأولى: أن يكون الراهن ذمياً والمرتهن مسلماً، فلا يصح رهن الخمر لمسلم وترد حينئذ الخمر للراهن الذمي، ويكون المرتهن أسوة الغرماء يتحص معهم في ثمنها.

الحالة الثانية: إذا كان الراهن مسلماً والمرتهن مسلماً أو ذمياً، فيُراق الخمر على الراهن المسلم، ولا ترد إلا أن تتخلل، وحينئذ يختص بالرهن مرتهنها دون سائر الغرماء، ويُقدّم عليهم.

الحالة الثالثة: إذا كان الراهن مسلماً والمرتهن مسلماً أو ذمياً، وقد رهنهم عصيراً ثم تخمّر عند المرتهن، فإنه حينئذ يُراق وجوباً على المرتهن بعد رفع الأمر وجوباً للحاكم الذي أراد إراقته، ومحل وجوب الأمرين: إذا كان في المحل حاكم حنفي يرى بقاءها، وتحليلها دون إراقته، فإن لم يكن في المحل حاكم يرى بقاءها أراقها المرتهن حينئذ.

الحالة الرابعة: إذا كان الراهن ذمياً والمرتهن مسلماً وقد رهنه عصيراً ثم تخمّر فإنها لا تُراق على الراهن وتُرد إليه، ويبقى دينه بلا رهن. ويتساوى في الدين والمحاصّة. ويُفهم من هذه الحالات أنه لو كان الراهن ذمياً، والمرتهن ذمياً ورهنه خمر أو عصيراً ثم تخمّر، وتحاكموا إلينا فالرهن صحيح، ويُقدّم المرتهن برهنه، ولا يدخل معهم في المحاصّة.

الفرع الرابع: المحاصّة عند الاختلاف في الرهن المقبوض:

الحكم: أن يُلغى كل منهما على صدق دعواه ودفع دعوى صاحبه، وحينئذ يُوزع

الرهن المقبوض على الدينين معاً محاصّة، فَيُوزَعُ بقدرهما، والعشرة التي قُبِضَتْ تُقَسَّمُ على العشرين فتصير العشرة الباقية نصفها برهن ونصفها الآخر بلا رهن، ويُقَضَى لمن حلف على الناكل وظاهر الأمر سواء كان الدينين حاليين، أو مؤجلين أو حلَّ أحدهما، اتحد الأجل أم اختلف، فإن كان الأجل متباعد، فالقول قول من ادعى القرب، وكذا القول قول من ادعى حلول أحدهما دون الآخر.

المطلب الثاني: المحاصّة عند توثيق أحد الغرماء دينه بالضمان

الفرع الأول: المحاصّة عند إفلاس المضمون عنه: فإذا تحمّل أو ضمن رجل عن رجل مالا، ثم أفلس هذا المضمون عنه الذي عليه الحق، فإنه يحق للغريم الذي له الضمان أن يحاصّ مال المفلس، وهو المضمون عنه، فإن لم يكن به وفاء، رجع المضمون له على الضامن بباقي ماله دون بقية الغرماء.

فإذا اغتنى المفلس المضمون عنه، فإن الضامن يحاصّ غرماء المفلس المضمون عنه بقدر ما غرم عنه.

الفرع الثاني: المحاصّة عند إفلاس الضامن أو موته: فإذا ضمن رجل عن رجل دينه، فمات الضامن أو أفلس قبل أن يحل الدين، فللدائن الخيار، بين أن ينتظر إلى الأجل ويتبع المدين، أو يتعجل في ماله فيأخذ من تركة الضامن أو يحاصّ بدينه مع غرماء الضامن في حالة إفلاس الضامن، حتى ولو كان المضمون عنه حاضراً مالياً.

فإذا حلَّ الأجل فلورثة الضامن أن يرجعوا على المضمون عنه بما دفعوا عنه من تركة مورثهم الضامن، وفي حالة الفلاس فإن الضامن يرجع بعد حلول الأجل على المضمون عنه بما أخذه الدائن بالمحاصّة من ماله.

الفرع الثالث: محاصّة الغريم للغريم في الضمان: إذا تكفّل رجل بحق لرجلين على رجل، ثم حل الأجل فأراد الحق من الضامن فغاب أحدهما، وحضر الآخر، فلم يجد عنده إلا ما يفى بحقه، فما الحكم؟

للحاضر أن يأخذ من هذا الحق ما يخصه محاصّة مع الغائب، كما لو كان حاضراً،

فإن أخطأ القاضي وقضى لمن حضر بكل الحق دون من غاب، فللغائب مطالبة الحاضر بقضاء نصف ما أخذ، وقال البعض: إذا لم يجد عنده إلا مقدار حق أحد الرجلين، فقضى له بما ينوبه في الحصص أو بجميع الحق فهو سواء.

الفرع الرابع: المحاصصة عند الاختلاف في الضمان:

فإذا كان لرجل دينان أحدهما بضمان، والآخر بغير ضمان، ثم قضى صاحب الدينين عن دين واحد، واختلف بعد ذلك، فادعى الدائن أن القضاء كان عن الدين الذي لا ضمان فيه، وقال المدين بل هو عن الدين المضمون عنه، فالحكم حينئذ أن يُجْلَفَ الحاكم الشرعي كل من الدائن والمدين، ويُوزَع الضمان بينهما بقدرهما محاصصة، وهذا إذ لم يكن هناك بيّنة تبيّن الحق، فإذا نكل أحدهما قضى لمن حلف.

المبحث الرابع: محاصصة الغرماء للمدين الذي عنده ودیعة

إذا أفلس المدين المودع أو مات وعنده أموال من ودائع وديون فلا يخلو الأمر من حالين:

الحالة الأولى: أن تكون الوديعة قائمة بعينها فحينئذ ترد على صاحبها؛ لأنها عين ماله، فقد بوب البخاري - رحمه الله - قال «باب إذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض والوديعة فهو أحق به» ثم ذكر بإسناده إلى أبي بكر بن عبدالرحمن الحارث بن هشام، أخبره أنه سمع أبا هريرة - رضي الله عنه - يقول: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره» سبق تخريجه.

الحالة الثانية: وهي ما إذا كانت الوديعة لا تعرف بعينها فحينئذ تكون دين يخاص به الغرماء، وهو رأي الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة.

وخالف بعض العلماء في الوديعة غير المعيّنة كابن أبي ليلى، حيث ذكر أن الوديعة إذا كانت لا تُعرف بعينها فهي للغرماء وليس لصاحب الوديعة.

وإذا كانت معينة فمتفق عليه أنها لصاحبها المودع ولا يحاصّ مع الغرماء.

وقال آخرون: بتقديم الوديعة على الدين عند ضيق المال عن الوفاء، في غير الوديعة المعينة، وقال آخرون: بتقديم الدين على الوديعة عند ضيق المال في غير المعينة.

أما إذا كانت في حال حياة المودع، فعلى وجهين:

الأول: وجوب ضمانها، وهو ظاهر المذهب؛ لأن الوديعة يجب ردها إلى صاحبها ما لم تتلف بغير تعدٍ، ولأن الجهل بعين الوديعة كالجهل بها.

الثاني: لا يجب ضمانها؛ لأن الوديعة أمانة؛ والأصل عدم التعدي والإتلاف.

الفصل الرابع

المحاصّة في فقه الأسرة

وفيه أربعة مباحث

المبحث الأول: المحاصّة عند ضيق الوقف عن مستحقه

بيّن الفقهاء أنه إذا ضاقت غلة الوقف عن الموقوف عليهم، فإنهم يتحصّون في ذلك.

وفصّل المالكية في قسمة الوقف عند ضيقه عن مستحقه، فذكروا: أنه إذا وقف الواقف على أقاربه وقفاً، يقسم الوقف بينهم على حسب الإرث.

فإذا ضاق الوقف عن كفايتهم، فلا يخلو الأمر من أحوال:

فإن كان الموقوف عليهم ذكوراً: يقدم الأقرب فالأقرب.

وإن كان الموقوف عليهم إناثاً: اشتركن في حال السعة والضيق، إلا أن البنات يقدّمن في حال الضيق.

وإن كانوا ذكوراً وإناثاً: فإن كان الذكور أقرب قدّموا على الإناث، وإن تساوا في القرب اشترکوا في حال السعة والضيق، وإن كان الإناث أقرب تساوا في حالة السعة، وقدم البنات في حالة الضيق.

وجاء عند الشافعية: إذا شرط الواقف أنه إذا نقص غلة الوقف عن الموقوف عليهم، فإنهم يتحصّون في ذلك، فإنه ينفذ شرط الواقف، أما إذا لم يشرط، وضاقت الوقف عن مستحقه فلا يُقدّم بعضهم على بعض بل يقسم بينهم بالمحاصّة.

وجاء عند الحنابلة: إذ وقف على جماعة، فلا يخلو إما أن يمكن حصرهم أو لا فإن أمكن حصرهم فيجب تعميمهم بالوقف والتسوية بينهم فيه، فإن كانوا في البداية

محصورين ثم تعذر ذلك فإنه يعمم ما أمكن منهم ويسوي، وإن لم يمكن حصرهم، كما لو كانوا الجماعة قبيلة أو مساكين ونحوهم، فإنه يجوز التفصيل بينهم ويجوز الاقتصار على القبيلة دون المساكين.

مسألة: إذا اجتمعت الوصايا للبر أو العطايا والوقف في مرض الموت، فما الحكم؟ إذا اجتمعت الوصايا للبر والوقف في مرض الموت، ولم يثبت رجوعه عن واحدة منها، قسمت الوصايا بين الوقف والوصايا قسمة مخالصة، أي بالتناسب بينها.

المبحث الثاني: محاصة الزوجة غرماء زوجها

وفيه مطلبان

المطلب الأول: محاصة الزوجة غرماء زوجها في الصداق.

إذا تزوج رجل امرأة وأصدقها صداقاً، ولم يسلمها الصداق، ثم أفلس أو مات، فإن للمرأة أن تحاص غرماء زوجها بصداقها كما بين ذلك أهل العلم. وقد فصل المالكية في هذه المسألة:

فذكروا أن من تزوج امرأة ثم أفلس، ولم يسبق له أن أصدقها، فإن الأمر لا يخلو، إما أن يدخل بها أو لا، فإن لم يدخل، فلها أن تحاص بجميع صداقها، فإن كان قد دخل بها، فإنها تحاص بجميع صداقها، ولا يسقط شيء، فإن طلقها، فلا يخلو الأمر من حالين:

إما أن يطلقها بعد الدخول أو قبله. فإن طلقها بعد الدخول فتحاص بجميع صداقها، أما إن طلقها قبل الدخول، فلا يخلو الأمر من ثلاثة أحوال:

الحالة الأولى: أن لا يدفع لها شيئاً من الصداق فتحاص المطلقة بها وجب لها، وهو نصف الصداق.

الحالة الثانية: أن يكون دفع لها جميع الصداق، فيكون لها نصف الصداق، وتحاص الغرماء بالنصف الآخر.

الحالة الثالثة: أن يكون دفع لها بعض الصداق وأفلس هذا الزوج فترد ما أخذت، وتحاص الغرماء فيما ترد بنصف الصداق، هذا في حال الفليس، أما في حال الموت فقد اختلف المالكية في المحاصّة بالصداق على قولين:

فقال بعضهم: تحاصّ في الفليس دون الموت، والمشهور عند المالكية أنها تحاصّ غرماء زوجها بصداقها في الفليس والموت معاً.

وذكر علماء المالكية هنا مسألة:

وهي ما إذا تزوج رجل امرأة وأصدقها صداقاً، ولم يدخل بها، ثم أفلس فحاصت الزوجة بصداقها كاملاً، فطلقها الزوج قبل الدخول بها، فما الحكم؟

فإن الزوجة حينئذ ترد ما زاد على تقدير المحاصّة، وهو نصف الصداق ولا تحاصّ في ذلك.

المطلب الثاني: محاصّة الزوجة غرماء زوجها في النفقة:

الفرع الأول: نفقة الزوجة على نفسها:

إذا أنفقت الزوجة على نفسها من مالها أو مما تسَلَفَتْه، ثم أفلس زوجها، فإن الأمر لا يخلو من حالتين: الحالة الأولى: أن تُنْفِقَ على نفسها حال عسر الزوج: فهنا لا تحاصّ بالنفقة غرماء زوجها، وهي مخيرة بين أن تقيم معه على هذه الحال أو يطلقها.

الحالة الثانية: أن تُنْفِقَ على نفسها حال يسر الزوج، فلها أن تحاصّ غرماء زوجها، وسواء كان الدين الذي أفلس فيه قبل الإنفاق أو بعده.

واختلف في قول مالك هل محاصّة الزوجة لزوجها المفلس بنفقتها على نفسها في الفليس والموت أو في الفليس دون الموت؟ على قولين: واختار ابن القاسم أنه في الفليس والموت.

الفرع الثاني: النفقة على ولد الزوج: إذا أنفقت الزوجة على ولد زوجها المفلس،

فإن الأصل أن الزوجة لا تحاصّ بما أنفقته على ولد زوجها المفلس، كما هو المشهور عن مالك؛ لكن إن أنفقت على ولده حال يسره، لها الرجوع عليه، إن أيسر الزوج وأغتنى ولا تحاصّ مع الغرماء، أما إن حكم بذلك حاكم ولم تكن متبرعة فلها المحاصة حينئذ.

فالمحاصة في نفقتها على ولد زوجها مشروطة بشرطين:

الأول: أن تكون النفقة حال يسر الزوج.

الثاني: أن يكون ذلك بحكم حاكم.

وعليه فإن كانت متبرعة، فلا محاصة حينئذ.

الفرع الثالث: النفقة على أبوي الزوج: إذا أنفقت الزوجة على والدي زوجها، ثم أفلس زوجها، فالأصل أن الزوجة لا تحاصّ غرماء زوجها بما أنفقته عليهما في موت أو فليس، كما هو المشهور عن مالك، إلا أن بعض المالكية استثناوا من ذلك ما إذا كانت النفقة على أبوي زوجها المفلس، قد قدرت بحكم حاكم، وقد تسلّفت ذلك في حال يسر الزوج فلها حينئذ أن تحاصّ غرماء زوجها بما أنفقته على أبوي زوجها، فمحاصة الزوجة غرماء زوجها بما أنفقته على أبوي زوجها، مشروطة بثلاثة شروط:

الأول: أن يكون ذلك بحكم حاكم.

الثاني: أن تستدين الزوجة النفقة.

الثالث: أن يكون ذلك في حال يسر الزوج.

المبحث الثالث: محاصة المطلقة غرماء مطلقها بالمتعة

وفيه مطلبان

المطلب الأول: حكم المتعة

المرأة المطلقة لها أربع حالات:

الحالة الأولى: مطلقة قبل الدخول والفرض.

الحالة الثانية: مطلقة بعد الدخول والفرض.

الحالة الثالثة: مطلقة قبل الدخول وبعد الفرض.

الحالة الرابعة: مطلقة بعد الدخول وقبل الفرض.

وقد اختلف أهل العلم في هذه الحالات على أربعة أقوال

القول الأول: أن المتعة سنة في جميع الحالات. وهو مذهب الإمام مالك.

القول الثاني: المتعة واجبة في الحالة الأولى، وهي ما إذا كان الطلاق قبل الفرض وقبل الدخول، أما الحالات الثلاثة الأخرى فهي مستحبة، وهي المذهب عند الحنفية، وهو قول الشافعي في القديم.

القول الثالث: أن المتعة واجبة لكل مطلقة إلا التي طلقت قبل الدخول بها، وقد فرض لها الصداق فحينئذ ليس لها متعة، ويجب لها فقط نصف الصداق، وهو مذهب الشافعي في الجديد، والمذهب عند الحنابلة، وهو قول لبعض الحنفية.

القول الرابع: أن المتعة واجبة في جميع الحالات سواء طلقت قبل الدخول أو بعده فرض لها أم لم يفرض لها، وهو قول عند المالكية، ورواية عن أحمد، اختارها ابن تيمية وقول الظاهرية.

استدل أصحاب القول الرابع: بقوله تعالى: ﴿وَلَمَّا طَلَّقاتِ مَتاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ سورة البقرة، آية ٢٣٦.

الترجيح والمناقشة: يظهر رجحانه هو القول الرابع، لما ذكره من الدليل كما أن أدلة القول الأول والثاني والثالث لا تخالف هذا الدليل بل تؤكد معناه ومضمونه، وإذا تبين وجوب المتعة فإن على القضاة إخبار الزوج المطلق بذلك، وإن رأى القاضي الوجوب، فعليه الإلزام، أو تنبيه المطلق إذا لم ير الوجوب إذ لا أقل أن تكون سنة.

المطلب الثاني: حكم محاصّة المطلقة غرماء مطلقها بالمتعة

يرى مالك، ومن تبعه من المالكية أن المطلقة لا تحاصّ غرماء مطلقها بالمتعة.

ويرى ابن حزم - رحمه الله - أن المطلقة لها أن تحاصّ بالمتعة غرماء مطلقها.

وإذا تأملنا في كلام المالكية وابن حزم نجد أن كل منهما بنى كلامه في محاصّة المطلقة

غرماء مطلقها في المتعة على حكم المتعة.

ومن هذا يمكن أن نقول أن من رأى وجوب المتعة يرى محاصّة المطلقة غرماء

مطلقها بالمتعة. إذ هما دينان في ذمته.

ومن لا يرى وجوب ذلك كالمالكية، فإن المطلقة لا تحاصّ غرماء مطلقها بالمتعة.

ومن رأى الوجوب في بعض الحالات دون بعض، فتحاصّ المطلقة بمتعته، غرماء

مطلقها فيما وجب دون ما لم يجب. والله أعلم.

الفصل الخامس

المحاصّة في الجنايات

وفيه خمسة مباحث

المبحث الأول: المحاصّة في جناية العبد.

إذا جنى العبد على الحر أو على عبد مثله، فإن العبد القاتل المتعمد يقتل، إذا لم يعفُ سيّد المجني عليه، أو ورثة الحر.

والحديث هنا فيما إذا جنى العبد جنایات متعددة، وكانت خطأ أو عمدًا، وتقرر فيها المال، فإذا جنى العبد جنایات، وتقرر فيها المال، فإن سيّد العبد الجاني مخيّر بين أن يفديه، وبين أن يدفعه إلى أولياء المجني عليه على قدر أروش جنایاتهم يتحصّون في ذلك، وهو رأي الأئمة الأربعة.

يتبين من النصوص: أن المذاهب الأربعة: يُخيرون السيّد بين الفداء، وتسليمه لأولياء المجني عليه، ويظهر الخلاف بينهم في أمرين:

الأمر الأول: في اختيار السيّد تسليم العبد الجاني لأولياء المجني عليه:

فالحنفية، والمالكية، والحنابلة. يرون أن أولياء المجني عليه، يملكونه بحسب الحِصص.

أما الشافعية: فيرون أن أولياء المجني عليه لا يملكون العبد الجاني، بل سيّد العبد بالخيار عند رغبته في تسليمه ودفعه إليهم بين أن يبيعه هو ويقسم الثمن عليهم، أو يسلمه لهم للبيع الأمر الثاني: في اختيار السيّد العبد فداء العبد الجاني فداء السيّد:

فالحنفية، والمالكية، وقول الشافعي في القديم، ورواية عند الحنابلة: له أن يفديه

بكامل أروشهم، وقول الشافعي في الجديد، ورواية عند الحنابلة: للسيد أن يفديه بأقل الأمرين من قيمته، أو قيمة العبد المقتول؛ إذ الدية بدل عنه، وليس لسيد أكثر من ذلك.

مسألة: إذا قبض أحد الأولياء أرش المجني عليه كان للأولياء الآخرين محاصّة.

المبحث الثاني: المحاصّة بين الجناة في قيمة الجراح فيما دون النفس

وفيه مطلبان

المطلب الأول: المحاصّة في تعدد الجراح.

إذا تعددت الجنايات، فهل يقتص من الجناة، أم تؤخذ منهم الدية بقدر جنائيتهم؟ اختلف العلماء في ذلك. القول الأول: يجب له القصاص، إلا أنه من حقه العفو عن بعضهم، وأخذ المال من بعضهم، وهو قول المالكية، والشافعية، والحنابلة.

القول الثاني: تجب له الدية ولا يجب القصاص، وهو قول الحنفية ورواية عند الحنابلة واختيار النووي من الشافعية.

أدلة القول الأول: ما روي عن علي - رضي الله عنه - أن رجلين شهدا عنده على رجل بالسرقة؛ فقطع يده، ثم أتيا برجل آخر، وقالا لهذا الذي سرق، وأخطأنا في ذلك فلم يقبل شهادتهما على الثاني، وغرمها دية الأول، وقال: «لو أعلم أنكما تعدتما لقطعتم أيديكما» رواه البخاري، ٥٣/٨، ولا ما يخالف له من الصحابة.

الدليل الثاني: أن كل جنائية وجب بها القصاص على الواحد وجب بها القصاص على الجماعة كما في قتل الجماعة بالواحد، فكذلك هنا.

الترجيح: الذي يظهر، رجحان قول الجمهور، وأن ولي المجني عليه أو الأولياء لهم حق القصاص من الجناة، كما أن له حق العفو عن بعضهم والاقتصاص من بعضهم وذلك لقوة ما استدلوا به، كما أن في ذلك درأ لمفسدة عظيمة، وجلب للمصلحة.

المحاصّة عند تعدد الجراح: فإذا وجب المال سواء كان على القول الثاني، أو عفا المجني عليه إلى مال، أو لم يَتَمَكَّنْ من ذلك؛ لإمكان الحيف، فإن الجميع يشتركون في دية ذلك، فَتَقَسَّطَ عليهم الدية بحسب عدد الرؤوس في الجراحات.

المطلب الثاني: محاصة المجني عليه غرماء المدين الجاني

صورة ذلك: أن يقوم مدين بجرح شخص، وفي مثل هذا الجرح قصاص، فيبرأ الجرح، فما الحكم؟ للمجروح القصاص من الجراح، فإن شاء أخذ الدية يتحصّن بهامع سائر الغرماء.

المبحث الثالث: المحاصّة عند عفو أحد الورثة عن القصاص

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: من يستحق العفو عن القصاص من ورثة القاتل.

اختلف العلماء - رحمهم الله - في هذه المسألة على أربعة أقوال

القول الأول: أن العفو عن القصاص حق لجميع الورثة من ذوي الأنساب، والأسباب، والرجال، والنساء، والصغار، والكبار، وهو قول أبو حنيفة، والشافعي، وجماعة التابعين.

واختيار ابن قدامة من الحنابلة.

القول الثاني: العفو للرجال خاصة. قال به جماعة من التابعين، ورواية عن المالكية.

القول الثالث: العفو للعصبات خاصة. وهو المشهور عن مالك، ووجه عند الشافعية.

القول الرابع: العفو لذوي النسب دون السبب «الزوجية». وهو وجه عند الشافعية.

أدلة القول الأول: حديث الضحّاك بن سفيان الكلابي أنه أتاه كتاب

رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فأمره «أن يورث امرأة أشيم الضبائي من عقل زوجها أشيم» أخرجه أبو داود، الحديث (٢٩٢٧)؛ والترمذي، الحديث (٢١١٠)، وقال حديث حسن صحيح.

الدليل الثاني: «ولأن من ورث الدية ورث القصاص، كالعصبة، فإذا عفا بعضهم صح عفو، كعفو، عن سار حقوقه».

الترجيح والمناقشة: والذي يظهر رجحان القول الأول، لكثرة الأدلة مع قوتها وصراحتها.

المطلب الثاني: المحاصة عند عفو أحد المستحقين عن القصاص:

بناء على القول الرّاجح، فلكل واحد من الورثة حق العفو، فإذا عفو جميعاً إلى الدية فإنهم يستحقون الدية كل بحسب نسبته من الإرث، علماً أن الدية تكون من ضمن التركات التي تُورث، وحينئذ فالعفو لا يخلو: إما عفو عن قتل العمدة مطلقاً، فلا شيء لمن عفى، وللباقين حصتهم من الدية، وإما عفو عن القتل العمدة للدية، فلجميع حصصهم من الدية.

أما إذا كان القتل خطأ فعفا أحدهم، فلا شيء لمن عفى، وللباقين حصصهم من الدية.

هذا في حالة ما إذا كان القصاص الواحد مشتركاً بينهم. أما إذا وجب لكل واحد منهما القصاص كاملاً، فعفا أحدهما عن القاتل، لا يسقط حق الآخر في القصاص.

المبحث الرابع: المحاصة في الدية عند اشتراك جماعة في قتل واحد

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: حكم قتل الجماعة بالواحد.

اختلف العلماء في ذلك: القول الأول: أن الجماعة يقتلون بالواحد. وهو قول عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم، وجماعة من التابعين، وهو قول الحنفية، والمالكية،

والشافعية، والحنابلة، والمالكية يشترطون التماهي في قتل الجماعة بالواحد وإن لم يتماهى، فيقدم الأقوى فالأقوى.

القول الثاني: أن الجماعة لا تقتل بالواحد، وتجب الدية. وهو قول جماعة من التابعين، ورواية عن الحنابلة، وحكاها ابن أبي موسى عن ابن عباس.

لقول الثالث: أنه يقتل منهم واحد، ويؤخذ من الباقي حصصهم من الدية، قال به معاذ بن جبل رضي الله عنه - وجماعة من التابعين، وقول عند الشافعية.

فعلى القول الثاني والثالث تقع المحاصصة في الدية أما على القول الأول، فلا تقع المحاصصة، إلا إذا عفا الولي عنهم، أو عن بعضهم إلى الدية.

أدلة القول الأول: إجماع الصحابة - رضي الله عنهم - حيث روى سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قتل سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلاً وقال: «لوتماً عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً» رواه البخاري، (٦٨٩٦)..

الدليل الثاني: أن القتل عقوبة تجب للواحد على الواحد، فوجب للواحد على الجماعة، كحد القذف.

الدليل الثالث: قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾ سورة البقرة، آية ١٧٩..

الترجيح والمناقشة: والذي يظهر رجحانه قول الجمهور، وهو أن الجماعة تُقتل بالواحد لقوة ما استدلوا به ولما في قتل الجماعة بالواحد من المحافظة على مقصد عظيم ألا وهو الحفاظ على النفس، قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾ سورة البقرة، آية ١٧٩.

المطلب الثاني: المحاصّة في الدية عند قتل الجماعة بالواحد

بناءً على الرَّاجح، وأن الجماعة يقتلون بالواحد، فإذا كان القتل عمداً واختار الولي قتلهم جميعاً فله ذلك، وإن اختار العفو عنهم إلى الدية، أو كان القتل خطأ، ولم يعفو عن قتل الخطأ، فعليهم دية واحدة يتحصّون في ذلك، فتكون القسمة على حسب عدد الجناة لا حسب الجنائيات، ويرى الشافعية أن الجنائيات إن كانت بالضرب، فالدية على حسب عدد الضربات.

فإن كان القتل خطأ، وعفا عن بعضهم سقط حق المعفي عنه من الدية، فتقسم الدية عليهم جميعاً فما حصل للمعفي عنه سقط ومن لم يعف عنه وجب أخذ الدية منه.

وإن كان القتل عمداً وعفا عن بعضهم وطلب القصاص من بعضهم، فإن كان العفو مجاناً فلا شيء له من الدية ويقام القصاص على من لم يعف عنهم، وإن كان العفو إلى الدية، فحينئذ تُقسّم الدية عليهم جميعاً، فما حصل لمن أقتص منهم سقط، وأخذ من الباقيين ما وجب عليهم من الدية.

المطلب الثالث: المحاصّة عند برأ المجني عليهم إحدى الجراحات قبل موته

صورة ذلك: أن يجرّح ثلاثة أشخاصٍ شخصاً، ثلاثة جروح، كأن قطع أحدهم يده، والآخر رجلاه، وأضحى الثالث، فيبرأ جرح أحدهم، ويموت من أثر الجرحين الآخرين.

لولي المجني عليه أن يقتص من الذي برأ جرحه بمثل جرحه، ويقتل الآخرين أو يأخذ منهما دية كاملة أو يقتل أحدهما ويأخذ من الآخر نصف الدية، وله أن يعفو عن الذي برأ جرحه ويأخذ منه حصة الجرح من الدية.

المبحث الخامس: المحاصصة في القسامة

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: المحاصصة في أيمان القسامة.

القسامة طريق من طرق إثبات القتل، وقد اختلف الفقهاء في حق من ثبتت القسامة.

فذهب الحنفية: إلى أن الأيمان تشرع في حق المدعى عليه.

وذهب الجمهور من المالكية، والشافعية، والحنابلة: إلى أن أيمان القسامة تشرع في حق المدعي. استدلالاً: بحديث عبد الله بن سهل: فعن سهل بن أبي حثمة، ورافع بن خريج، أن محيصة بن مسعود، وعبد الله بن سهل انطلقاً إلى خيبر فتفرقا في النخيل فقتل عبد الله بن سهل، فاتهموا اليهود فجاء أخوه عبد الرحمن، وابنا عمه حويصه - ومحبيصة - إلى النبي - صلى الله عليه وسلم -، فتكلم عبد الرحمن في أمر أخيه، وهو أصغرهم، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «كَبُرَ الكُبرُ»، أو قال: «ليبدأ الأكبر»، فتكلم في أمر صاحبهما: فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «يُقْسِمُ خَمْسُونَ مِنْكُمْ على رجل منهم، فيُدْفَعُ إليكم بِرُمَّتِهِ...» الحديث رواه البخاري، (٧١٩٢)، ورواه مسلم، (١٦٦٩).

