



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



# فضاء

مجلة علمية محكمة

العدد الثامن والعشرون • محرم ١٤٤٤هـ • سبتمبر ٢٠٢٢م

الاختصاص القيمي في نظام  
المحاكم التجارية - دراسة مقارنة

د. أحمد بن عبد العزيز بن شبيب

اشتراط الصيانة الطارئة على  
المستأجر وتطبيقاته المعاصرة

د. نهال بنت إبراهيم أباحسين

استخدام الذكاء الاصطناعي في تنفيذ  
العقوبات الجنائية بالنظام السعودي -  
دراسة مقارنة بالقانون الإماراتي

أ. د. نهاد فاروق عباس

أحكام الشفعة في الوحدات  
العقارية - دراسة فقهية معاصرة

د. عبد الرحمن بن محمد الرميح

صيغة العقد الإداري وتنفيذه في  
نظام المنافسات والمشتريات  
الحكومية السعودي

د. عبد الرحمن بن علي الريس

اليمين في دعوى الجناية على ما  
دون النفس

أ. د. عياد بن عساف بن مقبل العنزي

أثر العادة والعرف في تفسير ألفاظ  
الواقف - دراسة فقهية تطبيقية  
على بعض الفروع الفقهية وأحد  
المبادئ القضائية السعودية

د. ماهر بن عبد الغني بن محمود الحربي

# قضاء

## قضاء

مجلة علمية محكمة

العدد الثامن والعشرون • محرم ١٤٤٤هـ • سبتمبر ٢٠٢٢م

✉ info@qadha.org.sa

☎ 0112584996

☎ 0538999887

📷 qadha.ksa

🐦 qdha



© الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء) ١٤٤٤هـ (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. خَالِدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْمُصْلِحِ

أستاذ الفقه بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية  
في جامعة القصيم

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 عُمَانَ الْعُمَيْرِ

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 بدون.
- (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:

صدور 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

٦

كلمة التحرير

٩

اشتراط الصيانة الطارئة على المستأجر وتطبيقاته المعاصرة  
د. نهال بنت إبراهيم أباحسين

٦١

أحكام الشفعة في الوحدات العقارية - دراسة فقهية معاصرة  
د. عبد الرحمن بن محمد بن عبد العزيز الرميح

١٣٥

اليمين في دعوى الجناية على ما دون النفس  
أ. د. عياد بن عساف بن مقبل العنزي

٢٢١

أثر العادة والعرف في تفسير ألفاظ الواقف - دراسة فقهية تطبيقية  
على بعض الفروع الفقهية وأحد المبادئ القضائية السعودية  
د. ماهر بن عبد الغني بن محمود الحربي

٣٤١

الاختصاص القيمي في نظام المحاكم التجارية - دراسة مقارنة  
د. أحمد بن عبد العزيز بن شبيب

٤٢٥

استخدام الذكاء الاصطناعي في تنفيذ العقوبات الجنائية بالنظام  
السعودي - دراسة مقارنة بالقانون الإماراتي  
أ. د. نهاد فاروق عباس

٤٨٩

صياغة العقد الإداري وتنفيذه في نظام المنافسات والمشتريات  
الحكومية السعودي  
د. عبد الرحمن بن علي الريس



## كلمة التحرير

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

وبعد:

فيسر (الجمعية العلمية القضائية السعودية) أن تقدم لكم العدد الثامن والعشرين من مجلة قضاء، والذي احتوى أبحاثاً محكمة تناولت مسائل متنوعة متصلة بالواقع العملي وبتطورات العملية القضائية؛ إذ تنوعت الأبحاث في تناولها لمسائل متصلة باشتراط الصيانة الطارئة على المستأجر مع تطبيقاته المعاصرة، وأحكام الشفعة في الوحدات العقارية، كما تناولت أثر العادة والعرف في تفسير ألفاظ الواقف من خلال دراسة فقهية تطبيقية على بعض الفروع الفقهية وأحد المبادئ القضائية السعودية، ولم تغفل الجانب الجنائي؛ إذ من ضمن الأبحاث ما يتصل باليمين في دعوى الجناية على ما دون النفس، واستخدام الذكاء الاصطناعي في تنفيذ العقوبات الجنائية، كما تناولت الأبحاث النظام التجاري والإداري بتناول أحدها للاختصاص القيمي في نظام المحاكم التجارية، وآخر لصياغة العقد الإداري وتنفيذه في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي. آملاً أن تكون هذه الأبحاث القيمة معيناً صافياً، ومنهلاً عذباً لقراء المجلة من المتخصصين.

وفي الختام، فقد اخترمت المنية أثناء إعداد هذا العدد للنشر فضيلة الشيخ الدكتور/ عبد المجيد بن عبد العزيز الدهيشي رَحِمَهُ اللهُ، نائب رئيس مجلس إدارة (الجمعية العلمية القضائية السعودية في دورتها الرابعة)، فكان

لزاماً علينا أن نعزي أنفسنا، وأهله، وأحبابه، في وفاته، ونسأل الله أن يسكنه الفردوس الأعلى من جنته، وأن يجعل ما خلفه من إرث علمي مكتوب ومسموع، والجهود التي قام بها في الجمعية وفي غيرها في ميزان حسناته.

وصلّى الله وسلّم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

رئيس هيئة التحرير

أ. د. منصور بن عبد الرحمن الحيدري





## اشتراط الصيانة الطارئة على المستأجر وتطبيقاته المعاصرة

**د. نهال بنت إبراهيم أباحسين**

الأستاذ المشارك في قسم الفقه في كلية الشريعة

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

## 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 صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً، أما بعد:

فلما تعددت مجالات التجارة في العصر الحديث وتنوعت أساليبها، وبدأ الاختصاص النوعي فيها، نشأ الاهتمام بتوفير الأصول للتجار، ووجد من يعتمد في تجارته المختلفة على عقود الإيجار دون تملك الأصول؛ مما أنشأ اهتماماً بصياغة عقود التأجير للعناية بالأصول، ومن صور العناية بالأصول: تحديد المسؤول عن صيانتها سواء أكانت عقاراً أم سيارات أم أدوات ومعدات، ولذا توجه هذا البحث إلى دراسة مسألة اشتراط الصيانة الطارئة على المستأجر، هل يعد شرطاً صحيحاً أو لا؟

### أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

تظهر أهمية الموضوع وأسباب اختياره في النقاط الآتية:

١. الحاجة إلى بيان حكم هذه المسألة؛ لتعلق كثير من نزاعات طرفي العقد بها.

٢. تعدد المجالات التي تدخل فيها هذه المسألة؛ فهي داخلة في الإجارة بين الأفراد وبين المؤسسات والشركات وبين المصارف، ولها حضور في كثير من العقود المستجدة، وقل أن يخلو عقد من عقود الإجارة من الإشارة

إليها، لاسيما مع تنظيم عقود الإجارة في المملكة العربية السعودية، مثل: «نظام الإيجار التمويلي»، وغيرها.

### أهداف البحث:

أهداف في هذا البحث إلى تحقيق الآتي:

١. دراسة المسألة دراسة فقهية مقارنة.
٢. إثراء الدرس الفقهي بالتطبيقات المعاصرة.

### الدراسات السابقة:

عند النظر في قواعد المعلومات والفهارس المتخصصة لم أقف على بحث تناول دراسة هذه المسألة مع تطبيقاتها المعاصرة، وغاية الموجود ما يأتي:

١. كتاب «الإجارة» من تأليف: د. عبد الستار أبو غدة، ولم يتكلم فيه عن اشتراط الصيانة الطارئة على المستأجر في عقد الإجارة إلا بكلام عام مجمل إضافة إلى أنه لم يدرس التطبيقات المعاصرة له.

٢. بحوث مقدمة للندوة الفقهية لبيت التمويل الكويتي، وهي:

أ. الضوابط التي تحكم عقد صيانة العين المؤجرة وتبعية ذلك على المؤجر والمستأجر، من إعداد: د. محمد الأشقر، وبحث آخر بنفس العنوان من إعداد: د. محمد عثمان شبير.

ب. عقود الصيانة، من إعداد أ. د. أحمد الكردي.

وهذان البحثان لم يتطرقا إلى المسألة المقصودة على النحو المدروس هنا.

٣. بحوث مقدمة إلى مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته (١١) والمعقودة عام (١٤١٩هـ) في البحرين، وهي:  
أ. عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، من إعداد الباحث: محمد المختار السلامي.

ب. عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، من إعداد: د. الصديق محمد الضرير.

ج. عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، من إعداد: د. منذر قحف.

د. عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، من إعداد: د. سامي السويلم، ود. محمد الزرقاء.

وهذه البحوث لم تتناول المسألة محل البحث.

٤. بحث بعنوان: «صيانة العين المؤجرة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني» من إعداد: أ. د. محمد جبر الألفي، منشور في مجلة جامعة دمشق، المجلد السابع عشر - العدد الثاني.

وهذا البحث تناول إجراءات الصيانة للعين المؤجرة، ولم يتناول المسألة محل البحث.

### منهج البحث:

سأسير - إن شاء الله تعالى - في كتابة هذا البحث وفق المنهج الآتي:

١. أقتصر على المذاهب الفقهية المعتبرة.



٢. أنقل الأقوال من كتب أهل المذهب نفسه.
٣. أذكر أدلة الأقوال مع بيان وجه الدلالة، وما يرد عليها من مناقشات، وما يجاب عليها.
٤. أذكر القول الراجح، مع بيان سببه.
٥. أذكر سبب الخلاف -إن وجد-.
٦. أتعتمد على أمهات المصادر والمراجع الأصيلة في التحرير والتوثيق والجمع.
٧. أرقم الآيات، وأذكر اسم السورة.
٨. أخرج الأحاديث النبوية والآثار من مصادرها، وأبين ما ذكره أهل الاختصاص في درجتها والحكم عليها إن لم تكن في الصحيحين، فإن كانت في الصحيحين أو في أحدهما اكتفيت بتخريجها منه.
٩. أضع خاتمة للبحث تعطي فكرة عما تضمنه من نتائج.
١٠. أتبع البحث بالفهارس الفنية المتعارف عليها.

### تقسيمات البحث:

سأتناول موضوع الدراسة في: تمهيد، وثلاثة مباحث، وخاتمة:

تمهيد في تعريف الصيانة وأنواعها:

وتحته مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الصيانة، وتحته:



- أولاً: الصيانة في اللغة.
- ثانياً: الصيانة في الاصطلاح.
- ثالثاً: العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي.
- المطلب الثاني: أنواع الصيانة.
- المبحث الأول: مسؤولية الصيانة الطارئة في عقد الإجارة:  
وتحتة ثلاثة مطالب:
- المطلب الأول: صورة المسألة.
- المطلب الثاني: المسؤول عن الصيانة الطارئة في عقد الإجارة.
- المطلب الثالث: الأدلة على المسألة.
- المبحث الثاني: اشتراط الصيانة الطارئة على المستأجر:  
وتحتة أربعة مطالب:
- المطلب الأول: صورة المسألة.
- المطلب الثاني: الأقوال في المسألة.
- المطلب الثالث: الأدلة في المسألة.
- المطلب الرابع: الترجيح وسببه.
- المبحث الثالث: التطبيقات المعاصرة لمسألة اشتراط الصيانة الطارئة على المستأجر:

وتحتته ثلاثة مطالب:

**المطلب الأول:** التطبيقات المعاصرة للمسألة من خلال الأنظمة، وتحتته:

أولاً: نظام التأجير التمويلي السعودي.

ثانياً: نظام استئجار الدولة للعقار وإخلائه في المملكة العربية السعودية.

ثالثاً: نظام التأجير التمويلي الإماراتي.

رابعاً: نظام التأجير التمويلي الأردني.

خامساً: قانون تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر اليمني.

**المطلب الثاني:** التطبيقات المعاصرة للمسألة من خلال العقود، وتحتته:

أولاً: عقد الإيجار الموحد في المملكة العربية السعودية.

ثانياً: اشتراط الصيانة في عقد تأجير سيارة.

ثالثاً: اشتراط الصيانة في عقد تأجير مبنى فندقي.

رابعاً: اشتراط الصيانة في عقد تمويل عقاري بصيغة الإجارة.

**المطلب الثالث:** التطبيقات على المسألة من القضاء، وتحتته:

أولاً: التطبيق الأول.

ثانياً: التطبيق الثاني.

**الخاتمة:** وفيها أبرز ما توصلت إليه من نتائج.

والله تعالى أسأل أن ينفع بهذا البحث كاتبه وقارئه، وصلى الله وسلم على  
نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.





## تمهيد في تعريف الصيانة وأنواعها

### المطلب الأول تعريف الصيانة:

#### أولاً: الصيانة في اللغة:

مادة هذه الكلمة -الصاد والألف والنون- تدل على أصل واحد، وهو: الحفظ<sup>(١)</sup>.

يقال: صان يصون الشيء صوناً وصيانة إذا حفظه، وجعلت الثوب في صؤانه وصوانه: أي في وعائه الذي يحفظ فيه<sup>(٢)</sup>.

#### ثانياً: الصيانة في الاصطلاح:

لم أقف على تعريف للصيانة في كلام الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ على نحو تعريفهم للمصطلحات الفقهية، بل اكتفوا في الإشارة إلى الصيانة ببعض التصرفات والأفعال التي هي في الحقيقة من أعمالها.

وقد حاول بعض المعاصرين تعريف الصيانة وفقاً لما استقر عليه عرف استعمال الفقهاء، ومن ذلك:

(١) ينظر: مقاييس اللغة (٣/٣٢٤).

(٢) ينظر في إطلاقات الكلمة: الصحاح (٦/٢١٥٣)، ولسان العرب (١٣/٢٥٠)، والقاموس المحيط (١٢١١)، وتاج العروس (٣٥/٣١٨)، كلها مادة (صون).

تعريف د. محمد قلعجي للصيانة بأنها: «مجموعة الأعمال اللازمة لبقاء عين على الحالة التي تصلح فيها»<sup>(١)</sup>.

وتعريف د. منذر قحف: «إصلاح الشيء المعمر - السلع المعمرة - كلما طرأ عليه عطل أو أذى من حيث قدرته على إنتاج الخدمات والمنافع المقصودة منه»<sup>(٢)</sup>.

وعرفها معهد الإدارة بأنها: «المحافظة على الأصل وإصلاحه لضمان استمرار إنتاجه»<sup>(٣)</sup>.

أما عقد الصيانة فعرفه بعض الباحثين، ومن تعاريفهم:

تعريف مجمع الفقه الإسلامي بأنه: «عقد معاوضة يترتب عليه التزام طرف بفحص وإصلاح ما تحتاجه آلة أو أي شيء آخر من إصلاحات دورية أو طارئة لمدة معلومة في مقابل عوض معلوم، وقد يلتزم فيه الصائن بالعمل وحده، أو بالعمل والمواد»<sup>(٤)</sup>.

وعرف بأنه: «الاتفاق في عقد مستقل أو ضمن عقد معين بين الشركة أو المتخصص وبين صاحب المال للقيام بخدمات الإدامة وإصلاح المال في مدة معينة كي يبقى صالحاً للاستفادة المطلوبة في مقابل أجره معينة»<sup>(٥)</sup>.

(١) معجم لغة الفقهاء (٢٧٩).

(٢) عقود الصيانة (١٤٧).

(٣) الكتاب التوثيقي لندوة إدارة الصيانة في الأجهزة الحكومية (١٤٣).

(٤) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (١١)، (٢٧٩).

(٥) المرجع السابق، العدد (١١)، (١٢٦).

والملاحظ على هذه التعريفات:

أنها أوجدت محددات لماهية الصيانة، وهي:

المحدد الأول: أن الصيانة تهدف إلى المحافظة على العين بما يضمن كمال الانتفاع بها.

المحدد الثاني: أن الصيانة مرتبطة بالشيء المصان، وكل شيء بحسبه.

المحدد الثالث: أن الصيانة - بإطلاقها - تشمل إصلاح التالف، أو تعاهد المصان لتلايقع عليه التلف، فتنقص الاستفادة منه.

وفي ضوء هذه المحددات يمكن أن تعرف الصيانة بأنها: «فعل يرد على عين قائمة ليحقق كمال الانتفاع بها»، وهذا التعريف يوضح المقصود من الصيانة ويبعدها عما يشابهها من أفعال.

كما يمكن تعريف عقد الصيانة بأنه: «عقد بين طرفين يلتزم أحد المتعاقدين بمجموعة أفعال ترد على العين لتحقيق كمال الانتفاع بها».

**ثالثاً: العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي:**

من خلال المعنى اللغوي والمفهوم الاصطلاحي للصيانة يظهر وضوح العلاقة بينهما، فالصيانة في اللغة تعني الحفظ، وهي كذلك في الاصطلاح.

## المطلب الثاني: أنواع الصيانة:

قسّم بعض المعاصرين الصيانة إلى أنواع، هي:

### أولاً: الصيانة التشغيلية:

وهي الصيانة التي تحتاجها العين المؤجرة نتيجة لاستعمالها الاستعمال الطبيعي<sup>(١)</sup>.

ومن أمثلة هذا النوع:

١. تغيير مصابيح الإنارة.

٢. تغيير زيت الماكينة.

### ثانياً: الصيانة الوقائية:

وهي الصيانة التي تكون في أوقات محددة يتم فيها استبدال بعض الأجزاء أو إعادة ضبطها، وعادة تكون في جدول محدد<sup>(٢)</sup>.

ومن أمثلة هذا النوع:

١. فحص السيارة بعد قطع عدد من الكيلوات.

٢، فحص المصاعد بعد مدة من الزمن.

(١) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي (١/١٦٣)، والضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد (٥٣)، والتأجير التمويلي (١٧٥)، وصكوك الإجارة (٢١١).

(٢) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد (٥٣)، والتأجير التمويلي (١٧٥)، وصكوك الإجارة (٢١١).

### ثالثاً: الصيانة الطارئة:

وهي صيانة ما يطرأ على العين من أعطال أو عيوب أساسية تعيق الاستفادة منها، وتكون من خلال: إصلاح الجانب المغيب، أو استبدال بعض الأجزاء من العين؛ ليتم الاستفادة من العين بشكل كامل، وهذه الصيانة خارج الصيانة المجدولة للعين<sup>(١)</sup>.

ومن أمثلة الصيانة الطارئة:

١. صيانة ماكينة السيارة إذا توقفت عن العمل.
  ٢. صيانة التصدعات التي تنشأ في المبنى.
  ٣. صيانة تمديدات الكهرباء في المبنى إذا حصل فيها التماس كهربائي.
- فهذه الأمثلة لا تعد من الصيانة المجدولة أو التكميلية، كما أنها لا تعد عيوباً مصنعية أو هندسية.

(١) ينظر: عقود الصيانة لمنذر قحف (١٦٧)، والتأجير التمويلي (١٧٧).

## المبحث الأول

### مسؤولية الصيانة الطارئة في عقد الإجارة

#### المطلب الأول: صورة المسألة:

هذا المبحث معقود لبيان المسؤول عن الصيانة الطارئة في عقد الإجارة، فإذا عقد الإيجار على مبنى فندقي -مثلاً-، فعلى من تلزم صيانته الطارئة؟ هل تكون على المؤجر أو على المستأجر؟

#### المطلب الثاني: المسؤول عن الصيانة الطارئة في عقد الإجارة:

من خلال النظر في كلام الفقهاء فإنهم يعدون هذا النوع من الصيانة من الأمور التي تلزم مالك العين (المؤجر)<sup>(١)</sup>.

قال السرخسي رَحِمَهُ اللهُ: «وعمارة الدار وتطيينها وإصلاح الميزاب وما وهى من بنائها على رب الدار»<sup>(٢)</sup>.

(١) ينظر: المبسوط (١٤٤/١٥)، وبدائع الصنائع (٢٠٨/٤)، ومجمع الأنهر (٣٩٩/٢) والدر المختار (٦٠١/٦)، والمدونة (٥١٤/٣)، والتهذيب في اختصار المدونة (٤٧٣/٣)، والنوادر والزيادات (١٣٣/٧)، والقوانين الفقهية (١٨٣)، وشرح الزرقاني (٨٧/٧)، والتبصرة (٥٠٣٥/١١)، وشفاء الغليل (٩٤٤/٢)، والتاج والإكليل (٥٧٩/٧)، ونهاية المطلب (٨٣/٨)، وبحر المذهب (١٥٧/٧)، ومنهاج الطالبين (١٦١)، وفتح الوهاب (٢٩٦/١)، وتحفة المحتاج (١٦٣/٦)، وحاشية قليوبي وعميرة (٧٩/٣)، ونهاية المحتاج (٢٩٨/٥)، والكافي (١٨٠/٢)، والمغني (٣٤٠/٥)، والشرح الكبير (٤٢٢/١٤)، والإقناع (٣٠٩/٢)، وكشاف القناع (٢١/٤)، ومطالب أولي النهى (٦٥٣/٣).

(٢) المبسوط (١٤٤/١٥).

وفي المدونة: «قال: سألنا مالكا عن الرجل يكري الدار ويشترط على أنه إن انكسرت خشبة أو احتاجت الدار إلى مَرَمَّة<sup>(١)</sup> يسيرة كان ذلك على المتكاري قال مالك: لا خير في ذلك إلا أن يشترطه من كرائها فهذا يدل على أن المرمة كلها في قول مالك على رب الدار»<sup>(٢)</sup>.

وقال الروياني رَحِمَهُ اللهُ: «ولو انكسر شيء من آلة الدار أو انقلع منه يلزمه الإبدال كذلك هذا، ولا نعني باللزوم أنه يجبر عليه، بل نعني به أنه إذا لم يفعل يثبت للمكثري الخيار...»<sup>(٣)</sup>.

وقال شمس الدين ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ: «ويلزم المؤجر كل ما يتمكن به من النفع كزمام الجمل.... ومفاتيح الدار وعمارتها...»<sup>(٤)</sup>.

### المطلب الثالث: الأدلة على المسألة:

استدل على الاتفاق السابق بجملة من الأدلة، منها:

**الدليل الأول:** أن المستأجر بمطلق العقد استحق المعقود عليه بصفة السلامة، ولا يتحقق هذا الأمر إلا بصيانة العين المؤجرة<sup>(٥)</sup>، لعموم قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(٦)</sup>.

(١) (٥١٤/٣).

(٢) المرمة يقصد بها: إصلاح ما قد فسد من الشيء.

ينظر: تهذيب اللغة (١٣٨/١٥)، الصحاح (١٩٣٧/٥).

(٣) بحر المذهب (١٥٧/٧).

(٤) الشرح الكبير (٨٩/٦).

(٥) ينظر: المبسوط (١٤٤/١٥)، وحاشية ابن عابدين (٧٩/٦).

(٦) جزء من الآية رقم (١) من سورة المائدة.

الدليل الثاني: أن الصيانة الطارئة مما يعين على الانتفاع والتمكن من الشيء المستأجر؛ فهي من مسؤوليات المؤجر<sup>(١)</sup>، لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب<sup>(٢)</sup>.

كما يمكن الاستدلال بـ:

الدليل الثالث: أن «الغرم بالغنم»<sup>(٣)</sup>، فالمؤجر يغنم من عقد الإجارة ويتحصل على المنافع المطلوبة له، وعليه فيغرم ما يحصل للعين المؤجرة من تبعه.

(١) ينظر: المسبوط (١٥/١٤٤)، والكافي لابن عبد البر (٢/٧٤٧)، وأسنى المطالب (٢/٤١٨)، والمغني (٥/٣٤٠).

(٢) هذه إحدى القواعد الأصولية، ينظر في بسطها: شرح تنقيح الفصول (٦١)، ومختصر ابن الحاجب مع رفع الحاجب (١/٥٢٨)، والمستصفي (١/٧١)، والإحكام للآمدي (١/١١٠)، والمحصول للرازي (٢/١٩٢)، وجمع الجوامع مع شرح المحلى (١/١٩٢)، والبحر المحيط للزركشي (١/٢٩٦).

(٣) ينظر في هذه القاعدة: ترتيب اللآلئ (٢/٨٧١)، والمنثور (٢/١١٩)، وشرح القواعد الفقهية (٤٣٧).



## المبحث الثاني اشتراط الصيانة الطارئة على المستأجر

### المطلب الأول: صورة المسألة:

تتضمن بعض العقود اشتراط المؤجر على المستأجر الصيانة الطارئة للعين المؤجرة، كأن يشترط عليه استبدال التكييف، أو تغيير ماكينة السيارة، أو استبدال توصيلات الكهرباء حال التلف. فما حكم هذا الشرط؟

### المطلب الثاني: الأقوال في المسألة:

اختلف الفقهاء في اشتراط الصيانة الطارئة على المستأجر على قولين:

**القول الأول: عدم صحة اشتراط الصيانة الطارئة على المستأجر:**

وهذا القول هو مذهب الحنفية<sup>(١)</sup>، والراجح عند المالكية<sup>(٢)</sup>، والمذهب عند الحنابلة<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: الأصل (٥٠٢/٣)، والمبسوط (١٥٧/١٥)، والمحيط البرهاني (٥٣١/٧)، ودرر الحكام (٢٣١/٢).

(٢) ينظر: المدونة (٥١٤/٣)، التبصرة (٥٠٣٥/١١)، وتجميع المختصر (٥٩٩/٤)، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٤٧/٤)، وشرح الزرقاني مع حاشية الباني (٨٧/٧).

(٣) ينظر: مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه (٣٠١٣/٦)، والمغني (٣٩٦/٥)، والشرح الكبير (٣٦٦/٥)، والمبدع (١٠/٥).

واختاره: مجمع الفقه الإسلامي<sup>(١)</sup>، وبعض الهيئات الشرعية، مثل: الهيئة الشرعية لمجموعة البركة<sup>(٢)</sup>، والهيئة الشرعية في مصرف الراجحي<sup>(٣)</sup>، والهيئة الشرعية لبنك البلاد<sup>(٤)</sup>، ونص عليه في المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية<sup>(٥)</sup>.

قال محمد بن الحسن رَحْمَةُ اللَّهِ: «ولو استأجر رجل حماماً واشترط عليه رب الحمام أن مرمته على المستأجر؛ فإن هذه الإجارة فاسدة لا تجوز»<sup>(٦)</sup>.

وجاء في المدونة: «قال: سألنا مالكا عن الرجل يكري الدار ويشترط على أنه إن انكسرت خشبة أو احتاجت الدار إلى مرمة يسيرة كان ذلك على المتكاري، قال مالك: لا خير في ذلك إلا أن يشترطه من كرائها. فهذا يدل على أن المرمة كلها في قول مالك على رب الدار»<sup>(٧)</sup>.

وقال ابن قدامة رَحْمَةُ اللَّهِ: «فصل: فإن شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين؛ فالشرط فاسد؛ لأنه ينافي مقتضى العقد»<sup>(٨)</sup>.

(١) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (٩٤).

(٢) ينظر: فتاوى الهيئة الشرعية الموحدة للبركة رقم (٩/٩) بواسطة: المعايير الشرعية (٢٦٥).

(٣) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي (١/١٦٤).

(٤) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد (٥٦).

(٥) ينظر: المعايير الشرعية (٢٤٧).

(٦) الأصل (٣/٥٠٢).

(٧) (٣/٥١٤).

(٨) المغني (٥/٣٩٦).

## القول الثاني: صحة اشتراط الصيانة الطارئة على المستأجر:

وهو مذهب الشافعية<sup>(١)</sup>، وقول مرجوح عند المالكية<sup>(٢)</sup>، ورواية في مذهب الحنابلة<sup>(٣)</sup>.

وقول مخرج للشوكاني<sup>(٤)</sup>، واختاره بعض المعاصرين<sup>(٥)</sup>.

قال الشربيني رَحِمَهُ اللهُ: «وإن شرط ما ذكر على المؤجر أو المستأجر أو شرط عدم ذلك... اتبع الشرط»<sup>(٦)</sup>.

وقال القرافي رَحِمَهُ اللهُ: «يد المستأجر يد أمانة على المعروف من المذهب... وقيل: ضامن»<sup>(٧)</sup>.

وقال ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ: «وعن أحمد أنه سئل عن ذلك فقال: المسلمون على شروطهم، وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه، ووجوبه بشرطه»<sup>(٨)</sup>.

(١) ينظر: روضة الطالبين (٢١٢/٥)، وأسنى المطالب (٤٢٢/٢)، وتحرير الفتاوى (٢٧٧/٢)، ومغني المحتاج (٤٧٠/٣).

(٢) ينظر: الذخيرة (٥٠٢/٥)، والشامل في فقه الإمام مالك (٧٨٩/٢)، وحاشية الدسوقي (٤٧/٤)، وشرح الزرقاني مع حاشية البناني (٨٧/٧).

(٣) ينظر: المغني (٣٩٧/٥)، والشرح الكبير (٣٦٧/٥)، والمبدع (١٠/٥).

(٤) حيث جوّز تضمين المستعير والمودع بالشرط. ينظر: السيل الجرار (٦٢٣/١).

(٥) ينظر: مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي (٤٥).

(٦) مغني المحتاج (٤٧٠/٣).

(٧) الذخيرة (٥٠٢/٥).

(٨) المغني (٣٩٧/٥).

## المطلب الثالث: الأدلة في المسألة:

### أدلة القول الأول:

استدل القائلون بعدم صحة اشتراط الصيانة الطارئة على المستأجر بجملة من الأدلة، منها:

**الدليل الأول:** أن هذا الشرط يتضمن غرراً فاحشاً في عوض الأجرة؛ فالأجرة تشمل المسمى في العقد، بالإضافة إلى قيمة الصيانة الطارئة، والصيانة الطارئة مجهولة، والمجهول إذا انضم إلى معلوم جعله مجهولاً، ومن شروط الإجارة: العلم بمقدار الأجرة<sup>(١)</sup>.

**الدليل الثاني:** أن هذا الشرط مؤد إلى جهالة العين المؤجرة؛ فالصيانة الطارئة مجهولة، وقد قرر الفقهاء أن الجهل بالصفات كالجهل بالذات<sup>(٢)</sup>.

**الدليل الثالث:** مخالفة اشتراط الصيانة الطارئة على المستأجر لمقتضى عقد الإجارة من ثلاثة أوجه، هي:

- الوجه الأول: أن مقتضى عقد الإجارة تمكين المؤجر للمستأجر من الانتفاع بالمؤجر، ومع وجود العيب لا يتحقق الانتفاع بالمؤجر وفق ما تعاقد عليه الطرفان.

(١) ينظر: تبين الحقائق (٤/٥)، والمعونة (١/١٠٣١)، والمهذب (٢/١٤)، والكافي لابن قدامة (٢/٩).

(٢) ينظر: مواهب الجليل (٦/٨٥)، والمهذب (٢/١٧)، والشرح الكبير (٤/٢٥).

- الوجه الثاني: مقتضى عقد الإجارة أن المستأجر أمين، واشتراط الصيانة عليه يخالف هذا المقتضى<sup>(١)</sup>.

- الوجه الثالث: أن مقتضى هذا الشرط إبراء المؤجر من العيوب التي قد تقع في العين المؤجرة، ومقتضى عقد الإجارة: أن المؤجر ضامن للعيوب التي قد توجد في العين المؤجرة<sup>(٢)</sup>، وكلاهما: لا يجوز.  
كما يمكن الاستدلال لهذا القول بأدلة أخرى، منها:

الدليل الرابع: القياس على تلف العين المؤجرة، فكما أن تلف العين المؤجرة يتحملة المؤجر<sup>(٣)</sup>، فكذا الصيانة الطارئة؛ بجامع: وجود العيب المانع من الاستفادة من العين المؤجرة.

الدليل الخامس: أن ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط<sup>(٤)</sup>، وفي هذه المسألة يقدم الثابت بالشرع وهو أن المؤجر يتحمل صيانة العين المؤجرة على ما ثبت في عقد الإجارة من أن المستأجر يلتزم بها؛ لأن ما ثبت بالشرع أقوى مما ثبت بالشرط.

(١) ينظر: المبسوط (٢٥ / ١٦)، ومنح الجليل (٥٠٧ / ٧)، ومغني المحتاج (٤٧٦ / ٣)، والمغني (٣٩٦ / ٥).

(٢) ينظر: المبسوط (١٤٤ / ١٥)، والقوانين الفقهية (١٨٣)، ومغني المحتاج (٤٦٨ / ٣)، والمغني (٣٤٠ / ٥).

(٣) ينظر: المبسوط (١٤٤ / ١٥)، والقوانين الفقهية (١٨٣)، ومغني المحتاج (٤٦٨ / ٣)، والمغني (٣٤٠ / ٥).

(٤) ينظر في هذه القاعدة: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١٤٩ / ١)، والمثور في القواعد (١٣٤ / ٣)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (٣٩٩).

الدليل السادس: احتمال الضرر على المستأجر من جهة ما قد يترتب على الصيانة الطارئة للعين المستأجرة، فقد تكون التكلفة عالية، ومن المعلوم شرعاً أنه: «لا ضرر ولا ضرار»<sup>(١)</sup>.

### أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بصحة اشتراط الصيانة الطارئة على المستأجر بجملة من الأدلة، منها:

الدليل الأول: قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((المسلمون على شروطهم))<sup>(٢)</sup>.  
وجه الدلالة: أن كلمة ((شروطهم)) من صيغ العموم، لأنها نكرة مضافة إلى معرفة<sup>(٣)</sup>، فتعم جميع الشروط التي تقع بين المتعاقدين، ومنها اشتراط الصيانة الطارئة.

(١) هذه قاعدة من قواعد الفقه الخمس الكبرى، ينظر في بسطها: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٠٥)، ودرر الحكام (٣٢/١)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (٤١/١)، والقواعد للحصني (٣٣٣/١)، وجمع الجوامع - مع شرح المحلي وحاشية البناني - (٣٥٦/٢)، والأشباه والنظائر للسيوطي (٢١٠)، وشرح الكوكب المنير (٤٤٢/٤).  
(٢) أخرجه: أبو داود في سننه، في كتاب: الأقضية (٣٠٤/٣)، ورقمه (٣٥٩٤)، والدارقطني في سننه (٢٧/٣)، ورقمه (٩٦)، واللفظ له، والبيهقي في سننه الكبرى، في كتاب: الشركة، باب: في الشركة وغيرها (٧٩/٦).  
والحديث جاء عن جملة من الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ.

(٣) ينظر: حاشية البناني على جمع الجوامع (٤١٠/١)، والبرهان للجويني (٢٣١/١)، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١١٨/٢)، والبحر المحيط للزركشي (٨٤/٢)، والمسودة (١٠٤)، وشرح مختصر الروضة (٤٦٦/٢)، وشرح الكوكب المنير (١٢٩/٣)، وإرشاد الفحول (٣٠٤/١).

ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال:

بأن العموم هنا مخصوص بالشروط التي توافق الشرع ولا يترتب عليها محذور شرعي، بخلاف اشتراط الصيانة الطارئة على المستأجر؛ فترتب عليه الجهالة كما تقدم.

ويمكن أن يستدل لهم كذلك بما يأتي:

الدليل الثاني: أن الأصل في الشروط بين المتعاقدين: الصحة<sup>(١)</sup>.

ويناقش هذا الاستدلال: أن الشروط الصحيحة هي التي تكون متوافقة مع مقتضى العقد، ولا يترتب عليها محذور شرعي.

الدليل الثالث: أن هذا الشرط فيه مصلحة للمتعاقدين، وقد رضيا به، والعقود مبناها على الرضا<sup>(٢)</sup>، وقد تحقق الرضا من المتعاقدين مع مقصد صحيح فيصح.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ: «فإن من أصولهم [يعني الصحابة] أن القصود في العقود معتبرة»<sup>(٣)</sup>.

ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال ب: أن المصلحة إذا ترتب عليها جهالة وغرر فإنها لا تكون صحيحة، لأن الشارع لم يقر وجود الجهالة في العقود.

(١) ينظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (١٢٦/٢٩).

(٢) ينظر: المصدر السابق، الموضع نفسه.

(٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٣٧٨/٢٠).

الدليل الرابع: أن الأصل وجوب الوفاء بالعهود والعقود<sup>(١)</sup>، وهذا أصل مجمع عليه، والخروج عنه يحتاج إلى دليل<sup>(٢)</sup>. ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال: بوجود الغرر في العقد، والغرر منهى عنه<sup>(٣)</sup>، فهو خروج عن الأصل للدليل.

### المطلب الرابع: الترجيح وسببه:

هذه المسألة من مسائل الاجتهاد، وليس فيها نص صريح يمكن الركون إليه وحملها عليه؛ فلم تكن المسألة من الواضوح - بمكان عند الفقهاء رَجَمَهُ اللهُ إِذْ مَصْطَلَحُ الصِّيَانَةِ حَدِيثٌ فِي الدَّرْسِ الْفَقْهِيِّ، وَغَايَةُ مَا يَذْكُرُونَ إِنَّمَا هُوَ صَوْرٌ خَرَجَ حُكْمُ الْمَسْأَلَةِ عَلَيْهَا مَحْمُولَةٌ عَلَى الْعَرَفِ فِي زَمَانِهِمْ. ولذا من المناسب عند الترجيح فيها التفريق بين طبيعة عقود الإجارة وما تنطوي عليه بالنظر إلى الأصل - محل الإجارة-، فيقال: أولاً: إذا أمكن ضبط الصيانة من جهة العرف التجاري: فلا إشكال في صحة اشتراط الصيانة الطارئة على المستأجر؛ لانتفاء المحذور في العقد، وهو الغرر والجهالة.

(١) قال الله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ الآية رقم (١) من سورة المائدة  
(٢) ينظر: المصدر السابق (١٣٨/٢٩).  
(٣) أخرجه: مسلم في صحيحه، في كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه غرر (٣/١١٥٣)، ورقمه (١٥١٣).



ويمكن التمثيل لهذا: أن يكون عقد الإجارة على مبنى حديث، ومؤمن عليه بصيغة شرعية، فهنا تكلفة الصيانة الطارئة - لو وجدت - تكون منتفية أو مغمورة.

ويشهد لهذه الصورة ما ذكره ابن نجيم رَحِمَهُ اللهُ بقوله: «اشتراط المرمة على المستأجر يفسدها، والحيلة: أن ينظر إلى قدر ما يحتاج إليه فيضم إلى الأجرة، ثم يأمره المؤجر بصرفه إليها، فيكون المستأجر وكيلاً بالاتفاق»<sup>(١)</sup>، ففي هذا النص إشارة منه رَحِمَهُ اللهُ إلى تقدير قيمة الأجرة وتضمينها لمبلغ الأجرة، فتكون الصيانة من هذا المبلغ.

وكذا قول الإمام مالك رَحِمَهُ اللهُ فقد جاء في المدونة: «قلت: أرأيت لو أن رجلاً أكرى داره بعشرين ديناراً سنة على أنها إن احتاجت الدار إلى مرمة رمها المتكاري من العشرين الدينار؟ قال: سألنا مالكا عنها فقال: لا بأس بذلك. قلت: فإن أكراه على إن احتاجت الدار إلى مرمة رمها من العشرين الدينار، وإن احتاجت إلى أكثر من ذلك زاد من عنده؟ قال: قال مالك: لا يعجبني هذا ولا خير فيه»<sup>(٢)</sup>.

وجاء في المعايير الشرعية: «العين المؤجرة تكون على ضمان المؤجر طيلة مدة الإجارة ما لم يقع من المستأجر تعدد أو تقصير. ويجوز له أن يؤمن عليها

(١) الأشباه والنظائر (٣٥٧).

(٢) المدونة (٣/٥١٤).

عن طريق التأمين المشروع كلما كان ذلك ممكناً، ونفقة التأمين على المؤجر، ويمكن للمؤجر أخذها في الاعتبار ضمناً عند تحديد الأجرة»<sup>(١)</sup>.

ثانياً: إذا كان عقد الإجارة من العقود الطويلة جداً أو من العقود التي نفذت لأجل المستأجر، فقد يغلب القول بأن شرط الصيانة الطارئة على المستأجر شرط صحيح؛ لأن النفع عائد إليه؛ فهو يحافظ على العقد وعلى ما تعاقد عليه.

ويشهد لذلك: ما تضمنته الأنظمة الخاصة بالتأجير التمويلي، حيث جعلت الصيانة على المستأجر في الجملة - كما سيأتي في المطلب الأول من المبحث الثالث -.

ثالثاً: إذا كان عقد الإجارة مقترناً بوعده التملك للعين المستأجرة، فيغلب في هذه الحال صحة شرط الصيانة الطارئة على المستأجر في هذا العقد؛ لكون المستأجر هو المالك.

رابعاً: إذا حدد محل الصيانة بما ينتفي معه الجهالة والغرر، كأن يقال: عليك صيانة الكهرباء مرتين في السنة؛ ففي هذه الحال يتجه القول بجواز اشتراط الصيانة الطارئة على المستأجر؛ لانتفاء الجهالة.

ويشهد لذلك ما قاله الصاوي رَحِمَهُ اللهُ: «المرمّة والتطين إن كانا مجهولين لا يجوز اشتراطهما على المكثري إلا من كراء وجب لا من عنده؛ كأن يقول: كلما احتاجت لمرمّة أو تطين كالتبييض فرمّه أو طينه أو بيضه من الكراء.

(١) (٢٤٧).

وأما إن كانا معلومين؛ كأن يعين للمكثري ما يرمه أو يشترط عليه التبييض في السنة مرة أو مرتين فيجوز مطلقاً؛ كان تبرعاً من عند المكثري، أو من كراء وجب»<sup>(١)</sup>.

خامساً: ما عدا الحالات السابقة فيغلب القول بعدم صحة اشتراط صيانة العين المؤجرة الطارئة على المستأجر؛ لما يتضمنه العقد بهذا الشرط من جهالة وغرر.

ويقوي هذا التفصيل الأمور الآتية:

- أولاً: أن فيه جمعاً بين أحوال المسألة وأدلتها.
- ثانياً: تحقيقه لمصلحة المتعاقدين.
- ثالثاً: مراعاته لمقتضى الشرع في رفع الضرر؛ لأن «الاضطرار لا يبطل حق الغير»<sup>(٢)</sup>، ولأن «الضرر يدفع بقدر الإمكان»<sup>(٣)</sup>.

(١) بلغة السالك (٤/٦٣).

(٢) هذه إحدى القواعد الفقهية، ينظر في بسطها: ترتيب اللائئ (١/٣٤٥)، ودرر الحكام (١/٣٨)، والمدخل الفقهي العام (٢/٩٧٠)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (٣٨٩).

(٣) هذه إحدى القواعد الفقهية، ينظر في بسطها: ترتيب اللائئ (٢/٨١٠)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (٢٠٧)، والمدخل الفقهي العام (٢/٩٨١)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (١٥٦).

## المبحث الثالث التطبيقات المعاصرة لمسألة اشتراط الصيانة الطارئة على المستأجر

**المطلب الأول: التطبيقات المعاصرة للمسألة من خلال الأنظمة:**

يعرض هذا المطلب جملة من تطبيقات المسألة المعاصرة من خلال الأنظمة، ليظهر تحديداً مسؤولية الصيانة الطارئة على من تكون، وأثر اشتراطها على غير من هي عليه في ضوء النقاط الآتية:

**أولاً: نظام الإيجار التمويلي السعودي:**

نص نظام الإيجار التمويلي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٨) وتاريخ (١٣/٨/١٤٣٣هـ) في المادة السابعة على أنه: «يلتزم المستأجر باستعمال الأصل المؤجر في الأغراض المتفق عليها في حدود الاستعمال المعتاد، ويكون مسؤولاً عن القيام بأعمال الصيانة التشغيلية على نفقته وفق الأصول الفنية المتبعة. أما الصيانة الأساسية فإنها تلزم المؤجر ما لم يتفق الطرفان على التزام المستأجر بها، وتكون حينئذ فيما ينشأ عن استخدام المستأجر للأصل دون ما يكون ناشئاً من خلل أو عيب في الأصل المؤجر»<sup>(١)</sup>.

(١) ينظر: موقع هيئة الخبراء بمجلس الوزراء: <https://cutt.us/vsz7D>

## التعليق على النظام:

يلحظ على المنظم في هذه المسألة أنه جعل الصيانة الطارئة على المؤجر من حيث الأصل، وأما عند الاشتراط فجعل الصيانة الأساسية - والتي منها الصيانة الطارئة - على نوعين:

**النوع الأول:** نوع يصح أن يتفق الطرفان على إلزام المستأجر به، وهو ما كان ناشئاً من استخدام المستأجر للأصل.

**النوع الثاني:** نوع لا يصح أن يتفق الطرفان على إلزام المستأجر به، وهي ما كان ناشئاً من خلل أو عيب في الأصل المؤجر فهذا لا يتحمله المستأجر بالشرط.

فلنلاحظ أن اختيار المنظم مركب من القولين في المسألة، ويفرق بين الباعث على الصيانة، فإن كانت مما نشأ من استخدام المستأجر فهي عليه دون ما يكون لخلل في العين المؤجرة.

## ثانياً: نظام استئجار الدولة للعقار وإخلائه في المملكة العربية السعودية:

تضمن النظام الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦١) وتاريخ (١٨/٩/١٤٢٧هـ) في المادة التاسعة ما نصه: «لا تكون الجهة المستأجرة مسؤولة عن تعويض المؤجر عند إخلاء العقار عن الأضرار الناتجة عن عيب في الإنشاء أو عن الاستعمال العادي»<sup>(١)</sup>.

(١) ينظر: موقع هيئة الخبراء بمجلس الوزراء: <https://cutt.us/SKB31>

### التعليق على النظام:

المفهوم من كلام المنظم أن المستأجر لا يتحمل تكاليف الصيانة الأساسية وكذا الطارئة، لكونها متعلقة بأصل العقار، وهذا متوافق مع ما تضمنه البحث من عدم صحة اشتراط الصيانة الطارئة على المستأجر.

### ثالثاً: نظام التأجير التمويلي الإماراتي:

تضمن قانون التأجير التمويلي الإماراتي الصادر من رئيس دولة الإمارات العربية المتحدة بالرقم (٨) لسنة (٢٠١٨) في المادة السابعة ما نصه: «ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك في العقد يلتزم المؤجر بما يأتي: .... إجراء الصيانة الجوهرية التي تحتاجها العين المؤجرة وفقاً للأصول الفنية المتعارف عليها أو المتفق عليها في العقد»<sup>(١)</sup>.

### التعليق على النظام:

المنظم الإماراتي نحى اتجاه القول الثاني، وجعل اشتراط الصيانة الطارئة على المستأجر من الشروط التي يمكن العمل بها بين المتعاقدين؛ إذا تضمنها العقد، وإلا كانت على المؤجر من حيث الأصل.

### رابعاً: نظام التأجير التمويلي الأردني:

جاء في قانون التأجير التمويلي الأردني رقم (٤٥) لسنة (٢٠٠٨) في الفقرة (ب) من المادة (١٠) ما نصه: «ب - يلتزم المستأجر بما يلي: ٥... -

(١) ينظر: موقع وزارة المالية الإماراتي: <https://cutt.us/cEKqi>

صيانة المأجور على نفقته الخاصة وفقاً لعقد التأجير أو أي معايير وأسس فنية لصيانة المأجور والمحافظة عليه.

كما جاء في المادة (١٩) ما نصه: «أ. مع مراعاة أحكام الفقرة (ب) من هذه المادة يجوز فسخ عقد التأجير بقرار من المحكمة المختصة، أو بإشعار من المؤجر (إذا أجاز له العقد ذلك) في أي من الحالات التالية: ... عدم قيام المستأجر بأعمال الصيانة والإصلاح للمأجور ضمن المدة المحددة في عقد التأجير أو ضمن مدة معقولة في حال عدم تحديد تلك المدد، وذلك في الحالات التي يفرض فيها عقد التأجير أو التشريعات النافذة على المستأجر الالتزام بالصيانة والإصلاح»<sup>(١)</sup>.

### التعليق على النظام:

جعل المنظم الصيانة على المستأجر مطلقاً من حيث الأصل، ومن ثم فلا يحتاج المؤجر في نظام التأجير التمويلي الأردني إلى اشتراطها على المستأجر؛ لأنها لازمة له.

### خامساً: قانون تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر اليمني:

تضمن قانون تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر اليمني الصادر من رئيس الجمهورية اليمنية في القانون رقم (٢٢) لسنة (٢٠٠٦) في مادته الحادية والأربعين ما نصه: «على المؤجر أن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة وأن يقوم أثناء فترة الإيجار بجميع الترميمات الضرورية، كما يلزم المستأجر

(١) ينظر: موقع البنك المركزي الأردني: <https://cutt.us/yyyyih>

بإجراء الترميمات الكمالية التي نقصت بسببه والتي يقضي بها العرف وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الترميمات الضرورية والكمالية والتأجيرية المقصودة في هذه المادة وفقاً للعرف السائد في المنطقة الواقعة في منطقة العين المؤجرة ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك»<sup>(١)</sup>.

التعليق على النظام:

صحح النظام اليمني إمكانية اشتراط الصيانة على المستأجر، بعد أن جعلها من الأمور الواجبة على المؤجر، ثم مكن من اتفاق الطرفين على غير ذلك.

**المطلب الثاني: التطبيقات المعاصرة للمسألة من خلال العقود:**

**أولاً: عقد الإيجار الموحد في المملكة العربية السعودية:**

تضمن عقد الإيجار الموحد في الفقرة الثانية من المادة السادسة ما نصه: «يلتزم المؤجر بمسؤوليته أثناء مدة الإيجار عن أعمال صيانة العقار، وهي الصيانة المتعلقة بما يؤثر على سلامة المبنى أو ما كان سببه غير ظاهر للمستأجر حال الاستئجار، وعن إصلاح أي عطل أو خلل يؤثر في استيفاء المستأجر للمنفعة المقصودة، وهو على سبيل المثال لا الحصر:

١ / ٢ / ٦ تهريب الماء داخل الجدران أو الأسقف ما لم يكن السبب في ذلك خللاً في أنابيب المياه الخارجية، أو سوء الاستعمال من المستأجر.

(١) ينظر: موقع المركز الوطني للمعلومات في الجمهورية اليمنية: <https://cutt.us/mZQPE>



٦ / ٢ / ٢ هبوط الأسقف أو التصدعات الجوهريّة في البناء، والتي تؤثر على سلامة المستأجر ما لم يكن المستأجر سبباً في ذلك».

كما تضمنت الفقرة الثالثة من العقد نفسه: «فيما عدا أعمال الصيانة المشار إليها في (٦ / ٢) أعلاه يتحمل المستأجر جميع تكاليف الصيانة والترميمات المعتادة المرتبة على الانتفاع بالوحدات الإيجارية»<sup>(١)</sup>.

التعليق على العقد:

يلحظ أن العقد ألزم المؤجر بالصيانة الطارئة، وجعلها من مهماته، وهو المتوافق مع ما خلص إليه هذا البحث من أن تكون الصيانة الطارئة على المؤجر، ولا يصح إلزام المستأجر بها.

ثانياً: اشتراط الصيانة في عقد تأجير سيارة:

تضمن أحد عقود تأجير السيارات ما نصه: «يتحمل المستأجر المسؤولية كاملة فيما يتعلق بنفقات صيانة السيارة وإعادتها لحالتها التي استلمها عليها».

التعليق على العقد:

يلحظ أن العقد تضمن اشتراط الصيانة على المستأجر أيّاً كان نوع الصيانة، وهذا الشرط - كما تقرر في البحث - من الشروط الفاسدة التي تخالف مقتضى العقد.

(١) ينظر: موقع إيجار: <https://cutt.us/OtkdT>

### ثالثاً: اشتراط الصيانة في عقد تأجير مبنى فندقى:

في عقد بين مالك لمبنى فندق وشركة تشغيل للمباني الفندقية جاء ما نصه: «يتحمل المؤجر تكاليف متابعة الصيانة، ويقوم بإرسال فريق فني للتأكد من سلامة المعدات والأجهزة من مصاعد ومكيفات بصورة دورية، وعمل تقارير بحالتها الفنية على أن يتحمل المستأجر تكاليف قطع الغيار».

التعليق على العقد:

يلحظ أن العقد أطلق قطع الغيار ولم ينص على أنها قطع الغيار التي تكون من قبيل الصيانة الطارئة أو الأساسية أو التشغيلية، والشرط بهذا الإطلاق كما تقرر في البحث شرط غير صحيح، لتضمنه اشتراط الصيانة الطارئة على المستأجر، وما يترتب عليه من جهاله.

### رابعاً: اشتراط الصيانة في عقد تمويل عقارى بصيغة الإجارة:

في عقد بين إحدى مؤسسات التمويل العقارى وأحد العملاء، جاء ما يأتي:

«٢٧/٢ يكون المستأجر مسؤولاً طيلة مدة العقد عن إجراء خدمات الصيانة التشغيلية على نفقته الخاصة بالإضافة إلى أعمال الصيانة الأساسية الناشئة عن استخدامه للأصل المؤجر أو الناشئة عن خلل أو عيب أفصح عنه المؤجر للمستأجر أو أظهره الفحص الهندسي الذي أجراه المستأجر، وللمؤجر الرجوع على المستأجر، ومطالبته بالتعويض عن أي ضرر جوهري

يلحق بالأصل المؤجر ناجم عن تقصير المستأجر في مباشرة أعمال الصيانة إذا لم ينقض العقد بتملك المستأجر للأصل المؤجر.

٣/٢٧ أخذاً بالاعتبار ما ورد في المادة (٢/٢٧) أعلاه يكون المؤجر مسؤولاً طيلة مدة العقد عن تأمين أعمال الصيانة والإصلاح الأساسية للأصل المؤجر التي لم تنشأ عن استخدام المستأجر للأصل المؤجر أو عن خلل أو عيب أفصح عنه المؤجر أو المطور العقاري للمستأجر، أو أظهره الفحص الهندسي الذي أجراه المستأجر، ويلتزم المؤجر بتوفير سبل ميسرة للمستأجر للتقدم بطلبات الصيانة الأساسية، وتعامل أعمال الصيانة الأساسية معاملة التلف الجزئي، وتنطبق عليها الأحكام والمدة الواردة في المادة (٢/٢٨) التلف الجزئي حال تأثيرها على منفعة الأصل المؤجر».

#### التعليق على العقد:

تضمنت هذه المادة من العقد عدداً من الأمور المهمة في مسألة الصيانة والتزام المستأجر أو المؤجر بها، وهي على النحو الآتي:

١. جعل هذا العقد المستأجر مسؤولاً عن الصيانة الطارئة في حال كانت ناشئة عن الاستخدام.

وهذا الشرط محل نظر؛ حيث إن الأصل في هذا النوع من الصيانة أن يكون على المؤجر بمقتضى العقد ما لم يكن هناك تعد أو تفريط من المستأجر، فلا يظهر للباحثة صحته.

٢. جعل العقد المستأجر مسؤولاً عن الصيانة الأساسية الناتجة عن خلل أو عيب في العين المؤجرة إذا كان المؤجر أخبر المستأجر بها أو علم المستأجر بها من خلال الفحص الهندسي قبل العقد.

وهذا الشرط فيما يظهر صحيح، بناء على ما تقرر في الترجيح في المسألة أنه إذا أمكن ضبط الصيانة وانتفى الجهل والغرر فيها فإنه يصح اشتراطها على المستأجر، والجهل والغرر منتفیان فيما إذا علم المستأجر بما تحتاج إليه العين المؤجرة.

٣. جعل العقد المؤجر مسؤولاً عن الصيانة الطارئة التي لم يكن المستأجر سبباً فيها أو لم تظهر وقت التعاقد، وهذا الإلزام متوافق مع ما ترجح في المسألة.

### المطلب الثالث: التطبيقات للمسألة من خلال القضاء:

#### أولاً: التطبيق الأول:

عرضت على المحكمة العامة بالرياض دعوى بين طرفين، حاصلها: أنه وقع التعاقد بين الطرفين على تأجير معرض، وتضمن العقد: أن يرجع المستأجر العين بحالة سليمة، إلا أنه بعد العقد حصل ضرر في سطح المبنى جعله عرضة لتسرب مياه الأمطار، وتبين عدم عزل المبنى، وطالب المستأجر بفسخ العقد لوجود العيب، ودفع المؤجر بالشرط الخاص بصيانة المبنى وأنه يرجع بحالته التي تسلمها عليها، واحتج بأن صيانة عزل المبنى من مهام المستأجر وفقاً لمدلول هذا الشرط، وبعد مداوات عديدة، حكم الناظر في

القضية: بفسخ العقد بين الطرفين لهذا العيب، وأن على المؤجر أن يتحمل صيانة المبنى، ولا أثر لهذا الشرط في العقد<sup>(١)</sup>.

### التعليق على الحكم:

في هذه الواقعة يلحظ أن صيانة عزل المبنى تُعدُّ من الصيانة الطارئة، وقد اشترط المؤجر على المستأجر أن يعيد المبنى بحالة سليمة، ولم يُعمل بمقتضى شرطه، لكونه غير صحيح ويخالف مقتضى العقد، وهذا الحكم متوافق مع ما قرر في البحث من أن اشتراط الصيانة الطارئة على المستأجر غير صحيح.

### ثانياً: التطبيق الثاني:

عرضت قضية على هيئة تحكيم بين طرفي عقد تأجير مبنى فندقي، تضمن التزام المستأجر بإجراء الصيانة الدورية والطارئة لكامل أجزاء المبنى الفندقي، وعند انتهاء عقد الإجارة بين الطرفين، طلب المؤجر التعويض عما لم يقيم المستأجر بصيانتته، مثل: بعض التصدعات في المبنى، وأثر الرطوبة في جدران المبنى، وقد ردت هيئة التحكيم هذا الطلب، لأن الشرط غير صحيح، وطالبت المؤجر ببيان الأضرار التي وقعت في المبنى نتيجة للتعدي والتفريط في استعماله من قبل المستأجر<sup>(٢)</sup>.

(١) القضية رقم (٤٤٠٦٣)، وتاريخ (١٤/١٠/١٤٣٠هـ).

(٢) القضية مقيدة في محكمة الاستئناف في منطقة مكة المكرمة برقم (٤١٥٥٤٢٧٢) والتاريخ (١٦/٧/١٤٤١هـ).

## التعليق على الحكم:

من خلال النظر في شروط العقد بين الطرفين يلحظ أن العقد تضمن شرطاً غير صحيح بتحمل المستأجر للصيانة الطارئة، ولم يلتفت لهذا الشرط من قبل هيئة التحكيم في القضية لكونه شرطاً غير صحيح.

وهذا الحكم من هيئة التحكيم يتوافق مع ما رجح في البحث من أن اشتراط الصيانة الطارئة على المستأجر بإطلاق غير صحيح.



## الخاتمة

في خاتمة هذا البحث خلصت إلى النتائج الآتية:

١. الصيانة تهدف إلى المحافظة على العين بما يضمن كمال الانتفاع بها، وهي - بإطلاقها - تشمل إصلاح التالف، أو تعاهد المصان لئلا يقع عليه التلف، وتنقص الاستفادة منه.

٢. الصيانة في الواقع تشمل ثلاثة أنواع، الصيانة التشغيلية، والصيانة الوقائية، والصيانة الطارئة.

٣. الصيانة الطارئة هي: صيانة ما يطرأ على العين من أعطال أو عيوب أساسية تعيق الاستفادة منها، وتكون من خلال: إصلاح الجانب المعيب، أو استبدال بعض الأجزاء من العين؛ ليتم الاستفادة منها، وتكون هذه الصيانة خارج الصيانة المجدولة للعين.

٤. الأصل في الصيانة الطارئة أنها من الأمور اللازمة للمؤجر.

٥. اختلف الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ فِي اشتراط الصيانة على المستأجر على قولين، والأقرب: عدم صحة هذا الشرط.

٦. تفاوتت التطبيقات المعاصرة في اشتراط الصيانة الطارئة على المستأجر ما بين مجوز ومانع ومفصل فيها.

وبعد، فهذا آخر ما يسر الله لي تدوينه في هذا البحث، وأسأله - سبحانه - القبول والنفع، والحمد لله رب العالمين.

## فهرس المصادر والمراجع

١. الإحكام في أصول الأحكام، تأليف: أبي الحسن علي بن محمد الأمدي (ت: ٦٣١هـ)، تحقيق: د. سيد الجميلي، دار النشر: دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٤هـ.
٢. إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول، تأليف: محمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت: ١٢٥٠هـ)، تحقيق: محمد سعيد البدري، دار النشر: دار الفكر، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٢هـ.
٣. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، تأليف: محمد ناصر الدين الألباني (ت: ١٤٢٠هـ)، إشراف: محمد الشاويش، دار النشر: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤٠٥هـ.
٤. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، تأليف: أبي يحيى زكريا الأنصاري (ت: ٩٢٦هـ).
٥. الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، تأليف: جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (ت: ٩١١هـ)، تحقيق وتعليق: محمد المعتصم بالله البغدادي، دار النشر: دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٧هـ.
٦. الأشباه والنظائر، تأليف: عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي (ت: ٧٧١هـ)، تحقيق وتعليق: عادل أحمد عبد الموجود، وعلي معوض، دار النشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ.
٧. الأشباه والنظائر، تأليف: زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي (ت: ٩٧٠هـ)، تحقيق وتقديم: محمد مطيع، دار النشر: دار الفكر بدمشق، بيروت، الطبعة: الأولى ١٤٠٣هـ.





٨. الأصل (المعروف بالمبسوط)، تأليف: أبي عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني (ت: ١٨٩هـ)، تحقيق: محمد بوينوكالن، دار النشر: دار ابن حزم، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٣٣هـ.
٩. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تأليف: موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي (ت: ٩٦٨هـ)، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار النشر: دار المعرفة، بيروت.
١٠. البحر المحيط في أصول الفقه، تأليف: بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي (ت: ٧٩٤هـ)، ضبط نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه: د. محمد محمد تامر، دار النشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م.
١١. بحر المذهب، تأليف: أبي المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل الروياني (ت: ٥٠٢هـ)، تحقيق: طارق فتحي السيد، دار النشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ٢٠٠٩م.
١٢. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تأليف: علاء الدين الكاساني (ت: ٥٨٧هـ)، دار النشر: دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة: الثانية ١٤٠٢هـ، ١٩٨٢م.
١٣. البرهان في أصول الفقه، تأليف: أبي حامد عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني (٤٧٨هـ)، تحقيق: د. عبد العظيم محمود الديب، دار النشر: الوفاء، المنصورة، مصر، الطبعة: الرابعة، ١٤١٨هـ.
١٤. بلغة السالك، تأليف: أحمد الصاوي، تحقيق: محمد شاهين، دار النشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ.
١٥. تاج العروس من جواهر القاموس، تأليف: محمد مرتضى الحسيني الزبيدي (ت: ١٢٠٥هـ)، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار النشر: دار الهداية.

١٦. التاج والإكليل لمختصر خليل، تأليف: محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي المشهور بالموافق المالكي (ت: ٨٩٧هـ)، دار النشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ.
١٧. التأجير التمويلي، بحث من إعداد: د. يوسف بن عبد الله الشبيلي، منشور في مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد الحادي عشر، ٢٠١١م.
١٨. التبصرة، تأليف: علي بن محمد الربيعي المعروف باللخمي (ت: ٤٧٨هـ)، تحقيق: أحمد عبد الكريم نجيب، الطبعة: الأولى، ١٤٣٢هـ.
١٩. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، تأليف: فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي (ت: ٧٤٣هـ)، الطبعة: الأولى، ١٣١٣هـ.
٢٠. تحبير المختصر وهو الشرح الوسط لبهرام على مختصر خليل، تأليف: تاج الدين بهرام بن عبد الله الدميري (ت: ٨٠٣هـ)، تحقيق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، دار النشر: مركز نجيبويه للمخطوطات، الطبعة: الأولى، ١٤٣٤هـ.
٢١. تحرير الفتاوى على التنبيه والمنهاج والحاوي المسمى (النكت على المختصرات الثلاث)، تأليف: ولي الدين أبي زرعة (ت: ٧٦٢هـ)، تحقيق: عبدالرحمن الزواوي، دار النشر: دار المنهاج، جدة، الطبعة: الأولى، ١٤٣٢هـ.
٢٢. تحفة المحتاج في شرح المنهاج، تأليف: أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي، مصورة عن نسخة المكتبة التجارية الكبرى، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٢٣. ترتيب اللآلئ في سلك الأمالي، تأليف: محمد بن سليمان الشهرير بناظر زاده، دراسة وتحقيق: خالد بن عبد العزيز آل سليمان، دار النشر: مكتبة الرشد، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ.
٢٤. تغليق التعليق على صحيح البخاري، تأليف: أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني (ت: ٨٥٢هـ)، تحقيق: سعيد عبد الرحمن موسى الفزقي، دار



النشر: المكتب الإسلامي، بيروت، دار عمار، عمان، الأردن، الطبعة: الأولى، ١٤٠٥هـ.

٢٥. التهذيب في اختصار المدونة، تأليف: خلف بن أبي القاسم محمد البراذعي المالكي (ت: ٣٧٢هـ)، تحقيق: د. محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، دار النشر: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ.

٢٦. تهذيب اللغة، تأليف: محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي (ت: ٣٧٠هـ)، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار النشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة: الأولى، ٢٠٠١م.

٢٧. حاشية ابن عابدين، ينظر: (رد المحتار).

٢٨. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تأليف: محمد عرفه الدسوقي (ت: ١٢٣٠هـ)، والشرح الكبير تأليف: أحمد بن محمد الدردير (ت: ١٢٠١هـ)، تحقيق: محمد عlish، دار النشر: دار الفكر، بيروت.

٢٩. حاشية العطار (ت: ١٢٥٠هـ) على شرح المحلي (ت: ٨٦٤هـ) على جمع الجوامع لابن السبكي (ت: ٧٧١هـ)، تأليف: حسن بن محمد العطار (ت: ١٢٥٠هـ)، وبهامشه: تقرير العلامة عبد الرحمن الشرييني (ت: ١٣٢٦هـ) على جمع الجوامع، وبأسفل الصلب والهامش: تقارير الشيخ محمد علي بن حسين المالكي (ت: ١٣٦٧هـ)، دار النشر: دار الكتب العلمية، بيروت.

٣٠. حاشية قليوبي وعميرة على شرح جلال الدين المحلي (ت: ٨٦٤هـ) على منهاج الطالبين، تأليف: شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي (ت: ١٠٦٩هـ)، وشهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة (٩٥٧هـ)، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات، دار النشر: دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ، ١٩٩٨م.

٣١. درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تأليف: علي حيدر، تعريب المحامي: فهمي الحسيني، دار النشر: دار الكتب العلمية، بيروت.
٣٢. الذخيرة، تأليف: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت: ٦٨٤هـ)، تحقيق: محمد حجي، وسعيد أعراب، ومحمد بوخبزة، دار النشر: دار الغرب، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م.
٣٣. رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه الإمام أبي حنيفة، تأليف: محمد أمين محمد عمر المعروف بابن عابدين (ت: ١٢٥٢هـ)، دار النشر: دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م.
٣٤. رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، تأليف: تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (ت: ٧٧١هـ)، تحقيق: علي معوض، دار النشر: عالم الكتب، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٩م.
٣٥. روضة الطالبين وعمدة المفتين، تأليف: أبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف بن مري النووي (ت: ٦٧٦هـ)، دار النشر: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤٠٥هـ.
٣٦. سنن أبي داود، تأليف: أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي (ت: ٢٧٥هـ)، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد (ت: ١٣٩٣هـ)، دار النشر: دار الفكر، بيروت.
٣٧. سنن البيهقي الكبرى، تأليف: أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي (ت: ٤٥٨هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار النشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م.
٣٨. سنن الدارقطني، تأليف: أبي الحسن علي بن عمر الدارقطني البغدادي (ت: ٣٨٥هـ)، تحقيق: السيد عبد الله هاشم يماني المدني، دار النشر: دار المعرفة، بيروت، ١٣٨٦هـ، ١٩٦٦م.



٣٩. السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تأليف: محمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت: ١٢٥٠هـ)، دار النشر: دار ابن حزم، بيروت، الطبعة: الأولى.
٤٠. الشامل في فقه الإمام مالك، تأليف: بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر السلمي الدميري الدمياطي المالكي (ت: ٨٠٥هـ)، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، دار النشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة: الأولى، ١٤٢٩هـ.
٤١. شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول، تأليف: أبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت: ٦٨٤هـ)، اعتنى به: مكتب البحوث والدراسات في دار الفكر، دار النشر: دار الفكر، بيروت، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٤م.
٤٢. شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك (ت: ١٧٩هـ)، تأليف: محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني (ت: ١٢٢هـ)، دار النشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ.
٤٣. شرح القواعد الفقهية، تأليف: أحمد بن محمد الزرقا، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، دار النشر: دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة: الثانية، ١٤٠٩هـ، ١٩٨٩م.
٤٤. الشرح الكبير للدردير، ينظر: (حاشية الدسوقي).
٤٥. الشرح الكبير، تأليف: شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن قدامة المقدسي (ت: ٦٨٢هـ)، ومعه: المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، تأليف: أبي محمد عبد الله ابن قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠هـ)، دار النشر: دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٣هـ.
٤٦. شرح الكوكب المنير، تأليف: محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي (٩٧٢هـ)، تحقيق: د. محمد الزحيلي، ود. نزيه حماد، دار النشر: مكتبة العبيكان، الرياض، ١٤١٨هـ.

٤٧. شرح مختصر الروضة، تأليف: أبي الربيع سليمان بن عبد القوي الطوفي (ت: ٧١٦هـ)، تحقيق: أ. د. عبد الله التركي، دار النشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨هـ.
٤٨. شفاء الغليل في حل مقفل خليل، تأليف: أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن محمد المكناسي (ت: ٩١٩هـ)، تحقيق: أحمد عبد الكريم نجيب، دار النشر: مركز نجيبويه للمخطوطات، مصر، الطبعة: الأولى، ١٤٢٩هـ.
٤٩. الصحاح، تأليف: إسماعيل بن حماد الجوهري، اعتناء مكتب التحقيق بالدار النشرة، دار النشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ.
٥٠. صحيح مسلم، تأليف: مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري (ت: ٢٦١هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار النشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٥١. صكوك الإجارة دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، تأليف: د. حامد ميرة، دار النشر: دار الميمان للنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى، ١٤٢٩هـ.
٥٢. الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، دار النشر: دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٣٤هـ.
٥٣. عقود الصيانة، تأليف: د. منذر قحف، بحث منشور ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: الحادي عشر، ١٤١٩هـ.
٥٤. فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، تأليف: أبي يحيى زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري (ت: ٩٢٦هـ)، دار النشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ.



- ٥٥ . القاموس المحيط، تأليف: محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (٨١٧هـ)، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، دار النشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ.
- ٥٦ . قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي، دار النشر: دار كنوز إشبيلية، الرياض، الطبعة: الأولى.
- ٥٧ . القواعد، تأليف: أبي بكر بن محمد بن عبد المؤمن تقي الدين الحصني (ت: ٨٢٦هـ)، تحقيق: د. عبد الرحمن الشعلان، ود. جبريل البصيلي، دار النشر: مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ.
- ٥٨ . القوانين الفقهية، تأليف: محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي (ت: ٧٤١هـ)، دار النشر: دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٥٩ . الكافي في فقه الإمام المجلد أحمد بن حنبل، تأليف: أبي محمد عبد الله بن قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، دار النشر: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٣٩٩هـ.
- ٦٠ . الكافي في فقه أهل المدينة، تأليف: أبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي (ت: ٤٦٣هـ)، دار النشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٧هـ.
- ٦١ . الكتاب التوثيقي لندوة إدارة الصيانة في الأجهزة الحكومية: المشكلات والحلول، دار النشر: مركز البحوث في معهد الإدارة، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
- ٦٢ . كشاف القناع عن متن الإقناع، تأليف: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (ت: ١٠٥١هـ)، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار النشر: دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ.

٦٣. كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس، تأليف: إسماعيل ابن محمد العجلوني الجراحي (ت: ١١٦٢هـ)، تحقيق: أحمد القلاش، دار النشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٠٥ هـ.
٦٤. لسان العرب، تأليف: محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري (ت: ٧١١هـ)، دار النشر: دار صادر، بيروت، الطبعة: الأولى.
٦٥. المبدع في شرح المقنع، تأليف: أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي (ت: ٧٦٣هـ)، دار النشر: المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٠هـ.
٦٦. المبسوط، تأليف: شمس الدين السرخسي (٤٨٣هـ)، دار النشر: دار المعرفة، بيروت.
٦٧. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: الحادي عشر، ١٤١٩هـ.
٦٨. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، تأليف: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي المدعو بشيخي (ت: ١٠٧٨هـ)، خرج آياته وأحاديثه: خليل عمران المنصور، دار النشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ، ١٩٩٨م.
٦٩. مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية (ت: ٧٢٨هـ)، جمع: الشيخ عبد الرحمن ابن محمد بن قاسم، مصورة عن الطبعة الأولى بالرياض عام ١٣٨١هـ.
٧٠. المحصول في علم الأصول، تأليف: محمد بن عمر بن الحسين الرازي (ت: ٦٠٦هـ)، تحقيق: طه جابر فياض العلواني، دار النشر: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٠٠هـ.
٧١. المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تأليف: محمود بن أحمد بن مازة البخاري (ت: ٦١٦هـ)، تحقيق: أحمد عزو عناية، دار النشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة: الأولى.



٧٢. المدخل الفقهي العام، تأليف: مصطفى الزرقا، دار النشر: دار القلم، دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ.
٧٣. المدونة الكبرى، تأليف: مالك بن أنس الأصبحي (ت: ١٧٩هـ)، رواية: سحنون بن سعيد التلوخي (ت: ٢٤٠هـ) عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم (ت: ١٩١هـ)، دار النشر: دار صادر، بيروت.
٧٤. مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي، تأليف: أ.د. نزيه حماد، دار النشر: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ.
٧٥. مسائل الإمام أحمد بن حنبل (ت: ٢٤١هـ) وابن راهويه (ت: ٢٣٩هـ)، تأليف: أبي يعقوب إسحاق بن منصور بن بهرام التميمي المروزي المعروف بالكوسج (ت: ٢٥١هـ)، تحقيق: خالد الرباط، ووثام الحوشي، ود. جمعة فتحي، دار النشر: دار الهجرة، الرياض، السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م.
٧٦. المستصفي في علم الأصول، تأليف: أبي حامد محمد بن محمد الغزالي (ت: ٥٠٥هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار النشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ.
٧٧. المسودة في أصول الفقه، تأليف: عبد السلام بن عبد الله بن الخضر (ت: ٦٥٢هـ)، وعبد الحليم بن عبد السلام (ت: ٦٨٢هـ)، وأحمد بن عبد الحليم (ت: ٧٢٨هـ)؛ جمعها وبيضاها: أحمد ابن محمد بن عبد الغني (ت: ٧٤٥هـ)، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار النشر: المدني، القاهرة.
٧٨. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، تأليف: مصطفى السيوطي الرحباني (١٢٤٣هـ)، ومعه: تجريد زوائد الغاية والشرح، تأليف: حسن بن عمر الشطي (١٢٧٤هـ)، دار النشر: المكتب الإسلامي، دمشق، ١٣٨١هـ، ١٩٦١م.



٧٩. المعايير الشرعية (١-٦٠) النص الكامل للمعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، من إعداد: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، دار النشر: دار الميكان، الرياض، ١٤٣٧هـ.
٨٠. معجم لغة الفقهاء، تأليف: د. محمد قلعجي، دار النشر: دار النفائس، الطبعة: الثانية.
٨١. معجم مقاييس اللغة، تأليف: أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار النشر: دار الجليل، بيروت، لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م.
٨٢. المعونة في أدلة عالم المدينة، تأليف: القاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر المالكي (ت: ٤٢٢هـ)، دار النشر: مكتبة الباز، مكة المكرمة، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ.
٨٣. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تأليف: محمد الخطيب الشربيني (٩٧٧هـ)، دار النشر: دار الفكر، بيروت.
٨٤. المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، تأليف: أبي محمد عبد الله بن قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠هـ)، دار النشر: دار الفكر، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٥هـ.
٨٥. المنثور في القواعد، تأليف: أبي عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي (ت: ٧٩٤هـ)، تحقيق: د. تيسير فائق أحمد محمود، دار النشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الطبعة: الثانية، ١٤٠٥هـ.
٨٦. منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل، تأليف: محمد عليش، دار النشر: دار الفكر، بيروت، ١٤٠٩هـ.
٨٧. منهاج الطالبين وعمدة المفتين، تأليف: أبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف بن مري النووي (ت: ٦٧٦هـ)، دار النشر: دار المعرفة، بيروت.



٨٨. المهذب في فقه الإمام الشافعي (ت: ٢٠٤هـ)، تأليف: أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت: ٤٧٦هـ)، دار النشر: دار الفكر، بيروت.
٨٩. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل (٧٧٦هـ)، تأليف: أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب (ت: ٩٥٤هـ)، وبهامشه: التاج والإكليل في شرح مختصر خليل، تأليف: محمد بن يوسف المواق (ت: ٨٩٧هـ)، دار النشر: دار الفكر، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٣٩٨هـ.
٩٠. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، تأليف: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير (١٠٠٤هـ)، ومعه: حاشية أبي الضياء علي بن علي الشبراملسي (ت: ١٠٨٧هـ)، وحاشية: أحمد عبد الرزاق محمد أحمد المعروف بالمغربي الرشدي (ت: ١٠٩٦هـ)، دار النشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م.
٩١. نهاية المطلب في دراية المذهب، تأليف: أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله الجويني (ت: ٤٧٨هـ)، تحقيق: أ. د. عبد العظيم الديب، إصدار: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، دار النشر: دار المنهاج، جدة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ.
٩٢. النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، تأليف: أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن أبي زيد القيرواني، تحقيق: عبد الفتاح حلو، دار النشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٩.
٩٣. نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، تأليف: محمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت: ١٢٥٠هـ)، دار النشر: دار الجليل، بيروت، ١٩٧٣م.
٩٤. الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، تأليف: د. محمد صدقي البورنو الغزي، دار النشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة: الخامسة، ١٤١٩هـ.

المواقع الإلكترونية:

٩٥. موقع إيجار - العقد الموحد:

<https://cutt.us/OtkdT>

٩٦. المركز الوطني للمعلومات بالجمهورية اليمنية - قانون تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر:

<https://cutt.us/mZQPE>

٩٧. البنك المركزي الأردني - قانون التأجير التمويلي:

<https://cutt.us/yyyyih>

٩٨. وزارة المالية الإماراتية - قانون التأجير التمويلي:

<https://cutt.us/cEKqi>

٩٩. هيئة الخبراء بمجلس الوزراء - نظام استئجار الدولة للعقار وإخلائه:

<https://cutt.us/SKB31>

١٠٠. هيئة الخبراء بمجلس الوزراء - نظام الإيجار التمويلي:

<https://cutt.us/vsz7D>





# أحكام الشفعة في الوحدات العقارية دراسة فقهية معاصرة

د. عبد الرحمن بن محمد بن عبد العزيز الرميح

أستاذ الفقه المساعد

بقسم الدراسات الإسلامية

كلية التربية - جامعة المجمعة

## 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 عبد الله ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً. أما بعد:

فإن من كمال الشريعة وسعتها أنها عנית بكل ما فيه مصلحة للناس في أمور دينهم ودنياهم، ومن ذلك أن شرعت أحكاماً وضوابط لحل النزاع والشقاق، ووضعت له وسائل وطرائق تخصه، ومما شرع له أحكاماً تخصه شركات الأملاك، فهي عرضة لحصول النزاع إن لم تُبين الحدود والحقوق، فقد شرع لها طرائق ووسائل لحل النزاع المحتمل بين الشركاء؛ لأنهم قد لا يتفقون فيما بينهم في قدر الانتفاع وحدوده، وقد يعتدي بعضهم على الآخر، وقد يضر به بلا قصد، وقد يرضى بالشركة مع شخص دون آخر، فشرعت القسمة بنوعيتها التراضي والإجبار وشرعت الشفعة، وكل ذلك لحل النزاع ورفع الضرر، فدخول شريك جديد قد يتسبب في حصول ضرر على الشريك الآخر، لذا شرع له أن يشفع وأن يكون هو المشتري لنصيب شريكه البائع ويكون الملك خالصاً له وبهذا يسلم من الضرر.

ومن الشركات التي وجدت في هذا العصر الشركات في ملكية الوحدات العقارية، وهي على صور وأشكال متعددة، وكل صورة منها تأخذ حكماً شرعياً يخصها، وحيث إنه قد تلبس بعض الصور ببعض تشابهها في

الظاهر واختلافها في الحكم، كان لازماً دراسة كل صورة على حدة وتخريجها على ما ذكره الفقهاء المتقدمون من الصور في زمنهم.

ولهذا كان هذا البحث، وهو «الشفعة في الوحدات العقارية - دراسة فقهية معاصرة».

وقصدت أن تكون دراسة البحث دراسة فقهية معاصرة، بأن أدرس صور الوحدات العقارية التي وجدتها في واقع هذا العصر، وأبين حكمها من ناحية جريان الشفعة من عدمها، مع تخريجها على المسائل والصور التي ذكرها الفقهاء المتقدمون في كتبهم، مع الإشارة للأنظمة واللوائح المختصة بها إن وجدت.

### أهداف الموضوع:

١. بيان حكم جريان الشفعة في الوحدات العقارية في الواقع المعاصر على حسب الصور التي وجدتها في الواقع.
٢. بيان المسائل الفقهية التي تخرج عليها الصور الواقعية، ودراستها.
٣. إبراز الأمثلة الواقعة في هذا العصر لحقوق الملك، والأجزاء المشتركة، وما لا يمكن قسمته من الأملاك، ومقارنتها بما ذكره الفقهاء من أمثلة، وبيان ما يشابهها منها ويأخذ حكمها.

### أهمية الموضوع:

١. الحاجة الماسة لهذا الموضوع؛ بسبب كثرة الوحدات العقارية وتعدد ملاكها مع عدم وضوح حدود حقوقهم في بعض الشراكات، مما قد ينتج

عنه حاجة لطلب الشفعة، لذا يحتاج إلى تحرير وتجلية لأحقية الشفعة من عدمها في الصور الواقعة.

٢. لم أجد دراسة لمسائل مفصلة حسب الصور الواقعة، وإنما ما وجدته هو دراسات مجملة ضمن موضوعات واسعة، وهذه لا تفي بالموضوع؛ بسبب تعدد الصور، واختلاف التخريج الفقهي لكل صورة، واختلاف الحكم الفقهي تبعاً لذلك.

٣. أن في إبراز الأمثلة الواقعة في هذا العصر لحقوق الملك، والأجزاء المشتركة، وما لا يمكن قسمته من الأملاك، ومقارنتها بما ذكره الفقهاء ما يفيد في تطبيق كلام الفقهاء على الواقع المعاصر، ويفيد في تصور المسائل الفقهية، والتوصل للحكم الشرعي الصحيح.

### سبب اختيار الموضوع:

السبب في اختيار هذا الموضوع هو ما ذكرته من أهميته، ومنها عدم وقوعي على بحث يبين أحكام الشفعة في صور الوحدات العقارية في الواقع، مع أهمية دراسة الصور الموجودة في الواقع لاختلاف التخريج الفقهي بينها، واختلاف أحكامها تبعاً لذلك.

### الدراسات السابقة:

من خلال البحث في الموضوع لم أجد إلا دراسات مجملة ضمن موضوعات واسعة، ولم أجد دراسة لمسائل مفصلة حسب الصور الواقعة وحالات التملك، وتخريجها على جميع المسائل التي نص عليها الفقهاء، وما



وجدته لا يفي بالموضوع؛ بسبب تعدد الصور واختلاف تخريجها الفقهي، الذي ينبني عليه اختلاف الحكم الشرعي، واقتصارها على مسألة أو مسألتين من المسائل التي نص عليها الفقهاء. والرسائل والبحوث التي وجدتها ما يلي:

١. بحث منشور في الإنترنت بعنوان «شقق التمليك أحكام وضوابط» للدكتور صالح بن علي الشمrani، وقد ذكر الشفعة في الوحدات العقارية في إحدى مسائل البحث بكلام مختصر من دون ذكر للصور.

٢. رسالة دكتوراه بعنوان «نوازل العقار - دراسة فقهية تأصيلية لأهم قضايا العقار المعاصرة» للدكتور أحمد بن عبد العزيز العميرة، وقد ذكر الشفعة في الوحدات العقارية في أحد مباحث الرسالة بدراسة مجملية، حيث ذكر صورة واحدة مخرجة على مسألة واحدة، وهي مسألة الشفعة في العلو والسفل.

٣. بحث مقدم لندوة (مركز التميز البحثي) بعنوان «ملكية الشقق والطوابق الأحكام الفقهية والإجراءات النظامية» للدكتور أحمد بن راشد بن حمد الفضلي، لم يتطرق للشفعة وأحكامها في بحثه، وإنما بحث تعريفات متعلقة بملكية الشقق والطوابق، وتوصيفها الفقهي وحدودها، وملكية المشاع، والمفرز، والمرافق، وحدود الانتفاع بالملك والمرافق منها، وحقوق الملاك فيها، ونسبة ملكهم من الأجزاء المشتركة، وأحكام الصيانة، ونحو ذلك.

٤. بحث مقدم لندوة (مركز التميز البحثي) بعنوان «ملكية الشقق والطوابق - دراسة فقهية معاصرة» للدكتورة هناء بنت ناصر بن عبد الرحمن الأحيدب، ذكرت في أحد مطالب البحث شفعة الشقق بدراسة مجملة، من دون تفصيل للصور وحالات التملك، وخرَجَتْها على مسألتَي الشفعة في العلو، ومسألة الشفعة للجار المشارك في المرافق، وبقية البحث تعريفات متعلقة بملكية الشقق والطوابق، وتوصيفها الفقهي وحدودها، وملكية المشاع، والمفرز، والمرافق، وحدود الانتفاع بالملك والمرافق منها، وحقوق الملاك فيها، ونسبة ملكهم من الأجزاء المشتركة، وأحكام الصيانة، ونحو ذلك.

٥. رسالة دكتوراه بعنوان «ملكية الشقق والطبقات في الفقه الإسلامي والنظام السعودي - دراسة تحليلية مقارنة» للدكتور عادل إبراهيم عبد الرحمن الرديعان، لم يتطرق للشفعة وأحكامها في بحثه، وإنما بحث مفهوم ملكية الشقق والطبقات، وأسباب كسب الملكية، وتكييف الملكية، وتكوين عقد الملكية وإجراءات توثيق الملكية، وحقوق الملاك، والتزاماتهم بالنسبة للأجزاء الخاصة، أو المفرزة في العقار، وأحكام الصيانة وأحكام جمعية اتحاد الملاك، ونحو ذلك.

٦. رسالة دكتوراه بعنوان «الدعوى المختصة بالعقار» للدكتور حسين بن عبد الرحمن العنقري، وذكر في أحد مطالب الرسالة شفعة الشقق بدراسة مجملة، وذكر أن الشفعة في الشقق من شفعة الجار الملاصق والمشارك في مرافق العقار، وخرَجَ الخلاف عليها وساقه، وعد الشفعة في الشقق حالة

واحدة مخرجة على هذه، ولم يذكر صوراً لها، ولم يبين حالات تملكها، ولم يفصل في المسائل المخرجة عليها.

٧. بحث ماجستير بعنوان «أحكام ملكية الوحدات العقارية» للباحث ماجد بن عبد الله المشوح، وقد ذكر حق الشفعة في الوحدات العقارية في أحد مطالب البحث بدراسة مجملة، من دون تفصيل للصور والمسائل التي تخرج عليها، وإنما ذكر الخلاف في شفعة الجار المشارك في مرافق العقار، وخرَج شفعة الوحدات العقارية عليها، ولم يذكر صورها في الواقع، ولا أحوال تملكها، وعامة البحث متعلق بحق المالك في الوحدة العقارية من التصرف والاستغلال، والبناء، والحصول على صك الملكية، ومسألة التعسف في استعمال الحق، والأحكام المتعلقة في الأجزاء المشتركة، والصيانة، وجمعية الملاك ونحو ذلك.

٨. بحث منشور في مجلة العدل بعنوان «الشفعة بالجوار» للدكتور خالد بن عبد الله بن محمد اللحيان، وبحثه لأحكام شفعة الجار عند الفقهاء المتقدمين، من دون ذكر للشفعة في الوحدات العقارية المعاصرة، ولا تفصيل للصور وحالات التملك فيها.

### منهج البحث:

يرتكز البحث على المنهج التحليلي والاستقرائي، وذلك بدراسة المسائل الفقهية المتعلقة بموضوع البحث والتي نص عليها الفقهاء في كتبهم دراسة فقهية مقارنة، ثم إيراد ما وجدته من الصور الواقعة وتخرجها على المسائل التي ذكرها الفقهاء في كتبهم.

## خطة البحث:

يشتمل البحث على مقدمة وتمهيد ومبحثين وخاتمة.

### المقدمة:

وتشتمل على أهداف الموضوع وأهميته وسبب اختياره والدراسات السابقة ومنهج البحث وخطته.

### التمهيد:

وفيه التعريف بالشفعة وحكمها والأنظمة المتعلقة بها، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الشفعة.

المطلب الثاني: حكم الشفعة.

المطلب الثالث: تنظيمات الوحدات العقارية حسب أنظمة المملكة العربية السعودية.

المبحث الأول: المسائل الفقهية التي تخرّج عليها صور الوحدات العقارية:

وفيه تمهيد وثلاثة مطالب:

التمهيد: المقصود بالمسائل الفقهية التي تخرّج عليها صور الوحدات العقارية.

المطلب الأول: مسألة شفعة الجار.





المطلب الثاني: مسألة الشفعة في البناء دون أصله وهو الأرض.

المطلب الثالث: مسألة الشفعة فيما لا يمكن قسمته.

المبحث الثاني: الشفعة في الوحدات العقارية المعاصرة:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: المقصود بالأجزاء المشتركة في الوحدات العقارية

المعاصرة، وحدودها وأحوالها.

المطلب الثاني: صور الوحدات العقارية المعاصرة وأحكام الشفعة فيها.

الخاتمة: وفيها أبرز النتائج والتوصيات.

فهرس المصادر والمراجع.

## التمهيد

وفيه ثلاثة مطالب:

### المطلب الأول: تعريف الشفعة:

الشفعة في اللغة: من الشَّفَع وهو الزوج أي ضد الوتر، قال ابن فارس «الشين والفاء والعين أصل صحيح يدل على مقارنة الشئين»<sup>(١)</sup>، والشفعة «مشتقة من الزيادة لأن الشفيح يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به كأنه كان واحداً وترأ فصار زوجاً شفعا»<sup>(٢)</sup> ولذلك سميت الشفعة بهذا، ويقال: الشُّفَعَةُ والشُّفَعَةُ<sup>(٣)</sup>.

### تعريف الشفعة في الاصطلاح:

عرفت الشفعة عند فقهاء المذاهب بعدة تعريفات وكل مذهب عرفها على ما يرى أنه تجري فيه الشفعة على اختلاف في صياغة التعريف بين المذهب الواحد.

فقد عرفها الحنفية بأنها: «تملك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه»<sup>(٤)</sup>.

(١) مقاييس اللغة لابن فارس (٣/٢٠١).

(٢) لسان العرب لابن منظور (٨/١٨٤).

(٣) ينظر: تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري (٣/١٢٣٨)، ومقاييس اللغة لابن فارس (٣/٢٠١)، لسان العرب لابن منظور (٨/١٨٤).

(٤) كنز الدقائق للنسفي (٥٨٣) فتح القدير لابن الهمام (٩/٣٦٩)، وتنوير الأبصار للتمرتاشي مع شرحه الدر المختار للحصفي (٦٢١).

وعرفها المالكية بأنها: «أخذ الشريك حصة جبراً بشراء»<sup>(١)</sup>.

وعرفها الشافعية بأنها: «حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض لدفع الضرر»<sup>(٢)</sup>.

عرفها الحنابلة بأنها: «استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه ممن انتقلت إليه بعوض مالي بثمنه الذي استقر عليه العقد»<sup>(٣)</sup>.

وهذه التعاريف تدور حول معنى واحد وهو انتزاع الحصة المبيعة من المشتري، وإنما الاختلاف في الصياغة، وزيادة بعض المحترزات، أو نقصها، كزيادة الشافعية لفظة دفع الضرر، وزيادة الحنابلة قيد بما استقر عليه العقد، ما عدا تعريف مذهب الحنفية فلم يذكر فيه لفظة الشريك؛ لأنه لا يخص الشفعة به بل يعديه إلى غيره.

والتعريف المختار هو «انتزاع الشريك حصة شريكه ممن انتقلت إليه بعوض مالي بثمنه الذي استقر عليه العقد لرفع الضرر الواقع عليه أو دفعه» لاشتتاله على جميع المحترزات، ولفظة الشريك يدخل فيها الشريك في ملك الرقبة أو في ملك منافعها.

(١) جامع الأمهات لابن الحاجب (٤١٦).

(٢) عجملة المحتاج لابن الملقن (١٩٨/٢)، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري (٣٦٣/٢)، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٥٣/٦)، مغني المحتاج للشربيني (٣٧٢/٣).

(٣) الروض المربع للبهوتي مع حاشيته لابن قاسم (٤٢٦/٥)، وبنحوه في المغني لابن قدامة (٢٢٩/٥)، ومنتهى الإرادات لابن النجار (٢٢٤/٣)، وكشاف القناع لمنصور البهوتي (١٣٤/٤).

## المطلب الثاني: حكم الشفعة:

وردت في السنة أحاديث صحيحة تدل على مشروعية الشفعة منها حديث جابر بن عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: «قضى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»<sup>(١)</sup>، وعند مسلم عن جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يقول: «قضى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالشفعة في كل شراكة لم تقسم، رُبْعَةً<sup>(٢)</sup> أو حائط، لا يجل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به»<sup>(٣)</sup> وعنه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من كان له شريك في ربعة أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن رضي أخذ وإن كره ترك))<sup>(٤)</sup>.

والشفعة مُجْمَع على جوازها في الأصل وما نقل خلافاً لذلك فهو قول شاذ مخالف لنصوص السنة الثابتة والإجماع المنعقد قبله<sup>(٥)</sup> وهي حق من الحقوق الواجبة للشريك في ملك الأرض المشاع الذي لم يقسم - وهو

(١) أخرجه البخاري في صحيحه باب الشفعة ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة (٣٥٩)، برقم (٢٢٥٧).

(٢) الربعة هو الربع، ويراد به المنزل ودار الإقامة، ويراد به المحلة، ينظر: الصحاح للجوهري (٣/١٢١١)، لسان العرب لابن منظور (٨/١٠٢).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه باب الشفعة (٧٠٣) برقم (١٣٤-١٦٠٨).

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه باب الشفعة (٧٠٣) برقم (١٣٣-١٦٠٨).

(٥) ينظر: المبسوط للسرخسي (١٤/٩٠)، بدائع الصنائع للكاساني (٥/٤)، فتح القدير لابن الهمام (٩/٣٦٩)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد (٤/٤٠)، الحاوي الكبير للماوردي (٧/٥٤٤)، النجم الوهاج للدميري (٥/٢٢٢)، أسنى المطالب لذكري الأنصاري (٢/٣٦٣)، المغني لابن قدامة (٥/٢٢٩).



يقبل القسمة- إذا باع الشريك الآخر نصيبه لمشتري آخر دون علم الشريك وأخذ رغبته في العقار، واختلف الفقهاء فيما عدا ذلك، ومنه استحقاق الجار للشفعة في عقار جاره، واستحقاق الشفعة للجار الشريك في ملك مرافق العقار وهو العقار المقسوم الذي بقي فيه اشتراك في مرافقه - ويسمى المقاسم-، واستحقاق الشفعة للشريك في ملك ماعدا الأرض، واستحقاق الشريك للشفعة في الملك المشترك المشاع الذي لا يمكن قسمته.

وهذه أبرز المسائل المرتبطة بمسائل الشفعة في هذا الموضوع، وكثير من صور الشفعة في الوحدات العقارية في الواقع تُخَرَّج عليها.

لذا سأسبغ الخلاف في هذه المسائل - بإذن الله- في المبحث الأول، ثم في المبحث الثاني أعرض أبرز الصور التي أراها موجودة في الواقع وما تُخَرَّج عليها من المسائل المذكورة في المبحث الأول.

### المطلب الثالث: تنظيمات الوحدات العقارية حسب أنظمة المملكة العربية السعودية:

صدرت عدة أنظمة لتنظيم ملكية الوحدات العقارية والتصرف فيها في المملكة العربية السعودية منها «نظام ملكية الوحدات العقارية وفرزها» الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم ٤٠ وتاريخ ٩/٢/١٤٢٣هـ المصادق عليه بالمرسوم الملكي رقم م/٥ وتاريخ ١١/٢/١٤٢٣هـ، و«اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية وفرزها» الصادرة من وزير الشؤون البلدية والقروية، ثم أصدر مجلس الوزراء «نظام ملكية الوحدات العقارية وفرزها وإدارتها» بالمرسوم الملكي رقم (م/٨٥) وتاريخ ٢/٧/١٤٤١هـ ونشر

في جريدة أم القرى بالعدد رقم ٤٨٢٢ في ١٨/٧/١٤٤١هـ، وهو نظام ناسخ للذي قبله، حيث نص في المادة الثانية والثلاثين أنه يحل النظام محل نظام «ملكية الوحدات العقارية وفرزها» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥) وتاريخ ١١/٢/١٤٢٣هـ، ويُلغى كل ما يتعارض معه من أحكام، ثم صدرت «اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية وفرزها وإدارتها» بقرار وزير الإسكان رقم (١٦٨) وتاريخ ٢٢/١٠/١٤٤١هـ ونشرت في جريدة أم القرى بالعدد رقم ٤٨٣٧ في ٢٥/١٠/١٤٤١هـ.

وفيما يلي عدد من المسائل مما يتعلق بموضوع هذا البحث والتي نُص عليها في النظام واللائحة:

### المسألة الأولى: المقصود بالوحدات العقارية في نظام الوحدات العقارية:

من المهم أن يُعرف المقصود بالمصطلحات التي وردت في نظام ملكية الوحدات العقارية وفرزها وإدارتها، لا سيما وأن بعض المصطلحات التي وردت في النظام يجري ذكرها بلفظها في هذا البحث؛ لذا يحسن بيان المقصود بها حسب ما وضع النظام.

وأهم هذا المصطلحات مصطلح الوحدة العقارية المفترزة فقد عرفها النظام بأنها «الجزء المحدد في العقار المشترك الذي يخول مالكة الانتفاع به والتصرف فيه مستقلاً عن أجزاء العقار الأخرى، ويشمل ذلك المنزل أو الشقة أو الطبقة أو المحل التجاري أو المرآب (كراج)، أو أي جزء من العقار المشترك أو المجمع العقاري يمكن تملكه أو الانتفاع به أو التصرف فيه؛ بشكل مستقل».

ومن المصطلحات التي يجري ذكرها مصطلح (الأجزاء المشتركة) وقد عرفها النظام بأنها: «أجزاء من العقار المشترك أو المجمع العقاري معدة للاستعمال المشترك، أو التي تقتضي طبيعتها اشتراك ملكيتها بين ملاك الوحدات العقارية المفروزة، وتشمل: الأرض، والمداخل، والممرات، والمواقف، والخزانات، والقنوات، والخدمات، والمساح، والحدائق، والساحات، والمصاعد، ونحوها».

وزادت اللائحة في بيان الأجزاء المشتركة «يعد من الأجزاء المشتركة -وفقاً لأحكام النظام واللائحة- الآتي:

١. أي عناصر إنشائية تمر من خلال وحدة عقارية مفروزة.
٢. الأنظمة الميكانيكية والكهربائية والكهروميكانيكية ونحوها الواقعة ضمن الوحدة العقارية المفروزة، أو المشتركة مع وحدات عقارية أخرى.
٣. أي جزء من البنية التحتية للخدمات العامة الواقعة في العقار المشترك أو المجمع العقاري ما لم يكن ذلك الجزء عائداً نظاماً أو تعاقداً إلى مقدم خدمة».

ومن المصطلحات التي يجري ذكرها كذلك مصطلح (العقار المشترك) وقد عرفه النظام بأنه: «عقار مكون من وحدات عقارية مفروزة وأجزاء مشتركة»<sup>(١)</sup>.

(١) ينظر: المادة الثامنة من اللائحة التنفيذية.

### المسألة الثانية: أرض الوحدات العقارية في نظام الوحدات العقارية:

اشترط النظام ولائحته عند الرغبة في فرز عمارة تحتوي على وحدات عقارية إلى وحدات مستقلة، وتوثيق ملكية كل وحدة عقارية في صك خاص، أن تكون الأرض مملوكة بصك مستوف للمتطلبات الشرعية والنظامية<sup>(١)</sup>.

كما أوضح النظام ولائحته أن الأرض المقام عليها الوحدات العقارية تكون من الأجزاء المشتركة التابعة للوحدات العقارية، وتكون نسبة الملكية من الأجزاء المشتركة حسب مساحة الوحدة العقارية الواحدة، من مجموع الوحدات في العمارة، وأن للملاك الاتفاق على أن نسبة ملكية الأجزاء المشتركة يمكن أن تكون على حسب قيمة الوحدة ومساحتها إلى إجمالي قيمة الوحدات العقارية المفروزة ومساحتها، بحسب الأحوال<sup>(٢)</sup>.

### المسألة الثالثة: ملكية مرافق الوحدات العقارية والأجزاء المشتركة:

بين النظام أن الأجزاء المشتركة التي لا تقبل القسمة تعد أجزاء مشاعة وتلحق بالوحدة العقارية وتتبعها في جميع التصرفات النظامية التي تطرأ على الوحدة<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: الفقرة (١) من المادة الثانية من النظام، والفقرة (أ) من الفقرة (١) من المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية.

(٢) ينظر: الفقرة (٥) من المادة السابعة من النظام، والفقرة (د) من الفقرة (١) من المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية.

(٣) ينظر: الفقرة (٤) من المادة السابعة من النظام.

وبين النظام أن من الأجزاء المشتركة ما يكون مشتركاً بين وحدتين دون بقية الوحدات كالحواجز الجانبية التي تكون بين الوحدتين، والحيطان، والأرضيات، والأسقف، وبين النظام أن هذه تكون ملكاً بينهما<sup>(١)</sup>.

كما بين النظام أن الانتفاع ببعض المرافق يكون محصوراً بين بعض الوحدات ويكون ملكاً مشتركاً بينهم<sup>(٢)</sup>. وهذا كله ما لم يجر اتفاق على خلاف ذلك.

#### المسألة الرابعة: صلاحيات مالك الوحدة العقارية في نظام الوحدات العقارية:

بين النظام أن مالك الوحدة العقارية يتصرف في وحدته باعتبارها وحدة مستقلة عن بقية الوحدات العقارية الأخرى<sup>(٣)</sup>، وهذا يعني أنه يتصرف فيها كما يتصرف في بقية الأملاك بالبيع والشراء والتأجير ونحو ذلك، كما قيد النظام حق الانتفاع بالوحدة العقارية المفروزة بما لا يتعارض مع الاستعمال المخصص لها<sup>(٤)</sup>.

- (١) ينظر: الفقرة (٢) من المادة السابعة من النظام.
- (٢) ينظر: الفقرة (٣) من المادة السابعة من النظام.
- (٣) ينظر: الفقرة (١) من المادة الثامنة من النظام.
- (٤) ينظر: الفقرة (٢) من المادة الثامنة من النظام.

## المبحث الأول المسائل الفقهية التي تخرج عليها صور الوحدات العقارية

وفيه تمهيد وثلاثة مطالب:

**التمهيد: المقصود بالمسائل الفقهية التي تخرج عليها صور  
الوحدات العقارية:**

بعد النظر في كلام الفقهاء في الشفعة وجدت أن كثيراً من الصور الموجودة في الواقع تطابق ما ذكره الفقهاء، وبعضها تشابهها مع اختلاف في بعض المسميات أو الاستعمالات، وبعض المنافع المشتركة لم تكن موجودة في السابق وإنما تقاس على ما يشابهها، ولذلك كان لا بد من دراسة الصور التي ناقشها الفقهاء وبينوا حكمها، ونقل آرائهم واستدلالاتهم عليها قبل الكلام على الصور الواقعة في هذا العصر، وذلك لأجل أن تُخرَج الصور الجديدة على الصور القديمة ويبين حكمها، والمقصود بالصور التي ناقشها الفقهاء هي مسائل الشفعة في العقارات عموماً، ومنها العقارات المقسومة لكن لها تعلق بغيرها بسبب اشتراك في حقوق العقار ومرافقه، والتي نص عليها الفقهاء في كتبهم ودرسوها وناقشوها، وهذا هو الواقع في الوحدات العقارية حيث إن كل وحدة مستقلة ومقسومة عن الأخرى في ذاتها لكن بينها وبين بقية الوحدات اشتراك في حقوق العقار ومرافقه مع اختلاف في الصور الواقعة في تفاصيل الاشتراك، وقد تبين لي بعد دراسة كلام الفقهاء في أحكام الشفعة أن المسائل المتعلقة بها ثلاث مسائل وهي: شفعة الجار

ومنه الجار المشارك في مرافق العقار، والشفعة في البناء دون أرضه، والشفعة فيما لا يمكن قسمته، وكل مسألة من هذه المسائل الثلاث أفردت الكلام عليها في مطلب كما سيأتي.

### المطلب الأول: مسألة شفعة الجار:

عند التأمل في صور الوحدات العقارية في الواقع، والشفعة فيها، وجدت أن منها ما يخرج على أحكام شفعة الجار، لذا برزت أهمية دراستها في هذا الموضوع، وشفعة الجار من المسائل القديمة، والتي وردت فيها نصوص من السنة وأقوال للصحابة، وصورة المسألة أنه هل يحق للجار طلب الشفعة في عقار جاره الذي باعه لمشتري ليس بجار، من دون علمه وأخذ رغبته، ليكون هو الأحق بشراء العقار؟

اختلف الفقهاء فيها على ثلاثة أقوال:

### القول الأول:

أن الجار له حق الشفعة إذا كان ملاصقاً في عقار جاره، وهو رأي الحنفية<sup>(١)</sup>، ووجه شاذ عند الشافعية<sup>(٢)</sup> ورواية ضعيفة عند الحنابلة<sup>(٣)</sup>، وعد

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي (٦/٢٦٩)، بدائع الصنائع للكاساني (٥/٤)، فتح القدير لابن الهمام (٩/٣٦٩)، البحر الرائق لابن نجيم (٨/١٤٣).  
 (٢) ينظر: روضة الطالبين للنووي (٥/٧٢)، النجم الوهاج للدميري (٥/٢٢٦).  
 (٣) ينظر: مجموع فتاوى ابن تيمية (٣٠/٣٨٣)، الإنصاف للمرداوي (١٥/٣٧٢)، فتح الملك العزيز للبغدادي (٤/٢٤٤)، معونة أولي النهى للفتوحى (٦/٣٨٦).

الحنفية من شفعة الجار شفعة مالك السفلى في العلو أو العكس، إذا لم يكن بينهما شركة في المرافق<sup>(١)</sup>.

### القول الثاني:

أن الجار ليس له حق الشفعة مطلقاً وإنما الشفعة للشريك فقط، وهو رأي المالكية<sup>(٢)</sup>، والشافعية<sup>(٣)</sup>، والحنابلة<sup>(٤)</sup>. ويعد المالكية من شفعة الجار شفعة مالك علو الدار على مالك سفليها وعكسه كذلك، إذا استقل كل بملكه؛ لأنها جاران ولأن الحصص متمايزة<sup>(٥)</sup>.

### القول الثالث:

أن الجار له حق الشفعة في عقار جاره إذا كان بينهما منافع مشتركة، مثل لو كان الطريق مشتركاً بينهما، وهو قول عند الشافعية<sup>(٦)</sup>، ورواية عند

(١) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني (١٠/٥).

(٢) ينظر: الكافي لابن عبد البر (٨٥٦)، بداية المجتهد لابن رشد الحفيد (٤٠/٤)، ومواهب الجليل للحطاب (٣١٢/٥)، ومنح الجليل لمحمد عيش (١٩١/٧).

(٣) ينظر: الأم للشافعي (١١٠/٧)، روضة الطالبين للنووي (٧٢/٥)، النجم الوهاج للدميري (٢٢٦/٥).

(٤) ينظر: المغني لابن قدامة (٢٣٠/٥)، الإنصاف للمرداوي (٣٧١/١٥)، كشاف القناع للبهوتي (١٣٤/٤)، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٣٣٥/٢).

(٥) ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي (١٦٣/٦ - ١٦٩)، منح الجليل لمحمد عيش (٢٠٨/٧).

(٦) ينظر: النجم الوهاج للدميري (٢٢٧/٥).



الحنابلة اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية<sup>(١)</sup>، وهو اختيار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية<sup>(٢)</sup>، وهذه الحالة يعدها جمهور الفقهاء من شفعة الجار، فالملكية والشافعية والحنابلة ذكروها من أحوال شفعة الجوار، وأن الشريك في المرافق لا يستحق الشفعة في العقار المقسوم الذي بقي فيه شركة في مرافقه، بسبب الشركة فيها، وإنما يصير الشريك المقاسم جارا بعد المقاسمة، وهو رأي المالكية<sup>(٣)</sup> والشافعية<sup>(٤)</sup> والحنابلة<sup>(٥)</sup>، وأما الحنفية فعدوه شريكاً وأن الشركة نوعان شركة في الملك نفسه وشركة في حقوق الملك<sup>(٦)</sup>، وقالوا: إن الشريك في المرافق يستحق الشفعة في العقار المقسوم الذي بقي فيه شركة في مرافقه، وذلك بسبب الشركة في حقوق العقار، وهذا هو

- (١) ينظر: مجموع فتاوى ابن تيمية (٣٠/٣٨٣)، الإنصاف للمرداوي (١٥/٣٧٢)، معونة أولي النهى للفتوحى (٦/٣٨٦)، فتح الملك العزيز للبغدادى (٤/٢٤٤).
- (٢) ينظر: أبحاث هيئة كبار العلماء، هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، القرار رقم ٤٤ وتاريخ ١٣/٤/١٣٩٦هـ، (١/٧٢٧).
- (٣) ينظر: المدونة لمالك ابن أنس (٤/٢١٥)، بداية المجتهد لابن رشد الحفيد (٤/٤٠)، مواهب الجليل للحطاب (٥/٣٢٠)، شرح مختصر خليل للخرشي (٦/١٧٠). منح الجليل لمحمد عليش (٧/١٩١).
- (٤) ينظر: الأم للشافعي (٧/١١٠)، روضة الطالبين للنووي (٥/٧٢)، النجم الوهاج للدميري (٥/٢٢٧)، مغني المحتاج للشربيني (٣/٣٧٧).
- (٥) ينظر: المغني لابن قدامة (٥/٢٣٠)، شرح الزركشي على متن الخرقى (٢/٥٥٤)، الإنصاف للمرداوي (١٥/٣٧٢)، فتح الملك العزيز للبغدادى (٤/٢٤٢)، كشف القناع للبهوتي (٤/١٣٩).
- (٦) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني (٥/٤).

