



المملكة العربية السعودية
وزارة العدل
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
المجلة العلمية القضائية السعودية



قضاء

مجلة علمية محكمة

العدد السابع والعشرون • شوال ١٤٤٣هـ • مايو ٢٠٢٢م

المسائل الفقهية المتعلقة
بالمسؤولية الاجتماعية في قانون
محكمة الأسرة الكويتي -دراسة تحليلية
مقارنة في ضوء الفقه الإسلامي-
د. دهام كريم شبيب أبو خشبه الفضي

توثيق الطلاق عبر منصة ناجز
-دراسة فقهية-
د. محمد بن سعيد آل جبل القرني

الأوقاف بالمملكة العربية
السعودية بين الواقع والمأمول
د. راكان بن فهد الحربي

التحكيم في منازعات الاستثمار
الأجنبي
د. عبد الرحمن بن محمد الجهني

فساد شركة العقود في الفقه
الإسلامي - أسبابه وآثاره-
د. أحمد بن عبد الله بن ناصر الشلاحي

العضل وأثره في سقوط الولاية
وانتقالها -دراسة فقهية تطبيقية-
د. سبتي بن مصيليت العنزي

التعويض عن الضرر المعنوي
د. عبد الملك بن عبد المحسن العسكر

أثر الشبهات في العقوبات
التعزيرية
د. أماني بنت مبارك محمد الرشود

القضاء بشهادة النساء منفردات
د. عبد الله بن أحمد سالم المحمادي

قضاء

قضاء

مجلة علمية محكمة

العدد السابع والعشرون • شوال ١٤٤٣هـ • مايو ٢٠٢٢م

✉ info@qadha.org.sa

☎ 0112584996

☎ 0538999887

📷 qadha.ksa

🐦 qdha



© الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء) ١٤٤٣هـ (٢٠٢٢م)
تعتبر المواد المقدمة للنشر عن آراء مؤلفيها، ويتحمل أصحابها
مسؤولية صحة المعلومات والاستنتاجات ودقتها، وجميع الحقوق
محفوظة للجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)، وعند
قبول البحث للنشر تؤول ملكية النشر من المؤلف إلى المجلة.

الرقم الدولي المعياري: (ردمد: ISSN 1658-6735)

هيئة التحرير

رئيس التحرير

فضيلة أ. د. مَنْصُورُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْحَيْدَرِيِّ

وكيل جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
أستاذ السياسة الشرعية بالمعهد العالي للقضاء

أعضاء هيئة التحرير

فضيلة أ. د. عَبْدِ الْوَاحِدِ بْنِ حَمَدِ الْمَرْزُوعِ

نائب رئيس جامعة الإمام عبد الرحمن بن فيصل
أستاذ وعميد كلية الشريعة والقانون

فضيلة أ. د. مُحَمَّدُ بْنُ جَبْرِ الْأَلْفِيِّ

أستاذ الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء
في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - سابقاً -

فضيلة د. مِشْعَلُ بْنُ سَعْدِ آلِ عَسْكَرٍ

قاضي استئناف

فضيلة د. خَالِدُ بْنُ عُثْمَانَ الْعَمَيْرِ

عميد كلية الحقوق بكليات الشرق العربي

فضيلة الشيخ / عَبْدِ الْإِلَهِ بْنِ إِبْرَاهِيمِ الْعَرَوَانِ

قاضي استئناف - سابقاً -

ضوابط النشر في مجلة قضاء

- (١) كون البحث فيما يخدم مجال القضاء ولم يسبق نشره.
- (٢) اتصاف البحث بالجدة والأصالة.
- (٣) التزام الباحث بالمنهجية العلمية لكتابة البحوث وتحقيق المخطوطات.
- (٤) إذا كان البحث تحقيقاً لمخطوط؛ فيذكر الباحث ما يفيد قيمته العلمية وأنه لم يسبق تحقيقه.
- (٥) يرسل البحث عبر البريد الإلكتروني للمجلة mag@qadha.org.sa بصيغتي (Word) و (PDF)، نسخة فيها اسم الباحث وأخرى بدونه.
- (٦) أن يكون خط الأصل (١٨) وخط الهامش (١٤)، ونوع الخط (Traditional Arabic).
- (٧) عدم تجاوز عدد الصفحات (٥٠ صفحة).
- (٨) إرفاق الباحث ملخصاً للبحث باللغتين (العربية والإنجليزية) بما لا يزيد عن مائتي كلمة، وسيرته الذاتية.
- (٩) للمجلة الحق في نشر البحث على الموقع الإلكتروني للجمعية بعد إجازته للنشر.
- (١٠) لا يحق للباحث نشر البحث قبل مضي ستة أشهر من تاريخ نشره في المجلة.

إجراءات التحكيم في مجلة قضاء

المرحلة الأولى:

الفحص المبدئي؛ فيُنظر في البحث من حيث: مطابقته ضوابط النشر في المجلة، وصلاحيته إحالته إلى لجنة التحكيم، ويفاد الباحث بقبول إحالة البحث للتحكيم حال موافقته الضوابط، أو الرفض.

المرحلة الثانية:

إحالة البحث -عند مطابقته لضوابط النشر في المجلة- إلى محكمين من أهل الاختصاص في مجال البحث وفق نموذج معايير دقيقة لتقييمه؛ ويشمل: ملاءمة العنوان لمضمون البحث، ووضوح أهداف البحث، والعمق العلمي له، وإضافته للتخصص، واستيفاءه المادة العلمية، وسلامة المنهج المتبع فيه، وسلامته من الأخطاء اللغوية والإملائية، ودقة التوثيق العلمي فيه، ووضوح نتائج وأهميتها، وكفاية مراجعه ومناسبتها.

المرحلة الثالثة:

صدر نتيجة المحكمين للبحث -إما بقبوله للنشر كما هو بدون ملحوظات، أو قبوله بعد تعديل الملحوظات، أو عدم قبوله للنشر-.
- في حال كانت النتيجة (قبول البحث للنشر بعد تعديل الملحوظات)؛ ترسل الملحوظات للباحث بهدف تعديلها أو الجواب عنها، ومن ثم إرسال شهادة التحكيم والاعتماد.
- وفي حال كان رأي أحد المحكمين (عدم قبول البحث للنشر)؛ فيرسل لمحكم ثالث مرّجّ يقوم بتقييمه وتصويبه.
- وفي حال كان رأي المحكمين -أو أحدهما مع المرّجّح- (عدم قبول البحث للنشر)؛ فيرسل اعتذار للباحث عن نشر البحث مزوداً بالسبب الذي من أجله رفض البحث.

المرحلة الرابعة:

مراجعة البحث وتدقيقه ختامياً بعد وصول النسخة النهائية من قبل الباحث، وفحصه فحماً يجعله صالحاً للنشر، وإرسال نسخة للباحث لمراجعتها قبل نشرها وإبداء رأيه فيها.

محتويات العدد

٧ | كلمة التحرير

٩ | فساد شركة العقود في الفقه الإسلامي - أسبابه وآثاره-
د. أحمد بن عبد الله بن ناصر الشلالي

١٠٥ | العطل وأثره في سقوط الولاية وانتقالها -دراسة فقهية تطبيقية-
د. سبتي بن مصيليت العنزي

١٦٢ | التعويض عن الضرر المعنوي
د. عبد الملك بن عبد المحسن العسكر

٢٢١ | أثر الشبهات في العقوبات التعزيرية
د. أماني بنت مبارك محمد الرشود

٢٨٥ | القضاء بشهادة النساء منفردات
د. عبد الله بن أحمد سالم المحمادي

٣٢٧ | المسائل الفقهية المتعلقة بالمسؤولية الاجتماعية في قانون محكمة
الأسرة الكويتي -دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الفقه الإسلامي-
د. دهام كريم شبيب أبو خشبه الفضلي

٤٢١ | توثيق الطلاق عبر منصة ناجز -دراسة فقهية-
د. محمد بن سعيد آل جيل القرني

٤٨١ | الأوقاف بالمملكة العربية السعودية بين الواقع والمأمول
د. راكان بن فهد الحربي

٥٤٧ | التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي
د. عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الجهني

كلمة التحرير

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين،
وبعد:

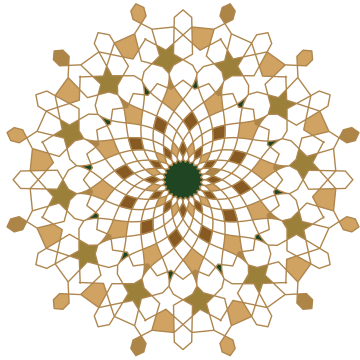
فيسر (الجمعية العلمية القضائية السعودية) ممثلة في (مجلة قضاء، أن تقدم لكم العدد السابع والعشرين من المجلة، والذي احتوى أبحاثاً محكمة تناولت مسائل متنوعة متصلة بالواقع العملي وتطورات العملية القضائية، كما حرصت هيئة التحرير على تنوع مجالات هذه الأبحاث في العدد الذي بين أيديكم؛ إذ تناولت مجال القضاء التجاري، ومجال الأحوال الشخصية، والإثبات، والمسائل المدنية، والوسائل البديلة لحل المنازعات.

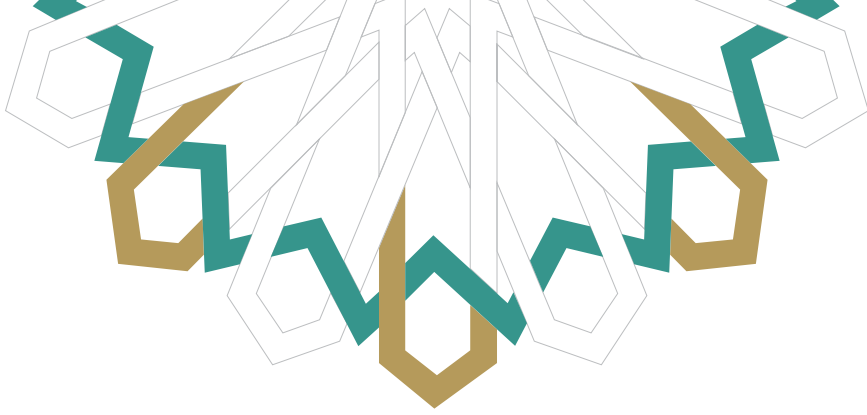
وحيث يتطرق المتخصصون في أبحاثهم في شتى المجالات العلمية إلى سبر الواقع العملي من الناحية التطبيقية أو التنظيمية، وتلمس مواطن التطوير والتحسين، والإشادة بمواطن التميز، فإننا نرجو أن يكون ذلك رافداً في تطوير البيئة التنظيمية، ومثرياً للممارسين في السلك العدلي.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

رئيس هيئة التحرير

أ. د. منصور بن عبد الرحمن الحيدري





فساد شركة العقود في الفقه الإسلامي أسبابه وآثاره

د. أحمد بن عبد الله بن ناصر الشلاحي

عضو هيئة التدريس في كلية الشريعة
بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، نبينا محمد، عليه وعلى آله وصحبه أفضل الصلاة وأتم التسليم.

أما بعد:

فإن عقد الشركة من العقود الكبيرة التي أولتها الشريعة عناية ظاهرة، وفصل الفقهاء في أحكامها، وبينوا صحيحها من فسادها، وقد اختلفت مشاربهم في النظر في الأصول التي تبني عليها أحكام هذا الباب، وأدى ذلك إلى الاختلاف الكبير بينهم في الفروع المبنية على تلك الأصول، فاختلفوا في الصحيح والفساد من أنواع الشركات، واختلفوا في الأسباب التي تفسد الشركة، وما يترتب على فسادها من أحكام.

ومع أهمية هذا الموضوع والحاجة العامة إليه لم أجد بحثاً مستقلاً سلط الضوء على الأسباب التي تؤدي إلى فساد الشركات، وما يترتب على هذا الفساد من أحكام، ولذا فقد عزمتُ على الكتابة فيه في بحث أسميته: «فساد شركة العقود في الفقه الإسلامي - أسبابه وآثاره -» سائلاً المولى سبحانه وتعالى أن يوفقني فيه إلى الصواب، وأن يجعل ما أكتبه خالصاً لوجهه.

أهمية الموضوع، وأسباب اختياره:

تكمن أهمية الموضوع فيما يلي:

١. ارتباط هذا الموضوع بباب كبير من أبواب المعاملات، وهو باب الشركة.

٢. الانفتاح الكبير الذي تشهده السوق العالمية والمحلية في الشركات بأنواعها، ومن المعلوم أن كثيراً من الفقهاء المعاصرين يرد الشركات المعاصرة بأنواعها إلى الشركات عند المتقدمين.

٣. اشتغال كثير من عقود الشركات على بعض ما يفسدها دون معرفة أصحابها.

٤. وجود البلوى العامة في كثير من عقود الشركات التي اختل فيها شرط أو وجد فيها مانع يمنع من صحتها، وجهل الكثير للآثار المترتبة على هذا العقد.

حدود الموضوع:

البحث سيناقش أسباب فساد شركة العقود عند المتقدمين وما يترتب على ذلك من آثار، دون النظر في الأسباب والآثار المؤدية إلى فساد الشركات المعاصرة.

كما أن البحث فيما يفسد الشركة من أصلها، ولا يناقش الأسباب الطارئة التي تفسخ عقد الشركة بعد أن انعقد صحيحاً.

الدراسات السابقة:

لم أجد -فيما اطلعت عليه- من أفرد هذا الموضوع بدراسة مستقلة، إلا بحثين فقط، وهما:

البحث الأول: «مفسدات الشركة وآثارها في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني»: للدكتور: محمد محمود حسين الوحش، وهو بحث مقدم

لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله في كلية الدراسات العليا في الجامعة الأردنية، وقد توافقت مع الباحث في بعض مطالب التمهيد، كحكم الشركة والفرق بين البطلان والفساد، وكذا في بعض أسباب فساد الشركة، وهي: «الجهالة، والشروط الفاسدة، عدم خلط المالين في الشركة»، وانفردت عن الباحث فيما يلي:

١. حكم الدخول في الشركة الفاسدة.
 ٢. أصول المذاهب فيما يصح من الشركات.
 ٣. بعض أسباب فساد الشركة «اختلال شرط من الشروط المتفق عليها، أن تكون الشركة فيما لا يصح فيه التوكيل».
 ٤. مبحث الآثار المترتبة على فساد الشركة كاملاً، فلم يتطرق الباحث إلى شيء من هذه الآثار، وإنما تكلم عن تصحيح الشركات بعد الفساد وتطهيرها وفسخها وانحلالها.
- البحث الثاني: «آثار بطلان الشركة التجارية - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي -»: للدكتور يوسف بن عبد الله الخضير، وهو بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد الثاني والأربعون، في ربيع الآخر عام ١٤٣١ هـ.
- والبحث كما هو ظاهر من عنوانه هو بحث قانوني مقارنة بالفقه، فصبغته صبغة قانونية، وهو في الآثار فقط دون ذكر أسباب فساد الشركة، كما أنه لم يبحث من الآثار التي بحثتها في هذا البحث سوى أثر البطلان في توزيع

الأرباح، دون أن يفصل بين أنواع الشركات، ولذا فالتقاطع الذي بين بحثي وبحثه لا يتجاوز ١٠٪.

منهج البحث:

سلكت في إعداد هذا البحث المنهج المعتمد عند الباحثين، وأهم ملامحه ما يلي:

١. كتابة الآيات بالرسم العثماني، مع بيان أرقامها وعزوها إلى سورها.
٢. تخريج الأحاديث من كتب السنة، وبيان درجتها إن لم تكن في الصحيحين، أو في أحدهما.
٣. الاعتماد في توثيق الأقوال ونسبتها إلى المذاهب والإحالة إلى المصادر الأصلية للمذهب نفسه.
٤. إذا كانت المسألة موضع اتفاق ذكرت دليلها، مع توثيق الأقوال من مصادره المعتبرة.
٥. إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف، وكانت من صلب الموضوع فإني أعرض الأقوال على حسب الاتجاهات الفقهية، وأتبع كل قول بأدلته، وما يتبعه من مناقشات، ثم أبين ما ترجح لديّ، مع ذكر سبب الترجيح.
٦. بيان معاني الألفاظ والمصطلحات التي تحتاج إلى توضيح.
٧. لم أترجم للأعلام مراعاة للاختصار، مع أن غالب من ذكروا في هذا البحث هم من الأعلام المشهورين.

خطة البحث:

انتظم هذا البحث في مقدمة وتمهيد ومبحثين، وخاتمة بينت فيها أهم النتائج، وفهرس المراجع.

المقدمة:

وفيها أهمية الموضوع وأسباب اختياره، والمنهج المتبع، والخطة.

التمهيد:

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف المفردات.

المطلب الثاني: مشروعية الشركة وأقسامها.

المطلب الثالث: الشروط المتفق عليها لعقد الشركة.

المطلب الرابع: حكم الدخول في الشركة الفاسدة.

المبحث الأول: أصول المذاهب فيما يصح من الشركات، وأسباب

فسادها:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أصول المذاهب فيما يصح من الشركات.

المطلب الثاني: أسباب فساد الشركة.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على فساد الشركة:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أثر فساد الشركة في التصرف.

المطلب الثاني: أثر فساد الشركة في الأرباح.

المطلب الثالث: أثر فساد الشركة في الضمان.

الخاتمة:

وتحتوي على أهم النتائج.

فهرس المراجع.

هذا، والله أسأل أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه، وأن ينفع به الكاتب والقارئ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

تمهيد

المطلب الأول: تعريف المفردات:

المسألة الأولى: تعريف الفساد لغة واصطلاحاً:

الفساد لغة:

اسم من فسد الشيء يفسد فساداً، فهو فاسد وفسيد، وقوم فسدى على وزن هلكى لتقاربهما في المعنى، ويقال لما فيه الفساد مفسدة.

ويأتي الفساد على معنيين:

الأول: بمعنى بطل واضمحل، ومنه قوله تعالى: ﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا﴾^(١)، أي: لخربتا وهلك من فيهما^(٢).

والثاني: بمعنى التغير، يقال فسدت اللؤلؤة إذا ذهب لمعانها وإن لم تتلف، وفسد اللحم والخبز أي: تغيرا^(٣).

وأما تعريف الفساد اصطلاحاً:

فقد اختلفت المذاهب في تعريفه، وهذا الاختلاف مبني على حقيقة الفساد، وهل هو مرادف للبطلان أو بينهما فرق؟

(١) سورة الأنبياء: ٢٢.

(٢) ينظر: تفسير البغوي (٣/ ٢٨٥).

(٣) ينظر: المحكم والمحيط الأعظم، مادة (فسد)، (٨/ ٤٥٨)، لسان العرب (٣/ ٣٣٥)، تاج العروس مادة (فسد)، (٨/ ٤٩٦).

فذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الفساد في العبادات: عبارة عن عدم ترتب الأثر عليها، أو عدم سقوط القضاء، وفي المعاملات: عبارة عن عدم ترتب الأثر عليها^(١)، والفاقد عندهم مرادف للباطل إلا في بعض أبواب الفقه فيفرقون بينهما بناء على الدليل لا على أصل المعنى.

فالشافعية يفرقون بين الفاسد والباطل في الحج والخلع والعارية والوكالة والشركة والقراض^(٢)، والحنابلة يفرقون بينهما في الحج والنكاح^(٣).

قال في مختصر التحرير: «غالب المسائل التي حكموا عليها بالفساد إذا كانت مختلفاً فيها بين العلماء. والتي حكموا عليها بالبطلان إذا كانت مجمعةً عليها، أو الخلاف فيها شاذ»^(٤).

وذهب الحنفية إلى أن الفاسد والباطل بمعنى واحد في العبادات، وفرقوا بينهما في المعاملات، فقال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللهُ: الفاسد: «هو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه»^(٥)، كعقد الربا فإنه مشروع من حيث إنه بيع، وممنوع من حيث إنه عقد ربا. والباطل: «ما لم يشرع بأصله ولا بوضعه»^(٦)، كمن

(١) ينظر: المستصفى ص (٧٦)، البحر المحيط في أصول الفقه (٢/٢٤)، روضة الناظر وجنة المناظر (١/١٨٣)، مختصر التحرير شرح الكوكب المنير (١/٤٧٣).

(٢) ينظر: البحر المحيط في أصول الفقه (٢/٢٦)، غاية البيان شرح زبد ابن رسلان (١/١٤).

(٣) ينظر: المغني (٧/١١)، شرح العمدة لابن تيمية، كتاب الحج (١/١١٧-٢/٢٣٣).

(٤) (١/٤٧٤).

(٥) ينظر: كشف الأسرار شرح أصول البزدوي (١/٢٥٩).

(٦) المرجع السابق.

باع حمل الحمل الذي في بطن ناقته، أو باع الدم بدراهم، فالعقد باطل في صورتين؛ لأن الخلل في المبيع، فحمل حمل الناقة معدوم، والدم نجس.

فجعلوا الفاسد رتبة متوسطة بين الصحيح والباطل، فالعقد الفاسد إذا اتصل بالقبض يفيد الملك الخيث، والباطل لا يفيد شيئاً. والعقد الفاسد يمكن إصلاحه برد الزيادة إذا كانت هي سبب الفساد فيكون الباقي حلالاً طيباً، أما الباطل فهو لغو لا فائدة فيه ولا يمكن إصلاحه^(١).

وأما المالكية فلم يفرقوا بينهما في العبادات وتوسطوا بين قول الحنفية الذين يثبتون التفريق بينهما، وبين قول الشافعية والحنابلة الذين لا يفرقون بينهما في التسمية لا في الحكم، فالمالكية لم يفرقوا بين الباطل والفساد في التسمية، ولكنهم قالوا: البيع الفاسد يفيد شبهة الملك فيما يقبل الملك، فإذا لحقه أحد أربعة أشياء يقدر الملك بالقيمة وهي: حوالة الأسواق، وتلف العين، ونقصانها، وتعلق حق الغير بها على تفصيل لهم في ذلك^(٢).

والراجح - والله أعلم - هو ما عليه الجمهور، وهو أن الأصل هو عدم التفريق بين الفاسد والباطل في العقود؛ لأن كل ممنوع بوصفه فإنه ممنوع بأصله، ولا دليل على التفريق بينهما^(٣).

وعلى هذا فيكون تعريف الفاسد: «ما لا يتعلق به النفوذ، ولا يحصل به المقصود»^(٤).

(١) ينظر: التقرير والتحرير علي تحرير الكمال بن الهمام (٢/١٥٥)، تيسير التحرير (١/١٧٣).

(٢) ينظر: القوانين الفقهية (١/١٧٢).

(٣) ينظر: المستصفي (١/٧٦)، تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد (١/٧٢).

(٤) ينظر: الفقيه والمتفقه (١/١٩١)، اللمع في أصول الفقه للشيرازي.

والمراد بالنفوذ في العقود هو التصرف الذي لا يقدر فاعله على رفعه كالعقود اللازمة من البيع والإجارة والوقف والنكاح، فإن العقد الفاسد لا يفيدها^(١).

المسألة الثانية: تعريف الشركة لغة واصطلاحاً:

الشركة لغة:

هي الاختلاط أي خلط أحد المالين بالآخر بحيث لا يمتازان عن بعضهما، وهي مأخوذة من الشرك.

والشركة على وزن كلمة بفتح الأول وكسر الثاني إذا صرت له شريكاً، وجمع الشريك شركاء وأشراك، وشركت بينهما في المال شريكاً وأشركته في الأمر جعلته لك شريكاً، ثم خفف المصدر -شركة- بكسر الأول وسكون الثاني، وغلب استعمال المخفف^(٢).

وأما الشركة اصطلاحاً:

فقد اختلفت عبارات المذاهب في تعريفها، وأجمع تعريف لها هو تعريف الحنابلة، وهو أنها: «الاجتماع في استحقاق أو تصرف»^(٣).

فقد جمع بين نوعي الشركة -الأمالك والعقود- وهو مشتمل على جميع صور شركة العقود.

(١) ينظر: مختصر التحرير شرح الكوكب المنير (١/٤٧٤).

(٢) ينظر: المصباح المنير، مادة (شرك)، (١/٣١١)، لسان العرب (١٠/٤٤٨)، تاج العروس، مادة (شرك)، (٢٧/٢٢٣).

(٣) الشرح الكبير على متن المقنع (٥/١٠٩)، كشف القناع عن متن الإقناع (٣/٤٩٦).

فالاتّماع في الاستحقاق: كشركة الإرث والوصية والهبة في عين أو منفعة، وتسمى هذه أيضاً: «شركة الأملاك»، ويبحث أهل العلم أحكامها في أبواب الشفعة القسمة ونحوها.

والاتّماع في التصرف: وهو ما يعرف بـ «شركة العقود»، وهي المقصودة هنا بالبحث.

وتعرف شركة العقود بأنها: عقد بين اثنين فأكثر للاشتراك في ربح مال لهما عملاً فيه، أو لأحدهما عمل فيه الآخر، أو في ربح عملها من دون مال^(١).

المسألة الثالثة: تعريف السبب لغة واصطلاحاً:

السبب لغة:

الحبل أو الخيط، والجمع أسباب، وبينى وبين فلان سبب، أي حبل يوصل^(٢)، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿مَنْ كَانَ يَظُنُّ أَنْ لَنْ يَنْصُرَهُ اللَّهُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ فَلْيَمْدُدْ بِسَبَبٍ إِلَى السَّمَاءِ ثُمَّ لِيَقْطَعْ﴾^(٣)، قال الفراء رَحِمَهُ اللَّهُ: «معنى الآية من كان يظن أن لن ينصر الله محمداً بالغلبة، فليشدد في سماء بيته حبلاً، ثم ليختنق به»^(٤).

(١) لم أجد أحداً من المذاهب عرف شركة العقود تعريفاً جامعاً يشمل جميع صورها، فكل مذهب يعرفها من وجهته، فيخرجون المضاربة، ويذكرون بعض ما يختصون به من شروط، ولذا عرفتها بنفسها مستفيداً من تعريف الحنفية: «هي عبارة عن عقد بين المتشاركين في رأس المال والربح» رد المحتار (٣/٣٦٤).

(٢) ينظر: تهذيب اللغة (١/١٢٩)، لسان العرب (٨/٢٨١).

(٣) سورة الحج: ١٥.

(٤) ينظر: التفسير البسيط للواحدى (١٥/٣٠٨).

ثم استعير لكل ما يتوصل به إلى شيء، كقوله تعالى ﴿وَتَقَطَّعَتْ بِهِمُ الْأَسْبَابَ﴾^(١)، أي: الوصل والمودات^(٢).

وأما السبب اصطلاحاً:

فقد اختلفت تعريفات العلماء له، وأفضل هذه التعريفات ما عرفه به القرافي بأنه: «ما يلزم من وجوده الوجود، ومن عدمه العدم لذاته»^(٣).

فقوله: «ما يلزم من وجوده الوجود»: احتراز من الشرط، لأنه لا يلزم من وجوده الوجود.

وقوله: «ومن عدمه العدم»: احتراز من المانع، لأنه لا يلزم من عدمه وجود ولا عدم.

وقوله: «لذاته»: احتراز مما لو قارن السبب فقدان الشرط أو وجود المانع، كوجود الدين في نصاب الزكاة، فإن سبب وجوب الزكاة هو مضي الحول على النصاب، ومع ذا فإن كان هناك دين ينقص النصاب فلا تجب الزكاة، لا لاختلال السبب، وإنما لوجود المانع.

(١) سورة البقرة: ١٦٦.

(٢) ينظر: زاد المسير (١/١٣١).

(٣) الفروق للقرافي (٤/٢١٦).

المسألة الرابعة: تعريف الأثر لغة واصطلاحاً:

الأثر لغة:

مفرد آثار، وله ثلاثة أصول: «تقديم الشيء، وذكر الشيء، ورسم الشيء الباقي»^(١)، ويطلق الأثر في كلام العرب ويراد به عدة معان، منها: النقل، يقال: أثرت الحديث أثراً أي: نقلته، ومنها بقية الشيء، يقال: أثر الدار أي: بقيتها. ومنها: العلامة، يقال: أثرت فيه تأثيراً، جعلت فيه أثراً وعلامة. ومنها: النتيجة، وهو ما يترتب على الشيء: فيقال: آثار النكاح، أي الأشياء المترتبة على النكاح^(٢).

وأما في الاصطلاح:

فلم أجد تعريفاً للأثر عند الفقهاء، لكنهم يستخدمون الأثر غالباً ويريدون به النتيجة وما يترتب على الشيء من أحكام، فيقولون: «فصل: في الأثر المترتب على توبة شاهد الزور»^(٣)، و«فصل في آثار الحوالة»^(٤) و«فصل في آثار الحجر»^(٥)، وهذا المعنى هو المقصود في هذا البحث.

(١) مقاييس اللغة، مادة (أثر)، (٥٣/١).

(٢) ينظر: المصباح المنير، مادة (ء ث ر)، (٤/١)، القاموس المحيط (١/٣٤١)، لسان العرب (٤/٥)، تاج العروس، مادة (أثر) (١٣/١٠)، المعجم الوسيط (١/٥)، معجم لغة الفقهاء (١/٤٢).

(٣) الحاوي الكبير (١٦/٣٢١).

(٤) الكافي (٢/١٢٥).

(٥) نيل المآرب بشرح دليل الطالب (١/٣٩٥).

المطلب الثاني: مشروعية الشركة وأقسامها:

الشركة ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع؛ أما الكتاب فقوله **سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ ءَامَنُوا﴾** (١) الآية، والخلطاء هم الشركاء.

ومن السنة ما روي عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «يقول الله عَزَّ وَجَلَّ: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما» (٢).

وأجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة (٣)، وإنما اختلفوا في أنواع منها.

وقد سبق أن الشركة على ضربين: شركة أملاك وشركة عقود، وأن المراد بحثه هنا هو شركة العقود، وقد اختلف أهل العلم في أقسامها.

فالحنفية قسموا الشركة إلى قسمين:

(١) سورة ص: ٢٤.

(٢) رواه أبو داود، كتاب البيوع، باب الشركة، رقم (٣٣٨٣)، والدارقطني، كتاب البيوع (١٣٩)، والحاكم، كتاب البيوع (٥٢/٢)، من طريق محمد بن الزبرقان أبي همام عن أبي حيان التيمي عن أبيه عن أبي هريرة. وضعفه الألباني لجهالة أبي حيان التيمي، وللإختلاف في وصله. ينظر: إرواء الغليل (٥/٢٨٨-٢٨٩).

(٣) ينظر: الإفصاح لابن هبيرة (٣/٢)، مراتب الإجماع ص (٩٣)، المغني (٧/١٠٩)، الاختيار لعليل المختار (١٣/٣).

القسم الأول: شركة العنان: «وهي أن يشترك اثنان في نوع بر أو طعام أو يشتركان في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة»^(١).

القسم الثاني: شركة المفاوضة: وهي «أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما، فيفوض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق إذ هي من المساواة»^(٢).

فالفرق بين المفاوضة والعنان عند الحنفية أن المفاوضة قائمة على الوكالة والكفالة، بخلاف العنان فهي قائمة على الوكالة دون الكفالة.

وكلٌّ من العنان والمفاوضة له ثلاثة أنواع: شركة بالأموال، وشركة بالأعمال -وتسمى شركة الأبدان وشركة الصانع، وشركة بالتقبل- وشركة الوجوه^(٣).

وأما المالكية والشافعية فإنهم يجعلون الشركة على أربعة أنواع:

النوع الأول: شركة العنان: وهي أن يشترك اثنان بإليهما ليعملا فيه بدينهما، وربحه لهما، فينفذ تصرف كل واحد منهما فيها بحكم الملك في نصيبه، والوكالة في نصيب شريكه^(٤).

النوع الثاني: شركة الوجوه: وهي أن يشترك اثنان فأكثر ممن لهم وجهة عند الناس وحسن سمعة، على أن يشتروا السلع في الذمة إلى أجل، مشتركين

(١) بداية المبتدي ص(١٢٧)، وينظر: التتف في الفتاوى للسغدي (١/٥٣٣)، المبسوط للسرخسي (١١/١٥٢).

(٢) الهداية في شرح بداية المبتدي (٣/٥).

(٣) ينظر: درر الأحكام شرح غرر الأحكام (٢/٣١٩).

(٤) ينظر: التاج والإكليل (٧/٩٠)، روضة الطالبين (٤/٢٧٥).

أم منفردين، ويكون المشتري مشتركاً بينهم، ثم يبيعوا تلك السلع، فما كان من ربح كان بين الشركاء، يقتسمونه بالسوية أو حسب الاتفاق^(١).

النوع الثالث: شركة الأبدان: وهي أن يشتركا فيما يكتسبان بأبدانها من المباح، كالحطب، والحشيش، وغير ذلك من المباحات، وفي الصناعات كذلك^(٢).

النوع الرابع: شركة المفاوضة: وقد اختلفوا في حدها.

فعرها المالكية بقولهم: «أن يفوض كل واحد منهما إلى صاحبه التصرف في ماله مع غيبته وحضوره، ويلزمه كل ما يعمله شريكه»^(٣).

وعرفها الشافعية: «بأن يشترك اثنان ليكون بينهما ما يكسبان ويربحان ويلتزمان من غرم وينا لان من غنم»^(٤).

وأما الحنابلة فيجعلون الشركة على خمسة أنواع، الأربعة السابقة إضافة إلى شركة المضاربة^(٥)، وهي أن يدفع ماله إلى آخر يتجر فيه، والربح بينهما^(٦)،

(١) ينظر: التاج والإكليل (٧/٩١)، جواهر العقود (١/١٥٢).

(٢) ينظر: التاج والإكليل (٧/٩٤)، تحفة المحتاج (٥/٢٨٢).

(٣) الكافي في فقه أهل المدينة (٢/٧٨٣)، بداية المجتهد (٤/٣٧).

(٤) المجموع شرح المذهب (١٤/٧٣)، روضة الطالبين (٤/٢٧٩).

(٥) أهل العراق يسمونه مضاربة، مأخوذة من الضرب في الأرض، وهو السفر فيها للتجارة، وقيل: من ضرب كل واحد منهما بسهم في الربح. ويسميه أهل الحجاز القراض، وبه يسميه المالكية والشافعية قيل: هو مشتق من القطع، يقال: قرض الفأر الثوب، إذا قطعه. فكان صاحب المال اقتطع من ماله قطعة، وسلمها إلى العامل، واقتطع له قطعة من الربح. ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة (٢/٧٧١)، العزيز شرح الوجيز (١٢/٢)، المغني (٥/١٩).

(٦) ينظر: الشرح الكبير (٥/١٣٠).

فهم يجعلونها من أنواع الشركة، بينما الحنفية والمالكية والشافعية لا يعدونها من أنواعها، وإنما هو عقد مستقل له أحكامه^(١).

كما أن الحنابلة يجعلون شركة المفاوضة على ضربين:

الأول: أن يشتركا في جميع أنواع الشركة، مثل أن يجمعوا بين شركة العنان والوجوه والأبدان، دون أن يدخل الربح النادر والخسارة النادرة.

الثاني: أن يشتركا فيما يحصل لكل واحد منها من ربح وخسارة، ويدخلان الربح النادر كالميراث واللقطة، ويلزم كل واحد منها ما يلزم الآخر من أرش جنائية، وقيمة متلف، ونحو ذلك^(٢).

وفي هذا البحث سأسير - بإذن الله تعالى - على تقسيم الحنابلة؛ لأنه يشتمل على الأقسام الأخرى ويضيف إليها المضاربة.

المطلب الثالث: شروط عقد الشركة^(٣):

لعقد الشركة ستة شروط اتفق أهل العلم عليها، وهي:

الشرط الأول: أهلية الوكالة:

أي: أن يكون كل شريك أهلاً لأن يوكل ويتوكل، بأن يكون كل منهما عاقلاً بالغاً غير محجور عليه لحظ نفسه.

(١) ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي (٦/٢٠٢)، مغني المحتاج (٣/٣٩٧).

(٢) ينظر: كشاف القناع (٣/٥٣١)، شرح منتهى الإرادات (٢/٢٣٢).

(٣) تنقسم شروط عقد الشركة إلى شروط متفق عليها وشروط مختلف فيها، وسأذكر في هذا المطلب الشروط المتفق عليها في عقد الشركة، أما الشروط المختلف فيها فستذكر ضمننا في مطلب أصول المذاهب في الشركات وأسباب فسادها.

وذلك لأن الوكالة لازمة في عقد الشركة، فهي قائمة على أن يصير كل واحد منهما وكيل صاحبه في التصرف بالشراء والبيع، وتقبل الأعمال؛ فيلزم أن يأذن كل واحد من الشريكين لصاحبه بذلك، والوكيل هو المتصرف عن إذن المالك، فيشترط في الشركة أهلية الشريك لأن يوكل غيره ويتوكل^(١).

الشرط الثاني: أن يكون رأس مال الشركة معلوماً:

فلا يجوز أن يكون مجهولاً، ولا جزافاً؛ لأنه إن كان مجهولاً فلا يمكن الرجوع إليه عند المفاصلة، ولأن الربح - وهو مقصود الشركة - لا يكون إلا بعد اكتمال رأس المال، فالجهالة فيه تؤدي إلى جهالة الربح^(٢).

الشرط الثالث: أن يكون رأس مال الشركة عيناً لا ديناً:

اتفقت المذاهب الأربعة على عدم صحة الشركة إن كان رأس المال ديناً في ذمة أجنبي يحتاج إلى تحصيل^(٣)؛ لأن المقصود من الشركة الربح، وذلك عن طريق التصرف، والتصرف لا يمكن في الدين، فلا يتحقق المقصود من الشركة، ولأن المدين قد لا يدفع الدين^(٤).

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥٩/٦)، مواهب الجليل (١١٨/٥)، العزيز شرح الوجيز (١٠/٤٠٤)، المبدع (٣٨٥/٤)، شرح منتهى الإرادات (٢/٢١٠).

(٢) ينظر: درر الأحكام شرح غرر الأحكام (٣١١/٢)، اللباب شرح الكتاب (١٣٦/٢)، المقدمات والمهدات (١٦/٣)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٨٨/٧)، كشف القناع (٤٩٧/٣).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٦٠/٦)، الكافي (٧٧٢/٢)، الحاوي الكبير (٣٠٩/٧)، الإنصاف (٣١٩/٥)، كشف القناع (٤٩٧/٣).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٦٠/٦)، كشف القناع (٤٩٧/٣)، وقد أجاز المضاربة بالدين بعض الحنابلة، نصر ذلك ابن القيم رَحِمَهُ اللهُ وقال: «وليس في الأدلة الشرعية ما يمنع =

الشرط الرابع: معرفة مقدار ما لكل واحد منهما من الربح:

فيشترط في الشركة أن يعرف كل واحد من الشريكين نصيبه من الربح؛ لأن الربح هو المعقود عليه، فجهاالته توجب فساد العقد^(١).

الشرط الخامس: أن يكون نصيب كل منهما جزءاً مشاعاً من الربح:

فيشترط أن يكون نصيب كل واحد من الشريكين جزءاً مشاعاً من الربح كالثلث والنصف، فلا يصح أن يشترط لأحدهما مالاً معلوماً، كأن يكون له مائة أو ألف، فهذا يبطل الشركة بالاتفاق^(٢)؛ لأنه ربما لا يربح إلا الألف فقط، ويبقى الثاني لا ربح له، والشركة مبنية على أصل وهو اشتراك الشريكين في المغنم والمغرم.

الشرط السادس: أن تكون الشركة على أمر مباح:

فلا تجوز الشركة على الأعمال المحرمة، كالشركة على إنشاء البنوك الربوية، أو على صالات القمار، والميسر، أو على غيرها من الأعمال المحرمة؛

= من جوازه، ولا يقتضي تجويزه مخالفة قاعدة من قواعد الشرع، ولا وقوعاً في محذور، ولا غرر، ولا مفسدة، وتجويزه من محاسن الشريعة» إعلام الموقعين (٣/٢٦٣). وفي معيار أيوفي نصوا على المنع من جعل رأس مال الشركة ديناً إلا أن يكون تابعاً لغيره مما يصح جعله رأس مال للشركة. ينظر: المغني (٥/٥٣)، المعايير الشرعية ص (١٩٠).

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٦/٥٩)، التاج والإكليل (٧/٤٤٣)، المجموع شرح المهذب (١٤/٣٦٥)، مطالب أولي النهى (٣/٥١٠).

(٢) ينظر: الإجماع لابن المنذر ص (٩٣)، تحفة الفقهاء (٣/٢٠)، مواهب الجليل (٥/٣٠٨)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٧/١٩٤)، الإقناع في فقه الإمام أحمد (٢/٢٥٣).

لأن ربح الشركة ناتج عن العمل، وما نتج عن عمل وما نتج عن المحرم فهو محرم^(١).

المطلب الرابع: حكم الدخول في الشركة الفاسدة:

الشركة الفاسدة داخلة في العقود الفاسدة، ولا يجوز التلبس بالعقد الفاسد مع العلم بفساده باتفاق الفقهاء، سواء قيل أنه ينعقد أو قيل بعدم انعقاده، وسواء قيل بالتفريق بين الباطل والفاسد، أو قيل بعدم التفريق، فالدخول في هذه العقود معصية لله تعالى، ومخالفة لأمره.

جاء في الهداية في شرح بداية المبتدي: «(فصل: في الشركة الفاسدة) ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد، وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه»^(٢)، فنص على عدم الجواز فيما حكم عليه بالفساد.

وجاء في المدونة أن ابن القاسم رَحِمَهُ اللهُ سئل عن عدة مسائل في المدونة كانت الشركة فيها فاسدة عند مالك، فأجاب بقوله: «لا يجوز هذا عند مالك»^(٣).

وجاء في تحفة المحتاج: «لو اشترى بالعين وكان عالماً بالعيب فإنه لا يقع لواحد منهما ويحرم لتعاطيه عقداً فاسداً»^(٤)، فتعليه يدل على حرمة تعاطي

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين (٤/٣٢٢).

(٢) (٣/١٣).

(٣) (٣/٦٠٧-٦١٠).

(٤) (٥/٣٢١).

جميع العقود الفاسدة، وكذا عبروا عن فساد الشركة في عدة مواطن بقولهم: «لا يجوز»^(١).

وجاء في كشف القناع: «ويحرم تعاطيها عقداً فاسداً» من بيع أو غيره»^(٢)، كما أنهم عبروا عن فساد الشركة في عدة مواطن بقولهم: «لا يجوز»^(٣).

وأما الاستمرار في الشركة الفاسدة بعد العلم بفسادها فقد نقل ابن رشد الحفيد الاتفاق على عدم جواز ذلك في المضاربة فقال: «واتفقوا على أن حكم القراض الفاسد فسخه ورد المال إلى صاحبه ما لم يفت بالعمل»^(٤)، ولكن هذا الاتفاق محل نظر، فإن المالكية نصوا على أن لازم قولهم أن العامل في القراض الفاسد يستحق نصيب المثل هو أن العقد فيها يتمادى ولا يفسخ حتى بعد العلم، فقد جاء في شرح الخرشي لخليل: «ما وجب فيه قراض المثل إذا عثر عليه في أثناء العمل لا يفسخ العقد ويتمادى العامل كالمساقاة الفاسدة بخلاف ما لو وجب فيه أجره المثل فإن العقد يفسخ متى عثر عليه ولا يمكن من التمادي»^(٥)، وسيأتي - بإذن الله - أن الجمهور يقولون بأن له أجره المثل، فعليه يفسخ العقد ولا يجوز التمادي فيه^(٦).

(١) الحاوي الكبير (٦/٤٧٢-٤٧٩)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٦/٣٦٤)، نهاية المحتاج (٧/٥).

(٢) (٣/٢٤٥).

(٣) ينظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/١٤٦)، المغني (٥/١٣).

(٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/٢٦)، وينظر: الذخيرة للقرافي (٦/٤٦).

(٥) (٦/٢٠٧).

(٦) ص ٦٧.

ويُقاس على المضاربة بقية أنواع الشركة، وذلك لأن المعنى واحد في الجميع، وهو أن العقد فاسد، فلم يجب المسمى في العقد، فبطل التراضي الذي يقوم عليه العقود، فوجب عدم التهادي في العقد، بل يفسخ بمجرد العلم بفساده.



المبحث الأول أصول المذاهب فيما يصح من الشركات، وأسباب فسادها

المطلب الأول: أصول المذاهب فيما يصح من الشركات:

تقدم نقل الإجماع على جواز الشركة في الجملة^(١)، ولكن اختلفت المذاهب اختلافاً كبيراً فيما يصح من أنواع الشركات وما لا يصح، وعلى الأصول التي يبنى عليها هذا الباب.

فأضيق المذاهب في باب الشركات^(٢) هو مذهب الشافعية، فإنهم لا يجيزون من شركات العقود إلا ما كان تابعاً لشركة الأملاك، فلا يجيزون منها إلا شركة العنان^(٣)، ولا تحصل القسمة عندهم بعقد، بل يجب أن تكون على قدر رأس المال، فإن شرط أحدهما على الآخر ربحاً زائداً على نصيبه من رأس المال فسدت الشركة^(٤).

وكذا فإنهم يشترطون خلط المالين، فإن عقدا الشركة قبل خلط المالين لم تصح^(٥).

(١) راجع ص ٢٣.

(٢) تقويم المذاهب من حيث الضيق والسعة في باب الشركات يكون في الجملة، لا في جميع الفروع، فقد تكون بعض المذاهب أوسع من غيرها في بعض المسائل دون بعض، ولكن الحكم النهائي يكون بالنظر إلى جملة المسائل، وهي مسألة اجتهادية تقديرية.

(٣) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي (٦/ ٣٦٥).

(٤) ينظر: العزيز شرح الوجيز (١٠/ ٤٠٥).

(٥) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي (٦/ ٣٦٧).

ويشترطون أيضاً أن يكون رأس مال الشركة من النقود، فلا تصح الشركة بالعروض عندهم مطلقاً^(١).

وكذا لا يجوزون جميع صور شركة الأبدان سواء اتفقت صنعة الشريكين، أو اختلفت، وسواء كانت في صناعات أو في تملك مباحات أو غير ذلك^(٢).

ولا يصححون أيضاً شركة الوجوه مطلقاً^(٣).

وأما شركة المفاوضة فهي أفسد الشركات عند الشافعية، حتى قال الشافعي رَحْمَهُ اللهُ: «لا أعلم في الدنيا شيئاً باطلاً إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة، ولا أعلم القمار إلا هذا، أو قُلُّ منه»^(٤).

وأما المضاربة فقد جعلوها من باب الإجارة، وجوزوها تبعاً لأجل الحاجة وللإجماع على جوازها، لا لوفيق القياس، حيث إنها عندهم إجارة مجهولة الأجر، فالعامل عندهم وكيل مستعجل وليس بشريك وما يخصه من الربح أجرة لا يملكها بالظهور، وإنما يملكها بالقبض^(٥).

ثم يلي الشافعية في ذلك مذهب المالكية، فهم يرون أن عقد الشركة متضمن لعقد البيع، قال القرافي في الذخيرة: «فعقد الشركة في المال بيع، يبيع كل واحد منهما نصف متاعه بنصف متاع صاحبه، لكنه بيع لا مناجزة

(١) ينظر: الجوهرة النيرة (١/ ٢٨٧).

(٢) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي (٦/ ٣٧٢).

(٣) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي (٦/ ٣٧٤).

(٤) الأم للشافعي (٣/ ٢٣٦).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٧/ ٣٢٦).

فيه؛ لبقاء يد كل واحد منهما على ماله بسبب الشركة»^(١)، وعلى هذا فالعقد عندهم لازم^(٢).

وهم يميزون من أنواع الشركة العنان والأبدان والمفاوضة، ولا يشترطون في العنان خلط المالكين، ولكنهم يجعلون الخلط شرطاً للضمان، فلو ضاع المال بعد الخلط فهو من مال الشركة، وإن ضاع قبل الخلط فهو من مال صاحبه، والكسب بينهما مطلقاً حصل خلط أو لم يحصل^(٣).

وهم في قسمة الأرباح كالشافعية، يشترطون أن يكون الربح على قدر رأس المال في العنان والمفاوضة^(٤).

كما أنهم يصححون الشركة في العروض، مثلية كانت أو قيمية، اتفقت جنساً أم اختلفت، على أن تكون قيمتها المتفق عليها يوم العقد هي رأس مال الشركة^(٥).

ولكنهم يشترطون أن يكون رأس المال من جنس واحد إن كان من نقد، لما تقدم من أنهم يجعلون العقد متضمناً للبيع، فإن اختلف النقد كان صرفاً وشركة، ولا يجوز عند مالك أن يجتمعا، فإن كان من عروض أو كان أحدهما نقوداً، والآخر عروضاً فلا يشترطون ذلك؛ لانتفاء المحذور^(٦).

(١) (٨ / ٢١).

(٢) ينظر: الذخيرة (٨ / ٥١)، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢ / ٢٠٢).

(٣) ينظر: الفواكه الدواني (٢ / ١٢٠)، حاشية العدوي (٢ / ٢٠٢).

(٤) ينظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٢ / ٦٠٦).

(٥) ينظر: شرح الزرقاني على مختصر خليل (٦ / ٧٦).

(٦) ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة (٢ / ٧٨١)، الذخيرة (٨ / ٤٥).

وأما في شركة الأبدان فهم يميزونها حتى في تملك المباحات^(١)، ولكنهم يشترطون فيها اتحاد المكان والصنعة أو تلازمها^(٢). وأما شركة الوجوه فلا يميزونها كالشافعية^(٣).

وأما المفاوضات فيميزونها، ولا يشترطون أن تكون في كل المال كالحنفية، بل له أن ينفرد ببعض ماله، ولا يشترطون التساوي في رؤوس الأموال، بل يجعلونها كالعنان^(٤).

وأما المضاربة فهم كالشافعية، يرون أنها من باب الإجارة، وإنما أبيحت للحاجة على خلاف القياس، جاء في التوضيح للخليل: «وهو -يعني القراض- مستثنى من الإجارة المجهولة، ومن سلف جر منفعة»^(٥).

ويلى المالكية في ذلك مذهب الحنفية فهم يميزون عقد الشركة على أنه عقد مستقل، فيميزون الشركة بالأموال -سواء كانت عنانا أو مفاوضة- ولو زادت حصة أحد الشريكين على رأس المال، ولا يشترطون خلط المالكين، إلا المكيل والموزون والعدديات المتقاربة فلا تصح الشركة بها قبل الخلط^(٦).

(١) لوامع الدرر في هتك أستار المختصر (٦٩/١٠).

(٢) والمراد بالتلازم: أن يقف أحد العاملين على الآخر: كأن يقوم أحدهما بالغوص لطلب اللؤلؤ والثاني يمسك عليه، ويحذف، أو أحدهما يصوغ، والثاني يسبك له، وهكذا. ينظر: الشرح الصغير (٤٧٤/٣).

(٣) ينظر: الذخيرة (٢٩/٨)، القوانين الفقهية (١٨٧/١).

(٤) ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة (٧٨٣/٢)، القوانين الفقهية (١٨٧/١).

(٥) (٣١/٧).

(٦) ينظر: تحفة الفقهاء (٦/٣).

وهم كالشافية أيضاً في اشتراط أن يكون رأس المال من النقود، فلا يصححونها في العروض^(١).

ويجيزون شركة الأبدان - ويسمونها الشركة بالأعمال وشركة الصنائع - ولا يشترط اتحاد المكان ولا اتحاد الصنعة، ولكنهم يشترطون أن تكون مما يصح الوكالة فيه، فلا يصححون شركة الأبدان في تملك المباحات^(٢).

وأما شركة الوجوه فهم يجيزونها بشرط أن يكون الربح على قدر ملكهما، ولا يجوز أن يفضل أحدهما على ربح حصته شيئاً^(٣).

وأما المفاوضة فهم يجيزونها بشرط أن تكون في جميع التجارات، ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه، وأن يكون ما يلزم أحدهما من حقوق ما يتجران فيه لازماً للآخر، وما يجب لكل واحد منهما يجب للآخر، ويكون كل واحد منهما فيما وجب لصاحبه بمنزلة الوكيل، وفيما وجب عليه بمنزلة الكفيل عنه، ويشترطون أيضاً فيها أن يتساوى الشريكان في رؤوس الأموال في وفي الربح، فإن تفاوتتا في شيء من ذلك لم تكن مفاوضة وكانت عناناً.

وبناء على أنها قائمة على الوكالة والكفالة فلا تجوز إلا بين المسلمين الحرين البالغين العاقلين لتساويهما في أهلية الكفالة وأهلية سائر التصرفات بخلاف العبد والصبي والمكاتب والذمي والمجنون^(٤).

(١) ينظر: تحفة الفقهاء (٦/٣).

(٢) ينظر: البناية شرح الهداية (٤١٤/٧).

(٣) ينظر: تحفة الفقهاء (١١/٣).

(٤) ينظر: تحفة الفقهاء (٩/٣).

وأما المضاربة فهم كالمالكية والشافعية، يرون أنها من باب الإجارة، وأنها أبيحت للأدلة الخاصة وللحاجة، فهي على خلاف القياس، جاء في بدائع الصنائع عن عقد المضاربة: «فالقياص أنه لا يجوز؛ لأنه استتجار بأجر مجهول، بل بأجر معدوم، ولعمل مجهول، لكننا تركنا القياص بالكتاب العزيز، والسنة، والإجماع»^(١).

وأوسع المذاهب في باب الشركات مذهب الحنابلة، فهم يميزون جميع أنواع الشركة في الجملة، ولا يشترطون في العنان التساوي في رأس المال، ولا أن يكون الربح على قدر رأس المال، ولا أن يكون المال من جنس واحد، ولا أن يشتركا في العمل، ولا يشترطون خلط المالمين، وإن اشتركا دون خلط فالضمان على الشركة^(٢). ولكنهم يشترطون أن يكون رأس المال من النقود، كالحنفية والشافعية^(٣).

وأما في شركة الأبدان فهم يميزونها ولو اختلفت الصنعة، وما يتقبله أحدهما من العمل يصير في ضمانها ويطالبان به، ويلزمها عمله، فإن كان الشريك غير عارف للعمل أقام مقامه من يقوم عنه إن لزم^(٤)، كما أنهم يجزونها حتى في تملك المباحات، بناء على أصلهم في جواز الوكالة في ذلك^(٥).

(١) (٧٩/٦).

(٢) ينظر: الإقناع (٢/٢٥٢)، شرح منتهى الإيرادات (٢/٢٠٨).

(٣) ينظر: شرح منتهى الإيرادات (٢/٢٠٨).

(٤) ينظر: الإقناع (٢/٢٧١)، شرح منتهى الإيرادات (٢/٢٢٩).

(٥) ينظر: كشاف القناع (٣/٥٢٧).

وأما شركة الوجوه فيجيزونها، ويجعلون الملك فيما يشتريان بينهما على ما شرطاه، ويجعلون الربح بينهما على ما شرطاه، لا على رأس المال^(١).

وأما المفاوضة فتقدم بأنهم يجعلونها على قسمين، فإن كانت الشركة قائمة على أنواع الشركة السابقة من عنان ووجوه وأبدان ومضاربة دون أن يدخلوا فيها كسباً نادراً أو ضمناً نادراً فالشركة صحيحة، فإن أدخلوا فيها كسباً نادراً كالميراث مثلاً، أو ضمناً نادراً كأرث جنانية أو دية فلا تصح عندهم^(٢).

وأما المضاربة فهي عندهم من باب الشركات، فهم لا يجعلونها باباً مستقلاً كما تفعل المذاهب الأخرى، بل يذكرونها من أنواع الشركة، ويؤجرون عليها أحكام شركة العنان في أن كل ما جاز للشريك عمله جاز للمضارب عمله، وما منع منه الشريك منع منه المضارب، وما اختلف فيه في العنان، فهاهنا مثله، وما جاز أن يكون رأس مال العنان، جاز أن يكون رأس مال المضاربة، وما لا يجوز هناك لا يجوز هاهنا^(٣).

المطلب الثاني: أسباب فساد الشركة:

لفساد الشركة أسباب كثيرة، منها ما هو متفق عليه، ومنها ما هو مختلف فيه، ومنها ما اتفقوا على أصله واختلفوا في تحقيق المناط فيه، وفي هذا المطلب

(١) ينظر: شرح منتهى الإيرادات (٢/٢٢٨).

(٢) ينظر: كشاف القناع (٣/٥٣١).

(٣) ينظر: المغني (٥/٢٠) شرح منتهى الإيرادات (٢/٢١٥).

سأذكر أصول هذه الأسباب، وما يندرج تحت كل أصل من مسائل، سواء كانت محل وفاق أو خلاف^(١).

فأصول فساد الشركات خمسة أسباب:

السبب الأول: اختلال شرط من الشروط المتفق عليها:

سبق في التمهيد الكلام عن الشروط المتفق عليها لصحة الشركة^(٢)، فإذا اختل شرط من تلك الشروط فإن الشركة تفسد كبقية العقود التي يختل فيها بعض شروط صحتها.

ويندرج تحت هذا السبب عدة مسائل:

المسألة الأولى:

إذا كان رأس المال مشاهداً دون معرفة قدره، فهل تصح الشركة أو أن شرط معرفة رأس المال قد اختل؟

(١) فإن كان هناك خلاف في أصل السبب فسأذكره كاملاً مع الأدلة والترجيح؛ لأن السبب هو المراد ببحثه، أما إن كان الخلاف فيما يندرج تحت السبب من مسائل فسأقتصر على ذكر المذاهب ووجه إدراج المسألة تحت السبب عندهم؛ لأن هذا تابع في البحث، واستيفاء هذه المسائل بحثاً يخرج هذا البحث عن مقصوده. كما أن هناك بعض المسائل تتعدد أسباب فسادها، لذا سأعيد ذكرها عند اختلاف السبب، مع ذكر وجه الدخول.

(٢) راجع ص ٢٦.

اختلفوا على قولين:

فذهب المالكية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) إلى أنها فاسدة لأن رأس المال مجهول فلم تصح الشركة به كما لو لم يشاهدها، ولأنه لا يُدرى بكم يرجع عند المفصلة، ولما يفضي إلى المنازعة والاختلاف في مقداره فلم تصح^(٤).

وذهب الحنفية إلى صحتها إذا شهدا رأس المال؛ والقول في قدره قول العامل مع يمينه؛ لأنه أمين رب المال، والقول قوله فيما في يده فقام ذلك مقام المعرفة به^(٥).

المسألة الثانية:

جعل رأس مال الشركة أو المضاربة من العروض هل ينافي شرط معرفة رأس المال؟

إذا كان رأس المال من غير النقدين من عروض ونحوها، فإن جمهور أهل العلم من حنفية^(٦) وشافعية^(٧) وحنابلة^(٨) يرون عدم صحة الشركة

(١) ينظر: مواهب الجليل (٥/٣٥٨).

(٢) ينظر: إعانة الطالبين (٣/١١٨).

(٣) ينظر: كشف القناع (٣/٤٩٧).

(٤) ينظر: المغني (٥/٥٤).

(٥) ينظر: المبسوط (٢٢/٢٨)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/٣١١).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٦/٥٩)، تبيين الحقائق (٣/٣١٦).

(٧) ينظر: روضة الطالبين (٤/٢٧٧)، تحفة المحتاج (٥/٢٨٧).

(٨) ينظر: المبدع (٤/٣٨٩)، كشف القناع (٣/٤٩٨).

حينئذ، وقد ذكروا لذلك أسباباً كثيرة، منها ما يؤول إليه الأمر من الجهل برأس المال، الذي يؤدي إلى جهالة الربح.

ووجه ذلك: أن الشركة في العروض تؤدي إلى جهالة الربح عند القسمة؛ لأن رأس المال يكون قيمة العروض لا عينها، والقيمة مجهولة؛ لأنها معرفتها إنما تكون بالحزر والحرص، فيختل شرط معرفة قدر رأس المال، ويصير الربح مجهولاً؛ مما يؤدي إلى المنازعة عند القسمة والمفاصلة^(١).

وذهب مالك^(٢) وأحمد في رواية^(٣) اختارها ابن تيمية^(٤) وابن القيم^(٥) واختارها جمع من المحققين المعاصرين^(٦) إلى صحة أن يكون رأس المال من العروض، ويجعل رأس المال قيمتها وقت العقد؛ لأن جواز التصرف بالمالين وكون الربح بينهما هو مقصود الشركة، وهو حاصل في العروض كحصوله في الأثمان، فتصح الشركة والمضاربة بها قياساً على الأثمان، ويرجع كل واحد منهما عند المفاصلة بقيمة ماله عند العقد كما أننا جعلنا نصاب زكاتها قيمتها^(٧).

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٦/٥٩)، الشرح الكبير على متن المقنع (٥/١١٢).

(٢) ينظر: الفواكه الدواني (١/١٢٢)، شرح الزرقاني على مختصر خليل (٦/٧٦).

(٣) ينظر: الشرح الكبير على متن المقنع (٥/١١٢).

(٤) ينظر: مجموع الفتاوى (٣٠/٣٣١).

(٥) ينظر: إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان (٢/١٩).

(٦) كابن سعدي وابن عثيمين رَحِمَهُمَا اللهُ، وبه صدر معيار المشاركة من معايير أيوفي. ينظر:

المختارات الجليلة ص (٨٨)، الشرح المتمتع (٩/٤٠٧)، المعايير الشرعية ص (١٩٠).

(٧) ينظر: المغني (٥/١٣).

المسألة الثالثة:

إذا كان المال معيناً لكنه غائب، هل يأخذ حكم الدين فلا يصح أن يكون رأس مال؟

ذهب الحنفية إلى أن شرط صحة الشركة هو حضور المال عند الشراء لا عند العقد؛ لأن عقد الشركة يتم بالشراء، فيعتبر الحضور عنده، وعللوا ذلك بأن عقد الشركة يتم بالشراء، فيعتبر الحضور عنده^(١).

وأما المالكية فيشترطون حضور نقد أحد الشريكين عند العقد، ويميزون غياب الآخر بشرط أن يكون غيابه قصيراً كيومين، وألا يتجر بالحاضر إلا بعد قبض المال الغائب.

فإن غاب كلا المالين بطلت الشركة، وإن غاب أحدهما غيبة طويلة، أو اتجر بالحاضر قبل قبض الغائب بطلت الشركة^(٢).

وقد بنوا قولهم هذا على أصلهم في أن الشركة تتضمن عقد بيع، ولا يصح في البيع تأجيل العوضين^(٣).

وذهب الشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) إلى أنه يشترط حضور المال عند العقد؛ لأن المقصود من الشركة الربح، وذلك عن طريق التصرف، والتصرف لا يمكن في المال الغائب، فلا يتحقق المقصود من الشركة^(٦).

(١) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٦/ ٦٠).

(٢) ينظر: الشرح الكبير للدردير (٣/ ٣٥٠).

(٣) ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة (٢/ ٧٨١)، الذخيرة (٨/ ٤٥).

(٤) ينظر: أسنى المطالب (٢/ ٢٥٤).

(٥) ينظر: كشاف القناع (٣/ ٤٩٧).

(٦) ينظر: كشاف القناع (٣/ ٤٩٧).

وكذا فإن الشافعية يشترطون خلط المال قبل انعقاد الشركة كما سيأتي بحثه - بإذن الله-، والمال الغائب لا يمكن تصور خلطه قبل انعقاد الشركة^(١). إلا أن الحنابلة يرون أن الشركة إذا عقدت بمال غائب، أو دين في الذمة، وأحضر المال، وشرع الشريكان في التصرف، فإن الشركة تنعقد بهذا التصرف نفسه^(٢).

السبب الثاني: اشتغال عقد الشركة على جهالة:

يشترط في عقد الشركة ألا تشتمل على جهالة وغرر؛ لأن الغرر من أسباب فساد العقود ومنها الشركة، وقد نهى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عنه^(٣)، وقد اتفق الفقهاء على إبطال عقود المعاوضات إن كانت تشتمل على غرر كثير لم تدع الحاجة إليه^(٤).

ويندرج تحت هذا السبب عدة مسائل:

المسألة الأولى: الجهالة في شركة الأبدان:

ذهب الشافعية إلى فساد شركة الأبدان؛ لما تحتويه من غرر؛ لأن كل واحد من الشريكين لا يدري كم سيكسب هو وكم مكسب صاحبه، وهذا هو عين الغرر^(٥).

(١) ينظر: الغرر البهية شرح البهجة الوردية (١٦٨ / ٢).

(٢) ينظر: كشاف القناع (٤٩٧ / ٣).

(٣) رواه مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، رقم (١٥١٣).

(٤) ينظر: الإشراف لابن المنذر (٢٧ / ٦)، أحكام القرآن للجصاص (٦٤٠ / ١)،

الاستذكار لابن عبد البر (٤٠٩ / ٧)، المجموع (٣١١ / ٩)، حاشية الروض المربع

(٣٥٠ / ٤).

(٥) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي (٣٧٢ / ٦)، كفاية النبيه (١٩١ / ١٠).

بينما ذهب الجمهور من حنفية^(١) ومالكية^(٢) وحنابلة^(٣) إلى أن الأصل صحة شركة الأبدان؛ بدليل اشتراك الغانمين في الغنيمة، وهم إنما استحقوا ذلك بالعمل. وما روي عن ابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «أنه شارك سعداً وعمار بن ياسر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا يوم بدر، فأصاب سعد أسيرين ولم يصب ابن مسعود وعمار شيئاً، فلم ينكر صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عليهما»^(٤). وأيضاً فإن المضاربة إنما تنعقد على العمل، فجاز أن تنعقد عليه الشركة^(٥).

ولكن اشترط مالك اتحاد الصنعتين أو تلازمهما؛ لأن في عدم اتحادهما زيادة في الغرر^(٦).

المسألة الثانية: الجهالة في شركة المفاوضة:

تقدم أن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ يراها من أبطل العقود، وأن الشافعية ساروا على إبطال هذا العقد، وذلك لما تحتويه من الغرر^(٧).

- (١) ينظر: البناية شرح الهداية (٧/ ٤١٤).
- (٢) ينظر: التلقين في الفقه المالكي (٢/ ١٦٣)، مواهب الجليل (٥/ ١٠٠).
- (٣) ينظر: الإقناع (٢/ ٢٧١)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٢٩).
- (٤) أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب الشركة على غير رأس مال، (٣٣٨٨) والنسائي في الصغرى، كتاب البيوع، باب الشركة بغير مال، (٣١٩)، وابن ماجه (٢٢٨٨)، والحديث من رواية أبي عبيدة بن عبد الله بن مسعود عن أبيه، وقد صحح ابن المديني روايته عن أبيه، وتبعه في ذلك ابن رجب، وحكم عليها بالإرسال شعبة وأبو حاتم، والذي يظهر أن حديثه ثبت عن أبيه ولو حكم عليه بالإرسال؛ لأنه إنما أخذ علم أبيه من أصحاب أبيه. ينظر: شرح علل الترمذي لابن رجب (١/ ٥٤٤).
- (٥) ينظر: المغني (٥/ ٥).
- (٦) ينظر: الذخيرة (٨/ ٣١).
- (٧) راجع ص ٣٣.

بينما صححها الجمهور على اختلاف بينهم فيما يشترط فيها.

فاشترط الحنابلة ألا تتضمن الشركة ربحاً نادراً أو ضماناً نادراً؛ لأن ذلك يفضي إلى الجهالة والغرر^(١).

وذهب الحنفية إلى اشتراط أن يخرج كل واحد منهما جميع ما يملكه من الذهب والفضة، حتى لو أن أحدهما استثنى مما يملكه درهماً لم تصح الشركة، ويكون مال أحدهما مثل مال صاحبه، ولكنهم لا يدخلون الميراث إن كان عرضاً، وإن كان نقداً فما لم يقبضه فالشركة بحالها، وإن قبضه بطلت الشركة؛ لأنه قد صار ماله أكثر من مال الآخر.

ويضمن عندهم كل شريك صاحبه فيما يلزمه سواء كان بسبب إقرار أو غصب أو ضمان أو عهدة، ويستثنون من ذلك أرش الجناية.

ويرون أن الجهالة التي تحصل في شركة المفاوضة معفو عنها، وإن لم يكن معفواً عنها حالة الانفراد كما في شركة العنان، فإنها تشتمل على الوكالة العامة، والوكالة لا تثبت في هذا العقد مقصوداً، بل ضمناً للشركة، وقد يثبت الشيء ضمناً وإن كان لا يثبت قصداً^(٢).

وأما المالكية فتقدم أنهم يرون أن معنى شركة المفاوضة أن يفوض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف في ماله مع غيبته وحضوره، ويبيع

(١) ينظر: كشاف القناع (٥/ ٥٣١).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٦/ ٥٨).

كل واحد منهما جزءاً من ماله بجزء من مال شريكه، ثم يوكل كل واحد منهما صاحبه على النظر في الجزء الذي بقي في يده، فلا يكون فيها غرر عنده^(١).

السبب الثالث: اشتغال عقد الشركة على شرط فاسد:

إذا اشتمل عقد الشركة على شرط فاسد^(٢) فإنه لا يخلو من حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون الشرط الفاسد يؤثر في جهالة الربح:

فقد نص الحنفية^(٣) والحنابلة^(٤) على أن هذا الشرط فاسد مفسد للعقد، ومثلوا له بأن يشترط المضارب جزءاً من الربح مجهولاً، أو ربح أحد

(١) ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة (٢/٧٨٣)، الذخيرة (٨/٥٤).

(٢) على اختلاف كبير في ضابط الشرط الفاسد في الشركة.

فالشرط الفاسد عند الحنفية هو: ما لا يقتضيه العقد، ولا يلائمه، ولم يرد به النص، ولم يجز به العرف، وكان فيه منفعة لأحد العاقدين أو لغيرهما من أهل الاستحقاق. وعند المالكية هو: كل شرط ينافي مقتضى العقد، أو يخل بشرط من الشروط المعتبرة في صحته شرعاً.

وعند الشافعية هو: الشرط الذي يخالف مقتضى العقد، ولم يرد الشرع بجوازه، وربما كان فيه منفعة مقصودة للمشترط في عرف الناس وعاداتهم، فإن كان لا يتضمن منفعة تقصد في عرف الناس وعاداتهم فهو لغو، لا أثر له في العقد.

وعند الحنابلة هو: ما ينافي مقتضى العقد، أو يعود بجهالة الربح، أو ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه.

ينظر: تحفة الفقهاء (٢/٥٢)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، الذخيرة للقراقي (٥/٢١٦)، مواهب الجليل (٤/٣٧٣)، المهذب في فقه الإمام الشافعي (٢/٢٣)، تحفة المحتاج (٦/٨٨)، الشرح الكبير على متن المقنع (٥/١٢٦)، كشاف القناع (٣/١٩٣).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٦/٨٦).

(٤) ينظر: الشرح الكبير على متن المقنع (٥/١٢٧).

الكيسين أو أحد الألفين أو أحد السفرتين أو ربح هذا الشهر، أو يشترط لأحدهما دراهم معلومة، فهذه شروط فاسدة مفسدة لعقد الشركة؛ لأنها تفضي إلى جهل حق كل واحد منهما من الربح أو إلى فواته بالكلية، ومن شرط المضاربة والشركة كون الربح معلوماً.

أما المالكية والشافعية فلا يتأتى عندهم هذا النوع من الشروط في شركة العنان؛ لأن الربح عندهم على قدر رأس المال^(١)، فليس هناك من الشروط ما يجعل الربح مجهولاً، فإن شرطاً تفاوتاً في الربح بطل الشرط، وأما فساد العقد فهو مذهب المالكية^(٢)، وأما الشافعية فقد اختلفوا فيه على قولين، المذهب منها بطلان العقد^(٣).

وأما الشروط الفاسدة التي تؤدي إلى جهالة في الربح في المضاربة فقد نصوا على فساد المضاربة إن وجدت^(٤).

الحالة الثانية: أن يكون الشرط الفاسد لا يؤثر في جهالة الربح:

ومثلوا لهذه الشروط بأن يشترط على المضارب أو الشريك ضمان المال أو سهما من الوضيعة، فهذه شروط فاسدة، ولكن هل يفسد العقد معها؟

(١) ينظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٦٠٦/٢)، العزيز شرح الوجيز (٤٠٥/١٠).

(٢) ينظر: الفواكه الدواني (١٢١/٢).

(٣) ينظر: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٣١٨/٢)، مغني المحتاج (٢٢٣/٣).

(٤) ينظر: الذخيرة (٤٨/٦)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (١٢٣/٥).

اختلفوا في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الشركة تفسد بهذه الشروط:

وهو مذهب المالكية^(١)، والشافعية في قول^(٢)، والحنابلة في رواية^(٣).

وعللوا ذلك بأن الشريك إنما رضي بالعقد بهذا الشرط، فإذا فسد، فات الرضى به ففسد، كالمزارعة إذا شرط البذر من العامل، وكالشروط الفاسدة في البيع^(٤).

ويناقش من وجهين:

الأول: بعدم التسليم بأن المزارعة تبطل باشتراط العامل البذر، وأن جميع الشروط الفاسدة في البيع تبطله، بل تصح المزارعة عند اشتراط البذر^(٥)، والشروط في البيع منها ما يصح معه العقد كما في حديث بريرة^(٦)، ومنها ما يبطله، فكذلك هنا.

الثاني: أن القياس على البيع مع الفارق، فالبيع عقد لازم، فإذا أبطلنا الشرط فقد يفوت التراضي، بخلاف عقد الشركة، فهي عقد جائز، فإذا فسد الشرط فللشريك أن يفسخ عند عدم الرضى دون إذن شريكه.

(١) ينظر: البيان والتحصيل (٣٥٥/١٢)، شرح مختصر خليل للخرشي (٢٠٧/٦).

(٢) ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (٢٥/٧).

(٣) ينظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (١٥٣/٢).

(٤) ينظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (١٥٣/٢).

(٥) ينظر: إلى الخلاف في مسألة اشتراط البذر إلى المغني (٣١٣/٥).

(٦) أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل، رقم (٢١٦٨)، وأخرجه مسلم، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، رقم (١٥٠٤).

القول الثاني: أن العقد لا يفسد، وإنما يفسد الشرط فقط:

وهذا مذهب الحنفية^(١) والحنابلة^(٢) وقول عند الشافعية^(٣).

أدلتهم:

الدليل الأول: أنه إذا حذف الشرط، بقي الإذن، والشركة قائمة عليه،

فتصح حينئذ^(٤).

الدليل الثاني: أنه عقد يصح على مجهول فلا تبطله الشروط الفاسدة

كالنكاح والعتاق^(٥).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - أن ما فسد من الشروط إن كان سيعود على الربح

بالجهالة فإن الشركة تفسد؛ لفوات شرط من شروط صحتها، أما إن كانت

لا تعود على شيء من شروط الصحة بالفوات فإن الشركة تصح ويفسد

الشرط، وللشريك إن لم يرض إلا بالشرط أن يفسخ العقد؛ لقوة أدلة

أصحاب هذا القول ومناقشته لأدلة القول الثاني.

(١) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (١٦/٦).

(٢) ينظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (١٥٣/٢)، كشاف القناع (٣/٥٠٤).

(٣) ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (٧/٢٥).

(٤) ينظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (١٥٣/٢).

(٥) ينظر: المغني (٥/٥١).

السبب الرابع: أن تكون الشركة فيما لا يصح فيه التوكيل:

تقدم في الشروط المتفق عليها اشتراط أهلية الوكالة عند عقد الشركة^(١)، وذلك لأن عقد الشركة قائم على عقد الوكالة، فكل واحد من الشريكين يوكل صاحبه في التصرف في ماله.

ومن ثم ذهب بعض أهل العلم إلى فساد بعض أنواع الشركة بناء على عدم صحة الوكالة فيما اشتركوا به، ومن ذلك:

المسألة الأولى:

ذهب الحنفية إلى عدم صحة شركة الأبدان في تملك المباحات كالاحتشاش والاعتنام لأن الشركة مقتضاها الوكالة، ولا تصح الوكالة في هذه الأشياء لأن من أخذها ملكها^(٢).

وأما المالكية والحنابلة فإنهم يصححون هذا النوع من الشركات؛ لأنهم يصححون الوكالة في تملك المباحات^(٣)، ولحديث ابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لما اشترك مع سعد وعمار رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فيما يأسرونه يوم بدر^(٤).

المسألة الثانية:

ذهب الحنفية إلى اشتراط ذكر الوقت أو المال أو صنفاً من السلع في شركة الوجوه، فلا يصح عندهم أن يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما دون

(١) راجع ص ٢٦.

(٢) ينظر: البناية شرح الهداية (٧/ ٤١٤).

(٣) ينظر: التلقين في الفقه المالكي (٢/ ١٦٣)، الإنصاف (٥/ ٣٥٨).

(٤) تقدم تخريجه.

أن يعين أحدهما لصاحبه ما يشتريه أو يعين قدره أو يذكر صنف المال؛ لأن الوكالة لا تصح حتى يقدر الثمن أو النوع^(١).

وذهب المالكية^(٢) والشافعية^(٣) إلى فساد شركة الوجوه؛ وعلل المالكية ذلك بأن الوكالة لا تصح في مثل ذلك، ووجه ذلك أن الذي يشتريه أحد الشريكين في شركة الوجوه يجوز أن يشتريه الآخر، ومثل هذا في الوكالة لا يجوز، وإنما يجوز ذلك في العنان لوجود الفرق المنفي ها هنا^(٤).

وأما الحنابلة فيصححون الشركة مطلقاً، سواء عيّن أحدهما لصاحبه ما يشتريه أو قدره أو ذكر صنف المال أو لم يعين شيئاً من ذلك، بل قال: ما اشترت من شيء فهو بيننا؛ لأنهم لا يسلمون أن الوكالة لا تصح إلا بذكر الثمن أو النوع، ومع التسليم فإنما يعتبر في الوكالة المفردة أما الوكالة الداخلة في ضمن الشركة فلا يعتبر فيها ذلك، بدليل المضاربة وشركة العنان فإن في ضمنها توكيلاً ولا يعتبر فيها شيء من هذا^(٥).

المسألة الثالثة:

نص الحنفية^(٦) والشافعية^(٧) والحنابلة^(٨) على فساد شركة الدالين، وعللوا ذلك بأنه لا بد فيها من وكالة، وهي على هذا الوجه لا تصح.

(١) ينظر: المبسوط (١١/١٧٩).

(٢) ينظر: الذخيرة (٨/٢٩)، القوانين الفقهية (١/١٨٧).

(٣) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي (٦/٣٧٤).

(٤) ينظر: الذخيرة (٨/٤٩).

(٥) ينظر: المغني (٥/١١)، شرح منتهى الإرادات (٢/٢٢٨).

(٦) ينظر: حاشية ابن عابدين (٤/٣/٢٢).

(٧) ينظر: العزيز بشرح الوجيز (١/٤١٣).

(٨) ينظر: شرح منتهى الإرادات (٢/٢٣١).

وقاسوها على مسألة ما لو قال أحدهما: أجر دابتك، والأجرة بينهما، فلا يصح؛ لأن الشركة الشرعية تقوم على الوكالة، ولا وكالة هنا. فإنه لا يمكن توكيل أحدهما على بيع مال الغير^(١).

وذهب الإمام أحمد رَحِمَهُ اللهُ في رواية إلى جواز هذه الشركة^(٢)، وذكر ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ أنها قياس المذهب^(٣)، واختارها الشيخ تقي الدين ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ؛ لأن بيع الدلال وشراءه بمنزلة خياطة الخياط ونجارة النجار وسائر الأجراء المشتركين، ولكل منهم أن يستنيب وإن لم يكن للوكيل أن يوكل^(٤).

المسألة الرابعة:

جعل رأس المال في الشركة من العروض.

تقدم القول في هذه المسألة وأن الجمهور على المنع من ذلك^(٥)، ومما علل به الحنفية أن معنى الوكالة من لوازم الشركة، والوكالة التي تتضمنها الشركة لا تصح في العروض، وتصح في الدراهم، والدنانير، فإن من قال لغيره: بع عَرَضك على أن يكون ثمنه بيننا لا يجوز، وإذا لم تجز الوكالة التي هي من ضرورات الشركة لم تجز الشركة^(٦).

(١) ينظر: كشف القناع (٥/٥٣٠).

(٢) ينظر: الإنصاف (٥/٤٦٢).

(٣) ينظر: الإنصاف (٥/٤٦٢).

(٤) ينظر: الفتاوى الكبرى (٥/٤٠٤).

(٥) راجع ص ٤٠.

(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٦/٥٩).

السبب الخامس: عدم خلط المالين في الشركة:

اختلف أهل العلم في اشتراط خلط المالين في عقد الشركة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: اشتراط خلط المالين في الشركة:

وهذا مذهب الشافعية^(١)، وقول عند المالكية^(٢).

أدلتهم:

الدليل الأول: أن الشركة تنبئ عن الاختلاط، والاختلاط لا يتحقق مع تميز المالين، فلا يتحقق معنى الشركة^(٣).

ونوقش: بالتسليم أن الشركة تنبئ عن الاختلاط، ولكن لا يسلم أن المراد بذلك اختلاط رأس المال، وإنما اختلاط الربح، واختلاط الربح يوجد وإن اشترى كل واحد منهما بهال نفسه على حدة؛ لأن الزيادة وهي الربح تحدث على الشركة^(٤).

الدليل الثاني: أن المالين إذا لم يخلطوا فمال كل واحد منهما يتلف منه دون صاحبه، ويزيد له دون صاحبه، فيؤدي إلى أن يأخذ أحدهما ربح مال الآخر، فلم تنعقد الشركة^(٥).

(١) ينظر: تحفة المحتاج (٥/٢٨٦).

(٢) ينظر: مناهج التحصيل (٨/١٦).

(٣) ينظر: أسنى المطالب (٢/٢٥٤).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٦/٦٠).

(٥) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي (٦/٣٦٧).

ونوقش: بأن ما يتلف من المالين غير المختلطين لا يتلف على ملك صاحبه، بل عليهما جميعاً والزيادة لهما؛ لأن الشركة اقتضت ثبوت الملك لكل واحد منهما في نصف مال صاحبه، فيكون تلفه عليهما، وزيادته لهما^(١).

القول الثاني: اشتراط الخلطة حقيقة بالمشاهدة أو حكماً بأن تكون أيدي الشريكين على المالين أو يد وكيلهما: وهذا مذهب المالكية^(٢).

واستدلوا على ذلك بأدلة القول الأول، ولكنهم أعطوا الخلطة الحكيمة حكم الخلطة الحقيقية^(٣).

القول الثالث: عدم اشتراط خلط المالين إذا عينهما أو أحضراهما: وهذا مذهب الحنفية^(٤) والحنابلة^(٥).

واستدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: لأنه عقد يُقصد به الربح فلم يشترط فيه خلط المال كالمضاربة^(٦).

(١) ينظر: المغني (١٥/٥).

(٢) ينظر: الفواكه الدواني (١٢٠/٢)، مواهب الجليل (١٤١/٥).

(٣) ينظر: مناهج التحصيل (١٧/٨)، عقد الجواهر الثمينة (٨٢١/٢).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٦٠/٦)، المبسوط (١٥٢/١١).

(٥) ينظر: الإقناع (٢٥٤/٢).

(٦) ينظر: كشاف القناع (٤٩٩/٣).

الدليل الثاني: أن الشركة تشتمل على الوكالة، فما جاز التوكيل به، جازت الشركة فيه والتوكيل جائز في المالين قبل الخلط كذا الشركة^(١).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو عدم اشتراط خلط المالين؛ لقوة أدلته ومناقشته لأدلة الأقوال الأخرى.

ويندرج تحت هذا السبب مسألتان:

المسألة الأولى: صحة شركة الأبدان:

تقدم القول في شركة الأبدان، وأن الشافعية لا يصححونها بسبب الغرر^(٢)، وقد علل الشافعية أيضاً لفسادها بعدم اختلاط المالين، والخلط عندهم شرط^(٣).

بينما خالفهم الجمهور في ذلك لعدم اشتراطهم لهذا الشرط، ولأن المالكية لا يشترطون الخلط الحقيقي.

المسألة الثانية: اشتراط كون المالين من جنس واحد:

اشترط الشافعية في عقد الشركة أن يكون رأس المال من جنس واحد، فلا يصح أن يكون من دراهم ودنانير، وبنوا هذا الشرط على وجوب خلط المالين؛ لأن الخلطة لا تكون إلا في جنس واحد^(٤).

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٦٠).

(٢) راجع ص ٤٣.

(٣) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي (٦/ ٣٧٢).

(٤) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي (٦/ ٣٦٦).

وكذا ذهب المالكية إلى اشتراط أن يكون المال من جنس واحد، ولكن أصلهم هنا مختلف عن أصل الشافعية، فعملوا المنع هنا باجتماع الصرف والشركة، بناء على أصلهم في أن كل واحد من الشريكين يبيع نصف نصيبه للآخر^(١).

ولم يشترط ذلك الحنفية^(٢) والمالكية - في قول-^(٣) والحنابلة^(٤)، لعدم اشتراطهم خلط المالمين، ولأنهما وإن كانا جنسين فقد أجرى عليهما التعامل حكم الجنس الواحد، كما في كثير من الأحكام، فكان العقد عليهما كالعقد على الجنس الواحد^(٥).

(١) ينظر: الشرح الكبير للدردير (٣/٣٥١).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٦/٧٧)، اللباب في شرح الكتاب (٢/١٢٢).

(٣) ينظر: التاج والإكليل لمختصر خليل (٧/٧٥).

(٤) ينظر: الشرح الكبير على متن المقنع (٥/١١٨)، الروض المربع ص (٤٠١).

(٥) ينظر: اللباب في شرح الكتاب (٢/١٢٢).

المبحث الثاني الآثار المترتبة على فساد الشركة

المطلب الأول: أثر فساد الشركة على التصرف:

من دخل في عقد شركة فاسد -سواء كانت شركة عنان أو مضاربة أو غيرها من أنواع الشركات- ثم تصرف في أموال الشركة ببيع أو شراء أو أي تصرف يصح أن يتصرف به في الشركات الصحيحة، فهل يصح هذا التصرف منه؟ أو نحكم على جميع هذه التصرفات بالبطلان؛ لأنها قد بنيت على شركة فاسدة؟

تحرير محل النزاع في هذه المسألة فيما يلي:

أولاً: اتفق أهل العلم على وجوب فسخ الشركة الفاسدة قبل الشروع فيها إذا علم فسادها، ويرد كل مال إلى صاحبه، فلا يثبت لعقد الشركة الفاسد أي حكم بمجرد انعقاده، وإنما تترتب الأحكام على التصرف في المال من الشركاء بعد ذلك وما ينتج عنه من ربح أو تلف^(١).

(١) ينظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٢٦/٤).

ثانياً: اتفقت المذاهب الأربعة^(١) على صحة التصرف في الشركة الفاسدة إن لم يكن سبب الفساد أهلية المتعاقدين^(٢).
وذلك لأن رب المال في الشركة أذن لشريكه في التصرف في ماله، فإذا بطل العقد بقي الإذن فملك به التصرف، كالوكيل^(٣).

ونوقش: بأن فساد العقد يقتضي فساد التصرف كالبيع، فلو اشترى الرجل شراءً فاسداً، ثم تصرف فيه، لم ينفذ تصرفه، مع أن البائع قد أذن له في التصرف^(٤).

وأجيب: بأن المشتري في عقد البيع يتصرف من جهة الملك لا بالإذن، فإن دفع البائع له السلعة فهو على أنه مالك لها، فإذا لم يملك، لم يصح تصرفه فيها، بخلاف التصرف في الشركة، ففيها يأذن رب المال لشريكه في التصرف في ماله، وما كان سبباً في فسادها لا يقدر في أصل الإذن^(٥).

(١) قال ابن رجب رَحِمَهُ اللهُ عن القاضي أبي يعلى رَحِمَهُ اللهُ: «ويمنع -أي: الشريك في الشركة الفاسدة- من التصرف فيها -أي في الشركة الفاسدة- والمنع من التصرف مع القول بنفوذه وبقاء الإذن مشكل لا سيما وقد قرر أن العامل يستحق المسمى» القواعد لابن رجب ص (٦٥). والذي يظهر -والله أعلم- أن كلام القاضي لا إشكال فيه؛ إذ يحمل المنع على ما لو علم بالفساد قبل العمل، فقد سبق نقل الاتفاق على عدم جواز ذلك، ويحمل نفوذ التصرف، واستحقاق العامل للمسمى على ما لو فات العمل ثم علموا بفساد الشركة.

(٢) نهاية المطلب في دراية المذهب (٧/٤٥٦).

(٣) نهاية المطلب في دراية المذهب (٧/٤٥٦)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٧/٢٣٠)، المغني لابن قدامة (٥/٥٢).

(٤) اعتراض ذكره ابن قدامة في المغني دون أن يذكر قائله، ينظر: المغني لابن قدامة (٥/٥٢).

(٥) البيان في مذهب الإمام الشافعي (٧/٢٣٠)، المغني لابن قدامة (٥/٥٢).

ثالثاً: إن كان سبب فساد الشركة عدم أهلية أحد الشريكين فقد نص بعض الشافعية أن التصرف حينئذ لا يصح^(١)، ولم أجد لغيرهم نصاً في هذه المسألة، ولكن يمكن أن يُجرح مذهب الحنابلة على ذلك^(٢)؛ لأن مبنى الشركة قائم على صحة الوكالة.

جاء في المغني: «ومبنى كل واحدة منهما - أي: الشركة والمضاربة - على الوكالة والأمانة»^(٣)، فنص أن عقد الشركة قائم على الوكالة.

ولا تصح الوكالة إلا بشرط الأهلية^(٤)، فإذا اختل هذا الشرط فتكون تصرفات قابض المال كتصرفات الغاصب؛ لأنه قبض المال بغير وجه حق فلا يصح تصرفه فيه، لا سيما وقد نص الحنابلة أن تصرفات الشريك صحيحة عند فساد الشركة لبقاء الإذن بالتصرف^(٥)، فمفهومه أنه إن كان سبب الفساد عدم صحة الإذن فالتصرف لا يصح.

وأما الحنفية فقد أطلقوا الكلام بصحة التصرف دون تقييد، فقد يحمل القول على إطلاقه بناء على أصلهم في العقود الفاسدة أنها تفيده الملك إذا

(١) ينظر: إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين (٣/١٢٠).

(٢) مع أني لم أجد من نص على ذلك منهم، وظاهر إطلاقهم عدم التفريق.

(٣) المغني لابن قدامة (٥/٣٧).

(٤) وقد نقل ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ الإجماع على أن الوكيل إذا جن بطلت الوكالة. ينظر: المغني

(٥/٨٩)، وعلى هذا المذاهب الأربعة، ينظر: بدائع الصنائع (٦/٣٨)، منح الجليل

(٧/٤١٦)، الحاوي للماوردي (٦/٥٠٧)، كشف القناع (٤/٣٦٩).

(٥) ينظر: مطالب أولي النهى (٣/٥١٦).

اتصلت بالقبض، ولم يفرقوا بين أسباب الفساد^(١)، وكذا يصححون بيع الغاصب للعين المغصوبة إذا ضمنه المالك، فكذلك هنا^(٢).

ومذهب المالكية أيضاً أطلقوا الصحة دون تفریق بين الأسباب، فقد يحمل قولهم على إطلاقه لاسيما مع أصلهم في الفوات، وأن المعقود عليه إذا فات في العقد الفاسد أفاد الملك، والشركة عندهم قائمة على عقد البيع^(٣).

وأما على أصل شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ فالذي يظهر أنه يصحح التصرف هنا، لأنه يرى أن من تصرف بهال غيره بلا إذن سواء كان غاصباً أو غيره، فربح في ذلك استحق العامل سهم مثله مقابل عمله، فصحح العمل بلا إذن، واستدل بفعل عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ في مشاطرة ابنه ربح تجارتهم لما تاجروا بأموال بيت المال دون إذنه، فجعلها عليهم قراضاً، فكذلك هنا^(٤).

ولعل هذا هو الصواب والله أعلم لأثر عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، ولأن النماء كان بسبب المال والعمل، فاستحق العامل نماء عمله ولو لم يصح إذن رب المال.

(١) راجع ص ١٧.

(٢) ينظر: كنز الدقائق ص (٥٨٠).

(٣) ينظر: مواهب الجليل (٤/ ٣٨١).

(٤) رواه مالك في الموطأ، كتاب القراض، باب ما جاء في القراض، (٢٥٣٤)، وصححه الألباني في إرواء الغليل (١٤٧٠).

المطلب الأول: أثر فساد الشركة على الأرباح:

المسألة الأولى: أثر فساد الشركة في أرباح شركة العنان والوجه^(١):

إذا اشترك اثنان أو أكثر شركة عنان فاسدة، كأن يشتركا في بيع السيارات وقد بذل أحدهما ثلثي رأس المال وبذل الآخر ثلثه، واشترطا أن يكون لصاحب الثلثين ١,٠٠٠,٠٠٠ ريال من الأرباح والباقي لصاحب الثلث، فهنا تفسد الشركة للشروط الفاسد الذي يؤدي إلى جهالة الربح، فكم يستحق كل واحد من الشريكين إذا ظهر للشركة أرباح.

اختلف أهل العلم في طريقة قسمة الأرباح الناتجة عن شركة العنان الفاسدة أو شركة الوجه الفاسدة على أربعة أقوال:

القول الأول: أنهما يقسمان الربح على قدر رؤوس أموالهما، دون أن يرجع أحدهما على الآخر بأجر عمله:

وهذا مذهب الحنفية^(٢).

(١) لم يفرق أهل العلم بين شركة العنان الفاسدة وشركة الوجه الفاسدة في طريقة قسمة أرباحهما، وذلك لأن من يجيز شركة الوجه يشترط أن يتفقا على نصيب كل واحد منهما من رأس المال، فتكون الشركة بعد ذلك كشركة العنان؛ إذ يشترك اثنان باليهما وعمليهما، ومن لا يجيز الشركة كالشافعية يجعلون التصرف فيها بعد ظهور الأرباح كالتصرف في شركة العنان، ولذا جمعت بينهما في مسألة واحدة.

(٢) فتح القدير للكمال ابن الهمام (٦/١٩٤). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٦/٧٧)، الهداية في شرح بداية المبتدي (٣/١٣)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي (٣/٣٢٣).

أدلتهم:

استدلوا على أن الربح يقسم على قدر رؤوس أموالهما بما يلي:

الدليل الأول: أن المسمى يسقط في العقد الفاسد، كالبيع الفاسد إذا تلف المبيع في يد المشتري، فإنه لا يرجع فيه إلى الثمن المسمى في العقد، وإنما إلى قيمته في السوق^(١).

ويناقش: بأن سقوط المسمى مُسَلَّم، لكن لا يسلم أن لكل واحد منهما قدر رأس ماله، بل الأولى أن يكون لكل واحد منهما نصيب مثله من الربح فيما لو حكمنا على الشركة بالصحة؛ لأن الأصل في العقود أن ما فسد منها فإنه مردود إلى صحيحه لا إلى صحيح غيره من العقود.

الدليل الثاني: أن الربح في الشركة تابع للمال فيتقدر بقدره، كما أن الربح تابع للبذر في الزراعة، والزيادة إنما تستحق بالتسمية، وقد فسدت فبقي الاستحقاق على قدر رأس المال^(٢).

ويناقش: بأن الربح ليس نتاج رأس المال فقط، بل هو نتاج رأس المال مع العمل، فإذا بطل المسمى نظرنا إلى رأس المال والعمل جميعاً. واستدلوا على أنه لا يرجع أحدهما على الآخر بأجر عمله بأن العمل في الشركة لا يقابل شيئاً من الربح فلم يكن لوجوده تأثير.

(١) ينظر: المغني لابن قدامة (١٥/٥).

(٢) فتح القدير للكمال ابن الهمام (٦/١٩٤)، الهداية في شرح بداية المبتدي (٣/١٣)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي (٣/٣٢٣).

ونوقش: بعدم التسليم؛ لأن حكم الشركة إذا زال بفسادها غلب فيها حكم الوكالة على عوض فاسد وذلك موجب لأجرة المثل^(١).

القول الثاني: أنهما يقتسمان الربح على قدر رؤوس أموالهما، ويرجع كل واحد منهما على صاحبه بنصف أجرة مثله، فإن تساويا تقاصا، وإن تفاضلا ترادا
الفضل:

وهذا مذهب المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

أدلتهم:

استدلوا على أن الربح يقسم على قدر رؤوس أموالهما بما استدل به أصحاب القول الأول.

واستدلوا على رجوع كل واحد منهما على صاحبه بأجر عمله بأن كل واحد من الشريكين عمل في نصيب شريكه بعقد يتبغى به العوض فوجب أن يقابل العمل فيه عوض كالمضاربة^(٥).

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٦/٤٧٨).

(٢) ينظر: المعونة على مذهب عالم المدينة (١/١١٤٣)، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب (٦/٣٥٣)، الشامل في فقه الإمام مالك (٢/٦٩٧).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٦/٤٧٨) أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٢/٢٥٨) حاشية البجيرمي على شرح المنهج = التجريد لنفع العبيد (٣/٤٥).

(٤) ينظر: كشف القناع (٣/٥٠٥).

(٥) ينظر: المجموع شرح المهذب (١٤/٧٢)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٢/٢٥٨)، شرح منتهى الإرادات (٢/٢١٤).

ويناقش: بأن العوض المطلوب من كل واحد منهما هو جزء مشاع من الأرباح، ولذا اشترطوا لكل واحد منهما ربحاً لا أجره، فإذا فسد الشرط المسمى رجعنا إلى ربح مثله لا إلى أجره مثله، لدخولهما الشركة على ذلك.

القول الثالث: التفصيل:

فإن كان المال مختلطاً تقاسماً الربح على قدر رؤوس أموالهما، ويرجع كل واحد منهما على الآخر بأجر عمله، وإن كان مال كل واحد منهما متميزاً وربحه معلوماً، فيكون له ربح ماله، ولو ربح في جزء منه ربحاً متميزاً وباقيه مختلط، كان له ما تميز من ربح ماله، وله بحصته باقي ماله من الربح.

وهذا اختيار ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ^(١).

وقد استدل على الحالة الأولى بأدلة القول الأول.

واستدل على الحالة الثانية بأن الأصل كون ربح مال كل واحد للمالكه؛ لأنه نماءه، وإنما ترك ذلك بالعقد الصحيح، فإذا لم يكن العقد صحيحاً، بقي الحكم على مقتضى الأصل، كما أن البيع إذا كان فاسداً لم ينقل ملك كل واحد من المتبايعين عن ماله^(٢).

ويناقش: بأن عدم خلط المالين لا يعني عدم عمل أحدهما بهال الآخر، فقد لا يخلط المالان، ويكون نماء أحد المالين بفضل عمل الآخر، فيستحق العامل شيئاً من هذا النماء.

(١) ينظر: المغني لابن قدامة (١٥/٥).

(٢) ينظر: المغني لابن قدامة (١٦/٥).

القول الرابع: أنهما يقتسمان الربح على ما شرطاه، ولا يستحق أحدهما على الآخر أجر عمله:

وهو رواية عن أحمد^(١) اختارها الشريف أبو جعفر^(٢).

دليلهم:

استدلوا بأن الشركة عقد يجوز أن يكون عوضه مجهولاً فوجب المسمى في فاسده كالنكاح^(٣).

ويناقش: بأن القياس مع الفارق، فالنكاح مع فساده ينعقد ويترتب عليه أكثر أحكام الصحيح من وقوع الطلاق ولزوم عدة الوفاة بعد الموت ونحو ذلك فلذلك لزم المسمى فيه كالصحيح، بخلاف الشركة هنا فإنها لا تنعقد من الأصل^(٤).

القول الخامس: أن لكل واحد من الشريكين ربح مثله:

وهذا اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية^(٥) وابن القيم^(٦).

(١) ينظر: مجموع الفتاوى (٩١/٣٠).

(٢) ينظر: الشرح الكبير على متن المقنع (١٢٨/٥).

(٣) ينظر: الشرح الكبير على متن المقنع (١٢٨/٥).

(٤) ينظر: كشف القناع (١٦٠/٥).

(٥) ينظر: مجموع الفتاوى (٩١/٣٠).

(٦) ينظر: الطرق الحكيمة ص (٢١١).

دليلهم:

استدلوا بأن العوض في العقود الفاسدة هو نظير ما يجب في الصحيح عرفاً وعادة، فكما يجب في البيع والإجارة الفاسدة ثمن المثل وأجرة المثل، وفي الجعالة الفاسدة جعل المثل، فكذلك في الشركة إن فسدت فإن المستحق لكل شريك ربح المثل^(١).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الخامس، وهو أن الواجب عند فساد الشركة ربح المثل، وذلك لما يلي:

١. قوة ما استدلوا به ومناقشتهم لأدلة الأقوال الأخرى.

٢. أننا إذا قلنا بأن الشريكين يقتسمان الأرباح بقدر رأس المال، ويعطي كل منهما نصف أجرة عمل الآخر فهذا يقتضي أن الأجرة مستحقة حتى لو كانت أكثر من كامل الربح، وحتى عند الخسارة، ومن المعلوم أن الشركاء لم يتعاقدوا على استحقاق الأجرة، وإنما تعاقدوا على الربح، فكان إعطاء كل واحد منهما نصيب مثله من الربح أولى.

المسألة الثانية: أثر فساد الشركة في أرباح شركة المضاربة:

إذا عقد اثنان بينهما عقد مضاربة فاسد، كأن يبذل صاحب المال ماله للعامل على أن يضارب به في العطور مثلاً، على أن يكون ربح الستة أشهر الأولى للعامل، وربح الستة أشهر الباقية لرب المال، فهذه مضاربة فاسدة؛

(١) ينظر: مجموع الفتاوى (٣٠/٩١).

لأن الربح ليس على سبيل الشيوخ، فإن عمل العامل في المال وربح فيه، فما نصيب كل واحد منهما من الربح؟

اختلف أهل العلم فيما يستحقه كل من العامل ورب المال في عقد المضاربة الفاسد على سبعة أقوال:

القول الأول: أن الربح كله لرب المال، وللعامل أجره المثل خسر المال أو ربح.

وهذا مذهب الحنفية^(١)، وقول عند المالكية^(٢)، وهو مذهب الشافعية^(٣) والحنابلة^(٤).

ولكن اختلف الحنفية فيما لو حصل الربح بالمضاربة الفاسدة، فقال محمد بن الحسن رَحْمَةُ اللَّهِ أَنْ للعامل أجر المثل بالغاً ما بلغ - وهذا ظاهر إطلاق الشافعية والحنابلة - وقال أبو يوسف رَحْمَةُ اللَّهِ لَا يجاوز بأجر ما سمي له^(٥).

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي (٢٢/٢٢)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (١٠٨/٦)، فتح القدير للكمال ابن الهمام (٤٤٩/٨).

(٢) ينظر: المنتقى شرح الموطأ (١٥٨/٥)، شرح مختصر خليل للخرشي (٢٠٧/٦)، التاج والإكليل لمختصر خليل (٤٤٧/٧)، الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي (٥٢٠/٣).

(٣) ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (٤٥٦/٧)، الحاوي الكبير (٣١٥/٧)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٢٥٨/٢)، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين (١٢٠/٣).

(٤) ينظر: المغني (٥٢/٥)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٤٢٩/٥)، شرح منتهى الإرادات (٢١٨/٢)، كشاف القناع عن متن الإقناع (٥١١/٣).

(٥) المبسوط للسرخسي (٢٢/٢٢).

أدلتهم:

الدليل الأول: أن الربح نماء مال رب المال، وإنما يستحق العامل نصيبه بالشرط، فإذا فسدت المضاربة فسد الشرط، فلم يستحق منه شيئاً، ولكن له أجر مثله لأنه قام بتنمية مال غيره بإذن صاحبه أملاً في العوض، فإذا لم يحصل ما أمّله، لم يجبّ عمله^(١).

ويناقش: بالتسليم بفساد المشروط، ولكن مقابل العمل لا يلزم أن يكون أجرة المثل، بل الأولى أن يكون قراض مثله؛ لأنه أقرب للتراضي والعدل، فهم قد دخلوا العقد على أنه مضاربة، وأنهم يشتركون في الربح والخسارة، فالأولى أن يكون مقابل العمل هو القراض لا الأجرة.

الدليل الثاني: أن تسمية الربح للعامل من توابع المضاربة، أو ركن من أركانها، فإذا فسدت المضاربة فسدت أركانها وتوابعها، كالصلاة، وإذا لم يجب له المسمى، وجب أجر المثل؛ لأنه إنما عمل ليأخذ المسمى، فإذا لم يحصل له المسمى وجب رد عمله إليه، وذلك متعذر، فتجب قيمته، وهو أجر مثله، كما لو تبايعا بيعاً فاسداً، وتقابضا، وتلف أحد العوضين في يد القابض له، وجب رد قيمته^(٢).

ويناقش: بما نوقش به الدليل السابق، وهو التسليم بفساد المسمى، ولكن الأولى هو جعل قراض المثل هو مقابل عمل العامل.

(١) ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (٧/٤٥٦)، المغني (٥/٥٢).

(٢) ينظر: المغني (٥/٥٢).

الدليل الثالث: أن القراض إجارة بغرر، لأن العامل يعمل في المال على جزء مما يربح فيه إن كان فيه ربح، إلا أنه استثنى من الأصول للضرورة، فإنما يجوز إذا وقع على وجهه وسنته، فإذا وقع على خلاف ذلك فليس بقراض وإن سمياه قراضاً، وإنما هو إجارة فاسدة فيرد فيها إلى إجارة مثله^(١).

ويناقش: بعدم التسليم بأن القراض إجارة بغرر، بل القراض باب آخر يختلف اختلافاً كبيراً عن إجارة، فهو من عقود الشركات لا المعاوضات، ورب المال والعامل يدخلون على الاشتراك بالربح والخسارة، فإن ربح المال تقاسموا الربح، وإن خسروا وقعت خسارة المال على رب المال وخسارة العمل على العامل.

الدليل الرابع: القياس على ما لو استأجر أجيراً في إجارة فاسدة ففادت الإجارة بالعمل، أو اشترى سلعة ببيع فاسد فتلفت السلعة فإن المستحق هنا ثمن المثل، فكذلك في المضاربة إذا فسدت وفات العمل فإننا نرجع إلى ثمن المثل للمنفعة وهي أجرة المثل^(٢).

ويناقش: بأنه في البيع الفاسد رددنا إلى مثل عوض البيع الصحيح، وفي الإجارة الفاسدة رددنا إلى مثل عوض الإجارة الصحيحة، فالقياس في المضاربة الفاسدة أن نرد إلى مثل عوض المضاربة الصحيحة.

(١) ينظر: المقدمات الممهديات (١٣/٣).

(٢) ينظر: المقدمات الممهديات (١٣/٣).

القول الثاني: أن الربح كله لرب المال، وللعامل أجرة المثل إن ربح في المضاربة، وليس له شيء إن خسر:

وهذا قول أبي يوسف من الحنفية^(١)، وهو قول عند المالكية^(٢)، ووجه عند الشافعية^(٣).

دليلهم:

استدلوا على أن له أجرة المثل إذا ربح بما استدل به أصحاب القول الأول. وعلى أنه لا أجرة له إذا خسر بأن العقد إذا فسد حمل على حكمه لو صح، فلما كان القراض الصحيح إذا لم يكن فيه ربح لم يستحق العامل شيئاً وجب إذا فسد ألا يستحق شيئاً^(٤).

ونوقش: بأن قوله إن العقد إذا فسد حمل على حكمه لو صح إنما هو في وجوب الضمان وسقوطه، ولا يحمل على حكم الصحيح فيما سوى الضمان^(٥).

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي (٢٢/٢٢).

(٢) ينظر: الاستذكار (١٦/٧)، المنتقى شرح الموطأ (١٥٨/٥)، المقدمات الممهدة (١٢/٣).

(٣) ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (٥٤٢/٧).

(٤) ينظر: المبسوط للسرخسي (٢٢/٢٢).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٣١٥/٧).

القول الثالث: أن الأصل أن يرد إلى أجره المثل:

إلا في تسع مسائل يرد فيها إلى قراض المثل، وهي: القراض بالعروض، وإلى أجل، وعلى الضمان، والمبهم، وبدين يقتضيه من أجنبي، وعلى شرك في المال، وعلى أنه لا يشتري إلا بالدين فاشترى بالنقد، وعلى أنه لا يشتري إلا سلعة معينة لما لا يكثر وجوده فاشترى غيرها، وعلى أن يشتري عبد فلان بمال القراض ثم يبيعه، ويتجر بثمنه.

وضابط قولهم: أن كل منفعة اشترطها أحدهما على صاحبه ليست خارجة عن المال، ولا خالفته فهي لمشترطها، ومتى كانت خارجة عن المال أو كانت غرراً حراماً فأجرة المثل.

وهو مذهب المالكية^(١).

دليلهم:

لم يعتمد المالكية هنا على نص أو قياس، إنما اعتمدوا على الاستحسان، قال القاضي عبد الوهاب رَحِمَهُ اللهُ: «فوجه اعتبار قراض المثل في الجملة أن الأصول موضوعة على أن شبهة كل أصل مردودة إلى صحيحه كالنكاح والبيع والإجارة، فكذلك القراض. فوجه اعتبار أجره المثل هو: أن كل عقد صحيح يوجب عوضاً مسمى للعامل بالعمل، فإذا كان فاسداً فللعامل

(١) ينظر: البيان والتحصيل (٣٥٥/١٢)، المقدمات الممهدة (١٢/٣)، الذخيرة (٤٤/٦)، التاج والإكليل (٤٤٧/٧).

أجرة المثل في عمله أصله الإجارة الفاسدة، والتفصيل الذي ذكره ابن القاسم استحسان وليس بقياس»^(١).
القول الرابع: أن للعامل المسمى بالعقد، ولا أجر له، فيأخذ أحكام المضاربة الصحيحة.

وهو قول الشريف أبي جعفر من الحنابلة^(٢).

دليله:

استدل بأن عقد المضاربة عقد يصح مع الجهالة، فيثبت المسمى في فاسده، كالنكاح^(٣).

ونوقش: بالفرق بين عقد النكاح وغيره، فالنكاح مع فساده ينعقد ويترتب عليه أكثر أحكام الصحيح من وقوع الطلاق ولزوم عدة الوفاة بعد الموت ونحو ذلك فلذلك لزم المسمى فيه كالصحيح، بخلاف الشركة هنا فإنها لا تنعقد من الأصل^(٤).

القول الخامس: أنهما لا يستحقان شيئاً من الربح، ويتصدقان به:

وهو رواية عن أحمد^(٥).

(١) المعونة على مذهب عالم المدينة (١/١١٢٨).

(٢) ينظر: المغني (٥/٥٢)، الإنصاف (٥/٤٣٠).

(٣) ينظر: المغني (٥/٥٢).

(٤) ينظر: كشاف القناع (٥/١٦٠).

(٥) ينظر: المستدرک على مجموع الفتاوى (٢/١٦١)، الإنصاف (٥/٤٣٠).

دليلهم:

استدلوا بأن تصرفات العامل بهال المضاربة غير صحيحة؛ لفساد العقد، فتأخذ أحكام تصرف الفضولي، والمذهب على بطلان تصرف الفضولي، فليس لصاحب المال إلا ما فوته العامل بالبيع، وليس للعامل شيء، والربح غير مستحق لأحدهما فيتصدقان به^(١).

ونوقش من وجهين:

الأول: ما تقدم من أن فساد عقد الشركة لا يعني فساد التصرف؛ لبقاء الإذن، فالعامل يعمل على أنه وكيل لرب المال، فبيعه وشراؤه صحيح، وما نتج من ربح فهو مستحق لرب المال أصالة، وللعامل حقه من أجره المثل أو نصيب المثل^(٢).

الثاني: أن الراجح أن تصرف الفضولي موقوف على رضا المالك، والآثار الماثورة عن الصحابة والتابعين في باب البيع والنكاح والطلاق وغير ذلك تدل على أنهم كانوا يقولون بوقف العقود، لا سيما حين يتعذر استئذان المالك؛ وتكلم السلف فيمن يتجر بهال غيره في الربح دليل على صحة التصرف عندهم إذا أجازاه المالك^(٣).

(١) ينظر: المستدرک على مجموع الفتاوى (٢/ ١٦٠).

(٢) راجع ص ٥٨.

(٣) ينظر: المستدرک على مجموع الفتاوى (٢/ ١٦٠).

القول السادس: أنه إن لم يربح فلا أجر للعامل، وإن ربح فالربح لرب المال، وللعامل الأقل مما شرط له أو أجر مثله:

وهو قول مروى عن مالك^(١)، ورواية عن أحمد^(٢)، قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ: «ويحتمل أن يثبت عندنا مثل هذا»^(٣).

دليلهم:

استدلوا بأنه إذا كان الأقل ما شرط له فقد رضي به، فلا يستحق أكثر منه، كما لو تبرع بالعمل الزائد^(٤).

ويناقش: بأن الغنم بالغرم، والخراج بالضمان، فإن كان سيستحق أجره المثل فإنه يستحقها ربح أو خسر، وإن كان سيستحق قراض المثل فإنه يستحقه حال الربح ولو زاد عن أجره مثله.

(١) ينظر: الشرح الكبير (١٣٧/٥).

(٢) ينظر: الإنصاف (٤٣٠/٥).

(٣) المغني (٥٢/٥).

(٤) ينظر: المغني (٥٢/٥).

القول السابع: أن للعامل قراض المثل^(١):

وهذا قول مروى عن مالك، واختاره بعض المالكية^(٢)، وابن تيمية^(٣) وابن القيم^(٤)، وابن عثيمين^(٥)، وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي^(٦).

دليلهم:

استدلوا بأن عقد المضاربة أصل في نفسه وليس خارجاً عن قاعدة القياس، والأصول موضوعة على أن ما فسد منها فإنه مردود إلى صحيحه لا إلى صحيح غيره من العقود، كالنكاح والبيوع والإجارة. فكما يرد فاسد البيع وغيره من العقود إلى صحيحها لا إلى صحيح غيرها فكذلك يجب أن يرد فاسد القراض إلى صحيحه^(٧).

(١) هناك فرقان بين قراض المثل وأجرة المثل:

الفرق الأول: أن قراض المثل متعلق ببناء ذلك المال، وإن كان فيه ربح فله حصته في مثله في عمله وأمانته في ذلك المال، وإن لم يكن له ربح فلا شيء له، وأما أجرة المثل فإنها متعلقة بذمة صاحب المال بإجارة ثابتة يدفعها إليه من حيث شاء.

الفرق الثاني: أن العامل في قراض المثل يلزمه العمل إلى أن ينض المال، ولا يلزمه في أجرة المثل شيء من ذلك.

(٢) ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة (٢/٧٧٧)، الاستذكار (٧/١٦)، المنتقى شرح الموطأ (٥/١٥٨)، المقدمات الممهدة (٣/١٢).

(٣) ينظر: الحسبة في الإسلام (١/٢٧)، الفتاوى الكبرى (٥/٤٠٧).

(٤) ينظر: الطرق الحكمية (١/٢١١).

(٥) ينظر: الشرح الممتع (٩/٤٤٢).

(٦) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (٤)، (٣/١٨٠٩).

(٧) ينظر: المنتقى شرح الموطأ (٥/١٥٨)، المقدمات الممهدة (٣/١٤).

الراجع:

الذي يترجح لي - والله أعلم - أن العامل في المضاربة الفاسدة يستحق قراض مثله لا أجره مثله، وذلك لما يلي:

١. قوة دليل هذا القول، ومناقشتهم لأدلة الأقوال الأخرى.

٢. أن هذا هو مقتضى العدل، فلو قيل أن للعامل أجره المثل، فقد تحيط الأجرة بالربح كله مع رأس المال، وحينئذ يخسر رب المال، ورب المال لم يعطه على أنه أجير.

وقد تكون الأرباح كبيرة جداً، ولا تمثل أجره المثل إلا نزريراً يسيراً من المال، وقد عمل العامل لأجل أن يكون له سهم من الأرباح، فيحرم من ذلك. فمقتضى العدل أن يأخذ ما يأخذه المضارب لا الأجير.

سبب الخلاف:

الخلاف في هذه المسألة راجع إلى مسألة: هل المضاربة أصل صحيح بنفسه، أو أنه مستثنى في العقود أجزاً استحساناً للحاجة إليه؟ فمن قال أنه أصل بنفسه فإذا فسد فإنه يرد إلى صحيحه. ومن قال أنه مستثنى فالمستثنيات من العقود إذا فسدت ترد إلى صحيح أصلها؛ لأن المستثنى إنما استثنى لأجل مصلحته الشرعية المعتمدة في العقد الصحيح فإذا لم توجد تلك المصلحة بطل الاستثناء، ولم يبق إلا الأصل فيرد إليه، والشرع لم يستثن الفاسد، فهو مبني على العدم، وله أصل يرجع إليه^(١).

(١) ينظر: أنوار البروق في أنواء الفروق (٤/ ١٤).

المسألة الثالثة: أثر فساد الشركة في أرباح شركة الأبدان:

إذا اشترك اثنان بما يكتسبانه بأبدانهما ثم فسدت الشركة بسبب جهالة الربح مثلاً ونحو ذلك فكيف يقسمان الأرباح؟

الخلاف في هذه المسألة شبيه بالخلاف في أرباح شركة العنان إن كانت فاسدة، فالجمهور من حنفية وشافعية وحنابلة يرون أن كل واحد من الشريكين يستحق من الأرباح بقدر أجره عمله، ولكنهم يختلفون في بعض ما يحتف بذلك.

فالحنفية يقولون بأن الشركة إذا فسدت بسبب جهالة الربح ونحو ذلك ولم تتمايز الأعمال فإن الربح يقسم بينهما على قدر أجره كل واحد منهما؛ لأن العمل هنا ليس تابعاً للمال، فيؤثر في الربح، بخلاف العمل في شركة العنان فهو تابع للمال فلا يستحق الشركاء من الربح إلا بقدر رأس المال^(١).

أما إن كان سبب فساد الشركة وقوعها فيما لا تصح الوكالة فيه كما لو اشتركا في الاحتطاب مثلاً فلكل واحد منهما ما احتطب وثمرته إذا باع؛ لأن البدل يملك بملك الأصل، فإن احتطب أحدهما، وأعانه الآخر؛ فله أجر مثله على الذي احتطب؛ لأنه استوفى منافعه بحكم عقد فاسد؛ فيلزمه أجر مثله.

وأما المالكية فلم أجد لهم كلاماً صريحاً فيما يترتب على فساد هذه الشركة عندهم.

(١) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٧٧/٦) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) (٣٢٦/٤).

وأما الشافعية فتقدم أنهم يبطلون جميع صور شركة الأبدان، فإذا اشترك اثنان فأكثر ثم ظهر ربح للشركة فلا يخلو من حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون عمل كل واحد منهما متميزاً، كما لو كان الاشتراك في تملك المباحات من احتطاب ونحوه، فهنا يختص كل واحد منهما بملك ما أخذ أو بأجرة عمله.

الحالة الثانية: أن يكون عمل كل واحد منهما غير متميز عن عمل صاحبه، كما لو اشتركوا في خياطة ثوب واحد، فهنا يكون ما يحصل لهما من الكسب مقسوماً بينهما على قدر أجور أمثالهما، فيصرف كل واحد منهما من الكسب بقسطه من أجرة مثله لا كما شرط في العقد^(١).

وأما الحنابلة فيرون أنه لا يقتصر على أجرة المثل عند فساد شركة الأبدان، بل هناك أمور أخرى لا بد من النظر إليها، فربما كان الدكان لأحد الشريكين، أو كانت الآلة التي يعملون عليها لأحدهما، فإذا فسدت فإن الربح يقسم بينهما على قدر أجر عملهما، وعلى قدر أجرة الدار التي يعملان بها إن كانوا يعملون بدار أحدهما، وعلى قدر أجرة الآلة التي يعملان عليها إن كانت لأحدهما؛ لأن العوض قد أخذ في مقابلة تلك المنافع، فلزم توزيعه عليه بالمحاصة كما لو أجروها بأجر واحد^(٢).

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٦/٤٨٠)، العزيز بشرح الوجيز (١٠/٤١٥)، المجموع شرح المهذب (٧٢/١٤).

(٢) ينظر: المغني لابن قدامة (٨/٥)، شرح منتهى الإرادات (٢/٢١٤)، كشف القناع عن متن الإقناع (٣/٥٢٩).