فإذا علمنا أن أيمان القسامة تُشرع في حق المدعي أولياء القتيل، فهل تُشرع في حق الوارث منهم، أو تشمل الوارث منهم وغير الوارث؟ اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن أيمان القسامة تشرع في حق العصبة الوارث منهم وغير الوارث، وهو قول المالكية، ورواية عند الحنابلة.

واستدلوا بقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «يخلف خمسون رجلاً منكم وتستحقون دم صاحبكم»، سبق تخريجه.

القول الثاني: أن أيّان القسامة تشرع في حق ورثة المقتول دون غيرهم. وهو قول الشافعي، والمذهب عند الحنابلة وعللوا: بأن القسامة أيّان في دعوى فلم تشرع في حق غير الوارث كسائر الأيّان.

ثمرة الخلاف: تظهر في كيفية قِسْمَةِ الأيّان، وتوزيعها عليهم: فعلى القول الأول: قسم الأيّان على عدد العصابة، ويُقدّم الوارث منهم على غير الوارث.

وعلى القول الثاني: قسم الأيّان على الورثة بحسب إرثهم.

المطلب الثاني: المحاصة في القسامة

في حالة عدم أهلية أحد الأولياء أو غيبته

إذا غاب أحد الأولياء أو كان صبيّاً، فيرى القاضي من الحنابلة أنه لا قسامة حتى يبلغ الصبي، ويحضر الغائب، ويرى أبو بكر وابن حامد من الحنابلة والمذهب الشافعي:

أن الحاضر المكلف يحلف، ويأخذ قسطه من الدية، واختلفوا كم يُقسم الحاضر: فيرى ابن حامد من الحنابلة، أن يقسم الحاضر بقسطه من الأيّان، وإذا قدم الغائب أو بلغ الصبي، أقسم بقدر ما عليه، وأخذ قسطه من الدية.

وعللوا لذلك: بأن الجميع لو كانوا حاضرين، لم يلزم الحاضر البالغ أكثر من قسطه من الإيّان، وإذا لم يستحق الحاضر المكلف أكثر من قسطه من الدية فلا يلزمه أكثر من قسطه من الأيّان.

ويرى أبو بكر أن يحلف خمسين يميناً، وكذا المذهب عند الشافعي؛ إذا الحكم لا يثبت إلا بالبينّة الكاملة، والبينّة هي الأيّان كلها، ثم إن الخمسين في القسامة تعتبر كاليمين الواحدة.

فإذا حضر الغائب، وبلغ المكلف أقسم خمس وعشرين يميناً بناءً مع أيّان أخيه، ولعل هذا أقرب؛ لأن الحكم لا يثبت إلا بالبينّة الكاملة.

المطلب الثالث: المحاصّة في القسامة في حالة موت أحد الأولياء

فإذا مات بعض الأولياء، قام وارثه مقامه في الأيمان، وكانت الأيمان بينهم على حسب مواريتهم، ويجبر الكسر كما يجبر في حق ورثة القتيل، وإن مات بعضهم قسم نصيبه من الأيمان بين ورثته، وتظهر المحاصّة في المطلبين السابقين في حالة توزيع الأيمان والديّة بين الورثة بالحصص.

الفصل السادس

تعيّن المحاصة ونقضها

وفيه مبحثان

المبحث الأول: تعيّن المحاصة.

المحاصة نوع من القسمة، والقسمة عقد لازم، خاصة إذا تراضى المتقاسمين، أو حكم بذلك حاكم، وحينئذ لا تقبل النقص، ولا الرجوع فيها إلا عندما يقتضي الأمر ذلك؛ وكذلك المحاصة، ويشترط لجواز المحاصة ما يشترط لجواز القسمة، ومنها ما يلي:

أن يكون المَحَاصُّ، أو القاسم، مكلفاً، أميناً، عالماً بالمحاصة وكيفيةها.

أن تكون المحاصة عادلة، رافعة للضرر غير جائرة.

أن يكون الشيء المتحاص فيه غير مستحق للغير، وملك لمن حُوِّصَ.

الرضا بالمحاصة، فإن لم يتراضوا فُيرفع الأمر إلى الحاكم، فإذا حكم الحاكم بالمحاصة، أو مَنْ يُنيبه، فحينئذ تتعيّن المحاصة؛ إذ حكم الحاكم يرفع الخلاف.

أن تكون المحاصة بطلب من المتحاصّين، أو أحدهم، عند وقوع الضرر، كما في حديث معاذ-رضي الله عنه، وأُسيّف جُهينة.

المبحث الثاني: نقض المحاصة

تُنقض المحاصة فيما تُنقض فيه القسمة، إذ المحاصة نوع من القسمة، وللقض عدة صور.

أولاً: وجود عيب في السلعة: أن المشتري للسلعة إذا أفلس وقد باع السلعة

ولم يقبض البائع الأول السلعة وحاصَّ غرماء المشتري بالثمن ثم ردت السلعة بالعيب إلى المشتري المفلس فللبائع الأول الخيار بين البقاء على المحاصَّة أو أخذ سلعته ورد ما أخذ في المحاصَّة.

ثانياً: وجود غبن فاحش: فإذا تحاصَّ الغرماء أو الورثة ووُجِدَ غبن فاحش، ففي هذه الحالة تُنقَضُ المحاصَّة.

ثالثاً: استحقاق بعض المال المتحصَّص فيه: فإذا تحاصَّ الغرماء مال المفلس، وبان أن بعض المتحصَّص فيه مستحقاً للغير ففي هذه الحالة تُنقَضُ المحاصَّة.

رابعاً: ظهور وارث آخر أو موصى له بعد محاصَّة تركة الميت:

خامساً: ظهور دين على الميت بعد قسمة التركة:

تم التلخيص بحمد الله تعالى
وصلى الله وسلم على نبينا محمد
وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

تلخيص بحث

اختصاص الغير في نظام المرافعات الشرعية

دراسة تأصيلية

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في السياسة الشرعية

إعداد الطالب

عبدالعزیز بن سليمان العید

إشراف فضيلة الدكتور

ناصر الجوفان

عام ١٤٢٢هـ

البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس ٣٤٥

البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس ٢٦٩

البحث بعد التلخيص ٥٦

خطة البحث:

المقدمة:

تشتمل على أهمية الموضوع، أسباب اختيار الموضوع، والدراسات السابقة حول الموضوع، ومنهج البحث وخطة البحث.

التمهيد: مفهوم اختصام الغير، وفيه تمهيد وثلاثة مباحث:

تمهيد

المبحث الأول: مفهوم الاختصام، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مفهوم الاختصام لغة.

المطلب الثاني: مفهوم الاختصام اصطلاحاً.

المبحث الثاني: مفهوم الغير، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مفهوم الغير لغة.

المطلب الثاني: مفهوم الغير اصطلاحاً.

المبحث الثالث: مفهوم اختصام الغير باعتباره مركباً، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مفهوم اختصام الغير باعتباره مركباً في النظام.

المطلب الثاني: مفهوم اختصام الغير باعتباره مركباً في الفقه.

الفصل الأول: حق الخصوم في اختصام الغير، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: أطراف الاختصام، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أطراف الاختصام فقهاً، وفيه فرعان:

الفرع الأول: الخصم.

الفرع الثاني: الغير.

المطلب الثاني: أطراف الاختصاص نظاماً، وفيه فرعان:

الفرع الأول: الخصم.

الفرع الثاني: الغير.

المبحث الثاني: حالات الاختصاص، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حالات الاختصاص فقهاً، وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: القاعدة العامة «جواز اختصاص كل من

كان يصح اختصاصه عند رفع الدعوى».

الفرع الثاني: ضوابط اختصاص الغير.

الفرع الثالث: رقابة المحكمة على اختصاص الغير.

الفرع الرابع: إدخال الغير لتقديم مستند تحت يده.

المطلب الثاني: حالات اختصاص الغير نظاماً، وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: القاعدة العامة.

الفرع الثاني: ضوابط اختصاص الغير.

الفرع الثالث: رقابة المحكمة على اختصاص الغير.

الفرع الرابع: إدخال الغير لتقديم مستند تحت يده.

الفصل الثاني: إجراءات الاختصاص، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: إجراءات الاختصاص فقهاً، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: كيفية الاختصاص.

المطلب الثاني: وقت الاختصاص.

المطلب الثالث: المركز الشرعي للغير الذي يتم اختصاصه.

المبحث الثاني: إجراءات الاختصاص نظاماً، وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: كيفية الاختصاص.

الفرع الثاني: وقت الاختصاص.

الفرع الثالث: المركز النظامي للغير الذي يتم اختصاصه.

الفصل الثالث: إدخال الغير ضامناً، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: إدخال الغير ضامناً فقهاً، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: ماهية الضمان وأقسامه.

المطلب الثاني: حق الخصوم في اختصاص الضامن.

المطلب الثالث: المركز الشرعي للضامن المختصم.

المطلب الرابع: التعسف في اختصاص الضامن.

المبحث الثاني: إدخال الغير ضامناً نظاماً، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: ماهية الضمان وأقسامه.

المطلب الثاني: حق الخصوم في اختصاص الضامن.

المطلب الثالث: المركز النظامي للضامن المختصم.

المطلب الرابع: التعسف في اختصاص الضامن.

الفصل الرابع: حق الاختصاص القضائي، وفيه تمهيد ومبحثان:

تمهيد.

المبحث الأول: دور القاضي في الخصومات الشرعية، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دور القاضي في الخصومة فقهاً، وفيه فرعان:

الفرع الأول: تسيير الخصومة بين حق الخصوم ومبدأ حياد القاضي.

الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في الخصومة.

المطلب الثاني: دور القاضي في الخصومة نظاماً، وفيه فرعان:

الفرع الأول: تسيير الخصومة بين حق الخصوم ومبدأ حياد القاضي.

الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في الخصومة.

المبحث الثاني: حدود حق المحكمة في اختصاص الغير، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حدود حق المحكمة في اختصاص الغير فقهاً، وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: أهمية اختصاص المحكمة للغير.

الفرع الثاني: كيفية اختصاص المحكمة للغير.

الفرع الثالث: حق المحكمة في استبعاد أحد الخصوم.

المطلب الثاني: حدود حق المحكمة في اختصاص الغير نظاماً.

الفرع الأول: أهمية اختصاص المحكمة للغير.

الفرع الثاني: كيفية اختصاص المحكمة للغير.

الفرع الثالث: حق المحكمة في استبعاد أحد الخصوم.

خاتمة: خلاصة البحث - أهم التوصيات.

الفهارس:

فهرس الآيات.

فهرس الأحاديث.

فهرس الأعلام.

فهرس المراجع والمصادر.

التمهيد

مفهوم اختصام الغير

وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول: مفهوم الاختصام

وفيه مطلبان

المطلب الأول: مفهوم الاختصام لغةً

اختصام على وزن «افتعال»، من المصدر خَصَمَ، وهو المجادلة والمنازعة.

المطلب الثاني: مفهوم الاختصام اصطلاحاً

جرى عرف الفقهاء - رحمهم الله - على إطلاق لفظ «الخصم» على كل طرف من أطراف الدعوى.

ويمكننا تعريف كلمة «اختصام» بأنها: «المجادلة والمنازعة للظفر بالحق المدعى به».

المبحث الثاني: مفهوم الغير

وفيه مطلبان

المطلب الأول: مفهوم الغير لغةً.

تأتي «غير» بمعنى سوى، وهي هنا تعد اسماً، نحو «مررت بغيرك» أي بسواك، وهذا غيرك أي سواك».

وهذا المعنى هو الذي يعيننا في بحثنا؛ لأن «اختصام الغير» معناه: اختصام ما سوى أطراف الخصومة وهو الموافق للمعنى النظامي الذي سيأتي بيانه في موضعه.

المطلب الثاني: مفهوم الغير اصطلاحاً

مصطلح «الغير» من المصطلحات التي تناولتها كتب القانون، لم يكن معروفاً لدى علماء الشريعة في السابق، وقد استعملوا لفظاً مرادفاً للفظ «الغير» ويؤدى نفس المعنى، هذا اللفظ هو «الأجنبي»، وهذا المعنى هو الموافق للمعنى الأول من المعاني اللغوية لـ «غير» وهو «سوى»؛ ذلك أن المقصود بـ «الغير» ما سوى أطراف العقد، أو ما سوى أطراف الخصومه.

المبحث الثالث: مفهوم اختصاص الغير باعتباره مركباً

وفيه مطلبان

المطلب الأول: مفهوم اختصاص الغير باعتباره مركباً في النظام.

عندما يتحدث فقهاء القانون عن «اختصاص الغير» فإنهم يتحدثون عنه باعتباره ضرباً من ضروب «الطلبات العارضة» وهذه الطلبات؛ أي: - الطلبات العارضة -، هي النوع الثاني من أنواع الطلبات؛ ذلك أن الطلبات على نوعين هما:

النوع الأول: الطلبات الأصلية.

النوع الثاني: الطلبات العارضة.

نص نظام المرافعات الشرعية على أن: «للخصم أن يطلب من المحكمة أن تدخل في الدعوى من كان يصح اختصاصه في الأوضاع المعتادة في التكليف بالحضور وتحكم المحكمة في موضوع طلب الإدخال والدعوى الأصلية بحكم واحد كلما أمكن ذلك، وإلا فصلت المحكمة في موضوع طلب الإدخال بعد الحكم في الدعوى الأصلية» المادة [٧٥]..

نرجح التعريف الأول مع بعض التعديل وهو: «تكليف شخص خارج عن الخصومة بالدخول فيها، إما بناءً على طلب أحد أطرافها أو بناءً على أمر يصدر من تلقاء نفس المحكمة دون ما طلب من خصم».

المطلب الثاني: مفهوم اختصام الغير باعتباره مركباً في الفقه

أصل هذا المبدأ موجود في كتب فقهاء المسلمين - رحمهم الله - بمعنى أن الفقهاء لم يفرّدوا لهذا المبدأ مؤلفاً أو باباً أو فصلاً مستقلاً للتكلم عن تعريفه، وإنما نجد أصل هذا المبدأ منشوراً في مؤلفاتهم عبر وقائع مختلفة، وما ذهب إليه المنظم السعودي من إقرار هذا المبدأ وتنظيمه والعمل به معتبر شرعاً، وذلك للأوجه التالية:

الوجه الأول: المصالح المرسلة:

إن ما ذهب إليه المنظم السعودي من إقرار هذا المبدأ هو من قبيل المصالح المرسلة، وقد قسم العلماء - رحمهم الله - المصالح المرسلة إلى ثلاثة ضروب هي:

الضرب الأول: الحاجيات.

الضرب الثاني: التحسينيات.

الضرب الثالث: الضروريات.

وإقرار مبدأ اختصام الغير من قبل المنظم السعودي داخل في الضرب الثالث الذي هو: الضروريات: ذلك أن في إعمال مبدأ اختصام الغير حفظاً للأموال والأنفس.

الوجه الثاني: «تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة».

مبدأ «اختصام الغير»، فإن في إقرار هذا المبدأ مصالح عديدة تتمثل فيما يلي:

١/ إن في الأخذ باختصام الغير حمايةً لحقوق ذلك الغير.

٢/ إن في الأخذ بمبدأ اختصام الغير تجنباً لتعارض الأحكام في الدعاوى المقدمة إلى القضاء.

٣/ يؤدي إعمال مبدأ اختصام الغير إلى اختصار الجهد والوقت.

الوجه الثالث: «إذا اجتمع أمران من جنس واحد، ولم يختلف مقصودهما، دخل

أحدهما في الآخر غالباً» .

أن الدعوى الأصلية يراد بها ويقصد منها: الفصل بين الخصومة القائمة بين المدعي والمدعى عليه، وحفظ حقوق المظلوم... وهذا المقصد هو نفسه الغرض من اختصاص الغير.

بعد هذا البيان لشرعية مبدأ اختصاص الغير، يمكننا الآن أن نعرف «اختصاص الغير» باعتباره مركباً من الناحية الفقهية فنقول: هو: إجبار شخص أجنبي عن خصومة قائمة بالدخول فيها إما بناء على طلب أحد أطرافها، أو بناء على أمر يصدر من القاضي نفسه.

الفصل الأول

حق الخصوم في اختصاص الغير

وفيه مبحثان

المبحث الأول: أطراف الاختصاص.

وفيه مطلبان

المطلب الأول: أطراف الاختصاص نظاماً.

الفرع الأول: الخصم:

أولاً: تعريف «الخصومة» في الفقه القانوني التقليدي:

التعريف السائد لدى فقهاء الفقه القانوني التقليدي هو أن الخصومة هي:

«حالة قانونية تنشأ عن المطالبة القضائية وتقتضي قيام الخصوم والمحكمة بالإجراءات المؤدية لى الفصل في النزاع».

أما آثارها بالنسبة للخصوم: حضورهم للجلسات المحددة لهم، وعدم التأخر عنها، وكذلك أن يقوم بالإجراءات التي نص عليها القانون وإلا سقط حقه فيها، وأن يقدم للمحكمة المستندات الموجودة لديه، وأن يقوم بتنفيذ الحكم إن صدر الحكم في مواجهته.

ثانياً: تعريف الخصومة في الفقه القانوني الحديث

هي: الحالة القانونية التي تنشأ عن الالتجاء إلى السلطة القضائية وتكون من العديد من الأعمال الإجرائية التي يقوم بها القاضي وأعوانه والخصومة والغير.

فقد استقر الفقه والقضاء القانوني على تعريف الخصم بأنه: من يقدم باسمه

أو في مواجهته الطلب القضائي».

ويترتب على اكتساب صفة الخصم التزامات وواجبات إجرائية قانونية.

الفرع الثاني: الغير:

«الغير» في الدعوى أو الخصومة هو كل من ليس بخصم أو طرف في الدعوى أو الخصومة، ويستوي في ذلك الأجنبي البعيد عن الدعوى وأطرافها، أو من تربطه صلة بأحد أطرافها.

ويمكننا تعريف «الغير» بصورة تفصيلية، كطرف من أطراف الاختصاص بأنه:

من لم يكن مدعياً ولا مدعى عليه ولا خلفاً لأحدهما.

المطلب الثاني: أطراف الاختصاص فقهاً

الفرع الأول: الخصم:

معنى الدعوى لغة: هي اسم من «الإدعاء»

ولها عدة إطلاقات في اللغة العربية منها:

١/ تستعمل بمعنى الدعاء.

٢/ الطلب والتمني.

٣/ وتأتي الدعوى بمعنى الزعم.

٤/ تأتي هذه الكلمة بمعنى «إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً سواء أكان ملكاً أم

استحقاقاً».

والاستعمال الثالث وهو «الزعم» هو الذي يعيننا؛ ذلك أن طرفاً من أطراف

الدعوى يزعم أن هذا الشيء المدعى به ملكاً له أو استحقاقاً يستحقه هو.

الدعوى اصطلاحاً هي: «قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء يقصد به

إنسان طلب حق له أو لمن يمثله أو حمايته».

فإذا عُرف أن «الخصم» يطلق في الفقه على كل طرف من أطراف الدعوى وهما:

[١] المدعي.

[٢] المدعى عليه.

كان لزاماً علينا أن نبين معنى كل طرف من أطراف الدعوى وكيفية التمييز بينها.

اختلف الفقهاء - رحمهم الله - في بيان معنى الخصم: المدعي والمدعى عليه،

الرأي الأول: معيار هذا الرأي يعود للنظر إلى طبيعة الدعوى من حيث إنها تصرف إرادي صادر من طرف المدعي.

ومن خلال هذا المعيار وهذه النظرية عرفوا المدعي فقالوا: هو من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها، أما المدعى عليه فقد عرفوه بقولهم: هو من إذا ترك الخصومة لم يُسكت عنه بل يجبر عليها، وإلى هذا الرأي ذهب كثير من فقهاء الحنفية والحنابلة.

الرأي الثاني: وهذا الرأي قد ذهب إليه جمهور المالكية والشافعية وبعض علماء المذاهب الأخرى، وهذا الرأي اعتمد على النظر إلى مركز القوي، فمن كان مركزه قوي بشهادة أو بينة أو أمر مصدق لدعواه كان هو المدعى عليه، ويكون الطرف الآخر هو المدعي.

الرأي الثالث: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن المدعي هو الذي يبتدأ الدعوى، ويرفعها للقضاء، وأصحاب هذا الرأي تنوعت عباراتهم في التعبير عن هذا الرأي وإن كان المعنى واحداً... وفيما يلي نستعرض بعضاً مما ذكره في تعريف المدعي والمدعى عليه.

١/ ذهب بعضهم إلى أن المدعى عليه هو من يُضاف إليه استحقاق شيء عليه...

٢/ قال الكاساني في بيان المدعي هو: «من يلتمس قبل غيره لنفسه عيناً أو ديناً

أو حقاً، والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه».

٣/ وقال بعضهم: «إذا أشكل عليك المدعي من المدعى عليه فواجب الاعتبار فيه أن ينظر هل هو آخذ أو دافع، فالطالب دائماً مدع، والدافع مدعى عليه»، وبعد هذا العرض لهذه الآراء في تعريف المدعي والمدعى عليه والتمييز بينهما، أرى أن الرأي الأول هو أوجه الآراء.

١/ الخصم في دعاوى العين: ذهب الفقهاء إلى أن المدعى عليه في دعاوى العين هو من كانت هذه العين في يده، واليد التي يكون صاحبها خصماً في الدعوى هي التي تدل على الملك في الظاهر.

٢/ الخصم في دعاوى الدين: يرى الفقهاء - رحمهم الله - أن الخصم في دعاوى الدين هو المدين أو من يقوم مقامه سواء أكان وكيلاً أو ضامناً أو كفيلاً أو محالاً عليه.

٣/ الخصم في دعاوى الفعل: كالغصب والسرقة ونحو ذلك، فالخصم هو الغاصب أو السارق أي المباشر للفعل.

٤/ الخصم في دعاوى القول: فالخصم في هذه هو القائل لهذا القول، فالخصم في دعوى القذف هو القاذف، وفي الطلاق المطلق وهكذا.

الفرع الثاني: الغير:

كل من عدا المدعي والمدعى عليه أو من يقوم مقامهما في حال تعذر حضورهما.

المبحث الثاني: حالات الاختصاص

وفيه مطلبان

المطلب الأول: حالات الاختصاص نظاماً

وفيه أربعة فروع

الفرع الأول: القاعدة العامة «جواز اختصاص كل من كان يصح اختصاصه عند رفع

الدعوى».

نص المنظم السعودي في نظام المرافعات الشرعية على: «أن للخصم أن يطلب من المحكمة أن تدخل في الدعوى من كان يصح اختصاصه فيها عند رفعها..» المادة [٧٥] مرافعات شرعية

واختصاص الغير بهذه القاعدة العامة يحقق ميزة فض نزاعين أو أكثر في دعوى واحدة، أو على أقل الأحوال جعل الحكم الصادر في القضية حجة على الغير المختصم لئلا يدفع بنسبية الحكم وبالتالي يؤدي ذلك إلى تعارض الأحكام .

وهذا الشرط من المنظم بأن يكون المختصم من الغير الجائز اختصاصه عند رفعها هو في حقيقة الأمر يعتبر قيلاً وضابطاً لسلطة الخصوم في تعديل نطاق الخصومة المدنية من حيث أشخاصها إذا كان هذا الاختصاص قد صدر بناء على طلب الخصوم أنفسهم.. في حين أنه أعطى مطلق الحرية للمحكمة لاختصاص من تشاء من الغير إذا كان اختصاص الغير بناء على أمر المحكمة بشرط أن يكون في ذلك تحقيقاً للمصلحة وإظهاراً للحقيقة، كما يتضح ذلك في نص المادة (٧٦) من نفس النظام.

والمقصود بـ «الغير الجائز اختصاصه عند رفع الخصومة ابتداء» هو: من يصح كونه مدعياً أو مدعى عليه ابتداءً المادة ٧٥/٣ من اللوائح التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، ص ٦٨..

الفرع الثاني: ضوابط اختصاص الغير:

الشرط الأول: توافر الشروط العامة لقبول الدعوى :

والشروط العامة لقبول الدعوى تتمثل فيما يلي:

[١] يجب أن يكون للغير المراد اختصاصه صفة في الدعوى بمعنى أن يكون لهذا الغير شأن في الدعوى يعترف به المنظم، ويراه كافياً لاختصاصه في الدعوى الأصلية . وإذا تبين للقاضي فقدان الصفة كانت الدعوى غير مقبولة، ويجب التنبه إلى أنه

لا يغني عن الصفة وجود المصلحة؛ لأن شرط الصفة شرط لازم مستقل بذاته، وذلك لسببين هما:

الأول: أن هناك بعض الأشخاص ممن أجاز الشارع دعاويهم من دون أن يكون لهم أية مصلحة شخصية في تلك الدعاوى.

الثاني: (إن الصفة في المدعى عليه لا تعني أبداً مصلحته الشخصية في الدعوى، ولو قصرت الصفة على ذلك لم يكن لأحد اشتراطها في المدعى عليه).

[٢] توافر الأهلية اللازمة في الغير المراد اختصاصه: يجب أن تتوافر في الغير المراد اختصاصه الأهلية اللازمة للتقاضي، وتحديد الأهلية، وكيفية اكتسابها، وطريقة فقدانها تتعين وفقاً لقوانين الدولة التي ينتمي إليها الخصوم وتختلف باختلاف هذه القوانين.

[٣] وجود المصلحة من إدخال الغير في الخصومة.

وبالتالي فاشتراط المصلحة شرط عام في كل طلب أو دفع دون الحاجة إلى نص خاص للتنقيص على هذا الشرط في هذا الطلب أو ذاك الدفع اكتفاء بالنص العام الذي ورد باشتراط المصلحة في كل طلب أو دفع حيث نص نظام المرافعات السعودي على أنه «لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه مصلحة قائمة مشروعة ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستحقاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه» المادة [٤] من نظام المرافعات الشرعية..

وهذا الشرط يعتبر من القيود والضوابط لاختصاص الغير فإذا تبين للقاضي وجود مصلحة من اختصاص الغير فإنه يقبل طلب الاختصاص «كما إذا كان يقصد من اختصاص الغير جعل الحكم الصادر في الدعوى حجة على الغير لكي لا يجدد النزاع مرة ثانية بحجة أنه لم يكن طرفاً في الدعوى أو الحكم عليه بذات الطلبات الأصلية».

الشرط الثاني: توافر الارتباط بين طلب الاختصاص والطلب الأصلي:

النظام لم يذكر هذا الشرط، وإنما ورد في اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات ما

يدل على هذا الشرط حيث جاء فيها: «ويشترط أن يكون هناك ارتباط بين طلب الاختصاص والدعوى الأصلية» اللوائح التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، المملكة العربية السعودية، وزارة العدل، ٥/٦/١٤٢٣هـ، المادة رقم: ٢/٧٥، ص ٦٨.

وقد اجتهد عدد من فقهاء القانون في تعريف علاقة الارتباط بعدد من التعريفات لا تخلو من نقد واعتراض، ولكن التعريف الغالب في القانون والذي يرجحه عدد من شارحي القوانين هو أن الارتباط يتمثل في: «صلة وثيقة بين دعويين تجعل من المناسب ومن حسن سير العدالة جمعها أمام محكمة واحدة لتحقيقها وتحكم فيها معاً بحكم واحد، منعاً من صدور أحكام لا توافق بينها».

الفرع الثالث: رقابة المحكمة على اختصاص الغير:

وهذا ما نصت عليه اللائحة التنفيذية «تقدير قبول الطلب العارض ووجود الارتباط بينه وبين الدعوى الأصلية من اختصاص ناظر القضية وفي حال عدم قبوله فيسبب الحكم» المادة ٧٨/٨، ص ٧٢.

وقد ذكرنا آنفاً أن اختصاص الغير يعتبر حقاً للخصوم ويجب أن يمارس هذا الحق الإجرائي في حدود الضوابط التي وضعها المنظم وألا يتعسف الخصوم في استعمال تلك الحقوق.

ويجب أن يكون استعمال هذه الحقوق وغيرها محققاً للمصلحة، فإذا انحرفت هذه الغاية إلى تحقيق مفسد لا مصالح وعطلت سير العدالة وجب حينذاك منع هذه الحقوق وترتب على ذلك مسؤولية مسيء استخدام هذه الحقوق.

وقد وجدت معايير كثيرة اتخذت لنظرية التعسف ولكن أبرز هذه المعايير وأضبطها هو معيار مادي يتمثل في «الغرض الذي وجد من أجله الحق»، وبالتالي فإذا كان استعمال الحق مؤدياً للغرض الذي من أجله وجد كان استعمال ذلك الحق مشروعاً، وإلا اعتبر ذلك تعسفاً في استعمال الحق.

وبجانب هذا المعيار المادي يجب أن يبحث عن الدافع النفسي لاستعمال الحق، فإذا كان متوافقاً مع المعيار المادي السابق، كان استعمال الحق مشروعاً، وإن لم يكن متوافقاً معه كان هذا تعسف في استعمال الحق.

ولقد أحسن المنظم السعودي حيناً رتب حقوق الخصوم متمثلة في الإدخال وبينها لهم، واضعاً الضوابط لتلك الحقوق وذلك بأن يطلب الخصم من المحكمة إدخال شخص في الدعوى القائمة أمام المحكمة حيث نص نظام المرافعات الشرعية على أن «للخصم أن يطلب من المحكمة أن تدخل في الدعوى من كان يصح اختصاصه» المادة [٧٥] من نظام المرافعات الشرعية. وهذا النص يعطي للمحكمة أحقية النظر في طلب الإدخال وجدитеه وتحقيقه للمصلحة المنشودة، ومدى توافر الشروط اللازمة لقبول طلب اختصاص الغير.