مذهب الحنفية<sup>(١)</sup>. وعدّ الحنفية من شفعة الشريك في حقوق الملك، شفعة مالك السفلى في العلو أو العكس، إذا كان بينهما شركة في المرافق<sup>(٢)</sup>.

### الأدلة:

#### أولاً: أدلة القول الأول:

استدل المجيزون لشفعة الجار بأدلة أبرزها ما يلي:

١. حديث عمرو بن الشريد قال: وقفت على سعد بن أبي وقاص ف جاء المسور بن مخرمة فوضع يده على إحدى منكبيّ إذ جاء أبو رافع مولى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: «يا سعد اتبع مني بيتي في دارك»، فقال سعد: «والله ما أبتاعها»، فقال المسور: «والله لتبتاعنها»، فقال سعد: «والله لا أزيدك على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة»، قال أبو رافع: «لقد أعطيت بها خمس مائة دينار ولولا أني سمعت النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: ((الجار أحق بسقبه)) ما أعطيتها بأربعة آلاف وأنا أعطى بها خمس مائة دينار فأعطاها إياه. وفي لفظ: ((الجار أحق بصقبه))<sup>(٣)</sup> والصقب الملاصق، أي أنه أحق بما يليه

(١) ينظر: المسوط للسرخسي (٢٦٩/٦)، بدائع الصنائع للكاساني (٤/٥)، فتح القدير لابن الهمام (٣٧٥/٩)، البحر الرائق لابن نجيم (١٤٢/٨) حاشية ابن عابدين (٢٢٠/٦).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني (١٠/٥).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الشفعة باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع (٣٥٩) برقم (٢٢٥٨)، وفي كتاب الحيل باب في الهبة والشفعة (١٢٠٣)، برقم (٦٩٧٧ و ٦٩٧٨) وفي باب احتيال العامل ليهدي له (٦٩٨٠ و ٦٩٨١): مع اختلاف في نسخ البخاري، منها بلفظ ((بسقبه)) ومنها بلفظ ((بصقبه)).

ويقرب منه، والمقصود بذلك أن الجار أحق بالشفعة من غيره، ويؤيده ما روي بلفظ ((الجار أحق بشفעתه))<sup>(١)</sup> وهذا نص في جواز الشفعة للجار، وهو يبين معنى الصقب والسقب في الحديث<sup>(٢)</sup>.

٢. حديث سمرة بن جندب عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((جار الدار أحق بدار الجار أو الأرض))<sup>(٣)</sup> والمراد أحقية الشفعة<sup>(٤)</sup>.

٣. حديث جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الجارُ أحق بشفعة جاره، يُنتظرُ بها وإن كان غائبًا، إذا كان طريقيهما واحدًا))<sup>(٥)</sup>.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه باب من كان يقضي بالشفعة للجار (٥١٨/٤) برقم (٢٢٧١٩). وأخرجه في مسنده بلفظ ((الجار أحق بسقبه)) برقم (٩١١) ولم أجد من أخرجه بلفظ ((الجار أحق بشفעתه)) غير ابن أبي شيبة في مصنفه، وهذا الحديث اختلف فيه على سفيان فرواه عنه أبو نعيم الفضل بن دكين بلفظ ((أحق بصقبه)) ورواه عنه ابن أبي شيبة بلفظ ((أحق بشفعته)) واللفظ المحفوظ ((أحق بصقبه)) لتخريج البخاري لها في الصحيح، ولم أجد من حكم على هذه اللفظة.

(٢) ينظر: المبسوط للسرخسي (٢٦٩/٦)، بدائع الصنائع للكاساني (٥/٥) فتح القدير لابن الهمام (٣٧١/٩).

(٣) أخرجه أحمد في المسند (٣٢٣/٣٣) برقم (٢٠١٤٧)، وأبو داود في سننه في كتاب البيوع باب في الشفعة (٥٠٦)، برقم (٣٥١٧)، وبنحوه أخرجه الترمذي في سننه في باب ما جاء في الشفعة (٣٣١) برقم (١٣٦٨)، ولفظه عند أحمد ((جار الدار أحق بالدار)). قال الترمذي: «حديث سمرة حديث حسن صحيح» وصححه العيني في عمدة القاري (٢١/١٢) وصححه الألباني في الإرواء (٣٧٧/٥).

(٤) ينظر: فتح القدير لابن الهمام (٣٧١/٩).

(٥) أخرجه أحمد في المسند (١٥٥/٢٢) برقم (١٤٢٥٣)، وأبو داود في سننه في كتاب البيوع باب في الشفعة (٥٠٦)، برقم (٣٥١٨)، والترمذي في سننه في أبواب الأحكام باب ما جاء في الشفعة للغائب (٣٣١)، برقم (١٣٦٩)، وفي العلل الكبير (٢١٦) برقم (٣٨٥)، وابن ماجه في سننه في أبواب الشفعة باب الشفعة بالجوار (٣٥٧)، برقم

٤. حديث علي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا قالَا: «قضى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالشفعة للجوار»<sup>(١)</sup>.

٥. أن ثبوت حق الشفعة إنما هو بسبب حصول الضرر المحتمل من الشركة، ودفع أذى الشريك الدخيل، وهذا الضرر والأذى موجود كذلك في الجوار، فكما يُرفع الضرر والأذى في الشركة بالشفعة، فيرفع بالشفعة في الجوار كذلك<sup>(٢)</sup>.

أجيب عن أدلة هذا القول بما يلي:

١. أجيب عن حديث: ((الجار أحق بصقبه)) بأن المراد بالصقب القرب، والقرب من الجار يشمل معنأً عاماً مجملاً، وليس صريحاً في الشفعة، فيدخل

(٢٤٩٤)، وقد أنكره أحمد ويحيى بن معين ويحيى القطان وغيرهم لتفرد أحد رواته به، ومن أنكر الحديث لم يقدح في رواته، وإنما أنكره بسبب معارضته لحديث جابر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «قضى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»، كما ذكر ذلك الترمذي في سننه وفي العلل الكبير وابن القيم في إعلام الموقعين، وقال الترمذي: «هذا حديث حسن غريب» وقال: «والعمل على هذا الحديث عند أهل الحديث». وصحح الحديث ابن القيم وابن عبد الهادي وابن حجر، ووثقوا رواته، ينظر: إعلام الموقعين (٣/٣٨٣-٣٩٣)، المحرر (٥٠٩)، بلوغ المرام (٢٦٧)، وصححه الألباني في الإرواء (٢/٣٧٨). (١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، باب من كان يقضي بالشفعة للجار، برقم (٢٢٧١٦)، والطحاوي في شرح معاني الآثار، باب الشفعة بالجوار، (٤/١٢٣)، برقم (٦٠٠٣)، ولفظه «قضى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالجوار» وضعفه العيني: لأن في سند الطحاوي مجهول، وفي سند ابن أبي شيبة انقطاع، ينظر: عمدة القاري (١٢/٢١)، وحكم ابن القيم عليه بأنه صالح للاستشهاد إذ لم يكن وحده عليه الاعتماد. ينظر: إعلام الموقعين (٣/٣٩٤).

(٢) ينظر: المبسوط للسرخسي (٦/٢٦٩).

فيه عموم الإحسان من صلة وعبادة ونحو ذلك<sup>(١)</sup>، وهو كذلك في مقابل نص صريح في الشفعة ومفسر للحديث، وهو حديث جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في خبره عن قضاء النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود ووصرفت الطرق فلا شفعة»<sup>(٢)(٣)</sup> وأما لفظ: ((الجار أحق بشفعته)) فيجاب عنه بأن لفظ البخاري في الصحيح مقدم عليه، ولأن ما عدا لفظ البخاري في سنده مقال<sup>(٤)</sup>.

٢. أجيب عن حديث: ((جار الدار أحق بالدار)) بجوابين:

الأول: أن الحق هنا مبهم ولم يصرح بأن الحق هو حق الشفعة للجار؛ لذا لم يجوز أن يحمل على العموم.

والثاني: أن الحق المنصوص عليه في الحديث محمول على حق الفناء أي أنه أحق بالفناء الذي بينه وبين الجار ممن ليس بجار أو يكون مرتفقاً به<sup>(٥)</sup>.

٣. أجيب عن حديث: ((الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً)) بأن هذا الحديث لا يثبت لتفرد بعض الرواة به

(١) ينظر: المغني لابن قدامة (٥/ ٢٣١).

(٢) سبق تخريجه، (٧٢).

(٣) ينظر: الأم للشافعي (٧/ ١١٠).

(٤) ينظر: المغني لابن قدامة (٥/ ٢٣١)، وأما الكلام على الحديث، فسبق في الكلام على هذه اللفظة وتخريجها في حاشية سابقة عند إيرادها في أدلة القول الأول.

(٥) ينظر: كشف القناع للبهوتي (٤/ ١٣٨)، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ٣٣٥)،

ولمعارضته لما هو أقوى<sup>(١)</sup>، ورُدَّ عليه بأن من تفرد به ثقة ولا يضر تفرده به<sup>(٢)</sup>، ومن أنكر الحديث لم يقدر في رواته، وإنما أنكره بسبب معارضته لحديث جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: «قضى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفَّت الطرق فلا شفعة»، وهذا لا يُسَلَّم؛ لأنه لا تعارض بينهما، بل مفهوم حديث: ((الجار أحق بشفعة جاره)) يوافق منطوق حديث: «قضى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالشفعة في كل ما لم يقسم»، حيث نص على إسقاط الشفعة عند تصريف الطرق وتمييز الحدود وهذا هو مفهومه من حديث: ((الجار أحق بشفعة جاره))، أي أنه إذا لم يكن طريقهما واحداً فلا شفعة<sup>(٣)</sup>.

٤. أجب عن حديث علي وعبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قالوا: «قضى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالشفعة للجوار»، بأنه حديث منقطع، ورُدَّ عليه بأنه يصلح للاستشهاد؛ لأنه لم يعتمد عليه وحده بل لنصوص أخرى<sup>(٤)</sup>.

٥. أجب أن المراد بالجار في الأحاديث الشريك، وأنه يحمل ما ورد في أحاديث شفعة الجار على أحاديث شفعة الشريك، لأن الشريك جار، فإن كل جزء من ملك الشريك مجاور لملكه وإن كانا خليطين ومتجاورين في الاستعمال، ولهذا سميت الزوجة جارة، فيكون المقصود بالجار في الحديث

(١) ينظر: المغني لابن قدامة (٥/ ٢٣١)، إعلام الموقعين لابن القيم (٣/ ٣٨٢)، كشف القناع للبهوتي (٤/ ١٣٨)، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ٣٣٦).

(٢) ينظر: إعلام الموقعين لابن القيم (٣/ ٣٩٣) المحرر لابن عبد الهادي (٥٠٩).

(٣) ينظر: إعلام الموقعين لابن القيم (٣/ ٣٩٣).

(٤) ينظر: إعلام الموقعين لابن القيم (٣/ ٣٨٤).

الشريك<sup>(١)</sup>. ويُرد عليه بأن صراحة أحاديث شفعة الجوار تبطل حملها على الشريك<sup>(٢)</sup>.

٦. أجيب عن قولهم إن ثبوت حق الشفعة إنما ثبت بسبب حصول الضرر المحتمل من الشركة وبسبب أذى الدخيل، بأنه لا يسلم بذلك وإنما سبب ثبوت الشفعة هو دفع مؤنة الاستقسام وما يترتب على الانقسام من أضرار<sup>(٣)</sup>، وذلك لأن الشفعة ثبتت للشريك على خلاف الأصل، لمعنى غير موجود في الجار، فلا تثبت له الشفعة، والمعنى هو أن الشريك ربما دخل عليه شريك آخر، فيطلب أحدهما المقاسمة بسبب حصول أذى من الشركة، فيتضرر الشريك بنقص قيمة العقار، أو بالاضطرار إلى إنشاء مرافق خاصة، وهذا لا يوجد في الجوار<sup>(٤)</sup>، ورُدَّ عليه بأن تعليل ثبوت الشفعة بحصول الضرر الناشئ عن القسمة غير مسلّم لأن القسمة ليست بضرر بل هي تكميل منافع الملك<sup>(٥)</sup>.

(١) ينظر: المغني لابن قدامة (٥/٢٣١)، إعلام الموقعين لابن القيم (٣/٣٩١)، كشاف القناع للبهوتي (٤/١٣٨).

(٢) ينظر: إعلام الموقعين لابن القيم (٣/٣٩٤).

(٣) ينظر: النجم الوهاج للدميري (٥/٢٢٥) مغني المحتاج للشرييني (٣/٣٧٥)، المغني لابن قدامة (٥/٢٣٣)، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/٣٣٥).

(٤) ينظر: المغني لابن قدامة (٥/٢٣٠)، فتح الملك العزيز للبغدادى (٤/٢٤٣).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني (٥/٥).

## ثانياً: أدلة القول الثاني:

استدل المانعون لشفعة الجار بأدلة أبرزها ما يلي:

١. حديث جابر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فِي خَبْرِهِ عَنْ قِضَاءِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «بِالشُّفْعَةِ فِيمَا لَمْ يَقْسَمَ فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصَرَفْتَ الطَّرِيقَ فَلَا شُفْعَةَ»، وَهُوَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ خَاصٌّ بِالشَّرِيكِ لِقَوْلِهِ: ((لَمْ يَقْسَمَ)) فَيَفْهَمُ مِنْهُ أَنَّ المَقْسُومَ لَا شُفْعَةَ فِيهِ، وَأَنَّ مَا عَدَا الشَّرِيكَ وَمِنْهُ الْجَارُ فَلَيْسَ لَهُ حَقُّ الشُّفْعَةِ لِأَنَّهُ مِثْلُ المَقْسُومِ<sup>(١)</sup>.

٢. حديث أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ: رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إِذَا قَسَمْتَ الْأَرْضَ وَحَدَّتْ فَلَا شُفْعَةَ))<sup>(٢)</sup>، وَالنَّصُّ يَفِيدُ بِأَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ يَسْقُطُ بِمَجْرَدِ وَقُوعِ الْحُدُودِ<sup>(٣)</sup>، وَأَنَّ الشُّفْعَةَ ثَبَتَتْ فِي مَوْضِعِ الوِفَاقِ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ لِمَعْنَى مَعْدُومِ فِي مَحَلِّ النِّزَاعِ فَلَا تَثْبُتُ فِيهِ<sup>(٤)</sup>.

٣. «أَنَّ أَصُولَ الشَّرِيعَةِ تَقْتَضِي أَنَّ لَا يُخْرَجُ مَلِكٌ أَحَدٌ مِنْ يَدِهِ إِلَّا بِرِضَاهِ، وَأَنَّ مَنْ اشْتَرَى شَيْئاً فَلَا يُخْرَجُ مِنْ يَدِهِ إِلَّا بِرِضَاهِ حَتَّى يَدُلَّ الدَّلِيلُ عَلَى التَّخْصِيصِ، وَقَدْ تَعَارَضَتْ الْآثَارُ فِي هَذَا الْبَابِ، فَوَجِبَ أَنْ يَرْجَحَ مَا

(١) ينظر: بداية المجتهد لابن رشد الحفيد (٤/ ٤٠)، مختصر المزني (٨/ ٢١٨)، المغني لابن قدامة (٥/ ٢٣٠).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه في كتاب البيوع باب في الشفعة (٥٠٦)، برقم (٣٥١٥)، صححه ابن القيم في إعلام الموقعين (٣/ ٣٨٧).

(٣) ينظر: إعلام الموقعين لابن القيم (٣/ ٣٩٤).

(٤) المغني (٥/ ٤٦٨).



شهدت له الأصول»<sup>(١)</sup>، ومعنى ذلك أن الأصل أن ما ملكه الإنسان لا ينزع منه إلا برضاه، وما عدا الرضا فلا بد من دليل صحيح صريح يدل على جواز نزعه منه، فالشفعة نزع للملك بدون رضا المالك، وليس فيه دليل صحيح صريح يدل للشفعة هنا، فيرجع للأصل وهو منع الشفعة وبقاء الملك في يد صاحبه.

٤. أن الشريك يتضرر بدخول شريك عليه ويضطره للمقاسمة، وقد يُنقص قيمة عقاره، أو يواجه لإحداث مرافق جديدة، وهذا بخلاف الجار فعقاره مقسوم، فلا يتضرر بطلب القسمة<sup>(٢)</sup>.

٥. أن القول بالشفعة للجار، فيه مساواة بين الشريك والجار، وبينهما فرق فالشريك له حقوق لا توجد في الجوار، فالشريك مخالط وله حق القسمة، وحق المنع من التصرف بما يضر، بخلاف الجار فهو متميز، وليس له مثل حقوقه<sup>(٣)</sup>.

٦. أن القول بالشفعة للجار فيه ضرر على المشتري، فهو محتاج لهذا العقار، ويتضرر بنزعه منه، ولا يزال الضرر بضرر مثله، ولا يوجد دار إلا ولها جار، فيصبح كل شراء معرض للنزع<sup>(٤)</sup>.

(١) بداية المجتهد لابن رشد الحفيد (٤/٤١).

(٢) ينظر: المغني لابن قدامة (٥/٢٣١).

(٣) ينظر: إعلام الموقعين لابن القيم (٣/٣٩٠).

(٤) ينظر: إعلام الموقعين لابن القيم (٣/٣٩٠).

## الجواب عن أدلة القول الثاني:

يجاب عن أدلتهم بما يلي:

١. ورود أدلة تدل على جواز شفعة الجار، ولا تتعارض مع هذا الحديث، وهي ما سبق ذكرها في أدلة القول الأول والجمع بينها وبين هذا الحديث.
٢. أن ما بقي فيه من شركة في طريق، أو نحوه، لم تصرف طريقه، وبقي فيه اشتراك، فيكون فيه الشفعة<sup>(١)</sup>.
٣. قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إذا قسمت الأرض وحدث))، فالحد يدخل فيه تصريف الطرق فما لم تصرف طريقه فبقي فيه شركة ولم يجد<sup>(٢)</sup>.
٤. أن ما ذكر من تعليقات، من عدم نزع ملك الإنسان إلا برضاه، وعدم تضرر الجار بالاضطرار بالقسمة، وأن فيه مساواة الجار بالشريك، هي تعليقات في معارضة النصوص التي ذكرت في أدلة القول الأول، وأحاديث شفعة الجوار صريحة في ذلك<sup>(٣)</sup>.
٥. أنه لا يسلم أن الضرر المقصود دفعه بالشفعة هو ضرر المقاسمة بل عموم أذى الدخيل<sup>(٤)</sup>، وأما القسمة فهي تكميل منافع الملك<sup>(٥)</sup>.

(١) ينظر: فتح القدير لابن الهمام (٣٧٢/٩)، إعلام الموقعين لابن القيم (٣/٣٩٣)، حاشية ابن قاسم على الروض المربع (٥/٤٣٢)، الشرح المتمتع لابن عثيمين (١٠/٢٤٥).

(٢) ينظر: إعلام الموقعين لابن القيم (٣/٣٩٤).

(٣) ينظر: إعلام الموقعين لابن القيم (٣/٣٩٤).

(٤) ينظر: المبسوط للسرخسي (٦/٢٦٩).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني (٥/٥).

### ثالثاً: أدلة القول الثالث:

استدل المجيزون لشفعة الجار إذا كان بينهما منافع مشتركة بأدلة أبرزها ما يلي:

١. أن الشركة في حقوق العقار تعد من أنواع الشركة في العقار<sup>(١)</sup>.
٢. حديث جابر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فِي خَبْرِهِ عَنْ قِضَاءِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «بِالشَّفْعَةِ فِي كُلِّ مَا لَمْ يَقْسَمْ فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصَرَفْتَ الطَّرِيقَ فَلَا شَفْعَةَ»، وَالْعَقَارُ الَّذِي بَقِيَ فِي مِرَافِقِهِ اشْتَرَاكَ لَمْ تَصْرَفْ طَرِيقَهُ، وَلِذَا تَجْرِي فِيهِ الشَّفْعَةُ<sup>(٢)</sup>.
٣. حديث جابر بن عبد الله - السابق ذكره في أدلة القول الأول - قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الْجَارُ أَحَقُّ بِشَفْعَةِ جَارِهِ، يُنْتَظَرُ بِهَا وَإِنْ كَانَ غَائِبًا، إِذَا كَانَ طَرِيقَهُمَا وَاحِدًا))، وَإِنْ تَكَلَّمَ فِي هَذَا الْحَدِيثِ أَهْلُ الْعِلْمِ الْمُتَقَدِّمُونَ، وَأَنْكَرُوهُ بِسَبَبِ تَفْرُدِ أَحَدِ رَوَاتِهِ الثَّقَاتِ، إِلَّا أَنَّهُ نُقِلَ أَنَّ عَلَيْهِ الْعَمَلَ<sup>(٣)</sup>، وَرَوَى عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ رَوَايَةَ عَنْهُ، الْقَوْلَ بِالشَّفْعَةِ فِيهَا: فَقَالَ لَمَّا سُئِلَ عَنْهَا: «إِذَا كَانَ طَرِيقَهُمَا وَاحِدًا مُشْتَرَكًا لَمْ يَقْتَسِمُوا، فَإِذَا صَرَفْتَ الطَّرِيقَ، وَعَرَفْتَ الْحُدُودَ، فَلَا شَفْعَةَ»<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني (٤/٥).

(٢) ينظر: فتح القدير لابن الهمام (٣٧٢/٩)، إعلام الموقعين لابن القيم (٣/٣٩٣)، حاشية ابن قاسم على الروض المربع (٥/٤٣٢)، الشرح الممتع لابن عثيمين (١٠/٢٤٥).

(٣) ينظر: سنن الترمذي في أبواب الأحكام باب ما جاء في الشفعة للغائب (٣٣١)، برقم (١٣٦٩)، العلل الكبير للترمذي (٢١٦) برقم (٣٨٥).

(٤) ينظر: إعلام الموقعين لابن القيم (٣/٣٩٢)، الإنصاف للمرداوي (١٥/٣٧٣)، فتح الملك العزيز للبغدادي (٤/٢٤٤).

٤. أن في هذا الرأي جمعاً بين الأخبار والأدلة التي ذكرها أصحاب الرأيين السابقين، وهو قول وسط بين الأقوال؛ فتكون الشفعة للجار ثابتة في حال الاشتراك في ملك مرافق العقار دون غيره<sup>(١)</sup>.

٥. أن الجار المشارك في مرافق الدار يعد مثل الشريك في الملك، حيث يتضرر بدخول شريك آخر في المرفق، وإن كان غير مشارك في العقار نفسه، وأن الشفعة شرعت لدفع أذى الدخيل، والشريك في المرفق يتأذى بدخول شريك له فيه<sup>(٢)</sup>.

أجيبُ عن أدلة هذا القول بما أجيبُ عن القول الأول ويزاد عليه بما يلي:

١. أجيب عن قولهم إن العقار الذي بقي في مرافقه اشتراك لم تصرف طرقة، ولذا تجري فيه الشفعة؛ بأن كون الملك قد بقي منه شيء وأنه لم تصرف طرقة وهو مرافق العقار فتكون الشفعة فيما بقي من المرافق لم يقسم وأما ما قسم فلا تجري فيه الشفعة لأنه قد وقعت فيه الحدود وبهذا يكون قد أتبع نص الحديث<sup>(٣)</sup>، ويرد عليه بحديث: ((الجار أحق بشفعة جاره، يُنتظرُ بها وإن كان غائباً، إذا كان طريقهما واحداً)) وهو صريح في ذلك.

٢. أجيب عن قولهم إن الشركة في حقوق العقار تعد من أنواع الشركة في العقار؛ بأنه قد قسم العقار ووقعت الحدود فلا شفعة، بناء على دلالة

(١) ينظر: إعلام الموقعين لابن القيم (٣/٣٩٢)، الإنصاف للمرداوي (١٥/٣٧٣)، حاشية ابن قاسم على الروض المربع (٥/٤٣٢).  
 (٢) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني (٥/٤).  
 (٣) ينظر: الأم للشافعي (٧/١١٠).

النص<sup>(١)</sup>، وكذا بما أنه ليس له شركة في العقار وإنما في مرفقه فأشبهه ما لو باع عقاراً غير مشترك<sup>(٢)</sup>، ويُرد عليهم بأنه ما بقي في مرافقه اشترك لم تصرف طرقة، ولا يشابهه العقار غير المشترك<sup>(٣)</sup>.

### الترجيح:

يظهر لي - والله أعلم - أن الراجح هو القول الثالث القائل بجواز الشفعة للجار المشارك لجاره في مرافق العقار، دون الجار الذي ليس بينه وبين جاره أي اشترك لا في المرافق ولا في أصل الملك، وذلك لأن هذا القول وسط بين الأقوال، وفيه إعمال لجميع النصوص الشرعية وجمع بينها.

### المطلب الثاني: مسألة الشفعة في البناء دون أصله وهو الأرض

والمقصود بهذه المسألة أنه إذا اشترك شخصان فأكثر في بناء؛ فهل يستحق الشريك الشفعة إذا باع شريكه الآخر نصيبه من البناء مفرداً عن أصله لغير الشريك دون علمه؟

### تحرير محل النزاع:

ناقش الفقهاء مسألة الشفعة في بيع ما عدى الأرض، وذكروا أنواعاً وأمثلة لها ومنها البناء والشجر والثمر والمنقولات، وحيث إن المتعلق بهذا البحث هو موضوع البناء لأنه هو المتعلق بالوحدات العقارية؛ لذا سأعرض

(١) ينظر: بداية المجتهد لابن رشد الحفيد (٤/٤٠)، الأم للشافعي (٧/١١٠)، المغني لابن قدامة (٥/٢٣٠).

(٢) ينظر: النجم الوهاج للدميري (٥/٢٢٧) مغني المحتاج للشربيني (٣/٣٧٧).

(٣) ينظر: فتح القدير لابن الهمام (٩/٣٧٤)، إعلام الموقعين لابن القيم (٣/٣٩٣).

مسألة الشفعة في البناء دون بقية الصور الأخرى، لكن قبل الكلام على هذه المسألة أريد أن أبين باختصار أن البناء منهم من يلحقه بالأرض؛ والنصوص صريحة بإثبات الشفعة فيها، ومنهم من يلحقه بالمنقولات؛ وهذه لا شفعة فيها على رأي الجمهور<sup>(١)</sup> خلافاً للظاهرية<sup>(٢)</sup> ورواية عند الحنابلة<sup>(٣)</sup>، وتحرير محل النزاع في الشفعة في البناء ما يلي:

أولاً: أنه إذا باع الشريك البناء مع أصله - وهو الأرض -، فتثبت فيه الشفعة تبعاً، ولم أجد من خالف في ذلك<sup>(٤)</sup>.

ثانياً: إذا باع الشريك البناء مفرداً من دون أصله، ففي ثبوت الشفعة فيه خلاف<sup>(٥)</sup>.

(١) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني (١٠/٥)، تبين الحقائق للزيلعي (٢٥٢/٥)، فتح القدير لابن الهمام (٤٠٤/٩)، الاستذكار لابن عبد البر (٢٦٣/٢١)، بداية المجتهد لابن رشد الحفيد (٤٢/٤)، شرح مختصر خليل للخرشي (١٧٠/٦)، روضة الطالبين للنووي (٧٠/٥)، النجم الوهاج للدميري (٢٢٢/٥)، مغني المحتاج للشربيني (٣٧٣/٣)، المغني لابن قدامة (٢٣٢/٥)، كشف القناع للبهوتي (١٤٠/٤).

(٢) ينظر: المحلى لابن حزم (٣/٨).

(٣) الإنصاف للمرداوي (٣٧٦/١٥)، حاشية العنقري على الروض المربع (٢٦١/٤).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني (٢٨/٥)، بداية المجتهد لابن رشد الحفيد (٤١/٤)، روضة الطالبين للنووي (٦٩/٥)، أسنى المطالب لذكريا الأنصاري (٣٦٣/٢)، المغني لابن قدامة (٢٣٢/٥)، كشف القناع للبهوتي (١٤٠/٤).

(٥) ينظر: الكافي لابن عبد البر (٨٥٥/٢)، بداية المجتهد لابن رشد الحفيد (٤١/٤)، المغني لابن قدامة (٢٣٢/٥)، روضة الطالبين للنووي (٦٩/٥)، عجمالة المحتاج لابن الملقن (٨٩٨/٢)، النجم الوهاج للدميري (٢٢٣/٥)، قوت المحتاج للأذرعي (٣١٦/٣)، أسنى المطالب لذكريا الأنصاري (٣٦٣/٢)، مغني المحتاج للشربيني (٣٧٣/٣)، شرح مختصر خليل للخرشي (١٧٠/٦) شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٣٣٧/٢).

وبهذا يتبين أن الخلاف في شفعة بيع البناء إذا بيع البناء مفرداً، ومنه لو كانت الأرض تابعة للبناء لا العكس، وخلاصة اختلاف الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال:

**القول الأول:** أنه لا تثبت فيه الشفعة مطلقاً، ويدخل في ذلك مسألة الشفعة في علو الدار المشترك ومسألة الشفعة في الجدار المشترك مع أساسه حيث كان الأساس تابعاً، وهو رأي الشافعية<sup>(١)</sup> والحنابلة<sup>(٢)</sup>.

**القول الثاني:** أن الشفعة تثبت فيه وهو رأي المالكية<sup>(٣)</sup>، ورواية عند الحنابلة<sup>(٤)</sup>، وأثبت المالكية الشفعة في البناء مفرداً ولو كانت الأرض موقوفة أو مستعارة<sup>(٥)</sup>.

**القول الثالث:** أنها تثبت في العقار فقط - وهو الأرض عند الحنفية - وما كان في معناه وهو علو الدار لأنه متعلق بالسفل فيلحق به استحساناً، وهو

(١) ينظر: روضة الطالبين للنووي (٦٩/٥)، قوت المحتاج للأذري (٣/٣١٦)، عجالة المحتاج لابن الملقن (٢/٨٩٨)، النجم الوهاج للدميري (٥/٢٢٢)، أسنى الطالب لذكريا الأنصاري (٢/٣٦٣)، مغني المحتاج للشرييني (٣/٣٧٣)،

(٢) ينظر: الإنصاف للمرداوي (١٥/٣٨٠)، فتح الملك العزيز للبغدادي (٤/٢٤٦)، معونة أولي النهى للفتوح (٦/٣٩٢)، كشف القناع للبهوتي (٤/١٤٠).

(٣) ينظر: المدونة لمالك بن أنس (٤/٢١٦)، الكافي لابن عبد البر (٢/٨٥٢)، بداية المجتهد لابن رشد الحفيد (٤/٤١)، شرح مختصر خليل للخرشي (٦/١٦٨)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/٦٣٤)، منح الجليل لمحمد عليش (٧/٢٠١ - ٢٠٤).

(٤) ينظر: الكافي لابن قدامة (٢/٢٣٢)، شرح الزركشي على متن الخرقى (٢/٥٥٦)، الإنصاف (١٥/٣٧٦)، معونة أولي النهى شرح المنتهى (٦/٣٩٢)، حاشية ابن قاسم (٥/٤٣١).

(٥) ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي (٦/١٦٧)، منح الجليل لمحمد عليش (٧/٢٠١).

رأي الحنفية<sup>(١)</sup>، ونص بعضهم على أن الأرض تكون مملوكة وليست أرضاً محتكرة<sup>(٢)</sup> أو وقفاً<sup>(٣)</sup>.

## الأدلة:

### أولاً: أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة وأبرزها ما يلي:

١. حديث «قضى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالشفعة في كل شركة لم يقسم ربعة أو حائط»، فالربع هو البيت المبني للسكن، والحائط البستان الذي فيه غرس، فدل على أن البناء الذي يكون منزلاً أصبح تابعاً للأرض وفيه الشفعة<sup>(٤)</sup>.

٢. أن البناء لا يدوم، ولذا لا تدوم الشركة فيه ولا يدوم الضرر، فلا شفعة فيه إذا بيع مفرداً، بخلاف ما لو بيع مع أرضه<sup>(٥)</sup>.

(١) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني (٩/٥)، تبين الحقائق للزيلعي (٥/٢٣٩)، فتح القدير لابن الهمام (٩/٤٠٣) حاشية ابن عابدين (٦/٢١٧).

(٢) قال ابن فارس: «(حكر) الحاء والكاف والراء أصل واحد، وهو الحبس... وأصله في كلام العرب الحكر، وهو الماء المجتمع» ويطلق في اصطلاح الفقهاء ويراد به الإجارة الطويلة أو الدائمة وعرفه ابن عابدين في حاشيته بقوله: «الاستحكار عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض مقررة للبناء والغرس أو لأحدهما». ينظر: مقاييس اللغة (٢/٩٢). حاشية ابن عابدين (٤/٣٩١) الشرح الممتع لزيد المستنقع لابن عثيمين (١٠/٢٣١).

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين (٦/٢١٨)

(٤) ينظر: النجم الوهاج للدويري (٥/٢٢٣)، مغني المحتاج للشربيني (٣/٣٧٣)، المغني لابن قدامة (٥/٢٣٢)، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/٣٣٦)، كشاف القناع للبهوتي (٤/١٤٠).

(٥) ينظر: أسنى المطالب لذكريا الأنصاري (٢/٣٦٣)، المغني لابن قدامة (٥/٢٣٢).



٣. أن البناء من دون أرضه يعد منقولاً والمنقول لا شفعة فيه<sup>(١)</sup>.

٤. أن غير الأرض لا نص فيه ولا هو في معنى المنصوص، وأما جواز الشفعة في البناء تبعاً للأرض لأن الشفعة جازت لأجل الأرض لا أصالة<sup>(٢)</sup>.

٥. أما جوازها مع الأرض وأنه لا شفعة في البناء بالأصالة؛ لأنه لا تجب قسمتها عند انفرادها<sup>(٣)</sup>.

أجيب عن أدلة القول الأول بما يلي:

١. ورود أدلة تجيز الشفعة عموماً من دون تقييد بالأرض ومنها البناء، أوردها أصحاب القول الثاني في أدلتهم<sup>(٤)</sup>.

٢. عدم التسليم بأن البناء لا يدوم، بل يدوم<sup>(٥)</sup>.

٣. عدم التسليم أن البناء يعد منقولاً لكونه ثابتاً، وهو من الأرض<sup>(٦)</sup>.

٤. ورود أدلة تدل على أن البناء هو في معنى الأرض أوردها أصحاب القول الثالث في أدلتهم<sup>(٧)</sup>.

(١) ينظر: روضة الطالبين للنووي (٦٩ / ٥)، عجالة المحتاج لابن الملقن (٢ / ١٩٩) النجم الوهاج للدميري (٥ / ٢٢٣).

(٢) ينظر: فتح الملك العزيز للبغدادي (٤ / ٢٤٣).

(٣) ينظر: فتح الملك العزيز للبغدادي (٤ / ٢٤٦).

(٤) يأتي في الصفحة التالية (٩٨)، أدلة القول الثاني.

(٥) ينظر: الاختيار لتعليق المختار للموصلي (٢ / ٤٢)، حاشية ابن عابدين (٦ / ٢١٨).

(٦) ينظر: حاشية ابن قاسم على الروض المربع (٥ / ٤٣١).

(٧) يأتي في صفحة (٩٩)، أدلة القول الثالث.

## ثانياً: أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة، وأبرزها ما يلي:

١. حديث ابن عباس: أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((الشريك شفيع والشفعة في كل شيء))<sup>(١)</sup>، وهذا نص في عموم الشفعة<sup>(٢)</sup>.

٢. قول جابر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ في خبره عن قضاء النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «في كل ما لم يقسم» فما موصولة وتفيد العموم أي: كل شيء مشترك ولم يقسم، ففيه الشفعة، سواء كان أرضاً أو غيره، وقول جابر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» ينطبق على بعض أفراد العموم ولا يقتضي التخصيص، وتفريع حكم يتعلق ببعض العام لا يقتضي التخصيص<sup>(٣)</sup>.

٣. أن البناء من الأرض ويسمى عقاراً<sup>(٤)</sup>.

(١) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى في باب لا شفعة فيما ينقل ويحول (١٠٩/٦) برقم (١١٩٣٢)، والترمذي في سننه في أبواب الأحكام باب ما جاء أن الشريك شفيع (٣٣٢) برقم (١٣٧١)، والطحاوي في شرح معاني الآثار باب الشفعة بالجوار (١٢٥/٤) برقم (٦٠١٤)، والدارقطني في سننه باب الشفعة (٣٩٨/٥)، برقم (٤٥٢٥)، قال الترمذي «هذا حديث، لا نعرفه مثل هذا إلا من حديث أبي حمزة السكري وقد روى غير واحد، عن عبد العزيز بن رفيع، عن ابن أبي مليكة، عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رسلاً وهذا أصح». وقال ابن حجر في فتح الباري: «ورجاله ثقات إلا أنه أعل بالإرسال وأخرج الطحاوي له شاهداً من حديث جابر بإسناد لا بأس برواته» ينظر: (٤٣٦/٤).

(٢) ينظر: بداية المجتهد لابن رشد الحفيد (٤٢/٤)، حاشية ابن قاسم على الروض المربع (٤٣١/٥).

(٣) ينظر: تعليقات ابن عثيمين على الكافي لابن قدامة (مقطع صوتي شريط رقم ٣٤ بعد الدقيقة ٤٨).

(٤) ينظر: حاشية ابن قاسم على الروض المربع (٤٣١/٥).

٤. أن البناء يتبع العقار وما يتبع العقار يجري مجرى العقار<sup>(١)</sup>.

٥. أن جريان الشفعة في البناء فيه رفع لضرر الشركة كالأرض<sup>(٢)</sup>.

### أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة، وأبرزها ما يلي:

١. ما روي عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: ((لا شفعة إلا في ربع (أو حائط))<sup>(٣)</sup>، فحصر ثبوت الشفعة في الربع والحائط وهما عقار؛ فدل ذلك على انتفاء حق الشفعة في غيرهما<sup>(٤)</sup>.

٢. ما روي عنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أنه قال: ((الشفعة في كل شيء عقار أو ربع))<sup>(٥)</sup>، لأن العقار هو الأرض والربع هو الدار، والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوفين فدل على أنه يختص بالأرض والبناء<sup>(٦)</sup>.

(١) ينظر: بداية المجتهد لابن رشد الحفيد (٤/٤٢).

(٢) ينظر: الكافي لابن قدامة (٢/٢٣٢).

(٣) لم أقف عليه مسنداً، وقد ذكره ابن الملقن في البدر المنير (٧/٧) قال: «هذا الحديث غريب بهذا اللفظ»، وذكره الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير وعزاه للبخاري فقال: «حديث ((لا شفعة إلا في ربع أو حائط)) رواه البخاري من حديث جابر بسند جيد» (٣/١٢٣)، ولم أجده في مسنده البخاري.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني (٥/١٢)، الاختيار لتعليل المختار للموصلي (٢/٤٤)، فتح القدير لابن الهمام (٩/٤٠٤).

(٥) لم أقف عليه مسنداً بهذا اللفظ وقد أخرجه الترمذي والطحاوي والطبراني والدارقطني في سننه والبيهقي بلفظ: ((الشريك شفع في كل شيء)) كما سبق الكلام عليه.

(٦) ينظر: فتح القدير لابن الهمام (٩/٤٠٣).

٣. أن الشفعة في العقار لم تجب لكونه مسكناً، وإنما وجبت فيه لخوف أذى الدخيل وضرره على سبيل الدوام، وذلك لا يتحقق إلا في العقار، ولذا لا تجب إلا في العقار أو ما في معناه وهو العلو<sup>(١)</sup>.

٤. أن وجوب الشفعة في العلو إذا بيع دون السفلى لأن حق البناء على السفلى متعلق به على سبيل التأييد فصار بمعنى العقار فتجب فيه الشفعة، وأما لو بيع سفلى عقار دون علوه أو يباع جميعاً فلا شك في وجوب الشفعة فيه؛ لأنه عقار<sup>(٢)</sup>.

٥. تخصيص الجواز بالأرض المملوكة لأن البناء في الأرض المملوكة يدوم أما في الأرض المستأجرة أو الموقوفة لا يدوم، فمتى ما انتهى العقد فهو عرضة للزوال<sup>(٣)</sup>.

أجيب عن أدلة القول الثالث بما يلي:

١. أن الأحاديث المذكورة لا تثبت<sup>(٤)</sup>.

٢. أن البناء منقول وأنه لا يدوم<sup>(٥)</sup>، ويُرد عليهم بأن البناء في الأرض المملوكة يدوم<sup>(٦)</sup>.

(١) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني (١٢/٥) الاختيار لتعليل المختار للموصلي (٤٤/٢) تبين الحقائق للزيلعي (٢٥٢/٥).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (١٣/٥) فتح القدير لابن الهمام (٤٠٤/٩) حاشية ابن عابدين (٢١٧/٦).

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين (٢١٨/٦).

(٤) يراجع حاشية الحديثين السابقين: حديث: ((لا شفعة إلا في ربع أو حائط)) وحديث: ((الشفعة في كل شيء عقار أو ربع)) صفحة (٩٩).

(٥) ينظر: روضة الطالبين للنووي (٦٩/٥)، عجالة المحتاج لابن الملقن (١٩٩/٢) النجم الوهاج للدميري (٢٢٣/٥).

(٦) ينظر: حاشية ابن عابدين (٢١٨/٦).

## الترجيح:

يظهر لي - والله أعلم - أن الراجح هو القول بجواز الشفعة في البناء ولو مفرداً، لأنه مما يبقى طويلاً فيبقى ضرره فأشبهه الأرض، ولكون الضرر الذي يحصل به مثل الضرر الذي يحصل في الأرض، ولأن المقصد الذي شرعت له الشفعة هو أذى الدخيل وضرر الشركة وهو موجود في البناء، كما أن الأدلة الدالة على حصر الشفعة في الأرض لا تقوى على التخصيص بالأرض، في مقابل مجموع الأدلة الدالة على جواز الشفعة في البناء، بل فيه إعمال لجميع النصوص الشرعية والجمع بينها.

## المطلب الثالث: مسألة الشفعة فيما لا يمكن قسمته:

والمقصود بها العقار الذي لا يمكن قسمته لصغر مساحته أو لعدم الانتفاع به عند قسمته ولو قسم لحصل به ضرر على الشركاء، وهذه المسألة اختلف فيها على قولين:

## القول الأول:

أن الشفعة تجري فيما لم يقسم ويمكن قسمته أما ما لا يمكن قسمته فلا شفعة فيه، وهو رأي عند المالكية<sup>(١)</sup> والمذهب عند الشافعية<sup>(٢)</sup> والحنابلة<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: الكافي لابن عبد البر (٨٥٢)، مواهب الجليل للحطاب (٣١٩/٥)، شرح مختصر خليل للخرشي (١٦٤/٦)، منح الجليل لمحمد عليش (١٩٥/٧).

(٢) ينظر: مختصر المزني (٢١٩/٨)، روضة الطالبين للنووي (٧٠/٥)، النجم الوهاج للدميري (٢٢٥/٥)، مغني المحتاج للشربيني (٣٧٥/٣).

(٣) ينظر: المغني لابن قدامة (٢٣٣/٥)، الإنصاف للمرداوي (٣٧٦/١٥)، كشاف القناع للبهوتي (١٣٨/٤).

## القول الثاني:

أن الشفعة تجري فيما لم يقسم سواء مما كان يمكن قسمته أو لا يمكن قسمته، وهو رأي الحنفية<sup>(١)</sup> ورأي عند المالكية<sup>(٢)</sup> وقول عند الشافعية<sup>(٣)</sup> ورواية عند الحنابلة<sup>(٤)</sup>، وهو اختيار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية<sup>(٥)</sup>.

## الأدلة:

### أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة، وأبرزها ما يلي:

١. مفهوم حديث: «قضى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»، فمفهوم قول جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي خَبْرِهِ عَنْ قِضَاءِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَمْ يَقْسَم» ظاهر في أنه يقبل

- (١) ينظر: المبسوط للسرخسي (٢٧٥/٦)، بدائع الصنائع للكاساني (١٣/٥)، فتح القدير لابن الهمام (٤٠٣/٩)، وحاشية ابن عابدين (٢٣٦/٦).
- (٢) ينظر: الكافي لابن عبد البر (٨٥٢)، مواهب الجليل للحطاب (٣١٩/٥)، شرح مختصر خليل للخرشي (١٦٤/٦) منح الجليل لمحمد عليش (١٩٥/٧).
- (٣) ينظر: روضة الطالبين للنووي (٧١/٥)، مجموع فتاوى ابن تيمية (٣٨١/٣٠).
- (٤) ينظر: الكافي لابن قدامة (٢٣٣/٢)، الإنصاف للمرداوي (٣٧٦/١٥).
- (٥) ينظر: أبحاث هيئة كبار العلماء، هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، القرار رقم ٤٤ وتاريخ ١٣/٤/١٣٩٦هـ، (١/٧٢٧).

القسمة؛ لأن الأصل في النفي بـ«لم» أن يكون في الممكن، وهذا بخلاف النفي بلا، وإعمال مفهوم أحد اللفظين محل الآخر فيه تجوز أو إجمال<sup>(١)</sup>.

٢. الأدلة التي تمنع من الشفعة في الأماكن الضيقة وما لا تنقسم، ومنها: ما روي عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: ((لا شفعة في فناء، ولا طريق، ولا منقبة))<sup>(٢)</sup>، وروي عن عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: «لا شفعة في بئر ولا فحل»<sup>(٣)(٤)</sup>.

٣. أن الضرر الذي من أجله شرعت الشفعة هو تكاليف القسمة كإحداث المرافق الجديدة التي صارت من نصيب الشريك بسبب القسمة<sup>(٥)</sup>.

(١) ينظر: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٥٤/٦) شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٣٣٥/٢).

(٢) لم أقف عليه مسنداً، وقد ذكره أبو عبيد القاسم بن سلام في غريب الحديث (١٢١/٣)، وذكره ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (٢١٧/٢)، برقم (١٥٧٠)، من دون إسناد، وقال: رواه أبو الخطاب في رؤوس المسائل.

(٣) أخرجه مالك في الموطأ في كتاب الشفعة باب ما لا تقع فيه الشفعة (١٨٩/٢) برقم (٢٢٥٩)، وابن أبي شيبة في مصنفه في باب من كان لا يرى في الحيوان شفعة (٤٥٤/٤)، برقم (٢٢٠٧١-٢٢٧٤٤)، وهذا لفظه، وفي الموطأ بتقييده بفحل النخل، وهو موقوف على عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وقال مالك بعد ذكر الحديث: «وعلى هذا الأمر عندنا» وذكر أبو الحسن ابن القطان أنه غير موصل الإسناد، ينظر: بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام (٥٢٦/٢).

(٤) ينظر: المغني لابن قدامة (٢٣٣/٥).

(٥) ينظر: النجم الوهاج للدميري (٢٢٥/٥) مغني المحتاج للشربيني (٣٧٥/٣)، المغني لابن قدامة (٢٣٣/٥)، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٣٣٥/٢).

٤. أن الحكم بإثبات الشفعة فيما لا ينقسم يؤدي للإضرار بالبائع؛ لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة، وقد لا يجد من يشتري نصيبه خوفاً من الشفعة، فيتضرر البائع<sup>(١)</sup>.

أجيب عن أدلتهم بما يلي:

١. لا يسلم بأن هذا هو مفهوم الحديث؛ لأن «ما» تفيد العموم، «في كل ما لم يقسم» يعني أي شيء لم يقسم ففيه الشفعة والحكم الذي في آخر الحديث وهو قول جابر رضي الله عنه في خبره عن قضاء النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» ينطبق على بعض أفراد العموم ولا يقتضي التخصيص، وتفرع حكم يتعلق ببعض العام لا يقتضي التخصيص<sup>(٢)</sup>.

٢. ضعف الأحاديث التي تمنع من الشفعة فيما لا ينقسم ومنها الأماكن الضيقة، فحديث: ((لا شفعة في فناء)) روي من دون إسناد، وحديث عثمان بن عفان موقوف عليه<sup>(٣)</sup>.

٣. لا يسلم بأن الضرر الذي من أجله شرعت الشفعة هو تكاليف القسمة بل لضرر الدخيل وأذاه المستمر<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: المغني لابن قدامة (٥/٢٣٣).

(٢) ينظر: تعليقات ابن عثيمين على الكافي لابن قدامة (مقطع صوتي شريط رقم ٣٤ بعد الدقيقة ٤٨).

(٣) يراجع تخرج الحديث في صفحة (١٠٣).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني (٥/١٣)، الاختيار لتعليل المختار للموصلي (٢/٤٤)، تبين الحقائق للزيلعي (٥/٢٥٢)، حاشية ابن عابدين (٦/٢٣٦)، المغني لابن قدامة



## أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة، وأبرزها ما يلي:

١. حديث ابن عباس: أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((الشريك شفيع والشفعة في كل شيء))<sup>(١)</sup>، وهذا نص في العموم.
٢. حديث جابر قال: «قضى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالشفعة في كل شيء»<sup>(٢)</sup> وهذا نص في العموم أيضاً.
٣. أن الشفعة سُرعَت لدفع ضرر الدخيل وأذاه المستمر على سبيل اللزوم، وذلك يوجد فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتمل القسمة على السواء، بل إن الضرر فيما لا يمكن القسمة يدوم ويتأبد ضرره، بخلاف ما يمكن القسمة فيمكن إزالة الضرر بالقسمة<sup>(٣)</sup>.

(٥/٢٣٣)، إعلام الموقعين لابن القيم (٣/٣٧٥).

(١) سبق تخريجه صفحة (٩٨).

(٢) ينظر: أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار باب الشفعة بالجوار (٤/١٢٦) برقم (٦٠١٥)، وابن أبي شيبة في مصنفه في باب من قال لا شفعة إلا في تربة أو عقار (٤/٥١٢)، برقم (٢٢٧٥٥)، وذكر ابن عبد الهادي في المحرر في الحديث أن رواته ثقات (٥٠٩)، وقال ابن حجر في بلوغ المرام بعد أن أورده: «ورجاله ثقات» ينظر: (٢٦٧)، وذكر الشوكاني في نيل الأوطار أن سنده لا بأس برواياته، ينظر: (٤٠٠/٥).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني (٥/١٣)، الاختيار لتعليل المختار للموصلي (٢/٤٤)، تبين الحقائق للزيلعي (٥/٢٥٢)، حاشية ابن عابدين (٦/٢٣٦)، المغني لابن قدامة (٥/٢٣٣)، إعلام الموقعين لابن القيم (٣/٣٧٥).

٤. أن النصوص الموجبة للشفعة عامة ولم تفصل بين ما يمكن قسمته وما لا يمكن، وسبب الشفعة الاشتراك في الملك<sup>(١)</sup>.

أجيب عن أدلتهم بما يلي:

١. أن حديث ابن عباس «مرسل، ولم يرد في الكتب الموثوق بها»<sup>(٢)</sup>، وأجيب عليه بأن «غايته أن يكون مرسلًا قد عضدته الآثار المرفوعة والقياس الجلي»<sup>(٣)</sup>.

٢. أنه استدلال بأحاديث ألفاظها عامة، يقابلها الأدلة التي تمنع من الشفعة في الأماكن الضيقة وما لا ينقسم كما بيّن في أدلة القول الأول<sup>(٤)</sup>، ويجاب عليهم بضعفها كما بين في الجواب عليها في أدلة القول الأول<sup>(٥)</sup>.

٣. لا يسلم أن النصوص الموجبة للشفعة لم تفصل بين ما يمكن قسمته وما لا يمكن، بل وردت نصوص تفرق بينهما كما مر في ذكر أدلة القول الأول<sup>(٦)</sup>، ويُرد عليهم بما أجيب عن أدلتهم التي أوردوها هناك<sup>(٧)</sup>.

(١) ينظر: الاختيار لتعليل المختار للموصلي (٢/٤٤)، تبين الحقائق للزيلعي (٥/٢٥٢)، المغني لابن قدامة (٥/٢٣٣).

(٢) المغني لابن قدامة (٥/٢٣٣).

(٣) إعلام الموقعين لابن القيم (٣/٣٧٥).

(٤) المغني لابن قدامة (٥/٢٣٣)، يراجع الفقرة (٢) من أدلة القول الأول.

(٥) يراجع الفقرة (٢) من إجابات أدلة القول الأول.

(٦) يراجع الفقرة (١) من أدلة القول الأول.

(٧) يراجع الفقرة (١) من إجابات أدلة القول الأول.

٤. لا يسلم أن الشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل وأذاه المستمر على سبيل اللزوم؛ لأن الضرر فيما يمكن قسمته من غير جنس هذا الضرر، وهو ضرر الحاجة إلى إحداث المرافق الخاصة بسبب القسمة، فلا يمكن التعديّة ولا القياس عليه<sup>(١)</sup>، يُردّ عليه بأنه لا يسلم هذا؛ لأن إحداث المرافق هو تكميل للمنافع ولا يعد ضرراً<sup>(٢)</sup>، لذا لا يصح أن يكون هو المقصود من مشروعية الشفعة، كما أنه لا دليل على ذلك.

### الترجيح:

يظهر لي -والله أعلم- أن الراجح هو القول الثاني القائل بجواز الشفعة فيما ينقسم وما لا ينقسم، لعموم الأدلة الدالة على جواز الشفعة، مع عدم ثبوت أدلة تدل على تخصيص الشفعة بما ينقسم، ولأن المقصد الذي شرعت له الشفعة هو أذى الدخيل وضرر الشركة وهو موجود فيما ينقسم وما لا ينقسم.

(١) ينظر: المغني لابن قدامة (٥/٢٣٣).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني (٥/٥).

## المبحث الثاني الشفعة في الوحدات العقارية المعاصرة

وفيه مطلبان:

### المطلب الأول: المقصود بالأجزاء المشتركة في الوحدات العقارية المعاصرة، وحدودها وأحوالها:

عند نظري في واقع الوحدات العقارية وجدت أنها على أحوال منها ما هو منقسم في رقة الملك وفي منفعه ما عدا ملكية الأرض، ومنها ما هو منقسم في رقة الملك مشترك في منفعه، ووجدت أن الوحدة العقارية الواحدة يتبعها نسبة مشاعة من الأجزاء المشتركة، ومنها الأرض، وأن ملاك الوحدات العقارية يمتلكون نسبة مشاعة من هذه الأجزاء المشتركة، وذلك بحسب الوحدة العقارية التي يملكونها، كما أن الوحدة العقارية الواحدة المستقلة في رقتها قد يكون لها مالك واحد وقد يشترك فيها أكثر من مالك، ولذا وجدت عند التأمل أن صور الوحدات العقارية في غالبها تدور حول الاستقلال في ذات الوحدة العقارية وهي البناء مع الاشتراك المشاع في الأجزاء المشتركة ومنها الأرض وبعض منافع الوحدة العقارية كالممرات والدرج وموقف السيارة، وأنها تُخَرَّج على مسألة شفعة الشريك في مرافق العقار وعلى شفعة الجار، وتُخَرَّج على مسائل أحكام الشفعة في البناء وما تفرع عليهما من مسألة أحكام الشفعة في العلو والسفل، والشفعة في الجدار المشترك إذا بيع مع أساسه، كما أن ملكية الأرض المشاعة في الوحدات العقارية مما لا يمكن قسمته، فتُخَرَّج على مسائل الشفعة في ملكية ما لا

ينقسم فيما لو بيعت الحدائق المشتركة أو الممرات منفردة، مع أن الواقع أن الحدائق والمواقف تباع ملحقة بالوحدة العقارية لا منفردة عنها، كما أن بعض المنافع يشترك الجميع في ملكها لكن يختص الانتفاع ببعضهم وهذا يؤثر في أولوية الشفعة بين الملاك عند من أجازها، ويتضح في الصور التي تأتي أنها تشابه ما نص عليه الفقهاء في كلامهم كما مر في المبحث السابق وقد عرضت بعض الصور التي وقفت عليها.

ومن خلال تتبع الصور الواقعة، وجدت أن الأرض المقام عليها وحدات عقارية تكون مملوكة لملاك الوحدات العقارية، ملكاً مشاعاً بينهم، ضمن الأجزاء المشتركة، ولم أقف على شركاء مالكين للوحدات العقارية مع كون الأرض ليست من الأجزاء المشتركة، أي أنهم ملاك للبناء فقط دون الأرض، كما لو كانت الأرض مستأجرة، أو محتكرة، أو موقوفة، إلا ما قد يكون من أملاك قديمة قبل سن نظام الوحدات العقارية، وقد نص بعض الفقهاء المتقدمون في كتبهم على وجود بنايات تباع على أراض ليست مملوكة، كما في البناء على الأراضي المحتكرة لبيت المال أو الموقوفة، مع اختلافهم في جواز جريان الشفعة فيها؛ فمنهم من يرى أن الشفعة لا تجري إلا في أرض مملوكة للشركاء، ومنهم من يرى جريانها<sup>(١)</sup>، ولذا فإن هذه المسألة ليست محلاً للمبحث هنا، لا سيما وأن النظام يشترط لفرز الوحدات العقارية وجود

(١) ينظر: البحر الرائق لابن نجيم (٨/١٤٤)، شرح مختصر خليل للخرشي (٦/١٦٧)، حاشية ابن عابدين (٦/٢١٨)، منح الجليل لمحمد عليش (٧/٢٠١).

صك ملكية مستوف للمتطلبات الشرعية والنظامية<sup>(١)</sup>، وأن تكون الأرض ضمن الأجزاء المشتركة التي يُنصُّ في صك الملكية على تبعيتها للوحدة العقارية<sup>(٢)</sup>.

والفائدة من ذكر الصور ودراستها، هي تخريج كل صورة من صور الوحدات العقارية على ما يناسبها مما ذكره الفقهاء وبيان جريان الشفعة فيها من عدمه.

## المطلب الثاني: صور الوحدات العقارية المعاصرة:

### الصورة الأولى:

أن تكون الوحدات العقارية عبارة عن عمارة كبيرة فيها عدد كبير من الوحدات في مختلف الأدوار، وكل وحدة مستقلة عن الأخرى في ذاتها، ولكل وحدة حدود وأطوال ومساحة خاصة بها، لكن فيها مرافق مشتركة في الملك والانتفاع كالمدخل والدرج والسطح وكل وحدة لها نسبة مشاعة من الأرض، وذلك مثل الأبراج العقارية التي لها مدخل واحد وبهو ومصاعد وسلالم وممرات مشتركة وأسفلها مواقف للسيارات مشاعة بين ملاك الوحدات، وليس لأحد الوحدات قرار على الأرض.

(١) ينظر: الفقرة رقم (١) من المادة الثانية من نظام ملكية الوحدات العقارية وفرزها وإدارتها، والفقرة (أ) من الفقرة (١) من المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية.

(٢) ينظر: المادة الأولى من نظام ملكية الوحدات العقارية وفرزها وإدارتها والفقرة (د) من الفقرة (١) من المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية.

هذه الصورة فيها حالتان:

الحالة الأولى: أن يكون للوحدة الواحدة مالكان اثنان أو أكثر، فإذا باع أحدهما نصيبه من الوحدة على مشترٍ غير شريكه فهل يحق لشريكه في نفس الوحدة طلب الشفعة؟ يظهر لي أن هذه المسألة تخرِّج على مسألة الشفعة في البناء، ومنها مسألة الشفعة في علو الدار المشترك إذا بيع العلو، والشفعة في الجدار المشترك إذا بيع مع أساسه.

وبناء عليه يظهر لي أنه يقال في حكم هذه المسألة أنها تتلخص في رأيين:

الرأي الأول: ثبوت حق الشفعة فيها تخريجاً على مسألة الشفعة في علو الدار والشفعة في البناء، وعلى القول بأن البناء يعد في معنى الأرض، أو على القول بأن البناء يتبع العقار -أي الأرض-، وما يتبع العقار يجري مجرى العقار، لأن حق البناء متعلق بالسفل على سبيل التأييد فصار بمعنى العقار وأنه حق متعلق بالبقعة على سبيل الاستقرار والتأييد فكان بمنزلة البقعة، وأنه لو انهدم العلو فحق البناء قائم، ولوجود ضرر الشركة والجوار فيه كالأرض<sup>(١)</sup>، وهذا القول تخريج على مذهب الحنفية والمالكية ورواية عند الحنابلة، وهو القول بجواز الشفعة في البناء.

الرأي الثاني: عدم ثبوت حق الشفعة تخريجاً على مسألة الشفعة في علو الدار والشفعة في البناء، وعلى القول بأن البناء المستقل يأخذ حكم المنقول، والمنقولات لا تجري فيها الشفعة، ولو بيعت الأرض مع البناء، فالأرض

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي (٢٦٩/٦)، بدائع الصنائع للكاساني (١٠/٥)، تبيين الحقائق للزيلعي (٢٥٣/٥)، حاشية ابن عابدين (٢١٧/٦).

هنا تابعة للبناء والبناء متبوع، كمسألة الجدار المشترك إذا بيع مع أساسه، والمقصود البناء وليس أرضه، فيكون حكمه حكم البناء المستقل<sup>(١)</sup>، والأرض هنا لا يمكن قسمتها، وهذا القول تخرج على مذهب الشافعية والحنابلة وهو القول بعدم جواز الشفعة في البناء وعدم جواز الشفعة فيما لا يمكن قسمته.

### الترجيح:

يظهر لي - والله أعلم - أن الراجح هو القول بجواز الشفعة في هذه الحالة، لما سبق ترجيحه من جواز جريان الشفعة في البناء المفرد، ولأن الوحدة العقارية مما يبقى طويلاً فيبقى ضرر الشركة فيها فأشبهت الأرض، ولكون الضرر الذي يحصل بها مثل الضرر الذي يحصل في الأرض، ولأن المقصد الذي شرعت له الشفعة هو أذى الدخيل وضرر الشركة وهو موجود فيها.

الحالة الثانية: أن يكون للوحدة الواحدة مالك واحد، فإذا باع وحدته على مشترٍ من خارج العمارة فهل يحق لأحد ملاك الوحدات الأخرى في نفس العمارة طلب الشفعة؟ يظهر لي أن هذه الحالة تخرج على مسألة شفعة الشريك في مرافق العقار أو على مسألة شفعة الجار المشارك في المرافق لمن يحصر إطلاق الشريك على الشريك في رقبة العقار فقط، ويجعلها من صور شفعة الجار، وعلى مسألة الشفعة في علو الدار إذا كان طريقهما واحداً،

(١) ينظر: روضة الطالبين للنووي (٧٠/٥)، النجم الوهاج للدميميري (٢٢٣/٥)، حاشية الرملي الكبير على أسنى المطالب (٣٦٣/٢).



ومن أمثلتها التي نص عليها الفقهاء الدار الكبيرة التي فيها منازل وبيوت وأبواب المنازل أو البيوت إلى الدار<sup>(١)</sup>.

وبناء عليه يظهر لي أنه يقال في حكم هذه المسألة أنها تتلخص في رأيين:

**الرأي الأول:** ثبوت حق الشفعة فيها تخريجاً على أنها شفعة لشريك في مرافق العقار، أو على أنها شفعة لجار مشترك في مرافق العقار، وعلى القول بأن حق الشفعة يثبت للشريك في المرافق وللجار المشترك في المرافق، وأن البناء يعد في معنى الأرض، وهذا القول تخريج على مذهب الحنفية الذي يرى جواز الشفعة للشريك في حقوق الملك، وجواز الشفعة في العقار، وعلى رواية عند الحنابلة، بالقول بجواز الشفعة للجار الذي بينه وبين جاره منافع مشتركة، وبجواز الشفعة في البناء.

**الرأي الثاني:** عدم ثبوت حق الشفعة تخريجاً على أنها شفعة جار، وأن العلو والسفل الذي لا شركة في رقبته يعد جواراً، وعلى القول بأن حق الشفعة لا يثبت للجار مطلقاً، وهذا القول تخريج على مذهب المالكية والشافعية والحنابلة الذي يرى عدم جواز الشفعة للجار مطلقاً، حتى وإن اشترك مع جاره في منافع العقار، وعلى قول الشافعية والحنابلة بعدم جواز الشفعة في البناء.

(١) ينظر: البحر الرائق لابن نجيم (٨/١٤٤)، منح الجليل لمحمد عيش (٧/٢٠٩).

## الترجيح:

يظهر لي - والله أعلم - أن الراجح هو القول بجواز الشفعة في هذه الحالة، لما سبق ترجيحه من جواز جريان الشفعة للجار المشارك لجاره في مرافق العقار، ولأن الوحدة العقارية مما يبقى طويلاً فيبقى ضرر الشركة فيها، ولأن المقصد الذي شرعت له الشفعة هو أذى الدخيل وضرر الشركة وهو موجود فيها.

## الصورة الثانية:

أن تكون الوحدات العقارية عبارة عن عمارة فيها وحدات محدودة مفرزة، وكل وحدة لها مرافق مستقلة كالمدخل والممر والدرج والسطح وخزانات المياه والكهرباء، ويشتركان في ملكية الأرض فقط، بحيث يكون لكل وحدة نسبة مشاعة من الأرض، وذلك مثل العمارة المكونة من وحدتين، كل وحدة في طابق، وكل وحدة لها منافع خاصة كمدخل خاص وممر ودرج وخزان مياه<sup>(١)</sup> وسطح خاص أو السطح خاص لأحدهما، لكن لكل وحدة نسبة مشاعة من الأرض فقط.

عند النظر في هذه الحالة يتبين لنا أنها تُخَرِّج على مسألة شفعة علو الدار وسفلها، وفيها ثلاث حالات:

**الحالة الأولى:** أن يكون للوحدة الواحدة أكثر من شريك، فيقال في شفعة الشريك في نفس الوحدة مثل ما يقال في الحالة الأولى من الصورة الأولى، (١) يستخدم فيه نظام مضخات دفع وضغط للمياه من الخزان الأرضي إلى أماكن استعمال الماء مباشرة، ولا يحتاج إلى خزان علوي.

لكن يزيد عليها تفريق بعض الفقهاء بين الاشتراك في العلو أو السفلى وتجويز الشفعة في السفلى دون العلو لأن السفلى له قرار، وهو قول للشافعية والحنابلة<sup>(١)</sup>، ويظهر لي - والله أعلم - أن الراجح هو القول بجواز الشفعة في هذه الحالة، تخرجاً على مذهب الحنفية والمالكية ورواية عند الحنابلة، وهو القول بجواز الشفعة في البناء، كما بينته في الحالة الأولى من الصورة الأولى.

الحالة الثانية: أن يكون الشريكان شريكين في الوحدتين جميعاً، فإذا أراد أحدهما بيع نصيبه من جميع الوحدتين فتجري فيه الشفعة؛ لأنه باع كامل العقار بأرضه وهما ملكٌ لهما، ففي هذه الحالة قد باع الأرض بما يتبعها، لذا تجري فيه الشفعة، وهو حاصل مذاهب الأئمة الأربعة؛ لأنها شفعة في أرض مملوكة للجميع، ملكاً مشاعاً لم يقسم، وهي مما يمكن قسمته.

الحالة الثالثة: أن يكون لكل وحدة مالك مستقل، فيقال في شفعة ملاك الوحدات الأخرى في الوحدة المباعة أن هذه الحالة تخرج على شفعة الجار وعلى الشفعة فيما لا ينقسم، ويتلخص فيها رأيان:

الرأي الأول: لا شفعة فيها لأنها شفعة جار ولأنه لا شركة فيها ولأن العلو يعد جواراً، كما أن الذي عن اليمين والشمال والخلف يكون جاراً،

(١) ينظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين (٥/٧٠)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (٣/٣٧٤)، المغني لابن قدامة (٥/٢٣٣)، كشاف القناع (٤/١٤٠)

ولا شفعة للجار<sup>(١)</sup>، ولأنه بناء مستقل<sup>(٢)</sup> وليس جميعه مشتركاً في رقبته، ولأن الاشتراك في الأرض اشتراك فيما لا يمكن قسمته، وهو تابع للوحدة العقارية وليس متبوعاً<sup>(٣)</sup>، وهذا القول تخريج على مذهب المالكية والشافعية والحنابلة، الذي يرى عدم جواز الشفعة للجار، وعلى قول الشافعية والحنابلة بعدم جواز الشفعة في البناء.

الرأي الثاني: أن فيها الشفعة لأنها شفعة جار ملاصق؛ لأنه ليس بينهما منافع مشتركة فليس طريق كل منهما في الآخر وعلوه عليه يعد جواراً<sup>(٤)</sup>، وهذا القول تخريج على مذهب الحنفية الذي يرى جواز الشفعة للجار الملاصق، وجواز الشفعة في العقار.

### الترجيح:

يظهر لي - والله أعلم - أن الراجح هو القول بعدم جواز الشفعة في هذه الحالة؛ لأنها يعدان جارين، ولما سبق ترجيحه من عدم جواز جريان الشفعة للجار المستقل عن جاره في كل شيء وليس بينهما أي اشتراك، ولأن حدود هذا العقار قد وقعت، وطرقه قد صرفت فلا شفعة فيها، كما هو نص الحديث، وأما الأرض المشتركة هنا فلا تعد مرفقاً يكمل الانتفاع بالوحدة

(١) ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي مع حاشية العدوي (٦/١٦٩)، منح الجليل لمحمد عليش (٧/٢٠٨).

(٢) ينظر: المغني لابن قدامة (٥/٢٣٣)، الإنصاف للمرداوي (١٥/٣٨٤)، كشاف القناع للبهوتي (٤/١٤٠).

(٣) ينظر: روضة الطالبين للنووي (٥/٧٠)، مغني المحتاج للشربيني (٣/٣٧٣).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني (٥/١٠).

العقارية، ينتفع به الملاك على سبيل المشاركة والمزاومة، ويتضرر بدخول شريك فيه، وإنما تعد أساساً للوحدات مثل أساس الجدار، ولا أثر لها في الانتفاع.

### الصورة الثالثة:

أن تكون الوحدات العقارية عبارة عن عمارة فيها وحدتان مفزتان متجاورتان متلاصقتان، وكل وحدة لها مرافق مستقلة كالمدخل والدرج والسطح وخزانات المياه والكهرباء، وليس لإحدهما علو على الأخرى، وكل وحدة مقامة على جزء من الأرض لكن يشتركان في ملكية عموم الأرض اشتراكاً مشاعاً، بحيث يكون لكل وحدة نسبة مشاعة من الأرض، وذلك حسب ما يكون في الصك الشرعي بسبب عدم انطباق شروط فرز العقارات على العقار كصغر مساحة الأرض وغيرها<sup>(١)</sup>، فتفرز فرز وحدات سكنية، وينص على بقاء الأرض مشاعة بين الملاك.

عند النظر في هذه الصورة يتبين أن لها حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون للوحدة الواحدة أكثر من شريك، فتكون الشفعة فيها شفعة شريك في ملك بناء مشاع مع أرضه، وتجري فيه الشفعة، وهو حاصل مذاهب الأئمة الأربعة؛ لأنها شفعة في أرض مملوكة للجميع، ملكاً مشاعاً لم يقسم، وهي مما يمكن قسمته.

(١) وذلك حسب الشروط المذكورة في موقع وزارة الشؤون البلدية والقروية والإسكان (بلدي) <https://balady.gov.sa/Services/Terms/?id=262>

الحالة الثانية: أن يكون لكل وحدة مالك مستقل، فتُخرَج شفعة مالك الوحدة الأخرى على مسألة شفعة الجار، وأما الاشتراك في الأرض فهو في التوثيق فقط، لأن كلاً من الشريكين في الواقع قد استقل بالانتفاع بجهة، ويتصرف في قسمه تصرف المالك المستقل، ولذا يعد هذا العقار قد وقعت حدوده وصرفت طريقه، وعليه فهذه الحالة يتلخص فيها رأيان:

الرأي الأول: أنه ليس فيها شفعة، بناء على القول بعدم ثبوت الشفعة للجار، وهذا القول تخريج على مذهب المالكية والشافعية والحنابلة، الذي يرى عدم جواز الشفعة للجار.

الرأي الثاني: أن فيها الشفعة، وأنها شفعة جار، وهو يعد جاراً ملاصقاً، وهذا القول تخريج على مذهب الحنفية الذي يرى جواز الشفعة للجار الملاصق.

### الترجيح:

يظهر لي -والله أعلم- أن الراجح هو القول بعدم جواز الشفعة في هذه المسألة، لما سبق ترجيحه من عدم جواز جريان الشفعة للجار المستقل عن جاره في كل شيء، وليس بينهما أي اشتراك، ولأن حدود هذا العقار قد وقعت، وطرقه قد صرفت فلا شفعة فيها، كما هو نص الحديث.

### الصورة الرابعة:

أن تكون الوحدات العقارية عبارة عن عمارة فيها وحدات عقارية مفرزة، وكل وحدة لها مرافق مشتركة ومرافق مستقلة وكل وحدة لها نسبة

مشاعة من الأرض، وبعض المرافق مشتركة بين بعض الوحدات دون غيرهم، وربما بعض الوحدات لا شريك لها في المرافق، وذلك مثل عمارة مكونة من أربع وحدات سكنية في كل طابق وحدتان، فالسطح والدرج مرافق مشاعة بين الوحدتين العلويتين، وخزانات المياه مشاعة بين الجميع أو بين كل وحدتين، ومداخل وحدات الدور الأرضي والارتدادات مرافق خاصة بكل وحدة أرضية، وليس في أسفل الوحدات مرافق عامة كمواقف السيارات، بل الوحدات السفلية على الأرض وهي لها قرار.

هذه الصورة فيها حالتان:

**الحالة الأولى:** أن يكون للوحدة الواحدة أكثر من شريك، فيقال في شفعة الشريك في نفس الوحدة مثل ما يقال في الحالة الأولى من الصورة الأولى، لكن يزيد عليها تفريق بعض الفقهاء بين الاشتراك في العلو أو السفل وتجويز الشفعة في السفل دون العلو لأن السفل له قرار، وهو قول للشافعية والحنابلة<sup>(١)</sup>. ويظهر لي - والله أعلم - أن الراجح هو القول بجواز الشفعة في هذه المسألة، تخرجاً على مذهب الحنفية والمالكية ورواية عند الحنابلة، وهو القول بجواز الشفعة في البناء، كما بينته في الحالة الأولى من الصورة الأولى.

**الحالة الثانية:** وهي أن يكون المالك للوحدة واحداً وباع وحدته على مشتر من خارج العمارة، وطلب أحد ملاك الوحدات الأخرى في العمارة الشفعة في هذه الوحدة، فتخرج على مسألة شفعة الشريك في مرافق العقار،

(١) ينظر: روضة الطالبين للنووي (٧٠/٥)، مغني المحتاج للشربيني (٣/٣٧٤)، كشف القناع للبهوتي (٤/١٣٩)

أو على مسألة شفعة الجار المشارك في المرافق، وهي الدار الكبيرة التي فيها منازل وبيوت وأبواب المنازل أو البيوت إلى الدار، وهذه الحالة مثل الحالة الثانية من الصورة الأولى، لكن تزيد بأن بعض ملاك الوحدات يختصون باشتراك في بعض المنافع دون البقية، وليس اشتراكهم متساوياً في جميع المرافق.

وبناء عليه يظهر لي أنه يقال في حكم هذه الحالة أنها تتلخص في رأيين:

**الرأي الأول:** ثبوت حق الشفعة فيها تخريجاً على أنها شفعة لشريك في مرافق العقار، أو على أنها شفعة لجار مشارك في مرافق العقار، وعلى القول بأن حق الشفعة يثبت للشريك في المرافق وللجار المشارك في المرافق، وأن البناء يعد في معنى الأرض، لكن تكون أولوية الشفعة لمن يشترك في مرافق أكثر، كما نص عليه الحنفية<sup>(١)</sup>، وهذا القول تخريج على مذهب الحنفية الذي يرى جواز الشفعة للشريك في حقوق الملك، وجواز الشفعة في العقار، وعلى رواية عند الحنابلة، بالقول بجواز الشفعة للجار الذي بينه وبين جاره منافع مشتركة، وبجواز الشفعة في البناء، وأما الوحدة التي لا شريك لها في المرافق فشفعة جار ملاصق، ويقال فيها ما قيل في الحالة الثانية من الصورة الثانية.

**الرأي الثاني:** عدم ثبوت حق الشفعة تخريجاً على أنها شفعة جار، وأن العلو والسفل الذي لا شركة في رقبته يعد جواراً، وعلى القول بأن حق الشفعة لا يثبت للجار مطلقاً، سواء أكان بينهما اشتراك في مرافق العقار أم لا، وأن العلو يعد بناء مفرداً ولا شفعة فيه، وهذا القول تخريج على مذهب

(١) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني (٨/٥).



المالكية والشافعية والحنابلة الذي يرى عدم جواز الشفعة للجار مطلقاً، حتى وإن اشترك مع جاره في منافع العقار، وعلى قول الشافعية والحنابلة بعدم جواز الشفعة في البناء.

### الترجيح:

يظهر لي - والله أعلم - أن الراجح هو القول بجواز الشفعة في هذه المسألة، لما سبق ترجيحه من جواز جريان الشفعة للجار المشارك لجاره في مرافق العقار، ولأن الوحدة العقارية مما يبقى طويلاً فيبقى ضرر الشركة فيها، ولأن المقصد الذي شرعت له الشفعة هو أذى الدخيل وضرر الشركة وهو موجود فيها.

## الخاتمة

في ختام هذا البحث أحمد الله أن يسر لي إتمام هذا البحث، وأسأل الله أن ينفع به، وفيما يلي أبرز النتائج:

١. الشفعة مُجمَع على جوازها في الأصل، وما نُقل خلافاً لذلك فهو قول شاذ مخالف لنصوص السنة الثابتة والإجماع المنعقد قبله، والذي نُقل فيه الإجماع هو الشفعة في الأرض المشاعة، التي لم تقسم، وهي تقبل القسمة، إذا حصل البيع دون علم الشريك.

٢. ما عدا ذلك فحصل فيه خلاف بين الفقهاء، ومنه استحقاق الجار للشفعة في عقار جاره، واستحقاق الشفعة للجار الشريك في ملك مرافق العقار وهو العقار المقسوم الذي بقي فيه اشتراك في مرافقه - ويسمى المقاسم -، واستحقاق الشفعة للشريك في الملك ماعدا الأرض، واستحقاق الشريك للشفعة في الملك المشترك المشاع الذي لا يمكن قسمته.

٣. في مسألة شفعة الجار يظهر لي - والله أعلم - أن الراجح هو القول بجواز الشفعة للجار المشارك لجاره في مرافق العقار، دون الجار الذي ليس بينه وبين جاره أي اشتراك لا في المرافق ولا في أصل الملك.

٤. في مسألة الشفعة في البناء يظهر لي - والله أعلم - أن الراجح هو القول بجواز الشفعة في البناء ولو مفرداً.

٥. في مسألة الشفعة فيما لا ينقسم، يظهر لي - والله أعلم - أن الراجح هو القول بجواز الشفعة فيما ينقسم وما لا ينقسم.

٦. عند نظري في واقع الوحدات العقارية وجدت أن واقعها على حالين: منها ما هو منقسم في رقة الملك وفي منفعه ما عدا ملكية الأرض، ومنها ما هو منقسم في رقة الملك مشترك في منفعه.

٧. تبين لي أن الوحدة العقارية الواحدة في الواقع يتبعها نسبة مشاعة من الأجزاء المشتركة، ومنها الأرض، وأن ملاك الوحدات العقارية يمتلكون نسبة مشاعة من هذه الأجزاء المشتركة، وذلك بحسب الوحدة العقارية التي يملكونها، كما أن الوحدة العقارية الواحدة المستقلة في رقتها قد يكون لها مالك واحد وقد يشترك فيها أكثر من مالك.

٨. تبين لي عند التأمل أن صور الوحدات العقارية في غالبها تدور حول الاستقلال في ذات الوحدة العقارية وهي البناء مع الاشتراك المشاع في الأجزاء المشتركة ومنها الأرض وبعض منافع الوحدة العقارية كالممرات والدرج وموقف السيارات.

٩. تبين لي أن صور الشفعة في الوحدات العقارية تُخرَج على مسألة شفعة الشريك في مرافق العقار وعلى شفعة الجار، وتُخرَج على مسائل أحكام الشفعة في البناء وما تفرع عنها من مسألة أحكام الشفعة في العلو والسفل، والشفعة في الجدار المشترك إذا بيع مع أساسه، كما أن ملكية الأرض المشاعة في الوحدات العقارية مما لا يمكن قسمته، فتُخرَج على مسائل الشفعة في ملكية ما لا ينقسم فيما لو بيعت الحقائق المشتركة أو الممرات منفردة.

١٠. تبين لي خلال تتبع الصور الواقعة، أن الأرض المقام عليها وحدات عقارية تكون مملوكة لملاك الوحدات العقارية، ملكاً مشاعاً بينهم، ضمن

الأجزاء المشتركة، وأن النظام يشترط لفرز الوحدات العقارية وجود صك ملكية مستوف للمتطلبات الشرعية والنظامية، وأن تكون الأرض ضمن الأجزاء المشتركة التي يُنصُّ في صك الملكية على تبعيتها للوحدة العقارية.

١١. بعد البحث في صور الوحدات العقارية في الواقع خرجت بأربع صور، وكل صورة لها حالات، ومدار الحكم على هذه الصور هو ما تُخَرِّج عليه من المسائل التي نص عليها الفقهاء، فمنها ما يأخذ حكم شفعة الجار غير المشارك في مرافق العقار، ومنها ما يأخذ حكم شفعة الجار المشارك في مرافقه، ومنها ما يأخذ حكم الشفعة في البناء.

### التوصيات:

أوصي ببحث أحكام الشفعة في الأراضي المملوكة لشركاء، وموثق ملكيتها ملكية مشاعة في عامة الأرض، لكن بين الملاك اتفاق غير موثق توثيقاً رسمياً بقسمة الأرض إلى أجزاء وتصريف طرقها، واستقلال كل شريك بجزء خاص به.

تم البحث والله الحمد، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

## فهرس المراجع والمصادر

١. الاختيار لتعليل المختار، تأليف: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلبي البلدحي، مجد الدين أبي الفضل الحنفي (المتوفى: ٦٨٣هـ)، الناشر: مطبعة الحلبي - القاهرة، تاريخ النشر: ١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م، عدد الأجزاء: ٥.
٢. الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار، تأليف: أبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي (٣٦٨هـ - ٤٦٣هـ)، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، الناشر: دار قتيبة - دمشق - دار الوعي - حلب، الطبعة: الأولى ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، عدد الأجزاء: ٢٧ مجلد و٣ فهارس.
٣. أسنى المطالب في شرح روض الطالب ومعه حاشية الرملي الكبير، تأليف: زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: ٩٢٦هـ)، عدد الأجزاء: ٤، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
٤. إعلام الموقعين عن رب العالمين، تأليف: أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ)، تحقيق: أبي عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ عدد الأجزاء: ٧.
٥. الأم، تأليف: الشافعي أبي عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (المتوفى: ٢٠٤هـ)، الناشر: دار المعرفة - بيروت، الطبعة: بدون طبعة، سنة النشر: ١٣٩٣هـ، عدد الأجزاء: ٨.
٦. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (المطبوع مع المقنع والشرح الكبير)، تأليف: علاء الدين أبي 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، عدد الأجزاء: ٣٠.
٧. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تأليف: علاء الدين، أبي بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، عدد الأجزاء: ٧.
٨. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تأليف: أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: ٥٩٥هـ)، الناشر: دار الحديث - القاهرة، الطبعة: بدون طبعة تاريخ النشر: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م، عدد الأجزاء: ٤.
٩. البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، تأليف: ابن الملقن سراج الدين أبي حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (المتوفى: ٨٠٤هـ)، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، الناشر: دار الهجرة للنشر والتوزيع - الرياض-السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، عدد الأجزاء: ٩.
١٠. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تأليف: 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 (المتوفى بعد ١١٣٨هـ)، وبالْحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ، عدد الأجزاء: ٨.
١١. بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ)، تأليف: أبي العباس أحمد بن محمد الخلوئي، الشهير بالصاوي



- المالكي (المتوفى: ١٢٤١هـ)، الناشر: دار المعارف، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، عدد الأجزاء: ٤.
١٢. بلوغ المرام من أدلة الأحكام، تأليف: أبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، تحقيق وتخريج وتعليق: سمير بن أمين الزهري، الناشر: دار الفلق - الرياض، الطبعة: السابعة، ١٤٢٤هـ، عدد الأجزاء: ١.
١٣. بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام، تأليف: علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي، أبو الحسن ابن القطان (المتوفى: ٦٢٨هـ)، تحقيق: د. الحسين آيت سعيد، الناشر: دار طيبة - الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، عدد الأجزاء: ٦ (٥ أجزاء، ومجلد فهارس).
١٤. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، تحقيق: عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: ٧٤٣هـ) الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلبي (المتوفى: ١٠٢١هـ)، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٣١٣هـ.
١٥. تحفة المحتاج في شرح المنهاج، تأليف: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي ٩٧٤هـ، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، الطبعة: بدون طبعة عام النشر: ١٣٥٧هـ - ١٩٨٣م.
١٦. التحقيق في أحاديث الخلاف، تأليف: جمال الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي (المتوفى: ٥٩٧هـ)، تحقيق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ، عدد الأجزاء: ٢.
١٧. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، تأليف: أبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، تحقيق: أبي

- عاصم حسن بن عباس بن قطب، الناشر: مؤسسة قرطبة - مصر، الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م، عدد الأجزاء: ٤.
١٨. جامع الأمهات، تأليف: عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، أبو عمرو وجمال الدين ابن الحاجب الكردي المالكي (المتوفى: ٦٤٦هـ)، تحقيق: أبي عبد الرحمن الأخضر الأخضرى، الناشر: اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، عدد الأجزاء: ١.
١٩. جامع الترمذي، تصنيف: أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، إشراف: معالي الشيخ صالح آل الشيخ، دار السلام الرياض ١٤٢٠هـ.
٢٠. حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، تأليف: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي (المتوفى: ١٣٩٢هـ)، الناشر: (بدون ناشر)، الطبعة: الأولى - ١٣٩٧هـ، عدد الأجزاء: ٧ أجزاء.
٢١. حاشية العنقري على الروض المربع، تأليف: عبد الله بن عبدالعزيز بن عبد الرحمن العنقري الحنبلي النجدي (المتوفى: ١٣٧٣هـ)، الناشر: (دار أطلس الخضراء)، تحقيق: أحمد بن عبدالعزيز الجمار، الطبعة: الأولى - ١٤٣٧هـ، عدد الأجزاء: ٥ أجزاء.
٢٢. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تأليف: أبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: ٤٥٠هـ)، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م، عدد الأجزاء: ١٩.
٢٣. الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تأليف: محمد بن علي بن محمد الحصني المعروف بعلاء الدين الحصكفي الحنفي (المتوفى: ١٠٨٨هـ)، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م، عدد الأجزاء: ١.





٢٤. دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإيرادات، تأليف: منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١هـ)، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، عدد الأجزاء: ٣.
٢٥. رد المحتار على الدر المختار، تأليف: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: ١٢٥٢هـ)، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، عدد الأجزاء: ٦.
٢٦. روضة الطالبين وعمدة المفتين، تأليف: أبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م، عدد الأجزاء: ١٢.
٢٧. سنن ابن ماجه، تصنيف: أبي عبد الله محمد بن يزيد الربيعي ابن ماجه القزويني، إشراف معالي الشيخ صالح آل الشيخ، دار السلام الرياض ١٤٢٠هـ.
٢٨. سنن أبي داود، تصنيف: سليمان بن الشعث السجستاني، إشراف معالي الشيخ صالح آل الشيخ، دار السلام الرياض ١٤٢٠هـ.
٢٩. سنن الدارقطني، تصنيف: أبي الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني (المتوفى: ٣٨٥هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م، عدد الأجزاء: ٥.
٣٠. شرح الزركشي على متن الخرقى، تأليف: شمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (المتوفى: ٧٧٢هـ)، الناشر: مكتبة الأسدى مكة المكرمة، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م، عدد الأجزاء: ٤.

٣١. شرح مختصر خليل للخرشي، تأليف: محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، أبو عبد الله (المتوفى: ١١٠١هـ)، الناشر: دار الفكر للطباعة - بيروت، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، عدد الأجزاء: ٨.
٣٢. شرح معاني الآثار، تأليف: أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي (المتوفى: ٣٢١هـ)، تحقيق: (محمد زهري النجار - محمد سيد جاد الحق) من علماء الأزهر الشريف راجعه ورقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: د. يوسف عبد الرحمن المرعشلي - الباحث بمركز خدمة السنة بالمدينة النبوية، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: الأولى - ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م، عدد الأجزاء: ٥ (٤ وجزء للفهارس).
٣٣. الصحاح؛ تاج اللغة وصحاح العربية، تأليف: إسماعيل بن حماد الجوهري (المتوفى: ٣٩٣هـ)، الناشر: دار العلم للملايين - بيروت، الطبعة: الرابعة - يناير ١٩٩٠م. الأجزاء: ٦.
٣٤. صحيح البخاري، تصنيف: محمد بن إسماعيل البخاري، دار السلام الرياض ١٤٢٠هـ.
٣٥. صحيح الإمام مسلم، تصنيف: مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، دار السلام الرياض ١٤٢٠هـ.
٣٦. عجالة المحتاج إلى توجيه المنهاج، تأليف: سراج الدين أبي حفص عمر بن علي بن أحمد المعروف بـ «ابن النحوي» والمشهور بـ «ابن الملقن» (المتوفى: ٨٠٤هـ)، تحقيق: عز الدين هشام بن عبد الكريم البدراني، الناشر: دار الكتاب، إربد - الأردن عام النشر: ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م، عدد الأجزاء: ٤.
٣٧. علل الترمذي الكبير، تأليف: محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: ٢٧٩هـ)، تحقيق: صبحي السامرائي، أبو المعاطي النوري، محمود خليل الصعيدي، الناشر: عالم الكتب، مكتبة النهضة العربية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٩هـ، عدد الأجزاء: ١.



٣٨. عمدة القاري شرح صحيح البخاري، تأليف: أبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني (المتوفى: ٨٥٥هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، عدد الأجزاء: ٢٥ × ١٢.
٣٩. غريب الحديث، تأليف: أبي عبيد القاسم بن سلام بن عبد الله الهروي البغدادي (المتوفى: ٢٢٤هـ)، تحقيق: د. محمد عبد المعيد خان، الناشر: مطبعة دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد- الدكن، الطبعة: الأولى، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م، عدد الأجزاء: ٤.
٤٠. فتح القدير، تأليف: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: ٨٦١هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، عدد الأجزاء: ١٠.
٤١. فتح الملك العزيز بشرح الوجيز، تأليف: علي بن البهاء البغدادي الحنبلي (٩٠٠هـ)، تحقيق: أ. د. عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، الناشر: دار خضر للطباعة والنشر بيروت لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ -، عدد الأجزاء: ٥.
٤٢. قوت المحتاج في شرح المنهاج، تأليف: شهاب الدين، أحمد بن حمدان الأذرعي الشافعي (المتوفى: ٧٨٣هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ٢٠١٥م، عدد الأجزاء: ١٢.
٤٣. الكافي في فقه الإمام أحمد، تأليف: أبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، عدد الأجزاء: ٤.
٤٤. الكافي في فقه أهل المدينة، تأليف: أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: ٤٦٣هـ)، تحقيق: محمد محمد أحميد ولد مادريك الموريتاني، الناشر: مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م، عدد الأجزاء: ٢.

- ٤٥ . كشف القناع عن متن الإقناع، تأليف: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، عدد الأجزاء: ٦.
- ٤٦ . كنز الدقائق، تأليف: أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي (المتوفى: ٧١٠هـ)، تحقيق: أ. د. سائد بكداش، الناشر: دار البشائر الإسلامية، دار السراج، الطبعة: الأولى، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م، عدد الأجزاء: ١.
- ٤٧ . لسان العرب، تأليف: محمد بن مكرم بن علي، أبي الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (المتوفى: ٧١١هـ)، الناشر: دار صادر - بيروت، الطبعة: الثالثة - ١٤١٤هـ، عدد الأجزاء: ١٥.
- ٤٨ . المبسوط، تأليف: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ)، الناشر: دار المعرفة - بيروت، الطبعة: بدون طبعة تاريخ النشر: ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، عدد الأجزاء: ٣٠.
- ٤٩ . المدونة، تأليف: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: ١٧٩هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م، عدد الأجزاء: ٤.
- ٥٠ . مجموع الفتاوى، تأليف: تقي الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني (المتوفى: ٧٢٨هـ)، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية عام النشر: ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.
- ٥١ . المحرر في الحديث، تأليف شمس الدين محمد بن أحمد بن عبد الهادي الحنبلي (المتوفى: ٧٤٤هـ)، تحقيق: د. يوسف عبد الرحمن المرعشلي، محمد سليم إبراهيم سارة، جمال حمدي الذهبي، الناشر: دار المعرفة - لبنان - بيروت، الطبعة: الثالثة، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، عدد الأجزاء: ٢.



٥٢. المحلى بالآثار، تأليف: أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ)، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، عدد الأجزاء: ١٢.
٥٣. مختصر المزني (مطبوع ملحقاً بالأم للشافعي)، تأليف: إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل، أبو إبراهيم المزني (المتوفى: ٢٦٤هـ)، الناشر: دار المعرفة - بيروت سنة النشر: ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م، عدد الأجزاء: ١ (يقع في الجزء ٨ من كتاب الأم).
٥٤. مسند الإمام أحمد بن حنبل، تصنيف: أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: ٢٤١هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.
٥٥. المصنف في الأحاديث والآثار، تصنيف: أبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي ٢٣٥، الناشر: مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٠٩هـ، تحقيق: كمال يوسف الحوت، عدد الأجزاء: ٧.
٥٦. معجم مقاييس اللغة، تأليف: أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، الطبعة: ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، عدد الأجزاء: ٦.
٥٧. معونة أولي النهى شرح المنتهى، تأليف تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي الشهير بابن النجار (٩٧٢هـ)، تحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، الناشر: مكتبة دار البيان دمشق، الطبعة الرابعة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ، عدد الأجزاء: ١٢.
٥٨. المغني لابن قدامة، تأليف: أبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي

- (المتوفى: ٦٢٠هـ)، الناشر: مكتبة القاهرة، الطبعة: بدون طبعة، عدد الأجزاء: ١٠ تاريخ النشر: ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.
٥٩. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تأليف: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م، عدد الأجزاء: ٦.
٦٠. منتهى الإرادات، تأليف: تقي الدين محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي الشهير بابن النجار (٩٧٢هـ)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م، عدد الأجزاء: ٥.
٦١. منح الجليل شرح مختصر خليل، تأليف: محمد بن أحمد بن محمد عlish، أبو عبد الله المالكي (المتوفى: ١٢٩٩هـ)، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة: بدون طبعة تاريخ النشر: ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م، عدد الأجزاء: ٩.
٦٢. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، تأليف: شمس الدين أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطاب الرُّعيني المالكي (المتوفى: ٩٥٤هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، عدد الأجزاء: ٦.
٦٣. موطأ الإمام مالك بن أنس من رواية يحيى الليثي، تأليف: مالك بن أنس، أبي عبد الله الأصبحي، تحقيق: المجلس العلمي الأعلى، الناشر: مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء المغرب، الطبعة الأولى ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م.
٦٤. النجم الوهاج في شرح المنهاج، تأليف: كمال الدين، محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدِّميري، أبو البقاء الشافعي (المتوفى: ٨٠٨هـ)، الناشر: دار المنهاج (جدة)، تحقيق: لجنة علمية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م، عدد الأجزاء: ١٠.



## اليمين في دعوى الجناية على ما دون النفس

أ. د. عياد بن عساف بن مقبل العنزي

الأستاذ في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

بجامعة القصيم

## المقدمة

الحمد لله رب العالمين، الرحمن الرحيم، خلق فسوى، وقدر فهدى،  
أحمده سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى وَأشكره، وأستعينه وأستغفره، وأشهد أن لا إله إلا الله  
وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله  
وأصحابه وسلم تسليماً كثيراً.

أما بعد:

فإن الله تعالى بحكمته ورحمته شرع لعباده ما به حفظ ضروراتهم  
التي لا تستقيم حياتهم إلا بحفظها، ومنها ضرورة حفظ النفس، فشرع  
القصاص في الأنف والأطراف والجراحات صيانة لها، متى ثبت موجب  
ذلك على الجاني؛ كما قال تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ  
وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ  
قِصَاصٌ﴾<sup>(١)</sup>، وقد جعل الشارع اليمين على المدعى عليه إذا لم يكن للمدعي  
بينة ويبرأ بذلك من الدعوى؛ لأن الأصل براءة ذمته، على اختلاف بين  
العلماء في الحقوق التي تشرع فيها يمين المدعى عليه والحقوق التي لا تشرع  
فيها، وإذا توجهت اليمين على المدعى عليه في حق من الحقوق ونكل عن  
اليمين فهل يعد نكوله دليلاً على ثبوت الحق عليه؟ خلاف بين العلماء. ولذا  
رغبت أن أبحث مسألة مهمة في دعوى الجناية على ما دون النفس، وهي  
مدى دور اليمين في الإثبات والنفي في دعوى الجناية على ما دون النفس،  
وجعلتها بهذا العنوان: «اليمين في دعوى الجناية على ما دون النفس»، والله

(١) المائدة: ٤٥.



تعالى أسأل التوفيق والسداد إن ربي سميع مجيب، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه.

### مشكلة البحث:

يذكر الفقهاء اليمين وسيلة في دفع الدعوى، وبعضهم يذكرها وسيلة في إثباتها مع الشاهد في الأموال، ومنهم من يقضي بالنكول عنها من غير رد اليمين على المدعي، ومنهم من يرد اليمين على المدعي فيقضي بها، وقد أشبعت هذه المسألة بحثاً في دعاوى الأموال، ولكن لا تزال بحاجة إلى إيضاح وتفصيل في دعاوى الجنايات خاصة فيما دون النفس، وأما اليمين في دعوى الجناية على النفس (القسامة) فهي مسألة أخرى تختلف عن هذه المسألة صورة، وحكماً، وأثراً، وخلافاً، وفيها بحوث خاصة<sup>(١)</sup>، ومن هنا تتجلى مشكلة البحث في هذا السؤال: هل اليمين في دعوى الجناية على ما دون النفس غير معتبرة مطلقاً، أو تعتبر وسيلة نفي فقط، أو تعتبر وسيلة نفي وإثبات معاً؟ أو تختلف باختلاف موجب الجناية وأحوالها؟

### أهمية البحث:

تظهر أهمية هذا البحث من حيث حاجة القاضي إلى معرفة القول الراجح في هذه المسألة المهمة التي يكثر وقوعها، بالإضافة إلى أهمية موضوع هذه المسألة وهو حفظ النفس من العدوان بإيقاع العقوبة المقررة شرعاً على

(١) منها: القسامة، إعداد هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية، مجلة البحوث الإسلامية، العدد الرابع ١٣٩٨هـ، أحكام القسامة «دراسة تأسيسية تطبيقية»، د. فهد بن نافل الصغير، مجلة القضائية، العدد الحادي عشر، ربيع الثاني ١٤٣٦هـ، وغيرها.

المعتدي في حال ثبوت الجناية عليه بهذا الطريق، أو عدم معاقبته في حال قصور ذلك عن الإثبات، وحفظ النفس من المقاصد الكبرى للشريعة الإسلامية، حيث يأتي في المرتبة الثانية بعد حفظ الدين.

### أسباب اختياره:

١. أهمية الموضوع؛ كما تقدم.
٢. وقوع الخلاف بين العلماء في ثبوت الجناية على ما دون النفس باليمين مع الشاهد، وفي حكم استحلاف المدعى عليه إذا لم يكن للمدعي بينة، وفي حكم القضاء بالنكول في حال توجه اليمين إلى المدعى عليه، ومن ثم فالحاجة ماسة إلى دراسة هذه المسألة من جميع جوانبها للوصول إلى القول الراجح الذي تؤيده الأدلة الشرعية، والمقاصد المرعية.
٣. أني لم أطلع على بحث خاص في هذه المسألة المهمة التي يكثر وقوعها، وتشتد الحاجة إليها. والله من وراء القصد.

### أهداف البحث:

١. بيان مشروعية اليمين في دعاوى الجناية على ما دون النفس.
٢. بيان مدى ثبوت الجناية فيما دون النفس بيمين المدعي؛ سواء كانت الجناية موجبة للقود، أو الدية.
٣. بيان حكم استحلاف المدعى عليه في دعوى الجناية على ما دون النفس؛ سواء كانت الجناية موجبة للقود، أو الدية.

٤. بيان حكم القضاء بنكول المدعى عليه عن اليمن في دعوى الجناية على ما دون النفس؛ سواء كانت الجناية موجبة للقتل، أو الدية.

### الدراسات السابقة:

لم أطلع على دراسة خاصة في هذه المسألة، لكن هناك دراسات تناولت المسألة ضمن غيرها من وسائل الإثبات، ومما اطلعت عليه من هذه الدراسات ما يلي:

الدراسة الأولى: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، للدكتور محمد مصطفى الزحيلي.

الدراسة الثانية: النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود، للدكتور عبد الله بن علي الركبان.

وكلا الدراستين في غاية من التحقيق والبيان، لكنهما لم تهديا إلى دراسة الإثبات باليمن -بصفة تفصيلية- في دعوى الجناية على ما دون النفس، وأحسب أن هذا البحث محقق لهذا الغرض.

الدراسة الثالثة: تحليف المتهم اليمن في الدعوى الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون المقارن: دراسة فقهية قانونية مقارنة. عبد الحميد، سليمان محمد الشايب، رسالة دكتوراه، جامعة أم درمان الإسلامية، كلية الشريعة والقانون، (٢٠٠٧م)، وهذه الرسالة لم أطلع عليها، وإنما وجدت لها ملخصاً على الشبكة العنكبوتية<sup>(١)</sup>، وظهر لي منه أنها عامة في دعاوى

(١) على الرابط: <https://cutt.us/dcHw6>

الجنايات؛ كدعوى القتل، وقطع الطريق، والسرقه، والغصب، والقذف، والعدوان، ودعاوى الشتم و الضرب الموجبين للتعزير؛ إضافة إلى كونها دراسة مقارنة بالقانون المصري والقانون الانجليزي؛ مما يغلب على الظن أنها لم تتناول موضوع هذا البحث بصفة تفصيلية.

### منهج البحث:

سلكت في هذا البحث المنهج الاستقرائي لأحوال المسألة وأدلتها، وأقوال العلماء فيها، والمنهج التحليلي والنقدي لاستنباطات العلماء واستدلالاتهم، ومنهج المقارنة والموازنة بين الأقوال والأدلة.

### إجراءات البحث:

١. تصوير المسألة المراد بحثها قبل بيان حكمها ليتبين المقصود من دراستها.
٢. تحرير محل النزاع في المسألة إن كان بعض صورها محل اتفاق وبعضها محل اختلاف.
٣. اتباع المنهج المعروف في دراسة المسائل الفقهية من ذكر الأقوال في المسألة، والأدلة، والمناقشات، والترجيح، والتوثيق من المصادر الأصلية.
٤. التركيز على موضوع البحث وتجنب الاستطراد.
٥. عزو الآيات إلى المصحف بذكر اسم السورة، ورقم الآية.

٦. تخريج الأحاديث النبوية من مصادرها الأصلية مع بيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما، فإن كانت كذلك فأكتفي حينئذ بتخريجها منها أو من أحدهما.

### خطة البحث:

يتكون البحث من مقدمة، وتمهيد، وأربعة مباحث، ثم الخاتمة.

#### المقدمة:

وتشتمل على أهمية الموضوع، وأسباب اختياره، والدراسات السابقة، ومنهج البحث، وإجراءاته، وخطة البحث.

#### التمهيد:

في تعريف اليمن، والدعوى، والجناية. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف اليمن.

المطلب الثاني: تعريف الدعوى.

المطلب الثالث: تعريف الجناية.

المبحث الأول: مشروعية اليمن في الدعوى.

المبحث الثاني: ثبوت الجناية فيما دون النفس بيمين المدعي.

المبحث الثالث: استحلاف المدعى عليه في دعوى الجناية على ما دون

النفس.

المبحث الرابع: القضاء بنكول المدعى عليه عن اليمن في دعوى الجناية  
على ما دون النفس:  
وفيه مطلبان:

المطلب الأول: نكول المدعى عليه إذا كان موجب جنايته الدية.

المطلب الثاني: نكول المدعى عليه إذا كان موجب جنايته القود.

ثم الخاتمة، وتتضمن أهم النتائج.

وبعد، فأحمد الله -تعالى- على إتمام هذا البحث، وأسأله -جَلَّ وَعَلَا- أن يجعله في موازين حسناتي يوم ألقاه، فما كان فيه من صواب فمن الله، وما كان فيه من خطأ أو تقصير فمني، وأستغفر الله منه، وصلى الله وسلم وبارك على سيد المرسلين وخاتم النبيين نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

## التمهيد

### في تعريف اليمين والدعوى والجناية

وفيه ثلاثة مطالب:

#### المطلب الأول: تعريف اليمين:

وفيه مسألتان:

#### المسألة الأولى: تعريف اليمين لغة:

اليمين لغة تطلق على معان متعددة: فتطلق على الجارحة اليمنى ضد اليسرى، فيقال لليد اليمنى يمين، ومنه قول الله تعالى: ﴿وَمَا تَلَكَ بِيَمِينِكَ يَمُوسَىٰ﴾ (١٧). وتطلق على الجهة اليمنى ضد اليسرى، فيقال جهة اليمين، وجهة اليسار. وتطلق على القوة والقدرة، ومنه قول الشماخ:

رَأَيْتُ عَرَابَةَ الْأَوْسِيِّ يَسْمُو

إِلَى الْخَيْرَاتِ مَنْقَطَعَ الْقَرِينِ

إِذَا مَا رَايَةً رَفَعَتْ لِمَجْدٍ

تَلَقَّاهَا عَرَابَةُ بِالْيَمِينِ

أي بالقوة. وقال الأصمعي في قول الشماخ: أراد اليد اليمنى.

(١) طه: ١٧.

وتطلق على العهد والميثاق، ومنه قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ نَكَثُوا أَيْمَانَهُمْ مِنْ بَعْدِ عَهْدِهِمْ وَطَعَنُوا فِي دِينِكُمْ فَقَتَلُوا أُمَّةَ الْكُفْرِ إِنَّهُمْ لَا أَيْمَانَ لَهُمْ لَعَلَّهُمْ يَنْتَهُونَ﴾ (١).

وتطلق على القسم والحلف؛ لأنهم كانوا إذا تحالفوا ضرب كل امرئ منهم يمينه على يمين صاحبه، ومنه قول الله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾ (٢). واليمين مؤنثة، والجمع: أيمن، وأيمان (٣).

### المسألة الثانية: تعريف اليمين في الدعاوى اصطلاحاً:

عرفت اليمين بتعريفات متقاربة؛ فمن تعريفاتها عند الحنفية:

أنها: «تقوية أحد طرفي الخبر بذكر الله تعالى، أو بالتعليق بالشرط والجزاء» (٤).

فالخبر له طرفان: صدق، وكذب، والخبر يحتملها، والحالف يريد أن يرجح جانب الصدق على جانب الكذب؛ إما بذكر الله تعالى الذي يجعله شاهداً على قوله، وإما بتعليق جزاء على تحقيق الفعل أو عدمه ليؤكد عزمه

(١) التوبة: ١٢.

(٢) المائدة: ٨٩.

(٣) ينظر: معجم مقاييس اللغة ٦/١٥٨-١٥٩، لسان العرب ١٣/٤٦١-٤٦٢، القاموس المحيط ٤/٢٧٨-٢٧٩، الصحاح ٧/٧١، المصباح المنير ص (٦٨١-٦٨٢) مادة (يمن).

(٤) مجمع الأنهر ٢/٢٥٩، وينظر: أنيس الفقهاء ص (٦١).



على ذلك. وهذا التعريف يشمل اليمين أمام القضاء، ويشمل أيمان الناس على أمر مستقبل، ويشمل اليمين بالله تعالى ابتداءً، واليمين بتعليق الشرط والجزاء، فهو تعريف غير مانع.

وعند المالكية: «جملةٌ خبريةٌ وضعاً إنشائيةٌ معنى متعلقةٌ بمعنى معظم عند المتكلم مؤكدةٌ بجملةٍ أخرى من غير جنسها»<sup>(١)</sup>.

قالوا في شرحه: «فقولنا: خبرية؛ لأن ذلك صيغتها وقولنا: إنشائية؛ لأنها لا تحتمل التصديق والتكذيب وقولنا: من غير جنسها احتراز من تكرار القسم فإنه لا يسمى حلفاً إلا إذا ذكر المحلوف عليه، وبقية القيود ظاهرة»<sup>(٢)</sup>.

وهذا تعريف لليمين على أمر مستقبل، واليمين أمام القاضي على أمر ماض.