فإن كان العمل في الشركة غير مختلط فيمكن الترخيص على قول ابن قدامة رَحْمَةُ اللَّهِ فِي شركة العنان أن لكل واحد منهما ما بيده، ولا يرجع على الآخر بأجرة عمله^(١).

وأما على أصل الشريف أبي جعفر رَحْمَةُ اللَّهِ فِي بقاء المسمى في الشركات إذا فسدت، قياساً على المهر المسمى في النكاح الفاسد، فيقال هنا كذلك، فعلى أصله يستحق كل واحد من الشريكين ما اتفقا عليه في العقد^(٢).

وعلى رأي شيخ الإسلام ابن تيمية رَحْمَةُ اللَّهِ أن كل واحد من الشريكين في الشركات الفاسدة يستحق نصيب مثله، فيقال هنا كذلك، فإذا فسدت شركة الأبدان فسد المسمى في العقد، ورجع كل واحد منهما إلى نصيب مثله^(٣).

الراجع:

الذي يظهر- والله أعلم- هو التفريق بين ما يكون عمل كل واحد منهما متميزاً، وبين ما لا يتميز فيه العمل.

فإن تميز العمل كما لو اشتركوا في تملك المباحات، أو فيما تختلف فيه الصنعة، فلكل واحد من الشريكين ربح عمله، ولا يشركه فيه الآخر؛ لأن الاشتراك إنما كان بسبب العقد، فإذا فسد العقد صار وجوده كعدمه، فاستحق كل واحد منهما كسب يده.

(١) راجع ص ٦٤.

(٢) راجع ص ٦٥.

(٣) راجع ص ٦٥.

وأما إن كانت الشركة غير متميزة فلكل واحد من الشريكين سهم مثله، وسهم المثل ينظر فيه إلى أجرة ما بذله كل واحد منها للشركة من الآلات والعقار ونحوه ذلك.

وذلك لما تقدم في المسائل السابقة من أن الأصل في العقود عند فسادها أن يرجع كل واحد منها إلى مثل ما كان يستحقه لو كان صحيحاً.

المسألة الرابعة: أثر فساد الشركة في أرباح شركة المفاوضة:

تقدم أن شركة المفاوضة هو أن يشترك اثنان فأكثر في كل ما يكتسبانه وما يغرمانه، وأن الجمهور على جوازها على اختلاف بينهم في الشروط، والشافعية على فسادها.

فإن حُكم على شركة المفاوضة بالفساد، سواء كان لفساد أصلها - كما يقوله الشافعية - أو لاختلال بعض شروطها عند الجمهور، فكيف تقسم أرباح الشركة؟

لم أجد من تكلم عن هذه المسألة من أهل العلم، ولعل السبب في ذلك هو أن هذه الشركة تجمع بقية أنواع الشركة الأخرى، فقد تحتوي على شركة العنان والمضاربة والأبدان والوجوه، فإذا فسدت جرى ما ذكر من خلاف في الأنواع السابقة هنا.

وبناء على ما سبق ترجيحه فإن الأرباح تقسم هنا بقدر ربح المثل لما كان فيه اشتراك برأس المال، وأما ما كان فيه رأس المال من أحدهما والعمل من الآخر فالربح للمالك، وللعامل نصيب المثل، وأما ما اشتركا فيه بالعمل دون رأس المال، فإن تميز العمل فلكل واحد منها ربح عمله، وإن لم يميز فلكل واحد من الشريكين سهم مثله، والله أعلم.

المطلب الثالث: أثر فساد الشركة في الضمان:

إذا حكم على الشركة بالفساد، ثم تصرف الشريك أو العامل في مال الشركة، فقد تقدم أن تصرفه صحيح، فإن ربح المال قسم الربح بناء على ما سبق من خلاف، وأما إن خسر المال فهل يضمن هذه الخسارة؟ أو تكون الخسارة هنا كالخسارة في الشركة الصحيحة، تقع على رأس المال^(١)؟

اختلف أهل العلم في تضمين الشريك أو العامل في الشركة الفاسدة إن تلف مال الشركة بتصرفه من غير تعدد ولا تفریط على قولين:

القول الأول: أنه لا يضمن، فتقسم الوضعية في العنان والوجوه على قدر رأس المال، وتكون في المضاربة على رأس المال، ويخسر العامل العمل:

وهذا قول أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ^(٢) ومذهب المالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥).

(١) لا يختلف النظر في هذه المسألة باختلاف نوع الشركة، بل الحكم واحد في الجميع، ولذا لم أفصل هذا المطلب إلى مسائل.

(٢) ينظر: البناية شرح الهداية (٤٩/١٠)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي (٥٥/٥)، العناية شرح الهداية (٤٥٠/٨)، الجوهر النيرة على مختصر القدوري (٢٩٢/١).

(٣) ينظر: الاستذكار (١٦/٧)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (٣٦٠/٥).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٣١٥/٧).

(٥) ينظر: المغني لابن قدامة (٥٣/٥)، الفروع وتصحيح الفروع (١١٤/٧)، شرح منتهى الإرادات = دقائق أولي النهى لشرح المنتهى (٢١٤/٢)، كشاف القناع عن متن الإقناع (٥١٢/٣).

أدلتهم:

الدليل الأول: أن ما كان القبض في صحيحه مضموناً، كان مضموناً في فاسده، وما لم يكن مضموناً في صحيحه، لم يضمن في فاسده، كالوكالة^(١).

الدليل الثاني: أن المضاربة إذا فسدت فلا تخلو إما أن تكون إجارة، والأجير لا يضمن ما تلف بغير تعديه ولا فعله، فكذا هاهنا^(٢)، أو تبقى مضاربة، والمضارب لا يضمن، أو تكون وكالة، والوكيل لا يضمن.

الدليل الثالث: أن كل واحد من الشريكين قبض المال بحكم العقد، فقبضه على أنه غير مضمون، فلا يضمنه^(٣).

القول الثاني: أن العامل في المضاربة الفاسدة يضمن ما تلف في يده مما يمكن التحرز عنه:

وهذا قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن^(٤).

دليلهم:

استدلوا بأن العامل إذا فسدت المضاربة بمنزلة الأجير المشترك؛ والمضاربة الفاسدة قد صارت إجارة بدلالة وجوب أجر المثل فيها، والمضارب في حكم

(١) ينظر: المغني لابن قدامة (٥٣/٥).

(٢) ينظر: المغني لابن قدامة (٥٣/٥).

(٣) ينظر: شرح منتهى الإرادات (٢/٢١٤).

(٤) ينظر: تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي (٥٥/٥).

الأجير المشترك؛ لأنه لا يستحق الأجر إلا بالعمل، والأجير المشترك يضمن ما تلف تحت يده^(١).

ونوقش من وجهين:

الأول: أن الأجير المشترك لا يضمن، وهو قول أبي حنيفة^(٢).

الثاني: بأن بينها فرقاً، وهو أن المضاربة الفاسدة تكون مضاربة لفظاً وإجارة معنى من حيث إنه طلب لعمله أجرة، فعملنا باللفظ في انتفاء الضمان، وبالمعنى في حق وجوب أجر مثله ربح أو لم يربح، أو نقول إنه كأجير الواحد من حيث إنه لا يتمكن من إيجار نفسه في ذلك الوقت^(٣).

ويناقش أيضاً: بعدم التسليم بأن المضاربة الفاسدة تنقلب إلى إجارة، بل الصواب أنها تبقى مضاربة كغيرها من العقود الفاسدة فإنها ترد إلى أصلها الصحيح كما تقدم^(٤).

الراجع:

الراجع - والله أعلم - هو القول الأول، وهو أن الشريك لا يضمن ما تلف تحت يديه من مال الشركة الفاسدة، سواء كانت عناناً أو مضاربة أو غيرها من أنواع الشركة، وذلك لقوة أدلته ومناقشته لدليل القول الثاني.

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي (٢٢/٢٢)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (١٠٨/٦)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي (٥٥/٥).

(٢) ينظر: الجوهرية النيرة على مختصر القدوري (٢٩٢/١).

(٣) ينظر: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي (٥٥/٥).

(٤) راجع ص ٧٥.

سبب الخلاف:

سبب الخلاف هو اختلافهم في توصيف يد العامل في الشركة الفاسدة، فمن قال بأنها تبقى شركة فإنه سيجعل يده يد أمانة، وكذا من رأى أنها مضاربة لفظاً وإجارة معنى.

ومن رأى أنه أجير، فإنهم يختلفون هل هو أجير خاص أو مشترك؟
فمن رأى أنه خاص لم يضمه، ومن رأى أنه مشترك بنى على قوله في تضمين الأجير المشترك هل يضمن ما تلف تحت يده أو لا؟



خاتمة بأهم نتائج البحث

بعد هذه الدراسة لأسباب وآثار فساد الشركة خلصت إلى النتائج الآتية:

١. أن الفساد في عقود المعاملات مرادف للبطلان، ويعرف بأنه: ما لا يتعلق به النفوذ، ولا يحصل به المقصود.

٢. الشركة هي: الاجتماع في استحقاق أو تصرف.

٣. السبب هو: ما يلزم من وجوده الوجود، ومن عدمه العدم لذاته.

٤. الأثر عند الفقهاء هو: نتيجة الشيء وما يترتب عليه من أحكام.

٥. شركة العقود ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع.

٦. الشركة على ضربين: شركة أملاك، وشركة عقود.

٧. شركة العقود على أنواع: عنان، ومضاربة، ووجوه، وأبدان، ومفاوضة.

٨. اتفق أهل العلم أنه يشترط لعقد الشركة: أهلية الوكالة، وأن يكون رأس مال الشركة معلوماً، وأن يكون رأس مال الشركة عيناً لا ديناً، ومعرفة مقدار ما لكل واحد منهما من الربح، وأن يكون نصيب كل منهما جزءاً مشاعاً من الربح، وأن تكون الشركة على أمر مباح.

٩. اتفق أهل العلم على تحريم الدخول في الشركة الفاسدة.

١٠. أضيقت المذاهب في باب الشركات هو مذهب الشافعية الذي لا يبيح من الشركات إلا شركة العنان بشرط خلط المالكين وأن يكون الربح بقدر

رأس المال، وأن يكون رأس المال من النقدين، ويميز المضاربة لا على أنها من أبواب الشركة، وإنما جازت للحاجة على خلاف القياس.

١١. الحنفية يقسمون الشركة إلى عنان ومفاوضة، ويقسمون كل قسم إلى شركة بالأموال، وشركة بالأعمال وشركة الوجوه.

١٢. الحنفية يميزون جميع صور الشركة، ولا يشترطون خلط المالكين، ولكنهم يشترطون أن يكون رأس المال من النقود، ويصححون شركة الأبدان إلا في تملك المباحات، ويصححون شركة الوجوه بشرط أن يكون الربح على قدر ملكهما، وأما المضاربة فإنهم يرون أنها من باب الإجارة، وأنها أبيحت للأدلة الخاصة وللحاجة.

١٣. المفاوضة عند الحنفية: أن يشترك الرجلان فيساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما، فيفوض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق إذ هي من المساواة.

١٤. يصحح الحنفية المفاوضة بشرط أن تكون في جميع التجارات، ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه، وأن يكون ما يلزم أحدهما من حقوق ما يتجران فيه لازماً للآخر، وما يجب لكل واحد منهما يجب للآخر، ويكون كل واحد منهما فيما وجب لصاحبه بمنزلة الوكيل، وفيما وجب عليه بمنزلة الكفيل عنه، ويشترطون أيضاً فيها أن يتساوى الشريكان في رؤوس الأموال وفي الربح.

١٥. يرى المالكية أن عقد الشركة متضمن لعقد البيع، ويميزون من أنواع الشركة العنان والأبدان والمفاوضة، ولا يشترطون في العنان خلط المالكين، ويشترطون أن يكون الربح على قدر رأس المال في العنان والمفاوضة، ويصححون الشركة في العروض، إلا أنهم يشترطون أن يكون رأس المال من جنس واحد إن كان من نقد.

١٦. يصحح المالكية شركة الأبدان حتى في تملك المباحات، إلا أنهم يشترطون اتحاد المكان واتحاد الصنعة أو تلازمها، ويميزون المفاوضة، ولا يميزون شركة الوجوه، وأما المضاربة فهم كالشافعية، يرون أنها من باب الإجارة، وإنما أبيحت للحاجة.

١٧. يميز الحنابلة جميع أنواع الشركات إلا المفاوضة إن أدخلوا فيها ربحاً أو خسارة نادرتين.

١٨. لا يشترط الحنابلة في العنان التساوي في رأس المال، ولا أن يكون الربح على قدر رأس المال، ولا أن يكون المال من جنس واحد، ولا أن يشتركا في العمل، ولا يشترطون خلط المالكين، وإن اشتركا دون خلط فالضمان على الشركة، ولكنهم يشترطون أن يكون رأس المال من النقود.

١٩. يميز الحنابلة شركة الأبدان ولو اختلفت الصنعة، ولو لم تكن إحدى الصنعتين ملازمة للأخرى، ولو في تملك المباحات، ويميزون شركة الوجوه، ويدخلون المضاربة في باب الشركات.

٢٠. لفساد عقد الشركة أربعة أسباب متفق عليها: ١. اختلال شرط من الشروط المتفق عليها. ٢. اشتغال عقد الشركة على جهالة. ٣. اشتغال عقد الشركة على شرط فاسد يؤدي إلى جهالة الربح. ٤. أن تكون الشركة فيما لا يصح فيه التوكيل.

٢١. الراجع أن عدم خلط المالكين لا يفسد الشركة.

٢٢. الراجع أن الشرط الفاسد إن كان لا يؤدي إلى جهالة الربح فإنه لا يفسد الشركة.

٢٣. اتفقت المذاهب الأربعة على صحة التصرف في الشركة الفاسدة إن لم يكن سبب الفساد عدم أهلية المتعاقدين.

٢٤. إن كان سبب فساد الشركة عدم أهلية أحد الشريكين فقد نص بعض الشافعية أن التصرف حينئذ لا يصح، ولم ينص غيرهم على هذه المسألة.

٢٥. اختلف أهل العلم في طريقة قسمة الأرباح الناتجة عن شركة العنان الفاسدة أو شركة الوجوه الفاسدة، والراجع أن الواجب عند فساد الشركة أن يكون نصيب كل شريك ربح مثله.

٢٦. اختلف أهل العلم فيما يستحقه كل من العامل ورب المال في عقد المضاربة الفاسد، والراجع أن العامل في المضاربة الفاسدة يستحق قراض مثله.

٢٧. إن فسدت شركة الأبدان فإنه يفرق بين ما يكون عمل كل واحد منهما متميزاً، فلكل واحد من الشريكين ربح عمله، وبين ما لا يتميز فيه العمل، فلكل واحد من الشريكين سهم مثله.

٢٨. إن فسدت شركة المفاوضة فإن الأرباح تقسم هنا بقدر ربح المثل لما كان فيه اشتراك برأس المال، وأما ما كان فيه رأس المال من أحدهما والعمل من الآخر فالربح للمالك، وللعامل نصيب المثل، وأما ما اشتركا فيه بالعمل دون رأس المال، فإن تميز العمل فلكل واحد منهما ربح عمله، وإن لم يتميز فلكل واحد من الشريكين سهم مثله.

٢٩. لا يضمن الشريك ما تلف تحت يديه من مال الشركة الفاسدة، سواء كانت عنانا أو مضاربة أو غيرها من أنواع الشركة.

وفي الختام أسأل الله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَنْ يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم، وأن يجزي خيراً من أعانني على إعداده وإخراجه، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

وصلّى الله وسلّم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

فهرس المراجع

١. أحكام القرآن، المؤلف: أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ١٤٠٥هـ.
٢. الاختيار لتعليل المختار، المؤلف: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلبي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي، القاهرة، مطبعة الحلبي، ١٣٥٦هـ-١٩٣٧م.
٣. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المؤلف: محمد ناصر الدين الألباني، بيروت، المكتب الإسلامي، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م، الطبعة الثانية.
٤. الاستذكار، المؤلف: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، الطبعة الأولى.
٥. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، المؤلف: زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، دار الكتاب الإسلامي.
٦. الإشراف على مذاهب العلماء، المؤلف: أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، رأس الخيمة، مكتبة مكة الثقافية، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، الطبعة الأولى.
٧. الإشراف على نكت مسائل الخلاف، المؤلف: القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، دار ابن حزم، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م، الطبعة الأولى.
٨. الإفصاح عن معاني الصحاح، المؤلف: يحيى بن (هَيْبَةَ بن) محمد بن هبيرة الذهلي الشيباني، أبو المظفر، عون الدين، الرياض، دار الوطن، ١٤١٧هـ.
٩. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، المؤلف: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، بيروت، دار الفكر.

١٠. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المؤلف: موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجاء، بيروت، دار المعرفة.
١١. الأم، المؤلف: الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي، بيروت، دار المعرفة، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م.
١٢. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المؤلف: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، القاهرة، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م، الطبعة الأولى.
١٣. أنوار البروق في أنواع الفروق، المؤلف: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، عالم الكتب.
١٤. البحر المحيط في أصول الفقه، المؤلف: أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، دار الكتبي، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م، الطبعة الأولى.
١٥. بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، المؤلف: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين، القاهرة، مكتبة ومطبعة محمد علي صبح.
١٦. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المؤلف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، القاهرة، دار الحديث، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.
١٧. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المؤلف: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م، الطبعة الثانية.

١٨. بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، المؤلف: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي، بيروت، دار المعارف.
١٩. البناية شرح الهداية، المؤلف: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م، الطبعة الأولى.
٢٠. البيان في مذهب الإمام الشافعي، المؤلف: أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليميني الشافعي، جدة، دار المنهاج، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، الطبعة الأولى.
٢١. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، المؤلف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م، الطبعة الثانية.
٢٢. تاج العروس من جواهر القاموس، المؤلف: محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى الزبيدي، دار الهداية.
٢٣. التاج والإكليل لمختصر خليل، المؤلف: محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٦هـ-١٩٩٤م، الطبعة الأولى.
٢٤. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المؤلف: عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي، القاهرة، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، ١٣١٣هـ، الطبعة الأولى.
٢٥. تحفة الفقهاء، المؤلف: محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م، الطبعة الثانية.



٢٦. تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ومعه حواشي الشرواني والعبادي، المؤلف: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، مصر، المكتبة التجارية الكبرى بمصر، ١٣٥٧هـ-١٩٨٣م.
٢٧. تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد، المؤلف: صلاح الدين أبو سعيد خليل بن كيكلي بن عبد الله الدمشقي العلائي، الكويت، دار الكتب الثقافية.
٢٨. التفسير البسيط، المؤلف: أبو الحسن علي بن أحمد بن محمد بن علي الواحدي، النيسابوري، الشافعي، الرياض، عمادة البحث العلمي-جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٣٠هـ، الطبعة الأولى.
٢٩. تفسير القرآن العظيم، المؤلف: أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي، الرياض، دار طيبة للنشر والتوزيع، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م، الطبعة الثانية.
٣٠. التقرير والتحجير، المؤلف: أبو عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج ويقال له ابن الموقت الحنفي، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م، الطبعة الثانية.
٣١. التلقين في الفقه المالكي، المؤلف: أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، الطبعة الأولى.
٣٢. التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، المؤلف: خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م، الطبعة الأولى.
٣٣. التيسير التحرير، المؤلف: محمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه الحنفي، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.

٣٤. جامع البيان في تأويل القرآن، المؤلف: محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري، بيروت، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م، الطبعة الأولى.
٣٥. جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، المؤلف: شمس الدين محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق، المنهاجي الأسيوطي ثم القاهري الشافعي، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م، الطبعة الأولى.
٣٦. الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، المؤلف: أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيديّ اليمني الحنفي، المطبعة الخيرية، ١٣٢٢هـ، الطبعة الأولى.
٣٧. حاشية البجيرمي على شرح المنهج، المؤلف: سليمان بن محمد بن عمر البجيرميّ المصري الشافعي، مطبعة الحلبي، ١٣٦٩هـ-١٩٥٠م.
٣٨. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المؤلف: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، بيروت، دار الفكر.
٣٩. حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، المؤلف: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي، ١٣٩٧هـ، الطبعة الأولى.
٤٠. حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، المؤلف: علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي أبو الحسن، بيروت، دار الفكر، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.
٤١. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، المؤلف: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م، الطبعة الأولى.
٤٢. الحسبة في الإسلام، المؤلف: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى.



٤٣. درر الأحكام شرح غرر الأحكام، المؤلف: محمد بن فرامر بن علي الشهير بملا - أو منلا أو المولى - خسرو، دار إحياء الكتب العربية.
٤٤. دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، المؤلف: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، بيروت، عالم الكتب، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، الطبعة الأولى.
٤٥. الذخيرة، المؤلف: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٤م، الطبعة الأولى.
٤٦. رد المحتار على الدر المختار، المؤلف: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، بيروت، دار الفكر، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، الطبعة الثانية.
٤٧. الروض المربع شرح زاد المستقنع، المؤلف: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة.
٤٨. روضة الطالبين وعمدة المفتين، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، بيروت، المكتب الإسلامي، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م، الطبعة الثالثة.
٤٩. روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، المؤلف: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م، الطبعة الثانية.
٥٠. زاد المسير في علم التفسير، المؤلف: جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، بيروت، دار الكتاب العربي، ١٤٢٢هـ، الطبعة الأولى.
٥١. سنن ابن ماجه، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، بيروت، دار الرسالة العالمية، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م، الطبعة الأولى.

٥٢. سنن أبي داود، المؤلف: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، بيروت، دار الرسالة، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م، الطبعة الأولى.
٥٣. سنن الدارقطني، المؤلف: أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني، بيروت، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م، الطبعة الأولى.
٥٤. السنن الصغرى للنسائي، المؤلف: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي، حلب: مكتب المطبوعات الإسلامية، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م، الطبعة الثانية.
٥٥. الشامل في فقه الإمام مالك، المؤلف: بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر بن عوض، أبو البقاء، تاج الدين السلمي الدميري الدمياطي المالكي، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م، الطبعة الأولى.
٥٦. شرح التلقين، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري المالكي، دار الغرب الإسلامي، ٢٠٠٨م، الطبعة الأولى.
٥٧. شرح الزرقاني على مختصر خليل، المؤلف: عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م، الطبعة الأولى.
٥٨. شرح الزركشي على مختصر الخرقى، المؤلف: شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، الرياض، دار العبيكان، ١٤١٣هـ، الطبعة الأولى.
٥٩. الشرح الكبير على متن المقنع، المؤلف: عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين، بيروت، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع.

٦٠. شرح عمدة الفقه، المؤلف: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام ابن تیمیة الحرانی الحنبلي الدمشقي، الرياض، دار العاصمة، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م، الطبعة الأولى.
٦١. شرح مختصر خليل للخرشي، المؤلف: محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، بيروت، دار الفكر للطباعة.
٦٢. الشرح الممتع على زاد المستقنع، المؤلف: محمد بن صالح بن عثيمين، الرياض، دار ابن الجوزي، ١٤٢٢هـ-الطبعة الأولى.
٦٣. صحيح البخاري، المؤلف: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، دار طوق النجاة، ١٤٢٢هـ، الطبعة الأولى.
٦٤. صحيح مسلم، المؤلف: مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
٦٥. الطرق الحكمية، المؤلف: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، مكتبة دار البيان.
٦٦. العزيز شرح الوجيز، المؤلف: عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي القزويني، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م، الطبعة الأولى.
٦٧. عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، المؤلف: أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي المالكي، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م، الطبعة الأولى.
٦٨. العناية شرح الهداية، المؤلف: محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرقي، دار الفكر.
٦٩. الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، المؤلف: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، المطبعة الميمنية.

٧٠. الفتاوى الكبرى لابن تيمية، المؤلف: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤٠٨هـ-١٩٨٧م، الطبعة الأولى.
٧١. فتح القدير، المؤلف: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، بيروت، دار الفكر.
٧٢. الفروع ومعه تصحيح الفروع، المؤلف: محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي، بيروت، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م، الطبعة الأولى.
٧٣. الفقيه والمتفقه، المؤلف: أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي، السعودية: دار ابن الجوزي، ١٤٢١هـ، الطبعة الثانية.
٧٤. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، المؤلف: أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهرري المالكي، بيروت، دار الفكر.
٧٥. القاموس المحيط، المؤلف: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، بيروت، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م، الطبعة الثامنة.
٧٦. القواعد لابن رجب، المؤلف: زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي، دار الكتب العلمية.
٧٧. القوانين الفقهية، المؤلف: أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي الغرناطي.



٧٨. الكافي في فقه الإمام أحمد، المؤلف: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م، الطبعة الأولى.
٧٩. الكافي في فقه أهل المدينة، المؤلف: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، الرياض، مكتبة الرياض الحديثة، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م، الطبعة الثانية.
٨٠. كشاف القناع عن متن الإقناع، المؤلف: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، بيروت، دار الكتب العلمية.
٨١. كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، المؤلف: عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي، دار الكتاب الإسلامي.
٨٢. كفاية النبيه في شرح التنبيه، المؤلف: أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، أبو العباس، نجم الدين، المعروف بابن الرفعة، بيروت، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٩م، الطبعة الأولى.
٨٣. اللباب في شرح الكتاب، المؤلف: عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، بيروت، المكتبة العلمية.
٨٤. لسان العرب، المؤلف: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، بيروت، دار صادر، ١٤١٤هـ، الطبعة الثالثة.
٨٥. اللمع في أصول الفقه، المؤلف: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، بيروت، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٣م-١٤٢٤هـ، الطبعة الثانية.
٨٦. لوامع الدرر في هتك أستار المختصر، المؤلف: محمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي، نواكشوط: دار الرضوان، ١٤٣٦هـ-٢٠١٥م، الطبعة الأولى.



٨٧. المبدع في شرح المقنع، المؤلف: إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٨هـ، الطبعة الأولى.
٨٨. المبسوط، المؤلف: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، بيروت، دار المعرفة، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م.
٨٩. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، تصدر عن مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، العدد الرابع.
٩٠. مجموع الفتاوى، المؤلف: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني، المدينة المنورة، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م، الطبعة الأولى.
٩١. المجموع شرح المهذب، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر.
٩٢. المحكم والمحيط الأعظم، المؤلف: أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، الطبعة الأولى.
٩٣. المحيط البرهاني في الفقه النعماني، المؤلف: أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري الحنفي، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م، الطبعة الأولى.
٩٤. مختصر التحرير شرح الكوكب المنير، المؤلف: تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحى المعروف بابن النجار الحنبلي، الرياض، مكتبة العبيكان، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، الطبعة الثانية.
٩٥. المدونة، المؤلف: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م، الطبعة الأولى.



٩٦. المستدرك على مجموع فتاوى شيخ الإسلام، المؤلف: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تیمیة الحرانی، ١٤١٨هـ، الطبعة الأولى.
٩٧. المستصفي، المؤلف: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م، الطبعة الأولى.
٩٨. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المؤلف: أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس، بيروت، المكتبة العلمية.
٩٩. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المؤلف: مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحياني مولداً ثم الدمشقي الحنبلي، بيروت، المكتبة الإسلامية، ١٤١٥هـ، الطبعة الثانية.
١٠٠. معالم التنزيل في تفسير القرآن، المؤلف: محيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ١٤٢٠هـ، الطبعة الأولى.
١٠١. المعايير الشرعية (أيوفي)، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية.
١٠٢. المعجم الوسيط، المؤلفون: إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، دار الدعوة.
١٠٣. معجم لغة الفقهاء، المؤلفون: محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنبي، بيروت، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م، الطبعة الثانية.
١٠٤. المعونة على مذهب عالم المدينة، المؤلف: أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، مكة المكرمة، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز.
١٠٥. المغني، المؤلف: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، القاهرة، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ-١٩٦٨م.

١٠٦. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المؤلف: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م، الطبعة الأولى.
١٠٧. مقاييس اللغة، المؤلف: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.
١٠٨. المقدمات الممهدة، المؤلف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م، الطبعة الأولى.
١٠٩. مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحلّ مشكلاتها، المؤلف: أبو الحسن علي بن سعيد الجرجاني، دار ابن حزم، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م، الطبعة الأولى.
١١٠. المنتقى شرح الموطأ، المؤلف: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي، مصر: مطبعة السعادة، ١٣٣٢هـ، الطبعة الأولى.
١١١. المهذب في فقه الإمام الشافعي، المؤلف: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، بيروت، دار الكتب العلمية.
١١٢. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المؤلف: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطاب الرعيني المالكي، بيروت، دار الفكر، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م، الطبعة الثالثة.
١١٣. التنف في الفتاوى، المؤلف: أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السغددي، الحنفي، عمان-بيروت، دار الفرقان-مؤسسة الرسالة، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م، الطبعة الثانية.



١١٤. نهاية الأرب في معرفة أنساب العرب، المؤلف: أبو العباس أحمد بن علي القلقشندي، بيروت، دار الكتاب اللبناني، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م، الطبعة الثانية.

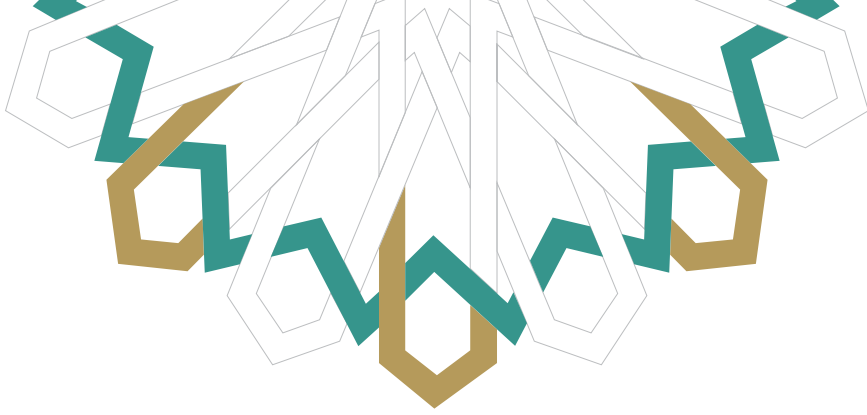
١١٥. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، المؤلف: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، بيروت، دار الفكر، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.

١١٦. نهاية المطلب في دراية المذهب، المؤلف: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، جدة، دار المنهاج، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.

١١٧. نَيْلُ الْمَأْرَبِ بِشَرْحِ دَلِيلِ الطَّالِبِ، المؤلف: عبد القادر بن عمر بن عبد القادر ابن عمر بن أبي تغلب بن سالم التغلبي الشَّيباني، الكويت: مكتبة الفلاح، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م، الطبعة الأولى.

١١٨. الهداية في شرح بداية المبتدي، المؤلف: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين، بيروت، دار إحياء التراث العربي.





العضل وأثره في سقوط الولاية وانتقالها

دراسة فقهية تطبيقية

د. سبتي بن مصيليت العنزي

الأستاذ المساعد في الفقه المقارن

جامعة دفر الباطن - كلية الآداب - قسم الدراسات الإسلامية

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسول الله، وآله وصحبه
ومن والاه، أما بعد:

فلقد كرم الله المرأة، وجعل لها الحقوق الشرعية في جميع مجالاتها، ومنها
حق النكاح، ورتب على ذلك الأحكام الشرعية والفقهية التي تستند عليها
في المرافعات القضائية، وجعل لولي أمرها الحق في الولاية حسب الضوابط
والأدلة الشرعية، ومتى ما أخل الولي بمقتضيات الولاية فقد رتب الله لها
حق الترافع إلى القضاء، وللمحاكم الشرعية النظر في إسقاط الولاية أو
نقلها من هذا الولي إذا ثبت للقاضي ظلم الولي لموليته وعضله لها.

وكل ذلك من تكريم الشريعة للمرأة ورفع الظلم عنها، والأصل أن
الولي يحافظ على هذه المرأة، ويراعي مصالحها، ويسعى لتحقيق مبدأ العدل
والرعاية التي وليها واستحقها؛ فهو راعٍ ومسؤول عن رعيته.

أهمية الموضوع:

تبرز أهمية هذا الموضوع كونه يمس شريحة من المجتمع، حيث تظهر
أهميته في بيان تماسك الأسرة المسلمة، وبيان حق المرأة في الإسلام، كما تظهر
أهمية رعاية المرأة من قبل وليها، والحرص على رعاية مصالحها؛ ومنها قضية
النكاح واختيار ما هو الأنسب لها من اختيار الكفاء، وتظهر الأهمية في
هذه الدراسة من حيث وجود قضايا العزل في المحاكم الشرعية وبيان دور

الحكم الشرعي الذي ينتهجه القاضي كولي للمرأة في حال العضل من قبل الأب بإسقاط ولايته أو نقلها للولي الأبعد.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى:

١. بيان تحقيق المصالح الشرعية المترتبة على الولاية والقيام بحقوقها على الوجه المطلوب شرعاً، وعدم الإخلال بالرعاية اللازمة من قبل الولي على النكاح.

٢. دراسة المسائل المتعلقة بعضل المرأة عن النكاح وحالات إسقاط الولاية وانتقالها.

٣. بيان حكم نقل الولاية للولي الأبعد وحكم نقلها للسلطان أو من ينيبه.

الدراسات السابقة:

هذا الموضوع قد بحث في رسائل علمية وأبحاث قدمت لمؤتمرات فقهية منها:

- عضل الولي موليته عن النكاح - دراسة فقهية مقارنة معاصرة - د. هالة بنت محمد حسين جستنية، بحث محكم في مجلة العدل، العدد ٧٥ شوال ١٤٣٧هـ. لم يتطرق البحث لانتقال الولاية ولا إلى إسقاطها، وإنما تحدث عن حكم العضل والمفاسد المترتبة عليه وأثر العضل، حيث عرض أقوال الفقهاء، ثم ختم البحث بالتطبيقات المعاصرة.

أما هذا البحث فسأتطرق فيه إلى سقوط الولاية وانتقالها، وأضيف التطبيقات القضائية من المحاكم الشرعية مبيناً حكم القاضي في القضية، ودراسة الحكم ومستنده.

- عضل المرأة عن النكاح - دراسة فقهية مقارنة - : للطالبة: سهاد حسن البياري، قُدم البحث استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن من كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة، ٢٠٠٧م. لم تتطرق الباحثة لشيء من مفردات البحث المقدم عدا التعريفات والحكم العام، وذكر الأسباب التي تؤدي إلى العضل.

- دعوى العضل والدفع الموضوعية الواردة عليها في الفقه الإسلامي: بحث محكم منشور في مجلة (قضاء)، الجمعية العلمية القضائية السعودية، العدد العاشر، ١٤٣٩هـ، للدكتور عبد الحافظ بن يوسف أبو حميدة، تطرق الباحث فيه إلى حكم العضل وأسبابه وأركانه وشروطه، ثم الدفع لدعوى العضل؛ فهو مختلف اختلافاً كبيراً عن موضوع ومضمون هذه الدراسة، ولم يشترك معها إلا في بعض الأمور الفقهية العامة.

وقد تميز هذا البحث بالإضافة للأحكام الفقهية بختمه بتطبيقات قضائية من واقع المحاكم الشرعية في المملكة العربية السعودية.

خطة البحث:

وقد رسمت لهذا البحث خطة مكونة من مقدمة وأربعة مباحث وخاتمة، جاءت على النحو الآتي:

المقدمة:

وبينت فيها أهمية الموضوع وسبب اختياره والدراسات السابقة، وذلك على سبيل الإيجاز.

المبحث الأول: العضل وحكمه:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف العضل.

المطلب الثاني: حكم العضل.

المبحث الثاني: الولاية وأحكامها:

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الولاية في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني: أقسام الولاية.

المطلب الثالث: حكم زواج المرأة بلا ولي.

المطلب الرابع: أثر زواج المرأة بلا ولي.

المبحث الثالث: أثر العضل في سقوط الولاية وانتقالها عن المرأة.

المبحث الرابع: تطبيقات قضائية.

الخاتمة:

وفيه أهم النتائج والتوصيات.

منهج البحث:

وكان منهجي في هذا البحث، مبنياً على المنهج الاستقرائي والتزمت فيه

بما يلي:

١. توثيق الأقوال وعزوها لقائلها.
٢. عزو الآيات القرآنية إلى سورها.
٣. تخريج الأحاديث الواردة في البحث في الحاشية من مصادرها الأصلية، وبيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها - إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما - فإن كانت كذلك لم أتعرض للحكم عليها.
٤. المعلومات التفصيلية للمصادر والمراجع اكتفيت بذكرها في ثبت المصادر والمراجع؛ حتى لا أثقل بها حواشي البحث.
٥. فهرس المصادر والمراجع.



المبحث الأول العزل وحكمه

وفيه مطلبان.

المطلب الأول: تعريف العزل:

العزل في اللغة:

قال ابن فارس: العين والضاد واللام أصل واحد صحيح يدل على شدة والتواء في الأمر، ومن ذلك العزل، وهو مأخوذ من العضلة والعضيلة كل عصابة معها لحم غليظ، عزل عضلاً فهو عزل وعضل إذا كان كثير العضلات، وقد استعمل الفقهاء العزل في النكاح بمعنى منع المرأة من الزواج^(١).

العزل في الاصطلاح:

استعمل الفقهاء العزل بعدة معاني منها:

يستعمل: بمعنى المنع من التزويج، قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ: هو منع المرأة من التزويج بكفئتها إذا طلبت ذلك، ورغب كل واحد منهما في صاحبه^(٢).
ويستعمل: لمنع الأب ابنته من النكاح لا لمصلحتها بل لإضرارها، وهذا تعريف المالكية^(٣).

(١) انظر: لسان العرب، مادة عزل (١١ / ٤٥١)، معجم مقاييس اللغة (٤ / ٣٤٥).

(٢) انظر: المغني (٧ / ٣١)، بدائع الصنائع (٢ / ٣٧٦)، مغني المحتاج (٣ / ١٥٣).

(٣) انظر: شرح منح الجليل (٣ / ٢٨٣).

ويستعمل لفظ العضل بمعنى الإضرار بالزوجة.

ويستعمل في الخلع بمعنى الإضرار بالزوجة، قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ: إن عضل زوجته، وضارها بالضرب والتضييق عليها، أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك لتفتدي نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود^(١).

والتعريف المختار هو الأول.

شرح التعريف:

قوله: الكفاء: يُخرج غير الكفاء، فلو امتنع الأب من منع ابنته من التزويج بغير الكفاء لا يعد عاضلاً لها.

قوله: إذا طلبت ذلك: إذا لم تطلب لا يعد عاضلاً.

قال ابن قدامة: إن عضل زوجته، وضارها بالضرب والتضييق عليها، أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك لتفتدي نفسها منه، ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود^(٢).

فلا يكون الولي عاضلاً للمرأة عند المالكية، إلا إذا تحقق عندهم الضرر، وهذا خلاف ما عليه جمهور العلماء، حيث عدوا الأب عاضلاً في حال الامتناع، ولم يفرقوا بين وقوع الضرر من عدمه.

(١) انظر: المغني (٧/ ٣٢٧).

(٢) انظر: المغني (٧/ ٥٤).

وعلى هذا؛ فإن كان الولي أباً مجبراً وامتنع من تزويج ابنته المجبرة، فلا يعد عاضلاً إلا إذا تحقق منه الإضرار بها، وظهر الضرر بالفعل، كأن يمنعها من الزواج لتقوم بخدمته، أو ليستثمرها بأن يستولي على مرتبتها الوظيفي، ويخشى أن تقطعه عنه لو تزوجت.

المطلب الثاني: حكم العضل:

الأصل أن العضل الذي هو منع الولي موليته ظلم للمرأة، وهو حرام؛ بدليل قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ (٣٢) (١).

وجه الدلالة: نهى الله في هذه الآية عن العضل، والأصل أن النهي يقتضي التحريم.

وكذلك من أساء العشرة، وضيق على المرأة حتى تفندي منه بما أعطاها من مهر، فحكمه التحريم؛ لأنه ظلم لها بمنعها حقها من حسن العشرة ومن النفقة.

وقد نهى الله سبحانه وتعالى الأزواج عن ذلك في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا ط وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ

(١) سورة البقرة آية (٢٣٢).

مَا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُّبَيَّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ﴿١٩﴾^(١).

قال معقل بن يسار: «زوجت أختاً لي من رجل فطلقها، حتى إذا انقضت عدتها، جاء يخطبها، فقلت له: زوجتك وأفرشتك وأكرمتك، فطلقتها، ثم جئت تخطبها، لا والله لا تعود إليك أبداً، وكان رجلاً لا بأس به، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه، فأنزل الله تعالى هذه الآية: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾^(٢). فقلت: الآن أفعل يا رسول الله. قال: فزوجها إياه»^(٢).

ويباح العضل من الولي في حالات منها:

- إذا كان المنع لمصلحة المرأة، كأن تطلب النكاح من غير كفء، فيمتنع عن تزويجها لمصلحتها.

- وكذلك يباح العضل من الزوج، بالتضييق على الزوجة حتى تفتدي منه بما أعطاها من مهر، في حال إتيان المرأة الفاحشة؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُّبَيَّنَةٍ﴾، فقد استثنى الله ذلك بهذا النص إذا وقعت المرأة في الفاحشة.

واختلف العلماء في المراد بالفاحشة المبيّنة.

(١) سورة النساء آية (١٩).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب النكاح باب من قال: لا نكاح إلا بولي (١٦/٧) حديث رقم (٥١٣٠).

فقال جماعة منهم هي: الزنا، وقال آخرون هي: النشوز والعصيان وبذاءة اللسان والظاهر شمول الآية للكل^(١).

وقال ابن كثير: إنه جيد، فإذا زنت أو أساءت بلسانها، أو نشزت جازت مضاربتها؛ لتفتدي منه بما أعطاها على ما ذكرنا من عموم الآية^(٢).

وقد اختلف الفقهاء هل للولي منع المرأة من التزويج بدون مهر مثلها:

القول الأول: ما ذهب إليه الحنفية أن للولي منع المرأة من التزويج بدون مهر مثلها، لأن عليهم فيه عاراً، وفيه ضرر على نساءها لنقص مهر مثلهن^(٣).

القول الثاني: مذهب الشافعية والحنابلة ليس للولي العزل لنقصان المهر، أو لكونه من غير نقد البلد إذا رضيت به، فسواء طلبت التزويج بمهر مثلها أم دونه، لم يجز العزل؛ لأن المهر عوض خاص بها وحق من حقوقها، فلم يكن للولي أن يعترض عليها فيه؛ ولأنها لو أسقطته بعد ما وجب سقط المهر كله، فبعضه أولى، ولأن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال لرجل أراد أن يزوجه:

(١) انظر: أضواء البيان (١/١٤٩).

(٢) انظر: تفسير القرآن العظيم (٢/٢٣٩)، أضواء البيان (١/١٤٩).

(٣) انظر: الاختيار لتعليل المختار (٣/١١٤)، بدائع الصنائع (٢/٢٨٢)، الجوهرة النيرة (١٩/٤).

((التمس ولو خاتماً من حديد))^(١)، وقال لامرأة زوجت بنعلين: ((أرضيت بنعلين من نفسك؟))، قالت: نعم؛ فأجازها النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ^(٢)^(٣).

وأجيب عن تعليل أصحاب القول الأول:

وهو قولهم أن فيه عاراً عليهم، ليس الأمر كذلك؛ فإن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: لو كان مكرمة في الدنيا، أو تقوى عند الله كان أولاكم بها رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. يعني غلو الصداق.

فإن رغبت في كفاء بعينه، وأراد تزويجها لغيره من أكفائها وامتنع من تزويجها من الذي أرادته، كان عاضلاً لها، وأما إن طلبت التزويج بغير كفتها، فله منعها من ذلك ولا يكون عاضلاً لها، ولأنها لو زوجت من غير كفتها كان له فسخ النكاح فلأن تمتنع منه ابتداءً أولى^(٤).

ولذلك فإن القول الراجح في هذه المسألة هو القول الثاني.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب النكاح، باب السلطان ولي (٧/١٧)، حديث رقم (٥١٣٥).

(٢) أخرجه الترمذي في أبواب النكاح، باب ما جاء في مهور النساء (٣/٤١٢)، حديث رقم (١١١٣)، وأخرجه أحمد في مسنده (٢٤/٤٥٠)، في سنده عاصم بن عبيد الله بن عاصم بن عمر بن الخطاب، وهو ضعيف، وقال الترمذي: حديث عامر بن ربيعة، حديث حسن صحيح، قال الحافظ في «بلوغ المرام» بعد أن حكى تصحيح الترمذي هذا: إنه خولف في ذلك، انظر: جامع الأصول تعليق عبد القادر الأرنبوط (٧/٧)، ضعفه الألباني في كتاب إرواء الغليل (٦/٣٤٦).

(٣) انظر: المغني (٧/٣٦٨)، الشرح الكبير (٧/٤٢٧).

(٤) انظر: المغني (٧/٣٦٨).

المبحث الثاني الولاية وأحكامها

وفيه أربعة مطالب.

المطلب الأول: تعريف الولاية في اللغة والاصطلاح:

الولاية في اللغة:

قال ابن فارس: الواو واللام والياء، أصل صحيح يدل على قرب، ومن ذلك الولي: القريب، يقال: تباعد بعد ولي، أي قرب، وجلس مما يليني، أي يقاربني، والولي: المطر يجيء بعد الوسمي، سمي بذلك لأنه يلي الوسمي. ومن الباب المولى: المعتق والمعتق، والصاحب، والحليف، وابن العم، والناصر، والجار؛ كل هؤلاء من الولي وهو القرب. وكل من ولي أمر آخر فهو وليه^(١).

وتأتي الولاية لمعنيين هما:

المعنى الأول: بمعنى المحبة والنصرة، ومنه قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَوَلَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالَّذِينَ ءَامَنُوا فَإِنَّ حِزْبَ اللَّهِ هُمُ الْغَالِبُونَ﴾^(٢).
وقول سبحانه: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾^(٣).

المعنى الثاني: بمعنى السلطة والقدرة.

(١) انظر: معجم مقاييس اللغة (٦/ ١٤١).

(٢) سورة المائدة آية (٥٦).

(٣) سورة التوبة آية (٧١).

والولاية بالفتح المصدر، والولاية بالكسر الاسم، مثل الإمارة والنقابة، لأنه اسم لما توليته وقمت به، فإذا أرادوا المصدر فتحوا.

قال ابن الأثير: وكأن الولاية تُشعر بالتدبير والقدرة والفعل وما لم يجتمع ذلك فيها لم ينطلق عليه اسم الوالي^(١).

والمعنى في الحالتين متقارب؛ فإن المحبة والنصرة تستلزم القدرة على معرفة المصلحة من الولي.

والولاية في الاصطلاح:

هي القدرة على إنشاء العقود والتصرفات النافذة من غير توقف على إجازة أحد^(٢).

هذا تعريف الولاية على وجه العموم، فيدخل فيه جميع أنواع الولاية وأقسامها.

ولم أجد تعريفاً يخص التزويج، ولكن يمكن أن يعرف بأنه: السلطة التي منحها الشارع للعصبة من النسب أو من يقوم مقامهم، والتي يتوقف عليها عقد النكاح.

المطلب الثاني: أقسام الولاية:

تختلف الولاية في أصلها بحسب السلطة المنوطة بالولي، حيث قسم العلماء الولاية إلى قسمين: ولاية على النفس، وولاية على المال.

(١) انظر: لسان العرب (٤٠٥/١٥).

(٢) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٠٥/٧).

فولاية النفس: وهي الإشراف على شؤون الصغير على وجه العموم،
كالتأديب والتعليم والتزويج ونحو ذلك.

وأما الولاية على المال: فهي قيام الولي على الشؤون التي تتعلق بالنفقة،
والأمور المالية، وحفظ مال الصغير والمحجور عليه واستشاره^(١).

وعلى هذا يمكن أن نقسم الولاية في النكاح إلى قسمين هما:

ولاية الإيجاب:

وهي الولاية الكاملة في تنفيذ عقد النكاح، فيباشر الولي العقد بنفسه،
ويقوم بتنفيذه دون الرجوع للمولى عليه وأخذ رأيه، فالرأي النافذ هو رأي
الولي في التزويج، وتسمى الولاية الشرعية أو ولاية الحتم والإيجاب^(٢)،
والأصل فيها التصرف لمصلحة القاصر، كولاية الأب، أو الجد، أو الوصي
على الصغير، وولاية القاضي على القاصر، ومصدر هذه الولاية بالنسبة
للأب أو الجد أو القاضي هو الشرع.

وأما مصدر الولاية للوصي فهي اختيار الأب أو الجد له، أو من قبل
تعيين القاضي.

وعلى هذا فإن ولاية الإيجاب تثبت لأربعة أسباب هي: القرابة، والملك،
والولاء، والإمامة.

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥/١٥٢)، الشرح الكبير للدردير (٣/٢٩٢).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢/٢٤١).

وقد اختلف الفقهاء لمن تثبت ولاية الإجماع:

فذهب الحنفية: إلى أنها تثبت عندهم للعصبة مطلقاً، فله إنكاح الصغير والصغيرة، والمجنون والمجنونة^(١).

وذهب المالكية: أنها تثبت لمالك الأمة أو العبد، فالأب، فوصي الأب عند عدم الأب.

وتثبت عندهم بأحد سببين: البكارة، والصغر؛ فيكون الإجماع للبكر وإن كانت بالغاً، وللصغيرة وإن كانت ثيباً، ويستحب استئثارها^(٢).

وذهب الشافعية: إلى أنها تثبت للأب، وللجد عند عدم الأب؛ فلأب تزويج البكر صغيرة كانت أو كبيرة بغير إذنها، ويستحب استئذانها، ويكفي في البكر البالغة العاقلة إذا استؤذنت في تزويجها سكوتها في الأصح^(٣).

وذهب الحنابلة: إلى أنها تثبت للأب، ووصيه، ثم الحاكم، ولا تثبت للجد وسائر الأولياء، وذلك عند تزويج الصغيرة فقط^(٤).

ولاية الاختيار:

تسمى ولاية الاستحباب والندب، وهي حق الولي في تزويج المولى عليه بناء على اختياره ورضاه.

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٤١)، البحر الرائق (٣/ ١٢٧).

(٢) انظر: بداية المجتهد (٢/ ٦)، شرح مختصر خليل للخرشي (١٠/ ٣٢٥).

(٣) انظر: الحاوي للماوردي (٩/ ١١٧)، المجموع (١٦/ ١٦٦)، مغني المحتاج (٣/ ١٤٩).

(٤) انظر: المغني (٧/ ٣٨٩)، الشرح الكبير لابن قدامة (٧/ ٣٩٧).

وتثبت ولاية الاختيار لسائر الأولياء عند تزويج المرأة الحرة المكلفة ثيباً كانت أو بكرأ بإذنها.

وإذن البكر: السكوت، وإذن الثيب: الكلام^(١).

المطلب الثالث: حكم زواج المرأة بدون ولي:

اختلف الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ في حكم زواج المرأة بدون ولي على أقوال منها:

القول الأول: لا يصح النكاح بلا ولي:

وهو قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة^(٢).

القول الثاني: يصح النكاح بلا ولي:

وهو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف في ظاهر الرواية^(٣).

(١) انظر: الاختيار لتعليل المختار (٣ / ١٠٦)، بدائع الصنائع (٢ / ٢٤٧)، مغني المحتاج (٣ / ١٤٩)، كشف القناع (٥ / ٤٥).

(٢) انظر: المدونة (٥ / ٢٤٠)، بداية المجتهد (١ / ٣٩٩)، إرشاد السالك (١ / ١٠٧)، الفواكه الدواني (٥ / ٤٠)، روضة الطالبين (٥ / ٣٩٧)، الحاوي للماوردي (٩ / ٦١)، الإقناع للشريبي (٢ / ٤٠٨)، مغني المحتاج (٣ / ١٤٧)، المغني (٧ / ٣٣٧)، الفروع (٥ / ١٢٨).

(٣) انظر: الاختيار لتعليل المختار (٣ / ١٠٢)، تبين الحقائق (٢ / ١١٧)، البحر الرائق (٣ / ١١٧)، العناية شرح الهداية (٤ / ٤٠٥)، بداية المجتهد (٣ / ٣٦).

القول الثالث: التفريق بين البكر والثيب، وهو أنه يشترط الولي في البكر ولا يشترط في الثيب.

وهو قول داود الظاهري^(١).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: قول الله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٢).

وجه الاستدلال: أن الله خاطب الأولياء في هذه الآية، ولو كان أمر المرأة إليها لما خاطب الولي، قال الشافعي رَحِمَهُ اللهُ: هذه الآية أبين آية في كتاب الله عَزَّوَجَلَّ دلالة على أن ليس للمرأة الحرة أن تنكح نفسها^(٣).

ويمكن أن يناقش وجه الاستدلال بالآية: بأن الخطاب فيها للأزواج المطلقين وليس للأولياء، بدلالة أول الآية: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ﴾ فدل على أن المخاطب بقوله: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ للأزواج وليس للأولياء.

أجيب عنه: بأن الآية نزلت في الأولياء كما سيأتي بيانه في قصة معقل بن يسار.

(١) انظر: المحلى (٣٨/٩).

(٢) سورة البقرة آية (٢٣٢).

(٣) انظر: الأم (١٦٦/٥).

الدليل الثاني: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ تُؤْمِنَ﴾^(١).

وجه الاستدلال بالآية من وجهين:

الأول: أن الخطاب في الآية للأولياء، ولو كان أمر تزويج المرأة لها لما خوطب به الأولياء.

الثاني: لو كان زواج المرأة إليها لما نهى الله أن تتزوج المشرك، لأنها غير مخاطبة بذلك، وزواج المرأة بالمشرك غير جائز إجماعاً^(٢).

نوقش وجه الاستدلال بالآية: بأن الخطاب في الآية لولي أمر المسلمين وليس للأولياء.

وأجيب عنه: بأن الأظهر في الآية، أن المخاطب بها كافة المؤمنين المكلفين، فالمراد بالآية لا يُنكحهن من إليه الإنكاح، وهم الأولياء، أو هو خطاب للأولياء، ومنهم الأمراء عند فقدهم، أو عضلهم لما عرف من قوله: ((فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي لها))^(٣).

الدليل الثالث: عن أبي موسى أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((لا نكاح إلا بولي))، وفي الباب عن عائشة، وابن عباس، وأبي هريرة، وعمران بن حصين، وأنس^(٤).

(١) سورة البقرة آية (٢٢١).

(٢) انظر: سبل السلام (١٧٦/٢).

(٣) المصدر السابق.

(٤) أخرجه أبو داود في كتاب النكاح، باب في الولي (٢/٢٢٩)، حديث رقم (٢٠٨٥)، وأخرجه الترمذي في سننه، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي (٣/٣٩٩)، رقم الحديث

ونوقش من وجهين:

الأول: عدم صحة الحديث، فالحديث مضطرب الإسناد بين الرفع والإرسال والوصل والانقطاع^(١).

الثاني: بأنه يمكن حمل الرواية على نفي الكمال^(٢).

وأجيب عنه بأمرين:

الأول: أنه قد صُحح الحديث عند جمع من الأئمة، قال الترمذي: والعمل في هذا الباب على حديث النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا نكاح إلا بولي)) عند أهل العلم؛ من أصحاب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ منهم عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وعبد الله بن عباس، وأبو هريرة وغيرهم^(٣).

الثاني: أن كلام الشارع يحمل على الحقيقة الشرعية؛ أي لا نكاح شرعي أو موجود في الشرع إلا بولي، قال المروزي: سألت أحمد ويحيى عن حديث: ((لا نكاح إلا بولي)) فقالا: صحيح، وهو لنفي الحقيقة الشرعية^(٤).

(١١٠١)، وأخرجه ابن ماجه في السنن، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي (١/٦٠٥)، حديث رقم (١٨٨٠).

هذا الحديث صحيح، رواه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه وابن خزيمة، قال الترمذي: وحديث أبي موسى فيه اختلاف، رواه إسرائيل وشريك بن عبد الله وأبو عوانة وزهير بن معاوية وقيس بن الربيع، عن أبي إسحاق، عن أبي بردة، عن أبي موسى مرفوعاً. انظر: البدر المنير (٧/٥٤٣).

(١) انظر: فتح القدير لابن الهمام (٣/٢٥٩).

(٢) كشف القناع (٥/٤٨).

(٣) انظر: جامع الترمذي (٣/٣٩٩).

(٤) المغني (٧/٣٣٧)، كشف القناع (٥/٤٨).

الدليل الرابع: وروي عن عائشة رضي الله عنها، عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: ((أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل، فإن أصابها فلها المهر بما استحلت من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له))^(١).

نوقش: بأن الزهري رواه وقد أنكره. قال ابن جريج: سألت الزهري عنه فلم يعرفه^(٢).

وأجيب عنه: بما ذكر عن يحيى بن معين، أنه قال لم يذكر هذا عن ابن جريج غير ابن عليّة، وضعّف يحيى رواية ابن عليّة عن ابن جريج^(٣).

قال الإمام أحمد ويحيى: ولو ثبت هذا لم يكن حجة، لأنه قد نقله ثقات عنه، فلو نسيه الزهري لم يضره، لأن النسيان لم يعصم منه إنسان^(٤).

(١) أخرجه أبو داود كتاب النكاح، باب في الولي (٢/٢٢٩)، حديث رقم (٢٠٨٣)، وأخرجه الترمذي، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي (٣/٣٩٩)، رقم الحديث (١١٠٢)، وأخرجه ابن ماجه في السنن، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي (١/٦٠٥)، حديث رقم (١٨٧٩)، قال الترمذي: حديث حسن، وقد تكلم فيه بعضهم من جهة أن ابن جريج، قال: ثم لقيت الزهري فسألته عنه فأنكره قال: فضعفوا الحديث من أجل هذا، لكن ذكر عن يحيى بن معين أنه قال: لم يذكر هذا عن ابن جريج غير ابن عليّة، وضعّف يحيى رواية ابن عليّة عن ابن جريج. انظر: التلخيص الحبير (٣/٣٤٣).

(٢) انظر: التلخيص الحبير (٣/٣٤٣)، المغني (٧/٣٣٧).

(٣) المصدر السابق.

(٤) انظر: المغني (٧/٣٣٧).

أدلة أصحاب القول الثاني - القائلين بصحة النكاح بلا ولي :-

الدليل الأول: قوله الله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(١).

وجه الدلالة: أضاف الله النكاح لمن ونهى عن منعهم منه، فهو من حقها وهي من أهل المباشرة فيصح منها.

ويمكن أن يناقش وجه الاستدلال بالآية: بأن المراد بالعزل هنا الامتناع من تزويجها، وهذا يدل على أن نكاحها إلى الولي، حيث أن الآية نزلت في معقل بن يسار حين امتنع من تزويج أخته، فدعاه النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فزوجها، ولو لم يكن له ولاية ولم يكن الحكم متوقف عليه لما عوتب عليه، وأما إضافة الفعل لمن لأنهن محل له ومقصوده.

الدليل الثاني: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَا فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾^(٢).

وجه الدلالة: بأن المفهوم من الآية عدم التشريب عليهن فيما استبددن بفعله دون أوليائهن، وليس ها هنا شيء يمكن أن تستبد به المرأة دون الولي إلا عقد النكاح، فظاهر هذه الآية - والله أعلم - أن لها أن تعقد النكاح، وللأولياء الفسخ إذا لم يكن بالمعروف^(٣).

(١) سورة البقرة آية (٢٣٢).

(٢) سورة البقرة آية (٢٣٤).

(٣) انظر: بداية المجتهد (٣/٣٦).

ويمكن أن يناقش: بأن إضافة النكاح هن ليس فيه دليل على اختصاصهن بالعقد، بل الخطاب للأولياء ولولا أن العقد لا يصح إلا بولي لما كان للخطاب فائدة.

الدليل الثالث: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾^(١).

وجه الدلالة: حيث أضاف النكاح لها بقوله: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾؛ فدل على أنها تباشر العقد بنفسها وكذا العقد الجديد بعد الرجعة.

ونوقش: بأن المراد بقوله حتى تنكح زوجاً غيره أن يعقد لها وليها، وإنما أضيف لها من باب إضافة السبب لسببه، لأنها محل له وسبب له.

ويمكن أن يناقش أيضاً: بأن المراد بالإنكاح هنا الوطاء لا العقد.

الدليل الرابع: عن عبد الله بن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر في نفسها، وإذنها صماتها))^(٢).

وجه الاستدلال من هذا الحديث: قالوا: إن لفظ الأيم يدل على المرأة التي لا زوج لها، سواء كانت بكرة أم ثيباً، كبيرة أو صغيرة، وذلك أنها لما بلغت عن عقل وحرية فقد صارت ولية نفسها في النكاح، فلا تبقى مولياً

(١) سورة البقرة آية (٢٣٠).

(٢) أخرجه مسلم في كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت (٢/١٠٣٧)، حديث رقم (١٤٢١).

عليها، لأن ولاية الإنكاح إنما ثبتت للأب على الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعاً، لكون النكاح تصرفاً نافعاً متضمناً مصلحة الدين والدنيا، وحاجتها إليه حالاً ومالاً وكونها عاجزة عن إحراز ذلك بنفسها^(١).

وقد أجيب عنه: بأن الاستدلال بهذا الحديث لا يشمل البكر، لأن المقصود به الثيب بدلالة أن بعض ألفاظ الحديث جاءت بلفظ الثيب أحق بنفسها، والحديث فيه مقابلة بين الثيب والبكر، فيكون الاستدلال به قاصراً عما أراده أصحاب هذا القول.

ويمكن الجمع بين هذا كله بأن نقول باشتراط الولاية في النكاح جمعاً بين الأدلة، فللولي ولاية النكاح ولها الرضا به^(٢).

الدليل الخامس: عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: أن فتاة دخلت عليها فقالت إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته وأنا كارهة، قالت: اجلسي حتى يأتي النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فجاء رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فأخبرته، فأرسل إلى أبيها فدعاه، فجعل الأمر إليها، فقالت: يا رسول الله، قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس للأولياء من الأمر شيء^(٣).

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢/٢٤٨).

(٢) انظر: معالم السنن (٣/٢٠٥).

(٣) أخرجه النسائي في السنن، كتاب النكاح البكر يزوجه أبوها وهي كارهة (٦/٨٩)، حديث رقم (٣٢٦٩)، وابن ماجه كتاب النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة (١/٦٠٢)، حديث رقم (١٨٧٤)، وأحمد في مسنده (٤١/٤٩٢)، حديث رقم (٢٥٠٤٣). قال البيهقي: هذا مرسل ابن بريدة لم يسمع من عائشة. انظر: نصب الراية (٣/١٩٣).

ويمكن أن يجاب عن الاستدلال بهذا الحديث - في حال صحته وثبوته - :
بأنه غير صريح في محل النزاع، إذ النزاع في قضية الولاية، وهذا النص في
قضية الإكراه وعدم الرضا، ثم قد يتوجه الحديث إلى عدم المكافأة بين
الزوجين؛ بدلالة قولها: ليرفع بي خسيسته.

أدلة أصحاب القول الثالث - القائلين بالتفريق بين البكر والثيب، وهو أنه
يشترط الولي في البكر ولا يشترط في الثيب - :

حديث عبد الله بن عباس قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الأيّم
أحق بنفسها من وليّها، والبكر تستأمر في نفسها، وإذنها صماتها))^(١).

وجه الدلالة: أن التفريق بين البكر والثيب ظاهر في هذا الحديث، وذلك
أن كل واحدة منهما تستأذن فما الفائدة إذا لم يكن بينهما تفريق في العقد.

ويمكن أن يناقش: بأن يقال: التفريق بين البكر والثيب جاء في موضع
السكوت والنطق فقط، وأن السكوت يكون كافياً في تنفيذ العقد بالنسبة
للبكر، قال النووي رَحِمَهُ اللَّهُ في شرح مسلم: «واحتج داود بأن الحديث
المذكور في مسلم صريح في الفرق بين البكر والثيب، وأن الثيب أحق بنفسها
والبكر تستأذن، وأجاب أصحابنا عنه بأنها أحق أي شريكة في الحق بمعنى
أنها لا تجبر، وهي أيضا أحق في تعيين الزوج»^(٢).

ولا يعارض هذا الحديث الأحاديث الأخرى، لأن المراد أنها أحق بنفسها
في تعيين من تريد نكاحه إن كانت ثيباً، والبكر يمنعها الحياء من التعيين فلا

(١) سبق تخريجه ص ١٢٧.

(٢) انظر: شرح النووي على صحيح مسلم (٩/٢٠٣).

بد من استئذائها، وليس المراد أن الثيب تزوج نفسها أو توكل من يزوجها مع وجود الولي، فعقد النكاح أمر آخر، وبهذا تعلم أن لا وجه لما ذهب إليه الظاهرية من اعتبار الولي في البكر دون الثيب^(١).

وفي المسألة أقوال أخرى أعرضت عن ذكرها لكونها لا تخرج عما ذكر في الأقوال السابقة والأدلة المتقدمة والاعتراضات المدونة في أدلة هذه الأقوال.

الترجيح:

القول الراجح - والله أعلم - هو القول الأول وهو لا نكاح إلا بولي وذلك للأسباب التالية:

أولاً: قوة أدلة القول الأول وصراحتها في الموضوع.

ثانياً: أدلة القول الأول فيها زيادة علم وناقلة عن الأصل ومثبتة، والمثبت مقدم على النافي.

ثالثاً: لم تخل أدلة القول الثاني من المناقشات التي أضعفت الاستدلال بها.

رابعاً: أن الأخذ بالقول الأول أبرأ للذمة وأحوط في الحكم، فإذا كانت الأدلة محتملة فما دل على التحريم مقدم على ما دل على الإباحة.

خامساً: إضافة إلى الأدلة السابقة فإن الولي في النكاح هو الذي عليه عرف الناس وعليه العمل، قال الترمذي رَحِمَهُ اللهُ: «والعمل في هذا الباب، على حديث النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: لا نكاح إلا بولي، عند أهل العلم من

(١) انظر: الروضة الندية (١١/٢).

أصحاب النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، منهم عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وعبد الله بن عباس، وأبو هريرة وغيرهم^(١).

سبب الخلاف:

أن الآيات والأحاديث التي استدلت بها أصحاب هذه الأقوال كلها محتملة، والأحاديث مع كونها محتملة في ألفاظها لشرط الولاية من عدمها كذلك مختلف في صحتها^(٢).

المطلب الرابع: أثر زواج المرأة بلا ولي:

أثر زواج المرأة بلا ولي مبني على الخلاف في المسألة السابقة، وهي حكم نكاح المرأة بلا ولي، فهو ثمرة من ثمرات الخلاف السابق، وعليه فسأين الأثر بناءً على القول الراجح وهو أنه لا نكاح إلا بولي، وأنه لا فرق بين الباطل والفساد في عقد النكاح عند جمهور الفقهاء، وكذلك عند الحنفية في باب النكاح، وكل من النكاح الباطل والفساد يراد به عند الجمهور في مقابل النكاح الصحيح، فيعبرون عنه أحياناً بالباطل وأحياناً بالفساد.

ويقصدون بالفساد: ما كان مختلفاً في فساده بين المذاهب، كالنكاح بدون شهود، ونكاح المحرم بالحج، والنكاح بدون ولي.

(١) انظر: سنن الترمذي (٢/٤٩٧).

(٢) انظر: بداية المجتهد (٣/٣٦).

ويقصدون بالباطل: ما كان مُجمَعاً على فساده بين المذاهب، كنكاح الخامسة، أو المتزوجة من الغير، أو المطلقة ثلاثاً، أو نكاح المحارم^(١).

ويمكن أن نبين الآثار المترتبة على عقد النكاح بلا ولي في المسائل الآتية:

المسألة الأولى: وقوع الطلاق لمن عقد عليها بنكاح فاسد:

فإذا تزوجت المرأة زواجاً فاسداً فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة هل يلزم الطلاق أم يحصل التفريق بينهما دون وقوع الطلاق:

القول الأول: لا حاجة للفسخ والطلاق، لأن النكاح لم ينعقد أصلاً، وإلى هذا ذهب الإمام الشافعي رَحِمَهُ اللهُ^(٢).

القول الثاني: لا يجوز أن تزوج لغير من تزوجها حتى يطلق الأول، أو يفسخ النكاح من قبل الحاكم. وهذا ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والإمام أحمد رَحِمَهُ اللهُ^(٣).

وقد استدل أصحاب هذا القول: بأن هذا نكاح ساغ فيه الاجتهاد، فاحتيج في التفريق فيه إلى إيقاع فرقة، كالصحيح المختلف فيه، وأن الزواج

(١) انظر: بدائع الصنائع ٥ / ٣٠٥، الفقه الإسلامي وأدلته (١ / ٥٢).

(٢) انظر: الوسيط في المذهب (٧ / ٣٠٥)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٩ / ١٥٩).

(٣) بدائع الصنائع (٢ / ٣٣٥)، المحيط البرهاني (٣ / ١٢١)، مواهب الجليل (٣ / ٤٤٧)، القوانين الفقهية ص ١٤٠، المغني (٧ / ١١)، الشرح الكبير (٨ / ٩٧)، شرح منتهى الإرادات (٣ / ٣٠).

من غير فرقة يفضي إلى تسليط زوجين عليها، كل واحد منها يعتقد أن نكاحه صحيح، ونكاح الآخر فاسد^(١).

وعلى هذا فإن القول الراجح في هذه المسألة هو القول الثاني.

المسألة الثانية: هل للمعقود عليها بعقد باطل أو فاسد مهر؟

لا تخلو المسألة من أمرين:

إما أن يكون ذلك قبل الدخول، أو بعده.

فأما إن حكم ببطان العقد قبل الدخول فلا مهر لها بالإجماع، لأنه عقد فاسد لم يتصل به قبض، فلم يجب به عوض كالبيع الفاسد، ولأن وجوده كعدمه ولم يستوف المعقود عليه^(٢).

وأما إن كان بعد الدخول فلها المهر^(٣)، بدليل قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((فلها المهر بما استحل من فرجها))^(٤).

وقد اختلف بالمراد بالدخول: هل هو مجرد الخلوة؟ أم لا بد من الوطء؟

أما الوطء فمحل اتفاق لدلالة النص عليه، وأما الخلوة فمحل خلاف.

(١) المصادر السابقة.

(٢) انظر: مواهب الجليل (٤١٢/٣)، الحاوي الكبير (٣٤٤/٩)، حاشية العدوي (٥٢/٢)، المغني (١١/٧)، الشرح الكبير (٩٧/٨).

(٣) انظر: المصادر السابقة.

(٤) سبق تخريجه ص ١٢٥.

قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ: والخلوة في النكاح الفاسد لا يجب بها شيء من المهر، لأن الصداق لم يجب بالعقد وإنما يوجبه الوطاء، ولذلك لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول فأشبهه ذلك الخلوة بالأجنبية وهو ما ذهب إليه الحنفية والشافعية، ويرى المالكية أن المتلذذ بها من غير وطء تعوض وجوباً بالاجتهاد، سواء أكان النكاح مختلفاً فيه أم متفقاً على فسادهِ^(١).

وقد روي عن الإمام أحمد ما يدل على أن الخلوة فيه كاخلوة في الصحيح، لأن الابتداء بالخلوة فيه كالابتداء بذلك في النكاح الصحيح فيتقرر به المهر كالصحيح والأول أولى^(٢).

المسألة الثالثة: هل تعدد المعقود عليها بعقد فاسد؟

لا عدة على المرأة قبل الدخول بالإجماع^(٣)، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾^(٤).

فدلت الآية على أن العدة لا تجب إلا بالدخول.

وأما بعد الدخول فقد اتفق الفقهاء على وجوب العدة في النكاح المجمع على فسادهِ والمختلف فيه بالوطء.

(١) انظر: المبسوط (٢٩/٥)، المحيط البرهاني (١٣٢/٣)، شرح مختصر خليل للخرشي (١٩٨/٣)، حاشية العدوي (٥٥/٢)، الحاوي الكبير (٤٦/٩)، روضة الطالبين (٢٦٣/٧)، المغني (٢١٥/٧).

(٢) انظر: المغني (٢٥١/٧).

(٣) انظر: بداية المجتهد (١٠٨/٣).

(٤) سورة الأحزاب آية (٤٩).

وأما مجرد الخلوة فمحل خلاف بينهم.

القول الأول: ذهب الحنفية والشافعية إلى أن الخلوة في النكاح الفاسد لا توجب العدة، لأنه ليس بنكاح صحيح إلا أنه ألحق بالنكاح من أجل استيفاء المنافع، وذلك لحاجة النكاح لذلك، والأصل أن يبقى على عدم، ولم تتحقق المنافع بمجرد الخلوة، لأن الموجب للعدة في الحقيقة هو الوطء، لبيان سلامة الرحم وبراءته من الحمل^(١).

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ
تَمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا
فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾^(٢).

قالوا هذا نص، ولأنها مطلقة لم تمس، فأشبهت من لم يخل بها.

القول الثاني: ذهب المالكية والإمام أحمد إلى أن عليها العدة، لأن العقد ينفذ بحكم الحاكم فأشبهه الصحيح، ولأنه أُجري مجرى النكاح الصحيح في حقوق النسب فكذلك في العدة

وقد قضى الخلفاء الراشدون أن من أرخى ستراً، أو أغلق باباً، فقد وجب المهر، ووجبت العدة^(٣).

(١) انظر: بدائع (٢/٣٣٥)، حاشية ابن عابدين (٣/٥١٦)، مغني المحتاج (٤/٣٧٤)،
منهاج الطالبين (١/٢٥٣).
(٢) سورة الأحزاب آية (٤٩).
(٣) انظر: الذخيرة (٤/٣٧٥)، القوانين الفقهية (ص ١٥٦)، المغني (٨/٩٩)، الشرح
الكبير (٩/٩٥).

والراجع هو القول الثاني:

لأنه عقد على المنافع، والتمكين فيه يجري مجرى الاستيفاء في الأحكام المتعلقة، كعقد الإجارة، ولأن الحكم علق على الخلوة التي هي مظنة الإصابة دون حقيقتها، ولهذا لو خلا بها فأتت بولد لمدة الحمل، لحقه نسبه^(١).

المسألة الرابعة: لحوق النسب في النكاح الباطل:

اتفق الفقهاء على ثبوت النسب في النكاح المجمع على فساده بالوطء تبعاً لثبوت العدة فيه وذلك مثل نكاح المعتدة، وزوجة الغير، والمحارم إذا كانت هناك شبهة تسقط الحد، كأن لا يعلم بالتحريم ولأن الأصل أن كل نكاح يدرأ فيه الحد فالولد لاحق بالواطئ نسباً^(٢).

وفي حال انتفاء الشبهة التي يسقط معها الحد كأن يكون عالماً بالتحريم. فالجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة وبعض الحنفية لا يلحقون النسب به فلا يلحق به الولد لأنه في هذه الحالة يثبت الحد، وإذا ثبت الحد ووجب فلا يثبت النسب^(٣).

وعند أبي حنيفة يثبت النسب لأن العقد عقد شبهة، وقيل الشبهة تنتفي إذا كان النكاح مجمعاً على تحريمه، والمعقود عليها محرمة على التأيد، فلا

(١) انظر: المغني (٨/ ٩٩).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٣٣٥)، المحيط البرهاني (٣/ ١٢٢)، المبدع (٧/ ٦٤).

(٣) انظر: الذخيرة (١٢/ ٥)، القوانين الفقهية ص ٢١٩، الكافي في فقه أهل المدينة (٢/ ٥٣٢)، نهاية المطلب (٧/ ٢٠٧)، روضة الطالبين (٥/ ٦١)، المغني (٧/ ١٣)، المبدع (٥/ ٣٤).

يثبت النسب عند أبي يوسف ومحمد خلافاً لأبي حنيفة وذلك في المحرمة على التأيد، هذا بالنسبة للنسب في النكاح المجمع على تحريمه مع العلم بالتحريم^(١).



(١) انظر: البناية شرح الهداية (٦/٢٩٦)، البحر الرائق (٤/١٧٩).

المبحث الثالث

أثر العضل في سقوط الولاية وانتقالها عن المرأة

يتحقق العضل إذا ترتب على المنع ضرر يلحق بالمرأة، وعلى هذا اختلف الفقهاء فيما يتحقق فيه العضل:

فيرى المالكية أن العضل يتحقق في مسألتين:

المسألة الأولى: إذا طلبها كفاء ورضيت به.

الثانية: إذا دعت لكفاء، ودعا وليها لكفاء آخر^(١).

وأما الشافعية والحنابلة فقد حصروا العضل فيما لو عينت المرأة كفوًا، وأراد الأب غيره، فله ذلك في الأصح^(٢).

ويرى بعض الحنابلة: إذا امتنع الخُطاب لشدة الولي، لكن الظاهر أنه لا حرمة على الولي هنا؛ لأنه ليس له فعل ذلك المنع^(٣).

ويفسق الولي بالعضل إذا تكرر منه، ويترتب على ذلك أثره، وهو انتقال الولاية منه للأبعد، لأنه تعذر التزويج من جهة الأقرب، فملكه الأبعد، كما لو جن، ولأنه يفسق بالعضل كما سبق -

(١) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٢٣٢).

(٢) انظر: منهاج الطالبين (١/ ٢٠٧)، كشف القناع (٥/ ٥٤).

(٣) انظر: الإنصاف (٨/ ٧٥).

وقد اتفق الفقهاء على أنه ليس للولي أن يعضل موليته، ويمنعها من الزواج، إذا أراد أن يتزوجها كفاء بمهر مثلها، فإذا منعها في هذه الحال تسقط ولايته وكان لها الحق أن ترفع أمرها إلى القاضي لينظر في تزويجها^(١). وعلى هذا يتحقق سقوط الولاية وانتقالها عن الولي الأقرب.

واختلف الفقهاء إلى من تنقل الولاية بعد سقوطها عن الولي الأقرب: القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية ورواية عند الإمام أحمد إلى أن الولاية تنتقل إلى السلطان^(٢). القول الثاني: أنها تنتقل إلى الأبعد من عصباتها، وهو رواية عن الإمام أحمد^(٣).

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول بما يلي:

الدليل الأول: قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي لها))^(٤).

(١) انظر: بداية المجتهد (٣/٤٢).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢/٢٥٢)، تبيين الحقائق (٥/٢٢٠)، حاشية ابن عابدين (٣/٧٩)، القوانين الفقهية (١/١٣٤) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٢/٣٧٥)، الحاوي الكبير (٩/١١١) روضة الطالبين (٩/١٠١)، المغني (٧/٣٠).

(٣) انظر: المغني (٧/٣٠)، الشرح الكبير (٧/٤٢٨)، المبدع (٦/١١٠).

(٤) سبق تخريجه ص ١٢٣.

الدليل الثاني: أن امتناع الولي من التزويج ظلم للمرأة، فقام الولي مقامه لرفع الظلم، قياساً على من عليه دين وامتنع عن قضائه فيقوم القاضي بإجباره على السداد.

ويمكن أن تناقش أدلة الجمهور بما يلي:

- حمل الحديث على ما إذا عضل كل الأولياء، لأن قوله: ((فإن اشتجروا)) ضمير جمع يتناول الكل.

- وأما القياس على الدين نقول أن الولاية تخالف الدين من ثلاثة أوجه: الأول: أنها حق للولي، والدين حق عليه.

الثاني: أن الدين لا ينتقل عنه، والولاية تنتقل لعارض؛ من جنون الولي، أو فسقه أو موته.

الثالث: أن الدين لا يعتبر في بقاءه العدالة، والولاية يعتبر لها ذلك^(١).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي لها)).

وجه الاستدلال: أن هذه لها ولي وهو الأبعد، ولذلك يمكن حمل النص على ما إذا عضل جميع الأولياء، لأن قوله: ((فإن اشتجروا)) ضمير جمع يتناول الكل.

(١) انظر: الولاية في النكاح (٢/ ١٤٤).

الدليل الثاني: أنه لو زالت ولايته لما صح منه التزويج إذا أجاب إليه، لأن الحاكم يعرض عليه أن يزوج فإذا امتنع زوجها الحاكم.

الراجع:

هو القول الثاني وذلك لسلامة الدليل من المعارض، وفيه حفظ لحق الأولياء وبعدد عن التخاصم والمشاحنة.

إذا تحقق هذا فالولاية في النكاح تترتب على ترتيب الإرث بالتعصيب ولا ولاية لغير العصابات من الأقارب.

وعند عدم وجود الأولياء، أو عضلهم، أو منع الأقرب الأبعد، تنقل الولاية للسلطان، فله ولاية التزويج بدليل الحديث السابق وحديث أم حبيبة: أن النجاشي زوجها رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وكانت عنده^(١)، ولأن للسلطان ولاية عامة بدليل أنه يلي المال، ويحفظ الضوال، فكانت له الولاية في النكاح كالأب^(٢).

قال الصنعاني: «وانتقالها إلى السلطان مبني على منع الأقرب الأبعد، وهو محتمل، ودل على أن السلطان ولي من لا ولي لها لعدمه أو لمنعه، ومثلها غيبة الولي»^(٣).

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب الصداق (٢/٢٣٥)، حديث رقم (٢١٠٨).

(٢) انظر: المغني (٧/١٧).

(٣) انظر: سبل السلام (٢/١٧٣).

المبحث الرابع تطبيقات قضائية

وفيه ثلاثة تطبيقات:

التطبيق القضائي الأول:

أولاً: نص التطبيق:

الدعوى:

ادعت المدعية قائلة: إن الحاضر أخي الأكبر ووليي الشرعي؛ حيث قد توفي والدي، وقد بلغت مبلغ النساء، وتقدم لي خاطب وهو يصلح لي زوجاً، إلا أن المدعى عليه قد رده لأسباب غير شرعية، أطلب نقل الولاية منه إلى الحاكم الشرعي، هذه دعواي.

الإجابة:

وبعرض ذلك على المدعى عليه أجاب قائلاً: إن ما ذكرته المدعية من أنني ولي التزويج لها بعد وفاة والدي فهو صحيح، وما ذكرته من أنه تقدم لها الخاطب هذا، وقد كان أخي المسؤول عن زواجها، حيث إني مريض، وقد وافقنا عليه إلا أنه انسحب ولم يعد، والآن بعد أن تقدم مرة أخرى لا أريده زوجاً لأختي، هكذا أجاب.

المرافعة:

وبعرض جواب المدعى عليه على المدعية قالت: كما ذكر يرفض زواجي من هذا الرجل، ولا ينقم عليه في خلق ولا دين، وأنا أريد أن أعف نفسي بالحلال، والخاطب موظف حكومي، وهو سعودي الجنسية، هكذا قالت.

الأسباب:

ذكر القاضي أن المدعى عليه رفض تزويجها من الخاطب وهو لم ينقم عليه لا في خلقه ولا في دينه، وحيث أنهم قد وافقوا عليه سابقاً يعد تعديلاً له، وارتضاء به زوجاً لأختهم، ولأن نقل الولاية من الولي المدعى عليه ربما يفضي إلى نزاع وخصام وقطيعة رحم، وأن مذهب الجمهور أن الولاية تنتقل ممن عضل إلى الحاكم، وأن من وجب عليه شيء أمر به الحاكم فإن امتثل وإلا نفذه الحاكم إن أمكن، وأن المدعى عليه قد عضل المدعية.

الحكم:

لما تقدم من أسباب ثبت لدى القاضي صحة دعوى المدعية وأن أختها قد عضلها عن الزواج ممن هو كفاء لها، فقرر نقل الولاية من المدعى عليه إلى الحاكم الشرعي وبذلك حكم، وقد أيد هذا الحكم من محكمة الاستئناف بالقرار رقم ٣٥١٣٨١١٨ وتاريخ ٦/٢/١٤٣٥هـ^(١).

(١) انظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ، مركز البحوث بوزارة العدل - الرياض، ١٤٣٨هـ، العدد الثامن، ص ١٩٤.

ثانياً: دراسة التطبيق وأثره في إسقاط الولاية ونقلها للحاكم الشرعي:

في هذه القضية المعروضة على القاضي ألزم القاضي المدعى عليه بتزويج أخته فرفض التزويج وعليه فقد نقل القاضي الولاية من أخيها إلى الحاكم الشرعي وبذلك حكم مستنداً على ما جاء في المغني «إذا عضلها وليها الأقرب انتقلت الولاية إلى الأبعد»، نص عليه أحمد وعنه رواية أخرى تنتقل إلى السلطان لأن امتناع الولي من التزويج ظلم للمرأة فقام الولي مقامه لرفع الظلم.

كما يلحظ في هذا التطبيق أن الأخوة قد يكون بينهما خلاف في التزويج، حيث ذكر في دعواه أنه كان مريضاً، وقال: قد كان أخي هو المسؤول عن زواجها، حيث أني مريض، مما يشعر بأن بينهما خلافاً على التزويج؛ ولذلك نقل القاضي الولاية للحاكم الشرعي مستنداً إلى حديث: ((فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي لها))، فأسقط الولي الأبعد ونقلها للحاكم.

التطبيق القضائي الثاني:

أولاً: نص التطبيق:

الدعوى:

أقامت المدعية دعواها ضد والدها طالبة فسخ ولايته عليها ونقلها لأحد أخويها من أمها، وبسؤال المدعية عن تحرير دعواها قالت: إن دعواي قد حررها الوكيل الشرعي في ورقة وأطلب تدوين نصها في الضبط، وأبرز الوكيل الشرعي ورقة واحدة والمتضمنة ما نصه: «أن المدعى عليه والد

موكلتي و يقيم بالرياض حيث أن المدعية من مواليد ١٧/١٢/١٣٩٩ هـ وتبلغ من العمر قرابة أربعة وثلاثين عاماً، ولديها طفل ذكر يبلغ من العمر ثلاثة عشر عاماً من زوج سابق، وهي مطلقة حالياً، تطلب المدعية إلزام المدعى عليه التنازل عن ولايتها في الزواج ورعاية شؤونها ونقلها للأخ من الأم...

وقد عضلها في زواجها أكثر من مرة، وتعرضها للطلاق من قبل بسبب إمساك المدعى عليه لكامل مهرها حال زواجها، وطلبه المال مقابل الإذن لها بالسفر لأي جهة، صاحب الفضيلة؛ بما تقدم تطلب المدعية فسخ ولايتها عن وليها ونقلها لمن تقدم بيانهم من قرابتها «أ.هـ. هكذا تضمنت دعواها.

الإجابة:

وبعرض ذلك على المدعى عليه قال: ما جاء في دعوى المدعية غير صحيح، كما أطلب صورة من الورقة التي أبرزها الوكيل. هكذا أجاب.

المرافعة:

وبعرض ذلك على المدعية قالت: الصحيح ما جاء في دعواي هكذا قررت.

وبمناقشة أطراف الدعوى من قبل القاضي قال المدعى عليه: إن ابنتي المدعية سبق أن تزوجت أربع مرات ومعها ابن اسمه (...). هكذا قرر.

وبعرض ذلك على المدعية قالت: إن ما ذكره والدي المدعى عليه كله صحيح، ووالد ابني ينفق عليه في الوقت الحاضر، هكذا قررت.

الأسباب:

بناءً على ما تقدم من الدعوى والإجابة، وما قرره الطرفان، ونظراً لكون المدعية بالغة فليس عليها ولاية سوى ولاية النكاح، ونظراً لإقرارها في هذه الجلسة أن تزوجت أربع مرات، ونظراً لأن من طلبت لهم الولاية هم إختوتها من الأم والأخوة من الأم لا تنعقد لهم ولاية النكاح كما هو معلوم في كتب أهل العلم.

الحكم:

لكل ما تقدم فقد رد القاضي دعوى المدعية وبذلك حكم، وأفهمها بأن لها الحق في تقديم دعوى عضل لدى المحكمة المختصة متى ما تقدم لها خاطب مرضي الدين والخلق ورفض وليها تزويجها.

وقد أيد هذا الحكم من محكمة الاستئناف بالقرار رقم ٣٥٣٧٩٧٦٠ وتاريخ ١٠/٩/١٤٣٥هـ^(١).

ثانياً: دراسة التطبيق وأثره في إسقاط الولاية ونقلها للحاكم الشرعي:

في هذه القضية المعروضة على القاضي رد القاضي دعوى نقل الولاية إلى الأخ لأم، وبذلك حكم بناءً على رأي جمهور الفقهاء أن جهة الأمومة لا تدخل لها في إثبات ولاية النكاح، ولذلك منع المالكية والحنابلة ولاية الأخ لأم، والخال، وغيرهما، من قرابة الأم، فليس الأخ لأم من العصبات، وإنما

(١) انظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ، العدد الثامن، ص ٢٥٠.

تكون له الولاية عند عدم العصابات بصفة قرابة ذوي الأرحام، وكذلك يلي بالولاية العامة التي يستحقها بحقوق الإسلام^(١).

قال ابن هبيرة: اتفقوا على أن الولاية في النكاح لا تثبت إلا لمن يرث بالتعصيب، وقد نص صاحب كشاف القناع على أنه لا ولاية لغير العصابات النسبية والسببية من الأقارب كالأخ من الأم والخال وعم الأم وأبيها ونحوهم^(٢).

التطبيق القضائي الثالث:

أولاً: نص التطبيق:

الدعوى:

أقامت المدعية دعوها ضد والدها طالبة إلزامه بتزويجها من خاطبها، أو نزع ولاية التزويج منه وجعلها لأخيها الشقيق، قائلة في تقرير دعوها: إن الغائب عن مجلس القضاء هو والدي، وقد منعتني من الزواج دون مسوغ شرعي، وقد حاولت معه كثيراً بالحسنى فلم يستجب، وقد تقدم لي الخاطب الكفاء إلا أنه يرفض ذلك؛ لذا أطلب من فضيلتكم إلزامه بعقد نكاحي، أو نزع ولاية التزويج منه، هذه دعواي.

(١) انظر: الولاية في النكاح (٢/٩٦).

(٢) انظر: التلقين في الفقه المالكي (٢/١١٣)، كشاف القناع (٥/٥٢).

المرافعة:

وبطلب البينة من المدعية على دعواها ضد المدعى عليه، أحضرت للشهادة وأدائها (...) سعودي الجنسية وقال: أشهد بالله العظيم على أن المدعى عليه قد منع المدعية أختي من الزواج، وقد تقدم لها ثلاثة ممن ترضى أمانتهم وديانتهم فرفض تزويجها بغير عذر شرعي، وقد تدخلت في الإصلاح فرفض تزويجها، هذا ما لدي...

ثم قررت المدعية بقولها: أطلب جعل ولاية التزويج لأخي وشقيقي الأكبر؛ حيث إنه لا مانع لديه من تزويجي بعد نزع ولاية أبي عن طريق المحكمة الشرعية.

الأسباب:

وحيث أن عدم حضور المدعى عليه ولا من ينوب عنه، وتهربه عن الحضور ورفضه استلام صحيفة التبليغ يعد نكولاً، ومماثلة في الحضور، وبناءً على شهادة الشاهدين المعدلين شرعاً، وحيث أن امتناع المدعى عليه عن تزويج المدعية للخاطب الكفاء يعد ضرراً عليها، وتعليقاً لها والنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: ((لا ضرر ولا ضرار))، وحيث نص الفقهاء على أنه إذا امتنع الولي الأقرب عن تزويج الكفاء جاز نزع الولاية منه وجعلها للأبعد إن وجد، وإلا فللحاكم الشرعي.

الحكم:

لذا فقد حكمت بنزع ولاية التزويج من المدعى عليه، وجعلها لشقيق المدعية وبذلك حكم.

وبعرض ذلك على المدعية قررت القناعة والرضا به، وقرر القاضي بعث نسخة من الحكم للمدعى عليه لتقديم اعتراضه خلال المدة المقررة نظاماً.

وقد أيد هذا الحكم من محكمة الاستئناف بالقرار رقم ٣٥٣٢٧١٨٤ وتاريخ ٢٣/٧/١٤٣٥هـ^(١).

ثانياً: دراسة التطبيق وأثره في إسقاط الولاية ونقلها للحاكم الشرعي:

في هذه القضية المعروضة على القاضي نزع القاضي الولاية من المدعى عليه والد المدعية ونقلها لأخيها الشقيق وبذلك حكم.

وقد استند على نزع الولاية وانتقالها إلى ما اتفق عليه الفقهاء من أنه ليس للولي أن يعزل موليته، ويمنعها من الزواج، إذا أراد أن يتزوجها كفاء بمهر مثلها، فإذا منعها في هذه الحال كان لها الحق أن ترفع أمرها إلى القاضي لينظر في تزويجها، حيث جاء في كشاف القناع: «وإن عضل الأقرب زوج الأبعد، والعزل منعها أن تتزوج كفوّاً إذا طلبت ذلك، ورغب كل منها في صاحبها»^(٢).

(١) انظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ، العدد الثامن، ص ٢٣٧.

(٢) انظر: كشاف القناع (٥/٥٤).

ولو جود ضرر يلحق بالمدعية والضرر يزال، كما أنه وجد الكفاء المرضي في خلقه ودينه.

كما استند القاضي في نظر الدعوى حال عدم حضور المدعى عليه على نظام المرافعات الشرعية في المادة (٥٧) حيث نصت المادة على: «إذا غاب المدعى عليه عن الجلسة الأولى ولم يكن تبلغ لشخصه أو وكيله في الدعوى نفسها، فيؤجل النظر في الدعوى إلى جلسة لاحقة يبلغ بها المدعى عليه، فإن غاب عن هذه الجلسة دون عذر تقبله المحكمة ولم يكن تبلغ لشخصه أو وكيله، فتحكم المحكمة في الدعوى، ويعد حكمها في حق المدعى عليه غيابياً».

وعلى هذا يتحقق سقوط الولاية وانتقالها عن الولي الأقرب وهو والد المدعية إلى الأبعد وهو الأخ الشقيق بناءً على ترتيب الولاية في النكاح على ترتيب الإرث بالتعصيب ولا ولاية لغير العصابات من الأقارب.

وعند عدم وجود الأولياء أو عضلهم أو منع الأقرب الأبعد تنقل الولاية للسلطان، فله ولاية التزويج.

الخاتمة

أحمد الله تعالى وأشكره على فضله وإنعامه، وأصليّ وأسلم على خاتم النبيين والمرسلين، وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين، وبعد: فقد يسر الله إتمام هذا البحث، فإن وفقت فيه فمن الله وحده، وإن زللت فحسبي أني اجتهدت، وأسأل الله أن يتجاوز عن الخلل والنقصان.

وقد توصلت في خاتمته إلى النتائج الآتية:

١. تكريم الإسلام للمرأة ورفع الظلم عنها، والأصل أن الولي يحافظ على هذه المرأة، ويراعي مصالحها.

٢. أن العضل: هو منع المرأة من التزويج بكفئتها إذا طلبت ذلك، ورغب كل واحد منهما في صاحبه.

٣. الأصل في عضل المرأة التحريم وقد يباح في حالات محددة في الشريعة الإسلامية.

٤. ولاية الإجماع: وهي الولاية الكاملة في تنفيذ عقد النكاح.

٥. تثبت ولاية الاختيار لسائر الأولياء عند تزويج المرأة الحرة المكلفة ثيباً كانت أو بكرأ بإذنها.

٦. القول الراجح أنه لا نكاح إلا بولي.

٧. سبب الخلاف في مسألة النكاح بلا ولي أن الآيات والأحاديث التي استدلت بها أصحاب هذه الأقوال كلها محتملة.

٨. أثر زواج المرأة بلا ولي مبني على الخلاف في المسألة حكم نكاح المرأة بلا ولي، فهو ثمرة من ثمرات ذلك الخلاف.
٩. يظهر الأثر في مسألة وقوع الطلاق لمن عقد عليها بنكاح فاسد هل لا بد من وقوع الطلاق أو أنه لا حاجة للفسخ والطلاق بناءً على أن العقد باطل.
١٠. إن حكم بطلان العقد قبل الدخول فلا مهر للمرأة بالإجماع، لأنه عقد فاسد لم يتصل به قبض.
١١. لا عدة على المرأة قبل الدخول بالإجماع.
١٢. الجمهور على أن الخلوة في النكاح الفاسد لا توجب العدة.
١٣. التحقيق في مسألة عدة المعقود عليها بعقد فاسد أن تستبرئ ولو بحيضة احتياطاً للحقوق النسب.
١٤. اتفق الفقهاء على ثبوت النسب في النكاح المجمع على فساده بالوطء تبعاً لثبوت العدة فيه إذا كانت هناك شبهة تسقط الحد.
١٥. الأصل أن كل نكاح يدرأ فيه الحد فالولد لاحق بالواطئ نسباً.
١٦. تحقق العزل إذا ترتب على المنع ضرر يلحق بالمرأة.
١٧. اتفق الفقهاء على أنه ليس للولي أن يعضل موليته، ويمنعها من الزواج، إذا أراد أن يتزوجها كفاء بمهر مثلها، فإذا منعها في هذه الحال تسقط ولايته.

١٨. جمهور الفقهاء أن الولاية تنتقل إلى السلطان.

١٩. من مقاصد الشريعة حفظ حق الأولياء والبعث عن التخاصم والمشاحنة.

٢٠. الأحكام القضائية مبنية على النصوص الشرعية والمصالح المرعية حيث أن للقاضي تقدير المصلحة في إسقاط الولاية ونقلها. وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً. تم صبيحة الأربعاء الموافق ١٦ / ٩ / ١٤٤٢ هـ.

المصادر والمراجع

١. الاختيار لتعليل المختار، المؤلف: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلية البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي، الناشر: مطبعة الحلبي، تاريخ النشر: ١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م.
٢. إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي، أبو زيد أو أبو محمد، شهاب الدين المالكي، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة: الثالثة.
٣. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المؤلف: محمد ناصر الدين الألباني، إشراف: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
٤. أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، المؤلف: محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت - لبنان، عام النشر: ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
٥. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، المؤلف: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المحقق: مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر، الناشر: دار الفكر - بيروت.
٦. الأم، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي، الناشر: دار المعرفة - بيروت، الطبعة: بدون طبعة، سنة النشر: ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.
٧. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المؤلف: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية.



٨. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المؤلف: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية.
٩. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المؤلف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد الناشر: دار الحديث - القاهرة، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
١٠. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المؤلف: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
١١. البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، المؤلف: ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، الناشر: دار الهجرة للنشر والتوزيع - الرياض - السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
١٢. بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك)، المؤلف: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، الشهير بالصاوي المالكي، الناشر: دار المعارف، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
١٣. البناية شرح الهداية، المؤلف: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.
١٤. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المؤلف: عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلبي، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٣١٣هـ.

١٥. تفسير القرآن العظيم، المؤلف: أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي، المحقق: محمد حسين شمس الدين، الناشر: دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ.
١٦. التلخيص الخبير في تخريج أحاديث الرافي الكبير، المؤلف: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٨٩م.
١٧. التلقين في الفقه المالكي، المؤلف: أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، المحقق: أبو أويس محمد بن خبزة الحسيني التطواني، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
١٨. جامع الأصول في أحاديث الرسول، المؤلف: مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير، تحقيق: عبد القادر الأرئوط - التتمة تحقيق بشير عيون، الناشر: مكتبة الحلواني - مطبعة الملاح - مكتبة دار البيان، الطبعة: الأولى.
١٩. الجامع الكبير (سنن الترمذي)، المؤلف: محمد بن عيسى بن سَورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى، المحقق: بشار عواد معروف، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، سنة النشر: ١٩٩٨م.
٢٠. الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وسننه وأيامه، المؤلف: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ.
٢١. الجوهرة النيرة، المؤلف: أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي اليمني الحنفي، الناشر: المطبعة الخيرية، الطبعة: الأولى، ١٣٢٢هـ.
٢٢. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المؤلف: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، الناشر: دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.



٢٣. حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، المؤلف: أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م.
٢٤. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، المؤلف: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م.
٢٥. رد المحتار على الدر المختار، المؤلف: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، الناشر: دار الفكر-بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م.
٢٦. روضة الطالبين وعمدة المفتين، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢ هـ - ١٩٩١ م.
٢٧. الروضة الندية شرح الدرر البهية، المؤلف: أبو الطيب محمد صديق خان بن حسن بن علي ابن لطف الله الحسيني البخاري القنوجي، الناشر: دار المعرفة.
٢٨. سبل السلام، المؤلف: محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمر، الناشر: دار الحديث، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
٢٩. سنن ابن ماجه، المؤلف: ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي.

٣٠. سنن أبي داود، المؤلف: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، الناشر: المكتبة العصرية، بيروت.
٣١. الشرح الكبير على متن المقنع، المؤلف: عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين، الناشر: دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا صاحب المنار.
٣٢. شرح مختصر خليل للخرشي، المؤلف: محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، الناشر: دار الفكر للطباعة - بيروت.
٣٣. شرح منتهى الإرادات، المؤلف: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: الأولى، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م.
٣٤. العناية شرح الهداية، المؤلف: محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي، الناشر: دار الفكر.
٣٥. الفقه الإسلامي وأدلته، المؤلف: وهبة الزحيلي الناشر: دار الفكر - سوربة - دمشق، الطبعة: الرابعة.
٣٦. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، المؤلف: أحمد بن غانم بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهرري المالكي، الناشر: دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م.
٣٧. القوانين الفقهية، المؤلف: أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي الغرناطي، تحقيق محمد سيدي مولاي، الناشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، الطبعة: الأولى، ١٤٣١ هـ.

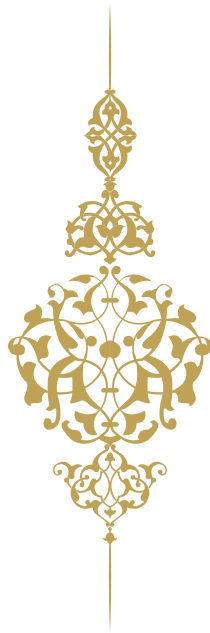


٣٨. كتاب الفروع، المؤلف: محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
٣٩. كشف القناع عن متن الإقناع، المؤلف: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، الناشر: دار الكتب العلمية.
٤٠. لسان العرب، المؤلف: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، الناشر: دار صادر - بيروت، الطبعة: الثالثة، ١٤١٤هـ.
٤١. المبدع في شرح المقنع، المؤلف: إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
٤٢. المجتبى من السنن = السنن الصغرى للنسائي، المؤلف: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، الناشر: مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
٤٣. المجموع شرح المهذب، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، الناشر: دار الفكر.
٤٤. مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ، مركز البحوث بوزارة العدل - الرياض، ١٤٣٨هـ، العدد الثامن.
٤٥. المحلى بالآثار، المؤلف: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري الناشر: دار الفكر - بيروت.
٤٦. المحيط البرهاني في الفقه النعماني، المؤلف: أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري الحنفي، المحقق: عبد الكريم

- سامي الجندي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.
٤٧. المدونة، المؤلف: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
٤٨. المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، المؤلف: مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت.
٤٩. معالم السنن (وهو شرح سنن أبي داود)، المؤلف: أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي، الناشر: المطبعة العلمية - حلب، الطبعة: الأولى، ١٣٥١هـ - ١٩٣٢م.
٥٠. معجم مقاييس اللغة، المؤلف: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين، المحقق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، عام النشر: ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
٥١. المغني، المؤلف: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، الناشر: مكتبة القاهرة، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.
٥٢. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المؤلف: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
٥٣. منح الجليل شرح مختصر خليل، المؤلف: محمد بن أحمد بن محمد عlish، أبو عبد الله المالكي، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.



- ٥٤ . منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي المحقق: عوض قاسم أحمد عوض، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٥م.
- ٥٥ . المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٣٩٢هـ.
- ٥٦ . مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المؤلف: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- ٥٧ . الوسيط في المذهب، المؤلف: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، المحقق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، الناشر: دار السلام - القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ.
- ٥٨ . الولاية في النكاح، أصل الكتاب: رسالة (ماجستير) - الجامعة الإسلامية، ١٤٠٣هـ، المؤلف: عوض بن رجاء بن فريج العوفي، الناشر: عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.





التعويض عن الضرر المعنوي

د. عبد الملك بن عبد المحسن العسكري

عضو هيئة التدريس بالمعهد العالي للقضاء

بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

المقدمة

الحمد لله، باسمه أفتتح، ومن جوده أستمنح، اللهم اجعلنا ممن ابتدأته
بنعمتك ومننتك، وأعقبته برأفتك ورحمتك، أما بعد:

فإن الشريعة الإسلامية شريعة مباركة، تُسائر كل عصر، وتحفظ مصالح
كل جيل، فما حادث يحدث، أو طارئ يطرأ إلا والشرع حاكم عليه، قال
الإمام الشافعي رَحِمَهُ اللهُ: «فليست تنزل بأحد من أهل دين الله نازلة إلا وفي
كتاب الله الدليل على سبيل الهدى فيها»^(١).

وإن من الجديد القديم في الدراسات الفقهية: الضرر المعنوي، والتعويض
عنه، وقد أتى هذا البحث كاشفاً عن هذا الموضوع، مُضيئاً لجوانبه. وبالله
عُدَّتِي، وعليه اتكالي.

أسباب اختيار الموضوع:

لقد كان لاختياري هذا الموضوع عدة أسباب، أبرزها:

١. الإدلاء بين الدلاء في بحث المسائل الفقهية ودراساتها؛ فإنه ضُرب
من ضروب التفقه في الدين، المندوب إليه في قوله تعالى: ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِن
كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ﴾ [التوبة: ١٢٢]، المُمتدح بقول
النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من يُرد الله به خيراً يُفقهه في الدين))^(٢).

(١) «الرسالة» (٢٠).

(٢) أخرجه البخاري (٧١)، ومسلم (١٠٣٧)، من حديث معاوية بن أبي سفيان رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

٢. أهمية هذا الموضوع للباحثين والمهتمين بالدراسات الشرعية عمومًا،
والعاملين في الميدان القضائي خصوصًا.

٣. كون التعويض عن الضرر المعنوي نازلة قضائية؛ فهي بحاجة
لدراستها، واستجلاء تفاصيلها، ومعرفة الحكم الصائب فيها - إن شاء الله
تعالى -.

منهج البحث:

قام سوق البحث على منهج هذه أسسه:

١. تصوير المسألة تصويرًا دقيقًا قبل بيان حكمها؛ ليتضح المقصود من
دراستها.

٢. إذا كانت المسألة من موضوعات الاتفاق فأذكر حكمها بدليله، مع
توثيق الاتفاق من مظانّه المعترّة.

٣. إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف، فأتبع فيها ما يلي:

أ- تحرير محل الخلاف إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف، وبعضها
محل اتفاق.

ب- ذكر الأقوال في المسألة، وبيان من قال بها من أهل العلم، ويكون
عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية.

ج- الاقتصار على المذاهب الفقهية المعتبرة، مع العناية بذكر ما تيسر الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح، وإذا لم أقف على المسألة في مذهب ما فأسلك بها مسلك التخريج.

د- توثيق الأقوال من مصادرها الأصلية.

هـ- استقصاء أدلة الأقوال، مع بيان وجه الدلالة، وذكر ما يرد عليها من مناقشات، وما يُجاب به عنها -إن وُجدت- وأذكرُ ذلك بعد الدليل مباشرة.

و- الترجيح مع بيان سببه، وذكر ثمرة الخلاف-إن وُجدت-.

٤. الاعتماد على أمّات المصادر والمراجع الأصلية في التحرير والتوثيق والتخريج.

٥. التركيز على موضوع البحث، وتجنّب الاستطراد.

٦. العناية بضرب الأمثلة، خاصة الواقعية منها.

٧. تجنب ذكر الأقوال الشاذة.

٨. العناية بدراسة ما جدّد من القضايا، مما له صلة واضحة بالبحث.

٩. إثبات الآيات برسم المصحف، مع ترقيمها وبيان سُورها.

١٠. تخريج الأحاديث من مصادرها الأصلية، وبيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها -إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما- فإن كانت كذلك فأكتفي حينئذ بتخريجها منها.

١١. تخريج الآثار من مصادرها الأصلية، والحكم عليها.

١٢. التعريف بالمصطلحات من كتب الفن الذي يتبعه المصطلح، أو من كتب المصطلحات المعتمدة.

١٣. توثيق المعاني من معاجم اللغة المعتمدة، وتكون الإحالة عليها بالجزء والصفحة فالمادة.

١٤. العناية بقواعد اللغة العربية، والإملاء، وعلامات الترقيم بعامة، حسب الموضوع الواردة فيه، من آية، أو حديث، وما شاكلها.

١٥. تضمين الخاتمة أهم النتائج.

١٦. تذييل البحث بالفهارس المعروفة، وهي:

- فهرس الآيات.

- فهرس الأحاديث.

- فهرس المصادر والمراجع.

خطة البحث:

رسمتُ معالمَ هذا البحث على ما يلي:

المبحث الأول: تعريف التعويض لغةً واصطلاحًا:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف التعويض لغةً.



المطلب الثاني: تعريف التعويض اصطلاحاً.

المبحث الثاني: تعريف الضرر لغةً واصطلاحاً:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الضرر لغةً.

المطلب الثاني: تعريف الضرر اصطلاحاً.

المبحث الثالث: تعريف المعنوي لغةً واصطلاحاً:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف المعنوي لغةً.

المطلب الثاني: تعريف المعنوي اصطلاحاً.

المبحث الرابع: تعريف الضرر المعنوي باعتباره علمًا مركبًا.

المبحث الخامس: أنواع الأضرار المعنوية.

المبحث السادس: التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه والنظام:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه.

المطلب الثاني: التعويض عن الضرر المعنوي في النظام.

الخاتمة:

وفيها أبرز النتائج.

الفهارس:

وهي:

- فهرس الآيات.

- فهرس الأحاديث.

- فهرس المصادر والمراجع.

وفي ذيل هذه المقدمة: أحمّد الله تعالى على إعانتة وتيسيره، وأسأله الرضا والقبول؛ إنه أكرم مسؤول، وأعظم مأمول، وهذا أوان الشروع في المقصود، بعون الملك المعبود:

المبحث الأول تعريف التعويض: لغةً واصطلاحاً

المطلب الأول: تعريف التعويض لغةً:

مأخوذ من: «عوض»، يُقال: استعاضه: إذا سألَه العِوض فعاوضه، أي: أعطاه إياه، واعتاضه: جاءه طالباً للعِوض، وتَعَوَّض: إذا أخذ العِوض، والعِوض على وزن «عِنب» هو الاسم من هذه المادة، وكذا: المَعْوِضَة، ومعناه: الخَلْف^(١) والبدل^(٢)، غَيْرَ أَنَّ بَيْنَ البَدَلِ والعِوضِ فَرْقاً^(٣)، «فالبدل أعمُّ تصرفاً من العِوض، فكل عِوض بدل، وليس كل بدل عِوضاً»^(٤).

ومن اشتقاقات هذه المادة: «التعويض» وهذه الكلمة أحد الأسماء لها، كالعوض والمَعْوِضَة، وهي دالَّة على المعنى نفسه، لكنَّ «التعويض» هو الأكثر في الاستعمال، فيُقال: عَوَّضْتُهُ عن هِبْتِهِ خيراً^(٥).

المطلب الثاني: تعريف التعويض اصطلاحاً:

لا نجدُ في لسان الفقهاء ولا في تضايف مُدَوِّنَاتِهِم تعريفَ لفظِ «التعويض» مع كثرة وُروده فيها على اختلاف مذاهبهم، وإنما نجدُ ما يُطابقه في المعنى، فمن ذلك:

(١) يُنظر: «القاموس المحيط» (٩٢٧) مادة: «عوض».

(٢) يُنظر: «لسان العرب» (٣١٧٠) مادة: «عوض».

(٣) المرجع السابق.

(٤) «الخصائص» (١/٢٦٥).

(٥) يُنظر: «مقاييس اللغة» (٤/١٨٨) مادة: «عوض».

١. الضمان، وهو لغةً: الالتزام، يُقال: ضمنتُ المالَ إذا التزمتَه^(١).
واصطلاحًا: «ضمُّ ذمّة الضامن إلى ذمّة المضمون عنه في التزام الحق،
فيثبت في ذمتها جميعًا»^(٢).

٢. الأرش، وهو لغةً: مأخوذ من: أرش، يُقال: أرشتُ الحربَ والنارَ إذا
أوقدتَهما^(٣).

واصطلاحًا: «قسط ما بين قيمة الصحيح والمعيب، فيرجع بنسبته من
ثمنه، فيقوم المبيع صحيحًا، ثم يُقوم معيبًا»^(٤).
على أنّ مصطلح «التعويض» لم يُخلُ من إيضاح المعاصرين، فمِمَّا قالوا في
تعريفه: «دفع ما وجب من بدل مالي بسبب إلحاق ضرر بالآخرين»^(٥).

(١) يُنظر: «المعجم الوسيط» (٥٤٤) مادة: «ضمن».

(٢) «المغني» (٧١/٧).

(٣) يُنظر: «مقاييس اللغة» (٧٩/١) مادة: «أرش».

(٤) «الإقناع» (٢١٦/٢).

(٥) «القاموس الفقهي» (٣٣٣)، وبنحوه تعريف «الموسوعة الفقهية الكويتية» (٣٥/١٣)،
وقد أخذتُ بالأول؛ لأنه أفصح لفظًا.

المبحث الثاني تعريف الضرر لغةً واصطلاحاً

المطلب الأول: تعريف الضرر لغةً:

الضرر مأخوذ من: «ضرر» يُقال: ضرَّه يضرُّه ضرّاً، وضرَّ به، وأضرَّه، وضارَّه مضارَّةً وضراراً^(١)، والضرَّ بالفتح: المصدر، وبالضم: الاسم^(٢)، والضرر: ابتداء الفعل^(٣)، وهو الاسم من هذه المادة^(٤).

وله معانٍ هي:

١. الفاقة والفقر^(٥).

٢. المرض أو الهزال، ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَيُّوبَ إِذْ نَادَى رَبَّهُ وَ أُنِّي مَسْنِي الضَّرِّ وَأَنْتَ أَرْحَمُ الرَّحِيمِينَ﴾ [الأنبياء: ٨٣]^(٦).

٣. النقصان، يُقال: دخل على الرجل ضررٌ في ماله، أي: نُقصان^(٧).

٤. سوء الحال في النفس؛ لِقِلَّةِ العلم والفضل والعِفَّة^(٨).

ويجمع المعاني كلَّها: أن الضرر ضد النفع أيّاً كان^(٩).

(١) يُنظر: «لسان العرب» (٢٥٧٤-٢٥٧٣) مادة: «ضرر».

(٢) يُنظر: «القاموس المحيط» (٧٧٤) مادة: «ضرر».

(٣) يُنظر: «لسان العرب» (٢٥٧٣) مادة: «ضرر».

(٤) يُنظر: «الصحاح» (٧١٩/٢) مادة: «ضرر».

(٥) «المصباح المنير» (٤/٢) مادة: «ضر».

(٦) يُنظر: «أساس البلاغة» (٤٧/٢) مادة: «ضرر».

(٧) يُنظر: «تهذيب اللغة» (٤٥٦/١١) مادة: «ضر».

(٨) يُنظر: «المفردات في ألفاظ القرآن» (٥٠٣) مادة: «ضرر».

(٩) يُنظر: «لسان العرب» (٢٥٧٣) مادة: «ضرر».

المطلب الثاني: تعريف الضرر اصطلاحًا:

عَرَّفَ الضررُ في الاصطلاح بتعريفات عِدَّة، هذا بيانها:

١. عَرَّفَه الأصوليون بأنه: «ألم القلب»^(١).

وهذا تعريف غير دقيق؛ لأنه تعريف له بأثر من آثاره، لا بماهيته.

٢. عَرَّفَه الفقهاء الأوائل بأنه: «إلحاق مفسدة بالغير مطلقًا»^(٢).

وهذا تعريف غير جامع؛ فإنه حصر الضرر بما يقع على الآخرين، ولم يذكر الضرر الواقع على النفس.

٣. عَرَّفَه المعاصرون بعبارات مختلفة، منها:

أ- «كل أذى يُصيب الإنسان، فيسبب له خسارة مالية في أمواله، سواء كانت ناتجة عن نقصها، أو عن نقص منافعها، أو عن زوال بعض أوصافها، ونحو ذلك، مما يترتب عليه نقص في قيمتها عمّا كانت عليه قبل حدوث ذلك الضرر»^(٣).

وهذا تعريف غير مانع؛ لأنه حصر الضرر في الضرر المالي، ولم يذكر الأضرار الأخرى، كالضرر المعنوي، والضرر الجسمي.

(١) «المحصول» (١٠٦/٦).

(٢) «فتح المبين لشرح الأربعين»، لابن حجر الهيتمي (٢١١).

(٣) «الضمان في الفقه الإسلامي»، للشيخ: علي الخفيف (٣٨) ضمن المؤلفات الكاملة له.

ب- «كل أذى يلحق الشخص سواء كان في مال مُتَقَوِّمٍ مُحْتَرَمٍ، أو جسم معصوم، أو عرض مَصُونٍ»^(١).

والتعريف الأخير هو المختار في نظري، والله أعلم؛ لأسباب هي:

١. اختصاره، وقلة ألفاظه.

٢. شموله واستيعابه لأنواع الضرر.

ويتصل بذكر التعريف: ذِكرُ ضابط الضرر الذي تجب إزالته فهو: الضرر

الذي يكون بغير حق، أما الضرر الذي يكون بحق فلا تجب إزالته^(٢).

(١) المرجع السابق (٢٨).

(٢) يُنظر: «المنتقى شرح الموطأ»، لأبي الوليد الباجي (٦/٤١)، و«جامع العلوم والحكم»، لابن رجب (٢/٢١٢).

المبحث الثالث تعريف المعنوي: لغةً واصطلاحاً

المطلب الأول: تعريف المعنوي لغةً:

مأخوذ من: «عني» وهو أصل يدل على مَعَانٍ ثلاثة، هي:

١. القصد للشيء، يُقال: عُنيْتُ بالأمر وبالْحَاجَةِ^(١).
 ٢. الخضوع والذل، يُقال: عَنَّا يَعْنُو، إذا: خضع، ومنه قوله تعالى: ﴿وَعَنَتِ الْوُجُوهُ لِلْحَىِّ الْقَيُّومِ﴾ [طه: ١١١] أي: خضعت وذلت^(٢).
 ٣. ظُهور الشيء وبروزه، يُقال: عُنوان الكتاب، وعُنْيَانُهُ، ومنه: معنى الشيء، كمعنى الكلام، ومعنى الشعر^(٣).
- وجاء في «المعجم الوسيط»: «المعنوي لغةً: خلاف المادي، وخلاف الذاتي»^(٤).

المطلب الثاني: تعريف المعنوي اصطلاحاً:

عُرِّفَ «المعنوي» اصطلاحاً بأنه: «الذي لا يكون للسان فيه حظ، وإنما هو يُعرف بالقلب»^(٥).

- (١) يُنظر: «مقاييس اللغة» (٤/١٤٦) مادة: «عني».
- (٢) يُنظر: «مختار الصحاح» (٤٨٤) مادة: «عنا».
- (٣) يُنظر: «مقاييس اللغة» (٤/١٤٦) مادة: «عني»، لجميع المعاني المذكورة أعلاه.
- (٤) «المعجم الوسيط» (٦٣٣) مادة: «عن».
- (٥) «التعريفات» (٢٣٦)، وبمثله قال المناوي في: «التوقيف على مهمات التعاريف» (٣١٠/١).

ويستعمل أهل العلم هذا اللفظ استعمالاً متنوعاً، فيستعمله الفقهاء في مواضع مختلفة، تارةً مفرداً بإرادة معناه اللغوي، كقول البهوتي رَحِمَهُ اللهُ بعد ذكر الفرق بين الماء الطاهر والطهور: «وظاهر هذا أن الخلاف معنوي لا لفظي»^(١)، وتارةً مُضَافاً إلى غيره، ومن ذلك: «المثلة المعنوية» في مقابل: «المثلة الحسية»، و«الإتلاف المعنوي» في مقابل: «الإتلاف الحسي»، مثال ذلك: قول ابن القيم رَحِمَهُ اللهُ عن استكراه الرجل لأمة زوجته: «وهذا مثلة معنوية، فهي كالمثلة الحسّية، أو أبلغ منها، ولا يُبعد في تنزيل الإتلاف المعنوي منزلة الإتلاف الحسي، إذ كلاهما يُحوّل بين المالك وبين الانتفاع بملكه»^(٢).