الفرع الرابع: إدخال الغير لتقديم مستند تحت يده:

صور اختصاص الغير بناء على طلب الخصوم كثيرة ولكن أشهر هذه الصور صورتان ذكرهما الشراح بناء على شهرتهما، وهاتان صورتان هما:

الصورة الأولى: اختصاص الغير لإلزامه بتقديم محرر تحت يده.

الصورة الثانية: دعوى الضمان الفرعية.

وقد خصصت للصورة الثانية فصلاً كاملاً لأهميتها.. وهاتان صورتان تعدان تطبيقات لاختصاص الغير في الخصومة بناء على طلب الخصوم.. وهذه التطبيقات لم يتعرض لها المنظم السعودي في نظام المرافعات، وإن كان ألمح إلى الصورة الأولى بشيء من الاقتضاب في نظام الإجراءات الجزائية الذي نص على أن: «للمحكمة أن تصدر أمراً إلى أي شخص بتقديم شيء في حيازته، وأن تأمر بضبط أي شيء متعلق بالقضية إذا كان في ذلك ما يفيد في ظهور الحقيقة..» المادة [١٧١] من نظام الإجراءات الجزائية الصادر في ١٤/٧/١٤٢٢هـ..

وقد قام شراح قوانين المرافعات بتحديد الحالات التي يجوز فيها إلزام الخصم الغير بتقديم المستند الذي تحت يده وذلك بثلاث حالات وردت على سبيل الحصر لا التمثيل:

الحالة الأولى: أن يكون ذلك المحرر أو تلك الورقة التي بحيازة الغير مشتركة بين الخصمين، أو بينهما وبين الغير، أو بين أحدهما وبين الغير.

الحالة الثانية: إذا كان الخصم قد استند إلى هذا المحرر في أية مرحلة من مراحل الخصومة.

الحالة الثالثة: إذا كان النظام أو القانون يميز مطالبة الغير بتقديم أو تسليم المحرر الذي يحوزه، ويقصد بالقانون أو النظام هنا النظام بمفهومه العام؛ ويمكن التمثيل لهذه الحالة بما ورد ذكره في نظام الإجراءات الجزائية التي تنص على «أن للمحكمة أن تصدر أمراً إلى أي شخص بتقديم شيء في حيازته..» المادة [١٧١] من نظام الإجراءات الجزائية.

ومن الأمثلة لهذه الحالة أيضاً ما جاء في نظام المحكمة التجارية.

«لدى المرافعة إذا استند أحد الطرفين على أوراق ومستندات وكانت في إحدى الدوائر الرسمية أو الشركات أو التجار فتعطى له مهلة لإحضارها وإذا تعذر عليه إحضارها فعلى المحكمة إذا رأت لزوماً ضرورياً لرؤيتها أن تقرر جلبها وبعد رؤيتها وأخذ صورتها تعيدها إلى من كانت بيده» المادة [٤٩٨] من الفصل السادس تحت عنوان «في كيفية المحاكمة في المحكمة التجارية» من نظام المحكمة التجارية الصادرة في عام ١٣٥٠هـ...

إلا أنه يجب أن يتنبه إلى أن هذه الحالات الثلاث ليست على إطلاقها؛ بمعنى أنه توجد ضوابط لهذه الحالات لا بد من توافرها لقبول طلب الاختصاص، الضوابط هي:

١. أن يبين طالب الاختصاص أو صاف المحرر المطلوب إلزام الغير بتقديمه.

٢. أن يبين الخصم الطالب للاختصاص فحوى المحرر بقدر ما يمكن من التفصيل، والواقعة التي يستدل بذلك المحرر عليها.
٣. أن يستدل الخصم بالأدلة والظروف التي تؤيد أن المحرر تحت يد الغير، ووجه إلزامه بتقديم ذلك المحرر، ولا يلزم الخصم بتقديم إثبات كامل على وجود المحرر تحت يد الغير إلا إذا أنكر الغير وجود المحرر تحت يده.
٤. يجب أن يكون طلب إدخال الغير لتقديم مستند تحت يده وإثبات وجود ذلك في حيازته بصفة جازمة، فإن لم يكن كذلك فللمحكمة ألا تلتفت إلى ذلك الطلب.

وتأسيساً على ما تقدم فإن الفقه القانوني قد جعل اختصاص الغير لإلزامه بتقديم محرر تحت يده من ضمن الطلبات العارضة التي ينتسب إليها اختصاص الغير، إلا أننا لو أردنا أن نكيف هذه الصورة لوجدنا أن هذا الطلب - طلب اختصاص الغير لإلزامه بتقديم محرر تحت يده - لا يعد طلباً عارضاً وذلك للأسباب التالية:

١. إن الغير المراد اختصاصه لا يعد خصماً في هذه الصورة.
٢. هذا الطلب لا يشكل مع الطلب الأصلي تعدد دعاوى غاية ما فيه أنه يشكل دليل إثبات في الدعوى الأصلية.
٣. من سمات الطلبات العارضة توسيع شعاب الخصومة وهذا هو جوهر الطلبات العارضة؛ إلا أن طلب اختصاص الغير لإلزامه بتقديم محرر تحت يده يفتقد هذا الجوهر وبالتالي لا يعد هذا الطلب طلباً عارضاً.

المطلب الثاني: حالات الاختصاص فقهاً

وفيه أربعة فروع

الفرع الأول: القاعدة العامة «جواز اختصاص كل من كان يصح اختصاصه عند رفع الدعوى».

والمراد بهذه القاعدة: أن يكون الشخص - الغير - الذي يراد إدخاله يصح أن

يكون مدعياً أو مدعى عليه ابتداء المادة [٧٥] من اللوائح التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، ص ٦٧..

وبهذا يتبين لنا أن مبدأ اختصاص الغير لا يعمل به إلا في حالة قبول الدعوى الأصلية، وذلك بتوافر الشروط المطلوبة في الدعوى وفي أطرافها.. كما يتبين لنا أننا إنما نلجأ إلى «اختصاص الغير» لتوسيع نطاق الخصومة من حيث أشخاصها وذلك لتفادي تعدد النزاع وتفاذي أيضاً تعارض الأحكام.

الفرع الثاني: ضوابط اختصاص الغير:

ذكرنا سابقاً أن القاعدة العامة لاختصاص الغير ما هي في حقيقتها إلا شرطاً لهذا المبدأ، وبجانب هذا الضابط وهذا الشرط الذي تميز بذكر المنظم السعودي له المادة [٧٥] من نظام المرافعات الشرعية..، توجد ضوابط أخرى ذكرها شارحوا الأنظمة.

الشرط الأول: توافر الشروط العامة لقبول الدعوى:

[١] الصفة: لا يجوز رفع الدعوى إلا من ذي صفة في الدعوى؛ أي إلا من صاحب الشأن الذي يرى المشرع أنه كافياً لتحويل صاحبه حق الإدعاء والمخاصمة.

وقد استثنى العلماء حالات من هذا الشرط نلخصها فيما يلي:

[١] من يدعي لقريبه أو جاره من غير وكالة له على ذلك الإدعاء... وهذا مذهب بعض المالكية إذ أنهم أجازوا ذلك، فللرجل أن يتعلق بالرجل يدعي أن لأبيه عليه ديناً.

[٢] من يريد رفع دعوى للمطالبة بحق للغائب أو لغيره... فقد أجاز بعض الفقهاء هذه الصورة بشرط إجازة الإمام لتلك الدعوى.

[٣] من يرفع دعوى للمطالبة بحقه وحق غيره، فقد أجاز هذه الدعوى ابن الماجشون في الوارث يطلب حقاً أو ميراثاً له ولشركته، فإن قضى لم يكن قضاءً على الغائب وهم سائر شركائه، وإن قضى له أخذ حقه ونصيبه من هذا المدعى به،

وترك حق الشركاء.

[٢] الأهلية: وهذا الشرط قد نص العلماء - رحمهم الله - عليه، حيث نص العلماء على أنه «لا تصح دعوى إلا من جائز التصرف».

[٣] المصلحة: لا بد للشخص أن يكون ذا مصلحة في الدعوى لكي تقبل وتجاز من قبل القاضي، وإلا ردت تلك الدعوى، ولا بد للقاضي أن يتحقق من توافر المصلحة في طلب اختصاص الغير لكي يثمر هذا الاختصاص عن الفوائد المتغية من إقرار هذا المبدأ. أما إن رأى القاضي أن لا مصلحة في هذا الاختصاص ففي هذه الحالة يجب عليه أن يرفض طلب الاختصاص لتخلف هذا الشرط.

الشرط الثاني: الارتباط بين طلب الاختصاص والطلب الأصلي:

لا بد من توافر ارتباط بين الدعوى الأصلية القائمة أمام نظر القاضي وبين طلب الاختصاص؛ لأنه لا يمكن أن تجمع دعويين في دعوى واحدة إذا كانتا مختلفتين، ويمكن أن يستدل لهذا الشرط بأن يقال: إن ضم الدعوى الفرعية وهي اختصاص الغير إلى الدعوى الأصلية ما هو في حقيقته إلا مثال صحيح للقياس.

الفرع الثالث: رقابة المحكمة على اختصاص الغير:

سبق الفقه الإسلامي الفقه القانوني في هذه المسألة - رقابة المحكمة - إذ أن العلماء - رحمهم الله - قد ذكروا في معرض حديثهم عن آداب القاضي، أن يكون ذا فطنة وتيقظ، لا يؤت من غفلة ولا يخذع لغرة، لئلا يخذع به بعض الأخصام.

وهذه الصفات أي الفطنة والتيقظ ومراقبة الخصوم تنطبق على مسألة رقابة المحكمة على اختصاص الغير ذلك أننا اشترطنا لقبول طلب اختصاص الغير شرطان هما:

١/ توافر الشروط العامة لقبول الدعوى.

٢/ وجود الارتباط بين الطلب العارض والطلب الأصلي.

الفرع الرابع: إدخال الغير لتقديم مستند تحت يده:

يعتبر إدخال الغير لتقديم مستند تحت يده إحدى الصورتين اللتين ذكرهما شراح القانون باعتبار أنهما تعدان تطبيقاً ومثالاً وصوراً لاختصاص الغير، هاتان الصورتان هما:

[١] دعوى الضمان الفرعية.

[٢] صورة إدخال الغير لتقديم مستند تحت يده.

إن تكييف القانونيين لصورة إدخال شخص من الغير لإلزامه بتقديم محرر تحت يده يحتفظ به لمصلحة العدالة وإظهار الحقيقة على أنه ضرب من أضرب اختصاص الغير ليس بالتكييف الصحيح، وذلك للأسباب التالية:

[١] إن المقصد من إدخال الغير في هذه الخصومة هو تقديم هذا المحرر وبالتالي فلا ينطبق على هذا الغير المدخل في الخصومة صفة الخصم.

[٢] إن طلب أحد أطراف الخصومة الأصلية من القاضي أن يدخل هذا الغير لإلزامه بتقديم المحرر وحينئذٍ فلا تتوفر السمة الأساسية لاختصاص الغير.

وإذا لم نكيف هذه الصورة على أنها من قبيل اختصاص الغير، فيمكننا أن نكيف هذا الغير على أنه شاهد.

الفصل الثاني

إجراءات الاختصاص

وفيه مبحثان

المبحث الأول: إجراءات الاختصاص نظاماً.

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: كيفية الاختصاص.

ينص نظام المرافعات الشرعية على أن «للخصم أن يطلب من المحكمة أن تدخل في الدعوى من كان يصح اختصاصه فيها عند رفعها وتبوع في اختصاصه الأوضاع المعتادة في التكليف بالحضور» المادة [٧٥] من نظام المرافعات الشرعية..

وجاء في اللائحة التنفيذية لهذه المادة ما يلي:

«طلب الإدخال من أي من المتداعيين يكون كتابة أو مشافهة أثناء الجلسة وفق المادة (٧٧)» المادة ١ / ٧٥ من اللوائح التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية..

يتضح لنا من خلال هذه اللائحة أن الإدخال يتم من خلال طريقين اثنين هما:

الطريق الأول: طلب الإدخال من أي من المتداعيين كتابة.

الطريق الثاني: طلب الإدخال من أي من المتداعيين مشافهة.

الطريق الأول: طلب اختصاص الغير عن طريق الكتابة:

بين نظام المرافعات أن الدعوى ترفع إلى المحكمة المختصة باسم رئيسها في المحاكم الرئاسية وباسم قاضي المحكمة في المحاكم الأخرى المادة ١ / ٣٩ من اللوائح التنفيذية لنظام المرافعات، ص ٣٩.. وذلك عن طريق المدعي من خلال صحيفة للدعوى

ويكون تسجيلها في الوارد العام للمحكمة، ثم تسلم إلى مكتب المواعيد المادة ٣٩/٢ من اللوائح التنفيذية لنظام المرافعات ص ٤٠.. ويجب أن تكون الصحيفة مكونة من أصل وصور لهذا الأصل بعدد المدعى عليهم، ويجب أن تشتمل هذه الصحيفة على البيانات الآتية:

- ١/ الاسم الكامل للمدعي، ومهنته أو وظيفته، ومحل إقامته وسجله المدني، والاسم الكامل لمن يمثله، ومهنته، أو وظيفته ومحل إقامته إن وجد.
- ٢/ الاسم الكامل للمدعى عليه ومهنته أو وظيفته، ومحل إقامته، فإن لم يكن له محل إقامة معلوم فأخر محل إقامة له.

وتأكيداً لهذا فقد نصت اللائحة التنفيذية على أنه: «لا يترتب على نقص استيفاء بيانات فقرات هذه المادة بطلان صحيفة الدعوى متى تحققت الغاية منها وفق المادة (٦) من هذا النظام» المادة ٣٩/١٢ من اللوائح التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، ص ٤٠..

والمادة (٦) تنص على أنه: «يكون الإجراء باطلاً إذا نص النظام على بطلانه، أو شابهه عيب تخلف بسببه الغرض من الإجراء ولا يحكم بالبطلان - رغم النص عليه - إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء»، وإذا تحققت الغاية من البيان الأول والثاني وهو بيان شخصية المدعي والمدعى عليه لم يحكم عليه بالبطلان.

وبالنسبة لمحل الإقامة فيقصد به المكان الذي يسكنه الشخص بالعادة، أما بالنسبة للبدو الرحل الذين يتنقلون من مكان إلى مكان فمحل الإقامة بالنسبة إليهم هو محل الإقامة الذي يسكنه في حال قيام الدعوى.

أما بالنسبة للمسجونين أو الموقوفين فمحل إقامتهم هو المكان الموقوف فيه الشخص أو المسجون فيه.. المادة [١٠] من نظام المرافعات الشرعية.

بالإضافة إلى ذلك فإنه يجوز للشخص أن يختار محل إقامة له خاص به يتلقى فيه

الإخطارات والتبليغات التي توجه إليه مضافاً مع محل إقامته العام المادة (١٠) من نظام المرافعات الشرعية.

٣/ تاريخ تقديم الصحيفة: تبدأ المطالبة القضائية في إنتاج آثارها سواء أكانت موضوعية كالتقادم، أو إجرائية مثل بدء الخصومة وتحديد سلطة المحكمة ونحو ذلك.

٤/ المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى: أن بيان المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى مهم باعتبار أن الدعوى ليست مخاطبة بين المدعي والمدعى عليه، وإنما هي مخاطبة من المدعي إلى المحكمة، ثم بعد إعلان المطالبة تكون المخاطبة بين المدعي والمدعى عليه.

٥/ محل إقامة مختار للمدعي في البلد التي بها مقر المحكمة إن لم يكن له محل إقامة فيها.. وإغفال هذا البيان لا يترتب عليه بطلان الدعوى وهذا ما نص عليه نظام المرافعات الشرعية. وهذا الأصل استثنيت منه حالة يجوز فيها رفع الدعوى في بلد المدعي وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه محل إقامة في المملكة وبالتالي فيكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها بلد المدعي المادة (٣٤) من نظام المرافعات الشرعية.

٦/ موضوع الدعوى، بيان موضوع الدعوى مهم من ناحيتين:

أ] إن موضوع الدعوى مهم حيث إنه هو الدافع لرفع الدعوى ولأجله أقيمت المحاكم، وعين القضاة.

ب] بيان موضوع الدعوى يفيد فيما إذا كانت المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى مختصة بهذه الدعوى أم لا؛ لأن المحاكم في المملكة العربية السعودية متخصصة بحسب موضوع ونوع وقيمة الدعوى، وقد ورد بيان هذا التخصيص في نظام المرافعات الشرعية ورد تقسيم المحاكم في المملكة العربية السعودية بحسب موضوع ونوع وقيمة الدعوى في المواد [٣١-٣٣] من نظام المرافعات الشرعية..

فإذا اكتملت البيانات في صحيفة الاختصاص فإن للخصم أن يتولى بنفسه أو ينوب عنه المحضر في إعلان الغير المراد اختصاصه كما جاء ذلك في نظام المرافعات الشرعية الذي ينص على أنه: «يقوم المحضر أو المدعي - حسب الأحوال - بتبليغ صحيفة الدعوى إلى المدعى عليه قبل تاريخ الجلسة وبمقدار ميعاد الحضور» المادة [٤٣] من نظام المرافعات الشرعية.، ومواعيد الحضور حددها النظام فيما يلي:

١/ بالنسبة للمحكمة العامة فإن ميعاد الحضور أمامها هو ثمانية أيام على الأقل من تاريخ تبليغ صحيفة الدعوى، ويجوز نقص هذه المدة إلى أربع وعشرين ساعة وذلك في حالة الضرورة التي يقدرها القاضي.

٢/ بالنسبة للمحاكم المستعجلة فإن ميعاد الحضور أمامها يتمثل في ثلاثة أيام، ويجوز في حالة الضرورة نقص هذا الميعاد إلى ساعة، وهذا الإنقاص مرتبط بحالة الضرورة أيضاً التي يقدرها القاضي المادة [٤٠] من نظام المرافعات الشرعية..

ويجب أن يتنبه هنا إلى أنه لا يوجد تعارض بين نص المادة «وتتبع في اختصاصه الأوضاع المعتادة في التكليف بالحضور» المادة [٧٥] من نظام المرافعات الشرعية. واللائحة التنفيذية لهذه المادة التي تنص على أن «طلب الإدخال من أي من المتداعين يكون كتابة أو مشافهة أثناء الجلسة وفق المادة (٧٧)» المادة ٧٥ / ١ من اللوائح التنفيذية ٦٧. وبين اللائحة التنفيذية للمادة (٧٧) التي تنص على: «أنه إذا كان التدخل مكتوباً فلا يلزم التقيد بالمدد المنصوص عليها في إجراءات التبليغ بل يكفي ولو قبل يوم من الجلسة» المادة ٧٧ / ٤ من اللوائح التنفيذية ٧٠.؛ لأنه نص في المادة (٤٠) على أن هذه المدد تنقص إلى أربع وعشرين ساعة فيما يخص المحاكم العامة في حالة الضرورة التي يقدرها القاضي وحينئذ فلا تعارض بين نصوص المنظم ولوائحه التنفيذية.

الطريق الثاني: طلب اختصاص الغير مشافهة:

هذا الطريق مختلف فيه بين شراح القانون؛ ذلك أن فريقاً من الشراح لما صنفوا اختصاص الغير على أنه من قبيل الطلبات العارضة، والطلبات العارضة تقدم إما عن

طريق الكتابة، وإما عن طريق المشافهة وذلك بشرط حضور الخصوم جميعهم المادة [٧٧] من نظام المرافعات الشرعية.، ذهبوا إلى أن اختصاص الغير كما يجوز أن يقدم كتابة يجوز كذلك أن يقدم مشافهة في الجلسة مع إثباته في محضرها.

إلا أن جمهور فقهاء القانون على مخالفة ذلك حيث قال أصحاب هذا المذهب: إن النظام ينص صراحة على قصر الأمر على رفع الدعوى عن طريق الكتابة ولا مجال لتطبيق المادة الخاصة بالطلبات العارضة على الاختصاص.

وقالوا أيضاً: إن الطلب الشفوي لا يفيد؛ لأن الغير يجب إعلان به هذا الطلب لكي يمثل لأمر المحكمة.

والرأي الأول وهو ما أخذ به المنظم السعودي له نصيب من الوجاهة؛ ذلك أن المادة (٧٥) تنص على أن الاختصاص إنما يكون عن طريق الكتابة فقط، ولم تنص على طريق المشافهة لا بالمنع ولا بالجواز، ثم جاءت بعد ذلك اللائحة التنفيذية لتوضح أن الاختصاص كما يجوز أن يكون كتابة يجوز كذلك أن يكون مشافهة المادة ٧٧/ ٤ من اللوائح التنفيذية، ص ٧٠

ويجب أن يتنبه إلى أن إجراءات الاختصاص تستغرق وقتاً طويلاً في العادة، ولقد أحسن المنظم السعودي حينما قيد اختصاص الغير وأناطه بإذن المحكمة ممثلة في قاضي الموضوع بأن نص على أن: «للخصم أن يطلب من المحكمة أن تدخل في الدعوى» المادة [٧٥] من نظام المرافعات الشرعية.

وبناء على ما ذهب إليه المنظم السعودي من أنه لا بد من إذن المحكمة في اختصاص الغير، فإن اختصاص الغير يمر بثلاث مراحل:

المرحلة الأولى: طلب اختصاص الغير.

المرحلة الثانية: إذن المحكمة بذلك.

المرحلة الثالثة: إعلان الغير .

هل يجوز للمحكمة أن تفصل بين الحكم في الدعوى الأصلية وبين الحكم في موضوع طلب الإدخال، أم يجب عليها الحكم فيهما بحكم واحد؟

هذا التساؤل أجاب عليه نظام المرافعات الشرعية حيث ينص على أن «تحكم المحكمة في موضوع طلب الإدخال والدعوى الأصلية بحكم واحد كلما أمكن ذلك، وإلا فصلت المحكمة في موضوع طلب الإدخال بعد الحكم في الدعوى الأصلية» المادة [٧٥]..

بمعنى أن المحكمة إذا رأت أن الفصل في طلب الإدخال سيؤدي إلى التأخير في الفصل في الدعوى الأصلية، فإن للمحكمة أن تحكم في الدعوى الأصلية وتؤجل الحكم في الدعوى الفرعية إلى وقته، بشرط أن يحكم في الدعوى الفرعية - طلب الاختصاص - ناظر الدعوى الأصلية أو خلفه المادة ٧٥ / ٤ من اللوائح التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية ..

أما إذا رأت أن الفصل في الدعوى الأصلية غير ممكن بدون الحكم في الدعوى الفرعية كان لها أن تستبقي الدعوى الأصلية وتحكم في القضيتين بحكم واحد .

ومن هنا فإن المنظم قد أتاح للمحكمة خيارين بشأن الحكم في طلب الاختصاص هما:

الخيار الأول: ضم طلب الإدخال إلى الدعوى الأصلية.

الخيار الثاني: الفصل بين طلب الاختصاص والدعوى الأصلية.

الخيار الأول: ضم طلب الإدخال إلى الدعوى الأصلية:

وهذا هو الخيار الأول الذي وضعه المنظم للمحكمة وهو الحكم في الدعوى الأصلية وطلب الإدخال بحكم واحد بشرط إمكانية ذلك.

وبعد هذا الخيار تطبيقاً لأصل عام وهو أن الأصل في الطلبات العارضة هو ما نص عليه نظام المرافعات الشرعية «تحكم المحكمة في موضوع الطلبات العارضة مع

الدعوى الأصلية كلما أمكن ذلك، وإلا استبقت الطلب العارض للحكم فيه بعد تحقيقه» المادة [٧٥] من نظام المرافعات الشرعية..

الخيار الثاني: الفصل بين طلب الاختصاص والدعوى الأصلية:

أجاز المنظم للمحكمة أن تفصل في الطلب الأصلي بحكم مستقل أولاً، ثم ترجئ الطلب العارض لتحكم فيه في وقت آخر، كما جاء ذلك في نظام المرافعات الشرعية «وإلا فصلت المحكمة في موضوع طلب الإدخال بعد الحكم في الدعوى الأصلية» المادة [٧٥] من نظام المرافعات الشرعية..

والمسوغ النظامي لهذا الخيار يتمثل في أنه قد يترتب على الطلب العارض التأخير في الفصل في الدعوى الأصلية مما قد يتسبب في إحداث الضرر على أحد الخصوم وحيثئذ يجب على القاضي أن يفصل في الدعوى الأصلية ثم بعد ذلك يفصل في الطلب العارض في وقت لاحق.

المطلب الثاني: وقت الاختصاص

النظام يميز لأي خصم من الخصوم التقدم بطلب اختصاص الغير في أي مرحلة من مراحل الخصومة قبل قفل باب المرافعة، وهذا ما نصت عليه اللائحة التنفيذية «لا يقبل طلب الإدخال بعد قفل باب المرافعة وفق المادة (٧٧)» المادة ٣/٧٥ من اللوائح التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، ص ٦٨. ونص نظام المرافعات الشرعية على أنه «لا تقبل الطلبات العارضة بعد إقفال باب المرافعة» المادة [٧٨] من نظام المرافعات الشرعية.

ومع أن المنظم قد حدد وقيد طلب الاختصاص بقفل باب المرافعة إلا أنه أجاز طلب الاختصاص بعد قفل باب المرافعة وذلك من خلال فتح باب المرافعة من جديد فقد نص نظام المرافعات الشرعية على أنه: «يقفل باب المرافعة بمجرد انتهاء الخصومة من مرافعتهم ومع ذلك فللمحكمة قبل النطق بالحكم أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم فتح باب المرافعة وإعادة قيد الدعوى في جدول

الجلسات وذلك لأسباب مبررة» المادة [٦٦] من نظام المرافعات الشرعية..

وفتح باب المرافعة يتم من خلال الخطوات التالية:

١] إذا أراد أحد الخصوم اختصام شخص من الغير بعد قفل باب المرافعة فإن له أن يطلب من القاضي فتح باب المرافعة وهذا ما نص عليه النظام «...فللمحكمة قبل النطق بالحكم أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم فتح باب المرافعة وإعادة قيد الدعوى في جدول الجلسات وذلك لأسباب مبررة» المادة [٦٦] من نظام المرافعات الشرعية.

٢] إذا منحت المحكمة باب المرافعة من جديد قدّم الخصم في تلك اللحظة طلبه باختصام الغير المراد اختصامه، وللمحكمة أيضاً سلطة تقديرية في قبول هذا الطلب أو رفضه كما سبق بيان ذلك.

المطلب الثالث: المركز النظامي للغير الذي يتم اختصامه

يترتب على قبول القاضي لطلب اختصام الغير وإعلان الغير وإبلاغه بذلك الطلب أن يكون ذلك الغير منذ لحظة إعلانه بطلب الاختصام طرفاً في تلك الدعوى القائمة.

وهذا الغير الذي أدخل في الخصومة يعتبر خصماً فيها وإن وقف في تلك الخصومة موقفاً سلبياً.

وبالتالي فإن هذا الغير بمجرد دخوله في الخصومة له ممارسة جميع حقوق الخصم المقررة من قبل المنظم، وعليه تبعات وواجبات والتزامات الخصم في مقابلة ذلك، فللغير كافة الحقوق الإجرائية التي تكون للخصم عادة؛.

ويمكننا أن نمثل للحقوق الإجرائية بما يلي:

١/ حق الخصم في تعجيل الخصومة الراكدة لأي سبب كان.

٢/ حق الخصم في تعديل الإجراء الباطل.

٣/ حقه في تقديم أي طلبات أو دفعات أثناء سير الخصومة ولكن إذا كان الدفع قد أبدي قبل إدخاله في الخصومة وفصل فيه فليس له إثارتة من جديد.

٤/ للخصم كذلك أن يقدم جميع أدلة الإثبات، وله أن يستفيد من أدلة الإثبات التي قدمت قبل إدخاله.

٥/ له كذلك التمسك بالطعون، فله الطعن في الأحكام الصادرة بمواجهته.

وأما أبرز الالتزامات والواجبات التي يجب على الغير المختصم أن يتقيد بها فهي:

١] التقيد بمواعيد المحكمة وعدم التأخر عن ذلك.

٢] مراعاة الأعمال الإجرائية التي يوجبها المنظم على الخصوم.

٣] يقع على عاتقه واجب الإثبات.

٤] يلتزم الخصم بواجب السلوك بحسن نية.

٥] يجب عليه تنفيذ أوامر المحكمة سواء أكان أمراً إجرائياً تلزمه به أو بتنفيذ الحكم الذي تصدره له أو في مواجهته.

المبحث الثاني: إجراءات الاختصاص فقهاً

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: كيفية الاختصاص

الطريق الأول: طلب الإدخال من أي من المتداعين كتابة:

كان - صلى الله عليه وسلم - يأمر بكتابة أسماء الغزاة وأسماء المسلمين من الناس فقد بوب البخاري - رحمه الله - باب كتابة الإمام الناس وذكر تحت هذا الباب حديث حذيفة بن اليمان - رضي الله عنه - أنه قال: قال رسول الله - صلى الله عليه

وسلم-: (اكتبوا لي من تلفظ بالإسلام من الناس، فكتبنا له ألفاً وخمسمائة رجل، فقلنا: أنخاف ونحن ألف وخمسمائة؟ فلقد رأيتنا ابتلينا حتى إن الرجل ليصلي وحده وهو خائف) رواه البخاري في صحيحه رقم [٣٠٦٠]. ورواه مسلم في صحيحه، رقم الحديث [٢٣٥]

وأما بالنسبة للكتابة في المنازعات والصلح ونحوها فقد جاء صريحاً عن النبي -صلى الله عليه وسلم- كما حدث ذلك في صلح الحديبية فعن عروة بن الزبير أنه سمع مروان بن الحكم والمسور بن مخرمة يخبران خبراً عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- في عمرة الحديبية، أنه «لما كاتب رسول الله -صلى الله عليه وسلم- سهيل بن عمرو يوم الحديبية على قضية المدة...» رواه البخاري في صحيحه، رقم الحديث [٤١٨١]، ورواه مسلم في صحيحه رقم الحديث [١٧٨٣]..