وعند الشافعية: «تحقيق أمر محتمل سواء كان ماضياً أو مستقبلاً، نفيًا أو إثباتاً، بذات الله تعالى أو صفةٍ له»<sup>(٣)</sup>.

وهذا التعريف يشمل اليمين أمام القاضي، واليمين على أمر مستقبل، فهو غير مانع.

وعند الحنابلة: «اليمين: توكيد الحكم بذكر معظم على وجه مخصوص»<sup>(٤)</sup>.

(١) مواهب الجليل ٣/ ٢٦٠.

(٢) مواهب الجليل ٣/ ٢٦٠.

(٣) ينظر: حاشية قليوبي ٤/ ٢٧٠.

(٤) المطلع على أبواب المقنع ص (٣٨٧).

وهذا تعريف لليمين بمعناها العام؛ الذي يشمل اليمين على إثبات الحقوق أو نفيها في الماضي، ويشمل اليمين على عمل أمر في المستقبل أو الامتناع عنه.

واليمين بحسب غايتها العامة تنقسم إلى قسمين<sup>(١)</sup>:

**القسم الأول:** اليمين المؤكدة للخبر، سواء أكان ماضياً أم حاضراً أم مستقبلاً، وسواء أكان إثباتاً أم نفياً، وسواء أكان مطابقاً للواقع أم مخالفاً.

واليمين على ما طابق الواقع تسمى (اليمين الصادقة). واليمين على ما خالف الواقع إن كان الحالف بها كاذباً عمداً تسمى (اليمين الغموس) لأنها تغمس صاحبها في الإثم.

وإن كان الحالف بها متعمداً صدقها، غير أنه أخطأ في اعتقاده، لم تكن غموساً ولا صادقة، وإنما تكون (لغواً) على بعض الأقوال.

**القسم الثاني:** اليمين المؤكدة للإنشاء.

والإنشاء إما حث أو منع، والمقصود بالحث: حمل الحالف نفسه أو غيره على فعل شيء في المستقبل. والمقصود بالمنع: حمل الحالف نفسه أو غيره على ترك شيء في المستقبل. وهذه اليمين تسمى (منعقدة) أو (معقودة) متى تمت شرائطها.

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية ٧ / ٢٤٥-٢٤٦.

والمقصود في هذا البحث اليمين الواقعة في خصومة، وهي التي يؤديها الشخص أمام القاضي، لفصل النزاع وتحقيق أمر واقع، وهي من القسم الأول؛ اليمين المؤكدة للخبر.

وعلى هذا يمكن أن تعرف اليمين في الدعاوى بأنها: توكيد ما يخبر به الخصم بالقسم بالله تعالى أمام القاضي.

ولفظ: «توكيد»: يعني تقوية وترجيح جانب الصدق على الكذب فيما يقول.

ولفظ: «ما يخبر به»: عام في كل ما يقول إخباراً لا إنشاءً من ثبوت أمر أو نفيه، فخرج به اليمين على أمر مستقبل.

ولفظ: «بالقسم بالله تعالى»: أي أن التوكيد للخبر يحصل بالقسم بالله تعالى باعتبار أن المقسم جعل الله شاهداً على صدقه؛ لأنه تعالى هو الذي يعلم السر وأخفى، ويعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور. فخرج بذلك القسم بغير الله تعالى فإنه باطل فلا يحصل به التوكيد، وخرج بذلك توكيد الخبر بغير القسم؛ كالشهادة والكتابة فلا يسمى يميناً.

ولفظ: «أمام القاضي»: قيد في اليمين القضائية التي يشترط فيها أن تكون أمام القاضي وبطلبه، فخرج بذلك اليمين قبل طلب القاضي، فلا تعتبر في إثبات الحق أو نفيه.

## المطلب الثاني: تعريف الدعوى:

وفيه مسألتان:

### المسألة الأولى: تعريف الدعوى لغة:

الدعوى في اللغة: اسم من الإِدْعَاء، مصدر ادَّعى، وتجمع على دعاوى بكسر الواو وفتحها. قال ابن فارس: «(دعو)، الدال والعين والحرف المعتل أصل واحد، وهو أن تميل الشيء إليك بصوت وكلام يكون منك»<sup>(١)</sup>. ولها في اللغة معان متعددة منها: الطلب، ومن ذلك قول الله تعالى: ﴿لَهُمْ فِيهَا فَكِيهَةٌ وَلَهُمْ مَا يَدَّعُونَ﴾<sup>(٢)</sup> أي: يطلبون، ومنها: الدعاء، ومن ذلك قول الله تعالى: ﴿دَعَوْهُمْ فِيهَا سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ وَتَحِيَّتُهُمْ فِيهَا سَلَامٌ وَعَآخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾<sup>(٣)</sup>، ومنها: الزعم، يقال: ادعى كذا: زعم أنه له حقاً كان أو باطلاً، فلا تطلق الدعوى على القول المؤيد بالحجة والبرهان، بل يكون ذلك حقاً، وصاحبه محقاً لا مدعياً<sup>(٤)</sup>.

### المسألة الثانية: تعريف الدعوى اصطلاحاً:

عرفت بتعريفات متقاربة، فمن تعريفاتها عند الحنفية: «قول يطلب به الإنسان إثبات حق على الغير لنفسه»<sup>(٥)</sup>.

(١) معجم مقاييس اللغة ٢/ ٢٧٩.

(٢) يس: ٥٧.

(٣) يونس: ١٠.

(٤) ينظر: لسان العرب مادة (دعا) ١٤/ ٢٥٧-٢٦١، القاموس المحيط ٤/ ٣٢٨، المفردات في غريب القرآن ص (١٧٠)، المصباح المنير ص (١٩٥).

(٥) الاختيار ٢/ ١٠٩.

وعند المالكية: «قول هو بحيث لو سلم أوجب لصاحبه حقاً»<sup>(١)</sup>.  
وعند الشافعية: «إخبار عن وجوب حق للمخبر على غيره عند حاكم»<sup>(٢)</sup>.  
وعند الحنابلة: «إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو ذمته»<sup>(٣)</sup>.

ولعل أوضح هذه التعريفات تعريف الشافعية؛ لاشتماله على أركان الدعوى؛ وهي المدعي (المخبر)، والمدعى عليه، والمدعى به (الحق)، والصيغة (الإخبار)، ومن لا تقام الدعوى إلا عنده، وهو الحاكم، الذي يفصل فيها.

### المطلب الثالث: تعريف الجناية:

وفيه مسألتان:

#### المسألة الأولى: تعريف الجناية لغة:

الجناية في اللغة: الذنب والجرم. مصدر جنى يجني إذا أذنب، والجمع جنایات<sup>(٤)</sup>. وكل فعل محذور يتضمن ضرراً فهو جنایة<sup>(٥)</sup>.

(١) شرح حدود ابن عرفة ٦٠٨/٢.

(٢) فتح الوهاب شرح منهج الطلاب ٤٠٧/٥.

(٣) الروض المربع ص (٧١٨).

(٤) لسان العرب مادة (جني) ١٤/١٥٤، المصباح المنير ص (١١٢).

(٥) الكلبيات (فصل الجيم) ص (٣٣١).

## المسألة الثانية: تعريف الجناية اصطلاحاً:

الجناية اصطلاحاً: اسم لفعل محرم حل بهال أو نفس؛ وخص الفقهاء الغصب والسرقه بما حل بهال، والجناية بما حل بنفس و أطراف (القتل، والقطع، والجرح)<sup>(١)</sup>. قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ: «الجناية: كل فعل عدوان على نفس أو مال. لكنها في العرف مخصوصة بما يحصل فيه التعدي على الأبدان، وسموا الجنايات على الأموال غصباً، وسرقهً، وخيانةً، وإتلافاً»<sup>(٢)</sup>. فالجناية في الاصطلاح إذا: التعدي على الأبدان.

والجناية على ما دون النفس: «كل فعل محرم وقع على الأطراف أو الأعضاء، سواء أكان بالقطع، أم بالجرح، أم بإزالة المنافع»<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: الدر المختار بهامش رد المحتار ٥/ ٣٣٩، درر الحكام في شرح غرر الأحكام ٢/ ٨٨، حاشية العدوي على الخرخشي ٨/ ٢-٣، الإقناع للشريبي ٢/ ٣٩٣، التوقيف على مهمات التعريف ص (١٣١)، أنيس الفقهاء ص (١٠٨).

(٢) المغني ١١/ ٤٤٣.

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية ١٦/ ٦٣، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ١/ ٥٤٢.

## المبحث الأول مشروعية اليمن في الدعاوى

اتفق الفقهاء على مشروعية اليمن في الدعاوى، وأنها طريق من طرق القضاء في الجملة<sup>(١)</sup>، ودليل ذلك الكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول.

فمن الكتاب، قول الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أَوْلِيَّكَ لَا خَلْقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾<sup>(٢)</sup>.

وجه الدلالة: أن الآية عامة في كل من أخذ شيئاً من الدنيا في مقابلة ما تركه من حق الله أو حق عباده، فيدخل في عمومها من حلف على اليمن يقتطع بها مال معصوم<sup>(٣)</sup>، فدلّت الآية على مشروعية القضاء باليمن، وعلى الوعيد الشديد فيمن كان فاجراً فيها، ويدل لذلك ما روى عبد الله بن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((من حلف على اليمن صبر<sup>(٤)</sup>) يقتطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر، لقي الله وهو عليه غضبان))، قال: فدخل الأشعث بن قيس فقال: ما يحدثكم أبو عبد الرحمن؟ قالوا:

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٥، بداية المجتهد ٢/ ٨٣١، المهذب ١/ ٣١٠، ٣١٨-٣١٩، المغني ١٤/ ١٣٠، ٢٢٣.

(٢) آل عمران: ٧٧.

(٣) ينظر: تيسير الكريم الرحمن ص (١٣٦)، أحكام القرآن للجصاص ٢/ ١٧، أحكام القرآن لابن العربي ١/ ٢٧٧-٢٧٨.

(٤) قال ابن الأثير: «أي ألزم بها وحبس عليها، وكانت لازمة لصاحبها من جهة الحكم. وقيل لها مصبورة وإن كان صاحبها في الحقيقة هو المصبور؛ لأنه إنما صبر من أجلها أي حبس، فوصفت بالصبر وأضيفت إليه مجازاً». (النهاية في غريب الحديث ٣/ ٨).

كذا وكذا. قال: صدق أبو عبد الرحمن في نزلت، كان بيني وبين رجل أرض باليمن، فخاصمته إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: ((هل لك بينة؟))، فقلت: لا، قال: ((فيمينه))، قلت: إذن يحلف. فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عند ذلك: ((من حلف على يمين صبر يقطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر، لقي الله وهو عليه غضبان)) فنزلت: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾، إلى آخر الآية<sup>(١)</sup>. وفي رواية عن ابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: سمعت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: ((من حلف على مال امرئ مسلم بغير حقه، لقي الله وهو عليه غضبان))، قال عبد الله: ثم قرأ علينا رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مصداقه من كتاب الله: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾، إلى آخر الآية<sup>(٢)</sup>.

ومن السنة أحاديث كثيرة؛ منها:

١. حديث ابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ المتقدم، وفي رواية له، أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال للمدعي: ((شاهدك أو يمينه))<sup>(٣)</sup>.

٢. وحديث وائل بن حجر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال الحضرمي: يا رسول الله! إن

(١) أخرجه البخاري في كتاب الخصومات، باب كلام الخصوم بعضهم ببعض ٩٠/٣، ومسلم في كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار ١/١٢٢ - ١٢٣ برقم (١٣٨)، واللفظ له.

(٢) أخرجه مسلم في كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار ١/١٢٣ برقم (١٣٨).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الشهادات، باب اليمين على المدعى عليه ٣/١٦٠.



هذا قد غلبني على أرضٍ كانت لأبي. فقال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق. فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للحضرمي: ((ألك بينة؟)) قال: لا. قال: ((فلك يمينه)) قال: يا رسول الله، إن الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه، وليس يتورع من شيء. فقال: ((ليس لك منه إلا ذلك)) فانطلق ليحلف. فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لما أدبر: ((أما لئن حلف على ماله ليأكله ظمًا، ليلقين الله وهو عنه معرض))<sup>(١)</sup>.

٣. وحديث ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى بِالْيَمِينِ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ<sup>(٢)</sup>.

٤. وعن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: ((لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه))<sup>(٣)</sup>. وفي رواية: ((ولكن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر))<sup>(٤)</sup>.

(١) أخرجه مسلم في كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار ١٢٣/١ برقم (١٣٩).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الشهادات، باب اليمين على المدعى عليه ١٥٩/٣، ومسلم في كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه ١٣٣٦/٣ برقم (١٧١١).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب تفسير القرآن، سورة آل عمران، باب ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ ١٦٧/٥، ومسلم في كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه ١٣٣٦/٣ برقم (١٧١١)، واللفظ له.

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب الدعوى والبنات، باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ٢٥٢/١٠، وصحح إسناده ابن حجر في بلوغ المرام ص (٣٥٥)، والألباني في الإرواء ٢٦٦/٨.

٥. وعن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى بِيَمِينٍ وَشَاهِدٍ<sup>(١)</sup>.

٦. وعن أبي أمامة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: ((مَنْ اقْتَطَعَ حَقَّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ بِيَمِينِهِ، فَقَدْ أَوْجَبَ اللَّهُ لَهُ النَّارَ، وَحَرَّمَ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ))، فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ: وَإِنْ كَانَ شَيْئاً يَسِيرًا يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: ((وَإِنْ قَضِيًّا مِنْ أَرَاكَ))<sup>(٢)</sup>.  
وأما الإجماع؛ فقد أجمع المسلمون على مشروعية اليمين في الدعاوى في الجملة، قال ابن المنذر: «وأجمعوا على أن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»<sup>(٣)</sup>.

وأما المعقول؛ فإن اليمين ذات أثر ديني ودنيوي؛ لما يترتب عليها من الأجر والثواب لمن كان باراً بها، أو المحق والعقاب لمن كان فاجراً فيها، فيتجلى فيها أثر الوازع الديني، وخشية الله تعالى، فإذا لم يكن للمدعي بينة لم يبق له إلا أن يطلب اليمين من المدعي عليه عسى إن كان جاحداً أن يخشى من الوعيد الشديد المترتب على اليمين الفاجرة - من غضب الله تعالى وأليم عقابه في الدنيا والآخرة - فيعترف بالحق، أو يحلف كاذباً فيبوء بالإثم ويتربص العقوبة إن عاجلاً أو آجلاً، وإن كان صادقاً حلف فدفعت

(١) أخرجه مسلم في كتاب الأفضية، باب القضاء باليمين والشاهد ٣/١٣٣٧ برقم (١٧١٢).

(٢) أخرجه مسلم في كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار ١٢٢/١ برقم (٢١٨).

(٣) الإجماع لابن المنذر ص (٦٢)، الإقناع له ٥١٦/٢، المغني ١٤/١٢٣.

افتراء المدعي، واكتسب الأجر والثواب بذكر الله تعالى وتعظيمه، وحافظ على حقه من الضياع، فكانت اليمين مما يتطلبها العقل<sup>(١)</sup>.



(١) ينظر: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ص (٣٢٦).

## المبحث الثاني

### ثبوت الجناية فيما دون النفس يمين المدعي

لا خلاف بين الفقهاء في أن الإثبات يطلب من المدعي، قال ابن المنذر: «وأجمعوا على أن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»<sup>(١)</sup>، وقد استدلوا بما يلي:

١. حديث ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: ((لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه))<sup>(٢)</sup>. وفي رواية: ((ولكن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر))<sup>(٣)</sup>.

٢. ولأن المدعي يدعي أمراً خفياً فيحتاج إلى إظهاره، وللبينة وهم الشهود قوة إظهاره؛ لأنها كلام من ليس بخصم، فجعلت حجة للمدعي<sup>(٤)</sup>.

أما اليمين فإنها وإن كانت مؤكدة بذكر اسم الله تعالى، فإنها كلام الخصم، فلا تصلح حجة مظهرة للحق المدعى به بنفسها، لكنها تصلح حجة

(١) الإجماع لابن المنذر ص(٦٢)، الإقناع له ١٦/٢، المغني ١٤/١٢٣.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب تفسير القرآن، سورة آل عمران، باب ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتُرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ ١٦٧/٥، ومسلم في كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه ٣/١٣٣٦ برقم (١٧١١)، واللفظ له.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب الدعوى والبيئات، باب ((البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه)) ١٠/٢٥٢، وصحح إسناده ابن حجر في بلوغ المرام ص (٣٥٥)، والألباني في الإرواء ٨/٢٦٦.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع ٦/٢٢٥، الموسوعة الفقهية الكويتية ١/٢٣٣.

للمدعى عليه في دفع الدعوى؛ لأن الأصل براءة ذمته، فإذا حلف برئ من الدعوى<sup>(١)</sup>، وهذا لا خلاف فيه، قال ابن رشد: «وأما الأيمان فإنهم اتفقوا على أنها تبطل بها الدعوى عن المدعى عليه؛ إذا لم تكن للمدعى بينة»<sup>(٢)</sup>.

فإن كانت بينة المدعى ناقصة؛ كأن يأتي بشاهد واحد يشهد بدعواه أن فلاناً اعتدى عليه بنحو قطع أو جرح أو ضرب، فهل يقوى جانبه بالشاهد فيحلف معه وتثبت دعواه، أم لا تشرع اليمين في جانبه؟

اختلف الفقهاء في ثبوت الجناية على ما دون النفس باليمين مع الشاهد، على ثلاثة أقوال:

### القول الأول:

أن الجناية على ما دون النفس تثبت باليمين مع الشاهد؛ إذا كانت موجبة للدية فقط؛ كالجناية خطأ، أو عمداً لا قود فيه، وإنما فيه الدية، ولا يثبت بها ما يوجب القود.

ذهب إلى ذلك الشافعية، والحنابلة<sup>(٣)</sup>، وهو رواية عن الإمام مالك<sup>(٤)</sup>، قال الإمام الشافعي رَحِمَهُ اللهُ: «ولو أقام بينة على أنه جرحه جراحة عمداً في مثلها قود، أو قتل ابناً له لم يحلف مع شاهده، وذلك أن الشهادة ليست

(١) ينظر: المصدران السابقان.

(٢) بداية المجتهد ٢/ ٨٣١.

(٣) ينظر: المغني ١٤/ ١٢٩، ١٣٣، المقنع ٣٠/ ٢٢، الشرح الكبير ٣٠/ ٢٣، ٢٤، مطالب أولي النهى ٩/ ٤٢٥-٤٢٦، شرح منتهى الإرادات ٣/ ٥٥٦-٥٥٧.

(٤) ينظر: المنتقى ٥/ ٢١٤، ٢١٥، حاشية الدسوقي ٤/ ١٨٧، التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٦/ ١٨١، الخرشبي ٧/ ٢٠١، تفسير القرطبي ٣/ ٣٩٤.

بمال بعينه، وأنه لا يجب بها المال دون التخيير في المال أو القصاص، فإذا كان القصاص هو الذي يثبت بها فالقصاص ليس بشيء يملكه أحد على أحد»<sup>(١)</sup>، وقال -أيضاً-: «ولو كانت الجراحة عمداً لا قود فيها بحال؛ مثل أن يقتل الحر المسلم عبداً مسلماً، أو يقتل ذمياً أو مستأمناً، أو يقتل ابن نفسه، أو تكون جراحةً لا قود فيها؛ مثل الجائفة والمأمومة»<sup>(٢)</sup> وما لا قصاص فيه، فهذا كله لا قود فيه، قبلت فيه يمين المدعي مع شاهده فقضي له به كله، ما كان عمداً منه ففي مال الجاني، وما كان خطأ فعلى العاقلة»<sup>(٣)</sup>. وقال ابن عبد البر: «ويحلف المشجوج خطأ مع شاهده، ويستحق دية جرحه... وقد قيل: إنه يحلف مع شاهده في جراح العمد ويقتص، وهو قول ضعيف؛ لأن أصل اليمين مع الشاهد إنما ورد في الأموال خاصة»<sup>(٤)</sup>.

### القول الثاني:

أن الجناية على ما دون النفس تثبت باليمين مع الشاهد مطلقاً؛ سواء كانت موجبة للقود، أو الدية.

(١) الأم ٧/٤.

(٢) الجائفة: الجرح الذي يصل إلى الجوف. والمأمومة: الشجة التي تصل إلى جلدة الدماغ. وليس فيهما قصاص عند أحد من أهل العلم؛ لأنها جرحان لا تؤمن الزيادة فيها عند الاستيفاء. (ينظر: المغني ١١/٥٣٩-٥٤٠).

(٣) المصدر السابق. وينظر: الأم ٦/١٦٦، ٢٧٥، الحاوي الكبير ١٧/٧٧-٧٨، مغني المحتاج ٤/٤٤١، ٤٤٢.

(٤) الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ص (٤٧٢)، وينظر: التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٦/١٨١.

ذهب إلى ذلك الإمام مالك؛ كما في المدونة: «قال مالك: لا يحلف من له شاهد فيستحق بيمينه مع الشاهد في الطلاق ولا في الحدود ولا في النكاح ولا في الحرية، ولكن في حقوق الناس يحلف مع شاهده، وكذلك في الجراحات كلها خطؤها وعمدها يحلف يميناً واحدة فيستحق ذلك؛ إن كان عمداً اقتص، وإن كان خطأ أخذ الدية»<sup>(١)</sup>. وفيها- أيضاً-: «قلت: رأيت إن ادعى رجل قبل رجل أنه قطع يده عمداً، وأقام عليه شاهداً واحداً. قال: قال لي مالك: يحلف مع شاهده يميناً واحدة، وتقطع يد القاطع»<sup>(٢)</sup>. وفي البهجة في شرح التحفة: «وكذلك في الجرح يحلف مع شاهده واحدة، ويقتص في العمد، ويأخذ الدية في الخطأ»<sup>(٣)</sup>، وفي التاج والإكليل: «قول مالك يجوز الشاهد واليمين في الحقوق، والجراح عمدها وخطؤها، وفي المشاتمة»<sup>(٤)</sup> عدا الحدود... قيل لابن القاسم: لم قال مالك في جرح العمد يحلف مع الشاهد وليست بهال، قال: قد كلمت مالكا في ذلك فقال: إنه شيء استحسانه، وما سمعت فيه شيئاً»<sup>(٥)</sup>. وفي الخرشي على خليل: «وكذلك القصاص في جرح العمد يثبت بالشاهد والمرأتين، أو أحدهما مع اليمين، وهذه إحدى مسائل الاستحسان الأربع؛ لأنها ليست بهال، ولا آيلة إليه»<sup>(٦)</sup>.

(١) المدونة ٤٦/٣-٤٧.

(٢) المدونة ٥/١٣٣، وينظر: التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٦/١٣٦.

(٣) البهجة في شرح التحفة ٢/٧٠٠.

(٤) الشتم: السب، والمشاتمة: المسابة. والشتم: قبيح الكلام وليس فيه قذف. (ينظر: لسان العرب ١٢/٣١٨).

(٥) ينظر: التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٦/١٨١.

(٦) الخرشي ٧/٢٠٢.

وهو قول ابن حزم<sup>(١)</sup>، قال: «وجاء عن عمر بن عبد العزيز أنه قضى بذلك في جراح العمد والخطأ»<sup>(٢)</sup>.

### القول الثالث:

أن الجناية على ما دون النفس لا تثبت باليمين مع الشاهد مطلقاً؛ سواء كانت موجبة للقود، أو الدية. ذهب إلى ذلك الحنفية<sup>(٣)</sup>.

### الأدلة:

#### أدلة القول الأول:

استدل الجمهور على أن الجناية على ما دون النفس تثبت باليمين مع الشاهد؛ إذا كانت موجبة للدية فقط، وأنه لا يثبت بهما ما يوجب القود، بما يلي:

أولاً: استدلو على أن الجناية على ما دون النفس تثبت بالشاهد واليمين؛ إذا كانت موجبة للدية، بما يلي:

(١) ينظر: المحلى ٣٩٦/٩.

(٢) المحلى ٤٠٤/٩.

(٣) ينظر: المبسوط ٢٩/١٧-٣٠، بدائع الصنائع ٢٢٥/٦، تبين الحقائق ٢٩٤/٤، رد المحتار ٤٢٤/٤.



١. ما روى عمرو بن دينار عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى بِيَمِينٍ وَشَاهِدٍ<sup>(١)</sup>، زاد أحمد: قال عمرو: «إنما كان ذلك في الأموال»<sup>(٢)</sup>.

وجه الدلالة:

أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ لِصَاحِبِ الْحَقِّ فِي الْأَمْوَالِ، فدل على أن الشاهد واليمين من طرق الإثبات في الأموال، فإذا كانت الجناية موجبة للمال ثبتت بهذا الطريق؛ كالبيع، والإجارة ونحوهما.

المناقشة:

ناقش الحنفية الاستدلال بهذا الحديث من وجوه:

**الوجه الأول:** أن هذا الحديث معلول بالانقطاع في موضعين؛ فعمر بن دينار لم يسمعه من ابن عباس، وقيس بن سعد لم نعلمه يحدث عن عمرو بن دينار بشيء<sup>(٣)</sup>، وقد طعن فيه يحيى بن معين (أبو زكريا)، وقال: ليس بمحفوظ<sup>(٤)</sup>.

(١) أخرجه مسلم في كتاب الأفضية، باب القضاء باليمين والشاهد ١٣٣٧/٣ برقم (١٧١٢).

(٢) أخرجه أحمد في المسند ١/٣٢٣ رقم (٢٩٧٠)، قال محققو المسند في الموسوعة الحديثية (١٢٠/٥): «إسناده على شرط مسلم، وجود إسناده النسائي في الكبرى».

(٣) ينظر: نصب الراية ٤/٩٧-٩٨.

(٤) ينظر: تاريخ ابن معين - رواية الدوري ٣/٢٢٩، بدائع الصنائع ٦/٢٢٥، شرح فتح القدير ٧/١٦٢.

## الإجابة:

أجيب عن الانقطاع بعدم التسليم، فعمرو بن دينار قد سمع من ابن عباس عدة أحاديث، قال ابن حجر: «قال الحاكم: قد سمع عمرو من ابن عباس عدة أحاديث، وسمع من جماعة من أصحابه، فلا ينكر أن يكون سمع منه حديثاً، وسمعه من بعض أصحابه عنه»<sup>(١)</sup>. وفي نصب الراية<sup>(٢)</sup>: «وقال البيهقي في المعرفة: قال الطحاوي: لا أعلم قيس بن سعد يحدث عن عمرو بن دينار بشيء، وهذا مدخول فإن قيساً ثقة، أخرج له الشيخان في صحيحهما، وقال المديني: هو أثبت، وإذا كان الراوي ثقة وروى حديثاً عن شيخ يحتمله سنه، ولقيه، وكان غير معروف بالتدليس، وجب قبوله، وقد روى قيس بن سعد عن هو أكبر سناً، وأقدم موتاً من عمرو بن دينار؛ كعطاء بن أبي رباح، ومجاهد بن جبير، وقد روى عن عمرو بن دينار من كان في قرن قيس، وأقدم لقياً منه؛ كأيوب السختياني، فإنه رأى أنس بن مالك، وروى عن سعيد بن جبير، ثم روى عن عمرو بن دينار، فكيف ينكر رواية قيس بن سعد عن عمرو بن دينار؟! غير أنه روى ما يخالف مذهبه، ولم يجد له مطعناً سوى ذلك».

وأجاب ابن القيم رَحِمَهُ اللهُ عَمَّا نَقَلَ عَنْ ابْنِ مَعِينٍ بِقَوْلِهِ: «قِيلَ: هَذَا لَيْسَ بِشَيْءٍ، قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الْحَاكِمُ: شَيْخُنَا أَبُو زَكْرِيَا لَمْ يُطْلَقْ هَذَا الْقَوْلُ عَلَى حَدِيثِ سَيْفِ بْنِ سَلْيَانَ عَنْ قَيْسِ بْنِ سَعْدٍ عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينَارٍ عَنْ ابْنِ

(١) التلخيص الحبير ٤/ ٢٠٥.

(٢) ٩٨/٤.

عباس... فليس في إسناده من جرح، ولا نعلم له علة يعلل بها، وأبو زكريا أعلم بهذا الشأن من أن يظن به تهوين حديث رواه الثقات الأثبات. قال علي بن المديني: سألت يحيى بن سعيد القطان عن سيف بن سليمان؟ فقال: كان عندنا أثبت ممن يحفظ عنه ويصدق»<sup>(١)</sup>.

وقال الإمام الشافعي: «قد جهدت أن أتقصي ما كلموني به في رد اليمين مع الشاهد، فكان مما كلمني به بعض من ردها أن قال: لم تروها إلا من حديث مرسل. قلنا: لم نثبتها بحديث مرسل، وإنما ثبتناها بحديث ابن عباس، وهو ثابت عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الذي لا يرد أحد من أهل العلم مثله لو لم يكن فيها غيره، مع أن معه غيره مما يشده»<sup>(٢)</sup>.

وقال ابن حجر في التلخيص الحبير<sup>(٣)</sup> بعد أن أورد قول الشافعي المتقدم: «وقال النسائي إسناده جيد، وقال البزار: في الباب أحاديث حسان، أصحها حديث ابن عباس، وقال ابن عبد البر: لا مطعن لأحد في إسناده». وقال- أيضاً-: «ذكر ابن الجوزي في التحقيق عدد من رواه فزادوا على عشرين صحابياً»<sup>(٤)</sup>. وقد صحح حديث الشاهد واليمين الحافظان: أبو زرعة، وأبو حاتم من حديث أبي هريرة، وزيد بن ثابت رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا<sup>(٥)</sup>.

(١) الطرق الحكمية ص (١٣٧).

(٢) الأم ٨/٧.

(٣) ٢٠٥/٤.

(٤) التلخيص الحبير ٢٠٦/٤.

(٥) ينظر: نيل الأوطار ٢٨٦/٨.

قال ابن عبد البر بعد أن أورد أسانيد الحديث: «هو الذي لا يجوز عندي خلافه؛ لتواتر الآثار به عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وعمل أهل المدينة به قرناً بعد قرن»<sup>(١)</sup>.

الوجه الثاني: أنه مخالف للكتاب في قول الله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾<sup>(٢)</sup>؛ لأنه تعالى أوجب الحق للمدعي بشهادة رجلين، ونقله عند عدمهما إلى رجل وامرأتين، فالنقل إلى غيره خلاف الكتاب، أو يقال: هو زيادة على ما في الكتاب، والزيادة نسخ، وخبر الأحاد لا ينسخ المتواتر<sup>(٣)</sup>.

الإجابة:

أجيب بأن الحكم بالشاهد واليمين لا يمنع من الحكم بشهادة الشاهدين، والشاهد والمرأتين، فلا يرفعه، والنسخ يقتضي رفع الحكم المتقدم بالتأخر، ولا بد فيه من توارد الحكمين على محل واحد، وهذا لا يتحقق في الزيادة على النص، فلا تكون نسخاً<sup>(٤)</sup>.

وليس في الكتاب ما يقتضي أنه لا يحكم إلا بشاهدين، أو شاهد وامرأتين، حتى يصح أن يقال إن الحكم بالشاهد واليمين مخالفاً للكتاب، وإنما أمر الله

(١) التمهيد ١٥٤/٢.

(٢) البقرة: ٢٨٢.

(٣) ينظر: الاختيار ١١٢/٢، تفسير القرطبي ٣/٣٩٢، نيل الأوطار ٨/٢٨٧.

(٤) ينظر: المغني ١٤/١٣١، نيل الأوطار ٨/٢٨٧.

تعالى أصحاب الحقوق أن يحفظوا حقوقهم بهذا النصاب، ولم يأمر بذلك الحكام أن يحكموا به، فضلاً عن أن يكون قد أمرهم أن لا يقضوا إلا بذلك، ولهذا يحكم الحاكم بالنكول، والمرأة الواحدة، والنساء المنفردات لا رجل معهن، وغير ذلك من طرق الحكم التي لم تذكر في كتاب الله، فإن كان الحكم بالشاهد واليمين مخالفاً لكتاب الله، فهذه أشد مخالفة لكتاب الله منه، وإن لم تكن هذه الأشياء مخالفة للكتاب، فالحكم بالشاهد واليمين أولى أن لا يكون مخالفاً للكتاب، وطرق الحكم شيء، وطرق حفظ الحقوق شيء آخر، وليس بينهما تلازم<sup>(١)</sup>. وأيضاً: فهذا الاعتراض منقوض على الحنفية بالحكم بالنكول، فقد قالوا بالقضاء بالنكول، وهو ليس له ذكر في الكتاب، فكذلك يقضى بالشاهد واليمين وإن لم يذكر في الكتاب؛ لقيام الدليل<sup>(٢)</sup>.

الوجه الثالث: أنه خبر آحاد، وقوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: ((البينة على المدعي، واليمين على من أنكر))<sup>(٣)</sup> مشهور قريب من التواتر، فلا يعارضه خبر الآحاد؛ لأن خبر الآحاد إذا ورد معارضاً للخبر المشهور يرد<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: الطرق الحكمية ص (١٣٥)، التمهيد ٢/ ١٥٥-١٥٦.

(٢) ينظر: أحكام القرآن لابن العربي ١/ ٢٥٣.

(٣) تقدم تخرجه ص (١٥٣).

(٤) ينظر: الاختيار ٢/ ١١٢، شرح فتح القدير ٧/ ١٦٢.

## الإجابة:

أجيب من وجهين:

**الوجه الأول:** أن أحاديث القضاء بشاهد ويمين رواها عن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نيف وعشرون نفساً، فأبي شهرة تزيد على هذه الشهرة، وهي أصح وأصرح، وهذا الحديث لم يروه أحد من أهل الكتب الستة<sup>(١)</sup>.

**الوجه الثاني:** لا يسلم بوجود التعارض بينهما؛ لأن اليمين إنما كانت في جانب المدعى عليه حيث لم يترجح جانب المدعي بشيء غير الدعوى، فيكون المدعى عليه أولى باليمين؛ لقوة جانبه بأصل براءة الذمة، فإذا ترجح جانب المدعي بلوث، أو نكول، أو شاهد كان أولى باليمين لقوة جانبه بذلك، فاليمين مشروعة في جانب أقوى المتداعيين. وعلى هذا فحديث «القضاء بالشاهد واليمين» خاص، وحديث «اليمين على المدعي، واليمين على من أنكر» عام، والخاص مقدم على العام<sup>(٢)</sup>.

**الوجه الرابع:** أن الحديث يحتمل أن يكون معناه أنه قضى بجنس الشاهد، وجنس اليمين، فلا دلالة فيه على الجمع بينهما، وهذا كما يقال: ركب زيد الفرس والبغلة، والمراد على التعاقب<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: الطرق الحكيمة ص (٧٥)، نيل الأوطار ٨ / ٢٨٨.

(٢) ينظر: الطرق الحكيمة ص (٧٥).

(٣) ينظر: شرح فتح القدير ٧ / ١٦٢، نصب الراية ٤ / ٩٩.

## الإجابة:

أجيب بأن هذا خلاف الظاهر، ويرده حديث أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: «قضى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ باليمين مع الشاهد الواحد»<sup>(١)</sup>، وحديث جابر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: «أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضى باليمين مع الشاهد الواحد»، قال: وقضى بها علي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بين أظهركم بالكوفة<sup>(٢)</sup>. قال الترمذي: «والعمل على هذا عند بعض أهل العلم من أصحاب النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وغيرهم، رأوا أن اليمين مع الشاهد الواحد جائز في الحقوق والأموال، وهو قول مالك بن أنس، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وقالوا: لا يقضى باليمين مع الشاهد الواحد إلا في الحقوق والأموال».

الوجه الخامس: أن الحديث يحتمل أن يكون المراد به يمين المدعى عليه؛ لأن الشاهد الواحد لا يعتبر فوجوده كعدمه، فيرجع إلى يمين المنكر عملاً بالمشاهير<sup>(٣)</sup>.

(١) أخرجه أبو داود في كتاب الأفضية، باب القضاء باليمين والشاهد ٢/ ٣٣٢ رقم (٣٦١٠)، والترمذي في كتاب الأحكام، باب ما جاء في اليمين مع الشاهد ٣/ ٦٢٧ رقم (١٣٤٣)، وقال: «حديث حسن غريب»، والبيهقي ١٠/ ١٦٩، والدارقطني ٤/ ٢١٣، وصححه الألباني في صحيح سنن الترمذي ٢/ ٣٨.

(٢) أخرجه الترمذي في كتاب الأحكام، باب ما جاء في اليمين مع الشاهد ٣/ ٦٢٨ رقم (١٣٤٤)، والدارقطني ٤/ ٢١٢، والبيهقي ١٠/ ١٧٠، وصححه الألباني في صحيح سنن الترمذي ٢/ ٣٨.

(٣) ينظر: شرح فتح القدير ٧/ ١٦٢.

## الإجابة:

أجيب بأن هذا جهل باللغة العربية؛ لأن الحديث فيه التصريح بالمعية (اليمين مع الشاهد)، والمعية تقتضي أن تكون من شيئين في جهة واحدة، لا في المتضادين<sup>(١)</sup>. قال الشوكاني رَحِمَهُ اللهُ: «جميع ما أورده المانعون من الحكم بشاهد ويمين، غير نافق في سوق المناظرة عند من له أدنى إلمام بالمعارف العلمية، وأقل نصيب من إنصاف»<sup>(٢)</sup>.

٢. أن القضاء بالشاهد واليمين قد روي عن جماعة من الصحابة، ولم يروَ عن أحد منهم أنه كره ذلك، وروي عن جماعة من التابعين؛ منهم الفقهاء السبعة المدنيون، وأبو سلمة، وسالم بن عبد الله بن عبد الرحمن، وعلي بن حسين، وأبو جعفر محمد بن علي، وعمر بن عبد العزيز<sup>(٣)</sup>.

٣. من النظر: وهو أن اليمين تشرع في حق من ظهر صدقه وقوي جانبه، ولذلك شرعت في حق صاحب اليد لقوة جنبته بها، فإن الأصل براءة ذمته، والمدعي ههنا قد ظهر صدقه وقوي جانبه بالشاهد، فوجب أن تشرع اليمين في حقه<sup>(٤)</sup>.

ثانياً: استدلووا على أن الجناية على ما دون النفس لا تثبت بالشاهد واليمين؛ إذا كانت موجبة للقود، بما يلي:

(١) ينظر: نيل الأوطار ٨ / ٢٨٨.

(٢) المصدر السابق.

(٣) ينظر: الاستذكار ٢٢ / ٥٠-٥١.

(٤) ينظر: المغني ١٤ / ١٣١.



١. ما روى عمرو بن دينار عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى بِيَمِينٍ وَشَاهِدٍ<sup>(١)</sup>، زاد أحمد: قال عمرو: إنما كان ذلك في الأموال<sup>(٢)</sup>.

وجه الدلالة:

أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ فِي الْأَمْوَالِ، بدليل ما قال الراوي في رواية أحمد: إنما كان ذلك في الأموال، فوجب أن يقضى بها في مثل ما قضى به؛ لأنها قضية عين، وقضايا الأعيان لا تستعمل على العموم، فلا يقضى بالشاهد واليمين في القود ونحوه، مما لا يقصد به المال<sup>(٣)</sup>.

المناقشة:

نوقش بأن الحديث الذي في صحيح مسلم عام، وليس فيه أنه في الأموال، فيبقى على عمومته، وما جاء في رواية أحمد من أن ذلك في الأموال، إنما هو من قول عمرو بن دينار، ولو كان مرفوعاً عن ابن عباس فليس فيه اختصاص الحكم بذلك في الأموال وحدها، فإنه لم يخبر عن شرع عام شرعه رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الأموال؛ كما أنه إذا حكم بذلك في الديون لم يدل

(١) أخرجه مسلم في كتاب الأفضية، باب القضاء باليمين والشاهد ٣/ ١٣٣٧ برقم (١٧١٢).

(٢) أخرجه أحمد في المسند ١/ ٣٢٣ رقم (٢٩٧٠)، قال محققو المسند في الموسوعة الحديثية (١٢٠/ ٥): «إسناده على شرط مسلم، وجود إسناده النسائي في الكبرى».

(٣) ينظر: الحاوي ١٧/ ٧٣.

على أن الأعيان ليست كذلك، بل هذا يحتاج إلى تنقيح المناط، فينظر ما حكم لأجله، فإن وجد في غير محل حكمه عدي إليه<sup>(١)</sup>.

٢. الإجماع على عدم الحكم بالشاهد واليمين في الأبدان، من كل قائل باليمين مع الشاهد<sup>(٢)</sup>.

#### المناقشة:

يناقش بأن دعوى الإجماع هذه غير صحيحة؛ لثبوت الخلاف في ذلك عن الإمام مالك، وابن حزم، فقد ذهبوا إلى القول بثبوت ما يوجب القود فيما دون النفس بالشاهد واليمين؛ كما تقدم عنهما في القول الثاني.

٣. أن الشاهد والمرأتين أقوى من الشاهد واليمين، والقود فيما دون النفس لا يثبت بالشاهد والمرأتين، فأولى أن لا يثبت بالشاهد واليمين؛ لأن ما لا يثبت بالأقوى لا يثبت بما هو أدنى<sup>(٢)</sup>.

#### المناقشة:

نوقش بأن هذا فيه نزاع، فقد ذهب عطاء، وسفيان الثوري وغيرهما إلى قبول شهادة الرجل والمرأتين في القصاص، وغيره، عدا الحدود من أجل الاحتياط لها<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: إعلام الموقعين ١/ ٩٩.

(٢) ينظر: تفسير القرطبي ٣/ ٣٩٤.

(٢) ينظر: الحاوي ١٧/ ٧٤.

(٣) ينظر: الطرق الحكمية ص (١٥١، ١٥٤، ١٥٩-١٦٠)، الشرح الممتع ١٥/ ٤٥٢، فقد رجح ابن عثيمين رَحِمَهُ اللهُ أن المرأتين تقومان مقام الرجل مطلقاً إلا في الحدود؛ للاحتياط لها.

٤. أن حقوق الأبدان أعظم من حقوق الأموال، فلا تثبت بالشاهد واليمين، بدليل عدم قبول شهادة النساء في حقوق الأبدان، وقبولها في حقوق الأموال<sup>(١)</sup>.

المناقشة:

يناقش بما نوقش به الدليل السابق.

٥. أن الأموال أقل خطراً من الأبدان، وقد كثر الله أسباب توثيقها وثبوتها؛ لكثرة أسباب تحصيلها وعموم البلوى بها، بخلاف الجنايات فإنها أعظم شأنًا، والأصل عدم وقوعها، فلا يتوسع في إثباتها<sup>(٢)</sup>.

المناقشة:

يناقش بأن ثبوتها بالشاهد واليمين ليس توسعاً في إثباتها، بل هو عمل بظاهر النص- والله أعلم-.

**أدلة القول الثاني:**

استدل القائلون بأن الجناية على ما دون النفس تثبت باليمين مع الشاهد مطلقاً؛ سواء كانت موجبة للقود، أو الدية، بما يلي:

أولاً: استدلو على أن الجناية على ما دون النفس تثبت باليمين مع الشاهد إذا كانت موجبة للدية، بما استدل به أصحاب القول الأول.

(١) ينظر: تفسير القرطبي ٣/ ٣٩٤.

(٢) ينظر: تفسير القرطبي ٣/ ٣٩١، الحاوي ١٧/ ٧٤.

ثانياً: استدلوا على أن الجناية على ما دون النفس تثبت باليمين مع الشاهد إذا كانت موجبة للقود، بما يلي:

١. ما روى ابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضى بيمين وشاهد<sup>(١)</sup>.

وجه الدلالة:

أن الحديث عام، وليس فيه أنه في الأموال خاصة، فيبقى على عمومه فيما عدا الحدود؛ لأن مبنائها على السر والاحتياط. قال ابن حزم رَحِمَهُ اللهُ بعد أن أورد الحديث، والآثار في ذلك عن الصحابة، والتابعين: «فهذه آثار متظاهرة لا يحل الترك لها، فالواجب أن يحكم بذلك في الدماء، والقصاص، والنكاح، والطلاق، والرجعة، والأموال حاشا الحدود؛ لأن ذلك عموم الأخبار المذكورة، ولم يأت في شيء من الأخبار منع من ذلك»<sup>(٢)</sup>.

٢. أن ما جاز أن يكون بينة في الأموال، جاز أن يكون بينة في الأبدان؛ كالشاهدين<sup>(٣)</sup>.

(١) أخرجه مسلم في كتاب الأفضية، باب القضاء باليمين والشاهد ٣/١٣٣٧ برقم (١٧١٢).

(٢) المحلى ٩/٤٠٥.

(٣) ينظر: الحاوي ١٧/٧٣.

### المناقشة:

نوقش بأن هذا القياس منتقض بالشاهد والمرأتين، فإنها بينة في الأموال، وليست بينة في الأبدان<sup>(١)</sup>.

### الإجابة:

أجيب بأن هذا فيه نزاع؛ كما تقدم<sup>(٢)</sup>، فقد ذهب عطاء، وسفيان الثوري وغيرهما إلى قبول شهادة الرجل والمرأتين في القصاص، وغيره، عدا الحدود من أجل الاحتياط لها.

٣. القياس على يمين المدعي في النكول، فإنه يقضى بها في الأبدان، فكذلك يمين المدعي مع شاهده<sup>(٣)</sup>.

### المناقشة:

نوقش بأنه قياس مع الفارق، وبيانه: أن يمين المدعي في النكول ثبتت باختيار المدعى عليه فعمت في حقه في الأموال والأبدان، بخلاف اليمين مع الشاهد فإنها ثبتت من غير اختيار المدعى عليه، فجعلت مقصورة على ما اتسع حكمه، ولم يضق، من المال وما يقصد به المال<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: الحاوي ١٧ / ٧٤.

(٢) ينظر: ص (١٧٠).

(٣) ينظر: الحاوي ١٧ / ٧٣.

(٤) ينظر: الحاوي ١٧ / ٧٤.

## أدلة القول الثالث:

استدل الحنفية على أن الجناية على ما دون النفس لا تثبت باليمين مع الشاهد مطلقاً؛ سواء كانت موجبة للقود، أو الدية، بما يلي:

١. قول الله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ (١).

وجه الدلالة:

أن الآية دلت على أن الحق يثبت بشهادة رجلين، ورجل وامرأتين، وقد أمر الله تعالى بذلك لحفظ الحقوق، وأوامر الله تعالى على الوجوب، فغير جائز أن يثبت الحق بما دون ذلك من الشهادة واليمين، وفي تجويزه مخالفة للكتاب، وزيادة عليه، والزيادة نسخ، وخبر الأحاد لا ينسخ المتواتر (٢).

المناقشة:

نوقش بما تقدم ذكره في الإجابة عن اعتراضهم على الاستدلال بحديث القضاء بالشاهد واليمين (٣).

٢. حديث ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: ((لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ، لَادَعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى

(١) البقرة: ٢٨٢.

(٢) ينظر: أحكام القرآن للجصاص ١/٥١٤، الاختيار ٢/١١٢، تفسير القرطبي ٣/٣٩٢، نيل الأوطار ٨/٢٨٧.

(٣) ينظر: ص (١٦١-١٦٤) من هذا البحث.

المدعى عليه<sup>(١)</sup>. وفي رواية: ((ولكن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر))<sup>(٢)</sup>.

### وجه الدلالة:

أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ منع من أن يستحق المدعي بقوله ودعواه، فلو استحق بيمينه لاستحق بقوله؛ لأن يمينه قوله، وفرق بين اليمين والبينة، فجعل البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه، فغير جائز أن تكون اليمين بينة؛ لأنه لو جاز أن تسمى اليمين بينة لكان بمنزلة قول القائل البينة على المدعي والبينة على المدعى عليه، وجعل البينة حجة المدعي، واليمين حجة المدعى عليه، فلا يجوز أن تكون حجة للمدعي؛ كما لا يجوز أن تكون البينة حجة للمدعى عليه؛ لأنه خلاف مقتضى القسمة<sup>(٣)</sup>.

### المناقشة:

نوقش بأن حديثكم عام، وحديث القضاء بالشاهد واليمين خاص، والخاص مقدم على العام<sup>(٤)</sup>. ولا نسلم بأن المدعي إذا جاء بالشاهد وحلف معه أنه يستحق بمجرد دعواه بل استحق بالشاهد، واليمين تقوية وتوكيد<sup>(٥)</sup>. ولا نقول بأن اليمين وحدها بينة؛ لأنه لا يستحق بها، بل بينة بانضمامها إلى

(١) تقدم تخريجه ص (١٥٣).

(٢) تقدم تخريجه ص (١٥٣).

(٣) ينظر: أحكام القرآن للجصاص ١/ ٥١٥، الاختيار ٢/ ١١١.

(٤) ينظر: الطرق الحكيمة ص (٧٥).

(٥) ينظر: الطرق الحكيمة ص (١٣٨).

الشاهد، والمراد باليمين في قوله: ((ولكن اليمين على المدعى عليه))، اليمين المجردة عن الشهادة، القاطعة للمنازعة عند عدم البينة، وأول الحديث يدل على ذلك، وأما اليمين المثبتة للحق مع وجود الشاهد، فهذا نوع آخر، وقد ثبت بسنة أخرى<sup>(١)</sup>. وكون اليمين حجة المدعى عليه، هذا في الأصل؛ حيث لم يترجح جانب المدعي بشيء غير الدعوى، فيكون المدعى عليه أولى باليمين؛ لقوة جانبه بأصل براءة الذمة، فإذا ترجح جانب المدعي بالشاهد كان أولى باليمين لقوة جانبه بذلك، فاليمين مشروعة في جانب أقوى المتداعين، ولهذا لما قوي جانب المدعين في القسامة باللوث شرعت الأيمان في جانبهم، ولما قوي جانب المدعي بنكول المدعى عليه ردت اليمين عليه كما حكم به الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ<sup>(٢)</sup>.

٣. حديث ابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ لِلْمَدْعَى: ((شاهدك أو يمينه))<sup>(٣)</sup>.

وجه الدلالة:

أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خير المدعي بين أمرين لا ثالث لهما؛ إما البينة، أو يمين المدعى عليه، والتخير بين أمرين يمنع تجاوزهما إلى غيرهما، أو الجمع بينهما<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: جامع العلوم والحكم ٢/ ٢٣٤.

(٢) ينظر: الطرق الحكيمة ص (٧٥).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الشهادات، باب اليمين على المدعى عليه ٣/ ١٦٠.

(٤) ينظر: المبسوط ١٦/ ١١٢، الاختيار ٢/ ١٤٠، الفقه الإسلامي وأدلته ٦/ ٥٢٧.



## المناقشة:

نوقش بأن الحديث لا يدل على نفي الحكم بالشاهد واليمين إلا بدلالة المفهوم، وأحاديث القضاء بالشاهد واليمين دالة بمنطوقها، ودلالة المنطوق مقدمة على دلالة المفهوم، والأخذ بمفهوم هذا الحديث يؤدي إلى رد شهادة الرجل والمرأتين الثابتة بالنص والإجماع، مما يدل على ضعف هذا المفهوم<sup>(١)</sup>.

## الترجيح:

يظهر لي - والله أعلم بالصواب - أن الرأي الثالث ضعيف؛ لثبوت السنة الصحيحة بالقضاء بالشاهد واليمين، وعمل الصحابة، والأئمة بها، ويبقى الترجيح بين القولين؛ الأول والثاني، وعند النظر في أدلتها وما ورد عليها من مناقشات وما أجيب به عنها، فإنها تكاد تكون متكافئة، ولعل الأحوط هو القول الأول، وهو الحكم بالشاهد واليمين فيما يوجب الدية دون القود، لكن إن احتفت بذلك قرائن قوية تؤيد الدعوى، فلا أرى مانعاً من القضاء بالشاهد واليمين فيما يوجب القود، بل قد يكون ذلك متعيناً.

(١) ينظر: فتح الباري ٥/ ٣٣٥، النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود ١/ ١٤٦.

## المبحث الثالث

# استحلاف المدعى عليه في دعوى الجناية على ما دون النفس

اتفق الفقهاء على أن المدعي إذا لم يكن له بينة، فإنه يستحق اليمين على المدعى عليه في الدعوى المالية، قال القاضي عياض رَحْمَةُ اللَّهِ: «أجمع العلماء على استحلاف المدعى عليه في الأموال»<sup>(١)</sup>.

ومستند إجماعهم حديث ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه))<sup>(٢)</sup>. وفي رواية: ((ولكن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر))<sup>(٣)</sup>.

وحديث وائل بن حجر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وفيه أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال للمدعي: ((ألك بينة؟)) قال: لا. قال: ((فلك يمينه))<sup>(٤)</sup>.

وحديث ابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مرفوعاً: ((شاهدك، أو يمينه))<sup>(٥)</sup>.

واختلفوا في استحلاف المدعى عليه فيما عدا المال، وما يعيننا هنا ما يتعلق باستحلاف المدعى عليه في دعوى الجناية على ما دون النفس. فهل

(١) إكمال المعلم شرح صحيح مسلم ٢٨٨/٥.

(٢) تقدم تخرجه ص (١٥٣).

(٣) تقدم تخرجه ص (١٥٣).

(٤) تقدم تخرجه ص (١٥٣).

(٥) تقدم تخرجه ص (١٥٢).

يستحلف الجاني إذا كان موجب جنايته الدية؛ كما لو تسبب بقطع يد المدعي خطأً، أو جرحه عمداً جرحاً لا قصاص فيه؛ كجائفة، ومأمومة؟ وهل يستحلف إذا كان موجب جنايته القود؛ كقطع يد، أو أذن، أو كسر سن عمداً، ونحو ذلك؟ في ذلك مطلبان:

### المطلب الأول: استحلاف المدعى عليه إذا كان موجب جنايته الدية:

ذهب عامة الفقهاء إلى استحلاف المدعى عليه في دعوى الجناية على ما دون النفس إذا كان موجب جنايته الدية فقط؛ كدعوى الجناية خطأً، أو عمداً يوجب الدية لا القود؛ كجائفة، ومأمومة<sup>(١)</sup>.

واستدلوا بالأدلة المتقدمة الدالة على استحلاف المدعى عليه في المال<sup>(٢)</sup>، ووجه ذلك؛ أن الجناية إذا كانت موجبة للدية، فالقصد منها المال، فيستحلف فيها؛ كما يستحلف في المال؛ لأن موجبها المال.

(١) ينظر: المبسوط ١١٧/١٦-١١٨، بدائع الصنائع ٢٣٠/٦، الهداية للمرغيناني ١٧٧/٢، العناية بهامش شرح فتح القدير ١٧٨/٧، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٢٩٨/٤، الخرشي على خليل ٥٩/٨، منح الجليل ١٩٣/٩، الأم ٢٤٧/٦، ١٠١/٧، الحاوي ١٤٦/١٧، روضة الطالبين ٣٨/١٢، المغني ٢٣٦/١٤، الشرح الكبير مع الإنصاف ١٠٣/٣٠، منار السبيل ٥٠٢/٢، المحلى ٣٧٢-٣٧٣. وتقدم التعريف بالجائفة والمأمومة ص (١٥٨).

(٢) تقدمت ص (١٦٠).

## المطلب الثاني: استتلاف المدعى عليه إذا كان موجب جنائته القود:

إذا كان موجب الجناية على ما دون النفس هو القود؛ كأن تكون الجناية قطع يد، أو فقاً عين، أو كسر سن عمداً، أو نحو ذلك، ولم يكن للمدعي بينة، فهل يستتلف المدعى عليه ذلك؟  
اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

### القول الأول:

أنه يستتلف. ذهب إلى ذلك الحنفية<sup>(١)</sup>، وهو القول المعتمد عند المالكية<sup>(٢)</sup>، وهو قول الشافعية<sup>(٣)</sup>، ورواية عند الحنابلة<sup>(٤)</sup>، وهو قول الظاهرية<sup>(٥)</sup>.

- (١) ينظر: المبسوط ١١٧/١٦، بدائع الصنائع ٢٣٠/٦، العناية بهامش شرح فتح القدير ١٧٨/٧، تبين الحقائق ٢٩٧/٤، الاختيار ١١٣/٢.
- (٢) ينظر: المدونة ١٣٣/٥، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٢٩٧-٢٩٨/٤، الخرشي على خليل ٥٩/٨، منح الجليل ١٩٣-١٩٤/٩.
- (٣) ينظر: الأم ١٠١/٧، ١٦٥-١٦٦/٦، الحاوي ٢٤٧، الحاوي ١٤٦/١٧، روضة الطالبين ٣٨/١٢.
- (٤) ينظر: المحرر ٢٢٦/٢، والكافي لابن قدامة ١٨١/٦، المغني ٢٣٧/١٤، الشرح الكبير مع الإنصاف ١٠٤/٣٠، المبدع ٢٨٣/١٠.
- (٥) ينظر: المحلى ٣٧٢/٩، وما بعدها.

## القول الثاني:

أنه لا يستحلف. وهو قول عند المالكية<sup>(١)</sup>، ورواية عند الحنابلة هي ظاهر المذهب<sup>(٢)</sup>.

## الأدلة:

### أدلة القول الأول:

استدل القائلون باستحلاف المدعى عليه، في دعوى الجناية على ما دون النفس الموجبة للقود، بما يلي:

١. ما روى ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: ((لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه))<sup>(٣)</sup>.

### وجه الدلالة:

أن الحديث ظاهر الدلالة في إيجاب اليمين على المدعى عليه في دعوى الدماء؛ من وجهين:

الوجه الأول: عموم اللفظ فيه.

(١) ينظر: بداية المجتهد ٢/٨٣٦.

(٢) ينظر: المغني ١٤/٢٣٦، المبدع ١٠/٢٨٣، شرح منتهى الإرادات ٣/٥٦٦، كشف القناع ٦/٤٤٨، الروض المربع ص (٧٢٧).

(٣) تقدم تخرجه ص (١٥٣).

الوجه الثاني: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ذكر في صدر الحديث دعوى الدماء، ثم عقب ذلك بقوله: ((ولكن اليمين على المدعى عليه))، فيعود إلى المدعى عليه المذكور، ولا يجوز إخراجه منه إلا بدليل، وهذا ظاهر في أن الدعوى بالدم تشرع فيها اليمين<sup>(١)</sup>.

٢. عموم الأحاديث الدالة على أن اليمين على المدعى عليه<sup>(٢)</sup>؛ كحديث ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضى باليمين على المدعى عليه<sup>(٣)</sup>، وكقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((البينة على المدعي، واليمين على من أنكر))<sup>(٤)</sup>.

٣. أن دعوى الجناية على ما دون النفس دعوى صحيحة في حق لآدمي، لا يستوفى إلا بطلبه ويسقط بعفوه، فتشرع فيها يمين المدعى عليه؛ كدعوى المال<sup>(٥)</sup>.

٤. ولأنها دعوى لو أقر بها لم يقبل رجوعه عنها، فتجب اليمين فيها؛ كدعوى المال<sup>(٦)</sup>.

(١) ينظر: المغني ١٢/١٩٢، ١٤/٢٣٧، المبدع ١٠/٢٨٣.

(٢) ينظر: المصدران السابقان.

(٣) تقدم تحريجه ص (١٥٣).

(٤) تقدم تحريجه ص (١٥٣).

(٥) ينظر: المغني ١٤/٢٣٧، المبدع ١٠/٢٨٣.

(٦) ينظر: المغني ١٢/١٩٢.

## أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بعدم استحلاف المدعى عليه، في دعوى الجناية على ما دون النفس الموجبة للقود، بما يلي:

١. أنها دعوى فيما لا يجوز بذله، فلم يستحلف فيها؛ كالحودود<sup>(١)</sup>.

## المناقشة:

يناقش من وجهين:

الوجه الأول: أن القياس على الحدود قياس فاسد الاعتبار؛ لأنه في مقابل ظاهر النصوص كما تقدم.

الوجه الثاني: أنه قياس مع الفارق، وذلك أن الحدود حقوق الله، وتدرأ بالشبهات، وتسقط بالرجوع بعد الاعتراف، ولا يدخلها العفو، بخلاف القود.

٢. أن هذه الدعوى لا تثبت إلا بشاهدين ذكرين، فلا يستحلف فيها؛ كالحودود<sup>(٢)</sup>.

## المناقشة:

يناقش بأنه لا يسلم بأن دعوى الجناية على ما دون النفس، إذا كانت موجبة للقود، لا تثبت إلا بشاهدين ذكرين، بل ذهب بعض العلماء إلى

(١) ينظر: المغني ١٢/١٩٢، ١٤/٢٣٧، الشرح الكبير مع الإنصاف ٣٠/١٠٤.

(٢) ينظر: المصدران السابقان.

ثبوتها بالشاهد واليمين، والشاهد والمرأتين<sup>(١)</sup>. والقياس على الحدود لا يصح من وجهين تقدم ذكرهما في مناقشة الدليل الأول.

٣. أن هذه الدعوى لا يقضى فيها بالنكول، فلا يستحلف فيها؛ كالحدود<sup>(٢)</sup>.

### المناقشة:

يناقش بأنه لا يسلم بأن دعوى الجناية على ما دون النفس، إذا كانت موجبة للحدود، لا يقضى فيها بالنكول، بل ذهب بعض العلماء إلى القضاء فيها بالنكول؛ كما سيأتي ذكر الخلاف في ذلك- إن شاء الله تعالى- في المبحث الرابع. والقياس على الحدود لا يصح من وجهين تقدم ذكرهما في مناقشة الدليل الأول.

### الترجيح:

الراجح- والله أعلم- القول الأول، وهو أن المدعي يستحق استحلاف المدعى عليه في دعوى الجناية على ما دون النفس إذا كانت موجبة للحدود؛ لقوة أدلة هذا القول لا سيما ظواهر النصوص، وضعف أدلة القول الثاني بما ورد عليها من المناقشة.

(١) ينظر: الخرشبي ٢٠٢/٧، الطرق الحكمية ص (١٥١، ١٥٤، ١٥٩-١٦٠)، الشرح الممتع ٤٥٢/١٥، فقد رجح ابن عثيمين رَحْمَةُ اللَّهِ أَنْ المرأتين تقومان مقام الرجل مطلقاً إلا في الحدود؛ للاحتياط لها.

(٢) ينظر: الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣٠/٢٦.



## المبحث الرابع

القضاء بنكول المدعى عليه عن اليمين في دعوى  
الجناية على ما دون النفس

تقدم في المبحث السابق أن اليمين تتوجه إلى المدعى عليه - إذا لم يكن للمدعي بينة - في دعوى الجناية على ما دون النفس، إذا كان موجبها الدية في قول عامة العلماء، وإذا كان موجبها القود على القول الراجح، فإن حلف المدعى عليه برئ من الدعوى بالاتفاق، وإن نكل عن اليمين فهل يقضى عليه بالنكول<sup>(١)</sup>؟ في ذلك مطلبان:

## المطلب الأول: نكول المدعى عليه إذا كان موجب جنايته الدية:

إذا كان موجب الجناية على ما دون النفس هو الدية<sup>(٢)</sup>؛ كأن تكون الجناية خطأ، أو عمداً توجب الدية لا القود؛ كجائفة، ومأمومة، ولم يكن للمدعي بينة، وطلب من القاضي يمين المدعى عليه، فوجه القاضي اليمين

(١) النكول لغة: الجبن، والتأخر، والامتناع. (ينظر: معجم مقاييس اللغة ٥/٤٧٣، لسان العرب ١١/٦٧٧-٦٧٨).

واصطلاحاً: امتناع من وجبت عليه اليمين منها. (ينظر: منح الجليل ٨/٥٧١)، أو هي: «استنكاف الخصم عن حلف اليمين الموجهة عليه من القاضي». (المدخل الفقهي العام للزرقاء ٢/١٠٦٥).

(٢) قال ابن قدامة في (المغني ١٢/١٩٣): «فأما الدية فتثبت بالنكول عند من يثبت المال به، أو ترد اليمين على المدعي، فيحلف يميناً واحدة ويستحقها؛ كما لو كانت الدعوى في مال»، زاد صاحب (الشرح الكبير ٢٦/١٣٣): «وسواء كانت الدعوى عمداً أو خطأ، فإن العمد متى تعذر القصاص فيه وجب به المال، وتكون الدعوى ههنا كسائر الدعاوى».

على المدعى عليه فنكل عنها، فهل يقضى عليه بالدية (موجب جنايته)، بنكوله عن اليمين، أو لا يقضى عليه بالنكول؟  
اختلف الفقهاء في ذلك على خمسة أقوال:

القول الأول: أنه يقضى عليه بالنكول، ولا ترد اليمين على المدعي مطلقاً. ذهب إلى ذلك الحنفية<sup>(١)</sup>، وهو المشهور من مذهب الحنابلة<sup>(٢)</sup>. وقد روي عن عثمان، وابن عباس، وأبي موسى الأشعري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ<sup>(٣)</sup>.  
القول الثاني: أنه لا يقضى عليه بمجرد النكول، بل ترد اليمين على المدعي مطلقاً.

ذهب إلى ذلك المالكية<sup>(٤)</sup>، والشافعية<sup>(٥)</sup>، وهو رواية عن الإمام أحمد، اختارها أبو الخطاب<sup>(٦)</sup>. وقد روي عن عمر، وعثمان، وعلي، والمقداد بن الأسود، وأبي ابن كعب، وزيد بن ثابت رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ<sup>(٧)</sup>.

(١) ينظر: المبسوط ٣٤/١٧، بدائع الصنائع ٦/٢٣٠، الاختيار ٢/١١١.

(٢) ينظر: المغني ١٤/٢٣٣، المبدع ١٠/٦٤، كشاف القناع ٦/٣٣٨.

(٣) ينظر: المحلى ٩/٣٧٣.

(٤) ينظر: المعونة ٣/١٥٤٩، التمهيد ٢٣/٢٢٢، الاستذكار ٢٢/٥٧، الخرشي على خليل ٧/٢٤١.

(٥) ينظر: المهذب للشيرازي ٢/٣٠١، الحاوي ١٧/١٤٠، مغني المحتاج ٤/٤٧٧.

(٦) ينظر: المغني ١٤/٢٣٣، الفروع ٦/٤٧٧، المبدع ١٠/٦٥، الإنصاف مع الشرح الكبير ٢٨/٤٣٣.

(٧) ينظر: المحلى ٩/٣٧٧، سنن البيهقي ١٠/١٨٤، المعونة ٣/١٥٥٠، الطرق الحكيمة ص (١١٩).

القول الثالث: أنه يجبس<sup>(١)</sup> حتى يجيب بإقرار، أو إنكار يحلف معه.

ذهب إلى ذلك الظاهرية<sup>(٢)</sup>، وهو قول في مذهب الحنابلة<sup>(٣)</sup>.

القول الرابع: أنه إن كان المدعي متهماً ردت عليه اليمين، وإن لم يكن متهماً قضي له بنكول المدعى عليه.

وهذا القول روي عن ابن أبي ليلي<sup>(٤)</sup>، قال ابن القيم: «وله حظ من الفقه»<sup>(٥)</sup>.

القول الخامس: أنه إن كان المدعى عليه هو المنفرد بمعرفة المدعى به<sup>(٦)</sup>، فإنه يقضى عليه بالنكول، ولا ترد اليمين على المدعي، وإن كان المدعي هو المنفرد بمعرفة المدعى به، ردت عليه اليمين<sup>(٧)</sup>.

(١) وللقاضي أن يجبره على اليمين بالضرب. ينظر: الطرق الحكمية ص (١٢٠).

(٢) ينظر: المحلى ٩/ ٣٧٢ - ٣٧٣.

(٣) ينظر: الفروع لابن مفلح ٦/ ٤٧٧، الإنصاف مع الشرح الكبير ٢٨/ ٤٣٨، الطرق الحكمية لابن القيم ص (١٢٤).

(٤) ينظر: المحلى لابن حزم ٩/ ٣٧٧.

(٥) ينظر: الطرق الحكمية لابن القيم ص (١٢٤).

(٦) «مثل أن يدعي الورثة أو الوصي على غريم للميت فينكر، فلا يحلف المدعي». (الإنصاف مع الشرح الكبير ٢٨/ ٤٣٤).

(٧) «كالدعوى على ورثة ميت حقاً عليه يتعلق بتركته». (الإنصاف مع الشرح الكبير ٢٨/ ٤٣٤).

وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية<sup>(١)</sup>، وتلميذه ابن القيم<sup>(٢)</sup>.

### أدلة القول الأول :

استدل القائلون بأنه يقضى على المدعى عليه بالنكول، ولا ترد اليمين على المدعي مطلقاً، بما يلي:

١. قول الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَٰئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾<sup>(٣)</sup>.

وجه الدلالة: أن الله تعالى منع من أن يستحق أحد يمينه على غيره حقاً، ولهذا لا ترد اليمين على المدعي؛ لئلا يستحق مال غيره بغير حق<sup>(٤)</sup>.

### المناقشة:

نوقش بأن الآية ليست صريحة في مسألة النكول، بل تفيد تحريم اليمين الفاجرة التي يقطع بها المرء حق غيره ظلماً، فإذا كان المدعي صادقاً بيمينه فلا حرج عليه<sup>(٥)</sup>.

(١) ينظر: الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية ص (٤٩٥-٤٩٦)، الفروع ٦/٤٧٧، الطرق الحكمية لابن القيم (ص ١٢٣)، الإنصاف مع الشرح الكبير ٢٨/٤٣٤.

(٢) ينظر: الطرق الحكمية (ص ١٢٣).

(٣) آل عمران: ٧٧.

(٤) ينظر: الذخيرة ١١/٧٨، الفروق ٤/٩٣.

(٥) ينظر: الذخيرة ١١/٧٨.

٢. قول الله تعالى- في شأن الزوجة الملاعنة-: ﴿وَيَدْرُؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ وَلَمِنَ الْكٰذِبِينَ﴾ (٨) وَالْخَلِيسَةَ أَنْ غَضَبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصّٰدِقِينَ ﴿٩﴾ (١).

وجه الدلالة:

أن الآية دلت بمفهومها على أن الزوجة إذا نكلت عن أيمان اللعان فإنها تحد، ويقضى عليها بالنكول، وكذلك كل مدعى عليه إذا نكل (٢).

المناقشة:

نوقش هذا الاستدلال من ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: أن الزوجة إذا نكلت عن اللعان، فإنه لا يقضى عليها بمجرد نكولها، بل به مع أيمان الزوج (٣).

الوجه الثاني: أنه لا جامع بينهما، فلا وجه لقياس النكول عن اليمن في المال وما يقصد به المال على النكول في أيمان اللعان حتى يستدل به (٤).

(١) النور: ٨، ٩.

(٢) ينظر: الذخيرة ١١/٧٨، الفروق ٩٣/٤.

(٣) ينظر: الأم ٧/٤١، والطرق الحكمية ص (١١٧).

(٤) ينظر: الذخيرة ١١/٧٩.

الوجه الثالث: أنه قياس على مسألة مختلف فيها فلا يكون حجة؛ لأن من العلماء من لا يرى إقامة الحد على الزوجة إذا نكلت عن اللعان، وهو مذهب الحنفية والحنابلة<sup>(١)</sup>.

٣. قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ولكن اليمين على المدعى عليه))، وقوله - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - للمدعي: ((شاهدك، أو يمينه))، وقوله: ((البينة على المدعي، واليمين على من أنكر))<sup>(٢)</sup>.

وجه الدلالة: أن هذه الأحاديث أفادت صراحة أن اليمين إنما توجه إلى المدعى عليه، فالقول برد اليمين على المدعي مخالف لظاهر هذه الأحاديث فلا يقضى به، وإنما يقضى بنكول المدعى عليه عن اليمين<sup>(٣)</sup>.

#### المناقشة:

نوقش الاستدلال بهذه الأحاديث من وجهين:

الوجه الأول: أنها تحمل على ما إذا كان المدعى عليه باذلاً لليمين غير ناكل؛ لأنه إذا كان كذلك لم ترد اليمين على المدعي<sup>(٤)</sup>.

الوجه الثاني: أن هذه الأحاديث لم تتطرق للقضاء بالنكول، أو رد اليمين حتى يستدل بها، وإنما هي في بيان ما يلزم المدعي والمدعى عليه ابتداءً، ألا

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٣/٢٣٨، البحر الرائق ٤/١٢٥، المغني ١١/١٨٨، كشاف القناع ٥/٤٠٠.

(٢) تقدم تخريج هذه الأحاديث ص (١٥٣).

(٣) ينظر: الحاوي ١٧/١٤٠، المغني ١٤/٢٣٤.

(٤) ينظر: الحاوي الكبير ١٧/١٤٥.

تري أن المنكر قد يقيم البينة إذا ادعى وفاء الدين، فكذلك اليمن قد توجد في حق المدعي في الرتبة الثانية<sup>(١)</sup>.

٤. ما ورد أن عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا باع غلاماً له بثمانمائة درهم، وباعه بالبراءة من العيب، فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر: بالغلام داء لم تسمه لي، فقال ابن عمر: إني بعته بالبراءة، فاخصمها إلى عثمان بن عفان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، ف قضى على عبد الله بن عمر أن يحلف له: لقد باعه العبد وما به داء يعلمه، فأبى عبد الله أن يحلف له، وارتجع العبد<sup>(٢)</sup>.

وجه الدلالة: أن هذا الأثر صريح الدلالة في أن عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قضى على عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا بمجرد نكوله، ولم يرد اليمن على المدعي، ووافقه ابن عمر على هذا القضاء حين ارتجع غلامه<sup>(٣)</sup>.

المناقشة:

نوقش هذا الاستدلال من ثلاثة وجوه:

(١) ينظر: الذخيرة ٧٩/١١.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ في كتاب البيوع، باب العيب في الرقيق ٦١٣/٢، وعبد الرزاق في المصنف، في كتاب البيوع، باب البيع بالبراءة ولم يسم الداء ١٦٢/٨ رقم (١٤٧٢١)، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب البيوع، باب بيع البراءة ٣٢٨/٥، وابن حزم في المحلى ٣٧٣/٩، وهذا الأثر صححه ابن حجر في التلخيص الحبير ٢٤/٣، والألباني في إرواء الغليل ٢٦٣/٨.

(٣) ينظر: المغني ٢٣٤/١٤، الطرق الحكمية ص (١١٨).

الوجه الأول: أنه ليس صريحاً في القضاء بالنكول؛ لأن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ هو الذي اختار أن يرتجع العبد برضاه<sup>(١)</sup>.

الوجه الثاني: أنه قد ورد عن بعض الصحابة القضاء برد اليمين، بل روي ذلك عن عثمان نفسه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ<sup>(٢)</sup>، كما سيأتي - إن شاء الله - في أدلة القول الثاني.

الوجه الثالث: أن هذا الأثر ليس صريحاً في القضاء بالنكول مطلقاً في جميع الأحوال، بل إنما قضى عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بهذه القضية بمجرد النكول؛ لأن المدعى عليه هو المتفرد بمعرفة الحق المدعى به<sup>(٣)</sup>.

٥. أن القضاء بنكول المدعى عليه وعدم رد اليمين، هو ما أجمع عليه الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ<sup>(٤)</sup>.

#### المناقشة:

نوقش بعدم التسليم بدعوى الإجماع؛ لأنه قد ورد عن بعض الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ القضاء برد اليمين؛ كما سيأتي - إن شاء الله تعالى - في أدلة القول الثاني.

(١) ينظر: المحلى ٣٧٦/٩.

(٢) ينظر: المبدع ٦٥/١٠، الطرق الحكيمة ص (١١٩).

(٣) ينظر: الطرق الحكيمة ص (١٢٢-١٢٣).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع ٦/٢٣٠، تبين الحقائق ٤/٢٩٥.



٦. أنه بنكول المدعى عليه عن اليمين ظهر صدق المدعي في دعواه، فيقضى له كما لو أقام بينة<sup>(١)</sup>.

#### المناقشة:

نوقش بأن النكول عن اليمين لا يلزم منه كذب المدعى عليه، بل يحتمل التورع عن اليمين الصادقة، ويحتمل الإحجام عن اليمين الكاذبة، ويحتمل الاشتباه والشك في ثبوت المدعى به، ومع هذه الاحتمالات لا يبقى النكول بمجرد حجة ودليلاً للحكم<sup>(٢)</sup>.

٧. أن نكول المدعى عليه عن اليمين بمثابة إقراره بما ادعى به عليه، ولذا يقضى عليه بهذا النكول<sup>(٣)</sup>.

#### المناقشة:

نوقش بأنه لا يسلم بأن النكول إقرار، بل هو امتناع عنه، وإصرار على الإنكار<sup>(٤)</sup>.

٨. أن نكول المدعى عليه عن اليمين يجري مجرى ترك الحق، وبذل المال، وذلك مما يصح القضاء به<sup>(٥)</sup>.

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٠.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٠، مغني المحتاج ٤/ ٤٧٧، المغني ١٤/ ٢٣٤.

(٣) ينظر: المبسوط ١٦/ ١١٧، الاختيار ٢/ ١١١.

(٤) ينظر: الحاوي ١٧/ ١٤٢، الطرق الحكيمة ص (١٢٥).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير ١٧/ ١٤٣.

### المناقشة:

نوقش بأن النكول ترك للحجة، وليس بذلاً للحق؛ لأن البذل إباحة وتبرع، وهو لم يقصد ذلك، ولم يخطر على قلبه<sup>(١)</sup>.

٩. أن البينة حجة للمدعي، واليمين حجة للمدعى عليه، فلما لم يجوز أن تنقل حجة المدعي - وهي البينة - إلى المدعى عليه، فكذلك لا يجوز أن تنقل حجة المدعى عليه - وهي اليمين - إلى المدعي<sup>(٢)</sup>.

### المناقشة:

نوقش بوجود الفرق بين البينة واليمين، فالبينة تستعمل في الإثبات دون النفي ولذا لم تنقل إلى جانب المدعى عليه؛ لأنه ينفي ولا يثبت، أما اليمين فإنها تستعمل في النفي وتستعمل في الإثبات، ولذا جاز نقلها إلى المدعي ليثبت بها الحق<sup>(٣)</sup>.

١٠. القياس على مسألة ما لو مات من لا وارث له، فوجد الإمام في دفتره ديناً له على إنسان فطالبه به، فأنكره، وطلب منه اليمين فنكل، فإنه لا خلاف أن اليمين لا ترد، ويقضى عليه بالنكول<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: المصدر السابق، والطرق الحكمية ص (١٢٥).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير ١٧ / ١٤٠.

(٣) ينظر: الحاوي الكبير ١٧ / ١٤٥.

(٤) ينظر: المغني ١٤ / ٢٣٤.

### المناقشة:

نوقش بوجود الفارق، فهذه المسألة مما ينفرد المدعى عليه بمعرفة المدعى به، فيقضى عليه بالنكول، ولا ترد اليمين على المدعي الذي لا معرفة له به، وهذه تفارق ما إذا كان المدعي على علم بالمدعى به، فإنه لا مانع من أن توجه إليه اليمين.

١١. أن اليمين قول المدعي، فوجب أن لا يلزم به حكم؛ كالدعوى<sup>(١)</sup>.

### المناقشة:

نوقش بأن اليمين حجة بخلاف القول، كما أن يمين المدعى عليه حجة بخلاف الإنكار، ولذا تكون يمين المدعي حجة، وإن لم تكن دعواه حجة<sup>(٢)</sup>.

### أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بأنه لا يقضى على المدعى عليه بمجرد النكول، بل ترد اليمين على المدعي مطلقاً، بما يلي:

١. قول الله تعالى: ﴿ذَلِكَ أَذَىٰ أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَدَةِ عَلَىٰ وَجْهٍ أَوْ يَخَافُوا أَنْ تُرَدَّ أَيْمَانٌ بَعْدَ أَيْمَانِهِمْ﴾<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: الحاوي الكبير ١٧/ ١٤١.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير ١٧/ ١٤٥.

(٣) المائة: ١٠٨.

وجه الدلالة : أن الآية تفيد رد الأيمان بعد الأيمان الأولى، فدلّت على نقل الأيمان من جهة إلى جهة، وكذلك اليمين المردودة تحول من جهة المدعى عليه إلى جهة المدعي<sup>(١)</sup>.

### المناقشة:

نوقش هذا الاستدلال بأن الآية لا دلالة فيها على النكول ولا رد اليمين فيه، وأنها خارج محل النزاع؛ لأنها تفيد أن شاهدين يقومان مقام شاهدين آخرين ظهر إثمهما بعد الحلف، فيحلفان بدلاً عنهما، وهذا يخالف رد اليمين من المدعى عليه إلى المدعي<sup>(٢)</sup>.

٢. ما ثبت في الحديث الصحيح في مسألة القسامة، والشاهد منه، قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِلْأَنْصَارِ: ((أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم؟)) قالوا: لا، فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((فتحلف لكم يهود؟)) قالوا: يا رسول الله قوم كفار. فوداه رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من قبله<sup>(٣)</sup>.

وجه الدلالة : أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وجه اليمين إلى الأنصار، فلما نكلوا عنها، لم يقض عليهم بمجرد النكول، بل رد اليمين على اليهود، فدل ذلك على القضاء برد اليمين<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: الذخيرة ٧٦/١١، الحاوي الكبير ١٧/١٤١.

(٢) ينظر: المحلي ٩/٣٧٩.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الأدب، باب إكرام الكبير ويبدأ الأكبر بالكلام والسؤال ١٠٦/٧، ومسلم في كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب القسامة ١٢٩١/٣ رقم (١٦٦٩).

(٤) ينظر: المعونة ٣/١٥٥٠، التمهيد ٢٣/٢٢٢، الذخيرة ١١/٧٧، الأم ٧/٣٩، الحاوي الكبير ١٧/١٤١.

## المناقشة:

نوقش بأن التحليف في مسألة القسامة لا يصح القياس عليه؛ لأن الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إنما عرض اليمين على المدعين أولاً، فلما نكلوا عنها عرضها على المدعى عليهم، واليمين المردودة هي التي تطلب من المدعي بعد نكول المدعى عليه عنها، عكس مسألة القسامة، فحديث القسامة جاء على خلاف الأصل، وما جاء على خلاف الأصل لا يقاس عليه<sup>(١)</sup>.

## الإجابة:

أجيب بأن اليمين جعلت في جانب المدعين هنا لقوة جانبهم باللوث، فإذا تقوى جانب المدعي بنكول المدعى عليه شرعت اليمين في حقه<sup>(٢)</sup>.

٣. عن ابن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رد اليمين على طالب الحق<sup>(٣)</sup>.

وجه الدلالة: أن الحديث صريح في القضاء برد اليمين على طالب الحق -وهو المدعي- ومفهوم ذلك أنها لم ترد إلا بعد نكول المدعى عليه<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: المحلى ٣٧٩/٩، الطرق الحكمية لابن القيم ص(١١٩).

(٢) ينظر: الطرق الحكمية ص(١٢٠).

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرک في کتاب الأحكام ٤/١٠٠، وصحح إسناده، والدارقطني في سننه في کتاب الأفضية والأحكام ٤/٢١٣، والبيهقي في السنن الكبرى في کتاب الشهادات، باب النكول ورد اليمين ١٠/١٨٤، وقال ابن حجر في التلخيص الحبير (٤/٢٠٩): «وفيه محمد بن مسروق لا يعرف، وإسحاق بن الفرات مختلف فيه»، وضعفه الألباني في إرواء الغليل ٨/٢٦٨.

(٤) ينظر: الحاوي الكبير ١٧/١٤١، المغني ١٤/٢٣٤.

## المناقشة:

نوقش من وجهين :

الوجه الأول: أن الحديث ضعيف الإسناد، فلا يحتج به<sup>(١)</sup>.

الوجه الثاني: أن ابن عمر راوي الحديث قد خالف ما رواه، وذلك أنه لما توجهت إليه اليمين في قضية بيع العبد وأبى الحلف حكم عليه عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بالنكول، ووافق ابن عمر فإنه لم يرد اليمين على المدعي، ولا ردها عثمان، فمخالفته له تدل على ضعفه<sup>(٢)</sup>.

## الإجابة:

أجيب عن هذا الوجه بأنه على التسليم بالمخالفة، فإن العبرة بما روى الصحابي لا بما رأى<sup>(٣)</sup>.

٤. ما ورد أن المقداد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ استقرض من عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ سبعة آلاف درهم فلما طلبها عثمان منه، قال المقداد: إنها هي أربعة آلاف، فخاصمه إلى عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فقال: إني أقرضت المقداد سبعة آلاف درهم، فقال: إنها هي أربعة آلاف، فقال المقداد لعمر: أحلفه أنها سبعة آلاف، فقال عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أنصفك، فأبى عثمان أن يحلف، فقال عمر: خذ ما أعطاك<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: المغني ١٤ / ٢٣٤.

(٢) ينظر: المغني ١٤ / ٢٣٤.

(٣) ينظر: العدة للقاضي أبي يعلى ٢ / ٥٨٩، قواطع الأدلة ٢ / ٤١٩.

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب الشهادات، باب النكول ورد اليمين ١٠ / ١٨٤، وقال: «هذا إسناد صحيح إلا أنه منقطع، وهو مع ما روينا عن عمر =

وجه الدلالة: أن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قضى برد اليمن على المدعي، وهو هنا عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ؛ لأنه هو الذي ادعى أنها سبعة آلاف، وقد وافقه عثمان، والمقداد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا على هذا الحكم، ولم يخالفهم غيرهم، فثبت أنه حجة<sup>(١)</sup>.

المناقشة:

نوقش من أربعة أوجه :

الوجه الأول: أن الأثر ضعيف الإسناد، فلا يصح الاحتجاج به.

الوجه الثاني: على فرض ثبوته، فهو قول صحابة معارض بقول صحابة آخرين يرون القضاء بالنكول من غير رد اليمن<sup>(٢)</sup>.

الوجه الثالث: أنه ليس صريحاً في رد اليمن؛ لأنه لم يوجد نكول من المدعى عليه وهو المقداد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بل هو الذي طلب اليمن المدعى عليه -وهو عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ- مباشرة<sup>(٣)</sup>.

= رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في القسامة يؤكد أحدهما صاحبه فيما اجتماعا فيه من مذهب عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في رد اليمن على المدعي»، وابن حزم في المحلى ٣٧٧/٩، وقال في المحلى (٩/٣٨١): «لا يصح؛ لأنه من طريق الشعبي، والشعبي لم يدرك عثمان ولا المقداد فكيف عمر»، وقال ابن التركماني في الجوهر النقي ١٠/١٨٤: «في سنده مسلمة بن علقمة، وهو وإن أخرج له مسلم، فقد قال فيه أحمد بن حنبل: ضعيف الحديث»، وضعفه الألباني في إرواء الغليل ٨/٢٦٨.

(١) ينظر: المعونة ٣/١٥٥٠، الذخيرة ١١/٧٧، الحاوي ١٧/١٤٢.

(٢) ينظر: ما تقدم من أدلة القول الأول.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ٦/٢٣٠.

الوجه الرابع: أنه لا يدل على القضاء برد اليمين مطلقاً، بل يدل على رد اليمين في حالة ما إذا كان المدعي هو المتفرد بمعرفة المدعى به، كما يقوله أصحاب القول الخامس.

٥. أن أصول الشرع موضوعة على إثبات اليمين في جنبه أقوى المتداعين سبباً، وفي هذا الموضع أقواهما سبباً هو المدعي؛ لأنه قوى سببه بنكول المدعى عليه؛ لأنه بنكوله ظهر صدق المدعي وقوي جانبه، فانتقلت اليمين إلى جنبته؛ كما لو شهد له شاهد واحد<sup>(١)</sup>.

٦. أن يمين المدعى عليه حجة له في النفي، كما أن بينة المدعي حجة له في الإثبات، فلما كان ترك المدعي لحجته موجباً للعدول إلى يمين المدعى عليه، وجب كذلك أن يكون ترك المدعى عليه لحجته - وهي اليمين - موجباً للعدول إلى يمين المدعي<sup>(٢)</sup>.

٧. أن نكول المدعى عليه قد يكون لجهله بالحال، أو لتورعه عن الحلف مع علمه بصدقه في إنكاره، فلا يتعين بنكوله صدق المدعي، وإذا كان الأمر كذلك لم يقض عليه بمجرد نكوله بل ترد اليمين على المدعي<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: المعونة ٣/ ١٥٥١، الحاوي الكبير ١٧/ ١٤٤، المغني ١٤/ ٢٣٤.

(٢) ينظر: المعونة ٣/ ١٥٥٠، الحاوي الكبير ١٧/ ١٤٤.

(٣) ينظر: المغني ١٤/ ٢٣٤.



### المناقشة:

نوقش بأن هذه الاحتمالات نادرة فلا تمنع من القضاء بمجرد النكول، والاحتمالات النادرة ترد على كل ما يقضى به، فالشهادة مثلاً بينة بالإجماع مع احتمال الكذب فيها<sup>(١)</sup>.

٨. أن النكول حجة ضعيفة؛ لأنه ليس بينة ولا إقراراً، فلا يقوى على الاستقلال بالحكم، بل لا بد من تقويته برد اليمين على المدعي؛ كما يقوى الشاهد الواحد باليمين<sup>(٢)</sup>.

### المناقشة:

يناقش بعدم التسليم إذا كان المدعى عليه يعلم حقيقة الحال، بل نكوله من أقوى القرائن على صدق المدعي، بل هو أقوى من دلالة الشاهد الواحد على ذلك؛ لأن شهادة الواحد تحتل الكذب، ولا يملك المدعى عليه دفعها عن نفسه، ونكوله مع علمه بحقيقة الحال دليل على كذبه بالإنكار؛ لأنه لو كان صادقاً لحلف، ودفع الدعوى عن نفسه.

٩. أنه ليس في الأصول حق يثبت على منكر بسبب واحد، والنكول سبب واحد، فلا بد من ضم شيء غيره إليه وهو يمين المدعي؛ كما ضم شاهد إلى شاهد مثله، أو شاهد إلى يمين الطالب<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٠.

(٢) ينظر: المهذب ٢/ ٣٠١، الطرق الحكمية ص (١١٦-١١٧).

(٣) ينظر: التمهيد ٢٣/ ٢٢٢، المعونة ٣/ ١٥٥٠-١٥٥١.

### المناقشة:

يناقش بأن هذا استدلال بمحل النزاع، فلا يصح، وأيضاً، فإن النكول ممن يعلم حقيقة الدعوى أقوى من شهادة الشاهد الواحد؛ كما تقدم، فلا يحتاج إلى تقويته باليمين.

### أدلة القول الثالث:

استدل القائلون بأن المدعى عليه إذا نكل عن اليمين يجبس حتى يقر، أو يحلف، بما يلي:

١. ما روى أبو سعيد الخدري رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: ((من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان))<sup>(١)</sup>.

وجه الدلالة: أن المدعى عليه إذا نكل عن اليمين فقد أتى منكراً، فيجب تغييره، وتغييره يكون بالضرب ونحوه حتى يقر، أو يحلف<sup>(٢)</sup>.

### المناقشة:

نوقش بأنه لا يسلم بأن نكول المدعى عليه أمر منكر على الإطلاق؛ لأنه قد يكون امتناعه عن اليمين تورعاً، أو لجهله بالحال<sup>(٣)</sup>.

(١) أخرجه مسلم في كتاب الإيمان، باب بيان كون النهي عن المنكر من الإيمان ١/ ٦٩ رقم (٤٩).

(٢) ينظر: المحلى ٩/ ٣٨٣.

(٣) ينظر: المغني ١٤/ ٢٣٤، الطرق الحكمية ص (١٢٣).

٢. قول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه))<sup>(١)</sup>، وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للمدعي: ((بينتك، أو يمينه، ليس لك منه إلا ذلك))<sup>(٢)</sup>.

وجه الدلالة: أن الحديثين يدلان على أنه لا يجوز أن يعطى المدعي بدعواه دون بينة، فبطل بهذا أن يعطى بنكول خصمه، أو بيمينه إذا نكل خصمه، ودلا -أيضاً- على أن اليمين لا تكون إلا في جانب المدعى عليه، ومقتضى ذلك أنه إذا امتنع عنها ألزم بالضرب، ونحوه حتى يقر أو يحلف<sup>(٣)</sup>.

#### المناقشة:

نوقش هذا الاستدلال بأن الحديثين إنما يدلان على أن اليمين في الدعاوى إنما توجه ابتداءً إلى المدعى عليه، وليس فيها بيان الحكم إذا نكل<sup>(٤)</sup>، بل الحكم في النكول جاء من أدلة أخرى، ثم لو سلمنا بأنها تعرضت للحكم عند النكول فليس فيها ما يدل على حبس الناكل أو ضربه.

٣. أن القضاء برد اليمين ليس في كتاب الله تعالى، ولا سنة رسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ولهذا يجب إلزام المدعى عليه عند نكوله بأن يحلف أو يقر، ولو كان إلزامه بالضرب ونحوه<sup>(٥)</sup>.

(١) تقدم تخريجه ص (١٥٣).

(٢) تقدم تخريجه ص (١٥٣).

(٣) ينظر: المحلى ٣٨٣/٩.

(٤) ينظر: الذخيرة ٧٩/١١.

(٥) ينظر: المحلى ٣٨٢-٣٨٣/٩.

## المناقشة:

ناقش ابن القيم رَحْمَةُ اللَّهِ هَذَا بقوله: «بل أرشد إليه كتاب الله، وسنة رسوله؛ أما الكتاب فإنه سبحانه شرع الأيمان في جانب المدعي إذا احتاج إلى ذلك، وتعذر عليه إقامة البيعة، وشهدت القرائن بصدقه؛ كما في اللعان، وشرع عذاب المرأة بالحد بنكولها مع يمينه، فإذا كان هذا شرعه في الحدود التي تدرأ بالشبهات، وقد أمرنا بدرئها ما استطعنا، فلأن يشرع الحكم بها بيمين المدعي مع نكول المدعي عليه في درهم وثوب ونحو ذلك أولى وأحرى... وأما إرشاد السنة إلى ذلك فالنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جعل اليمين في جانب المدعي إذا أقام شاهداً واحداً؛ لقوة جانبه بالشاهد، مكنه من اليمين بغير بذل خصمه ورضاه، وحكم له بها مع شاهده، فلأن يحكم له باليمين التي يبذلها خصمه مع قوة جانبه بنكول خصمه أولى وأحرى، وهذا مما لا يشك فيه من له خوض في حكم الشريعة وعللها ومقاصدها»<sup>(١)</sup>.

## أدلة القول الرابع:

استدل من قال إن كان المدعي متهماً ردت عليه اليمين، وإن لم يكن متهماً قضي له بنكول المدعي عليه، بما يلي:

أن المدعي إذا لم يكن متهماً غلب على الظن صدقه، فإذا نكل خصمه قوى ظن صدقه فلم يحتج إلى اليمين، وأما إذا كان متهماً لم يبق معنا إلا مجرد النكول، فقويناه برد اليمين عليه<sup>(٢)</sup>.

(١) الطرق الحكيمة ص (١٢١-١٢٢).

(٢) ينظر: الطرق الحكيمة ص (١٢٤).

## المناقشة:

نوقش بأن هذا نوع من الاستحسان<sup>(١)</sup>، وهو مختلف في حجيته<sup>(٢)</sup>. بل يمكن أن يناقش بأن النكول صادر من المدعى عليه لا من المدعي، فالمعتبر فيه حال المدعى عليه لا حال المدعي، فإن كان المدعى عليه متهما بالنكول لكونه يعلم حقيقة الحال قضي عليه بنكوله دون أن ترد اليمين على المدعي، وإن كان غير متهم بنكوله؛ لكونه يجهل حقيقة الحال دون المدعي، ردت اليمين على المدعي.

## أدلة القول الخامس:

استدل من قال إن كان المدعى عليه هو المنفرد بمعرفة المدعى به<sup>(٣)</sup>، فإنه يقضى عليه بالنكول، ولا ترد اليمين على المدعي، وإن كان المدعي هو المنفرد بمعرفة المدعى به، ردت عليه اليمين<sup>(٤)</sup>، بما يلي:

١. ما روي عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: ((لا تضطروا الناس في أيمانهم أن يحلفوا على ما لا يعلمون))<sup>(٥)</sup>.

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) ينظر: شرح الكوكب المنير ٤/٤٢٩-٤٣٠.

(٣) «مثل أن يدعي الورثة أو الوصي على غريم للميت فينكر، فلا يحلف المدعي». (الإنصاف مع الشرح الكبير ٢٨/٤٣٤).

(٤) «كالدعوى على ورثة ميت حقاً عليه يتعلق بتركته». (الإنصاف مع الشرح الكبير ٢٨/٤٣٤).

(٥) أخرجه أبو داود في المراسيل، في الأيمان ص (٤٤٥) رقم (٣٨٩)، وعبد الرزاق في المصنف، كتاب الأيمان ٨/٤٩٤، رقم (١٦٠٣٠)، وضعفه الألباني في إرواء الغليل ٨/٣٠٨.

وجه الدلالة: أن الحديث دل على النهي عن إلزام الناس بالحلف على شيء لا يعلمونه، ومفهوم ذلك أن المتفرد بمعرفة المدعى به سواء كان هو المدعي أو المدعى عليه يلزم بالحلف؛ لأنه يحلف على شيء يعلمه<sup>(١)</sup>.

المناقشة:

نوقش بأن الحديث مرسل، فلا تقوم به حجة.

٢. أنه قد ورد عن بعض الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ القضاء بالنكول وعدم رد اليمين؛ كما في أثر عثمان مع ابن عمر المتقدم في أدلة القول الأول<sup>(٢)</sup>، وورد عن بعضهم القضاء برد اليمين على المدعي؛ كما في أثر عمر مع عثمان والمقداد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ المتقدم في أدلة القول الثاني<sup>(٣)</sup>، والجمع بين هذه الآثار هو أن ما ورد من القضاء بمجرد النكول محمول على ما إذا كان المدعى عليه هو المتفرد بمعرفة المدعى به، وما ورد من القضاء برد اليمين على المدعي فمحمول على ما إذا كان هو المتفرد بمعرفة المدعى به، فلا تعارض بينها، بل هذا له موضع وهذا له موضع آخر<sup>(٤)</sup>.

٣. أن الأصل في اليمين أن تكون في جانب أقوى المتداعيين، وإذا كان أحدهما مستقلا بمعرفة المدعى به قوي جانبه واتجهت إليه اليمين، سواء كان المدعي أو المدعى عليه<sup>(٥)</sup>.

(١) ينظر: مختصر الفتاوى المصرية ص (٦٠٧).

(٢) ينظر: ص (١٩١) من هذا البحث.

(٣) ينظر: ص (١٩٨) من هذا البحث.

(٤) ينظر: الطرق الحكمية ص (١٢٢-١٢٣).

(٥) ينظر: المصدر السابق.

## الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الخامس وهو القول بالتفصيل، فإذا كان المدعى عليه هو المتفرد بمعرفة المدعى به قضي عليه بالنكول ولم ترد اليمين على المدعي، وإن كان المدعي هو المتفرد بمعرفة المدعى به ردت عليه اليمين ولم يقض له بمجرد النكول؛ لقوة أدلة هذا القول، ولأن في الأخذ به جمعاً بين أدلة القائلين بالقضاء بالنكول مطلقاً، وأدلة القائلين برد اليمين مطلقاً، وبه تجتمع الآثار الواردة عن الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ في ذلك، قال ابن القيم رَحِمَهُ اللَّهُ: «ولما كانت أفهام الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فوق أفهام جميع الأمة، وعلمهم بمقاصد نبيهم صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وقواعد دينه وشرعه أتم من علم كل من جاء بعدهم ... حكموا بالرد مع النكول في موضع، وبالنكول وحده في موضع، وهذا من كمال فهمهم وعلمهم بالجامع والفارق والحكم والمناسبات»<sup>(١)</sup>، ولأن الحاجة تدعو إلى هذا القول؛ لأنه يتعذر رد اليمين في بعض القضايا؛ كما لو اجتمع ثلاثة أشخاص مثلاً على الاعتداء على شخص واحد، ومع أحدهم آلة حادة، فجرحه بها، ولا يعرف المجرور أيهم جرحه، فإنه إذا ادعى على أحدهم ونكل عن اليمين فهنا يحكم عليه بالنكول، ولا ترد اليمين على المدعي؛ لكونه يجهل حقيقة الحال بخلاف المدعى عليه. وبعض القضايا لا بد فيها من رد اليمين؛ كما لو اعتدى جماعة على جماعة بالضرب والجرح، فادعى أحد المجرورين على شخص بعينه أنه جرحه، فنكل عن اليمين؛ لكونه لا يعلم أيهم جرح، فهنا لا بد من رد اليمين على المدعي.

(١) الطرق الحكمية ص (١٢٢).

وأما إن كان كل من المدعي والمدعى عليه يدعي العلم، فهنا يتوجه القولان<sup>(١)</sup>؛ الرد، وعدم الرد -والله أعلم-.

### المطلب الثاني: نكول المدعى عليه إذا كان موجب جنايته القود:

إذا كان موجب الجناية على ما دون النفس هو القود؛ كأن تكون الجناية قطع يد، أو فقأ عين، أو كسر سن عمداً، أو نحو ذلك، ولم يكن للمدعي بينة، فإنه يستحلف المدعى عليه عند أكثر أهل العلم؛ كما تقدم في المبحث الثالث، فإن حلف برئ بالاتفاق، وإن نكل فهل يقضى عليه بالنكول فيقتصر منه؟ اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال:

### القول الأول:

أن القود فيما دون النفس لا يثبت بالنكول.

ذهب إلى ذلك المالكية<sup>(٢)</sup>، وهو المذهب عند الحنابلة<sup>(٣)</sup>، وقول الظاهرية<sup>(٤)</sup>.

- (١) ينظر: مختصر الفتاوى المصرية ص (٦٠٧)، والإنصاف مع الشرح الكبير ٢٨ / ٤٣٤.
- (٢) ينظر: المدونة ٥ / ١٣٣، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٤ / ٢٩٨، الخرشي ٨ / ٥٩، منح الجليل ٩ / ١٩٤، مواهب الجليل ٦ / ١٨٣، ١٨٤، وعندهم أنه يجبس حتى يقر أو يحلف، وقال أصبغ: فإن طال حبسه، ولم يحلف عوقب وأطلق؛ إلا أن يكون متمرداً فيخلد في السجن. (ينظر: المصادر السابقة).
- (٣) ينظر: المحرر ٢ / ٢٢٧، المغني ١٤ / ٢٣٥، الكافي لابن قدامة ٦ / ١٨٢، الفروع ٦ / ٥٣١، الإنصاف مع الشرح الكبير ٣٠ / ١٠٨، وعندهم فيما يصنع به وجهان؛ أحدهما: يخلى سبيله، والثاني: يجبس حتى يقر أو يحلف.
- (٤) ينظر: المحلى لابن حزم ٩ / ٣٧٢-٣٧٣، وعنده أن الناكل يجبر على اليمين بالضرب، ونحوه.



## القول الثاني:

أن القود فيما دون النفس يثبت بالنكول.

ذهب إلى ذلك أبو حنيفة<sup>(١)</sup>، والشافعية<sup>(٢)</sup>، وهو قول عند المالكية<sup>(٣)</sup>، ورواية عن الإمام أحمد<sup>(٤)</sup>.

## القول الثالث:

أن القود فيما دون النفس لا يثبت بالنكول، ولكن يقضى على الناكل بالدية.

ذهب إلى ذلك أبو يوسف، ومحمد صاحب أبي حنيفة<sup>(٥)</sup>، وهو رواية عند الحنابلة<sup>(٦)</sup>.

(١) ينظر: المبسوط ١١٧/١٦، بدائع الصنائع ٢٣٠/٦، العناية بهامش شرح فتح القدير ١٧٨/٧، الاختيار ١١٣/٢.

(٢) ينظر: الأم ٢٤٧/٦، الحاوي الكبير ١٧/١٤٠، ١٤٦، روضة الطالبين ١٢/٤٣، لكن لا يقضى بمجرد النكول حتى يحلف المدعي. (ينظر: المصادر السابقة).

(٣) ينظر: مواهب الجليل ١٨٤/٦، منح الجليل ١٩٤/٩، لكن لا يقضى بمجرد النكول حتى يحلف المدعي، (ينظر: المدونة ٣/١٣٧، التمهيد ٢٣/٢٢٢).

(٤) ينظر: المحرر ٢٢٧/٢، المغني ٢٣٥/١٤، الكافي لابن قدامة ١٨٣/٦، الفروع ٥٣١/٦، الإنصاف ١٠٨/٣٠.

(٥) ينظر: المبسوط ١١٨/١٦، بدائع الصنائع ٢٣٠/٦، العناية بهامش شرح فتح القدير ١٧٨/٧، الاختيار ١١٣/٢.

(٦) ينظر: الفروع ٥٣١/٦، المبدع ٢٨٥/١٠، تصحيح الفروع ٥٣١/٦، الإنصاف مع الشرح الكبير ١٠٨/٣٠.

## الأدلة:

### أدلة القول الأول:

استدل من قال بأنه لا يقضى بالنكول على من امتنع عن اليمين في دعوى الجناية على ما دون النفس الموجبة للقود، بما يلي:

أولاً: استدل الظاهرية بالأدلة ذاتها التي استدلوا بها على عدم القضاء بالنكول مطلقاً فيما يوجب الدية أو المال، وإنما يجبر على اليمين بالضرب ونحوه، وقد تقدم ذكرها، ومناقشتها في المطلب السابق.

ثانياً: استدل الحنابلة لعدم القضاء بالنكول هنا، بخلاف المال، بما يلي:

١. أن الدماء مما يحتاط لها، فلا تستباح بالنكول؛ لأنه حجة ضعيفة؛ إذ هو سكوت مجرد يحتمل أن يكون للخوف من اليمين، ويحتمل أن يكون للجهل بحقيقة الحال، ويحتمل أن يكون لعلمه بصدق المدعي، وإذا كان كذلك فلا يجوز أن يقضى به فيما سبيله الاحتياط<sup>(١)</sup>.

### المناقشة:

يناقش بعدم التسليم بأن النكول حجة ضعيفة، بل هو من أقوى القرائن في الدلالة على صدق المدعي إذا كان يعلم المدعى عليه حقيقة الحال؛ لأنه ليس كلام الخصم ولا حجته الخارجية، أشبه الاعتراف، ولا وجه لكون النكول يحتمل أن يكون خوفاً من اليمين إلا أن يكون كاذباً في إنكاره، أما لو كان صادقاً فخوفه وخشيته من النكول عن اليمين لا سيما في الأنفس

(١) ينظر: الشرح الكبير مع الإنصاف ٣٠/١٠٥-١٠٦.

والأطراف؛ لأنها لا تشمل الإباحة بخلاف الأموال، فنكوله عن اليمين فيما يوجب القود عليه مع كونه صادقاً في إنكاره أمرٌ محرّمٌ؛ لكونه لا يملك أطرافه حتى يبيحها بالنكول، ولكونه إعانة لأخيه على الظلم والعدوان، فيقتص منه ظلماً وعدواناً، لاسيما إذا قال له القاضي: إن حلفت وإلا قضيت عليك بالنكول<sup>(١)</sup>.

أما لو كان المدعى عليه يجهل حقيقة الحال، فنكوله عن اليمين في هذه الحال حجة ضعيفة، وهل يقوى برد اليمين على المدعي إذا كان يعلم حقيقة الحال؛ كالدعوى المالية، أم يسلك في الأطراف مسلك الاحتياط فلا يقضى فيها برد اليمين؛ لأنها كلام الخصم؟ هذا هو الأقرب - والله أعلم -.

٢. أن القصاص فيما دون النفس أحد نوعي القصاص، فلا يثبت بالنكول؛ كالقصاص في النفس<sup>(٢)</sup>.

#### المناقشة:

يناقش بأنه قياس على مسألة مختلف فيها، فلا يكون حجة، فإن الشافعية يرون القضاء بالنكول في الأنفس والأطراف<sup>(٣)</sup>.

(١) يقوله القاضي سواء كان يرى القضاء بالنكول، أو لا يرى القضاء به؛ استظهاراً للحق؛ كما قال سليمان - عَلَيْهِ السَّلَامُ - للمراتين: «اتتوني بالسكين أشقه بينها» متفق عليه. (ينظر: فتح الباري ٦/٥٣٦).

(٢) ينظر: المغني ١٤/٢٣٥.

(٣) ينظر: الأم ٦/٢٤٧، ٧/١٠١، الحاوي ١٧/١٤٠، ١٤١، ١٤٦.

ثالثاً: أما المالكية فلم أطلع لهم على أدلة خاصة بهذه المسألة، لكن يمكن أن يستدل لهم بأدلة الحنابلة السابقة.

### أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بأن القود فيما دون النفس يثبت بالنكول، بما يلي:

أولاً: استدل أبو حنيفة، بما يلي:

١. قياس الأطراف على الأموال؛ فكما يقضى بالنكول في الأموال، فكذلك الأطراف<sup>(١)</sup>؛ لأن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جمع بين الدماء، والأموال في حكم الدعوى؛ بقوله: ((لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه))<sup>(٢)</sup>.

٢. أن الأطراف يجري فيها البذل؛ لأنها خلقت وقياة للنفس وصيانة لها؛ كالأموال، فيقضى فيها بالنكول، ودليل جريان البذل فيها، أنه لو أمر بقطع يده فقطعت، لم يجب الضمان على القاطع<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: المبسوط ١١٧/١٦، بدائع الصنائع ٦/٢٣٠، الاختيار ١١٣/٢.

(٢) تقدم تخرجه ص (١٥٣).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ٦/٢٣٠، العناية بهامش شرح فتح القدير ٧/١٧٩، تبين الحقائق ٢٩٧/٤.

### المناقشة:

نوقش بعدم التسليم، فالأطراف لا يجري فيها البذل بخلاف الأموال، بدليل أن المأمور بأخذ المال لا يأثم بأخذه، بخلاف المأمور بقطع اليد فإنه يأثم بالقطع<sup>(١)</sup>.