ويستعمله المفسّرون بإرادة معناه اللغوي، تارةً مفرداً، وتارةً مُضَافاً إلى غيره، فمثال الأول: قول ابن كثير رَحِمَهُ اللهُ عند تفسير قوله تعالى: ﴿يَقُولُ دُوقُوا مَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ﴾ [العنكبوت: ٥٥]: «تهديد وتقريع وتوبيخ، وهذا عذاب معنوي على النفوس»^(٣).

ومثال الثاني: قوله عند تفسير أول سورة الأحزاب: «يقول تعالى مُوطئاً قبل المقصود المعنوي أمراً حسياً معروفاً، وهو أنه كما لا يكون للشخص الواحد قلبان في جوفه، ولا تصير زوجته التي يُظاهر منها بقوله: أنت عليّ كظهر أمي أمّاً له، كذلك لا يصير الدعيّ ولدًا للرجل إذا تبناه فدعاه ابناً له»^(٤).

(١) «كشاف القناع» (١/٣٦).

(٢) «زاد المعاد» (٥/٣٦)، ويُنظر: «ضمان الأضرار المعنوية بالمال»، للشيخ عبد الله بن محمد بن خنين (٧).

(٣) «تفسير القرآن العظيم» (١٠/٥٢٤).

(٤) «تفسير القرآن العظيم» (١١/١١٢).

ويستعمله المحدّثون بإرادة معناه اللغوي مُضافاً إلى غيره، وهو: «التواتر المعنوي» أحد نوعي الحديث المتواتر الذي يُعرّف بأنه: «الخبر الذي ينقله مَنْ يحصل العلمُ بصدقه ضرورة»^(١)، وأمّا التواتر المعنوي فهو: «أن ينقل جماعةٌ يستحيل تواطؤهم على الكذب وقائعٌ مختلفة تشترك في أمر يتواتر ذلك القدر المشترك، كأحاديث رفع اليدين في الدعاء»^(٢).

ويُماثلهم اللغويون، فيطلقونه بالإضافة على مصطلحات كثيرة جداً، خاصة في النحو، مثل: «العامل المعنوي»^(٣)، و«التوكيد المعنوي»^(٤)، و«الشبه المعنوي»^(٥)، و«المؤنث المعنوي»^(٦).

وفي البلاغة: «الطباق المعنوي»^(٧)، و«القلب المعنوي»^(٨).

- (١) «علوم الحديث»، لابن الصلاح (٢٦٧).
- (٢) «تدريب الراوي» (١٧٤ / ٢).
- (٣) يُنظر: «مغني اللبيب» (١ / ٨٦٠ - ٩١١).
- (٤) يُنظر: «همع الهوامع» (٩٦ / ٣).
- (٥) «النحو الوافي»، لعباس حسن (٩٢ / ١).
- (٦) المرجع السابق (٥٨٨ / ٤).
- (٧) يُنظر: «الطراز» (٣٨٣ / ٢).
- (٨) يُنظر: «عروس الأفراح» (٢٩١ / ١).

المبحث الرابع

تعريف الضرر المعنوي باعتباره علماً مركباً

مصطلح «الضرر المعنوي» مصطلح حادث، لا ذكر له على ألسن الفقهاء السابقين، ولا وجود له في مُدَوَّنَاتِهِمُ الفقهية^(١)، وقد عُرِّفَ مِنْ قِبَلِ المعاصرين بتعريفات منها:

١. ما «لا يمس المال، ولكن يُصِيبُ مَصْلَحَةً غَيْرَ مَالِيَّةٍ»^(٢)، ومن أمثلته: ما يُصِيبُ الشَّرْفَ والاعتبار والعرض، والعاطفة والحنان^(٣)، وهذا تعريف غير دقيق؛ لما فيه من ضعف الصياغة، والتكرار في الألفاظ وهي: «المال» و«مالية».

٢. «كل أذى يُصِيبُ الإنسانَ في عِرْضِهِ، أو شُعُورِهِ، أو عَاطِفَتِهِ»^(٤).

والتعريف الأخير هو التعريف المختار، والله أعلم؛ لأمرين:

١. وَجَازَتِهِ.

٢. احتوائه على المعاني المذكورة في التعريفات السابقة^(٥).

(١) يُنظَرُ: «الموسوعة الفقهية الكويتية» (٤٠ / ١٣).

(٢) «الوسيط في شرح القانون المدني»، للدكتور عبد الرزاق السنهوري (١ / ٨٦٤).

(٣) يُنظَرُ: المرجع السابق.

(٤) «التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي» (٢٩).

(٥) يُنظَرُ: «ضمان الأضرار المعنوية بالمال» (٩).

والضرر المعنوي يُسمى بـ: «الضرر الأدبي»، وهو الشائع لدى القانونيين، والمستعمل في التشريعات الوضعية^(١)، والأولى تسميته بالضرر المعنوي؛ لأمرين:

١. أن محلَّ الضرر معانٍ لا جسم لها ولا مادة ولا عَرَض^(٢).

٢. أنه مصطلح يُطلق في مقابل مصطلح «الضرر المادي»، ومصطلح «الضرر الأدبي» لا يكون بإزائه ولا في مقابلته.

ويرى الشيخ علي الحنيف رَحْمَهُ اللهُ أَنْ بينهما فرقاً، فالضرر الأدبي: ما يُصيب الإنسان في شرفه وعرضه، من فعل أو قول يُعد مهانةً له، كما في القذف والسبِّ، وفيما يُصيبه من ألم في جسمه، أو عاطفته، من ضرب لا يُحدث فيه أثراً، أو من تحقير في مُحاطبته، أو امتهان في معاملته، والضرر المعنوي: تفويت مصلحة غير مالية ملتزم بها، كما في التزام امتنع فيه المُلتزم عن تنفيذ التزامه، كالمودَع عنده يمتنع عن تسليم الوديعة إلى مالِكها، والمُستعير يمتنع من تسليم العارية إلى المُعير، والمستأجر يمتنع عن تسليم العين المستأجرة إلى مالِكها، ونحو ذلك من كل ما ليس فيه تفويت مال على صاحب العين^(٣).

(١) يُنظر: «الوسيط في شرح القانون المدني» (١/٨٦٤).

(٢) يُنظر: «ضمان الضرر الأدبي في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي»، للدكتور فهد الرشيد (١٨٥١).

(٣) «الضمان في الفقه الإسلامي» (٤٤).

وأرى أنّ ما ذكره الشيخ رَحِمَهُ اللهُ غير صحيح؛ لأن مصطلح «المعنوي» كما سلف في بيان معناه إنما ينصرف إلى ما في النفس والقلب، كما أنّ ما ذكره من بيان الضرر المعنوي، إنما هو بيان لآثاره وعواقبه، وهي أضرار مالية كما هو ظاهر، والله أعلم.



المبحث الخامس أنواع الأضرار المعنوية

الأضرار المعنوية متعددة، بل في كل دهر تستجد صورٌ لم تكن معهودة من قبل، وأبرز هذه الأضرار المعنوية ما يلي:

١. القذف:

ويُقصد به لغةً: الرمي^(١)، واستُعير في الرمي بالزنا ونحوه من المكروهات، واصطلاحًا: «الرمي بزنا أو لواط، أو شهادة به عليه ولم تكمل البينة»^(٢).

وهو أسوأ الأضرار المعنوية، وأكثرها إيلا مًا على من وقعت عليه، ولذا كانت عقوبة القاذف عقوبة قاسية، قال الله سبحانه: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [النور: ٤]، ف«علّق الله على القذف ثلاثة أحكام: الحد، ورد الشهادة، والتفسيق؛ تغليظًا لشأنه، وتعظيمًا لأمره، وقوة في الردع عنه»^(٣)، وجاء في حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أن هلال بن أمية رضي الله عنه قذف امرأته عند النبي صلى الله عليه وسلم بشريك ابن سحماء، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: ((البيّنة أو حد في ظهرك))، فقال: يا رسول الله: إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً، ينطلق يلتمس البيّنة؟ فجعل يقول: ((البيّنة وإلا حد في ظهرك))^(٤).

(١) يُنظر: «لسان العرب» (٦/٣٥٦٠) مادة: «قذف».

(٢) «الإقناع» (٤/٢٢٩).

(٣) «أحكام القرآن»، لابن العربي (٣/٣٤٥).

(٤) أخرجه البخاري (٢٦٧١).

٢. الرمي بما لا يستوجب حد القذف:
- ويندرج تحت هذا النوع: كلُّ أذى بالكلام، أو سب أو شتم، فمن صدر منه ذلك فإنه يُعزَّر، وتقدير ذلك للحاكم، لا خلاف بين الفقهاء في ذلك^(١).
٣. الاعتداء الذي يمس الفرد، ويُلحق به أضرارًا جسمية، ككسر، أو جرح، أو ضرب، فلها أثر سلبي معنوي من جهة الآلام التي تستولي عليه^(٢).
٤. الضرر الذي يصيبُ الإنسانَ بسبب المَساسِ بسُمعته.
٥. الضرر الذي يصيبُ الإنسانَ نتيجة اتهامه في دينه^(٣).
٦. الضرر الذي يصيبُ الإنسانَ نتيجة الاعتداء على الآخرين، كالاغتداء على الأب، أو الابن، أو الزوجة، أو الصديق^(٤).
٧. الضرر الذي يلحق الإنسانَ نتيجة امتهان في معاملته، أو تحقير في مكانته^(٥).
٨. الضرر الذي يلحق الإنسانَ إذا كان دائنًا جرَّاء تأخر المدين في وفاء دينه، ومماطلته له، ومظاهر هذا الضرر:

(١) يُنظر: «المحيط البرهاني» (٤/٤٩٧)، و«الشرح الصغير على أقرب المسالك» (٤/٥٠٤)، و«روضة الطالبين» (١٠/١٧٤)، و«المغني» (٩/٦٦٥).

(٢) يُنظر: «الضمان في الفقه الإسلامي» (٤٤).

(٣) يُنظر: «التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي» (٣١).

(٤) يُنظر: «التعويض عن الضرر الأدبي»، للدكتور مهند أبو مغلي (٢١٢).

(٥) يُنظر: «الضمان في الفقه الإسلامي» (٤٤).

- أ- كونه من أشرف الناس الذين يُغضُّ من قدرهم التردد على المحاكم، ومراكز الشَّرط، ومراكز التنفيذ.
- ب- ضرره من متابعته المدين، وملاحقته، وما ينتج عن ذلك من خوف ضياع حقه، وقد يعود بالضرر على صحته.
- ج- ضرره من تشوُّه سُمعته عند الناس الذين يظُنُّون أنه ظالم بالمطالبة، غير مُنظر للمدين، بينما المدين ملئٌ مُماطل^(١).
٩. الضرر الذي يلحق الإنسانَ من مجرد الاعتداء على حق ثابت له، كملك، أو غيره^(٢).
- وسياتي حكمُ هذه الأضرار المعنوية التسعة - إن شاء الله تعالى -.

(١) يُنظر: «الماطلة في الديون»، للدكتور سلمان الدخيّل (٤١٣).

(٢) يُنظر: «الوسيط في شرح القانون المدني» (١/ ٨٦٥).

المبحث السادس التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه والنظام

المطلب الأول: التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه:

قبل إيراد حكم التعويض عن الضرر المعنوي، يحسن تحرير محل النزاع في هذه المسألة، فيقال:

١. أجمع أهل العلم على أن من ألحق الضرر المعنوي بغيره بقذفه بزناً أو لواط فيقام عليه حد القذف، وهو: ثمانون جلدة^(١).

٢. لا خلاف بين الفقهاء في أن من ألحق الضرر المعنوي بغيره بسبب أو شتم أنه يُعزَّر^(٢).

واختلفوا فيما عدا ذلك من ضروب الضرر المعنوي، وهو لا يخلو من حالتين:

الأولى: أن يكون الضرر معنوياً غير محض، بأن ينطوي على ضرر مادي، مثال ذلك: من افتري عليه فسادت سمعته، ثم فصل من وظيفته، أو حرم

(١) يُنظر: «المغني» (٣٨٤/١٢)، و«مراتب الإجماع» (١٥٤-١٥٥)، و«مجموع الفتاوى» (٣٤٢/٢٨).

(٢) يُنظر: «المحيط البرهاني» (٤٩٧/٤)، و«الشرح الصغير على أقرب المسالك» (٥٠٤/٤)، و«روضة الطالبين» (١٧٤/١٠)، و«المغني» (٦٦٥/٩).

من أي حق مالي له، فهذا النوع له حكم التعويض عن الضرر المادي^(١)؛
لغلبة الجانب المادي فيه^(٢).

الثانية: أن يكون ضرراً معنوياً محضاً لا يترتب عليه ضررٌ مادي^(٣)، كمثل
الأضرار التسعة الواردة سلفاً^(٤)، فهل يجوز التعويض المالي عنه؟

(١) يُنظر: «المطالعة في الديون» (٤١٤).

(٢) التعويض عن الضرر المادي مشروع، دل على ذلك: الكتاب، والسنة، وقواعد الشريعة،
فأما الكتاب:

فقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾
[البقرة: ١٩٤]، فدلّت الآية على أن من أتلف شيئاً من العُروض والحيوان أنه يضمن
مثله أو قيمته، والضمان إنما هو تعويض.

يُنظر: «الجامع لأحكام القرآن»، للقرطبي (٢٥٥ / ١).
وأما السنة:

فما ورد من أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان عند بعض نسائه، فأرسلت إحدى أمّهات
المؤمنين مع خادمها قصعةً فيها طعام، فضربت بيدها فكسرت القصعة، فأخذ النبيُّ
صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الكسرتين، فضمَّ إحداهما إلى الأخرى، فجعل يجمع فيها الطعام ويقول:
(«غارت أمكم»)، فأكلوا حتى جاءت قصعتها التي في بيتها، فدفعت القصعة الصحيحة،
وحبس المكسورة. أخرجه البخاري (٢٣٤٩)، والحديث واضح الدلالة على مشروعية
التعويض.

يُنظر: «التوضيح لشرح الجامع الصحيح» (٤١ / ١٦).

ومن القواعد الفقهية الكبرى التي يقوم عليها دين الإسلام:

قاعدة: «الضرر يُزال» وينبني عليها: التعويض عن الضرر المادي.

يُنظر: «الأشباه والنظائر» لابن نجيم (٩٤)، و«القواعد» للحصني (٣٣٣ / ١)،
و«الأشباه والنظائر» للسيوطي (١٤٠ / ١).

(٣) يُنظر: «المطالعة في الديون» (٤١٤).

(٤) يُنظر: المبحث السابق.

ذكرتُ فيما خَلا أن مصطلح «الضرر المعنوي» مصطلح حادث، لا ذكر له على ألسن الفقهاء السابقين، ولا وجود له في مُدوناتهم الفقهية، وإنما مصطلح جديد، وتعبير حادث^(١)، ولذلك فإن المعاصرين قد اختلفوا فيه على قولين:

القول الأول:

أن التعويض المالي عن الضرر المعنوي غير جائز^(٢).

وهو رأي مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، في دورته الثانية عشرة بمدينة الرياض، لعام ١٤٢١هـ، ضمن قراره في الشرط الجزائي^(٣)، وقد استدلل أربابُ هذا القول بما يلي:

١. قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم

بِالْبَاطِلِ﴾ [النساء: ٢٩].

(١) تُنظر: صفحة (١٧٨).

(٢) يُنظر: «الضمان في الفقه الإسلامي» (٤٥)، و«الفعل الضار والضمان فيه»، للشيخ مصطفى الزرقا (١٢٤)، و«النظرية العامة للموجبات والعقود»، للدكتور صبحي محمصاني (١٧٢/١)، و«الشرط الجزائي»، للدكتور الصديق الضير (٦٤/٢ - ٧٦)، والمصدران الأخيران عن: «الماطلة في الديون» (٤١٥)، و«التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي» (٣٨٣)، و«ضمان الأضرار المعنوية بالمال» (٣٥)، و«الماطلة في الديون» (٤٢٠)، و«الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة»، للدكتور محمد اليميني (١٧٩)، و«التعويض عن الضرر المعنوي»، للشيخ عبد العزيز السلامة (١٩٩).

(٣) رقم القرار: (١٠٩) (١٢/٣). يُنظر: «القرارات والتوصيات الصادرة عن الدورة الثانية عشرة لمجمع الفقه الإسلامي» (٦).

ووجه الاستدلال: أنه إذا عُوِّض عن الضرر المعنوي كان ذلك أخذ مال لا في مقابلة مال، وهو من أكل أموال الناس بالباطل، المحرّم بنص الآية^(١).

٢. أن التعويض المالي عن الضرر المعنوي يُعد من الزيادة على قول الشارع، حيث إنه لم يوجب العقوبة في الضرر المعنوي إلا في القذف والسب والشتم، وما عداها لا مُبرّر لمعالجته بالتعويض المالي^(٢).

٣. أن التعويض المالي عن الضرر المعنوي لا يرفعه ولا يُزيله، فأخذ المال عند جرح^(٣) الشُّعور، أو تلم الشرف لا يعود به إلى ما كانا عليه من سلامة^(٤).

٤. أن الضرر المعنوي ليس فيه خسارة مالية، فلا يمكن تقديره بالمال بحال، والتعويض المالي لا يكون إلا عن ضرر مالي واقع فعلاً يمكن تقديره بالمثل أو القيمة؛ لذا شرع في مقابل مال فائت، أو بدلاً عن قصاص تَعَدَّر استيفاؤه، ونحو ذلك؛ لأنها أشياء محسوسة يمكن تقديرها، ويترتب عليها خسارة مالية غالباً، فيمكن إزالتها بالتعزير والعقوبة الرادعة^(٥).

٥. أن التعويض المالي عن الضرر المعنوي ليس له معيار واضح، ولا ينضبط بضابط، والشريعة الإسلامية تحرص على التكافؤ الموضوعي بين

(١) يُنظر: «الضمان في الفقه الإسلامي» (٤٥)، و«ضمان الأضرار المعنوية بالمال» (١٦).

(٢) يُنظر: «الفعل الضار» (١٩، ٢٠، ١٢٤).

(٣) الجرح بالفتح: لما يُصيب معنوياً، وبالضم: لما يُصيب حسيّاً. يُنظر: «لسان العرب» (٥٨٦) مادة: «جرح».

(٤) يُنظر: «الضمان في الفقه الإسلامي» (٤٥).

(٥) يُنظر: المرجع السابق، و«المهاتلة في الديون» (٤١٦).

الضرر والتعويض، وهذا مُتَعَدِّرٌ في التعويض المالي عن الضرر المعنوي^(١)، ومن شواهد عدم الانضباط: أن يُجحف في حق الفقير، ولا يردع الغني^(٢).

٦. أن التعويض عن الضرر المعنوي مما يُنافي الكرامة، وتأباه المروءة، إذ كيف يقبل الإنسان مآلاً مقابل تحقيره؟!^(٣).

٧. أن عمَل أهل العلم قديماً على عدم ضمان المتضرر ضرراً معنوياً، وأن الضمان لا يجب إلا فيما كان مثلياً أو قيمياً، وهو الضرر المادي، ومن ذلك:

- ما جاء في «بدائع الصنائع» من قوله: «وأما بيان ماهية الضمان الواجب بإتلاف ما سوى بني آدم: فالواجب به ما هو الواجب بالغصب، وهو ضمان المثل إن كان المتلف مثلياً، وضمان القيمة إن كان مما لا مثل له»^(٤).

- وجاء في «الشرح الصغير على أقرب المسالك» في معرض الحديث عن المغصوب: «ولزم الغاصب قيمته أو مثله، حيث علم أنه لا يرُدُّ القيمة أو المثل لربه»^(٥).

- وقال السيوطي رَحِمَهُ اللهُ: «الأصل في المتلفات: ضمان المثل بالمثل، والمتقوم بالقيمة»^(٦).

(١) يُنظر: «الفعل الضار» (١٢٤).

(٢) يُنظر: «التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي» (٣٥).

(٣) يُنظر: «ضمان الأضرار المعنوية بالمال» (١٦).

(٤) (١٦٨/٧).

(٥) (٥٩٠/٣).

(٦) «الأشبهاء والنظائر» (٩٧/٢).

- وقال شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ في ضمان المغصوب: «يُضمن بالمثل إن كان مثلياً، وإلا بالقيمة»^(١).

القول الثاني:

أن التعويض المالي عن الضرر المعنوي جائز.

وقد استدلل أربابُ هذا القول بما يلي:

١. ما ورد في كتاب الله تعالى من أحكام فيها ضمان مالي، وقد بين المفسرون أن سببها الإهانة والشَّين، مما هو من قبيل الضرر المعنوي، ومن ذلك: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، فالتى طلقت قبل الدخول يكون لها نصف المهر؛ جبراً عما أصابها من الانكسار بسبب الطلاق، قال ابن كثير رَحِمَهُ اللهُ: «ويجوز أن يُطلقها قبل الدخول بها والفرض لها إن كانت مُفَوَّضَةً، وإن كان في هذا انكسار لقلبها، ولهذا أمر تعالى بإمتاعها، وهو تعويضها عما فاتها بشيء تُعطاه من زوجها بحسب حاله، على الموسع قدره، وعلى المقتر قدره»^(٢).

(١) «مجموع الفتاوى» (٢٩/٢٣١).

(٢) «تفسير القرآن العظيم» (٢/٣٨٥)، ويُنظر: «التعويض عن الضرر المالي والمعنوي وتطبيقاته القضائية» (١/٤١٧).

وُوقش هذا الدليل: بعدم التسليم؛ فَإِنَّ تصنيف المهر لغير المدخول بها إنما هو مقابل ما فاتها من الخُطَّاب، أمَّا متعة الطلاق فهي فريضة مالية للنفقة على نفسها زمنَ انتظارها للخُطَّاب بعد انقضاء عِدَّتِها^(١).

٢. قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا ضرر ولا ضرار))^(٢).

ووجه الاستدلال: أَنَّ الحديث دَلَّ على تحريم الضرر بجميع أنواعه، والضررُ المعنوي نوع من أنواع الضرر المنهي عنه، فيكون الحديث دالًّا على جواز التعويض عن الضرر المعنوي^(٣).

وُوقش هذا الدليل: بأنه لا دلالة فيه على الضمان المالي عن الضرر المعنوي الذي هو محل النزاع، فالاستدلال به على أمر خارج محل النزاع، بل الحديث فيه دليل على تحريم الضمان المالي عن الأضرار النفسية والمعنوية، حيث إنَّ الحديث نهى عن الضرر والضرار، والضمان المالي عن الضرر المعنوي غير المنضبط هو إضرار بالضامن لذلك^(٤).

(١) يُنظر: «ضمان الأضرار المعنوية بالمال» (٢٢).

(٢) أخرجه مالك (٢/٧٤٥)، وابن ماجه (٢٣٤٠)، والدارقطني (٣/٧٧)، والحاكم (٢٣٤٥) وقال: «هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم، ولم يُجرِّجْه»، من حديث أبي سعيد الخدري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وحسنه النووي رَحِمَهُ اللَّهُ فِي المَجْمُوع (٨/٢٣٨)، وقال ابن الصلاح رَحِمَهُ اللَّهُ: «هذا الحديث أسنده الدارقطني من وجوه، ومجموعها يُقوي الحديث ويُحسِّنه، وقد تقبله جماهيرُ أهل العلم، واحتجوا به». يُنظر: «جامع العلوم والحكم» (٢/٢١١).

(٣) يُنظر: «دعوى التعويض الناشئة عن المسؤوليتين التقصيرية والعقدية وتطبيقاتها في الفقه والقضاء الإداري» (١/٣٥٤).

(٤) يُنظر: «ضمان الأضرار المعنوية بالمال» (٢١).

٣. قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في خطبة الوداع: ((فإن دماءكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا، في بلدكم هذا، في شهركم هذا))^(١).
 ووجه الاستدلال: أن تحريم العرض في الحديث جاء معطوفاً على تحريم النفس والمال، فدلّ على أن للعرض حكمهما، وهو وجوب الضمان بالمال، والتعويض عنه، ولما كان التّعدي على العرض يغلب فيه جانب الضرر المعنوي فيكون الحديث دالاً على ضمانه، والتعويض عنه^(٢).

ونُقش هذا الدليل: بأن اقتران العرض بالمال والدم في الحديث السالف إنما هو لبيان الحرمة لا لمشروعية التعويض المالي، كالاقتران بين الخيل والبغال والحمير في قوله تعالى: ﴿وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً وَيَخْلُقُ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾ [النحل: ٨]، فهو لإباحة الركوب، ولا يُستدل به على جواز لحم الحمير لاقترانها بالخيول^(٣).

٤. حديث عبد الله بن سلام رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وفيه: «أن زيد بن سعدة أقرض النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فلما كان قبل الأجل بيومين أو ثلاثة أتى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وأخذ بمجامع قميصه، ونظر إليه بوجه غليظ، ثم قال: ألا تقضيني يا محمد حقي؟ فوالله ما علمتكم بني عبد المطلب بمُطل، ولقد كان لي بمخالطتكم علم، قال: ونظرتُ إلى عمر بن الخطاب وعيناه

(١) أخرجه البخاري (١٧٣٩) من حديث عبد الله بن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، ومسلم (١٦٧٩) من حديث عبد الرحمن ابن بكرة عن أبيه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.
 (٢) يُنظر: «دعوى التعويض الناشئة عن المسؤوليتين التقصيرية والعقدية وتطبيقاتها في الفقه والقضاء الإداري» (١/٣٥٣).
 (٣) يُنظر: «ضمان الأضرار المعنوية بالمال» (٢٣).

تدوران في وجهه كالفلك المستدير، ثم رماني ببصره وقال: أيّ عدو الله: أتقول لرسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ما أسمع، وتفعل به ما أرى؟! فوالذي بعثه بالحق لولا ما أحاذرُ فوته لضربتُ بسيفي هذا عُنُقَكَ، ورسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ينظر إلى عمر في سُكون وتؤدّة، ثم قال: ((إنا كنا أحوج إلى غير هذا منك يا عمر! أن تأمرني بحسن الأداء، وتأمره بحسن التباعة، اذهب به يا عمر فاقضه حقه، وزده عشرين صاعًا من غيره مكان ما رُعيتَه))، قال زيد: فذهب بي عمر فقضاني حقي وزادني عشرين صاعًا من تمر فقلت: ما هذه الزيادة؟ قال: أمرني رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن أزيدك مكان ما رُعيتك^(١)، ووجه الاستدلال من الحديث ظاهر، وهو أن الرجل أصابه رَوْعٌ، وهو ضرر معنوي، فعوّضه النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بسبب ما أصابه، فدلّ ذلك على مشروعية التعويض عن الضرر المعنوي.

ونُقش الدليل من وجهين:

الأول: أن فيه نكارة، فلا يستقيم الاستدلال به^(٢).

الثاني: أنه لو سلّم بسلامة الحديث من النكارة فليس فيه دلالة على محل النزاع، بل هو تطوُّع لمن لا يدعي حقًا أصلاً، بدليل قول الرجل: «ما هذه الزيادة؟» والتطوُّع لمن لا يطالب بحق من فعل الخير^(٣).

(١) أخرجه ابن حبان (٢٨٨)، والحاكم (٦٥٤٧)، والطبراني في «المعجم الكبير» (٥١٤٧)، والضياء المقدسي في «المختارة» (٤٢١)، وحكم عليه الألباني بالنكارة في «السلسلة الضعيفة» (٥١٤/٣).

(٢) يُنظر: «السلسلة الضعيفة» (٥١٤/٣).

(٣) يُنظر: «ضمان الضرر الأدبي في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي» (١٨٦٧).

٥. ما ورد عن بعض الفقهاء في أنهم حكموا في الشجة إذا عادت فالتحمت أن فيها أرش الألم؛ لحصول الشين بها^(١)، والشين ضرر معنوي، فيكون هذا أصلاً في القول بالتعويض المالي عن الضرر المعنوي^(٢).

ونوقش هذا الدليل: بعدم صلاحيته دليلاً على مشروعية التعويض عن الضرر المعنوي بالمال؛ لأنه ليس حجة في نفسه، ولأنه اجتهاد مقابل بمثله، ثم إنه خارج محل النزاع؛ لأن الضرر ليس ضرراً معنوياً، بل هو ضرر نتج عنه ضرر مادي، فيسوغ التعويض فيه باعتباره يؤدي إلى خسارة مالية؛ لأنه قد يعطله عن الكسب والعمل، ويتحمل فيه أجرة الطبيب، وثمر الدواء^(٣).

٦. أن المتقرر في الضرر المعنوي هو التعزير، فلقاضي إذاً أن يحكم بالتعزير أو الغرامات المالية^(٤).

ونوقش هذا الدليل: بأنه خارج عن محل النزاع، إذ النزاع إنما هو في تعويض المتضرر ضرراً معنوياً بالمال، والاستدلال بالتعزير المالي يختلف عن التعويض المالي، إذ إن مورد التعزير بالمال لبيت المال، ومصرفه مصالح المسلمين، بخلاف التعويض فهو للمتضرر مقابل ما لحقه من ضرر مادي يمكن أن يقابل بمثله أو قيمته، والشمعة والشرف ليستا من الأشياء المتقومة بالمال^(٥).

(١) يُنظر: «تبيين الحقائق» (١٣٨/٦).

(٢) يُنظر: «التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي» (٣٦).

(٣) يُنظر: «المأطلة في الديون» (٤١٩).

(٤) يُنظر: «المرجع السابق» (٤١٩).

(٥) يُنظر: «المأطلة في الديون» (٤١٩).

الراجع:

بعد سَوِّق القولين وأدلتها، يترجَّح والله أعلم القول الأول، وهو عدم جواز التعويض المالي عن الضرر المعنوي؛ لأسباب أبرزها:

١. قوة ما استدلوا به، وضعف ما استدل به أرباب القول الآخر، وما أُورد عليها من مناقشات.

٢. أنَّ العلماء بَنَوْا قَوْلَهُم بالتعويض المالي عن الضرر المعنوي على ما يتكبَّده المتضرر من خسارة مالية بسبب ذلك الضرر، وهذا مُحَالِف للضرر المعنوي، إذ لا يُكَبَّد خسارةً ماليةً في حقيقته^(١).

٣. أنَّ الدواعي لضمان الضرر المعنوي كانت قائمةً في عهد النبوة ولم يُقرَّر لها حكم، فالسكوت عنه كالنص من الشارع على أنه عفو لا ضمان فيه، وكذا عهد الصحابة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ وَمَنْ بعدهم من العلماء، ولو حصل ذلك منهم لُنْقِل إلينا مع كثرة الحوادث^(٢).

المطلب الثاني: التعويض عن الضرر المعنوي في النظام:

القوانينُ الوضعية القديمة والمعاصرة تُجيز التعويضَ المالي عن الضرر المعنوي، وتعمل به^(٣)، وأما في المملكة العربية السعودية فقد جاء في المبدأ القضائي ذي الرقم (١٠٧١) ما نصُّه: «في قضايا الخطف والاعتصاب يتعيَّن

(١) يُنظر: «الماطلة في الديون» (٤٢٠).

(٢) يُنظر: «ضمان الأضرار المعنوية بالمال» (٢١)، و«الماطلة في الديون» (٤٢٠).

(٣) يُنظر: «الوسيط في شرح القانون المدني» (١/ ٨٦٥، ٨٦٦)، و«المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير»، للدكتور سيد أمين (١٠٧).

إحضارُ المجنيِّ عليها، وإفهامها بأنَّ لها المطالبة بأرشف بكارتها، وما أصيبت به من كدّامات، وما لحقها من ضرر معنوي»^(١)، فإذا كان المبدأ القضائي قد نصَّ على أن للمتضرر ضرراً معنوياً المطالبة بالتعويض عمّا لحقه من ضرر ويُجيزُه، فإنَّ الأصل أن يكون هذا هو ما عليه العمل؛ ذلك أنَّ المبدأ القضائي هو: «القاعدة القضائية العامة الموضوعية والإجرائية التي تُقررها المحكمةُ العليا، وتُراعى عند النظر في القضايا وإصدار الأحكام والقرارات»^(٢)، غيرَ أني وجدتُ فيما وقفتُ عليه من أحكام قضائية أخذتُ القضاة بكلا القولين: جواز التعويض المالي عن الضرر المعنوي وعدمه، وسيبدو ذلك في التطبيقات القضائية في الأسطر القادمة.

وحين عَرَضَ نظامُ المرافعات الشرعية للدعوى الصورية والدعوى الكيدية في المادة الثالثة منه، فسَرَّتْها اللائحة التنفيذية لها بعناصر عدّة، منها: «للمتضرر في الدعاوى الصورية أو الدعاوى الكيدية المطالبة بالتعويض عمّا لحقه من ضرر بطلب عارض، أو بدعوى مستقلة لدى الدائرة نفسها، ويخضع الحكم لطرق الاعتراض»^(٣).

فهي إذا تُجيزُ للمتضرر في الدعاوى الصورية والدعاوى الكيدية أن يُطالب بالتعويض عمّا أصابه من الضرر، والضررُ المعنوي في هذين النوعين من الدعاوى ظاهرٌ وجليٌّ.

(١) «المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا» (٣٠٤).

(٢) المرجع السابق (٣٣).

(٣) «نظام المرافعات الشرعية ولوائحه التنفيذية» (١٥، ١٦).

كما أن نظام الإجراءات الجزائية لم يُجَلِّ التعويض عن الضرر المعنوي من إلماحة، ففي المادة السابعة بعد المتين منه: «كل حكم صادر بعدم الإدانة -بناءً على طلب إعادة النظر- يجب أن يتضمّن تعويضاً ومادياً للمحكوم عليه لما أصابه من ضرر، إذا طلب ذلك»^(١).

وأربابُ القوانين والأنظمة حين يُجيزون التعويض عن الضرر المعنوي فإنهم يضعون لذلك شروطاً، هي:

١. أن ينطوي الضررُ على إخلال بمصلحة معنوية مشروعة، بألا يكون فيها مخالفة لأدب أو نظام، وأن ينتج عن الإخلال بها ضررٌ في المكانة أو الشرف أو السمعة.

٢. أن يكون الضررُ المعنوي مُحَقَّقاً، بأن يقع حالاً أو مستقبلاً.

٣. أن يكون الضررُ المعنوي شخصياً، فيُعَوِّض مَنْ أُصِيبَ بِهِ لا غيرُه.

٤. أن يكون الضررُ المعنوي مباشراً، بأن يتلو الاعتداء مباشرة، ويُعرَف بعلاقة السببية.

٥. ألا يكون الضررُ المعنوي قد عُوِّضَ عنه قبل ذلك، فالتعويض يكون لمرة واحدة فحسب^(٢).

(١) «نظام الإجراءات الجزائية ولائحته التنفيذية» (١٣٥).

(٢) يُنظر في هذه الشروط: «التعويض عن الضرر الأدبي في الفقه والنظام»، رسالة ماجستير في المعهد العالي للقضاء، لنايف بن دخيل العنزي (١٠٣-١٠٦).

ومن التطبيقات القضائية في ذلك، وهو حكم صادر من محاكم القضاء العام^(١):

المحكمة العامة في

رقم الصك: ٤٣١٧٩٢٧٧٧

تاريخه: ١٤/٢/١٤٤٣هـ

موجز الدعوى والمرافعة:

يذكر المدعي أنه تعرّض لظلم عقب شرائه سيارة عن طريق التأجير المنتهي بالتملك التي تبينّت فيها عيوب لم يكن يعلم بها حال الشراء، فرجع إلى الشركة البائعة طالباً ردّ ماله مُقابل رد السيارة، إلا أن الشركة رفضت، وبعد متابعته التردّد عليها هدّدته بتقديم السندات الموقّعة منه إلى محكمة التنفيذ، ثم أنفذت الشركة ما وعدته، وصدرت بحقه قراراتُ التنفيذ، فأقام المشتري دعوى يطلب فيها إبطال تلك السندات، ثم صدر الحكم فيها بإثبات تنازل المدعى عليها عن السندات المقدمة في محكمة التنفيذ.

ثم أقام هذه الدعوى التي يطلب فيها التعويض عن الأضرار النفسية والمعنوية التي حصلت أثناء تقديم السندات وإقامة الدعوى، من إهانة الشركة ووعيدها له، ومن ضياع الوقت في ملاحقتهم.

وبعد سماع الدائرة الدعوى والإجابة قرّرت أن الأضرار الحاصلة من القضية الأصلية، وكذا الأضرار الناجمة عن قرار التنفيذ المتمثلة في المنع

(١) أفادني به أحد أصحاب الفضيلة القضاة - أحسن الله إليه -.

من السفر ونحوها؛ أنها لا تخرج عن كونها أضراراً معنوية صرفة، أو آثاراً لقرارات نظامية، وقررت أن المستقر عند عامة الفقهاء وهو المعمول به قضاءً المنع من التعويض عنه؛ لأن باب التعويض التوقيف، ولم يرد فيه نص صريح صحيح، رغم كثرة وقوع أسبابها، وقوة مظنة المطالبة بها في أعصار القضاء في الأمة الإسلامية، كما أنها ليست من قبيل الأموال ليتأتى التعويض عنها، وأشارت الدائرة إلى أن القرارات النظامية مبنية على المصلحة؛ وأن التعويض إنما ينشأ عن الضرر والمفسدة، فمن أجل ذلك كله أصدرت حكمها برد الدعوى.

وأما في القضاء الإداري فقد أحاط ديوان المظالم رؤساء المحاكم الإدارية بجواز التعويض المالي عن الضرر المعنوي، وهو ثمرة لتوصيات ورشة عمل عُقدت في ديوان المظالم عنونها: «التعويض عن الضرر المعنوي» جاء ذلك في تبليغ رقمه (٧٥٧٠٢) وتاريخه ٢٥/١٢/١٤٣٦هـ، ونصه: «الإحاطة بنتائج توصيات ورشة عمل: (دعاوى التعويض عن الضرر المعنوي) المتضمنة:

١. جواز التعويض عن الضرر المعنوي.
٢. الضرر المعنوي في تحققه والتعويض عنه يخضع لتقدير المحكمة، بسبب ظروف الواقعة ومُلابساتها.
٣. يكون الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي مبنياً على أسباب تُظهر عناصر الضرر المعنوي».

ومن التطبيقات القضائية في ذلك، وهو حكم صادر من إحدى محاكم القضاء الإداري^(١):

رقم القضية الابتدائية ١١٦١ / ٢ / ق لعام ١٤٣٥ هـ

رقم قضية الاستئناف ٥٢٧١ / ٢ / س لعام ١٤٣٦ هـ

تاريخ الجلسة ٢٠ / ١٠ / ١٤٣٦ هـ

الوقائع:

تتلخّص وقائع هذه الدعوى بالقدر اللازم للفصل فيها: أنّ وكيل المدعي تقدم بصحيفة دعوى إلى هذه المحكمة في ٢٠ / ٢ / ١٤٣٥ هـ، والتي يطلب الحُكْمَ بإلزام المدعى عليها تعويضه جرّاء ما قامت به من التعميم عليه مرتين بأنه مطلوب لدى الجهات الأمنية، وأوقفت على إثر ذلك سجله المدني، وقال شرحاً لأسانيد دعواه: أنه في ٣ / ٣ / ١٤٣١ هـ ذهب لمرور محافظة المخواة لتجديد رخصة سير سيارته، إلا أنه تمّت إفادته بأنه موقّف سجله المدني وجميع تعاملاته، وذلك من قبل المدعى عليها، وعلى إثر ذلك ذهب للمدعى عليها وتم رفع البصمات للمدعي، ثم اتضح أنه ليس الشخص المطلوب، وأن التعميم كان عليه بالخطأ، ثم في ١٦ / ١ / ١٤٣٥ هـ ذهب لمرور محافظة قلوّة لتجديد رخصة السياقة، إلا أنه تمّت إفادته بأنه موقّف سجله المدني وجميع تعاملاته، وذلك من قبل المدعى عليها، وعند مراجعته للمدعى عليها تبين أن التعميم كان بالخطأ، وبقيد استدعائه قضية (١) «مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٣٦ هـ الصادرة عن ديوان المظالم» (٦ / ٢٨٩٢).

وإحالتها إلى الدائرة باشرت نظرها وحددت لها عدة جلسات، كما هو مدوّن بمحاضر ضبوطها، فيما دفع مُثّل المدعى عليها بمذكرة أشار فيها بأنه في ١٢/١١/١٤٣٠هـ تم القبض على المدعو (...) لحيازته حبوب مخدرة، واسمه مطابق لاسم المدعي، وتم إلغاء التعميم، وأن المتهم لم يكن يحمل هوية وطنية، وأنه تم التعميم على هوية المدعي بالخطأ، وتم اكتشاف الخطأ، وأنه تم التعميم على المدعي مرة أخرى بناءً على كتاب أمير محافظة جدة رقم (...) في ٦/١/١٤٣١هـ، وتم اكتشاف الخطأ بعد مراجعة المدعي، وتم إلغاء التعميم، وأنه في ٢٣/٦/١٤٣٣هـ تم التعميم عليه مرة أخرى وتم اكتشاف الخطأ بعد مراجعة المدعي، وتم إلغاء التعميم، وصدرت قرارات إدارية بخصوص من ارتكب هذا الخطأ بتوقيف الموظفين مدة (٧٢) ساعة، وفي جلسة يوم الاثنين ٧/٦/١٤٣٥هـ قدم المدعي مذكرة انتهى فيها إلى طلب الحكم بإلزام المدعى عليها تعويضه بمبلغ (٢,٠٠٠,٠٠٠) ريال، جراء ما لحقه من ضرر على سمعته، وفي جلسة يوم الاثنين ٦/٧/١٤٣٥هـ قدم مُثّل المدعى عليها مذكرة تمسك فيها بطلبه الحكم برفض الدعوى، إذ إن المدعي لم يُثبت الأضرار التي لحقت به، تسلّم المدعي نسخة منها ثم قرر اكتفائه، فقررت الدائرة رفع الجلسة للمداولة، ثم أصدرت حكمها القاضي بإلزام المديرية العامة لمكافحة المخدرات تعويض (...) بمبلغ (١٠٠,٠٠٠) مئة ألف ريال، وفي جلسة يوم الاثنين ١٠/٦/١٤٣٦هـ قررت الدائرة فتح باب المرافعة بعد نقض حكمها بحكم محكمة الاستئناف الإدارية بمنطقة مكة المكرمة، كما قرر أطراف الدعوى الاكتفاء بما سبق تقديمه، وفي جلسة

هذا اليوم قرر أطراف الدعوى الاكتفاء بما سبق تقديمه، ثم قررت الدائرة رفع الجلسة للمداولة، وأصدرت هذا الحكم علنا مؤسسًا على الأسباب التالية.

الأسباب:

لما كان المدعي قد أقام هذه الدعوى متظلمًا من الأضرار التي لحقت به جرّاء الإساءة إليه وتشويه سمعته، طالبًا الحكم بإلزام المدعى عليها بتعويضه ماديًا عن الضرر المعنوي، ومن ثمّ فإن المحكمة الإدارية تبسط ولايتها على الدعوى بحسبانها من دعاوى التعويض، وتختص المحاكم الإدارية بنظرها وفقًا للفقرة (ج) من المادة الثالثة عشرة من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ، كما أنها داخلية في اختصاص المحكمة المكاني؛ وفقًا لأحكام المادة الثانية من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ، واختصاص الدائرة النوعي؛ وفقًا لقرار رئيس مجلس القضاء الإداري رقم (٤٤) لعام ١٤٣٦هـ المنظم لذلك، وعن قبول الدعوى شكلاً: وبما أنّ دعوى المدعي في حقيقتها من دعاوى التعويض، وحيث إنّ خطأ المدعى عليها بالتعميم على المدعي ابتداءً من ١٢/٢/١٤٣٠هـ وحتى آخر تعميم على المدعي في ٢٣/٦/١٤٣٣هـ وحيث تقدم المدعي بدعواه في ٢٠/٢/١٤٣٥هـ، فإنّ الدعوى تكون قد استوفت إجراءاتها وأوضاعها الشكلية المنصوص عليها في الفقرة السادسة من المادة (٨) من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم، الصادر بالمرسوم الملكي

رقم (م/٣) وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ، الأمر الذي تنتهي معه الدائرة إلى قبول الدعوى شكلاً، وعن موضوع الدعوى: فالثابت من خلال الأوراق المقدمة في الدعوى أنّ المدعي يطلب الحكم بإلزام المدعى عليها بتعويضه مادياً عن الضرر المعنوي الذي لحق به جرّاء الإساءة إليه وتشويه سمعته، وبما أنّ الثابت أن المدعى عليها قامت بالتعميم على المدعي ابتداءً من ١٢/١١/١٤٣٠هـ وحتى آخر تعميم على المدعي في ٢٣/٦/١٤٣٣هـ، وحيث تبين للدائرة الإساءة إلى المدعي، وذلك بالتعميم عليه وإحضاره لأخذ البصمات عليه، ومن ثمّ الرفع عن التعميم عليه، ثم الوقوع في الخطأ نفسه في التعميم عليه مرة أخرى، وإيقاف التعامل بسجله المدني بتهمة تعاطي المخدرات، ممّا ألحق به ضرر من مراجعة المدعى عليها أكثر من مرة لرفع بصماته، ورفع التنويه عن سجله المدني، وهو سبيل إلى تشويه سمعته أمام أسرته وأفراد قبيلته وأصحابه، سيّما أنه متقاعد عن العمل، وطاعن في السن، وأن الضرر تعدّى إلى أفراد أسرته، وبما أنّ الثابت أن المدعى عليها أقرت بالخطأ في حق المدعي؛ كما أوردت في رفعها على الدعوى، وأنها قامت بتصحيح ذلك الخطأ برفع التعميم على المدعي ومعاينة الموظفين بتوقيفهم (٧٢) ساعة، وحيث إنه لا بد لدعاوى التعويض من توفر أركان ثلاث هي: الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، فإنه تحقّق خطأ المدعى عليها بإقرارها بالخطأ الذي وقع منها، وذلك بالتعميم على المدعي أكثر من مرة، وأنه حصل التباس بين المدعي وبين المتهم الحقيقي في تشابه الأسماء، كما أنّ الثابت حصول ضرر على المدعي ناتج عن مراجعة المدعى عليها أكثر

من مرة لرفع بصماته، ورفع التنويه عن سجله المدني رغم كبر سنّه، وهو ما أدّى إلى تشويه سمعته أمام أسرته وأفراد قبيلته، ولما كان الثابت خطأ المدعى عليها وتكراراه، وكذلك حصول ضرر على المدعي، وأن هذا الضرر ناتج عن نفس الخطأ وهي: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، فقد توافرت أركان التعويض الثلاثة، وهي: الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية بينهما، والتعويض المعنوي^(١) عرّف بأنه: كل أذى يُصيب الإنسان في مصلحة غير مادية، كالعرض والشرف والتخويف بغير حق، وحيث إن ما صدر عن المدعى عليها من خطأ قد تحقّق به ضرر معنوي للمدعي لا يمكن تجاهله، بل هو يفوق الضرر المادي في كثير من صورته، وهو داخل في عموم قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا ضرر ولا ضرار))، ووجهه: أن التحريم في الحديث عام على كل أنواع الضرر، ومنها: الضرر المعنوي، فيكون حكم التعويض شاملاً له دون تفریق، وأيضاً: ما جاء أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال في خطبة الوداع بيوم النحر: ((فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام))، ووجهه: أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عطف تحريم الضرر على النفس والمال، وهما مما يُعوض عنها بهما، فكذلك يجوز أخذ العوض عن الضرر المعنوي، كما أن النجاشي أمر بأن من آذى الصحابة يُغرم أربعة دراهم ثم ضاعفها، وقد ذكر ذلك للنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فاستغفر له، ولم يُنكر ما صنع، ومما يدل عليه: قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من لطم مملوكه فضرّبه فكفارته أن يُعتقه))، ووجهه: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جعل التعويض المالي بعق المملوك مقابل الإذلال بلطم الوجه، وهو ضرر معنوي، كما أن عثمان رضي الله عنه قضى بثلث (١) كذا في الأصل، والصواب: الضرر المعنوي.

الدية لمن ضرب إنساناً حتى أحدث، وحيث إنَّ الشريعة راعت الجانبَ الذي يُصيب الإنسانَ في سُمعته وإن لم ينلْه ضرر مادي، فجاءت بحد القذف لمن قذف إنساناً دون دليل، فالمقذوف لم ينلْه ضرر مادي في الأصل، إنما هو ضرر معنوي في سُمعته وشرفه، قد تكون له آثار مادية، وكذا المطلقة قبل الدخول فإنها لم ينلْها ضرر مادي، إنما معنوي؛ لأنَّ طلاق المرأة قبل الدخول يُسبب لها ألماً نفسياً كبيراً، وقد أوجب الشارعُ نصفَ المهر المسمّى، وتجب لها المتعة في حال عدم تسمية المهر، ولما كان تقدير التعويض الأصل في تقدير التعويض^(١) هو: أنَّ المثل يُعوّض عنه بالمثل، والمُتقوّم يُعوّض عنه بالقيمة، وإذا كان هذا هو الأصل، فإنَّ هناك صوراً تخرج عنه بحسب أنواع الأشياء التي يتقرر الحكمُ بالتعويض عنها، وإذا تعدّر الحكمُ بالمثل، وتعدّر الحكمُ بالقيمة، فإنه يُصار إلى الحكم بالتعويض المبني على التقدير والاجتهاد -أي: الخرص- قال شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ: «وقدر المُتلف إذا لم يتمكن تحديده عَمَل فيه بالاجتهاد، كما يُفعل في قدر قيمته بالاجتهاد، إذ الخرص والتقويم واحد، فإنَّ الخرص هو الاجتهاد في معرفة مقدار الشيء، والتقويم هو الاجتهاد في معرفة مقدار ثمنه، بل يكون الخرص أسهل، وكلاهما يجوز مع الحاجة». وتأسيساً على ما سبق، ولما كان تقدير العوض أمره عائد إلى القاضي، وهو المُخوّل في تقدير الضرر، وهو مبني على الاجتهاد، وذلك بحسب ظروف الدعوى وملابساتها، وتحكم به، وبناءً على ذلك اجتهدت الدائرة، وانتهت في حكمها إلى تعويض المدعي بمبلغ قدره (١٠٠,٠٠٠) مئة ألف ريال، بناءً على ما سبق إيراده من أسباب، وإذ تُشير الدائرةُ إلى أنَّ (١) كذا في الأصل، والصواب: الأصل فيه.

ما انتهت إليه من قضاء هو ما تمّ تأييده من قِبَل محكمة الاستئناف الإدارية بالرياض، بحكم الدائرة الأولى رقم (١٩٠٢ / ١ لعام ١٤٣٣ هـ) القاضي بتأييد حكم الدائرة الإدارية الثانية بمحكمة بريدة رقم (٨٢ / أ / ٢ / ٧ لعام ١٤٣٣ هـ)، ولا ينال ذلك ما دفع به حكم الدائرة الإدارية الثالثة بمحكمة الاستئناف بمنطقة مكة المكرمة، ومن أنّ المستقر عليه قضاءً: أنه ما لم يمكن إثباته ولا تقدير حجمه لا يمكن التعويض عنه، ذلك أنّ السوابق القضائية قضت في التعويض المعنوي؛ بناءً على النصوص الآنف الذكر، وأنّ التقدير عائد إلى اجتهاد القاضي، وهو المخوّل قضاءً بتقدير الضرر، مما تنتهي معه الدائرة إلى الحكم بتعويض المدعي بمبلغ وقدره (١٠٠,٠٠٠) مئة ألف ريال.

لذلك حكمت الدائرة بإلزام المديرية العامة لمكافحة المخدرات تعويض (...) بمبلغ وقدره (١٠٠,٠٠٠) مئة ألف ريال.

والله الموفق، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.
محكمة الاستئناف: حكمت المحكمة بتأييد الحكم فيما انتهى إليه من قضاء.

الخاتمة

أحمدُ اللهَ تمامَ كلِّ خيرٍ، وفاتحةً كلِّ نعمةٍ، ومُنتهى كلِّ رغبةٍ، وها أنذا أصِلُّ بفضلِ اللهِ ومِنِّتهِ إلى ختامِ هذا البحثِ، وقد خلصتُ فيه إلى جمهرةٍ من النتائجِ، هذا ببيانها:

١. أنَّ تعريفَ لفظِ «التعويض» لا وُردَ له على لسانِ الفقهاءِ، ولا وُجودَ له في مدوّناتهمِ، إنما الذي عُرِّفَ ما هو مُطابقٌ له في المدلولِ، كالضمانِ، والأرشِ.

٢. أنَّ التعويضَ اصطلاحًا: دفعٌ ما وجبَ من بدلٍ ماليٍّ بسببِ إلحاقِ ضررٍ بالآخرينِ.

٣. أنَّ الضررَ اصطلاحًا: كلُّ أذىٍ يلحقُ الشخصَ سواءَ كانَ في مالٍ مُتقوّمٍ مُحترَمٍ، أو جسمٍ معصومٍ، أو عِرْضٍ مَصُونٍ، وهذا التعريفُ المختارُ.

٤. أنَّ ضابطةَ الضررِ الذي تجبُ إزالتهُ هو: الضررُ الذي يكونُ بغيرِ حقٍّ، أما الضررُ الذي يكونُ بحقٍّ فلا تجبُ إزالتهُ.

٥. أنَّ مصطلحَ «الضررَ المعنوي» مصطلحٌ حادثٌ، لا ذَكَرَ له على ألسِنِ الفقهاءِ السابقينِ، ولا وُجودَ له في مدوّناتهمِ الفقهيّةِ.

٦. أنَّ الضررَ المعنويَ هو: كلُّ أذىٍ يُصيبُ الإنسانَ في عِرْضِهِ، أو شُعورِهِ، أو عاطفَتِهِ، وهذا التعريفُ المختارُ.

٧. أنَّ الأولى أن يُسمى الضررَ المعنويَ بهذا الاسمِ، لا كما يسميه القانونيون: «الضررَ الأدبي» وكما هو مُستعملٌ في التشريعاتِ الوضعيّةِ؛ لأنَّ

مَحَلَّ الضرر معانٍ لا جسم لها ولا مادة، كما أنه مصطلح يُطلق في مقابل مصطلح «الضرر المادي»، ومصطلح «الضرر الأدبي» لا يكون بإزائه.

٨. أن الأضرار المعنوية متعددة، بل في كل دهر تستجد صور لم تُعهد من قبل، ذكرت أبرزها وهي تسع، اثنتان منها ورد حكمها في الشرع، وباقيها أصابها ريحُ الخلاف.

٩. أن الضرر المعنوي لا يخلو من حالتين:

الأولى: أن يكون الضرر معنويًا غير محض، بأن ينطوي عليه ضرر مادي، مثال ذلك: مَنْ افترى عليه فسأت سُمعته، ثم فصل من وظيفته، أو حُرِم من أي حق مالي له، فهذا النوع له حكم التعويض عن الضرر المادي؛ لغلبة الجانب المادي فيه.

الثانية: الضرر المعنوي المحض، الذي لا يترتب عليه ضرر مادي، وقد اختلف في جواز التعويض المالي عنه على قولين، أرجحهما والله أعلم: القول الأول، وهو عدم الجواز.

١٠. أن القوانين الوضعية القديمة والمعاصرة تُميز التعويض المالي عن الضرر المعنوي، وتعمل به، وأما في المملكة العربية السعودية فقد أجازت جملةً من أنظمتها القضائية التعويض المالي عن الضرر المعنوي، بينما القضاة يختلفون في ذلك.

والحمد لله أولاً وآخراً، وباطناً وظاهراً.

وصلى الله على النبي محمد وآله وصحبه وسلم.

الفهارس

فهرس الآيات

الصفحة	الآية
١٨٥	﴿فَمَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]
١٨٩	﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ الرِّجَالِ﴾ [البقرة: ٢٣٧]
١٨٦	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ [النساء: ٢٩]
١٦٤	﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ﴾ [التوبة: ١٢٢]
١٩١	﴿وَالْحَيْلِ وَالْبَعَالِ وَالْحَمِيرِ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً وَيَخْلُقُ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾ [النحل: ٨]
١٧٥	﴿وَعَنْتِ الْوُجُوهُ لِلْحَيِّ الْقَيُّومِ﴾ [طه: ١١١]
١٧٢	﴿وَأَيُّوبَ إِذْ نَادَى رَبَّهُ ۗ أَلَيْسَ لِي مَسْجِدٌ أَنَّىٰ مَسَّنِيَ الضُّرُّ وَأَنْتَ أَرْحَمُ الرَّاحِمِينَ﴾ [الأنبياء: ٨٣]
١٨١	﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [النور: ٤]
١٧٦	﴿وَيَقُولُ ذُوهُمَا مَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ﴾ [العنكبوت: ٥٥]



فهرس الأحاديث

الصفحة	الحديث
١٨١	((البينة أو حد في ظهرك))
١٩٢	((إننا كنا أحوج إلى غير هذا منك يا عمر))
١٨٥	((غارت أمكم))
١٨٥	((فإن دماءكم وأعراضكم عليكم حرام))
٢٠٣، ١٩٠	((لا ضرر ولا ضرار))
٢٠٣	((من لطم مملوكه فضربه فكفارته أن يعتقه))
١٦٤	((من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين))

فهرس المصادر والمراجع

(أ)

١. الأحاديث المختارة أو: المستخرج من الأحاديث المختارة مما لم يُخرجه البخاري ومسلم في صحيحيهما، لمحمد بن عبد الواحد المقدسي، تحقيق: أ. د. عبد الملك بن عبد الله بن دهب، طبع: دار خضر للطباعة والنشر والتوزيع ببيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٢١هـ.
٢. الأشباه والنظائر، لابن نُجيم الحنفي، تحقيق: محمد مطيع الحافظ، طبع: دار الفكر بدمشق، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ.
٣. الأشباه والنظائر في قواعد وفوائد فروع الشافعية، لجلال الدين السيوطي، طبع: مكتبة نزار مصطفى الباز بمكة، الطبعة الثانية، ١٤١٨هـ.
٤. الإقناع لطالب الانتفاع، لموسى بن أحمد الحجاوي، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، طبع: دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع بمصر، الطبعة الثالثة، ١٤٢٣هـ.
٥. أحكام القرآن، لمحمد بن عبد الله ابن العربي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، طبع: دار الكتب العلمية ببيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤هـ.
٦. أساس البلاغة، لمحمود بن عمر الزمخشري، طبع: دار الكتب المصرية بالقاهرة، ١٣٤١هـ.

(ب)

٧. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لأبي بكر بن مسعود الكاساني، طبع: المكتبة العلمية ببيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ.

(ت)

٨. التعريفات، لعلي بن محمد الجرجاني، طبع: مكتبة لبنان، ١٩٨٥م.

٩. التعويض عن الضرر المالي والمعنوي وتطبيقاته القضائية، للدكتور: خالد بن عبد العزيز الجريد، رسالة دكتوراه مقدمة إلى قسم الفقه بكلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٣١-١٤٣٢هـ.
١٠. التعويض عن الضرر الأدبي دراسة مقارنة، للدكتور: مهدي عزمي أبو مغلي، بحث علمي محكم في مجلة الشريعة والقانون بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد (٣٩)، رجب ١٤٣٠هـ.
١١. التعويض عن الضرر الأدبي في الفقه والنظام، لنايف بن دخيل العنزي، رسالة بقسم السياسة الشرعية بالمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤١٩هـ.
١٢. التعويض عن الضرر المعنوي، لعبد العزيز بن أحمد السلامة، بحث منشور في مجلة العدل، العدد (٤٨)، ١٤٣١هـ.
١٣. التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، للدكتور: محمد بن المدني بوساق، طبع: دار أشبيليا بالرياض، الطبعة الثانية، ١٤٢٨هـ.
١٤. التوضيح لشرح الجامع الصحيح، لعمر بن علي بن أحمد المعروف بابن الملقن، تحقيق: فريق من الباحثين، طبع: دار النوادر بدمشق، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ.
١٥. التوقيف على مهمات التعاريف، لمحمد بن عبد الرؤوف المناوي، طبع: دار عالم الكتب بالقاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ.
١٦. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، لعثمان بن علي الزيلعي، طبع: المطبعة الكبرى الأميرية (بولاق) بالقاهرة، الطبعة الأولى، ١٣١٣هـ.
١٧. تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي، لجلال الدين السيوطي، تحقيق: طارق عوض الله، طبع: دار العاصمة للنشر والتوزيع بالرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.

١٨. تفسير القرآن العظيم، لإسماعيل بن كثير الدمشقي، تحقيق: مصطفى السيد محمد وزملائه، طبع: مكتبة أولاد الشيخ للتراث بمصر، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.
١٩. تهذيب اللغة، لأبي منصور الأزهري، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، طبع: الدار المصرية للتأليف والترجمة، ١٣٨٤هـ.

(ج)

٢٠. الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة والقرآن، لمحمد بن أحمد القرطبي، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، طبع: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ.
٢١. جامع العلوم والحكم، لعبد الرحمن بن أحمد بن رجب، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وزميله، طبع: مؤسسة الرسالة ببيروت، الطبعة الثامنة، ١٤١٩هـ.

(خ)

٢٢. الخصائص، لابن جني، تحقيق: محمد بن علي النجار، طبع: دار الكتب المصرية، بلا تاريخ.

(د)

٢٣. دعاوى التعويض الناشئة عن المسؤولين التقصيرية والعقدية وتطبيقاتها في الفقه والقضاء الإداري، للدكتور: عبد العزيز بن علي الميهي، رسالة دكتوراه مقدمة إلى قسم السياسة الشرعية بالمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٢٤هـ.

(ر)

٢٤. الرسالة، لمحمد بن إدريس الشافعي، تحقيق: أحمد محمد شاكر، طبع: مكتبة التراث بالقاهرة، الطبعة الثانية، ١٣٩٩هـ.

٢٥. روضة الطالبين وعمدة المفتين، ليحيى بن شرف الدين النووي، طبع: المكتب الإسلامي بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ.

(ز)

٢٦. زاد المعاد في هدي خير العباد، لمحمد بن أبي بكر، المعروف بابن قيم الجوزية، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، طبع: مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٢٥هـ.

(س)

٢٧. سنن أبي عبد الله محمد ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، طبع: دار إحياء الكتب العربية بمصر، بلا تاريخ.

٢٨. سنن الإمام علي بن عمر الدارقطني، عني بتصحيحه: عبد الله هاشم يمان، طبع: دار المعرفة ببلنجان، ١٣٨٦هـ.

٢٩. سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة، لمحمد ناصر الدين الألباني، طبع: مكتبة المعارف للنشر والتوزيع بالرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ.

(ش)

٣٠. الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، لأحمد بن محمد الدردير، تحقيق: مصطفى كمال وصفي، طبع: دار المعارف بالقاهرة، دون تاريخ.

٣١. الشرط الجزائي، للدكتور: الصديق محمد الأمين الضير، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة، العدد (١٢)، ١٤٢١هـ.

٣٢. الشرط الجزائري وأثره في العقود المعاصرة، للدكتور: محمد بن عبد العزيز اليمني، رسالة دكتوراه مقدمة إلى قسم الدراسات الإسلامية بكلية التربية بجامعة الملك سعود، ١٤٢٥-١٤٢٦هـ.

٣٣. شرح القواعد الفقهية، لأحمد بن محمد الزرقا، طبع: دار القلم بدمشق، الطبعة الرابعة، ١٤١٧هـ.

٣٤. شرح مختصر خليل، لمحمد بن عبد الله الخرشبي، طبع: دار الفكر، دون تاريخ.

(ص)

٣٥. الصحاح، لإسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، طبع: دار العلم للملايين ببيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٠٧هـ.

٣٦. صحيح الإمام محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: الدكتور: مصطفى البغا، طبع: دار اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع بدمشق، الطبعة الخامسة، ١٤١٤هـ.

٣٧. صحيح الإمام مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، طبع: المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع باستانبول، دون تاريخ.

٣٨. صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، طبع: مؤسسة الرسالة ببيروت، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ.

(ض)

٣٩. الضرر في الفقه الإسلامي، تعريفه، أنواعه، علاقاته، ضوابطه، جزاؤه، للدكتور: أحمد محمد موافي، طبع: دار ابن عفان للنشر والتوزيع بالخبر، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.

٤٠. الضمان في الفقه الإسلامي، لعلي الخفيف، ضمن المؤلفات الكاملة له، طبع: دار الفكر العربي، ٢٠٠٠م.



٤١. ضمان الأضرار المعنوية بالمال، للشيخ: عبد الله بن محمد بن خنين، بحث مقدّم للدورة الثانية والعشرين للمجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي بمكة.
٤٢. ضمان الضرر الأدبي في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي، للدكتور: فهد بن سعد الرشيد، بحث علمي محكّم في مجلة العلوم العربية بكلية دار العلوم بجامعة المنيا، دون تاريخ.

(ط)

٤٣. الطراز المتضمن لأسرار البلاغة وحقائق الإعجاز، ليحيى بن حمزة العلوي، طبع: مطبعة المقتطف بمصر، ١٣٣٢هـ.

(ع)

٤٤. عروس الأفراح في شرح تلخيص المفتاح، لأحمد بن علي السبكي، تحقيق: د. عبد الحميد هندأوي، طبع: المكتبة العصرية ببيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.
٤٥. علوم الحديث، لعثمان بن عبد الرحمن الشهرزوري، المعروف بابن الصلاح، تحقيق: د. نور الدين عتر، طبع: دار الفكر بدمشق، ١٤٠٦هـ.

(ف)

٤٦. الفعل الضار والضمان فيه، لمصطفى بن أحمد الزرقا، طبع: دار القلم بدمشق، ١٤٠٩هـ.
٤٧. فتح المبين لشرح الأربعين، لابن حجر الهيتمي، طبع: المطبعة العامرة بمصر، ١٣٢٠هـ.

(ق)

٤٨. القاموس الفقهي، لسعدي أبو جيب، طبع: دار الصديق للعلوم بدمشق، الطبعة الأولى، ١٤٣١هـ.

- ٤٩ . القاموس المحيط، للفيروزآبادي، تحقيق: مأمون خليل شيحا، طبع: دار المعرفة بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ.
- ٥٠ . القرارات والتوصيات الصادرة عن الدورة الثانية عشرة لمجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي.
- ٥١ . القواعد، لأبي بكر بن محمد الحصني، تحقيق: د. عبد الرحمن بن عبد الله الشعلان، طبع: مكتبة الرشد بالرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.

(ك)

- ٥٢ . كشف القناع عن الإقناع، لمنصور بن يونس البهوتي، تحقيق: لجنة متخصصة في وزارة العدل، طبع: وزارة العدل بالسعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.

(ل)

- ٥٣ . لسان العرب، لابن منظور، تحقيق: عبد الله علي الكبير وزميليه، طبع: دار المعارف بالقاهرة، دون تاريخ.

(م)

- ٥٤ . المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا، إصدار: مركز البحوث بوزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٣٨هـ.
- ٥٥ . المجموع شرح المهذب، ليحيى بن شرف الدين النووي، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، طبع: مكتبة الإرشاد بجدة، دون تاريخ.
- ٥٦ . المحصول، لفخر الدين محمد بن عمر الرازي، تحقيق: د. طه جابر العلواني، طبع: مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٢٨هـ.
- ٥٧ . المحيط البرهاني في الفقه النعماني، لمحمود بن أحمد بن مازة، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، طبع: دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.

٥٨. المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن، للدكتور: سيد أمين، دون معلومات.
٥٩. المسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية، لمحمود شلتوت، طبع: مكتب شيخ الأزهر للشؤون العامة، دون تاريخ.
٦٠. المستدرك على الصحيحين، لمحمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، طبع: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ.
٦١. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لأحمد بن محمد الفيومي، طبع: مطبعة التقدم العلمية بمصر، ١٣٢٣هـ.
٦٢. المعجم الكبير، لسليمان بن أحمد الطبراني، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، طبع: مكتبة ابن تيمية بالقاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
٦٣. المعجم الوسيط، لجماعة من الباحثين في مجمع اللغة العربية بمصر.
٦٤. المغني، لعبد الله بن أحمد بن قدامة، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، ود. عبد الفتاح محمد الحلو، طبع: دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع بمصر، الطبعة الثانية، ١٤١٣هـ.
٦٥. المأطلة في الديون، دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، للدكتور: سلمان بن صالح الدخيل، رسالة دكتوراه مقدمة إلى قسم الفقه بكلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٢٤-١٤٢٥هـ.
٦٦. الموسوعة الفقهية الكويتية، طبع: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت، الطبعة الرابعة، ١٤٢٣هـ.
٦٧. الموطاء، لمالك بن أنس، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، طبع: دار إحياء التراث العربي ببيروت، ١٤٠٦هـ.
٦٨. المنتقى شرح الموطاء، لأبي الوليد الباجي، طبع: مطبعة السعادة بمصر، الطبعة الأولى، ١٣٣١هـ.

٦٩. مجموع فتاوى شيخ الإسلام بن تيمية، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد ابن قاسم، وابنه محمد، طبع: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف بالمدينة، ١٤٢٥هـ.
٧٠. مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٣٦هـ، الصادرة عن ديوان المظالم، ١٤٣٨هـ.
٧١. مختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر الرازي، ترتيب: محمود أفندي خاطر، وتصحيح: حمزة فتح الله، طبع: المطبعة الأميرية، ١٣٢٣هـ.
٧٢. مراتب الإجماع، لابن حزم، طبع: دار الآفاق الجديدة ببيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٠٢هـ.
٧٣. مغني اللبيب، لعبد الله بن يوسف بن أحمد المعروف بابن هشام، تحقيق: د. مازن المبارك، ومحمد علي حمد الله، طبع: دار الفكر بدمشق، الطبعة السادسة، ١٩٨٥م.
٧٤. مفردات ألفاظ القرآن، للراغب الأصفهاني، تحقيق: صفوان عدنان داودي، طبع: دار القلم بدمشق، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
٧٥. مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، طبع: مكتبة الخانجي بمصر، الطبعة الثالثة، ١٤٠٣هـ.

(ن)

٧٦. النحو الوافي، لعباس حسن، طبع: دار المعارف بمصر، الطبعة الثالثة، ١٩٦٦م.
٧٧. النظرية العامة للموجبات والعقود، للدكتور: صبحي حمصاني، طبع: دار العلم للملايين ببيروت، الطبعة الثانية، دون تاريخ.
٧٨. نظام الإجراءات الجزائية ولائحته التنفيذية، اعتنى به: إياد بن محمد السحبياني، طبع: دار الحضارة للنشر والتوزيع بالرياض، والجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)، الطبعة الأولى، ١٤٤١هـ.

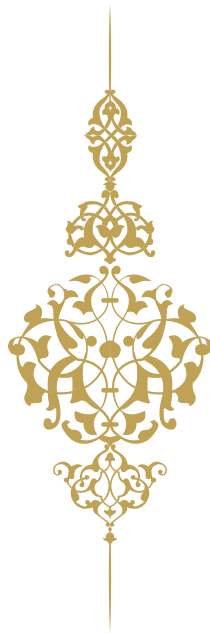
٧٩. نظام المرافعات الشرعية ولوائحه التنفيذية، اعتنى به: عاصم بن عبد الله السديس، وإياد بن محمد السحيباني، طبع: الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)، الطبعة الأولى، ١٤٤٢هـ.
٨٠. نظرية التعسف في استعمال الحق، للدكتور: فتحي الدين، طبع: مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٠٨هـ.

(هـ)

٨١. همع الهوامع شرح جمع الجوامع، لجلال الدين السيوطي، تحقيق: د. عبد العال سالم مكرم، طبع: مؤسسة الرسالة بيروت، ١٤١٣هـ.

(و)

٨٢. الوسيط في شرح القانون المدني، للدكتور: عبد الرزاق السنهوري، طبع: دار إحياء التراث العربي بيروت، دون معلومات.





أثر الشبهات في العقوبات التعزيرية

د. أماني بنت مبارك محمد الرشود

الأستاذ المساعد في قسم الفقه بكلية الشريعة
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - بالرياض

مقدمة

الحمد لله الذي أعزنا بالإسلام، وشرع لنا من الدين نهجاً قوياً، وهدانا صراطاً مستقيماً؛ فله الحمد كله، وله الثناء والمجد كله، سبحانه لا أحصي ثناءً عليه، هو كما أثنى على نفسه.

والصلاة والسلام على سيد خلقه، وخاتم رسله محمد؛ وعلى آله وصحبه وأتباعه الطاهرين، وكل من سار على هديه ونصر سنته إلى يوم الدين.

أما بعد:

فإن من المعلوم أن الأحكام الشرعية تدور من حيث الجملة على حماية الضروريات الخمس، والعناية بأسباب بقائها مصونة سالمة، والله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى قَد حَفِظَ لِلنَّاسِ أَدْيَانَهُمْ، وَأَبْدَانَهُمْ، وَأَرْوَاحَهُمْ، وَأَعْرَاضَهُمْ وَعَقُولَهُمْ؛ بما شرعه من الحدود والعقوبات التي تحقق الأمن والاطمئنان، وردع من تسول له نفسه الإجرام والاعتداء على المسلمين، فيعمل على دفع تلك الجرائم ووقاية المجتمع أولاً منها، ثم إذا وقعت فإنه يحتاط احتياطاً شديداً في إثباتها، ولا تُوقع العقوبة أو يُحكم بها إلا بعد انتفاء الشبهات المقررة فقهاً وشرعاً، فالإسلام بهذا يُكرم الإنسان، ويُبقي له اعتباره، فلا يُعتدى عليه لمجرد الشبه والظنون، ونظراً لأهمية هذا المبدأ رأيت بحث موضوع: «أثر الشبهات في العقوبات التعزيرية».

أهمية الموضوع:

١. ضرورة أن يُلم القاضي ومن في حكمهم بالأحكام الفقهية المتعلقة بالعقوبات التعزيرية، باعتبار تأثير الشبهة عليها في الدفع والإسقاط من عدمه، لاسيما أن أكثر العقوبات من هذا النوع.

٢. تحديد ضابط الشبهة المؤثرة في الدرء؛ حتى لا يُتسامح في درء العقوبات وإسقاطها لأدنى شبهة.

٣. أن الحاجة داعية إلى تقنين موضوع الشبهة مع التعزير وإعادة صياغتها، حيث إنها مبثوثة في كتب الفقه من غير جمع أو ترتيب.

الدراسات السابقة:

بعد البحث في دليل الرسائل العلمية لكلية الشريعة في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ودليل الرسائل العلمية في جامعة الملك سعود، وفهرس مكتبة الملك فهد الوطنية، ودليل الرسائل الجامعية في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى بمكة المكرمة، تبين لي أنه لم يُكتب في هذا الموضوع بهذا العنوان رسالة علمية أو بحث مُحكم، إنما كانت بعض مسائل هذا الموضوع منثورة في بعض الرسائل والأبحاث؛ وقد تمكنت من الاطلاع عليها وتوصيفها على النحو الآتي:

أولاً: درء العقوبات بالشبهات - دراسة تأصيلية وتطبيقية مقارنة بين الشريعة والقانون في المملكة العربية السعودية: لمحمد عبد الله المحيذيف:

رسالة دكتوراه من الجامعة التونسية، ١٤٠٧هـ، اشتملت على مقدمة ومدخل وأربعة أبواب، تناولت في الباب الأول: التعريف بالقاعدة تأصيلها وتطبيقاتها، وفي الباب الثاني: الشبهات ضابطها وأعمالها وتقسيمها، وفي الباب الثالث: الشبهات وعلاقتها بالإثبات والتعزير، والباب الرابع: القاعدة بين الشريعة والقانون، والخاتمة.

ومن خلال اطلاعي على الرسالة تبين لي أنها أقرب إلى التطبيقات على قاعدة (درء العقوبات بالشبهات) في المذاهب الأربعة، ولم يكن هناك تحرير للأقوال ومناقشة الأدلة، وبيان مواطن الدرء من عدمه، ليخرج القارئ بخلاصة موجزة تسهل عليه ضبطها والقياس عليها.

ثانياً: التعزير بالشبهة في القضاء السعودي - دراسة تأصيلية تطبيقية: هيثم بن سعود المليفي:

رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الشريعة والقانون، ١٤٣٩هـ، من جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية. اشتملت الرسالة على خمسة فصول، الأول عرض فيه الباحث مشكلة البحث ومنهجه، والثاني: تناول فيه التعزير بالشبهة: ماهيته وأسبابه، والثالث: الإثبات الجنائي في قضايا التعازير بالشبهة، ماهيته وآثاره، والرابع: دراسة تطبيقية، والخامس: النتائج والتوصيات.

ومن خلال اطلاعي على الرسالة ظهر لي أنها دراسة مؤلفة في القانون والحقوق أقرب منها إلى الفقه، وظهر هذا من صياغة البحث وطريقة عرض الباحث للمسائل، ولم يتعرض الباحث إلى تحرير أقوال الفقهاء ومناقشة

أدلتهم ونقل نصوصهم في مسائل البحث، ولذا كانت المصادر الفقهية التي رجع لها الباحث قليلة بالنسبة للمراجع القانونية ونحوها.

ثالثاً: الشبهة وأثرها في إسقاط العقوبة دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون: حباس عبد القادر.

بحث مقدم لنيل الدكتوراه في العلوم الإسلامية، من كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية بدولة الجزائر، عام ١٤٣٦هـ. اشتمل البحث على باين، الأول: حقيقة الجريمة والعقوبة والشبهات المسقطه لها، والباب الثاني مجال تطبيق قاعدة الشبهة وأثرها في إسقاط العقوبة.

ومن خلال اطلاعي على الرسالة ظهر لي أن الباحث سلط الضوء على جرائم الحدود والقصاص وأثر الشبهة في إسقاطها، بينما العقوبات التعزيرية لم يتطرق لها إلا في صفحات معدودة. بالإضافة إلى استشهاد الباحث ببعض التعاميم والقوانين الجزائرية المستمدة من القانون الفرنسي الوضعي.

رابعاً: الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون: منصور محمد منصور الحفناوي، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م:

عرض المؤلف في كتابه بعض أحكام الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي في تمهيد وباين، الباب الأول: تناول فيه تعريف الشبهات وأنواعها، كالتي تعترى أركان الجريمة والقصد الجنائي. أما في الباب الثاني: فتناول الجرائم الحدية من حيث الشبهات التي تعترى كل جريمة بصفة خاصة وما لها من أثر في عقوباتها.

ومن خلال اطلاعي عليه تبين لي أنه مؤلف في القانون والحقوق، وظهر هذا من صياغته وطريقة عرضه للمسائل، بالإضافة إلى أنه اقتصر على العقوبات الحدية.

ما سينفرد به هذا البحث عن البحوث السابقة:

انفردت هذه الدراسة عما سبق بما يلي:

١. حصر الأحكام الفقهية المتعلقة بأثر الشبهات في باب العقوبات التعزيرية تحت سقف واحد، في حين أنها كانت مسائل مبثوثة في أبحاث متعددة.

٢. بيان مواطن درء العقوبة التعزيرية مع الشبهة ومواطن إقامتها.

٣. تحرير محل النزاع في مسألة أثر الشبهة في الأحكام التعزيرية، ومناقشة أدلة الأقوال، وبيان منشأ الخلاف فيها، وبحسب ما اطلعت عليه لم أقف على من نص عليها، وكانت المراجع شحيحة جداً في هذه المسألة بشكل عام.

تقسيمات البحث:

وقد انتظمت خطة البحث في مقدمة، وتمهيد، وثلاثة مباحث، وخاتمة، وفهارس.

المقدمة:

وتشتمل على الافتتاحية، وموضوع البحث، وأهميته، وتقسيماته، ومنهج البحث.

التمهيد:

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بمفردات البحث.

المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالشبهة.

المطلب الثالث: ضابط الشبهة المؤثرة في الدرء.

المطلب الرابع: أنواع العقوبات التعزيرية.

المبحث الأول: حكم التعزير بالشبهة والقرائن الضعيفة.

المبحث الثاني: خلاف الفقهاء في درء العقوبة التعزيرية بالشبهة.

المبحث الثالث: أحوال العقوبة التعزيرية مع الشبهة:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مواطن درء العقوبة التعزيرية بالشبهة.

المطلب الثاني: مواطن إقامة العقوبة التعزيرية مع الشبهة.

الخاتمة:

وتحتوي على أهم النتائج والتوصيات.

الفهارس:

وتشمل فهرس المراجع والمصادر.

منهج البحث:

سأتبع في إعداد هذا البحث المنهج التالي:
أولاً: أُصوِّر المسألة المراد بحثها تصويراً دقيقاً قبل بيان حكمها؛ ليتضح المقصود من دراستها.

ثانياً: إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق، فإني أذكر حكمها بدليلها، مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتمدة.

ثالثاً: إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف، فأتبع ما يلي:

١. تحرير محل الخلاف إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف، وبعضها محل اتفاق.

٢. ذكر الأقوال في المسألة، وبيان من قال بها من العلماء، ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية.

٣. توثيق الأقوال من كتب أهل المذهب نفسه.

٥. استقصاء أدلة الأقوال، مع بيان وجه الدلالة، وذكر ما يرد عليها من مناقشات وما يجاب به عنها.

٦. الترجيح مع بيان سببه، وذكر سبب الخلاف إن وجد.

رابعاً: الاعتماد على أمّهات المصادر والمراجع الأصيلة في التخرّيج والتحرير والتوثيق والجمع.

خامساً: العناية بضرب الأمثلة، خاصة الواقعية.

سادساً: ترقيم الآيات وبيان سورها.

سابعاً: تخريج الأحاديث وبيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما، فإن كانت كذلك اكتفيت بهما في تخريجها.

ثامناً: التعريف بالمصطلحات، وشرح الغريب.

تاسعاً: العناية بقواعد اللغة العربية، والإملاء، وعلامات الترقيم.

عاشراً: تذييل البحث بخاتمة تحتوي على أبرز النتائج التي توصلت لها.

حادي عشر: ترجمة الأعلام غير المشهورين^(١).



(١) وضابط المشهورين في البحث: هم العشرة المبشرون بالجنة، وكبار الصحابة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ، وأمّهات المؤمنين رَضِيَ اللهُ عَنْهُنَّ، والأئمة الأربعة، وكبار علماء المذاهب المعتبرة، والعلماء المعاصرون.

تمهيد

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بمفردات البحث:

أولاً: تعريف الشبهات.

لغة:

جمع شُبْهَة، وهي مصدر مشتق من الشَّبَه من: شَبَّه الأمر عليه يشبّه تشبيهاً فهي شبهة، والجمع فيها «شُبُهَةٌ» و«شُبُهَاتٌ»، وأصل مادتها يدل على المشاكلة، قال ابن فارس ^(١) رَحِمَهُ اللهُ: «الشين والباء والهاء أصل واحد يدل على تشابه الشيء وتشاكله لوناً ووصفاً» ^(٢).

ومنه قولهم: في فلانٍ شُبُهَةٌ من فلان، أي: بينهما تماثل وتشابه، والتشبيه التمثيل، والمشتبهات أي: المتماثلات ^(٣)، ومنه قول الله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي أَنْزَلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ مِنْهُ آيَاتٌ مُحْكَمَاتٌ هُنَّ أُمُّ الْكِتَابِ وَأُخَرُ مُتَشَابِهَاتٌ﴾ ^(٤)، قيل معناها: يشبه بعضها بعضاً في التلاوة ^(٥).

(١) هو: أبو الحسين، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني، المعروف بالرازي، فقيه لغوي بارع، مناظر متكلم على طريقة أهل الحق، وكان شافعياً فقيهاً، وانتقل في آخر عمره إلى مذهب مالك، رُزق حسن التصنيف، وكان كريماً جواداً لا يُبقي شيئاً، وله من التصانيف: كتاب المجمل، وكتاب فقه اللغة، وكتاب غريب إعراب القرآن. مات بالرّي في صفر سنة خمس وتسعين وثلاث مئة. ينظر: وفيات الأعيان (١/١١٨)، وسير أعلام النبلاء (١٢/٥٣٨ - ٥٣٩)، والوافي بالوفيات (٧/١٨١ - ١٨٢).

(٢) مقاييس اللغة (٣/٢٤٣).

(٣) ينظر: تهذيب اللغة (٦/٥٨، ٥٩)، مقاييس اللغة (٣/٢٤٣).

(٤) من آية (٧) من سورة آل عمران.

(٥) تفسير الطبري (٦/١٧٣).

ومن المعاني كذلك الالتباس، والإشكال، ومنه يقال: أمور مشبهة أي مشكلة، ومنه الخلط فيقال: خلط عليه الأمر حتى اشتبهه بغيره^(١).
اصطلاحاً:

تعددت عبارات الفقهاء في تعريف الشبهة، وعند تأملها نجد أنها اختلفت بناء على تعدد الاعتبارات التي عرفت بها، ولذا يمكن حصرها في ثلاثة أقسام:

القسم الأول: تعريف الشبهة بالنظر إلى سببها:

وقد اختلف الفقهاء في سبب الشبهة وبناء عليه اختلفوا في تعريفها بناء على هذا الاعتبار.

فمن رأى أن سبب الشبهة هو عدم الثبوت، عرفها بأنها: «ما يشبه الثابت وليس بثابت»^(٢).

وكذلك بالقول أنها: وجود المبيح صورة مع انعدام حكمه أو حقيقته^(٣).

(١) ينظر: تهذيب اللغة (٥٩/٦)، لسان العرب (٥٠٥/١٣)، تاج العروس (٤١٣/٣٦).

(٢) الهداية (٣٤٦/٢)، فتح القدير لابن الهمام (٢٦٢/٥).

(٣) نسب هذا التعريف للحنابلة، ومستند هذه النسبة قول ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ: «وبيان الشبهة: أنه قد وجدت صورة المبيح وهو عقد النكاح الذي هو سبب للإباحة، فإذا لم يثبت حكمه وهو الإباحة، بقيت صورته شبهة دائرة للحد الذي يندرىء بالشبهات». المغني (٥٥/٩).

ومن رأى أن السبب هو اختلاط الحلال بالحرام، عرفها بأنها: «الشيء المجهول تحليله على الحقيقة، وتحريمه على الحقيقة»^(١).

يلحظ أن تعريف الشبهة بالنظر إلى سببها فيه عموم واستغراق قد يُخرج الشبهة عن حقيقتها؛ لأن الشبهة لها أسبابٌ عدة، ولذلك فكل مجتهد سيُعرفها بحسب السبب الذي يراه مؤثراً.

القسم الثاني: تعريف الشبهة بالنظر إلى أثرها:

وقد عرِّفت الشبهة بهذا الاعتبار بتعريفاتٍ عدة، منها:

أنها: «الحال التي يكون عليها المرتكب، أو تكون موضوع الارتكاب، ويكون معها المرتكب معذوراً في ارتكابها، أو يعد معذوراً عذراً يُسقط الحدَّ، ويستبدل به عقابٍ دونه، على حسب ما يرى الحاكم»^(٢).

وكذلك عرِّفت بأنها: «الحال التي يندفع معها الحد بسبب قيام عارض في الفاعل، أو قيام مانع في نفس المحل، أو في طريق الإثبات، أو بسبب اختلاف بين العلماء في الحل متى قوي مدركه»^(٣).

يلحظ أن تعريف الشبهة بالنظر إلى أثرها قد يقتصر على بعض الآثار ويُهمل البقية، كما يظهر ذلك جلياً في التعريفات السابق ذكرها، فاقترنت على ذكر أثر الشبهة في درء الحد دون غيرها، وهذا يحصر معنى الشبهة في نطاق ضيق.

(١) المنشور في القواعد الفقهية (٢/٢٢٨).

(٢) العقوبة لمحمد أبو زهرة ص (١٧٩).

(٣) درء الحدود بالشبهات في الشريعة الإسلامية، لإبراهيم البشر ص (١٠).

القسم الثالث: تعريف الشبهة بالنظر إلى ذاتها:

لم أقف على من عرّف الشبهة بالنظر إلى ذاتها من غير ذكر سببها أو أثرها، لذا يمكن أن تُعرّف بأنها: «كلُّ حالٍ تقتضي عدم كمال الموجب للعقوبة».

شرح التعريف:

«كل حال»: صيغة عموم لتشمل جميع أنواع الشبه.

«تقتضي عدم كمال الموجب للعقوبة»: قيدٌ في التعريف ليخرج به الشبهة ضعيفة المدرك، فالعقاب يثبت مع وجودها لأنها فاسدة. وعبرٌ بالعقوبة ليشمل الشبهة في جرائم الحدود والقصاص والتعازير.

وتعريف الشبهة بالنظر إلى ذاتها في نظري هو المختار؛ لأن فيه توسطاً بين العموم والخصوص؛ إذ يكشف عن ماهية الشبهة وحقيقتها دون إغراق في أسبابها وآثارها.

العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي:

الناظر في المعنى اللُّغوي والاصطلاحي للشبهة، يجد بينها علاقة في المعنى؛ إذ إنّ الشبهة في لغة العرب تعني الالتباس والإشكال، وهذا المعنى موجود في المعنى الاصطلاحي؛ فصورة الفعل الموجب لإقامة الحد قائمة، لكن عدم اكتمال الموجب منع من إيقاع الحد على مرتكبها، ولذا التبس على الفقهاء في بعض مسائل الحدود: هل يقام الحد على مرتكبها؟ أو أنها شبهة يدرأ بها الحد؟

ثانياً: تعريف العقوبات.

لغة:

جمع عقوبة مشتقة من عَقَبَ و«العين والقاف والباء أصلان صحيحان: أحدهما يدل على تأخير شيء وإتيانه بعد غيره. والأصل الآخر يدل على ارتفاع وشدة وصعوبة»^(١)، والعقوبة تناسب الأصل الأول لأن عاقبة كل شيء آخره فتكون العقوبة آخراً بعد الذنب. والعرب تقول: أعقبت الرجل: أي جازيته بخير، وعاقبته: أي جازيته بشر، والعقاب والمعاقبة المجازاة على فعل السوء، وسمي الجزاء بها؛ لأن العقوبة تتلو الذنب، من تعقبه: إذا تبعه^(٢).

اصطلاحاً:

عُرِّفَتْ بأنها: «جزاء بالضرب أو القطع أو الرجم أو القتل»^(٣)، إلا أن هذا التعريف غير شامل، إذ يقتصر على ذكر بعض وسائل العقوبة ويهمل البقية، والتعريف يُشترط فيه الشمول والعموم. ولعل أفضل ما قيل في تعريفها هي: الجزاء الذي يلحق بالمدنب^(٤).

(١) مقاييس اللغة (٧٧/٤)، من مادة (عقب).

(٢) ينظر: الصحاح تاج اللغة (١/١٨٦)، لسان العرب (١/٦١١-٦١٩). والجميع من مادة (عقب).

(٣) حاشية ابن عابدين (٤/٣).

(٤) ينظر: التعريفات الفقهية؛ محمد البركتي ص (١٤٩)، القاموس الفقهي؛ سعدي أبو حبيب ص (٢٥٥).

ففيه شمول وعموم، فيدخل فيه كل عقوبة مترتبة على عصيان أمر الشارع، أو ولي الأمر والمؤدب ونحوهم بأي وسيلة كانت. كما أنه نص على سبب العقوبة.

ثالثاً: تعريف التعزيرات:

لغة:

أصله عَزَرَهُ يَعْزِرُهُ عَزْراً أو تعزيراً، ويُطلق على معنيين، قال ابن فارس: «العين والزاء والراء كلمتان: إحداهما: التَّعْظِيمُ والنَّصْرُ. والكلمة الأخرى جنسٌ من الضَّرْبِ»^(١). وبهذا يظهر أن التعزير من أسماء الأضداد حيث يُطلق على النصر، والإعانة، والتقوية، والتعظيم، وكذلك يطلق على الضرب والتأديب، وهما متضادان. وقيل: أن أصل التعزير من العَزْر وهو المنع، فأما النصر فلا من نصرته فقد رَدَّتْ عنه أعداءه، ومنعتهم من أذاه، وأما التأديب فلأنها تمنعه من الوقوع في المعصية^(٢).

اصطلاحاً:

يُطلق على: التأديب غير المقدَّر شرعاً في معصية لا حد فيها ولا كفارة^(٣)..

(١) مقاييس اللغة (٤/ ٣١١)، من مادة عَزَرَ.

(٢) ينظر: تهذيب اللغة (٢/ ٧٨)، لسان العرب (٤/ ٥٦١-٥٦٢)، تاج العروس (١٣/ ٢٤)، والجميع من مادة (عزر).

(٣) ينظر: تبين الحقائق (٣/ ٢٠٧)، أسهل المدارك (٣/ ١٩٢)، المهذب في فقه الإمام الشافعي (٣/ ٣٧٣)، المبدع (٧/ ٤٢٣).

المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالشبهة:

للشبهة ألفاظ ذات صلة بها، ومنها ما يلي:

أولاً: الشك:

لغة:

الشين والكاف أصل واحد مشتقُّ بعضه من بعض، وهو يدل على التداخل، يقال: شكَّ في الأمر، إذا تداخلت لديه الأمور ولم تتمايز^(١).

اصطلاحاً:

عرّف العلماء الشك بتعريفاتٍ عدةٍ، منها:

أولاً: «تساوي الطرفين والتردد فيهما من غير ترجيح»^(٢).

ثانياً: «التردد بين وجود الشيء وعدمه سواء استويا أو ترجح أحدهما»^(٣).

العلاقة بين اللفظين:

السببية، فالشك سبب من أسباب الشبهة، فإذا وقع كان مانعاً من إقامة الحد؛ للشبهة في ثبوته. وكذلك الشبهة تدلُّ على الالتباس والتردد وعدم اليقين في الأمور، وهذا ما يدلُّ عليه الشك أيضاً، لكن الشبهة أخصُّ من الشك^(٤).

(١) ينظر: مقاييس اللغة (٣/ ١٧٣).

(٢) جامع العلوم في اصطلاحات الفنون، للنكري (٢/ ١٧٠).

(٣) الكليات ص (٥٩٣).

(٤) ينظر: الشبهة وأثرها في الحدود والقصاص، إهام محمد طوير ص (٣٧).

ثانياً: المانع:

لغة:

اسم فاعل مشتق من الفعل مَنَعَ، والميم والنون والعين أصلٌ واحد يدل على خلاف الإعطاء، يقال: منعه الشيء منعاً فهو مانع ومنوع ومناع، ومنعته عن كذا فامتنع منه^(١).

اصطلاحاً:

هو: ما يلزم من وجوده انتفاء الحكم^(٢).

العلاقة بين اللفظين:

أن وجود الشبهة يمنع من قيام الحكم، وكذلك المانع إذا وجد انتفى الحكم، فالتقارب بينهما من حيث الأثر المترتب على كل منهما، إلا أن المانع أعمُّ من الشبهة؛ لأن المانع لا يجب معه الحكم أصلاً؛ كعدم تكليف الصبي لا يوجب عليه الحدَّ شرعاً، بخلاف الشبهة فإنه يمكن أن يوجد معها الحكم فيما لو وجدت وسائل إثبات تدفع هذه الشبهة^(٣).

(١) ينظر: مقاييس اللغة (٥/٢٧٨)، الصحاح (٣/١٢٨٧).

(٢) ينظر: البحر المحيط (٢/١٢).

(٣) ينظر: الشبهات الدائرة لحد الزنا في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها على أحكام القضاء في مدينة الرياض؛ سعود بن سعد المقرن ص (٨٧).

المطلب الثالث: ضابط الشبهة المؤثرة في الدرء:

إن تحديد ضابط الشبهة أمر لا بد منه ليحدّد مدى تأثيرها في العقوبات عموماً، وحتى لا تُسوِّغ الجرائم بأوهى شبهة فيؤدّي إلى تعطيل العقوبات. وقد اختلف الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ فِي وصف الشبهة المعتبرة في الدرء^(١) على أوصاف عدة، فما قد يكون قوياً عند البعض يعتبره غيرهم ضعيفاً ولا يُعتد به في الدرء.

وقد عُني فقهاء الشافعية^(٢) وبعض المالكية^(٣) بهذا التقسيم، ونجد إشارة إليه أحياناً عند الحنفية والحنابلة عند تعليل بعض الأحكام.

قال السبكي: «قوة المدرك وضعفه مما لا ينتهي إلى الإحاطة به إلا الأفراد، وقد يظهر الضعف أو القوة بأدنى تأمل، وقد يحتاج إلى تأمل وفكر، ولا بدّ أن يقع هنا خلافٌ في الاعتداد به ناشئاً عن المدرك قويٍّ أو ضعيف»^(٤).

«والمراد بقوة المدرك: قوة الدليل، وأطلق عليه المدرك لأنه محل إدراك الحكم؛ لأن الحكم يؤخذ منه»^(٥)، وبيان كون الشبهة قوية المدرك أن يكون مأخذ القول بوجود الشبهة في المسألة قوياً.

(١) ينظر: الفروق للقرافي (٤/١٧٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي ص (١٢٤)، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (١١١)، المغني (٩/٥٨)، مغني المحتاج (٤/٢١٤).

(٢) ينظر: مغني المحتاج (٤/١٤٦).

(٣) ينظر: الذخيرة (١٢/١٥٨)، حاشية الدسوقي (٤/٣٣٦).

(٤) الأشباه والنظائر ص (١١٣).

(٥) حواشي الشرواني (١/٤٥).

وبناء على ذلك قُسمت الشبهة باعتبار قوتها وضعفها إلى ثلاثة أقسام، وهي:

أولاً: الشبه القوية:

وضابط الشبهة القوية المؤثرة في الدرء هي الناشئة عن تقابل الأدلة، لا عن مجرد اختلاف أهل العلم^(١)، قال السبكي: «ونعني بالقوة ما يوجب وقوف الذهن عندها وتعلق ذي الفطنة بسبيلها لانتهاض الحجة بها؛ فإن الحجة لو انتهضت بها لما كنا مخالفين لها»^(٢).

ويُمثَّل لها: سرقة الوالد من مال ولده، فلا يقطع الوالد بها لقوة الشبهة^(٣)؛ لأن الدرء كان لشبهة الملك الحكمي، فالوالد أمام دليل قوي يبيح له الأخذ من مال ولده وهو قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أنت ومالك لأبيك))^(٤)؛ فإن هذا الملك الحكمي نشأ عنه شبهة قوية تُسقط العقوبة الحدية.

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٣٦/٧)، بداية المجتهد (٤٥١/٢)، الحاوي (١٦٧/٩)، المغني (١٩٩/١٠).

(٢) الأشباه والنظائر ص (١١٢).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٣٥/٧)، المغني (١٩٩/١٠).

(٤) أخرجه أحمد في مسنده، مسند عبد الله بن عمرو بن العاص (٥٠٣/١١) برقم (٦٩٠٣)، وابن ماجه في سننه، باب ما للرجل من مال ولده (٣٩١/٣) برقم (٢٢٩١)، جاء في نصب الراية (٣٣٧/٣): «قال ابن القطان: إسناده صحيح، وقال المنذري: رجاله ثقات».

حكمها: وهذه الشبهة دائرة لكل ما يدرأ بالشبهات باتفاق الفقهاء رَحْمَهُمُ اللَّهُ^(١).

ثانياً: الشبهة الضعيفة:

وضابط الشبهة الضعيفة هي: ضعيفة المدرك والتي يظهر ضعفها بأدنى تأمل^(٢).

وَيُمَثَّلُ لها: «بوطء الرجل إحدى محارمه بعد عقده عليها»^(٣).

حكمها: هذه الشبهة تدرأ ما يُدرأ بالشبهات عند أبي حنيفة^(٤)، وحقته في ذلك «أنه قد وجدت صورة المبيح، وهو عقد النكاح الذي هو سبب للإباحة، فإذا لم يثبت حكمه وهو الإباحة، بقيت صورته شبهة دائرة للحد الذي يندرى بالشبهات»^(٥).

أما الجمهور فلا يجعلونها دائرة لما يدرأ بالشبهات^(٦)؛ لأنها شبهة ضعيفة ولا عبرة بالشبهة الفاسدة.

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٣٥/٧)، حاشية الدسوقي (٢٩٩/٤)، مغني المحتاج (١٤٦/٤)، المغني (١٩٩/١٠).

(٢) ينظر: مغني المحتاج (١٤٦/٤)، درء العقوبات بالشبهات، لمحمد المحيذيف (٢١٠/١).

(٣) الأشباه والنظائر للسبكي ص (١١٢).

(٤) ينظر: المسبوط (١٥١/٩)، فتح القدير (٢٥٢/٥)، حاشية ابن عابدين (٢٤/٤).

(٥) المغني (٥٥/٩).

(٦) ينظر: الشرح الكبير للدرير (٣١٤/٤)، الحاوي (٤٨/٩)، كشاف القناع (٩٨/٦).

ثالثاً: الشبهة المترددة بين القوة والضعف:

ويقصد بها الشبهة الناشئة عن حصول الخلاف بين العلماء^(١).

يُمثَّل لما يلحق بالشبهة القوية: شبهة الوطاء في نكاح بلا ولي^(٢).

يُمثَّل لما يلحق بالشبهة الضعيفة: الشبهة في شرب النبيذ لمن علم بتحريمه^(٣).

حكمها: وهذه الشبهة تختلف فيها بين الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ، فمن قوي عنده مدرك الخلاف أحقها بالشبهة القوية ودرأ بها ما يدرأ بالشبهات، ومن ضَعُف عنده مدرك الخلاف أحقها بالشبهة الضعيفة ولم يدرأ بها ما يدرأ بالشبهات^(٤)، أما الحنفية فيدرؤون بها الحد مطلقاً^(٥).

المطلب الرابع: أقسام العقوبات التعزيرية:

التعزير عقوبة تختلف باختلاف الناس، واختلاف المعصية، والزمان والمكان. ويمكن أن تُصنّف إلى عدة أصناف بحسب اعتبارات عدة؛ وهي:

أولاً: باعتبار الغرض منها:

يمكن تقسيمها بهذا الاعتبار إلى قسمين:

- (١) ينظر: الأشباه والنظائر للسبكي ص (١١٣).
- (٢) ينظر: بداية المجتهد (٢/ ٤٣٤)، الحاوي (١٣/ ٢١٧)، المغني (١٠/ ١٥١).
- (٣) ينظر: المسبوط (٢/ ٣٧)، المغني (١٠/ ٣٢٣).
- (٤) ينظر: الأشباه والنظائر للسبكي، ص (١١٣).
- (٥) ينظر: المسبوط (٩/ ١٥١)، فتح القدير (٥/ ٢٥٢)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٢٤).

الأول: تعزير التأديب والتربية^(١):

كتأديب الوالد لولده، والزوج لزوجته^(٢)، والسيد لعبده، والمعلم لتلاميذه، وهذا النوع لا يجوز أن يزيد على عشرة أسواط^(٣). قال الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لَا تَجْلِدُوا فَوْقَ عَشْرَةِ أَسْوَاطٍ إِلَّا فِي حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ))^(٤). قال ابن تيمية رَحِمَهُ اللَّهُ: «مراد الحديث أن من ضرب لحق نفسه كضرب الرجل امرأته في النشوز لا يزيد على عشر جلدات»^(٥).

الثاني: تعزير على المعاصي:

إما بترك واجب، أو فعل محرم.

فهذا تجوز فيه الزيادة للحاكم على عشرة أسواط بحسب المصلحة والحاجة، وحجم المعصية وفحشها، وقتلتها وكثرتها، وليس لها حد معين^(٦).

(١) وسمي تعزير تغليياً للمعنى اللغوي.

(٢) فبعض العلماء يرى أن التعزير قد يكون للمصلحة بدون وجود معصية، كما فعل عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مع نصر بن حجاج عندما نفاه وحلق له رأسه حتى لا يفتن النساء. ينظر: مسند الفاروق (٢/٣٦٩)، مرقاة المفاتيح (٦/٢٣٣٠)، الحسبة في الإسلام؛ لابن تيمية ص(٤٧).

(٣) ينظر: المبسوط (١٦/١٣)، الجامع لمسائل المدونة (١٨/٤٢٨)، تكملة المجموع (٢٠/١٢٤)، المبدع (٦/٢٦٤).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحدود، باب: كم التعزير والأدب (٨/١٧٤) برقم (٦٨٥٠).

(٥) مجموع الفتاوى (٢٨/٣٤٨).

(٦) ينظر: البحر الرائق (٥/٤٤)، حاشية الصاوي (٢/٤٣٩)، مغني المحتاج (٤/٣٣٦) شرح منتهى الإرادات (٣/٣٦٥).

لكن إن كانت المعصية في عقوبة مقدرة من الشارع كالزنا والسرقه ونحوهما، فلا يبلغ بالتعزير الحد المقدر، وإن لم تكن مقدرة اجتهد الحاكم في عقوبة تحقق المصلحة وتدفع المفسدة^(١).

ثانياً: باعتبار لمن هو حق له:

يمكن تقسيمها بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام:

الأول: تعزير لحق الله تعالى:

وحق الله تعالى هو ما تعلق به نفع عام، وما يندفع به ضرر عام عن الناس من غير اختصاص بأحد ويكون التعزير فيه لحق الله تعالى، ليس فيه حق لأحد بعينه، لأن محاربة الجرائم والشُرور وإخلاء البلاد من الفساد واجب مشروع، وفيه دفع للضرر عن الأمة وجلب لنفع عام لها.

من أمثلة ذلك: تعزير تارك الصلاة، والمفطر في نهار رمضان متعمداً بلا عذر، والتعزير على نشر البدع والخرافات وأباطيل دعاة التشكيك في الدين الإسلامي، وكذا الرشوة والغش وغير ذلك^(٢).

الثاني: تعزير لحق العبد:

وهو ما تعلق به مصلحة خاصة، وحق العبد وإن كان خالصاً له إلا أن فيه حق الله تعالى؛ إذ إن نفس الإنسان وماله وكل شئونه فيها حق الله تعالى، فليس له التصرف في شيء من ذلك إلا في حدود الشرع؛ كإيذاء المسلم

(١) ينظر: أسنى المطالب (٣/ ٢٢٠)، المغني (٩/ ١٧٦)، الطرق الحكيمة ص (١٠٧).

(٢) ينظر: المبسوط (٢٤/ ٣٦)، روضة الطالبين (١٠/ ١٧٤)، المبدع (٧/ ٤٢٤).

لأخيه المسلم والسب بغير قذف أو الاعتداء على ماله بالغضب أو الإلتلاف أو امتناع الموسر عن دفع ما يجب عليه من الديون فإنه يعزر ليحمل على الأداء؛ لقول الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لِيُ الْوَاحِدِ يُحِلُّ عُقُوبَتَهُ وَعِرْضَهُ))^(١).

الثالث: تعزير مجتمع فيه الحقان مع أغلبية أحدهما:

فاجتماع الحقين مع أغلبية حق الله تعالى، كما في تقبيل امرأة أجنبية عنه، أما مع أغلبية حق العبد كما في السب والشتيم. كما أنه بين الحقين تلازم فلا يخلو أحدهما عن الآخر، فما كان فيه إضرار بمصلحة الفرد وحقوقه الخاصة فإن فيه أيضاً مخالفة لشرع الله تعالى وأوامره بعدم إيذاء الآخرين والاعتداء على حقوقهم^(٢).

ثالثاً: باعتبار وسائل العقوبة:

يمكن تقسيمها بهذا الاعتبار إلى أربعة أنواع:

١. ما يتعلق بالجاء كالتوبيخ، والتشهير، والعزل عن المنصب.
٢. ما يتعلق بتقييد الإرادة كالحبس والنفي.
٣. ما يتعلق بالأموال كالغرامة ومنع التصرف.
٤. ما يتعلق بالأبدان كالقيود والجلد.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب في الاستقراض وأداء الديون، باب: لصاحب الحق مقال (٣/١١٨) برقم (٢٤٠٠).

(٢) ينظر: المبسوط (٩/١١٠)، الإنصاف (١٠/٢٤١)، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (٧/٥٥٧٣).

ولا يجوز قطع شيء منه ولا جرحه، لأن الشرع لم يرد بشيء من ذلك^(١). وهذا ما عليه القضاء السعودي حيث نص مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة على أنه: «لا يسوغ التعزير بقطع الأطراف على سبيل العقوبة التعزيرية من قول عامة أهل العلم»^(٢).



- (١) ينظر: المبسوط (٣٦/٢٤)، مواهب الجليل (٣٢٠/٦)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٢٠٦/٤)، المغني (١٧٨/٩).
- (٢) القرارات والمشاريع والمبادرات الصادرة من وزارة العدل ص (٣٧٧)، رقم (٦/٥٢) بتاريخ ٢٠/١/١٤١٥هـ.

المبحث الأول حكم التعزير بالشبهة والقرائن الضعيفة

التعزير عقوبة شرعية، والشريعة تقرر أنه لا يعاقب المتهم حتى يتحقق من موجب العقوبة تحقق قطع أو غلبة ظن، قال الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَذَهَبَ دِمَاءُ قَوْمٍ وَأَمْوَالُهُمْ))^(١)، ولأن الأصل براءة ذمة المتهم من موجب العقوبة^(٢)، ولا ينتقل عن هذا الأصل إلا بيقين، عملاً بقاعدة: (ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين)^(٣).

أما الشبهة والقرائن الضعيفة، فلا يبنى على مثلها حكم، وإلا لكان الأصل في الناس الاتهام. يقول ابن القيم عن القرائن: «إن توسع فيها وجعل مُعَوَّلَةً عليها، دون الأوضاع الشرعية، وقع في أنواع من الظلم والفساد»^(٤)، ويقول: «العقوبة لا تسوغ إلا عند تحقق السبب الموجب ولا تسوغ بالشبهة، بل سقوطها بالشبهة أقرب إلى قواعد الشريعة من ثبوتها بالشبهة»^(٥).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب تفسير القرآن، باب ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتُرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَئِكَ لَا خَلْقَ لَهُمْ﴾ [آل عمران: ٧٧]، [٦/ ٣٥]، برقم (٤٥٥٢).

(٢) ينظر: الأشباه والنظائر للسبكي (١/ ٢١٨)، المنشور في القواعد الفقهية (٣/ ٣٥١)، الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٥٣)، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٥٠).

(٣) المنشور في القواعد الفقهية (٣/ ١٣٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٥٥)، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٥١).

(٤) الطرق الحكمية ص (٣).

(٥) المرجع السابق ص (٥٩).

فالشارع الحكيم حريص على تضييق دائرة العقاب ما أمكن، فلا يشبهه لشبهة وقرينة ضعيفة، وهذا ما عليه العمل في القضاء السعودي؛ حيث نص مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة على أن: «العقوبة لا يصح صدورها إلا على من ارتكب جرماً يقتضي إيقاعها عليه، وكان مكلفاً»^(١).

تطبيق قضائي^(٢):

أ. دعوى المدعي:

تفيد مطالبته بإلغاء قرار الجهة المتضمن معاقبته بالحرمان من علاوة دورية لما نسب إليه من التعدي بالضرب واللفظ على زميله في العمل.

ب. جواب المدعى عليه:

أن المدعي مخالف لمقتضى الواجب الوظيفي، وذلك لقيامه بطرد زميله المعلم من المكتب ودفعه خارج اللجنة، وقيامه بالتعدي على المشرف التربوي وتهديده بالضرب.

ج. حكم القاضي، وأسبابه:

إلغاء القرار التأديبي القاضي بحرمان المدعي من العلاوة الدورية، وذلك بعد الاطلاع على محاضر التحقيق التي تبين خلوها من دليل يثبت قيام المدعي بواقعة التعدي بالضرب أو التلظف على زميله، كما تضمنت (١) القرارات والمشاريع والمبادرات الصادرة من وزارة العدل ص (٣٢٢)، رقم (٥ / ٦٣٥) بتاريخ ١٥ / ٧ / ١٤٢٥ هـ. (٢) ينظر موضوع هذه القضية وأسبابها: في مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية، الصادرة من ديوان المظالم (٦ / ٣٣٢٠ - ٣٣٢٤).

في الوقت ذاته إنكار المدعي ما نُسب إليه من تهم، ولا يمكن الاعتماد على شهادة زميله في العمل لكونها خصمين للمدعي وهما اللذان ادعى عليه، والمحاضر ضد المدعي تم الاعتماد فيها على أقوالهما، والتأديب عقوبة تعزيرية لا تثبت إلا بينة.

د. نلاحظ على هذا الحكم ما يأتي:

أن شهادة الخصوم في العقوبات التأديبية لا يعتد بها، لأنها شبهة ضعيفة لا تقوى على إدانة المتهم بموجب التعزير، ولذا حكم القاضي بإلغاء القرار التأديبي.

وهذا منصوص عليه في نظام الإجراءات الجزائية في مادته الثالثة: «لا يجوز توقيع عقوبة جزائية على أي شخص إلا على أمر محظور ومُعاقب عليه شرعاً أو نظاماً، وبعد ثبوت إدانته، بناءً على حكم نهائي بعد محاكمة تُجرى وفقاً للوجه الشرعي»^(١).

(١) ينظر: المادة الثالثة من نظام الإجراءات الجزائية ص(٥)، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٩) بتاريخ ٢٨/٧/١٤٢٢هـ.

المبحث الثاني

خلاف الفقهاء في درء العقوبة التعزيرية بالشبهة

صورة المسألة:

أي دفع عقوبة التعزير الثابتة في حق العاصي لعارض قوي يقدر في موجب العقوبة. وهذا العارض قد يكون بسبب التباس في حال المتهم كأن يكون مكرهاً أو جاهلاً؛ كأن يشتم جاهل امرأةً ذميمة بألفاظ موجبة للتعزير، ثم يدعي أنه يعتقد حل ذلك. فهل هذا الادعاء والشك مؤثر في دفع العقوبة عنه أم لا؟

تحرير محل النزاع:

أولاً: اتفق الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ - في الجملة - على أنه إذا ثبت ارتكاب موجب الحد، والتبس بالواقعة شبهة تمنع من إقامته، فيدراً الحد وينتقل إلى العقوبة التعزيرية^(١) مع وجود الشبهة^(٢)، لارتكابه المعصية^(٣).

ثانياً: واختلفوا فيما لو ثبت ارتكاب موجب التعزير ابتداءً، والتبس بالواقعة شبهة قوية فهل تؤثر في دفع العقوبة التعزيرية أم لا، على قولين:

(١) ما لم تكن الشبهة قائمة في ركن من أركان الجريمة (القصد الجنائي)، أو في ثبوت الجريمة، أو في انطباق النص المحرم على الفعل المنسوب للمتهم، فهذه الحالات الثلاث مستثناة من محل الاتفاق. ينظر: نظرية الشبهات وأثرها في درء الحدود؛ د. عثمان جمعة ضميرية ص (٢٣٠-٢٣٤) مجلة البحوث الإسلامية العدد (٩٦)، الشبهة وأثرها في إسقاط العقاب؛ عبد الله بن إبراهيم الموسى ص (٢٠٣-٢٠٤)، مجلة الحكمة، العدد (٤٠).

(٢) ينظر: تحفة الفقهاء (٣/١٣٨)، بدائع الصنائع (٧/٣٥)، البيان والتحصيل (٩/٢١٨)، مواهب الجليل (٦/٣٢٠)، الحاوي (١٨/٢٢١، ٢٢٠)، كفاية النبيه في شرح التنبيه (١٧/١٩٦)، الإنصاف (١٠/١٨٢)، المغني وفيه قال ابن قدامة: «ولهذا لو سرق عيناً له نصفها لم يقطع ولو لم يكن له فيها ملك قطع، ولا خلاف في أنه يعزر» (١٠/٣١٣). وهذا ما عليه القضاء السعودي حيث نص مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة على: «من ثبت عليه الفعل باعترافه، وكانت العقوبة حدّاً، فإن الرجوع أو ادعاء الإكراه على الاعتراف يدفع الحد، وإذا كانت التهمة قوية، والجريمة ذات خطر، تعينت العقوبة التعزيرية». القرارات والمشاريع والمبادرات الصادرة من وزارة العدل ص (٣١٨)، رقم (٦/٢٦١) بتاريخ ٢٧/٣/١٤١٩ هـ. وأيضاً نص على أن: «الحدود يحاط لها، وإذا حصل اشتباه يدرأ الحد، ويرجع إلى التعازير الشرعية ففيها غنية، وإذا أحسن تنفيذها كان لها أثر طيب في معالجة الجرائم». القرارات والمشاريع والمبادرات الصادرة من وزارة العدل ص (٣٢٠)، رقم (٤/٤١٨) بتاريخ ٦/٧/١٤٢١ هـ.

(٣) ينظر: كشف القناع (٥/٩٧).

القول الأول:

أن التعزير لا يُدرأ بالشبهة. وهذا قول عند الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)،
وذهب إليه بعض الفقهاء المعاصرين^(٣).

(١) ينظر: المبسوط (١٠٨/٢٠)، وفيه: «لأن التعزير بمنزلة المال يثبت مع الشبهات»، فتح القدير (٣٧٥/٢)، وفيه: «وهو شبهة الشبهة وهي لا تسقط العقوبات»، وفي موضع آخر قال ابن الهمام وفيه: «الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق يثبت مع الشبهة فخرج ما لا يثبت معها وهو الحدود والقصاص، فأما التعزير ففي الأجناس من نوادر ابن رستم عن محمد يجوز في التعزير العفو والشهادة على الشهادة» (٤٦١/٧ - ٤٦٢)، ومثل هذا النص نقله ابن عابدين في حاشيته (٢٢٤/٧)، وذكر في الفتاوى الهندية (٢٢٦/٢٦)، البحر الرائق (٣٩/٥) وفيه قال ابن نجيم: «التعزير يثبت مع الشبهة»، ومثله في غمز عيون البصائر ص (٣٨٨).

(٢) ينظر: الحاوي (٢٣٥/١٤) وفيه قال الماوردي: «لأن الشبهة لا تمنع من التعزير، وإن منعت الحد لحظر الإقدام على الشبهات»، والمنثور (٢٢٦/٢) وفيه قال الزركشي: «ولا تسقط التعزيرات بالشبهة»، والأشباه والنظائر للسيوطي ص (١٢٣)، وفيها قال: «الشبهة لا تسقط التعزير». ولم أقف على قول للملكية في هذه المسألة.

(٣) ينظر: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة (٧٠٨/٢) وجاء فيها: «لكن الشبهة لا تسقط التعزير»، وتنزيل الأحكام على الوقائع القضائية والفتوية في الفقه الإسلامي لعبد الله بن خنين، بحث نشر في مجلة البحوث الإسلامية، العدد (٧٨)، ص (٣٠٨)، وقال فيه: «ومما تجدر الإشارة إليه أن التعزير لا يسقط بالشبهة».

أدلتهم:

الدليل الأول: عن بهز^(١) بن حكيم^(٢)، عن أبيه، عن جده قال: «أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَبَسَ رَجُلًا فِي تَهْمَةٍ»^(٣).

وجه الاستدلال: أن الحبس نوع من أنواع التعزير، والحبس في التهمة دليل على ثبوت التعزير مع الشبهة^(٤).

نوقش: بأن الحبس لاستظهار البيّنات، وكشف حال المتهم، وليس عقوبة تعزيرية^(١)، ويدل على هذا الرواية الثانية للحديث عن أبي هريرة

(١) هو: بهز بن حكيم بن معاوية بن حيدة القشيري البصري أبو عبد الملك. روى عن أبيه عن جده، وله عن زرارة بن أوفى، وثقه ابن معين، والنسائي. وقال أبو داود: أحاديثه صحاح. وقال ابن حبان: كان يخطئ كثيراً، فأما أحمد، وإسحاق فيحتجان به، توفي ١٥٠ هـ. ينظر: الجرح والتعديل لابن أبي حاتم (٢/٤٣٠-٤٣١)، تهذيب الكمال في أسماء الرجال (٤/٢٦٠-٢٦٣).