وأما فيما يتعلق بكتابة الديون والمعاملات فقد جاء القرآن الكريم مشرعاً كتابة الديون وتوثقتها فقال عز من قائل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ سورة البقرة، آية (٢٨٢)..

وأما ما يتعلق بالدعوى، والخصومات، وكتابة أحكام الفصل في هذه الخصومات والأقضية فإن أول من اشتهر بكتابة الأحكام في الدعوى والخصومات هو القاضي سليم بن عتر التجيبي قاضي مصر من قبل معاوية -رضي الله عنه- أما قبل ذلك فلم يحتاج القضاة إلى كتابة أحكامهم وأقضيتهم لقرب الناس من عصر النبوة، ولا تصاف الناس بالأمانة والعدل فالمتقاضيان أشبه بالمستفتين.

وأما في المشرق فإن أول من سن كتابة الأحكام القاضي ابن شبرمة فيما يروى عنه أنه قال: «ثلاث لم يعمل بهن أحد قبلي ولن يتركهن أحد بعدي المسألة عن اليهود، وإثبات حجج الخصمين، وتحلية الشهود في المسألة».

وبالنسبة للبيانات المطلوبة في صحيفة الدعوى وضرورة رفعها إلى جهة معينة، وجعل كتابة الدعوى طريق من طرق اختصاص الغير هو كما سبق أن ذكرناه من

قبيل السياسة الشرعية، الموافقة لأحكام الشريعة الإسلامية التي يتوجب على الإمام العمل بمقتضاها والأخذ بأحكامها.

الطريق الثاني: طلب الإدخال من أي من المتداعيين مشافهة:

هذا هو الطريق الثاني من طرق اختصاص الغير، وهذا هو الأصل في الدعاوى والأقضية والأحكام.

وقد أجاز المنظم السعودي هذا الطريق وجعله إحدى الطرق التي يجوز لأحد الخصوم أن يسلكها في طلب اختصاص الغير المادة ٧٧/٤ من اللوائح التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، ص ٤٠ هذا هو الأصل ويدل على هذا الأصل الكتاب والسنة وفعل الصحابة والمعقول.

أولاً: الدليل من الكتاب:

١] قوله تعالى: ﴿وَهَلْ أَتَاكَ نَبَأُ الْخَضْمِ إِذْ تَسَوَّرُوا الْمِحْرَابَ * إِذْ دَخَلُوا عَلَى دَاوُدَ فَفَزِعَ مِنْهُمْ قَالُوا لَا تَخَفْ خَصِمَانِ بَعَى بَعْضُنَا عَلَى بَعْضٍ فَاحْكُم بَيْنَنَا بِالْحَقِّ وَلَا تُشْطِطْ وَاهْدِنَا إِلَى سَوَاءِ الصِّرَاطِ * إِنَّ هَذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعْجَةً وَلِيَ نَعْجَةٌ وَاحِدَةٌ فَقَالَ أَكْفُلْنِيهَا وَعَزَّنِي فِي الْخِطَابِ * قَالَ لَقَدْ ظَلَمَكَ بِسُؤَالِ نَعَجَتِكَ إِلَى تِعَاجِهِ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لِيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ ﴾ سورة ص: (٢١-٢٤) ..

ثانياً: الدليل من السنة المطهرة:

١] عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: «استتب رجلان رجل من المسلمين ورجل من اليهود، فقال المسلم: والذي اصطفى محمداً على العالمين، فقال اليهودي: والذي اصطفى موسى على العالمين، فرفع المسلم يده عند ذلك فلطم وجه اليهودي.. فذهب اليهودي إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فأخبره بما كان من أمره وأمر المسلم، فدعا النبي - صلى الله عليه وسلم - المسلم فسأله عن ذلك فأخبره، فقال النبي - صلى

الله عليه وسلم:- (لا تخيروني على موسى فإن الناس يصعقون يوم القيامة فأصعق معهم فأكون أول من يفيتق فإذا موسى باطش جانب العرش فلا أدري أكان فيمن صعق فأفاق قبلي، أو كان ممن استثنى الله)» رواه البخاري، رقم [٢٤١١] ٤٧٦. ورواه مسلم في صحيحه، رقم الحديث [٢٣٧٣].

ثالثاً: فعل الصحابة - رضوان الله عليهم :-

[١] روي أن ابن عمر باع عبداً له بالبراءة فوجد الذي اشتراه به عيباً، فقال لابن عمر، لم تسمه لي؟ فاخصما إلى عثمان بن عفان. فقال الرجل: باعني عبداً به داء لم يسمه لي فقال ابن عمر: بعث بالبراءة فقضى عثمان أن يحلف ابن عمر بالله لقد باعه وما به داء علمه، فأبى ابن عمر أن يحلف رواه عبدالرزاق في مصنفه، رقم الحديث [١٤٧٢١]. ورواه مالك في الموطأ، رقم الحديث [١٢٧٤]. ورواه ابن أبي شيبة في المصنف، ٣٣٨/١. ورواه البيهقي في سننه، [١٠٥٦٨]. وذكره ابن حجر في الدراية في تخريج أحاديث البداية، ولم يحكم عليه ١٧٦/٢. وذكره الزيلعي في نصب الراية وسكت عنه، ١٠١/٤. وصححه الألباني في إرواء الغليل ٢٦٣/٨..

رابعاً: المعقول: اشترط العلماء في القاضي أن يكون متكلماً ويقول الله - عز وجل :- ﴿أَمْ نَجْعَلُ لَهُ عَيْنَيْنِ * وَلِسَانًا وَشَفَتَيْنِ﴾ سورة البلد: (٨-٩).

فشرط العلماء في القاضي أن يكون متكلماً بالإضافة إلى هذه الآية التي فيها امتنان على الإنسان بنعمة اللسان التي بها يحفظ حقوقه من الضياع والزوال دليل على جواز رفع الدعوى عن طريق اللسان؛.

فإن سأل سائل: قد بينت طريق الكتابة والمشافهة باعتبارهما مسلكاً من مسالك رفع الدعوى، ولكن ما هو التأصيل الشرعي لهذا الطريق لاعتباره طريقاً من طرق طلب اختصاص الغير؟

قلت: إن الفقهاء - رحمهم الله - لما تكلموا عن القواعد الفقهية ذكروا قاعدة: «التابع تابع» والدعوى الأصلية يجوز للشخص الذي يريد رفع دعواها أن يسلك

إحدى الطرق التي أجازها الشارع وتتمثل هذه الطرق في طريقتين هما:

[١] طريق الكتابة.

[٢] طريق المشافهة.

وبالتالي وبناء على قاعدة «التابع تابع» فإن طلب اختصاص الغير يعد تابعاً للدعوى الأصلية وحينئذ فكما يجوز أن ترفع الدعوى الأصلية بأحد الطريقتين السابقين فيجوز كذلك أن يسلك الشخص أحد الطريقتين السابقين في طلب اختصاص الغير.

فإن قيل: ولكن المنظم السعودي لا يجيز رفع الدعوى الأصلية عن طريق المشافهة، وبالتالي فلا مجال لإعمال قاعدة «التابع تابع».

قلت: إن ما ذهب إليه المنظم السعودي من حصر طرق رفع الدعوى في طريق واحد هو من قبيل السياسة الشرعية ولكن ومع ذلك فإن اعتبار طريق المشافهة كأحدى طرق طلب اختصاص الغير له أصل في الفقه الإسلامي إذ يدخل هذا في قاعدة: «يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها»، وقاعدة «يثبت الفرع مع سقوط الأصل»، فإذا كان الفرع يثبت ويبقى مع سقوط الأصل فمن باب أولى أن يبقى الفرع مع سقوط بعض الأصل،، ويغتفر هذا الأمر في الفرع، باعتبار أن اختصاص الغير فرع عن الدعوى الأصلية التي لم ير المنظم صحة رفع الدعوى فيها عن طريق المشافهة، وذلك استناداً إلى قاعدة «يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها».

المطلب الثاني: وقت الاختصاص

وقد نص المنظم السعودي على تحديد وقت الاختصاص من بداية افتتاح الخصومة الأصلية إلى حين قفل باب المرافعة، وهذا معتبر؛ ذلك لأنه من قبيل السياسة الشرعية.

فإذا لم يعارض هذا التصرف واحداً من الأدلة السابقة ولم ينص دليل عليه فإن ذلك التصرف معتبر شرعاً، من أجل ذلك فإن تقييد المنظم السعودي لوقت

الاختصاص هو من قبيل السياسة الشرعية، وذلك للمصالح المعتبرة شرعاً والمترتبة على تقييد هذا الطلب، ويمكن التمثيل لبعض هذه المصالح من خلال النقاط التالية:

[١] عندما يقفل باب المرافعة فإن القاضي حينذاك تتكون لديه صورة الحكم النهائي الذي سيصدره في هذه الخصومة القائمة، فإذا ما فتحنا باب طلب الاختصاص في جميع مراحل الدعوى لأدى ذلك إلى عدم إصدار الأحكام؛ لأن الخصم الذي يرى أن الحكم سيصدر ضده يحاول تشتيت هذا النزاع وإطالة أمده بطلب الاختصاص وبالتالي يتأخر إصدار الحكم، ولكن بتقييد هذا الطلب بقفل باب المرافعة تنضبط أحوال الخصومة.

[٢] إن تقييد هذا الطلب بهذا التحديد من قبل المنظم فيه مصلحة لأفراد المجتمع؛ ذلك أنه إذا لم يقيد هذا الطلب بموعده المحدد لأدى ذلك كما سبق وذكرنا إلى تقديم كل خصم يخشى صدور الحكم تجاهه طلب الاختصاص وبالتالي يؤدي ذلك إلى إطالة أمد النزاع.

إضافة إلى ذلك فإن تقييد المنظم السعودي لوقت الاختصاص موافق لما ذهب إليه فقهاء الحنفية - رحمهم الله - من تقييد المدفوع؛ إذ ذهبوا - رحمة الله عليهم - إلى أنه يجوز إبداء المدفوع المقدمة من أي من الخصوم في أية مرحلة من مراحل الخصومة سواء قبل سماع البينة أو بعد سماعها، وسواء قبل فترة الاستمهال أو بعد فترة الاستمهال بشرط ألا يكون ذلك بعد إصدار الحكم، فإذا صدر الحكم فلا يجوز إبداء المدفوع عندئذ.

ومع أن المنظم السعودي قد حدد وقيد طلب اختصاص الغير، إلا أنه فتح الباب أمام الخصوم الجادين والمحتاجين والمضطرين إلى طلب الاختصاص، ويتم ذلك من خلال الخطوات التالية:

الخطوة الأولى: إذا أراد الخصم طالب الاختصاص أن يتقدم بطلب الاختصاص بعد قفل باب المرافعة المادة ٧٨/٢ من اللوائح التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، ص ٧١،

فإنه يجب عليه أولاً أن يتقدم بطلب فتح باب المرافعة مسبباً لهذا الطلب، وللقاضي حينئذ سلطة تقديرية في قبول هذا الطلب إذا كانت الأسباب كفيلاً بقبوله وقوية لإجازته، أما إذا كانت الأسباب التي يعتمد عليها ويستند إليها واهية وضعيفة فإنه سيرفض ذلك الطلب المادة ٧٨ / ٨ من اللوائح التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، ص ٧٢..

الخطوة الثانية: إذا تم قبول طلب فتح باب المرافعة حينئذ للخصم طالب الاختصاص أن يقدم طلب اختصاص الغير مسبباً لهذا الإدخال.. وللقاضي أيضاً في هذه الحالة سلطة تقديرية في قبول هذا الطلب المادة ٧٨ / ٢ من اللوائح التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، ص ٧١.

المطلب الثالث: المركز الفقهي للغير الذي يتم اختصاصه

يعتبر الغير الذي أدخل في الخصومة في مركز الخصم وإن لم يبد أية أدلة أو حجج أو دفع في الخصومة التي أدخل فيها، وموقفه هذا يسمى في الفقه القانوني «بالموقف السلبي»؛ أي أنه لم يأخذ بالحقوق التي أعطيت للخصوم.

فهذا الغير الذي أدخل في الخصومة يتمتع بالحقوق المعطاة لأطراف الدعوى، ويجب عليه ما يجب على الخصوم من واجبات والتزامات، أما حقوق الخصوم التي يتمتع بها «الغير» المدخل في الخصومة فيمكن أن تمثل لها بما يلي:

١ [حق إبداء البينات والأدلة والبراهين على دعواه. إن كان مدعياً.

٢ [إبداء الدفع التي تدفع دعوى المدعي إن كان في مركز المدعى عليه.

٣ [نقض الحكم إذا صدر الحكم في مواجهته:

وهنا في المملكة العربية السعودية يلتزم القاضي بعد إصدار الحكم أن يبين للمحكوم عليه أن له حق تمييز الحكم إذا لم يرض بذلك الحكم، وبالتالي له الخيار في رفع ذلك الحكم إلى محكمة أعلى وهي محكمة التمييز لتمييزه ونقضه إن لم يكن موافقاً

للحق أو إجازته إن لم يكن مخالفاً للحق نظم نظام المرافعات أحكام الاعتراض على الأحكام وتمييزها في المواد ١٧٣-١٩١..

[٤] تسيير ركب الدعوى إذا توقفت.

وفي مقابل ذلك فإن على الغير التقيد بالواجبات والالتزامات التي يتقيد بها الخصم ومن تلك الواجبات والالتزامات ما يلي:

[١] الجواب عن دعوى المدعي سواء كان بالإقرار أو الإنكار، أو دفع الدعوى.

[٢] التقيد بمدد ومواعيد المحكمة، وذلك بالمشول أمامها في المواعيد التي تحددها المادة [٤٠] من نظام المرافعات الشرعية.، وإذا لم يتقيد بذلك فللمحكمة حينذاك أن تحكم عليه إن كان مدعى عليه المادة [٥٣] من نظام المرافعات الشرعية.، أو تسقط الدعوى إن كان مدعياً المادة [٥٥] من نظام المرافعات الشرعية. بحسب ما ينص عليه نظام المرافعات الشرعية.

[٣] مراعاة الأعمال الإجرائية التي يستوجبها النظام وتلزم بها المحكمة لقبول الدعوى المادة [٣٩] من نظام المرافعات الشرعية.

الفصل الثالث

إدخال الغير ضامناً

وفيه مبحثان

المبحث الأول: إدخال الغير ضامناً نظاماً

وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول: ماهية الضمان وأقسامه.

يُعرف بأنه: «التزام شخص بأن يحمي شخصاً آخر من دعوى وجهت إليه من شخص ثالث وأن يعوضه إذا فشل في ردها عنه».

والجزء الذي يكفل حق الضامن أن للمضمون أو طالب الضمان دعوى يوجهها للضامن للمطالبة بتنفيذ الالتزام الواجب عليه والناشيء عن الضمان، هذه الدعوى تسمى بدعوى الضمان، ودعوى الضمان تتخذ صورتين هما:

١/ دعوى الضمان الأصلية.

٢/ دعوى الضمان الفرعية .

وينقسم الضمان إلى أقسام عديدة باعتبارات متعددة هي على النحو التالي:

الاعتبار الأول: تقسيم الضمان باعتباره بسيطاً أو شكلياً، وينقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين:

القسم الأول: الضمان البسيط: وهذا النوع من الضمان يوجد عندما يكون طالب الضمان طرفاً في الخصومة بسبب التزام يقع عليه في مواجهة خصمه فيها.

القسم الثاني: الضمان الشكلي: وهذا الضمان يوجد عندما يكون المضمون أو صاحب

الضمان في الخصومة بسبب أنه صاحب حق نقل إليه من الضامن في الخصومة، وهذا الحق هو محل منازعة عليه من قبل الخصم، سواء أكان ذلك الحق عينياً أو شخصياً.

الاعتبار الثاني: تقسيم الضمان باعتبار الأساس الذي يستند إليه وينقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين هما:

القسم الأول: الضمان العيني: وهو ما يكون أساسه نزاعاً عينياً عقارياً، ويأشره من انتقلت إليه ملكية العقار أو منفعته، أو من انتقل الحق إلى غيره أو انتزع من يده.

القسم الثاني: الضمان الشخصي: وهو الضمان الذي يكون أساسه التزاماً شخصياً.

وبعد هذا البيان لمعنى الضمان وأقسامه يمكننا الآن أن نعرّف اختصاص الضامن الذي هو محل بحثنا، فنقول هو:

إجبار شخص من الغير للدخول في خصومة قائمة بناء على طلب أحد الخصوم لإلزامه بالضمان في مواجهة طالب الضمان - المضمون.

ودعوى الضمان تتخذ صورتان هما:

الصورة الأولى: دعوى الضمان الأصلية: هذه الصورة تفترض رفع الدعوى من طالب الضمان - المضمون له - من خلال الطرق المعتادة لرفع الدعاوى وذلك بعد انتهاء النزاع مع الغير في الدعوى الأصلية، وحيث يكون النزاع قائم بين الضامن والمضمون له.

الصورة الثانية: دعوى الضمان الفرعية: وهذه الدعوى هي التي يكلف بها طالب الضمان ضامنه بالدخول في الخصومة القائمة بينه وبين الغير.

والدعوى الفرعية هي: دعوى ترفع من طالب الضمان على الضامن متصلة بدعوى أخرى قائمة أمام نفس المحكمة التي تنظر في الدعوى الأصلية.

والأفضل للمضمون - طالب الضمان - أن يسلك في مقاضاة الضامن دعوى

الضمان بصورة عارضة أثناء نظر الدعوى الأصلية وذلك عن طريق الدعوى الفرعية، فكون الضامن إلى الدعوى الفرعية أكثر فائدة من الدعوى الأصلية وذلك للأسباب الآتية:

١/ إن إدخال الضامن عن طريق الطلب العارض أثناء نظر الدعوى فيه اقتصاد للوقت.

٢/ كما أن المضمون سيستفيد من إدخال الضامن في الخصومة القائمة بينه وبين الغير من حيث أن طالب الضمان سيستفيد من أوجه الدفاع التي تؤيد موقعه في مقابلة الغير.

٣/ إن المضمون إذا لم يسلك طريق الدعوى الفرعية لإدخال الضامن وخسر الدعوى الأصلية في مواجهة الغير، ورفع دعوى أصلية بعد ذلك على الضامن، فإن موقف المضمون موقف ضعيف للحصول على الضمان، وذلك إذا دفع الضامن تلك الدعوى بأن لديه من أوجه الدفاع ما يجعل الخصم في الدعوى الأصلية يخسر تلك الدعوى لو أدخله المضمون فيها.

٤/ كما أن اختصاص الضامن في الدعوى الفرعية يتميز بمزية عدم تعارض الأحكام في حال ما لوقام المضمون برفع دعوى أصلية على الضامن لاحتمال أن تتعارض الأحكام في الدعويين.

٥/ كما أن للمضمون من خلال دعوى الضمان الفرعية أن يتفادى الولوج في لجة الدعوى المقامة عليه من قبل الغير؛ وذلك بطلب إخراجه من هذه الخصومة إذا لم يكن مطالباً بالتزام شخصي.

المطلب الثاني: حق الخصوم في اختصاص الضامن

لكي يتمكن الخصوم من اختصاص الضامن لابد من توافر شروط معينة لذلك، بعض هذه الشروط ذكرتها في معرض ذكر الشروط اللازمة لقبول اختصاص الغير، وبعضها الآخر سأذكرها كشروط مستقلة لقبول اختصاص الضامن.. وفي الجملة فإن

هذه الشروط تتمثل في الآتي:

وجود دعوى أصلية قائمة، وأطراف هذه الدعوى هم: طالب الضمان، والغير بالنسبة لدعوى الضمان الفرعية.

وجود ضمان بالمعنى الصحيح أيّاً كان نوعه سواء أكان ضامناً عينياً أو شخصياً؛ لأن وجود هذا الضمان هو المبرر لاختصاص الضامن في الدعوى الأصلية.

توافر الارتباط بين دعوى الضمان الفرعية والدعوى الأصلية القائمة بين طالب الضمان والغير، وتقدير مدى توافر صلة الارتباط بين الدعويين منوط بالمحكمة كما سبق ذكر ذلك في معرض ذكر الشروط اللازمة لقبول اختصاص الغير.

وجود المصلحة من اختصاص الضامن؛ فإذا تبين للقاضي وجود مصلحة من اختصاص الضامن قبل الاختصاص وأجازه، وإما إن لم يتبين له قيام المصلحة من اختصاص الضامن فإن له رده، وذلك لئلا تتخذ دعوى الضمان الفرعية ذريعة للخصوم لإطالة أمد النزاع وتشتيته مما يؤدي إلى تعسف في استعمال الحق المنوط بهم.

فإذا توافرت هذه الشروط فإن للمحكمة عند ذلك أن تقبل اختصاص الضامن وتأمر بإدخاله.

عندما يقبل طلب إدخال الضامن ويدخله مدعي الضمان فعلاً في الخصومة، فإننا نكون بصدد دعويين: الدعوى الأصلية ودعوى الضمان الفرعية. فإذا كانت الدعويين مهياتين للمرافعة معاً تضم الدعويين معاً وتقضي فيهما بحكم واحد، ويكون ذلك الحكم حجة في كلا الدعويين، مع بيان حكم كل واحدة منهما.

أما إذا كانت الدعوى الأصلية قد استوفت إجراءاتها ومرافعتها ولم يتبق لها سوى الحكم فيها، في حين أن دعوى الضمان الفرعية في أول مراحل التقاضي فيترتب على تأجيل الدعوى الأصلية حتى استكمال إجراءات دعوى الضمان الفرعية إضراراً بالمدعي الأصلي في الدعوى الأصلية وحينئذ فله أن يطلب من المحكمة أن تقوم

بالفصل في الدعوى الأصلية أولاً وباستقلال عن دعوى الضمان الفرعية بشرط ألا يترتب على الفصل في الدعوى الأصلية ضرر على أطراف دعوى الضمان الفرعية وهذا ما نص عليه نظام المرافعات السعودي بوجه خاص في اختصاص الغير، ويتضمن ذلك صورة دعوى الضمان الفرعية: «وتحكم المحكمة في موضوع طلب الإدخال والدعوى الأصلية كلما أمكن ذلك، وإلا فصلت المحكمة في موضوع طلب الإدخال بعد الحكم في الدعوى الأصلية» المادة [٧٥] من نظام المرافعات الشرعية..

وكذلك ما نص عليه نظام المرافعات الشرعية من تنظيم الطلبات العارضة كما سبق ذكره، وإن كانت عامة في الطلبات العارضة، إلا أن اختصاص الضامن من ضمنها إذهو من قبيل الطلبات العارضة كما ذكرنا: «تحكم المحكمة في موضوع الطلبات العارضة مع الدعوى الأصلية كلما أمكن ذلك، وإلا استبقت الطلب العارض للحكم فيه بعد تحقيقه» المادة [٨١] من نظام المرافعات الشرعية..

المطلب الثالث: المركز النظامي للضامن المختصم

يمر مركز الضامن بالنسبة للدعوى الأصلية بمرحلتين هما:

المرحلة الأولى: مرحلة ما قبل اختصاصه من قبل طالب الضمان، فإنه في هذه المرحلة يعتبر من الغير بالنسبة للدعوى الأصلية، وبناءً على ذلك فلا يترتب عليه شيء ولا يلزم بأية إجراء تجاه تلك الدعوى.

المرحلة الثانية: وهي مرحلة ما بعد اختصاص الضامن لإدخاله في الدعوى الأصلية من خلال دعوى الضمان الفرعية التي يطلبها طالب الضمان، فمنذ اللحظة الأولى لتقديم الطلبات الخاصة بدعوى الضمان الفرعية لإدخال الضامن يعتبر الضامن طرفاً وخصماً في الدعوى الأصلية، بالإضافة إلى أنه يعد طرفاً في دعوى الضمان الفرعية، ويجب هنا أن نفرق بين دعوى الضمان، والدعوى الأصلية، وذلك من خلال الآتي:

إن المركز النظامي للضامن بالنسبة لدعوى الضمان يتمثل في مركز المدعى عليه وبناءً على ذلك فهو خصم في هذه الدعوى له أن يبدي ما لديه من دفوع خاصة

به والتي تتعلق بالتزامه بالضمان؛ لأن هذا هو موضوع الدعوى، وأيضاً فإن الحكم الصادر في هذه الدعوى إما حجة له أو عليه، وله حق الطعن في هذا الحكم إذا لم يقتنع بالحكم.

وأما بالنسبة للدعوى الأصلية فإن الضامن يعتبر من الغير قبل إدخاله في الدعوى، ويعتبر خصماً وطرفاً فيها بمجرد إدخاله في الدعوى سواء خرج طالب الضمان أو بقي في الدعوى الأصلية وهذا ما يعبر عنه بالحلول الإجرائي.

على أن بعض الشراح ذهب إلى أن الضامن يعتبر طرفاً ثانوياً أو تابعاً في الدعوى الأصلية.

إلا أنني أذهب إلى الرأي الأول والذي يرى أن الضامن يعد خصماً بمجرد إدخاله في الدعوى الأصلية.

المطلب الرابع: التعسف في اختصام الضامن

التحدث في هذا الموضوع يكون من خلال نقطتين هما:

أولاً: عندما تقبل المحكمة اختصام الضامن وتأمراً بإدخاله بناء على طلب أحد الخصوم، فإنه يجب على المحكمة في تلك الحالة أن تحكم بضم دعوى الضمان الفرعية إلى الدعوى الأصلية تمهيداً للفصل فيهما بحكم واحد كلما أمكن ذلك، وهذا هو الأصل في اختصام الغير بوجه خاص المادة [٧٥] من نظام المرافعات الشرعية، والأصل في الطلبات العارضة بوجه عام المادة [٨١] من نظام المرافعات الشرعية.

ثانياً: إذا تبين للمحكمة أن مدعي الضمان قد تعسف في استعمال حقه المتمثل في اختصام الضامن، فإنه يجب ردع طالب الضمان، ومساءلته لتلا يؤدي استعمال الحق من قبل أصحابه إلى تفويت المصالح المتغية للمنظم.

المبحث الثاني: إدخال الغير ضامناً فقهاً

وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول: ماهية الضمان وأقسامه.

تعريف الضمان لغة: يقال (ضَمِنَ) الشيء ضماناً كفل به فهو ضامن، وما جعلته في وعاء فقد ضَمَمْتَهُ إياه، وقيل: بل الضمان مشتق من الضم ..

تعريف الضمان اصطلاحاً:

أولاً: تعريف الضمان عند الحنفية:

عرف بعض الحنفية الضمان أو الكفالة بأنها: «التزم المطالبة بما على الأصيل».

ثانياً: تعريف الضمان عند الشافعية:

عرف الشافعية الضمان بأنه: «التزام الدين والبدن والعين الآتي في كل منها وعلى العقد المحصل لذلك» .

ثالثاً: الضمان عند المالكية والحنابلة:

يعرف الضمان عند المالكية . والحنابلة بأنه:

«ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق»، وبناء على هذا التعريف فإن لصاحب الحق وهو المضمون له، مطالبة من شاء سواء الضامن أو المضمون عنه.

وللضمان أسماء ومصطلحات مرادفة للفظ الضمان من ذلك: الكفالة، الجمالة، الضمان، الزعامة، وأيضاً لفظ الصبير.

إلا أن بعض فقهاء الشافعية قال: إن هذه الألفاظ جميعها بمعنى واحد، ولكن العرف جرى على استعمال الضمين في الأموال، والحميل في الديات، والكفيل في

النفوس، والزعيم في الأمور العظام، والصبير في الجميع، وإن كان الضمان يصح بكل واحد منها ويلزم به.

وقد دل على مشروعية الضمان والكفالة الكتاب والسنة والإجماع.

أولاً: الكتاب: قال - تعالى - حكاية عن قصة يوسف - عليه السلام - مع إخوته: ﴿وَلَمَّا جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ سورة يوسف: (٧٢).

ثانياً: السنة المطهرة: عن سلمة بن الأكوع - رضي الله عنه - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أتى برجل ليصلى عليه، فقال: «هل عليه دين؟» قالوا: نعم، ديناران. قال: «هل ترك لهما وفاء؟» قالوا: لا. فتأخر فقيلاً: لم لا تصلي عليه؟ فقال: «ما تنفعه صلاتي وذمته مرهونة؟ ألا قام أحدكم فضمنه؟» فقام أبو قتادة، فقال: هما علي يا رسول الله فصلى عليه النبي - صلى الله عليه وسلم - رواه البخاري في صحيحه، رقم الحديث [٢٢٨٩]..

ثالثاً: الإجماع: أجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة، وإن اختلفوا في بعض الفروع.

أقسام الضمان: ينقسم الضمان - الكفالة - إلى قسمين اثنين ذكرهما العلماء، هما:

القسم الأول: الضمان - الكفالة - بالنفس:

وهذا القسم محل خلاف بين العلماء - رحمهم الله - وقد أجاز هذا النوع أبو حنيفة، ومالك، وشريح القاضي، والحنابلة، وهو الراجح واستدلوا بما يلي:

[١] قوله تعالى: ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُوا مَوْثِقاً مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ﴾ سورة يوسف: (٦٦) ..