### الإجابة:

أجيب بأنه إنما يأثم المأمور بقطع اليد لعدم الفائدة، ولو كان القطع مفيداً؛ كالقطع للأكلة، لم يأثم بفعله، والبذل بالنكول عن اليمن مفيد لانقطاع الخصومة به، ودفع اليمن عن نفسه، فيكون مباحاً<sup>(٢)</sup>.

### الرد:

رد هذا بأن الخصومة تنقطع بالدية، وهي أهون، فالمصير إليها أولى<sup>(٣)</sup>.

### الإجابة:

أجيب بأن دفع الخصومة بالدية، إنما يصار إليه عند تعذر الأصل وهو القصاص، ولم يتعذر فلا يعدل عنه<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: العناية بهامش شرح فتح القدير ٧/ ١٧٩.

(٢) ينظر: المصدر السابق.

(٣) ينظر: المصدر السابق ٧/ ١٧٩-١٨٠.

(٤) ينظر: المصدر السابق.

ثانياً: استدل الشافعية بالأدلة ذاتها التي استدلوا بها على أنه يقضى بالنكول إذا حلف المدعي فيما يوجب الدية أو المال، وقد تقدم ذكرها، ومناقشتها في المطلب السابق.

### أدلة القول الثالث:

استدل من قال إن القود فيما دون النفس لا يثبت بالنكول، ولكن يقضى على الناكل بالدية، بما يلي:

أن النكول إقرار فيه شبهة العدم، فلا يقوى على إثبات القود؛ للشبهة، والقود يدرأ بالشبهات، وإذا سقط القود للشبهة وجب المال<sup>(١)</sup>.

### المناقشة:

نوقش بعدم التسليم بأن النكول إقرار، بل هو كإقامة البينة بالحق<sup>(٢)</sup>، وأيضاً؛ فإن نكول المدعى عليه عن اليمين مع علمه بحقيقة الحال من أقوى القرائن على صدق دعوى المدعي، إذ لو كان صادقاً في إنكاره لحلف؛ قياماً بالواجب، ودفعاً للدعوى عن نفسه، ونصرة لأخيه بمنعه من الظلم وأخذ ما لا يستحق.

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٦/٢٣٠، العناية بهامش شرح فتح القدير ٧/١٧٨-١٧٩، الاختيار ٢/١١٣.

(٢) ينظر: الطرق الحكيمة ص (١٢٥)، كشف القناع ٦/٣٣٩.

## الترجيح:

يظهر لي -والله أعلم- أن القود فيما دون النفس يثبت بالنكول فيما إذا كان المدعى عليه يعلم حقيقة الدعوى؛ لقوة الأدلة في ذلك، وأما إذا كان المدعى عليه يجهل حقيقة الحال؛ كما لو جنى جماعة على جماعة، فادعى أحدهم أن فلاناً من الجناة هو الذي قطعه، فنكل عن اليمين لعدم علمه هل حصلت هذه الجناية منه أو من غيره؟ ففي هذه الحال يستحلف على عدم العلم، فإن نكل قضي عليه بالقود بعد رد اليمين على المدعي تقوية لبينة النكول، وإن حلف على عدم العلم برئ من القود، وهل يقضى عليه بالدية؟ يظهر لي -والله أعلم- أن اليمين ترد على المدعي في هذه الحال، فإن حلف قضي له بالدية، وإن نكل لم يقض له بشيء.

## الخاتمة

أحمد الله تعالى، وأشكره على إتمام هذا البحث، وفي ختامه أدون أهم النتائج التي توصلت إليها، وهي ما يلي:

١. أن اليمين في الدعاوى هي: توكيد ما يخبر به الخصم بالقسم بالله تعالى أمام القاضي.

٢. أن الدعوى هي: إخبار عن وجوب حق للمخبر على غيره عند حاكم.

٣. أن الجناية على ما دون النفس: هي كل فعل محرم وقع على الأطراف أو الأعضاء، سواء أكان بالقطع، أم بالجرح، أم بإزالة المنافع.

٤. اتفق الفقهاء على مشروعية اليمين في الدعاوى، وأنها طريق من طرق القضاء في الجملة.

٥. اختلف الفقهاء في ثبوت الجناية فيما دون النفس بالشاهد واليمين على ثلاثة أقوال، والراجح -والله أعلم- هو الحكم بالشاهد واليمين فيما يوجب الدية دون القود، لكن إن احتفت بذلك قرائن قوية تؤيد الدعوى، فلا أرى مانعاً من القضاء بالشاهد واليمين فيما يوجب القود، بل قد يكون ذلك متعيناً.

٦. ذهب عامة الفقهاء إلى استحلاف المدعى عليه في دعوى الجناية على ما دون النفس إذا كان موجب جنائته الدية فقط؛ كدعوى الجناية خطأ، أو عمداً يوجب الدية لا القود؛ كجائفة، ومأمومة.



٧. أن المدعي يستحق استحلاف المدعى عليه في دعوى الجناية على ما دون النفس إذا كانت موجبة للقود، على أرجح القولين؛ لقوة أدلة هذا القول لا سيما ظواهر النصوص.

٨. أن المدعى عليه إذا نكل عن اليمين في دعوى الجناية على ما دون النفس، إذا كانت موجبة للدية، فإن أرجح الأقوال فيما يلزمه، هو القول بالتفصيل، فإذا كان المدعى عليه هو المتفرد بمعرفة المدعى به قضي عليه بالنكول ولم ترد اليمين على المدعي، وإن كان المدعي هو المتفرد بمعرفة المدعى به ردت عليه اليمين ولم يقض له بمجرد النكول؛ لقوة أدلة هذا القول، ولأن في الأخذ به جمعاً بين أدلة القائلين بالقضاء بالنكول مطلقاً، وأدلة القائلين برد اليمين مطلقاً، وبه تجتمع الآثار الواردة عن الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ في ذلك.

٩. يظهر لي -والله أعلم- أن القود فيما دون النفس يثبت بالنكول فيما إذا كان المدعى عليه يعلم حقيقة الدعوى؛ لقوة الأدلة في ذلك، وأما إذا كان المدعى عليه يجهل حقيقة الحال؛ كما لو جنى جماعة على جماعة، فادعى أحدهم أن فلاناً من الجناة هو الذي قطعه، فنكل عن اليمين لعدم علمه هل حصلت هذه الجناية منه أو من غيره؟ ففي هذه الحال يستحلف على عدم العلم، فإن نكل قضي عليه بالقود، وإن حلف برئ، وهل يقضى عليه بالدية؟ يظهر لي -والله أعلم- أن اليمين ترد على المدعي في هذه الحال، فإن حلف قضي له بالدية، وإن نكل لم يقض له بشيء.

وبعد، فهذا ما توصلت إليه من نتائج في هذا البحث، والله أعلم وأحكم،  
وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.



## فهرس المصادر والمراجع

١. الإجماع، تأليف: محمد بن إبراهيم بن المنذر. تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الدعوة، الطبعة الثالثة، ١٤٠٢هـ، الإسكندرية.
٢. أحكام القرآن، تأليف: أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، دار الكتاب العربي، بيروت، طبعة مصورة عن الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م.
٣. أحكام القرآن، تأليف: أبي بكر محمد بن عبد الله، ابن العربي، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٣٩٢هـ/ ١٩٧٢م.
٤. الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية، تأليف: علاء الدين البعلي، تحقيق: أحمد بن محمد الخليل، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٨م.
٥. الاختيار لتعليل المختار، تأليف: عبد الله بن محمود الموصللي، دار الكتب العلمية، بيروت.
٦. إرواء الغليل في تخریج أحاديث منار السبيل، تأليف: محمد ناصر الدين الألباني. المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م.
٧. الاستذكار، تأليف: أبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر، تحقيق: علي محمد البجاوي، مكتبة النهضة، مصر.
٨. إعلام الموقعين عن رب العالمين، تأليف: أبي عبد الله محمد بن أبي بكر، ابن قيم الجوزية، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧م.
٩. الإقناع، تأليف: محمد بن إبراهيم بن المنذر. تحقيق الدكتور: عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ.

١٠. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تأليف: محمد بن محمد الخطيب الشربيني، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م.
١١. إكمال المعلم شرح صحيح مسلم، تأليف: القاضي عياض، المكتبة الشاملة.
١٢. الأم، تأليف الإمام: محمد بن إدريس الشافعي، دار الفكر، بيروت.
١٣. الإنصاف، لعلاء الدين أبي الحسين علي بن سليمان المرادوي (٨١٧-٨٨٥هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ / ١٩٩٣م.
١٤. أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تأليف: قاسم بن عبد الله القنوني الرومي الحنفي، تعليق: الدكتور يحيى مراد، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٤م.
١٥. بدائع الصنائع، تأليف: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م.
١٦. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تأليف: زين الدين بن نجيم الحنفي، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٣هـ / ١٩٩٣م.
١٧. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تأليف: محمد بن أحمد بن رشد (الحفيد)، تحقيق: أبو الزهراء، حازم القاضي، ضبط أصوله: أسامة حسن، خرج حديثه: ياسر إمام. الناشر: مكتبة نزار مصطفى الباز، ١٤١٥هـ / ١٩٩٥م.
١٨. بلوغ المرام من أدلة الأحكام، تأليف: الحافظ بن حجر العسقلاني، عنى بتصحيحه والتعليق عليه: محمد حامد الفقي، دار البخاري، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م.
١٩. البهجة في شرح التحفة، تأليف: علي بن عبد السلام التسولي، دار الرشاد الحديثة، الدار البيضاء، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م.



٢٠. التاج والإكليل لمختصر خليل، تأليف: محمد بن يوسف المواق، مطبوع بهامش مواهب الجليل، دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.
٢١. التاريخ الكبير، تأليف: محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، تحقيق: السيد هاشم الندوي، دار الفكر.
٢٢. تاريخ ابن معين، رواية الدوري، تأليف: يحيى بن معين أبو زكريا، تحقيق: الدكتور أحمد محمد نور سيف، الناشر: مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، ١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩م.
٢٣. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، تأليف: عثمان بن علي الزيلعي الحنفي. دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.
٢٤. تصحيح الفروع، تأليف: علي بن سليمان المرادوي، مطبوع مع الفروع، عالم الكتب، الطبعة الرابعة، ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م.
٢٥. تفسير القرطبي «الجامع لأحكام القرآن»، تأليف: أبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة الثالثة.
٢٦. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، تأليف: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، عنى بتصحيحه: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، المدينة المنورة، توزيع دار أحد، ١٣٨٤هـ/ ١٩٦٤م.
٢٧. التمهيد، تأليف: الحافظ بن عبد البر النمري القرطبي، تحقيق: سعيد أحمد أعراب، توزيع مكتبة الغرباء الأثرية.
٢٨. التوقيف على مهمات التعريف، للشيخ الإمام عبد الرؤوف بن المناوي، تحقيق: د/ عبد الحميد صالح حمدان، عالم الكتب- القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م.

٢٩. تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، تأليف: العلامة الشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تحقيق: عبد الرحمن بن معلا اللويح، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠م.
٣٠. جامع العلوم والحكم، تأليف: أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وإبراهيم باجس، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م.
٣١. الجواهر النقي، للعلامة علاء الدين بن علي بن عثمان المارديني الشهير بابن التركماني المتوفى سنة ٧٤٥هـ (مطبوع في ذيل السنن الكبرى للبيهقي)، دار الفكر.
٣٢. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تأليف: محمد عرفة الدسوقي، دار الفكر.
٣٣. حاشية العدوي على شرح الخرشي، تأليف: علي بن أحمد الصعدي العدوي، مطبوعة بهامش شرح الخرشي، دار صادر، بيروت.
٣٤. حاشيتا قليوبي وعميرة، الأولى تأليف: أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، والثانية: أحمد البرلسي الملقب بعميرة، دار الفكر، الطبعة الرابعة.
٣٥. الحاوي الكبير، تأليف: علي بن محمد بن حبيب الماوردي، تحقيق وتعليق الشيخ: علي محمد معوض، والشيخ: عادل أحمد عبد الموجود. دار الكتب العلمية، بيروت. الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م.
٣٦. الخرشي على مختصر خليل، تأليف: محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، دار صادر، بيروت.
٣٧. درر الحكام في شرح غرر الأحكام، تأليف: الملا خسرو، المطبعة العامرة- القاهرة، سنة، ١٣٠٥هـ.



٣٨. الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، تأليف: محمد بن علي بن محمد الحصني المعروف بالحصكفي. (مطبوع بهامش رد المحتار) دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م.
٣٩. الذخيرة، تأليف: أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق الدكتور: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.
٤٠. رد المحتار على الدر المختار «حاشية ابن عابدين»، تأليف: محمد أمين بن عمر ابن عابدين. دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م.
٤١. الروض المربع شرح زاد المستقنع، تأليف: منصور بن يونس البهوتي، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ / ١٩٩٦م.
٤٢. روضة الطالبين، تأليف: يحيى بن شرف النووي، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م.
٤٣. سنن أبي داود، تأليف: أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، دراسة وفهرسة: كمال يوسف الحوت، دار الجنان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٩هـ / ١٩٨٨م.
٤٤. سنن الترمذي «الجامع الصحيح»، تأليف: أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار الفكر.
٤٥. سنن الدارقطني، تأليف: علي بن عمر الدارقطني. تحقيق: عبدالله هاشم يمانى المدني، دار المحاسن للطباعة، القاهرة.
٤٦. السنن الكبرى، تأليف: أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي. دار الفكر.
٤٧. شرح حدود ابن عرفة، تأليف: محمد الأنصاري الرصاع، تحقيق: محمد أبو الأجفان، والظاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٩٩٣م.

- ٤٨ . شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، تأليف: محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ/ ١٩٩٠م.
- ٤٩ . شرح فتح القدير، تأليف: كمال الدين محمد بن عبد الواحد، المعروف بابن الهمام، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٥٠ . الشرح الكبير، تأليف: أحمد بن محمد الدردير (مطبوع بهامش حاشية الدسوقي عليه)، دار الفكر.
- ٥١ . الشرح الكبير، تأليف: شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن قدامة المقدسي، مطبوع مع الإنصاف، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، د/ عبد الفتاح بن محمد الحلو، دار هجر، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م.
- ٥٢ . شرح الكوكب المنير، تأليف: محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحي الحنبلي، المعروف بابن النجار، تحقيق: الدكتور محمد الزحيلي، والدكتور نزيه حماد، منشورات جامعة الملك عبد العزيز، مطبعة دار الفكر، ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م.
- ٥٣ . شرح منتهى الإرادات، تأليف: منصور بن يونس البهوتي، دار الفكر.
- ٥٤ . الشرح الممتع على زاد المستقنع، لفضيلة الشيخ العلامة محمد بن صالح العثيمين، طبع بمناسبة ندوة جهود الشيخ محمد العثيمين العلمية، ١٤٣١هـ، مكتبة دار المنهاج، الرياض.
- ٥٥ . صحيح البخاري، تأليف: الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، المكتبة الإسلامية، استانبول.
- ٥٦ . صحيح سنن الترمذي، تأليف: محمد ناصر الدين الألباني، مكتب التربية العربية لدول الخليج، الطبعة الأولى، ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م.
- ٥٧ . صحيح مسلم، تأليف: الإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، المكتبة الإسلامية، استانبول، الطبعة الأولى، ١٣٧٤هـ/ ١٩٥٥م.





- ٥٨ . الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تأليف: الإمام المحقق ابن قيم الجوزية، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٥٩ . العدة في أصول الفقه، تأليف: القاضي أبي يعلى محمد بن الحسين الفراء البغدادي الحنبلي، حققه وعلق عليه وخرج نصه: الدكتور أحمد بن علي سير المبارك، الطبعة الثانية، ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م.
- ٦٠ . العناية على الهداية، تأليف: محمد بن محمود البابرقي، مطبوع بهامش شرح فتح القدير، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٦١ . فتح الباري بشرح صحيح الإمام البخاري، تأليف: الإمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، قرأ أصله تصحيحاً وتدقيقاً: الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز، تحقيق: محب الدين الخطيب، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، راجعه: قصي محب الدين الخطيب، المكتبة السلفية، الطبعة الثالثة، ١٤٠٧هـ.
- ٦٢ . فتح الوهاب شرح منهج الطلاب، تأليف: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، دار الفكر، بيروت.
- ٦٣ . الفروع، تأليف: شمس الدين محمد بن مفلح، عالم الكتب، الطبعة الرابعة، ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م.
- ٦٤ . الفروق، تأليف: شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي، عالم الكتب، بيروت.
- ٦٥ . الفقه الإسلامي وأدلته، تأليف: الدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م.
- ٦٦ . القاموس المحيط، تأليف: مجد الدين الفيروز آبادي، دار المعرفة، بيروت.

٦٧. قواطع الأدلة في أصول الفقه، تأليف: الإمام أبي المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني الشافعي، تحقيق: الدكتور عبد الله بن حافظ الحكمي، مكتبة التوبة، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م.
٦٨. الكافي، تأليف: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات العربية والإسلامية بدار هجر، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م.
٦٩. الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تأليف: يوسف بن عبد الله بن عبد البر، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧م.
٧٠. كشاف القناع عن متن الإقناع، تأليف: منصور بن يونس البهوتي، عالم الكتب، بيروت.
٧١. الكليات، معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، لأبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي، تحقيق: الدكتور عدنان درويش، ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م.
٧٢. لسان العرب، تأليف: أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، دار صادر، بيروت.
٧٣. المبدع في شرح المقنع، تأليف: برهان الدين إبراهيم بن محمد بن مفلح، المكتب الإسلامي، ١٩٨٠م.
٧٤. المبسوط، تأليف: شمس الدين السرخسي، تصنيف: خليل الميس، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م.
٧٥. مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، تأليف: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليوبلي المدعو بشيخي زاده، تحقيق: خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، لبنان، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م.



٧٦. المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تأليف: مجد الدين أبي البركات، ومعه النكت والفوائد السنية، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار الكتاب العربي، بيروت.
٧٧. المحلى، تأليف: علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي، دار الجليل، بيروت.
٧٨. مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية، تأليف: بدر الدين أبي عبد الله محمد بن علي الحنبلي البعلبي، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار ابن القيم، الدمام، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.
٧٩. المدخل الفقهي العام، تأليف: الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء، دار الفكر، المجلد الأول طبعة تاسعة، والمجلد الثاني طبعة عاشر، والمجلد الثالث طبعة سادسة.
٨٠. المدونة الكبرى، تأليف: الإمام مالك بن أنس، دار صادر.
٨١. المراسيل، للإمام أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، تحقيق: الدكتور عبد الله بن مساعد الزهراني، دار الصميعي للنشر والتوزيع.
٨٢. المستدرک على الصحيحين، تأليف الإمام: أبي عبد الله الحاكم النيسابوري، دار المعرفة، بيروت.
٨٣. مسند الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة قرطبة، مدينة الأندلس.
٨٤. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، تأليف: أحمد بن محمد الفيومي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.
٨٥. المصنف، تأليف: الحافظ أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، توزيع المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.

٨٦. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، تأليف: الفقيه العلامة الشيخ مصطفى السيوطي الرحباني، الطبعة الثالثة، ١٤٢١هـ / ١٩٨١م.
٨٧. المطلع على أبواب المقنع، تأليف: محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي، المكتب الإسلامي، ١٤٠١هـ / ١٩٨١م.
٨٨. معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، تأليف: الدكتور محمد عبد الرحمن عبد المنعم، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، القاهرة.
٨٩. معجم مقاييس اللغة، تأليف: أبي الحسين أحمد بن فارس، تحقيق وضبط: عبد السلام محمد هارون، دار الجيل، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ / ١٩٩١م.
٩٠. المعونة على مذهب عالم المدينة، تأليف: القاضي عبد الوهاب بن علي البغدادي، تحقيق: د. حميش عبد الحق، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ / ١٩٩٥م.
٩١. المغني، تأليف: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، تحقيق الدكتور: عبد الله بن عبد المحسن التركي، والدكتور: عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر، القاهرة، توزيع صاحب السمو الملكي الأمير تركي بن عبد العزيز آل سعود، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م.
٩٢. مغني المحتاج، تأليف: محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر.
٩٣. المفردات في غريب القرآن، تأليف: أبي القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، تحقيق: محمد سيد كيلاني، دار المعرفة، بيروت.
٩٤. المقنع، لموفق الدين ابن قدامة، مطبوع مع الشرح الكبير والإنصاف، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، د. عبد الفتاح بن محمد الحلو، دار هجر، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ / ١٩٩٣م.
٩٥. منار السبيل، تأليف: إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الطبعة السابعة، ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م.



٩٦. المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، تأليف: سليمان بن خلف الباجي، دار الكتاب العربي، بيروت.
٩٧. منح الجليل على شرح مختصر خليل، تأليف: محمد عlish، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م.
٩٨. المهذب، تأليف: إبراهيم بن علي الشيرازي. دار البخاري، بريدة، مطبعة عيسى البابي الحلبي، وشركاه.
٩٩. مواهب الجليل، تأليف: محمد بن محمد بن عبد الرحمن الخطاب، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م.
١٠٠. الموسوعة الحديثية (مسند الإمام أحمد)، المشرف العام على إصدار هذه الموسوعة: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، شارك في التحقيق: شعيب الأرناؤوط، وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ / ١٩٩٣م.
١٠١. الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في دولة الكويت.
١٠٢. الموطأ للإمام مالك بن أنس، صححه ورقمه وخرج أحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٦هـ / ١٩٨٥م.
١٠٣. نصب الراية لأحاديث الهداية، تأليف: جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثالثة، ١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م.
١٠٤. النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود، تأليف: الدكتور عبد الله العلي الركبان، الطبعة الأولى، ١٤٠١هـ / ١٩٨١م.
١٠٥. نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، تأليف: محمد بن علي الشوكاني، خرج أحاديثها وعلق عليها: محمد صبحي حسن حلاق، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ / ١٩٩٩م.

١٠٦. الهداية شرح بداية المبتدي، تأليف: أبي الحسين علي بن أبي بكر المرغيناني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م.
١٠٧. وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية والأحوال الشخصية، تأليف: الدكتور محمد مصطفى الزحيلي، مكتبة دار البيان، الطبعة الأولى، ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م.





**أثر العادة والعرف في تفسير ألفاظ الواقف**  
دراسة فقهية تطبيقية على بعض الفروع الفقهية  
وأحد المبادئ القضائية السعودية

**د. ماهر بن عبد الغني بن محمود الحربي**

أستاذ الفقه المشارك بقسم الفقه بكلية الحقوق

جامعة طيبة - المدينة المنورة

## المقدمة

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه  
أجمعين.

أما بعد:

فإن معرفة دلالة لفظ الواقف من أهم ما تجب العناية به: بحثاً وفهماً  
وتحقيقاً؛ لأن فهم لفظ الواقف يؤدي إلى إنزاله على الوجه الذي أراده،  
والعمل بشرطه وفق غرضه، ويتحقق بذلك المقصد المطلوب من الوقف،  
يقول ابن تيمية (ت: ٧٢٨هـ): «والمقصود إجراء الوقف على الشروط التي  
يقصدها الواقف»<sup>(١)</sup>.

ومن القواعد الفقهية الكلية الكبرى التي يُرجع إليها في فهم وتفسير  
الألفاظ، والكشف عن إرادة المتكلم، قاعدة (العادة مُحْكَمَةٌ)، والقواعد  
والضوابط الفقهية المدرجة تحتها في المجال التفسيري للألفاظ، إذ من المقرر  
عند الفقهاء اعتبار جميع الأحكام المترتبة على العوائد، وتقديم المسمى العرفي  
على المسمى اللغوي<sup>(٢)</sup>.

(١) ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم، «مجموعة الفتاوى»، (ط: ٤، المنصورة: دار الوفاء،  
بيروت: دار ابن حزم، عام: ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م)، ٥٧/٣١.

(٢) ينظر: القرافي، أحمد بن إدريس، «الفروق»، حققه: عمر حسن القيّام، (ط: ٣، دمشق:  
دار الرسالة العالمية، عام: ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م)، ٣٨٢/١؛ ابن قيم الجوزية، محمد بن  
أبي بكر، «أعلام الموقعين عن رب العالمين»، ضبطه وخرّج آياته: محمد عبد السلام،  
(ط: بدون، بيروت: دار الكتب العلمية، عام: ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م)، ٦٥/٣.



ولذلك جاءت هذه الدراسة لبيان مجال ونطاق إعمال العادة والعرف في تفسير ألفاظ الواقف، وشروط وضوابط ذلك، وبيان الفروع الفقهية للمسائل المبنية على العادة والعرف في تفسير ألفاظ الواقف، وإثراء ذلك بالتطبيقات القضائية في المملكة العربية السعودية.

واخترت لهذه الدراسة، عنوان: «أثر العادة والعرف في تفسير ألفاظ الواقف - دراسة فقهية تطبيقية على بعض الفروع الفقهية وأحد المبادئ القضائية السعودية-».

### أهمية الموضوع:

١. أن ألفاظ الواقف وشروطه، هي المرجع عند إدارة الوقف، والفهم الصحيح والتفسير السليم لها يؤدي إلى تنفيذ شروط الواقف وفق غرضه وقصده، ويضمن إدارة الوقف حسبما أراد الواقف.
٢. إبراز مدى عناية الشريعة الإسلامية بوضع قواعد كلية وضوابط مرعية تساعد في فهم وتفسير ألفاظ الواقف.
٣. إظهار مدى رسوخ الشريعة الإسلامية وقدرتها على ضبط عمل المفسر، بما يعصمه من الخطأ والزلل.
٤. الحاجة لبيان مجال ونطاق العادة والعرف في تفسير ألفاظ الواقف، وضوابط ذلك.

٥. رد الفروع الفقهية التي يظهر فيها أثر العادة والعرف في تفسير ألفاظ الواقع إلى القواعد والضوابط الفقهية في المجال التفسيري والمندرجة تحت قاعدة (العادة محكمة)؛ مما يحقق فقهاً تطبيقياً، ويربط بين الأصول والفروع.

٦. إبراز مدى موافقة مبادئ وقرارات وأحكام القضاء في المملكة العربية السعودية لأحكام الشريعة الإسلامية، واستنادها عليها وفق ما دل عليه الكتاب والسنة.

### الدراسات السابقة:

لم اطلع على دراسة مستقلة تدرس هذا الموضوع دراسة فقهية تطبيقية على الفروع الفقهية في المذاهب الأربعة المشهورة، وعلى المبادئ والقرارات القضائية السعودية، وفق ما أقصد من الدراسة بيان أثر العادة والعرف في المجال التفسيري للألفاظ بما يكشف عن إرادة الواقع من لفظه، ويرد الأحكام الفقهية المبنية على العادة والعرف في تفسير لفظ الواقع إلى القواعد والضوابط الفقهية في المجال التفسيري والمندرجة تحت قاعدة العادة محكمة.

ولم أقصد من هذه الدراسة، بيان حجية العادة والعرف، وشروطها، على وجه التفصيل؛ لأن ذلك مبثوث ومبحوث في دراسات علمية ورسائل مطولة فاكتفيت في المبحث الأول ببيانها من حيث المعنى، ومجال إعمالها والقواعد والضوابط المندرجة تحتها في المجال التفسيري إجمالاً واختصاراً بما يتحقق منه المطلوب في دراستنا التطبيقية على المسائل والفروع التي كان للعادة والعرف أثر في تفسير ألفاظ الواقع فيها.

وأما موضوع العادة والعرف فقد تناوله الباحثون في رسائل علمية عديدة، ومن أبرز تلك الرسائل، هي:

١. «العرف والعادة في رأي الفقهاء»، للشيخ/ أحمد فهمي أبو سنة، وهي أقدم رسالة ودراسة معاصرة، وطبعت عام: (١٩٤٥م)، تناول الشيخ رَحْمَةُ اللَّهِ بِيَان حجية العرف والعادة، وشروط إعمالهما، والموقف من تعارض العرف مع الأدلة الشرعية، واللغة، ثم ختم الدراسة ببعض الأحكام المبنية على العرف والعادة بشكل عام، ولم يتناول إطلاقاً الأحكام المبنية على العرف والعادة في باب الوقف، ولم تتناول الدراسة أيضاً بيان أثر العرف والعادة في تفسير ألفاظ الواقف.

٢. «العرف في الفقه الإسلامي»، للشيخ/ عمر بن عبد الله، وهو بحث منشور في مجلة كلية الحقوق بالإسكندرية، عام (١٩٥٣م)، ولم أستطع الحصول عليه للاطلاع وإجراء المقارنة.

٣. «العرف، حجيته، وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة»، للدكتور/ عادل بن عبد القادر قوته، مطبوع في مجلدين، من مطبوعات المكتبة المكية بمكة المكرمة، الطبعة الأولى عام: ١٤١٨هـ، وتناول الباحث عدداً من نماذج وأمثلة المذهب الحنبلي على ألفاظ الواقف، وأثر العرف في تفسيرها، وكذلك تناول بيان ضوابط النظر في تفسير ألفاظ الواقف، إلا أن الدراسة والبحث اهتمت بالمسائل عند الحنابلة، ولم تعرض لأقوال الفقهاء في المذاهب الفقهية المشهورة، وأدلتهم، والمناقشة لها، وصولاً للرأي

الراجح منها، كما لم تتطرق إلى بيان التطبيق على القرارات والمبادئ القضائية السعودية وهو ما تميزت به دراستي عنه.

٤. «أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في فقه المعاملات المالية»، للدكتور/ عادل بن عبد القادر قوته، مطبوع عام (١٤٢٨هـ) ضمن مطبوعات المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية، وهو بحث مقدم للمعهد، وتناول فيه الباحث، بيان حجية العرف، ومدى اعتباره، ومجالاته، ثم أورد الباحث تطبيقات معاصرة لأثر العرف في المعاملات المالية، وتناول ضمن ذلك عقد الوقف بشكل موجز ومختصر لم يتجاوز الصفحتين من بحثه.

٥. «العادة مُحْكَمَةٌ -دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية»، للدكتور/ يعقوب بن عبد الوهاب الباحثين، من مطبوعات مكتبة الرشد بالرياض، عام (١٤٣٣هـ-٢٠١٢م)، وهي دراسة تناولت بيان مفهوم القاعدة، وشروطها، وأركانها، ومجالاتها، وحجيتها، والقواعد والضوابط المدرجة تحتها، وقد يورد الباحث المسائل التطبيقية تحت تلك القواعد والضوابط، والاستثناءات منها، غير أن الدراسة لم تُعن بشكل خاص ببيان أثر العرف والعادة في تفسير ألفاظ الواقف، ولم تستقرأ الفروع الفقهية التي كان للعرف والعادة أثر في تفسير ألفاظ الواقف فيها؛ لأن الدراسة لم تكن مؤلفة لتلك الغاية.

٦. «المسائل المبنية على العرف عند شيخ الإسلام ابن تيمية - دراسة تأصيلية تطبيقية موازنة»، إعداد: د. مشعل بن حمود النفيعي، وهي رسالة

نال بها الباحث درجة الدكتوراه في الفقه في كلية الشريعة بجامعة أم القرى، وتناول مسألة أثر العرف في تفسير ألفاظ الواقف بشكل مختصر في صفحتين (٦٥٥-٦٥٦) من الرسالة.

٧. «مجالات إعمال العرف» للدكتور/ وليد بن علي الحسين، وهو بحث منشور على موقع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة القصيم، وعدد صفحاته (٧٢) صفحة، وذكر الباحث بعض التطبيقات القليلة جداً في مسألة أثر العرف في تفسير ألفاظ الواقف، والتي لم تتجاوز الثلاث صفحات من الدراسة، وهي الصفحات (٥٢-٥٤).

٨. «أثر العرف في فهم النصوص (قضايا المرأة أنموذجاً)»، للدكتورة/ رقية العلواني، وهو ضمن مطبوعات: دار الفكر ببيروت، الطبعة الأولى منه: عام: ١٤٢٤هـ. ولم تتناول مسألة أثر العرف في تفسير ألفاظ الواقف.

٩. «العرف وتطبيقاته المعاصرة» للدكتور/ سعود بن عبد الله الورقي، وعدد صفحاته (٦٠) صفحة، ولم يتناول الباحث مسألة أثر العرف في تفسير ألفاظ الواقف.

### مشكلة البحث:

للعادة والعرف دور رئيس في تفسير ألفاظ الواقف في مسائل كثيرة، وتلك المسائل مبثوثة ومدونة في كتب الفقه الإسلامي، وتحتاج إلى جمع للمنتشر منها، وعرضها على الضوابط والقواعد الفقهية في المجال التفسيري؛ لمعرفة مدى موافقتها للأدلة الشرعية المعتمدة، والالتزام بشروط إعمال العادة

والعرف، ليسهل بعدُ إلحاق النظر من المسائل الحادثة والمستجدة بنظيره، والتسوية بين المتماثلين، والتفريق بين المختلفين، ويضمن السائل إلى الجواب. وقد يجد الباحث في مدونات الفقه، في مسألة معينة، أن بعض الفقهاء قد عمل بالعادة أو العرف في تفسير لفظ الواقف، بينما لم يعمل بهما البعض الآخر، وذلك راجع إلى أن لفظ الواقف قد يتردد بين المسمى اللغوي والمسمى العرفي، أو يتردد بين العرف العملي والمسمى اللغوي، أو يتعارض العرف العام مع العرف الخاص، فيعمل فقيه برأي، ويعمل آخر بغيره. وهذه مشكلة يتعين على الفقيه والقاضي معرفة ضوابط وقواعد أعمال العادة والعرف في مجال تفسير ألفاظ الواقف، وكيفية العمل عند تردد اللفظ بين المسمى العرفي واللغوي، وعند التعارض بين العرف العام والعرف الخاص، وغيرها من القواعد والضوابط الفقهية في المجال التفسيري؛ ليسهل عليهم إلحاق النظر بنظيره، وإعمال المثل بمثله، فيما يُعرض عليهم من مسائل وأقضية.

### أسئلة البحث:

تسعى الدراسة للإجابة عن التساؤلات التالية:

١. هل يُنحصر ويُقيد لفظ الواقف بالعادة والعرف؟
٢. إذا تردد لفظ الواقف بين المسمى العرفي والمسمى اللغوي، فأيهما يُقدم؟

٣. إذا تردد لفظ الواقف بين العرف العملي والمسمى اللغوي، فأيهما يُقدم؟

٤. هل العرف يقضي على اللفظ؟

٥. هل العرف الطارئ بعد صدور اللفظ عن الواقف، يُخصص اللفظ أو يُقيده أو يُبطله؟

### أهداف البحث:

يهدف البحث إلى رد بعض الفروع الفقهية التي بُني الحكم فيها على العادة أو العرف في المجال التفسيري لألفاظ الواقف، مع بيان الخلاف الفقهي فيها إن وجد، ومناقشة الأدلة، وبيان الراجح من الأقوال، وإثراء ذلك بالتطبيقات القضائية السعودية من خلال تحليل وعرض المبدأ القضائي المتعلق بهذه المسألة؛ من أجل الإسهام في بيان ما استقر عليه العمل القضائي السعودي في تفسير ألفاظ الواقف بالعادة والعرف، وإيضاح مستند ذلك من أحكام الشريعة الإسلامية بالدليل التفصيلي.

### منهج البحث:

التزمت في هذه الدراسة، المنهج المنهَج الاستقرائي التحليلي والاستنباطي المقارن، وسلكت في ذلك الطريقة التالي:

١. جمعت المسائل الفقهية المبنية على العادة والعرف في تفسير ألفاظ الواقف مما وقفتُ عليه في مدونات فقه المذاهب الأربعة المشهورة، والتزمت في ذلك بطريقة الفقهاء والباحثين المصنفين في القواعد والضوابط الفقهية

وذلك بأن أذكر المسألة الفقهية التي تدرج في موضوع الدراسة مع بيان أقوال الفقهاء فيها دون التوسع في بيان الخلافات الفقهية؛ لأن التوسع قد يطول، ويخالف المنهج المتبع في التأليف والبحث في القواعد والضوابط الفقهية، وموضع ذلك علم الفقه.

٢. ذكرت المسألة الفقهية المبنية على العادة والعرف في تفسير ألفاظ الواقف، ثم أذكر دليلها من القرآن الكريم، أو السنة، أو الإجماع، أو القياس، أو غيرها من الأدلة الشرعية المعتمدة عند العلماء، وأذكر مَنْ أخذ بها من المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة، ومَنْ نص عليها من الفقهاء المعبرين، وأرتب المذاهب الفقهية وفق التسلسل الزمني لظهورها، وأما الفقهاء فأرتبهم حسب ترتيب مذاهبهم الفقهية، فإن كانوا من مذهب واحد فأرتبهم حسب وفياتهم.

٣. رتب المصادر الفقهية في هامش البحث وفق التسلسل الزمني لظهور المذاهب، وإن كانت لمذهب واحد فأرتبها بحسب وفيات مؤلفيها.

٤. كتبت الآيات القرآنية وفق رسم مصحف المدينة النبوية، وأعزوها إلى السور في هامش البحث.

٥. خرجت الأحاديث النبوية من مصادر السنة المعتمدة، فإن كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما فأكتفي بالعزو إليهما دون غيرهما، لدلالة تخرجه فيهما أو في أحدهما على صحته، وأذكر الكتاب الذي ورد فيه والباب ورقم الحديث والجزء والصفحة، وإن كان الحديث في غيرهما فإني أذكر قدرًا



كافياً من تخريجه في كتب السنة، مع الالتزام ببيان كلام أهل العلم في الحكم على الحديث من حيث الصحة والضعف.

٦. عرفت بالمصطلحات العلمية والكلمات الغريبة.

٧. ختمت البحث بخاتمة تشتمل على أهم النتائج والتوصيات، ويتبعها فهرس للمصادر والمراجع، وآخر للموضوعات، ولم أضع فهرس للآيات والأحاديث والآثار والأعلام والمصطلحات العلمية والكلمات الغريبة كالمتبع في الأبحاث؛ لأن ذلك يطيل عدد صفحات البحث ويزيدها عن الصفحات المشروطة في القواعد الفنية للمجلة؛ والتزمت بوضع فهرس للمراجع والمصادر.

### خطة البحث:

#### المبحث الأول: التمهيد:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: في التعريفات. وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف العادة في اللغة والاصطلاح.

الفرع الثاني: تعريف العرف في اللغة والاصطلاح.

الفرع الثالث: تعريف الوقف في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني: في الشروط والأحكام. وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: شروط اعتبار العادة والعرف.

الفرع الثاني: المجال التفسيري للعادة والعرف.

الفرع الثالث: القواعد والضوابط المدرجة تحت قاعدة العادة محكمة في المجال التفسيري.

المبحث الثاني: التطبيقات الفقهية للعادة والعرف في تفسير ألفاظ الواقف:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: ألفاظ الواقف المتعلقة بالنظارة وعمارة الوقف. وفيه فرعان:

الفرع الأول: ألفاظ الواقف المتعلقة بالنظارة.

الفرع الثاني: ألفاظ الواقف المتعلقة بعمارة الوقف.

المطلب الثاني: ألفاظ الواقف المتعلقة بمصرف الوقف ومقدار الصرف. وفيه فرعان:

الفرع الأول: ألفاظ الواقف المتعلقة بمصرف الوقف.

الفرع الثاني: ألفاظ الواقف المتعلقة بمقدار الصرف.

المبحث الثالث: تطبيقات قضائية.

وختمت الدراسة بخاتمة: تضمنت أهم النتائج والتوصيات، وفهرس للمراجع والمصادر، وآخر للموضوعات.

وإلى بيان مسائل البحث مستعيناً بالله تعالى.

## المبحث الأول التمهيد

وفيه مطلبان:

### المطلب الأول: في التعريفات:

وفيه ثلاثة فروع:

#### الفرع الأول: تعريف العادة في اللغة والاصطلاح:

أولاً: تعريف العادة في اللغة:

العادة مصدر من الفعل «عاد»، والعود: يدل على تثنية في الأمر، وذلك إذا بدأ ثم عاد، وعوداً بعد بدءٍ، والعادة: الدُّرْبَةُ في الشيء، وهو أن يتهادى في الأمر حتى يصيرَ له سجيَّةً، ويقال للمواظب على الشيء: المُعَاوِدُ<sup>(١)</sup>.

فالعادة في اللغة لا تطلق إلا على الشيء إذا تكرر مرة بعد مرة.

#### ثانياً: تعريف العادة في الاصطلاح:

العادة في الاصطلاح، هي: «الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية»<sup>(٢)</sup>.

(١) ينظر: الفراهيدي، الخليل بن أحمد، «العين»، تحقيق: د. عبد الحميد هنداوي، (ط: ١)، بيروت: دار الكتب العلمية، عام: ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م)، ٣/ ٢٤٨-٢٤٩؛ ابن فارس، أحمد بن فارس، «مقاييس اللغة»، تحقيق: عبد السلام هارون، (ط: ١)، بيروت: دار الجليل، عام: ١٤١١هـ - ١٩٩١م)، ٤/ ١٨١-١٨٢. مادة: (عود).

(٢) ابن أمير الحاج، محمد بن محمد الحلبي، «التقرير والتحبير شرح التحرير»، (ط: ٢)، بيروت: دار الكتب العلمية، عام: ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م)، ١/ ٢٨٢.

قوله: «الأمر»، فإنه لفظ عام يندرج تحته القول والفعل، وقوله: «المتكرر»، يستلزم منه حصول الشيء مرة بعد مرة لإطلاق لفظ «العادة» عليه، ويخرج من ذلك ما إذا حصل الشيء مرة واحدة فإنه لا يصدق عليه إطلاق لفظ العادة، ولا تثبت به في الأصل.

وقوله: «من غير علاقة عقلية»، فإنه يخرج به ما إذا كان التكرار ناشئاً عن علاقة عقلية؛ كتكرار حدوث الأثر مع المؤثر بعلاقة العلية، كتحرك الخاتم بتحرك الإصبع، فهذا لا يسمى عادة مهما تكرر؛ لأنه ناشئ عن تلازم بين العلة والمعلول يقضي به العقل.

ويتبين من التعريف أن للعادة مفهوماً عاماً واسعاً يشمل الأقوال والأفعال، سواء صدرت عن أفراد كعادة الفرد في أكله وشربه ونومه، وغير ذلك من أفعاله، أو صدرت عن الجماعات، بشرط أن يكون ما صدر عنهم متكرراً وناشئاً عن سبب طبيعي لا عقلي؛ كإسراع البلوغ عند بعض الأشخاص في البلدان الحارة، وإبطائه في البلدان الباردة، أو ناشئاً عن الأهواء وفساد الأخلاق؛ كالتقاعس عن فعل الخيرات، وتفشي الكذب، وهو ما يسميه الفقهاء بفساد الزمان، أو ناشئاً عن حادث خاص، كفشو اللحن بسبب اختلاط العرب بالأعاجم، وجميع ذلك من قبيل العادات عند الفقهاء، وقرر المجتهدون له ما يناسبه من أحكام<sup>(١)</sup>.

(١) ينظر: أبو سنّة، أحمد فهمي، «العرف والعادة في رأي الفقهاء»، (ط: بدون)، القاهرة: مطبعة الأزهر، عام: ١٩٤٧م، ص ١٠-١١؛ الزرقا، مصطفى أحمد، «المدخل الفقهي العام»، ط: ١، دمشق: دار القلم، عام: ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م، ٢/ ٨٧١-٨٧٢.

## الفرع الثاني: تعريف العرف في اللغة والاصطلاح:

### أولاً: تعريف العرف في اللغة:

العُرْفُ في اللغة: المعروف<sup>(١)</sup>، يقول ابن فارس (ت: ٣٩٥هـ): «العين والراء والفاء أصلان صحيحان، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلاً ببعضه ببعض، والآخر على السكون والطمأنينة»<sup>(٢)</sup>.

### ثانياً: تعريف العرف في الاصطلاح:

العرف في الاصطلاح، هو: «كل ما عرفته النفوس مما لا تردّه الشريعة»<sup>(٣)</sup>، وقيل: «العرف: ما عرفه العقلاء بأنه حسن، وأقرهم الشارع عليه»<sup>(٤)</sup>.

قوله: «كل ما»، فهو عام يشمل الأقوال والأفعال، وقوله: «عرفته النفوس»، فإنه يدخل فيه كل ما تألفه النفوس، وتطمئن إليه، وتسكن إليه، ويتحقق في قرارها مستندةً في ذلك إلى العقل السليم، والذوق الرفيع، والذي لا يحصل إلا بالاستعمال المتكرر الشائع الناشئ عن الميل والطبع والرغبة.

(١) ينظر: الفراهيدي، «العين»، ٣/ ١٣٥. مادة (عرف).

(٢) ابن فارس، «مقاييس اللغة»، ٤/ ٢٨١. مادة (عرف).

(٣) ابن النجار، محمد بن أحمد، «شرح الكوكب المنير»، تحقيق: د. محمد الزحيلي، د. نزيه حماد، (ط: بدون)، الرياض: مكتبة العبيكان، عام: ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م، ٤/ ٤٤٨.

(٤) ابن النجار، «شرح الكوكب المنير»، ٤/ ٤٤٩. ونسب ابن النجار هذا التعريف إلى محمد بن أبي محمد الصقلي (ت: ٥٦٥هـ، وقيل: ٥٦٧هـ).

وقوله: «مما لا ترده الشريعة»، أو قوله: «وأقرهم الشارع عليه»، هو: احتراز مما ألفتة النفوس، واعتادته، من جهة الشهوات والأهواء، كاعتقاد كثير من أعمال الفجور والمنكرات، كتعاطي المسكرات، والتعامل بعقود الربا والقمار، وغير ذلك من المحرمات، لأن النفوس ليست منبعاً للخير دائماً، وليست معصومةً عن القبيح، فالعقول تخطئ وتصيب، والميزان للحسن والقبيح، والصواب والخطأ، هو: الشرع، فما حسنه الشرع وأقره، فهو العرف المعترف، وما قبّحه الشرع وذمه، فهو العرف المردود غير المقبول<sup>(١)</sup>.

ومن خلال تعريف العادة والعرف، يتبين أن الأساس فيهما هو التكرار، والطمأنينة والسكون إلى الشيء وإلفه واستساغته، غير أن العادة تطلق على ما يصدر عن الفرد أو الجماعة، بينما العرف لا يكون إلا من الجماعة، ولذلك تكون العادة أعم من العرف، فكل عرف عادة وليست كل عادة عرفاً.

### الفرع الثالث: تعريف الوقف في اللغة والاصطلاح:

#### أولاً: تعريف الوقف في اللغة:

الوقف في اللغة: يدل على تمكث في شيء، ومن معانيه، الحبس، وهو مصدر من الفعل (وقف الشيء) بمعنى حبسه. ويطلق ويراد به المنع أيضاً، وهو ضد الإطلاق والتخلية<sup>(٢)</sup>.

(١) ينظر: أبو سنّة، «العرف والعادة في رأي الفقهاء»، ص ٨-٩.

(٢) الأزهرى، محمد بن أحمد، «تهذيب اللغة»، إشراف: محمد عوض، (ط: ١، بيروت، دار إحياء التراث، عام: ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م)، ٩/ ٢٥١؛ ابن فارس، «مقاييس اللغة»، ٦/ ١٣٥؛ المطرزي، ناصر الدين بن أبي المكارم، «المغرب في ترتيب المعرب»، حققه: محمود فاخوري، عبد الحميد مختار، (ط: ١، حلب، مكتبة أسامة بن زيد، عام: ١٣٩٩هـ =

## ثانياً: تعريف الوقف في الاصطلاح:

الوقف في الاصطلاح، هو: «تحبيس الأصل، وتسييل المنفعة»<sup>(١)</sup>، وقوله: «تحبيس الأصل»، أي: منع التصرف في العين الموقوفة بأي نوع من أنواع التصرفات الناقلة للملك، إذ الحبس بمعنى المنع وضده الإطلاق، ويدخل في التعريف الرهن والحجر، إذ يمنعان من التصرف في العين بأي تصرف ناقل للملك، وقوله: «الأصل»، يُقصد به: العين الموقوفة، وهي إما عقار أو منقول كالكتب والآلات ونحوها، لأن الوقف يكون في العقار والمنقول، وقوله: «تسييل المنفعة»، أي: إطلاق المنفعة، وهي الغلة، والتسييل ضد التحبيس، فالوقف في حقيقته يمنع من التصرف في العين بأي نوع من أنواع التصرفات الناقلة للملك، ويُرسل التصرف في الغلة في الوجه التي حددها الواقف. وأحترز بقوله: «تسييل» عن دخول الرهن والحجر؛ لأنها غير مسبلة المنفعة، واحترز بـ«المنفعة»، عن دخول الهبة، لأن الواهب يدفع العين الموهوبة، بخلاف الوقف فإن المُعطى هو الغلة والثمرة دون العين<sup>(٢)</sup>.

=- (١٩٧٩م)، ٣٦٦/٢؛ ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، «لسان العرب»، (ط: بدون، بيروت، دار صادر، عام: بدون)، ٣٥٩-٣٦٠؛ الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني، «تاج العروس من جواهر القاموس»، (ط: بدون، دمشق، دار الفكر، عام: بدون)، ٢٦٨/٦.

(١) ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، «المقنع»، (ط: بدون، بيروت، دار الكتب العلمية، عام: بدون)، ص: ١٦١؛ المرادوي، «الإنصاف»، ٣/٧.

(٢) ينظر: المقدسي، عبد الرحمن بن محمد، «الشرح الكبير على متن المقنع»، تحقيق: عبد الله التركي، (ط: ١، القاهرة، دار هجر، عام: ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م)، ٣٦١/١٦ (وما بعدها إذ تناول بيان التعريف ومحتزاته أثناء بيان شروط الوقف وأحكامه)؛ =

واقصر التعريف على بيان ماهية الوقف، وحقيقته، ولم يذكر شروط الوقف، وإنما اكتفى ببيان ماهيته، وما يميزه عما سواه، ويجليه لإفادة تصور كنهه، وهو المقصود من التعريفات.

والتعريف مستفاد من قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها))<sup>(١)</sup>، وقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((احبس أصلها، وسبّل ثمرتها))<sup>(٢)</sup>، والذي بيّن فيه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، حقيقة الوقف بأنه تحبّيس للأصل، فلا يباع ولا يورث ولا يوهب، وأنه تسبيل للمنافع، بأن تُصرف في الوجوه التي حددها الواقف. ولذلك كان التعريف المذكور هو الأسلم والأجود لبيان حقيقة الوقف.

= ابن عثيمين، محمد بن صالح، «الشرح الممتع على زاد المستقنع»، (ط: ١، الدمام، دار ابن الجوزي، عام: ١٤٢٦هـ)، ٥ / ١١.

(١) متفق عليه: أخرجه البخاري، في الصحيح، كتاب: الشروط، باب: الشروط في الوقف، رقم (٢٥٨٦)، ٢ / ٩٨٢؛ ومسلم في الصحيح، كتاب: الوصية، باب: الوقف، رقم (١٦٣٢)، ٦ / ٨٩. من حديث عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

(٢) أخرجه النسائي في السنن، كتاب: الأقباس، باب: حبس المشاع، رقم (٣٦٠٥)، ص: ٥٢٩؛ وابن ماجه في السنن، أبواب الصدقات، باب: من وقف، رقم (٢٣٩٧)، ص: ٣٤٣. من حديث عبد الله بن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا. والحديث صحيح، صححه ابن حبان في صحيحه. رقم (٤٨٩٩)، ١١ / ٢٦٢؛ والألباني في صحيح النسائي، رقم (٣٦٠٣)، ٨ / ١٧٥؛ وصحيح ابن ماجه، رقم (٢٣٩٧)، ٥ / ٣٩٧.



## المطلب الثاني: في الشروط والأحكام:

وفيه ثلاثة فروع:

### الفرع الأول: شروط اعتبار العادة والعرف:

الشرط الأول: أن تكون العادة مطردة أو غالبية:

يقول السيوطي (ت: ٩١١هـ): «إنما تُعتبر العادة إذا اطردت، فإن اضطربت فلا»<sup>(١)</sup>. ويقول ابن نجيم (ت: ٩٧٠هـ): «إنما تُعتبر العادة إذا اطّردت أو غلبت»<sup>(٢)</sup>.

ومعنى اطراد العادة بين الناس أن يكون العمل بها شائعاً مستمراً لا يتخلف في بعض الأحيان، فالعادة مثلاً على إطلاق الريال في بلد على الريال السعودي، فإن باع شيئاً بريالات وأطلق، وفي البلدة أكثر من نوع، فإنه يعتبر الريال السعودي لجريان العادة عليه عند الإطلاق.

وأما معنى غلبة العادة بين الناس، فالمراد به أن العادة قد تتخلف أحياناً ونادراً في بعض الحوادث والحالات، لا أنها تتخلف على الأكثر والدوام<sup>(٣)</sup>.

(١) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، «الأشباه والنظائر»، تخريج وتعليق: خالد عبد الفتاح أبو سليمان، (ط: ١، بيروت: مؤسسة الكتب الثقافية، عام: ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م)، ص ١٢٢.

(٢) ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، «الأشباه والنظائر»، تحقيق: عبد الكريم الفضلي، (ط: ١، بيروت: المكتبة العصرية، عام: ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م)، ص ١١٧.

(٣) ينظر: حيدر، علي حيدر خواجه أمين، «درر الأحكام شرح مجلة الأحكام»، تعريب: فهمي الحسيني، (ط (بدون)، بيروت: دار الجيل، عام: ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م)، ١/ ٥٠.

الشرط الثاني: أن تكون العادة سابقة ومقارنة عند إنشاء التصرفات: يُشترط في العادة التي يُحمل عليها التصرف، أن تكون سابقة على وقت التصرف، ثم تستمر إلى زمانه فتقارنه، وسواء كان التصرف قولاً أو فعلاً. وأما العادة التي تنشأ وتطراً بعد التصرف، أو تكون ناشئة قبل التصرف ثم تتغير قبل إنشاء التصرف، فإنه لا يُحمل عليها ولا يعتد بها<sup>(١)</sup>.

يقول العلائي (ت: ٧٦١هـ): «إن العرف الذي تُحمل الألفاظ عليه، وتتخصص أو تتقيد به، إنما هو العرف المقارن، الذي كان سابقاً لوقت ذلك اللفظ، واستقر حالته حتى يجعل كالمفوض به، فأما الطارئ بعد ذلك، فلا أثر له، ولا يتنزل عليه اللفظ السابق»<sup>(٢)</sup>.

الشرط الثالث: ألا تعارض العادة تصريحاً بخلافها:

يُشترط لاعتبار العادة حجة وحكماً ملزماً بين الناس ألا يكون هناك لفظ صريح من المتعاقدين خلافاً لما جرت به العادة، فإذا صرح أحد العاقدين بخلاف ما جرت به العادة، فإنه يصار إلى اللفظ الصريح ولا عبرة للعادة حينئذ؛ لأن الحكم المستفاد من العادة هو من قبيل الدلالة، ولا عبرة للدلالة في مقابلة اللفظ الصريح<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: حيدر، «درر الحكام»، ١/ ٥٠؛ أبو سِنَّة، «العرف والعادة في رأي الفقهاء»، ص ٦٥.

(٢) العلائي، صلاح الدين خليل كيكلي بن عبد الله، «المجموع المذهب في قواعد المذهب»، تحقيق: د. مجيد العبيدي، د. أحمد عبّاس، (ط: بدون)، مكة المكرمة: المكتبة الملكية، عمّان: دار عمار، عام: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م)، ١/ ١٥٥.

(٣) ينظر: حيدر، «درر الحكام»، ١/ ٣١، ٤٧؛ الزرقا، «المدخل الفقهي»، ٢/ ٩٠١.

يقول ابن عبد السلام (ت: ٦٦٠هـ): «كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه، بما يوافق مقصود العقد، ويمكن الوفاء به صح»<sup>(١)</sup>.

الشرط الرابع: ألا تخالف العادة نصاً شرعياً:

لا تكون العادة حجة إلا إذا لم تخالف نصاً شرعياً، فإذا خالفت العادة النص، فلا اعتبار لها؛ لأن نص الشارع أقوى من العادة، والأقوى مُقدم على الأضعف، ولأن التعامل بخلاف النص غير معتبر، يقول السرخسي (ت: ٤٩٠هـ): «كل عرف ورد النص بخلافه، فهو غير معتبر»<sup>(٢)</sup>، ويقول علي حيدر (ت: ١٣٥٣هـ): «إن العرف والعادة يكون حجة إذا لم يكن مخالفاً لنص»<sup>(٣)</sup>.

الفرع الثاني: المجال التفسيري للعادة والعرف:

إن أولى ما يُعنى به في مباحث الوقف، ومسائله، هو: فهم ألفاظ الواقف، وشروطه، وتفسيرها وفق مراده؛ لأن الفهم الصحيح لألفاظ الواقف يؤدي إلى إعمال شروطه على الوجه الذي أراده، ولأن «الواقف لم يُخرج ماله إلا على وجه معين، فلزم اتباع ما عينه في الوقف من ذلك الوجه»<sup>(٤)</sup>، ولأن تفسير لفظ الواقف بخلاف مراده، يؤدي إلى تبديل شرط الواقف وتغييره،

(١) ابن عبد السلام، عبد العزيز بن عبد السلام السُّلمي، «قواعد الأحكام في مصالح الأنام»، (ط بدون)، بيروت: دار الكتب العلمية، عام: بدون)، ١٥٨/٢.

(٢) السرخسي، محمد بن أحمد، «المبسوط»، (ط: ١، بيروت: دار المعرفة، نسخة مصورة عن طبعة دار السعادة عام: ١٣٣١هـ، نشر عام: ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م)، ١٢/١٩٦.

(٣) حيدر، «درر الحكام»، ٤٧/١.

(٤) ابن قيم الجوزية، «أعلام الموقعين»، ١/٢٣٦.

وهو محرم؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَلَهُ بِعَدَا مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ وَعَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾<sup>(١)</sup>، والآية نص في الوصية، والوقف مثلها. ويؤدي أيضاً إلى ترك العمل بشرطه، وترك العمل بشرطه كبيرة من كبائر الذنوب، يقول الهيتمي (ت: ٩٧٣هـ): «الكبيرة الثالثة والثلاثون بعد المائتين: مخالفة شرط الواقف، وذكرى لهذا من الكبائر ظاهر، وإن لم يصرحوا به؛ لأن مخالفته يترتب عليها أكل أموال الناس بالباطل، وهو كبيرة»<sup>(٢)</sup>.

وألفاظ الواقف وشروطه ليست مقصودة لذاتها، وإنما المقصود فهم ما تحمله من معانٍ ودلالاتها عليها، لإلزام المتكلم بما يريد في عقود وسائر تصرفاته القولية، وبما يفهمه الناس من كلامه، إذ الألفاظ قوالب للمعاني، ووسيلة معبرة عما في النفوس من مقاصد، و«الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفاً ودلالة على ما في نفوسهم، فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئاً عرفه بمراده وما في نفسه بلفظه»<sup>(٣)</sup>، ويتوصل إلى معاني ودلالات الألفاظ عن طريق معرفة معنى اللفظ فيما وضع له في اللغة أو الشرع أو العرف، واللفظ الواحد قد يحمل معنى بحسب ما وضعه واضع اللغة، والشرع، واصطاح عليه الناس في استعمالهم وخطابهم، فيصير للفظ الواحد عدداً من الحقائق والمعاني بحسب الواضع.

(١) سورة البقرة، الآية (١٨١).

(٢) ابن حجر الهيتمي، أحمد بن محمد الأنصاري، «الزواج عن اقتراح الكبائر»، (ط: ١، القاهرة: دار الفكر، عام: ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م)، ١/ ٢٧٧.

(٣) ابن قيم الجوزية، «أعلام الموقعين»، ٣/ ٨٦.

وإذا صدر اللفظ عن الواقف مطلقاً محتملاً لعدد من المعاني الشرعية والعرفية واللغوية، فإما أن يُعلم مراد الواقف بنص أو قرينة، فحينئذ يُحمل اللفظ على مراده<sup>(١)</sup>. وإما أن لا يُعلم مراده، ففي هذه الصورة وقع الخلاف بين العلماء على أي معنى يُحمل لفظ الواقف عند الإطلاق، على ثلاثة أقوال، هي:

**القول الأول:** أن يتعلق باللفظ المستعمل في الشرع حكم، فيقدم المعنى الشرعي على عرف الاستعمال واللغة، كما لو حلف لا يصوم، لم يحنث بمطلق الإمساك، وإنما يحنث بالإمساك ولو ساعة عن سائر المفطرات من طلوع الفجر بنية التعبد لله تعالى، ولو حلف لا يأكل لحماً، لم يحنث بأكل الميتة. وبه قال ابن نجيم من الحنفية<sup>(٢)</sup>، والسبكي والزركشي والسيوطي من الشافعية<sup>(٣)</sup>. وعللوا ذلك بقولهم: إن اللفظ المستعمل له مدلول في الشرع، ويتعلق به حكم وتكليف، فوجب حمل اللفظ عليه<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: الطوفي، سليمان بن عبد القوي، «شرح مختصر الروضة»، (ط: ١، بيروت، مؤسسة الرسالة، عام: ١٤٠٧هـ)، ١/٥٠١.

(٢) ينظر: ابن نجيم، «الأشباه والنظائر»، ص: ١٢٠.

(٣) ينظر: السبكي، علي بن عبد الكافي، «فتاوى السبكي»، (ط: ١، بيروت، دار الجيل، عام: ١٤١٢هـ-١٩٩٢م)، ١/٣٥٦؛ الزركشي، محمد بن بهادر، «المنثور في القواعد»، (ط: ٢، الكويت، دار الكويت للصحافة «الأنباء»، عام: ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥)، ٢/٣٧١؛ «البحر المحيط»، (ط: ٢، الغردقة، دار الصفوة، عام: ١٤١٣هـ-١٩٩٢م)، ٣/٤٧٥؛ السيوطي، «الأشباه والنظائر»، ص: ١٢٣-١٢٤.

(٤) ينظر: ابن نجيم، «الأشباه والنظائر»، ص: ١٢٠؛ الزركشي، «البحر المحيط»، ٣/٤٧٥.

وأجيب عن ذلك: بأن هذا التعليل صحيح في وجوب حمل اللفظ المستعمل من الشارع على مدلوله؛ لأن شأن الشارع أن يبين أحكام الشرع، بخلاف اللفظ المستعمل من الناس فإنه يُحمل على مدلوله في عرفهم؛ لأن شأن المخاطب أن يفهم مقصود كلامه، وأن يُلزم به، ولا يمكن ذلك إلا بالحمل على مدلوله عنده<sup>(١)</sup>.

القول الثاني: أن المعنى اللغوي يُقدم على العرفي إذا تعذر الحمل على المعنى الشرعي. وبه قال القاضي حسين من الشافعية<sup>(٢)</sup>، وقال الرافعي: «إذا تعارض المدلول اللغوي والعرفي فكلام الأصحاب يميل إلى اعتبار الوضع، والإمام<sup>(٣)</sup> والغزالي يريان اتباع العرف»، وصحح الرافعي كلام الأصحاب<sup>(٤)</sup>.

وعللوا ذلك: بأن المعنى العرفي لا يكاد ينضبط بخلاف المعنى اللغوي فهو منضبط ومحدود، ولذلك قال الفقهاء: ما لا حد له في الشرع ولا في اللغة، فيرجع فيه إلى العرف، وهو صريح في تأخير العرف عن اللغة<sup>(٥)</sup>.

(١) ينظر: الطوفي، «شرح مختصر الروضة»، ١/٥٠٣-٥٠٤؛ ابن تيمية، «مجموعة الفتاوى»، ٣١/٣٠.

(٢) ينظر: السيوطي، «الأشباه والنظائر»، ص: ١٢٤.

(٣) المقصود بالإمام عند الشافعية، هو: إمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله الجويني (ت: ٤٧٨هـ). ينظر: الظفيري، مريم بنت محمد، «مصطلحات المذاهب الفقهية وأسرار الفقه المرموز في الأعلام والكتب والآراء والترجيحات»، (ط: ١، بيروت، دار ابن حزم، عام: ١٤٢٢هـ)، ص: ٢٣٦.

(٤) ينظر: الزركشي، «البحر المحيط»، ٣/٤٧٦.

(٥) ينظر: الزركشي، «البحر المحيط»، ٣/٤٧٦.

وأجيب عن ذلك: أن من لوازم الرجوع إلى العرف أن يكون مطرداً منضبطاً، فإن تعذر ذلك فيصير حينها إلى اللغة، ولذلك لا يمكن القول بتأخير العرف عن اللغة لمجرد دعوى عدم الانضباط في مدلوله، وإنما لا يُرجع إلى العرف إذا لم يكن منضبطاً. وأما تأخير الفقهاء العرف عن اللغة في قولهم، ما لا حد له في الشرع ولا في اللغة فيرجع فيه إلى العرف، فإن كلام الفقهاء يراد به في الضوابط، إذ اللغة فيها أضيظ، فتقدّم اللغة على العرف، وأما في أصل المعنى فتقدّم الدلالة العرفية على اللغوية وهي المقصودة هنا<sup>(١)</sup>.

**القول الثالث:** أن لفظ الواقف يُحمل على عرفه الذي يتكلم به. وبه قال نظام الدين الشاشي وابن الهمام وابن قاضي سماوة وابن قطلوبغا وابن عابدين من الحنفية<sup>(٢)</sup>، والقرافي والمقري من المالكية<sup>(٣)</sup>، والغزالي وابن عبد السلام

(١) ينظر: الزركشي، «البحر المحيط»، ٤٧٦/٣.

(٢) ينظر: الشاشي، نظام الدين أحمد بن محمد الشاشي، «أصول الشاشي»، (ط: بدون، بيروت، دار الكتاب العربي، عام: بدون)، ص: ٨٥؛ ابن نجيم، «الأشباه والنظائر»، ص: ١١٧؛ ابن عابدين، «حاشية ابن عابدين» ٦/٦٥٠، ٦٦٥؛ «العقود الدرية في قول الواقف على الفريضة الشرعية»، مطبوع ضمن الجزء الثاني من مجموعة رسائل ابن عابدين (ط بدون، دمشق، محمد هاشم الكتبي، عام: ١٣٢٠هـ)، ٢/٢٤؛ «نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف» مطبوع ضمن الجزء الثاني من مجموعة رسائل ابن عابدين (ط بدون، دمشق، محمد هاشم الكتبي، عام: ١٣٢٠هـ)، ٢/١٣٣.

(٣) ينظر: القرافي، أحمد بن إدريس، «نفائس الأصول في شرح المحصول»، (ط: ١، بيروت، دار الكتب العلمية، عام: ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م)، ٣/٥٦؛ «شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول»، (ط: بدون، بيروت، دار الفكر، عام: ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م)، ص: ١٥٦-١٦٦؛ المقري، محمد بن أحمد، «قواعد الفقه»، تحقيق: محمد الدردابي (ط: ١، بيروت، دار ابن حزم، عام: ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م) ص: ٢٧٣.

والبلقيني وابن حجر الهيتمي من الشافعية<sup>(١)</sup>، والطوفي وابن تيمية وابن النجار من الحنابلة<sup>(٢)</sup>. ومقتضى هذا القول، أن لفظ الواقف وكلامه يُحمل على عرفه الذي يتكلم به، ولغته التي يحصل التفاهم والتخاطب بها، إلا إذا دل الدليل أو القرينة على أنه قصد معنى غير المعنى المراد في عرفه ولغته التي يتكلم بها، ويفهمها الناس.

يقول الشاشي (ت: ٣٤٤هـ): «ما يُترك به حقيقة اللفظ خمسة أنواع، أحدها: دلالة العرف، وذلك لأن ثبوت الأحكام بالألفاظ إنما كان لدلالة اللفظ على المعنى المراد للمتكلم، فإذا كان المعنى متعارفاً بين الناس كان المعنى المتعارف دليلاً على أنه المراد به ظاهراً فيترتب عليه الحكم»<sup>(٣)</sup>، ويقول ابن نجيم (٩٧٠هـ): «ألفاظ الواقفين تبنى على عرفهم»<sup>(٤)</sup>، ويقول القرافي

(١) ينظر: الغزالي، محمد بن محمد بن محمد الغزالي، «المستصفى في علم الأصول»، (ط: ١، بيروت، دار الكتب العلمية، عام: ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م)، ص: ١٩٠؛ ابن عبد السلام، «قواعد الأحكام»، ١٢٦/٢؛ البلقيني، عمر بن رسلان، «فتاوى البلقيني»، تحقيق: عبد الرحمن الزواوي (ط: ١، جدة، دار المنهاج، عام: ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م)، ص: ٤٨٢؛ ابن حجر الهيتمي، أحمد بن محمد، «الفتاوى الكبرى الفقهية»، ضبطه وخرج آياته: عبد اللطيف عبد الرحمن (ط: ٢، بيروت، دار الكتب العلمية، عام: ٢٠٠٨م)، ١٧٧/٣، ١٨٣، ٢٣٢.

(٢) ينظر: الطوفي، «شرح مختصر الروضة»، ١/٥٠٣-٥٠٤؛ ابن تيمية، «مجموعة الفتاوى»، ٣١/٣٠؛ ابن النجار، «شرح الكوكب المنير»، ١/٢٩٩.

(٣) الشاشي، «أصول الشاشي»، ص: ٨٥.

(٤) ابن نجيم، «الأشباه والنظائر»، ص: ١١٧. يرى ابن نجيم أن اللفظ يُحمل على عرف الواقف ما لم يكن للفظ مدلول في الشرع يتعلق به حكم وتكليف، فإن كان للفظ مدلول شرعي يتعلق به حكم وتكليف فيقدم الشرع على العرف. ينظر: الأشباه والنظائر، ص: ١٢٠-١٢١.



(ت: ٦٨٤هـ): «كل متكلم له عرف يحمل لفظه على عرفه في الشرعيات والمعاملات والإقرارات وسائر التصرفات»<sup>(١)</sup>، ويقول الغزالي (ت: ٥٠٥هـ): «إذا دار اللفظ بين الحقيقة والمجاز، فاللفظ للحقيقة إلى أن يدل الدليل أنه أراد المجاز، ولا يكون مجملاً»<sup>(٢)</sup>، والمعنى أن اللفظ يُحمّل على حقيقته في اصطلاح المخاطب - بكسر الطاء - فإذا كان المخاطب من أهل اللغة فيحمل على اللغة، وإن كان المخاطب الشارع فيحمل اللفظ على الحقيقة الشرعية، وإن كان المخاطب من عموم الناس فيحمل اللفظ على المعنى المتعارف عليه، لأن المقصود بالحقيقة - هنا - «اللفظ المستعمل فيما وضع له أولاً في الاصطلاح الذي به التخاطب»<sup>(٣)</sup>، فتشمل الحقيقة كل لفظ سواء وضعه واضع اللغة، وهي الحقيقة اللغوية، أو وضعه الشارع بإزاء شيء، وهي الحقيقة الشرعية، أو اصطلاح عليه المتخاطبون به، وهو الحقيقة العرفية. ويقول الطوفي (ت: ٧١٦هـ): «اللفظ متى ورد وجب حمله على الحقيقة في بابه، لغة، أو شرعاً، أو عرفاً، ولا يحمل على المجاز إلا بدليل يمنع حمله على الحقيقة»<sup>(٤)</sup>. ويقول ابن النجار (ت: ٩٧٢هـ): «(ويُحمّل) اللفظ

(١) القرافي، أحمد بن إدريس، «الذخيرة»، تحقيق: محمد حجي وآخرين (ط: ١، بيروت، دار الغرب الإسلامي، عام: ١٩٩٤م)، ٢٢/٤.

(٢) الغزالي، «المستصفى»، ص: ١٩٠.

(٣) الآمدي، علي بن أبي علي بن محمد، «الإحكام في أصول الأحكام»، (ط: ١، بيروت، دار الكتب العلمية، عام: ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م)، ٢٧/١؛ الطوفي، سليمان بن عبد القوي، «شرح مختصر الروضة»، (ط: ١، بيروت، مؤسسة الرسالة، عام: ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م)، ٤٨٨/١.

(٤) الطوفي، «شرح مختصر الروضة»، ٥٠٣/١.

الصادر من متكلم له عرف (على عرف متكلم) كالفقيه مثلاً، فإنه يُرجع إلى عرفه في كلامه ومصطلحاته...»<sup>(١)</sup>. ويقول ابن تيمية (ت: ٧٢٨هـ): «مع أن التحقيق في هذا: أن لفظ الواقف ولفظ الحالف... وكل عاقد يُحمل على عادته في خطابه ولغته التي يتكلم بها، سواء وافقت العربية العرباء، أو العربية المولدة، أو العربية الملحونة، أو كانت غير عربية، وسواء وافقت لغة الشارع، أو لم توافقها»<sup>(٢)</sup>. وعللوا ذلك: بأن حكم العقد ثبت ولزم بلفظ العاقد سواء كان واقفاً أو واهباً أو بائعاً وغير ذلك، فيرجع إلى عرفه لمعرفة قصده وتفسير لفظه المطلق ما لم يكن دليل أو قرينة لبيان مراده وقصده<sup>(٣)</sup>. ولأن «الواقف لم يُخرج ماله إلا على وجه معين، فلزم اتباع ما عيّنه في الوقف»<sup>(٤)</sup>، فإن أطلق لفظه ولم يُعلم ما عيّنه فيرجع إلى عرفه إذ به يُعرف قصده. ولأن مقتضى وجوب العمل بشرط المتكلم وتفسير لفظه ومعرفة قصده، أن يُقدم المدلول العرفي على الشرعي واللغوي؛ لأنه صار علماً على اللفظ، وهو الذي أراده المتكلم بلفظه<sup>(٥)</sup>. ولأن العرف المطرد في زمن المتكلم ينزل منزلة شرطه، فيحمل اللفظ المطلق عليه<sup>(٦)</sup>.

(١) ابن النجار، «شرح الكوكب المنير»، ١/ ٢٩٩. وينظر: الشيرازي، إبراهيم بن علي، «اللمع في أصول الفقه»، (ط: ١، دمشق، دار ابن كثير، ودار الكلم الطيب، عام: ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م)، ص: ٤٢-٤٣.

(٢) ابن تيمية، «مجموعة الفتاوى»، ٣١/ ٣٠.

(٣) ينظر: الطوفي، «شرح الروضة»، ١/ ٥٠٣؛ ابن تيمية، «مجموعة الفتاوى»، ٣١/ ٣٠.

(٤) ابن قيم الجوزية، «أعلام الموقعين»، ١/ ٢٣٦.

(٥) ينظر: ابن عابدين، «حاشية ابن عابدين»، ٦/ ٦٦٥.

(٦) ينظر: ابن حجر الهيتمي، «الفتاوى الكبرى»، ٣/ ١٨٣.

والذي يترجح لي: هو القول الثالث الذي يرى أن اللفظ المطلق للمتكلم يُحمل على عرفه، لقوة أدلة هذا القول، وسلامتها من المعارض، ولأن القصد إعمال كلام المتكلم وفق مراده، ولا يحصل ذلك إلا بحمل اللفظ على المدلول العرفي دون الشرعي واللغوي؛ لأنه المستعمل في خطابه والمتبادر إلى الفهم بين المخاطبين، فكان الأقرب إلى مراده وقصده.

والعادة تخصص عموم لفظ الواقف، وتقيده مطلقه، وتبين مجمله، يقول اللكنوي (ت: ١٢٢٥هـ): «(العرف العملي) أي تعامل الناس ببعض أفراد العام (مخصص) للعام بتلك الأفراد عندنا»<sup>(١)</sup>، واستدل لذلك بأن «غلبة العادة إذا انجر إلى غلبة الاسم صار المخصص عرفاً قولياً، ولا نزاع فيه»<sup>(٢)</sup>، وحمل الشيخ محمد بخيت المطيعي (ت: ١٣٥٤هـ)، كلام اللكنوي، في تخصيص العام بالعادة، على محاورات الناس، ومعاملاتهم، ثم قال: «العادة العملية في معاملات الناس تخصص العام»<sup>(٣)</sup>، وبه قال الشنقيطي المالكي<sup>(٤)</sup>، ويقول الغزالي (ت: ٥٠٥هـ): «وعلى الجملة فعادة الناس تؤثر في تعريف

(١) اللكنوي، عبد العلي محمد بن نظام الدين محمد، «فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت»، ضبط: عبد الله بن محمود محمد، (ط: ١، بيروت، دار الكتب العلمية، عام: ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م)، ١/٣٥٨.

(٢) اللكنوي، «فواتح الرحموت»، ١/٣٥٨.

(٣) المطيعي، محمد بخيت، «سلم الوصول لشرح نهاية السؤل»، مطبوع في حاشية «نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول» لليضاوي، عبد الله بن عمر، (ط: بدون، القاهرة، عالم الكتب، عام: بدون)، ٢/٤٧١.

(٤) ينظر: الشنقيطي، عبد الله بن إبراهيم، «نشر البنود على مراقي السعود»، (ط: ١، بيروت، دار الكتب العلمية، عام: ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م)، ١/١٣٠.

مرادهم من ألفاظهم»<sup>(١)</sup>، ويقول العلائي (ت: ٧٦١هـ): «الرجوع إلى العادة في ألفاظ الواقف، وألفاظ الموصي، كما إذا أوصى لمسجد، فإنه يُحمل على الصرف في عمارته ومصالحه»<sup>(٢)</sup>، ويقول مجد الدين ابن تيمية (ت: ٦٥٢هـ): «رأيت بحوث القاضي»<sup>(٣)</sup>، في الفقه في مسألة الوصية لأقاربه وبعض مسائل الأيمان، ذكر فيها أن اللفظ العام يُخصُّ بعادة المتكلم وغيره...»، إلى أن قال: «تخصيص العموم بالعادة بمعنى قصره على العمل المعتاد كثير المنفعة»<sup>(٤)</sup>، ويقول ابن قدامة (ت: ٦٢٠هـ): «الإطلاق يحمل على المعتاد»<sup>(٥)</sup>، ويقول ابن رجب (ت: ٧٩٥هـ): «يُخصُّ العموم بالعادة على المنصوص»<sup>(٦)</sup>.

ويُرجع إلى العرف في تحديد وتقدير وضبط ما يقع عليه اللفظ الذي لم يرد له مقدار ولا تحديد ولا ضابط في الشرع، ولا في اللغة. يقول القرافي (ت: ٦٨٤هـ): «وما ليس فيه معيار شرعي اعتبرت فيه العادة العامة»<sup>(٧)</sup>، ويقول

(١) الغزالي، «المستصفي»، ص: ٢٤٨.

(٢) العلائي، «المجموع المذهب»، ١/ ١٤٤.

(٣) المقصود بالقاضي عند متقدمي الحنابلة، هو: القاضي أبو يعلى محمد بن الحسين الفراء (ت: ٤٥٨هـ). ينظر: الظفيري، «مصطلحات المذاهب الفقهية»، ص: ٢٩٨.

(٤) مجد الدين ابن تيمية، عبد السلام الحراني، «المسودة»، تحقيق: محمد عبد الحميد (ط: بدون، بيروت، دار الكتاب العربي، عام: بدون)، ص: ١٢٤-١٢٥.

(٥) ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، «المغني»، تحقيق: د. عبد الله التركي، د. عبد الفتاح الحلو (ط: ٣، الرياض، دار عالم الكتب، عام: ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م)، ٨/ ٥٨.

(٦) ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد، «تقرير القواعد وتحرير الفوائد»، تحقيق: مشهور آل سلمان، (ط: ١، الخبر، دار ابن عفان، عام: ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م)، ٢/ ٥٦٦.

(٧) القرافي، أحمد بن إدريس، «الفروق»، ٣/ ٤٣١. الفرق (١٩٢).

ابن تيمية (ت: ٧٢٨هـ): «ما لم يُقدره الشارع يُرجع فيه إلى العرف»<sup>(١)</sup>، ويقول السيوطي (ت: ٩١١هـ): «كل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة، يُرجع فيه إلى العرف»<sup>(٢)</sup>، والرجوع للعرف في تحديد وتقدير ما لم يرد فيه ضابط في الشرع، هو من مقتضى تحكيم العرف والعادة، وهو أحد مقاصد ومعاني قاعدة (العادة محكمة) والتي يراد بها أن «العرف والعادة إنما تجعل حكماً لإثبات حكم شرعي إذا لم يرد نص في ذلك الحكم المراد إثباته، فإذا ورد النص عمل بموجبه، ولا يجوز ترك النص، والعمل بالعادة»<sup>(٣)</sup>، وذلك لأن العرف ليس دليلاً من الأدلة الشرعية التي تنشئ الحكم الشرعي، وإنما يصار إلى عوائد الناس وأعرافهم المعتمدة شرعاً في تحديد وضبط ما لم يرد له ضابط في الشرع أو اللغة، وتقييد ما ورد مطلقاً، وتفسير ما جاء مجملاً في النصوص الشرعية؛ كتحديد مقدار النفقة والكسوة الواجبة على الأب في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>(٤)</sup>، فالنفقة والكسوة واجبة على الأب بالنص الشرعي، لا بالعرف، وأما بيان قدرها ونوعها فيرجع فيه إلى العرف. وهذا معنى قول الزركشي (ت: ٧٩٤هـ): «أنها، (أي: العادة) تُحكّم فيما لا ضبط له شرعاً»<sup>(٥)</sup>.

(١) ابن تيمية، «مجموعة الفتاوى»، ٣٥ / ٢٠٥.

(٢) السيوطي، «الأشباه والنظائر»، ص ١٣٠.

(٣) حيدر، «درر الحكام»، ١ / ٤٤.

(٤) سورة البقرة، من الآية (٢٣٣).

(٥) الزركشي، «المنثور في القواعد»، ٢ / ٣٥٦.

وإذا احتمل لفظ الواقف وشرطه معنى لغوياً، ومعنى آخر عرفياً، ولم يكن هناك دليل أو قرينة تُبين مراده وتُعين قصده، فإن عامة العلماء على حمل لفظه على المعنى العرفي<sup>(١)</sup>؛ لأنه المتبادر إلى الأذهان، وهو الذي يفهمه الناس في خطابهم وكلامهم، ولأن العرف الاستعمالي للفظ يقضي على المعنى اللغوي، يقول ابن الهمام (ت: ٨٦١هـ): «ترك الحقيقة عاماً أو غيره بدلالة العادة»<sup>(٢)</sup>، ويقول الشيرازي (ت: ٤٧٦هـ): «إذا ورد لفظ قد وضع في اللغة لمعنى، وفي العرف لمعنى، حُمِل على ما ثبت له في العرف»<sup>(٣)</sup>، ويقول القرافي (ت: ٦٨٤هـ): «وبالجمله دلالة العرف مقدمة على دلالة اللغة»<sup>(٤)</sup>، وسبب تقديم دلالة العرف على اللغة؛ ذلك لأن العرف طارئ على اللغة فيكون بمثابة الناسخ للمعنى اللغوي، والناسخ مقدم على المنسوخ<sup>(٥)</sup>.

(١) ينظر: ابن عابدين، «حاشية ابن عابدين»، ٦/ ٦٦٥؛ القرافي، «نفائس الأصول»، ٣/ ٥٦-٥٧؛ السيوطي، «الأشباه والنظائر»، ص: ١٢٥-١٢٦؛ ابن رجب، «القواعد»، ٢/ ٥٥٥.

(٢) ابن أمير الحاج، محمد بن محمد، «التقرير والتحبير شرح التحرير»، ط: ٢، بيروت، دار الكتب العلمية، عام: ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، ١/ ٢٨٢.

(٣) الشيرازي، «اللمع»، ص: ٤٣.

(٤) القرافي، «شرح تنقيح الفصول» ص: ١٦٦.

(٥) ينظر: الشيرازي، «اللمع»، ص: ٤٣؛ القرافي، «شرح تنقيح الفصول»، ص: ١٦٦.

## الفرع الثالث: القواعد والضوابط المدرجة تحت قاعدة «العادة محكمة» في المجال التفسيري:

١. إذا غلب استعمال الاسم العام في بعض أفرادها حتى صار حقيقة عرفية فهذا يُخص به العموم بغير خلاف<sup>(١)</sup>.
٢. العوائد مخصصة للعموم<sup>(٢)</sup>. اللفظ العام يخص بعادة المتكلم وغيره<sup>(٣)</sup>.
- يخص العموم بالعادة على المنصوص<sup>(٤)</sup>. ويعبر عن ذلك بقولهم: استعمال الناس حجة يجب العمل بها<sup>(٥)</sup>.
٣. تُترك حقيقة اللفظ بدلالة العرف<sup>(٦)</sup>.
٤. دلالة العرف مقدمة على دلالة اللغة<sup>(٧)</sup>.
٥. الحقائق العرفية مقدمة على الحقائق اللغوية<sup>(٨)</sup>. الأسماء العرفية تقدم على الحقيقة<sup>(٩)</sup>.

(١) ابن رجب، «القواعد»، ٢/ ٥٥٥. القاعدة (١٢١). (بتصرف في الصياغة).  
 (٢) القرافي، «شرح تنقيح الفصول»، ص: ١٦٦.  
 (٣) المجد ابن تيمية، «المسودة»، ص: ١٢٥.  
 (٤) ابن رجب، «القواعد»، ٢/ ٥٦٦. القاعدة (١٢٢).  
 (٥) حيدر، «درر الحكام»، ١/ ٤٦. المادة (٣٧).  
 (٦) الشاشي، «أصول الشاشي»، ص: ٨٥. (بتصرف في الصياغة).  
 (٧) القرافي، «شرح تنقيح الفصول»، ص: ١٦٦.  
 (٨) القرافي، «الفروق»، ١/ ١٧٣. الفرق (٢٨).  
 (٩) ابن قدامة، «المغني»، ١٣/ ٦٠٣.

٦. مطلق الكلام فيما بين الناس ينصرف إلى المتعارف<sup>(١)</sup>. الكلام المطلق يحمل على الأسماء العرفية دون اللغوية<sup>(٢)</sup>.
٧. الإطلاق محمول على العادة<sup>(٣)</sup>. الإطلاق يحمل على المعتاد<sup>(٤)</sup>.
٨. العرف أقوى في الدلالة من القرينة اللفظية<sup>(٥)</sup>.
٩. ألفاظ الواقفين تبنى على عرفهم<sup>(٦)</sup>. ألفاظ الوقف والوصية والعقود تحمل على العرف لا اللغة<sup>(٧)</sup>.
١٠. تعتبر العادة إذا طردت أو غلبت<sup>(٨)</sup>.
١١. العقود المطلقة منزلة على حكم العادة المقترنة بها<sup>(٩)</sup>.

(١) ابن عابدين، «العقود الدرية»، ص: ٢٤.

(٢) ابن قدامة، «المغني»، ٧/ ٧٨.

(٣) القاضي، عبد الوهاب بن علي المالكي، «الإشراف على نكت مسائل الخلاف»، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، (ط: ١، الرياض، دار ابن القيم، القاهرة، دار ابن عفان، عام: ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م)، ٢/ ٤٧١. المسألة رقم (٧٨٨).

(٤) ابن قدامة، «المغني»، ٨/ ٥٨.

(٥) ابن عابدين، «العقود الدرية»، ٢/ ٣٣.

(٦) ابن نجيم، «الأشباه والنظائر»، ص: ١١٧؛ ابن عابدين، «العقود الدرية»، ٢/ ٢٤.

(٧) البلقيني، «فتاوى البلقيني»، ص: ٤٨٢.

(٨) ابن نجيم، «الأشباه والنظائر»، ص: ١١٧؛ حيدر، «درر الحكام»، ١/ ٥٠؛ السيوطي، «الأشباه والنظائر»، ص: ١٢٢.

(٩) الجويني، عبد الملك بن عبد الله، «نهاية المطلب في دراية المذهب»، تحقيق: عبد العظيم الديب، (ط: ١، جدة، دار المنهاج، عام: ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م)، ٥/ ١٤٢.





١٢. التعيين بالعرف كالتعيين بالنص<sup>(١)</sup>.
١٣. التعيين بالعرف كالثابت بالنص<sup>(٢)</sup>.
١٤. التعيين بالعرف ثابت بدليل شرعي<sup>(٣)</sup>.
١٥. الإقرار يحمل على العرف لا على وفاق العربية<sup>(٤)</sup>.
١٦. لفظ الواقف والموصي والحالف والناذر وكل عاقد يحمل على عاداته في خطابه ولغته التي يتكلم بها وافقت لغة العرب ولغة الشارع أو لا<sup>(٥)</sup>.
١٧. الحقيقة تترك بدلالة العادة<sup>(٦)</sup>.
١٨. المعروف كالمشروط<sup>(٧)</sup>.
١٩. مقتضى العادة المطردة إذا اقترن بالعقد نزل منزلة الشرط المصرح به<sup>(٨)</sup>.

(١) حيدر، «درر الحكام»، ٥١/١، المادة (٤٤).

(٢) السرخسي، «المبسوط»، ٤١/١٩.

(٣) السرخسي، «المبسوط»، ١٣/١٤؛ ابن عابدين، «نشر العرف»، ٢/١٣٨.

(٤) ابن عابدين، «نشر العرف»، ٢/١٣٨.

(٥) ابن عابدين، «نشر العرف»، ٢/١٣٣؛ ابن تيمية، «مجموعه الفتاوى»، ٣١/٣٠.

(٦) حيدر، «درر الحكام»، ٤٨/١، المادة (٤٤).

(٧) ابن عابدين، «نشر العرف»، ٢/١٣٣؛ حيدر، «درر الحكام»، ٥١/١، المادة (٤٣)؛

المقري، «القواعد»، ص: ٤٨٨. القاعدة (١٠٦٧)؛ ابن قدامة، «المغني»، ٨/٩٤.

(٨) الجويني، «نهاية المطلب»، ٥/١٤٣.

٢٠. كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف<sup>(١)</sup>.
٢١. المطلقات عند مالك تتقيد بالعرف<sup>(٢)</sup>.
٢٢. كل ما يتضح فيه اطراد العادة فهو المحكم<sup>(٣)</sup>.
٢٣. يعتبر في كل موضع عرف ذلك الموضع<sup>(٤)</sup>.
٢٤. كل متكلم له عرف فإن لفظه يحمل على عرفه في الشرعيات والمعاملات والإقرارات وسائر التصرفات<sup>(٥)</sup>.
٢٥. العادة التي تخصص إنما هي السابقة لوقت اللفظ المستقر، وقارنته حتى تجعل كالمفوض بها<sup>(٦)</sup>.
٢٦. إذا لم يُعرف مقصود الواقف والوصي، لا بقريئة لفظية، ولا عرفية، ولا كان له عرف، رجع في ذلك إلى المسمى الشرعي<sup>(٧)</sup>.

(١) الزركشي، «المنثور»، ١١٨/٢؛ السيوطي، «الأشباه والنظائر»، ص: ١٣٠؛ ابن تيمية، «مجموعة الفتاوى»، ١٨٩/٢٠.

(٢) المقرئ، «القواعد»، ص: ٤٨٦. القاعدة (١٠٦٢).

(٣) الجويني، «نهاية المطلب»، ١٤٣/٥.

(٤) ابن عابدين، «نشر العرف»، ١٣٣/٢.

(٥) المقرئ، «القواعد»، ص: ٢٧٣. القاعدة (٤٥٩).

(٦) الزركشي، «البحر المحيط»، ٣٩٣/٣.

(٧) ابن تيمية، «مجموعة الفتاوى»، ٩/٣١. بتصرف يسير في الصياغة.

## المبحث الثاني

# التطبيقات الفقهية للعادة والعرف في تفسير ألفاظ الواقف

وفيه مطلبان:

### المطلب الأول: ألفاظ الواقف المتعلقة بالنظارة وعمارة الوقف:

وفيه فرعان:

#### الفرع الأول: ألفاظ الواقف المتعلقة بالنظارة:

وفيه مسألة:

#### مسألة: إذا عيّن الواقف ناظراً ولم يذكر له أجره:

إذا عيّن الواقف ناظراً للوقف، وأطلق ولم يذكر له أجره، فإنه يُعطى أجره المثل<sup>(١)</sup> إذا عمل ما يجب عليه من وظائف الوقف؛ لأنه أجر وجب له بالعمل، فثبت له إذا عمل ما يجب عليه، ولأن مطلق الاستعمال يقتضي أن يُحمل على العادة، والعادة جرت على أن العامل يأخذ أجراً على عمله، وهو الظاهر المعتاد المتعارف عليه بين الناس، فينزل منزلة شرط الأجره، ولأن

(١) الأجره: هي العوض الذي يُعطى مقابل المنفعة، سواء كانت المنفعة منفعة أعيان أم منفعة عمل. (ينظر: ابن قدامة، «المغني» ٦/٨، ٨؛ حيدر، «درر الحكام»، ١/٤٤١، المادة (٤٠٤)؛ وأجره المثل: هي العوض المقدر من أهل الخبرة السالمين عن الغرض. وإذا كانت الإجارة واردة على عمل، فيراعى عند تحديد أجره المثل، بأن ينظر إلى شخص مماثل للأجير في ذلك العمل، وإلى زمان الإجارة ومكانها. ينظر: حيدر، «درر الحكام»، ١/٤٤٦، المادة (٤١٤).

المعروف عرفاً كالمشروط شرعاً، فلذلك تجب له الأجرة على عمله، ويُرجع في تقدير وتعيين أجرته إلى أجرة المثل بحسب عمله. وهذا هو المذهب عند الحنفية<sup>(١)</sup>، والمالكية<sup>(٢)</sup>، ووجه عند الشافعية<sup>(٣)</sup>. وقيل: إنه يُعطى من الغلة بالمعروف، وهو المذهب عند الحنابلة، والمنصوص عن الإمام أحمد<sup>(٤)</sup>. ولم أقف على نص في بيان المراد بالمعروف، هل يُراد به أجرة المثل؟ أو كفايته<sup>(٥)</sup>

(١) ينظر: ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد، «فتح القدير»، (ط: بدون، القاهرة، دار الفكر، عام: بدون)، ٢٢٣/٦؛ ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، «البحر الرائق شرح كنز الدقائق»، (ط: ٢، القاهرة، دار الكتاب الإسلامي، عام: بدون)، ٢٢٦/٥؛ «الأشباه والنظائر»، ص: ١٢٢؛ ابن عابدين، «حاشية ابن عابدين»، ٦٥٣/٦.

(٢) ينظر: ابن عرفة، محمد بن عرفة التونسي، «المختصر الفقهي»، صححه: د. حافظ عبد الرحمن، (ط: ١، دبي، مسجد ومركز الفاروق، عام: ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م)، ٤٩١/٨؛ الخطاب، «مواهب الجليل»، ٦٤٩/٧، ٦٥٨؛ الدسوقي، محمد بن أحمد، «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير»، (ط: ١، بيروت، دار الفكر، عام: ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م)، ١٣٧/٤.

(٣) ينظر: الغزالي، محمد بن محمد، «الوسيط في المذهب»، حققه: أحمد محمود إبراهيم، (ط: ١، القاهرة، دار السلام، عام: ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م)، ٢٥٨/٤؛ النووي، «روضة الطالبين»، ٣٤٨/٥؛ الشربيني، محمد بن الخطيب، «مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج»، (ط: ١، بيروت، دار الفكر، عام: ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م)، ٥٣٥/٢ - ٥٣٦؛ الرملي، محمد بن أحمد، «نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج»، (ط: ٣، بيروت، دار الكتب العلمية، عام: ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م)، ٤٠١/٥.

(٤) ينظر: ابن مفلح، محمد بن مفلح، «الفروع»، تحقيق: د. عبد الله التركي، (ط: بدون، الرياض، دار عالم الكتب، عام: ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م)، ١٧/٧؛ المرادوي، «الإنصاف»، ٥٨/٧؛ البهوتي، «كشاف القناع عن متن الإقناع»، (ط: بدون، بيروت، عالم الكتب، عام: ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م)، ٤٥٥/٣.

(٥) الكفاية المتبعة، هي: أن يكون عنده ما يكفيه ويكفي من يعوله من مكسب وقيمة مأكّل ومشرب وكسوة وأجرة عقار. (ينظر: الخطاب، «مواهب الجليل»، ٢٢١/٣؛

وإن جاوزت أجره المثل؟ أو الأقل من أجره المثل أو كفايته؟ إذ المذهب أن ولي اليتيم أو المجنون أو السفیه - إن كان الولي فقيراً - له أن يأكل من مال مولیه، ويُعطى الأقل من أجره المثل أو كفايته<sup>(١)</sup>، وأما عامل الزكاة - سواء كان فقيراً أم غنياً - فإنه يُعطى قدر أجرته منها، سواء جاوزت ثمن ما جباه، أم لا<sup>(٢)</sup>. وألحق ناظر الوقف عند الحنابلة بعامل الزكاة في جواز أن يأكل بالمعروف مع غناه، إذ قال البهوتي: «ولناظر وقف، ولو لم يحتج، أكل) منه (بمعروف) إلحاقاً له بعامل الزكاة»<sup>(٣)</sup>؛ لأن المنصوص عن الإمام أحمد أنه يأكل بالمعروف، وظاهره أنه يأكل ولو لم يكن محتاجاً؛ لأنه لم يشترط فقراً، كعامل الزكاة يأخذ مما جباه ولو كان غنياً، ولا يقتضي إلحاقه بعامل الزكاة أن يُعطى أجره المثل سواء جاوزت كفايته أم نقصت؛ لأن ابن مفلح (ت: ٨٨٤هـ) في المبدع<sup>(٤)</sup>، والبهوتي (ت: ١٠٥١هـ) في كشف القناع<sup>(٥)</sup>، نصوا على أن الناظر يساوي وصي اليتيم معنى وحكماً؛ ومقتضى ذلك أن

ابن مفلح، «المبدع»، ٢/٤١٥-٤١٧.

(١) ينظر: المرادوي، علي بن سليمان، «التنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع»، (ط: ٢، القاهرة، المكتبة السلفية، عام: ١٤٠٦هـ)، ص: ١٥٣؛ البهوتي، «شرح منتهى الإيرادات»، ٣/٤٨٩.

(٢) ينظر: ابن النجار، محمد بن أحمد الفتوحی، «منتهى الإيرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزیادات»، تحقيق: د. عبد الله التركي، (ط: بدون، الرياض، دار عالم الكتب، عام: ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م)، ١/٥١٦؛ البهوتي، «شرح منتهى الإيرادات»، ٢/٣١٠.

(٣) البهوتي، «شرح منتهى الإيرادات»، ٣/٤٩٠.

(٤) ينظر: ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، «المبدع في شرح المقنع»، (ط: بدون، بيروت، المكتب الإسلامي، عام: ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م)، ٤/٣٤٦.

(٥) ينظر: البهوتي، «كشف القناع»، ٣/٤٥٥.

يُعطى الأقل من أجره المثل أو كفايته، كالذي يُعطى لولي اليتيم. وهو أحد الوجهين عند الشافعية<sup>(١)</sup>.

والذي يترجح لي: أن يُعطى الناظر أجره المثل إن لم يحدد له الواقف أجراً؛ لقوة أدلة هذا القول، وسلامتها من المعارض، ولأن المقصود أن يُعطى الناظر لقاء عمله وقدر جهده في رعاية الوقف ومباشرة وظائفه، فناسب أن يُعطى أجره المثل سواء جاوزت كفايته أم نقصت عنها.

### الفرع الثاني: ألفاظ الواقف المتعلقة بعمارة الوقف:

وفيه مسألتان:

#### مسألة (١): إذا وقف على عمارة المسجد:

إذا قال الواقف وقفْتُ غلة داري على عمارة المسجد، فيصرف على عمارة المسجد؛ كبناء منارته، وإصلاحها، وبناء منبره، ونحو ذلك مما يدخل في عمارته، ولا يجوز صرف الغلة في زخرفة المسجد ولا في النقش والتزييق<sup>(٢)</sup>؛ لحديث عبد الله بن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، أنه قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ما أُمرت بتشيد المساجد))، قال ابن عباس: لتزخرفنَّها كما زخرفت

(١) ينظر: الشربيني، «مغني المحتاج»، ٢/ ٥٣٥-٥٣٦؛ الرمي، «نهاية المحتاج»، ٥/ ٤٠١.  
 (٢) التزييق: التزيين، وقولهم زوّقت الشيء إذا زينته وموهته، والزواوق في لغة المدينة الزَّبُّق، وهو يوضع في التزاويق، ويُجعل مع الذهب على الحديد ثم يدخل في النار، فيذهب منه الزَّبُّق ويبقى الذهب. ثم قيل لكل منقش مزوق. ينظر: الجوهري، «الصحاح»، ٢/ ١١٣٤ (زوق)؛ ابن فارس، «مقاييس اللغة»، ٣/ ٣٧. (زوق).

اليهود والنصارى<sup>(١)</sup>، ولحديث أنس، أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((لا تقوم الساعة حتى يتباهى الناس في المساجد))<sup>(٢)</sup>. وبه قال الحنفية<sup>(٣)</sup>، والمالكية<sup>(٤)</sup>، والشافعية<sup>(٥)</sup>، والحنابلة<sup>(٦)</sup>؛ لدلالة الحديثين على النهي عن تزيين المساجد

(١) أبو داود، سليمان بن الأشعث، «سنن أبي داود»، (ط: ١، بيروت، دار ابن حزم، عام: ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م)، كتاب: الصلاة، باب: في بناء المساجد. رقم (٤٤٨)، ص: ٧٨. الحديث صحيح. صححه ابن حبان في صحيحه (٤/٤٩٤)، وقال الشوكاني: رجاله رجال الصحيح. (الشوكاني، «نيل الأوطار» ٢/١٧٤). وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود (١/١٣٣). وقول ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا خرج البخاري في الصحيح معلقاً. (١/١٧١).

(٢) أبو داود، «السنن»، كتاب: الصلاة، باب: في بناء المساجد، رقم (٤٤٩)، ص: ٧٨. الحديث صحيح. صححه ابن خزيمة في صحيحه (٢/٢٨٢) رقم (١٣٢٣)، وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود (١/١٣٣).

(٣) ينظر: المرغيناني، علي بن أبي بكر، «الهداية في شرح بداية المبتدي»، اعتنى به: طلال يوسف، (ط: ١، بيروت، دار إحياء التراث العربي، عام: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م)، ١/٦٥-٦٦؛ ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، «رد المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين»، تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي معوض، (ط: بدون، الرياض، دار عالم الكتب، عام: ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م)، ٢/٤٣١.

(٤) ينظر: الطرطوشي، محمد بن الوليد، «الحوادث والبدع»، تحقيق: علي الحلبي، (ط: ٣، الدمام، دار ابن الجوزي، عام: ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م)، ص: ١٠٧؛ الخطاب، محمد بن محمد، «مواهب الجليل لشرح مختصر خليل»، ضبطه: زكريا عميرات، (ط: بدون، الرياض، دار عالم الكتب، عام: ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م)، ٢/٢٦٣-٢٦٤.

(٥) ينظر: العمراني، يحيى بن سالم، «البيان في مذهب الشافعي»، اعتنى به: قاسم النوري، (ط: ٢، جدة، دار المنهاج، عام: ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٦م)، ٣/٣٠٢؛ النووي، «روضة الطالبين»، ٥/٣٦٠-٣٦١.

(٦) ينظر: البهوتي، منصور بن يونس، «كشف القناع عن متن الإقناع»، (ط: بدون، بيروت، دار عالم الكتب، عام: ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م)، ٢/٢٣٨، ٢/٣٦٦؛ الرحيباني، مصطفى السيوطي، «مطالب أولي في شرح غاية المنتهى»، (ط: ١، بيروت، المكتب الإسلامي، عام: ١٣٨١هـ - ١٩٦١م)، ٢/٢٥٥.

وزخرفتها كما زخرفت اليهود صوامعهم، والنصارى كنائسهم، ولأن زخرفة المساجد فيه إسراف وإضاعة لمال الوقف من غير فائدة، ويفضي إلى كسر قلوب المساكين والفقراء، ولأن الزخرفة قد تؤدي إلى إشغال المصلي عن صلاته وتلهيه فيها وهو أمر مذموم ويتنافى مع مقصود العبادة من استحضار القلب والخشوع لله عَزَّوَجَلَّ فيها<sup>(١)</sup>. ووجه دخول هذه المسألة في مسائل البحث، أن قول الواقف: وقفتُ غلة داري على عمارة المسجد، من قبيل العام، إذ عمارة المسجد تحتمل عدة معان، منها: بناء منارته وإصلاحها وبناء منبره وإصلاحه وتزيينه وزخرفته وغير ذلك، إلا أن بعض هذه المعاني خصصه عرف الشارع، وخرج من أن يكون مراداً للواقف. وإذا قيل: إن العرف جار على زخرفة المساجد، وتزيينها، فيجاب عن ذلك: بأن العرف المعارض للنص مردود غير معتبر<sup>(٢)</sup>.

### مسألة (٢): إذا وقف على دهن السراج للمسجد:

إذا وقف على دهن السراج<sup>(٣)</sup> للمسجد، لم يجوز أن يسرج جميع الليل إذا كان المسجد مغلقاً ولا يمكن الدخول إليه، ولا ينتفع به أحد كمصلٍّ، وبه

(١) ينظر: ابن عابدين، «حاشية ابن عابدين»، ٢/ ٤٣١؛ الطرطوشي، «الحوادث والبدع»، ص: ١٠٧؛ النووي، «روضة الطالبين»، ٥/ ٣٦٠ - ٣٦١؛ البهوتي، «كشاف القناع»، ٢/ ٢٣٨، ٣٦٦.

(٢) ينظر: السرخسي، «المبسوط»، ١٢/ ١٩٦.

(٣) دهن السراج: الزيت الذي يوضع في الممرجة للإضاءة. ينظر: الجوهري، «الصحاح»، ١/ ٢٩٦ (سرج)، ٢/ ١٥٥٤ - ١٥٥٥ (دهن).



قال ابن مازة وابن نجيم من الحنفية<sup>(١)</sup>، والنووي والشرييني من الشافعية<sup>(٢)</sup>، وقالوا: إن في إضاءة المسجد جميع الليل إسرافاً، وإضاءة لمال الوقف بغير وجه حق، وأما إذا كان المسجد من المساجد التي جرت العادة بإضاءته بالليل؛ كالمسجد الحرام، ومسجد رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ومسجد بيت المقدس، فإنه يجوز؛ لأن العادة عدم خلو هذه المساجد من مصلى بالليل<sup>(٣)</sup>.

- (١) ينظر: ابن مازة، «المحيط البرهاني»، ٦/ ٢١١؛ ابن نجيم، «البحر الرائق»، ٥/ ٢٧٠.
- (٢) ينظر: النووي، «روضة الطالبين»، ٥/ ٣٦٣؛ الشرييني، «مغني المحتاج»، ٢/ ٥٣٦.
- (٣) ينظر: ابن مازة، «المحيط البرهاني»، ٦/ ٢١١؛ ابن نجيم، «البحر الرائق»، ٥/ ٢٧٠؛ النووي، «روضة الطالبين»، ٥/ ٣٦٣؛ الشرييني، «مغني المحتاج»، ٢/ ٥٣٦. ولم أقف على نص في هذه المسألة عند المالكية، والحنابلة، غير أنني وقفتُ على نص للونشريسي، يُفهم منه أنه لا يجوز إضاءة المسجد في غير الوقت المعتاد، إذ يقول في جواب على سؤال سائل عن حكم الانتفاع بمصباح المسجد في حال اشتعاله بمطالعة كتب العلم أو غيره، فأجاب: «إن كان الانتفاع في وقت اشتعال المسجد المعتادة فليس فيه ما يُتقى». (المعيار العربي، ٧/ ٢٩٤). وأما الحنابلة، فنصوا على جواز الوقف على دهن المسجد ليوقد به المسجد وينار، يقول الحجاوي: «ولو تصدق بدهن على مسجد ليوقد فيه جاز، وهو من باب الوقف، قاله الشيخ» ويعني بالشيخ: تقي الدين ابن تيمية. الحجاوي، «الإقناع»، ٣/ ٤. وينظر: المرادوي، «الإنصاف»، ٧/ ١٢؛ والبهوتي، «كشاف القناع»، ٤/ ٢٤٥.

## المطلب الثاني: ألفاظ الواقف المتعلقة بمصرف الوقف ومقدار الصرف:

وفيه فرعان:

### الفرع الأول: ألفاظ الواقف المتعلقة بمصرف الوقف:

وفيه ثمان مسائل:

#### مسألة (١): حد الجار إذا وقف على الجيران وأطلق:

إذا وقف على جيرانه، فيحمل لفظه على مسمى الجيران في عرف الواقف؛ لأن لفظ الواقف المطلق يُحمل على عرفه، فإن لم يكن له عرف فيُحمل على المسمى الشرعي للفظ الجيران، وهو أربعون داراً من كل جانب؛ لحديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((حق الجوار أربعون داراً، هكذا، وهكذا، يميناً، وشمالاً، وقُدَّاماً، وخلفاً))<sup>(١)</sup>. وإلى هذا ذهب شيخ الإسلام ابن تيمية (ت: ٧٢٨هـ)<sup>(٢)</sup>، وذهب أبو حنيفة (ت:

(١) الحديث: إسناده ضعيف. أخرجه أبو يعلى في مسنده، رقم (٥٩٨٢)، (٣٨٥/١٠) عن شيخه محمد بن جامع العطار، قال أبو حاتم فيه: هو ضعيف الحديث، وقال ابن عبد البر: متروك الحديث. وضعفه أبو يعلى. وفي إسناده أيضاً: عبد السلام بن أبي الجَنُوب، قال ابن حجر: ضعيف. (ينظر: لسان ميزان ١٠٧/٥؛ تقريب التهذيب، ص: ٣٥٥). (مسند أبي يعلى الموصلي، أحمد بن علي التميمي، ط: ١، دمشق، دار المأمون، عام: ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧). وقال الألباني: إسناده ضعيف جداً. وروي الحديث عن كعب بن مالك، وعائشة، وعن الزهري، مراسلاً، وكلها ضعيفة. (ينظر: إرواء الغليل، ١٠٠٠-١٠١٠؛ سلسلة الأحاديث الضعيفة، رقم (٢٧٤-٢٧٧). واستدل بالحديث شيخ الإسلام ابن تيمية في مجموعة الفتاوى (٩/٣١).

(٢) ينظر: ابن تيمية، «مجموعة الفتاوى»، ٩/٣١.