(٢) هو: حكيم بن معاوية بن حيدة بصري، تابعي ثقة، ولأبيه صحبة روى عن أبيه، وروى عنه الجريري وأبو قرعة وابنه بهز، استشهد به البخاري في «الصحیح»، وروى له في «الأدب». ينظر: الجرح والتعديل لابن أبي حاتم (٣/٢٠٧)، تهذيب الكمال في أسماء الرجال (٧/٢٠٣-٢٠٤).

(٣) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأفضية، باب الحبس في الدين، برقم (٣٦٣٠)، (٣/٣١٤)، والترمذي في سننه، أبواب الديات، باب الحبس في التهمة برقم (١٤١٧)، (٤/٢٨) وقال عنه: «حديث حسن»، وقال الحاكم فيه: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه» المستدرک (٤/١١٤).

(٤) ينظر: معالم السنن (٤/١٧٩).

(١) ينظر: الطرق الحکمية لابن القيم ص (١٤٠).

رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: «أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَبَسَ رَجُلًا فِي تَهْمَةٍ يَوْمًا وَلَيْلَةً اسْتِظْهَارًا وَاحْتِيَاظًا»^(١).

الدليل الثاني: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أقام العقوبة على العرنيين^(٢)، وعزرهم «بناء على شاهد الحال ولم يطلب بينة بما فعلوا ولا وقف الأمر على إقرارهم»^(٣).

الدليل الثالث: أن التعزير حق خالص للعبد، فلا يندرى بالشبهة، بخلاف الحد، ولا يلزم من سقوط الأدنى سقوط الأعلى^(٤).

ويمكن أن يجاب عنه: بعدم التسليم بأن جميع التعزيرات حق خالص للعبد. بل توجد بعض التعزيرات مشروعه لحق الله تعالى؛ كتعزير تارك الصلاة، والمفطر في نهار رمضان متعمداً بلا عذر ونحوهما.

(١) أخرجه بهذا اللفظ الحاكم في المستدرک (١١٤/٤) برقم (٧٠٦٤)، وسكت عنه، وقال الذهبي: «فيه إبراهيم بن خثيم، متروك» مختصر تلخيص الذهبي (٢٥٤٢/٥) برقم (٨٦٦).

(٢) وردت القصة كاملة في صحيح مسلم، كتاب القسامة والمحارین والقصاص والديات، باب حكم المحارین والمرتدين برقم (١٦٧١) (٣/١٢٩٦).

(٣) الطرق الحکمیة لابن القيم ص (٢١).

(٤) ينظر: منحة الخالق (٣٩/٥).

القول الثاني:

أن التعزير يدرأ بالشبهة. وهذا قول عند الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، ومذهب الحنابلة^(٣)، واختاره ابن القيم^(٤)، ومال إليه كثير من المعاصرين^(٥). أدلتهم:

الدليل الأول: عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: ((أَدْرَأُوا الْخُدُودَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ، فَإِذَا وَجَدْتُمْ لِلْمُسْلِمِ مَخْرَجًا،

(١) ينظر: المبسوط (٩٩/١٧) وفيه: «الشبهة تعمل عمل الحقيقة فيما هو مبني على الاحتياط»، وتبين الحقائق للزيلعي (٢٢٤/٣) وفيه: «... لأن العقوبات لا تثبت بالشبهة»، والفصول في الأصول وفيه قال الجصاص: «والدليل على أنها عقوبة أنها لا تستحق إلا مع المأثم، وتسقطها الشبهة، فكانت كالحودود من هذا الوجه».

(٢) ينظر: الحاوي (٣١٤/١٠)، وفيه قال الماوردي: «..أما التعزير فإن اعتقد إباحته أو جهل تحريمه فلا تعزير عليهما، لأنه لما كانت الشبهة مسقطاً للحد فأولى أن تسقط التعزير».

(٣) ينظر: الإنصاف (٢٤٠/١٠)، الفروع (١٠٤/١٠)، المغني (٩٣/٨) وفيه: «ولا يجوز أن يقضى فيه بالنكول الذي هو في نفسه شبهة، لا يقضى به في شيء من الحدود ولا العقوبات»، الإقناع (٢٦٩/٤)، كشف القناع (١٢٢/٦) وقال البهوتي فيه: «إذا تشاتم والد وولده لم يعزر الوالد لحق ولده، كما لا يحد لقتله ولا يقاد به (ويعزر الولد لحقه) أي الوالد»، منار السبيل (٤٩٤/٢)، وقال ابن ضويان فيه: «وما يوجب الحد والتعزير: فلا بد من رجلين) لأنه يحتاط فيه، ويسقط بالشبهة».

(٤) ينظر: الطرق الحكيمة ص (٥٩).

(٥) كمنصور الحفناوي في كتابه: الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي ص (٦٧٦، ٦٧٥)، والشيخ عبد الله الركبان في بحثه: درء الحدود بالشبهات ص (١٩)، ومحمد المحيذيف في كتابه: درء العقوبات بالشبهات (٧٠/٢).

فَادْرَأُوا عَنْهُ، فَإِنَّهُ أَنْ يَخْطَأَ حَاكِمٌ مِنْ حُكَّامِ الْمُسْلِمِينَ، فِي الْعَفْوِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يَخْطَأَ فِي الْعُقُوبَةِ»^(١).

وجه الاستدلال: إن خطأ الإمام في العفو خير من خطئه في العقوبة، ومراد النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الترهيب من المؤاخذه مع قيام أدنى شبهة^(٢).

الدليل الثاني: القياس على الحدود والقصاص، فكما أنها مما يُدرأ بالمشبهات مع أنها عقوبات مقدرة من الشارع على جرائم بالغة في الشدة والردع، فمن باب أولى درء التعازير بالمشبهات^(٣).

نوقش: بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأن الحدود يغلب فيها حق الله تعالى، بخلاف التعزير فإن حق العبد غالب فيه، وهو لا يندري بالمشبهة، ولا يلزم من سقوط الأعلى سقوط الأدنى^(٤).

(١) أخرجه الترمذي في سننه، أبواب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود برقم (١٤٢٤)، (٨٥/٣). وقال: «فيه يزيد بن زياد الدمشقي وهو ضعيف»، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود بالمشبهات، برقم (١٧٠٥٧)، (٤١٣/٨)، وحكم عليه الحاكم بالصحة فقال: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه» المستدرک (٤/٤٢٦)، وصححه ابن حجر في التلخيص الحبير فقال: «قلت: ورواه أبو محمد بن حزم في كتاب الإيصال من حديث عمر موقوفاً عليه بإسناد صحيح» (٤/١٦٠).

(٢) ينظر: فيض القدير؛ لزين العابدين (١/٢٢٦).

(٣) ينظر: الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون لمنصور الحفناوي ص (٦٧٦).

(٤) ينظر: شرح «أدب القاضي للخصاف» لصدر الشهيد (٢/١٨٠).

الدليل الثالث: أن (الأصل براءة الذمة)^(١)؛ فدماء المسلمين وأموالهم وأعراضهم محرمة، فلا تستباح بالقرائن الضعيفة^(٢).

الدليل الرابع: أن إثبات العقوبة التعزيرية في حق المتهم مع وجود الشبهة الدارئة لها، ظلم لا تأتي به شريعة. ومن ذلك أن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «أُتِيَ بسارق فاعترف قال: أرى يد رجل ما هي بيد سارق؛ فقال الرجل: والله ما أنا بسارق ولكنهم تهددوني، فخلى سبيله ولم يقطعه»^(٣). فعمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ خلى سبيله ولم يُذكر أنه عزره على إقراره الأول لوجود الشبهة.

الترجيح:

يترجح - والله أعلم - الجمع بين الأقوال^(٤)، فيقال: أن التعزير لا يُدرأ بالشبهة إذا كانت الشبهة في مرتبة الشك مقابل ظن غالب في قيام موجب التعزير، فحينئذٍ يجوز أطراح الشبهة ويُعمَل بالظن الغالب الموجب للتعزير.

(١) الأشباه والنظائر للسبكي (٢١٨/١)، المنشور في القواعد الفقهية (٣/٣٥١)، الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٥٣)، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٥٠).

(٢) ينظر: المحلى (٣٩/١٢).

(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٩٣/١٠) برقم (١٨٧٩٣)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥٢٠/٥) برقم (٢٨٥٧٩)، وقال عنه الألباني رَحِمَهُ اللَّهُ: «إسناده ضعيف للانقطاع بين عكرمة وعمر... وأخرج أيضاً من طريق عطاء... وإسناده إلى عطاء صحيح» إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل (٧٩/٨).

(٤) فإن قال قائل: هل يجوز إحداث مثل هذا القول؟

قال الشيخ محمد بن صالح العثيمين رَحِمَهُ اللَّهُ: «الجواب: نعم، يجوز إحداث مثل هذا القول، ولا يعتبر هذا خارجاً من الإجماع، يعني لو فرض أن هذه المسألة إجماعية، إما كذا وإما كذا، ولا يوجد قول ثالث، فإن التفصيل لا يعتبر خرقاً للإجماع... لأنه إذا ورد خلاف بين العلماء وتوسط أحد من الناس بتفصيل يوافق هؤلاء من وجه ويوافق

ويُدرأ التعزير بالشبهة إذا كانت الشبهة في مرتبة الظن وغلبته مقابل أصل البراءة^(١).

لما يلي:

١. أن هذا الجمع موافق لقواعد الشرع من أن (الأصل براءة الذمة)^(٢)، وإذا أعملنا هذه القاعدة في عقوبة التعزير فإن الأصل براءة ذمة المدعى عليه من موجب التعزير، قال العز بن عبد السلام: «الأصل براءة ذمته من الحقوق، وبراءة جسده من القصاص والحدود والتعزيرات»^(٣).
٢. أن هذا الجمع موافق لقواعد الشرع من أن (اليقين لا يزول بالشك)^(٤)، فالشريعة الإسلامية تقرر أنه لا يُعاقب أحدٌ حتى يتحقق الموجب فيه تحقق قطع أو غلبة ظن، فإذا تحقق لا تقوى الشبهة التي في مرتبة الشك على دفعه^(٥).

-
- الآخرين من وجهه، فإن هذا ليس خرقاً للإجماع، ولا خروجاً عن أقوال أهل العلم». الشرح الممتع (٥٠٢/١٥).
- (١) وعلى هذا تحمل النصوص التي تنفي التعزير مع الشبهة، وبين النصوص الفقهية الأخرى التي تثبت التعزير مع الشبهة.
 - (٢) الأشباه والنظائر للسبكي (٢١٨/١)، والمثور في القواعد الفقهية (٣٥١/٣)، والأشباه والنظائر للسيوطي ص (٥٣)، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٥٠).
 - (٣) قواعد الأحكام (٣٢/٢).
 - (٤) الأشباه والنظائر للسبكي (١٣/١)، المثور في القواعد الفقهية (٢٨٦/٢)، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٤٧).
 - (٥) ينظر: ضابط التعزير مع الشبهة ص (٢٦)، نايف بن علي القفاري، بحث نشر في شبكة الألوكة:

<https://www.alukah.net/library/0/134154/>.

٣. أن الأخذ بهذا القول فيه جمعٌ بين الأدلة، وإعمالٌ للنصوص الواردة، وإعمال الكلام بما يمكن - بحمله على معنى - أولى من إهماله؛ لأن المهمل لغوٌ، فيجب حمله - ما أمكن - على أقرب وجه يجعله معمولاً به؛ للقاعدة الفقهية: (إعمال الكلام أولى من إهماله)^(١).

٤. أن القضاء بالقرائن الضعيفة أو الأمارات المحتملة ليس من الشريعة في شيء، والشريعة تقرر أنه لا يُعاقب المتهم حتى يتحقق من موجب العقوبة تحقق قطع أو غلبة ظن^(٢).

منشأ الخلاف:

يظهر - والله أعلم - أن منشأ الخلاف يمكن أن يرد إلى:

١. اختلاف النظر في قاعدة (درء الحدود بالشبهات) فمن اعتبرها حديثاً نبوياً ووقف عند المنصوص عليه، قال: «أن التعزير يثبت بالشبهات». ومن اعتبرها قاعدة فقهية، وتقييد بفحوى القاعدة لا بلفظها قال: «التعزير يدرأ بالشبهات».

٢. أن العقوبة التعزيرية، غير مقدرة في أصل الشرع، وإنما ترك أمر تقديرها إلى ولي الأمر ابتداءً، وعليه فإن ولي الأمر يقرر عند النظر في الواقعة وما خالطها من شبهات، وما يحيط بها من ظروف وملابسات من إعفاء الجاني من العقوبة التعزيرية، أو إقامتها^(٣).

(١) ينظر: الأشباه والنظائر للسبكي (١/ ١٧١)، والمنثور في القواعد الفقهية (١/ ١٨٣)، والأشباه والنظائر للسيوطي ص (١٢٨).

(٢) ينظر: الطرق الحكمية ص (٣).

(٣) ينظر: الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون لمنصور الحفناوي ص (٦٧٦).

المبحث الثالث

أحوال العقوبة التعزيرية مع الشبهة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مواطن إقامة العقوبة التعزيرية مع الشبهة^(١):

أولاً: إذا وجدت البينة على ارتكاب موجب الحد والتبس بالواقعة شبهة تمنع من إقامته:

فيدراً الحد، وينتقل إلى العقوبة التعزيرية^(٢) مع وجود الشبهة في القضية، لارتكابه المعصية.

ويمكن أن يمثل لهذا بما يلي:

- أولاً: بالشبهة التي تقوم بسبب الملك: ومعناها: وجود شبهة ملك في محل الجريمة، في الموطوء أو المسروق، تمنع من إقامة الحد؛ كما في حق الأب الذي يسرق من مال ابنه، أو يظاً جارية ابنه، فإن هذا الملك الحكمي تنشأ عنه شبهة تسقط العقوبة الحدية إذ أن الدليل المبيح موجود؛ لقوله

(١) ينظر: ضابط التعزير مع الشبهة ص(٩-١٢)، نايف القفاري، بحث نشر في شبكة الألوكة على الرابط: <https://www.alukah.net/library/0/134154/> ، الشبهة وأثرها في إسقاط العقاب، عبد الله الموسى، بحث نشر في مجلة الحكمة، ص(٤١).

(٢) ما لم تكن الشبهة قائمة في القصد الجنائي بما يُعذر الجاني في مثله، وهذا ما يسمى بشبهة الفاعل مثل: من زفت إليه غير زوجته، فأتاها على أنها زوجته لا يعاقب لا بعقوبة حدية ولا تعزيرية؛ وذلك لانعدام القصد الجنائي. ينظر: المغني (٩/٥٧)، الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون لمنصور الحفناوي ص(٣٥٧-٣٥٨).

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أنت ومالك لأبيك))^(١)، مع الدليل المحرم لكنه يعزر^(٢) لارتكابه المعصية، قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللَّهُ: «إذا ثبت هذا، فإنه لا حد على الأب؛ للشبهة؛ لأنه إذا لم يثبت حقيقة الملك؛ فلا أقل من أن يكون شبهة تدرأ الحد، فإن الحدود تدرأ بالشبهات، ولكن يعزر؛ لأنه وطئ جارية لا يملكها، وطئاً محرماً، فكان عليه التعزير»^(٣).

- ثانياً: بالشبهة التي تقوم بسبب المحل: كمن وطئ زوجته في دبرها يدرأ عنه الحد^(٤) للشبهة في المحل لأن الزوجة محل للوطء في الجملة، لكنه يعزر^(٥). قال صاحب الفواكه الدواني رَحِمَهُ اللَّهُ: «.. وأما في دبر الأنثى غير زوجته فهو من قبيل الزنا إلا أن يكون محصناً فيرجم، وأما في دبر زوجته فيؤدب»^(٦).

(١) سبق تخرجه ص (٢٣٩).

(٢) تحفة الفقهاء (٣/١٣٨)، بداية المبتدي (١/١٠٦)، المعونة (١/١٣٩٤)، البيان والتحصيل (٩/٢١٨)، الحاوي (١٤/٢٣٥)، كفاية النبيه في شرح التنبية (١٧/١٩٦)، الإنصاف (١٠/١٨٢)، الإقناع (٤/٢٨٢).

(٣) المغني (١٠/٤٧٤).

(٤) عند من قال أن الوطء في الدبر زنا.

(٥) ينظر: الجوهرة النيرة (٢/١٥٥)، الدر المختار (١/٣١٠)، شرح مختصر خليل للخرشي (٨/٧٦)، حاشية العدوي (١/١٤٧)، روضة الطالبين (١٠/٩١)، النجم الوهاج (٩/١٠٤)، المغني (٩/٦١)، المبدع (٧/٣٨٧).

(٦) (١/١١٨).

- ثالثاً: بالشبهة التي تقوم بسبب العقد: كمن تزوج بغير ولي ولا شهود عالماً بالتحريم يدرأ عنه الحد للشبهة في العقد المختلف فيه^(١)، لكنه يعزر؛ لأنه عالمٌ بالتحريم وفساد العقد. قال الماوردي: «أما التعزير فإن اعتقد إباحته أو جهل تحريمه فلا تعزير عليهما، لأنه لما كانت الشبهة مسقطاً للحد فأولى أن تسقط التعزير، وإن اعتقدا تحريمه ولم يجھلاه عُرِّرا، فإن اعتقد أحدهما تحريمه وجهله الآخر عُرِّر العالم منهما دون الجاهل»^(٢)، وقال صاحب كشف القناع: «ولم يفرقوا بين نكاح المتعة وغيره... (ومن تعاطاه عالماً) تحريمه (عُرِّر) لارتكابه معصية لا حد فيها ولا كفارة (ويلحق فيه النسب إذا وطئ يعتقده نكاحاً) قلت: أو لم يعتقده نكاحاً لأن له شبهة العقد»^(٣).

ففي هذه الصور ومثيلاتها، نرى أن الشبهة درأت الحد، لكنها لم تمح أثر الجريمة، وذلك لضعف الشبهة، فعوقب بالتعزير لارتكابه المعصية، ولأنه ليس معذوراً في تحري الحقيقة والوقوف عندها.

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ٣٥)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١١٤٦)، العزيز شرح الوجيز (١١/ ١٤٥)، المغني (٧/ ١٣) وفيه قال: «ولنا، أن هذا مختلف في إباحته، فلم يجب به الحد، كالنكاح بغير شهود، ولأن الحد يدرأ بالشبهات، والاختلاف فيه أقوى الشبهات، وتسميتها زانية يجوز، بدليل أنه سهاها بذلك بمجرد العقد، وعمر جلدتهما أدباً وتعزيراً».

(٢) الحاوي (١٠/ ٣١٤).

(٣) (٩٧/٥).

ثانياً: إذا وجدت القرائن القوية على قيام موجب العقوبة التعزيرية مقابل شبهة ضعيفة تدرؤها:

إذا كان ظاهر حال المتهم يدل على ثبوت العقوبة التعزيرية للقرائن القوية المحيطة بالقضية، فيعمل القاضي بالظن الغالب؛ لأن التهم إذا تقوّت بالقرائن القوية ارتفعت عن منزلة التهمة، ومن ذلك أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أقام العقوبة على العرنيين^(١)، وعزّهم «بناء على شاهد الحال ولم يطلب بينة بما فعلوا ولا وقف الأمر على إقرارهم»^(٢).

قال ابن القيم رَحِمَهُ اللَّهُ: «والمعول في ذلك على القرائن، فإن قويت حُكْم بموجبها، وإن ضعفت لم يُلتفت إليها، وإن توسطت: طُلب الاستظهار، وسُلك طريق الاحتياط»^(٣).

ولا أثر لشبهة الشك تمسكاً بأصل براءة الذمة؛ لأن التعزير ثبت بظن غالب مع شك في شبهة تدرأ العقوبة، فهذه الشبهة الضعيفة حينئذٍ لا تقوى على إسقاط التعزير لأجل هذا اللبس، مع وجود الظن الغالب الموجب للتعزير.

كمن يرى رجلاً يظهر من حاله أنه شريف يعدو وراء آخر هارباً ويبد الهارب محفظة نقود وفي جيبه محفظة أخرى، فهذه قرينة مشاهدة بالعين

(١) وردت القصة كاملة في صحيح مسلم، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب حكم المحاربين والمرتدين برقم (١٦٧١) (٣/١٢٩٦).

(٢) الطرق الحكيمة ص (٢١).

(٣) المرجع السابق ص (١٧٨).

الحسية ودلالاتها واضحة على أن المحفظة للرجل الشريف نهبا منه الهارب في الطريق.

وهذا ما عليه القضاء السعودي حيث نص مجلس القضاء الأعلى ببيئته العامة على أنه: «لا يحكم ببراءة المتهم مما نسب إليه إذا كانت القرائن توجه الشبهة نحوه، وانضم معها فساد مسلكه»^(١)، وأيضاً نص على أنه: «يسوغ الاعتماد على شواهد الحال، والأمارات الظاهرة، في معاقبة أهل التهم ممن اشتهروا بالفساد»^(٢).

تطبيق قضائي^(٣):

أ. مقدمة الصك:

«الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده وبعد، فلدي (أنا)...(القاضي بالمحكمة الجزائية بالدمام، وبناء على المعاملة الواردة من هيئة التحقيق والادعاء العام والمقيدة لدى المحكمة برقم ٣٥٥٤٤٥٣ وتاريخ ٤/١/١٤٣٥هـ، والمحالة لنا من فضيلة رئيس المحكمة الجزائية بالدمام...».

(١) القرارات والمشاريع والمبادرات الصادرة من وزارة العدل ص(٣٦٨)، رقم (١٦٩) بتاريخ ٢٥/٦/١٣٩٢هـ.

(٢) القرارات والمشاريع والمبادرات الصادرة من وزارة العدل ص(٣٦٨)، رقم (١٣٩) بتاريخ ١٦/٥/١٣٩٢هـ.

(٣) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ (١٣/٧٦-٧٩)، إصدار وزارة العدل في المملكة العربية السعودية.

ب. دعوى المدعي:

تفيد إثبات إدانة المدعى عليه بالتستر على خادمة قامت بسرقة كفيها والتسبب في تهريبها، وطلب الحكم عليه بعقوبة تعزيرية.

ج. جواب المدعى عليه:

أنكر صحة الدعوى.

د. حكم القاضي، وأسبابه:

انتهى التحقيق بتوجيه الاتهام للمدعى عليه بالتسبب في تهريب الخادمة من كفيها والتستر عليها، والحكم عليه بعقوبة تعزيرية للشبهة بالسجن لمدة أربعة أشهر تبدأ من تاريخ إيقافه وجلده مائة جلدة مفرقة على دفعتين متساويتين بينهما مدة لا تقل عن عشرة أيام، تزجره وتردع غيره لقاء تهريبه الخادمة بقصد العمل عند غير كفيها. وذلك للأدلة والقرائن التالية: ١. إقراره بعائدة رقم الجوال له. ٢. برنت الاتصالات المثبت للاتصال على جوال الخادمة أثناء الواقعة عدة مرات. ٣. إنكاره ألبتة العلاقة مع الخادمة -مع وجود عدة اتصالات- ويؤكد التنصل من التهمة. ٤. كون المدعى عليه والخادمة من نفس الجنسية. ٥. انتفاء شبهة العداوة المسبقة بينهما كونها ليس بينهما معرفة سابقة.

هـ. نلاحظ على هذا الحكم ما يأتي:

أن القاضي عمل بالظن الغالب وحكم بعقوبة تعزيرية للقرائن القوية المحيطة بالقضية؛ لأن ظاهر حال المتهم يدل على ثبوت العقوبة للقرائن

القوية، مع أن المدعى عليه أنكر وأدعى براءة ذمته، لكن هذه شبهة ضعيفة لا تقوى على إسقاط التعزير.

ولذا يجب العمل بهذه القرائن القوية في العقوبات التعزيرية، فالعلم المستفاد منها أقوى بكثير من الظن المستفاد من شبهة التمسك بأصل براءة الذمة^(١).

ثالثاً: إذا كانت الشبهة في وسائل إثبات العقوبة التعزيرية لحق خاص:

من المعلوم أن وسائل الإثبات لا يشترط فيها القطع، وإلاّ لضاعت الحقوق، ولهذا اعتبرت الشريعة الوسائل التي تحمل على الظن الغالب، وأغلب طرق الإثبات لا تخلو من شك يعترها^(٢). والعقوبة التعزيرية يُتوسَّع في إثباتها ما لا يسوغ قبوله في غيرها من العقوبات الحدية والقصاص^(٣)، فيقبل لإثباتها وسائل الإثبات المعتبرة شرعاً؛ كالإقرار، والشهادة، واليمين، والكتابة، والقرائن، والمعاينة، والخبرة.

(١) ينظر: الطرق الحكمية ص (٩٩).

(٢) ينظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (٧٤٢/٢)، النظام القضائي في الفقه الإسلامي لمحمد رأفت عثمان ص (٢٧٢).

(٣) قال ابن مفلح رَحْمَةُ اللَّهِ: «لا يقبل في زنا وموجب حده إلا أربعة رجال وكذا الإقرار به... ومن عزر بوطء فرج ثبت برجلين..» الفروع (٣٦٩/١١)، فكانت العقوبة التعزيرية أخف في الإثبات من الحد فقبل فيها شهادة رجلين.

فيقبل في القضايا التعزيرية لحق العبد أن يُحلف المدعى عليه ويقضى عليه بالنكول^(١)، والحلف والنكول شبهة في نفسه^(٢) لزيادة احتمال الكذب واحتيال للثبوت، والتعزير يثبت مع هذه الشبهة^(٣).

قال ابن نجيم في الأشباه والنظائر: «التعزير يثبت مع الشبهة؛ ولذا قالوا: يثبت بما يثبت به المال، ويجري فيه الحلف، ويقضى فيه بالنكول»^(٤).

ويمكن أن يمثل لهذا بما يلي:

- أولاً: لو امتنع المدعى عليه عن الحلف الموجه له من القاضي - بطلب من الخصم - على دعوى نهبه مالا من المدعي في الطريق، فيقضى عليه بعقوبة تعزيرية لنكوله الذي هو شبهة^(٥).

قال صاحب درر الأحكام: «ويُحلف في التعزير.. فإن نكل عُزِّر لأن التعزير يثبت بالشبهات فجاز أن يُقضى فيه بالنكول»^(٦).

(١) ينظر: درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام (٤/٥٠٨).

(٢) لهذا لا يعمل به في الحدود والقصاص لكونها تدرأ بالشبهات.

(٣) ينظر: الاختيار والتعليل (٢/١٥١)، توصيف الأفضية في الشريعة الإسلامية

(٢/٣٥٦) عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، ضابط التعزير مع الشبهة ص (٩)،

نايف القفاري، بحث نشر في شبكة الألوكة على الرابط:

<https://www.alukah.net/library/0/134154/>.

(٤) ص (١١١).

(٥) ينظر: شرح أدب القاضي للخصاص (٢/١٨٠).

(٦) (٢/٣٣٥).

- ثانياً: لو أقر مكلف بأمرٍ عقوبته تعزيرية في حق آدمي، مختاراً ولم تدل دلالة على الإكراه - كما لو كان سجيناً - ثم رجع عن إقراره، فلا يقبل رجوعه^(١)، ولا أثر له في النظر القضائي، والرجوع عن الإقرار يعد شبهة ومع ذلك ثبت التعزير في حقه^(٢).

قال ابن قدامة: «لا يقبل رجوع المقر عن إقراره إلا فيما كان حداً لله تعالى يُدرأ بالشبهات ويحتاط لإسقاطه. فأما حقوق الآدميين، وحقوق الله تعالى التي لا تُدرأ بالشبهات، كالزكاة والكفارات، فلا يقبل رجوعه عنها. ولا نعلم في هذا خلافاً»^(٣).

المطلب الثاني: مواطن درء العقوبة التعزيرية بالشبهة:

أولاً: إذا كانت الشبهة قائمة في اعتقاد الجاني بما يعذر الجاني في مثله:

وهذه الشبهة في الاعتقاد وهي أن يظن الفاعل الحرام حلالاً فيأتيه، كوطء المعتدة من طلاق الثلاث ظاناً أنها تحل، فقيام هذا الظن عند الفاعل يورث شبهة يترتب عليها درء الحد والتعزير^(٤)، فهو من قبيل الخطأ، والنبى (١) لأن الإقرار خبر يحتمل الصدق والكذب، وعليه فالإقرار في حال الاختيار يترجح فيه جانب الصدق فلهذا يكون حجة. ينظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (٢/ ٧٤٢). (٢) ويستثنى من ذلك ما لو كان إقراره لعله اطلع عليها القاضي، فحينئذ يُرد إقراره وهذا يختلف بحسب النظر لكل قضية والظروف المحيطة بها. (٣) المغني (٥/ ١٢٠).

(٤) ينظر: تبين الحقائق (٣/ ١٧٩)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١١٤٧)، الحاوي (١٠/ ٣١٤)، المغني وفيه قال ابن قدامة: «فإن من اعتقد حله ليس عليه إثم ولا أدب»، الفروع (١٠/ ١١٧)، مجموع الفتاوى (٣٥/ ٣٧٨). توصيف الأفضية في الشريعة الإسلامية؛ عبد الله آل خنين (٢/ ٣٥٤).

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: ((إِنَّ اللَّهَ عَزَّوَجَلَّ عَفَا لَكُمْ عَنْ ثَلَاثٍ: عَنِ الْخَطَا، وَالنِّسْيَانِ، وَمَا اسْتَكْرَهْتُمْ عَلَيْهِ))^(١).

ويشترط لتكون هذه الشبهة دائرة ألا يكون هناك دليل على التحريم أصلاً، وأن يعتقد الجاني الحل.

قال صاحب مطالب أولي النهى: «ولا تعزير على (معتقد حل) شيء فعله (فأخطأ) لظهور عدم جواز فعل ذلك الشيء للشبهة»^(٢).

وقال صاحب الحاوي: «وأما التعزير فإن اعتقد إباحته أو جهل تحريمه فلا تعزير عليهما»^(٣).

ثانياً: إذا وجدت الأمارات القوية أو غلبة الظن على عدم ارتكاب موجب العقوبة التعزيرية مقابل شبهة شك تدين المتهم:

إذا كان ظاهر حال المتهم يدل على عدم ثبوت تهمة العقوبة التعزيرية للقرائن القوية المحيطة بالقضية، فيعمل القاضي بالظن الغالب؛ ولا أثر للشبهة التي تدين المتهم ولا عبرة بها؛ لأن التعزير اندفع بظن غالب مع شك في شبهة تثبت العقوبة، فهذه الشبهة لا تقوى على إثبات العقوبة التعزيرية،

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه، كتاب الطلاق، باب ما جاء في طلاق المكره (٣١٧/١) برقم (١١٤٥) واللفظ له، والدارقطني في سننه، باب النذور (٣٠٠/٥) برقم (٤٣٥١). وقال عنه الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه» المستدرک (٢/٢١٦).

(٢) (٢٢٠/٦).

(٣) (٣١٤/١٠).

فضلاً على أن القرينة يعضدها أصل براءة الذمة^(١)، وهذا مقرر في جميع الدعاوى بما فيها دعاوى التعازير، فالأصل سلامة ذمة المتهم من موجب التعزير، ولا يرتفع بطروء الشك عليه، ولا يقوى على رفعه إلا بيقين، ومن المتقرر في القواعد أن: (ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين)^(٢).

ومن ذلك ألا يُعزر الشخص الذي عُرف من حاله أنه شريف وصالح وشهد له الناس بذلك؛ لأجل أنه قبل وديعة من صاحبه، ثم تبين أنها مسروقة، والمودع لا علم له بالسرقه، وليس ثمة برهان على علمه.

فكون الشخص سُهد له بالصلاح والاستقامة قرينة قوية على عدم ارتكاب الجريمة، وقبول الوديعة المسروقة شبهة ضعيفة لا تقوى على إشغال ذمة المتهم بموجب التعزير.

ومن القواعد المعتمدة في القضاء الجزائي أن الأحكام الصادرة بالإدانة يجب أن تُبنى على حجج قطعية الثبوت^(٣) تفيد الجرم أو غلبة الظن، فما قعد عن كونه بينة في باب التعزير فهي شبهة لا يسوغ القضاء بها. قال ابن القيم رَحْمَةُ اللَّهِ: «أن الحبس في الدين من جنس الضرب بالسياط والعصي فيه،

(١) الأشباه والنظائر للسبكي (١/٢١٨)، المنشور في القواعد الفقهية (٣/٣٥١)، الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٥٣)، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٥٠).

(٢) المنشور في القواعد الفقهية (٣/١٣٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٥٥)، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٥١).

(٣) ينظر: المادة الثالثة من نظام الإجراءات الجزائية ص (٥)، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٩) بتاريخ ٢٨/٧/١٤٢٢هـ.

وذلك عقوبة لا تسوغ إلا عند تحقق السبب الموجب ولا تسوغ بالشبهة، بل سقوطها بالشبهة أقرب إلى قواعد الشريعة من ثبوتها بالشبهة»^(١).

وهذا ما يؤيده التعميم الوزاري الذي نص على أنه: «يجب على المحكمة قبل تقرير العقوبة الجزائية النص على ثبوت إدانة المتهم، وعلى الوصف الجرمي للفعل الموجب للعقوبة، على ألا يكون توجه التهمة أو الشبهة من الأوصاف التي يدان بها المتهم»^(٢).

وهذا يعني أنه لا يعاقب المتهم إلا إذا أُدين، ولا يُفهم من هذا القرار أنه كان في السابق يحكم بمعاقبة المتهم من غير دليل فهذا غير صحيح، ولكن كان في السابق القضاء لا يُحكم بالإدانة إلا بدليل قاطع، إما إذا كانت الأدلة قرائن ظنية فيعبرون عنها بالشبهة أو التهمة، فيقول القاضي: لم تثبت إدانة المتهم ولكن حكمت عليه بالتعزير للشبهة. وحتى لا يحصل هذا المنطق غير المستقيم في الحكم صدر هذا القرار، فإذا توافرت القرائن المعتبرة أو الشبهة القوية يُحكم بها إدانة مباشرة من غير التعبير بالحكم بالتهمة. وهذا القرار سيزيد من مسؤولية القضاة في فحص أدلة الاتهام، والعمل بقواعد الشرعية والمبادئ القضائية لأنهم سيحكمون بالإدانة أو البراءة. والله أعلم.

(١) الطرق الحكيمة ص (٥٩).

(٢) تعميم من المجلس الأعلى للقضاء، رقم (١٢٠٥/ت) بتاريخ ٢٧/٤/١٤٤٠هـ.

ثالثاً: إذا وجدت شبهة ضعيفة تدين المتهم بالعقوبة مقابل شبهة ضعيفة تدرؤها:

إذا تعارضت الشُّبه وكانت في مرتبة واحدة من القوة والضعف طُرحت ولا عبرة بها، وعُمل بالأصل وهو براءة ذمة المتهم^(١)؛ فالاستدلال بالأصل مرجح قوي يُرَجَّح به عند الاختلاف ولا يُتَّكَلَف عن هذا الأصل بأدنى الشبه، ولا يمكن أن تُشغَل ذمة المتهم إلا ببينة على ذلك؛ فالقاعدة المستقرة في الذمم عدم اشتغالها بشيء حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك، كأن تتعارض القرائن، فنطلب الاستظهار وما يعضدها، فإذا لم نقف على شيء من ذلك، أخذنا بالاحتياط، والاحتياط هنا أن نُجْعَلَ القرينة كالمعدومة، والخطأ في العفو خير من الخطأ في العقوبة وأصل هذا المبدأ قول الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((فَإِنَّهُ أَنْ يَخْطَأَ حَاكِمٌ مِنْ حُكَّامِ الْمُسْلِمِينَ، فِي الْعَفْوِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يَخْطَأَ فِي الْعُقُوبَةِ))^(٢)، فبراءة المتهم في حال الشك خير للجماعة وأقرب للعدالة من عقاب البريء مع الشك.

وهذا ما عليه القضاء السعودي حيث نص مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة على أنه: «عند حصول الشك في الإدانة والبراءة يغلب جانب البراءة»^(٣). والله أعلم.

(١) الأشباه والنظائر للسبكي (١/٢١٨)، المنشور في القواعد الفقهية (٣/٣٥١)، الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٥٣)، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٥٠).
 (٢) سبق تخريجه ص (٢٥٥).
 (٣) القرارات والمشاريع والمبادرات الصادرة من وزارة العدل ص (٣٢٢) رقم (٦/٢٠٢) بتاريخ ٢٧/٢/١٤٢٤هـ.

الخاتمة

لا يسعني في الختام إلا أن أتوجه لله عزَّوَجَلَّ بالحمد والشكر كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه؛ لما مَنَّ به من توفيقه وإعانتة، وأسأله المزيد من فضله.

وأختم صفحات هذا الدراسة بخلاصة موجزة عن أثر الشبهات في العقوبات التعزيرية بما يلي:

١. أن تعريف الشبهة بالنظر إلى ذاتها - في نظري - هو المختار لأنه يكشف عن ماهية الشبهة وحقيقتها دون إغراقٍ في أسبابها وآثارها. فيقال هي: «كل حال تقتضي عدم كمال الموجب للعقوبة».
٢. أن الشبهة المؤثرة في الدرء هي الشبهة القوية المتمكنة والمتحقق فيها اشتباه مقارنة بالسبب الموجب للعقوبة.
٣. أن التعزير عقوبة تختلف باختلاف الناس، واختلاف المعصية، والزمان والمكان.
٤. أن المقصود من درء العقوبة التعزيرية بالشبهة هو: أثر العارض القوي الذي يقدر في موجب العقوبة التعزيرية لإدانة المتهم، فهل يؤثر هذا العارض في الدفع والإسقاط أم لا؟
٥. أن التعزير عقوبة شرعية، والشريعة تقرر أنه لا يعاقب المتهم حتى يتحقق من موجب العقوبة تحقق قطع أو غلبة ظن.

٦. أن التعزير لا يُدرأ بالشبهة إذا كانت الشبهة في مرتبة الشك مقابل ظن غالب في قيام موجب التعزير، ويدراً بالشبهة إذا كانت الشبهة في مرتبة الشك والأمارات الضعيفة مقابل أصل البراءة على الراجح.

٧. لا تُدرأ العقوبة التعزيرية إذا كانت الشبهة في وسائل الإثبات لحق خاص.

٨. إذا وُجدت البينة على ارتكاب موجب الحد والتبس بالواقعة شبهة تمنع من إقامته فيدرأ الحد، ويُنتقل إلى العقوبة التعزيرية.

٩. لا تُدرأ العقوبة التعزيرية إذا وجدت القرائن القوية على قيام موجب العقوبة التعزيرية مقابل شبهة ضعيفة تدرؤها.

١٠. تُدرأ العقوبة التعزيرية بالشبهة إذا كانت قائمة في اعتقاد الجاني بما يُعذر الجاني في مثله.

١١. تُدرأ العقوبة التعزيرية بالشبهة إذا وُجدت الأمارات القوية أو غلبة الظن على عدم ارتكاب موجب العقوبة التعزيرية مقابل شبهة شك تدين المتهم.

أهم التوصيات:

١. وضع ضوابط في المحاكم الشرعية للتعزير بالشبهة، وألا تُنزل العقوبة إلا بثبوت الإدانة.

٢. الحد من توسع اجتهاد القضاة المبني على القرائن الضعيفة التي تظهر في القضية، وأن تكون دليلاً معتبراً يوجب الإدانة.

وختاماً: فإني لأرجو الله العليّ القدير أن أكون قد وفقت في جمع وتحرير مسائل «أثر الشبهات في العقوبات التعزيرية» على الوجه الصحيح، وأن يجد الباحث والقارئ بغيته وغنيته منها، وأن يكفيه ذلك مؤونة البحث عنها.

كما أسأله - سبحانه - القبول والتوفيق والسداد، وأن يرفع لي به الدرجات، وأن ينفع به، ويجعله خالصاً لوجهه الكريم، إنه تعالى جواد كريم، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا محمد وعلى آله وصحبه.



فهرس المصادر والمراجع

١. الإجماع؛ لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت: ٣١٩هـ)، تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، ط. ١، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، دار المسلم للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية.
٢. الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان؛ لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (ت: ٩٧٠هـ)، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، ط. ١، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
٣. الأشباه والنظائر؛ لتاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (ت: ٧٧١هـ)، ط. ١، ١٤١١هـ-١٩٩١م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
٤. الأشباه والنظائر؛ لعبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (ت: ٩١١هـ)، ط. ١، ١٤١١هـ-١٩٩٠م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
٥. أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء؛ لقاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي الرومي الحنفي (ت: ٩٧٨هـ)، تحقيق: يحيى حسن مراد، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
٦. البحر الرائق شرح كنز الدقائق؛ لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (ت: ٩٧٠هـ)، وفي آخره تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (توفي بعد ١١٣٨هـ)، وبالْحاشية منحة الخالق لابن عابدين، ط. ٢، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر.
٧. بداية المجتهد ونهاية المقتصد؛ لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (ت: ٥٩٥هـ)، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، دار الحديث، القاهرة، مصر.

٨. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع؛ لعلاء الدين، أبي بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت: ٥٨٧هـ)، ط. ٢، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
٩. البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير؛ لابن الملقن سراج الدين أبي حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (ت: ٨٠٤هـ)، تحقيق: مصطفى أبو الغيط، وعبد الله بن سليمان، وياسر بن كمال، ط. ١، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية.
١٠. البيان في مذهب الإمام الشافعي؛ لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي (ت: ٥٥٨هـ)، تحقيق: قاسم محمد النوري، ط. ١، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، دار المنهاج، جدة، السعودية.
١١. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي؛ لعثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (ت: ٧٤٣هـ)، الحاشية؛ لشهاب الدين أحمد بن إسماعيل بن يونس الشلبي (ت: ١٠٢١هـ)، ط. ١، ١٣١٣هـ، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة.
١٢. تهذيب اللغة؛ لمحمد بن أحمد بن الأزهر الهروي (ت: ٣٧٠هـ)، تحقيق: محمد عوض مرعب، ط. ١، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
١٣. التعريفات؛ لعلي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (ت: ٨١٦هـ)، ط. ١، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
١٤. توصيف الأفضية في الشريعة الإسلامية «دراسة شرعية لأصول وفروع تنزيل الأحكام الكلية على الوقائع القضائية والفتوية مع تطبيقات قضائية من أفضية السلف ومحاكم المملكة العربية السعودية»؛ عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، ط. ١، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م.

١٥. الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون؛ منصور محمد منصور الحفناوي، مطبعة الأمانة، ط. ١، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.
١٦. الشبهة وأثرها في إسقاط العقاب؛ عبد الله بن إبراهيم الموسى، بحث نشر في مجلة الحكمة العدد ٤٠، ٢٠٠٩م.
١٧. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير؛ لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت: ٨٥٢هـ)، ط. ١، ١٤١٩هـ-١٩٨٩م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
١٨. تنزيل الأحكام على الوقائع القضائية والفتوية في الفقه الإسلامي؛ لعبد الله بن خنين، بحث نشر في مجلة البحوث الإسلامية الصادرة عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، العدد (٧٨).
١٩. التوقيف على مهمات التعاريف؛ لزين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي ابن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري، (ت: ١٠٣١هـ)، ط. ١، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م، عالم الكتب، القاهرة، مصر.
٢٠. درر الأحكام شرح غرر الأحكام؛ لمحمد بن فرامرزن علي الشهير بملا خسرو (ت: ٨٨٥هـ)، دار إحياء الكتب العربية.
٢١. درر الحكام في شرح مجلة الأحكام؛ لعلي حيدر خواجه أمين أفندي (ت: ١٣٥٣هـ)، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، ط. ١، ١٤١١هـ-١٩٩١م.
٢٢. الذخيرة؛ لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت: ٦٨٤هـ)، تحقيق: محمد حجي، وسعيد أعراب، ومحمد بوخبزة، ط. ١، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان.
٢٣. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي؛ لأبي الحسن علي بن محمد البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (ت: ٤٥٠هـ)، تحقيق: الشيخ علي محمد

- معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ط. ١، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
٢٤. حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع؛ لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي (ت: ١٣٩٢هـ)، ط. ١، ١٣٩٧هـ-١٩٧٧م.
٢٥. درء القصاص بالشبهات؛ لداود بن عبد الباقي، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه، جامعة الإمام، ١٣٢٦هـ.
٢٦. درء العقوبات بالشبهات دراسة تأصيلية وتطبيقية مقارنة بين الشريعة والقانون في المملكة العربية السعودية؛ لمحمد عبد الله المحيذيف، ١٤١٤هـ.
٢٧. درء الحدود بالشبهات لعبد الله الركبان؛ بحث مقدم لمؤتمر الفقه الإسلامي، ١٣٩٧هـ.
٢٨. روضة الطالبين وعمدة المفتين؛ لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، ط. ٣، ١٤١٢هـ-١٩٩١م، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان.
٢٩. سنن أبي داود؛ لأبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير الأزدي السجستاني (ت: ٢٧٥هـ)، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت.
٣٠. سنن الدارقطني؛ لأبي الحسن علي بن عمر بن أحمد بن دينار البغدادي الدارقطني (ت: ٣٨٥هـ)، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، ط. ١، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان.
٣١. الشرح الكبير على متن المقنع؛ لعبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، أبي الفرج، شمس الدين (ت: ٦٨٢هـ)، حققه وأشرف على طباعته:



محمد رشيد رضا - صاحب المنار-، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.

٣٢. الشرح الممتع على زاد المستقنع؛ لمحمد بن صالح بن محمد العثيمين (ت: ١٤٢١هـ)، ط.١، ١٤٢٢-١٤٢٨هـ، دار ابن الجوزي، القاهرة، مصر.

٣٣. الشبهات الدائرة لحد الزنا في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها على أحكام القضاء في مدينة الرياض؛ سعود بن سعد المقرن، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ١٤٢٠هـ.

٣٤. الشبهات وأثرها في درء الحدود والقصاص؛ إلهام محمد طوير، رسالة مقدمة لنيل درجة ماجستير من جامعة النجاح الوطنية في فلسطين، ١٤٢٩هـ.

٣٥. الشبهة في المعاملات المالية والنكاح، وما يتعلق به؛ عبد الله بن جمعان الغامدي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة أم القرى، ١٤١٣هـ.

٣٦. شرح صحيح البخاري؛ لابن بطال أبي الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (ت: ٤٤٩هـ)، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، ط.٢، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية.

٣٧. شرح مختصر خليل للخرشي؛ لمحمد بن عبد الله الخرخشي المالكي أبي عبد الله (ت: ١١٠١هـ)، شركة الطباعة الفنية المتحدة، القاهرة، مصر.

٣٨. صحيح البخاري؛ لمحمد بن إسماعيل أبي عبد الله البخاري الجعفي (ت: ٢٥٦هـ)، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط.١، ١٤٢٢هـ، دار طوق النجاة.

٣٩. صحيح مسلم؛ لمسلم بن الحجاج أبي الحسن القشيري النيسابوري (ت: ٢٦١هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.



٤٠. ضابط التعزير مع الشبهة؛ نايف بن علي بن عبد الله الففاري، بحث نشر في شبكة الألوكة <https://www.alukah.net/library/0/134154>
٤١. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية؛ لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ)، ١٩٨٩م، مكتبة دار البيان، دمشق، سورية.
٤٢. الفتاوى الهندية؛ لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، ط. ٢، ١٣١٠هـ، دار الفكر، بيروت، لبنان.
٤٣. فتح القدير؛ لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي - المعروف بابن الهمام - (ت: ٨٦١هـ)، دار الفكر، بيروت، لبنان.
٤٤. الفروع؛ لمحمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبي عبد الله، شمس الدين المقدسي ثم الصالحي الحنبلي (ت: ٧٦٣هـ)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط. ١، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان.
٤٥. الفروق؛ لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت: ٦٨٤هـ)، عالم الكتب، القاهرة، مصر.
٤٦. الفقه الإسلامي وأدلته؛ للدكتور وهبة بن مصطفى الزحيلي، ط. ٤ المنقحة والمعدلة، دار الفكر، دمشق، سورية.
٤٧. الكافي في فقه الإمام أحمد؛ لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠هـ)، ط. ١، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
٤٨. الكافي في فقه أهل المدينة؛ لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت: ٤٦٣هـ)، تحقيق: محمد محمد أحمد، ط. ٢، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، السعودية.



٤٩. كشف القناع عن متن الإقناع؛ لمنصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (ت: ١٠٥١هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
٥٠. لسان العرب؛ لمحمد بن مكرم بن علي، أبي الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (ت: ٧١١هـ)، ط. ٣، ١٤١٤هـ.
٥١. المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامية بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا؛ من عام ١٣٩١هـ إلى ١٤٣٧هـ، ط. ١، ١٤٣٨هـ-٢٠١٧م، الرياض، مركز البحوث بوزارة العدل.
٥٢. المبدع في شرح المقنع؛ لإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبي إسحاق، برهان الدين (ت: ٨٨٤هـ)، ط. ١، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
٥٣. المبسوط؛ لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت: ٤٨٣هـ)، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
٥٤. مجلة العدل؛ مجلة فصلية علمية محكمة، تعنى بشؤون الفقه والقضاء، تصدر عن وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، الأعداد (٢، ٤٠، ٤٥).
٥٥. مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ (٧٦-٧٩)؛ إصدار وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، على الرابط: <https://cutt.us/JMv9T>.
٥٦. مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية؛ الصادرة من ديوان المظالم عام ١٤٣٦هـ (٦/ ٣٣٢٠-٣٣٢٤)، على الرابط: <https://cutt.us/3R7ZE>.
٥٧. المحلى بالآثار؛ لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: ٤٥٦هـ)، دار الفكر، بيروت، لبنان.

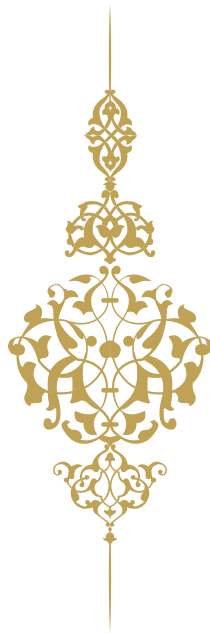
٥٨. المستدرك على الصحيحين؛ لأبي عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم ابن الحكم النيسابوري (ت: ٤٠٥هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ط. ١، ١٤١١هـ-١٩٩٠م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
٥٩. مسند الإمام أحمد بن حنبل؛ لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (ت ٢٤١هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد، وآخرون، ط. ١، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م، إشراف: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة.
٦٠. المطلع على أبواب المقنع؛ لمحمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلي، أبي عبد الله، شمس الدين (ت ٧٠٩هـ)، تحقيق: محمود الأرنؤوط وياسين محمود الخطيب، ط. ١، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م، مكتبة السوادى للتوزيع.
٦١. معالم التنزيل في تفسير القرآن؛ لأبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (المتوفى: ٥١٠هـ)، المحقق: عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط. ١، ١٤٢٠هـ.
٦٢. المغني؛ لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠هـ)، ١٣٨٨هـ-١٩٦٨م، مكتبة القاهرة.
٦٣. المنشور في القواعد الفقهية؛ لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (ت: ٧٩٤هـ)، ط. ٢، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م، وزارة الأوقاف الكويتية.
٦٤. المهذب في فقه الإمام الشافعي؛ لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت: ٤٧٦هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
٦٥. نظام الإجراءات الجزائية؛ الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٩) بتاريخ ٢٨/٧/١٤٢٢هـ، على الرابط: <https://cutt.us/kC13B>.

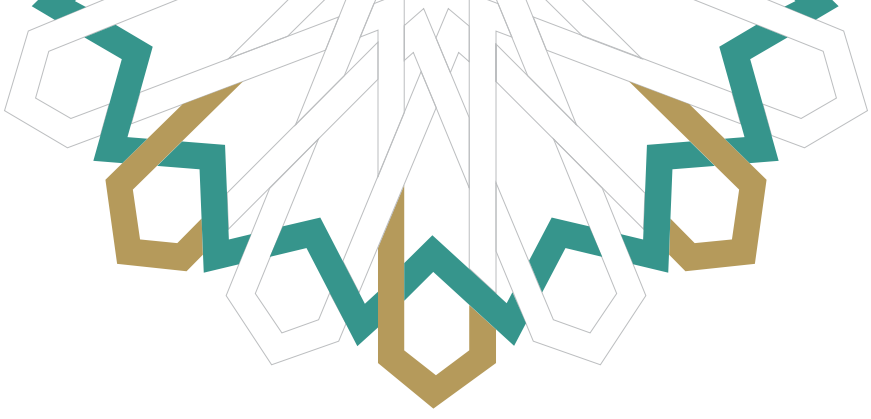


٦٦. النظام القضائي في الفقه الإسلامي؛ محمد رأفت عثمان، دار البيان، ط. ٢، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.

٦٧. نظرية الشبهات وأثرها في درء الحدود؛ د. عثمان جمعة ضميرية، بحث نشر في مجلة البحوث الإسلامية الصادرة عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، العدد (٩٦).







القضاء بشهادة النساء منفردات

د. عبد الله بن أحمد سالم المحمادي

الأستاذ المشارك في قسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء

المقدمة

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

أما بعد:

فإن الشهادة من أهم وسائل الإثبات التي يعتمد عليها القضاء في أحكامهم، ومن تيسير الشريعة أنها لم تحصر تلك الشهادة في الرجال فقط، وإنما تأخذ أيضاً بشهادة النساء، وتعتبرها إحدى الوسائل التي تثبت بها الحقوق، سواء شهدن مع الرجال، أو منفردات في أمور لا يطلع عليها الرجال غالباً، وإنما يطلع عليها النساء عادة.

فالحاجة داعية في بعض المواضع إلى قبول شهادة النساء منفردات، وإلا ضاعت الحقوق وتعطلت.

ويهدف هذا البحث إلى بيان مشروعية القضاء بشهادة النساء منفردات في حالات معينة، وبيان النصاب الذي يُشترط في ذلك.

هذا مجال بحثي، وقد عنونت له بـ «القضاء بشهادة النساء منفردات».

خطة البحث:

وتشتمل على ثلاثة مباحث وخاتمة، وبيان ذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: تعريف الشهادة:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الشهادة في اللغة.

المطلب الثاني: تعريف الشهادة في الاصطلاح.

المطلب الثالث: التعريف بشهادة النساء منفردات.

المبحث الثاني: القضاء بشهادة النساء منفردات في الأموال:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: القضاء بشهادة أربع نساء.

المطلب الثاني: القضاء بشهادة امرأتين ويمين المدعي.

المطلب الثالث: القضاء بشهادة امرأة واحدة ويمين المدعي.

المبحث الثالث: القضاء بشهادة النساء منفردات فيما لا يطع عليه غيرهن:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: القضاء بشهادتهن منفردات فيما يختص بهن.

المطلب الثاني: القضاء بشهادتهن منفردات فيما يحصل بينهن من جنایات

توجب القصاص.

الخاتمة:

وتشتمل على أهم النتائج التي توصلت إليها في البحث.

منهج البحث:

- ١- تحرير محل النزاع بذكر مواطن الاتفاق والخلاف إن احتاجت المسألة إلى ذلك.
- ٢- الاقتصار على المذاهب الفقهية المعتمدة، وتوثيق الأقوال من الكتب المعتمدة في كل مذهب.
- ٣- استقصاء أدلة الأقوال، وذكر ما يرد عليها من مناقشات أو اعتراضات، والجواب عنها ما أمكن.
- ٤- ترجيح ما يظهر رجحانه، وبيان سبب الترجيح.
- ٥- كتابة الآيات بالرسم العثماني مضبوطة بالشكل، وترقيمها، وبيان سورها.
- ٦- تخريج الأحاديث والآثار من مصادرها، فإن كان الحديث أو الأثر في الصحيحين أو في أحدهما اكتفيت بذلك للحكم بصحته، وإلا خرجته من المصادر الأخرى، مع ذكر ما قاله أهل الحديث في درجته.
- ٧- توثيق المعاني اللغوية من كتب اللغة المعتمدة.
- ٨- التعريف بالمصطلحات وشرح الغريب من الكتب المعتمدة في هذا الفن.
- ٩- العناية بقواعد اللغة العربية والإملاء وعلامات الترقيم.
- ١٠- العناية بدراسة ما له صلة واضحة بالبحث.



١١ - ختم البحث بخاتمة تتضمن أهم النتائج.

أسأل الله أن يوفقنا للصواب، وأن يجنبنا الزلل، وأن يرزقنا الإخلاص
في القول والعمل.



المبحث الأول تعريف الشهادة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الشهادة في اللغة:

الشهادة: مصدر شَهِدَ يشهدُ شهادةً، فهو شاهد. قال ابن فارس (ت: ٣٩٥هـ): «الشين والهاء والذال أصل يدل على حضور وعلم وإعلام»^(١). وللشهادة معان متعددة في اللغة، منها: الخبر القاطع، والحضور، والعلم، والإعلام، والمعاينة، والإقرار، والقسم أو اليمين. وأصل الشهادة: الإخبار بما شاهده وشَهِدَهُ. وتسميتها بالشهادة إشارة إلى أنها مأخوذة من المشاهدة المتيقنة التي تُنبئ عن المعاينة، لأن الشاهد يُخبر عما شاهده وعايينه. وقيل: هي مشتقة من الشهود، بمعنى: الحضور؛ لأن الشاهد يحضر مجلس القضاء للأداء، فسُمِّي الحاضر شاهداً، وأداؤه شهادة. وتُطلق الشهادة على التَّحْمَلِ، وعلى الأداء، تقول: شَهِدْتُ بمعنى: تَحَمَّلْتُ. وتقول: شَهِدْتُ عند الحاكم بشهادة، أي: أدَّيْتُهَا. فالشاهد مَنْ حضر إلى مكان الواقعة للتحمل، أو إلى مجلس القضاء للأداء^(٢).

(١) مقاييس اللغة، ابن فارس (ص ٥١٧).

(٢) انظر: الصحاح، الجوهري (١/٤٢١)؛ والنهاية في غريب الحديث والأثر، ابن الأثير (ص ٤٩٧)؛ والمطلع على ألفاظ المقنع، البعلي (ص ٤٩٦)؛ ولسان العرب، ابن منظور (٣/٢٣٩)؛ والمصباح المنير، الفيومي (ص ١٢٤)؛ والقاموس المحيط، الفيروزآبادي (ص ٢٩٢)؛ وأنيس الفقهاء، القونوي (ص ٢٣١).

المطلب الثاني: تعريف الشهادة في الاصطلاح:

تعريف الحنفية:

إخبارٌ صدقٌ لإثباتٍ حقٍّ بلفظ الشهادة في مجلس القضاء^(١).

تعريف المالكية:

إخبارٌ حاكمٍ عن علمٍ ليقضي بمقتضاه^(٢).

تعريف الشافعية:

إخبارٌ بحقٍّ للغير على الغير بلفظ أشهد^(٣).

تعريف الحنابلة:

الإخبار بما علمه بلفظٍ خاص^(٤).

وهذه التعريفات متقاربة المعنى مع اختلاف يسير في الألفاظ والعبارات، وقد أفادت بأن الشهادة في اصطلاح الفقهاء هي: «الإخبار بحقٍّ للغير على الغير بلفظٍ خاصٍ في مجلس القضاء».

(١) فتح القدير، ابن الهمام (٢/٦)؛ والبحر الرائق، ابن نجيم (٥٦/٧).

(٢) الشرح الكبير، الدردير (١٤٦/٤).

(٣) حاشيتا قليوبي وعميرة، أحمد القليوبي، وأحمد عميرة (٣١٨/٤)؛ وحاشية الجمل على شرح المنهج، سليمان الجمل (٣٧٧/٥).

(٤) شرح منتهى الإرادات، البهوتي (٦/٦٣٥)، وكشاف القناع، البهوتي (١٥/٢٥٨).

أما الشهادة في اصطلاح القانونيين فهي: «إخبار شخص أمام القضاء بواقعة حدثت من غيره، ويترتب عليها حق لغيره»^(١).
أو هي: «قيام شاهد في مجلس القضاء بعد حلف اليمين بالإخبار عن واقعة حدثت من غيره ويترتب عليها حق لغيره»^(٢).

المطلب الثالث: التعريف بشهادة النساء منفردات:

هي أن يؤدي الشهادة أمام القاضي عدد من النساء ليس معهن رجل^(٣).

- (١) البيّنات في المواد المدنية والتجارية، د. مفلح القضاة (ص ١١٩).
- (٢) شرح أحكام قانون الإثبات المدني، د. عباس العبودي (ص ٢٣٦).
- (٣) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، د. محمد الزحيلي (١/ ٢٠٧).

المبحث الثاني

القضاء بشهادة النساء منفردات في الأموال

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: القضاء بشهادة أربع نساء:

اختلف الفقهاء في القضاء بشهادة أربع نساء في المال وما يقصد منه المال؛ على قولين:

القول الأول:

لا يجوز القضاء بشهادة أربع نسوة في الأموال، وهذا قول الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

- (١) انظر: البناية شرح الهداية، العيني (١٠٨/٩)؛ فتح القدير، ابن الهمام (٨/٦)؛ البحر الرائق، ابن نجيم (٦٢/٧)؛ اللباب في شرح الكتاب، عبد الغني الغنيمي (٥٦/٣).
- (٢) انظر: النوادر والزيادات، عبد الله بن أبي زيد القيرواني (٣٩٨/٨)؛ الكافي في فقه أهل المدينة، ابن عبد البر (٩٠٦/٢)؛ الذخيرة، القرافي (٥٥/١١).
- (٣) انظر: الحاوي الكبير، الماوردي (١٠/١٧)؛ روضة الطالبين، النووي (٢٢٧/٨)؛ المجموع، النووي (١٤٤/٢٣).
- (٤) انظر: المغني، ابن قدامة (١٣٢/١٤)؛ معونة أولي النهى، ابن النجار (٤٢٣/٩)؛ كشف القناع، البهوتي (٣٢٨/١٥).

القول الثاني:

يجوز القضاء بشهادة أربع نساء في الأموال، وبه قال الظاهرية^(١)، وجماعة من الخلف والسلف^(٢).

قال ابن حزم (ت: ٤٥٦هـ): «ولا يجوز أن يُقبل في الزنى أقل من أربعة رجال عدول مسلمين، أو مكان كل رجل امرأتان مسلمتان عدلتان... ولا يُقبل في سائر الحقوق كلها من الحدود والدماء وما فيه القصاص والنكاح والطلاق والرجعة والأموال إلا رجلان مسلمان عدلان، أو رجل وامرأتان كذلك، أو أربع نسوة كذلك»^(٣).

وقال ابن القيم (ت: ٧٥١هـ): «ويجوز القضاء بشهادة النساء منفردات في غير الحدود والقصاص عند جماعة من الخلف والسلف»^(٤).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١- قوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

(١) انظر: المحلى، ابن حزم (١٠/٢٦٦).

(٢) انظر: المحلى، ابن حزم (١٠/٢٦٨)؛ الطرق الحكيمة، ابن القيم (ص ٧١)؛ الإسلام عقيدة وشريعة، محمود شلتوت (ص ٢٣٩)؛ الشرح الممتع على زاد المستنقع، ابن عثيمين (١٥/٤٥٢).

(٣) المحلى، ابن حزم (١٠/٢٦٦).

(٤) الطرق الحكيمة، ابن القيم (ص ٧١).

وجه الدلالة: دلت الآية على مشروعية الشاهدين، والشاهد والمرأتين، ولم تذكر الأربع نسوة؛ مما يدل على عدم جواز شهادة النساء منفردات^(١).
ونوقش: بأن الآية تُرشد إلى أفضل أنواع الاستيثاق وأكملها، وليس بياناً لطرق الحكم التي يحكم بها الحاكم، فطرق الحكم أوسع من طرق الاستيثاق على الحقوق^(٢).

قال ابن القيم: «وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: القرآن لم يذكر الشاهدين والرجل والمرأتين في طرق الحكم التي يحكم بها الحاكم، وإنما ذكر النوعين من البيئات في الطرق التي يحفظ بها الإنسان حقه»^(٣).

وقال الشيخ محمود شلتوت (ت: ١٣٨٣هـ): «قوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ ليس وارداً في مقام الشهادة التي يقضي بها القاضي ويحكم، وإنما هو وارد في مقام الإرشاد إلى طرق الاستيثاق والاطمئنان على الحقوق بين المتعاملين وقت التعامل، فالمقام مقام استيثاق على الحقوق لا مقام قضاء بها.

والآية ترشد إلى أفضل أنواع الاستيثاق الذي تطمئن به نفوس المتعاملين على حقوقهما.

(١) انظر: أحكام القرآن، الجصاص (١/٦٢٨)؛ كفاية الأخيار، أبو بكر بن محمد الحسيني (ص ٧٥٠)؛ حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، عبد الرحمن ابن قاسم (٧/٦١١).

(٢) انظر: الطرق الحكمية، ابن القيم (ص ١٣٧)؛ الإسلام عقيدة وشريعة، محمود شلتوت (ص ٢٣٩).

(٣) الطرق الحكمية، ابن القيم (ص ٦٥).

وليس معنى هذا أن شهادة المرأة الواحدة أو شهادة النساء اللاتي ليس معهن رجل لا يثبت بها الحق؛ ولا يحكم بها القاضي، فإن أقصى ما يطلبه القضاء هو البينة، وقد حَقَّق العلامة ابن القيم أن البينة في الشرع أعم من الشهادة، وأن كل ما يتبين به الحق ويظهره هو بينة يقضي بها القاضي ويحكم^(١).

٢- أن البينة على المال إذا خلت من رجل لم تُقبل، فالمرأتان لا تقومان مقام الرجل إلا إذا كانتا معه^(٢).

ونوقش: بأن هذا هو محل النزاع، والصحيح أن المرأتين إذا قامتا مقام الرجل إذا كانتا معه، قامتا مقامه وإن لم تكونا معه؛ لأن قبول شهادتهما لم يكن لمعنى في الرجل، بل لمعنى فيهما، وهو العدالة، وهذا موجود فيما إذا انفردتا^(٣).

٣- أن الشارع الحكيم قد جعل الرجل قواماً على المرأة ومسؤولاً عن نفقتها ورعايتها فلا تخرج من بيتها إلا للحاجة، ولا تباشر المعاملات إلا لضرورة، فلا تُقبل شهادة النساء وحدهن إلا فيما ورد به الشرع؛ لئلا يكثُر خروجهن وحضورهن مجالس الحكام لأداء الشهادة، وحرصاً على مكانة

(١) الإسلام عقيدة وشريعة، محمود شلتوت (ص ٢٣٩-٢٤٠).

(٢) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني (٦/٤٣٩)؛ الذخيرة، القرافي (١١/٥٥)، المغني، ابن قدامة (١٤/١٣٢).

(٣) الطرق الحكمية، ابن القيم (ص ١٣٦).

المرأة الاجتماعية وعدم تعريضها للأقاويل والتُّهَم والشُّبه التي هي بغنى عنها، مع نهي الشارع عن خروجهن منفردات خوف الفتنة والفساد^(١).

ويمكن أن يناقش: بأن قبول شهادتهن منفردات إنما يكون في التعاملات المالية التي لا يحضرها إلا النساء، وهذه ضرورة حتى لا تضيع الحقوق، ومواضع الضرورات يجوز فيها ما لا يجوز في مواضع الاختيارات.

ثم إن تحقيق العدالة وإثبات الحقوق مصلحة عامة تُقدّم على المصلحة الخاصة التي تتمثل في بقاء المرأة في بيتها والنأي بها عن مجالس الحكام.

أدلة القول الثاني:

١- قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل؟))^(٢)، وقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((شهادة امرأتين تعدل شهادة رجل))^(٣).

وجه الدلالة: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قطع بأن شهادة امرأتين تعدل شهادة رجل، وأطلق ولم يُفصّل، مما يدل على أن المرأتين تقومان مقام الرجل

(١) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، د. محمد الزحيلي (١/ ٢٢٤). وانظر: البناية شرح الهداية، العيني (٩/ ١٠٨)؛ البحر الرائق، ابن نجيم (٧/ ٦٢).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الحيض، باب ترك الحائض الصوم، (١/ ١١٦ / رقم ٢٩٨).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الشهادات، باب شهادة النساء، (٢/ ٩٤١ / رقم ٢٥١٥)؛ ومسلم في كتاب الإيمان، باب بيان نقصان الإيمان بنقص الطاعات، وبيان إطلاق لفظ الكفر على غير الكفر بالله، ككفر النعمة والحقوق، (١/ ٨٦ / رقم ٧٩).

مطلقاً، سواء كانتا معه أو لم تكونا معه، وعلى هذا فتقبل شهادة الأربع مقابل الرجلين^(١).

٢- أن طرق الحكم أوسع من الطرق التي تُحفظ بها الحقوق، فكل ما أبان الحق وأظهره فهو بينه يقضي بها القاضي ويحكم، سواء كانت تلك البينة من الرجال أو النساء^(٢)، قال ابن القيم: «البينة اسمٌ لما يبين الحق، وهو أعم من أن يكون برجال، أو نساء، أو نكول، أو يمين، أو أمارات ظاهرة»^(٣).

الترجيح:

الراجح-والله أعلم- أنه يجوز القضاء بشهادة أربع نساء في الحقوق المالية، خاصة التي يحضرها النساء دون الرجال.

فالنساء اليوم يشاركن الرجال في أغلب الأعمال، ويشهدن مجالس المداينات، ويشتغلن بأسواق المبيعات، ويباشرن بأنفسهن عقود المعاملات ونحوها من المعاوزات، ومن هنا كانت الحاجة داعية إلى قبول شهادتهن منفردات؛ لئلا تضيع الحقوق، خاصة عند تعذر وجود الرجال.

قال المرداوي (ت: ٨٨٥هـ): «وذكر في المغني قولاً في دعوى قتل كافر لأخذ سلبه أنه يكفي واحد. وعنه في الوصية يكفي واحد. وعنه إن لم

(١) انظر: المحلى، ابن حزم (٢٧٢/١٠)؛ الشرح المتمع على زاد المستقنع، ابن عثيمين (٤٥٢/١٥).

(٢) انظر: المحلى، ابن حزم (٢٧٢/١٠)؛ الطرق الحكمية، ابن القيم (ص ١٣٧)؛ الإسلام عقيدة وشريعة، محمود شلتوت (ص ٢٤٠).

(٣) الطرق الحكمية، ابن القيم (ص ١٣٧).

يحضره إلا النساء، فامرأة واحدة، وسأله ابن صدقة: الرجل يُوصي ويُعتق، ولا يحضره إلا النساء، تجوز شهادتهن؟ قال: نعم، في الحقوق. انتهى. قلت: وهذا ليس ببعيد»^(١).

وجاء في المادة (١٦٨٥) من مجلة الأحكام العدلية ما نصه: «نصاب الشهادة في حقوق العباد رجلان أو رجل وامرأتان، لكن تُقبل شهادة النساء وحدهن في حق المال فقط في المواضع التي لا يمكن اطلاع الرجال عليها»^(٢).

وقال الشيخ محمد بن صالح العثيمين (ت: ١٤٢١هـ): «إن الله تعالى ذكر العلة في اشتراط العدد في النساء، وهي أن تضل إحداها فتذكر إحداها الأخرى، ولم يذكر أن العلة المال، بل العلة أن تقوى المرأة بالمرأة فتذكرها إذا نسيت، وهذا يكون في الشهادة في الأموال وفي غير الأموال، إلا ما سلك فيه طريق الاحتياط، ويكون كذلك في المرأة معها رجل أو ليس معها رجل، وهذا القول هو الراجح، فالقول الصحيح أن المرأتين تقومان مقام الرجل مطلقاً، إلا في الحدود للاحتياط لها؛ لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةٍ شُهَدَاءَ﴾ [النور: ٤]، فهو نص صريح في وجوب الذكورية، إذا المال يثبت برجلين، وأربع نساء، ورجل وامرأتين، ... الخ»^(٣).

(١) الإنصاف، المرداوي (٢٦/٣٠). وانظر: المغني، ابن قدامة (١٢٨/١٤).

(٢) درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر (٣٥١/٤).

(٣) الشرح الممتع على زاد المستقنع، ابن عثيمين (٤٥٢/١٥).

وقال الشيخ الدكتور محمد بن محمد المختار الشنقيطي: «والصحيح أنها تُقبل شهادتهن منفردات في الحقوق المالية؛ لأن الله بيّن أن شهادة المرأتين بمثابة شهادة الرجل الواحد، وعلى هذا فتُقبل شهادة الأربع مقابل الرجلين»^(١).

فالقول الصحيح أنه يُقضي بشهادة النساء منفردات في المال وما يُقصد به المال كالبيع، والقرض، والإجارة، والرهن، والوقف، والهبة، والصلح، والشركة، والوصية بهال، والمهر، والجناية الموجبة للمال، وذلك كله عند تعذر وجود الرجال.

المطلب الثاني: القضاء بشهادة امرأتين ويمين المدعي:

اتفق المالكية، والشافعية، والحنابلة على مشروعية القضاء بشهادة رجل واحد ويمين المدعي^(٢)؛ استدلالاً بحديث ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضى بيمين وشاهد^(٣).

(١) شرح زاد المستقنع، د. محمد بن محمد المختار الشنقيطي، موقع الشبكة الإسلامية على

الرابط: <http://www.islamweb.net>

(٢) انظر: الموطأ، مالك بن أنس (٢/٢٤٦)؛ بداية المجتهد، ابن رشد (٤/١٧٨١)؛ عقد الجواهر الثمينة، ابن شاس (٣/١٦٥)؛ الأم، الشافعي (٧/٧)؛ الحاوي الكبير، الماوردي (١٧/٦٨)؛ روضة الطالبين، النووي (٨/٢٥٢)؛ المغني، ابن قدامة (١٤/١٣٠)؛ شرح الزركشي، محمد الزركشي (٧/٣٠٦)؛ كشاف القناع، البهوتي (١٥/٣٢٥).

(٣) أخرجه مسلم، كتاب الأفضية، باب القضاء باليمين والشاهد، (٣/١٣٣٧) رقم (١٧١٢).

وخالف في ذلك الحنفية، فمنعوا القضاء بالشاهد واليمين^(١).

ثم اختلف الجمهور القائلون بمشروعية القضاء بالشاهد واليمين في جواز القضاء بالمرأتين واليمين؛ على قولين:

القول الأول:

يجوز القضاء بشهادة امرأتين ويمين المدعي؛ وبه قال المالكية^(٢)، وهو قول عند الحنابلة^(٣)، اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم^(٤).

القول الثاني:

لا يجوز القضاء بشهادة امرأتين ويمين المدعي؛ وبه قال الشافعية^(٥)، والمذهب عند الحنابلة^(٦).

(١) انظر: المبسوط، السرخسي (٢٩/١٧)؛ بدائع الصنائع، الكاساني (٣٥٧/٦)؛ تبيين الحقائق، الزيلعي (٢٩٤/٤).

(٢) انظر: المدونة، مالك بن أنس (١٦٥/٥)؛ التفريع، ابن الجلاب (٢٣٨/٢)؛ الكافي في فقه أهل المدينة، ابن عبد البر (٩١٠/٢)؛ القوانين الفقهية، ابن جزي (ص ٢٢٦)؛ حاشية الدسوقي، محمد الدسوقي (١٦٦/٤).

(٣) انظر: الإرشاد إلى سبيل الرشاد، محمد بن أبي موسى الهاشمي (ص ٤٩٠)؛ المحرر في الفقه، أبو البركات ابن تيمية (ص ٦٨٢)؛ الفروع، محمد ابن مفلح (٥٠٥/٦)؛ شرح الزركشي، محمد الزركشي (٣١٤/٧)؛ المبدع، إبراهيم بن مفلح (٢٥٨/١٠)؛ الإنصاف مع الشرح الكبير، المرادوي (٢٥/٣٠).

(٤) انظر: الطرق الحكمية، ابن القيم (ص ١٣٦)؛ إعلام الموقعين، ابن القيم (٨٣/١).

(٥) انظر: الحاوي الكبير، الماوردي (١٠/١٧)، روضة الطالبين، النووي (٢٥٢/٨)؛ مغني المحتاج، الشربيني الخطيب (٤٤٣/٤)؛ نهاية المحتاج، الرملي (٢٩٧/٨).

(٦) انظر: المغني، ابن قدامة (١٣٢/١٤)؛ شرح الزركشي، محمد الزركشي (٣١٤/٧)؛ معونة أولي النهى، ابن النجار (٤٢٣/٩)؛ شرح منتهى الإرادات، البهوتي (٦٨٦/٦).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١ - قوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وجه الدلالة: أن الله تعالى أقام شهادة المرأتين مقام شهادة الرجل في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾، وقد ثبت جواز القضاء بالشاهد واليمين، فكذاك بالمرأتين واليمين.

ولأن الله تعالى قال: ﴿أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ ففي قوله: ﴿فَتُذَكِّرُ﴾ قرأتان: إحداهما بالتشديد من التذكير ضد النسيان، والثانية بالتخفيف أي؛ تكونان كالذكر، فيكون الاستدلال بهذه القراءة نصًّا، وبالأولى تنبيهاً^(١).

٢ - عن أبي سعيد الخدري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: ((أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل؟))؛ قلن: بلى^(٢).

وجه الدلالة: دل الحديث بمنطوقه على أن شهادة المرأة وحدها على النصف من شهادة الرجل، وبمفهومه على أن شهادتها مع مثلها كشهادة

(١) انظر: الجامع لأحكام القرآن، القرطبي (٣/٣٧٨)؛ الذخيرة، القرافي (١١/٥٥)؛ الحاوي الكبير، الماوردي (١٧/١٠)؛ المغني، ابن قدامة (١٤/١٣٢)؛ الطرق الحكيمة، ابن القيم (ص ١٣٦).

(٢) سبق تخريجه.

الرجل، وقد ثبت جواز القضاء بشهادة الرجل مع اليمين، فكذلك يجوز القضاء بشهادة المرأتين مع اليمين^(١).

٣- أن المرأتين إذا قامتا مقام الرجل إذا كانتا معه، قامتا مقامه وإن لم تكونا معه، فإن قبول شهادتهما لم يكن لمعنى في الرجل، بل لمعنى فيهما وهو العدالة، وهذا موجود فيما إذا انفردتا، وإنما يُخشى من سوء ضبط المرأة وحدها وحفظها، فقويّت بامرأة أخرى، وإذا قامت المرأتان مقام الرجل جاز القضاء بشهادتهما مع اليمين كما يجوز القضاء بشهادة الرجل مع اليمين^(٢).

٤- أن المدعي يحلف مع نكول المدعى عليه، فلأن يحلف مع شهادة المرأتين أولى؛ لأن جانبه يصبح أقوى من حالة النكول^(٣).

أدلة القول الثاني:

١- قوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وجه الدلالة: أن الآية أفادت بأن الحكم يكون بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، ولم تذكر اليمين مع المرأتين، فلو حكم بامرأتين ويمين لكان هذا قسماً ثالثاً لم تأت به الآية^(٤).

(١) انظر: الذخيرة، القرافي (١١ / ٥٥)؛ الطرق الحكمية، ابن القيم (ص ١٣٦).

(٢) انظر: الطرق الحكمية، ابن القيم (ص ١٣٦).

(٣) انظر: الذخيرة، القرافي (١١ / ٥٥)؛ وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، د. محمد الزحيلي (١ / ٢٠٤).

(٤) انظر: مغني المحتاج، الشربيني الخطيب (٤ / ٤٤٣)؛ الطرق الحكمية، ابن القيم (ص ١٣٦).

ونوقش: بأن الله تعالى لم يذكر في الآية أيضاً الشاهد واليمين، ولا النكول، ولا الرد، ولا شهادة المرأة الواحدة، ولا المرأتين، ولا الأربع نسوة، فهو سبحانه لم يذكر ما يحكم به الحاكم، وإنما أرشدنا إلى ما يُحفظ به الحق، وطرق الحكم أوسع من الطرق التي تُحفظ بها الحقوق^(١).

٢- أن البينة على المال إذا خلت من رجل لم تقبل، كما لو شهد أربع نسوة^(٢).

ناقش ذلك ابن القيم فقال: «أما قولكم: (إن البينة إذا خلت عن الرجل لم تُقبل) فهذا هو المدعى، وهو محل النزاع، فكيف يُحتج به؟ وقولكم: (كما لو شهد أربع نسوة) فهذا فيه نزاع وإن ظنه طائفة إجماعاً كالقاضي وغيره، قال الإمام أحمد في الرجل يوصي ولا يحضره إلا النساء، قال: أجزى شهادة النساء.

فظاهر هذا أنه أثبت الوصية بشهادة النساء على الانفراد إذا لم يحضره الرجال»^(٣).

- (١) انظر: النوادر والزيادات، عبد الله بن أبي زيد القيرواني (٨ / ٣٩١)؛ الطرق الحكمية، ابن القيم (ص ١٣٧).
- (٢) انظر: الذخيرة، القرافي (١١ / ٥٥)؛ المغني، ابن قدامة (١٤ / ١٣٢)؛ الطرق الحكمية، ابن القيم (ص ١٣٦)؛ معونة أولي النهى، ابن النجار (٩ / ٤٢٣).
- (٣) الطرق الحكمية، ابن القيم (ص ١٣٦-١٣٧).

٣- أن شهادة المرأتين ضعيفة تقوّت بالرجل، واليمين ضعيفة، فينضم ضعيف إلى ضعيف فلا يُقبل^(١).

ونوقش: بأننا لا نُسلم ضعف شهادة المرأتين إذا اجتمعتا، ولهذا يُحكم بشهادتهما إذا اجتمعتا مع الرجل وإن أمكن أن يُؤتى برجلين، فالرجل والمرأتان أصل لا بدل، والمرأة العدل كالرجل في الصدق والأمانة والديانة، إلا أنها لما خيف عليها السهو والنسيان قويت بمثلها، وذلك قد يجعلها أقوى من الرجل الواحد أو مثله^(٢).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول القائل بجواز القضاء بشهادة المرأتين ويمين المدعي؛ لقوة أدلته، ولما يترتب عليه من حفظ الحقوق والأموال عند تعذر وجود الرجال، ولعدم وجود ما يمنع من ذلك، قال ابن القيم: «وليس في القرآن ولا في السنة ولا في الإجماع ما يمنع من ذلك»^(٣).

بالإضافة إلى أن يمين المدعي مشروعة بشكل عام، فإذا جاز ثبوت الحق بيمين المدعي فقط عند نكول المدعى عليه، فأولى أن يثبت بيمين المدعي مع شهادة المرأتين؛ لأن الظن المستفاد من شهادة المرأتين أقوى من الظن المستفاد من مجرد نكول المدعى عليه.

(١) انظر: الذخيرة، القرافي (٥٥/١١)؛ الحاوي الكبير، الماوردي (١٠/١٧)؛ نهاية المحتاج، الرملي (٢٩٧/٨)؛ المغني، ابن قدامة (١٣٢/١٤)؛ شرح الزركشي، محمد الزركشي (٣١٤/٧)؛ كشف القناع، البهوتي (٣٢٨/١٥).

(٢) انظر: الذخيرة، القرافي (٥٦/١١)؛ الطرق الحكيمة، ابن القيم (ص ١٣٧).

(٣) الطرق الحكيمة، ابن القيم (ص ١٣٦).

المطلب الثالث: القضاء بشهادة امرأة واحدة ويمين المدعي:

لم يقل أحدٌ من أهل العلم بجواز القضاء بشهادة امرأة واحدة ويمين المدعي، لكن شيخ الإسلام ابن تيمية يرى أنه لو قيل بذلك لكان متوجهاً^(١)، قال ابن القيم: «قال شيخنا قدس الله روحه: ولو قيل يُحكم بشهادة امرأة ويمين الطالب لكان متوجهاً، قال: لأن المرأتين إنما أقيمتا مقام الرجل في التحمل لئلا تنسى إحداهما، بخلاف الأداء فإنه ليس في الكتاب ولا في السنة أنه لا يُحكم إلا بشهادة امرأتين، ولا يلزم من الأمر باستشهاد المرأتين وقت التحمل ألا يُحكم بأقل منهما، فإنه سبحانه أمر باستشهاد رجلين في الديون، فإن لم يكونا رجلين فرجل امرأتان، ومع هذا فيُحكم بشاهد واحد ويمين الطالب، ويُحكم بالنكول والرد وغير ذلك.

فالطرق التي يحكم بها الحاكم أوسع عن الطرق التي أرشد الله صاحب الحق إلى أن يحفظ حقه بها»^(٢).

وهذا ليس ببعيد، فالمرأة العدل كالرجل في الصدق والأمانة والديانة، إلا أنها لما خيف عليها السهو والنسيان قُويت بمثلها وقت التحمل لا الأداء^(٣)؛ قال ابن القيم: «ولا ريب أن هذه الحكمة في التعدد هي في التحمل، فأما إذا

(١) انظر: إعلام الموقعين، ابن القيم (١/٨٣)؛ الفروع، محمد ابن مفلح (٦/٥٠٥)؛ المبدع، إبراهيم ابن مفلح (١٠/٢٥٨)؛ الإنصاف، المرادوي (٣٠/٢٥).

(٢) إعلام الموقعين، ابن القيم (١/٨٣).

(٣) انظر: الطرق الحكيمة، ابن القيم (ص ١٣٧).

عقلت المرأة وحفظت وكانت ممن يوثق بدينها فإن المقصود حاصل بخبرها كما يحصل بأخبار الديانات، ولهذا تُقبل شهادتها وحدها في مواضع^(١).
وأيضاً إذا كان الحق يثبت ويمين المدعي فقط عند نكول المدعي عليه، فمن باب أولى أن يثبت بشهادة المرأة ويمين المدعي؛ لأن شهادة المرأة الواحدة مع يمين المدعي أقوى في الدلالة والبيئة من مجرد نكول المدعي عليه ورد اليمين على المدعي.

قال الشيخ ابن عثيمين: «المال يثبت برجلين، وأربع نساء، ورجل وامرأتين، ورجل ويمين المدعي، وامرأتين ويمين المدعي، واختار شيخ الإسلام -أيضاً- وامرأة ويمين المدعي؛ فقال: إن المرأة إذا كانت ذاكراً للشهادة ومتيقنة، فالعلة التي ذكرها الله عَزَّوَجَلَّ -وهي أن تضل إحداهما- انتفت، فتكون طرق إثبات المال ستة، والسابعة القرائن الظاهرة... فتبيّن أن المال أوسع الأشياء في البيّنات»^(٢).

تنبيه:

في هذا المطلب والذي قبله ثبت المال بشهادة النساء منفردات، لأن الحكم بشهادة امرأتين ويمين المدعي، أو الحكم بشهادة امرأة ويمين المدعي؛ ليس حكماً باليمين والشهادة معاً، وإنما هو حكم بالشهادة وحدها، وأما اليمين فهي مقوية ومؤكدة للشهادة.

(١) إعلام الموقعين، ابن القيم (١/٨٣).

(٢) الشرح الممتع، ابن عثيمين (١٥/٤٥٢).

وعلى القول بأن الحكم بالشهادة واليمين معاً لا بواحد منهما بمفرده، فإنه في حال كون المدعي امرأة، يكون الحق ثابتاً أيضاً بالنساء وحدهن؛ إما بشهادة امرأتين ويمين المرأة المدعية، أو بشهادة امرأة واحدة ويمين المدعية.



المبحث الثالث

القضاء بشهادة النساء منفردات

فيما لا يطلع عليه غيرهن

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: القضاء بشهادتهن منفردات فيما يختص بهن:

اتفق الفقهاء على مشروعية القضاء بشهادة النساء منفردات فيما لا يطلع عليه غيرهن مما يختص بهن^(١).

وخالف في ذلك زفر من الحنفية فقال: «لا يجوز قبول النساء منفردات دون رجل في شيء أصلاً، لا في ولادة، ولا في رضاع، ولا في عيوب النساء، ولا في غير ذلك»^(٢).

وقوله هذا لا يوجد في كتب الحنفية، وإنما ذكره ابن حزم في المحلى، ولم يذكر له دليلاً، وبناء عليه فلا يُلتفت إليه؛ لعدم القطع بثبوتة عنه، ولأنه مخالف لاتفاق الفقهاء.

قال ابن قدامة (ت: ٦٢٠هـ): «لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في قبول شهادة النساء المنفردات في الجملة»^(٣).

(١) انظر: المسبوط، السرخسي (١٦/١٤٢)؛ بداية المجتهد، ابن رشد (٤/١٧٧٧)؛ الحاوي الكبير، الماوردي (١٧/١٩)؛ المغني، ابن قدامة (١٤/١٣٤).

(٢) المحلى، ابن حزم (١٠/٢٦٧).

(٣) المغني، ابن قدامة (١٤/١٣٤).

إنما الخلاف بين الفقهاء في تحديد الأشياء التي يختص بها النساء ويُقضى فيها بشهادتهن منفردات.

اختلفوا في ذلك على قولين:

القول الأول:

تُقبل شهادة النساء منفردات في خمسة أشياء؛ الولادة، والاستهلال، والرضاع، والعيوب تحت الثياب، وانقضاء العدة؛ وهذا قول المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).

قال ابن عبد البر (ت: ٤٦٣هـ): «وتجوز شهادتهن دون الرجال فيما لا يطلع عليه الرجال من عيوب النساء، والحيض، والولادة... وتجوز شهادتهن في استهلال المولود دون الرجال... وتجوز شهادة امرأتين في الرضاع وإن أدى ذلك إلى فسخ النكاح»^(٤).

وقال النووي (ت: ٦٧٦هـ): «ما لا يطلع عليه الرجال وتختص النساء بمعرفته غالباً، فيقبل فيه شهادتهن منفردات، وذلك كالولادة، والبراءة

(١) انظر: بداية المجتهد، ابن رشد (٤/ ١٧٧٧)؛ الذخيرة، القرافي (١٠/ ٢٤٨)؛ مواهب الجليل، الخطاب (٨/ ٢١٢).

(٢) انظر: الحاوي الكبير، الماوردي (٨/ ١٧)؛ روضة الطالبين، النووي (٨/ ٢٢٧)؛ نهاية المحتاج، الرملي (٨/ ٢٩٦).

(٣) انظر: المغني، ابن قدامة (١٤/ ١٣٤)؛ المبدع، ابن مفلح (١٠/ ٢٦٠)، كشف القناع، البهوتي (١٥/ ٣٣٠).

(٤) الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ابن عبد البر (٢/ ٩٠٦).

والثيابة، والرتق والقرن، والحيض، والرضاع، وعيب المرأة من برص وغيره تحت الإزار، حرة كانت أو أمة، وكذا استهلال الولد على المشهور»^(١).

وقال ابن قدامة: «قال القاضي: والذي تُقبل فيه شهادتهن منفردات خمسة أشياء؛ الولادة، والاستهلال، والرضاع، والعيوب تحت الثياب كالرتق والقرن والبكارة والثيابة والبرص، وانقضاء العدة»^(٢).

القول الثاني:

تُقبل شهادة النساء منفردات فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة والبكارة وعيوب النساء، ولا تُقبل في الرضاع؛ وبه قال الحنفية.

وحكي عن أبي حنيفة أن شهادة النساء المنفردات لا تُقبل في الاستهلال، وخالفه صاحباه^(٣).

قال الموصلي (ت: ٦٨٣هـ): «وتُقبل شهادة النساء وحدهن فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة و البكارة و عيوب النساء، وتُقبل شهادتهن في استهلال الصبي في حق الصلاة دون الإرث»^(٤).

(١) روضة الطالبين، النووي (٨/ ٢٢٧).

(٢) المغني، ابن قدامة (١٤/ ١٣٤).

(٣) انظر: المبسوط، السرخسي (١٦/ ١٤٤)؛ الاختيار لتعليل المختار، الموصلي (٢/ ١٦٨)؛ فتح القدير، ابن الهمام (٦/ ١٠)؛ البحر الرائق، ابن نجيم (٧/ ٦١).

(٤) الاختيار لتعليل المختار، الموصلي (٢/ ١٦٨).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١- عن عقبه بن الحارث رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: تَزَوَّجْتُ أُمَّ يَحْيَى بِنْتَ أَبِي إِهَابٍ، فَجَاءَتْ أُمَّةً سُودَاءَ، فَقَالَتْ: قَدْ أَرْضَعْتُكُمْ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَعْرَضَ عَنِّي، فَتَنَحَّيْتُ فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لَهُ، قَالَ: ((وَكَيْفَ وَقَدْ زَعَمْتَ أَنْ قَدْ أَرْضَعْتُكُمْ؟))؛ فَنَهَاها عَنْهَا^(١).

وفي رواية: فقال: ((وَكَيْفَ وَقَدْ قِيلَ، دَعَهَا عَنْكَ))^(٢).

فالنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَبِلَ شَهَادَةَ الْمَرْضُوعَةِ وَاکْتَفَى بِهَا، مِمَّا يَدُلُّ عَلَى قَبُولِ شَهَادَةِ النِّسَاءِ الْمُنْفَرِدَاتِ فِي الرِّضَاعِ.

٢- رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ أَجَازَ شَهَادَةَ الْقَابِلَةِ وَحِدهَا فِي الْإِسْتِهْلَالِ^(٣).

(١) أخرجه البخاري في كتاب الشهادات، باب شهادة الإماء والعبيد، (٢/٩٤١) رقم (٢٥١٦).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الشهادات، باب شهادة المرضعة، (٢/٩٤١) رقم (٢٥١٧).

(٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنف، أبواب الرضاع، باب شهادة امرأة على الرضاع، (٧/٤٨٥) رقم (١٣٩٨٦)؛ وابن أبي شيبة في مصنفه - كتاب البيوع والأقضية، باب ما تجوز فيه شهادة النساء، (٦/١٨٧) رقم (٧٥٦)؛ والدارقطني في سننه، كتاب في الأقضية والأحكام، (٤/٢٣٣)؛ والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الشهادات، باب ما جاء في عددهن، (١٠/١٥١)، وقال: «قال إسحاق الحنظلي: لو صحت شهادة القابلة عن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لقلنا به، ولكن في إسناده خلل. وقال الشافعي: لو ثبت عن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ صرنا إليه إن شاء الله، ولكنه لا يثبت عندكم ولا عندنا عنه».

٣- ما رُوي عن الزهري أنه قال: «مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن»^(١).

٤- أن الرجال لا يطلعون عليها في العادة، فدعت الضرورة إلى قبول شهادة النساء المنفردات^(٢).

٥- أن الشهادة على الرضاع شهادة على عورة للنساء فيها مدخل، فقبل فيها شهادة النساء كالولادة^(٣).

أدلة القول الثاني:

استدلوا بأدلة القول الأول المتعلقة بقبول شهادة النساء وحدهن في الولادة والبركة وعيوب النساء.

واستدلوا على عدم قبول شهادتهن منفردات على الرضاع والاستهلال بما يلي:

١- أن الحرمة متى ثبتت بالرضاع ترتب عليها زوال ملك النكاح، وإبطال الملك لا يثبت إلا بشهادة الرجال، فانتفت شهادة النساء في هذه الحال^(٤).

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف، كتاب الشهادات، باب شهادة المرأة في الرضاع والنفس، (٨/٣٣٣ / رقم ١٥٤٢٧)، وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب البيوع والأقضية، باب ما تجوز فيه شهادة النساء، (٦/١٨٥ / رقم ٧٤٩).

(٢) انظر: تبصرة الحكام، ابن فرحون (١/٢٥٠)؛ الطرق الحكمية، ابن القيم (ص ٧٥).

(٣) انظر: المغني، ابن قدامة (١٤/١٣٥)؛ الشرح الكبير، عبد الرحمن ابن قدامة (٣٠/٣٣).

(٤) انظر: الاختيار لتعليل المختار، الموصلي (٢/١٦٩)؛ الطرق الحكمية، ابن القيم (ص ٧٥).

ونوقش: بأن الحجة لإثبات الحقوق مشروعة بحسب الإمكان، وتلك حالة لا يحضرها الرجال، فدعت الضرورة إلى قبول شهادة النساء في هذه الحال^(١).

٢- أن قبول شهادة النساء منفردات في الأصل للضرورة، وهي ضرورة عدم اطلاع الرجال على المشهود به، والرضاع يجوز أن يطلع عليه محارم المرأة من الرجال، فإذا جاز الاطلاع عليه في الجملة لم تتحقق الضرورة^(٢).

ويناقش: بأن الرضاع من أمور النساء الخاصة التي لا يطلع عليها الرجال في الغالب، والأحكام تُبنى على الغالب، وأما المحارم فحياء المرأة يدفعها إلى عدم الإرضاع أمام الرجال ولو كانوا من ذوي المحارم.

٣- أن الاستهلال صوت مسموع للرجال والنساء على حد سواء، فكان مما يطلع عليه الرجال^(٣).

ونوقش: بأن الاستهلال يكون حال الولادة، فيتعذر حضور الرجال، فأشبهه الولادة نفسها، والولادة تثبت بشهادة النساء وحدهن باتفاق^(٤).

(١) انظر: المبسوط، السرخسي (١٦/١٤٣)؛ الطرق الحكمية، ابن القيم (ص ٧٥).
(٢) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني (٤/٢٤)؛ تبيين الحقائق، الزيلعي (٢/١٨٧)؛ فتح القدير، ابن الهمام (٣/٧٦٢).

(٣) انظر: المبسوط، السرخسي (١٦/١٤٤)؛ البناية شرح الهداية، العيني (٩/١١١)؛ فتح القدير، ابن الهمام (٦/١٠)؛ البحر الرائق، ابن نجيم (٧/٦١).

(٤) انظر: تبيين الحقائق، الزيلعي (٤/٢٠٩)؛ اللباب في شرح الكتاب، عبد الغني الغنيمي (٣/٥٦)؛ المغني، ابن قدامة (١٤/١٣٥).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - جواز القضاء بشهادة النساء منفردات في كل ما لا يطلع عليه الرجال من أمور النساء الخاصة؛ كالولادة، والاستهلال، والرضاع، وعيوبهن تحت الثياب، وانقضاء العدة، وما يشبه ذلك من الأمور التي تخفى على الرجال؛ لأنه لا بد من ثبوت هذه الأحكام، ولا يمكن للرجال الاطلاع عليها، وإنما يطلع عليها النساء منفردات، فوجب قبول شهادتهن على الانفراد تحصيلاً للمصلحة، فلو لم تُقبل فيها شهادة النساء منفردات لضاعت الحقوق وتعطلت عند التجاحد^(١).

مسألة: العدد المشترك من النساء في شهادتهن منفردات على أمورهن الخاصة:

اختلف الفقهاء في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول:

يكفي في ذلك شهادة امرأة واحدة، وبه قال الحنفية^(٢)، والمذهب عند الحنابلة^(٣).

- (١) انظر: الاختيار لتعليل المختار، الموصلي (٢/ ١٦٨)؛ المجموع، النووي (٢٣/ ١٤٢).
 (٢) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني (٦/ ٤٣٩)؛ تبين الحقائق، الزيلعي (٤/ ٢٠٩)؛ البناية شرح الهداية، العيني (٩/ ١٠٨).
 (٣) انظر: الشرح الكبير، عبد الرحمن ابن قدامة (٣٠/ ٣٣)، شرح الزركشي، محمد الزركشي (٧/ ٣١٤)؛ الإنصاف، المرادوي (٣٠/ ٣٢).

القول الثاني:

يُشترط في ذلك شهادة امرأتين، وبه قال المالكية^(١)، ورواية عند الحنابلة^(٢).

القول الثالث:

العدد المشترط في ذلك ثلاث نسوة، وبه قال عثمان البتي^(٣).

القول الرابع:

العدد المشترط في ذلك أربع نسوة، وبه قال الشافعية^(٤).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١- عن عقبة بن الحارث رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: تَزَوَّجْتُ أُمَّ يَحْيَى بِنْتِ أَبِي إِهَابٍ، فَجَاءَتْ أُمَّةٌ سُودَاءُ، فَقَالَتْ: قَدْ أَرْضَعْتُكُمْ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ

(١) انظر: النوادر والزيادات، عبد الله ابن أبي زيد القيرواني، (٨ / ٣٩١)؛ بداية المجتهد، ابن رشد (٤ / ١٧٧٧)؛ مواهب الجليل، الخطاب (٨ / ٢١٢).

(٢) انظر: المحرر في الفقه، أبو البركات ابن تيمية (ص ٦٨٣)؛ المبدع، ابن مفلح (١٠ / ٢٦١)؛ الإنصاف، المرادوي (٣٠ / ٣٢).

(٣) انظر: الحاوي الكبير، الماوردي (١٧ / ٢١)؛ المجموع، النووي (٢٣ / ١٤٢)؛ المغني، ابن قدامة (١٤ / ١٣٦)؛ الطرق الحكمية، ابن القيم (ص ١٣٢).

(٤) انظر: الحاوي الكبير، الماوردي (١٧ / ٢١)؛ روضة الطالبين، النووي (٨ / ٢٢٧)؛ مغني المحتاج، الشربيني الخطيب (٤ / ٤٤٢).

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَعْرَضَ عَنِّي، فَتَنَحَّيْتُ فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لَهُ، قَالَ: ((وَكَيْفَ وَقَدْ زَعَمْتَ أَنْ قَدْ أَرْضَعْتَكُمَا؟)) فَنَهَاها عَنْهَا^(١).

وجه الدلالة: في هذا الحديث اكتفى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بشهادة امرأة واحدة في الرضاع^(٢).

٢- رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ أَجَازَ شَهَادَةَ الْقَابِلَةِ وَحْدَهَا فِي الْإِسْتِهْلَالِ^(٣).

٣- أَنَّ الذَّكَورَةَ سَقَطَتْ بِالِاتِّفَاقِ لِيُخْفَ النَّظْرَ إِلَى الْعَوْرَةِ؛ لِأَنَّ نَظْرَ الْجِنْسِ إِلَى جِنْسِهِ أَخْفَى، فَكَذَا يَسْقُطُ اعْتِبَارُ الْعَدَدِ؛ لِأَنَّ نَظْرَ الْوَاحِدَةِ أَخْفَى مِنْ نَظْرِ الْجَمَاعَةِ^(٤).

٤- أَنَّهُ مَعْنَى يُثَبَّتُ بِقَوْلِ النِّسَاءِ الْمُنْفَرِدَاتِ، فَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْعَدَدُ، كَالرَّوَايَةِ وَأَخْبَارِ الدِّيَانَاتِ^(٥).

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر: الطرق الحكمية، ابن القيم (ص ١١١)، نيل الأوطار، الشوكاني (٦/٣٧٨).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) انظر: المبسوط، السرخسي (١٦/١٤٣)؛ فتح القدير، ابن الهمام (٦/٩)، قرة عيون الأخيار، علاء الدين ابن عابدين (١١/٨٥).

(٥) انظر: المغني، ابن قدامة (١٤/١٣٦)؛ الطرق الحكمية، ابن القيم (ص ٧٥)؛ معونة أولي النهى، ابن النجار (٩/٤٢٥)؛ كشف القناع، البهوتي (١٥/٣٣١).

أدلة القول الثاني:

١- أن المعتبر في الشهادات شيئان: العدد والذكورة، وقد تعذر أحدهما وهو الذكورة هنا، ولم يتعذر اعتبار العدد، فيبقى معتبراً كما في سائر الشهادات^(١).

٢- أن كل جنس قُبلت شهادته في شيء على انفراد كفى منه شخصان، ولا يكفي منه واحدة، كالرجال^(٢).

٣- أن شهادة الرجال أقوى، ولم يكف واحد، فالنساء أولى^(٣).

دليل القول الثالث:

أن الله تعالى ضمَّ شهادة المرأتين للرجل في الموضع الذي لا ينفردن فيه، فوجب أن يُستبدل الرجل بامرأة في الموضع الذي ينفردن فيه، فيصرن ثلاثاً^(٤).

(١) انظر: المبسوط، السرخسي (١٤٣/١٦)؛ عقد الجواهر الثمينة، ابن شاس (١٥٤/٣)؛ التاج والإكليل، ابن المواق (٢١٢/٨).

(٢) انظر: الذخيرة، القرافي (٢٥٦/١٠)؛ المغني، ابن قدامة (١٣٥/١٤)؛ الشرح الكبير، عبد الرحمن ابن قدامة (٣٤/٣٠).

(٣) انظر: الذخيرة، القرافي (٢٥٦/١٠)؛ المغني، ابن قدامة (١٣٦/١٤)؛ شرح الزركشي، محمد الزركشي (٣١٥/٧).

(٤) انظر: الحاوي الكبير، الماوردي (٢١/١٧)؛ المغني، ابن قدامة (١٣٦/١٤)؛ الشرح الكبير، عبد الرحمن ابن قدامة (٣٤/٣٠).

أدلة القول الرابع:

١- قوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

٢- قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((شهادة امرأتين تعدل شهادة رجل))^(١).

ووجه الدلالة من الآية والحديث: أن شهادة امرأتين تعدل شهادة رجل واحد، وأقل ما يقبل من الرجال هو اثنان، وعليه فلا بُد هنا من أربع نسوة؛ ليعدلن أقل النصاب من الرجال، فشهادة أربع نسوة بمنزلة شهادة رجلين^(٢).

ونوقش: بأن المراد بشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل إنما هو في الموضع الذي تشهد فيه مع الرجل، أمّا ما ينفردن به فليس الأمر كذلك^(٣).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الأول القائل بأنه يُكتفى بشهادة امرأة واحدة في الأمور الخاصة بالنساء - والأحوط اثنان أو أكثر -؛ وذلك لقوة أدلة هذا القول، لا سيما حديث عقبه بن الحارث رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فهو حديث

(١) سبق تحريجه.

(٢) انظر: الحاوي الكبير، الماوردي (٢٢/١٧)؛ المجموع، النووي (١٤٣/٢٣)؛ كفاية الأختيار، أبو بكر بن محمد الحسيني (ص ٧٥٢).

(٣) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني (٤٣٩/٦)؛ الذخيرة، القرافي (٢٥٦/١٠)؛ المغني، ابن قدامة (١٣٦/١٤).

صحيح يجب العمل به، وأمّا ما استدل به أصحاب الأقوال الأخرى فيجواب عنه بأنه في معارضة النص، وما كان معارضاً للنص فلا يُلتفت إليه^(١).

المطلب الثاني: القضاء بشهادتهن منفردات فيما يحصل بينهما من جنایات توجب القصاص:

اختلف الفقهاء في قبول شهادة النساء في الجنایات الموجبة للقصاص، على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

لا تُقبل شهادة النساء في القصاص، سواء كن منفردات أو مع الرجال؛ وبهذا قال الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

(١) انظر: أحكام الشهادات في المذاهب الأربعة، د. محمد المنيعي (ص ٣٠٢)؛ القضاء بالشاهد الواحد، د. عبد الله المحمادي، مجلة قضاء، العدد الثالث والعشرون، ص (٢٢١ - ٢٢٧).

(٢) انظر: تبيين الحقائق، الزيلعي (٤/ ٢٠٨)؛ البناية شرح الهداية، العيني (٩/ ١٠٥)؛ فتح القدير، ابن الهمام (٦/ ٧).

(٣) انظر: التفریح، ابن الجلاب (٢/ ٢٣٧)؛ النوادر والزيادات، عبد الله ابن أبي زيد القيرواني (٨/ ٣٩١)؛ عقد الجواهر الثمينة، ابن شاس (٣/ ١٥٣).

(٤) انظر: الحاوي الكبير، الماوردي (١٧/ ٨)؛ روضة الطالبين، النووي (٨/ ٢٢٦)؛ مغني المحتاج، الشربيني الخطيب (٤/ ٤٤٢).

(٥) انظر: المغني، ابن قدامة (١٤/ ١٢٦)؛ المحرر في الفقه، أبو البركات ابن تيمية (ص ٦٨٢)؛ شرح منتهى الإرادات، البهوتي (٦/ ٦٨٤).

القول الثاني:

تُقبل شهادة النساء في القصاص مطلقاً، سواء كن منفردات أو مع الرجال؛ وهذا قول ابن حزم الظاهري^(١).

القول الثالث:

تُقبل شهادة النساء مع الرجال في القصاص، ولا يُقبلن منفردات، وهذا مروى عن عطاء بن أبي رباح، وحماد بن أبي سليمان، وسفيان الثوري^(٢).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١- ما رُوي عن عمر وعلي رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أَنَّهُمَا قَالَا: «لا تجوز شهادة النساء في الطلاق والنكاح والحدود والدماء»^(٣).

٢- أن الحدود والقصاص يحتاط فيها، ولهذا تسقط وتندرى بالشبهات، وفي شهادة النساء شبهة من حيث الغفلة والنسيان، فوجب أن لا تُقبل شهادتهن في حد أو قصاص^(٤).

(١) انظر: المحلى، ابن حزم (١٠/٢٦٦).

(٢) انظر: المحلى، ابن حزم (١٠/٢٦٨)؛ المغني، ابن قدامة (١٤/١٢٦)؛ الطرق الحكيمة، ابن القيم (ص ١٣٢).

(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب الشهادات، باب هل تجوز شهادة النساء مع الرجال في الحدود وغيره؟ (٨/٣٢٩-٣٣٠) رقم ١٥٤٠٥، ورقم ١٥٤٠٧؛ وذكره ابن حزم في المحلى (١٠/٢٦٧)؛ وابن القيم في الطرق الحكيمة (ص ١٣١).

(٤) انظر: البحر الرائق، ابن نجيم (٧/٦٠)؛ المغني، ابن قدامة (١٤/١٢٦)؛ شرح الزركشي، محمد الزركشي (٧/٣٠٣).

٣- أن القصاص ليس بهال ولا المقصود منه المال، ويطلع عليه الرجال في غالب الأحوال، فلا يثبت إلا بشاهدين ذكرين^(١).

دليل القول الثاني:

عموم النصوص من القرآن والسنة في طلب الشهادة دون تفریق بين الرجال والنساء، فكل موضع تُقبل فيه شهادة الرجل تُقبل فيه أيضًا شهادة المرأتين^(٢).

ويناقش: بأن العموم الوارد في تلك الأدلة مخصوص بالأدلة التي دلت على عدم جواز شهادة النساء في الحدود والقصاص، فيحمل العام على الخاص كما هو مقرر في علم الأصول.

دليل القول الثالث:

قياس الشهادة في القصاص على الشهادة في الأموال؛ بجامع أن كلاً منهما حق يحتاج إلى إثبات، وقد ثبت المال بشهادة رجل وامرأتين بنص القرآن، فكذلك يثبت القصاص بشهادة رجل وامرأتين^(٣).

(١) انظر: المجموع، النووي (١٣٧/٢٣)؛ معونة أولي النهى، ابن النجار (٤١٩/٩)؛ نيل الأوطار، الشوكاني (٤٦/٧).

(٢) انظر: المحلى، ابن حزم (٢٧٣/١٠)؛ وسائل الإثبات، د. محمد الزحيلي (٢٢٢/١).

(٣) انظر: المغني، ابن قدامة (١٢٦/١٤)؛ نيل الأوطار، الشوكاني (٤٥/٧)، ووسائل الإثبات، د. محمد الزحيلي (٢٢٢/١).

ويناقش: بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأن الحدود والقصاص تسقط بالشبهة، بخلاف الأموال التي تثبت مع الشبهة، فما يسقط بالشبهة لا يقاس على ما يثبت بالشبهة.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - أن شهادة النساء لا تُقبل في القصاص؛ لقوة ما استدلل به أصحاب القول الأول.

ولكن الحاجة تدعو أحياناً إلى قبول شهادة النساء وحدث في بعض المواضع استثناء، كما لو حدث ما يوجب القصاص في الأعراس والحمامات والمدارس الخاصة بهن.

قال علاء الدين ابن عابدين (ت: ١٣٠٦هـ): «تُقبل شهادة النساء وحدث في القتل في الحمام في حكم الدية لئلا يهدر الدم»^(١).

وقال ابن عبد البر: «وقال بعض أصحاب مالك ورواه عن مالك: وتجاوز شهادة النساء العدول بعضهن على بعض في المواضع التي لا يحضرها الرجال، مثل المآتم، والأعراس، والحمامات، واعتبرها بشهادة الصبيان في الجراح بعضهم على بعض»^(٢).

وقال الزركشي (ت: ٧٧٢هـ): «وكذلك نُقل عنه أنه أجاز شهادة النساء على الجراح، وفي الحمام، وهو حسن»^(٣).

(١) قرّة عيون الأخيار، علاء الدين ابن عابدين (٩٧/١١).

(٢) الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ابن عبد البر (٩٠٧/٢ - ٩٠٨).

(٣) شرح الزركشي، محمد الزركشي (٣٠٤/٧).

وقال ابن مفلح (ت: ٨٨٤هـ): «ظاهره أن الجراحة وغيرها في الحمام والعرس ونحوهما مما لا يحضره الرجال، أنه تُقبل فيه امرأة واحدة، نُص عليه خلافاً لابن عقيل وغيره»^(١).

وقال الشيخ ابن عثيمين: «وكذلك الجراحة أو الضرب أو العدوان في حفل عرس ليس فيه إلا النساء، تُقبل فيه شهادة امرأة»^(٢).

وهذا القول حسن وجيه؛ لأن هذه المواضع لا يحضرها الرجال، فدعت الضرورة إلى قبول شهادة النساء منفردات حتى لا تضيع الحقوق وتهدر الدماء.

فمواضع الضرورات يجوز فيها ما لا يجوز في مواضع الاختيارات، يقول ابن القيم: «وقد اتفق العلماء على أن مواضع الحاجات يُقبل فيها من الشهادات ما لا يُقبل في غيرها من حيث الجملة، وإن تنازعوا في بعض التفاصيل، وقد أمر الله سبحانه بالعمل بشهادة شاهدين من غير المسلمين عند الحاجة في الوصية في السفر، مُنبهاً بذلك على نظيره وما هو أولى منه كقبول شهادة النساء منفردات في الأعراس والحمامات والمواضع التي تنفرد النساء بالحضور فيها، ولا ريب أن قبول شهادتهن هنا أولى من قبول شهادة الكفار على الوصية في السفر»^(٣).

(١) المبدع، ابن مفلح (١٠ / ٢٦١).

(٢) الشرح الممتع، ابن عثيمين (١٥ / ٤٥٧).

(٣) إعلام الموقعين، ابن القيم (١ / ٨٤).

وقد نص بعض العلماء على الاكتفاء بشهادة امرأة واحدة في مثل هذه الحالات؛ لأن ما ثبت بقول النساء منفردات لا يشترط فيه العدد كالرواية وأخبار الديانات^(١).

والأقرب للصواب أنه لا بد من شهادة أربع نساء، لأن القصاص لا يثبت بأقل من رجلين، وكل امرأتين تقومان مقام رجل، فلا يُقبل فيما يُقبل فيه رجلان إلا أربع نسوة.

والأحوط للقاضي أن يستكثر من شهادات النساء الحاضرات ما استطاع، فقد نقل ابن فرحون (ت: ٧٩٩هـ) عن بعض شيوخ المالكية أنه ينبغي للحاكم إذا قضى بشهادة من اختل فيه بعض الشروط للضرورة أن يستكثر من هؤلاء الشهود ما استطاع^(٢).

وقال الشوكاني (ت: ١٢٥٠هـ): «والحاصل أن الحاكم إذا أراد مزيد الاستثبات استكثر من العدلات حتى يغلب ظنه بصدق قولهن»^(٣).

(١) انظر: الطرق الحكمية، ابن القيم (ص ٧١)؛ المبدع، ابن مفلح (١٠ / ٢٦١)؛ كشاف القناع، البهوتي (١٥ / ٣٣٠)؛ حاشية الروض المربع، ابن قاسم (٧ / ٦١٤)؛ الشرح الممتع، ابن عثيمين (١٥ / ٤٥٧).

(٢) تبصرة الحكام، ابن فرحون (١ / ٤٨٠).

(٣) السيل الجرار، الشوكاني (٣ / ٤٥٢).

الخاتمة

- الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده. وبعد:
- فأختم هذا البحث بأهم النتائج التي توصلت إليها، وهي:
- ١- أن المقصود بشهادة النساء منفردات أن يؤدي الشهادة أمام القاضي نساء ليس معهن رجل، سواء كن واحدة أو أكثر.
 - ٢- يجوز القضاء بشهادة أربع نساء في التعاملات المالية التي يحضرها النساء دون الرجال.
 - ٣- يجوز القضاء بشهادة امرأتين ويمين المدعي في المال وما يؤول إلى مال.
 - ٤- القضاء بشهادة امرأة واحدة ويمين المدعي في الأموال لم يقل به أحد، لكن شيخ الإسلام ابن تيمية يرى أنه لو قيل به لكان متوجهاً، وهذا عندي ليس ببعيد؛ فالمال أوسع الأشياء في البيئات.
 - ٥- القضاء بشهادة امرأتين ويمين المدعي أو بشهادة امرأة ويمين المدعي هو قضاء بشهادة النساء منفردات؛ لأن الحكم بالشهادة وحدها، وأما اليمين فهي مقوية ومؤكدة للشهادة.
 - ٦- يجوز القضاء بشهادة النساء منفردات في أمورهن الخاصة؛ كالولادة، والاستهلال، والرضاع، والعيوب تحت الثياب، وانقضاء العدة، وما يشبه ذلك من الأمور التي تخفى على الرجال.



٧- يكفي شهادة امرأة واحدة فيما يختص بالنساء عادة، والأحوط اثنتان أو أكثر.

٨- أن شهادة النساء لا تُقبل في الجنايات الموجبة للقصاص إلا في بعض المواضع التي ينفردن بالحضور فيها كالأعراس والحمامات والمدارس ونحوها، فتقبل ضرورة حتى لا تضيع الحقوق وتهدر الدماء.

٩- لا يُكتفى بأقل من أربع نساء في شهادتهن على ما يحصل بينهن من جنایات توجب القصاص، والأحوط للقاضي أن يستكثر من شهادات النساء الحاضرات ما استطاع.

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

قائمة المصادر والمراجع

١. القرآن الكريم.
٢. أحكام الشهادات في المذاهب الأربعة، محمد بن عثمان المنيعي، دار العاصمة، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ / ٢٠٠٧م.
٣. أحكام القرآن، أبو بكر أحمد بن علي الجصاص (ت: ٣٧٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م.
٤. الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود الموصلبي (ت: ٦٨٣هـ)، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ / ١٩٩٨م.
٥. الإرشاد إلى سبيل الرشاد، الشريف محمد بن أحمد بن أبي موسى الهاشمي (ت: ٤٢٨هـ)، تحقيق: د. عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ / ١٩٩٨م.
٦. الإسلام عقيدة وشريعة، الشيخ محمود شلتوت (ت: ١٣٨٣هـ)، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الثامنة عشرة، ١٤٢١هـ / ٢٠٠١م.
٧. إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ)، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، القاهرة، بدون طبعة، ١٤٢٧هـ / ٢٠٠٦م.
٨. الأم، محمد بن إدريس الشافعي (ت: ٢٠٤هـ)، تحقيق: د. رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء، المنصورة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ / ٢٠٠٦م.
٩. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علي بن سليمان المرادوي (ت: ٨٨٥هـ)، تحقيق: د. عبد الله التركي، دار هجر، مصر، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ / ١٩٩٦م.
١٠. أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، الشيخ قاسم القونوي (ت: ٩٧٨هـ)، تحقيق: د. أحمد بن عبد الرازق الكبيسي، دار ابن الجوزي، الدمام، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ.

١١. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم الحنفي (ت: ٩٧٠هـ)، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بدون طبعة وبدون تاريخ.
١٢. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني (ت: ٥٨٧هـ)، تحقيق: محمد خير طعمة حليبي، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠م.
١٣. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد (ت: ٥٩٥هـ)، تحقيق: ماجد الحموي، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ / ١٩٩٥م.
١٤. البناية شرح الهداية، محمود بن أحمد العيني (ت: ٨٥٥هـ)، تحقيق: أيمن صالح شعبان، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠م.
١٥. البيئات في المواد المدنية والتجارية، د. مفلح القضاة، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م.
١٦. التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف المواقي المالكي (ت: ٨٩٧هـ)، مطبوع بهامش مواهب الجليل، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٣م.
١٧. تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، أبو الوفاء إبراهيم ابن فرحون المالكي (ت: ٧٩٩هـ)، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٣م.
١٨. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي الزيلعي (ت: ٧٤٣هـ)، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية، بدون تاريخ النشر.
١٩. التفرغ، عبيد الله بن الحسين بن الجلاب (ت: ٣٧٨هـ)، تحقيق: د. حسين بن سالم الدهماني، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ / ١٩٨٧م.