[٢] عن أبي أمامة - رضي الله عنه - قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول في خطبته، عام حجة الوداع: «العارية مؤداة، والزعيم غارم، والدين مقضي» رواه الترمذي رقم الحديث [١٢٨٨]، صحيح سنن الترمذي، ٢/ ٢٠، ورواه الدارقطني

رقم الحديث [١٦٥]، ورواه النسائي، رقم الحديث [٥٧٨١]، ورواه أبو داود في سننه رقم [٣٥٦١]، ورواه ابن ماجة في سننه، رقم [٢٣٩٨]، ورواه البيهقي، رقم [١١٢٥٤]، ورواه ابن حبان في صحيحه، رقم [٥٠٩٤]، ورواه عبدالرزاق في مصنفه، رقم الحديث [٧٢٧٧]، وقال ابن حجر في «تلخيص الحبير»: فيه إسماعيل بن عياش وقد ضعفه ابن حزم ولم يصب في هذا. ٤٧/٣. وقال ابن الملقن في «خلاصة البدر المنير»: وقد وهم ابن حزم في توهين هذا الحديث، رقم [١٥٩٥]. وقال الهيثمي في «مجمع الزوائد» بعد أن ساق هذا الحديث من طريق ابن عمر: وفيه عبدالله بن شبيب وهو ضعيف جداً، باب في العارية ٤/١٥٤. وقال الكناي في «مصباح الزجاجة» بعد أن ذكر هذا الحديث من طريق أنس بن مالك، هذا إسناد صحيح رجاله ثقات، ٣/٦١-٦٢. فنخلص من هذا كله أن هذا الحديث حديث حسن بعموم طرق الحديث.

٣] القياس على المال؛ لأن ما وجب تسليمه بعقد، وجب تسليمه بعقد الكفالة والضمان كالمال.

أما من منع كفالة النفس فهو أحد قولي الشافعي، واستدل لهذا القول: بأن الكفالة بالنفس لا تجوز؛ لأنه تكفل بما لا يقدر على تسليمه، إذ لا قدرة له على نفس المكفول به، وهذا بخلاف الكفالة بالمال.

٢/ وإذا تنزلنا معهم إلى عدم وجود النص في هذه المسألة، فإن ما ذكره من عدم قدرة الكفيل على تسليم نفس المكفول غير صحيح؛ إذ أن الكفيل يقدر على تسليم المكفول وذلك بأن يدل على مكان إقامته فيخلى بين الدائن وبين المكفول، أو يستعين بأعوان القاضي لإحضاره إلى مجلس القضاء، والحاجة ماسة لذلك.

إلا أنه يجب أن يتنبه هنا إلى أن الكفالة بالنفس في حدود الله لا تجوز سواءً كان حقاً لله - تعالى وهذا قول أكثر أهل العلم؛ لأنه اختلف قول الشافعي - رحمه الله - (في حدود آدمي؛ لأنه قال في موضع: لا كفالة في حدود آدمي ولا لعان.. وقال في موضع: تجوز الكفالة بمن عليه حق أو حد؛ لأنه حق لآدمي، فصحت الكفالة به كسائر حقوق الآدميين

والمذهب الصحيح والذي عليه عامة أهل العلم هو عدم جواز ذلك، وذلك للأدلة التالية:

[١] عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: «لا كفالة في حد» أخرجه البيهقي. السنن الكبرى ٧٧/٦. وقال الزيلعي في «نصب الراية» بعد أن ساق هذا الحديث، تفرد به عمر بن أي عمر الكلاعي وهو من مشايخ بقية المجهولين ورواياته منكرة، ٥٩/٤. وقال الصنعاني في «سبل السلام»: رواه البيهقي بإسناد ضعيف، وقال: إنه منكر ٦٣/٣. وقال ابن الجوزي في «التحقيق في أحاديث الخلاف»: هذا الحديث تفرد به بقية عن أبي محمد عمر بن.

[٢] الحدود مبناهما على الإسقاط والدرء بالشبهة، أما الكفالة فهي استيثاق، فلا تدخل الكفالة على الحدود، وهذا القسم من أقسام الضمان يقابل القسم الثاني من أقسام الضمان في النظام وهو ما يسمى بالضمان الشخصي.

القسم الثاني: ضمان - كفالة - المال: ومعناها: أن يلتزم الضامن التزاماً مالياً.. وهي على ثلاثة أنواع:

النوع الأول: الضمان بالدين: وهو أن يلتزم الكفيل بأداء دين الغير، وأصل هذا النوع حديث سلمة بن الأكوع -رضي الله عنه- وفيه أن النبي -صلى الله عليه وسلم- امتنع عن صلاة الميت على رجل عليه دين دينارين، وقال: «وما تنفعه صلاتي وذمته مرهونة؟ أأقام أحدكم فضمنه» فقام أبو قتادة، فقال: هما علي يا رسول الله.. فصلى عليه النبي -صلى الله عليه وسلم- «سبق تخريجه.

النوع الثاني: ضمان الأعيان، أو الضمان بتسليم العين: ومعناه أن يلتزم بأن يقوم بتسليم العين المعينة والموجودة بيد الغير، فهذه يصح ضمانها؛ لأنها مضمونة على من هي بيده، فصح ضمانها من شخص آخر كالحقوق الثابتة بالذمة.

النوع الثالث: ضمان عهدة المبيع أو الضمان بالدرك: أي ضمان ما يلحق المال المبيع وهذا النوع هو الذي يقابل صورة الضمان الأصلي، وذلك بأن يرفع المشتري دعوى

على البائع وذلك بعد استحقاق المبيع للغير.

المطلب الثاني: حق الخصوم في اختصاص الضامن

اتفق العلماء على أنه إذا عدم المضمون أو غاب فإن الضامن غارم، وبالتالي فإن للمضمون له أن يطالب الضامن بما ضمنه.

واختلفوا فيما إذا حضر الضامن والمضمون ولم يغب أي واحد منهما، فهل يطالب المضمون له - صاحب الحق - الضامن أم المضمون عنه، أم يطالبهما جميعاً؟ اختلفوا في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: وهو قول جمهور أهل العلم من حنفية ومالك في أحد قولييه، وشافعية وحنابلة، إذ ذهبوا إلى أن لصاحب الحق وهو المضمون له مطالبة من شاء منهما سواء الضامن أو المضمون؛ وذلك لأن مطالبة أيّاً منهما معتبرة، أما مطالبة المضمون فلأن الحق ثابت في ذمته فهو أصيل فله مطالبته، وأما الضامن فلأننا ذكرنا في تعريف الضمان بأنه «ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بالحق»، وبالتالي فذمة الضامن والمضمون عنه أصبحتا ذمة واحدة، فحيثُذ له مطالبة الضامن كما أن له مطالبة المضمون.

القول الثاني: وهو أحد قولي الإمام مالك - رحمه الله - حيث ذهب إلى أنه ليس للمضمون له أن يأخذ في مطالبة الضامن مع وجود المضمون عنه؛ لأنه وثيقة فلا يستوفي الحق منها إلا عند تعذر استيفائه من الأصل.

وبالنسبة لكيفية الاختصاص، ومدده ووقته فإن هذا جميعه يرجع إلى ما نص المنظم عليه في نظام المرافعات والذي يدخل في باب السياسة الشرعية.

أما الشروط التي ذكرت لقبول طلب اختصاص الضامن فإننا قد ذكرنا سابقاً التأصيل الشرعي لهذه الشروط، ما عدا شرط: «وجود ضمان بالمعنى الصحيح»، وهذا الشرط يدخل في قاعدة: «الفرع يسقط بسقوط الأصل»؛ ذلك أنه إذا لم يوجد ضمان فلا وجود للضامن حيثُذ، وبالتالي فلا يمكن إعمال مبدأ «اختصاص الضامن

أو المضمون عنه».

المطلب الثالث: المركز الفقهي للضامن المختصم

إن إثارة دعوى الضمان الفرعية، وقبول القاضي لطلب هذه الدعوى من شأنها أن توسع شعاب الخصومة من حيث أشخاصها، ليصبح عدد الأطراف لدينا في الخصومة ثلاثة أطراف، ونكون في نفس الوقت بصدد دعويين هما:

[١] الدعوى الأصلية.

[٢] دعوى الضمان الفرعية.

وهذا يستلزم منا أن نبحث في المراكز الشرعية لأطراف هذه الخصومة، وسوف أبين المركز الشرعي للضامن.

جاء النص الصريح في جعل الضامن في مركز الخصم، وبالتالي الالتزام بجميع ما يلزم به الخصم ومن ذلك قضاء ما ضمنه في صورتنا هذه وذلك من خلال الأدلة التالية:

[١] فعن جابر - رضي الله عنه - قال: توفي صاحب لنا، فأتينا النبي - صلى الله عليه وسلم - ليصلي عليه، فخطا خطوة، ثم قال: «أعليه دين؟» قلنا: ديناران. فانصرف فتحملهما أبو قتادة، فقال: الديناران علي. فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «وجب حق الغريم، وبريء الميت منهما؟» قال: نعم. فصلى عليه، ثم قال بعد ذلك: ما فعل الديناران؟ قال: إنما مات أمس؟ قال: فعاد إليه من الغد. فقال: قد قضيتها فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «الآن بردت جلده» رواه الإمام أحمد في المسند ٣/ ٣٣٠. والدارقطني رقم الحديث [٢٩٣]، سنن الدارقطني ٣/ ٧٩، ورواه أبو داود في سننه رقم الحديث [٣٣٤٣]. ورواه البيهقي في سننه، رقم الحديث [١١١٨٣]، ورواه ابن أبي شيبه في مصنفه ٣/ ٤٩. وقال الهيثمي في «مجمع الزوائد» عن هذا الحديث: إسناده حسن ٣/ ٣٩..

المطلب الرابع: التعسف في اختصاص الضامن

صورة دعوى الضمان الفرعية التي تعد إحدى تطبيقات اختصاص الغير، بل أبرزها، لها نفس غايات وأهداف الأصل وهو «اختصاص الغير»، فإذا ما كان طلب اختصاص الضامن المقدم من قبل أحد الخصوم محققاً لهذه الأهداف والغايات جاز له ذلك الطلب وصار في حقه من ضمن المباحات التي له الأخذ بها أو تركها، أما إن خالف تلك المقاصد والغايات فإن ذلك الفعل يعتبر محرماً شرعاً، ومذموم؛ لأنه يعد من قبيل الظلم ويمكننا أن نستدل لهذا الحكم الذي أصدرناه على التعسف في دعوى الضمان الفرعية، والتي يقصد منها الإضرار بالكتاب والسنة المطهرة.

أولاً: [الكتاب: ١] قال تعالى: ﴿وَلَا تَحْسَبَنَّ اللَّهَ غَافِلًا عَمَّا يَعْمَلُ الظَّالِمُونَ إِنَّمَا يُؤَخَّرُهُمْ لِيَوْمٍ تَشْخَصُ فِيهِ الْأَبْصَارُ * مُهْطِعِينَ مُقْنِعِي رُؤُوسِهِمْ لَا يَرْتَدُّ إِلَيْهِمْ طَرْفُهُمْ وَأَفْنَدْتُهُمْ هَوَاءً﴾ سورة إبراهيم: (٤٢-٤٣) .

ثانياً: السنة المطهرة: عن أم سلمة -رضي الله عنها- قالت: سمع رسول الله -صلى الله عليه وسلم- خصومة بباب حجرته فخرج إليهم فقال: «إنما أنا بشر، وإنه يأتيني الخصم فعمل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض فأحسب أنه صدق فأقضي له بذلك، فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من النار فليأخذها أو يتركها» رواه البخاري في صحيحه، رقم (٢٤٥٨) ورواه مسلم في صحيحه، رقم (١٧١٣).

والتعسف في اختصاص الضامن لهدف يقصد به الإضرار، والظلم يدخل في هذا الوعيد.

وعلى القاضي إذا تبين له تعسف أحد الخصوم في طلب إدخال الضامن أن يعاقبه بما هو أهل له، فإن كان ممن ينفع فيه القول أغلظ له القول ووبخه، وأما إن كان ممن لا يؤثر فيه قول ولا كلام فيعاقبه بشيء محسوس فإن ذلك العقاب معتبر شرعاً، بدليل ما رواه عبد الله بن الزبير أن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير عند رسول الله -صلى الله عليه وسلم- في شراج الحرة التي يسقون بها النخل، فقال الأنصاري: سرح الماء يمر، فأبى عليه، فاخصموا عند رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فقال

رسول الله - صلى الله عليه وسلم - للزبير: «اسق يا زبير! ثم أرسل الماء إلى جارك» فغضب الأنصاري فقال: يا رسول الله إن كان ابن عمك؟ فتلون وجه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ثم قال: «يا زبير اسق ثم احبس الماء حتي يرجع إلى الجدر» فقال الزبير: والله إني لأحسب نزلت هذه الآية في ذلك: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِي مَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ سورة النساء، الآية رقم (٦٥). رواه البخاري في صحيحه، رقم الحديث [٢٢٣١]، ورواه مسلم في صحيحه، رقم الحديث [٢٣٥٧]، ورواه الترمذي، (١٠٩٩)، وقال حديث حسن صحيح، صحيح سنن الترمذي ٤٤ / ٢ .

الفصل الرابع

حق الاختصاص القضائي

وفيه تمهيد ومبحثان

التمهيد

المبحث الأول: دور القاضي في الخصومات.

وفيه مطلبان

المطلب الأول: دور القاضي في الخصومة نظاماً.

وفيه فرعان

الفرع الأول: تسيير الخصومة بين حق الخصوم ومبدأ حياد القاضي.

النظرة القانونية التقليدية للقاضي كانت تجعل القاضي يقف موقفاً سلبياً من الخصومة والدعوى؛ بمعنى أنه ليس له أن يقوم بتحريك الخصومة أو إثارتها، بل يتوقف دوره عند الفصل في الخصومة والحكم في الدعوى فقط.

وبعض الشراح نظر إلى الخصومة من خلال النظرة القانونية الحديثة على أنها لا تقوم على أساس أنها صراع بين أطراف يفوز فيها الأقوى حجة، والأظهر برهاناً، بل على أساس أنها خلاف في حقيقة قانونية تهم المجتمع، ويجب من خلال ذلك أن يتعاون الخصوم مع القاضي لبيان هذه الحقيقة.

إلا أن تعبير الشراح سابق الذكر عن نظرتهم للدعوى بأنها: لا تقوم على أساس أنها صراع بين أطراف يفوز فيها الأقوى حجة.. ما هو إلا تعبير مجانب للصواب؛ ذلك أن الواقع العملي وهو الدليل الذي يلامس حواسنا يدل على خلاف ذلك فنجد في واقعنا أن الخصومة تقوم بين أطراف هم أشخاص الخصوم كل واحد منهم

يحاول الظفر بالحق المدعى به، ولكن في النهاية سيظفر الأقوى حجة وبرهاناً بهذا الحق المدعى به، وليبان ضعف ما ذهب إليه الشارح نذكر حديث أم سلمة - رضي الله عنها - وفيه أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إنكم تختصمون إلي، ولعل أحدكم أن يكون ألحن بحجته من الآخر فأقضي له بنحو ما أسمع..» سبق تخريجه..

ومن الأدوار الإيجابية للقاضي إزاء الخصومة القائمة أمامه من خلال النظرة القانونية الحديثة، والتي نص عليها نظام المرافعات الشرعية طلب القاضي من الموكل إتمام المرافعة إذا كثرت استمهالات الوكيل بحجة سؤال موكله بقصد المماطلة المادة [٥١] من نظام المرافعات الشرعية..، ومن أبرز الأدوار الإيجابية للقاضي أيضاً: اختصاص الغير لإدخاله في الدعوى بناء على أمر المحكمة المادة [٧٦] من نظام المرافعات الشرعية، وأيضاً للمحكمة أن توقف السير في الدعوى وقفاً مؤقتاً لتعلق الحكم فيها على الفصل في قضية مرتبطة بها، سواء أكانت القضية المرتبطة لدى القاضي نفسه أم لدى غيره المادة ١/٨٣ من اللوائح التنفيذية، ص ٧٩ .

الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في الخصومة:

السلطة التقديرية المخولة للقاضي تتمثل في إنزال أفعال وتصرفات الخصوم على المواد النظامية ومدى موافقة تلك التصرفات والأفعال لهذه المواد من عدم ذلك.. هذا بالنسبة للأعمال الإجرائية وبالنسبة لموضوع الدعوى ومضمونها فإن القاضي يعمل سلطته التقديرية في مدى موافقة هذه المواضيع للشرعية من عدم ذلك.. وقد جاء نظام المرافعات الشرعية مؤكداً لهذا المبدأ، فقد نص على أن «للقاضي أن يستنتج قرينة أو أكثر من وقائع الدعوى أو مناقشة الخصوم أو الشهود لتكون مستنداً لحكمه» المادة [١٥٥] من نظام المرافعات الشرعية.

وأيضاً فقد حول النظام للقاضي أن يفتح باب المرافعة بعد إغلاقه سواء أكان بناء على أمر الخصوم أو أمر المحكمة نفسها وذلك لأسباب مبررة المادة [٦٦] من نظام المرافعات الشرعية.

وتعتبر السلطة التقديرية المخولة للقاضي من قبيل الأمور المعنوية التي لا يمكن أن ندرکها من خلال أطرافنا المحسوسة.

ولا تتوقف السلطة التقديرية للقاضي على إنزال تصرفات وأفعال الخصوم على القواعد والنصوص النظامية، بل قد يتعدى ذلك إلى مساهمة القاضي في إنشاء وتكوين قواعد نظامية أخرى، وذلك في حالة عدم وجود نصوص نظامية يمكن إنزال تصرفات الخصوم عليها، وهو ما يسمى باجتهاد القاضي أو قضاء المحاكم، علماً بأن اجتهاد القاضي أو قضاء المحاكم يعتبر المصدر الأخير من المصادر القانونية الثانوية للقانون، وهذا ما يعبر عنه في الشريعة باجتهاد القاضي.

المطلب الثاني: دور القاضي في الخصومة فقهاً

وفيه ثلاثة فروع

الفرع الأول: تسيير الخصومة بين حق الخصوم ومبدأ حياد القاضي.

نبين هذا المنهج الإسلامي من خلال حديثنا عن ثلاثة محاور جمع الفقه الإسلامي بين هذه المحاور الثلاثة لبيان كيفية تسيير الخصومة بين حق الخصوم ومبدأ حياد القاضي وهذه المحاور الثلاثة تتمثل فيما يلي:

المحور الأول: حق الخصم في تحريك الخصومة وتسييرها: يعد هذا المحور نواه النظرية التقليدية القانونية، وعمود ارتكازها؛ لأنها في حقيقتها قامت على تفعيل وتعظيم حق الخصوم، واستثثارهم بنصيب الأسد منها فليس للقاضي أن يتدخل في هذه الخصومة وهذه الدعوى ليحركها أو يسيرها، وإنما يقتصر دوره على تطبيق القوانين والأنظمة على هذه الدعوى فقط.. ولكن الشريعة الإسلامية قد سبقت النظرية القانونية التقليدية في تأصيل أسس هذا الحق للخصوم ولكنها لم تسلك سبيل الغلو في هذا الحق وإنما أخذت بالوسطية بحيث أعطت كل ذي حق حقه.. يظهر اهتمام الإسلام بحق الخصوم هذا بالأحاديث والآثار التالية:

١ - عن أم سلمة - رضي الله عنها - قالت: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -

«إنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً، فلا يأخذه، فإنما أقطع له به قطعة من النار» سبق تحريجه..

٢ - قال الفقهاء - رحمهم الله - في معرض حديثهم عن أدب القاضي بأن القاضي يكره له أن يعلم المدعي كيف يدعي ومتى يدعي، إذ المدعي هو من يتندر ويكشف عن مركزه كمدعي في هذه الدعوى دون أي تدخل من القاضي، فإذا لم يحسن الكشف عن هويته، كان للقاضي حينذاك أن يتندر الخصوم بقوله: من المدعي منكم؟ وذلك لتحريك الدعوى التي كان الأولى بتحريكها هو المدعي..

وهذا تصريح من قبل الفقهاء - رحمهم الله - بأن الدعوى إنما هي ملك للخصوم ولكنها ليست ملكاً مطلقاً بل يشاركون فيها غيرهم، وذلك في حالة عدم إحسانهم تسير ذلك الملك وحسن إدارته على الوجه الصحيح، فالمدعي هو الذي أثار هذه الدعوى وهذه الخصومة وهو الأحق بتحرير دعواه وابتداء القاضي بتلك الدعوى، أما إذا لم يحسن ذلك بأن تلثم لسانه من هيئة المجلس أو لأي سبب آخر، فللقاضي عندئذ أن يتدخل في تلك الدعوى ليحركها بعد ذلك التوقف وذلك بأن يكشف عن شخصية المدعي.

٣ - إذا توقفت الدعوى في بر الحكم، وذلك لإصدار الحكم الشرعي في هذه الخصومة، فإن لأحد أطراف الدعوى أن يحرك سكون هذه الدعوى وذلك بإبداء دفع أو أكثر على ما ادعى به الطرف الآخر، وكذا إذا صدر الحكم النهائي في الدعوى فإن الدعوى بذلك الحكم سوف تتوقف ولكن يجوز لمن أصدر الحكم تجاهه أن ينقض الحكم إذا كان مخالفاً لكتاب أو سنة أو إجماع أو قياس، وذلك بطلب تمييزه من محكمة التمييز وهذا دليل آخر على حق الخصوم في تحريك الخصومة الراكدة والمتوقفة وأن ذلك يعتبر حقاً من حقوقهم.

المحور الثاني: مبدأ حياد القاضي: جاء الفقه الإسلامي مؤسساً لمبدأ حياد القاضي ووسطيته وعدله بين الخصوم.. وعدم جوره وحيفه في الحكم الذي يصدره بين

المتخاصمين.

وقد دل على هذا المبدأ القرآن الكريم والسنة المطهرة وآثار السلف الصالح.

أولاً: الكتاب: قال الله - عز وجل - : ﴿يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ﴾ سورة ص: ٢٦..

ثانياً: السنة المطهرة:

١ - عن معقل بن يسار - رضي الله عنه - قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «ما من عبد يسترعيه الله رعية فلم يحطها بنصحه إلا لم يجد رائحة الجنة» رواه البخاري في صحيحه، رقم الحديث [٧١٥٠]، ورواه مسلم في صحيحه، رقم الحديث [١٤٢]..

ثالثاً: الآثار: روى الشعبي فقال: كان بين عمر بن الخطاب وأبي بن كعب مداراة في شيء، فجعلا بينهما زيد بن ثابت، فأتياه في منزله، فقال له عمر: أتيناك لتحكم بيننا، في بيته يؤتى الحكم، فوسع له زيد على صدر فراشه، فقال: هاهنا يا أمير المؤمنين. فقال له عمر - رضي الله عنه - جرت في أول القضاء.. سبق تخريجه..

٢ - عندما تحدث الفقهاء - رحمهم الله - عن آداب القاضي قالوا: وليس للقاضي أن يبادر الخصوم بسؤالهم: من المدعي منكم.. أما إذا لم يتكلم أحد الخصوم فينظر القاضي في هذا السكوت، فإن كان سكوتهم تهيئة للتحدث بعد هذا السكوت فلا يتكلم القاضي حينذاك إلى الخصمين ولا يسألها الابتداء في الخصومة.

٣ - ذهب طائفة من العلماء إلى أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه، وهذا دليل على مبدأ حياد القاضي.

المحور الثالث: إيجابية القاضي في الفقه الإسلامي: جاء الإسلام مؤكداً ومؤسساً لمبدأ حياد القاضي، وموجباً الأخذ به لمن تولى أية ولاية، ومحذراً بالوعيد الشديد كل

من ضيع هذا المبدأ بالتهاون فيه والتخاذل عن الأخذ به.

ويمكن أن نستدل لإيجابية القاضي بما يلي:

١ - عن كعب بن مالك - رضي الله عنه - أنه تقاضى ابن أبي حدرد ديناً كان له عليه في المسجد، فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وهو في بيته، فخرج إليهما حتى كشف سجف حجرته فنادى: «يا كعب؟» قال: قلت: لبيك يا رسول الله، فقال: «ضع من دينك هذا» وأوماً إليه أي الشطر. قال: لقد فعلت يا رسول الله، قال: «قم فاقضه» رواه البخاري في صحيحه،، رقم الحديث [٢٧٠٦]، ورواه مسلم في صحيحه، رقم الحديث [١٥٥٨]. ورواه النسائي رقم الحديث [٥٤١٤]..

٣ - أجاز الفقهاء - رحمهم الله - للقاضي أن يبادر الخصوم إذا لم يدع المدعي ويحمر دعواه بأن يقول لهم: ما خطبكما؟ أو من المدعي منكما؟.

الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في الخصومة:

أصل السلطة التقديرية للقاضي في الخصومة هي قول النبي - صلى الله عليه وسلم - في الحديث الذي رواه عمرو بن العاص - رضي الله عنه - أنه سمع النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ، فله أجر» رواه البخاري في صحيحه، رقم الحديث [٦٩١٩]. ورواه مسلم في صحيحه رقم الحديث [١٧١٦]، ورواه أبو داود [٣٥٧٤].

أما إن حكم الحاكم، أو قضى القاضي بمجرد الهوى والتشهي فإنه يدخل في الحديث الذي رواه بريدة - رضي الله عنه -، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «القضاة ثلاثة، واحد في الجنة واثنان في النار فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضى به، ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو النار» سبق تخريجه.

ومن الآثار الدالة على مشروعية السلطة التقديرية للقاضي ما جاء في السنن

الكبرى: أن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- أشرك الأخوة من الأب والأم مع الأخوة من الأم في الثلث، فقال له رجل: قضيت في هذا عام أول بغير هذا؟ قال: كيف قضيت؟ قال: جعلته للأخوة من الأم، ولم تجعل للأخوة من الأب والأم شيئاً، قال: تلك على ما قضينا، وهذا على ما قضينا رواه البيهقي رقم [٣١٠٩٧]، ورواه عبدالرزاق في مصنفه. ٢٤٩/١٠. ورواه الدارمي في سننهرقم [٦٤٥] والأثر بمجموع طرقه حسن..

المبحث الثاني: حدود حق المحكمة في اختصاص الغير

وفيه مطلبان

المطلب الأول: حدود حق المحكمة في اختصاص الغير نظاماً

وفيه ثلاثة فروع

الفرع الأول: أهمية اختصاص المحكمة للغير.

ما ذهب إليه المنظم السعودي من الأخذ بمبدأ اختصاص الغير بناء على أمر المحكمة هو الرأي الصحيح وهو الموافق للتشريع الإسلامي ولغايات ومقاصد الشريعة الإسلامية، والموافق أيضاً لمعظم التنظيمات الإجرائية في العالم، إذ أخذ بهذا المبدأ مجموعة من القوانين العالمية.

وتتمثل أهمية اختصاص الغير بأمر المحكمة في الفوائد التي تحققها هذه الصورة، ويمكننا ذكر بعض هذه الفوائد ومنها:

١] إظهار الحقيقة، وذلك من خلال رد الدعوى إلى وضعها الطبيعي الذي كان يجب أن تظهر عليه لولا إهمال الخصوم أو غشهم أو عتتهم.

٢] تفعيل دور القاضي وإخراجه من بوتقة السلبية إلى دور الفاعلية والإيجابية في الخصومة وذلك عن طريق اختصاصه للغير لإدخاله في هذه الخصومة التي يرى من المصلحة إدخاله فيها لأخذ أقواله وما لديه إظهاراً للحقيقة.

[٣] حماية حقوق المجتمع؛ لأن في عدم الأخذ بمبدأ اختصاص الغير عن طريق المحكمة، تعدد للدعاوى وتعارض في الأحكام، وضياع لحقوق الغير.

الفرع الثاني: كيفية اختصاص المحكمة للغير:

لم يسلك المنظم السعودي مسلك بعض القوانين الوضعية، في إعطاء القاضي دوراً إيجابياً وذلك باختصاص الغير بناء على أمر المحكمة من غير حصر لحالات ذلك الاختصاص، بل قيد المنظم السعودي هذا الدور الإيجابي في حالات محددة على سبيل الحصر، تتمثل هذه الحالات في ثلاث حالات هي على النحو التالي:

الحالة الأولى: من تربطه بأحد الخصوم رابطة تضامن أو حق أو التزام لا يقبل التجزئة.

الحالة الثانية: الوارث مع المدعي أو المدعى عليه، أو الشريك على الشيوع لأي منهما إذا كانت الدعوى متعلقة بالتركة في الحالة الأولى، أو بالشيوع في الحالة الثانية.

الحالة الثالثة: من قد يضار بقيام الدعوى، أو بالحكم فيها إذا بدت للمحكمة دلائل جديفة على التواطؤ، أو الغش، أو التقصير من جانب الخصوم..

وتتميز هذه الحالة عن سابقتها بأن المنظم السعودي قد اشترط لها شرطين هما:

١/ وجود ضرر يلحق بهذا الغير المراد اختصاصه من جراء رفع الدعوى أو الحكم فيها. وقد مثلنا لهذا الشرط بأثلة سابقة.

٢/ أن يبدو للمحكمة دلائل جديفة على أن هناك تواطؤ أو غش أو تقصير من جانب الخصوم، يترتب عليه ضرر يلحق بالغير إذا ظل خارجاً عن الخصومة.