١٥٠هـ) وزفر بن هذيل (ت: ١٥٨هـ) إلى أن حد الجار، هو الذي تلاصق داره دار الواقف، ولا تُفَرِّق بينهما دار، والعبارة عندهم بالسكان في الدار لا المالك لها<sup>(١)</sup>، وعللوا ذلك بأن الجار في اللغة يحتمل معانٍ كثيرة، منها: الجار الذي يجاورك بيت بيت، والجار الشريك في العقار لم يُقاسم، والجار المقاسم، والجار الحليف، والجار الناصر، والجار الشريك في التجارة<sup>(٢)</sup>، وأنه يتعذر صرف لفظ الواقف إلى جميع المعاني الموضوعية في اللغة وضماً واحداً، ولذلك يُحمل لفظه على أخص المعاني، وهو الجار المجاور الذي تلاصق داره دار الواقف<sup>(٣)</sup>. وذهب محمد بن الحسن وأبو يوسف، إلى أن الجار من يجمع بينهما محلة واحدة، أو مسجد واحد، أو مسجداً صغيران متقاربان في محلة واحدة، فإذا تباعد ما بينهما وكان مسجد عظيم، فكل أهل مسجد جيران<sup>(٤)</sup>؛ وعللوا ذلك بأن اسم الجار يُصرف إلى هؤلاء كلهم عرفاً، ويؤيد هذا المعنى

- (١) ينظر: الخصاف، «أحكام الوقف»، ص: ١٥٣؛ ابن مازة، محمود بن أحمد، «المحيط البرهاني في الفقه النعماني»، تحقيق: عبد الكريم الجندي، (ط: بدون، بيروت، دار الكتب العلمية، عام: بدون)، ١٧٣/٦.
- (٢) ينظر: الأزهرى، «تهذيب اللغة»، ١١/١٢٠؛ الزبيدي، «تاج العروس»، ٣/١١١ - ١١٢.
- (٣) ينظر: المرغيناني، علي بن أبي بكر، «الهداية في شرح بداية المبتدي»، اعتنى به: طلال يوسف، (ط: ١، بيروت، دار إحياء التراث العربي، عام: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م)، ٤/٥٢٩؛ ابن الهمام، «فتح القدير»، ١٠/٤٧٥.
- (٤) ينظر: الخصاف، «أحكام الوقف»، ص: ١٥٣؛ الطرابلسي، «الإسعاف»، ص: ٣٦٧ - ٣٦٨.

العرفي قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد))<sup>(١)</sup>، وفسّر جار المسجد بالذي يسمع النداء وإن لم تكن داره ملاصقة للمسجد، لحديث أبي هريرة، قال: أتى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رجل أعمى، فقال: يا رسول الله إنه ليس لي قائد يقودني إلى المسجد، فسأل رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أن يرخص له فيصلي في بيته، فرخص له، فلما ولى دعاه، فقال: ((هل تسمع النداء بالصلاة؟))، فقال: نعم، قال: ((فأجب))<sup>(٢)</sup>. ولأن الغاية من الوقف على الجيران، هي الإحسان إليهم والبر بهم، واستحبابه ينتظم الجار الملاصق وغيره<sup>(٣)</sup>. وذهب المالكية إلى أن حد الجار، هو الملاصق للبيت من أي جهة من الجهات، والمقابل له وبينهما زقاق أو شارع لطيف<sup>(٤)</sup>، وذلك لأن حقيقة

(١) الحديث ضعيف. أخرجه الدارقطني في السنن (١/٤١٩-٤٢٠)، والحاكم في المستدرک (١/٢٤٦) والبيهقي في السنن (٣/٥٧). وضعفه الحافظ ابن حجر، والألباني. يقول ابن حجر: «حديث مشهور بين الناس، وهو ضعيف، ليس له إسناد ثابت». (ابن حجر، التلخيص الحبير، ٢/٦٦). وضعفه الألباني في إرواء الغليل (٢/٢٥١) وسلسلة الأحاديث الضعيفة رقم (١٨٣).

(٢) أخرجه مسلم في الصحيح، كتاب: المساجد ومواضع الصلاة، باب: فضل صلاة الجماعة وبيان التشديد في التخلف عنها، (٣/١٥٨-١٥٩) رقم (٦٥٣).

(٣) ينظر: ابن الهمام، «فتح القدير»، ١٠/٤٧٥.

(٤) ينظر: ابن عرفة، «المختصر الفقهي»، ١٠/٤٤٧؛ الخطاب، «مواهب الجليل»، ٨/٥٣٠؛ الدردير، «الشرح الكبير» (وهو مطبوع مع حاشية الدسوقي)، ٤/٦٧٣-٦٧٤.

اسم الجار لا يُطلق إلا على ذلك<sup>(١)</sup>. وذهب الشافعية<sup>(٢)</sup>، والحنابلة<sup>(٣)</sup> إلى أن حد الجار، هو: أربعون داراً من كل جانب؛ لحديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((حق الجوار أربعون داراً، هكذا، وهكذا، وهكذا، يميناً، وشمالاً، وقُدَّاماً، وخلفاً))<sup>(٤)</sup>. ودلالة الحديث ظاهرة لما ذهبوا إليه. إلا أن الحديث لا يصح الاستناد عليه في حد الجار لعدم ثبوت صحته، وإسناده ضعيف جداً، وجميع الطرق التي روي بها الحديث ضعيفة أيضاً ولا تصلح لتقوية الحديث<sup>(٥)</sup>.

والذي يترجح لي: أنه يُرجع في حد الجار إلى العرف، لأنه لم يثبت له حد ولا ضابط في الشرع، ولأنه يتعذر حمله على جميع معانيه في اللغة الموضوعية له وضعاً واحداً، إذ لا يتصور أن تكون تلك المعاني جميعها مقصودة من الواقف، ولأن حد الجار في المذاهب الفقهية الأربعة اقتصر على بيان الجار في القرى الصغيرة، والمدن الواسعة، التي من عاداتهم التلاصق في الدور والبيوت، ولم يشمل البوادي، والتي يكون فيها معنى الجوار أوسع، وأكثر تراخياً، لعدم تصور وقوع التلاصق، إذ لا وجود للدور والمسكن فيها،

(١) ينظر: الشنيطي، محمد بن محمد، «لوامع الدرر في هتك أستار المختصر»، تحقيق: اليدالي بن الحاج وأحمد النيني، (ط: ١، دار الرضوان، عام: ١٤٣٦ هـ - ٢٠١٥ م)، ٤٢٨/١٤.

(٢) ينظر: الشربيني، «مغني المحتاج»، ٣/ ٧٤.

(٣) ينظر: البهوتي، «شرح منتهى الإرادات»، ٤/ ٤٧٠-٤٧١.

(٤) الحديث إسناده ضعيف. وسبق تحريجه.

(٥) ينظر: الألباني، «إرواء الغليل»، ٦/ ١٠٠-١٠١، رقم (١٦٥٩)؛ «سلسلة الأحاديث الضعيفة»، رقم (٢٧٤-٢٧٧).

وعاداتهم المأوى والسكنى في الخبء، والتباعد فيما بينهم وعدم التلاصق، ويطلقون الجوار إذا جمعهم الماء في المَشْرَبَة، والمسرح للماشية، فناسب أن يُرجع إلى عرف الواقف في مسمى الجار. يقول ابن قدامة (ت: ٦٢٠هـ) - بعد ذكر حديث أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ في حد الجار - : «وهذا نص لا يجوز العدول عنه إن صحَّ، وإن لم يثبت الخبر، فالجار هو المقارب، ويرجع في ذلك إلى العرف»<sup>(١)</sup>.

مسألة (٢): إذا وقف ولم يسم مصرفاً:

إذا لم يُسم الواقف مصرفاً لوقفه، بأن قال: هذه الدار وقف، وأطلق، ولم يسم المصرف الموقوف عليه، فلا يضر عدم تسمية المصرف، عند أبي يوسف من الحنفية وبه يُفتى<sup>(٢)</sup>، وهو المذهب عند المالكية<sup>(٣)</sup>، وقول عند الشافعية<sup>(٤)</sup>، والمذهب عند الحنابلة<sup>(٥)</sup>.

واختلف الفقهاء في مصرف الغلة إذا لم يسم الواقف مصرفاً، على أقوال

هي:

- (١) ابن قدامة، «المغني»، ٥٣٧/٨.
- (٢) ينظر: ابن مازة، «المحيط البرهاني»، ١٠٧/٦؛ ابن نجيم، «البحر الرائق»، ٢٠٥/٥؛ ابن عابدين، «حاشية ابن عابدين»، ٥٢٣/٦.
- (٣) ينظر: «المختصر الفقهي»، ٤٦٨/٨؛ الخرشي، عبد الله بن محمد، «شرح الخرشي على مختصر خليل»، (ط: ٢، بولاق - مصر، المطبعة الكبرى الأميرية، عام: ١٣١٧هـ) ٩٢/٧.
- (٤) ينظر: العمراني، «البيان»، ٧٢-٧٣؛ الرملي، «نهاية المحتاج»، ٣٧٥/٥.
- (٥) ينظر: المرادوي، «التنقيح المشبع»، ص: ١٨٦؛ البهوتي، «شرح منتهى الإرادات»، ٣٤٦/٤.

**القول الأول:** أن الغلة تُصرف على الفقراء والمساكين. وهو قول أبي يوسف ومحمد وهلال من الحنفية، والمفتى به عندهم<sup>(١)</sup>.

**القول الثاني:** أن الغلة تُصرف على ما جرت به عادة الواقف وعرفه إن ثبت له عرف، فإن لم يثبت له عرف، فتصرف على الفقراء والمساكين. وهو مذهب المالكية<sup>(٢)</sup>.

**القول الثالث:** أن الغلة تُصرف على فقراء أقارب الواقف. وهو قول عند الشافعية<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: ابن مازة، «المحيط البرهاني»، ٦/١٠٧؛ النسفي، «البحر الرائق»، ٥/٣١٧-٣١٨؛ الطرابلسي، «الإسعاف»، ص: ٥٦؛ ابن عابدين، «حاشية ابن عابدين»، ٦/٥٢٣. ذهب أبو يوسف ومحمد بن الحسن وهلال إلى صرف الغلة على الفقراء إذا قال الواقف: أرضي هذه صدقة موقوفة، وسكت ولم يبين الجهة الموقوف عليها. وقالوا: إنه لما ذكر الصدقة في لفظه عُرف مصرف الغلة وهم الفقراء المستحقون للصدقات. وأما إذا قال الواقف: أرضي هذه موقوفة، ولم يحدد جهة، فإن الغلة تصرف على الفقراء عند أبي يوسف، ولا يصح الوقف عندهما لأن الجهة الموقوف عليها غير معلومة. ينظر: (ابن مازة، «المحيط البرهاني»، ٦/١٠٧-١٠٨؛ النسفي، «البحر الرائق»، ٥/٣١٧-٣١٨).

(٢) ينظر: ابن أبي زيد، «النوادر والزيادات»، ١٢/١٢، ١٥؛ الخطاب، «مواهب الجليل»، ٧/٦٤٨؛ الدسوقي، «حاشية الدسوقي»، ٤/١٣٦؛ الشنقيطي، «لوامع الدرر»، ١١/٤١٩.

(٣) ينظر: العمراني، «البيان»، ٨/٧٢-٧٣؛ الشيرازي، «المهذب»، ٣/٦٧٧-٦٧٨؛ الغزالي، «الوسيط»، ٤/٢٤٦، ٢٥٠؛ النووي، «روضة الطالبين»، ٥/٣٢٦، ٣٣١؛ الشربيني، «مغني المحتاج»، ٢/٥٢١.

القول الرابع: أن الغلة تُصرف على ورثة الواقف نسباً بقدر إرثهم. وهو مذهب الحنابلة<sup>(١)</sup>.

الأدلة:

دليل القول الأول: إن العرف يصرف إطلاق لفظ الواقف إلى الفقراء والمساكين، والثابت بالعرف كالثابت بالنص<sup>(٢)</sup>.

ويرد عليه: أن أحوال الناس وعاداتهم في صرف غلة الوقف، متنوعة ومتغايرة، فمنهم من يجعلها على الفقراء والمساكين، ومنهم من يجعلها على العلماء وطلاب العلم، ومنهم من يجعلها على ذوي قرابته، والأغلب أنهم يجعلون الغلة على ذوي القرابة والذرية، وبعد انقطاعهم تكون الغلة للفقراء، ولذلك لا يُسلم بأنه عند إطلاق الواقف لمصرف الوقف، ينصرف اللفظ على الفقراء والمساكين.

دليل القول الثاني: أن العادة والعرف كالنص على مراد الواقف، فيصار إليها إذا لم يوجد نص من الواقف على مصرف الغلة، فإذا كان غالب قصدهم من التحبيس أن يُصرف على أهل العلم أو القرابة، أو الفقراء، أو مصالح المساجد ونحو ذلك، فيُحمل لفظه على غالب عاداتهم وعرفهم، فإن لم يكن

(١) ينظر: ابن مفلح، «الفروع»، ٧/ ٣٤١-٣٤٢؛ المرادوي، «التنقيح المشبع»، ص: ١٨٦؛ «الإينصاف»، ٧/ ٢٩-٣٠؛ البهوتي، «شرح المنتهى»، ٤/ ٣٤٦.

(٢) ينظر: الطرابلسي، «الإسعاف»، ص: ٥٦؛ ابن عابدين، «حاشية ابن عابدين»، ٥٢٣/٦.



لهم عادة وعرف، فتُصرف الغلة على الفقراء كالوقف إذا انقطع الموقوف عليه<sup>(١)</sup>.

ويرد عليه: أنه لا خلاف في الرجوع إلى العادة والعرف لمعرفة قصد ومراد الواقف عند إطلاقه، ولكن الخلاف في حال العرف لاختلاف الناس في أعرافهم وعاداتهم إلا أن العادة من أحوال الواقفين، أنهم يجعلون الغلة على ذوي قرابتهم وذريتهم، وبعد انقطاعهم تصير إلى الفقراء والمساكين، والوقف تبرع وإحسان، وهو من العطايا، ولذلك يكون حمل مطلق اللفظ على ذوي القرابة أولى من حمله على الفقراء والمساكين.

دليل القول الثالث: أن أعظم جهات الثواب بالنسبة للواقف هم أقاربه الفقراء<sup>(٢)</sup>؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا صدقة وذو رحم محتاج))<sup>(٣)</sup>، وقوله

(١) ينظر: الونشريسي، «المعيار المعرب»، ٧/ ٢٩٠-٢٩١؛ الدسوقي، «حاشية الدسوقي»، ١٣٦/٤.

(٢) ينظر: الشيرازي، «المهذب»، ٣/ ٦٦٧؛ الغزالي، «الوسيط»، ٤/ ٢٤٦.

(٣) الحديث بهذا اللفظ أورده الشيرازي في المهذب (٣/ ٦٧٧) ولم أقف عليه بهذا اللفظ في كتب الصحاح والسنن والمسائيد والأطراف، ووقفت على قريب من معناه عند الطبراني في المعجم الأوسط من حديث طويل عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مرفوعاً، وفيه: ((لا يقبل الله يوم القيامة صدقة من رجل وله قرابة محتاجون إلى صلته...)) (المعجم الأوسط، ٩/ ٣٨٢) رقم (٨٨٢٣)، قال الهيثمي: «رواه الطبراني في الأوسط، وفيه: عبد الله بن عامر الأسلمي، وهو ضعيف، وقال أبو حاتم: ليس بالمتروك، وبقية رجاله ثقات» (مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ٣/ ١١٧). وضعف الحديث الألباني في ضعيف الترغيب والترهيب. (١/ ٢٦٩) رقم (٥٣٤).

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((صدقتك على المساكين صدقة، وعلى ذي الرحم اثنتان، صدقة، وصلة))<sup>(١)</sup>.

ويرد عليه: أن الوقف لا يختص بالفقراء؛ بدليل لو وقف على أولاده، فإنه يتناول الأغنياء منهم والفقراء<sup>(٢)</sup>، وتخصيص الفقراء من أقاربه بغلة الوقف دون الأغنياء يحتاج إلى دليل، ومع التسليم بأن أقارب الواقف الفقراء هم أولى الناس بصدقته، إلا أن الوقف من قبيل العطية، والتي هي تبرع بالمال ويستوي فيها الغني والفقير من أقاربه، وليس هناك ما يوجب إخراج أقارب الواقف الأغنياء من غلة وقفه.

#### أدلة القول الرابع:

١. قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إنك أن تدع ورثتك أغنياء، خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس))<sup>(٣)</sup>. وظاهر الحديث يدل على أن أولى الناس بر المورث، وإحسانه هم ورثته<sup>(٤)</sup>.

(١) الحديث بهذا اللفظ أورده الشيرازي في المهذب (٦٧٧/٣)، وأخرجه الترمذي في السنن، كتاب: الزكاة، باب: ما جاء في الصدقة على ذي القرابة، ٤٦-٤٧، رقم (٦٥٨) والنسائي في السنن، كتاب: الزكاة، الصدقة على الأقارب، ص: ٣٨٠، رقم (٢٥٨٤)، وابن ماجه في السنن، كتاب: الزكاة، باب: فضل الصدقة، ص ٢٦٤، رقم (١٨٤٤)، جميعهم من حديث سلمان بن عامر، ولفظه عند الترمذي «الصدقة على المسكين صدقة، وهي على ذي الرحم ثنتان: صدقة، وصلة» وبنحو هذا اللفظ عند النسائي وابن ماجه. وقال أبو عيسى: حديث حسن. وحسنه الألباني في إرواء الغليل (٣/٣٨٧-٣٨٨) رقم (٨٨٣).

(٢) ينظر: ابن قدامة، «المغني»، ٨/٢١٢.

(٣) أخرجه البخاري في الصحيح، كتاب: الوصايا، باب: أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكفوا الناس، ٣/١٠٠٦، رقم (٢٥٩١) من حديث سعد بن أبي وقاص رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٤) ينظر: ابن قدامة، «المغني»، ٨/٢١٢.

٢. أن الإطلاق إذا كان له عرف، يُحمل عليه، وعرف المصريف، هو: أولى الجهات به، وورثته أحق ببره وإحسانه، فكأنه عينهم<sup>(١)</sup>.

٣. أن ورثة الواقف هم الذين صرف الله تعالى إليهم ماله بعد موته واستغنائه عنه، فكذلك يصرف إليهم من صدقته ما لم يذكر له مصرفاً<sup>(٢)</sup>.

الذي يترجح لي: هو القول الرابع، وهو مذهب الحنابلة القائل بأن لفظ الواقف المطلق يُحمل على ورثته وتُقسم الغلة عليهم بقدر إرثهم، لقوة أدلة هذا القول، وسلامتها من المعارض، ولأن هذا القول جمع بين إعمال النصوص الشرعية ومقاصدها الدالة على الإحسان والبر بورثة الشخص وإعمال قواعد العرف بتفسير لفظ الواقف بما يتوافق مع صحيح قصده ومقاصد الشارع في صلة ذوي الرحم من ورثته بالإحسان إليهم وإغنائهم عن السؤال وسد حاجتهم.

(١) ينظر: ابن قدامة، «المغني»، ٨/ ٢١١؛ البهوتي، «شرح منتهى الإرادات»، ٤/ ٣٤٦.

(٢) ينظر: ابن قدامة، «المغني»، ٨/ ٢١٢.

### مسألة (٣): إذا وقف على الأولاد وأطلق:

إذا وقف على الأولاد وأطلق، فيحمل لفظه على الذكور والإناث من بنيه، والخنثى المشكل<sup>(١)</sup>؛ وبه قال الحنفية<sup>(٢)</sup>، والمالكية<sup>(٣)</sup>، والشافعية<sup>(٤)</sup>، والحنابلة<sup>(٥)</sup>، وعللوا ذلك: بأن الولد في عرف الشارع يشمل كل من ينتسب إليه<sup>(٦)</sup>، ولأنه اسم مأخوذ من الولادة وهي موجودة فيهم<sup>(٧)</sup>.

والعرف في بعض البلدان على إطلاق لفظ الولد على الذكور دون الإناث، إلا أن إعمال هذا العرف يؤدي إلى إخراج بنات الواقف من الوقف، وتخصيص الوقف بالذكور من أبنائه دون الإناث، وهو خلاف المأمور به من وجوب العدل بين الأبناء في العطية، لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((فاتقوا الله

(١) الخنثى: هو الذي له ذكر رجل وفرج امرأة، فإن كان يبول من الذكر لا غير، فهو رجل، وإن كان يبول من فرج المرأة لا غير، فهو امرأة، وإن كان يبول منهما سواءً، أو خلق الله له موضعاً آخر يبول منه، فهو مُشْكَل. ينظر: العمراني، «البيان»، ٧/٩؛ ابن قدامة، «المغني»، ١٠٨/٩ - ١٠٩.

(٢) ينظر: ابن الهمام، «فتح القدير»، ٦/٢٤٢؛ الطرابلسي، «الإسعاف»، ص: ٩٩؛ ابن عابدين، «حاشية ابن عابدين»، ٦/٦٨٦، ٦٨٧.

(٣) ينظر: ابن أبي زيد، عبد الله بن عبد الرحمن، «النوادر الزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات»، تحقيق: أحمد الخطابي، ومحمد الدباغ، (ط: ١، بيروت، دار الغرب الإسلامي، عام: ١٩٩٩م)، ١٢/٢٥؛ الخطاب، «مواهب الجليل»، ٧/٦٦٥ - ٦٦٦.

(٤) ينظر: العمراني، «البيان»، ٨/٨٣؛ النووي، «روضة الطالبين»، ٥/٣٣٦.

(٥) ينظر: المرادوي، «الإنصاف»، ٧/٧٤؛ البهوتي، «شرح منتهى الإرادات»، ٤/٣٦٧.

(٦) ينظر: النووي، «روضة الطالبين»، ٥/٣٣٦؛ المرادوي، «الإنصاف»، ٧/٧٤.

(٧) ينظر: الطرابلسي، «الإسعاف»، ص: ٩٩.

واعدلوا بين أولادكم))<sup>(١)</sup>، ولأن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَمِيَ تخصيص بعض الأبناء بالعطية دون بعض جوراً، فقال: ((لا أشهد على جور))<sup>(٢)</sup>، والجور هو الظلم وهو حرام<sup>(٣)</sup>، والوقف عطية. وبه قال عامة الفقهاء<sup>(٤)</sup>، واختاره الشيخ محمد بن عبد الوهاب<sup>(٥)</sup>، والشيخ عبد العزيز ابن باز<sup>(٦)</sup>، والشيخ ابن عثيمين<sup>(٧)</sup>.

وإطلاق لفظ الواقف إنما يُحمَل على عرفه إذا كان له عرفاً صحيحاً، وأما إذا كان العرف مخالفاً لنص شرعي، أو مقتضى الدليل الشرعي، فإنه عرف

- (١) متفق عليه: أخرجه البخاري، في الصحيح، كتاب: الهبة وفضلها، باب: الإشهاد على الهبة، رقم (٢٤٤٧)، ٢/ ٩١٤ واللفظ له؛ ومسلم في الصحيح، كتاب: الهبات، باب: كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة، رقم (١٦٢٣)، ٦/ ٦٩.
- (٢) متفق عليه: أخرجه البخاري، في الصحيح، كتاب: الشهادات، باب: لا يشهد على شهادة جور إذا أشهد، رقم (٢٥٠٧)، ٢/ ٩٣٨ واللفظ له؛ ومسلم في الصحيح، كتاب: الهبات، باب: كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة، رقم (١٦٢٣)، ٦/ ٧٠.
- (٣) ينظر: البهوتي، «شرح المنتهى»، ٤/ ٤٠٦؛ العثيمين، «الشرح الممتع»، ١١/ ٤٨.
- (٤) ينظر: ابن عابدين، «حاشية ابن عابدين»، ٦/ ٦٦١؛ ابن أبي زيد، «النوادر والزيادات»، ١٢/ ٧؛ النووي، «روضة الطالبين»، ٥/ ٣٧٨؛ البهوتي، «شرح المنتهى»، ٤/ ٤٠٦.
- (٥) ينظر: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، «الدرر السننية في الأجوبة النجدية»، (ط: ٥، ن: بدون، عام: ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م)، ٧/ ٣٩.
- (٦) ينظر: عبدا لعزیز بن عبد الله بن باز، «فتاوى نور على الدرب»، (ط: ١، الرياض: الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، عام: ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م)، ١٩/ ٣٥٩ - ٣٦٠؛ «الدرر الثرية من الفتاوى البازية»، (ط: بدون، الرياض، ن: بدون، عام: بدون)، ص: ٣٣٧ - ٣٣٨.
- (٧) ينظر: العثيمين، «الشرح الممتع»، ١١/ ٤٨.

مردود غير معتبر<sup>(١)</sup>، يقول السرخسي (ت: ٤٩٠هـ): «كل عرف ورد النص بخلافه، فهو غير معتبر»<sup>(٢)</sup>، ويقول ابن تيمية (ت: ٧٢٨هـ): «وإذا كانت شروط الواقف تنقسم إلى صحيح وباطل بالاتفاق، فإن شرط فعلاً محرماً ظهر أنه باطل»<sup>(٣)</sup>، وعرف الواقف كشرطه في ذلك.

وإذا تعذر إعمال عرف الواقف فإنه يصار إلى عرف الشارع، وعرف الشارع على إطلاق لفظ الولد على الذكور والإناث، فيتعين إعماله.

مسألة (٤): إذا وقف على البنين، وأطلق:

إذا وقف على البنين وأطلق، فيحمل لفظه على الذكور والبنات، وإليه ذهب الحنفية<sup>(٤)</sup>، والمالكية<sup>(٥)</sup>، لأن البنات إذا جمعن مع البنين ذكراً بلفظ التذكير، ويدل على ذلك قول الله تعالى: ﴿يَبْنِي إِسْرَائِيلَ﴾<sup>(٦)</sup>، وقوله

(١) ينظر: ابن قاسم، «الدرر السنينة»، ٦٥ / ٧.

(٢) السرخسي، «المبسوط»، ١٩٦ / ١٢.

(٣) ابن تيمية، «مجموعة الفتاوى»، ٣١ / ٣١.

(٤) ينظر: ابن الهمام، «فتح القدير»، ٢٤٣-٢٤٤ / ٦؛ الطرابلسي، «الإسعاف»، ص: ١٠٠؛ ابن عابدين، «حاشية ابن عابدين»، ٦٨٩ / ٦.

(٥) ينظر: ابن أبي زيد، «النوادر والزيادات»، ٢٥ / ١٢؛ الخطاب، «مواهب الجليل»، ٦٦٥ / ٧؛ ميارة الفاسي، محمد بن أحمد المالكي، «شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام»، صححه: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، (ط: ١، بيروت، دار الكتب العلمية، عام: بدون)، ٢٣٦ / ٢.

(٦) سورة البقرة، من الآية (٤٠).

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((نحن بنو النضر من كنانة))<sup>(١)(٢)</sup>، ولفظ البنين، ملحق بجمع المذكر السالم، «ولا خلاف بين الأصوليين والنحاة في عدم تناولهن؛ أي: الإناث، لجمع، كجمع الذكور، وإنما ذهب بعض الأصوليين إلى ثبوت التناول؛ أي: دخول الإناث في جمع الذكور، لكثرة اشتراك النوعين في الأحكام، فيكون الدخول عرفاً، لا لغة»<sup>(٣)</sup>.

وذهب الشافعية<sup>(٤)</sup>، والحنابلة<sup>(٥)</sup>، وأبو حنيفة في قول<sup>(٦)</sup>، إلى حمل لفظ البنين على الذكور دون الإناث؛ لأن لفظ البنين موضوع حقيقة للذكور دون الإناث، ويدل لذلك قول الله تعالى: ﴿أَصْطَفَى الْبَنَاتِ عَلَى الْبَنِينَ﴾<sup>(٧)</sup>،

(١) الحديث: حسن. أخرجه ابن ماجه في السنن، كتاب: الحدود، باب: من نفى رجلاً من قبيلة، رقم (٢٦١٢)، ص: ٣٧٥. صححه الألباني في صحيح سنن ابن ماجه، رقم (٢١٣٢)، ٢/٣٣٦؛ وقال في الإرواء: «حديث حسن، رجاله ثقات رجال مسلم غير عقيل بن طلحة السلمي، وهو ثقة، ومسلم بن هضم، لم يوثقه غير ابن حبان، لكن روى عنه ثلاثة ثقات، فهو حسن الحديث إن شاء الله، وقال البوصيري: هذا إسناد صحيح، رجاله ثقات». (الألباني، إرواء الغليل ٨/٣٥-٣٦).

(٢) ينظر: الطرابلسي، «الإسعاف»، ص: ١٠٠؛ ابن عابدين، «حاشية ابن عابدين»، ٦/٦٨٩.

(٣) ابن النجار، «شرح الكوكب المنير»، ٣/٢٣٦.

(٤) ينظر: العمراني، «البيان»، ٨/٨٥؛ الشيرازي، «المهذب»، ١/٤٤٤؛ ابن حجر الهيتمي، «الفتاوى الفقهية الكبرى»، ٣/٢٦٨.

(٥) ينظر: المرادوي، «الإنصاف»، ٧/٨٤؛ البهوتي، «شرح منتهى الإرادات»، ٤/٣٧٥.

(٦) ينظر: ابن الهمام، «فتح القدير»، ٦/٢٤٤.

(٧) سورة الصافات، من الآية (١٥٣).

وقوله تعالى: ﴿زَيْنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ﴾<sup>(١)</sup>، والمطلق من لفظ الواقف إذا خلا عن القرينة، يُحمل على المعنى المعهود شرعاً، ويفسر بما يفسر به<sup>(٢)</sup>. ويرد على استدلالهم بالآيتين، بعدم التسليم، لأن الشارع استعمل لفظ البنين للذكور والإناث، في قوله تعالى: ﴿يَبْنِي إِسْرَائِيلَ﴾<sup>(٣)</sup>، يقول إسماعيل حقي الحنفي (ت: ١١٢٧هـ) - عند تفسيره لـ «بني» في الآية -: «البنون: اسم للذكور والإناث إذا اجتمعوا»<sup>(٤)</sup>. ونهى الله عَزَّوَجَلَّ، بني آدم عن عبادة الشيطان، في قوله تعالى: ﴿أَلَمْ أَعْهَدْ إِلَيْكُمْ يَبْنَىءَ آدَمَ أَنْ لَا تَعْبُدُوا الشَّيْطَانَ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُبِينٌ﴾<sup>(٥)</sup>، والخطاب لجميع ما يشتمل على نوع بني آدم من الذكور والإناث<sup>(٦)</sup>. والذي يترجح لي: أن لفظ البنين، يُحمل على الذكور والإناث؛ لأن حمله على الذكور دون الإناث يؤدي إلى مخالفة أمر الشارع في وجوب العدل بين الأبناء في العطايا والأوقاف، ولأن القصد من الوقف على البنين، هو الإحسان إليهم، والبر بهم، وحمله على نوع دون نوع، يتنافى مع القصد العام من الوقف، ولأن العادة الظاهرة أن الإنسان إذا وقف على بنيه، فإنه يريد الذكور والإناث، ويعد عادة إرادة

(١) سورة آل عمران، من الآية (١٤).

(٢) ينظر: البهوتي، «شرح منتهى الإرادات»، ٤/ ٣٧٥، ٣٦٧.

(٣) سورة البقرة، من الآية (٤٠).

(٤) حقي، إسماعيل حقي الحنفي، «تفسير روح البيان»، (ط: بدون، القاهرة، دار الفكر، عام: بدون)، ١/ ١١٧.

(٥) سورة يس، الآية (٦٠).

(٦) ينظر: الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، «بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز»، تحقيق: محمد النجار (ط: بدون، بيروت، المكتبة العلمية، عام: بدون)، ١/ ١٠٨.



نوع دون نوع آخر، ولأن حمل اللفظ على الذكور دون الإناث، يؤدي إلى تفضيل الذكور على الإناث في العطية، وهو خلاف المأمور به من وجوب العدل بين الأولاد في العطية؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم))<sup>(١)</sup>، فيتعين حمل لفظه على الذكور والإناث، لأنه يوافق المأمور به من العدل بينهم بالعطية، ولأن اللفظ إذا احتمل معنى يوافق المأمور، وآخر يخالف المأمور، كان حمله على الموافق للمأمور متعين وأولى.

مسألة (٥): إذا وقف على بني هاشم، أو بني تميم:

إذا وقف على بني هاشم، أو بني تميم، أو على مَنْ لا يُحصون كأن ينسب إلى فخذ أو قبيلة، فتدخل النساء فيه. وبه قال الحنفية<sup>(٢)</sup>، والمالكية<sup>(٣)</sup>، والشافعية<sup>(٤)</sup>، والحنابلة<sup>(٥)</sup>. وأما الحنفية، والمالكية، فدليلهم ما تقدم من أن

(١) متفق عليه: أخرجه البخاري، في الصحيح، في كتاب: الهبة وفضلها، باب: الإشهاد على الهبة، رقم (٢٤٤٧)، ٢/ ٩١٤ واللفظ له؛ ومسلم في الصحيح، كتاب: الهبات، باب: كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة، رقم (١٦٢٣)، ٦/ ٦٩.

(٢) ينظر: الخصاص، «أحكام الوقف»، ص: ٢٧٢؛ ابن الهمام، «فتح القدير»، ٦/ ٢٤٤؛ الطرابلسي، «الإسعاف»، ص: ١٠٠.

(٣) ينظر: ابن أبي زيد، «النوادر والزيادات»، ١١/ ٢٥؛ ابن رشد، محمد بن أحمد، «المقدمات الممهدة»، تحقيق: سعيد أعراب، (ط: ٢، تونس، دار الغرب الإسلامي، عام: ١٤٣٥ هـ - ٢٠١٤ م)، ٢/ ٤٣٨؛ ابن شاس، عبد الله بن نجم المالكي، «عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة»، تحقيق: أ.د. حميد لحر. (ط: ١، بيروت، دار الغرب الإسلامي، عام: ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م)، ٣/ ٩٦٩.

(٤) ينظر: العمراني، «البيان»، ٨/ ٨٦؛ الماوردي، علي بن محمد، «الحاوي الكبير»، (ط: ١، بيروت، دار الفكر، عام: بدون)، ٧/ ١٣٢٤؛ الشربيني، «مغني المحتاج»، ٢/ ٥٢٦.

(٥) المرادوي، «الإنصاف»، ٧/ ٨٤؛ البهوتي، «شرح منتهى الإرادات»، ٤/ ٣٧٥.

عموم لفظ البنين يُحمل على الذكور والإناث. واستدل الشافعية، والحنابلة، لقولهم بدخول النساء في لفظ البنين، إذا وقف على من لا يُحصون كبني هاشم، ونحوهم، بأن اسم القبيلة يشمل الذكر والأنثى<sup>(١)</sup>؛ لحديث أنس بن مالك رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مرَّ ببعض المدينة، فإذا هو بِجَوَارٍ يضر بنِ بَدْفِهِنَّ وَيَتَغَنَّينَ وَيَقْلنَ:

نحن جَوَارٍ من بني النجار

يا حذا محمدٌ من جارٍ

فقال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الله يعلم إنِّي لأُحبكن))<sup>(٢)</sup>. ولأن المتعارف عليه بين الناس دخول الذكور والإناث في «بني» إذا نُسبت إلى مَنْ لا يحصون؛ لأن القصد الجهة<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: الشرييني، «مغني المحتاج»، ٥٢٦/٢؛ البهوتي، «شرح منتهى الإرادات»، ٣٧٥/٤.

(٢) الحديث: صحيح. أخرجه ابن ماجه، في السنن، كتاب: النكاح، باب: الغناء والدف، رقم (١٨٩٩)، ص: ٢٧٢. صححه الألباني في صحيح سنن ابن ماجه، رقم (١٥٥٣)، ١٣٦/٢.

(٣) ينظر: الإسنوي، عبد الرحيم بن الحسن، «التمهيد في تخريج الفروع على الأصول»، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، (ط: بدون، بيروت، دار الكتب العلمية، عام: بدون)، ٤٤٨/١؛ البناني، عبد الله بن جاد الله، «حاشية البناني على المحلي على متن جمع الجوامع» ضبط نصه: محمد شاهين، (ط: بدون، بيروت، دار الكتب العلمية، عام: بدون)، ١/٦٧١؛ ابن قدامة، «المغني»، ٢٠٨/٨.

وفي رواية عند الشافعية، وهي خلاف الأصح<sup>(١)</sup> عندهم: أن الوقف على بني تميم، وعلى من لا يحصون، إذا قيل بصحته، فإنه ينصرف إلى الذكور دون الإناث، كالوقف على بني زيد، لأن اسم البنين، لا يدخل فيه إلا الذكور<sup>(٢)</sup>. والذي يترجح لي: هو أن اسم البنين عند الإطلاق، يدخل فيه الذكور والإناث، سواء نُسِبَ إلى مَنْ يَحْصُونَ، كبني زيد، وبني محمد، أم نُسِبَ إلى من لا يُحْصُونَ كبني هاشم، وبني تميم، لقوة أدلة هذا القول، ووجهاتها، وأسباب ترجيح هذا القول تقدم بيانها في مسألة: إذا وقف على البنين وأطلق، ولقوة المعارض لأدلة القول الآخر.

مسألة (٦): إذا وقف على أولاده، وأولاد أولاده وأطلق:

إذا وقف على أولاده، وأولاد أولاده وأطلق، بأن قال الواقف: أرضي صدقة موقوفة على ولدي وولد ولدي<sup>(٣)</sup>، فيُحْمَلُ على أولاده لصلبه الذكور

(١) الأصح عند الشافعية، هو: من صيغ الترجيح بين الأوجه للأصحاب، فالوجه الذي يكون أقوى دليلاً يقال عنه أصح، والوجه، هو: استنباط للأصحاب من نصوص الإمام أو حسب قواعده، فالحكم الذي استنبطه الأصحاب وكان أقوى دليلاً حُكِمَ عليه بالأصح، ويقابل الأصح ما كان قوي الدليل وهو الصحيح. ينظر: الظفيري، «مصطلحات المذاهب الفقهية»، ص: ٢٧١-٢٧٢.

(٢) ينظر: العمراني، «البيان»، ٨/ ٨٦؛ النووي، «روضة الطالبين»، ٥/ ٣٣٦.

(٣) هذه المسألة والتي تليها، ليست من صور مسألة وقف الجَنَفِ والإثم، والتي أَلْفَ فيها الإمام محمد بن عبد الوهاب، رسائل لإثبات بطلانها، إذ يقول رَحْمَةُ اللَّهِ: «العبارات التي توجد في كلام بعض العلماء: وإن وقف على أولاده، أو قال كذا وكذا، وأمثال ذلك يستدلون به على صحة هذا الوقف (يعني: وقف الجنف)، وليس في هذا كله ما يدل على ما ذهبوا إليه، وغاية ما يدل كلامهم عليه، أن الرجل إذا وقف بعض ماله يريد به وجه الله والدار الآخرة، ولا يريد حرمان أحد، ولا تحريم بيعه عليهم خوف الفقر، =

والإناث، وأولاد ابن الواقف الذكور والإناث، ولا يدخل أولاد بنت الواقف. وهو ظاهر الرواية عند الحنفية، والمفتى به عندهم<sup>(١)</sup>، والمذهب



= بل مقصوده وجه الله، أنه يصح، وهذه المسألة مع كون فيها ما فيها، فليست مسألتنا». (الدرر السنية، ٧/ ٣٧). ويقول رَحْمَةُ اللَّهِ: «وأما مسألتنا (يعني: وقف الجنف والإثم) فهي: إذا أراد الإنسان أن يقسم ماله على هواه، وفر من قسمة الله وتمرد عن دين الله، مثل أن يريد أن امرأته لا ترث من هذا النخل، ولا تأكل منه إلا حياة عينها، أو يريد أن يزيد بعض أولاده على بعض، فراراً من وصية الله بالعدل، أو يريد أن يحرم نسل البنات، أو يريد أن يحرم على ورثته بيع هذا العقار لثلاثا يفتقروا بعده... فهذه مسألتنا». (الدرر السنية، ٧/ ٣٩). وقال الشيخ عبد الرحمن بن حسن: «الصورة التي أبطلها الشيخ محمد رَحْمَةُ اللَّهِ، هي: ما إذا وقف شخص على ورثته، واشترط فيه ما لا يحل من حرمان أولاد البنات». (الدرر السنية، ٧/ ٥٧). وقال الشيخ محمد بن إبراهيم: «ومن صيغ الوقف ما منعها بعض العلماء؛ كالوقف على أولاده، فإذا كان حيلة فلا ينبغي. وإذا وقف على جميعهم قد يكون فيه تحيلاً على نقص الزوجة من ميراثها. هذا راجع إلى أنه وصية لوارث، وإن لم يكن في وقت مرض. وحتى لو كانوا ليس فيهم زوجة، إذا كان هو المال كله فهذا أغلظ، فإن الله ملكهم، وهو يقصد حرمانهم، وإن كان يقصد كما يقصده العوام حتى لا يضيع بيع، ولكن يحرم أزواج البنات، وزوجات الأولاد. وهذا هو وقف الجنف». (فتاوى الشيخ محمد بن إبراهيم، ٩/ ٩٩). وجاء في المبادئ القضائية ما نصه: «وقف جميع المال بحيث يحال بين الورثة وبين اقتسامه، ويترتب عليه حرمان نسل البنات، وقف جنف، استنكره المحققون من أهل العلم رحمهم الله». (المبادئ والقرارات القضائية، المبدأ (٤٦١)، ص: ١٥٩).

(١) ينظر: قاضي خان، محمود الأوزجندي، «فتاوى قاضيخان بهامش الفتاوى الهندية»، (ط: ٢، بيروت، دار المعرفة مصور عن: المطبعة الأميرية بمصر، عام: ١٣١٠هـ)، ٣/ ٣٢٠؛ ابن الهمام، «فتح القدير»، ٦/ ٢٤٣؛ ابن البزاز، محمد بن محمد الكردي، «الفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية»، ٦/ ٢٧٢.

عند المالكية<sup>(١)</sup>، والحنابلة<sup>(٢)</sup>، واختار هذا القول: الشيخ محمد بن إبراهيم<sup>(٣)</sup>، والشيخ ابن عثيمين<sup>(٤)</sup>، والشيخ صالح الفوزان<sup>(٥)</sup>. واستدلوا لما ذهبوا إليه: بقول الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾<sup>(٦)</sup>، ووجه الدلالة من الآية، أن دخول أولاد الابن في الميراث، دون ولد البنت، دليل على أن المقصود بأولاد الإنسان، هم أولاده، وأولاد بنيه الذكور دون الإناث<sup>(٧)</sup>. ولأن ولد البنت يُنسب إلى أبيه دون أمه، وهو بأبيه أخص منه به<sup>(٨)</sup>. ولأن المتبادر إلى الأذهان، والمتعارف بين الناس في خطابهم وكلامهم، أن المقصود بولد الولد، هم ولد ولده الذكور، وهم المنتسبون إليه عرفاً، دون ولد البنات<sup>(٩)</sup>. وذهب الشافعية، إلى دخول أولاد البنين والبنات في

- (١) ينظر: ابن أبي زيد، «النوادر والزيادات»، ١٢ / ٢٥؛ ابن رشد، «المقدمات الممهدة»، ٤٢٧ / ٢؛ الخطاب، يحيى بن محمد، «أحكام الوقف»، إعداد: عبد القادر باجي، (ط: ١، بيروت، دار ابن حزم، عام: ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م)، ص: ٢٠٠-٢٠٢.
- (٢) ينظر: ابن مفلح، «الفروع»، ٧ / ٣٦٦-٣٦٧؛ المرادوي، «التنقيح المشبع»، ص: ١٨٩؛ البهوتي، «شرح منتهى الإرادات»، ٤ / ٣٦٨.
- (٣) ينظر: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، «فتاوى ورسائل ساحة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ»، (ط: ١، مكة المكرمة، مطبعة الحكومة، عام: ١٣٩٩هـ)، ٩ / ٩٦.
- (٤) ينظر: العثيمين، «الشرح الممتع»، ١١ / ٤٧.
- (٥) ينظر: صالح بن فوزان الفوزان، «الملخص الفقهي»، (ط: بدون، القاهرة، دار ابن الهيثم، عام: بدون)، ص: ٤١٧.
- (٦) سورة النساء، من الآية (١١).
- (٧) ينظر: ابن قدامة، «المغني»، ٨ / ٢٠٣.
- (٨) ينظر: ابن رشد، «المقدمات الممهدة»، ٢ / ٤٢٧.
- (٩) ينظر: قاضي خان، «فتاوى قاضيخان»، ٣ / ٣٢٠؛ ابن رشد، «المقدمات الممهدة»، ٢ / ٤٢٨-٤٢٩؛ ابن قدامة، «المغني»، ٨ / ٢٠٤.

قول الواقف وقفت على أولادي، وأولاد أولادي<sup>(١)</sup>. واستدلوا لذلك: بأن ولد البنت يصدق عليه بأنه ولد ولده، لأن بنته من ولده، ولأنه إذا وقف على أولاده فيدخل فيه ولد صلبه من الذكور والإناث باتفاق أهل العلم، فإذا قال: على أولاد أولادي، فيدخل أولاد البنات في لفظه حقيقة<sup>(٢)</sup>. ونوقش: أن لفظ ولد الولد وإن كان يراد به حقيقة ولد الابن وولد البنت، إلا أن عموم لفظ الواقف يُحمل على عرفه الذي يُعرف به قصده، ويحصل به التفاهم والتخاطب بين الناس، والعرف بين الناس أن لفظ ولد الولد يختص بمن ينتسب إليه، ويرثه بالشرع، وهو ولد الابن دون ولد البنت، وأنه لو سئل من له ولد بنت، هل لك ولد ولد؟ فإنه سيقول ليس لي ولد ولد، ولذلك يكون العرف -هنا- مخصصاً لعموم اللفظ، والعرف يصلح أن يخصص عموم الحقيقة اللغوية، يقول الشيرازي (ت: ٤٧٦هـ): «إذا ورد لفظ قد وضع في اللغة لمعنى، وفي العرف لمعنى، حُمل على ما ثبت له في العرف؛ لأنه طارئ على اللغة»<sup>(٣)</sup>. ولأنه إذا «غلب استعمال الاسم العام في بعض أفرادها، حتى صار حقيقة عرفية، فهذا يُخص به العموم بغير خلاف»<sup>(٤)</sup>. والذي يترجح لي: هو القول الأول: القائل باختصاص لفظ ولد الولد على ولد الابن دون ولد البنت، لقوة أدلته، وسلامتها من المعارض، ولما ورد على أدلة القول الثاني من اعتراضات ومناقشات.

(١) ينظر: العمراني، «البيان»، ٨ / ٨؛ النووي، «روضة الطالبين»، ٥ / ٣٣٦؛ الرملي، «نهاية المحتاج»، ٥ / ٣٨٢.

(٢) ينظر: العمراني، «البيان»، ٨ / ٨٤؛ الرملي، «نهاية المحتاج»، ٥ / ٣٨٢.

(٣) الشيرازي، «اللمع»، ص: ٤٣.

(٤) ابن رجب، «القواعد»، قاعدة رقم (١٢١)، ٢ / ٥٥٥.

مسألة (٧): إذا وقف على ذريته، أو عَقِبِه، أو نسله:

إذا وقف على ذريته، أو عَقِبِه، أو نسله، فإن لفظ الذرية والنسل، يُجْمَل على أولاد البنين، وأولاد البنات، وبه قال الحنفية<sup>(١)</sup>، وهو قول عند المالكية<sup>(٢)</sup>.

وذهب الشافعية إلى دخول أولاد الابن، وأولاد البنت في مسمى الذرية، والعقب، والنسل<sup>(٣)</sup>. وهو رواية عند الحنابلة، وعليها العمل<sup>(٤)</sup>. واستدل بعض المالكية والشافعية على دخول أولاد البنات في مسمى الذرية، بقول الله تعالى: ﴿وَنُوحًا هَدَيْنَا مِنْ قَبْلُ وَمِنْ ذُرِّيَّتِهِ دَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ﴾<sup>(٥)</sup>، إلى قوله: ﴿وَعِيسَى﴾<sup>(٦)</sup>، ووجه الدلالة من الآية، أن عيسى بن مريم، عَلَيْهِ السَّلَامُ، هو ابن امرأة، ودخل في ذرية نوح عَلَيْهِ السَّلَامُ، مما يدل على دخول أولاد البنات في مسمى الذرية<sup>(٧)</sup>. ونوقش استدلالهم بالآية، أن عيسى عَلَيْهِ السَّلَامُ، نُسِب في

(١) ينظر: الخصاص، «أحكام الوقف»، ص: ٢٤٩-٢٥٠؛ قاضي خان، «فتاوى قاضيخان»، ٣/٣٢٤؛ ابن مازة، «المحيط البرهاني»، ٦/١٥٦.

(٢) ينظر: ابن رشد، «المقدمات الممهدة»، ٢/٤٣٧؛ الخطاب، «أحكام الوقف»، ص: ٢٣٨.

(٣) ينظر: العمراني، «البيان»، ٨/٨٥؛ السبكي، علي بن عبد الكافي، «فتاوى السبكي»، تحقيق: حسام الدين القدسي، (ط: ١، بيروت، دار الجيل، عام: ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م)، ٢/٤٧؛ الرملي، «نهاية المحتاج»، ٥/٣٨٢.

(٤) ينظر: ابن مفلح، «الفروع»، ٧/٣٦٦-٣٦٧؛ المرادوي، «التنقيح المشبع»، ص: ١٨٩؛ «الإنصاف»، ٧/٨٢.

(٥) سورة الأنعام، من الآية (٨٤).

(٦) سورة الأنعام، من الآية (٨٥).

(٧) ينظر: الخطاب، «أحكام الوقف»، ص: ٢٣٥-٢٣٦؛ الشربيني، «معني المحتاج»، ٢/٥٢٥.

إلى أمه؛ لأنه لم يكن له أب يُنسب إليه<sup>(١)</sup>، ولذلك لا يصلح أن يكون دليلاً لما ذهبوا إليه من دخول أولاد البنات في مسمى الذرية. والنسل في معنى الذرية والحكم فيهما واحد، عند الحنفية<sup>(٢)</sup>، وبعض المالكية<sup>(٣)</sup>. وأما الشافعية فيرون أن النسل والعقب في معنى الذرية والحكم في الجميع واحد<sup>(٤)</sup>. وعلل الحنفية ما ذهبوا إليه من دخول أولاد البنات في مسمى النسل، بأن القريب من نسل الواقف يتناوله اللفظ حقيقة؛ لأن النسل في اللغة ولد الرجل<sup>(٥)</sup>، وأما البعيد فدخوله بالعرف؛ لأن العرف بين الناس إطلاق النسل على أولاد البنين سواء كانوا من الذكور أو الإناث وإن بعدوا<sup>(٦)</sup>.

وقيل: إن أولاد البنات لا يدخلون في العقب، وهو مذهب الحنفية<sup>(٧)</sup>، والمالكية<sup>(٨)</sup>، وقال بعض شيوخ المذهب المالكي: والذرية والنسل كالعقب<sup>(٩)</sup>.

- (١) ينظر: ابن قدامة، «المغني»، ٨/ ٢٠٤.
- (٢) ينظر: الخصاص، «أحكام الوقف»، ص: ٢٥٠.
- (٣) ينظر: ابن عرفة، «المختصر الفقهي»، ٨/ ٤٧٧؛ الشنقيطي، «لوامع الدرر»، ١١/ ٤٤٢.
- (٤) ينظر: الشربيني، «مغني المحتاج»، ٢/ ٥٢٥؛ الرملي، «نهاية المحتاج»، ٥/ ٣٨٢.
- (٥) الخليل، «العين»، ٤/ ٢١٨. مادة (نسل).
- (٦) ينظر: قاضي خان، «فتاوى قاضيخان»، ٣/ ٣٢٤.
- (٧) ينظر: الخصاص، «أحكام الوقف»، ص: ٢٥٥؛ ابن عابدين، «حاشية ابن عابدين»، ٦/ ٧٠٢.
- (٨) ينظر: ابن أبي زيد، «النوادر والزيادات»، ١٢/ ٢٥، ٣٣؛ ابن رشد، «المقدمات الممهدة»، ٢/ ٤٣٧.
- (٩) ينظر: ابن رشد، «المقدمات الممهدة»، ٢/ ٤٣٧؛ الخطاب، «مواهب الجليل»، ٧/ ٦٦٤.



وذهب الحنابلة إلى أن لفظ الذرية، والنسل، والعقب لا ينصرف إلى أولاد البنات<sup>(١)</sup>. واختار هذا القول الشيخ محمد بن إبراهيم<sup>(٢)</sup>، والشيخ ابن عثيمين<sup>(٣)</sup>. واستدل الحنابلة لما ذهبوا إليه: بأن الذرية، والنسل، والعقب، في الحقيقة اللغوية يراد بها: ولد الرجل، يقول الجوهري (ت: ٣٩٣هـ): «ذرية الرجل: ولده»<sup>(٤)</sup>، ويقول الخليل (ت: ١٧٠هـ): «النسل: الولد»<sup>(٥)</sup>، ويقول: «عقب الرجل: ولده، وولد ولده الباكون من بعده»<sup>(٦)</sup>، وخرج أولاد البنات من ولد الرجل بالعرف؛ إذ لا يُنسبون إلى الواقف عرفاً، ولذلك لو قال: ذريتي، أو نسلي، أو عقبي، المنتسبين إليّ، لم يدخل أولاد البنات؛ لأنهم لا ينتسبون إليه، وإنما ينتسبون إلى آبائهم<sup>(٧)</sup>.

والذي يترجح لي: هو حمل مسمى الذرية، والنسل، والعقب، على أولاد الذكور دون أولاد البنات وهو مذهب الحنابلة؛ لأن العرف خصص عموم الحقيقة اللغوية، يقول ابن رشد (ت: ٥٢٠هـ): «واللفظ الثاني: وهو قوله،

(١) ينظر: ابن مفلح، «الفروع»، ٣٦٦/٧؛ المرادوي، «التنقيح المشبع»، ص: ١٨٩؛ «الإنصاف»، ٧٩/٧، ٨٢، البهوتي، «شرح منتهى الإرادات»، ٤/٣٦٨.

(٢) ينظر: ابن قاسم، «فتاوى الشيخ محمد بن إبراهيم»، ٩٦/٩.

(٣) ينظر: العثيمين، «الشرح الممتع»، ٤٧/١١.

(٤) الجوهري، إسماعيل بن حماد، «الصحاح»، حققه: شهاب الدين أبو عمرو، (ط: ١، بيروت، دار الفكر، عام: ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م)، ١/٥٤٣.

(٥) الخليل، «العين»، ٢١٨/٤.

(٦) الخليل، «العين»، ١٩٣/٣.

(٧) ينظر: ابن قدامة، «المغني»، ٢٠٤/٨.

أولاد أولادي، وأولادهم، لا يتخصص إلا بعرف كلام الناس خاصة»<sup>(١)</sup>، ولأن مبنى ألفاظ الواقف على العرف<sup>(٢)</sup>، والوقف لم يلزم ويثبت إلا بلفظه، فيُرجع إلى عرفه لبيان لفظه<sup>(٣)</sup>.

مسألة (٨): إذا وقف على الأثمان وأطلق:

إذا وقف الأثمان<sup>(٤)</sup>، وأطلق، فذهب محمد بن عبد الله الأنصاري صاحب زفر، إلى حمل اللفظ على أن تُدفع الأثمان إلى من يُضارب بها ثم يُتصدق بالربح على الموقوف عليهم؛ لأن الدراهم والدنانير لا تنمى إلا بالتقليب والتجارة، وهو الأنفع والأحظ للموقوف عليهم، ولا تكون المضاربة إلا

(١) ابن رشد، «المقدمات الممهدة»، ٢/ ٤٣٣.

(٢) ينظر: الدسوقي، «حاشية الدسوقي»، ٤/ ١٤٤.

(٣) ينظر: البهوتي، «شرح منتهى الإرادات»، ٤/ ٣٦٩.

(٤) الأثمان جمع ثمن، وهما: الذهب والفضة؛ لأن المقصود بهما الثمنية. ويشمل ذلك المضروب منها كالدنانير والدراهم، والمصوغ كالقلائد، ويشمل أيضاً التبر، وهو فئات الذهب والفضة قبل أن يصاغا. (ينظر: ابن عابدين، الحاشية ٣/ ٢٢٧؛ ٧/ ٢٦٩، ٥٢٠؛ الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٤١٩؛ المرادوي، الإنصاف ٣/ ١٣١). ويصح وقف الدنانير والدراهم، وهو مقتضى قول محمد بن الحسن المفتي به في وقف كل منقول فيه تعامل، وبه قال محمد بن عبد الله الأنصاري صاحب زفر، وهو المذهب عند المالكية، والقول المرجوح عند الشافعية، ووجه عند الحنابلة، ورجح هذا القول شيخ الإسلام ابن تيمية. (ينظر: الطرابلسي، الإسعاف ص: ٢٦؛ ابن نجيم، البحر الرائق ٥/ ٣٣٨؛ ابن عابدين، الحاشية ٦/ ٥٥٥؛ ابن عرفة، المختصر الفقهي ٨/ ٤٣٨؛ الخطاب، مواهب الجليل ٧/ ٦٣١؛ الشنقيطي، لوامع الدرر ١١/ ٣٨٥؛ العمراني، البيان ٨/ ٦٢؛ النووي، روضة الطالبين ٥/ ٣١٥؛ الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٥١١؛ ابن مفلح، الفروع ٧/ ٣٣٢؛ ابن مفلح، المبدع ٥/ ٣١٨؛ المرادوي، الإنصاف ٧/ ١١؛ ابن تيمية، الاختيارات ص: ١٤٦).

بهما، ولذلك يُحمل مطلق لفظ الواقف على أن يُجعلاً رأس مال المضاربة، والربح للموقوف عليه، ويُعطى العامل القدر المتفق عليه من الربح، فإن تبرع العامل بعمله ولم يأخذ شيئاً، كان الربح كله للموقوف عليهم، وهو ما يطلق عليه (بضاعة)<sup>(١)</sup>.

وذهب المالكية إلى حمل مطلق لفظ الواقف على إقراض المحتاجين للأثمان، ويُنزل رد بدلها منزلة بقاء عينها؛ لأن العادة جرت على استعمالها في الإقراض، وهو الأحفظ لبقائهما وعدم هلاكهما<sup>(٢)</sup>.

وفي وجه عند الشافعية أن اللفظ يحمل على إجارة الأثمان عند من يرى جواز إجارتها، وصرف الغلة على الموقوف عليهم<sup>(٣)</sup>.

وفي وجه عند الحنابلة أن اللفظ يُحمل على التحلي بها والوزن؛ لأن العادة جرت على استعمالها في التحلي والوزن<sup>(٤)</sup>.

والذي يترجح لي: أن يُحمل لفظ الواقف على عادة الاستعمال الجارية في زمن الواقف، ومراعاة الوجه الذي فيه ضمان حفظ العين الموقوفة واستمرارها وبقائها، مع ديمومة الانتفاع بها، كأن تُجعل تلك الأثمان في محافظ استثمارية قليلة المخاطر، ويُصرف عوائد أرباحها على الموقوف عليهم، أو أن يُشترى بالأثمان عقاراً، وتصرف غلته على الموقوف عليهم، أو إقراض

(١) ينظر: السرخسي، المسبوط ١١/١٥٩-١٦٠؛ الطرابلسي، الإسعاف، ص: ٢٦؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ٥/٣٣٨؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٦/٤٨١، ٥٥٦.

(٢) ينظر: الدردير، الشرح الكبير، ٤/١٢٠؛ الشنقيطي، لوامع الدرر، ١١/٣٨٥.

(٣) ينظر: النووي، روضة الطالبين ٥/٣١٥.

(٤) المرادوي، «الإنصاف»، ٧/١٠-١١.

الأثمان للمحتاجين للعلاج أو الدراسة والعلم أو التدريب لاكتساب المهارات والمعارف النافعة ونحو ذلك، وتؤخذ الضمانات الشرعية كالرهن والكفالة وغيرهما لاسترداد بدل تلك الأثمان، أو إعارتها لأجل التحلي بها إن كانت مصوغة؛ لأن العادة في المصوغ اللبس والتحلي.



## الفرع الثاني: ألفاظ الواقف المتعلقة بمقدار الصرف

وفيه مسألتان:

مسألة (١): إذا وقف على الفقراء، ولم يبين مقدار ما يُعطون:

إذا وقف على الفقراء، وأطلق، ولم يبين مقدار ما يُعطون، فَيُعطى الفقير ما يسد حاجته وكفايته، ولا يعطى أكثر من حاجته وكفايته. وبه قال الحنفية<sup>(١)</sup>،

(١) ينظر: الخصاف، «أحكام الوقف»، ص: ١٨٩-١٩٠، ٤٦٥؛ قاضي خان، «فتاوى قاضيخان»، ٣/ ٣٢١. والفقير عند الحنفية، هو: الذي لا يسأل الناس؛ لأنه لا يجد ما يكفيه في الحال. (ابن مازة، «المحيط البرهاني»، ٢/ ٢٨٠)، والغني عندهم مَنْ يملك مائتي درهم، أو عشرين ديناراً، أو ما تبلغ قيمة أحدهما فاضلاً عن مسكنه، وأثاث مسكنه، وخادمه، ومركبه، وسلاحه، وثياب بدنه، وقالوا: إن من ملك ذلك المقدار، كان أمانة على الغنى؛ لأن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال لمعاذ: ((فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة في أموالهم، تؤخذ من أغنيائهم، وترد على فقرائهم))، (الحديث متفق عليه من حديث ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، واللفظ للبخاري، في الصحيح، كتاب: الزكاة، باب: وجوب الزكاة، رقم (١٣٣١)، ٢/ ٥٠٥؛ ومسلم في الصحيح، كتاب: الإيمان، باب: الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام، رقم (٢٩)، ١/ ٢٠٢). والحديث دليل على أن الصدقة واجبة على الأغنياء، ومن لازمه أن من وجبت عليه الصدقة، فهو غني، ومن لا تجب عليه فليس بغني، ويكون فقيراً، وتدفع الصدقة إليه، والصدقة لا تجب إلا على من ملك مائتي درهم أو عشرين ديناراً؛ للإجماع على ذلك، يقول ابن المنذر(ت: ٣١٨هـ): «وأجمعوا على أن في مائتي درهم خمسة دراهم، وأجمعوا على أن الذهب إذا كان عشرين مثقالاً وقيمتها مائتا درهم أن الزكاة تجب فيه»، (ابن المنذر، «الإجماع»، ص: ٥٣)، وينظر لمذهب الحنفية: (الخصاف، «أحكام الوقف»، ص: ١٨٦؛ ابن مازة، «المحيط البرهاني»، ٢/ ٢٨٥). وإذا لم يملك الإنسان ذلك المقدار، فهو فقير، ويجوز أن يُعطى ما يصل به إلى حد ذلك النصاب. (ينظر: المرغيناني، «الهداية»، ١/ ١١٢؛ ابن عابدين، «حاشية ابن عابدين»، ٣/ ٣٠٣).

والمالكية<sup>(١)</sup>، والشافعية<sup>(٢)</sup>، والحنابلة<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: ابن رشد، «المقدمات الممهدة»، ٤٣٨/٢؛ الدسوقي، «حاشية الدسوقي»، ٤٥٩/١١؛ الشنقيطي، «لوامع الدرر»، ١١/٤٥٩. ذهب المالكية، والبغداديون من الشافعية، والحنابلة، إلى أن حد الفقير، هو: الذي لا يملك كفايته، وكفاية من يعول، من قيمة طعام، وشراب، وكسوة، وأجرة مسكن مدة عام، وذلك لأن الزكاة تجب في كل عام مرة، فاعتبر كفايته بها. وأما الشافعي في الجديد فإن الفقير عنده، هو: الذي لا شيء عنده، زَمِنًا كان، أو غير زَمِن، سواء سأل، أو لم يسأل. والفقير في عرف الشارع، من لا يملك كفايته؛ لحديث قبيصة بن المخارق الهلالي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، قال: تَحَمَّلْتُ حَمَالَةً، فَأَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أَسْأَلُهُ فِيهَا. فَقَالَ: ((أَقْمِ حَتَّى تَأْتِيَنَا الصَّدَقَةُ، فَنَأْمُرُكَ بِهَا)). ثم قال: ((يا قبيصة، إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة: رجل تحمّل حَمَالَةً فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يَصِيبَهَا ثُمَّ يَمْسُكُ، وَرَجُلٌ أَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ اجْتَاكَ مَالُهُ فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يَصِيبَ قِوَامًا مِنْ عَيْشٍ. أَوْ قَالَ: سِدَادًا مِنْ عَيْشٍ. وَرَجُلٌ أَصَابَتْهُ فَاقَةٌ حَتَّى يَقُومَ ثَلَاثَةَ مِنْ ذَوِي الْحِجَابِ مِنْ قَوْمِهِ، لَقَدْ أَصَابَتْ فَلَانًا فَاقَةً، فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يَصِيبَ قِوَامًا مِنْ عَيْشٍ. أَوْ قَالَ: سِدَادًا مِنْ عَيْشٍ. فَمَا سِوَاهُنِ مِنَ الْمَسْأَلَةِ، يَا قَبِيصَةَ، سَحْتًا يَأْكُلُهَا صَاحِبُهَا سَحْتًا)). (أخرجه مسلم في الصحيح، كتاب: الزكاة، باب: من تحل له المسألة، رقم (١٠٤٤)، ٤/١٤٢-١٤٣). والقوام، والسداد، هو: ما يغني من الشيء، وما تسد به الحاجة. (النووي، شرح صحيح مسلم، ٤/١٤٣). والحديث نص في أن المسألة تحل لكل من لم يجد ما يسد به حاجته، وقوامه من عيش، وذلك يختلف باختلاف الناس، وأحوالهم. ينظر: القاضي عبد الوهاب، ابن علي المالكي، «المعونة»، تحقيق: حميش عبد الحق، (ط: ٣، مكة المكرمة، مكتبة نزار الباز، عام: ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م)، ١/٤٤٧؛ العمراني، «البيان»، ٣/٤٠٩؛ المرادوي، «الإنصاف»، ٣/٢١٧).

(٢) ينظر: العمراني، «البيان»، ٨/٢٢٩-٢٣٠؛ ٣/٤٠٩؛ الغزالي، «الوسيط»، ٤/٥٥٣، ٥٧٠؛ النووي، «روضة الطالبين»، ٥/٣٦٢.

(٣) ينظر: ابن قدامة، «المغني»، ٨/٢٠٩؛ المرادوي، «الإنصاف»، ٧/٩٩؛ البهوتي، «شرح منتهى الإرادات»، ٤/٣٨٠.

وأستدل لذلك: بأن كلام الواقف إذا كان مطلقاً، ولم يبين مقدار ما يُعطى الفقير، فإنه يُحمل على المعهود شرعاً، والمعهود شرعاً أن يُعطى الفقير ما يحصل به كفايته، وتماثل حاجته مع مَنْ يعول<sup>(١)</sup>. ولأن قصد الواقف، الإحسان إلى الموقوف عليهم من الفقراء، والإرفاق بهم، ويحصل ذلك بتماثل كفايتهم مع من يعولون<sup>(٢)</sup>، إذ يجب مراعاة غرض الواقف، والنظر إلى مقصده واعتباره<sup>(٣)</sup>. ولأن العادة دلت على أن غرض الواقف، هو سد حاجة الموقوف عليهم، وكفايتهم، ويحصل ذلك بإعطاء الفقير قدر كفايته وحاجته<sup>(٤)</sup>.

مسألة (٢): إذا وقف على قوم وجُهل مقدار ما يُعطى كل واحد:

إذا وقف على قوم؛ كفقهاء المدارس، وجُهل المقدار المحدد من الغلة لكل واحد منهم، سواء كان ذلك بسبب ضياع كتاب الوقف، أو اندراسه وطمس ما فيه ولم يكن له أثر، أو غير ذلك من الأسباب، فإنه يُرجع إلى العرف لمعرفة مقدار الصرف؛ لأن الغالب وقوع شرط الواقف على وفق ما جرى به العمل والعرف، وإذا دار الشيء بين الغالب والنادر، فإنه يُلحق بالغالب، والأصل في الأحكام أنها تُبنى على الغالب الشائع الكثير، لا الشيء النادر القليل، ولأن الأصل إطلاق كلام الواقف وعدم تقييده، والمطلق من لفظ الواقف

(١) ينظر: العمراني، «البيان»، ٨/ ٢٣١؛ البهوتي، «شرح منتهى الإرادات»، ٤/ ٣٨٠.

(٢) ينظر: الشنقيطي، «لوامع الدرر»، ١١/ ٤٥٩.

(٣) ينظر: ابن عابدين، «العقود الدرية»، ص: ٢٤.

(٤) ينظر: الحطاب، «أحكام الوقف»، ص: ٣٥٨.

يُحمل على عرفه، ويثبت له حكم العرف، فإن لم يكن ثمَّ عَرَفٌ، فُتُقَسَّمُ الغلة بين المستحقين بالسوية. وهذا هو المذهب عند المالكية<sup>(١)</sup>، والحنابلة<sup>(٢)</sup>.  
 وذهب الحنفية<sup>(٣)</sup>، والشافعية<sup>(٤)</sup> إلى أن الغلة تُقسم بينهم بالسوية؛ وعلل الشافعية لما ذهبوا إليه، بأن بعض المستحقين ليس بأولى من بعض بالغلة، فوجب التسوية بينهم في القسمة<sup>(٥)</sup>.

والذي يترجح لي: القول الأول، الذي قال: إنه يُرجع إلى العرف لتحديد ومعرفة مقدار ما يُعطى كل مستحق من الغلة إذا جُهل شرط الواقف، فإن لم يكن عرف، فُتُقَسَّمُ الغلة بينهم بالسوية؛ لقوة أدلة هذا القول، وسلامتها من

(١) ينظر: الخطاب، «مواهب الجليل»، ٦٧٣/٧.

(٢) ينظر: المرادوي، سليمان بن علي، «الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل»، صححه وحققه: محمد الفقي، (ط: ١، القاهرة، مكتبة السنة المحمدية، عام: ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م)، ٧٨/٧؛ البهوتي، «شرح منتهى الإرادات»، ٣٥٦/٤؛ «كشاف القناع»، ٢٦٠/٤.

(٣) ينظر: الخصاف، أحمد بن عمرو، «أحكام الوقف»، ضبطه: محمد عبد السلام، (ط: بدون، بيروت، دار الكتب العلمية، عام: بدون)، ص: ٦٥؛ الطرابلسي، إبراهيم بن موسى، «الإسعاف في أحكام الأوقاف»، اعتنى بإخراجه: د. عبد الله نذير، (ط: ١، جدة، مركز النشر بجامعة الملك عبد العزيز، عام: ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م)، ص: ٣٧٦.

(٤) ينظر: النووي، «روضة الطالبين»، ٣٥٢/٥؛ الأنصاري، زكريا بن محمد، «أسنى المطالب في شرح روض الطالب»، (ط: بدون، بيروت، دار الكتاب الإسلامي، عام: بدون)، ٤٧٣/٢؛ البجيرمي، سليمان بن محمد، «التجريد لنفع العبيد (حاشية البجيرمي على شرح المنهج)»، (ط: بدون، مطبعة الحلبي، عام: ١٣٦٩هـ - ١٩٥٠م)، ٢١٥/٣.

(٥) ينظر: الأنصاري، «أسنى المطالب»، ٤٧٣/٢.



المعارض، ولأن الغالب في شرط الواقف أنه على وفق عاداته وعرفه، ولذلك يحمل عليه، إذ «العبرة للغالب الشائع لا بالقليل النادر»<sup>(١)</sup>.



(١) ينظر: حيدر، «درر الحكام»، ١/ ٥٠. المادة (٤٢).

## المبحث الثالث تطبيقات قضائية

سأتناول في هذا المبحث أحد المبادئ والقرارات القضائية الصادرة من الهيئات القضائية في المملكة العربية السعودية، والذي يتناول في موضوعه بيان أثر العادة والعرف في تفسير ألفاظ الواقف.

وسأقوم بإيراد المبدأ القضائي، وأبين مستنده من أحكام الشريعة الإسلامية، ودليله التفصيلي، وأحلل ألفاظه بيان المراد منها وتفسيرها على الوجه الموضوع لها، ليسهل تطبيقه وإعماله على الوقائع القضائية المماثلة له.

### المبدأ القضائي:

صدر عن مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة، برقم (١٦) وتاريخ ١٣٩٦/١/٤ هـ ما نصه: «توزع غلة الوقف على ورثة الواقف حسب الفريضة الشرعية، في حال عدم ثبوت شرط الواقف»<sup>(١)</sup>.

ويعد هذا المبدأ القضائي، من القواعد القضائية الموضوعية، الذي يُراعى عند النظر في القضايا وقبل إصدار الأحكام القضائية في الوقائع المماثلة.

والمبادئ القضائية الموضوعية السعودية تستند على أحكام الشريعة الإسلامية، وهي لا تخلو في مضمونها عن: اختيار رأي فقهي معتبر لقوة

(١) «المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامّة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا من عام ١٣٩١ هـ إلى عام ١٤٣٧ هـ»، إصدار مركز البحوث بوزارة العدل، المملكة العربية السعودية، (ط: ١، الرياض، مركز البحوث، وزارة العدل، عام: ١٤٣٨ هـ - ٢٠١٧ م)، ص: ١٤٧، رقم المبدأ (٤٠٦).

دليله، أو إحداث حكم فقهي في نازلة قضائية مستجدة، أو ترجيح بين نصين متعارضين، أو تخصيص لنص عام، أو تقييد لمطلق، أو تبين لمجمل، أو تفسير لمبهم، ونحو ذلك.

والغاية من وضع المبادئ القضائية، أن تُراعى عند النظر في الوقائع والدعاوى القضائية المماثلة، وقبل إصدار الأحكام؛ لأنها من قبيل القواعد الكلية الموضوعية، لذلك لا بد وأن تكون مُبَيَّنَةً مُفَسَّرَةً، ليتمكن القاضي من تنزيل الوقائع القضائية الثابتة المنقحة الخالية من الموانع على المبادئ القضائية، إذا تطابقت الأوصاف المشتركة المؤثرة في الحكم بينهما، واتصفت الوقائع بصفات المبدأ القضائي.

وسأتناول في دراسة المبدأ القضائي ما يُساعد في تبينه وتفسيره على الوجه المراد منه، لتكون الدراسة - بإذن الله تعالى - معينة على فهمه وتطبيقه في الوقائع النظرية والدعاوى المماثلة، وسأستعرض في دراسة المبدأ ثلاثة أمور، هي:

**الأمر الأول:** بيان الحكم الشرعي بدليله التفصيلي في مسألة مصرف الغلة إذا لم يثبت شرط الواقف، ومقدار ما يُعطى من الغلة.

**الأمر الثاني:** بيان المقصود من الفريضة الشرعية.

**الأمر الثالث:** بيان وارث الوقف المستحق للغلة.

الأمر الأول: بيان الحكم الشرعي بدليله التفصيلي في مسألة الوقف إذا لم يثبت شرط الواقف، ومقدار ما يُعطى المصرف من الغلة:

وهذه المسألة سبق أن تناولتها في مسألة: إذا وقف ولم يسم مصرفاً، وبينت أقوال أهل العلم فيها، وأنهم يردونها على مسألة الوقف المنقطع الآخر، وذكرت أدلتهم، وما يرد عليها، وانتهيت إلى أن الراجح في المسألة هو مذهب الحنابلة، القائل: بأن تصرف غلة الوقف على ورثة الواقف نسباً بقدر إرثهم إذا لم يسم الواقف مصرفاً.

ويتضح لي بعد التأمل والنظر في القول الراجح في مسألة مصرف الغلة الذي لم يسم الواقف له مصرفاً، والمبدأ القضائي، ما يلي:

١. أن المبدأ القضائي رد مسألة الوقف إذا لم يثبت شرط الواقف فيه، على مسألة الوقف المنقطع الآخر، ومسألة الوقف إذا لم يسم الواقف مصرفاً له.

٢. أن مسألة الوقف المنقطع الآخر، ومسألة إذا لم يسم الواقف مصرفاً، بُنيت على العادة والعرف في تحديد الجهة التي تُصرف الغلة عليها.

٣. أن المبدأ القضائي يتفق مع مذهب الحنابلة في الجهة التي تُصرف الغلة عليها، إذا لم يثبت شرط الواقف. إلا أن المبدأ القضائي بين الجهة التي تُصرف الغلة عليها بلفظ عام، وهي: ورثة الواقف، ويتناول هذا اللفظ ورثته بسبب النسب أو النكاح أو الولاء، إذ جميع هؤلاء يدخلون في ورثة الواقف، ويلزم من ذلك دخولهم في مصرف الغلة؛ لأن المبدأ القضائي

جاء بلفظ عام، ومقتضى دلالة العام دخول جميع أفرادها في حكمه ما لم يرد تخصيص له. بينما ذهب الحنابلة إلى تخصيص مصرف الغلة بورثة الواقف نسباً، ولا يدخل عندهم ورثته بالنكاح أو الولاء في الوقف إذا لم يسم الواقف مصرفاً له. يقول البهوتي (ت: ١٠٥١هـ): «(و) يصرف (ما وقفه وسكت إلى ورثته نسباً) لا ولاءً ولا نكاحاً»<sup>(١)</sup>. وعللوا عدم دخول الورثة بالولاء والنكاح بأنهم لا ينتسبون إلى الواقف، فلا يدخلون في مصرف غلة الوقف إذا لم يسم مصرفاً<sup>(٢)</sup>.

والذي أراه أن الورثة في المبدأ القضائي، هم ورثة الواقف نسباً، لأمر، هي:

الأول: أنه ورد في القرار القضائي رقم (٤٥٢) ما يخص الورثة المستحقين لغلة الوقف الذي لم يُعرف أربابه، بالورثة نسباً، إذ جاء في القرار ما نصه: «المصادقة على حكم تضمن أنه إذا لم يُعرف أرباب الوقف، جُعل كوقف مطلق لم يذكر مصرفه، فيصرف على ورثة الواقف نسباً...»<sup>(٣)</sup>، وهو نص خاص منطوقه: أن تصرف الغلة على ورثة الواقف نسباً إذا لم يُعرف أرباب الوقف، ويُحمل عموم نص المبدأ القضائي رقم (٤٠٦) عليه؛ لأنه

(١) البهوتي، «شرح منتهى الإرادات»، ٤/٣٤٦. وينظر: ابن مفلح، «الفروع»، ٧/٣٤١-٣٤٢؛ ابن مفلح، «المبدع»، ٥/٣٢٦؛ المرادوي، «التنقيح المشيع»، ص: ١٨٦؛ البهوتي، «كشاف القناع»، ٤/٢٩٧.

(٢) ينظر: الرحيباني، «مطالب أولي النهى»، ٤/٣٠٠.

(٣) «المبادئ والقرارات القضائية»، ص: ١٥٧، رقم المبدأ (٤٥٢) وهو صادر عن مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة، برقم (٦/١٦٦) وتاريخ ٢٣/٣/١٤١٦هـ.

قرار في نفس قضية النص العام، والنص الخاص يخصص النص العام<sup>(١)</sup>، ولأن القرار القضائي رقم (٤٥٢) صدر في تاريخ ٢٣/٣/١٤١٦هـ بينما المبدأ القضائي رقم (٤٠٦) صدر في تاريخ ٤/١/١٣٩٦هـ، ويتضح من ذلك أن النص الخاص متأخر عن النص العام، والمتأخر يخصص المتقدم باتفاق أهل العلم<sup>(٢)</sup>.

الثاني: أن المذهب عند الحنابلة تخصيص مصرف الغلة بورثة الواقع نسباً كما تقدم بيان ذلك، والمبدأ القضائي تأسس على مذهب الحنابلة في هذه المسألة، فيُحمل عموم لفظ المبدأ على ما جاء في المذهب عند الحنابلة، لأنه نص خاص، أقوى في دلالته من العام، ولأنه منشأ المبدأ القضائي في هذه المسألة فيُحمل عليه لبيانه.

الثالث: أن المحاكم في المملكة العربية السعودية تطبق أحكام الشريعة الإسلامية في القضايا المعروضة عليها وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة<sup>(٣)</sup>، والحكم الشرعي أن الغلة تُصرف على ورثة الواقع نسباً إذا لم يُسم الواقع مصرفاً عند من قال بوجوب صرفها على ورثته، ولم يقل أحد ممن قال بصرفها على الورثة، بدخول ورثته بالولاء أو النكاح، فيكون ذلك مخصصاً

(١) ينظر: ابن النجار، «شرح الكوكب المنير»، ٣/٢٦٩. يقول ابن النجار: «(ويجوز) التخصيص (مطلقاً) عند الأئمة الأربعة والأكثر، أي سواء كان العام أمراً أو نهياً أو خبراً».

(٢) ينظر: الطوفي، «شرح مختصر الروضة»، ٢/٥٥٩. يقول الطوفي: «أن المتأخر إن كان هو الخاص، فهو المقدم باتفاق».

(٣) ينظر: المادة (٤٨) من النظام الأساسي للحكم، الصادر بالأمر الملكي الكريم رقم (أ/٩٠) وتاريخ ٢٧/٨/١٤١٢هـ.

لعموم المبدأ القضائي. يقول المرادوي: «وأما الزوج والزوجة، فلا يدخلان في لفظ الأولاد والأقارب بلا نزاع بين الأصحاب، فهم خارجون من هذه الأحكام»<sup>(١)</sup>.

الرابع: أن بعض الأحكام القضائية النهائية الصادرة عن محاكم المملكة العربية السعودية، ذكرت في أحكامها بأن المنصوص عليه، هو: صرف الغلة لورثة الواقف نسباً، وعللوا أحكامهم على أن ورثة الواقف نسباً هم أقرب الناس إليه نسباً<sup>(٢)</sup>. وهو دليل على أن الذي عليه العمل في القضاء في المملكة العربية السعودية، هو تخصيص صرف الغلة لورثة الواقف نسباً.

الخامس: أنه جاء في الدرر السنية: «وكذا لو وقف وسكت، إن قلنا يصح الوقف حيثنذ، فإنه يصرف إلى ورثة الواقف نسباً»<sup>(٣)</sup>. ومسألة ما لو وقف وسكت هي إحدى المسائل التي انبنى عليها المبدأ القضائي.

**الأمر الثاني: بيان المقصود بـ(الفريضة الشرعية) في المبدأ القضائي:**

إذ ورد لفظ (الفريضة الشرعية) في المبدأ القضائي مجملاً غير مبين، مع أن له ثلاثة معان مستعملة عند الفقهاء وتلك المعاني هي:

(١) المرادوي، «الإنصاف»، ١٣٨/٧.

(٢) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية الصادرة عن وزارة العدل، ٨/٩. رقم الصك (٣٣٤٣٩٤٨٧) في ٢٨/١٠/١٤٣٣ هـ والمصادق عليه من محكمة الاستئناف برقم (٣٤٦٠٤٥٢٨) في ١١/٣/١٤٣٣ هـ.

(٣) ابن قاسم، «الدرر السنية»، ٦٥/٧.

المعنى الأول: التسوية بين الذكر والأنثى في غلة الوقف. وهذا قال يحيى ابن المنقار الحنفي (ت: ١٠٨٨هـ)، والقاضي تاج الدين محمد بن عبد المحسن الحنفي (ت: ١١٤٩هـ)، وإبراهيم الغزي السايحاني الحنفي (كان حياً في عام: ١١٦٨هـ)<sup>(١)</sup>، وسالم السنهوري المالكي (ت: ١٠١٥هـ)<sup>(٢)</sup>، ومحمد حجازي الشافعي (ت: ١٠٣٥هـ)<sup>(٣)</sup>. قال ابن المنقار الحنفي: «وليس عند المحققين من أهل المذهب فريضة شرعية في باب الوقف إلا هذه»، وأراد: التسوية بين الذكر والأنثى، ثم قال: «فلا تنصرف الفريضة الشرعية في باب الوقف إلا إلى التسوية»<sup>(٤)</sup>. ووجه حمل لفظ (الفريضة الشرعية) على التسوية بين الذكور والإناث من الأولاد، هو: أن الوقف عطية، لأنه تبرع بالمال، والمشروع في العطية وجوب التسوية بين الذكور والإناث من الأولاد بنص الأحاديث،

(١) ينظر: ابن عابدين، «حاشية ابن عابدين»، ٦/ ٦٦٤، ٦٦٦؛ «العقود الدرية»، ص: ٢٠.

(٢) ينظر: ابن عابدين، «حاشية ابن عابدين»، ٦/ ٦٦٤، ٦٦٦؛ «العقود الدرية»، ص: ١٢٠. وللشيخ سالم بن محمد السنهوري، كتاب جمع فيه الشروح والحواشي على مختصر خليل، واسمه: «تيسير الملك الجليل لجمع الشروح وحواشي خليل في الفقه المالكي»، حققه: عبد المحسن العتال، والطبعة الأولى منه نُشرت عام ١٤٤٠هـ - ٢٠١٩م، عن دار الكتب العلمية ببيروت، إلا أن المطبوع منه إلى المجلد السادس وينتهي بكتاب السلم، ولم يُطبع منه الجزء الذي يتعلق بكتاب الوقف، ولذلك لم أقف على قول السنهوري فيه ولم أستطع العزو عليه.

(٣) ابن عابدين، «حاشية ابن عابدين»، ٦/ ٦٦٤، ٦٦٦؛ «العقود الدرية»، ص: ٢٠.

(٤) ابن عابدين، «العقود الدرية»، ص: ٢٢. ولا بن المنقار الحنفي رسالة لطيفة عنوانها: التحفة الفقهية في الرسالة المرضية على الفريضة الشرعية، وتقع في (٣٩) لوح، وهي مخطوطة في دار الكتب الظاهرية، تحت الرقم (٨٩٣٦) فقه حنفي.



فصارت التسوية هي الفريضة المقدرة في باب العطية للأولاد شرعاً<sup>(١)</sup>. وإلى القول بحمل مطلق لفظ الواقف على التسوية بين الذكور والإناث من الأولاد، ذهب أبو يوسف والخفاف وابن عابدين وأعيان المجتهدين من الحنفية وهو المفتى به عندهم<sup>(٢)</sup>، وهو المذهب عند المالكية<sup>(٣)</sup>، والشافعية<sup>(٤)</sup>، ورواية عن الإمام أحمد اختارها ابن عقيل والحرثي<sup>(٥)</sup>، واستدلوا لذلك بأدلة، هي:

أ. حديث النعمان بن بشير رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وفيه أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: ((فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم))<sup>(٦)</sup>، والحديث نص في وجوب العدل بين الأبناء في العطايا، والعدل والإنصاف لا يتحقق إلا بالتسوية بينهم في العطية والنفقة حال الحياة، والوقف من العطايا<sup>(٧)</sup>.

(١) ينظر: ابن عابدين، «العقود الدرية»، ص: ٢١-٢٢.

(٢) ينظر: الخفاف، «أحكام الوقف»، ص: ١٤٩، ١٩٥؛ ابن عابدين، «حاشية ابن عابدين»، ٦/٦٦٤.

(٣) ينظر: ابن أبي زيد، «النوادر والزيادات»، ٣٥/١٢؛ الخطاب، «أحكام الوقف»، ص: ٣٥٠-٣٥١؛ الخرشي، «شرح الخرشي»، ٩١/٧؛ الشنقيطي، «لوامع الدرر»، ٤١٨/١١. قال ابن أبي زيد: «قال حبيب: وقول مالك وأصحابه، أن الذكر والأنثى في الحبس سواء، إلا أن يقع شرط». «النوادر والزيادات»، ٣٥/١٢. وقال الخرشي: «قول الواقف: داري وقف على أولادي، ولم يبين تفضيل أحد على أحد، على التسوية بين الذكر والأنثى في المصرف، فإن بين شيئاً اتبع». (الخرشي، «شرح الخرشي»، ٧/٩١).

(٤) ينظر: الشربيني، «مغني المحتاج»، ٥٢٣/٢؛ الرملي، «نهاية المحتاج»، ٥/٣٧٨.

(٥) ينظر: ابن قدامة، «المغني»، ٨/٢٥٦؛ المرداوي، «الإنصاف»، ٧/١٣٦.

(٦) متفق عليه: وسبق وتخريجه.

(٧) ينظر: ابن عابدين، «حاشية ابن عابدين»، ٦/٦٦٤؛ «العقود الدرية»، ص: ٢١.

وأجيب عن ذلك بأمور:

١. أن الحديث قضية في عين، وحكاية حال لا عموم لها، وإنما يثبت حكمها فيما يماثلها، ولا يُعلم حال أولاد بشير رَضِيَ اللهُ عَنْهُ<sup>(١)</sup>.
٢. أن العدل بين الأولاد يُحمل على قسمة المال عليهم بقدر ميراثهم المبين في كتاب الله تعالى<sup>(٢)</sup>، إذ لا أعدل من قسمة الله تعالى<sup>(٣)</sup>، وهو الأمر المعهود في القرون المفضلة، إذ قَسَمَ جَارٌ لِشَرِيحِ ماله على بنيه، ثم دعا شريحاً ليشهده، فقال شريح: «قسمة الله أعدل من قسمتك، فارددهم إلى قسمة الله وفرائضه، وأشهدني، وإلا فلا تشهدني، لا أشهد على جور»<sup>(٤)</sup>. وقال عطاء - في خبر قسمة سعد بن عبادة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، لماله على بنيه قبل موته -: «لا نجدهم كانوا يقسمون إلا على كتاب الله»<sup>(٥)</sup>.

(١) ينظر: ابن قدامة، «المغني»، ٨ / ٢٦٠.

(٢) ينظر: ابن عابدين، «العقود الدرية»، ص: ٢٢؛ ابن قدامة، «المغني»، ٨ / ٢٦٠.

(٣) ينظر: ابن عثيمين، «الشرح الممتع»، ١١ / ٨٠.

(٤) ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد، «المصنف في الأحاديث والآثار»، ضبطه: محمد شاهين، (ط: ١، بيروت، دار الكتب العلمية، عام: ٢٠١٧م)، ٦ / ٢٣٦. رقم (٣٠٩٨٩).

(٥) الصنعاني، عبد الرزاق بن همام، «المصنف»، كتاب: الوصايا، تحقيق: مركز البحوث وتقنية المعلومات - دار التأصيل، (ط: ١، القاهرة، دار التأصيل، عام: ١٤٣٦هـ)، ٧ / ٣٦١. رقم (١٧٥٦).

ب. قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((سوا بين أولادكم في العطية، فلو كنت مفضلاً أحداً لفضلت النساء))<sup>(١)</sup>. قالوا: الحديث نص في وجوب التسوية بين الذكر والأنثى في العطية<sup>(٢)</sup>.  
وأجيب عليه، بأمور:

الأول: أن الحديث ضعيف لا يصلح للاحتجاج به، فأعله ابن قدامة بأنه مرسل، وضعفه ابن عبد الهادي، والألباني<sup>(٣)</sup>.

الثاني: أنه على فرض التسليم بصحة الحديث، فإن المقصود بالتسوية هو القسمة بقدر ميراثهم، وفضل الله في الميراث الذكر على الأنثى، وهو سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ بِمِصَالِحِهِمْ<sup>(٤)</sup>.

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير، ١١/٣٥٤، رقم (١١٩٩٧)؛ والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب: الهبات، باب: السنة في التسوية بين الأولاد في العطية، ٦/٢٩٤، رقم (١٢٠٠٠) من حديث عبد الله بن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا. والحديث ضعيف، قال ابن عبد الهادي: «فيه إسماعيل بن عياش، وسعيد بن يوسف، ضعيفان، فلا يعارض خبرهما أخبارنا الصحاح. وقال: سعيد بن يوسف، تكلم فيه الإمام أحمد، وابن معين، والنسائي، وغيرهم» (ابن عبد الهادي، «تنقيح التحقيق»، كتاب: البيوع، مسائل الهبة، رقم (٢٥٧٩)، ٤/٢٢٢-٢٢٣؛ وضعفه الألباني في إرواء الغليل (٦/٦٧) رقم (١٦٢٨).

(٢) ينظر: ابن عابدين، «العقود الدرية»، ص: ٢١.

(٣) ينظر: ابن قدامة، «المغني»، ٨/٢٦٠؛ ابن عبد الهادي، «التنقيح»، ٤/٢٢٣؛ الألباني، «إرواء الغليل»، ٦/٦٧.

(٤) ينظر: ابن مفلح، «المبدع»، ٥/٣٧١.

الثالث: قد يكون المراد بالتسوية في الحديث، هو التسوية بينهم في أصل العطاء لا في صفته<sup>(١)</sup>.

ت. أن العدل والإنصاف من حقوق الأولاد في العطايا، والوقف عطية، فلا تفاوت بين الذكر والأنثى بسبب التسوية في الحق المذكور<sup>(٢)</sup>.

وأجيب عليه: أن القسمة بقدر ميراثهم هي العدل؛ لأنها قسمة الله تعالى، كما أن الشارع جعل الأنثى على النصف من الرجل في الشهادات، والديات، والعقيقة، وهي من الحقوق المقررة لكل من الذكر والأنثى، وشرع الله تعالى كله عدل، وخير، وحكمة؛ لأنه من رب حكيم عليم خبير بمصالح العباد<sup>(٣)</sup>.

المعنى الثاني: أن المراد بالفريضة الشرعية، هو: المفاضلة بين الذكور والإناث من الأولاد، بأن يُعطى الذكر مثل حظ الأنثيين، لا قسمة الميراث من كل وجه، فلا يُعطى الأقارب الوارثون بقدر ميراثهم، بل يُقسم بينهم بالسوية. وهو قول ابن غانم المقدسي الحنفي (ت: ١٠٠٤هـ)<sup>(٤)</sup>، وخير الدين الرملي الحنفي (ت: ١٠٨١هـ)<sup>(٥)</sup>، والشيخ إسماعيل الحائك الحنفي

(١) ينظر: ابن قدامة، «المغني»، ٨/ ٢٦٠.

(٢) ينظر: ابن عابدين، «العقود الدرية»، ص: ٢١.

(٣) ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب، «بدائع الفوائد»، تحقيق: هشام عطا وآخرين، (ط: ١، مكة المكرمة، نزار الباز، عام: ١٤١٦هـ)، ٣/ ٦٧٢-٦٧٣.

(٤) ينظر: ابن عابدين، «حاشية ابن عابدين»، ٦/ ٦٦٦.

(٥) ينظر: الرملي، خير الدين بن أحمد، «الفتاوى الخيرية لنفع البرية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان»، (ط: ٢، بولاق - مصر، المطبعة الكبرى الميرية، عام: ١٣٠٠هـ)، ص: ١٤٧-١٤٨، ١٥٥، ١٥٩-١٦٠.

(ت: ١١١٣هـ)<sup>(١)</sup>، وسراج الدين البلقيني الشافعي (ت: ٨٠٥هـ)<sup>(٢)</sup>،  
ومحمد الطبلاوي الشافعي (ت: ٩٦٦هـ)<sup>(٣)</sup>، ووجه هذا القول: أن المشروع  
في قسمة العطايا بين الأولاد بقدر ميراثهم، والوقف عطية، بينما لا يجب  
في قسمة العطية على الأقارب الوارثين أن تكون بقدر ميراثهم، فيُحمل  
لفظ الفريضة الشرعية على المفروض المقدر شرعاً، وهو وجوب التفضيل  
في العطية بين الذكور والإناث من الأولاد بقدر ميراثهم، ولأن الغالب  
في عبارة الواقفين المفاضلة حيث وجد أولاد للواقف ذكوراً وإناثاً، وإذا  
لم يوجد فتصرف الغلة بالسوية<sup>(٤)</sup>. والقول بوجوب التفضيل بين الذكور  
والإناث من الأولاد بقدر إرثهم دون الأقارب الوارثين، هو قول الموفق ابن  
قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠هـ)<sup>(٥)</sup>، وشمس الدين ابن قدامة (ت: ٦٨٢هـ)<sup>(٦)</sup>،  
وصحح هذا القول عبد الرحمن البصري الحنبلي (ت: ٦٨٤هـ)<sup>(٧)</sup>، وهو الذي  
رجحه الشيخ ابن عثيمين (ت: ١٤٢١هـ)<sup>(٨)</sup>.

(١) ينظر: ابن عابدين، «العقود الدرية»، ص: ٣١.

(٢) ينظر: البلقيني، «فتاوى البلقيني»، ص: ٥٣٥.

(٣) ينظر: ابن عابدين، «العقود الدرية»، ص: ٣٠.

(٤) ينظر: ابن عابدين، «العقود الدرية»، ص: ٣٠.

(٥) ينظر: ابن قدامة، «المغني»، ٨/ ٢٦٠.

(٦) ينظر: ابن قدامة، «الشرح الكبير»، ١٧/ ٧١.

(٧) ينظر: البصري، عبد الرحمن بن عمر، «الحاوي الصغير في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل»، تحقيق: د. ناصر السلامة، (ط: ١، الرياض، مكتبة الرشد، عام: ١٤٢٨هـ)، ص: ٤٣٠.

(٨) ينظر: ابن عثيمين، «الشرح الممتع»، ١١/ ٨٢.

واستدل أصحاب هذا القول بأدلة هي:

أ. أن العطية لغير الأولاد لا تجب فيها التسوية، بخلاف العطية للأولاد فإن الواجب فيها التسوية بينهم؛ لحديث النعمان بن بشير رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَحُمِلَ التسوية على قسمة الله تعالى في الميراث بينهم، وليس غير الأولاد من الأقارب في معناهم؛ لأن الأولاد استووا في وجوب بر والدهم، فاستووا في عطيته<sup>(١)</sup>.

وأجيب عليه: أن المعنى المقتضي للتسوية بين الأولاد، موجود في الأقارب، وهو خشية التباغض والعداوة وقطيعة الرحم، فيقاس الأقارب على الأولاد في وجوب التسوية بينهم بقسمة الله تعالى في الميراث<sup>(٢)</sup>.

ورُدَّ عليه: أن مظنة حصول التباغض والعداوة وقطيعة الرحم، لا توجب التعديل في العطية بين الأقارب الوارثين، بل توجب أن تكون العطية سراً لدفع ما يخشى منه من قطيعة الرحم والعداوة والبغضاء<sup>(٣)</sup>.

ب. أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: ((فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم))<sup>(٤)</sup>، وهو نص في وجوب التعديل بين الأولاد في العطية، ولم يقل: «بين ورثتكم»، والنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أعطي جوامع الكلم، ولو كان التعديل واجباً بين جميع الورثة لبينه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ<sup>(٥)</sup>.

(١) ينظر: ابن قدامة، «المغني»، ٨/ ٢٦٠؛ شمس الدين ابن قدامة، «الشرح الكبير»، ١٧/ ٧١؛ ابن مفلح، «المبدع»، ٥/ ٣٧٢.

(٢) ينظر: ابن مفلح، «المبدع»، ٥/ ٣٧٢؛ البهوتي، «شرح منتهى الإرادات»، ٤/ ٤٠٦.

(٣) ينظر: ابن عثيمين، «الشرح الممتع»، ١١/ ٨٢.

(٤) متفق عليه: وسبق تحريجه.

(٥) ينظر: ابن عثيمين، «الشرح الممتع»، ١١/ ٨٢.

ت. أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قد علم لبشير رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، زوجة، ولم يأمره بإعطائها شيئاً حين أمره بالتسوية بين أولاده، ولم يسأله هل لك وارث غير ولدك<sup>(١)</sup>.

وأجيب عليه بأمرين:

الأول: بأن الزوج والزوجة لا يدخلان في أحكام الأولاد والأقارب الوارثين في وجوب العدل بينهم في العطية؛ لعدم الانتساب بينهم<sup>(٢)</sup>.

الثاني: أن الحديث قضية في عين، وحكاية حال لا عموم لها، وإنما يثبت حكمها فيما يماثلها، ولا يُعلم حال أولاد وورثة بشير رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ<sup>(٣)</sup>.

ث. أن الأولاد لشدة محبة الوالد لهم، وصرف ماله إليهم عادة، يتنافسون في ذلك، ويشتد عليهم تفضيل بعضهم، ولا يباريهم في ذلك غيرهم، فلا يصح القياس عليهم<sup>(٤)</sup>.

المعنى الثالث: أن المقصود بالفريضة الشرعية، هو قسمة المال على الورثة بقدر إرثهم الذي بيّنه الله عَزَّ وَجَلَّ في كتابه ويقع الحجب بينهم كالميراث. وهذا هو المذهب عند الحنابلة<sup>(٥)</sup>، لأن الفريضة المقدرة شرعاً في عطية الأولاد

(١) ينظر: ابن قدامة، «المغني»، ٨/ ٢٦١؛ شمس الدين ابن قدامة، «الشرح الكبير»، ١٧/ ٧٢؛ ابن مفلح، «المبدع»، ٥/ ٣٧٢.

(٢) ينظر: الرحيباني، «مطالب أولي النهى»، ٤/ ٣٠٠.

(٣) ينظر: ابن قدامة، «المغني»، ٨/ ٢٦٠.

(٤) ينظر: ابن قدامة، «المغني»، ٨/ ٢٦١.

(٥) ينظر: المرادوي، «التنقيح المشبع»، ص: ١٨٦؛ البهوتي، «شرح منتهى الإرادات»، ٤/ ٣٤٦.

القسمة عليهم بقدر ميراثهم، والأقارب الوارثون في معنى الأولاد، لذلك يُحمل لفظ الفريضة الشرعية على هذا المعنى<sup>(١)</sup>.

واستدل أصحاب هذا القول، بأدلة هي:

أ. أن أولى ما يُقتدى به في قسمة غلة الوقف على الورثة نسباً، هو قسمة الله تعالى في كتابه<sup>(٢)</sup>.

ب. أن المنع من عدم العدل بين الأولاد، كان خوف قطيعة الرحم، والتباغض، والعداوة، وهو موجود في الأقارب، فاقتضى أن يُقاس حكم الأولاد على الأقارب في وجوب العدل بينهم في قسمة المال بقسمة الله تعالى في كتابه<sup>(٣)</sup>.

والذي يترجح لي: هو القول الثالث الذي يرى حمل لفظ الفريضة الشرعية عند الإطلاق على قسمة الله تعالى للميراث في كتابه؛ لقوة أدلة القول الثالث، ولأن المعنى الثالث ينطبق عليه بأنه النصيب المفروض والمقدر شرعاً في كتاب الله، ولا يُفهم عند إطلاق الفريضة الشرعية إلا هذا المعنى.

وبعد عرض أقوال أهل العلم في معنى الفريضة الشرعية، ووجه كل قول، ودليله، تبين أن تلك المعاني المستعملة عند الفقهاء هي معان متعارضة، لا يمكن إعمالها جميعاً لتفسير لفظ الفريضة الشرعية الوارد في المبدأ القضائي

(١) ينظر: المرادوي، «الإنصاف»، ٧/ ١٣٦.

(٢) ينظر: ابن قدامة، «المغني»، ٨/ ٢٥٩.

(٣) ينظر: ابن مفلح، «المبدع»، ٥/ ٣٧٢.



رقم (٤٠٦)، والذي جاء مجملاً غير مبين، إذ لم يُنص على المعنى المراد منه من تلك المعاني المستعملة عند الفقهاء.

والذي يترجح لدي: أن المعنى المراد من الفريضة الشرعية في المبدأ القضائي رقم (٤٠٦)، هو: قسمة الغلة على جميع ورثة الواقف نسباً بقدر إرثهم، وذلك لما يلي:

١. أنه لا يمكن القول بأن المراد بالفريضة الشرعية، هو التسوية بين الذكر والأنثى؛ لأنه قد ورد في أحد المبادئ القضائية ما يمنع من حمل الفريضة الشرعية الواردة في المبدأ القضائي رقم (٤٠٦) على معنى التسوية بين الذكر والأنثى، وبيان ذلك أن المبدأ القضائي رقم (٤٥٤) ورد فيه ما نصه: «صحة الوقف على الأولاد الذكور والإناث وفق الفريضة الشرعية، ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ مِثْلِ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ [النساء، ١١]»<sup>(١)</sup>، وهو لفظ مفسر للفريضة الشرعية، ومبين لها، وأنها تُحمل على معنى أن يُعطى الذكر مثل حظ الأنثيين في حال قسمة الغلة على الأولاد، فكان هذا المبدأ مبيناً لمجمل عبارة الفريضة الشرعية، ومفسراً لها، فوجب الحمل على مدلول معناه.

ولم يبين المبدأ القضائي رقم (٤٥٤) قسمة الغلة على الأقارب الوارثين، أتكون بقدر إرثهم أم تكون بالتساوي بينهم؛ لأن النص ورد على حكم وبيان القسمة على الأولاد، فوجب أن يقتصر الحكم على الصورة المنصوصة دون ما سواها.

(١) «المبادئ والقرارات القضائية»، ص: ١٥٧.

٢. أن اللفظ إذا احتمل معنيين، فينصرف عند الإطلاق إلى المعنى الكامل منها، والفريضة الشرعية لا معنى لها إلا النصيب المفروض والمقدر شرعاً في كتاب الله تعالى في قسمة الميراث، فحملها على التسوية صرف للفظ عن معناه الذي قصده المتكلم، إذ لو قصد المتكلم التسوية، لصرح بها، ولم يقل على الفريضة الشرعية<sup>(١)</sup>.

٣. أن سياق المبدأ القضائي يقتضي الحمل على معنى توزيع الغلة على الورثة بقدر إرثهم؛ إذ إن المبدأ قرر توزيع الغلة على ورثة الواقف في حال لم يثبت شرط الواقف، ولا أعدل في قسمة الغلة بين الورثة من قسمة الله تعالى التي بينها **سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى فِي قِسْمَةِ الْمِيرَاثِ**، فكان هذا القول أولى من غيره؛ لأن فيه اقتداءً بقسمة الله تعالى، التي هي أعدل.

٤. أن التسوية بين الأقارب الوارثين، قد تُفضي إلى العداوة والبغضاء، لأن الله تعالى فرض لكل واحد منهم نصيباً مفروضاً في كتابه، وقد يكون فرض بعض الورثة أكثر من بعض، فالتسوية حينئذ في حقه جور، بخلاف قسمة الله تعالى التي هي أعدل، وهو سبحانه الأعلم بمصالحهم، ولا يجد المؤمن في نفسه حرجاً مما قضى الله **عَزَّ وَجَلَّ**.

٥. أن هذا المال قد صار إلى الورثة بعد موت الواقف، فناسب أن يُقسم عليهم بقدر إرثهم.

٦. أن المتبادر إلى الفهم والمتعارف عليه إذا قيل: يُقسم المال على الورثة بالفريضة الشرعية، أن يقسم عليهم بقدر إرثهم بقسمة الله تعالى في كتابه.

(١) ينظر: ابن عابدين، «العقود الدرية»، ص: ٢٨.

### الأمر الثالث: بيان وارث الوقف المستحق للغلة:

الورثة الذين توزع الغلة عليهم، لا يخلو حالهم من أمرين، هما:

**الأول:** الورثة حين موت الواقف.

**والثاني:** الورثة حين عدم ثبوت شرط الواقف.

ولم ينص المبدأ القضائي، على المقصود بالورثة المستحقين لغلة الوقف. والذي يظهر لي أن المبدأ القضائي يُحمل على الحال الثاني، وهم: الورثة حين عدم ثبوت شرط الواقف؛ لأن الوقف الذي لم يثبت شرط الواقف يأخذ أحكام الوقف المنقطع الانتهاء، والوقف المنقطع الانتهاء يُصرف إلى ورثة الواقف نسباً حين انقطاع الوقف، يقول الرحيباني (ت: ١٢٤٣هـ): «يُصرف ريعه (إلى ورثته)، أي: الواقف، حين انقطاع الوقف، لا حين موته، كما يفهم من (الرعاية)؛ لأن حكمه حكم الوقف المنقطع الانتهاء»<sup>(١)</sup>.

والذي أخلص إليه بعد دراسة المبدأ القضائي، أن المبدأ القضائي بُني على اختيار مذهب الحنابلة في مسألة مصرف الغلة إذا لم يُسم الواقف مصرفاً، وهو الرأي الفقهي الأقوى دليلاً حسبما ترجح لي بعد عرض أقوال الفقهاء في المسألة، وهو الأقرب في تحقيق مقاصد الشارع التي تدعو إلى البر والإحسان إلى الوارثين، وتقديمهم على غيرهم بإغنائهم عن السؤال وسد حاجتهم، وهو الغالب في عادات الناس وأعرافهم.

(١) الرحيباني، «مطالب أولي النهى»، ٤/ ٣٠٠.

إلا أنني أرى أن الصياغة الأنسب للمبدأ القضائي التي توافق مذهب الحنابلة، وتمنع من دخول بعض الصور غير المرادة فيه، هو أن تكون كما يلي: «توزع الغلة على ورثة الواقف نسباً بقدر إرثهم إذا لم يثبت شرط الواقف».



## النتائج والتوصيات

### أولاً: النتائج:

١. اعتنى علماء الشريعة الإسلامية بوضع قواعد وضوابط كلية تفسيرية، تساعد في فهم وتفسير ألفاظ الواقف، وضبط عمل المفسر بما يجنبه بإذن الله تعالى من الخطأ والزلل.
٢. تستند المبادئ القضائية السعودية على أحكام الشريعة الإسلامية، وقد تتكون من رأي فقهي، كما هو المبدأ محل الدراسة، وهو الرأي الفقهي الأقوى دليلاً من بين آراء الفقهاء، والأقرب لتحقيق مقاصد الشارع ومقاصد المكلفين.
٣. مطلق كلام الواقف يُحمل على عاداته، وعرفه، الذي لا يخالف النص الشرعي، فإن لم يكن له عادة ولا عرف، فيحمل على المسمى الشرعي، وإلا فاللغوي.
٤. يُخصص عموم لفظ الواقف بالعادة والعرف، ويقيد بهما، ويبين مجمله بهما.
٥. يُرجع إلى العادة والعرف في تحديد وتقدير ما يقع عليه لفظ الواقف زمن عقد الوقف.
٦. إذا وقف على قوم؛ كفقهاء المدارس، وجُهل المقدار المحدد من الغلة لكل واحد، فيُرجع إلى العرف لمعرفة مقدار ما يُعطون من الغلة، فإن لم يكن عرف فتُقسم الغلة بينهم بالسوية.