٢٠. الجامع لأحكام القرآن، محمد بن أحمد القرطبي (ت: ٦٧١هـ)، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م.
٢١. حاشيتا قليوبي وعميرة، أحمد القليوبي (ت: ١٠٧٠هـ)، وأحمد عميرة (ت: ٩٥٧هـ)، دار إحياء الكتب العربية، مصر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٢٢. حاشية الجمل على شرح المنهج، سليمان الجمل (ت: ١٢٠٤هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٢٣. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن عرفة الدسوقي (ت: ١٢٣٠هـ)، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٢٤. حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم (ت: ١٣٩٢هـ)، الناشر: بدون، الطبعة السادسة، ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م.
٢٥. الحاوي الكبير، علي بن محمد الماوردي (ت: ٤٥٠هـ)، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م.
٢٦. درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر (ت: ١٣٥٣هـ)، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٣م.
٢٧. الذخيرة، أحمد بن إدريس القرافي (ت: ٦٨٤هـ)، تحقيق: محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.
٢٨. روضة الطالبين، يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ)، تحقيق: الشيخ عادل عبد الموجود، والشيخ علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.



٢٩. سنن الدارقطني، علي بن عمر الدارقطني (ت: ٣٨٥هـ)، تحقيق: عادل عبد الموجود، وعلي معوض، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م.
٣٠. السنن الكبرى، أحمد بن الحسين البيهقي (ت: ٤٥٨هـ)، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٣٥٢هـ.
٣١. السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، محمد بن علي الشوكاني (ت: ١٢٥٠هـ)، تحقيق: محمد صبحي حسن حلاق، دار ابن كثير، دمشق، الطبعة الرابعة، ١٤٣٣هـ / ٢٠١٢م.
٣٢. ٣٢. شرح أحكام قانون الإثبات المدني، د. عباس العبودي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عان، الطبعة الثانية، ١٩٩٨م.
٣٣. شرح زاد المستقنع، د. محمد بن محمد المختار الشنقيطي، موقع الشبكة الإسلامية على الرابط: <http://www.islamweb.net>.
٣٤. شرح الزركشي على مختصر الخرقى، محمد بن عبد الله الزركشي (ت: ٧٧٢هـ)، تحقيق: د. عبد الله الجبرين، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ / ١٩٩٣م.
٣٥. الشرح الكبير، عبد الرحمن بن محمد بن قدامة المقدسي (ت: ٦٨٢هـ)، تحقيق: د. عبد الله التركي، دار هجر، مصر، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ / ١٩٩٦م.
٣٦. الشرح الكبير، محمد بن أحمد الدردير (ت: ١٢٠١هـ)، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٣٧. الشرح الممتع على زاد المستقنع، الشيخ محمد بن صالح العثيمين (ت: ١٤٢١هـ)، دار ابن الجوزي، الدمام، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ.

٣٨. شرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس البهوتي (ت: ١٠٥١هـ)، تحقيق: د. عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٨م.
٣٩. الصحاح، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري (ت: ٤٠٠هـ)، تحقيق: شهاب الدين أبي عمرو، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٨م.
٤٠. صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري (ت: ٢٥٦هـ)، تحقيق: محب الدين الخطيب ومحمد فؤاد عبد الباقي، المطبعة السلفية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ.
٤١. صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج النيسابوري (ت: ٢٦١هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٤٢. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ)، تحقيق: سيد عمران، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٢م.
٤٣. عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، عبد الله بن نجم بن شاس (ت: ٦١٦هـ)، تحقيق: الدكتور محمد أبو الأجنان، وعبد الحفيظ منصور، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م.
٤٤. فتح القدير، محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام (ت: ٨٦١هـ)، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٣١٥هـ.
٤٥. الفروع، أبو عبد الله محمد بن مفلح (ت: ٧٦٣هـ)، تحقيق: د. عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٣م.
٤٦. القاموس المحيط، محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (ت: ٨٧١هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة السابعة، ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٣م.



٤٧. قرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار على الدر المختار، علاء الدين محمد بن محمد أمين المعروف بابن عابدين (ت: ١٣٠٦هـ)، تحقيق: عبد المجيد طعمة حلبى، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠م.
٤٨. القضاء بالشاهد الواحد، د. عبد الله المحمادي، بحث محكم ومنشور في مجلة قضاء، العدد الثالث والعشرون، ١٤٤٢هـ.
٤٩. القوانين الفقهية، محمد بن أحمد بن جزي (ت: ٧٤١هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ / ١٩٩٨م.
٥٠. الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، أبو عمر يوسف بن عبد البر (ت: ٤٦٣هـ)، تحقيق: د. محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، الطبعة الأولى، ١٣٩٨هـ / ١٩٨٧م.
٥١. كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي (ت: ١٠٥١هـ)، وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ / ٢٠٠٨م.
٥٢. كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، أبو بكر بن محمد الحسيني (ت: ٨٢٩هـ)، تحقيق: كامل محمد عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ / ١٩٩٥م.
٥٣. اللباب في شرح الكتاب، الشيخ عبد الغني الغنيمي (ت: ١٢٩٨هـ)، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٥٤. لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور (ت: ٧١١هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٩هـ / ١٩٩٩م.
٥٥. المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن مفلح (ت: ٨٨٤هـ)، المكتب الإسلامي، بيروت، بدون طبعة، ١٤٠٠هـ / ١٩٨٠م.

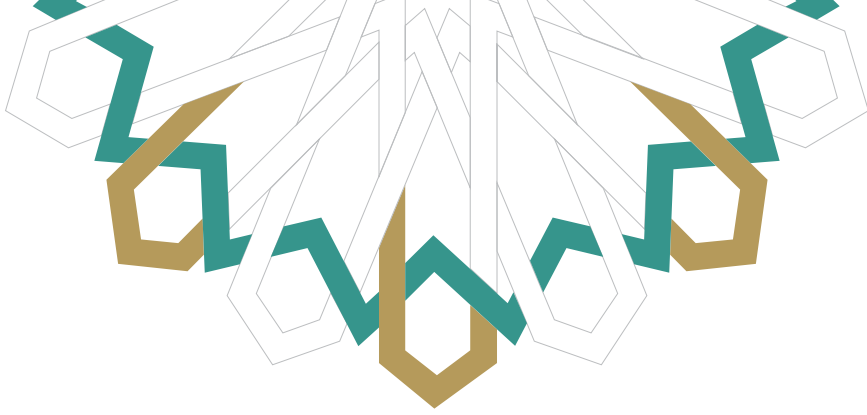
٥٦. المبسوط، شمس الدين السرخسي (ت: ٤٨٣هـ)، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية، بدون تاريخ النشر.
٥٧. المجموع شرح المذهب، يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ)، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون طبعة، ١٤١٥هـ / ١٩٩٥م.
٥٨. المحرر في الفقه، أبو البركات عبد السلام بن تيمية (ت: ٦٥٢هـ)، تحقيق: عبد العزيز الطويل وأحمد الجهاز، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ / ٢٠٠٨م.
٥٩. المحلى، أبو محمد علي بن حزم (ت: ٤٥٦هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م.
٦٠. المدونة الكبرى، مالك بن أنس (ت: ١٧٩هـ)، دار صادر، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٦١. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد الفيومي (ت: ٧٧٠هـ)، مكتبة لبنان، بيروت، بدون طبعة، ١٩٩٠م.
٦٢. المصنف، عبد الرزاق الصنعاني (ت: ٢١١)، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، دمشق، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م.
٦٣. المصنف في الأحاديث والآثار، عبد الله بن محمد بن أبي شيبة (ت: ٢٣٥هـ)، تحقيق: مختار أحمد الندوي، الدار السلفية، الهند، الطبعة الأولى، ١٤٠٢هـ / ١٩٨١م.
٦٤. المطلع على ألفاظ المقنع، محمد بن أبي الفتح البعلي (ت: ٧٠٩هـ)، تحقيق: محمود الأرناؤوط وياسين الخطيب، مكتبة السوادي، جدة، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٣م.



٦٥. معونة أولي النهى شرح المنتهى، محمد بن أحمد الفتوحي الشهير بابن النجار (ت: ٩٧٢هـ)، تحقيق: د. عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، دار خضر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ / ١٩٩٦م.
٦٦. المغني، موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠هـ)، تحقيق: د. عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة الثالثة، ١٤١٧هـ / ١٩٩٧م.
٦٧. مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، محمد الشربيني الخطيب (ت: ٩٧٧هـ)، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م.
٦٨. مقاييس اللغة، أحمد بن فارس (ت: ٣٩٥هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م.
٦٩. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب (ت: ٩٥٤هـ)، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٣م.
٧٠. الموطأ، مالك بن أنس (ت: ١٧٩هـ)، تحقيق خليل مأمون شيحا، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م.
٧١. النهاية في غريب الحديث والأثر، أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير (ت: ٦٠٦هـ)، دار ابن الجوزي، الدمام، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.
٧٢. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، أبو العباس أحمد بن حمزة الرملي (ت: ١٠٠٤هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م.
٧٣. النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني (ت: ٣٨٦هـ)، تحقيق: محمد الأمين بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م.

٧٤. نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، محمد بن علي الشوكاني (ت: ١٢٥٠هـ)، تحقيق: محمد صبحي حسن حلاق، دار ابن الجوزي، الدمام، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ.
٧٥. وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، د. محمد الزحيلي، مكتبة دار البيان، دمشق، الطبعة الشرعية، ١٤٢٨هـ / ٢٠٠٧م.





**المسائل الفقهية المتعلقة بالمسؤولية الاجتماعية
في قانون محكمة الأسرة الكويتي**
دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الفقه الإسلامي

د. دهام كريم شبيب أبو خشبه الفضلي

الأستاذ المشارك في قسم الفقه المقارن والسياسة الشرعية
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة الكويت

المقدمة

إن الحمد لله، نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله.

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾ (١٢٢) ﴿١﴾.

﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ ءَوَالِئَهُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ (١) ﴿٢﴾.

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴿٧٠﴾ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا﴾ (٧١) ﴿٣﴾.

أما بعد؛

فإن الشريعة الإسلامية جاءت بحفظ كيان الأسرة وبنائها، وتعزيز استقرارها ودوامها، وحثت على التعاون فيها على البر والتقوى، ونهت عن تفكك أواصر نواة المجتمع وانحلالها، وعن الظلم والمنكر والعدوان

(١) سورة آل عمران الآية ١٠٢.

(٢) سورة النساء الآية ١.

(٣) سورة الأحزاب الآيات ٧٠-٧١.

بين أطرافها، وشرعت لذلك كل الطرق والوسائل التي تُسهم في تآلفها وترابطها، وحذرت من كل ما يؤدي إلى انتشار العنف والأذى بين أفرادها. وقد قرر الفقهاء في مواضع كثيرة أن الصلح بين الأزواج ووسائله من أهم ما يجب على جهات القضاء والتحكيم والحسبة السعي لتحقيقه، وإيجاد ما يُمكنه وفق القواعد الشرعية والأصول الإسلامية المرعية في كل زمان ومكان.

ومن هذا الهدف والمقصد ما صدر مؤخراً من قانون محكمة الأسرة في دولة الكويت، فبعد صدور قانون محكمة الأسرة مؤخراً رقم (١٢) لسنة ٢٠١٥م، والمعدل بالقانون رقم (١١) لسنة ٢٠١٨م؛ ظهر لنا من خلال العمل به أن واضع القانون عند وضعه لهذا القانون والذي صدر بتاريخ ١١/٣/٢٠١٥م، ثم نُشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٢/٣/٢٠١٥م، وعُمل بأحكامه في ٢٢/٣/٢٠١٦م قد قصد وهدف -من وضعه لهذا القانون- المحافظة على الأسرة وتماسكها، وحفظها بكل وسيلة متاحة، فهي الدعامة الأولى واللبنة الأساسية في صرح البناء الاجتماعي، لهذا كان لا بد من إحاطتها بالعناية والرعاية التي تحفظ كيانها، وتحمي بنيانها من كل ما يهددها أو يعصف بها.

إلا أن البارز في هذا القانون، والجديد فيه، بالإضافة التي جاء بها على ما كان في قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم (٥١) لسنة ١٩٨٤م، هو إنشاء مقر خاص يلائم خصوصية هذا النوع من النزاع، وحساسية القضايا التي يتناولها، والأمور التي يتولى حلها وإصلاحها، وإنشاء مركز

ملحق بمحكمة الأسرة يتولى تسوية المنازعات الأسرية بالنصح والتوجيه المبني على القواعد الشرعية والنفسية والاجتماعية، وحسم الخلاف فيها بما هو متاح ومباح ومشروع، مما يحقق الغاية الحسنة والهدف السامي من إيجاد هذا القانون.

الهدف من الموضوع وسبب الاختيار:

بما أن الجديد في هذا القانون والإضافة التي جاء بها، وهي ما كان في مواده الأولى والرابعة والثامنة والتاسعة والعاشر، مما سبق الإشارة إلى الحكمة والهدف من إضافتها، لم يسبق دراستها دراسة فقهية مقارنة وبحثها بحثاً على طريقة التأصيل والتحليل، وهي بحاجة إلى دراسة فقهية تحليلية توضح أحكامها في الفقه الإسلامي، وتثري العمل القضائي والإصلاح الأسري بما يتفق مع أصول الشريعة الإسلامية وفقه الأسرة، فأحببت المشاركة في هذا البحث لدراسة هذه المواد من هذا القانون.

مشكلات البحث:

١. هذه المسائل التي قمت بدرستها لم يسبق أن بحثت ودرست، وهي من المسائل القانونية المعاصرة والتي تحتاج إلى دراسة فقهية لربطها مع أصولها الشرعية.

٢. هذه المسائل فيها جانب اجتماعي، ومعلوم أن هناك شحاً وقلة في المؤلفات والبحوث في الجوانب الفقهية الاجتماعية، فكانت الكتابة في

الجمع بين النواحي الاجتماعية والفقهية إضافة جديدة للمكتبة الفقهية، مما يكون معه صعوبة في الكتابة والبحث في ذلك لشح المصادر.

منهج في البحث:

سلكت في هذا البحث المنهج الاستقرائي والتحليلي والاستنباطي، فبعد أن ذكرت نصوص القانون المراد دراسته استقصيت الأدلة في المسائل، وأقوال الفقهاء، ثم نظرت فيما استنبطه أهل العلم من هذه الأدلة وما دلت عليه، ثم حللت ذلك، ومن ثم أصلت المسائل وقعدتها بأدلتها وأقوال الفقهاء فيها، مع التزام منهج التوثيق لما نقلت من المصادر الأصيلة، وعزوت الآيات، وخرجت الأحاديث والآثار وفق المنهج المتبع بمثل ذلك.

الدراسات السابقة:

لم أقف على دراسات سابقة تناولت هذا الموضوع بالبحث والدراسة، نظراً لجددة الموضوع، إلا ما ذكره الدكتور خالد رشيد الجميلي في كتابه «أحكام مسؤولية الأمة التضامنية وحقوق الإنسان التعاونية في الفقه الاجتماعي الإسلامي» في مبحث «مسؤولية الأمة التضامنية في الإصلاح الاجتماعي»، فقد تناول جانباً من موضوع الشقاق الأسري بأسلوب وعظي، مع ذكر بعض الأدلة دون التعرض لأقوال الفقهاء أو قانون الأحوال الشخصية.

وبحثي هذا يمتاز عن هذه الدراسة بأنه دراسة لقانون محكمة الأسرة الجديد، وبيان المسؤولية الاجتماعية في الفقه الإسلامي التي جاءت في هذا القانون، مع مقارنة القانون بالفقه الإسلامي.

خطة البحث:

وقد قسمت البحث إلى:

مقدمة، وأربعة مباحث، وخاتمة.

فالمقدمة:

في أهمية الموضوع والهدف منه وسبب الاختيار، ومشكلات البحث ومنهجه والدراسات السابقة، وخطة البحث.

ثم المبحث الأول:

في حكم إنشاء مركز لتسوية النزاعات الأسرية ومكافحة العنف الأسري، وإلزام الأطراف المتنازعة بعرض أمرهم عليه. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: في حكم إنشاء مركز لتسوية النزاعات الأسرية ومكافحة العنف الأسري.

والمطلب الثاني: في حكم إلزام أطراف النزاع الأسري بعرض أمرهم على المركز قبل التقاضي.

ثم المبحث الثاني:

في حكم الصلح بين الزوجين والقضايا التي يجوز فيها. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: في حكم الصلح بين الزوجين عند النزاع والشقاق بينهما.

المطلب الثاني: في القضايا الزوجية التي يجوز فيها الصلح.

ثم المبحث الثالث:

في الشروط المعتبرة فيمن يتولى الإصلاح بين الزوجين، وصفة الصلح.
وفيه مطلبان:

المطلب الأول: في الشروط المعتبرة فيمن يستعين بهم مركز تسوية
النزاعات الأسرية للإصلاح بين الزوجين.

المطلب الثاني: في صفة الصلح بين الزوجين وخطواته.

ثم المبحث الرابع:

في الأثر المترتب على قرار المختص بتسوية النزاع الأسري وآداب
المختصين بالصلح عند حل النزاع والشقاق. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: في أثر القرار الصادر من المختص بتسوية النزاع الأسري.

المطلب الثاني: في آداب المختصين بالصلح عند حل النزاع والشقاق.

ثم الخاتمة:

وذكرت فيها أهم النتائج والتوصيات.

ثم فهرس المصادر والمراجع.

المبحث الأول

حكم إنشاء مركز لتسوية النزاعات الأسرية ومكافحة العنف الأسري، وإلزام الأطراف المتنازعة بعرض أمرهم عليه

وفيه مطلبان^(١):

المطلب الأول: حكم إنشاء مركز لتسوية النزاعات الأسرية ومكافحة العنف الأسري:

نص قانون محكمة الأسرة الكويتي رقم (١٢) لسنة ٢٠١٥م المعدل بالقانون رقم (١١) لسنة ٢٠١٨م على إنشاء مركز لتسوية النزاعات الأسرية، جاء فيه: مادة (٨): «ينشأ بكل محافظة مركز يلحق بمحكمة الأسرة، يتولى تسوية المنازعات الأسرية وحماية أفراد الأسرة من العنف والإيذاء الذي يقع من أحدهم على أفرادها الآخرين.

ويجوز له تقديم النصح والتأهيل اللازم في مسائل الزواج والطلاق إذا رغب أطراف العلاقة الزوجية ذلك.

(١) جاء في المادة رقم (١) و(٢) و(٣) و(٤) في القانون المذكور إنشاء محكمة مختصة تسمى محكمة الأسرة ولها اختصاص مكاني وموضوعي، وهذا الاختصاص التنظيمي للقضاء بُحث في أبحاث كثيرة، لذلك أعرضت عن الحديث عنه تجنباً للتكرار. ينظر: التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في ضوء الشريعة الإسلامية، للدكتور سعود آل دريب ص(٤٣٨).

ويصدر قرار من وزير العدل بتنظيم هذا المركز وتحديد مهامه والإجراءات التي تتبع أمامه، ويكون اللجوء إلى المركز بدون رسوم».

فما حكم إنشاء مركز تابع للمحكمة يقوم بمهمة تسوية المنازعات الأسرية والصلح بينهم وحماية أفراد الأسرة من العنف وتقديم النصح والتوجيه والتأهيل والصلح؟
هذه المسألة فيها جانبان:

الجانب الأول:

في الشق التنظيمي، وهو من المسائل النازلة في تنظيم العمل العدلي والأعمال المساندة للعمل القضائي، ولم أقف على من صرح من الفقهاء في حكم ذلك، ولكن الناظر فيما ذكره الفقهاء في شأن الولايات العامة، وسياسة الرعاية بما يصلح أمر العامة والخاصة في ولاية القضاء وولاية المظالم وولاية الحسبة، والاستعانة برأي أهل المشورة والحكمة والعلم، يجد أنهم متفقون على جواز اتخاذ أي وسيلة يتحقق فيه العدل والحق والنصح للخاصة والعامة، وكل ما يكون فيه خير ومصلحة وصلاح للناس، مما لا يتعارض مع الأدلة والنصوص الشرعية ومقاصد الشريعة، ولا يكون فيه تداخل في السلطات، قال ابن القيم: «إن الله سبحانه أرسل رسوله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط، وهو العدل الذي قامت به الأرض والسموات، فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه، والله تعالى أعلم وأحكم، وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين إماراة فلا يجعله منها،

ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها، بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده، وقيام الناس بالقسط، فأى طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين، وليست مخالفة له»^(١).

وأما الجانب الثاني:

ففي الشق الموضوعي، وهو مشروعية الصلح بين الأزواج، وهذا أمر اتفق الفقهاء على مشروعيته^(٢).

وعلى ذلك فإن إقامة هذا المركز -لهذه الغاية المذكورة فيه- مشروعية، والأدلة على مشروعيته ما يلي:

الأدلة من الكتاب على الجانب الأول:

١. قوله تعالى: ﴿كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ﴾^(٣).

- (١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص (٢٦-٢٧).
- وينظر: الأحكام السلطانية، للماوردي ص (٨٩-٩٤)، و (٩٧-١٠١)، و (١١٤-١١٦)، أدب القاضي، للماوردي (١/١٧٢-١٧٣)، بداية المجتهد، لابن رشد (٢/٥٩٦)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام (٢٨/٦١-٦٩)، و (٣٥/٣٥٧-٣٦٣)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، لابن القيم ص (٢٢٤-٢٢٥)، الاختصاص القضائي، للدكتور وهبة الزحيلي ص (٨٧-٩٢)، الاختصاص القضائي، لناصر الغامدي ص (٤٢)، النظام العام للدولة المسلمة، للدكتور عبد الله العتيبي ص (٥٩٨).
- (٢) ينظر: المغني (٧/٥). وسيأتي بحث المسألة تفصيلاً وذكر مصادرها في المبحث الثاني.
- (٣) سورة آل عمران الآية ١١٠.

٢. قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾^(١).

وجه الدلالة من الآيات: أن الله تعالى أمر أصحاب الأمانات -ومن ذلك الولايات بكل أحوالها- بالحكم بين الناس بالعدل والقيام على أداؤها بالحق، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر طريق لتحقيق ذلك، والإصلاح بين الناس والصلح بينهم من وسائل ذلك.

قال ابن كثير: «يخبر تعالى بأنه يأمر بأداء الأمانات إلى أهلها... وهذا يعم جميع الأمانات الواجبة على الإنسان من حقوق الله عزَّوَجَلَّ على عباده... ومن حقوق العباد بعضهم على بعض... فأمر الله عزَّوَجَلَّ بأدائها»^(٢).

والأدلة من السنة على الجانب الأول:

١. ما جاء عن تميم الداري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: قَالَ: ((الدين النصيحة))، قلنا: لمن؟ قال: ((الله وكتابه ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم))^(٣).

(١) سورة النساء الآية ٥٨.

(٢) تفسير ابن كثير (٢/٢٩٨)، بتصرف يسير.

(٣) أخرجه مسلم في الصحيح، كتاب الإيمان، باب بيان أن الدين النصيحة، (ح ٥٥).

٢. وعن أبي الدرداء رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِأَفْضَلِ مِنْ دَرَجَةِ الصِّيَامِ وَالصَّلَاةِ وَالصَّدَقَةِ؟))، قَالُوا: بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: ((إِصْلَاحُ ذَاتِ الْبَيْنِ))^(١).

وجه الشاهد: أن الشارع الحكيم لما شرع لنا النصيحة وإصلاح ذات البين فإن الوسيلة التي يحصل بها هذا العمل المشروع، مشروعة مثله^(٢).

والأدلة من الكتاب على الجانب الثاني:

١. قوله تعالى: ﴿لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّنْ نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ﴾^(٣).

٢. قوله تعالى: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾^(٤).

وجه الدلالة: مشروعية الصلح بين الناس، وإن الإصلاح بينهم من الخير الذي جاءت به الشريعة عموماً، ومن أخص ذلك الصلح بين الأزواج، قال ابن قدامة - بعد هذه الآية في الصلح بين الأزواج -: «وأجمعت الأمة على جواز الصلح في هذه الأنواع التي ذكرناها»^(٥).

(١) أخرجه أبو داود في السنن، كتاب الأدب، باب في إصلاح ذات البين، (ح ٤٩١٩). ورواه الترمذي في السنن، أبواب صفة القيامة والرفاق والورع، باب وفيه أحاديث، (ح ٢٥٠٩)، وصححه.

(٢) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص (٢٦-٢٧).

(٣) سورة النساء الآية ١١٤.

(٤) سورة النساء ١٢٨.

(٥) ينظر: تبين الحقائق، للزيلعي (٣٠/٥)، أسهل المدارك، للكشناوي (١٥/٣)، نهاية المحتاج (٣٧١/٤)، المغني (٥/٧). وقد نقل الإجماع على ذلك.

والأدلة من السنة على الجانب الثاني:

١. ما جاء عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الصلح جائز بين المسلمين))^(١).

وهذه الأحاديث تدل على أن السنة جاءت بالحث على النصيحة لعامة الناس، ومن ذلك السعي في إصلاح ذات بينهم، وقطع النزاع والشجار فيما بينهم، وقد صرحت السنة على أن الصلح طريق لذلك، وهذا المركز وما يشابهه إنما هو من وسائل الصلح، والوسائل لها أحكام المقاصد.

وأما الأدلة من النظر على ذلك:

فإن مشروعية إقامة المركز للصلح بين الأزواج وفض النزاعات بينهم متفق مع مقاصد الشريعة، فالشريعة جاءت بالعدل والحق وإصلاح الناس والمجتمع، والفصل بينهم في المنازعات -إذا وقعت- على هذا الأصل والقاعدة، فأى طريقة يحصل بها العدل وتؤدي بها الحقوق فهي طريقة مشروعة، والصلح بين الأزواج لم تأت له طريقة مقدرة في الشرع، فبأي طريقة يحصل الصلح فهو مشروع، وكذلك اختصاص المحاكم والقضاء

(١) أخرجه أبو داود في السنن، كتاب الأقضية باب في الصلح، (ح ٣٩٤)، والترمذي في السنن أبواب الأحكام عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، باب ما ذكر عن رسول الله في الصلح بين الناس، (ح ١٣٥٢)، وابن ماجه في السنن، كتاب الأحكام، باب الصلح، (ح ٢٣٥٣). والحديث صححه الترمذي.

فليس لذلك تقدير في الشرع، وإنما مرجع ذلك الاجتهاد والمصلحة وتحقيق قاعدة العدل مع مراعاة الأحوال والأزمان والأمكنة^(١).

قال ابن القيم بعد ذكر ولاية القضاء: «هذا كله في الحكم بين الناس في الدعاوي، وأما الحكم بينهم فيما لا يتوقف على الدعوى فهو المسمى بالحسبة، وقد جرت العادة بإفراد هذا النوع بولاية خاصة كما أفردت ولاية المظالم وولاية المال وولاية الاستيفاء وولاية السر... فيدخل أصحاب هذه الولايات جميعهم تحت قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا...﴾ والمقصود أن الحكم بين الناس في النوع الذي لا يتوقف على الدعوى هو المعروف بولاية الحسبة، وقاعدته وأصله هو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي بعث الله به رسله، وأنزل به كتبه، ووصف به هذه الأمة... وهذا واجب على كل مسلم قادر، وهو فرض كفاية، ويصير فرض عين على القادر الذي لم يقم به غيره من ذوي الولاية والسلطان... وجميع الولايات الإسلامية مقصودها الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر... ومدار الولايات كلها على الصدق في الإخبار والعدل في الإنشاء^(٢). ثم قال: إذا عرف هذا فعموم الولايات وخصوصها، وما يستفيد منه المتولي بالولاية يتلقى من الألفاظ والأحوال والعرف وليس لذلك حد في الشرع^(٣).

- (١) ينظر: الأحكام السلطانية، للهاوردي ص(١٠٤-١٠٥)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام (٢٨/٥٧٢-٥٧٣)، (٣٥/٣٥٥-٣٥٦)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، لابن القيم ص(٢٢٤-٢٢٥)، الاختصاص القضائي، للدكتور وهبة الزحيلي ص(٩٢) وص(١١١)، مقاصد الشريعة الإسلامية، لابن عاشور ص(٢١٨-٢٢١).
- (٢) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص(٢٢٤-٢٢٥). وينظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام (٢٨/٦٨).
- (٣) المصدر السابق ص(٢٢٦).

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: «المقصود من القضاء وصول الحقوق إلى أهلها وقطع المخاصمة، فوصول الحقوق هو المصلحة، وقطع المخاصمة إزالة المفسدة، فالمقصود هو جلب تلك المصلحة وإزالة هذه المفسدة، ووصول الحقوق هو من العدل الذي تقوم به السماء والأرض، وقطع الخصومة هو من باب دفع الظلم والضرر... ومن هنا يتبين أن الحكم بالصلح أحسن من الحكم بالفصل المر؛ لأنها يشتركان في دفع الخصومة وامتاز ذلك بصلاح ذات البين مع ترك أحدهما لحقه»^(١).

الأثر الاجتماعي في إقامة مركز تسوية النزاعات الأسرية:

«إن أول ما توصلت إليه الحضارة الإنسانية مبدأ التكافل والتضامن، هذا المبدأ امتاز به الإنسان عن الحيوان، إذ المجتمعات الحيوانية لا تتضامن ولا تتكافل إلا بحدود غريزة إطعام أفرانها لا أفران غيرها.

بينما المجتمع الإنساني بالشرعية الإسلامية يتضامن فيه الأفراد، حتى يسأل كل فرد عما صنع غيره من شر مستطير، لهذا يسأل أمام الله تعالى من يساوم ولا يقاوم، من لا يقوم بالإرشاد خشية من نشوب هشيم الإفساد حتى يحترق الأبرياء، وما الفوضى الاجتماعية التي ضربت أطنابها في المجتمعات العالمية إلا سببها المساومة وعدم المقاومة، وإليك قبس الرحمة المهداة الذي استنبطنا منه حكم المسؤولية التضامنية. أخرج البخاري عن النعمان بن بشير رَضِيَ اللهُ عَنْهُ عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((مثل القائم على حدود الله والواقع فيها كمثل قوم استهموا على سفينة، فأصاب بعضهم

(١) مجموع الفتاوى (٣٥/٣٥٥-٣٥٦).

أعلاها وبعضهم أسفلها، فكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم فقالوا: لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقاً ولم نؤذ من فوقنا؛ فإن يتركوهم وما أرادوا هلكوا جميعاً، وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعاً»^{(١)(٢)}.

لذلك كان مما تميز به قانون محكمة الأسرة الجديد أنه أوجد دوراً مهماً للقيام بالمسؤولية الاجتماعية، ونظّم ذلك، وأعطى وقتاً وامتساعاً ومجالاً واسعاً للصلح بين الزوجين عند وقوع الخصومة والتنازع، أو عند حصول سوء تفاهم بينهما، أو عند حدوث ما يزعزع كيان الأسرة واستقرارها، مما يؤدي إلى الطلاق والفرقة.

ولما كان واجب الإصلاح بين الزوجين فرضاً كفايياً على أهل العلم والفضل^(٣)، المؤهلين للقيام بمهام الإصلاح الأسري، والمختصين بذلك، ممن لهم دراية تامة، وصلاحيّة في هذا الشأن، ومن منطلق المسؤولية الاجتماعية عليهم في إعانة السلطة القضائية للحد من فشو الطلاق وكثرته، وما يترتب على ذلك من آثار سيئة على الأفراد والأسرة والمجتمع، كان إنشاء مركز مختص لحل النزاعات الأسرية أمراً حتمياً، وطريقاً حسناً للقيام بهذه المسؤولية.

(١) صحيح البخاري، كتاب الشركة، باب هل يقرع في القسمة والاستهام فيه؟ (ح ٢٤٩٣).

(٢) أحكام مسؤولية الأمة التضامنية وحقوق الإنسان التعاونية في الفقه الاجتماعي الإسلامي، للدكتور خالد الجميلي ص (١٣).

(٣) ينظر: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص (٢٢٤-٢٢٥)، وينظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام (٦٨/٢٨).

ومن مقاصد إنشائه أيضاً، عدم إشغال السلطة القضائية بقضايا يمكن إصلاحها دون الوصول إلى أروقة المحاكم، والتي تتسبب بفجوة كبيرة بين الزوجين، وتثير الضغائن، وتزيد الشحناء، وتلقي العداوة بين الزوجين، مما يعيق الإصلاح بينهما، ويشق معه إيجاد الحلول المناسبة لهما، فقد ارتأى المنظم وواضع قانون محكمة الأسرة إلزام أطراف الدعوى بالحضور لدى مركز تسوية المنازعات الأسرية قبل رفع دعوى الطلاق والتطليق، لبذل ما أمكن من الجهود لحل النزاع ودياً، والعمل على إصلاح الخلل وسوء التفاهم بينهما، وهذا ما نصت عليه المادتان الثامنة والتاسعة في القانون رقم (١٢) لسنة ٢٠١٥م في شأن محكمة الأسرة والمعدل بالقانون رقم (١١) لسنة ٢٠١٨م، فقد جاء في المادة الثامنة منه -بعد تعديلها- ما نصه: «ينشأ بكل محافظة مركز يلحق بمحكمة الأسرة، يتولى تسوية المنازعات الأسرية وحماية أفراد الأسرة من العنف والإيذاء الذي يقع من أحدهم على أفرادها الآخرين. ويجوز له تقديم النصح والتأهيل اللازم في مسائل الزواج والطلاق إذا رغب أطراف العلاقة الزوجية ذلك. ويصدر قرار من وزير العدل بتنظيم هذا المركز وتحديد مهامه والإجراءات التي تُتبع أمامه. ويكون اللجوء إلى المركز بدون رسوم».

المطلب الثاني: حكم إلزام أطراف النزاع الأسري بعرض أمرهم على المركز قبل التقاضي:

نص قانون محكمة الأسرة الكويتي رقم (١٢) لسنة ٢٠١٥م المعدل بالقانون رقم (١١) لسنة ٢٠١٨م في مادته رقم (٩)، على جواز تقديم طلب

لتسوية النزاع إلى مركز تسوية المنازعات الأسرية قبل اللجوء إلى محكمة الأسرة، إلا أنه في حال رفع دعوى الطلاق والتطليق الذي يجوز فيه الصلح فإن القانون ينص على إلزام المدعي تقديم طلب لمركز تسوية المنازعات للنظر في الطلب والسعي لحل النزاع ودياً، جاء في نص المادة رقم (٩): «في غير دعاوى الأحوال الشخصية التي لا يجوز فيها الصلح، والدعاوى المستعجلة ومنازعات التنفيذ والأوامر الوقفية يجوز لصاحب الشأن قبل اللجوء إلى محكمة الأسرة أن يقدم طلباً لتسوية النزاع إلى مركز تسوية المنازعات الأسرية المختص، إلا أنه بالنسبة لدعاوى الطلاق والتطليق التي يجوز فيها الصلح لا يقبل رفعها ابتداءً أمام محكمة الأسرة قبل البت في الطلب الذي يجب على المدعي تقديمه إلى مركز تسوية المنازعات الأسرية المختص. ويتولى المركز بعد ذلك سماع أقوال طرفي النزاع وتبصيرهم بجوانبه المختلفة وآثاره وعواقب التهادي فيه، ويبيدي لهم النصح والإرشاد في محاولة لتسوية النزاع ودياً حفاظاً على كيان الأسرة. ويخطر أصحاب الشأن للحضور بأي طريق يحقق الغرض منه، ويكون حضور ذوي الشأن بأشخاصهم أو بمن ينوب عنهم بموجب وكالة رسمية.

ويجوز للمراكز عند إجراء التسوية الاستعانة برأي أي من علماء الدين أو من الاختصاصيين الاجتماعيين أو النفسانيين أو المحامين المقيدين بجدول خاص يعد لذلك في المحكمة الكلية. ويصدر قرار من وزير العدل بوضع قواعد اختيار هؤلاء الاختصاصيين وإجراءات قيدهم في الجدول، وذلك بالتنسيق مع الجهات المختصة».

وهذا النص القانوني اشتمل على مسألتين:

المسألة الأولى:

جواز تقديم طلب لتسوية النزاع إلى مركز تسوية المنازعات الأسرية في عموم المنازعات الأسرية قبل اللجوء إلى محكمة الأسرة.

والمسألة الثانية:

إلزام أطراف النزاع الأسري بعرض أمرهم على مركز تسوية المنازعات الأسرية في شأن دعوى الطلاق والتطليق التي يجوز فيها الصلح قبل رفعها أمام محكمة الأسرة.

فما حكم ذلك؟

أما المسألة الأولى وهي: جواز تقديم طلب لتسوية النزاع إلى مركز تسوية المنازعات الأسرية قبل اللجوء إلى محكمة الأسرة.

توضيح المسألة وحكمها:

تتجاذب هذه المسألة مسألتان، فأما الأولى منها فهي المسألة السابقة في المطلب السابق وهي مسألة مشروعية إقامة مركز معاون للقضاء يهدف إلى تسوية النزاعات الأسرية وإصلاح ذات البين قبل رفعها للقاضي، وقد عرفنا مشروعية ذلك بلا خلاف بين الفقهاء، فإذا كان إقامة المركز مشروعاً فتقديم طلب للمركز لأجل فض النزاع الواقع بين الأزواج أيضاً مشروع.

وأما المسألة الأخرى فهي مسألة مشروعية الصلح بين الأزواج عند النزاع والشقاق، وسيأتي بحثها في المبحث التالي، وقد سبق الإشارة في المبحث السابق أن الفقهاء متفقون على مشروعية الصلح، فإذا كان الصلح بين الأزواج مشروعاً فتقديم طلب لأجله مشروع.

فواقع المسألة هو تقديم طلب لمركز تسوية النزاعات الأسرية لأجل حل النزاع الواقع بين الزوجين، وتوجيه أطراف النزاع إلى الطرق والوسائل المعينة على رأب الصدع بينهم، وهو في حقيقته وسيلة لمقصد الصلح بينهم، والوسائل لها أحكام المقاصد، فإذا كان المقصد مشروعاً فالوسيلة الموصلة إليه مشروعة أيضاً^(١).

فيحصل لنا من ذلك جواز تقديم طلب لتسوية النزاعات الأسرية، ومشروعيته، وقد دلَّ على مشروعية جواز سماع الشكوى والدعوى لأجل حل النزاع الأسري غير ما ذكرت سابقاً، ما يلي:

١. قوله تعالى: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ﴾^(٢)، فالمجادلة هي المحاوراة والتي هي أحسن^(٣)، وسماع الشكوى للوصول إلى الحل المناسب، والمساعدة على القضاء على ما يعكر صفو الحياة بين الزوجين، وتخفيف حدة

(١) ينظر: موسوعة القواعد الفقهية، للبورنو (٨/ ٧٧٥).

(٢) سورة المجادلة الآية ١.

(٣) ينظر: المفردات في غريب القرآن، للراغب الأصبهاني ص(٨٩)، المصباح المنير ص(٣٦).

النزاع بينهما؛ للمحافظة على بقاء الأسرة وصيانة كيانها من الهدم، فوجه الشاهد من الآية: أنها تدل على جواز سماع الشكوى لأجل الصلح.

وعن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالت: «تبارك الذي وسع سمعه كل شيء، إني لأسمع كلام خولة بنت ثعلبة ويخفى علي بعضه، وهي تشتكي زوجها إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وهي تقول: يا رسول الله! أكل شبابي ونثرت له بطني، حتى إذا كبر سني وانقطع ولدي ظاهر مني، اللهم إني أشكو إليك! فما برحت حتى نزل جبريل بهذه الآية: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَدِّلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ﴾». وفي رواية قالت: «الحمد لله الذي وسع سمعه الأصوات، لقد جاءت المجادلة تشكو إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وأنا في ناحية البيت ما أسمع ما تقول، فأنزل الله عَزَّوَجَلَّ: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَدِّلُكَ فِي زَوْجِهَا﴾»^(١).

قال البغوي: «ومعنى ﴿قَوْلَ الَّتِي تُجَدِّلُكَ﴾: تخاصمك وتحاورك وتراجعك في زوجها»^(٢). وذكر أن ذلك في قراءة عبد الله بن مسعود: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُحَاوِرُكَ فِي زَوْجِهَا﴾»^(٣).

(١) رواه البخاري تعليقاً في كتاب التوحيد، باب قول الله تعالى: ﴿وَكَانَ اللَّهُ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾^(١٣٥)، وهو موصول عند النسائي في السنن، كتاب الطلاق، باب الظهار، (ح ٣٤٦٠)، وابن ماجه في السنن، كتاب الطلاق، باب الظهار، (ح ٢٠٦٣)، وأحمد في المسند (٢٢٨/٤٠)، (ح ٢٤١٩٥). وإسناده صحيح، صححه الألباني في صحيح ابن ماجه، (ح ٢٠٦٣).

(٢) تفسير البغوي (٥٠/٨-٥١).

(٣) أخرجه ابن جرير في تفسيره (٢٢٧/٢٣). وينظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٢٧٣/١٧).

٢. عن أم سلمة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنُ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ، فَمَنْ قَطَعْتَ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْئاً فَلَا يَأْخُذْهُ؛ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ بِهِ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ))^(١).

ووجه الشاهد من الحديث: مشروعية سماع الدعوى لإظهار الحق. قال الطاهر بن عاشور: «ومقصد الشريعة من نظام هيئة القضاء كلها على الجملة أن يشتمل على ما فيه إعانة على إظهار الحقوق وقمع الباطل الظاهر والخفي، وذلك مأخوذ من حديث: ((إِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ...)) ففي هذا الحديث دلالة على أن طرق إظهار الحق مختلفة»^(٢).

٣. عن علي بن أبي طالب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعَثَهُ إِلَى الْيَمَنِ قَاضِياً، فَقَالَ لَهُ: ((فَإِذَا جَلَسَ بَيْنَ يَدَيْكَ الْخِصْمَانِ فَلَا تَقْضِيَنَّ حَتَّى تَسْمَعَ مِنَ الْآخَرِ كَمَا سَمِعْتَ مِنَ الْأَوَّلِ؛ فَإِنَّهُ أَحْرَى أَنْ يَتَبَيَّنَ لَكَ الْقَضَاءُ))^(٣).

ووجه الشاهد من هذا الحديث أيضاً كالحديث السابق: من مشروعية سماع الدعوى والشكوى، وإظهار الحق وإيصاله لصاحبه بأي طريقة ووسيلة مستطاعة.

(١) متفق عليه. صحيح البخاري، كتاب المظالم، باب إثم من خصم في باطل وهو يعلمه، (ح ٢٤٥٨) صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة، (ح ١٧١٣).

(٢) مقاصد الشريعة الإسلامية، للطاهر بن عاشور ص (٢٢٠).

(٣) رواه أبو داود في السنن، كتاب الأفضية، باب كيف القضاء، (ح ٣٥٨٢)، والترمذي في السنن، كتاب أبواب الأحكام عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، باب القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع كلامهما، (ح ١٣٣١). وحسنه الترمذي.

قال الطاهر بن عاشور: «فيجب على الحاكم أن يستقصي وجوه الحجج المبيّنة الحق بقدر ما يستطيع ولو بالوصول إلى حفظ بعض الحقوق دون بعض؛ فإن حفظ البعض خير من ضياع الكل... ولم يزل الفقهاء يضيفون إلى أحكام المرافعات ضوابط وشروطاً كثيرة ما كان السلف يراعونها... وقد ظهر أن مقصد الشريعة من القاضي إبلاغه الحقوق إلى طالبيها، وذلك يعتمد أموراً: أصالة الرأي، والعلم، والسلامة من نفوذ غيره عليه، والعدالة»^(١).

٤. وأما الدليل من النظر: فإن مسألتنا هذه أشبه بمسألة بعث الحكّمين عند الشقاق الزوجي رغم وجود قاضٍ في البلد، إلا أن مسألتنا تختلف عنها من جهة أن بعث الحكّمين إنما يكون من قبل الحاكم، وأما مسألتنا هنا فهي برغبة طرفي النزاع أو أحدهما للإصلاح بينهما وتسوية النزاع، فإذا كان بعث الحكّمين عند الشقاق مشروعاً دون رضا الزوجين فمسألتنا هذه مشروعة من باب أولى لأنها برضاها أو أحدهما، وقد اتفق الفقهاء على مشروعية بعث الحكّمين عند الشقاق^(٢).

(١) مقاصد الشريعة الإسلامية، للطاهر بن عاشور ص (٢٢١).

(٢) ينظر: روضة القضاة (٣/٩٣٨)، أحكام القرآن، للجصاص (٢/١٩٠)، معين الحكام، لابن عبد الرفيع (١/٣١٠)، المنتقى (٤/١١٣)، الأم (٥/١٢٤)، مغني المحتاج (٣/٢٦١)، المغني (١٠/٢٦٣-٢٦٤). ونقل الإجماع على مشروعية بعث الحكّمين ابن العربي في القبس (٢/٧٥٨)، وابن رشد في بداية المجتهد (٢/١٢٢)، وابن هبيرة في الإفصاح (٢/١٤٣).

وأما المسألة الثانية وهي: إلزام أطراف النزاع الأسري بعرض أمرهم على مركز تسوية المنازعات الأسرية في شأن دعوى الطلاق والتطليق التي يجوز فيها الصلح قبل رفعها أمام محكمة الأسرة.

فيتقدم أطراف النزاع بعرض أمرهم على مركز تسوية المنازعات الأسرية، لفض النزاع الواقع قبل رفع دعوى الطلاق والتطليق التي يجوز فيها الصلح أمام محكمة الأسرة، فلا تُرفع الدعوى ولا تُسمع إلا بعد البت في الطلب المقدم للمركز، ويقوم المركز ببحث موضوع النزاع وسماع الأقوال والسعي لحلّه، والاستعانة بالمختصين في ذلك، فإن لم يُحل؛ أحاله إلى جهات التقاضي في محكمة الأسرة لاستكمال رفع الدعوى وسماعها أمام القاضي المختص.

فما حكم إلزامهم بعرض أمرهم هذا على مركز المنازعات الأسرية؛ لأجل تفادي إشغال القضاء بأمر يمكن حله صلحاً؟

قبل معرفة حكمه، لا بد من تكييف المسألة ثم بيان حكمها:

فهذه المسألة نجد أنها داخلة في مسألة الاختصاص القضائي والأعمال المعاونة للقضاء التابعة له تنظيمياً وترتيباً، مما يستعان بهذه الأعمال لأجل الحد من إشغال القضاء بمسائل يمكن حلها صلحاً، وكذلك حفاظاً على الترابط الأسري، وإبقاء التوافق والمودة والمحبة بينهم، وهي أشبه بمسألة بعث الحكّمين عند الشقاق الزوجي مع وجود قاض في البلد، على وجه الإلزام لهما، إلا أن مسألتنا تفترق عن مسألة بعث الحكّمين عند الشقاق الزوجي من جهة أن مسألتنا تكون قبل رفع الأمر للقاضي، وأما بعث الحكّمين فإنما يكون من قبل القاضي بعد رفع الأمر إليه.

لذلك ممكن أن يقال في هذه المسألة ما يقال في حكم بعث الحكمين عند الشقاق الزوجي، فالفهاء متفقون على مشروعية بعث الحكمين عند الشقاق الزوجي^(١). واستدلوا على ذلك بما يلي:

١. قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَبِيرًا﴾^(٢).

٢. ما جاء عن عبد الله بن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا ضرر ولا ضرار))^(٣).

ومع اتفاقهم على مشروعية بعث الحكمين، فقد اختار جماعة منهم وجوبه، وبالقول بالوجوب قال المالكية والشافعية في المعتمد^(٤). واستدلوا بما يلي:

(١) ينظر: روضة القضاة (٣/٩٣٨)، أحكام القرآن، للجصاص (٢/١٩٠)، معين الحكم، لابن عبد الرفيع (١/٣١٠)، المنتقى (٤/١١٣)، الأم (٥/١٢٤)، مغني المحتاج (٣/٢٦١)، المغني (١٠/٢٦٣-٢٦٤). ونقل الإجماع على مشروعية بعث الحكمين ابن العربي في القبس (٢/٧٥٨)، وابن رشد في بداية المجتهد (٢/١٢٢)، وابن هبيرة في الإفصاح (٢/١٤٣).

(٢) سورة النساء الآية ٣٥.

(٣) أخرجه ابن ماجة في السنن، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، (ح ٢٣٤١)، وأحمد في المسند، (ح ٢٨٦٥) والدارقطني في السنن (٢/٥٦)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/٧٠). وحسنه النووي في الأربعين ص (١٣٢)، والألباني في صحيح ابن ماجة، (ح ٢٣٤١).

(٤) ينظر: حاشية القليوبي (٣/٣٠٦)، مواهب الجليل (٤/١٦)، روضة الطالبين (٧/٣٧١)، مغني المحتاج (٣/٢٦١)، نهاية المحتاج (٦/٣٩٢). واختار بعض

١. بعموم قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾^(١). والأمر فيها يدل على الوجوب.

٢. ومن النظر: قالوا: لا يحل ترك الزوجين على ما هما فيه من الشقاق المؤدي إلى الإثم وفساد الدين.

وأيضاً قالوا: أن بعث الحكمين عند الشقاق من رفع الظلم، وهو من الواجب على ولي الأمر^(٢).

وممكن أن تخرج مسألتنا هنا على قول من يقول بوجوب بعث الحكمين، وهي ظاهرة في ذلك، فالزام أطراف الشقاق والنزاع الأسري بعرض أمرهم على المركز قبل رفعه؛ لأجل تفادي إشغال القضاء بأمر يمكن حله صلحاً، وذلك بإصلاح ذات البين، وأيضاً يحصل فيه مصلحة رفع الظلم بالتراضي وهي من مقاصد مشروعية بيعث الحكمين، قال ابن عرفة: «وهو -أي الصلح- من حيث ذاته مندوب إليه، وقد يعرض وجوبه عند تعيين مصلحة»^(٣).

ومما يُستدل به أيضاً على وجوب إلزام أطراف النزاع بذلك، ما يلي:

الشافعية أنه مستحب، ولم يُذكر لهم دليل على ذلك. ينظر: التحكيم في الشريعة الإسلامية، لعبد الله الحنين ص (١٨١-١٨٢).

(١) سورة النساء الآية ٣٥.

(٢) ينظر: المصادر السابقة.

(٣) ينظر: مواهب الجليل (٥/ ٨٠)، حاشية العدوي على الخرشي (٢/ ٦).

١. ما جاء عن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: «ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث الضغائن»^(١).

ففي هذا الأمر الوارد عن الخليفة الراشد سياسة شرعية في إطفاء النار بين الناس، ورفع المنازعات الموبقات عنهم^(٢).

٢. قرر الفقهاء قاعدة عظيمة في أن المصالح الأخروية وأسبابها لا تعرف إلا من طريق الشرع، وأن المصالح الدنيوية وأسبابها معروفة بالضرورة والعادة والتجربة، وقد تقرر شرعاً وعادة وتجربة أن إصلاح ذات البين بين الأزواج، وحل كثير من قضايا الطلاق والفراق، ودفع الشحناء والبغضاء بينهم؛ حاصل من خلال الاستماع لأطراف النزاع، والإصغاء للشكوى بحثاً عن سبل العلاج، وعدم العجلة في الحكم قبل السعي في الصلح. وهذه -القاعدة المقررة عند الفقهاء- لا شك أنها جالبة للمصالح ودافعة للمفاسد، والشرع مبني على جلب المصالح ودفع المفاسد^(٣).

٣. إن من القيام بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وإصلاح دين الناس ودنياهم، إيجاد ولاية تحكم بين الناس لكن ليس على سبيل القضاء وطرقه، وإنما على سبيل الاحتساب، وهو ما يُعرف بولاية الحسبة، وقد جرت العادة في نظام الولايات في الدولة الإسلامية أفراد ذلك بولاية خاصة، تسمى

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٨/٣٠٣-٣٠٤)، (ح ١٥٣٠٤)، وعمر بن شبة في تاريخه (١/٤٠٨)، (ح ١٣٠٨) والبيهقي في السنن الكبرى (٦/٦٦).
(٢) ينظر: تبين الحقائق (٥/٣٠)، إعلام الموقعين (١/١٥١-١٥٢).
(٣) ينظر: القواعد الكبرى، للعز بن عبد السلام (١/١٣-١٤، ٣٩)، الطرق الحكمية، لابن القيم ص (٦٥)، الموافقات، للشاطبي (٢/٤٤-٧٨).

بولاية الحسبة، ومن أعمالها إصلاح ذات البين في قضايا العنف الأسري والخلاف الأسرية، وسماع شكوى أطراف النزاع، وقاعدته وأصله كما قال ابن القيم: «هو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر... وهذا واجب على كل مسلم قادر وهو فرض كفاية، ويصير فرض عين على القادر الذي لم يقم به غيره من ذوي السلطان»^(١). ومداره كما قال أيضاً رَحِمَهُ اللهُ: «على الصدق في الإخبار والعدل في الإنشاء»^(٢).



(١) الطرق الحكمية ص (٢٣٧).

(٢) الطرق الحكمية ص (٢٣٨). وينظر: قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام (١/١٦٥ - ١٦٩، ١٩٧ - ٢٠٠).

المبحث الثاني

حكم الصلح بين الزوجين والقضايا التي يجوز فيها

وفيه مطلبان:

قبل ذكر المطلب الأول أنبه بأنه قد نصَّ قانون محكمة الأسرة الكويتي رقم (١٢) لسنة ٢٠١٥م المعدل بالقانون رقم (١١) لسنة ٢٠١٨م على أن عمل مركز تسوية المنازعات الأسرية هو فض النزاع الواقع بين الزوجين والصلح بينهم، فقد جاء في مادته رقم (٩): «في غير دعاوى الأحوال الشخصية التي لا يجوز فيها الصلح، والدعوى المستعجلة ومنازعات التنفيذ والأوامر الوقتية يجوز لصحاب الشأن قبل اللجوء إلى محكمة الأسرة أن يقدم طلباً لتسوية النزاع إلى مركز تسوية المنازعات الأسرية المختص، ويتولى المركز بعد ذلك سماع أقوال طرفي النزاع وتبصيرهم بجوانبه المختلفة وآثاره وعواقب التمادي فيه، ويبيدي لهم النصح والإرشاد في محاولة لتسوية النزاع ودياً حفاظاً على كيان الأسرة».

ويستفاد من هذا أن هناك قضايا لا يجوز فيها الصلح، وقضايا أخرى يجوز فيها الصلح، لذلك سأتناول في هذا المبحث مسألتين، المسألة الأولى مشروعية الصلح بين الزوجين عند النزاع والشقاق، والمسألة الثانية القضايا الزوجية التي يجوز فيها الصلح والتي لا يجوز فيها الصلح.

المطلب الأول: حكم الصلح بين الزوجين عند النزاع والشقاق بينهما:

هذه المسألة التي سنتناولها في هذا المطلب، وهذا العمل الذي يهدف له المركز ويسعى له - وهو الصلح بين الأزواج - من محاسن الشريعة الإسلامية التي قررتها الأدلة، ومن مقاصدها العظيمة، فهو طريق لإصلاح ذات بين الأسرة، واستمرارها مجتمعة ومتآلفة، وقد اتفق الفقهاء على مشروعية الصلح بين الزوجين عند النزاع والشقاق بينهما، وجاءت الأدلة في الكتاب والسنة مقرررة ذلك كما يلي:

١. قوله تعالى: ﴿لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّنْ نُّجُونِهِمْ إِلَّا مَن أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ﴾^(١).

٢. قوله تعالى: ﴿وَإِن أُمْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾^(٢).

وجه الدلالة: مشروعية الصلح بين الناس على وجه العموم في الآية الأولى، ومشروعية الصلح بين الزوجين على وجه الخصوص في الآية الأخرى.

٣. ما جاء عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الصلح جائز بين المسلمين))^(٣).

(١) سورة النساء الآية ١١٤.

(٢) سورة النساء الآية ١٢٨.

(٣) أخرجه أبو داود في السنن، كتاب الأقضية، باب في الصلح، (ح ٣٩٤). والترمذي في السنن، أبواب الأحكام عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، باب ما ذكر عن رسول الله في الصلح بين الناس، (ح ١٣٥٢) وابن ماجه في السنن، كتاب الأحكام، باب الصلح، (ح ٢٣٥٣). والحديث صححه الترمذي.

وأجمعت الأمة على مشروعية الصلح بين الزوجين، قال ابن قدامة -بعد أن عرف الصلح وذكر أنواعه ومنه الصلح بين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما- قال: «وأجمعت الأمة على جواز الصلح في هذه الأنواع التي ذكرناها»^(١).

المطلب الثاني: القضايا الزوجية التي يجوز فيها الصلح والتي لا يجوز فيها:

إن ما جاء في النص القانوني أعلاه في مادته رقم (٩)، أفاد بأن القضايا الزوجية الأصل فيها أنها يجري فيها الصلح، وهذا ما قرره الأدلة الدالة على عموم مشروعية الصلح^(٢)، والأدلة الدالة على مشروعية بعث الحكّمين عند الشقاق والنزاع^(٣)، قال القرطبي: «قال علماءنا: وفي هذا^(٤) أن أنواع الصلح كلها مباحة في هذه النازلة بأن يعطي الزوج على أن تصبر هي، أو تعطي هي على أن يؤثر الزوج... أو أن يقع الصلح على الصبر والأثرة من غير عطاء، فهذا كله مباح»^(٥).

قال ابن قدامة: «وإذا خافت المرأة نشوز زوجها وإعراضه عنها، لرغبته عنها، إما لمرض بها، أو كبير، أو دَمَامَة، فلا بأس أن تضع عنه بعض حقوقها

(١) ينظر: المغني (٥/٧)، تبين الحقائق، للزيلعي (٣٠/٥)، أسهل المدارك، للكشناوي (١٥/٣)، نهاية المحتاج (٣٨٢/٤). وقد نقل ابن قدامة الإجماع على ذلك.

(٢) ينظر: المطلب السابق.

(٣) ينظر: المبحث السابق.

(٤) يقصد الآية ١٢٨ من سورة النساء في بعث الحكّمين.

(٥) الجامع لأحكام القرآن (٤٠٥/٥). ينظر: المطلب السابق.

تسترضيه بذلك، لقوله الله تعالى: ﴿وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا﴾ الآية...، ومتى صالحته على ترك شيء من قسمها أو نفقتها، أو على ذلك كله جاز، فإن رجعت فلها ذلك»^(١).

إلا أنه نصّ أيضاً بأن هناك قضايا لا يجوز فيها الصلح، فما هي القضايا التي لا يجوز فيها الصلح؟

القضايا التي لا يجوز فيها الصلح ولا يجري فيها، هي القضايا التي يكون فيها الصلح طريقاً لظلم أحد الخصمين، أو لتحليل حرام أو تحريم حلال، قال ابن القيم: «والحقوق نوعان: حق الله، وحق الآدمي، فحق الله لا مدخل للصلح فيه كالحدود، وأما حقوق الآدميين فهي التي تقبل الصلح والإسقاط والمعاوضة عليها... والصلح العادل هو الذي أمر الله به ورسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، والصلح الجائر هو الظلم بعينه... والصلح الذي يُحل الحرام، ويُحرم الحلال كالصلح الذي يتضمن تحريم بضع حلال أو إحلال بضع حرام أو إرقاق حرٍّ أو نقل نسب... أو إسقاط واجب، أو تعطيل حدٍّ، أو ظلم ثالث وما أشبه ذلك، فكل هذا صلح جائر مردود»^(٢).

وما ذكره ابن القيم -من أن الصلح الذي لا يجوز: هو الصلح الذي يكون فيه ظلم لأحد الأطراف، أو فيه تحليل للحرام أو تحريم للحلال- أصلٌ لا خلاف فيه بين العلماء^(٣).

(١) المغني (١٠/٢٦٢-٢٦٣).

(٢) إعلام الموقعين (١/١٥٢-١٥٣).

(٣) ينظر: تبیین الحقائق (٥/٣٠-٣١)، أسهل المدارك (٣/١٦)، نهاية المحتاج (٤/٣٨٢-٣٨٣)، المغني (٦/٧) و(١٢/٧)، أحكام القرآن، للقرطبي (٥/٤٠٦)، إعلام الموقعين (١/١٥٢-١٥٣)، نيل الأوطار، للشوكاني (٥/٣٠٥).

قال الشوكاني: «والصلح الذي يحرم الحلال كمصالحة الزوجة للزوج على أن لا يطلقها أو لا يتزوج عليها أو لا يبيت عند ضررتها، والذي يجلب الحرام كأن يصالحه على وطء أمة لا يجلب له وطؤها أو أكل ما لا يجلب له أكله أو نحو ذلك»^(١).

والأدلة على ذلك:

١. قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقْتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾^(٢)، ففي هذه الآية أمر الله تعالى بالصلح العدل، ونهى البغي لو كان طريقه الصلح الجائر؛ لأنه ظلم، قال ابن القيم: «وقد أمر الله سبحانه بالإصلاح بين الطائفتين المقتلتين أولاً، فإن بغت إحداها على الأخرى فحينئذ أمر بقتال الباغية لا بالصلح؛ فإنها ظالمة، ففي الإصلاح مع ظلمها هضم لحق الطائفة المظلومة»^(٣).

٢. ما جاء عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً))^(٤).

(١) نيل الأوطار (٥/٣٠٥).

(٢) سورة الحجرات الآية ٩.

(٣) إعلام الموقعين (١/١٥٣).

(٤) أخرجه أبو داود في السنن، كتاب الأقضية، باب في الصلح، (ح ٣٩٤). والترمذي في السنن، أبواب الأحكام عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، باب ما ذكر عن رسول الله في الصلح بين الناس، (ح ١٣٥٢) وابن ماجه في السنن، كتاب الأحكام، باب الصلح، (ح ٢٣٥٣)، والإمام أحمد في المسند (١٤/٣٨٩)، (ح ٨٧٨٤). والحديث صححه الترمذي وغيره. ينظر: نيل الأوطار (٥/٣٠٤).

والحديث واضح الدلالة في مشروعية الصلح إلا ما استثني، وهو الصلح المحرم الذي يؤدي إلى تحريم حلال أو تحليل حرام، قال الشوكاني: «ظاهر هذه العبارة - أي الحديث - العموم، فيشمل كل صلح إلا ما استثني»^(١).



(١) نيل الأوطار (٥/ ٣٠٥).

المبحث الثالث

في الشروط المعتمدة فيمن يتولى الإصلاح بين الزوجين، وصفة الصلح.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الشروط المعتمدة فيمن يستعين بهم مركز تسوية النزاعات الأسرية للإصلاح بين الزوجين:

لقد سبق أن ذكرنا بأنه قد أقر قانون محكمة الأسرة الكويتي رقم (١٢) لسنة ٢٠١٥م المعدل بالقانون رقم (١١) لسنة ٢٠١٨م في مادته رقم (٩)، إجراءات الصلح بين الزوجين، وتسوية المنازعات الأسرية عند وقوع النزاع والشقاق، وحل هذه النزاعات بطرقٍ ودية تكفل المحافظة على كيان الأسرة، ومما جاء أيضاً في شأن ذلك جواز استعانة مركز فض المنازعات الأسرية بالعلماء والمختصين الشرعيين، وبالخبراء الاجتماعيين والنفسيين والمؤهلين في ذلك، فقد نصت على ما يلي: «ويتولى المركز بعد ذلك سماع أقوال طرفي النزاع وتبصيرهم بجوانبه المختلفة وآثاره وعواقب التهادي فيه، ويبيدي لهم النصح والإرشاد في محاولة لتسوية النزاع ودياً حفاظاً على كيان الأسرة. ويخطر أصحاب الشأن للحضور بأي طريق يحقق الغرض منه، ويكون حضور ذوي الشأن بأشخاصهم أو بمن ينوب عنهم بموجب وكالة رسمية. ويجوز للمراكز عند إجراء التسوية الاستعانة برأي أي من علماء الدين أو من الاختصاصيين الاجتماعيين أو النفسيين أو المحامين المقيدين بجدول خاص يعد لذلك في المحكمة الكلية. ويصدر قرار من وزير العدل

بوضع قواعد اختيار هؤلاء الاختصاصيين وإجراءات قيدهم في الجدول، وذلك بالتنسيق مع الجهات المختصة».

فقد أفاد هذا النص القانوني مسألة: الاستعانة بالخبراء الشرعيين والاجتماعيين والنفسيين، ووضع قواعد وشروطاً لاختيارهم، فما هي الشروط المعتمدة لهم، وما حكمها شرعاً؟

تكييف المسألة وحكمها:

تُخرِّج هذه المسألة على ما يعرف عند الفقهاء بمسألة: الشروط المعتمدة في الحكمين المبعوثين عند الشقاق.

فالمقصد من الاستعانة بالعلماء الشرعيين والخبراء الاجتماعيين والنفسيين -الذي نص عليه القانون المذكور-، هو حلُّ المنازعات الأسرية وفضها؛ بما يحقق العدل بين أطراف النزاع، والسعي للإصلاح بينهم، والمحافظة على كيان الأسرة، وتقديم النصح والتوجيه والإرشاد لهم بما يحقق ذلك، من قبل مَنْ هو عالم بالأحكام، عارف بأحوالهما وبما يصلحهما.

وهذا المقصد هو ذات المقصد وعينه في مشروعية بعث الحكمين عند الشقاق الزوجي، والذي نص عليه قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَبِيرًا﴾ (٣٥) (١) (٢).

(١) سورة النساء الآية ٣٥.

(٢) ينظر: أحكام القرآن، للقرطبي (٥/ ١٧٥)، علم المقاصد الشرعية، للدكتور نور الدين الخادمي ص (١٨٥).

ويُفهم من القانون المذكور أنه يشير إلى أهم الشروط في ذلك، وهي:
شرط الإسلام، وشرط العدالة، وشرط الاختصاص - سواءً بالعلم الشرعي
أو بعلم الاجتماع أو بعلم النفس - والخبرة في ذلك.

وهذا الفهم المستفاد إنما حملنا عليه كون قانون محكمة الأسرة قائماً على
أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، فلا بد من شرط الإسلام،
وكذلك شرط العدالة إنما اعتبر لأن عمل المحكمة والجهات التابعة لها من
الأعمال التابعة للقضاء، والقضاء قائم على اعتبار العدالة في القضاة ومن
يعاونهم، وهي شروط ذكرها الفقهاء في الحكمين المبعوثين.

وأما شرط الاختصاص فقد نص عليه القانون، فما حكم اشتراط هذه
الشروط الثلاثة عند الفقهاء؟^(١)

الشرط الأول: شرط الإسلام:

ذهب عامة الفقهاء إلى اشتراط الإسلام في الحكمين المبعوثين^(٢)،
وكذلك هنا من باب أولى اشتراط ذلك؛ لأنه أشبه بالحكم من وجه، وأشبه
بالمحتسب الناصح والموجه والمرشد من وجه آخر، والحكم والمحتسب لا
بد من شرط الإسلام فيهما؛ فكان شرطاً كذلك هنا^(٣).

(١) اكتفيت بذكر هذه الشروط الثلاثة بما ذكره ابن جزى في كتابه القوانين الفقهية
ص(٣٥٣)، فقد نص اشتراط ذلك في الحكمين حيث قال: «ويجب أن يكونا مسلمين
عدلين فقيهين، والأكمل أن يكون حكم من أهل الزوج وحكم من أهل الزوجة».
انتهى كلامه. فإذا كان ذلك في الحكمين فمن باب أولى فيما نحن بصدده.

(٢) ينظر: الشروط الصغير (٧٨١/٢)، المتقى، للباجي (١١٣/٤)، القوانين الفقهية،
لابن جزى ص(٣٥٠)، روضة الطالبين (٣٧١/٧)، نهاية المحتاج (٣٩٢/٦)، المغني
(٢٦٥/١٠).

(٣) ينظر: الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، لابن القيم (٢٢٤-٢٢٥).

والأدلة على ذلك:

١. أن هذه الوظيفة وكالة عن الحاكم في الإصلاح، والعدالة شرط في الحاكم أو من ينوب عنه، والإسلام شرط من شروط العدالة، فيشترط في المتولي لذلك الإسلام^(١).

٢. ويقال أيضاً: أن هذا العمل من أعمال الحسبة، فمتولي ذلك يقوم بالنصح والتوجيه، ومن شرط المحتسب الإسلام^(٢).
الشرط الثاني: العدالة:

وهذا الشرط اختلف فيه الفقهاء في الحكمين المبعوثين على قولين:
القول الأول: أن العدالة شرط. وبه قال جماهير الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^(٣).

واستدلوا على ذلك بدليل من النظر:

فقالوا: إن الحكم إما أن يكون نائباً عن القاضي في الحكم بين الزوجين عند الخصومة، أو وكيلاً عنه في النظر في شأنهما، وسواء كان وكيلاً أو نائباً عنه؛ فإنه يشترط فيه ما يشترط في القاضي^(٤).

(١) ينظر: الجامع لأحكام القرآن (١٧٥/٥)، نهاية المحتاج (٣٩٢/٦)، المغني (٢٦٥/١٠)، التحكيم في الشريعة الإسلامية، لعبد الله الخنين (٢٠٢).

(٢) ينظر: الطرق الحكمية، لابن القيم (٢٢٥). واختار الشيخ عبد الله الخنين: أنه في حال كان الزوجان كلاهما كافرين فلا يشترط في الحكمين المبعوثين الإسلام. ينظر: التحكيم في الشريعة الإسلامية، للخنين (٢٠٢-٢٠٣).

(٣) ينظر: الشروط الصغير (٧٨١/٢)، القوانين الفقهية (٣٥٣)، نهاية المحتاج (٣٩٢/٦)، المغني (٢٦٥/١٠)، أحكام القرآن، لابن العربي (٥٤٢/١).

(٤) ينظر: نهاية المحتاج (٣٩٢/٦)، المغني (٢٦٥/١٠).

القول الثاني: أن ذلك ليس بشرط، فينفذ حكم الحكّمين ولو كانا ليسا بعدلين. وهو اختيار ابن العربي من المالكية، فقد صرح بمخالفته لما ذهب إليه جماهير الفقهاء فقال: والصحيح نفوذه^(١).

واستدل على ذلك بدليل من النظر:

فقال: إن اعتبرنا عمل الحكّم وكالة فإن الوكالة لا يشترط فيها العدالة، وإن اعتبرنا عمله قضاء فقد رضي الخصمان بحكمه عليهما^(٢).

وممكن أن يناقش: بأنه إن كان عمله نيابة عن القاضي، فإن الوكيل له حكم الأصيل في التصرف، وتصرف القاضي يُشترط في متوليه العدالة، فاشترطت العدالة فيه كما في القاضي.

وإن كان بعثهما من قبل الزوجين، فإن هذا العمل لا بد فيه من اشتراط الأمانة، ومن صفات الأمين العدالة^(٣).

ويقال أيضاً في هذا الشرط ما قلناه في الشرط السابق: أن هذه الوظيفة إما أن تلحق بالتحكيم فتأخذ حكمه، وإما أن تكون من عمل الحسبة، والمحاسب يشترط فيه العدالة، إلا إذا لم يوجد من يقوم بالاحتساب إلا من

(١) أحكام القرآن، لابن العربي (١/٥٤٣-٥٤٤).

(٢) المصدر السابق.

(٣) ينظر: نهاية المحتاج (٦/٣٩٢)، الجامع لأحكام القرآن (١/٥٣٨)، المغني (١٠/٢٦٥).

هو ليس من أهل العدالة، فينتقل إلى من هو أقل منه؛ لحديث: ((إن الله يؤيد هذا الدين بالرجل الفاجر))^(١).

فالذي يترجح هو القول الأول^(٢).

وهذا الخلاف إنما هو في اشتراط ذلك في الحكمين المبعوثين، أما إن قلنا: إن عمل المركز في حقيقته ليس تحكيمياً، وإنما هو أشبه بأعمال الحسبة، فالمحتسب يشترط فيه الديانة والأمانة، وهما حقيقة العدالة، لكن إن لم يوجد من أهل العدالة من يقوم بذلك، فإنه ينتقل إلى من هم أقل^(٣).

قال ابن القيم: «ولهذا يجب على كل ولي أمر أن يستعين في ولايته بأهل الصدق والعدل، والأمثل فالأمثل، وإن كان فيه كذب وفجور، فإن الله يؤيد هذا الدين بالرجل الفاجر»^(٤).

الشرط الثالث: شرط الاختصاص - للشرعيين والاجتماعيين والنفسيين - والخبرة في ذلك:

هذا الشرط نص عليه قانون رقم (١٢) لسنة ٢٠١٥م المعدل بالقانون رقم (١١) لسنة ٢٠١٨م في مادته رقم (٩) كما ذكرنا ذلك في أعلاه، وهذا الشرط عبر عنه الفقهاء في مسألة الحكمين المبعوثين بأن يكونا فقيهين من

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، باب ((إن الله يؤيد الدين بالرجل الفاجر))، (ح ٣٠٦٢)، ومسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب تحريم قتل الإنسان نفسه، (ح ١١١). ينظر: الطرق الحكمية، لابن القيم (٢٢٥-٢٢٦).

(٢) ينظر: التحكيم في الشريعة الإسلامية، للخنين ص (٢٠٤-٢٠٥).

(٣) ينظر: الطرق الحكمية، لابن القيم ص (٢٢٤-٢٢٥).

(٤) الطرق الحكمية ص (٢٢٦).

أهل البصر والحكمة، وليس المراد بأن يكونا بلغا مرتبة الاجتهاد^(١)، وإنما لديهما المعرفة والعلم بالأحكام الخاصة بالجمع والتفريق، ويُعبر عنه في المصطلح الحديث بالاختصاص والخبرة.

وهذا الشرط موضع خلاف بين الفقهاء في اشتراطه في الحكمين المبعوثين على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

يُشترط أن يكونا فقيهين بما يحكمان فيه. وبه قال جماهير الفقهاء من الحنفية، والمالكية في الأشهر، والشافعية في المذهب، والحنابلة في المذهب^(٢).
واستدلوا على ذلك: بأن الحكمين لا يتوصلان إلى الصواب والحق في الجمع أو التفريق إلا بالعلم والبصر والرأي، وطريق ذلك الفقه والعقل؛ فاشترط الفقه والعلم فيهما^(٣).

القول الثاني:

لا يشترط أن يكون الحكمان فقيهين، لكنه من الأفضل والأكمل اتصافهما بذلك. وبه قال بعض المالكية والشافعية في وجه والحنابلة في وجه^(٤).

(١) ينظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (١٧٥/٥)، روضة الطالبين، للنووي (٣٧٢/٧).

(٢) ينظر: الشروط الصغير (٧٨١/٢)، القوانين الفقهية ص (٣٥٣)، نهاية المحتاج (٣٩٢/٦)، المغني (٢٦٥/١٠)، الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (١٧٥/٥).

(٣) ينظر: المنتقى (١١٤/٤)، الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (١٧٥/٥)، نهاية المحتاج (٣٩٢/٦)، المغني (٢٦٥/١٠).

(٤) ينظر: المنتقى (١١٣/٤)، روضة الطالبين (٣٧٢/٧)، الإنصاف (٤٧٨-٤٧٩/٢١).

واستدلوا على ذلك: بأنه لم يأتِ ذكر اشتراطه في النصوص^(١).
وَيُنَاقِشُ: بأن الله تعالى وصفها بالحكمين، وجعل عملهما الجمع
والتفريق، ولا بد في هذا الأمر من رأي ونظر، وطريق ذلك العلم والفقه،
فالنصوص دلت عليه دلالة تَضْمُنُ^(٢).

القول الثالث:

يشترط إذا قلنا هما حاكمان، ولا يشترط إذا قلنا هما وكيلان. وبه قال
الشافعية في قول والحنابلة في وجه^(٣).

واستدلوا على ذلك: بما استدل به أصحاب القول الأول إن كانا
حاكمين، وأما إن كانا وكيلين فالوكالة لا يشترط فيها الفقه فيصح توكيل
عامة الناس^(٤).

ويناقش: بأن العبرة في المقاصد والمعاني لا في الألفاظ والمباني، والله تعالى
سماهما (حَكَمِينَ) ولفظ الحَكَم في الشريعة له دلالة ومعاني تقتضي أن يكون
له علم وبصيرة، وللوكيل دلالة ومعاني تختلف عن الحكم^(٥).

(١) ينظر: الإنصاف (٤٧٩/٢١).

(٢) ينظر: أحكام القرآن، لابن العربي (٥٣٩/١)، الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي
(١٧٥/٥)، المغني (٢٦٥/١٠).

(٣) ينظر: المجموع (١٤١-١٤٤)، الكافي (٤٠٣/٤)، الإنصاف (٤٧٩/٢١).

(٤) ينظر: المصادر السابقة.

(٥) ينظر: أحكام القرآن، لابن العربي (٥٣٩/١-٥٤٠)، الإنصاف (٤٧٩/٢١).

فيترجح لنا القول الأول لقوة ما استدلووا به، ولحاجتهم للنظر والرأي والحكمة والفقه، خاصة في هذا الزمان فالأمر متعين في اعتبار الاختصاص في الشرع، والعلوم الأخرى التي يستعان بأهلها في معالجة المشاكل الأسرية وحلها، فلا بد من إيجاد الأعضاء المختصين بالفقه والرأي، ومن أهل البصر والعقل والحكمة والخبرة، ولشدة حاجتهم لهذا الشرط قال المرداوي: أما اشتراط ذلك - كونها عالمين بالجمع والتفريق - فينبغي أن يكون بلا خلاف في المذهب^(١).

اختيار الاختصاصيين في مركز تسوية المنازعات الأسرية:

لقد أوضح قانون محكمة الأسرة الكويتي رقم (١٢) لسنة ٢٠١٥م المعدل بالقانون رقم (١١) لسنة ٢٠١٨م في مادته رقم (٩) بأن وزير العدل هو المختص بوضع قواعد اختيار الاختصاصيين، الذين يستعين بهم مركز تسوية المنازعات الأسرية وإجراءات قيدهم، فقد جاء في نص المادة: «ويجوز للمراكز عند إجراء التسوية الاستعانة برأي أي من علماء الدين أو من الاختصاصيين الاجتماعيين أو النفسانيين أو المحامين المقيدين بجدول خاص يعد لذلك في المحكمة الكلية. ويصدر قرار من وزير العدل بوضع قواعد اختيار هؤلاء الاختصاصيين وإجراءات قيدهم في الجدول، وذلك بالتنسيق مع الجهات المختصة».

وهذا الأمر لا يتعارض مع ما قرره شريعتنا العظيمة في الحث على القيام بالإصلاح بين الناس عند وقوع الخصومات، والسعي للصلح بينهم

(١) الإنصاف (٢١/٤٧٩).

عند حدوث المنازعات، وإصلاح ذات بينهم، سواء في الأموال أو العقود أو الجنايات، خاصة قبل رفعها للقضاء، قال تعالى: ﴿لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّنْ جَوْنِهِمْ إِلَّا مَنَ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ﴾^(١).

وجاء عن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أنه قال: «ردوا الخصوم حتى يصطلحوا، فإن فصل القضاء يورث الضغائن بين الناس»^(٢).

وهذا السعي الشريف والعمل المنيف لا يشترط فيمن يقوم به ما ذكرنا من الشروط السابقة، والتي يذكرها الفقهاء في الحكمين المبعوثين أو من يقوم مقامهما ويلحق بهما، وإنما بأي طريق حصل الصلح، ومن أي إنسان سعى فيه، وحصل بذلك الإصلاح بين المتخاصمين والمتنازعين، حتى في الشقاق بين الزوجين، فإن ذلك مشروع وجائز^(٣).

وإنما اعتُبر اشتراط الشروط في الحكمين ومن يلحق بهم من المصلحين والمحتسبين التي ذكرها الفقهاء، والتحقق منها عند اختيارهم، ووضع القواعد لذلك، إنما يكون عند رفع الأمر للقضاء والحاكم، وهذا الأمر يتطلب من ولي الأمر أو من ينوب عنه من الوزراء أو القضاة أو من يقوم مقامهم، اختيار من يكون مرضياً في عمله وفق الشروط التي ذكرناها، وبما

(١) سورة النساء الآية ١١٤.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٨/٣٠٣-٣٠٤)، (ح ١٥٣٠٤)، وابن أبي شيبة في المصنف (٧/٢١٣)، (ح ٢٣٣٤٩)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/٦٦).

(٣) سبق الحديث عن فضل ذلك في المبحث الأول. وينظر أيضاً: إعلام الموقعين (١/١٥٠-١٥٢)، الطرق الحكمية ص (٢٢٤-٢٢٥).

يتفق مع السياسة الشرعية القائمة على قواعد الشريعة وأصولها، لارتباط هذا العمل في هذه الحال بالقضاء وإلحاقه به.

لذلك ذهب عامة الفقهاء إلى جواز أن يقوم الحاكم أو القاضي أو من ينوب عنهم، باختيار الحكّمين المبعوثين^(١)، المذكورين في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعُثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَبِيرًا﴾^(٢). وعن جاء عن عبيدة السلماني رَحِمَهُ اللَّهُ: جاء رجل وامرأته إلى علي بن أبي طالب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قد تنازعا، فأمر ببعث حكّمين لينظرا فيهما، فقال علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ للحكّمين: «أتدريان مالكما؟ لهما إن رأيتما أن تفرقا فرقتما، وإن رأيتما أن تجمعا جمعتما». فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله لي وعلي. وقال الرجل: أما الفرقة فلا أرضى بها، فقال له علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «كذبت والله لا تبرح حتى ترضى بمثل ما رضيت به»^(٣).

(١) ينظر: أحكام القرآن، للجصاص (١٩٠/٢)، روضة القضاة (٩٣٨/٣)، المنتقى (٥١/٢)، أحكام القرآن، لابن العربي (٥٣٩/١)، الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (١٧٥/٥)، نهاية المحتاج (٣٩٢/٦)، المغني (٢٦٣/١٠).
وإنما وقع الخلاف في مسألة: من يجب عليه بعث الحكّمين.
ينظر: التحكيم في الشريعة الإسلامية، للشيخ عبد الله الحنين ص (١٨٣).

(٢) سورة النساء الآية ٣٥.

(٣) رواه النسائي في السنن الكبرى (٤٢١/٤)، ح (٤٦٦١)، وعبد الرزاق في المصنف (٥١٢/٦)، ح (١١٨٨٣)، والدارقطني في السنن (٢٧٥/٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٠٥/٧). وصحح إسناده القرطبي في الجامع لأحكام القرآن (١٧٧/٥).

قال ابن هبيرة رَحِمَهُ اللهُ: «وانفقوا على أنه إذا وقع الشقاق بين الزوجين، وخيف عليهما أن يخرجهما ذلك إلى العصيان فإنه يبعث الحاكم حكماً من أهله وحكما من أهلها»^(١). فقد نصَّ على أن الذي يبعثهم هو الحاكم، فاختصاص ذلك بالحكام هو الأولى، قال القرطبي: «الجمهور من العلماء على أن المخاطب بالآية الحكام والأمراء»^(٢). قال ابن العربي -متحدثاً عن تجربته في ذلك في تفسير هذه الآية-: «وهي من الآيات الأصول في الشريعة، ولم نجد لها في بلادنا أثراً، بل ليتهم يرسلون إلى الأمانة، فلا بكتاب الله تعالى ائتمروا، ولا بالأقيسة اجتزوا، وقد نذبت إلى ذلك فما أجابني إلى بعث الحكّمين عند الشقاق إلا قاض واحد، فلما ولاني الله الأمر أجريت السنة كما ينبغي، وأرسلت الحكّمين، وقمت في مسائل الشريعة كما علمني الله سبحانه من الحكمة والأدب لأهل بلدنا لما غمرهم من الجهالة»^(٣). وقال أيضاً بعد ذلك: «وأم من قال إنه -أي المخاطب بالآية- السلطان فهو الحق»^(٤).

فإذا كان ذلك في شأن الحكّمين، ففي اختيار الاختصاصيين في ذلك من باب أولى؛ لأهمية عملهم ونتائجه، ولارتباطه في أعمال محكمة الأسرة قبل رفع الخصومة إلى القضاء.

(١) الإفصاح، لابن هبيرة (٢/١٤٣).

(٢) أحكام القرآن (٥/١٧٥).

(٣) أحكام القرآن، لابن العربي (١/٥٣٧).

(٤) أحكام القرآن، لابن العربي (١/٥٣٩).

المطلب الثاني: صفة الصلح بين الزوجين وخطواته:

الصلح بين الزوجين له طرق وخطوات، وصفة وأحوال، متى اتبعها المعنيون بذلك حصل لهم المقصد من الصلح، وتحقق لهم الهدف من السعي لإصلاح ذات البين، وحفظ الروابط الأسرية، وإشاعة الألفة والمحبة والمودة بين أفراد الأسرة، وصيانتها من الشحناء والعداوة والبغضاء.

وجاء ذكر هذه الخطوات إجمالاً في القانون المذكور في مادته رقم (٩)، فقد نصَّ على: «ويتولى المركز بعد ذلك سماع أقوال طرفي النزاع، وتبصيرهم بجوانبه المختلفة وآثاره وعواقب التمادي فيه، ويبيدي لهم النصح والإرشاد في محاولة لتسوية النزاع ودياً حفاظاً على كيان الأسرة. ويخطر أصحاب الشأن للحضور بأي طريق يحقق الغرض منه، ويكون حضور ذوي الشأن بأشخاصهم، أو بمن ينوب عنهم بموجب وكالة رسمية. ويجوز للمراكز عند إجراء التسوية الاستعانة برأي أي من علماء الدين، أو من الاختصاصيين الاجتماعيين أو النفسانيين أو المحامين المقيدين بجدول خاص يعد لذلك في المحكمة الكلية. ويصدر قرار من وزير العدل بوضع قواعد اختيار هؤلاء الاختصاصيين وإجراءات قيدهم في الجدول، وذلك بالتنسيق مع الجهات المختصة».

ففي هذا النص إشارة إلى أن الصلح على أربع خطوات على النحو التالي:

١. إخطار أطراف النزاع.
٢. الحضور الشخصي لأطراف النزاع أو من ينوب عنهم.

٣. سماع أطراف النزاع في جلسة خاصة.

٤. تبصير أطراف النزاع بالجوانب والآثار والعواقب المترتبة عليه، ونصحهم وتوجيههم وإرشادهم.

وهذه الخطوات دل على مشروعيتها الكتاب والسنة، ووقائع حدثت في السيرة النبوية فيها التطبيق الأمثل لهذه الخطوات، والأساليب الشرعية الحسنة في التوجيه والإصلاح عند وقوع النزاع والشقاق بين الزوجين، والتي أخذ منها الفقهاء الأدلة على الأحكام المتعلقة بذلك.

الأدلة على ذلك:

أولاً: قوله تعالى: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ﴾^(١)، في هذه الآية دليل على مشروعية حضور الزوجين عند الحاكم لتقديم الشكوى، وإيجاد الحل للواقعة التي وقعت بينهما، وسماع الحاكم لشكوى الزوجين، وطلب حضورهما لأجل ذلك.

فالمجادلة هي المحاورة والتي هي أحسن، وسماع الشكوى للوصول إلى الحل المناسب، والمساعدة على القضاء على ما يعكر صفو الحياة بين الزوجين، وتخفيف حدة النزاع بينهما؛ للمحافظة على بقاء الأسرة وصيانة كيانها من الهدم.

(١) سورة المجادلة الآية ١.

وسبب نزول الآية دليل واقعي يدل على أهمية حضور الزوجين أو أحدهما أمام الحاكم، وسماع الحاكم لشكواه، فإذا كان الله تعالى قد سمعها فمن الواجب علينا الاقتداء بذلك، فقد مرَّ عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ في خلافته على المرأة المجادلة التي نزلت بسببها الآية، والناس حوله وهو على حمار، فاستوقفته طويلاً، ووعظته وقالت: «يا عمر قد كنت تدعى عميراً، ثم قيل لك: عمر، ثم قيل لك: أمير المؤمنين، فاتق الله يا عمر، فإنه من أيقن بالموت خاف الفوت، ومن أيقن بالحساب خاف العذاب»، وهو واقف يسمع كلامها، فقيل له: يا أمير المؤمنين، أتقف لهذه العجوز هذا الوقوف؟ فقال: «والله لو حبستني من أول النهار إلى آخره لا زلت إلا للصلاة المكتوبة، أتدرون من هذه العجوز؟ هي خولة بنت ثعلبة سمع الله قولها من فوق سبع سموات، أيسمع رب العالمين قولها ولا يسمعه عمر؟»^(١).

وقالت عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا: «تبارك الذي وسع سمعه كل شيء، إني لأسمع كلام خولة بنت ثعلبة ويخفى عليَّ بعضه، وهي تشتكي زوجها إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وهي تقول: يا رسول الله! أكل شبابي ونثرت له بطني، حتى إذا كبر سني وانقطع ولدي، ظاهر مني، اللهم إني أشكو إليك! فما برحت حتى نزل جبريل بهذه الآية: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ﴾».

(١) ينظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (١٧/٢٦٩)، وتفسير ابن كثير (٨/٦٠-٦١).

وهذا الأثر رواه الدارمي في الرد على الجهمية ص(٥٤)، وابن أبي حاتم في تفسيره (١٠/٣٣٤٢)، (ح ١٨٨٤١).

وفي رواية قالت رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: «الحمد لله الذي وسع سمعه الأصوات، لقد جاءت المجادلة تشكو إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وأنا في ناحية البيت ما أسمع ما تقول، فأنزل الله عَزَّوَجَلَّ: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَدِّلُكَ فِي زَوْجِهَا﴾»^(١). ووجه الشاهد: أنها حضرت، ثم شكت أمر زوجها إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، والله تعالى سمع شكواها، والنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سمعها، فلم يجبها حتى أجابه الله تعالى في شأنها، وفي ذلك دليل على الخطوات المذكورة من الحضور الشخصي لأطراف النزاع، وسماع الشكوى منها أو أحدهما، ومحاورته.

قال البغوي: «ومعنى ﴿قَوْلَ الَّتِي تُجَدِّلُكَ﴾: تخاصمك وتحاورك وتراجعك في زوجها»^(٢). وذكر أن ذلك في قراءة عبد الله بن مسعود: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُحَاوِرُكَ فِي زَوْجِهَا﴾»^(٣).

وقد جاء في رواية لهذه الحادثة ما يوضح صفة الصلح بخطواته الأربع توضيحاً جلياً، وكيف قام النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بذلك مع الشاكية، حتى انتهى الأمر إلى إصلاح بيت الأسرة، فعن يوسف بن عبد الله بن سلام عن

(١) رواه البخاري تعليقاً في كتاب التوحيد، باب قول الله تعالى: ﴿وَكَانَ اللَّهُ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾^(١٣٥)، وهو موصول عند النسائي في السنن، كتاب الطلاق، باب الظهار، (ح ٣٤٦٠)، وابن ماجه في السنن، كتاب الطلاق، باب الظهار، (ح ٢٠٦٣)، وأحمد في المسند (٢٢٨/٤٠)، (ح ٢٤١٩٥)، وإسناده صحيح، صححه الألباني في صحيح ابن ماجه، (ح ٢٠٦٣).

(٢) تفسير البغوي (٨/٥٠-٥١).

(٣) أخرجه ابن جرير في تفسيره (٢٢٧/٢٣). وينظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٢٧٣/١٧).

خويلة بنت ثعلبة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا قالت: «فِي وَاللهِ وَفِي أَوْسِ بْنِ الصَّامِتِ أَنْزَلَ اللهُ صَدْرَ سُورَةِ الْمَجَادِلَةِ»، قالت: «كُنْتُ عِنْدَهُ وَكَانَ شَيْخًا كَبِيرًا قَدْ سَاءَ خَلْقُهُ»، قالت: «فَدَخَلَ عَلَيَّ يَوْمًا فَرَاغَعْتُهُ بِشَيْءٍ فَغَضِبَ فَقَالَ: أَنْتِ عَلِيٌّ كَظْهَرِ أُمِّي»، قالت: «ثُمَّ خَرَجَ فَجَلَسَ فِي نَادِي قَوْمِهِ سَاعَةً، ثُمَّ دَخَلَ عَلَيَّ فَإِذَا هُوَ يَرِيدُنِي عَنِ نَفْسِي»، قالت: «قُلْتُ: كَلَا، وَالَّذِي نَفْسُ خُوَيْلَةَ بِيَدِهِ، لَا تَخْلُصُ إِلَيَّ وَقَدْ قُلْتَ مَا قُلْتَ، حَتَّى يَحْكُمَ اللهُ وَرَسُولُهُ فِينَا بِحُكْمِهِ»، قالت: «فَوَاطِنِي فَاثَمْتَعْتُ مِنْهُ، فَغَلَبْتُهُ بِمَا تَغْلِبُ بِهِ الْمَرْأَةَ الشَّيْخَ الضَّعِيفَ، فَأَلْقَيْتُهُ عَنِّي»، قالت: «ثُمَّ خَرَجْتُ إِلَى بَعْضِ جَارَاتِي فَاسْتَعْرَتْ مِنْهَا ثِيَابًا، ثُمَّ خَرَجْتُ حَتَّى جِئْتُ إِلَى رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَجَلَسْتُ بَيْنَ يَدَيْهِ، فَذَكَرْتُ لَهُ مَا لَقِيتُ مِنْهُ، وَجَعَلْتُ أَشْكُو إِلَيْهِ مَا أَلْقَى مِنْ سُوءِ خَلْقِهِ»، قالت: «فَجَعَلَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: ((يَا خُوَيْلَةَ، ابْنِ عَمِّكَ شَيْخٌ كَبِيرٌ، فَاتَّقِي اللهُ فِيهِ))». قالت: «فَوَاللهِ مَا بَرَحْتُ حَتَّى نَزَلَ فِيَّ قُرْآنٌ، فَتَغَشَى رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَا كَانَ يَتَغَشَاهُ، ثُمَّ سَرَى عَنْهُ فَقَالَ لِي: ((يَا خُوَيْلَةَ، قَدْ أَنْزَلَ اللهُ فِيكَ وَفِي صَاحِبِكَ قُرْآنًا))، ثُمَّ قَرَأَ عَلَيَّ: ﴿قَدْ سَمِعَ اللهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللهِ وَاللهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا إِنَّ اللهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ﴾» إلى قوله تعالى: ﴿وَاللَّكْفِيرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾»، قالت: «فَقَالَ لِي رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((مَرِيهْ فَلِيَعْتَقْ رَقَبَةً))». قالت: «فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللهِ مَا عِنْدَهُ مَا يَعْتَقُ. قَالَ: ((فَلِيَصُمْ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ))». قالت: «فَقُلْتُ: وَاللهِ إِنَّهُ لَشَيْخٌ كَبِيرٌ مَالَهُ مِنْ صِيَامٍ، قَالَ: ((فَلِيَطْعَمْ سِتِينَ مَسْكِينًا وَسَقَاءً مِنْ تَمْرٍ))». قالت: «فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللهِ مَا ذَاكَ عِنْدَهُ»، قالت: «فَقَالَ رَسُولُ اللهِ

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((فإننا سنعيّنه بفرق من تمر)). «قالت: فقلت يا رسول الله: وأنا سأعيّنه بفرق آخر. قال: ((قد أصبت وأحسنت، فاذهبي فتصدقني به عنه، ثم استوصي بابن عمك خيراً)).» قالت: «ففعلت»^(١).

وجه الشاهد: أنه استمع لشكواها بحضورها، ثم نصحتها، وحل النزاع الواقع بينها وبين زوجها، وأوصاها بزوجها خيراً.

قال الطاهر بن عاشور رَحْمَةُ اللَّهِ: «افتتحت آيات أحكام الظهر بذكر سبب نزولها؛ تنويهاً بالمرأة التي وجهت شكواها إلى الله تعالى، بأنها لم تقصر في طلب العدل في حقها وحق بنيتها، ولم ترض بعنجهية زوجها وابتداره إلى ما ينثر عقد عائلته دون تبصر ولا روية، وتعليماً لنساء الأمة الإسلامية، ورجالها واجب الذود عن مصالحها»^(٢).

وجاء في قصة أخرى - في شأن الجماع في نهار رمضان - ما يوضح أن سماع الشكوى يكون من الطرفين، كما أنه يُسمع من المرأة، وكذلك يسمع من الرجل، فالحوار لجميع أطراف الشكوى، حتى يصل الحكم بينهما للرأي الصواب والمناسب لحل الأمر الواقع بينهما، فعن سلمة بن صخر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: «كنت امرأ قد أوتيت من جماع النساء ما لم يؤت غيري، فلما دخل رمضان تظهرت من امرأتي حتى ينسلخ رمضان، فرقاً من أن أصيب في ليلتي شيئاً فأتتابع في ذلك إلى أن يدركني النهار، وأنا لا أقدر أن أنزع، فبينما هي تخدمني

(١) رواه أبو داود في السنن، كتاب الطلاق، باب في الظهر، (ح ٢٢١٤)، وأحمد في المسند (٣٠٠/٤٥)، (ح ٢٧٣١٩).

(٢) تفسير التحرير والتنوير، لابن عاشور (٧/١٥).

من الليل إذ تكشف لي منها شيء فوثبت عليها، فلما أصبحت غدوت على قومي فأخبرتهم خبري، وقلت: انطلقوا معي إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فأخبره بأمرى، فقالوا: لا والله لا نفعل نتخوف أن ينزل فينا، أو يقول فينا رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مقالة يبقى علينا عارها، ولكن اذهب أنت فاصنع ما بدا لك، قال: فخرجت حتى أتيت النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فأخبرته خبري، فقال لي: ((أنت بذاك)). فقلت: أنا بذاك، فقال: ((أنت بذاك)). فقلت: أنا بذاك. قال: ((أنت بذاك)). قلت: نعم، ها أنا ذا، فأمض في حكم الله عَزَّوَجَلَّ فإني صابر له. قال: ((اعتق رقبة)). قال: فضربت صفحة رقبتى بيدي، وقلت: لا والذي بعثك بالحق ما أصبحت أملك غيرها. قال: ((فصم شهرين متتابعين)). قلت: يا رسول الله وهل أصابني ما أصابني إلا في الصيام؟ قال: ((فتصدق)). فقلت: والذي بعثك بالحق لقد بتنا ليلتنا هذه وحشاً ما لنا عشاء. قال: ((اذهب إلى صاحب صدقة بني زريق فقل له فليدفعها إليك، فأطعم عنك منها وسقاً من تمر ستين مسكيناً، ثم استعن بسائره عليك وعلى عيالك)). قال: فرجعت إلى قومي، فقلت: وجدت عندكم الضيق وسوء الرأي ووجدت عند رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ السعة والبركة، قد أمر لي بصدقتكم فادفعوها إلي، فدفعوها إلي»^(١).

ووجه الشاهد: قوله: «وجدت عندكم الضيق وسوء الرأي، ووجدت عند رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ السعة والبركة». فهذه هي النتيجة المفترض

(١) رواه أبو داود في السنن، كتاب الطلاق، باب في الظهار، (ح ٢٢١٣)، والترمذي في السنن، كتاب الطلاق واللعان، باب ما جاء في كفارة الظهار، (ح ١٢٠٠)، وابن ماجه في السنن، كتاب الطلاق، باب الظهار، (ح ٢٠٦٢). بسند صحيح.

وقوعها عند القيام بواجب الصلح بين المتنازعين، وحل المشكلات الأسرية، وهكذا ينبغي أن يصل عمل الحكم بين الزوجين والساعي بينهما بالصلح. فحضور أطراف النزاع، وسماعهم، يعد من أهم الأمور والخطوات لحل النزاعات الأسرية، وهو ما نص عليه القانون المذكور في مادته التاسعة المذكورة سابقاً، فالمدعي في هذه المرحلة عند إقدامه على هذه الخطوة، واللجوء إلى الشكوى مما وصل إليه أمره، يحتاج إلى حُسن استماع وإصغاء له من قبل الساعي للصلح بينه وبين الطرف الآخر - أعني الاختصاصي في مركز تسوية النزاعات الأسرية الذي حدده هذا القانون -، والإنصات الجيد لما يقول، ومساعدته على بثِّ حزنه وشكواه، بطريقة يخفف عنه ما يعانيه من أحوالٍ نفسية، كان لها الأثر البالغ في اللجوء إلى القضاء، ومن ثم تتهياً نفسه لسماع النصيحة والتوجيه والحوار النافع، بغية الوصول بعد ذلك إلى ما فيه صلاح الأسرة وبقاؤها، وتسوية النزاع الواقع بين أطرافها.

ثانياً: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾^(١).

وجه الشاهد من الآية: أنها تدل على مشروعية الخطوة الرابعة من خطوات الصلح، وهي نصح أطراف النزاع وتوجيههم، وتبصيرهم فيما هم مقبلون عليه، للوصول إلى الصلح بينهم، وبقاء كيان الأسرة قائماً على

(١) سورة النساء الآية ١٢٨.

رابط التقوى والإحسان، فأى صلح يقع بين الزوجين فهو صلح جائز، ما لم يخلف الكتاب والسنة.

وقد استنبط الفقهاء من هذه الآية هذا الأصل، قال ابن كثير: «يقول تعالى مخبراً ومشرعاً عن حال الزوجين: تارة في حال نفور الرجل عن المرأة، وتارة في حال اتفائه معها، وتارة في حال فراقه لها. فالحالة الأولى: ما إذا خافت المرأة من زوجها أن ينفر عنها، أو يعرض عنها، فلها أن تسقط حقها أو بعضه، من نفقة أو كسوة، أو مبيت، أو غير ذلك من الحقوق عليه، وله أن يقبل ذلك منها فلا جناح عليها في بذلها ذلك له، ولا عليه في قبوله منها؛ ولهذا قال تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصَلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا﴾، ثم قال: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ أي: من الفراق. وقوله: ﴿وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسَ الشُّحَّ﴾ أي: الصلح عند المشاحة خير من الفراق؛ ولهذا لما كبرت سودة بنت زمعة عزم رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على فراقها، فصالحته على أن يمسكها، وتترك يومها لعائشة، فقبل ذلك منها وأبقاها على ذلك»^(١).

وجاء في سبب نزول هذه الآية عن عروة عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: أنها قالت له: «يا ابن أختي، كان رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لا يفضل بعضنا على بعض في القسم من مكثه عندنا، وكان قلَّ يوم إلا وهو يطوف علينا، فيدنو من كل امرأة من غير ميسيس، حتى يبلغ إلى التي هو يومها فيبيت عندها، ولقد قالت سودة بنت زمعة حين أسنت - وفَرَّقَتْ أَنْ يَفَارِقَهَا رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: يا رسول الله، يومي لعائشة. فقبل ذلك رسول

(١) تفسير ابن كثير (٢/٣٧٨).

الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ منها. قالت: نقول في ذلك أنزل الله تعالى وفي أشباهها:
﴿وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاضًا﴾^(١).

وعن عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا: ﴿وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ
إِعْرَاضًا﴾ قالت: «الرجل تكون عنده المرأة، ليس بمستكثر منها، يريد أن
يفارقها، فنقول: أجعلك من شأني في حل»؛ فنزلت هذه الآية^(٢).

قال ابن كثير: «وقال ابن أبي حاتم عن خالد بن عرعة قال: جاء رجل
إلى علي بن أبي طالب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فسأله عن قول الله عَزَّوَجَلَّ: ﴿وَإِنْ أَمْرًا
خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا﴾، قال
علي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: يكون الرجل عنده المرأة، فتنبو عيناه عنها من دماستها، أو
كبرها، أو سوء خلقها، أو قذذها، فتكره فراقه، فإن وضعت له من مهرها
شيئاً حل له، وإن جعلت له من أيامها فلا حرج.

وكذا فسرها ابن عباس، وعبيدة السلماني، ومجاهد بن جبر، والشعبي،
وسعيد بن جبير، وعطاء، وعطية العوفي، ومكحول، والحكم بن عتبة،

(١) رواه أبو داود في السنن، كتاب النكاح، باب في القسم بين النساء، (ح ٢١٣٥).
وأصل الحديث في الصحيحين، عند البخاري برقم (٢٦٩٤) في كتاب الصلح،
باب قول الله تعالى: ﴿أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾. وعند مسلم برقم
(٣٠٢١)، كتاب التفسير.

(٢) رواه البخاري في صحيحه، كتاب المظالم، باب إذا حلله من ظلمه فلا رجوع فيه، (ح
٢٤٥٠).

والحسن، وقتادة، وغير واحد من السلف والأئمة، ولا أعلم في ذلك خلافاً في أن المراد بهذه الآية هذا. والله أعلم»^(١).

ثم قال أيضاً: «والظاهر من الآية أن صلحها على ترك بعض حقها للزوج، وقبول الزوج ذلك، خير من المفارقة بالكلية، كما أمسك النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سودة بنت زمعة على أن تركت يومها لعائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، ولم يفارقها، بل تركها من جملة نسائه، وفعله ذلك لتتأسى به أمته في مشروعية ذلك وجوازه، فهو أفضل في حقه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، ولما كان الوفاق أحب إلى الله من الفراق قال: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾، بل الطلاق بغض إليه سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى»^(٢).

قال القرطبي: «قال علمائنا: وفي هذا: أن أنواع الصلح كلها مباحة في هذه النازلة؛ بأن يعطي الزوج على أن تصبر هي، أو تعطي هي على أن يؤثر الزوج، أو على أن يؤثر ويتمسك بالعصمة، أو يقع الصلح على الصبر والأثرة من غير عطاء؛ فهذا كله مباح»^(٣).

قال ابن قدامة: «وإذا خافت المرأة نشوز زوجها وإعراضه عنها، لرغبته عنها، إما لمرض بها، أو كبر، أو دَمَامَة، فلا بأس أن تضع عنه بعض حقوقها تسترضيه بذلك، لقوله الله تعالى: ﴿وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا﴾

(١) تفسير ابن كثير (٢/ ٣٨٠). باختصار.

(٢) تفسير ابن كثير (٢/ ٣٨٢).

(٣) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٥/ ٤٠٥).

الآية...، ومتى صالحته على ترك شيء من قسمها أو نفقتها، أو على ذلك كله، جاز، فإن رجعت فلها ذلك»^(١).

وقال القرطبي أيضاً: «قوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ لفظ عام مطلق، يقتضي أن الصلح الحقيقي الذي تسكن إليه النفوس ويزول به الخلاف خير على الإطلاق. ويدخل في هذا المعنى جميع ما يقع عليه الصلح بين الرجل وامرأته في مال أو وطء أو غير ذلك. ﴿خَيْرٌ﴾ أي خير من الفرقة؛ فإن التهادي على الخلاف والشحناء والمباغضة هي قواعد الشر، وقال عَلَيْهِ السَّلَامُ في البغضة: ((إنها الحالقة)). يعني حالقة الدين لا حالقة الشعر»^(٢).

وقال الدكتور خالد رشيد الجميلي -مستنبطاً من هذه الآية مبدأً فقهياً-: «وقد استنبطنا من هذا القبس القرآني الوهاج أسمى مبدأ من مبادئ الفقه الاجتماعي الإسلامي ألا وهو ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ الصلح في البقاء، الصلح في التنازل، رغم شح النفوس التي تَعْبُّ ولا ترتوي من كثر الفلوس، فإذا كسر الزوج رغبة نفسه بإعطاء ما يجب، وإذا كسرت المرأة رغبة النفس بالتنازل عما يجب، فهذه هي الأسرة الفضلى المشيدة على المبادئ المثل»^(٣).

وبعد عرض هذه الأقوال يتبين لنا أن الآية دليل على مشروعية صفة الصلح وخطواته التي ذكرنا.

(١) المغني (١٠/٢٦٢-٢٦٣).

(٢) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٥/٤٠٦).

(٣) أحكام مسؤولية الأمة التضامنية وحقوق الإنسان في الفقه الاجتماعي الإسلامي. ص (١٦٩).

ثالثاً: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ (١).

قال ابن كثير: «ذكر تعالى الحال الأول، وهو إذا كان النفور والنشوز من الزوجة، ثم ذكر الحال الثاني وهو إذا كان النفور من الزوجين، فقال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ (٢). قال الفقهاء: إذا وقع الشقاق بين الزوجين، أسكنهما الحاكم إلى جنب ثقة، ينظر في أمرهما، ويمنع الظالم منهما من الظلم، فإن تفاقم أمرهما وطالت خصومتها، بعث الحاكم ثقة من أهل المرأة، وثقة من قوم الرجل، ليجتمعا وينظرا في أمرهما، ويفعلا ما فيه المصلحة مما يريانه من التفريق أو التوفيق، وتشوِّف الشارع إلى التوفيق؛ ولهذا قال: ﴿وَإِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ (٣). وقال ابن العربي في تفسير هذه الآية: «وهي من الآيات الأصول في الشريعة» (٤).

قال ابن قدامة: «وجملة ذلك أن الزوجين إذا وقع بينهما شقاق، نظر الحاكم، فإن بان له أنه من المرأة، فهو نشوز، وقد مضى حكمه (يعني ما نقلته عنه في الدليل السابق)، وإن بان أنه من الرجل، أسكنهما إلى جانب ثقة يمنعه من الإضرار بها، والتعدي عليها، وكذلك إن بان من كل واحد

(١) سورة النساء الآية ٣٥.

(٢) سورة النساء الآية ٣٥.

(٣) تفسير ابن كثير (٢/٢٥٩).

(٤) أحكام القرآن، لابن العربي (١/٥٣٧).

منها تعدّ، أو ادعى كل واحد منها أن الآخر ظلمه، أسكنها إلى جانب من يشرف عليها ويلزمها الإنصاف، فإن لم يتهياً ذلك، وتمادى الشر بينهما، وخيف الشقاق عليهما والعصيان، بعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها، فنظرا بينهما، وفعلا ما يريان المصلحة فيه، من جمع أو تفريق، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا﴾ الآية^(١).

وقد جاء قانون محكمة الأسرة الجديد متفقاً مع ما قاله الفقهاء، فيما يستفاد من هذه الأدلة من صفة الصلح بين الزوجين، والخطوات التي نصّ عليها، والسعي في ذلك وفق الطرق المشروعة والحسنة، سواء أكان ذلك بسعي من مختص واحد أو أكثر^(٢).

(١) المغني (١٠/٢٦٣-٢٦٤).

(٢) ينظر: الطرق الحكيمة، لابن القيم ص (٢٣٨-٢٣٩).

المبحث الرابع

في الأثر المترتب على قرار المختص بتسوية النزاع الأسري، وآداب المختصين بالصلح عند حل النزاع والشقاق

وفيه مطلبان:

المطلب الأول في: أثر القرار الصادر من المختص بتسوية النزاع الأسري:

جاء في قانون محكمة الأسرة الكويتي رقم (١٢) لسنة ٢٠١٥م المعدل بالقانون رقم (١١) لسنة ٢٠١٨م في مادته العاشرة ما يوضح حدود القرار الذي يصدر من رئيس مركز النزاعات الأسرية، أو من ينوب عنه من المختصين بحل النزاعات، ومدى أثر ذلك، فجاء في نصها: «يجب أن تنتهي التسوية طبقاً للمادة السابقة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب، ويتعين عدم تجاوز هذه المدة إلا باتفاق الطرفين وبحد أقصى لا يتجاوز ستين يوماً، فإذا تم الصلح في هذا الأجل ولم يكن فيه ما يخالف أصول الشريعة أو النظام العام أو الآداب العامة؛ يتولى رئيس مركز تسوية المنازعات الأسرية أو من ينوب عنه في ذلك من العاملين بالمركز، إثباته في محضر يوقعه أطراف النزاع شخصياً أو بوكيل مفوض بالصلح بمحضر الجلسة التي تم فيها، ويرفع الأمر لرئيس الدائرة المختصة ليزيله بالصيغة التنفيذية وينتهي به النزاع في حدود ما تم الصلح فيه. وإذا لم تسفر الجهود عن تسوية النزاع ودياً في جميع عناصره أو بعضها، وأصرَّ الطالب على استكمال السير فيه، يحرر

رئيس المركز أو من ينوب عنه في ذلك من العاملين بالمركز محضراً بما تم يوقع من أطراف النزاع، ثم يرسله إلى إدارة كتاب محكمة الأسرة المختصة في موعد غايته سبعة أيام من تاريخ طلب أصحاب الشأن، وترفق به تقارير الخبراء إن وجدت، وذلك تمهيداً للسير في الإجراءات القضائية وفقاً للقانون. ولا تغني مساعي التسوية الودية التي يجريها المركز عما تلتزم به محكمة الأسرة عند نظر دعاوي التفريق للضرر من اتباع القواعد المنصوص عليها في المواد من (١٢٧) إلى (١٣٢) من قانون الأحوال الشخصية».

وهذا الذي نصّ عليه القانون وقرره يفيد بأن مهمة الاختصاصيين -المستعان بهم لحل النزاعات الأسرية- عظيمة وجليلة، ويقع على عاتقهم عمل مهم، بل هو أهم الغايات التي يرمي إليها القانون، والمتفقة مع مقاصد الشريعة السمحاء في إصلاح ذات البين، وهو حل النزاعات الأسرية ودياً وسلمياً دون اللجوء إلى القضاء.

وقد أوضح القانون في مادته العاشرة أثر نتيجة عمل الاختصاصي في المركز، وهذا الأثر ينتهي مداه إلى أحد أمرين:

- إما أن ينتهي إلى اتفاق طرفي النزاع على الصلح.
- أو ينتهي إلى عدم اتفاقهما على الصلح، وعند ذلك إذا أصرّ المدعي على استكمال السير في الدعوى، فإنه يرفع أمره إلى محكمة الأسرة لينظر القاضي فيها.

فأما الأمر الأول الذي ينتهي إليه عمل الاختصاصي في مركز تسوية المنازعات الأسرية، وهو اتفاق طرفي النزاع على الصلح، فإن الاختصاصي عند ذلك ينظر في الصلح المتفق عليه، فإن كان الصلح بإرادة طرفي النزاع واختيارهما، وليس فيه ما يخالف أصول الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب العامة، فإنه يقوم عند ذلك بإثباته في محضر الجلسة التي اتفقوا فيها، ثم يوثق ذلك الاتفاق بتوقيع طرفي النزاع على محضر الصلح، ثم يرفع هذا المحضر إلى رئيس الدائرة القضائية المختصة، فيقوم القاضي المختص بتذليل هذا الصلح بالصيغة التنفيذية ليكون عند ذلك نافذاً، وبذلك ينتهي النزاع في حدود ما جاء في محضر الصلح المتفق عليه.

فعقد الصلح الذي وثقه الاختصاصي بين طرفي النزاع لا يكون لازماً ولا نافذاً إلا بعد رفعه للقضاء، وتذليل القاضي له بالصيغة التنفيذية التي تأخذ قوة الحكم البات، وبذلك يكون عقد الصلح حجة على أطراف النزاع. وأما الأمر الثاني فإن الاختصاصي إذا رأى أنهما لم يتفقا على الصلح، وأصر أحدهما على الاستمرار في الدعوى، فإنه يرفع تقريره بما علمه من حالهما إلى هيئة محكمة الأسرة للسير في الإجراءات القضائية المتبعة وفقاً للقانون.

تكيف عمل الاختصاصي وأثره عند الفقهاء:

بعد عرض وبيان عمل الاختصاصي في حل النزاعات الأسرية كما نص عليه القانون المذكور، يتبين لنا أن أثر عمل الاختصاصي ومداه ينتهي إلى كونه موثقاً وشاهداً للصلح إن وقع، وشاهداً على حالهما إذا لم يقع الصلح،

وهذا في حقيقته هو عمل الرسول المبعوث من القاضي، وعمل الشاهد على العقود، وبذلك يتبين لنا حقيقة توصيف الاختصاصي، وهو أنه شاهد ورسول من قبل وزارة العدل أو الهيئة القضائية في محكمة الأسرة على الصلح بين الزوجين عند الشقاق قبل رفع الأمر للقضاء.

وقد اختار جماعة من الفقهاء توصيف الحكّمين المبعوثين في التحكيم بهذا الوصف، فقالوا: هما شاهدان ورسولان يرسلهما الحاكم ليصلحا بين الزوجين، وليعرفا حالهما، ويخبرا الحاكم والقاضي بما علما من ذلك، وهذا هو عين عمل الاختصاصي في مركز تسوية النزاعات الأسرية.

وبهذا القول قال ابن حزم الظاهري^(١)، وشيخ الإسلام ابن تيمية^(٢)، وبعض المالكية^(٣)، وبعض الحنابلة^(٤)، ومن المعاصرين الدكتور قحطان الدوري^(٥)، والشيخ عبد الله الحنين^(٦).

(١) المحلى: (٨٧/١٠).

(٢) الاختيارات الفقهية ص (٢٥٠)، والإنصاف (٤٨١/٢١).

(٣) ينظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (١٧٦/٥)، أحكام القرآن، لابن العربي (٥٤٠/١)، شرح الزرقاني (٦٢/٤).

(٤) ينظر: الإنصاف (٤٨١/٢١-٤٨٢)، التحكيم في الشريعة الإسلامية، للحنين ص (٢٠٠).

(٥) عقد التحكيم في الشريعة الإسلامية، للدكتور قحطان الدوري ص (٦٣٥).

(٦) التحكيم في الشريعة الإسلامية، للشيخ عبد الله الحنين ص (١٩٨-٢٠١).

والأدلة على ذلك:

١. قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ
وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا
خَبِيرًا﴾ (٣٥) (١).

وجه الشاهد: أن الله تعالى أمر ببعث من يقوم بالإصلاح بين الزوجين،
فإن أراد الزوجان الصلح بنية صادقة يسر الله لهما ذلك، فكان الساعي بينهما
شاهداً على ذلك وموثقاً له (٢).

٢. ما جاء عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ - فِي
حَدِيثِ الْعَسِيفِ الَّذِي زَنَى بِامْرَأَةِ الرَّجُلِ الَّذِي كَانَ عِنْدَهُ - قَالَ: ((وَاعْدُ يَا
أُنَيْسَ إِلَى امْرَأَةِ هَذَا، فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمِهَا)) (٣).

وجه الشاهد: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أُرْسِلَ رَجُلًا وَاحِدًا لِلنَّظَرِ فِي أَمْرِ
الْحُدُودِ، فَإِذَا كَانَ فِي الْحُدُودِ بَعَثَ مِنْ يَنُوبِ عَنْهُ وَيَشْهَدُ عَلَى ذَلِكَ، فَفِي غَيْرِهِ
مِنْ بَابِ أَوْلَى يَجُوزُ (٤).

قال القرطبي: «ويجزئ إرسال الواحد؛ لأن الله سبحانه حكم في الزنى
بأربعة شهود، ثم قد أرسل النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى الْمَرْأَةِ الزَّانِيَةِ أُنَيْسًا وَحده

(١) سورة النساء الآية ٣٥.

(٢) ينظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (١٧٦/٥).

(٣) رواه البخاري في الصحيح، كتاب الوكالة، باب الوكالة في الحدود، (ح ٢٣١٥)،
ومسلم في الصحيح، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، (ح ١٦٩٨).

(٤) ينظر: فتح الباري (١٣/١٩٧).

وقال له: إن اعترفت فارجمها. وكذلك قال عبد الملك في المدونة: قلت: وإذا جاز إرسال الواحد فلو حكّم الزوجان واحداً لأجزاً، وهو بالجواز أولى إذا رضياً بذلك»^(١).

٣. إن جعل الاختصاصي شاهداً وموثقاً في الصلح، ورد أمر التنفيذ ولزومه إلى اعتماد القاضي وأمره وحكمه، يجعله مقبولاً ولازماً ونافذاً في الدوائر القضائية والإجرائية في عمل الناس اليوم.

وفيه فائدة، وهي مراجعة القاضي رئيس الدائرة القضائية لعقد الصلح الذي أبرمه الاختصاصي بين الزوجين، مما يكون في ذلك أكثر دقة وضبطاً بعد مراجعته^(٢).