هذا التحديد لحالات اختصاص الغير بأمر المحكمة من قبل المنظم السعودي أطلق العنان له بعد تقييده بالحالات الثلاث التي ذكرناها، إذ جاء في اللائحة التنفيذية ما يلغي هذا التقييد بهذه الحالات، ويجعل اختصاص الغير بناء على أمر المحكمة مطلقاً بضابط مصلحة العدالة وإظهار الحقيقة وتنص اللائحة التنفيذية رقم ١/٧٦ على

أنه: «لناظر الدعوى أن يأمر بإدخال من يرى في إدخاله مصلحة وإظهاراً للحقيقة»
المادة ٧٦ / ١، من اللوائح التنفيذية ص ٦٨.

ويلاحظ هنا أن المنظم السعودي لما أطلق العنان للمحكمة في اختصاص من تشاء إذا كان في ذلك مصلحة للعدالة وإظهاراً للحقيقة لم يقيد سلطة المحكمة هذه بأن يكون هذا الغير ممن كان يصح اختصاصه في الدعوى عند رفعها كما قيد سلطة الخصوم في اختصاصهم للغير.. وبالتالي فإن للمحكمة مطلق الحرية في اختصاص من ترى أن في إدخاله واختصاصه في الدعوى القائمة حسن سير العدالة وإظهاراً للحقيقة.

ونلاحظ أخيراً في هذه المادة المختصة باختصاص الغير بناء على أمر المحكمة أن المنظم لم يحدد موعداً لحضور من تأمر المحكمة بإدخاله بل جعل ذلك إلى المحكمة لتحديد الموعد الذي تشاء، بحسب كل دعوى وظروفها المحيطة بها، وتتبع في إحضاره الأوضاع المعتادة بالتكليف بالحضور أوضحت المادة (١٢) وما بعدها من نظام المرافعات الشرعية الأوضاع المعتادة بالتكليف بالحضور.

وإذا أراد القاضي أن يدخل شخصاً في الخصومة القائمة أمامه، وكان هذا الشخص يقيم خارج ولايته المكانية، فللقاضي عندئذ أن يستخلف المحكمة التي يقع في ضمن ولايتها المادة ٧٦ / ٢، من اللوائح التنفيذية ص ٦٨ ..

وكذلك فإنه لا يجوز للمحكمة الجزئية أن تدخل شخصاً في دعوى أقيمت ضده إذا كانت هذه الدعوى خارج اختصاصها النوعي المادة ٧٦ / ٢٣ من اللوائح التنفيذية، ص ٦٨.

أما إذا لم تستطع المحكمة الجزئية أن تحكم في قضية إلا بإدخال طرف ثالث لا تختص بنظر الدعوى ضده اختصاصاً نوعياً فعليها إحالة الدعوى الأصلية وطلب الإدخال إلى المحكمة العامة المادة ٧٦ / ٤ من اللوائح التنفيذية، ص ٦٩.

وقد بيّن نظام المرافعات الشرعية الاختصاص النوعي في المحاكم السعودية ووضحه وبينه بيّن نظام المرافعات الشرعية الاختصاص النوعي في المحاكم السعودية

في المادتين (٣١) و(٣٢) ..

وإذا أقيمت دعوى على بيت مال المسلمين فإن للمحكمة عند ذلك أن تدخل مندوب من قبل وزارة المالية والاقتصاد الوطني للدفاع عن بيت المال المادة رقم ٧/٧٦ من اللوائح التنفيذية، ص ٦٩.

وكذا إذا كان المبلغ المدعى به محفوظاً لدى بيت مال المحكمة، فإن للمحكمة عندئذ أن تدخل مأمور بيت مال المحكمة، والحكم عليه إذا توجه الحكم عليه المادة رقم ٨/٧٦ من اللوائح التنفيذية، ص ٦٩ ..

الفرع الثالث: حق المحكمة في استبعاد أحد الخصوم:

ثبت لدينا مما سبق أن للمحكمة أن توسع نطاق الخصومة من حيث أشخاصها وأن تستكمل عناصر الدعوى وذلك بإدخال شخص من الغير طالما أن إدخال ذلك الغير فيه مصلحة للعدالة وإظهار للحقيقة، ولكن هل للمحكمة أن تستبعد هذا الغير الذي أمرت بإدخاله وأصبح مصنفاً من ضمن الخصوم، كطرف من أطراف الخصومة؟

هذا التساؤل أجابت عنه اللائحة التنفيذية بقولها:

«للمحكمة إبعاد من رأت إدخاله ولمن أبعده المحكمة طلب التدخل، كما للخصم طلب إدخاله» اللائحة التنفيذية رقم ٥/٧٦، ص ٦٩ ..

ومع أن المنظم قد خول المحكمة هذه السلطة في استبعاد من رأت إدخاله، إلا أنه لم يهضم حق هذا الغير الذي استبعده المحكمة من الخصوم من التقاضي باعتباره فرداً من أفراد هذا المجتمع له كافة الحقوق وعليه سائر الواجبات والالتزامات، إذ أن المنظم السعودي أتاح له أن يطلب إدخاله في الخصومة القائمة وذلك بحسب ما تقتضيه المادة [٧٧] من نظام المرافعات الشرعية والتي نظمت عملية التدخل في الدعوى.

المطلب الثاني: حدود حق المحكمة في اختصاص الغير فقهاً

وفيه ثلاثة فروع

الفرع الأول: أهمية اختصاص المحكمة للغير.

عارض كثير من شراح الأنظمة الصورة الثانية من اختصاص الغير، وهي اختصاص المحكمة للغير، وما ذهب إليه هؤلاء الشراح في التشنيع والاعتراض على هذه الصورة مخالف لما جاء في الشريعة الإسلامية، بل إن ما أخذ به المنظم السعودي من إقرار صورة اختصاص الغير بناء على أمر المحكمة هو الموافق للشريعة الإسلامية، فإن قيل: وما هو التشريع الإسلامي لهذه الصورة؟ وما مدى موافقتها لمقاصد وغايات الشريعة؟

الإجابة على هذه الأسئلة تتمثل في الأدلة التالية:

الدليل الأول: يعتبر حديث القسامة دليلاً وبرهاناً على مبدأ اختصاص الغير بصفة عامة، وعلى صورة اختصاص الغير بناء على أمر المحكمة بصفة خاصة، وسوف أبين وجه الدلالة من حديث القسامة بعد أن أذكر نص هذا الحديث، فعن سهل بن أبي حثمة ورافع بن خديج أن مُحِيصَةَ بن مسعود وعبداً بن سهل انطلقا قَبْلَ خيبر ففترقا في النخل فقتل عبدالله بن سهل فاتهموا اليهود فجاء أخوه عبدالرحمن وأبنا عمه حويصة ومحيسة إلى النبي -صلى الله عليه وسلم- فتكلم عبدالرحمن في أمر أخيه وهو أصغر منهم، فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- كَبُرَ الكُفْرُ أو قال: ليبدِ الأكبر، فتكلم في أمر صاحبهما فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: «يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمته»، قالوا: أمرٌ لم نشهده كيف نحلف؟ قال: «فتبرئكم يهود بأيمان خمسين منهم» قالوا: يا رسول الله قوم كفار، قال: فوداه رسول الله -صلى الله عليه وسلم- من قبله، قال سهل: فدخلت مريداً لهم يوماً فركضتني ناقة من تلك الإبل ركضة برجلها» حديث متفق عليه واللفظ لمسلم، رواه مسلم، رقم [١٦٦٩]، ورواه البخاري رقم [٦٨٩٨]، ورواه النسائي، رقم [٤٧١٣]، ورواه الترمذي، رقم [١١٤٩]..

الدليل الثاني: من ضمن الأدلة التي يمكن الاستدلال بها على مشروعية اختصام الغير بناء على أمر المحكمة: «السياسة الشرعية»، فإذا كان هذا الأمر وهو - اختصام الغير بناء على أمر المحكمة - محققاً للمصالح، وجالباً للمنافع من غير أن يكون لهذا المبدأ معارض من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس جلي، فإن العمل بهذا المبدأ متوجه وفيه أخذ بقوله تعالى: ﴿وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ سورة النساء: ٥٩.

فإذا كان ما أمر به ولي الأمر محققاً للمصلحة وغير مخالف لما جاء به الكتاب والسنة والإجماع والقياس الجلي فإن العمل بهذا الأمر واجب للدلالة الآية السابقة والمصالح المعتبرة والمتحققة من جراء أعمال صورة اختصام الغير بناء على أمر المحكمة تتمثل في الآتي:

٢ - تعديل صورة الدعوى، وذلك بردها إلى وضعها الحقيقي، والذي يتمثل في إدخال من تحتاج إليه الدعوى لقيامها على الأركان الأساسية لها، وذلك القصور في ظهور الدعوى على غير صورتها الحقيقية قد يكون ناتجاً من جهل المدعي أو من تعسفه، أو لغير ذلك من الأسباب..

ويمكن أن نمثل بفائدة حية وواقعة معاصرة أثمرت نتيجة أعمال صورة اختصام الغير بناء على أمر المحكمة، هذه الفائدة تتضح في المثال التالي:

رفع المدعي أ دعوى على المدعى عليه ب، وقد قام المدعى عليه ب بتوكيل شخص آخر للدفاع عنه في هذه الخصومة هوج، مضمون هذه الدعوى أن المدعى عليه قد قام ببيع سيارة المدعي أ ونوعها فورد موديل ١٩٩١ م، للمشتري د، وذلك منذ عشر سنوات، وقد استلم المدعى عليه هذا المبلغ ولم يقيم بتسديده إلى المدعي، ويطلب بسؤال المدعى عليه والحكم عليه. وقد أنكر وكيل المدعى عليه ج هذه الدعوى قائلاً: إن الذي قام بعملية البيع هو المدعي، وأما موكلي فقد قام بإخبار المشتري د بأوصاف السيارة وهيئتها ولونها وسعرها، ثم بعد ذلك استلم شيكاً من المشتري د، ولم يصرفه البنك لعدم وضوح الكتابة فيه، ولا أعلم قيمة هذا الشيك.

وقد رفع القاضي هذه الجلسة أمراً بدخول وحضور المشتري د في هذه الخصومة، وذلك للتحقق من عملية الشراء ولأخذ أقواله فيها.

وفي الجلسة الثانية حضر المشتري د، وأقر بعملية البيع وبالقيمة وهي خمسة وثلاثون ألف ريال، وذلك بعد سؤال القاضي له عن ذلك، وأقر كذلك بأنه لم يدفع من تلك القيمة شيئاً لا للمدعي ولا للمدعى عليه، وأنه لا مانع لديه من أن يدفعها للمدعي مقسطة لعدم قدرته على دفعها دفعة واحدة، وذلك بواقع ألف (١٠٠٠ ريال) في كل شهر هذه القضية عرضت أمام المحكمة الكبرى بالرياض برقم ٢٣/٢٤٤٦٠ في ٢٣/١٨/١٤٢٣ هـ..

وقد جاء في أفضية سماحة رئيس القضاة ومفتي الديار السعودية الشيخ / محمد بن إبراهيم آل الشيخ، ما يؤكد هذا المبدأ، ومن أفضيته التي تؤيد وتؤكد اختصاص الغير بناء على أمر المحكمة ما يلي:

«ما يتعلق بقسط المتوفي.. من الطلب، فالدعوى تتوجه فيه على ورثة...؛ لأن الشركة تنسخ بالموت» هذا الحكم صدر برقم ٣/٢٦٥٠ في ٢٥/١١/١٣٨٣ هـ، مقدمة التأصيل الشرعي لنصوص نظام المرافعات ١/١٣٥..

وصدر من سماحة رئيس القضاة أيضاً ما يتعلق بهذه الصورة: «إنه متى توجه الحكم على بيت المال فلا بد من حضور مندوب من وزارة المالية يتولى الدفاع عن بيت المال، ثم يصدر الحكم في ذلك» صدر هذا الحكم برقم ٢٠٥ في ٢٥/١٢/١٣٩٦ هـ. مقدمة التأصيل الشرعي لنصوص نظام المرافعات ١/١٣٥..

٢] اختصاص الغير بناء على أمر المحكمة يفيد في عدم تعدد الدعاوى، وعدم تعارض الأحكام أيضاً، كما يفيد في حماية حقوق الغير، أو أخذ الحق من الغير.

الفرع الثاني: كيفية اختصاص المحكمة للغير:

عندما نص المنظم السعودي على صورة اختصاص الغير بناء على أمر المحكمة حدد الحالات التي يجوز للقاضي من خلالها أن يختصم الغير، إلا أنني أرى أن تقييد

المنظم اختصاص الغير بناء على أمر المحكمة بهذه الحالات الثلاث أمر فيه نظر؛ إذ ما الفرق بين اختصاص الغير بناء على أمر الخصوم وبين اختصاص الغير بناء على أمر المحكمة؟

ومما يؤيد ما ذهب إليه من عدم وجاهة تقييد اختصاص الغير بناء على أمر المحكمة بحالات معينة ما جاء في الأثر عن سيد البشر -صلى الله عليه وسلم- بجواز إدخال الغير بناء على أمر القاضي -صلى الله عليه وسلم- في حالة لا يمكن أن تصنف من ضمن الحالات الثلاث التي نص عليها المنظم السعودي، وذلك في حديث القسامة، إذ تبين لنا عندما ذكرنا حديث القسامة وبيننا وجه الدلالة منه على جواز هذه الصورة - أي إدخال الغير وهم عصابة المقتول الوارث منهم وغير الوارث لأداء اليمين - لا يمكن أن تدرج هذه الصورة تحت مظلة أية حالة من الحالات الثلاث التي ذكرها المنظم السعودي، وهذا دليل على جواز إطلاق هذه الصورة من غير تقييد لها بحالات معينة.

وبناء على المسوغات التي ذكرتها لإطلاق صورة اختصاص الغير بناء على أمر المحكمة وعدم تقييدها بحالات معينة، أرى أن المنظم السعودي قد أحسن تصرفاً عندما تدارك قصور هذا التقييد بهذه الحالات الثلاث وأطلق هذا التحديد وجعل للقاضي السلطة في إدخال أي شخص من الغير بضابط: أن يكون في هذا الإدخال مصلحة للعدالة وإظهاراً للحقيقة و جاء في اللائحة التنفيذية للمادة [٧٦] رقم [١]: «لناظر الدعوى أن يأمر بإدخال من يرى في إدخاله مصلحة وإظهاراً للحقيقة» المادة ١ / ٧٦ من اللوائح التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، ص ٦٨ .

وهذا الإطلاق من المنظم السعودي لاختصاص الغير بناء على أمر المحكمة فيه مصالح ومنافع، هذه المصالح الناتجة من إعمال اختصاص الغير بناء على أمر المحكمة من غير تقييد لها يمكن النظر فيها من جهتين هما:

الجهة الأولى: إن النظر من خلال هذه الجهة إلى المصالح الناتجة من إعمال صورة اختصاص الغير بناء على أمر المحكمة من غير تقييد لها بحالات معينة يستلزم ألا

يشترط أن تكون الثمار الناتجة عن أعمال هذه الصورة خالصة من دون أية شوائب تعكس صفو هذه المصالح، بل المعتبر في تلك المصالح أن تكون غالبية وطاغية على غيرها.

الجهة الثانية: يتمثل النظر من خلال هذه الجهة في المصالح المتولدة من إطلاق صورة اختصاص الغير بناء على أمر المحكمة من غير تقييد لها بحالات معينة، هل يتعلق الخطاب الشرعي بها أم لا؟ ذكرنا سابقاً أن الخطاب الشرعي الذي يدل على اختصاص الغير بناء على أمر المحكمة يتمثل في حديث القسامة، وقد جاء هذا الحديث بدلالة صريحة وواضحة على صحة هذه الصورة من غير تقييد لها بحالات معينة أو محددة، وهذه المصالح الناتجة من اعتبار هذه الصورة من الناحية الشرعية من غير تقييد أو تحديد لها لا يؤثر فيها أو يقدرح في مشروعيتها مظنة وجود ضرر أو مفسدة من جراء أعمال هذه الصورة بإطلاق وبالتالي فإن هذا النظر لهذه المصالح يؤكد صحة إطلاق اختصاص الغير بناء على أمر المحكمة من غير تحديد أو تقييد حالات معينة لذلك الاختصاص.

الفرع الثالث: حق المحكمة في استبعاد أحد الخصوم:

أولاً: التأصيل الشرعي لإبعاد الخصم الأصلي:

يجوز للمحكمة ممثلة في القاضي أن تستبعد أحد الخصوم الأصليين لأي مسوغ تراه؛ إما لعدم أهليته، أو لعدم صفته في الدعوى وإطلاق مصطلح - الخصم - على هذا الشخص مع عدم أهليته أو صفته في الدعوى هو من قبيل المجاز أو باعتبار ما سيؤول إليه الأمر.

وهذا الاستبعاد جاء صريحاً في حديث القسامة وفيه: «فتكلم عبدالرحمن في أمر أخيه وهو أصغر منهم، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «كبر الكبر، أو قال: ليبد الأ أكبر»، فتكلم في أمر صاحبهما...» سبق تخريجه.

ثانياً: التأصيل الشرعي لإبعاد الخصم المدخل:

رأى المنظم السعودي أن يعطى القاضي سلطة كبيرة في الدعوى تتمثل في استبعاد الخصم المدخل في الخصومة والذي كان إدخاله بناء على أمرها، وللخصم المبعد أن يطلب من المحكمة التدخل في الدعوى المبعد منها، كما أن لأحد الخصوم الأصليين أن يطلب إدخال الخصم المبعد المادة [٥ / ٧٦] من اللوائح التنفيذية، ص ٦٩.

هذه السلطة التي أعطيت للقاضي هي من قبيل السياسة الشرعية، والتي ذكرنا سابقاً أن أساس مبدأ اختصاص الغير هو السياسة الشرعية فإذا رأى المنظم ممثلاً في ولي الأمر أن في إعطاء القاضي سلطة كبيرة تتمثل في أحقيته استبعاد أحد الخصوم فإن لولي الأمر حينذاك أن يقرر هذا الأمر ويوجب العمل به، ويكون تصرفه ذلك من قبيل السياسة الشرعية في إصلاح أمور الرعية.

تم التلخيص بحمد الله تعالى
وصلّى الله وسلّم على نبينا محمد
وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

تلخيص بحث

القواعد الفقهية في صيغ العقود وتطبيقاتها

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن

إعداد الطالب

عبدالعزیز محمد عبدالباقی

إشراف

فضيلة الشيخ الدكتور / يوسف بن عبدالله الشبيلي

الأستاذ المساعد في قسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء

العام الجامعي

١٤٢٦هـ - ١٤٢٧هـ

عدد صفحات البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس ١٨٨

عدد صفحات البحث بعد التلخيص ٥٣

التمهيد

وتحت مبحثان

المبحث الأول: التعريف بمفردات الموضوع.

المطلب الأول: وتحت أربعة فروع

الفرع الأول: تعريف القواعد لغة واصطلاحاً

القواعد جمع مفردة: قاعد أو قاعدة، والقاعدة أصل الأساس، والقواعد الأساس، وقواعد البيت: أساسه.

واصطلاحاً: حكم أغلبي يتعرف منه حكم الجزئيات الفقهية مباشرة.

الألفاظ ذات الصلة:

أ - الضابط:

لغة: من الضبط، وهو لزوم الشيء وحبسه وحفظه بالحزم.

واصطلاحاً: فقد يعرف تعريف القاعدة بناء على أنه مرادف لها، وهذا اتجاه مجموعة من العلماء، ومن رأى التفريق بينهما عرفه تعريفاً مخالفاً، حيث عرفه بأنه: ما اختصّ بباب وقصد به نظم صور متشابهة.

ب - الأشباه والنظائر: المصطلحان معاً معناهما: الفروع الفقهية المتشابهة التي تأخذ حكماً واحداً، والفروع الفقهية المتشابهة ظاهراً أو صورةً، والمختلفة في الحكم. ويعلم من خلال تصفح كتب الأشباه والنظائر أنها ليست مقصورة في القواعد، بل هي شاملة لها ولغيرها.

ج- النظرية الفقهية: حاول بعض العلماء التفريق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية العامة من حيث: إنّ القاعدة الفقهية تحمل في عناصرها معنى التقعيد

والتأصيل، أمّا النظرية الفقهية العامة فهي تتكون بواسطة تجريد أبواب الفقه الإسلامي وفصوله وموضوعاته، ثم تصنيف ذلك كلّه تصنيفاً تنتظم به كل مجموعة في إطار كبير واحد يجمعها.

الفرع الثاني: تعريف الفقهية لغة واصطلاحاً

الفقه لغة: العلم بالشيء والفهم له، وغلب على علم الدين لسيادته وشرفه وفضله على سائر أنواع العلم.

واصطلاحاً: العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية.

الألفاظ ذات الصلة:-

أ- الشريعة: مورد الشاربة الماء، واشتق من ذلك الشريعة في الدين، والشريعة.

واصطلاحاً: هي المتوقفة على الشرع، أو التي لا تدرك لولا خطاب الشارع.

ب- أصول الفقه: العلم بالقواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية.

والصلة بين الفقه وأصول الفقه: أن الفقه يعني بالأدلة التفصيلية، أما أصول الفقه فموضوعه: الأدلة الإجمالية من حيث وجوه دلالتها على الأحكام الشرعية.

الفرع الثالث: تعريف الصيغ لغة واصطلاحاً

الصيغة لغة: العمل والتقدير.

واصطلاحاً: الصيغة هي الإيجاب والقبول، ويصلح لهما كل قول أو فعل يدل على الرضا.

ويرى الحنفية: أن الإيجاب يطلق على ما يصدر أولاً من كلام أحد المتعاقدين، والقبول على ما يصدر بعده.

الألفاظ ذات الصلة:

أ - العبارة: العبارة من الفعل عبر،، وعبر عما في نفسه: أي: أعرب ويين، والاسم منه العبارة والعبرة، ولا يخرج استخدام الفقهاء لكلمة العبارة عن معناها اللغوي.

ب - اللفظ: لفظ بالكلام يلفظ لفظاً، ولفظت الشيء من فمي، ولفظ بقول حسن، تكلم به، ولا يخرج استعمال الفقهاء لكلمة اللفظ عن معناها اللغوي.

الفرع الرابع: تعريف العقود لغة واصطلاحاً

العقود جمع، ومفرده: عقد، والعقد الشدّ والرّبط.

وفي الاصطلاح: ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً.

الألفاظ ذات الصلة:

أ - الالتزام:

لغة: الاعتناق، والتزمته: اعتنقته، وأصل ذلك مصاحبة الشيء بالشيء دائماً.

واصطلاحاً: ولا يبعد المعنى الاصطلاحى عن المعنى اللغوي.

ب - البيع:

لغة: الباء والياء والعين أصل واحد، وهو بيع الشيء، وربما سمي الشرى بيعاً، والمعنى واحد.

وفي الشرع: مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تملكاً وتملكاً.

ج - الإجارة:

لغة: ما أعطيت من أجر في عمل، وهو كراء الأجير.

واصطلاحاً: تملك المنافع بعوض.

المطلب الثاني: التعريف بالقواعد الفقهية

ويحتوي على ثلاثة فروع

الفرع الأول: نبذة يسيرة عن نشأة علم القواعد الفقهية

يمكن القول بأن القواعد الفقهية تربط نشأتها في أعناق القدم حيث زامنت هذه النشأة عهد اتصال السماء بالأرض، كما أن لعهد الصحابة معطيات في بروز هذه القواعد إلى حيّز الوجود، ويمثل هذا الجانب كتاب عمر لأبي موسى الأشعري في القضاء، فقد اشتمل هذا الكتاب على مجموعة من الكليات الفقهية والأصول التشريعية اكتسبها عمر من مشكاة النبوة .

ويذهب بعض الباحثين إلى أن فكرة القواعد الفقهية بدأت في القرن الثاني الهجري لوجود مجموعة من هذه القواعد يتداولها العلماء دون أفرادها بتأليف خاصة.

وقد اتسع مجال القواعد الفقهية في هذه الحقبة من الزمن (عهد التابعين وتابعيهم)، وقد كانت الطبقات العليا من فقهاء المذهب الحنفي أسبق إلى صياغة القواعد الفقهية، وإليهم قصب السبق في هذا المجال، وهم المصدر في هذا الجانب.

وفي القرن الرابع الهجري كانت هذه القواعد الفقهية قد اكتملت ونضجت وقامت على سوقها لا ينقصها إلا أن تجرد عن غيرها وتفرد لها الكتب بالتأليف والتصنيف، وهذا ما فعله الفقهاء المتأخرون من بعد.

الفرع الثاني: علاقة القواعد الفقهية بالضوابط الفقهية

أولاً: ما تقرر أن للعلماء اتجاهين اثنين في بيان مفهوم الضابط:

الاتجاه الأول: يرى أن الضابط مرادف للقاعدة دون ما فرق بينهما، فمعناه معناها، وهذا مذهب مجموعة من العلماء.

الاتجاه الثاني: يرى التفريق بينهما، وهذا مذهب جمهور علماء هذا الفن.

ويبدو أنّ كلاّ من الاتجاهين اصطلاح فقهي لا ينكر، وإنّما كان التفريق بينهما قول الأكثر.

ثانياً: أنّ العلماء حاولوا التفريق بينهما من وجهين:

١- أنّ بينهما عموماً وخصوصاً مطلقاً، وبيان ذلك أنّ القاعدة تضم تحتها مسائل فقهية من أبواب شتى بخلاف الضابط فهو يضم مسائل فقهية من باب واحد .

٢- أنّ القاعدة في الأغلب متفق عليها بين المذاهب أو أكثرها، وأما الضابط فهو يختصّ بمذهب معين -إلا ما ندرّ عموماً.

ب - علاقة القواعد الفقهية بالأشبه والنظائر:

ورد في كتاب: القواعد والضوابط الفقهية القرافية التفرقة بين هذه المصطلحات؛ فالمماثلة هي المساواة من كل وجه، بينما المشابهة الاشتراك في أكثر الوجوه لا كلها، فيما أنّ المناظرة يكفي فيها الاشتراك في بعض الوجوه.

أما من حيث المعنى الاصطلاحي: الفروع الفقهية المتشابهة التي تأخذ حكماً واحداً، والفروع الفقهية المتشابهة ظاهراً أو صورة والمختلفة في الحكم.

ج- علاقة القواعد الفقهية بالقاعدة الأصولية:

القاعدة الأصولية: هي تلك المبادئ والمباحث اللغوية التي تكوّن منهاجاً يعتمد عليه الفقيه في تفسير النصوص الشرعية واستنباط الأحكام منها.

وإليك فروقاً يذكرها الفقهاء بين القواعد الفقهية والقواعد الأصولية على النحو الآتي:

[١] إنّ القواعد الأصولية هي -في معظمها- قواعد لغوية، أمّا القواعد الفقهية فهي قواعد استقرائية قياسية.

[٢] إنّ القواعد الأصولية هي قواعد إجمالية عامة تجريدية، أمّا القواعد الفقهية

فهي قواعد محددة.

[٣] إنّ القواعد الأصولية هي قواعد سابقة للجزئيات ، أما القواعد الفقهية فهي متأخرة عن الجزئيات.

[٤] إنّ القواعد الأصولية يرجع إليها الفقيه لالاستنباط والتخريج ، أما القواعد الفقهية فإنها يرجع إليها الفقيه لاستحضار المسائل الفقهية

[٥] إنّ القواعد الأصولية هي قواعد مطردة، أما القواعد الفقهية فهي قواعد أغلبية.

الفرع الثالث : أهم الكتب في القواعد الفقهية

أولاً: الحنفية:

[١] أصول الكرخي: تأليف أبي الحسن الكرخي «ت٣٤٠هـ».

[٢] تأسيس النظر: تأليف عبيدالله بن عمر الدبوسي الحنفي «ت٤٣٠هـ».

[٣] الأشباه والنظائر: تأليف زين العابدين إبراهيم بن نجيم «ت٩٧٠هـ»،

[٤] مجامع الحقائق: تأليف محمد أبي سعيد الخادمي «ت١١٧٦هـ»

[٥] مجلة الأحكام العدلية: وضعتها لجنة من علماء الدولة العثمانية.

[٦] الفوائد البهية في القواعد الفقهية: تأليف محمود أفندي مفتي دمشق «ت

١٣٠٥هـ».

ثانياً: المالكية:

[١] أصول الفتيا: تأليف محمد بن حارث الحُشني «ت٤٦١هـ»

[٢] أنوار البروق في أنواء الفروق: تأليف شهاب الدين القرافي (ت ٦٨٤)

[٣] المذهب في ضبط قواعد المذهب: تأليف أبي عبدالله محمد عظم

[٤] المنهج المنتخب على قواعد المذهب: تأليف أبي الحسن علي بن قاسم الزقاق

(ت ٩١٢هـ).

[٥] إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك: تأليف: أحمد بن يحيى الونشريسي (ت:

٩١٤).

[٦] نظم قواعد الإمام مالك: تأليف محمد بن عبدالرحمن السجيني.

[٧] المجاز الواضح: تأليف: محمد يحيى عبدالله الحوضي ثم الولاقي.

ثالثاً: الشافعية:

[١] قواعد الأحكام في مصالح الأنام، وهو المشهور بالقواعد الكبرى:

تأليف: عز الدين عبدالعزيز بن عبدالسلام (ت ٧٧٠هـ).

[٢] الأشباه والنظائر: تأليف: صدر الدين محمد بن عمر (ت ٧١٦هـ).