٧. إذا عيّن الواقف ناظراً ولم يذكر له أجره، فيُعطى أجره المثل.
٨. إذا وقف على جيرانه، فيُحمل لفظه على مسمى الجيران في عرف الواقف.
٩. إذا وقف ولم يسم مصرفاً، فتصرف الغلة على ورثة الواقف نسباً بقدر إرثهم.
١٠. إذا وقف على عمارة المسجد، فتصرف على عمارته كبناء منارته أو إصلاحها، أو بناء منبره وإصلاحه، ولا تصرف في زخرفته ولا في نقشه ولا في تزيينه وتزويقه؛ للنهي عن ذلك، وإن جرى العرف بذلك فلا يعتبر لمخالفته النص.
١١. إذا وقف على دهن السراج للمسجد، فلا يسرج جميع الليل، إذا كان المسجد مغلقاً، ولا ينتفع به أحدٌ كمصلٍ.
١٢. إذا وقف على الأولاد، فيُحمل لفظه على الذكور والإناث من بنيه، والختى المشكل.
١٣. إذا وقف على البنين فيُحمل اللفظ على الذكور والإناث من بنيه.
١٤. إذا وقف على من لا يُحصون كبنى هاشم، وبنى تميم، فيُحمل على الذكور والإناث.
١٥. إذا وقف على أولاده وأولاد أولاده، فيحمل لفظ أولاد أولاده على ولد الابن دون ولد البنت إلا إذا دلت قرينة على دخولهم فيدخلون في الاستحقاق.

١٦. إذا وقف على ذريته وعقبه ونسله، فيُحمل على أولاد الذكور دون أولاد البنات إلا إذا دلت قرينة على دخولهم فيدخلون في الاستحقاق.
١٧. إذا وقف على الفقراء وأطلق فيُعطي الفقير كفايته وما يسد حاجته.
١٨. إذا وقف الأثمان وأطلق فيُحمل على ما جرت به العادة والعرف في استعمال الأثمان مع مراعاة ما يحفظ عينها من الهلاك وديمومة الانتفاع بها.

### ثانياً: التوصيات:

١. أوصي بالعناية بقواعد أصول الفقه الإسلامي والقواعد الفقهية المدرجة تحت قاعدة العادة محكمة في المجال التفسيري؛ لتفسير وفهم ألفاظ وخطاب العقادين، وبالأخص ألفاظ الواقفين؛ إذ هي من أضبط القواعد في تفسير النصوص، وإعمالها في كلام الناس معتبر، يقول ابن حجر الهيتمي (ت: ٩٨٢هـ) في رده على منع الكيا الهراسي (ت: ٥٠٤هـ) للعمل بالقواعد الأصولية في كلام الناس: «حكى، أي: السبكي، عن الكيا الهراسي ما هو أعم منه، وهو أن جميع القواعد الأصولية إنما يُعمل بها في ألفاظ الشرع لا في كلام الأدميين، لكن هذا قول مهجور، وعمل الناس على خلافه»<sup>(١)</sup>.

٢. أوصي بالعناية بدراسة المبادئ القضائية السعودية، وإظهار مدى عنايتها بالاستمداد من أحكام الشريعة الإسلامية، سواء باختيار الآراء الفقهية الأقوى دليلاً والأقرب في تحقيق مقاصد الشارع والمكلفين، أو بإحداث أحكام قضائية جديدة في النوازل القضائية بما يتفق مع الأصول

(١) الهيتمي، «الفتاوى الكبرى»، ٣/ ١٥١.

الشرعية، أو بالتوفيق بين نصين متعارضين بتخصيص أحدهما أو تقييده أو إعماله في وجه دون وجه ونحو ذلك من أوجه التوفيق بين النصوص المتعارضة.

٣. أوصي بأن يكون صياغة المبدأ القضائي محل الدراسة، بالنص التالي: «توزع الغلة على ورثة الواقف نسباً بقدر إرثهم إذا لم يثبت شرط الواقف». وذلك لما سبق بيانه أثناء تحليل ودراسة المبدأ القضائي في المبحث الثالث.





## المصادر والمراجع

١. الأزهرى، محمد بن أحمد، «تهذيب اللغة»، إشراف: محمد عوض، (ط: ١)، بيروت، دار إحياء التراث، عام: ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م).
٢. الإسنوي، عبد الرحيم بن الحسن، «التمهيد في تخريج الفروع على الأصول»، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، (ط: بدون، بيروت، دار الكتب العلمية، عام: بدون).
٣. الألباني، محمد بن ناصر الدين، «إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل»، (ط: ١، بيروت: المكتب الإسلامي، عام: ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م)؛ «سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة»، (ط: ١، الرياض، دار المعارف، عام: ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م)؛ «صحيح سنن أبي داود»، (ط: ١، الكويت، مؤسسة غراس، عام: ١٤٢٣هـ - ٢٠٢م)؛ «صحيح ابن ماجه» (ط: ١، الرياض، مكتبة المعارف، عام: ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م)؛ «صحيح سنن النسائي»، (ط: ١، الرياض، مكتبة المعارف، عام: ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م)؛ «ضعيف الترغيب والترهيب»، (ط: ١، الرياض، مكتبة المعارف، عام: ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م).
٤. الآمدي، علي بن أبي علي بن محمد، «الإحكام في أصول الأحكام»، (ط: ١، بيروت، دار الكتب العلمية، عام: ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م).
٥. ابن أمير الحاج، محمد بن محمد الحلبي، «التقرير والتحبير شرح التحرير»، (ط: ٢، بيروت: دار الكتب العلمية، عام: ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م).
٦. الأنصاري، زكريا بن محمد، «أسنى المطالب في شرح روض الطالب»، (ط: بدون، بيروت، دار الكتاب الإسلامي، عام: بدون).

٧. ابن باز، عبد العزيز بن عبد الله، «فتاوى نور على الدرب»، (ط: ١، الرياض: الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، عام: ١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م)؛ «الدرر الثرية من الفتاوى البازية»، (ط: بدون، الرياض، ن: بدون، عام: بدون).
٨. البجيرمي، سليمان بن محمد، «التجريد لنفع العبيد (حاشية البجيرمي على شرح المنهج)»، (ط: بدون، مطبعة الحلبي، عام: ١٣٦٩ هـ - ١٩٥٠ م).
٩. البخاري، محمد بن إسماعيل، «صحيح البخاري» تحقيق: د. مصطفى البغا، (ط: ٤، دمشق، دار اليمامة، عام: ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م).
١٠. ابن البزاز، محمد بن محمد الكردي، «الفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية»، (ط: ٢، بيروت، دار المعرفة مصور عن: المطبعة الأميرية بمصر، عام: ١٣١٠ هـ).
١١. البصري، عبد الرحمن بن عمر، «الحاوي الصغير في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل»، تحقيق: د. ناصر السلامة، (ط: ١، الرياض، مكتبة الرشد، عام: ١٤٢٨ هـ).
١٢. البلقيني، عمر بن رسلان، «فتاوى البلقيني»، تحقيق: عبد الرحمن الزواوي (ط: ١، جدة، دار المنهاج، عام: ١٤٣٥ هـ - ٢٠١٤ م).
١٣. البناني، عبد الله بن جاد الله، «حاشية البناني على المحلي على متن جمع الجوامع» ضبط نصه: محمد شاهين، (ط: بدون، بيروت، دار الكتب العلمية، عام: بدون).
١٤. البهوتي، منصور بن يونس، «كشاف القناع عن متن الاقناع»، (ط: بدون، بيروت، عالم الكتب، عام: ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م).
١٥. البيهقي، أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عطا، (ط: ٣، بيروت، دار الكتب العلمية، عام: ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م).



١٦. الترمذي، محمد بن عيسى، «الجامع الصحيح» المعروف بسنن الترمذي، (ط: بدون، بيروت: دار الفكر، عام: ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م).
١٧. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم، «مجموعة الفتاوى»، (ط: ٤، المنصورة: دار الوفاء، بيروت: دار ابن حزم، عام: ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م).
١٨. الجوهري، إسماعيل بن حماد، «الصحاح»، حققه: شهاب الدين أبو عمرو، (ط: ١، بيروت، دار الفكر، عام: ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م).
١٩. الجويني، عبد الملك بن عبد الله، «نهاية المطلب في دراية المذهب»، تحقيق: عبد العظيم الديب، (ط: ١، جدة، دار المنهاج، عام: ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م).
٢٠. الحاكم، محمد بن عبد الله، «المستدرک علی الصحیحین»، تحقيق: مصطفى عطا، (ط: ٢، بيروت، دار الكتب العلمية، عام: ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م).
٢١. ابن حبان، محمد بن حبان البستي، «المسند الصحيح على التقاسيم والأنواع» المعروف بصحيح ابن حبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، (ط: ٢، بيروت، الرسالة، عام: ١٤١٤هـ).
٢٢. ابن حجر الهيتمي، أحمد بن محمد الأنصاري، «الزواجر عن اقتراف الكبائر»، (ط: ١، القاهرة: دار الفكر، عام: ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م)؛ «الفتاوى الكبرى الفقهية»، ضبطه وخرج آياته: عبد اللطيف عبد الرحمن (ط: ٢، بيروت، دار الكتب العلمية، عام: ٢٠٠٨م).
٢٣. ابن حجر، أحمد بن علي، «تقريب التهذيب»، اعتنى به: محمد عوامة، (ط: ٤، حلب، دار الرشيد، عام: ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م)؛ «التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير»، تحقيق: حسن قطب، (ط: ١، القاهرة، مؤسسة قرطبة، عام: ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م)؛ «لسان الميزان»، تحقيق: عادل عبد الموجود، وآخرين، (ط: ١، بيروت، دار الكتب العلمية، عام: ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م).

٢٤. الخطاب، محمد بن محمد، «مواهب الجليل لشرح مختصر خليل»، ضبطه: زكريا عميرات، (ط: بدون، الرياض، دار عالم الكتب، عام: ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م).
٢٥. الخطاب، يحيى بن محمد، «أحكام الوقف»، إعداد: عبد القادر باجي، (ط: ١، بيروت، دار ابن حزم، عام: ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م).
٢٦. حقي، إسماعيل حقي الحنفي، «تفسير روح البيان»، (ط: بدون، القاهرة، دار الفكر، عام: بدون).
٢٧. حيدر، علي حيدر خواجه أمين، «درر الحكام شرح مجلة الأحكام»، تعريب: فهمي الحسيني، (ط (بدون)، بيروت: دار الجليل، عام: ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م).
٢٨. الخرشبي، عبد الله بن محمد، «شرح الخرشبي على مختصر خليل»، (ط: ٢، بولاق - مصر، المطبعة الكبرى الأميرية، عام: ١٣١٧هـ).
٢٩. ابن خزيمة، محمد بن إسحاق، «صحيح ابن خزيمة»، تحقيق: محمد الأعظمي، (ط: ٣، بيروت، المكتب الإسلامي، عام: ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م).
٣٠. الخصاف، أحمد بن عمرو، «أحكام الوقف والصدقات»، ضبطه: محمد عبد السلام، (ط: بدون، بيروت، دار الكتب العلمية، عام: بدون).
٣١. الدارقطني، علي بن عمر، «سنن الدارقطني»، تحقيق: عادل عبد الموجود، وعلي معوض، (ط: ١، بيروت، دار المعرفة، عام: ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م).
٣٢. أبو داود، سليمان بن الأشعث، «سنن أبي داود»، (ط: ١، بيروت، دار ابن حزم، عام: ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م).
٣٣. الدسوقي، محمد بن أحمد، «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير»، (ط: ١، بيروت، دار الفكر، عام: ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م).
٣٤. ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد، «تقرير القواعد وتحرير الفوائد»، تحقيق: مشهور آل سلمان، (ط: ١، الخبر، دار ابن عفان، عام: ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م).



٣٥. الرحيباني، مصطفى السيوطي، «مطالب أولي في شرح غاية المنتهى»، (ط: ١، بيروت، المكتب الإسلامي، عام: ١٣٨١هـ - ١٩٦١م).
٣٦. ابن رشد، محمد بن أحمد، «المقدمات الممهدات»، تحقيق: سعيد أعراب، (ط: ٢، تونس، دار الغرب الإسلامي، عام: ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م).
٣٧. الرملي، خير الدين بن أحمد، «الفتاوى الخيرية لنفع البرية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان»، (ط: ٢، بولاق - مصر، المطبعة الكبرى الميرية، عام: ١٣٠٠هـ).
٣٨. الرملي، محمد بن أحمد، «نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج»، (ط: ٣، بيروت، دار الكتب العلمية، عام: ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م).
٣٩. الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني، «تاج العروس من جواهر القاموس»، (ط: بدون، دمشق، دار الفكر، عام: بدون).
٤٠. الزرقا، مصطفى أحمد، «المدخل الفقهي العام»، (ط: ١، دمشق: دار القلم، عام: ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م).
٤١. الزركشي، محمد بن بهادر، «المثور في القواعد»، (ط: ٢، الكويت، دار الكويت للصحافة «الأبناء»، عام: ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥)، «البحر المحيط»، (ط: ٢، الغردقة، دار الصفوة، عام ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م).
٤٢. ابن أبي زيد، عبد الله بن عبد الرحمن، «النوادر الزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات»، تحقيق: أحمد الخطابي، ومحمد الدباغ، (ط: ١، بيروت، دار الغرب الإسلامي، عام: ١٩٩٩م).
٤٣. السبكي، علي بن عبد الكافي، «فتاوى السبكي»، تحقيق: حسام الدين القدسي، (ط: ١، بيروت، دار الجليل، عام: ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م).
٤٤. السرخسي، محمد بن أحمد، «المبسوط»، (ط: ١، بيروت: دار المعرفة، نسخة مصورة عن طبعة دار السعادة عام: ١٣٣١هـ، نشر عام: ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م).



٤٥. أبو سنّة، أحمد فهمي، «العرف والعادة في رأي الفقهاء»، (ط: بدون)، القاهرة: مطبعة الأزهر، عام: ١٩٤٧م).
٤٦. السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، «الأشباه والنظائر»، تخريج وتعليق: خالد عبد الفتاح أبو سليمان، (ط: ١)، بيروت: مؤسسة الكتب الثقافية، عام: ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م).
٤٧. ابن شاس، عبد الله بن نجم المالكي، «عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة»، تحقيق: أ.د. حميد لحمير. (ط: ١)، بيروت، دار الغرب الإسلامي، عام: ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م).
٤٨. الشاشي، نظام الدين أحمد بن محمد الشاشي، «أصول الشاشي»، (ط: بدون)، بيروت، دار الكتاب العربي، عام: بدون).
٤٩. الشربيني، محمد بن الخطيب، «مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج»، (ط: ١)، بيروت، دار الفكر، عام: ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م).
٥٠. الشنقيطي، عبد الله بن إبراهيم، «نشر البنود على مراقبي السعود»، (ط: ١)، بيروت، دار الكتب العلمية، عام: ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م).
٥١. الشنقيطي، محمد بن محمد، «لوامع الدرر في هتك أستار المختصر»، تحقيق: اليدالي بن الحاج وأحمد النيني، (ط: ١)، دار الرضوان، عام: ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م).
٥٢. الشوكاني: محمد بن علي، «نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار»، خرج أحاديثه: عصام الدين الصبابي، (ط: ١)، القاهرة، دار الحديث، عام: ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م).
٥٣. ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد، «المصنف في الأحاديث والآثار»، ضبطه: محمد شاهين، (ط: ١)، بيروت، دار الكتب العلمية، عام: ٢٠١٧م).



٥٤. الشيرازي، إبراهيم بن علي، «اللمع في أصول الفقه»، (ط: ١، دمشق، دار ابن كثير، ودار الكلم الطيب، عام: ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م).
٥٥. الصنعاني، عبد الرزاق بن همام، «المصنف»، كتاب: الوصايا، تحقيق: مركز البحوث وتقنية المعلومات - دار التأصيل، (ط: ١، القاهرة، دار التأصيل، عام: ١٤٣٦هـ).
٥٦. الطبراني، سليمان بن أحمد، «المعجم الأوسط»، تحقيق: طارق عوض الله وعبد المحسن الحسيني، (ط: ١، القاهرة، دار الحرمين، عام: ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م)؛ «المعجم الكبير»، تحقيق: حمدي السلفي، (ط: ٢، القاهرة، مكتبة ابن تيمية، عام: ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م).
٥٧. الطرابلسي، إبراهيم بن موسى، «الإسعاف في أحكام الأوقاف»، اعتنى بإخراجه: د. عبد الله نذير، (ط: ١، جدة، مركز النشر بجامعة الملك عبد العزيز، عام: ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م).
٥٨. الطرطوشي، محمد بن الوليد، «الحوادث والبدع»، تحقيق: علي الحلبي، (ط: ٣، الدمام، دار ابن الجوزي، عام: ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م).
٥٩. الطوفي، سليمان بن عبد القوي، «شرح مختصر الروضة»، (ط: ١، بيروت، مؤسسة الرسالة، عام: ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م).
٦٠. الظفيري، مريم بنت محمد، «مصطلحات المذاهب الفقهية وأسرار الفقه المرموز في الأعلام والكتب والآراء والترجيحات»، (ط: ١، بيروت، دار ابن حزم، عام: ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م).
٦١. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، «رد المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين»، تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي معوض، (ط: بدون، الرياض، دار عالم الكتب، عام: ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م)؛ «العقود الدرية في قول الواقف على الفريضة الشرعية»، مطبوع ضمن الجزء الثاني من مجموعة رسائل ابن عابدين (ط بدون، دمشق، محمد هاشم الكتبي، عام: ١٣٢٠هـ)؛ «نشر العرف

- في بناء بعض الأحكام على العرف» مطبوع ضمن الجزء الثاني من مجموعة رسائل ابن عابدين (ط بدون، دمشق، محمد هاشم الكتبي، عام: ١٣٢٠هـ).
٦٢. ابن عبد السلام، عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، «قواعد الأحكام في مصالح الأنام»، (ط بدون)، بيروت: دار الكتب العلمية، عام: بدون).
٦٣. ابن عبد الهادي: محمد بن أحمد المقدسي، «تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق»، تحقيق: سامي جاد الله، وعبد العزيز الحياتي، (ط: ١، القاهرة، أضواء السلف).
٦٤. ابن عثيمين، محمد بن صالح، «الشرح الممتع على زاد المستقنع»، (ط: ١، الدمام، دار ابن الجوزي، عام: ١٤٢٦هـ).
٦٥. ابن عرفة، محمد بن عرفة التونسي، «المختصر الفقهي»، صححه: د. حافظ عبد الرحمن، (ط: ١، دبي، مسجد ومركز الفاروق، عام: ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م).
٦٦. العلائي، صلاح الدين خليل كيكليدي بن عبد الله، «المجموع المذهب في قواعد المذهب»، تحقيق: د. مجيد العبيدي، د. أحمد عبّاس، (ط بدون)، مكة المكرمة: المكتبة المكية، عمان: دار عمار، عام: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م).
٦٧. العمراني، يحيى بن سالم، «البيان في مذهب الشافعي»، اعنتى به: قاسم النوري، (ط: ٢، جدة، دار المنهاج، عام: ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٦م).
٦٨. الغزالي، محمد بن محمد، «المستصفى في علم الأصول»، (ط: ١، بيروت، دار الكتب العلمية، عام: ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م)؛ «الوسيط في المذهب»، حققه: أحمد محمود إبراهيم، (ط: ١، القاهرة، دار السلام، عام: ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م).
٦٩. ابن فارس، أحمد بن فارس، «مقاييس اللغة»، تحقيق: عبد السلام هارون، (ط: ١، بيروت: دار الجيل، عام: ١٤١١هـ - ١٩٩١م).
٧٠. الفراهيدي، الخليل بن أحمد، «العين»، تحقيق: د. عبد الحميد هنداوي، (ط: ١، بيروت: دار الكتب العلمية، عام: ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م).





٧١. الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، «بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز»، تحقيق: محمد النجار (ط: بدون، بيروت، المكتبة العلمية، عام: بدون).
٧٢. الفوزان، صالح بن فوزان، «الملخص الفقهي»، (ط: بدون، القاهرة، دار ابن الهيثم، عام: بدون).
٧٣. ابن قاسم، عبد الرحمن بن محمد، «الدرر السنّية في الأجوبة النجدية»، (ط: ٥، ن: بدون، عام: ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م).
٧٤. ابن قاسم، محمد بن عبد الرحمن، «فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ»، (ط: ١، مكة المكرمة، مطبعة الحكومة، عام: ١٣٩٩هـ).
٧٥. قاضي خان، محمود الأوزجندي، «فتاوى قاضيخان بهامش الفتاوى الهندية»، (ط: ٢، بيروت، دار المعرفة مصور عن: المطبعة الأميرية بمصر، عام: ١٣١٠هـ).
٧٦. القاضي، عبد الوهاب بن علي، «الإشراف على نكت مسائل الخلاف»، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، (ط: ١، الرياض، دار ابن القيم، القاهرة، دار ابن عفان، عام: ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م)؛ «المعونة»، تحقيق: حميش عبد الحق، (ط: ٣، مكة المكرمة، مكتبة نزار الباز، عام: ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م).
٧٧. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، «المغني»، تحقيق: د. عبد الله التركي، د. عبد الفتاح الحلو (ط: ٣، الرياض، دار عالم الكتب، عام: ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م)؛ «المقنع»، (ط: بدون، بيروت، دار الكتب العلمية، عام: بدون).
٧٨. القرافي، أحمد بن إدريس، «الذخيرة»، تحقيق: محمد حجي وآخرين (ط: ١، بيروت، دار الغرب الإسلامي، عام: ١٩٩٤م)؛ «الفروق»، حققه: عمر حسن القيّام، (ط: ٣، دمشق: دار الرسالة العالمية، عام: ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م)؛ «نفائس الأصول في شرح المحصول»، (ط: ١، بيروت، دار الكتب العلمية، عام: ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م)؛ «شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول»، (ط: بدون، بيروت، دار الفكر، عام: ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م).

٧٩. ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر، «بدائع الفوائد»، تحقيق: هشام عطا وآخرين، (ط: ١، مكة المكرمة، نزار الباز، عام: ١٤١٦هـ)؛ «أعلام الموقعين عن رب العالمين»، ضبطه وخرَّج آياته: محمد عبد السلام، (ط: بدون، بيروت: دار الكتب العلمية، عام: ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م).
٨٠. اللكنوي، عبد العلي محمد بن نظام الدين محمد، «فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت»، ضبط: عبد الله بن محمود محمد، (ط: ١، بيروت، دار الكتب العلمية، عام: ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م).
٨١. ابن ماجه، محمد بن يزيد، «سنن ابن ماجه»، مراجعة: صالح آل الشيخ، (ط: ١، الرياض، دار السلام، عام: ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م).
٨٢. ابن مازة، محمود بن أحمد، «المحيط البرهاني في الفقه النعماني»، تحقيق: عبد الكريم الجندي، (ط: بدون، بيروت، دار الكتب العلمية، عام: بدون).
٨٣. «المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا من عام ١٣٩١هـ إلى عام ١٤٣٧هـ»، إصدار مركز البحوث بوزارة العدل، المملكة العربية السعودية، (ط: ١، الرياض، مركز البحوث، وزارة العدل، عام: ١٤٣٨هـ - ٢٠١٧م).
٨٤. مجد الدين ابن تيمية، عبد السلام الحرائي، «المسودة»، تحقيق: محمد عبد الحميد (ط: بدون، بيروت، دار الكتاب العربي، عام: بدون).
٨٥. مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥، مركز البحوث، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، رقم الإيداع في مكتبة الملك فهد الوطنية، (١٤٣٨ / ٦٣٩٤).
٨٦. المرادوي، علي بن سليمان، «الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل»، صححه وحققه: محمد الفقي، (ط: ١، القاهرة، مكتبة السنة المحمدية، عام: ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م)؛ «التنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع»، (ط: ٢، القاهرة، المكتبة السلفية، عام: ١٤٠٦هـ).

٨٧. المرغيناني، علي بن أبي بكر، «الهداية في شرح بداية المبتدي»، اعتنى به: طلال يوسف، (ط: ١، بيروت، دار إحياء التراث العربي، عام: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م).
٨٨. مسلم، ابن الحجاج النيسابوري، «صحيح مسلم»، مطبوع مع شرح النووي له، بإشراف: حسن قطب، (ط: ١، الرياض، دار عالم الكتب، عام: ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م).
٨٩. المطرزي، ناصر الدين بن أبي المكارم، «المغرب في ترتيب المعرب»، حققه: محمود فاخوري، عبد الحميد مختار، (ط: ١، حلب، مكتبة أسامة بن زيد، عام: ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م).
٩٠. المطيعي، محمد بخيت، «سلم الوصول لشرح نهاية السؤل»، مطبوع في حاشية «نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول» للبيضاوي، عبد الله بن عمر، (ط: بدون، القاهرة، عالم الكتب، عام: بدون).
٩١. ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، «المبدع في شرح المقنع»، (ط: بدون، بيروت، المكتب الإسلامي، عام: ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م).
٩٢. ابن مفلح، محمد بن مفلح، «الفروع»، تحقيق: د. عبد الله التركي، (ط: بدون، الرياض، دار عالم الكتب، عام: ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م).
٩٣. المقدسي، عبد الرحمن بن محمد، «الشرح الكبير على متن المقنع»، تحقيق: عبد الله التركي، (ط: ١، القاهرة، دار هجر، عام: ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م).
٩٤. المقرئ، محمد بن أحمد، «قواعد الفقه»، تحقيق: محمد الدردابي (ط: ١، بيروت، دار ابن حزم، عام: ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م).
٩٥. ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، «لسان العرب»، (ط: بدون، بيروت، دار صادر، عام: بدون).

٩٦. ميارة الفاسي، محمد بن أحمد المالكي، «شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام»، صححه: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، (ط: ١)، بيروت، دار الكتب العلمية، عام: بدون).
٩٧. ابن النجار، محمد بن أحمد الفتوحي، «منتهى الإيرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات»، تحقيق: د. عبد الله التركي، (ط: بدون، الرياض، دار عالم الكتب، عام: ١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م)؛ «شرح الكوكب المنير»، تحقيق: د. محمد الزحيلي، د. نزيه حماد، (ط: بدون)، الرياض: مكتبة العبيكان، عام: ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م).
٩٨. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، «الأشباه والنظائر»، تحقيق: عبد الكريم الفضلي، (ط: ١، بيروت: المكتبة العصرية، عام: ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م)؛ «البحر الرائق شرح كنز الدقائق»، (ط: ٢، القاهرة، دار الكتاب الإسلامي، عام: بدون).
٩٩. النسائي، أحمد بن شعيب، «سنن النسائي»، (ط: ١، الرياض، دار الوراق، عام: ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م).
١٠٠. ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد، «فتح القدير شرح الهداية»، (ط: بدون، القاهرة، دار الفكر، عام: بدون).
١٠١. الهيثمي، علي بن أبي بكر، «مجمع الزوائد ومنبع الفوائد»، تحقيق: حسين سليم، (ط: ١، جدة، دار المنهاج، عام: ١٤٣٦ هـ - ٢٠١٥ م).
١٠٢. أبو يعلى، أحمد بن علي التميمي، «مسند أبي يعلى الموصلي»، (ط: ١، دمشق، دار المأمون، عام: ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م).





# الاختصاص القيمي في نظام المحاكم التجارية دراسة مقارنة

**د. أحمد بن عبد العزيز بن شبيب**

الأستاذ المشارك في قسم السياسة الشرعية

بالمعهد العالي للقضاء

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

## 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 ألا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أما بعد:

فإن من الأمور التي جرى عليها العمل في أنظمة القضاء والمرافعات الشرعية باختلاف مسمياتها في هذه الأزمنة هي النص على الاختصاص القضائي بأنواعه المتعددة، والتفصيل في أحكامه، وإن من أنواعه: الاختصاص القيمي، ولا تخفى أهمية تناول الموضوعات ذات العلاقة بالاختصاص القضائي، ومواكبة الدراسات العلمية ومسايرتها لجديد الأنظمة؛ خصوصاً وأن من طبيعة مسائل هذا الباب التجديد والتحديث المستمر، ومن ذلك ما جاء جديداً وصدر حديثاً في «نظام المحاكم التجارية» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٩٣) وتاريخ ١٥ / ٨ / ١٤٤١ هـ، فيما يتعلق بالاختصاص القيمي، فرأيت بحث هذا الموضوع: (الاختصاص القيمي في نظام المحاكم التجارية)، وجمع المادة العلمية وتأصيلها من الناحية الفقهية والنظامية، داعياً الله عَزَّوَجَلَّ السداد والتوفيق والإعانة.

### حدود الموضوع:

تقتصر هذه الدراسة على بيان الأحكام الفقهية والنظامية للاختصاص القيمي الواردة في «نظام المحاكم التجارية» الصادر بالمرسوم الملكي رقم

(م/٩٣) وتاريخ ١٥/٨/١٤٤١هـ، ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار معالي وزير العدل رقم (٨٣٤٤) وتاريخ ٢٦/١٠/١٤٤١هـ، والقرارات والتعاميم ذات العلاقة.

### الدراسات السابقة:

بعد البحث والاطلاع في قواعد المعلومات والبيانات لم يقف الباحث على من تناول هذا الموضوع بالبحث والدراسة، وجميع الدراسات السابقة التي وقف عليها الباحث كانت عن الاختصاص القضائي عموماً، وقليل منها التي أشارت للاختصاص القيمي، وكلها كانت قبل صدور «نظام المحاكم التجارية»، وعليه فالجديد في هذا البحث هو دراسة الموضوع في ضوء «نظام المحاكم التجارية» الصادر حديثاً ولائحته التنفيذية والقرارات والتعاميم الصادرة في ذلك من جهات الاختصاص بالمملكة العربية السعودية.

### أهمية الموضوع:

لا يخفى على أهل الاختصاص في الجانب النظامي أهمية مواكبة البحوث في مختلف جوانب مسائل الاختصاص القضائي لجديد الأنظمة، خصوصاً وأن «نظام المحاكم التجارية» نص على أثر قيمة المطالبة الأصلية في الاختصاص القضائي في نوع خاص من الدعاوى، ثم زادت اللائحة التنفيذية على القيمة المنصوص عليها في النظام، ومما يؤكد أهمية الدراسة وجديدها أن الاختصاص القيمي مر بمراحل متعددة في النظام السعودي، فأولاً كان قد تم النص عليه وتخصيص محاكم مستقلة لبعض جوانبه، ثم ترك ولم يتم النص عليه، ثم جاء «نظام المحاكم التجارية» أخيراً واعتبر

الاختصاص القيمي في نوع واحد من الدعاوى التجارية، مما كان حرياً بدراسة هذا الموضوع، وبيان صورته، وأحكامه الفقهية والنظامية وفق آخر التحديثات النظامية.

### منهج البحث:

تم التزام المنهج العلمي المعارف عليه في البحوث الفقهية النظامية، وجاءت الدراسة دراسة: تاريخية، استقرائية، تحليلية.

تاريخية: من خلال السرد التاريخي للمراحل التي مر بها الاختصاص القيمي في النظام السعودي.

استقرائية: من خلال جمع واستقراء النقول في المدونات الفقهية والنصوص الواردة في الأنظمة السعودية والقرارات والتعاميم ذات العلاقة.

تحليلية: من خلال تحليل النصوص وبيان الأحكام والمسائل الدالة عليها سواء من المنطوق أو المفهوم.

### خطة البحث:

جاء البحث في مقدمة، وتمهيد، وأربعة مباحث، وخاتمة، وتفصيلها كالتالي:

#### المقدمة:

وتشتمل على: حدود الموضوع، والدراسات السابقة، وأهمية الموضوع، ومنهج البحث، وخطة البحث.



التمهيد: تعريف الاختصاص القضائي، وأنواعه:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الاختصاص القضائي.

المطلب الثاني: أنواع الاختصاص القضائي.

المبحث الأول: تاريخ الاختصاص القيمي، ومعيار تحديد القيمة:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تاريخ الاختصاص القيمي في النظام السعودي، وفيه

فرعان:

الفرع الأول: تاريخ الاختصاص القيمي في تخصيص المحاكم.

الفرع الثاني: تاريخ الاختصاص القيمي في تخصيص الدوائر القضائية

في المحكمة الواحدة.

المطلب الثاني: معيار تحديد القيمة في نظام المحاكم التجارية.

المبحث الثاني: الاختصاص القيمي للمحاكم التجارية في الفقه والنظام:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الاختصاص القيمي للمحاكم التجارية في الفقه.

المطلب الثاني: الاختصاص القيمي للمحاكم التجارية في النظام.

المبحث الثالث: الاختصاص القيمي للدوائر القضائية بالمحاكم التجارية  
في الفقه والنظام:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الاختصاص القيمي للدوائر القضائية بالمحاكم التجارية  
في الفقه.

المطلب الثاني: الاختصاص القيمي للدوائر القضائية بالمحاكم التجارية  
في النظام.

المبحث الرابع: الاختصاص القيمي للدوائر القضائية بالمحاكم العامة  
في الفقه والنظام:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الاختصاص القيمي للدوائر القضائية بالمحاكم العامة  
في الفقه.

المطلب الثاني: الاختصاص القيمي للدوائر القضائية بالمحاكم العامة في  
النظام.

الخاتمة.

والحمد لله على تيسيره وإعانتته، وأسأله جل في علاه التوفيق والسداد  
والرشاد في القول والعمل، إنه قريب مجيب.

## التمهيد

### تعريف الاختصاص القضائي، وأنواعه

وفيه مطلبان:

#### المطلب الأول: تعريف الاختصاص القضائي:

##### تعريف الاختصاص لغة:

من خصَّ، يقال: خصَّه بالشيء، يخصه خصًّا، وخصوصاً، وخصوصية -بضم الحاء وفتحها، والفتح أفصح-، واختصه بكذا، أي: خصه به، وفضَّله، وجعله له وأفرده به دون غيره، واختص فلان بالأمر وتخصص له إذا انفرد، والخاص والخاصة ضد العامة، والتخصيص ضد التعميم<sup>(١)</sup>.

وعليه فالاختصاص في اللغة هو: تفرد بعض الشيء بها لا يشاركه فيه الجملة، أو يقال هو: الانفراد بالشيء دون الغير، أو أفراد الشخص دون غيره بشيء ما<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر: مادة «خصَّ، خ ص ص»، معجم مقاييس اللغة، ابن فارس، ص (٢٨٥)، القاموس المحيط، الفيروز آبادي، ص (٥٥٤-٥٥٥)، لسان العرب، ابن منظور، (١٠٩/٤)، مختار الصحاح، الرازي، ص (٩١)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الفيومي، ص (١٤٦)، المعجم الوسيط، ص (٢٤٦).

(٢) انظر: مفردات ألفاظ القرآن، الراغب الأصفهاني، ص (٢٨٤)، الموسوعة الفقهية «الكويتية»، (٢/٢٥٦)، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، د. نزيه حماد، ص (٣٣)، معجم مصطلحات القضاء الشرعي، د. محمد الزحيلي ود. عبد الحق حميش، ص (١٤٨).

## تعريف الاختصاص اصطلاحاً:

إن المتبع والقارئ لما دونه العلماء في مؤلفاتهم ليجد وروداً وذكراً لهذا المصطلح في مؤلفاتهم، فالأصوليون استخدموا مصطلح: الخاص والتخصيص<sup>(١)</sup>، والفقهاء استخدموا مصطلح الاختصاص في عدد من المواضيع، منها عند كلامهم عن حق الاختصاص المقابل للملك في باب المعاملات<sup>(٢)</sup>، وعند كلامهم عن تخصيص التولية والولاية في باب القضاء<sup>(٣)</sup>، فضلاً عن حديثهم عن التخصيص والاختيار الوارد في مسائل متعددة في الشريعة الإسلامية<sup>(٤)</sup>، كما أن القانونيين استخدموه في مدوناتهم<sup>(٥)</sup>.

والملاحظ أن الجميع استخدم هذه الكلمة في الاصطلاح بمعنى أو معانٍ لم يُخرج فيها عن معناها اللغوي<sup>(٦)</sup>.

(١) وعرفوا الخاص بأنه: «اللفظ الدال على شيء بعينه، والتخصيص: بيان المراد باللفظ، أو: بيان أن بعض مدلول اللفظ غير مراد بالحكم». شرح مختصر الروضة، الطوفي، (٢/ ٥٥٠)، وانظر: دلالات الألفاظ في مباحث الأصوليين، د. يعقوب الباحسين، (٩/ ٢) وما بعدها.

(٢) انظر: القواعد الفقهية، ابن رجب، ص (٢٣٤).

(٣) انظر: الشرح الكبير، عبد الرحمن ابن قدامة، (٢٨/ ٢٨٣).

(٤) انظر: زاد المعاد، ابن القيم، (١/ ٤٣) وما بعدها.

(٥) فما قيل في تعريفه بأنه: «مجموعة السلطات أو الصلاحيات المقررة قانوناً لشخص معين أو هيئة معينة...» معجم القانون، ص (٣) وانظر: ص (٢١٥، ٢٩٦، ٤٥٦، ٥٩٠).

(٦) انظر: الموسوعة الفقهية «الكويتية»، (٢/ ٢٥٦) وما بعدها، الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي، د. ناصر الغامدي، ص (٢٨-٣٠).

## تعريف القضاء لغة:

قال ابن فارس: «القاف والضاد والحرف المعتل: أصل صحيح، يدل على إحكام أمر وإتقانه وإنفاذه لجهته... والقضاء: الحكم، ولذلك سمي القاضي قاضياً؛ لأنه يحكم الأحكام وينفذها»<sup>(١)</sup>.

فالقضاء لغة: الحكم والإحكام والفصل والأمر، وجمعه: أقضية، والقضية مثله وجمعها: قضايا، ويأتي القضاء بمعنى الفراغ وتمام الشيء وانقطاعه، والأداء والإنهاء، والصنع والتقدير، وقيل: إن معاني القضاء في اللغة ترجع إلى: انقطاع الشيء وتمامه<sup>(٢)</sup>.

## تعريف القضاء اصطلاحاً:

عرف القضاء بتعريفات عدة لعل من أمثلها تعريفه بأنه: «تبيين الحكم الشرعي بعد المرافعة، وإنزاله على واقعة الدعوى، والإلزام به»<sup>(٣)</sup>.

(١) مادة «قضي» معجم مقاييس اللغة، ص (٨٦١).

(٢) انظر: لسان العرب، ابن منظور، (٢٠٩/١١)، مختار الصحاح، الرازي، ص (٢٥٥-٢٥٦)، القاموس المحيط، الفيروز آبادي، ص (١١٩٢)، المصباح المنير، الفيومي، ص (٤١٣-٤١٤)، المعجم الوسيط، ص (٧٦٩-٧٧٠).

(٣) الاستخلاص في أحكام الاختصاص، عبد الله آل خنين، ص (٢٢).

## تعريف الاختصاص القضائي:

لم يرد تعريف لهذا المصطلح عند المتقدمين وإن كانوا قد استخدموه في مدوناتهم، لكن لم يعتنوا بذكر تعريفه، ومما قيل في تعريفه أنه: «بيان ما لكل محكمة من ولاية - موضوعاً أو مكاناً أو غيرهما - وقصرها عليه»<sup>(١)</sup>.

وقيل هو: «قصر تولية الإمام القاضي عملاً - أي مكاناً - ونظراً - أي موضوعاً - أو غيرهما في سماع الدعاوى وما يلحق بها، والفصل فيه»<sup>(٢)</sup>.

ولعل التعريف الأول هو بالنظر إلى اختصاص الجهة القضائية، والثاني بالنظر إلى اختصاص القاضي<sup>(٣)</sup>.

ولذا فيمكن القول بأن التعريف الأنسب للاختصاص القضائي هو: «السلطة القضائية التي يتمتع بها قاض، أو جهة قضائية، وتحويل لها حق النظر والفصل في القضايا المرفوعة إليها»<sup>(٤)</sup>.

(١) المرجع السابق، ص (٤٨).

(٢) الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، عبد الله آل خنين، (١/ ١٣٩).

(٣) انظر: كيف تحدد مسار قضيتك، أحمد القحطاني، ص (١٣).

(٤) الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي، د. ناصر الغامدي، ص (٤٢).

تنبية: يرى البعض أن مصطلحاً «الاختصاص» و«الولاية» بمعنى واحد، ومنهم من يرى أن لكل مصطلح معنى خاص به.

انظر: التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في ضوء الشريعة الإسلامية ونظام السلطة القضائية، د. سعود الدريب، ص (٤٢٦)، اختلاف الأحكام القضائية، د. أحمد البدراني، ص (٣٩٨-٣٩٩)، الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، د. محمود عمر، ص (١١١، ١٣٤)، الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية الجديد، حسام الدين توفيق، (١/ ١٠١)، نظام القضاء، الباب الثالث (المحاكم وولايتها)، والفصل الخامس منه (ولاية المحاكم)، نظام ديوان المظالم، الباب الثالث (محاكم

فمن جهة فإن «القاضي لا يحكم إلا بموجب الاختصاص»<sup>(١)</sup>، ومن جهة أخرى فإن المراد عند الحديث عن الاختصاص القضائي وقواعده هو بيان وتحديد الجهة المختصة بنظر دعوى معينة من بين كافة الجهات<sup>(٢)</sup>.

## المطلب الثاني: أنواع الاختصاص القضائي:

يتفاوت الشراح في ذكرهم لأنواع الاختصاص القضائي<sup>(٣)</sup>، وسأقتصر هنا على ذكر أهمها<sup>(٤)</sup>:

= (الديوان) الفصل الثالث منه (اختصاصات المحاكم)، نظام المرافعات الشرعية، الباب الثاني (الاختصاص)، نظام المحاكم التجارية، الباب الثاني (الاختصاص)، النظام الأساسي للحكم، مادة (٤٩، ٥١، ٥٣).

كما يرى البعض أن مصطلحات: «التقييد» و«التخصيص» و«التحديد» بمعنى متقارب. انظر: تقييد السلطة القضائية في الاختصاص والحكم الواجب، د. محمد المرزوقي، ص (١١-١٤).

(١) المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامّة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا، المبدأ رقم (١٦٦١)، الصادر من مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة قرار رقم (١٠٠/٢/٢٧) وتاريخ ٢٥/٤/١٤٠٤ هـ، ص (٤٣٣).

(٢) انظر: الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية، د. أحمد مخلوف، ص (٥٨-٥٩).

(٣) أوصلها معالي الشيخ عبد الله آل خنين إلى سبعة أنواع في كتابه: الاستخلاص في أحكام الاختصاص، ص (٦٥)، ويلاحظ أنه لم يفرد فيه الاختصاص القيمي بنوع مستقل، وإنما أدرجه ضمن الاختصاص النوعي، بينما في مراجع له أخرى أفرد له وحده وجعله نوعاً مستقلاً. انظر: الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، (١/١٣٩)، حاشية على الروض المربع، ص (٥٤-٥٧).

(٤) انظر: المراجع السابقة، بالإضافة إلى: تقييد السلطة القضائية في الاختصاص والحكم الواجب التطبيق، د. محمد المرزوقي، ص (٧٥) وما بعدها، المبسوط في أصول المرافعات الشرعية، د. عبد الله الدرعان، ص (٥١١-٥١٢)، المدخل إلى إجراءات التقاضي في محاكم القضاء العام، عبد الرحمن اللحيان، ص (١٩) وما بعدها.

## ١. الاختصاص الدولي<sup>(١)</sup>:

وقد نص على هذا النوع في «نظام المرافعات الشرعية» في المواد (٢٤-٣٠)، و«نظام المحاكم التجارية» في المادة (١٥).

والمراد به: «ولاية القضاء في الدولة بنظر الدعوى إذا كان أحد عناصرها أجنبياً، سواء أكان المتنازع فيه، أم أحد أطرافها، أم كلاهما، أم محل نشوء الالتزام أو تنفيذه»<sup>(٢)</sup>، وقيل هو: «القواعد التي تحدد اختصاص المحاكم الوطنية بالفصل في المنازعات ذات العنصر الأجنبي إذا ما عُرضت عليها للفصل فيها»<sup>(٣)</sup>.

## ٢. الاختصاص الولائي (الوظيفي):

جاء النص على هذا النوع في «نظام القضاء» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ في مادته (٢٥) فيما يتعلق ببيان الاختصاص والولاية العامة للمحاكم التابعة للقضاء العام، بينما جاء النص على بيان اختصاص المحاكم الإدارية في «نظام ديوان المظالم» في مادته

(١) بعض الباحثين يدرج الحديث عن هذا النوع تحت النوع الذي يليه وهو (الاختصاص الولائي)، انظر: الوسيط في شرح التنظيم القضائي الجديد بالمملكة العربية السعودية، د. أحمد مخلوف، ص (٨٦-٨٧)، الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية، د. أحمد مخلوف، ص (٥٨) وما بعدها.

(٢) الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، عبد الله آل خنين، (١/١٤٠)، الاستخلاص في أحكام الاختصاص، عبد الله آل خنين، ص (٧١).

(٣) الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، د. محمود عمر، ص (١٣٦).



(١٣)، بالإضافة إلى النصوص النظامية والأوامر السامية الصادرة في بيان اختصاصات اللجان ذات الاختصاص شبه القضائي<sup>(١)</sup>.

والمراد به: «قصر الولاية القضائية لجهة من جهات التقاضي داخل الدولة على أفضية معينة»<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر: اللجان شبه القضائية في القانون السعودي، د. أيوب الجربوع، ص (٩) وما بعدها، قضاء الظل، د. عمر الخولي، ص (١٠) وما بعدها، الوسيط في شرح التنظيم القضائي الجديد بالمملكة العربية السعودية، د. أحمد مخلوف، ص (١٦٩) وما بعدها، وهل الأولى تسميتها باللجان شبه القضائية أم اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي. انظر: المراجع السابقة، الضمانات الدستورية للقاضي عند إلزامه بالحكم بمقتضى الأنظمة، د. محمد المرزوقي، ص (٢٦).

وقد جاء النص على تسميتها بـ(اللجان شبه القضائية) في المرسوم الملكي رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ، والذي فيه الموافقة على آلية العمل التنفيذية لنظام القضاء ونظام ديوان المظالم، وذلك وفق ما جاء في الفقرة (تاسعاً) من (القسم الأول) من الآلية، وبيان العمل مع اللجان شبه القضائية التي تنظر في قضايا جزائية أو منازعات تجارية أو مدنية أو منازعات إدارية، وكذا جاء النص على ذات التسمية في الأمر الملكي رقم (٣٧٧٥٩) وتاريخ ٢٩/٧/١٤٣٩هـ والذي فيه المنع من الجمع بين مهنة المحاماة ورئاسة أو عضوية اللجان شبه القضائية.

بينما جاء النص على تسميتها بـ(اللجان ذات الاختصاص شبه القضائي) في البند (ثانياً) من المرسوم الملكي رقم (م/٥٣) وتاريخ ١٣/٨/١٤٣٣هـ والذي فيه الموافقة على نظام التنفيذ، والبند (ثالثاً) من المرسوم الملكي رقم (م/١٥) وتاريخ ٢٧/١/١٤٤٣هـ والذي فيه الموافقة على نظام التنفيذ أمام ديوان المظالم.

(٢) الاستخلاص في أحكام الاختصاص، عبد الله آل خنين، ص (١٤٧).

### ٣. الاختصاص النوعي (الموضوعي):

ورد ذكر هذا النوع من أنواع الاختصاص في عدد من مواد «نظام القضاء»<sup>(١)</sup> (٩، ١٦، ١٩-٣٠)، و«نظام المرافعات الشرعية»<sup>(٢)</sup> في المواد (٣١-٣٥)<sup>(٣)</sup>، ونظام الإجراءات الجزائية<sup>(٤)</sup> في المادة (١٢٨)، و«نظام المحاكم التجارية»<sup>(٥)</sup> في المادة (١٦).

والمراد به: «قصر ولاية القاضي على نوع أو أكثر من أنواع الأفضية»<sup>(٦)</sup>.

### ٤. الاختصاص القيمي:

لم يرد النص على هذا النوع باسمه في أنظمة القضاء والمرافعات، وإن كان جاء بيان أحكامه في بعضها، والعمل القضائي جارٍ على العمل به سواء في تخصيص نوع من أنواع المحاكم بها في بعض الأنظمة، أو في تخصيص دائرة أو دوائر في داخل المحكمة الواحدة للنظر في هذا النوع من القضايا، أو في تخصيص الدوائر الفردية والثلاثية داخل المحكمة الواحدة وإحالة

(١) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ.

(٢) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ.

(٣) ألغيت المادة (٣٥) بموجب الفقرة (ثالثاً) من المرسوم الملكي رقم (م/٩٣) وتاريخ ١٥/٨/١٤٤١هـ والذي فيه الموافقة على نظام المحاكم التجارية، ونصها: «ثالثاً: إلغاء المادة «الخامسة والثلاثين» من نظام المرافعات الشرعية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) بتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ».

(٤) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢) وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ.

(٥) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٩٣) وتاريخ ١٥/٨/١٤٤١هـ.

(٦) الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، عبد الله آل خنين، (١/١٤١).

القضايا إليها بحسب قيمة المطالبة المالية الواردة فيها، وسيأتي تفصيل ذلك في حينه إن شاء الله تعالى.

ومن الشراح من ينص على الاختصاص القيمي كنوع مستقل، ومنهم من يدرجه تحت النوع الذي قبله (الاختصاص النوعي).

والمراد بهذا النوع من أنواع الاختصاص في الأصل هو: «قصر تولية القاضي على النزاع الذي لا تزيد قيمته على نصاب معين من المال»<sup>(١)</sup>، وهذا التعريف هو باعتبار الغالب لهذا النوع من أنواع الاختصاص.

إلا أن «نظام المحاكم التجارية» جاء بمعيار معاكس لما جرت العادة عليه في أنظمة القضاء والمرافعات الشرعية والقرارات والتعاميم التي صدرت في هذا الباب، إذ العادة جرت على تحديد محاكم أو دوائر للنظر في الدعاوى والقضايا التي لا تزيد المطالبة فيها عن مقدار ونصاب معين من المال، بحيث كانت العبرة فيها ببيان السقف الأعلى لقيمة المطالبة المالية في الدعوى المقامة أمام المحكمة المختصة، أما «نظام المحاكم التجارية» فقد جاء النص فيه على العكس من ذلك، وهو عدم جواز نظر المحكمة التجارية في نوع معين من أنواع القضايا التي تنظرها التي تقل عن مقدار ونصاب معين من المال، فجاء ببيان الحد الأدنى لقيمة المطالبة المالية التي يحق للمحكمة النظر فيها.

(١) الاستخلاص في أحكام الاختصاص، عبد الله آل خنين، ص (١٦١)، وانظر: تقييد السلطة القضائية في الاختصاص والحكم الواجب التطبيق، د. محمد المرزوقي، ص (١١٦).

وعليه فالمراد بالاختصاص القيمي هنا في هذا البحث هو: قصر تولية القاضي على نوع أو أكثر من أنواع القضايا مقيداً بقيمة المطالبة المالية الواردة في الدعوى<sup>(١)</sup>.

وكما ذكر بعض الباحثين بأن الاختصاص النوعي ينقسم إلى: اختصاص نوعي عام باعتبار المحاكم التابعة للجهة القضائية الواحدة، واختصاص نوعي خاص باعتبار الدوائر التابعة للمحكمة الواحدة<sup>(٢)</sup>، فكذلك يقال في الاختصاص القيمي، وعليه فيمكن تقسيمه إلى قسمين:

١. اختصاص قيمي عام، وذلك باعتبار نوع المحكمة المختصة بنظر هذه الدعوى من بين المحاكم التابعة لوزارة العدل.

٢. اختصاص قيمي خاص، وذلك باعتبار عدد أعضاء الدائرة المختصة بنظر هذه الدعوى من بين الدوائر القضائية التابعة للمحكمة الواحدة.

### ٥. الاختصاص المكاني (المحلي):

ورد ذكر هذا النوع من أنواع الاختصاص في «نظام المرافعات الشرعية» في المواد (٣٦-٤٠)، ونظام الإجراءات الجزائية في المادة (١٣٠)، و«نظام المحاكم التجارية» في المادة (١٧).

(١) انظر: المبسوط في أصول المرافعات الشرعية، د. عبد الله الدرعان، ص (٥١٢)، تقييد السلطة القضائية في الاختصاص والحكم الواجب التطبيق، د. محمد المرزوقي، ص (١١٦).

(٢) انظر: المدخل إلى إجراءات التقاضي في محاكم القضاء العام، عبد الرحمن اللحيان، ص (٤٥-٤٩).

والمراد به: «قصر ولاية القاضي بمكان محدد»<sup>(١)</sup>.

وبالنظر في «نظام المحاكم التجارية» ولائحته التنفيذية يلاحظ أنه قد جاء النص على مسميات كل الأنواع المذكورة ما عدا الاختصاص القيمي فقد تم التطرق لأحكامه دون النص عليه باسمه<sup>(٢)</sup>.



(١) انظر: الاستخلاص في أحكام الاختصاص، عبد الله آل خنين، ص (١٧١).  
(٢) انظر: المواد من النظام (١٥-١٨)، والمواد في اللائحة التنفيذية (٦، ٣١-٣٥).

## المبحث الأول تاريخ الاختصاص القيمي، ومعيار تحديد القيمة وفيه مطلبان:

**المطلب الأول: تاريخ الاختصاص القيمي في النظام السعودي:**  
وفيه فرعان:

**الفرع الأول: تاريخ الاختصاص القيمي في تخصيص المحاكم:**

مر الاختصاص القيمي بمراحل متعددة في الأنظمة السعودية، وإن كان لم ينص فيها عليه باسمه (الاختصاص القيمي)، ويبان ذلك تاريخياً حسب التالي:

**المرحلة الأولى: محكمة الأمور المستعجلة (الأولى والثانية):**

وذلك وفق ما ورد في «نظام أوضاع المحاكم الشرعية وتشكيلاتها» الصادر في ٤/٢/١٣٤٦هـ، حيث جاء في المادة الأولى منه: «أ- محكمة الأمور المستعجلة الأولى: ... وتنظر... وفي الدعاوى المالية التي لا تزيد عن ثلاثين جنيهاً...»

ب- محكمة الأمور المستعجلة الثانية... وتكون صلاحيتها كالمحكمة المستعجلة الأولى وذلك فيما عدا العقار، حيث إنه من اختصاص المحكمة الشرعية الكبرى»<sup>(١)</sup>.

(١) مجموعة النظم، قسم القضاء الشرعي من سنة ١٣٤٥هـ إلى سنة ١٣٥٧هـ، ص (٩)، وانظر: ص (١٠، ١٦، ٢٠، ٢٤، ٣٤، ٧٧).

ثم صدر قرار مجلس الشورى عدد (١١) في ١٨ / ١ / ١٣٥٢ هـ، والذي يوضح أن سعر الجنيه يساوي (١١٠) قروش، ومن ثم فإن الـ (٣٠) جنيهاً تساوي (٣٣٠٠) قرشاً.

ونص القرار: «أ- أن من اختصاص المحاكم المستعجلة النظر في كل دعوى لا تتجاوز «٣٣٠٠» قرش، سواء كان المدعى به ذهباً عيناً أو فضة أو نيكلًا.

ب- كل قضية أقيمت فيها مرافعة لدى المحاكم المستعجلة لا تخلو من حالتين:

الأولى: أن يكون المدعى به ذهباً عيناً، وحينئذ يكون اعتبار سعر الجنيه «١١٠» قروش، فيكون من حق المحكمة النظر في ذلك إلى الحد المقرر «٣٣٠٠»، بمعنى أن للمحكمة أن تسمع القضية التي تبلغ «ثلاثين» جنيهاً ذهباً.

الثانية: أن يكون المدعى به فضة أو نيكلًا، وفي هذه الحالة يكون للمحكمة الحق في النظر في ذلك إلى الحد المقرر «٣٣٠٠»<sup>(١)</sup>.

المرحلة الثانية: المحاكم المستعجلة:

وذلك وفق ما ورد في «نظام تركيز مسؤوليات القضاء الشرعي» الأول الصادر بالأمر السامي رقم (٣٢ / ١ / ٣) وتاريخ ٤ / ١ / ١٣٥٧ هـ، حيث

(١) المرجع السابق، ص (٣٦-٣٧).

جاء النص فيه أن من بين اختصاصات قاضي المستعجلة: النظر في القضايا المالية التي لا تزيد على «ثلاثة آلاف وثلاثمائة» قرش سعودي<sup>(١)</sup>.

ثم صدر «نظام تركيز مسؤوليات القضاء الشرعي» الثاني الصادر بالتصديق العالي رقم (١٠٩) وتاريخ ٢٤/١/١٣٧٢هـ، وجاء بذات النصوص الواردة في النظام الأول، والذي اختلف في ذلك أرقام المواد النظامية فقط<sup>(٢)</sup>.

### المرحلة الثالثة: المحاكم الجزئية:

وذلك وفق ما ورد في «نظام القضاء» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦٤) وتاريخ ١٤/٧/١٣٩٥هـ، حيث جاء النص فيه على مسمى (المحاكم الجزئية)، وأحال في تحديد اختصاصاتها إلى ما يصدر بقرار من وزير العدل بناء على اقتراح مجلس القضاء الأعلى<sup>(٣)</sup>، وكان أول ما صدر أن من ضمن اختصاصاتها: النظر في جميع الدعاوى المالية التي لا تزيد عن ثمانية آلاف ريال<sup>(٤)</sup>، ثم انتهى الأمر بحسب القرار الصادر من وزير العدل برقم (٢٥١٤) وتاريخ ١٣/٥/١٤١٧هـ إلى أن من اختصاصات المحاكم

(١) انظر: المواد (٧١، ١٠١-١٠٤)، المرجع السابق، ص(٩٢، ٩٦-٧٩).

(٢) انظر: المواد (٥٢، ٨٢-٨٥).

(٣) انظر: المواد (٥، ٢٤-٢٥).

(٤) انظر: التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في ضوء الشريعة الإسلامية ونظام السلطة القضائية، د. سعود الدريب، ص(٤٤٠).



الجزئية: النظر في منازعات الحقوق المالية التي لا تتجاوز قيمتها (عشرين ألف) ريال سعودي<sup>(١)</sup>.

ثم صدر «نظام المرافعات الشرعية» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢١) وتاريخ ٢٠/٥/١٤٢١هـ، وجاء فيه: «الفصل الثاني: الاختصاص النوعي:

المادة الحادية والثلاثون:

من غير إخلال بما يقضي به ديوان المظالم، وبما للمحاكم العامة من اختصاص في نظر الدعوى العقارية، تختص المحاكم الجزئية بالحكم في الدعوى الآتية:

- أ. دعوى منع التعرض للحياسة، ودعوى استردادها.
- ب الدعوى التي لا تزيد قيمتها عن عشرة ألف ريال، وتحدد اللائحة التنفيذية كيفية تقدير قيمة الدعوى.
- ج. الدعوى المتعلقة بعقد إيجار لا تزيد الأجرة فيه على ألف ريال في الشهر، بشرط ألا تتضمن المطالبة بما يزيد على عشرة آلاف ريال.
- د. الدعوى المتعلقة بعقد عمل لا تزيد الأجرة أو الراتب فيه على ألف ريال في الشهر، بشرط ألا تتضمن المطالبة بما يزيد على عشرة آلاف ريال.

(١) انظر: الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي، د. ناصر الغامدي، ص(٢٢٦) - (٢٢٧).

ويجوز عند الاقتضاء تعديل المبالغ المذكورة في الفقرات «ب، ج، د» من هذه المادة، وذلك بقرار من مجلس القضاء الأعلى بهيئته العامة، بناء على اقتراح من وزير العدل»<sup>(١)</sup>.

وقد جاء في الفقرة (١١) من اللائحة التنفيذية لهذه المادة: «المبالغ المنصوص عليها في الفقرات «ب، ج، د» من هذه المادة عدلت - بقرار مجلس القضاء الأعلى رقم «٢٠» وتاريخ ٢٣/٦/١٤٢٢هـ المعمم برقم «١٣/ت/١٨٢٥» وتاريخ ١٤/٧/١٤٢٢هـ - إلى مبلغ عشرين ألف ريال فما دون»<sup>(٢)</sup>.

المرحلة الرابعة: عدم النص على اختصاص محكمة محددة بناء على اختلاف قيمة المطالبة الأصلية في الدعوى:

وذلك بعد صدور «نظام القضاء» الجديد، والصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ، حيث تم إلغاء المحاكم الجزئية (المستعجلة)، إذ لم يرد لها ذكر في النظام<sup>(٣)</sup>، ومن ثم كان من الطبيعي ألا

(١) وانظر: المواد (٣٢-٣٣) من النظام، والفقرات (٩-١٢) من اللائحة التنفيذية للمادة (٣١) من النظام، وقد نص النظام في مادته «٢٦٥» على أنه: «يلغي هذا النظام تنظيم الأعمال الإدارية في الدوائر الشرعية الصادر بالتصديق العالي رقم «١٠٩» وتاريخ ٢٤/١/١٣٧٢هـ، كما يلغي المواد «٥٢، ٦٦، ٨٢، ٨٣، ٨٥» و«٨٤ فيما يخص القضايا الحقوقية» من نظام تركيز مسؤوليات القضاء الشرعي الصادر بالتصديق العالي رقم «١٠٩» وتاريخ ٢٤/١/١٣٧٢هـ، كما يلغي كل ما يتعارض معه من أحكام».

(٢) انظر: التنظيم القضائي الجديد في المملكة العربية السعودية، د. محمد الفوزان، ص (٣٣٩-٣٤٠).

(٣) انظر: المادة (٩).

يرد لها ذكر أيضاً في «نظام المرافعات الشرعي» الجديد، والصادر بالمرسوم الملكي رقم (١) وتاريخ ٢٢ / ١ / ١٤٣٥ هـ<sup>(١)</sup>.

ولكن ليس معنى ذلك عدم وجود اختصاص قيمي داخل المحكمة الواحدة، وإنما المراد هو انتفاء الاختصاص القيمي بين المحاكم - المحاكم العامة والمحاكم الجزئية سابقاً - في هذه المرحلة. وسيأتي تفصيل ذلك في الفرع الثاني إن شاء الله تعالى.

(١) يلاحظ أنه ورد في المادة «٧٦» من النظام النص على: «١- الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها، أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها، أو الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو لأي سبب آخر، وكذا الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيه؛ يجوز الدفع به في أي مرحلة تكون فيه الدعوى، وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها»، وقد ذكر البعض أن إيراد الدفع بعدم اختصاص المحكمة بسبب قيمة الدعوى محل إشكال. انظر: التوضيحات المرعية لنظام المرافعات الشرعية بالمملكة العربية السعودية، د. نبيل الجبرين، (٢/٦٥٧)، إلا أنه يمكن القول بأن من المتصور أن يكون الدفع بعدم اختصاص المحكمة بسبب قيمة الدعوى - قبل صدور نظام المحاكم التجارية - في حال نظرت الدعوى لدى محكمة الاستئناف وذلك فيما يخص الأحكام الصادرة في الدعاوى اليسيرة غير القابلة للاستئناف حسب ما جاء في المادة «١٨٥» من النظام، ومن ثم يكون هذا من قبيل الاختصاص المتعلق بمحاكم الدرجة الثانية. انظر: الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، د. محمود عمر، ص (٢٠٧، ٢١٠).

وعلى كل فبعد صدور نظام المحاكم التجارية فإنه لا إشكال.

## المرحلة الخامسة: المحاكم التجارية:

بصدور «نظام المحاكم التجارية» بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٩٣) وتاريخ ١٥ / ٨ / ١٤٤١ هـ، يكون قد رجع العمل بالاختصاص القيمي بين المحاكم، حيث جاء في المادة (١٦) منه: «تختص المحكمة بالنظر في الآتي: ...»

٢. الدعاوى المقامة على التاجر في منازعات العقود التجارية، متى كانت المطالبة الأصلية في الدعوى تزيد على مائة ألف ريال، وللمجلس عند الاقتضاء زيادة هذه القيمة».

ثم جاء في المادة (٣١) من اللائحة التنفيذية للنظام ما نصه: «تختص المحاكم التجارية في الدعاوى المقامة على التاجر في منازعات العقود التجارية، متى كانت قيمة المطالبة الأصلية في الدعوى تزيد على خمسمائة ألف ريال».

وعليه فإذا كانت قيمة المطالبة الأصلية في هذا النوع من الدعاوى أقل من خمسمائة ألف ريال فإنه لا تختص بها المحاكم التجارية، وإنما تختص بالنظر فيها المحاكم العامة، باعتبارها صاحبة الولاية العامة<sup>(١)</sup>.

(١) انظر: المادة (٣١) من نظام المرافعات الشرعية.

## الفرع الثاني: تاريخ الاختصاص القيمي في تخصيص الدوائر القضائية في المحكمة الواحدة<sup>(١)</sup>:

هنا يجب التفرقة بين ثلاث حالات:

الحالة الأولى: الاختصاص القيمي للدوائر القضائية داخل المحكمة العامة الواحدة:

رغم إلغاء المحاكم الجزئية (المستعجلة) كما ذكر في المرحلة الرابعة في الفرع الأول، إلا أن الذي عليه العمل اليوم هو تخصيص بعض الدوائر في المحاكم العامة بنصاب محدد<sup>(٢)</sup>، وأيضاً تكون من الدوائر الفردية - المشكلة من قاض واحد -، وذلك أنه قد صدرت قرارات من المجلس الأعلى

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للتوزيع الداخلي للدعاوى الصادرة من المجلس الأعلى للقضاء بقراره رقم «٣٩/٦/٢٢١» وتاريخ ٢١/٤/١٤٣٩هـ، والمبلغة بالتعميم رقم «١٠٢٤/ت» وتاريخ ٥/٥/١٤٣٩هـ: «وقد اصطلح على تسمية توزيع الدعاوى بين المحاكم المختلفة التابعة للجهة القضائية الواحدة على أساس نوع الدعوى بـ«الاختصاص النوعي»، ويقتصر تطبيق أحكامه على المحاكم داخل الجهة القضائية الواحدة، ولا يتعلق بأي حال من الأحوال بتوزيع الدعاوى بين دوائر المحكمة الواحدة» ص(١).

(٢) انظر: الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، عبد الله آل خنين، (١/٢٠١)، قرار المجلس الأعلى للقضاء في محضر الجلسة (١٦) برقم (١٣١) وتاريخ ٧/٤/١٤٤١هـ المتضمن الموافقة على توصيات لجنة المحاكم والدوائر القضائية بشأن محاكم الدرجة الأولى في منطقة الرياض، وبعد ذلك قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٤١/١٨/٦٣) وتاريخ ٢٢/٨/١٤٤١هـ، والقرار رقم (٤١/١٨/٦٤) وتاريخ ٢٢/٨/١٤٤١هـ، والقرار رقم (٤١/١٩/٤) وتاريخ ٢٥/١٠/١٤٤١هـ، والقرار رقم (٤١/٢٠/١) وتاريخ ٢٥/١١/١٤٤١هـ. الإصدار (٢، ١) بتاريخ ٥/٧/١٤٤٢هـ بشأن تشكيل المحاكم لعام ١٤٤٢هـ، والصادر من الأمانة العامة

للقضاء بأن تحال القضايا الحقوقية التي لم يجز ضبطها والتي كانت مشمولة باختصاص المحاكم الجزئية سابقاً إلى المحاكم العامة، وأن تؤلف دوائر في المحاكم العامة من قاض فرد للنظر في تلك القضايا<sup>(١)</sup>.

وكان آخرها فيما يتعلق بالدوائر التابعة للمحاكم العامة قرار المجلس الأعلى للقضاء ذي الرقم (٣٨/٢/١٠٠) وتاريخ ١٤/٧/١٤٣٨هـ، والمعمم برقم (٩١٢/ت) وتاريخ ١/٨/١٤٣٨هـ، ومما جاء فيه:

«أولاً: تسمى الدوائر المشكلة بقرار المجلس رقم «١٠٨٠/١٠/٣٥» وتاريخ ١٥/٩/١٤٣٥هـ ب: «الدوائر الجزئية في المحكمة العامة».

ثانياً: ينحصر اختصاص هذه الدوائر بنظر الدعاوى المالية الداخلة في اختصاص المحكمة العامة التي لا تزيد قيمتها عن عشرين ألف ريال، وتباشر اختصاصها اعتباراً من تاريخ ١/٨/١٤٣٨هـ، على أن تستمر الدوائر في نظر القضايا المحالة لها بإحالة صحيحة قبل التاريخ المحدد».

كما أن هناك دوائر مخصصة للنظر في الدعاوى الكبيرة<sup>(٢)</sup>، وهي الدعاوى التي تزيد قيمتها على مائة مليون ريال من ثابت أو منقول، حسب التعميم رقم (١٠٨٩/ت) وتاريخ ٥/٩/١٤٣٩هـ، والمشار فيه إلى قرار

للمجلس الأعلى للقضاء، والإصدار (٠، ١) بتاريخ ٢٧/١١/١٤٤٢هـ بشأن تشكيل المحاكم لعام ١٤٤٣هـ.

(١) انظر: التوضيحات المرعية لنظام المرافعات الشرعية بالمملكة العربية السعودية، د. نبيل الجبرين، (١/٣٤٠).

(٢) حسب الإصدار (٢، ١) بتاريخ ٥/٧/١٤٤٢هـ الصادر من الأمانة العامة للمجلس الأعلى للقضاء، بشأن تشكيل المحاكم لعام ١٤٤٢هـ، ص (٤)، فكانت توجد دائرة

المجلس الأعلى للقضاء في محضر الجلسة الثامنة برقم (١/٢) وتاريخ ١٦/٨/١٤٣٩هـ، وفيه النص على أن تكون الدائرة تحت مسمى: «الدائرة المختصة بنظر الدعاوى الكبيرة».

الحالة الثانية: الاختصاص القيمي للدوائر التجارية بديوان المظالم:

كان الاختصاص القضائي للنظر في الدعاوى التجارية قبل عمل المحاكم التجارية - حالياً - من اختصاص الدوائر التجارية بديوان المظالم<sup>(١)</sup>، وكان من أواخر القرارات التي صدرت في ذلك فيما يخص قواعد توزيع الدعاوى:

للدعاوى الكبيرة في كل من: المحكمة العامة في الرياض، والمحكمة العامة في المدينة المنورة، والمحكمة العامة في الدمام، والمحكمة العامة في أبها، والمحكمة العامة في جدة. وبحسب الإصدار (١،٠) بتاريخ ٢٧/١١/١٤٤٢هـ بشأن تشكيل المحاكم لعام ١٤٤٣هـ، ص (٦) فتوجد: دائرتان للدعاوى الكبيرة في المحكمة العامة في الرياض، ودائرة للدعاوى الكبيرة في كل من: المحكمة العامة في المدينة المنورة، والمحكمة العامة في الدمام، والمحكمة العامة في أبها، والمحكمة العامة في جدة.

وهذه غير دوائر الدعاوى الكبيرة الموجودة في محاكم الأحوال الشخصية، والصادر بالموافقة على تأليفها في ذات التعميم والقرار المشار إليه في المتن، وفيه تأليف دائرة قضائية للنظر في قضايا التركات التي تزيد على مائة مليون ريال من ثابت أو منقول في كل محكمة من محاكم الأحوال الشخصية المحددة، وأن تكون تحت مسمى (الدائرة المختصة بنظر الدعاوى والتركات الكبيرة)، وهي حالياً دائرة واحدة في كل من: محكمة الأحوال الشخصية في الرياض، ومحكمة الأحوال الشخصية في المدينة المنورة، ومحكمة الأحوال الشخصية في الدمام، ومحكمة الأحوال الشخصية في جدة. المرجع السابق، الإصدار (١،٢) بتاريخ ٥/٧/١٤٤٢هـ بشأن تشكيل المحاكم لعام ١٤٤٢هـ، ص (٦)، والإصدار (١،٠) بتاريخ ٢٧/١١/١٤٤٣هـ بشأن تشكيل المحاكم لعام ١٤٤٣هـ، ص (١٤).

(١) انظر: محاكم القضاء التجاري في المملكة العربية السعودية، د. محمد ليبيا ود. محمد نقاسي ومحمد حريز وماهر عبد الله، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون

١. قرار رئيس مجلس القضاء الإداري رقم (٤٤) لعام ١٤٣٦هـ، والذي بدأ العمل به من تاريخ ٦ / ٣ / ١٤٣٦هـ: «أولاً: ...

٤) الدعاوى التجارية والمدنية التي تختص بها محاكم الديوان، والدعاوى الناشئة عن تطبيق نظام الشركات، على الدوائر التجارية، ويوزع منها على الدوائر التي من قاض واحد الدعاوى التي لا تزيد الطلبات الأصلية فيها عن مئة ألف ريال، ما لم تكن بين شركاء أو في وكالة تجارية أو عقد مقاوله إنشاء مبان».

٢. قرار رئيس مجلس القضاء الإداري رقم (١٦٤) لعام ١٤٣٨هـ، ونصه:

«أولاً: تعدل الفقرة «رابعاً» من البند «أولاً» من قواعد توزيع الدعاوى لتكون بالنص الآتي:

«الدعاوى التجارية والمدنية التي تختص بها محاكم الديوان، والدعاوى الناشئة عن تطبيق نظام الشركات، على الدوائر التجارية، ويوزع منها على الدوائر التي من قاض واحد الدعاوى التي لا تزيد الطلبات الأصلية فيها عن مائتي ألف ريال؛ ما لم تكن بين شركاء أو في وكالة تجارية أو عقد مقاوله إنشاء مبان».

ثانياً: يعمل بهذا القرار اعتباراً من تاريخ ٨ / ١٠ / ١٤٣٨هـ على الدعاوى الجديدة».

بطنطا، العدد (الخامس والثلاثون)، ٢٠٢٠م (١/٦٢٠) وما بعدها.



## الحالة الثالثة: الاختصاص القيمي للدوائر القضائية داخل المحكمة التجارية الواحدة:

من حين بدأ عمل المحاكم التجارية تحت مظلة القضاء العام والاختصاص القيمي للدوائر التابعة لها كان موجوداً ومنصوصاً عليه، إذ جاء في تعميم رئيس المجلس الأعلى للقضاء المكلف برقم (٩٦٧/ت) وتاريخ ١/١/١٤٣٩هـ ما نصه: «فأشير إلى ما قرره المجلس في الجلسة «الرابعة» برقم «٣٨/٤/١٤٩» وتاريخ ١٨/١١/١٤٣٨هـ المتضمن:

أولاً: سلخ الدوائر التجارية ودوائر الاستئناف التجاري التابعة لديوان المظالم إلى المحاكم والدوائر التجارية بالقضاء العام ومباشرتها اختصاصاتها المنصوص عليها في «نظام المرافعات الشرعية» اعتباراً من تاريخ ١/١/١٤٣٩هـ...

خامساً: تنظر الدعاوى التجارية المتعلقة بنظام الشركات أو الوكالات التجارية مهما كانت قيمة المطالبة الأصلية فيها، والدعاوى الأخرى التي تزيد الطلبات الأصلية فيها عن ثلاثمائة ألف ريال من دوائر مكونة من ثلاثة قضاة، وتنظر الدعاوى التجارية التي لا تزيد الطلبات الأصلية فيها عن ثلاثمائة ألف ريال من دائرة مكونة من قاض فرد، ويسري ذلك على الدعاوى المقيدة من تاريخ مباشرة المحاكم والدوائر التجارية اختصاصاتها.

وبعد صدور «نظام المحاكم التجارية» ولائحته التنفيذية تغيرت آلية تشكيل الدوائر الثلاثية والفردية وقيمة المطالبات المالية المختصة بها، وتفصيل ذلك فيما يتعلق بقيمة المطالبات المالية يحكمه ما جاء في المادتين

(الثالثة) و(السادسة عشرة) من النظام، و(المادة الحادية عشرة) من اللائحة التنفيذية.

«المادة الثالثة:

يتولى المجلس الأعلى للقضاء - وفقاً لاختصاصاته - النظر في الآتي:

١. إنشاء المحاكم التجارية في المناطق والمحافظات بحسب الحاجة، على أن تكوّن كل محكمة من دوائر استئناف ودوائر ابتدائية.
٢. تأليف دوائر استئناف ودوائر ابتدائية في المحاكم التجارية من ثلاثة قضاة، ويجوز تأليف الدوائر من قاض واحد وفق أحكام النظام...

المادة السادسة عشرة:

تختص المحكمة بالنظر في الآتي:

١. المنازعات التي تنشأ بين التجار بسبب أعمالهم التجارية الأصلية أو التبعية.
٢. الدعاوى المقامة على التاجر في منازعات العقود التجارية، متى كانت قيمة المطالبة الأصلية في الدعوى تزيد على مائة ألف ريال، وللمجلس عند الاقتضاء زيادة هذه القيمة.
٣. منازعات الشركاء في شركة المضاربة.
٤. الدعاوى والمخالفات الناشئة عن تطبيق أحكام نظام الشركات.
٥. الدعاوى والمخالفات الناشئة عن تطبيق أحكام نظام الإفلاس.

٦. الدعاوى والمخالفات الناشئة عن تطبيق أنظمة الملكية الفكرية.
٧. الدعاوى والمخالفات الناشئة عن تطبيق الأنظمة التجارية الأخرى.
٨. الدعاوى والطلبات المتعلقة بالحارس القضائي والأمين والمصفي والخبير المعينين ونحوهم؛ متى كان النزاع متعلقاً بدعوى تختص بنظرها المحكمة.
٩. دعاوى التعويض عن الأضرار الناشئة عن دعوى سبق نظرها من المحكمة.»

أما (المادة الحادية عشرة) من اللائحة التنفيذية فجاءت تحت عنوان:

«الفصل الثاني: تكوين المحكمة

الدوائر المؤلفة من قاض واحد في الدرجة الابتدائية».

ونص المقصود منها هنا:

«المادة الحادية عشرة:

تؤلف دوائر ابتدائية في المحكمة من قاض واحد، وفق ما يلي:

١. دوائر لنظر الدعاوى الآتية:

- أ. الدعاوى المنصوص عليها في الفقرتين «١» و«٢» من المادة «السادسة عشرة» من النظام إذا كانت قيمة المطالبة الأصلية لا تزيد على مليون ريال.

ب. الدعاوى المقامة بناء على الفقرتين «٨» و«٩» من المادة «السادسة عشرة» من النظام أياً كان مبلغ المطالبة فيها، متى اتصلت بإحدى الدعاوى المنصوص عليها في الفقرة «١/ أ» من هذه المادة...».

### المطلب الثاني: معيار تحديد القيمة في نظام المحاكم التجارية:

جاء بيان المعيار في تحديد قيمة المطالبة الواردة في «نظام المحاكم التجارية» ولائحته التنفيذية في المادة (٦) من اللائحة، ونصها: «يكون المعتبر في تحديد قيمة المطالبة الأصلية المنصوص عليها في النظام واللائحة؛ قيمة المطالبات الواردة في صحيفة الدعوى، فيما عدا المطالبة بمصاريف التقاضي أو أتعاب المحاماة. وإذا لم تكن المطالبة بمبلغ كطلب الفسخ أو إعادة المبيع ونحوها؛ فيكون المعتبر قيمة الالتزام الناشئة عنه المطالبة».

ومن خلال هذا النص اللائحي، يتبين أن المنظم قسم قيمة المطالبات الواردة في صحيفة الدعوى إلى قسمين:

#### القسم الأول: مطالبة محددة القيمة:

والمراد بهذا القسم هو الدعاوى التي يتم فيها تحديد قيمة المبلغ المدعى به - قيمة المطالبة الأصلية - في صحيفة الدعوى، وهذا القسم أدرج فيه المنظم نوعين:

## النوع الأول: المطالبات بمصاريف التقاضي<sup>(١)</sup> أو أتعاب المحاماة:

وهذا النوع لا يخضع لمعيار تحديد القيمة، باعتبار أن النظر القضائي فيه تابع للنظر في الدعوى الأصلية، ومن ثم فإن المحكمة والدائرة ناظرة الدعوى الأصلية هي المختصة بالنظر في هذه الدعوى بغض النظر عن قيمة المطالبة الواردة في المطالبات بمصاريف التقاضي أو أتعاب المحاماة.

وعليه فالمطالبات التي تكون تبعاً للقضية الأصل فإنها تكون من اختصاص المحكمة والدائرة ناظرة القضية الأصل، كما لو تمت المطالبة بتكاليف الاستعانة بالخبير وأتعابه أو تكاليف انتقال الشهود مثلاً، ويدخل في ذلك الآن دخولاً أولياً ما جاء في نظام التكاليف القضائية<sup>(٢)</sup> من فرض تكاليف قضائية على الدعاوى والطلبات التي تقدم إلى المحاكم على حسب التفصيل الوارد في النظام.

(١) جاء في المادة (١٦٤) من اللائحة التنفيذية: «يجب على المحكمة أن تضمن حكمها في الموضوع: الفصل في طلب التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية بما في ذلك مصاريف التقاضي...».

وجاء في اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة: «٥/٢٦ - للمحامي المطالبة باستيفاء النفقات التي دفعها في سبيل سير القضية إذا لم يشملها العقد».

وجاء في المذكرة التفسيرية لقانون رقم (٧٨) لسنة ١٩٣١م (لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها) وذلك عند التعليق على المادة (٢٨١): «وتشمل مصاريف الدعوى الرسوم القضائية وأجور الخبراء ومصاريف الشهود وكل ما ينفق رسمياً في إثبات الدعوى، مثل: مصاريف الانتقال وأجر المحاماة» نقلاً عن: أبحاث في أحكام - فقه وقضاء وقانون، أحمد شاكر، ص (١٥٨).

(٢) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٦) وتاريخ ٣٠/١/١٤٤٣هـ.

كما يشمل ذلك المطالبة بدفع أتعاب المحامي، سواء كان الطلب تم من قبل أحد أطراف الدعوى تجاه الطرف الآخر لسداد تلك الأتعاب، أو لو قدر وحدث نزاع بين ذلك الطرف ومحاميه الذي وكله للترافع في هذه القضية<sup>(١)</sup>، فإنه في كل الصور تكون المحكمة والدائرة التي نظرت القضية الأصل هي صاحبة الاختصاص في النظر في هذه الدعوى بغض النظر عن قيمة المطالبة المالية الواردة فيها.

كما أنه يدخل في نص المادة ما لو اشتملت صحيفة الدعوى في القضية الأصلية على عدد من المطالبات، فإنه حينها ينظر إلى القيمة المالية لمجموع تلك المطالبات إلا أنه يخصم منها قيمة مصاريف التقاضي وأتعاب المحاماة إن وجدت، إذ لا تحسب حال النظر لتحديد الاختصاص القضائي.

وقد جاء في نظام المحاماة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٨) وتاريخ ٢٨/٧/١٤٢٢هـ، ما نصه:

«المادة السادسة والعشرون:

تحدد أتعاب المحامي وطريقة دفعها باتفاق يعقده مع موكله، فإذا لم يكن هناك اتفاق أو كان الاتفاق مختلفاً فيه أو باطلاً قدرتها المحكمة التي نظرت في القضية عند اختلافهما بناء على طلب المحامي أو الموكل بما يتناسب مع

(١) وهذه صورة من صور ما يعرف بـ(الخصومة الفرعية)، والتي هي ليست من الدعوى بين الخصمين، وإنما بين المحامي وموكله. انظر: المرجع السابق، ص(١٥٩).

الجهد الذي بذله المحامي والنفع الذي عاد على الموكل، ويطبق هذا الحكم كذلك إذا نشأ عن الدعوى الأصلية أي دعوى فرعية»<sup>(١)</sup>.

وجاء في اللائحة التنفيذية الصادرة بقرار وزير العدل رقم (٤٦٤٩) وتاريخ ٨/٦/١٤٢٣هـ:

«٢٨/٣- يقصد بالقضية الواردة في المواد «٢٦، ٢٧، ٢٨» من النظام: القضية الأصلية التي توكل المحامي فيه عن موكله...

٢٨/٥- نظر قضايا أتعاب المحامين من اختصاص المحاكم، وتنظر من القاضي الذي نظر قضية الأتعاب حسب الاختصاص النوعي للمحاكم الوارد في نظام المرافعات الشرعية»<sup>(٢)</sup>.

(١) وانظر: المادتين (٢٧، ٢٨) من نظام المحاماة، وقواعد السلوك المهني للمحامين والصادرة بقرار معالي وزير العدل رقم (٣٤٥٣) وتاريخ ٢٤/١٢/١٤٤٢هـ، المواد (١٢-١٥، ٢٤، ٢٦).

(٢) وقد ثار إشكال فيما لو تم نظر القضية الأصلية أمام المحاكم الإدارية في ديوان المظالم، فهل تكون هي المختصة بنظر النزاع بين المحامي وموكله فيما لو حدث، وقد اختلفت الأحكام الصادرة في ذلك عن المحاكم الإدارية. انظر: المختصر الوسيط في التعليق على نظام المحاماة بالمملكة العربية السعودية، د. عبد العزيز القصير، ص (١٩٠) وما بعدها، إلا أنه صدر مؤخراً عن الدائرة الثانية بالمحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١١/٨/١٤٤٢هـ حكم في الاعتراض رقم (٢٦٦٤) لعام ١٤٤١هـ على الحكم الصادر من محكمة الاستئناف الإدارية بالمنطقة الشرقية في القضية رقم (٩٣٥١) لعام ١٤٤٠هـ، ما نصه: «... وحيث إنه وإن قام نوع من الخلاف بين النصوص النظامية، على نحو ما تقدم بأن منحت المادة السادسة والعشرون من نظام المحاماة الاختصاص بنظر المنازعة الناشئة عن العقد بين المحامي وموكله للجهة القضائية التي فصلت في المنازعة التي وكل المحامي فيها، في حين ورد نظام ديوان المظالم بحصر اختصاصاته دون النص على النصوص النظامية الخاصة، كما هو الحال في نظامه القديم؛ فإن ذلك =

كما وقد جاء في الخطاب الصادر من المشرف على الإدارة العامة للمستشارين المكلف برقم (٤١١٣٠) وتاريخ ١٥/٨/١٤٣٩هـ، ما نصه: «... وأفيد فضيلتكم بأن الموضوع درس من قبل المختصين في الإدارة العامة للمستشارين، وانتهت إلى ما ورد في المحضر رقم «٣٩/٢٥١» بتاريخ ٩/٧/١٤٣٩هـ، المتضمن ما يأتي: ...»

ثالثاً: ما يتعلق بدعوى أتعاب محاماة أكثر من عشرين ألف ريال، هل تختص بها الدائرة الجزئية في المحكمة العامة في دعوى نظرتها؟

والجواب: أن الدائرة الجزئية التي نظرت الدعوى الأصلية هي المعنية بنظر دعوى أتعاب المحاماة ولو زادت الأتعاب عن عشرين ألف ريال؛ لعموم المادة «٥/٢٨» من اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة، والمادتين «٥/٣» و«٣/٧٣» من اللوائح التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية».

= لا يصل إلى حد التعارض بين النصوص النظامية، والتي يلزم لقيام التعارض بينها أن يكونا تنظيمين عامين أو خاصين؛ فإن لم يكونا كذلك؛ فإن النص الخاص يبقى على خصوصه، وسريانه واجب التطبيق، ولو كان سابقاً في الصدور على النظام العام؛ لأن التنظيمات الخاصة وضعت لأغراض معينة وغايات مقصودة من قبل واضع النظام، وإن إهدارها لإعمال تنظيم عام يتنافى مع هذا التخصيص، مما يعني بقاء النص الخاص الوارد في نظام المحاماة على سريانه، وإعمال أثره ما دام لم يرد بشأنه نص خاص يلغيه، ومن ثم يبقى الاختصاص للجهة التي فصلت في المنازعة وهي المحكمة الإدارية...». وقد سبق قديماً أن وجد اختلاف في الاختصاص في مثل هذا بين المحاكم الجزئية والمحاكم الابتدائية الشرعية في مصر. انظر: أبحاث في أحكام - فقه وقضاء وقانون، أحمد شاكر، ص (١٤٣) وما بعدها.



## النوع الثاني: المطالبات فيما عدا مصاريف التقاضي أو أتعاب المحاماة:

وهذا النوع هو الأكثر وروداً، وهنا حدد المعيار في قيمة المطالبات الأصلية المنصوص عليها في النظام واللائحة بأنه قيمة المطالبات الواردة في صحيفة الدعوى، ومن ثم فلا ينظر إلى التعديلات التي تطرأ على قيمة المطالبات أثناء نظر الدعوى، بمعنى أنه لا ينظر فيما يتم تقديمه بعد تقديم صحيفة الدعوى من المطالبات من حيث تأثيرها على اختصاص المحكمة هنا، كما أنه لا ينظر إلى تعدد الطلبات وتجزئتها<sup>(١)</sup>، ولا إلى تعدد المدعين أو المدعى عليهم، ولا إلى منازعة المدعى عليه في قيمة المبلغ المدعى به، ولا بما في المستندات المقدمة لدى المحكمة أو الدائرة، ولا بما صدر به الحكم القضائي فيها<sup>(٢)</sup>.

(١) مما جاء في اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية: «١/٧٧- يجب أن تتضمن صحيفة الدعوى بيان الارتباط بين الطلبات حال تعددها.

٢- دون إخلال بما نصت عليه المادة الحادية والعشرون من النظام، تحكم المحكمة بعدم قبول الدعوى عند تضمنها طلبات لا رابط بينها، ما لم يحصر المدعي دعواه في أحدها...

١٠٠- لا يقبل من أي طرف أن يبدي في الجلسة التي تخلف فيها خصمه طلبات جديدة، أو أن يعدل في الطلبات المبلغ بها خصمه، ما لم يكن تعديل الطلب لمصلحة الطرف الآخر، وغير مؤثر في حق من حقوقه».

وانظر: أحكام الدعوى القضائية، عبد الله آل خنين، ص (٥١٠) وما بعدها.

(٢) انظر: للاستزادة حول حالات اختلاف نصاب الدعوى، وتصنيف الدعاوى باعتبار تقويمها المالي وأثر ذلك في الاختصاص القضائي: الاستخلاص في أحكام الاختصاص، عبد الله آل خنين، ص (١٦٣-١٦٥)، الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، عبد الله آل خنين، (٢٠١/١-٢٠٤)، المبسوط في المرافعات الشرعية، د. عبد الله الدرعان، ص (٦١٣) وما بعدها (٦٤٣) وما بعدها، اللائحة =

## القسم الثاني: مطالبة غير محددة القيمة:

إذا لم تكن المطالبة مطالبة بمبلغ محدد، كما لو كانت المطالبة: بفسخ عقد أو إعادة مبيع أو إخلاء عين أو تنفيذ التزام بعمل أو غير ذلك، فهنا نص المنظم على أنه يرجع حينها من أجل تحديد قيمة هذه المطالبة إلى قيمة الالتزام الناشئة عنه المطالبة.

إلا أنه يرد تساؤل: فيما لو كانت المطالبة الواردة في صحيفة الدعوى هي:

١. مطالبة بمبلغ لكن لم يحدد فيها مبلغ المطالبة، كالمطالبة بتعويض مالي دون تحديد مبلغ التعويض.

٢. أو كانت المطالبة ليست بمبلغ والالتزام الناشئة عنه المطالبة ليس له قيمة محددة، كالمطالبة بتقديم كشف حساب، أو المطالبة بالامتناع عن عمل. فإن هاتين الحالتين ليستا داخلتين في التقسيم المنصوص عليه، وفي هاتين الحالتين يمكن القول بأنه<sup>(١)</sup>:

أ. إما أن يعاد الطلب إلى المدعي لتحديد المبلغ الذي يطالب به، إذا كانت المطالبة من قبيل الحالة الأولى.

= التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية «السابق» الصادرة بقرار وزير العدل رقم (٤٥٦٩) وتاريخ ٣/٦/١٤٢٣هـ، المواد (٣١/٩-٣١/١٢).

(١) انظر: المراجع السابقة، ويمكن أن يسند هذا الأمر للإدارة المختصة بتهيئة الدعوى حسب ما جاء في المادة (الثالثة والثمانين) وما بعدها من اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية.

ب. وإما أن يحال الطلب إلى أهل الخبرة لتقدير قيمة المطالبة الواردة في الدعوى<sup>(١)</sup>.

ومن ثم فالمعتبر في تحديد قيمة المطالبة الأصلية المنصوص عليها في النظام ما يلي:

١. أن العبرة هي في القيمة المطالب بها في صحيفة الدعوى ابتداءً، وذلك إن كانت المطالبة محددة المبلغ.

٢. العبرة بقيمة الالتزام الناشئة عنه المطالبة، وذلك إن كانت المطالبة ليست بمبلغ.

٣. أن العبرة بالمحكمة والدائرة ناظرة القضية الأصلية دون النظر إلى قيمة المطالبة، وذلك إن كانت المطالبة بمصاريف التقاضي أو أتعاب المحاماة.

٤. إن لم تكن المطالبة داخلة في إحدى الصور السابقة، فيقال:

أ. إما بإرجاعها للمدعي لتحديد مبلغ المطالبة.

ب. وإما بإحالتها لخبير أو جهة خبرة لتقدير مبلغ المطالبة.

(١) جاء في اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية «القديم» الصادرة بقرار وزير العدل رقم (٤٥٦٩) وتاريخ ٣/٦/١٤٢٣هـ: «١٠/٣١- يرجع في تقدير قيمة الدعوى «قيمة المدعى به» إلى طلب المدعي، فإن لم يمكن فيتم التقدير من قبل اثنين من أهل الخبرة».

## المبحث الثاني الاختصاص القيمي للمحاكم التجارية في الفقه والنظام

وفيه مطلبان:

### المطلب الأول: الاختصاص القيمي للمحاكم التجارية في الفقه:

نص الفقهاء على جواز هذا النوع من الاختصاص القضائي، وجرى عليه العمل من قديم<sup>(١)</sup>:

فقد فعله الخليفة الملهم عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، إذ ولى يزيد ابن أخت النمر القضاء، وقال له: اكفني بعض الأمور - يعني: صغارها -، وفي رواية: رد عني الناس في الدرهم والدرهمين<sup>(٢)</sup>.

وقال أبو عبد الله الزبيري رَحِمَهُ اللهُ (ت: ٣١٧هـ): لم تزل الأمراء عندنا بالبصرة برهة من الدهر يستقضون قاضياً على المسجد الجامع يسمونه

(١) انظر: الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي، د. ناصر الغامدي، ص (٧٣-٧٤)، (٢٢٣-٢٢٥)، تقييد السلطة القضائية في الاختصاص والحكم الواجب التطبيق، د. محمد المرزوقي، ص (٦١-٦٢، ١١٦-١١٨)، الاستخلاص في أحكام الاختصاص، عبد الله آل خنين، ص (١٦١-١٦٢).

(٢) رواه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه، (٣٠٢/٨)، برقم (١٥٢٩٩)، وأبو داود في المراسيل، ص (٤٣٩-٤٤٠)، برقم (٣٨٠)، ووكيع في أخبار القضاة، (١/١٠٥-١٠٦)، والطبراني في المعجم الكبير، (٧/١٧٨)، برقم (٦٦٦٢)، وابن كثير في مسند الفاروق، (٢/٤١٧-٤١٨)، برقم (٧٤٢، ٧٤٣)، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: (رواه أبو يعلى ورجاله رجال الصحيح) وقال عن الرواية الأخرى: «وفيه ابن لهيعة، وفيه ضعف، وحديثه حسن، وبقية رجاله رجال الصحيح»، (٤/١٩٦).

«قاضي المسجد»، يحكم في مائتي درهم وعشرين ديناراً فما دونها، ويفرض النفقات، ولا يتعدى موضعه ولا ما قدر له<sup>(١)</sup>.

وقال الماوردي رَحِمَهُ اللهُ (ت: ٤٥٠هـ): «فأما إن كانت ولايته خاصة فهي منعقدة على خصوصها، ومقصورة النظر على ما تضمنته، كمن قُلد القضاء في بعض ما قدمناه من الأحكام، أو في الحكم بإقرار دون البينة، أو في الديون دون المناكح، أو في مقدر بنصاب، فيصح هذا التقليد، ولا يصح للمولى أن يتعداه؛ لأنها استنابة فصحت عموماً وخصوصاً كالوكالة»<sup>(٢)</sup>.

وقال أبو يعلى الفراء رَحِمَهُ اللهُ (ت: ٤٥٨هـ): «... أو في مقدار من المال، فيصح التقليد، ولا يجوز أن يتعداه؛ لأنها ولاية فصحت عموماً وخصوصاً كالوكالة.

(١) الأحكام السلطانية، الماوردي، ص (١٤٢)، أدب القاضي، الماوردي، (١/١٧٣).  
فائدة: قد كان هناك في عصر النبوة من تولى القضاء من غير اختصاص بتولي القضاء فقط كعلي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، ثم وقع تولي القضاء على باب الاختصاص في خلافة علي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ؛ إذ ولي شريحاً، وسماه بـ«قاضي المسلمين»، ثم وقع الاصطلاح على أن يولي الخليفة واحداً لا غير في معاملاته، ويسمونه بـ«قاضي القضاة»، وهو يولي من تحت يده في سائر البلاد، وكان أولهم: القاضي أبو يوسف صاحب أبي حنيفة، وكان ممن ولي ذلك: القاضي أبو يعلى الفراء، ثم إنه كان يخص كل بلد بقاض من الإمام. انظر: إيضاح طرق الاستقامة في بيان أحكام الولاية والإمامة، يوسف ابن عبد الهادي «ابن المبرد»، ص (٢٨، ١٠٨)، تقييد السلطة القضائية في الاختصاص والحكم الواجب التطبيق، د. محمد المرزوقي، ص (٣٣) وما بعدها، الاستخلاص في أحكام الاختصاص، عبد الله آل خنين، ص (٤٩-٥٢).

(٢) الأحكام السلطانية، الماوردي، ص (١٤١)، وانظر: أدب القاضي، الماوردي، (١/١٧٢-١٧٣).

وقد نص أحمد على صحتها في قدر المال، فقال في رواية أحمد بن نصر: في رجل أشهد على ألف درهم، وكان الحاكم لا يحكم إلا في مائة ومائتين؛ فقال: لا تشهد إلا ما أشهدت عليه.

وكذلك قال في رواية الحسن بن محمد: في رجل أشهد على ألف، ولا يحكم في البلاد إلا على مائة: لا تشهد إلا بألف. فقد نص على جواز القضاء في قدر من المال.

ووجهه: ما ذكرناه<sup>(١)</sup>.

وقال أبو محمد ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ (ت: ٦٢٠هـ): «... ويجوز أن يجعل حكمه في قدر من المال، نحو أن يقول: احكم في المائة فما دونها، فلا ينفذ حكمه في أكثر منها»<sup>(٢)</sup>.

وقال أبو الفرج ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ (ت: ٦٨٢هـ): «... لأن ذلك جميعه إلى الإمام، وله الاستتابة في الكل، فتكون له الاستتابة في البعض»<sup>(٣)</sup>.

## المطلب الثاني: الاختصاص القيمي للمحاكم التجارية في النظام:

نص «نظام المحاكم التجارية» في المادة (١٦) منه على أن: «تختص المحكمة بالنظر في الآتي: ...

(١) الأحكام السلطانية، أبو يعلى الفراء، ص (٦٨).

(٢) المغني، عبد الله ابن قدامة، (١٤/٨٩-٩٠).

(٣) الشرح الكبير، عبد الرحمن ابن قدامة، (٢٨/٢٨٣).

٢. الدعاوى المقامة على التاجر في منازعات العقود التجارية، متى كانت المطالبة الأصلية في الدعوى تزيد على مائة ألف ريال، وللمجلس عند الاقتضاء زيادة هذه القيمة).

ثم جاء في المادة (٣١) من اللائحة التنفيذية للنظام ما نصه: «تختص المحاكم التجارية في الدعاوى المقامة على التاجر في منازعات العقود التجارية، متى كانت قيمة المطالبة الأصلية في الدعوى تزيد على خمسمائة ألف ريال».

فيلاحظ ابتداءً أن النظام نص في المادة (١٦) منه على قيمة محددة وهي مائة ألف ريال، وأجاز للمجلس الأعلى للقضاء الزيادة عند الاقتضاء، ولما صدرت اللائحة التنفيذية للنظام تم في المادة (٣١) منها زيادة القيمة إلى خمسمائة ألف ريال، واللائحة التنفيذية صدرت بقرار معالي وزير العدل رقم (٨٣٤٤) وتاريخ ٢٦/١٠/١٤٤١هـ، بعد التنسيق مع المجلس كما جاء النص على ذلك صريحاً في ديباجة القرار.

وبناء عليه فالمسألة المتعلقة بالاختصاص القيمي للمحاكم التجارية هي هذا النوع من الدعاوى من بين بقية المنازعات والدعاوى الأخرى المسند الاختصاص القضائي فيها للمحاكم التجارية، إذ ما عداها من المنازعات والدعاوى الأخرى المسند فيها الاختصاص للمحاكم التجارية لم تعلق بقيمتها، وإنما تكون من اختصاص المحاكم التجارية دون النظر إلى قيمتها، ومن ثم فإن المسألة المتعلقة بالاختصاص القيمي لنظر المحاكم التجارية مشروطة بأربعة شروط:

الشرط الأول: أن يكون المدعى عليه تاجراً.  
الشرط الثاني: أن يكون المدعي مدنياً أو تاجراً لكن المنازعة نشأت بينه وبين المدعى عليه بسبب عمل مدني.

الشرط الثالث: أن تكون الدعوى من منازعات العقود التجارية.  
الشرط الرابع: أن تكون قيمة المطالبة الأصلية في الدعوى تزيد على خمسمائة ألف ريال.

### الشرط الأول: أن يكون المدعى عليه تاجراً:

أي أن تكون الدعوى مرفوعة على تاجر<sup>(١)</sup>، والتاجر كما جاء في نص المادة (١) من «نظام المحكمة التجارية» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٢) وتاريخ ١٥ / ١ / ١٣٥٠ هـ، هو: «من اشتغل بالمعاملات التجارية، واتخذها مهنة له».

وقد ذكر الشراح شروطاً لاكتساب الشخصية الطبيعية صفة التاجر، وشروطاً أخرى لاكتساب الشخصية الاعتبارية (المعنوية) صفة التاجر<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر: العقود التجارية وعمليات البنوك، د. عبد الرحمن قرمان، ص (٢٧-٢٨).  
(٢) انظر: القانون التجاري السعودي، د. محمد الجبر، ص (٩٩) وما بعدها، شرح النظام التجاري السعودي، د. عدنان العمر ود. درويش درويش، ص (١١٦) وما بعدها، القانون التجاري السعودي، د. عبد الهادي الغامدي، ص (٩٣، ... ١٩٥، ... ٢٠٤)، المدخل إلى النظام التجاري السعودي، د. زهير كريم ود. أحمد مخلوف، ص (١١٠، ٢٠٧) وما بعدها.



شروط اكتساب الشخصية الطبيعية صفة التاجر:

### ١. مباشرة العمل التجاري:

والمراد مباشرة الأعمال التجارية الأصلية، سواء الأعمال التجارية الأصلية المنفردة أم الأعمال التجارية الأصلية بالمقاوله أو المشروع، ويدخل في ذلك الأعمال التجارية المنصوص عليها في النظام وكذا الأعمال التجارية الملحقه بها بطريق القياس، ومن ثم يخرج بهذا الشرط مباشرة الأعمال التجارية بالتبعيه؛ إذ هي أعمال مدنيه بطبيعتها، وإنما اكتسبت وصف التجاريه لصدورها من تاجر ولخدمه تجارته، فهي تتطلب اكتساب صفة التاجر ابتداء.

### ٢. احتراف العمل التجاري:

أي أن يباشر الأعمال التجارية الأصلية على وجه الاحتراف والتكرار والديمومة والانتظام والاستمرار.

### ٣. قيام الشخص بالعمل التجاري باسمه ولحسابه الخاص:

ويعبر بعض الشراح عن هذا الشرط بشرط: الاستقلالية في مباشرة العمل التجاري، ويخرج بهذا الشرط من باشر العمل التجاري لحساب غيره، وعليه فالموظف أو العامل في الشركة لا يعد تاجراً.

### ٤. توافر الأهلية التجارية:

وهي في النظام التجاري السعودي: بلوغ سن الثماني عشرة سنة، مع الرشد، والسلامة من عوارض الأهلية.

«ولا يعد وجود الترخيص بمزاولة التجارة أو العمل التجاري أو عدم وجوده وصفاً مؤثراً في إثبات صفة التاجر أو نفيها»<sup>(١)</sup>.

### شروط اكتساب الشخصية الاعتبارية صفة التاجر:

١. تأسيس الشركة وفق «نظام الشركات»، واكتمال اكتسابها الشخصية الاعتبارية<sup>(٢)</sup>.

٢. أن يكون موضوعها ومحلها وغرضها القيام بالأعمال التجارية<sup>(٣)</sup>.

(١) من البند «أولاً» الوارد في نتائج محضر اللجنة المشكلة بقرار معالي رئيس المجلس الأعلى للقضاء رقم (٢٨٢٦) وتاريخ ٢٩/١/١٤٣٩هـ، لدراسة أنواع القضايا الواردة للمحاكم والدوائر التجارية، وجمع الاستشكالات المتعلقة بالاختصاص النوعي والرفع بالمقترحات العملية لحلها، والمعممة برقم (٣٣٩٢) وتاريخ ١٢/٢/١٤٣٩هـ. وانظر: القانون التجاري السعودي، د. عبد الهادي الغامدي، ص (٩٥).

(٢) جاء في المادة (الرابعة عشرة) من «نظام الشركات» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) وتاريخ ٢٨/١/١٤٣٧هـ:  
«المادة الرابعة عشرة:

١- باستثناء شركة المحاصة، تكتسب الشركة الشخصية الاعتبارية بعد قيدها في السجل التجاري، ومع ذلك يكون للشركة خلال مدة التأسيس شخصية اعتبارية بالقدر اللازم لتأسيسها، بشرط إتمام عملية التأسيس.

٢- لا يجوز الاحتجاج على الغير بعقد تأسيس الشركة وبنظام شركة المساهمة الأساس المشهورة وفقاً لأحكام النظام إلا بعد قيد الشركة في السجل التجاري، ومع ذلك إذا اقتصر عدم الشهر على بيان أو أكثر من أي منهما، كانت هذه البيانات وحدها غير نافذة في مواجهة الغير».

(٣) جاء في نتائج محضر اللجنة المشار إليه قريباً: «... ثامناً: لا تكتسب الشركة صفة التاجر إذا لم يكن نشاطها مزاولة عمل تجاري ولو كانت خاضعة لنظام الشركات... إلا أنه في حال قيام الشركة بمزاولة عمل تجاري فإنها تكتسب صفة التاجر في حدود ذلك العمل».

الشرط الثاني: أن يكون المدعي مدنياً أو تاجراً لكن المنازعة نشأت بينه وبين المدعى عليه بسبب عمل مدني:

أولاً: ينبه إلى أن المنازعة في العقود التجارية إذا كانت بين تاجرين فإنها تعد من اختصاص المحاكم التجارية دون النظر إلى قيمة المطالبة الواردة في ذات الدعوى؛ لكونها حينئذ تكون داخلية في نص الفقرة (١) من المادة ذاتها - م/١٦ -، ونصها: «المادة السادسة عشرة:

تختص المحكمة بالنظر في الآتي:

١. المنازعات التي تنشأ بين التجار بسبب أعمالهم التجارية الأصلية أو التبعية».

ثانياً: المقصود بهذا الشرط أنه إذا كان المدعي غير تاجر - مدنياً -، أو كان تاجراً لكن العقد التجاري الذي أقدم عليه بالنسبة له يعد عقداً مدنياً وليس تجارياً<sup>(١)</sup>، ففي هذه الحالة إذا توافرت باقي الشروط فتكون الحالة

(١) كما لو تعاقد تاجر لتملك سيارة للاستعمال الشخصي من إحدى وكالات بيع السيارات عن طريق عقد الإيجار التمويلي.

إذ عقد الإيجار التمويلي يعد من العقود التجارية الحديثة. انظر: العقود التجارية وعمليات البنوك، د. عبد الرحمن قرمان، ص(١٣)، العقود التجارية وعمليات البنوك، د. منذر القضاة، ص(١٦٥-١٦٦)، الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية، د. أحمد مخلوف، ص(١٣٧)، بحث منشور بمجلة العدل، عدد (٦٦)، ذو القعدة ١٤٣٥هـ. والتاجر قد يقدم على عمل يعد في حقه عملاً مدنياً وليس تجارياً. انظر: المدخل إلى النظام التجاري السعودي، د. زهير كريم ود. أحمد مخلوف، ص(٨٩، ١٩١). وكما لو اشترى تاجر من تاجر آخر سيارته الخاصة قاصداً المشتري بيعها بربح، فرفع بعد ذلك التاجر البائع دعوى على التاجر المشتري لسداد ثمنها. فالعقد الذي بينهما =

داخلة في الاختصاص القيمي للمحاكم التجارية، ومن ثم فلا بد أن تكون قيمة المطالبة الواردة في هذه الدعوى تزيد على القيمة المنصوص عليها. ويصنف شراح الأنظمة هذه الحالة ضمن (الأعمال المختلطة)، إذ الأعمال تقسم من حيث طبيعتها والعلاقات القانونية بينها إلى ثلاث فئات<sup>(١)</sup>:

الفئة الأولى: أعمال تجارية بالنسبة لكل طرف من أطراف العلاقة.

الفئة الثانية: أعمال مدنية بالنسبة لكل طرف من أطراف العلاقة.

الفئة الثالثة: أعمال مختلطة، وهي العمل التجاري بطبيعته أو بالتبعية بالنسبة إلى أحد أطراف العلاقة العمل المدني بالنسبة إلى الطرف الآخر، ومن ثم فإذا كان العقد تجارياً من طرف مدنياً من الطرف الآخر، فحينئذ يعد العقد عملاً مختلطاً<sup>(٢)</sup>.