المطلب الثاني: آداب المختصين بالصلح عند حل النزاع والشقاق:

للمختصين بحل النزاع الأسري آداب، ينبغي أن يتحلى بها من يتولى هذه الأعمال، فهي من الوظائف المرتبطة بالاحتساب ومعاونة القضاء، وهذه الآداب هي:

١. الإخلاص: وهو أعظم الآداب، وأولها وأصلها، ومتى صلحت النوايا وصدقت كان للعمل بركة، وأثر حسن، قال سبحانه: ﴿إِنْ يُرِيدَا

(١) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٥/١٧٧-١٧٨). وينظر: أحكام القرآن، لابن العربي (١/٥٤٣).

(٢) ينظر: أثر التحكيم في الفقه الإسلامي، للدكتور عبد المجيد محمد السوسوه، مجلة الشريعة والقانون بجامعة الإمارات، العدد الثاني والعشرون، ص (١٣٣).

إِصْلَاحًا يُوفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴿٣٥﴾^(١). قال ابن العربي:
إذا أمرهما الله سبحانه بتوفيقه فقد صلح أمرهما وأمر الزوجين، فكل ما كان
بعد ذلك فهو خير، والأصل هي النية، فإذا صَلَّحت صَلَّحت الحال كلها،
واستقامت الأفعال وقُبلت^(٢).

٢. حُسن الاستماع والإصغاء: ومراعاة الأحوال النفسية للمتنازعين،
مع بذل النصيحة لهم بلطف ورفق: وبذلك كان تعامل النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ
مع هذه الأحوال، وهو القدوة والأسوة، لذلك كان جواب الرجل -الذي
وقع على زوجته في نهار رمضان- أن قال: «فرجعت إلى قومي، فقلت:
وجدت عندكم الضيق وسوء الرأي ووجدت عند رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ
السعة والبركة، قد أمر لي بصدقكم فادفعوها إليّ. فدفعوها إليّ»^(٣).

ومن هذا يؤخذ أن الحُكم بين أطراف النزاع والسّامع للشكوى عليه أن
يتحلّى بالحلم وسعة الصدر، وحُسن الاستماع، والصبر على ما يرى منها،
حال بحثه للحالة المعروضة عليه، ومراعاة الأحوال النفسية للطرفين،
خاصة الزوجة؛ فإن الأحوال النفسية المتغيرة تأثر عليها في فعلها ومقالها،
وربما يدفعها ذلك إلى طلب الفراق من الزوج، أو إلحاق الضرر بنفسها

(١) سورة النساء الآية ٣٥.

(٢) أحكام القرآن (١/٥٤٢).

(٣) رواه أبو داود في السنن، كتاب الطلاق، باب في الظهار، (ح ٢٢١٣)، والترمذي في
السنن، كتاب الطلاق واللعان، باب ما جاء في كفارة الظهار، (ح ١٢٠٠)، وابن ماجه
في السنن، كتاب الطلاق، باب الظهار، (ح ٢٠٦٢). بسند صحيح.
ينظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٥/١٧٥).

أو بزوجها، ولقد تفهم ذلك النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في سماعه لهن وتعامله معهن، فعن أنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: كَانَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عِنْدَ بَعْضِ نِسَائِهِ، فَأَرْسَلَتْ إِحْدَى أُمَّهَاتِ الْمُؤْمِنِينَ بِصَحْفَةٍ فِيهَا طَعَامٌ، فَضْرَبَتِ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي بَيْتِهَا يَدَ الْخَادِمِ، فَسَقَطَتِ الصَّحْفَةُ، فَانْفَلَقَتْ، فَجَمَعَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَلَقَّ الصَّحْفَةَ، ثُمَّ جَعَلَ يَجْمَعُ فِيهَا الطَّعَامَ الَّذِي كَانَ فِي الصَّحْفَةِ وَيَقُولُ: «غَارَتْ أُمَّكُمْ». ثُمَّ حَبَسَ الْخَادِمَ حَتَّى أَتَى بِصَحْفَةٍ مِنْ عِنْدِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي بَيْتِهَا، فَدَفَعَ الصَّحْفَةَ الصَّحِيحَةَ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَكَسَرَتْ صَحْفَتَهَا، وَأَمْسَكَ الْمَكْسُورَةَ فِي بَيْتِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ^(١).

قال الحافظ ابن حجر: «فيه إشارة إلى عدم مؤاخذه الغيرة بما يصدر منها؛ لأنها في تلك الحالة يكون عقلها محجوباً بشدة الغضب الذي أثارته الغيرة، وقد أخرج أبو يعلى بسند لا بأس به عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا مَرْفُوعاً: «إِنَّ الْغِيْرَاءَ لَا تَبْصُرُ أَسْفَلَ الْوَادِي مِنْ أَعْلَاهُ». قالته في قصة»^(٢).

وقال أيضاً: «وفي الحديث حُسن خلقه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وإِنْصَافَهُ وَحِلْمَهُ. قال ابن العربي: وكأنه إنما لم يؤدب الكاسرة ولو بالكلام لما وقع منها من التعدي لما فهم من أن التي أهدت أرادت بذلك أذى التي هو في بيتها، والمظاهرة عليها، فاقصر على تغريمها للقصة»^(٣).

(١) صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الغيرة، (ح ٥٢٢٥).

(٢) فتح الباري (٢٣٦/٩).

(٣) فتح الباري (١٥٠/٥ - ١٥١).

وعن عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا: «أن نساء رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كن حزبين فحزب فيه عائشة وحفصة وسودة، والحزب الآخر أم سلمة وسائر نساء رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وكان المسلمون قد علموا حب رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عائشة، فإذا كانت عند أحدهم هدية يريد أن يهديها إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أخرها حتى إذا كان رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في بيت عائشة بعث صاحب الهدية إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في بيت عائشة، فكلّم حزب أم سلمة فقلن لها: كلمي رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يكلم الناس فيقول: من أراد أن يهدي رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هدية فليهدا إليه حيث كان من بيوت نسائه. فكلّمته أم سلمة بما قلن، فلم يقل لها شيئاً، فسألنها فقالت: ما قال لي شيئاً، فقلن لها: فكلّميه، قالت: فكلّمته حين دار إليها أيضاً، فلم يقل لها شيئاً، فسألنها فقالت: ما قال لي شيئاً، فقلن لها: كلميه حتى يكلمك، فدار إليها فكلّمته، فقال لها: ((لا تؤذيني في عائشة، فإن الوحي لم يأتي وأنا في ثوب امرأة إلا عائشة)). قالت: فقالت أتوب إلى الله من أذاك يا رسول الله، ثم إنهن دعون فاطمة بنت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فأرسلت إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تقول: إن نساءك ينشدنك الله العدل في بنت أبي بكر. فكلّمته فقال: ((يا بنية، ألا تحبين ما أحب؟)). قالت: بلى. فرجعت إليهن فأخبرتهن، فقلن: ارجعي إليه. فأبت أن ترجع، فأرسلن زينب بنت جحش، فأتته فأغلظت وقالت: إن نساءك ينشدنك الله العدل في بنت ابن أبي قحافة. فرفعت صوتها حتى تناولت عائشة وهي قاعدة فسبتهما، حتى إن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لينظر إلى عائشة هل تكلم، قال فتكلمت

عائشة ترد على زينب حتى أسكتتها، قالت فنظر النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى عائشة وقال: ((إنها بنت أبي بكر))^(١).

قال الحافظ ابن حجر: «وفيه جواز التشكي والتوسل في ذلك»^(٢). ثم قال رَحِمَهُ اللهُ: قال الداودي: وفيه عذر النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لزينب، قال ابن التين: ولا أدري من أين أخذه. قلت: كأنه أخذه من مخاطبتها النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لطلب العدل مع علمها بأنه أعدل الناس، لكن غلبت عليها الغيرة فلم يؤاخذها النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بإطلاق ذلك»^(٣).

ويؤخذ من هذه الأدلة ما يجب أن يكون عليه من يتولى الإصلاح بين الزوجين وفض النزاع بينهما، في عدم مؤاخذة أطراف النزاع الأسري عند سماع شكواهم ومحاورتهم؛ مراعاة لحال الزوجين النفسية، ولذلك ينبغي عند سماع الشكوى اختيار الوقت المناسب في الحوار والجدال لحل الخلافات الأسرية، بحيث يكون جميع الأطراف مهئين لذلك، حتى يعرف حقيقة الشكوى هل هي خلاف؟ أو أنه سوء تفاهم؟ فلا بد من مساعدتهم للتعبير عما في نفوسهم بأسلوب مباشر، للوصول إلى أفضل النتائج، وقد راعى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هذه الأحوال، لذلك نهى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الطلاق حال الحيض، مراعاة لهذه الأحوال، وهذا النهي محل اتفاق بين العلماء^(٤).

(١) صحيح البخاري، كتاب الهبة وفضلها، باب من أهدى إلى صاحبه، (ح ٢٥٨١)، صحيح مسلم، كتاب فضائل الصحابة، باب في فضل عائشة، (ح ٢٤٤٢).

(٢) فتح الباري (٥/٢٤٦).

(٣) فتح الباري (٥/٢٤٦).

(٤) ينظر: التمهيد، لابن عبد البر (٥٤/١٥، ٥٨)، شرح صحيح مسلم، للنووي (١٠/٦٠)، الشرح الكبير، لأبي الفرج ابن قدامة (١٧٢/٢٢-١٧٣).

وذكر جماعة من أهل العلم الحكمة من ذلك أنها راجعة للزوج، وبعضهم قال أنها راجعة للزوجة مراعاة لجانب حالها وتغيرها أثناء فترة الحيض، واضطرابها النفسي في تلك الحال التي تعرض لها، فلربما لا تكن في حال تسمح لها في حسن الحوار والجدال مع الزوج، مما يجعل بعض الأزواج يتعجل الحكم عليها في هذه الحالة العارضة، فيظن أنها لا تصلح لاستمرار الحياة الزوجية معها، فيبادر إلى الطلاق فيوقعه ثم يندم بعد ذلك^(١)، وهذا ملحظ نفسي في مثل هذه الحالات، دل عليه حديث ابن عمر لما طلق زوجته وهي حائض فنهاه النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن ذلك وأمره بردها^(٢).

ومن أجل مراعاة هذه الأحوال النفسية وأثرها على الخلافات الأسرية، فإن الشارع نفى وقوع طلاق المغلق عليه، وهو الغضبان أو ذاهب العقل والتفكير والاختيار، فلم يؤاخذ في ذلك، لحديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: ((لا طلاق ولا عتاق في إغلاق))^(٣). قال ابن القيم: «فعند رسول الله السعة والرحمة، وعند غيره الشدة والنقمة، فما جاءه مكروب إلا وجد عنده تفريج كربته، ولا لهفان إلا وجد عنده إغاثة لهفته، فما فرق بين زوجين إلا عن وطر واختيار، ولا شئت شمل محبين إلا عن

(١) ينظر: الشرح الممتع، لابن عثيمين (٤٦/١٣).

(٢) صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب ﴿يَتَأْتِيهَا اللَّيْلُ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ [سورة الطلاق: الآية ١]، (ح ٥٢٥١).

(٣) رواه أحمد في المسند، (ح ٢٦٣٦٠)، وأبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب في الطلاق على غلط، (ح ٢١٩٣)، وابن ماجه في سننه، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، (ح ٢٠٤٦)، وأبو يعلى في مسنده (ح ٤٤٤٤)، والحاكم في المستدرک (٢/١٩٨)، وصححه وحسنه الألباني في صحيح ابن ماجه (ح ٢٠٤٦).

إرادة منها وإيثار، ولم يخرب ديار المحبين بغلط اللسان ولم يفرق بينهم بما جرى عليه من غير قصد الإنسان، بل رفع المؤاخذه بالكلام الذي لم يقصده بل جرى على لسانه بحكم الخطأ والنسيان، أو الإكراه والسبق على طريق الاتفاق. فقال فيما رواه عنه أهل السنن^(١). ثم ذكر حديث عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا السابق.

فالإغلاق هو الذي يغلق على الإنسان قصده وفهمه، حتى لا يتصور ما ترتب على الطلاق، بل من شدة الغضب ومن شدة الإكراه ترخص عنده الزوجة فلا يبالي بها أن يطلقها ليتخلص من هذا الإكراه والظلم مما يضره، أو شدة غضبه الذي ظهرت أسبابه ودلائله ووسائله حتى انغلق عليه قصده، وانغلقت عليه الدنيا بجملتها، حتى لا يهيمه إلا التخلص من هذه المرأة، بسبب ما جرى بينه وبينها من نزاع شديد أو ما أشبه ذلك، ولهذا قال ابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا: «إنما الطلاق عن وطر»^(٢)، أي عن غرض من المطلق في وقوعه، وهذا من كمال فقهه رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، إذ الألفاظ أنها يترتب عليها موجباتها لقصد الالفاظ بها^(٣).

- (١) إغاثة اللفهان في حكم طلاق الغضبان ص (٣-٤).
- (٢) ذكره البخاري تعليقاً في كتاب الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق والكره والسكران والمجنون.
- (٣) إعلام الموقعين عن رب العالمين (٣/٧١). بتصرف.
- وينظر: معالم السنن، للخطابي (٣/٢٤٢)، نيل الأوطار (٦/٢٧٩)، التيسير بشرح الجامع الصغير (٢/٥٠١).

قال ابن القيم رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: «قال شيخنا: ويدخل في ذلك طلاق المكره والمجنون، ومن زال عقله بسكر أو غضب، وكل من لا قصد له ولا معرفة له بما قال»^(١).

ثم قرر ابن القيم رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى القاعدة في ذلك فقال: «إن قاعدة الشريعة أن العوارض النفسية لها تأثير في القول إهداراً واعتباراً وإعمالاً وإلغاءً، وهذا كعارض النسيان والخطأ والإكراه والسكر والجنون والخوف والحزن والغفلة والذهول، ولهذا يحتمل من الواحد من هؤلاء من القول ما لا يحتمل من غيره، ويعذر بما لا يعذر به غيره؛ لعدم تجرد القصد والإرادة ووجود الحامل على القول.

ولهذا كان الصحابة يسأل أحدهم الناذر: في رضا قلت ذلك أم في غضب؟ فإن كان في غضب أمره بكفارة يمين لأنهم استدلوا بالغضب على أن مقصوده الحض والمنع كالحلف لا التقرب، وقد قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾ فجعل عارض السكر مانعاً من اعتبار قراءة السكران وذكره وصلاته، كما جعله النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مانعاً من صحة إقراره لما أمر باستنكاه من أقر بين يديه بالزنا. وجعله مانعاً من تكفير من قال له ولأصحابه: هل أنتم إلا عبيد لأبي؟

(١) زاد المعاد في هدي خير العباد (٥/ ٢١٥).

وجعل الله سبحانه الغضب مانعاً من إجابة الداعي على نفسه وأهله،
وجعل سبحانه الإكراه مانعاً من كفر المتكلم بكلمة الكفر، وجعل الخطأ
والنسيان مانعاً من المؤاخذه بالقول والفعل.

وعارض الغضب قد يكون أقوى من كثير من هذه العوارض، فإذا كان
الواحد من هؤلاء لا يترتب على كلامه مقتضاه لعدم القصد فالغضبان الذي
لم يقصد ذلك إن لم يكن أولى بالعدر منهم لم يكن دونهم»^(١).

٣. الإنصاف وإقامة العدل، وتوضيح الحقوق وبيانها للمتنازعين،
بحسن سياسة وتعقل: فعلى المختص أن يوضح لأطراف النزاع حقوق
كل طرف على الآخر، مع تعزيز القناعة التامة في نفوسهم بما قسم الله تعالى
لكل واحد منهما، جاء عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ: «جاءت فتاة إلى رسول
الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقالت: يا رسول الله إن أبي زوجني ابن أخيه؛ يرفع بي
خسيسته. فجعل الأمر إليها، فقالت: فإني قد أجزت ما صنع أبي، ولكن
أردت أن تعلم النساء أن ليس للأباء من الأمر شيء»^(٢).

وعنها رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ: «دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على
رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح
لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي ابني، إلا ما أخذت من ماله بغير

(١) إغاثة اللفهان في حكم طلاق الغضبان ص (٤٣-٤٤).

(٢) رواه النسائي في السنن، كتاب النكاح، باب البكر يزوجه أبوها وهي كارهة، (ح
٣٢٦٩)، وابن ماجه في السنن، كتاب النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة، (ح
١٨٧٤)، وأحمد في المسند (٤٩٢/٤١) (٢٥٠٤٣). والحديث إسناده صحيح.

علمه، فهل علي في ذلك من جناح؟ فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي ابنك))^(١).

وينبغي أيضاً للمختص في حل النزاعات الأسرية أن يجتهد في وعظهم وتذكيرهم بالتقوى والصلاح في إكمال مسيرة النكاح، وأن يذكرهم بما كان بينهم من الفضل والمعروف كما قال تعالى: ﴿وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾^(٢).

وأن يراعوا هذه الفضائل والمحاسن والحقوق، ويحذروهم من سلوك طريق الشيطان في هدم بيوتهم، أو جعلها بيوتاً خالية من الطمأنينة والسعادة، فكم من امرأة طلبت ما يحرم عليها فهدمت بيتها، وأغضبت ربها، وحرمت نفسها من الخير، ففي الحديث عن ثوبان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلْتُ زَوْجَهَا طَلَاقًا فِي غَيْرِ مَا بَأْسٍ، فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ))^(٣).

وعن جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إِنْ إبليس يضع عرشه على الماء، ثم يبعث سراياه، فأدناهم منه منزلة أعظمهم فتنة،

(١) رواه البخاري في صحيحه، كتاب النفقات، باب وعلى الوارث مثل ذلك، (ح ٥٣٧٠)، ومسلم في صحيحه، كتاب الأفضية، باب قضية هند، (ح ١٧١٤).

وينظر: الطرق الحكمية، لابن القيم ص (٢٣٩-٢٤٢).

(٢) سورة البقرة الآية ٢٣٧.

(٣) رواه أبو داود في السنن، (ح ٢٢٢٦)، كتاب الطلاق، باب في الخلع، والترمذي في السنن، (ح ١١٨٧)، كتاب الطلاق واللعان، باب ما جاء في المختلعات. وابن ماجه في السنن، (ح ٢٠٥٥)، كتاب الطلاق، باب كراهية الخلع للمرأة، والإمام أحمد في (المسند) (٣٧/٦٢)، (ح ٢٢٣٧٩) و(٣٧/١١٢)، (ح ٢٢٤٤٠). وهو حديث صحيح، صححه الترمذي وغيره.

يجيء أحدهم فيقول: فعلت كذا وكذا. فيقول: ما صنعت شيئاً. قال: ثم يجيء أحدهم فيقول: ما تركته حتى فرقت بينه وبين امرأته. قال: فيدنيه منه، ويقول: نعم أنت^(١). وعن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((لا يحل لامرأة تسأل طلاق أختها لتستفرغ صحفتها، فإنها لها ما قدر لها))^(٢).

ويذكرهم بأن المشاكل الزوجية لا تخرج في مجملها عن كونها مشاكل بين متحابين، وليضرب لهم الأمثلة على ذلك من السنة النبوية وسيرة الصحابة، ويذكر الرجل بأن يكون في بيت الزوجية هيناً ليناً رقيقاً لطيفاً، قال عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «ينبغي للرجل أن يكون في أهله مثل الصبي؛ فإذا التمس ما عنده وُجد رجلاً». قال الثوري: «وبلغنا عن زيد بن ثابت أنه كان من أفكاه الناس في أهله، وأزمتهم إذا جلس مع القوم»^(٣).

(١) رواه مسلم في صحيحه، كتاب صفة القيامة والجنة والنار، باب تحريش الشيطان، (ح ٢٨١٣).

(٢) رواه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب الشروط التي لا تحل في النكاح، (ح ٥١٥٢)، ومسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح، (ح ١٤٠٨).

(٣) كنز العمال رقم (٤٥٩١٨)، رواه الدينوري في المجالسة (٣/٤٣٠) برقم (١٠٣٨)، (٧/٢٩٤) برقم (٣١٨٨)، والبيهقي في الشعب (٦/٢٩٢)، وابن عساكر في تاريخ دمشق (٨/٤١١). ينظر: التحكيم في الشريعة الإسلامية، لعبد الله آل خنين ص (٢٤١).

الخاتمة

وفي ختام هذا البحث فإن أهم النتائج والتوصيات المستفادة منه ما يلي:

١. أن قانون محكمة الأسرة الجديد قد أسهم بشكل واسع في المساهمة بحل النزاعات الأسرية والتقليل من العنف الأسري وفق قواعد الشريعة العامة.

٢. أن مواد ونصوص قانون محكمة الأسرة الجديد بحاجة إلى ربطها بالنصوص الشرعية من خلال بحثها ودراستها؛ حتى تعم الفائدة بالعمل بهذا القانون وربط العلاقات الأسرية بالفقه الإسلامي.

٣. أن الفقه الإسلامي ثري وغني وواسع في نصوصه وقواعده ومباحثه التي تناولها الفقه، فلم يترك باباً من الأبواب التي فيها أحكام وآداب إلا وقد تناوله بالقدر الذي يسعه ويكفيه.

٤. أن المسؤولية الاجتماعية لها ارتباط كبير في الفقه الإسلامي، فقد تناول الفقهاء مسائل كثيرة تتعلق بالمسؤولية الاجتماعية، وبينوا فيها الأحكام والآداب وخاصة في جانب العلاقات الأسرية.

٥. أن قانون محكمة الأسرة الجديد أبرز المسؤولية الاجتماعية في قانون الأحوال الشخصية وفقه الأسرة بشكل يخدم حلّ وفض النزاعات الأسرية والخلافات الزوجية بما يتفق مع ما ذكره الفقهاء.

٦. أنصح الباحثين في الفقه الإسلامي إلى دراسة نصوص قانون محكمة الأسرة وفق المنهج الفقهي والدراسات الشرعية للإضافة فيه أو تعديل ما يخالف إن وجد حتى تكتمل المنظومة القانونية الشرعية.
٧. أن الاختصاصي في مركز تسوية المنازعات الأسرية ينبغي أن تتوفر فيه الشروط التي أشار إليها القانون، وله آداب خاصة ينبغي الأخذ بها.
٨. أن الصلح بين الزوجين له صفة وخطواته وطرق، ينبغي مراعاتها عند الصلح.



فهرس المصادر والمراجع

١. أثر التحكيم في الفقه الإسلامي، للدكتور عبد المجيد السوسوه، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، العدد الثاني والعشرون.
٢. أحكام القرآن، لابن العربي، ت: محمد عطا، ط: دار الفكر، بيروت، الأولى، ١٩٨٨م.
٣. أحكام القرآن، للجصاص. ط: دار الكتاب العربي، بيروت.
٤. الأحكام السلطانية، للماوردي، ط: مطبعة الحلبي، القاهرة، ١٩٧٣م.
٥. أحكام مسؤولية الأمة التضامنية وحقوق الإنسان التعاونية في الفقه الاجتماعي الإسلامي، للدكتور خالد رشيد الجميلي، ط: دار رواد المجد، دار العصماء، دمشق، ٢٠١٧م.
٦. الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي، لناصر الغامدي، ط: مكتبة الرشد، الرياض، الأولى، ٢٠٠٠م.
٧. الاختيارات الفقهية، للبعلي، ت: محمد حامد الفقي، ط: دار المعرفة، بيروت، لبنان.
٨. أدب القاضي، للماوردي، ت: محيي السرحان، ط: مطبعة الإرشاد، ١٩٧٢م.
٩. أسهل المدارك، للكشناوي، ط: دار الفكر، بيروت، الثانية.
١٠. إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن القيم، ت: عبد الرحمن الوكيل، ط: مكتبة ابن تيمية، القاهرة.
١١. إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان، ت: عبد الرحمن قائد، ط: دار عالم الفوائد، الثالثة، ١٤٣٣هـ.
١٢. الإفصاح عن معاني الصحاح، لابن هبيرة، ط: المكتبة السعيدية، مكتبة الحرمين، الرياض.

١٣. بداية المجتهد، لابن رشد، ت: محمد صبحي حلاف، ط: مكتبة ابن تيمية، الأولى، ١٤١٥هـ.
١٤. تاريخ دمشق، لابن عساكر، ت: عمرو العمروي، ط: دار الفكر، بيروت، الأولى، ١٤١٥هـ.
١٥. تاريخ قضاة الأندلس، لأبي الحسن النباهي، ت: مريم الطويل، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الأولى، ١٤١٥هـ.
١٦. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، للزيلعي. ط: دار الكتاب الإسلامي.
١٧. التحرير والتنوير لابن عاشور، ط: دار سحنون للنشر، تونس.
١٨. تفسير القرآن العظيم، لابن كثير، ت: محمد البنا وآخرون، ط: دار الشعب، القاهرة.
١٩. تفسير ابن أبي حاتم، ت: أسعد الطيب، ط: مكتبة مصطفى الباز، مكة المكرمة.
٢٠. تفسير البغوي، ت: محمد النمر وآخرون، ط: دار طيبة، الرياض، الأولى، ١٤٠٩هـ.
٢١. تفسير ابن جرير الطبري، ت: عبد الله التركي وآخرون، ط: دار هجر، الرياض الأولى، ١٤٢٢هـ.
٢٢. التمهيد، لابن عبد البر، ت: سعيد أعراب وآخرون، الطبعة المغربية، توزيع مكتبة الأوس بالمدينة، ١٤١٠هـ.
٢٣. التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في ضوء الشريعة الإسلامية، للدكتور سعود آل دريب.
٢٤. التيسير بشرح الجامع الصغير للمناوي، ط: مكتبة الشافعي، الرياض، الأولى، ١٤٠٨هـ.
٢٥. الجامع (السنن)، للترمذي، ط: دار السلام، الرياض، الثانية، ١٩٩٩م.



٢٦. الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٥هـ.
٢٧. الرد على الجهمية، للدارمي، ت: بدر البدر، ط: دار ابن الأثير، الكويت، الثانية، ١٤١٦هـ.
٢٨. روضة الطالبين، للنووي، ط: المكتب الإسلامي، بيروت، الثانية، ١٤٠٥هـ.
٢٩. روضة القضاة وطريق النجاة، للسمناني، ت: صلاح الدين الناهي، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، الثانية، ١٤٠٤هـ.
٣٠. زاد المعاد في هدي خير العباد، لابن القيم، ت: شعيب الأرنؤوط، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، السابعة والعشرون، ١٩٩٤م.
٣١. السنن، لأبي داود، ط: دار السلام، الرياض، الثانية، ١٩٩٩م.
٣٢. السنن، للنسائي، ط: دار السلام، الرياض، الثانية، ١٩٩٩م.
٣٣. السنن، لابن ماجه، ط: دار السلام، الرياض، الثانية، ١٩٩٩م.
٣٤. شرح صحيح مسلم، للنووي. ط: دار التراث العربي، بيروت.
٣٥. الشرح الكبير، لأبي الفرج بن قدامة، ت: عبد الله التركي وآخرون، دار هجر، القاهرة، الثانية، ١٩٩٥م.
٣٦. الشرح الممتع، لابن عثيمين، ط: دار ابن الجوزي، الدمام، الأولى، ١٤٢٧هـ.
٣٧. الشروط الصغير، للطحاوي، ت: روجي أوزجان، ط: إحياء التراث الإسلامي، الأوقاف العراقية، الأولى، ١٩٧٤م.
٣٨. شعب الإيمان، للبيهقي، ت: مختار الندوي، ط: مكتبة الرشد، الرياض، الأولى، ١٤٢٣هـ.
٣٩. صحيح البخاري، ط: دار السلام، الرياض، الثانية، ١٩٩٩م.
٤٠. صحيح مسلم، ط: دار السلام، الرياض، الثانية، ١٩٩٩م.

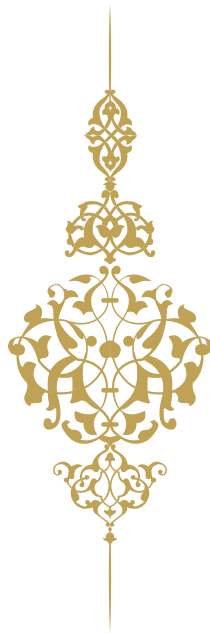


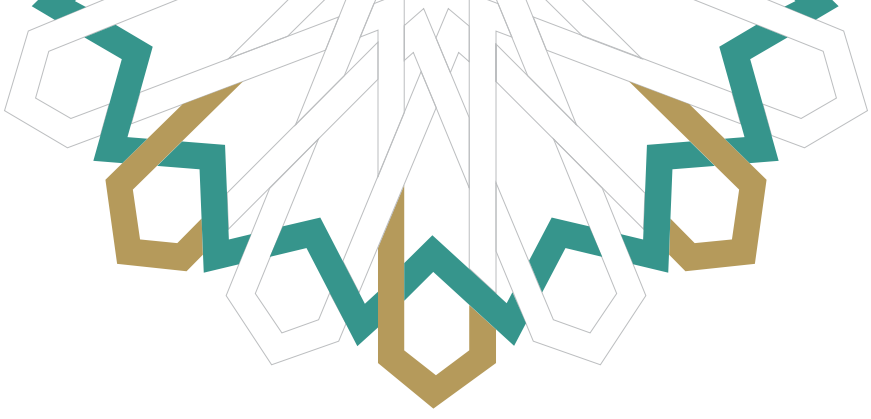
٤١. صحيح ابن ماجه، للألباني، ط: مكتبة المعارف، الرياض، الأولى، ١٤١٧هـ.
٤٢. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، لابن القيم، ت: بشير عيون، ط: دار الأفهام، دمشق، الثالثة، ١٤٣٧هـ.
٤٣. عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، للدكتور: قحطان الدوري، ط: وزارة الأوقاف العراقية، بغداد، الأولى، ١٩٨٥م.
٤٤. فتح الباري، لابن حجر العسقلاني، ت: محب الدين الخطيب، ط: دار الريان.
٤٥. قانون الأحوال الشخصية الكويتي، ط: الفتوى والتشريع، الكويت، الخامسة، ١٩٩٩م.
٤٦. القوانين الفقهية، لابن جزي، ت: الدكتور محمد بن سيدي محمد، ط: وزارة الأوقاف الكويتية، الأولى، ١٤٣١هـ.
٤٧. كنز العمال، للهندي، ت: صفوت السقا، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت.
٤٨. المجالسة وجواهر العلم، للدينوري، ت: مشهور حسن، ط: دار ابن حزم، الأولى، ١٤١٩هـ.
٤٩. المحلى، لابن حزم، ت: أحمد شاكر، ط: مكتبة دار التراث، القاهرة.
٥٠. المستدرک، للحاكم، ط: دار الكتب العلمية، بيروت.
٥١. المسند، للإمام أحمد، ت: شعيب الأرنؤوط وآخرون، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، الأولى، ١٩٩٨م.
٥٢. المسند، لأبي يعلى، ت: إرشاد الحق الأثري، ط: دار القبلة، جدة، الأولى، ١٩٨٨هـ.
٥٣. المصنف، لعبد الرزاق الصنعاني، ت: حبيب الرحمن الأعظمي، ط: منشورات المجلس العلمي.
٥٤. معالم السنن، للخطابي، ت: محمد الطباخ، ط: المطبعة العلمية، بحلب، الأولى.



٥٥. المغني، لابن قدامة، ت: عبد الله التركي وآخرون، دار هجر، القاهرة، الثانية، ١٩٩٢م.
٥٦. مقاصد الشريعة الإسلامية، لابن عاشور، ط: دار السلام، القاهرة، الثامنة، ١٤٣٩هـ.
٥٧. المنتقى شرح الموطأ، للباجي، ط: دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، الثانية.
٥٨. الموافقات، للشاطبي، ت: مشهور حسن سلمان، ط: وزارة الأوقاف السعودية، ١٤٢٤هـ.
٥٩. النظام العام للدولة المسلمة، للدكتور عبد الله العتيبي، ط: دار كنوز إشبيليا، الرياض، الأولى، ٢٠٠٩م.
٦٠. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، للرملي، ط: دار إحياء التراث العربي. بيروت.
٦١. نيل الأوطار، للشوكاني، ت: عصام الدين الصبابطي، ط: دار الحديث، القاهرة، الأولى، ١٤١٣هـ..







توثيق الطلاق عبر منصة ناجز دراسة فقهية

د. محمد بن سعيد آل جبل القرني

كاتب العدل بكتابة عدل خميس مشيط

المقدمة

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، ثم أما بعد، فقد أنعم الله علينا بنعم جليّة، ومن أظهر هذه النعم التقنية الحديثة المتمثلة في المنصّات الإلكترونيّة التي سهّلت على الناس تعاملاتهم وهم في بيوتاتهم، ويسّرت عليهم الوصول إلى الخدمات المطلوبة في دولتنا المباركة المملكة العربيّة السعوديّة، ومن أسبق الوزارات إلى هذه الخدمات الإلكترونيّة: وزارة العدل.

وفي الآونة الأخيرة انتقلت كثير من الأعمال الإنهائية المتعلّقة بالأسرة من المحاكم إلى كتابات العدل، ومن هذه الأعمال توثيقات الحالات الاجتماعيّة، والمتمثلة في إثبات الطلاق، والرجعة، والخُلْع، والحضانة، ونحوها، وكلُّ هذه الأعمال -تسهيلاً على المستفيد- يتم رفعها عن طريق منصّات إلكترونية مرتبطة مباشرة بوزارة الداخلية، عن طريق رقم النفاذ الموحد الذي يخصُّ كل مواطن أو مقيم.

وفي خِصْمٍ هذا التطوُّر التقني الملموس، ولما كان لموضوع الطلاق -وهو «إزالة ملك النكاح»^(١)- أهميّة خاصة من جهة آثاره على الفرد والمجتمع، رغبت في المشاركة في بيان الأحكام الفقهيّة المتعلّقة بالطلاق عبر منصّة ناجز الإلكترونيّة، هذه المنصّة التي كان للتقنية أثرٌ ظاهر فيها يستدعي الوقوف عليها، وتجليّة حكمها، وأثرها على الطلاق إثباتاً أو نفيّاً، وقد أسميته: «توثيق الطلاق عبر منصّة ناجز - دراسة فقهيّة».

(١) التعريفات (ص: ١٤١).

وجعلته في تمهيد، ومبحثين، وخاتمة:

التمهيد:

في طريقة توثيق الطلاق، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: كيفية توثيق الطلاق في المحاكم قبل منصة ناجز.

المطلب الثاني: توثيق الطلاق عبر منصة ناجز وحالات توثيق الطلاق بناء على هذه الطريقة.

المبحث الأول:

في كتابة الطلاق أصالة عبر منصة ناجز، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: إذا كتب الطلاق ونوى بكتابته الطلاق.

المطلب الثاني: إذا كتب الطلاق ولم ينو بكتابته الطلاق.

المطلب الثالث: تخريج مسألة كتابة الطلاق أصالة عبر منصة ناجز على ما سبق.

المبحث الثاني:

في كتابة الطلاق وكالة عبر منصة ناجز، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: توكيل الزوج موظف مكتب الخدمات أو غيره في تطبيق

امراته ورفع الطلب.

المطلب الثاني: توكيل الزوج موظف مكتب الخدمات أو غيره في رفع

الطلب فقط.

المطلب الثالث: تخريج مسألة كتابه الطلاق وكالة عبر منصة ناجز على

ما سبق.

الخاتمة:

تحتوي أهم النتائج والتوصيات.

فهرس المصادر والمراجع.

منهج البحث:

سأعتمد فيه على المنهج الاستقرائي، متبعاً طريقة اللف والنشر، وأتبع الأقوال الفقهية في كتب المذاهب المعتمدة، وأخرج عن الشاذ في الغالب، وأوثق من المصادر والمراجع الأصلية المعتمدة عند كل مذهب، مبيّناً الدليل على كل قول؛ فإن كان من القرآن أتبعته باسم السورة ورقم الآية، وإن كان من السنة، فإن كان في الصحيحين أو أحدهما، اكتفيت بالعزو إليهما، وإن كان في غيرهما عزوته لمن أخرج مع الحكم عليه، وأناقش الأدلة بما ورد في كتب المذاهب من مناقشات أو أجتهد في ذلك، وأخرج المسائل المستجدة حسب أصول التخريج المعروفة، ثم أرّجح حسب ما يظهر لي من أسباب.

التمهيد

وفي مطلبان:

المطلب الأول: كيفية توثيق الطلاق في المحاكم قبل منصة ناجز:

مرت عملية توثيق الطلاق بثلاث مراحل قبل النظام الإلكتروني المعتمد مؤخراً في المحاكم السعودية، وهي على النحو الآتي:

أولاً: تعبئة النموذج اليدوي من قبل المستفيد بعد حضوره المباشر إلى المحكمة ويحتوي هذا النموذج على الآتي:

١. اسم المحكمة التي تقدم بالطلب لها مع التصدير باسم رئيسها.

٢. يخير بعدها بين خيارين:

- الأول: نصه: «لدي رغبة في تطليق زوجتي /.....»، ويحدد الطلقة هل الأولى أو غيرها.

- الثاني: نصه: «طلقت زوجتي /.....»، ويحدد الطلقة هل هي الأولى أو غيرها.

٣. معلومات مقدم الطلب.

ثم يقدم الطلب إلى رئيس المحكمة، وتحال إلى أحد القضاة المختصين للنظر فيها، ثم تعبئة البيانات من قبل كتاب الضبط يدوياً بحضور وشهود القاضي، وإخراج صك إثبات طلاق يدوي.

ثانياً: برنامج النظام الشامل وهو لا يختلف عن الطريقة السابقة، إلا أن الصك سيخرج مطبوعاً عبر هذا النظام ومؤشفاً بشكل إلكتروني.

ثالثاً: نظام الإنهاءات وهو يشبه لحد كبير النظام المعتمد مؤخراً، وسأبينه في المطلب الثاني ويفترق عنه فيما يخص التلفظ بالنكاح؛ أن المستفيد غير مجبر على إضافة لفظ الطلاق، وعليه فيمكن رفع الطلب بدون إدراج لفظ النكاح، ثم إنه قد يدخل هذه المعلومات من قبله هو، أو من قبل مكتب الخدمات، أو من قبل موظف أو عدة موظفين مخصصين لهذا الإجراء، وتجري على هذا النظام من الأحكام في ما يخص كتابة المستفيد أو غيره للفظ الطلاق ما يجري على النظام الجديد.

المطلب الثاني: توثيق الطلاق عبر منصة ناجز وحالات توثيق الطلاق بناء على هذه الطريقة:

١. يدخل المستفيد عن طريق النفاذ الموحد إلى منصة ناجز الإلكترونية برقمه المسجل في وزارة الداخلية، أو يدخل مباشرة على توثيق الطلاق.
٢. يأتي للمستفيد رقم تحقق على جواله المسجل والمربوط بسجله المدني؛ للدخول إلى منصة ناجز، ومن ثمَّ الدخول لتوثيق الحالات الاجتماعية، ثم اختيار توثيق طلاق، ويُتيح النظام تأخير التحقق إلى ما بعد انتهاء العملية.
٣. يتقدم المستفيد لكتابة جميع المعلومات الخاصة به من السجل المدني وتاريخ الميلاد وغيرها من المعلومات الخاصة به، والمعلومات الخاصة بالزوجة أيضاً، مع بيانات عقد الزوجة الذي يجمع بينهما.

٤. يُدخِلُ البيانات الخاصة بالطلاق من النواحي التالية: حال طلاق (قبل الدخول، بعد الدخول)، تاريخ الطلاق، كتابة لفظ الطلاق الذي طُلِّقَ به، عدد الطلاق.

٥. ثم يُقَرَّرُ المستفيد أنه على علم بأنَّ الطلاق لا يتم إلا بعد صدور الوثيقة، ويتمُّ تقديم الطلب، أو حفظه كمُسوِّدة يمكن الرجوع إليه لاحقاً وإكمال البيانات ثم إرساله.

٦. يُحَالُ الطلب إلى التدقيق من قِبَلِ موظفين متخصصين.

٧. إذا كان بعد الدخول أو الحُلوة، فإنَّ الطلب يتوجَّه إلى لجنة المصالحة؛ لمحاولة الإصلاح بين الطرفين في قضايا الزيارة والنفقة والحضانة، فإذا تعذَّر الصُّلحُ أُحيلَ للمرحلة التالية.

٨. ينتقل الطلب لكاتب العدل في حال تعذَّر الصُّلحُ أو كان الطلاق قبل الدخول والحُلوة، ويقوم بالتأكُّد من الجوانب الشرعية المختصة بالطلب، ويحقُّ له عند الحاجة فقط طلب الاتصال بالمستفيد، ثم يقبل الطلب أو يرفض حسب معطيات كل طلب.

٩. بعد قبول الطلب يتم إصدار وثيقة إلكترونية تُرسل لرقم هاتف الزوج والزوجة المسجل بوزارة الداخلية^(١).

(١) وزارة العدل تسعى مشكورة لتغيير النظام أولاً بأول حسب ما يرفع إليها من ملاحظات وتوصيات، وهذا التوصيف متفق مع تاريخ الانتهاء من هذا البحث ١٤٤٢/٨/٢٥هـ.

توثيق طلاق

إختار الجهة

الإسناد المركزي للتوثيق

بيانات الزوج

الصفة : أميل وكيل

يتم اختيار نوع الهوية ومن ثم إدخال رقم الهوية وتاريخ الميلاد والضغط على أيقونة التحقق لجلب باقي البيانات

نوع الهوية هوية وطنية رقم الهوية رقم الهوية تاريخ الميلاد هجري ميلادي تحقق

معلومات عن الزوج

هل توجد صلة قرابة بين الزوجين؟ لا نعم

هل يوجد أبناء بين الزوجين؟ لا نعم

عدد الزوجات :

اختر

عدد مرات الطلاق :

اختر

المستوى التعليمي :

اختر

مدينة الزوج :

اختر

نوع السكن :

بيت شعبي شقة دور فيلا

الزوجة

يتم اختيار نوع الهوية ومن ثم إدخال رقم الهوية وتاريخ الميلاد والضغط على أيقونة التحقق لجلب باقي البيانات

نوع الهوية هوية وطنية رقم الهوية رقم الهوية تاريخ الميلاد هجري ميلادي تحقق

معلومات عن الزوجة

عدد مرات الطلاق للزوجة :

اختر

المستوى التعليمي :

اختر

مدينة الزوجة :

اختر

عدد مرات الزواج :

اختر

مهنة الزوجة :

اختر

منطقة الزوجة :

اختر



بيانات عقد النكاح

رقم عقد النكاح:

تفوق

بيانات الطلاق

حالة الطلاق:

قبل الدخول بعد الدخول

تاريخ الطلاق

 هجري ميلادي

لفظ الطلاق :

الطلاق :

احرر

الاول

الثاني

الثالث

الإقرار

أقر بأنني على علم بأن الطلاق لا يتم إلا بعد صدور الوثيقة.

ومما سبق يتضح أن رفع الطلب بالطلاق عبر منصة ناجز الخاصة بوزارة العدل لا يخلو من ثلاث حالات:

الحالة الأولى:

أن يكون الزوج قد تلفظ بالطلاق، أو كتبه كتابة سابقة ويرغب في توثيق الطلاق فحسب، فيكمل معلوماته ويوثق الطلاق، سواءً بنفسه أو بغيره.

الحالة الثانية:

أن يعزم الزوج على الطلاق ولم يتلفظ به بعد، ولم يكتبه كتابة مجردة عن منصة ناجز، ولكنه يكمل بياناته بنفسه في النظام، فإذا وصل إلى فقرة لفظ الطلاق يقوم الزوج بكتابة لفظ الطلاق، ثم يرفع الطلب.

الحالة الثالثة:

أن يدفع الزوج المعاملة إلى طرف ثالث لإنهاء كافة الإجراءات المتعلقة برفع معاملة الطلاق، ويأتيه رمز التحقق الخاص به فيدفعه مباشرة إلى هذا الطرف لإكمال الطلب.

أما الحالة الأولى فهي صريحة في الطلاق، على خلاف في موضوع الكتابة السابقة كما سيأتي، وهي عملية توثيقية بحتة، حكمها ظاهر، والتوثيق وسيلة نظامية لحفظ الحقوق، وضبط الأحوال الشخصية الخاصة بالمواطنين والمقيمين في الدولة.

وأما الحالة الثانية والثالثة فهي بحاجة إلى تكييف؛ لكونها من المستجدات على ما اعتاده الناس، وتكييفها يكون بردها إلى أصولها وما تتخرج عليه من تقارير الفقهاء في هذا الباب، وعليه فهي محل الدراسة والبحث دونها سواها.

المبحث الأول كتابة الطلاق أصالة عبر منصة ناجز

مسألة كتابة الطلاق مسألة سابقة، وقد تناولها العلماء رَحْمَهُمُ اللهُ وأول من تطرَّق لها من التابعين إبراهيم النخعي (ت: ٩٦هـ) رَحْمَهُ اللهُ، فقد سُئِلَ عن الرجل يكتب الطلاق ولا يلفظ به فقال هو جائز^(١)، وورد عنه: «إذا كتب الطلاق بيده، وجب عليه»^(٢)، وورد عن الشَّعْبِيِّ (ت: ١٠٣هـ) رَحْمَهُ اللهُ والحسن البصري (ت: ١١٠هـ) رَحْمَهُ اللهُ قَالَ: «إِذَا كَتَبَ إِلَيْهَا بِطَلَاقِهَا، وَلَمْ يَلْفِظْ بِهِ، ثُمَّ مَحَاهُ قَبْلَ أَنْ يُبَلِّغَهَا فَلَيْسَ بِطَلَاقٍ مَا لَمْ يُبَلِّغَهَا»، قَالَ مَعْمَرٌ: «وَأَخْبَرَنِي مَنْ سَمِعَ الْحَسَنَ يَقُولُ مِثْلَ قَوْلِ الشَّعْبِيِّ»^(٣)، وورد عن عكرمة مولى ابن عباس (ت: ١٠٥هـ): «إِذَا أَرَادَ الرَّجُلُ أَنْ يَكْتُبَ إِلَى امْرَأَتِهِ بِطَلَاقِهَا فَلْيَكْتُبْ إِلَيْهَا: إِذَا جَاءَكَ كِتَابِي هَذَا ثُمَّ طَهَّرْتِ مِنْ حَيْضَتِكَ فَاعْتَدِي»^(٤)، وورد عن عطاء بن أبي رباح (ت: ١١٤هـ) رَحْمَهُ اللهُ سُئِلَ عن رجل أنه كتب طلاق امرأته، ثم ندم فأمسك الكتاب، قال: «إن أمسك فليس بشيء، وإن»

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف، كتاب الطلاق، باب الرجل يكتب إلى امرأته بطلاقها، حديث رقم (١١٤٣٤).

(٢) أخرجه عبد الرزاق في المصنف، كتاب الطلاق، باب الرجل يكتب إلى امرأته بطلاقها، حديث رقم (١١٤٣٦)، وابن أبي شيبة في المصنف، كتاب الطلاق، باب في الرجل يكتب طلاق امرأته، حديث رقم (١٧٩٩٨).

(٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنف، كتاب الطلاق، باب الرجل يكتب إلى امرأته بطلاقها، حديث رقم (١١٤٣٧)، وابن أبي شيبة في المصنف، كتاب الطلاق، باب في الرجل يكتب طلاق امرأته، حديث رقم (١٧٩٩٩).

(٤) أخرجه عبد الرزاق في المصنف، كتاب الطلاق، باب الرجل يكتب إلى امرأته بطلاقها، حديث رقم (١١٤٣٩).

أمضاه فهو طلاق»^(١)، وورد عن الزهري (ت: ١٢٣ هـ) رَحِمَهُ اللهُ قَالَ: «إِذَا كَتَبَ إِلَيْهَا بِطَلَّاقِهَا فَقَدْ وَقَعَ الطَّلَاقُ عَلَيْهَا، فَإِنْ جَحَدَهَا اسْتُحْلِفَ»^(٢)، فهؤلاء التابعون في نهاية القرن الأول مطلع القرن الثاني حُكيت عنهم هذه المسائل، فكانت دليلاً على قدم مسألة كتابة الطلاق، وأنها في صدر اهتمامات العلماء رَحِمَهُمُ اللهُ.

ومع تطوّر المذاهب الفقهية أخذت مسألة كتابة الطلاق تفصيلات أوسع، وسأبيّنها بطريقة اللف والنشر، وفق التالي:

أولاً:

تكاد المذاهب الأربعة تتفق على أن كتابة الطلاق مع التلّفظ به توقّع الطلاق لوقوعه باللفظ^(٣)؛ «لأن اللفظ لو تجرّد عن الكتابة وقع به الطلاق، فإذا انضمّ إلى الكتابة فأولى أن يقع به»^(٤)، إلا أنه إذا ادّعى أنه إنما أراد القراءة أو الحكاية قبل منه عند بعضهم، لا سيّما من يشترط النية في الكتابة، وسيأتي^(٥).

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، كتاب الطلاق، باب في الرجل يكتب طلاق امرأته، حديث رقم (١٧٩٩٨).

(٢) أخرجه عبد الرزاق في المصنف، كتاب الطلاق، باب الرجل يكتب إلى امرأته بطلاقها، حديث رقم (١١٤٣٣).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٣/١٠٠)، منح الجليل (٤/٩١)، العزيز (٨/٥٣٧)، المجموع (١٧/١١٩)، الإنصاف (٢٢/٢٣٥)، منتهى الإرادات (٤/٢٤٤).

(٤) ينظر: الحاوي (١٠/٤٠١).

(٥) ينظر: نهاية المطلب (١٤/٧٣)، الإنصاف (٢٢/٢٣٥)، منتهى الإرادات (٤/٢٤٤).

ثانياً:

إذا كَتَبَ الطَّلَاقَ ولم يَتَلَفَّظْ بِهِ، فَلِلْمَذَاهِبِ تَفْصِيلاتٌ سَأُورِدُهَا قَبْلَ ذِكْرِ الخِلافِ، وَهِيَ عَلَى النِّحوِ الآتِي:

الحنفية:

قسموا الكتابة في الطلاق إلى قسمين^(١):

القسم الأول: الكتابة المستبينة:

ويقصدون بها الواضحة المقروءة كالكتابة على الجلود أو الأحجار والأوراق ونحوها، وهي عندهم على نوعين^(٢):

١. الخطاب المرسوم:

ومعناه عندهم: أن يكتب فيما يقبل الإرسال رسالة يبدؤها بقوله: من فلان بن فلان إلى فلانة بنت فلان زوجتي، فإذا وصلك هذا الخطاب فأنت طالق، ونحو ذلك.

(١) ينظر: التجريد (١٠/٤٨٧٨)، المبسوط (٦/١٤٣)، بدائع الصنائع (٣/١٠٩)، البناية (١٣/٥٤٠)، حاشية ابن عابدين (٣/٢٤٦).

(٢) في بدائع الصنائع (٣/١٠٩): «طريق الخطاب والرسالة مثل: أن يكتب أما بعد يا فلانة، فأنت طالق أو إذا وصل كتابي إليك فأنت طالق»، وفي البناية (١٣/٥٤٠): «أي: معنون بالعنوان، والعنوان أن يكتب في صدره من فلان إلى فلان»، وفي حاشية ابن عابدين (٣/٢٤٦): «ونعني بالمرسومة أن يكون مصدرًا، ومُعنونًا مثل ما يكتب إلى الغائب، وغير المرسومة أن لا يكون مصدرًا ومُعنونًا، وهو على وجهين مستبينة وغير مستبينة، فالمستبينة ما يكتب على الصحيفة والحائط والأرض على وجه يمكن فهمه وقراءته، وغير المستبينة ما يكتب على الهواء والماء وشيء لا يمكن فهمه وقراءته».

وهذا القسم حكموا بأنه صريح، وعليه فلا اعتبار بالنية فيه، وامراته تطلق على ما جاء في الخطاب؛ «لأن الكتابة المرسومة جارية مجرى الخطاب»^(١)، فأخذت حكم المخاطبة باللسان.

٢. الكتابة المستبينة في غير خطاب مرسوم:

كمن يكتب على ورقة ونحوها زوجتي فلانة طالق، أو فلانة طالق، أو أنت طالق، ونحوها، ولا يُصدِّرها بما تُصدِّر به الرسائل والخطابات، وحكموا عليها بأنه كناية مفتقرة إلى نية، فلا يقع الطلاق بمجرد الكتابة هنا حتى يصاحب الكتابة نية.

القسم الثاني: الكتابة غير المستبينة:

وتعني عندهم الكتابة غير الباقية، ولا هي واضحة مستبينة للقارئ لاحقاً، كالكتابة في الهواء أو على وسادة، فالطلاق هنا عندهم لا يقع وإن وافقه نية؛ «لأن مثل هذه الكتابة كصوت لا يتبيّن منه حروف»^(٢)؛ «ولأن ما لا تستبين به الحروف لا يسمى كتابة، فكان مُلحقاً بالعدم»^(٣).

المالكية:

الكتابة بالطلاق عندهم إما أن يشهد عليها فيقع الطلاق بها، وإما أن لا يُشهد عليها، فلها ثلاثة أحوال:

- (١) بدائع الصنائع (١٠٩/٣).
- (٢) المبسوط (١٤٣/٦).
- (٣) بدائع الصنائع (١٠٩/٣)، وينظر: حاشية ابن عابدين (٢٤٦/٣).

الأولى: أن تكون مصحوبة بنية الطلاق:

فهذه يقع معها الطلاق، سواء حبس الكتاب عنده أو أخرجه من يده،
وصل إلى الزوجة أم لم يصل.

الثانية: أن يكون كتبه بنية الاستخارة والمراجعة:

فلها ثلاثة أحوال أيضاً:

أ. أن يبقى محبوباً عنده فلا يقع بها طلاق.

ب. أن يُخرجه من عنده ويصل الكتاب، فيقع بها الطلاق.

ج. أن يُخرجه من عنده ثم يردّه قبل وصوله إليها، ففيها خلاف في وقوع
الطلاق معها، والمشهور عدم لزومه، ومنشأ الخلاف هل كان إخراجها قرينة
في التزام الطلاق، ويعامل معاملة الإشهاد أم لا؟

الثالثة: إذا لم تكن له نية:

ففيه اختلاف، فجزم بعضهم بوقوع الطلاق، وحمله على العزم، وحمله
بعضهم على الخلاف السابق^(١).

(١) ينظر: التهذيب في اختصار المدونة (٢/٣٥٨)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٢/٧٤٥)، المعونة ص (٨٥١)، الجامع لمسائل المدونة (١٠/٧٠٠)، المنتقى شرح الموطأ (٤/١٥)، التبصرة للخمّي (٦/٢٦٦٣)، البيان والتحصيل (٦/٢١١)، تحبير المختصر (٣/١٣٤)، التاج والإكليل (٥/٣٣٣)، شرح مختصر خليل للخرشي (٤/٤٩)، منح الجليل (٤/٩١).

الشافعية:

جعلوا الكتابة بالطلاق قسماً واحداً، ثم اختلفوا في هذا القسم على قولين:

فالأول وهو الصحيح عندهم:

يقع الطلاق إذا نوى مع الكتابة الطلاق، ولا يقع بمجرد الكتابة بدون نية^(١)، وعلى هذا القول هل تقع من الحاضر والغائب أم من الغائب فقط؟ على وجهين عندهم: فمن اعتبر أن الكتابة لساناً للغائب دون الحاضر أوقعها في حقه، ولم يعتبرها من الحاضر؛ لأنه قادر على النطق، ومن اعتبر الكتابة لساناً للحاضر والغائب معاً سوى بينهما في الحكم، فأوقعه منها معاً^(٢).

القول الثاني:

أنه لا يقع أي طلاق بالكتابة وإن نوى الطلاق، وهو لغو^(٣). وفي وجه عندهم: أن الكتابة بالطلاق تقع وإن لم ينو وليس بمشهور^(٤).

(١) ينظر: الحاوي (٣٩٨/١٠)، نهاية المطلب (٧٤/١٤)، بحر المذهب (٥٣/١٠)، العزيز (٥٣٧/٨)، المجموع (١١٩/١٧).

(٢) ينظر: نهاية المطلب (٧٤/١٤)، بحر المذهب (٥٣/١٠)، المجموع (١١٨/١٧).

(٣) ينظر: الحاوي (٣٩٧/١٠)، نهاية المطلب (٧٤/١٤)، بحر المذهب (٥٣/١٠)، العزيز (٥٣٧/٨)، المجموع (١١٩/١٧).

(٤) ينظر: الحاوي (٣٩٦/١٠)، العزيز (٥٣٧/٨)، بحر المذهب (٥٣/١٠)، المجموع (١١٩/١٧).

الحنابلة:

الطلاق بالكتابة عندهم على قسمين:

القسم الأول: الكتابة المستبينة الواضحة:

ففي وقوع الطلاق بها روايتان:

الأولى: يقع ولو كان بغير نية، وهو الصحيح عندهم (المذهب)^(١).

والثانية: يقع الطلاق بالكتابة إذا نوى^(٢).

القسم الثاني: إن كتبه بشيء لا يبين:

في الهواء أو على وسادة، ففي وقوعه عندهم روايتان أيضاً^(٣).

وفي قول مخرّج عندهم أن الكتابة بالطلاق لغو لا يقع بها الطلاق وإن

نوى، وليس بمشهور^(٤).

وإن نوى غمّ أهله فعندهم روايتان في هذه النية تحديداً^(٥).

(١) ينظر: المغني (٨/٤١٢)، الفروع وتصحيح الفروع (٩/٣٤)، الإنصاف (٢٢/٢٣٣)،
متهى الإرادات (٤/٢٤٤)، كشاف القناع (٥/٢٤٨).

(٢) ينظر: المغني (٨/٤١٢)، الفروع وتصحيح الفروع (٩/٣٥)، الإنصاف (٢٢/٢٣٠).

(٣) ينظر: المغني (٨/٤١٢)، الفروع وتصحيح الفروع (٩/٣٧)، الإنصاف (٢٢/٢٣٤)،
كشاف القناع (٥/٢٤٩).

(٤) ينظر: الفروع وتصحيح الفروع (٩/٣٦)، الإنصاف (٢٢/٢٣١).

(٥) ينظر: المغني (٨/٤١٢)، الفروع (٩/٣٧)، الإنصاف (٢٢/٢٣٢).

ثالثاً:

مما سبق من تفصيل عند المذاهب في مسألة كتابة الطلاق، فإن هناك مسألتين مهمتين لتخريج مسألة الطلاق عبر الكتابة في منصة ناجز عليها:

المسألة الأولى: إذا كتب الطلاق ونوى بكتابه الطلاق.

المسألة الثانية: إذا كتب الطلاق ولم ينو بكتابه الطلاق.

المطلب الأول: إذا كتب الطلاق ونوى بكتابه الطلاق:

هذه المسألة اختلف فيها العلماء على قولين:

القول الأول: أن الطلاق يقع مع الكتابة إذا نواه:

وهو مذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والصحيح عند الشافعية^(٣)، والمذهب عند الحنابلة^(٤).

وفي وجه عند الشافعية يقع من الغائب دون الحاضر^(٥).

- (١) ينظر: التجريد (٤٨٧٨/١٠) المبسوط (١٤٣/٦)، بدائع الصنائع (١٠٩/٣).
- (٢) ينظر: المعونة ص (٨٥١)، المنتقى شرح الموطأ (١٥/٤)، البيان والتحصيل (٢١١/٦)، منح الجليل (٩١/٤).
- (٣) ينظر: الحاوي (٣٩٨/١٠)، نهاية المطلب (٧٤/١٤)، العزيز (٥٣٧/٨)، تكملة المجموع (١١٩/١٧).
- (٤) ينظر: المغني (٤١٢/٨) الإنصاف (٢٣٣/٢٢)، منتهى الإرادات (٢٤٤/٤)، كشاف القناع (٢٤٨/٥).
- (٥) ينظر: نهاية المطلب (٧٤/١٤)، بحر المذهب (٥٣/١٠)، تكملة المجموع (١١٨/١٧).

القول الثاني: أن الطلاق بالكتابة لغو لا عبرة بها وإن نوى:

وهو قول عند الشافعية^(١)، ووجه عند الحنابلة^(٢).

الأدلة:

أدلة أصحاب القول الأول القائلين بأن الطلاق يقع إذا صاحبه النية:

أولاً: استدلوا على أن الكتابة معتبرة في الطلاق بأدلة منها:

الدليل الأول: أن الكتابة تقوم مقام النطق، ومما يدل على ذلك أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كتب بدعوته إلى كسرى وقيصر وغيره^(٣)، فقام ذلك مقام النطق^(٤).

الدليل الثاني: أن الكتابة حروف منظومة مرتبة تدلُّ على ما يدلُّ عليه النطق، وتعبّر عمّا في القلب كما يعبرُّ النطق، فأخذت حكمه في اعتبار الطلاق^(٥).

(١) ينظر: الحاوي (١٠/٣٩٧) نهاية المطلب (١٤/٧٤) بحر المذهب (١٠/٥٣)، العزيز (٨/٥٣٧).

(٢) ينظر: الفروع (٩/٣٦)، الإنصاف (٢٢/٢٣١).

(٣) كتاب النبي لكسرى أخرجه البخاري، كتاب بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، برقم (٧)، ومسلم، كتاب الجهاد والسير، باب كتاب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى هرقل برقم (١٧٧٣)، وكتابه لكسرى وقيصر والنجاشي وكل جبار في صحيح مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب كتب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى ملوك الكفار يدعوهم إلى الله عَزَّ وَجَلَّ، برقم (١٧٧٤).

(٤) ينظر: التجريد (١٠/٤٨٧٨)، المبسوط (٦/١٤٣)، البناية (١٣/٥٤٠).

(٥) ينظر: المبسوط (٦/١٤٣)، المعونة ص (٨٥١).

الدليل الثالث: القياس، وهو من أوجه:

الوجه الأول: قياس الكتابة بالطلاق، على كتاب القاضي للقاضي بالديون والحقوق، بجامع تعلق الأحكام بالجميع، فكما تثبت الديون والحقوق بالكتابة؛ فكذلك يثبت الطلاق بها^(١).

الوجه الثاني: قياس جارحة اليد في التبيين عن الطلاق على جارحة اللسان، بجامع أن كليهما جارحة تُعبر عن المراد، فلما كان الطلاق معتبراً بجارحة اللسان؛ كان لا بد أن يكون معتبراً بجارحة اليد^(٢).

الوجه الثالث: قياس اعتبار الطلاق بالكتابة على اعتبار الحنث بالكتابة لمن حلف ألا يكلمه فكتب إليه، فكما يحنث الحالف هنا مع أنه كتب ولم ينطق؛ فكذلك تطلق زوجة من كتب بالطلاق ولو لم ينطق^(٣).

ثانياً: واستدلوا على تعلقه بالنية بأدلة منها:

الدليل الأول: أن الكتابة محتملة، فقد يُريد بها الطلاق، وقد يريد بها غيره كتجويد خطه، وامتحان قلمه، أو الحكاية عن غيره، أو مشاورته نفسه، فلما احتملت ذلك كله كان لا بد من نية^(٤).

(١) ينظر: التجريد (١٠/٤٨٧٩) المسوط (٦/١٤٣).

(٢) ينظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٢/٧٤٦).

(٣) ينظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٢/٧٤٦).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٣/١٠٩)، الجامع لمسائل المدونة (١٠/٧٠٠)، الحاوي (١٠/٤٠١).

الدليل الثاني: أن الله تعالى قد أرسل رسوله نذيراً لأُمَّته ومُبلِّغاً لرسالته، ولو كانت الكتابة كالكلام الصريح لمكّن الله رسوله منها؛ ليكون مع تكليف الإنذار ممكناً من آياته، وكاملاً لصفاته، ومعاناً عليه من سائر جهاته... وفي فحوى هذا دليل على خروج الكتابة من صريح الكلام^(١).

الدليل الثالث: أن الكتابة لو قامت مقام صريح الكلام لترتّب على ذلك أحكام منها:

١. أن من كتّب القرآن وهو في الصلاة أجزأه عن القراءة.
٢. أن المرتدّ إذا كتب الشهادتين أجزأه عن أن يتكلم بها.
٣. أن عقد النكاح بالكتابة يصح بدون النطق.

فلما لم تكن هذه الأحكام ونحوها دل على أن الكتابة لا تقوم مقام الكلام الصريح، وعليه فلا تقوم في الطلاق مقام الصريح، وتنزل إلى مرتبة الكناية فتشترط لها النية^(٢).

الدليل الرابع: أن الكتابة ليست كالنطق؛ فهي محتملة وهو غير محتمل، ولا كالفعل؛ لأن فيها إفهاماً للمخاطب؛ بخلاف الفعل، فكان ولا بدّ أن تأخذ حكماً تتفق فيه مع الكلام من جهة، ومع الفعل من جهة، فكانت النية شرطاً مع الكتابة^(٣).

(١) ينظر: الحاوي (١٠/٣٩٦).

(٢) ينظر: الحاوي (١٠/٣٩٨).

(٣) ينظر: الحاوي (١٠/٣٩٨).

واستدل من قال بأن الطلاق يقع من الغائب إذا صاحبه نية دون الحاضر: أن الكتابة عُرف الغائبين لا عُرف الحاضرين، وأن الغائب لما عجز عن النطق عُومل معاملة الأخرس، فصَحَّت منه الكتابة، بخلاف الحاضر؛ فإنه لم يعجز عن النطق، وهو قادرٌ عليه^(١).

ونوقش من وجهين:

الأول: أن الكتابة أحد البيانين، فقبلت من الحاضر كالغائب على السواء، فهي مثل بقية الكنايات^(٢).

الثاني: أن الحاضر أيضاً قد يكتب إلى الحاضر؛ لئلا يطَّلَع عليه سائر الحاضرين، أو لاستحيائه عن المخاطبة وغيرها^(٣).

أدلة أصحاب القول الثاني القائلين بأن كتابة الطلاق لغو وإن صاحبتها نية: الدليل الأول: أن الكتابة فعل، والأفعال لا يثبت بها الطلاق، فالكتابة لا يثبت بها الطلاق كذلك^(٤).

ونوقش: بأن الفعل لا يدلُّ على الطلاق؛ بخلاف الكتابة؛ فإنها تُعبِّر عنه وتدلُّ عليه^(٥).

(١) ينظر: الحاوي (٣٩٩/١٠)، نهاية المطلب (٧٤/١٤).

(٢) ينظر: نهاية المطلب (٧٤/١٤).

(٣) ينظر: العزيز (٥٣٨/٨).

(٤) ينظر: الحاوي (٣٩٧/١٠).

(٥) ينظر: التجريد (٤٨٧٩/١٠).

الدليل الثاني: أن الكاتب الناطق قادرٌ على النطق غير محتاج للكتابة، فليعبّر عن غرضه بالنطق؛ فإنه أصل البيان، ولا وجود للفرع مع القدرة على الأصل^(١).

الدليل الثالث: أن كتابة اليد ترجمان اللسان ومُعَبَّرٌ عنه، كما أن كناية الكلام ترجمان القلب ومُعَبَّرٌ عنه، فلَمَّا لم تُقَمَّ الكناية مقام الصريح إلا بنية القلب لم تقم الكتابة مع الكلام إلا بِنُطق اللسان^(٢).

الدليل الرابع: القياس وهو من أوجه:

الأول: قياس الكتابة على الإشارة بجامع أن كليهما فعل، فلَمَّا لم يقع الطلاق بالإشارة من الناطق لقدرته على النطق، لم يقع الطلاق بالكتابة أيضاً^(٣).

ونوقش: أن هذا قياس مع الفارق؛ فإن إشارة الصحيح غير مفهومة، ولا عُرِف يدل على معناها؛ فلم تقع بخلاف الكتابة^(٤).

الثاني: قياس الكتابة بالطلاق على الكتابة بالنكاح، بجامع أن أحدهما إبرام للنكاح والآخر حلُّ له، فلما لا تصح الكتابة بالنكاح، لم تصح كذلك بالطلاق^(٥).

(١) ينظر: نهاية المطلب (١٤ / ٧٤).

(٢) ينظر: الحاوي (١٠ / ٣٩٨)، بحر المذهب (١٠ / ٥٣).

(٣) ينظر: المجموع (١٧ / ١١٨).

(٤) ينظر: التجريد (١٠ / ٤٨٨٠).

(٥) ينظر: الحاوي (١٠ / ٣٩٨).

ونوقش: بأن عقد النكاح يصح بالكتابة عند الحنفية، فلا يصح هذا القياس على رأيهم^(١).
الثالث: القياس على الإقرار بجامع الإقرار في الجميع، فكما لا يثبت الإقرار بالخط فلا يثبت الطلاق أيضاً به فهو داخل في عموم الإقرار^(٢).

المطلب الثاني: إذا كتب الطلاق ولم ينو بكتابه الطلاق:

اختلف العلماء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إذا كتب الطلاق كتابة مجردة عن نية أو بنية غير الطلاق:

كتجربة القلم ونحوه فلا يقع، وعندهم هناك قرائن تدل على النية، فتعامل معاملة الصريح، وهو قول الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤).

فالحنفية عندهم إذا كتب الطلاق في خطاب مرسوم مثل أن يقول من فلان بن فلان إلى فلانة فإنك طالق أو نحو ذلك، فإنه يقع وإن لم ينو، ولا يُقبل منه قضاءً إن ادعى نية غير نية الطلاق.

وعند المالكية إذا أشهد على الكتابة أو أرسلها ووصلت فإنه يقع، إلا أنهم اختلفوا إذا أرسله وردّه قبل أن يصل، هل تطلق أم لا؟ المشهور عندهم عدم وقوعه^(٥).

(١) ينظر: التجريد (٤٨٧٩/١٠).

(٢) ينظر: الفروع وتصحيح الفروع (٣٦/٩).

(٣) ينظر: التجريد (٤٨٧٨/١٠) المبسوط (١٤٣/٦)، بدائع الصنائع (١٠٩/٣)، حاشية ابن عابدين (٢٤٦/٣).

(٤) ينظر: المعونة ص (٨٥١)، المنتقى شرح الموطأ (١٥/٤)، البيان والتحصيل (٢١١/٦)، شرح مختصر خليل للخرشي (٤٩/٤)، منح الجليل (٩١/٤).

(٥) ينظر: التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب (٣٧٨/٤).

القول الثاني: إذا لم ينو الطلاق:

فهو لغو لا عبرة به، وهو مذهب الشافعية^(١)، ورواية عند الحنابلة^(٢).

القول الثالث: يقع الطلاق بمجرد الكتابة، نواه أو لم ينو شيئاً:

وهو مذهب الحنابلة^(٣)، وقول بعض المالكية^(٤)، ووجه عند الشافعية^(٥)، إلا أنه إذا ادعى أنه نوى غير نية الطلاق كتجربة القلم وامتحان الخط فيقبل فيما بينه وبين الله وأما في القضاء فللشافعية، والحنابلة فيه وجهان، أصحهما القبول.

الأدلة:

أدلة أصحاب القول الأول القائلين بأن القرائن لها أثر في عدم السؤال عن النية:

الدليل الأول للحنفية:

أن الكتابة لما احتملت تجربة الخط أو امتحان القلم أو نحو ذلك، حكم على أنها كناية، والخطاب المرسوم المستبين يخرج عن هذا الاحتمال، فصار كأنه خاطبها بالطلاق عند الحضرة فقال لها: أنت طالق، أو أرسل إليها رسولا بالطلاق عند الغيبة^(٦).

(١) ينظر: الحاوي (٣٩٨/١٠)، نهاية المطلب (٧٤/١٤)، العزيز (٥٣٧/٨).

(٢) ينظر: الفروع (٣٦/٩)، الإنصاف (٢٣١/٢٢).

(٣) ينظر: المغني (٤١٢/٨)، الفروع (٣٤/٩)، الإنصاف (٢٣٣/٢٢)، منتهى الإرادات (٢٤٤/٤)، كشاف القناع (٢٤٨/٥).

(٤) ينظر: البيان والتحصيل (٣٧١/٥)، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب (٣٧٨/٤).

(٥) ينظر: الحاوي (٣٩٦/١٠)، العزيز (٥٣٧/٨).

(٦) ينظر: التجريد (٤٨٧٩/١٠)، المبسوط (١٤٣/٦)، بدائع الصنائع (١٠٩/٣).

الدليل الثاني للملكية:

أنه لو نوى الاستشارة والاستخارة وحبس ولم يشهد لم يقع الطلاق؛ لأن الحبس دليل على عدم النية، أما إن كتب وأشهد أو أرسل الكتاب؛ فإن الإشهاد وإرسال الكتاب عندهم دليل على أنه عزم على الطلاق وإلا لأبقاه في حبسه، فاعتبروا ذلك قرينة قوية أنه مجمع وعازم على الطلاق^(١).

أدلة أصحاب القول الثاني بأن كل كتابة بالطلاق لغو:

قد سبقت في المسألة السابقة، فهم لا يجعلون في كتابة الطلاق طلاقاً، نوى أو لم ينو، فأدلتهم واحدة في أصل مسألة الكتابة، إلا أن الشافعية هنا يتفقون على عدم وقوعه لأنه بلا نية، والأمر المتفق عليه عندهم إلا في وجه أن الطلاق كناية يعامل معاملات الكنايات^(٢).

أدلة أصحاب القول الثالث القائلين بوقوع الطلاق وإن لم ينو:

أولاً: استدلووا بعموم الأدلة التي ذكرها أصحاب القول الأول في المسألة السابقة والخاصة باعتماد الكتابة ابتداءً كأصل يحصل به الطلاق^(٣).

ثانياً: استدلووا بأن الكتابة صريحة في الطلاق، فيتوجه لها الطلاق إذا لم ينو شيئاً بأدلة منه:

(١) ينظر: الجامع لمسائل المدونة (٧٠٠/١٠)، المنتقى شرح الموطأ (١٥/٤)، البيان والتحصيل (٢١٢/٦).

(٢) ينظر: الحاوي (٣٩٧/١٠)، نهاية المطلب (٧٤/١٤)، الفروع وتصحيح الفروع (٣٦/٩).

(٣) ينظر: بحر المذهب (٥٣/١٠)، كشف القناع (٢٤٩/٥).

الدليل الأول: أن الصحابة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ قد جمعوا القرآن في المصحف خطأً، وأقاموه مقام تلفظهم به نطقاً، حتى صار ما تضمنه إجماعاً لا يجوز خلافه، فكذا كلُّ كتابة تقوم مقام النطق ولا فرق^(١).

الدليل الثاني: القياس على الكلام، فكما أن فيه ما هو صريح في الطلاق وما هو كناية، فكذلك الكتابة، فكتابة الصريح يقع به الطلاق بدون نية^(٢).

الدليل الثالث: أن الكتابة أعمُّ من مجرد اللفظ، فهي لإفهام الحاضر والغائب، بينما النطق لإفهام الحاضر فقط، فكانت الكتابة أولى بالحكم من النطق^(٣).

الدليل الرابع: دليل العرف والعادة؛ فإن العادة عند الناس أن يستخدموا الكتابة كما يستخدمون النطق، دون تفریق بطلب النية في الكتابة، والعادة محكمة؛ فاقضى أن تجري مجرى الكلام^(٤).

وإن نوى غمَّ أهله فعند الحنابلة روايتان في هذه النية تحديداً.

فالأولى: يقع الطلاق؛ لأنَّ غمَّ الأهل يكون بالطلاق، فيقع غمُّ أهله ويقع الطلاق.

(١) ينظر: الحاوي (٣٩٦/١٠)، بحر المذهب (٥٣/١٠).

(٢) ينظر: الحاوي (٣٩٦/١٠)، الشرح الكبير (٢٣٣/٢٢).

(٣) ينظر: الحاوي (٣٩٦/١٠)، بحر المذهب (٥٣/١٠).

(٤) ينظر: الحاوي (٣٩٦/١٠)، بحر المذهب (٥٣/١٠).

والثانية: لا يقع الطلاق؛ لأنه أراد غمَّ أهله بتوهم وقوع الطلاق، وليس بوقوعه^(١).

المطلب الثالث: تخريج مسألة كتابة الطلاق عبر منصة ناجز على ما سبق:

بناءً على ما سبق، وتخريجاً عليه فهل كتابة صريح الطلاق في منصة ناجز الإلكترونية يعتبر طلاقاً وإن لم يتلفظ أم لا؟

الطلاق يقع بكتابة صريح الطلاق إن نوى بالكتابة الطلاق، ويعتبر تاريخ كتابته للطلاق في المنصة هو تاريخ الطلاق الذي يترتب عليه بقية الأحكام، هذا عند جمهور العلماء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، إلا على قول عند الشافعية الذي يجعل كتابة الطلاق في حكم اللغو، وأن الطلاق لا يقع بها.

وإما إذا لم ينو الطلاق فيمكن تخريج ذلك على رأي الحنفية والمالكية بأنه يقع متى ما أرسل الطلب إلى الجهة المسؤولة في وزارة العدل، ونقيم الجهة المسؤولة مقام المرأة عند الحنفية والطلب المرسل عبر المنصة مقام الخطاب المرسوم عندهم، وهذه قرينة قوية على إرادته الطلاق وإن ادعى غيره، وعند المالكية مقام كتابة الطلاق وإرساله للمرأة وعدم حبسه للتروّي والاستشارة، وهو عندهم موقع للطلاق أيضاً، حتى على رأي الحنابلة في المذهب فإنه يقع لعدم اشتراطهم النية بأي حال من الأحوال، وهو وجه عند الشافعية أيضاً.

(١) ينظر: المغني (٨/٤١٢)، الفروع (٩/٣٧)، الإنصاف (٢٢/٢٣٢).

وعليه فالتخريج على رأي الجمهور أن الطلاق واقع إذا كتب بالطلاق عبر المنصة وإن لم ينو.

بقي أن نقول أن هناك إمكانية في منصة ناجز لحفظ الطلب كمُسوّدة ثم إتمامه لاحقاً، فهل إذا كتب الطلاق ثم حفظه ولم يرسله للجهة المختصة في وزارة العدل يعتبر مُطلقاً؟

إذا نوى الطلاق وقع، وإن لم ينو على قول الحنفية يعتبر مُطلقاً، فهو في مقام الخطاب المرسوم، ويُحسب تاريخ الطلاق من وقت الكتابة.

وعلى قول المالكية لا يعتبر مُطلقاً؛ لأنه في مقام من كتب بالطلاق ثم حبسه ليستشير ويستخير، فإن تمّ الطلب بعد ذلك وقع من تاريخ إتمامه، لا من تاريخ كتابته.

والصحيح عند الشافعية لا يقع الطلاق؛ لأنه لم ينو.

وعند الحنابلة في المذهب يقع؛ لأنهم يجعلون الكتابة بالطلاق مقام صريح القول، ويُحسب الطلاق من تاريخ كتابته للفظ الطلاق.

الترجيح:

الذي يترجح عند الباحث أن كاتب الطلاق إذا نوى مع كتابته الطلاق يقع الطلاق وتعرف نيته إما بتصريحه أو بالقرائن الدالة على النية، والتي اعتبرها الحنفية ظاهرة فيما لو كتب كتاباً مرسوماً، واعتبرها المالكية ظاهرة فيما لو أرسل بالكتاب إليها، فهذه القرائن ونحوها دالة على وجود العزم على الطلاق، ويُشدد في هذه القرائن كارتباط هذه الكتابة بخلاف بين الزوجين

ظاهر، أو طلب الزوجة للطلاق فكتب لها الزوج مباشرة بذلك، أو غيرها من القرائن، وأما إن كتب بالطلاق ولم ينو ولم يحتف به قرائن دالة على النية، فالذي يترجح للباحث عدم وقوع الطلاق، والله أعلم وأحكم.

ومن أسباب الترجيح الآتي:

١. إن كتابة الطلاق إما أن تكون صريحة أو كناية:

فإذا كانت صريحة كان ذلك أقوى في وقوع الطلاق؛ لاجتماع الصريح مع النية.

وإن كانت كناية فإن وجود النية أو القرائن الدالة عليها شاهدة على العزم على الطلاق، وحينها تقوم الكتابة مقام اللفظ لا محالة، وتتفي أي نية أخرى مثل تجربة القلم، أو امتحان الخط أو غيره.

٢. لا عبرة بكون الكتابة فعل، فإن النطق فعل أيضاً، ولم يمنع كونه فعلاً ووقوع الطلاق، والكتابة يُعبر بها عما في القلب كالنطق تماماً، وهو أحد البيانين.

٣. ليس هناك دليل يدل على أن الانتقال إلى الكتابة لا يكون إلا حال العجز عن النطق، أو أن تكون مع النطق غير منفكة عنه، والكتابة تثبت بها الحقوق مع قدرته على النطق وإن لم ينطق فيثبت بها الطلاق أيضاً.

٤. الكتابة أحد اللسانين، ولكنها أقل درجة من النطق، وتحتاج إلى إثبات لها، وأنها بخط الزوج، وتحتل احتمالات لا يحتملها النطق، فإن احتمال تجربة الخط والقلم وغم الأهل احتمال مقبول في الكتابة، واحتمال

تجربة الصوت مثلاً في النطق احتمال غير مقبول عند العقلاء فيمن يتلفظ بالطلاق، وهذا دليل ظاهر على الفرق بينهما.

وعليه فيترجح للباحث -والله أعلم- أن الطلاق بكتابة صريح الطلاق على منصة ناجز يقع إذا نوى الطلاق.

أما إذا لم ينو فلا يخلو من حالين:

الأول: إذا أرسل الطلب للجهة المختصة بوزارة العدل فإنه يقع الطلاق؛ لأن كتابة بيانات الزوجة ومعلومات عقد النكاح ولفظ الطلاق وتاريخه، ثم إرساله للطلب قرائن متتالية على إرادة الطلاق، فلا تُقبل معها إرادة غير الطلاق حينئذ، حتى لو عاد الطلب لإكمال الملاحظات؛ فإن عودته لا تؤثر على العزم الذي سبق الإرسال.

ويمكن أن يُستثنى من ذلك من كتب الطلاق وقت ابتداء العمل بنظام التوثيق إذا ادّعى أنه أراد رفع معاملة الطلاق إلى القاضي للنظر فيها نظراً شرعياً، ولم يكن يعلم أنها ستتقل لتوثيق الطلاق دون عرض على الجهة القضائية كما هو الحال سابقاً، أو من ادّعى أنه أراد رفع معاملة الطلاق لجهة المصالحة حتى يتم الصلح بينه وبين زوجته، ولم يكن يريد حقيقة الطلاق، وليس على دراية بإمكانية رفع معاملة مستقلة لجهة الصلح قبل الشروع في طلب توثيق الطلاق عبر منصة ناجز.

الثاني: إذا لم يرسل الطلب، وهذا يحصل فيما لو كتب ثم خرج من المنصة، وتراجع تماماً عن إرسال الطلب، أو لم يصادق عليه بموجب رمز التحقق

المرسل إليه، أو يقع إذا أكمل بيانات الطلب ولكنه حفظه كمُسوّدة في النظام ولم يرسله للجهة المسؤولة، ومنصّة ناجز تتيح حفظ الطلب كمُسوّدة وعدم إرساله، فلو حصل شيء من ذلك، ولم يقترن بكتابة الطلاق نية، فإن الطلاق لا يقع حينئذ، والله أعلم.



المبحث الثاني كتابة الطلاق وكالة عبر منصة ناجز

مع التطور التقني الملحوظ في الآونة الأخيرة، والذي أصبح يلامس الاحتياجات اليومية يلجأ كثير من الناس إلى المكاتب الخدمية لتسيير بعض معاملاتهم المتعلقة بالتقنية، والتي لا يجيدون التعامل معها بشكل صحيح، وموضوع الطلاق ليس بمنأى عن هذه الاحتياجات، والتي يتطلب توثيقها معرفة كافية بالتقنية وكيفية الدخول عليها ورفع الطلبات عن طريقها، ومع ما في موضوع الطلاق من خصوصية زائدة، إلا أنه وللمصلحة العامة المتعلقة بالزوج والزوجة ولعدم إشغال الحاكم الشرعي بالقضايا المتفق عليها سلفاً كان لزاماً أن تعالج تقنياً مواكبةً للتطور التقني، وتيسيراً على الزوجة خصوصاً، والتي كانت تنتظر وثيقة طلاقها أشهراً عديدة، مما يُعطلها عن بعض مصالحها المتعلقة بهذه الوثيقة.

وضريبةً هذا التطور التقني عدم إتقان البعض من أفراد المجتمع لكيفية الدخول إليها مع سهولتها وبساطتها، مما يجعله محتاجاً للاستعانة بالمكاتب الخدمية لرفع طلب توثيق الطلاق، ولا يخلو هذا التوثيق عبر المكاتب الخدمية من حالات:

الأولى:

توثيق طلاق سابق، قد تلفظ به الزوج، وحدد للمكتب كل المعلومات المتعلقة بهذا الطلاق، وفي هذه الحالة أصبحت مهمة المكتب رفع الطلب

فحسب، وليس هناك إشكال فقهي متعلق بهذه الحالة بالتحديد، فالزوج هنا وكّل المكتب في رفع المعاملة المكتملة فحسب، دون تدخل في لفظ الطلاق ولا تاريخه ابتداءً.

الثانية:

توثيق طلاق لم يتلفظ به الزوج بعد، وحدّد لموظف مكتب الخدمات كل المعلومات اللازمة، حتى جاءت لحظة التلفظ بالطلاق فتلفّظ بها وأمره بتسجيلها أو سجّلها الزوج كتابة في نفس اللحظة ورفع الطلب، وهذه كسابقتها ولا فرق، وموضوع كتابة الزوج للطلاق بُحث في المطلب الأول.

الثالثة:

تفويض موضوع رفع الطلب للمكتب أو شخص آخر، وتوفير كل المعلومات اللازمة له دون تلفظ سابق، ولا كتابة، ولا حضور لدى مكتب الخدمات، ثم كتابة لفظ الطلاق من قِبَل موظف مكتب الخدمات ورفع الطلب، وهذه الحالة لا تخلو:

- إما أن يكون الزوج وكّل صاحب المكتب توكيلاً عاماً في الطلاق ورفع.

- وإما أن يكون وكله في رفع الطلب فقط دون تطليق امرأته.

وفي هذه الحالة بعينها نحتاج إلى نظر فقهي، ولدراسة هذه الحالة بالتحديد قُسم هذا المطلب إلى مسألتين:

المسألة الأولى: توكيل الزوج موظف مكتب الخدمات في تطليق امرأته ورفع الطلب.

المسألة الثانية: توكيل الزوج موظف مكتب الخدمات في رفع الطلب فقط.

المطلب الأول: توكيل الزوج موظف مكتب الخدمات أو غيره في تطليق امرأته ورفع الطلب:

مسألة التوكيل في الطلاق مسألة قديمة، وهناك من حمل حديث فاطمة بنت قيس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا عَلَى التوكيل في الطلاق، وأن زوجها أبا عمرو وإنما وُكِّلَ في طلاق امرأته والنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أقرَّ هذا التوكيل^(١)، وسيأتي معنا، وورد أن الشعبي (ت: ١٠٣هـ)، سئل عن رجل جعل أمر امرأته بيد رجل فطلَّقها ثلاثاً؟ قال: قال عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «واحدة ولا رجعة له عليها». وقال علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «من كانت بيده عقدة فجعها بيد غيره فهي كما جرت على لسانه»^(٢)، وكما ترى فقد حملا هذا الأمر على التوكيل وقبلاه.

واتفق علماء المذاهب الأربعة^(٣) على أن التوكيل في الطلاق جائز، ونقل بعضهم الإجماع على ذلك، وممن نقل الإجماع الإمام الكاساني من الحنفية

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٤٢٤).

(٢) أخرجه عبد الرزاق في المصنف، كتاب الطلاق، باب يملك امرأته غيرها، حديث رقم (١١٩٤٥).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٧٣/٥)، المبسوط (١٩/١٢٥)، بدائع الصنائع (٣/١٢٢)، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب (٦/٣٨١)، مواهب الجليل (٤/٩١)، الحاوي (١٠/٤٢٤)، نهاية المطلب (٧/٣٣)، المغني (٥/٢٠٢)، شرح الزركشي (٤/١٤٩)، كشف القناع (٣/٤٦٤).

(ت: ٥٨٧هـ) حيث قال: «وأجمعوا على أن قوله لأجنبي: طلق امرأتي؛ توكيل»^(١).

والإمام ابن عبد البر من المالكية (ت: ٤٦٣هـ) حيث قال: «والأصل المجتمع عليه أن الطلاق بيد الزوج، أو بيد من جعل إليه»^(٢).

والإمام أبو المعالي الجويني من الشافعية (ت: ٤٧٨هـ) حيث قال: «تصح الوكالة بإجماع العلماء، ولا تصح فيما لا تطرق للنيابة إليه، كعبادات الأبدان، إلا الحج، وركعتي الطواف، إذا أتى بهما الأجير على الحج، وفي الصوم خلاف، ويصح في كل ما تطرق إليه النيابة، ويقع معظم نفعه للموكل، كالعقود، والفسوخ، والطلاق، والعتاق، والرجعة، والنكاح، والصلح، والسلم، والرهن، والحوالة، والقبوض المستحقة، والعواري، وقبول الهبات»^(٣).

والإمام المرداوي من الحنابلة (ت: ٨٨٥هـ) حيث قال: «يجوز التوكيل في العتق، والطلاق، بلا نزاع»، ونقل الإجماع عن ابن رزين الحنبلي (ت: ٦٥٦هـ)^(٤).

(١) بدائع الصنائع (٣/ ١٢٢).

(٢) الاستذكار (٦/ ١٨٤).

(٣) نهاية المطلب (٧/ ٣٣).

(٤) الإنصاف (١٣/ ٤٤٣).

ومن مستندات الإجماع ما يلي:

١. حديث أبي سلمة بن عبد الرحمن، عن فاطمة بنت قيس، أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة، وهو غائب، فأرسل إليها وكيله بشعير، فسخطته، فقال: والله ما لك علينا من شيء، فجاءت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فذكرت ذلك له، فقال: ((ليس لك عليه نفقة))^(١).

وجه الدلالة: أن وكيل الزوج طلقها فأمضاه رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ^(٢). قلت: ولم أجد في الحديث بتتبع رواياته ما يدل على التوكيل، وإنما فيه أنه طلقها غائبا عنها وبعث بطلاقها، ولعل هذا من باب إرسال رسول يُبلغها الطلاق، وليس من باب التوكيل، والله أعلم.

٢. القياس وهو من وجهين:

الأول: القياس على عقد النكاح، فكما تصح الوكالة فيه مع تغليظ حكمه، فمن باب أولى أن تصح في الطلاق^(٣).

الثاني: القياس على العتق، بجامع إزالة الملك في الجميع، فكما تصح الوكالة في العتق؛ فإنها تصح في الطلاق ولا فرق^(٤).

(١) أخرجه الإمام مسلم كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، حديث رقم (١٤٨٠).

(٢) الحاوي الكبير (١٠/٤٢٤).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٤٢٤).

(٤) ينظر: كشف القناع (٥/٢٣٨).

٣. أن «من صح تصرفه في شيء لنفسه مما تجوز الوكالة فيه صح توكيله وتوكله فيه»^(١)، والطلاق يصح تصرفه فيه ويقبل النيابة فصحت الوكالة فيه.

ومع حكاية الإجماع في جواز التوكيل في الطلاق إلا أن ابن حزم خالف في ذلك، ورأى عدم جواز التوكيل في الطلاق، ومن أدلته الآتي:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ [الأنعام: ١٦٤].

وجه الدلالة: أن كل نفس ليس لها إلا عملها، ولا يصح عمل غيرها لها إلا حيث دل الكتاب والسنة، ولم يدل أحد منهما على جواز تطليق أحد زوجة الآخر، فلا يصح حينئذ^(٢).

ويمكن أن يُناقش: بأنه لا دلالة فيه على المقصود؛ فإن الآية تتحدث عن الأوزار والأحمال، وأن النفس محاسبة بعملها لا عمل غيرها، والوكالة في الطلاق عمل للغير بإذنه وعلمه وإجازته، وهو محاسب على وكالته لغيره، وغيره محاسب على حفظ حقوق من وكّله، ولا يحمل أحدهما وزر الآخر.

الدليل الثاني: أن الله لما ذكر الطلاق في كتابه خاطب بها الأزواج، ولم يخاطب غيرهم، فلا يجوز ولا يصح أن يقوم غيرهم مقامهم هنا^(٣).

(١) كشف القناع (٥/٢٣٨).

(٢) ينظر: المحلى بالآثار (٩/٤٥٣).

(٣) ينظر: المحلى بالآثار (٩/٤٥٣).

ويمكن أن يُناقش: بأنه خطاب الله للأزواج بالطلاق في القرآن لأنهم المكلفون به أصالة، ولا يعني هذا عدم جواز توكيل غيرهم، ولهذا الأمر نظائر فقد خوطب الناس عموماً بأحكام التجارة، وخوطب الورثة، وخوطب الأولياء، مع صحة قيام غيرهم مقامهم عن طريق الوكالة.

والراجع الذي عليه الجمهور:

أن التوكيل في الطلاق جائز، وهو داخل في عموم جواز الوكالة، ويقبل الإنابة فيه، مع حاجة الناس الماسة قديماً وحديثاً لهذا التوكيل، ولا نص يمنع هذا التوكيل فهو جار على الأصل في جواز الوكالة في كل ما يقبل النيابة، والله أعلم.

وعليه فلو وكل الزوج موظفَ مكتب الخدمات في تطليق زوجته ورفع الطلب عن طريق منصّة ناجز، فإن ذلك جائز، وللوكيل التلفُّظ بالطلاق ثم كتابة نص اللفظ وتاريخه، أو كتابة الطلاق دون تلفُّظ على ما سبق في المسألة السابقة، ويقع الطلاق حين تلفُّظه إن كان قد تلفَّظ، أو بعد كتابته للفظ الطلاق مباشرة، والله أعلم.

المطلب الثاني: توكيل الزوج موظفَ مكتب الخدمات أو غيره في رفع الطلب فقط:

في مثل هذه الخدمات الإلكترونية يُلقى المستفيد أرقامه ومعلوماته بشكل مخالف للصواب - في كثير من الأحيان - إلى مكاتب الخدمات لإنهاء الخدمة المطلوب رفعها للجهة المختصة، ومع الاتفاق على خطأ هذه الطريقة، إلا أن

سلوك هذه الطريقة مع موضوع الطلاق بالتحديد أعظم خطأً، وأشدُّ خطراً، ومن المسائل التي تحتاج إلى الخروج برأي فقهي، ما لو سلم الزوج طلب الطلاق للمكتب غير مستحضر لفكرة التوكيل بالطلاق، بل لأجل رفع الطلب فحسب، في الوقت الذي لم يتلفظ فيه بالطلاق من قبل، فيتصرف موظف مكتب الخدمات بكتابة اللفظ دون رجوع للزوج، ولا وكالة خاصة بالتطبيق، وعند تواصل الموثق - كاتب العدل - بالمستفيد يتبين أنه لم يكتب شيئاً ولم يطلق بعد، ثم يحكي ما حصل عند مكتب الخدمات^(١)، فماذا يترتب على هذا التصرف من أحكام؟

أولاً:

تصرف مكتب الخدمات تصرف في غير محله، فإنه ليس أصيلاً ولا وكيلاً فيما يخص طلاق الزوجة، وحقيقة الوكالة المعطاة له هي وكالة على رفع الطلب فحسب، وتسليم الزوج لرقمه ومعلوماته للمكتب ينصرف إلى التوكيل في رفع الطلب لا غير، ولذا عند سؤال المستفيد هل وكلته على تطبيق زوجتك؟ فإنه وعلى البديهة يفيد بعدم التوكيل، ففي مثل هذه الحالة الطلاق لغو ولا عبرة به، وقد نص الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ على مسائل أدق من هذه المسألة مثل ما لو وكل الزوج آخر في طلاق زوجته طليقة واحدة، فطلق ثلاثاً أن الطلاق لا يقع إلا واحدة فقط، ومع أنه وكله في خصوص الطلاق

(١) الباحث كاتب عدل من المكلفين بالنظر في الإنهاءات ومنها الطلاق، وقد تكررت عليّ وعلى زملائي أكثر من مرة، وبشكل لافت لا سيما مع ابتداء العمل بنظام التوثيق الجديد.

إلا أنهم لم يُوقعوا ما تعدّى فيه الوكيل حدود وكالته^(١)، فكيف لو وكّله في أمر خارج عن الطلاق فتعدّى إلى الطلاق؟ فهو هنا فُضولي^(٢)، وتصرفه بغير إجازة الزوج اللاحقة أو وكالته السابقة لغو لا عبرة بها.

ثانياً:

لو أجاز الزوج هذا الطلاق بعد إيقاعه، فهل يصح ويقع به الطلاق؟ هذا ما يسمّى بإجازة طلاق الفُضولي مبنية على مسألة إجازة بيع الفُضولي، وهذا الأخير اختلف فيه العلماء على قولين:

القول الأول:

يصح بيع الفُضولي إذا أجازهُ المالك، أما إذا لم يجزه فلا يصح، وهو قول الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والقول القديم للشافعي^(٥)، ورواية عند الحنابلة^(٦).

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي (١٢٥/١٩)، الحاوي الكبير (٤٢٥/١٠)، كشاف القناع (٢٣٨/٥).

(٢) في القاموس المحيط (ص: ١٠٤٣): «الفضولي، بالضم: المشتغل بما لا يعنيه»، وفي التعريفات للجرجاني (ص: ١٦٧): «الفضولي: هو من لم يكن ولياً ولا أصيلاً ولا وكيلاً في العقد».

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨٦/٣)، التجريد (٢٥٩٠/٥)، بدائع الصنائع (١٤٨/٥)، تبين الحقائق (١٠٢/٤).

(٤) ينظر: المعونة ص (١٠٣٨)، بداية المجتهد (١٨٩/٣)، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب (٣٢٥/٤)، مواهب الجليل (٤٣/٤).

(٥) ينظر: نهاية المطلب (٤٠٧/٥)، العزيز شرح الوجيز (٣١/٤)، المجموع (٢٥٨/٩).

(٦) ينظر: المغني (٢٩٦/٤)، شرح الزركشي (٦٣٠/٣)، المبدع (١٦/٤)، الإنصاف (٢٨٣/٤)، شرح منتهى الإرادات (٩/٢).

القول الثاني:

لا يصح البيع ولو أجازته المالك، وهو قول الشافعية^(١)، والحنابلة^(٢).

الأدلة:

أدلة أصحاب القول الأول القائلين أنها تصح الإجازة:

الدليل الأول: عموم آيات حل البيع^(٣)، كقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥].

الدليل الثاني: عموم آيات الإحسان للناس والتعاون على البر والتقوى، ومنها قوله تعالى: ﴿وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: ١٩٥]، وقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢]، والمالك في حاجة إلى تصريف سلعته وتعاون أخيه معه في إنفاذها، إلا أنه لما كان في ذلك وجه ضرر عليه لم تكن جائزة إجازة كاملة إلا بإذنه^(٤).

ونوقش: بأن هذا ليس من الإحسان، بل من العدوان الذي نهى الله عنه، فقد تعدى على مال غيره دون إذن^(٥).

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٧٣٤/٥)، نهاية المطلب (٤٠٧/٥)، العزيز شرح الوجيز (٣١/٤)، المجموع شرح المذهب (٢٥٨/٩).

(٢) ينظر: المغني (٢٩٦/٤)، شرح الزركشي (٦٣٠/٣) المبدع (١٦/٤)، الإنصاف (٢٨٣/٤)، شرح منتهى الإرادات (٩/٢).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨٨/٣)، بدائع الصنائع (١٤٨/٥).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (١٤٩/٥).

(٥) ينظر: المجموع (٢٦٣/٩).

وجه الدلالة: أن هذه الآيات عامة تشمل البيع أصالة ووكالة وإجازة بعد البيع^(١).

الدليل الثالث: حديث ابن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا فِي أَصْحَابِ الْغَارِ وَفِيهِ: ((وَقَالَ الثَّلَاثُ: اللَّهُمَّ إِنِّي اسْتَأْجَرْتُ أَجْرَاءَ فَأَعْطَيْتُهُمْ أَجْرَهُمْ، غَيْرَ رَجُلٍ وَاحِدٍ تَرَكَ الَّذِي لَهُ وَذَهَبَ فَتَمَرَّتْ أَجْرُهُ حَتَّى كَثُرَتْ مِنْهُ الْأَمْوَالُ، فَجَاءَنِي بَعْدَ حِينٍ فَقَالَ: يَا عَبْدَ اللَّهِ أَدِّ إِلَيَّ أَجْرِي، فَقُلْتُ لَهُ: كُلُّ مَا تَرَى مِنْ أَجْرِكَ مِنَ الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ وَالرَّقِيقِ. فَقَالَ: يَا عَبْدَ اللَّهِ: لَا تَسْتَهْزِئْ بِي. فَقُلْتُ إِنِّي: لَا أَسْتَهْزِئُ بِكَ، فَأَخَذَهُ كُلَّهُ فَاسْتَأْفَهُ فَلَمْ يَتْرُكْ مِنْهُ شَيْئًا، اللَّهُمَّ فَإِنْ كُنْتُ فَعَلْتُ ذَلِكَ ابْتِغَاءً وَجِهَكَ فَافْرُجْ عَنَّا مَا نَحْنُ فِيهِ، فَاَنْفَرَجَتِ الصَّخْرَةُ فَخَرَجُوا يَمْشُونَ))^(٢).

وجه الدلالة: أن هذا الرجل استثمر في مال العامل وعمل فيه بدون إذنه، وأقره العامل على فعله، فكان إذناً منه، وهو هنا في معرض المدح^(٣). ونوقش: بأن هذا شرع من قبلنا، ولو سلم أنه شرع لنا فإنه لم يُسلمه ابتداءً، فلم يملكه وبقي في ملك المستأجر، فهو تصرف في ملكه لا ملك هذا العامل^(٤).

(١) ينظر: بدائع الصنائع (١٤٨/٥).

(٢) أخرجه البخاري، كتاب الإجارة، باب من استأجر أجيراً فترك أجره فعمل فيه المستأجر فزاد، حديث رقم (٢٣١٦).

(٣) ينظر: المجموع شرح المهذب (٢٦٢/٩).

(٤) ينظر: المجموع شرح المهذب (٢٦٢/٩).

الدليل الرابع: حديث عروة البارقي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَعْطَاهُ دِينَاراً يَشْتَرِي لَهُ بِهِ شَاةً، فَاشْتَرَى لَهُ بِهِ شَاتَيْنِ، فَبَاعَ إِحْدَاهُمَا بِدِينَارٍ، وَجَاءَهُ بِدِينَارٍ وَشَاةٍ، فَدَعَا لَهُ بِالْبَرَكَاتِ فِي بَيْعِهِ، وَكَانَ لَوْ اشْتَرَى التُّرَابَ لَرَبِحَ فِيهِ»^(١).

وجه الدلالة: أن عروة البارقي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ باع الشاة الأخرى بدينار، وأقره النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على ذلك، فدلَّ على إجازته البيع، وصحته^(٢).
ونوقش: بأن عروة هنا وكيل مطلق في البيع والتصرف، وتصرفه ليس تصرفاً فضولياً^(٣).

وأجيب: أن كونه وكيلاً مطلقاً لا يمكن إثباته بغير نقل، والمنقول التوكيل بالشراء لا غيره^(٤).

الدليل الخامس: القياس، وهو من أوجه:

الأول: القياس على الوصية بأكثر من الثلث؛ فإنه يصح بشرط إجازة بقية الورثة^(٥).

(١) أخرجه البخاري، كتاب المناقب، حديث رقم (٣٦٤٢).

(٢) ينظر: المبسوط للسرخسي (١٣/١٥٤)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٢/٥٦١)، المجموع شرح المهذب (٩/٢٥٩)، المغني (٤/٢٩٦).

(٣) ينظر: المبدع (٤/١٦).

(٤) ينظر: المبسوط للسرخسي (١٣/١٥٤).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣/١٩)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٢/٥٦١)، المجموع (٩/٢٦٢)، المبدع (٤/١٦).

ونوقش: بأن حكم الوصايا أوسع من حكم العقود، ولذا كان القبول فيها مترخ لا على الفور مثل العقود، ثم إنها تحتمل الغرر والجهالة والعدم بخلاف البيع^(١).

الثاني: القياس على الملتقط؛ فإنه إذا تصدق باللقطة فإن صاحبها بالخيار بين الإمضاء أو أن يضمنها له^(٢).

الثالث: القياس على البيع بشرط خيار ثلاثة أيام؛ فإنه يجوز بالاتفاق وهو بيع موقوف على الإجازة، فكذلك بيع الفضولي يجوز ويبقى موقوفاً على الإجازة^(٣).

ونوقش: بأن البيع مجزوم به منعقد، والمتنظر هو الفسخ، ولذلك إذا لم يفسخ تم البيع، ولا يشترط لإمضائه عقد جديد^(٤).

أدلة القول الثاني القائلين بعدم صحته بعد الإجازة:

الدليل الأول: حديث حكيم بن حزام قال: أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت: يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي، أبتاع له من السوق ثم أبيعُهُ؟ قال: ((لا تبع ما ليس عندك))^(٥).

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٧٣٧/٥)، المجموع شرح المهذب (٢٦٢/٩)، المغني (٢٩٦/٤).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨٩/٣)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٥٦١/٢).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨٩/٣)، المجموع (٢٦٢/٩).

(٤) ينظر: المجموع (٢٦٢/٩).

(٥) أخرجه أبو داود في السنن، أبواب الإجازة، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، حديث رقم (٣٥٠٣)، والترمذي أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، حديث رقم (١٢٣٥)، وقال عقبه: «والعمل على هذا الحديث عند أكثر أهل العلم» وصححه الإمام الألباني في صحيح وضعيف سنن الترمذي (٢٣٢/٣).

وجه الدلالة: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن بيع ما ليس عند البائع، وهذا الفُضولي باع ما ليس عنده، والنهي هنا للتحريم^(١).

ونوقش: بأن المقصود بيع ما ليس حاضراً عنده، أما ما كان حاضراً وهو ملك غيره فيجوز بيعه ويقف على إجازة المالك، بدلالة أن الوكيل يبيع ما لا يملكه وبيعه صحيح^(٢).

الدليل الثاني: حديث أبي هريرة قال: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ الْحُصَاةِ، وَعَنْ بَيْعِ الْغَرْرِ»^(٣).

وجه الدلالة: أن هذا البيع مُتَرَدِّدٌ بين جوازين، إجازة الفضولي وإجازة المالك فكان داخلاً في عموم الغرر^(٤).

الدليل الثالث: حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((لَا طَلَاقَ إِلَّا فِيمَا تَمَلِّكُ، وَلَا عِتْقَ إِلَّا فِيمَا تَمَلِّكُ، وَلَا يَبِّعَ إِلَّا فِيمَا تَمَلِّكُ))^(٥).

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٧٣٥ / ٥)، المغني (٢٩٦ / ٤).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٩٠ / ٣).

(٣) أخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه غرر، حديث رقم (١٥١٣).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٧٣٥ / ٥).

(٥) أخرجه أبو داود في السنن، كتاب الطلاق، باب في الطلاق قبل النكاح، حديث رقم (٢١٩٠)، والترمذي، أبواب الطلاق واللعان، باب فيما جاء لا طلاق قبل نكاح، حديث رقم (١١٨١) وقال عقبه: «حديث عبد الله بن عمرو حديث حسن صحيح، وهو أحسن شيء روي في هذا الباب»، وحسنه الألباني في صحيح أبي داود (٣٩٣ / ٦).

وجه الدلالة: أن هذا الفُضولي لا يملك المبيع؛ فلا يصح بيعه ولو أجازته^(١).

الدليل الرابع: أن الفُضولي باع ما لا يقدر على تسليمه، فلم يصح كييع الأبقِ والسمك في الماء والطير في الهواء^(٢).

الدليل الخامس: القياس على بيع المُكره، بجامع عدم وجود الرضا، فلما لم يصح بيع المُكره، لم يصح بيع الفُضولي هنا^(٣).

نوقش: أنه بالإجازة اللاحقة يتحقق الرضا، ويزول المانع^(٤).

تنبيه:

بحثت هنا مسألة بيع الفُضولي مع أن المسألة هي طلاق الفُضولي لأن المذاهب الفقهية بحثت مسألة بيع الفُضولي، ثم قاست عليه بقية الأحكام كالطلاق وغيره، والطلاق بالتحديد نص أرباب المذاهب على قياسه بالبيع: فعند الحنفية يقول السرخسي: «وكذلك كل ما له مجيز حال وقوعه من العقود والفسخ والنكاح والطلاق فهو على هذا الخلاف»^(٥)، وفي بدائع الصنائع: «وأصل هذا أن تصرُّفات الفُضولي التي لها مجيز حالة العقد منعقدة موقوفة على إجازة المجيز من البيع، والإجارة، والنكاح، والطلاق»^(٦).

(١) ينظر: المجموع (٢٦٣/٩).

(٢) ينظر: المجموع شرح المهذب (٢٦٣/٩)، المغني (٢٩٦/٤).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٧٣٦/٥).

(٤) ينظر: المبسوط للسرخسي (١٥٤/١٣).

(٥) المبسوط للسرخسي (١٥٣/١٣).

(٦) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (١٤٨/٥).

وعند المالكية يقول خليل: «وطلاق الفُضولي كبيعه». وقال الخطاب: «قال البساطي: وتكون العِدَّة من يوم إجازة الزوج»^(١).

وعند الشافعية يقول إمام الحرمين: «ثم وقف العقود يطرد في كل عقد يقبل الاستنابة، كالبياعات، والإجازات، والهبات، والعتق، والطلاق»^(٢)، وعند النووي مثله^(٣).

وعند الحنابلة يقول المرداوي: «واختار الشيخ تقي الدين رَحْمَةُ اللَّهِ، أن طلاق الفُضولي كبيعه»^(٤).

المطلب الثالث: تخريج مسألة كتابة الطلاق وكالة عبر منصة ناجز على ما سبق:

بناء على ما سبق فإنَّ الذي يتخرَّج عليه أن تصرَّف موظف مكتب الخدمات أو الشخص الموكل برفع الطلب بالطلاق إن صدر عن وكالة من الزوج بالتطبيق فهو تصرف صحيح، وقد نقل عليه الإجماع كما سبق، أما إذا تصرَّف موظف مكتب الخدمات دون وكالة من الزوج في تطبيق زوجته فهو تصرف متوقَّف على إجازة الزوج عند الحنفية والمالكية، وقول الشافعي القديم، ورواية عند الحنابلة، فإذا أجاز الزوج هذه التصرُّف ولو بعد صدور وثيقته ورضي به حصل الطلاق من وقت إجازته، لا من وقت رفع الطلب.

(١) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (٤/٤٣).

(٢) نهاية المطلب في دراية المذهب (٥/٤٠٩).

(٣) المجموع شرح المذهب (٩/٢٦٠).

(٤) الإنصاف (٢٢/١٥٩).

وأما على القول المعتمد عند الشافعية، والمذهب عند الحنابلة، فإنَّ تصرُّفَ موظَّفِ مكتب الخدمات لغو لا عبرة به وإن أجازَه الزوج دون تَلَفُظٍ مستقلٍّ بالطلاق.

الترجيح:

الذي يترجح للباحث - والله أعلم - أن يبيع الفضولي وطلاقه يصح إذا أجازَه المالك.

ومن أسباب الترجيح الآتي:

١. هو قول لا يضر بالبائع ولا بالزوج؛ فإن لهما أن يُجيزا هذا التصرف بعد ذلك، كما لهما أن يمتنعا فيبقى المبيع ملكاً والزوجة زوجةً، وذلك برضاها فلا إكراه، ويعامل الرضا اللاحق معاملة الرضا السابق، ولا غرر في ذلك ما دام أن لهما أن يمضيا أو يتركا.

٢. في البيع خاصة تحقيق لمصلحة تنفيق سلعة المالك، وتعاون بينه وبين أهل السوق وغيرهم.

٣. رضا البائع والزوج حصل من وقت إجازته، فالأحكام المترتبة على التملك الكامل والطلاق مرتبطة بوقت الإجازة، لا بالوقت الذي تصرَّف فيه الفضولي.

وبناءً على ما سبق فإنَّ كتابة الطلاق من قِبَلِ موظَّفِ مكتب الخدمات هو طلاقٌ صدر من فضولي إذا أجازَه الزوج وقع، وإن لم يجزه فهو لغو لا عبرة به، وينبغي التنبيه على أن الطلاق يقع من وقت إجازة الزوج، لا من

وقت طلاق الفُضولي، فلا بدَّ من التعديل في توثيق الطلاق على هذه النقطة بالتحديد من قِبَل الزوج أو من قِبَل الجهة المسؤولة في وزارة العدل، ولا يخفى ما يترتّب عليه وقت الطلاق من أحكام، فينبغي الدقّة في تحديده، حتى وإن لم يُعدّل فإنّ العبرة في ترتّب الأحكام على وقت الإجازة، لا وقت كتابة موظف مكتب الخدمات للفظ الطلاق، والله أعلم.

تنبيه:

المصادقة على الطلب تأخذ حكم الإجازة إذا اطّلع الزوج على كل المعلومات، وأدخّل رقم المصادقة، مع التأكيد على أنّ وقت الطلاق يعتبر من وقت المصادقة، لا من وقت إدخال المعلومات، أما إذا دفع رمز المصادقة للوكيل دون معرفة بحقيقة هذا الرمز، ولا ما تحته من معلومات، فلا يعتبر إجازة منه على الطلب، والله أعلم.

الخاتمة

الحمد لله أولاً وآخراً، والصلاة والسلام الدائمين على رسول الله، وبعدُ فقد منَّ الله عليَّ بتمام هذا البحث، وخلصتُ فيه إلى بعض النتائج وهي كالآتي:

١. توثيق الطلاق عبر منصّة ناجز هي خدمة إلكترونية مقدّمة من وزارة العدل لتيسير وصول الزوج والزوجة إلى وثيقة الطلاق بكل يُسر وسهولة، والمترتب على الوصول إليها بعض الإجراءات الحكومية المتعلقة بهما أو بأحدهما.

٢. إذا تلفظ الزوج بالطلاق أو كتبه قبل ذلك، وغرضه من كتابة الطلاق عبر المنصّة هو التوثيق فحسب لأمر قد مضى، فالنية هنا هي نية توثيق للطلاق فحسب، والطلاق قد تمّ قبل ذلك.

٣. إذا كان الزوج راغباً في طلاق زوجته إلا أنه لم يتلفظ بالطلاق بعدُ، ولم يكتبه قبل الدخول على المنصّة لتوثيقه، وأراد رفع طلب التوثيق أصالة، فقد خلّصت الدراسة إلى أن الحكم يختلف بحسب الحالات التالية:

- إذا كتب الزوج لفظ الطلاق عبر المنصّة مع استحضار نية الطلاق، فالراجع وقوع الطلاق في هذه الحالة من وقت كتابته للفظ، سواء تم رفع الطلب أو لم يتم، فُبل الطلب من الجهة المختصة أو لم يُقبل.

- إذا كتب الزوج الطلاق عبر المنصّة مع عدم استحضار نية الطلاق، فإن كان قد أكمل معلومات الطلاق وكتب اللفظ ثم أرسل الطلب للجهة

المختصة بوزارة العدل فإن ذلك علامة على العزم على الطلاق، ويعامل معاملة من نوى، وعليه فالراجح أن الطلاق يقع من تاريخ رفع الطلب، فإن لم يكن قد رفع الطلب وإنما حفظه كمسودة، أو ألغى الطلب أو لم يصادق عليه مصادقة نهائية ما أدى إلى إلغائه، فإن الراجح أن الطلاق لا يقع حيثئذ.

٤. إذا كان الزوج راغباً في طلاق زوجته إلا أنه لم يتلفظ بالطلاق بعد، ولم يكتبه قبل الدخول على المنصة لتوثيقه، وأراد رفع طلب التوثيق عبر توكيل مكتب خدمات، أو شخص آخر، فقد خلصت الدراسة إلى أن الحكم يختلف بحسب الحالات التالية:

- إذا وُكِّل موظفَ مكتب الخدمات أو شخصاً آخر لتطبيق زوجته ورفع الطلب، فإن الطلاق يقع فور كتابته للطلاق، على ما مضى من أحكام الكتابة فيمن طلق وهو أصيل.

- إذا وُكِّل موظفَ مكتب الخدمات أو شخصاً آخر لرفع الطلب فحسب دون تطبيق زوجته، فإن الطلاق لا يقع بكتابة الوكيل للطلاق، وهو لغو إلا إذا أجاز الزوج تصرف هذا الوكيل؛ فإن الطلاق يقع من وقت إجازة الزوج، لا من وقت كتابة الوكيل للطلاق، وعليه أن يغيّر تاريخ الطلاق داخل الوثيقة إلى تاريخ الإجازة.

والمصادقة على الطلب إن كانت عن علمٍ بما تحت رمز المصادقة وإطلاع على المعلومات فهو في حكم الإجازة من الزوج، وإلا فلا يأخذ حكم الإجازة.

وأما التوصيات^(١) التي يُوصي بها الباحث فهي كالآتي:

١. ميثاق النكاح ميثاق غليظ، فلا ينبغي التهاون في حل عُقدة النكاح، أو التهاون في مرحلة توثيقه، بل ينبغي تحريّ الدقّة، والتلفظ به بلفظ صريح في وقت صحيح بعد التأكد من الوقت المناسب لإيقاعه على السنة، ومن ثمّ توثيقه حسب منصّة ناجز وإدخال معلوماته على وجه الصحة.

٢. ينبغي للجهة المختصة وقبل الدخول لخدمة توثيق الطلاق خاصة، البيان بشكل مختصر لأحكام التلفظ بالطلاق وكتابتها، ثم أخذ الإقرار على قراءة هذا البيان، ومن ثمّ يستطيع الدخول إلى المنصّة وتوثيق طلبه.

٣. مما ينبغي التنبّه له داخل منصّة توثيق الطلاق، تخيير المطلق عند كتابة لفظ الطلاق بين خيارين: الخيار الأول: لمن قد تلفّظ بالطلاق، والخيار الثاني لمن لم يتلفّظ بعدُ بالطلاق، ويبيّن في الخيار الثاني ماذا ينبغي عليه أن يعمل، أو يترك التلفظ لمرحلة أخرى من مراحل التوثيق.

٤. مرحلة الصلح مرحلة مهمة من مراحل توثيق الطلاق، وقد يُفضي الصلح إلى عدم الطلاق، فينبغي مراعاة هذه النقطة تحديداً ومعالجتها تقنياً، بحيث يتمكن المصلحون من تدارك الطلاق قبل وقوعه.

(١) كتبت هذه التوصيات بتاريخ ٢٥/٨/١٤٤٢ هـ أي بعد اعتماد العمل بنظام التوثيق شهرين تقريباً، وقد رفعت بمذكرة ملاحظات للمختصين في الوزارة عبر البريد الرسمي بنفس التاريخ وضممتها هذه التوصيات وبلغني لاحقاً أنه قد تم التغيير بما يتوافق مع هذه التوصيات والله الحمد.

٥. هناك إقرار في آخر فقرة من فقرات توثيق الطلاق نصه: «أقرُّ بأنني على علم أن الطلاق لا يتم إلا بعد صدور الوثيقة»، والطلاق يتم ويقع بعد التلفظ به، أو كتابته على ما سبق، وهذا الإقرار مُوهم، وينبغي تغييره إذا كان القصد أنه لا يتم الانتفاع بوثيقة الطلاق إلا بعد الانتهاء من إجراءاتها بشكل نهائي.

هذا ما تيسر إيراده، والله أسأل أن ينفع الكاتب والقارئ، وأن يوفّقنا لسلوك طريق الحق والانتفاع بالعلم، والعمل به.
وصلّى الله وسلّم على نبيّنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.



المصادر والمراجع

١. القرآن الكريم.
٢. الاستذكار، لأبي عمر يوسف بن عبد الله عبد البر، بتحقيق: سالم محمد عطا، ومحمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١ هـ.
٣. الإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي البغدادي، بتحقيق الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ هـ.
٤. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (المطبوع مع المقنع والشرح الكبير)، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، بتحقيق: عبد الله التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٥ هـ.
٥. بحر المذهب، لأبي المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل الروياني، بتحقيق: طارق فتحي السيد، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩ م.
٦. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد الحفيد، دار الحديث، القاهرة، لعام: ١٤٢٥ هـ.
٧. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين، أبي بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٦ هـ.
٨. البناية شرح الهداية، لأبي محمد محمود بن أحمد بدر الدين العيني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ هـ.
٩. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بتحقيق: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٨ هـ.
١٠. التاج والإكليل لمختصر خليل، لمحمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبي عبد الله المواق المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٦ هـ.