[٣] الأشباه والنظائر: تأليف: تاج الدين عبدالوهاب السبكي (ت ٧٧١هـ).

[٤] المنشور في القواعد: تأليف بدر الدين محمد الزركشي (ت ٧٩٤هـ).

[٥] الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية: تأليف جلال الدين السيوطي (ت

٩١١هـ)

رابعاً: الحنابلة:

[١] القواعد النورانية: تأليف شيخ الإسلام أحمد بن تيمية (ت ٧٢٨هـ)

[٢] القواعد: تأليف عبدالرحمن بن رجب الحنبلي (ت ٧٩٥هـ)

[٣] مغني ذوي الأفهام عن الكتب الكثيرة في الأحكام: تأليف يوسف بن عبدالهادي

المقدسي الحنبلي (ت ٩٠٩هـ).

المبحث الثاني: في صيغ العقود

ويحتوي على أربعة مطالب

المطلب الأول: شروط الصيغة

الشرط لغة: الشرط بالتحريك: العلامة، وجمعه: أشرط.

و اصطلاحاً: تعليق شيء بشيء بحيث إذا وجد الأول وجد الثاني.

أقسام الشروط:

١- الشرط المحض.

٢- شرط في حكم العِلل.

٣- شرط له حكم الأسباب.

٤- شرط اسماً لا حكماً.

٥- شرط هو بمعنى العلامة الخاصة.

وَبَعْدُ، فالذي يعيننا من هذه الأقسام هو القسم الأول الذي هو الشرط المحض، وهو قسمان: الشرط المحض الشرعي والشرط المحض الجعلي.

والشرعي: هو الذي اشترطه الشارع إمّا للوجوب، وإمّا للصحة، وإمّا للانعقاد، وإمّا للزوم، وإمّا لنفاذ.

هناك شروط يذكرها العلماء للصيغة، وهي:

١- أن تكون صادرة ممن هو أهل للتصرف فيزاد بالنسبة للتبرعات: أن يكون أهلاً

للتبرع.

- ٢- أن يقصد المتكلم بالصيغة لفظها مع المعنى المستعمل فيه اللفظ.
- ٣- أن تصدر الصيغة عن اختيار، فلو كان مكرها في تلفظه بصيغة العقد لم ينعقد عند الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، والحنابلة يميزون النكاح مع الإكراه.
- أما الحنفية فلهم تفصيل بناء على أن المكره عليه قسمان:
- ١- ما لا يحتمل الفسخ، كالطلاق فتجوز هذه التصرفات مع الإكراه.
- ٢- وأما التصرفات التي تحتمل الفسخ فالإكراه يوجب فسادها، وعند زفر يوجب توقفها على الإجازة.
- وبقية الشروط:-
- ٤- أن تكون الصيغة بالماضي أو بما يفيد إنشاء العقد في الحال.
- ٥- أن يتوافق الإيجاب والقبول.
- ٦- أن يتحد المجلس.
- ٧- عدم الهزل في الإيجاب والقبول، إلا في النكاح والطلاق والرجعة، لحديث: «ثلاث جدّهن جدّ وهزلهن جد الطلاق والنكاح والرجعة» أخرجه الترمذي، من حديث أبي هريرة، وجهل ابن القطان أحد رواته (عبدالرحمن ابن أركن) قائلا: لا يعرف حاله، وينظر في هذا: نصب الراية
- ٨- عدم رجوع الموجب، وعدم وفاته قبل قبول القابل.
- ٩- ألا يطرأ تغيير على المعقود عليه قبل القبول.

المطلب الثاني: أساليب ترد بها الصيغ

المراد بهذا العنوان: الطرق والمسالك التي ترد بها صيغ العقود.

والمراد بالصيغة عند الفقهاء عندما تطلق: الألفاظ والعبارات التي تدلّ على

التصرف.

* لا خلاف بين الفقهاء فيما إذا كان الإيجاب والقبول (الصيغة) بالماضي أنّ البيع وغيره من العقود ينعقد، ولا خلاف بينهم في عدم انعقاد البيع ونحوه إذا كان الإيجاب والقبول بصيغة الاستفهام.

* واختلفوا فيما إذا كان الإيجاب والقبول بصيغة الأمر نحو قولك بعني، فإذا أجابه الآخر بقوله: بعتك، فإنّ لفظ «بعتك» يكون إيجاباً من صاحبه، واحتاج إلى القبول من الأمر بالبيع، وهذا قول الحنفية، وهو رواية عند الحنابلة وهو الظاهر عند الشافعية، أما المالكية فيرون أنّ البيع ينعقد بصيغة، وهذا القول هو الأظهر عند الشافعية وإحدى الروايتين عند الحنابلة.

ويصح الإيجاب والقبول بلفظ الأمر أو المضارع إذا تضمنت العبارة الإيجاب والقبول عند الحنفية. وعند المالكية والحنابلة في مثل ذلك. وعند الشافعية في نحو: أعتق عبدك عني بكذا.

أولاً: انعقاد البيع بالمعاطة (الفعل):

والمعاطة مصدر عاطي يعاطي بمعنى التناول.

واصطلاحاً: إعطاء كلّ من العاقدين لصاحبه ما يقع التبادل عليه دون إيجاب ولا قبول أو بإيجاب دون قبول أو عكسه..

اختلف العلماء في انعقاد البيع بالتعاطي على قولين:

القول الأول: يرى الحنفية والمالكية والحنابلة وفي قول للشافعية جواز البيع بالمعاطة.

القول الثاني: ويرى الشافعية عدم جواز البيع بالمعاطة إلا في محقرات الأشياء.

دليل القول الأول:

١ - أن الله أحلّ البيع بقوله: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ سورة البقرة، الآية:

٢٧٥

٢ - ولأنّ الفعل يدلّ على الرضا عرفاً، والمقصود من البيع إنّما هو أخذ ما في يد غيرك بعوض ترضاه، فلا يشترط القول فيكفي الفعل والمسلمون في أسواقهم وبيعاتهم على ذلك.

٦ - ولأنّ الناس يتبايعون في أسواقهم بالمعاطاة في كل عصر، ولم ينقل إنكاره قبل مخالفينا، فكانا ذلك إجماعاً.

الترجيح: يظهر رجحان القول بجريان البيع بالمعاطاة لقوة مأخذه.

تتمة: وللبيع بالمعاطاة صور عند الذين يميزونه وهم الجمهور:

الصورة الأولى: أن يصدر من البائع إيجاب لفظي فقط، ومن المشتري أخذ.

الصورة الثانية: أن يكون من المشتري لفظ، ومن البائع إعطاء.

الصورة الثالثة: أن لا يلفظ أحدٌ منهما، بل يتعاملان بعرف وضع الثمن وأخذ الثمن

ثانياً: انعقاد البيع بالكتابة: اتفق الفقهاء على أنّ العقود تصحّ وتنعقد بالكتابة،

وبينوا أنّ الكتابة التي تقوم مقام اللفظ في العقود هي الكتابة المستبينة المرسومة

أما الشافعية فيرون أنّ الكتابة من باب الكناية فلا ينعقد بها العقود إلاّ مع النية،

واستثنى جمهور الفقهاء من صحّة العقود بالكتابة عقد النكاح فلا ينعقد بها عند

المالكية والشافعية والحنابلة بل النكاح يفسخ عند المالكية إذا كان بالكتابة سواء قبل

الدخول أو بعده، فيما يرى الحنفية أنّ النكاح ينعقد بالكتابة كسائر العقود، وأجاز

المالكية والحنابلة النكاح بالكتابة من الأخرس للضرورة.

الراجح انعقاد النكاح بالكتابة.

ثالثاً: الإشارة:

الإشارة لغة: الإشارة إيحاء وتلويح بشيء يفهم منه ما يفهم من النطق.

واصطلاحاً: الإشارة في اصطلاح الفقهاء لا تختلف عنها في اللغة.

وعند الأصوليين: هو الثابت بنفس الصيغة من غير أن يسبق له الكلام.

تقوم الإشارة مقام اللفظ في أكثر الأمور: لأنها تبين المقصود كالنطق، وإن كان الشارع يقيد الناطقين بالعبارة في بعض التصرفات كالنكاح، فلا يقبل إشارته فيها إلا عند العجز عن النطق.

إشارة الأخرس:

الأخرس هو من مُنع الكلام خَلْقَةً، والأثنى منه: خَرَساء، وإشارته معتبرة شرعاً، وهي فيما لا بد فيه من العبارة تقوم مقام عبارة الناطق، بشرط كونها معهودة في جميع العقود، ولكن هناك خلاف بين الفقهاء في قبول إشارة الأخرس في اللعان والقذف.

القول الأول: قول الحنفية وبعض الحنابلة: إن إشارة الأخرس لا تقوم مقام نطقه في هذين الأمرين (اللعان والقذف).

القول الثاني: قول الإمام مالك والشافعي وبعض الحنابلة: إن إشارة الأخرس كنطقه فيهما.

ويعلّل لهم هذا القول بأنه من باب الضرورة، والضرورات تبيح المحظورات.

والذي تميل إليه النفس وتطمئن به هو قبول إشارة الأخرس المفهومة المعهودة، وجعلها مقام نطق الناطق، وهناك مسائل مستثناة من قاعدة إقامة إشارة الأخرس مقام نطقه، ومنها:-

١- إذا خاطب بالإشارة في الصلاة لا تبطل صلاته في الأصح.

٢- إذا نذر بالإشارة فلا ينعقد نذره.

٣- إذا شهد بالإشارة لا تقبل شهادته في الأصح.

٤- إذا حلف لا يكلم زيداً فكلمه بالإشارة لا يحنث.

٥- إذا حلف بالإشارة لا تنعقد يمينه إلا في اللعان.

مسألة: معتقل اللسان:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن معتقل اللسان إن كان عاجزاً عن الكلام فهو كالأخرس تقوم إشارته المفهومة مقام النطق.

وذهب الحنابلة - في المذهب عندهم - أن معتقل اللسان لا تصح وصيته.

مسألة: إشارة الناطق:

الناطق هو من كان مستطيعاً للنطق، فهل تقام إشارته مقام نطقه؟ في هذه المسألة اتجاهاً، هما:

١) اتجاه يرى أن إشارة القادر على النطق لغو لا اعتبار بها، وهذا مذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة.

وقد عللوا هذا الاتجاه:

بأن الإشارة مهما قويت دلالتها فإنها لا تفيد اليقين الذي تفيد العبارة.

وهناك مسائل استثنائها الجمهور، فتقبل فيها إشارة الناطق، منها:-

١- إشارة المفتي بالجواب.

٢- أمان الكفار، ينعقد بالإشارة.

٣- الإشارة بالعدد في الطلاق.

٤- لو أشار المحرم إلى الصيد فصيد، حرم عليه أكله.

٥- الإشارة بالإقرار بالنسب والإسلام والكفر.

٢) اتجّاه يرى أنّ الإشارة من الناطق معتبرة كنطقه بشرط أن تكون مفهومة بين الناس متعارفاً بينهم على مدلولها.

وهذا الاتجاه هو مذهب المالكية، إلاّ في عقد النكاح فقط دون تعيين المنكوح أو الناكح.

المطلب الثالث: أثر الصيغة ومكانتها في العقود

المراد بأثر الصيغة: الصيغة إذا استوفت شروطها ترتب عليها ما تضمنته.

ومن شأن الصيغة -إذا كانت مستوفية لشروطها- أن القاضي ملزم بالحكم بحسب الصيغة الظاهرة التي تصدر من الإنسان حتى ولو كان الواقع خلاف ذلك، لما روى عن عروة ابن الزبير أن زينب ابنة أبي سلمة أخبرته أنّ أم سلمة زوج النبي -صلى الله عليه وسلم- أخبرتها عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أنه سمع خصومة بباب حجرته فخرج إليهم، فقال: إنما أنا بشر، وإنه يأتيني الخصم، فلعلّ بعضكم أن يكون أبلغ من بعض فأحسب أنه صادق فأقضي له بذلك، فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من النار فليأخذها أو ليركها فتح الباري حديث رقم ٧١٨١، ..

المطلب الرابع: انقسام الصيغ إلى صريحة وكنائية

الصريح لغة: مشتق من الفعل صَرَّحَ صَرَّاحَةً، يدلّ على ظهور وبروز.

واصطلاحاً: إسم لكلام مكشوف المراد منه بسبب كثرة الاستعمال حقيقة كان أو مجازاً.

والكنائية لغة: الكاف والنون والحرف المعتل يدلّ على تورية عن اسم بغيره.

واصطلاحاً: الكناية كلام استتر المراد منه بالاستعمال وإن كان معناه ظاهراً في اللغة، سواء كان المراد به الحقيقة أو المجاز.

إن استعمال الكناية عند الفقهاء يأتي في الطلاق والعتق والأيمان والنذور وهذا مما لا خلاف فيه، وإنما اختلفوا فيما عدا ذلك، واشتد خلافهم في استعمال الكناية في النكاح على قولين رئيسين:

القول الأول: أن النكاح ينعقد بلفظ الإنكاح والتزويج فقط، ولا ينعقد بغيرهما، وهذا قول الشافعي، وأحمد، وجماعة.

قالوا: لأنه ورد بهذين اللفظين نص الكتاب:

قوله تعالى: ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ وَاتَّقِ اللَّهَ وَتُخْفِي فِي نَفْسِكَ مَا اللَّهُ مُبْدِيهِ وَتَخْشَى النَّاسَ وَاللَّهُ أَحَقُّ أَنْ تَخْشَاهُ﴾ سورة الأحزاب، الآية: من الآية ٣٧.

القول الثاني: قول داود الظاهري، حيث يرى أنه ينعقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع والتمليك، وأجاز أبو حنيفة انعقاده بكل لفظ يدل على التملك والتأييد، وأجاز مالك انعقاده إذا ذكر المهر، (انعقاده بغير لفظ الإنكاح والتزويج). ووجهة أصحاب هذا القول:

١ - أن النبي -صلى الله عليه وسلم- زوّج رجلاً امرأة بقوله: «قد ملكتها بما معك من القرآن» صحيح البخاري [الحديث رقم ٥١٤٩]..

٢ - ولأنه لفظ ينعقد به تزويج النبي -صلى الله عليه وسلم- فانعقد به نكاح أمته كللفظ الإنكاح والتزويج.

الترجيح: المسألة متارحة بين القولين؛ فإذا وجدت دلالات الأحوال فإن النكاح ينعقد حينئذٍ بالكنايات؛ لأنّ دلالات الأحوال تجعل الكنايات صريحة وتقوم مقام إظهار النية.

الفصل الأول

استعمال الناس حجة يجب العمل بها

وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول: معنى القاعدة

معنى هذه القاعدة: إنَّ عادة الناس إذا لم تكن مخالفةً للشرع فإنها تكون حجةً ودليلاً يجب العمل بموجبها؛ لأنَّ العادة محكمة، ومن هنا اتفق الفقهاء على جواز بيع السلم وعقد الاستصناع لمسيس حاجة الناس إليهما، ولأنَّ من عادة الناس أن يتعاملوا بذلك، ومعلوم أن الأصل فيهما عدم الجواز، لأنهما بيع معدوم.

المبحث الثاني: مستند القاعدة

مستند هذه القاعدة هو مستند القاعد الأم وهو قوله -صلى الله عليه وسلم-: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» أخرجه الإمام أحمد في مسنده موقوفاً على عبدالله بن مسعود، وقد أورده صاحب نصب الراية من طريق آخر رواه البيهقي..

والصواب أنه ليس مرفوعاً، وإنما هو موقوف على ابن مسعود -رضي الله عنه-. وبوّب الإمام البخاري باباً ترجم له بقوله: «باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن وسننهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة، وورد في هذا الباب حديث أنس بن مالك -رضي الله عنه- قال: حجج رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أبوطيبة فأمر له رسول الله -صلى الله عليه وسلم- بصاع من تمر، وأمر أهله أن يخففوا عنه من خراجه» فتح الباري، الحديث رقم ٢٢١٠.

المبحث الثالث: تطبيقات القاعدة

[١] تناول الثمار الساقطة، ومالا نصّ فيه من الأموال الربوية يعتبر فيه العرف وأما ما نصّ عليه؛ فلا اعتبار بالعرف فيه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله - خلافاً لأبي يوسف، رحمه الله.

[٢] لو حلف لا يأكل البيض، فهو على وجهين، فيحنث عند القاضي من الحنابلة بأكل بيض السمك وغيره، ولا يحنث عند أبي الخطاب إلا بأكل بيض يزايل بايضه في حياته .

[٣] إذا غلبت المعاملة بجنس من العروض أو نوع منه، انصرف الثمن إليه عند الإطلاق في الأصحّ كالنقد.

[٣] إذا استأجر للخياطة، الرجوع فيه إلى العادة، فإن اضطربت وجب البيان، وإلا فتبطل الإجارة.

الفصل الثاني

الحقيقة تترك بدلالة العادة

وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول: معنى القاعدة

الحقيقة في اللغة: من حق إذا وجب وثبت.

والحقيقة في الاصطلاح: هي الكلمة المستعملة فيما وضعت له في اصطلاح آخر غير اصطلاح به التخاطب.

معنى هذه القاعدة: أنّ دلالة اللفظ الحقيقية تترك ولا تعتبر إذا دلّ العرف والعادة على استعمال هذه اللفظة استعمالاً مغايراً لمعناها الحقيقي، ويبني الحكم على المعنى الذي دلّ عليه العرف.

المبحث الثاني: مستند القاعدة

ومستند هذه القاعدة قوله -صلى الله عليه وسلم-: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٣٥٩٩) موقوفاً على عبدالله بن مسعود.

وحديث أنس في أن أباطية حجم رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فأمر له رسول الله -صلى الله عليه وسلم- بصاع من تمر وأمر أهله أن يخففوا عنه من خراجه» فتح الباري، الحديث رقم: ٢٢٧، وحديث عائشة رضي الله عنها، وفي أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال لهند: «خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف» فتح الباري، الحديث رقم: ٢٢١١..

المبحث الثالث: تطبيقات القاعدة

[١] صيغ الماضي في العقود جعلت إيجاباً للحال في عرف أهل اللغة والشرع.

[٢] ألفاظ الواقفين تبني على عرفهم، وكذا الأقارير.

[٣] لو قال: أعطوه دابة، أعطى فرساً أو بغلاً أو حميراً على المنصوص، لا الإبل والبقر؛ إذ لا يطلق عليها عرفاً.

[٤] لو حلف لا يأكل البيض أو الرؤوس؛ لم يحنث ببيض السمك والجراد لعدم إطلاقها عليها عرفاً.

[٥] لو قال: زوجتي طالق، لم تطلق سائر زوجاته عملاً بالعرف.

الفصل الثالث

الكتاب كالخطاب

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: معنى القاعدة

معنى القاعدة: أن كل كتاب يحرر على الوجه المتعارف بين الناس يكون حجة على كاتبه كالنطق باللسان.

وقد اتفق الفقهاء على هذه القاعدة وأن العقود تصح وتنعقد بالكتابة بشرطين:

(١) الاستبانة.

(٢) والرسم.

أما الكتابة التي لا يتوفر فيها هذان الشرطان؛ فلا تقوم مقام اللفظ في التصرفات.

المبحث الثاني: مستند القاعدة

مستند هذه القاعدة هو مستند القاعدة الأم (العادة محكمة) لأنها - كالتي قبلها - فرع من فروعها، فكل ما ذكر من مستند لها فهو مستند لهذه، كحديث: «ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن» سبق تخريجه .

وكذلك عمل الصدر الأول بالأعراف السائدة بينهم في عقودهم وبيعاتهم

ولأن القلم أحد اللسانين كما يقول الفقهاء، فتقوم الكتابة المستبينة المرسومة مقام البيان، ومعلوم أن النبي - صلى الله عليه وسلم - بلغ ما أوحى به إليه من الرسالة إلى الناس كافة، وكان في حق بعضهم بالقول، وفي حق آخرين بالكتابة مثل كتبه إلى ملوك الأطراف.

المبحث الثالث: تطبيقات القاعدة

فالكتابة معمول بها، سواء من الجانبين، أم كانت الكتابة من جانب واحد، كما لو قال المكتوب إليه في دمشق - حال قراءة الكتاب في المجلس - اشتريت، أو خاطبه بالقبول هاتفيًا.

وما قيل في البيع من جواز انعقاده بالكتابة يقال في سائر العقود والتصرفات المالية إلا أن هناك خلافاً بين الفقهاء في انعقاد النكاح بها، فمنع الجمهور من الملكية والشافعية والحنابلة انعقاده بها، غير أن المالكية والحنابلة أجازوا انعقاده بها في حق الأخرس للضرورة، وأجاز الحنفية انعقاد النكاح بالكتابة مطلقاً كسائر العقود.

الفصل الرابع

الإشارة المعهودة من الأخرس كبيان باللسان

المبحث الأول: معنى القاعدة

معنى القاعدة: أن إشارة الأخرس (وهو الممنوع الكلام خلقة أو عاهة دائمة) بإشارته المعهودة تعتبر كبيان الناطق في بناء الأحكام عليها.

المبحث الثاني: مستند القاعدة

وأهم مستند لهذه القاعدة: حديث «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» سبق تخريجه.

ما ورد عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: «إنا أمة أمية لا نكتب ولا نحسب، الشهر هكذا وهكذا. يعني مرة تسعة وعشرين ومرة ثلاثين» فتح الباري، ١٦٣/٤.

ولأن الكتاب من الغائب إذا كان معتبراً كالخطاب ففي حق الأخرس أولى.

المبحث الثالث: تطبيقات القاعدة

تتعقد بإشارة الأخرس المعهودة جميع عقود، إلا أن هناك خلافاً بين الفقهاء في قذفه ولعانه، ولهم في ذلك قولان:

القول الأول: قول الحنفية وبعض الحنابلة: إن إشارة الأخرس لا تقوم مقام نطقه في هذين الأمرين (اللعان والقذف).

القول الثاني: قول الإمام مالك والشافعي وبعض الحنابلة: إن الإشارة فيهما كالنطق باللسان؛ لأنه من باب الضرورة، والضرورات تبيح المحظورات.

ما يستثنى من هذه القاعدة:-

- ١- لا تقبل شهادته بالإشارة في الأصح.
- ٢- لا ينعقد يمينه بها، إلا اللعان.
- ٣- إذا خاطب بالإشارة في الصلاة لا تبطل على الصحيح.
- ٤- حلف لا يكلمه، فأشار إليه، لا يحنث.
- ٥- لا يصح إسلام الأخرس بالإشارة على قول حتى يصلي بعدها، والصحيح صحته.

الفصل الخامس

الأصل في الكلام الحقيقية

المبحث الأول: معنى القاعدة

معنى هذه القاعدة جملةً: أنّ الراجح أو الغالب في الكلام إذا تردّد بين الحقيقة والمجاز أن يميل على معانيه الحقيقية بشرط خلوّه عن القرائن التي ترجّح إرادة المجاز.

المبحث الثاني: مستند القاعدة

هذه القاعدة اعتبرناها فرعاً عن قاعدة: (إعمال الكلام أولى من إهماله) والدليل على قاعدة (إعمال الكلام أولى من إهماله) دليل عقلي محصّله: أنّ إهمال الكلام يؤدّي إلى أن يكون الكلام لغوياً لا فائدة فيه، وكلام العاقل يسان عن اللغو ما أمكن ذلك، وصون الكلام عن اللغو يحصل بإعمال الكلام واجتناب إهماله.

وإن سلكننا منهج من جعلها فرعاً لقاعدة (اليقين لا يزال بالشك) يكون مستند هذه القاعدة هو مستند قاعدة (اليقين لا يزال بالشك) وهو حديث روي عن عباد بن تميم عن عمّه أنّه شكّا إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: الرجلُ الذي يُجَيَّلُ إليه أنّه يجد الشيءَ في الصلاة؟ فقال - صلى الله عليه وسلم -: «لا يفتل - أو لا ينصرف - حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً» فتح الباري، ١/ ٣١٢..

المبحث الثالث: تطبيقات القاعدة

[١] النكاح للوطء، فحرّمت مزية الأب كحليلته، عند الحنفية، وأما حرمة المعقود عليها فإنها كانت بالإجماع.

[٢] ومنها لو حلف: لا يبيع ولا يشتري فوكل في ذلك؛ لم يحنث حملاً للفظ على حقيقته، وفي قول إن كان ممن لا يتولاه بنفسه كالسلطان، حنث إذا أمر بفعله.

[٣] لو حلف لا يأكل من هذه الشاة، حنث بلحمها.

[٤] إذا قال شخص لآخر: وهبتك هذا الشيء، فأخذه المخاطب، ثم ادّعى القائل أنه أراد بلفظ الهبة البيع مجازاً وطلب ثمناً، فلا يقبل قوله.

الفصل السادس

إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز

المبحث الأول: معنى القاعدة

إنَّ الكلام إذا دار بين الحقيقة والمجاز، ولم يتيسر حملُه على معناه الحقيقي لسببٍ من الأسباب؛ فإنه يحمل على المجاز؛ لأنَّ المجاز حينئذٍ يتعين طريقاً للإعمال الكلام، واجتناب إهماله.

وأنواع تعذر حمل الكلام على معناه الحقيقي ثلاثة كما ذكر بعض العلماء:

النوع الأول: التعذر الحقيقي، وله صورتان:

الصورة الأولى: أن تكون إرادة المعنى الحقيقي ممتنعاً.

الصورة الثانية: أن تكون إرادة المعنى الحقيقي ممكنةً ولكن بمشقة.

النوع الثاني: التعذر العرفي: وذلك بأن يكون العرف سبباً في هجران الحقيقة، فيحمل الكلام حينئذٍ على المجاز.

النوع الثالث: التعذر الشرعي: بأن يكون الشرع سبباً في هجران الحقيقة.

المبحث الثاني: مستند القاعدة

إنَّ مستند هذه القاعدة هو مستند قاعدة: (إعمال الكلام أولى من إهماله). والمستند المذكور هو دليل عقلي حاصله: أنَّ إهمال الكلام يؤدِّي إلى أن يكون الكلام لغوًّا لا فائدة فيه، وكلام العاقل يصران عن اللغو بقدر الإمكان، وصون الكلام عن اللغو يحصل بإعمال الكلام لا بإهماله.

المبحث الثالث: تطبيقات القاعدة

[١] لو حلف لا يأكل من هذه الشجرة، حمل على الأكل من ثمرتها دون الأوراق والأغصان.

[٢] رجل له امرأتان، فقال لإحدهما: «أنت طالق أربعاً» فقالت: «الثلاثة تكفيني» فقال الزوج: «أوقعت الزيادة على فلانة» لا يقع على الأخرى شيء.

[٣] من قال لعبدٍ له يولد مثله لمثله معروف النسب من غيره: هذا بني؛ عتق، وأمّه أم ولدٍ له.

الفصل السابع

كل ما وجب بيانه فالتعريض فيه حرام

وكل ما حرم بيانه فالتعريض فيه واجب

المبحث الأول: معنى القاعدة

معنى هذه القاعدة المتكونة من قاعدتين كل منهما تعتبر ضابطاً لما يجوز وما لا يجوز من المعارض؛ فكل ما تضمن كتمان ما يجب إظهاره فلا يحل التعريض فيه، وما تضمن إظهار ما يجب كتمانها فيجوز التعريض في مثله، بل قد يكون واجباً.

المبحث الثاني: مستند القاعدة

مستند هذه القاعدة هو كل دليل ورد في جواز المعارض الشرعية، ومن ذلك:

(١) قوله تعالى في قصة يوسف -عليه السلام-: ﴿فَلَمَّا جَهَّزَهُمْ بِجَهَّازِهِمْ جَعَلَ السَّقَايَةَ فِي رَحْلِ أَخِيهِ ثُمَّ أَذِنَ مُؤَدِّنٌ أَيُّهَا الْعَيْرُ إِنَّكُمْ لَسَارِقُونَ﴾ سورة يوسف (٧٠).

(٢) ما ورد في صحيح البخاري عن أبي هريرة -رضي الله عنه-، قال: قال النبي -صلى الله عليه وسلم-: «هاجر إبراهيم -عليه السلام- بسارة، فدخل بها قرية فيها ملك من الملوك -أو جبار من الجبابرة- فقيل: دخل إبراهيم بامرأة من أحسن النساء، فأرسل إليه أن يا إبراهيم من هذه التي معك؟ قال: أختي: ثم رجع إليها فقال: لا تكذبي حديثي، فأني أخبرتهم أنك أختي، والله إن على الأرض من مؤمن غيري وغيرك...» الحديث فتح الباري، رقم الحديث: ٢٢١٧..

المبحث الثالث: تطبيقات القاعدة

قد علم مما سبق أنّ هذه القاعدة ذات شقين:

الشق الأول: حرمة التعريض فيما يجب التصريح به.

الشق الثاني: جواز التعريض فيما يجب كتمانها، وهذا قد يكون واجبا.

تطبيقات: الشق الأول: الإقرار بالحق، والحلف عليه، والشهادة على العقود، فهذا

كلّه يجب بيانه، فلا يجوز التعريض بشيء منه.

الشق الثاني: التعريض لمن يسأل عن مال معصوم فالتعريض هنا جائز وقد يجب.

الفصل الثامن

الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر

المبحث الأول: معنى القاعدة

معنى هذه القاعدة هو: أنه إذا كان العقود عليه حاضراً في مجلس العقد ومشاراً إليه؛ فإن وصفه - والحال هذه - يكون ملغياً لا اعتبار له في الحكم، أما إذا كان العقود عليه غائباً عن المجلس أو في حكم الغائب، فإنّ المعتبر في تعيينه هو الوصف.