ويلاحظ هنا أن العمل موصوف بأنه عمل تجاري (العقود التجارية) بينما القيد الوارد هنا متجه إلى أحد أطراف العقد والدعوى وهو المدعي، ولا شك أن هناك فرق بين وصف العمل وصفة القائم به، فالعمل قد يوصف

= عقد تجاري - شراء سيارة لأجل البيع -، والمدعى عليه - المشتري - تاجر، والمدعي - البائع - تاجر لكن طبيعة العقد في حقه يعد عملاً مدنياً صرفاً؛ لأنه باع سيارته الخاصة، فليس بعمل تجاري لا أصلي ولا تباعي.

(١) انظر: المرجع السابق، ص (١١٤، ١٩٠) وما بعدها، القانون التجاري السعودي، د. عبد الهادي الغامدي، ص (٨٧-٨٨).

(٢) انظر: العقود التجارية وعمليات البنوك، د. مصطفى كمال طه، ص (٩-١٠، ٣١)، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، د. محمد الجبر، ص (٣-٥).

بأنه تجاري أو مدني، وكذا القائم بالعمل قد يوصف بأنه تاجر أو مدني، إذ قد يكون العمل المختلط بين تاجرين، وقد يكون أحد أطرافه فقط تاجراً، وقد يكون كلا الطرفين ليسا بتاجرين<sup>(١)</sup>، كما أنها لا تقتصر الأعمال المختلطة على العقود فقط<sup>(٢)</sup>، والمنظم في الاختصاص القضائي تارة يراعي الأمرين معاً - وصف العمل، وصفة القائم به - وتارة يراعي أحدهما، والجهات منفكة وليست بلازمة فيما بينها.

### الشرط الثالث: أن تكون الدعوى من منازعات العقود التجارية:

العقود التجارية هي عقود مدنية في أصلها، لكنها توصف بأنها عقود تجارية متى ما انطبق عليها معيار العمل التجاري - أي: نظرية الأعمال التجارية -، وعليه فالعقد يعد تجارياً إذا اندرج في عداد الأعمال التجارية طبقاً لما ورد في المادة (الثانية) من «نظام المحكمة التجارية»، ومن ثم فإن كان موضوع العقد عملاً من الأعمال التجارية الأصلية أو بالتبعية - بمعنى: أن يكون القائم به تاجراً، وقد أقدم عليه لحاجته التجارية<sup>(٣)</sup> - فيكون عقداً تجارياً، وإلا فهو عقد مدني، وقد يكون العقد مختلطاً، بمعنى أن العقد الواحد قد يكون تجارياً بالنسبة لطرف ومدنياً بالنسبة للطرف الآخر، ومن خلال ما

(١) انظر: الوجيز في النظام التجاري السعودي، د. سعيد يحيى، ص (٦٩).

(٢) انظر: المرجع السابق، القانون التجاري السعودي، د. محمد الجبر، ص (٩١).

(٣) الأصل أن كل أعمال التاجر تعد تجارية وأنها تمت لأجل تجارته حتى يثبت العكس.

تقدم يتبين أن تحديد الصفة التجارية للعقد راجعة لنظرية الأعمال التجارية مع عدم إغفال أثر صفة القائم بالعمل بالنسبة لطرفي العقد<sup>(١)</sup>.

**الشرط الرابع: أن تكون قيمة المطالبة الأصلية في الدعوى تزيد على خمسمائة ألف ريال:**

سبق الكلام في المطلب الأول من هذا المبحث عن معيار تحديد قيمة المطالبة الأصلية وتفصيل الدعاوى المتعلقة بذلك، فلا حاجة لإعادته هنا. وبناء على ما تقدم فيقال: إنه إذا توافرت الشروط الأربعة تكون الدعوى من اختصاص المحاكم التجارية، أما إن اختل شرط من تلك الشروط، والأهم عندنا هنا عند الحديث عن الاختصاص القيمي، ما يتعلق بالشرط الرابع، بأن اختل الشرط الرابع، وصورة ذلك: أن تكون الدعوى مقامة على تاجر، من مدعٍ مدني أو تاجر لا لأجل تجارته، في منازعة عقد تجاري،

(١) انظر: العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، د. محمد الجبر، ص(٣-٥)، العقود التجارية وعمليات البنوك، د. مصطفى كمال طه، ص(٩-١٠)، (٣١)، شرح النظام التجاري السعودي، د. عدنان العمر ود. درويش درويش، ص(٢٢٣)، العقود التجارية وعمليات البنوك، د. عبد الرحمن قرمان، ص(١٢-١٥)، العقود التجارية وعمليات البنوك، د. منذر القضاة، ص(٢١-٢٢). يؤكد ذلك قرار الدائرة الثالثة بالمحكمة العليا رقم (٤٧٠/٤/٣) وتاريخ ١٤٤٠/٦/١٣هـ، والمتعلق بفصل في تنازع اختصاص سلبي، ومما جاء فيه: «... وبما أن المدعية تطالب بباقي مستحقات مالية ناتجة عما بينهما من عقد، وبما أن حقيقة التعاقد بين الطرفين يعتبر من قبيل الأعمال الخدمية بتوفير عمالة لتنفيذ الأعمال المتفق عليها حسبما تضمنته الدعوى، مما لا يأخذ هذا العقد وصف العقود التجارية بضوابطها المقررة نظاماً، ومن ثم فإن النزاع القائم بين الطرفين لا يعد نزاعاً تجارياً، وإنما من قبيل المطالبات المالية...».

وكانت قيمة المطالبة الأصلية في الدعوى خمسمائة ألف ريال فما دون، فإنه في هذه الحال تكون الدعوى من اختصاص المحاكم العامة<sup>(١)</sup>، وذلك باعتبار الرجوع عندئذ إلى الأصل العام لاختصاص المحاكم العامة وفق ما ورد في المادة (الحادية والثلاثين) من «نظام المرافعات الشرعية»، ونصها: «تختص المحاكم العامة بنظر جميع الدعاوى والقضايا والإثباتات الإنهائية وما في حكمها، الخارجة عن اختصاص: المحاكم الأخرى، وكتابات العدل، وديوان المظالم...».

إلا أنه يستثنى من ذلك ما لو لم تكن هناك محكمة تجارية موجودة في ذلك المكان الذي سترفع فيه الدعوى، فإنه في هذه الحالة تكون من قبيل حالات الاختصاص القيمي للدوائر القضائية بالمحاكم العامة وسيأتي الحديث عنها إن شاء الله تعالى في المطلب الثاني من المبحث الرابع.

(١) وهذا كله كما لا يخفى بشرط ألا تكون من قبيل الدعاوى التي استثناها المنظم السعودي بجهة قضائية خاصة للنظر في الدعوى المنازعات المتعلقة بها، كالدعاوى المصرفية والتمويلية والتأمينية وفق ضوابطها واختصاصاتها. انظر: محاكم القضاء التجاري في المملكة العربية السعودية، د. محمد ليبيا وآخرون، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد (٣٥)، ٢٠٢٠م، (١/٦٦٠-٦٦٣).



## المبحث الثالث الاختصاص القيمي للدوائر القضائية بالمحاكم التجارية في الفقه والنظام

وفيه مطلبان:

### المطلب الأول: الاختصاص القيمي للدوائر القضائية بالمحاكم التجارية في الفقه:

نص «نظام المحاكم التجارية» في مادته (الثالثة) على أن تؤلف الدوائر الاستئنافية والدوائر الابتدائية في المحاكم التجارية من ثلاثة قضاة، وأجاز للمجلس الأعلى للقضاء أن يؤلف دوائر من قاض واحد وفق أحكام النظام. ومن ثم فإن المحاكم التجارية تتشكل من دوائر ثلاثية، وأخرى فردية، داخل المحكمة التجارية الواحدة، وكل منها يختص بنوع معين من القضايا كما سيأتي بيان ذلك في المطلب التالي إن شاء الله. وهاهنا مسألتان فقهيتان:

**المسألة الأولى:** حكم تعدد القضاة مع اشتراكهم في الاختصاص واستقلال كل واحد منهم بالحكم، وهي هنا متمثلة في تعدد الدوائر الفردية في المحاكم التجارية:

اختلف الفقهاء في تولية ولي الأمر لأكثر من قاض في اختصاص واحد وجعل لكل واحد منهم الاستقلال في الحكم فيما يرفع إليه على قولين<sup>(١)</sup>:

(١) انظر: تقييد السلطة القضائية في الاختصاص والحكم الواجب التطبيق، د. محمد المرزوقي، ص(١٥٢-١٥٦).



القول الأول: الجواز، وهو قول الحنفية<sup>(١)</sup>، والمالكية<sup>(٢)</sup>، وأصح الوجهين عند الشافعية<sup>(٣)</sup>، والحنابلة<sup>(٤)</sup>.

وعللوا لذلك: بأن الغرض من القضاء يحصل ولو تعدد القضاة، وبالقياس على صحة وجود وكيلين ووصيين؛ إذ القضاء نيابة، فيعطى حكم الوكالة والوصية.

القول الثاني: عدم الجواز، وهو قول بعض المالكية<sup>(٥)</sup>، ووجه عند الشافعية<sup>(٦)</sup>، ووجه عند الحنابلة<sup>(٧)</sup>.

(١) انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم، (٦/٢٨١-٢٨٢) (٧/٢١١)، منحة الخالق على البحر الرائق، ابن عابدين، (٧/٢١١-٢١٢)، الفتاوى الهندية، (٣/٣١٧).

(٢) انظر: الخرشبي على مختصر خليل، (٧/١٤٤)، شرح منح الجليل، محمد عlish، (٤/١٥١-١٥٢)، قال القرافي في الذخيرة: «قال صاحب المنتقى: اشترط توحد القاضي إنما هو حيث لا يجوز أن يولى اثنان على وجه الاشتراك في كل قضية؛ لأن ذلك يؤدي إلى بقاء التظالم والعناد بسبب اختلاف آرائهما، وأما قاضيان في بلد ينفذ كل واحد منهما بالنظر فجائز بإجماع الأمة» (١٠/٢٠)، وانظر: المنتقى شرح موطأ مالك، أبو وليد الباجي، (٧/١٣١).

(٣) انظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين، النووي، (١١/١٢٠-١٢١)، نهاية المطلب في دراية المذهب، الجويني، (١٨/٥٣٤-٥٣٥).

(٤) انظر: المغني، ابن قدامة، (١٤/٩٠)، الإنصاف، المرادوي، (٢٨/٢٨٤-٢٨٦)، كشف القناع، البهوتي، (١٥/٢٥-٢٦).

(٥) انظر: شرح منح الجليل، محمد عlish، (٤/١٥١-١٥٢).

(٦) انظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين، النووي، (١١/١٢٠-١٢١)، نهاية المطلب في دراية المذهب، الجويني، (١٨/٥٣٤-٥٣٥).

(٧) انظر: المغني، ابن قدامة، (١٤/٩٠)، الإنصاف، المرادوي، (٢٨/٢٨٤-٢٨٦).

وعللوا ذلك بالقياس على الإمامة العظمى، ولأن ذلك سيؤدي إلى تخير الخصوم والتجاذب في الارتفاع إلى أي القاضيين.

ومن ثم فيلاحظ أن كل قول استدل لما ذهب إليه بالتعليل، والقياس على مسائل يرى أن هذه المسألة أقرب إليها، وذكر المحذور الذي قد يترتب على الرأي الآخر؛ وما دام أن المسألة لا دليل على المنع منها، والأصل في الأشياء الإباحة، والمصلحة المتحققة وخصوصاً في هذه الأزمنة المتأخرة هو القول بالجواز، بل إن في القول بالمنع منه مفسدة لا تحفى، من تعطل مصالح الناس بسبب تأخر الفصل في دعاواهم، بل وقد يصل الحال إلى تعطل النظر في القضايا وإصدار الأحكام القضائية فيها؛ لكثرة الخصومات، وتعقدها، واستحالة أن يتمكن قاض واحد من النظر والفصل فيها جميعاً في المدن الكبيرة، مما لا تأت به الشريعة الإسلامية، فالأقرب - والله أعلم - هو القول الأول، وما قيل من المحاذير التي يمكن أن تقع حال الأخذ به من تخير الخصوم إلى القاضي الذي يريده، فإن علاجه بما دونه الفقهاء في كتبهم، وبما أوجدته الأنظمة القضائية الحالية ونظمتها تنظيمياً يمنع من ورود ذلك كله، وكل هذا داخل في باب السياسة الشرعية.



المسألة الثانية: حكم تعدد القضاة مع اشتراكهم في الاختصاص والحكم، وهي هنا متمثلة في الدوائر الثلاثية في المحاكم التجارية:

اختلف الفقهاء في تولية ولي الأمر لأكثر من قاضٍ ليشتركوا في نظر القضية والحكم فيها عنهم جميعاً على أربعة أقوال<sup>(١)</sup>:

القول الأول: الجواز، وهو قول الحنفية<sup>(٢)</sup>، وقول للمالكية<sup>(٣)</sup>، وللشافعية<sup>(٤)</sup>، ووجه عند الحنابلة<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر: الاستخلاص في أحكام الاختصاص، عبد الله آل خنين، ص (١٩٥-٢٠١)، الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي، د. ناصر الغامدي، ص (٤٤١-٤٤٧)، تقييد السلطة القضائية في الاختصاص والحكم الواجب التطبيق، د. محمد المرزوقي، ص (١٥٦-١٦٢)، التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في ضوء الشريعة الإسلامية ونظام السلطة القضائية، د. سعود آل دريب، ص (٥٣٥-٥٣٨)، التنظيم القضائي الجديد في المملكة العربية السعودية، د. محمد الفوزان، ص (٢٥٥-٢٥٦)، المبسوط في أصول المرافعات الشرعية، د. عبد الله الدرعان، ص (٥٤٥-٥٥٤).

(٢) انظر: روضة القضاة وطريق النجاة، علي السمناني، (١/٧٤-٧٥، ٨١-٨٢)، منحة الخالق على البحر الرائق، ابن عابدين، (٧/٢١١-٢١٢)، مجلة الأحكام العدلية مع شرحها، سليم رستم، (٢/١١٧٠-١١٧١)، مادة (١٨٠٢).

(٣) انظر: شرح منح الجليل، محمد عlish، (٤/١٥٢).

(٤) انظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الشربيني، (٦/٢٦٩)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الرملي، (٨/٢٤٤).

(٥) انظر: الكافي، ابن قدامة، (٦/٩٠)، ونص الكافي: «فصل: ويجوز أن يولي في البلد الواحد قاضيين فأكثر...، وهل يجوز أن يجعل إليهما القضاء في مكان واحد، وزمن واحد، وحق واحد؟ فيه وجهان...»، ويرد السؤال هنا: هل المراد بالحق الواحد هنا الدعوى الواحدة المعينة؟ أم المراد بالحق الواحد العمل الواحد أي نوع العمل والدعوى؟ فإن كان المراد المعنى الأول فتكون نسبة المسألة للحنابلة والإحالة صحيحة، أما إن كان المعنى الثاني هو المراد فتكون صورة المسألة المرادة في الكافي هي =

ومن أبرز ما عللوا به: القياس على الوكالة والوصية، لأن الجميع من باب النيابة.

القول الثاني: عدم الجواز، وهو قول المالكية<sup>(١)</sup>، والمشهور عند الشافعية<sup>(٢)</sup>، ووجهه عند الحنابلة<sup>(٣)</sup>.

ومن أبرز ما عللوا به: أن في القول بالجواز تعطيلاً للفصل في الخصومات لما يتصور من وقوع الخلاف بين القضاة.

= المسألة الأولى المذكورة في هذا المطلب، ولم أقف على نص غير هذا في هذه المسألة لدى الحنابلة.

جاء في الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية، البعلي: «قال في المحرر: ويجوز أن يولي قاضيين في بلد واحد، وقيل: إن ولاهما فيه عملاً واحداً؛ لم يجز».

قال أبو العباس: تولية قاضيين في بلد واحد «ونظر واحد» إما أن يكون على سبيل الاجتماع، بحيث ليس لأحدهما الانفراد كالوصيين والوكيلين، وإما على طريق الانفراد.

فأما الأول: فليس هو مسألة الكتاب، ولا مانع منه إذا كان فوقهما من يردان مواضع تنازعهما إليه.

وأما الثاني: فهو مسألة الكتاب» ص (٤٣١).

وجاء في حاشية ابن قندس على الفروع قريب من هذا، (١١/١٠١).

(١) بل وادعى الباجي منهم الإجماع على المنع من ذلك، أي: المنع من تعدد القضاة بشرط وقف نفوذ حكمهما على اتفاقهما. انظر: شرح منح الجليل، محمد عليش، (٤/١٥٢)، الخرشي على مختصر خليل، (٧/١٤٤).

(٢) انظر: روضة الطالبين، النووي، (١١/١٢٠-١٢١)، نهاية المطلب في دراية المذهب، الجويني، (١٨/٥٣٥).

(٣) انظر: الكافي، ابن قدامة، (٦/٩٠)، وحاشية (٥) في الصفحة السابقة.

القول الثالث: الجواز إذا كان النظر في قضية واحدة أو قضايا محصورة، وعليه فلا يجوز أن يكون ذلك مطلقاً في جميع القضايا، وهو قول للمالكية<sup>(١)</sup>.

ولعل مأخذهم في ذلك: القياس على التحكيم.

القول الرابع: الجواز إذا كان فوقهم من يرد اختلافهم حال وقوعه، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية<sup>(٢)</sup>، وهو المفهوم من كلام ابن العربي<sup>(٣)</sup> رَجَمَهُمَا اللَّهُ.

ولعل مأخذهم في ذلك: أنه بهذا القيد تتحقق المصلحة المرجوة من تعدد القضاة واشتراك نظرهم في القضية، مع عدم وقوع المحذور الذي يخشاه من منع من ذلك.

ولعل القول الأقرب - والله أعلم - هو القول الأول، إذ لا مانع يمنع من الأخذ به، وما علل به المخالف يمكن التحرز منه بوضع التنظيمات التي

(١) انظر: شرح منح الجليل، محمد عليش، (٤/١٥٢)، الخرشي على مختصر خليل، (٧/١٤٤).

(٢) انظر: الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية، البعلي، ص (٤٣١).

(٣) حيث قال في عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي: «الثانية: كان إرسال معاذ إلى اليمن مع أبي موسى واليين قرينين أشركهما النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فيها، وأمرهما أن يسيرا ولا يعسرا ويبشرا ولا ينفرا ويتطوعا ولا يختلفا، فكان ذلك أصلاً في تولية أميرين وقاضيين مشتركين في الإمارة والأفضية، فإذا وقعت النازلة نظرا فيها، فإن اتفقا على الحكم وإلا تراجعوا القول حتى يتفقا على الصواب، فإن اختلفا رفعوا الأمر إلى من فوقهما فينظر فيه، وينفذان ما اتفقا عليه، ولو لا اشتراكهما لما قال: ((تختلفا))» (٦/٥٨).

تمنع من حدوثه، ومن ذلك أن يكون عدد القضاة فردياً، وأن يصدر الحكم القضائي بالأكثرية، وكل ذلك داخل تحت باب العمل بالمصالح المرسلة والاستحسان والسياسة الشرعية، مع عدم وجود النص المانع من ذلك، والشريعة جاءت بتحقيق المصالح ودرء المفاسد.

### المطلب الثاني: الاختصاص القيمي للدوائر القضائية بالمحاكم التجارية في النظام:

جاء في المادة (الثانية والعشرين) من «نظام القضاء»: «تؤلف المحكمة التجارية والمحكمة العمالية من دوائر متخصصة، وتكون كل دائرة من قاض فرد أو أكثر، وفق ما يحدده المجلس الأعلى للقضاء».

وجاء في المادة (الثالثة) من «نظام المحاكم التجارية»: «يتولى المجلس الأعلى للقضاء - وفقاً لاختصاصاته - النظر في الآتي:

١. إنشاء المحاكم التجارية في المناطق والمحافظات بحسب الحاجة، على أن تكوّن كل محكمة من دوائر استئناف ودوائر ابتدائية.

٢. تأليف دوائر استئناف ودوائر ابتدائية في المحاكم التجارية من ثلاثة قضاة، ويجوز تأليف الدوائر من قاض واحد وفق أحكام النظام».

وجاء في المادة (الحادية عشرة) من اللائحة التنفيذية: «تؤلف دوائر ابتدائية في المحكمة من قاض واحد، وفق ما يلي:

١. دوائر لنظر الدعاوى الآتية:

أ. الدعاوى المنصوص عليها في الفقرتين «١» و«٢» من المادة «السادسة عشرة» من النظام إذا كانت قيمة المطالبة الأصلية لا تزيد على مليون ريال.  
ب. الدعاوى المقامة بناء على الفقرتين «٨» و«٩» من المادة «السادسة عشرة» من النظام أياً كان مبلغ المطالبة فيها، متى ما اتصلت بإحدى الدعاوى المنصوص عليها في الفقرة «١/أ» من هذه المادة...».

والملاحظ في النظام السعودي أن الأصل في محاكم الدرجة الأولى أن تؤلف من دوائر مشكلة من قاض فرد إلا ما يستثنى فتشكل من ثلاثة قضاة<sup>(١)</sup>، ما عدا المحاكم الجزائية، فالأصل هو العكس، وهو أن تشكل من ثلاثة قضاة إلا ما يستثنى فينظرها قاض فرد<sup>(٢)</sup>.

ثم بعد صدور «نظام المحاكم التجارية» أصبح ذلك أيضاً هو المعمول به في المحاكم التجارية، وهو أن الأصل في تشكيل الدوائر في المحاكم التجارية أن تشكل من ثلاثة قضاة إلا ما يستثنى فتؤلف من قاض فرد<sup>(٣)</sup>.

وبناء على ما ورد في المادة (الثالثة) و(السادسة عشرة) من «نظام المحاكم التجارية»، والمادة (الحادية عشرة) من اللائحة التنفيذية لـ«نظام المحاكم التجارية» تم تحديد الدعاوى التي تنظرها الدوائر الفردية التي تشكل من قاض فرد، والذي يهمنها هنا الدعاوى التي لها علاقة بالاختصاص القيمي، وهي بحسب ما ورد تنحصر في أربعة:

- (١) انظر: المواد (١٩، ٢١، ٢٢، ٢٣) من نظام القضاء.
- (٢) انظر: المادة (٢٠) من نظام القضاء.
- (٣) انظر: الفقرة (٢) من المادة (٣) من نظام المحاكم التجارية.

**النوع الأول:** المنازعات التي تنشأ بين التجار بسبب أعمالهم التجارية الأصلية أو التبعية إذا كانت قيمة المطالبة الأصلية لا تزيد على مليون ريال.

**النوع الثاني:** الدعاوى المقامة على التاجر في منازعات العقود التجارية متى كانت قيمة المطالبة الأصلية في الدعوى تزيد على خمسمائة ألف ريال ولا تزيد على مليون ريال.

**النوع الثالث:** الدعاوى والطلبات المتعلقة بالحارس القضائي والأمين والمصفي والخير المعينين ونحوهم أيًّا كان مبلغ المطالبة فيها متى اتصلت بإحدى الدعاوى الواردة في النوعين السابقين.

**النوع الرابع:** دعاوى التعويض عن الأضرار الناشئة عن دعوى سبق نظرها من المحكمة أيًّا كان مبلغ المطالبة فيها متى كانت الدعوى التي سبق نظرها من المحكمة داخلة في أحد النوعين الأول والثاني الواردين هنا.

ومن ثم فإن النوع الأول والثاني من اختصاص الدائرة الفردية إذا لم تزد قيمة المطالبة الأصلية على مليون ريال، وأما النوع الثالث والرابع فممن اختصاص الدائرة الفردية ولو كانت قيمة المطالبة الأصلية فيها تزيد على المليون ريال؛ وذلك باعتبار أن الدائرة ناظرة القضية الأصلية هي المعنية بالنظر في هذه القضية الفرعية الناشئة عنها<sup>(١)</sup>.

(١) سبق الإشارة لمثل هذا في المطلب الثاني من المبحث الأول.



## المبحث الرابع الاختصاص القيمي للدوائر القضائية بالمحاكم العامة في الفقه والنظام

وفيه مطلبان:

**المطلب الأول: الاختصاص القيمي للدوائر القضائية بالمحاكم العامة في الفقه:**

التأصيل الفقهي لهذا المطلب لا يخرج عما سبق ذكره، فلا حاجة لتكراره هنا.

وبيان ذلك: أن التوزيع الداخلي للدعاوى الواردة داخل المحكمة العامة، لن يخرج إما أن يكون بين دوائر تجارية وأخرى عامة<sup>(١)</sup>، وإما أن تكون بين دوائر جزئية وأخرى عامة فردية، وهذه كلها تدخل تحت البيان الفقهي الذي سبق ذكره في المطلب الأول من المبحث الثاني.

وإما - وهذا على سبيل الفرض - أن يكون التوزيع الداخلي بين دوائر جزئية - فردية - ودوائر عامة ثلاثية، فهذه تدخل تحت البيان الفقهي الذي سبق ذكره في المطلب الأول من المبحث الثالث.

(١) وهذا في حال إذا لم توجد محكمة تجارية في المركز والمحافظة، حسب ما ورد في المادة (٢٣) من نظام القضاء.

## المطلب الثاني: الاختصاص القيمي للدوائر القضائية بالمحاكم العامة في النظام:

المحكمة العامة لا تخلو إما أن توجد في منطقة أو محافظة أو مركز بها محكمة تجارية أو لا.

فإن كانت موجودة بها محكمة تجارية فالاختصاص القيمي بداخل المحكمة العامة يكون دائراً بين دائرتين: جزئية وعامة.

وإن كانت المحكمة العامة موجودة في منطقة أو محافظة أو مركز ليس بها محكمة تجارية فالاختصاص القيمي بداخل المحكمة العامة في هذه الحال يحتمل ثلاث دوائر: تجارية وجزئية وعامة<sup>(١)</sup>.

### الدائرة التجارية<sup>(٢)</sup>:

جاء في المادة (الثالثة والعشرين) من «نظام القضاء»: «... ويجوز إنشاء دوائر متخصصة جزئية وتجارية وعمالية وأحوال شخصية في المحاكم العامة

(١) ليس بالضرورة أن توجد هذه الدوائر في المحكمة الواحدة في هذه الحالة، وإنما الأمر متروك حسب الاحتياج وفق تقدير المجلس الأعلى للقضاء، حسب نص المادة (٢٣) من نظام القضاء.

(٢) حسب الإصدار (٢، ١) بتاريخ ١٤٤٢/٧/٥ هـ الصادر من الأمانة العامة للمجلس الأعلى للقضاء، بشأن تشكيل المحاكم لعام ١٤٤٢ هـ ص (٣، ٤)، فإن المحاكم التجارية المنشأة حالياً هي في كل من: الرياض، ومكة المكرمة، والمدينة المنورة، والدمام، وأبها، وجدة، أما الدوائر التجارية داخل محاكم الدرجة الأولى بالمحاكم العامة فهي في كل من: بريدة، حائل، وتبوك، والباحة، وعرعر، وسكاكا، وجازان، ونجران، وتوجد داخل كل محكمة عامة من هذه المحاكم دائرة تجارية فردية واحدة، ودائرة تجارية مشتركة واحدة، ما عدا المحكمة العامة في بريدة فتوجد بها ثلاث دوائر تجارية فردية.

الواقعة في المراكز والمحافظات التي لم تنشأ فيها محاكم متخصصة متى دعت الحاجة إلى ذلك، ويكون لهذه الدوائر اختصاصات المحاكم المتخصصة». وجاء في المادة (الثمانين بعد المائتين) من اللائحة التنفيذية لـ«نظام المحاكم التجارية»: «تسري أحكام النظام واللائحة على الدوائر التجارية المنشأة في المحاكم العامة».

وجاء في المادة (الثانية والثلاثين) من «نظام المرافعات الشرعية»: «تختص المحكمة العامة في المحافظة أو المركز اللذين ليس فيها محكمة متخصصة: بنظر جميع الدعاوى والقضايا والإثباتات النهائية وما في حكمها الداخلة في اختصاص تلك المحكمة المتخصصة، وذلك ما لم يقرر المجلس الأعلى للقضاء خلاف ذلك»<sup>(١)</sup>.

وفي الإصدار (٠، ١) بتاريخ ٢٧/١١/١٤٤٢هـ بشأن تشكيل المحاكم لعام ١٤٤٣هـ ص (٥، ٦) فالذي تغير فقط أنه تم دمج الدوائر التجارية الفردية مع المشتركة في دائرة واحدة في كل من المحاكم العامة في: الباحة، وعرعر، وسكاكا، ونجران. (١) جاء في قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٧/٢٠/٤١) وتاريخ ٢٥/١١/١٤٤١هـ، والمعتم برقم (١٥٤٣/ت) وتاريخ ٢٥/١١/١٤٤١هـ ما نصه: «أولاً: يقتصر نظر الدعاوى والمخالفات الناشئة عن تطبيق أحكام نظام الإفلاس على الدوائر الابتدائية في المحاكم التجارية، على أن يكون استئناف الأحكام الصادرة من تلك الدوائر أمام دوائر الاستئناف المختصة في المحكمة التجارية في الرياض. ثانياً: المدن والمحافظات التي ليس فيها محاكم تجارية تنظر الدعاوى والمخالفات الناشئة عن تطبيق أحكام نظام الإفلاس في أقرب محكمة تجارية إليها. ثالثاً: تستمر المحاكم والدوائر التجارية بتصفية الدعاوى والمخالفات الناشئة عن تطبيق أحكام نظام الإفلاس المقيدة لديها قبل تاريخ تعميم هذا القرار».

ومن ثم فإذا كانت المحكمة العامة تشتمل على دائرة تجارية، فإن هذه الدائرة تختص بما تختص به المحكمة التجارية من الدعاوى والمنازعات<sup>(١)</sup>، فإن كانت من اختصاص الدوائر الفردية داخل المحاكم التجارية فتحال الدعوى إلى الدائرة التجارية الفردية، وإن كانت من اختصاص الدوائر المشتركة داخل المحاكم التجارية فتحال الدعوى إلى الدائرة التجارية المشتركة<sup>(٢)</sup>.

### الدائرة الجزئية<sup>(٣)</sup>:

سبقت الإشارة إلى قرار المجلس الأعلى للقضاء ذي الرقم (٣٨/٢/١٠٠) وتاريخ ١٤/٧/١٤٣٨هـ، والمعمم برقم (٩١٢/ت) وتاريخ ١/٨/١٤٣٨هـ، والذي جاء فيه:

«أولاً: تسمى الدوائر المشكلة بقرار المجلس رقم «١٠٨٠/١٠/٣٥» وتاريخ ١٥/٩/١٤٣٥هـ ب: «الدوائر الجزئية في المحكمة العامة».

- (١) وهي المنصوص عليها في المادة (السادسة عشرة) من نظام المحاكم التجارية.
- (٢) سبق بيان اختصاصات الدوائر الفردية التجارية والمشاركة فيما يخص الاختصاص القيمي في المطلب الثاني من المبحث الثالث.
- (٣) حسب الإصدار (١، ٢) بتاريخ ٥/٧/١٤٤٢هـ الصادر من الأمانة العامة للمجلس الأعلى للقضاء، بشأن تشكيل المحاكم لعام ١٤٤٢هـ ص(٤)، فإن الدوائر الجزئية الموجودة كانت: (١٤) دائرة جزئية في المحكمة العامة بالرياض، و(٦) دوائر جزئية في المحكمة العامة في مكة المكرمة، و(٨) دوائر جزئية في المحكمة العامة في جدة. وفي الإصدار (١، ٠) بتاريخ ٢٧/١١/١٤٤٢هـ بشأن تشكيل المحاكم لعام ١٤٤٣هـ ص(٦)، فجاء فيه بيان أعداد الدوائر الجزئية كما هي في السابق إلا الدوائر الجزئية في المحكمة العامة في جدة فأصبحت (١٠) دوائر.

ثانياً: ينحصر اختصاص هذه الدوائر بنظر الدعاوى المالية الداخلة في اختصاص المحكمة العامة التي لا تزيد قيمتها عن عشرين ألف ريال، وتباشر اختصاصها اعتباراً من تاريخ ١/٨/١٤٣٨هـ، على أن تستمر الدوائر في نظر القضايا المحالة لها بإحالة صحيحة قبل التاريخ المحدد).

ومن ثم فإن كانت الدعوى مقامة على تاجر في منازعة عقد تجاري، وقيمة المطالبة الأصلية في الدعوى لا تزيد على عشرين ألف ريال، فهي من اختصاص الدائرة الجزئية بالمحكمة العامة، وهذا في حال وجود دائرة جزئية بالمحكمة العامة، وإلا فالأصل هو الاختصاص للمحكمة العامة ككل، والمراد أنه يكون الاختصاص للدائرة العامة في هذه الحالة.

### الدائرة العامة:

الدائرة العامة بالمحكمة العامة إما أن تكون في منطقة أو محافظة أو مركز بها محكمة تجارية أو لا.

فإن كانت في منطقة أو محافظة أو مركز ليس بها محكمة تجارية فإما أن تكون في تلك المحكمة العامة دائرة تجارية أو لا.

فإن كانت الدائرة العامة بالمحكمة العامة داخلة في إحدى الصورتين السابقتين فإنها تكون مختصة بالنظر في الدعاوى المقامة على التاجر في منازعات العقود التجارية، متى كانت قيمة المطالبة لا تزيد على خمسمائة ألف ريال، ولا تقل عن عشرين ألف ريال في المحاكم العامة التي توجد بها

دوائر جزئية<sup>(١)</sup>، وإلا فهي تختص بالخمسة مائة ألف ريال وما دونها دون حد أدنى.

أما إن كانت الدائرة العامة بالمحكمة العامة في منطقة أو محافظة أو مركز ليس بها محكمة تجارية، وفي محكمة عامة ليس بها دائرة تجارية ففي هذه الحالة قد كان العمل سابقاً على أن تكون الدائرة العامة هي المختصة بالنظر في المنازعات والدعاوى التي تختص بها الدوائر التجارية المؤلفة من قاض واحد<sup>(٢)</sup>.

حيث جاء في التعميم رقم (٩٩١/ت) وتاريخ ٢٦ / ٢ / ١٤٣٩ هـ ما نصه: «... فأشير إلى قرار المجلس الأعلى للقضاء ذي الرقم «٣٩ / ٥ / ٢٠١» والتاريخ ٢٤ / ٢ / ١٤٣٩ هـ المتضمن:

أولاً: اختصاص المحاكم العامة في المحافظات والمراكز التي ليس فيها محكمة أو دائرة تجارية بما تختص به الدوائر التجارية المكونة من قاض فرد.

ثانياً: يكون استئناف الأحكام الصادرة من المحاكم المشار إليها في البند «أولاً» من هذا القرار لدى دائرة الاستئناف «الحقوقية» في المنطقة التي تقع المحكمة في نطاقها، وذلك لمدة عام من تاريخه».

(١) وهي بحسب الإحصائية المنشورة مؤخراً فإن الدوائر الجزئية موجودة فقط في: المحكمة العامة في الرياض، والمحكمة العامة في مكة المكرمة، والمحكمة العامة في جدة.

(٢) سبق بيان اختصاصات الدوائر الفردية التجارية والمشاركة فيما يخص الاختصاص القيمي في المطلب الثاني من المبحث الثالث.

ثم جاء تمديد العمل بهذا القرار لمدة عامين اعتباراً من ٢٥ / ٢ / ١٤٤٠ هـ، وذلك بناء على قرار المجلس في محضر الجلسة «الثالثة عشرة» برقم (٣٥) والتاريخ ١٢ / ٨ / ١٤٤٠ هـ، والمعمم برقم (١٢٨٥/ت) وتاريخ ٩ / ٩ / ١٤٤٠ هـ<sup>(١)</sup>.

ومن ثم فقد كان العمل إلى تاريخ ٢٤ / ٢ / ١٤٤٢ هـ على أن تكون الدائرة العامة هي المختصة بالنظر في هذه الحالة وفق القيد المبين في القرار، وذلك حسب التفصيل الذي سبق ذكره في المطلب الثاني من المبحث الثالث.

أما بعد هذا التاريخ فقد جاء في خطاب المشرف على إدارة الشؤون الفنية بالمجلس الأعلى للقضاء رقم (٦٤٧٤) وتاريخ ٢٣ / ٤ / ١٤٤٢ هـ ما نصه:

«إشارة إلى كتاب فضيلتكم... بشأن الاستفسار عن القرار الصادر من المجلس الأعلى للقضاء رقم «٣٩ / ٥ / ٢٠١» وتاريخ ٢٤ / ٢ / ١٤٣٩ هـ المعمم برقم «٩٩١/ت» وتاريخ ٢٦ / ٢ / ١٤٣٩ هـ.

(١) يبقى السؤال هنا: ماذا كان الموقف حال ورود منازعة أو دعوى من اختصاص الدوائر التجارية الثلاثية - وهذا هو الأصل في الدعاوى التجارية كما سبقت الإشارة إلى ذلك - في الحالة الأخيرة، بمعنى من هي المحكمة المختصة بالنظر فيها في هذه الحالة؟ لعل الجهة المختصة بالنظر في هذه الحالة هي أقرب محكمة تجارية إلى تلك المحكمة العامة التي ليس بها دائرة تجارية؛ وذلك من خلال مفهوم المخالفة للتعميم السابق، مع القياس على ما ورد في قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٧ / ٢٠ / ٤١) وتاريخ ٢٥ / ١١ / ١٤٤١ هـ، فيما يتعلق باختصاص النظر في الدعاوى والمخالفات الناشئة عن تطبيق أحكام نظام الإفلاس، إذ جاء في الفقرة الثانية منه: «ثانياً: المدن والمحافظات التي ليس فيها محاكم تجارية تُنظر الدعاوى والمخالفات الناشئة عن تطبيق أحكام نظام الإفلاس في أقرب محكمة تجارية إليها».

وبدراسة الموضوع من قبل الجهة المختصة، وبالاطلاع على النصوص النظامية والقرارات ذات العلاقة تبين أن العمل انتهى بالقرار المذكور بانتهاء سريانه بتاريخ ٢٤ / ٢ / ١٤٤٢ هـ، ويكون النظر القضائي في القضايا التجارية لما يقيد بعد انتهاء سريان القرارات وفقاً لما نص عليه نظام المحاكم التجارية ولائحته التنفيذية».

وبالرجوع لـ «نظام المحاكم التجارية» ولائحته التنفيذية لم يقف الباحث على ما يفيد في هذه الحالة، مع التنبيه إلى أنه قد جاء في المرسوم الملكي رقم (م/٩٣) وتاريخ ١٥ / ٨ / ١٤٤١ هـ الصادر به الموافقة على «نظام المحاكم التجارية»، ما نصه: «... ثانياً: تنشأ - بقرار من المجلس الأعلى للقضاء - دوائر تجارية في المحاكم العامة في المناطق والمحافظات التي لم ينشأ فيها محاكم تجارية وفقاً لأحكام النظام المشار إليه في البند «أولاً» أعلاه، على أن يكون استئناف الأحكام الصادرة من تلك الدوائر أمام دوائر الاستئناف في أقرب محكمة تجارية، وذلك إلى حين إنشاء محاكم تجارية فيها».

وبالنظر في آخر إحصائية صادرة من الأمانة العامة بالمجلس الأعلى للقضاء بتاريخ ٢٧ / ١١ / ١٤٤٢ هـ، فإن هناك (١٣٢) محكمة عامة ليس بها دوائر تجارية، وعليه فمن وجهة نظر الباحث أنه يرجع في هذه الحالة إلى النص العام الوارد في المادة (الثانية والثلاثين) من «نظام المرافعات الشرعية»: «تختص المحكمة العامة في المحافظة أو المركز اللذين ليس فيهما محكمة متخصصة: بنظر جميع الدعاوى والقضايا والإثباتات النهائية وما في



حكمها الداخلة في اختصاص تلك المحكمة المتخصصة، وذلك ما لم يقرر المجلس الأعلى للقضاء خلاف ذلك».

إلا أنه لو قيل بذلك سينشأ إشكال، وهو من هي جهة الاستئناف المختصة بالنظر في أحكام المحكمة العامة الابتدائية في القضايا التجارية، هل هي محكمة الاستئناف الحقوقية أم دوائر الاستئناف في أقرب محكمة تجارية؟

وبناء على ما تقدم فالذي يراه الباحث هو أن هذه الحالة فيها فراغ إداري واقعي<sup>(١)</sup> لا بد من معالجته بقرار يصدر من المجلس الأعلى للقضاء.

(١) ولا يقال تنظيمي؛ لأن الفقرة (ثانياً) من المرسوم الملكي الكريم جاءت بمعالجة الوضع القائم، لكن المجلس الأعلى للقضاء لم يصدر قراره في ذلك بعد، فنشأت هذه الإشكالية.

## الخاتمة:

الحمد لله على ما أنعم، والحمد له على ما تفضل به وأتم، وأسأله المزيد من العلم والفهم، وفي الختام فهذه أبرز النتائج والتوصيات التي توصل إليها الباحث:

### أبرز النتائج:

١. أن المراد بالاختصاص القيمي هو: قصر تولية القاضي على النزاع الذي لا تزيد قيمته على نصاب معين من المال، والمراد به في هذا البحث: قصر تولية القاضي على نوع أو أكثر من أنواع القضايا مقيداً بقيمة المطالبة المالية الواردة في الدعوى.

٢. أنه يمكن تقسيم الاختصاص القيمي إلى نوعين: اختصاص قيمي عام باعتبار المحاكم، واختصاص قيمي خاص باعتبار الدوائر القضائية التابعة للمحكمة الواحدة.

٣. مر الاختصاص القيمي بمراحل متعددة في الأنظمة السعودية - رغم أنه لم ينص على مصطلح (الاختصاص القيمي) -، سواء كان فيما يتعلق بالاختصاص بين المحاكم أو بين الدوائر القضائية داخل المحكمة الواحدة، إذ أول ما وردت الإشارة إليه: في نظام أوضاع المحاكم الشرعية وتشكيلاتها، حيث جاء النص على محكمة الأمور المستعجلة، ثم المحاكم المستعجلة، ثم المحاكم الجزئية، ثم مع صدور «نظام القضاء» الجديد و«نظام المرافعات الشرعية» لم يرد فيها شيء بهذا الخصوص إلا أن العمل القضائي جرى

على تخصيص دوائر جزئية داخل المحاكم العامة، ثم عاد المنظم السعودي إلى العمل بالاختصاص القيمي بين المحاكم وذلك بصدر «نظام المحاكم التجارية»، وفيما يتعلق بالاختصاص القيمي بين الدوائر القضائية داخل المحكمة الواحدة فالعمل كان عليه قديماً وحديثاً في المحاكم العامة وكذا في الدوائر التجارية بديوان المظالم سابقاً وكذا في المحاكم التجارية من بداية العمل بها في ١ / ١ / ١٤٣٩ هـ.

٤. أن المعتبر في تحديد قيمة المطالبة الأصلية المنصوص عليها في النظام ما يلي:

أ. أن العبرة هي في القيمة المطالب بها في صحيفة الدعوى ابتداءً، وذلك إن كانت المطالبة محددة المبلغ.

ب. العبرة بقيمة الالتزام الناشئة عنه المطالبة، وذلك إن كانت المطالبة ليست بمبلغ.

ت. أن العبرة بالمحكمة والدائرة ناظرة القضية الأصلية دون النظر إلى قيمة المطالبة، وذلك إن كانت المطالبة بمصاريف التقاضي أو أتعاب المحاماة.

ث. إن لم تكن المطالبة داخلية في إحدى الصور السابقة، فيقال:

- إما بإرجاعها للمدعي لتحديد مبلغ المطالبة.
- وإما بإحالتها لخبير أو جهة خبرة لتقدير مبلغ المطالبة.

- على أنه ينبغي على المنظم أن ينص على هذه الحالة ويعالجها، وألا يتركها مجالاً للاجتهاد واختلاف وجهات النظر.
٥. جرى العمل الفقهي على جواز الاختصاص القيمي للمحاكم والقضاة على الراجح من أقوال الفقهاء.
٦. الدعاوى المتعلقة بالاختصاص القيمي لنظر المحاكم التجارية مشروطة بأربعة شروط، هي:
- الشرط الأول: أن يكون المدعى عليه تاجراً.
- الشرط الثاني: أن يكون المدعي مدنياً أو تاجراً لكن المنازعة نشأت بينه وبين المدعى عليه بسبب عمل مدني.
- الشرط الثالث: أن تكون الدعوى من منازعات العقود التجارية.
- الشرط الرابع: أن تكون قيمة المطالبة الأصلية في الدعوى تزيد على خمسمائة ألف ريال.
٧. الراجح من أقوال الفقهاء جواز تعدد القضاة مع اشتراكهم في الاختصاص، سواء أستقل كل واحد منهم بالحكم، والمتمثل في تعدد الدوائر الفردية بالمحاكم التجارية، أم كان ذلك على سبيل اشتراكهم في الحكم أيضاً، والمتمثل في الدوائر الثلاثية بالمحاكم التجارية.
٨. الدعاوى التي لها علاقة بالاختصاص القيمي فيما يتعلق بالدوائر القضائية في المحاكم التجارية تنحصر في أربعة أنواع، وهي:



**النوع الأول:** المنازعات التي تنشأ بين التجار بسبب أعمالهم التجارية الأصلية أو التبعية إذا كانت قيمة المطالبة الأصلية لا تزيد على مليون ريال.

**النوع الثاني:** الدعاوى المقامة على التاجر في منازعات العقود التجارية متى كانت قيمة المطالبة الأصلية في الدعوى تزيد على خمسمائة ألف ريال ولا تزيد على مليون ريال.

**النوع الثالث:** الدعاوى والطلبات المتعلقة بالحارس القضائي والأمين والمصفي والخير المعينين ونحوهم أيًّا كان مبلغ المطالبة فيها متى اتصلت بإحدى الدعاوى الواردة في النوعين السابقين.

**النوع الرابع:** دعاوى التعويض عن الأضرار الناشئة عن دعوى سبق نظرها من المحكمة أيًّا كان مبلغ المطالبة فيها متى كانت الدعوى التي سبق نظرها من المحكمة داخلة في أحد النوعين الأول والثاني الواردين هنا.

٩. الاختصاص القيمي للدوائر القضائية بالمحاكم العامة لا يخلو إما أن يكون بين دائرتين: الجزئية والعامة، وإما أن يكون دائراً بين ثلاث دوائر، إذ تارة يكون من اختصاص الدائرة التجارية، وتارة من اختصاص الدائرة الجزئية، وتارة من اختصاص الدائرة العامة، وذلك حسب التفصيل الوارد في ثنايا البحث.

### أبرز التوصيات:

١. يوصي الباحث بأن ينص المنظم على آلية العمل في تحديد قيمة المطالبة الأصلية إذا لم تكن ضمن الحالات المنصوص عليها في النظام واللائحة،

وألا يتركها مجالاً للاجتهد واختلاف وجهات النظر، وقد جاء بيان ذلك في  
المطلب الثاني من المبحث الأول.

٢. كما يوصي الباحث بأن يعالج المنظم حالة ما إذا لم يكن في المنطقة أو  
المحافظة أو المركز محكمة تجارية ولا دائرة تجارية، وتحديد محكمة الاستئناف  
المختصة بالنظر في مثل هذه الحالات، وقد جاء بيان ذلك في المطلب الثاني  
من المبحث الرابع عند الحديث عن (الدائرة العامة).

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد  
وعلى آله وصحبه أجمعين.



## فهرس المراجع والمصادر

١. أبحاث في أحكام - فقه وقضاء وقانون، أحمد شاكر، مطبعة المعارف، مصر.
٢. أحكام الدعوى القضائية، عبد الله آل خنين، الجمعية العلمية القضائية السعودية، المملكة العربية السعودية، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٤٠هـ.
٣. الأحكام السلطانية، أبو يعلى محمد الفراء، تحقيق: محمد الفقي، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ١٤٢١هـ.
٤. الأحكام السلطانية والولايات الدينية، الماوردي، تحقيق: خالد العلمي، دار الكتاب العربي، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ.
٥. الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية، علاء الدين البعلي، تحقيق: د. أحمد الخليل، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الدمام، الطبعة الأولى، ١٤٣٦هـ.
٦. أخبار القضاة، وكيع محمد بن خلف، عالم الكتب، لبنان، بيروت.
٧. الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي، د. ناصر الغامدي، مكتبة الرشد، المملكة العربية السعودية، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤٢٨هـ.
٨. الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية، د. أحمد مخلوف، بحث منشور بمجلة العدل، عدد (٦٦)، ذو القعدة ١٤٣٥هـ.
٩. اختلاف الأحكام القضائية، د. أحمد البدراني، دار الفضيحة ودار البلد، المملكة العربية السعودية، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٤١هـ.
١٠. أدب القاضي، الماوردي، تحقيق: محيي السرحان، رئاسة ديوان الأوقاف إحياء التراث الإسلامي، مطبعة الإرشاد، العراق، بغداد، ١٣٩١هـ.
١١. الاستخلاص في أحكام الاختصاص، عبد الله آل خنين، دار الحضارة، المملكة العربية السعودية، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٤٢هـ.

١٢. إيضاح طرق الاستقامة في بيان أحكام الولاية والإمامة، يوسف ابن عبد الهادي «ابن المبرد»، تحقيق: نور الدين طالب، دار النوادر، سوريا، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٣٢هـ.
١٣. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم، وهامشه: منحة الخالق على البحر الرائق، ابن عابدين، الطبعة الأولى، المطبعة العلمية، القاهرة، ١٣١١هـ.
١٤. تشكيل المحاكم لعام ١٤٤٢هـ، الإصدار (٢، ١) بتاريخ ٥/٧/١٤٤٢هـ، الأمانة العامة للمجلس الأعلى للقضاء، المملكة العربية السعودية.
١٥. تشكيل المحاكم لعام ١٤٤٣هـ، الإصدار (٠، ١) بتاريخ ٢٧/١١/١٤٤٢هـ، الأمانة العامة للمجلس الأعلى للقضاء، المملكة العربية السعودية.
١٦. تقييد السلطة القضائية في الاختصاص والحكم الواجب التطبيق، د. محمد المرزوقي، مكتبة التوبة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، ١٤٣٩هـ.
١٧. التنظيم القضائي الجديد في المملكة العربية السعودية، د. محمد الفوزان، مكتبة القانون والاقتصاد، المملكة العربية السعودية، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣١هـ.
١٨. التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في ضوء الشريعة الإسلامية ونظام السلطة القضائية، د. سعود آل دريب، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤١٩هـ.
١٩. التوضيحات المرعية لنظام المرافعات الشرعية بالمملكة العربية السعودية، د. نبيل الجبرين، دار التدمرية، المملكة العربية السعودية، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٨هـ.
٢٠. الجوامع العدلية على نظام المرافعات الشرعية بالمملكة العربية السعودية، محمد الدوسري، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الدمام، الطبعة الأولى، ١٤٤١هـ.





٢١. حاشية ابن قندس على الفروع لابن مفلح، تحقيق: د. عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة ودار المؤيد، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.
٢٢. حاشية على الروض المربع من كتاب القضاء إلى آخر كتاب الإقرار، عبد الله آل خنين، دار الحضارة، المملكة العربية السعودية، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٤٢هـ.
٢٣. الخرشبي على مختصر خليل، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، الطبعة الثانية، ١٣١٧هـ.
٢٤. دلالات الألفاظ في مباحث الأصوليين، د. يعقوب الباحثين، دار التدمرية، المملكة العربية السعودية، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٤هـ.
٢٥. الذخيرة، القرافي، تحقيق: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.
٢٦. روضة الطالبين وعمدة المفتين، النووي، إشراف/ زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ.
٢٧. روضة القضاة وطريق النجاة، علي السمناني، تحقيق: د. صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة ودار الفرقان، لبنان، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٤هـ.
٢٨. زاد المعاد في هدي خير العباد، ابن القيم، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ.
٢٩. الشرح الكبير، شمس الدين عبد الرحمن ابن قدامة، ومعه: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين المرادوي، تحقيق: د. عبد الله التركي، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، الرياض، ١٤٣٢هـ.
٣٠. شرح النظام التجاري السعودي، د. عدنان العمر ود. درويش درويش، دار الثقافة، الأردن، عمان، الطبعة الأولى، ١٤٣٨هـ.

٣١. شرح مختصر الروضة، الطوفي، تحقيق: د. عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٣٢هـ.
٣٢. شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، محمد عlish، مكتبة النجاح، ليبيا، طرابلس.
٣٣. الضمانات الدستورية للقاضي عند إلزامه بالحكم بمقتضى الأنظمة، د. محمد المرزوقي، مكتبة التوبة، المملكة العربية السعودية، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٤١هـ.
٣٤. عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذى، ابن العربي، وضع حواشيه: جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
٣٥. العقود التجارية وعمليات البنوك، د. عبد الرحمن قرمان، دار الإجازة، المملكة العربية السعودية، الرياض، الطبعة الحادية عشرة، ١٤٤٢هـ.
٣٦. العقود التجارية وعمليات البنوك، د. مصطفى كمال طه، دار المطبوعات الجامعية، مصر، الإسكندرية، ٢٠٠٢م.
٣٧. العقود التجارية وعمليات البنوك، د. منذر القضاة، مكتبة الرشد، المملكة العربية السعودية، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٨هـ.
٣٨. العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، د. محمد الجبر، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤١٨هـ.
٣٩. الفتاوى الهندية، الطبعة الثانية، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، ١٣١٠هـ.
٤٠. القاموس المحيط، الفيروز آبادي، تحقيق: يوسف البقاعي، دار الفكر، لبنان، بيروت، ١٤١٥هـ.
٤١. القانون التجاري السعودي، د. عبد الهادي الغامدي، المملكة العربية السعودية، جدة، الطبعة الثالثة، ١٤٤٠هـ.



- ٤٢ . القانون التجاري السعودي، د. محمد الجبر، الطبعة الرابعة، ١٤١٧هـ.
- ٤٣ . قضاء الظل، د. عمر الخولي، المركز السعودي للبحوث والدراسات القانونية، المملكة العربية السعودية، جدة، الطبعة الثانية، ١٤٣٩هـ.
- ٤٤ . قواعد السلوك المهني للمحامين، الصادرة بقرار معالي وزير العدل رقم (٣٤٥٣) وتاريخ ٢٤ / ١٢ / ١٤٤٢هـ.
- ٤٥ . القواعد الفقهية، ابن رجب، تحقيق: د. محمد البناء، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية.
- ٤٦ . الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي وفقاً للنظام الصادر عام ١٤٣٥هـ، عبد الله آل خنين، مكتبة الرشد، الطبعة السابعة، ١٤٤١هـ.
- ٤٧ . الكافي، ابن قدامة، تحقيق: د. عبد الله التركي، دار هجر، مصر، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
- ٤٨ . كشاف القناع عن متن الإقناع، البهوتي، تحقيق: لجنة متخصصة في وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية.
- ٤٩ . كيف تحدد مسار قضيتك، أحمد القحطاني، دار الميمان، المملكة العربية السعودية، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٨هـ.
- ٥٠ . اللجان شبه القضائية في القانون السعودي، د. أيوب الجربوع، الطبعة الأولى، ١٤٣٩هـ.
- ٥١ . لسان العرب، ابن منظور، تحقيق: أمين عبد الوهاب ومحمد العبيدي، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، لبنان، بيروت، الثالثة، ١٤١٩هـ.
- ٥٢ . المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا، مركز البحوث بوزارة العدل، المملكة العربية السعودية، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٨هـ.

٥٣. المبسوط في أصول المرافعات الشرعية، د. عبد الله الدرعان، مكتبة التوبة، المملكة العربية السعودية، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ.
٥٤. مجلة الأحكام العدلية مع شرحها (شرح المجلة)، سليم رستم، منشورات الحلبي الحقوقية.
٥٥. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، الهيثمي، دار الكتاب العربي، لبنان، بيروت.
٥٦. مجموعة النظم «قسم القضاء الشرعي، من سنة ١٣٤٥هـ إلى سنة ١٣٥٧هـ»، مطبعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٣٥٧هـ.
٥٧. محاكم القضاء التجاري في المملكة العربية السعودية، د. محمد ليبيا ود. محمد نقاسي ومحمد حريز وماهر عبد الله، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد (الخامس والثلاثون)، ٢٠٢٠م.
٥٨. مختار الصحاح، الرازي، تحقيق: يوسف محمد، المكتبة العصرية، لبنان، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٧هـ.
٥٩. المختصر الوسيط في التعليق على نظام المحاماة بالمملكة العربية السعودية، د. عبد العزيز القصير، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الدمام، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ.
٦٠. المدخل إلى إجراءات التقاضي في محاكم القضاء العام، عبد الرحمن اللحيان، دار الحضارة، الطبعة الأولى، ١٤٤١هـ.
٦١. المدخل إلى النظام التجاري السعودي، د. زهير كريم ود. أحمد مخلوف، مركز البحوث والدراسات بمعهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية، الرياض، ١٤٤١هـ.
٦٢. المراسيل، أبو داود السجستاني، تحقيق: د. عبد الله الزهراني، دار الصميعي، المملكة العربية السعودية، الرياض.



٦٣. مسند الفاروق، ابن كثير، تحقيق: إمام علي، دار الفلاح، مصر، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ.
٦٤. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الفيومي، تحقيق: عادل مرشد.
٦٥. المصنف، عبد الرزاق الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، منشورات المجلس العلمي، المكتب الإسلامي، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٣٩٠هـ.
٦٦. معجم القانون، مجمع اللغة العربية، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، مصر، القاهرة، ١٤٢٠هـ.
٦٧. المعجم الكبير، الطبراني، تحقيق: حمدي السلفي، مكتبة ابن تيمية، مصر، القاهرة، الطبعة الثانية.
٦٨. معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، د. نزيه حماد، دار القلم، سوريا، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ.
٦٩. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، مصر، الطبعة الخامسة، ١٤٣٢هـ.
٧٠. معجم مصطلحات القضاء الشرعي، د. محمد الزحيلي ود. عبد الحق حميش، مكتبة دار البيان، سوريا، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٤٠هـ.
٧١. معجم مقاييس اللغة، ابن فارس، تحقيق: د. محمد مرعب وفاطمة أصلان، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
٧٢. المغني، موفق الدين ابن قدامة، تحقيق: د. عبد الله التركي ود. عبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، الرياض، ١٤٣٢هـ.
٧٣. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الشريني، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ١٤٢١هـ.
٧٤. مفردات ألفاظ القرآن، الراغب الأصفهاني، تحقيق: صفوان داوودي، دار القلم والدار الشامية، سوريا، دمشق، الطبعة الثانية، ١٤١٨هـ.



٧٥. المنتقى شرح موطأ مالك، أبو الوليد الباجي، تحقيق: محمد عطا، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.
٧٦. الموسوعة الفقهية «الكويتية»، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الطبعة الرابعة، ١٤١٤هـ.
٧٧. نظام الإجراءات الجزائية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢) وتاريخ ١٤٣٥/١/٢٢هـ.
٧٨. النظام الأساسي للحكم، الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/٩٠) وتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ.
٧٩. نظام الشركات، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) وتاريخ ١٤٣٧/١/٢٨هـ.
٨٠. نظام القضاء، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ.
٨١. نظام المحاكم التجارية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٩٣) وتاريخ ١٤٤١/٨/١٥هـ، ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار معالي وزير العدل رقم (٨٣٤٤) وتاريخ ١٤٤١/١٠/٢٦هـ.
٨٢. نظام المحاماة، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٨) وتاريخ ١٤٢٢/٧/٢٨هـ، ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار معالي وزير العدل رقم (٤٦٤٩) وتاريخ ١٤٢٣/٦/٨هـ.
٨٣. نظام المرافعات الشرعية «الجديد»، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٩٣) وتاريخ ١٤٤١/٨/١٥هـ.
٨٤. نظام المرافعات الشرعية «القديم»، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢١) وتاريخ ١٤٢١/٥/٢٠هـ، ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير العدل رقم (٤٥٦٩) وتاريخ ١٤٢٣/٦/٣هـ.
٨٥. نظام ديوان المظالم، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ.

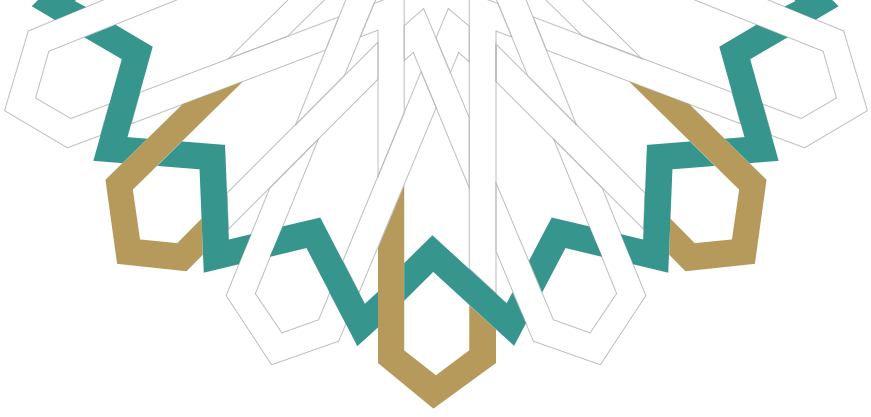


٨٦. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الرملي، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤هـ.
٨٧. نهاية المطلب في دراية المذهب، الجويني، تحقيق: د. عبد العظيم الديب، دار المنهاج، المملكة العربية السعودية، جدة، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ.
٨٨. الوجيز في النظام التجاري السعودي، د. سعيد يحيى، الطبعة السادسة، ١٤١٦هـ.
٨٩. الوسيط في شرح التنظيم القضائي الجديد بالمملكة العربية السعودية، د. أحمد مخلوف، مركز البحوث بمعهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية، الرياض، ١٤٣٤هـ.
٩٠. الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية، د. أحمد مخلوف، توزيع: دار الإجازة، طبعة ٢٠١٩م.
٩١. الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية الجديد، حسام الدين توفيق، مركز الدراسات العربية، مصر، الطبعة الأولى، ١٤٣٦هـ.
٩٢. الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، د. محمود عمر، خوارزم العلمية، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٣٦هـ.









استخدام الذكاء الاصطناعي  
في تنفيذ العقوبات الجنائية  
بالنظام السعودي  
دراسة مقارنة بالقانون الإماراتي

أ. د. نهاد فاروق عباس

جامعة دار العلوم

كلية الحقوق

## مقدمة

تم تطبيق استخدامات الذكاء الاصطناعي في تنفيذ العقوبات كبديل عنها بنظام المراقبة الإلكترونية بالسوار الإلكتروني في أغلب دول العالم، ولا سيما دول قارة أوروبا وأمريكا، وبعض دول آسيا، وأصبح جزءاً أساسياً في نظام العدالة الجنائية به. ودخل نظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية كبديل للتدابير الأمنية وللعقوبة أيضاً. كما يعد نظام المراقبة الإلكترونية من الأنظمة البديلة للعقوبة السالبة للحرية والجلد في النظام السعودي، إذ إن معظم التشريعات التي أخذت بهذا النظام قصرته على المحكوم عليهم لتجنيبهم الآثار السيئة الناتجة عن إيداعهم داخل السجون، والبعض أقره كعقوبة وتدبير معاً كالمرشع الإماراتي.

### مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في مناقشة مدى صلاحية استخدام الذكاء الاصطناعي في شكل السوار الإلكتروني لتنفيذ العقوبة وتفادي عيوب الحبس قصير المدة كبديل. وهو ما يظهر في التساؤل الرئيس كالتالي:

ما مدى صلاحية الذكاء الاصطناعي باستخدام السوار الإلكتروني في تنفيذ العقوبات بالنظام السعودي والقانون الإماراتي؟

### تساؤلات البحث:

١. ما الذكاء الاصطناعي المتمثل في المراقبة الإلكترونية؟

٢. هل من ضوابط قانونية لاستخدام الذكاء الاصطناعي المتمثل في المراقبة الإلكترونية؟

٣. كيف تظهر ذاتية الذكاء الاصطناعي المتمثل في المراقبة الإلكترونية عما يتشابه معه؟

### أهداف البحث:

١. توضيح الذكاء الاصطناعي المتمثل في المراقبة الإلكترونية.

٢. مناقشة الضوابط القانونية لاستخدام الذكاء الاصطناعي المتمثل في المراقبة الإلكترونية.

٣. تحليل ذاتية الذكاء الاصطناعي المتمثل في المراقبة الإلكترونية عما يتشابه معه.

### حدود البحث:

الحدود الموضوعية: ينصب البحث على مناقشة مشروع نظام العقوبات البديلة السعودي ونصوص القانون الإماراتي.

الحدود الزمنية: ٢٠١٩-٢٠٢٠م بحسب ما توافر لدينا من تطبيقات قضائية.

الحدود المكانية: المملكة العربية السعودية ودولة الإمارات العربية المتحدة.

## أهمية البحث:

### الأهمية العلمية:

تظهر الأهمية العلمية للبحث في عدة نقاط أهمها:

١. تدخل الذكاء الاصطناعي في السياسة الجنائية العقابية.
٢. الحاجة إلى صياغة قانونية متطورة حسب تطور الذكاء الاصطناعي في ارتكاب الجريمة.

### الأهمية العملية:

تظهر أهمية البحث عملياً في عدة نقاط أهمها:

١. تحديث تفعيل السياسة الجنائية العقابية باستخدام الذكاء الاصطناعي.
٢. تطوير وسائل تنفيذ العقوبة حسب تطور الوسط الإلكتروني في كيفية ارتكاب الجريمة.

## منهج البحث:

يعتمد البحث المنهج الوصفي باستقراء النصوص القانونية وتحليلها في النظام السعودي والمنهج المقارن، بمقارنة هذه النصوص بما يقابلها في القانون الإماراتي توصلًا إلى نتائج علمية لها قيمة في الواقع العملي.

المبحث الأول: ماهية الذكاء الاصطناعي في المراقبة الإلكترونية:

المطلب الأول: مفهوم المراقبة الإلكترونية.

المطلب الثاني: خصائص المراقبة الإلكترونية.

المبحث الثاني: ضوابط استخدام الذكاء الاصطناعي بالمراقبة الإلكترونية:

المطلب الأول: الضوابط الموضوعية لتطبيق المراقبة الإلكترونية.

المطلب الثاني: الضوابط الإجرائية لتطبيق المراقبة الإلكترونية.

المبحث الثالث: مقارنة استخدام الذكاء الاصطناعي في المراقبة الإلكترونية

وما يتشابه معها:

المطلب الأول: المراقبة الإلكترونية والإفراج الشرطي.

المطلب الثاني: المراقبة الإلكترونية والحبس الاحتياطي.

## المبحث الأول

### ماهية الذكاء الاصطناعي في المراقبة الإلكترونية

#### تمهيد وتقسيم:

لقد شهد العصر الحالي قفزات واسعة في التطور التقني بأنظمة المعلومات، ومن أبرزها ما يسمى بـ«الذكاء الاصطناعي»، ومن أمثله هنا محل البحث السوار الإلكتروني كوسيلة لتنفيذ العقوبات بالمراقبة الإلكترونية، والذي يعد مجالاً حديثاً نوعاً ما للبرمجيات الذكية التي تساعد في تسهيل المهام والسبل في الحصول على المعلومة وربطها بقنوات تواصل تعمل على زيادة معدل السيولة المعرفية. وتستخدم تقنيات الذكاء الاصطناعي في العديد من المجالات التي أبرزت جائحة كورونا الحاجة الملحة في استخدامها في غالب المجالات الحياتية، سواء في ممارسة الأنشطة اليومية من قراءات ومشتريات وتعليم وأمن، وكذلك المراقبات الأمنية لتنفيذ العقوبات، وهو مجال البحث. وعليه ينقسم المبحث الحالي إلى مطلبين كالتالي:

**المطلب الأول:** مفهوم الذكاء الاصطناعي والمراقبة الإلكترونية.

**المطلب الثاني:** خصائص المراقبة الإلكترونية.

**المطلب الأول:** مفهوم الذكاء الاصطناعي والمراقبة الإلكترونية:

**مفهوم الذكاء الاصطناعي:**

ليس لمجال القانون الجنائي استهداف التوصل إلى تعريف للذكاء الاصطناعي، ولكنه من ضرورات البحث البدء بتحديد ماهية الوسيلة

التقنية المستخدمة في مراقبة تنفيذ العقوبة وتحديد شكلها العملي الذي تقوم السلطات المختصة باتباعه؛ وعليه نركز على تحديد ماهية الذكاء الاصطناعي من مراجعه المتخصصة.

تعددت التعريفات المتخصصة للذكاء الاصطناعي، ولم يتم الاستقرار على تعريف محدد، إلا أن الغالب يدل على مفهوم عام هو ما يصنعه الإنسان في الآلات التي تؤدي أعمالاً منطقية تحاكي تصرفات الإنسان الطبيعي<sup>(١)</sup>.

وقد حلله المختصون إلى أنه اجتماع مصطلحين معاً في تحديد ماهية «الذكاء» بمعنى القدرات الذهنية على الفهم والتقدير، بالإضافة إلى مصطلح «الاصطناعي»، أي إنه مصنع أو مرتب تركيبه من قبل الإنسان لاستبدال الذكاء الطبيعي أو الأنشطة الطبيعية التي تصدر من الإنسان الطبيعي بالذكاء الاصطناعي الذي يقوم باصطناعه الإنسان المختص بواسطة عمل خوارزميات وعمليات رياضية وحسابية معقدة تنتج نشاطاً علمياً متوافقاً مع المعلومات التي تم إدخالها لجهاز معين يتصرف كما يتصرف الإنسان، ولكن وفق تصنيعه لهدف محدد، أو لإحلاله محل الإنسان الطبيعي<sup>(٢)</sup>.

وبصفة عامة يكون الجهاز أو الآلة أو الأشياء التي يصطنعها الإنسان بحسب خبرته وتخصصه في صناعة الروبوت والهندسة التكنولوجية ويغذيه بقدر من المعلومات تكون الذكاء الذي يمكنه من القيام بمهام مماثلة لما يقوم

(١) عثمانية، أمينة، ٢٠١٩، المفاهيم الأساسية للذكاء الاصطناعي، ط ١، كتاب جماعي يصدر عن المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين، ألمانيا، ص ٤٠.

(٢) المرجع السابق، ص ١١.

به الإنسان من خلال الشبكات العصبونية التي يقوم المختص بتوصيلها ببعضها حتى تستجيب لما يأتيها من أوامر للقيام بتنفيذها في محيط محدد<sup>(١)</sup>.  
 إلا أن هذا المفهوم يدل على أن الإنسان أيضاً ما زال هو المتحكم فيما يتغذى به العقل الاصطناعي الذي يؤدي بهذه التقنية أعمالاً تدل على توافر الذكاء الاصطناعي في هذا المخزن الإلكتروني للمعلومات التي تخرج في شكل سلوك تقني مشابه لما يقوم به البشر، بل ولها القدرة على كشف الخلل فيما يتوافر لديها من معلومات وما يقابله في الواقع والعمل على إصلاحه<sup>(٢)</sup>.  
 ومن هنا يجد الذكاء الاصطناعي دوره في أن يحل محل البشر في العديد من الأمور التي قد لا تحتاج إلى تواجد مادي للبشر، وإنما يكفي توافر معلومات محددة لديها للتصرف بشكل معين، ومنها العديد من النماذج والآلات التي تقوم بتنفيذ أنشطة تتطلب ذكاء إذا قام بها البشر. ومن هنا يظهر لنا قدرة الذكاء الاصطناعي على أداء الأعمال المطلوبة من البشر، بالإضافة إلى القدرة الأساسية في اكتساب المعرفة والعلوم<sup>(٣)</sup>.

(١) خبابة، عبد الله - جباري، عبد الوهاب، ٢٠١٠، النظم الخبيرة و نظم دعم القرار كمدخل لاتخاذ القرار في المؤسسة، <http://iefpedia.com/arab/wp-content/uploads/> pdf، ص ٦.

(٢) نور الدين، مزياني - صالح، بلاسكة، ٢٠١٢، مساهمة الأنظمة الخبيرة في تقييم أداء المؤسس، الملتقى الوطني العاشر حول أنظمة المعلومات المعتمدة على الذكاء الاصطناعي ودورها في صنع قرارات المؤسسة الاقتصادية، جامعة سكيكدة، الجزائر، ص ١٠.

(٣) آل سليمان، مبارك بن سعد، ٢٠١٠، مقدمة عن النظم الخبيرة وخطوات تصميمها، الندوة العلمية حول النظم الخبيرة في مكافحة الحرائق في المنشآت المدنية، جامعة نايف



ومما يظهر لنا من هذه الماهية التقنية للذكاء الاصطناعي أنه قادر على التحديث ما دام أنه بوتقة العلم في وضع وخلط المعلومات بربطها ببعضها وترتيبها في خوارزميات محوسبة تعطي استجابات تقنية تنجز الأعمال المطلوبة. ويظهر الذكاء الاصطناعي في مجال الأمن أيضاً طفرات سريعة ومتطورة حسب الظروف المحيطة للتمكن من التعامل مع الحالات الطارئة والحالات الحرجة، فقد استخدم ليس فقط في تأمين شخصية المواليد على سبيل المثال في المستشفيات وضمان عدم خروج المولود من المستشفى بعيداً عن أمه، فلبس السوار الإلكتروني لتأمينه، بل أيضاً لضمان حق المستشفى في عدم التهرب من دفع المصاريف على سبيل المثال بعدم الخروج بالمولود من مبنى المستشفى لمراقبة السوار الذي يلبسه هو ووالدته، كما تظهر هذه التقنية أيضاً نسبة المولود لوالدته.

ومن خلال هذه التقنيات تطور الحال إلى استخدامها في العديد من المجالات، وأهمها في الوقت الراهن استخدامها في التعليم وتخزين المعلومات وإعادةها مرة أخرى وعرضها على شكل رسومات وهايكل تنظيمية تفيد في مجال المعرفة والتعلم وتطوير أساليب التعليم والتعلم وتسهيل اتخاذ القرار في اعتماد طرق تعليم متطورة عن بعد تحل محل التعليم التقليدي<sup>(١)</sup>.

العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ص ١١.

(١) شلابي، عمار-بونور، جهاد، ٢٠١٢، الذكاء الاصطناعي والنظم الخبيرة، الملتقى الوطني العاشر حول أنظمة المعلومات المعتمدة على الذكاء الاصطناعي ودورها في صنع قرارات المؤسسة الاقتصادية، جامعة سكيكدة، الجزائر، ص ١١.

ومن هنا برزت أهمية وفعالية السوار في الجانب الأمني؛ مما جعل الأمر يتطور بتطور وسائل ارتكاب الجريمة إلى تطور على جانب آخر هو تطور في مراقبة المجرمين؛ حيث ظهر السوار في يد السجين في العديد من السجون الحديثة؛ لما له من أهمية في تتبع المحكوم عليه داخل المؤسسة العقابية وخارجها.

كما أن له من الأهمية في العديد من الجوانب في هذا الأمر؛ حيث إنه من جهة يضمن تحقيق شخصية المحكوم عليه أو المتهم الموجود في التوقيف، كما يسجل عليه كل بياناته، كما يرتبط إلكترونياً بالإدارة التي تقوم بدورها في الحفظ والصيانة داخل المحبس وخارجه<sup>(١)</sup>.

ومن جانب آخر تضمن تواجد في محبسه وعدم خروجه منه؛ حيث إن له تقنية تعمل على إشعار الإدارة بخروجه من محبسه، أو بعده عن النطاق المكاني الذي يفترض عدم تعديه له.

ومن جانب ثالث فهو يضمن عدم هروب السجين أو الموقوف أثناء نقله؛ حيث إنه يصعب نزعه من قبل الشخص الذي قيد به، فلا يمكن له شخصياً فعل ذلك، وعليه يكون محل تتبع من السلطة المختصة في أي مكان يذهب إليه، ولو كان هارباً يسهل إرجاعه إلى محبسه.

كما تم الاستفادة من السوار كذلك في بدائل العقوبات البسيطة التي تنفذ على بعض فئات المجرمين الذين يكتفى في حقهم باستبدال العقوبة البسيطة

(١) أحمد، إبراهيم علي محمد، ٢٠٠٦، فقه الأمن والمخابرات، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف، الرياض، ص ١٤٣.

كالحبس البسيط بأن تقوم السلطة بتقرير بديل لها هو المراقبة البوليسية؛ ذلك الإجراء البديل، أو الاحتياطي الذي يضمن بوجود السوار بيد المحكوم عليه مراقبته بالطرق الأسرع والأسهل على السلطة؛ حيث يلتزم بالتواجد في مكان معين في توقيت معين تعمل السلطة على تتبعه وعدم تعديه المنطقة المحددة.

كما أنه يعلم مسبقاً بأسلوب المراقبة من حيث النطاق الزمني له، وكذلك النطاق المكاني، كما يعلم أنه في حال أبسط من حال المحبس وتنفيذ العقوبة الأصلية المنصوصة عليه؛ لذا كان لزاماً على المحكوم عليه الالتزام بما توفره له السلطة من بدائل.

ومن جانب آخر فإن التزامه يضمن له عدة جوانب من الحماية؛ حيث إنه يوفي عقوبته في حرية وليس في شكل عقابي، وعلى جانب آخر يبعده عن أماكن سبق وأن تردد عليها ومنع منها لوجود الرقابة<sup>(١)</sup>، كما يسهم السوار بشكل غير مباشر في أن يعمل المحكوم عليه على تحسين سيره وسلوكه حتى لا يقع في شباك الجريمة مرة أخرى؛ لذا يعمل السوار بهذا الشكل على تحقيق أغراض العقوبة، وأهمها تحقيق الردع الخاص بعدم العودة إلى طريق الجريمة بأي شكل كانت الجريمة، وعلى أي قدر من الخطورة الإجرامية.

(١) ذات المعنى: إبراهيم، درة عبد الباري، ٢٠٠٣، تكنولوجيا الأداء البشري في المنظمات، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ص ٢٦.

## مفهوم المراقبة الإلكترونية:

ورد معنى المراقبة بالانتظار في الفقه الإسلامي؛ حيث ذكر في المذهب الحنفي: «معنى الرقيب عندهما إن مت قبلك فهو لك، واللفظ من المراقبة كأنه يراقب موته، وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل»<sup>(١)</sup>.

وفي الفقه المالكي: «وأما السارق الذي يندفع بالحراسة فلا يسقط به الحج وهو ظاهر، وشمل أيضًا كلامه الأمن على المال من المكاس، وهو الذي يأخذ من أموال الناس شيئًا مرتبًا في الغالب، وأصل المكس في اللغة النقص والظلم ويقال له: العشار؛ لأنه يأخذ العشور في كثير من البلاد، ومنه الرصدي الذي يرقب الناس على المراصد ليأخذ منهم مالا»<sup>(٢)</sup>.

وعند الشافعي ذكر أنه: «(ويراقب المغرب) أي يحفظ بالمراقبة في المكان الذي غرب إليه»<sup>(٣)</sup>.

وتعددت المصطلحات التي تعبر عن المراقبة الإلكترونية، فمنها السوار الإلكتروني، ومنها الملاحظة الإلكترونية، ومنها المراقبة القضائية

(١) المرغنياني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني، الهداية في شرح بداية المبتدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ج ٣، كتاب الهبة، باب الرجوع في الهبة، فصل ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة، ص ٢٢٨.

(٢) الخطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨م، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط ٢، القاهرة، دار الفكر العربي، ج ٢، كتاب تنبيهات أحرص الصبي بغير إذن وليه ولم يعلم، ص ٤٩٤.

(٣) الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا، زين الدين أبو يحيى، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، (د.ط)، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ج ٤، كتاب حد الزنا، باب الموجب لحد الزنا، فصل لا يثبت الحد إلا ببينة أو إقرار، ص ١٣٠

الإلكترونية، ولم يستقر الأمر على مصطلح واحد إلا أن جميعها يدل على وضع المحكوم عليه تحت المراقبة تحت يد السلطة، سواء أكان في محبسه لتنفيذ العقوبة فيما يتعلق بالجرائم الخطيرة، أو كان المحكوم عليه ممن ارتكب جريمة بسيطة، ويكون أمر الوضع تحت المراقبة الإلكترونية من باب تنفيذ العقوبة في إطار من الحرية نوعاً ما ولكن في محل محدد، سواء مكان معين أو محل إقامته<sup>(١)</sup>.

فالمراقبة بصفة عامة من المصطلحات القانونية شائعة الاستخدام بصفة خاصة في مجال القانون الجنائي عامة كإجراء تحفظي أو استدلالي وكوسيلة لمراقبة تنفيذ العقوبات المقيدة للحرية وبديلة عن تنفيذ العقوبات السالبة للحرية للمدد البسيطة.

وكان ينظر إلى المراقبة الإلكترونية في بداية ظهورها كإجراء إداري له مغزى اجتماعي يعمل على إعادة تهيئة المحكوم حتى يصبح إنساناً صالحاً للتعامل السوي بين أفراد المجتمع. كما أنها ظهرت بداية في صورة بسيطة هي وجود كاميرات المراقبة بداخل السجون لمراقبة تنفيذ العقوبات السالبة للحرية والمقيدة لحرية التنقل داخل السجون، كما كانت أيضاً لتحقيق الأمن داخل السجون وحفظ سلامة المساجين وحقهم في الأمن والسلامة. وعلى هذا الحال بقيت المراقبة الإلكترونية روتيناً أمنياً عادياً وبسيطاً من متطلبات

(١) القاضي، رامي متولي، ٢٠١٧، توظيف التقنيات الحديثة في مجال السياسة العقابية السوار الإلكتروني نموذجاً، بحث بمجلة الفكر الشرطي مجلة دورية ربع سنوية، عملية محكمة ومفهرسة. تعنى بالعلوم الشرطية تصدر عن مركز بحوث الشرطة - القيادة العامة لشرطة الشارقة، المجلد (٢٦)، العدد (١٠٣)، ص ٨.

الحماية الأمنية والجنائية للمساجين والإدارة، وكذلك المباني للمؤسسات العقابية، كما هو الحال في أبراج المراقبة المقامة على أسوار السجون للحراسة، وفي ذات الوقت تعمل على كشف التسلل، وترتبط هذه الكاميرات الموزعة داخل الغرف والعنابر وعلى الأسوار بغرفة مراقبة أمنية مركزية بها شاشات عرض تعمل على مدار الساعة.

ولكن نظرًا لسوء الأحوال الاقتصادية من جهة وضعف السيطرة الأمنية وتطورها وفق تطور أساليب الجريمة من جهة أخرى أصبحت السجون مكتظة بالمحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية، بل أصبح من يقضي عقوبة بسيطة يوجد بذات المحبس مع من يقضي عقوبة أطول مدة، فأصبح المحبس هو مكان لتعلم الإجرام وتناقل الخبرات الإجرامية بين المحكوم عليهم فيها. فكان هذا أدعى إلى ظهور الحاجة إلى ما يسمى بالمراقبة الإلكترونية كبديل لتنفيذ عقوبة الحبس البسيط بوسائل إلكترونية هي ما يطلق عليه السوار الإلكتروني؛ وهو ما طبقه القضاء الإماراتي في أحكامه، ومنها القضاء بالحبس لمدة سنتين عن جريمة تعاطي المؤثرات العقلية مع الأمر بتنفيذ العقوبة بطريق المراقبة الإلكترونية<sup>(١)</sup>.

وقد واجهت المراقبة الإلكترونية عددًا من الاختلافات في تحديد ماهيتها، على اعتبارها مجرد إجراء أو تدبير احترازي مانع للعود إلى الجريمة فيما بعد الإفراج، كما أنه لم يتم النص عليها كعقوبة قانونية ثابتة.

(١) حكم محكمة العين الابتدائية، القضية رقم (١٤٤٩/٢٠٢٠) جزاء، نيابة العين الكلية، بتاريخ ٢٠٢٠/٩/٢ م.

على حين ظهر الاختلاف في اعتبارها بوجه آخر عقاباً، وإن كان لا يفيد الإيلام إلا أنه يقيد الحرية<sup>(١)</sup>، ونحن نؤيد ذلك، ونضيف أنه من الخطأ أن نصفها على أنها وسيلة عقابية بلا إيلام، بل على العكس شعور المحكوم عليه بتقييد حريته وخوفه من الخروج من المكان المحدد له، وخوفه من أن يرى أحد هذا السوار، وهو يلبسه وشعور بالقيود الفعلي في جزء من جسده، كل هذا إيلام لمثل هذا المعاقب ليس فقط لكونه إنساناً على أي حال، وإنما أيضاً لكونه من ذوي الخطورة الإجرامية البسيطة، فمن المؤكد أن مثل هذا القيد يمثل له الإيلام النفسي الذي تحقق به العقوبة غرضها.

وقد عرف المشرع الإماراتي المراقبة بموجب نص المادة (١١٥) من قانون العقوبات الاتحادي رقم (٣) لسنة ١٩٨٧م المعدل بموجب القانون رقم (٧) لسنة ٢٠١٦م بالقول: «المراقبة هي إلزام المحكوم عليه بالقيود التالية كلها أو بعضها وفقاً لما يقرره الحكم:

١. أن لا يغير محل إقامته إلا بعد موافقة الجهة الإدارية المختصة، فإذا لم يكن له محل إقامة عينت له هذه الجهة محلاً.

٢. أن يقدم نفسه إلى الجهة الإدارية المختصة في الفترات الدورية التي تحددها.

٣. أن لا يرتاد الأماكن التي حددها الحكم.

٤. أن لا يبرح مسكنه ليلاً إلا بإذن من الجهة الإدارية المختصة.

(١) عبيد، أسامة حسنين، ٢٠٠٩، المراقبة الجنائية الإلكترونية - دراسة مقارنة، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٢.

وفي جميع الأحوال، تطبق القواعد التي يصدر بتحديدتها قرار من وزير الداخلية بهذا الشأن».

ونقصد بالمراقبة هنا المراقبة الإلكترونية، والتي تعني بمفهوم الملاحظة أو الوضع تحت الملاحظة الدائمة والمستمرة المتواصلة التي تتبع المتهم لمراقبة سلوكياته في حال الاستبدال عن الحبس الاحتياطي أو مراقبة المحكوم عليه في حال تنفيذ العقوبة.

وعرفها أيضًا بقرار مجلس الوزراء الإماراتي رقم (٥٣) لسنة ٢٠١٩م في شأن المراقبة الإلكترونية بموجب نص المادة الأولى منه التي ذكر فيها أنه: «المراقبة الإلكترونية: حرمان المتهم أو المحكوم عليه من أن يتغيب في غير الأوقات الزمنية المحددة له عن محل إقامته أو أي مكان آخر يعينه الأمر الصادر من النيابة العامة أو المحكمة المختصة بحسب الأحوال». ومن هنا نرى أنه ينبغي لفت انتباه المنظم السعودي إلى تعريف العقوبات البديلة في متن النظام الجزائي للتعازير الذي يعتزم إصداره.

وعليه تأتي المراقبة الإلكترونية كصورة حية متابعة للحدث أولاً بأول وملاحقة المتهم أو المحكوم عليه ومتابعة سلوكياته التي تثبت حسن سيره الذي قد يساعده في تقصير مدة العقوبة من عدمه. بخلاف دورها في الاستدلال وجمع المعلومات كمرحلة أولية يستند إلى معلوماتها في توجيه



الافتهام إلى شخص معين بجريمة محددة وعلاقاته بأشخاص محددین، وارتیاده أماكن معينة<sup>(١)</sup>.

كما نعدّ المراقبة الإلكترونية هي لبنة بناء صرح الدعوى الجزائية باستخدامها في مرحلة الاستدلال، فتظهر المراقبة الإلكترونية كوسيلة تقنية سريعة عن المجهود البشري في جمع المعلومات، سواء عن طريق وضع الكاميرات أو لبس السوار الإلكتروني في يد المتهم المفرج عنه تحت شرط، أو من ينفذ عقوبة سالبة للحرية لمدة بسيطة.

كما تصلح لعدة حالات أهمها:

١. الوضع المؤقت تحت المراقبة الإلكترونية كبديل عن الحبس الاحتياطي.
٢. الوضع تحت المراقبة الإلكترونية كبديل عن العقوبة المقيدة للحرية.
٣. الإفراج بعد مضي نصف مدة العقوبة مع الوضع تحت المراقبة الإلكترونية.
٤. تنفيذ المراقبة الشرطية بالطريق الإلكترونية.
٥. تنفيذ الإفراج الشرطي بطريق المراقبة الإلكترونية.

فالمراقبة الإلكترونية لتنفيذ العقوبات المقصودة هنا تتأتى باللجوء إلى السوار الإلكتروني الذي يرتديه المحكوم عليه، أو بوضع كاميرات إذا كان

(١) سالم، عمر، ٢٠١٣، مظاهر استخدام التكنولوجيا الحديثة في مجال القانون الجنائي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٠.

ينفذ العقوبة في مكان المحبس للجرائم الخطيرة، فيكون السوار هو الرقيب على هذا السجين في الأماكن المغلقة. وفي الأماكن المفتوحة أيضاً يمكن أن ينفذ المحكوم عليه العقوبات البسيطة.

ومع تطور التقنيات العلمية الحديثة وتمشيًا مع لغة العصر وسعيًا وراء تحقيق رؤية ٢٠٣٠ للمملكة العربية السعودية بذلت المملكة قصارى جهدها لتواكب التطورات التقنية في أنظمتها وتوظيفها أفضل توظيف في المراقبة الإلكترونية كبديل عن العقوبات البسيطة في تنفيذها للنوعية السالبة للحرية في الجرائم البسيطة، وكذلك ضمن نص المادة الأولى من مشروع نظام العقوبات البديلة السعودي في وصف العقوبات البديلة بأنها بديلة عن الجلد والسجن الذي لا يتجاوز ثلاث سنوات؛ لما ورد بأنه: «العقوبات البديلة هي: الأعمال والتدابير والإجراءات البديلة لعقوبة الجلد أو السجن الذي لا تتجاوز مدته ثلاث سنوات، والتي تخضع لسلطة القضاء التقديرية، ويكون من شأنها تحقيق المصلحة المرجوة من العقاب وضمان حق المجني عليه وحقوق المجتمع».

واتجه المنظم السعودي إلى اعتماد مصطلح القيد الإلكتروني، وهو ما يشد من عضد رأينا أنها قيد مادي ونفسي لا يبعد عنه الشعور بالإيلام؛ وهو ما دل عليه النص في صلب (المادة الثامنة عشرة) من المشروع التي ورد بها أنه: «عند تطبيق عقوبة تقييد المحكوم عليه خارج السجن في نطاق مكاني محدد ومناسب يجوز للقاضي الأمر باتخاذ التدابير المناسبة، مثل وضع القيد الإلكتروني في معصمه، أو إلزامه بالحضور أمام الشرطة أو غيرها في ساعة

محددة، ويجب أن يتضمن الأمر بإيقاع هذه العقوبة تحديد الجهة التي يحضر أمامها، وساعة الحضور، ويجب على تلك الجهة إشعار المحكمة بمدى التزام المحكوم عليه بالحضور من عدمه».

وفي المقابل نجد المشرع الإماراتي عدّد ذكرها ليس فقط بقانون العقوبات، بل في القوانين الخاصة الأخرى، مثل قانون مكافحة الجرائم المعلوماتية كعقوبة مقيدة للحرية في هذه النوعية من الجرائم التي تشعر طبيعتها أن الفاعل لها على قدر كبير من الحرية، وأنه بعمله قادر على التخفي عن الأعين؛ فيلزمه هنا المشرع بأن يكون تحت الأعين ومحل اهتمامها أيضاً بالوضع تحت المراقبة؛ وهو ما يظهر من نص المادة (٤٣) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (٥) لسنة ٢٠١٢م في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات التي ورد بها أنه: «... يجوز للمحكمة أن تأمر بوضع المحكوم عليه تحت الإشراف أو المراقبة أو حرمانه من استخدام أي شبكة معلوماتية، أو نظام المعلومات الإلكتروني، أو أي وسيلة تقنية معلومات أخرى، أو وضعه في مأوى علاجي أو مركز تأهيل للمدة التي تراها المحكمة مناسبة».

ومن ذلك ما قضت به محكمة العين الابتدائية بالإمارات بالعقاب بالحبس لمدة ستة أشهر والغرامة بعشرين ألف درهم عن جريمة مزاولة بدون ترخيص نشاط في منطقة محمية مع الأمر بتنفيذ العقوبة بنظام المراقبة الإلكترونية<sup>(١)</sup>.

(١) حكم ابتدائي من محكمة العين، القضية رقم (٤٦٩٨/٢٠١٩) نيابة العين الكلية، بتاريخ ٢١/٥/٢٠١٩م.

## المطلب الثاني: خصائص المراقبة الإلكترونية:

الأصل أن العقوبات الواردة على الحرية تنفذ في السجون وفق ما ورد بموجب نص (المادة الأولى) من نظام السجن والتوقيف الصادر بالمرسوم الملكي (م/ ٣١) بتاريخ ٢١-٦-١٣٩٨هـ، والتي ورد بها أنه: «تنفذ عقوبات السجن في السجون، ويودع من يصدر بشأنه أمر توقيف من السلطات المختصة دور التوقيف وذلك وفقاً لأحكام هذا النظام ولائحته التنفيذية. ومع عدم الإخلال بالقواعد المتعلقة بمعاملة الأحداث»، ذلك ما لم يكون لها تنظيم مختلف كما في المراقبة الإلكترونية.

ونظراً لما تتمتع به المراقبة الإلكترونية من الاستمرارية في المراقبة والمتابعة الحثيثة الواقعية من خلال تقنية متطورة هي السوار الإلكتروني، فهي تتمتع بعدد من الخصائص منها:

### أولاً: التقنية:

تتميز المراقبة الإلكترونية بالتقنية العالية المستخدمة في مراقبة تنفيذ العقوبات التي محلها الحرية، فهي عمل تقني يقوم على تكنولوجيا متطورة في شكل السوار الإلكتروني الذي يقيد حرية المحكوم عليه بشكل تقني ملزم لفترة محددة. ويبث السوار إشارات كهربائية عن مكان تواجد المحكوم عليه (حسين، ٢٠٠٩)، وكذلك توقيت تواجده في مكان معين، سواء في محل إقامته أو في مكان معين حدده الحكم أو الأمر بذلك. ويلبس المحكوم عليه السوار في معصمه كما ذكر نص (المادة الثامنة عشرة) من مشروع نظام العقوبات البديلة السعودي السالفة الذكر. وهو ما يظهر لنا من نص (المادة

الثالثة) من قرار مجلس الوزراء الإماراتي التي أوضحت وسائل تنفيذ المراقبة الإلكترونية بالأجهزة وأنظمة التتبع، ويجوز مع ذلك لمجلس الوزراء اعتماد أية وسيلة إلكترونية أخرى يقترحها الوزير تعمل على تحقيق أهداف المراقبة الإلكترونية.

### ثانياً: كونها عملاً:

وصفت (المادة الأولى) من مشروع نظام العقوبات البديلة السعودي العقوبات البديلة بصفة عامة بعدة صفات حسب ما يتناسب مع كل منها، ومن هذه الصفات كونها عملاً في نصها بأنه: «العقوبات البديلة هي: الأعمال...»، وهو ما يمكن أن يوصف به لبس السوار الإلكتروني للقيام بالمراقبة الإلكترونية؛ ومن هنا تتمتع المراقبة الإلكترونية بكونها عملاً من أعمال السلطة تريد من خلاله مراقبة المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة، كما يعد من جهة أخرى التزام المحكوم عليه بلبس السوار وتقبل المراقبة أيضاً التزام بعمل لبقائه في إطار مكاني محدد. لذا فالمراقبة الإلكترونية بالسوار من التطبيقات أيضاً الأكثر انتشاراً من الجهة العملية»<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً: التأقيت:

المراقبة الإلكترونية من خصائصها التأقيت لفترة محددة<sup>(٢)</sup>، وهي بالتأكيد ستكون فترة بسيطة لما سيتضح لنا من شروطها فيما يلي من البحث. ويفيد

(١) الزيتي، أيمن رمضان، ٢٠٠٥، الحبس المنزلي، ط ١، دار الفكر العربي، القاهرة، ص ٧٩.

(٢) عبيد، أسامة حسنين، المرجع السابق، ص ٥.

تأقيت المراقبة الإللكترونية في تحقيق فعالية أقوى للمراقبة الإللكترونية عن غيرها من العقوبات الأساسية عند تنفيذها، سواء السجن البسيط أو الجلد فهي تحمل محل العقوبة الأساسية التي حددها النظام في نصح بحسب كل جريمة. وعلى هذا الأساس فقد وضع مشروع النظام حدًا أقصى لهذه المراقبة، ولكن ليس بعيدًا عن نص النظام الذي سيطبق على المحكوم عليه؛ حيث ذكر المشروع مدة ثلاث سنوات كحد أقصى للعقوبة التي ستحل محلها المراقبة الإللكترونية بموجب نص (المادة الأولى) منه بنصحها على أنه: «العقوبات البديلة هي: الأعمال... البديلة لعقوبة الجلد أو السجن الذي لا تتجاوز مدته ثلاث سنوات». وفي المقابل بموجب نص (المادة الأولى) من قرار مجلس الوزراء الإماراتي يظهر التأقيت في تعريف المراقبة الإللكترونية ذاته، مما يظهر أن التأقيت من الخصائص الرئيسية لها دون تحديد مدة وهو ما يؤكد أنه أيضًا نص (المادة الثانية) من ذات القرار.

#### رابعًا: التأهيل:

على اعتبار أن الهدف من العقوبة هو إصلاح وتأهيل المحكوم عليه، وجعله مؤهلًا للتعامل مع الأفراد العاديين، فقد تمتعت المراقبة الإللكترونية بخاصية التأهيل؛ حيث يتحرك المحكوم عليه ويعيش ويتعايش مع من حوله من محيط اجتماعي سوي يعمل على إعادة تأهيله ولفت انتباهه إلى ما يجب عليه فعله<sup>(١)</sup>. وقد راعى المنظم السعودي في صياغة المشروع هذا الهدف، بل أكد عليه بموجب نص (المادة الأولى) منه التي ورد بها: «العقوبات البديلة

(١) الزيتي، أيمن رمضان، ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٨٠.

هي: الأعمال... البديلة...، ويكون من شأنها تحقيق المصلحة المرجوة من العقاب...». و ذلك كما لو كان التأهيل بالوضع في مصحة عقلية أو نفسية، أو مراكز علاج الإدمان التي أقرها القضاء السعودي بالتوصية بالعلاج في مستشفى متخصص بعلاج الإدمان<sup>(١)</sup>، وكذلك القضاء الإماراتي في جرائم المخدرات في غير حالة العود<sup>(٢)</sup>.

### خامساً: الاندماج:

تتميز المراقبة الإلكترونية بخاصية تسهيل الاندماج؛ حيث إنها بما أن لها هدف التأهيل فغايتها من وراء هذا التأهيل أن يكون الشخص ليس فقط مؤهلاً للتعامل، بل أن تأخذه إلى أبعد من ذلك وهو التعايش الفعلي على أرض الواقع باندماج مع أفراد المجتمع الأسوياء، ولو كان في مكان محدد<sup>(٣)</sup>.

وعليه نجد المراقبة الإلكترونية تعمل على تأديب وتهذيب المحكوم عليه تلقائياً وبلا حاجة إلى لفت نظره، بل كون السوار بيده فهو دائماً يتذكر أنه في غنى عن سلب حريته في الحركة ولو تحت المراقبة عن كونه يعيش حياته الطبيعية بين أسرته بنفسية معتدلة واندماج مع الحياة اليومية وممارسة الأنشطة اليومية كأى شخص سوي لا خوف منه على المجني عليه، ولا

(١) مجموعة الأحكام القضائية السعودية لعام ١٤٣٤هـ، حكم محكمة الاستئناف رقم (٣٤٢٤٠٣١٢) بتاريخ ١٣/٦/١٤٣٤، في الدعوى رقم ٣٢٣٢٠٦٣٨، المجلد (٢٧) ص ١٥٦.

(٢) حكم المحكمة الاتحادية العليا، جلسة الاثنين الموافق ٨ من أبريل سنة ٢٠١٩م.

(٣) سالم، عمر، ٢٠٠٠، المراقبة الإلكترونية طريقة حديثة لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية خارج السجن، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٠.

على المجتمع؛ وهو ما نستنتجه من نص (المادة الأولى) من مشروع النظام لما ورد بها أن: «العقوبات البديلة هي: الأعمال... البديلة...»، ويكون من شأنها تحقيق المصلحة المرجوة من العقاب... وضمان حق المجني عليه وحقوق المجتمع».

### سادساً: كونها إجراء:

وصفت المراقبة الإلكترونية بموجب نص المادة الأولى من مشروع النظام بكونها إجراءً على اعتبار السلطة التي تصدر الأمر بها؛ وكونها إجراءً بالفعل وليست عقوبة في أسلوبها، بل يتم من خلالها مراقبة تنفيذ العقاب؛ وهو ما ورد بموجب النص على أن: «العقوبات البديلة هي: الأعمال... والإجراءات البديلة». وبما أن المنظم ذكر هذه الخاصية بحسب ما يمكن وصفه من البدائل بها، فهي أيضاً تصلح كخاصية للمراقبة الإلكترونية.

### سابعاً: كونها تدبيراً:

شراً ثبت أن المراقبة بصفة عامة إجراء تحفظي<sup>(١)</sup>، كما وصفت المراقبة الإلكترونية بموجب نص (المادة الأولى) من مشروع النظام بكونها تدبيراً على اعتبار كونها يؤمر بها أيضاً احترازاً لهرب المحكوم عليه أثناء تنفيذ التقيد بالإقامة في مكان معين، وكونها تدبيراً ينفي طبيعتها كعقوبة مستحقة عن الجريمة، وهو واقع قانوني وقضائي بالفعل، فهي ليست عقوبة في أسلوبها، بل يتم من خلالها مراقبة تنفيذ العقاب مع الاحتراز من الهرب بوجود

(١) العجيلي، سليمان بن عمر بن منصور، (د.ت)، حاشية الجمل، (د.ط)، دار الفكر، ج ٤، ص ٤٧.





السوار بمعصمه؛ وهو ما ورد بموجب النص على أنه: «العقوبات البديلة هي: الأعمال... والإجراءات البديلة..». وبما أن المنظم ذكر هذه الخاصية بحسب ما يمكن وصفه من البدائل بها، فهي أيضًا تصلح كخاصية للمراقبة الإلكترونية.

وبصفة خاصة نجد أن المنظم السعودي في صياغته لمشروع العقوبات البديلة رغب في توضيح طبيعة المراقبة الإلكترونية بالسوار الإلكتروني بشكل أكثر دقة، فأوضح اعتبارها تديرًا وخصها بهذا التكييف القانوني بموجب ما أورده بنص (المادة الثامنة عشرة)؛ حيث ورد بها أنه: «عند تطبيق عقوبة تقييد حرية المحكوم عليه خارج السجن في نطاق مكاني محدد ومناسب يجوز للقاضي الأمر باتخاذ التدابير المناسبة، مثل وضع القيد الإلكتروني في معصمه...».

وعلى ذات النهج وصفها المشرع الإماراتي بكونها تدبير يرافقه تدبير آخر أو تدابير أخرى؛ نظراً لشدة الخطورة في بعض الجرائم أبرزها الإرهاب بموجب نص المادة (٤١) بالفقرة (١) البند (ب) من القانون الاتحادي بشأن الجرائم الإرهابية؛ حيث ورد بها أنه: «١- للمحكمة بناء على طلب النيابة، أن تحكم بإخضاع من توافرت فيه الخطورة الإرهابية، وللمدة التي تحددها المحكمة، لتدبير أو أكثر من التدابير الآتية:

أ. المنع من السفر.

ب. المراقبة....».

## ثامناً: التوازن:

من خصائص المراقبة الإلكترونية أنها تعمل على توازن المصالح، فهي تراقب تنفيذ عقوبة تأتي على الحرية، وهي في ذاتها تحقق القيد على الحرية فلا تثير الغضب من جانب المجني عليه؛ لأنه يرى المحكوم عليه تحت ضغط هذا القيد. ومن جانب آخر يرى المجتمع المحكوم عليه وهو على غير استقراره النفسي بوجود القيد في يده ويمنعه من التحرك خارج دائرة محددة، فهي تعمل على تحقيق التوازن بين تأهيل المحكوم عليه بالوضع النفسي والمادي في القيد، وبين مصالح المجني عليه وضمان حقه وضمان أمن المجتمع، وهو ما وصفه المنظم في المشروع بتعبيره أن يكون من شأنها تحقيق المصلحة المرجوة من العقاب، وضمان حق المجني عليه وحقوق المجتمع.

## تاسعاً: قيد على الحرية:

من البديهي بما أن المراقبة الإلكترونية تحل محل العقوبات المقيدة للحرية أنها عقوبة مقيدة للحرية بغض النظر عن وأنها بديل للجلد في مشروع النظام السعودي، وإن كنا نتوقع ألا يستقر الحال بالمنظم السعودي أن يبقى عليها كبديل للجلد لاختلاف الهدف والطبيعة. ولكن بصفة عامة فهي قيد على حرية المحكوم عليه ولو كان خارج أسوار السجن، إلا أنه ما زال مقيداً في حركته بحدود مكانية معينة مقيداً في زمنه، بالتواجد في مكانه المحدد بزمان معين، ومقيداً أيضاً في شخصه في علاقاته، فهذه المراقبة أيضاً تكشف عن علاقاته وطبيعتها ومدى اندماجه وحسن سيره وسلوكه من عدمه، هل

استقامت سيرته أم مازال على علاقة بمن عمل على انحرافها أو ساعده على ذلك.

كما أن هذه المراقبة لا يمكن أن تنفك عنه، ولو حاول التخلص من الجهاز المراقب الذي يلبسه بمعصمه أو قدمه مهما كان الحال؛ حيث إن الذكاء الاصطناعي ما سمي ذكاءً هبياً، وإنما لما يشمله من خصائص ذكية تنبئ بالتصرفات وتدلل عليها؛ فإذا حاول المحكوم عليه محل المراقبة الإلكترونية التخلص من القيد الإلكتروني، أو السوار الإلكتروني كما أطلقنا عليه فإن هذا الجهاز الذكي يرسل إشارات تدل على ذلك إلى سلطة المراقبة.

#### عاشراً: الرضائية:

اتفق كل من المنظم السعودي والمشرع الإماراتي في طابع الرضائية في العموم، ومع ذلك يظهر لنا اختلاف في التوجه إلى الاعتراف بالرضائية كخاصية للمراقبة الإلكترونية؛ حيث ورد بموجب نص (المادة الثانية) من مشروع النظام السعودي أن الأمر بها بطلب مكتوب من المحكوم عليه؛ مما يدل على كونها رضائية في حالة المحكوم عليه، وتعتمد بسلطة القاضي التقديرية في حدود عقوبتي الجلد أو السجن الذي لا يتجاوز ثلاث سنوات؛ لما ورد بها أنه: «يجوز للقاضي بناء على طلب مكتوب من المحكوم عليه استبدال عقوبة الجلد أو السجن...».

على حين أن المشرع الإماراتي نص صراحة على طابع الرضائية، ولكن فيما يتعلق باستبدال الحبس الاحتياطي بالمراقبة الإلكترونية بموجب نص (المادة الحادية والستين بعد الثلاثمائة)، أما كون المراقبة الإلكترونية بدلاً عن

العقوبات المقيدة للحرية فقد ورد اختيارها وفق السلطة التقديرية للقاضي، وليس بطلب المحكوم عليه مراعاة لرغبته في هذه الحالة كما ورد في المشروع السعودي، وإنما على العكس منه تماماً بموجب نص (المادة التاسعة والستين بعد الثلاثمائة) من المرسوم بقانون الإجراءات الإماراتي رقم (١٧) لسنة ٢٠١٨م؛ حيث ورد بها أنه: «للمحكمة عند الحكم بالحبس لمدة لا تزيد عن سنتين، أن تأمر في الحكم بتنفيذ العقوبة المقضي بها بنظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، إذا رأت من ظروف المحكوم عليه...».

وعليه نرى أن توجه المنظم السعودي في المشروع توجه صحيح يبعث على الأمل في الحرية نوعاً ما، وبالنهاية الأمر يخضع لتقدير القاضي المختص؛ لكون النص بدأ بمصطلح (يجوز للقاضي)، ولكن بعد طلب من المحكوم عليه. كما يظهر من كلا النصين احترام رغبة الخاضع للمراقبة الإلكترونية<sup>(١)</sup>.

ويؤكد هذا التوجه ما ذهب إليه القضاء الإماراتي من أن المحكوم عليه العائد. غير جائز وضعه تحت المراقبة الإلكترونية نظراً لما يتمتع به من درجة عالية من الخطورة الإجرامية<sup>(٢)</sup>؛ فنراه قضاء مناسباً ومتوافقاً مع الغرض من العقاب، وفي ذات الوقت يتناسب مع هدف تطبيق المراقبة الإلكترونية من تخفيف حدة مثالب الحبس قصير المدة.

(١) سعود، أحمد، ٢٠١٨، المراقبة الإلكترونية كبديل للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي مجلة العلوم القانونية والسياسية، الجزائر، المجلد ٩، العدد ٣، ص ٦٨٥.

(٢) حكم محكمة نقض أبو ظبي بجلسة ٣١/١٢/٢٠١٩م (جزائي)، بالفضية رقم ١٢٨٨ لسنة ٢٠١٩ س (١٣) ق. أ.