١١. التبصرة، لعلي بن محمد الربيعي، أبي الحسن، المعروف باللخمي، بتحقيق: أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة الأولى، ١٤٣٢هـ.
١٢. التجريد للقدوري، لأحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبي الحسين القدوري، بتحقيق: محمد أحمد سراج، وعلي جمعة، دار السلام، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٤٢٧هـ.
١٣. تحبير المختصر وهو الشرح الوسيط على مختصر خليل في الفقه المالكي، لتاج الدين بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري، المحقق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، د. حافظ بن عبد الرحمن خير، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة الأولى، ١٤٣٤هـ.
١٤. التعريفات، لعلي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، ضبطه وصححه: جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ.
١٥. التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، لخليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي، بتحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ.
١٦. الجامع لمسائل المدونة، لأبي بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي، بتحقيق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، معهد البحوث العلمية بجامعة أم القرى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٣٤هـ.
١٧. حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار، لمحمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ.
١٨. الحاوي الكبير، لأبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب الماوردي، دار الفكر، بيروت.



١٩. سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي، بتحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت.
٢٠. سنن الترمذي (الجامع الكبير)، لمحمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، بتحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٨م.
٢١. شرح الزركشي على مختصر الخرقي، لشمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي، دار العبيكان، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ.
٢٢. شرح مختصر الطحاوي، لأحمد بن علي أبي بكر الرازي الجصاص، بتحقيق: عصمت الله عنایت الله محمد، وسائد بكداش، ومحمد عبید الله خان، وزینب محمد حسن فلاتة، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى، ١٤٣١هـ.
٢٣. شرح مختصر خليل، لمحمد بن عبد الله الخرخشي، دار الفكر للطباعة، بيروت.
٢٤. صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري، بتحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
٢٥. صحيح سنن أبي داود، لمحمد ناصر الدين الألباني، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.
٢٦. صحيح مسلم، لمسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري، بتحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٢٧. العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، لعبد الكريم بن محمد أبو القاسم الرافعي، تحقيق: علي محمد عوض، وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.

٢٨. الفروع، لمحمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبي عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالح الحنبلي، بتحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.
٢٩. القاموس المحيط، لمجد الدين أبي طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، بتحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثامنة، ١٤٢٦هـ.
٣٠. كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي، دار الكتب العلمية.
٣١. المبسوط، لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٤هـ.
٣٢. المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر.
٣٣. المحلى بالآثار، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي، الظاهري، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٣٤. مصنف ابن أبي شيبة، لأبي بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان، بتحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٠٩هـ.
٣٥. مصنف عبد الرزاق، لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، بتحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ.
٣٦. المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.
٣٧. المنتقى شرح الموطأ، لأبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي، مطبعة السعادة محافظة مصر، الطبعة الأولى، ١٣٣٢هـ.

٣٨. منح الجليل شرح مختصر خليل، لمحمد بن أحمد بن محمد عليش، دار الفكر، بيروت، تاريخ النشر: ١٤٠٩هـ.
٣٩. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطاب، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ.
٤٠. نهاية المطلب، لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبي المعالي، بتحقيق: عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ.





الأوقاف بالمملكة العربية السعودية بين الواقع والمأمول

د. راكان بن فهد الحربي

أستاذ القانون التجاري

بجامعة الملك فهد للبترول والمعادن

المقدمة

الحمد لله الذي خلق الإنسان في أحسن تقويم، وهدى من شاء إلى الصراط المستقيم، وأمره بالصلاة والصيام وحج بيته الحرام، ليفوز بالنعيم المقيم، وجاد على من وقف في سبيل الخير - نفسه وماله، لما علم أن إليه مآله - بالفضل الجسيم، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له البر الجواد الكريم، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله الموصوف بالخلق العظيم، الواقف نفسه الزكية للشفاعة يوم يفر الحميم من الحميم، والمرء من أخيه وأمه وأبيه، وصاحبته وبنيه، لكل امرئ منهم يومئذ شأن يغنيه، ذلك تقدير العزيز العليم.

وبعد؛ فإن الأوقاف لها أهمية قصوى في الإسلام؛ منذ عهد النبوة والقرون المفضلة بالقول والفعل، وقد توالى جموع الصحابة على العمل بهذه السنة الكريمة - الوقف - وعلى هذا المنهج القويم سار التابعون ومن بعدهم عبر العصور الإسلامية المتعاقبة^(١).

وقد توسع الوقف توسعاً كبيراً منذ العهد الراشد، ونما وزادت الأموال الموقوفة وتوسعت الأغراض، وتنوعت مع نمو العالم الإسلامي واستقراره... ولم يقتصر الأمر في الوقف على مجرد التطبيق في أشكاله العامة

(١) يُنظر: أثر الوقف الإسلامي في الحياة العلمية بالمدينة المنورة، إعداد الباحثة: سحر بنت عبد الرحمن مفتي الصديقي، ص (١٣).

فقط، بل تعداه في أغراضه ومقاصده إلى ابتكار واستحداث أنواع أخرى كالوقف الذري^(١).

وإيماناً من القيادة الرشيدة بأهمية الأوقاف في التنمية وضرورة تطور أنظمتها تبعاً لتطور أنواعها واستخدامها ومواردها ومصارفها فقد تناولتها -بحسب الاحتياج- في أنظمة متعاقبة وإصدار أوامر ملكية وتعليمات وتعاميم بشأنها منذ تولي الملك المؤسس عبد العزيز آل سعود مقاليد الحكم، بإصداره أول أمر ملكي في السادس والعشرين من شهر الله المحرم سنة ١٣٤٥هـ، وإنشاءه رَحْمَةُ اللَّهِ لإدارة الأوقاف الداخلية بمكة سنة ١٣٤٣هـ، مروراً بإصداره المرسوم الملكي في ١٣٥٤هـ بعد تسلمه المدينة المنورة وجدة والخاص بربط إدارات الأوقاف وفروعها بمدير عام مقره مكة المكرمة.

وكان للقيادة الحالية ممثلة في خادم الحرمين الشريفين الملك سلمان -حفظه الله ورعاه- جهوداً مباركة في هذا الأمر، واهتماماً بالغاً حتى قبل توليه ملك البلاد، فقد بارك وطمّن صاحب السمو الملكي الأمير سلمان أمير الرياض -وقتئذٍ- ندوة العلماء والأكاديميين والمتخصصين حول «الوقف

(١) يُنظر: الوقف الإسلامي: تطوره، إدارته، تنميته، د. منذر قحف، ص(٢٨).
ويقصد بالوقف الذري: «ما كان على جهة بر تحتل الانقطاع عادة، كالوقف على النفس والذرية والأقرباء ونحو ذلك مما يُحصى». منهج اليقين في بيان أن الوقف الأهلي من الدين، حسنين مخلوف ص(٢٨).
أو هو: «ما جعل استحقاق الربيع فيه أولاً للواقف نفسه أو لغيره من الأشخاص المعينين بالذات أو بالوصف، سواء كانوا من أقاربه أم من غيرهم». أحكام الوصايا والأوقاف، بدران أبو العينين ص(٢٧٣).

في الشريعة الإسلامية ومجالاته»، بقاعة الملك فيصل للمؤتمرات، بفندق الإنترنت كونتنتال بالرياض^(١).

ومن هذا كله يظهر عناية القيادة ممثلة في ولي الأمر -أيده الله- منذ بواكير نشأة المملكة وتطور ذلك بالتدخل التنظيمي بحسب المستجدات ووجود الضرورة والاحتياج للتدخل تنظيمياً.

وقد دعت الحاجة للكتابة عن الأوقاف لما تشهده البلاد من تطور وتطلع لرؤية مستقبلية شاملة تسعى إلى التقدم في جميع المجالات وتنميتها بالمملكة العربية السعودية، على يد صاحب السمو الملكي ولي العهد الأمير محمد بن سلمان -حفظه الله ورعاه-، وبخطة متدرجة، وغايتها تحقيق مستهدفات رؤية المملكة بحلول ٢٠٣٠ على صعيد العديد من المجالات الاقتصادية، ومن أهم هذه المجالات الأوقاف.

(١) وذلك بمشاركة وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد في المدة من ١٢-١٤/١/١٤٢٣هـ، وبحضور صاحب المعالي وزير الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، رئيس مجلس الأوقاف الأعلى، الشيخ/ صالح بن عبد العزيز بن محمد آل الشيخ، وقد تكلم في الافتتاح عن أهمية الوقف، وكونه لبنة أساسية في بناء الحضارة الإسلامية، وصرّح بأن رعاية سمو الأمير سلمان بن عبد العزيز آل سعود لفعاليات الندوة تظهر اهتمام سموه الكريم بكل ما فيه مصلحة ومنفعة لهذه الوزارة بعامة، وللأوقاف بخاصة، ونوقش في هذه الندوة (١٦) بحثاً مقدمة حول موضوع الندوة.

ولزيد بيان يُنظر: «مؤتمر الأوقاف الأول في المملكة العربية السعودية»، بجامعة أم القرى، ١٤٢٢هـ، ويشتمل المحور الثالث فيه على: جهود الدولة السعودية في الأوقاف ورعايتها، ويتضمن: الدولة السعودية الأولى والثانية والثالثة. والأوقاف والمجتمع، لعبد الله بن ناصر السدحان.

والمراد من هذا الطرح العلمي: الحديث عن واقع الأوقاف بالمملكة في الوضع الحالي، واستظهار إشكالاتها ووضع حلول لها في ظل الرعاية الكاملة والتنظيمية التي تشهدها البلاد حضارياً وتنموياً وثقافياً واجتماعياً.

أهمية الموضوع، وأسباب اختياره:

تظهر أهمية الموضوع جلية واضحة من خلال نقاط رئيسية:

١. سد الفجوة البحثية في موضوع الأوقاف؛ حيث إنه يعدُّ بحثاً استقرائياً تحليلياً، يعني بفهم واقع الأوقاف في المملكة وإشكالياته وتحدياته، وهو ما لم يبحث من قبل.

٢. تسليط الضوء على أهم المبادرات الحكومية التي تم اتخاذها تجاه القطاع الوقفي وأثرها في تعزيز تنمية إدارة الأوقاف بالمملكة.

٣. التطرق للقضايا الشائكة في الوقف والتي لا بد من التدخل فيها: كحوكمة الأوقاف، الآثار المترتبة على انهدام الوقف أو خرابه أو إغلاقه، أو اندثاره، أو تغييره أو تغيير نشاطه، أو استبداله، والاعتداء عليه والوقف المرتبط بمدة أو عقد احتكار... إلخ تلك القضايا ولما لهذه المشكلات من تبعات اقتصادية واجتماعية وإدارية.

٤. لفت أنظار المنظم إلى أهم وأبرز الإشكالات، ووضع الخطط الطموحة لحلها بما يواكب الجهود الحثيثة في المملكة في سن الأنظمة بما يتواءم مع رؤية سيدي صاحب السمو الملكي ولي العهد الأمير محمد بن سلمان - حفظه الله ورعاه - ٢٠٣٠، وتطلعاته المستقبلية بنظام محل إشكالات نظم الأوقاف السابقة.

ويجدر التنويه هنا أن المملكة اهتمت بقطاع الأوقاف اهتماماً كبيراً جداً من أجل تنميته وتعزيز المنظومة القانونية الحاكمة لهذا القطاع، ويسعى هذا البحث إلى تقييم الفترة الزمنية السابقة والحالية، واستخراج الإشكاليات والتنبيه عليها، ثم الانطلاق لمرحلة إكمال البناء وهو التحدي الجديد للمملكة نحو التطلع لغدٍ مشرق عن طريق تنظيم يجمع بين الأصالة والعلمية وجدية الطرح، بما يتواءم مع الرؤية المستقبلية للمكة بحلول ٢٠٣٠.

التساؤلات التي يثيرها البحث، ويحتهد الباحث في الجواب عنها:

يهدف البحث إلى الإجابة عن التساؤلات التالية:

١. ما هي المشكلات التي تواجه قطاع الأوقاف في المملكة؟
٢. كيفية تفادي هذه المشكلات من خلال رؤية بحثية وعلمية؟
٣. كيف يمكن معالجة التحديات الجديدة تجاه قطاع الأوقاف؟ وما أهم الممكنات التي تدعم نمو القطاع الوقفي، وتطويره تنظيمياً من خلال بعض المعالجات والحلول؛ ليفي بأعظم الأثر اقتصادياً واجتماعياً؟

حدود ومنهجية البحث:

للبحث حدود مكانية وزمانية، وأفق موضوعي عام يحدد نطاقه، وتفصيلها كالتالي:

أما الحدود المكانية فالمعنيُّ بها في هذا البحث أوقاف المملكة العربية السعودية التي تحت سلطانها وتقع ضمن حدود أراضيها الجغرافية.

وأما الحدود الزمنية فيرتبط البحث بالفترة قبل وبعد صدور رؤية المملكة ٢٠٣٠؛ حيث يدرس الماضي والحاضر والمستقبل.

وأما الحدود الموضوعية فقد اقتصر البحث على دراسة واقع قطاع الأوقاف في المملكة واستشراف المستقبل وفق متغيرات ومستجدات الواقع، بما يلبي حاجة الدولة والمجتمع ويتوافق مع ريادتها وتقدمها وطموحها في العالم العربي والإسلامي والغربي أيضاً.

وأما منهجية البحث والدراسة فتكون استقرائية تتبعية تحليلية لمشكلات قطاع الأوقاف في المملكة، وإيجاد حلول لها.

الدراسات السابقة:

المحث في ما سبق من هذه المقدمة إلى أهمية قطاع الأوقاف في العالم العربي والإسلامي من نواح عدة، وتنبه القيادة ممثلة في ولاية الأمور - وفقهم الله لخير البلاد والعباد - أو من ينوب عنهم لأهمية التدخل بالتنظيم والإدارة للأوقاف بما يلاءم وضع البلاد وظروفها وأعرافها.

وقد تطرق قبلي بعض الباحثين لدراسة أنظمة الأوقاف وتاريخها وكيفية إدارتها، ولكن لم يتطرق أحد - على حسب علمي واجتهادي - لخصر الإشكالات كاملة، ومحاولة طرح حلول جديّة وجادة مستقبلية تفي بحاجة هذا القطاع وتنظيمه بما يتوافق مع رؤية المملكة ٢٠٣٠.

وسأقصر الدراسات السابقة في موضوع بحثي وهو: الدراسة الاستقرائية العملية للواقع:

وقد تبلورت أهم الجهود السابقة في هذا الصدد في نوعين رئيسيين:

الأول: البحوث والدراسات العلمية.

الثاني: المؤتمرات والندوات.

أولاً: البحوث والدراسات العلمية:

١. «الوقف ومبادئ الإجراءات القضائية دراسة شرعية تأصيلية على

ضوء نظام المرافعات الشرعية بالمملكة العربية السعودية»: إعداد: د. واصل بن داود بن سلمان المذن، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد - المملكة العربية السعودية، يونيو ٢٠١٢م.

وقد عالج فيه الباحث بالتطبيق العملي للوقف بعض الجوانب القضائية والتي تخص الإجراءات القضائية، ولا شك أنها تعالج المشكلة من الناحية العملية والميدانية، وعلاقة الوقف بالقضاء.

٢. «الأوقاف على الحرمين الشريفين في العالم الإسلامي، الواقع

والمشكلات والحلول»: للباحث: محمد شريف بشير، بحث منشور بمجلة القدس العالمية للدراسات الإسلامية، فبراير ٢٠١٧م.

ويناقش البحث مسألة واقع الأوقاف في الحرمين الشريفين، والتعرض لمشكلاتها، وتحليلها، ومحاولة تقديم حلول علمية لبعضها من جهة تطوير أساليب الإدارة، والاستثمار الأمثل لهذه الأوقاف.

٣- «الأوقاف في المملكة العربية السعودية تعزيز الاستدامة والاستثمار»:

إعداد الباحث: عبد الواحد بن محمد الأنصاري، مركز البحوث والتواصل المعرفي ٢٠١٨م.

ويعرض هذا الكتاب لتحليل واقع الأوقاف في المملكة العربية السعودية من الناحيتين الإدارية والتمويلية، وسبر أغوار المشكلات التي تواجه الأوقاف في هذا الصدد، وعرض عدد من التجارب الإقليمية والإسلامية التي قطعت شوطاً في العمل المؤسسي الوقفي.

٤. «الأوقاف والمجتمع»: عبد الله بن ناصر السدحان، ١٤٣٩هـ،

مؤسسة «ساعي» لتطوير الأوقاف، الرياض، ١٤٣٩هـ.

وقد استعرض فيه مشكلات أوقاف الحرمين الشريفين خارج الأراضي السعودية، والتي ضاعت واندثرت في العالم الإسلامي، وأوضح جهود المملكة العربية السعودية في رعاية الأوقاف من ناحية العناية بالجانب التشريعي والإشرافي، ورعاية أوقاف الحرمين الشريفين وحمايتها، والعناية بالجانب العلمي ونشر الثقافة الوقفية، والعناية بالمكتبات الوقفية.

٥. «المشكلات التي تعترض تنمية الأوقاف في المملكة العربية السعودية»:

للباحث: عقيل محمد العقلا، بحث منشور بمجلة البحوث الإسلامية، أغسطس ٢٠٢٠م.

وقد تناول الباحث في هذا البحث أهم المشكلات التي تواجه تنمية الأوقاف في المملكة العربية السعودية -من وجهة نظره- وهي: مشكلة

غياب التخطيط الاستشاري الشامل لأعيان الأوقاف، وسببها: انعدام قاعدة البيانات الدقيقة عن أعيان الأوقاف، أو تلف أو فقد وثائق الأوقاف، وكذلك تعدد الموانع الشرعية المقيدة لاستثمار أموال الوقف، وعجز الأعيان الموقوفة عن تحقيق التراكم الرأسمالي اللازم لعمليات الاستثمار.

٦. «أطوار وأبعاد تطور المؤسسة الحكومية لإدارة قطاع الأوقاف في المملكة العربية السعودية وتأثيراتها على إزالة المعوقات القانونية أمام تنميته»: للباحث: عقيل محمد العقلا، بحث منشور بمجلة البحوث الإسلامية، أغسطس ٢٠٢٠م.

وقد تناول الباحث في هذا البحث التطور للهيكل المؤسسي لإدارة الأوقاف في المملكة، وتطور الوظائف الإدارية لإدارة الحكومة للوقف الخيري، وتأثير الإدارة الحكومية للأوقاف على إزالة المعوقات القانونية أمام تنمية واستثمار أموال الوقف.

ثانياً: المؤتمرات والندوات:

كانت الجهود حثيثة حول قطاع الأوقاف كثيرة وكبيرة ومتضافرة من القيادة السياسية والدينية لتحقيق أهداف الوقف المرجوة، وسأجمل هنا أهم وأبرز تلك الجهود بما يناسب طبيعة ومقام البحث:

أ. أبرز وأهم المؤتمرات:

لعل من أبرز وأهم المؤتمرات مؤتمرات الأوقاف الأربعة التي أقيمت بتعاون مشترك بين جامعة أم القرى، ووزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد.

١. مؤتمر الأوقاف الأول سنة ١٤٢٢هـ^(١).

٢. مؤتمر الأوقاف الثاني ١٤٢٧هـ.

٣. مؤتمر الأوقاف الثالث ١٤٣١هـ.

٤. مؤتمر الأوقاف الرابع سنة ١٤٣٤هـ.

ب. أبرز وأهم الندوات:

١. ندوة بعنوان: «الوقف في الشريعة الإسلامية ومجالاته»، والتي أقيمت بالرياض ١٤٢٣هـ، برعاية الأمير سلمان بن عبد العزيز.

(١) وقد تضمن المؤتمر المبارك الأبحاث التالية:

- أوقاف عين زبيدة في عهد الملك عبد العزيز، إعداد الباحث: عادل بن محمد غباشي.
- ورقة عمل بعنوان: أوقاف الحرمين الشريفين» إعداد الباحث: عبد الرحمن عبد القادر فقيه.
- الوقف وأثره في نشر العلم في الأحساء من القرن الحادي عشر إلى نهاية القرن الرابع عشر الهجري، إعداد الباحث: عبد الحميد مبارك آل الشيخ مبارك.
- الوقف وأثره في نشر الدعوة وجهود المملكة العربية السعودية في هذا المجال، إعداد الباحث: عبد الرحيم بن محمد المغذوي.
- أحباس المغاربة في الحرمين الشريفين، إعداد الباحث: حسن الوراكلي.

٢. ندوة الوقف والقضاء، والتي أقيمت بالرياض ١٢ صفر ١٤٢٦هـ^(١). ورغم هذه الجهود الضخمة والعمل الجاد خلال السنوات الماضية منذ تأسيس المملكة إلى وقتنا هذا إلا أنه لا زالت هناك عقبات ومعوقات تؤثر على مسار هذا القطاع الضخم وتعوق تنميته، وتؤثر سلباً في الاستفادة الكاملة والمثلى منه، ولذا كان وضع هذا البحث استكمالاً للجهود السابقة بتناول الإشكالات بتجرد علمي، وطرح جديد، وفق المستجدات الحديثة وتغيرات الواقع، ووفق استراتيجية تستشرف لمستقبل طموح، وتساهم في تطوير منظومة العمل في هذا القطاع في شتى جوانبه؛ بغية الاستفادة المثلى في التطوير ليعود بالنفع على الفرد والمؤسسات والمجتمع كله.

خطة البحث:

وتشتمل على مقدمة وتمهيداً، وثلاثة مباحث، وخاتمة، وتفصيلها كالتالي:

المقدمة والتمهيد:

حول تعريف بموضوع البحث، وأهمية الموضوع وأسباب اختياره.

وثلاثة مباحث كالتالي:

المبحث الأول: تعريف الأوقاف، وأهميتها، والتطور التنظيمي لقطاع الأوقاف بالمملكة العربية السعودية.

(١) نظمتها وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، وبحضور معالي وزير العدل السابق الدكتور/ عبد الله بن محمد آل الشيخ، ومعالي وزير الشؤون الإسلامية رئيس مجلس الأوقاف الأعلى الشيخ/ صالح بن عبد العزيز آل الشيخ، وعدد من رؤساء المحاكم والقضاة، بقاعة الملك فيصل للمؤتمرات بالرياض.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الوقف لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثاني: أهمية الأوقاف.

المطلب الثالث: التطور التنظيمي لقطاع الأوقاف بالمملكة العربية السعودية.

المبحث الثاني: أهم وأبرز المشكلات والفجوات المتعلقة بقطاع الأوقاف إدارة وتنظيماً في المملكة، وتحول دون استشاره الاستشار الأمثل:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مشكلات تتعلق بالوقف.

المطلب الثاني: مشكلات تتعلق بالواقف أو ناظر الوقف.

المطلب الثالث: مشكلات تنظيمية أو تشريعية.

المبحث الثالث: المستقبل والمأمول للأوقاف بالمملكة العربية السعودية: وفيه تمهيد ومطلبان:

التمهيد: حول أهم المبادرات الحكومية تجاه تطوير قطاع الأوقاف.

المطلب الأول: الحلول التنظيمية أو التشريعية قريبة الأجل، سريعة التنفيذ.

المطلب الثاني: الحلول التنظيمية أو التشريعية متوسطة الأجل، مستقبلية تهدف لتوعية المواطن والواقف أو القيم على الوقف.

الخاتمة:

وتشمل التوصيات والنتائج.

قائمة المصادر والمراجع.

المبحث الأول تعريف الأوقاف، وأهميتها، والتطور التنظيمي لقطاع الأوقاف بالمملكة

ويحتوي على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الوقف لغةً واصطلاحاً:

أولاً: تعريف الأوقاف لغةً:

الأوقاف: جمع وقف، كوقت وأوقات، والوقف في اللغة: الحبس، وهو مصدر من قولك: وَقَفْتُ الأَرْضَ على المساكين وقفاً: حبستها، ووقفت الدار وقفاً: أي حبستها في سبيل الله، ومنها المنع، يقال: وقفت الرجل عن الشيء وقفاً: منعتة عنه، ومنها السكون، يقال: وقفت الدابة تقف وقفاً ووقوفاً: سكنت، وقيل للموقوف وقف تسمية بالمصدر^(١)، قال الإمام النووي: «الوقف، والتحبيس، والتسييل، بمعنى واحد، وهي هذه الصّدقة المعروفة، وهذه ألفاظ صريحة فيها»^(٢).

(١) ينظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، المؤلف: أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (٤/١٤٠)، المغرب في ترتيب المغرب، المؤلف: أبو الفتح ناصر الدين بن عبد السيد بن علي بن المطرزي، ص (٤٩٢)، لسان العرب المؤلف: أبو الفضل، محمد بن مكرم بن علي، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (٩/٣٥٩).

(٢) تهذيب الأسماء واللغات، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (٤/١٩٤).

ثانياً: تعريف الأوقاف اصطلاحاً:

اختلف الفقهاء في تحديد مفهوم الوقف في الاصطلاح، وسبب ذلك يرجع إلى اختلافهم في لزوم الوقف، وعدم لزومه^(١)، وكذلك اختلافهم في الجهة المالكة للعين بعد وقفها^(٢).

وبناءً على ما سبق فقد اختلف الفقهاء في تعريف الوقف، إلا أنه بقي بينهم قدر مشترك لم يختلفوا فيه، هو حقيقة الوقف، وهو أن الوقف حبس الأصل والتصدق بالمنفعة، ثم اختلفت قيودهم بعد ذلك تبعاً للأسباب التي ذكرت آنفاً، وسوف نعرض لبعض هذه التعريفات.

(١) حيث يرى الأحناف عدم لزومه، وخالفهم جمهور الفقهاء في ذلك. ينظر: مختصر القدوري، في الفقه الحنفي، ص(١٢٧)، المبسوط، المؤلف: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، (١٢/٢٧)، نهاية المطلب في دراية المذهب، المؤلف: إمام الحرمين، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، (٨/٣٤٠).

(٢) وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:
القول الأول: أن العين تنتقل لملك الله تعالى، وهو ما ذهب إليه الصاحبان من الحنفية، وهو مذهب الشافعية.

القول الثاني: العين تبقى في ملك الواقف، وهو قول أبي حنيفة والمالكية.
القول الثالث: العين الموقوفة تنتقل إلى ملك الموقوف عليه، وهو مذهب الحنابلة.
ينظر: التهذيب في فقه الإمام الشافعي، المؤلف: أبو محمد الحسين بن مسعود البغوي، (٤/٥١٦)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، (٥/٣٤٧)، الهداية في شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر المرغيناني، (٣/١٥)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، المؤلف: القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، (٢/٦٧٢)، الكافي في فقه الإمام الميقل أحمد بن حنبل، المؤلف: أبو محمد، عبد الله بن قدامة المقدسي، (٢/٤٥٥)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (المطبوع مع المقنع والشرح الكبير)، المؤلف: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرزداوي، (١٦/٤٠٤).

أولاً: الأحناف:

الوقف عند الإمام أبو حنيفة: «حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه الخير بمنزلة العواري»^(١).

وعرفه الصاحبان بأنه: «حبس العين على حكم ملك الله تعالى، والتصدق بالمنفعة»^(٢).

فهما قد خالفاه في خروج العين من الملكية الخاصة إلى الملكية العامة، والمراد بها الجهات الخيرية الموقوف عليها؛ سواء كانوا أقرباء أم بعداء، عامين أم خاصين.

ثانياً: المالكية:

قال ابن عرفة هو: «إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه، ولو تقديراً»^(٣).

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المؤلف: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ)، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد ١١٣٨هـ)، وبالْحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، (٣١٢/٥)، الفتاوى الهندية، المؤلف: لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، (٣٥٠/٢).

(٢) الهداية في شرح بداية المبتدي (٣/١٥)، فتح القدير، المؤلف: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: ٨٦١هـ)، (٢٠٣/٦).

(٣) المختصر الفقهي لابن عرفة، (٨/٤٢٩)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطاب الرُّعيني المالكي (٦/١٨).

ثالثاً: الشافعية:

عرفه الخطيب الشربيني بقوله: «حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود»^(١).

رابعاً: الحنابلة:

عرفه ابن النجار فقال: «تحبس مالك مطلق التصرف ماله المنتفع به مع بقاء عينه بقطع تصرفه وغيره في رقبته يصرف ريعه إلى جهة برّ تقريباً إلى الله تعالى»^(٢).

والخلاف في هذه التعريفات عند الفقهاء راجع إلى نظرهم لحقيقة الوقف من حيث اللزوم وعدمه، وبقاؤه في ملك الواقف وخروجه منه، كما أشرت إلى ذلك.

ويمكن تعريف الوقف من خلال ما سبق بأنه: حبس المال المباح المنتفع به أو العين على ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة، بقصد التقرب إلى الله، سواء كان على جهة التأقيت أو التأييد، للأقارب أو لغيرهم، مع التقييد بشرط الواقف المحبّس.

(١) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المؤلف: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ)، (٣/٥٢٢).

(٢) منتهى الإرادات، المؤلف: تقي الدين محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي الشهير بابن النجار (٩٧٢هـ)، (٣/٣٣٠).

المطلب الثاني: أهمية الأوقاف:

الأوقاف هي جزء من القطاع الثالث في قطاع المال والأعمال، ويعتبر أكبر سند للقطاع الخيري، لكونه يتسم بالتنامي مع مرور الزمن، ويجمع بين الادخار والاستثمار معاً^(١)، ويسهم في تحقيق التنمية الاقتصادية من خلال خلق فرص وظيفية وتحقيق الحلول الممكنة لمعالجة المشكلات المعاصرة، وتوظيف مصارف الوقف في الاحتياجات التي يحتاجها المسلمون وفق متطلبات الزمان والمكان^(٢).

وقد اختص الله هذه الأمة بهذا العمل الخيري، فهو من خصائصها، وفرائدها، ثم تعاقب الناس بعدها على ذلك تبعاً لها.

يقول القرافي عن الوقف: «وهو من أحسن أبواب القرب...»^(٣).

وقد تنبّهت الدول في العصر الحالي لمكانة الوقف وأهميته؛ فأقاموا منه صروحاً كبيرة، وطوروه حتى بات يلبي حاجاتهم هناك بشكل كبير في كل مناحي الحياة، وما من دولة من الدول إلا وهي تنعم في خيارات الوقف، وتنفق من عائداتها على شعوبها، فإن المجتمعات تعاني اليوم من أزمات مالية شديدة، وذلك لوجود الاحتكارات العالمية وسيادة نظام الربا، وسيطرة رأس المال على الحياة بجميع مناحيها السياسية والاجتماعية والاقتصادية،

(١) يُنظر: الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا، أ. د. خالد المشيقح، (١/١١٦).

(٢) يُنظر: أهمية الوقف، وأثر توجيه مصارفه، بحث محكم، من إعداد الشيخ/ عبد الله بن سليمان المخلف، ص (٧١).

(٣) الذخيرة، المؤلف: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، (٦/٣٢٢).

من هنا جاءت حاجة الناس اليوم أشد ما تكون من أي وقت مضى إلى إحياء الوقف.

وهنا يأتي الدور التوعوي لأهل العلم وللإعلام الهادف في تعريف الناس بمكانة الوقف وأهميته، وأن يشجعوهم أن يسهموا فيه ما استطاعوا إلى ذلك سبيلاً، وعلى الفقهاء المعاصرين أن يوجدوا حلولاً لمسائل الوقف المستجدة، للتشجيع على إقامة أوقاف جديدة لتطوير وتيسير الحياة المجتمعية، وإيجاد دوافع وحوافز لإقامة الأوقاف الجديدة، بجانب الدافع الروحي الديني الذي هو أبرز هذه الدوافع وأرقاها.

المطلب الثالث: التطور التنظيمي لقطاع الأوقاف بالمملكة العربية السعودية:

لم تقتصر عناية المملكة وجهودها في الحفاظ على الأوقاف وتنميتها في أوجهها المشروعة فقط، بل اهتمت بالنواحي الإدارية والتنظيمية، والمالية لها، واستحدثت من أجل ذلك العديد من النظم منذ عهد الملك عبد العزيز رَحِمَهُ اللهُ حتى عهد خادم الحرمين الشريفين.

وقد أنشأت إدارة لأوقاف مكة، وكذلك في المدينة إبان الحكم العثماني، وعين الشيخ محمد سعيد أبو الخير مديراً لأوقاف مكة.

وعندما صدرت التعليمات الأساسية للمملكة سنة ١٣٤٥هـ شملت الأمور الشرعية فيها: القضاء والحرمين الشريفين، والأوقاف والمساجد، إلى أن صدر مرسوم ملكي كريم في ٢٧/١٢/١٣٥٤هـ، يربط إدارات

الأوقاف، وفروعها بمدير عام، مقره مكة المكرمة، ويتبعه مدير الأوقاف في كل من جدة والمدينة، وتلى ذلك تنظيماً كثيرة، كلها ترمي إلى الإصلاح من وضع الأوقاف في البلاد حتى تتم الفائدة المنشودة، وقد حافظت الدولة على الوقف والحكر، وأنشأت أوقافاً لدعم عدة جهات^(١).

ثم تتابع الاهتمام من ولاية الأمر في تطوير الأوقاف، فصدر قرار مجلس الشورى برقم (٦١) بتاريخ ٦/٢/١٣٥٠هـ، المتضمن تحديد الشروط للراغبين في وقف ممتلكاتهم من الأجانب.

وجاء المرسوم الملكي بتاريخ ٩/٥/١٣٥٤هـ الذي يعالج بصورة حازمة الأوقاف التي طالت مدة نظرها من قبل المحاكم، ومراجعة المستندات التي يملكها المدعون في دعواهم، ثم صدر قرار مجلس الشورى برقم (٢٣٨)، بتاريخ ١٥/٨/١٣٥٥هـ، والذي يحدد ضوابط شراء بدل الوقف، وبعد ذلك صدر مرسوم آخر برقم (٤٣٠)، بتاريخ ٩/١٠/١٣٨١هـ الخاص بإنشاء وزارة الحج والأوقاف ليجسد اهتمام الدولة في رعاية حجاج بيت الله، والأوقاف، ثم صدر المرسوم الملكي برقم (٣٥)، بتاريخ ١٨/٧/١٣٨٦هـ الخاص بنظام مجلس الأوقاف الأعلى، وقد اشتمل هذا النظام على تنظيم مجالس الأوقاف الفرعية في مناطق المملكة، وكان لهذا النظام الأثر الطيب في متابعة الأمور المتعلقة بالأوقاف، والقيام على شؤونها.

(١) ينظر: تطبيقات الوقف العلمي في التاريخ الإسلامي، د. سعود بن فرحان محمد العنبري، ص (٢٨).

وفي عام ١٤١٤هـ انفصلت الأوقاف عن الحج، وضمت إلى وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، وقد أوكلت الوزارة مهمة الإشراف على الأوقاف، ومتابعتها إلى: وكالة الوزارة لشؤون الأوقاف^(١).

وفي عام ١٤٢٧هـ صدر المرسوم الملكي رقم (م/١٧)، المبني على قرار مجلس الوزراء رقم (٥٣) بتاريخ ١٢/٣/١٤٢٧هـ بإصدار نظام الهيئة العامة للولاية على أموال القاصرين متضمنة في بعض مواده عقد الاختصاص لها بالنظارة على جميع الأوقاف الأهلية التي لا ناظر لها، والأوقاف المشتركة فيما يخص الوقف الأهلي والإشراف على النظار المعينين إذا دعت الحاجة.

وفي عام ١٤٣٥هـ صدر المرسوم الملكي رقم (م/١) بإصدار نظام المرافعات الشرعية، وجاء متضمناً ثمانين مادة متعلقة بإجراءات تسجيل الوقف وإثباته وتوثيقه وإصدار صكوك استحكام متعلقة بأعيانه من المحكمة الشرعية، واستئذان المحكمة المختصة في بيع أعيانه واستبدالها، ونقلها.

وفي عام ١٤٣٧هـ صدر قرار مجلس الوزراء السعودي رقم (٧٣) بتاريخ ٦/٧/١٤٣٥هـ، والمتوج بالمرسوم الملكي (م/١١) وتاريخ ٢٦/٢/١٤٣٧هـ بإنشاء الهيئة العامة للأوقاف ووضع نظام خاص لها واعتماد ميزانية سنوية لها من ميزانية الدولة، ومنحها الشخصية الاعتبارية المستقلة مالياً وإدارياً، والمرتبطة برئيس مجلس الوزراء مباشرة^(٢).

(١) الوقف وأثره في نشر الدعوة، وجهود المملكة العربية السعودية في هذا المجال، د. عبد الرحيم بن محمد المغدوي، ص (٧٠، ٧١).

(٢) أطوار وأبعاد تطور المؤسسة الحكومية لإدارة قطاع الأوقاف في المملكة العربية السعودية وتأثيراتها على إزالة المعوقات القانونية أمام تنميته، إعداد: عقيل محمد العقلا، ص (١٢).

ويتبين مما سبق اهتمام المملكة العربية السعودية بالأوقاف، وجهودها الكبيرة في تنظيمها، وتقنينها على نحو كبير، ولا عجب فهي صاحبة ريادة على الدوام، وهي قبلة المسلمين على مر العصور والأزمان.

ومنذ إقرار نظام الهيئة العامة للأوقاف أطلقت الهيئة العديد من المبادرات التي تساهم في تنظيم قطاع الأوقاف وتنميته بما يحقق شروط الواقفين ويعزز استدامته، ويساهم في تحقيق الأهداف الاستراتيجية للهيئة المتمثلة في تطوير الأنظمة، وحوكمة قطاع الأوقاف، وتنميته قطاع الأوقاف وتطوير مصارفه وتعزيز التميز المؤسسي، فمن ذلك:

١. إطلاق العديد من المنصات الإلكترونية: ومنها منصة وقفي ومنصة الاستثمار ومنصة التمويل الجماعي، وكذلك إطلاق عدد من الخدمات الإلكترونية لقطاع الأوقاف التي تساهم في تعزيز الكفاءة وتوجيه مصارف الأوقاف إلى برامج عالية الأثر، مثل: منصتي «استدامة»، و«تمكين»^(١).

٢. تأسيس المركز الوطني للدراسات والبحوث الوقفية: والذي قدم العديد من الدراسات النوعية التي تخدم قطاع الأوقاف، ومنها على سبيل المثال: دراسة حول النماذج الاسترشادية للصكوك الوقفية، العوامل المؤثرة على إثبات الأوقاف وبقية الإنهاءات وغيرها^(٢).

٣. قيام الهيئة بنمذجة صيغ استرشادية للصكوك الوقفية: بما يتسق مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وأفضل الممارسات الدولية والتي تعين تحقيق

(١) ينظر: التقرير السنوي للهيئة العامة للأوقاف لعام ١٤٤١-١٤٤٢هـ ص (٤٨).

(٢) ينظر: التقرير السنوي للهيئة العامة للأوقاف لعام ٢٠١٨م، ص (٤١).

على رغبات الواقفين، وذلك لدعم القطاع الوقفي وتعزيز الرقابة والشفافية والتي تعتبر أهم الأهداف الاستراتيجية^(١).

٤. التعاون مع هيئة السوق المالية في إنشاء الصناديق الوقفية الاستثمارية: والتي يصرف ريعها للجهات المستفيدة من الصندوق وفق شرط الواقف وفق إطار قانوني يوضح متطلبات الموافقة، وأهم الأحكام العامة وآلية عمل جمعية الواقفين ومآل الأصول الوقفية بعد إنهاء الصندوق^(٢).

٥. تأسيس شركة أوقاف: لتكون الذراع الاستثماري للهيئة العامة للأوقاف من أجل المساهمة في تطوير آليات الاستثمار للأوقاف المدارة من قبل الهيئة على وجه يساهم في ضمان إدارة الاستثمارات، والأموال، والأصول بفعالية وكفاءة أكبر؛ وتحقيق النمو والاستدامة المالية وتنويع مصادر الدخل.

٦. تطوير العديد من المشروعات التنظيمية: ومن ذلك إعداد مسودة مشروع مبادئ حوكمة الأوقاف ومشروع لائحة تنظيم أعمال النظارة، والتي تهدف لتوضيح الالتزامات الواجبة على الناظر وآلية الإشراف والرقابية التي تدعم مقاصد الوقف^(٣).

(١) ينظر: التقرير السنوي للهيئة العامة للأوقاف لعام ١٤٤١-١٤٤٢هـ، ص (٥٩).
(٢) ينظر: تعليقات الموافقة على إنشاء الصناديق الوقفية الاستثمارية، لمزيد من التفصيل يراجع هذا الرابط:

<https://bit.ly/3xhAIRB> > .

(٣) عُرضت مبادئ حوكمة الأوقاف في منصة استطلاع بتاريخ ٢٩/٣/٢٠٢١م حتى ٦/٥/٢٠٢١م، وعُرض مشروع لائحة تنظيم أعمال الناظر على منصة استطلاع بتاريخ ٢٩/٣/٢٠٢١م حتى ٢٣/٤/٢٠٢١م.

المبحث الثاني أهم وأبرز الفجوات التنظيمية المتعلقة بإدارة وتنظيم الأوقاف في المملكة

وفيه تمهيد وثلاثة مطالب:

التمهيد:

لقد زادت أهمية الأوقاف في العصر الحالي بشكل كبير، وازدادت توسعها وانتشارها، وتنوع أشكالها، فاحتاج الأمر إلى بذل جهد كبير في ضبطها تنظيمياً وتشريعياً، ووضع الاستراتيجيات الهادفة، لاحتواء توسعها وضبط مواردها ومصارفها، والاستفادة مما عطل منها.

وتعتبر المملكة العربية السعودية رائدة بين دول العالم الإسلامي في مجال الأوقاف الإسلامية، وتسعى المملكة إلى التطوير المستمر للأوقاف وإزالة أي مشكلات تحول بينها وبين أدائها لدورها...، فلم تدخر المملكة العربية السعودية في ذلك جهداً ولا وسعاً، فدعمت -بتوجيه من ولاية أمرها حفظهم الله ورعاهم- هذا الجانب الحيوي: مادياً ومعنوياً، وأنشأوا الدوائر العلمية والمصالح الخاصة والعامة والتي تنمي بالأوقاف وتنظيمها وتنميتها... إلخ، كما باركوا كل جهد أو عمل يهدف إلى إبراز قيمة الوقف، ويسعى لتطوير وتنظيم أفضل لقطاع الأوقاف^(١).

(١) يُنظر: الوقف وأثره في تنمية موارد الجامعات، سليمان بن عبد الله أبو الخليل، ص(٩).

إلا أنه ما زال هناك الكثير من المشكلات التي تعوق عمل هذا القطاع بالشكل الأمثل، والذي يعود على الدولة والمجتمع بالخير وأقصى درجات الإفادة.

فإن المشكلات التي تعترض الأوقاف تعتبر عائقاً أمام تنميتها؛ حيث إنها تؤثر على تشغيلها وأدائها بصفة عامة للأهداف المنوطة بها^(١).

ويمكن تقسيم هذه المشكلات إلى أقسام رئيسة، وتحت كل إشكال عدة صور، كالتالي:

١. مشكلات تتعلق بالوقف نفسه.
 ٢. مشكلات تدور حول الواقف أو ناظر الوقف أو القيم عليه، وضعف القائمين عليه وقلة علمهم بالأوقاف وكيفية إدارتها.
 ٣. مشكلات تنظيمية وتشريعية^(٢).
- ومن خلال التقسيم السابق نستطيع رد الإشكالات كلها إلى اعتبارين: شق يتعلق بالوقف نفسه، والقائمين عليه، ويقع عبء هذا على الجانب الفردي: مؤسس الوقف أو ناظره.

(١) يُنظر: المشكلات التي تعترض تنمية الأوقاف في المملكة العربية السعودية، مجلة البحوث الإسلامية، للباحث: عقيل بن محمد علي العقلا، المنشور ١٦/١٢/١٤٤١ هـ، ص (٣٤).

(٢) يُنظر: الوقف الإسلامي: تطوره إدارته تنميته، منذر قحف، ص (١٢٧-١٢٨).

وشق يتعلق باستغلاله والإشراف عليه ووضع تنظيم له والتقاضي فيه، واستثماره لصالح المجتمع، ويقع عبء هذا على الدولة، والجهات الإدارية المنظمة لهذا القطاع.

المطلب الأول: مشكلات تتعلق بالوقف:

وهي مشكلات تدور حول الوقف ونوعه، وتطور واستحداث أنواع جديدة منه، وتغيره أو تدمره أو اندثاره، أو استغلاله والانتفاع به، ووثائق الوقف نفسه.

حيث إنَّ جُلَّ الوقف الموجود بالمملكة وقفٌ شرعيٌّ، ومن المعلوم أن هذه الأنواع يشترط فيها شروطٌ شرعية: كلزوم الوقف، وعدم الرجوع فيه، والتقييد بشرط الواقف من تأييد الوقف وتوقيته، وحظر استبدال أعيان الوقف إلا عند الضرورة -على خلاف عند أهل العلم في ذلك- ووفقاً لشروط معينة^(١).

فقد نص بعض الفقهاء على أنه: «لا يباع موقوف»^(٢)، وهذا قد يؤدي إلى بقاء دور الأوقاف خاوية على عروشها لا ينتفع بها أحد، وبقاء الأرض ميتة

(١) يُنظر: المصدر السابق، ص (٤٦).

ويراجع في هذه الإشكالات الشرعية المرتبطة بالوقف نفسه: بحث مشاكل الوقف وحلوله، أعدده الشيخ عتيق أحمد القاسمي، بحث مقدم ضمن البحوث المختارة في الندوة الفقهية العاشرة لمجمع الفقه الإسلامي بالهند: ص (١٥٠-١٥٣)، والوقف وتنميته وخطورة اندثاره عن العمل الخيري، للأستاذ الدكتور/ الناجي أمين.

(٢) يُنظر: الاختيار لتعليل المختار، المؤلف: عبد الله بن محمود بن مودود الموصللي البلدحي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، للشيرازي، (٢/ ١١)، مسائل الإمام أحمد

لا تُمدُّ أحداً بغذاء، وتعميمه يؤدي إلى فساد كبير في وسائل الاستغلال، فوق ما فيه من الإضرار بالمستحقين والفقراء وجهات البر، وانقطاعها بمضي الزمان وتوالي الأحداث^(١).

كما كان لظهور مفهوم المؤسسة وتطوره وتوسعه تأثير كبير في تنشيط الأوقاف والأعمال الاستثمارية التي تقصد وجوه البر بشكل عام؛ لأنه يسر سبل استثمار الأموال الوقفية من جهة، غير أنه في ذات الوقت كان إشكالاً من إشكالات الأوقاف من ناحية المصارف والتداول... إلخ^(٢).

وكلما تطورت الحياة وتطور الابتكار والتجديد في عالم التكنولوجيا والاستثمار فيها كلما زاد الاحتياج لها وازداد المتعاملون فيها، وزاد الطلب عليها، حتى إنهم ليسمونها منتجات استثمارية أو مالية أو مصرفية، وشيوع وكثرة وتنوع هذه المنتجات أدى إلى اتخاذ قرار الاستثمار المالي لنظار أو متولي الأوقاف الخيرية والذرية على حد سواء فيها؛ لكونهم لا يرغبون بالدخول في ميادين مناطق الأسواق، ومقارعة عناصر الإنتاج الحقيقية، ومطارحة تلك المنتجات والسلع والخدمات، أو لا يملكون الخبرة والمعرفة والأدوات اللازمة لذلك، وهذه الابتكارات في عالم الاستثمار وأوعيته تستدعي بدورها ظهور صور جديدة من الأوقاف الخيرية والذرية، ما كان لها أن تقوم لولا وجود تلك الأشكال الاستثمارية الجديدة^(٣).

رواية ابنه أبي الفضل صالح، (المتوفى: ٢٦٦هـ)، (١/ ٢٦١).

(١) يُنظر: النوازل الوقفية، ناصر بن عبد الله الميمان، ص (١٥٥).

(٢) يُنظر: الوقف الإسلامي تطوره، إدارته، تنميته، منذر قحف، ص (١٢٧).

(٣) يُنظر: المصدر السابق، ص (١٢٩).

كما أن اختلاف أنواع الوقف بين ذري وخيري ومشارك، تعدد صور كل نوع من أنواعه بين وقف على المساجد والمشافي أو حلقات القرآن أو تزويج الفقراء... إلخ، وكذلك تنوعه لوقف عقاري أو منقول أو دراهم ودنانير؛ مما يجعل حصر الأوقاف ونطاقها وأنواعها أمراً عسراً جداً، وبالتالي عدم القدرة على الاستفادة منها بالكيفية المثلى.

ولصعوبة حصر هذه الأوقاف وأنواعها وصورها، يكون من المستحيل -كما يقول الدارسون- تحديد حجم تلك الأوقاف بدقة وبصورة يمكن الاعتماد عليها، ويؤكدون أن حجم الأوقاف في المملكة أو التابع لها يعد الأضخم في العالم الإسلامي...، ويُقدَّر المختصون أن قيمة الأوقاف تبلغ أكثر من ٥٠٠ مليار دولار، وفقاً للقيمة السوقية، ولكنهم يرون أن العائد منها قليل جداً مقارنة بالأسعار السوقية الحالية؛ لأن ثمة أوقاف لأشخاص أحياء أو أموات بقيمة عشرات المليارات ليس هناك برنامج يُعنى بمواردها ولا تفعيل استثمارها^(١).

ومن أهم صور هذه إشكالية الوقف نفسه:

- أ. تنوع صور الأوقاف وتفرقتها، وعدم انتظامها، وعدم وجود ضابط مكاني أو نوعي واحد يجمعها، كما لا يوجد -حتى يومنا هذا- حصرٌ كاملٌ بالأوقاف داخل وخارج المملكة^(٢)، ولا بأنواعها، ولا ما يعمل منها ولا ما (١) الأوقاف في المملكة العربية السعودية: تعزيز الاستدامة والاستثمار، بحث من إعداد: عبد الواحد بن محمد الأنصاري، ص (٥٢-٥٣).
- (٢) يشير الكثير من الباحثين للأوقاف التي خارج المملكة، والتي أوقفت عليها من ذلك -على سبيل المثال- ما ذكروه أن مجموع المؤسسات الوقفية التابعة للحرمين الشريفين

تعطل أو أوقف عمله، أو تهدم منه... إلخ، ولا يوجد قاعدة بيانات بذلك كله، كما أن كثيراً من صكوك الوقف أو وثائق تملكها القديمة قد تلفت أو فُقدت أو عفى أثرها بفعل قدمها أو موت الواقف أو القيم عليها... إلخ تلك الأسباب، وهو ما يمثل عقبة كبيرة في هذا القطع المهم والحيوي في المملكة، ويحد من تطويره والانتفاع به.

ب. صرف الوقف على جهات لم تعد تحقق غرض الوقف.

ت. الأوقاف التي جرى تحكيرها أو تحكير عائدها قديماً على مصارف غير مجزية أو أن عوائدها غير مناسبة في الوقت الحالي، ولا ينتفع بها الآن في ظل التطور الحالي لدول العالم كسقيا الحجيج من بئر معينة أو بأجر معين... أو غير ذلك.

ث. الآثار السلبية للوقف الذري من تقييد يد الدولة في التصرف فيها، وعدم انتفاعها بشيء منه^(١).

ج. عدم وجود الشخصية الاعتبارية للوقف، وعدم فصل الذمة المالية له عن الواقف^(٢).

ح. تركز مصارف الأوقاف على الاحتياجات الدينية والاجتماعية، وعدم شمولها لقطاعات عامة أخرى مما يحد من تأثير الوقف على التنمية

في دولة الجزائر فقط تناهز ١٥٨ وقفاً. يُنظر: الأوقاف في المملكة العربية السعودية، تعزيز الاستدامة والاستثمار، ص(٥٢).

(١) يُنظر: مؤتمر الأوقاف الأول بالمملكة العربية السعودية، المحور السادس من محاوره.

(٢) ينظر: الوقف الإسلامي تطوره، إدارته، تنميته، منذر قحف، ص(١٦٣-١٦٤).

الاجتماعية والاقتصادية، وكذلك الاضطراب النسبي في ترتيب أولوياته من حيث المجالات التي يمولها^(١).

خ. الاعتداء على الوقف سواء كان من القيم عليه أو من الغير.

د. ضعف صيغ الوقف، وعدم وضوحها، وعدم وضوح الهدف منها وكيفية صرف مواردها.

ذ. عدم مواءمة الإيجارات الحالية البخس للأراضي والعقارات للعصر الحالي، لعدم زيادة أجرها رغم تغير الأحوال والإيجارات للعقارات والأراضي^(٢).

ر. ويترتب على الصورة السابقة صورة أخرى تتمثل في: عجز الأعيان الموقوفة عن تحقيق التراكم الرأسمالي اللازم لعمليات الاستثمار^(٣).

ويُعد هذا العجز ناتجاً عن سببين مباشرين:

١. تقليدية صيغ الاستثمار المعمول بها، وضآلة عائداتها.

٢. ارتفاع تكلفة الاستثمار في المجالات التكنولوجية الأكثر إنتاجية^(٤).

(١) إدارة تحديات المعاصرة لنظام الأوقاف في المملكة العربية السعودية ص (١٤-١٥).

(٢) ينظر: العوامل التي أدت إلى تدهور الوقف عبر التاريخ، د. عبد القهار العاني، ضمن بحوث مؤتمر الأوقاف الأول بالمملكة ص (٢١٩-٢٣٧).

(٣) يُنظر: المشكلات التي تعترض تنمية الأوقاف في المملكة العربية السعودية، ص (٤١-٥٥).

(٤) المشكلات التي تعترض تنمية الأوقاف في المملكة العربية السعودية، ص (٥٢).

المطلب الثاني: مشكلات تتعلق بالواقف أو ناظر الوقف أو القيم عليه:

مشئ الوقف - الواقف - يتوقف عليه تحديد نوع الوقف وغرضه، كما أن له تغيير فرض الوقف ونوعه طيلة حياته، ما دام متمتعاً بالأهلية التي تخوله حق التبرع والتصرف، ولكن لا يجوز له تحويل الوقف من مؤبد لمؤقت، وله عكس ذلك^(١).

ولا يجوز للموقوف عليهم أو لغيرهم إحداث شيء فيه، من بناء أو غرس إلا بإذن ناظر الوقف إذا رأى فيه مصلحة، ولا يحل للمتولي الإذن إلا فيما يزيد الوقف به خيراً، وكذلك من وظيفة الناظر: تحصيل الغلة، وقسمتها على مستحقيها، وتنزيل الطلبة منازلهم^(٢).

وتبرز أهمية دور متولي الوقف في كون وظائف المتولي غير محصورة عند التولية المطلقة، فله أن يعمل كل ما يراه مصلحة للوقف، وذكر بعض الفقهاء في ذلك ضابطاً فقالوا: يتحرى في تصرفاته النظر للوقف والغبطة، لأن الولاية مقيدة به^(٣).

ومن هنا تظهر الإشكاليات المتعلقة بالواقف إذا عيّن متولّاً لذلك لا يحسن رعاية الوقف أو تدبير أموره، أو قليل الحيلة في صرفه في مصارفه ومعرفة مقاصده، أو تحقيق أهداف الوقف التي أنشأ من أجلها.

(١) الوقف الإسلامي تطوره، إدارته، تنميته، منذر قحف، ص (١٦٤).

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية، الصادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، (٢/ ٣٨٤).

(٣) المصدر السابق، (٣٦/ ١٠٢).

حيث تتميز الإدارة الأهلية للأوقاف - في الجملة - بقلة التجارب في معظم دول الجزيرة العربية عدا أوقاف الحرمين الشريفين؛ لضخامة أوقافها، وطول المدة الزمنية للوقف عليها، كما أن معظم أنماط الإدارة الأهلية تُعد فردية، وليست مؤسسية؛ نظراً لانفراد الناظر بالتولية على الوقف^(١).

وهذا يعكس مستوى منخفضاً من الوعي بأهمية الأوقاف، ودورها الاجتماعي والاقتصادي، والنظرة العامة السلبية حيال دور مؤسسات الدولة في إدارة الأعيان الموقوفة وإنفاق عائداتها^(٢).

وهذه أبرز صور تلك المشكلة:

أ. عدم تأهيل القائمين على الأوقاف لذلك، وأخص منها الأوقاف الخاصة.

ب. سوء الإدارة، والتضخم في المؤسسات الإدارية في دوائر الوقف^(٣).

ت. عدم علم متولي الوقف: -سواء كان الواقف نفسه أو ناظره- بأهداف الوقف، وتطور أهدافه بتطور المجتمع واحتياجاته^(٤).

ث. إساءة استعمال الاستبدال للوقف، وفي غير مصلحة الوقف^(٥).

(١) البناء المؤسسي للوقف في بلدان شبه الجزيرة العربية، إعداد: فؤاد العمر بحث ضمن بحوث ومناقشات الندوة الفكرية بمركز دراسات الوحدة العربية والأمانة العامة للأوقاف بالكويت، أكتوبر ٢٠٠٠م، ص (٥٩٠).

(٢) إدارة تحديات المعاصرة لنظام الأوقاف في المملكة العربية السعودية، ص (١٤).

(٣) ينظر: العوامل التي أدت إلى تدهور الوقف عبر التاريخ، ص (٢١٩-٢٣٧).

(٤) الوقف الإسلامي تطوره، ص (١٢٩-١٣٣).

(٥) ينظر: العوامل التي أدت إلى تدهور الوقف عبر التاريخ، ص (٢١٩-٢٣٧).

ج. غياب التخطيط الاستشاري الشامل لأعمال الأوقاف. بمعنى: التخطيط واستثمار أعيان الأوقاف ومواردها تبعاً لتلك الخطة أو البرامج التي تهدف لرفع إنتاجيتها وزيادة غليتها خلال مدة زمنية معينة، واستخدام أعيان وموارد الوقف أفضل استخدام ممكن^(١).

ولقد توصلت الدراسات الميدانية إلى أن أبرز عوامل الضعف التي تصيب المؤسسات الوقفية هي ضعف القيادة الإدارية فيها، حيث إن معظم أصحاب الأوقاف غير راضين عن السياسة الاستشارية لديهم^(٢).

المطلب الثالث: مشكلات تنظيمية أو تشريعية:

يقول الشيخ بدر الراجحي: أرى أن لدينا قصوراً كبيراً، سواء في التوعية أو التنظيم لهذه الأوقاف وإدارتها باحترافية، فلا يوجد لدينا إلا شيء نادر وقليل، وإذا ركزت كذلك على محور الأنظمة تجدها أنظمة قديمة جداً وضعت في زمن كان للسعودية فيه شيء لا يذكر في الأوقاف... والأنظمة الموجودة لا تتوافق مع الموجود^(٣).

(١) يُنظر في ذلك: المشكلات التي تعترض تنمية الأوقاف في المملكة العربية السعودية، ص (٤١-٥٥).

(٢) يُنظر: الأوقاف في المملكة العربية السعودية، تعزيز الاستدامة والاستثمار، ص (٥٤).

(٣) جزء من حوار أجرته مجلة البيان مع الشيخ بدر الراجحي رئيس لجنة الأوقاف في الغرفة التجارية الصناعية بالرياض بتاريخ ٨/٥/٢٠١٣م، ونشرته عبر الشبكة العنكبوتية:

<https://www.albayan.co.uk/MGZarticle2.aspx?ID=2843>

كما أن بعض التشريعات القانونية الحديثة أثرت على الأوقاف الإسلامية، وأخرجتها عن مسارها الشرعي، منها القانون المصري كمثال^(١). وقد كان لبعض البلاد العربية والإسلامية أو الجهات سبق في محاولات ناجحة لحصر الأوقاف وعمل قواعد بيانات خاصة بها^(٢). ويمكن حصر هذه المشكلات التنظيمية في عدة أنواع: أولاً: الأنظمة التشريعية:

بالرغم من الجهود الكبيرة المبذولة لتعزيز منظومة التشريعات الداعمة للقطاع الوقفي، فإن الوقف في المجتمع السعودي يشوبه بعض من أوجه القصور وخاصة من ناحية عدم اكتمال البيان القانوني له، حيث تفتقر إدارة الوقف إلى معرفة مواطن القصور في الأوقاف.

وتعاني الإدارة الوقفية في المملكة العربية السعودية من مشاكل، منها عدم وجود نموذج تشريعي حديث ينظم إدارة الأوقاف في المملكة ويشجع على الاستثمار فيها.

(١) أطوار وأبعاد تطور المؤسسة الحكومية لإدارة أوقاف في المملكة العربية السعودية وتأثيراتها على إزالة المعوقات القانونية؛ أثر التشريعات القانونية الحديثة على الأوقاف الإسلامية وإخراجها عن مسارها الشرعي (الحالة المصرية كمثال)، للأستاذ الدكتور/ إسماعيل عبد الرحيم شلبي، ص(١٠٢).

(٢) وقد قامت بعض الدول العربية وذلك من خلال اتفاق المساعدة الفنية (قرض ومنحة) بالحصول على التمويل المالي من البنك الإسلامي للتنمية من أجل حصر ممتلكات الأوقاف من أجل النهوض بهذا القطاع وحمايته من الضياع. نظرة حول تاريخ الأوقاف في الجزائر، حمداني هجيرة، ص(٢٨)؛ ويُنظر تفصيل ذلك في: المشكلات التي تعترض تنمية الأوقاف في المملكة العربية السعودية، ص(٤٣).

وإن غياب التشريع المنظم للأوقاف يؤدي إلى استعمال المال الموقوف في أغراض ومصالح خاصة، ولا شك أن هذا من أهم الأسباب المؤدية إلى مشاكل التطبيق في الوقف والاستفادة منه. بل قد يؤدي لذهاب الأوقاف وضياعها في المملكة نتيجة للتساهل وضعف الرقابة من قبل المسؤولين عن الأوقاف^(١)، وهذا بدوره سببٌ لعدم تحقق الاستفادة المالية لكثير من الأوقاف.

كما أن من ضمن العوائق من الجانب القانوني عدم وجود ضوابط أو قواعد ضابطة للبيع والشراء والاستثمار في الأوقاف. وكذلك عدم وجود تنظيم لصور الوقف، ولا للنماذج الحديثة له. فعدم وجود تشريع قانوني يعطي الصلاحيات القانونية لكل رأس مال يستثمر في إنهاء الوقف وإخراجه من الركود والضياع يؤدي إلى تعطيل العملية الاستثمارية بما يحصل من تعقيدات لأذونات البيع والشراء لاستثمار الأوقاف، وهي إحدى المشاكل التي تعوق عمل الأوقاف، ولا سيما مع قدم الأنظمة الوقفية وقصورها عن مواكبة العصر، والغموض والتداخل الذي يكتنف بعض موادها، والانطباع العام بعدم تحقيقها مقاصد الوقف^(٢).

ولقد استخلصت العديد من الدراسات الميدانية أن التشريعات والأنظمة باتت هاجساً لكل من ينتمي إلى قطاع الأوقاف في المملكة، فهي في مقدمة مشكلات قطاع الأوقاف في المملكة، وهي في طليعة التحديات التي تواجه (١) يُنظر: أثر التشريعات القانونية الحديثة على الأوقاف الإسلامية وإخراجها عن مسارها الشرعي، ص (٩٨-٩٩).

(٢) يُنظر: العوامل التي أدت إلى تدهور الوقف عبر التاريخ، ص (٢٢٦).

المؤسسة الوقفية في المملكة؛ لأن ذلك يمنحها كثيراً من الفرص للحصول على عوائد أكثر، وتنفيذ أكبر عدد من البرامج الخيرية الاجتماعية^(١). ولا شك أن قصور الأنظمة والتشريعات التي تنظم قطاع الأوقاف يعتبر من المعوقات القانونية ذات الآثار البعيدة على تحسين أداء الأوقاف، وتطوير موارده؛ حيث إنها تؤثر على تشغيلها وأدائها بصفة عامة للأهداف المنوطة بها.

ثانياً: المشكلات القضائية:

إن لجنة الأوقاف بغرفة الرياض أجرت استبياناً حول المشاكل الخاصة بالأوقاف...، وكان من النتائج الإحصائية التي خلصت إليها الدراسة: أن ٦٨,٢٪ يرون أن اجتهاد بعض المحاكم لا يخدم الدور الاستثماري والتنموي للأوقاف، وذلك لوجود بعض المستجدات في الأوقاف لم تُنظم بعد.

وإن من المشكلات التي واجهت تنظيم الأوقاف وتطوير نظمها عدم وجود دوائر قضائية متخصصة بالنظر في قضايا ومنازعات الأوقاف^(٢). ولعل من أكبر التحديات التي تواجه القطاع الوقفي أن موضوع الأوقاف من الموضوعات التي تتنازع عليها أكثر من جهة حكومية، وهو ما يجعل عملية التطوير التشريعي لهذا القطاع تحتاج إلى مزيد من الدور التكاملي بين الجهات^(٣).

(١) يُنظر: الأوقاف في المملكة العربية السعودية، تعزيز الاستدامة والاستثمار، ص (٥٤).

(٢) يُنظر: البناء المؤسسي للوقف في بلدان شبه الجزيرة العربية، ص (٦٠٠).

(٣) يقول الشيخ بدر الراجحي في حوار أجرته معه مجلة البيان ونشرته عبر الشبكة العنكبوتية: الأوقاف تتنازع عليها عدة جهات، فأنت إذا أردت أن تنشئ وقفاً تذهب =

كما أن من ضمن العوائق من هذا الجانب عملية إصدار التصاريح للشركات الوقفية بمزاولة النشاط، مع أن وزارة التجارة بالتعاون مع وزارة الشؤون الإسلامية تقوم بإصدار التصاريح الخاصة بالشركات الوقفية، لكن هذا يعتبر حلاً مؤقتاً.

ولعل أبرز صور المشكلات القضائية تتلخص في:

١. ضعف نسبة التنبؤ بالأحكام القضائية.
٢. عدم وجود دوائر قضائية متخصصة في النظر في أمور الأوقاف.

ثالثاً: المشكلات المالية والإدارية:

ويشمل هذا: التعاملات البنكية غير المشجعة على الاستثمار في قطاع الأوقاف، والضريبة المحاسبية، والتي تحجم كثيراً من الواقفين عن خوض تجربة وقفية، وتعطل عمل قطاع الأوقاف بالشكل الأمثل.

= إلى القضاء، والقضاء مستقل عن وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف وعن أي جهة ثانية، وإذا أردت أن تشتري وفقاً تذهب لوزارة العدل للشراء، ووزارة العدل تحتاج لأخذ إذن من القضاء... وهذه إشكالية كبيرة... جزء منها عند القضاء، فالأنظمة الموجودة في القضاء تحتاج لتطوير، أعطيك مثلاً على ذلك: «عندي وقف وأريد نقله لمكان آخر يجب أن أذهب إلى القضاء حتى أحصل على إذن، وهذا يحتاج لمرحلة طويلة جداً، وخلال ذلك من الممكن أن تضيق عليّ الفرصة الاستثمارية!». الفضاة يرون أن هذا ليس من مصلحة الوقف، لكن هذا هو النظام؛ لأن النظام حينما وضع قبل أربعين سنة كانت الأوقاف قليلة، وكان الناظر عليها القاضي، وحتى لو وضعت نظراً أو اختلفوا أو تغيرت عدالتهم يرجعون للقضاة حتى اليوم.

فلقد تغيرت عجلة التنمية بتغير الزمن، حتى أحدث الاقتصاديون وسائل حديثة للاستثمار، ويعد إصدار السندات المالية إحدى هذه الوسائل لاستثمار الأموال في مختلف النشاطات، غير أن ارتباط هذه الأشكال من السندات المالية ذات الربح المبني على نظام الفائدة المحددة مسبقاً أدى إلى عزوف بعض الأفراد، والهيئات الشرعية عنها، مما دعا إلى إيجاد بديل شرعي لهذه السندات، بحيث لا يكون محددًا لنسبة الفائدة مسبقاً، ويكون على أساس المشاركة في الإيراد المتوقع من المشروع الممول.

وقد كان هذا البديل متمثلاً في «صكوك المقارضة»^(١)، وهي نوع من استثمار الوقف بتمويل الغير، وصورته: أن تقوم إدارة الأوقاف بدراسة اقتصادية للمشروع تبين فيه الكلف المتوقعة، والربح المتوقع، ثم تقوم عبر هيئة متخصصة بإصدار سندات قيمتها الإجمالية مساوية للتكلفة المتوقعة للبدء، وتعرض على حاملي السندات اقتسام عائد الإيجار بنسبة تحددها هي على ضوء الدراسة الاقتصادية، على أن يخصص جزء من العائد الذي تملكه

(١) هي: أداة استثمارية تقوم على تجزئة رأس مال المضاربة بإصدار صكوك ملكية برأس مال المضاربة على أساس وحدات متساوية القيمة ومسجلة بأسماء أصحابها، باعتبارهم يملكون حصصاً شائعة في رأس المال. ينظر: الوقف في الفقه الإسلامي، للدكتور حسن الأمين، ص (١٣٧)، سندات المقارضة مع حالة تطبيقية، للدكتور وليد خير الله، ص (١٥٥)، من كتاب إدارة وتثمين ممتلكات الأوقاف، البنك الإسلامي للتنمية، ١٤١٥هـ، وقرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة رقم (٥)، الدورة الرابعة، (٧/ ١٣٢)، ١٤٠٨هـ ينظر كتاب الفقه الإسلامي وأدلته للمؤلف وهبة الزحيلي، (٧/ ١٣٢).

إدارة الأوقاف لإطفاء السندات، أي شرائها من حاملها شيئاً حتى تعود الملكية الكاملة للبناء بعد فترة من الزمن إلى إدارة الأوقاف^(١).

ومن هنا برزت مشكلة تعامل البنوك مع الوقف أو الواقفين؛ حيث إن هناك بعض الإشكاليات الخاصة بتعامل البنوك المتعنت في إنشاء وتداول صكوك الأوقاف.

وقد انتبعت لذلك الدولة، فأقرت مؤسسة النقد العربي السعودي «ساما» - وقتئذٍ - ما أوصت به الهيئة العامة للأوقاف من تعديلات على متطلبات قواعد الحسابات البنكية المتعلقة بالأوقاف، والتي كان أبرزها؛ الاكتفاء بشهادة تسجيل وقف سارية المفعول التي تصدرها الهيئة العامة للأوقاف إلكترونياً؛ عند الرغبة بفتح حساب بنكي خاص بالوقف، في حين كان يتطلب لفتح الحساب سابقاً موافقة الهيئة على فتح الحساب أو عند تفويض المسؤول بتشغيل الحساب^(٢)، ويتضمن التحديث على قواعد الحسابات البنكية للجهات الوقفية: إلغاء تعريف الوقف العام والخاص، وإلغاء اشتراط موافقة الهيئة العامة للأوقاف على فتح حسابات بنكية في حال حصول الوقف على شهادة تسجيل وقف سارية المفعول من الهيئة

(١) يُنظر: استشار أموال الأوقاف على التعليم وأساليب إدارتها، الدكتور عثمان جمعة ضميرية، ص (١٠)، ويُنظر كذلك: أسلوب المشاركة المتناقصة في تمويل العملات الوقفية كما يجريه البنك الإسلامي للتنمية، ص (٥٣-٥٥).

(٢) مؤسسة النقد تقر تعديلات تخص حسابات الأوقاف البنكية بتوصية من الهيئة العامة للأوقاف، بتاريخ ٢٢ جمادى الآخرة ١٤٤١هـ الموافق ١٦ فبراير ٢٠٢٠م، لمزيد من التفصيل حول القرار يراجع هذا الرابط:

<https://www.awqaf.gov.sa/en/node/12726>.

العامة للأوقاف، والسماح بالحوالات الخارجية لأغراض إدارة أعمال الوقف بعد الحصول على موافقة رسمية من الهيئة العامة للأوقاف، إضافة إلى معاملة الحسابات البنكية الخاصة بالشركات والمؤسسات الوقفية معاملة الحسابات البنكية الخاصة بالشركات والمؤسسات التجارية، مع إضافة عدد من المتطلبات المتمثلة بصورة من شهادة تسجيل الوقف سارية المفعول، وصور لهويات النظائر الواردة أسماؤهم في شهادة التسجيل^(١).

أما الضريبة المحاسبية: فتمثل الضرائب عائقاً أمام ازدهار الأوقاف، فهي تحجمها وتحد من قدراتها، وبناء على ذلك فإن أية جهود تسعى لإحياء الوقف تستلزم إعادة صياغة وتعديل القوانين المتعلقة بالضرائب، وتقديم تسهيلات ضريبية على الأصول الوقفية وأنشطتها الخيرية، لتكون محفزة على إحياء النظام الوقفي بصورة عامة، وتعكف الهيئة العامة للأوقاف مع عدد من الجهات ذات العلاقة على دراسة إعفاء قطاع الأوقاف من رسول العمالة والأرضي البيضاء والضرائب^(٢).

وقد يصل الأمر في بعض الأحيان للبيع جبراً لاستيفاء الضرائب، وهو ما يعني تعطل الوقف أو إنهائه، وانعدام ثقة الواقفين، كما أن هذا التصرف يواجهه عدة إشكاليات أخرى، منها: عدم قابليته للتصرف فيه إلا للأوجه الاستثنائية المقررة شرعاً ونظاماً.

(١) المصدر السابق.

(٢) الوقف الإسلامي: تطوره إدارته تنميته ص (١٢٧-١٢٨).

وخيراً فعمل المنظم المغربي حين قرر إعفاء الأوقاف العامة فيما يخص جميع تصرفاتها وأعمالها وكذا الدخول المرتبطة بها من كل ضريبة أو رسم أو أي اقتطاع ضريبي آخر يكون له طابع وطني أو محلي، كما جعل العبء الضريبي للعين المكتراة من التزام المكثري، ولا شك أن في ذلك ضماناً قوية للاستثمار الوقفي، مما يمكن هذا القطاع من الدخول في الأنشطة الاستثمارية، ووضعها في صورة أفضل من منافسيه وبمميزة نسبية أفضل^(١).

رابعاً: ضعف الدور الرقابي، وغياب الدور الإشرافي والتوعوي في كيفية إدارة الوقف والإشراف عليه، وحوكمته، والاستفادة منه لصالح المجتمع كله:

من المشكلات والتحديات التي تواجه قطاع الأوقاف كيفية زيادة الرقابة الإدارية والمالية لأموال الوقف وإيراداته ومصارفه^(٢).

ولقد واجهت الدول العربية - ومنها المملكة العربية السعودية - تحدياً كبيراً في الإطار المؤسسي، حيث اتجه معظم هذه الدول إلى الاقتصار على أن يكون الوقف إدارة أو إقطاعاً مسؤولاً عنه أحد القياديين، ولكن ضمن الهيكل التنظيمي في وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية^(٣).

(١) يُنظر: الضمانات القانونية للاستشارات الوقفية في ضوء مدونة الأوقاف المغربية، د. مجيدة الزباني، ص (٨٤-٨٥).

(٢) البناء المؤسسي للوقف في بلدان شبه الجزيرة العربية، ص (٦٠٤-٦٠٥).

(٣) المصدر السابق، ص (٦٠١).

والنتائج الإيجابية الواضحة لتدخل الدولة في إدارة الأوقاف تظهر في المحافظة عليها من عبث العابثين، والرقابة على اختلاف مستوياتها، وهذا يؤدي للقول بضرورة وضع لوائح داخلية وتشريعات إدارية تبرز دور الدولة الرقابي ودورها المهم في تطوير الأوقاف، ومتابعة نظار الوقف والتأكد من حسن إدارتهم وعدم إهمالها لها وتخليهم عن مسؤولياتهم تجاهها، وإساءة التصرف فيها، ورقابة الدولة على الوقف من خلال المحاسبة الدورية والمراجعة المستمرة يمكن اعتبارها من أساسيات دعم الوقف وتدعيم الثقة فيه من قبل الأهالي^(١).

وكما نوهت عن ضرورة الرقابة الإدارية على الأوقاف، فيجب التنبيه على أهمية حوكمة قطاع الأوقاف ونظمها، ومراجعتها مالياً وإدارياً من قبل إشراف مباشر من الدولة، ومراقبة مقدار قربها وبعدها في تطبيق مبادئ الحوكمة الرشيدة في إدارة الوقف والتنمية والاستثمار للأوقاف التي تحت يدها وتحت إشرافها، والالتزام بها لمعرفة حجم مساهمة الأنظمة في تطوير الأوقاف وحوكمتها وفق معايير ثابتة بحسب ما تسنه الدولة من أنظمة ولوائح، والاستفادة المثلى من الأوقاف وتحقيق الرخاء الاقتصادي والمجتمعي.

(١) المصدر السابق، ص (٦١١).

ولعل أبرز صور المشكلات تتلخص في:

١. عدم وجود مبادئ ومعايير حوكمة واضحة لقطاع الأوقاف تكون متسقة مع مستجدات الواقع ومتغيراته وتساهم في تعظيم أثر هذا القطاع والاستثمار فيه

٢. ضعف الوعي بأهمية ممارسات الحوكمة الرشيدة في تعزيز التنمية المستدامة للقطاع الوقفي.

المبحث الثالث المستقبل والمأمول للأوقاف بالمملكة العربية السعودية

وفيه تمهيد ومطلبان:

التمهيد: حول أهم المبادرات الحكومية تجاه تطوير قطاع الأوقاف:

لا ريب أن الوقف بأنواعه المختلفة يدفع بعجلة التنمية الاجتماعية، والاقتصادية، والزراعية، والصناعية. وقد ظهر اهتمام المملكة العربية السعودية بالوقف واستثماره في كثير من الأمور:

ومن أول هذه الجهود المباركة، وأعظم هذه المبادرات في المملكة وقفيات الملك عبد العزيز بن عبد الرحمن الفيصل آل سعود رَحِمَهُ اللهُ عَلَى الحرمين الشريفين، وكذا مكتبة الملك عبد العزيز بالمدينة المنورة، ومكتبة مكة المكرمة، ومكتبة عبد الله بن العباس بمحافظة الطائف، ومكتبة الشيخ محمد بن صالح المقبل بمحافظة المذنب، والمكتبة الصالحية بمحافظة عنيزة، وتضم هذه المكتبات من نفائس الكتب، والمخطوطات، كمراجع للباحثين، وطلبة العلم^(١).

(١) ينظر: مؤتمر الأوقاف في المملكة العربية السعودية، ص (٦٣-٦٥)، المؤلف: د. عبد الرحيم بن محمد المغذوي الناشر: جامعة أم القرى لسنة ١٤٢٢هـ، بحث مقدم لمؤتمر الأوقاف الأول في المملكة، بعنوان: الوقف وأثره في نشر الدعوة وجهود المملكة العربية السعودية في هذا المجال.

وقد تتابع الأئمة من ملوك الدولة بعد ذلك على الاعتناء بالوقف وتثميته، نسجاً على سيرة أسلافهم، فكان لذلك أعظم الأثر.

وعلى امتداد التاريخ الحديث قامت المملكة العربية السعودية بالعديد من المبادرات لتحسين سير عمل قطاع الأوقاف، وتعزيز عمله، والاستثمار فيه:

ومن أهم المبادرات التي قامت بها المملكة، والتي أسهمت في تعزيز الاستثمار في الأوقاف ونهائها:

- إنشاء المؤسسات الخيرية ومنها مؤسسة الملك فيصل الخيرية عام ١٣٩٦هـ^(١).

(١) ومن أهم أهدافها:

١. التركيز على البرامج، والمشاريع التي تساهم في رفع مستوى المسلمين.
 ٢. إيجاد برامج ومشاريع، مراكز للبحث العلمي مستديمة تؤهل المسلمين لرفع مستواهم الديني والثقافي والاقتصادي، والاجتماعي.
 ٣. تعميم الفائدة الخيرية على أكبر رقعة جغرافية، وعلى عدة مشاريع خيرية في أوجه البر المختلفة، مثل بناء المساجد والمدارس، والمعاهد العلمية والجامعات، والمراكز العلمية، ومراكز البحث العلمي.
 ٤. توفير الخبرات الفنية، وتقديم المعلومات، والمنح للباحثين، والدارسين في شتى العلوم والدراسات.
- يُنظر: تفعيل دور الوقف في تمويل جامعات المملكة العربية السعودية، نوف بنت خلف بن محمد بن عبد الله الحضرمي، ص (٥٩، ٦٠).

- إنشاء مؤسسة الأمير سلطان بن عبد العزيز آل سعود الخيرية عام ١٤١٥هـ^(١).

- إنشاء مؤسسة الملك خالد الخيرية في عام ١٤٢١هـ، لدعم التنمية الاجتماعية المستدامة في القطاع الثالث في المملكة^(٢).

وقد ساهمت هذه المؤسسات خلال السنوات الماضية بدعم القطاع الوقفي بالعديد من المبادرات والمشاريع التي عادت بعظيم النفع على الحياة الاجتماعية والاقتصادية في المملكة وساعدت في ودفع عجلة الحياة الاجتماعية نحو الازدهار أكثر فأكثر.

وقد رسمت رؤية المملكة ٢٠٣٠ العديد من الأهداف المحورية التي تشكل قيمة مضافة على البعد الاقتصادي للقطاع غير الربحي، وتعزز من تنميته، حيث إن الأوقاف تُعد من أهم صور الاستدامة **المالية** لتعزيز أثر القطاع الثالث والمساهمة في نهوضه، ولقد وضعت الهيئة العامة للأوقاف

(١) ومن أهم أهداف المؤسسة:

١. المساهمة في التنمية الاجتماعية في المملكة العربية السعودية.
٢. دعم المشروعات الإنسانية في المملكة وفي العديد من الدول العربية.
٣. توفير الرعاية الصحية والتأهيل الشامل من خلال التعاون مع المستشفيات والمراكز الطبية.
٤. تسخير التقنية في مشروعات خدمة وتنمية

(٢) تهدف المؤسسة إلى دعم الأفراد والمنظمات الربحية وغير الربحية بالسياسات والحلول لتجاوز المعوقات، وتمكينهم بالخبرات والمعارف لتعزيز التنمية والاستثمار في القطاع الثالث.

الاستراتيجية الخاصة بها ل يتم توجيه المبادرات الحوكمة نحو تعزيز القطاع الوقفي وتنميته إلى ثلاث مراحل رئيسية، وهي:

مرحلة البناء والتشغيل: وتشمل المبادرات ذات العلاقة بالتطوير لمنظومة التشريعات والمعايير والسياسات لتعزيز دور القطاع وآثاره.

مرحلة الحوكمة والنمو: وتشمل المبادرات ذات العلاقة بتعزيز مبادئ الحوكمة الرشيدة، وتعزيز الكفاءة والأهلية من خلال تعزيز الدور الرقابة الداخلية والخارجية للأوقاف.

مرحلة التميز والاستدامة: وتشمل المبادرات ذات العلاقة بتطوير البيئة الخاصة بالأوقاف باستثمار منتجات ووقفية جاذبة.

ولقد شهدت المملكة في السنوات الأخيرة العديد من المبادرات الحكومية النوعية المتميزة التي توضح الأهمية الاقتصادية للأوقاف وأثرها ومن ذلك:

مبادرة منصة وقفي^(١):

رغبةً في النهوض بالقطاع الوقفي وتحقيق أهداف رؤى المملكة لعام ٢٠٣٠ وتحقيق الاستدامة المالية للقطاع غير الربحي، تقدمت منصة «وقفي» بمبادرة لتفعيل المشاركة المجتمعية في دعم الأوقاف والقطاع غير الربحي، وتوفير خيارات دفع إلكترونية آمنة عبر المنصة، وهي تمكن المانح من الإسهام الكامل أو الجزئي في دعم المشروعات وتمويلها بشكل

(١) لمزيد من التفصيل حول منصة وقفي يراجع هذا الرابط:

رقمي. وإن أهم ما دعت إليه هذه المبادرة تعزيز المشاركة المجتمعية بتقديم منتجات ووقفية وتنموية مبتكرة، وتعزيز دور الأوقاف في التنمية والتكافل الاجتماعي. يما يساهم في تحقيق الاستدامة المالية للقطاع غير الربحي، وتلبية الاحتياجات التنموية.

مبادرة برنامج استدامة وتمكين^(١):

في سبيل تحقيق أهداف رؤية السعودية ٢٠٣٠، المتمثلة في رفع مساهمة القطاع غير الربحي وتحقيق الاستدامة المالية له انطلقت هذه المبادرة في شكل برنامج «استدامة وتمكين»، ويتضمن البرنامج ثلاث مسارات رئيسة هي: مسار الاستدامة، ومسار التمكين، ومسار التكامل.

أولاً: مسار الاستدامة: ويسعى لتلبية الاحتياجات التنموية للمجتمع، وابتكار منتجات ووقفية تساهم في تحقيق موارد مالية مستدامة لجلب اثني عشر مليار ريال للقطاع غير الربحي، وطرح عددٍ من المبادرات والمنتجات؛ ومنها على سبيل المثال لا الحصر صندوق دعم الجمعيات، والصناديق الاستشارية الوقفية، والصناديق والمحافظ، ومنصة التمويل والجماعي وغيره.

ثانياً: مسار التمكين: ويعمل على بناء وتطوير قدرات الجهات غير الربحية وتمكينها من خلال: تمكين الجهات غير الربحية، واقتراح تشريعات ممكنة ومحفزة، وتأهيل العاملين في القطاع غير الربحي، ونشر الوعي

(١) لمزيد من التفصيل حول برنامج استدامة وتمكين يراجع هذا الرابط:

المجتمعي بدور القطاع غير الربحي والأوقاف في التنمية، وتمكين وتحفيز أوقاف الجامعات.

ثالثاً: مسار التكامل: ويهدف لتعزيز الشراكات والتكامل مع مختلف الجهات ذات العلاقة؛ لتوجيه الجهود المبذولة الجمعيات والمؤسسات الأهلية والجهات الحكومية والأوقاف الأهلية والمسؤولية الاجتماعية المقدمة من رجال الأعمال وأوقاف الجامعات من لتحقيق المستهدفات التنموية، ومن هذه الجهات: الجمعيات والمؤسسات الأهلية، المسؤولية الاجتماعية، الجهات الحكومية، الأوقاف الأهلية، رجال الأعمال، أوقاف الجامعات.

ويغطي برنامج «استدامة وتمكين» عدداً من المجالات التنموية؛ ومنها: خدمة ضيوف الرحمن، والاستدامة المالية، والتعليم، والصحة، والمساجد، والفئات الهشة، والبطالة.

وبعد هذا التمهيد، يحسن التطرق للحلول لتلك المشكلات السابقة.

المطلب الأول: الحلول التنظيمية قريبة الأجل، سريعة التنفيذ:

قبل البدء في طرح الحلول بأنواعها أجد لزاماً عليّ أن أتعرض لأهمية تضافر الجهود المشتركة من الأفراد والجهات الحكومية والمؤسسات الوقفية، وتوزيع المسؤولية على الجميع لمجاراة التطور الحاصل في العالم، وبما يواءم تطور المملكة.

وهذه أبرز الحلول قريبة الأجل نحو الاستثمار الأمثل لقطاع الأوقاف:

١. العمل على نشر الوعي الشرعي بالوقف عن طريق الدورات، والإعلام، وتفعيل دور الهيئة العامة للأوقاف والهيئات والجهات الأهلية المختصة بالوقف في هذا الجانب.

٢. ضرورة المصارحة بالتأثيرات الإيجابية لتطوير الإدارة الحكومية السعودية على إزالة عوائق تنمية الأوقاف^(١)، وضرورة مساهمة المواطن والمقيم في ذلك.

٣. إصدار التعاميم الواضحة والصریحة ونشرها، بما يزيل التخوف الحاصل من الإجراءات القانونية لدى بعض الواقفين، تكون مطمئنة للواقفين والجهات الوقفية وتحفزها وتلزمها بالإفصاح المالي.

٤. الحاجة لحوكمة القطاع وتحديد أسن معايير واضحة ومحددة للإشراف على الأوقاف، تحديد الحد الأدنى من متطلبات التقارير المالية والإدارية وتمكين الهيئة من الإشراف الفعلي على الإدارة لمتابعة نشاط النظار، وضمان تحقيقهم الغبطة لصالح الوقف والتزامهم بشروط الواقفين.

٥. معالجة ضعف التخصصية في الأوقاف، حيث تغيب عنها بيوت الخبرة ذات التخصصات المختلفة.

(١) أطوار وأبعاد تطور المؤسسة الحكومية لإدارة قطاع الأوقاف في المملكة العربية السعودية وتأثيراتها على إزالة المعوقات القانونية أمام تنميتها، ص (١١٢).

٦. معالجة ضعف الصيغ الوقفية، والسعي إلى إيجاد صيغ وقفية تخدم في كل مجال من مجالات الأوقاف، وذلك من خلال إيجاد حلقات نقاش تجمع القضاة العاملين في المجال مع بيوت الخبرة، وتقنين دور مديري الأوقاف وذلك بعدم تمكينهم من العمل إلا بعد إبراز شهادة دبلوم متخصصة أو رخصة تمكنه من معرفة هذا العمل بتنوعه الشرعي والإداري والمالي.

٧. معالجة تلف أو فقد وثائق الأوقاف بإثبات حيازة الملكية بالإجراءات القانونية والقضائية المعروفة بجهد مشترك بين الهيئة العامة للأوقاف ووزارة العدل، ثم يأتي بعد ذلك دور الدولة في إرسال مندوبين عنها لحصص الأوقاف غير المذكورة أو المسجلة على أرض الواقع، وتسليمها ليد الدولة للعمل على تنميتها واستثمارها.

٨. تقديم دراسة شرعية بمشاركة أعضاء هيئة كبار العلماء بأحكام ونوازل الوقف واستغلاله واستثماره، وتغييره بما يواكب التطور الحاصل في المملكة.

٩. وضع ميزان عادل للتعامل بالصفوك الوقفية وتداولها بيعاً وشراء وهبة من البنوك مما يحفز على الاستثمار فيها، والمساهمة في نجاحها.

١٠. وضع حل شرعي وتنظيمي للإيجارات البخس للأراضي والعقارات مع تغير الأحوال والإيجارات للعقارات والأراضي، والاحتياج لتعديل هذه العقود وفق المتطلبات الجديدة والرؤية المستقبلية.

١١. أهمية وضع أسس علمية لإنشاء الأوقاف واستغلالها - مؤقتة - بما يتوافق للاحتياجات التنموية والمتجددة في المجتمع، وترتيب أولوياته من حيث المجالات التي يمولها حين صدور مشروع نظامي ينظم هذا القطاع المهم والحيوي في الدولة.

١٢. رغم أن الدولة أسندت إلى الهيئة مهمة تسجيل جميع الأوقاف في المملكة بعد توثيقها^(١)، إلا أن الضرورة لا تزال ملحة لإنشاء قاعدة البيانات الدقيقة عن أعيان الأوقاف، وإعطاء فترة سماح للملكي أو مديري الأوقاف بالإبلاغ رسمياً عن الوقف ونوعه وحجمه ومصارفه ونتاجه، ليتم وضع ذلك ضمن خطة طموحة لحصر أوقاف المملكة^(٢).

١٣. تعزيز أوجه وسبل التعاون بين الهيئة العامة للأوقاف ووزارة العدل فيما يتعلق بالدور الرقابي والإجراءات الائتمانية ذات العلاقة بالقطاع الوقفي، وفصل الجوانب الإدارية للأوقاف عن الجوانب الرقابية؛ ليبقى دور وهيئة دوراً رقابياً على الأوقاف، دون التدخل في شأن الإدارة للأوقاف.

١٤. عقد دورات تثقيفية وتوعوية للقضاة المختصين بالأوقاف، وجعل هذه الدورات بمثابة دورات ترقية لهم لتحفيزهم على استثمارها والاستفادة منها، وسماع مشكلاتهم والإصغاء لها، ومحاولة وضع حلول جذرية لها.

(١) الفقرة الأولى من المادة الخامسة من نظام الهيئة العامة للأوقاف الصادر بمرسوم ملكي رقم (م/١١)، بتاريخ ٢٦/٢/١٤٣٧هـ، نصت على أن «تتولى الهيئة المهيات الآتية: ١. تسجيل جميع الأوقاف في المملكة بعد توثيقها... إلخ».

(٢) يُنظر في ذلك: المشكلات التي تعترض تنمية الأوقاف في المملكة العربية السعودية، ص(٤٥).

١٥. وضع حلول تشريعية وتنظيمية مؤقتة لحين إصدار قانون أو نظام حرية رأسمال الاستثمار الوقفي وأمنه، وإعفاءه من الضرائب.

١٦. إعطاء ضمانات مطمئنة للواقف لتشجيعه على المساهمة الفعالة في الدور التنموي، والتي تؤدي لتحسين المناخ الاستثماري الوقفي، وذلك بحفظ ماله بإعطاء ضمانات بعدم جواز الحجز على الوقف أو إخراجه من يد واقفه أو من أوقف عليه أو غل يده في تصرفاته، كذلك وضع امتياز للوقف بتسهيل استخلاصه لحقوقه أو ديونه لدى الغير، وسرعة الفصل في الخصومة معه^(١)، مع وجود رقابة من الدولة على تصرفات الواقف أو من ينوب عنه في إدارة الوقف.

١٧. وضع ضمانات للواقف لتأمين الاستثمار الوقفي من المخاطر^(٢).

١٨. التوزيع العادل في إيرادات الأوقاف أو ريعها لتغطية كافة الاحتياجات بحسب الضروريات والأولويات التي تضعها الدولة، وإن كانت لا تغطي كل الاحتياجات في آن واحد^(٣)، وذلك بالتقيد بشروط الواقفين ما لم تخالف الشريعة أو الأنظمة واللوائح في المملكة العربية السعودية.

(١) يُنظر: الضمانات القانونية للاستثمارات الوقفية في ضوء مدونة الأوقاف المغربية، د. مجيدة الزباني، ص (٨١-٨٧).

(٢) يُنظر: المصدر السابق ص (٧٧).

(٣) البناء المؤسسي للوقف في بلدان شبه الجزيرة العربية، ص (٦٠٢-٦٠٤).

١٩. توطيد وتعزيز الصلات والتعاون المشترك بين قطاع الأوقاف ومؤسسات المجتمع المدني في الدولة؛ للإيفاء بمتطلبات المجتمع، وتلبية احتياجاته، وحل مشكلاته^(١).

٢٠. تحصيل الوقف غير المعلوم واقفه أو فقدت وثيقة أو صك وقفه ضد استيلاء الغير عليه، أو وضع يده عليه أو الانتفاع به.

٢١. ضرورة تعيين مساعد حكومي اقتصادي يساعد الواقف في إدارة مال الوقف أو ريعه؛ لتفادي قصور معرفة الواقف بتنمية واستثمار الوقف بالطريقة المثلى، مع الالتزام بشروط الواقف وتحقيق أهداف الوقف.

المطلب الثاني: الحلول التنظيمية متوسطة الأجل، مستقبلية تهدف لتوعية المواطن والواقف أو القيم على الوقف:

١. ضرورة العمل على إعداد تشريع ينظم القطاع الوقفي وخصوصاً في ظل تطور الأوقاف وتنوعها، ومما لا شك فيه أن وجود تشريع واضح مواكب لمستجدات الواقع ومتغيراته سوف يساهم في زيادة اطمئنان الواقفين والجهات الوقفية، ويساعد في توضيح الأدوار والمسؤوليات المناطة بذوي الاختصاص وأصحاب المصلحة في الأوقاف، ويشارك في إعداد هذا التشريع المختصون من رجال الأوقاف، والفقهاء، والقضاة، والقانونيين.

٢. وضع تشريع جديد لنظام الاستثمار الوقفي وأمنه، وإعفاؤه من الضرائب.

(١) المصدر السابق: ص(٦٠٦).

٣. وضع المعايير الخاصة بحوكمة الأوقاف ووضع الأدلة الاسترشادية اللازمة لتوضيح ممارسات الحوكمة الرشيدة التي تدعم إدارة الأوقاف والاستثمار فيها على الوجه الأمثل.

٤. ضرورة تفعيل المبادرات التي نصت عليها الهيئة العامة للأوقاف في الاستراتيجية الخاصة بها من أجل تعزيز التنمية والاستدامة للقطاع الوقفي.

الخاتمة

وفي ختام هذا البحث أشكر الله وأثني عليه على توفيقه وتيسيره، وأذكر عدداً من النتائج والتوصيات التي توصلت إليها:

أولاً: النتائج:

- أن هناك جهوداً كبيرة من ولاية الأمر، واهتماماً عظيماً بقطاع الأوقاف وتنظيمه منذ بداية نشأة الدولة السعودية الثانية إلى يومنا هذا.
- وجود قصور في الأنظمة السابقة مما لا يحقق آمال وطموحات وتطلعات المملكة حالياً.
- أن قطاع الأوقاف قطاع ضخم يساعد مع القطاعين العام والخاص في الاقتصاد ويؤثر فيه بشكل كبير.
- لا بد من تضافر الجهود للأفراد - الواقفين ونظار الوقف - والجهات الحكومية ذات العلاقة لتطوير هذا القطاع المهم والحيوي.
- لا بدّ من تطوير نظام الإدارة لقطاع الأوقاف من إدارة فردية إلى نظام إدارة مؤسسية ليحقق الهدف المنشود من إنشائه.

ثانياً: التوصيات:

- أن الحاجة ماسة لتشريع جديد ينظم قطاع الأوقاف وإدارته، وتأهيله للقيام بدوره المنوط به بما يتوافق مع واقع المملكة حالياً وتطلعها لغدٍ أكثر إشراقاً.

- وضع مبادئ خاصة بحوكمة الأوقاف تساهم في المحافظة على الأوقاف وتنميتها واستدامتها من خلال تطبيق ممارسات الحوكمة الرشيدة.
- إنشاء محاكم متخصصة بالأوقاف؛ كمحاكم الأحوال الشخصية والمحاكم الجزائية.
- تفعيل نظام يسمح بنقل وبيع واستبدال الأوقاف إذا تعطلت منافعها، ويُراعى في ذلك المصلحة العامة.
- تأهيل قضاة متخصصون في العمل الوقفي عن طريق الندوات والدورات المتخصصة للمساهمة في تحسين جودة الأحكام القضائية.
- أن يكون العمل جاداً من أجل نظام وقفي جديد يكون بمثابة نقطة انطلاق نحو حصر الأوقاف التي وُقِّت على المملكة قديماً، ولكن نطاقها خارج حدود المملكة، ومن ثمَّ الاستفادة منها بعد ذلك.
- وفي الختام: نحمد الله تعالى على ما منَّ به، ونسأله التوفيق والسداد.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: الكتب والبحوث:

١. أثر التشريعات القانونية الحديثة على الأوقاف الإسلامية وإخراجها عن مسارها الشرعي، المؤلف: للأستاذ الدكتور إسماعيل عبد الرحيم شلبي، بحث مُحكَّم منشور ضمن أعمال المؤتمر الدولي الرابع للأوقاف، ٢٠١٣م.
٢. أثر الوقف الإسلامي في الحياة العلمية بالمدينة المنورة، إعداد الباحثة: سحر بنت عبد الرحمن مفتي الصديقي، الناشر: مركز بحوث ودراسات المدينة المنورة، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.
٣. أحكام الوصايا والأوقاف، بدران أبو العينين، الإسكندرية، ١٩٨٢م.
٤. الاختيار لتعليل المختار، المؤلف: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلية البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (المتوفى: ٦٨٣هـ)، عليها تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة، الناشر: مطبعة الحلبي، القاهرة، تاريخ النشر: ١٣٥٦هـ-١٩٣٧م.
٥. إدارة وتشمير ممتلكات الأوقاف، المؤلف: د. حسن عبد الله الأمين، الناشر: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب البنك الإسلامي للتنمية، الطبعة الأولى، لسنة ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.
٦. استثمار أموال الأوقاف على التعليم وأساليب إدارتها، المؤلف: د. عثمان جمعة ضميرية، الناشر: جامعة الشارقة، أصل ورقة عمل مقدمة لمؤتمر أثر الوقف الإسلامي في النهضة التعليمية المنعقد بجامعة الشارقة.
٧. مؤتمر الأوقاف في المملكة العربية السعودية، المؤلف: أحمد محمد خليل الإسلامبولي، الناشر: جامعة أم القرى، لسنة ١٤٢٢هـ.



٨. الإسعاف في أحكام الأوقاف، المؤلف: إبراهيم بن موسى بن أبي بكر ابن الشيخ علي الطرابلسي، الحنفي (المتوفى: ٩٢٢هـ)، الناشر: مطبعة هندية بشارع المهدي بالأزبكية بمصر المحمية، الطبعة الثانية، ١٣٢٠هـ - ١٩٠٢م.
٩. الإشراف على نكت مسائل الخلاف، المؤلف: القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (٤٢٢هـ)، المحقق: الحبيب بن طاهر، الناشر: دار ابن حزم، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
١٠. أطوار وأبعاد تطور المؤسسة الحكومية لإدارة قطاع الأوقاف في المملكة العربية السعودية وتأثيراتها على إزالة المعوقات القانونية أمام تنميته، بحث محكم إعداد: عقيل محمد العقلا، منشور بمجلة البحوث الإسلامية، بتاريخ ١٢/١٢/١٤٤١هـ، أغسطس ٢٠٢٠م.
١١. الأم، المؤلف: الإمام الشافعي (المتوفى: ٢٠٤هـ)، المحقق: رفعت فوزي عبد المطلب، الناشر: دار الوفاء، المنصورة، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.
١٢. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (المطبوع مع المقنع والشرح الكبير)، المؤلف: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي (المتوفى: ٨٨٥هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، الناشر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة - جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
١٣. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المؤلف: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ)، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد ١١٣٨هـ)، وبالخاصة: منحة الخالق لابن عابدين، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.
١٤. البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، المؤلف: ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (المتوفى:

- ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م. المحقق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، الناشر: دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى،
١٥. البناء المؤسسي للوقف في بلدان شبه الجزيرة العربية، إعداد: فؤاد العمر، بحث ضمن بحوث ومناقشات الندوة الفكرية بمركز دراسات الوحدة العربية والأمانة العامة للأوقاف بالكويت، أكتوبر ٢٠٠٠م.
١٦. التجريد، المؤلف: أحمد بن محمد أبو الحسين القدوري (المتوفى: ٤٢٨هـ)، المحقق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية. أ. د محمد أحمد سراج، أ. د علي جمعة محمد، الناشر: دار السلام، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.
١٧. تطبيقات الوقف العلمي في التاريخ الإسلامي، المؤلف: د. سعود بن فرحان محمد العنبري، الناشر: جامعة طيبة، سنة ١٤٣٢هـ-٢٠١١م.
١٨. تعزيز الاستدامة والاستثمار، بحث من إعداد: عبد الواحد بن محمد الأنصاري، منشور بمجلة مكاشفات، يونيو ٢٠١٨م.
١٩. تفعيل دور الوقف في تمويل جامعات المملكة العربية السعودية، المؤلفة: نوف بنت خلف بن محمد الحضرمي، الناشر: جامعة أم القرى، لسنة ١٤٢٥هـ.
٢٠. تهذيب الأسماء واللغات، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، عنيت بنشره وتصحيحه والتعليق عليه ومقابلة أصوله: شركة العلماء بمساعدة إدارة الطباعة المنيرية، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
٢١. التهذيب في فقه الإمام الشافعي، المؤلف: محيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود البغوي الشافعي (المتوفى: ٥١٦هـ)، المحقق: عادل عبد الموجود، علي محمد معوض، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.



٢٢. الجامع الصحيح للبخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، المحقق: محمد زهير بن ناصر، الناشر: دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
٢٣. الذخيرة، المؤلف: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، المحقق: محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بو خبزة، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.
٢٤. روضة الطالبين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، الناشر: المكتب الإسلامي، عمان، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ-١٩٩١م.
٢٥. سنن ابن ماجه، المؤلف: ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (المتوفى: ٢٧٣هـ)، المحقق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، محمد كامل قره بللي، عبد اللطيف حرز الله، الناشر: دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م.
٢٦. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، المؤلف: أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: ٣٩٣هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، الناشر: دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م.
٢٧. الضمانات القانونية للاستثمارات الوقفية في ضوء مدونة الأوقاف المغربية، المؤلفة: د. مجيدة الزياني، بحث محكم نشرته الأمانة العامة للأوقاف، إدارة الدراسات والعلاقات الخارجية، بدولة الكويت، ١٤٣٧هـ-٢٠١٥م.
٢٨. العوامل التي أدت إلى تدهور الوقف عبر التاريخ، المؤلف: د. عبد القهار العاني، ضمن بحوث مؤتمر الأوقاف الأول بالمملكة.
٢٩. الفتاوى الهندية، المؤلف: لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الناشر: دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٣١٠هـ.

٣٠. فتح القدير، المؤلف: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: ٨٦١هـ)، الناشر: دار الفكر.
٣١. الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي الناشر: دار الفكر، الطبعة الرابعة.
٣٢. الكافي في فقه الإمام المجلد أحمد بن حنبل، المؤلف: عبد الله بن قدامة المقدسي أبو محمد، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت.
٣٣. لسان العرب، المؤلف: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (المتوفى: ٧١١هـ)، الناشر: دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.
٣٤. المبسوط، المؤلف: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ)، الناشر: دار المعرفة، بيروت، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
٣٥. المختصر الفقهي لابن عرفة، المؤلف: محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، أبو عبد الله (المتوفى: ٨٠٣هـ)، المحقق: د. حافظ عبد الرحمن خير، الناشر: مؤسسة خلف أحمد الحبتور للأعمال الخيرية، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م.
٣٦. مختصر القدوري في الفقه الحنفي، المؤلف: أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القدوري (المتوفى: ٤٢٨هـ)، المحقق: كامل محمد عويضة، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
٣٧. مسائل الإمام أحمد، رواية ابنه أبي الفضل صالح، (المتوفى: ٢٦٦هـ)، المؤلف: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: ٢٤١هـ)، الناشر: الدار العلمية، الهند.
٣٨. المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، المؤلف: مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: ٢٦١هـ)، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت.



٣٩. مشاكل الوقف وحلوله، المؤلف: الشيخ عتيق أحمد القاسمي، بحث مقدم ضمن البحوث المختارة في الندوة الفقهية العاشرة لمجمع الفقه الإسلامي بالهند، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.
٤٠. المشكلات التي تعترض تنمية الأوقاف في المملكة العربية السعودية، بحث منشور بمجلة البحوث الإسلامية، للباحث: عقيل بن محمد علي العقلا، المنشور ١٦/١٢/١٤٤١هـ - ٢٠٢٠م.
٤١. المغرب في ترتيب المغرب، المؤلف: أبو الفتح ناصر الدين بن عبد السيد بن علي بن المطرز، المحقق: محمود فاخوري وعبد الحميد مختار، الناشر: مكتبة أسامة بن زيد، حلب، الطبعة الأولى، ١٩٧٩م.
٤٢. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المؤلف: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ)، الناشر دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
٤٣. المغني، المؤلف: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، المحقق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، الناشر: عالم الكتب، الرياض، السعودية، الطبعة الثالثة، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.
٤٤. منتهى الإرادات، المؤلف: تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي الشهير بابن النجار (٩٧٢هـ)، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
٤٥. منهج اليقين في بيان أن الوقف الأهلي من الدين، المؤلف: حسنين مخلوف، الناشر: مصطفى الحلبي وأولاده، ١٣٥١هـ.
٤٦. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المؤلف: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطاب الرعيني المالكي، الناشر: دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

٤٧. الموسوعة الفقهية الكويتية، الصادرة عن: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، عدد الأجزاء: ٤٥ جزءاً، الطبعة: (من ١٤٠٤-١٤٢٧هـ)، الأجزاء ١-٢٣: الطبعة الثانية، دار السلاسل، الكويت، الأجزاء ٢٤-٣٨: الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة، مصر، الأجزاء ٣٩-٤٥: الطبعة الثانية، طبع الوزارة.
٤٨. نظرة حول تاريخ الأوقاف في الجزائر، المؤلف: حمداني هجيرة، بحث منشور بمجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية بجامعة بابل، عدد ٣٢، ٢٠١٧م.
٤٩. نهاية المطلب في دراية المذهب، المؤلف: إمام الحرمين، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، (المتوفى: ٤٧٨هـ)، حققه وصنع فهرسه: أ.د. عبد العظيم محمود الديب، الناشر: دار المنهاج، الطبعة الأولى، ١٤٢هـ-٢٠٠٧م.
٥٠. النوازل الوقفية، المؤلف: ناصر بن عبد الله الميمان، الناشر: دار ابن الجوزي بالدمام، ١٤٣٠هـ.
٥١. الهداية في شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (المتوفى: ٥٩٣هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
٥٢. الوقف الإسلامي: تطوره - إدارته - تنميته - المؤلف: د. منذر قحف، الناشر: دار الفكر، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
٥٣. الوقف وأثره في تنمية موارد الجامعات، المؤلف: د. سليمان بن عبد الله بن حمود أبا الخيل، الناشر: جامعة الإمام محمد بن سعود، ١٤٢٥هـ.
٥٤. الوقف وأثره في نشر الدعوة وجهود المملكة العربية السعودية في هذا المجال، المؤلف: د. عبد الرحيم بن محمد المغذوي، الناشر: جامعة أم القرى لسنة ١٤٢٢هـ، بحث مقدم لمؤتمر الأوقاف الأول في المملكة.



٥٥ . الوقف وتنميته وخطورة اندثاره عن العمل الخيري، المؤلف: الأستاذ الدكتور:
الناجي أمين، الناشر: دار الكلمة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ٢٠١٢م.

ثانياً: المواقع الإلكترونية على الشبكة العنكبوتية:

٥٦ . برنامج استدامة وتمكين رابط:

<https://bit.ly/3typLdl>

٥٧ . التقرير السنوي للهيئة العامة للأوقاف لعام ١٤٤١-١٤٤٢

<https://bit.ly/3s0Eoq5>

٥٨ . التقرير السنوي للهيئة العامة للأوقاف لعام ٢٠١٨م،

<https://bit.ly/3rSdgt1>

٥٩ . حوار أجرته مجلة البيان مع الشيخ بدر الراجحي رئيس لجنة الأوقاف في الغرفة
التجارية الصناعية بالرياض، بتاريخ (٨ / ٥ / ٢٠١٣م)، ونشرته عبر الشبكة
العنكبوتية. رابط:

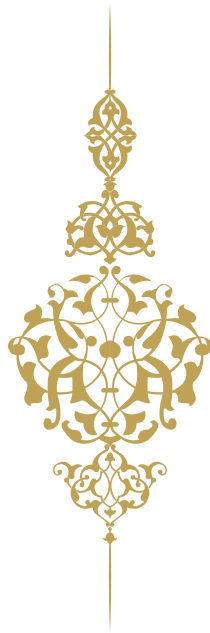
<https://www.albayan.co.uk/MGZarticle2.aspx?ID=2843>

٦٠ . مبادرة منصة وقفي، رابط:

<https://bit.ly/3uV4Pxi>

٦١ . مؤسسة النقد تقرر تعديلات تخص حسابات الأوقاف البنكية بتوصية من
الهيئة العامة للأوقاف، بتاريخ ٢٢ جمادى الآخرة ١٤٤١هـ الموافق ١٦ فبراير
٢٠٢٠م، رابط:

<https://www.awqaf.gov.sa/en/node/12726>





التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي

د. عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الجهني
الأستاذ المساعد في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد، صلى الله عليه وسلم، وعلى آله وصحبه، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

فتسعى كثير من الدول لتحسين أوضاعها الاقتصادية، من خلال تطوير منظومة الخدمات التي تقدمها لأفراد المجتمع، ونظراً للدور المنوط بالدولة للقيام بهذا الأمر، ولكثرة مشاغل الدولة، خاصة من الناحية السياسية والأمنية، توجهت بعض الدول للاستعانة بقطاع الشركات من خلال الاستشار، بالقيام بمنظومة تطوير الخدمات وتشغيلها، ومن ضمن هذه الشركات: الشركات الأجنبية من خلال عقود الاستثمار الأجنبي.

وإذا كان الاستثمار أحد أبرز الروابط القانونية التي تربط بها الدولة مع كثير من الأطراف، فإن هذه العلاقة بين الدولة والأطراف الأخرى، ومن ضمنهم (المستثمر الأجنبي)، قد يطرأ عليها بعض العوارض والنزاعات، فهل يمكن حل هذا المنازعات عن طريق التحكيم الدولي؟ خاصة وأن التحكيم من الوسائل البديلة لفض المنازعات، وهي من الطرق السريعة والقاطعة للنزاعات، فبدلاً من طرح النزاع أمام القضاء الرسمي، الذي قد تطول فيه مراحل فض المنازعات، يتم تحلُّ المنازعات عن طريق التحكيم، لذا اخترت أن يكون موضوع البحث هو (التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي).

أولاً: الأهمية العلمية للبحث:

تكمن أهمية البحث فيما يلي:

١. سد الفراغ الذي يحيط بموضوع البحث، حيث قلَّ بحث الموضوع بشكل مستقل، مع ما يحتاجه هذا الموضوع من اهتمام، سواء كان ذلك عن طريق المنظمين أو فقهاء القانون.
٢. يتعلق البحث بكثير من الأحكام التي يحتاج لها من أراد حل النزاع عن طريق التحكيم، وخاصة النزاعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي، مع توضيح الإجراءات النظامية والسليمة لحل نزاعاتهم عن طريق التحكيم.
٣. إضافة تصور للمهتمين من الباحثين والمنظمين ومراكز التحكيم، وحتى الأفراد المعنيين بهذا الموضوع، من حيث بيان إجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.
٤. خدمة الجهات التي تختص بالبحث كمراكز التحكيم والشركات ذات الاستثمار الأجنبي.

ثانياً: أهداف البحث:

١. بيان أهمية التحكيم في حل منازعات الاستثمار الأجنبي.
٢. بيان إجراءات التحكيم الخاصة في منازعات الاستثمار الأجنبي.
٣. إبراز ما توصلت له مراكز التحكيم المحلية والدولية من قواعد لحل منازعات الاستثمار الأجنبي عن طريق التحكيم.

٤. بيان أن التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي قد يكون جاذباً للشركات الأجنبية للاستثمار في الدولة المضيفة.

ثالثاً: مشكلة البحث:

١. مدى جواز التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي، خاصة أن طرفي النزاع هما: المستثمر الأجنبي والدولة.

٢. هل تسمح الدولة بأن يتم تحل النزاع بينها وبين المستثمر الأجنبي لدى مراكز تحكيم دولية؟

رابعاً: الدراسات السابقة:

١. دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية، يحيى عبد الله الصمعان، تم أعد هذا البحث عام ١٤١٧هـ، قبل صدور نظام التحكيم عام ١٤٣٣هـ، وقبل صدور نظام الاستثمار الأجنبي ١٤٢١هـ، وقد اعتمد على نظام التحكيم القديم الصادر ١٤٠٣هـ، وهناك اختلافات جذرية بين النظام القديم والجديد خاصة في موضوع هذا البحث.

٢. دور التحكيم في فض المنازعات عقود الاستثمار، خالد كمال عكاشة، ويختلف بحثي عن هذا البحث في مشكلة البحث، وهي: هل يحق للدولة الاتفاق مع الطرف الآخر بفض المنازعات بطريق التحكيم أم لا؟

٣. دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، بشير سالم ربعي، وقد ركز البحث على القانون الأردني، وبحثي ركز على النظام السعودي، وخاصة أن مشكلة البحث في منع التحكيم في المنازعات التي تكون الدولة

طرف فيها، إلا باستثناء من رئيس مجلس الوزراء وما تلاه من تطورات في هذا الجانب.

خامساً: نطاق البحث:

يتمثل نطاق البحث في الحدود الموضوعية بالحديث عن التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي، ويشتمل ذلك اتفاق التحكيم، وآثاره، وإجراءات التحكيم الخاصة بها، وهيئة التحكيم، وسير وانتهاء إجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

أما بالنسبة لحدود القوانين والأنظمة والقواعد الخاصة بالبحث، فهي: نظام التحكيم السعودي، وقانون التحكيم المصري، وقانون التحكيم الإماراتي، وقانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥م، والاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستشارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى (اتفاقية واشنطن) سنة ١٩٦٥م، وقواعد المركز السعودي للتحكيم التجاري، وقواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

خامساً: منهج البحث:

سوف يكون المنهج المتبع في البحث على المنهج التحليلي والاستقرائي، مع اتباع أسلوب المقارنة. ويراعي الباحث الخطوات المنهجية الآتية:

١. بيان المفردات اللغوية الغريبة.

٢. نسبة الأقوال والآراء إلى أصحابها مع عزوها لمصادرها الأصلية، أو ذكر المرجع.

٣. التعليق على ما يحتاج إلى تعليق من مسائل وآراء.

٤. الاعتماد على الطبقات المعتمدة والموثوقة للمصادر الأصلية ما أمكن، فإن لم توجد فعلى المشهور المتداول.

٥. الاهتمام بتعريف المصطلحات الواردة في البحث.

سادساً: خطة البحث:

يتكون البحث من تمهيد ومبحثين وخاتمة على النحو التالي:

التمهيد: التعريف بمصطلحات البحث:

ويتكون من مطلبين:

المطلب الأول: ماهية التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

المطلب الثاني: تمييز التحكيم عما يشابهه.

المبحث الأول: اتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي:

ويتكون من ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صور اتفاق التحكيم.

المطلب الثاني: شروط اتفاق التحكيم.

المطلب الثالث: آثار التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

المبحث الثاني: إجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي:

ويتكون من أربعة مطالب:

المطلب الأول: بدء إجراءات التحكيم.

المطلب الثاني: هيئة التحكيم.

المطلب الثالث: سير إجراءات التحكيم.

المطلب الرابع: انتهاء إجراءات التحكيم.

الخاتمة.

فهرس المصادر.



التمهيد

المطلب الأول: ماهية التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي:

ويتكون من فرعين:

الفرع الأول: التعريف بالتحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي:

أولاً: التعريف بالتحكيم:

التحكيم لغة: مصدر حكم، الحاء والكاف والميم أصل واحد، وهو المنع، وأول ذلك الحكم، وهو المنع من الظلم^(١). وحكمه في الأمر تحكيمياً: أمره أن يحكم فاحكم^(٢).

التحكيم اصطلاحاً: التعريف الاصطلاحي في الفقه الإسلامي، فهناك عدة تعريفات منها:

- تعريف الحنفية: فهو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما^(٣).
- تعريف المالكية: تولية الخصمين حاكماً يرتضيانه ليحكم بينهما^(٤).

(١) معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر ١٣٩٩هـ، (٩١/٢).

(٢) القاموس المحيط، محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، ص (١٤١٥).

(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، دار المعرفة، بيروت، ص (٢٤/٧).

(٤) التاج والإكليل لمختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن يوسف العبدري، (٩/١١).

- تعريف الشافعية: أن يُحكّم خصمان رجلاً من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعا^(١).

- تعريف الحنابلة: تولية شخصين حكماً صالحاً للقضاء يرتضيانه للحكم بينهما^(٢).

وهذه التعريفات متقاربة المعنى والمقصد، ويمكن القول في تعريفها بأنه: اتفاق الخصمين على التحاكم إلى شخص ثالث ليحكم بينهما.

أما تعريف التحكيم في القانون فهناك عدة تعريفات منها: أنه نظام للقضاء تُقضى فيه خصومة معينة عن اختصاص القضاء العادي ويُعهد بها إلى أشخاص يُختارون للفصل فيها^(٣).

وقيل: نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم مباشرة أو عن طريق أشخاص يختارونهم^(٤).

ومن خلال التعريفات السابقة يظهر لنا التقارب في المعنى، والذي يدور حول اتفاق طرفين على شخص ثالث ليحل النزاع الذي حل أو قد يحل بينهما.

(١) الحاوي في فقه الشافعي، أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، دار الكتب العلمية، ١٤١٤هـ، (٣٢٥/١٦).

(٢) المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، عبد الله بن أحمد بن قدامة، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥هـ، (٤٨٤/١١).