المبحث الثاني: مستند القاعدة

هذه القاعدة إحدى القواعد المتفرعة عن القاعدة الكبرى: (إعمال الكلام أولى من إهماله) و مستند تلك القاعدة هو مستند هذه؛ ، ومحصل ذلك المستند دليل عقلي ذكره صاحب كتاب الممتع وهو أنّ إهمال الكلام يؤدي إلى أن يكون الكلام لغواً لا فائدة فيه، وكلام العاقل يُصان عن اللغو ما أمكن ذلك، وصون الكلام عن اللغو يحصل بإعمال الكلام واجتناب إهماله.

المبحث الثالث: تطبيقات القاعدة

[١] إذا قال: بعتك هذا الفرس الأبيض، وأشار إليه، وكان أسود، صحّ البيع إذا قبل المشتري، وألغى الوصف. وأما إذا كان الفرس غائباً، فالمشتري بالخيار.

[٢] وإذا قال: بعتك هذا الحجر من الماس، ثمّ ظهر أنه من الزجاج، فالبيع باطل، وإن أشار إليه.

[٣] لو حلف لا يدخل هذه الدار، فدخلها بعدما انهدمت وصارت صحراء يحنث، بخلاف ما لو حلف لا يدخل داراً، فدخل داراً منهدمة؛ فإنه لا يحنث.

[٤] إذا قال: زوجتك بنتي فاطمة وأشار إلى ابنته عائشة، وقال: هذه، جاز نكاح

المشار إليها دون ما نطق بِأَسْمِهَا.

[٥] ولو قال زوجتك هذا الغلام، وأشار إلى بنته، صح النكاح.

[٦] إذا قال: بعتك هذا الثور وأشار إلى البقرة، صح البيع.

الفصل التاسع

كل عقد فيه عوض إذا علق بصفة لا يقتضي إطلاق العقد تلك الصفة فسد بالتعليق

المبحث الأول: معنى القاعدة

المعنى الإجمالي لهذه القاعدة هو: أنّ أي عقد من عقود المعاوضات المالية إذا ورد معلّقاً بصفةٍ ما لا يدل عليها لفظ العقد، فإنّ هذا التعليق يكون سبباً لفساد العقد، وقد ذكر ابن الوكيل أنّ هذه القاعدة ترجع إلى مسألة الشرط في البيع، والشروط في البيع - عند الشافعية - خمسة أضرب وهي:

(١) ما هو من مقتضى العقد، فهذا لا يفسد بلا خلاف.

(٢) أن يشترط ما لا يقتضيه إطلاق العقد، لكن فيه مصلحة للعاقد فلا يبطل العقد بلا خلاف بل يصحّ ويثبت المشروط.

(٣) أن يشترط ما لا يتعلق به عوض يورث تنازعاً، وهذا الشرط لا يفسد العقد، بل يلغو، ويصح العقد، وقال المتولي والرافعي: يفسد العقد.

(٤) أن يبيعه عبداً أو أمة بشرط أن يعتقه المشتري؛ ففيه ثلاثة أقوال: الصحيح المشهور: أنّ البيع صحيح والشرط لازم، والثاني: يصح البيع ويبطل الشرط. والثالث: يبطل الشرط والبيع.

(٥) أن يشترط ما سوى الأربعة من الشروط التي تنافي مقتضى العقد، فالبيع باطل.

المبحث الثاني: مستند القاعدة

يمكن أن يستدل لها بحديث بريرة، وفيه: «دخلت بريرة وهي مكاتبة فقالت لعائشة: اشتريني وأعتقيني، قالت: نعم، قالت: لا يبيعوني حتى يشترطوا ولأني،

فقلت: لا حاجة لي بذلك فسمع بذلك النبي -صلى الله عليه وسلم- -أو بلغه- فذكر لعائشة فذكرت عائشة ما قالت لها، فقال: اشترها وأعتقها ودعيهم يشترطوا ما شاءوا، فاشترتها عائشة وأعتقتها، واشترط أهلها الولاء، فقال النبي -صلى الله عليه وسلم-: «الولاء لمن أعتق، وإن اشترطوا مائة شرط» فتح الباري، الحديث رقم: ٢٥٦٥..

المبحث الثالث: تطبيقات القاعدة

[١] أن يبيعه عبداً أو أمة بشرط أن يعتقه المشتري. ففيه ثلاثة أقوال: المشهور: أن البيع صحيح، والشرط لازم، الثاني: يصح البيع ويبطل الشرط، والثالث: يبطل الشرط والبيع.

[٢] أن يبيعه شيئاً بشرط ألا يبيعه ونحو ذلك، فالبيع باطل.

وهناك استثناء من هذه القاعدة وذلك في مسألتين هما:-

الأولى: إذا قال: أنت حرٌّ غداً على ألف فقبل العبد.

الثانية: البيع الضمني، إذا علّقه على غداً (مثلاً) فوجد الغد عتق العبد، كما إذا قال له: أعتق عبدك عني بألفٍ غداً ففعل فإنه يعتق عن الطالب في الغد، ويلزمه العوض.

الفصل العاشر

أصل وضع الصفة أن تجيء للتخصيص أو التوضيح

المبحث الأول: معنى القاعدة

معنى القاعدة بلفظها: هو أنه هل الأصل والقاعدة في وضع الصفة أنها لتوضيح الموصوف وتعريفه؟ أو أنها إنّما تجيء لتخصيص الموصوف وتكون شرطاً فيه؟ ولكن المشهور أنّ الصفة في المعرفة لتوضيح المعرّف وتسمّى الصفة الفارقة، وفي النكرة إنّما تكون للتخصيص وهو المعبرّ عنه بالشرط؛ لأنّ تخصيص الموصوف بتلك الصفة بمنزلة اشتراطه فيه.

المبحث الثاني: مستند القاعدة

لم أجد لهذه القاعدة مستنداً خاصّاً، ولعلّ السبب في ذلك أنّ هذه القاعدة من القواعد الأصولية، ومعلوم أنّ حقيقتها المبادئ والمباحث اللغوية التي شأنها الاستناد إلى الاستقراء.

المبحث الثالث: تطبيقات القاعدة

[١] هل العبد يملك أو لا؟ فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة، فإن حملت على التوضيح كان ذلك متمسكاً للإمام الشافعي فيما ذهب إليه في الجديد من أنّ العبد لا يملك شيئاً. وإن حملت على التخصيص كان فيه متمسكاً للإمام مالك، والمذهب القديم للشافعي في أنّ العبد يملك.

[٢] إذا قال لزوجته: إذا تظاهرت من فلانة الأجنبية، فأنت عليّ كظهر أمّي، وتزوّج الأجنبية وظاهر منها، فهل يصير مظاهراً من زوجته؟ فيه خلاف مبني على أنّ لفظة الأجنبية هل هي للتعريف أو للشرط؟ فيكون مظاهراً منها إن كان الوصف (الأجنبية) توضيحاً، وهناك وجه أنّه يكون للشرط.

[٣] لو حلف لا يكلم هذا الصبي فصار شيخاً، ففي الحنث خلاف مخرّج على هذا، فيحنث إن كان وصف الصبي للتوضيح، وفيه وجه أنه إنما يكون الوصف للشرط؛ فلا يحنث.

[٤] إذا قلنا: «زيد العالم» كانت تلك الصفة للتوضيح، وأما إذ قلنا: «مررت برجل فاضل» فتكون هذه الصفة للتخصيص والشرط؛ لأنّ تخصيص الموصوف بتلك الصفة بمنزلة اشتراطها فيه.

الفصل الحادي عشر

يلزم مراعاة الشروط بقدر الإمكان

المبحث الأول: معنى القاعدة

معنى هذه القاعدة الإجمالي: هو أنه يجب الوفاء بالشروط في العقود بالقدر الذي تسمح به قواعد الشريعة .

والمراد بالشرط هنا هو الشرط الجعلي، وهو ثلاثة أقسام:

(١) قسم يجوز شرعاً.

(٢) قسم ممنوع شرعاً.

(٣) قسم ثالث غير ممنوع شرعاً إلا أنه لا يلزم مراعاته.

المبحث الثاني: مستند القاعدة

مسند هذه القاعدة هو ما يأتي:

أولاً: حديث جابر - رضي الله عنه -: أنه كان يسير على جملٍ له قد أعيا فمرّ النبي - صلى الله عليه وسلم - فضربه، فسار سيراً ليس يسير مثله، ثم قال: بِعْنِيهِ بِأَوْقِيَةِ، فبعته، فاستثبنت حملانه إلى أهلي، فلما قدمنا آتيته بالجمل ونقدني ثمنه، ثم انصرفت، فأرسل على أثري قال: ما كنت لأخذ جَمَلِكَ، فخذ جَمَلِكَ فهو لك» فتح الباري، الحديث رقم: ٢٧١٨.

ثانياً: قول الإمام البخاري في كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح: وقال عمر: مقاطع الحقوق عند الشروط، وقال المسور ابن مخرمة: «سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ذكر صَهْرًا له فأثنى عليه في مصاهرته فأحسن، قال: حدّثني فصدقني، ووعدني فوفى لي» ثم أورد في هذا الباب حديث عقبه عن النبي - صلى الله عليه

وسلم- قال: «أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»
فتح الباري،، الحديث رقم: ٥١٥١.

المبحث الثالث: تطبيقات القاعدة

[١] لو اشترى شخص سلعةً، واشترط على البائع حملها أو تركيبها، فإن هذا الشرط صحيحٌ.

[٢] وكذلك لو باع بشرط أن يرهن المشتري عند البائع شيئاً معلوماً أو يقيم كفيلاً بالثمن صح البيع.

[٣] وكذلك يصحّ البيع فيما لو استثنى البائع منفعة البيع معلومة.

[٤] لو باع بشرط أن يجس المبيع حتى يقبض الثمن، فهذا الشرط جائز.

الفصل الثاني عشر

الشرط إما أن يقتضيه العقد أو لا

المبحث الأول: معنى القاعدة

وهذه القاعدة قرين للقاعدة السابقة: لأن الشرط الذي يقتضيه العقد أو يؤيد مقتضاه أو فيه مصلحة لأحد المتعاقدين أو لهما معاً أو فيه غرض صحيح، كل ذلك مما يلزم مراعاته.

المبحث الثاني: مستند القاعدة

حديث عائشة - رضي الله عنها - قالت: «جاءت بريرة فقالت: إني كاتب أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني، فقالت عائشة: إن أحب أهلك أن أعدّها لهم عدّة واحدة وأعتقك فعلت، فيكون ولاؤك لي، فأبو ذلك عليها، فقالت: إني عرضت ذلك عليهم، فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم، فسمع ذلك رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فسألني فأخبرته فقال: خذها فأعتقها واشترطي لهم الولاء؛ فإن الولاء لمن أعتق، قالت عائشة: فقام رسول الله في الناس فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: أما بعد، فما بال رجال منكم يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ فأبى شرط كان ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، فقضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، ما بال رجال منكم يقول أحدهم: أعتق يا فلانُ ولي الولاء، إنما الولاء لمن أعتق» فتح الباري، الحديث رقم: ٢٥٦٣..

المبحث الثالث: تطبيقات القاعدة

[١] باع سيارة لغيره، فاشترط المشتري تسليمها، أو ردّها بالعيب أو انتفاعه بها كيف شاء، فهذا لا يفسد البيع بلا خلاف.

[٢] لو شرط ألا يلبس إلا الخبز أو الكتان، فقد اختار الإمام والغزالي صحة العقد، وإلغاء الشرط ورجحه الرافعي وهناك قول يقتضي فساد العقد.

الفصل الثالث عشر

الشرط العرفي كاللفظي

المبحث الأول: معنى القاعدة

المعنى الإجمالي لهذه القاعدة هو: أن ما جرى به العرف يراعى ويعتبر من دون حاجة لا شتراطه في عقود الناس وتصرفاتهم.

المبحث الثاني: مستند القاعدة

قال المسور بن مخرمة: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وهو على المنبر - يقول: «إن بني هاشم ابن المغيرة استأذنوا في أن ينكحوا ابنتهم علي بن أبي طالب، فلا آذن، ثم لا آذن ثم لا آذن إلا أن يريد ابن أبي طالب أن يطلق ابنتي وينكح ابنتهم فإنما هي بضعة مني يربيني ما أرابها ويؤذيها ما آذاها» فتح الباري، ٩/٤٠٦،.

المبحث الثالث: تطبيقات القاعدة

[١] لو دفع الأب ابنه إلى الأستاذ مدة معلومة ليعلمه الحرفة، ثم اختلفا، فإنه يحكم بالأجر لمن يشهد له عرف البلدة.

[٢] لو جرت عادة قوم بقطع الحصرم قبل النضج، فهل تنزل عاداتهم منزلة الشرط حتى يصح بيعه من غير شرط القطع، فيه وجهان .

[٣] ومن وكل شخصاً بشراء لحم مثلاً - تقيد عقد الوكالة .

[٤] ونفقة الزوجة على زوجها يكون بالقدر المتعارف .

[٥] ويجوز عند المالكية استئجار الطئر، ويكون له ما يكون لمثله من الوسط، وفاقاً مع أبي حنيفة في الطئر وحدها، وذهب الشافعي إلى ألا يجوز في الطئر ولا في غيره

الفصل الرابع عشر

يثبت بالشرط ما لا يثبت بالشرع

المبحث الأول: معنى القاعدة

تعنى أنّ ما يشترطه أحد المتعاقدين أو هما معاً إذا خرج عن كونه تكليفاً بما لا يطاق، أو كونه مشقة وحرماً؛ فيجب العمل به.

المبحث الثاني: مستند القاعدة

ومستند هذه القاعدة قول الإمام البخاري في كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح: وقال عمر: مقاطع الحقوق عند الشروط، وقال المسور بن مخرمة: «سمعت رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ذكر صهره له فأثنى عليه في مصاهرته فأحسن، قال: «حدّثني فصدقني، ووعدني فوفى لي» ثم أورد في هذا الباب حديث عقبة عن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: «أحقّ ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج» فتح الباري، رقم: ٥١٥١..

المبحث الثالث: تطبيقات القاعدة

يجوز لكل بائع أن يستثنى من منفعة المبيع ماله فيه غرض صحيح، وهذا المعنى موجود بل هو عين مدلول حديث جابر وفيه، ثم قال بعينه بأوقية، فاستثنيت حملانه إلى أهلي...» الحديث (فتح الباري، رقم: ٢٧١٨..

الفصل الخامس عشر

اللفظ الصريح يحتاج إلى نية

المبحث الأول: معنى القاعدة

وخلاصة القول في معنى هذه القاعدة أنّ الصريح لا يكون موجباً لحكمه لذاته، لأنه قد ينطق به من لا يعرف معناه، أو من لا ينوي معناه وإن كان عارفاً به كالمكره، وقد يصير الصريح كناية لضميمة انضمت إليه فصرفته عن الصراحة إلى الكناية فيحتاج إلى النية، وإلاّ فالأصل ما قرره ابن الوكيل في أشباهه: أنّ الصريح يقع به معناه من غير نية، وأنّ المفتقر إلى النية الكناية فقط.

المبحث الثاني: مستند القاعدة

هذه القاعدة إحدى القواعد المتفرعة من القاعدة الأم: (الأمر بمقاصدها) وعليه؛ فكلّ دليل يصلح أن يكون مستنداً وأصلاً لهذه القاعدة يصلح -أيضاً- أن يكون مستنداً لهذه، وسوف أقصر على مستند واحد وهو الحديث الذي رواه عمر بن الخطاب -رضي الله عنه-، قال: سمعت رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يقول: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى: فمن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو إلى امرأة ينكحها فهجرته على ما هاجر إليه» فتح الباري الحديث: رقم ١.

المبحث الثالث: تطبيقات القاعدة

[١] إذا قال العبد لسيده، وقد استعمله في عملٍ يشقّ عليه: أعتقني من هذا العمل، فقال: أعتقتك، ولم ينو إزالة ملكه عنه؛ لم يعتق بذلك، وكذلك إذا قال عن امرأته: هذه أختي، ونوى أختي في الدين لم تحرم بذلك، ولم يكن مظاهراً منها.

[٢] وكذلك إذا أخطأ من شدة الغضب لم يؤخذ بذلك

[٣] ولو قال الأعجمي لامرأته: «أنت طالق» وهو لا يفهم معنى هذا اللفظ لم

تطلّق؛ لأنه ليس مختاراً للطلاق، فلم يقع طلاقه كالمكره، فلو نوى موجهه عند أهل العربية لم يقع؛ لأنه لا يصح منه اختياراً ما لا يعلمه؛ وكذلك لو نطق بكلمة الكفر من لا يعلم معناها لا يكفر.

الفصل السادس عشر

تخصيص العام بالعرف والعادة

المبحث الأول: معنى القاعدة

تبين هذه القاعدة حالة من حالات العرف والعادة أمام النصوص الشرعية، وذلك أنه إذا وافق العرف والعادة الدليل الشرعي فيجب مراعاته وتطبيقه؛ لأنّ العمل في الحقيقة بالدليل الشرعي، لا بالعرف، وإنما يستأنس بالعرف فقط، وإذا خالف العرف الدليل الشرعي فننظر في ذلك من أوجه:

- (١) أن تكون المخالفة من كل وجهٍ والحالة هذه- يترك ويردّ ولا يعمل به.
- (٢) أن تكون مخالفة العرف للدليل الشرعي ليست من كل وجهٍ وهذا الوجه هو ما تبينه هذه القاعدة. وأما العرف الخاص فلا يعتد به عند الأكثرين.
- (٣) أن يكون النصّ الذي جاء العرف بمخالفته مبنياً على العرف والعادة، فإنه عند بعض الأئمة يترك النص ويصار إلى العرف والعادة إذا تبدّلت بتبدّل الزمان.
- (٤) أن يخالف العرف مسائل فقهية لم تثبت بصريح النصّ -بل بالاجتهاد والرأي؛ فالمعتبر في مثل هذا هو العرف الحادث، ولو خالف حكماً سابقاً مبنياً على عرف مخالف.

المبحث الثاني: مستند القاعدة

ومستند هذه القاعدة هو مستند القاعدة الأم: (العادة محكمة) أمثال: حديث «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» أخرجه الإمام أحمد في مسنده ١/ ٣٧٩ موقوفاً على عبدالله بن مسعود.

وما بوّب به الإمام البخاري في كتاب البيوع حيث قال: باب من أجرى أمر

الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن وستتهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة، وذكر في الباب عدداً من الأحاديث كحديث أنس بن مالك - رضي الله عنه - قال: حُجِمَ رسول - صلى الله عليه وسلم - أبوطيبة فأمر له رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بصاع من تمرٍ، وأمر أهله أن يخففوا عنه من خراجِه» فتح الباري رقم ٢٢١٢.

وحديث عائشة - رضي الله عنها - في قصة هند أم معاوية وفيه قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف» فتح الباري [الحديث رقم ٢١١].

المبحث الثالث: تطبيقات القاعدة

[١] لو حلف لا يصلي لم يحنث إلا بالصلاة الشرعية، ولا يحنث بالصلاة اللغوية التي هي الدعاء، ولا يحنث بالصلاة الفاسدة

[٢] لو حلف لا يأكل شواء؛ اختصت يمينه باللحم المشوي دون البيض.

[٣] لو قال الرجل لامرأته: (الطلاق يلزمني لا تقولين لي شيئاً إلا قلت لك مثله، فقالت: أنت طالق ثلاثاً) فالحالف لم تدخل هذه الصورة في عموم كلامه، وإن دخلت فهي من المخصوص بالعرف والعادة والعقل.

الفصل السابع عشر

التأسيس أولى من التأكيد

المبحث الأول: معنى القاعدة

معنى هذه القاعدة هو أنّ الكلام إذا دار بين إفادة معنى جديد وبين تأكيد معنى سابق، كان حمله على إفادة المعنى الجديد أولى من حمله على التأكيد؛ لأنّ التأكيد مجرد إعادة للفظ وإهمال له، والإفادة خير من الإعادة.

المبحث الثاني: مستند القاعدة

مستند هذه القاعدة هو مستند القاعدة الأم: (إعمال الكلام أولى من إهماله)، وهذا المستند دليل عقلي حاصله: أنّ إهمال الكلام يؤدي إلى أن يكون الكلام لغواً لا فائدة فيه، وكلام العاقل يصرح عن اللغو ما أمكن ذلك، وصون الكلام عن اللغو يحصل بإعمال الكلام واجتناب إهماله، ولا شك أنّ التأسيس ضرب من ضروب إعمال الكلام لأنه حمل للفظ على معنى جديد، بخلاف التأكيد الذي هو مجرد الإعادة ونوع من إهمال الكلام.

المبحث الثالث: تطبيقات القاعدة

[١] من قال لزوجته: أنت طالق طالق ثلاثاً، فإن قال: أردت به التأكيد صدق ديانة لا قضاء، وهذا عند أبي حنيفة ومالك، رحمهما الله، وقال الشافعي وأحمد رحمهما الله لا يلزمه إلا واحدة.

[٢] وإذا حلف على أمرٍ بأنه لا يفعله، ثم حلف في ذلك المجلس أو مجلسٍ آخر لا يفعله أبداً، ثم فعله، إن نوى بالثاني يميناً آخر، أو التشديد على نفسه، أو لم ينو شيئاً فعليه كفارة يمين، وأمّا إن نوى بالثاني الأول - أي توكيده فعلية كفارة واحدة.

الفصل الثامن عشر

العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني

المبحث الأول: معنى القاعدة

فقهاء المذاهب اختلفوا في صياغة هذه القاعدة بناءً على اختلافهم في الأحكام المترتبة عليها وتبعاً للاتفاق وللإختلاف في مضمونها، فهناك اتجاهان في صياغتها:

- (١) اتجاه من صاغها بالأسلوب الخبري، وهذا شأن الحنفية والمالكية بسبب أنّ معناها ومدلولها متفق عليه عندهم، وهذا الاتجاه هو المسار المنتهج في هذا البحث.
- (٢) اتجاه من صاغها بالأسلوب الإنشائي، وهذا شأن الشافعية والحنابلة؛ لاختلاف فقهاءهم في مفهومها والأحكام المترتبة عليها.

فإذا عرفنا هذا، فمعنى هذه القاعدة الإجمالي وفق الاتجاه الأول: هو أنّه عند حصول العقد لا ينظر للألفاظ التي يستعملها العاقدان وإنما ينظر إلى المقصد الحقيقي من الكلام الذي يلفظ به حين العقد؛ فالألفاظ إنما هي قوالب للمعاني، وإذا لم يمكن التأليف بين الألفاظ والمعاني فلا يجوز إلغاء الألفاظ.

* تحرير محل النزاع: هل الاعتبار بظواهر الألفاظ والعقود، وإن ظهرت المقاصد والنيات بخلافها أو للقصد والنيات تأثير يوجب الالتفات إليها ومراعاة جانبها؟.

* الأقوال: وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: قول الحنفية والمالكية، وهم يرون أنّ العبرة بالمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

القول الثاني: قول الشافعية والحنابلة: أنّ العبرة للألفاظ والمباني دون المعاني والمقاصد، مع وجود إختلاف فيما بينهم.

* أدلة من يرى أن القصود والنيات معتبرة في العقود:

(١) قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ سورة البقرة، الآية ٢٢٨.

(٢) ما رواه عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- عن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى» فتح الباري، [الحديث رقم (١)].

(٣) من المعقول: قال ابن القيم: إن الله وضع الألفاظ بين عباده تعريفاً ودلالةً على ما في نفوسهم، فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئاً عرفه بمراده وما في نفسه بلفظه..

* الترجيح: الراجح قول القائلين بأن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني..

المبحث الثاني: مستند القاعدة

مستند هذه القاعدة هو حديث عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- قال: سمعت رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يقول: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى: فمن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها، أو إلى امرأة ينكحها، فهجرته إلى ما هاجر إليه» فتح الباري، الحديث برقم: (١)..

المبحث الثالث: تطبيقات القاعدة

[١] لو أعاره شيئاً وشرط عليه العوض، فهل يصح أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يصح ويكون كنايةً عن القرض فيملكه بالقبض إذا كان مكيلاً أو موزوناً.

والثاني: أنها تفسد بذلك وجعله أبو الخطاب في موضع آخر المذهب.

[٢] إذا قال: اشتريت منك ثوباً، صفته كذا، بهذه الدراهم، فقال: بعتك، فرجح الشيخان: أنه ينعقد بيعاً، اعتباراً باللفظ، والثاني، ورجحه السبكي - سلماً، اعتباراً بالمعنى.

[٣] وينعقد النكاح بما يدلّ على ملك العين للحال، ، ولو قال لعبيده: بعث نفسك منك بألفٍ كان إعتاقاً على مالٍ نظراً للمعنى.

[٤] ذهب مالك وأحمد إلى أنّ الذي أراد إنشاء اليمين بالطلاق فقال لزوجته: «أنت طالق البتة» ثم بدا له فترك اليمين، أنه لا يلزمه طلاق ولا كفارة..

[٥] إذا قال: بعتك بلا ثمن لم ينعقد بيعاً نظراً إلى اللفظ، وهل ينعقد إباحةً أو هبة نظراً إلى المعنى؟ وجهان، اختلف في الراجح منهما.

الفصل التاسع عشر

ما يتوقف على الإيجاب والقبول فإنه يرتد بالرد قطعاً،
وقد يرتد الشيء بالرد ولا يشترط فيه القبول

المبحث الأول: معنى القاعدة

المعنى الإجمالي لهذه القاعدة:

هذه القاعدة تبين أنّ للعقد حالتين بالنظر إلى ارتداده بالرد، فما يتوقف وجوده على الإيجاب والقبول فإنه يرتد بالرد قطعاً، فهذه حالة، وقد يحصل الارتداد بالرد - أيضاً- وإن لم يشترط فيه القبول بل الإيجاب فقط كالوكالة، وهذه حالة أخرى.

المبحث الثاني: مستند القاعدة

لم أجد لهذه القاعدة مستنداً خاصاً من خلال البحث عنها في المظان المتوفرة عندي، ويمكن الاستدلال لها بقوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا سورة النساء، الآية: (٢٩).

المبحث الثالث: تطبيقات القاعدة

تطبيقات القاعدة بشقيها:

* الشق الأول: ما يتوقف على الإيجاب والقبول ويرتد بالرد قطعاً: - كالبيع.

فما لا يتوقف على الإيجاب والقبول فإنه لا يرتد بالرد كالهديّة، فالصحيح أنه لا يشترط فيها الإيجاب والقبول لفظاً، بل يكفي البعث من المهدي والقبض من المهدي إليه، وفي وجهه: أنهما يشترطان، وفي ثالث: لا يشترط في المأكولات ويشترط في غيرها.

✳ الشق الثاني من القاعدة: وقد يرتد الشيء بالرد ولا يشترط فيه القبول.

[١] الوكالة ترتد بالرد قطعاً، والأصح أنه لا يشترط فيها القبول باللفظ، لأنها عقد جائز.

[٢] الوقف على معين، الصحيح المختار عند النووي أنه لا يشترط فيه القبول، والأصح أنه يشترط فيه قبوله كالهبة والوصية، ويرى بعض الشافعية أن القبول ليس شرطاً في لزوم الوقف وإنما يشترط فقط في لزوم الغلة عند حصولها.

[٣] ومنها الوصية، والمذهب افتقارها إلى القبول، وفيه قول بعيد، وترتد بالرد قطعاً.

الفصل العشرون

كل إيجاب افتقر إلى القبول فقبوله بعد موت الموجب لا يفيد إلا في الوصية

المبحث الأول: معنى القاعدة

تشير هذه القاعدة إلى شرط من شروط الإيجاب والقبول ألا وهو عدم رجوع الموجب عن الإيجاب وعدم وفاته قبل قبول العاقد الثاني، فإذا حصل شيء من ذلك فإن الإيجاب يبطل، ويصير القبول لا فائدة فيه إلا في الوصية.

المبحث الثاني: مستند القاعدة

لا يوجد لهذه القاعدة دليل خاص، وإنما أستدل لها بقوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا سورة النساء، الآية: (٢٩).

المبحث الثالث: تطبيقات القاعدة

[١] لو شرع شخصان في صفقة تجارية فلتكن بيع قطعة أرض زراعية وصدر الإيجاب من البائع فوافاه الأجل وصدر القبول بعد وفاة الموجب فإن هذا القبول لا ينفع، لكن لو كان ذلك في عقد الوصية فمات الموصي بعد صدور الإيجاب منه وصدر القبول بعد موته، فإن هذا القبول يفيد الموصي له فيتملك الموصي به بذلك.

[٢] ولومات من ثبت له القبول فاته بموته، واستثنى الفقهاء من ذلك الموصي له؛ فإنه إذا مات قام وارثه مقامه في القبول

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا محمد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

وفي الختام :

نسأل الله تعالى أن يكون هذا العمل قد تحقق فيه النفع المرجو منه، كما نسأله سبحانه أن يجزي القائمين على هذا العمل - من فريق إعداد ومتابعة وطباعة وإشراف وأمانة الجمعية وكل من أسهم فيه - خيراً وأن يرزقهم سعادة الدنيا والآخرة وأن يجعلهم مباركين في كل شؤونهم.

(إن ربنا سميع قريب مجيب)

إخوانكم لجنة ملخصات الأبحاث القضائية.

للتواصل مع اللجنة :

- جوال / +966069770077

البريد الإلكتروني

asag770077@gmail.com



011 2584701 📞

qdha.ksa@gmail.com ✉

@ Q d h a 🐦

facebook.com/qdha.ksa 📘