## المبحث الثاني ضوابط استخدام الذكاء الاصطناعي بالمراقبة الإلكترونية

### تمهيد وتقسيم:

على الرغم من إقرار المنظم السعودي لاستخدام الذكاء الاصطناعي في مراقبة تنفيذ العقوبات الواردة على الحرية كبديل للعقوبات المنصوصة بحسب كل جريمة، فإنه في ذات الوقت عمل على مراعاة دائمة لمبدأ المشروعية حتى ولو كان الأمر بديلاً عن الأصل؛ ومن هنا نجده حدد ضوابط تمنح القاضي سلطة بإمكانية الأخذ بالعقوبات البديلة. وعليه تنقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين كالتالي:

**المطلب الأول:** الضوابط الموضوعية لتطبيق المراقبة الإلكترونية.

**المطلب الثاني:** الضوابط الإجرائية لتطبيق المراقبة الإلكترونية.

### **المطلب الأول:** الضوابط الموضوعية لتطبيق المراقبة الإلكترونية:

تظهر الضوابط الموضوعية للمراقبة الإلكترونية فيما يتعلق بضوابط محددة وظاهرة في الجريمة والعقوبة<sup>(١)</sup>؛ ومن ذلك استثنى المشرع الإماراتي في قانون الإجراءات الجزائية الجرائم التي يتقرر عنها عقوبات الإعدام أو

(١) زاهر، أحمد فاروق، ٢٠١١، دور الوسائل التكنولوجية في تنفيذ الجزاءات الجنائية - المراقبة الإلكترونية الثابتة والمتحركة، مجلة الفكر القانوني والاقتصادي، جامعة بنها، مصر، ج٢، ص ٣٢١.

السجن المؤبد، وكذلك جرائم أمن الدولة، أو ما يتطلب لها الإبعاد حتى يكون إطار استبدال العقوبات بالتدابير أو البدائل محددًا مسبقًا من الناحية الموضوعية بداية من التحقيق دون انتظار إلى صدور الحكم فيها؛ وهو ما ظهر من نص المادة (٣٦٣) من المرسوم (١٧) لسنة ٢٠١٨م التي ورد بها أنه: «لا يجوز إصدار الأمر بالوضع المؤقت تحت المراقبة الإلكترونية، على الجرائم المعاقب عليها بالإعدام أو السجن المؤبد، والجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي أو الخارجي، والجرائم التي أوجب فيها القانون الحكم بتدبير الإبعاد عن الدولة».

والجدير بالذكر أنه توجه كل من المنظم السعودي والمشعر الإماراتي إلى تحديد عقوبات معينة لا تقر إلا لبعض الجرائم دون غيرها من التعازير في النظام السعودي أو الجرح في القانون الإماراتي؛ وهو ما طبقه القضاء الإماراتي بالأخذ بالمراقبة الإلكترونية في جرائم تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية<sup>(١)</sup>. وقرر نوعية هذه العقوبات على سبيل الحصر حتى يمكن استبدالها بالمراقبة الإلكترونية بحسب النصوص الواردة في كل من مشروع النظام السعودي والقانون الإماراتي. واشترط المنظم السعودي في استخدام الذكاء الاصطناعي في المراقبة الإلكترونية أن تكون العقوبة المستحقة على المحكوم عليه عقوبة الجلد أو السجن بما لا يتعدى ثلاث سنوات في العقوبات المقيدة للحرية؛ وهو ما ورد بموجب نص المادة من مشروع نظام العقوبات البديلة بأنه: «العقوبات البديلة هي: ... البديلة لعقوبة الجلد أو السجن الذي لا (١) حكم محكمة نقض أبو ظبي بجلسة ٣١/١٢/٢٠١٩م (جزائي)، بالفضية رقم ١٢٨٨ لسنة ٢٠١٩ س (١٣) ق.أ.

تتجاوز مدته ثلاث سنوات...». وكذلك نص المشرع الإماراتي على أن يؤمر بالمراقبة الإلكترونية إذا حلت محل العقوبة بكونها حالات وردت في النص على سبيل الحصر ومنها العقوبات المقيدة للحرية؛ حيث ذكر ثلاث حالات على سبيل الحصر بموجب نص (المادة الثانية) من قرار مجلس الوزراء بنصها أنه:

«تسري أحكام هذا القرار على الخاضعين للمراقبة الإلكترونية في الحالات الآتية:

١. الوضع المؤقت تحت المراقبة الإلكترونية كبديل عن الحبس الاحتياطي.
٢. الوضع تحت المراقبة الإلكترونية كبديل عن العقوبة المقيدة للحرية.
٣. الإفراج بعد مضي نصف مدة العقوبة مع الوضع تحت المراقبة الإلكترونية».

وعليه نرى أن المنظم السعودي أورد النص في منتهى الدقة عندما حدد عقوبة الجلد بالتحديد وعقوبة السجن بما لا يتجاوز الثلاث سنوات، وذلك على خلاف العمومية التي أطلقها المشرع الإماراتي عند تحديد نوعية العقوبة التي يوضع فيها المحكوم عليه تحت المراقبة الإلكترونية؛ بدليل أنه أطلق لفظ العقوبة المقيدة للحرية دون تحديد مدى استيعاب هذه العقوبة زمنياً؛ مما يوحي بتركه مفتوحاً بلا حد أقصى، وهو مما يؤخذ على المشرع الإماراتي، وبصفة خاصة فإن هذه العمومية أكدها بالفقرة الثالثة من ذات

المادة عندما عبر عن إمكانية الوضع تحت المراقبة الإلكترونية عند الإفراج بعد مضي نصف مدة العقوبة المقيدة للحرية. ونرى أن هذا التوجه يمنح القاضي سلطة تقديرية واسعة جداً تخالف نوعاً ما مبدأ المشروعية؛ حيث إنه تمكن من تبديل العقوبة المقيدة للحرية طويلة المدة إلى مجرد الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، وهو من الأمور غير المنطقية التي نرى فيها قوة ودقة في الصياغة تحسب للمنظم السعودي.

ومع ذلك فمن جهة أخرى نجد أن المنظم السعودي قد جانبه الصواب عندما حدد المراقبة الإلكترونية كبديل عن عقوبة الجلد؛ حيث إن عقوبة الجلد لا ترد على الحرية حتى يتناسب معها تبديلها بالمراقبة الإلكترونية، خاصة وأن نوعية العقوبة مختلفة؛ فالجلد عقوبة بدنية مؤلمة لا يتساوى ألمها مع مجرد الألم النفسي الذي يترتب على المراقبة الإلكترونية، فحين تقرر عقوبة الجلد كما في نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) بتاريخ ٨/٧/١٤٢٦ هـ فهي عن حيازة مواد مخدرة أو نقلها، فهذا الشخص يضر بأمن وسلامة المجتمع وبسلامة أفراده صحياً وعقلياً؛ فلا ينبغي أن يستبدل له عقاب من الجلد والسجن إلى مجرد المراقبة الإلكترونية، خاصة وأن نص (المادة التاسعة والثلاثين)، من هذا النظام على سبيل المثال قد جمعت بين السجن والجلد في آن واحد، والسجن مدته ستان، أي إنه أقل من الحد الأقصى الذي حدده مشروع النظام، فهل هذا يعني أن المراقبة تحل محل أيهما أم كليهما؟



للإجابة نرى أن توجه المنظم هنا حدد اللفظ بحرف (أو) بين السجن والجلد؛ مما يدل على سلطة القاضي في أن يستبدل أيهما بالمراقبة الإلكترونية، ولا نعتقد أنها تمثل حلاً مناسباً إذا حلت محل الجلد بصفة خاصة في التعازير التي يرى القاضي فيها العقوبة فقط الجلد؛ وعليه نرى عدم مناسبة استبدال الجلد بالمراقبة الإلكترونية في حال انعدام النص على الجلد نصاً صريحاً في صلب النظام.

ولا نغفل حق المشرع الإماراتي في هذا الصدد وإن كنا علقنا على عدم تقييد المدة، إلا أننا نرى أنه كان بالإمكان التحديد ولو بقيد بإضافة عبارة (دون إخلال بالنصوص الوارد بها المراقبة الإلكترونية) ثم يسرد نصه؛ ونرى ذلك لأن هناك بعض القوانين ورد بها تحديد للعقوبة التي يمكن استبدالها بالمراقبة الإلكترونية، وهذا الرأي استنبطناه من أنه قد ورد بموجب نص الفقرة الأولى من المادة (٣٦٩) من قانون الإجراءات الجنائية الإماراتي الاتحادي رقم (١٧) لسنة ٢٠١٨م الذي عدل القانون الاتحادي رقم (٣٥) لسنة ١٩٩٢م أن: «للمحكمة عند الحكم بالحبس لمدة لا تزيد على سنتين، أن تأمر في الحكم بتنفيذ العقوبة المقضي بها بنظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، إذا رأت من ظروف المحكوم عليه أو سنه ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى ارتكاب جريمة أخرى جديدة، وبأن له محل إقامة ثابتاً ومعلومًا في الدولة، وثبت لديها بأنه يمارس نشاطاً مهنيًا مستقرًا، ولو كان مؤقتًا، أو يتابع نشاطه التعليمي أو تدريباً مهنيًا معترفًا به، أو بأنه العائل الوحيد لأسرته، أو أي ظروف أخرى تقدرها المحكمة بحسب الأحوال.

ولا يجوز تطبيق الوضع تحت المراقبة الإلكترونية المنصوص عليه في هذا الفرع على المحكوم عليه العائد». وهو ما استقر عليه قضاء النقض في عدم مناسبة المراقبة الإلكترونية للعائد<sup>(١)</sup>.

وعليه نرى أن توجه كل من المنظم السعودي والمشرع الإماراتي هو التوجه نحو الاستبدال بالمراقبة الإلكترونية في الجرائم البسيطة التي يعاقب عليها بالسجن بما لا يتجاوز ثلاث سنوات في النظام السعودي، وستين في القانون الإماراتي وفق نص المادة (٣٦٩). إلا أنه يظهر لنا تناقض نوعاً ما بين هذا النص الأخير ونص المادة (٣٨٠) من ذات المرسوم بالقانون الاتحادي (١٧) لسنة ٢٠١٨م لما نصت عليه الأخيرة من أنه: «يجوز لكل محكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية لمدة لا تقل عن سنتين ولا تزيد على خمس سنوات، أو أمضى نصف مدة العقوبة، أن يتقدم بطلب إلى النيابة العامة للإفراج عنه ووضع تحت المراقبة الإلكترونية باقياً مدة تنفيذه للعقوبة...»، فهذا النص يعني إمكانية استبدال العقوبة بعد نصف المدة، أي أنه إذا أمضى المحكوم عليه سنتين ونصفاً وهو ما يزيد على تقدير نص المادة (٣٦٩) سألفة الذكر، ولو كان المشرع يقصد وقوفها عند السنتين لكان حددها أيضاً هنا؛ وعليه نرى تعديل هذا النص إلى صيغة أفضل حتى تعني الوقوف على السنتين، وهي أن تكون الصيغة كالتالي: «يجوز لكل محكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية لمدة لا تقل عن سنتين ولا تزيد على خمس سنوات، أو أمضى

(١) حكم محكمة نقض أبو ظبي بجلسة ٣١/١٢/٢٠١٩م (جزائي)، بالفضية رقم ١٢٨٨ لسنة ٢٠١٩ س (١٣) ق.أ.

ما يزيد على نصف مدة العقوبة، أن يتقدم بطلب إلى النيابة العامة للإفراج عنه ووضعه تحت المراقبة الإلكترونية باقياً مدة تنفيذه للعقوبة».

ومن هذا المنطلق نرى أن المنظم السعودي أحسن صنعاً في نص مشروع نظام العقوبات البديلة عندما أورد بنص (المادة الخامسة) منه إمكانية استبدال نصف المدة للسجن الذي لا يتجاوز ثلاث سنوات؛ مما يدل على تمسكه بالتحديد، وتوافق النص مع نص (المادة الثانية) من ذات المشروع، بخلاف موقف المشرع الإماراتي عندما قرر السنتين، وفي ذات الوقت وصل بالعقوبة كحد أقصى خمس سنوات، وقرر إمكانية استبدال نصفها الذي يزيد على السنتين؛ فكان موقفه متناقضاً مع نفسه، على حين ظهر موقف المنظم السعودي واضحاً وأكثر بياناً بموجب نص (المادة الخامسة) التي ورد فيها أنه: «يجوز للقاضي في الحق العام - استبدال نصف عقوبة السجن التي لا تزيد عن ثلاث سنوات بخروج المحكوم عليه من السجن بشروط محددة، ...».

### المطلب الثاني: الضوابط الإجرائية لتطبيق المراقبة الإلكترونية:

تتمثل الضوابط الإجرائية في ضابط الزمن، ونحيل الحديث عنه للمطلب السابق لتحديد العقوبة ونطاقها الزمني، والضابط الثاني هو الضابط الشخصي، وهو يشمل شخص المحكوم عليه، والسلطة المختصة بإصدار الأمر باستبدال العقوبة إلى المراقبة الإلكترونية، ثم الضابط الفني المتطلب في أجهزة الاستقبال وصلاحياتها ومناسبتها للمحكوم عليه دون تأثير على سلامته.

## أولاً: الضابط الشخصي:

### شخص المحكوم عليه:

يستبدل العقاب المحكوم به على الشخص الطبيعي، وهذا أمر بدهي فلا يعاقب بالسجن أي شخص اعتباري، سواء في النظام السعودي أو القانون الإماراتي؛ لذا يتفق كل من المنظم السعودي والمشرع الإماراتي في هذه النقطة. ولكن ما هو معيار هذا الشخص الطبيعي؟ هل هو أي شخص ولو كان طفلاً هل هو العاقل أم المجنون أو الكل سواء؟

للإجابة عن هذا التساؤل نرجع في الإجابة إلى قواعد المسؤولية الجنائية التي تقضي بأن المسؤولية الجنائية لا تتوافر إلا لدى من توافرت لديه الأهلية الجنائية الكاملة بكمال العقل والإدراك والعلم والحرية والاختيار. وهذا مما يدل على أنه لا يصلح للعقاب في الأصل إلا كل شخص طبيعي عاقل بالغ راشد مدرك حر ومختار<sup>(١)</sup>.

وبناءً على ذلك فلن تتواجد بالأصل عقوبة السجن على شخص بخلاف هذه المواصفات والخصائص؛ ومن ذلك فلا تستبدل عقوبة السجن المقضي بها إلا على إنسان بهذه المواصفات حيٌّ يرزق، كما لا تحتص هذه الطبيعة بفئة من المجتمع دون الأخرى، أي لا تؤثر في ذلك أي صفة لهذا الشخص بخلاف كونه إنساناً محكوماً عليه بالغاً عاقلاً راشداً مدركاً مختاراً حراً.

(١) الوليد، ساهر إبراهيم، يناير ٢٠١٣، مراقبة المتهم إلكترونياً كوسيلة للحد من مساوئ الحبس الاحتياطي، دراسة تحليلية، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، غزة، المجلد الحادي والعشرون، العدد الأول، ص ٦٦٧.

ونضيف إلى ذلك أن المراقبة الإلكترونية وإعمال خبرات الذكاء الاصطناعي في تنفيذ العقوبات بهذا الشكل لا يتأتى على الشخص الاعتباري<sup>(١)</sup>. وإنما لا يصلح له سوى الشخص الطبيعي، ليس هذا فحسب، وإنما أيضاً لا ينطبق إلا على الكبار؛ فلا يصلح الطفل لتطبيق هذا البديل للعقوبة؛ حيث لم يذكر بموجب نص الفقرة (ب) من (المادة الرابعة) من المشروع السعودي التي ورد بها العقوبات البديلة لعقوبة السجن المحكوم بها على صغار السن على سبيل الحصر لا المثال وهي: «...ب-العقوبات البديلة لعقوبة السجن المحكوم بها على صغار السن:

١. الإنذار والتوقيع على عقد أخلاقي بالتوقف عن السلوك.
  ٢. الإحالة إلى العلاج الطبي أو النفسي أو الاجتماعي.
  ٣. عدم مغادرة المنزل مدة معينة تحت كفالة الولي أو الوصي ومسئوليته.
  ٤. المشاركة في أنشطة تعليمية أو تنمية.
  ٥. أداء بعض الأعمال التطوعية أو الاجتماعية، في المؤسسات الاجتماعية أو المؤسسات التي تضررت من الجريمة».
- مما يعني أن قيد عدم الخروج من مكان معين -وهو المنزل- لم يكن تحت مراقبة الإلكترونية، بل تحت مراقبة ذاتية وأسرية بطابع ودي أخلاقي تأهيلي

(١) كامل، شريف سيد، ٢٠١٠، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوي-دراسة مقارنة، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٩

ليس فيه قهر المراقبة الإلكترونية، ولا الرهبة النفسية التي قد تتاب الحدث في حال وضعه تحت المراقبة الإلكترونية.

### السلطة المختصة:

الأصل شرعاً أنه لا تقام العقوبات إلا بأمر السلطان ولي الأمر، ولا يقام الحد إلا من ولي الأمر<sup>(١)</sup>؛ ففيما يتعلق بالسلطة المختصة بإصدار القرار باستبدال العقوبة إلى المراقبة الإلكترونية: فحسب مشروع النظام السعودي فهي في الأصل تمسك بالشرع لولي الأمر<sup>(٢)</sup>، ولكونها عقوبات تعزيرية<sup>(٣)</sup>، نجد أنه بموجب نص (المادة الثانية) من المشروع قد منح المنظم السعودي السلطة فيه للقاضي؛ بناء على طلب المحكوم عليه. وعليه يكون الأمر في النهاية بيد القاضي، وقد عبر النص بأنه: «يجوز للقاضي» مما يدل على توافر السلطة التقديرية لقاضي الموضوع أن يقرر الاستبدال من عدمه.

(١) ابن القيم، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد، ١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م، أعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، ج ٣، ص ٢٩.

(٢) الزحيلي، وهبة، (د.ت)، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا، دمشق، ج ٧، ص ٥٣٠٠.

(٣) ابن القيم، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر، مرجع سابق، ج ٣، ص ١١٠. ابن فرحون، برهان الدين أبو الوفاء إبراهيم بن شمس الدين أبي عبد الله محمد، ١٣٠١هـ، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ط ١، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، ج ٢، ص ٢٨٩.

مما يعني أن من يقدم الطلب هو المحكوم عليه<sup>(١)</sup>، وعليه يمارس القاضي سلطته التقديرية في قبول الطلب أو رفضه، وإقرار ما يترتب على قبول الطلب من التزامات على المحكوم عليه المستبدل له العقوبة بضوابطها السابق ذكرها.

على حين أن قانون الإجراءات الجنائية الإماراتي المعدل بالمرسوم الاتحادي (١٧) لعام ٢٠١٨م قرر بموجب نص المادة (٣٨٠) سالف الذكر أن طلب المحكوم عليه باستبدال العقوبة يقدم من قبل المحكوم عليه كما ورد بالمشروع السعودي، ولكن يقدم هذا الطلب في القانون الإماراتي إلى النيابة العامة، وليس إلى المحكمة مباشرة كما ورد بالمشروع السعودي؛ حيث ورد بها أنه: «يجوز لكل محكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية لمدة لا تقل عن سنتين ولا تزيد على خمس سنوات، أو أمضى نصف مدة العقوبة، أن يتقدم بطلب إلى النيابة العامة للإفراج عنه ووضع تحت المراقبة الإلكترونية باقى مدة تنفيذه للعقوبة...».

كما أوضحت المادة (٣٨١) من ذات المرسوم الاتحادي الخطوات التي تتبعها النيابة العامة في الإمارات نحو طلب المحكوم عليه باستبدال العقوبة المقيدة للحرية بأنها تقوم بتحقيقه ودراسة مدى مناسبة حال المحكوم عليه من حسن سلوكه الذي يدعو إلى الثقة في تحقيق أغراض العقاب وأغراض

(١) خلفي، عبد الرحمن، العقوبات البديلة، دراسة فقهية تحليلية تأصيلية مقارنة، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٥، ص ٢٩٩، مختارية، بوزيدي، ٢٠١٦، المراقبة الإلكترونية ضمن السياسة العقابية الحديثة، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد ٣، العدد ٢، جامعة مولاي الطاهر سعيدة، ص ١٠٦.

الاستبدال من عدمها، ومن ثم تقوم النيابة العامة برفع طلب المحكوم عليه إلى المحكمة التي أصدرت الحكم بالعقوبة. ولا ينتهي الأمر عند ذلك، بل أيضاً يتابع المحكوم عليه الأمر وهو تحت يد المحكمة التي أصدرت الحكم بالعقوبة؛ حيث تمارس هي أيضاً سلطة تقديرية أخرى في دراسة مناسبة قبول الطلب من عدمه، ومن ثم إقرار الموافقة أو الرفض بحكم نهائي بات غير قابل للطعن.

وعليه نرى مدى بساطة النص السعودي عنه في النص الإماراتي؛ لما ظهر من سرعة البت في قرار استبدال العقوبة من عدمه؛ حيث ظهر أن طلب المحكوم عليه مرتبط بالمحكمة المختصة مباشرة، بخلاف النص الإماراتي الذي نرى فيه أمداً زمنياً بعيداً يطيل في زمن الاستجابة لطلب المحكوم عليه ولو كان بالرفض.

وليس هذا فحسب، وإنما أظهر نص المادة (٣٨٢) تمسك المشرع الإماراتي بالأمد البعيد للرد على طلب المحكوم من خلال هذا النص لما ورد فيه من عدم جواز إعادة الطلب بعد رفضه أول مرة إلا بعد مرور ستة أشهر من تاريخ رفض الطلب الأول، بعيداً عما يتوافر فيهم شروط الإفراج الشرطي؛ حيث ورد بها أنه: «يكون حكم المحكمة بقبول أو رفض طلب الإفراج عن المحكوم عليه ووضعه تحت المراقبة الإلكترونية، نهائياً غير قابل للطعن فيه».

وإذا حكم برفض الطلب، فلا يجوز تقديم طلب جديد قبل انقضاء ستة أشهر على الأقل من تاريخ الحكم برفض الطلب السابق، ما لم تتوافر في



شأنه شروط الإفراج تحت شرط المنصوص عليها في قانون المنشآت العقابية المشار إليه».

ومن هنا نقترح على المشرع الإماراتي أن يحدو حذو المنظم السعودي في مشروع نظام العقوبات البديلة، وتكون السلطة كاملة ومباشرة بيد قاضي الموضوع الذي أصدر الحكم بالعقوبة الأساسية محل الاستبدال؛ لما له من خبرة في شخص المحكوم عليه، وموضوع العقاب، ومدى صلاحية الاستبدال مع هذا المحكوم عليه بصفة خاصة، أكثر من النيابة العامة التي مارست معه الإجراءات وهو في حال الاتهام دون وضوح موقفه.

### ثانياً الضابط الفني:

إن الضابط الفني يرتبط بوسيلة تنفيذ العقوبة البديلة باستخدام أحد أشكال الذكاء الاصطناعي في تنفيذ العقوبة البديلة، وهو السوار الإلكتروني وما يشمل من تقنيات وأمور فنية لا بد أن تتناسب والهدف المرجو من التنفيذ وسلامة المحكوم عليه في ذات الوقت. ولكن متى يبدأ ذلك أولاً؟

ولنا أن نجد الإجابة في نصوص المشرع الإماراتي بقانون الإجراءات بموجب نص المادة (٣٧٠) منه والتي ورد بها أنه: «تبدأ مدة تنفيذ العقوبة بنظام المراقبة الإلكترونية المنصوص عليه في هذا الفرع، ومن يوم القبض على المحكوم عليه بناء على الحكم الواجب التنفيذ».

ونرى أنه قد أحسن المشرع الإماراتي صنعاً عندما نص على ضوابط فنية لاستخدام المراقبة الإلكترونية في تنفيذ العقوبات بصفة خاصة؛ لكونها تقيّد

حرية المحكوم عليه لمدة طويلة، وهو ما لم يذهب إليه المنظم السعودي، الذي كان من المفترض عليه تطبيق القاعدة الفقهية التي تقضي بأن (درء المفسد مقدم على جلب المصالح)<sup>(١)</sup>، وإن كان مفترضاً لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في عموم العقوبات بالمملكة، مما ينسحب أيضاً على بدائلها، إلا أننا نناشده التفصيل أكثر في ضوابط تطبيق المراقبة الإلكترونية بطريق لبس السوار الإلكتروني في معصم المحكوم عليه؛ لما فيه من مساس ليس فقط بالحرية، بل قد يكون له من التأثير الصحي<sup>(٢)</sup> على المحكوم عليه وأحواله الصحية التي قد تسوء بلبسه السوار الإلكتروني، خاصة وأنه يصدر إشارات كهربية قد لا يتحملها جهازه العصبي، كما أنها تتعايش معه مما قد يمثل مساساً بحياته الخاصة<sup>(٣)</sup>، وسرية معلوماته، التي قد تكون محل اختراق من خلال هذا السوار من الغير الذي قد يعتمد اقتناصه خارج أسوار السجن ويدخل على الجهاز للحصول على بيانات سرية خاصة<sup>(٤)</sup> به لا يجوز لغير

- (١) ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم، ١٤١٩ هـ / ١٩٩٩ م، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط ١، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، ص ٧٨.
- (٢) المتوكل، عبد الإله، ٢٠١٨، تساؤلات حول آفاق استعمال السوار الإلكتروني في التشريع الجزائري المغربي، المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية، ع ٢٤، ص ٤٣، أتاني، صفاء، ٢٠٠٩، الوضع تحت المراقبة الإلكترونية كوسيلة للحد من مساوئ الحبس الاحتياطي، مجلة الجامعة للدراسات الإسلامية، جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٥، العدد الأول، ص ١٣١.
- (٣) جوهر، عامر- الطاهر، عباسة، ٢٠١٨، السوار الإلكتروني إجراء بديل للعقوبة السالبة للحرية في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد ١٦، ص ١٧٨.
- (٤) ذات المعنى: العبيدي، نبيل، ٢٠١٥، أسس السياسة العقابية في السجن ومدى التزام الدولة بالمواثيق الدولية، ط ١، دراسة معمقة في القانون الجنائي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ص ١٦٧.

السلطة العلم بها؛ لكونها في مأمن من الإفشاء للغير؛ لذا لزم أن يكون إقرار العقوبات بحكم القضاء<sup>(١)</sup>.

كما يظهر مدى الحرص على سلامة من كان محلاً للمراقبة الإلكترونية في نص المادة (٣٥٩) من المرسوم بقانون اتحادي (١٧) لسنة ٢٠١٨ بتعديل قانون الإجراءات، والتي ورد بها أنه: «يجوز للنيابة العامة المختصة، في أي وقت، وبناء على طلب الخاضع للوضع تحت المراقبة الإلكترونية، تكليف طبيب للتحقق من أن الوسائل الإلكترونية المستخدمة لتنفيذ المراقبة الإلكترونية لم تلحق أي أضرار بصحة الخاضع أو بسلامة جسده، وإعداد تقرير طبي بذلك».

ومن هنا ورد نص (المادة الخامسة) من قرار مجلس الوزراء الإماراتي بتحديد مواصفات فنية تحمل في طياتها حماية مادية وجسدية وصحية للمحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبات البديلة بطريق المراقبة الإلكترونية؛ حيث ورد بها أنه: «يجب أن تتوافر في الوسيلة الإلكترونية التي يتم اعتمادها في ضبط المراقبة الإلكترونية المواصفات الآتية:

١. ألا تسبب ضرراً صحياً على الشخص الخاضع للمراقبة.

(١) الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا، زين الدين أبو يحيى، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، مرجع سابق، ج ٢، ص ٤٩٦. ذات المعنى: الماوردي، الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري (د. ت)، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ط ١، مطبعة الحلبي، مصر، ص ٢٧٤.

٢. أن تكون الوسيلة الإلكترونية وأجهزة الإرسال المرتبطة بها معتمدة من هيئة الإمارات للمواصفات والمقاييس.
  ٣. ألا تشكل عائقاً للشخص الخاضع للمراقبة في ممارسة عمله أو نشاطه الحر في أو متابعة تعليمه أو تدريبه المهني أو تلقيه المعالجة الطبية بحسب الأحوال، ما لم ينص القرار الصادر من النيابة العامة أو المحكمة المختصة على خلاف ذلك.
  ٤. ضمان الخصوصية وحرمة الحياة الخاصة.
  ٥. ضمان سرية البيانات والمعلومات في أجهزة المراقبة الإلكترونية».
- وعليه نرى ضرورة تفصيل المنظم السعودي لضوابط استخدام السوار الإلكتروني في معصم المحكوم عليه من الناحية الفنية؛ حيث تظهر المراقبة الإلكترونية في شكل تشدد في تنفيذ العقاب.





## المبحث الثالث التزامات المحكوم عليه أثناء فترة المراقبة باستخدام الذكاء الاصطناعي وما يترتب عليها

### تمهيد وتقسيم:

بما أن المراقبة الإلكترونية من بدائل العقوبات التي يمكن أن تطبق على المحكوم عليه؛ فلا بد أنها بصفتها العقابية لها من الالتزامات على محلها وهو المحكوم عليه، ومن هنا يظهر أنه إذا حدث مخالفة لتلك الالتزامات تترتب الآثار التي تصل إلى إلغاء ما تم إقراره. وعليه ينقسم المبحث هنا إلى مطلبين كالتالي:

**المطلب الأول: التزامات المحكوم عليه أثناء المراقبة الإلكترونية.**

**المطلب الثاني: إلغاء المراقبة الإلكترونية.**

### **المطلب الأول: التزامات المحكوم عليه أثناء المراقبة الإلكترونية:**

يترتب على إخضاع المحكوم عليه للمراقبة الإلكترونية عدد من الالتزامات.

#### ١. المكان:

على اعتبار أن المراقبة الإلكترونية من وسائل تنفيذ العقوبات الواردة على الحرية؛ فيكون الأمر بديهيًا أن يكون ضمن بل أول التزامات المحكوم عليه هو البقاء في مكان محدد. فالعبرة لإقرار تنفيذ العقوبة المقيدة للحرية

خارج أسوار السجن هي مراعاة صالح الفرد والمجتمع، وعدم الإضرار بأي منهما. وعليه فيكون إلزام المحكوم عليه بمكان معين هو محل إقامته<sup>(١)</sup> بديهياً لا يمس بحقوق المحكوم عليه، بل على العكس؛ لأنه وإن تضمن الالتزام مكاناً بعينه فهو في ذات الوقت له أن يتواجد في دائرة هذا المكان وليس شرطاً داخل حدود مترية معينة، بل أن يلتزم المكان الذي يعيش فيه ويمارس فيه نشاطاته اليومية كحياة طبيعية لأي شخص عادي غير محكوم عليه؛ فالقدر الذي يتغى من المراقبة الإلكترونية يتوافر بتواجده في دائرة سكنه في الشارع وفي المنزل ذاته وفي الحي في حدود قضاء حاجياته اليومية فلا مانع.

ومن ذلك يظهر لنا هذا المعنى بموجب ما ورد بنص (المادة الثامنة عشرة) من مشروع العقوبات البديلة السعودي التي ورد بها أنه: «عند تطبيق عقوبة تقييد حرية المحكوم عليه خارج السجن في نطاق مكاني محدد ومناسب يجوز للقاضي...»؛ ومن النص يتضح لنا رغبة المنظم السعودي في توسيع دائرة تواجد المحكوم عليه في مسكنه أو حسب لفظه في نطاق مكاني ولم يذكر النص تحديد مكان معين لا يتعداه؛ مما يعد معنى أوضح وأشمل ويفي بالغرض من المراقبة الإلكترونية أكثر مما ورد بالنص الإماراتي من أن يلتزم كذلك المحكوم عليه بتبليغ النيابة العامة بتغيير محل إقامته أو وظيفته إذا طرأ على أي منها تغيير وفق نص المادة (٣٧٢) من المرسوم (١٧) لسنة

(١) سعود، أحمد، ٢٠١٨، مرجع سابق، المجلد ٩، العدد ٣، ص ١٢، العبدولي، أحمد فهم أحمد، ٢٠١٥، تنفيذ العقوبة السالبة للحرية عن طريق المراقبة الإلكترونية في الفكر العقابي الحديث، أكاديمية شرطة دبي، ص ١٤٦.

٢٠١٨م في الفقرة الأولى منها، وتطبيقاً لذلك ورد التأكيد بـ(المادة العاشرة) من قرار مجلس الوزراء بأنه يبلغ النيابة العامة إذا رغب في الانتقال من محل إقامته المعين له لمدة تزيد على خمسة عشر يوماً، مما يعني أن تحديد المراقبة ورد بمحل الإقامة فقط<sup>(١)</sup> دون نطاقه أو إطاره العام، وهو ما أكدته تعريف المراقبة الإلكترونية في (المادة الأولى) من القرار والتي حددت باللفظ محل الإقامة. مع التزامه بحمل وسيلة المراقبة وعدم العبث بها طوال فترة المراقبة حسب الفقرة الأولى من (المادة العاشرة).

## ٢. التزام وسيلة المراقبة:

فصل المشرع الإماراتي بموجب نص (المادة العاشرة) من قرار مجلس الوزراء فيما يتعلق بشأن تنفيذ المراقبة الإلكترونية التزامات الخاضع للمراقبة الإلكترونية إلى عدة التزامات أولها نظراً لأهميتها، بل هي أساس المراقبة؛ هو التزام المحكوم عليه الموضوع تحت المراقبة الإلكترونية بأن «...يحمل وسيلة المراقبة طوال فترة الوضع تحت المراقبة».

وعليه نلاحظ أن النص عبر بالتزام المحكوم عليه بوسيلة المراقبة بقوله: «يحمل» مما يدل على عظم وثقل الالتزام، فهي وإن كانت في حقيقتها عبارة عن سوار إلكتروني لا يمثل الوزن أو العبء الثقيل الذي يتحمل لفظه قول

(١) حقا، أسماء، ٢٠١٩، نظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، المجلد ٥، العدد الأول، ص ٥٣. عبيد، أسامة حسنين، مرجع سابق، ص ٦٨، سالم، عمر، مرجع سابق، ص ١٥٥، زاهر، أحمد فاروق، مرجع سابق، ٣٣٠.

يحمل، ولكن لتبيان مدى القيد الوارد على حرية المحكوم عليه عبر المشرع الإماراتي بهذه العبارات.

ثم أتبع بالفقرة السادسة من ذات النص بالتأكيد على التزام المحكوم عليه بالوسيلة الإلكترونية التي تقيد حريته أنه ألزمه أيضًا بذل العناية في المحافظة عليها ليس هذا فحسب، بل والمحافظة على إبقائها صالحة لتأدية دورها دون محاولة العبث بها أو تعطيلها أو إتلافها، أو تعريضها للتلف مما قد يعرضه لإجراءات أخرى ستتعرف عليها بالمطلب التالي.

### ٣. قيود التدبير المرافق للمراقبة الإلكترونية:

يمكن إضافة تدبير إلى جانب المراقبة الإلكترونية في بعض حالات، كما يمكن أن تكون المراقبة في حد ذاتها هي العقوبة<sup>(١)</sup>. وقد ورد بموجب نص (المادة الثانية) من مشروع نظام العقوبات البديلة أنه يمكن عند إخلال المحكوم عليه بقيد المراقبة الإلكترونية أن يضاف له عقوبة بديلة أخرى إلى جانب المراقبة الإلكترونية، وعلى خلاف ذلك سلك المشرع الإماراتي طريقه في إضافة تدبير آخر إلى المراقبة الإلكترونية ليس بعد انتظار إخلال المحكوم عليه بضوابط المراقبة الإلكترونية، بل في الحكم الأساسي الذي قررت فيه المحكمة تنفيذ عقوبة المراقبة الإلكترونية؛ حيث ورد في المرسوم بقانون (١٧) لسنة ٢٠١٨م بتعديل قانون الإجراءات الإماراتي نص المادة (٣٧١) على أنه: «يجوز للمحكمة عند الحكم بتنفيذ العقوبة بنظام المراقبة

(١) أتانى، صفاء، ٢٠٠٩، مرجع سابق، ص ١٣٩ وما بعدها.



الإلكترونية، أن تضمنه أمرها بإلزامه بأي من التدابير الجنائية المنصوص عليها في المادتين ١١٠ (البندان ١، ٢)، ١٢٢، من قانون العقوبات». وباستقراء هذين النصين نجد أن نص المادة (١١٠) من قانون العقوبات المعدل بموجب القانون الاتحادي رقم (٧) لسنة ٢٠١٦م يرد نصه على أن: «التدابير المقيدة للحرية هي:

١. حظر ارتياد بعض المحال العامة.
٢. منع الإقامة في مكان معين.
٣. المراقبة.
٤. الخدمة المجتمعية.
٥. الإبعاد عن الدولة».

ولكن بالعودة إلى نص المادة (٣٧١) إجراءات نجد أنه خصص البندين (١، ٢) فقط وهو ما يحسب للمشرع الإماراتي في دقة الصياغة؛ لما ظهر بالنص وجود تدبير المراقبة في البند (٣) منه.

على حين عندما توجهنا قبل نص المادة (١٢٢) من قانون العقوبات الإماراتي الذي ذكره قانون الإجراءات وجدناه يقرر تدابير سالبة للحقوق يمكن للمحكمة أن تضيفها بالحكم الصادر بالمراقبة الإلكترونية، وهي تدابير متنوعة قاذحة في الحرية والعيش؛ لاشتغالها على سلب حقوق يمارسها الشخص بشكل مستمر يعد منعه إيها من باب العقاب ولو كانت بمفردها، فما بالنا وهي مجرد إضافة على العقاب؟! فلا بد أن وقعها أشد وألمها يزيد

على ألم المحكوم عليه نفسياً من القيد الإلكتروني؛ حيث ورد بالنص أنه:  
«التدابير السالبة للحقوق والتدابير المادية هي:

١. إسقاط الولاية أو الوصاية أو القوامة أو الوكالة عن الغائب.
٢. حظر ممارسة عمل معين.
٣. سحب ترخيص القيادة.
٤. إغلاق المحل».

وعليه نتوجه إلى المنظم السعودي بدعوته إلى أن يسلك مسلك أبناء الخليج بدولة الإمارات المتحدة، وأن يعيد صياغة المشروع وفق ما يفصل ويحمي الحقوق بشكل أكثر دقة وتفصيلاً كما أخذ المشرع الإماراتي.

وفي ذات الوقت يحسب للمنظم السعودي في صياغة مشروع نظام العقوبات البديلة أنه لم يقرر إضافة تدبير إلى المراقبة الإلكترونية إلا بعد ظهور إخلال منه بالمراقبة الإلكترونية، وهذا أفضل في تدرج العقوبة وتحقيقها للردع من توجه المشرع الإماراتي بالنص عليها مضافة مع المراقبة الإلكترونية من بداية الحكم، خاصة وأنها تتبع السلطة التقديرية للقاضي؛ مما يدع الفرصة سانحة للتعسف في استعمال هذه السلطة من قبل المحكمة.

### المطلب الثاني: إلغاء المراقبة الإلكترونية:

كما كان اعتماد الذكاء الاصطناعي باستخدام السوار الإلكتروني في تنفيذ العقوبة، وما له من قيد على الحرية بطلب المحكوم عليه أو بتقدير القاضي، كما سبق التوضيح من نصوص في القانون الإماراتي. فإنه كما أمكن إقرارها

فعليه يمكن إلغاؤها ولكن متى يمكن إلغاؤها؟ وكيف؟ ومن الذي يملك هذا القرار؟ هذا ما يناقشه هذا المطلب.

وبداية فإن الإلغاء يعني إنهاء الأثر مستقبلاً؛ أي إنه لا يؤثر على ما مضى بقدر ما يؤثر على المستقبل؛ وعليه فالإلغاء قرار الوضع تحت المراقبة الإلكترونية ينصرف أثره على وضع المحكوم عليه مستقبلاً فيما بعد الإلغاء، ومن ذلك يصح ما فات من فترة زمنية تحت وطأة المراقبة الإلكترونية.

ولكن حتى يتم الإلغاء فلا بد وأنه كما كانت هناك مبررات وضوابط لاعتماد الوضع تحت المراقبة الإلكترونية وتقييد حرية المحكوم عليه كعقاب في مكان محدد بذاته؛ فإنه لا بد من مبررات ومسببات للإلغاء، وكذلك ضوابط لإقراره.

### مبررات الإلغاء والاستبدال:

كما سبق الحديث أنه يمكن للمحكوم عليه طلب الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، ومن هنا نركز على إمكانية الإلغاء أو الاستبدال، بناء على طلب المحكوم عليه. ومن هنا توجه المنظم السعودي إلى إمكانية استبدال العقوبة البديلة وفق ضوابط تنفيذها كما في المراقبة الإلكترونية ومراعاة ضوابط تنفيذها بكونها بديلاً عن العقوبة المقيدة للحرية أو الجلد وبذات ضوابطها، ولكن لما لتنفيذها من مراعاة لسلامة المحكوم عليه فهنا إذا حدث من خلل في هذا الضابط، مما رتب المساس بسلامة المحكوم عليه عند تنفيذ المراقبة الإلكترونية عليه؛ فهنا نجد إمكانية استبدال هذا التنفيذ بشكل آخر من

التنفيذ ولو كان بديلاً آخر من بين الخيارات التي أوردتها المنظم بما يضمن ويسد الثغرة التي حدثت من تحقق الأذى بالمحكوم عليه. أو أنه قد يكون تنفيذ المراقبة الإلكترونية أثر على سمعة أسرته أكثر وعلاقاته الاجتماعية أصبحت مشوهة أمام المجتمع؛ لما في القيد الإلكتروني من مرافقة لتواجد المحكوم عليه في كل مكان.

وعاد المنظم السعودي في نص (المادة الثانية والعشرين) إلى شخص المحكوم عليه بعد أن نظر إلى جانب الأسرة، وعاد إلى التأكيد على سلامة المحكوم عليه أثناء تنفيذ المراقبة الإلكترونية؛ حيث أكد ألا تكون المراقبة الإلكترونية مما لا يتناسب فيه لُبس القيد الإلكتروني مع القدرات الجسدية للمحكوم عليه، مثل أن يضيق عليه أو يؤثر على صحته النفسية<sup>(١)</sup> والعقلية أو العصبية، على سبيل المثال كما لو كان لها تأثير على الخلايا العصبية للمحكوم عليه من زيادة الكهرباء بالمخ مما يؤثر على سلامة المحكوم عليه<sup>(٢)</sup>.

ولهذه الأسباب يقر المنظم السعودي إمكانية استبدال المراقبة الإلكترونية حسب ما ورد في النص من أنه: «يجوز استبدال العقوبة البديلة إذا تبين أن تنفيذها يلحق الأذى بالمحكوم عليه، أو أسرته أو ثبت عدم مناسبتها لقدراته الجسمية أو العقلية».

(١) حقا، أسماء، ٢٠١٩، نظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، مجلة الحقوق والحريات، العدد الأول، جامعة بكرة، ص ١٩٥.

(٢) ذات المعنى: العنتلي، جاسم محمد راشد الخديم، (د.ت)، بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، كلية الشرطة، أبو ظبي، ص ٢٦٠.

وعلى الجانب الآخر فإن التشريع الإماراتي سار على عكس توجه المنظم السعودي الذي أجاز الاستبدال، فأوجب المشع الإماراتي الإلغاء في حالات وأجازه في أخرى:

فمن جانب إقرار المنظم لوجوب الإلغاء فقد توجه المشع الإماراتي إليه بناء على طلب المحكوم عليه، وكذلك عندما تمس المراقبة الإلكترونية بسلامة المحكوم عليه بموجب نص الفقرة الثانية والثالثة من المادة (٣٧٥) من مرسوم بقانون (١٧) ٢٠١٨م، وليس جوازية كما ورد بنص المادة (٢٢) من مشروع نظام العقوبات البديلة .

كما يظهر لنا من نص المادة (٣٧٥) من القانون الإماراتي بالفقرة الرابعة وجوب وليس جواز الإلغاء إذا استحال التنفيذ. إلا أن الأمر كان أوضح وأكثر تفصيلاً من النص السعودي في إقرار وجوب الإلغاء للمراقبة الإلكترونية؛ حيث ذهب النص في الفقرة الأولى منه إلى وجوب الإلغاء إذا ظهر خلال فترة التنفيذ أو صدر ضد المحكوم عليه ذاته محل التنفيذ حكم نهائي آخر بعقوبة مقيدة للحرية، ولم تكن المحكمة على علم به رغم أنه سبق صدوره على صدور أمر الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، وهذا يعني بما أنه يقرر الإلغاء فمما يظهر من ذلك أن العقوبة الأخرى إذا جمعت مع العقوبة التي عنها تقرر المراقبة الإلكترونية فلا بد وأن بهما معاً زادت مدة تقييد الحرية على الحد الأقصى الذي وضعه المشع عندما أجاز الوضع تحت المراقبة الإلكترونية في التشريع الإماراتي، وهي من سنتين إلى خمس سنوات.

وأما عن جانب الجواز في التشريع الإماراتي، فقد ورد النص عليه بموجب المادة (٣٧٦) بحالتين على سبيل الحصر؛ حيث أجاز الإلغاء للمراقبة الإلكترونية إذا ارتكب المحكوم عليه جريمة أثناء المراقبة تستوجب الحبس احتياطياً، أو حكم عليه فيها بعقوبة مقيدة للحرية، والحالة الثانية وهي ظهور سوء سلوكه فترة المراقبة أو عدم التزامه بواجبات المراقبة الإلكترونية السابق ذكرها بالمواد (٣١٧-٣٧٢).

وعليه نرى أنه كان حرياً بالمشرع الإماراتي أن يبدل بين الحالة الأولى بالجواز في المادة (٣٧٦) والحالة الأولى بالوجوب في المادة (٣٧٥)؛ حيث نرى أن وجوب الإلغاء يتناسب أكثر في حال ارتكب المحكوم عليه أثناء المراقبة جريمة أخرى، فهو مما يدل على أنه يستحق تنفيذ العقوبة أكثر من أحقيته في الاستبدال، مما يظهر معه خطورة إجرامية أعلى من الحالة الأخرى التي نرى أنه يتناسب معها أن يكون فيها جواز الإلغاء، وليس الوجوب، وهي حالة إذا ظهر بعد إقرار الوضع تحت المراقبة أنه يسبق عليه حكم نهائي آخر بعقوبة مقيدة للحرية، فهي مما لا يظهر معه أن المحكوم عليه انتهز فرصة المراقبة وزاد في انحرافه بارتكاب جريمة جديدة، بل إنه وقعت منه الجريمة قبل الجريمة التي تقررت المراقبة الإلكترونية فيها. وعليه نرى أنه يستبدل النصان بين الفقرات الأولى من كل منهما بحيث تحل محل الأخرى بذات النصوص.

## إجراءات الإلغاء:

بناءً على نص المادة (٢٢) من المشروع السعودي يكون الإلغاء وفق صدور أمر الوضع تحت المراقبة من المحكمة، وبطلب المحكوم عليه. وفي المقابل فإن التشريع الإماراتي في نص المادة (٣٧٧) بموجب ما سبق ذكره من نصوص المواد (٣٧٥-٣٧٦) يصدر حكم الإلغاء من المحكمة التي أصدرت أمر الوضع تحت المراقبة، كما للمحكمة التي أصدرت حكم العقوبة المقيدة عن الجريمة التي ارتكبها أثناء المراقبة من تلقاء نفسها أن تصدر حكمها بالإلغاء أيضاً للمراقبة الإلكترونية، كما يكلف المحكوم عليه بالحضور لذلك<sup>(١)</sup>.

وقد ظهر لنا من نص المادة (٣٧٨) أن حكم الإلغاء هنا يكون نهائياً، ولا يجوز الطعن فيه إلا إذا كان قد صدر غيابياً فيكون الحكم بعد المعارضة نهائياً لا طعن فيه. وهو ما يستنبط من توجه المنظم السعودي في نص المادة الثالثة والعشرين بعد أن ذكر جواز استبدال المراقبة كعقوبة بديلة في النص الذي يسبقه أنه لا يجوز الاعتراض على الأمر القضائي، وهي بالتأكيد تعود على المادة السابقة التي تقرر فيها إمكانية استبدال المراقبة بأي طريق من طرق الاعتراض، بل أكد أيضاً أنه ينفذ تحت إشراف قاضي التنفيذ، وفقاً لمنطوقه.

(١) درار، عبد الهادي، ٢٠٢٠، نظام المراقبة الإلكترونية في ظل تطورات النظم الإجرائية الجزائية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة جيلالي اليابس بلعباس، العدد الثالث، ص ١٥٢.

ويترتب على الإلغاء تنفيذ العقوبة كما هي، ويحسم منها ما قضاه المحكوم عليه من عقوبة بديلة تحت المراقبة الإلكترونية وفق نص المادة (٣٧٩) من المرسوم (١٧) لسنة ٢٠١٨ م.





## الخاتمة

أظهر البحث أن كلاً من المنظم السعودي والمشرع الإماراتي يسعيان بخطى واثقة نحو مكافحة الجريمة بشكل عام، والعمل على إعادة تأهيل المحكوم عليهم بصورة قانونية ودية ذات طابع اجتماعي وأمني قوي، من خلال اتباع تنفيذ العقوبات البديلة التي تضمن تحقيق غرض العقاب بالإيلام، وفي ذات الوقت تحقق الردع العام والخاص معاً بصفة خاصة عند استخدام تقنيات الذكاء الاصطناعي في تنفيذ العقوبات، كما في استخدام السوار الإلكتروني في المراقبة الإلكترونية، بحسب الحالات والضوابط التي وضعها كل من المنظم السعودي والمشرع الإماراتي كل بنصه.

## النتائج:

1. العقاب بالمراقبة الإلكترونية كبديل ينطبق عليه مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في النظام السعودي والقانون الإماراتي.
2. اتفق المشرع الإماراتي مع المنظم السعودي في أن هناك أهمية كبرى لاستخدامات الذكاء الاصطناعي في تنفيذ العقوبات.
3. اتفق المشرع الإماراتي مع المنظم السعودي في مناسبة السوار الإلكتروني كنموذج للذكاء الاصطناعي في تنفيذ العقوبات.
4. اتفق المشرع الإماراتي مع المنظم السعودي في أن تطبيقات الذكاء الاصطناعي كالسوار الإلكتروني مما يساعد في تنفيذ العقوبات على إعادة

التوازن بين الصالح العام من جهة، وصالح المجني عليه والمحكوم عليه من جهة أخرى.

٥. اتفق المشرع الإماراتي مع المنظم السعودي في إثبات أن السوار الإلكتروني فاعليته في تخفيف العبء عن السجون في تنفيذ العقوبات المقيدة للحرية.

٦. اختلف المشرع الإماراتي مع المنظم السعودي فيما أظهرته النصوص من سلطة القاضي في تقدير إمكانية استخدام السوار الإلكتروني في تنفيذ العقوبات خارج السجون.

٧. للمحكوم عليه الحق في طلب إلغاء المراقبة الإلكترونية واستبدال العقوبة حسب نص مشروع النظام؛ مما يجعل النص السعودي أوضح وأكثر مرونة من النص الإماراتي.

٨. اتفق المشرع الإماراتي مع المنظم السعودي في إلغاء المراقبة الإلكترونية عندما يثبت ضررها على صحة أو أسرة، أو سلامة المحكوم عليه.

٩. للمحكوم عليه طلب إلغاء الوضع تحت المراقبة الإلكترونية؛ نظرًا لما قد يصيبه استخدام الذكاء الاصطناعي من أذى يلحق بجسده أو قواه العقلية أو صحته.

### التوصيات:

١. ضرورة الإسراع في إصدار نظام العقوبات البديلة أو ضمه إلى النظام الجزائي للتعازير.

٢. أهمية اعتماد السوار الإلكتروني وسيلة لتنفيذ العقوبات.

٣. توعية المحكوم عليهم ببدائل العقوبات.

٤. تدريب وتهيئة رجال السلطة العامة والنيابة بما تكفله العقوبات البديلة عن طريق الذكاء الاصطناعي من حقوق وحریات وكيفية التنفيذ والمتابعة.

### المقترحات:

١. نقترح اعتماد مشروع العقوبات البديلة السعودي في شكل نظام أكثر تفصيلاً يشمل ما فصلناه من ضوابط إقرار المراقبة الإلكترونية، والتزامات المحكوم عليه فيها.

٢. عدم النص على استبدال الجلد بصفة عامة في النظام السعودي بإقرار عقوبة بديلة له كما ظهر في المشروع؛ لما لاختلاف الغرض الذي يحققه الجلد عن المراقبة الإلكترونية على سبيل المثال، ونرى أن تعدل عقوبة الجلد في الأنظمة التعزيرية إلى عقوبة زيادة في مدة السجن بكل نص على استقلال حسب الجريمة أو حذفها دون بديل إذا كانت مقترنة بعقوبة ترد على الحرية بذات النص.

## المراجع

١. أحمد، إبراهيم علي محمد، (٢٠٠٦)، فقه الأمن والمخابرات، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف، الرياض.
٢. أتانى، صفاء، (٢٠٠٩)، الوضع تحت المراقبة الإلكترونية كوسيلة للحد من مساوئ الحبس الاحتياطي، مجلة الجامعة للدراسات الإسلامية، جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٥، العدد الأول.
٣. إبراهيم، درة عبد الباري، (٢٠٠٣)، تكنولوجيا الأداء البشري في المنظمات، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية.
٤. جوهر، عامر-الطاهر، عباسة، (٢٠١٨)، السوار الإلكتروني إجراء بديل للعقوبة السالبة للحرية في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد ١٦.
٥. حقااص، أسماء، (٢٠١٩)، نظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، مجلة الحقوق والحريات، العدد الأول، جامعة بسكرة.
٦. الخطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨م، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط ٢، القاهرة، دار الفكر العربي.
٧. خلفي، عبد الرحمن، (٢٠١٥)، العقوبات البديلة (دراسة فقهية تحليلية تأصيلية مقارنة)، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان.
٨. درار، عبد الهادي، (٢٠٢٠)، نظام المراقبة الإلكترونية في ظل تطورات النظم الإجرائية الجزائرية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة جيلالي اليابس بلعباس، العدد الثالث.
٩. الزحيلي، وهبة، (د.ت)، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا، دمشق.
١٠. الزيتي، أيمن رمضان، (٢٠٠٥)، الحبس المنزلي، ط ١، دار الفكر العربي، القاهرة.

١١. زاهر، أحمد فاروق، (٢٠١١)، دور الوسائل التكنولوجية في تنفيذ الجزاءات الجنائية - المراقبة الإلكترونية الثابتة والمتحركة، مجلة الفكر القانوني والاقتصادي، جامعة بنها، مصر.
١٢. خبايا، عبد الله - جباري، عبد الوهاب، (٢٠١٠)، النظم الخبيرة ونظم دعم القرار كمدخل لاتخاذ القرار في المؤسسة، <http://iefpedia.com/arab/wp-content/uploads/pdf>.
١٣. آل سليمان، مبارك بن سعد، (٢٠١٠)، مقدمة عن النظم الخبيرة وخطوات تصميمها، الندوة العلمية حول النظم الخبيرة في مكافحة الحرائق في المنشآت المدنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض.
١٤. الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، (د. ط)، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة.
١٥. سالم، عمر، (٢٠٠٠)، المراقبة الإلكترونية طريقة حديثة لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية خارج السجن، دار النهضة العربية، القاهرة.
١٦. سالم، عمر، (٢٠١٣)، مظاهر استخدام التكنولوجيا الحديثة في مجال القانون الجنائي، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة.
١٧. سعود، أحمد، (٢٠١٨)، المراقبة الإلكترونية كبديل للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدّة، جامعة الشهيد محمد لخضر الوادي مجلة العلوم القانونية والسياسية، الجزائر، المجلد ٩، العدد ٣.
١٨. شلابي، عمار - بنور، جهاد، (٢٠١٢)، الذكاء الاصطناعي والنظم الخبيرة، الملتقى الوطني العاشر حول أنظمة المعلومات المعتمدة على الذكاء الاصطناعي ودورها في صنع قرارات المؤسسة الاقتصادية، جامعة سكيكدة، الجزائر.
١٩. صدراي، نبيلة، (جوان ٢٠١٨)، الوضع تحت المراقبة الإلكترونية كنظام جديد لتكييف العقوبة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد التاسع.

٢٠. طليبي، ليلي، (٢٠١٧)، الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، مجلة العلوم الإنسانية، عدد ٤٧، مجلد،
٢١. عبد الرحمان خلفي (٢٠١٥)، العقوبات البديلة، دراسة فقهية تحليلية تأصيلية مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة. الحديثة للكتاب، لبنان.
٢٢. العنتلي، جاسم محمد راشد الخديم، (٢٠٠٠)، بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، كلية الشرطة، أبو ظبي.
٢٣. العبدولي، أحمد فهم أحمد، (٢٠١٥)، تنفيذ العقوبة السالبة للحرية عن طريق المراقبة الإلكترونية في الفكر العقابي الحديث، أكاديمية شرطة دبي.
٢٤. عثمانية، أمينة، (٢٠١٩)، المفاهيم الأساسية للذكاء الاصطناعي، ط ١، كتاب جماعي يصدر عن المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين، ألمانيا.
٢٥. عبيد، أسامة حسنين، (٢٠٠٩)، المراقبة الجنائية الإلكترونية - دراسة مقارنة، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة.
٢٦. العبيدي، نبيل، (٢٠١٥)، أسس السياسة العقابية في السجون ومدى التزام الدولة بالمواثيق الدولية، ط ١، دراسة معمقة في القانون الجنائي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة .
٢٧. ابن فرحون، برهان الدين أبو الوفاء إبراهيم بن شمس الدين أبي عبد الله محمد، ١٣٠١هـ، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ط ١، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية.
٢٨. القاضي، رامي متولي، (٢٠١٧)، توظيف التقنيات الحديثة في مجال السياسة العقابية السوار الإلكترونية نموذجًا، مجلة الفكر الشرطي، مركز بحوث الشرطة - القيادة العامة لشرطة الشارقة، المجلد (٢٦)، العدد (١٠٣).



٢٩. ابن القيم، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد، ١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م، أعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت.
٣٠. كامل، شريف سيد، (٢٠١٠)، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوي - دراسة مقارنة، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة.
٣١. مختارية، بو يزيد، (٢٠١٦)، المراقبة الإلكترونية ضمن السياسة العقابية الحديثة، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد ٣، العدد ٢، جامعة مولاي الطاهر سعيدة.
٣٢. المرغنياني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني، الهداية في شرح بداية المبتدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
٣٣. الماوردي، الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري (د. ت)، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ط ١، مطبعة الحلبي، مصر.
٣٤. المتوكل، عبد الإله، (٢٠١٨)، تساؤلات حول آفاق استعمال السوار الإلكتروني في التشريع الجزائري المغربي، المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية، العدد ٢.
٣٥. نور الدين، مزياني - صالح، بلاسكة، (٢٠١٢)، مساهمة الأنظمة الخبيرة في تقييم أداء المؤسسة، الملتقى الوطني العاشر حول أنظمة المعلومات المعتمدة على الذكاء الاصطناعي ودورها في صنع قرارات المؤسسة الاقتصادية، جامعة سكيكدة، الجزائر.
٣٦. ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم، (١٤١٩هـ / ١٩٩٩م)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ط ١، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية.

٣٧. الوليد، ساهر إبراهيم، (يناير ٢٠١٣)، مراقبة المتهم إلكترونياً كوسيلة للحد من مساوئ الحبس الاحتياطي، دراسة تحليلية، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، غزة، المجلد الحادي والعشرون، العدد الأول.







صياغة العقد الإداري وتنفيذه  
في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية  
السعودي

د. عبد الرحمن بن علي الريس  
عضو هيئة التدريس بالمعهد العالي للقضاء

## مقدمة

تعد العقود الإدارية من الوسائل النظامية المهمة، والتي تمارس بواسطتها الجهات الحكومية نشاطها، وتحقق بها أهداف التنمية في كل دولة، وفي المملكة العربية السعودية تؤدي العقود الإدارية نفس المهمة من الأهمية، بل إن هذه الأهمية تزداد خاصة في ظل رؤية المملكة العربية السعودية (٢٠٣٠م).

وفي ظل هذا الواقع لا بد أن تحاط هذه العقود بعدد من الضوابط والضمانات، والتي تسهم في تحقيق الغرض المنشود منها في الإطار الكلي لتوجه الدولة بإعلاء مبدأ الشفافية وحماية المال العام ومكافحة الفساد، وهذه الضوابط تمر عبر مراحل العقد الإداري ابتداءً من صياغة مسودة العقد وتضمينها الشروط والبنود التي تحمي وتحافظ على المال العام، وتحقق المصلحة العامة، وذلك بمراعاة كافة الأنظمة واللوائح والتعليقات بشأن شروط وبنود العقد، كما أن من أهم مراحل العقد هي تنفيذه، والتي يجب أن تكون وفق ما اتفق عليه من شروط ومواصفات، فمن أهمية صياغة وتنفيذ العقد الإداري جاءت فكرة البحث، وعنوانت له «صياغة العقد الإداري وتنفيذه في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي».



## أهمية البحث:

تظهر أهميته في الآتي:

١. إبراز صياغة العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية وفق القواعد المنظمة لذلك في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية.
٢. أن في إحكام صياغة العقد الإداري محافظة على المال العام وتحقيقاً للمصلحة العامة.
٣. أن الالتزام بالتنفيذ الكامل لشروط العقد يؤدي إلى تحقيق الغرض الذي من أجله تم التعاقد.
٤. تنفيذ العقد بحسن نية سواء من الجهات الحكومية، أو المتعاقد.

## أهداف البحث:

تظهر أهدافه في الآتي:

١. بيان أحكام العقد الإداري وخصائصه في النظام والقضاء السعودي.
٢. تحديد أسس وضوابط صياغة العقد الإداري في المملكة العربية السعودية.
٣. بيان الضوابط والمبادئ التي يتم على أساسها تنفيذ العقد الإداري في المملكة العربية السعودية.

## منهج البحث:

اتبعت في الكتابة المنهج الوصفي، والمنهج التحليلي بتحليل نصوص الأنظمة واللوائح ذات الصلة بموضوع البحث.

## خطة البحث:

قسمت البحث إلى مقدمة وثلاثة مباحث. اشتملت المقدمة على عناصرها.

أما المباحث فتقسمها كالآتي:

**المبحث الأول: تعريف العقد الإداري وخصائصه وأنواعه:**

وفيه ثلاثة مطالب:

**المطلب الأول: التعريف بالعقد الإداري.**

**المطلب الثاني: خصائص العقد الإداري.**

**المطلب الثالث: أنواع العقد الإداري.**

**المبحث الثاني: صياغة العقد الإداري:**

وفيه مطلبان:

**المطلب الأول: كتابة العقد الإداري.**

**المطلب الثاني: بنود العقد الإداري ومدته.**

**المبحث الثالث: الالتزام بتنفيذ العقد الإداري:**

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التزامات المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري.

المطلب الثاني: تنفيذ العقد الإداري من قبل الجهات الحكومية.

الخاتمة:

وتشمل النتائج والتوصيات.



## المبحث الأول مفهوم العقد الإداري

### المطلب الأول: التعريف بالعقد الإداري:

أولاً: تعريف العقد بشكل عام:

١/ تعريف العقد في اللغة:

العقد لغة: العين والقاف والذال أصل واحد يدل على شدة ووثوق، وإليه ترجع فروع الباب كلها<sup>(١)</sup>. وعاقدت فلان أي عاهدته وألزمته، والعقد: نقيض الحل، عقده يعقده عقداً وتعاقداً، وعقده، ويطلق أيضاً على الجمع بين أطراف الشيء.

يقال: عقد الحبل: إذا جمع أحد طرفيه على الآخر، وربط بينهما والعقد: العهد والجمع عقود وهي أوكد العهود ويقال: عهدت إلى فلان في كذا وكذا وتأويله ألزمته ذلك<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر: معجم مقاييس اللغة أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، أبو الحسن، المتوفي ٣٩٥هـ، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للنشر، عام ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م نسخة المكتبة الشاملة، ج ٤، ص ٨٦.

(٢) انظر: لسان العرب محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الإفريقي المتوفي ٧١١هـ، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ نسخة المكتبة الشاملة، ج ٣، ص ٢٦٩.

## ٢/ تعريف العقد في الفقه الإسلامي والنظامي:

أ. تعريف العقد في الفقه الإسلامي:

عرف الفقهاء العقد بعدة تعريفات وسأذكرها مرتبة حسب أقدمية المذاهب الأربعة وذلك على النحو التالي:

١. العقد عند الحنفية: «ربط أجزاء التصرف أي الإيجاب والقبول شرعاً»<sup>(١)</sup>.

٢. وعند المالكية: «ما يتوقف على إيجاب وقبول»<sup>(٢)</sup>.

٣. كما أن الشافعية عرفوا العقد بأنه: «ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامي»<sup>(٣)</sup>.

٤. وعرفه الحنابلة بأنه: «الإيجاب والقبول»<sup>(٤)</sup>.

ويلاحظ من تعريفات الفقهاء بأنه بمجرد أن تتلاقى إرادتا طرفي العقد فإن هذا كاف لتكوين العقد وتصبح آثاره ملزمة لطرفيه.

(١) رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي دار الفكر بيروت الطبعة الثانية (٩/٣).

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي دار الفكر (٥/٣).

(٣) المنشور في القواعد الفقهية، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، وزارة الأوقاف الكويتية الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م (٢/٣٩٧).

(٤) الكافي في فقه الإمام المجل، أحمد بن حنبل، عبد الله بن قدامة المقدسي أبو محمد المكتب الإسلامي (٤٠٢/١).

ب. تعريف العقد في الفقه النظامي:

عُرف العقد بأنه: «توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر إنشاء التزام، أو نقله، أو تعديله، أو إنهائه»<sup>(١)</sup>. وهذا التعريف أفضل ما وقفت عليه في هذا الباب حيث جاء شاملاً لإنشاء الحق أو نقله أو تعديله أو إنهائه.

٣/ تعريف العقد في النظام والقضاء السعودي:

المملكة العربية السعودية - حرسها الله - دولة ذات خصوصية في المسائل المتعلقة بالمعاملات المدنية من بيع وشراء وأحوال شخصية؛ لأن الفقه الإسلامي هو المرجع في ذلك سواء في الفتوى أو القضاء، وبناء على ذلك فإنني أحيل إلى ما ذكرته من تعريفات للعقد المدني في الفقه الإسلامي، أما العقود المتعلقة بفئات معينة فقد بذل المنظم في المملكة العربية السعودية جهداً مشكوراً في وضع تعريف لها فقد نصت (المادة الخمسون) من نظام العمل السعودي على أن: «عقد العمل هو: كل عقد مبرم بين صاحب عمل وعامل، يتعهد الأخير بموجبه أن يعمل تحت إدارة صاحب العمل، أو إشرافه»<sup>(٢)</sup>.

(١) الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرازق أحمد السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ج ١، ص ١٣٧.

(٢) نظام العمل الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥١) وتاريخ (٢٣/٨/١٤٣٦هـ) المادة (٥٠).



وعرفت (المادة الثانية) من نظام الإيجار التمويلي السعودي عقد الإيجار التمويلي بأنه: «كل عقد يقوم المؤجر فيه بإيجار أصول ثابتة أو منقولة أو منافع أو خدمات أو حقوق معنوية بصفته مالكا لها أو لمنفعتها أو قادراً على تملكها أو قادراً على إقامتها»<sup>(١)</sup>.

أما القضاء الإداري السعودي فقد عرف قضاء المحكمة الإدارية الخاضعة لنظام ديوان المظالم في حكمه الابتدائي، العقد بأنه: «ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله»<sup>(٢)</sup>.

### ثانياً: تعريف العقد الإداري:

بعد أن عرفنا العقد بشكل عام نتناول تعريف العقد الإداري وذلك على النحو التالي:

#### ١/ تعريف العقد الإداري في الفقه الإسلامي:

لم يستخدم الفقهاء المتقدمون في مؤلفاتهم مصطلح العقد الإداري، وذلك لأنه يرد في قواعد قانونية قامت على أساس دليل المصلحة المرسلة وهي كل مصلحة لم يتعرض الشرع لها بالاعتبار ولا بالإلغاء<sup>(٣)</sup>، وهذا لا

(١) نظام الإيجار التمويلي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤٨ بتاريخ ١٣/٨/١٤٣٣هـ المادة (٢).

(٢) حكم المحكمة الإدارية الصادر برقم ٨/د/ف/٢٩ لعام ١٤٢١هـ.

(٣) انظر: روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، قدم له وحققه وعلق عليه: الدكتور عبد الكريم النملة، مكتبة الرشد وشركة الرياض للنشر والتوزيع، ج ٢، ص ٥٣٨.

يعني أنهم لم يتناولوا أحكامه بصفة عامة، لذلك فإن مدلوله موجود، فإذا نظرنا إلى أحد تعريفات العقد في الفقه الإسلامي وهو «ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامي» كما عرفه الشافعية، نجد أنه يصدق على كل التزام بين طرفين سواء كان بين الأفراد أو بين الأفراد والحكومة أو بين الجهات الإدارية بعضها مع بعض.

والعقد الإداري وان كان من العقود المستحدثة إلا أنه داخل في عموم النص القرآني في قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(١)</sup>، وهو واجب الوفاء به متى لم يتعارض مع قواطع النصوص الشرعية والقول بوجوب الوفاء بهذا العقد فرع عن القول بصحته<sup>(٢)</sup>.

## ٢/ تعريف العقد الإداري في الفقه النظامي:

تعددت تعريفات العقد الإداري لدي شرائح وفقهاء القانون الإداري، ولكنها استقرت على أن العقد الإداري اتفاق يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً بقصد إنشاء أو تسيير مرفق عام، وتستعمل فيه أساليب القانون العام، وذلك من خلال تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص<sup>(٣)</sup>.

(١) سورة المائدة آية رقم ١.

(٢) انظر: النظام الإداري ووسائل النشاط الإداري، دراسة مقارنة، د. خالد خليل الظاهر، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية عمادة البحث العلمي الطبعة الأولى ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م، ص ٤٠٧.

(٣) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية، د سليمان محمد الطهاوي، الطبعة ٦، دار الفكر العربي، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٣م، ص ٥٧، العقود الإدارية على ضوء نظام المنافسات

وعلى ذلك فإن العقد الإداري يقوم على أسس ثلاثة سيأتي شرحها في المطلب القادم، وهذه الأسس يقوم عليها العقد الإداري بطبيعته<sup>(١)</sup>.

### ٣/ تعريف العقد الإداري في قضاء ديوان المظالم السعودي:

وقد عرف القضاء الإداري السعودي العقد الإداري بعدة تعريفات وهو بصدد الفصل في عدد من المنازعات ذات الصلة بالعقد الإداري فعرفه بأنه: «اتفاق تبرمه إحدى الجهات الإدارية مع أحد الأفراد تتحدد فيه حقوق والتزامات كل من الطرفين وفقاً لأحكام النظام»<sup>(٢)</sup>.

وفي تعريف آخر أكثر وضوحاً من التعريف الأول جاء فيه بأنه: «العقد الذي يبرم بين مختلف جهات الإدارة وبين الأفراد أو المؤسسات العامة أو الشركات، لتأمين سير المرافق العامة بانتظام واطراد، بحيث يتضمن بطبيعته شروطاً، ويضع التزامات غير مألوفة في مجال العقود المدنية أو التجارية»<sup>(٣)</sup>.

وفي نهاية هذا المطلب نخلص إلى أن العقد الإداري شأنه شأن سائر العقود لا يتم إلا بتوافق إرادتين أو أكثر بقصد أحداث التزامات متقابلة، غير أن ما يميز هذا العقد أن القواعد التي تحكم العقد الإداري تختلف عن القواعد التي تحكم أنواع العقود الأخرى؛ نظراً لاختلاف هدف كل منهما

والمشتريات الحكومية السعودي، د. سالم المطوع الطبعة الثانية، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م، ص ١٣، النظرية العامة للعقود الإدارية في المملكة العربية السعودية، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى، ٢٠١٤م، ص ٩.

(١) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية، د سليمان محمد الطماوي، ص ٥٧، مرجع سابق.

(٢) حكم المحكمة الإدارية في القضية رقم ٨٢٣٧/٢ ق لعام ١٤٣٤هـ.

(٣) قرار هيئة التدقيق ٥٤٣/ت/١ للعام ١٤٢٧هـ.

واختلاف أحد أطراف العلاقة التعاقدية والذي دائماً ما يكون شخصاً من أشخاص القانون العام.

### المطلب الثاني: خصائص العقد الإداري:

يطلق على هذه الخصائص عناصر أو المعايير المميزة للعقد الإداري ونجد أن هذه الخصائص تكاد تكون محل إجماع فقهاء وقضاء<sup>(١)</sup> وتتمثل هذه الخصائص في الآتي:

#### أولاً: أن تكون إحدى الجهات الإدارية طرفاً في العقد:

ويقصد بهذا الشرط أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً من أشخاص القانون العام كالدولة، أو الهيئات والمؤسسات ذات الشخصية المعنوية، أو الإدارات المحلية، أما العقود التي تبرم بين أشخاص القانون الخاص فإنها لا تعد عقوداً إدارية<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية، د. سليمان الطماوي، ص ٥٧ مرجع سابق، القضاء الإداري السعودي (دعوى التعويض - العقود الإدارية - دعوى التأديب)، د. هاني بن علي الطهراوي، مكتب المحامي كاتب ابن فهد الشمري، ط ١، للعام ١٤٣٤ هـ، مكتب المحامي فهد الشمري، ص ١١٦، الأعمال القانونية للسلطة الإدارية، د. حمدي عطية مصطفى عمر، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى ٢٠١٥ م، ص ٣٠٣، مجموعة ومدونات أحكام ديوان المظالم للأعوام ١٤٠٢ هـ - ١٤٣٦ هـ.

(٢) انظر: الوجيز في القانون الإداري دراسة مقارنة د سليمان محمد الطماوي دار الفكر العربي ص ٦٢١

## ثانياً: أن يكون العقد متصلاً بالمرفق العام:

إذا كانت عقود القانون الخاص مقتصرة على مصالح أطرافها الذاتية فإن العقود الإدارية تستهدف غرضاً آخر هو المصلحة العامة واتصال العقد بالمرفق العام يكون من حيث تنظيمه أو إدارته، أو تنفيذه أو تسييره حسب موضوع العقد<sup>(١)</sup>.

وهنا أود الإشارة إلى أن العقود الإدارية تقوم على أساس يقضي بأن يستمر المرفق العام في أداء خدماته دون توقف أي بانتظام واطراد وهذا ما أكده القضاء الإداري السعودي بقوله: «حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وهي القاعدة الأصولية والمبدأ الأساسي الذي تستمد منه كل قواعد المنظم الإدارية ومنها نظام المناقصات والمزايدات ونظام تأمين مشتريات الحكومية، وكل نظريات الفقه والقضاء الإداري»<sup>(٢)</sup>.

## ثالثاً: أن يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة في مجال القانون الخاص:

لا يكفي أن يكون أحد طرفي العقد جهة إدارية، كما لا يكفي اتصال ذلك العقد بمرفق عام، وإنما ينبغي بالإضافة إلى ذلك أن تستعمل الإدارة أساليب أو وسائل القانون العام، والتي تسمى بالشروط غير المألوفة في

(١) انظر: التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية، د. سالم أحمد راشد المصلحي، ١٩٩٨م، ص ٣٨.

(٢) حكم ديوان المظالم رقم (٤/د/٢) لعام ١٤٠٠هـ، مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية لعام ١٤٠٠هـ، ص ٤، نقلاً عن القضاء الإداري السعودي د. هاني بن علي الطهراوي ص ١٢١، مرجع سابق.

مجال القانون الخاص، وعند البعض تسمى بالشروط الاستثنائية، وهذه الشروط كثيرة متعددة وليست محدودة، وأمثلتها كثيرة<sup>(١)</sup>.

وهناك عدد من أحكام القضاء الإداري السعودي تطرقت لهذه الشروط من هذه الأحكام الحكم الصادر عنه والذي جاء فيه: «ومن حيث إن هذه أحكام غرامة التأخير في العقود الإدارية وأنها مؤسسة على قاعدة أصلية في النظام الإداري هي ضرورة استمرار المرافق العامة بانتظام واطراد، مما اقتضى إيجاد وسائل تخالف وسائل الأفراد في عقودهم، ومنها غرامة التأخير، والتنفيذ على الحساب، بهدف حث المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزامه في موعده..»<sup>(٢)</sup>.

ونخلص من هذا المطلب إلى أن العقد الإداري له خصائص أو عناصر تميزه عن العقود في القانون الخاص وجوهرها في الشروط غير المألوفة والتي تعطي الإدارة أفضلية في فرض جزاءات أو غرامات أو إنهاء للعقد مستهدفة تحقيق الصالح العام.

### المطلب الثالث: أنواع العقد الإداري:

إن كافة العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها يختص بنظر منازعاتها والفصل فيها ديوان المظالم بوصفه هيئة قضاء إداري الذي يعد بمثابة (١) انظر: القضاء الإداري السعودي، د. هاني بن علي الطهراوي، ص ١٢١-١٢٢، مرجع سابق.

(٢) حكم ديوان المظالم رقم ٤ (د/د) لعام ١٤٠٠هـ في قضية رقم ١/٢١٢ لعام ١٣٩٩هـ مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية لعام ١٤٠٠هـ، ص ٤٦، نقلاً عن القضاء الإداري السعودي، د. هاني بن علي الطهراوي، ص ١٢٤، مرجع سابق.

المحكمة الإدارية في المملكة وهذا ما نصت عليه المادة (الثالثة عشرة) من نظام ديوان المظالم من اختصاص المحاكم الإدارية بالفصل في الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها<sup>(١)</sup>.

ويمكن تقسيم العقود الإدارية إلى عدة أنواع، فمنها ما يترتب التزامات في جانب كل من الطرفين المتعاقدين وهو الأصل في العقود الإدارية، ومنها ما يترتب التزاماً في جانب واحد، ومنها ما يؤدي إلى إفادة كل من الطرفين المتعاقدين وهو الغالب، ومنها ما يؤدي إلى إفادة طرف واحد<sup>(٢)</sup>.

وتنقسم من ناحية أخرى إلى عقود فورية التنفيذ ومتراحية، وهناك عقود إدارية مسماة أي لها نظام قانوني معروف مقدماً، وعقود إدارية غير مسماة وهي العقود التي تبرمها الإدارة على خلاف المؤلف حسب مقتضيات سير المرافق العامة<sup>(٣)</sup>.

وقد صدر نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية في المملكة العربية السعودية<sup>(٤)</sup>، وحدد في (المادة الرابعة والتسعين) أنواع العقود التي تبرمها الجهات الحكومية، وإن كان النظام حدد عدداً من العقود

(١) نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) بتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ المادة (١٣/ب).

(٢) انظر: القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، عبد الله بن حمد الوهيبي، الطبعة الثالثة، ١٤٣٢هـ، ص ٧٠.

(٣) انظر: القواعد المنظمة للعقود الإدارية، عبد الله الوهيبي، ص ٧١، مرجع سابق.

(٤) نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ ولائحته التنفيذية الصادرة بموجب قرار وزير المالية رقم ١٢٤٢ بتاريخ ٢١/٣/١٤٤١هـ.

إلا أنه نص على شمول العقود الإدارية أي عقد يتضمن تنفيذ أعمال معينة لجهة الحكومة، وهذا النص يمكن الجهات الإدارية على التعاقد في مجالات شتى وأنواع مختلفة للعقود ونورد نص المادة حيث جاء فيها: «تعاقد الجهة الحكومية لتنفيذ أعمالها ومشاريعها وفقاً لأنواع العقود الآتية:

١. عقد الإنشاءات العامة.
٢. عقد الخدمات ذات التنفيذ المستمر.
٣. عقد التوريد.
٤. عقد تقنية المعلومات.
٥. عقد الخدمات الاستشارية.
٦. عقد إدارة المشاريع.
٧. عقد التصميم.
٨. عقد التصنيع.
٩. عقد استئجار المنقولات.
١٠. عقد بيع المنقولات.
١١. أي عقود أخرى لتنفيذ أعمال معينة للجهة الحكومية»<sup>(١)</sup>.

وأشير إلى وجود عقد يطلق عليه عقد الامتياز أفرد بنظام خاص يقنن كل ما يتعلق بشؤونه لأهميته وخطورته بدليل ما ورد في (المادة الخامسة

(١) نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، المادة (٩٤)، مصدر سابق.



عشرة) من النظام الأساسي للحكم ونصها: «لا يجوز منح امتياز أو استثمار مورد من موارد البلاد العامة إلا بموجب نظام»<sup>(١)</sup>. يضاف إلى ذلك عقود التوظيف فإنها تلحق بأنظمة خاصة من أمثلتها لائحة توظيف غير السعوديين في الجامعات فقد نصت (المادة الثالثة) على أن: «تكون صياغة العقد وفقاً للأنموذج الملحق بهذه اللائحة»<sup>(٢)</sup>.

(١) النظام الأساسي للحكم، الصادر بالأمر الملكي رقم أ/٩٠ بتاريخ ٢٧/٨/١٤١٢هـ، المادة (١٥)، مصدر سابق.

(٢) لائحة توظيف غير السعوديين في الجامعات الصادرة بقرار مجلس التعليم العالي رقم (٣/٤/١٤١٧هـ) المتوج بقرار خادم الحرمين الشريفين رئيس مجلس الوزراء رئيس مجلس التعليم العالي بالتوجيه البرقي الكريم رقم (٧/ب/١٦٧٨٥) بتاريخ ٤/١١/١٤١٧هـ المادة (٣).

## المبحث الثاني صياغة العقد الإداري

### المطلب الأول: كتابة العقد الإداري:

#### أولاً: تحديد العقد الإداري:

تأتي مرحلة تحرير العقد الإداري بعد أن يمر بعدة مراحل، أهم تلك المراحل فتح المظاريف، ثم فحص العروض، ثم إجراءات البت في الترسية وإخطار من رست عليه المنافسة. وكل هذه المراحل نظمها نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية.

وإذا وصلنا إلى ذلك فهل هناك لزوم لكتابة العقد؟ وأيضاً ما هي الضوابط التي يجب أن تلتزم بها جهة الإدارة عند تحريرها للعقد؟ ونتناول ذلك كالآتي:

#### ثانياً: لزوم الكتابة لانعقاد العقد الإداري:

الأصل أنه يشترط في العقد الإداري أن يكون مكتوباً إلا إذا نص النظام على خلاف ذلك، فالجهة الإدارية لا يمكن أن تتحلل من الشكل الكتابي للعقد<sup>(١)</sup>.

(١) انظر: العقود الإدارية في ضوء نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، د. سالم بن صالح المطوع، الطبعة الثالثة ١٤٤١هـ - ٢٠٢٠م، ص ٢٨٠، العقود الإدارية طبقاً لأحكام نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، د. صباح المصري، الطبعة الأولى، ١٤٣٨هـ - ٢٠١٧م، ط. الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، ص ٢١٦.

والعقد الشفهي غير مألوف في المجال الإداري، بسبب خروج الإدارة عادة - إلى إثبات روابطها التعاقدية كتابة<sup>(١)</sup>.

وفي المملكة العربية السعودية نجد أن المنظم أوجب على الجهة الإدارية كتابة العقد وتحريره، حيث نصت المادة (التاسعة والخمسون) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أن: «يجرر العقد بين الجهة الحكومية وصاحب العرض الفائز بعد إبلاغه بقرار الترسية، وتقديم خطاب الضمان النهائي»<sup>(٢)</sup>.

أما إذا كان العقد الإداري تقل قيمته عن ثلاث مئة ألف ريال فيكتفي بالمراسلات المتبادلة بدلاً من تحرير العقد. وعلى ذلك فإن المنظم ألزم الجهات الحكومية بكتابة العقد الذي تزيد قيمته عن ثلاث مئة ألف ريال، أما ما قل عن ذلك فيكتفي بالمراسلات المتبادلة بين الطرفين<sup>(٣)</sup>.

أما بشأن نسخ العقد فقد نص المنظم على أن تكون ست نسخ على الأقل، فقد جاء في نص المادة (التاسعة والثمانين) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أن: «يجرر العقد من ست نسخ على الأقل، تعطي نسخة للمتعاقد، ونسخة للإدارة المعنية بالإشراف على التنفيذ، ونسخة للإدارة المختصة بالمحاسبة، ونسخة للديوان العام للمحاسبة، ونسخة لمركز تحقيق كفاءة الإنفاق أو الهيئة العامة للصناعات

(١) العقود الإدارية، د. سالم المطوع، ص ٢٨٠، مرجع سابق.

(٢) نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، (الفقرة الأولى) من المادة (٥٩)، مصدر سابق.

(٣) انظر: نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، (الفقرة الثانية) من المادة (٥٥)، مصدر سابق.

العسكرية بحسب الحال، ونسخة للهيئة..»<sup>(١)</sup>. أيضاً تبليغ هيئة الزكاة والضريبة والجمارك بالمعلومات التي تطلبها عن العقد والتي تشمل على<sup>(٢)</sup>:

١. اسم المتعاقد وعنوانه.

٢. موضوع العقد وقيمه الإجمالية وشروطه المالية.

٣. تاريخ بدء تنفيذه وانتهائه.

٤. أي تغييرات تطرأ على العقد.

وما يجب ملاحظته أن المنظم نص على تحرير العقد الإداري من عدد من النسخ وتزويد جهات معينة، بعضها إشرافية كالإدارة المعنية بالتنفيذ وبعضها رقابية كديوان المحاسبة، ونرى أن ذلك فيه قدر من الشفافية والنزاهة التي يجب أن تتحلي بها الجهات الحكومية عند إجراء تعاقداتها، وكذلك فيه محافظة وحماية للمال العام، وذلك بتزويد الجهة الإدارية المستقلة المنوط بها مراقبة الإنفاق العام ومنها التعاقدات الحكومية، وتلك الجهة هي الديوان العام للمحاسبة.

أما فيما يتعلق بلغة العقد فقد أوجب نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أن لغة العقد هي اللغة العربية، ويجوز أن تكون لغة أخرى، حيث نصت (المادة الخامسة والخمسون) من نظام المنافسات والمشتريات

(١) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، (الفقرة الأولى) من المادة (٨٩)، مصدر سابق.

(٢) انظر: اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية (الفقرة الثانية) من المادة (٨٩)، مصدر سابق.

الحكومية على ما يلي: «تصاغ العقود ووثائقها وملحقاتها باللغة العربية، ويجوز استخدام لغة أخرى إلى جانب العربية على أن تكون اللغة العربية هي المعتمدة في تفسير العقد وتنفيذه وتحديد مواصفاته ومخططاته والمراسلات المتعلقة به..»<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً: شكل العقد ونماذجه:

لا يشترط كأصل عام أن يكون العقد وفق نموذج معين أو موحد إلا إذا نص النظام على خلاف ذلك، وفي نظام المنافسات والمشتريات الحكومية نصت (المادة الحادية والتسعون) على أن: «تلتزم الجهات الحكومية باستخدام النماذج المعتمدة للعقود ووثائق المنافسة ووثائق التأهيل المسبق ونماذج تقييم أداء المتعاقدين، وأي وثيقة أخرى تتطلبها طبيعة الأعمال أو المشتريات»<sup>(٢)</sup>. كما نصت (الفقرة الرابعة) من (المادة الرابعة عشرة) منه على: «إعداد نماذج ووثائق المنافسات ووثائق التأهيل المسبق، ونماذج للعقود، ونماذج تقييم أداء المتعاقدين، وأي وثيقة أخرى تتطلبها طبيعة الأعمال أو المشتريات بما يتفق مع أحكام النظام، واللائحة واللوائح المنصوص عليها في المادة السادسة والتسعين من النظام»<sup>(٣)</sup>.

ونلاحظ أن النص على هذه النماذج فيه تحقيق عدد من الأهداف والفوائد في التعاقدات الحكومية نوجزها فيما يلي:

- (١) نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، المادة (٥٥)، مصدر سابق.
- (٢) نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، المادة (٩١)، مصدر سابق.
- (٣) نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، (الفقرة الرابعة) من المادة (١٤)، مصدر سابق.

١. توحيد أشكال النماذج بما يساعد على توحيد البيانات والمتطلبات في العقد.
٢. يمكن الجهات الإدارية الرقابية سواء داخل الجهة أو خارجها من التدقيق بشكل أفضل.
٣. يوفر ضماناً قانونية تجنباً لأي منازعات تحدث لاحقاً باعتبار أن النماذج محددة ومبينة بدقة ووضوح.
٤. تساهم هذه النماذج في تفسير ما غمض من العقود والبنود في حالة نشوب نزاع بشأنها، وتمكن المحاكم الإدارية من التفسير لبنود وشروط وألفاظ العقد.
٥. يساعد في مكافحة الفساد بتوحيد شكل واحد وعدم التفاف في تحديد البنود والإجراءات، وإغلاق الباب أمام التجاوز وإغفال الشروط.

### المطلب الثاني: بنود العقد الإداري ومدته:

#### أولاً: بنود العقد الإداري:

بالرجوع إلى نظام المنافسات والمشتريات الحكومية نجد عدداً من المواد التي فصلت في بنود العقد الإداري، وذلك على النحو التالي:

## ١/ القواعد والبنود التي يجب تضمينها والجائز تضمينها:

١. «يجوز تضمين العقود بنوداً تتعلق بنقل المعرفة والتدريب ومهارات التشغيل إلى موظفي الجهات الحكومية»<sup>(١)</sup>.

٢. يجب تضمين عقود الخدمات ذات التنفيذ المستمر شروطاً تتعلق بمستوى الأداء والتقييم المستمر، وهذا يمنح الجهة الحكومية سلطة في إنهاء العقد، أو تقليص الدفعات إذا لم يكن الأداء مرضياً وتوضح اللائحة التنفيذية ما يلزم لتنفيذ حكم هذه الفقرة<sup>(٢)</sup>.

٣. النص في العقود على استخدام الخطوط الجوية العربية السعودية، حيث يقضي قرار مجلس الوزراء رقم ١٩٩ وتاريخ ٦/٨/١٤٠٤هـ بأن على الوزارات والمصالح الحكومية والمؤسسات العامة تضمين عقودها نصاً يلزم المتعاقد بنقل كل ما ينقل جواً ويتعلق بتنفيذ العقد من الركاب والمواد وغير ذلك عن طريق المؤسسة العامة للخطوط الجوية السعودية.

٤. النص في العقود على استخدام السفن والبواخر السعودية، حيث يقضي التعميم السامي رقم ١١٤٨ وتاريخ ٢٥/٣/١٤٠٥هـ بإبلاغ الأجهزة الحكومية بمطالبة المقاولين المتعاقدين مع الوزارات والأجهزة الحكومية بنقل كل ما ينقل بحراً من المواد والمعدات اللازمة لتلك العقود

(١) نظام المنافسات والمشتريات الحكومية المادة (٥٨)، مصدر سابق.

(٢) انظر: نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، (الفقرة الثالثة) من المادة (٥٦)، مصدر سابق.

بواسطة السفن والبواخر السعودية كلما كان ذلك ممكناً، ولا شك أن هناك قواعد أخرى تضمن في العقود كبنود<sup>(١)</sup>.

## ٢/ القواعد والبنود التي يجب عدم تضمينها في العقود:

١. لا يجوز تضمين العقود نصوصاً تفيد بإعفاء المتعاقدين في الضريبة أو رفعها عنهم بمقتضى قرار مجلس الوزراء رقم ١٧ وتاريخ ١٦/١/١٤٠٦هـ.
٢. عدم تضمين العقود أو ملحقاتها نصاً يقضي بإلزام المقاولين بتأمين سيارات للجهاز المشرف من قبل الجهة الحكومية. وهو ما تضمنه تعميم وزارة المالية بالرقم ٣٨٤٩١٣ وتاريخ ٦/١٠/١٤٤٣هـ. وغير ذلك من البنود التي يجب عدم تضمينها في العقد الذي تبرمه الجهة الحكومية<sup>(٢)</sup>.

## ثانياً: مدة العقد الإداري:

تختلف المدة من عقد لآخر حسب اختلاف العقود وطبيعتها، فهناك عقود زمنية، فمثلاً عقود الصيانة والتشغيل والنظافة من العقود الزمنية التي يجب أن ينص فيها على المدة باعتبارها قائمة على الوقت والزمن، بخلاف عقود الأشغال العامة فإن المدة وإن كانت ذات أهمية إلا أنها قائمة على أساس الكميات، ولذا نجد أن المنظم السعودي حدد المدة الزمنية لعقود

(١) لمزيد من التفاصيل حول ما يجب ويجوز تضمينه من بنود؛ انظر: القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، عبد الله الوهبي ص ٣٢١، وما بعدها.

(٢) انظر: القواعد المنظمة للعقود الإدارية، وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، عبد الله الوهبي، ص ٣١٨ وما بعدها.



الخدمات ذات التنفيذ المستمر، بخلاف عقود الأشغال العامة التي أوجب فيها أن تتناسب المدة المحددة لتنفيذ المشروع مع كمية الأعمال وطبيعتها.

### ١ / مدة عقد الخدمات ذات التنفيذ المستمر:

نصت (الفقرة الأولى) من (المادة السادسة والخمسين) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أن: «لا تتجاوز مدة عقود الخدمات ذات التنفيذ المستمر، كالصيانة والنظافة والتشغيل والإعاشة خمس سنوات، وتجاوز زيادتها في العقود التي تتطلب طبيعتها ذلك بعد موافقة الوزارة»<sup>(١)</sup>، ويقصد بالوزارة وفقاً للنظام وزارة المالية.

### ٢ / ضوابط تحديد مدة تنفيذ عقود الخدمات:

وهذه المدة محكومة بضوابط نصت عليها (المادة السادسة والخمسون) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية وهي على النحو التالي:

١. يجب في جميع العقود أن تتناسب المدة المحددة لتنفيذ المشروع مع الاعتمادات السنوية المخصصة للصرف على المشروع.

٢. يجب في جميع العقود أن تتناسب المدة المحددة لتنفيذ المشروع مع حجم الأعمال وطبيعتها<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر: نظام المنافسات والمشتريات الحكومية (الفقرة الأولى) من المادة (٥٦)، مصدر سابق.

(٢) انظر: نظام المنافسات والمشتريات الحكومية (الفقرة الثانية) من المادة (٥٦)، مصدر سابق.

٣. يجب الاتفاق المسبق مع وزارة المالية لما يتطلب تنفيذه من العقود مدة تزيد عن خمس سنوات.

٤. يجوز للجهة الحكومية استبعاد فترة الإجازة الصيفية في عقود النظافة والصيانة والخدمات الأخرى لدى الجهات التعليمية وما يماثلها، وتخفيض أعداد العمالة وعناصر العقد غير اللازمة، وذلك إذا كانت تلك الجهات تزاول نشاطاً محدوداً خلال تلك الفترة<sup>(١)</sup>.

٣/ ضوابط المدة في عقود الإنشاءات العامة والعقود الأخرى<sup>(٢)</sup>:

لم يحدد نظام المنافسات والمشتريات الحكومية مدة محددة لعقود الأشغال العامة، باعتبار أنها قائمة على أساس الكميات، لكن يجب عند وضع المدة مراعاة ما يلي:

١. يجب أن تتناسب المدة المحددة مع كمية الأعمال وطبيعتها.

٢. يجب أن تتناسب المدة المحددة مع الاعتمادات السنوية للصرف على المشروع.

٣. يجب النص في عقود الأشغال العامة المنفذة في الأماكن المقدسة على اعتبار فترة الحج فترة توقف إجباري، وهذه الفترة من اليوم الأول من شهر ذي الحجة حتى اليوم الخامس عشر منه.

(١) انظر: اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية المادة (٩١)، مصدر سابق.

(٢) انظر: الوجيز في العقود الإدارية، د. عمر الخولي، الطبعة السابعة، ١٤٣٨هـ، ٢٠١٧م، ص ١٠٦، ١٠٧.

## المبحث الثالث الالتزام بتنفيذ العقد الإداري

يقع على ذمة كل من الجهات الحكومية، والمتعاقدين معها التزامات معينة حددها النظام كضوابط في تنفيذ العقد، وتم النص على هذه الضوابط والالتزامات كقيود إلزامية عند التنفيذ والغرض منها حسن تنفيذ العقد وإتمامه في مواعيده بالكيفية التي تم التعاقد عليها، فهذه الالتزامات بعضها يقع على المتعاقد، وبعضها يقع على الجهة الحكومية المتعاقدة، وتتناول ذلك على النحو التالي:

### المطلب الأول: التزامات المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري:

تتمثل التزامات المتعاقد في تنفيذ العقد بعد إبرامه في تنفيذه شخصياً، والالتزام باحترام مواعيد تنفيذ العقد، والالتزام بتنفيذ العقد بحسن نية، وتتناول ذلك على النحو التالي:

#### أولاً: التزام المتعاقد بتنفيذ التزامه بنفسه:

التزام المتعاقد مع الإدارة بالوفاء بالتزاماته التعاقدية بنفسه من القواعد العامة في العقود الإدارية<sup>(١)</sup>، فالاعتبار الشخصي مؤثر في تنفيذ العقد

(١) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية، د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الطبعة الأولى ٢٠٠٩م المركز القومي للإصدارات القانونية، ص ١٩١.

الإداري وهناك مجموعة من الصفات محل اعتبار للتعاقد مع الإدارة وبالتالي يجب أن تستمر إلى ما بعد الإبرام والتنفيذ<sup>(١)</sup>.

وفي نظام المنافسات والمشتريات الحكومية نجد أن هناك إلزاماً من المنظم للمتعاقد مع الجهات الحكومية بأن ينفذ العمل بنفسه، ولا يجوز له التنازل عنه<sup>(٢)</sup>.

أما بشأن الاستثناء الوارد على التعاقد من الباطن فقد حددت (المادة الحادية والسبعون) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ذلك، حيث نصت على أنه: «لا يجوز للمتعاقد معه التعاقد من الباطن مع مقاول أو متعهد أو مورد آخر دون الحصول على موافقة مكتوبة من الجهة الحكومية، وتحدد اللائحة شروط التعاقد من الباطن وضوابطه»<sup>(٣)</sup>، وقد حددت اللائحة التنفيذية ضوابط التعاقد من الباطن<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر: الاعتبار الشخصي في العقد الإداري، كنعان محمد محمود، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى ٢٠١٣م، ص ٤٤.

(٢) انظر: نظام المنافسات والمشتريات الحكومية المادة (٩٠) وكذلك المادة (٧٠)، مصدر سابق.

(٣) نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، المادة (٧١)، مصدر سابق.

(٤) انظر: اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية المادة (١١٧)، مصدر سابق.

ثانياً: التزام المقاول في عقود الإنشاءات العامة بمراجعة التصاميم الهندسية والفنية بتفاصيلها كاملة:

من الالتزامات التي تقع على المتعاقد خاصة في عقد الإنشاءات العامة الالتزام بمراجعة التصاميم الهندسية والفنية بتفاصيلها كاملة، وعليه إخطار الجهة المتعاقدة بالأخطاء الفنية المؤثرة على سلامة المنشآت.

حيث أوردت (المادة الثامنة والتسعون) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أن: «يكون المتعاقد في عقود الإنشاءات العامة مسؤولاً عن مراجعة التصاميم الهندسية والفنية بكامل تفاصيلها، وعليه إبلاغ الجهة الحكومية فور اكتشافه لأي أخطاء في المواصفات أو المخططات أو أي أخطاء أخرى من شأنها التأثير في سلامة المنشآت، كما يلتزم المتعاقد بمراجعة تقارير وتوجيهات فحص التربة، وذلك دون إعفاء الاستشاري المصمم أو المشرف من مسؤولياتها العقدية»<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: تنفيذ العقد بحسن نية وما يقتضيه حسن سير المرفق العام ومصالحته:

تعد حسن نية المقاول أو المتعاقد مع جهة الإدارة أصلاً في تنفيذ العقد، وفي ذلك جاءت (الفقرة الثالثة) من (المادة الثامنة والتسعين) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، حيث نصت على أنه: «يجب

(١) انظر: اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية المادة (٩٨)، مصدر سابق.

على المتعاقدين والجهة الحكومية تنفيذ عقودهم وفقاً لشروطها وبحسن نية وبما يقتضيه حسن سير المرفق العام ومصالحته»<sup>(١)</sup>.

#### رابعاً: تنفيذ العقد في المواعيد المحددة:

لا يكفي الوفاء الشخصي بالالتزام التعاقدي في العقد الإداري، بل يلزم أن يتم ذلك في المواعيد المحددة.

وفي المملكة العربية السعودية نلاحظ أن (المادة السادسة والتسعين) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية حثت الجهة الحكومية على ضرورة الوفاء بالتزاماتها التعاقدية بتسليم موقع الأعمال في عقود الإنشاءات العامة خلال المدة المحددة في النظام<sup>(٢)</sup>، وفي (المادة السابعة والتسعين) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية نصت على أنه «إذا تأخر أو تباطأ أو امتنع المتعاقد عن استلام الموقع موقع العمل يتم إنذاره بذلك»<sup>(٣)</sup> كل ذلك من أجل تسليم محل العقد للجهة الحكومية في المدة المتفق عليها في العقد.

(١) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية (الفقرة الثالثة) من المادة (٩٨)، مصدر سابق.

(٢) انظر: اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية المادة (٩٦)، مصدر سابق.

(٣) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية (٩٧).

## المطلب الثاني: تنفيذ العقد الإداري من قبل الجهات الحكومية:

كما رأينا أن المتعاقد مع جهة الإدارة وإن كان يتوجب عليه الوفاء بالتزاماته فيما يتعلق بتنفيذ العقد ضماناً لحسن سير المرافق العامة، فإنه يتوجب على الجهات الحكومية أيضاً أن تفي بالتزاماتها التعاقدية في تنفيذ العقد بالشكل المطلوب وتسهيل كل ما يحقق الغرض من التعاقد، سواء الالتزام بتنفيذ العقد وفق الشروط وأيضاً تمكين المتعاقد من استلام الموقع خالياً من الموانع، إضافة إلى حسن النية في التنفيذ، وسأتحدث عنها وفق الآتي:

### أولاً: التزام جهة الإدارة بتنفيذ العقد وفق شروطه:

نصت المادة الثانية والتسعون من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على هذا الالتزام بشكل صريح وواضح وراعت في ذلك حقوق المتعاقد معها وألا يضار بسبب الامتيازات الممنوحة لجهة الإدارة في العقد الإداري وذلك بقولها: «على الجهة الحكومية تنفيذ التزاماتها في العقد وفقاً لشروطه، وإذا أخلت بتنفيذ التزاماتها جاز للمتعاقد معها التقدم إلى المحكمة الإدارية للمطالبة بالتعويض»<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: تنفيذ العقد بحسن نية وبما يقتضيه حسن سير المرفق العام ومصالحته:

يعد مبدأ حسن النية في التعامل من المبادئ الراسخة في الشريعة الإسلامية حيث جاء عن جابر بن عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: قال رسول الله

(١) نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، المادة (٩٢)، مصدر سابق.

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((رحم الله رجلاً سمحاً إذا باع وإذا اشترى وإذا اقتضى))<sup>(١)</sup>.

والمنظم السعودي جاء مؤكداً وكاشفاً لهذا الخلق الإسلامي وفق ما ورد في الفقرة (الثالثة) من (المادة الثامنة والتسعين) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه: «يجب على المتعاقدين والجهة الحكومية تنفيذ عقودهم وفقاً لشروطها وبحسن نية وبما يقتضيه حسن سير المرفق العام ومصالحته»<sup>(٢)</sup>.

### ثالثاً: تسليم الموقع خالياً من الموانع تمكيناً للمتعاقد من التنفيذ:

يقصد بذلك تمكين المتعاقد من الموقع خالياً من الموانع التي تحول دون قيامه بعمليات بدء التنفيذ أيأ كانت هذه الموانع، وهذا الالتزام من مقتضيات العقد، حيث نصت (المادة التاسعة والخمسون) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أن: «يمكن المتعاقد معه في عقود الإنشاءات العامة من البدء في تنفيذ العقد خلال (ستين يوماً) من تاريخ إبلاغه بقرار الترسية ما لم تنص وثائق المنافسة على غير ذلك»<sup>(٣)</sup>.

(١) أخرجه البخاري (٥٧/٣) رقم الحديث (٢٠٧٦)، باب السهولة والسماحة في الشراء والبيع.

(٢) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية (الفقرة الثالثة) من المادة (٩٨)، مصدر سابق.

(٣) نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، (الفقرة الثانية) من المادة (٥٩)، مصدر سابق.



## الخاتمة

وفي ختام البحث فإني أخلص إلى أهم النتائج والتوصيات على النحو الآتي:

### أولاً: النتائج:

١. اتفق مفهوم العقد الإداري في المملكة العربية السعودية نظاماً وقضاء مع مفهومه في الفقه الإسلامي.

٢. تناول المنظم السعودي في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية عدداً من العقود الإدارية، ونص عليها على سبيل المثال، وترك للجهات الحكومية التعاقد بأي أنواع أخرى وفق ضوابط النظام.

٣. يجب كتابة العقد الإداري، وإلا كان ذلك مؤثراً على صحته، فالشكالية ركن في العقد الإداري في المملكة العربية السعودية.

٤. توجد عدد من الشروط والبنود يجب تضمينها في العقود الإدارية وهي مستقاة من الأنظمة والتعليمات، وبعضها نص عليها نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

### ثانياً: التوصيات:

١. يوصي الباحث بجمع الشروط والبنود المتعلقة بالعقد الإداري في نظام واحد؛ إذ توجد عدد من التعليمات التي تشترك مع نظام المنافسات والمشتريات الحكومية في تنظيم العقود الإدارية.

٢. يوصي الباحث بإصدار دليل إرشادي لإجراءات صياغة وكتابة العقود الإدارية، وتعميمه على الجهات الحكومية، ويصدر من وزارة المالية.
٣. يوصي الباحث باعتماد نماذج العقود الإدارية الشائعة في التعاقد الحكومي، وإلزام الجهات الحكومية بالعمل بها لضمان توحيد أشكال العقود الإدارية.



## فهرس المصادر والمراجع

القرآن الكريم.

١. الأسس العامة للعقود الإدارية، د. سليمان محمد الطماوي، الطبعة السادسة، دار الفكر العربي، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٣م.
٢. الاعتبار الشخصي في العقد الإداري، كنعان محمد محمود، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، ٢٠١٣م.
٣. الأعمال القانونية للسلطة الإدارية، د. حمدي عطية مصطفى عمر، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، ٢٠١٥م.
٤. التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية، د. سالم أحمد راشد المصلحي، ١٩٩٨م.
٥. حاشية الدسوقي على، الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، دار الفكر.
٦. حكم المحكمة الإدارية في القضية رقم ٨٢٣٧ / ٢ / ق لعام ١٤٣٤هـ.
٧. حكم المحكمة الإدارية الصادر برقم ٨ / د / ف / ٢٩ لعام ١٤٢١هـ.
٨. حكم المحكمة الإدارية رقم ٢٧ / د / ١ / ١٥ لعام ١٤٢٦هـ والمؤيد بحكم هيئة التدقيق رقم ٣٦٣ / ت / ١ لعام ١٤٢٦هـ.
٩. رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، دار الفكر - بيروت، الطبعة الثانية.
١٠. روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، قدم له وحققه وعلق عليه: الدكتور عبد الكريم النملة، مكتبة الرشد وشركة الرياض للنشر والتوزيع.

١١. صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم أبو عبد الله البخاري الجعفري، تحقيق: محب الدين الخطيب: الناشر: المطبعة السلفية.
١٢. العقود الإدارية طبقاً لأحكام نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، د. صباح المصري، الطبعة الأولى، ١٤٣٨ هـ - ٢٠١٧ م، ط ١، الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع.
١٣. العقود الإدارية على ضوء نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي، د. سالم المطوع الطبعة الثانية، ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م.
١٤. العقود الإدارية في ضوء نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، د. سالم بن صالح المطوع، الطبعة الثالثة ١٤٤١ هـ - ٢٠٢٠ م.
١٥. قرار هيئة التدقيق ٥٤٣/ت/١ للعام ١٤٢٧ هـ.
١٦. القضاء الإداري السعودي (دعوى التعويض - العقود الإدارية - دعوى التأديب)، د. هاني بن علي الطهراوي، مكتب المحامي كاتب بن فهد الشمري ط ١، للعام ١٤٣٤ هـ، مكتب المحامي فهد الشمري.
١٧. الكافي في فقه الإمام المجل، أحمد بن حنبل، عبد الله بن قدامة المقدسي أبو محمد، المكتب الإسلامي.
١٨. اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادرة بموجب قرار وزير المالية رقم ١٢٤٢ بتاريخ ٢١/٣/١٤٤١ هـ.
١٩. لائحة توظيف غير السعوديين في الجامعات، الصادرة بقرار مجلس التعليم العالي رقم (٣/٤/١٤١٧ هـ)، المتوج بقرار خدام الحرمين الشريفين رئيس مجلس الوزراء رئيس مجلس التعليم العالي بالتوجيه البرقي الكريم رقم (٧/ب/١٦٧٨٥) بتاريخ ٤/١١/١٤١٧ هـ.



٢٠. لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الإفريقي المتوفي ٧١١هـ، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ نسخة المكتبة الشاملة.
٢١. مجموعة ومدونات أحكام ديوان المظالم، للأعوام ١٤٠٢هـ - ١٤٣٦هـ.
٢٢. معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، أبو الحسن، المتوفي ٣٩٥هـ، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للنشر، عام ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، نسخة المكتبة الشاملة.
٢٣. المنشور في القواعد الفقهية، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، وزارة الأوقاف الكويتية الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
٢٤. النظام الإداري ووسائل النشاط الإداري، دراسة مقارنة د. خالد خليل الظاهر، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية عمادة البحث العلمي، الطبعة الأولى ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م.
٢٥. نظام الإيجار التمويلي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤٨ بتاريخ ١٣/٨/١٤٣٣هـ.
٢٦. نظام العمل، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥١ بتاريخ ٢٣/٨/١٤٣٦هـ.
٢٧. نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٢٨ بتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ.
٢٨. نظام ديوان المظالم، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ بتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ.
٢٩. النظرية العامة للعقود الإدارية في المملكة العربية السعودية، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى، ٢٠١٤م.
٣٠. الوجيز في العقود الإدارية، د. عمر الخولي، الطبعة السابعة، ١٤٣٨هـ، ٢٠١٧م.

٣١. الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرازق أحمد السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.