(٣) تعريف الفقيه الفرنسي روبرت نقلا عن التحكيم كآلية لفض المنازعات، سمير جاويد، دار القضاء أبوظبي، ص (١٠).

(٤) الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، أبو زيد رضوان، ١٩٨١م، ص (١٩).

ثانياً: تعريف الاستثمار الأجنبي:

الاستثمار لغة: مشتق من الثمر، والثاء والميم والراء أصل واحد، وهو شيء يتولد عن شيء متجمعاً، ثم يحمل عليه غيره استعاره^(١). واستثمر المال أي ثمره، والاستثمار استخدام الأموال في الإنتاج إما مباشرة بشراء الآلات والمواد الأولية، وإما بطريق غير مباشر كسواء الأسهم والسندات^(٢).

والأجنبي لغة: مصدر جنب، والجيم والنون والباء أصلان متقاربان، أحدهما الناحية، والآخر البعد^(٣). وهو البعيد في القرابة أو في الغربية، ويقال: الأجنب، ويقال: هو أجنبي عن هذا الأمر لا تعلق له به ولا معرفة ومن لا يتمتع بجنسية الدولة^(٤).

والاستثمار اصطلاحاً: هناك عدة تعريفات منها ما يلي:

أولاً: تعريف الاستثمار عند أهل الاقتصاد:

عرّفه أهل الاقتصاد بأنه: ذلك الجزء من الناتج المحلي لدولة ما، والذي لم يستخدم في الاستهلاك الجاري في سنة معينة، وإنما استخدم في الإضافة إلى رصيد المجتمع، في الأصول الرأسمالية؛ لزيادة قدرة الدولة على إنتاج السلع والخدمات وزيادة الإشباع في المستقبل^(٥).

(١) مقاييس اللغة لابن فارس، ص (١٤٢).

(٢) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية جمهورية مصر العربية، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٤م، مكتبة الشروق الدولية، ص (١٠٠).

(٣) مقاييس اللغة لابن فارس، ص (١٧٦).

(٤) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ص (١٣٨).

(٥) مناخ الاستثمار: المفهوم - المحددات - أهم المؤشرات، ولاء مجدي إسماعيل، المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، جامعة عين شمس - كلية التجارة، العدد (٣) يوليو ٢٠١٣م، ص (٣٣٣-٣٣٥).

لذا يقوم الاستثمار على: الموارد المتاحة المتمثلة في الأموال، المستثمر وهو الشخص الطبيعي أو الاعتباري، الأصول وهي الاستثمارات التي يوظف فيها المستثمر أمواله، وأخيراً النتائج التي يتوقعها المستثمر من استثماراته والتي تحمل قدراً من المخاطر^(١).

ثانياً: تعريف الاستثمار عند أهل القانون:

«تحرّكات الأموال النقدية أو العينية والحقوق المعنوية من بلد إلى آخر، سواء رافقه العمل أو دونه، كإقامة مشروع اقتصادي أو المساهمة في رأسمال مشروع قائم بهدف تحقيق ربح يفوق ما يتوقع عليه من البلد المصدر لها»^(٢).
«اقتناء أصول تدرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، وتوسيع قدرات الإنتاج أو إعادة التأهيل»^(٣).

والأجنبي اصطلاحاً: عرّفه أهل القانون بأنه: كل شخص طبيعي أو معنوي لا يحمل جنسية الدولة التي يقيم فيها أو يمارس على إقليمها نشاطه، أي كل شخص لا يحمل جنسية دولة ما يعد أجنبي^(٤).

(١) المرجع السابق نفسه.

(٢) دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، خالد كمال عكاشة، دار الثقافة عمان، ٢٠١٤م، ص (٨٧).

(٣) قانون الاستثمار الجزائري رقم (١٦-٩)، تاريخ ٢٩ شوال ١٤٣٧هـ، المادة (٢).

(٤) القانون الدولي الخاص السعودي، أحمد عبد الكريم سلامة، مكتبة الرشد، الرياض ٢٠١٤م، ص (٣٩٧).

أما تعريف الاستثمار الأجنبي اصطلاحاً: «هو انتقال رؤوس الأموال من الخارج إلى الدولة المضيفة بغية تحقيق الربح للمستثمر الأجنبي وبما يكفل زيادة الإنتاج والتنمية في الدولة المضيفة»^(١).

وعرّفه نظام الاستثمار الأجنبي السعودي بأنه: «توظيف رأس المال الأجنبي في نشاط مرخص له بموجب هذا النظام»^(٢).

وعرّفه قانون تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت بأنه: «توظيف رأس المال الأجنبي في نشاط مرخص فيه طبقاً لأحكام هذا القانون»^(٣).

أما بالنسبة لأطراف عقد الاستثمار الأجنبي فهما كل من: الدولة أو أحد الهيئات العامة التابعة لها من جهة، والمستثمر الأجنبي التابع لدولة أخرى من جهة ثانية.

١. الدولة كطرف في الحق: تبرم الدولة في سبيل تحقيق تنميتها الاقتصادية العديد من العقود مع المستثمرين الأجانب، بحسب حاجتها لتنفيذ خططها الاقتصادية، وقد تقوم الدولة بإبرام هذه العقود إما بطريقة مباشرة بواسطة قيام من يمثلها (رئيس الدولة، رئيس الوزراء، أحد الوزراء)، أو بطريقة

(١) التحكيم كضمان للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، أركام جودي، جامعة أكلي محندا أولحاج الجزائر، رسالة ماجستير ٢٠١٨م، ص (٦).

(٢) نظام الاستثمار الأجنبي السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١) وتاريخ ١٤٢١/١/٥هـ، المادة (١).

(٣) قانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠١م في شأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت، (٨/٢٠٠١)، المادة (١).

غير مباشرة، تتمثل في قيام أحد المؤسسات العامة أو الهيئات العامة التابعة لها بإبرامها^(١).

٢. المستثمر الأجنبي كطرف في العقد: هو الشخص الطبيعي الذي لا يتمتع بالجنسية السعودية، أو الشخص الاعتباري الذي لا يتمتع جميع الشركاء فيه بالجنسية السعودية^(٢).

لا يثير تحديد الطرف الآخر (الطرف الخارجي الأجنبي) المتعاقد مع الدولة صعوبات تحديده كطرف في هذه العقود، إذ إن الطرف المتعاقد مع الدولة يشترط أن يكون شخصاً تابعاً لدولة أخرى، وقد يكون شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً، كما قد يكون أحادي الجنسية أو متعدد الجنسية، سواء كان الأجنبي عابراً أو مقيماً أو متوطناً في إقليم الدولة^(٣).

وقد نصت الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى على أطراف النزاع في عقد الاستثمار الأجنبي على أنه: «يمتد الاختصاص القانوني للمركز إلى أية خلافات قانونية تنشأ مباشرة عن استثمار بين دولة متعاقدة (أو أي إقليم فرعي أو أي وكالة تابعة للعضو المتعاقد سبق أن عينته الدولة المتعاقدة إلى المركز) وبين مواطن من دولة أخرى متعاقدة، وبشرط أن يوافق طرفا النزاع كتابة على

(١) عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، بشار محمد الأسعد، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠٤م، ص (١٥).

(٢) نظام الاستثمار الأجنبي السعودي، المادة (١).

(٣) الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار، أحمد المصطفى صالح، مجلة العدل السودانية، العدد (٤٤) لعام ٢٠١٥م، ص (٢٤٥).

تقديمها للمركز، وعند إعطاء الطرفين موافقتها لا يحق لأي من الطرفين أن يسحب هذه الموافقة دون قبول من الطرف الآخر^(١).
 أما بالنسبة لتعريف التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي هناك عدة تعريفات، منها ما يلي:

١. توفير طريق التحكيم من أجل تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات التي تقوم بين الدول المتعاقدة من ناحية، ورعايا الدول المتعاقدة الأخرى من ناحية ثانية، طبقاً لأحكام الاتفاقية الحالية^(٢).
٢. وقيل بأنه: ضمانة إجرائية لحسم منازعات الاستثمار وطريق استثنائي يلجأ إليه أطراف عقد الاستثمار بناءً على اتفاقها المتخذ إما شرطاً يرد ضمن بنود عقد الاستثمار قبل نشوء النزاع أو مشاركة تحكيم تبرم قبل أو بعد نشوء النزاع وذلك بهدف حل نزاعهم بعيداً عن المماطلة بحكم ملزم ونهائي يقطع دابر الخصومة^(٣).

الفرع الثاني: خصائص التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي:

يتميز التحكيم بعدة خصائص وميزات، أهمها ما يلي:

- (١) الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى المنعقدة في مدينة واشنطن في ١٨ مارس سنة ١٩٦٥م، المادة (٢٥).
- (٢) اتفاقية واشنطن ١٩٦٥م، المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار، المادة (١).
- (٣) التحكيم في منازعات الاستثمار في المملكة العربية السعودية رؤية فقهية نظامية، محمد سعد الرحالحة، مجلة مركز البحوث والدراسات الإسلامية، جامعة القاهرة، العدد (٣٧)، ٢٠١٣م، ص (٥٦٦).

أولاً: السرعة:

هذه الميزة موجودة في أغلب قضايا التحكيم؛ نظراً لأن نظام التقاضي من خلال محاكم الدولة تطول نتيجته وتتراكم القضايا، فتمر القضية من مراحل البداية والاستئناف. حيث يعد عامل الوقت جوهرياً في العزوف عن القضاء واختيار التحكيم؛ لما يقدمه هذا الأسلوب من عدالة سريعة مقارنة بالقضاء العادي الذي يُفصل في أغلب النزاعات فيه على درجتين بالإضافة إلى ما يعقب ذلك من الطعن، أو التماس إعادة النظر في الأحكام المستأنفة، كما أن المحكمين يكونون عادة متفرغين للفصل في الخصومة أكثر من القضاة^(١).

ثانياً: السرية:

إن ما يحققه التحكيم من سرية للمتنازعين بحيث لا يطلع أحد على نزاعهم سوى المحكمين المختارين للنظر في القضية، والمحامين المدافعين عن الطرفين وهؤلاء ملتزمون بالمحافظة على سر المهنة، فلا يمكن أن يذيعوا موضوع القضية وتفصيلاتها، هذا ما يتطلب بحكم سرية إجراءات التحكيم، وهذا خلاف ما يحصل أمام القضاء العادي داخل الدولة حيث تكون الإجراءات علنية، ويتعذر إخفاء نوع المعاملة وحجم النزاع أو مقدار

(١) التحكيم التجاري في المملكة، حسين الحسين، جامعة دار العلوم الرياض، ص (٧٣)، الوسيط في قانون التحكيم السعودي، فيصل الفاضل، دار الكتاب الجامعي، الرياض، ١٤٣٨هـ، ص (٤٠).

الأموال التي تتعلق بها، وكثيراً ما يكون في كشف هذه الأمور ضرر على أحد الطرفين أو عليهما معاً^(١).

ثالثاً: الحرية:

يتمتع أطراف النزاع بحرية أوسع من حرية القاضي في تحديد القانون الذي يطبق على موضوع النزاع وعلى الإجراءات، فلا تقيّد إلا بالضمانات الأساسية للتقاضي، والقواعد الآمرة في الدولة التي يجري فيها التحكيم، أما بالنسبة للأطراف فلهم الحرية باختيار القواعد المطبقة على موضوع وإجراءات التحكيم، وكذلك حرية اختيار المحكمين، حيث يراعي الأطراف في المحكمين درجة التخصص المطلوبة في موضوع النزاع، سواء في مجال التأمين أو النقل الجوي أو مجال البنوك أو المقاولات أو في مجال الاستثمار الأجنبي^(٢).

المطلب الثاني: تمييز التحكيم عما يشابهه، ويتكون من فرعين:

الوسائل البديلة لفض المنازعات خارج نطاق القضاء متقاربة الخصائص والميزات، وتتصف أغلبها بالسرعة والسرية والودية، ومن خلال هذا المطلب أميز بين التحكيم وما يشابهه.

(١) التحكيم والوسائل البديلة لحل المنازعات، إيناس الخالدي، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٦م، ص (٣٨).

(٢) التحكيم التجاري في المملكة، حسين الحسين، ص (٧٤).

الفرع الأول: التحكيم والوساطة:

يتفق الوساطة والتحكيم في أن هدفهما حسم النزاع بعيداً عن ساحات القضاء، وأنها يكونان عبر تدخل طرف ثالث محايد من أجل حل النزاع، ويسمى المحكم في التحكيم، والوسيط في الوساطة، وأن المحكم أو الوسيط كليهما من اختيار أطراف النزاع، وهو الذي يسعى لديهم ويتعرف على وجهة نظرهم، ويسمع أقوالهم، ويهيئ للوصول إلى حل ينهي الخلاف، بما يحفظ استمرار علاقاتهم مستقبلاً^(١).

أما أوجه الاختلاف بين الوساطة والتحكيم من حيث الشكل والنتيجة، فالوسيط يقتصر على محاولة التسوية، بتقريب وجهات النظر وذلك دون إلزام المتخاصمين، والقرار النهائي بتطبيق ما تم التوصل إليه يصيغه الأطراف أنفسهم، أما بالنسبة للمحكم، فإنه يباشر عمله التحكيمي وفقاً للقواعد المنظمة لسير المحاكمة المتفق عليها بخصوص التحكيم، فيتولى النظر في القضية، ويفصل في النزاع بإصدار حكم يفرض على أطراف النزاع، وبذلك يكون للمحكم سلطات أوسع وأشمل من سلطات الوسيط، الذي يعد شخصاً محايداً ولا يملك أي سلطة لإلزام الطرفين وإجبارهما على أي شيء، حتى يتمكن كلاهما من تقييم مركزه القانوني والواقعي في النزاع، فالأطراف هنا هم الذين يصنعون النتيجة، ووظيفة الوسيط تقتصر على التفاوض والتواصل بين الطرفين لحل النزاع بينهم^(٢).

(١) نظام الوساطة كبديل عن القضاء في تسوية المنازعات ودياً، أحمد عبد الكريم سلامة، ص (٢١-٢٢).

(٢) التحكيم التجاري في المملكة العربية السعودية، حسين الحسين، ص (٧٠).

الفرع الثاني: التحكيم والصلح:

الصلح كالتحكيم يفترض نزاعاً بين الأطراف، إلا أنها يختلفان في وسيلة حل النزاع، فالصلح ينتهي النزاع، ويحل بإرادة الطرفين من بداية السلوك حتى نهايته، أما التحكيم فإنه خطوة إلى إنهاء النزاع، ويبدأ باتفاق بين الطرفين، ولكن لا سيطرة لهما عليه بعد بدء إجراءاته، وحتى صدور حكم التحكيم، فالصلح يكمن في تنازل كل من الطرفين عن بعض ادعاءاته، أما التحكيم فإن المحكم يمكن له أن يحكم لأحد الطرفين بكل ما يدعيه وفيه حسم للنزاع، ولا يترتب عليه تنازلات من أطراف النزاع، وبذلك يكون التحكيم أكثر صعوبة من الصلح، إذ إن حكم التحكيم يجوز حجية الأمر المقضي فلا تجوز مهاجمته، أما الصلح فهو أقل خطورة بالنسبة للمتخاصمين، وذلك لمعرفتهم المسبقة بما سيتنازلون عنه من حقوقهم، فهو نظام توفيقى قد لا يمكن للأطراف فيه الوصول إلى حل مُرضٍ لهم ومُنهِ للنزاع^(١).

(١) التحكيم الوطني والأجنبي وطرق تنفيذه في المملكة، عبد العزيز آل فريان، الميهان للنشر، ١٤٢٨هـ، ص (٦٠)، الوسيط في قانون التحكيم السعودي، فيصل الفاضل، ص (٣٥)، ويجب التنبيه إلى أن من أنواع التحكيم أيضاً التحكيم بالصلح.

المبحث الأول

اتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي

اتفاق التحكيم: هو قلب التحكيم وقلبه وهو أساسه وعماده، فبدون الاتفاق عليه تكون الولاية للأصل العام، وهو القضاء، فالطبيعة الاستثنائية للتحكيم مصدرها الاتفاق عليه.

وقد عرّف نظام التحكيم السعودي اتفاق التحكيم بأنه: «اتفاق بين طرفين أو أكثر على أن يجيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما في شأن علاقة نظامية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، وسواء كان اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد، أو في صورة مشاركة تحكيم مستقلة»^(١).

وبمثل ذلك عرفه قانون التحكيم الأردني^(٢) وكذلك الإماراتي^(٣).

ومن خلال هذا المبحث أتطرق إلى صور اتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي وشروطه وآثاره على النحو التالي:

- (١) نظام التحكيم السعودي، رقم (م/٣٤)، تاريخ ٢٤ / ٥ / ١٤٣٣ هـ، المادة (١).
- (٢) قانون التحكيم الأردني، رقم (١٦)، لسنة ٢٠١٨ م، المادة (٩).
- (٣) قانون التحكيم الإماراتي، رقم (٦)، لسنة ٢٠١٨ م، المادة (١).

المطلب الأول: صور اتفاق التحكيم:

اتفاق التحكيم الذي يتم بين الدولة من طرف، والمستثمر الأجنبي من طرف آخر، له ثلاث صور، هي: شرط التحكيم، ومشاركة التحكيم، وشرط التحكيم بالإحالة.

الفرع الأول: شرط التحكيم:

وهي الصورة الأولى لاتفاق التحكيم: وهو اتفاق بين طرفين على أن ما قد ينشأ بينهما من نزاع بشأن علاقة قانونية معينة، يُفصل فيه بواسطة التحكيم، ويرد الشرط عادة في نفس العقد الأصلي، مصدر الرابطة القانونية، سواء كان عقداً مديناً أو تجارياً أو إدارياً، فيتفق طرفا العقد على أن ما ينشأ من نزاع في تفسير العقد، أو حول تنفيذه، يفصل فيه بواسطة التحكيم^(١).

نص نظام التحكيم السعودي على شرط التحكيم بصورة صريحة، حين تكلم عن اتفاق التحكيم بأنه يرد في صورة شرط تحكيم في العقد، حيث جرى نصها على النحو التالي: «وسواء كان اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد، أو في صورة مشاركة تحكيم مستقلة»^(٢). فشرط التحكيم هو إحدى صور الاتفاق على التحكيم، الذي من خلاله تُنزع ولاية القضاء عن المنازعات المحتملة غير القائمة بالفعل وقت التعاقد، ولكن

(١) قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، فتحي والي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧م، ص (٩١).

(٢) نظام التحكيم السعودي، المادة (١).

يمكن أن تحصل في المستقبل وتُسند إلى التحكيم^(١). وقد نص نظام التحكيم السعودي على جواز ذلك بأنه: «يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع، سواء أكان مستقلاً بذاته أم ورد في عقد معين»^(٢). وكذلك نص قانون التحكيم المصري على ذلك بأنه: «يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع، سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين»^(٣).

فشرط التحكيم يُعنى: باتفاق الأطراف السابق لحدوث إحالة كل ما ينشأ عن العقد من منازعات، ليُفصل فيه بواسطة التحكيم دون قضاء الدولة، فيُنص في عقد الاستثمار الأجنبي في أحد بنوده أو مواده بأنه عند النزاع تُحل هذه الخصومة عن طريق التحكيم، وشرط التحكيم رغم وروده ضمن عقد الاستثمار الأجنبي، إلا أنه مستقل عن هذا العقد، وقد أصبح هذا المبدأ بهذا المعنى من المبادئ المستقرة في التحكيم التجاري الدولي، سواء كان هذا الاتفاق في شكل شرط تحكيم ضمن شروط العقد الأصلي الذي يثور النزاع بشأنه، أو كان شكل اتفاق مستقل عن العقد الأصلي^(٤). وقد أقر المنظم السعودي استقلالية شرط التحكيم بأنه: «يعد شرط التحكيم الوارد في أحد العقود، اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على

(١) الوجيز في شرح نظام التحكيم في المملكة، ناصر الزيد، مطبعة الحميضي، الرياض، ٢٠١٦م، ص (١٠٢).

(٢) نظام التحكيم السعودي، المادة (٩).

(٣) قانون التحكيم المصري، رقم (٢٧)، لسنة ١٩٩٤م، المادة (١٠).

(٤) مبادئ التحكيم، الشهابي الشرقاوي ويحيى الشريف، دار الإجازة، الرياض، ١٤٤١هـ، ص (١٢٨).

بطلان العقد الذي يتضمن شرط التحكيم أو فسخه أو إنهائه بطلان شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته»^(١). ومقتضى ذلك أن شرط التحكيم يعد مستقلاً بذاته عن العقد الذي يتضمنه حتى لو كان العقد باطلاً، أي أنه لا ارتباط بين كل من صحة العقد وشرط التحكيم المدرج به، فلا يحتاج أمام هيئة التحكيم ببطلان العقد ما دام صحيحاً في ذاته، مستوفياً لشروطه التي نص عليها النظام.

وقد نص قانون التحكيم الإماراتي على استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي^(٢).

إن مبدأ استقلال شرط التحكيم أصبح من المبادئ المعترف بها علمياً، فقد أقرته القواعد التي أصدرتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي عام ١٩٧٦ م^(٣). كما نص عليه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بأنه: «يُنظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً في عقد، كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم»^(٤).

وعادة ما يرد الشرط بصيغة مقتضبة، كالقول بأن أي خلاف حول العقد يحال إلى التحكيم، وقد يزيد الطرفان من كلمات الشرط بما يضمن تفسيره

(١) نظام التحكيم السعودي، المادة (٢١).

(٢) قانون التحكيم الإماراتي، المادة (٦).

(٣) الوسيط في قانون التحكيم السعودي، فيصل الفاضل، ص (٦٣).

(٤) القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة، المادة (١٦).

بصورة أوضح لصالح التحكيم، كالقول بأن أي خلاف أو نزاع حول هذا العقد من أي نوع كان أو مرتبط بأي شكل كان، بما في ذلك النزاع حول تفسيره أو تنفيذه أو انقضائه وأي مطالبة ناشئة عنه، تتم تسويته باللجوء للتحكيم، وقد يتوسع الطرفان في شرط التحكيم، فيضيفون له أحكاماً أخرى، مثل مكان ولغة التحكيم، والقانون الواجب التطبيق على النزاع، وعدد المحكمين، وصفاتهم، ومؤهلاتهم^(١).

ويوجد في بعض مراكز التحكيم صيغة نموذجية لشرط التحكيم منها: قواعد التحكيم في المركز السعودي للتحكيم التجاري: «أي منازعة أو خلاف أو مطالبة تنشأ أو تتعلق به، أو الإخلال به أو إنهائه أو بطلانه، تسوى عن طريق التحكيم، ويديرها المركز السعودي للتحكيم التجاري وفق قواعد التحكيم لديه»^(٢).

وكذلك الشرط النموذجي الوارد في لائحة غرفة الكويت للوساطة والتحكيم الدولي، والتي تقرر أنه في حالة الرغبة في اللجوء إلى التحكيم لدى الغرفة، يقترح أن تضمن الصيغة التالية في اتفاق التحكيم: «جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد أو التي لها علاقة به أو بمخالفة أحكامه أو فسخه أو بطلانه، يتم حسمها نهائياً وفقاً لنظام ولائحة إجراءات التحكيم بغرفة الكويت للوساطة والتحكيم الدولي»^(٣).

- (١) التحكيم في القوانين العربية، حمزة حداد، دار الثقافة، ٢٠١٤م، ص (١٠٦).
- (٢) قواعد التحكيم للمركز السعودي للتحكيم التجاري، ٢٠١٨م، ص (٧٣).
- (٣) نظام لائحة إجراءات التحكيم بغرفة الكويت للوساطة والتحكيم الدولي، ٢٠٠٨م، المادة (٥).

وتطبيقاً لشرط التحكيم على قضية هضبة الإهرامات، وتتلخص هذه القضية في إبرام بروتوكول بتاريخ ٢٣/٩/١٩٧٤م بين وزير السياحة المصرية ممثلاً عن الحكومة المصرية، والهيئة العامة للسياحة والفنادق (إيجوث)، وشركة ممتلكات جنوب الباسفيك، وشركة جنوب الباسفيك الشرق الأوسط بهونج كونج، وذلك بهدف إنشاء مركزين سياحيين، أحدهما يجاور مقر الإهرامات بالجيزة، والآخر برأس الحكمة بمحافظة مطروح بمصر.

ويفرض هذا العقد التزامات على عاتق الطرفين، أهمها بالنسبة للطرف الأول (الحكومة المصرية) باتخاذ ما يلزم من نقل ملكية أو حيازة الأراضي اللازمة لتنفيذ المشروع، والتزام (إيجوث) وشركة جنوب الباسفيك بإقامة المشروع، وتأسيس شركة مصرية ٤٠٪ من أسهمها تخص الشركة الأولى، والباقي للثانية، التي تلتزم بضمان العمليات الهندسية، والدراسات المعمارية، وتمويل عمليات التشييد والتسويق، واحتكار الشركة لهذا المشروع بضمان عدم التصريح بإقامة مشروعات صناعية مجاورة، وتسهيل الإجراءات الإدارية، والتزام وزارة السياحة بمد المرافق الأساسية إلى مقر المشروع، وفي تاريخ ١٢/١٢/١٩٧٣م، أبرم اتفاق أصلي وقعته هيئة (إيجوث) وشركة جنوب الباسفيك أشير فيه إلى البروتوكول المبرم في ٢٣/٩/١٩٧٤م، وللقوانين المصرية (١-٢) لسنة ١٩٧٣م، وقانون الاستثمار رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٤م.

وقد أرفق بهذا الاتفاق ملحقان ورد بهما عدة التزامات، أهمها: الالتزام الذي يقع على شركة (إيجوث) متوقفة على إقرارها من جانب السلطات الحكومية المختصة، وورد فيها أيضاً شرط تحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس ICC^(١)، وفي نهاية العقد ورد توقيع الطرفين، مع توقيع وزير السياحة المصري مسبقاً بعبارة: «وافقت عليه ومؤكدة ومصدقة». وتم الاتفاق على مدة المشروع ٥٠ عام، ثم تم تمديد المدة إلى ٩٩ عاماً، وفي عام ١٩٧٩م وإزاء المعارضة الشعبية الكبيرة للمشروع التي وصلت إلى حد فتح تحقيق برلماني، بناءً عليه اضطرت وزارة الثقافة والإعلام إلى اعتبار المنطقة المحيطة بالإهرامات منطقة أثرية، الأمر الذي ترتب عليه قيام الهيئة العامة للاستثمار بسحب موافقتها على المشروع بتاريخ ٢٨/٥/١٩٧٨م، ثم تبعه قرار رئيس الجمهورية رقم (٢٨٦) لعام ١٩٧٨م بإلغاء القرار الجمهوري رقم (٤٧٥) لعام ١٩٧٥م الخاص بحق الهيئة العامة للسياحة والفنادق في استغلال هضبة الإهرامات، مما ترتب عليه إلغاء المشروع ككل.

فتمسكت شركة جنوب الباسفيك بشرط التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، وفقاً للبند (١٧) من العقد المبرم في ١٢/١٢/١٩٧٤م، وطالبت بالتعويض، فحكمت لها هيئة التحكيم الدولية بدفع مبالغ تصل إلى ١٣ مليون دولار^(٢).

(١) اختصار لاسم الغرفة (International Chamber of Commerce).

(٢) قضية هضبة الإهرامات، نقلاً من كتاب نظام التحكيم السعودي الجديد، محمود عمر محمود خوارزم، العلمية، جدة، ٢٠١٣م، ص (٦٨-٧٠).

الفرع الثاني: مشاركة التحكيم:

مشاركة التحكيم: هو اتفاق تحكيمي مستقل، يوقعه الأطراف عند نشوء النزاع حول العقد الأصلي أو تفسيره، ويكون الاتفاق مكتوباً وموقعاً من الأطراف أو وكلائهم.

ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم لاحقاً لقيام النزاع، وإن كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام المحكمة المختصة، وفي هذه الحالة يجب أن يُجَدِّد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم، وإلا كان الاتفاق باطلاً^(١)، وقد نص قانون التحكيم المصري على ذلك^(٢).

ويجب أن تحتوي المشاركة على تحديد العقد الموضوعي أو الرابطة محل النزاع، وكذلك تحديد نوع النزاع، وأطرافه، وعنوان كل منهم، وطريقة تشكيل هيئة التحكيم، وعدد المحكمين، ومكان التحكيم، ولغة التحكيم، والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع^(٣). فمشاركة التحكيم تقترب من عريضة الدعوى بالنظر إلى أنها تتم بعد نشأة النزاع، واتضح معالم نقاط الخلاف بين الأطراف، ولذلك يجب أن تحتوي على بيان وافٍ عن موضوع النزاع، كما تحدده ادعاءات الخصوم وطلباتهم الإضافية، وأية مشاركة تحكيم تخلو من بيان لموضوع النزاع تكون باطلة عديمة الأثر، ولا تحرم الأطراف من

(١) التحكيم التجاري في المملكة العربية السعودية، حسين الحسين، ص (٨٤).

(٢) قانون التحكيم المصري قانون رقم (٢٧)، لسنة ١٩٩٤م، المادة (١٠).

(٣) التحكيم كآلية لفض المنازعات، سمير جاويد، ص (٤٧).

اللجوء إلى قضاء الدولة للفصل في نزاعهم^(١). وهذا ما نص عليه نظام التحكيم السعودي بأنه: «يجوز أن يكون اتفاق التحكيم لاحقاً لقيام النزاع، وإن كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام المحكمة المختصة، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم، وإلا كان الاتفاق باطلاً»^(٢).

ويستلزم تحديد موضوع النزاع في مشاركة التحكيم، خاصة أنه في شرط التحكيم لم يقع النزاع، لأجل ذلك لم يلزم تحديد موضوع النزاع. فمشاركة التحكيم تأتي دوماً في محرر أو مستند مستقل عن العقد الأصلي؛ لأنها تبرم بين الأطراف في مرحلة نشوء النزاع، وليس عند إبرام العقد الذي يولد بشأنه النزاع.

الفرع الثالث: شرط التحكيم بالإحالة:

يُعد شرط التحكيم بالإحالة من الصور المعاصرة لاتفاق التحكيم، والغاية من هذا الشرط تكمن في: أن العقد الأصلي المبرم بين أطراف النزاع لم يتضمن شرطاً صريحاً للتحكيم، بل اكتفى بالإشارة أو بالإحالة إلى عقد سابق بين أطراف النزاع، أو الإحالة إلى وثيقة نموذجية أو اتفاقية دولية، وذلك لتحمل النقص أو لسد الثغرات التي تعترى عقدهم، بحيث يكون ذلك العقد النمطي المحال إليه، يتضمن بين بنوده بنداً يقضي بتسوية المنازعات التي تنشأ بين أطراف النزاع بواسطة التحكيم، وفي هذه الحالة

(١) نظام التحكيم السعودي الجديد، محمود عمر محمود، ص (٥٠).

(٢) نظام التحكيم السعودي، المادة (٩).

ينعكس أثر هذا السند أو الشرط على العقد الأصلي، ويصبح بذلك ملزماً لأطراف النزاع بحيث تتم تسوية المنازعات الناشئة عن العقد بالإحالة عن طريق التحكيم^(١). وقد نص نظام التحكيم السعودي على ذلك بأنه: «تعد الإشارة في عقد ما، أو الإحالة فيه إلى مستند يشتمل على شرط للتحكيم، بمثابة اتفاق تحكيم يُعد في حكم اتفاق التحكيم المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي، أو اتفاقية دولية، أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد»^(٢)، وبمثل ذلك نص قانون التحكيم الإماراتي على شرط التحكيم بالإحالة^(٣).

ويجب أن تكون الإحالة واضحة، ولا يُعتد بالإحالة العامة غير الواضحة، وكما يجب أن يكون اتفاق التحكيم المحال إليه سابقاً في وجوده على الاتفاق الذي تضمن الإحالة، وأن يكون اتفاق التحكيم المحال إليه نافذاً، وأن يكون معلوماً للطرفين باعتباره شرطاً نموذجياً معروفاً^(٤). وقد نص قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على شرط التحكيم بالإحالة بأنه: «وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على

(١) دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، بشير سالم ربيعي، جامعة الإسراء الخاصة، الأردن، رسالة ماجستير، ٢٠١٧م، ص(١٩).

(٢) نظام التحكيم السعودي، المادة (٩).

(٣) انظر: قانون التحكيم الإماراتي، المادة (٥).

(٤) مبادئ التحكيم وفقاً لنظام التحكيم السعودي، الشهابي الشقاوي ويحيى الشريف، ص(٦١).

شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم، شريطة أن يكون العقد مكتوباً، وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزء من العقد^(١).

توجد قضية نزاع بين مجموعة (Cemex) المكسيكية، والحكومة الفنزويلية، إثر قيام الأخيرة بتأميم شركة تابعة للأولى، دفعت الحكومة الفنزويلية بعدم اختصاص مركز الأكسيد^(٢) بنظر الدعوى، استناداً إلى أنها لم توافق صراحة أو ضمناً سواءً الاتفاقيات المبرمة بين فنزويلا والمكسيك، أو بين الحكومة الفنزويلية والمستثمر المكسيكي على اللجوء إلى التحكيم بخصوص الدعوى الناشئة عن تأميم الاستثمارات الأجنبية، رفضت هيئة التحكيم هذا الدفع، وأسست اختصاصها بنظر الدعوى على نص المادة (٢٢) من قانون تشجيع الاستثمار الفنزويلي، الذي يسمح باللجوء إلى التحكيم في جميع الخلافات التي تنشأ بين الحكومة والمستثمرين الأجانب، مقرر أن ذلك النص كاف بذاته لتدليل على موافقة فنزويلا على اعتبار مثل هذه المنازعة متعلقة بالاستثمار، وإحالة صريحة للنزاع لمركز الأكسيد، وعلى هذا يعتبر المركز مختص بالنظر بهذا النزاع. هذه القضية تُعدُّ نموذجاً لشرط التحكيم بالإحالة، حيث أحال القانون الفنزويلي المنازعة

(١) قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، لعام ١٩٨٥م، المادة (٧).
 (٢) هو المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية «إكسيد» (ICSID) تابع للبنك الدولي، تأسس عام ١٩٦٦م.

بين الحكومة والمستثمر الأجنبي لمركز إكسيد واشنطن، وفقاً لقانون تشجيع الاستثمار الفنزويلي^(١).

المطلب الثاني: شروط اتفاق التحكيم:

اتفاق التحكيم شأنه شأن أي اتفاق، لكي يكون له وجود قانوني فلا بد أن تتوفر فيه الشروط العامة للعقد من رضا ومحل وسبب وغير ذلك من الشروط، فيجب أن يتوفر رضا الطرفين بالتحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي سوف تنشأ أو نشأت بينها، وأن يرد هذا الرضا على محل يقبل التسوية عن طريق التحكيم، وأن يكون السبب الذي دفع الطرفين للجوء إلى التحكيم مشروعاً^(٢). وسوف أوضح الشروط من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: الرضا:

الرضا يكون بتحريك الإرادة إلى شيء معين وتعلقها به، فالرضا يفترض إذن وجود الإرادة، والشخص معدوم الإرادة لا يمكن أن يصدر منه رضا، كالمجنون والطفل غير المميز، ومن فقد الوعي لسبب ما كالسكر أو المرض. فالإرادة عمل نفسي ينعقد به العزم على شيء معين فيكون التعبير عنه بالكلام أو الكتابة أو الإشارة^(٣).

(١) مفهوم الاستثمار في المادة (٢٥) من معاهدة واشنطن، يجيى إكرام بدر، المجلة الدولية للقانون، ٢٠١٤م، ص(٦).

(٢) مبادئ التحكيم وفقاً لنظام التحكيم السعودي، الشهابي الشقاوي ويجيى الشريف، ص(٦٤).

(٣) التحكيم كآلية لفض المنازعات، سمير جاويد، ص(٤٨).

فالإرادة إما أن تكون إيجاباً أو قبولاً، فالإيجاب يكون بالكلام والكتابة والإشارة وكذلك اتخاذ موقف يفهم منه الإيجاب صراحة، فعرض التاجر لبضاعته على الجمهور مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً صريحاً من التاجر بأن يبيع هذه البضائع بالثمن الذي بينه، وتوقيع أحد الأطراف على عقد فيه شرط تحكيم فهو إيجاب صريح عن طريق الكتابة^(١).

وقد يكون القبول صريحاً، كالتاجر الذي يقبل طلباً من عميل له، فيرسل إليه ما يطلبه ويكون هذا الإرسال قبولاً صريحاً منه، وكذلك توقيع أحد الأطراف على عقد مشاركة تحكيم بعد توقيع الطرف الآخر قبولاً صريحاً عن طريق الكتابة لهذا العقد^(٢).

يتوفر الرضا بالإيجاب والقبول بظهور إرادتين متطابقتين بشكل صريح لا لبس فيه، لذا ينعقد التحكيم بصدور الإيجاب وقبول الطرف الآخر باللجوء إليه، وتعلق أحدهما بالآخر بشكل نافٍ للجهالة، ويكون التعبير عن الإرادة بشكل صريح، بالتلفظ بالإيجاب والقبول، أما السكوت فلا يمكن اعتباره وسيلة للتعبير عن القبول، ويشترط أن تكون الإرادتان خاليتين من عيوب الإرادة من غلط أو تدليس أو إكراه أو غبن^(٣).

وهذا الرضا بالاتفاق على التحكيم لا يفترض، بل لا بد من وجود الدليل عليه، لأن التحكيم خروج على الأصل العام، وهو ولاية قضاء

(١) التحكيم كآلية لفض المنازعات، سمير جاويد، ص (٤٨).

(٢) نظرية العقد، عبد الرزاق السنهوري، منشورات الحلبي، الطبعة الثانية، ١٩٩٨م، ص (١٤٨-١٥٦).

(٣) التحكيم التجاري في المملكة العربية السعودية، حسين الحسين، ص (٩٣).

الدولة، فيجب التعبير عنه صراحة وعدم افتراضه. ومن صور التعبير عن الإرادة الصريحة لانفاق التحكيم هي: الكتابة، بل إن نظام التحكيم السعودي نص على وجوب كتابة اتفاق التحكيم بقوله: «يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، وإلا كان باطلاً»^(١)، فنص النظام على بطلان اتفاق التحكيم الشفوي أو غير المكتوب؛ لأن الكتابة من أقوى الأدلة على الرضا، وإرادة التحكيم، فلا بد لمن أراد التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي كتابة شرط التحكيم في عقد الاستثمار، أو كتابة عقد مستقل للتحكيم في منازعات عقد الاستثمار الأجنبي. وهناك صور تكون من مفهوم الكتابة، وهي: المراسلات الموثقة، أو البرقيات، أو وسائل الاتصال الإلكترونية، كالبريد الإلكتروني ونحو ذلك، وقد نص نظام التحكيم السعودي على ذلك بأنه: «يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر صادر من طرفي التحكيم، أو إذا تضمنه ما تبادلاه من مراسلات موثقة أو برقيات، أو غيرها من وسائل الاتصال الإلكترونية، أو المكتوبة وتعد الإشارة في عقد ما، أو الإحالة فيه إلى مستند يشتمل على شرط للتحكيم، بمثابة اتفاق تحكيم»^(٢). وكذلك ذهبت اتفاقية نيويورك للتحكيم، على اعتبار اتفاق التحكيم منتجاً لآثاره إذا ظهر بند التحكيم مكتوباً في العقد الأصلي، أو ضمن الرسائل والبرقيات المتبادلة بين الأطراف، أو ظهر على شكل اتفاق مستقل موقع من أطراف النزاع^(٣).

(١) نظام التحكيم السعودي، المادة (٩).

(٢) نظام التحكيم السعودي، المادة (٩).

(٣) انظر: اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، (نيويورك، ١٩٥٨م)، المادة (٢).

ونص القانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم على قبول الاتفاق الإلكتروني بأنه: «يستوفي اشتراط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً بواسطة خطاب إلكتروني، إذا كانت المعلومات الواردة فيه متاحة، بحيث يكون الرجوع إليها لاحقاً، ويقصد بتعبير الخطاب الإلكتروني أي: خطاب يوجهه الطرف بواسطة رسالة بيانات، ويقصد بتعبير رسالة بيانات: المعلومات المنشأة أو المرسلة أو المتلقاة أو المخزنة بوسائل إلكترونية، أو مغنطيسية، أو بصرية، أو بوسائل متشابهة، تشمل على سبيل المثال لا الحصر: التبادل الإلكتروني للبيانات، والبريد الإلكتروني، والبرق، والتلكس، والنسخ البرقي»^(١). وإذا توافقت إرادة الأطراف على التحكيم وفقاً لما سبق، سواء كان الاتفاق في صورة شرط أو مشاركة، فلا يجوز الرجوع عن ذلك إلا باتفاقهم، ولا يحق لأي منهم العدول عن الاتفاق على التحكيم بإرادته المنفردة، إذ يظل شرط التحكيم في هذه الحالة قائماً^(٢).

وفي ذلك قرر ديوان المظالم أنه: «ومن حيث إن الثابت وفقاً لما قدمه المدعى وكالة من صور مذكرات ودفع، قدمت أمام هيئة المنازعات التجارية بجدة أثناء نظرها في النزاع الحاصل حول موضوع الضمان الخاص بالعقد بينهما، أنه في الوقت الذي كان المدعى عليه وكالة يتمسك بانتهاء العقد بما فيه شرط تحكيم، وكان المدعي وكالة يتمسك بحقه في تنفيذ شرط (١) قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٥٨م، مع التعديلات التي اعتمدت في عام ٢٠٠٦م، الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، المادة (٧).»

(٢) مبادئ التحكيم وفقاً لنظام التحكيم السعودي، الشهابي الشراوي ويحيى الشريف، ص(٦٦).

التحكيم، الأمر الذي تستخلص منه هذه الدائرة بأن إرادة طرفي العقد لم تتفقا على إلغاء شرط التحكيم، وذلك أن الشرط تم الاتفاق على إعماله بينهما بصدد النزاعات المتعلقة بالعقد، ولا يمكن التحلل منه إلا بموافقة الطرفين على إغائه»^(١).

ومن الثابت أن اتفاق التحكيم سواءً كان في سياق التحكيم التجاري الدولي، أو في أي جانب آخر، يتطلب الموافقة باتباع الطريقة التقليدية، والتي تتضمن الرضا الصريح المباشر من جانب طرفي العلاقة، وهذا يتم من خلال إبرام ما يسمى بعقد التحكيم، من أجل حل نزاعهما عن طريق التحكيم، بيد أن الأمر يختلف تماماً في سياق التحكيم الدولي المتعلق بمنازعات الاستثمارات الأجنبية، حيث في هذه الحالة الأخيرة لا يشترط النموذج التقليدي للاتفاق على التحكيم، وإنما ظهر نموذج آخر يمكن اتباعه في ذلك، وهو تحقق الرضا باللجوء إلى التحكيم من غير الاتفاق، وقد أطلق عليه العديد من المسميات منها، التحكيم غير الاتفاقي، أو التحكيم الإلزامي الدولي، ويصف البعض هذا التحكيم بالرضا الآلي، وسمى أيضاً بالتحكيم الأحادي العابر للحدود، أو الأحادي الجانب، ووصف أيضاً بالتحكيم دون اتفاق مباشر، وهذا النوع من التحكيم الذي لا يستند الاختصاص فيه إلى عقد مباشر بين الطرفين، بل يستند إلى الاتفاقيات الدولية المعقودة بين الدول لحماية وتشجيع الاستثمارات، أو القوانين الداخلية للاستثمار الأجنبي، والتي تحيل كلها إلى التحكيم^(٢).

(١) القرار رقم (٥٢/ت/٤) لعام ١٤٠٩هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية التي قررتها هيئة التدقيق بديوان المظالم للأعوام ١٤٠٨-١٤٢٣هـ.

(٢) التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي، هفال صديق، ص (١٩٠).

الفرع الثاني: المحل:

المحل هو ما كان التعاقد بخصوصه وواقعاً عليه، والمحل بهذا المفهوم في عقد التحكيم هو فض النزاع بين المتخاصمين من قبل شخص أو أشخاص معينين، يُختارون من قبل المتعاقدين، دون اللجوء إلى القضاء المختص أصلاً بالفصل في هذا النزاع، ويستوجب ذلك تنازل أطراف الخصومة المؤقت في حقهم في اللجوء إلى القضاء العادي لحل النزاع الحاصل بينهم، وعرض هذا النزاع على شخص أو أشخاص معينين مترتب على عقد التحكيم المبرم بين أطراف الخصومة^(١). ومن شروط صحة التحكيم: أن يكون لاتفاق التحكيم محل مشروع، ويجب أن يكون المحل قابلاً للتعاقد شرعاً، إلا أن المشروعية مقيدة بموضوع النزاع الدائر بين الأطراف، فإذا كان موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها، فلا يمكن إجبار الأطراف على تنفيذ التحكيم، فمشروعية محل التحكيم مرتبطة بطبيعة النزاع، وبغض النظر عن صورة محل الالتزام فإنه يجب أن يكون المحل موجوداً أو ممكناً ويجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين، كما يجب أن يكون قابلاً للتعامل فيه، وبصفة عامة يجب أن يكون محل التحكيم مشروعاً أي غير مخالف للنظام أو الآداب العامة، وبالتالي يجب أن يكون المحل من المسائل القابلة للتحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً^(٢).

ويجب أن يكون محل التحكيم حقاً مالياً سواءً كان هذا الحق له طابع مدني أو تجاري أو إداري، فالمهم أن يكون النزاع حول علاقة قانونية ذات

(١) الوسيط في التحكيم السعودي، فيصل الفاضل، ص (٥٦).

(٢) التحكيم التجاري في المملكة العربية السعودية، حسين الحسين، ص (١١٣).

طابع اقتصادي، كما يستوي أن يكون النزاع متعلقاً بحق شخصي أو بحق عيني، وأياً كان محل الحق العيني عقاراً أو منقولاً، ولا يهم مصدر الحق سواء عقداً أو عملاً غير مشروع أو غير ذلك من مصادر الالتزام^(١).

وقد نص قانون التحكيم المصري على محل النزاع بكونه ذا طابع اقتصادي بـ: «كون التحكيم تجارياً في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، عقدية كانت أو غير عقدية، ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالات التجارية وعقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها»^(٢).

ويعد عقد الاستثمار الأجنبي ذا طابع اقتصادي ومن ضمن النزاعات التي يصح أن يفصل فيها التحكيم، وقد نص نظام الاستثمار الأجنبي السعودي على جواز إحالة النزاع في الاستثمار الأجنبي للتحكيم مع «عدم الإخلال بالاتفاقيات التي تكون المملكة العربية السعودية طرفاً فيها:

١. تتم تسوية الخلافات التي تنشأ بين الحكومة والمستثمر الأجنبي فيما له علاقة باستثماراته المرخص لها بموجب هذا النظام وُدياً قدر الإمكان، فإذا تعذر ذلك يحل الخلاف حسب الأنظمة.

٢. تتم تسوية الخلافات التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي وشركائه السعوديين فيما له علاقة باستثماراته المرخصة بموجب هذا النظام وُدياً قدر

(١) قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، فتحي والي، ص (١٢١).

(٢) قانون التحكيم المصري، المادة (٢).

الإمكان، فإذا تعذر ذلك يجل الخلاف حسب الأنظمة^(١). ويقصد بتسوية الخلافات ودياً هي الوسائل البديلة لفض المنازعات من التحكيم والوساطة والتوفيق والصلح.

ونص قانون الاستثمار الأجنبي المباشر الإماراتي على أنه: «مع عدم الإخلال بالحق في التقاضي، يجوز تسوية الخلافات والمنازعات التي قد تنشأ عن مشروع الاستثمار الأجنبي المباشر بكافة الوسائل البديلة لفض المنازعات»^(٢).

ونص قانون هيئة تشجيع الاستثمار المباشر الكويتي على جواز الاتفاق على إحالة النزاع إلى التحكيم بأنه: «تكون المحاكم الكويتية وحدها هي المختصة بنظر أي نزاع ينشأ بين مشروعات الاستثمار والغير أياً كان، ويجوز الاتفاق على الالتجاء في هذا النزاع إلى التحكيم»^(٣).

ونص قانون ترقية الاستثمار الجزائري على جواز إحالة نزاع الاستثمار الأجنبي للتحكيم بأنه: «يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليمياً، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق

(١) نظام الاستثمار الأجنبي السعودي، المادة (١٣).

(٢) قانون الاستثمار الأجنبي المباشر الإماراتي، مرسوم بقانون اتحادي، رقم (١٩)، لسنة ٢٠١٨م، المادة (١٢).

(٣) قانون هيئة تشجيع الاستثمار المباشر الكويتي، قانون رقم (١١٦)، لسنة ٢٠١٣م، المادة (٢٦).

بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة اتفاق مع المستثمر بنص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص^(١).

الفرع الثالث: السبب:

لكي تكتمل شروط اتفاق التحكيم يجب -فضلاً عن توافر رضا الطرفين الصحيح وصلاحيّة المحلّ للتحكيم- أن يكون السبب الذي يدفع الأطراف إليه سبباً حقيقياً ومشروعاً وتطبق في هذا الشأن القواعد العامة، فإذا كان السبب وهمياً فلا يقوم اتفاق التحكيم، ويكون السبب كذلك إذا استند إلى عقد صوري فإذا ثبتت صورية عقد تضمن اتفاق تحكيم، فإنّ التحكيم يكون صورياً، ومن ثمّ يكون لأيّ من الطرفين اللجوء إلى القضاء لإثبات تلك الصورية.

كذلك يجب أن يكون السبب مشروعاً، فإذا كان غير مشروع فلا وجود لاتفاق التحكيم، ويكون السبب غير مشروع إذا انطوى على إحدى حالات الغش، كما لو كان اللجوء إلى التحكيم بقصد التهرب من تطبيق أحكام القانون الأمرة فيما لو طرح النزاع أمام القضاء.

ويفترض حسب القواعد العامة توافر السبب المشروع ما لم يقيم الدليل على غير ذلك، فكل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يقيم الدليل على غيره^(٢).

(١) قانون ترقية الاستثمار الجزائري، المادة (٢٤).

(٢) مبادئ التحكيم، الشهابي الشرفاوي، ص(٩٤).

الفرع الرابع: الأهلية:

يحق لكل من الشخص الطبيعي والاعتباري أن يبرم اتفاق التحكيم، ما دام أهلاً للتصرف في حقوقه، فتوافر الأهلية اللازمة لدى طرفي اتفاق التحكيم يعد ركناً من أركان صحة هذا الاتفاق، والأهلية المطلوبة لذلك هي أهلية التصرف في الحق محل التحكيم، وليست أهلية الالتجاء إلى القضاء^(١).

ولقد نصت الأنظمة والاتفاقيات الدولية أن الأهلية المطلوبة في اتفاق التحكيم هي أهلية التصرف ويتعين لصحة اتفاق التحكيم توافرها، لأن اتفاق التحكيم ينطوي على التزامات متبادلة بين الأطراف بالالتزام بحكم المحكمين^(٢)، ومثال هذا ما نص عليه نظام التحكيم بأنه: «لا يصح الاتفاق على التحكيم إلا لمن يملك التصرف في حقوقه سواء أكان شخصاً طبيعياً - أو من يمثله - أم شخصاً اعتبارياً»^(٣). ويُقصد بمن يملك التصرف في حقوقه هو من يتصف بالأهلية الكاملة، وقد نص قانون التحكيم الإماراتي على ذلك بأنه: «لا ينعقد الاتفاق على التحكيم إلا من الشخص الطبيعي الذي يتمتع بأهلية التصرف في الحقوق، أو من ممثل الشخص الاعتباري المفوض في إبرام الاتفاق على التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً»^(٤). فالمعدوم الأهلية والناقص الأهلية لا يحق له إبرام اتفاق التحكيم، ويكون اتفاق التحكيم باطلاً ليس له أي أثر قانوني.

(١) مبادئ التحكيم، الشهابي الشرقاوي، ص (٦٧).

(٢) التحكيم كآلية لفض المنازعات، سمير جاويد، ص (٤٨).

(٣) نظام التحكيم السعودي المادة (١٠).

(٤) قانون التحكيم الإماراتي، المادة (٤).

إن مناط الأهلية هو التمييز، والإرادة المنتجة لآثاره لا تصح إلا عن تمييز كامل، أي كامل الأهلية بمعنى صلاحيته لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، فالأصل في الشخص الذي بلغ سن الرشد أن يكون كامل الأهلية، فله أن يُجري كل التصرفات القانونية، كالبيع والشراء، بما فيها الاتفاق على التحكيم، بشرط سلامة قواه العقلية، وعدم الحجر عليه.

ونظراً لاستثنائية وخطورة اتفاق التحكيم في سلب اختصاص القضاء، يجب أن يتمتع من يتفق عليه بكامل الأهلية، بمعنى أنه بلغ سن الرشد وفقاً للنظام، وأن يتمتع بكامل قواه العقلية، وغير محجور عليه عن إجراء أي تصرف من التصرفات القانونية^(١).

ويعتبر الإنسان ناقص الأهلية متى ما كانت تصرفاته موقوفة على إجازة شخص آخر لمثل هذه التصرفات كالولي والوصي والقيم، وذلك بعد الحصول على إذن المحكمة المختصة في بعض الأحيان، وتشمل حالة نقصان الأهلية الصغير المميز، وهو من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الأهلية، وبناء عليه فإن الصبي المميز في النظام السعودي هو من كان عمره بين سن السابعة عشرة والثامنة عشرة، ولم يكن سفيهاً أو معتوهاً أو مجنوناً أو ذا غفلة، ويشمل ذلك الذكر والأنثى، فالأصل في التصرفات التي يجريها الصبي المميز والسفيه والمعتوه تعتبر جائزة إذا كانت نافعة، ولا يشترط الأذن من الولي أو الوصي، أما إذا كانت التصرفات ضارة ضرراً محضاً فلا يجوز الاعتداد بها حتى لو أذن بها الولي أو الوصي، أما إذا كانت التصرفات دائرة بين النفع والضرر

(١) الوجيز في شرح نظام التحكيم، ناصر الزيد، ص(١٢٠).

فإن إجازتها موقوفة على إذن الولي أو الوصي، ولكن هناك بعض التصرفات ملزم الوصي أو الولي أو القيم بأخذ رأي المحكمة المختصة قبل إجازتها أو رفضها، ومن هذه التصرفات الاتفاق على التحكيم، كما يجب على المحكمة المختصة أن تحكم ببطلانه من تلقاء نفسها^(١).

أما بالنسبة لأهلية الشخص الاعتباري قد نص نظام التحكيم السعودي على أنه: «لا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن يملك التصرف في حقوقه سواء أكان شخصاً طبيعياً - أو من يمثله - أم شخصاً اعتبارياً»^(٢). فكما أجاز اتفاق التحكيم للشخص الطبيعي أجازة للشخص الاعتباري. وعليه فإن الشخص الاعتباري الخاص ليس سوى جماعة من الأشخاص يضمهم تكوين يرمي إلى هدف معين، أو مجموعة من الأموال ترصد لتحقيق غرض معين يطبق عليها القانون الشخصية، فتكون شخصاً مستقلاً ومتميزاً عن الأشخاص الذين يساهمون في نشاطها أو يفيدون منها، كالدولة والجمعية، والشركة، والمؤسسة^(٣).

والشخص الاعتباري له الحق أثناء حياته أن يمارس جميع التصرفات القانونية، فله أن يبيع ويشترى ويتملك، كما له الحق في التقاضي وطلب الصلح أو الاتفاق على التحكيم، وكل ذلك مشروط بما يسمح له به النظام من جهة، وما يسمح به عقد تأسيسه من جهة ثانية^(٤).

(١) التحكيم في المملكة العربية السعودية، محمد البجاد، ص (٩٠).

(٢) نظام التحكيم السعودي، المادة (١٠).

(٣) القانون التجاري السعودي، محمد حسن الجبر، الطبعة الرابعة، ١٤١٧ هـ، ص (٢٠٣).

(٤) التحكيم في المملكة العربية السعودية، محمد البجاد، ص (٩٤).

وبما أن أطراف عقد الاستثمار الأجنبي الدولة أو ما يتبعها من الهيئات العامة من جهة، والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى، سوف أتطرق أولاً لأهلية الهيئات العامة، ثم أتطرق ثانياً لأهلية الشخصية الاعتبارية الخاصة الأجنبية.

أولاً: أهلية الشخصية الاعتبارية العامة:

الشخصية الاعتبارية العامة هيئات تقوم بتحقيق مصالح تهم المجتمع، عن طريق مرافق معينة الغرض منها تحقيق تلك المصالح، ويمنحها القانون الشخصية الاعتبارية، كالدولة والمؤسسات العامة والمديريات. وقد أدى التطور الاقتصادي إلى أن أصبحت الدولة تدير مرافقها عن طريق إنشاء الشركات، أو أن تدير مرافقها عن طريق الشركات ذات رأس المال المختلط، حيث يتيح ذلك مشاركة الدولة في إدارة بعض المرافق. وتتمتع شخصيات القانون العام الاعتبارية بالاستقلالية، كالشخص الطبيعي، ولها سلطة إبرام التصرفات القانونية وأهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائها، أو التي يقررها النظام وللشخص الاعتباري نائب يعبر عن إرادته^(١).

والنظام السعودي منذ بداية اكتشاف البترول يرى جواز اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات الإدارية، ومما يؤكد ذلك أن عقود البترول التي كانت المملكة تبرمها مع شركات البترول كانت تنص على اللجوء إلى التحكيم في حال نشوب نزاع بين الطرفين.

(١) التحكيم التجاري، حسين الحسين، ص (١٧٧).

وقد تغير لاحقاً موقف النظام السعودي من التحكيم، فقد صدر قرار من مجلس الوزراء رقم (٨٥) وتاريخ ١٧ / ١ / ١٣٨٣هـ، والذي منع الحكومة السعودية وأجهزتها الأخرى من إحالة أي نزاع مع الأطراف الأخرى إلى التحكيم إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، وقد استثنى هذا القرار اتفاقيات الامتياز التي يكون فيها للمملكة مصالح حيوية فأجاز إدراج شرط التحكيم فيها، وقد صدر نظام التحكيم السعودي الملغي عام ١٤٠٣هـ^(١).

ولم يستثن هذا النظام أي نوع من أنواع المنازعات، بمعنى أنه لا يجوز للجهات الحكومية الاتفاق على التحكيم إلا بعد الحصول على موافقة رئيس مجلس الوزراء.

ولم يتغير هذا الحكم مع صدور نظام التحكيم السعودي لعام ١٤٣٣هـ والذي نصَّ على أنه: «لا يجوز للجهات الحكومية الاتفاق على التحكيم إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء ما لم يرد نص نظامي خاص يبيِّن ذلك»^(٢). وقد ذهب البعض استناداً إلى عبارة: «ما لم يرد نص نظامي خاص يبيِّن ذلك» إلى أن بعض الأنظمة السعودية قد أعطت الجهة الحكومية الحق -استثناء- في الاتفاق على التحكيم مباشرة دون أخذ الموافقة المسبقة، ومن هذه الأنظمة نظام الاستثمار التعديني السعودي الذي ينص على أنه: «يجوز الاتفاق على

(١) نظام التحكيم السعودي (الملغي)، رقم (م/٤٦)، تاريخ ١٢ / ٧ / ١٤٠٣هـ، المادة (٣).

(٢) نظام التحكيم السعودي، المادة (١٠).

تسوية أي نزاع أو خلاف ينشأ بين مرخص له والوزارة عن طريق التحكيم وفقاً لأحكام نظام التحكيم في المملكة»^(١).

ويقول البعض الآخر: أن هذه الأنظمة التي فيها اللجوء للتحكيم ليس فيها إذن؛ لأنها قيدت حق الجهة الحكومية في الاتفاق على التحكيم بنظام التحكيم السعودي، الذي اشترط لصحة الاتفاق في هذه الحالة موافقة رئيس مجلس الوزراء^(٢).

والاستثناء الحقيقي في هذا الخصوص ما ورد في نص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي بأنه: «للجهة الحكومية - بعد موافقة الوزير - الاتفاق على التحكيم وفق ما توضحه اللائحة»^(٣). وقد وضحت اللائحة ما يأتي: «مع مراعاة ما ورد في الفقرة (٢) من المادة (٩٢) من النظام يشترط للاتفاق على التحكيم ما يلي:

١. أن يقتصر التحكيم على العقود التي تتجاوز قيمتها (مائة مليون) ريال، ويجوز للوزير تعديل هذا الحد وفق ما يراه مناسباً.

(١) نظام الاستثمار التعديني، الصادر بمرسوم ملكي رقم (م/٤٧)، وتاريخ ٢٠/٨/١٤٢٥هـ، المادة (٥٨).

(٢) مبادئ التحكيم، الشهابي الشقاوي، ص(٧٤-٧٧)، التحكيم في المملكة محمد البجاد، ص(٩٦-٩٩)، التحكيم التجاري، حسين الحسين، ص(١٧٧-١٧٩).

(٣) نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي، الصادر بمرسوم ملكي رقم (م/١٢٨)، وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ، المادة (٩٢).

٢. أن يتم تطبيق أنظمة المملكة على موضوع المنازعة، ولا يجوز قبول التحكيم لدى هيئات دولية خارج المملكة وتطبيق إجراءاتها إلا في العقود مع الأشخاص الأجانب.

٣. أن ينص على التحكيم وشروطه في وثائق العقد^(١).

يُعد هذا النص من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات تطوراً كبيراً في عجلة التحكيم، خاصة في التحكيم في العقود الحكومية، وبخاصة عقود الاستثمار الأجنبي، حيث أجازت تضمين العقد الحكومي سواءً كان الطرف الآخر شخص وطني أو أجنبي شرط التحكيم، بشرط أن يكون قيمة العقد مائة مليون فأكثر، وأن يكون التحكيم على نظام التحكيم في المملكة، واستثنى من ذلك المستثمر الأجنبي أو عقد الاستثمار الأجنبي، فيجوز الاتفاق على هيئة تحكيمية دولية خارج المملكة.

وقد وضعت وزارة المالية بعد إصدار اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات عقود نموذجية للعقود الحكومية ٢٠٢٠م، ونص ضمنها على التحكيم بأنه: «أولاً: أي منازعة أو خالف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو تتعلق به، أو عن الإخلال به أو إنهائه أو بطلانه، تسوى عن طريق التحكيم المؤسسي في المركز السعودي للتحكيم التجاري وفق قواعد التحكيم لدى المركز المذكور السارية التنفيذ في تاريخ استلام طلب التحكيم»^(٢).

(١) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي، المعدلة بالقرار الوزاري رقم (٣٤٧٩)، وتاريخ ١١/٨/١٤٤١هـ، المادة (١٥٤).

(٢) موقع وزارة المالية السعودي:

<https://www.mof.gov.sa/Knowledgecenter/newGovTendandProcLow/Pages/Regulations.aspx>

ثانياً: أهلية الأشخاص الاعتبارية الأجنبية:

قد عرف المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار (اتفاقية واشنطن) الشخص الاعتباري الأجنبي بأنه: «كل شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع، في تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم على طرح النزاع على التوفيق أو التحكيم، وأيضاً كل شخص معنوي يحمل جنسية الدول المتعاقدة الطرف في النزاع في ذات التاريخ، ويتفق على اعتباره (أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى) بالنظر إلى الرقابة التي تمارس عليه من قبل المصالح الأجنبية»^(١)، بالنسبة لاتفاق التحكيم التي تبرمه الأشخاص الاعتبارية الأجنبية فيكون صحيحاً ومنتجاً لآثاره إذا كان الشخص الاعتباري الأجنبي الذي أبرم الاتفاق يملك إبرام مثل هذا التصرف وفقاً لقانون الدولة التي يوجد فيها مركز إدارته الرئيس الفعلي^(٢).

وقد أصدرت هيئة السوق المالية السعودي شروط المستثمر الأجنبي المؤهل للدخول في الاستثمار في سوق المال السعودي بأنه: «يشترط لتأهيل مقدم الطلب كمستثمر أجنبي مؤهل استيفاء جميع شروط التأهيل المحددة في المادة (٦) من هذه القواعد. وهي:

- (١) المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار (اتفاقية واشنطن)، المادة (٢٥).
- (٢) الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، حفيظة السيد الحداد، بيروت، منشورات الحلب ٢٠١٠م، ص(٤٢٨)، نقلاً عن كتاب مبادئ التحكيم، الشهابي الشرقاوي، ص(٧٤).

١. يجب أن يكون مقدم الطلب مؤسسة مالية ذات شخصية اعتبارية من إحدى الفئات الآتية: البنوك. شركات الوساطة والأوراق المالية. شركات التأمين. الجهات الحكومية والمؤسسات التابعة لها. صناديق الاستثمار. أي مؤسسة مالية أخرى ترى الهيئة أهليتها.

٢. يجب أن تكون المؤسسات المالية المشار إليها في الفقرات الفرعية من هذه المادة مرخصاً لها من قبل هيئة تنظيمية، ومؤسسة في دولة تطبق معايير تنظيمية ورقابية مماثلة للمعايير التي تطبقها الهيئة أو مقبولة لديها.

٣. يجب أن تكون المؤسسات المالية المشار إليها في الفقرات الفرعية (١/د) و(١/هـ) من الفقرة (أ) من هذه المادة مؤسسة في دولة تطبق معايير تنظيمية ورقابية مماثلة للمعايير التي تطبقها الهيئة أو مقبولة لديه»^(١).

المطلب الثالث: آثار اتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي:

اتفاق التحكيم سواء كان شرطاً أو مشاركة، كأني عقد ملزم للجانبين يرتب أثرين مهمين في ذمة طرفيه أولهما: يتمثل في الالتزام بعرض النزاع على التحكيم (الأثر الإيجابي)، أما الثاني: فيتمثل في حرمان أطراف النزاع من عدم عرض النزاع أمام القضاء أو أي وسيلة أخرى (الأثر السلبي) وأوضح ذلك من خلال الفرعيين التاليين:

(١) القواعد المنظمة للاستثمار المؤسسات المالية الأجنبية المؤهلة في الأوراق المالية المدرجة، الصادرة عن مجلس هيئة السوق المالية، بالقرار رقم (١-٣-٢٠١٨)، وتاريخ ٢٢/٤/١٤٣٩هـ، المادة (٥-٦).

الفرع الأول: الأثر الإيجابي:

أطراف اتفاق التحكيم ملزمون في حال نشوء نزاع بينهم أن يتجهوا للتحكيم، وليس للقضاء أو الوساطة، ولا يمكنهم العدول عن ذلك إلا بموافقة الجميع. والأصل العام أن هذا الأثر ملزم لأطرافه فقط، ولكنه يمكن أن يسري على الخلف العام كالوارث والموصى له بجزء غير معين من التركة. فالخلف العام يأخذ حكم الطرف الأصلي بالنسبة لاتفاق التحكيم الذي أبرمه سلفه إليه آثاره هذا العقد، وكذلك الحال بالنسبة للخلف الخاص وهو الذي انتقل إليه من السلف مال معين بالذات، فهذا بالرغم التزام الغير بالاتفاق على التحكيم في حدود ما انتقل إليه من العقد الأصلي، بما فيه الاتفاق على التحكيم^(١).

وقد نص نظام التحكيم السعودي على إلزام الأطراف الذين اتفقوا على التحكيم وجوب أن يحل النزاع الواقع بينهم بالتحكيم حتى وإذا كان الاتفاق أثناء نظر الدعوى في المحكمة: «إذا تم الاتفاق على التحكيم أثناء نظر الدعوى أمام المحكمة المختصة، وجب عليها أن تقرر إحالة النزاع إلى التحكيم»^(٢). وإذا كان اتفاق التحكيم قبل نظر الدعوى في المحكمة عن طريق شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم وعرض النزاع على القضاء فيحق لأحد طرفي النزاع الدفع بوجود اتفاق على التحكيم، ويكون الدفع في الجلسة الأولى قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى، ويجب على المحكمة (١) الوجيز في شرح نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، ناصر غنيم الزيد، ص (١٣١).

(٢) نظام التحكيم السعودي، المادة (١٢).

صرف النظر عن الدعوى، وقد نص نظام التحكيم السعودي على ذلك بأنه: «يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد في شأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم جواز نظر الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى»^(١).

ونص قانون التحكيم الإماراتي على ذلك بأنه: «١. يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم، أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفع في موضوع الدعوى، وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن الاتفاق على التحكيم باطل أو يستحيل تنفيذه.

٢. لا يحول رفع الدعوى المشار إليها في البند السابق دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم»^(٢).

وقد صدر حكم قضائي في المحاكم السعودية وصادقت عليه محكمة الاستئناف بصرف النظر عن الدعوى بسبب وجود شرط تحكيم في العقد المبرم بينهما ودفع به أحدهما^(٣). وهذا فيه الأثر الملزم بعرض النزاع أمام التحكيم.

(١) نظام التحكيم السعودي، المادة (١١).

(٢) قانون التحكيم الإماراتي، المادة (٨).

(٣) انظر: مجموعة الأحكام القضائية، الصادرة عن وزارة العدل السعودي، المجلد (١٣)، ص (٤٧١).

الفرع الثاني: الأثر السلبي:

إذا تم الاتفاق على اتخاذ التحكيم طريقاً لتسوية النزاع بين أطرافه، وإبرام ذلك الاتفاق كتابة، ترتب على ذلك أثر مهم ألا وهو الامتناع عن اللجوء إلى القضاء، قضاء الدولة. وإذا تمسك بذلك المدعى عليه قبل أي طلب أو دفاع في الموضوع، وفي ذلك نص نظام التحكيم السعودي على أنه: «يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد في شأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم جواز نظر الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى»^(١). وهذا الأثر السالب لاختصاص القضاء قرره بعض القوانين، مثل قانون التحكيم الفرنسي بأنه: «عندما يعرض على قضاء الدولة نزاع ناشئ عن اتفاقية تحكيم، يعلن القضاء عدم اختصاصه»^(٢). ويتضح من النص أن المحكمة يجب عليها إذا أحيل إليها نزاع بين أطرافها اتفاق تحكيم أن تصرف النظر عن النزاع وتصرح بعدم قبول النظر بهذا النزاع بسبب وجود اتفاق بإحالة النزاع إلى التحكيم.

أما قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥م فقد نص على أنه: «على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الطرفين إلى التحكيم، إذا طلب أحد

(١) نظام التحكيم السعودي، المادة (١١).

(٢) قانون التحكيم الفرنسي، رقم (٤٨)، لسنة ٢٠١١م، بتاريخ ١/٥/٢٠١١م، المادة (١٤٤٨).

الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع، مال م يتضح لها أن الاتفاق باطل ولاغٍ أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه»^(١).

فإذا لجأ أحد الأطراف إلى القضاء، كان على المحكمة أن تحكم بعدم جواز نظر الدعوى، بشرط أن يتمسك به المدعى عليه قبل أي طلب أو دفع في الموضوع كما نصت عليه أغلب القوانين ومنها نظام التحكيم السعودي، وتطبيقاً لذلك فقد نقضت محكمة الاستئناف الإدارية حكماً للدائرة التجارية الثالثة بالمحكمة الإدارية، والتي قضت فيها الدائرة بعدم جواز نظر الدعوى لوجود شرط التحكيم بين الطرفين. وقد استندت محكمة الاستئناف في نقض الحكم على: «أن الدائرة قد قضت بعدم جواز نظر الدعوى لوجود شرط التحكيم، وهذا خلاف طلب المدعي، وذلك أن المدعي وكالة لم يطلب نظر الدعوى موضوعاً، وفضلاً على ذلك فلو طلبه لم يكن للدائرة أن تقضي بعدم جواز نظر الدعوى حتى تدفع بذلك المدعى عليها قبل أي طلب أو دفاع...»^(٢). وإذا اتفق الأطراف على التحكيم أثناء نظر النزاع أمام المحكمة، فإن الأثر المانع للاتفاق يترتب حينئذ؛ إذ يجب على المحكمة أن تحيل النزاع إلى التحكيم^(٣)، حيث نص نظام التحكيم السعودي على أنه:

(١) القانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥م، مع تعديلات ٢٠٠٦م، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، المادة (٧).

(٢) الحكم القضائي رقم (١٣٥) لعام ١٤٣٥هـ، نقلاً عن الوجيز في شرح نظام التحكيم، ناصر الزيد، ص (١٣٤).

(٣) مبادئ التحكيم، الشهابي الشرفاوي، ص (١١٧).

«إذا تم الاتفاق على التحكيم أثناء نظر النزاع أمام المحكمة المختصة، وجب عليها أن تقرر إحالة النزاع إلى التحكيم»^(١).



(١) نظام التحكيم السعودي، المادة (١٢).

المبحث الثاني

إجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي

التحكيم نظام له بداية وإجراءات وقواعد يسير عليها، من حيث بدء إجراءات التحكيم، واختيار هيئة التحكيم، وسير إجراءات التحكيم، وانتهاء إجراءات التحكيم، وغير ذلك من الإجراءات. أوضح ذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: بدء إجراءات التحكيم:

للبدء بالفصل في النزاع عن طريق التحكيم لا بد أن يكون هناك اتفاق تحكيم بين أطراف الخصومة، سواء كان هذا الاتفاق على شكل شرط تحكيم، مسبق على اللجوء إلى التحكيم عند نشوء أي نزاع، منصوص عليه في عقد العلاقة الأساسية بين الأطراف، أو كان هذا الاتفاق على شكل مشاركة تحكيم تمت صياغتها بين الأطراف بعد حدوث النزاع، يتضمن اتفاقهم على اللجوء إلى التحكيم للفصل فيه^(١).

وتبدأ إجراءات الدعوى التحكيمية بقيام الطرف الراغب في اللجوء إلى التحكيم بتقديم طلب التحكيم إلى المؤسسة التحكيمية المسماة في اتفاق التحكيم، لتبدأ في مخاطبة الطرف الآخر للخضوع للتحكيم بشأن النزاع المين في الطلب، أو يوجه مباشرة إلى الطرف الآخر في النزاع، إذا لم يكن الطرفان قد اتفقا على تسمية مؤسسة معينة يتم التحكيم من خلالها، يُحظر فيه

(١) التحكيم في المملكة العربية السعودية، محمد ناصر البجاد، ص(٢٢٦).

طالب التحكيم (المدعي - المحكّم) المطلوب التحكيم ضده (المدعى عليه - المحكّم ضده) برغبته في حسم النزاع القائم بينهما عن طريق التحكيم^(١). وقد نص نظام التحكيم السعودي على أن: «تبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يتسلم فيه أحد طرفي التحكيم طلب التحكيم من الطرف الآخر، ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك»^(٢). ونص قانون التحكيم المصري على ذلك بأنه: «تبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم من المدعي ما لم يتفق الطرفان على موعد آخر»^(٣).

وإذا تعدد أطراف التحكيم فتبدأ الإجراءات من اليوم الذي يتسلم فيه آخر طرف طلب التحكيم، وقد نصت اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم على أنه: «إذا تعددت أطراف التحكيم تبدأ الإجراءات من اليوم الذي يتسلم فيه آخر طرف طلب التحكيم»^(٤).

ويتضمن طلب المحكّم سواء وجه إلى مؤسسة تحكيمية أو إلى الطرف الآخر مباشرة عدة بيانات نصت عليها اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي وهي كالتالي: «على طالب التحكيم تضمين طلب التحكيم -المنصوص عليه في المادة (السادسة والعشرين) من النظام- البيانات الآتية: أ. اسمه، واسم من يمثله -إن وجد- ومهنة كل منهما، وجنسيته،

(١) مبادئ التحكيم، الشهابي الشرقاوي، ص (٢٥٦).

(٢) نظام التحكيم السعودي، المادة (٢٦).

(٣) قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م، المادة (٢٧).

(٤) اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي، المادة (١١).

وموطنه، وعنوانه، ووسائل الاتصال. ب. اسم طرف التحكيم الآخر. ج. بيان موجز بالعلاقة التعاقدية، واتفاق التحكيم، وموضوع النزاع، ووقائع، والظروف التي أدت إلى تقديم طلب التحكيم. د. مختصر يشمل طلبات طالب التحكيم. هـ. اقتراح بتعيين المحكم في حالة عدم النص على تسمية هيئة التحكيم وكان المحكم واحداً، أو إشعار بتعيين المحكم المختار من قبل طالب التحكيم إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة أو أكثر^(١).

وقد نص المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار عند طلب التحكيم على أن: «الدولة المتعاقدة أو أحد رعايا دولة متعاقدة الذي يرغب في الالتجاء إلى التحكيم، يتعين عليه أن يقدم طلباً كتابياً لهذا الغرض إلى السكرتير العام، الذي يقوم بإرسال صورة منه إلى الطرف الآخر، ويجب أن يشتمل الطلب على بيانات تتعلق بموضوع النزاع وهوية الأطراف وموافقتهم على تقديمه للتحكيم طبقاً للائحة المتعلقة بطرح المنازعات على التوفيق والتحكيم ويتعين على السكرتير العام تسجيل الطلب، إلا إذا قدر في ضوء البيانات الواردة بالطلب أن النزاع يخرج بشكل جلي عن اختصاص المركز. ويجب على السكرتير العام أن يخطر الأطراف على الفور بتسجيل الطلب أو رفض تسجيله»^(٢).

وقد انضمت المملكة العربية السعودية للمركز الدولي لفض منازعات الاستثمار (اتفاقية واشنطن) وقد تم التوقيع في ٢٨ سبتمبر ١٩٧٩م،

(١) اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي، المادة (٩).

(٢) المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار (اتفاقية واشنطن)، المادة (٣٦).

وصادقت عليه في ٨ مايو ١٩٨٠م، ويمثل انضمام المملكة إلى الاتفاقية تحولاً في سياستها تجاه الاستثمار الأجنبي، ودوراً في تطوير مناخ الاستثمار فيها، حيث أصبح بالإمكان تسوية المنازعات التي تثور حول الاستثمارات الأجنبية في المملكة، والتي يكون أحد أطرافها جهة حكومية، عن طريق التحكيم تحت رعاية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار^(١).

المطلب الثاني: هيئة التحكيم:

تعتمد هيئة التحكيم صلاحيتها في حل النزاع من اتفاق الأطراف على اختيار الهيئة وتحويلها بهذه الصلاحية، ولا شك أن المرجع الأول في اختيار هيئة التحكيم هو إرادة أطراف النزاع^(٢).

وقد عرّف نظام التحكيم هيئة التحكيم بأنها: «المحكم الفرد أو الفريق من المحكمين، الذي يفصل في النزاع المحال إلى التحكيم»^(٣).

وقد عرّفها قانون الأونسيترال للتحكيم التجاري الدولي: «هيئة التحكيم تعنى محكماً فرداً أو فريقاً من المحكمين»^(٤).

(١) دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في المملكة، يحيى بن عبد الله الصمعان، معهد الدراسات الدبلوماسية، وزارة الخارجية السعودي، نوفمبر ١٩٩٧م، الرياض، ص (٣٩٢).

(٢) الوسيط في قانون التحكيم، فيصل الفاضل، ص (٧٣).

(٣) نظام التحكيم السعودي، المادة (١).

(٤) قانون الأونسيترال للتحكيم التجاري الدولي، المادة (٢).

ومن خلال الفروع التالية أوضح تشكيل هيئة التحكيم، وشروط المحكم، وصلحياته، وانتهاء مهمة المحكم على النحو التالي:

الفرع الأول: تشكيل هيئة التحكيم:

يتوقف اختيار أعضاء هيئة التحكيم وتحديد عددهم على إرادة طرفي التحكيم. وقد نص نظام التحكيم السعودي على أنه: «تشكل هيئة التحكيم من محكم واحد أو أكثر، على أن يكون العدد فردياً، وإلا كان التحكيم باطلاً»^(١).

وهذا ما نص عليه كذلك قانون التحكيم الإماراتي^(٢). ويتبين من ذلك أن لطرفي التحكيم الحق في تحديد تشكيل هيئة التحكيم من محكم واحد أو أكثر، وفي جميع الأحوال يجب أن يكون عدد المحكمين فردياً، وإلا ترتب على عدم مراعاة هذه القاعدة بطلان التحكيم، وعلى ذلك يمكن تشكيل هيئة التحكيم من أكثر واحد متى اتفق طرفا التحكيم على ذلك، بشرط أن يكون العدد وترّاً أي فردياً، تجنباً لما يحدث من مشاكل متمثلة في انقسام المحكمين إلى فريقين متساويين فيستحيل صدور حكم بالأغلبية^(٣).

ونص المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار (اتفاقية واشنطن) على ذلك بأنه: «تشكل المحكمة التحكيمية بقدر الإمكان عقب تسجيل الطلب طبقاً للمادة (٩). وتتألف المحكمة من محكم واحد أو عدد من المحكمين

(١) نظام التحكيم السعودي، المادة (١٣).

(٢) قانون التحكيم الإماراتي، المادة (٩).

(٣) التحكيم التجاري، حسين الحسين، (٢٠٨).

يعينون طبقاً لاتفاق الأطراف. وفي حال عدم الاتفاق بين الأطراف بشأن عدد المحكمين وطريقة تعيينهم، تضم المحكمة ثلاثة محكمين، يعين كل طرف محكماً واحداً أما المحكم الثالث والذي هو رئيس المحكمة فإنه يعين بالاتفاق بين الطرفين»^(١).

وفي حال لم تشكل هيئة التحكيم خلال المدة المنصوص عليها أو المتفق عليها فقد نص المركز الدولي للاستثمار على أنه: «إذا لم تشكل المحكمة خلال التسعين يوماً للأخطار بتسجيل الطلب من السكرتير العام أو خلال أي مدة أخرى يتفق عليها الطرفان، يقوم الرئيس بناء على طلب الخصم صاحب المصلحة في التسجيل وبقدر الإمكان وبعد التشاور مع الأطراف بتعيين المحكم أو المحكمين الذين لم يعينوا بعد»^(٢). أما قانون التحكيم الإماراتي فإن المدة المنصوص عليها هي (١٥) يوماً^(٣).

أما الحالة الوحيدة التي يكون فيها العدد زوجياً استثناء فهي إذا تشعبت آراء هيئة التحكيم ولم يكن ممكناً حصول الأغلبية كأن يكونوا ثلاثة واتخذ كل منهم رأياً يختلف عن الآخرين، فإن المحكمة المختصة تعين محكماً مرجحاً، وعلى هذا نص نظام التحكيم السعودي بأنه: «إذا تشعبت آراء هيئة التحكيم ولم يكن ممكناً حصول الأغلبية فلهيئة التحكيم اختيار محكم مرجح خلال

(١) المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار (اتفاقية واشنطن)، المادة (٣٧).

(٢) المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار (اتفاقية واشنطن)، المادة (٣٨).

(٣) قانون التحكيم الإماراتي، المادة (١١).

(١٥) يوماً من قرارها بعدم إمكان حصول الأغلبية وإلا عينت المحكمة المختصة محكماً مرجحاً^(١).

ويتوقف اختيار أعضاء هيئة التحكيم وتحديد عددهم على إرادة طرفي التحكيم في تحديد عدد المحكمين، وقد نص نظام التحكيم على كيفية تشكيل هيئة التحكيم بأنه: «لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين، فإذا لم يتفقا اتبع ما يأتي:

أ. إذا كانت هيئة التحكيم مشكّلة من محكم واحد تولت المحكمة المختصة اختياره.

ب. إذا كانت هيئة التحكيم مشكّلة من ثلاثة محكمين اختار كل طرف محكماً عنه، ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث، فإذا لم يعين أحد الطرفين مُحكّمه خلال خمسة عشر يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال خمسة عشر يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما؛ تولت المحكمة المختصة اختياره بناءً على طلب من يهّمه التعجيل، وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب، ويكون للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان، أو الذي اختارته المحكمة المختصة رئاسة هيئة التحكيم، وتسري هذه الأحكام

(١) نظام التحكيم السعودي، المادة (٣٩).

في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين»^(١). وقد نصَّ على مثله قانون التحكيم القضائي بالكويت^(٢).

كما نص قانون التحكيم القضائي بالكويت على النزاعات التي تعرض على هيئة التحكيم المكونة من ثلاثة قضاة من محكمة الاستئناف ومحكمين يتم اختيارهم من أطراف النزاع بأنه: «تختص هيئة التحكيم بالمسائل الآتية:

١. الفصل في المنازعات التي يتفق ذوو الشأن على عرضها عليها، كما تختص بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرم بعد العمل بهذا القانون، وتتضمن حل هذه المنازعات بطريق التحكيم ما لم ينص في العقد أو في نظام خاص بالتحكيم على غير ذلك.

٢. الفصل دون غيرها في المنازعات التي تقوم بين الوزارات أو الجهات الحكومية، أو الأشخاص الاعتبارية العامة وبين الشركات التي تملك الدولة رأس مالها بالكامل، أو فيما بين هذه الشركات.

٣. الفصل في طلبات التحكيم التي يقدمها الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة ضد الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة في المنازعات، التي تقوم بينهم وتلتزم هذه الجهات بالتحكيم، ما لم تكن المنازعة قد سبق رفعها أمام القضاء، وتنظر الهيئة المنازعات التي تعرض عليها بغير رسوم»^(٣).

(١) نظام التحكيم السعودي، المادة (١٥).

(٢) قانون التحكيم القضائي بالكويت، رقم (١١)، لسنة ١٩٩٥م، المادة (١).

(٣) قانون التحكيم القضائي بالكويت، المادة (٢).

حيث نص قانون التحكيم القضائي بالكويت بأن هيئة التحكيم من اختصاصها نظر النزاعات التي تقع بين الأشخاص الاعتبارية الخاصة ومن ضمنها الأجنبية والجهات الحكومية والوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة إذا أحيل النزاع للتحكيم.

الفرع الثاني: شروط هيئة التحكيم:

نص نظام التحكيم السعودي على شروط هيئة التحكيم بأنه: «يشترط في المحكم ما يأتي:

١. أن يكون كامل الأهلية.
٢. أن يكون حسن السيرة والسلوك.
٣. أن يكون حاصلاً على الأقل على شهادة جامعية في العلوم الشرعية أو النظامية، وإذا كانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من محكم فيكتفي توافر هذا الشرط في رئيسها»^(١).

وهذه الشروط وجوبية وشروط صحة لحكم المحكم وصحة الهيئة التحكيمية، وقد ذكر بعض الشراح شروطاً أخرى^(٢).

ونص قانون التحكيم الإماراتي على شروط هيئة التحكيم بأنه: «١. يشترط في المحكم بالإضافة إلى الشروط التي يتفق عليها الأطراف أن يكون شخصاً طبيعياً غير قاصر أو محجور عليه أو محروم من حقوقه المدنية بسبب

(١) نظام التحكيم السعودي، المادة (١٤).

(٢) مبادئ التحكيم، الشهابي الشرفاوي، ص (١٥٣-١٦٣).

- إشهار إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره، أو بسبب الحكم عليه في أي جناية أو في جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة ولو رد إليه اعتباره.
٢. يشترط في المحكم ألا يكون عضواً في مجلس الأمناء أو الجهاز الإداري لمؤسسة التحكيم المختصة بتنظيم الدعوى التحكيمية في الدولة.
٣. لا يشترط أن يكون المحكم من جنس محدد أو من جنسية معينة إلا إذا اتفق الأطراف أو نص القانون على خلاف ذلك.
٤. على من يبلغ بترشيحه لتولي مهمة التحكيم، أن يصرح كتابة بكل ما من شأنه أن يثير شكوك حول حيده أو استقلاله، وعليه منذ تعيينه وخلال إجراءات التحكيم أن يبادر دون أي تأخير بإخطار الأطراف وسائر المحكمين في حال نشوء أي ظرف قد يثير الشك حول حيده أو استقلاله، وذلك ما لم يكن قد سبق له إحاطتهم علماً بذلك الظرف»^(١).
- ومثل ذلك ما نص عليه قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي^(٢).

المطلب الثالث: سير إجراءات التحكيم:

بعد اكتمال تعيين أعضاء هيئة التحكيم تبدأ إجراءات مباشرة الدعوى من خلال قيام المدعي بإرسال بيان مكتوب بدعواه إلى المدعى عليه، و إلى كل واحد من المحكمين؛ تنفيذاً لما نص عليه نظام التحكيم السعودي بأنه: «يرسل المدعي خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين، أو الذي تعينه هيئة

(١) قانون التحكيم الإماراتي، المادة (١٠).

(٢) قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، رقم (٣٨)، لسنة ١٩٨٠م، المادة (١٤٧).

التحكيم إلى المدعى عليه وإلى كل واحد من المحكمين؛ بياناً مكتوباً بدعواه، يشتمل على اسمه، وعنوانه، واسم المدعى عليه، وعنوانه، وشرح لوقائع الدعوى، وطلباته، وأسانيده، وكل أمر آخر يوجب اتفاق الطرفين ذكره في هذا البيان»^(١).

وقد نص قانون التحكيم الأردني على إجراءات التحكيم بأنه: «أ. يرسل المدعي خلال الموعد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم إلى المدعى عليه وإلى كل واحد من المحكمين لائحة مكتوبة بدعواه، تشتمل على اسمه وعنوانه واسم المدعى عليه وعنوانه، وشرح لوقائع الدعوى وتحديد للمسائل موضوع النزاع، وطلباته وكل أمر آخر يوجب اتفاق الطرفين ذكره في هذه اللائحة.

ب. ويرسل المدعى عليه خلال الموعد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم إلى المدعي ولكل واحد من المحكمين لائحة جوابية مكتوبة بدفاعه، رداً على ما جاء بلائحة الدعوى، وله أن يضمن هذه اللائحة أي طلبات عارضة متصلة بموضوع النزاع، أو أن يتمسك بحق ناشئ عنه بقصد الدفع بالمقاصة، وله ذلك ولو في مرحلة لاحقة من الإجراءات إذا رأت هيئة التحكيم أن الظروف تبرر ذلك.

ج. يجوز لكل من الطرفين أن يرفق بلائحة الدعوى أو باللائحة الجوابية، حسب مقتضى الحال صوراً عن الوثائق التي يستند إليها، وأن يشير إلى كل أو بعض الوثائق وأدلة الإثبات التي سيقدمها، ولا يحول ذلك دون حق هيئة

(١) نظام التحكيم السعودي، المادة (٣٠).

التحكيم في أي مرحلة من مراحل الدعوى الطلب بتقديم أصول المستندات أو الوثائق التي يستند إليها أي من الطرفين»^(١).

وتبدأ إجراءات بدء نظر الدعوى من قبل هيئة التحكيم بتحديد المصادر القانونية التي تستند إليها هيئة التحكيم في تحديد الإجراءات التي ستتبعها للفصل في الدعوى التحكيمية، كتحديد الهيئة مكان التحكيم وكذلك الكيفية التي تتم من خلالها الإبلاغات المتعلقة بخصومة التحكيم^(٢).

وقد حدد نظام التحكيم السعودي المصادر القانونية التي تحدد إجراءات التحكيم بأنه: «١. لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم، بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة، أو هيئة، أو مركز تحكيم في المملكة أو خارجها، بشرط عدم مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية.

٢. إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم -مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية، وأحكام هذا النظام- أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة»^(٣).

وقد نص المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار على القواعد القانونية المشابهة لما نص عليه نظام التحكيم السعودي^(٤).

(١) قانون التحكيم الأردني، رقم (٣١)، لعام ٢٠٠١م، المادة (٢٩).

(٢) التحكيم في المملكة العربية السعودية، محمد ناصر البجاد، ص (٢٣٦).

(٣) نظام التحكيم السعودي، المادة (٢٥).

(٤) المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار (اتفاقية واشنطن)، المادة (٤٢).

والواضح من هذا النص أن الاتفاقية ميزت بين ثلاثة فروض، الأول قانون الإرادة، والثاني غياب قانون الإرادة، أما الثالث والأخير هو تطبيق قواعد العدل والإنصاف، ويعد التزام هيئات التحكيم بتطبيق القانون الواجب التطبيق على التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي أمراً شائعاً، ويؤدي في كثير من الحالات إلى إبطال حكم التحكيم استناداً إلى إخفاق هيئات التحكيم في تطبيق القانون الواجب التطبيق على التحكيم.

والقاعدة العامة في منازعات الاستثمار - وفقاً لما استقرت عليه النظم القانونية المعاصرة، وفق القانون الدولي الخاص، والاتفاقيات الدولية - أنه يتولى تحديد القانون الذي يحكم العلاقة القانونية بين المستثمر والدولة المضيفة على أساس قانون الإرادة، وبموجبه يكون للمتعاقدين حق ممارسة اختيار القانون الواجب التطبيق^(١).

وقد نص قانون التحكيم الإماراتي على ذلك بأنه: «١. مع مراعاة المادة (٢/١٠) من هذا القانون للأطراف الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم اتباعها للسير في التحكيم، بما في ذلك إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أية منظمة أو مؤسسة تحكيم في الدولة أو خارجها.

٢. إذا لم يوجد اتفاق على اتباع إجراءات معينة، كان لهيئة التحكيم أن تحدد الإجراءات التي تراها مناسبة، وذلك مع مراعاة أحكام هذا القانون

(١) التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي، هفال صديق إسماعيل، ص (٢٥٦-٢٥٧).

وبما لا يتعارض مع المبادئ الأساسية في التقاضي والاتفاقيات الدولية التي تكون الدولة طرفاً فيها»^(١).

ويعد تعيين مكان التحكيم ذا أهمية بالغة؛ لأنه هو المكان الذي يتعين صدور الحكم النهائي فيه، ولأنه يحدد المحكمة المختصة في بعض مسائل التحكيم، وكذلك القانون الإجرائي الواجب التطبيق على النزاع، فيكون هو قانون مكان التحكيم ما لم يتفق الأطراف صراحة على غيره.

ويخضع تحديد مكان التحكيم لاتفاق الأطراف، فإذا لم يتفقوا على مكان معين أو كان اتفاقهم بشأنه معيماً لكونه غامضاً أو متناقضاً، قامت بتحديد هيئة التحكيم^(٢).

ونص نظام التحكيم السعودي على ذلك بأنه: «على طرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في المملكة أو خارجها، فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى، وملائمة المكان لطرفيها، ولا يخل ذلك بسلطة هيئة التحكيم في أن تجتمع في أي مكان تراه مناسباً للمداولة بين أعضائها، ولسماع أقوال الشهود، أو الخبراء، أو طرفي النزاع، أو لمعاينة محل النزاع، أو لفحص المستندات، أو الاطلاع عليها»^(٣).

بالنسبة للغة التحكيم فإن تحديد لغة التحكيم أمر ضروري بالنسبة لأطراف النزاع خاصة إذا كان التحكيم دولياً، لذا فإنه من المفضل أن يتفق

(١) قانون التحكيم الإماراتي، المادة (٢٣).

(٢) مبادئ التحكيم، الشهابي الشرقاوي، ص (٢٥٠).

(٣) نظام التحكيم السعودي، المادة (٢٨).

الأطراف على لغة التحكيم، خاصة وأن التحكيم سيكون عبئاً ثقیلاً على أطراف النزاع إذا كان يباشر بلغة لا يفهمها أطراف النزاع مما يتعذر عليهم إثبات دعواهم، فضلاً عن النفقات العديدة نتيجة اللجوء إلى الترجمة، وبالنسبة للتحكيم المؤسسي فإن مؤسسات التحكيم هي التي تحدد اللغة التي يتم بها التحكيم، مراعية في ذلك معرفة طرفي النزاع للغة مشتركة، وإمام هيئة التحكيم بلغة العقد مصدر النزاع.

وقد قرر قانون غرفة التجارة الدولية بباريس هذا المعنى، حيث قضى بأن المحكم يحدد اللغة أو اللغات التي يجري بها التحكيم مراعيًا في ذلك الظروف ولا سيما لغة العقد^(١).

وقد نص نظام التحكيم السعودي على أنه: «يجري التحكيم باللغة العربية ما لم تقرر هيئة التحكيم أو يتفق طرفا التحكيم على لغة أو لغات أخرى، ويسري حكم الاتفاق أو القرار على لغة البيانات والمذكرات المكتوبة، والمرافعات الشفهية، وكذلك على كل قرار تتخذه هيئة التحكيم، أو رسالة توجهها، أو حكم تصدره، ما لم ينص اتفاق الطرفين أو قرار هيئة التحكيم على غير ذلك»^(٢)، وهو ما نص عليه قانون التحكيم الأردني كذلك^(٣).

وجرت العادة في التحكيم أن يدعو المحكم بعد قبوله مهمته، أطراف النزاع للمثول أمامه في جلسة تمهيدية، للاتفاق على بعض الإجراءات

(١) التحكيم التجاري الدولي، إبراهيم الريش، مكتبة الرشد، ١٤٣٠هـ، ص (١١٠).

(٢) نظام التحكيم السعودي، المادة (٢٩).

(٣) قانون التحكيم الأردني، المادة (٢٨).

الخاصة بالتحكيم، وبشكل خاص تقديم المحكم (المدعي) للائحة (صحيفة) دعواه، وتقديم المحكم ضده للائحته الجوابية، والبيانات الأولية المعززة لادعاءات كل منهم. وفي القانون الإماراتي والكويتي يجب على المحكم القيام خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من قبوله التحكيم، بإخطار الخصوم بتاريخ أول جلسة للنظر في النزاع ومكان انعقادها، ويحدد لهم موعداً لتقديم مستنداتهم ومذكراتهم وأوجه دفاعهم، أما في نظام التحكيم السعودي فلا بد إخطار المحكم لأطراف النزاع للجلسة خلال خمس أيام من قبوله مهمة التحكيم^(١).

ولهيئة التحكيم أن تعقد جلساتها في أي ساعة أو في أي يوم ولو كان ذلك في أيام العطلات الرسمية، غير أن لطرفي النزاع الاتفاق على تحديد أوقات معينة لعقد جلسات هيئة التحكيم، ويُحفظ للأطراف مبدأ احترام حقوق الدفاع، وهذا ما ذهبت إليه القوانين المختلفة، منها قانون التحكيم المصري نص على أن: «يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتباً لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه»^(٢). ونص نظام التحكيم السعودي على أنه: «يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة، وتباً لكل منهما الفرصة الكاملة والمتكافئة لعرض دعواه أو دفاعه»^(٣). فيحدد أطراف النزاع وسائل الإبلاغ التي يختارونها، فلهم الاتفاق على أن تسلم الإبلاغات شخصياً، أو ترسل

(١) التحكيم في القوانين العربية، حمزة أحمد حداد، دار الثقافة، عمان، الطبعة الثالثة، ٢٠١٤م، ص (٣٢٩-٣٣٠).

(٢) قانون التحكيم المصري المادة (٢٦).

(٣) نظام التحكيم السعودي، المادة (٢٧).

بالبريد العادي، أو البريد المسجل، أو من خلال الوسائل الإلكترونية مثل البريد الإلكتروني^(١). وفي حال عدم وجود اتفاق فقد نص نظام التحكيم السعودي على التالي: «١. إذا لم يكن هناك اتفاق خاص بين طرفي التحكيم في شأن الإبلاغات فيتم تسليم الإبلاغ إلى المرسل إليه شخصياً -أو من ينوب عنه- أو إرساله إلى عنوانه البريدي المحدد في العقد محل المنازعة، أو المحدد في مشاركة التحكيم، أو في الوثيقة المنظمة للعلاقة التي يتناولها التحكيم.

٢. إذا تعذر تسليم الإبلاغ إلى المرسل إليه وفقاً للفقرة (١)، يعد التسليم قد تم إذا كان الإبلاغ بكتاب مسجل إلى آخر مقر عمل، أو محل إقامة معتاد، أو عنوان بريدي معروف للمرسل إليه»^(٢).

وتتبادل المذكرات والمستندات بين أطراف النزاع وهيئة التحكيم، بحيث ترسل صورة مما يقدمه أحد الطرفين إلى هيئة التحكيم من مذكرات أو مستندات أو أوراق أخرى إلى الطرف الآخر، وكذلك ترسل إلى كل من الطرفين صورة من كل ما يقدم إلى هيئة التحكيم من تقارير الخبراء والمستندات وغيرها من الأدلة التي يمكن أن تعتمد عليها هيئة التحكيم في إصدار حكمها^(٣).

(١) التحكيم، محمد البجاد، ص (٢٤١).

(٢) نظام التحكيم السعودي، المادة (٦).

(٣) الوسيط في قانون التحكيم السعودي، فيصل الفاضل، ص (١٢٢).

وقد نص نظام التحكيم السعودي على ذلك بأنه: «ترسل صورة مما يقدمه أحد الطرفين إلى هيئة التحكيم من مذكرات أو مستندات أو أوراق أخرى إلى الطرف الآخر، وكذلك ترسل إلى كل من الطرفين صورة من كل ما يقدم إلى الهيئة المذكورة من تقارير الخبراء والمستندات وغيرها من الأدلة التي يمكن أن تعتمد عليها هيئة التحكيم في إصدار حكمها»^(١).

تعقد هيئة التحكيم جلسات المرافعة أثناء نظر الدعوى من أجل تمكين أطراف النزاع من شرح موضوع النزاع بالنسبة لكل منهم وعرض حججهم وأدلتهم وإبداء دفوعهم وطلباتهم، وهيئة التحكيم الاكتفاء بتقديم أطراف الدعوى للمذكرات والوثائق المكتوبة، وإذا رأت هيئة التحكيم عقد جلسة، فيجب عليها أن تقوم بإبلاغ الخصوم بمواعيد جلسات المرافعة الشفهية أو موعد جلسة النطق بالحكم^(٢)، وقد نص نظام التحكيم السعودي على ذلك بأنه: «١. تعقد هيئة التحكيم جلسات مرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلتها والاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة، ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك.

٢. يجب إبلاغ طرفي التحكيم على عناوينهم الثابتة لدى هيئة التحكيم بموعد أي جلسة مرافعة شفهية، وموعد النطق بالحكم، وأي اجتماع لهيئة التحكيم لأغراض معاينة محل النزاع، أو ممتلكات أخرى، أو لفحص مستندات، وذلك قبل الانعقاد بوقت كاف.

(١) نظام التحكيم السعودي، المادة (٣١).

(٢) التحكيم، محمد البجاد، ص(٢٤٨).

٣. تدون هيئة التحكيم خلاصة ما يدور في الجلسة في محضر يوقعه الشهود أو الخبراء والحاضرون من الطرفين، أو وكلائهم، وأعضاء هيئة التحكيم، وتسلم صورة منه إلى كل من الطرفين، ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك»^(١).

وبعد ما ينتهي الخصوم من تقديم ما لديهم من دفاع ومستندات وملاحظات، يُقفل باب المرافعة، كما يُقفل المرافعة عندما ترى هيئة التحكيم أن الخصوم لم يعد لديهم ما يقدمونه، فتقرر من تلقاء نفسها قفل المرافعة، وبعد ذلك تجتمع هيئة التحكيم اجتماع سري لإصدار الحكم في النزاع وقد نص نظام التحكيم على ذلك بأنه: «١. يصدر حكم هيئة التحكيم المشكّلة من أكثر من محكم واحد بأغلبية أعضائها بعد مداولة سرية.

٢. إذا تشعبت آراء هيئة التحكيم ولم يكن ممكناً حصول الأغلبية فلهيئة التحكيم اختيار محكم مرجح خلال (١٥) يوماً من قرارها بعدم إمكان حصول الأغلبية وإلا عينت المحكمة المختصة محكماً مرجحاً.

٣. يجوز أن تصدر القرارات في المسائل الإجرائية من المحكم الذي يرأس الهيئة إذا صرح طرفا التحكيم بذلك كتابة أو أذن له جميع أعضاء هيئة التحكيم ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك.

٤. إن كانت هيئة التحكيم مفوضة بالصلح وجب أن يصدر الحكم به بالإجماع.

(١) نظام التحكيم السعودي، المادة (٣٣).

٥. هيئة التحكيم أن تصدر أحكاماً وقتية أو في جزء من الطلبات، وذلك قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها، ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك»^(١).

كما نص نظام التحكيم على أنه: «على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه طرفا التحكيم، فإن لم يكن هناك اتفاق، وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم»^(٢).

وقد نص المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار على إجراءات إصدار الحكم بأنه: «تفصل المحكمة في كل مسألة بأغلبية أصوات أعضائها، ويصدر الحكم كتابة، ويوقع عليه من قبل أعضاء المحكمة الموافقين عليه. ويجب أن يرد الحكم على كافة الطلبات الموجبة في الدعوى، كما يجب أن يكون مسبباً، ويجوز لكل عضو في المحكمة أن يلحق بالحكم رأيه الخاص سواءً كان يشاطر فيه أو لا يشاطر رأي أغلبية أعضاء المحكمة، مع بيان أسباب الخلاف إن وجد. ولا ينشر المركز أية أحكام بدون موافقة أطراف النزاع»^(٣).

بعد أن تقوم هيئة التحكيم بدراسة جميع الأدلة المتعلقة بالنزاع وسماع أقوال الأطراف بغية التوصل إلى الحكم النهائي الصادر بأغلبية أصوات

(١) نظام التحكيم السعودي، المادة (٣٩).

(٢) نظام التحكيم السعودي، المادة (٤٠).

(٣) المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار (اتفاقية واشنطن)، المادة (٤٨).

جميع أعضاء الهيئة، ينبغي صدور الحكم بشكل تحريري، وبتوقيع جميع أعضاء هيئة التحكيم الذين صوتوا لصالحه، إضافة ذلك ينبغي أن يتضمن الحكم على الأسباب التي بني عليها، ويتولى السكرتير العام إرسال صورة رسمية من الحكم إلى الطرفين، ولا يجوز نشره دون موافقة الأطراف، ويكون الحكم قابلاً للتنفيذ في التاريخ الذي تُرسل الصورة الرسمية فيه. ويُعد الحكم التحكيمي الصادر من المركز نهائياً، بمعنى أنه لا يجوز الطعن فيه، تُلزم الاتفاقية الدول الأطراف بالانصياع للحكم التحكيمي، ويكون له مرتبة الحكم الصادر من محكمة قضائية مختصة داخل إقليم الدولة المتعاقدة التي يطلب منها الاعتراف بالحكم وتنفيذه^(١).

المطلب الرابع: انتهاء إجراءات التحكيم:

قد ينتهي إجراءات التحكيم بدون النهاية الطبيعية، وهي صدور حكم في موضوع التحكيم، وذلك إذا توصل الأطراف إلى تسوية للنزاع موضوع التحكيم، وعلى هيئة التحكيم إثبات هذه التسوية في القرار الصادر بإنهاء إجراءات التحكيم، وقد نص قانون التحكيم المصري على ذلك بأنه: «إذا اتفق الطرفان خلال إجراءات التحكيم على تسوية تنهي النزاع كان لهما أن يطلبوا إثبات شروط التسوية أمام هيئة التحكيم، التي يجب عليها في هذه الحالة أن تصدر قراراً يتضمن شروط التسوية وينهي الإجراءات، ويكون لهذا القرار ما لأحكام المحكمين من قوة بالنسبة للتنفيذ»^(٢). وقد نص نظام

(١) التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي، هفال صديق إسماعيل، ص (٢٧٨-٢٧٩).

(٢) قانون التحكيم المصري، المادة (٤١).

التحكيم السعودي على ذلك بأنه: «إذا اتفق طرفا التحكيم خلال إجراءات التحكيم على تسوية تنهي النزاع، كان لهما أن يطلبوا إثبات شروط التسوية أمام هيئة التحكيم، التي يجب عليها في هذه الحالة أن تصدر حكماً يتضمن شروط التسوية وينهي الإجراءات، ويكون لهذا الحكم ما لأحكام المحكمين من قوة عند التنفيذ»^(١).

كما تنتهي إجراءات التحكيم إذا انقضى الميعاد المحدد لصدور حكم في التحكيم سواءً كان الميعاد متفق عليه أو محدد قانوناً.

كما تنتهي إجراءات التحكيم إذا تعذر على هيئة التحكيم الاستمرار في نظره كما لو اتضح أن ثمة حكماً قضائياً نهائياً قد صدر في موضوع النزاع أو تعذر الوصول إلى الحقيقة من واقع المستندات، وتنتهي إجراءات التحكيم بترك طالب التحكيم لدعواه، وترك الخصومة^(٢). وقد نص قانون التحكيم المصري على ذلك^(٣). وهو ما نص عليه كذلك قانون التحكيم الإماراتي^(٤).

بانتهاؤ التحكيم دون حكم في موضوع النزاع يحق لكلا الطرفين اللجوء إلى القضاء بشأن هذا النزاع، إذ يظل الحق الموضوعي قائماً وكذلك الحق في الدعوى، كما يظل لكل من الطرفين اللجوء إلى التحكيم بشأن النزاع نفسه،

(١) نظام التحكيم السعودي، المادة (٤٥).

(٢) التحكيم التجاري الدولي، إبراهيم الريش، ص (١١٩).

(٣) قانون التحكيم المصري، المادة (٤٨).

(٤) قانون التحكيم الإماراتي، المادة (٤٥).

على أن يكون أمام هيئة تحكيم مغايرة للهيئة التي انتهت أمامها الإجراءات، إذ تكون غير صالحة لنظر ذات النزاع مرة أخرى^(١).

وكذلك يظل لكل من الطرفين الحق في الدفع بوجود اتفاق التحكيم إذا لجأ الطرف الآخر للقضاء بداية، وحينئذ يجب على المحكمة أن توقف نظر الدعوى وتحيل النزاع إلى التحكيم بهيئة أخرى غير الهيئة التي انتهت أمامها الإجراءات دون حكم، كل ذلك ما لم يكن إنهاء الإجراءات بسبب بطلان اتفاق التحكيم^(٢).

(١) قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، فتحي والي، ص (٣٩٣).

(٢) مبادئ التحكيم، الشهابي الشرقاوي، ص (٣١٩).

الخاتمة

وبعد.. فقد خرج البحث بعدد من أهم النتائج والتوصيات على النحو التالي:

أولاً: النتائج:

١. يُعرّف التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي بأنه توفير طريق التحكيم من أجل تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات التي تقوم بين الدول المتعاقدة من ناحية رعايا الدول المتعاقدة الأخرى من ناحية ثانية طبقاً لأحكام الاتفاقية الحالية.

٢. التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي يُعد أحد أهم الوسائل البديلة لحل المنازعات بدلاً عن القضاء، وأطراف النزاع فيها مختلفة عن الأطراف في المنازعات الأخرى.

٣. التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي يتميز بسهولة إجراءاته وسريتها، وسرعة فض النزاع، وكذلك هو جاذب للمستثمرين للاستثمار لدى الدولة التي تسمح بالتحكيم.

٤. الاتفاق على التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي بين الأطراف يكون بصورة شرط التحكيم في العقد الأصلي، أو مشاركة التحكيم بعد وقوع النزاع، أو شرط التحكيم بالإحالة.

٥. يجوز للجهة الحكومية في المملكة الاتفاق على التحكيم في المنازعات في عقد حكومي أحد أطرافه المستثمر الأجنبي، ويجوز أن يكون التحكيم

لدى هيئة أو مركز تحكيم دولي، بشرط أن تكون قيمة العقد أكثر من مائة مليون ريال، وذلك بعد موافقة الجهة المختصة (وزير المالية).

٦. تنتهي إجراءات التحكيم بصدور الحكم المنهي للخصومة كلها أو بصدور أمر بإنهاء إجراءات التحكيم أو بصدور قرار من هيئة التحكيم بإنهاء الإجراءات.

ثانياً: التوصيات:

١. تضمين نظام ولائحة نظام الاستثمار الأجنبي مواد تنص على إحالة النزاع للتحكيم بشكل أوسع، وكذلك قوانين الاستثمار الأجنبي للدول الأخرى.

٢. إنشاء مراكز متخصصة بحل منازعات الاستثمار الأجنبي عن طريق التحكيم، ووضع قواعد متخصصة بها، ويقوم هذا المركز المتخصص على تدريب المحامين ومن يعمل في مجال التحكيم على حل منازعات الاستثمار الأجنبي.

٣. إنشاء دبلوم أكاديمي متخصص في الوسائل البديلة لفض المنازعات، ومنها التحكيم في المنازعات التجارية، ومنها منازعات الاستثمار الأجنبي.

٤. إعادة النظر في أنظمة وقوانين التحكيم، وتعديل ما يستجد مواكباً التطورات الدولية والعالمية.

قائمة المصادر والمراجع

١. اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، (نيويورك، ١٩٥٨م).
٢. الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المنعقدة في مدينة واشنطن، في ١٨ مارس سنة ١٩٦٥م.
٣. الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، أبو زيد رضوان، ١٩٨١م.
٤. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، دار المعرفة، بيروت.
٥. التاج والإكليل لمختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن يوسف العبدري.
٦. التحكيم التجاري الدولي، إبراهيم الربيش، مكتبة الرشد، ١٤٣٠هـ.
٧. التحكيم التجاري في المملكة، حسين الحسين، جامعة دار العلوم الرياض.
٨. التحكيم الوطني والأجنبي وطرق تنفيذه في المملكة، عبد العزيز آل فريان، الميكان للنشر، ١٤٢٨هـ.
٩. التحكيم في القوانين العربية، حمزه أحمد حداد، دار الثقافة عمان، الطبعة الثالثة، ٢٠١٤م.
١٠. التحكيم في المملكة العربية السعودية، محمد ناصر البجاد.
١١. التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي، هفال صديق إسماعيل، المعارف للنشر الإسكندرية، ٢٠١٧م.
١٢. التحكيم في منازعات الاستثمار في المملكة العربية السعودية رؤية فقهية نظامية، محمد سعد الرحالحة، مجلة مركز البحوث والدراسات الإسلامية، جامعة القاهرة، العدد (٣٧)، ٢٠١٣م.
١٣. التحكيم كضمان للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، أركام جودي، جامعة أكلي محندا أولحاج الجزائر، رسالة ماجستير، ٢٠١٨م.



١٤. التحكيم والوسائل البديلة لحل المنازعات، إيناس الخالدي، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٦م.
١٥. التحكيم كآلية لفض المنازعات، سمير جاويد، دار القضاء، أبوظبي.
١٦. الحاوي في فقه الشافعي، أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، دار الكتب العلمية، ١٤١٤هـ.
١٧. دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في المملكة، يحيى بن عبد الله الصمعان، معهد الدراسات الدبلوماسية، وزارة الخارجية السعودية، نوفمبر ١٩٩٧م، الرياض.
١٨. دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، بشير سالم ربعي، جامعة الإسراء الخاصة الأردن رسالة ماجستير ٢٠١٧م.
١٩. دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، خالد كمال عكاشة، دار الثقافة عمان، ٢٠١٤م.
٢٠. الطبعة القانونية لعقود الاستثمار، أحمد المصطفى صالح، مجلة العدل السودانية، العدد (٤٤)، ٢٠١٥م.
٢١. عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، بشار محمد الأسعد، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠٤م.
٢٢. القاموس المحيط، محمد بن يعقوب الفيروزآبادي.
٢٣. قانون الاستثمار الأجنبي المباشر الإماراتي، مرسوم بقانون اتحادي رقم (١٩)، لسنة ٢٠١٨م.
٢٤. قانون الاستثمار الجزائري، رقم (١٦-٩)، تاريخ ٢٩ شوال ١٤٣٧هـ.
٢٥. القانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، لعام ١٩٥٨م، مع التعديلات التي اعتمدت في عام ٢٠٠٦م، الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.



٢٦. القانون التجاري السعودي، محمد حسن الجبر، الطبعة الرابعة، ١٤١٧هـ.
٢٧. قانون التحكيم الأردني، لسنة ٢٠٠١م، وسنة ٢٠١٨م،
٢٨. قانون التحكيم الفرنسي، رقم (٤٨)، لسنة ٢٠١١م، بتاريخ ١/٥/٢٠١١م.
٢٩. قانون التحكيم القضائي بالكويت، لسنة ١٩٩٥م.
٣٠. قانون التحكيم المصري، لسنة ١٩٩٤م.
٣١. قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، فتحي والي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧م.
٣٢. القانون الدولي الخاص السعودي، أحمد عبد الكريم سلامة، مكتبة الرشد، الرياض، ٢٠١٤م.
٣٣. قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، لسنة ١٩٨٠م.
٣٤. القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الصادر عن لجنة الأمم المتحدة.
٣٥. قانون ترقية الاستثمار الجزائري.
٣٦. قانون هيئة تشجيع الاستثمار المباشر الكويتي، لسنة ٢٠١٣م.
٣٧. قواعد التحكيم للمركز السعودي للتحكيم التجاري، ٢٠١٨م.
٣٨. القواعد المنظمة للاستثمار المؤسسات المالية الأجنبية المؤهلة في الأوراق المالية المدرجة، الصادرة عن مجلس هيئة السوق المالية، بقرار رقم (١-٣-٢٠١٨)، وتاريخ ٢٢/٤/١٤٣٩هـ.
٣٩. اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي، المعدلة بالقرار الوزاري رقم (٣٤٧٩)، وتاريخ ١١/٨/١٤٤١هـ.
٤٠. مبادئ التحكيم وفقاً لنظام التحكيم السعودي، الشهابي الشراوي ويحيى الشريف، دار الإجازة، الرياض، ١٤٤١هـ.



٤١. مجموعة الأحكام القضائية، الصادرة عن وزارة العدل السعودي، المجلد (١٣).
٤٢. مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية، التي قررتها هيئة التدقيق بديوان المظالم للأعوام ١٤٠٨-١٤٢٣هـ.
٤٣. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، جمهورية مصر العربية، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٤م، مكتبة الشروق الدولية.
٤٤. معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ.
٤٥. المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، عبد الله بن أحمد بن قدامة، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥هـ.
٤٦. مفهوم الاستثمار في المادة (٢٥) من معاهدة واشنطن، يحيى إكرام بدر، المجلة الدولية للقانون، ٢٠١٤م.
٤٧. مناخ الاستثمار: المفهوم - المحددات - أهم المؤشرات، ولاء مجدي إسماعيل، المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، جامعة عين شمس، كلية التجارة، العدد (٣)، يوليو ٢٠١٣م.
٤٨. الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، حفيظة السيد الحداد، بيروت منشورات الحلبي، ٢٠١٠م.
٤٩. نظام الاستثمار الأجنبي السعودي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١)، بتاريخ ١٤٢١/١/٥هـ.
٥٠. نظام الاستثمار التعديني، الصادر بمرسوم ملكي رقم (م/٤٧)، وتاريخ ١٤٢٥/٨/٢٠هـ.
٥١. نظام التحكيم السعودي (الملغى)، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٦)، بتاريخ ١٤٠٣/٧/١٢هـ.

- ٥٢ . نظام التحكيم السعودي الجديد، محمود عمر محمود خوارزم، العلمية، جدة، ٢٠١٣م.
- ٥٣ . نظام التحكيم السعودي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٤)، بتاريخ ٢٤ / ٥ / ١٤٣٣هـ.
- ٥٤ . نظام الجنسية العربية السعودية، الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (٤) وتاريخ ١٣٧٤ / ١ / ٢٥هـ.
- ٥٥ . نظام الوساطة كبديل عن القضاء في تسوية المنازعات ودياً، أحمد عبد الكريم سلامة.
- ٥٦ . نظام لائحة إجراءات التحكيم بغرفة الكويت للوساطة والتحكيم الدولي، ٢٠٠٨م.
- ٥٧ . نظرية العقد، عبد الرزاق السنهوري، منشورات الحلبي، الطبعة الثانية، ١٩٩٨م.
- ٥٨ . الوجيز في شرح نظام التحكيم في المملكة، ناصر الزيد، مطبعة الحميضي، الرياض، ٢٠١٦م.
- ٥٩ . الوسيط في قانون التحكيم السعودي، فيصل الفاضل، دار الكتاب الجامعي الرياض ١٤٣٨هـ.

المواقع الإلكترونية:

- ٦٠ . موقع الموسوعة السياسية.
- ٦١ . موقع وزارة المالية السعودية.
- ٦٢ . موقع مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية.
- ٦٣ . موقع المركز السعودي للتحكيم التجاري.